בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 17397-02-19 חסידים ואח' נ' נציגות הבית המשותף ואח'
ע"א 18670-02-19 נציגות הבית המשותף סוקולוב 68 רמת השרון ואח' נ' חסידים ואח'

תיק חיצוני:

לפני כבוד השופטים יהודית שבח, סג"נ, יונה אטדגי, עידית ברקוביץ

מערערים בע"א 17397-02-19	**1. בנימין חסידים**
משיבים בע"א 18670-02-19	**2. רונן יוסף חסידים**
	3. לאה יוסף חסידים
	ע"י ב"כ עוה"ד נועם רונן, מתן גיגי, והילה בן-שבת

נגד

משיבות בע"א 17397-02-19	**1. נציגות הבית המשותף ברח' סוקולוב 68 רמת השרון**
מערערות בע"א 18670-02-19	**2. נציגות הבית המשותף ברח' סוקולוב 70 רמת השרון**
	ע"י ב"כ עו"ד שמעון ג'ינו

פסק דין

השופט י. אטדגי:

רקע עובדתי

1. המשיבות בע"א 17397-02-19 והמערערות בע"א 18670-02-19 (להלן: **"הנציגות"**) הן נציגויות הוועדים המשותפים של בית משותף הממוקם בגוש 6417 חלקות 110 ו – 111, והמצוי ברחוב סוקולוב מס' 68– 70 ברמת השרון (להלן: **"הבית המשותף"**).
המערערים בע"א 17397-02-19 והמשיבים בע"א 18670-02-19 (להלן: **"חסידים"**) הם ילדיו ויורשיו של יעקב חסידים ז"ל (להלן: **"המנוח"**), אשר נפטר לאחר הגשת כתב התביעה בבית משפט השלום תל-אביב-יפו (ת.א. 21190-09-13) ולפני שניתן פסק דין באותה תביעה, עליו הוגשו שני הערעורים דנן.
המנוח היה הבעלים הרשום של חנות בקומת הקרקע של הבית המשותף, הרשומה כחלקת משנה 3 בחלקה 110 (להלן: "**החנות**". יצוין, כי המנוח היה בעלים רשום של חנות נוספת באותו בית).
לאחר פטירתו, מחזיקים בחנות שניים מיורשיו: בנימין ורונן חסידים.

2. המחלוקת, נושא התביעה והערעור, נוגעת לשטח הסמוך לחנות, הרשום כחלק מהרכוש המשותף של הבית המשותף (להלן: "**שטח המחלוקת**"), שעל חלקו הוקם מבנה המוגדר על ידי הצדדים כמחסן (להלן: "**המחסן**").
הצדדים חלוקים על גודל השטח המדובר: 33 מ"ר לטענת הנציגות, 21מ"ר בלבד לטענת חסידים.

המנוח, ולאחריו חסידים, השכירו את החנות, כולל שטח המחלוקת והמחסן לצד שלישי, פלנקה בע"מ (להלן: "**פלנקה**"), שהפעילה בהם עסק לממכר ציוד אורתופדי. במועד מסוים שלאחר הגשת התביעה שהוגשה כנגד המנוח ופלנקה, פינתה פלנקה את המושכר והתביעה המשיכה להתברר כלפי חסידים בלבד.

<u>התביעה ופסק הדין של בית משפט השלום</u>

3. הנציגות הגישה תביעה נגד חסידים למתן שני סעדים:

א. מתן צו פינוי משטח המחלוקת, "**ובתוך כך לפרק את הבלוקים ו/או כל חומר אחר שנבנו באופן בלתי חוקי**";

ב. תשלום דמי שימוש ראויים בגין השימוש שעשו חסידים בשטח המחלוקת במשך 7 שנים שקדמו למועד הגשת התביעה בסך של 436,128 ₪ .

4. חסידים התנגדו לשני הסעדים.

הגנתם העיקרית הסתמכה על הסכמה שניתנה לדבריהם בשנת 1974 על ידי נציגות הבית המשותף באותה עת לבעלים המקורי של החנות, חברת ש.פלוטניצקי בע"מ (להלן: "**פלוטניצקי**"), לעשות שימוש בשטח המחלוקת ולגדרו בגדר קבועה, כנגד תמורה כספית ששולמה לה (להלן: "**מסמך 1974**").

