

”זה נהנה וזה לא חסר” לעומת

”חוק עשיית עושר ולא במשפט”

בישראל

**בחסות 'נוער שוחר משפט עברי'**

## הקדמה אישית

במסגרת העבודה הוטל עלי נושא עבודה זו.

לאחר שקראתי והעמקתי בנושא זה הבנתי את חשיבותו לא רק המשפטית אלא גם החברתית יום יומית.

החיבור בין המשפט העיברי בסוגיית "זה נהנה והשני אינו חסר" ריתק אותי ובמיוחד כיצד עיקרון זה השתרש והתפתח במשפט המודרני היום. החיבור שבין עיקרון צדק בסיסי עוד מתקופת התנ"ך והחיבור אל המתרחש ביום יום בעולם העסקי והחברתי מרתק. העיקרון של חקיקה חברתית משפטית והתפתחותה לאורך ההיסטוריה עניין אותי מאוד.

### תוכן העניינים

3.....	הקדמה אישית.....
5.....	מבוא.....
7.....	החוק בישראל.....
11.....	"זה נהנה וזה לא חסר" על פי הדין העברי.....
14.....	השוואה מול החוק הישראלי.....
14.....	תפישת החיוב.....
18.....	"כופין על מידת סדום".....
22.....	סיכום.....
24.....	ביבליוגרפיה.....
24.....	מקורות אקדמיים.....
24.....	מקורות תורניים.....

## מבוא

לרוב העוולות יש חוק ספציפי ומיוחד אשר קובע כי ביצועם יזכה את הנפגע בפיצוי. ישנם מעשים שאין להם חוק מיוחד אולם העוול "זועק לשמיים" המדובר הוא כאשר אדם מתעשר על חשבון מישהו אחר- אחד טורח והשני מתעשר/נהנה. דבר זה גורם למורת רוח רבה למנוצל וכמובן שהחברה לא מעוניינת כי דברים אלו יתרחשו.

ביהדות הדבר מוסדר במספר מקומות וגם בישראל המחוקק קבע כי אין לעשות כן בעזרת "חוק עשיית עושר ולא במשפט". זהו מעין סעיף כוללני לעוולות שונות שקשה לתת להן שיוך תחת חוק מסוים.

דיני עשיית עושר ולא במשפט מצויים כמעט בכל תחומי המשפט. הרעיון העומד מאחורי החוק הוא צדק - אדם הלוקח משהו מחברו אמור להשיב לו את מה שלקח. לעיתים יש תחום שאינו ברור כמו למשל השבת דבר שלא גרם נזק לאחר, לשם כך תוקן חוק עשיית עושר ולא במשפט.

חוק עשיית עושר ולא במשפט - כנרמז בשמו השאול מדברי הנביא ירמיהו (ירמיהו יז 11) - ביקש לאמץ את גישת המשפט העברי במספר נקודות. בדברי המבוא להצעת החוק נאמר, כי "הוא מאמץ את העיקרון של 'זה נהנה וזה לא חסר' כשיקול לפטור את הנהנה מהשבה"<sup>1</sup>. יש מקום לספק בדבר הזה. על-פי סעיף 1 לחוק, הכלל הוא חובת השבה. החרוג היוצא מן הכלל - פטור מהשבה - כולה או מקצתה, לפי שיקול דעת בית המשפט, כ"שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה" (סעיף 2 לחוק). סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע כי יש להשיב את הסכום שנלקח אולם יש פטור מהשבה במקרים ספציפיים מאוד. האחד מהם הוא כאשר מתקיים זה נהנה וזה לא חסר. במקרה בו אדם, לדוגמא עשה שימוש בנכס של אחר שבין כה לא היה בו שימוש ולא גרם לו להפסד, או אז לא יצטרך לשלם לו על הימצאותו בנכס, וכן כאשר ההשבה היא בלתי אפשרית לעומת כן, על-פי המשפט העברי, דרך הכלל היא לפטור כשיזה נהנה וזה לא חסר, ורק במקרים היוצאים מן הכלל יש לחייב.

---

<sup>1</sup> ה"ח התשל"ח 1353, 266

עם זאת ישנם מקרים בודדים בהם הדין העברי אינו תואם את הדין הישראלי, כפי שנראה בעבודה.

מטרת העבודה הנוכחית היא לסקור את הוראות החוק הישראלי בכל הנוגע לפטור מהשבה- התנאים לפטור, האפשרויות לפטור חלקי או מלא וכד' וזאת מול הדין העברי על מנת למצוא נקודות בהן לא התייחס החוק הישראלי לנושא. החשיבות של הנושא רבה היות וכבר הנשיא ברק קבע כי בהעדר הוראות בחוק הישראלי יש לפנות למקורות המשפט העברי.

בעבודה זו בוצעה סקירת של מהות החוק הן ע"פ מקורות המשפט העיברי והן ע"פ מקורות במשפט הישראלי המודרני תוך בחינת המושג המשפטי של האחד.

## החוק בישראל

נוסחו של סעיף 2 משקף את המגמה החקיקתית המוסברת. על פי כל החוקרים המתייחסים לחוק (פרידמן, ליפשיץ ואחרים) כל ניסיון להגדיר מראש את כל העקרונות להפעלתו של סעיף 2 יהא, לא רק קשה ויומרני, אלא אף בלתי רצוי ומנוגד למדיניותו המוצהרת של המחוקק. הדרך הנכונה ליצירתן של נורמות בדרך החקיקה השיפוטית היא בהתקדמות ממקרה אחד לאחר, ולא בגיבושן מראש של מסגרות נוקשות. דרך זו, שיתרונותיה גדולים ומרובים מחסרונותיה, מאפיינת את גישתו הרגילה של בית-המשפט הישראלי<sup>2</sup>

בתקופה שקדמה לחקיקה האזרחית, המכונה קודיפיקטיבית, נקלטו דיני עשיית עושר ולא במשפט מן הדין האנגלי. החקיקה העותומנית האזרחית, אשר נשארה תקופה ארוכה בתוקפה, הכילה מספר הוראות, אשר ניתן לסווגן כמיועדות למנוע התעשרות שלא כדין. אחדות מהן נדונו בפסיקה ולא פעם נהגו לפיהן.

לחוק הזה יש גם עליונות על חוקים אחרים. שתיקת המחוקק בחוק האחר אין בה כדי לשלול השבה על יסוד העקרונות שבחוק. יתרה מזאת, אפילו קבע המחוקק סעד של השבה בחוק הספציפי והגבילו למקרים מוגדרים, אין בכך כדי לשלול, לפי הגישה דלעיל, את תחולת החוק על מקרים נוספים החורגים מהתחום המוגדר בחוק הספציפי. מאידך, החוק הספציפי יחול, בדרך כלל, אם הוא קובע הסדר חיובי (להבדיל מהסדר שאיננו משתרע על הענין) בענין השבה, ואם ניכר הדבר כי המחוקק הביא בחשבון בחוק הספציפי שיקולים הנוגעים לעשיית עושר ולא במשפט, אשר לא נדונו במיוחד בחוק. אבהיר זאת באמצעות מספר דוגמאות. האחת היא ההוראה בענין השבה במקרה של חוזה בטל מחמת אי חוקיות שלגביה קבע המחוקק הסדר ספציפי בסעיף 31 לחוק החוזים<sup>3</sup>. שיקולי אי חוקיות עשויים

---

<sup>2</sup> א' ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג-מ"ד) 25, 47 ואילך

<sup>3</sup> ד' פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי" עיוני משפט ה (תשל"ז) 618 ועיוני משפט ו (תשל"ח) 172.

להשפיע על תביעת השבה, אך המחוקק לא התייחס לכך בחוק. ההסדר שבסעיף 31 לחוק החוזים יחול, אפוא, במלואו.

הדוגמא הבולטת ביותר מצויה בפרק ד של חוק המקרקעין, העוסק בבנייה ונטיעה במקרקעי הזולת. אדם שבונה על קרקע של חברו בלי רשות, אפילו אם לחבר לא נגרם נזק חייב או להרוס או לשלם

לדעת פרידמן, סמכות בית המשפט לפטור את הזוכה מחובת ההשבה, לפי סעיף 2 לחוק, היא ה"אידך גיסא" של חובת ההשבה המוטלת עליו לפי סעיף 1<sup>4</sup>. משמעות הדברים הללו היא, שמבחן הצדק והיושר (AEQUUM ET BONUM), שעליו מושתתת גם חובת ההשבה, מהווה בסיס רעיוני גם לפטור מחובת ההשבה. אין אמנם לפקפק בצדקת הגישה הזאת, אלא ששני צדדיה של ה"משוואה" הזאת אינם לגמרי שווים. חיוב הנתבע בהשבה הוא פועל-יוצא מהוכחת עילתו של התובע, בעוד שלנתבע אין "זכות" לפטור, שהענקתו נתונה לשיקול-דעתו של בית המשפט. שוני זה מכתוב את ההבדל בדרכי יישומם של שיקולי הצדק והיושר ביחס לקביעת חובת ההשבה מחד גיסא וביחס להענקת פטור מחובת ההשבה מאידך גיסא.

בקביעת חובת ההשבה מיישמים את שיקולי הצדק והיושר לנושא התעשרותו של הנתבע בלבד. די בכך שהתעשרות הייתה שלא על-פי זכות שבדין כדי להוביל למסקנה, כי היא בלתי צודקת על-פי מבחן הצדק והיושר, וכדי להעמיד את חובת ההשבה על כנה.

שיקולי צדק אחרים - כאיכות העשייה שהצמיחה לנתבע את התעשרותו, אופי יחסי הצדדים, רמת מוסריותם בהתנהגותם זה כלפי זה בפרשה נושא הסכסוך וכל כיוצא באלה - אינם מובאים בחשבון. לא כן הדבר עת נדרשים לשאלה, אם מתקיימות נסיבות העושות את ההשבה לבלתי צודקת; כאן מיישמים את שיקולי הצדק והיושר לבדיקת גורמים רבים ושונים, בכללם גם, ואולי בראש ובראשונה, מוסריות התנהגותם של הצדדים זה כלפי זה; ורק אם המסקנה המתחייבת הינה, שאכיפת חובת ההשבה (במלואה או בחלקה) על

---

<sup>4</sup> פרידמן, בספרו הנ"ל, עמ' 692 ואילך, ומאמרו של מ' מזוז, "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת- סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979" **משפטים** י (תש"מ) 487, 516



הנתבע הינה יותר בלתי צודקת מאשר אי-אכיפתה או מאשר אכיפתה החלקית, פוטרים את הנתבע מן ההשבה, כולה או מקצתה<sup>5</sup>. כלומר גם זה שנטל אמור להיות תם לב אם הוא רוצה כי ינהגו איתו על פי סעיף 2, וכפי שנראה להלן, דבר זה אינו מצוי בדין העברי- בדין העברי אין בודקים בציציותיו של הנהנה- אלא במצבו של בעל הבית שברכשו נעשה שימוש.

שתי דוגמאות לכך ניתן להביא:

בת"א 14778-08-12 **רשות מקרקעי ישראל בשם קרן קיימת לישראל נ' דגן ואח' רשות מקרקעי ישראל תבעה אדם שהשכירה לו נכס לצרכים פרטיים והוא השתמש בכך לצרכים מסחריים. העלות לשכור נכס לצורך עיסקי היא הרבה יותר גבוהה והשוכר התעשר שלא כדין. בית המשפט פסק כי שימוש בנכס מבלי ששולמו דמי שימוש ראויים, הוא בגדר עשיית עושר ולא במשפט המחייב את הנהנה מהשימוש במקרקעין בתשלום לבעל המקרקעין (המזכה) על טובת ההנאה שהפיק מאותו שימוש. חיוב זה בתשלום דמי שימוש אינו רק אם מדובר במסיג גבול הפולש אל מקרקעין שהם בבעלות אחר, אלא גם אם אדם חוכר מקרקעין בתשלום מופחת לנוכח ייעוד המקרקעין, אך בפועל השתמש בהם לייעוד אחר ללא רשות בעליהם. גם במקום שבו השימוש במקרקעין אינו כדין ומדובר בשימוש במקרקעין שלא בהתאם לייעודם ולתשלום דמי השימוש ששולמו – ואינו בהכרח הסגת גבול – מדובר בזכייה שלא כדין, אשר מתבטאת בעשיית רווחים מיוחדים. העושר שלא כדין נוצר אם כן, מכך שנחסך תשלום דמי השימוש הראויים התואמים את השימוש בפועל. בענייננו, דמי השימוש (דמי החכירה המהוונים) ששולמו לתובעת היו בסכום מופחת לנוכח ייעוד המקרקעין לתעשייה. מאחר שבפועל נעשה שימוש למטרת מסחר, הרי שעל המשתמש שלא כדין לשלם את ההפרש. זאת לנוכח הכלל שנקבע פעמים רבות, כי דמי השימוש הראויים שמשתמש מחויב בהם מכוח העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט צריכים לשקף את גובה טובת ההנאה שהפיק המשתמש ולא את שווי נזקו של הבעלים.**

---

<sup>5</sup> ע"א 244/72 פלנטקס בע"מ ואח' נ' THE WELLCOME FOUNDATION, פ"ד כז(29)2.

בע"א 3417-09 חלפון נ' קלימי ואח' מדובר היה בהשתלטות על בית שרובו היה שייד לתובע. התובע ביקש כי יעזבו את הבית ושילמו דמי שימוש (מעין שכירות) עבור הבית. בית המשפט קבע כי אכן הם צריכים לעזוב אולם התובע חייב להוכיח מהם דמי השכירות. אם לא הוכיח הוא לא יקבל תשלום וכך אמר השופט:

... זאת ועוד, לא הונחה כל תשתית עובדתית בנוגע לגובה שכר הדירה

שניתן היה לגבות בגין הדירה בתקופת האיחור. אין זה מסוג העניינים

הנתון בידיעתו השיפוטית של בית המשפט, כי אם נתון עובדתי הטעון

ראיה, שהנטל להוכיחו מוטל על כתפי הניזוק

כלומר בית המשפט לא יעריך את הנזק אם הניזוק לא יביא ראיות לגובה הנזק

### "זה נהנה וזה לא חסר" על פי הדין העברי

על יסוד סוגיית התלמוד הבבלי<sup>6</sup> נפסק כי "זה נהנה וזה לא חסר - פטור"<sup>7</sup>; משמע, קיומו של חסרון לתובע הינו תנאי לחובת ההשבה. המקרה הקלאסי, אשר בו דנה סוגיית התלמוד ועליו פסקו הפוסקים את פסיקתם, הוא של "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו". אדם הפולש לחצר חבירו הריקה, ללא ידיעתו וללא רשותו של חבירו, פטור מלשלם לו דמי שכירות, שכן זה (הפולש) נהנה, וזה (בעל הבית) לא חסר.

סוגיה נוספת לדוגמה בהמה אשר מזיקה באכילתה נחשבת למועדת, זאת אומרת שבאופן רגיל עלול להיגרם ממנה נזק, כאשר היא אוכלת את הראוי לה (פירות וירקות, להבדיל מכסות וכלים). כאשר הבהמה אוכלת ברשות הניזק-היחיד, חייב בעליה בתשלום נזקים שגרמה; כאשר אוכלת הבהמה ברשות הרבים, פטור בעליה מתשלום נזקה. אלא שאם נהנית, קרי, אם האכילה הייתה לתועלת ובעליה לא צריך עוד להאכילה, משלם בעליה על-פי מה שנהנתה. דהיינו, דעתו של רמי בר חמא היא כי אף שאין עילת חיוב בנזיקין, הרי שעצם ההנאה גורמת לחיוב בתשלום. לפיכך דעתו הינה כי במצב שבו זה נהנה וזה לא חסר - חייב. לעומתו, סבור האמורא רבא, כי אין ללמוד מן המשנה האמורה, שכן במקרה של המשנה סיבת החיוב הינה החיסרון שנגרם לבעל הפירות בשל אכילת הבהמה. במקרה שבו אין חסרון ואין נזק בפועל, סבור רבא שהנהנה יהיה פטור מלשלם. זו גם דעתו של רבי אמי, המובאת בהמשך הסוגיה: "וכי מה עשה לו, ומה חסרו ומה הזיקו?". לדעתם של אמוראים אלה, כדי שתקום עילה המחייבת תשלום, יש הכרח כי להנאה יצטרף נזק בפועל, חסרון לממונו של המזכה.

חשוב לשים לב לשלוש הבחנות עיקריות: ראשית, יש לזכור, כי המשפט העברי איננו מורה, כהלכה כללית, ש"זה נהנה וזה לא חסר - פטור". בתלמוד הבבלי התלבנה השאלה ביחס לסוגיה מצומצמת אחת: "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או

---

<sup>6</sup> בבא קמא כ, ע"א - כא, ע"א

<sup>7</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שסג, סעיף ו

אין צריך?<sup>8</sup>. ההלכה שנתגבשה קבעה "פטור", אך תחולתה של זו הוגבלה רק "חצר שאינה עומדת להשכרה"<sup>9</sup>. הרמב"ם, גזילה ואבידה, ג, ט[ב] מסכם הלכה זו כך: "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אע"פ שדרך הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה אינו חסר".

יש איפוא להיזהר מפני נקיטת אמת מידה גורפת של פטור מחובת השבה, כל אימת שהתעשרותו הבלתי מוצדקת של הזוכה איננה כרוכה בחסרונו של המזכה. כן יש להישמר מפני נטייה לקצוב את שיעור ההשבה על-פי מידת נזקו של המזכה, רק מפני שמתברר כי התעשרותו של הזוכה, אף שהייתה "על-חשבונו", הסבה לו רק נזק מועט<sup>10</sup>. גישה שכזאת עומדת בסתירה למבחנה העיקרי של עילת ההשבה: לא עצם נזקו של התובע ולא שיעור נזק זה הם המגבשים את עילת ההשבה, אלא התעשרותו הבלתי מוצדקת של הנתבע.

שנית, יש לשים לב, כי לפי תפיסת המשפט העברי משמעות הפטור איננו בבחינת מחילת חובה קיימת, אלא אומרים כאילו מראש לא היה חייב לעומת המשפט בישראל שאומר כי הוא חייב בעיקרון אבל פטור מהשבה. התוצאה בפועל היא אותה תוצאה שלישית, הקשורה לקודמת הנתבע צריך להוכיח כי עשה הכל בתום לב זאת ועוד: להלכת "זה נהנה וזה לא חסר" קבע המשפט העברי מגבלות. אחד מאלה, שהוא בעל חשיבות לענייננו, קובע, כי הזוכה לא יהיה פטור אם מחה (התלונן) המזכה בפניו: "שהדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו 'צא' ולא יצא - חייב ליתן לו כל שכרו"<sup>11</sup>.

