<u>בבית המשפט העליון</u>

רע"א 4657/21

לפני:	כבוד השופט נ' סולברג כבוד השופט ח' כבוב כבוד השופטת ר' רונן
המבקשים:	1. ישראל מאיר כהן 2. שרה כהן 3. משה שוודרון 4. חיה שוודרון 5. ישראל לינדנפלד 6. שרה לינדנפלד 7. מרים רחל מילר 8. חיים שמשון מילר
	נ ג ד
המשיבה:	משה"ב חברה לבניין ופיתוח בע"מ

בקשת רשות ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 2.5.2021 בע"א 58960-06-20 שניתן על ידי כבוד השופטים: ש' שוחט – סג"נ, ע' רביד ונ' שילה

בשם המבקשים:	עו"ד אבי עמבר
בשם המשיבה:	עו"ד מרדכי רז; עו"ד עדיאל דהן

<u>פסק-דין</u>

<u>השופט נ' סולברג</u>:

1. בקשת רשות לערער על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מיום 2.5.2021, בע"א 58960-06-20 (השופט ש' שוחט – סגן הנשיא, והשופטים ע' רביד ו-נ' שילה), שבו התקבל בחלקו ערעור המבקשים על פסק הדין של בית משפט השלום בתל אביב-יפו, מיום 18.3.2020, בת"א 2236-06-15 (השופט ע' יריב). בפסק הדין בערעור נקבע, כי המשיבה, שפלשה שלא כדין למקרקעי המבקשים, תשלם להם פיצויים בסך של 12,944 ₪, נוסף על הפיצוי שנפסק בבית משפט השלום, בסך של 74,300 ₪.

רקע עובדתי

2. זה סיפור המעשה: בשנת 2013 יזמה המשיבה, משה"ב חברה לבניין ופיתוח בע"מ, פרויקט התחדשות עירונית, במסגרת תמ"א 38/2, ברחוב הבנים 19-21 ברמת גן. במסגרת הפרויקט, נהרסו שני בניינים ישנים, תחתם נבנו שני בנייני מגורים חדשים. המבקשים הם חלק מדיירי בניין הניצב בסמוך, ברחוב אפשטיין 5 בבני ברק (להלן: הדיירים). קודם לבניה, ניהלו הדיירים נגד משה"ב שורה ארוכה של הליכים משפטיים, שבהם העלו טענות מטענות שונות, בעיקר בנוגע למישור התכנוני. סוף דבר, טענות הדיירים במישור זה – נדחו כולן, והפרויקט יצא לדרכו.

3. בשלב כלשהו, במהלך בניית היסודות, הבחינו הדיירים כי משה"ב פלשה לשטחם, בכוונת מכוון, מבלי לבקש את רשותם, והחדירה אל מתחת לפני הקרקע 'עוגנים זמניים', לתמיכה ביסודות הבניינים החדשים, אשר נבנו במגרש הסמוך. עוגנים אלו מכונים 'עוגנים זמניים', מפני שהתמיכה שאותה הם נדרשים לספק היא זמנית בלבד, עד לסיום בניית היסודות, אך למעשה 'אין קבוע יותר מזמני'; משמסיימים העוגנים את תפקידם, נותרים הם בדרך כלל במעבה האדמה, עד להתפוררותם, בחלוף כ-50 שנה. ראוי להדגיש, כי אין מדובר בחריגה קלה, או בסטייה בלתי-מודעת. העוגנים מתפרסים על פני שטח תת-קרקעי של 380 מ"ר, ועומקם הוא כ-18 מטר מתחת לפני הקרקע. בתשובתה לבקשת רשות הערעור, משה"ב אינה חולקת על כך שהדבר נעשה במודע, מבלי שנעשה ניסיון כלשהו לבקש רשות מאת הדיירים, עובר לפלישה.

4. משנודע לדיירים על הפלישה לתחומם, הגישו את התביעה מושא בקשת רשות הערעור, שבה עתרו להורות על סילוק-ידה של משה"ב מקניינם. בנוסף, התבקשו סעדים כספיים, כשיעור הנזק שנגרם לדירותיהם, כתוצאה מהחדרת העוגנים, בשווי החיסכון שצמח למשה"ב מהחדרת העוגנים (התברר כי היתה אפשרות אחרת, יקרה יותר, שלא הצריכה פלישה לקרקע הסמוכה), וכן תשלום דמי שימוש ראויים, למשך פרק הזמן שבו צפויים העוגנים להישאר במקרקעי הדיירים. אציין כבר עתה, כי הצדדים אינם חלוקים על כך שלא ניתן לשלוף את העוגנים כמות שהם; לשם כך יש להרוס את בניין הדיירים, לשלוף את העוגנים, ולבנות את בניין הדיירים מחדש. עוד מוסכם בשלב זה, כי העלות הכוללת של ההריסה, השליפה, והבנייה מחדש מסתכמת בסך שלמעלה מ-6.5 מיליון ₪.

פסק הדין של בית משפט השלום

5. הצדדים הגישו חוות דעת מאת מומחים, כל צד מטעמו, ולאחר מכן, הורה בית משפט השלום על מינוי מהנדס ושמאי כמומחים מטעם בית המשפט. לאחר שמיעת כלל

טענות הצדדים, והליך הוכחות ארוך, שבמהלכו נחקרו המומחים על-ידי הצדדים, ניתן ביום 18.3.2020 פסק הדין של בית משפט השלום. תביעת הדיירים לסילוק-ידה של משה"ב – נדחתה. נקבע, כי "אין מחלוקת, כאמור, כי [משה"ב] אכן עשתה שימוש במקרקעין של [הדיירים], וכי היא עשתה כן מבלי לקבל את הסכמתם לכך. ואכן, מתקיימים כאן היסודות של סעיף 16 לחוק המקרקעין, המצדיקים, ברגיל, סעד של סילוק יד. אלא שבענייננו [...] יש לקבוע כי סעד כזה הוא קיצוני ובלתי מוצדק, וכי ניתן לממש את תכליות הזכות הקניינית גם בדרך פוגענית פחות, שהרי גם הזכות לקניין – אינה זכות מוחלטת [...]. אני סבור כי אף [שמשה"ב] פגעה בזכויותיהם הקנייניות של [הדיירים], אין מקום להורות על סילוק ידה, בהינתן העובדה שפרט לפגיעה הקניינית, לא נגרם כל נזק ממוני [לדיירים] מחד גיסא – לא פגיעה ביציבות הבניין שבו הם מחזיקים, לא פגיעה בשווי המקרקעין שבבעלותם [...], ומנגד – סילוק יד פירושו יהיה לא רק הוצאות כספיות הנאמדות במיליוני שקלים, אלא חמור יותר – פגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים, דוגמת בעלי זכויות נוספים בבניין שבו מחזיקים [הדיירים]. באיזון שבין פגיעה ממונית אפסית ובין פגיעה קניינית חמורה בצדדים שלישיים – אין מקום להיעתר לסעד של סילוק יד".

6. **מכאן עבר בית משפט השלום לבחון, אם נכון להעניק לתובעים סעד חלופי, בדמות פיצוי כספי, והשיב על שאלה זו – בחיוב. צוין, כי** "אין מחלוקת [שמשה"ב] פגעה בזכות הקניינית של [הדיירים], ועשתה כן ביודעין, ומתוך כוונה לחסוך עלויות. מכאן שגם אם אין ליתן לתובעים סעד של סילוק יד, עדיין יש לפצותם על הפגיעה הקניינית – ופיצוי זה צריך שישקף את היתרונות שצמחו [למשה"ב] מהפגיעה הקניינית, על מנת לצמצם את היתרונות הללו למינימום האפשרי. קביעה זו מבוססת על ההנחה, שחיוב [משה"ב] בתשלום דמי שימוש ראויים בלבד מתעלם מן הפגיעה באוטונומיה של [הדיירים]: דמי שימוש ראויים משקפים את השווי של שימוש בהסכמה, אלא שבענייננו, לא זו בלבד שלא ניתנה הסכמה, הסכמה כאמור כלל לא התבקשה, אלא [שמשה"ב] קבעה עובדות בשטח, תוך פגיעה בזכות הקניינית. לא די אפוא בחיובה בדמי שימוש ראויים, ויש לשלול [ממשה"ב] את היתרון הכלכלי שהשיגה כתוצאה מן הפגיעה הקניינית".

7. **באשר לשיעור הפיצוי הכספי הראוי, נקבע, בהתבסס על חוות הדעת של מומחי בית המשפט, כי לא הוכח שלדיירים נגרם נזק כתוצאה מהחדרת העוגנים. עוד נקבע, כי פיצוי בגין הרווחים שאותם גרפה משה"ב לכיסה, כתוצאה מהפלישה, אינו יכול לדור בכפיפה אחת עם תשלום דמי שימוש ראויים, משום שזהו למעשה כפל פיצוי. לפיכך נקבע, כי על משה"ב להעביר לדיירים את ה'רווח' שצברה מהחדרת העוגנים לשטחם, כולו, מכוח דוקטרינת 'עשיית עושר ולא במשפט'. הודגש, כי** "שלילת החיסכון הכספי שצמח [למשה"ב] כתוצאה מהפגיעה בזכות הקניינית אינו משקף הסכמה, אלא משמש תמריץ שלילי לפגיעה כאמור, ויוצר תמריץ ליזמים וקבלנים להגיע להסדר מוסכם". **כדי לחשב**

אותו 'רווח', נדרש בית משפט השלום להכריע בשאלה מקדמית: מהי שיטת הבנייה החלופית הזולה ביותר, שלא היתה מצריכה פלישה למקרקעי הדיירים, והיתה אפשרית גם מבחינה הנדסית? רק לאחר שיקבע מהי אותה שיטה, ניתן יהיה לחשב את עלות הבנייה בשיטה זו, ואת עלות הבנייה בפועל, שהצריכה פלישה למקרקעי הדיירים, ולבסוף לחשב את הפער בין שתי השיטות, שהוא ה'רווח' שהפיקה משה"ב מהפלישה. אכן, בית משפט השלום הוסיף ובחן את החלופות השונות שעמדו לפני משה"ב, וקבע כי החלופה הזולה ביותר האפשרית בנסיבות, שלא הצריכה פלישה, היא חלופה בדמות טכניקת בניה מסוימת – 'קיר סלארי'; הפער בין עלות הבנייה בחלופה זו לבין העלות של שיטת הבנייה שננקטה בפועל, ואשר הצריכה פלישה למקרקעי הדיירים, עומד על סך של 218,000 ₪. כפועל יוצא, ובהינתן שחלקם של הדיירים ברכוש המשותף שאליו פלשה משה"ב, עומד על 197/578, נפסק כי הפיצוי שאותו תשלם משה"ב יעמוד על סך של 74,300 ₪.

ההליך בבית המשפט המחוזי

8. הדיירים לא השלימו עם התוצאה, ופנו בערעור לבית המשפט המחוזי, בטענה כי יש לפסוק לזכותם גם סעד של סילוק-יד, וכן תשלום דמי שימוש ראויים, נוסף על הרווחים שאותם הפיקה משה"ב מהפלישה. עוד טענו הדיירים, כי נפלה טעות בקביעת בית משפט השלום, שלפיה חלופת 'קיר סלארי' היתה אפשרית בנסיבות, ללא צורך בפלישה למקרקעיהם, וכי החלופה הזולה ביותר היא שיטת בנייה המכונה 'טופ-דאון', שעלותה גבוהה במידה משמעותית משיטת 'הקיר הסאלרי', כך שהפער בינה לבין שיטת הבנייה שננקטה בפועל, גבוה הרבה יותר, וכפועל יוצא יש להגדיל גם את שיעור הפיצוי שנפסק. לחלופין נטען, כי אם לא ינתן סעד של סילוק-יד, יש לפסוק סעד של 'שווי אי-סילוק יד'.

9. ביום 5.4.2021 התקיים דיון בערעור, ובפרוטוקול נרשם, מפי בית המשפט המחוזי, כדברים האלה: "כדי לקדם הכרעה בתיק לטובת הצדדים מציעים [שב"כ הדיירים] יחזור בו מסילוק היד בהיבט הקנייני, תוך שמירה על הטענה של שווי כספי לסילוק היד, כמו גם תוך שמירה על הטענה של דמי שימוש בנוסף לעשיית עושר. בית משפט יבדוק בשלב הראשון את חוות"ד של המומחים לרבות חקירתם בעניין הקיר הסלארי. ככל שבימ"ש יגיע למסקנה שיש אפשרות לעשות קיר סלארי, במקרה כזה נפנה [לב"כ הדיירים] בהצעה לחזור בו מהערעור ללא תשלום הוצאות למעט בסוגיית דמי השימוש בנוסף לעושר ולא במשפט, ושווי אי סילוק היד. היה ונגיע למסקנה שאין אפשרות לעשות קיר סלארי, נציע לצדדים להשיב את התיק לקמא להשלמת חוות"ד ע"י המומחה בסוגיית הטופ דאון. אחרי שתהיה חוו"ד ויינתן פס"ד בסוגיית הטופ דאון כל צד יוכל לערער על פסה"ד לרבות רכיבי הערעור שהיו לפנינו למעט סילוק היד ברמה הקניינית".

10. **עוד עולה מפרוטוקול הדיון, כי בא-כוח הדיירים נתן את הסכמתו למוצע, כדלקמן:** "ב"כ [הדיירים]: אני מסכים. אני חוזר בי מהטענה לסילוק יד בהיבט הקנייני. שומר על טענותיי באשר לשווי אי מתן סילוק היד; על מתן פיצוי בדמות דמי שימוש ראויים בנוסף לפיצוי בגין עשיית עושר; ועל הטענה שלא ניתן לעשות קיר סלארי. אני מסכים שאם בית המשפט יגיע למסקנה לאחר שיבדוק את החומר שכן ניתן לעשות קיר סלארי (בניגוד לדעת המומחה מטעם בית משפט) יהיה רשאי בית המשפט להציע לי לחזור בי מהערעור גם בהיבט הזה ולהותיר להכרעה את סוגיית שווי אי מתן סילוק היד והפיצוי הנוסף לדמי שימוש ראויים. ככל שבימ"ש יגיע למסקנה שלא ניתן לעשות קיר סלארי, אני נותן את הסכמתי להחזרת התיק לבימ"ש קמא להשלמת חוו"ד של מומחה ביהמ"ש בסוגיית הטופ דאון. לאחר מתן פסה"ד המשלים אם [הדיירים ירצו] לערער [יוכלו] לערער במסגרת הערעור על הטופ דאון, גם על שווי אי סילוק היד ודמי השימוש הראויים בנוסף. ידוע לנו שעמדת [משה"ב] היא שהטענות של [הדייירים] בדבר שווי אי סילוק יד ודמי שימוש ראויים בנוסף לפיצוי בגין עשיית עושר, היא שמדובר בשינוי חזית ו/או הרחבת חזית. טענה זו שמורה להם". **לצד זאת, הבהיר ב"כ משה"ב כי מרשתו עומדת על טענותיה בדבר הרחבת חזית:** "אנחנו חוזרים על התנגדותנו להרחבת חזית ושומרים על טענתנו [...]". **לבסוף קבע בית המשפט המחוזי, כי** "ניתן בזה תוקף של החלטה להסדר הדיוני המוצע".

11. **ביום 7.4.2021 ניתנה החלטה נוספת, שבה פורטו 5 טעמים, התומכים כולם במסקנה שאליה הגיע בית משפט השלום, שלפיה חלופה מסוג 'קיר סלארי', היתה אפשרית בנסיבות. מעבר לכך נקבע, כי הדרישה לקבלת פיצוי בגין 'שווי אי-סילוק יד' הריהי הרחבת חזית. ממילא, משחזרו בהם הדיירים מדרישתם לקבלת סעד של סילוק יד, הרי ש**"השאלה שכפי הנראה תיוותר להכרעה היא שאלת העתירה לדמי שימוש ראויים. בהקשר זה מוצע כי הצדדים יסכימו להותיר זאת להכרעה של בית המשפט או שיסכימו לתשלום של 2,000 ₪ לשנה לכל אחת מהדירות התובעות ל-10 שנים סה"כ 80,000 ₪ נוספים. נבקש תחילה תשובה של [הדיירים] תוך 3 ימים. התשובה תינתן ללא הנמקה ותכלול התייחסות חיובית או שלילית לחזרה מטענת שווי אי סילוק ולדרך הפתרון העדיפה בסוגיית דמי השימוש". **ביום 12.4.2020 הגישו הדיירים את תשובתם, תשובה ארוכה ומפורטת, המשתרעת על פני 7 עמודים, ובה טענו כי חרף הטעמים שהעלה בית המשפט המחוזי, עומדים הם על טענתם, שלפיה חלופה של 'קיר סלארי' לא היתה אפשרית, וכי חלופת 'טופ-דאון' היא החלופה הזולה ביותר, מבין כל החלופות שאינן כוללות פלישה לשטחם. עוד טענו הדיירים, כי טענתם בדבר זכאותם לסעד של 'שווי אי-סילוק יד', אינה מהווה הרחבת חזית. הדיירים התנערו גם מהסכמתם לחזור בהם מן הסעד שעניינו סילוק יד, בטענה כי הסכמתם היתה מותנית בכך שייפסק לטובתם פיצוי ב'שווי אי-סילוק יד', בשיעור שייקבע בית המשפט. דא עקא, משנקבע כי אינם זכאים לפיצוי כאמור, בשל**

הרחבת חזית, הרי שחזרתם מדרישתם לסילוק יד – נעדרת תוקף. נוכח האמור, ומשדרך הפשרה לא צלחה, נדרש בית המשפט המחוזי לעבור לשלב ההכרעה.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

12. **ביום 2.5.2021 ניתן פסק הדין של בית המשפט המחוזי. תחילה הבהיר בית המשפט המחוזי, כפי שעולה מפרוטוקול הדיון, כי הסכמת הדיירים לחזור בהם מן הסעד של סילוק יד, לא הותנתה בפסיקת פיצוי בגין 'שווי אי-סילוק יד'. משכך קבע, כי דין הטענות במישור זה – להידחות.**

13. **לגבי הסעד של 'שווי אי-סילוק יד', הוסיף בית המשפט המחוזי והחליט, כי מדובר למעשה בהרחבת חזית:** "כפי [שמשה"ב] ציינה בסיכומיה אין בכתב התביעה עתירה לסעד כזה וסעד כזה גם אינו בסמכות ביהמ"ש קמא. [הדיירים] מפנים [...] לסעיף 62 לכתב התביעה המתוקן שם צוין, כי [...] 'במקרה [שמשה"ב] מכל סיבה שהיא לא תפנה את העוגנים הרי שאז יש להוסיף לסעד הכספי המבוקש על ידי [הדיירים] גם 50% מסך עלות פינוי העוגנים שהייתה אמורה לשאת בו [משה"ב] לו הייתה מפנה את העוגנים'. ברם, עתירת [הדיירים] בסיכומיהם בעניין זה אינה עולה בקנה אחד עם עתירתם בכתב התביעה. בכתב התביעה לא כימתו את הסכום הכספי הנוסף לו הם עותרים ככל שהעוגנים לא יסולקו ועתירתם הייתה ל-50% מסך עלות פינוי העוגנים, בעוד שבסיכומיהם עתרו לסכום כספי נקוב, לפי חוו"ד מומחה ביהמ"ש שהעריך את עלות הריסת בית [הדיירים] ובנייתו מחדש (פעולות שנדרשות לצורך הוצאת העוגנים) בסך של כ-6.5 מיליון ₪ (למלוא העלות). מדובר בסעד כספי בגין עילה ספציפית בתביעה כספית ועל [הדיירים] היה לציין את הסכום שנתבע על ידם בגינו בתביעתם. חוות דעת מטעם מומחה בית המשפט שהעריך עלות רכיב זה היא כלי בידיו של ביהמ"ש באמצעותו יוכל לשערך את הסכום שייפסק על ידו אך הדבר לא פוטר את [הדיירים], כתובעים, מלציין מלכתחילה את הסכום שנתבע בגין רכיב זה ולכל הפחות היה עליהם לבקש לתקן את תביעתם בהמשך ההליך (דבר שלא עשו במקרה זה). משנוסח כתב התביעה המתוקן חסר בעניין זה, ומשלא תוקן בהמשך, הרי בשלב הסיכומים בו כימתו לראשונה רכיב זה של תביעתם ועתרו לסעד נוסף בגינו, ביקשו הם למעשה להרחיב את חזית המחלוקת והתנגדות [משה"ב] לכך מוצדקת".

14. **עוד נקבע בפסק הדין, בהתאם לאמור בהחלטה מיום 7.4.2021, כי בדין קבע בית משפט השלום, כי שיטת הבנייה החליפית הזולה ביותר, שהיתה מונעת את הפלישה למקרקעי הדיירים – היא שיטת 'הקיר הסאלרי'. לצד זאת, טענת הדיירים שלפיה יש לפסוק לטובתם דמי שימוש ראויים – התקבלה. לעניין זה נקבע, כי** "ביהמ"ש קמא בפסק-דינו פטר עצמו מלדון בשיעור דמי השימוש המגיעים [לדיירים] מהטעם שמצא כי 'משנקבע כי [הדיירים] זכאים לפיצוי בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, אין מקום לדון בתשלום דמי שימוש'. [משה"ב] בתשובתה להתייחסות [הדיירים] [...] מצדדת בקביעה זו של ביהמ"ש

קמא ומסבירה כי [הדיירים] לא היו רשאים לתבוע גם את החיסכון שצמח [למשה"ב] בעקבות השימוש בעוגנים וגם את דמי השימוש הראויים בגין אותו מעשה פלישה משמדובר בכפל פיצוי בגין אותה עילה. בתשובתה אף הפנתה [משה"ב] לפסיקה שלטענתה תומכת בגישתה. לא מצאתי טענות אלו של [משה"ב] במסגרת עיקרי הטיעון מטעמה, וחשוב מכך – במסגרת סיכומיה. שם [...] מפרטת [משה"ב] טעמים מטעמים שונים מדוע [הדיירים] אינם זכאים לדמי שימוש ואף אחד מהם אינו נוגע לכך שמדובר בסעד חופף לסעד אחר שכבר נתבע בגין אותו מעשה. כך או כך, אינני סבור שיש כפילות כנטען ואמליץ לחבריי להרכב לקבל את הערעור בנקודה זו".

15. **משהתקבל הערעור בנקודה זו, נדרש בית המשפט המחוזי לקבוע את שיעור דמי השימוש הראויים. תחילה נקבע, כי יש לשלם דמי שימוש עבור שנתיים בלבד, משום שדרישה לתשלום בגין תקופה ממושכת יותר, תחשב להרחבת חזית. אחר זאת, אימץ בית המשפט המחוזי את חוות הדעת השמאית של מומחה בית המשפט, כפי שהוגשה לבית משפט השלום, והעמיד את דמי השימוש הראויים על סך של 19,416 ₪ לשנה.** "ומכאן שחלקם של [הדיירים] בהם (שהם בעלי 4 דירות מתוך 12 דירות בבניין) – 1/3 מסכום זה [...] מכאן, שלפי גישת [מומחה בית המשפט], דמי השכירות השנתיים הראויים [לדיירים] (בעלי 4 דירות מתוך 12 דירות בבניין) לתקופה שנתבעה (שנתיים ימים) צריכים לעמוד על סך של 12,944 ₪ בלבד".

מכאן הבקשה שלפנַי.

תמצית טענות הצדדים

16. **בפי הדיירים כמה וכמה טענות. תחילה, חזרו הדיירים על טענתם, כי הוויתור מצדם על סעד של סילוק יד, הותנה בפסיקת סעד של 'שווי אי-סילוק יד'. עוד טענו, כי סעד של 'שווי אי-סילוק יד', איננו הרחבת חזית, שכן לשיטתם, 'שווי אי-סילוק יד' איננו סעד עצמאי:** "עצם הוויתור בבית המשפט על הזכות לסילוק יד בפועל שנדרשה, הוא בעצמו מעמיד זכות פיצוי בגין הוויתור הנ"ל. [...] הנגזל כלל אינו אמור להידרש לקונסטרוקציות משפטיות מפולפלות [...], אדרבה, הנגזל דורש בדין את המגיע לו והשבת הגזילה בעין, ומי שחס על ממונו של הנגזל ומעוניין לבצע מעין 'הפקעה שיפוטית' חדשנית, [...] מוזמן להתכבד ולהציע את מנגנון ה'ההפקעה השיפוטית' ואת דרכי חישובה וכמותה". **עוד טענו הדיירים, כי את חלופת 'הקיר הסלארי' לא ניתן היה לבצע מבלי לפלוש לשטחם, וכי גם אם הדבר היה אפשרי, הרי שהעלויות הנוספות היו מייקרות את החלופה הזו, אף יותר מחלופת 'טופ דאון'. נטען אפוא, כי החלופה הזולה ביותר שהיתה אפשרית ללא פלישה לשטחם, היא חלופת 'טופ-דאון', וזו היתה צריכה לשמש כבסיס להשוואה; לא 'קיר סלארי'. לבסוף נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו, כי הדרישה לתשלום דמי שימוש**

ראויים, למשך תקופה ארוכה משנתיים, מהווה הרחבת חזית. לטענת הדיירים, הדרישה לתשלום דמי שימוש למשך שנתיים בלבד, הותנתה בהסתייגות שלפיה "העוגנים יוצאו בתוך 24 חודשים". ואולם, משנמצא כי יש להשאיר את העוגנים במקומם, נדרש לפסוק דמי שימוש ראויים, למשך 50 השנים שבהן צפויים העוגנים להיוותר בשטחם, עד להתפוררותם.

17. משה"ב טוענת מנגד, כי דין בקשת הרשות לערער להידחות על הסף, באשר היא אינה מעוררת שאלה עקרונית, ומשום שלדיירים לא נגרם עיוות דין. לגופו של עניין, סומכת משה"ב את ידיה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, על סמך נימוקיו. משה"ב מוסיפה וטוענת, כי גם אלמלא הרחיבו הדיירים את יריעת המחלוקת, אין כל מקום לפסיקת פיצוי בגין 'אי-סילוק יד'. לדבריה, "משנקבע כי מבחינה מהותית [הדיירים] אינם זכאים לסילוק יד, [...] ברי גם כי הם אינם זכאים לסעד בדמות 'שווי אי סילוק היד'. מדובר בהמצאה לא מוצלחת במיוחד של 'עילה משפטית' שאין לה שום תימוכין בחוק ו/או בפסיקה". לבסוף טוענת משה"ב, הגם שבחרה שלא להגיש בקשת רשות לערער, כי לעמדתה, שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו כי חיוב בדמי שימוש, אינו מהווה כפל פיצוי. לפיכך, משהוגשה בקשת רשות לערער מטעם הדיירים, הרי שלפי תקנה 146(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות), בסמכות ערכאת הערעור להתערב גם בקביעה זו, אף מבלי שהוגשה לגביה בקשת רשות לערער מטעמה.

דיון והכרעה

18. למקרא פסקי הדין של בית המשפט המחוזי ושל בית משפט השלום, לאחר שקילת הטענות בבקשת הרשות לערער, ובתשובה לבקשה, לאחר עיון בנספחיהן, ובהתאם לסמכותנו שלפי תקנה 149(2)(ב) לתקנות, אציע לחברי, כי נדון בבקשת הרשות לערער כאילו ניתנה רשות, והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. לאחר עיון בטענות הצדדים מזה ומזה, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור – להתקבל בחלקו.

19. תחילה אעיר, למקרא בקשת הרשות לערער, כי נראה שהדיירים לא השכילו לטעון את טענותיהם ב'שפה ברורה ונעימה'. ניכר בלבול, חסר סדר, וכדברי בית המשפט המחוזי, בפתח הדיון בערעור: "קשה היה לזקק מעיקרי הטיעון את טענות [הדיירים], [...] ניתן היה למצוא את אותה טענה או תוספות לה, כשהיא נטענת בכמה ורסיות ועמודים שונים". ראוי ונדרש לפעול אחרת.

סילוק יד

20. כעת אפנה לדון בעיקרי המחלוקות בין הצדדים, על-פי סדר השאלות המשפטיות המתעוררות בנדון דידן: ראשית, נסיר מדרכנו את השאלה העובדתית העולה מטענות

הצדדים, האם ויתור הדיירים על סעד של סילוק יד, הותנה במתן סעד של 'שווי אי-סילוק יד'? לאחר שעיינתי בטענות הצדדים מזה ומזה, ונוכח המסקנה שאליה הגעתי, לא ראיתי צורך להכריע בשאלה עובדתית זו, משמצאתי כי אין בה כדי להשפיע על תוצאות ההליך. כך או כך, גם אם אקבל את טענת הדיירים, כי ויתורם על סילוק היד הותנה במתן הסעד החלופי האמור, ואתעלם מוויתורם, הרי שהלכה למעשה, דינו של סעד בדמות 'סילוק יד' – להידחות לגופו. אפרט.

21. מתן סעד של סילוק יד, משמעו, כאמור, הריסה של הבניין שבו מתגוררים הדיירים, ובנייתו מחדש לאחר מכן. בית משפט השלום דחה את התביעה לסילוק יד, משזו לא הוגשה בשם הדיירים כולם. "סילוק יד פירושו יהיה לא רק הוצאות כספיות הנאמדות במיליוני שקלים, אלא חמור יותר – פגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים, דוגמת בעלי זכויות נוספים בבניין שבו מחזיקים [הדיירים]. באיזון שבין פגיעה ממונית אפסית ובין פגיעה קניינית חמורה בצדדים שלישיים – אין מקום להיעתר לסעד של סילוק יד". הדיירים טוענים, כי שגה בית משפט השלום בקביעתו זו, וכי אין בפגיעה באותם צדדים שלישיים כדי למנוע את סילוק ידה של משה"ב. תחילה אדגיש, כי כעיקרון, טענה שלפיה סעד של סילוק יד טומן בחובו פגיעה בצדדים שלישיים, אינה 'מילת קסם', המונעת סילוק יד באופן מוחלט; כל עניין קובע פרק לעצמו. בכל מקרה שבו סילוק יד עשוי לפגוע בצדדים שלישיים, הרי שלמעשה, 'תאונה משפטית' לפנינו, יציר כפיו של הפולש. הנפגעים הפוטנציאליים מחמת אותה 'תאונה' הם בעל המקרקעין ואותו צד שלישי. לא ניתן להשביע את רצון כולם: ככל שיוחלט שלא להורות על סילוק יד, אף אם יחויב הפולש בפיצוי בשיעור הולם לבעל מקרקעין, סוף כל סוף נפגעה זכותו הקניינית של אותו בעל מקרקעין, וכמו כן נפגעה האוטונומיה שלו לקבוע מה יֵעשה בקניינו. מנגד, אם יוחלט להתעלם מהפגיעה בצד השלישי, ולהורות על סילוק ידו של הפולש, אף אם הפולש יפצה אותו צד שלישי, איך בכך כדי לרפא את הפגיעה בזכותו הקניינית. משאלו הם פני הדברים, אין הצדקה להעדיף א-priori, את זכות הקניין של הצד השלישי, על פני קניינו של בעל המקרקעין. בכל מקרה שכזה יש לבצע 'איזון אינטרסים' בין ה'מתחרים', בעל המקרקעין מזה, והצד השלישי מזה, ולבחון מי הוא זה ואיזה הוא שצפוי לספוג פגיעה קשה יותר בקניינו. האם הפגיעה בבעל המקרקעין צפויה להיות חמורה יותר, ככל שיוחלט שלא להורות על סילוק יד, או שמא אותו צד שלישי יספוג פגיעה קשה יותר, ככל שיינתן סעד של סילוק יד.

22. בנדון דידן, אין צורך לעמוד על טיבו של 'איזון האינטרסים' שערך בית משפט השלום. אף אם הכף היתה נוטה לטובת הדיירים, לא היה בכך כדי להועיל להם. הדיירים שלפנינו, הם שליש בלבד מכלל השכנים המתגוררים בבניין; ארבעה דיירים מתוך תריסר.

גם אם היה מקום להביא במניין זה, את שני הדיירים הנוספים שהצטרפו תחילה להליך, וביקשו להימחק ממנו בהמשך, מסיבות שלא הובררו, הרי שלכל הפחות קולם של חצי תריסר דיירים, אשר עשויים להיפגע ממתן הסעד המבוקש – כלל לא נשמע. אותם 6 דיירים לא צורפו לתביעה שהתנהלה בבית משפט השלום, ומחדל זה מונח לפתחם של הדיירים, שביקשו את מתן הסעד. "כידוע, אי צירוף צד שעלול להיפגע, עשוי כשלעצמו להוות עילה לדחיית בקשה על הסף" (**דברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בע"א 6919/15 ברגרזון נ' אשפלסט תעשיות פלסטיק בע"מ (17.7.2017)**). כך הוא הדין גם בענייננו, מקום שבו הסעד המבוקש עלול לפגוע באופן משמעותי באותם 6 דיירים, שלא צורפו להליך. משה"ב טענה כבר בתחילה, כי לא ניתן להורות על סילוק יד, מחמת הפגיעה בצדדים שלישיים, אך הדיירים ישבו בחיבוק ידיים, ולא עשו דבר כדי לסתור את טענתה זו של משה"ב. ב"כ הדיירים טען אמנם בדיון בבית המשפט המחוזי, כי הדיירים האחרים לא יתנגדו למתן סעד של סילוק יד – אך בכך לא סגי. עמדתם של הדיירים האחרים נותרה לוטה בערפל, ודי בכך כדי לדחות את דרישת הדיירים לסילוק ידה של משה"ב. מכאן, שהכרעה במחלוקת העובדתית, הנטועה כל כולה בנסיבות המקרה הקונקרטי, אם ויתרו הדיירים על סעד של סילוק יד, אם לאו – אינה מעלה ולא מורידה; היא איננה נחוצה.

'שווי אי-סילוק יד'

23. אפנה אפוא לבחון את יתר טענות הדיירים. הדיירים טוענים, כי דרישתם למתן סעד של 'שווי אי-סילוק יד' איננה הרחבת חזית, וכי גם לגוף הדברים, יש לפסוק לזכותם סעד כאמור. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, סבורני כי בנקודה זו יש ממש בחלק מטענות הדיירים. תחילה אדרש לטענת הרחבת החזית. בית המשפט המחוזי קבע, כי על אף שהדיירים תבעו בכתב התביעה המתוקן סעד חלופי בדמות "50% מסך עלות פינוי העוגנים שהייתה אמורה לשאת בו [משה"ב] לו הייתה מפנה את העוגנים", הרי שסעד זה לא כומת במסגרת כתב התביעה, אלא רק בשלב הסיכומים, שאז הועמדה עלות סילוק היד על סך של 6.5 מיליון ₪. לעניין זה נקבע, כי "מדובר בסעד כספי בגין עילה ספציפית בתביעה כספית ועל [הדיירים] היה לציין את הסכום שנתבע על ידם בגינו בתביעתם. חוות דעת מטעם מומחה בית המשפט שהערך עלות רכיב זה היא כלי בידיו של ביהמ"ש באמצעותו יוכל לשערך את הסכום שייפסק על ידיו אך הדבר לא פוטר את [הדיירים], כתובעים, מלציין מלכתחילה את הסכום שנתבע בגין רכיב זה ולכל הפחות היה עליהם לבקש לתקן את תביעתם בהמשך ההליך (דבר שלא עשו במקרה זה). משנוסח כתב התביעה המתוקן חסר בעניין זה, ומשלא תוקן בהמשך, הרי בשלב הסיכומים בו כימתו לראשונה רכיב זה של תביעתם ועתרו לסעד נוסף בגינו, ביקשו הם למעשה להרחיב את חזית המחלוקת והתנגדות [משה"ב] לכך מוצדקת". אין בידי להסכים לקביעה זו. כימות שוויו הכספי של הסעד, נעשה אכן רק בשלב הסיכומים, אך הדבר אינו עולה כדי הרחבת חזית. יתרה מזאת, אף

אם הדיירים כלל לא היו דורשים סעד של 'שווי אי-סילוק יד', לא היה בכך משום הרחבת חזית. אסביר.

24. משה"ב טענה, כי סעד של 'שווי אי-סילוק יד', הוא "המצאה לא מוצלחת במיוחד של 'עילה משפטית' שאין לה שום תימוכין בחוק ו/או בפסיקה". משה"ב צודקת. ל'שווי אי-סילוק יד', כמו גם לכל פיצוי אחר, חלף סעד של סילוק יד, אכן אין זכר בחוק – אך הסיבה לכך פשוטה. קריאה 'יבשה' של החוק עשויה להוביל למסקנה, כי סעד של סילוק יד, הוא סעד מוכני, הניתן בכל עת שבה נקבע כי פלוני פלש למקרקעי אלמוני, והדבר אינו נתון לשיקול דעת בית המשפט. כך, סעיף 16 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) קובע באופן קטגורי, כי "בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין"; הא ותו לא. סעיף 21(א) לחוק המקרקעין, אף הוא על-פי פשט לשונו, אינו מעניק שיקול דעת בעניין זה: "הקים אדם מבנה או נטע נטיעות [...] 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 [...] שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם".