בחודש פברואר 1994 נעשה הסכם בין פלוטניצקי (וליתר דיוק, בין הבעלים של החברה, פלוטניצקי נחמן) לבין המנוח, למכר החנות, כולל המחסן (להלן: "**<u>הסכם 1994</u>**"). מסמך 1974 צורף כנספח להסכם 1994.

משום כך, ומשום שהנציגות נמנעה מלפעול נגד פלוטניצקי ונגד חסידים במשך שנים רבות, כשבתוך תקופה זו חסידים השקיעו ממון רב במחסן ובשטח המחלוקת, תביעת הפינוי צריכה להידחות, לטענתם.

מאותו טעם הוסיפו, יש לדחות את דרישת הנציגות לתשלום דמי שימוש ראויים. לחילופין טענו חסידים, כי הם זכאים לפיצוי עבור השקעותיהם.

5. במסגרת הסדר דיוני בין הצדדים הוסכם כי פסק הדין יינתן ללא חקירת המצהירים מטעם הצדדים ועל סמך חומר הראיות שהוגש לבית המשפט.

6. בית המשפט קמא (כב' השופט עמית יריב) קבע כי שטח המחלוקת הוא רכוש משותף השייך לבית המשותף; כי מעמדה של פלוטניצקי באותו שטח היה "**לכל היותר**" מעמד של בר-רשות; כי פלוטניצקי לא הייתה רשאית להעביר את הרשות שניתנה לה לחסידים; ולכן המסקנה היא שלחסידים אין כל זכות בשטח המחלוקת. בית המשפט דחה את טענת השיהוי שהעלו חסידים וקבע שחסידים לא הוכיחו את ההשקעות הנטענות על ידם.

כן נקבע כי הנציגות זכאית לקבל מחסידים דמי שימוש ראויים עבור שבע השנים שקדמו להגשת התביעה, אך עבור 21 מ"ר בלבד.

חישוב דמי השימוש הראויים נעשה בהתאם לדמי השכירות ששילמה פלנקה לחסידים במשך השנים הללו, באופן יחסי לשטח שנקבע.

בסיכומו של דבר, הורה בית המשפט קמא לחסידים לפנות את שטח המחלוקת עד יום 3.3.2019 ולשלם לנציגות דמי שימוש ראויים בהתאם לקריטריונים שקבע, ובנוסף לכך – לשלם לנציגות הוצאות בשיעור מופחת בסך 2,500 ₪ (בשל מחדל דיוני של הנציגות הקשור להגשת הסיכומים) וכן שכ"ט עו"ד בשיעור מופחת בסך 11,740 ₪ (להלן: "**<u>פסק הדין</u>**").

7. יצוין, כי בית משפט זה (כב' השופטת עינת רביד) דחה את בקשת חסידים לעכב את פינוי שטח המחלוקת, אך עיכב את "**החלק הכספי של פסק-הדין**" קרי: תשלום דמי השימוש הראויים (החלטה מיום 4.3.2019). הצדדים חלוקים בשאלה, האם חסידים פינו בפועל אותו שטח.

8. שני הצדדים ערערו על פסק הדין.

חסידים טוענים שהמנוח קיבל רישיון חוזי בתמורה במחסן ובשטח המחלוקת, ולחילופין – רישיון מכללא, שמכוחו הם מחזיקים ועושים בהם שימוש במשך שנים רבות; כי הרישיון הוא בלתי הדיר; כי לא ניתן לחייבם בתשלום דמי שימוש ראויים כשהם מחזיקים במחסן ובשטח המחלוקת מכוח רישיון חוזי בתמורה בלתי-הדיר וכן משום שהגישה היחידה למחסן ולשטח המחלוקת הינה דרך החנות, כך שממילא הנציגות לא יכלה לעשות בהם כל שימוש;

לחילופין, כי שגה בית המשפט בחישוב דמי השימוש בהסתמך על דמי השכירות ששולמו עבור החנות, משום שהמדובר במחסן ולא בחנות; וכי שגה בית המשפט בדחותו את טענת השיהוי.

בתשובה לערעור הנציגות הוסיפו, כי צדק בית המשפט בקביעת גודל השטח שעבורו יש לשלם דמי שימוש (ככל שערעורם על כך יידחה) וכי אין יסוד לדרישת הנציגות לקביעת דמי שימוש לתקופה שלאחר הגשת התביעה.

9. גם הנציגות הגישה ערעור.