הדעה השלטת במשפט העברי<sup>12</sup> גורסת כי משנגרם חסרון, ולו הקטן ביותר, מגלגלים על הנהנה את תשלום הנאתו כולה. האם נהיה רשאים להסתמך על שיטה זו ולפרש על פיה

---

<sup>8</sup> בבא קמא, כ, עא[א]

<sup>9</sup> נ"י רקובר, "עשיית עושר ולא במשפט (זה נהנה וזה לא חסר)" מחקרים וסקירות במשפט העברי מד (תשל"ז) 7

<sup>10</sup> שופט ברק, בד"נ 20/82 [7], בעמ' 282ב

<sup>11</sup> שו"ע, חו"מ, שסג, ס"ק ו[ג]

את החוק "בהסתמך על המשפט העברי"? אם השיטה במשפט העברי שעליה אנו מסתמכים היא זו שאנו דנים בה, הטעם לכך הוא שדי גם בנזק קטן כדי לייחס את הזכיה אל נכסי המהנה ועל-ידי כך לחייבו בכל התשלום כולו. לעומת זאת, אם שיקולים של צדק הם המנחים אותנו, קיימת אפשרות להגעה למסקנות שונות. ניתן יהיה לומר, שיש מקום לפטור את הזוכה מן ההשבה של מה שהוא יתר על החסרון, וניתן לטעון, שאם באה ההנאה בצירוף לנזקו של המהנה- יש להשיב את מלוא ההנאה.

---

<sup>12</sup> תוספות בבא קמא, כא, עא, ד"ה "ויהבי": תוספות כתובות, ל, עב, ד"ה "לא צריכא"; נמוקי יוסף בשם הריטב"א לסוגייה הנ"ל; הרשב"א, שם, בחידושיו, ועוד.

## השוואה מול החוק הישראלי

### **תפישת החיוב**

המושג "עשיית עושר ולא במשפט" שני פנים לו: האחד, ענף משפט נפרד ועצמאי המזין עצמו בעילות קנייניות ובעילות שמקורן בצדק ויושר (bono et aequo ex); והשני, שיקול לבר-משפטי המזין והמפרנס עילות שונות וענפים שונים במשפט, והוא בצד שיקולים לבר-משפטיים אחרים (כגון זה שהסכמים יש לכבד, שהמזיק ראוי שיפצה את הניזוק וכו')<sup>13</sup>.

במבוא להצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ח-11978, נאמר, כי "החוק המוצע מאמץ את גישת המשפט העברי בנקודות אחדות... הוא מאמץ את העקרון של 'זה נהנה וזה לא חסר' כשיקול לפטור את הנהנה מהשבה". הכוונה היא לאמור בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-21979:

האמנם יש ממש בהצהרה הנזכרת? או אפשר, שכוונתו של המחוקק היתה כך, אך מעשיו לא הגשימו כוונה זו? לדעת פרופסור פרידמן<sup>14</sup>, "לא נתקבלה ההגבלה מן המשפט העברי, לפיה צריכה הזכייה להיות כרוכה בחסרון של התובע (זה נהנה וזה לא חסר - פטור). במקום הגבלה על זכות התובע הפך הדבר שיקול אפשרי (אך לא הכרחי) לשלילת ההשבה כאמור בס' 2 לחוק". לעומת זאת סבור מ' מזוז<sup>15</sup>, כי אימוץ גישת המשפט העברי הוא תוכני ו"ברור שהמחוקק לא התכוון לשימוש במונח המילולי גרידא", ואף "שאינן כוונת הדברים כי בתי המשפט מחויבים לפרש עקרון זה על-פי כל גדריו, סייגיו ודקדוקיו במשפט

---

<sup>13</sup> א' זמיר "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד" **משפטים כ"ו 359, תשנ"ו**

<sup>14</sup> ד' פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (הוצאת בורסי - ח.ש. פרץ, תשמ"ב) 16.

<sup>15</sup> מ' מזוז, "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת" **משפטים י (תש"מ) 487, 508**.

העברי", "לא למותר יהא אם יתנו בתי המשפט את דעתם לאמור בעניין זה במשפט העברי, המכיל ספרות עשירה, בהיקף ובמחשבה, בסוגיה זו".

הבדלי הגישה, שבין פרידמן לבין מזוז, יכולים להתפרש לאור העמדות שהם נוקטים כלפי ההבחנה בין שלילתה של הזכות מכל וכל כאשר התובע איננו חסר, ובין מתן שיקול דעת לבית המשפט לפטור זוכה מן ההשבה בהתקיימן של נסיבות אלה. לדעת בכריהו ליפשיץ<sup>16</sup> מערכת השיקולים של השיטה האחת יכולה להיות יפה גם כלפי האחרת על מנת להדריך אותה בפרשנותה, ויש מקום להיזקק לשיטת המשפט העברי לצורך פרשנותו של סעיף 2 לחוק. רק הצבעה על עמדות בסיסיות שונות בתכלית, המובילות בהכרח אל נקודות יעד שונות, יש בה כדי לשלול את האפשרות ללמוד מן השיטה האחת ולהשליך על האחרת

בולטת לעין העובדה, שהפטור בסעיף 2 אינו אבסולוטי במובן זה שהוא נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, כלומר "רשותו" של בית המשפט ולא "זכותו" של הנתבע שהיא למעשה זכות בסיסית במשפט העברי. לכאורה, ניתן לטעון, זוהי הבחנת סרק. שאין לה נפקות של ממש, שהרי מקום שבית המשפט ימצא שצודק לפטור את הזוכה מהשבה הוא יקבע שמצא שהנסיבות "עושות את ההשבה בלתי צודקת"; ומאידך גיסא, מקום שבית המשפט לא ימצא שצודק לפטור את הזוכה, הרי לא יקבע שקיימות נסיבות כאמור, אך למרות זאת הוא משתמש בשיקול דעתו ואינו מעניק פטור, אלא חזקה עליו שיאמר שלא מצא שקיימות, נסיבות כאלה. ואם כן, מה רבותא יש בכך שנאמר שבית המשפט "רשאי לפטור" ולא נאמר, שבית המשפט "יפטור", או "חייב לפטור" ?

אף שדברים אלה נכונים כשלעצמם אין הם מדויקים, ועדיין יש השלכות חשובות לשיקול הדעת הנתון לבית המשפט בסעיף 2.

קיומן של נסיבות "העושות את ההשבה בלתי צודקת" אינו שולל מעיקרו את היווצרות עילת התביעה להשבה על-פי סעיף 1. חובת ההשבה לפי סעיף 1 אינה מותנית בכך

---

<sup>16</sup> ב' ליפשיץ 'זה נהנה וזה לא חסר' - 'זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה' עמוד 5

שההשבה תהא צודקת, אלא שבנסיבות שבהן ההשבה בלתי מוצדקת רשאי בית המשפט, אך אינו חייב, לפטור מחובת ההשבה. חובת ההשבה נוצרת, על-פי סעיף 1, עם מעבר הזכייה לידי הזוכה, היינו עם אירוע "ההתעשרות", ואילו הפטור נוצר רק עם החלטת בית המשפט הקובעת שקיימות נסיבות המצדיקות פטור. משמעות הדברים היא, שהחלטה כאמור של בית המשפט היא בעלת תוקף קונסטיטוטיובי, היינו, יוצרת את הפטור ואינה רק מכריזה עליו. או במלים אחרות - הפטור נוצר מכוח החלטת בית המשפט, ולא מכוח קיומה של איזו מערכת עובדות המצדיקה את הענקתו. לפיכך, הזוכה לא יהא רשאי לראות עצמו פטור מלהשיב את הזכייה בהתקיים נסיבות כאמור בסעיף 2 כל עוד אין בידו החלטה של בית משפט הקובעת כן, וזאת, מפני שהחלטה כזו היא, כאמור, קונסטיטוטיובית, הצופה פני עתיד, ולא דקלרטיבית, המכריזה על זכות שכבר קיימת בידו. ולכן, למשל, רשאי יהיה המזכה לקזז חוב שהוא חב לזוכה כנגד הזכייה שבידה אף אם, עובדתית, קיימות נסיבות, שברור לכל, שהן מצדיקות פטור, וזאת כל עוד לא החליט בית משפט כך.

בשתי המערכות אנו מניחים על קיומו של חיוב, ובשתייהן אנו מכירים בפטור מן החיוב בנסיבות מסוימות, שרק אחת מהן היא המקרה שזה נהנה וזה לא חסר. ההנחה, שלפעמים מוכן המהנה למחול על התמורה המגיעה לו מן הנהנה, משקפת, למעשה, את התחושה, שבאותם מקרים מן הראוי היה שהמהנה אכן ימחול ויוותר על מה שמגיע לו, ומכיון שכך, החוק מייחס לו מידה טובה זו. אך בעוד שעל-פי המשפט העברי מיוחסת הכוונה למחול למזכה, משאיר החוק את ההכרעה בכך לבית המשפט, כדי שבאותן נסיבות שימצא לנכון ימחול הוא לזוכה.<sup>17</sup>

אך, למרות קיומן של נקודות דמיון אלה, הרי הטכניקה השונה הננקטת על-ידי שתי השיטות הללו תוביל לתוצאות שונות: כגון, במקרה שבו יתברר ללא ספק שאין כוונת המזכה למחול, ואף-על-פי-כן יוכל השופט על-פי חוק לפטור את הנהנה. ההבחנה היא

---

<sup>17</sup> ב' ליפשיץ 'זה נהנה וזה לא חסר' - 'זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה'? עמוד 5



איפוא, במידה מרובה, בין המבחן הסובייקטיבי יותר, הנקט על-ידי שיטה זו שבמשפט העברי, לבין המבחן האובייקטיבי יותר, הקבוע בחוק.<sup>18</sup>

צורת הסתכלות אחרת רואה את העדר החסרון אצל המהנה לא כשוללת את הזיקה שיש להנאה אל ממנו של המהנה, כפי שהציגה זאת הגישה הראשונה, דהיינו, שאז אין לומר שהיא באה ממנו, אלא שהנאה ללא חסרון המזכה - אינה של המזכה. וזאת לא משום שההנאה לא באה מן המהנה, אלא למרות שהיא מוכרת כבאה ממנו אין היא מזכה בתשלומים וזאת מן הטעם שהנאה זו היא עמומה באופן יחסי ביחס למזכה, ועל-כן אין הוא זכאי להשבתה. הדבר דומה למי שהדליק נר בנרו של חברו, שלא נמצאת השלהבת חסרה. ואכן הדין קובע, שאין איסור מעילה בשלהבת. דעה זו רואה את ההנאה שנהנה הזוכה בנכס של המזכה, המצוי בידי של הזוכה, ושעל-כן זכאי הוא להשבתו, או להשבת תמורתו. אך ההנאה נחשבת כנכס של המזכה רק אם נחסר ממנו דבר בעת קבלתה אצל הזוכה.

החיוב לשלם אינו נובע מהתחייבותו של הזוכה לשלם, ולא מחמת נזק שגרם, אלא מחמת מה שקיבל, דהיינו - מחמת מה שמצוי אצלו, או תחליפו, ושאיננו שייך לו, וזאת בניגוד למשפט הישראלי המושתת על דיני הקניין ודיני הנזיקין על פיהם ניתן לתבוע בכל מצב. טענת ממוני (או תחליפו) גבך יסודה בדיני הקניין, ולא בדיני החיובים. ועל-כל-פנים, אין יסודה בהכרה שמן הצדק הוא שהנהנה מחבירו ישיב לו את הנאתו או את שוויה, ואין די בקביעה, שהזכיה באה לזוכה מן המזכה. ההנאה מצל המוטל מכותל הזולת דומה לזכיה שיש לבעל מקרקעין ששכנו השביח את חלקתו. לפי החוק זכאי המהנה להשבת הזכיה, אלא שרשאי בית המשפט, לפי שיקול דעתו, לפטור את הזוכה מן ההשבה. כך, מתבלט בבהירות ההבדל שיש בין גישת החוק לבין שיטה זו שבמשפט העברי. גם במקרה זה רואה המשפט העברי את החסרון כמעמיד את הזכות להשבה, ואילו המשפט הישראלי רואה את העדר החסרון רק כשיקול אפשרי לפטור מן התשלומין, ולא כפוגע בעצם הזכות.

---

<sup>18</sup> ב' ליפשיץ 'זה נהנה וזה לא חסר' - 'זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה' עמוד 5

## ”כופין על מידת סדום”

סדום היתה עיר בימי התנ”ך בה גרו אנשים שהמאפיין העיקרי שלהם היה רוע לב. גם אם הדבר לא היה על חשבונם, הם לא היו מוכנים לתת לאחר אוכל וכד’. כאשר באו אורחים ללוט והוא האכיל אותם, אנשי העיר ראו בכך בגידה בעקרונותיהם ולא עזרו תחנוניו של לוט- הם לא הרפו ממנו, ועל כך נענשו.<sup>19</sup>

הבדל ניכר בין המשפטי הישראלי לעברי הוא מידת הכפייה לעשות צדקה וחסד כאשר במשפט הישראלי לא מכריחים אדם לתת צדקה ואילו במשפט העברי כן.

משמעות הכלל היא שיש סמכות לבית הדין לכפות אדם שלא לנהוג כאנשי סדום שהתנגדו לכל מעשה אשר עשוי היה להיטיב עם הזולת, גם אם לא היה נגרם להם חסרון או טורח כלשהו<sup>20</sup>

בעלי התוספות כורכים את שני הכללים יחדיו, באומרים:

”הא דכופין [=זה שכופין] על מידת סדום בזה נהנה וזה לא חסר, היינו בשכבר דר

בחצר חבירו, שאינו מעלה לו שכר, אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא ייכנס

לדור בביתו אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא [=בחצר שלא עומדת להשכרה]...”<sup>21</sup>

משמעותה של גישה זו, אשר כורכת את הכלל 'זה נהנה וזה לא חסר' עם הכלל 'כופין על מידת סדום' - שאיננה מוכרחת מן התלמוד הבבלי - כי מעיקרו של הדין מחויב הנהנה לשלם למזכה את דמי הנאתו, מחמת עצם קיומה של ההנאה. אלא שהעובדה שהמזכה לא חסר דבר מהנאתו של הנהנה, הופכת אותו למי שנוקט ב'מידת סדום' אם יעמוד על דרישתו לקבלת דמי ההנאה [=שווי הזכייה]; על כן, משום הכלל של 'כופין על מידת סדום' - פטור הנהנה מלשלם.

---

<sup>19</sup> יוספה רחמן "הסיפור על סדום ועמורה בראי הפרשנות המסורתית בתוך המקרא בראי מפרשיו" ספר זיכרון לשרה קמין הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית,

ירושלים עמוד 2-3

<sup>20</sup> בבלי, כתובות קג, ע"א

<sup>21</sup> תוספות, בבא בתרא יב, ע"ב, ד"ה "כגון"

### מתי יבוא דרך פירוש זו של עמדת המשפט העברי לידי ביטוי מעשי?

הכלל 'כופין על מידת סדום' יחול רק כאשר דרישתו של המזכה לתשלום הינה בשרירות לב מוחלטת. ואולם, כאשר רכושו של המזכה חסר חסרון כלשהו, אף אם חסרון מועט אשר איננו מקים עילת תביעה בדיני הנזיקין, לא ניתן יהיה עוד לכנות את ציפייתו לתשלום כ'מידת סדום'. כך קובע בעל 'קצות החושן', כי "כל שחסר קצת, ומיעוטא דמיעוטא נמי, תו לא הוי [=אינו נחשב עוד] ממידת סדום"<sup>22</sup>. על כן, כאשר האחד נהנה והשני חסר ולו גם 'מיעוטא דמיעוטא', הרי שגם אם לא התגבשה עילת תביעה בנזיקין, ייתכן לומר כי הנהנה יהיה חייב בתשלום.

ההבדלים בין דיני עשיית עושר על פי החוק לעומת על פי הדין העברי היא בכך ש"התעשרות תיחשב לבלתי צודקת בהתקיים יסוד נוסף". יש צורך ב'דבר נוסף' כדי לקבוע שמעשה מסוים מקים עילת תביעה על-פי החוק. אף לדרכו של המשפט העברי, בנתיב בו הלכנו אנו, משיצאה תביעתם של התובעים מכללה של 'מידת סדום', הרי שיחול העיקרון הכללי, חובת השבה בהתאם לסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. עצם ההנאה מרכוש הזולת מקימה זכות תביעה.

דגן<sup>23</sup> מציג הבחנה בין המשפט המערבי המודרני, הקובע חובת השבה ללא סייג, לבין האתוס העומד מאחורי גישתו של המשפט העברי לסוגיה, המבטא גישה של צדק חלוקתי ואחריות קהילתית. לדבריו, גישתו זו של המשפט העברי, "אינה מכוונת להשוואת העושר בחברה, אלא לסיפוקם של צורכיהם החיוניים של הנזקקים"<sup>24</sup>. הפטור מחובת השבה במקרה של "זה נהנה וזה לא חסר", עניינו במצבים כגון "הדר בחצר חברו שלא מדעתו".

---

<sup>22</sup> חושן משפט, סימן קנד, סעיף קטן א; רבי אריה לייב הכהן, פולין, המאה ה-18 - 19

<sup>23</sup> ח' דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם", משפט והיסטוריה 165 - 190 (ד' גוטוין ומ'

מאוטנר עורכים, תשנ"ח

<sup>24</sup> שם, בעמוד 188

הנאתו של אותו 'הומלס' חסר-בית באה לידי ביטוי במילוי צרכיו החיוניים, מבלי שבעל הבית חסר דבר. במקרה שכזה, קובע המשפט העברי פטור מהשבה. על-פי דרך זו, מובן היטב גם החריג לכלל, המחייב השבה במצב של הפקת רווחים מרכוש הזולת. הפקת רווחים, התעשרות פוזיטיבית, יש להניח שאיננה נכנסת בגדר של סיפוק צרכים חיוניים: "כאשר הזוכה התעשר בפועל, מניח המשפט שאין עוד סיבה (כזו הנעוצה בצורך) שלא יחלוק רווחיו עם המזכה, שממשאביו הופק הרווח. אמנם התעשרות חיובית, כאמור, אינה ראייה ישירה לשאלת הצורך או העדרו; אך יש בה כדי ראייה נסיבתית מסוימת להעדר צורך"<sup>25</sup>

מכאן ניתן להסיק כי הפקת רווחים, ובוודאי רווחים עיסקיים, לא ראוי לה לחסות תחת הוראת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, ולפי טיבה אין הצדקה לפטור מהשבה לגביה. לא להנאה שכזו נועד הפטור על-פי הכלל 'זה נהנה וזה לא חסר'.

חריג נוסף לכלל "זה נהנה וזה לא חסר" מצוי במשנת "השוכר פרה מחברו"<sup>26</sup>:

השוכר פרה מחבירו, והשאלה לאחר, ומתה כדרכה - ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר. אמר רבי יוסי: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו? אלא תחזור פרה לבעלים

על-פי המשנה, פטור שוכר הבהמה מלשלם לבעלים אם זו "מתה כדרכה" - מתה מוות טבעי (שכן לא נהנה מן המושכר, ולמעשה הופר הסכם השכירות). על שואל פרה מוטלת אחריות מוגברת ביחס לשוכר, והוא חייב לשלם את דמי הפרה, גם אם לא התרשל כלל ומותה של הפרה היה כדרכה (שכן השואל כמוהו כלווה הנכנס בנעלי הבעלים). כלומר, נוצר המצב האבסורדי שבו במצב שבו שוכר הפרה השאלה לאדם אחר, ואצל השואל מתה הפרה כדרכה, על פי המשנה, השואל ישלם את דמי הפרה לשוכר, ואילו השוכר אינו חייב לשלם את דמי השכירות למשכיר (בעל הפרה). רבי יוסי תוהה על מצב הלכתי זה, ועל

---

<sup>25</sup> שם, עמוד 186

<sup>26</sup> בבא מציעא, לה, עמוד ב'

כן ההלכה נפסקה בהתאם לעמדתו של רבי יוסי, לפיה על השוכר להעביר את דמי השכירות לבעלים.

