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

ע"א 54216-09-20 אסנת - חברה לעבודות קבלניות בע"מ נ' חטר ישי ואח'
ע"א 55951-09-20 דרוויש ואח' נ' חטר ישי ואח'
ע"א 58973-09-20 נמני ואח' נ' חטר ישי ואח'
ע"א 16897-10-20 חטר ישי ואח' נ' אסנת - חברה לעבודות קבלניות בע"מ ואח'
תיק חיצוני:

לפני כבוד השופטים יהודית שבח, סג"נ, יונה אטדגי, שלומית יעקובוביץ

בעניין:
מערערת בע"א 54216-09-20 — **אסנת - חברה לעבודות קבלניות בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד אלעד לרון ודור מצגר

ובעניין:
מערערים בע"א 55951-09-20 — **אלי דרוויש**
יעקב גבריאלי
ע"י ב"כ עו"ד רונן שחר

ובעניין:
מערערים בע"א 58973-09-20 — **ששון נמני**
רן נמני
ע"י ב"כ עוה"ד דוד שידלובר, דנה ישטוב וגולן אמסלם

ובעניין:
מערערים בע"א 16897-10-20 — **עו"ד דרור חטר ישי**
ע"י ב"כ עו"ד אהוד חטר ישי

משיבים
שלתם בנין בע"מ
ע. צובארי בנין בע"מ
ע"י עו"ד אחיקם גריידי

רחל גלעדי
גבריאלי ראובן נכסים והשקעות בע"מ
עזבון אהרון חוטר ישי ז"ל
אביוד חב' לבנין ועבודות עפר
א.ש.י.ב - נכסים והשקעות בע"מ
אביוד - חברה לבנין ועבודות עפר בע"מ
יחזקאל נחום
יצחק צחי נחום
עובדיה רפי שוחט
איציק הובלות ואריזות חקלאיות בע"מ

פסק דין

השופט י. אטדגי

1. ארבעה ערעורים שהוגשו על פסק דינו של בית המשפט קמא (כב' השופט עדי הדר) ב-ת.א. 59532/05, על פיו חויבו שותפיו במושע של עו"ד דרור חוטר-ישי במקרקעין מסוימים, לשלם לו סכומים שונים עבור השימוש שהם עשו באותם מקרקעין, מעבר לחלקם בהם.

2. בתביעה זו ניתן תחילה פסק דין של בית משפט השלום במותב אחר (כב' השופטת ריבה ניב, להלן – "**פסק הדין הראשון**"), עליו הוגשו חמישה ערעורים שהדיון בהם אוחד (ע"א 37926-06-13 ואח').

ערעורים אלה הסתיימו בפסק דין שנתן תוקף להסכמות מסוימות של הצדדים, שכללו הסכמה לביטול פסק הדין ביחס לתקופה שלאחר הגשת התביעה והחזרת התיק לבית המשפט קמא להמשך בירור התביעה ביחס לתקופה שלפני הגשת התביעה (להלן – "**פסק הדין בערעור הראשון**").

התביעה המשיכה להתברר לפני המותב החדש (כב' השופט הדר), ובסיומה ניתן פסק הדין נושא ארבעת הערעורים הללו.

אסקור תחילה להלן בקצרה את התביעה ופסקי הדין שניתנו עד כה.

3. למען הנוחות יכונו הצדדים להלן כדלקמן:

המערערת ב-ע"א 54261-09-20, אסנת – חברה לעבודות קבלניות בע"מ – "**אסנת**";

המערערים ב-ע"א 55951-09-20, אלי דרוויש ויעקב גבריאלי ז"ל (באמצעות יורשתו, ורדה גבריאלי) – "**דרוויש וגבריאלי**".

המערערים ב-ע"א 58973-09-20, ששון נמני ורן נמני – "**נמני**";

המערער ב-ע"א 16897-10-20, עו"ד דרור חוטר ישי – "**חוטר ישי**";

המשיבות שלתם בניין וע. צובארי בע"מ – "**שלתם וצובארי**";

המשיבים עובדיה רפי שוחט ויצחק שוחט – "**שוחט**";

המשיבה איציק הובלות ואריזות חקלאיות בע"מ – "**איציק הובלות**".

4. הצדדים, ששמותיהם פורטו לעיל (למעט איציק הובלות), הינם (ולכל הפחות היו במועדים הרלוונטיים לתביעה) החוכרים במשותף (במושע), מאת הבעלים רשות הפיתוח, של מגרש מקרקעין בשטח של כ-37 דונם, המצוי בסמוך לשטח המועצה האזורית אַזור, והידוע כחלקה 77 בגוש 6010 (להלן – "**המגרש**").

איציק הובלות שכרה משלתם וצובארי חלק מהשטח המוחזק על ידם במועד שאינו רלוונטי להכרעה הנדרשת כאן.

אלה היו חלקיהם של הצדדים הרלוונטיים לערעורים דנן, במגרש במועדים הרלוונטיים:

חוטר ישי – 50%, אסנת – 3.5%, דרוויש וגבריאלי יחד – 12.6%, נמני (יחד) – 10.8%, שלתם וצובארי (יחד) – 8.2%, שוחט (יחד) – 5.4% (כל אלה יחד – 90.5%. בעלי זכויות נוספים לא נטלו חלק בתביעה ואינם צד לערעורים אלה).
יצוין, כי חוטר ישי ירש את הזכויות במגרש מאביו, עו"ד אהרון חוטר ישי ז"ל (להלן – "**אהרון**"), שנפטר ביום 20.5.2003.

5. על פי הנטען בכתב התביעה, בעוד שחוטר ישי לא החזיק בכל שטח במגרש בתקופה הנדונה (השנים 2000-2005), השותפים האחרים (להלן – "**השותפים**") החזיקו ועשו שימוש בחלקים מסוימים בשטחו .
נתון חשוב להבנת תיאור הדברים והדיון בהמשך הוא, שבתקופה האמורה החזיק בחלק מהמגרש (בין 5.8 דונם בשנת 2000 ועד 20 דונם בשנת 2005) יצחק אברג'יל (להלן – "**אברג'יל**"), שאין לו כל זכות במקרקעין (פולש).

6. להשלמת התמונה אוסיף, כי בשנת 2001 הגישה אסנת, בשם יתר השותפים, מלבד חוטר ישי, תביעת פינוי נגד אברג'יל.
חוטר ישי (אהרון) סירב להשתתף בתביעה.
(יצוין, כי אסנת רכשה בשנת 2000 משותפו לשעבר של אהרון במגרש, שמעון קרווינסקי, את חלקו במגרש – מחצית – בשמה ובשם יתר השותפים כנאמנת, והזכויות בחלק זה עברו לאחר מכן לשותפים האחרים, למעט חלק מסוים שנותר אצלה).
ביום 24.4.2006 ניתן פסק דין המורה על פינויו של אברג'יל מהמגרש, אך הפינוי לא בוצע.
ביום 21.10.2009 הגיעו כל הצדדים להסכם, לפיו תומחה זכותם של אסנת והשותפים הנוספים על פי פסק דין הפינוי לחוטר ישי, כשלאחר הפינוי חוטר ישי יתפוס את השטח שפונה.
במסגרת בקשה שהגיש חוטר ישי לאחר מכן, מינה בית המשפט כונס נכסים (עו"ד מזיוב) לביצוע הפינוי.
אברג'יל פינה את השטח שנתפס על ידו ביום 19.2.2014, וחוטר ישי נכנס לשטח שפונה, שגודלו כ-18 דונם (קרוב לחלקו במגרש).

