בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 2236-06-15 הרברט ואח' נ' משהב חברה לבניין ופיתוח בע"מ

לפני כבוד השופט עמית יריב

התובעים:
1.נמחק
2.נמחקה
3.ישראל מאיר כהן
4.שרה כהן
5.משה שוודרון
6.חיה שוודרון
7.ישראל לינדנפלד
8.שרה לינדנפלד
9. מרים רחל מילר
10. חיים שמשון מילר
ע"י ב"כ עו"ד אבי עמבר

נגד

הנתבעת:
משהב חברה לבניין ופיתוח בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד מרדכי רז ועו"ד עדיאל דהן

<u>פסק דין</u>

1. לפניי בקשה לסילוק יד ובצידה תביעה כספית.

רקע עובדתי

2. התובעים הם בעלי זכויות בבית משותף בן 12 דירות, הבנוי במקרקעין ברחוב אפשטיין 5 בבני ברק, הידועים גם כגוש 6123 חלקה 482 (להלן: "**שטח התובעים**"), כדלקמן:

א. התובעים 3 ו-4 (ישראל מאיר ושרה כהן) – תת-חלקה 4, עם 45/578 ברכוש המשותף;

ב. התובעים 5 ו-6 (משה וחיה שוודרון) – תת-חלקה 8, עם 45/578 ברכוש המשותף;

ג. התובעים 7 ו-8 (ישראל ושרה לינדנפלד) – תת-חלקה 11 עם 45/578 ברכוש המשותף;

ד. התובעים 9 ו-10 (מרים רחל וחיים שמשון מילר) – תת-חלקה 5 (מכוח הערת אזהרה על זכויות הבעלים הרשומים, ה"ה בורוש ואחרים) עם 62/578 ברכוש המשותף.

יוער, כי התובעים 1 ו-2 תבעו במסגרת התביעה המקורית, אולם עם הגשת כתב התביעה המתוקן, נמחקו מן ההליך.

3. הנתבעת היא חברת בניה שהיא היזמת והמבצעת בפועל של מיזם תמ"א 38 (2) ברחוב הבנים 19-21 ברמת גן (להלן: "**הפרויקט**"), הגובל בשטח התובעים.

4. ביום 6.2.2013 הוגשה לעיריית רמת גן בקשה מספר 2013065 למתן היתר בניה בפרויקט, הכולל הריסת שני הבניינים הקיימים ותחתם בניית שני בניינים חדשים בני 8 קומות + גג מעל קומת כניסה ושלוש קומות מרתף משותף לחנייה.

5. ביום 10.2.2013 פרסמה הוועדה המקומית את דבר הגשת הבקשה להיתר בניה ולהקלות, ופרסום נוסף בוצע ביום 12.2.2013.

6. ביום 26.5.2013 החליטה הועדה המקומית לשוב ולדון בבקשה להיתר, וביום 6.3.2013 החליטה ועדת משנה לאשר את הבקשה בתנאים תוך ציון העובדה שלבקשה לא התקבלו התנגדויות.

ביום 10.10.2013 נערך פרסום נוסף לאישור ההקלות.

ביום 23.10.2013 הגישו התובעים התנגדות להקלות מנימוק תכנוני (חסימת אויר ואור) ומנימוק קונסטרוקטיבי בלבד (פגיעה ביסודות, קירות ותשתית בשטח התובעים).

7. ביום 26. 1.2014 החליטה ועדת המשנה להעביר את הבקשה לישיבה הבאה מחוסר זמן, וביום 2.2.2014 הוסרה הבקשה להיתר מסדר היום.

8. ביום 16.2.2014 החליטה הועדה לאמץ את החלטתה מיום 9.3.2016 ולאשר 77 יחידות בלבד (מתוך 81) בתנאים המפורטים בהחלטה.

9. ביום 2.3.2014 נערך דיון חוזר בוועדה. הועדה החליטה להשאיר על תוקפה את ההחלטה מיום 16.2.2014. בהחלטה נרשם כי בהתאם לסעיף 152 לחוק התכנון והבניה מי שרואה עצמו נפגע מההחלטה לסרב לתת היתר או לדחות את התנגדותו, רשאי לערער בפני ועדת הערר תוך שלושים יום מיום שהומצאה לו ההחלטה בדבר הסירוב או הדחייה.

10. ביום 21.7.2014 ניתן היתר בניה מספר 2013333 להריסת הבניינים הקיימים והקמת שני בניינים בני שמונה קומות וחצי עם קיר משותף מעל הקרקע, ובהם בסך הכול 77 יחידות דיור (להלן: "**היתר הבניה**").

11. ביום 1.5.2014 הושלמו כל התנאים למתן היתר הבנייה, שולמו ההיטלים והאגרות וניתן היתר הבנייה כדין.

12. בחודש אוגוסט 2014 נערך פרסום נוסף לאישור ההקלות, ובתאריך 28.10.2014 החליטה ועדת משנה לדחות את ההתנגדויות, בין היתר, בנימוק כי "המבוקש תואם לזכויות הבניה שבתב"עות החלות על המגרש ולתמ"א 38" וכן החליטה לאשר את הבקשה בתנאים המפורטים בהחלטה.

13. ביום 1.9.2014 הושלם הליך פינוי כל הדיירים בבניינים 19-21 והחלו עבודות הבנייה לפי היתר הבנייה.

