



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1904/19

לפני: כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערים: 1. פיליפ בלאיש
2. רחל לאה ג'ונס

נ ג ד

המשיב: פרח דיב

המשיבים הפורמאליים: 1. ענבל בן יואב
2. כרמל נטע
3. אלונה הירש
4. דינה רובין
5. סעיד נור

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 18.11.2018 בת"א 9251-03-17 שניתן על ידי כב' השופט אברהים בולוס

תאריך הישיבה: כ' באדר התשפ"א (04.03.2021)

בשם המערערים: עו"ד ניר ברזל
בשם המשיב 1: עו"ד פאדי מטאנס

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט אברהים בולוס) בת"א 9251-03-17 מיום 18.11.2018, במסגרתו נדחתה תביעת המערערים למתן פסק דין הצהרתי לפיו למערערים זכות קניינית מסוג זיקת הנאה במקרקעין של המשיב.

1.

העובדות הצריכות לעניין

1. המערערים, פיליפ בלאיש ורחל לאה ג'ונס (להלן: המערערים), הם בני זוג, והבעלים של דירת הקרקע בבניין מספר 52 ברחוב הלל בחיפה, הידוע כחלקה 158 בגוש 10810 (להלן: דירת ג'ונס, ו-בניין מס' 52, בהתאמה). המשיב 1, פרח דיב (להלן: המשיב), הוא הבעלים של דירת הקרקע בבניין מספר 50 ברחוב הלל בחיפה, הידוע כחלקה 157 בגוש 10810, והממוקם ממזרח לבניין מס' 52 (להלן: דירת דיב ו-בניין מס' 50, בהתאמה. בניין מס' 50 ביחד עם בניין מס' 52 יכוננו להלן: הבניינים).

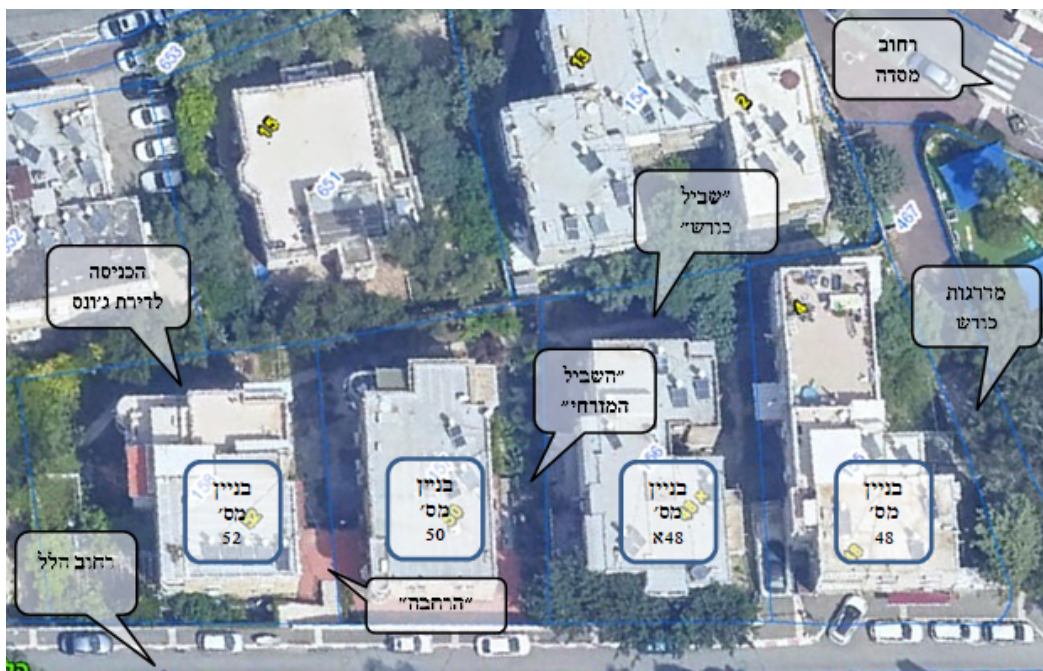
2. התכנון של הבניינים החל עוד בשנות השלושים של המאה הקודמת על ידי בני הזוג אברהים וג'וליה צהיון ובנם רג'א צהיון, ואלו נבנו במהלך שנות הארבעים של אותה המאה. המגרשים עליהם נבנו הבניינים היו שניהם בבעלות אברהים צהיון (ייתכן שבבעלות משותפת עם אשתו) (להלן: צהיון). היתרי הבנייה לבניינים הוגשו על ידי צהיון ובנו, וניתנו בשנת 1935 (להלן: היתרי הבנייה משנת 1935). יחד עם זאת, בפועל הבניינים נבנו באופן שאינו תואם את היתרי הבנייה משנת 1935, ובמרוצת השנים אושרו עדכונים להיתרים אלו, כאשר היתרי הבנייה הסופיים התואמים את מצב הבנייה בפועל ניתנו במהלך שנות הארבעים (להלן: היתרי הבנייה המעודכנים). יצוין כי לא ברור מטעם מי הוגשו היתרי הבנייה המעודכנים, וכך מתי אלו הוגשו – האם עובר למועד בניית הבניינים, במהלך בנייתם או שמא לאחר השלמת הבנייה.

3. הבניינים נבנו במפלס קרקע נמוך ממפלס הקרקע של רחוב הלל, כך שהגישה אליהם אפשרית באמצעות גרם מדרגות הממוקם ברובו בשטח המגרש של בניין מס' 52, ואשר מחבר בין רחוב הלל לבין רחבה קדמית הממוקמת בחזית הבניינים ומשותפת לשניהם (להלן: הרחבה). יחד עם זאת, הגישה מהרחבה אפשרית רק לדירות הממוקמות בקומות העליונות של בניין מס' 52. אי לכך, על מנת לגשת לשטח הקרקע המקיף את בניין מס' 52 – שם ממוקמת הכניסה לדירת ג'ונס, כמו גם חלק מהתשתיות של הבניין כדוגמת בלוני הגז (להלן: השטח המקיף) – נדרש להמשיך מהרחבה בשביל נוסף אשר סובב ממזרח את בניין מס' 50, וממנו לרדת במדרגות חיצונית המובילות לשטח המקיף (להלן: השביל המזרחי). דרך גישה אפשרית נוספת לשטח המקיף, היא באמצעות שביל הנמתח מהשטח המקיף, דרך המגרש של בניין מס' 50, וכך דרך המגרשים של בניינים מספר 48 ו-48 ברחוב הלל (הממוקמים ממזרחה לו), ועד לגרם מדרגות המכונה "מדרגות כורש". מדרגות כורש מצויות בשטח המגרש של בניין מספר 48 ברחוב הלל, ומחברות בין רחוב הלל מדרום לבין רחוב מסדה, כאשר רחוב מסדה מקביל הן לרחוב

הלל והן לבניינים מצפון, וממוקם מתחת למפלס הקרקע של הבניינים (להלן: שביל כורש, וכיחד עם השביל המזרחי: שבילי הגישה). מאז הקמת הבניינים, ובמשך למעלה משמונים שנה, שבילי הגישה משמשים את דיירי הבניינים לצורך גישה נוחה ומהירה לרחוב מסדה, וחשוב מכך – הם משמשים כדרך הגישה היחידה הן לדירת ג'ונס והן לחלק מהתשתיות של בניין מס' 52.

4. בשנת 1994 הוצמד בפנקס הבתים המשותפים לדירת דיב שטח קרקע של 199 מ"ר המקיף את בניין מס' 50, ואשר דרכו חוצים שבילי הגישה (להלן: השטח המוצמד). מכוח זאת, בעלי הדירה האמורה הפכו לבעלי הפרטיים של השטח המוצמד.

5. מאחר שגם במקרה זה, מראה עיניים עדיף ממילים, רצ"ב תצלום אוויר המשקף את מצב הדברים הקיים בשטח (תצלום האוויר מתוארך לשנת 2020 ולקוח מתוך אתר הממ"ג (מערכת מידע גיאוגרפי) של עיריית חיפה):



6. בשנת 2009 המערערים רכשו את דירת ג'ונס מחברת הכשרת היישוב בע"מ, ובשנת 2015 רכש המשיב את דירת דיב. יצוין כי עד לאותה שנה, דירת דיב הייתה בבעלותו של חסן ג'אלל שהיד (להלן: חסן), אשר בשנת 1940 רכש מצהיון את הבעלות במגרש עליו נבנה בניין מס' 50 בטרם בניין זה נבנה, ובנה אותו. עוד יצוין כי החל משנת 1954 דירת דיב שימשה לצורך מגוריהם של דיירים בשכירות מוגנת, וזאת עד לשנת

2016, עת הוסכם על החזרת החזקה בדירה לידי המשיב, בעליה הרשומים של הדירה באותו המועד.