<u>התביעה</u>

7. בתביעה שהגיש חוטר ישי (בשמו הוא וכיורשו של אביו) נטען כי הנתבעים החזיקו ועשו שימוש במגרש ללא רשותו ובניגוד לרצונו, ועתר לקבלת מחצית (כדי חלקו) "**הסכומים אשר נטלו בפועל מהמחזיקים וכן את מחצית דמי השימוש הראויים**", וזאת החל משנת 2000 (השנה שבה נרכשו הזכויות מקרווינסקי).
התביעה הועמדה על סך 1,800,000 ₪.
הנתבעים נתבעו "ביחד ולחוד".
בתביעה נכללו סעדים נוספים שאינם רלוונטיים לערעורים דנן.

8. הטענות העיקריות של הנתבעים היו: תפיסת השטחים על ידם נעשתה בעיקר כדי למנוע מאברג'יל או פולשים נוספים לתפוס שטחים נוספים במגרש; הם לא מנעו מהתובע ומאביו לתפוס חזקה במגרש, משום שהם לא ביקשו זאת מעולם, ואהרון אף סירב להשתתף עמם בתביעה שהוגשה לפינויו של אברג'יל מהמגרש; הם לא החזיקו ביותר משיעור חלקם במגרש; הם לא עשו את השימושים שהתובע ייחס להם; התובע אינו זכאי לכל תשלום או פיצוי.

<u>פסק הדין הראשון</u>

9. בית המשפט (כב' השופטת ניב) מינה מומחה מטעמו למדידת השטחים המוחזקים על ידי הנתבעים ולקביעת השימושים הנעשים בהם, המודד והשמאי נתן בן חיים ז"ל (להלן – " **בן חיים**").
בן חיים הגיש חוות דעת ראשונה ביום 3.1.2007 וחוות דעת משלימה ביום 9.4.2008.
בחוות הדעת הללו נקבעו גודל השטחים המוחזקים על ידי הנתבעים, השימושים הנעשים בהם ודמי השכירות החודשיים הראויים.

10. בית המשפט אימץ את חוות דעתו של בן חיים, על כל קביעותיה; דחה את טענות חוטר ישי כי יש לחייב את כל הנתבעים "**ביחד ולחוד**", קבע שכל אחד מהנתבעים זכאי לתפוס שטח במגרש המתאים לחלקו, אך מאחר ועל פי חוות הדעת של בן חיים הנתבעים חרגו מחלקם החליט כי יש לחייב את הנתבעים בדמי שימוש ראויים, כל אחד על פי שטח החזקתו בשטחים

העודפים, מיום הגשת התביעה (6.12.2005) ועד יום מתן פסק הדין (1.5.2013) וכן הורה לחייבם "**במחצית דמי השימוש של הפולש**".

נקבע כי החיוב יבוצע על פי שימוש לחקלאות ולא על פי השימוש שנעשה בפועל.

בית המשפט דחה את דרישת חוטר ישי לתשלום דמי שימוש ראויים בגין התקופה שקדמה להגשת כתב התביעה (השנים 2000-2005), משום ש"**יש לראות את הרשות שבשתיקה שניתנה**" לנתבעים "**לעשיית שימוש בעודף זה כמופסקת ביום בו נדרשו לראשונה להפסיקה**", היינו במועד הגשת התביעה.

<u>הערעור הראשון</u>

11. גם חוטר ישי וגם חלק מהנתבעים ערערו על פסק הדין הראשון (ע"א 37926-06-13 ואח'). בסופו של דיון ארוך (לפני הרכב כב' השופטים ענבר, שבח ושוחט), ניתן תוקף של פסק דין להסכמות שהושגו בין הצדדים, על פי הצעת בית המשפט, שעיקרן: פסק דינו הכספי של בית משפט קמא, המתייחס לתקופה שלאחר הגשת כתב התביעה יבוטל והתובע יהיה רשאי להגיש תביעה חדשה המתייחסת לאותה תקופה (2005-2008), כשמוסכם על הנתבעים שלא להעלות טענת התיישנות לגביה; "**פסק דינו הכספי של בית המשפט קמא המתייחס לתקופת העבר שעד להגשת התביעה – יבוטל אף הוא, והתיק יוחזר לבית משפט קמא לצורך המשך בירורה של תביעה זו – הכוונה לתביעה המתייחסת לתקופת העבר. כל אחד מהצדדים יהיה רשאי להגיש ראיות נוספות. לאחר תום הבירור הראייתי יאפשר בית המשפט קמא לצדדים לסכם את טענותיהם ויכריע בכל השאלות העובדתיות והמשפטיות שיהיו שנויות במחלוקת, הטעונות הכרעה**".

12. לאחר פסק הדין בערעור הראשון, הגיש התובע תביעה חדשה לבית המשפט המחוזי (בהתאם לסכום הנתבע בה), המתייחסת לתקופה שלאחר הגשת התביעה והיא קבועה לדיון. התביעה הנדונה כאן הוחזרה לבית המשפט קמא לשם בירור והכרעה ביחס לתקופה שקדמה להגשת התביעה, 2000-2005.

<u>ההליך לפני המותב השני (כב' השופט הדר)</u>

13. מאחר שבן חיים נפטר בינתיים, מינה בית המשפט מומחה אחר מטעמו, המודד סיני גורדון (להלן – "**גורדון**"), לצורך חישוב השטחים שהוחזקו על ידי המחזיקים השונים בתקופה הנדונה (2000-2005) ופענוח צילומי האוויר מאותה תקופה, וכן הוא מינה כמומחה נוסף, את השמאי שאול רוזנברג (להלן – "**רוזנברג**") "**לצורך אומדן דמי השימוש במגרש, בהתאם למחזיקים והשימושים שנעשו בין השנים 2000-2005**".
שני המומחים נתנו את חוות דעתם ושניהם נחקרו (גורדון נחקר טלפונית).

14. ברשות בית המשפט הוגש כתב תביעה מתוקן, "**ביחס לגודל השטח המדויק של המקרקעין**", וכן הוגשו תצהירי עדות ראשית מתוקנים/משלימים מטעם הצדדים.
המצהירים נחקרו.
גם המומחה מטעם התובע, איזבוצקי, נחקר.
בתום הראיות הוגשו סיכומים "חדשים" וניתן פסק דין "חדש".