14. לאחר פינוי הדיירים, הריסת הבניינים שעליהם נועד לקום הפרויקט והתחלת הבנייה, הגישו התובעים ביום 4.12.2014 ערר על החלטת הועדה מיום 26.10.2014, לדחיית התנגדותם (להלן: "**הערר**"). ביום 14.12.2015 נתנה ועדת הערר החלטת ביניים שבמסגרתה היא קבעה כי אין לתובעים זכות להגיש ערר בכל הקשור לפרויקט (ראו נספח 5 לכתב ההגנה המתוקן).

15. בהמשך, התובעים הגישו מספר עתירות נוספות מעבר לערר, וביניהן בקשה לצו מניעה זמני שנדחתה בהחלטת בית המשפט מיום 1.6.2015 (ראו נספח 6 לכתב ההגנה המתוקן). התובעים ערערו על החלטת בית המשפט בדחיית הצו – וגם בקשה זו נדחתה (ראו החלטת בית המשפט המחוזי מיום 10.11.2015 – נספח 7 לכתב ההגנה המתוקן).

16. ביום 24.9.2015 הגישו התובעים עתירה מנהלית כנגד הוועדה המקומית לתכון ובניה בני ברק, על כך שהחליטה שלא ליתן צו הפסקת לעבודות הבניה שמבוצעות. ביום 18.2.2016 נדחתה עתירה זו על הסף בפסק דין מפורט שניתן על ידי בית המשפט המחוזי תל-אביב – יפו (כב' השופטת צילה צפת). בית המשפט קבע בין היתר, כי לא היתה הצדקה לתובעים לנקוט בהליך סרק תוך ניסיון נפסד לעכב את הבניה שנמצאת בעיצומה על פי היתר בניה, שחלף מועד תקיפתו. התנהלות התובעים הובילה לכך שבית המשפט חייב אותם בתשלום הוצאות בסכום של 45,000 ₪.

17. ביום 28.3.2016 הגישו התובעים עתירה מינהלית נוספת – עת"מ 36597-03-16 נגד החלטת ועדת הערר כי מועד תקיפת ההיתרים שניתנו לפרויקט חלף עבר. בנוסף, תקפו התובעים את החלטת ועדת הערר שקבעה כי אין כל צורך בהגשת בקשה נפרדת להיתר בנייה לעוגנים זמניים בקרקע וכן כי היתר לשימוש בעוגנים הזמניים ניתן במסגרת ההיתר לבנות כלונסאות לצורך ביסוס הקרקע. עתירה זו נדחתה בפסק דין מיום 26.11.2017. התובעים

הגישו בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, אשר דחה את הערעור בפסק דין מיום 09.09.2019 כי הערעור נדחה וחייב את התובעים (הם העותרים והמערערים שם) בהוצאות.

18. במקביל להליכים בבית המשפט לעניינים מינהליים, הגישו התובעים את התביעה שלפניי – שהוגשה ביום 7.6.2015, ואשר עניינה – החדרת עוגנים לביסוס יסודות הפרויקט אל תוך עומק הקרקע במקרקעין שבבעלות התובעים. זהו ההליך שלפניי, וכפי שיפורט להלן, אף שמדובר בהליך שאינו סבוך ואינו מורכב, התנהלותם של הצדדים הביאה לניהולו של ההליך על פני רק זמן המתקרב לחמש שנים, במידה רבה – ללא צורך אמיתי.

טענות הצדדים

<u>טענות התובעים</u>

19. לטענת התובעים, בתחילת חודש יוני 2015 התגלה להם כי במהלך עבודות הביסוס של הפרויקט, פלשה הנתבעת לשטחם והחלה לבנות בו עוגני בנייה, אשר הוחדרו אל ליבה של החלקה בה הם מתגוררים, וגרמו לפגיעה ביסודות הבניין שבו הם מתגוררים וליצירת סדקים בקירות ועוד.

התובעים מציינים כי אישור ההקלות במסגרת ההליך התכנוני לא כלל שימוש בעוגנים, ולכן כשהגישו את התנגדותם להקלות ביום 23.10.2013 – לא כללו את עניין העוגנים מהסיבה שלא היה ידוע באותו הזמן על בנייתם.

20. התובעים צירפו את חוות דעתו של המהנדס – צבי רון, שקבע כי לצורך יציקת היסודות, הכניסו עובדי הנתבעת, באופן קבוע, עוגנים אשר חדרו 18 מטר אופקית לתוך שטחם של התובעים מתחת למקום מגוריהם ומתחת ליסודות הבניין בו הם מתגוררים (להלן: "**חוות דעת התובעים**" ו/או "**מומחה התובעים**").

21. התובעים טוענים כי סוג העוגנים בהם השתמשה הנתבעת, הם כאלו שלא ניתן להוציא מתחום הקרקע הגובלת כך שהם נותרים בה על לתום תקופת החיים של הפרויקט, וזאת למרות שקיימת בשוק הבניה חלופות שונות וביניהן - עוגני קרקע זמניים נשלפים ושיטת TOP DOWN שהיא אחת מבין מספר חלופות המאפשרות את בניית מרתפי החנייה והביסוס ללא שימוש בעוגני קרקע - אך בשל עלותם הגבוהה, לא השתמשה בהם הנתבעת.

בעניין זה טוענים התובעים כי אילו השתמשה הנתבעת בעוגנים זמניים נשלפים או בשיטת TOP DOWN הייתה מגבילה את תקופת הפלישה ומקטינה אותה לתקופה מוגדרת של 24-36 חודשים, אך היא התעלמה מחלופה זו.

