



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

לפני כבוד השופט דורון חסדאי

המבקשת **דנקר בירגר בע"מ**
ע"י ב"כ עו"ד שגית אביבי גליקסמן

נגד

המשיבים 1-23 ו-המשיבים 26-193
1. אמיר אליאסי ואח'
ע"י ב"כ עו"ד יאיר נקר

24. אריה הבר
25. מריאנה הבר
ע"י ב"כ עו"ד אריה הבר

פסק דין

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21

רקע כללי וטענות הצדדים בקצירת האומר

1. לפניי תובענה לסעד הצהרתי, במסגרתה מתבקש בית המשפט:
 - א. ליתן סעד הצהרתי לפיו מגבלות המוטלות על שתי דירות קרקע בבניינים הידועים כגוש 6628 חלקות 823 ו-824 שברח' רקנאטי 2 ו-4 בתל-אביב, אשר מגבילות את השימוש בדירות למגורי שומר/חצרן/מפקח – בטלות (להלן: "הדירות" או "יחידות השומר").
 - ב. להורות על מחיקת הערת האזהרה הרשומה בפנקס רישום המקרקעין לעניין זה ולהורות על תיקון תקנון הבית המשותף, בהתאמה.
2. יודגש כי בדיון שהתקיים ביום 16.7.18 קבלה ב"כ המבקשת את הערת בית המשפט כי הגדרת הסעד כאמור בסעיף 1א לעיל, תהא ביטול המגבלות מעתה ואילך ולא שהן בטלות מיסודן (עמוד 1 לפרוטוקול, שורות 21-22).
3. לטענת המבקשת, אשר רכשה את הזכויות בדירות ביום 14.1.14 מחברת שיכון ובינוי נדל"ן, עניינה של תובענה זו בהסרת מגבלה ארכאית ובלתי מוצדקת הרובצת על שתי הדירות לעיל ולפיה ניתן לעשות בדירות שימוש רק לצורכי מגורי שומר/חצרן/מפקח. המבקשת מדגישה כי במשך עשרות שנים לא נעשה שימוש בדירות לצורך האמור, זאת על אף שבמסגרת התדיינות משפטית שהתקיימה בשנות ה'80 בין דיירי אחד הבניינים לבין החברה היזמית, טענו הדיירים כי קיים צורך בבעלי התפקידים הנ"ל שיתגוררו בבניין והם עמדו על זכותם למנות בעל תפקיד כאמור. ההתדיינות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

1 הממושכת הנ"ל הגיעה לכלל סיום בפסקי דין שהאחרון בהם הוא משנת 1991 ושבמסגרתו נתקבלה
2 תביעת הדיירים.

3

4 4. לטענת המבקשת, לדיירים (המשיבים) ברור היטב כי הנסיבות בהן הוטלה המגבלה על
5 הדירות אינן רלוונטיות עוד, ולמעשה הם אף הודו בכך בפה מלא בשנת 2015 במסגרת הליך משפטי
6 נוסף שהתקיים בין הצדדים (ת"א 10-15-19508). לדבריה, הדיירים מצידם סיכלו ועודם מסכלים
7 את השכרת הדירות ואף ממאנים לשלם דמי שימוש ראויים למבקשת, כפי שהיה עליהם לעשות,
8 ככל שהיו הדירות מאוכלסות על ידי שומר/חצרן/מפקח.

9

10 **הליכים משפטיים שהתקיימו בעבר**

11

12 5. המבקשת טוענת כי במהלך שנות ה'70 יזמה חברת שיכון עובדים את הקמת הבניינים, כל
13 אחד בן 17 קומות כאשר בכל קומת קרקע מצויה דירת מגורים בשטח ברוטו של 42.31 מ"ר. הדירות
14 היו במקור בבעלות שיכון עובדים ובשנת 2014 נמכרו למבקשת.

15

16 6. בשנת 1981 הגישו דיירי הבניין ברח' רקנאטי 2 תביעה נגד שיכון עובדים ונתבעות נוספות
17 בגין ליקויי בנייה, תביעה שנתבררה בת"א 1041/81. עוד עתרו הדיירים לקבלת סעד הצהרתי לפיו
18 לא תוכל שיכון עובדים לשכן בדירות הקרקע שבעלותה אלא שומר/חצרן/מפקח. במסגרת התביעה
19 נטען בין היתר כי "הנתבעת התחייבה במפורש ו/או מכללא ו/או בעל פה כי לבניין תהא דירת שומר
20 ולשם כך אף בנתה דירה מיוחדת בקומת הקרקע, עד היום לא אוכלסה דירת השומר וזאת בניגוד
21 לדרישת התובעים" (סעיף 17 לכתב התביעה).

22

23 7. לטענת המבקשת, בית המשפט קיבל את התביעה וקבע בין היתר כי "שיכון עובדים אינה
24 רשאית לאכלס את הדירה הנ"ל במי שישתמש בה למטרה אחרת מאשר מגורי חצרן, שומר או
25 מפקח על הבניין, ועליה לשכן בדירה שומר, מפקח או חצרן כנ"ל ובלבד שנציגות הבניין תתחייב
26 בפניה תוך 30 יום לשאת בשכרו של המשתכן בדירה בתפקיד חצרן/שומר/מפקח כאמור בגובה
27 המקובל בשוק". עוד נקבע בפסק הדין כי "כמובן, אין בהגבלה זו כדי להפקיע את הדירה מהרכוש
28 שהוצא מגדר הרכוש המשותף והשייך לכאורה לשיכון עובדים כבעלת הזכויות בדירה, זולת הזכות
29 לשכן בה כל מי שהיא חפצה כאמור מוגבלת".

30

31 8. המבקשת מציינת כי בהמשך הגישו הדיירים לבית המשפט המחוזי בקשה (המ' 3566/86),
32 בגדרה ביקשו כי תוענק להם הזכות לבחור את זהות השומר, אולם בקשתם נדחתה. על פסק דין זה
33 הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 209/87), אשר קיבל את טענת הדיירים לעניין הגורם אשר
34 ימנה את השומר/חצרן/מפקח וקבע בפסק דינו כי "אין כל טעם בדבר, כי השומר/חצרן יתמנה לפי
35 בחירת המשיבה 1... שעה שעליו למלא את תפקידיו עבור הדיירים ולפי צורכיהם ושכרו משולם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 על ידיהם. מה עוד כי מינויו על ידי המשיבה 1 עלול אף להרבות סכסוכים ולהביא לניגודי
2 אינטרסים בין הצדדים". כן נקבע בסיפת פסק הדין כי "הערעור בע"א 209/87 יתקבל וייקבע כי
3 הזכות למינוי השומר/חצרן נתונה למערערים" (העתק פסק הדין צורף כנספח 1). פסק הדין בבית
4 המשפט העליון ניתן ביום 10.6.91, לפני למעלה מ-26 שנים.
5
6 9. המבקשת מציינת ומדגישה כי ביום 12.10.15 הגישו דיירי רקנאטי 2 תביעה לצו מניעה זמני
7 במסגרת התובענה לעיל ועתרו למתן צו האוסר "על המשיבה לעשות כל פעולה שעניינה השכרת
8 הנכס לצד ג שלא למטרת דירת שומר ו/או חצרן". הדיירים טענו כי אין להתיר את שינוי המצב
9 הקיים וכי אם תושכר הדירה למי שהוא לא שומר/חצרן ייגרם להם לכאורה נזק כבד. כמו כן טענו
10 בסעיף 44 לבקשה כי "צו מניעה זמני ימנע מהמשיבה להשכיר את הנכס שלא למטרתו הייעודית
11 קרי דירת שומר ו/או חצרן לרבות גביית כספים מצד ג בגין השכרת הנכס ו/או בעלי הדירות בבניין
12 הינו סעד חיוני בנסיבות העניין" (ת"א 15-10-19508) (העתק הבקשה לצו מניעה ללא נספחים צורף
13 כנספח 8; העתק תגובת המבקשת צורפה כנספח 9; העתק תגובת הדיירים צורפה כנספח 10).
14
15 10. לשיטת המבקשת, דיירי הבניין ברח' רקנאטי 2 הודו בפה מלא כי כלל אין להם צורך
16 בשומר/חצרן בניגוד גמור לנטען בבקשה לצו מניעה זמני ובכתב התביעה מטעמים. לטענתה, ביום
17 29.11.15 ניתנה החלטת בית המשפט, בה נקבע בין היתר כמפורט בסעיף 55 להמרצת הפתיחה.
18 המבקשת מציינת כי לבסוף ביקשו דיירי הבניין ברח' רקנאטי 2 למחוק את התביעה, וזו נמחקה
19 בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 16.12.15.
20
21 **תשובת המשיבים**
22 11. בפתח הדיון שהתקיים ביום 16.7.18 ציין ב"כ המשיבים במענה לשאלת בית המשפט כי
23 שולחיו אינם עומדים על טענת העדר הסמכות העניינית (עמוד 1 לפרוטוקול, שורה 11).
24
25 12. לטענת המשיבים לגופה של תובענה, המבקשת מעוניינת באמצעות תובענה זו להפוך את
26 החלטת בית המשפט העליון בע"א 209/87 מיום 10.6.91. לדבריהם, לו פעלה המבקשת בתום לב,
27 היה עליה לבקש מבית המשפט העליון לקיים דיון חוזר בתקיפה ישנה בדרך של תקיפה ישירה של
28 הגשת תביעה לביטול פסק דין. לדבריהם, בית המשפט העליון נתן פסק דין. פסיקתו סופית וקיים
29 מעשה בית דין של השתק פלוגתא והמבקשת מנועה מלהעלותו בשנית. לפיכך יש לדחות את המרצת
30 הפתיחה על הסף עקב מעשה בית דין עקב השתק פלוגתא.
31
32 13. המשיבים מציינים כי הבניינים נבנו על ידי שיכון עובדים על פי היתר בנייה מיום 29.1.74.
33 בהיתר זה הוגדר כי בקומה התחתונה יחידות השומר הינן "חדר מפקח" (העתק היתר הבנייה צורף
34 כנספח 3 לתשובה; העתק מפרט טכני שצורף לחוזה הרכישה של המשיבים צורף כנספח 4).
35 לדבריהם, יחידות השומר מושא המחלוקת הינן שתי יחידות בשטח של 33.44 מ"ר המצויות כל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 אחת בקומת הקרקע של הבניינים. ליחידת שומר בתת-חלקה 1 צמודים 7 מחסנים. ליחידת השומר
2 בתת-חלקה 62 צמודות 9 חניות (העתק נסח רישום של יחידות השומר צורף כנספח 2).
3
4 14. המשיבים מדגישים כי המבקשת רכשה ביוזמתה את שתי יחידות השומר מושא המחלוקת,
5 להן צמודות 7 חניות ו-7 מחסנים. לטענתם המבקשת שילמה בגין יחידות השומר מחיר אפסי כראוי
6 לשווי השוק של יחידות שומר. המבקשת ידעה כי הממכר מהווה יחידות שומר והמוכרת הבהירה
7 זאת חזר והבהר בהסכם מכר יחידות השומר. בגין המחיר האפסי אותו שילמה המבקשת, קיבלה
8 המבקשת משיכון עובדים בנוסף לשתי יחידות השומר גם 7 מחסנים ו-7 חניות, כל החבילה כולה
9 במחיר אפסי וכולל של 350,000 ₪.
10
11 15. המשיבים טוענים כי במהלך שנות ה-80 ותחילת שנות ה-90 דן בית המשפט במעמדן של
12 יחידות השומר והנושא הוכרע, תם ונשלם. יחידות השומר הן יחידות לשימוש של שומר או מפקח
13 בלבד. כך נקבע על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים בת"א 1041/81 מיום 10.11.86 (ר' הנטען
14 בסעיף 12 לתשובה).
15
16 16. לדבריהם, לאחר מתן פסק הדין פנו דיירי הבניין ברח' רקנאטי 2 לבית המשפט בהמרצה
17 2566/86 בבקשה להבהיר כי הדיירים הם אלה שיקבעו את זכות השומר. בית המשפט דחה את
18 בקשתם. הוגש ערעור לעליון (ע"א 867/86 וע"א 209/87). בפסק הדין מיום 10.6.91 אישר בית
19 המשפט העליון את פסק דינו של בית המשפט המחוזי והוסיף כי על שיכון עובדים נאסר להעביר,
20 למכור, להשכיר או למסור את זכויותיה ביחידות השומר.
21
22 17. לטענת המשיבים, הם לא יאפשרו כל שימוש אחר ביחידות השומר בניגוד לקבוע בתקנון
23 הבית המשותף, בהערת האזהרה ובפסק דינו של בית המשפט העליון. לדבריהם, הם לא יקיימו עם
24 המבקשת כל מו"מ בנוגע ליחידות השומר. לטענתם, המבקשת קנתה את יחידות השומר אשר
25 ישמשו למגורי שומר אשר זהותו תיקבע על ידי המשיבים.
26 הערת האזהרה, תקנון הבית ופסק דינו של בית המשפט העליון אינם מחייבים את המשיבים למנות
27 שומר. המשיבים זכאים, אם ירצו בכך, למנות שומר ולשכנו ביחידות השומר, זכאים ובהחלט לא
28 חייבים. אלו הן בדיוק הוראות פסק הדין של בית המשפט העליון. יחידות השומר אינן מייצרות
29 חובה כלשהי ביחס למשיבים. למשיבים קיימת זכות ולא חובה.
30
31 18. בשולי הדברים יצוין כי ביום 28.5.18 הגישה המבקשת תובענה כספית על סך 455,356 ₪
32 כנגד המשיבים בבית משפט השלום בתל-אביב-יפו (ת"א 60269-05-18), בגין דמי שימוש ראויים
33 להם היא זכאית, לטענתה, מכוח היותה בעלת הדירות (יחידות השומר) ומי שזכאית ליהנות
34 מפירותיהן. לשיטת המבקשת בתובענה זו, הטענה לפיה המשיבים פטורים מתשלום דמי שימוש אם
35 יחליטו שלא לאייש את הדירות בשומר היא לא הגיונית, מנוגדת לדין וחסרת תום לב.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