<u>פסק הדין השני נושא הערעור</u>

15. תחילה חזר בית המשפט על המסקנה בפסק הדין הראשון, לפיה נדחתה דרישתו של חוטר ישי לחייב את הנתבעים ביחד ולחוד.
בית המשפט גם דחה (בניגוד למסקנה בפסק הדין הראשון) את דרישתו של חוטר ישי, לחייב את הנתבעים בגין השטח שהוחזק על ידי אברג'יל (בטענה שהם לא פעלו לשם מימוש פסק דין הפינוי שניתן נגדו).
חוטר ישי הסכים במסגרת טיעוניו בערעורים דנן לקבל קביעות אלה, "**כדי לצמצם את נקודות המחלוקת בערעורים**" ותחת הסתייגות שקביעות אלה "**רלוונטיות רק להליך זה אשר עניינו התקופה שעד הגשת התביעה**", ולכן לא ארחיב בהן.

16. בניגוד לעמדה שהובעה בפסק הדין הראשון, נפסק כי "**על אף שהתובע לא עשה שימוש במקרקעין זמן רב לפני שנת 2000, הוא המועד בו** [התובע] **טוען כי הנתבעים החלו למנוע ממנו שימוש במקרקעין, לא היה מקום לתפיסת המקרקעין על ידי הנתבעים ללא קבלת**

הסכמתו, במיוחד, כאשר הינו בעל מחצית מהזכויות לחכירת המקרקעין ולבטח לא לעשות שימוש הנוגד הדין והסכם החכירה".

17. על סמך ממצאי המודד גורדון, בית המשפט הגיע למסקנה, כי המגרש נתפס (על ידי שותפיו של חוטר ישי למגרש ועל ידי אברג'יל) החל משנת 2001 כמעט ברובו ובשנים 2003 עד 2005 הוא נתפס במלואו, ו"**מכאן שהתפיסות מנעו מהתובע לעשות שימוש במקרקעין**".

18. בית המשפט קבע שיש לחייב את כל אחד מהשותפים "**רק בגין החלק בו חרג כל נתבע מחלקו**", אך יחד עם זאת נקבע, כי "**יש להביא בחשבון שעל כל שותף לשאת לעניין חישוב חלקו בעובדה שחלק מהשטח נתפס על ידי אברג'יל. לכן, יש לנכות מכל נתבע לעניין חישוב השטח לו** [הוא] **זכאי, את שטח התפיסה על ידי אברג'יל, שכן התפיסה על ידי אברג'יל צמצמה השטח הפנוי של המוחכר**".
לשון אחרת, חישוב חלקו של כל שותף במגרש נעשה מתוך "השטח הפנוי" לאחר הפחתת השטח התפוס על ידי אברג'יל, דבר שכמובן צמצם במידה ניכרת את שטחו של כל שותף, והגדיל את השטח העודף.

19. בית המשפט דחה את טענת הנתבעים, שאין להסתמך על חוות דעתו של בן חיים, אביא כאן מדבריו (סעיפים 157-159 לפסק הדין):

" **157. מהערות ערכאת הערעור הנכבדה, עלה שנפל פגם בחוו"ד עקב הצבר השטחים. ביקורת נוספת של ערכאת הערעור על ממצאי המומחה בן חיים, נגעה לפן השמאי בה. אולם, ממילא מותב זה מינה שמאי מטעמו. אין בשני פגמים אלה, כדי לאיין חוו"ד של בן חיים ז"ל בהקשרים אחרים, כעמדת הנתבעים. כאמור בפסק הדין של כבוד השופטת ניב, המומחה ביקר בשטח פעמיים, קבע בעצמו זהות המחזיקים והיקף החזקתם. חלק מהנתבעים אף נכחו בביקור. כאמור בסעיף 12 לפסק הדין, הנתבעים לא מצאו לחלוק על חוו"ד באותה עת.**

158. אילולי פטירתו המצערת של המומחה בן חיים, בימ"ש זה היה מורה לו לבצע השלמות ממוקדות בהתאם להערות ערכאת הערעור הנכבד בעניין השטח המצטבר. עקב פטירתו המצערת, בימ"ש הטיל המלאכה על מודד אחר, הוא המודד גורדון. בסופו של יום, חוו"ד של המודד גורדון לעניין היקפי התפיסה של הנתבעים תאמה

באופן כללי ממצאי המודד בן חיים ושפכה אור על היקף התפיסה בכל שנה ושנה משנת 2000 ועד שנת 2005 לפי צילומי אויר.

159. מכאן שהצבר ממצאי המומחים בן חיים וגורדון העמיד תשתית עובדתית מספקת לעניין זהות המחזיקים במועד הביקורים של המודד בן חיים במקרקעין".

20. בהסתמך על ההנחות והקביעות הללו, קבע בית המשפט את דמי השימוש הראויים שעל כל אחד מהנתבעים לשלם לחוטר ישי, כדלקמן:

אסנת – החזיקה בתקופה הנדונה בשטח של 2800 מ"ר, זכויותיה במגרש – 3.5%, לאחר הפחתת השטח שנתפס על ידי אברג'יל, זכותה להחזיק ב"**שטח הכולל הפנוי**" בין 588 מ"ר ל-662 מ"ר (כל המידות והסכומים להלן במעוגל), "**השטח החורג**" שנתפס על ידה בשנים הללו נע, לכן, בין 2138 מ"ר ל-2212 מ"ר. בהתאם לדמי השימוש שנקבעו על ידי המומחה רוזנברג, בהתאם לטיב התפיסה בכל שנה, דמי השימוש השנתיים נעים בין 6415 ₪ בשנת 2001 ל-122,622 ₪ בשנת 2005.

בהתחשב בכך שלחוטר ישי מגיע מחצית מדמי השימוש הללו בהתאם לחלקו במגרש, חויבה אסנת לשלם לו סכום של 154,854 ₪ (כולל מע"מ).

שלתם וצובארי – חויבו בהתאם לאותם עקרונות בסכום של 6959 ₪.

איציק הובלות – הופטרה מחיוב, משום שהיא נכנסה למגרש (כשוכרת של שלתם וצובארי) החל משנת 2006 בלבד.

נמני – חויבו על פי אותם עקרונות בסכום של 443,818 ₪ (כולל מע"מ).

דרוויש וגבריאלי – חויבו לפי אותם עקרונות בסכום של 42,566 ₪ (כולל מע"מ).

שוחט – נמצא שלא החזיקו בשטח כלשהו במגרש בתקופה הנדונה, ולכן התביעה נגדם נדחתה.

21. לסכומים הנ"ל הוסיף בית המשפט הפרשי הצמדה וריבית כחוק ממועד הגשת התביעה.

22. בית המשפט חייב את אסנת לשלם לחוטר ישי שכ"ט בסך 20,000 ₪, עשירית מהאגרות ושליש מעלות שכר מומחי בית המשפט; את נמני – שכ"ט בסך 45,000 ₪, רבע מהאגרות ומחצית מעלות שכר המומחים ואת דרוויש וגבריאלי – שכ"ט 5,000 ₪ ועשירית מעלות שכר המומחים.