עוד טוענים התובעים כי אף מעיון בתשריט היתר הבניה לא צויינה העובדה כי בפרויקט מבוצע דיפון באמצעות עוגני קרקע וזאת באופן הנוגד את הנחיות תקנות חוק התכנון והבניה (בקשה להיתר תנאיו ואגרות) תש"ל-1970), המחייבות כי תכנית ההגשה תכלול בין היתר "חתך אנכי נוסף דרך כל חלק אחר של הבנין, הדרוש להבנת מבנהו".

22. לטענת התובעים, מעבר להסכמה שהייתה הנתבעת צריכה לקבל מהם להחדרת עוגנים, הרי שהחדרת העוגנים דורשת מתן היתר בנייה ספציפי לעוגנים על ידי הועדה המקומית הרלוונטית אשר צריכה לאשר את עבודות העוגנים בתחומה.

23. על כן, טוענים התובעים כי עבודות בניית העוגנים בשטחם נעשתה ללא רשות, לא מצדם ולא מצד הרשות – ולכן הם זכאים לדרוש את סילוק ידה של הנתבעת מהמקרקעין ואת כל התשתיות שוהנחו מתחת לבניין שלהם ולהשיב את המצב לקדמותו.

עוד טוענים התובעים כי במעשיה של הנתבעת היא הפכה אותם ל"שותפים להצלחה" אשר זכאים לא רק לקבל פיצוי, אלא גם ליהנות מפירות הפרויקט.

התובעים טוענים כי הם זכאים לסעד כספי כדלקמן:

א. שווי חלק מהחיסכון המלא בשימוש בחלופת העוגנים הקבועים – 1,600,000 ₪;

ב. דמי שימוש ראויים בגין השארת העוגנים – 1,500 ₪ לשנה ולכל דירה בפרויקט למשך כל תקופת השארת העוגנים בפועל ועד להוצאתם;

ג. שווי הנזקים שנגרמו לדירותיהם ולבניין אשר מוערך ב- 100,000 ₪.

לחילופין, טוענים התובעים כי הם זכאים ל – 30% מהרווחים הגולמיים שצמחו לנתבעת מהפרויקט כולו.

24. בהחלטה של השופט לימור ביבי מיום 26.6.2017 מונה המהנדס מוטי יוגר (להלן: "**מהנדס בית המשפט**"), אשר ערך את חוות דעתו ביום 8.4.2018 (להלן: "**חוות דעת ההנדסית**"), ובהחלטה מיום 22.11.2017 שניתנה על ידי מותב זה, מונה השמאי – מר יעקב מרזוק (להלן: "**שמאי בית המשפט**"), אשר ערך חוות דעתו ביום 14.5.2018 (להלן: "**חוות דעת שמאית**").

25. לאחר הגשת חוות דעת בית המשפט, הגישה הנתבעת בקשה לתיקון כתב ההגנה בהתבסס על תקנה 136 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "**תקדס"א**"), בטענה כי מחוות דעת מומחי בית המשפט עלו שני עניינים מהותיים.

על כן, אדון כעת בטענות הנתבעת כפי שעולות מכתב ההגנה המתוקן מטעמה.

<u>טענות הנתבעת</u>

26. הנתבעת טוענת כי כדי למנוע את נפילת הבניינים הסמוכים לפרויקט, היה הכרח ליצור קיר דיפון מכלונסאות ועוגני קרקע זמניים. הנתבעת מוסיפה כי עוגנים אלו הם השיטה המקובלת והבטוחה ביותר בייצוב חפירה, הן של הבניינים הסמוכים והן עבור הקרקע עליה מבוצעת העבודה.

27. עוד טוענת הנתבעת כי מדובר בעוגנים המשמשים כתומך לעבודות החפירה והדיפון קודם להתקנת תקרת המרתפים, כאשר עם התקנת אותה תקרה היא מחליפה את העוגנים ומכאן נובעת ההגדרה כ"זמניים".

28. לטענת הנתבעת, אם תידרש בעתיד חפירה של מרתף חנייה או בנייה כלשהי בשטח התובעים – לא יהוו העוגנים הפרעה כלשהי, ולא תהיה כל מניעה לעשות כל שימוש שיידרש בקרקע של הבניין הסמוך לפרויקט. הנתבעת מציינת כי עובדה זו נקבעה מפורשות בחוות דעת המומחים, ובפרט בחוות הדעת השמאית.

29. בנוסף, הנתבעת טוענת כי אף בחוות הדעת שהוגשה מטעם התובעים נקבע בסעיף 1.6 כי בפרויקטים עירוניים מסוג זה, ייצוב באמצעות עוגני קרקע היא החלופה המועדפת הן מהבחינה ההנדסית והן מהבחינה הכלכלית ואולם היא מחייבת בהכרח חדירה לחלקות גובלות וקבלת היתרים נוספים ככל המשתמע מכך.

30. הנתבעת אף טוענת כי תכנית מאתר מקומית ע/1 של עיריית תל אביב קובעת במפורש את ההיתר להחדיר עוגנים זמניים, וכי גם בתכנית מאתר מקומית רג/340 של עיריית רמת גן נקבעה חובת מתן מעבר לשירותים במקרקעין, וכי בסמכות הועדה המקומית לאשר העברת שירותים הנדסיים. הנתבעת מציינת כי עיריית רמת גן ביקשה וקיבלה ממנה תוכנית עוגנים, ולאחר שתוכנית העוגנים אושרה על ידי העירייה – היא בוצעה, כך שלא מדובר בעבודה שבוצעה שלא כדין.