לטענתה, שגה בית המשפט קמא בקביעת גודל השטח, לפיו יש לחשב את דמי השימוש הראויים, 21 מ"ר במקום 33מ"ר;

כי בית המשפט התעלם מסעד ההריסה שנתבע על ידם;

כי בית המשפט שגה בכך שנמנע מלחייב את חסידים בתשלום דמי שימוש ממועד הגשת התביעה ואילך;

כי בית המשפט שגה בהפחיתו את סכום ההוצאות ושכ"ט עו"ד שנפסקו.

בתשובה לערעור חסידים, הוסיפה הנציגות, כי מסמך 1974 לא הוכח כנדרש על פי דין, וכי גם בהנחה שלפלוטניצקי הייתה זכות רישיון חוזית בתמורה, לא ניתן היה להעבירה למנוח.

<u>דיון והכרעה</u>

10. הנחות היסוד שינחו אותי לצורך הדיון וההכרעה הנדרשים הן אלה:

א. שטח המחלוקת הינו חלק מהרכוש המשותף השייך לכל בעלי היחידות של הבית המשותף;

ב. חסידים <u>אינם</u> טוענים שיש להם בשטח המחלוקת "**זכות**" כלשהי מהזכויות המוכרות לפי **חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969** (להלן: "**חוק המקרקעין**");

ג. חסידים גם <u>אינם</u> טוענים ששטח המחלוקת "**הוצמד**" לחנות במובן סעיף 55 <u>לחוק המקרקעין</u>;

אני מוצא צורך להדגיש הנחות יסוד אלה, משום שמקריאת פסק הדין, ככל הנראה בעקבות טענות שטענו הצדדים בבית המשפט קמא, הן לא היו מובנות, אך הן התבהרו עתה מתוך עיקרי הטיעון בערעור. טענתם העיקרית של חסידים בערעור היא היותם בני-רשות בשטח המחלוקת ובמחסן, אם מכוח "**רישיון חוזי בתמורה**", המתבסס על מסמך 1974 שנעשה בין פלוטניצקי לבין נציגות הבית המשותף, "**רישיון**" שהועבר להם מכוח הסכם 1994 שנעשה בינם לבין פלוטניצקי, ואם מכוח "**רישיון מכללא**", המתבסס על הימנעות הנציגות מלפעול לפינוייה של פלוטיניצקי במשך כעשרים שנה, עד להעברת החנות אליהם, ובמשך כ – 19 שנים נוספות, עד להגשת התביעה הנוכחית.

חסידים מוסיפים וטוענים כי הרישיון שיש בידם (על פי שתי החלופות) הוא בלתי-הדיר.

הדיון יתנהל, אפוא, בהתאם לפסיקה שנפסקה ביחס לבר-רשות במקרקעין.

11. **"רישיון במקרקעין משמעו היתר או רשות שנתן בעל המקרקעין לאחר, להחזיק או להשתמש בנכס. "רשות במקרקעין" באה להבחין מהענקת זכות במקרקעין שמאפייניה הם החזקה ושימוש בנכס, או שימוש בלבד. כך, למשל, שכירות, שאילה או זיקת הנאה. הרשות נעדרת כוונת הקניה של זכות בנכס. אפשר שהיא תהא מעוגנת בחוזה שנקשר בין הצדדים וכך תצמיח למקבל הרשות זכות חוזית כלפי בעל המקרקעין (להלן: רשות חוזית), ואפשר שתינתן על ידי בעל המקרקעין ללא כוונה ליצור התחייבות חוזית, אקט של רצון טוב, או תלמד משתיקתו ואי-מחאתו להחזקה או לשימוש שעושה אחר בנכס (להלן: רשות גרידא). רשות גרידא באה להבחין איפוא מן הרשות החוזית. תוכנה של הרשות החוזית, משך קיומה, ותנאי סיומה, ילמדו מן ההסכם שבין הצדדים. רשות גרידא אינה מעניקה לבעליה זכות כלשהי כלפי בעל המקרקעין. היא בגדר היתר של רצון טוב שנותנו רשאי לבטלו בכל רגע. אך כל עוד היא מתקיימת בעל הרשות הוא מחזיק כדין או משתמש כדין במקרקעין, ואין בעל המקרקעין רשאי להעלות נגדו כל טענה שההחזקה או השימוש שהוא עושה בנכס פוגעת בזכות הקנין שלו. יתרה על כן, גם כאשר הודיע בעל המקרקעין על ביטול הרשות אין די בהודעה להפוך את בר-הרשות למשיג גבול, אלא ניתנת לו אורכה לפינוי לפי הנסיבות".**

(פרופ' נינה זלצמן – "רישיון במקרקעין", **הפרקליט** מב 24).

