



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8661/10

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר

המערער: יוסף נעמה

נגד

המשיבה: תמר טורקיה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
מיום 13.10.2010 שניתן בת"א 1868/06 על-ידי כב' השופט
א' זמיר

תאריך הישיבה: כ"א בסיון התשע"א (23.6.11)

בשם המערער: עו"ד מוטי בניאן

בשם המשיבה: עו"ד טל שחר

פסק-דין

השופטת א' חיות:

זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט א' זמיר), בו נדחתה תביעה שהגיש המערער ועיקרה עתירה לסילוק ידה של המשיבה משטח בן מספר מטרים רבועים הכלול בנכס מקרקעין בתל-אביב שבבעלותו, וכן לחיוב המשיבה בתשלום דמי שימוש עבור שטח הפלישה ופיצויים בגין הוצאותיו ובגין עגמת הנפש שנגרמה לו.

רקע עובדתי

1. המערער הינו בעלים של נכס מקרקעין המצוי ברחוב יגאל אלון בתל-אביב, הידוע גם כחלקה 32 בגוש 7097 (להלן: נכס המערער), והמשיבה הינה בעלת הזכויות בנכס מקרקעין הגובל בנכס המערער מכיוון מזרח, והידוע גם כחלקה 33 בגוש 7097

(להלן: נכס המשיבה). נכס המשיבה רשום במרשם המקרקעין על שם בעליו הקודמים, עיריית תל אביב-יפו, אך נראה שאין מחלוקת בין הצדדים כי במהלך תקופת מגוריה בנכס רכשה המשיבה את הזכויות בו וכי יש לה זכות להירשם כבעליו. המערער מתגורר בנכס שבבעלותו מאז שנת 1976 (תחילה יחד עם אשתו, ומאז פטירתה בשנת 2005 לבדו), ואילו המשיבה מתגוררת בנכס שלה מאז שנת 1983. במהלך השנים בוצעו עבודות בניה לצורך הגדלת נכס המשיבה לכיוון מערב (להלן: הרחבת הבניה), והשאלות מתי בוצעו עבודות אלה ועל-ידי מי שנויות במחלוקת בין הצדדים. הרחבת הבניה חיברה, ככל הנראה, אל מטבח ביתה של המשיבה ואל החצר הקדמית שלה פיר פתוח שהיה ממוקם בין הבתים ושימש עד אותה עת לצרכי ניקוז. לגרסת המערער מחצית משטח הפיר כלולה בנכס שלו ומחצית זו מסתכמת ב-7.28 מטרים רבועים (להלן: שטח הפלישה).

2. ביום 10.7.2006 הגיש המערער תביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ובה עתר לסילוק ידה של המשיבה משטח הפלישה הנטען ולמתן צו להריסת כל הבנוי עליו. כמו כן עתר המערער למתן צו מניעה קבוע האוסר על המשיבה או מי מטעמה לעשות שימוש בשטח הפלישה, לחיוב המשיבה בתשלום דמי שימוש עבור שטח הפלישה בסך של 100,604 ש"ח, וכן לחיובה בתשלום פיצויים בסך של 50,000 ש"ח בגין ההוצאות ועגמת הנפש שנגרמו לו. תחילה כוונה תביעת המערער גם כלפי עיריית תל אביב-יפו (להלן: העירייה), אך בפסק דין מיום 16.11.2008 נמחקה העירייה מכתב התביעה בהסכמת הצדדים והיא נוהלה כנגד המשיבה בלבד. בתביעתו טען המערער כי הרחבת הבניה בוצעה על-ידי המשיבה ביום 24.12.1997 או בסמוך לכך, וכי מיד עם תחילת העבודות הגישה בתו של המערער תלונה לעירייה וביקשה שתורה על הפסקתן. במכתבה מיום 12.2.1998 השיבה העירייה לאותה תלונה כי ביום 1.2.1998 אכן הוצא צו הריסה מינהלי בגין תוספות הבניה (להלן: צו ההריסה). אולם, לטענת המערער צו הריסה לא בוצע וכשנה וחצי לאחר הוצאתו החלה המשיבה לבצע עבודות בניה נוספות חרף דרישות חוזרות ונשנות מצד המערער ובני משפחתו להשבת המצב לקדמותו. המערער פנה עוד פעמים רבות למחלקת הפיקוח על הבניה בעירייה לצורך אכיפתו של צו ההריסה, אך ללא הועיל.

לתמיכה בטענתו לפיה הפלישה לשטחו נעשתה על-ידי המשיבה (ולא על-ידי דייריו הקודמים של הנכס, כטענתה), צירף המערער שתי בקשות לקבלת היתר בניה שהגישה המשיבה, הראשונה משנת 1990 והשנייה משנת 2003. לפי הטענה, השוואה בין שתי הבקשות והתשריטים שצורפו אליהן מלמדת כי הרחבת הבניה בוצעה במועד

כלשהו שבין הגשתן, שכן בבקשה משנת 2003 ביקשה המשיבה בין היתר להכשיר את הבניה הבלתי חוקית שבוצעה על שטח הפלישה הנטען ובניה זו, כך הדגיש המערער, אינה מופיעה בתשריט שצורף לבקשת המשיבה משנת 1990. המערער הוסיף וציין כי הגיש התנגדות לבקשת המשיבה משנת 2003, והתנגדותו התקבלה בהחלטתה של ועדת המשנה לתכנון ולבניה בעירייה (להלן: ועדת המשנה) מיום 9.2.2005. וביתר פירוט - ועדת המשנה אישרה את בקשת המשיבה להרחבת ביתה לכיוון צפון ולכיוון דרום, אך התנתה זאת בתנאים שונים ובכללם "הריסת החלק הבנוי בצד מזרח [צ"ל מערב], הפולש לתחום המגרש הגובל, ואישור מחלקת הפיקוח על הבניה להריסה לפני הוצאת ההיתר". ערר שהגישה המשיבה על החלטת ועדת המשנה נדחה בהחלטתה של ועדת הערר לתכנון ולבניה מחוז תל אביב (להלן: ועדת הערר) מיום 17.11.2005, בה אושרה הקביעה לפיה חלק מבית המשיבה נבנה על שטח הנכס של המערער. המערער צירף לתביעתו חוות-דעת של מודד מוסמך (להלן: המודד) המתייחסת להיקף שטח הפלישה, וכן חוות-דעת של שמאי מקרקעין (להלן: השמאי) לעניין דמי השימוש הראויים להשתלם עבור שטח זה.

המשיבה מצידה טענה כי מאז שנכנסה להתגורר בנכס שלה לא נעשה בו כל שינוי, וכי ככל שביתה והחצר הקדמית אכן פולשים לשטח הנכס של המערער מדובר בתוצאה של הרחבת בניה אשר בוצעה לפני שהחלה היא להתגורר בנכס. לטענתה, קביעותיהן של ועדות התכנון והבניה באשר לעצם קיום הפלישה אין משמעותן כי היא זו שאחראית לביצועה, אלא רק כי הרחבת הבניה אכן פלשה בחלקה לנכס של המערער. עוד טענה המשיבה כי העובדה שבקשתה לקבלת היתר בניה משנת 2003 כללה גם את שטח הפלישה, יש בה כדי להוכיח את תום ליבה ואת סברתה כי מדובר בחלק בלתי נפרד משטח הנכס שלה. כן נטען על-ידה שצו ההריסה המינהלי כלל לא התייחס לשטח הפלישה, המצוי על קו הגבול שבין המגרשים, אלא רק לבניה חורגת אשר בוצעה על-ידה לכיוון צפון ולכיוון דרום של הנכס.