7. לאחר העברת החזקה בדירת דיב לידי, החל המשיב בשיפוץ הדירה. במסגרת השיפוץ, המשיב הקים גדרות מסביב לשטח המוצמד, וכפועל יוצא חסם את שבילי הגישה. בעקבות זאת, ביום 5.3.2017 הגישו המערערים לבית המשפט המחוזי בחיפה בקשה לצו מניעה זמני, אשר יורה למשיב להימנע מלחסום את שבילי הגישה. שלושה ימים לאחר מכן, ביום 8.3.2017 הגישו המערערים לבית המשפט המחוזי המרצת פתיחה נגד המשיב, אליה הצטרפו גם בעל דירה הממוקמת בבניין מס' 52 וכן בעלי דירות נוספים מבניין מס' 50, כמו גם דייר מוגן המתגורר בבניין זה (להלן: התובעים הנוספים, וביחד עם המערערים: התובעים). במסגרת המרצת הפתיחה, התבקש בית המשפט ליתן צו מניעה קבוע אשר יורה למשיב להימנע מלחסום את שבילי הגישה; וכן ליתן סעד הצהרתי לפיו המקרקעין הרשומים על שם התובעים או המקרקעין בהם מתגוררים התובעים, הם "מקרקעין זכאים", וביכולתם להירשם כבעלי שעבוד מסוג זיקת הנאה בדירת דיב לצורך מעבר חופשי ובטוח בשטח המוצמד.

8. ביום 26.3.2017 קיבל בית המשפט קמא את הבקשה למתן צו מניעה זמני, וקבע כי על המשיב להימנע מלחסום את שבילי הגישה, כך שיתאפשר מעבר רגלי בשבילים אלו, וזאת עד להכרעה בהמרצת הפתיחה (להלן: צו המניעה הזמני).

פסק דינו של בית המשפט קמא

9. ביום 18.11.2018 ניתן פסק דין הדוחה את המרצת הפתיחה. במסגרת פסק דינו, בית המשפט קמא עמד על כך שבהתאם להוראות סעיף 94 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), זיקת הנאה מכוח השנים נוצרת לאחר שימוש ממושך בקרקע לתקופה שלא תפחת משלושים שנים רצופות, וזאת בתנאי שהשימוש היה גלוי וידוע לבעלי המקרקעין הכפופים, ובכפוף לכך שמדובר בשימוש נוגד – קרי, שימוש שנעשה ללא הסכמת בעלי המקרקעין הכפופים, ומבלי שאלו הביעו את התנגדותם לשימוש שנעשה. במקרה דנן, בית המשפט קמא מצא כי השימוש שנעשה בשטח המוצמד על ידי התובעים אכן היה שימוש ממושך לתקופה העולה על שלושים שנה, ואולם נקבע כי לא מדובר בשימוש נוגד, וזאת משני טעמים:

הטעם הראשון הוא קביעת בית המשפט כי השימוש בשבילי הגישה נעשה בהסכמת בעליה של דירת דיב במועד בנייתה. בית המשפט קמא ביסס מסקנתו זו על עדותו של האדריכל אשר זומן להעיד מטעם התובעים (להלן: האדריכל), ממנה עלה כי הבניינים נבנו מלכתחילה בהתאם להיתרי הבנייה המעודכנים, כך שדרך הגישה אליהם היא משותפת ושזורה בין מגרשי הבניינים, באופן המקיים "זיקת הנאה תכנונית". אי לכך, וכיוון שהתכנון והבניה של הבניינים נעשו על דעתם ובהסכמתם של בעלי הבניינים במועד בנייתם, הרי שהאופן בו הבניינים נבנו מעיד, לגישת בית המשפט קמא, על קיומה של הסכמה מצד בעלי דירת דיב לשימוש של דיירי הבניינים בשבילי הגישה, ומכאן כי אין מדובר בשימוש נוגד.

הטעם השני בגינו נקבע כי אין המדובר בשימוש נוגד הוא שהשימוש שבוצע נגד זכות קניינית משנית לזכות הבעלות. כך, מציין בית המשפט קמא כי לאורך מרבית שנות בעלותו של חסן בדירת דיב, הוקנתה החזקה בדירה לדיירים המוגנים שהתגוררו בה. משכך, ברי כי לחסן לא היה אינטרס לדרוש את הפסקת השימוש, וממילא לא ניתן היה לצפות ממנו שיעמוד על המשמר ויגן על זכויותיו. אשר על כן, נקבע כי אין בשימוש שנעשה כדי להקים זיקת הנאה מכוח השנים.

10. בגדר למעלה מן הצורך, קבע בית המשפט קמא כי גם בהנחה שבמקרה דנן היו מתקיימים התנאים לרכישתה של זיקת הנאה מכוח השנים, הרי שדינה של זיקת הנאה זו היה להיות מבוטלת. לעניין זה, בית המשפט קמא ציין כי התובעים לא הביאו ראיות בנוגע למהותה והמשכה של זכות המעבר במגרשי בניינים מספר 48 ו-48 ברחוב הלל, אותם חוצה שביל כורש, ולא ביססו קיומה של זיקת הנאה ביחס לשטחים אלו. אי לכך, בית המשפט קבע כי זיקת ההנאה בשטח המוצמד לה טוענים התובעים, ככל שזו נדרשת לצורך מעבר בשביל כורש, אינה ממשית ואף תאורטית, שכן בהעדר הוכחות לעניין זכות המעבר בשטחי בניינים מספר 48 ו-48, הרי שזיקת ההנאה בשטח המוצמד צפויה להכביד על המקרקעין הכפופים מבלי להסב כל תועלת ממשית לתובעים. משכך, לגישת בית המשפט קמא, אפשר שזיקת ההנאה המדוברת כלל לא נוצרה מלכתחילה, ולחלופין, יש באמור כדי להביא לפגיעתה.

11. עוד קבע בית המשפט קמא כי בהתאם לפסיקתו של בית המשפט העליון בע"א 700/88 חוה אסטרחאן נ' זאב בן-חורין, פ"ד מה(3) 720 (1991) (להלן: עניין אסטרחאן), קיומה של חלופה סבירה לשימוש שנעשה מכוח זיקת ההנאה, מהווה טעם כבד משקל לביטולה. במקרה דנן, בית המשפט מצא כי קיימת חלופה סבירה

לשימוש שנעשה בשבילי הגישה לצורך מעבר לכל הדירות בהן מתגוררים התובעים, למעט דירת ג'ונס. באשר למעבר בשטח המקיף, ובכלל זאת לדירת ג'ונס ולתשתיות של בניין מס' 52 המותקנות שם, בית המשפט קמא קבע כי ניתן להקים גרם מדרגות אשר יחבר בין הרחבה לבין השטח המקיף (להלן: גרם המדרגות המחבר), וזאת אף על פי שבניין מס' 52 מיועד לשימור, ובאמצעות גרם מדרגות זה תתאפשר גישה לשטח האמור. בקביעתו זו, בית המשפט העדיף את עדותה של ראש תחום שימור בעיריית חיפה (להלן: ראש תחום שימור), אשר העידה מטעם המשיב כי אין מניעה להקמת גרם המדרגות המחבר ככל שתוגש בקשה מתאימה, על פני עדותו של האדריכל לפיה הקמת גרם מדרגות זה אינה אפשרית, ולמצער אינה מובטחת.

12. לבסוף, בית המשפט קמא פסק כי צו המניעה הזמני יישאר בתוקפו למשך שנתיים. בזמן זה, התובעים יפעלו כדי להשלים את בניית גרם המדרגות המחבר, ובחלוף שנתיים הצו יפקע, והמשיב יהיה רשאי לחסום את שבילי הגישה בשטח המוצמד שבבעלותו.

מכאן הערעור שלפנינו, אשר הוגש על ידי בעלי דירת ג'ונס בלבד, ואשר אליו לא הצטרפו התובעים הנוספים.

טענות המערערים

13. במסגרת הערעור, מעלים המערערים מספר טענות עיקריות: ראשית, נטען כי בית המשפט קמא שגה כאשר קבע כי המשיב אינו מנוע מלטעון נגד קיומה של זיקת הנאה לטובת המערערים בשטח המוצמד. זאת, לאור העובדה כי שתי דרכי הגישה האפשריות לביתו של המשיב – דרך הרחבה ודרך שביל כורש, עוברות בתחומי המגרשים של בניינים אחרים, ובפרט בתחומי המגרש של בניין מס' 52, בו מתגוררים המערערים. לגישת המערערים, אין להלום סיטואציה בה למשיב מתאפשר לעבור בחלקות פרטיות של בניינים אחרים, בעוד שהוא מונע שימוש דומה מהמערערים.