31. הנתבעת מבהירה, כי תכנית העוגנים הזמניים אינה חלק מהיתר הבניה – אלא היא הדרך והאמצעי ליישם את מה שמותר לבצע על פי היתר הבניה, וכפי שבהיתר לא מצוין באיזו דרך מבוצעת הבניה אלא מה מותר לבנות, וכפי שבהיתר הבניה גם לא מצוין אילו פגמים יש להציב או מה הריצוף ובאילו ברזים ישתמש הקבלן – כך גם תכנית העוגנים אינה חלק מההיתר.

32. לטענת הנתבעת, ביום 3.2.2016 נתנה ועדת הערר החלטת ביניים במסגרת הערר, ובה קבעה כי אין כך צורך בהגשת בקשה נפרדת להיתר בניה לעוגנים זמניים, וכן כי היתר לשימוש בעוגנים זמנים אלה ניתן למעשה במסגרת ההיתר לבנות כלונסאות לצרוך ביסוס הקרקע.

33. הנתבעת טוענת כי מחוות הדעת השמאית עולה כי קיים "נוהג שוק" לפיו בעלי מקרקעין שכנים מתירים לבעל המקרקעין הסמוך להשתמש בתת הקרקע של החלקה בה הם מצויים.

34. לחלופין, טוענת הנתבעת כי ישנו חוזה מכללא בין בעלי מקרקעין שכנים במסגרתו מתיר כל צד לבעל המקרקעין הסמוך להשתמש בתת הקרקע של החלקה בה הוא מצוי לשם החדרת עוגנים ומשכך הנתבעים אינם זכאים לכל פיצוי או תשלום בגין "דמי שימוש" בשל השימוש שביצעה במקרקעין שלהם.

35. לחלופי חילופין, טוענת הנתבעת כי ככל שייקבע כי התובעים זכאים לקבלת דמי שימוש עקב החדרת העוגנים – אזי יש לבדוק מה היה משך הזמן בו השתמשה הנתבעת בתת הקרקע של התובעים, ומהו הסכים לו זכאים התובעים בגין שימוש זה.

בעניין זה, הנתבעת מציינת כי בהתאם לתשובות לשאלות ההבהרה ששלחה למומחים, עולה כי היא השתמשה במקרקעי התובעים לתקופה של עשרה חודשים בלבד – ממועד החדרתם לקרקע ועד למועד יציקת התקרות וניתוק העוגנים, שכן ממועד סיום השימוש בעוגנים הם מונחים בקרקע ולא משפיעים עליה כלל.

הנתבעת טוענת כי בהתאם לחוות הדעת השמאית, עלות דמי השימוש השנתיים עומדת על סך של 1,616 ₪ לשנה לכל דייר (קרי- 135 ₪ לחודש), ומכיוון שרק התובעים 2 ו- 3 מופיעים כבעלי זכויות – לכל אחד מהם חבה הנתבעת בגין דמי שימוש לכל היותר סך של 1,350 ₪ ובסך הכל 2,700 ₪.

36. לטענת הנתבעת, התובעים זכו מהטבה אדירה אודות העבודות שביצעה, שכן הן מקלות על התובעים לאתר קבלן שיבצע עבודות תמ"א בבניין בו הם מתגוררים, ובכך חסכו להם מאות אלפי בעלויות בניה עתידית. בנוסף, הנתבעת טוענת כי עבודותיה הביאו להשבחת המקרקעין של התובעים, וחסכו להם סך של 601,339 ₪ אותו יש לקזז מכל סכום שייקבע לתובעים, כמפורט בכתב ההגנה מטעמה.

דיון והכרעה

37. כאמור, מדובר בתביעה בה מבקשים התובעים שני סעדים, והם:

א. סילוק העוגנים משטחם;

ב. פיצוי כספי בגין פלישה שלא כדין, לטענתם, לשטח שבבעלותם.

אדון בטענות לפי הסדר.

<u>התביעה לסילוק יד</u>

38. מחוות דעת מומחי בית המשפט, עולה כי סילוק העוגנים משטח התובעים לא אפשרי, זאת מאחר שהוצאת העוגנים משמעה – הריסת הבניין שבו מתגוררים התובעים (ובעלים נוספים, שאינם צד להליך), חפירה למעמקי המקרקעין והוצאתם (ראו סע' ג.5 לחוות הדעת השמאית וסע' 5.ד לחוות הדעת ההנדסית). מלבד העובדה שיש קושי מהותי ליתן סעד שיש לו השפעה על צדדים שלישיים, שאינם צד להליך (שכניהם של התובעים שהם בעלי זכויות במקרקעין של התובעים וכן דיירי הבניינים השכנים, וראו לעניין זה חקירת מהנדס בית המשפט, עמ' 110-111 לפרוטוקול). מדובר בסעד שהוא בלתי סביר, שיחייב השקעה כספית בלתי פרופורציונאלית, בוודאי כאשר כפי שיפורט להלן, חוות הדעת של המומחים מטעם בית המשפט מלמדות כי הימצאות העוגנים בשטח התובעים אינם גורמים שום נזק קונסטרוקטיבי ואינם מביאים לכל ירידה בשווי המקרקעין שבבעלות התובעים.

39. לביסוס תביעתם לסילוק העוגנים, מסתמכים התובעים על הוראות סעיף 16 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: "**חוק המקרקעין**"), שקובע כי בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממני שמחזיק בהם שלא כדין, אלא שזכות זו – המעוגנת בסעיף 16 – אינה ניצבת לבדה, ויש לקרוא אותה לצד הוראות סעיף 14 לחוק המקרקעין, המלמד כי בעלות במקרקעין אינה יכולה – כשהיא לעצמה – להקים זכות לפגוע באחר, והדברים יובהרו בהמשך.