1
2 19. ביום 5.2.19 נשמעו הראיות בתיק. מטעם המבקשת נחקר מנהלה מר דניאל בירגר (להלן :
3 **"בירגר"**) (ר' עמודים 7-51 לפרוטוקול). מטעם המשיבים נחקר מר אבי לביא (ר' עמודים 52-76
4 לפרוטוקול).

5
6 20. ביום 30.4.19 נשמעו סיכומי הצדדים עליה. למרבה הצער, הפרוטוקול המתומלל הוטמע
7 למערכת "נט המשפט" רק ביום 16.7.19 וזאת לאחר מספר החלטות שניתנו על ידי בית המשפט
8 ביום 5.6.19, 26.6.19 ו-30.6.19, להחשת הטיפול אל מול חברת ההקלטות.

9

10 **דיון והכרעה**

11

12 21. לאחר שנתתי דעתי לטיעוני הצדדים ובחנתי הראיות שבאו בפני, באתי לכלל מסקנה כי
13 דין התובענה שלפניי להידחות.

14

15 22. כמפורט מעלה המחלוקת בתיק זה עניינה שתי יחידות השומר' ואין עניינה בחניות שאף
16 הן נרכשו ע"י המבקשת (ר' עדות בירגר בעמוד 20, שורה 32; עמוד 21, שורות 2-3).

17

18

תיעוד ומצב רישומי

19 23. בנסח רישום המקרקעין של יחידת השומר (בגוש 6628 חלקה 823 ת"ח 1) נרשם בין היתר
20 בתיאור הדירה **"דירת שומר"**, קרקע, בשטח 33.44 מ"ר, בבעלות המבקשת. כן מופיעה הערה
21 בהתאם לשטר מס' 26122/1996 מיום 18/7/96 בה נאמר **"הערה לפי צו בימ"ש סעיף 130"**. בית
22 המשפט הינו ביהמ"ש המחוזי בירושלים. בהערות נרשם: **"תיק בימ"ש ת.א. 1041/81 מיום**
23 **11.6.86"**.

24

25 24. בנסח רישום המקרקעין של יחידת השומר (בגוש 6628 חלקה 823 ת"ח 62) נרשם בין היתר
26 בתיאור הדירה **"דירת שומר"**, קרקע, בשטח 33.44 מ"ר, בבעלות המבקשת. כן מופיעה הערה
27 בהתאם לשטר מס' 26122/1996 מיום 18/7/96 בה נאמר **"הערה לפי צו בימ"ש סעיף 130"**. בית
28 המשפט הינו ביהמ"ש המחוזי בירושלים. בהערות נרשם: **"תיק בימ"ש ת.א. 1041/81 מיום**
29 **11.6.86"** (ר' נספח 2 לתשובת המשיבים).

30

31 25. כנספח 3 לתשובת המשיבים צורף העתק צילומי של היתר בנייה מס' 775 ביחס לגוש 6628,
32 בעל היתר הינה חברת "שיכון עובדים בע"מ" בו נאמר בין היתר כי הותר לבעל היתר להקים
33 במקום בין היתר **" בנין בית מגורים בן 15 קומות...בקומה א' -..חדר מפקח..."**.

34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

26. כנספח 4 לתשובת המשיבים צורף העתק מפרט ביחס לבניין ברח' רקנאטי 2 בו נאמר בין היתר בסעיף 2 נושא הכותרת " תאור המבנה" נאמר בין היתר "ח' מפקח ומחסנים (דירת שומר)" (שם בסעיף 2.3). בתיאור "הרכוש המשותף" נאמר בין היתר כי חלקים המוצאים מהרכוש המשותף הינם "מחסנים בקומת ביניים, ח' מפקח (דירת שומר) בקומת עמודים ומקומות חניה למכוניות".

27. בסעיף 8 תקנון המוסכם בהתאם לסעיף 62 לחוק המקרקעין, נקבע כי " הבעלים של דירות 823,824/1 ו-823,824/62 יהיו מנועים מלהעביר, למכור, להשכיר, להרשות למסור או לשעבד את זכויותיהם בדירות, מבלי שבהסכם ההתקשרות, בין בכתב ובין בע"פ יותנה במפורש כי השימוש בדירות יהיה אך ורק למגוריו של אדם שישמש כחצרן, מפקח או שומר של הבנין או לצרכים הנ"ל, ובלבד ששכרו כמקובל בשוק ישולם ע"י נציגות הבית המשותף. בכפוף לאמור לעיל הזכות למינוי השומר – החצרן נתונה לנציגות הבית המשותף" (ר' נספח 6 לתשובת המשיבים).

ידיעת המבקשת אודות מגבלת השימוש בדירות

28. אין חולק כי במועד רכישת שתי הדירות (והחנייות) המבקשת היתה מודעת לקיומה של מגבלת שימוש והניצול הקיימת ביחס ליחידות שומר, מגבלה אלה אשר רשומה בתקנון הבית וכי נרשמה הערת אזהרה בגינה (ר' עדות בירגר בעמוד 7 שורה 29; עמוד 10 שורות 24-32 ועמוד 11 שורה 1).

29. כך בהסכם המכר בין המבקשת לבין שיכון ובינוי נדל"ן מיום 14.1.14 (נספח 7 לתשובת המשיבים) תוארו יחידות השומר במפורש (ר' בסעיף 1.6 רישא - "הממכר") ובהמשך בסיפה צויין במפורש בהגדרה שכותרתה "מגבלת הניצול" כי "המגבלות החלות על ניצול הזכויות בממכר הכל כמפורט בסעיף 8 לתקנון הבית המשותף ועל פי פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים ב- ת.א. 1041/81... וכן על פי פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 867/86 ו-ע"א 209/87...." (פסקי הדין צורפו כנספחים ה רו להסכם המכר).

30. המבקשת הצהירה בגדרו של הסכם המכר כי היא רוכשת את הממכר במצבו כפי שהוא (as is) משפטית ופיזית לאחר שבחנה את כל העובדות הרלוונטיות להתקשרותה (ר' סעיף 4.1) וכי בין היתר ידועות לה "מגבלות הניצול כהגדרתן לעיל בסעיף 1.6. וכי בחן את הוראות תקנון הבית המשותף בענין הממכר ומגבלות הניצול, קרא את פסקי הדין..." (ר' סעיף 4.3).

31. ביחס למגבלת הניצול באשר לשתי יחידות השומר הנ"ל העיד בירגר בין היתר כי:

32	מר בירגר:	כן, כתוב: המגבלות החלות על ניצול הזכויות בממכר, הכול
33		כפוף בסעיף 8 לתקנון הבית המשותף על פי פסק דינו של בית
34		המשפט המחוזי.
35	כב' השופט:	לאיזה סעיף אדוני מפנה?
36	מר בירגר:	ב"הואיל" האחרון.
37	עו"ד נקר:	סעיף 1 בהגדרות, ההגדרה האחרונה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 מהגדרה האחרונה אחרי "הואיל", סליחה, 1.6 בסיפא. מר בירגר :
2 עמוד 3 בהסכם. עו"ד נקר :
3 בסדר, מגבלת הניצול. כן? כב' השופט :
4 כן. "כל כמפורט בסעיף 8 לתקנון הבית המשותף ועל פי פסק מר בירגר :
5 דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בתביעה אזרחית".
6 כב' השופט :
7 אין צורך. מר בירגר :
8 אוקיי. עו"ד נקר :
9 בסעיף 4.2 לאותו הסכם, "המבקשת מצהירה שידוע לה
10 שהיא מבינה היטב את המשמעויות הכרוכות בהתקשרות,
11 בכלל זה במגבלת הניצול והשימוש" זה אכן מה שהצהרתם
12 ואמרתם באותה עסקה?
13 כן, במישור היחסיים בין המוכר לקונה (עמוד 8, שורות 28-
14 32; עמוד 9, שורות 1-11).
- 15 בהמשך העיד בירגר ביחס למגבלת השימוש :
16 מר בירגר :
17 וזה גם נרשם בתקנון הבית המשותף. שאומר שצריכים ליידע
18 את הקונה במגבלה.
19 לא ליידע אלא שזה מוגבל בזה. עו"ד נקר :
20 מוגבל, בסדר. מר בירגר :
21 לא ליידע, זה מוגבל בזה. עו"ד נקר :
22 אבל אני לא חושב שיש מחלוקת. מר בירגר :
23 יש הבדל גדול בין ליידע לבין שזה מוגבל. בצורה הזאת. ואתה
24 מודע לזה שגם נרשמה הערת אזהרה בגין ההגבלה הזאת?
25 אכן כן. מר בירגר :
26 אוקיי, את כל הדברים האלה ידעת? עו"ד נקר :
27 אכן כן. מר בירגר :
28 [...] מר בירגר :
29 אז עוד פעם, יש שני משורים. מישור אחד זה מישור היחסים
30 ביני לבין המוכר. גם כשאדם קונה קרקע חקלאית, מסבירים
31 לו: אדוני, זו קרקע חקלאית, אסור לך לעשות שום שימוש
32 למעט חקלאות. עדיין זה לא סותר ...
33 [...] מר בירגר :
34 אז אני מסביר, זה לא סותר את העובדה שאפשר לקנות נכס
35 חולה ולרפא אותו. התייעצתי עם מספר עורכי דין בכירים
36 בתחום ...
37 [...] מר בירגר :
38 אתה מודה שקנית נכס חולה.
39 שנייה אחת, ידעתי שאני קניתי נכס חולה, בוודאי, ואפשר
40 לרפא אותו. כי למשל פסק הדין לא קוים על ידי הדיירים.
41 [...] מר בירגר :
42 מכל מקום, ידעת שאתה קונה נכס שהשימוש בו מוגבל.
43 ידעתי ואין לי טענות כלפי שיכון ובינוי, הבהירו לי את
44 הדברים ואני לא בא אליהם בשום טענה, טרוניה וכדומה.
45 הבהירו והסבירו. מר בירגר :
46 אוקיי. עו"ד נקר :
47 ועדיין זה לא סותר שאני יכול לתקן ולרפא (עמוד 10, שורות
48 24-32; עמוד 11, שורות 1-27).
- 49 32. למעלה מכך בירגר הדגיש ולא הסתיר ברוב הגינותו, כי המבקשת רכשה את יחידות השומר
50 ואת שבעת המחסנים ושבע החניות תמורת הסך של 350,000 ₪ + מע"מ. לדבריו, שיכון ובינוי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

1 "הציעו לי את הנכס, אמרו שזה מה שהם מבקשים, התאים לי, שילמתי, קניתי, גמרתי את
2 התמורה" (עמוד 19, שורות 11-31). ובהמשך:
3 **כב' השופט:** מר בירגר, מה שטוען מר נקר, שקנית את ה- 350 פלוס
4 מע"מ, קנית נכס עם גיבנת שאתה יודע מראש שהיא קיימת
5 ושילמת מחיר של נכס עם גיבנת.
6 **מר בירגר:** אכן כן.
7 [...]
8 **מר בירגר:** בסדר, מותר לתקן, להסיר גיבנות (עמוד 20, שורות 11-21).
9 (ר' גם סיכומי המבקשת בעמוד 80, שורות 27-32; עמוד 81, שורות 1-6).