25. אילו היינו עוצרים בנקודה זו, ברי כי סעד של 'שווי אי-סילוק יד' כלל לא היה בא לעולם. משניתן סעד של סילוק יד, שוב אין צורך בתחליפים. אלא מאי? ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) (להלן: עניין רוקר), נקבעה הלכה, על-ידי הרכב מורחב של בית משפט זה, שלפיה זכות הקניין – אינה מוחלטת. היא כפופה, במקרים חריגים ונדירים, לחובת תום הלב; הן מכוח סעיף 14 לחוק המקרקעין, הן מכוח סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, יחד עם סעיף 61(א) לחוק זה, המחיל את הוראות חוק החוזים "כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון" (לדיון מפורט על אודות ההלכה שנקבעה בעניין רוקר ראו: עופר גרוסקופף "על שיקול דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" משפט ועסקים י 317, 330-332 (2009)). בהתאם, משנקבע כי הזכות אינה מוחלטת, נדרש בית המשפט לראשונה למתן סעדים חלופיים, באותם מקרים נדירים, שבהם נקבע כי לא קמה הצדקה להורות על סילוק יד. בניגוד לטענת משה"ב, סמכותו של בית המשפט לפסוק פיצוי חלף סילוק יד, נקבעה בפסיקתו של בית משפט זה, ואושררה על-ידו גם בהמשך. משעה שנקבע כי אין להורות על סילוק יד, מכוח עקרון תום הלב, נמצאנו באים בתחומה של 'ארץ האפשרויות הבלתי-מוגבלות': "היעדר הוראה באשר לתוצאות, הנובעות מאי-קיום החובה האמורה בסעיף 39 לחוק החוזים, מקורו בעובדה, שתוצאות אלה אינן אחידות, אלא הן משתנות לפי ההקשר בו מתעוררת השאלה" (בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 839 (1980)). למעשה, ניתן ללמוד זאת מעניין

רוקר עצמו, שעליו נסמכת משה"ב בטענותיה. גם אותם שופטים שנותרו שם במיעוט, וסברו כי אין להורות באותו עניין על סילוק יד, ציינו כי אין בכך כדי לסתום את הגולל על מתן סעד חלופי, בדמות פיצוי כספי. כך, השופט י' אנגלרד ציין, כי "הפעלת שיקול-הדעת לטובת הפולש אין פירושה בהכרח שלילת כל סעד מן הנפגע; אפשר גם אפשר כי שיקול-הדעת נוגע לברירה בין סעדים שונים, כגון בין סילוק לבין תשלום פיצויים" (**ראו גם:** ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה, פסקה 18 והאסמכתאות שם (19.2.2012)) (להלן: עניין טורקיה)).

26. משעמדנו על מקור הסעד של 'שווי אי-סילוק יד', הרי שקצרה הדרך למסקנה, כי כלל אין צורך בתביעה מפורשת של סעד שכזה מלכתחילה, קל וחומר שאין צורך לכמת את סכומו. הדיירים דרשו, כזכור, סילוק יד. ממילא, משעה שבית המשפט הסיק כי לנוכח הנסיבות החריגות, אין מקום להורות על מתן סעד שכזה, ברי כי בסמכותו לפסוק לבעל הקניין פיצוי כספי אחר, מחמת הקניין שנשלל ממנו. זאת, אף שסעד כזה כלל לא התבקש בכתב התביעה. כאמור, סעד של 'שווי אי-סילוק יד', אינו עומד בזכות עצמו. 'שווי אי-סילוק יד' כמוהו כ'חיקוי סינתטי' של סילוק יד. דיינו אפוא בסעד של סילוק יד, שנתבע במפורש, כדי לכלול בתוכו, מיניה וביה, אותו, ואת כל הנלווים אליו: סילוק יד, 'שווי אי-סילוק יד', וכל פיצוי אחר שאותו רואה בית המשפט כתחליף לסילוק יד. ממילא, הטענה בדבר הרחבת חזית – דינה להידחות (**ראו גם:** ת"א (מחוזי חי') 727/03 זנגו נ' גבע, פסקה 19 (5.3.2006)).

27. עתה, משבאנו לכלל מסקנה כי אין בטענת הדיירים משום הרחבת חזית, אעבור לדון בטענתם בהקשר זה, לגופה. הדיירים טוענים, כי אף אם אין מקום ליתן סעד של סילוק יד, בשל פגיעתו בצדדים שלישיים, יש לפסוק לזכותם כפיצוי חלופי, שווי אי-סילוק יד, שהוגדר על-ידם בכתב התביעה כ-"50% מסך עלות פינוי העוגנים שהייתה אמורה לשאת בו [משה"ב] לו הייתה מפנה את העוגנים". משאין מחלוקת כי עלות הפינוי, כולל הריסת בניין הדיירים ובנייתו, עומדת על סך של 6.5 מיליון ₪, הרי שתביעת הדיירים ברכיב זה, מסתכמת בסך של 3.25 מיליון ₪.

28. כאמור, בעניין רוקר נקבע, כי דרך המלך היא מתן סעד של סילוק-יד, כאשר רק במקרים 'חריגים שבחריגים', יקבע כי לא קמה הצדקה ליתן סעד שכזה. למשל, במקרים שבהם הנסיבות המקלות כולן נקלעו לפונדק אחד: נמצא כי פגיעתו של סילוק היד בנתבע – קיצונית, כי תום ליבו של הנתבע-הפולש – מוחלט, וכי הפגיעה בבעל המקרקעין, אם בכלל – קלה ומזערית. או אז, ככלל, לא יורה בית המשפט על סילוק יד, ויעדיף לפסוק לבעל המקרקעין פיצוי כספי. מאז שניתן פסק הדין בעניין רוקר, חלפו קרוב לחצי יובל

שנים, אך בית משפט זה טרם נדרש עד כה לשאלת גובה הפיצוי המתאים. בעניין טורקיה, חויבו הפולשים בתשלום עתידי של דמי שימוש, בנוסף לתשלום דמי שימוש על הפלישה שהתרחשה עובר למתן פסק הדין. פיצוי זה נועד לשמש תחליף לסעד של סילוק יד, אך הדבר נעשה שם, מבלי לקיים דיון מעמיק בסוגיה. עתה, לשם הכרעה בעניין שלפנינו, אין מנוס מלשבת על המדוכה, ולשרטט קווים כלליים לשיעורו של אותו פיצוי. יחד עם זאת, איני רואה מקום לקבוע כללים קשיחים כבר כעת, וטוב להם לדברים שיתפתחו עקב בצד אגודל; "לא עליך המלאכה לגמור, ולא אתה בן חורין ליבטל ממנה" (משנה, אבות ב, טז).

29. תחילה, יושם אל לב, כי פעמים רבות עשויים פולשים לצבוע את סילוק היד ב'צבעים קודרים', ו'לנפח' את הנזק שצפוי להיגרם להם. למעשה, בכל מקרה שבו נטען כי אין הצדקה להורות על סילוק יד, אין לראות בכך משום סוף פסוק. להמחשה, ישמש עניינו כדוגמה. נערוך 'תרגיל מחשבתי', ונדמיין מצב היפותטי, שבו התביעה הוגשה בשמם של כל דיירי הבניין. שוב אין חשש לפגיעה בצדדים שלישיים, ונניח כעת, לצורך הדיון, כי אכן בית המשפט מורה על סילוק ידה של משה"ב. יהיה מי שיסבור, כי במצב דברים זה, נוכל לראות עד מהרה את הדחפורים עולים על הקרקע, הורסים את בניין הדיירים, שולפים את העוגנים ממעבה האדמה; ואת משה"ב בונה לדיירים בניין מגורים חדש – על חשבונה. כך אכן היתה ההנחה המקובלת, עד שבא זוכה פרס נובל לכלכלה, רולנד קוז (Coase), במאמרו המפורסם R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. Law & Econ. 1 (1960), וטען, כי הדבר ככל הנראה לא יקרה. במאמרו, הידוע גם בשם 'התאורמה של קוז', נטען (בתרגום חופשי), כי 'בהעדר עלויות עסקה, תושג התוצאה היעילה כלכלית, ללא תלות בחלוקת הזכאויות ההתחלתית'. משמעות הדברים לענייננו היא, כי אם אכן ינתן סעד של סילוק יד, תבוא משה"ב בדברים עם הדיירים, ותכרות עמם הסכם, שבמסגרתו תשלם לדיירים פיצוי כספי, חלף הריסת הבניין ובנייתו מחדש. אין לדעת מה יהא סכומו של אותו פיצוי כספי; הוא עשוי להתחיל בשקל בודד, ולטפס עד לסכום של 6.5 מיליון ₪, שהוא כאמור סכום הכסף שאותו מעריכה משה"ב כעלות סילוק היד עבורה. ככל שאכן ה'תועלת' שאותה צפויים הדיירים להפיק מסילוק ידה של משה"ב נמוכה מהעלות שתיגרם למשה"ב, וככל שבצדדים רציונליים עסקינן, ועלויות העסקה אינן גבוהות יתר על המידה, הרי שהסכם כאמור, יכרת גם יכרת, וסכום הפיצוי המדויק יקבע בהתאם לכושר המיקוח של הצדדים.

30. משלמדנו כי בהינתן תנאים מסוימים, סביר להניח כי עסקה קוזיאנית שכזו אכן תיכרת, מצופה כי הדבר יבוא לידי ביטוי בהתדיינות המשפטית שבין הצדדים, ישקל, ובית המשפט יוכל לכלכל את צעדיו בניהול המשפט בהתחשב בכך. באותם מקרים שבהם

ניתן לצפות כי תיכרת עסקה קוזיאנית, הרי שהשאלה שצריכה להישאל, איננה אם קמה הצדקה לסילוק ידו של הפולש; השאלה הנכונה היא זו: האם המקרה הוא כה קיצוני, עד שמוצדק לשלול מבעל המקרקעין את הזכות לסילוק יד, שתאפשר לו 'לכפות' על הפולש לכרות עמו עסקה קוזיאנית? זאת, בין היתר, בשים לב לכך שעסקה קוזיאנית שכזו, תאפשר לבעל המקרקעין לנצל את מעמדו ה'מונופוליסטי', כדי לדרוש פיצוי כספי בשיעור גבוה יותר, מזה שהיה מתקבל בשוק חופשי. משניצבים לפנינו זה מול זה, פולש מול בעל זכות הקניין, כפות 'מאזני-הצדק' נוטות, בדרך כלל, לכיוונו של בעל זכות הקניין, ומאפשרת לו להפיק אותם 'רווחים עודפים'.

31. לצד זאת, יתכנו מקרים שבהם יגיע בית המשפט למסקנה כי הדבר אינו מוצדק, וכי בנסיבות עניין כזה או אחר ראוי לפסוק לבעל המקרקעין פיצוי כספי בשיעור נמוך יותר, שיקבע במישרין על-ידי בית המשפט. במקרים שכאלו, אין מקום להעמדת שיעור הפיצוי על סכום הכסף שסביר כי היה מתקבל במסגרת עסקה קוזיאנית, אלא להיפך. הסיבה היחידה לכך שלא נפסוק סילוק יד, שמשמעותו המעשית היא, כאמור, שליחת הצדדים לכרות עסקה קוזיאנית, היא משום שבית המשפט סבור כי סכום הפיצוי שיתקבל במסגרת אותה עסקה – אינו צודק. אין אפוא כל תועלת, בקביעת אותו סכום בדיוק באמצעות בית המשפט. באותם מקרים, הפיצוי הכספי שייפסק, יהא בהכרח בשיעור נמוך מזה שהיה מושג במסגרת משא ומתן בין הצדדים, שהיה צפוי להתקיים לאחר מתן סעד של סילוק יד (ראו למשל: עניין טורקיה, פסקה 18).

32. ישנם מקרים שבהם, אף שלא ניתן סעד של סילוק יד, שכאמור עשוי להוביל את הצדדים לכריתת עסקה קוזיאנית, יש להעמיד את שיעור הפיצויים על אותו סכום כסף שצפוי היה להתקבל, לו היה ניתן סעד של סילוק יד. כך למשל, מקום שבו מגיע בית המשפט למסקנה, כי ההסתברות לכריתת עסקה קוזיאנית – נמוכה, מחמת העובדה שהמקרקעין שייכים למספר בעלים, ועלולה להתעורר בעיית 'סחטנות'. עוד למשל, מקום שבו שוררת עוינות בין הצדדים, כזו המעלה חשש להתנהגות בלתי-רציונלית של בעל המקרקעין, אשר עשוי לנקר לעצמו את עינו האחת, ובלבד שינוקרו לפולש שתי עיניו. במקרים כגון אלו, ה'בריחה' של בית המשפט, מאותה עסקה קוזיאנית, אינה נובעת מחשש מפני תוצאותיה. אדרבה, הדבר נעשה רק משום שבית המשפט התרשם, כי הסיכוי לעסקה כזו – נמוך עד בלתי-קיים. החשש הוא, כי אם ינתן סעד של סילוק יד, לא תיכרת עסקה קוזיאנית, והוא ימומש בפועל. כמובן, ברוב רובם של המקרים – אין בכך כל פגם. דינו של הפולש להיות מסולק מן המקרקעין שאליהם פלש; כך נאה וכך יאה. בל נשכח, כי בזכויות קנייניות עסקינן; לא ב'כלל אחריות' (להבחנה בין 'כלל אחריות' לבין 'כלל

קניין', ראו: Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972); ראו גם את דברי חברתי השופטת ד' רונן בתנ"ג (מחוזי ת"א) 52117-02-12 בש נ' רסולי, פסקאות 64-74 (28.1.2013)). אך יתכנו מקרים חריגים, שבנסיבות אלו, יגיע בית המשפט למסקנה כי סילוק יד בפועל – אינו צודק. ממילא, כתחליף לאותה עסקה, על בית המשפט לנסות להתחקות אחר פרטי העסקה הרעיונית, ובהתאם לקבוע בעצמו את שיעור הפיצוי, אשר סביר להניח כי היה מושג במסגרת עסקה קוזיאנית שכזו.

33. הוא הדין, מקום שבו הבעייתיות הכרוכה בסילוק יד, נובעת מפגיעה בזכויות של צדדים שלישיים, כמו בענייננו. ניתן היה לטעון, כי אם תיכרת בסופו של דבר עסקה קוזיאנית, הרי שאותם צדדים שלישיים כלל לא יפגעו. אך מובן מאליו, כי כתנאי לכריתתה של אותה עסקה קוזיאנית, נדרש האיום מפני סילוק היד, המרחף כל העת ברקע, להיות ממשי ואותנטי. אם יֵדע הפולש, כי ברגע האמת, גם אם לא תיכרת עסקה קוזיאנית, ימנע בית המשפט מלהורות על סילוק ידו, לא יהא לו כל תמריץ לכרות אותה עסקה קוזיאנית, גם מלכתחילה. לכן, במקרים כגון אלו, לא ניתן להורות על סעד של סילוק יד. מנגד, בדיוק כמו בדוגמאות הקודמות, אין להעניק לפולש 'הנחות' ו'הטבות'. פולש אינו אמור להפיק כל רווח מכך שלא הסתפק בפלישה גרידא, אלא אף נטל עמו צדדים שלישיים, 'בני ערובה', תוך שימוש בהם כ'מגנים אנושיים', המונעים מתן סעד של סילוק יד. במקרים כגון אלו, מוטל על בית המשפט, באמצעות מנגנון הפיצוי, לנסות ולהעמיד את בעל המקרקעין במצב דומה, ככל האפשר, למצב שבו היה מצוי אילו נכרתה עסקה קוזיאנית. על בית המשפט לבחון מהו סכום הכסף שאותו צפוי היה בעל המקרקעין לקבל כפיצוי במסגרת אותה עסקה, ולפסוק לו סכום זה במישרין, כתחליף למתן סעד של סילוק יד, אם נמצא כי סעד זה אינו אפשרי בנסיבות.

34. ניישם עתה את הדברים, על העניין שלפנינו. לשם כך, נשוב לטענותיה של משה"ב, ונבחן מדוע, לשיטתה, גם מבלעדי אותה פגיעה בצדדים שלישיים, אין מקום להורות על סילוק ידה. כאמור, משה"ב טוענת, כי הוראה על סילוק ידה תגרום לה להוצאה בסך של 6.5 מיליון ₪, בעוד שלדיירים לא יגרם כל נזק מהותרת העוגנים. תחילה אציין, כי הצגת הדברים בדרך זו – אינה מדויקת. כפי שהוסבר לעיל, סילוק יד לא יוביל בהכרח להריסת הבניין שבו מתגוררים הדיירים. התרחיש הסביר הוא, כי בשלב כלשהו טרם הריסת הבניין, תכרות משה"ב עסקה קוזיאנית עם הדיירים. אין לכחד, סביר להניח כי עסקה כזו תסתכם בפיצוי בשיעור ניכר, בהינתן עלות ההריסה והבנייה מחדש. ואולם, עדיין, ככל הנראה, סכומה של העסקה יהיה בשיעור נמוך יותר מן הסכום שבו

נוקבת משה"ב כעלות סילוק ידה. כך או כך, אם צודקת משה"ב בטענתה, כי גם אם נתעלם מהפגיעה בצדדים השלישיים, די בשיקולי צדק פנימיים, כדי למנוע את סילוק-ידה, הרי שאין מקום לפסיקת סעד בדמות 'שווי אי-סילוק יד', שכן הדבר יהא בלתי צודק בדיוק באותה מידה. לעומת זאת, אם הסיבה היחידה לאי מתן סעד של סילוק יד, היא בשם הפגיעה בצדדים שלישיים, הרי ששורת הדין נותנת כי יש לפסוק לטובת הדיירים את מלוא הסכום המשוער שהיה מתקבל במסגרת עסקה קוזיאנית.

35. משה"ב תומכת יתדותיה בפסק הדין בעניין רוקר, וטוענת כי העוגנים שנותרו במקרקעי הדיירים אינם מפריעים לאיש. משכך, בהינתן שעלות הוצאתם עומדת על סך שלמעלה מ-6.5 מיליון ₪, אין להורות על סילוק ידה. בחינה של טענות אלו אל מול עובדות המקרה – מייתרת את ההתלבטות. אין ספק; כעיקרון היה מקום להורות על סילוק ידה של משה"ב. גם במקרים שבהם פעל הפולש בתום לב מוחלט, ואף אם לבעל המקרקעין לא נגרם כל נזק, הרי שנקודת המוצא, ובדרך כלל גם נקודת הסיום, תהא סילוק יד. בפגיעה בזכות קניינית עסקינן, והנטל שעל הפולש לשאת בו, כדי למנוע את סילוק ידו – גדול, עצום ורב. יפים לעניין זה דברי השופט (כתוארו דאז) מ' חשין, בעניין רוקר:

> "הנחת-היסוד לענייננו היא, שהנתבע פגע שלא-כדין בזכותו של התובע, וכי התובע מבקש לחזור אל-שלו, להחזיר את מצבו לכשהיה קודם הפגיעה. הנטל מוטל הוא אפוא על הנתבע, והנטל הוא לשכנע את בית-המשפט על-שום מה ולמה לא יחזיר לתובע את שלו; מדוע ולמה יש לראות את תביעת התובע כתביעה שלא בתום-לב ושלא בדרך המקובלת; כיצד זה ומדוע משולה היא תביעתו של התובע לשימוש לרעה בהליכי בית-משפט. מדברי חברי השופט אנגלרד ניתן ללמוד כי ראוי לנו לשקול באורח אובייקטיבי את האינטרסים ההדדיים של בעלי-הדין – על רקע כל נסיבות המקרה – וכי שיקול זה ילמדנו אם פעל התובע בתום-לב. אני מתקשה להסכים למבחן זה, שכן מטיל הוא על בית-המשפט מעין-הכרעה בחלוקת העושר בין התובע לבין הנתבע. כאילו אמורים אנו להכריע – מלכתחילה – כיצד ראוי לחלק את הרכוש העומד לחלוקה ונעשה צדק גם לתובע גם לנתבע.
>
> ואולם חלוקת העושר נעשתה זה מכבר, ולא עלינו להחליט אם חלוקה זו הייתה כדין, אם לאו. נהפוך הוא: על יסוד הנחה שהנתבע גזל מן התובע מקצת רכושו, השאלה היא אם הוריה על החזרת הרכוש תהא כה בלתי צודקת, כה בלתי ראויה, עד שנימנע מהורות כן. האם עמידתו של התובע על זכותו ניתן לראותה כשימוש לרעה בהליכי בית-המשפט? הנחת-היסוד היא, כזכור, שהתובע הוא בעלים נגזל (ולו נגזל באורח 'אובייקטיבי'), ולא עליו הנטל להסביר מדוע מבקש הוא החזרת הגזל לידו. הנטל הוא על הנתבע, והוא החייב הסבר מדוע לא יחזיר את הגזל אלא ישלם פיצויים תחתיו. שיקול הסבירות, במובנו הרגיל של מושג הסבירות, לא יסכון אלא אם נפרשו – בעניין גזל של קניין – כסבירות

> המייסדת עצמה על שתי הנחות-יסוד: אחת, כי לכאורה צודק הוא התובע-הבעלים בדרישתו, וכי הנטל על הנתבע הוא להפריך צדקתה של אותה דרישה, ושתיים, כי בעל-קניין – על-פי המקובל עלינו – הגם שלא קנה זכות מוחלטת ל'שרירות בעלים', זכאי הוא, למצער, למקצת-שרירות-בעלים. [...] לשון אחר: בעל-קניין אינו חייב להצדיק עצמו ואינו חייב להתנצל על שום מה מבקש הוא כי רכושו יוחזר לו. בעל-קניין אינו חייב להסביר ולפרש מדוע אין הוא מסכים כי זר ישב על כיסאו, מדוע מתנגד הוא כי נוכרי ישתלט על רכושו. החוק מזכה אותו בכך. החברה מזכה אותו במבוקשו. בית-המשפט אינו מעסיק עצמו בצדק מופשט, ואין הוא יושב על כיסאו-רם לחלק רכוש בין תובע לבין נתבע על-פי עיקרון מופשט של 'סבירות' ו'צדק'. ה'סבירות' וה'צדק' הם שהנתבע יחזיר את המצב לקדמותו, והנטל עליו הוא – ונטל לא קל הוא – לשכנע את בית-המשפט מדוע בנסיבותיו הספציפיות של עניין פלוני ראוי לחרוג מן הכלל ושלא להחזיר את הסטטוס-קוו-אנטה. במהלך הדברים הרגיל יעלה הדבר בידי הנתבע במקרים לא רבים. [...] אכן, הלכה היא מאז ומכבר, שבתביעה הסומכת עצמה על זכות הקניין, שיקול-דעתו של בית-המשפט – שלא להיעתר לתובע – שיקול-דעת מצומצם הוא" (**עניין** רוקר, **עמ' 259-260**).

36. **קל וחומר, מקום שבו הפלישה נעשתה בכוונת מכוון, בחוסר תום לב מופגן. התנהגות מעין זו, הטלת עוגן ולא במשפט, ולאחריה בקשה לקבלת חסד מאת בית המשפט, זכתה למענה הולם מפי השופט** א' מני **באחת הפרשות. בדבריו שם, התייחס השופט** מני **לפלישה לרכוש המשותף, אך הדברים יפים באותה מידה גם לפלישה למקרקעי הזולת:** "המשיבים התנהגו בכל הפרשה הזו ביד רמה ובזלזול והתעלמות גמורה מכל אותן זכויות שהחוק מקנה למערערים כבעלי דירות בבית משותף. הם ידעו שהמערערים מתנגדים נמרצות לשינויים הנ"ל ולמרות זאת נהגו ברכוש המשותף כאילו זה היה רכושם הבלעדי. אם בתי-המשפט יעצמו עינם מהתנהגות זדונית שכזו כי אז ייהפך כל חוק הבתים המשותפים לפלסתר, ובמקום שמירת אופיו ושלמותו של הבית המשותף וקיום זכויותיהם וחובותיהם של דייריו לגביו ייהפך הנכס להפקר וכל דייר אלם יוכל לנהוג ולעשות בו כטוב בעיניו. אם בנסיבות כגון אלו לא תינתן למערערים התרופה האפקטיבית היחידה שיש בה כדי להחזיר את המצב שלו הם זכאים לקדמותו כי אז ייגרם עיוות דין משווע למערערים. הפקיד המוסמך קבע כאמור כי השינויים הנ"ל שהמשיבים עשו פגעו ברכוש המשותף ובדירות האחרות. פגיעה זו בנסיבות כפי שתוארו לעיל, דייה, לדעתי, כדי להצדיק מתן צו-עשה <u>גם מבלי שיתלווה לפגיעה כל נזק ממשי</u>. גם העובדה שהחזרת המצב לקדמותו עלולה לגרום למשיבים נזק רב, אינה צריכה, לדעתי, לעמוד לרועץ למערערים, מאחר ו<u>המשיבים, במו ידם, הביאו נזק זה על עצמם</u> בעשותם את השינויים הנ"ל תוך ידיעה מלאה מהתנגדות המערערים למעשיהם המהווים פגיעה חמורה בזכויות המערערים" (**ע"א 515/65** רבובסקי נ' גלסברג, **פ"ד כ**(2) 290, 293 (1966)) (**ההדגשות הוספו – נ' ס'**). **די באמור כדי לתת מענה לטענות משה"ב.**

37. בנו של קל וחומר, משהפלישה נעשתה בידי חברה כמשה"ב, חברת בנייה גדולה וותיקה, המצוידת במומחי הנדסה וביועצי משפט. חזקה על משה"ב כי ידעה היטב, שפלישתה למקרקעי הדיירים נעשתה שלא כדין. הפכתי והפכתי בטענות משה"ב בהליכים השונים, ולא מצאתי ולו קצה קצהו של הסבר להתנהלותה פורעת החוק. הטענה כי החדרת העוגנים אושרה על-ידי מוסדות התכנון – טוב לה שלא נטענה משנטענה. מושכלות יסוד הן, כי תכנון ובניה לחוד, וזכויות קנייניות לחוד. אין באישורה של תכנית בידי מוסדות התכנון, כדי להתיר פגיעה קניינית ברכושו של אחר, אלא במקום שבו הותר הדבר במפורש, ובכפוף לקיומה של הסמכה חוקית המתירה פגיעה שכזו. ככל שמשה"ב חפצה לעשות שימוש במקרקעי הדיירים, היה עליה לפנות אליהם ולבקש את רשותם; כזאת – כמתחייב מהחוק, מהשכל הישר ומן המוסר הטבעי – לא עשתה.

38. משה"ב, בכתב ההגנה המתוקן שהוגש לבית משפט השלום, ביקשה להסתמך על סעיף 63 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה), הקובע כי "מגיש תכנית רשאי לקבוע בתכנית מיתאר מקומית, [...] הוראה בכל ענין שיכול להיות נושא לתכנית מפורטת וכן בענינים אלה: [...] חיוב בעלי קרקע או בנין, או בעלי זכות בהם, להעניק לציבור, או לבעלי קרקע או בנין גובלים, או לבעלי זכות בהם, [...] זכות מעבר או הזכות [...] להתקין בקרקע עוגני קרקע זמניים, וקביעת התנאים להענקת זכות כאמור". מתוקף סעיף זה טענה משה"ב, כי תכנית המתאר המקומית החלה על המקרקעין, התירה לה להחדיר עוגנים למקרקעין הסמוכים, אף מבלי לקבל את הסכמת הדיירים. לתמיכה בטענתה, הפנתה משה"ב לתכנית מתאר מקומית ע/1, החלה בתחומי העיר תל אביב-יפו, שבה נקבע, כי "בהתאם לסעיף 63(8) לחוק [התכנון והבניה], תותר התקנת עוגני קרקע זמניים, לצורך ובמהלך ביצוע חפירה ודיפון אל מתחת לקרקע הגובלת במגרש הבנייה".

39. משה"ב הרחיקה עדותה עד לתל אביב-יפו; ולא בכדי. עיון בתכנית המתאר המקומית רג/340, החלה בתחומי העיר רמת גן, שהיא הרלבנטית לענייננו, מלמדת כי זו אינה מתירה החדרת עוגנים למקרקעין סמוכים ללא הסכמת הבעלים. משה"ב עצמה, מצטטת מיד בסמוך, את האמור בסעיף 143 לתכנית המתאר האמורה, הקובע כי "הוועדה המקומית תהיה רשאית לחייב בעלי קרקע או בניין [...] גובלים, או לבעלי זכות בהם [...] את הזכות להעביר בקרקע או בבנין מי ניקוז או ביוב, צנורות לאספקת ולהסדרת הביוב, התיעול, המים, החשמל, הטלפון וכיוצא בזה כל שירות הנדסי ציבורי אחר". מכלל הן אתה שומע לאו; ביוב, תיעול, מים, חשמל, טלפון, ושירות ציבורי הנדסי אחר – כן. החדרת עוגנים – לא ולא. גם בסעיף 99 לתכנית המתאר, לא נקבעה כל הוראה המתירה החדרת עוגנים. לסיכום ניתן לקבוע, כי אין בנמצא בתכנית המתאר רג/340, כל הוראה המתירה החדרת עוגנים ללא הסכמה. לכך אוסיף, כי גם לו היתה הוראה כזו, ספק אם היתה לה נפקות

בענייננו, מקום שבו בניין הדיירים אינו מצוי בסמכותה של הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רמת גן, אלא בסמכותה של הוועדה המקומית לתכנון ובנייה בני ברק. בתשובתה לבקשת הרשות לערער, למעט התייחסות אגבית וצדדית (בפסקה 110 לתשובה), בהקשר של עשיית עושר, זנחה משה"ב את טענתה האמורה; וטוב שכך.

40. משה"ב מודה אפוא, למעשה, כי תכנית המתאר החלה על המקרקעין לא אפשרה לה לפלוש למקרקעי הדיירים מבלעדי הסכמתם. חרף האמור, באקט חד-צדדי, שלא לומר בריוני, ומתוך ניסיון לקבוע עובדות בשטח, בחרה משה"ב לפלוש למקרקעי הדיירים, ללא הסכמתם, ואף ללא כל ניסיון הידברות עימם. כך גם נקבע מפורשות, כממצא עובדתי, בפסק הדין של בית משפט השלום, שעליו כזכור משה"ב לא ערערה: "אין מחלוקת [שמשה"ב] פגעה בזכות הקניינית של [הדיירים], ועשתה כן ביודעין, ומתוך כוונה לחסוך עלויות". הדיירים, עיניהם רואות את הפלישה וכלות, פנו למשה"ב בבקשה כי תימנע מפלישה לשטחם, ואיימו בנקיטת הליכים משפטיים. ברם, תחינותיהם נפלו על אזנים ערלות. משה"ב בחרה להתעלם, והמשיכה בפלישה. במצב דברים זה, עליה לשאת בהשלכות מעשי-ידיה.

41. בן בנו של קל וחומר, משאותה פלישה, נעשתה תוך מודעות לכך שיקשה להחזיר את הגלגל לאחור. יתכנו מקרים שבהם מתברר בדיעבד, כי אף שהפלישה נעשתה בזדון, תוצאותיה הקשות לא הובאו בחשבון. כך, מוצא עצמו הפולש ניצב אל מול שוקת שבורה, שכן סעד של סילוק יד יגרום לו לנזקים חמורים, שאותם לא העלה על קצה דעתו. ואולם, זהו אינו מצב הדברים בענייננו. כאמור, משה"ב היתה מודעת היטב לכך שמדובר בפלישה אסורה, שהיא בבחינת 'אל-חזור', וכי יקשה עליה לסלק את ידה לאחר הפלישה. זאת, הן בשל הפגיעה שתיגרם מכך לצדדים שלישיים, הן מחמת העלות האסטרונומית של ביצוע הסילוק. לא נפריז אם נאמר, כי טענותיה של משה"ב לפנינו, הן הן שגרמו לה לפלוש למקרקעי הדיירים מלכתחילה. משה"ב פלשה למקרקעי הדיירים, אך ורק משום שהניחה, כי בהמשך תוכל לעמוד לפנינו, כש'דמעות תנין' בעיניה, ולטעון בלהט כי מתן סעד של סילוק יד, או למצער סעד של 'שווי אי-סילוק יד', איננו צודק בנסיבות. זאת, תוך הסתמכות על שיקול הדעת המסור בידי בית המשפט. במצב דברים שכזה, אין מקום לשיתוף פעולה עם 'נשף המסכות', החותר תחת הבסיס הרעיוני המאפשר לבית המשפט להפעיל שיקול דעת, לגבי אותם מקרים חריגים שבחריגים. כאמור, עניינה של משה"ב רחוק ממקרים שכאלו, כרחוק מזרח ממערב.

42. השראה לאמור, ניתן למצוא באחד מספרי היסוד של תנועת החסידות; ספר התניא, לרבי שניאור זלמן מלאדי, מייסד חסידות חב"ד (1745-1812). במשנה שנינו

"האומר: אחטא ואשוב, אחטא ואשוב, אין מספיקין בידו לעשות תשובה" (**משנה, יומא ח, ט**). **פרשני המשנה התחבטו רבות בשאלה, מהו הפסול המוסרי החמור הנובע מאמירה זו. ספר התניא מסביר זאת כך:** "היינו דווקא שבשעת החטא היה יכול לכבוש יצרו, אלא שסומך בליבו על התשובה; ולכן, הואיל ו<u>התשובה גורמת לו לחטוא</u>, אין מספיקין וכו'" (**ליקוטי אמרים – תניא, אגרת התשובה, פרק יא**) (**ההדגשה הוספה – נ' ס'**). **הסתמכות אקס-אנטה על קיומו של מנגנון תשובה, כדי לחטוא 'בקלות', ללא יסורי מצפון, חותרת תחת יסודות מוסד התשובה, ועל כן נושאת בחובה פגם מוסרי חמור. כך הוא גם בענייננו. נראה כי הפתח הצר, המאפשר לבתי המשפט להימנע מלהורות על סילוק יד, הוא זה שגרם למשה"ב לסבור מלכתחילה כי הפלישה כדאית. בנסיבות אלו, ברי כי אין מקום לשעות לטענותיה, ולעשות שימוש בחריג שסייע בעדה לחטוא מלכתחילה.**

43. **משה"ב טענה בבית המשפט המחוזי, כי פסק הדין בעניין טורקיה, תומך בעמדתה, שלפיה אין מקום להורות על סילוק ידה. דא עקא, עיון בפסק הדין האמור, מלמד כי ההיפך הוא הנכון. באותו עניין, אכן לא ניתן סעד של סילוק יד, אך זאת רק מחמת כמה וכמה נימוקים כבדי-משקל, שחוברו להם יחדיו. ביניהם, קביעה עובדתית, שלפיה הפלישה ארעה שנים רבות לפני שהנתבעת רכשה את הבית המגורים, ולא היה עליה לדעת על הפלישה. בנסיבות ספציפיות אלה, נקבע כי** "המשקל שיש לייחס לחשש מפני פגיעה בשלטון החוק ומפני יצירת תמריץ לבניה שלא כדין במקרקעי הזולת אם לא תוסר הפלישה, הוא נמוך יחסית". **ועדיין, לצד זאת הודגש, כי הגם ש**"שטח הפלישה הכולל בו עסקינן הוא קטן יחסית (5.23 מ"ר). <u>אך עובדה זו, ואפילו המשמעויות הכספיות והאחרות הכרוכות מבחינת המשיבה בהריסת הרחבת הבניה בשטח הפלישה, לא די בהם בהכרח כדי לשלול את הצווים להריסה ולסילוק יד</u> שעתר להם המערער כבעל הקניין לגבי השטח כולו. זאת, בהינתן מעמדה הרם של זכות הקניין ונוכח החשיבות שיש לייחס לשמירה על שלטון החוק ולקיום הרתעה יעילה מפני בניה במקרקעי הזולת" (**שם, פסקה 16**) (**ההדגשה הוספה – נ' ס'**). **ישׂום האמור באותו עניין על נסיבות עניינו-אנו, מביא דווקא לקבלת עמדת הדיירים.**

44. **משבא עניין רוקר לידינו, ומשם למדנו משפט עברי לתועלת, נחזור אל המחלוקת שנתגלעה שם בין שניים משופטי ההרכב, 'שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו', השופט י' אנגלרד והשופט י' טירקל, לגבי תחולתו של הכלל התלמודי** "כופין על מידת סדום" (**בבלי, כתובות קנ, ע"א**) **בעניין כגון זה הנדון כאן. מהי אותה 'מידת סדום'? המשנה (אבות ה, י) מונה ומדרגת 4 גישות אנושיות, המאפיינות התנהלות בני אדם ביחס לרכושם ולרכוש זולתם:** "ארבע מידות באדם: האומר שלי שלי ושלך שלך – זו מדה בינונית, <u>ויש אומרים זו מדת סדום</u>; שלי שלך ושלך שלי – עם הארץ; שלי שלך ושלך שלך – חסיד; שלי שלי ושלך

שלי – רשע" (**ההדגשה הוספה – נ' ס'**). **אם כך, אדם המכבד את זכויות זולתו, ומוחל על זכויותיו, הריהו צדיק; היפוכו – רשע. אך מה דינו של אדם השומר בקנאות על זכויותיו, ובד בבד נמנע מלפגוע בזכויות שכניו? בעניין זה הובאו במשנה 2 דעות שונות: מידה בינונית, ומידת סדום. השופט** אנגלרד **פירש את היחס ביניהן כך:** "לכאורה, לפנינו מחלוקת תנאים בדבר מידתו של האומר 'שלי שלי ושלך שלך'; האם זו מידה בינונית או שמא מידת סדום? חכמים רבים טרחו להבהיר את היחס בין שתי הדעות והנטייה השלטת היא להשלמה ביניהן. המידה של 'שלי שלי ושלך שלך' היא ביסודה מידת המשפט, שהיא בהכרח המידה הבינונית, משום שמטרתה לשמור על ה'שלו' של כל אחד ואחד [...] זוהי אפוא מידתו הראויה של המשפט: לשמור על זכויותיו של אדם מפגיעתו הרעה של הזולת. על-אף השאיפה להשגת שלמות המידות, אין היהדות כופה על אדם את מידת החסידות של 'שלי שלך ושלך שלך'. אולם בנסיבות מיוחדות, המידה הבינונית של 'שלי שלי ושלך שלך' עשויה ליהפך – כפי שגורסים ה'ויש אומרים' – למידת סדום ממש. זה יקרה כאשר בעל מידה זו שם את הדגש על ה'שלי שלי', תוך התעלמות מוחלטת מעניינו של הזולת. דוגמה בולטת למצב דברים זה היא מניעת הנאה מן הזולת בנסיבות של 'זה נהנה וזה לא חסר'" (**עניין** רוקר, **עמ' 225-226**).

45. **למדנו אפוא, כי אליבא דשופט** אנגלרד, **במצבים שבהם עושה אדם שימוש לרעה בזכות משפטית המוקנית לו; כאשר 'זה נהנה וזה לא חסר' – ניתן, אולי, לחייבו שלא לנהוג כמנהג אנשי סדום: למחול על זכותו, על מנת להביא תועלת לחברו. כפועל יוצא מכך, סבר השופט** אנגלרד, **כי מן הראוי לעשות שימוש בכלל זה, גם במקרה שבו פלש אדם למקרקעי חברו, באופן שלא הסב לבעל המקרקעין נזק:** "לצורך עניינו כאן אסתפק בדוגמה אחת מתוך ההלכה היהודית שעל-פיה מתירים לאדם לפלוש לתחום קניינו של אחר, וזאת על יסוד העיקרון של 'זה נהנה וזה לא חסר', כביטוי לכלל כי 'כופין על מידת סדום'. כוונתי להלכה שנפסקה בשולחן ערוך [...] בעניין 'המעמיד סולם קטן שאין לו ד' שליבות בצד כותלו בתוך חצר חבירו או בתוך שדהו...'. בעל הקניין אינו יכול למנוע את בעל הסולם מלהעמיד את הסולם לשימושו של האחרון, כל עוד אין בכך משום נזק לראשון. עיין רמב"ם, שכנים, ח, ד: '...אבל אם העמיד סולם קטן אינו יכול למנעו שהרי אומרין לו אין עליך הפסד בזה כל זמן שתרצה תטלנו'" (**שם, עמ' 226-227**). **השופט** אנגלרד **אף סבר, כי מן הראוי לאמץ כלל זה במשפט הישראלי הנוהג, במסגרת דוקטרינת 'שימוש לרעה בזכות', המעוגנת בסעיף 14 לחוק המקרקעין, ובמילותיו שלו:** "מן הראוי כי המשפט היהודי ישמש מקור השראה בפרשנותה של הוראת סעיף 14 לחוק המקרקעין, ולאו דווקא משום שלשונה של זו סתומה ומגומגמת. נראה לי כי המגמה המוסרית המובהקת, המצויה במסורת המשפטית היהודית לגבי מושג הבעלות, ואשר מטרתה להגביל את שלטונו של אדם על נכסיו, תמצא ביטוי במשפט של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יצוין כי מעבר לממד המוסרי-האינדיווידואלי של העיקרון 'כופין על מידת סדום', מצוי בו גם, ואולי הוא עיקר, ממד חברתי חשוב [...] מכל האמור עולה אפוא, כי במשפטנו יש מהלכים לדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות במקרקעין ובמסגרתה גם לעיקרון שכופין על מידת סדום" (**שם**).

46. **עמדה שונה, לגבי תחולתו של הכלל במשפט העברי, והחלתו על מקרה שבו פלש אדם למקרקעי חברו, נשמעה גם היא בעניין** רוקר, **מפיו של השופט** טירקל. **לשיטתו, גם הכלל הנוהג במשפט העברי, שלפיו** "כופין על מידת סדום", **אינו מעניק רשות לאדם לפלוש במזיד לנכסי זולתו, ואינו מתיר פגיעה בזכויות קניין:** "הכלל של 'כופין על מידת סדום' [...] — שפירושו: כופים אדם שלא ינהג כאנשי סדום — הוא כלל חשוב שטבעו חז"ל בדיני היושר שבמשפט העברי. אולם, אין בכלל זה כוח כדי לעקור מצוות לא תעשה שבתורה. הלא מקרא מפורש הוא: 'לֹא תַסִּיג גְּבוּל רֵעֶךָ אֲשֶׁר גָּבְלוּ רִאשֹׁנִים בְּנַחֲלָתְךָ אֲשֶׁר תִּנְחַל בָּאָרֶץ' (דברים, יט, יד). ופירש רש"י: 'לא תסיג גבול, לשון: נסוגו אחור (ישעיה מב יז), שמחזיר סימן חלוקת הקרקע לאחור לתוך שדה חבירו למען הרחיב את שלו. והלא כבר נאמר: לא תגזול (ויקרא יט יג), מה תלמוד לומר: לא תסיג, למד על העוקר תחום חבירו שעובר בשני לאוין. יכול אף בחוצה לארץ, תלמוד לומר: בנחלתך אשר תנחל וגו', בארץ ישראל עובר בשני לאוין, בחוצה לארץ אינו עובר אלא משום לא תגזול' (רש"י, דברים, יט, יד). ונאמר ציווי זה גם במעמד הברכה והקללה על הר גריזים והר עיבל: 'אָרוּר מַסִּיג גְּבוּל רֵעֵהוּ' (דברים, כז, יז [לג]). ופירש רש"י שם: 'מסיג גבול, מחזירו לאחוריו וגונב את הקרקע, לשון: והוסג אחור (ישעיה נט יד)' (רש"י, דברים, כז, יז). מכאן, שאין אוחזים בכלל של 'כופין על מידת סדום' כדי להכשיר מעשה של עקירת גבול וגזילת קרקע [...] כך או כך, נראה לי כי בסופו של דיון מותר לקבוע שעמדת הפוסקים היא כי בדרך-כלל, אי אפשר לכפות אדם לוותר על זכויות קנייניות שלו ולאפשר לאחרים ליהנות מנכסיו, אפילו אין הדבר גורע ממנו תועלת כלכלית כלשהי. אולם גם לשיטתם של הסוברים שיש מקרים שבהם אפשר לכפות, הרי בכל הנוגע לזכויות קנייניות ממש — אין כופין על מידת סדום".

47. **במחלוקת שנפלה בין שני ענקי משפט אלה, דעתי כדעת השופט** טירקל. **עיון בסוגיות העיקריות במשפט העברי, שבהן יושם הכלל שלפיו** "כופין על מידת סדום", **מעלה כי המקרה הטיפוסי שבו הן עוסקות, אינו פלישה ממשית לנכסי הזולת, כי אם מקרים 'קלים' יותר, למשל: עמידה על מימוש זכות, בנוגע לחלוקת נכס שנפל בירושה (בבלי, בבא בתרא יב, ע"ב); עמידה על זכות, באופן המונע מאחר להשתמש בנכס השייך לאותו אחר (בבלי, בבא בתרא נט, ע"א); וכן עמידה דווקנית על זכויות חוזיות (בבלי, כתובות קג, ע"א). נוסף על כך, ישנם פוסקים רבים, הסבורים כי יש לפרש בצמצום רב את המקרים הנכנסים לגדרי** "זה נהנה וזה לא חסר". **כך למשל, סברו בעלי התוספות כי במקרה שבו יכול היה בעל הזכות לנהל מו"מ, ולהפיק רווח על-ידי גביית תשלום עבור הוויתור על מימוש זכותו — אין בעמידתו על הזכות משום מידת סדום (תוספות, בבא בתרא יב, ע"ב). כלומר, הרצון לנצל את כוחות השוק, ו'לתמחר' את הוויתור על הזכות עבור רווח כספי, עשוי להיחשב טעם סביר לסירוב (והשוו: דעתו החולקת של הרא"ש — רבנו אשר בן יחיאל (1250-1327), שו"ת הרא"ש, כלל צז, ב). יתרה מזאת, גם במקרים**

שבהם הוזכר הכלל של "כופין על מידת סדום" בהקשר של פלישה ממשית לנכסי הזולת, הנחת המוצא היא, כי אין מדובר בהכפפה תמידית של זכות הקניין לזכותו של אחר, כי אם הכרעה זמנית הניתנת לשינוי עתידי, עם השתנות הנסיבות. אם בהמשך יחפוץ בעל המקרקעין לעשות שימוש אחר במקרקעין, וימצא עצמו ניזוק מן הפלישה, ניתן יהיה להורות על סילוקו של הפולש בכל עת. כך למשל, בהלכה שאותה הביא השופט אנגלרד בתמיכה לעמדתו, הנוגעת להנחת סולם בחצרו של פלוני, על מנת לאפשר גישה לעליית הגג של אלמוני, אזי גם שיטת הרמב"ם, המבכרת את אינטרס הפולש, מסתמכת כל-כולה על האפשרות לסלק אותו פולש בהמשך: "אבל אם העמיד סולם קטן, אינו יכול למנעו, שהרי אומרין לו <u>אין עליך הפסד בזה, כל זמן שתרצה תטלנו</u>" (רמב"ם, הלכות שכנים ח, ד; ההדגשה הוספה – נ' ס').

48. כך הוא גם בענייננו: עסקינן בפלישה של ממש לנכסי הדיירים; פלישה ארוכת טווח ובלתי הפיכה; פלישה שמנעה מהדיירים את היכולת לנהל מו"מ עם משה"ב, ולהפיק רווח כספי בגין הוויתור על זכותם. במצב דברים זה, גם לפי עמדת המשפט העברי, דומני, עמידת הדיירים על זכותם, אינה מהווה 'מידת סדום'; לא ניתן לכפותם לוותר על זכותם.

49. טענותיה של משה"ב נדחו אפוא; אם בכך היה תם המסע, דומה כי לא היה מנוס מלהורות על סילוק ידה. ברם, סבורני כי בסוף כל הסופות, הרי שהעניין שלפנינו, נופל לגדרם של אותם מקרים חריגים, שבהם על אף שהפלישה נעשתה במזיד, יהא זה מרחיק לכת עד מאד, ולא צודק, להורות על סילוק יד. כאמור, בטענותיה של משה"ב אין די כדי למנוע את סילוק ידה, אך נימוקים אחרים, כבדי משקל, הם שהובילוני בסופו של דבר למסקנה כי לא יהא זה נכון להורות על סילוק יד. זאת, אף מבלעדי קיומם של צדדים שלישיים.

50. סעד של סילוק יד נועד לשמש שתי תכליות. בראש ובראשונה, משמש הוא כסעד הרתעתי, המונע מהפולש לפלוש מלכתחילה למקרקעי הזולת, גם באותם במקרים שיוריים שבהם אין די בהשבת רווחי הפלישה כדי להרתיע את הפולש מלפלוש. פולש פוטנציאלי 'סטנדרטי' ימנע מלפלוש למקרקעי הזולת, ביודעו כי בסופו של דבר יחויב בהשבת רווחי הפלישה. אולם, יתכנו מקרים שבהם הפולש משוכנע כי בית המשפט לא יצליח 'ללכוד' את כל הרווח שאותו הוא צופה להפיק מן הפלישה, וכתוצאה מכך הופכת הפלישה לכדאית מבחינתו. בשלב זה, נכנס סעד של סילוק יד לתמונה, וגורם לכך שהפולש ימנע מפלישה, אף אם מדובר ב'פלישה יעילה' מנקודת מבטו. הפולש, הצופה מראש את הצעדים הבאים שיינקטו, וביודעו כי בית המשפט יורה על סילוק ידו, ועל

השבת המצב לקדמותו, ולא יסתפק בחיוב בתשלום פיצויים לבעל המקרקעין – פולש כזה ימנע מלכתחילה מלפלוש. סילוק היד הוא שהופך את הפלישה ללא כדאית עבור הפולש, משום שבמוקדם או במאוחר הוא יסולק מן המקרקעין.

51. ביודענו כל זאת, הרי שאין מנוס מלהגיע למסקנה כי סעד של סילוק יד, אינו מתאים למקרה שלפנינו. בניגוד לפלישה 'סטנדרטית', שבה מקווה הפולש להפיק מן המקרקעין תועלת נמשכת כלשהי, לאורך ימים ושנים, הרי שבנדון דידן ה'רווח' שאותו ראתה משה"ב אל מול עיניה, הוא רווח חד-פעמי, שהסתיים עוד בטרם ניתן פסק הדין של בית משפט השלום. משכך, התנגדותה של משה"ב לסילוק ידה, לאחר שכל התועלת מן הפלישה כבר מצויה בכיסה – אינה עקרונית. למעשה, סעד של סילוק יד, כשלעצמו, כלל אינו מטריד את משה"ב. הסיבה היחידה שלשמה התכנסנו, היא חששה של משה"ב מפני עלותו של סילוק היד. לוּ היו הדיירים נכונים ליטול על עצמם את עלותו של סילוק היד, משה"ב לא היתה מתנגדת לסילוק יד, וההליך שלפנינו כלל לא היה בא לעולם.

52. עתה, משבאנו לכלל מסקנה כי ה'שוט', בדמות סילוק יד, שאותו אנו מבקשים להניף מול משה"ב, הוא בעל משמעות כספית בלבד, ומשה"ב אדישה לשאלה אם עוגניה יוותרו במקרקעי הדיירים, אם לאו, שוב אין מקום לכוונן אותו השוט, בדיוק לנקודה השווה לעלות סילוק היד. אם כך נעשה, ונורה על סילוק יד גם במקרים חריגים מעין אלו – בהם משמעותו היחידה של סילוק היד בעיני הפולש, היא כספית, וצופה פני עבר – נמצאנו מעניקים הגנה קניינית חזקה יותר אל מול פלישות שעלות סילוק ידן גבוהה יותר, והגנה חלשה אל מול פלישות שניתן להחזירן אחורה בעלות נמוכה יחסית. כך, מצד אחד, אם על מקרקעי הדיירים שוכן בניין מגורים סטנדרטי, בדומה לענייננו, הרי שסעד של סילוק יד משמעו, הלכה למעשה, סעד כספי בגובה 6.5 מיליון ₪. מצד שני, אם במקרקעי הדיירים היה שוכן בניין רב קומות, הרי שההרתעה הכספית שאותה היה מייצר סעד זהה של סילוק יד, היתה כפולה ומכופלת. מצד שלישי, אם מדובר היה במגרש ריק, שלא היה בנוי עליו דבר, הרי שההגנה שאותה היה מייצר סעד זהה של סילוק יד – הייתה אפסית; לכך, כמובן, אין כל היגיון. ככל שבשיקולי הרתעה עסקינן, אזי במקרים חריגים מעין אלו, שוב אין מקום להיצמד לסעד של סילוק יד. חלף זאת, עלינו לתור אחר סעד מתאים יותר, בנסיבות, כפי שארחיב בהמשך. טרם שאגש לכך, אבחן עתה, האם ישנם שיקולים אחרים, שעשויים לתמוך בסעד של סילוק יד, במנותק משיקולי הרתעה.

53. בנוסף לתכלית ההרתעתית, סעד של סילוק יד עשוי לשרת תכלית נוספת: מניעת 'מכירה כפויה' של המקרקעין, מקום שבו ערכם הסובייקטיבי של המקרקעין בעיני הבעלים, גבוה מערכם האובייקטיבי. בסיטואציה שכזו, פולש עשוי לאלץ את הבעלים,

למכור את המקרקעין במעין ׳מכירה כפויה׳. ככל שפולש יחויב רק בתשלום פיצויים כשיעור ערכם האובייקטיבי של המקרקעין, לא יהא בכך משום פיצוי מושלם לבעל המקרקעין. סעד של סילוק יד הוא שמאפשר לבעל המקרקעין להשיב לעצמו את המקרקעין בעין, וכך להגן על השווי הגבוה יותר משווי השוק, שאותו רואה בעיני רוחו בעל המקרקעין. תחילה אציין, כי ברוב רובם של המקרים, די באותו סעד חלופי לסעד של סילוק יד, שאותו אציע בהמשך לאמץ, לשם יצירת הרתעה שתמנע את הפלישה עוד מלכתחילה, גם אם שוויים של המקרקעין בשוק נמוך משוויים הסובייקטיבי. אך גם באותם מקרים נדירים שבהם לא יהא די באותה הרתעה, הרי שלשם כך אין צורך להעניק סעד גורף של סילוק יד בכל אתר ואתר. למעשה, אין בין פולש תם-לב לפולש במזיד, אלא שיקולי הרתעה. משהסרנו את מוטיב ההרתעה מדרכנו, הרי שנמצאים אנו במצב זהה לפלישה שנעשתה בתום-לב. במקרים מעין אלו, כפי שהתבאר בעניין רוקר ובעניין טורקיה, יש לבצע ׳איזון אינטרסים׳, ומקום שבו אותו איזון נוטה במובהק לטובת הפולש, ניתן יהיה להסתפק בפיצויים חלף סעד של סילוק יד.

54. כך הוא גם בענייננו. הדיירים לא טענו כי יש להם עניין מיוחד בפינוי העוגנים מהקרקע, או כי עשויה להיגרם להם אי-נוחות כלשהי מהשארתם של העוגנים במקומם. הדיירים התבססו אך ורק על רצונם לנהוג ב׳שרירות בעלים׳ המאפשרת להם לדרוש את הוצאת העוגנים משטחם. אדגיש שוב, כי כעיקרון, מקום שבו נעשתה פלישה במזיד, וקיימים שיקולי הרתעה ברקע, די בהם כדי להוביל לסילוק יד, אף אם הדיירים לא היו טוענים לפגיעה כלשהי הנגרמת להם מהישארותם של העוגנים. עם זאת, משהראנו לדעת, כי שיקולי הרתעה לא מוליכים לסילוק יד, ואיזון האינטרסים לא תומך אף הוא בסילוק יד, הרי ששוב אין מקום להורות על סעד של סילוק יד; גם לא על סעד של ׳שווי אי סילוק יד׳, שמבוסס כל כולו על ההנחה כי אלמלא הפגיעה בצדדים השלישיים מן הראוי היה להורות על סילוק יד.

55. ניתן לסכם ולומר, כי מקום שבו סעד של סילוק יד חדל מלשמש את התכליות העומדות בבסיסו, שוב אין מקום לילך כ׳סומא בארובה׳, ולפסוק מוכנית סעד של סילוק יד. האם משמעות הדברים היא כי עלינו לוותר על סעד חלופי, שיבוא במקומו של סעד של סילוק יד? לא בהכרח. הבעייתיות בהטלת סעד של סילוק יד, היא כאמור, בחוסר הקורלציה בין העלות הכספית של סילוק היד, לבין הרווח שאותו מפיק הפולש מהפלישה. עלינו ׳לתפור׳, אפוא, לסיטואציה הייחודית שלפנינו, סעד מתאים יותר, שיעניק הגנה שווה על זכות הקניין, ללא תלות בעלותו של סילוק היד. כפי שציינתי לעיל, מקום שבו סעד של השבה מכוח עילה של ׳עשיית עושר ולא במשפט׳ מספק הגנה ראויה, שוב אין צורך בהרתעה נוספת בדמות סילוק יד או סעד חלופי. ה׳פינה׳ שאותה עלינו

לסגור, היא הרתעת החסר שעלולה להיגרם, במקרים שבהם הפולש מעריך אקס-אנטה, כי בית המשפט שידון בתביעת בעלי המקרקעין אקס-פוסט, צפוי להעריך בהערכת חסר, אותם רווחים שהופקו בידי הפולש. אם כך, במקרים חריגים מעין זה שלפנינו, שבו סעד של סילוק יד אינו מספק הרתעה הצופה פני עתיד, צודק יותר ונכון יותר, להעניק לבעל המקרקעין סעד המושפע ישירות מגובה הרווחים שאותם הפיק הפולש. פתרון אפשרי הוא לקבוע סעד חלופי בדמות כפל פיצוי, חיוב נוסף בסכום כסף זהה לסכום שנפסק מכוח עילה של עשיית עושר ולא במשפט, חלף סעד של סילוק יד (לדיון אודות מקור הסמכות לכך, ראו לעיל פסקה 25). מעתה ואילך, ידע כל פולש כי אף אם בית המשפט צפוי להעריך בחסר את רווחיו מהפלישה, הרי שבמקביל הוא עשוי להיות מחויב בכפל פיצוי בגין הרווחים שאותם הפיק, והפלישה שוב לא תהא כדאית עבורו. ניתן היה כמובן לחשוב על סכום כסף אחר, גם בשיעור גבוה יותר, אך סבורני כי כפל פיצוי משקף איזון נכון בין האינטרסים המתנגשים. סעד אפקטיבי דיו, אך לא דורסני יתר על המידה. די בכפל פיצוי כדי ליצור הגנה אפקטיבית יחסית, ברוב רובם של המקרים. כך, מחד גיסא, כל עוד הערכת החסר של בית המשפט אודות רווחי הפולש, לא נופלת מ-50% מהרווחים שאותם הפיק בפועל, די באותו כפל פיצוי כדי להוות תמריץ כלכלי שלילי, אשר ימנע את הפלישה מלכתחילה, בדומה לסעד של סילוק יד. מאידך גיסא, היתרון בדרך זו הוא בכך שהסעד שניתן שוויוני יותר, וממילא צודק יותר. ההגנה הקניינית שתיווצר, תשפיע באופן שווה על כל פולש באשר הוא, ללא תלות בעלות סילוק היד. סעד מעין זה, ימנע את הפולש מלפלוש בכל מקרה ומקרה. בין אם מדובר בקרקע שלא בנוי עליה דבר, ועלות פינויה היא אפסית, בין אם בנוי עליה בניין רב-קומות, כך שעלות הפינוי עשויה להגיע כדי סכום אסטרונומי.

56. מסקנתי היא אפוא, כי גם אלמלא הפגיעה בצדדים שלישיים, לא היו הדיירים זכאים לסעד של סילוק יד. אך במקביל, יש לפסוק לדיירים סעד חלופי: כפל פיצוי, בגין הרווחים שאותם הפיקה משה"ב 'על חשבונם'. כזכור, קביעת בית משפט השלום היא, כי אותם רווחים עולים כדי סך של 218,000 ₪, וחלקם של הדיירים, המבקשים שלפנינו, שהם רק חלק מדיירי הבניין, מגיע לכדי סך של 74,300 ₪. אציע אם כן, כי כל אחד מן הדיירים יקבל סכום נוסף, בהתאם לחלקו היחסי ברכוש המשותף, כך שבסיכומו של דבר תשלם משה"ב לדיירים סך של 74,300 ₪ בעילה של 'עשיית עושר ולא במשפט, כפי שנפסק בבית משפט השלום, סכום נוסף בסך של 12,944 ₪ כדמי שימוש, כפי שנפסק בבית המשפט המחוזי, ועל כך יתווסף סכום נוסף של 74,300 ₪ כתחליף לסעד של סילוק יד, שייפסק בערכאתנו.

פיצויים מכוח עילה של 'עשיית עושר ולא במשפט'

57. עתה, אתייחס לטענת הדיירים, לגבי חיוב משה"ב בהשבת רווחי הפלישה. טענת הדיירים היא, כי לא ניתן להשתמש בשיטת 'הקיר הסאלרי' כבסיס לחישוב התעשרותה של משה"ב מהפלישה, שכן גם שיטת 'הקיר הסאלרי' הצריכה פלישה למקרקעי הדיירים. בית המשפט המחוזי, בהחלטת הביניים, וכך גם בפסק הדין, מנה 5 טעמים לדחיית טענת הדיירים. עיון מדוקדק בהם, מלמד כי אינם נקיים מספקות; יתכן כי בית המשפט המחוזי נתפס לכלל טעות, למצער לגבי חלק מאותם נימוקים. דא עקא, בערעור ב'גלגול שלישי' עסקינן, והשאלה המתעוררת לגבי רכיב זה, נוגעת כל כולה לעניינם הפרטני של הצדדים. כידוע, אין די בטעות של ערכאת הערעור, כדי להצדיק דיון ב'גלגול שלישי'. יפים לעניין זה דברי הנשיא י' זוסמן, בהמ' 648/78 אלקינד נ' פוזניאק (לא פורסם; הדברים צוטטו על-ידי הנשיא מ' שמגר בר"ע 658/85 הפרזול, מוצרי מתכת בע"מ נ' וייסמן (4.12.1985)): "ואין אני עוסק בשאלה אם צדק בית המשפט המחוזי אם לאו. ואם תאמר כי בית המשפט המחוזי שגה, אף אני אשיב לך שכבר היו דברים מעולם, ואף בית משפט זה טעה, לאמור ריבוי הערכאות איננו מבטיח בעצמו עשיית הצדק" (ראו גם: רע"א 3388/21 אבו ראשד נ' מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל (23.5.2021)). בשים לב לתוצאה שאליה הגעתי, ובמכלול נסיבות העניין, גם חשש לעיוות דין אין כאן.

58. אוסיף, כי אף אם אכן חלה טעות בחישוב רווחיה של משה"ב, כך שבסופו של דבר, היא תחויב בהשבה חלקית בלבד של רווחי הפלישה, הדבר לא יפגע בהרתעתם של פולשים לעתיד לבוא. פולש פוטנציאלי, רואה אל מול עיניו את תוחלת סכום הכסף שאותו הוא צפוי לשלם אם יפלוש. כל עוד אין מדובר בטעות סיסטמתית, הרי שלא תהא לה השפעה על ההרתעה. אמנם יתכנו מקרים שבהם יטעה בית המשפט ויפסוק פיצויי-חסר, אך מנגד, באותה מידה, תיתכנה גם טעויות הפוכות, שבמסגרתן יפסוק בית המשפט פיצויי-יתר. אותן טעויות – מקזזות זו את זו, וההרתעה על מכונה עומדת.

דמי שימוש

59. לבסוף אדון בטענות הצדדים לגבי דמי השימוש. בית משפט השלום קבע, כי "משנקבע כי [הדיירים] זכאים לפיצוי בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, אין מקום לדון בתשלום דמי שימוש". בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור הדיירים, הפך את פסק הדין של בית משפט השלום, וחייב את משה"ב בתשלום דמי שימוש, בנוסף להשבת הרווחים שצמחו לה מהפלישה. בהתייחס לטענת משה"ב כי מדובר ב'כפל פיצוי', נקבע כי "לא מצאתי טענות אלו של [משה"ב] במסגרת עיקרי הטיעון מטעמה וחשוב מכך – במסגרת סיכומיה [...]. כך או כך, אינני סבור שיש כפילות כנטען ואמליץ לחבריי להרכב לקבל את הערעור בנקודה זו". מכאן, המשיך בית המשפט המחוזי וקבע, כי דמי השימוש ישולמו

עבור שנתיים בלבד: "[הדיירים] עתרו בכתב התביעה, לקבל דמי שימוש ראויים [...] 'למשך כל תקופת השארת העוגנים בפועל ועד להוצאתם'. [...] חישוב דמי השימוש נעשה [...] למשך שנתיים ימים [...]. בסיכומי [הדיירים] בקמא נטען שלפי העדויות העוגנים לא יתכלו באדמה בתוך שנתיים אלא במשך זמן בלתי ברור ובלתי ידוע ולכן הם עותרים לדמי שימוש לתקופה של 50 שנים. [משה"ב] בסיכומיה התנגדה מפורשות להרחבת החזית בעניין זה [...], ודי בכך כדי לקבוע שכל עתירה לדמי שימוש ראויים לתקופה שהיא מעבר לשנתיים דינה להידחות". **לבסוף, הועמדו דמי השימוש הראויים על סך של 12,944 ₪.**

60. **הן הדיירים, הן משה"ב, טוענים כי בית המשפט המחוזי בא לכלל טעות בעניין זה. הדיירים מצדם, אינם חלוקים על כך שהחישוב בכתב התביעה, אכן בוצע מתוך הנחה כי זמן הפלישה יעמוד על כ-24 חודשים בלבד. ואולם, לטענתם, הדבר אינו פועל לחובתם, משעה שהדגישו כי** "החישוב כפוף להנחה שהעוגנים יוצאו בתוך 24 חודשים". **בנסיבות אלו, נטען כי יש לפסוק לזכותם דמי שימוש בגין כל התקופה שבה צפויים העוגנים להיותר בשטחם. משה"ב, מנגד, כופרת בעיקר חיובה בדמי שימוש, וטוענת כי הוא מהווה 'כפל פיצוי'. לדבריה, משעה שחויבה להשיב את ה'רווח' שצמח מהפלישה (ההפרש בין עלות בניית 'קיר סלארי', שלא מצריך פלישה למקרקעי הדיירים, לבין החדרת עוגנים לשטחם של הדיירים, כפי שאירע בפועל – הוא 74,300 ₪), הרי שאין מקום לעשות שימוש נוסף בעילת 'עשיית עושר', ולחייב אותה לשלם גם דמי שימוש ראויים.**

61. **אתייחס תחילה לטענת משה"ב. כדי שלא תתפרש שתיקה כהודאה, ומבלי להאריך, אציין כי כעיקרון, הצדק עם משה"ב. אין מקום לחייב את משה"ב בדמי שימוש ראויים, משזו חויבה במקביל בהשבת רווחי הפלישה. עם זאת, ב'שורה התחתונה', לא ראיתי מקום לסטות מקביעתו של בית המשפט המחוזי, ולהורות אחרת. ראשית, משה"ב כלל לא הגישה בקשת רשות ערעור מטעמה, והיא מבקשת למעשה, 'לרכוב' על בקשת רשות הערעור שהגישו הדיירים, בהתבסס על תקנה 146(ב) לתקנות. משה"ב לא נימקה מדוע נמנעה מלהשיג על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ולא שוכנעתי, כי זהו המקרה המצדיק לעשות שימוש בתקנה הנ"ל (ראו: ישכר רוזן-צבי** הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים **504-505 (2021)). שנית, בית המשפט המחוזי דחה את טענת משה"ב, בעיקר מן הטעם שהועלתה ב'דקה התשעים'. לכך לא מצאתי התייחסות בתשובתה של משה"ב.**

62. **לצד האמור, ואם נתעלם לרגע קט מטענת משה"ב ל'כפל פיצוי', נראה כי, כעיקרון, הצדק עם הדיירים, בטענתם-שלהם. כלל ידוע הוא, כי תביעה לדמי שימוש**

כמוה כ׳עילת תביעה נמשכת׳, שאותה ניתן לתבוע גם במבט צופה פני עתיד, משיקולי יעילות דיונית (ע"א 448/88 בן יאיר השרון בע"מ נ׳ מורטנפלד, פ"ד מה(2) 36, 44-45 (1991)). כך אכן נהגו הדיירים, שאף טרחו לציין במפורש, כי תביעתם לדמי שימוש מתייחסת למעשה "למשך כל תקופת השארת העוגנים בפועל ועד להוצאתם". בית המשפט המחוזי ציטט דברים אלו, ולמרות זאת זקף לחובתם את החישוב שבוצע, למשך תקופה בת שנתיים בלבד; בכך בא בית המשפט המחוזי לכלל טעות. הדיירים סברו כי תביעתם לסילוק יד תתקבל, ולכן נקטו גישה ׳שמרנית׳, שהציגה חישוב דמי שימוש לשנתיים בלבד. במכלול נסיבות העניין, לא היה מקום לזקוף זאת לחובתם. חרף האמור, בסופו של דבר, לא מצאתי לנכון לסטות מקביעת בית המשפט המחוזי גם בעניין זה, אך זאת מטעם אחר. משה"ב צודקת בטענתה המהותית כי מדובר בכפל פיצוי, אלא שהיא שגתה במישור הדיוני, בכך שלא השכילה להעלות טענה זו במועדה. על כך היא משלמת מחיר, בדמות חיובה בדמי שימוש עבור שנתיים-ימים, כפי שנפסק בבית המשפט המחוזי. מכל מקום, משמדובר בחיוב בלתי-מוצדק, במישור המהותי, ומחמת התוצאה שאליה הגעתי קודם לכן, אין מקום להרחבה נוספת של אותו חיוב בדמי שימוש; "על הראשונים אנו מצטערים ואתה בא להוסיף עליהם?" (רש"י, שמות יח, ב).

63. טרם סיום, לא אוכל מלהימנע מלציין, כי העניין שלפנינו, כמוהו כ׳נורת אזהרה׳: העובדה כי חברה קבלנית גדולה כמשה"ב, מרשה לעצמה לרמוס את הוראות הדין ברגל גסה, מתוך מודעות מלאה, מלמדת כי ההרתעה מפני פלישה למקרקעי הזולת, תוך פגיעה בזכויותיו הקנייניות – מצויה בשפל. דומה כי פולשים מניחים, שגם ביום פקודה, בתי המשפט ימנעו מלמצות עמם את הדין. עיון בפסקי הדין של בית משפט השלום, ושל בית המשפט המחוזי, מלמד כי הדברים אינם קלוטים מן האוויר, ויש להם על מה שיסמוכו. בית משפט השלום אמנם הגיע למסקנה כי נדרש לפצות את הדיירים, אך הלכה למעשה – לא העניק להם פיצוי. חיובה של משה"ב לפצות את הדיירים בגין הרווח שצמח לה מהפלישה – עומד בזכות עצמו, ואינו קשור לכך שהוחלט להימנע מלהורות על סילוק ידה. גם אם היה נפסק סילוק יד מכאן ולהבא, לא היה בכך כדי למנוע מתן פיצוי לדיירים מחמת הפלישה, עד למועד הסילוק בפועל. ממילא, הענקת פיצוי בגין רווח שהפיק הפולש מעצם הפלישה, אין די בה כדי לפצות על ההימנעות ממתן סעד של סילוק יד. פיצוי הדיירים בגין אי-מתן סעד של סילוק יד, נותר אפוא ׳על הנייר׳. בית המשפט המחוזי, נמנע מלהתערב בקביעה זו. אמנם, בפסק הדין בערעור נוסף פיצוי בדמות ׳דמי שימוש׳, אך זאת רק עבור השנתיים הראשונות, ולא במבט צופה פני עתיד. מעתה ואילך, יֵדע כל פולש פוטנציאלי, כי לא ניתן לפלוש בזדון למקרקעי הזולת, מבלי שיוצמד למעשיו ׳תג מחיר׳ הולם. פסק הדין בעניין רוקר, פתח אמנם פתח צר, ׳כחודו של מחט׳, המאפשר להימנע מסילוק ידם של פולשים; אך נזכור ונזכיר: זהו החריג ולא

הכלל. עלינו לשמור מכל משמר, שלא להרחיב פתח זה יתר על המידה, ולהפכו לפתח רחב כ׳פתחו של אולם׳; שאם לא כן, ״יצא שכרו בהפסדו״ (משנה, אבות ה, יא).

אחר הדברים האלה

64. עיינתי בחוות דעתה המחכימה של חברתי השופטת ר׳ רונן; לא אאריך, אאחוז את השור בקרניו. בניגוד לרושם הראשוני, המחלוקת שנפלה בינינו – אינה משפטית, כי אם עובדתית, פרשנית, ותחומה לדל״ת אמותיו של המקרה הקונקרטי: האם ניתן להסיק מחוות הדעת השמאית, שהוגשה לבית משפט השלום, כי לדיירים נגרם נזק בגובה דמי השימוש הראויים, או שמא אותם ׳דמי שימוש ראויים׳ כלל אינם מייצגים ׳נזק׳, כי אם חיוב מכוח עילה של ׳עשיית עושר ולא במשפט׳? זו ׳כל התורה כולה על רגל אחת; ואידך, פירושא הוא׳ (על-פי בבלי, שבת לא, ע״א).

65. מאז ומקדם ידענו, כי תביעה לתשלום ׳דמי שימוש ראויים׳ היא בעלת אופי דו-פרצופי. עיתים עשויה היא לעטות מחלצות נזיקיות, ועיתים פנים של ׳עשיית עושר׳ לה. ״ההבחנה העקרונית בין פיצויים לבין השבה עשויה להיטשטש במסגרת המושג של ׳דמי שימוש ראויים׳. דמי שימוש אלה עשויים לייצג את נזקיו של בעל הקרקע מחד גיסא, ואת עשיית העושר של הזוכה – מאידך גיסא. אבהיר את הדבר: מסיג הגבול, על-ידי פלישתו שלא כדין לקרקע של הזולת, מונע מבעלי הקרקע, בין היתר, להשכיר את חלקתו לאחר. מסיג הגבול, מצדו, ׳חוסך׳ על-ידי פלישתו לתחום הזולת את תשלום דמי השימוש הראויים שחייב היה לשלמם לו נכנס על-פי הסכם שכירות עם בעל הקרקע. נמצא, כי ׳דמי השימוש הראויים׳ עשויים לייצג, בעת ובעונה אחת, את נזקו של בעל הקרקע ואת רווחו של מסיג הגבול״ (ע״א 891/95 זידאני נ׳ אבו-אחמד, פ״ד נג(4) 769, 775-776 (1999)). עוד שנינו, כי ״אם שימושו של הנתבע בנכס מהווה עוולה של הסגת גבול, נתונה הברירה בידי התובע, אם לתבוע פיצויים בגין הנזק שהסבה לו העוולה האמורה או לתבוע דמי שימוש ראויים בעילה של עשיית עושר ולא במשפט. אם יבחר בחלופה השנייה, לא יידרש להוכיח שנגרם לו נזק ודי יהיה שיוכיח את התעשרותו של הנתבע״ (ע״א 588/87 כהן נ׳ שמש, פ״ד מה(5) 297, 320-321 (1991)). עלינו לבחון אפוא מכוח איזו עילה נתבעו, ונפסקו, אותם ׳דמי שימוש ראויים׳. האם ישנו ׳נזק׳ שבגינו נתבעו אותם דמי שימוש, או שמא לא הוכח נזק קונקרטי, והעילה לחיוב בדמי שימוש היא ׳עשיית עושר׳.

66. כאמור, ביסוד חוות דעתה של חברתי, חבויה הנחה מובלעת, שלפיה בניגוד לקביעתו העובדתית המפורשת של בית משפט השלום, הרי שלדיירים נגרם גם נגרם נזק מהפלישה. אותו נזק, מתבטא בכך שהדיירים יכלו, כביכול, להשכיר את השטח התת-קרקעי שאליו הוחדרו היסודות לגורם אחר, שאינו משה״ב, תמורת תשלום נאה של כמיליון ₪, סכום גבוה יותר מהתועלת שאותה הפיקה משה״ב מהפלישה. אלא מאי? כפי

שהדגשתי לעיל (ראו: פסקה 57 לחוות דעתי), בערעור ב׳גלגול שלישי׳ עסקינן, לפיכך, לצורך הכרעה בהליך שלפנינו, הדיון, המשפטי בעיקרו, נערך אך ורק על בסיסם של אותם ממצאים עובדתיים שנקבעו בפסק הדין של בית משפט השלום, מבלי לסור מהם ימין ושמאל.

67. עיון בפסק הדין של בית משפט השלום, מוליך למסקנה ברורה וחד-משמעית, שלפיה לדיירים לא נגרם נזק כלשהו מהחדרת העוגנים לשטחם. הדיירים לא יכלו להפיק תועלת כלכלית חלופית כלשהי מתת-הקרקע שמתחת לבניינם. גם הדיון סביב חיובה של משה"ב בדמי שימוש ראויים, לא סב סביב 'נזק' שנגרם לדיירים, כי אם מכוח עילה של 'עשיית עושר ולא במשפט'. כך צוין מפורשות בפסק הדין, כי "פרט לפגיעה הקניינית, לא נגרם כל נזק ממוני [לדיירים] מחד גיסא – לא פגיעה ביציבות הבניין שבו הם מחזיקים, לא פגיעה בשווי המקרקעין שבבעלותם (לפחות לא פגיעה הנובעת מהימצאות העוגנים במקרקעין)" (פסקה 42 לפסק הדין של בית משפט השלום; ההדגשה הוספה – נ' ס').

68. גם אם נתעלם מכך שמצויים אנו בערעור ב׳גלגול שלישי׳, הרי שגם לגופם של דברים, סבורני כי האינדיקציות כולן מלמדות על כך שאותם 'דמי שימוש ראויים', נפסקו מכוח עילה של 'עשיית עושר'; לא מכוח עילה נזיקית. כך עולה מפסק הדין של בית משפט השלום, כפי שצוטט לעיל. כך ניתן להסיק גם מטענותיהם של הדיירים: הדיירים לא טענו בשום שלב, וממילא לא הוכיחו, כי נגרם להם נזק קונקרטי, הנובע מכך שנמנעה מהם היכולת להשכיר את תת-הקרקע לגורם אחר. ברי אפוא, כי תביעתם לקבלת דמי שימוש ראויים יכולה היתה להתבסס רק על עילה של 'עשיית עושר'. כך גם עולה מטיעוניה של משה"ב לאורך ההליך, ללא שנשמעה הסתייגות לכך מצדם של הדיירים בשום שלב: משה"ב טענה בבית המשפט המחוזי, כי "לא ניתן לתבוע כפל פיצוי בגין אותה עילה. קרי, גם את טובת ההנאה (החיסכון) שצמחה [למשה"ב] בעילת עשיית עושר, וגם דמי שימוש ראויים (שעילתם בעשיית עושר) בגין השימוש שעשתה משה"ב במקרקעין" (פסקה 23 ל"תשובת המשיבה להתייחסות המערערים להחלטת בית המשפט מיום 7.4.2021" (נספח 2 לתשובת משה"ב לבקשת הרשות לערער); ההדגשה הוספה – נ' ס'). מתשובתה של משה"ב לבקשת הרשות לערער, עולה תמונה זהה. משה"ב טוענת, כי "[הדיירים] קיבלו פיצוי כפול ונוסף (בדמות דמי שימוש, בעילת עשיית עושר), שהם אינם זכאים לו כלל" (פסקה 94 לתשובת משה"ב לבקשת הרשות לערער; ההדגשה הוספה – נ' ס'). הנה כי כן, גם בחינה של הדברים לגופם, מובילה למסקנה כי לדיירים לא נגרם נזק מהפלישה, החיוב בדמי שימוש לא נבע מכוח עילה נזיקית, ואותם 'דמי שימוש ראויים' נפסקו רק מכוח עילה של 'עשיית עושר'.

69. זאת ועוד, כפי שהיה רגיל על לשונו של השופט א' רובינשטיין (כתוארו אז), 'השכל הישר אף הוא חבר כבוד במועדון המשפט' (ראו: דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פסקה יב (9.1.2012); ע"א 5884/08 כפר ויתקין מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה יד (26.8.2010)). גם אם נתעלם מכל האמור עד כה, די בקורטוב של 'שכל ישר' כדי לפזר את הערפל. פרשנות המעניקה גוון 'נזיקי' לאותם 'דמי שימוש', משמעה, כי אלמלא הפלישה, יכלו אותם דיירים 'לעשות כסף מחול' ולהשכיר את תת-הקרקע, במצבה היא, תמורת סכום פנטסטי של כ-20,000 ₪ לשנה, לגורם חיצוני כלשהו; גורם עלום, שלא ניתן כל הסבר מה שימוש יכול היה לעשות בתת-הקרקע, שכזכור, עומדת בשיממונה ביובל השנים האחרונות, מעת שנבנה בניין הדיירים, מבלי שמאן דהוא גילה בה כל עניין.

70. חברתי מציינת אמנם, כי "משאומצה עמדת המערערים ונקבע כי <u>האפשרות לשימוש אלטרנטיבי במקרקעין</u> (ששוויה לפי חוות הדעת השמאית עומד על 19,416 ש"ח לשנה) <u>תימנע מהדיירים למשך 50 שנים בשל הימצאם של העוגנים</u>, מתחייבת המסקנה לפיה התמורה האלטרנטיבית שנמנעה מהם עומדת על סכום כולל של כמיליון ₪" (פסקה 9 לחוות דעתה; ההדגשה הוספה – נ' ס'). דא עקא, לדברים אין עיגון במצע העובדתי שהונח לפתחנו. אדרבה, באותה חוות דעת שמאית עצמה, שעליה נסמכת חברתי, נאמר אחרת: "לגבי העתיד, כתוצאה מקיום העוגנים, לכשיבנו בניין חדש במקום הבניין של [הדיירים], העוגנים יוסרו באופן אוטומטי, ויפונו מהשטח ללא כל מאמץ מיוחד, וללא תוספת עלויות" (עמוד 5 לחוות הדעת של השמאי מרזוק). הווי אומר, גם אם בעתיד יבקשו הדיירים להרוס את הבניין ולבנות תחתיו בניין חדש, הרי שאז ניתן יהיה לשלוף אותם עוגנים, ואין בהמשך הימצאותם מתחת לבניין הדיירים כדי לגרום נזק כלשהו. ממילא, השכל הישר מתקשה למצוא אותו נזק חמקמק שנגרם לדיירים. ממה נפשך: כל עוד עומד בניינם הרעוע של הדיירים על תילו, אף לולא פלישתה של משה"ב, אין יכולת לעשות שימוש אחר בתת-הקרקע. ככל שייהרס בניין הדיירים וייבנה אחר תחתיו, ניתן יהיה לשלוף את העוגנים במהירות ובקלות. כאמור, כדי להוכיח נזק, יש צורך בקיומו של 'נזק קונקרטי' ומבוסס. אין די בספקולציות, או בנזק ערטילאי שאינו מעוגן בעובדות המקרה. מה גם, שעניינו בפרשנות הנכונה שאותה יש להעניק לחוות הדעת השמאית. יש לבחור אפוא אותו פירוש המתיישב עם הגיונם הפשוט של הדברים, עם השכל הישר. די בכך, כדי להגיע למסקנה דומה לזו שאליה הגיע גם בית משפט השלום, כי חוות הדעת השמאית, לא נועדה, וממילא לא התיימרה, לטעון לנזק כלשהו שנגרם לדיירים, אלא אך לשום את 'דמי השימוש הראויים' מכוח עילה של 'עשיית עושר'.

71. סוף דבר: אציע לחברַי כי נקבל חלקית את ערעור הדיירים, כדלקמן: בנוסף לסכומי-הכסף שבהם חויבה בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, תשלם משה"ב לדיירים, המבקשים 1-8, סך של 74,300 ₪, כסעד חלופי לסעד של סילוק יד, בתוספת ריבית והצמדה, החל מיום 14.5.2018, הוא המועד שבו ניתנה חוות הדעת השמאית של מומחה בית המשפט. את כל יתר הטענות שהעלו הדיירים ומשה"ב – אציע לדחות.

עוד אציע, נוכח התוצאה שאליה הגעתי, ובהתחשב בכך שבית משפט השלום, וכמוהו גם בית המשפט המחוזי, לא פסקו הוצאות לטובת הדיירים, כי משה"ב תשא בהוצאות הדיירים בכל הערכאות, בסכום כולל של 100,000 ₪.

ש ו פ ט

<u>השופטת ר' רונן</u>:

1. כפי שהבהיר חברי, השופט נ' סולברג, בחוות דעתו המפורטת, מתייחס הערעור שבפנינו להשלכה של הפלישה של המשיבה (להלן: משה"ב) למקרקעין של המערערים, כדי להקים מתחת לפני הקרקע את ה"עוגנים הזמניים". השאלה התעוררה לאחר שהפלישה התבצעה והושלמה, העוגנים הוחדרו מתחת לפני הקרקע והשימוש בהם מוצה מבחינת משה"ב. ההכרעה במחלוקת נוגעת לסעדים המתאימים שהמערערים זכאים להם בגין הפלישה האמורה. כפי שעולה מפסק דינו של בית משפט השלום, המערערים עתרו בפניו הן לסעד של סילוק יד והן לסעדים כספיים – בגין שווי חלק מהחיסכון שצמח למשה"ב בזכות השימוש בחלופת העוגנים; בגין דמי שימוש ראויים בעבור השארת העוגנים; ובגין שווי הנזקים שנגרמו לבניין ולדירותיהם (ר' סעיף 44 לפסק דינו של בית משפט השלום).

2. חברי השופט נ' סולברג קבע בחוות דעתו כי אין מקום להעניק למערערים סעד של סילוק יד וזאת משני טעמים. ראשית, מאחר שהמערערים אינם מייצגים את כלל דיירי הבניין אלא דיירים ב-4 מתוך 12 דירות בבניין בלבד, כאשר הסעד של סילוק יד יחייב בפועל הריסה של הבניין בו מתגוררים הדיירים כולם ובנייתו מחדש; ושנית, מאחר ששיקולי הרתעה ואיזון האינטרסים בין הצדדים אינם מובילים לסעד של סילוק יד. בהקשר זה ציין חברי שמבחינתה של משה"ב – היא הפיקה את מלוא התועלת מהפלישה, ולכן התנגדותה לסילוק היד נובעת רק מהעובדה שהיא אינה מעוניינת לשאת בעלויות

של הסילוק. בנסיבות כאלה, כך גורס חברי, אין מקום להורות על סעד של סילוק יד, שיביא בפועל להגנה קניינית חזקה יותר על "פלישות" שהעלות של סילוקן היא יקרה יותר מאשר על כאלה שעלות סילוק היד לגביהן היא נמוכה יותר. לשיטתו, יש לבצע בנסיבות כאלה איזון אינטרסים בין הפולש לבין בעל הקרקע (כפי שנקבע בפסק הדין בעניין רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) (להלן: עניין רוקר)) – איזון שאינו מוביל למסקנה לפיה יש להורות על סילוק יד בפועל, ואף לא על סעד כספי המשקף את שווי סילוק היד (קרי עלות ההריסה והבנייה מחדש של הבניין לצורך סילוק העוגנים).

בסופו של דבר מצא חברי כי יש לפסוק לזכות המערערים סעד העומד על כפל פיצוי בגין הרווחים שהפיקה משה"ב, הפולשת, מהפלישה (ראו בפסקה 55 לחוות דעתו). בנסיבות המקרה דנן, מדובר בעלות האלטרנטיבית שנחסכה ממשה"ב ושהיה עליה לשאת בה אילו הייתה בוחרת מראש בפתרון הנדסי שאינו כרוך בפלישה למקרקעי המערערים (קרי הקמת "קיר סלארי"). בחירה בפתרון זה הייתה מייקרת את הבנייה עבור משה"ב בסכום של 218,000 ש"ח, ולכן פסק חברי כי על משה"ב לשלם את כפל הסכום הזה (בהתאם לחלקם היחסי של המערערים בבניין).

3. כפי שיפורט להלן, עמדתי היא שונה. ראשית, מקובל עלי שככלל, כאשר משה"ב (או חברה קבלנית אחרת), מבקשת לבצע עבודות במקרקעין של הזולת, עליה לעשות זאת ברשותם של בעלי המקרקעין ולא תוך פלישה למקרקעין שלהם. הדברים הם ברורים ונובעים ממהותה של זכות הקניין, כזכות המאפשרת לבעל הקניין לשלוט במקרקעין שלו ולהחליט מי יוכל להיכנס אליהם ובאילו תנאים (לפסקי הדין הרבים של בית משפט זה שהעניקו הגנה רחבה על זכות הקניין של הפרט, ראו את הסקירה בבג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקאות 37-39 (9.6.2020)).

כן מקובלת עלי מסקנתו של חברי לפיה אין מקום לפסוק במקרה דנן סעד של סילוק יד. אמנם, כפי שמציין בצדק חברי, אף אם ייפסק סעד שכזה, אין הדבר מחייב בהכרח כי הבניין בו מתגוררים הדיירים ייהרס. כך, אילו היו המערערים ומשה"ב הצדדים היחידים שצו סילוק היד עתיד היה להשפיע עליהם, קיימת אפשרות סבירה כי הם היו משכילים להגיע לפשרה שהייתה מונעת את הריסת הבניין (ראו בפסקה 29 לחוות דעתו של חברי, וההפניות שם; כן ראו אריאל פורת "דיני הנזיקין" הגישה הכלכלית למשפט 330-331 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (להלן: פורת)). ואולם, שעה ששני שליש מדיירי הבניין אינם צד להליך המשפטי שלפנינו, וממילא לא ברור מה יהיו עמדתם ומקומם במשא ומתן עתידי בין המערערים לבין משה"ב, קיים קושי משמעותי להורות

על סעד של סילוק יד. לכן, יש להידרש לשאלה מהו הסעד הכספי הנכון שיש לפסוק לזכות הדיירים. בהקשר זה – וכפי שקבע חברי, אנו מצויים ב"ארץ האפשרויות הבלתי מוגבלות" (ר' פסקה 25 לפסק דינו).

4. אני סבורה כי לצורך בירור השאלה הזו, יש להבחין בין שני סוגי מקרים בהם מבקשת חברה קבלנית לעשות שימוש במקרקעי הזולת לצורך בנייה שהיא מבצעת על המקרקעין שלה: מקרה בו עלות הבנייה האלטרנטיבית של החברה הקבלנית (במקרה דנן – הקמת הקיר הסלארי) היא נמוכה יותר מערך השימוש האלטרנטיבי של הדיירים במקרקעין; ומקרה בו עלות הבנייה האלטרנטיבית של החברה הקבלנית גבוהה יותר מערך השימוש האלטרנטיבי של הדיירים במקרקעין. במקרה האחרון ורק בו, השימוש של החברה הקבלנית במקרקעין הוא יעיל ורצוי, ולכן רק במקרה זה קיימת אפשרות תיאורטית שהחברה הקבלנית והדיירים היו כורתים ביניהם הסכם שהיה מייתר את הפלישה. במקרים האחרים, צדדים רציונליים לא היו יכולים להתקשר ביניהם בעסקה, וכפי שיובהר להלן, לכך צריכה להיות לטעמי השלכה מכרעת על סוג הסעד וגובהו כאשר החברה הקבלנית פולשת לקרקע של הדיירים.

5. נדגים את המקרה הראשון בדוגמה מספרית: נניח שחברה קבלנית מעוניינת לבצע בנייה בחצר של בניין משותף לצורך הקמת מתקן תומך במהלך בנייה שעתידה להימשך 3 שנים. נניח שהדיירים יכולים לעשות שימוש בחצר הזאת ולהשכיר אותה כחצר של גן ילדים תמורת סכום של 100,000 ש"ח לשנה. נניח שאם החברה הקבלנית לא תוכל לעשות שימוש בחצר, יהיה עליה לבנות את המתקן התומך בעלות של 100,000 ש"ח. בנסיבות כאלה, עסקה בין הדיירים לבין החברה הקבלנית מלכתחילה אינה יכולה הייתה להיכרת, אף לו הייתה החברה פונה לדיירים ומציעה להם להתקשר איתם בעסקה כזו. זאת, שכן במהלך 3 שנות הבנייה יוכלו הדיירים לקבל עבור המקרקעין מהשכרתם סכום של 300,000 ש"ח, ולכן הם לא יסכימו להעמיד את המקרקעין לרשות החברה הקבלנית תמורת סכום נמוך יותר. מנגד, החברה הקבלנית לא תסכים לשלם לדיירים סכום העולה על 100,000 ש"ח – שכן תמורת סכום זה היא תוכל לבצע את הבנייה בדרך אלטרנטיבית.

המסקנה, אם כן, היא כי במצב דברים זה לא תוכל להתבצע עסקה בין הדיירים לבין החברה הקבלנית. גם מבחינת התועלת החברתית המצרפית, התוצאה היעילה ביותר היא כי הדיירים לא יאפשרו לחברה הקבלנית לעשות שימוש במקרקעין, אלא כי ייעשה במקרקעין השימוש היעיל יותר – קרי השכרתם על ידי הדיירים למאן דהוא אחר (למשל גן-הילדים) באופן שיאפשר להפיק מהם תועלת גבוהה יותר.

6. ואולם, פני הדברים הם שונים כאשר מדובר במקרה ההפוך, בו העלות האלטרנטיבית מבחינת החברה הקבלנית היא גבוהה יותר מאשר הסכום שהדיירים היו יכולים להפיק מהמקרקעין אילו הם היו עושים בהם שימוש אחר. במקרה כזה, התוצאה הרצויה, הן מבחינת הצדדים לעסקה והן מבחינת התועלת החברתית הכוללת, היא קיומה של עסקה בין הדיירים לבין החברה הקבלנית, באשר היא משקפת את השימוש המיטבי במקרקעין. אם נחזור לדוגמה המספרית, נניח עתה כי העלות האלטרנטיבית מבחינת החברה הקבלנית לביצוע המבנה התומך היא עלות של מיליון ש"ח. בנסיבות אלה, בהנחה שאין מבחינת החברה הקבלנית עלויות נוספות להקמת המבנה התומך במקרקעי הדיירים ולפירוקו, תהיה החברה הקבלנית מוכנה אם כן לשלם לדיירים סכום העולה על דמי השכירות האלטרנטיביים לפרק הזמן של הבנייה אשר כזכור מסתכמים ב-300,000 ש"ח, והנופל מהעלות האלטרנטיבית שהיה עליה לשלם (קרי, בין 300,000 למיליון ש"ח). עסקה כאמור היא עסקה שתועיל הן לדיירים והן לחברה הקבלנית, ולכן היא עסקה יעילה ורצויה.

יחד עם זאת, עסקה כזו אינה יכולה תמיד לצאת אל הפועל, וזאת לאור קיומן של "עלויות עסקה". במילים אחרות, ישנם מקרים בהם כניסה למקרקעין לצורך ביצוע עבודות בהם היא התוצאה היעילה ביותר עבור כל הנוגעים בדבר, וחרף זאת – מונעות הנסיבות מהצדדים את האפשרות להגיע להסכמה שתועיל לשניהם.

7. לאור מכלול הנסיבות שנקבעו על ידי בתי המשפט קמא במקרה דנן, אני סבורה כי המקרה שבפנינו הוא מקרה מהסוג הראשון – קרי מקרה בו עסקה בין הדיירים לבין משה"ב לא הייתה אפשרית מלכתחילה, והיא אף איננה יעילה ורצויה. משכך, מתחייבת המסקנה כי סעד בגובה העלות האלטרנטיבית בה הייתה נושאת משה"ב לולא הייתה עושה שימוש במקרקעין הוא בהכרח פיצוי חסר עבור הדיירים, שכן שווי השימוש האלטרנטיבי בקרקע עבורם גדול מסכום זה.

8. כך, מחוות דעתו של השמאי המומחה מטעם בית המשפט, שהוגשה לבית משפט השלום ואומצה גם על ידי בית המשפט המחוזי בעמ' 10-12 בפסק דינו (להלן: חוות הדעת השמאית), עולה כי דמי השימוש הראויים במקרקעין נושא הפלישה עומדים על סכום של 19,416 ש"ח לשנה (ראו בעמ' 10 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי; כן ראו בעמ' 8 לחוות דעת המומחה מטעם בית המשפט שצורפה כנספח 8 לתשובת משה"ב). מפסקי הדין שלמטה לא עולה תשובה ברורה לשאלה מהו משך התקופה בה עתידים

להיוותר העוגנים במקרקעין, ואולם אין מחלוקת שבמועד זה או אחר הם עתידים להתפורר.

לגישת המערערים, יחלוף עוד פרק זמן של עשרות שנים עד שהעוגנים יתפוררו בקרקע, ולכן יש להעמיד את דמי השכירות שייפסקו לזכותם על 50 שנים (סעיף 55 לבקשת רשות הערעור). משה"ב חולקת על טענה זו, ואולם היא לא הציגה ראיות מהן ניתן היה להסיק מהו משך הזמן שלאחריו יתפוררו העוגנים. אני סבורה שהנטל לעניין זה רובץ לפתחה של משה"ב, שכן העוגנים הם של משה"ב, משה"ב היא שהניחה אותם בקרקע, וממילא למשה"ב יש כלים ראייתיים עדיפים כדי להוכיח מהם המאפיינים ההנדסיים של העוגנים וכמה שנים יחלפו עד שהם יתפוררו. משעה שמשה"ב לא הוכיחה את עמדתה בסוגיה זו, יש לאמץ את טענת המערערים (כפי שעולה גם מפסקה 3 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג, שאף דחה בהקשר זה את קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה פרק הזמן הרלוונטי הוא של שנתיים).

9. משאומצה עמדת המערערים ונקבע כי האפשרות לשימוש אלטרנטיבי במקרקעין (ששוויה לפי חוות הדעת השמאית עומד על 19,416 ש"ח לשנה) תימנע מהדיירים למשך 50 שנים בשל הימצאם של העוגנים, מתחייבת המסקנה לפיה התמורה האלטרנטיבית שנמנעה מהם עומדת על סכום כולל של כמיליון ש"ח (סכום של 19,416 ש"ח לשנה לתקופה של 50 שנים). על כן, גם בהתעלם מעלויות העסקה, לא היו הדיירים, כצדדים רציונליים, מסכימים לקבל ממשה"ב כל סכום הנופל מסכום זה כנגד הקמת העוגנים במקרקעין שלהם (או לפחות סכום הנופל מהערך המהוון של הסכום האמור, העולה אף הוא – בהתאם לשיעורי הריבית השונים – על הסכום של 218,000 ₪). מן העבר השני, בטרם הפלישה, לא הייתה משה"ב מסכימה לשלם לדיירים סכום העולה על 218,000 ש"ח, מאחר שתמורת סכום זה היא הייתה יכולה להקים את הקיר הסלארי ולהימנע מהצורך להיכנס למקרקעי המערערים ולשלם להם. כאמור, גם הסכום המהוון עולה על הסך של 218,000 ₪. משכך – עסקה בין משה"ב לבין הדיירים בנסיבות המקרה דנן, לא הייתה עסקה בת-ביצוע.

בנסיבות אלה, הדרך הנכונה והיעילה הייתה כי משה"ב תבצע את הבניה בדרך האלטרנטיבית (קרי הקמת הקיר הסלארי) בעוד שהדיירים יעשו בקרקע את השימוש האלטרנטיבי העדיף, שהיה מניב להם – כך עולה מחוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט ונובע מפסק דינו של בית המשפט המחוזי - הכנסה שנתית של 19,416 ש"ח.

10. במצב דברים כזה, בו מלכתחילה לא הייתה יכולה להיכרת עסקה בין הצדדים, אין כל טעם לפצות את הדיירים לפי דיני עשיית העושר ולא במשפט, בסכום שישקף את הערך אותו הפיקה משה"ב מפלישתה למקרקעין. פיצוי שכזה בהכרח לא יפצה את הדיירים על נזקיהם, שהרי הערך אותו הם רואים בקרקע עולה על הערך שמשה"ב רואה בה.

11. בנסיבות אלה אני סבורה כי הפיצוי שיש לפסוק לזכות הדיירים בשל הפלישה של משה"ב למקרקעין שלהם צריך להיות מחושב כפיצוי נזיקי (מכוח סעיף 29 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). הנזק של הדיירים עומד – כפי שהובהר לעיל – על סכום דמי השימוש שהמקרקעין היו יכולים להניב להם אלמלא הייתה משה"ב מניחה בהם את העוגנים, סכום העומד בנסיבות העניין על הערך המהוון של דמי השימוש שהדיירים היו יכולים להפיק מהמקרקעין. על כן, לו הייתה עמדתי נשמעת, היה מקום לפסוק לזכות המערערים סכום העומד על שליש מהסכום האמור (שכן המערערים הם בעלים של שליש מהדירות בבית המשותף המצוי על המקרקעין).

12. אכן, גם הפיצוי שמציע לפסוק חברי השופט נ' סולברג, בסך פעמיים החיסכון שנוצר למשה"ב מהפלישה לקרקע, יוצר תמריץ שלילי עתידי לחברות קבלניות במצבה של משה"ב שלא לפלוש אל הקרקע בנסיבות דומות. ואולם, ישנם טעמים המצדיקים לגישתי לבחור בפיצוי המוצע על ידי – כלומר, בפיצוי המבוסס על דמי השימוש להם זכאים המערערים – ולא בכפל הפיצוי מכוח דיני עשיית העושר כפי שמציע חברי:

ראשית, וכפי שציינתי לעיל, פיצוי בגובה דמי השימוש האלטרנטיביים הוא שיעניק תרופה למערערים על הנזקים הריאליים שהסבה להם משה"ב, וישיב את מצבם לקדמותו אלמלא הפלישה מסיגת הגבול.

שנית, ובהסתכלות רחבה יותר, פיצוי זה אף מהווה מענה ראוי לבעיה שיצרה משה"ב כשכפתה על הדיירים ועל השוק ביצוע "עסקה" לא יעילה. במעשיה החד-צדדיים שללה משה"ב מן השוק עסקה עדיפה, יעילה יותר – בה היו המקרקעין נושא המחלוקת מוקצים לגורם אחר שהיה מעריך אותם בשווי גבוה יותר מהשימוש שעושה בו משה"ב. על משה"ב להפנים עלות זו במלואה, בכך שתפצה את הדיירים בגובה התמורה שהייתה יכולה להשתלם להם באותה עסקה אלטרנטיבית.

13. פסיקת סעד בגובה דמי השימוש של המקרקעין, מאפשרת ליהנות מחלק מן ההשלכות החיוביות שהיו מתקבלות אילו היה ניתן סעד של סילוק יד, מבלי שבפועל

יינתן סעד שכזה. כידוע, סעד של סילוק יד איננו רק סעד צודק, אלא שהוא גם מאפשר להגיע לתוצאה יעילה בהתערבות שיפוטית מינימלית כאשר העלויות הכרוכות בכריתת הסכם פשרה בין הצדדים נמוכות. כך, אם ערך המקרקעין מבחינתו של הפולש הוא גבוה יותר מערכם עבור הבעלים, יגיעו הצדדים לפשרה במסגרתה יבוטל צו סילוק היד כנגד תשלום דמי שכירות הולמים מן הפולש לבעל המקרקעין. ואולם, אם הערך של המקרקעין עבור בעליהם גבוה מזה שהפולש מוכן לשאת בו – צו סילוק היד ייצא אל הפועל, וממילא תושג התוצאה היעילה (פורת, 330-331). כך או אחרת, סעד סילוק היד מאלץ את הפולש להפנים למעשה את הערך שרואה בעל המקרקעין בקרקע. סעד הפיצוי בגובה דמי השימוש מאלץ אף הוא את משה"ב להפנים את התמורה ששללה מן הדיירים כאשר היא בחרה לפלוש לשטחם, באופן הדומה במובנים מסוימים לתועלות שבסעד סילוק היד.

14. אכן, פיצוי בגובה דמי השימוש איננו יכול להיות תחליף מושלם לסעד של סילוק יד, שכן לבית המשפט קיים קושי ממשי להעריך מהו שווי השימוש האלטרנטיבי שרואים בעלי המקרקעין ברכושם, ועליו להסתמך על הערכות שווי אובייקטיביות של מומחים. בכך, קיים סיכון לשגיאה מצד בית המשפט, שיעריך את שווי השימוש בקרקע בסכום נמוך מהערך שמוצאים בה בעליהם (Richard A. Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 87 (8th ed. 2011)). ואולם, כפי שציינתי לעיל וכפי שהרחיב גם חברי השופט נ' סולברג בחוות דעתו, בנסיבות המקרה דנן אין אפשרות ריאלית להורות על סעד של סילוק יד. פסיקת הפיצוי בגובה דמי השימוש האלטרנטיביים היא לטעמי האפשרות השנייה הטובה ביותר, ולכן בנסיבות המקרה דנן נכון היה לבחור בה.

15. במסגרת פסק הדין הנוכחי אין מקום וצורך להתייחס למקרים מהסוג השני, בהם שווי השימוש האלטרנטיבי של הדיירים נמוך יותר מהעלות החלופית לשימוש בקרקע מבחינת החברה הקבלנית (כפי שהיה המצב אילו העלות האלטרנטיבית להקמת העוגנים מבחינת משה"ב הייתה עולה על ערך דמי השימוש שהדיירים היו יכולים להפיק מהמקרקעין). כפי שהבהרתי לעיל, במקרים כאלה – התוצאה של עסקה שתאפשר לחברה הקבלנית לעשות שימוש במקרקעי הדיירים היא התוצאה היעילה יותר מבחינה כלכלית. במקרים אלה, אם מבקשת החברה הקבלנית לעשות שימוש במקרקעי הזולת, עליה לפנות לבעלי המקרקעין בניסיון לנהל איתם משא ומתן שעשוי להבשיל לכדי עסקה שתיטיב עם שני הצדדים לה (היינו, תשלום לדיירים של סכום העולה על דמי השימוש האלטרנטיביים שהם עשויים לקבל תמורת השכרת המקרקעין; ושנופל מהעלות האלטרנטיבית של החברה הקבלנית). אם מושגת התוצאה הזו, אין עוד צורך כמובן בהתערבות של בית המשפט (וראו גם: Louis Kaplow & Steven M. Shavell,

Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis, 109 Harv. L. Rev. 713 733-734 (1996).

16. יחד עם זאת, עסקה כזו לא תצא תמיד לפועל בשל קיומן של עלויות עסקה שכתוצאה מהן – אף שעסקת המקרקעין היא יעילה עבור כל הצדדים המעורבים, קיים חשש ממשי כי הם לא ישכילו להגיע להסכמה. כך למשל, עשויה להימנע עסקה בנסיבות של ריבוי בעלים. בנסיבות כאלה, לא זו בלבד שטמונה עלות רבה בעצם קיום המשא ומתן עם גורמים רבים, אלא שקיומה של תופעת סחטנות מצד מקצת הדיירים עלולה למנוע את כריתת הסכם (ראו לעניין זה את הדוגמה שהובאה במאמרם המפורסם של המלומדים קלברזי ומלמד Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, ***Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral***, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1106-1107 (1972)).

17. מה דינה של פלישה במקרה כזה, בו רק עלויות העסקה מונעות קיומה של הסכמה? אינני סבורה כי יש מקום במסגרת פסק הדין הנוכחי להידרש לשאלה זו. המענה לה מחייב התייחסות לזכות הקניין ולמגבלות המסוימות שאפשר אולי להטיל עליה. בפסק הדין שניתן בעניין רוקר, הסכימו כל שופטי ההרכב (הן שופטי הרוב והן שופטי המיעוט) כי לבית המשפט מסור שיקול דעת להעדיף בנסיבות חריגות פסיקה של סעד כספי על פני מתן צו לסילוק יד. זאת, בין היתר לאור עוצמתה של זכות הקניין ועוצמת הפגיעה בה (ראו שם, בפסקאות 8-9 לפסק דינו של הנשיא א' ברק ובפסקה 17 לפסק דינו של השופט י' טירקל. כן ראו: ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה, פסקה 13 (19.2.2012)). כאמור, אין מקום להרחיב את הדיבור בשאלה מה יהיה הסעד שייפסק לזכות הדיירים בנסיבות כאלה. כן אין מקום להידרש למקרה בו החברה הקבלנית הפולשת כלל לא פנתה לדיירים ולא ניסתה לנהל איתם משא ומתן, אלא פלשה למקרקעין שלהם וביצעה בהם את הבנייה (אף שאילו היא הייתה פונה אליהם, הסכמה בין הצדדים הייתה אפשרית). שאלות מורכבות אלה אינן מתעוררות בנסיבות המקרה דנן, וניתן להותיר את ההכרעה בהן לעתיד לבוא.

18. בטרם סיום, ובתגובה להערות חברי השופט סולברג (בפסקאות 64-70 לחוות דעתו), אעיר בשולי הדברים כי לטעמי (ובניגוד לעמדתו של חברי), המסקנה על אודות קיומו של נזק לדיירים היא מחויבת המציאות מפסקי הדין של בתי המשפט קמא, שבקביעות העובדתיות שלהם איננו מתערבים. אף שלמקרקעין של הדיירים לא נגרם נזק פיזי כתוצאה מהפלישה, הרי המסקנה ההכרחית מחוות הדעת השמאית היא כי נגרם להם נזק כספי בשל העדר האפשרות להפיק מהמקרקעין דמי שימוש ראויים בשיעור אותו

קבע השמאי. הפן של החיסכון בדמי השימוש מבחינת הפולש, הוא תמונת המראה של הפן של הנזק שנגרם לבעל הקרקע. כפי שעולה מפסק הדין בע"א 891/95 זידאני נ' אבו-אחמד, פ"ד נג(4) 769, 775-776 (1999) (שנזכר בפסקה 65 לחוות דעתו של חברי), על-ידי פלישתו שלא כדין לקרקע של הזולת, מונע מסיג הגבול מבעל הקרקע להשכיר את חלקתו לאחר תמורת דמי השימוש שיכול היה לקבל בתמורה לכך; בעוד שמסיג הגבול "חוסך" על-ידי כך את תשלום דמי השימוש הראויים שהוא היה עתיד לשלם אילו היה מתקשר בהסכם שכירות עם בעל הקרקע. מכאן, שהמסקנה מחוות הדעת השמאית של המומחה מטעם בית המשפט (שמסקנותיה לא היו שנויות במחלוקת ואף אומצו על ידי בית המשפט המחוזי), היא כי דיירי הבניין היו יכולים להפיק דמי שימוש מהקרקע בשיעור שנקבע על ידיו – ומבחינה זו הפלישה הזיקה להם. את המסקנה הזו יש לאמץ, בלא להידרש לרציונל שעמד מאחורי חוות הדעת הזו או לשאלה האם היא עולה בקנה אחד עם "השכל הישר".

ש ו פ ט ת

השופט ח' כבוב:

מחלוקת נפלה בין חברי השופט נ' סולברג, ובין חברתי השופטת ר' רונן, בדבר אופן חישוב הפיצוי חלף הסעד של סילוק יד, בנסיבותיו הייחודיות של המקרה דנן. בשים לב לאופי הפגיעה בזכות הקניין של הדיירים, דעתי היא כדעת חברי השופט נ' סולברג, ואני מצרף הסכמתי לחוות דעתו המקיפה, על טעמיה ומסקנותיה.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק הדין של השופט נ' סולברג, אליו הצטרף השופט ח' כבוב, כנגד דעתה החולקת של השופטת ר' רונן.

ניתן היום, ו' באב התשפ"ב (3.8.2022).

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט ת

לעיון
למקור *
29463*