



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7156/10

ע"א 7538/10

לפני: כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט י' עמית

המערערת בע"א 7156/10  
והמשיבה בע"א 7538/10: חברת הירקון בע"מ

נגד

המשיבה בע"א 7156/10  
והמערערת בע"א 7538/10: מדינת ישראל מינהל מקרקעי ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז מיום  
10.08.2010 בת"א 4995-08-07 שניתן ע"י כב' השופט א'  
יעקב

תאריך הישיבה: ט' בשבט התשע"ב (2.2.2012)

המערערת בע"א 7156/10  
והמשיבה בע"א 7538/10: עו"ד גרנות יוסף; עו"ד אייל הר נוף

המשיבה בע"א 7156/10  
והמערערת בע"א 7538/10: עו"ד רינה מיוחס; עו"ד עמי עבר הדני

### פסק-דין

השופטת א' חיות:

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (כב' השופט א' יעקב),  
אשר הורה למדינת ישראל (להלן: המדינה) לשלם לחברת הירקון 244 בע"מ (להלן:  
חברת הירקון או החברה) דמי שימוש ראויים בגין שימוש בשטחים נושא המחלוקת  
כהגדרתם בסעיף 3 להלן, אותם רכשה ממינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל).

1. בשנת 1966 נחתם בין חברת הירקון, שהייתה אז חברה עירונית בבעלות בנק טפחות, הסוכנות היהודית ועיריית תל-אביב, ובין המינהל הסכם למכירת חלקות קרקע הממוקמות צפונית לירקון ומערבה לכביש חיפה. החלקות, בשטח כולל של כ-1,444 דונם, פורטו בנספח ב' להסכם (להלן בהתאמה: המקרקעין ו-הסכם 66). כמחצית מן המקרקעין היו תפוסים על ידי שדה התעופה דב הוז (להלן: שדה זב), שהינו בחלקו אזרחי ובחלקו צבאי ונראה כי ברקע ההסכם עמדה תוכנית לפנות את שדה דב ולהקים שדה תעופה חלופי במקום אחר, אלא שתוכנית זו לא יצאה אל הפועל ושדה דב ממשיך לפעול במקום גם כיום.

סוגיית החלקות שהיו תפוסות כבר אז על ידי שדה דב, הוסדרה בהסכם 66 כך:

5" (א) בעת חתימת חוזה זה, חלקים מתוך החלקות תפוסים ע"י מחזיקים שונים ולכן על אף האמור אחרת בחוזה זה, הרי המינהל ימסור חזקה לחברה רק על השטחים הפנויים, ובאשר לשטחים המוחזקים כאמור ימסור המינהל לחברה רשות לעלות על הקרקע ולנהוג בה מינהג בעלים לכל דבר, בכפופות לזכויות של המחזיקים כפי שהן קיימות בעת חתימת חוזה זה, והמינהל לא יעניק בשום פנים ואופן שום זכות נוספת על הזכויות הקיימות.

...

(ג) החברה רשאית, לפי שיקול דעתה, שלא לקבל את הבעלות והחזקה בשטחים, התפוסים ע"י שדה התעופה שדה דב... המצויים בתחום החלקות, (להלן בסעיף זה "השטחים") ואשר לא יפוננו מהמחזיקים בהם עד למועד שיקבע בהסכם זה להעברת הבעלות והחזקה בשטחים האמורים לחברה... לא קבלה החברה הבעלות והחזקה בשטחים כאמור, לא תהא החברה חייבת בתשלום כלשהו בגין אותם שטחים, ובלבד שהודיעה על כך בכתב למינהל לפני המועד שנקבע להערכת אותם שטחים. פונה שטח מהשטחים או הוסרו ההגבלות כאמור תהא החברה חייבת לקבל והמינהל יהיה חייב להעביר את השטח שפונה או שבגיניו הוסרו ההגבלות מיד לאחר פניו או הסרת ההגבלות, ובלבד שהאמור יהינה] תוך 15 שנים מתאריך חתימת הסכם זה."

עוד נקבע בהסכם 66 כי הבעלות והחזקה במקרקעין יועברו לידי חברת הירקון בשלושה שלבים, על פי השטחים שפורטו בסעיף 7 להסכם ובנספחיו. כמו כן הוסכם כי

המינהל ירשום את המקרקעין על שם חברת הירקון בכל שלב "עם התשלום האחרון ע"י החברה למינהל בגינו ובתנאי שהחברה מלאה בעת הנדונה אחרי כל התחייבויותיה בגין אותו שלב...". השלב הראשון שנקבע בהסכם 66, על פיו היה על המינהל להעביר לבעלותה של החברה כ-215 דונם, בוצע במלואו. ואולם השלב השני, במסגרתו התחייב המינהל להעביר לחברה כ-619 דונם נוספים, לא הושלם בשל מחלוקות שהתגלעו בין הצדדים בנוגע לחלוקות אותן רשאת החברה לרכוש על בסיס התמורה שכבר שולמה. ביום 12.8.1979 נחתם בין הצדדים הסכם נוסף אשר נועד להסדיר את המחלוקות האמורות והוסכם בו על "שינויים ב'הסכם המקורי'" (להלן: הסכם 79). על פי הסכם זה בוטלו חלק מן הסעיפים בהסכם 66, ובהם סעיף 5 הנ"ל, והחברה שוחררה מהתחייבויותיה לרכישת חלק ניכר מן החלקות התפוסות. כמו כן ניתנה לחברת הירקון אופציה לרכוש חלקות שנכללו בהסכם 66 וטרם נמכרו לה, ובסעיף 10 להסכם נקבע כי "המינהל מאשר בזה כי מכר לחברה או לפקודתה 252.870 דונם המפורטים בנספח 'ד' של הסכם זה" וכי המינהל מתחייב "להעביר את הנכסים הנ"ל על שם החברה או לפקודתה בלשכת רישום המקרקעין".

2. בהתאם להתחייבות זו, העביר המינהל בשנת 1982 232.877 דונם על שם החברה אך בכך לא באו המחלוקות בין הצדדים לסיומן ולאחר כשמונה שנים, בשנת 1990, נחתם הסכם שלישי שנועד להסדיר באופן סופי את מערכת הזכויות והחובות של הצדדים ואת ההתחשבנות ביניהם ולהבטיח את רישום החלקות שטרם נרשמו על שם החברה לפי הסכם 79 (להלן: הסכם 90).

במבוא להסכם 90 הוצהר כדלקמן:

"הואיל ובין המינהל לחברה נחתמו שני הסכמים... שעניינם רכישת מקרקעין ואפשרות לרכישת מקרקעין מהמינהל לחברה (המקרקעין שנרכשו על ידי החברה והמקרקעין לגביהם ניתנה אפשרות לחברה לרוכשם יקראו להלן - 'כלל המקרקעין')";

והואיל וחישוב סכום התמורה שעל החברה לשלם למינהל נעשה בהסכמים האמורים על בסיס הנחה לפיה החברה תהא רשאית לרכוש את כלל המקרקעין על מנת לאפשר תכנון מקיף לגבי כלל המקרקעין וביצוע עבודות בניה בהם לאחר הסרת כל הגבלות הבניה שהיו קיימות אותה עת;

והואיל והחברה טענה כי שילמה את התמורה עבור חלק המקרקעין שרכשה מתוך כלל המקרקעין (להלן - 'חלק המקרקעין') על בסיס ההנחות האמורות;

והואיל והוברר לצדדים כי לא ניתן לפנות את הגורמים המצויים בכלל המקרקעין וכי לא ניתן להסיר את מגבלות הבניה ביחס לחלק המקרקעין, וכפועל יוצא מכך התמורה אשר שולמה על ידי החברה עבור חלק המקרקעין עולה על שווי של חלק המקרקעין בעת רכישתו ולכן קיים צורך ליצור התאמה בין הסכום ששולם על ידי החברה למינהל עבור חלק המקרקעין לבין שווי;

והואיל והצדדים הסכימו לא להמשיך בביצוע ההסכמים האמורים...".

בגוף ההסכם הצהיר המינהל כי "התמורה ששולמה על ידי החברה עבור חלק המקרקעין, כאמור במבוא להסכם זה, מהווה תמורה מלאה גם עבור העברת הזכויות לחברה על פי הסכם זה" וכי "בהתאם לכך שילמה החברה למינהל את מלוא התמורה בגין התחייבויותיו כלפי החברה על פי הסכם זה והחברה אינה חייבת לשלם למינהל, בכל דרך שהיא, כל סכום נוסף או תמורה אחרת כלשהי] עבור הזכויות המוענקות לחברה על ידי המינהל בהסכם זה" (סעיף 7 להסכם). עוד נקבע כי על המינהל "לגרום בהקדם האפשרי לרישומה של החברה כבעלת זכויות הבעלות במקרקעין המתוארים בנספח ד' להסכם [79] כאמור בו" (סעיף 9(א) להסכם).

3. השטחים נושא הערעורים שבפנינו - 12.439 דונם - הינם חלק מחלקות 243 ו-246 בגוש 6634 בתל-אביב (ששטחן הכולל הוא כ-50 דונם) ועליהם, בין היתר, משתרע שדה דב (להלן: השטחים נושא המחלוקת). במסגרת השלב השני של הסכם 66 אמורים היו שטחים אלה לעבור על שם החברה, אך בשל המחלוקת שהתעוררו בין הצדדים הדבר לא התבצע. עם זאת בהסכם 79 נכללו השטחים נושא המחלוקת בגדר נספח ד' אשר בו פורטו, כאמור, המקרקעין אשר בגינם שילמה החברה תמורה ואשר המינהל התחייב להעבירם על שמה ובעקבות הסכם 90 אכן הועברו שטחים אלה על שם החברה, אך זאת רק בשנת 1996.

כשנה לאחר רישום השטחים נושא המחלוקת על שמה כאמור, הגישה חברת הירקון תביעה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב נגד מדינת ישראל לתשלום דמי שימוש ראויים בגין השימוש בהם (להלן: התביעה לדמי שימוש). המדינה מצידה הגישה בשנת 1999 תביעה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו לביטול רישום השטחים נושא המחלוקת על שם חברת הירקון (ת"א 1962/99). בתביעה טענה המדינה כי היא הבעלים של השטחים נושא המחלוקת, כי רישומם על שם חברת הירקון נעשה בטעות, וכי כנגד התמורה ששילמה החברה העבירה המדינה על שמה עוד בשנת 1982 ארבע

חלקות בשטח כולל של 8.154 דונם (להלן: תביעת הבעלות). בהסכמת הצדדים, הושהה הדיון בתביעה לדמי שימוש עד למתן פסק דין בתביעת הבעלות, ובפסק הדין שניתן ביום 18.7.2007 דחה בית המשפט המחוזי (כב' השופט ע' בנימיני) את תביעת הבעלות וקבע כי טענת המדינה לפיה רישום השטחים נושא המחלוקת על שם חברת הירקון נעשה בטעות אין לה כל ביסוס וכי "המדינה לא הביאה ראיה כלשהי על ידי מי נעשתה הטעות וכיצד, ולא הובא לעדות האדם שעשה את הטעות על מנת שיעיד על כך שהרישום נעשה על ידו בטעות". בית המשפט הוסיף וקבע, אפוא, כי "המסקנה העולה ממכלול הראיות מצביעה על כך שסביר והגיוני יותר לקבוע כי [החברה] קיבלה את [השטחים] שבמחלוקת על פי דין, בהסתמך על ההסכמים עם המדינה, ולא בשל טעות". עוד נקבע כי "אין בפני בית המשפט ראיה ברורה בנושא ההתחשבנות בין הצדדים, באופן שניתן לדעת האם [החברה] שילמה עבור [השטחים] שבמחלוקת", אך הנטל להוכיח את הטענה בדבר היעדר תמורה מוטל על המדינה והיא לא עמדה בו. המדינה ערערה לבית משפט זה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתביעת הבעלות (ע"א 8914/07) וביום 28.1.2010 ניתן בערעור פסק-דין על דרך הפשרה לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (כב' השופטים א' פרוקצ'יה, א' רובינשטיין וע' פוגלמן), בו נקבע כי חברת הירקון זכאית ל-6.220 דונם מתוך השטחים נושא המחלוקת והמדינה ל-6.219 דונם מתוכם. עוד נקבע כי הצדדים יסכימו ביניהם באשר לפרטי הרישום במרשם המקרקעין והוא יתוקן בהתאם, וכי בכפוף לכך יעמוד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתביעת הבעלות בעינו וטענות הצדדים בתביעה לדמי שימוש שמורות להם. טענות אלה אמורות היו להתברר בפני בית המשפט המחוזי מרכז (אליו הועבר הדיון בתביעה לדמי שימוש) וזאת על פי כתב-תביעה מתוקן שהגישה חברת הירקון ביום 2.12.2007, לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתביעת הבעלות. בתביעה זו תבעה החברה מן המדינה דמי שימוש בשטחים נושא המחלוקת החל מיום 5.5.1990 ועד ליום מתן פסק הדין, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית ומע"מ, ובמסגרתה מינה בית המשפט מומחה מטעמו - השמאי עדי נאור (להלן: השמאי נאור) על מנת שיחווה את דעתו לגבי שיעור דמי השימוש הראויים.

לאחר סיום הליכי הערעור בשאלת הבעלות, התחדשו ההליכים בתביעה לדמי שימוש ולהשלמת התמונה יצוין כי ביום 30.12.2008, דהיינו לאחר שניתן פסק-הדין המחוזי בתביעת הבעלות וטרם שהוכרע על דרך הפשרה ערעור המדינה על אותו פסק-דין, הגישו המדינה ורשות שדות התעופה (להלן: רש"ת) תביעה לתשלום דמי שימוש ראויים נגד חברת ארקיע וחברות נוספות הקשורות אליה, בגין שימוש במקרקעין שעליהם מצוי ופועל שדה דב ובהם, בין היתר, השטחים נושא המחלוקת (ת"א 2385/08. להלן: התביעה נגד ארקיע). ההליכים בתביעה זו טרם הסתיימו, ובדיון

שהתקיים בפנינו ביום 2.2.2012 ציינה המדינה כי בין הצדדים לתביעה זו מתנהל הליך גישור.