פסק דינו של בית משפט קמא

3. בפסק דינו מיום 13.10.2010 דחה בית המשפט המחוזי (השופט א' זמיר) את תביעת המערער וקבע כי המשיבה הניחה יסוד סביר לאפשרות שחריגת הבניה לשטח הפלישה, ככל שבוצעה, כלל לא בוצעה על-ידה, אלא על-ידי מי שקדם לה בנכס. בהקשר זה ציין בית המשפט כי מן הבקשות לקבלת היתר בניה שהגישה המשיבה בשנים 1990 ו-2003 קשה להתרשם בבירור שהרחבת הבניה בוצעה במהלך תקופת

מגוריה בנכס. בית המשפט הוסיף וקבע כי תלונת בתו של המערער לעירייה על אודות הרחבת הבניה, כמו גם צו ההריסה משנת 1998, אין בהם כדי להעיד על הכיוון המדויק שאליו פנו הרחבות הבניה אותן ביצעה המשיבה בעצמה. לעומת זאת, כך הדגיש בית המשפט, בטופס הביקורת שנערכה בבית המשיבה ביום 8.1.2003 מטעם העירייה, צוין במפורש כי צו ההריסה מתייחס לבניה שבוצעה בצד צפון ובצד דרום של המבנה, ואין בו כל אינדיקציה לחריגת בניה לכיוון מזרח [צ"ל מערב]. דברים אלה עולים בקנה אחד, כך הוסיף בית המשפט, עם תצהיר שמסרה המשיבה בשנת 1999 ובו הודתה בכך שסגרה שתי מרפסות בביתה בכיוונים הנזכרים לעיל. עוד ציין בית המשפט כי החלטותיהן של ועדות התכנון והבניה מעידות אמנם "על חריגות בנייה בצד מזרח [צ"ל מערב], אך הן אינן מעידות על כך ש[המשיבה] אחראית להן, או שהן בוצעו בתקופת מגוריה בנכס". לבסוף התייחס בית המשפט לשני תצלומי אוויר של המרכז למיפוי ישראל שהוגשו במהלך הדיון על-ידי המשיבה, הראשון מיום 25.9.1976 והשני מיום 15.11.1980 (להלן: תצלומי האוויר), בצינו כי ההבדל בתצורת הבניה העולה מתצלומי האוויר מלמד לכאורה כי הרחבת הבניה בשטח הפלישה הנטען בוצעה בתקופה שבין שני התצלומים. בכך, מצא בית משפט קמא אחיזה ותימוכין לגרסת המשיבה כי הרחבת הבניה כאמור, ככל שהיא קיימת, בוצעה לפני זמנה.

כמו כן, סבר בית המשפט כי קיימת אי בהירות באשר להיקפו של שטח הפלישה, וזאת נוכח הסתירה העולה בהקשר זה מהשוואת חוות-הדעת שהוגשו מטעם המערער, האחת של השמאי פרמון והשנייה של המודד חאיק. בית המשפט קבע בהקשר זה כי חוסר האחידות בחוות-הדעת "מונע ... קביעת ממצא עובדתי ברור לגבי היקף שטח הפלישה", וכי הדבר משליך על היכולת להסיק מסקנות באשר לנסיבות הפלישה ועיתויה.

4. בנסיבות אלה, ואף שמצא כי לא התגבשה הסכמה מפורשת מצד המערער לעשיית שימוש בשטח הפלישה הנטען על-ידי המשיבה, סבר בית משפט קמא כי אין הצדקה למתן צו ההריסה שנתבקש על-ידי המערער, וזאת בהסתמך על הוראת סעיף 74 לפקודת הנזיקין וכן על ההלכות הנוגעות לאופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי במתן צו עשה לסילוק הסגת גבול במקרקעי הזולת (ובפרט לרע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) (להלן: עניין דוקר)). בית המשפט הדגיש כי הצו שנתבקש יש בו כדי לגרום למשיבה נזק העולה באופן משמעותי על נזקו של המערער וציין כי יש להביא בחשבון בהקשר זה את היקפו המצומצם של שטח הפלישה; את העובדה שהריסת הבנוי על שטח זה תסב למשיבה קשיים הנדסיים משמעותיים; את השנים

הרבות שחלפו מן המועד שבו בוצעה הפלישה הנטענת; וכך את האפשרות שלא הייתה זו המשיבה אשר ביצעה את הרחבת הבניה. נוכח כל האמור מצא בית המשפט כי סעד ההריסה שנתבקש על-ידי המערער "אינו מידתי, ואינו משקף את איזון הזכויות הראוי בין הצדדים", ובדחותו את התביעה הוסיף וקבע כי:

"ייתכן כי סוגיית זהותו של מבצע הפלישה אינה מפחיתה מהצורך הלכאורי בהריסת המבנה, אלא שמכל מקום, לטעמי, חוסר הבהירות המאפיין סוגיה זו, יחד עם העמימות לגבי היקף הפלישה, מצדיקים את דחיית התביעה, וזאת בייחוד על רקע סעיף 74 לפקודת הנזיקין".

המערער לא השלים עם פסק דינו של בית משפט קמא ומכאן הערער שבפנינו.

טענות הצדדים

5. המערער טוען כי המשיבה לא הכחישה במפורש את עצם קיומה של הפלישה, וקו הגנתה התמקד בטענה לפיה היא אינה אחראית לה. אף בית משפט קמא, כך נטען, שוכנע בדבר קיומה של הפלישה, הגם שלא אימץ את גרסת המערער לעניין היקף שטח הפלישה ולעניין זהותה של המשיבה כמי שביצעה אותה. המערער שב וטוען כי הרחבת הבניה בוצעה לאחר שנת 1983, בתקופה שבה התגוררה המשיבה בנכס, בהפנותו לפער העולה מן התשריטים אשר צורפו לבקשותיה מן השנים 1990 ו-2003. לטענת המערער אין לקבל את ההסבר שסיפקה המשיבה בעניין זה, לפיו המודד שערך את התשריט משנת 1990 סירב לכלול בו את הרחבת הבניה באמרו כי אין הכרח שישקף את "המצב על פני הקרקע". בכל הנוגע לתצלומי האוויר שהוגשו על-ידי המשיבה מדגיש המערער כי הללו מאפשרים לראות לכל היותר את גגות הבתים, וזאת בעוד שהרחבת הבניה נשוא הדיון נעשתה מתחת להם. אף מסקנתו של בית משפט קמא באשר לאי הבהירות האופפת את היקף הפלישה, אין לה לטענת המערער על מה שתסמוך שכן המשיבה נמנעה מלהציג חוות-דעת מטעמה בסוגיה זו ובמצב דברים זה היה על בית המשפט לקבל את עמדת המודד מטעמו, ולמצער למנות מומחה מטעם בית המשפט לבירור העניין. מכל מקום, כך טוען המערער, אף אם הרחבת הבניה בוצעה עוד קודם לתקופה בה התגוררה המשיבה בנכס, אין בכך כדי לשנות מן התוצאה המתבקשת ולפיה שומה עליה לסלק את ידה משטח הפלישה.