בהתאם לכלל זה של "השוכר פרה מחברו", נאסר על אדם לעשות רווח ברכוש חברו שלא בדעתו (כלומר גם אם השוכר לכאורה "לא חסר" שכן לא היה זכאי לדמי שכירות במצב זה, לא ייתכן שהשואל "ינהנה" על חשבוננו), והכלל "זה נהנה וזה לא חסר" צומצם למצבים שבהם הנאתו של הנהנה אינה באה לידי ביטוי בהפקה פוזיטיבית של רווחים כספיים ממשיים<sup>27</sup>:

"רק כשאנו באים לחייב משום נהנה דהוא משום משתמש בממון חברו - צריך שהשימוש יפגע קצת גם אצל בעל הממון. אבל אם ממונו גרם הוספת דבר בעולם, הדין שיזכה בעל הממון בדבר הנוסף.

---

<sup>27</sup>[http://he.wikipedia.org/wiki/נהנה\\_זו\\_לא\\_רוח](http://he.wikipedia.org/wiki/נהנה_זו_לא_רוח)

## סיכום

העבודה הנוכחית עסקה בהשוואת הפטור של סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט יחסית לדין העברי של "זה נהנה וזה לא חסר". סעיף 2 מעניק לבית המשפט סמכות לפטור מחובת ההשבה מקום שראה "נסיבות העושות את ההשבה בלתי-צודקת". בצד הגדרה כללית זו מונה הסעיף דוגמה אחת לנסיבות כאלה, מקום שה "זכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה".

בבסיסו, בהיותו שיטת משפט המכירה בזכויות קנייניות של הפרט, מחייב המשפט העברי כל מזיק לשלם לניזק את דמי נזקו. פשוט וברור לחכמי התלמוד כי הנהנה מממון זולתו תוך שגורם לו חסרון - "זה נהנה וזה חסר" - חייב לשלם (תלמוד בבלי, בבא קמא, כ ע"א). יתר על כן, הפקת רווח מרכושו של הזולת מחייבת בתשלום, אף כשאין בצידה גרימת נזק לבעל הרכוש, שהרי "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו" (משנה, בבא מציעא, ג, ב). גם במישור היחסים שבין אדם לרשות, עם זאת שהמשפט העברי מכיר בסמכותה של הרשות להפקיע את קניינו של היחיד לצרכיה, אין זאת אלא בכפוף לתשלום תמורה מלאה: "ולוקח [המלך] השדות והזיתים והכרמים לעבדיו כשילכו למלחמה... ונותן דמיהם" (רמב"ם, הלכות מלכים ומלחמות, ד, ו).

בעניין זה הלך המחוקק בעקבות העיקרון הידוע במשפט העברי בשם "זה נהנה וזה אינו חסר". אם נמיר מונח זה ללשון החוק נאמר, שהמדובר במקרה שאדם אכן "התעשר" על חשבון זולתו, אלא ש"התעשרות" זו לא גרעה במאומה "מעושרו" של אותו זולת בבחינת נר המדליק מנר ואינו חסר. במקרה כזה נקודה המוצא של המחוקק היא, שהעובדה שהמזכה לא חסר ולא כלום מהווה הצדקה לשחרור הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1. יחד עם זאת, הותיר המחוקק לבית המשפט שיקול-דעת שלא לפטור, במקרים מתאימים, את הזוכה אף שהמזכה לא העני מן הזכייה.

עיקרון זה אף שהוא פשוט להבנה, הוא קשה להפעלה. לא קל לענות על השאלה, מתי רואים את המזכה כמי שאינו חסר כתוצאה מהזכייה, שכן מהבחינה האובייקטיבית הטהורה קשה, אם לא בלתי אפשרי, לתאר מצב כזה. ולכן השאלה למעשה היא משפטית-

ערכית : איזה חסרון במובל האובייקטיבי לא ייחשב "חסרון" לצורך חובת ההשבה. סוגיה זו כורכת, בתוכה בעיות והבחנות שונות אולם בעיקרון אנו רואים כי המשפט העברי דומה מאוד לחוק הישראלי מבחינת הרצון להיות הגיוני ומוסרי יצוין כי סקירת הפסיקה המועטה שהיתה בנושא זה העלתה כי אכן לא נטו לחייב את הנהנה בכל הסכום ולרוב אף לא בחלקו בפסיקה הישראלית.

## ביבליוגרפיה

### **מקורות אקדמיים**

- א' ברק, "חקיקה שיפוטית" **משפטים** יג (תשמ"ג-מ"ד) 25,
- א' זמיר "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד" **משפטים כ"ו** 359, **תשנ"ו**
- ב' ליפשיץ 'זה נהנה וזה לא חסר' - 'זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה'?
- ג' טדסקי, "היבטים לעשיית עושר" **משפטים** יא (תשמ"א) 385,
- ד' פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (הוצאת בורסי - ח.ש. פרץ, תשמ"ב) 1
- ה' בלס **עשיית עושר ולא במשפט** 53 - 73, חוק לישראל (נ' רקובר, עורך, תשנ"ב)
- ו' מזוז, "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת- סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979" **משפטים** י (תש"מ) 487, 516
- ז' רקובר, "עשיית עושר ולא במשפט (זה נהנה וזה לא חסר" **מחקרים וסקירות במשפט העברי** מד (תשל"ז) 7
- ח' אלבק, **דיני הממונות בתלמוד** (תשל"ו) 192

### **מקורות תורניים**

גמרא

משנה תורה לרמב"ם

שולחן ערוך



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 09-3417-09 חלפון נ' קלימי ואח'

לפני כב' השופט משה יועד הכהן

המערערים

1. אשר חלפון

2. גילדה חלפון

3. גד חלפון

4. גולן חלפון

ע"י ב"כ עוה"ד א' יעקב

נגד

המשיבים

1. עמרם קלימי

2. רחל קלימי

ע"י ב"כ עוה"ד ר' דובר

3. נווה מיכאל מושב עובדים בע"מ

4. מינהל מקרקעי ישראל

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

5. הסוכנות היהודית לארץ ישראל

ע"י ב"כ עוה"ד א' נוי-ריינהורן (הלשכה המשפטית)

לפסק-דין בשלום (06-08-2009): [תא 6778/02](#) עמרם קלימי נ' אשר חלפון שופטים: יחזקאל ברקלי, עו"ד: רוני דובר, פרקליטות מחוז ירושלים, אילת נוי ריינהורן

מיני-רציו:

\* בדין הורה בימ"ש קמא על סילוק ידם של המערערים מ"בית המריבה", המצוי בגבול שבין חלקות הצדדים במושב. ואולם, המשיבים לא טרחו להביא כל ראיה באשר לגובה דמי השכירות הראויים. שעה שעל פניו ניתן היה בנקל להוכיח את גובה דמי השימוש הראויים, לא היה מקום לפסוק למשיבים דמי שימוש ראויים על דרך האומדנא.

\* עשיית עושר ולא במשפט – דמי שכירות ראויים – חיוב מסיג גבול בתשלומם

\* עשיית עושר ולא במשפט – דמי שימוש – זכאות

\* מקרקעין – הסגת גבול – פינוי

הצדדים מתגוררים במושב נווה מיכאל. המדובר בסכסוך שכנים על המקום בו אמור לעבור הגבול בין חלקותיהם. המשיבים הגישו תביעה לסילוק ידם של המערערים, שכניהם, מבית המריבה המצוי בגבול שבין חלקות הצדדים, ובו מחזיקים כיום ילדי המערערים, וכן לתשלום דמי שימוש ראויים עבור השימוש בו מאז שנת 1996. בימ"ש קמא קיבל את התביעה, הורה על סילוק ידם של המערערים מבית המריבה וכן על תשלום דמי שימוש ראויים למשיבים. מכאן הערעור.

ביהמ"ש המחוזי דחה את הערעור בכל הנוגע לסילוק היד מבית המריבה, וקיבלו בכל הנוגע לתשלום דמי השימוש:

מסגרת ההחזקה בנחלות במושב מושתתת על מערכת הסכמים, כדלקמן: המשיב 4, מינהל מקרקעי ישראל, הבעלים של אדמות המושב, מחכיר למשיבה 5, הסוכנות היהודית, את האדמות, בחוזים תלת שנתיים מתחדשים. למושב ניתנה זכות של בר רשות באדמות והוא אשר העניק את זכות בר הרשות לצדדים להחזיק בחלקותיהם.

המערערים הינם ברי הרשות במשק 51 והמשיבים הינם ברי הרשות במשק 50. המחלוקת היא בשאלה היכן עובר הגבול שבין החלקות, וכפועל יוצא מכך, בשאלה האם בית המריבה מצוי בשטח של המערערים או של המשיבים. הצדדים הסכימו למינוי מינוי מודד אשר יתייחס בחוות דעתו לגודל החלקות 50 ו-51 ולמיקומן במועדים היסטוריים שונים ונכון להיום.

חוות דעתו של המומחה שמינה ביהמ"ש מספקת תשובה ברורה וחד משמעית לשאלת הגבולות. ע"פ חוות הדעת, לפי שלוש המפות הרלבנטיות, רוב הבית מצוי בשטח של המשיבים. במצב דברים זה, ובהיעדר כל ראיה לסתור את חוות הדעת מצד המערערים, אין כל סיבה שלא לקבל את ממצאי חוות דעתו של המומחה, אשר מונה לבקשת הצדדים ובהסכמתם.

אם כן, מסקנתו של בימ"ש קמא כי הבית עיקרו נמצא בשטח של המשיבים ומשכך יש להורות על סילוק ידם של המערערים ממנו, בדין יסודה. ואולם, לעניין פסיקת דמי השימוש למשיבים, אין בידו ביהמ"ש להסכים עם קביעתו של בימ"ש קמא.

אכן, כפועל יוצא של הקביעה כי בית המריבה הוחזק ע"י המערערים שלא כדין מאז שנת '96, זכאים המשיבים במישור העקרוני לדמי שימוש ראויים. אולם, לא היה בכך כדי לפטור את המשיבים מחובתם להוכיח את גובה דמי השימוש להם הם זכאים – וזאת לא עשו.

לא למותר לציין, כי את המומחה שמונה ניתן היה להסמך גם להעריך את גובה דמי השכירות הראויים של המבנה. לחילופין, היה על המשיבים להביא ראיה אחרת באשר לגובה דמי השכירות, אם בדרך של הבאת חוות דעת מומחה מטעמם, או בדרך אחרת. אולם, המשיבים לא פעלו כך ולא טרחו להביא כל ראיה באשר לגובה דמי השכירות.

במצב דברים זה, לא היה מקום לפסוק דמי שימוש ראויים על דרך האומדנא. כידוע, הדרך לחישוב דמי שימוש ראויים הינה ע"י הערכת דמי השכירות הראויים שצדדים סבירים היו מגיעים אליהם, בהסכמה, בדרך של מו"מ חופשי. פסיקה על דרך האומדנא שמורה רק לאותם מקרים שבהם, לאור טבעו וטיבו

של הנזק, קשה להוכיח בדיוקנות ובוודאות את מידת הנזק ואת שיעור הפיצויים. לא כך בענייננו, שעה שעל פניו ניתן היה בנקל להוכיח את גובה דמי השימוש הראויים.

## פסק דין

### פללי

1. ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים, כב' השופט י' ברקלי, מיום 6.8.09, שניתן במסגרת [ת.א.6778/02](#) [פורסם בנבו] (להלן: "פסק הדין").
2. עניינו של התיק אשר נדון בבית משפט קמא, הינו תביעת המשיבים 1 ו-2 (התובעים) (להלן: "המשיבים") לסילוק ידם של המערערים, שכניהם, מבית המריבה המצוי בגבול שבין חלקות המערערים והמשיבים (להלן- "בית המריבה" וגם "הבית"), וכן לתשלום דמי שימוש ראויים עבור השימוש בו מאז שנת 1996. בית משפט קמא קיבל את התביעה, הורה על סילוק ידם של המערערים מבית המריבה וכן על תשלום דמי שימוש ראויים למשיבים.
3. דין הערעור להידחות בכל הנוגע לטענות המערערים לגבי הצו לסילוק יד מבית המריבה ולהתקבל בכל הנוגע לתשלום דמי השימוש למשיבים, הכל מן הטעמים שיפורטו להלן.

### פסק דינו של בית משפט קמא

4. הצדדים מתגוררים במושב נווה מיכאל (לשעבר רוגלית), המשיב 3 (להלן: "המושב"), בחלקות סמוכות. המערערים מחזיקים כברי רשות בחלקה 51 והמשיבים מחזיקים כברי רשות בחלקה 50 הגובלת בה. המדובר בסכסוך שכנים על המקום בו אמור לעבור הגבול בין חלקותיהם.
5. במוקד הסכסוך נמצא בית המריבה, בו מחזיקים כיום ילדיהם של המערערים (המערערים 3 ו-4), אשר קיימת לגביו מחלוקת אם הוא מצוי בחלקת המערערים או המשיבים.
6. לשם הבנת התמונה העובדתית הכוללת שביסוד הערעור, יש להקדים ולומר, כי מסגרת ההחזקה בנחלות במושב מושתתת על מערכת הסכמים, כדלקמן. המשיב 4, מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל"), הבעלים של אדמות המושב, מחכיר למשיבה 5, הסוכנות היהודית (להלן: "הסוכנות") את האדמות, בחוזים תלת שנתיים מתחדשים. למושב ניתנה זכות של בר רשות באדמות והוא אשר העניק את זכות בר הרשות לצדדים להחזיק בחלקותיהם.

### גרסת המשיבים (התובעים) בבית משפט קמא

7. לטענת המשיבים (בבית משפט קמא), עד שהמושב עבר הליך פרצלציה, התגוררו המערערים והמשיבים במתחם שסומן אז כחלקה 50, כאשר המשיבים התגוררו בביתם הנוכחי ואילו המערערים התגוררו בבית המריבה.

8. בסוף שנות ה-80, החלו המושב, המינהל והסוכנות לתכנן את שטחו של המושב ולהסדיר את חלוקת הקרקעות, באמצעות תב"ע מי/444א. בעקבות זאת, שונתה החלוקה כך שבית המריבה נכלל בתחום נחלת המשיבים, למעט קצהו הגולש לתחום נחלת המערערים, ואילו המערערים קיבלו שטח נפרד ובית אחר, המוגדרים כיום כמשק 51.

9. בעקבות שינויים אלה, היה על המערערים לפנות את המבנה. ואכן, עם סיום בניית ביתם החדש, בשנת 1993, עברו המערערים לבית החדש ופינו את המבנה. אולם, בתחילת 94' פנו המערערים אל המשיבים וביקשו רשות מהם לשכן בבית המריבה את בנם החייל, לתקופה של שנה וללא תשלום דמי שכירות, עד שיבנו לו יחידת דיור נפרדת מתחת לביתם החדש. המשיבים הסכימו לבקשה, מתוך מחווה של רצון טוב, לשיטתם. ואולם, לטענת המשיבים, המערערים ניצלו את טוב ליבם והשכירו את הבית לאחרים, ללא ידיעתם, כך למעשה עד היום. כל זאת, חרף דרישות המשיבים לפנות את הבית ומכתבי התראה שנשלחו מצדם את המערערים. עוד טענו המשיבים, כי המערערים השתמשו גם בשטח שסביב למבנה, המצוי בשטחם (של המשיבים), בנו שם סככה ומשכו קו חשמל מבית המריבה לביתם החדש שבמגרש 51.

10. לפיכך, טענו המשיבים כי הם זכאים לקבלת סעד של סילוק יד המערערים מבית המריבה ומהשטח שסביבו. כמו כן, עתרו המשיבים לקבל דמי שימוש ראויים בסך של 1,500 ₪ לחודש, בהתאם לשכירות המקובלת באיזור, עבור התקופה שמאז 96', במהלכה החזיקו המערערים, שלא כדין וללא הסכמת המשיבים, בבית.

#### גרסת המערערים (הנתבעים) בבית משפט קמא

11. למערערים, מטבע הדברים, היתה עמדה שונה לחלוטין. לשיטתם, בית המריבה מעולם לא הועבר לרשות המשיבים. לכתב ההגנה שהוגש מטעמם, צירפו המערערים צילום מפה משנת 78' המשקפת לטענתם את אמיתות גרסתם ביחס לגבול העובר בין שני המשקים.

12. עוד טענו המערערים, כי למשיב 1 כוח והשפעה במושב, שנוצלו על ידו לרעה, ובאמצעותם ערך שינויים בתוכניות החלוקה. לפיכך, טענו המערערים, כי שינויים אלה אינם חלים עליהם מאחר שלא ניתן אישורם לכך ואין בהם כדי לשנות מזכויותיהם הקנייניות.

#### עמדות יתר הצדדים בבית משפט קמא

13. המינהל הודיע לבית משפט קמא כי לפי תב"ע מי/444א, שהיא התוכנית העדכנית החלה על המושב, בית המריבה נכלל כולו בשטח מגרש 50 (של המשיבים) וכי הוא מקבל את גבולות המגרשים כפי שנקבעו בתב"ע זו.

14. הסוכנות הודיעה, כי היא אינה מתערבת בסכסוכי גבולות ותכבד כל החלטה שתתקבל. בהמשך, הגישה הודעה נוספת, בה התייחסה לגבולות המופיעים בתוכניות היסטוריות

שהוצאו מטעמה, וטענה, כי החלוקה שנעשתה בהן, הייתה ראשונית והיא איננה מחייבת. לשיטתה, תוכניות המתאר (תב"ע) הן הקובעות והמחייבות.

15. הצדדים הגיעו להסכמה דיונית בבית משפט קמא, כי ההכרעה בתביעה תינתן על סמך התוכניות, טיעונים משפטיים והחומר הקיים בתיק, וללא שמיעת עדים.

16. כמו כן, מונה, לבקשת הצדדים, מודד מוסכם כמומחה מטעם בית המשפט (להלן: "המומחה"). ממצאי חוות דעתו של המומחה, מיום 11.3.07, העלו, כי לאורך השנים הונפקו 3 מפות: מפת הסוכנות, מפת תב"ע מי/444 מ-83 ומפת התב"ע האחרונה, מ-96. כל שלוש המפות, על פי המומחה, מראות כי קו הגבול חותך את בית המריבה, באופן כזה שרובו מצוי בשטחם של המשיבים, על חלקה 50.

