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

ע"א 58568-04-18 ברוך ואח' נ' עירית תל-אביב-יפו

תיק חיצוני:

לפני כבוד השופטים שבח יהודית, סג"נ, שאול שוחט, סג"נ, יונה אטדגי

מערערים
1. אסתר ברוך
2. אורית ברוך
3. רחל מסיקה
4. עזיז ברוך
5. צדוק ברוך
ע"י ב"כ עו"ד אריק בן-שמחון

נגד

משיבה
עירית תל-אביב-יפו
ע"י ב"כ עוה"ד איתי צוברי ואסף גלעדי

פסק דין

השופט י. אטדגי:

התביעה ופסק הדין בבית משפט קמא

1. המערערים מחזיקים במקרקעין המצויים ברחוב הלח"י 1 תל-אביב והמשתרעים על החלקות הרשומות הבאות: חלקות 30, 57 ו- 58 בגוש 6135 וחלקות 3 ו- 7 בגוש 6980 בשטח כולל של כ- 1,325 מ"ר (להלן: "**המקרקעין**").

על-פי תיאורו של המומחה שמונה על-ידי בית-משפט קמא, במקרקעין מצויים שבע יחידות דיור, בית עסק אחד ושטח המשמש לאחסנה פתוחה.
המשיבה הינה הבעלים הרשומים של חלקה 30 בגוש 6135 והיא זכאית להירשם כבעלים ביתר החלקות שפורטו לעיל, מכוח הערות לפי סעיפים 5 ו- 7 **לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)** (להלן: "**פקודת הקרקעות**").

2. המשיבה הגישה תביעה לסילוק ידם של המערערים מהמקרקעין וכן תבעה לחייב אותם לשלם לה סך של 1,269,450 ₪ בגין השימוש שהם עשו בהם (ת.א. 39452-03-13).

בית משפט קמא (כב' השופטת עידית ברקוביץ) קיבל את התביעה לסילוק יד ודחה את התביעה הכספית (פסק-דין מיום 11.3.2018, להלן: "**פסק הדין**").

3. מסקנתו של בית משפט קמא, להורות על פינוי ידם של המערערים מהמקרקעין התבססה על הממצאים דלהלן ועל הקביעות הבאות:

א. לא הייתה השתהות קיצונית בהליכי ההפקעה העשויה לגרום לביטולם, שכן התביעה הוגשה בשנת 2013, כשלוש שנים בלבד לאחר פרסום הודעת ההפקעה ביום 2010;

ב. לא עלה בידי המערערים להוכיח את טענתם בדבר רכישת המקרקעין;

ג. המערערים מחזיקים במקרקעין משנת 1981, היינו, כ- 32 שנים לפני הגשת התביעה;

ד. המשיבה ידעה, **"או למצער ניתן לייחס לה ידיעה"**, על החזקת המערערים במקרקעין במשך כל השנים הללו;

ה. המסקנה היא, שהמערערים הם בעלי מעמד של בני רשות במקרקעין;

ו. הרשות היא רשות חינם, שהמקנה אותה רשאי לבטלה עם גילוי דעתו שהוא אינו מעוניין עוד בהענקת הרישיון;

ז. הגשת התביעה מהווה הודעה על ביטול הרישיון;

ח. עם ביטול הרשות, חובה על המערערים לסלק את ידם מהמקרקעין;

4. בית המשפט קמא דחה את דרישת המערערים לכרוך את פינויים בתשלום פיצוי כספי, בהתבסס על הממצאים והקביעות דלהלן:

א. המקרקעין הם מקרקעי ציבור;

ב. מדובר בחזקה, שתחילתה בפלישה ולא ברשות מפורשת;

ג. המערערים לא הוכיחו את טענתם, לפיה הושקעו במקרקעין סכומי כסף בשל הסתמכותם על הסכמת המשיבה; לא הובאה כל ראיה שתתמוך בטענה זו, לא נמסרה גרסה ברורה באשר למועד בנייתו של כל אחד מהמבנים ולא הוצגה כל אסמכתא בדבר הסכומים שהושקעו;

ד. המבנים במקרקעין הוקמו ללא היתר בנייה כחוק והעסק הוקם ללא רישיון עסק כחוק;

ה. המערערים נהנו במשך למעלה מ- 30 שנים מהמקרקעין, בלי ששילמו למשיבה תמורה כלשהי עבור השימוש.

ו. בתביעה אחרת שהוגשה נגד המערערת 1 לפינוייה ממקרקעין אחרים בכפר-שלם, היא טענה להגנתה שהיא מתגוררת עם משפחתה שם, בסתירה לטענתה בתביעה זו כי היא מתגוררת עם משפחתה באותן שנים במקרקעין דנן;

ז. המערער 5 הודה בחקירתו כי הוא ומשפחתו (אשתו וילדיו) אינם מתגוררים במקרקעין דנן, אלא במקום אחר.

5. עוד דחה בית משפט קמא את דרישת המערערים לקבלת דיור חלוף, בהתאם לסעיף 194 **לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965** (להלן: "**חוק התכנון והבנייה**"), מהטעם העיקרי שאין למערערים זכות שבדין או זכות שביושר להחזיק במקרקעין וכן מהטעם שהמקרקעין אינם משמשים כולם למגורים בלבד.