המערער מוסיף וטוען כי בית המשפט המחוזי שגה בקובעו כי צו ההריסה המבוקש יש בו משום התעמרות במשיבה. זאת, בין היתר, בשים לב לכך שבמצב הדברים הנוכחי מטבחו וגינתו שלו קטנים וצרים למחייה - עד כדי כך שאינם מאפשרים "מעבר אנושי" - בעוד שמטבח המשיבה הינו גדול ומרווח. עוד מדגיש המערער כי העובדה שעסקינן בפלישה שהיקפה קטן אינה צריכה להוות שיקול מכריע בענייננו בשים לב למחירי המקרקעין המאמירים באזור בו מצויים הנכסים נשוא הדיון וכן בשים לב למימדיהם המצומצמים ממילא של הנכסים האמורים. המערער מוסיף וטוען כי המשיבה כלל לא הוכיחה את המשמעויות הכרוכות לשיטתה בהריסת הבנוי על שטח הפלישה, ולא המציאה כל חוות-דעת לתמיכה בטענות שהעלתה בהקשר זה. נוכח כל האמור, סבור המערער כי בית משפט קמא שגה בכך שדחה את תביעתו בהסתמך על שיקול-הדעת המסור לו מכוח סעיף 74 לפקודת הנזיקין, בציינו כי תוצאה זו יש בה כדי ליצור תמריץ לביצוען של "עבירות בניה בזעיר אנפין". עוד נטען בהקשר זה כי היה על בית המשפט להביא בחשבון את העובדה שהמשיבה לא הוכיחה שהיא בעלת זכות טובה בנכס וכן היה עליו להביא בחשבון את עבירות הבניה הרבות שביצעה לאורך השנים. לטענתו, הסמכות המוענקת לבית המשפט מכוח סעיף 74 לפקודת הנזיקין ראוי שתופעל רק כאשר הפולש הינו תם לב ונקי כפיים, וכאשר מידת הפגיעה המוסבת לקניין הזולת הינה מזערית. לבסוף טוען המערער כי משמצא בית המשפט לדחות את עתירתו לסילוק ידה של המשיבה, היה עליו לחייבה, למצער, בתשלום דמי שימוש ראויים עבור שטח הפלישה.

6. המשיבה, מצידה, טוענת כי עצם קיומה של הפלישה כלל לא הוכח בפני בית משפט קמא, ומכל מקום הממצאים העובדתיים בנוגע להיקף ולעיתוי של הפלישה, ככל שבוצעה, נקבעו בהסתמך על מכלול הראיות שהוצגו ועל העדויות שנשמעו. המשיבה מציינת בהקשר זה בעיקר כי מן הראיות שהציג המערער לא ניתן להתרשם שהרחבת הבניה לכיוון מערב בוצעה לאחר המועד בו נכנסה להתגורר בביתה. לתמיכה בטענותיה בדבר החסר שבראיות המערער מציינת המשיבה כי המערער לא הגיש תצהיר מטעמו ולא העיד בפני בית המשפט, והיא מוסיפה ומדגישה בהקשר זה כי בתו של המערער נמנעה אף היא מלהעיד בפני בית משפט קמא, חרף העובדה שבנו של המערער טען בעדותו כי גם היא התגוררה בנכס במועד שבו בוצעה הרחבת הבניה. בשל כל האמור, ובפרט בשים לב לממצאים העולים מתצלומי האוויר, סבורה המשיבה כי לא קמה כל עילה להתערב בממצאים העובדתיים של בית משפט קמא.

המשיבה מוסיפה וטוענת כי לא קמה עילה להתערב גם במסקנתו של בית משפט קמא לפיה אין מקום להענקת הסעדים שנתבקשו, וזאת נוכח שיקול-הדעת המסור לבית המשפט לפי סעיף 74 לפקודת הנזיקין. לטענת המשיבה, הנזק שייגרם לה בגין הריסת הבנוי על שטח הפלישה יעלה במידה ניכרת על הנזק שנגרם למערער במצב הדברים הנוכחי, והיא שבה ומדגישה בהקשר זה את הקשיים ההנדסיים הכרוכים בהריסת קיר בביתה; את השנים הרבות שחלפו מאז שבוצעה הרחבת הבניה, כמו גם את העובדה שהיא אינה זו שאחראית לה; וכן את אי הבהירות הקיימת לגבי גודלו של שטח הפלישה הנטען. אשר לטענת המערער כי היא נהגה בחוסר תום לב וכי הדבר צריך להוביל לשלילת תחולתו של סעיף 74 לפקודה, סבורה המשיבה כי טענה זו אינה מתיישבת עם קביעותיו של בית משפט קמא ודינה להידחות והוא הדין לגבי טענת המערער כי המשיבה לא הוכיחה כל זכות בנכס. לבסוף טוענת המשיבה כי בצדק נמנע בית המשפט מפסיקת דמי שימוש עבור שטח הפלישה, שכן המערער לא הוכיח את המועד בו בוצעה הפלישה או את היקפה. יתר על כן, כך לטענת המשיבה, עסקינן בשטח מזערי אותו רכשה עם הנכס בתום לב במצבו הנתון והוא משמש אותה למגורים ולמחייה ולא לעשיית רווח.

ד"ר

המחלוקות העובדתיות

7. בית משפט קמא נמנע מלקבוע ממצא מפורש בשאלה האם אכן בוצעה פלישה לשטח הנכס של המערער, אך הוא היה מוכן להניח לצורך ההכרעה בתביעה כי כך אכן אירע. דומני כי בהינתן התשתית העובדתית שהציגו הצדדים, ובשונה מדרך הילוכו של בית משפט קמא, ניתן לקבוע ממצא ברור בעניין זה לפיו חלק ממטבח ביתה של המשיבה כמו גם חלק מן החצר הקדמית שלה אכן פולשים לשטח הנכס של המערער. מסקנתי זו נסמכת בעיקרה על האמור בהחלטותיהן של רשויות התכנון והבניה בבקשה לקבלת היתר בניה שהגישה המשיבה לעירייה בשנת 2003. כמפורט לעיל, התנתה ועדת המשנה בהחלטתה מיום 9.2.2005 את הענקת היתר הבניה שביקשה המשיבה, בין היתר, ב"הריסת החלק הבנוי בצד מזרח [צ"ל מערב], הפולש לתחום המגרש הגובל" והחלטה זו אושרה על-ידי ועדת הערר בהחלטתה מיום 17.11.2005, לאחר ששוכנעה כי החלק "הבנוי על [חלקת המשיבה] אמנם נבנה על שטח שאינו בבעלות [המשיבה] אלא בבעלות [המערער]". קביעות ברורות ומפורשות אלה של רשויות התכנון והבניה לא הופרכו על-ידי המשיבה, ובית משפט קמא אף ציין בפסק דינו כי ההחלטות

האמורות "מעידות על חריגות בנייה בצד מזרח [צ"ל מערב]", הגם שהוסיף כי "הן אינן מעידות על כך ש[המשיבה] אחראית להן, או שהן בוצעו בתקופת מגוריה בנכס". זאת ועוד, המשיבה לא הציגה כל ראיה אשר היה בה כדי לסתור את חוות-הדעת השמאית ואת חוות-דעת המודד שהגיש המערער, המלמדות שתיהן כאחת על דבר הפלישה הנטענת (גם אם שטח הפלישה שצוין בכל אחת מהן שונה). יתר על כן, מתצהירה ומטענותיה של המשיבה בפני בית משפט קמא עולה כי היא לא הכחישה במפורש את עצם הפלישה, ועיקר הגנתה התמקדה בטענה כי היא אינה אחראית לפלישה זו. נקודת המוצא לדיון שנקיים להלן תהא, אפוא, כי חלקים ממטבחה של המשיבה וכן מן החצר הקדמית שלה, פולשים אל החלקה שבבעלות המערער.