דבריה אלה של פרופ' זלצמן יושמו בפסיקת בית המשפט העליון במשך שנים רבות, למרות שעד כה לא הוכרעה באופן נחרץ השאלה, האם יש עוד זכות קיום למוסד הרישיון לאחר חקיקת **חוק המקרקעין**, ובמיוחד לאור סעיף 161 שלו, שכותרתו "**שלילת זכויות שביושר**" (ראו הסקירה בספרו של השופט יעקב שקד, **פינוי מקרקעין – הליכים והלכות**, עמ' 407 ואילך).

כיוון שהצדדים כאן לא חלקו על חלותן של הלכות הרישיון במקרה דנן, לא אדרש לשאלה זו (השוו לדברי כב' השופט זילברטל ב – ע"א 6757/13 **אביטסם נחום נ' מדינת ישראל-רשות הפיתוח** (19.8.2015), פסקה 17).

12. כאמור לעיל, חסידים טענו לרישיון בתמורה, ולחילופין – לרישיון מכללא.

אתחיל בטענה הראשונה.

הרישיון בתמורה הנטען הוא מסמך 1974 שנעשה, כאמור, בין פלוטניצקי לבין "ועד הבית", הנציגות של הבית המשותף באותה עת, שכותרתו **"הסכמה"** ולהלן תוכנו:

"בשם בעלי הדירות רח' סוקולוב 68-70 רמת השרון ועל דעתם, הרינו מסכימים שחברת ש. פלוטניצקי בע"מ תסגור ברשת ברזל קבועה את השטח המרוצף שמאחורי חנותה [החנות**] בבית הנ"ל. בשטח הנ"ל נמצאים מקררים ומנועים חשמליים. תמורת הסכמתנו זו קבלנו מחברת ש. פלוטניצקי בע"מ סך של 3,600 ₪ (שלושת אלפים ושש מאות ל"י).**
בכבוד רב, ועד הבית רח' סוקולוב 68-70 רמת-השרון".

המסמך חתום בחותמת ועד הבית ועל החותמת חתימה בכתב-יד. המסמך בויל בהתאם לחוק שחל באותה עת.

13. בהסכם משנת 1994 שנעשה בין פלוטניצקי לבין המנוח הוסכם שהמנוח ירכוש את זכויותיה של פלוטניצקי בחנות ובמחסן בתמורה לסך של 380,000 דולר.
באחת מפסקאות "והואיל" שבראש ההסכם נכתב; **"והואיל והבעלים המקוריים קבלו חזקה במחסן עפ"י הסכמה מצורפת המסומנת כנספח ג' (להלן: "המחסן")".**
נספח ג' הוא המסמך משנת 1974.
נספח זה מוזכר גם בפסקת "והואיל" האחרונה; **"והואיל והמוכר מעונין למכור לקונה את מלוא זכויותיו בממכר וכן את זכויותיו הנובעות מההסכמה בקשר למחסן נספח ג' וזאת בכפוף לאפשרות העברת זכויות אלה על פי ההסכמה נספח ג'..."**
וכן בסעיף 5.1 להסכם, שבתחילתו נכתב: **"המוכר מתחייב בזה להעביר על שם הקונה את כל זכויותיו בממכר ולמסור לקונה את החזקה בממכר ובמחסן (בכפוף לאפשרות העברת הזכויות על-פי הסכמה נספח ג')..."**.

14. הנציגות העלתה טענות נגד קבילותו של מסמך 1974, משום שהוא לא הוגש באמצעות אחד מעורכיו.
לאור ההסדר הדיוני שבין הצדדים, מאחר שמסמך 1974 צורף כנספח להסכם 1994 ומוזכר בו פעמים אחדות, ומאחר שהנציגות לא חלקה על קבילותו של הסכם 1994 ואף הסתמכה בטיעוניה על תוכנו (סעיפים 20 ואילך לעיקרי טיעוניה), טענה זו נדחית.