14. שנית, לגישת המערערים, שגה בית המשפט קמא כאשר קבע כי השימוש שעשו המערערים בשטח המוצמד לא היה שימוש נוגד. ביחס לקביעת בית המשפט כי בעליה הקודמים של דירת דיב הסכימו לשימוש שנעשה במקרקעין, הרי שלגישת המערערים לא ניתן להסיק הסכמות חוזיות בנוגע לאופן השימוש בקרקע מן המצב התכנוני. לטענתם, החיוב לפעול בהתאם לתוכניות המתאר וההיתרים שניתנו הוא מכוח הדין, ולא מבוסס

על חוזה בין הצדדים, וממילא אין בכך כדי לשלול את התנאי של "שימוש נוגד" הנדרש לצורך הקמת זיקת הנאה מכוח השנים. לא זו אף זו, לגישת המערערים זיקת ההנאה במקרה דנן נוצרה לא רק מכוח השנים, אלא גם מכוח היתרי הבנייה המעודכנים אשר על פי עדות האדריכל יצרו "זיקת הנאה תכנונית". לטענת המערערים, קשה להלום את פסק דינו של בית המשפט קמא אשר מחד גיסא קיבל את עדות האדריכל לפיה קיימת בין הבניינים "זיקת הנאה תכנונית", ומאידך גיסא איפשר למשיב להתכחש לקיומה של זיקת הנאה לטובת המערערים. כמו כן, באשר לקביעת בית המשפט קמא כי לחסן, בהיותו הבעלים הקודמים של דירת דיב, לא היה אינטרס להתנגד לשימוש שנעשה בשטח המוצמד כיוון שהשכיר את הדירה לתקופה ארוכה לדיירים מוגנים – הרי שלתפיסת המערערים, מבחינת ההיבט הפיזי של שימוש בקרקע והפרעה למחזיק, קיימת חפיפה מוחלטת בין האינטרס של הבעלים לבין האינטרס של הדייר המוגן שבא בנעליו, והניסיון לייצר הבחנה ביניהם הוא מוקשה ומלאכותי. אדרבה, לבעל הדירה אף יש אינטרס רחב יותר מזה של הדייר המוגן גם במהלך תקופת ההשכרה, שכן התגבשותה של זיקת הנאה עלולה לפגוע בערך המקרקעין ובסחירות שלהם. המערערים מוסיפים כי הקביעה כאילו חסן רשאי היה שלא לעמוד על המשמר, למרות ידיעתו על השימוש שנעשה במקרקעין שבבעלתו, אך מהסיבה שלא היה לו אינטרס להתנגד לשימוש זה, מהווה הרחבה משמעותית של תנאי השימוש הנוגד ביחס לדין הנוהג.

15. שלישיית, המערערים טוענים כי בית המשפט קמא שגה כאשר קיבל את בקשת המשיב לביטול זיקת ההנאה, ככל שזו הייתה מתגבשת. לגישת המערערים, על המעוניין לבטל זיקת הנאה שהתגבשה להגיש על כך תביעה לבית המשפט, ואין ביכולתו לבקש זאת במסגרת כתב תשובה להמרצת פתיחה, כפי שנעשה על ידי המשיב במקרה דנן. בנוסף, המערערים גורסים כי בענייננו לא מתקיימים התנאים לביטול זיקת הנאה, כפי שאלו נקבעו בעניין אסטרחאן. לגישת המערערים, התנאים שנקבעו בעניין אסטרחאן עוסקים כולם בשינוי נסיבות עקב פיתוח, קיים או עתידי, של המקרקעין הכפופים, ופיתוח כזה לא נטען, וממילא לא הוכח, בענייננו. כמו כן, לתפיסת המערערים אין בעובדה שלא הוכחה מהות זכות המעבר במגרשים של בניינים 48 ו-48 א ברחוב הלל כדי לשלול קיומה של זיקת הנאה, וזאת משאין מחלוקת כי בפועל מתבצע מעבר במגרשים אלו, אף על ידי המשיב עצמו.

16. לבסוף, טוענים המערערים כי קביעתו של בית המשפט קמא לפיה בהתקיים חלופה סבירה, דינה של זיקת ההנאה להתבטל, שגויה. לגישתם, לקביעה זו אין עיגון בחוק המקרקעין, ואף פסקי הדין בעניין אסטרחאן ובע"א 1769/04 אורן נ' כהן

(13.7.2006) (להלן: עניין אורן), אליהם מפנה בית המשפט קמא בהקשר זה, אינם קובעים הלכה בעניין. בנוסף, המערערים טוענים כי אף אם היה נקבע כי קיומה של חלופה סבירה אכן מהווה עילה לביטול זיקת הנאה שהתגבשה, הרי שבמקרה דנן ממילא אין בנמצא חלופה קיימת לצורך גישה לדירת ג'ונס. בהקשר זה, המערערים גורסים כי בית המשפט קמא שגה בקביעתו כי הקמת גרם המדרגות המחבר היא אפשרית. לגישתם, בית המשפט הסתמך במסקנתו זו על עדותה של ראש תחום שימור, ואולם עמדת מחלקת שימור מבנים בעיריית חיפה מהווה שיקול אחד מבין שיקולים רבים אשר יישקלו על ידי הוועדה המקומית לתכנון ובנייה בעיריית חיפה, בבואה לדון בהקמת גרם המדרגות המחבר. יתרה מזאת, המערערים טוענים כי בקביעתו שהקמת גרם המדרגות המחבר אפשרית, בית המשפט קמא התעלם מכך שגרם מדרגות זה עתיד להיבנות בשטח המהווה רכוש משותף של הדיירים בבניין מס' 52, ומשכך לבנייתו דרושה הסכמה של 75% מבעלי הזכויות בבניין, ובשלב זה לא ניתן לומר כי הסכמה זו בהכרח תושג. לפיכך, לגישת המערערים, לא היה מקום להתייחס להקמת גרם המדרגות המחבר כחלופה קיימת ומעשית. עוד מוסיפים המערערים כי בית המשפט לא קבע מי נדרש לשאת במימון הקמת גרם המדרגות המחבר, אשר עלותה עשויה להגיע לכדי 100,000 ש"ח, ולא הוכח כי למערערים היכולת הכלכלית לשאת בעלות זו.

טענות המשיב

17. המשיב, מנגד, טוען כי בית המשפט קמא קבע כממצא עובדתי כי השימוש בשטח המוצמד לצרכי מעבר נעשה בהסכמת הבעלים הקודמים של דירת דיב, וזאת בהתבסס על עדותו של האדריכל. יתרה מזאת, לגישת המשיב, ניתן למצוא לכך תימוכין גם בעדויות נוספות של עדים אשר הוזמנו מטעם המערערים בהליך קמא (להלן: העדויות הנוספות). עוד טוען המשיב כי עד לשנת 1997 כל הדיירים בבניין מס' 50 היו דיירים מוגנים, וחסן, כבעל המקרקעין באותה התקופה, איפשר לכל הדיירים בבניין לעשות שימוש בשטח המוצמד לצרכי מעבר. אי לכך, וכל עוד התאפשר לדיירי בניין מס' 50 לעשות שימוש בשטח המוצמד, לחסן לא היה כל אינטרס להתנגד לשימוש דומה על ידי דיירי בניין מס' 52, ולכן הוא אפשר הן לדיירים בבניין מס' 50 והן לדיירים בבניין מס' 52 לעשות שימוש בשטח המוצמד לצרכי מעבר. בנוסף, המשיב סומך את ידיו על קביעתו של בית המשפט קמא לפיה משדירת דיב הושכרה בשכירות ארוכת טווח לדיירים מוגנים, לחסן לא היה כל אינטרס לפעול לצורך הפסקת המעבר בשטח המוצמד, ולכן אין לראות בשימוש שנעשה בשטח זה כשימוש נוגד.

18. כמו כן, לגישת המשיב, כיוון שישנה חלופה לשימוש בשטח המוצמד לצרכי מעבר בדמות בניית גרם המדרגות המחבר, הרי שאין אינטרס ראוי המצדיק להכיר בזיקת הנאה לטובת המערערים מלכתחילה. בהקשר זה, המשיב מדגיש כי בית המשפט קמא קבע כממצא עובדתי כי ההקמה של גרם המדרגות המחבר היא ישימה ואפשרית, ואף צפויה להביא להשבחת ערכה של דירת ג'ונס, הלוא היא דירתם של המערערים. המשיב מוסיף וטוען בהקשר זה, כי אין ממש בטענת המערערים לפיה ישנו חשש כי לא יתקבל הרוב הנדרש מקרב בעלי הדירות בבניין מס' 52 לצורך בנייתו של גרם המדרגות המחבר. לשיטתו, העובדה ששאר בעלי הדירות בבניין זה בחרו שלא להצטרף לערעור שהוגש על ידי המערערים, וזאת על אף שהיו מודעים לכך שהיעדר הכרה בזיקת הנאה לטובתם בשטח המוצמד משמעה כי יהיה עליהם להקים גרם מדרגות לצורך יצירת גישה לשטח המקיף, מלמדת כי קיימת הסכמה של רוב בעלי הדירות להקמת גרם המדרגות המחבר.

19. עוד טוען המשיב כי הכרה בזיקת הנאה לטובת המערערים בשטח המוצמד תביא לפגיעה קשה במהלך חייו התקין, בזכותו לקניין ובזכותו לפרטיות, וזאת הואיל ומשמעות הדבר היא מתן רשות למעבר חופשי של אנשים זרים בחצר ביתו. מנגד, טוען המשיב, אי ההכרה בזיקת הנאה, ולחלופין ביטולה, לא צפויה לגרום למערערים כל נזק, שכן לאלו עומדת חלופה בדמות בניית גרם המדרגות המחבר, כאשר עלות הבנייה הכרוכה בהקמתו צפויה להיות זניחה ומינורית בהשוואה לפגיעה הנתענת בזכויותיו של המשיב. ממילא, גורס המשיב, למערערים אין כל זכות קנויה לבצע קיצורי דרך בשטח השייך לו על מנת לגשת לרחוב מסדה, וזאת גם אם המעבר דרך שביל כורש הוא קצר יותר בהשוואה לחלופה הקיימת.

20. לבסוף, המשיב תומך אף בקביעת בית המשפט קמא כי גם בהנחה שנוצרה זיקת הנאה, הרי שיש להורות על ביטולה בשל קיומה של חלופה סבירה אחרת, בדמות בניית גרם המדרגות המחבר, וכי אין צורך להגיש תביעה נפרדת לצורך ביטול זיקת הנאה. עוד מוסיף המשיב כי בהתאם לפסיקה, שינוי בהעדפותיו של בעל המקרקעין הכפופים יכול להיחשב כשינוי נסיבות המצדיק ביטולה של זיקת הנאה שהתגבשה, ולא נדרש בהכרח שינוי בתכונה אובייקטיבית של המקרקעין הכפופים לשם כך.