כן חייב את חוטר ישי לשלם לשוחט שכ"ט עו"ד בסך 20,000 ₪ וסכום דומה לאיציק הובלות, וזאת בנוסף לחלקם בשכר המומחים, ככל שהוא שולם.

<u>הערעורים דנן</u>

23. הערעורים הוגשו על ידי אסנת, דרוויש וגבריאלי, נמני וחוטר ישי.
שלתם וצובארי ויתרו, לדבריהם, על הגשת ערעור בגלל הסכום הנמוך שנפסק להם, למרות שלדעתם בית המשפט שגה בקביעתו כלפיהם.

24. אסנת, דרוויש וגבריאלי ונמני מערערים על שיטת החישוב שננקטה על ידי בית המשפט, ולפיה הופחת השטח שנתפס על ידי אברג'יל משטח המגרש כולו, באופן שזכותם להחזיק במגרש בהתאם לחלקם היתה מתוך "השטח הפנוי" בלבד ולא מתוך שטח המגרש כולו, דבר שהגדיל באופן ניכר את "השטח החורג" שהוחזק על ידם, ובהתאם לכך גדל משמעותית גם סכום דמי השימוש הראויים, אותם חויבו לשלם.
שלושתם טוענים כי חוטר ישי לא היה זכאי לדמי שימוש ראויים כלשהם, שעה שהוא לא הביע כל נכונות להחזיק בשטח כלשהו במגרש, לא פעל באופן כלשהו (בתקופה הנדונה) לפינויו של אברג'יל, ואביו המנוח גם סירב להשתתף עמם בתביעת הפינוי שהם הגישו נגד אברג'יל.
שלושתם טוענים כי זיהוי השטחים המוחזקים על ידם נעשה בהסתמך על חוות הדעת של בן חיים ש"נפסלה" לדבריהם על ידי ערכאת הערעור (בערעור הראשון), כאשר המומחים גורדון ורוזנברג אישרו בחקירתם כי מסקנותיהם באשר לזיהוי התפיסות הסתמכו בסופו של דבר על חוות דעתו.
השלושה מערערים גם על שיעור שכר הטרחה וההוצאות שנפסקו לחובתם.

25. חוטר ישי תומך בקביעות העובדתיות שנקבעו בפסק הדין ביחס לגודל השטחים שהוחזקו על ידי הנתבעים בתביעה וביחס לשימוש שנעשה בהם בתקופה הנדונה.
בערעור שהגיש הוא טוען שיש לחייב את הנתבעים בדמי שימוש על מחצית מכל השטח שנתפס על ידם בפועל ולא רק על מחצית "**השטח העודף**"; כי יש להוסיף הפרשי הצמדה וריבית ממועד היווצרות העילה, "**קרי, החל מהמועד בו** [נ]**קבע כי המקרקעין נתפסו על ידם שלא כדין**", ולא ממועד הגשת התביעה בלבד; כי יש לחייב את הנתבעים שחויבו בתשלום דמי

שימוש ראויים בשיעורי שכ"ט עו"ד והוצאות גבוהים יותר מאלה שנפסקו, בהתחשב בהליכים הרבים שנפרשו על פני שנים רבות, ובמקביל – יש לבטל את סכומי שכ"ט עו"ד והוצאות שנפסקו לחובתו ביחס לאיציק הובלות, מהנימוק שצירופם לתביעה נעשה לבקשתם.

<u>דיון והכרעה</u>

26. טיעוני הצדדים נחלקים לשניים: ערעור על הקביעות עובדתיות וערעור על הקביעות המשפטיות.

הקביעות העובדתיות, עליהן מערערים אסנת, דרוויש וגבריאלי ונמני, נוגעות לשיעור השטח שהוחזק על ידם בשנים הנדונות ולטיב השימוש שנעשה על ידם באותו שטח ובאותן שנים.

הקביעות המשפטיות, עליהן מערערים כל הצדדים, הן ביחס לשאלות העיקריות הבאות:

האם שותף במושע במקרקעין רשאי לעשות בהם שימוש, גם ללא קבלת רשותם של יתר השותפים?

מהי המשמעות הנובעת מכך שהשותף האחר לא ביקש ולא היה מעוניין לעשות בעצמו שימוש באותם מקרקעין?

כיצד יחושבו דמי השימוש הראויים?

<u>הקביעות העובדתיות</u>

27. כלל ידוע הוא, שערכאת הערעור לא תבטל בנקל קביעות עובדתיות שקבעה הערכאה הראשונה, אשר בידיה הופקדה הערכת מהימנותם של העדים וקביעת הממצאים העובדתיים. התערבות בממצאים אלה תיעשה במקרים חריגים וקיצוניים בלבד, כגון במקרים שנפל בהכרעתה של הערכאה הראשונה פגם היורד לשורשו של עניין או כשהדברים אינם מבוססים על פניהם (ע"א 3601/96 **בראשי נ' עזבון בראשי**, פ"ד נב(2) 582; ע"א 6616/04 **ברונפמן – אלון בע"מ נ' הממונה על מס הבולים**, 13.6.2007).

הממצאים בפסק הדין של בית המשפט קמא ביחס לגודל השטחים המוחזקים על ידי המחזיקים השונים, ביחס לשימושים הנעשים בהם וביחס לדמי השימוש הראויים בהתאם לשימושים שנעשו, התבססו על חוות הדעת של מומחי בית המשפט בן חיים, גורדון ורוזנברג

– "**ככלל, אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בקביעותיה של הערכאה המבררת המתבססות על חוות דעת של מומחים מקצועיים, להוציא מקרים חריגים שבהם נראה כי קביעות אלו אינן מבוססות על פניהן או כי נפל פגם מהותי היורד לשורשם של דברים. כלל זה יפה ביתר שאת בכל הנוגע לקביעות המבוססות על חוות דעת של מומחה אשר מונה מטעם בית המשפט**" (ע"א 7156/10, 7538/10 **חברת הירקון בע"מ נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל** (11.10.2012) (להלן – "**חברת הירקון**"), פסקה 15 בחוות דעתה של כב' השופטת חיות, והפסיקה המובאת שם).

לכללים האלה ניתן לצרף גם את הכלל, לפיו, ערעור, אין משמעותו שמיעה מחודשת של התיק בדומה לאשר נעשה בערכאה הדיונית (ע"א 62413 **מורדכיוב נ' מינץ** (4.8.2014)).

28. שני מותבים דיוניים טרחו ועיינו בחוות דעת המומחים, שאף נחקרו, ושמעו גם את חקירותיהם של כל הנוגעים בדבר. ממצאיהם של המומחים בן חיים וגורדון, ביחס לשטחים שהוחזקו על ידי הנתבעים בתביעה בה דנו וביחס לשימושים הנעשים בשטחים אלה, היו דומים למדי.