15. חסידים טוענים שזכותה של פלוטניצקי בשטח הנוסף במחסן הועברה להם, וכן הם טוענים שהרישיון שניתן לפלוטניצקי במסמך 1974, ואשר הועבר להם בהסכם 1994, הוא בלתי הדיר.
כדי לדון בטענה זו יש להידרש קודם כל לתוכנה של הזכות שהייתה בידי פלוטניצקי, שהרי כפי שנכתב במאמרה של פרופ' זלצמן לעיל, כאשר מדובר ברשות חוזית, **"תוכנה של הרשות החוזית, משך קיומה ותנאי סיומה, יילמדו מן ההסכם שבין הצדדים"**, ולאחר מכן יש להידרש לשאלת עבירותה ולשאלת הדירותה.

16. דעתי היא שיש לפרש את תוכנו של מסמך 1974 בצורה דווקנית, גם משום נטל ההוכחה המונח על מי שמבקש לעשות שימוש במקרקעי הזולת, בענייננו – חסידים, וגם משום מעמדו המסופק של מועד הרישיון לאור **חוק המקרקעין**, כאמור לעיל.
בהתאם לכך יש לפרש את המסמך כפשוטו ואין להוסיף עליו מה שאין בו. הרשות היחידה שניתנה בשנת 1974 לפלוטניצקי במסמך האמור היא זכות שימוש בשטח המחלוקת לצורך העסק שהיא ניהלה בו באותה עת, כשלשם כך הורשה לה להניח באותו שטח מקררים ומנועים חשמליים. כן הורשתה פלוטניצקי לאותו צורך לסגור את השטח ברשת ברזל קבועה.
כנגד זכות שימוש זו שילמה פלוטניצקי את הסכום הנקוב באותו מסמך. פלוטניצקי לא הורשתה לעשות שימוש בשטח זה לכל צורך שהוא.

17. האם פלוטניצקי יכולה הייתה להעביר את זכות השימוש שלה בשטח המחלוקת למנוח (וממנו ליורשיו, חסידים)?
אני סבור שיש להשיב על שאלה זו בשלילה.
רשותו של בר-הרשות במקרקעי הזולת היא לעולם זכות אישית (IN PERSONAM), וכזו היא אינה ניתנת להעברה (פסק דין **נחום**, פסקה 14), בין אם המדובר ברשות בתמורה ובין אם המדובר ברשות חינם (ע"א 346/62 **רכטר נ' מנהל מס עזבון ירושלים**, פ"ד יז(2) 701, 708).
הנציגות טענה כי הפסיקה שדנה בשאלה זו עסקה בשאלת המשך קיומה של הרשות במצב שבו התחלפו הבעלים של המקרקעין ולא במצב שבו התחלף מקבל הרשות.
הדבר אינו מדויק. כך, למשל, בעניין שנדון ב – ע"א 260/65 **חייקין נ' ארנהלט**, פ"ד יט(4)183 , נדונה השאלה, האם מקבל הרשות יכול להעביר את הרשות לאחר. כב' השופט ברנזון השיב על כך (עמ' 190):

"רשות שימוש לעומת זה [לעומת שכירות] **היא ביסודה זכות אישית שאינה ניתנת להעברה, אלא אם תנאי החוזה או מכלול הנסיבות של המקרה מראים על כוונה הפוכה להתיר את העברתה לאחר"**.

בעניינו, אין בלשון המסמך כל דבר שיתמוך בסברה שהצדדים התכוונו לכך שפלוטניצקי רשאית להעביר את זכות השימוש בשטח המחלוקת לאחר ונטל הראיה להוכיח זאת מוטל על חסידים כאמור. אדרבא, המסמך מתייחס לחפצים שפלוטניצקי הורשתה להניח באותו שטח, חפצים הקשורים לעיסוקה, ומכאן ניתן ללמוד כי הרשות שניתנה היא לפלוטניצקי בלבד.

נוסף לכך, כפי שהנציגות העירה בצדק, הסכם 1994 מראה כי פלוטניצקי לא הייתה משוכנעת בזכותה להעביר את הרשות שניתנה לה, ומכאן הסייגים שהיא דאגה לכלול באותו הסכם ("והואיל" האחרון וסעיף 5.1, שצוטטו לעיל).

על כך שרשות במקרקעין אינה ניתנת ככלל להעברה ראו עוד: ע"א 3836/93 **ברמלי נ' ברמלי**, פ"ד נ(3)868,871 ; ע"א 390/85 **הדרומי נ' אסיאס**, פ"ד מא(3)728,729-730 ; ע"א 633/82 **לוקוב נ' מגדל** פ"ד מג(1)397, 404-403.