תשובת המערערים לטענות המשיב

21. במסגרת תשובתם, דוחים המערערים את טענות המשיב. לגישתם, אין בעדויות הנוספות כדי ללמד על קיומו של הסכם למעבר בשטח המוצמד, אלא רק על העדר

התנגדות מצד הדיירים המוגנים שהתגוררו בדירת דיב למעבר חופשי בשטח האמור, ובכך יש כדי לבסס שימוש נוגד.

22. המערערים מוסיפים כי אי הנוחות שתגרם להם אם יחסם המעבר באמצעות שבילי הגישה, עולה לאין שיעור על אי הנוחות שתגרם למשיב אם המעבר לא ייחסם – לגישתם, מן הצד האחד מונחת על הכף כליאתה של דירת ג'ונס וביטול כל גישה אליה, ולמצער, וככל שהדבר אפשרי, הפיכת הגישה אליה למפרכת ומורכבת באופן שיפגע בערכה; ואילו מן הצד השני מדובר על מעבר של באי דירה אחת בלבד בחצר המשיב בשביל המרוחק מחלונות חדרי המגורים בדירתו. לכן, לגישת המערערים שגה בית המשפט קמא כאשר העדיף את זכותו הקניינית של המשיב על פני זכותם הקניינית של המערערים, ובפרט כאשר העדפה זו כרוכה בשינוי של המצב הקיים מזה כשמונים שנה, בלא שחל שינוי נסיבות כלשהו.

למען שלמות התמונה, יצוין כי ביום 3.6.2020 הגישו המערערים לבית משפט זה בקשה להארכת תוקף צו המניעה הזמני עד להכרעה בערעור, וזו התקבלה בהחלטת השופט יצחק עמית מיום 6.7.2020.

דיון והכרעה

23. לאחר שעיינתי בפסק דינו של בית המשפט קמא, ונתתי דעתי לטענות הצדדים בערעור, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את הערעור בחלקו, וכך אציע לחבריי לעשות. למען הנוחות, אנמק את מסקנתי תוך חלוקת הדיון לשני חלקים: תחילה תבחן השאלה האם התגבשה לטובת המערערים זכות מעבר בשטח המוצמד. אצייין כבר עתה כי מצאתי כי יש להשיב לשאלה זו בחיוב. לאחר מכן, אדון בטענות הצדדים לעניין ביטולה של הזכות האמורה.

התגבשותה של זכות מעבר לטובת המערערים

24. המערערים טוענים לקיומה של זיקת הנאה מסוג זכות מעבר בשבילי הגישה החוצים את השטח המוצמד אשר מצוי בבעלותו של המשיב. זיקת הנאה מוגדרת בסעיף 5 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) כ"שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו הזכות להחזיק בהם" (המקרקעין המשועבדים מכונים "המקרקעין הכפופים").

אבחנת היסוד הקבועה בסעיף 92 לחוק המקרקעין היא בין זיקת הנאה לטובת אדם (בין אם אדם מסוים, סוג בני אדם או הציבור בכללותו) לבין זיקת הנאה לטובת מקרקעין (המכונים "המקרקעין הזכאים", כאשר בעל זיקת ההנאה הוא בעל המקרקעין הזכאים). במקרה בו עסקינן הטענה היא לזיקת הנאה לטובת מקרקעין.

25. כידוע, חוק המקרקעין לא מגביל את הדרכים ליצירתה של זיקת הנאה, והמקורות האפשריים להתגבשותה של זכות זו הם מגוונים. כך, למשל, זיקת הנאה יכולה לקום מכוח חוזה, על פי צוואה או כתוצאה מפעולה חד צדדית אחרת, על יסוד התיישנות או מכוח הדין (ראו: מיגל דויטש קניין כרך ב 419 (1999) (להלן: דויטש); יהושע ויסמן דיני קניין: החזקה ושימוש 507 (התשס"ו) (להלן: ויסמן)).

26. עם זאת, במקרה הרגיל, זיקת הנאה נוצרת מכוח הסכם (ראו: דויטש, בעמ' 419, ה"ש 4). במקרה הנפוץ יש להניח כי הסכם זה ייערך בין בעל המקרקעין הכפופים לבין בעל המקרקעין הזכאים, ככל שזיקת ההנאה היא "לטובת מקרקעין", או בין בעל המקרקעין הכפופים לבין האדם שלטובתו נוצרת זיקת ההנאה, ככל שזיקת ההנאה היא "לטובת אדם" (ויסמן, בעמ' 507). מכיוון שזיקת הנאה היא בגדר זכות במקרקעין (ראו, כאמור, סעיף 5 לחוק המקרקעין), הרי שראשית, על פי הוראות סעיף 8 לחוק המקרקעין, הסכם להקנייתה טעון מסמך בכתב. שנית, בהתאם לסעיף 7 לחוק המקרקעין, תנאי בלעדיו אין לצורך התגבשותה של הזכות האמורה מכוח הסכם הוא רישומה במרשם המקרקעין, כאשר עד למועד הרישום עניין לנו אך בהתחייבות מטעם בעל המקרקעין הכפופים להקנייתה של זיקת הנאה (ראו: ע"א 7914/19 דנקר בירגר בע"מ נ' אמיר, פסקה 11 לפסק דיני (12.12.2021) (להלן: עניין בירגר); ויסמן, בעמ' 509).

27. דרך נוספת להתגבשותה של זיקת הנאה היא, בלשון חוק המקרקעין – "מכוח שנים". כלומר, שימוש ממושך שעושה אדם במקרקעי הזולת שלא מכוח הסכם, עשוי להביא ליצירתה של זיקת הנאה לטובת המשתמש או לטובת המקרקעין שבבעלותו (ראו: ויסמן, בעמ' 515, 521-522; דויטש, בעמ' 474-475). דרך רכישה זו של זיקת הנאה מבוססת על מתן אפשרות למשתמש במקרקעין של הזולת להעלות טענת התיישנות מהותית, המקנה לו זכות קניין באותם המקרקעין (ראו: עניין אסטרחאן, בעמ' 735; ויסמן, בעמ' 515). בתוך כך, התפיסה היא שבדומה לכך שבעל זכות תביעה אשר נמנע מלממש אותה לאורך תקופת זמן ממושכת, מוחזק, תחת תנאים מסוימים, כמי שויתר על זכות תביעתו ואין ביכולתו עוד לממשה, כך בעלים אשר נמנע מלהתנגד לשימוש שנעשה במקרקעיו בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 94(ב) לחוק המקרקעין לאורך למעלה

משלושים שנים, מוחזק, בהתקיים תנאים מסוימים, כמי שוויתר על זכותו האמורה (השוו: ויסמן, בעמ' 528-529).

28. סעיף 94 לחוק המקרקעין מסדיר את התגבשותה של זיקת הנאה מכוח השנים, וזו לשונו:

(א) מי שהשתמש בזכות הראויה להוות זיקת הנאה במשך תקופה של שלושים שנים רצופות רכש את הזיקה והוא זכאי לדרוש רישומה.
 (ב) הודעה בכתב של בעל המקרקעין למי שמשתמש בזכות כאמור, לרבות הודעה לציבור, שהוא מתנגד לשימוש בזכות, מפסיקה את התקופה האמורה בסעיף קטן (א).

הנה כי כן, סעיף 94 לחוק המקרקעין מציב שלושה תנאים לצורך רכישתה של זיקת הנאה מכוח השנים: (1) קיומו של "שימוש" במקרקעין; (2) על השימוש לשקף "זכות הראויה להוות זיקת הנאה"; (3) על תקופת השימוש להיות בת שלושים שנים רצופות (ראו: ע"א 9308/06 עיריית רמת גן נ' עזבון המנוחה הגב' ורדה בורשטיין ז"ל, פסקה 56 (22.9.2011) (להלן: עניין בורשטיין); ע"א 1596/18 ח'ורי נ' עמוס, פסקה 15 (16.3.2020) (להלן: עניין עמוס)).

29. בפסיקה נקבע כי לצורך הוכחת קיומו של "שימוש" כאמור בסעיף 94 לחוק המקרקעין, יש להראות כי עניין לנו בשימוש נוגד – קרי שימוש אשר יש בו כדי להוות הפרה של זכויות הבעלים במקרקעיו; וכך כי מדובר בשימוש גלוי המצוי בתחום ידיעתו הקונסטרוקטיבית של בעל המקרקעין (עניין אסטרסאן, 739-737; עניין בורשטיין, פסקה 57). הרציונל אשר עומד בבסיס הדרישות הללו נעוץ בטעם הנזכר להיווצרותה של זיקת הנאה מכוח השנים – היינו, ויתורו של בעל המקרקעין על זכותו להתנגד לשימוש מכוח סעיף 94(ב) לחוק המקרקעין (עניין אסטרסאן, 739-737; עניין בורשטיין, פסקה 57; ויסמן, בעמ' 528-533). אסביר.