אשר להיקפו של שטח הפלישה נראה לי כי יש לאמץ את קביעתו של המודד חאיק מטעם המערער לפיה שטח הפלישה הכולל עומד על 5.23 מ"ר. קביעתו זו של המודד חאיק עדיפה בעיני על קביעתו של השמאי מטעם המערער, אשר סבר כי שטח הפלישה הוא 7.28 מ"ר. העדפה זו שני טעמים לה. האחד נעוץ בעובדה כי חאיק מתמחה במדידת שטח, והשני נעוץ בכך שבבואנו ליישב בין שתי חוות-הדעת הסותרות שהוצגו על-ידי המערער, ראוי לעשות כן - בהיעדר כל חוות-דעת מטעם המשיבה - על דרך של אימוץ חוות-הדעת המצמצמת מבין השתיים. נקודת מוצא עובדתית נוספת לדיון שלהלן היא, אפוא, כי שטח הפלישה הכולל עומד על 5.23 מ"ר, 2.30 מ"ר מתוכו בשטח המטבח הבנוי של המשיבה ו-2.93 מ"ר בשטח החצר הקדמית שלה, כמפורט בחוות-דעת המודד חאיק.

8. אשר למועד שבו בוצעה הפלישה ולזהות מבצעה. כאמור, חלוקים הצדדים בשאלה האם הרחבת הבניה בוצעה על-ידי המשיבה במהלך התקופה שבה היא מתגוררת בנכס. בעניין זה קבע בית המשפט כי המשיבה "הניחה יסוד סביר לקיומה של אפשרות" לפיה הרחבת הבניה לכיוון הנכס של המערער לא בוצעה על-ידה ואפשרות זו לא הופרכה על-ידי המערער. קביעתו זו של בית משפט קמא אינה מצדיקה את התערבותנו, נוכח ההלכה הנוהגת עמנו בכגון דא (ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל, פ"ד נב(2) 582, 594 (1998)). כן ראו: ע"א 1064/03 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוחה רחל שחר פיאמנטה ז"ל, פסקה 7 (טרם פורסם, 8.2.2006); ע"א 1864/09 עזבון המנוח אחמד סכאפי נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (טרם פורסם, 7.9.2011)), וכן נוכח העובדה כי מכלול הראיות שהציגו הצדדים, עליהן נעמוד להלן, אכן תומך במסקנה כי הרחבת הבניה ככל שהיא נוגעת לשטח הפלישה

בוצעה במועד כלשהו לפני יום 15.11.1980 (מועד תצלום האוויר המאוחר מבין השניים), דהיינו לפני המועד שבו החלה המשיכה להתגורר בנכס.

המערער טען כי הרחבת הבניה בוצעה על-ידי המשיכה ביום 24.12.1997 או בסמוך לכך, ולטענתו מיד עם תחילת העבודות דיווחה בתו עליהן לעירייה וביקשה את התערבותה בהפסקתן. אולם, עיון בתלונת בתו של המערער מיום 24.12.1997 מגלה כי התלונה אינה מתייחסת להרחבת הבניה בשטח הפלישה וכי עניינה ב"מרפסות [הנבנות] גם מחזית הבית וגם מאחור", זאת ותו לא. מותר להניח כי אילו היו עבודות הבניה הנזכרות בתלונת בתו של המערער חורגות מבניית מרפסות כאמור ואילו היו הן מספחות את שטח הפלישה אל נכס המשיכה, לא הייתה בתו של המערער פוסחת על כך בתלונה שהגישה. המסקנה לפיה תלונת הבת לא התייחסה להרחבת הבניה בשטח הפלישה תומכת בגרסה שהציגה המשיכה בפני בית משפט קמא ולפיה הרחבות הבניה שהיא עצמה ביצעה היו בכיוון צפון ובכיוון דרום בלבד, דהיינו: בחזית ביתה ובחלקו האחורי (ראו עמוד 29 לפרוטוקול הדיון מיום 14.4.2011). גרסה זו קיבלה ביטוי גם בסעיף 15 לתצהיר המשיכה, שם צוין:

"לגבי אותה בנייה בשנת 1997 אבהיר כי בשנת 1997 בוצעה בנייה מצפון ומדרום לבית שלי. בנייה זו בוצעה בשל מצוקה כלכלית שלי בגלל הצורך לשכן בבית 11 ילדים יתומים. בגין בנייה זו הוגשה בקשה למתן היתר (ההיתר ניתן בתנאים אך בגלל אי עמידה בהם הבנייה נהרסה). אני מדגישה כי אין ולא היה כל קשר בין אותה בנייה לבית של [המערער] שביתו מצוי ממזרח [צ"ל ממערב] לביתי" [ההדגשה במקור].

9. הנה כי כן, התלונה שהגישה בתו של המערער בשנת 1997 אינה תומכת בגרסתו כאילו המשיכה היא זו אשר ביצעה את הרחבת הבניה בשטח הפלישה. יתר המסמכים שצירף המערער אף הם אינם מספקים אינדיקציה לכך שצו ההריסה שהוצא נגד המשיכה בשנת 1998 התייחס להרחבת הבניה בשטח הפלישה, ובפרט ראוי לציין בהקשר זה כי הפקח מטעם העירייה שביקר בנכס המשיכה ציין בטופס הביקורת מיום 13.1.2003 כי צו ההריסה מ-1998 מתייחס ל"כל הבניה שבוצעו [כך במקור] בצד הצפוני ובצד הדרומי של המבנה", ולא נזכר בו דבר בכל הנוגע לחריגת בניה לכיוון מערב. למעשה, המסמך הראשון שהוצג בפנינו אשר בו מלין המערער על פלישה של המשיכה לשטח הנכס שבבעלותו הוא מכתב בא-כוחו לעירייה מיום 2.12.2002.

ראיה נוספת התומכת בגרסת המשיבה בהקשר זה מצויה בתצלומי האוויר של המרכז למיפוי ישראל, אשר הוגשו בפני בית משפט קמא, האחד משנת 1976 והשני משנת 1980. המשיבה לא צירפה אמנם חוות-דעת מומחה לפענוח תצלומי האוויר, אך מעיון בתצלומים ניתן בהחלט להתרשם כי בשלב כלשהו בין השנים האמורות - קרי, מספר שנים לפני המועד שבו נכנסה המשיבה להתגורר בנכס שלה - בוצעה תוספת בניה על קו הגבול שבין הבתים, במקום שהוגדר לעיל כשטח הפלישה.

מנגד, וכראיה העשויה לתמוך בגרסת המערער לעניין מועד הפלישה, יש לציין את הפער העולה מן התשריטים שצורפו לבקשות לקבלת היתרי בניה שהגישה המשיבה בשנים 1990 ו-2003. לכאורה עולה מן התשריט שצורף לבקשה משנת 1990 כי באותו שלב טרם בוצעה הרחבת הבניה דנן, אך הרחבה זו מופיעה בתשריט שצורף לבקשה משנת 2003. יחד עם זאת, המשקל הראייתי שיש לייחס לכך בנסיבות העניין נמוך לטעמי מן המשקל הראייתי שיש לייחס למכלול הראיות התומכות בגרסת המשיבה, ובהן תצלומי האוויר. זאת, בין היתר, בשים לב לעובדה שתצלומי האוויר אינם חשופים ככלל לטעות אנוש וקשה לחלוק על אמיתות תוכנם. על כן, נראה לי כי הפער העולה מן התשריטים, שהם מעשה ידי מגיש הבקשות, הוא כשלעצמו אינו מספיק כדי לסתור את המסקנה העולה בהקשר זה מתצלומי האוויר, הנתמכת בראיות נוספות שפורטו. ניתן, אפוא, לקבוע כי במאזן ההסתברויות וברמת ההוכחה הנדרשת בהליך אזרחי עלה בידי המשיבה להראות כי הרחבת הבניה בשטח הפלישה בוצעה במועד כלשהו לפני יום 15.11.1980.