18. האם קמה למנוח, ולאחריו לחסידים (יורשיו) רשות מכללא להשתמש בשטח המחלוקת?

רשות מכללא יכולה להילמד מכך, שהטוען לה מחזיק במקרקעי הזולת במשך תקופה ארוכה כאשר הבעלים יודע על ההחזקה במקרקעין ונמנע מלפעול לסילוקו מהם (ראו: ע"א 32/77 **טבוליצקי נ' בית כנסת ובית מדרש החסידים**, פ"ד לא(ד) 210, 214).

על פניו, תנאים אלה התקיימו בענייננו, שכן המנוח ולאחריו חסידים (יורשיו) החזיקו בשטח המחלוקת במשך כ – 19 שנים, משנת 1994 ועד להגשת התביעה, שנת 2013.

הנציגות מבקשת להראות כי היא פעלה נגד החזקה זו במשך תקופה זו, ואף לפניה.

אני סבור שאין בדברים שהנציגות הצביעה עליהם, כדי להוכיח טענתה זו:

א. הדבר הראשון שהנציגות מצביעה עליו הוא פעולות שנקטה כלפי המחזיק שקדם למנוח, ספקטור, בשנים 1991-1992. אולם, ראשית – אין המדובר בהליכים שננקטו כלפי המנוח או כלפי חסידים שהחזקתם בשטח החלה רק בשנת 1994 וגם אם הנציגות הראתה כי היא התנגדה להחזקתו של ספקטור, לא עולה מכך שהיא התנגדה להחזקתם של חסידים.

שנית – והערה זו נכונה גם לגבי הדברים הבאים שהנציגות הצביעה עליהם, המדובר היה בהליכים לסילוק בנייה שנבנתה ללא היתר, ככל הנראה המחסן המדובר. אין בין כך ובין הרשות להחזיק בשטח המחלוקת

ולא כלום. הליכים כאלה, הנציגות יכולה הייתה ליזום אותם גם כלפי אחד השכנים הבונה ללא היתר על חצרו;

ב. הליכים שנקטה הנציגות כלפי המנוח בגין בנייה ללא היתר או בחריגה מהיתר בין השנים 1999-2003. ההערה האמורה לעיל תקפה גם לכאן. הליכים אלה, שלא הודע לנו כיצד הם הסתיימו, אינם מלמדים על כך שהנציגות פעלה לסילוקו של המנוח משטח המחלוקת. נוסף לכך, מאז שהסתיימו אותם הליכים, בשנת 2003, לא נעשה דבר כלפי המנוח וכלפי יורשיו במשך קרוב לעשר שנים נוספות;

ג. הסכם שנעשה ביום 10.7.12 בין הנציגות לבין חסידים בנוגע לחובות חסידים בוועד הבית, שבו נכתב כי ההסכם נועד לסיים את המחלוקת שביניהם, "**למעט העניין של הפלישה לחצר המשותפת**". זהו המסמך הראשון, שממנו ניתן ללמוד על המחלוקת שבין הצדדים בנוגע להחזקת חסידים בשטח המחלוקת. אולם, גם לאחריו נמנעה הנציגות מלנקוט הליך לסילוקם משטח זה, עד להגשת התביעה בחודש ספטמבר.

המסקנה הנובעת מכך הינה, לדעתי, כי המנוח, ואחריו חסידים, היו בני רשות מכללא בשטח המחלוקת.

19. רשות מכללא ניתנת לביטול בכל עת על ידי גילוי דעתו של בעל המקרקעין כי אין ברצונו להרשות עוד את הפעילות לגביהן ניתנה הרשות (ראה פסק דין **טבוליצקי** דלעיל, עמ' 217; ע"א 618/05 **דיאמנשטיין נ' מחלקת עבודות ציבוריות-מדינת ישראל** (21.3.2007), פסקה 12).

הרשות שניתנה למנוח ולאחריה לחסידים להחזיק בשטח המחלוקת בוטלה, אם כן, עם הגשת התביעה (השוו: **נחום**, פסקה 21).

20. האם הרשות הייתה בלתי הדירה?

"**ככלל, יש לנהוג במשנה זהירות ביחס לקביעה כי רשות הינה בלתי הדירה וזכות שכזו תוסק אך במקרים חריגים ויוצאי דופן**" (**נחום**, פסקה 22).