ערכאת הערעור בערעור הראשון הציגה, אמנם, לצדדים, שאלות ביחס לחוות דעתו של בן חיים, ובכללן השאלה, כיצד זה גודל השטחים המוחזקים שצוינו בחוות הדעת עולה על השטח הכולל של המגרש, אך היא לא "פסלה" את חוות דעתו, והחלק המחייב בפסק הדין שניתן על ידה הוא החלק האופרטיבי שנתן תוקף של פסק דין להסכמות שבין הצדדים, כמפורט לעיל, ו"פסילת" חוות הדעת לא נכללה בין אותן הסכמות.

אלולא פטירתו המצערת של בן חיים, יתכן וניתן היה להורות לו לתת חוות דעת משלימה או מתוקנת ולא היה הכרח למנות מומחה אחר תחתיו, כפי שבית המשפט קמא ציין בעניין זה.

למעשה, וגם זאת ציין בית המשפט, גודל השטחים שציין המודד גורדון בחוות דעתו המעודכנת, שהסתמכה בעיקר על תצלומי אוויר מאותה תקופה, היו דומים למדי לאלה שנקבעו בחוות הדעת של בן חיים, כך שאם נדרשו היו תיקונים מסוימים בחוות הדעת של בן נתן, הם נעשו בחוות הדעת של גורדון.

המבנים הקיימים באותם שטחים נקבעו בחוות דעתו של גורדון גם בהסתמך על תצלומי האוויר.

חוות דעתו של השמאי רוזנברג שקבעה את דמי השימוש הראויים הסתמכה על הנתונים בחוות הדעת של גורדון ביחס למבנים המצויים באותם שטחים וביחס לשימוש הנעשה בהם

(סעיף 11.3 לחוות דעתו), כשההבחנה העיקרית נעשתה בין "אחסנה פתוחה", שניתן היה לזהות אותה על פי המבנים בשטח, לבין שימוש חקלאי (סעיפים 11.7-11.8 לחוות הדעת).

29. חשיבותה של חוות הדעת של בן חיים היא בעיקר בייחוס תפיסת המחזיקים השונים למתחמים השונים, דבר שנעשה בצורה מפורשת בחוות הדעת של בן חיים, ומשם הוא "שורשר" לחוות הדעת של גורדון ורוזנברג, וכמובן לפסק הדין.
בעניין זה אני סבור כי נכונה היא קביעתו של בית המשפט קמא, המפנה לפסק דינה של כב' השופטת ניב, לפיה, "**בן חיים ביקר בשטח פעמיים, קבע בעצמו זהות המחזיקים והיקף אחזקתם. חלק מהנתבעים אף נכחו בביקור**".
אפנה גם לדבריה של כב' השופטת ניב בפסק דינה (סעיפים 12-13): "**כאן, ניתנה לנתבעים האפשרות להיות נוכחים בעת ביקורו וחלק מהם אף עשה כן (נמני, צובארי). חוות הדעת אף הועברה לעיונם לאחר עריכתה ואיש מהם לא טען כנגדה דבר באותה עת. בחקירתו (עמ' 55 לפרוטוקול ואילך) הבהיר המומחה השמאי מר בן חיים כי קיבל מב"כ התובע את תשריט החלקה, שהמגרש הינו חלק הארי שלה, כי יצא לשטח פעמיים וכי מטרתו היתה, על פי הנחיית בית המשפט, לקבוע את גבולות השימוש של כל אחד מהמחזיקים: "אני וידאתי בעצמי ע"י האנשים עצמם" (עמ' 60, ש' 31), "הם לא הראו גבולות, הם הראו לי איפה יושב כל אחד. אני לא מכיר את האנשים. לא את אברג'יל לא את נמני. אני הגדרתי את הגבולות" (עמ' 61 ש' 10)**".

זה המקום להתייחס לטענה שהועלתה בערעור לפנינו ע"י ב"כ דרוויש וגבריאלי לפיה "**יעקב לא החזיק בכלל**" כי מדובר בכלל בגבריאלי האחר ולא ביעקב, גם "**דרוויש לא החזיק**"; ובכלל זו טענה שנטענה "לאורך כל הדרך". אלא שהזיהוי של החזקה בשטח ע"י "**גבריאלי**" נזכר עוד בחוות הדעת של בן-חיים בינואר 2007: בתצהיר עליו חתם יעקב גבריאלי באוקטובר 2011, מועלית טענה כי דרוויש מחזיק לבדו, ולא נזכר עוד מישהו אחר ממשפחת גבריאלי שהוא הוא המחזיק; בתצהיר שהגיש דרוויש ביוני 2017 בשמו ובשם גבריאלי נטען כי לא נתפסה חזקה בשטח עודף, באופן ממנו משתמע כי החזקה נתפסה גם ע"י יעקב גבריאלי, כשאין אזכור לגבריאלי אחר. הטענה לפיה מדובר **בגבריאלי אחר** עלתה לראשונה רק בחקירה הנגדית של חטר-ישי (17.10.2017, עמוד 267 ואילך).
אין להתפלא אפוא שבית משפט קמא העדיף את הגרסה הראשונה.

30. התוצאה העולה מכל האמור לעיל היא, שהקביעות העובדתיות של בית המשפט קמא ביחס לזיהוי השטחים המוחזקים על ידי אסנת, דרוויש-גבריאלי ונמני, גודלם בשנים הנדונות כאן, השימושים שנעשו בהם ודמי השימוש הראויים בגינם, התבססו על שלוש חוות דעת של מומחים מטעם בית המשפט, ולכן – למרות ההשגות שהועלו בטיעוני המערערות ביחס לקביעות הללו, ובהינתן שבמשפט אזרחי נדרשת הטיית מאזן ההסתברות לטובת התובע בלבד, אני סבור שבית המשפט קמא צדק באמצו את חוות הדעת הללו, וכי אין מקום להתערב בקביעותיו העובדתיות.

<u>הקביעות המשפטיות</u>

31. להלן סעיפי החוק הנוגעים לענייננו:

סעיף 27 ל**חוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969** (להלן – "**חוק המקרקעין**") דן בבעלות משותפת במקרקעין:

" **מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם**".

סעיף 31 ל**חוק המקרקעין** דן ב"**זכותו של שותף יחיד**" ובס"ק (א)(1) שבו נקבע:

" **31 (א) באין קביעה אחרת לפי סעיף 30, רשאי כל שותף, בלי הסכמת יתר השותפים –**

(1) **להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר**".

סעיף 33 ל**חוק המקרקעין**, עניינו "**תשלום בעד השימוש**", ולפיו:

" **שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש**".