6. התביעה לתשלום דמי שימוש נדחתה, משום שכל זמן שהמערערים היו בני רשות במקרקעין, הם היו מוגנים מפני דרישה לתשלום דמי שימוש, כך שהמשיבה זכאית לתשלום דמי שימוש ממועד ביטול הרשות בלבד, כלומר: ממועד הגשת התביעה ואילך.

7. בית המשפט חייב את המערערים בתשלום הוצאות המשיבה בסך 3,000 ₪ ובתשלום שכר-טרחת עו"ד בסך 20,000 ₪.

<u>הערעור ותמצית טענות הצדדים</u>

8. בדיון בערעור (פרוטוקול מיום 11.7.2019) אמר ב"כ המערערים כי "**עיקר הערעור**" הוא על דחיית טענתם בדבר זכותם לקבלת פיצוי כנגד הפינוי (עמ' 1 לפרוטוקול).
עיון בעיקרי הטיעון שהגישו המערערים מעלה, כי לא הועלתה כל טענה נוספת, מלבד הטענות הקשורות לדרישתם לקבלת פיצוי.
גם הטענה, לפיה הם "**ברי רשות מפורשת ולא רק רשות מכללא**" (סעיף 6 לעיקרי הטיעון), מובילה, לדברי ב"כ המערערים בדיון (עמ' 2 לפרוטוקול), למסקנה בדבר הזכות לקבלת פיצויים.

9. בקשר לטענה בדבר הזכות לפיצוי, טוענים המערערים כי זכות זו נובעת מכך שהינם בני רשות מפורשת, וכי הפסיקה תומכת בדרישתם זו.

לטענתם, לא ניתן לצפות מהם כי ישמרו אסמכתאות בדבר ההשקעות שנעשו על ידם במקרקעין, וכי די בהקשר זה בחוות דעתו של השמאי שמונה על-ידי בית משפט, לפיה שווי השקעותיהם מסתכם ב-925,000 ₪.

לדבריהם, נושא הפיצוי לבר הרשות אינו נבחן על-פי הבדיקה אם ובאיזו מידה ייהנה בעל המקרקעין מהשקעותיו של בר הרשות.

המערערים טוענים עוד כי הבנייה נעשתה "**תחת עינה הפקוחה של המשיבה**", וכן שגם כשמדובר בבר רשות חינם קיימת חובת פיצוי בגין ההשקעות.

לטענתם, הם זכאים לקבלת דיור חלוף לפי סעיף 194 **לחוק התכנון והבניה** בגין בתי המגורים שלהם במקרקעין.

10. המשיבה טוענת שהמערערים אינם בני רשות מפורשת במקרקעין וכל שכן שהם אינם בני רשות בלתי הדירה;

כי צדק בית המשפט קמא בדחותו את דרישת המערערים לפיצוי בגין החזר ההשקעות; וכן צדק בית המשפט קמא בדחותו את דרישתם לקבלת דיור חלוף.

11. יצוין, כי בסיומו של הדיון בערעור, התאפשר לצדדים להגיש השלמת טיעון ביחס לשאלת זכותם או חוסר זכותם המשפטית של המערערים לקבלת דיור חלוף, לפי סעיף 194 **לחוק התכנון והבניה**, ובעקבות כך הגישו הצדדים השלמת טיעון בשאלה זו.

<u>דיון והכרעה</u>

12. כאמור לעיל, עיקרי הטיעון של המערערים עסקו בשאלת הזכות לפיצוי בלבד.

בהתאם לתקנה 446(ג) **לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984** (להלן-"**תקנות סדר הדין האזרחי**"): "**ביום הקבוע לדיון יהיה כל צד רשאי לטעון בפני בית המשפט על סמך עיקרי הטיעון, ואם רצה להוסיף טענה נוספת או להביא אסמכתא נוספת יוכל לעשות זאת רק ברשות בית המשפט, זולת אם הייתה זו תשובת המערער לעיקרי הטיעון של המשיב**".

ב"כ המערערים לא ביקש בדיון להוסיף טענה נוספת וכל דבריו בדיון כוונו לדרישתם לקבלת פיצוי.

המסקנה הנובעת מכך היא, שממצאיו של בית משפט קמא, כי המערערים לא הוכיחו כי הם רכשו את המקרקעין, או חלק מהם, וכי הם מחזיקים במקרקעין משנת 1981, וכן הקביעה המשפטית בדבר מעמדם כבני רשות במקרקעין – כל אלה שרירים וקיימים.

למעלה מן הדרוש אוסיף, כי הממצאים מבוססים היטב על סמך הראיות שהוצגו וכי הקביעה המשפטית בדבר מעמדם של המערערים כבני רשות מבוססת היטב על הפסיקה הרלוונטית.

בתאם לכך, הדיון בהמשך יעסוק בטענת המערערים כי הם זכאים לקבל פיצוי בגין ההשקעות ו/או דיור חלוף, בלבד.