10

11

טענות המבקשת בסיכומיה בקצירת האומר

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

33. ב"כ התובעת ציינה כי לשיטתה המבקשת, קיים פסק דין שהנתבעים לא מקיימים אותו (עמוד 23, שורות 31-32). לדבריה, "אני לא חושבת שצריך לבטל פסק דין שלא קיים" (עמוד 24, שורה 7). כמו כן ציינה ב"כ המבקשת כי "אבל זה חשוב כי זה באמת הלב של התביעה. הטענה השנייה היא שגם פסק דין שניתן בשנות ה- 80 על ידי בית משפט מחוזי שיש מאז שינוי נסיבות שהוא גם עובדתי אבל גם משפטי, אנחנו מדברים היום על מצב שיש לנו זכות קניין שהיא זכות חוקתית. המצב הזה לא היה פסק הדין, אנחנו מדברים על שינוי עובדתי שהיה צורך" (עמוד 24, שורות 17-21). כמו כן טענה ב"כ התובעת כי טענת שולחנת הינה כי מלכתחילה לא היה צורך לנתבעים במגבלת השימוש על דירות השומר (עמוד 28, שורות 9-13). (ר' לעניין זה אף את עדות בירגר בעמוד 25, שורה 32; עמוד 26, שורות 11-12; עמוד 27, שורות 11-12; עמוד 47, שורות 16-20).

34. כך גם טענה ב"כ המבקשת בסיכומיה בין היתר כי לאור שינוי הנסיבות ומכוח עקרון תום הלב קיימת חובה לשנות את הפרשנות שניתנה ביחס למגבלת השימוש ביחידות. כי ברבות השנים התברר שהמשיבים לא זקוקים לשומר (או בעל מקצוע אחר) ומכאן עולה שהמסד העובדתי עליו היה מושתת פסק הדין של בית המשפט המחוזי השתנה בתכלית שינוי והוא לא רלוונטי יותר. לדבריה המשיבים הודו שאין להם צורך בשומר ולכן אין לכפות אותו עליהם (עמוד 89, שורות 24-32; עמוד 90, שורות 1-8). עוד נטען כי ההתעקשות הבלתי מתפשרת של המשיבים בנוגע לזכותם למנות שומר באם יחליטו כך למרות שהם יודעים כי לא עשו כן ושאיין להם צורך בכך היא התעקשות בחוסר תום לב. המבקשת מדגישה כי לא תיגרם למשיבים כל פגיעה אם ישוכן בדירה מישוהו אחר, שומר, בין אם זה יהיה שומר מפקח או סטודנט, "אלא שהם רוצים לשמר את המצב הקיים בו מצד אחד הדירה ריקה, יש להם שקט. מצד שני הם לא נדרשים לשלם לא את שכר השומר, שכר עבודה, לא שכר דירה וזה מתאים להם" (עמוד 90, שורות 26-32; עמוד 91, שורות 1-27).

35. עוד יצויין כי לטענת המבקשת בסיכומיה לא ניתן להסתפק בתביעת דמי השימוש על מנת לפצות את המבקשת על סרבנות המשיבים באמצעות תשלום דמי שכירות על הדירות שעומדות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 ריקות. לשיטתה, בשל עקרון תום הלב ושינוי הנסיבות המהותי שחל מאז פורש אותו מפרט, אין
2 להחיל יותר את ההתחייבות הגלומה בצמד המילים "דירת שומר" (עמוד 89, שורות 3-16).
- 3 המבקשת בדעה כי פרשנות חוזה יכולה להשתנות ברבות השנים בהתאם לשינוי הנסיבות, והיא
4 מיקדה דבריה על פרשנות הסעיף המסוים במפרט. לשיטתה, חוזה נועד לחיות בתוך סביבתו ולהיות
5 מושפע משינויים שהזמן גרמם. בענייננו, המשיבים עצמם הם שהפכו את אותו סעיף במפרט לאות
6 מתה כאשר נמנעו במשך עשורים מלמנות שומר והשתלטו על הדירות לשימוש פרטי, וניתן לראות
7 בכך שינוי חוזה על דרך התנהגות. לטענת התובעת, שינוי הנסיבות הוא מהותי, נובע מהתנהלות
8 המשיבים עצמם ולכן קיימת הצדקה לפרש אחרת את אותו סעיף במפרט, ובמיוחד כאשר הותרת
9 מגבלת השימוש פוגעת פגיעה קשה בזכות הקניין של המבקשת (עמוד 9, שורות 9-26).
- 10
- 11 36. כן נטען בסיכומים מטעם המבקשת כי גם אם פסק הדין לא היה מותנה והוא חל על דיירי
12 שני הבניינים, הרי שהביצוע שלו מעצם טבעו "הולך ומתמשך, הוא לעולם לא יכול להיות סופי
13 ותמיד ניתן לשינוי או לביטול במקרה של שינוי נסיבות מהותי". לשיטת המבקשת, משום טבעו
14 של פסק הדין שקובע זכויות וחבויים לעתיד, הוא פוסק במערכת יחסים הולכת ומתמשכת, הרי
15 שהוא מביא לסיומה את המחלוקת באורח זמני ומותנה בלבד, וכאשר ביצעו של החיוב שבפסק
16 הדין הופך בלתי צודק כלפי אחד מבעלי הדין קמה לאותו בעל דין עילה לפתוח בדיון מחודש
17 במחלוקת "על מנת להתאים את הפסק למציאות העובדתית החדשה שנוצרה" (עמוד 92, שורות
18 29-32; עמוד 93 עד עמוד 97, שורה 14).
- 19
- 20 37. בחינה קרובה ומדוקדקת של טיעוני המבקשת כפי שנחשפו במהלך שמיעת הראיות מלמדת
21 כי למעשה עסקינן בסכסוך שהמניע שלו כספי. טוענת המבקשת (אשר רכשה את יחידות השומר רק
22 בשנת 2014) וזהו לב ליבה של תובענתה - כי לאור העובדה שהמשיבים אינם מאכלסים את הדירות
23 ואינם עושים בהן שימוש, נפגעת זכותה לקבלת דמי שכירות/דמי שימוש ראויים בגין השימוש
24 בדירות. זהו המניע האמיתי לתביעה. נוכח העובדה שהמבקשת אינה מקבלת לשיטתה תשלום בגין
25 הדירות הנ"ל - תשלום לו היא זכאית לו הן היו מאוכלסות - עותרת היא כעת לביטולה של מגבלת
26 השימוש, מן הטעם של שינוי נסיבות.
- 27
- 28 38. ראו לעניין זה עדות בירגר המפורשת כדלהלן:
- 29 מר בירגר: יכול להיות שאם היה שכר דירה עם חוזה טוב עם דיירים,
30 אז המחיר היה קצת שונה, כן? אם שיכון ובינוי הייתה
31 מחזיקה במפתח והיה שכר דירה של 5000 שקל בחודש...
32 [...]
- 33 מר בירגר: הם היו משלמים שכר דירה.
34 כב' השופט: כרגע אתה אומר, אנחנו הולכים לפי פסקי הדין ולפי רוח
35 הדברים לשיטתך, זאת אומרת חצרן ומנהלן, איך שתקרא לו,
36 מנהל, גרים כל אחד מחזיק בדירה.
37 מר בירגר: 100%.
38 כב' השופט: יפה. ואז צריכים לשלם לך דמי שכירות.
39 מר בירגר: שכר דירה, כן.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 כב' השופט: יפה.
2 מר בירגר: ואז אין לי טענות.
3 כב' השופט: לא עושים את זה. אין לך טענות.
4 מר בירגר: במקרה הזה במה שהצגת, אין טענות.
5 כב' השופט: אין טענות. עכשיו אתה אומר שאין בכוונתם לעשות את זה.
6 מר בירגר: הם לא עשו את זה עד היום שלושים שנה (עמוד 21, שורות
7 12-29).
8
9 ובהמשך:
- 10 כב' השופט: מ- 2014 בטח שלא אני אכניס את הראש שלי עכשיו כמה
11 אתה יכול ללכת אחורה מהמועד שקיבלת או מהמועד שלא
12 יודע. ואז אה אומר: רגע, אתם לא מקיימים את מה שפסקי
13 הדין הורו לקיים, אתם גורמים לי נזק כספי בזה שאני לא
14 יכול לקבל דמי שכירות.
15 מר בירגר: נכון. (עמוד 22, שורות 2-12).
16
17 בירגר הוסיף והעיד כי:
- 18 מר בירגר: לא אכפת לי מי משלם, אני לא זו המטרה כבודו, אני מבחינתי
19 לשלם שכר דירה, נראה לי ברמה הלאומית חבל ששתי דירות
20 עומדות ריקות מתוך צורך לאומי.
21 כב' השופט: אז יש לך תביעה כספית בדיוק בשביל זה.
22 מר בירגר: אם הם משלמים או סטודנט נחמד משלם, זה אותו דבר.
23 כב' השופט: בשביל זה יש לך תביעה כספית להגיש. בדיוק בשביל זה.
24 מר בירגר: כן, אבל חמש שנים מאז שאני בעלים אני רק משלם כל חודש
25 ולא קיבלתי שקל אחד (עמוד 30, שורות 30-32; עמוד 31,
26 שורות 1-4).
27
- 28 39. ב"כ המבקשת אף טענה בסיפת סיכומיה כי יכולה להיות מחלוקת גם ביחס לגובה דמי
29 השימוש להם זכאית המבקשת. לדבריה קביעת בית משפט השלום בהליך המקביל (התביעה לדמי
30 שימוש) לא תייתר את הדיון בתיק זה. היא נשאלה איזה דיון היא לא תייתר והשיבה: "כי גם אם
31 היא קבע (צ"ל – "ייקבע"), גם אם היא קבעה (צ"ל – "ייקבע") שאנחנו זכאים לקבל דמי שימוש...
32 זה עדיין לא יאפשר למבקשת, זה עדיין לא יסיר את העננה שיש פה דירה ריקה. הדירה תמשיך
33 לעמוד כשהיא ריקה".
- 34 כב' השופט: מה אכפת לך שהיא ריקה? את זכאית לקבל דמי שימוש
35 בגינה.
36 עו"ד אביבי גליקסמן: לא, יש, לא, לא, אדוני יש הבדל, אני רוצה להסביר
37 למה. הרי לאן התיזה, לאן הולכים המשיבים בתביעה לדמי
38 שימוש? אני חושבת שגם הדברים עלו פה, שהשווי של
39 השימוש של שומר, כשגר שם שומר, הוא שווי יותר נמוך
40 מאשר בשוק החופשי.
41 כב' השופט: זה אבל...
42 עו"ד אביבי גליקסמן: זו הטענה.
43 כב' השופט: זה בית המשפט של דמי השימוש...
44 עו"ד אביבי גליקסמן: אני אומרת...
45 כב' השופט: יצטרך לפתור את זה. אני בטח שלא אצליח לפתור לכם את
46 זה בזה, אני היחידי, אם את חושבת בתנאי שוק זה, זה הכול
47 בית משפט.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 עו"ד אביבי גליקסמן: בוודאי.
 2 כב' השופט: קמא ידון בזה.
 3 עו"ד אביבי גליקסמן: בוודאי שקביעה שאומרת שיש להם זכות סירוב
 4 ראשונה אבל כל עוד הם לא מממשים אותה, אני משכירה
 5 את הדירה בשוק החופשי ולכן מקבלת.
 6 כב' השופט: בית משפט יצטרך על זה ובטח שלט...
 7 עו"ד אביבי גליקסמן: שווי שכירות של השוק החופשי, זאת קביעה שיכולה
 8 להיות.
 9 כב' השופט: זו בטח קביעה שאני לא יכול לתת אותה במסגרת התיק
 10 שבפניי (עמוד 172, שורות 4-32).
 11
 12 40. במסגרת סיכומי התשובה מטעם המבקשת ובמענה לשאלת בית המשפט האם לא היה
 13 מקום לפנות בתביעה כספית בגין דמי שימוש חלף תביעה "לקחת" מהמשיבים את זכות השימוש,
 14 השיבה ב"כ המבקשת כי "הדברים הם כרוכים אחד בשני...אני אסביר. דווקא בגלל שכל הנסיונות
 15 שלנו לפני כן, הנסיונות של המבקשת לקבל את דמי השימוש...לא צלחו, הרי למה הלכנו להגיש
 16 את התביעה לדמי שימוש" (עמוד 162, שורות 29-32; עמוד 163, שורות 1-2).
 17 ובהמשך:
 18 כב' השופט: אז הגברת שתחליט אם היא רוצה שאני אורה שפסק הדין
 19 בטל או שהיא רוצה שאני אשנה אותו בגלל שינוי נסיבות.
 20 עו"ד אביבי גליקסמן: לא, אנחנו אומרים שפסק הדין לא היה בטל למועד
 21 שהוא ניתן כי לא היו העובדות האלה.
 22 כב' השופט: פסק דין לא יכול להיות בטל.
 23 עו"ד אביבי גליקסמן: נכון. שהעובדות המאוחרות...
 24 כב' השופט: את יכולה לבקש את ביטולו מכאן ואילך.
 25 עו"ד אביבי גליקסמן: נכון.
 26 כב' השופט: בגלל שינוי הנסיבות.
 27 עו"ד אביבי גליקסמן: נכון.
 28 כב' השופט: אז את לא יכול לחקור לי עוד פעם למה, מה המקור שלו. את
 29 צריכה להראות לי מה שינוי הנסיבות. מה שינוי הנסיבות?
 30 את אומרת: הם לא רוצים לשים שם שומר. ובדרך זה שהם
 31 לא שמים שומר / מפקח / גנן, הם מונעים ממני לקבל דמי
 32 שכירות, דמי שימוש.
 33 עו"ד אביבי גליקסמן: נכון.
 34 כב' השופט: הרי זאת הטענה שלכם.
 35 עו"ד אביבי גליקסמן: נכון. נכון.
 36 כב' השופט: אז א' זה טענה...
 37 עו"ד אביבי גליקסמן: שאין להם צורך.
 38 כב' השופט: אבל זו טענה שהיא נכונה חזיתית ויפה, לתביעה לדמי
 39 שימוש (עמוד 166, שורות 1-20).
 40
 41 41. לטענת ב"כ המבקשת, על בית המשפט לקבוע מהי המשמעות של העובדה שהתנאי שנקבע
 42 בפסק הדין לא התקיים. הוצג לה על ידי בית המשפט כי ניתן להעמיד את המבקשת במצב שבו
 43 כאילו התקיים התנאי כאשר הבעיה לשיטתה היא תוצאה מאכלוס הדירה על ידי בעל תפקיד ובדרך
 44 זו מונעים מהמבקשת דמי שימוש. תשובתה: "בוודאי, בשביל לקבל דמי שימוש..." (עמוד 169,
 45 שורות 30-32; עמוד 170, שורות 1-4).
 46