40. בכל הנוגע לטענות התובעים והנתבעת ביחס לקיומו של היתר בניה להחדרת העוגנים, להיעדרו של היתר כזה או למשמעותו של היתר – סוגיה זו הוכרעה כבר במסגרת ההליכים המינהליים שהוכרעו בבית המשפט העליון. נקבע, כי החדרת העוגנים אינה מחייבת היתר בניה, ועל כן – אין כל פסול בכך שהעוגנים הוחדרו לקרקע ללא היתר בניה.

עם זאת, כאשר אנו עוסקים בשאלה הקניינית, ברי כי גם אילו ניתן היתר בנייה, וגם בהנחה שהיתר בנייה ספציפי להחדרת העוגנים אינו נדרש, אין בכך שמבחינה **תכנונית** ניתן להחדיר עוגנים למקרקעין סמוכים כדי לקבוע שמבחינה **קניינית** רשאית הייתה הנתבעת לעשות כן: זכותם של התובעים למנוע שימוש במקרקעין שלהם היא ליבת הזכות הקניינית,

וגם אילו היה ניתן היתר בנייה המתיר כניסה לשטחם של התובעים – אין בכך משום היתר לנתבעת להיכנס לשטח התובעים ללא רשותם.

41. אין מחלוקת, כאמור, כי הנתבעת אכן עשתה שימוש במקרקעין של התובעים, 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, ועל יסוד חוות דעת המומחים מטעם בית המשפט, יש לקבוע כי סעד כזה הוא סעד קיצוני ובלתי מוצדק, וכי ניתן לממש את תכליות הזכות הקניינית גם בדרך פוגענית פחות, שהרי גם הזכות לקניין – אינה זכות מוחלטת (וראו לעניין זה רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון** (1999), להלן: "**עניין רוקר**").

42. אני סבור, כי אף שהנתבעת פגעה בזכויותיהם הקנייניות של התובעים, אין מקום להורות על סילוק ידה, בהינתן העובדה שפרט לפגיעה הקניינית, לא נגרם כל נזק ממוני לתובעים מחד גיסא – לא פגיעה ביציבות הבניין שבו הם מחזיקים, לא פגיעה בשווי המקרקעין שבבעלותם (לפחות לא פגיעה הנובעת מהימצאות העוגנים במקרקעין), 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 התובעים. באיזון שבין פגיעה ממונית אפסית ובין פגיעה קניינית חמורה בצדדים שלישיים – אין מקום להיעתר לסעד של סילוק יד.

<u>הזכות לפיצוי כספי</u>

43. אולם כאמור, אין מחלוקת שהנתבעת פגעה בזכות הקניינית של התובעים, 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 לנתבעת מהפגיעה הקניינית, על מנת לצמצם את היתרונות האלה למינימום האפשרי. קביעה זו מבוססת על ההנחה, שחיוב הנתבעת בתשלום דמי שימוש ראויים בלבד מתעלם מן הפגיעה באוטונומיה של התובעים: דמי שימוש ראויים משקפים את השווי של שימוש **בהסכמה**, אלא שבענייננו, לא זו בלבד שלא ניתנה הסכמה, הסכמה כאמור כלל לא התבקשה, אלא שהנתבעת קבעה עובדות בשטח, תוך פגיעה בזכות הקניינית. לא די אפוא בחיובה בדמי שימוש ראויים, ויש לשלול מן הנתבעת את היתרון הכלכלי שהשיגה כתוצאה מן הפגיעה הקניינית.

44. התובעים טענו כאמור כי הם זכאים לפיצויים בגין שלושה רכיבים, והם:

א. שווי חלק מהחיסכון שצמח לנתבעת בגין השימוש בחלופת העוגנים הקבועים;

ב. דמי שימוש ראויים בגין השארת העגונים;

ג. שווי הנזקים שנגרמו לבניין ודירותיהם.

45. בהקשר זה יש לומר, כי הסעדים האמורים בסעיפים קטנים א' ו-ב' אינם יכולים לדור בכפיפה אחת: אם על הנתבעת לשלם לתובעים את חלקם בחיסכון שצמח לה, הרי שאין היא נדרשת לשלם דמי שימוש בגין הימצאות העוגנים, ואם היא נדרשת לשלם דמי שימוש – אין לחייבה בתשלום החיסכון שצמח לה מהפגיעה הקניינית, ודומה כי הדברים ברורים.

46. מן הטעמים שהובהרו בסעיף 43 לעיל, אני סבור כי הפיצוי הראוי הוא פיצוי שיעביר לידי התובעים את חלקם בחיסכון שחסכה הנתבעת בבחירתה לפגוע בזכויותיהם הקנייניות. כאמור, חיוב בדמי שימוש ראויים כמוהו ככפיית הסכמה לפגיעה בקניין על התובעים – ופתרון זה אינו ראוי, ואינו יוצר תמריץ משמעותי די הצורך לקבל הסכמה מראש לשימוש במקרקעין כאמור.

לעומת זאת, שלילת החיסכון הכספי שצמח לנתבעת כתוצאה מהפגיעה בזכות הקניינית אינו משקף הסכמה, אלא משמש תמריץ שלילי לפגיעה כאמור, ויוצר תמריץ ליזמים וקבלנים להגיע להסדר מוסכם.