לכך יש להוסיף כי מן הראיות שהוצגו לא עולה שהמשיבה הייתה מודעת לדבר קיומה של הפלישה אל נכס המערער בעת שהחלה להתגורר במקום בשנת 1983, ומסקנה זו מתחזקת בשים לב להיקף המזערי של הפלישה דנן ולקושי להבחין בה בלא הערכה מקצועית. יתר על כן, בהינתן העובדה שהמשיבה שכרה ולאחר מכן רכשה את זכויותיה בנכס מ"חלמיש חברה ממשלתית עירונית לדיוור לשקום ולהתחדשות שכונות בת"א יפו" בע"מ (להלן: חלמיש), היא הייתה רשאית להניח כי אין בנכס הנמכר לה על-ידי חברה ממשלתית עירונית חריגות מגבולות החלקה שאותה רכשה.

האם נוכח התשתית העובדתית המפורטת לעיל שהונחה כמצע לדיון בערעור, יש להיעתר לבקשת המערער ולהורות על סילוק ידה של המשיבה משטח הפלישה והריסת הבנוי עליו? בשאלה זו נדון עתה.

10. סעיף 16 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין או החוק) קובע כי:

"בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש
מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין".

סעיף זה, ועימו הסעיפים הנוספים שבסימן ב' לפרק ג' בחוק המקרקעין, נועדו להגן על זכות ההחזקה שהינה רכיב מהותי-מרכזי של זכות הקניין (לעניין זה ראו: יהושע ויסמן דיני קניין - החזקה ושימוש 43-53 (2005) (להלן: ויסמן - החזקה ושימוש)). כך מעניק סעיף 16 "עדיפות לבעל הזכות להחזיק על פני מסיג הגבול ומקנה לו זכות תביעה בערכאות לסילוק ידו של הפולש" (רע"א 5518/98 יוסף נ' עוקשי, פ"ד נה(3) 294, 304 (2001)) וסעיף 21 לחוק המקרקעין, המתייחס אף הוא להסגת גבול במקרקעי הזולת בדרך של בניה או נטיעה בהם, קובע כי נתונה לבעל המקרקעין הברירה אם "לקיים את המחוברים בידו או לדרוש ממי שהקים אותם ... שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם". החלופה המפורטת ברישה קשה עם זאת למימוש במקרים כמו זה שבפנינו, אשר בהם בוצעה הבניה באופן שחלק מן המבנה הוקם בפלישה למקרקעי הזולת בעוד שחלקו האחר של המבנה מצוי בחלקת הפולש.

השאלה הנשאלת היא האם עומדת לבעל הקניין במקרקעין זכות מוחלטת מכוח סעיפים 16 ו-21 לחוק לקבלת סעד אשר ישיב את המצב לקדמותו ויחזיר לידיו את החזקה במקרקעין, וזאת ללא כל מנגנון מאזן המביא בחשבון גם אינטרסים של הפולש ושיקולים של צדק והגינות?

11. עקרון תום הלב מעוגן בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ומכוח הוראת סעיף 61(ב) לחוק נפרש עקרון זה על פני החקיקה האזרחית כולה. על החובה לפעול בתום-לב ועל היקף פרישתה במשפט הישראלי, עמד בית המשפט לא אחת בציינו כי זוהי "אחת מאותן דוקטרינות כלליות החלות בכל תחומי המשפט ... על פיה, כל בעל זכות (במובנה הרחב) צריך להפעיל את זכותו בתום לב" (ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, 400 (2003) (להלן: עניין גנז); כן ראו: ד"נ 7/81 פניזר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 687 (1983); בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה

בירושלים, פ"ד מז(4) 702, 708 (1993); ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742 (1984).

אכן, ההגנה על הקניין מפני פגיעה יש לה מעמד חוקתי (סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995)). יחד עם זאת, בעלים של נכס ובכלל זה נכס מקרקעין, אינו נהנה מאוטונומיה מוחלטת בבואו להגן על החזקתו בנכס ואין לו זכות בלתי מסויגת ל"שרירות בעלים" (ראו למשל: יהושע ויסמן דיני קניין - בעלות ושיתוף 26-27, 42-45 (1997) (להלן: ויסמן - בעלות ושיתוף); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 27-37 (2005)). יתכנו, אפוא, מקרים שבהם מכוח עקרון תום הלב יוגבלו הסעדים להם זכאי בעל זכות קניינית, הגם שזו נפגעה על-ידי הזולת (ראו: ע"א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן, פ"ד כה(2) 523, 530 (1971); עניין רוקר). מנגנון מאזן ברוח זו הנותן ביטוי לעקרון תום הלב אנו מוצאים בסעיף 14 לחוק המקרקעין, הקובע כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר" וכבר נפסק כי סעיף זה מבטא את עקרון "איסור השימוש לרעה בזכות", אשר ניתן לראותו "כבנה של דוקטרינת תום-הלב" (רע"א 1017/97 רידלביץ נ' מודעי, פ"ד נב(4) 625, 632 (1998)). ליחס שבין הוראת סעיף 14 לחוק המקרקעין ובין עקרון תום הלב ראו עוד: ויסמן - בעלות ושיתוף, 69; עניין רוקר, 277-276, 287; עניין גנו, 401-402; מיגל דויטש, קניין - כרך א' 319-324 (1997) (להלן: דויטש); אורי ידין "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה" ספר אורי ידין - האיש ופועלו כרך א' 281, 281-282 (א' ברק וט' שפניץ עורכים, 1990); אריאל רוזן-צבי "שימוש לרעה בזכות מקרקעין (לפרשנות סעיף 14 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969)" עיוני משפט ד 651, 669-670 (1975)). על כפיפותה של זכות הקניין לעקרונות היסוד של שיטתנו ועל שיקול הדעת הנתון לבית המשפט בכל הנוגע להענקת סעדים שנועדו להגן על זכות הקניין, עמד פרופ' ויסמן באומרו:

"מכיוון שאין הבעלות מוחלטת עוד, ותוכנה נקבע בכל מקרה על-ידי שקילת האינטרס של הבעל לעומת האינטרס של שכניו ושל הציבור, מתחייבת מכך מעורבות רבה על-ידי בתי המשפט, המופקדים על מציאת האיזון הנאות שבין בעלי האינטרסים השונים" (ויסמן - בעלות ושיתוף, 45).