30. ראשית, על מנת שניתן יהיה להסיק מהימנעותו של בעל המקרקעין להתנגד לשימוש שנעשה במקרקעיו כי הוא אכן וויתר על זכותו לעשות כן, נדרש שהשימוש יהיה כזה אשר מפר את זכויותיו של הבעלים. שימוש שאינו נוגד את זכויותיו של הבעלים, אינו מקים לאחרון כל אינטרס להתנגד לו בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 94(ב) לחוק המקרקעין, ובכך לעצור את מרוץ תקופת ההתיישנות ולמנוע את היווצרותה של זיקת הנאה. משכך, במקרים בהם השימוש אינו נוגד, לא ניתן לראות בהימנעות הבעלים

מלפעול בהתאם לקבוע בסעיף 94(ב) לחוק המקרקעין משום ויתור על זכות (עניין אסטרחאן, בעמ' 737-738; עניין בורשטיין, פסקה 57). באופן דומה, השימוש שנעשה במקרקעין לא יכול לנבוע מזכות חוזית או מזכות אחרת שהוענקה על ידי בעליהם למשתמש, שכן במקרים אלו אין ביכולתו של הבעלים להתנגד לשימוש באמצעות המנגנון המוסדר בסעיף 94(ב) לחוק המקרקעין, ומשכך שוב אין בהימנעותו מלהתנגד לשימוש בהתאם למנגנון הנזכר כדי ללמד שהוא ויתר על זכותו לעשות כן (עניין אסטרחאן, בעמ' 739; עניין בורשטיין, פסקה 57; דויטש, בעמ' 468). למעשה, על מנת לבסס קיומה של זיקת הנאה מכוח השנים, נדרש כי בעל המקרקעין לא יסכים לשימוש המתבצע במקרקעיו, אך גם לא יתנגד לו במובן סעיף 94(ב) לחוק המקרקעין. ודוק, קיומה של הסכמה מצד בעל המקרקעין לשימוש שנעשה במקרקעיו אומנם שולל כאמור את היווצרותה של זיקת הנאה מכוח השנים כיוון שהשימוש שנעשה איננו שימוש נוגד, ואולם בכך אין כדי לשלול היווצרותה של זיקת הנאה בדרכים אחרות. על כך ארחיב בהמשך.

31. שנית, ומטעמים דומים, אם המדובר בשימוש אשר נעשה בסתר, או כזה המתבצע במערכת נסיבות המעלימה את השימוש מידיעתו של בעל המקרקעין או המטילה עליו נטל בלתי סביר כדי לגלותה, הרי שאין בהימנעותו של בעל המקרקעין מלהתנגד לשימוש כדי ללמד על וויתורו על זכותו לעשות כן (עניין בורשטיין, פסקה 57). בהקשר זה, יודגש כי בדומה להוראות חוק ההתיישנות, לא נדרשת ידיעה בפועל של בעל המקרקעין על השימוש הנעשה, אלא די בכך שהיה ביכולתו לדעת כי מתבצע שימוש במקרקעין שבבעלותו (עניין אסטרחאן, בעמ' 738; עניין בורשטיין, פסקה 57).

32. בענייננו אנו, אין מחלוקת כי דיירי דירת ג'ונס עושים שימוש בשטח המוצמד לצורך גישה לביתם במשך למעלה משלושים שנים, כדרישת התנאי השלישי הנזכר לעיל להתגבשותה של זיקת הנאה. בנוסף, אין מחלוקת של ממש כי זכות המעבר לה טוענים המערערים היא זכות הראויה להוות זיקת הנאה (וכך אף נקבע בפסיקה. ראו, בין היתר, עניין אסטרחאן, בעמ' 736), כפי שנדרש בהתאם לתנאי השני. אם כן, עיקר המחלוקת בין הצדדים במקרה דנן נוגע ליסוד "השימוש", ובאופן ספציפי לשאלה האם השימוש שנעשה על ידי המערערים בשבילי הגישה החוצים את השטח המוצמד הוא בגדר "שימוש נוגד".

33. בית המשפט קמא השיב לשאלה זו בשלילה, בקבעו כי לאורך השנים לבעלי דירת דיב לא היה אינטרס להתנגד לשימוש שנעשה בשטח המוצמד שכן שימוש זה נגד

את זכות החזקה בדירה, וזכות זו נמסרה באותה התקופה לדיירים המוגנים שהתגוררו בה; וכן כי אופן התכנון והבנייה של הבניינים מלמד על קיומה של הסכמה מצד בעלי דירת דיב לשימוש של דיירי הבניינים בשבילי הגישה העוברים בשטח המוצמד.

דעתי שונה. אפרט.

34. ראשית, מבחינת האינטרס של בעלי דירת דיב להתנגד למעבר בשטח המוצמד – מסכים אני עם טענת המערערים לפיה התגבשותה של זיקת הנאה המקנה להם זכות מעבר בשבילי הגישה מנוגדת לאינטרס של בעלי דירת דיב, הגם שזו הושכרה במשך השנים לדיירים מוגנים לתקופה ממושכת. אכן, מרגע שהחזקה במקרקעין נמסרה לאחר, עוצמת הפגיעה שנחווית על ידי בעל המקרקעין כתוצאה משימוש אשר פוגע בזכות החזקה, כמו למשל שימוש לצורך מעבר כבענייננו, היא פחותה. ואולם, מכך לא ניתן להסיק כי לבעלים של המקרקעין הכפופים אין כל אינטרס למנוע מהשימוש שנעשה להתגבש לכדי זיקת הנאה, אשר מעצם טיבה תהיה תקפה ללא הגבלת זמן (ראו: סעיף 96 לחוק המקרקעין), אף לאחר סיום תקופת השכירות. כידוע, התגבשותה של זיקת הנאה במקרקעין הכפופים מטילה חובות מסוימות, בין אם חיוביות (לבצע פעולות מסוימות במקרקעין הכפופים) ובין אם שליליות (להימנע מלבצע פעולות מסוימות במקרקעין הכפופים), על בעליהם (ראו: סעיף 93 לחוק המקרקעין; עניין בירגר, פסקה 10 לפסק דיני). כפועל יוצא זיקת הנאה גורעת מתוכנה של זכות הבעלות במקרקעין הכפופים, עשויה להגביל את העבירות שלהם ואף עלולה להקשות על פיתוחם העתידי (עניין אורן, פסקה 11; אוריאל רייכמן "הערות להגדרת זיקת הנאה" עיוני משפט א 345, 348 (1971) (להלן: רייכמן); ויטמן, בעמ' 496). משכך, ברי כי לכל בעל מקרקעין אינטרס מובהק שלא תקום זיקת הנאה במקרקעין שלו, ואין בהשכרתם לאחר, בין אם בדיירות מוגנת ובין אם לא, כדי לאיין אינטרס זה.

35. שנית, באשר לטענה כי התכנון ואופן הבנייה של הבניינים מלמד על הסכמה מצד בעלי דירת דיב לשימוש משותף בשבילי הגישה, הרי שהדבר תלוי בהנחות לגבי האופן בו נוצרה. אפרט.

עיון מדוקדק בעובדות כפי שנקבעו על ידי בית המשפט קמא מעלה, כאמור, כי בתחילה המגרשים עליהם נבנו הבניינים היו שייכים שניהם לצהיון, וכי בשנת 1940, ובטרם נבנה בניין מס' 50, צהיון מכר את זכויותיו במגרש זה לחסן אשר בנה בעצמו את בניין מס' 50. עוד עולה מפירוט העובדות על ידי בית המשפט קמא כי לא ברור מטעם

מי הוגשו היתרי הבנייה המעודכנים וכן מתי אלו הוגשו – קודם לבניית הבניינים, במהלך בנייתם או לאחר השלמת הבנייה. בהקשר זה, ניתן להבחין בין שני תרחישים עובדתיים – האחד, כי היתרי הבנייה המעודכנים בעבור שני הבניינים הוגשו על ידי צהיון עובר למועד מכירת המגרש לחסן, ובטרם החלה בניית הבניינים (להלן: התרחיש העובדתי הראשון); והשני כי היתר הבנייה המעודכן לבניין מס' 50 הוגש על ידי חסן לאחר שהמגרש נמכר לו (להלן: התרחיש העובדתי השני). בית המשפט קמא לא ראה מקום להכריע בין שני תרחישים עובדתיים אלו. לכן, בפסקאות הבאות אבחן את המשמעות המשפטית אשר יש לייחס לכל אחד מהתרחישים העובדתיים הנזכרים לעניין גיבושה של זיקת הנאה לטובת המערערים.

36. כאמור, תחת התרחיש העובדתי הראשון, היתרי הבנייה המעודכנים בעבור הבניינים הוגשו על ידי צהיון, אשר החזיק בבעלותו את שני המגרשים עליהם נבנו הבניינים, ובהמשך התבצעה הבנייה של בניין מס' 50 על ידי חסן. מכיוון שבעת הגשת היתרי הבנייה המעודכנים על ידי צהיון (תחת התרחיש העובדתי הראשון), שני המגרשים היו בבעלותו, לא ניתן לראות בעצם הגשת הבקשה להוצאת היתרי בנייה אלו, אשר כללו כאמור שימוש משותף לשני המגרשים בשבילי הגישה, משום הסכמה או מתן רשות מצדו לשימושם של אנשים זרים בשבילים אלו. אדרבה, תחת התרחיש העובדתי הראשון, סביר להניח כי הסיבה לכך שצהיון לא מצא לנכון לתכנן שבילי גישה נפרדים בעבור כל אחד מהבניינים היא העובדה ששני המגרשים ממילא היו שייכים לו, ולכן הוא לא ראה כל צורך להפריד את שבילי הגישה אליהם.

37. בהמשך, בהנחה שהתרחיש העובדתי הראשון הוא הנכון, צהיון אומנם מכר את המגרש עליו נבנה בניין מס' 50 לחסן, אשר בנה את הבניין באופן המתואר, ואולם בנייה זו נעשתה מכוח היתרי הבנייה המעודכנים אשר הוגשו על ידי צהיון. אכן, חסן לא פעל לשינוי היתרי בנייה אלו, כך שהשימוש בשבילי הגישה לא יהיה משותף לדיירי שני הבניינים, אלא פעל בהתאם להיתרים הקיימים. ואולם, בכך אין כדי להעיד על הסכמה מצד חסן לשימוש המשותף, אלא כל שניתן להסיק מכך הוא שחסן לא התנגד לשימוש המשותף. בבנייה של הבניינים בהתאם להיתרי הבנייה המעודכנים שהיו בתוקף באותה העת חסן שמר על המצב הקיים, הוא לא ביצע פעולה אקטיבית אשר ניתנת ללמוד ממנה על הסכמה, ולו משתמעת, לשימוש המשותף. במקביל, הימנעותו של חסן מלפעול לשינוי היתרי הבנייה המעודכנים, מעידה על העדר התנגדותו לשימוש המשותף – העדר התנגדות אשר יש בו כדי לבסס שימוש נוגד מצד המערערים. העדר התנגדות זה עולה גם מהעדויות הנוספות אליהם מפנה המשיב בסיכומיו. משכך, וכיוון שאין מחלוקת כי

המעבר בשטח המוצמד היה גלוי וידוע לחסן, הרי שתחת התרחיש העובדתי הראשון התקיים תנאי "השימוש הנוגד" הנזכר לעיל. אי לכך, ובהינתן שכאמור אף שני התנאים הנוספים הנדרשים לצורך התגבשותה של זיקת הנאה מכוח השנים מתקיימים במקרה דנן, הרי שניתן לקבוע כי תחת התרחיש העובדתי הראשון התגבשה לטובת המערערים זיקת הנאה מכוח שנים מסוג זכות מעבר בשטח המוצמד.

38. נפנה עתה לתרחיש העובדתי השני. תרחיש זה מניח כי היתרי הבנייה המעודכנים הוגשו מטעם חסן, לאחר שזה רכש מזהיון את המגרש עליו נבנה בניין מס' 50. בהינתן זאת, ומשחסן הגיש את היתרי הבנייה אשר בהתבסס עליהם נבנו הבניינים באופן שבו נבנו, ובכלל זאת, השימוש המשותף בשבילי הגישה המעוגן בבנייה, אכן ניתן לומר כי חסן הסכים למעבר של הדיירים המתגוררים בבניין מס' 52 בשטח המוצמד. משכך, השימוש של המערערים בשבילי הגישה לא היה שימוש נוגד, ולכן, כפי שפסק בית המשפט קמא, תחת התרחיש העובדתי השני לא מתקיים במקרה דנן יסוד נדרש לצורך התגבשותה של זיקת הנאה מכוח השנים.

יחד עם זאת, לגישתי, בקביעה זו אין כדי לשלול את האפשרות ליצירתה של זיקת הנאה מכוח הסכמה. ואפרט.

39. כאמור, בהחלטתו של חסן לתכנן ולבנות את בניין מס' 50 באופן בו נבנה יש כדי להעיד על הסכמתו לשימוש של דיירי דירת ג'ונס בשטח המוצמד לצורכי מעבר. הסכמה זו מעוגנת בהיתרי הבנייה המעודכנים שהוגשו על ידו (בהתאם לתרחיש העובדתי השני), ואשר מכוחם נבנו הבניינים. למעשה, בהגשת הבקשה למתן היתרי הבנייה המעודכנים על ידי חסן ניתן לראות כהסכמה מצדו לאפשר מעבר של דיירי דירת ג'ונס בשטח המוצמד. זאת שכן בהסתמך על תכנון הבניינים שהופיע בבקשה שהוגשה, ובכלל זאת התכנון לפיו יתבצע שימוש משותף במעברים ובשבילי הגישה, ניתן ההיתר לבניית הבניינים. אם נתרגם את האמור ללשון קניינית, הרי שבהגשת היתרי הבנייה המעודכנים חסן למעשה התחייב להעניק זיקת הנאה הסכמית מסוג זכות מעבר בשטח המוצמד לדיירים המתגוררים בדירת ג'ונס. ודוק, המדובר בהתחייבות בלבד, שכן זכות זו לא נרשמה מעולם, וכפי שהוסבר מעלה, לצורך התגבשותה של זכות קניינית מסוג זיקת הנאה מכוח הסכמה, נדרש רישום במרשם המקרקעין.

40. התחייבות להענקת זיקת הנאה הסכמית, כידוע, טעונה מסמך בכתב, וזאת בהתאם לסעיף 8 לחוק המקרקעין. בענייננו, למעט הבקשה למתן היתרי הבנייה

המעודכנים, אשר הוגשה על פי התרחיש העובדתי השני על ידי חסן, אין בנמצא מסמך במסגרתו חסן מתחייב להעניק למערערים את הזכות האמורה. אף על פי כן, במקרה דנן הצדדים פעלו בהתאם לאותה הסכמה במשך למעלה משמונים שנה, כאשר חסן איפשר לדיירים המתגוררים בדירת ג'ונס לעשות שימוש בשטח המוצמד לצורך מעבר לביתם. בפסיקה כבר נקבע כי במקרים מסוג זה המדובר למעשה "במעשה עשוי", וכי בהתנהגות הצדדים בפועל (קרי, המעבר בשטח המוצמד) בהתאם להסכם (קרי, התחייבות חסן להקנות זיקת הנאה לדיירים), יש כדי לרכך את דרישת הכתב (ראו: ע"א 8234/09 ש"ס טוב נ' פרץ, פ"ד סד(3) 60, 99 (2011)). משכך, לגישה, בהינתן השימוש הרציף שנעשה בשטח המוצמד על ידי הדיירים מזה למעלה משמונים שנה, ניתן להקל במקרה דנן בדרישת הכתב, ולהסתמך על היתרי הבנייה המעודכנים ככאלו העונים על דרישה זו לצורך ביסוסה של התחייבות מצד חסן להעניק זיקת הנאה מסוג זכות מעבר.

41. משהגענו לכלל מסקנה כי תחת התרחיש העובדתי השני חסן התחייב להקנות זיקת הנאה לדיירי דירת ג'ונס, הרי שמתעוררת שאלת הדירותה של ההתחייבות, דהיינו יכולתו של המשיב, כמי שבא בנעליו של חסן, והכיר את מצב הדברים כהווייתו, לחזור בו ממנה. מעובדות המקרה דנן, כפי שאלו נקבעו על ידי בית המשפט קמא, עולה כי השימוש של דיירי דירת ג'ונס בשבילי הגישה העוברים בשטח המוצמד היה חלק מהסכמה רחבה לשימוש משותף של דיירי שני הבניינים בשבילים ובמדרגות אשר נסללו ונבנו בשטח המגרשים עליהם הוקמו הבניינים, וכי גם דרך הגישה לביתו של המשיב עוברת למעשה בתחומי החלקה של בניין מס' 52. כלומר, התחייבות חסן להעניק זיקת הנאה לדיירי דירת ג'ונס הייתה בתמורה לשימוש שנעשה מצדו ומצד הדיירים אשר שכרו את הדירות בבניין מס' 50 שהיה בבעלותו, בדרכי גישה העוברות בתחומי החלקה של בניין מס' 52. משכך, הרי שיכולתו של חסן, וכפועל יוצא של המשיב היודע על התחייבות זו, לחזור מההתחייבות להעניק זיקת הנאה לדיירים המתגוררים בדירת ג'ונס, צריכה להיבחן בראי דיני החוזים (השוו, נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב 24, 27–29 (1995)). בענייננו, בהינתן חשיבותם של שבילי הגישה לנגישות לדירות השונות במתחם, הרי שבכפוף לאמור בפסקה 44 לעיל, ספק אם מתקיימת עילה חוזית המאפשרת למשיב לבטל את ההסכם שנכרת לעניין הקניית זיקות הנאה הדדיות בין הצדדים (ככל שהיה מדובר בהתחייבות ללא תמורה להענקת זיקת הנאה, הרי שנראה כי היה מקום לבחון את אפשרות החזרה ממנה בשים לב להוראות סעיף 5 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968).

42. אם כן, לסיכום חלק זה, תחת התרחיש העובדתי הראשון, התגבשה זיקת הנאה מכוח השנים לטובת המערערים, המקנה להם זכות מעבר בשטח המוצמד. לחלופין, תחת התרחיש העובדתי השני, למערערים זכות חוזית בעלת מעמד "מעייין קנייני" הנובעת מהתחייבות חסן להקנות להם זיקת הנאה למעבר בשטח זה. כלומר, תחת שני התרחישים העובדתיים, לטובת המערערים התגבשה זכות, בין אם קניינית ובין אם חוזית, למעבר בשטח המוצמד.