<u>פיצוי עבור ההשקעות ?</u>

13. בית המשפט העליון התווה בפסק הדין שניתן בבע"מ 1894/16 **פלוני נ' פלונית** (10.5.2017) את "המסלול", שבו יש לצעוד כשדנים בענייננו של בר-רשות:

"הנה כי כן, במסגרת דיון ב'גורלה' של רשות במקרקעין, על בית המשפט לדון ולהכריע במספר שאלות: האחת, האם הרשות הדירה, אם לאו; השניה – אם יקבע כי הרשות הדירה – האם היא בוטלה, אם לאו; והשלישית – אם יקבע כי הרשות בוטלה – האם יש להתנות את ביטולה בתשלום פיצוי בגין ביטולה – ואף אם קביעות אלו התבססו על שיקולי צדק – או אז יש לילך בדרך שהתוותה הפסיקה ולקבוע פיצוי אך בשווי השקעת ברי-הרשות בנכס ובהשבחתו" (פסקה 11).

בענייננו, כאמור, מאחר שהדיון נערך בשאלת הזכות לקבלת פיצוי בלבד, ניתן לכאורה "לדלג" לשאלה השלישית המנויה לעיל. אלא, ככל שירדתי לסוף דעתו של ב"כ המערערים, עמידתו על כך שהרשות שניתנה הייתה מפורשת ולא מכללא, בצירוף עובדת ישיבתם של המערערים במקרקעין במשך למעלה משלושה עשורים ובצירוף ההשקעות שנעשו על ידם במקרקעין, כל אלה מובילים לדעתו לכך שהרשות שניתנה היא בהגדרתה בלתי-הדירה, ואם למרות זאת הרשות מבוטלת, הרי שביטול הרשות מחייב מתן פיצוי (ראו והשוו: ע"א 515/76 **לוי נ' ויימן**, פ"ד לא(2) 127, 133-132; ע"א 463/79 **ג'בראן נ' ג'בראן**, פ"ד לו(4) 403, 409-408; ע"א 2836/90 **בצר נ' צילביץ**, פ"ד מו(5) 184, 187-186).

משכך, אפתח בשאלה, האם צודקים המערערים בטענתם, כי הרשות שניתנה להם על-ידי המשיבה להחזיק במקרקעין הייתה מפורשת ?

14. בית המשפט קמא קבע כי הרשות שניתנה למערערים היא מכללא. רשות מכללא איננה יכולה, כמובן, להיות מפורשת. זוהי קביעה עובדתית, וכידוע היטב, ערכאת הערעור איננה מתערבת, בדרך כלל, בממצאים העובדתיים שנקבעו בערכאה הדיונית, במיוחד כשזו צללה למעמקי הראיות, בחנה ובדקה היטב את הדברים ביסודיות (ע"א 640/85 **קופר נ' איגוד המוסכים בישראל**, פ"ד מד(1) 594, 598), וכך עשה בית המשפט קמא בענייננו.

כמו כן, הטענה כי הרשות שניתנה הייתה מפורשת היא טענה עובדתית, שיש לתמוך אתה בראיות מהימנות.

"הראיה" היחידה שהביאו המערערים בהקשר זה היא טופס 4 שהוצא על-ידי מחלקת הפיקוח על הבניה במנהל ההנדסה של המשיבה, מיום 3.5.1982, המופנה אל הועדה המקומית לתכנון ולבניה, המאשר חיבורו של מבנה מסוים למערכת החשמל (נספח ה לתצהירי המערערים, מוצג 5 לתיק המוצגים שלהם). אלא, שהמבנה המוזכר בטופס הנ"ל מצוי בחלקה 55 בגוש 6135, שאיננה נכללת במקרקעין שנדונו בתביעה בבית משפט קמא.

גם הכתובת המצוינת שם: רח' יורם מס' 26ב' איננה הכתובת של המקרקעין דנן, ולפי האמור בעיקרי הטיעון של המשיבה (סעיף 14), מבנה זה מצוי מצפון למקרקעין הללו.

ב"כ המערערים לא ניצל את האפשרות שהייתה קנויה לו על-פי תקנה 446(ג) סיפא **לתקנות סדר הדין האזרחי**, שצוטטה לעיל, כדי להשיב על טענה זו של המשיבה.

נמצא, כי מלבד "ראייה" זו של המערערים שהופרכה, לא הוצגה כל ראיה לכך שהרשות שניתנה הייתה מפורשת.

15. מלבד זאת, הטענה בדבר רשות מפורשת שניתנה על-די המשיבה איננה יכולה להתיישב עם הממצא שצוין בפסק הדין (פסקה 52), ולפיו, המשיבה דחתה במכתב מיום 21.3.1984 את בקשתו של בעלה המנוח של המערערת 1 ואביהם של המערערים 2-5, ברוך אהרון ז"ל, לקבלת רישיון עסק להקמת מוסך, בנימוק כי "**הבניה לא חוקית והאזור לתכנון בעתיד**" (המכתב צורף כמוצג ו' לתיק המוצגים של המשיבה).

16. המסקנה עד כאן היא שהרשות שניתנה לא הייתה רשות מפורשת, אלא רשות מכללא, הניתנת לביטול בכל עת על-ידי גילוי דעתו של בעל המקרקעין כי אין ברצונו להרשות עוד את הישיבה במקרקעין

והגשת תביעה לסילוק יד בוודאי מגלה רצון זה (ע"א 32/77 **טבוליצקי נ' בית כנסת ובית מדרש החסידים**, פ"ד לא(3) 210, 217; ע"א 618/05 **דיאמנשטיין נ' מחלקת עבודות ציבוריות – מדינת ישראל**, פסקה 12 (21.3.007)), כלומר, אין המדובר ברשות בלתי-הדירה.

17. גם העובדה שהמקרקעין דנן הם מקרקעי ציבור תומכת במסקנה, כי אין המדובר ברשת בלתי-הדירה.

כך נכתב בפסק דינו של בית המשפט העליון ב- ע"א 6757/13 **נחום נ' מדינת ישראל – רשות הפיתוח**, פסקה 22 (19.8.2015):

"לגישתי, ככלל יש לנהוג במשנה זהירות ביחס לקביעה כי רשות היא בלתי-הדירה, וזכות שכזו תוסק אך במקרים חריגים ויוצאי דופן. בצד זאת, כאשר עסקינן ברשות מכללא במקרקעי ציבור, שנוצרה עקב מחדלן של הרשויות מלפעול לסילוקו של מסיג גבול במקרקעין, אין מקום לקביעה כי זכותו של בר-הרשות התגבשה לכדי רשות בלתי הדירה...
אכן, פעולות האכיפה של הרשויות נגד פולשים למקרקעי ציבור אורכות זמן רב לעיתים, וכפי שנלמד מן המקרה שלפנינו – לעיתים אף זמן רב מידי. במקרים חריגים ונדירים ביותר, יכול ובית המשפט ייקבע כי הפולש הפך לבר-רשות במקרקעין נוכח שתיקת הרשויות, תוך שייחס בכלל שיקוליו משקל הולם לפעולות האכיפה הרבות שעל הרשויות לבצע בהקשר זה. ואולם, רשות שכזו לא תתגבש לכדי רשות בלתי-הדירה, וזאת נוכח האינטרס הציבורי בדבר השמירה על רכוש הציבור והרצון שלא לתמרץ פולשים על-ידי הקניית רישיון שאינו ניתן לביטול ויצירת זכות מעין צמיתה בנכס...".

כמו-כן, מאחר שאין חולק כי המערערים לא שילמו למשיבה כל תמורה עבור ישיבתם במקרקעין, הרי שמדובר ברשות חינם, וכפי שנפסק ב- רע"א 977/06 **בן-חמו נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות,** פסקה ד(2) (17.5.2006): **"רשות חינם – לא כל שכן ברכוש הציבור – אינה יכולה ככלל להיות בלתי הדירה"**.

18. המסקנה, לפיה הרשות שנתנה לא הייתה מפורשת אלא מכללא, וכי אין מדובר ברשות בלתי-הדירה, פוגמת בטענת המערערים לכריכת הפינוי בפיצוי, אך לא מבטלת אותה לגמרי, שכן, גם כאשר

הרשות שבוטלה היא מכללא, עדיין בית המשפט מוסמך לפסוק למפונה פיצוי עבור השקעותיו, "**מטעמי צדק**".

כך פסק בית המשפט העליון לפני שנים רבות ב- ע"א 496/82 **רוזן נ' סלונים**, פ"ד לט(2) 337, 342:

"לא בכל מקרה, בו ניתן רישיון ובעל הנכס מבקש לבטלו, דורש הצדק את המשך קיומו של הרישיון, ויש מקרים בהם ניתן, למשל, להסתפק בתשלום פיצויים, כפי שיש גם מקרים, בהם אין הצדק דורש אפילו את תשלומם של פיצויים כלשהם; אף היפוכו של הדבר הוא הנכון, היינו, יש נסיבות, בהן תשלום פיצויים בעקבות סילוק ידו של בעל הרישיון הוא דווקא שיכול לנגוד את תחושת הצדק".

קביעה זו חזרה ונשנתה בפסקי דין נוספים ומאוחרים יותר של בית המשפט העליון, ראו למשל: פסק-דין **טבוליצקי** לעיל, עמ' 218-219; רע"א 2701/95 **כנעאן נ' גזאוי**, פ"ד נג(3) 151, 170; רע"א 1156/02 **חיר נ' לידאי**, פ"ד נז(3) 949, 958; פסק-דין **נחום** לעיל, פסקה 22; פסק-דין **פלוני** לעיל, פסקה 11.

19. מה הם המבחנים, שעל פיהם ניתן לקבוע האם בר הרשות שהצטווה לפנות את המקרקעין שהוחזקו על ידו לאחר ביטול הרשות, זכאי או אינו זכאי לפיצוי עבור השקעותיו?

סקירת הפסיקה בשאלה זו נעשתה על ידי כב' השופט שנלר בפסק הדין שניתן ב- ע"א (מחוזי ת"א) 1187/09 **רמ-נח בע"מ נ' עבודי** (7.2.2011) ובסיומה נכתב (פסקה 86):

"הנה כי כן, מהפסיקה שהובאה עד כה מצאו בתי המשפט להורות על פינוי בר-רשות מכללא, מעת שבוטלה הרשות, עם זאת בחנו בתי השפט אם זכאי המחזיק במקרקעין לפיצוי משיקולי צדק. בין השיקולים אותם מנו בתי המשפט ניתן למנות את משך השנים בהם קיימת החזקה, אינטרס ההסתמכות והציפייה, חוקיות הבנייה ככל שנעשתה. בכל אותם מקרים הפיצוי ניתן לא בגין הפינוי, אלא בגין ההשקעות שהשקיע המחזיק במקרקעין ולאחר שנדרש להוכיחן.
מול הזכות לפיצוי, הביאו בתי המשפט בחשבון גם את שווי השימוש הראוי שנעשה במקרקעין, ולכל הפחות מעת שהרשות בוטלה".

וכן ראו: יעקב שקד, שופט, "**פינוי מקרעין – הליכים והלכות**" – עמ' 430-437.

20. גם בית המשפט קמא סקר בפסק דינו את השיקולים, אותם יש להביא בחשבון לצורך ההכרעה בשאלת מתן הפיצוי (סעיף 40 בפסק הדין), ובעקבותיהם קבע כי המערערים אינם זכאים לפיצוי בנסיבות שהתבררו בענייננו (פסקאות 50-49 לפסק-הדין).

לא מצאתי כל דופי או שגגה בנימוקים שפורטו והם מבוססים היטב על הפסיקה הרלבנטית:

א. כפי שנפסק בפסק הדין **חיר** דלעיל (בעמ' 958), אין די בישיבתם הממושכת של המערערים במקרקעין כדי להטות את כפות המאזניים לטובת פסיקת פיצוי;

ב. ישיבתם של המערערים במקרקעין במשך יותר משלושים שנים, ללא תשלום תמורה כלשהי, הינה שיקול לשלילת תשלום הפיצוי, השוו: רע"א 7924/06 **אביטן נ' באום**, פסקה ד' (3.10.2006);

ג. העובדה שהמבנים במקרקעין הוקמו ללא היתר בנייה כדין מהווה גם היא שיקול לשלילת הפיצוי, השוו: ע"א 1054/03 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' בדיחי** (8.6.2003) (פסק הדין עסק אמנם, בפיצוי בגין הפקעה, אך ההלכה בהקשר זה רלבנטית גם לביטול רשות במקרקעין, השוו: פסק דין **פלוני**, פסקה 10). ראו עוד: ע"א (ת"א) 1766/00 **אברג'יל נ' מנהל מקרקעי ישראל** (26.6.2000);

ד. הפסיקה גם הבחינה בין מצב, שבו ניתנה רשות מלכתחילה והיא בוטלה לאחר-מכן לבין מצב שבו הרשות הינה מכללא לאור שתיקת בעל הזכות, כמקרה דנן (פסק-דין **ג'בראן** דלעיל);

ה. לא עלה בידי המערערים להוכיח קיומו של אינטרס ההסתמכות, כלומר, שהמערערים השקיעו במקרקעין כספים בהסתמך על הסכמתם של בעלי המקרקעין. בית המשפט קמא קבע, כי "**טענה זו נטענה בעלמא בלא שהובאו לה ראיות חיצוניות**" (סעיף 51 לפסק-הדין). זוהי קביעה עובדתית המבוססת על הראית או חוסר הראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא.

ו. נוכח ייעודם הציבורי המתוכנן של המקרקעין, ברור כי המשיבה לא תעשה כל שימוש במבנים שהקימו המערערים על המקרקעין ולא תהנה מהם.

נכון הוא, ששיקול זה, כשהוא לבדו, אין די בו כדי לשלול את הזכות לפיצוי (פסק-דין **טבולציקי** לעיל, פסקה 6), אך כשהוא מצטרף לשיקולים הנוספים שנמנו לעיל, גם הוא שיקול שראוי להתחשב בו (ראו פסק דינו של כב' השופט ח' טובי ב- ה.פ. 25314-05-15 **ועדה מקומית לתכנון ובניה תל-אביב נ' מאיר**, פסקה 39 (1.8.2019)).

בהקשר זה מן הראוי להזכיר את סעיף 21 **לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969** (להלן: "**חוק המקרקעין**") שבו נקבע בס"ק (א):

"הקים אדם מבנה או נטע נטיעות (להלן – הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו בלי שהיה זכאי לכך על-פי דין או לפי הסכם עם בעל המקרקעין, הברירה בידי בעל המקרקעין לקיים את המחוברים בידו או לדרוש ממי שהקים אותם (להלן – המקים) שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם".

בס"ק (ב) נקבע, כי אם בעל המקרקעין בחר לקיים את המחוברים בידו, עליו לשלם למקים את השקעתו, ובס"ק (ג) נקבע כי אם דרש בעל המקרקעין מהמקים לסלק את המחוברים וזה לא סילקם תוך זמן סביר, רשאי בעל המקרקעין לסלקם על חשבון המקים.

על פניו, זהו המקרה שבפנינו, כאשר המערערים הקימו במקרקעין את המבנים "**בלי שהיה** [היו] **זכאי**[ם] **לכך על-פי דין או לפי הסכם עם בעל המקרקעין**", ואם כך זכות הפיצוי עבור ההשקעה קמה רק אם המשיבה תבחר לקיים את המבנים, וברור שהיא איננה בוחרת בכך.

במאמר מוסגר אוסיף, כי על פניו, שאלת הפיצוי עבור השקעותיו של בר הרשות שרשותו בוטלה יכולה להיבחן, מאז חלותו של **חוק המקרקעין**, לפי הוראות סעיף 21, אך כאמור הפסיקה המחייבת התמידה ב"מבחן הצדק" גם לאחר חלותו של **חוק המקרקעין**;

ז. ואחרון – מבחן תום הלב, שנשקל בצדק על-ידי בית משפט קמא, כאשר השאלה היא אם לפסוק פיצוי "מטעמי צדק".

כפי שציין בית המשפט, בעדותה של המערערת 1 התגלו סתירות מהותיות, כאשר בעניינו היא העידה כי היא מתגוררת במקרקעין עם משפחתה, מאז שנישאה לבעלה המנוח בשנת 1970, ואילו בתביעת פינוי אחרת המתנהלת נגדה בקשר להחזקתה במקרקעין אחרים בשכונת כפר שלם היא העידה, שגם לאחר נישואיה היא המשיכה להתגורר עם בעלה וילדיה בכפר-שלם (ראו פסקה 23 לפסק-הדין).

גם המערער 5 הודה רק בחקירתו בבית המשפט, כי הוא ומשפחתו אינם מתגוררים במקרקעין הנדונים, בעוד שבתצהיר עדותו הראשית הוא כלל את עצמו, בין יתר המערערים המחזיקים במקרקעין ולא ציין כי הוא אינו מתגורר בהם (שם).

21. המסקנה היא, כי צדק בית המשפט קמא בקביעתו, כי המערערים אינם זכאים לפיצוי עבור השקעתם, בנסיבות שהוכחו.

יצוין, שכאמור, מנגד, דחה בית משפט קמא גם את תביעת המשיבה לחייב את המערערים בתשלום דמי שימוש עבור ישיבתם במקרקעין, ותוצאה זו מאזנת את "**מאזני הצדק**" לאורם נבחנת שאלת הזכות לפיצוי.

<u>הזכות לדיור חלוף</u>

22. לטענת המערערים, הם זכאים לדיור חלוף בעקבות פינויים מדירות המגורים שלהם, בהתאם לסעיף 194 **לחוק התכנון והבניה**.

המערערים מסייגים טענה זו, כך שהיא מתייחסת למערערים 1-4 ולא למערער 5 שאינו מתגורר במקרקעין (סעיף 11 לעיקרי טיעוניהם).

בית המשפט קמא דחה גם טענה זו ואני סבור כי צדק בית המשפט גם בהחלטתו זו.

23. סעיף 194 לחוק התכנון והבניה קובע כך:

"**בהליכי הפקעה מכוח פרק זה לא יפונה בית מגורים שנועד בתכנית להריסה אלא לאחר שהועמד שיכון חלוף סביר למי שהיה דר בבית מכוח זכות שבדין או זכות שביושר במועד פרסום ההודעה על הכוונה לרכוש את המקרקעין, או, אם רצה הדייר בכך, לאחר ששולמו לו או לזכותו פיצויים כדי השגת שיכון חלוף סביר**".

ראשית יוער, כי בענייננו התביעה לא הוגשה במסגרת "**הליכי הפקעה**". אילו הדבר היה כך, התביעה הייתה מוגשת בהתאם ל**פקודת הקרקעות**, (ביצוע ההפקעה על-פי **חוק התכנון והבניה** נעשה על פי הוראות **פקודת הקרקעות**, כאמור בסעיף 190 **לחוק התכנון והבניה**).

כפי שבית משפט קמא פתח את פרק "**הדיון והמסקנות**" בפסק הדין (סעיף 8), התביעה הוגשה מכוח סעיף 16 **לחוק המקרקעין**, הקובע כי "**בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שהחזיק בהם שלא כדין**" (בית המשפט הוסיף כי התביעה הוגשה גם מכוח סעיף 29 **לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]**).

המשיבה, כאמור, היא הבעלים של המקרקעין באחת החלקות וזכאית להירשם כבעלים ביתר החלקות, מכוח ההערות שנרשמו לטובתה לפי סעיפים 5 ו- 7 **לפקודת הקרקעות**.

בפסק-הדין שניתן ב- ע"א (מחוזי ת"א) 15654-03-17 **אבו טאלב נ' עיריית תל-אביב-יפו** (27.8.2018) נקבע (בדעת רוב) כי די בהודעות שפורסמו לפי **פקודת הקרקעות** כדי להקנות זכות תביעה לפי סעיף 16

לחוק המקרקעין, ופסק דינו של בית המשפט המחוזי אושר על ידי בית המשפט העליון – רע"א 7215/18 **קלמנטין נ' עירית תל-אביב** (20.11.2018).

כיוון שאנו מצויים במסגרתו של סעיף 16 **לחוק המקרקעין** ספק אם סעיף 194 **לחוק התכנון והבניה** חל בכלל על עניינו.

מכל מקום, משום ההשקה לעניין זכות הפיצוי בין פינוי שבוצע לפי **חוק המקרקעין** ובין פינוי שבוצע לפי הליכי ההפקעה, עליה הצביע כב' השופט סולברג בפסק דין **פלוני** דלעיל (פסקה 10), וכיוון שבית משפט קמא כבר נדרש לעניין זה וב"כ הצדדים אף טרחו והגישו את טיעוניהם בשאלה זו, אדון גם בכך.

24. בהתאם לסעיף 194 ל**חוק התכנון והבניה**, הזכאות לשיכון חלוף הינה "**למי שהיה דר בבית מכח זכות שבדין או זכות שביושר**".

משנדחתה טענת המערערים, לפיה הם רכשו את המקרקעין ולכן הם זכאים להירשם כבעלי הזכויות בהם (ועל כך לא ערערו המערערים, כאמור), לא יכולה להיות מחלוקת שאין להם "**זכות שבדין**". האם יש להם "**זכות שביושר**"?

25. בפסק דין **דיאמנשטיין** דלעיל נדונה זכותו של המערער לקבלת פיצוי כספי עבור מפעיל שהקים על מקרקעין של רשות הפיתוח, בעקבות הפקעת השטח לפי **פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943.**

סעיף 2 לפקודה זו הגדיר מיהו הזכאי לקבלת פיצוי בגין ההפקעה: "**בעל זכות או בעל טובת הנאה בקרקע**".

בית המשפט קבע באותו עניין כי המערער היה בר רשות מכללא, רשות שאינה מהווה "**זכות**" במקרקעין.

כן נקבע (פסקה 11): **"היות ורישיון במקרקעין, אשר ניתן לביטול בכל עת, הינו בגדר זכות אישית בלבד אשר אינה תקפה כלפי צדדים שלישיים, לא ניתן לראות בו כטובת הנאה לצורך הענקת פיצויים לפי הפקודה**".

גם על פי **פקודת הקרקעות**, הפיצויים בעקבות הפקעה משולמים "**בעד הזכות או טובת ההנאה באותה קרקע השייכת לאותו אדם**" (סעיף 9), ומכאן שגם על-פי **פקודת הקרקעות**, ש**חוק התכנון והבניה** מפנה אליה, כאמור, בר רשות שהחזיק במקרקעין שהופקעו אינו זכאי לפיצוי.

יצוין, כי בית המשפט העליון בפסק-דין **דיאמנשטיין** אימץ בהקשר זה את דעתו של המלומד אריה קמר בספרו **דיני הפקעת מקרקעין** ודחה את דעתו הנוגדת של פרופ' נמדר בספרו, **הפקעת מקרקעין** (פסקאות 11 ו- 14 בפסק הדין).

26. בפסק דין נוסף של בית משפט העליון ב- ע"א 10653/05 **ת"ת הכללי והישיבה הגדולה "עץ החיים" בירושלים נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי** (1.8.2010) נדונה שאלת זכותה של המערערת בנכס שהוחזק על ידה ברובע היהודי בתקופה שקדמה לשנת 1948.
בית המשפט, בעקבות פסק-דין **דיאמנשטיין**, קבע (בפסקה 15): "**מעמד של בר רשות אינו מקנה זכות קניין או זכות שביושר מכל סוג שהוא**".
מכאן נובע, שלמערערים, בני רשות מכללא במקרקעין, אין "**זכות שביושר**" לקבלת שיכון חלוף לפי סעיף 194 ל**חוק התכנון והבניה**.
(תוצאה דומה נקבעה גם על ידי כב' השופט ח' טובי במספר פסקי-דין שניתנו על ידו לאחרונה: ה"פ (ת"א) 43663-06-15 **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה תל-אביב נ' דלל**, פסקה 29 (22.7.2019); ה"פ (ת"א) 25473-05-15 **ועדה מקומית לתכנון ובנייה תל-אביב נ' קדוש**, פסקאות 38-37; ה"פ (ת"א) 25314-05-15 **ועדה מקומית לתכנון ובנייה תל-אביב נ' מנחם מאיר**, פסקאות 31-30 (13.8.2019)).

27. המסקנה היא שהמערערים אינם זכאים לקבלת דיור חלוף לפי סעיף 194 ל**חוק התכנון והבניה**.

<u>ההיקש לסעיף 197</u>

28. ב"כ המערערים ביקש להקיש מ"**הרחבת הזכויות**" שנעשתה בפסיקת בית המשפט העליון ביחס למעגל הזכאים לפיצוי לפי סעיף 197 ל**חוק התכנון והבניה** על הזכות לדיור חלוף לפי סעיף 194 לאותו חוק.
בית המשפט קמא דחה טענה זו ואני סבור כי הוא צדק בכך.

סעיף 197 (א) קובע:
"**נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200**".

נמצא, שגם על-פי סעיף זה, הזכאי לפיצוי הוא "**בעל המקרקעין או בעל הזכות שבהם**" , וכפי שנקבע לעיל, למערערים אין זכות במקרקעין, אף לא "**זכות שביושר**". כך היא המסקנה על-פי לשון הסעיף וכך גם על-פי מטרתו.