47. המקור הנורמטיבי לבחירה בפיצוי כזה, השולל את התעשרותה של הנתבעת, מצוי בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, שם נקבע בסעיף 1 כלדקמן:

> "מי שקיבל שלא על-פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן: "הזוכה") שבאו לו מאדם אחר (להלן: "המזכה"), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי-אפשרית או בלתי-סבירה – לשלם לו את שוויה".

על פי הפסיקה, על מנת להכיר בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, יש להוכיח קיומם של שלושה יסודות: קיומה של טובת הנאה; טובת ההנאה באה לזוכה מן המזכה; שלא על פי זכות שבדין (ראו לעניין זה רע"א 371/89 **ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ**, פ"ד מד(2), 309 (1990)).

48. אין ספק, כי שלושת היסודות מתקיימים בענייננו: אין מחלוקת בין הצדדים, כי שיטת הביסוס שבה השתמשה התובעת הוזילה את עלויות הבנייה, כך שמדובר בטובת הנאה; החיסכון הושג תוך שימוש בקניינם של התובעים, כך שטובת ההנאה באה לנתבעת מאת התובעים, והשימוש בקניין נעשה שלא על פי זכות שבדין. על כן, יש לקבוע כי הנתבעת

חייבת להשיב לתובעים את הזכייה – קרי, את החיסכון שהפיקה מהשימוש הלא מורשה בקניינם.

49. השאלה שיש לבחון כעת היא, כיצד יש לחשב את החיסכון שחסכה הנתבעת. בהקשר זה, יש לקבוע, אם בהעדר שימוש בעוגנים קבועים, היה על הנתבעת לעשות שימוש בשיטת Top Down או בשיטת "עוגנים זמניים".

50. התובעים טענו בתביעתם, כי החיסכון שהושג בשימוש בעוגנים קבועים חלף שיטת Top Down, ביחס לחלקם של התובעים במקרקעין, עומד על 1,600,000 ₪. המומחה מטעם התובעים העריך את עלות הביצוע של הביסוס בכל אחת מהחלופות כדלקמן:

א. עוגנים קבועים – 1,600,000 ₪ [החלופה שבוצעה בפועל];

ב. עוגנים נשלפים – 2,100,000 ₪ [הפרש של 500,000 ₪ ביחס לחלופה שנבחרה];

ג. שיטת Top Down (ללא עוגנים כלל) – 5,000,000 ₪ [הפרש של 3,400,000 ₪ ביחס לחלופה שנבחרה];

ד. שיטת הקיר הסלארי – 4,600,000 ₪ [הפרש של 3,000,000 מיליון ₪ ביחס לחלופה שנבחרה].

51. לעומתו, שמאי בית המשפט לא התייחס לשיטת ה- TOP DOWN, זאת מאחר שתמחור העבודות בשיטה זו אפשרית רק כאשר יש תכניות מפורטות, אשר לא נמסרו למומחה, שכן להערכתו ככל הנראה לא נערכו (ראו סעיף ב.2 לתשובות לשאלות הבהרה של שמאי בית המשפט). השמאי מטעם בית המשפט העריך את העלויות כדלקמן:

א. עוגנים קבועים – 205,875 ₪ [החלופה שבוצעה בפועל];

ב. עוגנים נשלפים – 259,875 ₪ [הפרש של 54,000 ₪ ביחס לחלופה שנבחרה];

ג. שיטת הקיר הסלארי – 648,000 ₪ אל מול סה"כ ביצוע דיפון באמצעות עוגנים קבועים של 430,275 ₪ [הפרש של 218,000 ₪ בקירוב ביחס לחלופה שנבחרה]. יוער, כי בחישוב זה שילב המומחה מטעם בית המשפט רכיבים נוספים בחלופה של עוגני דיפון.

52. יש לבחור אפוא בין שלוש חלופות שבהן יכלה הנתבעת לבחור כדי לאיין, ולכל הפחות לצמצם את הפגיעה בקניינם של התובעים. אשר לחלופה של Top Down, לא ראיתי להידרש לה. כאמור, המומחה מטעם בית המשפט ציין, כי בחירה בחלופה זו מחייבת תכנון

שונה בתכלית של הבנייה כולה, נקודה שחוות דעתו של המומחה מטעם התובעים אינה מתייחסת אליו. המומחה מטעם התובעים גם לא פירט על אילו נתונים הסתמך בקביעת העלויות לתמחור שיטה זו, ומעל הכל חל הכלל הקובע, כי בית המשפט שמינה מומחה ייטה לאמץ את חוות דעתו אלא אם הוכח כי היא שגויה על פניה, או שהוכח כי המומחה היה נגוע בניגוד עניינים.

בנסיבות אלה, אני סבור כי יש לאמץ את חוות דעתו של השמאי מטעם בית המשפט, מר יעקב מרזוק, הן ביחס לחלופות הקיימות והן ביחס לעלותן של החלופות כולן, ואני מעדיף את חוות דעתו של השמאי מטעם בית המשפט על פני חוות דעתו של המומחה מטעם התובעים.

53. בבחירה בין ביסוס על דרך של עוגנים נשלפים ובין ביסוס על דרך של הקמת קיר סלארי, החלופה השנייה (קיר סלארי) היא כזו הפוגעת פחות בקניינם של התובעים, שהרי גם הקמת עוגנים נשלפים מחייבת חדירה לקניינם של התובעים. על כן, אני קובע כי הנתבעת יכלה לבחור בביצוע קיר סלארי חלף שימוש בעוגנים קבועים. יוער, כי השמאי מטעם בית המשפט ציין בחוות דעתו כי קיר סלארי אינו מהווה שינוי מהותי בשיטת הבנייה ומשאיר את שיטת התכנון והביצוע בגבולות התכנון המקורי (ראו סעיף יא לחוות הדעת השמאית).