32. בשני פסקי דין של בית המשפט העליון נפסק, כי זכותו של שותף במקרקעין לשכר ראוי מכח סעיף 33 ל**חוק המקרקעין**, קיימת רק כאשר השותף האחר השתמש במקרקעין באופן בלעדי,

באופן שמנע מיתר השותפים להשתמש אף הם באותם מקרקעין, אך אם לא נמנע שימוש כזה במקרקעין ליתר השותפים, הרי שגם אם הם לא השתמשו במקרקעין בפועל, אין השותף שהשתמש בהם חייב בתשלום כלשהו ליתר השותפים (ע"א 1492/90 **זרקא נ' פארס** (20.1.1993); ע"א 663/87 **נתן נ' גרינר**, פ"ד מה(1) 104, וראו גם: פרופ' אבי וינרוט, **דיני קנין – פרק יסוד**, מהדורה שניה, עמ' 280-281).

על גישה זו נמתחה ביקורת בספרות המשפטית (י' ויסמן, **דיני קניין – בעלות ושיתוף**, להלן – "**ויסמן**", עמ' 237-240; מ' דויטש, **קנין**, כרך א', להלן – "**דויטש**", עמ' 539-544) ובפסיקה המאוחרת יותר הובעה הדעה, "**כי בביקורת זו יש ממש ומן הראוי לעיין בגישה המבוקרת עיון חדש**" (דברי כב' השופט אנגלרד ב-ע"א 891/95 **זידאני נ' אבו-אחמד**, פ"ד נג(4) 769, 778). במקרה שנדון בפסק דין **זידאני** פטר בית המשפט את עצמו מלהכריע בסוגיה, משום שהמסקנה העובדתית היתה כי זידאני השתמש במקרקעין שימוש בלעדי, המונע משותפו מלהשתמש בהם.

בדומה לכך, גם במקרה דנן, על פי קביעתו של בית המשפט קמא, בהתאם לחוות דעת המודדים בן חיים וגורדון, "**בשנים 2001 ו-2002 נמנע מהתובע לתפוס מקרקעין פנויים כדי חלקו שכן נותר שטח פנוי של פחות מכפי רבע מחלקו ומשנת 2003 ועד שנת 2005 וכולל, כל השטח היה תפוס**"
(סעיף 138).

מאחר שמעשית, במרבית התקופה הנדונה נמנע מחוטר ישי לתפוס חזקה במקרקעין, אם בכלל ואם כדי חלקו, ההנחה לצורך המשך הדיון כאן היא שהתנאי לחיובם של השותפים שהשתמשו במקרקעין לשלם דמי שימוש לשותף שנמנע ממנו לעשות שימוש במקרקעין, התקיים, גם לפי הגישה שבפסקי הדין **זרקא** ו**נתן** דלעיל.

33. שאלה אחרת היא, כיצד יש לפרש את התנהגותו של שותף שלא ביקש לעשות שימוש במקרקעין המשותפים?

האם הדבר עולה כדי ויתור על זכותו לקבלת דמי שימוש ראויים מהשותף שעשה בהם שימוש?

האם התנהגות כזו מצדיקה את שלילת דמי השימוש או את הפחתתם?

סוגיה זו נדונה בהרחבה בפסק דין **חברת הירקון**.

34. בעניין שנדון בפסק דין **חברת הירקון**, המדינה וחברת הירקון היו שותפים במושע, בחלקים שווים (כמעט) במקרקעין. על המקרקעין היה ממוקם באותה עת שדה התעופה דב, ששימש לצרכים אזרחיים, ושדה תעופה צבאי שהופעל על ידי המדינה עצמה.
חברת הירקון תבעה דמי שימוש ראויים כדי חלקה במקרקעין.
הסוגיה הראשונה שנדונה שם היא פרשנות ההסכמים שנעשו בין הצדדים, והאם עולה מהם שחברת הירקון ויתרה על זכותה לדמי שימוש ראויים.
בהפשטה רבה, משום שסוגיה זו אינה נוגעת לענייננו, אומר כי כב' השופטת חיות סברה שאין לפרשם כויתור, כב' השופט עמית סבר שיש לפרשם כויתור ואילו כב' השופט פוגלמן סבר שעולה מהם ויתור ביחס לשדה התעופה האזרחי אך לא ביחס לשדה התעופה הצבאי.
הסוגיה הנוגעת לענייננו נדונה בעיקר בחוות דעתה של כב' השופטת חיות, כאשר כב' השופט פוגלמן הצטרף למסקנותיה אלה, ועניינה: האם מתקיים ויתור בהתנהגות של שותף במקרקעין שלא עשה בהם שימוש לקבלת דמי שימוש מאת השותף שעשה בהם שימוש?
כך הוצגו הדברים בחוות דעתה של כב' השופטת חיות (פסקה 11):
" **המדינה טוענת כי אף אם הייתה לחברת הירקון זכות לקבלת דמי שימוש על פי איזה מן ההסכמים שנחתמו בין הצדדים, היא ויתרה על זכות זו בהתנהגותה לאורך השנים שחלפו מאז נחתמו הסכמים אלו, לרבות הסכם 79, משום שלא העלתה במהלכן כל דרישה לתשלום דמי שימוש. אכן, התנהגותו של צד לחוזה עשויה ללמד לעיתים כי הוא ויתר על זכות שהוקנתה לו לפיו (ראו: ע"א 156/76 שטרן נ' פרידמן, פ"ד לא(1) 572,577 (1976); ע"א 1330/93 אלבז נ' אלבז, פסקה 18 ([פורסם בנבו], 12.6.1997), דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א' 501-504 (1991)). אולם, מסקנה בדבר ויתור כזה היא מסקנה מרחיקת לכת ועל כן חייב הטוען לויתור להציג ראיות מוצקות וברורות לביסוסו**".

ובהמשך (פסקה 13): " **בנסיבות מיוחדות אלה, אני סבורה כי אף שהחברה לא הגישה את התביעה לדמי שימוש אלא בשנת 1997, לא ניתן ללמוד מהתנהגותה זו ויתור על הזכות לקבלת דמי שימוש בגין השטחים נושא המחלוקת. . .** ".

35. לאחר מכן דן בית המשפט בפסק דין **חברת הירקון** בשאלה, האם התנהגותו של השותף שלא ביקש לעשות שימוש במקרקעין, כשהדבר היה אפשרי, ולא דרש משותפיו לאפשר לו לעשות

שימוש במקרקעין, מצדיקה את הפחתת דמי השימוש הראויים לפי סעיף 2 ל**חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979** (להלן – "**חוק עשיית עושר**"), לפיו:

"**בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת**".

כב' השופטת חיות השיבה על כך בחיוב. תחילה, דנה היא באפשרות המשפטית לעשות שימוש בסעיף 2 ל**חוק עשיית עושר** לסוגיה שעניינה תשלום דמי שימוש לפי סעיף 33 ל**חוק המקרקעין** (פסרקה 17):

"**סעיף 2 לחוק עשיית עושר מקנה לבית המשפט סמכות לפטור את הזוכה מחובת ההשבה, כולה או מקצתה "אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת". הגנה זו אינה מוגבלת לתביעות השבה על פי סעיף 1 לחוק, וניתן להחילה גם בתביעות השבה המבוססות על הוראות חוק אחרות שמטרתן למנוע התעשרות שלא כדין . . .**".

בהמשך שבה כב' השופטת חיות על כך שבהסכם שנדון שם לא נשללה זכותה של חברת הירקון לדמי שימוש, ובהמשך היא דנה באפשרות של הפחתתם (סוף פסקה 19):

"**העובדה כי באותו הסכם לא נשללה זכותה של חברת הירקון לדמי שימוש מהווה כאמור נימוק לדחיית הטענה בדבר ויתור עליהם מצידה (ראו פסקאות 12-13 לעיל). יחד עם זאת ניתן היה לצפות כי מאותו שלב ואילך תדרוש חברת הירקון את דמי השימוש והעובדה כי לא עשתה כן עד לאחר רישום השטחים נושא המחלוקת על שמה בשנת 1996, אף שאינה מוליכה אל המסקנה כי חברת הירקון ויתרה על דמי השימוש בגין אותה תקופה או כי תביעתה בעניין זה התיישנה, יש בה כדי להצדיק הפחתה מסוימת בדמי השימוש עבור שנים אלה. . . מטעמים אלה נראה לי כי יש מקום להפחתת מחצית מדמי השימוש המגיעים לחברת הירקון עבור השטח שבבעלותה. . .** ".

כאמור, כב' השופט פוגלמן הסכים עם מסקנותיה של כב' השופטת חיות ביחס לחלק הצבאי (פסקאות 2-3 לחוות דעתו).

להשלמת התמונה אוסיף, כי מאחר ושלושת חברי ההרכב הובילו לשלוש דעות, כב' השופטת חיות הצטרפה לתוצאה שאליה הגיע כב' השופט פוגלמן, "**משום שמבחינה רעיונית היא קרובה במידה לא מבוטלת למתווה המשפטי אותו אימצתי בחוות דעתי, וזאת על מנת להביא להכרעה ברוב דעות בערעורים שבפנינו. . .** " (פסקה 22 לחוות דעתה).

36. בעניינו:

בדיון שנערך לפנינו, הודה חוטר ישי כי עד מחצית שנת 2004 לא היתה דרישה מצידו למחזיקים לפנות חלקים מהמגרש כדי שהוא יתפוס בהם חזקה (עמ' 15-16 לפרוטוקול). אולם, גם עבור התקופה שממחצית שנת 2004 ועד הגשת התביעה (דצמבר 2005), אישר חוטר ישי בדיון בערעור כי לא קיימת ראיה בכתב אודות דרישה כזו (עמ' 15 לפרוטוקול). בפסק הדין נושא הערעור לא נקבע ממצא בשאלה זו, אולם מפסק הדין הראשון (סעיף 10) ניתן ללמוד כי נקבע ממצא, לפיו הדרישה הראשונה של חוטר ישי מהמחזיקים האחרים לתשלום דמי שימוש הובעה רק במועד הגשת התביעה. ממצא זה לא שונה בפסק הדין השני. ניתן לקבוע, לכן, כי בתקופה הנדונה כאן, השנים 2000-2005, או לכל הפחות ברובה המכריע, לא באה דרישה מחוטר ישי למחזיקים-השותפים לתשלום דמי שימוש ראויים עבור אחזקתם במגרש.

37. בדומה לעניין שנדון בחברת הירקון, ובהתאם לעקרונות שנקבעו בו, גם בענייננו אני סבור שאין לפרש את התנהגותו של עו"ד אהרון חוטר ישי המנוח ואת התנהגותו של עו"ד חוטר ישי יבדל"א כויתור על קבלת דמי שימוש עבור השימושים שעשו השותפים במגרש, אך התנהגות זו מצדיקה, לדעתי, הפחתה של מחצית מדמי השימוש הראויים בהתאם לסעיף 2 ל**חוק עשיית עושר**, כפי שנפסק שם.

38. מהו השטח, שלפיו יש לחשב את דמי השימוש, ביחס לכל אחד מהשותפים שהחזיק בחלקים מהמקרקעין?

בשלב זה לא אתייחס לשאלת "ניכוי" השטח שהוחזק על ידי אברג'יל. בית המשפט קמא סבר שיש לחייב בגין "השטח החורג" בלבד, כלומר בגין השטח שמעבר לחלקו של כל אחד השותפים, ובשיעור מחצית מהשטח החורג, כדי חלקו של חוטר ישי. חוטר ישי טוען שהחיוב בדמי שימוש צריך להיות בשיעור של מחצית מכל השטח שנתפס על ידי כל אחד מהמחזיקים, כשיעור חלקו שלו (מחצית) בשטח שהוחזק.

אני סבור שהדין בעניין זה עם חוטר ישי.

ויסמן, עמ' 240-241:

" בעל משותף לא יוכל להשתחרר מן החובה לשלם שכר ראוי לבעלים האחרים על ידי כך שיצמצם את השימוש שייעשה בנכס המשותף לכדי חלקו היחסי. כך, למשל, שניים שהיו בעלים משותפים, בחלקים זהים, בבית שבו שתי דירות דומות, לא יוכל אחד הבעלים להשתחרר מן החובה לשלם שכר ראוי על ידי כך שיגביל את השימוש שיעשה בכנס לאחת הדירות בלבד. זכויות השותפים, כולן, משתרעות בכל אתר ואתר שבנכס המשותף. שימוש בחלק כלשהו מן הנכס המשותף הוא, על כן, בהכרח, שימוש גם בחלקיהם של הבעלים המשותפים האחרים. לפי זה, באין הסכם בין הבעלים המשותפים על חלוקת הנאה יהיה על בעל משותף שהשתמש בחלק כלשהו מן הנכס המשותף לשלם שכר ראוי עבור השימוש שעשה, ולא תישמע מפיו הטענה כלפי הבעלים האחרים: יכולים הייתם להשתמש באותם חלקים מן הנכס המשותף שבהם לא השתמשתי. טיעון כזה מתיימר, בעצם, לכוף על הבעלים האחרים חלוקת הנאה בנכס המשותף, בדרך שבחר בה הבעל המשותף שהשתמש בחלק מן הנכס, ולכן לא הוסמך בחוק.
מסקנה זו מתיישבת גם עם הדרך שבה נוסח סעיף 33 לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969, הקובע את החבות בתשלום שכר ראוי. הסעיף אומר: "שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש." הסעיף אינו מדבר על שימוש במקרקעין המשותפים, דהיינו, בנכס המשותף כולו, אלא בשימוש במקרקעין משותפים. כל חלק מן המקרקעין שבו ישתמש השותף הוא בגדר "מקרקעין משותפים", שיש לשלם שכר ראוי בגין השימוש בו".

וראו גם: **דויטש**, עמ' 546.