פסק דינו של בית משפט קמא

4. ביום 10.8.2010 קיבל בית המשפט המחוזי מרכז (כב' השופט א' יעקב) את התביעה לדמי שימוש. בית המשפט ציין כי אין כיום מחלוקת על כך שחברת הירקון הינה הבעלים של 6.220 דונם מתוך השטחים נושא המחלוקת וכי מדובר "בבעלות משותפת עם [המדינה]". כמו כן קבע בית המשפט כי אין חולק שהמדינה עושה שימוש ייחודי בכל השטח, לרבות חלקיה של חברת הירקון בו, וכי היא מעולם לא שילמה לה דמי שימוש ראויים בגין כך. בית המשפט עמד על הוראת סעיף 33 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) על פיה שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב לשלם לשותפיו שכר ראוי בגין השימוש במקרקעין, לפי חלקיהם, משום טובת ההנאה שהוא מפיק גם מן החלקים השייכים להם. על כן, כך הוסיף, המשתמש חייב בהשבה ואין הדבר מותנה בביצוע עוולה. בית המשפט הוסיף ודחה את טענת המדינה לפיה לא נמנע כל "שימוש אחר" מיתר השותפים היות והשימוש היחיד שנעשה בשטחים נושא המחלוקת היה שימוש כשדה תעופה, בקובעו כי מבחינה תכנונית השטחים אינם מיועדים לשדה תעופה והוכח שיעודם על פי התב"ע הוא למגורים. על כן, כך קבע, לא ניתן לומר שמדובר במצב של "זה נהנה וזה אינו חסר", ואם המדינה לא הייתה עושה שימוש בשטחים הייתה חברת הירקון יכולה להצמיח לעצמה הכנסה מהם, בין בדרך של בניה למגורים בין מהשכרת השטח לאחרים לצורך הקמת שדה תעופה. בית המשפט הוסיף כי יש לדחות את ניסיונה של המדינה לטעון להפחתת דמי שימוש מן הטעם שחברת הירקון לא שילמה תמורה עבור השטחים נושא המחלוקת, בציינו כי בית המשפט המחוזי פסק בתביעת הבעלות כי המדינה לא הוכיחה שחברת הירקון לא שילמה בגין השטחים ופסק דין זה הפך חלוט, בכפוף לשינוי שנעשה בו בשלב הערעור לעניין חלקה בהם. כמו כן דחה בית המשפט את טענת המדינה לפיה בסעיף 5 להסכם 66 ויתרה חברת הירקון על דמי השימוש הראויים, וקבע כי פרשנות המדינה לסעיף זה מוטעית וכי לטעמו כוונת הדברים היא שמאחר שחברת הירקון רכשה את זכויותיה בשטחים נושא המחלוקת בכפוף לזכויות של מחזיקים שונים שהחזיקו בהן, נקבע בסעיף 5 הנ"ל כי המדינה לא תעניק לאותם מחזיקים שום זכות נוספת על הזכויות הקיימות. בית המשפט הוסיף וקבע כי אין לקבל את טענת המדינה לפיה על פי הסכם 66 רכשה חברת הירקון בשטחים נושא המחלוקת זכות בעלות בלבד, ללא שום זכות נוספת בקובעו, כאמור, כי אי-הענקת הזכויות הנוספות הנזכרת בסעיף 5 להסכם 66 נוגעת למחזיקים הנוספים ולא לחברת הירקון וכי אף אם הסיפא לאותו

סעיף אכן חלה על חברת הירקון, הרי שזכות הבעלות כוללת אגד של זכויות ובהן הזכות לקבלת דמי שימוש ראויים. על כן, כך קבע, אין צורך בהקניית זכות נוספת לחברה על מנת שזו תהיה זכאית לקבל דמי שימוש בגין השטחים נושא המחלוקת.

אשר לשיעור דמי השימוש אימץ בית המשפט את חוות דעתו של המומחה שמינה - השמאי נאור - וציין כי חוות הדעת הינה "בהירה, ברורה ומקצועית" וכי בחקירתו הנגדית אף הצליח המומחה לחזקה. עם זאת קבע בית המשפט כי האינטרס הלאומי בקיומו של שדה התעופה שדה דב מהווה נתון אשר יש בו כדי להוביל להפחתת סכום דמי השימוש הראויים. בהקשר זה ציין בית המשפט כי על פי עדותו של מר רפי בן מרדכי, מנהל באגף לפיתוח מסחרי של רש"ת, שדה דב אינו מופעל למטרות רווח אלא "בשל הנחייה לאומית" ומטרתו היא לשרת את תושבי הפריפריה, ואכן לא זו בלבד שאין מדובר בעסק מרוויח אלא שהמדינה נושאת הפסדים בגינו. עובדות אלה, כך קבע, בצירוף העובדה שחברת הירקון מעולם לא דרשה לעשות כל שימוש בשטחים נושא המחלוקת, יש בהן כדי להוביל להפחתה מסוימת בדמי השימוש הראויים, וזאת משיקולים של צדק ובשל טובת הכלל.

בית המשפט ציין כי על פי חוות דעת השמאי נאור דמי השימוש הראויים בגין השימוש בשטחים נושא המחלוקת החל מיום 5.5.1990 ועד ליום מתן חוות הדעת (30.10.2009) הינם 18,438,222 ש"ח (ובתוספת מע"מ 21,388,340 ש"ח), וכי התשלום מיום 30.10.2009 ואילך הוא 15,550 דולר ארה"ב לחודש (בתוספת מע"מ). אולם נוכח קביעתו לפיה יש להפחית את דמי השימוש, חייב בית המשפט את המדינה לשלם דמי שימוש בסך 14,000,000 ש"ח (כולל מע"מ) עבור התקופה שעד ליום 30.10.2009 וסך של 10,000 דולר ארה"ב לחודש בתוספת מע"מ לתקופה החל מיום 30.10.2009 ועד יום מתן פסק הדין, והוסיף כי שני הסכומים יישאו הפרשי הצמדה וריבית עד לתשלום בפועל. כמו כן חייב בית המשפט את המדינה בתשלום הוצאות המשפט ושכ"ט עו"ד של חברת הירקון בסך 140,000 ש"ח.

המדינה מזה וחברת הירקון מזה ממאנות להשלים עם פסק הדין ומכאן הערעורים שבפנינו. בערעור המדינה נטען כי אין לחייבה כלל בדמי שימוש בגין השטחים נושא המחלוקת (ע"א 7538/10) ואילו בערעורה של חברת הירקון נטען כי יש להגדיל את הסכום שנפסק ולחייב את המדינה לשלם לה דמי שימוש מלאים על פי השיעור שנקבע בחוות דעת השמאי נאור (ע"א 7156/10).

5. המדינה טוענת כי יש לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולהורות על השבת הסכומים ששילמה לחברת הירקון בהתאם לפסק הדין או למצער את חלקם. ראשית טוענת המדינה כי בית משפט קמא שגה בקובעו שחברת הירקון רכשה זכות בעלות בשטחים נושא המחלוקת, בציינה כי בהסכמים שנכרתו בין הצדדים הוסכם מפורשות כי זכותה של חברת הירקון בשטחים מותנית בפניוויים מן המחזיקים בהם, דהיינו - כל שרכשה חברת הירקון הוא זכות עתידית שאינה מקנה זכאות לדמי שימוש. לטענת המדינה, סעיף 2 לחוק המקרקעין אינו שולל את האפשרות להתנות בהסכמה על זכות הבעלות, כפי שנעשה במקרה דנן, וגם בפסיקה נקבע כי מותר לצדדים להגביל בהסכמה, ואף לצמיתות, את החזקה והשימוש במקרקעין. עוד טוענת המדינה כי על פי סעיף 17 לחוק המקרקעין זכות השימוש מוקנית לבעלים רק אם הוא מחזיק בנכס, ומקל וחומר שאין לבעלים זכות שימוש כאשר הזכות לחזקה ניטלה ממנו בהסכמה חוזית מפורשת. בענייננו, כך טוענת המדינה, סעיף 5 להסכם 66 קבע מפורשות כי "המינהל ימסור... לחברה רשות לעלות על הקרקע ולנהוג בה מנהג בעלים לכל דבר, בכפיפות לזכויות של המחזיקים כפי שהן קיימות בעת חתימת חוזה זה" ואין מחלוקת שזכויות המחזיקים כאמור היו ידועות לחברת הירקון, ומכאן שהיא ויתרה על דמי שימוש בשטחים נושא המחלוקת. המדינה מוסיפה וטוענת כי בהסכם 79 או בהסכם 90 אין כל הסכמה לעניין דמי שימוש, והיא מפנה לסעיפים 10(א) ו-10(ג) בהסכם 90 אשר לטענתה מסירים כל ספק בעניין ויתורה של חברת הירקון על דמי שימוש בגין קרקע התפוסה על ידי מחזיקים לצורך תפעול שדה דב. כן מפנה המדינה לעדותו של מר אליהו בבאי, סמנכ"ל המינהל לשעבר, שהיה מעורב בדיונים הפנימיים במינהל לעניין הסכם 90 (להלן: מר בבאי), אשר העיד כי נושא דמי השימוש לא עלה כלל בדיוני המינהל. המדינה מוסיפה וטוענת כי אין כל היגיון כלכלי מבחינתה בכניסה לעסקה בה עליה לשלם לחברת הירקון דמי שימוש מלאים עבור השטחים נושא המחלוקת למשך עשרות שנים וללא כל תאריך סיום, חרף ויתור מפורש של החברה על הזכות לעלות על הקרקע ולנהוג בה מנהג בעלים, ומבלי שהדבר הוזכר בהסכם או במסמך כלשהו של חברת הירקון או של המינהל משנת 1966 ועד שנת 1990. עוד טוענת המדינה כי אף אם הצדדים היו מסכימים מלכתחילה על תשלום דמי שימוש, הוכח כי חברת הירקון ויתרה על תשלום דמי השימוש בהתנהגותה במשך למעלה משלושים שנה, והלכה היא שהתנהגות לאורך שנים יכולה להעיד על ויתור כאמור וליצור רישיון מכללא לשימוש במקרקעין.



המדינה מוסיפה וטוענת כי אף אם ייקבע שהייתה עליה חובה לשלם דמי שימוש, ראוי לפטור אותה מחובה זו לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר), המעניק לבית המשפט שיקול דעת לפטור צד מחובת ההשבה "אם ראה שהזכיה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת." בענייננו, כך טוענת המדינה, חברת הירקון ידעה כבר בעת הרכישה כי קיימים מחזיקים בשטחים נושא המחלוקת וכי היא לא תוכל לעשות בהם שימוש ואף הוכח שהיא אינה רשאית לעשות כל שימוש בשטחים אלה שכן השימוש היחיד המותר בהם הוא לצורך שדה תעופה. בנסיבות אלה חיוב המדינה בתשלום דמי שימוש כלשהם הוא לטענתה בלתי צודק. עוד טוענת המדינה כי אחד משיקולי הצדק לעניין פטור מחובת השבה על פי סעיף 2 לחוק עשיית עושר הוא אופי יחסי הצדדים ורמת מוסריותם בהתנהגות זה כלפי זה, ובענייננו חברת הירקון לא שילמה כלל בגין השטחים נושא המחלוקת, עשתה כל שביכולתה כדי למנוע מבית המשפט לגלות את עובדת אי התשלום ואף טענה כי סוגיה זו אינה רלבנטית לעניין דמי השימוש. המדינה מפנה בהקשר זה לעדותו של מר בבאי שהעיד על אי התשלום מידעה אישית בציינה כי מטעם חברת הירקון העידה גב' רוני רובינשטיין, מנהלת החברה שמונתה לתפקיד לאחר חתימת הסכם 90 והודתה שלא הייתה שותפה להליכים כלשהם במינהל בנוגע לשטחים נושא המחלוקת. על כן לטענת המדינה אין לייחס כל משקל לעדותה. המדינה מוסיפה וטוענת כי שגה בית משפט קמא בקובעו שלא הוכח במסגרת תביעת הבעלות כי חברת הירקון לא שילמה בגין השטחים נושא המחלוקת, בציינה כי פסק הדין בתביעת הבעלות קבע ש"אין בפני בית המשפט ראיה ברורה בנושא ההתחשבנות בין הצדדים, באופן שניתן לדעת האם [חברת הירקון] שילמה עבור [השטחים] שבמחלוקת" והדברים עלו לטענתה גם בדיון בערעור שהתקיים בבית משפט זה על פסק הדין בתביעת הבעלות. משנדחתה טענתה מחוסר הוכחה ולא על בסיס ממצא חיובי, לא חל לגישת המדינה השתק בסוגיה זו מכוח הכלל בדבר מעשה בית דין. אשר לתביעה נגד ארקיע טוענת המדינה כי עניינה של תביעה זו - שהגישו כאמור היא ורש"ת - בהחזר הוצאות בלבד להבדיל מדמי שימוש, וזאת על רקע העובדה שבשנים 2002-2008 הפסידה רש"ת מעל 86 מיליוני שקלים בגין ניהולו של שדה דב.

לחלופין טוענת המדינה כי בגין שטח שדה התעופה האזרחי שבשדה דב קיבל המינהל מידי שנה סכומים שאינם עולים על מאות אלפי שקלים מרש"ת, המחזיקה ומתפעלת את השדה, וכי אין חולק שהמדינה אינה מקבלת כל תשלום בגין שטח שדה התעופה הצבאי. לפיכך, גם אם מגיעים דמי שימוש כלשהם לחברת הירקון (שבבעלותה כ-6 דונמים מן השטח האזרחי והצבאי גם יחד), הם אינם יכולים לעלות

על הסכומים שקיבלה המדינה בפועל בגין חלקה היחסי של החברה בשטחים נושא המחלוקת, שכן בהתאם לעקרונות של דיני עשיית עושר ולא במשפט לא ניתן לקבל מן הצד אשר הרוויח (כביכול) יותר מסכום התעשרותו. עוד טוענת המדינה כי בית משפט קמא התעלם מכך שחברת הירקון לא תבעה את חברות התעופה המשתמשות בפועל בשטחים נושא המחלוקת והמרוויחות מהשימוש בהם, אלא תבעה את "הכיס העמוק" - המינהל - וגם מטעם זה ראוי להפחית את דמי השימוש עד לגובה הסכומים שקיבלה המדינה בפועל. המדינה מוסיפה וטוענת כי בהכרעה לעניין גובה דמי השימוש הראויים יש להתחשב בכך שדמי השימוש המשתלמים עבור השימוש בקרקע כשדה תעופה הם נמוכים ביותר ומשקפים שימוש ציבורי, וכן בכך שעסקינן בקרקע ללא השקעות. עוד טוענת המדינה כי שגה בית המשפט בכך שפסק לחברת הירקון דמי שימוש גם בגין התקופה שלאחר מועד הגשת התביעה, שכן חברת הירקון שילמה אגרה אך ורק עבור התקופה שעד למועד הגשת התביעה המתוקנת בשנת 2007. כמו כן טוענת המדינה כי לא היה מקום לחייבה במלוא הוצאות המשפט ושכר הטרחה נוכח הפער בין סכום התביעה (כ-70 מיליון ש"ח נכון לשנת 2007) ובין הסכום שנפסק לבסוף (כ-14 מיליון ש"ח נכון לשנת 2009) וכי בנסיבות אלו מן הדין היה לפסוק הוצאות ושכר טרחה לחובת חברת הירקון או למצער להימנע מפסיקתם לטובתה. לבסוף טוענת המדינה כי סכום שכר הטרחה שנפסק הינו מופרז בהתחשב בהתנהלותה הבלתי ראויה של חברת הירקון אשר גרמה להתמשכות ההליכים, בהתחשב בסכום שנפסק ובהיעדר הוכחה מצד חברת הירקון באשר לשכר הטרחה הריאלי.