בענייננו, אין כל ראיה שתתמוך בכך שהרשות שמכללא שניתנה למנוח ולחסידים הייתה בלתי-הדירה. במיוחד אמורים הדברים, כאשר מדובר ברשות חינם, שאינה יכולה ככלל להיות בלתי-הדירה (רע"א 977/06 **בן חמו נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות** (17.5.2006), פסקה ד(2)).

בניגוד לדברי חסידים, התשלום שהמנוח שילם עבור רכישת הזכויות בחנות, כולל המחסן, שולם לפלוטניצקי ולא לנציגות, ולכן כלפי הנציגות מדובר ברשות חינם.

המסקנה היא כי אין המדובר ברשות בלתי-הדירה, ולכן הרשות שמכללא בוטלה כדין בעת הגשת התביעה, כאמור.

21. המסקנה, לפיה הרישיון שמכללא של חסידים להחזיק בשטח המחלוקת, בוטל עם הגשת התביעה, משליכה גם על התביעה לדמי שימוש ראויים, שנתבעו בגין שבע השנים שקדמו להגשת התביעה.

"**רישיון מכללא אינו יוצר זכויות במקרקעין, כי אם רק מהווה טענת הגנה מפני טענת הסגת גבול ודרישה לתשלום דמי שימוש**" (**נחום**, פסקה 20).

כל עוד רשות החינם עמדה בתוקפה, הנציגות לא הייתה זכאית לתבוע בגינה תשלום, שהרי זו משמעה של רשות חינם.

22. המסקנה האמורה מייתרת, כמובן, את הדיון במחלוקת שהתגלעה בין הצדדים ביחס לגודלו של המחסן ו/או שטח המחלוקת שבגינם יש לשלם דמי שימוש ראויים, אך יש לה חשיבות להבהרת השטח הנדרש לפינוי, ולפיכך אתייחס אליה בקצרה.

דומה שבעניין זה לא נעשתה ההבחנה הראויה בין גודל השטח שבמחלוקת לבין גודלו של המחסן הבנוי על אותו שטח, הן בפסק הדין והן בכתבי הצדדים.

הבחנה זו עולה בבירור דווקא מחוות דעתו של השמאי ארז ליטן, שחוות דעתו הוגשה מטעם הנציגות (חלק ממוצג 7 למוצגיה כאן). בסעיף 17 לחוות דעתו נכתב כי "**שטח הרחבת החנות 33 מ"ר**" וכי "**שטח ההרחבה משמש ברובו כמחסן**". בטבלה המובאת בהמשך לאותם דברים נכתב כי "**שטח המשמש מחסן**" הוא 22 מ"ר.

המספר 22 מ"ר עומד בהלימה למספר 21 מ"ר הנזכר בכתב האישום עליו נסמך בית המשפט קמא לצורך חישוב דמי השימוש (סעיף 30), שהרי כתב האישום הוגש על בנייה שלא כדין, ככל הנראה המחסן המדובר.

שאלת גודל השטח שבמחלוקת משליכה לכאורה על אופן חישוב דמי השימוש, שלאור מסקנתי אין להידרש אליו כאן. עם זאת, בהקשר לשטח המחלוקת שעל חסידים לפנות, זה מתבטא ככל הנראה ב 33 מ"ר בקירוב, משהוא כולל גם את השטח הבנוי (המחסן) וגם את השטח הפנוי שבסמוך לו.

מסקנה זו עולה גם מתוך ההפרש שבין גודל השטח שהושכר לפלנקה – 70 מ"ר, כמצוין בהסכם השכירות שנעשה עמה (צורף למוצג 10 למוצגי הנציגות), פסקת "והואיל" הראשונה, לבין גודל שטח תת החלקה של חסידים המצוין בנסח המקרקעין (נכלל במוצג 7 למוצגי הנציגות)- 37.62 מ"ר, כלומר: 32.38 מ"ר.

23. הנציגות טוענת כי היה על בית המשפט קמא לפסוק דמי שימוש ראויים עבור התקופה שמיום הגשת התביעה (9/2013) ועד ליום מתן פסק הדין (12/2018).