### **הכרעת בית משפט קמא**

17. בפסק דינו, קבע בית משפט קמא כי ממצאי חוות דעת המומחה מבוססים על מפות ותוכניות קיימות שהתקבלו מרשויות התכנון. בהיעדר ראיות לסתור, לא מצא בית משפט קמא עילה לסטות מחוות הדעת. משכך, קבע בית משפט קמא כי יש לקבל את התביעה.

18. בית משפט קמא ציין בפסק דינו, כי הוא אינו מוצא ממש בטענות המערערים להרחבת חזית מצדם של המשיבים ולשינוי עילת התביעה, כמו גם בטענות שהופנו כלפי רשויות התכנון אשר ערכו, לטענת המערערים, חלוקה מוטעית.

19. עוד הוסיף בית משפט קמא, בהתייחס למפה אשר צורפה לכתב ההגנה שהוגש מטעם המערערים, כי משקלה הראייתי אפסי, שכן מקורה לא ידוע. למעלה מכך, גם אם יונח כי מפה זו שיקפה חלוקה כלשהי בעבר, הרי שכיום, משנקבעה חלוקה תכנונית חדשה, הרי שזו מחקה את החלוקה הקודמת.

20. לפיכך, קבע בית משפט קמא, כי על המערערים לפנות את בית המריבה ולהחזירו לידי המשיבים.

21. כמו כן, קיבל בית משפט קמא גם את תביעת המשיבים לקבלת דמי שימוש ראויים בבית, עבור התקופה שמאז 96. עם זאת, מאחר שהמשיבים לא הגישו חוות דעת מומחה ולא הביאו כל ראיה להוכחת גובה דמי השימוש שנתבעו על ידם (1,500 ₪ לחודש), קבע בית משפט קמא, על דרך האומדן, סכום של 700 ₪ לחודש ובסה"כ – פיצוי בסך של 115,500 ₪ לכל התקופה.

### **עיקרי טענות הצדדים בערעור**

22. לטענת המערערים, נפלו מספר שגיאות בפסק דינו של בית משפט קמא. אציין, כי לא עלה בידי לרדת לסוף דעתם של המערערים לגבי חלק מהטענות שהועלו על ידם. עיקרי הטענות הם אלה:

- א. לטענת המערערים, טעה בית משפט קמא משהתעלם מקיומה של הודאת בעל דין, הסותרת את ממצאי המומחה. לשיטתם, המשיבים הודו בכתב התביעה (סעיף 4) כי עד שנת 96' היה בית המריבה בבעלות המערערים, אולם התב"ע מ-96' שינתה את הגבולות, כך שהבית נכנס לשטחם. לעומת זאת, המומחה קבע בחוות דעתו כי הגבול נשאר באותו מקום מאז ומעולם. מדובר, לטענת המערערים, בסתירה שהיה עליה להביא לדחיית התביעה.
- ב. הוסיפו וטענו המערערים, כי טעה בית משפט קמא משקבע, הלכה למעשה, כי יש בכוחה של תוכנית מתאר להעביר זכויות קנייניות, שעה שהדבר איננו אפשרי אלא אם נעשה בהסכמת בעל הקניין. לפיכך, קביעתו של בית משפט קמא כי התב"ע החדשה (מ-96') מחקה למעשה חלוקה קודמת שהייתה – הינה מוטעית. לשיטת המערערים, לא ניתן לגרוע מנחלתם ללא הסכמתם.
- ג. שגיאה נוספת שנפלה בפסק הדין, לשיטת המערערים, הינה קביעתו של בית משפט קמא כי על המערערים לסלק ידם מהמבנה, עליו שילמו כסף, כפי שטוען המערער 1 בתצהירו.
- ד. לבסוף, טענו המערערים, כי טעה בית משפט קמא משקבע כי עליהם לסלק ידם מהבית, ללא כל תמורה, על אף ששילמו עליו כסף בשעתו. למעלה מכך, טעה בית משפט קמא משקבע כי המשיבים זכאים לדמי שימוש ראויים, שעה שבית המריבה כלל לא שלהם, לשיטת המערערים. המערערים הוסיפו וטענו, כי התביעה לדמי שימוש ראויים כלל לא הוכחה בפני בית משפט קמא, ומשכך, היה על בית משפט קמא לדחות אותה.
23. המשיבים דחו מכל וכל את טענות המערערים. לשיטתם, לא זו בלבד שהמערערים לא נפגעו מהתב"ע העדכנית, אלא ששטח הנחלה שלהם אף גדל בעקבות התוכנית.
24. עוד טענו המשיבים, כי כפי שהיה בבית משפט קמא, גם בהודעת הערעור לא התמודדו המערערים עם חוות דעת המומחה (ולא בכדי, לשיטתם). שכן, יסודה של חוות דעת המומחה במפות ברורות שנתבקש לבחון על ידי הצדדים). ובכל זאת, מנסים המערערים לדלות "טעויות" שונות בפסק דינו של בית משפט קמא אשר אין בהן ממש. טענות אלה יש לדחות, לשיטתם, מהנימוקים הבאים:
- א. אין סתירה בין חוות דעת המומחה לטענות המשיבים, וממילא אין התעלמות של בית משפט קמא מהסתירה. לדידת המשיבים, המומחה אישר כי מיקומו של קו הגבול שבין החלקות הוא כפי שטענו המשיבים. אולם, המערערים "נתפסים" לסעיף בכתב התביעה (אשר הובא שם "להשלמת התמונה" בלבד) ומנסים לקרוא לתוכו גרסה שלא היתה ולא נבראה. למעשה, טענו המשיבים, כי טענתם בכתב התביעה היתה, כי בעבר, לא היתה חלוקה לנחלות, וממילא גם החזקתם הזמנית של המערערים בבית

המריבה באותה תקופה, טרום ההקצאה, לא הקנתה להם כל זכות קניינית במבנה. בהמשך, הסבירו המשיבים (בכתב התביעה) כי התביעה הסדירה את החלוקה לנחלות.

דהיינו, בתחילה לא הייתה כלל חלוקה לנחלות וממילא גם לא היה גבול בין הנחלות. במצב דברים זה, ברור כי התביעה לא שינתה את הגבולות. המשיבים ציינו עוד, כי ההיסטוריה של המקרקעין במושב והגבולות, נפרשה בפני בית משפט קמא בתצהירו של המשיב 1, וממצאי המומחה אישרו גרסה זו אחת לאחת.

לחילופין, טענו המשיבים, כי מדובר לכל היותר בטענה משפטית חדשה באשר למעמדה של התביעה וככזו היא מותרת.

לחילופי חילופין, טענו המשיבים, כי על יסוד טענת המערערים לפיה הוקצו להם מראש זכויות, מונה בהסכמה המומחה אשר הוסמך לבדוק את כל המפות הרלבנטיות. במצב זה, משהוגדרו למומחה סמכויות ברורות והוא פעל לפיהן, ומשהסכימו המערערים כי פסק הדין יינתן על יסוד ממצאיו וטענות משפטיות בלבד, מנועים המערערים, לשיטת המשיבים, מלטעון כנגד המוסכמות שהוגדרו בדיון, והסכמתם מחייבת.

ב. בהתייחס לטענות המערערים כלפי האמור בסעיף 20 לפסק דינו של בית משפט קמא - כי התביעה החדשה מחקה את החלוקה הקודמת שהייתה - טענו המשיבים, כי התביעה לא שינתה את קו הגבול, כפי שקובע זאת המומחה בצורה ברורה. משכך, אין כל נפקות לשאלה המשפטית אם יש בכוחה של תביעה לשנות זכויות קנייניות אם לאו. בכל מקרה, אמירה זו של בית משפט קמא הינה אמירת אגב.

ג. לבסוף, טענו המשיבים, כי פסיקת דמי השימוש על ידי בית משפט קמא, בדיון יסודה. שכן, שעה שהגיע בית משפט קמא למסקנה כי המערערים מחזיקים שנים רבות בבבית המריבה שלא כדיון, מתבקשת גם פסיקת פיצוי בגין דמי שימוש ראויים, ובית משפט קמא ביסס זאת היטב בצירוף אסמכתאות משפטיות.

25. המשיבה 5 – הסוכנות (שכונתה משום מה בהודעת הערעור, המשיבה 7) הגישה עיקרי טיעון מטעמה ובקשה לשחרור מהתייצבות לדיון שנקבע לשמיעת הערעור, ליום 11.1.10. בעיקרי הטיעון שבה הסוכנות על עמדתה דלעיל וביקשה לפטור אותה מהתייצבות לדיון, כפי ששחררה מההליך על ידי בית משפט קמא.

26. ביום 14.2.10 הוגשה הודעת הבהרה מטעם המשיב 3, המינהל, בה טען כי הודעת הערעור הומצאה לו רק ביום 4.2.10, לאחר שהוגשו עיקרי טיעון מטעם הצדדים ואף לאחר שהתקיים הדיון בערעור. עוד טען, כי בית משפט קמא פטר אותו מהתייצבות, לאור הודעתו כי לפי תביעה 444א', הבית נשוא הערעור נכלל כולו בשטח מגרש 50 וכי המינהל רואה את גבולות המגרשים בהתאם לקבוע בתביעה זו. לפיכך, ציין המינהל כי הוא צד פורמאלי בלבד להליך ומותיר את הכרעה בערעור לשיקול דעתו של בית המשפט.

## הבקשה להוספת ראייה נוספת בערעור

27. בד בבד עם הגשת עיקרי הטיעון מטעם המערערים הוגשה על ידם "בקשה להוספת ראייה נוספת בערעור". המדובר בדו"ח של ועד האגודה של המושב בו מבקש המושב, לשיטת המערערים, להחליט סופית על סימון הנחלות. עוד נטען, כי מופיעות בדו"ח אמירות שונות, שיש בהן, לטענת המערערים, כדי ללמד כי בכוונת המושב לתקן עיוותים שהיו בעקבות התבי"ע הנוכחית.

28. המשיבים התנגדו לבקשה. לטענתם, לא ידוע מי ערך את הדו"ח, מה הסמכתו ומה מטרת הדו"ח. המערערים לא ביקשו להגיש את הדו"ח באמצעות עורכו, כנדרש על פי דיני הראיות, והבקשה כלל לא נתמכה בתצהיר. למעלה מכך, המערערים כבר ניסו להפנות אל המומחה שאלת הבהרה בנוגע לכוונת המושב לבצע תכנון עתידי נוסף של הנחלות, אולם בעקבות בקשת המשיבים שלא להתיר למומחה להשיב, ובהיעדר תגובת המערערים, הדבר לא הותר על ידי בית משפט קמא. מעבר לכך, טענו המשיבים, כי אין לדו"ח כל תוקף קנייני ולכל היותר מדובר בהצהרת כוונות של ועד המושב. לא זו אף זו, אין בדו"ח כל התייחסות פרטנית לנחלות נשוא ענייננו.

29. בהחלטתי מיום 11.1.10, במסגרת הדיון בערעור, קבעתי כי אין להתיר את קבלת הראייה, שכן לא ברור מי ערך את אותו דו"ח ואיזה ערך משפטי והוכחתי יש לדברים בנוגע למחלוקת דנן. מעבר לכך, במהלך הדיון טען ב"כ המערערים כי הגיעו לידי יום קודם לכן שתי ראיות נוספות וביקש להגישן. אולם, בקשה זו לא נתמכה בתצהיר שינמק את הגילוי המאוחר. בשורה התחתונה, לא התרשמתי כי מדובר בראיות שהשפעתן על נושא המחלוקת היא כה קריטית עד שיש להתיר סטייה קיצונית מסדר הדין הרגיל על מנת להתיר הגשתן.

## דיון והכרעה

### **הערעור לעניין סילוק היד**

30. לאחר שמיעת טענות הצדדים ובדיקתן, אין אני מוצא עילה להתערב בקביעתו של בית משפט קמא כי המשיבים זכאים לסילוק ידם של המערערים מבית המריבה. הנימוקים לכך, יבוארו להלן.

31. בפתח הדברים, ובהתאם להחלטתי מיום 19.1.10, אתייחס תחילה לבקשת המערערים מיום 12.1.10 שהוכתרה במילים "תוספת של שורה שנשכחה מהמערערים". בבקשה זו, אשר הוגשה יום לאחר שמיעת הערעור, מבקשים המערערים להוסיף טיעון אשר נשכח מהם, לטענתם, במהלך הדיון שהתקיים יום קודם לכן. המשיבים התנגדו לבקשה.

32. דין בקשה זו להידחות. אכן, כפי שטוענים המשיבים אין בנמצא הליך של "הוספת שורה" לאחר שתם הדיון בערעור, והמערערים אף לא הצביעו על כל מקור בדין להיעתר לבקשתם. למעלה מן הצורך, גם לגופו של עניין אין כל ממש בטענת המערערים ודינה להידחות.



33. אכן, כפי שציין בית משפט קמא בפתח פסק דינו, המדובר על סכסוך גבולות בין שכנים. דהיינו, אין מחלוקת בין הצדדים כי המערערים הינם ברי הרשות במשק 51 והמשיבים הינם ברי הרשות במשק 50. המחלוקת היא בשאלה היכן עובר הגבול שבין החלקות, וכפועל יוצא מכך, בשאלה האם בית המריבה מצוי בשטחם של המערערים או של המשיבים.

34. דומה כי אף לשיטת המערערים עצמם זוהי השאלה שבמחלוקת, שכן, במהלך דיון שהתקיים בפני בית משפט קמא ביום 13.3.06 הודיעו הצדדים כי הגיעו להסכמה בדבר מינוי מודד כמומחה מטעם בית המשפט אשר יתייחס בחוות דעתו למצב בשטח, דהיינו, לגודל החלקות 50 ו-51 ולמיקומן במועדים היסטוריים שונים ונכון להיום. עוד הסכימו הצדדים, כי בית משפט קמא יכריע בתביעה על יסוד התוכניות, טיעונים משפטיים ועל פי החומר שבתיק, וללא שמיעת עדים.

35. חוות דעתו של המומחה מספקת תשובה ברורה וחד משמעית לשאלת הגבולות. על פי חוות הדעת, לפי שלוש המפות הרלבנטיות אותן בדק המומחה, רובו של הבית מצוי בשטחם של המשיבים.

36. במצב דברים זה, ובהיעדר כל ראיה לסתור את חוות הדעת, מצדם של המערערים (ובהקשר זה, מקובלת עליו קביעתו של בית משפט קמא באשר למשמעותה הראייתית האפסית של המפה העלומה שצורפה לכתב ההגנה שהוגש על ידי המערערים), אין כל סיבה שלא לקבל את ממצאי חוות דעתו של המומחה, אשר מונה, כזכור, לבקשת הצדדים ובהסכמתם.

37. יוער, כי המערערים לא התייחסו בצורה עניינית לממצאי חוות דעת המומחה, לא בפני בית משפט קמא (רא' סעיף 19 לפסק הדין) ולא בעיקרי הטענות שהוגשו על ידם בהליך דן. הדבר אומר דרשני, ויש בכך, לטעמי, כדי ללמד על כי אין למערערים כל טענה אמיתית כלפי חוות הדעת.

38. אם כן, מסקנתו של בית משפט קמא כי הבית, בעיקרו, נמצא בשטחם של המשיבים ומשכך יש להורות על סילוק ידם של המערערים ממנו, בדין יסודה.

#### **הערעור לעניין פסיקת דמי השימוש**

39. לעניין פסיקת דמי השימוש למשיבים, אין בידי להסכים עם קביעתו של בית משפט קמא. מוכן אני לקבל, כי כפועל יוצא של הקביעה כי בית המריבה הוחזק על ידי המערערים שלא כדין מאז שנת '96, זכאים המשיבים במישור העקרוני לדמי שימוש ראויים. אולם, לא היה בכך כדי לפטור את המשיבים מחובתם להוכיח את גובה דמי השימוש להם הם זכאים – וזאת לא עשו. בענייננו, כפי שמציין בית משפט קמא במפורש בפסק דינו (פסקה 23, סיפא): **"לא הובאו נתונים לקביעת גובה דמי השימוש הראויים והנהוגים באזור, כפי שצינו התובעים בתצהירם"**. לא למותר לציין, כי הצדדים הסכימו על מינוי שמאי מומחה מוסכם לצורך בחינת הגבולות והשטחים. מכיוון שכך, יכלו בהחלט גם להסמיכו להעריך את גובה דמי השכירות הראויים של המבנה. לחילופין, היה על המשיבים להביא ראיה אחרת באשר לגובה דמי השכירות, אם בדרך של הבאת חוות דעת מומחה מטעמם, או בדרך אחרת. אולם, המשיבים לא פעלו כך ולא טרחו להביא כל ראיה באשר לגובה דמי השכירות. במצב דברים

זה, לא היה מקום לפסוק דמי שימוש ראויים, על דרך האומדנא. כידוע, הדרך לחישוב דמי שימוש ראויים הינה על ידי הערכת דמי השכירות הראויים שצדדים סבירים היו מגיעים אליהם, בהסכמה, בדרך של מו"מ חופשי. פסיקה על דרך האומדנא שמורה רק לאותם מקרים שבהם, לאור טבעו וטיבו של הנזק, קשה להוכיח בדייקנות ובוודאות את מידת הנזק ואת שיעור הפיצויים (ראו: [ע"א 355/80 אסימוב נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה\(2\) 800](#), 810-808). לא כך בענייננו, שעה שעל פניו, כאמור לעיל, ניתן היה בנקל להוכיח את גובה דמי השימוש הראויים.

40. ראו בהקשר זה, דבריו של כבי הנשיא (דאז) מ' שמגר בע"א [769/86 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' ד"ר זמרו, פ"ד מב\(3\) 588, 581](#) :

**"המערערת הפרה את הסכם המכר בכך שאיחרה במסירת החזקה. נזקם של המשיבים בגין תקופת האיחור התמצה בשכר הדירה בו נשאו בגין הדיור החלופי. אין בעובדה, שאותו דיור חלופי הושג על-ידיהם עוד בטרם הפרה, כדי לגרוע מנזקם... המשיבים טוענים, על דרך של ערעור שכנגד, כי יש לחשב את נזקם על-פי שכר הדירה שיכלו לקבל בגין הדירה החדשה, לו השכירו אותה בתקופת האיחור. הם מוסיפי וטוענים, כי דמי השכירות שיכלו לקבל הם בסך 500 דולר לחודש, וזאת בלא שהובאו ראיות, אלא מכוח ידיעתו השיפוטית של בית המשפט, ולחלופין לפי עדויות בעלי הדין. אין ממש בערעור שכנגד.**

**... זאת ועוד, לא הונחה כל תשתית עובדתית בנוגע לגובה שכר הדירה שניתן היה לגבות בגין הדירה החדשה בתקופת האיחור. אין זה מסוג העניינים הנתון בידיעתו השיפוטית של בית המשפט, כי אם נתון עובדתי הטעון ראיה, שהנטל להוכיחו מוטל על כתפי הניזוק (ע"א [355/80](#) [7], בעמ' 809-808).**"

(ההדגשות אינן במקור)

41. ראו גם [ת.א. 601/94 \(מחוזי - ת"א\) סגל נ' סטולוביץ' \(לא פורסם, \[פורסם בנבו\] 3.7.2008\)](#) עמ' 7-8 לפסק דינו של כבי השופט מ' אלטוביה. עוד יוער, כי גם באסמכתא שהובאה לעניין בפסק דינו של בית המשפט קמא – [ע"א 889/75 דרים נ' אגד, פ"ד ל"א\(2\) 20](#) - נאמר במפורש, כי קביעת דמי שכירות ראויים ניתנת לביצוע "רק על סמך עדויות אנשים הבקיאים בדבר, היינו מומחים ושמאים" (שם, בעמ' 25) וראיות כאלה לא הובאו בפני בית המשפט קמא.