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

42. הוצג לה על ידי בית המשפט כי טענת המבקשת היא כי כל עוד המשיבים מותירים את היחידות ריקות הם מונעים ממנה את האפשרות לקבל דמי שימוש וזאת נוכח עמדתה כי פסק הדין צפה שאכן יחידות המגורים יאוכלסו באחד הפונקציונרים ועם האכלוס באופן אוטומטי תקום למבקשת זכות לדמי שימוש, בעוד המשיבים מתחכמים, לא לוקחים פונקציונר ולא משלמים לה דמי שימוש ופוגעים למבקשת בזכות הקניין. במצב דברים זה עותרת המבקשת לביטול זכות השימוש והוצג כי ניתן לבוא ולומר "בואו נקיים את ההסכם. נראה אותם כמקיימים הסכם, נראה אתכם (את המבקשת) כמי שזכאית לקבל את התשלומים". תשובתה:

עו"ד אביבי גליקסמן: הרי גם החלטה כזו לא בהכרח צריכה להתקבל בתוך תביעת דמי השימוש. אני חושבת שזה מה שמר בירגר ניסה להגיד, שגם פה לבית המשפט בין שתי האפשרויות הקיצוניות, יש את התווך הזה באמצע.

כב' השופט: אבל אני יכול לכל היותר להצהיר את זה לכאורה כי אתם לא הבאתם לי ראיות שנוגעות לזכות שלכם לדמי שימוש. אני צריך לשמוע, צריך לשמוע ראיות על זה. אני יכול, מה, אני אתן פסק דין הצהרתי שאתם זכאים לדמי שימוש?

עו"ד אביבי גליקסמן: כל הראיות בתיק נמצאות לפני בית המשפט.

עו"ד נקר: ממש, אתה יודע, אנחנו מרחיבים פה את החזית ואת הסעדים והפלגנו ל...

כב' השופט: מתבקש אצלי לתת פסק דין הצהרתי שאתם זכאים לדמי שימוש.

עו"ד אביבי גליקסמן: אנחנו יודעים, עוד פעם, זה דיון שהוא מחוץ לפרוטוקול, למרות שהוא מוקלט, זה קצת מוזר. אני לא אוהבת לעשות את הדברים האלה, בדרך כלל אבל אנחנו יודעים שגם בית משפט יכול לתת סעדים שלא נתבקשו בכתב טענות.

כב' השופט: יכול, השאלה אם זה רצוי (עמוד 170, שורות 24-32; עמוד 171, שורות 1-7).

43. ומפי מנהל המבקשת תועדו הדברים הבאים בשלב זה של דיון:

הוא למעשה לא השלים את התמורה מה קורה אם הם לא עושים, מה קורה אם הם לא היו ממנים שומר, נגיד פסק הדין אומר: תן לנו שומר. אין בעיה, אני אתן לכם שלושים יום למנות שומר, תשלמו את שכרו. ואם לא תמנו שומר – שיכון ובינוי תהיה רשאית להשכיר את זה בשוק החופשי. האיזון המתבקש זה לבוא ולומר: יש לכם זכות לצמיתות למנות מי שאתם רוצים, זו דירת מגורים, את השימוש תקבע עיריית תל אביב, הוועדה הסוברנית להחליט. אבל האיזון יהיה: אם אתם לא תרצו ולא תרצו לשלם דמי שימוש, במקום להימנע מכל הסיטואציה אז יהיה מוסכם בשוק החופשי. תרצו בשלב כלשהו מאוחר או X שנים, Y שנים, Z שנים, יחזור הרצון ותמיד יהיה לכם את הזכות הראשונה הזאת.

כב' השופט: גם לשיטת אדוני, הסעד המתאים הוא לא סעד של לבטל את הזכות הזאת אלא סעד להעמיד אותך במצב של תקבל דמי שכירות על פי השוק החופשי. בגלל זה אני אומר, השאלה היא כמה אתה לוקח אותי מהקצה האחד לקצה השני. ובדרך, והשאלה היא אם בדרך התוצאה היא לא נכונה וצודקת יותר. יש פה את פסק הדין, יש פה את כל הקביעות, אדוני אומר פסק הדין חסר, או אם אני קורא את אדוני, משקף את הדברים למעשה, הם מסכלים לי את האפשרות לקבל דמי שימוש ראויים על דרך זה שהם לא ממנים אף



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 אחד. אני לא נכנס עכשיו לעצם קיומה של הזכות לדמי
 2 שימוש ראויים, אני הולך עם אדוני את כברת הדרך הזאת,
 3 מגיע לך. לצורך הטיעון. מגיע לך דמי שכירות ראויים. ואתה
 4 אומר: הם מסכלים לי את זה על דרך זה שהם לא משקמים
 5 שם את אחד הפונקציונרים, או שאפילו בשימוש העצמי
 6 שהם עושים שם, הם גם לא משלמים לי. הם פוגעים בזכות
 7 שלי.
 8 נכון. מר בירגר: כב' השופט:
 9 אז תשלמו לי עבור הזכות הזאת. זאת התביעה בבית משפט
 10 השלום שלכאורה, עוד פעם, באמת אני לא יודע אם נכונה
 11 יותר, למה? כי היא לא שוברת את כל הכלים, ההפך, היא
 12 משאירה את כל הוואזה הזאת, את כל מערכת הכלים הזאת
 13 מסודרת ואומרת: תראה את זה כאילו מצב הדברים הנכון
 14 וכפי שצפו אותו, מתקיים. ואתה מה אומר? לא, בוא עכשיו,
 15 אל תעצור פה ותראה את הסיטואציה המשפטית מתקיימת
 16 כפי שצפו אותה רבותינו ב- 86 ו- 89, תעשה ויש על כל
 17 מערכת הכלים שעל השולחן ותבוא לפה, תגיד: לא צריך יותר
 18 כלים על השולחן. אני עכשיו סולו, זה שלי, נקי מכל זכות
 19 אחרת שהוקנתה לי.
 20 אני מוכן לתת לעצמי זכות שהיא אקוויוולנטית לחלוטין
 21 לזכות שיש להם היום. הרי יש להם זכות היום למנות.
 22 נכון. כב' השופט: מר בירגר:
 23 אז אני אומר... אתה טוען, אתה אומר... מר בירגר:
 24 אתה טוען, אתה אומר... (לא נשמע). כב' השופט:
 25 אתה אומר אל מול זכות המינוי הזאת ויחד איתה. מר בירגר:
 26 חוץ מאשר הזכות הטבעית למנות מתי שהם רוצים את מי
 27 שהם רוצים, לאיזה פונקציה. גם הפונקציות משתנות. אולי
 28 מחר צריך מעצב לבניין? ספר לבניין? כי זה התנאים של
 29 לוקסוס שיהיו עדו 20 שנה? אני לא יודע מה יהיו התנאים
 30 אז. מה שלא יהיה, יש להם את הזכות התמידית למנות את
 31 מי שהם רוצים לאיזה צורך שהם רוצים.
 32 אבל מה אתה רוצה כרגע? שאתה תוכל להשכיר אותה בשוק
 33 החופשי? כב' השופט: מר בירגר:
 34 שהזכות הזאת, פסק הדין ישונה בצורה הזאת שתהיה זכות
 35 סירוב ראשונה. כב' השופט: מר בירגר:
 36 זה לא הסעד שיש לי עכשיו. מר בירגר:
 37 אמרת לי לכבודו. כב' השופט:
 38 זה לא הסעד שמבוקש בפניי (עמוד 167, שורות 8-32; עמוד
 39 168, שורות 1-27).

טענות המשיבים בסיכומיהם בקליפת האגוז

- 42
 43 המשיבים בסיכומיהם טענו בין היתר ובתמצית כדלקמן: 44
 44 א. כי בית המשפט המחוזי ובאשרור בית המשפט העליון קבע כי למשיבים יש זכות, "זכות
 45 שימוש באותן היחידות. בית המשפט אפילו ביצר את הזכות הזאת הן פוזיטיבית והן
 46 נגיטיבית. פוזיטיבית כאשר קבע שהזכות הזאת תירשם בתקנון... על פי הפסיקה אותה
 47 זכות שנרשמת בתקנון היא זכות קניינית... בית המשפט ביצר את זה שם וגם נגיטיבית
 48 אשר הורה לכתוב הערת אזהרה... גם בהערת אזהרה זה מה שבית המשפט עשה. הוא
 49 ביצר את פסק הדין שלו" (עמוד 105, שורות 3-20).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 ב. כי זכות השימוש ביחידות נתונה למשיבים והם לא אמורים לשלם בגין דמי
2 שימוש למבקשת "לא אמורים, בית המשפט ישב על המדוכה, הוא קבע שככל ונמנה את
3 בעל התפקיד הזה נודיע תוך 30 ימים לשיכון ובינוי ונישא בשכרו, אבל הוא לא ראה לנכון
4 לקבוע שנשלם דמי שימוש, כי זכות השימוש הזאת הוא קבע אותה על סמך המפרט שהיה
5 ועל סמך המצגים ועל סמך הפרוספקטים שהוצגו והעדויות שהוצגו בפניו... אז בית
6 המשפט יצר הבחנה, הוא יצר הבחנה בין הבעלות הקניינית וזכות קניין נוספת שהוא קבע
7 שם שהיא זכות השימוש, הוא נתן לה תוקף קנייני בתוך התקנון שהיא, הזכות הקניינית
8 הזאת של השימוש היא רכוש משותף... אני אדייק... לא הבהרתי את דבריי נכון... זכות
9 השימוש הזאת, כזכות, כהיותה זכות היא רכוש משותף" (עמוד 106, שורות 1-31; עמוד
10 107, שורות 25-26).
- 11 ג. כי השאלה היחידה שיכולה להישאל היא האם המשיבים הפרו את פסק הדין וככל
12 שהם אכן הפרו האם יש דרכים לאכיפה ולהוצאה לפועל של פסק הדין אך אין מקום לביטול
13 פסק הדין, אין מקום לשינוי פסק הדין בחלוף למעלה משלושים שנה. לדבריו, לא ניתן לחזור
14 "למפרט הבסיסי ונגיד: היום כבר אין צורך בדבר הזה, אז בוא נשנה את זה. לא, יש פסק
15 דין וזה מה שהוא קבע וכך זה צריך להישאר... לא חל שום שינוי בעצם שמצדיק איזשהו
16 שינוי בפסק הדין, כלומר לא ברמה המשפטית ולא התגלו איזשהן עובדות חדשות או
17 איזושהי תרמית שהייתה יכולה להיות עילה לביטול פסק דין מהסוג הזה... לא השתנה
18 שם כלום. גם בעניין המשפטי לא השתנה כלום. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שחוקק...
19 לא יכול להיות בסיס לשינויים ולפתיחה של פסקי דין" (עמוד 112, שורות 26-32; עמוד
20 113, שורות 1-19).
- 21
- 22 45. ב"כ המשיבים 24-25 טען בין היתר לעניין שינוי פסק הדין כי לא מתקיים אף אחד
23 מהיסודות הנדרשים לכך. אין המדובר בפסק דין שניתן בהסכמה או במרמה ואין גם אלמנט זמני
24 בפסק הדין. שלושים השנים שחלפו, כמו שהשפיעו על הדיירים כך השפיעו על שיכון עובדים "שישבו
25 בשקט כל התקופה הזאת ללא שום מחאה והשאלה היא מדוע החליטו שדווקא עכשיו אנחנו מפריס
26 חוזה" (עמוד 139, שורות 22-29). עוד טען עו"ד הבר ביחס למבקשת אשר רכשה הזכויות ביחידות
27 בשנת 2014, כי "אותו בחור חדש היה צריך להיזהר ולא היה צריך להיכנס למשהו מתוך מחשבה
28 שהוא הולך לשנות פסק דין על בסיס טיעון שלמעשה אין בו ולא כלום כי הטיעון הוא טיעון
29 שאפשר וכאילו במראה להסתכל על זה מבחינת הבעלים. הבעלים יכל במשך כל אותה תקופה או
30 לתבוע דמי שימוש או להגביל באיזושהי צורה או לכופ עלינו" (עמוד 140, שורות 10-22). לדבריו,
31 כעיקרון בכל פסק דין חלה אינרציה מתוקף הזמן וזה לא אומר שבחלוף איקס שנים אפשר לפנות
32 ולבקש את ביטולו של פסק הדין ולומר 'הוא לא יושם' וכיוון שהוא לא יושם כל מה שהוחלט מבוטל
33 (עמוד 141, שורות 14-22).
- 34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 46. בית המשפט המחוזי בירושלים בפסק דינו (אשר חלק ממנו נמצא והובא לעיוני, ר' גם נספח
2 ה להסכם המכר) התייחס בין היתר להתחייבות שיכון עובדים לאכלס את דירות קומת העמודים
3 בשומר בניין. נקבע כי התשובה לכך היא חיובית, שכן התחייבות שיכון עובדים "**לאכלוס דירת**
4 **קומת העמודים בשומר לבניין או במפקח בניין כלולה במפרט המצורף לכל הסכם רכישה בסעיף**
5 **2.23 המפרט כי במבנה ח' מפקח ומחסנים (דירת שומר) ובסעיף ג1 בו המפרט כי מוצאים מהרכוש**
6 **המשותף מחסנים בק' בנינים וכן ח' מפקח (דירת השומר) בקומת עמודים. התחייבות זו הכלולה**
7 **ב"מפרט" המהווה חלק בלתי נפרד מהסכמי הרכישה, כלולה גם בפרוספקט מטעם ש"ע הוא נ/69**
8 **בו מתוארים הבניין ושירותיו ובו מצוין כי "השירותים הכלליים" כוללים "דירת חצרן בקומת**
9 **העמודים". התחייבות זו אושרה על ידי ש"ע גם באמצעות אחד מנציגיה איש המכירות בשם שרון**
10 **שאשר באוזני עת'1 שיש בבניין דירת שומר הממונה לפקח על ענייניה השוטפים של הבית" שכן**
11 **כדבריו "זהו בניין לוקסוס והדירה הזו נעולה מאז ועד היום..."**. בית המשפט המחוזי קבע כי שיכון
12 עובדים אינה רשאית לאכלס את הדירה הנ"ל במי שישתמש בה למטרה אחרת מאשר מגורי חצרן,
13 שומר או מפקח "ועליה לשכן בדירה שומר, מפקח או חצרן כנ"ל ובלבד שנציגות הבניין תתחייב
14 בפניה תוך 30 יום לשאת בשכרו של המשתכן בדירה בתפקיד חצרן, שומר, מפקח כאמור, בגובה
15 המקובל בשוק..." (שם, עמודים 28–29).
16
17 47. בפסק דינו של בית המשפט העליון בערעורים שהוגשו מצא הוא לקבוע כי נראית טענת ב"כ
18 המערערים כי "**אימתן הסעד למערערים כי יוכלו למנות לעצמם את השומר, מרוקנת למעשה,**
19 **מתוכן את זכות השימוש בדירת השומר, הנתונה להם כאמור, זאת מאחר והשומר/החצרן מבצע**
20 **את תפקידו בבניין, לטובת דיירי הבניין, ולפיכך על השומר/החצרן להיבחר לתפקידו בהתאם**
21 **לכישורים שיראו לדיירי הבית כמתאימים להם"**. מכך נקבע כי אין כל טעם כי השומר/החצרן
22 יתמנה לפי בחירת המשיבה 1 שעה שעליו למלא את תפקידו עבור הדיירים ולפי צרכיהם ושכרו
23 משולם על ידיהם. מה עוד כי מינויו על ידי המשיבה 1 אך עלול להרבות סכסוכים ולהביא לניגודי
24 אינטרסים בין הצדדים. משכך נקבע בגדרי ע"א 209/87 שהוא מתקבל וכי "**הזכות למינוי השומר-**
25 **החצרן נתונה למערערים"**.
26 יוער כי לא נמצא בפסק דינו של בית המשפט העליון שינוי קביעת בית המשפט המחוזי באשר
27 למטרת אכלוס הדירות לאמור "**...למטרה אחרת מאשר מגורי חצרן, שומר או מפקח"**.
28
29 48. בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אשר שונה בערעור בהיבט בעל הזכות למנות את בעל
30 התפקיד, נקבע שהדבר ייעשה על ידי הנציגות ולא על ידי שיכון עובדים, ופורט כי עניין ייחוד שתי
31 הדירות הנ"ל כיחידות שומר על מגבלת השימוש הכרוכה בכך מקורו למעשה חוזי והוא נובע אף
32 מהמפרט, מהסכמי הרכישה, מהפרוספקט שהוצג לרוכשים ואף מהמצגים שהציג להם נציג
33 המכירות.
34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 49. מהתיעוד העומד לפני בית המשפט ואשר אף בחלקו נסקר מעלה (רי' סעיפים 23–27 לעיל),
2 עולה כי רישום דירות השומר, כמו גם **מגבלת הניצול** הכרוכה בכך, הוא חלק מהמערך ההסכמי
3 שהיה בין הצדדים בזמנו, בין המוכרת חברת שיכון עובדים ובין הדיירים אשר רכשו דירה בבניין.
4 כחלק מתנאי הרכישה הוצג לדיירים כי בקומת הקרקע תהא דירת מגורים אשר תשמש בעל מקצוע
5 והשימוש יהא מוגבל לכך.
6
- 7 50. ככל הנראה, ברבות השנים (למעלה משלושה עשורים ואפילו קרוב לארבעה) לא אוכלסו
8 יחידות השומר בבעל מקצוע כלשהו והדבר לא זכה לכל התייחסות מצד שיכון עובדים או חליפיה
9 השונים, טרם שהמבקשת רכשה את הזכויות בשנת 2014.
10
- 11 51. לטענת המבקשת יש מקום לבטל את ההסכמים בינה לבין המשיבים (בהיבט יחידות
12 השומר) מחמת שינוי נסיבות וכי המדובר בסעיף אחד אשר התייתר ועבר זמנו.
13
- 14 52. לאחר עיון בכתבי הטענות ובטיעוני הצדדים, מצאתי כי "שינוי הנסיבות" אותו מדגישה
15 המבקשת ועליו חזרה בטיעונה מספר פעמים, הינו **רכישת הזכויות על ידי המבקשת בחודש ינואר**
16 **2014**. לא מצאתי כי מתקיים שינוי נסיבות אחר, שהרי העובדה שיחידות השומר לא אוכלסו על ידי
17 בעל מקצוע הינה **עובדה קיימת בת עשרות שנים**. מצאתי לדחות את טענת המבקשת כי ההליכים
18 המשפטיים שננקטו במסגרת ת"א 15-10-19508 הובילו ל"חשיפת המציאות" (ר' פרק ד להמרצת
19 הפתיחה). המציאות בדמות איאכלוס יחידות השומר קיימת וידועה כבר עשרות שנים.
20
- 21 53. הלכה היא, כי אומד דעתם של הצדדים משתקף גם מהתנהגותם בשנים הרבות שחלפו
22 לאחר כריתת ההסכם. בית משפט עמד לא פעם על כך שהתנהגותם של צדדים לאחר כריתת הסכם
23 משמשת כלי פרשני לבחינת כוונתם בעת ההתקשרות בהסכם ויש בה כדי ללמד על האופן שבו הבינו
24 את תוכנו. מדובר במושכלות יסוד גם ביחס לחוזים שנכרתו קודם לחקיקת חוק החוזים (רי' ע"א
25 376/76 **פקיד השומה ירושלים נ' אריזדה**, פ"ד ט(1), פסקה 4; ע"א 49/06 **שניר תעשיות צמר גפן**
26 **רפואי בע"מ נ' עירית כפר סבא** (פורסם בנבו, 10.6.08, פסקה 8); ע"א 7259/15 **לביא נ' אורקי בניה**
27 **שירותים והשקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 17.1.17, פסקה 10); ע"א 87/15 **נורדן נ' גרינברג** (פורסם
28 בנבו, 16.10.17, פסקה 15)).
29
- 30 54. לפיכך וככל שטענות המבקשת עניינן הפרה מצד המשיבים את חובותיהם החוזיות, הרי
31 שטענה זו לא הוכחה ודינה להידחות.
32
- 33 55. ככל שטענות המבקשת מתבססות על **פסקי הדין** ועל הנובע מהם, וכי יש מקום לבטל את
34 פסקי הדין או לשנותם כך שיהלמו את המבוקש בתובענה, הרי שגם בהקשר זה דין תביעתה
35 להידחות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