6. חברת הירקון מצידה טוענת כי נוכח קביעתו המפורשת של בית משפט זה בערעור על פסק הדין בתביעת הבעלות, לפיה היא זכאית ל-6.220 דונם והמדינה ל-6.219 דונם מתוך השטחים נושא המחלוקת, יש לדחות על הסף את ניסיונה של המדינה לפתוח מחדש את שאלת הבעלות. חברת הירקון מוסיפה וטוענת כי תביעתה לדמי שימוש מבוססת על זכות הבעלות, אשר כוללת מיניה וביה את הזכות לדמי שימוש ועל כן, אין צורך לבחון את ההסכמים שנחתמו בין הצדדים לאורך השנים ולחפש בהם הוראה חוזית לפיה היא זכאית לדמי השימוש שנתבעו. חברת הירקון מוסיפה וטוענת כי עדותו של מר בבאי מטעם המדינה לפיה היא אינה זכאית לדמי שימוש, נשענת על גרסת המדינה כי אין לחברה זכויות בעלות בשטחים נושא המחלוקת אך משנדחתה גרסה זו ונקבעה זכותה של החברה לבעלות ב-6.220 דונם מתוך השטחים כאמור, לא ניתן עוד לקבוע ממצאים בהקשר זה על פי עדות בבאי. חברת הירקון מוסיפה וטוענת כי אף אחד מן ההסכמים בינה לבין המדינה אינו כולל הוראה לפיה היא מוותרת על זכותה לדמי שימוש, ואף מר בבאי העיד כי אינו יכול להצביע על מסמך כלשהו לפיו ויתרה חברת הירקון על דמי שימוש ראויים. לטענתה, הסעיף היחיד אליו הפנתה

המדינה לתמיכה בטענת הויתור הוא סעיף 5 להסכם 66, אך כל שנאמר בו הוא שחברת הירקון רוכשת זכויות גם בשטחים תפוסים, והזכויות בשטחים אלו נרכשות בכפוף לזכויות המחזיקים כפי שהן במועד חתימת החוזה והמינהל לא יעניק לאותם מחזיקים ו/או לצדדי ג' אחרים זכויות נוספות. עוד טוענת חברת הירקון כי הפרשנות שטוענת לה המדינה לגבי סעיף זה אינה עולה מלשון הסעיף והיא מבוססת כולה על עדותו של מר בבאי, שלא היה מעורב בהסכם 66 אלא רק בהליכים הנוגעים להסכם 90. חברת הירקון מוסיפה וטוענת כי סעיף 10 להסכם 90, שגם לגביו טענה המדינה שהוא מהווה ויתור על דמי השימוש, מתייחס לויתור של חברת הירקון על התחייבויות של המינהל לפי הסכמי 66 ו-79, שעניינן במכירת המקרקעין והן אינן כוללות כל התייחסות לדמי השימוש. עוד טוענת חברת הירקון כי יש לדחות את טענת המדינה לפיה הויתור על זכות החזקה בהסכם 66 מלמד מקל וחומר כי ויתרה על דמי השימוש, שכן הסכם 66 לא נטל מחברת הירקון את הזכות לשימוש במקרקעין אלא רק סייג אותה חלקית. יתרה מכך, לטענת חברת הירקון זכות החזקה וזכות השימוש הן שתי זכויות שונות שויתור על אחת מהן אינו גורר ויתור על האחרת. נהפוך הוא - הזכות לדמי שימוש קמה דווקא מקום שבו הבעלים ויתר על זכות החזקה.

חברת הירקון מוסיפה וטוענת כי מכתב התביעה נגד ארקיע עולה שהתביעה נועדה לכסות את דמי השימוש הראויים המגיעים למדינה מארקיע ולא את הוצאות רש"ת בגין הפעלת שדה דב וכי התביעה הוגשה ללא הסכמתה לכך שהמדינה תקבל את דמי השימוש בגין חלקה של חברת הירקון בשטחים נושא המחלוקת. עוד טוענת חברת הירקון כי הפסדיה הנטענים של המדינה מהפעלת שדה דב אינם רלבנטיים לתביעה דנן והמדינה אינה יכולה לסבסד את תושבי הפריפריה או לקבל החלטות משיקולים לאומיים על חשבונה. חברת הירקון מוסיפה וטוענת עוד כי טענת המדינה לפיה יש להפחית את דמי השימוש משום שלא שילמה עבור השטחים נושא המחלוקת לא נטענה בכתב ההגנה ועל כן היא מהווה הרחבת חזית אסורה ויש לדחותה. יתרה מכך, לטענת חברת הירקון סוגיית בעלותה בשטחים נושא המחלוקת, לרבות סוגיית התמורה ששולמה בעבורם, עמדה בבסיס תביעת הבעלות בה הוכרע כי "לא ניתן לקבוע כי [השטחים] שבמחלוקת הועברו ל[חברת הירקון] בלא כל עילה שבדין, ובלא כל תמורה...". בנסיבות אלה, כך טוענת חברת הירקון, קם מעשה בית דין מסוג השתק פלוגתא בסוגיית התמורה (בשל האמירות הפוזיטיביות בנדון שנכללו בפסק הדין בתביעת הבעלות) ומעשה בית דין מסוג השתק עילה (בשל כך שהטענות שמעלה המדינה בפנינו עמדו בבסיס העילה שנדונה במסגרת תביעת הבעלות). לכן, יש לדחות את ניסיונה של המדינה "לפתוח" סוגיה זו מחדש.

לחלופין טוענת חברת הירקון כי שאלת התשלום עבור השטחים נושא המחלוקת אינה רלבנטית כלל בתביעה לדמי שימוש, הנסמכת על בעלותה הרשומה בשטחים אלה ולא על ההסכמים בין הצדדים. לכן לא היה עליה להוכיח דבר בעניין זה ומכל מקום, כך לטענת חברת הירקון, המדינה לא הביאה לעדות גורם כלשהו מאגף הכספים במינהל כדי לתמוך בטענה לפיה החברה לא שילמה עבור השטחים נושא המחלוקת ועדותו של מר בבאי בעניין זה לא גובתה בראיות חיצוניות. מנגד, היא עצמה העמידה ראיות חד משמעיות, לטענתה, המוכיחות כי שילמה עבור השטחים נושא המחלוקת ובהן עדותה של גב' רובינשטיין והמסמכים שהגישה. עוד טוענת חברת הירקון כי יש לדחות את טענת השיהוי שהעלתה המדינה בהדגישה כי בית משפט קמא לא דן בטענת השיהוי וקבע שהמדינה זנחה אותה בסיכומיה ואף לגופה של הטענה מציינת חברת הירקון כי עד שנת 1990 נחלקו הצדדים בשאלה אילו מקרקעין נרכשו על ידה בהסכם 66 ורק בשנת 1996, כשנה לפני הגשת התביעה לדמי שימוש, הועברו השטחים נושא המחלוקת על שמה. אשר לסכום ההוצאות ושכר הטרחה טוענת חברת הירקון כי יש לדחות את טענת המדינה להפחתת סכום זה מחמת היחס שבין הסכום שנתבע לסכום שנפסק, בהדגישה כי לאחר מתן פסק הדין בע"א 8914/07 היא העמידה את סכום התביעה על מחצית מהסכום המקורי שנתבע ואף הסכימה לקבל את הסכום שנקבע בחוות דעתו של השמאי נאור. עוד מציינת חברת הירקון בהקשר זה כי עוד קודם למתן פסק הדין בע"א 8914/07 הנ"ל ולהגשת חוות דעתו של השמאי נאור, היא ביקשה להקטין את סכום התביעה ולהעמידו על 50,000,000 ש"ח, אך המדינה התנגדה לכך.

טענות הצדדים בערעורה של חברת הירקון (ע"א 7156/10)

7. בערעורה טוענת חברת הירקון כי שגה בית משפט קמא בהפחיתו את דמי השימוש בשטחים נושא המחלוקת מיוזמתו בכשליש "משיקולי צדק וטובת הכלל" ובשל האינטרס הלאומי, כדבריו, בקיומו של שדה תעופה וזאת מבלי שהמדינה ביקשה להפחיתם כאמור. החברה מוסיפה וטוענת כי הפחתת דמי השימוש להם היא זכאית מהווה פגיעה בזכות הקניין שלה, המעוגנת בהוראת סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולטענתה פגיעה זו אינה עונה על תנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד. בהקשר זה מציינת החברה כי אין הוראה בחוק או על פיו הקובעת כי ניתן להפחית מדמי השימוש להם זכאי בעל מקרקעין מטעמים של צדק וטובת הכלל; כי הפגיעה אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, אשר העלתה את זכות הקניין למדרגה של זכות חוקתית; כי התכלית שלשמה בוצעה ההפחתה - מטעמים של "צדק וטובת הכלל" - אינה ראויה בהיותה כללית ובלתי מפורטת, וכן משום שהיא מטילה

עליה לשאת לבדה בנטל של האינטרס הציבורי בקיומו של שדה תעופה במקום לחלק אותו על כלל הציבור, ובכך מפלה אותה לרעה ופוגעת בעיקרון השוויון במידה העולה על הנדרש. חברת הירקון מוסיפה וטוענת כי המדינה תבעה מארקיע דמי שימוש בשיעור העולה פי 3.5 על דמי השימוש שנפסקו לטובתה על ידי בית משפט קמא ובנסיבות אלה בלתי סביר הוא לטענתה להפחית בשליש את דמי השימוש המגיעים לה "משיקולי צדק וטובת הכלל". לבסוף טוענת חברת הירקון כי הסכסוך בינה לבין המדינה מצוי בתחומי המשפט הפרטי ועל כן שגה בית משפט קמא בכך שהכריע בו על סמך "שיקולי צדק וטובת הכלל" ובהם "האינטרס הלאומי בקיומו של שדה התעופה", כאילו מדובר בעניין ציבורי. מטעמים אלו מבקשת חברת הירקון לבטל את החלק האופרטיבי של פסק הדין במובן זה שבמקום הסכומים שעליהם הורה בית משפט קמא יבואו הסכומים שנקבעו בחוות דעת השמאי נאור.

המדינה מצידה שבה וטוענת כי חברת הירקון אינה הבעלים של השטחים נושא המחלוקת ואינה זכאית לדמי שימוש כלשהם וזאת על פי ההסכמים שבין הצדדים ונוכח התנהגותה לאורך עשרות השנים שחלפו מראשית ההתקשרות ביניהם. עוד טוענת המדינה כי יש לדחות את טענת החברה לפיה בית משפט קמא הפחית מיוזמתו כשליש מדמי השימוש והיא מפנה בהקשר זה לסיכומיה בבית משפט קמא, במסגרתם טענה כי אין מקום לפסוק דמי שימוש כלל ולחלופין כי יש להפחיתם משיקולי צדק והתנהגות הצדדים ובהם אי-התשלום בגין השטחים נושא המחלוקת; השימוש שנעשה בהם; הפסדיה בגינם; והסכמת חברת ירקון לשימוש שנעשה בהם. המדינה מוסיפה וטוענת כי יש לדחות את טענת חברת הירקון לפיה אין להורות על הפחתת דמי השימוש נוכח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בציינה כי עקרונות חוק היסוד עשויים לסגת מפני אינטרסים וערכים אחרים וכי מכל מקום אין מדובר בענייננו בעתירה כנגד החלטה שלטונית אלא בתביעה חוזית ועל כן טענות החברה בדבר אי-עמידה בתנאי פסקת ההגבלה אינן ממין העניין.

ד"ר

8. חברת הירקון עתרה בתביעתה לדמי שימוש ראויים עבור השימוש הנעשה בהרשאת המדינה בשטחים נושא המחלוקת וזאת בגין התקופה שמאז שנת 1990. כפי שתואר לעיל סוגיית הבעלות בשטחים אלה נדונה והוכרעה בהליך נפרד, שבסיומו קבע בית משפט קמא:

"המדינה לא הוכיחה את טענתה כי העברת [השטחים] במחלוקת לבעלות [החברה] בשנת 1996 נעשתה בטעות. המסקנה העולה ממכלול הראיות מצביעה על כך שסביר והגיוני יותר לקבוע כי [החברה] קיבלה את [השטחים] שבמחלוקת על פי דין, בהסתמך על ההסכמים עם המדינה, ולא בשל טעות. אכן, הראיות התומכות במסקנה זו אינן חד-משמעיות, אך במשפט אזרחי עסקינן: אין צורך בדרגת הוכחה שהיא מעבר להטיית מאזן ההסתברויות לטובת [החברה]. [המדינה], מצידה, לא עמדה בנטל הראיה המוטל עליה להוכחת טענתה כי העברת הבעלות נעשתה בטעות" (פסקה 45 לפסק-הדין).

הערעור שהגישה המדינה על פסק הדין בתביעת הבעלות הוכרע על דרך הפשרה, ונקבע כי חברת הירקון זכאית לבעלות בכמחצית השטחים נושא המחלוקת (6.220 דונם) והמדינה - למחצית השניה (6.219 דונם). עוד נקבע כי בכפוף לחלוקה זו, יעמוד בעינו פסק הדין בתביעת הבעלות. צדק, אפוא, בית המשפט המחוזי בקובעו כי סוגיית הבעלות בשטחים נושא המחלוקת הוכרעה בפסק-דין חלוט וכי אין לשוב ולהידרש לסוגיה זו בהליך דנן. נקודת המוצא לדיוננו היא על כן כי לחברת הירקון בעלות כדין בשטח של 6.220 דונם מתוך השטחים נושא המחלוקת (בין אם שילמה עבור שטח זה ובין אם לאו), והשאלה שיש להתמקד בה היא שאלת זכאותה של חברת הירקון לדמי שימוש ראויים בגין השימוש הנעשה על ידי המדינה ובהרשאתה באותו השטח לצורך הפעלת שדה דב, וביתר פירוט: האם אכן, כקביעת בית משפט קמא, חבה המדינה לחברת ירקון דמי שימוש בגין השימוש בחלק השייך לה מתוך השטחים נושא המחלוקת, או שמא כטענתה החלופית של המדינה ויתרה החברה על הזכות לדמי שימוש מתוקף האמור בהסכמים שבין הצדדים או בשל התנהגותה לאורך השנים מאז נחתם הסכם 66? כמו כן, וככל שייקבע כי החברה אכן זכאית לדמי שימוש, יש להוסיף ולבחון מה שיעורם.

אדון בשאלות אלו כסדרן.

זכאותה של חברת הירקון לדמי שימוש

9. הזכות לדמי שימוש היא נגזרת של זכות הבעלות, שהרי מהותה של הבעלות במקרקעין היא האפשרות "להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם" (סעיף 2 לחוק המקרקעין). לפיכך, כאשר הבעלות במקרקעין היא משותפת, חייב שותף שהשתמש במקרקעין לשלם שכר ראוי בעד השימוש ליתר השותפים לפי חלקיהם במקרקעין (סעיף 33 לחוק המקרקעין).

לעניין זה אין בעיניי הבדל בין שותף המשתמש בעצמו במקרקעין באופן המונע משותפו שימוש או הפקת "פירות" מחלקו שלו באותם מקרקעין (ולענייננו - החלק הצבאי של שדה דב), לשותף העושה שימוש במקרקעין על דרך של מתן היתר לאחרים לעשות שימוש כזה בהם (ולענייננו - החלק האזרחי של שדה דב). דמי השימוש הראויים בגין שימוש במקרקעין עשויים לייצג את נזקיו של השותף שאינו משתמש במקרקעין מהסגת גבולו - אז מצוי מקור החיוב בדין הנזיקי - או את רווחיו של השותף המשתמש במקרקעין מן החיסכון בדמי שכירות - ובמקרה כזה מקורו של החיוב מצוי בעיקרון הכללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט (ראו ע"א 891/95 זידאני נ' אבו אחמד, פ"ד נג(4) 769, 775-778 (1999) (להלן: עניין זידאני); ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 633, 639-641 (1983); ע"א 19/83 חברת שלמה כרמל בע"מ נ' בריח חברה לייצור בע"מ, פ"ד לט(4) 522, 529 (1985); ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, 317-318 (1991) (להלן: עניין כהן); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א' 428-429 (מהדורה שניה, 1998) (להלן: פרידמן). ליחס בין תביעה ל"שכר ראוי" לפי סעיף 33 הנ"ל לחוק המקרקעין ובין תביעה ל"חלק מפירות המקרקעין" לפי סעיף 35 לחוק ראו: ע"א 6035/07 חברת החניון המרכזי בבת ים בע"מ נ' אשורי, פסקה ל"ד (טרם פורסם, 5.7.2010) (להלן: עניין אשורי); רע"א 7899/06 גרוס נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ, פסקה י"ג (לא פורסם, 30.4.2007); ע"א 274/82 יוצר נ' יוצר, פ"ד לט(1) 53, 55-56 (1985); יהושע ויסמן דיני קניין - בעלות ושיתוף 244 (1997) (להלן: ויסמן); פרידמן, 433-434). בענייננו נרשמה אמנם חברת הירקון כבעלים של השטחים נושא המחלוקת רק בשנת 1996, אך על פי קביעתו של בית המשפט המחוזי בתביעת הבעלות היא היתה זכאית מכוח הסכם 90 לרישום שטחים אלה על שמה (ולפי הקביעה בערעור, כדי שטח של 6.220 דונם בלבד). משכך עמדה לה מאז ההתקשרות בהסכם 90 הזכות לקבלת דמי שימוש (ראו: עניין אשורי, פסקאות ל', ל"ד; פרידמן, כרך א' 434 ה"ש 47. כן השוו עניין כהן, 317) ובהקשר זה אין, אפוא, משמעות ממשית להבחנה בין התקופה שבה עמדה לחברה הזכות כי השטחים נושא המחלוקת יירשמו על שמה לתקופה שמיום רישומם בפועל ואילך.

ויתור על דמי שימוש מתוקף ההסכמים?

10. המדינה טוענת כי חברת ירקון ויתרה על זכאותה לדמי שימוש במסגרת הסכם 66, ובכך צמצמה את אגד הזכויות הנלווה לזכות הבעלות שרכשה על פיו. אכן, כמפורט בסעיף 2 סיפא לחוק המקרקעין המצוטט לעיל, אין מניעה שבעלים של מקרקעין יוותר מרצונו בהסכם על זכויות הנובעות והנגזרות מבעלותו:

"בעצם החלטיותה וכוללניותה, בעצם ריבונותה כביכול, של זכות הבעלות, טמונה גם רשות הוויתור והמחילה - בחינת כי לי הארץ, משתמש אני בה בדרך זו או בדרך אחרת, ומוותר אני על שימוש זה או על שימוש אחר, ככל העולה על רוחי מדי פעם בפעם. ודוק היטב: המדובר פה אינו בהגבלות "לפי עסקה במקרקעין", כאילו זכות הבעלות יכול ותהא מוגבלת רק על-ידי הקניית זכות במקרקעין לאחר; אלא בהגבלות "לפי הסכם" - לאמור, כל הסכם שיעלה על דעתם ורצונם של בעלים" (ע"א 269/74 בוקובזה נ' הממונה על המרשם, פ"ד כט(1) 243, 246 (1974). ראו גם ויטמן, 28-29).

במקרה דנן טוענת המדינה כי ויתורה של החברה על הזכות לדמי שימוש נלמד מלשונו של סעיף 5(א) להסכם 66, לפיו התחייב המינהל למסור "לחברה רשות לעלות על הקרקע ולנהוג בה מינהג בעלים לכל דבר, בכפיפות לזכויות של המחזיקים כפי שהן קיימות בעת חתימת חוזה זה, והמינהל לא יעניק בשום פנים ואופן שום זכות נוספת על הזכויות הקיימות". בית משפט קמא קבע כי אין לקבל את פרשנותה של המדינה לסעיף הנ"ל בצינו כי הסיפא של הסעיף מתייחסת למחזיקים במקרקעין וכי לגביהם (ולא לגבי החברה) הוסכם כי לא יוענקו זכויות נוספות על הזכויות שכבר היו נתונות בידי אותם מחזיקים בעת כריתת ההסכם. על כן ובניגוד לטענת המדינה קבע בית המשפט כי אין ללמוד מסעיף זה שחברת הירקון ויתרה על דמי שימוש ראויים. פרשנותו זו של בית משפט קמא לסיפא של סעיף 5(א) מקובלת עליי, ודומה שהיא אכן עולה בבירור מפשט הכתוב. הוא הדין באשר לאמור ברישא של סעיף 5(א), לפיה הסכימה חברת הירקון לרכוש את החלקות נשוא הסכם 66 "בכפיפות לזכויות של המחזיקים". כל שמשמיעה לנו הסכמה זו הוא כי חברת הירקון רכשה את המקרקעין נושא הסכם 66 במצבם as is, דהיינו - במצב נתון שבו היה חלק מן המקרקעין תפוס על ידי מחזיקים. מכך אין ללמוד שחברת הירקון ויתרה על הזכות לקבלת דמי שימוש בגין המקרקעין אותם רכשה. פירוש זה מתיישב היטב עם התנאים, הנוקשים יחסית, שמן הראוי להציב בדרכו של מי שמבקש לפרש סעיפים בעסקות מכר מקרקעין ככאלה המבטאים ויתור על זכות כלשהי מתוך אגד הזכויות המרכיבות את זכות הבעלות הנרכשת, ובענייננו - הזכות לדמי שימוש. ויתור כזה בהסכם הוא אמנם אפשרי, כאמור בסעיף 2 סיפא לחוק המקרקעין, אך על מנת שיקום ויעמוד על רגליו צריך הוא להיות ברור ומפורש ובהיעדר ויתור מפורש וברור כזה, ברירת המחדל הפרשנית היא כי זכות הבעלות נרכשה במלואה, בלא שנגרעו ממנה חלקים כלשהם המרכיבים אותה.



כזה הוא המקרה שבפנינו, נוכח היעדר ויתור מפורש בהסכם 66 על הזכות לדמי שימוש.

בדיקת הנסיבות החיצוניות האופפות את הסכם 66 מובילה אף היא לאותה מסקנה עצמה (לבחינת הנסיבות החיצוניות האופפות את ההסכם במסגרת התהליך הפרשני ראו: דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות-אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נגד מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1, 25-28 (2006); ע"א 8239/06 אברון נ' פלדה, פסקה 2 לחוות דעתי (לא פורסם, 21.12.2008)). הסכם 66 נכרת על רקע יוזמה לפינוי שדה דב ולפיתוח השטח שיתפנה בעקבות כך (יוזמה שלא יצאה אל הפועל עד עצם היום הזה, ראו סעיף 4 לתצהיר מר בבאי). בסעיף 5(ג) להסכם 66 אף נקבע כי חברת הירקון "רשאית, לפי שיקול דעתה, שלא לקבל את הבעלות והחזקה בשטחים, התפוסים ע"י שדה התעופה שדה דב... המצויים בתחום החלקות... ואשר לא יפנו מהמחזיקים בהם עד למועד שיקבע בהסכם זה להעברת הבעלות והחזקה", ומתכתובת בין הצדדים לאחר חתימת ההסכם עולה כי חברת הירקון סברה שבתקופת הביניים ועד שתתברר תמונת הפינוי, לא חלה עליה כלל החובה לשלם תמורת אותו חלק של המקרקעין (כ-700 דונם לאותו מועד) שהיה תפוס לצרכי שדה דב (ראו מכתב חברת הירקון לראש עיריית תל-אביב-יפו מיום 5.8.1970, מוצג 13 למוצגי המדינה). המסקנה שניתן להסיק מנסיבות אלה שאפפו את הסכם 66 היא על כן, לכל היותר, כי חברת הירקון ראתה את העסקה (ככל שהיא נוגעת לשטח התפוס) כעסקה שטרם הבשילה ואת עצמה כמי שאינה זכאית לדמי שימוש בגינו עד שתתבהר תמונת הפינוי. אך מכך אין להסיק בשום אופן כי מדובר בזכות שחברת הירקון ויתרה עליה מכאן ועד עולם.

זאת ועוד. בחלוף שלוש עשרה שנים מיום כריתתו של הסכם 66 ועל רקע "סכסוך בין הצדדים לאור טענת [החברה] כי חלק מן הקרקעות שרכשה אינן פנויות" (פסקה 4 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתביעת הבעלות), נחתם בין הצדדים הסכם חדש - הוא הסכם 79. הסכם 79 שינה את ההסכמות שבהסכם 66 ואף ביטל חלק מן הסעיפים שבו, לרבות סעיף 5. מכאן, שאפילו היה מקום לקבל את טענת המדינה כי בגדר סעיף 5 להסכם 66 ויתרה חברת הירקון על זכותה לדרוש דמי שימוש בגין החלק התפוס של המקרקעין (וכאמור איננו סבורים כך), הגיע ויתור זה לקיצו עם חתימת הסכם 79. ממילא חזרה, אפוא, אל חברת הירקון הזכות לדרוש דמי שימוש שהייתה לכתחילה חלק מזכות הבעלות שלה במקרקעין, ויפים בקשר זה דבריו של פרופ' ויסמן כי "עמדת ההמתנה, המאפשרת לבעלות להתמלא תוכן מחדש, היא המאפיינת את זכות הבעלות במצבים שבהם הופרשו ממנה זכויות" (ויסמן, 28-29).

11. המדינה טוענת כי אף אם הייתה לחברת הירקון זכות לקבלת דמי שימוש על פי איזה מן ההסכמים שנחתמו בין הצדדים, היא ויתרה על זכות זו בהתנהגותה לאורך השנים שחלפו מאז נחתמו הסכמים אלו, לרבות הסכם 79, משום שלא העלתה במהלכן כל דרישה לתשלום דמי שימוש. אכן, התנהגותו של צד לחוזה עשויה ללמד לעיתים כי הוא ויתר על זכות שהוקנתה לו לפיו (ראו: ע"א 156/76 שטרן נ' פרידמן, פ"ד לא(1) 572, 577 (1976); ע"א 1330/93 אלבוז נ' אלבוז, פסקה 18 (לא פורסם, 12.6.1997), דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א' 504-501 (1991)). אולם, מסקנה בדבר ויתור כזה היא מסקנה מרחיקת לכת ועל כן חייב הטוען לויתור להציג ראיות מוצקות וברורות לביסוסו. בע"א 4956/90 פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, פ"ד מו(4) 35 (1992) (להלן: עניין פזגז), עמדה על הפרק השאלה האם ויתרה המערערת על התחייבות המשיבות בהסכם כתוב להחזיק מחסן משלהן להחזקת מיכלי גז, וכך נפסק שם בהקשר זה:

"כאשר מדובר בשינוי חוזה כתוב על דרך של התנהגות הצדדים המאוחרת לכריתתו, מן הדין שהתנהגות הצדדים לחוזה תשקף את גמירת הדעת לסטות מהוראות החוזה... עקביותם הפנימית של דיני החוזים מחייבת, כי המסקנה שהוראה חוזית שונתה או בוטלה תושבת על בסיס מוצק וברור, לא פחות מזה הנדרש לשם הסקת עצם קיום היחס החוזי בין הצדדים. גם הצורך במערכת יחסים יציבה וניתנת לחיזוי מראש על-ידי הצדדים מחייב, כי לא בנקל יוסק מהתנהגותם של הצדדים הרצון בשינוי של החוזה ביניהם... תרגומה המעשי של הדרישה, כי כוונת הצדדים לסטות מהחוזה תבוטא בבירור... יהיה - בחוזים מסוג זה - קיומו של דפוס התנהגות מתמשך, לו שותפים שני הצדדים. רק דפוס כזה, במובחן מהתנהגויות אקראיות אשר אין בינן חוט מקשר, יכול לבסס את המסקנה, כי הצדדים התכוונו שלא לקיים את החוזה כפי שהוסכם מלכתחילה ביניהם..." (עמ' 41 לפסק הדין. ראו גם: ע"א 5630/90 תדמור נ' ישפאר חברה אלקטרונית למסחר בע"מ, פ"ד מז(2) 517, 526-527 (1993)).

הלכה זו יפה בעיניי ביתר שאת מקום שבו מדובר בזכות הנובעת מהתחייבות לעשיית עסקה במקרקעין (ראו והשוו: ע"א 5205/05 שחם שיווק מערכות מיזוג וחימום בע"מ נ' נפ-גל בניין ופיתוח בע"מ, פסקה 13 (לא פורסם, 20.3.2008)).

12. בענייננו אכן חלף פרק זמן לא מבוטל - כשלושים שנה - מן ההתקשרות הראשונה בין הצדדים בהסכם 66 ועד שחברת הירקון הגישה את התביעה לדמי שימוש, ואין בפנינו כל ראייה לכך שלאורך כל אותן השנים העלתה החברה דרישה לתשלום דמי שימוש עבור החלק התפוס של המקרקעין שרכשה (שהצטמצם לבסוף לכדי השטחים נושא המחלוקת). לכאורה, בפנינו דפוס התנהגות מתמשך ועקבי העשוי לבסס מסקנה בדבר שינוי של חוזה בדרך של התנהגות, קרי: ויתור מצד חברת הירקון על הזכות לקבלת דמי שימוש. אולם, כפי שיפורט להלן, מתקיימות במקרה דנן נסיבות מיוחדות השוללות מסקנה זו משום שיש בהן להעיד כי חברת הירקון לא התכוונה לוותר על הזכות לקבלת דמי שימוש. כפי העולה מן העובדות שברקע ההליך דנן, כפי שפורטו בתמצית לעיל (וכפי שתוארו בהרחבה בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתביעת הבעלות), עסקת המכר שנקשרה בין הצדדים במקרה דנן היא עסקה בעלת מבנה מורכב אשר ידעה תהפוכות ומחלוקות רבות מאז נחתם ההסכם הראשון ביניהם בשנת 1966. עיקר המחלוקות נסובו סביב שאלות הנוגעות לתשלום התמורה על ידי חברת הירקון ולהיקף השטח שבו רכשה בעלות, בהתאם לסכומים ששולמו. נוכח מחלוקות אלה שררה, למצער, עד שנת 1990 אי-בהירות רבה אשר להיקף זכויותיה של החברה. עמד על כך בית המשפט המחוזי בפסק הדין בתביעת הבעלות, בקובעו כי:

"מהראיות שהובאו עולה כי הצדדים לא נהגו בצורה מסודרת על פי [הסכם 66], כנראה משום שמדובר בעסקאות בין המדינה לבין חברה עירונית שפעלה לטובת הציבור. [החברה] הקדימה תשלומים למדינה על חשבון קרקעות שהגיעו לה לפי הסכם 1966, ו[החברה] קיבלה קרקעות שאת חלקן החזירה. כמו כן הסתבר שחלק מן הקרקעות אינן ניתנות לפינוי (ראה המסמכים בעניין ההתחשבנות בין הצדדים שהוגשו כמוצגים נ/3, נ/4 ו- נ/7). גם בבאי אישר כי היו בין הצדדים ויכוחים כספיים, וכן ויכוחים בשאלה אלו שטחים נותר למסור [לחברה] על פי ההסכמים, וכי הוא עצמו אינו בקיא בנושא (עמ' 17-16, 26). בסופו של דבר, אין בפני בית המשפט ראייה ברורה בנושא ההתחשבנות בין הצדדים... ולא ניתן היום לשחזר אלו קרקעות בדיוק הגיעו ל[חברה] על פי ההסכמים" (פסקה 44 לפסק הדין).

עוד עולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתביעת הבעלות כי בין הצדדים התקיים דין ודברים מתמשך בניסיון להגיע לפתרון המחלוקות שהתעוררו בעקבות הסכם 66. כך למשל ביקשה חברת הירקון בשנת 1969 לוותר על רכישת חלק מן החלקות התפוסות (בקשה שנדחתה על ידי המדינה), ובשנת 1977 פנה המינהל לנגיד בנק ישראל בבקשה כי ישמש בוורר בין הצדדים, בהתאם להוראת סעיף 24(ב) להסכם 66 (ראו פסקאות 4, 33 לפסק הדין בתביעת הבעלות). לבסוף, וכפי שכבר פורט לעיל,

גיבשו הצדדים שני הסכמים נוספים: הסכם 79 והסכם 90 ליישוב המחלוקות ביניהם. הסכם 79 אישר את רכישת השטחים המנויים בנספח ד' (ובהן השטחים נושא המחלוקת) והדבר שב והוסכם בהסכם 90. אך רק בשנת 1996, וככל הנראה לאחר מגעים נוספים שנמשכו עוד מספר שנים (ראו פסקה 37(ד) לפסק הדין בתביעת הבעלות), חתם המינהל על שטרי המכר שאפשרו להעביר את השטחים נושא המחלוקת על שם חברת הירקון. התביעה לדמי שימוש הוגשה כשנה לאחר מכן. חשוב להזכיר בהקשר זה כי גם רישום הזכויות כאמור, לא שם קץ למחלוקות הבעלות בין הצדדים וכפי שכבר צוין, בשנת 1999 - כשלוש שנים לאחר הרישום וכשנתיים לאחר שהוגשה על ידי חברת הירקון התביעה לדמי שימוש - הגישה המדינה את תביעת הבעלות בה טענה כי רישום זה בטעות יסודו והיא שבה והעלתה את המחלוקת בעניין בעלותה של החברה בשטחים נושא המחלוקת. בעקבות תביעת הבעלות שהגישה המדינה כאמור אף הוקפא הדיון בתביעה לדמי השימוש עד להכרעה בסוגיית הבעלות.

13. בנסיבות מיוחדות אלה, אני סבורה כי אף שהחברה לא הגישה את התביעה לדמי שימוש אלא בשנת 1997, לא ניתן ללמוד מהתנהגותה זו ויתור על הזכות לקבלת דמי שימוש בגין השטחים נושא המחלוקת ובהינתן כל האמור לעיל מסתברת בעיניי יותר גרסתה של חברת הירקון כי היא בחרה להמתין בכל הנוגע לתביעת דמי השימוש עד שתתבהר תמונת המצב באשר לזכויותיה בשטחים אלו, ויתאפשר להציג תביעה כספית משכנעת לדמי שימוש, הנגזרת מאותן זכויות (השוו: ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 449-450 (2003) (להלן: עניין תלמוד תורה); בג"ץ 7250/97 סולימאני נ' שר הפנים, פ"ד נד(3) 783, 793-794 (2000)).

ודוקו - יש להבחין בהקשר זה הבחן היטב בין ויתור על זכות, הנלמד לעיתים - ובהצטרף נסיבות נוספות - מחלוף הזמן, ובין התיישנות דיונית של עילת התביעה בגין אותה זכות, בשל חלוף הזמן. בהקשר זה כבר נפסק כי:

איחור בהגשת תביעה הוא כשלעצמו אינו מעיד על ויתור או מחילתו של התובע על זכות התביעה. השתהות בתחום תקופת ההתיישנות הינה זכותו של המתדיין, והיא עשויה לעתים לשמש אמצעי חשוב בדרך לפתרון המחלוקת מחוץ לערכאות, לפיכך קיימת דרישה לקיום מצג ברור מצד התובע על אודות ויתור או מחילה מצדו על זכות התביעה הנתונה לו. דרישה זו מתיישבת עם הצורך להימנע מהטלת מגבלות דרקוניות על תובע הפונה לעזרת בית המשפט בתוך תקופת ההתיישנות, והיא הולמת את המדיניות המשפטית המבקשת לעודד

משא ומתן בין הצדדים להשגת פתרון לסכסוך מחוץ לפתחו של בית-המשפט, גם אם הדבר יארך זמן רב" (עניין תלמוד תורה, 446). ראו גם: ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד נז(5) 49, 69 (2003); ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פסקה 68 (לא פורסם, 20.2.2006). כן ראו והשוו פרידמן, כרך ב' (1198-1199).

במקרה דנן ומן הטעמים שפורטו אין כאמור מקום למסקנה כי חברת הירקון ויתרה בהתנהגותה על הזכות לדמי שימוש. למעלה מן הדרוש יצוין כי במקרה דנן אין מקום גם לטענת התיישנות ולו מן הטעם שבהסכם 90 שבה המדינה ואישרה את זכות הבעלות של החברה במקרקעין (וראו לעניין זה סעיף 9 לחוק ההתיישנות התשי"ח-1958; ע"א 8438/09 רובאב חברה לנכסים בע"מ נ' אחים דוניץ בע"מ, פסקה 30 (טרם פורסם, 19.4.2012)).

14. זאת ועוד. התביעה לדמי שימוש שהגישה חברת הירקון מתייחסת לתקופה שמשנת 1990 ואילך. לכן אפילו תמצי לומר כי החברה ויתרה על דמי השימוש בגין התקופה שעד שנת 1990, אין הדבר מוליך בהכרח אל המסקנה כי מדובר בויתור לצמיתות על דמי השימוש המגיעים לה מתוקף בעלותה בחלק מן השטחים נושא המחלוקת גם באשר לתקופה שמשנת 1990 ואילך. כפי שתואר לעיל, ידעו יחסי הצדדים לעסקת המכר תהפוכות, מחלוקות ושינויים לא מעטים מאז נחתם ביניהם הסכם 66. כך הסתבר בחלוף חמש עשרה שנים מיום חתימת הסכם 66 כי מיקומו של שדה התעופה שדה דב לא צפוי להשתנות, וכי החלקות התפוסות שנרכשו בהסכם 66 לא יפוננו מן המחזיקים בהן בעתיד הנראה לעין (ראו מכתבה של חברת הירקון למנהל מחוז מרכז של מינהל מקרקעי ישראל מיום 1.11.1984, מוצג 14 למוצגי המדינה). שינוי נסיבות זה יש לו כמובן משמעות כלכלית והדבר קיבל ביטוי בהסכמים המאוחרים שנכרתו בין הצדדים ובהם הסכם 90, אשר נועד להסדיר את כל התחייבויות החברה והמדינה על פי הסכם 66 והסכם 79. העובדה כי אין בהסכם 90 סעיף השולל מן החברה את הזכות לקבל דמי שימוש מכאן ולהבא בגין השטחים נושא המחלוקת, אף שבאותו שלב הוברר סופית כי שטחים אלה אינם צפויים להתפנות ממחזיקיהם בעתיד הנראה לעין, תומכת במסקנה לפיה ויתור החברה על דמי השימוש בעבר, ככל שהיה כזה, אין לפרשו אלא כ"השעיה" של הזכות לקבלתם, אשר ממנה רשאית הייתה החברה לסגת בהתקיים נסיבות ההופכות ויתור זה לבלתי-כלכלי מבחינתה (השוו: עניין פזגז, 42).

משנדחו טענות המדינה בדבר ויתור של חברת ירקון על הזכות לקבלת דמי שימוש, למצער בגין התקופה שמשנת 1990 ואילך, יש להוסיף ולבחון מהו שיעור דמי השימוש אותו חבה המדינה לחברה בגין השימוש הנעשה על ידה ובהרשאתה בחלק השייך לה מתוך השטחים נושא המחלוקת.

שיעור דמי השימוש הראויים

15. בכל הנוגע לשיעור דמי השימוש הראויים אימץ בית משפט קמא את חוות דעתו של השמאי נאור, שמונה מטעמו, אשר דחה הן את שיטת החישוב אותה נקטה חברת הירקון (גזירת דמי שימוש משווי הקרקע) הן את שיטת החישוב שנקטה המדינה (חישוב דמי השימוש בהתאם לסכומים שמקבל המינהל מרש"ת בגין תפעול שדה דב), והעריך את דמי השימוש הראויים בהתאם לאלו שהיו מתקבלים בשוק החופשי עבור שימושים בעלי מאפיינים הדומים ככל האפשר לשימוש הנעשה במקרקעין בפועל. בית המשפט דחה את ההשגות שהעלתה המדינה כנגד חוות דעתו של השמאי נאור וקבע כי היא לא נסתרה בחקירה הנגדית וכי השמאי חיזק וביסס אותה בתשובותיו. ככלל, אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בקביעותיה של הערכאה המבררת המתבססת על חוות דעת של מומחים מקצועיים, להוציא מקרים חריגים שבהם נראה כי קביעות אלו אינן מבוססות על פניהן או כי נפל בהן פגם מהותי היורד לשורשם של דברים. כלל זה יפה ביתר שאת בכל הנוגע לקביעות המבוססות על חוות דעת של מומחה אשר מונה מטעם בית המשפט (ראו: ע"א 402/85 מרקוביץ' נ' עיריית ראשון לציון, פ"ד מא(1) 133, 139 (1987); ע"א 6540/05 סולל בונה בע"מ נ' אברמוביץ', פסקה 16 (לא פורסם, 1.12.2008); ע"א 2959/09 מוקטרן נ' ד"ר אהוד וינר, פסקה 6 (טרם פורסם, 2.7.2012); ע"א 9248/05 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, פסקה 26 (לא פורסם, 22.8.2006)). לפי אמות מידה אלה המשמיעות לנו התערבות מצומצמת כמפורט לעיל, אני סבורה כי אין במקרה דנן עילה כלשהי להתערב בקביעותו של בית משפט קמא אשר סבר כי יש לאמץ את חוות דעתו המקצועית של השמאי נאור.

על פי חוות דעתו של השמאי נאור מסתכמים דמי השימוש הראויים עבור מלוא השטחים נושא המחלוקת לתקופה שמיום 5.5.1990 ועד יום מתן חוות הדעת (30.10.2009), ב-23,977,541 ש"ח ובמעוגל - 24,000,000 ש"ח (עמוד 27-28 לחוות הדעת). סכום זה משוערך על פי מדד המחירים לצרכן אך אינו כולל ריבית ואינו כולל מע"מ (ראו עדות השמאי נאור בעמ' 59 לפרוטוקול מיום 22.11.2009; סעיף 44 לסיכומי המדינה בבית משפט קמא). הסיבה שהסכומים שקבע השמאי מתייחסים למלוא השטחים נושא המחלוקת (12.439 דונם) נעוצה בכך שחוות הדעת ניתנה ביום

30.10.2009 ובאותה עת הייתה חברת הירקון הבעלים הרשום של שטחים אלו, במלואם. אולם, משניתן ביום 28.1.2010 פסק הדין על דרך הפשרה בערעור שהגישה המדינה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתביעת הבעלות, ומשצומצם השטח שזכאית לו חברת הירקון באותם שטחים לכדי 6.220 דונם, יש לחשב את הסכומים המגיעים לחברת הירקון על פי השטח האמור, דהיינו כמחצית מן הסכומים שנקבעו בחוות דעת השמאי בצירוף ריבית כחוק. חישוב זה הביא את בית משפט קמא לסכום של 18,438,222 ש"ח בגין התקופה שמיום 5.5.1990 ועד ליום מתן חוות הדעת, ובתוספת מע"מ - 21,388,340 ש"ח. כמו כן חילץ בית משפט קמא מתוך הסכום הכולל שנקבע על ידי השמאי נאור לשנת 2009 (עבור עשרה חודשים) סכום חודשי של דמי שימוש (15,550 דולר ארה"ב בצירוף מע"מ עבור מחצית השטחים נושא המחלוקת).

סכומים אלה - 21,388,340 ש"ח עבור התקופה שמיום 5.5.1990 ועד ליום מתן חוות הדעת (30.10.2009) ו-15,550 דולר ארה"ב לחודש מיום 1.11.2009 ועד יום מתן פסק הדין (10.8.2010) - שימשו בסיס לחישוביו של בית משפט קמא באשר לדמי השימוש הראויים להם זכאית חברת הירקון והצדדים לא חלקו בפנינו על חישובים אלה בהיבט החשבונאי.

הפחתה מדמי השימוש הראויים

16. כפי שפורט לעיל, סבר בית משפט קמא כי יש להפחית בשליש את דמי השימוש הראויים המבוססים על חוות הדעת של השמאי נאור וזאת "משיקולי צדק וטובת הכלל". ביסוד שיקולים אלה מנה בית משפט קמא את האינטרס הלאומי שבקיום שדה דב, אשר אינו מופעל למטרות רווח ומסב למדינה הפסדים וכן את העובדה שחברת הירקון מעולם לא דרשה לעשות כל שימוש בשטחים נושא המחלוקת. על קביעה זו משיגות הן המדינה הן חברת הירקון. לטענת המדינה היה מקום להפחית את סכום ההשבה עד כדי איפוסו המוחלט ואילו חברת הירקון טוענת שלא היה מקום להפחתה כלשהי.

הפחתת דמי השימוש מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר

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

הוראות חוק אחרות שמטרתן למנוע התעשרות שלא כדין (ראו והשוו: ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540, 557-556, 559 (1993) (להלן: עניין גינזברג); דנ"א 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פסקאות 30-32 לחוות דעתה של השופטת נאור (טרם פורסם, 17.7.2011) (להלן: עניין בייזמן); ע"א 5267/03 עו"ד סיגל פרגל-גשורי נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, 362 (2005); ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פסקה 76 (לא פורסם, 22.1.2009); פרידמן כרך ב' 1179-1180; כן ראו עניין ש.ג.מ, 642. אך ראו והשוו: עניין זידאני, 779; עניין בייזמן, חוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין; מנחם מזוז "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת" - סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 "משפטים י 487, 534-530 (תש"ם) (להלן: מוזז)). המדינה טוענת כי בענייננו מתקיימת החלופה הראשונה שבסעיף 2 לחוק עשיית עושר, לפיה "הזכיה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה", שכן השטחים נושא המחלוקת מסומנים כשדה תעופה וממילא לא ניתן לעשות בהם שימוש אחר וכן היא טוענת כי ההשבה הינה בלתי צודקת משום שחברת הירקון לא שילמה כל תמורה בגינם.

כפי שנפסק בעניין כהן, יש "להיזהר מפני נקיטת אמת מידה גורפת של פטור מחובת השבה, כל אימת שהתעשרותו הבלתי מוצדקת של הזוכה איננה כרוכה בחסרונו של המזכה... גישה שכזאת עומדת בסתירה למבחנה העיקרי של עילת ההשבה: לא עצם נזקו של התובע ולא שיעור נזק זה הם המגבשים את עילת ההשבה, אלא התעשרותו הבלתי מוצדקת של הנתבע" (שם, 326-327). בענייננו נדחתה לגופה טענת המדינה כי חברת הירקון לא יכולה הייתה לעשות כל שימוש בשטחים נושא המחלוקת ועל כן לא נגרם לה כל חסרון ובית משפט קמא קבע בעניין זה כי:

"המקרקעין הנדונים אינם מיועדים מבחינה תכנונית לשדה תעופה. כפי שהוכח, ייעודם של המקרקעין על פי התב"ע הוא למגורים, ולכן יכולה הייתה [החברה] לעשות במקרקעין שימוש על פי התב"ע או להשכיר את השטח לצורך הקמת שדה תעופה על פי חוק הטיס. לכן לא ניתן לומר שאנו נמצאים במצב של 'זה נהנה וזה אינו חסר'. המסקנה העובדתית היא, ש[החברה] אכן יכולה הייתה להצמיח לעצמה הכנסה מן הקרקע... (פסקה 5 לפסק הדין) [ההדגשה הוספה].

קביעה עובדתית זו אינה מצדיקה התערבות, והמדינה אף לא העלתה בפנינו טעם מבורר אשר מצדיק זאת. אדרבה, המדינה עצמה הגישה תביעה לדמי שימוש נגד ארקיע ונגד וחברות תעופה נוספות העושות שימוש בשדה דב שבשטחו מצויים השטחים נושא המחלוקת, ולא ברור כיצד ניתן ליישב תביעה זו עם טענתה בפנינו כי



עסקינן במצב בו "זה נהנה וזה אינו חסר". בהקשר זה ראוי לציין כי טענת המדינה לפיה התביעה נגד ארקיע היא תביעה להחזר הוצאות ולא לדמי שימוש טוב היה לה אלמלא נטענה, שכן מנוסח כתב התביעה (מוצג ז' למוצגי חברת הירקון) עולה בבירור כי מדובר בתביעה לדמי שימוש. כך למשל בסעיף 9 לכתב התביעה מבקשת המדינה מבית המשפט:

"לחייב את ארקיע ואת הנתבעות 9-2, יחד ולחוד, לשלם לתובעות דמי שימוש ראויים בגין השימוש שהן עושות במקרקעין נשוא התביעה ודמי ניהול ואחזקה (להלן ביחד: 'דמי שימוש') וכן לשלם חובות עבר של דמי שימוש ראויים בגין השימוש שעשו במקרקעין מאז שנת 2002 ועד למועד הגשת התביעה ולהצהיר כי על ארקיע ועל הנתבעות 9-2, ביחד ולחוד, להמשיך ולשלם לרשות דמי שימוש ראויים זאת כל עוד הן עושות שימוש במקרקעין."

18. אשר לטענה כי בנסיבות העניין ההשבה הינה בלתי צודקת. הסיפה של סעיף 2 לחוק עשיית עושר מתייחסת ל"נסיבות אחרות" העושות את ההשבה בלתי צודקת, וכבר נפסק כי "אותן 'נסיבות אחרות', העשויות להצדיק פטור מחובת השבה, נותרו מלכתחילה, ובמכוון, כרקמה פתוחה, העשויה לייבא אל תוך הוראת הפטור שיקולים משיקולים שונים". במסגרת זו, כך נפסק, נתון לבית המשפט שיקול דעת רחב לשיקול מגוון של שיקולים "וביניהם התנהגותם של הצדדים - על רקע הנסיבות שקדמו להתקשרות, הנסיבות שאירעו במהלך תקופת ההתקשרות, ואף הנסיבות שהתרחשו לאחר מכן" (ע"א 9631/05 ארד נ' מדינת ישראל, פסקאות 60-61 (לא פורסם, 16.12.2010)). כמו כן ישקול בית המשפט את "הנזק שייגרם מן ההשבה אל מול הנזק שייגרם בהיעדר השבה, האשם היחסי ותום-לבם של המעורבים" (השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בע"א 3760/03 עמרן נ' עו"ד מיכה צמיר, הנאמן על נכסי אייפרמן יוסף, פ"ד נט(5) 735, 753-752 (2003); ראו גם: עניין כהן, 328-324; עניין בייזמן, פסקאות 45-46 לחוות דעתה של השופטת נאור; תמ). בבואנו לבחון את הנסיבות העשויות להצדיק פטור מהשבה כאמור, אין להתעלם גם מערכים ועקרונות של המשפט הציבורי המקרינים על דיני עשיית העושר, אך חשוב לזכור כי "סוגיית ההשבה היא מטבעה עניין של משפט פרטי הקשור קשר הדוק לנסיבות המקרה ולהתנהגות הצדדים" (ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, פסקאות 45, 56 (לא פורסם, 20.8.2009) (להלן: עניין עיריית ירושלים) וראו גם: דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 10.1.2010)).

המדינה טענה כי חברת הירקון לא שילמה תמורה בגין השטחים נושא המחלוקת וכי בנסיבות אלו יהיה זה בלתי צודק לחייבה בתשלום דמי שימוש. בית משפט קמא דחה את טענתה זו של המדינה ובעניין זה דעתי כדעתו. סוגיית התמורה ששולמה (או לא שולמה) עבור השטחים נושא המחלוקת עמדה במוקד ההכרעה בתביעת הבעלות ובית המשפט המחוזי קבע בהקשר זה כי המדינה שעליה הוטל נטל השכנוע להראות את אי-התשלום לא הציגה בפניו "ראיה ברורה בנושא ההתחשבנות בין הצדדים, באופן שניתן לדעת האם [החברה] שילמה עבור [השטחים] שבמחלוקת" (פסקה 44 לפסק הדין בתביעת הבעלות). גם בערעור שהגישה המדינה על פסק הדין בתביעת הבעלות לא הוכרעה סוגיה זו (ראו עמ' 6 לפרוטוקול הדיון מיום 28.1.2010), ובפסק הדין שניתן בערעור על דרך הפשרה נקבע כי חברת הירקון היא בעלת מחצית בלבד מן השטחים נושא המחלוקת (6.220 דונם). עוד נקבע באותו פסק-דין כי יש לתקן את הרישום בהתאם. הכרעה זו הפחיתה בכמחצית את הזכויות הרשומות של החברה בשטחים נושא המחלוקת ומותר להניח כי בעשותה כן הביאה ערכאת הערעור בחשבון את הטענות שהעלתה המדינה לעניין תשלום התמורה. על כן נראה לי כי בנסיבות אלה אין מקום לשוב ולהעלות טיעון זה על מנת להפחית את דמי השימוש להם זכאית חברת הירקון עבור בעלותה במחצית השטחים נושא המחלוקת.

19. האם הוכחו טעמים אחרים המצדיקים פטור מלא או חלקי מתשלום דמי השימוש?

המדינה טענה כי אין זה צודק לחייב אותה בתשלום דמי שימוש, משום שלמעשה לא היה לה כל רווח מתפעולו של שדה דב ועל כן לא התעשרה על חשבון חברת הירקון. טענה זו דינה להידחות. גם אם המדינה מפסידה, כטענתה, מתפעולו של שדה דב, אין הדבר שולל את זכותה של חברת הירקון לקבלת דמי שימוש ראויים משום שהמדינה מעוניינת בקיומו של שדה דב כצורך לאומי, לטענתה, ללא קשר לעלויות הפעלתו. השימוש בשטחים נושא המחלוקת סיפק לה, אפוא, את מבוקשה וחסך לה תשלום של דמי שכירות בגין מקרקעין חלופיים (השוו: ע"א 687/89 לירן נ' גבריאל, פ"ד מה(2) 189, 194 (1990)). בכך התעשרה המדינה ולו באופן מושגי על חשבונה של חברת הירקון (ראו והשוו: ע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ נ' טרבלוס, פ"ד לג(1) 197, 205-206 (1978); עופר גרוסקופף אופקים חדשים במשפט - הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 361-362 (תשס"ב); פרידמן כרך א' (434).

בית משפט קמא סבר כי יש מקום להפחתה מסוימת של דמי השימוש וקבע

בהקשר זה כי:

”עניין אחד יש בו כדי לגרום להפחתת דמי השימוש הראויים, והוא עניין האינטרס הלאומי בקיומו של שדה התעופה. כפי שהעיד מר בן מרדכי, השדה אינו מופעל למטרות רווח אלא בשל הנחייה לאומית ומטרתו היא לשרת את תושבי הפריפריה. עוד העיד מר בן מרדכי ששדה התעופה אינו עסק הנושא רווחים, אלא הוא גורם להפסדים לנתבעת. עובדות אלה בצירוף העובדה שהתובעת מעולם לא דרשה לעשות כל שימוש במקרקעין, יש בהן כדי לגרום להפחתה מסוימת בדמי השימוש הראויים, וזאת משיקולי צדק וטובת הכלל” (פסקה 9 לפסק הדין).

דעתי שונה.

העובדה כי בשלב מסוים (בין השנים 1986-1992) חדלה חברת הירקון להיות חברה עירונית והפכה לחברה פרטית החותרת להשאת רווחים מנכסים שבבעלותה, היא נתון אשר יש לו חשיבות מכרעת בהקשר זה. כך יתכן כי המדינה רשאית הייתה להניח שחברת הירקון במתכונתה כחברה עירונית מוכנה “לתרום” את חלקה לצורך הלאומי שבתפעול שדה דב. אולם, הנחה כזו אין לה מקום משעה ששותפתה במקרקעין הפכה לגורם פרטי-נדל”ני אשר מטבע הדברים נושא עיניו להפקת רווח מן המקרקעין שבבעלותו. המדינה רשאית כמובן לעשות שימוש בשטחים שבבעלותה מתוך ראייה ציבורית המשרתת צרכים לאומיים, אך אין מקום לאפשר לה “להתרים” את שותפתה לבעלות באותם שטחים (חברת הירקון במתכונתה הפרטית) לצרכים לאומיים כאלה ללא הסכמתה. למותר לציין כי ככל שאכן מדובר בצורך לאומי, מעמיד הדין לרשות המדינה כלים אחרים כגון הפקעה אשר יאפשרו לה להשיג מטרה זו בתנאים מתאימים.