12. חשוב להדגיש בהקשר זה כי הצורך בהחלת עקרון תום הלב על מקרה נתון נבחן באמת מידה אובייקטיבית. לכן, "אין נדרש כי בעל הזכות יפעל מתוך זדון או

רוע-לב. די בכך שפעולתו אינה עולה בקנה אחד עם 'הסטנדרטים הערכיים הראויים של החברה הישראלית, כפי שבית המשפט מביין אותם מעת לעת' (עניין רוקר, 277). ובמילים אחרות, בעל-דין המבקש לעמוד על זכויותיו מחויב מכוח עקרון תום הלב לעשות כן באופן הוגן ותוך התחשבות בציפיותיו המוצדקות ובהסתמכותו הסבירה של הצד האחר (ראו שם, 279. כן השוו עניין גנז, 404-408). יחד עם זאת, וככל שהדבר נוגע להגנה על זכות הקניין שומה על בית המשפט לעשות שימוש זהיר בשיקול-דעתו, וזאת בראש ובראשונה בשים לב למעמדה המיוחד של זכות זו כזכות חוקתית בשיטתנו המשפטית. הנה כי כן, אף שמעמדה המיוחד של זכות הקניין אינו מקנה לה חסינות מפני החלת עקרון תום הלב גם באותם מקרים שבהם נדרשת הגנה על הזכות מפני פגיעה בה, מחייב מעמדה הרם גישה מתונה מצד בית המשפט בכואו להגביל את אפשרות מימושה (דויטש, 113-120), וכבר נפסק לעניין זה כי "לא הרי חובת ההגינות של בעל הקניין כהרי חובת ההגינות של הזכאי על-פי חיוב. יחסי הגומלין בין זכות הקניין לבין עקרון תום-הלב שונים הם - בשל אופייה של הזכות - מיחסי הגומלין בין החיוב לעקרון תום-הלב" (עניין רוקר, 278). טעם נוסף העשוי להצדיק גישה מרוסנת מצד בית המשפט בכואו להגביל את הסעד שיינתן לבעל זכות במקרקעין כנגד הסגת גבול בהם, נעוץ בצורך לבסס את שלטון החוק ולהימנע מיצירת תמריץ לבניה שלא כדין במקרקעי הזולת. על חשיבותם של שיקולים אלה עמדה השופטת א' פרוקצ'יה בהקשר אחר בציינה:

"היבט ההגנה על שלטון החוק בקיום דיני התכנון חשוב לא רק להבטחת השיטה והמנגנון הראויים לניצול יעיל של הקרקע במדינה, אלא גם כמסר חינוכי לפרט בחברה, בדבר החובה לכבד את הנורמות המחייבות על-פי הדין, הן ככלל, והן בתחום הבנייה ופיתוח שטחי הארץ בפרט" (ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע, פסקה 41 (לא פורסם, 7.12.2006).

מתוקף אותם שיקולים עצמם אין מוטלת, ככלל, על רשות שלטונית החובה לשלם פיצוי בעקבות הפקעה או פגיעה תכנונית בגין שימוש בלתי חוקי בקרקע (ראו: רע"א 1054/03 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' בדיחי, פסקה 4 (לא פורסם, 8.6.2003); ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, פסקאות 23-16 (לא פורסם, 9.12.2008) (להלן: עניין פינקלשטיין); ע"א 9396/07 כסלו נ' חברת רכבת ישראל בע"מ, פסקאות 27-29 (טרם פורסם, 4.11.2010); ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 470, 463 (1995)).

13. אכן, נוכח השיקולים השונים הניצבים אלה מול אלה בסוגיה שבפנינו, הובעו גישות שונות באשר להיקף שיקול הדעת המסור לבית המשפט בבואו להגן על זכות הקניין. עם זאת, גרעין ההלכה לפיה ההגנה על זכות הקניין כפופה לעקרונות של צדק, הגינות ותום לב, קנתה אחיזה איתנה בפסיקה ואין עליה עוררין (רע"א 8186/07 כדמל נ' ינקוביזקי, פסקה 6 (לא פורסם, 1.1.2008)).

בעניין רוקר התייחס הנשיא א' ברק להיקף שיקול הדעת המסור לבית המשפט בכל הנוגע להגנה על זכות הקניין ואל השיקולים אשר יש בהם כדי להשפיע על אופן החלתו של עקרון תום הלב במקרה נתון, בציינו כי יש להביא בחשבון בהקשר זה את אופיו ומעמדו של האינטרס הנפגע, קרי: טיבה של הזכות הקניינית שמכוחה הוגשה התביעה. כמו כן, עמד הנשיא ברק על הצורך ליתן ביטוי בהקשר זה למהות היחסים המתקיימים בין בעל הקניין לבין זולתו, בהדגישו כי "לא הרי מעמדו של תום-הלב ביחסים בין בעל קניין לזר, כהרי מעמדו של תום-הלב ביחסים בין בעל קניין לשותפו; לא הרי פגיעה על-ידי אדם שהקשר עמו הוא חד-פעמי (כגון מסיג גבול מזדמן) כהרי פגיעה על-ידי אדם שהקשר עמו נמשך (כגון דייר בבית משותף)". לבסוף ציין הנשיא ברק את הצורך לבחון את היקף הפגיעה בזכות הקניין בנסיבות המקרה, כמו גם את מצבו הנפשי של הפוגע (עניין רוקר, 281-279). ברוח דומה קבע השופט י' טירקל באותה פרשה את השיקולים העיקריים אשר לדעתו ראוי שינחו את הפעלת שיקול-דעתו של בית המשפט במקרים כגון אלה בציינו:

"השיקול הראשון הוא עוצמתה של הזכות הקניינית שנפגעה: האם מדובר בזכות במקרקעין או במיטלטלין והאם מדובר בבעלות או בזכות אחרת, חלשה הימנה. השיקול השני הוא עוצמתה של הפגיעה בזכות, לרבות היקף הפגיעה ומשך הפגיעה. השיקול השלישי - משני בחשיבותו לקודמיו - הוא עוצמת התוצאות של הסרת הפגיעה לגבי הפוגע בזכות. השיקול הרביעי הוא התנהגותם של בעלי-הדין" (ש, 242).

על רקע זה יש לפנות לבחינת המקרה שבפנינו. אך בטרם אעשה כן מן הראוי להידרש בקצרה ליחס שבין דיני הקניין ודיני הנזיקין בסוגיה זו של הסגת גבול במקרקעין.

14. כפי שצוין, סמך בית משפט קמא את דחיית תביעתו של המערער על שיקול הדעת הנתון לו מכוח סעיף 74 לפקודת הנזיקין, בהניחו שהתביעה דנן נסמכת בעיקרה על עוולה נזיקית. אכן, מעשה הפלישה הנדון בענייננו מהווה לכאורה גם הסגת גבול לפי סעיף 29 לפקודת הנזיקין, ובגינה מוסמך בית המשפט להורות על סילוק ידו של הפולש מכוח סעיפים 3, 71 ו-72 לפקודה. נראה כי על רקע זה נזקק בית המשפט להוראת סעיף 74 הנ"ל, המורה כי:

”בית המשפט לא יתן ציווי, אם הוא סבור שהפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע הם קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, ומתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע, אך רשאי הוא לפסוק פיצויים.”

דרך הילוכו זו של בית משפט קמא מעלה את השאלה מהו המתחם הנורמטיבי אשר במסגרתו יש להפעיל את שיקול הדעת השיפוטי אם ליתן לבעל מקרקעין סעד שעניינו סילוק המבנה הפולש לשטחו, והאם שיקול-הדעת השיפוטי המוקנה לבית המשפט על-פי סעיף 74 לפקודת הנזיקין בכל הנוגע להגנה על זכות ההחזקה בקניין זהה - מבחינת היקפו והמבחנים הצריכים ליישומו - לשיקול-הדעת הנתון לו בבואו להעניק סעד שיסודו בחוק המקרקעין. כפי שכבר צוין, נקודת המוצא הן על-פי חוק המקרקעין והן על-פי פקודת הנזיקין היא כי על הפולש לסלק את ידו משטח הפלישה במקרקעי הזולת (לשאלת תחולתם המקבילה של דיני הקניין והנזיקין מקום בו קמות מכוחם עילות תביעה שונות המגנות על אותה הזכות, ראו עניין רוקר והמחלוקת בין השופט י' אנגלרד (שס, 218) ובין השופט י' טירקל (שס, 237-233); והשוו: רע"א 7452/96 מדינת ישראל, משרד הביטחון נ' חברה קבלנית האחים אהרון בע"מ, פ"ד נא(5) 874, 877-878 (1998)). כן השוו לעניין היקף ההגנה השונה על זכות השימוש המוענקת בשתי מערכות הדינים: ויטמן - בעלות ושיתוף, 119-115; דויטש, 354-360; גד טדסקי "תביעת בעלים למסירה ופקודת הנזיקין" הפרקליט לט 44 (1989). אולם, ככל שקיימים הבדלים בהיקף שיקול הדעת ובמבחנים הצריכים ליישומו על-פי מערכות הדינים השונות, יש משמעות לבחירה במערכת אחת על-פני רעותה לצורך ההכרעה במקרה נתון.