56. ככלל יובהר באשר לכוונה להביא לשינויו של פסק דין, כי מאחורי הכלל של "מעשה בית דין" עומד הרעיון של סופיות הדיון, והוא נועד לשים קץ לדיונים משפטיים בין הצדדים, ולמנוע הטרדתו של בעל דין יריב, על ידי התדיינות חוזרת בעניין שכבר נפסק. סוגיה שהוכרעה – נסתם עליה הגולל ובית המשפט לא ידון בה מחדש (ר' ע"א 9555/02 בג"צ 7704/02 זידאן ואח' נ' ברית פיקוח ואח' פ"ד נט(1) 538; ע"א 4087/04 גורה נ' בנק לאומי (פורסם בנבו, 8.9.05); נ' זלצמן, מעשה בית דין בהליך אזרחי (תל אביב, תשנ"א), עמ' 4).

57. בהינתן שעסקינן בפסקי דין חלוטים של בית המשפט המחוזי ושל בית המשפט העליון, הרי שדוקטרינת מעשה בית דין (res judicata) חלה עליהם. דוקטרינה זו נקבעה בפסיקה זה מכבר, ועל פיה אין לדון בשנית בכל עניין שהוכרע בעבר במסגרת פסק דין של בית משפט מוסמך. זאת בעיקר בכדי להגן על אינטרס יעילות המערכת המשפטית ואמון הציבור בה, וכן על אינטרסים חברתיים וציבוריים המאפשרים הגנה על צדדים מפני התדיינות חוזרת באותו עניין. למעלה מן הצורך יצוין כי בפסק הדין מתייחס בית המשפט באופן מפורט לכלל הסוגיות הרלוונטיות בהליך, לרבות התייחסות מפורשת להתנגדות היועץ המשפטי לממשלה לאישור הסדר הפשרה ואף התייחסות לליבל עצמו וחלקו בהליך. משהפך פסק הדין לחלוט ובוצע זה מכבר, לא יכול ליבל, שכזכור לא הגיש ערעור על פסק הדין, להעלות כיום השגות שונות בנוגע להליך. בית המשפט העליון (הנשיא בדימוס גרוניס) מנה את השיקולים העומדים מאחורי דוקטרינת מעשה בית דין, בע"א 8166/11 חברת אלי ראובן בנייה והשקעות בע"מ (בפירוק) נ' נ. אלה ובניו חברה קבלנית לבניין (1972) בע"מ (פורסם בנבו 12.4.15):

קיימים שני שיקולים מרכזיים ביסוד דוקטרינת מעשה בית-דין, המצדיקים שלא להידרש בשנית להליך שכבר נדון והוכרע לגביו: האחד, השיקול בדבר הבטחת סופיותן של הכרעות שיפוטיות ויעילות ההליך השיפוטי. יסוד זה חשוב על מנת למנוע הטרדתו של בעל דין שכנגד כך שעליו להתדיין שוב בעניין שכבר נדון והוכרע או שניתנה הזדמנות להעמידו לדיון ולהכרעה; השני, השיקול הנוגע לאינטרס הציבורי במניעת עומס יתר על מערכת השיפוט בהתדיינות בעניינים שכבר נדונו. עניין זה קשור אף להיבט העקביות שבהכרעות השיפוטיות ולצורך בשמירה על האמון במערכת המשפט.

58. בכתב התביעה שהגישה המבקשת בבית משפט השלום בתל-אביב-יפו במסגרת ת"א 60269-05-18 ציינה כי מאחר שהמשיבים מונעים ממנה כל שימוש בדירה ואינם מגיעים עמה להסדר ואינם ממנים בעל תפקיד ומסרבים לשלם לה תשלום כלשהו (ר' סעיף 5), הרי שבנסיבות אלו נאלצה היא "לפתוח בהליך בבית המשפט המחוזי בתל אביב (ה"פ 17-02-51796 המצויה בשלבים מקדמיים), בו ייקבע שהיא רשאית להשכיר את הדירות בשוק החופשי – זאת לאחר שהוועדה המקומית לתכנון ובנייה בתל אביב, אישרה שאין כל מניעה לכך – ואולם עד להכרעה בהליך הנ"ל זכאית התובעת לקבל דמי שימוש ראויים בגין הדירות, לרבות בגין ההוצאות השוטפות הכרוכות באחזקתה" (ר' סעיף 6). כמי שיושב בדיון בתובענה המתקיימת בבית משפט זה, סבורני – וזאת ייאמר בלשון זהירה – כי תיאור ההליך כפי שצוטט מעלה והסעד המתבקש במסגרתו אינם תואמים את בקשתה של המבקשת התלויה ועומדת לפניי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

59. כפי שפורט לעיל, לא מצאתי כי מתקיים שינוי נסיבות אמיתי בענייננו, פרט לעובדה כי המבקשת באה בנעליה של חברת שיכון עובדים החל משנת 2014 וכי כוונתה למעשה הינה לקבל לחזקתה את יחידות השומר כשהן נטולות גיבנת – מגבלת שימוש – וכשירות לשמש למגורים רגילים. לעניין זה ר' למשל סעיף 10 להמרצת הפתיחה, בו נאמר בין היתר כי המבקשת ניהלה הליך תכנוני אצל הוועדה המקומית, אשר במסגרתו נקבע כי אין מניעה עקרונית שהדירות ישמשו למגורים "רגילים". הדברים אף משתלבים עם עדותו של בירגר כמפורט מעלה.

60. לעניין עקרון סופיות הדיון, הרי שמן המפורסמות כי "פתיחתו מחדש" של הליך שיפוטי לאחר שבית המשפט קם מכיסאו, פוגעת בעקרון סופיות הדיון. עקרון סופיות הדיון מהווה אחד העקרונות היסודיים של שיטתנו המשפטית. הוא נועד להבטיח סופיות ההתדיינות המשפטית, שכן לפסק דין חלוט, שאין עליו עוד ערעור יש משמעות חינוכית והרתעתית. עקרון סופיות הדיון הוא עקרון שנועד להגן על אינטרסים ציבוריים, ולא רק על האינטרס של בעל הדין שזכה, בין היתר על אינטרס יעילות המערכת השיפוטית. "חשוב להדגיש כי עקרון סופיות הדיון אינו נועד להגן אך על הנאשם בפלילים, או על הנתבע בהליכים אזרחיים. לפסק דין חלוט, שאין עליו עוד ערעור, יש משמעות חינוכית והרתעתית. אילו ניתן היה לפתוח מחדש פסקי דין חלוטים כדבר שבשגרה, היו הם מאבדים את השפעתם המרתיעה" (בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.9.12), פסקה 17). עוד נקבע כי "לכל התדיינות משפטית יש סוף. משהתבררו זכויות וחובות הצדדים בהליכים המשפטיים השונים, ונתקבלה החלטה סופית, הרי שאין לשוב ולהידרש לעניין מחדש. הדבר מערער את היציבות המשפטית. הדבר פוגע בזכויות המתדיינים עצמם. הדבר פוגע ביעילות המערכת המשפטית" (ע"פ 7853/05 רחמיאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.11.06), פסקה 10). על חשיבות עקרון סופיות הדיון עמד בית המשפט העליון בבג"ץ 9608/08 יאסיין נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 7.5.12) בקובעו:

עקרון סופיות הדיון נשען על שורה של אינטרסים ציבוריים. העיקרון מאפשר תחימה של ההליך המשפטי; הוא מסייע בהבהרת המצב המשפטי; הוא מונע הטרה של בעל דין באותה סוגיה וכפל התדיינות, והוא מבטיח פעולה תקינה של המערכת השיפוטית.

61. לסופיות הדיון ישנם חריגים שיש להפעילם במשורה, כמו למשל חריג יציר המחוקק, לדוגמה "משפט חוזר" או תיקון פליטת קולמוס או השמטה מקרית בפסק דין. חריג נוסף הוא שינוי נסיבות מהותי בהחלטות ביניים (ר' ע"א 161/73 ארדה נ' סמסונוב, פ"ד כח(2) 228; ע"פ 5135/13 ייגרמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.6.14)). לעניין ביטול פסק דין חלוט, נקבע ברע"א 3035/17 זילברשלג נ' עו"ד דגן (פורסם בנבו, 14.5.17), בין היתר כי:

הדרך לביטול פסק דין חלוט בתיק אזרחי, המכונה בפסיקה גם "משפט חוזר אזרחי", ידועה ומוכרת, ומצריכה הגשת הליך נפרד לאותה ערכאה שבה ניתן פסק הדין אותו מבקשים לבטל (עיינו: חמי בן-נון וטל חבקין 'הערעור האזרחי' 433-434 (מהדורה שלישית, 2012). לאותה ערכאה נתונה הסמכות הטבועה להיעתר לתובענה שכזו "בהתקיים נסיבות שבהן שיקולים של צדק