כדברי א' קמר בספרו, **דיני הפקעות מקרקעין**, מהדורה שמינית, כרך א', עמ' 644 בעקבות פסק הדין ב- דנ"א 1595/06 **עזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח-תקווה** (21.3.2013); "**התביעה לפיצויים בעד הפגיעה התכנונית** [לפי סעיף 197] **נועדה לפצות את בעל הזכויות במקרקעין על הקטנת אפשרויות הניצול התכנוני של המקרקעין**".

למערערים, בני רשות בלבד, לא הייתה ממילא כל אפשרות לניצול תכנוני של המקרקעין ולכן לא נגרם להם כל נזק בר-פיצוי בגין פרסום התכנית.

נוסף לכך מקובלת עלי ההבחנה הראויה שעשה בית משפט קמא בין פסקי-הדין שב"כ המערערים הפנה אליהם: ע"א 511/88 **מנדלבאום נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון**, מד(3) 522, שענינו זכותו של דייר מוגן שנפגע מתכנית, ו- ע"ש (מחוזי ת"א) 756/98 **ויסברג נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון** (29.11.1998), שעניינו זכותם של קונים שרכשו זכויות במקרקעין כדין אך טרם נרשמו בפנקסי המקרקעין, שנפגעו מתכנית, לבין עניינם של המערערים, שתחילת החזקתם במקרקעין במעשה פלישה שלא כדין (פסקה 65 בפסק-הדין).

<u>ההשוואה לפרשת צוויג</u>

29. ב"כ המערערים טען לאפליית המערערים, מאחר שבתביעה אחרת שהתנהלה נגד מחזיק במקרקעין במתחם פארק דרום בתל-אביב, ה"פ (מחוזי ת"א) 1737/09 **עיריית תל-אביב-יפו נ' צווי**, הסכימה המשיבה לפצות את המחזיק.

בית המשפט קמא דחה טענה זו, ראשית משום שהמדובר בהרחבת חזית, כיוון שטענת האפליה נטענה לראשונה על-ידי המערערים בסיכומיהם.

המערערים טוענים (סעיף 10 לעיקרי הטיעון) כי "**ההפניה וההסתמכות על פרשת צוויג התייחסו לעניין היותם של המערערים ברי רשות במקרקעין וזכותם לקבלת פיצוי אף שמדובר במקרקעי ציבור**", וטענה זו הועלתה בכתב ההגנה. אלא, שטענת אפליה לא ניתן להבליע בתוך הטענה הכללית של הזכות לקבלת פיצוי וצריכה הייתה להיטען בצורה ברורה ומפורשת.

30. בית המשפט קמא צדק גם בדחותו את הטענה לגופה, שכן, כדי להשוות את עניינו לעניין שנדון בפרשת צוויג היה על המערערים להצביע על מערכת עובדתית זהה או שווה בעיקרה, וגם זאת הם לא עשו.

כפי שנפסק ב- ע"א (מחוזי ת"א) 36576-07-15 **ברוך נ' עיריית תל-אביב** (8.3.2017), שדן בטענת אפלייה מפורשת שהועלתה ביחס לפרשת צוויג, ודחה אותה (פסקה 110):

"ניתן אם כך להיווכח כי מדובר בעניין צוויג במצב משפטי שונה מענייננו, בו נוהלו הליכים שונים ומשך ההחזקה שונה בתכלית, שלכך השפעה משמעותית על האפשרות להכיר בצוויג כבר רשות או לקביעת הסתמכותו על שתיקת הרשות.

המסקנה הינה שלא ניתן היה להתבסס על טענות עניין צוויג ולקבל עקב מקרה בודד זה שהסתיים בפשרה טענת אפליה ולפסוק פיצוי למערערים הן משהמערערים לא ביססו כלל עובדתית טענה זו והן שגם מבחינה מהותית לא דומה עניין צוויג לענייננו".

<u>תוצאה</u>

31. אשר על כן, אני סבור שיש לדחות את הערעור.

בעניין ההוצאות אני סבור, כי משחויבו המערערים בבית משפט קמא בתשלום הוצאות ושכ"ט עו"ד בסכום בלתי מבוטל, למרות דחיית התביעה הכספית שהגישה המשיבה, ניתן להסתפק בכך ולהימנע מפסיקת הוצאות בגין הערעור.



יונה אטדגי, שופט

<u>השופטת י. שבח</u>:

אני מסכימה.



יהודית שבח, שופטת, סג"נ

<u>השופט ש. שוחט</u>:

אני מסכים.



שאול שוחט, שופט

<u>התוצאה</u>

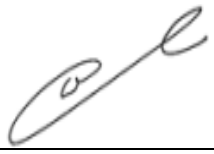
הערעור נדחה ללא צו להוצאות.

העירבון שהפקידו המערערים יושב להם, על פירותיו, באמצעות בא כוחם.

ניתן היום, ב' אלול תשע"ט, 02 ספטמבר 2019, בהעדר הצדדים.



יהודית שבח, שופטת, סג"נ
אב"ד



שאול שוחט, שופט, סג"נ



יונה אטדגי, שופט