כאמור, שמאי בית המשפט העריך בחוות דעתו את חשבון ביצוע העבודות שביצעה הנתבעת בשיטת כלונסאות הדיפון – המגיעות לסך של 430,275 ₪ מול ביצעו העבודות בשיטת קיר סלארי המגיעות לסך של 648,000 ₪. משמע, מדובר בהפרש של 218,000 ₪ בין השימוש שעשה הנתבעת (בכלונסאות ועוגנים קבועים) לעומת קיר סלארי.

54. מכאן, שהנתבעת חסכה סך של 218,000 ₪ בגין הבחירה בחלופה של עוגנים קבועים על פני ביצוע קיר סלארי. זה שווי ההתעשרות שעליה להשיב. אלא שסכום זה מתייחס לעלות כולה, ואילו התובעים הם בעלים של חלק מן המקרקעין בלבד, ועל כן – הם זכאים רק לחלק מן הפיצוי, כפי חלקם היחסי ברכוש המשותף, כמפורט בסעיף 2 לעיל כדלקמן:

א. התובעים 3 ו-4 (ישראל מאיר ושרה כהן) – 16,972 ₪ (45/578 ברכוש המשותף);

ב. התובעים 5 ו-6 (משה וחיה שוודרון) – 16,972 ₪ (45/578 ברכוש המשותף);

ג. התובעים 7 ו-8 (ישראל ושרה לינדנפלד) – 16,972 ₪ (45/578 ברכוש המשותף);

ד. התובעים 9 ו-10 (מרים רחל וחיים שמשון מילר) – 23,384 ₪ (62/578 ברכוש המשותף).

55. כאמור, משנקבע כי התובעים זכאים לפיצוי בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, אין מקום לדון בתשלום דמי שימוש.

56. בכל הנוגע לפיצוי בגין הנזקים הנטענים לבניין התובעים, קבע מהנדס בית המשפט בחוות דעתו כדלקמן:

> "ג. בהסתמך על סקר הסתכלותי שערכתי וללא ניטור בית התובעים במהלך הביצוע, לא נראה לי כי נגרמו נזקים לבית התובעים. בכל מקרה הסדקים הקיימים מוגדרים כסדקים חזותיים בלבד.
>
> ד. קיום עוגני כבלים שנותקו, במגרש התובעים, אינו יכול לפגוע כיום במבנה. ניסיון להוציאם במהלך הבניה, לא היה מעשי והיה גורם לנזקים רבים לבית התובעים" **(ראו עמ' 11 לחוות הדעת ההנדסית)**.

אף במענה לשאלות ההבהרה קבע מהנדס בית המשפט כי לא נגרם כל נזק לדירות התובעים, ולדבריו "קיום העוגנים במקרקע כיום, אינו יכול לפגוע בתיפקוד הקרקע ו/או מבנה התובעים".

בנוסף, גם בחקירתו בבית המשפט עמד המהנדס על כך שלא נגרם כל נזק לדירות התובעים (ראו עמ' 93-94 לפרוטוקול מיום 18.10.2018).

57. **שמאי בית המשפט קבע בחוות דעתו כדלקמן:**

> "2. הבאתי בחשבון את המצב העובדתי שקיימים בתת הקרקע של בניין התובעים, עוגנים זמניים אשר חסרי תועלת, לא תפקודיים וללא כל שימוש ולא מהווים הפרעה פיזית וקונסטרוקטיבית...
>
> 6. הבאתי בחשבון שלא נגרם כל נזק פיזי הנדסי למבנה עקב קיומם של עוגנים לא בעבר ולא בעתיד **(ראו עמ' 6 לחוות הדעת השמאית)**.

עוד קבע השמאי מטעם בית המשפט כי:

> "לאור הממצאים הנ"ל ולאור העקרונות, הגורמים והשיקולים לעיל ולאחר חשיפה ברורה ומלאה של נושא העוגנים לרוכשים פוטנציאלים ולמוכרים פוטנציאלים אני סבור שלא קיימת ולא תהיה כל פגיעה תדמיתית לבניין שבנדון ולא פגיעה בשווי הדירות של התובעים". **(ראו עמ' 7 לחוות הדעת השמאית)**.

גם בחקירתו עמד שמאי בית המשפט על כך שלא נגרם כל נזק לדירות התובעים, שטען כי "אי אפשר לבדוק את הקרקע, אבל מתוך בדיקת הדירות בבניין לא מצאתי שום פגיעה במערכת התשתית של דירה כזאת או אחרת, וממילא הבנתי שאין" (ראו עמ' 24 לפרוטוקול מיום 18.10.2018, ראו בעניין זה גם חקירת השמאי בעמ' 77 ו -85 לפרוטוקול).

58. מכאן, שעל פי מסקנות מומחי בית המשפט, עולה כי החדרת העוגנים לא גרמה כל נזק לדירות התובעים. התובעים, תמכו את גרסתם על אמירת שמאי בית המשפט בסעיף ב.1 בעמוד 3 בחוות דעתו השמאית, בה קבע כי "לא מן הנמנע שחלק מהנזקים והסדקים נגרמו כתוצאה מעבודות הביסוס והבנייה הנוספת במבנה", אולם כפי שציינתי בדיון שהתקיים לפניי ביום 18.10.2018 (וראו עמ' 141 לפרוטוקול), הנטל להוכיח כי הנזקים בבניין – שנבנה ככל הנראה בשנות ה-60 של המאה העשרים (וראו את נסח רישום המקרקעין שצורף) – הם תוצאה של עבודות הביסוס והעיגון, מוטל על כתפי התובעים, וכאשר המומחה מטעם בית המשפט קובע כי "לא מן הנמנע" שהנזקים הם תוצאה של עבודות הביסוס – אין בכך כדי להרים את הנטל המוטל על התובעים להוכיח קשר סיבתי בין עבודות הביסוס ובין הנזקים.

אציין, כי לא ראיתי להסתמך על חוות הדעת מטעם התובעים לעניין זה, מן הטעם שכאמור, יש להעדיף את חוות דעתו של מומחה בית המשפט, בהיותה אובייקטיבית ונטולת פניות ביחס לחוות דעת של מומחה מטעם מי מהצדדים (לעניין משקלה של חוות דעת מטעם הצדדים ראו: רע"א 397/20 **פלונית נ' בנק לאומי לישראל**, סעיף 9 להחלטת כב' השופט נ' סולברג, 9.2.2020)

מכאן שאין מקום לחייב את הנתבעת בתשלום פיצוי על נזקים שהקשר הסיבתי בינם ובין עבודות הביסוס – לא הוכח.

59. בכל הנוגע לטענת הקיזוז שהעלתה הנתבעת, הרי שהחדרת העוגנים על ידה בוצעו ללא רשות התובעים, ועל כך אין מחלוקת. הטענה כאילו עבודות שביצעה כעת ייטיבו עם התובעים בעתיד, ועל כן יש לקזז את התועלת העתידית – אינה מהווה טענת קיזוז תקפה, בוודאי כאשר לא הוכחה במידה הנדרשת, ויש לדחות את טענת הקיזוז כליל.

60. בדומה לכך, לא מצאתי בסיס עובדתי או נורמטיבי לטענת הנתבעת, בדבר "הסכמה מכללא" בין בעלי מקרקעין סמוכים לביצוע עבודות זה במקרקעיו של זה, וטענה זו נדחית.

סוף דבר

61. מכל הטעמים שהובאו לעיל, התביעה מתקבלת בחלקה, כדלקמן:

א. לא ראיתי להורות על סילוק ידה של הנתבעת מן המקרקעין, בהיותו של סעד זה קיצוני ופוגעני לא רק כלפי הנתבעת, אלא גם (ואולי בעיקר) כלפי רוב בעלי הדירות בבניין שבו מחזיקים התובעים בדירות.

ב. על הנתבעת לשלם לתובעים את חלקם בחיסכון הכספי שחסכה כאשר בחרה בביצוע הביסוס בשיטת העוגנים הקבועים ולא בשיטת הקיר הסלארי, היקרה יותר לביצוע, כאמור בסעיף 54 לעיל, כדלקמן:

1) התובעים 3 ו-4 (ישראל מאיר ושרה כהן) – 16,972 ₪ (45/578 ברכוש המשותף);

2) התובעים 5 ו-6 (משה וחיה שוודרון) – 16,972 ₪ (45/578 ברכוש המשותף);

3) התובעים 7 ו-8 (ישראל ושרה לינדנפלד) – 16,972 ₪ (45/578 ברכוש המשותף);

4) התובעים 9 ו-10 (מרים רחל וחיים שמשון מילר) – 23,384 ₪ (62/578 ברכוש המשותף).

ג. התביעה לדמי שימוש ראויים – נדחית לאור פסיקת פיצוי בגובה ההתעשרות לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט;

ד. טענות הקיזוז שהעלתה הנתבעת – נדחות.

62. הנתבעת תשלם את הסכומים האמורים בסעיף 61 לעיל בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום הגשת כתב התביעה המתוקן (10.5.2016) ועד לתשלום המלא בפועל.

63. אשר להוצאות ההליך ולשכר הטרחה. ראשית, יש להזכיר כי התביעה הוגשה על סכום של 4,800,000 ₪, ושוערכה ל-2,400,000 ₪ משיקולי אגרה. בסופו של דבר, נפסק סכום של כ-74,300 ₪ בלבד, שהוא כ-3% בלבד מסכום התביעה לצורכי אגרה, וכ-1.5% מסכום התביעה ה"מלא". מכאן שבהיבט הכספי – חלק הארי של התביעה נדחה.

לכך יש להוסיף את דרך התנהלות ההליך. נדרשו עשר ישיבות, 141 החלטות וכמעט חמש שנים לשם סיום ניהולו של התיק; הצדדים לא הותירו אבן שלא נהפכה, ובמקום להתמקד בעיקר, בחרו לעסוק פעם אחר פעם בטפל – כאשר דוגמה מובהקת לכך היא דרישתם של התובעים להגיש ראיית הזמה בדבר רישומו של ד"ר בוריס פיקס בפנקס המהנדסים –

התעקשות שהתבררה, לאור תוצאות ההליך, כמיותרת לחלוטין. כך גם ביחס לאופן החקירות – הצדדים חקרו באריכות ניכרת (ומיותרת) תחת אשר יתמקדו בעיקר.

בנסיבות אלה, באתי לכלל מסקנה כי יש להימנע מחיוב מי מהצדדים בהוצאות ובשכר טרחה, וכל צד יישא בהוצאותיו.

ניתן היום, כ"ב אדר תש"פ, 18 מרץ 2020, בהעדר הצדדים.



עמית יריב, שופט