42. לסיכום, לא מצאתי כל ממש בטענות המשיבים כנגד פסק הדין, בכל הקשור בתביעה לסילוק ידם מהמבנה. אין גם ממש בטענתם כי קיימת הודאת בעל דין מצד המשיבים הסותרת את ממצאי המומחה. כל שטענו המשיבים בסעיף 4 לכתב התביעה הוא, כי בעבר, קודם שנעשתה חלוקה מסודרת של נחלות לחברי המושב, התגוררו המערערים בבית המריבה במשך תקופה

מסויימת. אולם, מרגע שנעשו הליכי ההסדר והחלוקה, קיבלו המערערים שטח אחר ובית נפרד לשימושם. אין בכך כל סתירה לקביעת המומחה כי בכל המפות שהגדירו גבולות, מצוי בית המריבה בשטחם של המשיבים.

43. טענתם של המשיבים, כי תוכנית מתאר אינה יכולה להעביר זכויות קנייניות, איננה רלבנטית לענייננו, שכן, על פי חוות דעת המומחה, קו הגבול שבין הנחלות לא השתנה לאורך השנים ונותר באותו המקום בכל המפות הרלבנטיות.

44. עם זאת, כאמור, ערעורם של המערערים בכל הקשור לחיובם בדמי השימוש, מתקבל.

### **סוף דבר**

45. הערעור נדחה ככל שמדובר בסעד של צו סילוק היד שניתן נגד המערערים. הוראות בית המשפט קמא בסעיף 21 לפסק דינו לעניין סילוק היד, ככל שעוכב ביצועו, יבוצעו ע"י המערערים בתוך 60 יום לעניין סילוק היד ו-90 יום לעניין הפרדת חלקי הבית. מועדים אלה יחולו, בהתאמה, מיום מתן פסק דין זה.

46. הערעור מתקבל בחלקו האחר, במובן זה שחיובם של המערערים בפסק דינו של בית משפט קמא בדמי שימוש ראויים לטובת המשיבים, מתבטל בזאת.

47. בנסיבות העניין ולאור התוצאה אליה הגעתי, שלפיה נדחה הערעור בחלקו אך והתקבל בחלקו האחר, כל צד יישא בהוצאותיו. הפיקדון אשר הופקד על ידי המערערים, יושב להם באמצעות בא כוחם.

48. כמו כן, לנוכח אי התייצבותה של המשיבה 5 לדיון, אינני מוצא לנכון לפסוק לה הוצאות.

49. המזכירות תעביר פסק הדין לצדדים בדואר.

משה יועד הכהן 54678313

**ניתן היום, כ"ה סיון תש"ע, 07 יוני 2010, בהעדר הצדדים.**

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן





---

---

## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 14778-08-12 רשות מקרקעי ישראל בשם קרן קיימת לישראל נ' דגן ואח'

לפני כב' השופטת תמר בר-אשר צבן

התובעת רשות מקרקעי ישראל בשם קרן קיימת לישראל

נגד

1. יחזקאל דגן

הנתבעים

2. רמי לוי שיווק השקמה בע"מ

3. רונן דגן

בא-כוח התובעת: עו"ד שמואל קרניאל

בא-כוח הנתבע 1: עו"ד יצחק דהן

בא-כוח הנתבע 2: עו"ד ניסן כוחי

בא-כוח הנתבע 3: עו"ד רונן וינברג

חקיקה שאוזכרה:

[חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979: סע' 1\(א' 2, 3\),](#)

[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 216\(1\)](#)

ספרות:

[דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט \(מהד' 2, 1998\)](#)

---

מיני-רציו:

\* במקרה הנדון, דמי השימוש (דמי החכירה המהווים) ששולמו לתובעת היו בסכום מופחת לנוכח ייעוד המקרקעין לתעשייה. מאחר שבפועל נעשה שימוש למטרת מסחר, הרי שעל המשתמש שלא כדין

לשלם את ההפרש. זאת לנוכח הכלל כי דמי השימוש הראויים שמשמש מחויב בהם מכוח העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט צריכים לשקף את גובה טובת ההנאה שהפיק המשתמש.

\* עשיית עושר ולא במשפט – דמי שכירות ראויים – חיוב מסיג גבול בתשלומם

\* עשיית עושר ולא במשפט – דמי שכירות ראויים – חישובם

\* עשיית עושר ולא במשפט – דמי שימוש – זכאות

\* עשיית עושר ולא במשפט – התעשרות שלא כדין – קיומה

התובעת עתרה לקבלת הסעדים הבאים: צו מניעה, אשר יאסור את השימוש החורג במקרקעין למטרת מסחר; חיוב הנתבעים בתשלום דמי שימוש ראויים; הריסת המבנים שנבנו במקרקעין ללא היתר וללא הסכמת התובעת; היתר לפיצול סעדים לשם תביעת דמי שימוש ראויים עד מועד הפסקת השימוש בפועל.

בית המשפט פסק כי שימוש בנכס מבלי ששולמו דמי שימוש ראויים, הוא בגדר עשיית עושר ולא במשפט המחייב את הנהנה מהשימוש במקרקעין בתשלום לבעל המקרקעין (המזכה) על טובת ההנאה שהפיק מאותו שימוש. חיוב זה בתשלום דמי שימוש אינו רק אם מדובר במסיג גבול הפולש אל מקרקעין שהם בבעלות אחר, אלא גם אם אדם חוכר מקרקעין בתשלום מופחת לנוכח ייעוד המקרקעין, אך בפועל השתמש בהם לייעוד אחר ללא רשות בעליהם. גם במקום שבו השימוש במקרקעין אינו כדין ומדובר בשימוש במקרקעין שלא בהתאם לייעודם ולתשלום דמי השימוש ששולמו – ואינו בהכרח הסגת גבול – מדובר בזכייה שלא כדין, אשר מתבטאת בעשיית רווחים מיוחדים. העושר שלא כדין נוצר אם כן, מכך שנחסך תשלום דמי השימוש הראויים התואמים את השימוש בפועל. בענייננו, דמי השימוש (דמי החכירה המהוונים) ששולמו לתובעת היו בסכום מופחת לנוכח ייעוד המקרקעין לתעשייה. מאחר שבפועל נעשה שימוש למטרת מסחר, הרי שעל המשתמש שלא כדין לשלם את ההפרש. זאת לנוכח הכלל שנקבע פעמים רבות, כי דמי השימוש הראויים שמשמש מחויב בהם מכוח העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט צריכים לשקף את גובה טובת ההנאה שהפיק המשתמש ולא את שווי נזקן של הבעלים.

יש לחייב את שלושת הנתבעים לשלם, יחד ולחוד, את סכום דמי השימוש הראויים, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית. יש להורות על צו מניעה קבוע האוסר על הנתבעים או מי מהם להשתמש במקרקעין בניגוד להוראות חוזה החכירה וכן על צו הריסת המורה על הריסת המבנים אשר נבנו שלא כדין ובניגוד להוראות חוזה החכירה.

## פסק דין

המקרקעין נושא התובענה הם בבעלות המדינה (קרן קיימת לישראל) ומנוהלים באמצעות התובעת (רשות מקרקעי ישראל. להלן גם – רמ"י), אשר העמידה אותם לרשות הנתבע 1 (להלן גם – יחזקאל זגן) למטרת תעשייה. כעבור תקופה מסוימת ומבלי שניתנה לכך הסכמת התובעת,

הועברה זכות החזקה והשימוש במקרקעין הנדונים אל הנתבע 3, אחיו של הנתבע 1 (להלן גם – **רונן דגן**), אשר השתמש בהם למטרת מסחר ואף השכיר אותם לנתבעת 2 (להלן גם – **רמי לוי**). על המקרקעין אף נבנו מבנים שונים ללא הסכמת התובעת וללא היתר בניה.

מכאן תביעתה של התובעת, אשר במסגרתה עתרה לקבלת הסעדים הבאים: צו מניעה, אשר יאסור את השימוש החורג במקרקעין למטרת מסחר; חיוב הנתבעים בתשלום דמי שימוש ראויים בסך 823,622 ₪; הריסת המבנים שנבנו במקרקעין ללא היתר וללא הסכמת התובעת; היתר לפיצול סעדים לשם תביעת דמי שימוש ראויים עד מועד הפסקת השימוש בפועל.

#### **א. עיקרי העובדות ועיקרי ההליכים**

##### **עיקרי העובדות**

2. עיקרי העובדות הדרושות להכרעה בתובענה זו, אינן שנויות במחלוקת. ככל שנידרש אל עובדות אשר לגביהן ישנה מחלוקת, הדבר ייאמר במפורש.

3. במוקד התביעה עומד מגרש מספר 5 לפי תכנית מאושרת מי/329 ששטחו כ-1,790 מ"ר, שהוא חלק מחלקה 1 בגוש 30470, הנמצא במבשרת ציון (להלן – **המקרקעין**). המקרקעין הם בבעלות המדינה ומנוהלים באמצעות התובעת (רמ"י) (נסח של מרשם המקרקעין – נספח א' של תצהירו של מר שלמה כהן מטעם התובעת (להלן גם – **תצהיר התובעת**)).

על-פי המלצת משרד המסחר והתעשייה בעניין חתימה על חוזה פיתוח ללא מכרז, נחתם ביום 27.8.1984 חוזה פיתוח מהוון בין התובעת לבין הנתבע 1 (יחזקאל דגן) (להלן – **חוזה הפיתוח** (שם), נספח ב')). על-פי חוזה זה, הועמדו המקרקעין לרשות הנתבע 1 לשם הקמת מפעל לייצור בלוקים ומוצרי לוואי מבטון, אשר ישמשו לתעשייה (מטרת ההקצאה הוגדרה בפסקת המבוא השנייה (ה"והואיל" השני) בחוזה הפיתוח). בעקבות קיום חוזה הפיתוח, נחתם ביום 16.10.1986 חוזה חכירה מהוון בין התובעת לבין הנתבע 1 למשך ארבעים ותשע שנה (מיום 25.12.1983 ועד יום 24.12.2032) (להלן – **חוזה החכירה** (שם, נספח ג')). בדומה לאמור בחוזה הפיתוח, גם במבוא של חוזה החכירה נאמר במפורש, כי מטרת החכירה היא תעשייה.

4. למטרת החכירה נודעת חשיבות רבה לנוכח טענת התובעת אשר לא נסתרה, כי מאחר שמטרת החכירה היא לתעשייה בלבד, ניתנה לנתבע 1 הזכות לחכור את המקרקעין ללא מכרז. אף אין מחלוקת כי דמי החכירה המהוונים אשר נקבעו בחוזה החכירה, נקבעו על בסיס שווי מגרש שיעודו לתעשייה, הנמוכים באופן משמעותי מדמי חכירה הנקבעים למגרש שיעודו למסחר (כפי שאף עולה מחוות הדעה של השמאים שהוגשו במסגרת התובענה).



למטרת החכירה ישנה חשיבות גם לנוכח שורה של הוראות אשר נקבעו בחוזה החכירה, לרבות אלו: סעיף 4 בחוזה זה קובע כי השימוש במקרקעין מותר רק למטרת תעשייה; סעיף 9 קובע כי שינוי ייעוד המגרש, מימוש שינוי הייעוד וכל בניה במגרש מחייבים את החוכר (הנתבע 1) לבקש את הסכמת התובעת מראש ובכתב, בעוד התובעת רשאית לסרב לבקשה; על-פי הוראת סעיף 19(א), הפרת הוראת סעיף 9 היא בגדר הפרה יסודית. סעיף 19(ד) קובע כי התובעת רשאית לחייב את החוכר בתשלום דמי שימוש בהתאם לשינויים שעשה בניגוד להוראת סעיף 9.

5. ביום 5.7.2001 ניתן פסק בוררות (הבורר עו"ד יוסף תוסייה-כהן) בעקבות הליך בוררות בין הנתבע 1, הנתבע 3 ואח נוסף, שלמה דגן, אשר אושר בפסק-דין של בית המשפט המחוזי בירושלים (לא נמסרו פרטי ההליך) (להלן – **הבוררות**). על-פי פסק הבוררות הועברה זכות החזקה (ולא זכות החכירה, כפי שניסה מי מהצדדים לטעון) של הנתבע 1 במגרש אל הנתבע 3 (רוגן דגן) תמורת דמי שכירות שנקבע כי ישולמו לנתבע 1. מספר שנים לאחר מתן פסק הבוררות ואישורו בפסק-דין, נעשו פניות מטעם הנתבעים 1 ו-3 אל התובעת בעניין העברת הזכויות בהתאם לקביעות פסק הבוררות (מכתבו של עו"ד אופיר יהלום מיום 2.12.2004 מטעם הנתבע 3 (רוגן דגן) – שם, נספח ו'; מכתבו של עו"ד טומי בן-חמו מיום 12.8.2008 מטעם הנתבע 1 (יחזקאל דגן) – שם, נספח ז').

אולם חרף פניות אלו מטעם הנתבעים 1 ו-3, אין מחלוקת על כך שהתובעת מעולם לא הכירה בהעברת הזכויות במקרקעין מהנתבע 1 אל הנתבע 3. הדבר אף הובהר באופן מפורש במכתב מאת התובעת מיום 21.8.2005 במענה לפנייה אליה מטעם הנתבע 3. כאמור שם, גם על-פי פסק הבוררות כל אשר הועבר אל הנתבע 3 מאת הנתבע 1 הוא זכות החזקה במקרקעין תמורת תשלום דמי שכירות אשר ישולמו לנתבע 1 (שם, נספח ח').

6. עובדה נוספת אשר לגביה אין מחלוקת, עניינה בשימוש שנעשה בפועל במקרקעין. על-פי הסכם שכירות שנחתם 23.9.2004 בין הנתבע 3 לבין התובעת 2 (להלן – **הסכם השכירות**), שכרה הנתבעת 2 את המקרקעין, כפי שהוגדרו בהסכם זה.

כמו כן, מאז שנת 2004 נבנו במגרש מבנים אשר שימשו למרכול שהפעילה הנתבעת 2 במקרקעין. אף אין מחלוקת על כך שאותם מבנים, או חלקם, נבנו ללא היתרי בניה וכי הנתבעת 2 אף הורשעה בכך שעברה עבירות בניה במגרש בשל אותה בנייה (כך עולה בין השאר, גם מגזר-דין שניתן בעניין הנתבעת 2 בשנת 2013, אשר במסגרתו נדרש בית המשפט גם לעבירות בניה נוספות, שבעניין הורשעה עוד בשנת 2006 (גזר הדין בתיק **ת"ב (בית שמש) 34880-09-12** ועדה מקומית הראל נ' רמי לוי שיווק השקמה בע"מ [פורסם בנבו] (7.2.2013)), כבוד השופט יי מינטקביץ – נספח ה' של תצהיר רמ"י).

7. לנוכח האמור, ביום 12.11.2007 פנתה התובעת אל הנתבע 1 בדרישה לשלם את דמי שימוש עבור השימוש במקרקעין למטרת מסחר. זאת בהתאם לקביעת שמאי, אשר בחן את

ההפרש בין שימוש במקרקעין לתעשייה לבין השימוש למטרת מסחר ואת דמי השימוש הראויים הנובעים מכך על-פי נהלי רמ"י (שם, נספח ט').

לאחר שבמשך מספר שנים לא הסדיר הנתבע 1 את נושא תשלום דמי השימוש, שבה התובעת ובדקה את מצב המקרקעין ואת השימוש שנעשה בהם. מדו"ח שנערך מטעמה ביום 25.3.2012 עלה כי במקרקעין ישנן חריגות בנייה, כי המבנים במקרקעין משמשים לחנות למכירת חומרי בניה וכן לחנות המושכרת לנתבעת 2 למטרת מרכול. עוד עלה כי חריגות הבניה חרגו מגבולות המגרש (הדו"ח, תמונות, ותשריט מודד – שם, נספחים י-7; פסקה 13 בתצהיר מטעם התובעת).

### עיקרי ההליכים

8. בעקבות הממצאים האמורים, הוגש כתב התביעה ביום 8.8.2012 נגד שלושת הנתבעים. בעניין הנתבע 1 נטען, כי הוא החתום על חוזה החכירה בתור החוכר, באשר לנתבעת 2 נטען, כי הפעילה בפועל מרכול ללא הסכמת התובעת וללא רשותה ואילו לגבי הנתבע 3 נטען, כי הוא זה שהחזיק במקרקעין מכוח הליך הבוררות והיה מי שהשכיר את המקום לנתבעת 2.

כתב ההגנה מטעם הנתבע 1 הוגש ביום 25.10.2012, כתב ההגנה מטעם הנתבעת 2 הוגש ביום 15.1.2013 וכתב ההגנה מטעם הנתבע 3 הוגש ביום 20.1.2015.

לאחר שהליכי המהו"ת לא הובילו להסכמה, ניתנה ביום 29.7.2013 החלטה (כבוד השופטת מלכה אביב) המורה לצדדים להגיש את תגובותיהם בעניין הבקשה לפיצול סעדים וכן נקבע דיון ליום 3.11.2013. בתום דיון זה נקבע, כי לנוכח הליכים אחרים שהתנהלו בין הנתבעים 1 ו-3, התבקשו הם להודיע על תוצאתם ולחלופין לעדכן על התקדמותם עד יום 30.1.2014.

ביום 25.6.2014 הועברה התביעה הנדונה להמשך שמיעתה לפניי. משלא הוגשה כל הודעה עד מועד זה, התבקשו הנתבעים 1 ו-3 להגיש הודעת עדכון עד יום 15.7.2014. במועד זה הודיע בא-כוח הנתבע 3 כי ההליך בין הנתבעים האמורים בבית המשפט העליון טרם הסתיים.

בסופו של דבר ומשלא נמסרה כל הודעה, התקיים לפניי קדם משפט ביום 16.11.2014 אשר במהלכו הוסכם כי לצדדים יינתן פרק זמן לנסות להגיע להסכמות בעניין חלוקת תשלום דמי השימוש בין הנתבעים וכן בעניין הסכום שישולם. כמו כן הודיעו הצדדים, כי אם לא תושג הסכמה, כי אז הם מסכימים למינוי שמאי מטעם בית המשפט אשר ייקבע את דמי השימוש הראויים לשימוש מסחרי במקרקעין, את דמי השימוש לתעשייה ואת שווי הנכס (ראו גם החלטה מיום 21.1.2015).

9. לאחר שהצדדים הודיעו כי לא עלה בידיהם להגיע להסכמות כלשהן ובהמשך להחלטות קודמות, ניתנה ביום 30.1.2015 החלטה אשר על-פיה מונה שמאי מקרקעין מטעם בית המשפט,

מר גיל יזרעאלי (להלן גם – **השמאי מטעם בית המשפט או השמאי**) (ראו גם החלטה משלימה מיום 16.4.2015), אשר הגיש את חוות-דעתו ביום 1.11.2015 (בשל עיכובים בתשלום שכרו).