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 עדיפים על פני שיקולים של מעשה-בית-דין" (ע"א 4682/92 עיזבון שעה נ'
2 בית טלטש בע"מ, פ"ד נז(5) 371, 366 (2003)).
3
- 4 אף לא נטען על ידי המבקשת ולא הוכח על ידה כטעם לביטול פסקי הדין, כי הם הושגו במרמה (ר'
5 המ' 445/80 אברהם נ' יוחאי פ"ד לה(1) 505).
6
- 7 62. מבלי לקבוע מסמרות באמירתה לעיל של המבקשת ובנכונותה, הרי שבאתי לכלל מסקנה
8 כי הסעד המבוקש בגדרי תובענה זו אינו הסעד המתאים, הראוי והנכון, וכי על המבקשת יהא בין
9 היתר וככל שהדבר אפשרי ואף משפטית, 'לפדות' את מגבלת השימוש ולא בדרך שנקטה על ידה
10 במסגרת תובענה זו, ולשלם למשיבים את שוויה. ההליך שלפניי אינו עוסק בנושא זה ובמחלוקת זו.
11
- 12 63. בגדרי התובענה שלפניי לא מצאתי שעלה בידי המבקשת להוכיח כי המשיבים **חייבים**
13 לאכלס את דירות השומר. כזכור, בית המשפט המחוזי קבע כי שיכון עובדים התחייבה לאכלס את
14 יחידות השומר ולפיכך הורה לה לעשות כן למטרה המוצהרת ובלבד שהנציגות תחייב בפניה תוך 30
15 יום לשאת בשכרו של בעל התפקיד. בית המשפט העליון קיבל את הערעור שנדון לפניו, לשיטתו
16 ראוי היה שבעל התפקיד ייבחר בהתאם לכישורים שייראו לדיירי הבית כמתאימים, ולפיכך נקבע
17 "**כי הזכות למינוי השומר החצרן נתונה למערערים**" (המשיבים כאן). לא למותר לציין כי במהלך
18 עשרות השנים שחלפו מאז ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון, לא פנתה שיכון עובדים למשיבים
19 בדרישה כי יקיימו **חובתם** וימנו בעל תפקיד או בדרישה לתשלום דמי שכירות או דמי שימוש.
20
- 21 64. גם אם ייצא בית משפט זה מתוך נקודת הנחה כי אכן קיימת **חובה** על המשיבים (שממולה
22 **זכות** של המבקשת שהדבר ייעשה) לאכלס את דירות השומר, הרי שקיימת **מחלוקת** בין הצדדים
23 האם הדבר מחייב תשלום דמי שכירות/דמי שימוש ראויים למבקשת. מחלוקת זו מקומה להתברר
24 בבית המשפט קמא, במסגרת ההליך שנקט על ידי המבקשת.
25
- 26 65. לשיטת המבקשת מכוח פסקי הדין שניתנו בעבר היא זכאית **לתשלום דמי שכירות/דמי**
27 **שימוש ראויים** בגין הדירות:
- 28 **מר בירגר:** מה שקבע בית המשפט למיטב הבנתי, זה הדברים הבאים.
29 אחד, הדיירים זקוקים, טענו שהם זקוקים לדירה ויש להם
30 שלוש יום למנות שומר, כנן, חצרן, וואטאבר, סופרווייזר.
31 ב', הדירה הזאת בניגוד לדרישת הדיירים היא לא תהא רכוש
32 משותף אלא קניין פרטי של שיכון ובינוי. בכל טרנס אקציה
33 שתהיה בעסקה, ניסינו במרקר: תדעו לכם יש פה מגבלת
34 ניצול, צריך כך וכך, תדעו לכם שיש פה זכות לדיירים.
35 זה כבר שלוש.
36 **מר בירגר:** וזה מה שקבע בית המשפט, ששכר הדירה ישולם על ידי
37 הנציגות.
38 **עו"ד נקר:** שכר הדירה, אתה יכול להראות לי את זה בבקשה?
39 **מר בירגר:** שכרו ישולם על ידי הנציגות. בוודאי.
40 **עו"ד נקר:** הנה, פסק הדין... שכר הדירה אמרת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 מר בירגר: שכר הדירה, בוודאי (עמוד 41, שורות 24-32; עמוד 43, שורות 1-3).
- 2
- 3
- 4 66. לדברי בירגר, בית המשפט העליון אימץ את דעת הנציגות "וקבע שלמעשה זה ניגוד
- 5 האינטרסים, מפה אני למד גם שיש שכר דירה כי זה ניגוד האינטרסים שיכול להיות בין השכר
- 6 של המינוי, בחירת השימור. כי אז אם אני שיכון ובינוי, אני אבחר את השומר שמשלם לי הכי
- 7 הרבה שכר דירה. אני לא אחפש פונקציות אחרות, מה אכפת לי? אני משיא את הרווחים שלי
- 8 למקסימום. פה זה ניגוד אינטרסים שגם הדיירים היו ערים לו" (עמוד 42, שורות 28-32; עמוד
- 9 43, שורות 1-5).
- 10
- 11 ובהמשך העיד בירגר:
- 12 עו"ד נקר: שאלתי אותך שאלה פשוטה, איפה רשום בפסק הדין המחוזי
- 13 או בציטוט שלו בעליון או בהחלטה בעליון.
- 14 מר בירגר: זה היקש לוגי פשוט. זה היקש לוגי פשוט.
- 15 עו"ד נקר: אתה עכשיו פרשן?
- 16 מר בירגר: אני קורא מה שכתוב, זה ניגוד אינטרסים. איזה ניגוד
- 17 עניינים...
- 18 [...]
- 19 עו"ד נקר: זה רשום או לא רשום?
- 20 מר בירגר: זה רשום שיש ניגוד אינטרסים, זה ניגוד האינטרסים
- 21 היחידי שיכול להיות (עמוד 43, שורות 10-19).
- 22
- 23 ובהמשך:
- 24 עו"ד נקר: שאלתי אותך איפה קבע בית המשפט שצריך לשלם לכם
- 25 שכר דירה?
- 26 מר בירגר: בית משפט לא צריך, בית משפט, אמרתי לך איפה הוא קבע.
- 27 הוא קבע אחד שזה רכוש פרטי.
- 28 כב' השופט: לא, לא.
- 29 מר בירגר: שניים, זה ברור, רגע, שעל כל רכוש פרטי הוא זכאי לקבל
- 30 כסף.
- 31 [...]
- 32 עו"ד נקר: שפסקי הדין, רגע, שפסקי הדין קובעים שמגיעים לכם דמי
- 33 שימוש או שכר דירה בגין הדבר הזה. אני אומר...
- 34 מר בירגר: א' זה הולך מובן מאליו, ודאי (עמוד 44, שורות 1-5 ו-18-20).
- 35
- 36 עוד ציין בירגר בעדותו: 67.
- 37 ...אני קורא את פסק הדין, שנינו לא היינו באף דיון, נכון? בשנת 80 ומשהו לא
- 38 ייצגת את הדיירים. אני אומר לך מה אני קורא ומה אני מבין. אני מבין שאם
- 39 היה רצון שלא יהיה, הדיירים לא יוכלו ולא יצטרכו לשלם שכר דירה בגין
- 40 הדירות, היה קובע בית המשפט שזה חלק מהרכוש המשותף כמו אותו חדר
- 41 אשפה שאתה אמרת ולא היה קובע שזה קניין פרטי של שיכון ובינוי. והם
- 42 יכולים לעשות בזה שימוש. בוודאי שזה הולך, זה הולך אובייסלי, מה? אם
- 43 בית משפט קובע קביעה שמהו שלך, אסור לך להוציא פירות ממנו? עזוב עם
- 44 מגבלה. אם יש לך דירה וקובעים שיש דייר מוגן, אסור לך לקבל שכר דירה
- 45 מוגן?" (עמוד 45, שורות 2-9).
- 46



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 51796-02-17 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 68. כך גם ובנוסף טענה ב"כ המבקשת, כי המשיבים הודו כי ככל שיעשו שימוש בדירות הם
2 ישלמו דמי שכירות בגין והיא הפנתה בטיעונה לתשובת המשיבים להמרצת הפתיחה (ר' עמוד 35,
3 שורות 23–25) לדבריה "זה דבר מדהים אדוני, כי בתשובה להמרצת פתיחה כתוב: **אם נרצה**
4 **למנות, נשלם. ככה כתוב.**
5 **כב' השופט: בסדר גמור.**
6 **עו"ד גליקסמן: בתשובה להמרצת הפתיחה ובתצהיר" (עמוד 46, שורות 5–8).**
7
8 69. המשיבים בדעה כי לא מגיעים למבקשת דמי שכירות/דמי שימוש ראויים בשום סיטואציה וגם אם
9 היחידות היו מאוכלסות בבעל תפקיד. לדבריהם, "העובדה שהמבקשת רכשה את הנכסים האלה
10 לא משנה את הבסיס של כל הדבר הזה. בסופו של דבר מי שקיבל כסף כדי לבנות את אותם חדרים
11 זו החברה שבנתה, זה שיכון עובדים, היא בנתה את הבניין כולו, היא קיבלה תמורה מכלל...".
12 ב"כ המשיבים ציין כי כל דייר שילם עבור זכות השימוש "לא על הבעלות. על זכות השימוש... ולכן
13 בגין השימוש לא צריך לשלם להם תשלום. אם נרצה לרכוש מהם את הבעלות נצטרך לשלם"
14 (עמוד 109, שורות 24–32; עמוד 110; עמוד 106, שורות 1–8).
15
16 70. השאלה האם המבקשת זכאית לתשלום דמי שכירות/דמי שימוש ראויים היא מושא ההליך
17 המתקיים בבית משפט השלום במסגרת ת"א 60269-05-18, בתובענה שהגישה המבקשת שם.
18 לצורכי ההליך שלפניי די אם ייקבע שאף אם חלה חובה על המשיבים למנות בעל תפקיד והם מפריס
19 חובה זו (כטענת המבקשת) ובכך מונעים ממנה לקבל דמי שכירות, הרי שהסעד המתאים – **בשים**
20 **לב למצב המשפטי כפי שפורט לעיל ובחלוף שנים כה רבות** – אינו ביטול מגבלת השימוש/הניצול
21 של יחידות השומר, אלא הגשת תביעה כספית לתשלום דמי שכירות להם זכאית המבקשת ושאותם
22 מונעים ממנה המשיבים לקבל, בכך שאינם מאכלסים את הדירות בבעל מקצוע (ר' גם עדות בירגר
23 כמובא מעלה).
24
25 71. ההפרה הנטענת על ידי המבקשת מקבלת ביטוייה בכך שהמשיבים אינם מאכלסים את
26 הדירות ובדרך זו מונעים ממנה קבלת תשלום דמי שכירות. בגין הפרה נטענת זו שקיימת לכאורה
27 מזה כשלושים שנה ואף למעלה מכך, מבקשת המבקשת להביא לביטולה של מגבלת הניצול
28 ול"שחרורן" של הדירות מהזכות שהוקנתה למשיבים במסגרת מגבלה זו – דהיינו כי זו תשמש על
29 פי בחירתם למגורי בעל תפקיד. סבורני כי הסעד הנכון ואף בהיבט תום הלב, ככל שקיימת חובה על
30 המשיבים לאכלס את יחידות השומר, ולצד חובה זו קיימת זכות למבקשת לקבל דמי שימוש ראויים
31 (דבר השנוי במחלוקת), הוא להסתכל על הסיטואציה מבחינה משפטית, כאילו המשיבים
32 "קיימו/מקיימים" את המוטל עליהם ואכלסו את הדירות, **ולראות את המבקשת כמי שזכאית**
33 **לקבל דמי שכירות ראויים.**
34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

72. סבורני כי שחרור הדירות ממגבלת הניצול באופן המבוקש על ידי המבקשת בגדרי התובענה שלפניי מעניק לה זכות כספית או שוות-ערך שאינה ראויה, אינה מידתית ולכאורה תעשיר אותה באופן בלתי הולם (בשים לב לסכום הרכישה של יחידות השומר והחניות – 350,000 ₪ בתוספת מע"מ). זאת על רקע התנהגות הצדדים לאורך עשרות השנים והשיהוי הגדול בהגשת התובענה בשים לב לכך שהמבקשת באה בנעלי המוכרת, ובכך שביטול מגבלת הניצול יעניק למבקשת את יחידות השומר כשהן נקיות מאותה מגבלה אשר מקורה בהסכמים שבין הצדדים, בלא תשלום תמורה כלשהי בגין ביטול אותה מגבלה.

73. בע"א 4352/15 קורן נ' הראל (פורסם בנבו, 2.8.17) נפסק בין היתר כי:

אכן, בדוקטרינת השיהוי ייעשה שימוש בהליכים אזרחיים במקרים חריגים בלבד, בשל ההשלכות שיש לה על הציפיות של התובע למימוש זכויותיו בגדר תקופת ההתיישנות וכן הפגיעה בזכות למימוש סעדים וחסימת הגישה לערכאות [...] אכן, ישנם מקרים שבהם טענת השיהוי אינה חוסמת לחלוטין את הדרך לנקיטת ההליך אלא רק מהווה טעם לשינוי באופן בחינת הראיות על-ידי בית המשפט, לרבות על-ידי היפוך של נטלי השכנוע. אפשרות זו מבוססת על ההכרה כי חלוף הזמן עשוי להקשות על הנתבע להשיג ראיות וכי יש בו כדי לפגוע בזיכרוןם של העדים ובחקר האמת העובדתית (ראו: עניין צימבלר, בעמ' 69-70; עניין וינברג, בפסקאות 20-21; עניין שטיינברג, בפסקאות (6)-(8); ע"א 8496/06 עזבון המנוח איסקולסקי נ' גן-הדר קורפוריישן אינק (גן הדר קורפורציה), [פורסם בנבו] פסקה כ"ג (4.5.2008); עניין גיא-ליפל, בעמ' 155-156; ע"א 7589/13 establishment adoka נ' מכון ויצמן למדע, פסקה 28 (8.6.2015)).