העובדה כי חברת הירקון לא דרשה לעשות שימוש בשטחים נושא המחלוקת לאורך השנים אף היא אינה מצדיקה בעיניי את הפחתת דמי השימוש וכבר צוין כי מאז חתימתו של הסכם 66 ידעה מערכת היחסים בין חברת הירקון למדינה תהפוכות ומחלוקות מתמשכות, בין היתר בכל הנוגע לפינוי החלקות התפוסות, להיקף השטח שנרכש על פי הסכם ולסוגיית תשלום התמורה בגינו. כך, במהלך חמש עשרה השנים שלאחר חתימת הסכם 66 לא ניתן היה לצפות כי חברת הירקון תדרוש לעשות שימוש בשטחים נושא המחלוקת (להבדיל מדרישת דמי שימוש בגינן) שכן זהו פרק הזמן אשר על פי הערכת הצדדים אמור היה לקחת פינוי החלקות התפוסות על ידי שדה התעופה

(כ-700 דונם). במהלך אותה תקופה התנהלו בין הצדדים מגעים שבעקבותיהם אף נחתם הסכם 79 ובמסגרתו הגדירו הצדדים מחדש את היקף השטח הנרכש והחברה שוחררה ממרבית ההתחייבויות על פי הסכם 66 ככל שהן נוגעות לחלקות התפוסות. באותו שלב וביתר שאת בשנים שלאחר מכן הבינה חברת הירקון כי המשך הפעלתו של שדה דב במקום הוא עובדה קיימת אשר הסיכוי לשנותה אינו נראה לעין. כמו כן נמשכו לאורך כל אותן השנים ועד שנת 1990 המחלוקות בין הצדדים בכל הנוגע לסוגיית תשלום התמורה ולהיקף השטח המגיע לחברת הירקון, ותמונת המצב בהקשר זה טרם הובהרה. לפיכך ובניגוד לקביעתו של בית משפט קמא אינני סבורה כי יש לזקוף לחובתה של חברת הירקון את העובדה שלא דרשה מן המדינה לאפשר לה לעשות שימוש בשטחים נושא המחלוקת (להבדיל מדרישה לדמי שימוש) במהלך אותן שנים.

חתימתו של הסכם 90 מהווה עם זאת צומת של שינוי נסיבות. זהו הסכם המעיד על עצמו כי מטרתו לסיים את כל התחייבויות החברה והמינהל על פי הסכם 66 והסכם 79 (סעיף 10(ג) להסכם). העובדה כי באותו הסכם לא נשללה זכותה של חברת הירקון לדמי שימוש מהווה כאמור נימוק לדחיית הטענה בדבר ויתור עליהם מצידה (ראו פסקאות 12-13 לעיל). יחד עם זאת ניתן היה לצפות כי מאותו שלב ואילך תדרוש חברת הירקון את דמי השימוש והעובדה כי לא עשתה כן עד לאחר רישום השטחים נושא המחלוקת על שמה בשנת 1996, אף שאינה מוליכה אל המסקנה כי חברת הירקון ויתרה על דמי השימוש בגין אותה תקופה או כי תביעתה בעניין זה התיישנה, יש בה כדי להצדיק הפחתה מסוימת בדמי השימוש עבור שנים אלה. זאת משום שניתן היה לצפות ממנה כי משהובהרו זכויותיה בהסכם 90, תזדרז ותדרוש את דמי השימוש המגיעים לה. משלא הזדרזה לעשות כן, בייחוד על רקע העובדה כי עד שנת 1990 לא נדרשו דמי שימוש כאמור, רשאית הייתה המדינה לסבור (גם אם בטעות) כי חברת הירקון אינה מתכוונת גם להבא לדרוש דמי שימוש, על כל ההשלכות הנובעות מכך למשל באשר להתחשבנות שבין המדינה לרש"ת לעניין השימוש בשדה דב בתקופה שמשנת 1990 ועד שנת 1997 (להתנהגות התובע ולשינוי מצבו של הנתבע לרעה כשיקולים העשויים בנסיבות מסוימות להביא להפחתת ההשבה ראו: פרידמן, כרך ב' 1184-1197; עניין כהן, 328; עניין גינזברג, 561-562). מטעמים אלה נראה לי כי יש מקום להפחתת מחצית מדמי השימוש המגיעים לחברת הירקון עבור השטח שבבעלותה, וזאת בגין התקופה שמיום 6.5.1990 ועד הגשת התביעה ביום 5.5.1997.

20. המדינה העלתה טענה נוספת אשר לגישה מצדיקה ביטול של חלק מן הסכומים אשר נפסקו לטובת חברת הירקון. כוונתי לטענה לפיה חברת הירקון זכאית לקבלת דמי שימוש רק בעבור התקופה שעד יום הגשת כתב התביעה המתוקן (בשנת

(2007) ולא בעבור התקופה שעד יום מתן פסק הדין, משום ששילמה אגרה רק עד יום הגשת כתב התביעה המתוקן כאמור. טענה זו דינה להידחות ובלבד שחברת הירקון תשלם את יתרת האגרה בעבור הסכומים שנפסקו לה לתקופה שמיום הגשת כתב התביעה המתוקן ועד יום מתן פסק הדין וזאת בתוך 30 ימים מיום מתן פסק דין זה (ראו והשוו: ע"א 9/86 ויין נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 713, 721-722 (1989); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 869 (מהדורה עשירית, 2009)).

סיכום

21. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל אציע לחבריי לדחות את ערעורה של המדינה ולקבל חלקית את ערעורה של חברת הירקון, באופן שדמי השימוש המגיעים לה יופחתו במחצית לגבי התקופה שמיום 5.5.1990 ועד יום 5.5.1997 ואילו עבור התקופה שמיום 6.5.1997 ועד ליום מתן חוות דעת השמאי נאור (30.10.2009) ישתלמו לה מלוא דמי השימוש עבור השטח שבכעלותה מתוך השטחים נושא המחלוקת (6.220 דונם), על בסיס הסכומים שנקבעו לעניין זה בחוות הדעת. הוא הדין באשר לסכומים החודשיים שקבע בית משפט קמא עבור התקופה שמיום מתן חוות הדעת ועד ליום מתן פסק הדין, אשר אף הם ישתלמו לחברת הירקון במלואם (15,550 דולר ארה"ב לחודש) ללא הפחתת מחצית. זכותה של חברת הירקון לקבלת דמי השימוש שנפסקו כאמור לגבי התקופה שמיום הגשת כתב התביעה המתוקן (2.12.2007) מותנית בתשלום יתרת האגרה כאמור בסעיף 18 לעיל.

נוכח התוצאה שאליה הגעתי אוסיף ואציע לחבריי שלא להתערב בהוצאות שנפסקו לטובת חברת הירקון בבית משפט קמא ועוד אציע כי נחייב את המדינה לשלם לחברת הירקון שכ"ט עו"ד בערעורים בסך של 70,000 ש"ח.

אפילוג

22. למקרא חוות-הדעת שהעבירו אלי חבריי השופט י' עמית והשופט ע' פוגלמן בעקבות חוות דעתי, ברי כי לא הגענו לתוצאה משותפת אחת ולו ברוב דעות. בנסיבות שנוצרו בחרתי להצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט ע' פוגלמן, משום שמבחינה רעיונית היא קרובה במידה לא מבוטלת למתווה המשפטי אותו אימצתי בחוות דעתי, וזאת על מנת להביא להכרעה ברוב דעות בערעורים שבפנינו (להעדפת הכרעת רוב מהותית על פני הפעלת כלל ההכרעה הטכני הקבוע בסעיף 80(ב) לחוק בתי

המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ראו דנ"א 3730/03 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון (לא פורסם, 29.5.2003).

## ש ו פ ט ת

### השופט י' עמית:

1. ראובן (המדינה) מכר לשמעון (חברת הירקון) חלק מזכויותיו במקרקעין (שדה (דב) התפוסים על ידו ועל ידי מחזיקים שונים (חברות תעופה שונות). האם זכאי שמעון לקבל דמי שימוש ראויים בגין השטח התפוס? זו השאלה שבפנינו.

אני מסכים עם חברתי השופטת חיות כי השאלה אם חברת הירקון שילמה למדינה עבור המקרקעין "נבלעת" בפסק דינו של בית המשפט העליון, שניתן על דרך הפשרה, ולפיו נקבע כי חברת הירקון זכאית להירשם כבעלים של מחצית משטח החלקות (6.22 דונם). עם זאת, איני מסכים לתוצאה הסופית אליה הגיע חברתי.

2. ממערכת ההסכמים בין הצדדים עולה כי חברת הירקון רכשה בידיעה ובהכרה מלאה זכויות בעלות במקרקעין שבחלקם היו מקרקעין תפוסים, ומשכך, לא הייתה לה כל זכות וכל ציפיה לקבל דמי שימוש עבור המקרקעין התפוסים.

חברתי סבורה כי אין ללמוד מסעיף 5(א) להסכם 1966 שחברת הירקון ויתרה על הזכות לקבל דמי שימוש (סעיף 10 לפסק דינה), אך דעתי שונה. נחזור ונעמיד את הסעיף נגד עינינו:

"בעת חתימת חוזה זה, חלקים מתוך החלקות תפוסים ע"י מחזיקים שונים ולכן על אף האמור אחרת בחוזה זה, הרי המינהל ימסור חזקה לחברה רק על השטחים הפנויים, ובאשר לשטחים המוחזקים כאמור ימסור המינהל לחברה רשות לעלות על הקרקע ולנהוג בה מינהג בעלים לכל דבר, בכפיפות לזכויות של המחזיקים כפי שהן קיימות בעת חתימת חוזה זה, והמינהל לא יעניק בשום פנים ואפן שום זכות נוספת על הזכויות הקיימות" (הדגשה הוספה – י.ע.).

פשוטו של מקרא, כי חברת הירקון רכשה בעלות במקרקעין במצבם as is בכפוף לזכויות של מחזיקים שונים, שקיבלו הרשאה מהמדינה להחזיק במקרקעין, תוך

התחייבות של המדינה שלא להגדיל את זכויותיהם של אותם מחזיקים, יהיו הזכויות אשר יהיו.

מאחר שחברת הירקון רכשה את המקרקעין בשטחי שדה התעופה שדה דב כשהם תפוסים על ידי מחזיקים שונים, אף ניתנה לה בסעיף 5(ג) להסכם 1966 האפשרות לוותר על הבעלות והחזקה במקרקעין התפוסים, באשר זכות הבעלות באותם מקרקעין הייתה ריקה מתוכן, בבחינת בעלות ערטילאית שאינה מקנה דבר לבעלים. לא למותר להזכיר כי השטח של 6.2 דונם מושא דיוננו הוא אך חלק קטן מעסקת ענק שנערכה בשעתו בין הצדדים על פי הסכם 1966, במסגרתה ניתנה לחברת הירקון, שהייתה באותה עת חברה עירונית, אופציה לרכישת 1,444 דונם מתוכם הועברו לה כ- 214 דונם, ולאחר מכן התגלעו המחלוקות בין הצדדים שהביאו לכריתת הסכם 1979 והסכם 1990.

כאשר ראובן רוכש משמעון מקרקעין התפוסים בחלקם על ידי מחזיקים צדדי ג', ברי כי הוא לא זכאי לדרוש כי שמעון-המוכר ישלם לו דמי שימוש עבור המקרקעין התפוסים שרכש, שהרי התמורה כבר מגלמת את העובדה שהמקרקעין נרכשו כתפוסים. אין מדובר ב"ויתור" על דמי שימוש, שהרי אדם אינו יכול לוותר על מה שאין לו, באשר מלכתחילה המקרקעין נרכשו כתפוסים. ממילא אין צורך לכתוב בהסכם במפורש כי ראובן מוותר על דמי שימוש. לעניין זה, אף אין נפקה מינה מה זכויותיהם של המחזיקים צדדי ג' - אם כפולשים, אם כדיררים מוגנים, ברי רשות וכיו"ב. כך, אם ראובן רכש משמעון מחצית מגרש התפוס על ידי פולש צד שלישי, והתמורה נקבעה בידיעה כי השטח תפוס על ידי מחזיק-פולש, ראובן לא זכאי ששמעון-המוכר ישלם לו דמי שימוש עבור השטח התפוס על ידי המחזיק-הפולש, והדברים פשוטים.

3. אלא שהסוגיה שבפנינו מסתכנת נוכח העובדה שהמקרקעין התפוסים בחלקות השנויות במחלוקת, תפוסים הן על ידי צדדי ג' בהרשאתה של המדינה, והן על ידי המדינה-המוכרת.

השטח הכולל של החלקות הוא 50,278 מ"ר, וחברת הירקון היא הבעלים של 6,220 מ"ר לא מסויימים מתוכם. כפי שעולה מחוות דעת השמאי נאור, שתי החלקות בהן מדובר משמשות הן כשדה תעופה צבאי (קרי, תפוסים ישירות על ידי המדינה), והן בשימוש אזרחי על ידי גופים שקיבלו הרשאה מהמדינה - רשות שדות התעופה שהיא תאגיד סטטוטורי וארקיע וחברות נוספות (קרי, תפוסים על ידי צדדי ג'). מחוות דעת השמאי (עמ' 16 סעיף 8.2.4) עולה כי על פי מדידה גרפית שנערכה על ידי המדינה

בחלקות השנויות במחלוקת, החלק הצבאי מהווה אך כ-30% מהחלק האזרחי, כאשר המבנים בשטח כולל של כ-3,700 מ"ר משמשים רק את שדה התעופה האזרחי המוחזק על ידי רשות שדות התעופה.

במצב הדברים הרגיל, הייתי מצטרף לדעתה של חברתי כי יש לחייב את המדינה בתשלום דמי שימוש, לפחות לגבי החלק היחסי המוחזק ישירות על ידה, קרי 30% בלבד מתוך הסכומים שנפסקו על ידי חברתי, באשר השמאי חישב את דמי השימוש הראויים עבור רכיב הקרקע בלבד (ולכן, לדוגמה, במקום דמי שימוש ראויים בסך \$15,550 לחודש, הסכום צ"ל \$4,665 לחודש). אלא שממערכת ההסכמים בין הצדדים עולה לטעמי כוונה אחרת, ולפיה חברת הירקון רכשה מלכתחילה את השטח הנ"ל כתפוס, מבלי להבחין בין חלק התפוס על ידי המדינה ישירות לבין חלקים התפוסים על ידי צדדים שלישיים בהרשאת המדינה, לצורך תפעול שדה התעופה. זאת, מתוך ידיעה כי אינה יכולה להפיק תועלת משטח זה, אך מתוך ציפיה, שלא התממשה, כי שדה דב יפונה בעתיד. כך גם עולה ממכתבה של חברת הירקון מיום 5.8.1970 לראש עיריית תל אביב דאז, הנזכר על ידי חברתי, בו מציינת חברת הירקון כי השטח שנרכש תפוס על ידי מתקני שדה התעופה אך היא אינה חייבת לקבל את השטח או לשלם עבורו כל עוד הוא תפוס. חברת הירקון לא ציפתה לקבל דמי שימוש ראויים בגין שטח זה, ולכן ניתנה לה האופציה להשתחרר מרכישתו, אך הייתה לה ציפיה, כפי שעולה גם מהמכתב הנ"ל, כי שדה התעופה יפונה בעתיד.