לאחר קבלת חוות-דעת השמאי ולאחר שהצדדים ויתרו על הצגת שאלות הבהרה לשמאי, הם הופנו להליך גישור, שאף הוא לא צלח.

10. בקדם המשפט שהתקיים ביום 12.9.2016 נקבע כי הצדדים יגישו תצהירי עדות ראשית ובהתאם להחלטה זו הוגשו תצהירים מטעם הצדדים, כלהלן.

מטעם התובעת הוגשו תצהירי עדות ראשית ביום 8.11.2016, אשר כללו את תצהירו של מר שלמה כהן, סגן מנהל מרחב שמירה ירושלים אצל התובעת ואת תצהירה של הגב' ענת מילס, סגנית מנהלת תחום כספים אצל הנתבעת בעניין תחשיב דמי השימוש הראויים. כן הוגשה מטעם התובעת חוות דעה של שמאי המקרקעין מר יוחנן בר גרא.

תצהירו של הנתבע 1 הוגש ביום 15.2.2017, תצהירו של עו"ד רן אפרתי, היועץ המשפטי של הנתבעת 2, הוגש ביום 13.2.2017, ותצהירו של הנתבע 3 הוגש ביום 16.2.2017.

### **ההסדר הדיוני**

11. בקדם המשפט שהתקיים ביום 26.3.2017 הסכימו הצדדים להצעת בית המשפט בדבר הסדר דיוני, אשר על-פיו הצדדים הורשו להשלים את ראיותיהם עד יום 6.4.2017, בכפוף לכך שתהינה בקשר לטענות אשר כבר נטענו ולא תהיינה בגדר שינוי חזית.

לאחר השלמת הראיות, ככל שתהיה, הוסכם כי הצדדים יסכמו את טענותיהם בכתב על סמך התצהירים והראיות אשר הוגשו. כפי שהוסכם, נקבעו מועדים להגשת סיכום טענותיה של התובעת, להגשת סיכומי טענות הנתבעים וכן להגשת תשובות כל הצדדים.

12. בהתאם להסדר הדיוני, רק הנתבע 3 הגיש תצהיר משלים, אשר הוגש ביום 7.4.2017 (יוער, כי עותק מאומת של התצהיר הוגש רק ביום 10.7.2017).

סיכום טענותיה של התובעת הוגש ביום 17.5.2017, סיכום טענותיהם של הנתבעים 1 ו-2 הוגש ביום 28.6.2017 וסיכום טענותיו של הנתבע 3 הוגש ביום 2.7.2017. תשובת התובעת ותשובת הנתבעת 2 הוגשו ביום 9.7.2017 (הנתבעים 1 ו-3 לא הגישו תשובה).

### **ב. תמצית טענות הצדדים בעניין העובדות**

13. תמצית טענותיה של התובעת – תמצית טענותיה של התובעת בהיבט העובדתי הובאו לעיל, במסגרת פירוט עיקרי העובדות. כפי שכבר נאמר, עובדות אלו בעיקרן אינן שנויות במחלוקת.

14. תמצית טענותיו של הנתבע 1 (יחזקאל דגן) – תמצית טענותיו של הנתבע 1 לגבי העובדות, הובא בפתח תצהירו (שם, פסקה 4). כאמור שם, לנוכח תוצאת הליך הבוררות נוצר מצב שאותו הגדיר "מוזר ביותר". מצד אחד, כך לטענתו, נושלו מהמקרקעין ללא יכולת לפנות מהם את הנתבעת 2 חרף השימוש החורג שנעשה במגרש. מצד שני, נגרם לו נזק עצום בשל כך שבעוד שהנתבע 3 מרוויח סכומים ניכרים מהשכרת המקרקעין, הנתבע מקבל רק דמי שכירות בסך 17,000 ₪, אשר לטענתו, משולמים על-פי שווי דמי שכירות עבור מגרש ריק שייעודו לתעשייה.

בתצהירו שטח הנתבע 1 בהרחבה רבה את כל מסכת ההליכים הרבים שנוהלו ומתנהלים בינו לבין אחיו, הנתבע 3 ושלמה, מאז שנות השמונים של המאה הקודמת, אשר הובילו להליך הבוררות ולתוצאתו, שאף היא פורטה בהרחבה רבה (שם, עד פסקה 18). כאמור בתצהירו של הנתבע 1, אף בעקבות הליך זה התנהלו בינו לבין אחיו, או מי מהם, מספר הליכים משפטיים נוספים, אשר לטענתו, הביאו לכך שזכויות החכירה אשר הוענקו לו מכוח הסכם החכירה, נשללו ממנו. כך נמצא כי לטענתו, אחיו הנתבע 3, גרף רווחים רבים וניכרים מהמקרקעין, אך הוא זכה רק בדמי שכירות זעומים בעוד שאין בידו לשנות מהנעשה במקרקעין (שם, פסקה 19 ואילך).

הנתבע 1 טען אפוא, כי חרף מאמציו הרבים, שאותם פירט בהרחבה, לא היה בכוחו למנוע את השימוש במקרקעין למטרה העומדת בניגוד לחוזה החכירה ואף לא היה באפשרותו למנוע את חריגות הבנייה. זאת חרף התנגדותיו לכל אלו (ראו בין השאר, שם, פסקה 46). הנתבע 1 טען, כי השימוש שלא כדין שנעשה במקרקעין, נעשה מצד הנתבעים 2 ו-3 ולא מצדו, מבלי שהייתה דרך כלשהי שיוכל למנוע זאת. לטענתו, אף לא ניתן לחלוק על כך שהוא עצמו לא השתמש במקרקעין ולא בנה בהם דבר. לא זו בלבד, אלא שבמשך כל השנים, ניהל הליכים רבים נגד הנתבע 3 כדי לסלקו מהמקרקעין, אך בחוסר הצלחה.

כן טען הנתבע 3, כי העובדה שרק עתה, במסגרת התביעה הנדונה, פועלת התובעת למימוש זכויותיה במקרקעין, הגם שידעה על הפרות חוזה החכירה, היא התנהלות חסרת תום לב וכי בכל מקרה, אין הצדקה לחייבו לשלם דמי שימוש עבור נכס שאינו משתמש בו מכוח פסק הבוררות.

15. תמצית טענותיה של הנתבעת 2 (רמי לוג) – בהיבט העובדתי טענה הנתבעת 2, כי מכוח הסכם השכירות מיום 23.9.2004, שנחתם בינה לבין הנתבע 3, היא שכרה את המקרקעין כפי שהוגדרו בהסכם (נספח א' של תצהיר הנתבעת 2). במסגרת ההסכם הצהיר הנתבע 3 כי הוא בעל זכות החזקה והשכירות של מלוא הזכויות מכוח פסק הבוררות. בהסכם אף הוגדר כי מטרת השכירות היא הקמת סופר מרקט ובית עסק קמעונאי בתחום המזון וכי הנתבע 3 הצהיר, כי על-פי מיטב ידיעתו, אין מניעה להפעלת עסק זה במושכר. עוד נטען, כי חוזה החכירה לא צורף אל

הסכם השכירות, לא הוצג לנתבעת 2 וכי היא לא ידעה כי ייעוד המקרקעין על-פי חוזה החכירה הוא לתעשייה בלבד. לטענתה, הוצגו לה רק העסקים המסחריים שפעלו במתחם, לרבות חנות לחומרי בנייה שהנתבע 3 הודיע כי בכוונתו להמשיך להפעיל במקום, ולטענתה, עובדות אלו אף באו לידי ביטוי בהסכם השכירות.

הנתבעת 2 הוסיפה וטענה, כי דמי השכירות ששילמה לנתבע 3 חושבו על פי שווי של שטח שייעודו למסחר, העולה באופן ניכר על שווי של שטח שייעודו לתעשייה. כן טענה, כי בכל מקרה, על-פי הסכם השכירות, על הנתבע 3 לשאת בכל ההוצאות אשר נובעות מהיעדרם של אישורים והיתרים וכן בכל הוצאות הנובעות מההיטלים, קנסות וכיוצא באלו.

טענה נוספת של הנתבעת 2 הייתה בעניין שטח המושכר. לטענתה, השטח שאותו שכרה היה כ-755 מ"ר מתוך כלל השטח הבנוי במקרקעין, אשר על-פי קביעת השמאי הוא כ-1,156 מ"ר. כן טענה, כי היא לא השתמשה בשטח הלא בנוי, וכי ברובו השתמש הנתבע 3.

הנתבעת 2 הוסיפה וטענה, כי באזור שבו מצויים המקרקעין, רחוב החוצבים במבשרת ציון, מצויים עסקים מסחריים רבים, זאת הגם שרובם של המחזיקים בנכסים ברחוב זה עושים כן מכוח חוזה חכירה זהה לזה שנחתם עם הנתבע 1 בקשר למקרקעין הנדונים. למרות זאת, כך לטענת הנתבעת 2, לא הוגשו נגד אותם עסקים תביעות לתשלום דמי שימוש כמו התביעה הנדונה. מכל מקום לטענתה, בטרם שכרה את המקרקעין וידאה כי הם מתאימים לצרכיה וכי תוכל להפעיל במקום את המרכול. לטענתה, כלל לא ידעה כי ישנה מניעה להשתמש במקרקעין למטרת מסחר. כן הוסיפה, כי אף לא חתמה על הסכם כלשהו עם התובעת, שאף מעולם לא פנתה אליה בעניין השימוש במקרקעין וכי שילמה לנתבע 3 תמורה מלאה עבור שכירת המקרקעין.

לבסוף הוסיפה הנתבעת 2 טענות אלו: הבהירה את אופן תשלום של דמי השכירות לנתבע 3 (באמצעות שתי חברות, כמפורט בפסקה 10 בתצהיר מטעם הנתבע 2); אילו ידעה שהשימוש במקרקעין למטרת מסחר אסור, לא הייתה משקיעה סכומים משמעותיים (כ-8,000,000 ₪) בהכשרתם למטרת מרכול; בעקבות כתב אישום שהוגש נגדה, נאצלה להרוס מבנים שבנתה במקרקעין; הנתבעת 2 נאלצה לשלם סכומים שונים בקשר לפינויה מהמקרקעין; במהלך חודש דצמבר 2013 קרס גג המבנה ומאז הנתבעת 2 אינה פועלת עוד במקום.

16. תמצית טענותיו של הנתבע 3 (רונו דגן) – הנתבע 3 טען כי מאז שנות השמונים של המאה הקודמת שימשו המקרקעין אותו ואת אחיו, הנתבע 1 ושלמה בין השאר לשם הפעלת חנות לחומרי בניין. כך שלאורך השנים נעשה שימוש מסחרי במקרקעין. לטענתו, שימוש זה כמו גם שימושים מסחריים של אחרים במקרקעין סמוכים למטרת מסחר, היה ידוע לתובעת או למצער, אמור היה להיות ידוע לה ואף נעשה בעידוד המועצה המקומית, אשר העניקה לנתבע 3 רישיון עסק לצמיתות (שם, נספח א'). נעיר כבר עתה, כי רישיון העסק אינו תומך בטענותיו של הנתבע 3, מכיוון שמדובר ברישיון עסק למפעל לחיתוך אבן, שהוא בגדר רישיון עסק לתעשייה ולא למסחר.

עוד טען הנתבע 3, כי בהתאם להחלטתה של הוועדה המקומית הראל, ניתן לו ביום 10.8.2005 היתר לשימוש חורג, באישורה של התובעת (שם, נספח ב'). לעניין זה נעיר, כי ספק אם מדובר בטענה נכונה. שכן בשולי החלטה האמורה נאמר במפורש, כי היא כפופה למילוי שורה של תנאים, ובכלל זה "אישור ממ"י" (התובעת). כך גם לא הוגש ההיתר עצמו.

בנוסף לכך טען הנתבע 3, כי בהתאם לתכנית מאושרת שמספרה 101-0261289, המבטלת את תכנית 329/ב שעליה סמכה התובעת את טענותיה, אושרו שימושים במקרקעין למגורים, לתעסוקה ולמסחר (שם, נספח ג'). אף לעניין זה נעיר, כי מבדיקת הדברים עולה, כי מדובר בתכנית רחבת היקף, הנוגעת לשטח בן כ-300 דונם, שאמנם חלה גם על המקרקעין הנדונים. במסגרתה נקבעו שורה של ייעודים לגבי שטחים שונים, כך שלא ברור מה ייעוד המקרקעין הנדונים. מכל מקום, מבדיקת התכנית עלה, כי אושרה רק לאחרונה ופורסמה רק ביום 20.9.2016 (ילקוט הפרסומים 7347 מיום 20.9.2016). כך שאינה נוגעת לתקופה נושא התביעה הנדונה.

עוד טען הנתבע 3, כי לנוכח הליכים שונים שהתנהלו ועודם מתנהלים בבתי המשפט בינו לבין הנתבע 1, קודם להגשת התביעה הנדונה ואף היום, הוא אינו מחזיק עוד במקרקעין. בנסיבות אלו טען, כי אין יריבות בינו לבין התובעת וכי אפילו תתקבלנה טענותיה, הרי שיש לחייב רק את הנתבע 1 או את הנתבעת 2 בתשלום דמי השימוש הנתבעים. בעניין הנתבעת 2 טען, כי בהתאם להסכם השכירות האחריות להשגת כל היתר שנדרש לשימושה של הנתבעת 2 במקרקעין מוטל עליה. בדומה, על-פי חוזה החכירה, החובות מכוחו מוטלות רק על הנתבע 1.

17. תמצית טענותיו של הנתבע 3 (רונו דגן) בתצהיר המשלים – בתצהירו המשלים טען הנתבע 3 כי בפעולות התובעת ובהתנהלותה במסגרת התביעה הנדונה יש משום אפליה ואכיפה בררנית ללא הצדקה. זאת הגם שלטענתו, באזור ובמגרשים סמוכים ישנם עסקים שונים הפועלים למטרת מסחר בניגוד לחוזי החכירה אשר נחתמו עם התובעת. למרות זאת טען, כי התובעת לא עשתה דבר נגד אותם בעלי עסקים ולא הגישה כל תביעה נגדם. לתמיכה בכך פירט הנתבע 3 מספר שמות של אנשים או עסקים אשר לטענתו פועלים באזור למטרת מסחר.

עוד טען, כי הנתבעת 2 שילמה דמי שכירות המשקפים שימוש לתעשייה ולא שימוש למסחר, כפי שנעשה בפועל. לתמיכה בכך צירף חוות דעה של שמאי המקרקעין יעקב ביר, מיום 24.8.2011 וכן הפנה אל חוות-דעתו של השמאי שמונה מטעם בית המשפט, אשר לטענת הנתבע 3. כן טען טענות שונות בעניין דמי השכירות אשר לטענתו, שולמו לנתבע 1.

את טענת האפליה האמורה יש לדחות כבר עתה, בהיעדר כל ראיה לתמוך בה. מעבר לפירוט שמות של אנשים או עסקים אשר לטענת הנתבע פועלים סמוך למקרקעין הנדונים, לא הובאה כל ראיה התומכת בטענת הנתבע 3. בין השאר, לא הובאו ראיות להוכחת הדברים הבאים: לא הוכח שאמנם ישנם עסקים המופעלים באמצעות מי מאותם גורמים שהוזכרו; לא הוכח שמדובר

בעסקים הפועלים במקום סמוך; לא הוכחו תחומי העיסוק של אותם עסקים; לא הוגשו חוזי החכירה אשר נחתמו עם אותם בעלי עסקים; לא הובאה ראיה לגבי דמי החכירה ששילמו אותם עסקים.

#### ג. עיקרי טענות הצדדים

##### עיקרי טענות התובעת

18. בעניין הנתבע 1 (יחזקאל דגן) טענה התובעת, כי חוזה החכירה שנחתם עמו שריר וקיים, כי מעולם לא בוטל וכי אף הנתבע 1 לא פעל לביטולו אלא אף טען, בין השאר גם בהליכים שונים שניהל נגד מי מאחיו, כי הוא בעל הזכויות במקרקעין. הנתבע 1 אף לא פעל להעברת הזכויות במקרקעין על שם הנתבע 3 בהתאם לפרשנותו (השגויה) את פסק הבוררות. בנסיבות אלו טענה התובעת, כי הנתבע 1 אינו יכול לחמוק מהשימוש החורג שנעשה במקרקעין. כך במיוחד לנוכח דמי השכירות ששולמו לו עבור העמדת השימוש במקרקעין לרשות אחיו לנוכח הליכים משפטיים שנוהלו.

התובעת אף הטעימה, כי אפילו מבחינה תכנונית ניתן היה להשתמש במקרקעין שימוש חורג, הרי שהדבר הותנה ברשות מראש ובכתב מאת התובעת וכי רשות זו מעולם לא ניתנה ואף לא נטען שניתנה. אילו הייתה ניתנת, הייתה רשות זו מותנית בתשלום דמי שימוש מתאימים. התובעת הטעימה, כי לא הייתה צד להליך הבוררות וכפי שנאמר במכתבה (נספח ח' של התצהיר מטעמה), היא לא הכירה בהעברת הזכויות בעקבות פסק הבוררות, אשר עומדת בניגוד לחוזה החכירה.

התובעת הוסיפה, כי מאחר שהנתבע 1 לא הגיש הודעה לצד שלישי נגד מי מהנתבעים, ממילא שלא ניתן לגלגל את חובותיו כלפיה אל כתפי מי מהנתבעים האחרים.

19. באשר לנתבעת 2 (רמי לוי), התובעת טענה כי בכל הנוגע למערכת היחסים בינה לבין התובעת, אין הנתבעת 2 יכולה לטעון כי הוצג לה מצג שעל-פיו היא רשאית להשתמש במקרקעין למטרת מסחר. היה על הנתבעת 2 לערוך את הבדיקות הדרושות באשר לטיב זכויותיו של הנתבע 3 במקרקעין בטרם חתמה עמו על הסכם השכירות. משלא עשתה כן, אין לה להלין אלא על עצמה.

בעניין טענת הנתבעת 2 כי שילמה דמי שכירות עבור השימוש במקרקעין, טענה התובעת, כי דמי שכירות אלו לא שולמו לתובעת ולפיכך אינם נוגעים לה. משהשתמשה הנתבעת 2 במקרקעין למטרת מסחר מבלי לשלם דמי שימוש מתאימים לבעלת המקרקעין, התובעת, הרי שעשתה עושר ולא במשפט. לנוכח שימושה של הנתבעת 2 במקרקעין בניגוד לחוזה החכירה ובניגוד לייעוד המקרקעין, הרי שעל הנתבעת 2 לשלם לתובעת דמי שימוש ראויים.

משבחרה הנתבעת 2 שלא להגיש הודעה לצד שלישי נגד מי מבין הנתבעים, אין היא יכולה לטעון כי יש לחייב מי מהם לשאת בתשלום הסכום שעליה לשלם לתובעת. מכל מקום, את הנתבעת 2 יש לחייב עבור התקופה שמיום 1.10.2004, מועד התחלת השכירות בהתאם להסכם השכירות, ועד חודש דצמבר 2013, אז הופסקה פעילותה במקרקעין בשל קריסת גג המבנה שבו פעלה.

20. בעניין הנתבע 3 טענה התובעת, כי נתבע זה טען כי הוא זכאי להחזיק במקרקעין מכוח פסק הבוררות שניתן בשנת 2001. נתבע זה אף אישר כי פנה אל התובעת כדי להודיע לה על תוצאת הבוררות ואף פעל להגשת בקשות בעניין השימוש החורג במקרקעין. בנסיבות אלו, אין הנתבע 3 יכול לנסות מצד אחד לטעון כי אינו חתום על חוזה החכירה ולפיכך אין לו יריבות עם התובעת ומצד שני לטעון, כי הוא בעל זכויות שימוש במקרקעין ולפעול בניגוד לחוזה החכירה. התובעת הטעימה אפוא, כי הנתבע 3 פעל בחוסר תום לב מוחלט בעודו נהנה מהמקרקעין ואף שולמו לו דמי שכירות ניכרים עבור השימוש בהם למטרת מסחר, אך לצד זה הוא מתנער מהחובות הנובעים מכך.

עוד טענה התובעת, כי כפי שכבר נאמר, טענת הנתבע בדבר אפליה או שימושים מסחריים נוספים באזור מצד אחרים, כלל לא הוכחה ועל-כן יש לדחותה. באשר לתכניות שעליהן ביקש הנתבע 3 להסתמך טענה התובעת, כי אינן בתוקף ומכל מקום אין בהן כדי לשנות מהוראות חוזה החכירה, אשר לפיהן שינוי בשימוש כרוך בתשלום מתאים. לנוכח כל האמור טענה התובעת, כי הנתבע עשה שימוש שלא כדין במקרקעי התובעת ואף עשה בכך עושר ולא במשפט ומכאן חובתו בתשלום דמי שימוש ראויים עבור השימוש בהם.

21. בעניין צו המניעה טענה התובעת, כי למרות שהתובעת הפסיקה את השימוש במקרקעין, יש להורות על מתן צו זה לשם מניעת שימושים עתידיים. לחלופין טענה, כי ניתן למחוק סעד זה תוך מתן רשות לתובעת לעתור לקבלת סעד זה בעתיד, אם יידרש.

באשר לצו ההריסה שהתבקש טענת התובעת היא, כי לנוכח התנערות כל שלושת הנתבעים מבניית חריגות הבניה, הרי שיש לקבוע כי הצו שהתבקש יחול על כל שלושתם.

22. לבסוף טענה התובעת בעניין דמי השימוש, כי לנוכח כל האמור ומאחר שאף לא אחד מהנתבעים הגיש הודעה לצד שלישי, הרי שיש לחייב את הנתבעים, יחד ולחוד, בתשלום דמי השימוש הראויים וזאת משעשו עושר ולא במשפט. שכן, המקרקעין הוחכרו למטרת תעשייה, תמורת דמי שימוש מהוונים בסכום נמוך, בעוד שבפועל, למצער מאז שנת 2005, נעשה במקרקעין שימוש למטרת מסחר וזאת ללא הסכמת התובעת וללא רשותה.

בעניין סכום דמי השימוש, טענה התובעת, כי בהתאם להחלטות רמ"י אשר צורפו אל תצהירה של הגב' ענת מילס, יש לקבוע את דמי השימוש על-פי קביעת השמאי מטעם בית המשפט בהתאם



לחלופה האומדת זאת לפי שיעור של 6% משווי המקרקעין. סכום זה, אשר נקבע למועד הגשת התביעה, יש לשערך למועד התשלום בפועל.

23. עוד טענה התובעת, כי יש לדחות את כל טענות הנתבעים בדבר מניעות התובעת לתבוע דמי שימוש או את שאר הסעדים שנתבעו. בעניין זה הפנתה בין השאר לפסיקה הקובעת כי אין בהשתהות מצד גורמי המדינה בנקיטת אמצעים לשמירה על זכויותיה כדי למנוע מתן הסעדים הנתבעים.

### **עיקרי טענות הנתבעים**

24. **עיקרי טענות הנתבע 1 (יחזקאל דגן)** – הנתבע 1 טען, כי לנוכח פסק הבוררות ה"הזוי", כהגדרתו, נמנעה ממנו האפשרות להחזיק במקרקעין ולפעול בהם בהתאם לחוזה החכירה. המצב שנוצר בעקבות פסק הבוררות כפה עליו מצב שבו המקרקעין הוחזקו בפועל בידי הנתבע 3, אשר הפיק מהם רווחים מבלי שהנתבע 1 היה שותף להם. לטענתו, הראיות שהגיש וההליכים שניהל מוכיחים, כך לטענתו, כי עשה כל אשר לאל ידו כדי להימנע מהפרת הוראות חוזה החכירה.

לטענת הנתבע 1, על-פי סעיף 19 בחוזה החכירה ישנן שתי אפשרויות. האחת, לגרום לביטול השינוי בשימוש במקרקעין בניגוד לחוזה החכירה והשנייה, תשלום דמי שימוש מתאימים. מאחר שהנתבע התנגד לשימוש החורג, הרי שלא ניתן לחייבו בתשלום דמי שימוש. כך לטענתו, במיוחד לנוכח ההליכים הרבים שניהל מתוך ניסיון להביא להפסקת השימוש הנוגד את הוראות חוזה החכירה.

הנתבע 1 אף טען, כי בפועל לא הרוויח דבר מהמקרקעין מכיוון שדמי השכירות ששולמו לו היו בשיעור המשולם עבור מגרש ריק וכי מי שנהנה מהשכרת המקרקעין לשימוש מסחרי לנתבעת 2 הוא הנתבע 3 ולא הנתבע 1. בעניין זה ערך הנתבע 1 חישובים שונים כדי לבסס את טענתו זו.

בשולי טענות הנתבע 1 נוסף, כי חלק ניכר מסיכום טענותיו כלל חזרה מלאה אל האמור בתצהיר מטעמו וחלק אחר כלל הדבקת קטעים שלמים וארוכים של פסקי-דין, באופן שהקשה להבין את תכלית הדבקתם. מכל מקום, עיקרי טענותיו היו כאמור לעיל.

25. **עיקרי טענות הנתבעת 2 (רמי לוי)** – הנתבעת 2 העלתה טענות שונות, אשר נטענו גם בתצהיר מטעמה, שעניינם היקף השטח מתוך המקרקעין שבו השתמשה. שטח זה לטענתה, לא כלל את כל המקרקעין ולכן לא ניתן לחייבה בתשלום עבור השימוש במלוא שטח המקרקעין.

בעניין החיוב מכוח העילה של עשיית עושר ולא במשפט טענה הנתבעת 2, כי לנוכח הוראת [סעיף 2 בחוק עשיית עושר ולא במשפט](#), התשל"ט-1979 (להלן – [חוק עשיית עושר](#)), יש לפטור אותה מהשבה לתובעת. שכן לטענתה, לא היה בשימוש למטרת מסחר כדי להסב חסרון כיס לתובעת.

עוד טענה, כי אין זה צודק לחייבה בתשלום דמי שימוש מאחר שפעלה בתום לב בהנחה שאין מניעה להשתמש במקרקעין למטרת מסחר וזאת לנוכח המצג שהציג לה הנתבע 3. לטענתה, אף התובעת יצרה מצג כאמור, וזאת לנוכח ההליך בוועדת התכנון. כן טענה הנתבעת 2 כי יש לשקול את העובדה ששינתה את מצבה לרעה והשקיעה סכומים ניכרים במקרקעין. לטענתה, כבר בשנים 2005 ו-2006 ידעה התובעת על הנעשה במקרקעין, אך לא עשתה דבר. לנוכח התנהלות זו, אשר לטענת הנתבעת היא חסרת תום-לב, אין התובעת זכאית לדמי השימוש הנתבעים. כן טענה הנתבעת 2, כי התובעת נהגה בשיהוי ניכר ולכן גם מטעם זה אינה זכאית לדמי השימוש הנתבעים.

הנתבעת 2 הוסיפה, כי לנוכח הוראת [סעיף 3](#) בחוק עשיית עושר, היא אף רשאית בכל מקרה לנכות את השקעותיה ואת הוצאותיה מכל סכום שתחויב.

לעניין צו המניעה וצו ההריסה שהתובעת עתרה לקבל, טענה הנתבעת 2 כי אינה מחזיקה עוד במקרקעין ולכן לא ניתן לתת צווים אלו נגדה. כן טענה, כי כבר ניתנו צווים כאמור, במסגרת הליכים פליליים, כך שאין מקום לצווים נוספים.

26. **עיקרי טענות הנתבע 3 (רונן דגן)** – הנתבע 3 פתח בכך שהפעלת המרכול הופסקה בשנת 2012 וכי את כל המבנים שהיו במקרקעין הרס במהלך החודש האחרון (חודש יוני 2017).

לעצם התביעה לתשלום דמי שימוש טען הנתבע 3, כי אין כל יריבות בינו לבין התובעת וכי בפועל, טענות התובעת מכוונות כלפי הנתבעים 1 ו-2. לטענתו, הוא פנה אל התובעת בבקשה להכיר בזכויותיו במקרקעין, אך התובעת סירבה, לפיכך לא ברור מדוע הוגשה התביעה נגדו. הנתבע 3 טען עוד, כי כלל לא נעשה שימוש חורג במקרקעין וכי בכל מקרה, אפילו נעשה שימוש חורג, הרי שהיה זה בידיעת התובעת. בעניין זה חזר הנתבע 3 על טענות האפליה שטען. כאמור לעיל, טענה זו כבר נדחתה בהיעדר כל הוכחה לתמיכה בה.

הנתבע 3 טען עוד, כי בכל מקרה, לנוכח מערכת היחסים בינו לבין הנתבעת 2, עליה לשפות אותו בכל סכום שיחויב. לבסוף טען, כי לנוכח התנהלות התובעת, אשר לא נקטה כל הליך נגד מי מהנתבעים חרף ידיעתה בדבר השימוש החורג, הרי שהיא מנועה מלתבוע את דמי השימוש עתה. כן טען, כי התובעת לא הוכיחה את הסכום הנתבע וכי לנוכח האמור בחוות-דעת השמאי ובמגבלת תקופת ההתיישנות, הסכום שבו ניתן לחייב בתשלום נופל בהרבה מזה שנתבע.

27. **עיקרי טענות הצדדים בסיכומי התשובה** – עיקרי טענות התובעת בסיכומי התשובה נוגעים לטענות הנתבעים אשר לטענתה, הן בגדר הרחבת חזית אסורה. כן הובאו תשובותיה לחלק מטענות הנתבעים. כך גם באשר לסיכומי התשובה מטעם הנתבע 3 (שהיקפם אף עלה על היקף סיכום טענותיו), אשר כללו מענה לטענות מי מהצדדים. טענות אלו יפורטו ככל שנידרש אליהן.

ד. **דיון והכרעה**

### הנושאים הטעונים בירור והכרעה

28. קודם שנפנה לדון בתביעה בעניינו של כל אחד מהנתבעים, נדון בנושאים הבאים, הנוגעים לכל הנתבעים: הכלל שעל-פיו בהיעדר הודעות לצד שלישי מטעם מי מהנתבעים, אין מקום להידרש אל טענותיו של מי מהם כלפי הנתבעים האחרים; הכלל שעל-פיו בנסיבות הנדונות יש לחייב בתשלום דמי שימוש ראויים מכוח העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט; ההשלכה, ככל שישנה, לכך שמי מהנתבעים שילם דמי שכירות למי מבין הנתבעים האחרים; שאלת ההשלכה, ככל שישנה, להשתהות מצד התובעת או לרשלנות נטענת מצדה.

לאחר הדיון בשאלות האמורות, תיבחן שאלת חובתו של כל אחד מהנתבעים בתשלום דמי שימוש ראויים וכן יידון שווי דמי השימוש הראויים.

לבסוף נידרש בקצרה אל שני הסעדים הנוספים שנתבעו – צו מניעה וצו הריסה – וכן נידרש אל הבקשה לפיצול סעדים ואל נושא הוצאות המשפט.

### אין מקום להכרעה בטענות נתבע אחד כלפי רעהו

29. נקדים וזכיר, כי אף לא אחד מבין הנתבעים הגיש הודעה לצד שלישי נגד מי מהנתבעים האחרים. לפיכך וכפי שטענה התובעת בצדק רב, אין אנו נדרשים להכריע בטענות שהעלו הנתבעים כלפי מי מהנתבעים האחרים, שעניינן היחסים בין הנתבעים לבין עצמם או שעניינן חובותיו הנטענות של נתבע אחד כלפי נתבע אחר.

כידוע, בהתאם [לתקנה 216\(1\) בתקנות סדר הדין האזרחי](#), התשמ"ד-1984, ניתן לשלוח הודעה לצד שלישי "לכל אדם, לרבות אדם שהוא בעל דין בתובענה". לפיכך נקבע, כי "ניתן למסור הודעה לצד שלישי גם לנתבע אחר במשפט. מתוך ההן שבסעיף נשמע גם הלאו – ללא מסירת הודעה לצד שלישי, אין נפתחת, בדרך כלל, חזית בין הנתבע לבין הצד השלישי". לכן, "משלא נשלחה הודעה לצד שלישי ... ומשלא נפתחה חזית ביניהם, לא היה מקום כי בית המשפט ידון ויכריע בעילות הנוגעות ליחסים הפנימיים ביניהם" ([ע"א 2755/05 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' איילון חברה לביטוח בע"מ](#) [פורסם בנבו] (9.12.2008), כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין, פסקה 12).

הכלל הוא אפוא, כי משלא הוגשה הודעה לצד שלישי, לא נפתחת חזית בין הנתבעים לבין עצמם. לפיכך, כל אשר אנו נדרשים לבחון הוא, אם אמנם יש מקום לקבלת התביעה נגד הנתבעים, כולם או חלקם. אולם, איננו נדרשים לטענות שטען מי מבין הנתבעים האחרים כלפי נתבע אחר. ככל שמי מהם טוען כי על מי מבין הנתבעים לשפות אותו בסכום שיחויב, הרי שעליו לעשות כן בהליך מתאים בכפוף לכלל דין (לרבות דיני ההתיישנות).

## חיוב בתשלום דמי שימוש ראויים מכוח העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט

30. [חוק עשיית עושר ולא במשפט](#) קובע את העיקרון הכללי, שעל-פיו מי שהתעשר שלא כדין על חשבון אחר, חייב להשיב לאותו אחר את שווי ההתעשרות. עיקרון זה עוגן בהוראת [סעיף 1\(א\)](#) בחוק זה, הקובעת כי "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה". על-פי הוראה זו, זכות ההשבה מכוח העילה של עשיית עושר ולא במשפט קמה בהתקיים שלושה יסודות אלו: **האחד**, יסוד ההתעשרות, בכך שהזוכה קיבל נכס, שירות או טובת הנאה; **השני**, קשר סיבתי, בכך שהזוכה התעשר מהמזכה או על חשבוננו; **השלישי**, יסוד נורמטיבי, המתקיים אם התעשרות הזוכה הייתה "שלא על-פי זכות שבדין" ([רע"א 371/89 לבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד\(2\)](#) 309 (1990), כבוד הנשיא מ' שמגר, עמ' 323-322; [5768/94 א.ש.ג.ר. ייבוא ייצור והפצה בע"מ נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב\(4\) 289](#) (1998), כבוד השופט מ' חשין, פסקאות 36, 63-64).

31. כפי שנקבע זה מכבר, שימוש במקרקעין מבלי ששולמו דמי שימוש ראויים, הוא בגדר עשיית עושר ולא במשפט המחייב את הנהנה מהשימוש במקרקעין בתשלום לבעל המקרקעין (המזכה) על טובת הנאה שהפיק מאותו שימוש. חיוב זה בתשלום דמי שימוש אינו רק אם מדובר במסיג גבול הפולש אל מקרקעין שהם בבעלות אחר, אלא גם אם אדם חוכר מקרקעין בתשלום מופחת לנוכח ייעוד המקרקעין, אך בפועל השתמש בהם לייעוד אחר ללא רשות בעליהם. גם במצב זה מתקיימים שלושת יסודותיו של הכלל בדבר עשיית עושר ולא במשפט. יסוד ההתעשרות מתקיים בכך שתמורת דמי חכירה נמוכים ששולמו עבור מקרקעין שיעודם לתעשייה, נעשה שימוש במקרקעין למטרת מסחר באופן שהניב רווחים גבוהים יותר. היסוד הנורמטיבי, שעניינו התעשרות שלא על-פי זכות שבדין, מתקיים בכך שההתעשרות באה מהשימוש במקרקעין בניגוד להוראות חוזה החכירה ובניגוד לייעוד המקרקעין על-פי התכנית החלה במקום. מאליו מתקיים הקשר הסיבתי, בכך שהזוכה, המשתמש במקרקעין, הפיק את רווחיו על חשבון בעליו של המקרקעין.

כך גם עולה מפסק הדין בעניין [ע"א 891/95 זידאני נ' אבו-אחמד, פ"ד נג\(4\) 769](#) (1999), העוסק בכלל שעל-פיו על מסיג גבול לשלם דמי שימוש ראויים מכוח עשיית עושר ולא במשפט. כאמור שם (כבוד השופט י' אנגלרד, פסקה 21), "ההלכה שנתקבלה בשיטתנו היא כי מסיג גבול, העושה שימוש שלא כדין בקרקע זולתו, חייב להשיב את זכייתו שבאה לו מבעל הזכות מכוח העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט. מבחינה זו, אין עוד הבדל בין זכייה המתבטאת בעשיית רווחים מיוחדים לבין זכייה שהיא החיסכון של דמי שימוש ראויים. ראה ד' [פרידמן, דיני עשיית עושר](#) ולא במשפט (כרך א), מהדורה שנייה, תשנ"ח, בעמ' 424-432" (ראו גם: [ע"א 588/87 אליעזר כהן נ' צבי שמש, פ"ד מה\(5\) 297](#) (1991), כבוד השופט א' מצא, פסקה 23 (להלן – [עניין אליעזר כהן](#))).

נמצא אפוא, כי גם במקום שבו השימוש במקרקעין אינו כדון ומדובר בשימוש במקרקעין שלא בהתאם לייעודם ולתשלום דמי השימוש ששולמו – ואינו בהכרח הסגת גבול – מדובר בזכייה שלא כדון, אשר מתבטאת בעשיית רווחים מיוחדים. העושר שלא כדון נוצר אם כן, מכך שנחסך תשלום דמי השימוש הראויים התואמים את השימוש בפועל.