39. המסקנה, לפיה, כל אחד מהשותפים חייב לשלם לחוטר ישי כשיעור חלקו של חוטר ישי (מחצית) מהשטח שבו הוא החזיק בפועל, מייתרת את הדיון בשאלת השטח שנתפס על ידי אברג'יל,שהרי כל אחד חב כדי השטח שתפס בלבד.
למעלה מזה, אני סבור שיש לדחות כל טענה של חוטר ישי ביחס לחיובם של המחזיקים לשלם דמי שימוש עבור השטח שהוחזק על ידי אברג'יל, שעה שהוא לא תבע את אברג'יל לשלם לו דמי שימוש עבור השטח שהחזיק ללא כל זכות שבדין.

40. המסקנה העולה מצירוף הדברים לעיל היא, שיש לחייב כל מחזיק **ברבע** מדמי השימוש הראויים לכל השטח שהוחזק על ידו בפועל בכל אחת מהשנים הנדונות, ולא רק בגין השטח העודף: חצי מהם – כדי חלקו של חוטר ישי בכל המגרש, חצי מכך – הפחתה לפי סעיף 2 ל**חוק עשיית עושר**, משום שבתקופה הנדונה, או לכל הפחות במרביתה, הוא לא דרש מהמחזיקים פינוי או דמי שימוש.

41. כן אני סבור שיש לקבל את טענתו של חוטר ישי, ולפיה, יש להוסיף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום היווצרות העילה ולא מיום הגשת התביעה.
העילה – החובה לשלם דמי שימוש ראויים – נוצרה בתקופת השימוש, בין 2000 לבין 2005 (תלוי בזהות המחזיק) ולא בעת הגשת כתב התביעה.
מחוות דעת גורדון עולה כי הסכומים המשמעותיים ביחס לכל המחזיקים נקבעו ביחס לשנים המאוחרות, ולפיכך הפרשי ההצמדה והריבית יחושבו מיום 1.1.2004.

42. בהתאם לעקרונות דלעיל, להלן חישוב דמי השימוש הראוים שעל כל מחזיק לשלם לחוטר ישי בתקופה הנדונה בערעורים הללו (2000-2005):
אסנת – סה"כ דמי השימוש הראויים לכל השטח התפוס לפי חוות דעת רוזנברג: 335,664 ₪, רבע מזה – 83,916 ₪;
נמני – סה"כ דמי השימוש הראויים לכל השטח התפוס לפי חוות דעת רוזנברג: 938,790 ₪, רבע מזה – 234,697 ₪;
דרוויש וגבריאלי – בעניין זה יצוין כי נפלה טעות סופר בחוות דעתו של רוזנברג, כאשר דמי השימוש הראויים השנתיים לשנת 2003 במתחם c המיוחס אליהם נקבע על סך 427 ₪, בעוד שדמי השימוש הראויים החודשיים באותה שנה ולאותו מתחם נקבע על סך 1,601 ₪.
התוצאה הנכונה היא, לכן, שדמי השימוש הראויים השנתיים בשנת 2003 הם: 19,212 ₪.
סה"כ דמי השימוש הראויים בכל התקופה הנדונה למתחם זה (ראו סעיף 86 לפסק הדין של בית המשפט קמא, בכפוף לתיקון האמור): 274,122 ₪, רבע מזה – 68,530 ₪.
יצויין כי הפער לכאורה בין חיוב אסנת ונמני לבין חיוב דרוויש וגבריאלי נובע מכך שבית משפט קמא חייב רק בגין השטח העודף, ודרוויש וגבריאלי עשו שימוש החורג מחלקם רק בשנת 2003, עת החישוב הנכון צריך להתבצע, כאמור, לפי כל שטח ההחזקה בפועל.

שלתם וצובארי – סה"כ דמי השימוש הראויים לכל השטח התפוס: 19,800 ₪, רבע מזה – 4,950 ₪;

43. אשר על כן, להלן סכומי דמי השימוש הראויים שיש לפסוק, לדעתי:

אסנת – סך של 83,916 ₪;

נמני – סך של 234,697 ₪;

דרוויש וגבריאלי – סך של 68,530 ₪;

שלתם וצובארי – סך של 4,950 ₪.

לסכומים דלעיל יצורפו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 1.1.2004.

44. הצדדים ערערו גם על שיעורי שכר הטרחה וההוצאות שנפסקו בבית המשפט קמא. אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בשיעורי שכר הטרחה וההוצאות שנפסקו בערכאה הדיונית, ולא אמליץ לעשות זאת גם בערעורים הללו למרות השינויים המוצעים על ידי בקביעת דמי השימוש הראויים.

45. ביחס להוצאות בערעורים:

המשמעות מהצעתי כאמור לעיל היא, שהערעורים של אסנת ונמני התקבלו בחלקם (סכום החיוב שנפסק להם הופחת) וערעורו של חוטר ישי כלפיהם נדחה.

לפיכך אמליץ לחייב את חוטר ישי לשלם לכל אחד מהם (ששון נמני ורן נמני ייחשבו כגוף אחד) – סך של 10,000 ₪;

ערעורם של דרוויש וגבריאלי נדחה ואילו ערעורו של חוטר ישי כלפיהם התקבל בחלקו (סכום החיוב שלהם הוגדל).

לפיכך אמליץ לחייב את דרוויש וגבריאלי לשלם לחוטר ישי סך של 10,000 ₪;

ערעורו של חוטר ישי כלפי שלתם וצובארי נדחה, לפיכך אמליץ לחייב אותו לשלם להם (יחד) סך של 10,000 ₪.

יונה אטדגי, שופט

<u>השופטת שבח</u>

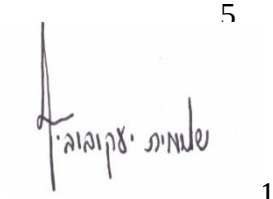
אני מסכימה.



יהודית שבח, שופטת, סג"נ

<u>השופטת יעקובוביץ</u>

אני מסכימה.



שלומית יעקובוביץ, שופטת

<u>התוצאה</u>

על דעת כלל חברי ההרכב, התוצאה בכל הערעורים המאוחדים היא כפי האמור בחוות דעתו של השופט אטדגי, סעיפים 45-43.

העירבון שהפקיד חוטר ישי יועבר לאסנת, נמני, שלתם-צוברי, באמצעות באי כוחם – כל אחד שליש, על חשבון ההוצאות שנפסקו;

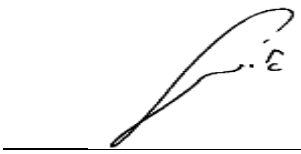
מתוך העירבון שהפקידו דרוויש-גבריאלי, יועבר סך של 10,000 ₪ לעו"ד חוטר ישי;

יתרת העירבונות יושבו למפקידים באמצעות באי כוחם.

ניתן היום, כ"ז אדר ב' תשפ"ב, 30 מרץ 2022, בהעדר הצדדים.



שלומית יעקובוביץ, שופטת



יונה אטדגי, שופט



יהודית שבח, שופטת, סג"נ
אב"ד