15. כפי שצוין, הקריטריונים הצריכים להפעלת שיקול-הדעת המסור לבית המשפט על-פי דיני הקניין נגזרים בעיקרם מן החובה הכללית לפעול בתום לב והם עוצבו

בפסיקה עליה עמדנו לעיל. סעיף 74 לפקודת הנזיקין, לעומת זאת, משרטט מבחנים מוגדרים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במקרים שבהם ראוי להימנע, בין היתר, ממתן צו לסילוק יד (לביאור המבחנים האמורים ויישומם ראו ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ מ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785, 800 (1976) (להלן: עניין אתא)). עם זאת דומני שהפער המצטייר מהשוואת ההסדרים האמורים במבט ראשון, נעדר משמעות מעשית לפחות בכל הנוגע לענייננו. הטעם המרכזי לכך נעוץ בעובדה שכאשר עסקינן בתביעת נזיקין המבוססת על זכות קניינית של הנזוק, יש מקום לפרש את המבחנים הקבועים בסעיף 74 לפקודת הנזיקין באופן העולה בקנה אחד עם הקריטריונים שעוצבו בהקשר זה בפסיקה לעניין החלת עקרון תום הלב. אחרי ככלות הכל, התכלית העומדת בבסיס סעיף 74 לפקודת הנזיקין ככל שענייננו במתן ציווי לסילוק יד ממקרקעין, דומה לתכלית העומדת בבסיס החלת עקרון תום הלב על ההגנות העומדות לבעל הקניין על-פי חוק המקרקעין, דהיינו: מניעת מצב שבו בעל דין מבקש לעמוד על זכות המוענקת לו מן הדין באופן המסב פגיעה בלתי סבירה ליריבו. במובן זה, ניתן לראות בסעיף 74 לפקודת הנזיקין קונקרטיזציה של עקרון תום הלב הכללי במתחם הנזיקי (לתחולתו של עקרון תום הלב במסגרת דיני הנזיקין והשפעתו על הסעדים שיינתנו מכוחם ראו ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתיות ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, פ"ד סא(3) 603 (2006); ע"א 295/81 עזבון המנוחה שרון גבריאלי נ' גבריאלי, פ"ד לו(4) 533, 548 (1982)). לכן, ככל שחלים במקרה נתון שני ההסדרים כאחד ראוי להשיג תכלית זו על דרך של השוואת הקריטריונים והיקף שיקול הדעת המיושמים לגבי אותו מקרה. מסקנה זו יש לה הצדקה גם נוכח השאיפה להרמוניה בין נורמות משפטיות שונות החלות בדין הישראלי ונוכח הרצון להימנע ככל הניתן מסתירה ביניהן (ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני: פרשנות החקיקה 333-335, 589-591 (1993) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה)). ליישום עקרון זה בענייננו ראו דברי השופט י' אנגלרד בעניין רוקר, (231).

אשר על כן, וככל שיש בענייננו תחולה להוראת סעיף 74 לפקודת הנזיקין לצד תחולתם של דיני הקניין, יש לקרוא את המבחנים הקבועים בה באופן העולה בקנה אחד עם השיקולים המנחים אותנו בהפעלת שיקול-הדעת כבואנו להגביל בעל זכות קניינית מכוח עקרון תום הלב הכללי.

16. הרחבת הבניה במקרה דנן יש בה משום פגיעה בזכות הבעלות של המערער בשטח הפלישה. העובדה כי מדובר בזכות קניינית מן המעלה הראשונה מהווה לכאורה שיקול מרכזי הדוחה מפניו את יתר השיקולים ומצמצם את היקף תחולתו של עקרון תום הלב. אולם, כפי שיפורט להלן, דומני כי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן יש בשיקולים שמנגד כדי להטות את הכף אל עבר המסקנה השוללת סעדים של הריסת הבנוי וסילוק ידה של המשיבה בחלק משטח הפלישה, וכוונתי לשטח של 2.3 מ"ר עליו בנוי חלק ממטבח ביתה של המשיבה. זאת להבדיל מקטע הפלישה בחצר הקדמית של המשיבה ששטחו 2.93 מ"ר, אשר רוצף ותוחם בגדר המפרידה אותו מנכס המערער ואליו אתיחס בנפרד.

שטח הפלישה הכולל בו עסקינן הוא קטן יחסית (5.23 מ"ר). אך עובדה זו, ואפילו המשמעויות הכספיות והאחרות הכרוכות מבחינת המשיבה בהריסת הרחבת הבניה בשטח הפלישה, לא די בהם בהכרח כדי לשלול את הצווים להריסה ולסילוק יד שעתר להם המערער כבעל הקניין לגבי השטח כולו. זאת, בהינתן מעמדה הרם של זכות הקניין ונוכח החשיבות שיש לייחס לשמירה על שלטון החוק ולקיום הרתעה יעילה מפני בניה במקרקעי הזולת. אולם, נראה כי במקרה דנן קיים נתון נוסף אשר בהצטברו אל יתר השיקולים שנמנו לעיל, מטה את הכף לטובת המשיבה בכל הנוגע לשטח של 2.3 מ"ר עליו בנוי חלק ממטבח ביתה. כוונתי לממצא לפיו הפלישה שנגרמה כתוצאה מהרחבת הבניה בה עסקינן, בוצעה לפני שנת 1980 דהיינו: לפני שנים רבות ועוד בטרם שנכנסה המשיבה להתגורר במקום. אכן, עניין לנו בפלישה שבוצעה כעשרים ושש שנים לפחות לפני המועד שבו הגיש המערער את תביעתו ועיון במסמכים שצירף המערער לתביעה מלמד, כפי שכבר צוין, כי תלונתו ביחס לפלישת המשיבה אל שטחו מופיעה לראשונה במכתב בא-כוחו לעירייה מיום 2.12.2002. לעומת זאת, תלונתו הקודמות של המערער, ובהן תלונת בתו מיום 24.12.1997, אינן מתייחסות כלל לאותה פלישה. נתונים אלה יש להם משמעות רבה במקרה דנן ואליהם יש להוסיף את העובדה שהמשיבה קיבלה את הנכס מידי חלמיש, שהיא כאמור חברה ממשלתית עירונית, כשהנכס כולל את קטע המטבח הפולש לשטחו של המערער וכי היא עשתה שימוש בלתי-מופרע בנכס במתכונתו זו במשך כשני עשורים לפחות. בנסיבות אלה, ניתן לומר כי שלילת זכות השימוש מידי המשיבה בשטח המזערי הכלול בקטע המטבח הפולש לשטחו של המערער (2.3 מ"ר), מעוררת תחושה מובהקת של חוסר איזון וחוסר הגינות, אשר אינה מתיישבת עם עקרון תום הלב ועם השיקולים שעל בית המשפט

להביא בחשבון בהקשר זה. במניין השיקולים הללו יש להביא בחשבון עוד את העובדה כי אין מדובר בבעל קניין ובפולש הזרים זה לזה אלא בצדדים אשר מתקיים ביניהם קשר שכנות נמשך, וכן יש להביא בחשבון את העובדה כי צו הריסה וצו לסילוק ידה של המשיבה מן הקטע האמור כרוכים בהריסת מטבח ביתה ובהקמתו מחדש. זאת ועוד. משקבענו כי המשיבה אינה אחראית לביצוע הרחבת הבניה בשטח הפלישה וכי במועד בו נכנסה להתגורר בביתה לא ידעה ולא יכולה הייתה לדעת על דבר קיומה, המשקל שיש לייחס לחשש מפני פגיעה בשלטון החוק ומפני יצירת תמריץ לבניה שלא כדין במקרקעי הזולת אם לא תוסר הפלישה, הוא נמוך יחסית (השוו: סעיף 190(א)(3) סיפה לחוק התכנון והבניה; עניין פינקלשטיין, פסקאות 24-25 לחוות-דעתה של השופטת ע' ארבל, וחוות-דעתי באותו עניין).

17. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל, בהצטברם, נראה לי כי המקרה דנן נמנה עם אותם מקרים חריגים שבהם על בית המשפט להפעיל את שיקול-הדעת המסור לו שלא להורות על הריסת אותו הקטע בשטח הפלישה המהווה חלק ממטבח המשיבה (2.3 מ"ר). לעומת זאת, וככל שהדבר נוגע לקטע הפלישה המצוי בחצר הקדמית של נכס המערער (2.93 מ"ר), אני סבורה כי יש להעדיף את האינטרס של המערער להגנה על זכותו הקניינית. זאת משום שמכלול השיקולים המנויים לעיל - המטים בהצטברם יחד את הכף לטובת המשיבה - חלים בעוצמה פחותה בהרבה בהתייחס לקטע השטח האמור ועל כן, לגביו יש ליתן עדיפות לזכותו הקניינית של המערער. כך, השבת קטע זה לחזקת המערער אינה כרוכה בהריסת חלק כלשהו מבית מגוריה של המשיבה (כפי שניתן להתרשם מן התמונות שצירפו הצדדים המתעדות קטע זה), וסילוק ידה ממנו אינה כרוכה, אפוא, מבחינתה במהלך מרחיק לכת. כמו כן, השבת קטע זה מתוך שטח הפלישה לידי המערער יש בה בנסיבות העניין משום מענה ראוי ומאוזן לפגיעה בזכות הקניינית שעליה מלין המערער בתביעתו.

חשוב להדגיש כי שלילת הסעדים של הריסה וסילוק יד משטח הפלישה הבנוי (2.3 מ"ר במטבח המשיבה), אין בה כדי להקנות למשיבה זכות קניינית כלשהי בשטח זה. על כן, לכשתחדל המשיבה להתגורר בנכס, מכל סיבה שהיא, לא יהיו דייריו או בעליו החדשים, לפי העניין, זכאים להיבנות עוד ממחסום זה ומשמעות הדבר היא כי באותו שלב יהיה המערער, או מי שיבוא בנעליו, זכאי לדרוש כי השטח האמור יוחזר אל תחום הנכס שלו. להבטחת הדבר ועל מנת שהוא יהא ידוע לכולי עלמא, נראה לי כי מכוח הסמכות הנתונה לבית המשפט בסעיף 130 לחוק המקרקעין, ראוי להורות שתירשמה בעניין זה הערות מתאימות במרשם המקרקעין - הן בהתייחס לנכס

המערער והן בהתייחס לנכס המשיבה. להערות אלה יצורפו העתקים של המפה שנערכה על-ידי המודד מטעם המערער (נספח 7 למוצגי המערער), עליהם יסומן באופן ברור שטח הפלישה הרלוונטי העומד על 2.3 מ"ר, כאמור.

דמי שימוש

18. אשר לדמי השימוש אותם תבע המערער מידי המשיבה בגין השימוש שעשתה בשטח הפלישה. דומני כי המועד הקובע בהקשר זה, נוכח הממצאים שקבענו לעיל, הינו המועד שבו אישרה ועדת המשנה לראשונה את העובדה כי נכס המשיבה פולש בחלקו לתחום המגרש הגובל. אכן, מאותו מועד (9.2.2005) ואילך הייתה המשיבה מודעת לדבר הפלישה ויכולה הייתה לכלכל את צעדיה בהתאם לסיכון הכרוך באחיזה בשטח שאינו בבעלותה, מה שאין כן בתקופה שבמהלכה לא ידעה על כך. לכן, בצד שלילת הסעדים בעין לגבי חלק משטח הפלישה, מן הראוי לחייב את המשיבה בתשלום דמי שימוש ראויים לגבי השטח כולו החל מיום 9.2.2005 ואילך. המקור הנורמטיבי לחיוב זה מצוי אף הוא בעקרון תום הלב ובשיקול הדעת המוענק לבית המשפט מכוחו (ראו דויטש, 323-324; והשוו בהקשר אחר ע"א 56/68 סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' מוסכי "בריסטול" בע"מ, פ"מ כב(1) 598, 602 (1968)). בהיעדר כל ראייה מטעם המשיבה לעניין גובה דמי השימוש, יש לחשבם בהסתמך על חוות-הדעת השמאית שהציג המערער. על-פי חוות-דעת זו (המתייחסת לתקופה שעד שנת 2008, כולל) ובהתאם לשטח הפלישה שקבענו (5.23 מ"ר), על המשיבה לשלם למערער דמי שימוש בסכומים המפורטים להלן:

- א. לתקופה שתחילתה ביום 9.2.2005 ועד למועד מתן פסק דין זה - סך כולל של 20,150 ש"ח (לפי חישוב של 5.23 מ"ר במכפלת דמי שימוש ראויים לפי חוות-הדעת השמאית (לשנים 2005-2008) והצמדתה למדד המחירים לצרכן ("מדד מחירים ממוצעים חודשיים של שכר דירה חופשי (ש"ח), לפי אזור מגורים וקבוצות גודל הדירה (חדרים)" - ממוצע כללי באזור תל אביב) (להלן: המדד) בשנים 2009-2011).
- ב. לתקופה שתחילתה במועד פינוי קטע השטח בחצר הקדמית ועבור יתרת שטח הפלישה (2.3 מ"ר) הנותר לשימוש המשיבה - סך חודשי של 132 ש"ח (לפי חישוב של 2.3 מ"ר במכפלת דמי שימוש ראויים לפי המדד). דמי שימוש חודשיים אלה יוצמדו למדד בתום כל שנה.

לא ראיתי מקום לחיוב כספי נוסף של המשיבה בגין הסכומים שתבע המערער כפיצוי עבור הוצאותיו ועוגמת הנפש שנגרמה לו.

19. סיכומו של דבר - אציע לחבריי לקבל את הערעור בחלקו בכל הנוגע להשבת אותו החלק משטח הפלישה הכלול בחצר הקדמית של נכס המשיבה (2.93 מ"ר) ועוד אציע כי ההוצאות הכרוכות בהשבה זו יחולו על המשיבה. לעומת זאת באשר לקטע הפלישה הבנוי הכלול במטבח המשיבה (2.3 מ"ר), אציע לדחות את הערעור תוך רישום הערה מתאימה במרשם המקרקעין, כמפורט בפסקה 17 לפסק הדין. כמו כן, אציע לחבריי לקבל את הערעור בכל הנוגע לחיוב המשיבה בתשלום דמי שימוש, הכל כמפורט בפסקה 18 לפסק הדין לעיל. לבסוף אציע כי בנסיבות העניין לא ייעשה צו להוצאות בערעור.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כו' בשבט התשע"ב (19.2.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה