|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום בתל אביב - יפו** | | |
|  | | |
| ת"א 13961-04-11 פת ואח' נ' אסן ואח' | | 21 מאי 2015 13961-04-11 |
|  | | |
| **סגנית נשיא** | נועה גרוסמן | |
|  | | |
| **תובעים** | 1. גיטה פת 2. אמנון פת 3. עציון ברסלב 4. מיכל בר 5. דוד נתן  ע"י עו"ד עודד גיל | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **נתבעים** | 1. עו"ד דן קטלן אסן 2. יהודה בריל אסן 3. ד"ר אברהם גלזרמן  ע"י עו"ד דן קטלן אסן עו"ד גד וייספלד | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

**התביעה:**

זהו סכסוך שכנים שמקורו אופן השימוש בדירת הגג בבניין הנמצא ברח' מיכ"ל 8 בתל-אביב. דירת הגג תיקרא להלן ולשם הנוחיות "הדירה", בניין המריבה ייקרא לשם הנוחיות "הבניין".

התובעים הינם בעלים של שבע מתוך עשר דירות בבניין. שתי דירות נוספות שייכות לשכנים שלא הצטרפו להליך והדירה הנותרת היא דירת הגג המצויה בבעלות הנתבעים.

הנתבעים רכשו את הדירה דנן מאת צד ג' שייקרא להלן: "גלזרמן".

לטענת התובעים, עוד בשנות השמונים של המאה הקודמת, גלזרמן השתלט על הגג האחורי באופן בלתי חוקי, פרץ את הקיר בין הדירה לבין הגג המשותף, סיפח את חדר הכביסה שהיה על הגג והתקין דלת בין החדר לבין הגג, באופן המונע שימוש של כלל דיירי הבניין בחלק זה של הגג.

התובעים טוענים, כי השתלטות זו היתה נושא לדיונים משפטיים ממושכים.

החל ממשלוח דרישה לגלזרמן לפינוי השטח המשותף, המשך בהליכים לפני המפקח על רישום המקרקעין דרך בית המשפט המחוזי וכלה בבית המשפט העליון. פסק דינו של בית המשפט העליון קבע חד משמעית, כי הגג וחדר הכביסה הם רכושם המשותף של כל דיירי הבניין.

למרות כל הנ"ל, הנתבעים שרכשו את הדירה מגלזרמן נהגו בגג האחורי ובחדר הכביסה מנהג בעלים. התובעים טענו, חרף דרישותיהם לא השיבו הנתבעים את המצב לקדמותו ועשו כן באיחור ניכר ממש על סף סיום ההליך בתביעה הנוכחית ולאחר שמכרו את הדירה לצד ג'.

התובעים טוענים, כי הנתבעים עשו שימוש ייחודי בגג האחורי ולא כפי שטענו, כביכול איפשרו לכל אחד ואחד מבעלי הדירות בבניין כניסה לגג האחורי ושימוש בו.

התובעים הציגו ראיות אשר לשיטתם, מצביעות על כך שהנתבעים השתמשו בחדר הכביסה כחדר מגורים לכל דבר ובגג האחורי כחלק בלתי נפרד של דירתם.

לטענת התובעים, בגג האחורי אחסנו הנתבעים ציוד שבבעלותם כגון: מתקן ברביקיו ואופניים וכן ריהטו אותו בריהוט גן מלא.

הנתבעים הוסיפו לחדר הכביסה רצוף פרקט ואף התקינו בו מזגן לשימוש הבת שהתגוררה בו. לטענת התובעים, בשלב מסוים השכירו הנתבעים את הגג האחורי וחדר הכביסה לשוכרים חיצוניים ושלשלו את דמי השכירות לכיסם מבלי ששיתפו בכך את שאר הדיירים, שרכושם למעשה הושכר.

התובעים טוענים, כי אין ולא יכול להיות ספק שהנתבעים עשו בגג האחורי ובחדר הכביסה שימוש ייחודי, ושלא כטענתם, לא איפשרו ליתר הדיירים שימוש בהם.

לשיטתם, הנתבעים עשו כן ביודעין ובחוסר תום לב משך שנים.

הנתבעים מצד אחד וגלזרמן מצד שני, היו מודעים להליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי בתל-אביב במסגרת ת.א. 2663/98 לפני כבוד השופט טובי.

רק בשלב מאוחר משנודע לתובעים על קיומו של ההליך, הם פנו וביקשו לצרף את הנתונים שבו כראיות בהליך הנוכחי.

מפסק הדין של כבוד השופט טובי עולה, כי הנתבעים וגלזרמן גם יחד, היו מודעים לבעייתיות במצב המשפטי של הגג האחורי. עוד בטרם נחתם ההסכם לרכישת הדירה מגלזרמן ע"י הנתבעים, ידעו שני הצדדים כי הדיירים פנו לערכאות וטענו כנגד ההשתלטות על הרכוש המשותף.

העובדה שהגג האחורי וחדר הכביסה תומחרו בנפרד בהסכם המכר, בשיעור של 20,000$, מצביעה לטענת התובעים על המודעות של שני הגורמים הללו לבעייתיות המשפטית הטמונה בגג האחורי ובחדר הכביסה.

הטענה כביכול הפרדה זו נבעה מהרצון לחסוך לגלזרמן חיוב של דמי שבח, נדחתה ע"י בית המשפט המחוזי בעמ' 8 לפסק דינו, סעיף 19.

מכאן, טוענים התובעים, כי הנתבע 1 עו"ד אסן פרקליט במקצועו, היה מודע כל העת לאפשרות של שינוי הסטאטוס של החדר האחורי וחדר הכביסה.

בהליך בבית המשפט המחוזי נקבע מפי כבוד השופט טובי, כי גלזרמן החזיר לנתבעים סך של 35,000$ המהווה את הסכום ששולם עבור הגג האחורי וחדר הכביסה, וכן תוספת כספית מסוימת המשקפת עלויות ההליכים.

התובעים מוסיפים, כי בפרוטוקול הדיון בתיק הנוכחי, עמ' 50 ש' 23, גלזרמן אכן שילם לאסן את הסכום שנפסק ע"י בית המשפט המחוזי.

מכאן מבקשים התובעים לקבוע, כי הנתבעים קיבלו פיצוי מלא מצד ג' על כך שבהסכם המכר גלזרמן מכר להם את הגג האחורי וחדר הכביסה שלא היו שלו, אך מצד שני הנתבעים ממאנים לשלם להם דמי שימוש ראויים על כל התקופה בה עשו שימוש בלעדי ברכוש המשותף.

התובעים סבורים, כי הם זכאים לדמי שימוש בגין מלוא התקופה ולא רק עד השלב של פסיקת בית המשפט העליון. התובעים דורשים דמי שימוש ראויים. לשיטתם, זכאותם זו מעוגנת בהוראות סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט-1979.

לדידם, השאלה האם סבלו מחיסרון כיס עקב התנהלותם הבלתי הוגנת של הנתבעים אם לאו, איננה מן העניין. הנתבעים השתלטו על מקרקעי הזולת והם חבים לפצותם בגין השתלטות זו.

לכן, הטענה כי התובעים לא היו יכולים להשכיר לאחר את חדר הכביסה והגג האחורי אינה שיקול למניעת דמי שימוש ראויים.

אשר לאופן קביעת דמי השימוש, תומכים התובעים יתד טענותיהם בחוות דעתו של השמאי מטעמם מר רן גריידי. הם מבקשים להעדיפה על פני חוות דעתו של שמאי הנתבעים מר עודד לוי. מר גריידי קבע, בהסתמך על מיקום הנכס, מצבו התחזוקתי ועלויות השכירות באזור בין השנים 2003-2010, כי דמי השכירות הראויים עבור הגג האחורי וחדר הכביסה הינם סך 3,000 ₪ לחודש. סך שווי כל דמי השימוש לתקופה הרלוונטית לתביעה, שבע שנים אחורה ממועד הגשתה (עקב התיישנות) הועמד על ידם בשיעור של 216,000 ₪.

התובעים סוברים, כי אין ממש בחוות דעתו של מומחה הנתבעים, השמאי לוי שלגרסתם הציג חוות דעת שונות באשר לערכו של הנכס בערכאות שונות והכל לפי נוחותם של הנתבעים, מזמיני חוות דעתו.

בהליך שלפנינו, כך לגרסתם, חתר השמאי לוי להפחית את שווי הנכס, אך לטענתם בהליך בבית המשפט המחוזי בת.א. 2663/98 הוא חתר להגדיל את שווי הנכס.

התובעים סבורים, כי טובת ההנאה שנחסכה מהם, באופן אובייקטיבי, נאמדה כהלכה ע"י השמאי גריידי, מכאן הם דורשים לחייב את הנתבעים לשלם לידיהם דמי שימוש בגין הסך של 204,600 ₪ נכון למועד הגשת התביעה 10.4.11.

**סעד הפינוי:**

במקור, עתרו התובעים במסגרת כתב התביעה ובמהלך ניהול ההליך גם לסעד של צו עשה. הם ביקשו לחייב את הנתבעים לסלק את ידם מהגג האחורי וחדר הכביסה ולפנותם מכל אדם וחפץ וכן להורות לנתבעים לבנות מחדש את הקיר שהפריד בין חדר הכביסה לבין דירת הנתבעים.

יצוין, כי הנתבע 1 מר אסן הצהיר בישיבת יום 9.10.14 כי עשה כן, אולם לטענת התובעים באותו שלב, לא היה בכך כדי לספק אותם.

אחר הדברים האלה, הודיע מר אסן הנתבע 1, כי בינתיים נמכרה הדירה, הפינוי המבוקש בוצע והקיר המבוקש נבנה. זאת בבקשה מספר 32 מיום 28.12.14.

נוכח השינויים במצב הנכס מעת הגשת התביעה עד לשלב שמיעת הראיות והסיכומים, הוריתי לצדדים בהחלטתי מיום 11.1.15 להגיש מסמך אחד מטעם שלושתם ובו תהא כלולה הסכמת כל שלושת הצדדים להליך, למצב העובדתי החדש. זאת הואיל והנתבעים הודיעו כי הדירה נמכרה על ידם בינתיים, כי חדר הכביסה פונה מכל חפץ לרבות מזגן ותאורה וכי נבנה קיר גבס שהפריד בין חדר הכביסה לבין דירת הנתבעים.

ביום 2.2.15 הגישו הצדדים הודעה מוסכמת כדלקמן:

1. הצדדים מכרו את דירתם בבניין והיא נמסרה לקונים ביום 26.12.14.

2.ביום 8.9.14 בנו הנתבעים קיר גבס המפריד בין הדירה לבין חדר הכביסה.

3.בסמוך לפני יום 26.12.14 פינו הנתבעים את כל חפציהם מחדר הכביסה ומחלק הגג המשותף.

אשר על כן, אני קובעת, נוכח הסכמת הצדדים, כי הסעד של צו עשה בוצע בפועל ע"י הנתבעים בסיום ההליך. אין בו עוד צורך והכרעה בו מתייתרת.

הסוגיה הטעונה הכרעה נותרה סוגית דמי השימוש, האם יש מקום לחייב בהם ואם כן, מהו סכום החיוב. כל זאת במערכת היחסים בין התובעים לבין הנתבעים.

לאחר ההכרעה בשאלה זו, יש להכריע נושא דמי השימוש באספקלרית מערכת היחסים בין הנתבעים לבין צד ג', גלזרמן.

**ההגנה:**

הנתבעים מסכימים כי זהו סכסוך שכנים עתיק יומין אשר לשיטתם החל משנת 1983.

עוד מסכימים הנתבעים, כי בפסק דין חלוט שיצא תחת ידו של בית המשפט העליון בשנת 2009 נקבע, כי חדר הכביסה והגג האחורי הם רכוש משותף.

באותו שלב מלאו לסכסוך 26 שנה.

לטענת הנתבעים, באותו שלב, הם קיבלו את פסיקת בית המשפט העליון ומסרו את מפתחות הגג והחדר הכביסה האחורי לידי ועד הבית, על מנת לאפשר לכל בעלי הזכויות בנכס להשתמש בהם.

הנתבעים טוענים, כי החל משנת 2009 לא היתה מניעה מכלל דיירי הבניין לעשות שימוש חופשי בשטחי הגג האחורי וחדר הכביסה.

אשר להשכרת הנכס לידי צדדי ג' טוענים הנתבעים, כי אין לתובעים עילת תביעה בגין הנ"ל משום שההשכרה לא גרמה להם כל נזק כלכלי. התובעים לא יכלו להפיק רווח כספי מחדר הכביסה והגג האחורי שהם רכוש משותף ולכן ממילא אין סיבה לדרוש מהנתבעים דמי שימוש בעניין זה.

עוד מוסיפים הנתבעים, כי בחודשים האחרונים הם מכרו את זכויותיהם ומבלי להודות בדבר פינו את כל חפציהם מהרכוש המשותף ובנו קיר מפריד.

על כן גורסים הנתבעים, כי אין בסיס לתביעה נגדם. ודאי לא היום כאשר המצב בנכס השתנה אך גם לא בעבר.

הנתבעים מציינים בסיכומיהם כי דרישת חמשת התובעים, לשלם לידיהם דמי שימוש בסך 204,600 ₪ המהווה את מלוא שווי דמי השימוש להערכת התובעים, סותר את העובדה כי בבעלות חמשת התובעים רק שבע מתוך עשר דירות בבניין וכי קיימות שלוש דירות נוספות, אחת מהן בבעלות הנתבעים ושתי דירות אחרות בבעלות נוספת. אותן שתי דירות נוספות לא היו חלק מההליך הנוכחי.

דהיינו, לא ניתן לטענת הנתבעים לפסוק לזכות התובעים סכומים המגיעים, אם בכלל, גם לבעלי זכויות אחרים לרבות הנתבעים עצמם. לכן, יש לצמצם את סכום התביעה בהתאם.

לשיטת הנתבעים, סכום התביעה הצטמצם ל- 47/72 מתוך הסך של 204,600 ₪, דהיינו 133,558 ₪. אם אנו מקבלים את חוות דעת השמאי עודד לוי מטעם הנתבעים, לפיה השימוש היחיד בהשכרה הוא כמחסן ודמי השכירות הפוטנציאלים לכל היותר הם 1,220 ₪ לשנה במשך שבע שנים מדובר ב- 8,540 ₪.גם את הסכום הזה לא יכולים התובעים לקבל במלואו לנוכח חלקם ברכוש המשותף שהינו רק 47/72 ולכן הסכום המתקבל לטובת התובעים במקרה כזה הוא 5,574 ₪. הא ותו לא.

הנתבעים שוללים את טענות התובעים לטענות קונספירציה של הסתרת חוזה המכר. לטענתם, הכל היה גלוי עוד בהליכים הקודמים בבית המשפט המחוזי.

הנתבעים טוענים כי אין ממש בטענה לפיה הם השתלטו על הרכוש המשותף, מתוך ידיעה כי רכוש זה אינו שייך להם.

לגרסתם, שטר השכירות מספר 2005/51 שנרשם בלשכת רישום המקרקעין ביום 1.8.51 מדבר על חלוקת הגג וכל הנושאים נפרשו בערכאות הקודמות, המפקח על רישום המקרקעין, בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון.

הנתבעים טוענים, כי בית המשפט העליון הוא שהכריע והכרעתו לא היתה מבוססת על עובדות חדשות, אלא על בסיס פרשנות משפטית שונה לאותו שטר שכירות לעיל.

עולה מכל זה, לטענת הנתבעים, כי בעת שנרכשו הזכויות מידי צד ג' הם הבינו את שטר השכירות באופן שהקנה להם זכויות ולפיכך, לא היתה זו השתלטות או פלישה. הראיה שבאותה עת היתה פרשנות זו מקובלת גם על המפקח על המקרקעין וגם על בית המשפט המחוזי.

הנתבעים מוסיפים כי לשיטתם, פסק הדין של המפקח על המקרקעין אשר קבע כי הגג האחורי שייך לצד ג' והוא אינו מסיג גבול הינו פסק דין חלוט שכן לא הוגש עליו ערעור. השימוש שעשה אפוא צד ג' והנתבעים בעקבותיו בחלק זה של הגג האחורי, בכל התקופה נשוא הדיון, היה אפוא שימוש כדין מכוח פסק דינו של המפקח.

יתר על כן, לטענתם, פסק דינו של המפקח מהווה מעשה בית דין בכל הנוגע למעשה השימוש והוא מונע מהתובעים כל תביעה ביחס לשימוש שנעשה מאז ניתן ביום 10.8.1993 ולכל הפחות עד למועד בו ניתן פסק הדין בבית המשפט העליון מחודש אוקטובר 2009.

הנתבעים מוסיפים וגורסים, כי לא התקיימה הסגת גבול מצדם, כמובנו של ביטוי זה בסעיף 29 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. כדי שאדם יוכר כמבצע עוולה של הסגת גבול לפי סעיף זה, עליו להיות מסיג גבול "שלא כדין". ברם, בענייננו, הואיל וההחזקה גובתה בפסקי דין של המפקח ובית המשפט המחוזי, אין בסיס לפיצוי מכוח פקודת נזיקין.

אומנם, במקרים אלה לכאורה, על פי הפסיקה, מגיעה השבה לפי עשיית עושר ולא במשפט, אולם הנתבעים גורסים, כי חובת הפיצוי לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט-1979, אינה חלה בענייננו. ברוב המקרים מדובר בהשבת כספים ולא במקרקעין. במיוחד לא התקיים באף מקרה מצב בו אחד מהבעלים המשותפים סבר בתום לב וטעות כי הזכויות אכן היו שייכות למי שמכר לו אותן.

לדידם של הנתבעים, כאשר שוקלים שיקולים של מדיניות משפטית בפסיקת התשלום בגין המצב ביחס אליו היתה קביעה שיפוטית נוגדת, אין מקום לחייבם.

כיוון שבתי המשפט (המפקח על המקרקעין ובית המשפט המחוזי( הכשירו בשעתם את הפעולה, גם עליהם מוטלת חלק מן האחריות. לכן יש מקום גם "לשתף את בתי המשפט בפיצוי המגיע לתובעים". ראו סיכומי הנתבעים שם בעמ' 69-71.

לחילופין, יש מקום לפטור אותם מחובת השבה לפי הוראות סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. לטענתם התובעים לא עשו את כל שיכלו כדי למנוע את השימוש של הנתבעים בזכויות השנויות במחלוקת.

כך למשל טוענים הנתבעים כי התובעים לא ביקשו צו מניעה זמני בהליך בבית המשפט המחוזי. הם העדיפו להמתין לפסק הדין הסופי ולכן לא יכלו להלין על כך שבתקופת הביניים הנתבעים עשו שימוש ברכוש המשותף.

הנתבעים מוסיפים ומרחיבים, כי לא נגרם לתובעים חיסרון כיס כתוצאה מהתנהלותם בנכס והם תומכים יתד טענותיהם בחוות דעת השמאי מטעמם לפיה שווי השימוש נמוך ביותר במיוחד כאשר במקום לא היו לשיטתם מים זורמים.

הנתבעים שוללים מכל וכל את חוות דעתו של השמאי גריידי מטעם התובעים, שכן לטעמם קיים חוסר אפשרות תכנונית משפטית ופיזית לעשות שימוש נפרד בחדר הכביסה ובגג האחורי. כדי להשכיר את הגג האחורי וחדר הכביסה כדין, היה על כל בעלי הזכויות ברכוש המשותף למצוא דרך להתאגד, זאת גם בהנחה שבעלי הזכויות ברכוש המשותף היו אנשים סבירים והיחסים ביניהם היו טובים.

אולם, מוסיפים הנתבעים וטוענים, כי בעלי הזכויות ברכוש המשותף אינם אנשים סבירים והיחסים ביניהם גרועים. לכן סביר שלא היו מסוגלים לבצע את ההתאגדות הנחוצה לצורך השכרת הנכס.

מכל האמור לעיל, מבקשים הנתבעים לדחות את התביעה העיקרית.

**דיון והכרעה בתביעה העיקרית:**

בטרם נדרש להודעה לצד ג', יש להכריע בתובענה העיקרית תחילה.

השאלות הטעונות הכרעה הן:

1.האם הנתבעים עשו שימוש ייחודי בחלק הגג האחורי ובחדר הכביסה באופן שגרע מזכויותיהם של יתר הדיירים בנכס?

2.האם שימוש זה נעשה שלא כדין ובחוסר תום לב? בהקשר זה יש לבחון הן את מערכת החוזית בין כל הצדדים והן את פסיקת בתי המשפט בנושא במרוצת השנים.

3.האם נגרעו זכויותיהם של התובעים כתוצאה מכך באופן המצדיק פיצוי?

4.איזו נפקות יש ליתן לכך שלא כל בעלי הדירות בנכס הם צד לתביעה הנוכחית (שתי דירות לא השתתפו בהליך).

5.גובה הפיצוי.

שאלה אחת מוליכה לרעותה והמשך הדיון בכל שאלה תלוי בהכרעה שתיעשה בשאלה הקודמת.

אבחן את השאלות אחת לאחת.

**השימוש:**

לאחר ששמעתי את עדויות הצדדים, אני קובעת חד משמעית, כי הנתבעים עשו שימוש ייחודי בחלק הגג האחורי ובחדר הכביסה, באופן שלא איפשר לבעלי הזכויות האחרים בבניין את השימוש בחלק זה של הגג.

הוצגו לפני התמונות ת/4 ו- ת/5 באמצעות נציג הדיירים מר עציון ברסלב. מר ברסלב העיד, כי קיימת דלת שמחברת בין דירתו של עו"ד אסן לבין חדר הכביסה.

דלת הכניסה לחדר הכביסה נעולה מבפנים ולדיירים לא היתה אפשרות להכנס לאותו שטח, לכן אפילו אם נמסרו מפתחות הגג ע"י הנתבעים, לא היה בכך כדי להועיל. ראו עדותו שם בעמ' 30 לפרוטוקול ש' 13-18 :

**"העניין הוא לא מסירת המפתחות עצמם אלא הפינוי. למעט הדלת שמחברת בין המחסן לבין דירתו של עו"ד אסן שהוא חדר הכביסה, בעצם הוא לא מסר כלום. כי מהרגע שהוא לא סגר את הדלת הרמטית הדייר שלו יכול כל רגע להכנס ישירות מהדירה לחדר הכביסה או לגג ולנעול. קרה שעליתי והדלת היתה נעולה מבפנים, ולכן זה לתת ולא לתת. זה כביכול, זו עבודה בעיניים. נשאר פינת ישיבה, גרילר, כורסאות וכו' ".**

וכן:

"בביקור האחרון הוסיפו שטח דשא על הגג והוציאו עוד ספות החוצה. השימוש הולך וגדל ולא קטן". עמ' 31 ש' 12-13.

בהמשך אמר:

"אנו הדיירים רוצים את השטח הזה פנוי ולשימוש הבית. אם אראה את התמונות יראו כי אין מקום לעשרה מחסנים ועשרה גרילרים ועשר פינות ישיבה עם 8 כסאות...". שם עמ' 30 ש' 29-30.

וכן אמר:

"הדיירים רוצים את הגג נקי לטובת צרכים אחרים. אתה לא יכול להחליט על דעת עצמך שאתה מחליט שאתה שם, ובפועל תופס את כל הגג וחדר הכביסה".

**עמ' 32 לפרוטוקול ש' 5-6.**

ובהמשך:

"כנציג של 9 מתוך 10 הדירות אנו מבקשים שלא תעשה שימוש ייחודי בגג ומבקשים שתפנה".

**עמ' 33 לפרוטוקול ש' 1-2.**

מר ברסלב הדגיש בעדותו, כי הוא מייצג את כל בעלי הדירות בבניין. עמ' 39 ש' 20.

הוא ציין, כי חדר הכביסה נפרץ עו"ד ע"י מר גלזרמן שהשתלט עליו ושופץ על ידו, למרות שמעולם לא היתה מחלוקת שחדר הכביסה הוא רכוש משותף. עמ' 41 לפרוטוקול ש' 1-4.

לדבריו, מר גלזרמן צד ג', השתלט על חדר הכביסה, עשה בו כבתוך שלו, שיפץ אותו והתאים אותו למטרותיו ולצרכיו. עמ' 41 ש' 21-26.

מר ברסלב נשאל האם דיירי הבית שילמו למר גלזרמן או לממשיכו מר אסן כספים עבור החדר ששופץ ואזי נזעק העד ואמר: "הוא משתלט על רכוש שלי ואני צריך לשלם לו על כך ? הוא זה שצריך לשלם לנו". עמ' 41 ש' 29.

עדותו של מר ברסלב היתה צלולה ובהירה. התמונות אותן הציג מעידות באופן חד משמעי על רכוש של הנתבעים שאוחסן בחדר הגג האחורי באופן ייחודי ועל דלת המחברת בין חלק הגג האחורי לבין חדר הכביסה, דלת הניתנת לנעילה.

מעדותו זו עולה בבירור, כי צד ג' גלזרמן וממשיכיו הנתבעים עשו שימוש ייחודי בחלק זה של הגג ובחדר הכביסה, תוך שהם מונעים שימוש זה משאר דיירי הבניין. מפתחות שהשאירו בידי נציגי הדיירים, היו למעשה אות מתה משום שהדלת לחדר הכביסה היתה נעולה מבפנים ללא אפשרות פתיחה. מפתח שהושאר ואיפשר מעבר לצורך טיפול בדוודי השמש של יתר הדיירים נעשה מכוח פסק דינו של המפקח על המקרקעין ולא היווה תחליף לשימוש מעשי בחלק זה של הגג.

הנתבע 1 עו"ד אסן נחקר על גרסתו בישיבת יום 10.9.14. הוא אישר כי בהליכים בינו לבין צד ג' בבית המשפט המחוזי נקבע, כי :

"גלזרמן מכר נכס שהוא לא שלו וחייב את גלזרמן בהשבה של החלק היחסי כפי שבית המשפט מצא לנכון".

**עמ' 50 ש' 2-3.**

לטענתו לא השתמש בנכס שימוש ייחודי, הואיל והיה צריך לאפשר זכות מעבר לדיירי הבניין. עמ' 51 ש' 15-17.

לגרסתו: "הייתי תם לב לגמרי". שם עמ' 51 ש' 17.

כאשר נשאל מדוע הפריד מבחינה חוזית את התשלום עבור הנכס לשני חלקים ובידל תשלום של 20,000 $ עבור שטח הגג, סבר, שחדר הכביסה צמוד לדירה ועבור הגג יינתן סכום בנפרד.

לטענתו: "אני לא השקעתי הרבה מחשבה בזה ואמרתי אם אתה רוצה ככה זה מה שיהיה. בדיעבד התברר לי שהרעיון היה, מה שלא ידעתי באותו רגע, שהוא רוצה לשלם פחות מס שבח על החלק הזה". עמ' 52 ש' 1-3.

בהמשך העיד: "הגג נמסר לי שהוא נעול ע"י גלזרמן ואני המשכתי באיך שהוא היה". עמ' 53 ש' 18.

לשיטתו, לא עשה שימוש ייחודי בגג משום שהעניק זכויות מעבר לדיירי הבית. עמ' 53 ש' 22.

בהמשך חקירתו בעמ' 54 ש' 3-14, העיד, כי ראה את חדר הכביסה כחלק מהדירה שלו, ביתו התגוררה שם, בחדר הותקן מזגן וכל חפציה של הבת סודרו בחדר זה.

מן העדויות עולה בבירור, כי שטח הגג האחורי וחדר הכביסה שימשו באופן ייחודי את הנתבעים ולא התאפשר שימוש לשאר דיירי הבניין.

עמדתם של הנתבעים, כי מסרו מפתח והיקנו זכויות מעבר לנציגי הנתבעים לצורך טיפול בדוודים, אינה סותרת את השימוש הייחודי שעשו בחלק זה של הגג ובחדר הכביסה.

מר אסן עצמו העיד, כי נהג בחדר הכביסה מנהג בעלים לכל דבר ועניין. אמירתו כי ראה בחדר הכביסה חלק בלתי נפרד מדירתו ועובדה שזהו חדר שהוקצה לשימוש ייחודי של בתו, מדברת בעד עצמה.

אשר לשטח הגג האחורי הצמוד לחדר הכביסה, מן העדויות שהוצגו לעיני, עולה בבירור שימוש בלעדי של הנתבעים בשטח זה. הוצבו שם רהיטים של הנתבעים – ריהוט גן, גרילר וכו'. כמו כן הוצב שם ארון פלסטיק ששימש לאיחסון ונראה כי מדובר בשטח שסופח ע"י הנתבעים באופן בלעדי לשימושם.

גם אם נמסרו מפתחות, בפועל המפתחות לא היוו תחליף לזכויות שימוש של יתר בעלי הדירות בשטח זה. הם לא יכלו לאחסן שם את חפציהם ולא לעשות שימוש בחפצים שהנתבעים הציבו שם.

ברי, כי חפצים אלה לא הועמדו שם ע"י הנתבעים לרווחת דיירי הבניין, אלא לשימוש ייחודי של הנתבעים או מי מטעמם – הבת או השוכר של הנכס.

**אשר על כן אני קובעת, כי ברכיב זה של התביעה מתקבלת עמדת התובעים כי הנתבעים עשו שימוש ייחודי בחלק הגג האחורי ובחדר הכביסה.**

**אופי השימוש:**

האם השימוש הבלעדי של הנתבעים בחלק זה של הרכוש, נעשה מתוך טעות ותום לב ?

האם הנתבעים באמת ובתמים סברו כי הם זכאים לעשות שימוש כזה בנכס ?

זוהי השאלה שיש לבחון עתה.

לוח הזמנים הינו כדלקמן:

גלזרמן, צד ג' שהיה הבעלים הקודם של הדירה בקומה העליונה פלש עוד בשנות השמונים של המאה עשרים, לטענת התובעים, לשטח הגג האחורי וחדר הכביסה ועשה בהם כבתוך שלו, הגם שאלה היוו חלק מן הרכוש המשותף.

כפועל יוצא, בשנת 1992 הגישה נציגות הבית המשותף של הבניין למפקח על המקרקעין בתל-אביב, תביעה כנגד גלזרמן בגין הסגת גבול.

ביום 10.8.93 נתן המפקח פסק דין במסגרתו דחה את התביעה תוך מתן אפשרות גישה לדיירים אל דוודי השמש לצורך טיפול בהם.

כך אמר המפקח:

"התובעת לא הוכיחה טענתה העיקרית שחלק כלשהו של הגג אשר ברצף אחד עם דירתו של הנתבע הוא רכוש משותף וממילא לא הוכיחה הסגת גבול בו. היא גם טענה לנזק כספי אך לא הוכיחה ולא ניסתה להוכיח נזק כזה. על סמך האמור לעיל דין התביעה להידחות אך מן הראוי להדגיש שמתן אפשרות גישה דרך הגג לדיירים אל מתקניהם היא חובתו של הנתבע ולא רשותו. על כן, אני דוחה את התביעה אך בכפוף להוראה לנתבע להפקיד מפתח לדלת של הגג לידי מי שיבחר ובלבד שיובטח מעבר בגג בכל עת גם בהעדרו או בהעדר הדייר מטעמו".

ביום 23.11.97 רכשו הנתבעים מאת גלזרמן את הדירה בקומה העליונה. על פי חוזה הרכישה שרק העמוד הראשון ממנו צורף לכתב ההגנה, הנכס הנרכש היה מכלול הזכויות בדירה לרבות "מרפסת גג המצויה בקומת הגג".

ביום 8.9.98 הגישו בעלי הזכויות בדירות בבניין כנגד הנתבעים, ה"ה אסן, תביעה לבית המשפט המחוזי במסגרת ת.א. 2663/98. בתביעה זו נדרשו הנתבעים להשיב את שטח הגג ואת הרכוש המשותף והכולל אף את חדר הכביסה, לחזקת כלל דיירי הבניין.

באותה מסגרת שלחו הנתבעים ה"ה אסן, הודעה לצד ג' כנגד גלזרמן.

פסק הדין בתובענה העיקרית בת.א. 2263/98 יצא תחת ידו של בית המשפט המחוזי, כבוד השופטת סלומון-צ'רניאק ביום 22.9.03.

בית המשפט המחוזי דחה את התובענה תוך חיוב התובעים בהוצאותיה, לרבות הוצאותיו של צד ג'.

בעלי הזכויות בבניין הגישו ערעור על פסק הדין של כבוד השופטת סלומון-צ'רניאק לבית המשפט העליון עוד בשנת 2003 וזאת במסגרת ע.א. 10112/03.

פסק דינו של בית המשפט העליון ניתן ביום 4.10.09. בית המשפט העליון נדרש לשאלה האם חלק הגג האחורי הוא חלק מהרכוש המשותף אם לאו.

לאחר סקירת ההיסטוריה של הבניין שתחילתה עוד בשנת 1935, קיבל בית המשפט העליון את הערעור וקבע: "...הזכויות בחלקו האחורי של הגג כפי שמצוין בתשריט שצורף לשטר החכירה נשארו כחלק מהרכוש המשותף בבניין. התיק מוחזר לבית המשפט המחוזי לשם בירור הודעת צד ג'". ראו סעיף 44 לפסק דינה של כבוד השופטת נאור (כתוארה אז) בע.א. 10112/03 הנ"ל.

התיק חזר לדיון בבית המשפט המחוזי בהודעה לצד ג'. הודעה ראשונית לצד ג' הוגשה ביום 25.11.09. לאחר מכן, ביום 22.3.11 הוגשה הודעה מתוקנת לצד ג' ע"י ה"ה אסן.

כתב הגנה בהודעה המתוקנת לצד ג' הוגש ע"י גלזרמן ביום 3.5.11.

ה"ה אסן העמידו את סכום התביעה בהודעה לצד ג' על הסך של 2,505,401 ₪.

בית המשפט המחוזי כבוד השופט טובי פסק בדין ביום 5.3.13 ושם קבע כי התביעה מתקבלת בחלקה ועל גלזרמן לשלם לה"ה אסן סך של 123,725 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום הרכישה 23.11.97 ועד לתשלום המלא בפועל.

כן חייב כבוד השופט טובי את גלזרמן לשלם לה"ה אסן הוצאות משפט בשיעור כולל של 15,000 ₪ ממועד מתן פסק הדין ועד למועד המלא בפועל.

ראוי לציין, כי בזמן הדיון בהודעה לצד ג' לבית המשפט המחוזי, צרפו ה"ה אסן את חוזה הרכישה בינם לבין גלזרמן באופן מלא, ולא כפי שצרפו בהליך לפני רק את העמוד הראשון.

התביעה שלפני הוגשה ביום 10.4.11 והיא מתייחסת לדרישת התובעים הן לפינוי וסילוק יד של הנתבעים אסן משטח הגג האחורי ומחדר הכביסה והן לפסיקת פיצוי כספי בשל שווי השימוש.

התובעים ציינו בכתב התביעה, כי השימוש נמשך מאז רכשו הנתבעים את הנכס מגלזרמן בשנת 1997 אולם את תביעתם הכספית הם הגבילו לשבע שנים אחורה ממועד הגשתה, נוכח הוראות חוק ההתיישנות תשי"ז-1957. כלומר, התביעה שלפני מתייחסת לתקופה שמיום 10.4.04 ועד ליום 10.4.11.

לוח הזמנים שפורט לעיל, יוצר חלוקה לתקופה שמיום 10.4.04 ועד ליום 4.10.09 שם ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון. באותה תקופה, כך טוענים הנתבעים, הם עשו אכן שימוש בחלק הגג האחורי ובחדר הכביסה אך שימוש זה נעשה מתוך מחסה בצילם של פסקי הדין שיצאו תחת ידו של מפקח על המקרקעין בשנת 1993 ושל בית המשפט המחוזי כבוד השופטת סלומון-צ'רניאק מיום 22.9.03.

תקופה נוספת היא התקופה מיום 4.10.09 ואילך ועד מועד הגשת התביעה 10.4.11.

יש להבחין בין שתי התקופות.

אשר לתקופה השנייה, מיום 4.10.09 ועד למועד הגשת התביעה 10.4.11, שוכנעתי כי הנתבעים ה"ה אסן המשיכו לעשות שימוש ייחודי בחלק הגג האחורי ובחדר הכביסה. זאת למרות שפסק דינו של בית המשפט העליון קבע באופן מובהק, כי הזכויות הללו שייכות לכלל דיירי הבניין.

ה"ה אסן טענו, כי בכך שמסרו מפתחות ואיפשרו לדיירי הבניין גישה לטיפול בדוודי השמש, למעשה יצאו ידי חובתם. טענה זו אינה מקובלת עלי. כפי שכבר ציינתי בפרק הקודם של פסק דין זה, מתן זכות גישה אינה שקולה כנגד שימוש ייחודי וייעודי באותם המקרקעין.

מן העדויות שפורטו עלה, כי ה"ה אסן סיפחו את חדר הכביסה לשטח דירתם, פרצו כניסה פנימית אליו מתוך דירתם ואת הדלת החיצונית שמובילה אל חדר הכביסה מתוך שטח הגג הם נעלו. כפי שהעיד התובע 3 מר ציון ברסלב, הנעילה היתה נעילה פנימית שלא איפשרה כניסה מבחוץ לתוך שטחו של חדר הכביסה.

הנתבעים ה"ה אסן אף התקינו מזגן בחדר הכביסה ובכך הפכו אותו כשיר למגורים.

מר אסן העיד לפני בישיבת ההוכחות מיום 10.9.14:

"אני כל הזמן ראיתי לנגד עיני את הגג הפתוח. מבחינתי חדר הכביסה היה שייך לדירה". שם בעמ' 51 ש' 27-28.

מן העדויות עלה, כי בתם של בני הזוג אסן התגוררה בחדר דנן ולאחר מכן הם השכירו את אותה יחידה למגורים לידי גורם שלישי.

תמונות שטח הגג שהוגשו במסגרת הליך ההוכחות העלו, כי השטח דנן המשיך לשמש את משפחת אסן בלבד גם במהלך השנים 2011-2013, כלומר בתקופה לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט העליון.

**אשר על כן, בהתייחס לתקופת הזמן מיום 4.10.09 ועד למועד הגשת התביעה 10.4.11, אני קובעת, כי הנתבעים ה"ה אסן עשו שימוש ייחודי בשטח הגג האחורי ובחדר הכביסה באופן התואם את טענות התובעים.**

קם הצורך להכריע בזכאות דמי השימוש, בתקופת הזמן מיום 10.4.04 (שבע שנים אחורה ממועד הגשת התביעה) ועד ליום 4.10.09 שהוא מועד פסק דינו של בית המשפט העליון.

התובעים כאמור גורסים, כי הם זכאים לקבל את דמי השימוש גם בגין תקופה זו.

התובעים תומכים יתד טענותיהם בכך שהנתבעים כבר במועד רכישת הנכס ידעו על הבעייתיות הטמונה בסיפוח שטח הגג האחורי וחדר הכביסה לפעולת הרכישה. לא בכדי הם תמחרו בנפרד את שטח הגג האחורי משטח כלל הדירה.

תימחור כאמור שאינו שגרתי. בעיסקת מכר רכישת דירה, ואפילו דירת גג. אין זה נהוג לתמחר באופן נפרד מקטעים שונים של הנכס. התובעים טוענים, כי התמחור הנפרד מקורו בידיעת שני הצדדים לעיסקה, המוכר ובענייננו זהו צד ג' גלזרמן והקונה ובענייננו אלה הנתבעים ה"ה אסן, כי ישנה בעיה במצב המשפטי של הגג האחורי וחדר הכביסה.

כיוון שכך דאגו לתמחר זאת בנפרד.

זאת עוד עשו בשנת 1997 למרות שהיה פסק דין של המפקח על המקרקעין משנת 1993 שלכאורה דחה את טענות הדיירים בעניין הגג האחורי וחדר הכביסה.

התובעים גורסים עוד, כי הנתבעים דכאן היו מודעים למשמעות של התמחור הנפרד ולכך שיש בתמחור זה משום הודאה בבעייתיות של הנכס ובחוסר הזכאות של צד ג' למכור ושל הנתבעים לקנות את שטח הגג האחורי וחדר הכביסה.

לטענתם, זוהי הסיבה לכך שהנתבעים בחרו להסתיר מבית המשפט הזה את מלוא חוזה הרכישה מיום 23.11.97 וצרפו כנספח ב' לכתב ההגנה מטעמם רק את העמוד הראשון. זאת למרות שהנתבעים ידעו היטב וודאי היה עליהם לדעת בהיות הנתבע 1 פרקליט במקצועו, כי צרוף חלקי של מסמך אינו מהווה ראיה נאותה.

בהקשר זה אשוב ואציין, כי עיון בהודעה לצד ג' שהוגשה ע"י הנתבעים דכאן ה"ה אסן לבית המשפט המחוזי בתל אביב במסגרת ת.א. 2663/98 מעלה, כי שם השכילו הצדדים לצרף את מלוא חוזה הרכישה מיום 23.11.97 ללא השמטות.

התובעים מוסיפים, כי בין השנים 2004 – 2009, היה תלוי ועומד ההליך בבית המשפט העליון במסגרת ע.א. 10112/03. לפיכך, הנתבעים ידעו כי זכאותם על שטח הגג האחורי וחדר הכביסה אינה חלוטה ולכן לטעמם היה על הנתבעים להימנע מלנהוג בשטח זה מנהג בעלים כל עוד לא ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון.

כיוון שהנתבעים לא פעלו כן, לא איפשרו לנתבעים מדרך בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה, ואף השכירו בשלב מסוים שטח זה לגורם שלישי, הרי עליהם לשלם לנתבעים דמי שימוש בגין התקופה הנ"ל.

זוהי עמדת התובעים.

מנגד, טוענים הנתבעים, כי אין מקום לחייבם בדמי שימוש כלל לבטח לא בגין התקופה בין אפריל 2004 עד אוקטובר 2009. תקופה זו של חמש וחצי שנים נהנית להגנתם מהגנת הפסיקה.

הנתבעים סבורים, כי הם אוחזים בידיהם שני פסקי דין, הן של המפקח על המקרקעין מיום 10.8.93 והן של בית המשפט המחוזי השופטת סלומון-צ'רניאק מיום 22.9.03.

שני פסקי הדין הללו קבעו בלשון מפורשת וחד משמעית, כי הזכויות בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה שייכות לדירת הנתבעים.

כיוון שכך, טוענים הנתבעים, כי לאחר שבעלותם נקבעה ע"י שני מותבים משפטיים, לא היתה כל מניעה כי ינהגו בשטח זה מנהג בעלים.

הנתבעים מוסיפים, כי אילו סברו התובעים אחרת, היה עליהם לפנות בבקשה לצו ביניים אל בית המשפט העליון.

אילו היה ניתן צו כזה, אכן היו הנתבעים נמנעים מלנהוג בנכס כפי שנהגו.

כיוון שהתובעים לא פנו בבקשה למתן צו ביניים, גילו בכך דעתם כי בתקופת ההמתנה לפסק דינו של בית המשפט העליון, שריר וקיים פסק דינו של בית המשפט המחוזי והתנהגות הנתבעים לפיו הינה אפוא לגיטימית.

מר ברסלב נציג הדיירים העיד בעניין זה של השימוש בשטח המריבה בתקופת הביניים, והפעולות שהדיירים נקטו או לא נקטו כדי לשמר את זכויותיהם. ראו עמ' 42 לפרוטוקול ש' 7 עד עמ' 43 ש' 4 :

**"ש:לפני שנת 2009 לפני מתן פס"ד של העליון, כאשר היו בתוקף החלטות של המפקח על המקרקעין והשופטת צ'רניאק ביקשת או יכולת לעשות שימוש בחלק הגג ובחדר הכביסה ?**

**ת: אם אני מבין את השאלה, אם חשבתי שאני יכול לעשות שימוש לפני החלטה סופית של העליון , לפני יעוץ משפטי שקיבלתי יכולתי להגיש צווי מניעה כנגד 11 השימוש שהם עושים הם טענו שהצו מעמיד אותי בסיכונים שאם אפסיד בסופו של יום אחויב בתשלום, מדובר בסכומים גבוהים .מאידך אמרו ברגע שישתנה משהו בגג מייד להגיש צווי מניעה. היות ולא השתנה ולא החל בבנייה לא הוגשו צווי מניעה.**

**ברגע שיוחלט שהגג לא שלו הוא יחויב על מה שהוא השתמש בו. זה יעוץ שקיבלתי משלושה עו"ד כי השאלה הזו עלתה, ונאמר לי כי כל עוד הוא לא פוגע בזכות שלי אז השימוש של אסן היה לא בתום לב, שלחנו לו מכתב לגבי כל הבעייתיות, הסברנו לו את העניין. הרכישה שלו החלה בשנת 97 והסתיימה בשנת 2001 , הוא ידע היטב על הבעייתיות והמשיך בהליך הרישום. הוא ידע גם שהדירה היא 3 חדרים ולא 4 חדרים וגג. בדיונים הוא אמר שזה משהו אחר ממה שהוא הכיר. גם בועדות הבנייה אמרו שיש בניה לא חוקית, שום תום לב לא היה שם. הוא קנה זאת ב 20,000$ וזה מחיר ספקולטיבי.**

**ש: האם בתקופה הזאת שבין מתן פס"ד במחוזי, שהיה מתי ?**

**ת: סוף 2003 תחילת2004.**

**ש: האם בין 2003 ל 2009 הוצאת מכתב למשפחת אסן שאתה רוצה לעשות שימוש בגג ?**

**ת: לעניות דעתי תביעה וערעור על תביעה קצת יותר חזקים ממכתבים אנונימיים.**

**דרך הפעולה שלי לא היתה בהוצאת מכתבים אלא בהגשת תביעה והגשת ערעור.**

**ש: יכולת לומר כי אתם מערערים אנא אפשר לנו שימוש בגג, עשית זאת ?**

**ת:חוסר הרלוונטיות של העניין הזה בגלל כל ההשתלשלות.**

**שלחנו לו מכתבים לפני כן, כל הכסף היה אצלו, הוא יודע כי רשום בטבו 3 חדרים והוא מצא 4 חדרים, הוא קנה זאת במחיר שערורייתי, מה יש לי עוד לומר לו ?**

**כל הנורות האדומות הדלקנו אותן או שהיו צריכות להידלק כעו"ד".**

עולה מכאן, כי הדיירים לא פעלו בבית המשפט העליון להשגת צו ביניים ואף לא שלחו מכתב התראה בעניין זה. לטעמם, עצם הגשת התביעה והערעור חייבו את ה"ה אסן והיו אמורים לחדד את המודעות שלהם לבעייתיות השימוש, ללא צורך בצו ביניים או מכתב התראה נפרד.

בעניין התמחור הנפרד של שטח הגג האחורי וחדר הכביסה בהסכם הרכישה משנת 1997, טענו הנתבעים, כי הדבר נעשה על מנת לסייע לצד ג' להקטין את תשלום השבח ולא משום שהיתה בעייתיות כלשהי בזכויות צד ג' למכור להם את השטח דנן.

כך העיד עו"ד אסן בישיבת יום 10.9.14:

"ואז שאל אותי עו"ד וייספלד האם אני מסכים שיהיה כתוב שחלק הגג הפתוח שהיום אני, מבין גם למה, שהוא היה שטח פתוח ולא שימש למגורים, יינתן הסכום של 20,000$. אני, לא השקעתי הרבה מחשבה בזה ואמרתי אם אתה רוצה ככה זה מה שיהיה. בדיעבד, התברר לי שהרעיון היה, מה שלא ידעתי באותו רגע, שהוא רוצה פשוט לשלם פחות, מס שבח, על החלק הזה כי שם יש אחוז יותר גבוה. מבחינתי לא היתה הפרדה וגם בכלל ביחס לכל השטח".

**עמ' 51 לפרוטוקול ש' 31 עד עמ' 52 ש' 5.**

ממכלול העדויות עולה, כי הנתבעים היו מודעים לבעייתיות ברכישת שטח הגג האחורי וחדר הכביסה. אינני מאמינה כי התמחור הנפרד בהסכם נעשה משיקולי מס.

אם מופיע המחיר הכולל בהסכם וזוהי רכישה לכל דבר ועניין, חזקה כי רשויות המס יחייבו על מלוא הסכום ולא יתייחסו לפיצול המלאכותי בין חלקי הנכס השונים.

העלמת מס אינה נעשית בריש גלי ובכתובים.

הדעת נותנת כי ההפרדה בין הסכומים שהוקצו לדירה מצד אחד ולשטח הגג האחורי וחדר הכביסה מצד שני נבעה ממחלוקת הבעלות על שטחי הגג. מחלוקת שהנתבעים היה ערים לה בעת ביצוע הרכישה. לא רק משום שהנתבע 1 הינו פרקליט במקצועו.

אינני נדרשת לשאלה האם הנתבעים הסתירו בכוונת מכוון את החוזה המלא מבית משפט זה כאשר בחרו לצרף רק את העמוד הראשון מיום 23.11.97 כנספח ב' לכתב הגנתם. מכל מקום, החוזה אותר והובא לנגד עיני במלואו.

אני קובעת, כי הפיצול בין הסכומים מצביע על מודעות של הנתבעים לבעייתיות הבעלות בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה כבר במועד רכישת הנכס.

כבוד השופט טובי קבע בפסק דינו מיום 5.3.13 שם בפיסקה 17 לפסק הדין:

"אין חולק על כך כי התובעים היו מודעים לטענת הדיירים לפיה שטח הגג האחורי הינו חלק מהרכוש המשותף, וכי לנתבע אין זכויות בו (למעט חלק יחסי בהיותו בעל דירה בבניין). מחומר הראיות עולה כי התובעים היו מודעים – טרם חתימת ההסכם – לתביעה שהוגשה לפני המפקח בה עתרה נציגות הבית להורות על סילוק ידו של הנתבע מהגג האחורי בהיותו חלק מהרכוש המשותף".

השופט טובי ממשיך ומציין בפסק דינו, פסקה 17 שם:

"התובעים ידעו על טענות הדיירים באשר להעדר זכויות לנתבע בגג האחורי, אך בחרו במודע להסתמך על פסק דין המפקח מיום 10.8.93... בו נקבע – אגב גררא – כי שטח הגג האחורי הוא רכשו הפרטי של הנתבע".

השופט טובי מוסיף ומתאר בפסק דינו את הפולמוס המשפטי בין נציגות הדיירים לבין גלזרמן צד ג' דכאן, לפני הועדה המקומית לתכנון ובנייה והוא חותם פסקה זו באמירה:

"בחינת הנסיבות אשר קדמו לכריתתו של הסכם המכר, מלמדת בעליל שהתובעים גמרו בדעתם להתקשר בהסכם כאשר ידעו בבירור שזכויות הנתבע בגג האחורי שנויות במחלוקת".

בפסקה 18 של פסק דינו מנתח כבוד השופט טובי את לשון ההסכם וקובע, כי עולה ממנה כי ה"ה אסן:

**"היו מודעים לסיכון הגלום במצב הזכויות ביחס לגג האחורי עובר לחתימתו של ההסכם**".

כבוד השופט טובי נתן אמון בגרסתו של מר גלזרמן כפי שהעיד לפניו, כי הגג תומחר בנפרד ולא בכדי. קבלת הגג היתה בונוס וסיכון מחושב מצד הקונים.

גם בהליך לפני טען מר גלזרמן, כי:

"סברתי שהגג הוא אכן שלי אך שיתפתי אותך בשאלה שהתעוררה מצד אחד מדיירי הבניין שהטיל ספק בכך, אך אני חשבתי שזה שלי".

**עמ' 82 לפרוטוקול ש' 10-11.**

כמסקנת ביניים, אני קובעת, כי במועד הרכישה בשנת 1997 הנתבעים ידעו היטב כי זכויות שטח המריבה אינן חלוטות.

כפי שקבע כבוד השופט טובי, הם בחרו ביודעין להסתמך על פסיקתו של המפקח ומאוחר יותר על פסיקת הועדה המקומית לתכנון ובנייה, תוך נטילת סיכון מחושב כי מצב זה אפשר וישתנה בעתיד.

לאחר שהשלב הראשון של הדיונים בבית המשפט המחוזי הסתיים בפסק דינה של כבוד השופטת סלומון-צ'רניאק מיום 22.9.03, שם הוכרו שוב זכויות הנתבעים בשטח המריבה, הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

האם הנתבעים שהיו מודעים היטב לאורך כל הדרך למחלוקת בדבר זכויות השימוש בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה היו אמורים להדיר עצמם מיוזמתם מן השימוש הבלעדי בשטח זה עד למתן פסק דינו של בית המשפט העליון ?

או שרשאים היו להמשיך לנהוג תוך נטילת סיכון בשטח זה מנהג בעלים.

שקלתי, האם התנהלותם של הנתבעים בסיטואציה זו היתה אמורה להיות טהרנית עד כדי כך שישעו עצמם משימוש ייחודי בשטח המריבה עד לפסיקתו של בית המשפט העליון.

אכן, זהו תום לב מן המעלה הראשונה ביותר. מידה מוסרית גבוהה אך לא בהכרח חובה משפטית.

הנתבעים אחזו בידיהם באותו שלב בשרשרת של פסקי דין ע"י מותבים שונים שלכאורה העניקה להם זכויות בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה. גם פסק דינו של המפקח, גם החלטת הועדה המחוזית לתכנון ובנייה וגם פסיקת בית המשפט המחוזי כבוד השופטת סלומון-צ'רניאק.

זאת ועוד, הנתבעים ידעו אומנם כי התובעים, קרי הדיירים, הגישו ערעור על פסיקת בית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון, אך ידעו גם כי לא נתבקש ואף לא ניתן צו ביניים המונע מהם לעשות שימוש ייחודי בנכס המריבה, שטח הגג האחורי וחדר הכביסה, עד מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

מר ברסלב הסביר בעדותו, כי התובעים היססו מלנקוט בהליך צו הביניים משיקוליהם.

עוד העיד, כפי שפורט לעיל, כי התובעים נמנעו לפנות בכתב אל הנתבעים ולדרוש מהם להשהות את השימוש הייחודי שעשו בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה עד מתן פסק הדין של בית המשפט העליון.

בנסיבות אלה, אני מקבלת את עמדת הנתבעים לצורך עניין זה.

אומנם, בבג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התחבורה, פד"י ל"ו(2), עמ' 449 נקבע:

"עקרון ההתנהגות שבתום לב הן ליחיד והן לציבור יסודו בהוראת הציווי הקודם של ועשית הישר והטוב".

יחד עם זאת, נקבע בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י ל"ה(1), עמ' 828, מפי כבוד השופט (כתוארו אז) אהרון ברק, כי:

"משמעותה של החובה לקיים חוזה בתום לב ובדרך מקובלת היא, כי הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר, בהגינות ועל פי המקובל על בעלי חוזה הוגנים. אמת הדבר, אין הצדדים לחוזים מלאכים זה לזה, אך שוב אל להם להיות זאבים זה לזה".

תום הלב כפי שהוגדר בפסק דין קלאסי ועקרוני זה, הוא תום לב אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. פסק הדין ניתן אומנם בהקשר חוזי, אך התנהגות בדרך של תום לב נקבעה שם כהתנהגות של בני אדם סבירים. לא של זאבים, אך גם לא של מלאכים.

באנלוגיה לענייננו, ניתן לומר, כי כבני אדם סבירים, הנתבעים נהגו כשורה בתקופה בין השנים 2004 עד 2009.

אומנם, היתה להם מודעות לבעייתיות הרובצת על שטח הגג האחורי וחדר הכביסה, אולם בהעדר צו שיפוטי נוגד ובהיותם אוחזים בשלושה פסקי דין שניתנו לטובתם, לא היתה להם כל סיבה שלא לפעול על פי אותם פסקי דין.

הציפיה של התובעים כי הנתבעים ישעו עצמם משימוש ייחודי בנכס המריבה עד למתן הכרעה סופית של בית המשפט העליון, וזאת אפילו ללא מכתב דרישה מצידם או צו ביניים, היא דרישה לנהוג כמלאכים. לא כזו היא חובת תום הלב.

אני קובעת אפוא כי הנתבעים פעלו כשורה כאשר בין השנים 2004 עד 2009 נהגו בנכס מנהג בעלים בהיותם מוגנים בתקופה זו בפסיקתו של בית המשפט המחוזי כבוד השופטת סלומון-צ'רניאק.

**לסיכום סוגיה זו, אני קובעת כדלקמן :**

**על הנתבעים לשפות את התובעים בגין השימוש הייחודי שעשו בנכס המריבה לתקופה מיום 4.10.09 הלוא הוא מועד מתן פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 10112/03, ועד ליום הגשת התביעה 10.4.11.**

**אין להשית על הנתבעים חובת שיפוי בגין התקופה שקדמה ליום 4.10.09.**

**זכויות השימוש:**

משקבעתי, כי עקרונית לא היה על הנתבעים לעשות שימוש ייחודי בנכס מאז יום 4.10.09, יש לדון עתה בשאלה, מהו שווי זכויות השימוש הייחודי שעשו הנתבעים בנכס.

התובעים הגישו לצורך כך חוות דעת שמאי מטעמם, שהעריך כספית את זכויות שווי השימוש בגג האחורי ובחדר הכביסה.

הנתבעים מצידם הגישו חוות דעת שמאי מטעמם שאף היא העריכה את שווי הזכויות אך בסכום נמוך עשרות מונים מהסכום אותו העריך שמאי התובעים.

בטרם אבחן את שווי זכויות השימוש כפי שהעריך כל אחד מהשמאים, יש להידרש לטענת סף שהעלו הנתבעים בהקשר זה והיא העדר זכאות הנתבעים לפיצוי שכן לטענת הנתבעים, הנאתם של התובעים לא נגרעה כלל.

לשיטתם, לא היו התובעים יכולים להפיק הנאה ושימוש בנכס זה. על כן, לא נגרעו זכויותיהם בפועל ואין זכאות לפיצוי.

בסעיפים 33-35 לתצהירו, גורס הנתבע 1 עו"ד אסן, כי לא היה סיכוי מעשי שבעלי הדירות בבניין יתאגדו יחדיו לצורך השכרת הנכס.

בסעיף 33 הוא אומר:

"כדי להשכיר לצד ג' את הגג האחורי וחדר הכביסה כדין, היה על כל בעלי הדירות ברכוש המשותף ככל שהיו מסכימים להשכיר – למצוא דרך להתאגד מבחינת הנהלת חשבונות ומבחינה משפטית באופן כזה שיאפשר להם לקבל הכנסות ביחד ולהוציא קבלות/חשבוניות מס. סביר להניח שהיה גם צריך למסות את ההכנסות הללו או לפחות להצהיר עליהן. כמו כן, היה צריך למצוא דרך לחלק את ההכנסות מהשכירות בין כל בעלי הדירות".

בסעיפים 34-35 לתצהירו, הוא ממשיך ומשער, כי גם בהנחה שבעלי הזכויות ברכוש המשותף היו אנשים סבירים והיחסים ביניהם היו טובים הסיכוי לקבל הסכמה כוללת של השכרת הגג האחורי וחדר הכביסה הוא אפסי, במיוחד שלטענתו הם אינם בגדר "אנשים סבירים".

נראה, כי ניתן לוותר על הגדרת שכנים ובעלי זכויות בנכס כאנשים בלתי סבירים.

כמו כן, ההשערה כי לא היו מצליחים להשכיר את הנכס לצד ג' בשונה מההצלחה של הנתבעים עצמם, היא בגדר נתון שאין דרך לאמוד אותו כיום.

לצורך מתן פסק הדין, לרבות בסוגית הפיצוי, אין לעסוק בהשערות אלא בעובדות. העובדות הצריכות לעניין היא, כי מאז מתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין צדדים אלה, ביום 4.10.09, ולמעשה עד שלב הסיכומים בהליך הנוכחי, המשיכו הנתבעים להפיק הנאה ייחודית משטח הגג האחורי וחדר הכביסה, מבלי ששיתפו בכך את בעלי הזכויות בבניין.

בשלב ההוכחות הוצגו לפני ראיות, כי שטח הגג האחורי וחדר הכביסה שימשו את הנתבעים לבדם עד לשלב האחרון שאז מכרו את הנכס לצד ג' וסילקו את חפציהם מן הרכוש המשותף על פי ההודעה המוסכמת שנמסרה לתיק בית המשפט ביום 2.2.15. על פי הודעה זו, הנתבעים בנו ביום 8.9.14 קיר גבס המפריד בין הדירה לבין חדר הכביסה (סעיף 2 להודעה).

בסמוך לפני יום 26.12.14 פינו הנתבעים את כל חפציהם מחדר הכביסה ומחדר הגג המשותף (סעיף 3 להודעה).

כפי שכבר נקבע בפסק דין זה לעיל, הנתבעים נהנו באופן ייחודי משטח הגג האחורי ומחדר הכביסה בתקופה ממתן פסק דינו של בית המשפט העליון 4.10.09 ועד למועד הגשת התביעה הנוכחי 10.4.11 ואף לאחר מכן, וזאת שלא כדין מתוך מניעת הנאה זו מיתר בעלי הבניין.

מניעת זכות השימוש הזו היא ברת פיצוי.

אינני מקבלת את עמדת הנתבעים כי העובדה שהם לבדם השכילו ויכלו להשכיר את שטח המריבה לצד ג' בשעה שיתר בעלי הזכויות בבניין לא היו יכולים לעשות כן, אינה מצדיקה פסיקת פיצוי על השימוש הייחודי שעשו הנתבעים בנכס בתקופה זו.

מניעת ההנאה מבעלי הזכויות במיוחד בשעה שפסיקה מפורשת של בית המשפט העליון קיבעה את זכותם, מצדיקה פיצוי.

עוד ראו : רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון פד"י נ"ה (1) עמ' 199.

עתה אבחן את גובה הפיצוי.

ראוי לציין כנתון, כי בהליך ההוכחות לפני התברר, כי הנתבעים עשו שימוש ייחודי בחלק הגג האחורי וחדר הכביסה, למעט זכות מעבר לדוודי השמש אותה העניקו לדיירים מכוח פסק דינו של המפקח על המקרקעין.

עוד התברר, כי השימוש הייחודי דנן, נשא אופי שונה במהלך כל התקופה בה שימשו הנתבעים כבעלים של הדירה, ועד שנמכרה על ידם בשנת 2014, לקראת סיום הליך ההוכחות בתיק הנוכחי.

חלק מהתקופה הוחזק שטח הגג האחורי וחדר הכביסה ע"י הנתבעים עצמם. על פי עדויות חדר הגג שימש את בתם וכן חלק הגג האחורי שימש אותם ו/או את הבת, אז הוצבו בו נדנדה, גרילר, ארון אחסון מפלסטיק וכיוצא באלה חפצים ביתיים של הנתבעים.

ראוי לציין כנתון, כי בהליך ההוכחות לפני התברר, כי הנתבעים עשו שימוש ייחודי בחלק הגג האחורי וחדר הכביסה, למעט זכות מעבר לדוודי השמש אותה העניקו לדיירים מכוח פסק דינו של המפקח על המקרקעין.

עוד התברר, כי השימוש הייחודי דנן, נשא אופי שונה במהלך כל התקופה בה שימשו הנתבעים כבעלים של הדירה, ועד שנמכרה על ידם בשנת 2014, לקראת סיום הליך ההוכחות בתיק הנוכחי.

חלק מהתקופה הוחזק שטח הגג האחורי וחדר הכביסה ע"י הנתבעים עצמם. על פי עדויות חדר הגג שימש את בתם וכן חלק הגג האחורי שימש אותם ו/או את הבת, אז הוצבו בו נדנדה, גרילר, ארון אחסון מפלסטיק וכיוצא באלה חפצים ביתיים של הנתבעים.

חלק מהתקופה הוחזק שטח הגג האחורי וחדר הכביסה ע"י שוכר חיצוני שאף שילם דמי שכירות בגין הנ"ל. שמו של השוכר, פרטי התקופה בה שכר את הנכס והעלויות בהן נשא לא הובאו במסגרת הליך ההוכחות. שני הצדדים התייחסו לקיומו של שוכר בעדויותיהם, אך פירוט מדוקדק של תנאי השכירות לא הובא במסגרת ההליך.

מר עציון ברסלב מטעם התובעים טען בסעיף 13 לתצהירו, בדבר שווי דמי השכירות, כי גב' טל יעקובי השוכרת של הדירה הציעה לדיירים שכר דירה של 1,000 ₪ לחודש עבור חדר הכביסה בלבד, אולם נציגות הבית ביקשה סכום גבוה יותר ולכן הדבר לא יצא לפועל.

"אין לדיין אלא מה שעיניו רואות". על הדיין לקבוע את פסק הדין לפי מצב הדברים הנגלה לעיניו והנמצא בתחום ידיעתו (מסכת סנהדרין דף ו', מסכת נידה כ').

התובעים מבקשים לחייב את הנתבעים בפיצוי של דמי שימוש ראויים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, כתוצאה מהשימוש שעשו הנתבעים בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה, בין בעצמם ובין באמצעות שוכר מטעמם.

סעיף 1 לעשיית עושר ולא במשפט תשל"ט-1979 קובע כדלקמן:

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

**(ב)אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת**".

הסעיף מציב שלושה יסודות הדרושים לגיבושה של העילה:

* יסוד ההתעשרות.
* השאלה האם ההתעשרות 'באה' לזוכה 'על חשבון' המזכה.
* ההתעשרות של הזוכה על חשבון המזכה היא 'שלא על פי זכות שבדין'. השאלה נדונה בהרחבה בתיק רע"א 371/89 אילן ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ , פד"י מ"ד(2), עמ' 309. שם בעמ' 322-324. אשר ליסוד הראשון, קובע שם בית המשפט, כי במסגרתו נבחנת השאלה האם הזוכה קיבל נכס או טובת הנאה אחרת שלא על פי זכות שבדין. בענייננו, כבר קבעתי לעיל, כי החל ממועד מתן פסק דינו של בית המשפט העליון 4.10.09 ברי, כי השימוש של הנתבעים בנכס לא היה כדין. אשר ליסוד השני, קובע בית המשפט העליון ברע"א 371/89 הנ"ל, כי השאלה האם ההתקשרות באה על חשבון המזכה היא שאלה שבעובדה שיש להוכיחה בכל מקרה על פי נסיבותיו. בנסיבות המקרה שלפנינו, ברי כי השימוש של הנתבעים בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה היה על חשבון הדיירים. עמדת הנתבעים כי הדיירים בכל מקרה לא היו יכולים לעשות שימוש בשטח המריבה ע"י השכרתו לגורם חיצוני, כפי שהנתבעים אכן עשו, אינה מן העניין. לא רק משום שזהו עניין תיאורטי ובהכרעת דין אנו עוסקים בעובדות ולא בתיאוריות, אלא משום שהנתבעים אינם רשאים למנוע הנאה מן התובעים, מכל מין וסוג שהוא.לא בהכרח הנאה של השכרה אלא אף הנאה של אחסון חפציהם או לארח חברים מעת לעת בשטח הגג האחורי.משכך, אני קובעת, כי השימוש הייחודי שעשו הנתבעים בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה היה בהכרח על חשבון התובעים מהם נמנע שימוש כאמור, ולפיכך התקיים השימוש השני בעוולת ההתקשרות שלא כדין. היסוד השלישי על פיו נבדקת השאלה, האם ההתקשרות היא שלא כדין, הינו כי לא די בעצם ההתקשרות כדי להצמיח עילה בגין עשיית עושר ולא במשפט. יש צורך ביסוד נוסף. היסוד הנוסף מתמקד בטיבה של ההתקשרות. ראו: ע.א. 318/83 אגוזי שפע בע"מ (בפירוק) נ' שיבר, פד"י ל"ט 4 עמ' 322.**ד.נ. 20/82 אדרס חומרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס,** פד"י מ"ב 1 עמ' 221. כאשר טובת הנאה אשר נטען לגביה כי היא בלתי צודקת נובעת מזכות שבדין, אין ליישם לגביה את כללי הדין המעין חוזי בעשיית עושר ולא במשפט.כך, כאשר ההתעשרות נובעת מתוך זכות שמקורה זכות שבדין, לא יחולו עליו הוראות החוק לפיצוי בגין עשיית עושר ולא במשפט.פרופ' דניאל פרידמן בספרו "דיני עשיית עושר ולא במשפט" הוצאת בורסי – פרץ, מהדורה שניה, תשמ"ב, שם בעמ' 51 מסביר, כי מבחן הצדק על פיו נבחנת השאלה אם ההתעשרות היא צודקת. אם היא בלתי צודקת אין לראותה על פי זכות שבדין. בע.א. 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י ל"ז (1), עמ' 633, הוכרה עילה לתביעת שכר ראוי בגין שימוש במקרקעין של הזולת ללא הסכמתו.והרי זהו ממש המקרה שלפנינו. עמיתי השופט הבכיר יצחק שמעוני, פסק ביום 19.9.12 במסגרת ת.א. 6237/09 סרי ואח' נ' אלה יוסף (שלום ירושלים, פורסם בנבו), שם בפסקה 8 של פסק הדין: "לאחר שמיעת העדויות ועיון בחוות הדעת והתמונות שהוגשו על ידי הצדדים, לא נותר ספק בליבי, כי מאז ניתן פסק הדין, לא פעל הנתבע לפינוי החלקה ומעדותו התרשמתי כי עד עתה סבור הוא כי הזכויות בחלקה שלו הן. לפיכך, לאור פסק הדין שניתן הרי שמן הדין שיישא בתשלום דמי שימוש ראויים עבור השימוש שהוא עושה בה בניגוד לפסק הדין. משסרב הנתבע לקיים אחר פסק הדין, נותר הוא חשוף לתביעה בגין השימוש שהוא עושה בחלקה". כך אף בענייננו. התובעים זכאים כי יפסקו לזכותם דמי שימוש ראויים בגין השימוש שעשו הנתבעים שלא כדין בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה מיום 4.10.09 מועד פסק דינו של בית המשפט העליון ועד מועד הגשת התביעה. **גובה הפיצוי:** לעניין זה הביא כל אחד מן הצדדים חוות דעת שמאי מטעמו.התובעים הציגו את חוות דעתו של השמאי רן גריידי ואילו הנתבעים הסתמכו על חוות דעתו של השמאי עודד לוי. השמאי גריידי גרס בחוות דעתו כי דמי השימוש הראויים עבור שטח הגג האחורי וחדר הכביסה הינם בסך 3,000 ₪ לחודש. לעומת זאת השמאי לוי מטעם הנתבעים סבר, כי העלות הינה 1220 ₪ לשנה, דהיינו 101.6 ₪ לחודש. גם מסכום זה גרס השמאי לוי כי יש להפחית חלקים נוספים ברכוש המשותף, כך שחלקם של התובעים לשיטתו מזערי ממש. כל אחד מהשמאים נחקר על חוות דעתו בהליך לפני בישיבת יום 14.4.13. השמאי גריידי ציין, כי העריך בחוות דעתו את שווי השימוש בפועל של הנכס, לאו דווקא את המצב המשפטי. עמ' 9 לפרוטוקול ש' 7-10.לשיטתו ניתן לבצע שימוש בפועל בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה כתת חלקה נפרדת. השמאי גריידי אמר, כי חוות דעתו ביחס לשווי השימוש אינה משתנה גם לאחר שנאמר לו כי זהו רכוש משותף שלא ניתן לרושמו כתת חלקה נפרדת. עמ' 10 לפרוטוקול ש' 11-13. אומנם, על פי היתרי הבניה לתקופה אליה מתייחסת חוות הדעת משנים 2004-2010, אסור לעשות שימוש בשטח הגג האחורי וחדר הכביסה שלא בהיתר. שם עמ' 10 ש' 7 עד עמ' 11 ש' 3.אולם, מדובר בחדר ששטחו 10 מטר וגובהו 2.2. מטר לפי המדידה שהשמאי עצמו ביצע בשטח. שם עמ' 11 לפרוטוקול ש' 10-14.השמאי אישר כי החדר עצמו אינו מכיל חיבור למים, אין בו שירותים וכל חיבורי החשמל מגיעים מדירת הנתבעים. בכל זאת, השמאי גריידי עמד על דעתו כי ניתן להעריך בנפרד את העלויות של השימוש בנכס ואכן בעמוד 9 לחוות דעתו הוא מספק הערכות נפרדות לעלויות בגין ההשכרה, דמי שימוש החדר ודמי שימוש בשטח הגג האחורי הפתוח.בעדותו הסביר, כי תיאורטית כל חלק ניתן להשכיר בנפרד, אף אם השימוש בפועל איננו חוקי. בהמשך הסביר, כי השמאות שהגיש התייחסה לשימוש בנכס כחלק מדירה ולא כיחידה נפרדת. עמ' 18 לפרוטוקול ש' 15-16. עוד ציין כי ניתן להתייחס לחדר זה, גם ללא שירותים ומים זורמים כ"מחסן דירתי". עמ' 18 לפרוטוקול ש' 23.השמאי לוי מטעם הנתבעים, נחקר אף הוא אודות חוות דעתו ביום 14.4.13.השמאי לוי אמר כי חוות דעתו נועדה לבחון מהם דמי השימוש הראויים עבור חדר הכביסה כפי שהוא בנוי היום והגג כחלק מהרכוש המשותף. עוד אישר כי בחוות דעתו התייחס לחדר הזה כמחסן. עמ' 24 לפרוטוקול ש' 25-28.השמאי לוי ציין, כי הוא אינו מסכים עם קביעתו של השמאי גריידי מטעם התובעים ולדעתו, אין מקום להעריך את החדר כחלק מדירת מגורים. הוא הוסיף, כי כדי ליהנות מהחדר כחלק מדירת מגורים, יש להשקיע כספים רבים לבנייתו. לדבריו, דמי השכירות שנקבעו בחוות דעתו של גריידי מבטאים דמי שכירות של חדר בנוי כאשר בסופו של דבר דמי השכירות צריכים להיגזר מאלמנט שווי זכויות הבניה של הממ"ד. עמ' 25 לפרוטוקול ש' 22-28.לשיטתו מדובר בהערכה מוגזמת. עמ' 26 לפרוטוקול ש' 7-8.לדעתו הגישה הנכונה היא שיטת ההשוואה. דהיינו, לבחון את ערכי השוק בתשלום עבור מחסנים ומשם לגזור את דמי השימוש הראויים ולא כפי שעשה השמאי לוי. עמ' 26 לפרוטוקול ש' 16-19.הוא אישר כי נכון להיום אין תשתית מים וביוב לחדר הכביסה וכי החשמל בחדר הגיע מדירת הנתבעים. עמ' 26 לפרוטוקול ש' 26-27. יוער, כי לאחר שנשלמה והסתיימה ישיבת ההוכחות ביום 14.4.13 וככלל, הפנו התובעים תשומת לב לתיק בית המשפט המחוזי 2663/98 שהיה אז תלוי ועומד וביקשו להפנות אליו. זוהי בקשה 20 שהוגשה ביום 27.11.13.בהחלטתי מאותו מועד ביקשתי כי תוגש עמדת הצדדים שכנגד.בסופו של דבר נקבע והוסכם, כי תיק בית המשפט המחוזי והמסמכים הכלולים בו, יכול שיוגשו כראיה גם בהליך הנוכחי.כיוון שכך, המסמכים שהוגשו שם רלוונטיים אף לענייננו.אכן, התובעים דכאן לא היססו להצביע על כך שבהליך בבית המשפט המחוזי, שם לטעמם היה לנתבעים אינטרס להצביע על שווי נכס גבוה יותר, הם טענו וצרפו חוות דעת שמאי ממנה עלה לכאורה שווי גבוה של הנכס שלא כפי שהוצג בהליך הנוכחי ע"י הנתבעים.כתוצאה מכך, מינה בית המשפט המחוזי, כבוד השופט חיים טובי את שמאי המקרקעין משה נדם בהחלטתו מיום 21.3.10 כמי שיעריך את שטח המריבה. ההערכה נעשתה לצורך ההליך בין ה"ה אסן לבין צד ג' גלזרמן להערכת שווי הנכס למכירה ולא להשכרה. השמאי נדם ציין בסעיף 7.3 לחוות דעתו: "בפועל קיים חדר שינה שלישי המהווה למעשה את חדר הכביסה ההיסטורי. חדר זה מהווה חלק מהגג האחורי אשר נקבע אינו מהווה (כך במקור נ.ג.) חלק מדירת אסן ועל כן יתואר בנפרד". התיאור של הגג האחורי לרבות חדר הכביסה, מופיע בסעיף 8 לחוות הדעת, עמ' 11 שם. השמאי נדם העריך שם את שווי הנכס באבחנה בין שטח בהיתר לבין שטח שלא בהיתר, ומסתבר ממנו כי שווי הנכס לאור פסיקת בית המשפט העליון פחות משמעותית.השמאי נדם לא התייחס לערכי השימוש והשכירות בנכס האמור. עם זאת, מחוות דעתו של השמאי נדם עולה בבירור, כי חדר הכביסה הוא חדר אשר שימש כמגורים ולא כפי השמאי לוי ביקש להעריכו, כחדר המשמש למחסן.בצמוד לו שטח הגג האחורי, אשר שימש כמרפסת גג.בחוות דעת השמאי גריידי תואר הנכס והסביבה כנכס המצוי במרכז רחוב מיכ"ל, רחוב שקט בלב העיר הותיק של תל-אביב ובאזור המכיל שירותים מלאים קהילתיים, תחבורה ציבורית, רפואה, גני ילדים ופיתוח סביבתי מלא.מדובר באזור הממוקם היטב במרקם הכללי של העיר תל-אביב ובמצב פיזי ותחזוקתי טוב. לכך יש תימוכין גם בחוות דעתו של השמאי נדם אשר הוגשה בבית המשפט המחוזי. השמאי לוי אשר התייחס לנכס בחוות דעתו מיום 10.10.12 בחר לתאר את הבניין באופן לקוני כבניין בן שלוש קומות וקומת גג חלקית וגילו כשבעים שנה. יחד עם זאת גם הוא ציין בסעיף 6.2 לחוות דעתו, כי מצבו הפיזי של המבנה סביר וניכר כי עבר שיפוץ חיצוני בסיסי במהלך השנים.עוד הוסיף בסעיף 6.4 לחוות הדעת כי הנכס ממוקם במרכז תל-אביב, סמוך למרכזי תרבות, "הבימה" ו"היכל התרבות" ולמרכז הקניות "דיזנגוף סנטר" וכי באזור פיתוח סביבתי מלא. בין שתי חוות הדעת, של השמאי גריידי מצד אחד ושל השמאי לוי מצד שני, קיים פער משמעותי. נראה כי השמאי לוי הפריז כלפי מטה באופן משמעותי העומד בסתירה למצב בשטח ואף לחוו"ד של השמאי נדם בהליך בבית המשפט המחוזי.מנגד חוות הדעת של השמאי גריידי אופטימית מידי ומתייחסת לנכס כאל יחידת מגורים נפרדת למרות העדר חיבור עצמאי לחשמל, ביוב ומים בחדר. סביר לומר, כי הסכום של 1,000 ₪ לחודש, אשר נטען כי זהו הסכום שהציעה השוכרת לנציגות הדיירים, על פי סעיף 11 לתצהיר מר ברסלב, משקף במידה נכונה יותר את דמי השימוש. בע.א. 889/75 דרים בע"מ נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פד"י ל"א(2), עמ' 20, שם בעמ' 23 נקבע:"כי הדרך לחישוב גובה דמי השכירות הראויים היא ע"י הערכת דמי השכירות אשר צדדים סבירים היו מגיעים אליה בהסכמה, בדרך של מו"מ חופשי". שם נקבע, כי המקור לשומת הפיצויים נמצא בדיני עושר ולא במשפט. למרות ששני הצדדים פעלו לכמת את שווי אובדן ההנאה מן הנכס בכלי המדיד של תשלום דמי שכירות ע"י שוכר חיצוני, יש לבחון אפיקים נוספים.מן הדיירים נמנע השימוש בנכס בכל אותה תקופה. הדיירים לא יכלו להשתמש בשטח הגג האחורי ובחדר הכביסה כלל, למרות פסק דינו של בית המשפט העליון.לא רק דמי שכירות בהשכרה חופשית לצד ג' נמנעו מהם, אלא יכולת השימוש והפקת ההנאה של כלל דיירי הבניין מן הנכס.כיצד יש לאמוד אובדן הנאה? אלו דברים שאין להם שיעור. האם עומדת לדיירים זכות תביעה גם לפי פקודת הנזיקין ? **פרופ' שאול ויסמן דן** בסוגיה זו במאמרו "עקרונות של שומת דמי שימוש ראויים במקרקעין תפוסים (שכר ראוי)", הפרקליט ל"ט, חוברת ג', עמ' 584 [פורסם גם בנבו]. בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] תשכ"ח-1968 הגדרת נזק הינה: "אובדן חיים, אובדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה". בהוראות סעיף 29 לפקודת הנזיקין נאמר, כי תובע אינו יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במקרקעין אלא אם סבל ע"י כך נזק ממון. בע.א. 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל אותו איזכרנו בפסק דין זה לעיל, קבע בית המשפט העליון כי למערערת עומדת עילת תביעה בגין הסגת הגבול, אך כיוון שלא נגרם לה נזק ממון היא אינה זכאית לתשלום פיצויים. עם זאת , היא זכאית לתשלום דמי שימוש ראויים על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט. המלומד ויסמן במאמרו מצטט מדברי בית המשפט העליון, שם בעמ' 642 לאמור: "משהוכח שהמשיבה עשתה, עקב מעשה הסגת גבול, שימוש שלא כדין בשטח החניון, שהוחזק ונוהל ע"י המערערת – על התעשרותה זו עליה לשלם למערערת". בקביעת השכר הראוי, יש להתחשב בנסיבותיו של שימוש בפועל שעשתה המשיבה בנכס ובשכר הראוי שניתן היה לקבל עבורו. שם בעמ' 644.המלומד ויסמן מציין במאמרו בעמ' 586: "שנעשה שימוש שלא כדין במקרקעין עומדים לתובע סעדים מכוח שתי עילות שונות. הוא יכול לסמוך תביעתו על שתיהן ובלבד שלא יגבה פעמיים. משנקבע ע"י בית המשפט כי לא נגרם נזק, העדרו של נזק לתובע איננו שולל תביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט מנתבע, אשר הפיק רווח מנטילת זכותו של התובע". ראו עוד בהערת שוליים 9 שם, הפניה לספרו של פרופ' דניאל פרידמן "דיני עשיית עושר ולא במשפט" שאוזכר בפסק דין זה לעיל, שם בעמ' 264-265. בענייננו, הדיירים איבדו מנוחותם כאשר נמנע מהם השימוש בשטח הגג האחורי ובחדר הכביסהלא רק כשטח למגורים אלא כשטח לאחסון חפצים שונים של דיירי הבניין, שטח לשימוש ציבורי מידי פעם או לשימוש אישי נקודתי של מי מהדיירים כגון מסיבות ימי הולדת, התכנסויות וכיוצ"ב.הנאה מנכס אינה בהכרח שימוש אינטנסיבי יום יומי בו. מניעת הנאה כזו אין לאמוד אך ורק על בסיס השכרה בשוק החופשי, אלא גם על בסיס שימוש נקודתי. הערכת מניעת השימוש בשטח הגג האחורי ובחדר הכביסה מכלל דיירי הבניין, לפי עלות של שכירות חודשית בשווי 1,000 ₪ לחודש, שזהו הסכום שהוצע ע"י הדיירת על פי סעיף 11 לתצהירו של מר ברסלב, והמהווה איזון ראוי בין חוות הדעת של שני השמאים בענייננו, יביא לסכום שאינו משקף לטעמי את אובדן ההנאה לאורך תקופה.גם בתקופה של כשנה וחצי מיום 4.10.09 עד הגשת התביעה 10.4.11, היו כלל התובעים עשויים להפיק הנאה רבה מהנכס, מעל ומעבר לסך הכולל של כ- 19,000 ₪ אשר מהווה דמי שכירות של צד ג' לתקופה זו בגין המקרקעין הנ"ל. כאשר אני אומדת אובדן הנאה אפשרי של כלל דיירי הבניין מן האפשרות לעשות בשטח הגג האחורי ובחדר הכביסה שימוש בלתי מסויג לאורך התקופה הרלוונטית, אני מוצאת כי האומדן הנכון אינו בהכרח אומדן השכרת הנכס לצד ג' אלא מכלול של טובות הנאה קטנות שנמנעו מהדיירים ואשר מקצתן פורט לעיל :אובדן לאחסון חפצים גדולים בשטח הגג, אפשרות שראינו כי הנתבעים נטלו לעצמם כאשר הוצג לנגד בתמונות שצורפו כראיות עדות לאחסון בדרך של הצבת מחסן פלסטיק על ידם בשטח הגג האחורי ובחדר הכביסה, למשל התמונה ת/6, אחסון אופניים גם כן בתמונה ת/6 ועוד.אובדן אפשרות להיעזר בגג לצורך התכנסויות כאלה ואחרות שאף הן אובדן הנאה משימוש בנכס.מערכת הישיבה שהשתקפה בתמונות שצורפו כראיה בהליך הנוכחי, מלמדת כי הנתבעים עשו שימוש והפיקו הנאה משטח הגג.הנאה זו היתה יכולה להיות גם מנת חלקם של שאר הדיירים בבניין מפעם לפעם.הנאה זו נמנעה מהם והיא ברת פיצוי, בסכום אשר לטעמי אמור להיות משמעותי יותר מסכום של 1,000 ₪ לחודש כדמי שכירות. יתרה מכך, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע בסעיף 3 בו, כי שמירה על הקניין היא זכות יסוד. בענייננו, הנתבעים לא שמרו על זכות היסוד הזו של התובעים.הם מנעו מהם הנאה משטח הגג האחורי ובחדר הכביסה, גם בתקופה בה ידעו בוודאות כי בית המשפט העליון פסק שהנכס האמור הוא קניינם של התובעים ולא של הנתבעים.גם בשל כך, אני סבורה כי הפיצוי אותו יש לפסוק לזכות התובעים הינו מעל ומעבר לסכום של 19,000 ₪ המשתקף מדמי שכירות ראויים.הסכום של דמי השימוש הראויים הוא אך אינדיקציה חלקית ולא שלמה. בשורה של חיקוקים נקבע בפסיקה פיצוי ללא הוכחת נזק בסכום המועמד על 50,000 ₪ ובמקרים מסוימים כפל סכום זה עד 100,000 ₪.אומנם מדובר בפסיקה הלקוחה מתחומים אחרים כגון: דיני לשון הרע, הטרדה מינית, זכויות יוצרים ועוד.על פי חוק הגנת הצרכן, סעיף 31 א' שם, ניתן לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק עד 50,000 ₪ אם מדובר בהפרה חוזרת ונמשכת. בענייננו, ההפרה של זכויות הנתבעים היתה הפרה נמשכת, נמנעה מהם הנאה מרכושם המשותף למרות שבמשך השנים התריעו על כך ולמרות שהנתבעים ידעו היטב למצער מיום 4.10.09 כי זכותם של הדיירים הוכרה באופן חד משמעי ע"י בית המשפט העליון.בנסיבות אלה, פסיקת סכום של 50,000 ₪ בגין נזק כאמור לתקופה של שנה וחצי, עולה בקנה אחד עם המגמה שמוביל המחוקק לקבוע פיצוי אחיד בגין נזקים שאין להם שיעור. החלת כלל כזה בענייננו רלוונטית במיוחד נוכח נסיבות המשך השימוש לתקופה מיום 4.10.09 שכבר פורטו בפסק דין זה לכל אורכו. **אשר על כן, אני פוסקת, כי הדיירים לפיצוי בגין אובדן הנאה ודמי שימוש בנכס לתקופה הרלוונטית, בסך כולל של 50,000 ₪, כאשר סכום זה יהא צמוד למדד הידוע ביום 4.10.11, מועד הגשת התביעה, ועד לתשלום המלא בפועל.**  אופן חלוקת הכספים יפורט בהמשך. **הזכאים לפיצוי:** עתה אעבור לבחון את השאלה, איזו נפקות יש לתת לכך שלא כל בעלי הדירות בנכס נטלו חלק בהליך הנוכחי.כאמור, התובעים הינם בעלים של שבע מתוך עשר דירות בבניין.שתי דירות נוספות שייכות לשכנים שלא הצטרפו להליך והדירה הנוספת היא דירת הגג הנמצאת בבעלות הנתבעים.האם את הפיצוי של 50,000 ₪ אותו פסקתי לעיל יש לחלק לעשרה חלקים ובהתאם לפצות כל דירה בחלקה ?במקרה כזה יזכו גם הנתבעים בחלק מן הפיצוי וברור כי זהו אבסורד שאין להתירו.השאלה שיש להכריע בה, האם את הפיצוי יש לחלק לשבע, בין הדיירים שנטלו בפועל חלק במערכה הנוכחית בלבד או שמא יש לקחת בחשבון גם זכויות של שני הדיירים הנוספים שלא השתתפו בהליך ?מצד אחד, גם הנאתם של שני בעלי הדירות הנוספים נגרעה בדומה להנאתם של שאר שבע בעלי הדירות.מצד שני, אותם שני בעלי דירות גילו לכאורה דעתם, בהעדר הצטרפות להליך כי הם מוחלים על הנזק.אם נראה את אותם שני בעלי דירות כמוותרים ומוחלים על נזקם, מתעוררת השאלה לטובת מי הם מוותרים על נזקם.האם הויתור הוא לטובת התובעים שאז יחולק הסכום של 50,000 ₪ בין שבע בעלי הזכויות התובעים בהליך ?או שמא הויתור הוא לטובת הנתבעים דווקא ואז יש להפחית את חלקם של שני בעלי הדירות שלא הצטרפו להליך מסכום הפיצוי בו יחויבו הנתבעים? כדי לאזן בין האינטרסים של כלל הנוגעים לדבר, אני מוצאת, כי הפיצוי של 50,000 ₪ צמוד למדד אותו אני פוסקת בפסק דין זה ניתן לטובת כלל בעלי הדירות. תשע דירות נפגעו מהתנהגותם של בעלי הזכויות בדירה העשירית הלא הם הנתבעים. את הפיצוי יש לחלק, באופן בו שבע בעלי הזכויות שנטלו חלק בהליך הנוכחי ועמדו על מיצוי זכויותיהם מול הנתבעים יקבלו את חלקם בעין.חלקם של שני בעלי הדירות הנותרים יופקד בקופת ועד הבניין וישמש לצרכים כלליים לרווחת כלל הדיירים. אשר על כן אני קובעת כי הנתבעים ישלמו לתובעים סך של 50,000 ₪ צמוד למדד ונושא ריבית כחוק מיום הגשת התביעה ועד לתשלום המלא בפועל. תשלום זה יחולק בין התובעים באמצעות בא כוחם באופן כדלקמן: הסכום יחולק לתשעה חלקים. כל אחד מבין בעלי הזכויות/התובעים יקבל תשיעית מתוך הסכום. במידה ופלוני הוא בעל זכות בשתי דירות יקבל 2/9 מתוך הסכום דנן וכך הלאה.שני בעלי הזכויות בדירות שלא נטלו חלק בהליך, לא יקבלו פיצוי לידם. הסכום המגיע בגין דירתם יועבר לקופת נציגות הדיירים וישמש לרווחת כלל דיירי הבניין. **סיכום התביעה העיקרית:** לסיכום התביעה העיקרית, אני פוסקת כי הנתבעים ישלמו לתובעים סך של 50,000 ₪ צמוד למדד ונושא ריבית כחוק מיום הגשת התביעה ועד לתשלום המלא בפועל. סכום זה משקף את הפיצוי לו זכאים דיירי הבניין התובעים בגין התקופה מיום 4.10.09 ועד מועד הגשת התביעה 10.4.11.אינני פוסקת סכומים עבור התקופה שקדמה לכך, הואיל ובאותה עת נהנית פעולת הנתבעים מהגנה על פי פסיקת המפקח על המקרקעין ובית המשפט המחוזי. התשלום יבוצע באופן בו כל אחד מבעלי הזכויות בבניין יקבל תשיעית מתוך הסך הנ"ל עבור כל דירה שבבעלותו.2/9 מתוך הסכום הנ"ל המשקפות את חלקם של שני בעלי דירות שלא נטלו חלק בהליך, יועבר לקופת נציגות הדיירים עבור כלל דיירי הבניין. כמו כן, ישאו הנתבעים בהוצאות המשפט של התובעים כדלקמן: אגרות משפט א' ו- ב' צמודות למדד ונושאות ריבית כחוק, כל אחת ממועד תשלומה ועד למועד התשלום בפועל. עלויות שכר טירחת שמאי ועדים. שכר טירחת עורך דין התובעים בסך של 30,000 ₪ צמוד למדד ונושא ריבית כחוק ממועד פסק הדין ועד לתשלום המלא בפועל. **ההודעה לצד ג':** הנתבעים שיגרו בהליך הנוכחי גם הודעה לצד ג' מר גלזרמן, אשר מכר להם את הנכס כאשר לשיטתם הוא הציג את שטח הגג האחורי וחדר הכביסה כחלק מהדירה הנמכרת. בקצירת האומר מפורטות טענות הנתבעים/שולחי ההודעה לצד ג', ה"ה אסן בהודעתם שהוגשה ביום 16.6.11 לאמור: "אנו טוענים שהננו זכאים כלפיך לסעד של פיצויים ו/או השבה עקב תובענה זו על סמך נימוקים אלה: אתה מכרת לנו את הגג האחורי וחדר הכביסה השנויים במחלוקת, שבגינם אנו נתבעים כעת לתשלום דמי שימוש וזאת למרות שלא היו שייכים לך, אלא היו רכוש משותף, וכן על פי כל דין.**אם נחוייב בתשלום כלשהו לתובעים בהליך זה אנו תובעים ממך להשיב לנו תשלום זה ו/או לשלמו ישירות לתובעים במקומנו וכן לשלם את תשלום הוצאות המשפט שאנו עשויים להתחייב בהן כלפי התובעים ואת הוצאות הליכי צד שלישי אלה**". צד ג' מצדו התגונן בשלל טענות: התיישנות, פעולת השימוש בגג נעשתה בתום לב וכדין, בגיבוי פסיקה של המפקח על המקרקעין ובית המשפט המחוזי, כבוד השופטת סלומון-צ'רניאק ביום 22.9.03.פסק דינו של בית המשפט העליון היווה מבחינת צד ג' "רעידת אדמה". עמ' 82 לפרוטוקול ש' 12.צד ג' הצטרף לעמדת הנתבעים כי הסעד של סילוק יד איננו רלוונטי עוד, בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון והואיל ובוצע בפועל. אני מוצאת, כי לאחר שההליך בבית המשפט המחוזי במסגרת ת.א. 2263/98 בהודעה לצד ג' שהגישו הנתבעים שם כנגד מר גלזרמן, הסתיים בפסק דינו של כבוד השופט טובי, למעשה אין מקום להמשיך את הפולמוס בין אותם צדדים בהליך שלפני. ההליך בבית המשפט המחוזי בין הנתבעים לבין צד ג', נסב על שאלת הפיצוי הכספי שלטענת הנתבעים/שולחי ההודעה שם וכאן, הם זכאים לקבל מאת צד ג' בגין העובדה שהדירה נמכרה להם כדירה אליה מצורף חדר על הגג וכן חלק משטח הגג ובפועל הסתבר, כי מדובר בדירה רגילה ללא זכויות בגג. בית המשפט המחוזי בחן שם את הליך המכירה בין הצדדים ואת הפיצוי שהנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג' היו זכאים להם נוכח פסק דינו של בית המשפט העליון שאיין את הזכויות בגג לדירה זו. בית המשפט המחוזי, כבוד השופט טובי קבע, כי שולחי ההודעה לצד ג': "רכשו את הממכר במודע ותוך נטילת סיכון ששטח הגג האחורי לא יהווה חלק מהממכר".**שם בעמ' 15 של פסק הדין מיום 5.3.13.** ההודעה לצד ג' שם התקבלה בחלקה.כבוד השופט טובי אמד את נזקם הכלכלי של שולחי ההודעה לצד ג' כתוצאה מהסכום ששילמו ביתר לצד ג' וחייב אותם להשיב להם מתמורת הממכר סך של 123,725 ₪ בתוספת הצמדה וריבית כחוק מיום כריתת חוזה המכר 23.11.97 ועד לתשלום המלא בפועל. הנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג', באו אפוא לכלל פיצוי מלא על הנזק הכלכלי שנגרם להם כתוצאה מרכישת חלק הגג האחורי וחדר הכביסה יחד עם הזכויות בדירה בקומה העליונה. השימוש הפסול שעשו הנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג' בשטח הגג האחורי ובחדר הכביסה מיום מתן פסק דינו של בית המשפט העליון, אינו באחריותו של צד ג'. זו היתה החלטה של הנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג' בלבד. צד ג' אינו נושא באחריות לכך, ששולחי ההודעה החליטו להמשיך ולהשתמש בשטח המריבה גם לאחר שניתן פסק דינו של בית המשפט העליון ולא סילקו ידם ממנו לאלתר. הנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג' זכו לפיצוי מלא על פי פסיקת כבוד השופט טובי בבית המשפט המחוזי, בגין עיסקת המכר בינם לבין צד ג' משנת 1997. הנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג' פוצו קניינית בשל התשלום העודף ששילמו עבור שטח הגג האחורי ובחדר הכביסה.הנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג' לא חויבו לשלם לדיירים דמי הנאה ושימוש בשטח הגג האחורי ובחדר הכביסה בגין התקופה בה היו פסקי הדין של המפקח על המקרקעין ושל כבוד השופטת סלומון-צ'רניאק מיום 22.9.03 בתוקף. הנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג', חויבו לפצות את דיירי הבניין רק בשל השימוש אותו עשו בשטח הגג האחורי ובחדר הכביסה, לאחר שזכויותיהם נשללו מפורשות בפסק דין של בית המשפט העליון. זוהי החלטה בה צד ג' גלזרמן לא נטל שום חלק ואין להשית עליו אחריות כלכלית בגינה. אני מוצאת, כי הפיצוי שהוענק לשולחי ההודעה לצד ג' ע"י בית המשפט המחוזי הנכבד, פותר את המחלוקת הקניינית כתוצאה מהליך המכירה של הנכס כשהוא מכיל חלקים אשר בדיעבד הסתבר כי אינם מהווים חלק מן הדירה.על אחת כמה וכמה, כאשר בית המשפט המחוזי, השופט טובי, קבע מפורשות כי מדובר בסיכון מחושב שהנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג' היו מודעים לו מראש. אין מקום להרחיב את גדר הפיצוי לתקופה בה האחריות להמשך השימוש הייחודי של הנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג' ומניעת שימוש והנאה כאמור מיתר הדיירים בבניין, והתובעים בכלל זה, היתה אך ורק של הנתבעים / שולחי ההודעה לצד ג'. **אשר על כן, אני דוחה בזאת את ההודעה לצד ג'.**  **סיכום ההודעה לצד ג':** אני קובעת, כי שולחי ההודעה לצד ג' כבר נפרעו את המגיע להם בגין עסקת המכר באמצעות פסק דינו של כבוד השופט טובי בת.א. 2263/98 מיום 5.3.13. הסכום בו חויבו שולחי ההודעה לצד ג' בתביעה העיקרית בהליך הנוכחי, מקורו בהמשך שימוש פסול שעשו באופן ייחודי בשטח הגג האחורי ובחדר הכביסה ממועד מתן פסק דינו של בית המשפט העליון 4.10.09 ואילך. שימוש זה היה באחריותם ובהחלטתם הבלעדית, ואין להשית על צד ג' כל חבות בגין חיובם בסכום הפיצוי האמור. **ההודעה לצד ג' נדחית בזה.**  אני מחייבת את הנתבעים בתשלום הוצאות צד ג' בהליך הנוכחי בסך של 15,000 ₪ צמוד ונושא ריבית ממועד מתן פסק הדין ועד לתשלום המלא בפועל. בקביעת סכום ההוצאות התחשבתי בחלקו של צד ג' בהשתלשלות האירועים שגרמה גם להליך הנוכחי. **ניתן היום, ג' סיוון תשע"ה, 21 מאי 2015, בהעדר הצדדים.** 

|  |
| --- |
| **נועה גרוסמן, שופטת**  **סגנית נשיא** |