32. בענייננו, דמי השימוש (דמי החכירה המהוונים) ששולמו לתובעת היו בסכום מופחת לנוכח ייעוד המקרקעין לתעשייה. מאחר שבפועל נעשה שימוש למטרת מסחר, הרי שעל המשתמש שלא כדון לשלם את הפרש. זאת לנוכח הכלל שנקבע פעמים רבות, כי דמי השימוש הראויים שמשתמש מחויב בהם מכוח העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט צריכים לשקף את גובה טובת ההנאה שהפיק המשתמש ולא את שווי נזקו של הבעלים. השאלה שיש לבחון היא, מה סכום דמי השכירות שהמשתמש במקרקעין (הנתבעים) חסך בכך שהשתמש בהם שלא כדון. מטעם זה, גם אין רלוונטיות לטענות כי התובעת לכאורה, לא ניזוקה מהשימוש שנעשה במקרקעין (ראו לעניין זה בין השאר: עניין אליעזר כהן, פסקה 23; ע"א 1227/97 סלעית האדומים מחצבה ומפעל לעיבוד אבן בע"מ נ' אברהים, פ"ד פ"ד נג (3) 247 (1999), כבוד השופט י' אנגלרד, פסקה 11).

#### **שאלת ההשלכה שיש לתשלום דמי השכירות ובחינת ההגנות הקבועות בחוק**

33. על-פי טענות הצדדים, הנתבעת 2 שהפעילה מרכול במקרקעין, שילמה לנתבע 3 – אשר על-פי פסק הבוררות קיבל את זכות החזקה במקרקעין – דמי שכירות בסכום גבוה, התואם את השימוש שנעשה בפועל במקרקעין. כן נטען, כי הנתבע 3 שילם לנתבע 1 דמי שכירות, אשר לגביהם נטען כי היו בסכום מופחת אשר לכאורה, תאם את ייעוד המקרקעין לתעשייה. בנסיבות אלו טענו הנתבעים 1 ו-2, כי בכל מקרה יש להביא בחשבון את סכום דמי השכירות ששולמו.

תשלומי דמי השכירות ששילם נתבע זה או אחר למי מבין הנתבעים האחרים נוגע רק למערכת היחסים שבין הנתבעים לבין עצמם, אשר כאמור, משלא נשלחו הודעות לצדדים שלישיים לא יידונו במסגרת זו. דמי שכירות אלו, אינם יכולים לבוא בחשבון במערכת היחסים שבין התובעת לבין הנתבעים, מאחר שהם כלל לא נוגעים לתובעת, הזכאית לכך שישולמו לה דמי שימוש ראויים עבור השימוש האמתי במקרקעיה שנעשה בניגוד לחוזה החכירה (ראו לעניין זה: ע"א 22948-12-09 (מחוזי מרכז) מינהל מקרקעי ישראל נ' מזל כהן [פורסם בנבו] (17.5.2010), כבוד השופטים א' שילה, מ' נד"ב, א' מקובר, פסקה 5(א)). הטעם לכך הוא שבמישור היחסים שבין הנתבעים לבין התובעת, נמצא כי הנתבעים לא שילמו דמי שימוש ראויים התואמים את השימוש במקרקעין, לפיכך כלפי התובעת, יש בכך משום התעשרות שלא כדון (עניין אליעזר כהן, פסקה 35).

34. מהטעם האמור, אף אין בתשלום דמי השכירות כדי להפחית מסכום ההשבה, הוא סכום דמי השימוש שנדרשים הנתבעים לשלם לתובעת מכוח העילה של עשיית עושר ולא במשפט. שכן אין בעצם תשלום דמי השכירות כדי להצדיק פטור מהשבה בהתאם להוראת סעיף 2 בחוק עשיית עושר, המאפשר לפטור מחובת ההשבה בנסיבות שבהן ההשבה תהיה בלתי צודקת. כך גם אין דמי

השכירות ששולמו בגדר הוצאות אשר ניתן לנכות מדמי ההשבה בהתאם להוראת [סעיף 3](#) בחוק זה. שכן דובר בתשלומים ששירתו את מטרתיהם של שלושת הנתבעים ואשר כלל לא נגעו לתובעת (ראו דיון נרחב בעניין הוצאות אלו בעניין [אליעזר כהן](#), פסקאות 25-37).

### **היעדר השלכה להשתתות התובעת או לרשלנותה**

35. טענה נוספת שטענו הנתבעים אשר אין בה כדי לשנות מהתוצאה, עניינה בכך שעל-פי טענתם, התובעת נהגה ברשלנות לגבי המקרקעין ואף השתתתה בנקיטת הליכים לגביהם.

לעניין זה כבר נקבע, כי אפילו נמנעה הרשות הציבורית מלפעול לפינוי מקרקעין שבבעלותה, מחדליה לא יעמדו לה לרועץ ולא יהפכו להסכמה שבשתיקה לכך שהפולש יוסיף להחזיק במקרקעין שאליהם פלש ([ע"א 3846/13](#) [מדינת ישראל נ' היפר חלף](#) [פורסם בנבו] (21.7.2015), כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, פסקה יט (להלן – [עניין היפר חלף](#)). כן ראו פסיקה נוספת שנתן כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: [רע"א 10346/06](#) [ארז נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון](#) [פורסם בנבו] (12.6.2007), פסקה ח (להלן – [עניין ארז](#)); [רע"א 7226/08](#) [עיריית קריית אתא נ' יצחק](#) [פורסם בנבו] (8.4.2010), פסקה ז'; [רע"א 4084/14](#) [בדיר נ' רשות מקרקעי ישראל](#) [פורסם בנבו] (16.12.2014), פסקה ז'; [רע"א 5333/05](#) [גבריאל נ' מינהל מקרקעי ישראל](#) [פורסם בנבו] (31.10.2005), פסקה ב'; [רע"א 6156/05](#) [אדאדי נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] (20.7.2005), פסקה ח'.

כך גם נקבע לעניין החיוב בדמי שימוש, כי אין במחדלי הרשות הציבורית (בענייננו, העירייה), אשר השתתתה במשך שנים רבות, עד אשר פעלה לפינוי מקרקעין שבבעלותה, כדי לשלול את זכאותה לקבלת דמי שימוש עבור השימוש שנעשה בהם ללא רשותה. שכן, "אין זה מתקבל על הדעת שהמשיבה תיהנה ממחדל הרשות הציבורית באופן שלא יביא לביטוי דמי שימוש" (עניין [היפר חלף](#), פסקה כז). לפיכך, אפילו אמנם השתתתה התובעת בנקיטת הליכים לגבי המקרקעין או בהגשת תביעה לחיוב הנתבעים בתשלום דמי שימוש, אין הדבר מצדיק שהנתבעים ייהנו ממחדליה.

### **דיון בשאלת חובתו של כל אחד מהנתבעים לשלם לתובעת דמי שימוש ראויים**

36. כפי שכבר נאמר, העובדות בעיקרן אינן שנויות במחלוקת והן כפי שהובאו בפתח הדברים. על רקע עובדות אלו, לנוכח המסקנות האמורות ובשים לב לטענות הצדדים, נבחן עתה את שאלת חובתו של כל אחד מהנתבעים בתשלום דמי השימוש הראויים הנתבעים.

37. **הנתבע 1 (יחזקאל דגן)** – נתבע זה הוא החוכר על-פי חוזה החכירה, אשר מעולם לא בוטל ואף הנתבע 1 עצמו מעולם לא פעל לביטולו. אף לא ניתן לחלוק כך שהנתבעת לא הייתה צד לפסק הבוררות וממילא שקביעותיו, אף אם אושרו בפסק-דין, אינן יכולות לחייב את הנתבעת, בעוד

שעל-פי חוזה החכירה, כל העברת זכויות במקרקעין הותנתה בהסכמתה. מטעם זה, אף לא ניתן לקבל את טענות הנתבע 1 כי תוצאת פסק הבוררות יצרה מצב שנכפה עליו המשליך על יחסיו עם התובעת.

לא זו בלבד, אלא שעיון בפסק הבוררות מעלה, כפי שכבר נאמר, כי כלל לא נקבע בו שהזכויות שיש לנתבע 1 במקרקעין יועברו אל הנתבע 3. להפך, נקבע כי הזכויות נשארות בידיו של הנתבע 1 וכי רק זכות החזקה עוברת. מטעם זה אף נקבע, כי הנתבע 1 זכאי לכך שהחברה בבעלות האחים או הנתבע 3, ישלמו לו דמי שכירות עבור שימוש במקרקעין. כך בין השאר נאמר בפסקה ו' בעניין המקרקעין הנדונים (עמ' 14 בפסק הבוררות), כי תשלום דמי השכירות שישולמו לנתבע 1 יהיו "עד תום תקופת החכירה של יחזקאל במגרש". ראו גם את תשובתה המפורטת של התובעת במכתב מיום 21.8.2005 (נספח ח' של תצהיר התובעת), שבו הובהר על שום מה אין בתוצאת פסק הבוררות כדי להביא לשינוי הזכויות במקרקעין ולהעברת זכות החכירה מהנתבע 1 אל הנתבע 3.

מכל מקום, כל עוד לא בוטלו זכויות החכירה של הנתבע 1 במקרקעין ואף לא הועברו אל הנתבע 3 או אל כל גורם אחר, הרי שהנתבע 1 הוא חוכר המקרקעין. ממילא הוא גם אחראי כלפי התובעת לשימוש שנעשה בהם. כל טענותיו הן במישור היחסים בינו לבין שאר הנתבעים. אם אמנם כטענתו, הוא כשל בהגנה על זכויותיו במקרקעין או שאמנם כטענתו, "נושל" מהמקרקעין, הרי שהיה עליו לפנות אל התובעת ולהביא לביטול חוזה החכירה. הנתבע 1 אינו יכול מצד אחד להוסיף ולהחזיק בזכויות מכוח חוזה החכירה ואף לקבל דמי שכירות תמורת השימוש בהם (אפילו כטענתו, מדובר בסכום "זעום") ומנגד, לבקש להתנער מהתחייבויותיו מכוח חוזה החכירה.

מכל הטעמים האמורים, הרי שעל הנתבע 1 לשאת בתשלום דמי השימוש הראויים עבור השימוש שנעשה במקרקעין שלא כדין ובניגוד לחוזה החכירה.

38. **הנתבעת 2 (רמי לוי)** – אין מחלוקת על כך שהנתבעת 2 השתמשה במקרקעין למטרת הפעלת מרכול וזאת בניגוד לשימוש המותר במקרקעין, מבלי שהתקבלה הסכמת התובעת ומבלי ששולמו לתובעת דמי שימוש ראויים. מכאן אפוא, שעל הנתבעת 2 לשלם לתובעת דמי שימוש ראויים עבור השימוש שעשתה במקרקעין שלא כדין.

מהטעמים שכבר הובאו לעיל ומשלא הוגשה הודעה לצד שלישי, אין מקום לדון בטענות שהעלתה הנתבעת 2 כלפי הנתבע 3 או הנתבע 1. בכלל זה, אין מקום להידרש אל טענת הנתבעת 2 כי הוצג לה מצג שעל-פיו הנתבע 3 הוא בעל הזכויות וכי הוא רשאי להשכיר לה את המקרקעין. מקומה של טענה זו הוא במישור היחסים שבין הנתבעת 2 לבין הנתבע 3. בכל הנוגע לתובעת, הרי שהנתבעת 2 לא הניחה כל ראייה כי התובעת הציגה לה מצג שגוי ולכן ממילא אין מקום להידרש אל טענה זו. בדומה אין מקום לדון בטענת הנתבעת 2 בכל הנוגע לתשלום דמי השכירות ששילמה לנתבע 3 וכל כיוצא באלה טענות, שאף הן כאמור, נוגעות רק למישור היחסים שבין הנתבעים לבין עצמם. כך או אחרת, משלא בדקה הנתבעת 2 אם ייעוד המקרקעין על-פי חוזה החכירה ועל-פי התכנית

התקפה החלה במקום אמנם מאפשר פתיחת מרכול במקום, נראה כי בכל הנוגע למערכת היחסים שבינה לבין התובעת, אין מקום לטענותיה של הנתבעת 2.

39. **הנתבע 3 (רונו דגן)** – בהיעדר מחלוקת על כך שהנתבע 3 הפיק רווחים משמעותיים מהשכרת המקרקעין לנתבעת 2, ממילא אף לא יכולה להיות מחלוקת על כך שהוא השתמש במקרקעין ועשה עושר ולא במשפט מהשימוש בהם. בדומה, מאליה עולה המסקנה כי ליו לשלם לתובעת דמי שימוש ראויים. העובדה שהנתבע 3 אינו צד לחוזה החכירה אינה מעלה או מורידה לעניין השימוש שעשה במקרקעין וממילא אין מקום לטענת היעדר היריבות שהעלה.

בנוסף לכך, כפי שכבר נאמר, טענת ההפליה שטען הנתבע 3 לא נתמכה בדבר וממילא גם לא הוכחה ולכן אין מקום להידרש אליה. כך גם באשר לשאר הטענות שטען, שאליהן נדרשנו אגב פירוט טענותיו ובכלל זה טענותיו בעניין התכנית התקפה החלה במקום, אשר אין חולק כי לא הייתה בתוקף בתקופה הרלוונטית לתביעה. לבסוף, מאחר שגם הנתבע 3 נמנע מהגשת הודעה לצד שלישי נגד מי מבין הנתבעים האחרים, אין מקום לדון בטענותיו כלפיהם.

### **סכום דמי השימוש הראויים**

40. לנוכח המסקנה כי על שלושת הנתבעים לשלם את דמי השימוש הראויים, נותר לבחון את סכום דמי השימוש הראויים.

לעניין קביעת דמי השימוש הראויים מונה בהסכמת הצדדים מומחה מטעם בית המשפט, שמאי המקרקעין מר גיל יזרעאלי. מסקנותיו לא נסתרו, איש מהצדדים לא הציג לו שאלות הבהרה ואף לא ביקש לחקור אותו. לפיכך חל הכלל שעל-פיו בדרך כלל לא יסטה בית המשפט ממסקנות חוות דעה של מומחה שמונה מטעם בית המשפט, אלא אם כן נמצאו נימוקים כבדי משקל המצדיקים לעשות כן (ראו למשל: ע"א 9323/04 מיצר לפיתוח בע"מ נ' שותפות בנין 17 מתחם 5 [פורסם בנבו] (23.7.2006) כבוד השופט א' א' לוי, פסקה 22; ע"א 2099/08 עיריית אשקלון נ' תשל"ז השקעות והחזקות בע"מ [פורסם בנבו] (28.10.2010), כבוד השופטת ע' ארבל, פסקה 22; ע"א 293/88 חברת יצחק ניימן להשכרה בע"מ נ' מונטי רבי [פורסם בנבו] (21.12.1988), כבוד השופט ש' אלוני, פסקה 4).

41. בחוות-דעתו כלל השמאי שתי חלופות לקביעת דמי השימוש הראויים, בעוד שאחת מהן היא בהתאם לנהלי התובעת, אשר לפיהם יש לחשב את דמי השימוש בשיעור 6% מערך הקרקע. עניין זה הובהר בין השאר, גם בתצהירה של הגב' ענת מילס מטעם התובעת, כי "תחשיב דמי שימוש ראויים ... מתבסס הן על החלטת הנהלה של התובעת שמספרה 1243 מיום 17.11.2004 והן על הוראת אגף מס' 10א מיום 20.9.2006, לפיהן זכאית התובעת לגבות דמי שימוש בגין שימוש שלא כדיון שנעשה בקרקע בשיעור 6% מערך הקרקע באזור מרכז הארץ" (החלטת הנהלת רמ"י והוראת האגף צורפו לתצהיר – נספחים ב' ו-ג').



על-פי האמור בחן השמאי את ההפרש בין שווי הקרקע לתעשייה על-פי הזכויות מכוח חוזה החכירה לבין שווי הקרקע למסחר על-פי השימוש בפועל לגבי כל אחת מהשנים הרלוונטיות. בהתאם לכך קבע השמאי את דמי השימוש הראויים לגבי כל שנה (בשיעור 6%). כאמור שם, הסכומים נקבעו לגבי כל שנה (בהתאם להחלטה מיום 16.4.2015) ולפיכך יש לערוך שיערוך לגביהם, תוך הוספת הפרשי הצמדה וריבית עד מועד התשלום בפועל.

בהיעדר מחלוקת כי על הנתבעים לשלם את דמי השימוש הראויים רק עבור שבע השנים שקדמו להגשת התביעה (שכן התביעה לעניין דמי שימוש לתקופה קודמת התיישנה), עליהם לשלם דמי שימוש הראויים עבור השנים 2006 עד 2012 (כולל), בהתאם למסקנות השמאי וכלהלן: סך 78,336 ₪ עבור שנת 2006; סך 81,276 ₪ עבור שנת 2007; סך 83,089 ₪ עבור שנת 2008; סך 83,290 ₪ עבור שנת 2009; סך 81,335 ₪ עבור שנת 2010; סך 82,493 ₪ עבור שנת 2011; סך 77,040 ₪ עבור שנת 2012. לסכומים אלו יצורפו הפרשי הצמדה וריבית ממועד יצירת החיוב ועד התשלום בפועל.

#### **הסעדים הנוספים והבקשה לפיצול סעדים**

42. אין מחלוקת על כך שהנתבעת 2 הפסיקה את השימוש במקרקעין בסוף שנת 2013. בדומה, על-פי הצהרת הנתבע 3 השימוש החורג במקרקעין הופסק זה מכבר ולאחרונה אף נהרסו המבנים שנבנו במקרקעין שלא כדין. בנסיבות אלו, ספק אם נדרשים הסעדים הנוספים שנתבעו ואף ספק אם נדרש היתר לפיצול סעדים.

מכל מקום, שמשנמצאה הצדקה למתן הסעדים הנוספים וככל שהדבר נדרש, ניתן צו מניעה קבוע האוסר על הנתבעים או מי מהם להשתמש במקרקעין בניגוד להוראות חוזה החכירה.

כן ניתן צו הריסה המורה על הריסת המבנים אשר נבנו שלא כדין ובניגוד להוראות חוזה החכירה.

כל שהדבר נדרש, ניתן לתובעת גם היתר לפיצול סעדיה, כפי שביקשה.

#### **ה. סיכום ותוצאה**

43. מכל הטעמים שעליהם עמדנו, התביעה מתקבלת.

על שלושת הנתבעים לשלם, יחד ולחוד, את סכום דמי השימוש הראויים, כפי שנקבע לעיל ובתוספת הפרשי הצמדה וריבית.

התובעת רשאית להגיש פסיקתה לאישור ולחתימה וזאת עד יום 31.7.2017.

44. בנוסף וכאמור, ניתנים צו מניעה, צו הריסה והיתר לפיצול סעדים שתוכנם כאמור לעיל.

45. כל אחד מהנתבעים ישלם לתובעת עבור שכר-טרחת עורך-דין והוצאות משפט סך 15,000 ₪ (ובסך הכול 45,000 ₪).

כל הסכומים בהתאם לפסק-דין זה ישולמו לתובעת באמצעות בא-כוחה, תוך שלושים יום מיום המצאת פסק הדין. אם תוגש פסיקתה, כי אז יידחה מועד התשלום כך שיהיה תוך שלושים יום מיום המצאת הפסיקתה החתומה.

**ניתן היום, י"ז תמוז תשע"ז, 11 יולי 2017, בהיעדר הצדדים.**

תמר בר אשר צבן 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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