בסעיף 31 לפסק דינו של השופט בנימיני - אשר דן בטענת המדינה כי השטח מושא דיוננו נרשם בטעות על שם חברת הירקון - נקבע כלהלן:

"יש להוסיף ולציין כי הנתבעת [חברת הירקון - י.ע.] אכן ביקשה לוותר על חלק מהשטחים התפוסים שהיו אמורים להימכר לה, ושהיא שילמה עבורם. אלא שהמדינה דחתה בקשה זו וטענה שהנתבעת ויתרה עליה כאשר נמנעה מלהודיע במועד על רצונה שלא לקבל את הבעלות בשטחים אלו (ראה מכתבי המינהל שהוגשו כמוצגים נ/5 ו-נ/6)... עתה המדינה איננה יכולה לטעון כי לא התכוונה למכור לנתבעת שטחים אלו."

לא בכדי ביקשה חברת הירקון לוותר על שטחים תפוסים אלה, באשר ידעה כי איננה יכולה להפיק מהם תועלת, שאם יכולה הייתה לדרוש דמי שימוש בגינם, מן הסתם לא הייתה מבקשת לוותר על הזכות שניתנה לה. מנגד, אילו המדינה הייתה יודעת כי חברת הירקון מעלה על דל מחשבתה את האפשרות לתבוע דמי שימוש



ראויים בגין השטח התפוס, מן הסתם לא הייתה מוכרת שטח זה לחברת הירקון מלכתחילה, ובוודאי שלא הייתה מסרבת לאפשר לה להשתחרר מהרכישה. ובכלל, אילו היו הצדדים מסכימים על תשלום דמי שימוש, יש להניח כי הסכם 1966, כמו גם ההסכמים שבאו אחריו כפי שיפורט להלן, היו קובעים מנגנון כלשהו לקביעת גובה דמי השימוש הראויים והייתה נקבעת הוראה לפיה המדינה ממחה לחברת הירקון את כל זכויותיה כלפי אותם מחזיקים.

4. הסכם 1979 ביטל באופן גורף כמעט את כל הסכם 1966 שכלל 27 סעיפים (בוטלו סעיפים 3-18; 21(ב); 26-27). אמנם, גם סעיף 5 של הסכם 1966 בוטל, אך בסעיף 3 להסכם 1979 נכתב כלהלן:

”בחווה המקורי [הסכם 1966 – י.ע.] יוספו הסעיפים הבאים:

#### החלקות

(א) המינהל מתחייב בזה לאפשר לחברה לרכוש מעת לעת בעצמה ו/או עבור אנשים ו/או גופים ו/או תאגידים (להלן: 'היזמים') אותן חלקות המנויות בנספח 'ב' להסכם זה. החלקות או כל חלק מהן ייקראו להלן – 'החלקות'. המינהל ימכור את החלקות אך ורק לחברה או לפי הוראות החברה ליזמים ובכפופות לתנאי הסכם זה. חלקות תפוסות ימכרו לחברה בכפוף לכל זכויות של מחזיקים בהם” (הדגשה הוספה – י.ע.).

הנה כי כן, גם על פי הסכם 1979, רכשה חברת הירקון שטחים התפוסים על ידי מחזיקים ובכפוף לזכויות של אותם מחזיקים. ושוב, לא היה צורך לציין בהסכם 1979 כי חברת הירקון מוותרת על דרישתה לדמי שימוש עבור המקרקעין התפוסים על ידי מחזיקים שונים – הן על ידי צדדי ג' והן על ידי המדינה ישירות - באשר רכשה אותם מלכתחילה כתפוסים בדיעה כי אינה יכולה להחזיק בהם או להפיק מהם רווח כלשהו.

לא נעלמו מעיני סעיפים 40(א) ו-41(ב) להסכם 1979 אשר מתקנים את סעיפים 19-20 להסכם 1966, שעניינם מסירת החזקה בשטח, בכך שהמילים ”בכפופות לאמור בסעיף 5 לעיל” יימחקו. אלא שתיקון זה התחייב נוכח ביטולו של סעיף 5(ג) להסכם 1966 לפיו ניתנה לחברת הירקון האופציה לסרב לקבל את הבעלות בשטחים התפוסים בשדה דב. מכל מקום, האמור בסעיפים אלה כפוף למבוא להסכם בו מובהר כי הבעלות בשטח התפוס מועברת בכפוף לזכויות המחזיקים, וכאמור, אני סבור שהצדדים לא התכוונו להבחין בין המחזיקים השונים בשטחים התפוסים.

5. הסכם שנת 1990 לא שינה את המצב הבסיסי לפיו לחברת הירקון לא הייתה אף פעם זכות לקבל דמי שימוש עבור המקרקעין התפוסים. נהפוך הוא, הסכם זה אך מחזק את הדברים.

במבוא להסכם נכתב "הואיל והוברר לצדדים כי לא ניתן לפנות את הגורמים המצויים בכלל המקרקעין... וכפועל יוצא מכך התמורה אשר שולמה על ידי החברה עבור חלק המקרקעין עולה על שווי של חלק המקרקעין בעת רכישתו...". ניתן ללמוד מכך, שחברת הירקון נוכחה לדעת כי אינה יכולה להפיק כל תועלת מהמקרקעין התפוסים על ידי המחזיקים, כאשר המדינה עצמה מחזיקה כאמור בחלק מהשטח. הסכם 1990 אף קבע כי בכפוף למילוי התחייבויות המינהל על פי ההסכם "מצהירה החברה כי אין לה כל תביעות כלפי המינהל בגין התחייבויות המינהל על פי ההסכם הראשון והשני [הסכם 1966 והסכם 1979 – י.ע.]... הצדדים מצהירים כי עם חתימת הסכם זה באו לקיצן כל התחייבויות החברה והמינהל על פי ההסכמים הנ"ל". לטעמי, הדברים אך ממחישים כי חברת הירקון אף פעם לא העלתה בדעתה כי היא זכאית לקבל דמי שימוש עבור שטח שרכשה מלכתחילה כתפוס, במסגרת עסקה שכללה במקור מאות דונמים, ולא בכדי הנושא לא הועלה באף אחד משלושת ההסכמים.

6. קיצורו של דבר, שחברת הירקון רכשה שטח תפוס על ידי מחזיקים שונים, והיא אינה זכאית לדרוש מהמינהל-המוכר דמי שימוש ראויים בגין אותו שטח.

נוכח מסקנתי דלעיל, אין כלל צורך להידרש לשאלה אם יש להסיק ויתור מהתנהגותה של חברת הירקון לאורך השנים, שהרי באין זכות לדמי שימוש אין על מה לוותר. עם זאת, העובדה שחברת הירקון לא דרשה במהלך כל השנים דמי שימוש עבור השטח התפוס, והעובדה שנושא דמי השימוש לא הועלה כלל באף אחד משלושת ההסכמים ואף לא נקבע מנגנון לקביעת דמי השימוש – כל אלה מעידים על כך ש"בזמן אמת" חברת הירקון לא העלתה על דעתה כי היא זכאית לקבל דמי שימוש עבור שטח שנמכר לה מלכתחילה כתפוס.

7. עמדנו על כך שבמצב הדברים הרגיל, אין קונה יכול לדרוש מהמוכר דמי שימוש ראויים עבור שטח שנמכר לו מלכתחילה כתפוס על ידי צד שלישי. עם זאת, ייתכן שהקונה זכאי לדרוש דמי שימוש ראויים מהמחזיק, בהתאם ובכפוף לזכויותיו של המחזיק. לכן, תמיהה בעיני מדוע התביעה לדמי שימוש ראויים הופנתה כלפי המדינה שמכרה את המקרקעין as is ולא (גם) כלפי המחזיקים, רשות שדות התעופה, חברת ארקיע וחברות תעופה נוספות העושות שימוש בשדה דב.

מקורו של החיוב בדמי שימוש מצוי בעיקרון הכללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט. אלא שהגענו למסקנה כי חברת הירקון אינה זכאית לקבל דמי שימוש מהמדינה עבור שטחים שנמכרו לה מלכתחילה כתפוסים. דא עקא, משנתברר כי המדינה, כשותף במקרקעין, דורשת דמי שימוש מחברות התעופה המחזיקות במקרקעין - מה שהוכחש על ידי המדינה שטענה כי מדובר בתביעה להחזר הוצאות - הרי שחברת הירקון תהיה זכאית לקבל את החלק היחסי ממה שתקבל המדינה, אם תקבל, בתביעה התלויה ועומדת. חברת הירקון והמדינה שותפות במקרקעין, וברי כי אין שותף אחד יכול לגבות דמי שימוש ממחזיק ולשלשל את כל התמורה לכיסו, בבחינת "עושה סחורה בפרתו של חברו" (משנה, בבא-מציעא ג, ב). ודוק: החיוב של המדינה אינו נובע מסעיף 33 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) שעניינו תשלום של שותף שהשתמש במקרקעין לשלם לשותפיו שכר ראוי בעד השימוש, אלא נובע מסעיף 35 לחוק המקרקעין הקובע כי "כל שותף זכאי לחלק מפירות המקרקעין המשותפים לפי חלקו במקרקעין". לכן, וככל שהמדינה תפיק פירות מתביעה לדמי שימוש כנגד חברות התעופה, תהיה חברת הירקון זכאית לקבל את חלקה מתוך הסכום שתקבל המדינה בתביעה.

8. אשר על כן, לו דעתי תישמע, אציע לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא לרבות החיוב בהוצאות. אם וככל שהמדינה תזכה בתביעה כנגד המחזיקים בשדה התעופה דב – תהא חברת הירקון זכאית כי יומחה אליה החלק היחסי בדמי השימוש (להבדיל מהחזר הוצאות) שייפסקו לזכות המדינה.

עוד אציע לחייב את חברת הירקון בשכ"ט עו"ד בערעורים בסך של 70,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

1. במחלוקת שנתגלעה בין חבריי, דרכי – מבחינת התוצאה – היא דרך ביניים.

אין חולק כי בהסכם 1966 רכשה חברת הירקון את הזכויות בשטח רחב היקף הכולל בתוכו את החלקות נושא הערעורים שלפנינו מתוך ציפייה ששדה דב יפונה

ושניתן יהיה לפתח את המקרקעין כמכלול. אני מסכים עם חברי, השופט י' עמית, כי המחיר ששולם עבור המקרקעין גילם את העובדה שצדדים שלישיים מחזיקים במקרקעין. השימוש הנעשה בחלקות על ידי צדדים שלישיים הוא בהרשאת המדינה, על דעתה והסכמתה של חברת הירקון. כך היה מאז הסכם 1966, וגם בהסכם 1990 אין שינוי של המצב הקיים בהיבט ההסכמה להמשך החזקה בקרקע. על כן אין חברת הירקון זכאית לדמי שימוש מהמדינה בגין שטחים אלה; אך היא זכאית לחלק היחסי מדמי השימוש (להבדיל מהחזר הוצאות) שהתקבלו בגין שימוש בחלקות ממועד החתימה על הסכם 1990 ושיתקבלו בעתיד כפועל יוצא מהתביעה שהגישה המדינה נגד אותם צדדים שלישיים.

2. ברם, להשקפתי, אין להסיק מכך שחברת הירקון ויתרה על זכותה לקבל דמי שימוש המגיעים לה לפי דין מהמדינה בגין שטחים שהאחרונה עושה בהם שימוש באופן בלעדי. כדי להסיק ויתור על זכויות של שותף במקרקעין בגין שימוש בלעדי שעושה בהם שותפו, אין די לטעמי, בנסיבות שלפנינו, בהסכמה המשתמעת הנטענת. בהקשר זה אני שותף לעמדת חברתי, השופטת א' חיות, כי "ברירת המחדל הפרשנית היא כי זכות הבעלות נרכשה במלואה, בלא שנגרעו ממנה חלקים כלשהם המרכיבים אותה" (פסקה 10 לחוות דעתה); וכי בנסיבות העניין – למצער משנת 1990 – אין לפרש את ההסכם או לראות בהתנהגותה של חברת הירקון משום ויתור על זכויותיה כלפי המדינה לפי סעיף 33 או 35 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (פסקאות 11-14 לחוות דעתה של חברתי). אכן, הסכם 1990 כלל ויתור הדדי על חובות העבר, ומכאן שחברת הירקון לא הייתה זכאית לדמי שימוש מהמדינה עד לאותו שלב. אולם היא זכאית לכך, כעניין שבעיקרון, ממועד כריתתו ואילך. בעניין זה אני שותף לעמדת חברתי כי יש להפחית מחצית מדמי השימוש בגין התנהגותה של חברת הירקון מטעמיה של חברתי.

3. אשר על כן, דעתי היא שיש לחייב את המדינה לשלם לחברת הירקון דמי שימוש ראויים בגין השטח שהמדינה עושה בו שימוש בלעדי (שדה התעופה הצבאי), ובגין שטח זה בלבד, בהתאם לעקרונות שהתוותה חברתי בפסקה 21 לפסק דינה, כלומר: מחצית מדמי השימוש לגבי התקופה שמיום 5.5.1990 ועד יום 5.5.1997; ודמי שימוש מלאים מיום 6.5.1997 ואילך.

כפי שמציין חברי, השמאי נאור קבע בחוות דעתו כי על-פי מדידה גרפית בחלקות הנדונות "החלק הצבאי מהווה כ-30% מהחלק האזרחי" (סעיף 8.2.4). לא ברור עד תום מקביעה זו מה שטחו המדויק של השטח הצבאי שבו מחזיקה המדינה

באופן בלעדי, ואין ממצא בעניין זה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. על כן, ככל שתהיה מחלוקת בין הצדדים בנוגע לגודל השטח המוחזק בידי המדינה והשלכתו על דמי השימוש, יכריע בעניין בית המשפט המחוזי במסגרת תיק זה.

נוכח התוצאה שאליה הגעתי, אציע לחבריי להפחית את שכר הטרחה שנפסק לחובת המערערת בבית המשפט המחוזי כך שיעמוד על סך של 70,000 ש"ח (בערכי היום), ולהימנע מלעשות צו להוצאות בערכאתנו.

שׁוֹפֵט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, כ"ה בתשרי התשע"ג (11.10.2012).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט ת