אכן, לאור המסקנה דלעיל, הנציגות זכאית עקרונית לקבל מחסידים דמי שימוש ראויים מיום הגשת התביעה, אלא שבכתב התביעה לא נתבע סעד כזה. אמנם במקרים מתאימים, כאשר הראיות המתאימות לפסיקת דמי השימוש הראויים היו ממילא לפני בית המשפט, נכון יהיה שהוא יפסוק את דמי השימוש הראויים גם עבור התקופה שלאחר הגשת כתב התביעה (השוו: ע"א 448/88 **בן יאיר השרון בע"מ נ' עיזבון מורטנפלד**, פ"ד מה(2)36,עמ'45), אך בענייננו, כאמור מאחר שלדעתי יש לדחות את תביעת הנציגות המתייחסת לתקופה שלפני הגשת התביעה, ממילא לא נכון יהיה לפסוק דמי שימוש עבור התקופה שלאחר הגשת התביעה, כאשר הנציגות רשאית להגיש לשם כך תביעה נפרדת.

24. וכן נכון לדעתי לדחות את תביעת הנציגות לצוות על חסידים להרוס את הבנייה שנבנתה ללא היתר.

כאמור לעיל, בנייה זו לא נעשתה על ידי חסידים או על ידי המנוח, אלא על ידי המחזיק הקודם, והמנוח רכש את החנות ואת המחסן כמות שהם מפלוטניצקי, ולכן לא נכון יהיה לדרוש מחסידים להרוס בנייה שלא נעשתה על ידם.

כמובן, שהנציגות רשאית להרוס את הבנייה שללא היתר לאחר פינוי השטח על ידי חסידים, בכפוף לרישוי אם נדרש, ואלה לא רשאים למנוע זאת ממנה.

25. תביעת חסידים לתשלום פיצויים בגין ההשקעות שלהם ו/או של המנוח בשטח המחלוקת צריכה להידחות, הן משום קביעתו העובדתית של בית המשפט קמא שהשקעות אלה לא הוכחו ולאור דרכה של ערכאת הערעור שלא להתערב בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית, והן משום שיש להתחשב בישיבתם של המנוח ויורשיו חסידים בשטח המחלוקת במשך שנים רבות, ללא תשלום תמורה כלשהי לנציגות, כשיקול לשלילת תשלום כל פיצוי (השוו: רע"א 7924/06 **אביטן נ' באום** (3.10.2006), פסקה ד').

26. אינני סבור שיש להתערב בפסיקת ההוצאות שנפסקו בבית משפט קמא, הן משום שאין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בכך והן לאור התוצאה המוצעת על ידי.

27. אשר על כן, אציע לחברי שכך נפסוק:

הערעור של חסידים יידחה ביחס לפינוי כל שטח המחלוקת: הן המחסן הבנוי והן השטח הסמוך למחסן; הערעור של חסידים ביחס לתשלום דמי שימוש ראויים עד להגשת התביעה יתקבל והחיוב שנקבע בבית משפט קמא יבוטל; הערעור של הנציגות נדחה במלואו; ובערעור יישא כל צד בהוצאותיו.

יונה אטדגי, שופט

השופטת י. שבח:

אני מסכימה.

יהודית שבח, שופטת, סג"נ

השופטת ע. ברקוביץ:

אני מסכימה.

עידית ברקוביץ, שופטת

התוצאה

פה הוחלט כפי האמור בחוות דעתו של השופט אטדגי:

א. הערעור של חסידים יידחה ביחס לפינוי כל שטח המחלוקת: הן המחסן הבנוי והן השטח הסמוך לו. חסידים יאפשרו גישה לשטחים לעיל.

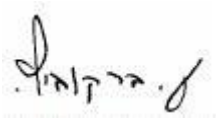
ב. הערעור של חסידים ביחס לתשלום דמי שימוש ראויים עד להגשת התביעה יתקבל והחיוב שנקבע בבית משפט קמא יבוטל;

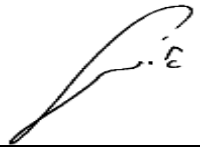
תיק חיצוני:

ג. הערעור של הנציגות נדחה במלואו.

ד. בערעור יישא כל צד בהוצאותיו. העירבונות שהופקדו בשני הערעורים יושבו למפקידים באמצעות באי כוחם.

ניתן היום, ז' ניסן תש"פ, 01 אפריל 2020, בהעדר הצדדים.







עידית ברקוביץ, שופטת	**יונה אטדגי, שופט**	**יהודית שבח, שופטת, סג"נ אב"ד**