להשלמת התמונה המשפטית אוסיף כי בע"א 153/65 "שלב" קואפרטיב להובלה בע"מ נ' נוה הררי מואב בע"מ, פ"ד כא(1) 617, 620 – 622 (1967) מזכיר השופט (כתוארו אז) משה לנדוי את הדוקטרינה של "זכות מעבר מחמת כורח", מכוחה "המשפט האנגלי מכיר בזכויות מעבר הנוצרות שעה שאדם מוכר חלק מאדמתו, והמוכר אינו יכול להגיע אל חלק האדמה הנותר בידו, בלא שיעבור בחלק שנמכר – או להיפך". השופט לנדוי מציין בעניין זה כי "מוכן אני להניח שיכולים להיות מקרים בהם מן הצורך להכיר מטעמים מכריעים של יושר בזכות מעבר מחמת כורח, כדוגמת ההלכה האנגלית", אך סובר שאין לעשות כן מטעמים המבוארים על ידו במקרה שבא לפניו (לדחיית טענה לזיקת הנאה מחמת כורח, מבלי להכריע במעמדה במשפט הישראלי, ראו גם ע"א 696/07 נסור נ' פקיד הסדר המקרקעין למחוז חיפה והגליל, פסקה 11 (15.8.2010)). עוד ראו בהקשר של זיקת הנאה מחמת כורח: דויטש, בעמ' 487-489). יתכן כי בענייננו, על פי הדין שנהג בשעתו, ניתן היה להחיל דוקטרינה זו, וזאת בהינתן הוראות המעבר שבסעיף 166 לחוק המקרקעין. ואולם, לא ראיתי צורך להיזקק להלכה נושנה זו, משניתן, כמובהר לעיל, להגיע לאותה מסקנה אופרטיבית על סמך הוראות חוק המקרקעין.

אפנה אפוא לבחינת השאלה האם יש מקום לאפשר למשיב להשתחרר מהזכות האמורה של המערערים.

ביטולה של זכות המעבר שהתגבשה לטובת למטרערים

43. סעיף 96 לחוק המקרקעין מקנה לבית המשפט סמכות לבטל זיקת הנאה שהתגבשה בהתקיים אחד משלושת המקרים הבאים: (1) הזוכה לא הפעיל את זיקת ההנאה; (2) חל שינוי בנסיבות השימוש בזיקת ההנאה; (3) חל שינוי במצב המקרקעין הזכאים או הכפופים. עוד קובע הסעיף כי בית המשפט מוסמך לפסוק פיצוי למי שנפגע על ידי הביטול או השינוי של זיקת ההנאה. להלן נוסח ההוראה:

זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת, זולת אם נקבעה לה תקופה בתנאי הזיקה; אולם בית המשפט רשאי, על פי בקשת צד מעוניין או היועץ המשפטי לממשלה, לבטל את הזיקה או לשנות תנאיה, אם ראה לעשות כן בגלל אי הפעלת הזיקה או בגלל שינוי בנסיבות השימוש בה או במצב המקרקעין הזכאים או הכפופים; ורשאי בית המשפט לפסוק פיצוי למי שנגרם לו נזק על ידי הביטול או השינוי (ההדגשה הוספה – ע.ג.).

הרציונל אשר עומד בבסיס הסדר זה נעוץ בהבנה שזיקות הנאה עלולות להכביד על המסחר ועל הפעילות הכלכלית במקרקעין הכפופים, ואף להפריע לתהליכי עיור, מקום בו אלו רצויים. לכן, אין הגיון בהטלת נטל מסוג זה באותם המקרים שבהם הזוכה בזיקת ההנאה כלל אינו עושה בה שימוש, או אם כתוצאה משינוי נסיבות, ההנאה מהזיקה אינה עומדת ביחס הולם לנזק הנגרם ממנה (ראו, עניין אסטרחאן, בעמ' 745 (1991); עניין אורן, פסקה 11; רייכמן, בעמ' 348; לאה דוכן לנדוי "חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 ממבט ראשון" הפרקליט כו 101, 127 (1970)). יתרה מזאת, להסדר המתואר תפקיד חשוב בצמצום עלויות העסקה בעת יצירתן של זיקות הנאה, שכן אילו הזוכה ובעל המקרקעין הכפופים היו נדרשים לחזות מראש, במועד יצירת הזכות, את כל התרחישים העתידיים הנוגעים לאותה זיקת הנאה, ובכלל זאת שינויים או התפתחויות שייתכנו במרוצת הזמן, העלויות הכרוכות בהיווצרות הזיקה היו גבוהות משמעותית (עניין אורן, פסקה 11, עניין בידגר, פסקה 14).

44. ככלל, סעיף 96 לחוק המקרקעין חל על זיקת הנאה שהתגבשה, ואולם זה לא מכבר הבעתי את עמדתי לפיה לסעיף זה תחולה אף באותם המקרים שבהם עסקינן אך בהתחייבות להקניית זיקת הנאה אשר לא נרשמה במרשם, ומשכך לא התגבשה לכדי זכות קניינית, כפי שמתקיים בתרחיש העובדתי השני במקרה דנן (ראו: עניין בידגר, פסקאות 16-20 לפסק דיני). הסיבות לכך הן אלה: ראשית, מבחינה דוקטרינרית, יש לראות את סעיף 96 לחוק המקרקעין כהוראה שאיננה קובעת רק מה יהיה דינה של זיקת ההנאה

לכשתשוכלל לכדי זכות קניינית, אלא גם כהסדר המעצב את תכניה מלכתחילה, ובכלל זאת את ההתחייבות להקנייתה. שכן, אם תאמר אחרת, הרי שתתקבל תוצאה קשה לפיה רישומה של זיקת ההנאה לא רק משכלל אותה לכדי קניין, אלא גם משנה את תוכן החיובים הכלולים בה. שנית, מבחינה נורמטיבית, קביעה לפיה סעיף 96 לחוק המקרקעין אינו חל על התחייבות להקניית זיקת הנאה, צפויה להביא לתוצאה בלתי סבירה, באשר משמעותה היא שלבית המשפט הסמכות לבטל זכות קניינית של הזוכה בזיקת ההנאה, אולם הוא חסר סמכות לבטל התחייבות להקניית זיקת הנאה שכזו. זאת הגם שמבחינת הלוגיקה המשפטית, אם בית המשפט מוסמך לבטל זכות קניינית מסוג זיקת הנאה, אזי שמקל וחומר הוא מוסמך לבטל התחייבות מעין-קניינית או התחייבות חוזית להקניית זיקת הנאה. שלישית, בפסיקתו של בית משפט זה הוכרה בעבר, ולו כמשתמע, האפשרות להחיל את ההסדר הקבוע בסעיף 96 לחוק המקרקעין על התחייבות חוזית להעניק זיקת הנאה (ראו: ע"א 184/72 הרב פרידמן נ' נחמני, פ"ד כז(2) 98, 104 (1973)).

45. אי לכך, הן בתרחיש העובדתי הראשון והן בתרחיש העובדתי השני, לבית המשפט הסמכות לבטל את זכות המעבר בשטח המוצמד שהתגבשה למערערים, וזאת מכוח סעיף 96 לחוק המקרקעין. לפיכך, השאלה בה נותר לדון היא האם במקרה דנן ראוי לעשות שימוש בסמכות האמורה.

46. לצורך כך, בשלב הראשון, יש לבחון האם המקרה דנן חוסה תחת אחת החלופות המנויות בסעיף 96 לחוק המקרקעין אשר מצדיקות את הפעלתו. בענייננו, חל שינוי בזהות בעליה של דירת דיב – היא המקרקעין הכפופים – לאחר שזו נמכרה למשיב על ידי חסן. למשיב כבעל הדירה החדש העדפות שונות מאלו שהיו לחסן באשר לאופן השימוש בשטח המוצמד, ובעוד שחסן לא התנגד (בהתאם לתרחיש העובדתי הראשון) או הסכים (בהתאם לתרחיש העובדתי השני) לשימוש שנעשה בשטח המוצמד על ידי הדיירים בדירת ג'ונס לצרכי מעבר, הרי שהמשיב חפץ במסגרת שיפוץ דירתו להפוך את השטח המוצמד לחצר הפרטית שלו, ומשכך אין הוא מעוניין עוד במעבר של אנשים זרים בשטח זה. כלומר, במקרה דנן חל למעשה שינוי בהעדפותיו של בעל המקרקעין הכפופים, ובפסיקה כבר נקבע כי שינוי בהעדפותיו או בטעמיו של בעל המקרקעין הכפופים, עשוי להוות "שינוי במצב המקרקעין" לעניין החלופה השלישית הנזכרת בסעיף 96 לחוק המקרקעין (עניין אסטרחאן, בעמ' 745; עניין אורן, פסקה 13; עניין עמוס, פסקה 16).

47. בשלב השני, ומשהגענו לכלל מסקנה כי במקרה דנן מתקיימת החלופה השלישית המנויה בסעיף 96 לחוק המקרקעין, יש לבחון האם בראי המבחנים שנקבעו בפסיקה לצורך ביטולה של זיקת הנאה, מוצדק איפוא לעשות שימוש בסמכות האמורה המסורה לבית המשפט. מבחנים אלו כוללים, בין היתר, את השאלות האם שינוי מצב המקרקעין הכפופים כרוך בפיתוח המקרקעין ובהגדלת התועלת שניתן להפיק מהם; האם שעבוד המקרקעין במסגרת זיקת הנאה עלול לסכל את פיתוח המקרקעין הכפופים, לפגוע בכדאיותו או להקשות עליו; האם ביטול זיקת הנאה או שינוי תנאיה עלול לגרום להפסד תועלת הגבוה מן הרווח הכרוך בפיתוח המקרקעין הכפופים (עניין אסטרחאן, בעמ' 745; עניין אורן, פסקה 13). בתוך כך, בפסיקה נקבע כי קיומה של חלופה לשימוש הנעשה במקרקעין הכפופים מכוח זיקת הנאה מהווה שיקול התומך בביטולה (ראו: עניין אסטרחאן, בעמ' 750; עניין אורן, פסקה 15).

48. במקרה דנן, אין ולא יכול להיות ספק שהמשך קיומה של זכות מעבר מצד המערערים בשטח המוצמד פוגע בפיתוח המקרקעין של המשיב. המערערים, וכל באי ביתם, עוברים דרך קבע בחצר ביתו הפרטית של המשיב. כפועל יוצא, היכולת של המשיב לגדר את השטח המוצמד ולפתח את דירתו בהתאם כפי שהוא חפץ לעשות, מוגבלת. יתרה מזאת, מעבר של אנשים זרים בחצר הדירה עשוי להוות מטריד של ממש אשר יש בו כדי להקשות על חיי היומיום של הדרים בדירת דיב, ואף לפגוע בפרטיותם. בנסיבות אלו, שלילת זכות המעבר בשטח המוצמד צפויה להביא להגדלת התועלת שניתן להפיק מדירת דיב, וכפועל יוצא גם לעלייה בערכה.

49. יחד עם זאת, כאמור, לצד בחינת התועלת הצפויה למשיב מביטול זכות המעבר בשטחו, שומה על בית המשפט לשקול גם את הנזק אשר עשוי להיגרם למערערים כתוצאה מביטולה של זכות זו. המערערים טוענים בהקשר זה כי שבילי הגישה הם למעשה דרך הגישה היחידה לדירת ג'ונס, וביטול זכאותם לעבור בשבילים אלו תביא הלכה למעשה לחסימת כל גישה אפשרית לדירתם. המערערים מוסיפים כי בית המשפט קמא שגה כאשר קבע כי קיימת חלופה לשימוש שנעשה על ידם לצרכי מעבר בשטח המוצמד, בדמות בניית גרם המדרגות המחבר. זאת, בין היתר, הואיל ובנייתו של גרם המדרגות האמור, אשר צפוי להיבנות בשטח המוגדר כרכוש משותף של דיירי בניין מס' 52, ידרוש את קבלת הסכמתם של 75% מבעלי הדירות, וקיים חשש כי אלו יתנגדו לבנייתו. בנוסף, המערערים מדגישים כי אין כל וודאות שהועדה המקומית לתכנון ובנייה בעיריית חיפה, לה הסמכות לאשר את הקמת גרם המדרגות, תעניק היתר לבנייתו.

50. אכן, ללא הקמת גרם המדרגות המחבר, אין כל חלופה המאפשרת גישה לדירת ג'ונס, ובנסיבות אלו הנזק אשר צפוי להיגרם למערערים מביטול זכותם למעבר בשטח המוצמד עולה על התועלת שהמשיב יפיק מכך. על כן, על אף שסבורני כי בהינתן הפגיעה הקשה הנגרמת לדירת דיב כתוצאה מזכות המעבר המוקנית למערערים, יש טעם להורות על ביטולה, הרי שבטרם ניתן יהיה לעשות כן יש לוודא כי הקמת גרם המדרגות המחבר היא אפשרית.

51. בהקשר זה, באשר לחשש המערערים מפני סירוב שאר בעלי הדירות בבניין מס' 52 לבניית גרם המדרגות המחבר – לא מצאתי כי יש בו ממש. בפסק דינו של בית המשפט קמא, אשר ניתן בשנת 2018, נקבע כי יש להשלים את בניית גרם המדרגות המחבר. חלק מבעלי הדירות בבניין היו צד להליך קמא, ואף על פי כן הם לא מצאו לנכון להצטרף לערעור דנן ולהשיג על קביעה זו בפסק הדין. בנוסף, גם שאר בעלי הדירות בבניין אשר לא היו צד להליך קמא, לא מצאו לנכון להצטרף להליך לפני בית משפט זה, ולהשיג על קביעתו האמורה של בית המשפט המחוזי. משאלו הם פני הדברים, נראה שבעלי הדירות בבניין מס' 52 מושתקים בשלב זה מלהתנגד להקמת גרם המדרגות המחבר.

52. מנגד, מסכים אני עם טענת המערערים לפיה בעת הזו אין כל ביטחון שהועדה המקומית לתכנון ובנייה תאשר את הקמת גרם המדרגות המחבר. בית המשפט קמא אומנם קבע כי הקמתו של גרם מדרגות זה היא אפשרית, ואולם מעיון בחומר ובטענות הצדדים דומה כי הוא לא דק פורתא בסוגיה זו, שכן גם אם אין כל מניעה מבחינת מחלקת שימור מבנים בעיריית חיפה להקמת גרם המדרגות הנזכר, הועדה המקומית עשויה שלא לאשר את הקמתו בהתבסס על שיקולים אחרים אשר בסמכותה, ואף מחובתה, לשקול.

53. אם כן, כתנאי מקדים לביטול זכות המעבר המוקנית למערערים יש לוודא כי הקמת גרם המדרגות המחבר היא אפשרית, ובכלל זאת כי יינתן היתר לבניית גרם המדרגות האמור. ואולם, בשלב זה, ובטרם נדרשה הועדה המקומית לתכנון ובנייה לסוגיה זו, לא ניתן לקבוע כי זהו אכן המצב.

54. לאור האמור, אילו תשמע דעתי יתקבל הערעור בחלקו כך שייקבע כי למערערים (ולהם בלבד) מוקנית זכות מעבר בשטח המוצמד, אך זו תבוטל בכפוף למתן היתר מהועדה המקומית לתכנון ובנייה בעיריית חיפה לצורך הקמת גרם המדרגות המחבר. על המערערים יהיה להגיש בקשה מתאימה לוועדה המקומית לצורך כך, ולפעול בתום לב ובשקידה ראויה לצורך קידום בניית גרם המדרגות. עד למתן ההיתר האמור זכות המעבר

המוקנית למערערים תמשיך לעמוד בתוקפה, וזו תבוטל בתוך שישה חודשים מיום מתן ההיתר.

55. הצדדים יגישו הודעת עדכון לבית המשפט קמא בדבר התקדמות הליכי התכנון וההקמה של גרם המדרגות המחבר בתוך 6 חודשים ממועד מתן פסק דין זה. ככל שבית המשפט המחוזי יתרשם כי מאמצי המערערים למתן ההיתר ולבניית גרם המדרגות אינם כנים, בסמכותו להשית עליהם סנקציות מתאימות מכוח פקודת בזיון בית משפט. מנגד, ככל שבית המשפט המחוזי יתרשם כי מאמצי המערערים להקמת גרם המדרגות הם כנים, ואם הדבר יהיה נדרש, יורה על הגשת הודעות עדכון נוספות כפי שימצא לנכון. מובהר כי ככל שבית המשפט קמא ישתכנע לאור הדיווחים שיועברו אליו כי אין תוחלת למאמצים להקמת גרם המדרגות יהיה רשאי לקבוע כי לא ניתן לבטל את זכות המעבר, ובמקרה זה יורה על רישומה במרשם המקרקעין.

56. כן מצאתי להורות – לאחר שנמצא כי למערערים מוקנית זכות מעבר בשטח המוצמד – כי המשיב יישא במחצית עלויות התכנון וההקמה של גרם המדרגות, וזאת בהתאם לבקשה מתאימה שתוגש לבית המשפט קמא לאחר השלמת הקמת גרם המדרגות. השתתפותו של המשיב במחצית עלויות התכנון והקמה היא למעשה הפיצוי שניתן למערערים מכוח סעיף 96 לחוק המקרקעין בגין הנזק שנגרם להם כתוצאה מביטול זכות המעבר המוקנית להם. בהקשר זה, יצוין כי חזקה על המשיב שכאשר הוא רכש את דירת דיב הוא היה מודע לשימוש שנעשה על ידי דיירי דירת ג'ונס בשטח המוצמד מזה עשרות שנים. עוד יצוין כי שינוי המצב הקיים לו עותר המשיב צפוי להטיב עימו. משכך, ישנה הצדקה כי הוא יישא במחצית העלויות למרות שגרם המדרגות אינו משרת אותו.

57. 109 דבר: אילו תשמע דעתי יתקבל הערעור בחלקו, כאמור בפסקאות 54-56 לעיל. חרף תוצאה זו, אציע לחבריי כי בהינתן הנסיבות המיוחדות, ובשים לב לכך ששני הצדדים לא השכילו להביא את המצב המורכב לכדי פתרון מוסכם, לא נטיל חיוב בהוצאות בערכאתנו, ונורה על ביטול ההוצאות שנפסקו לחובת המערערים בבית המשפט קמא.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

שופט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

שופטת

הוסכם כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, י"ט באדר ב התשפ"ב (22.3.2022).

שופט

שופטת

שופט