74. בנקודה זו אף מעניין להפנות לאמור בסעיף 4.10 להסכם המכר, בו נאמר כי המוכר (שיכון ובינוי נדל"ן בע"מ) "לא מתנגד שהקונה (המבקשת) ינקוט הליכים או התראות כלשהם לשם גביית חובות עבר המגיעים למוכר ושקדמו לחתימת הסכם זה וככל ואלה קיימים... [להלן: "חובות עבר"] ממשתמשים ו/או ממחזיקים בהווה או בעבר בממכר או בחלקו". תשומת הלב כי על פניו נראה שסעיף זה עוסק בחובות כספיים לעבר בלבד. לא נמצאה בהסכם אמירה כלשהי או התייחסות לכך שהמשיבים מפריים את חובתם ביחס ליחידות השומר וכי המוכר ממחה זכותו למבקשת לפעול לביטולה של מגבלת הניצול בת עשרות השנים.

עוללות

ייצוג המשיבים על ידי הנציגות

75. התובעת מפנה לסעיף 69 לחוק המקרקעין הקובע שנציגות הבית המשותף כשירה לטפל ולשמש מורשה של בעלי הדירות אך ורק בעניינים של אחזקתו התקינה של הבית המשותף בניהולו. לדבריה בהסתמך על סעיף זה נפסק פעמים רבות שהנציגות לא מוסמכת לעסוק במחלוקות שלא נוגעות לאחזקתו התקינה ולניהולו של הרכוש המשותף. כך גם מפנה התובעת לתקנון הבית המשותף המגביל את סמכות הנציגות להחליט ולפעול רק בעניינים של אחזקתו התקינה של הבית המשותף, שיפוצו וניהולו (עמוד 85, שורות 4-22 ר' גם עמוד 153, שורות 23-32; עמוד 154).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 76. לטענת ב"כ המשיבים, הם פועלים מכוח ייפוי כוח שקיבלו מהנציגות ונציגות הבתים
2 המשותפים, כאשר אותם בתים משותפים מינו את אותם אנשים שחתמו על ייפוי הכוח. ייפוי
3 הכוח נחתמו מכוח סעיף 69 לחוק המקרקעין, הנציגות יכולה להיות צד להליכים המשפטיים כאשר
4 מדובר בניהול הבית המשותף וניהול הרכוש המשותף. עוד נטען כי בית המשפט המחוזי מינה דווקא
5 את הנציגות לבוא ולומר לשיכון עובדים ולהתחייב בקשר לשכרו של בעל התפקיד ולנהל מולה בכל
6 הנוגע לאותן יחידות, זאת מאחר שהנציגות היא אותו גורם שמתעסק בשימושים של הדבר הזה
7 בזכות השימוש שניתנה בעניין וזאת כחלק מניהול הבית המשותף (עמוד 132, שורות 6-32; עמוד
8 133, שורות 1-9).
- 9
- 10 77. **מצאתי לדחות את טענת המבקשת.**
- 11
- 12 78. פתח דבר יובהר כי נציגות כל בית משותף הוגדרה כמשיבה בהליך (ר' משיבות 99 ו-193).
13 לא מצאתי כל פגם בכך שהנציגות הוסמכה על ידי המשיבים האחרים לייצגם בהליך בהתאם לייפוי
14 כוח שניתן לה, ובנקודה זו לא מצאתי להטיל ספק בדברי ב"כ המשיבים, כאמור בסעיף 76 רישה
15 לעיל. ככל שהנציגות מהווה לצורכי ההליך שלפניי שלוחה של המשיבים (הדיירים), לא מצאתי בכך
16 רבב כלשהו.
- 17
- 18 79. למעלה מכך, סבורני כי טענת המבקשת בעניין זה נטענה באיחור, וככל שהיה ספק בידי
19 המבקשת כי הנציגות אינה מוסמכת או כשירה לייצג את המשיבים (הדיירים), היה עליה להעלות
20 עניין זה בשלב מוקדם של ההליך. בסופו של יום ניתנת עדיפות להכרעה במחלוקת לגופה – דיון
21 ענייני פלוגתאות לגופן – מאשר הכרעה בטענות דיוניות-פורמליסטיות.
- 22
- 23 **תחולת מגבלת הניצול על הבניין ברחוב רקנאטי 4**
- 24 80. ביחס לתחולת פסק הדין על דיירי רקנאטי 4, ציין ב"כ המשיבים כי תקנון הבית המשותף
25 קובע בעמוד 16 (בסעיף 8) כי הבעלים יהיו מנועים מלהעביר את היחידות 1 ו-62 וכי השימוש
26 ביחידות אלה יהיה רק למגורי חצרן, מפקח או שומר. על פי פסק הדין נקבע שתירשם הערת אזהרה
27 על יחידות בעל התפקיד בלשכת רישום המקרקעין לפיה קיים פסק דין אשר קובע מגבלה על יחידות
28 אלה. לדבריו, השימוש שנעשה ביחידות השומר על ידי המשיבים הוא שימוש אשר מוקנה להם
29 מתוקף הקבוע בתקנון (עמוד 122, שורות 16-32; עמוד 123, שורות 1-18; ר' גם טיעונו המשלים
30 ביחס לקיומו של השתק פלוגתא בנוגע לבניינים ברקנאטי 2 ו-4 בעמוד 173, שורות 5-15).
- 31
- 32 81. לטענת המבקשת בתשובתה, פסק הדין מתייחס ל-62 מערערים שהם דיירי הבניין ברח'
33 רקנאטי 2 ופסק הדין מלכתחילה התייחס לבניין זה וליחידה הנמצאת בו. לדברי ב"כ המבקשת,
34 אין לה ידיעה למה הימנותה שהייתה הבעלים הכניסה את ההערה הזאת בתקנון הבית המשותף
35 וגם בטאבו לגבי שתי היחידות. הובהר כי הערות האזהרה ביחס לשתי היחידות נרשמו כבר בשנת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 1996. ב"כ המבקשת אישרה עובדה זו ונשאלה על ידי בית המשפט האם לא ניתן לראות בכך
2 שהצדדים אימצו את פסק הדין שניתן לגבי רקנאטי 2 אף ביחס לרקנאטי 4, ר' תשובתה בהרחבה
3 בעמוד 146 משורה 14 עד עמוד 149 שורה 25.
4
5 **82. דין טענה זו של המבקשת להידחות.**
6 ראשית, כעניין שבעובדה דיירי הבניין ברקנאטי 4 נכללו כמשיבים בתובענה, ולא נערכה כל אבחנה
7 לגביהם ביחס למצבם המשפטי;
8 שנית, כפי שפורט מעלה (ר' סעיפים 24–25 ו'28) בנסח הרישום של רקנאטי 4 הוחלה מגבלת השימוש
9 גם על יחידת השומר בבנין זה ונרשמה "הערה לפי צו בימ"ש סעיף 130". בהערות נרשם "תיק
10 בימ"ש ת.א. 1041/81 מיום 11.6.86";
11 שלישית, גם בתקנון הבית המשותף קיימת התייחסות לשתי יחידות השומר בשני הבניינים.
12
13 83. סבורני כי לא הובא על ידי המשיבה כל טעם ונימוק של ממש, מכוחו יש מקום לבצע הבחנה
14 באשר למצבן המשפטי של יחידות השומר בכל אחד מן הבניינים, בשים לב לעובדה שהמצב הנוכחי
15 נוהג משך עשרות שנים (ר' גם סעיף 81 לעיל).
16
17 84. יש מקום לקבוע כי המבקשת מנועה ומושתקת מכוח מצג והתנהגות כמי שבאה בנעלי
18 הבעלים הקודם מלטעון כי פסקי הדין אינם חלים על הבניין ברקנאטי 4 או כי מצבו המשפטי (ככל
19 שהדבר נוגע ליחידת השומר) שונה מהבניין ברקנאטי 2.
20 פרידמן-כהן בספרם **חוזים א'**, תשנ"א-1991, מציינים לעניין "השתק מחמת מצג" כי מי שהציג
21 מצג עובדתי (בהתנהגות או בדיבור) בפני הזולת, בנסיבות בהן ניתן היה לצפות שהזולת יפעל על
22 סמך המצג, והלה עשה כן, יהיה מנוע (מושתק) מלכפור בנכונות העובדה שהציג (שם 87). וכן – כי
23 ההשתק מושתת על כך שנעשה מצג. אולם פעמים די לשם הפעלתו בשתיקה, כלומר במחדל
24 המתבטא באיגילוי. זהו "השתק מחמת שתיקה". מדובר במצב שבו צד אחד פועל על יסוד הנחה
25 מוטעית בנסיבות בהן מוטל על הצד האחר להבהיר לו את העובדות לאמיתן (שם 88-89). ר' גם:
26 באור וטרנר, **The Law Relating to Estoppel by Representation**, מהדורה 3, 1977, בעמ'
27 48–49 ר'72; בר"ע 4928/92 **עזרא ואח' נ' מ.מ. תל מונד**, פ"ד מז(5) 94, 100; פרופ' ג' שלו במאמרה
28 **הבטחה, השתק ותום לב**, משפטים ט"ז, תשמ"ו, 296.
29
30 **פסיקת סעד שלא נתבע**
31 85. הוצג לב"כ המבקשת על ידי בית המשפט, בין היתר, כי טענת המבקשת היא, כי כל עוד
32 המשיבים מותירים את היחידות ריקות הם מונעים ממנה את האפשרות לקבל דמי שימוש וזאת
33 נוכח עמדתה כי פסק הדין צפה שאכן יחידות המגורים יאוכלסו באחד הפונקציונרים ועם האכלוס
34 באופן אוטומטי תקום למבקשת זכות לדמי שימוש, וכי ניתן לבוא ולומר "בואו נקיים את ההסכם.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1 נראה אותם כמקיימים הסכם, נראה אתכם (את המבקשת) כמי שזכאית לקבל את התשלומים".
2 תשובתה במלואה הובאה בסעיף 42 לעיל. לדבריה בתמצית:
3 עו"ד אביבי גליקסמן: כל הראיות בתיק נמצאות לפני בית המשפט.
4 עו"ד נקר: ממש, אתה יודע, אנחנו מרחיבים פה את החזית ואת הסעדים והפלגנו
5 ל...
6 כב' השופט: מתבקש אצלי לתת פסק דין הצהרתי שאתם זכאים לדמי שימוש.
7 עו"ד אביבי גליקסמן: אנחנו יודעים, עוד פעם, זה דיון שהוא מחוץ לפרוטוקול, למרות שהוא
8 מוקלט, זה קצת מוזר. אני לא אוהבת לעשות את הדברים האלה, בדרך
9 כלל אבל אנחנו יודעים שגם בית משפט יכול לתת סעדים שלא נתבקשו
10 בכתב טענות (ר' עמוד 170 לפרוטוקול, שורות 24-32; עמוד 171, שורות
11 1-7).
12
13 86. לשיטת ב"כ המבקשת, קביעת בית משפט השלום בהליך המקביל התלוי ועומד (התביעה
14 לדמי שימוש) לא תייתר את הדיון בתיק זה, ראו תשובתה בשלמות, כמובא בסעיף 39 לעיל (מצוטט
15 מעמוד 172 לפרוטוקול, שורות 4-32).
16
17 87. מצאתי לדחות בקשת המבקשת לפסוק בגדרי התובענה שבפני סעד כלשהו שלא נתבע
18 בתובענה.
19
20 88. תקנה 14(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984 קובעת:
21 כתב התביעה יפרש את הסעד הנתבע, אם לחלוטין ואם לחלופין; אך אין צורך
22 לבקש סעד כללי, לרבות הפרשי הצמדה, ריבית, שכר טרחת עורך דין והוצאות
23 משפט שבית המשפט מוסמך ליתן אותו בכל מקרה לפי שיקול דעתו כאילו
24 התבקש לכך.
25
26 89. הלכה היא כי בית המשפט לא יעניק לתובע סעד שלא נתבקש בכתב התביעה.
27 במקרים שבהם עולה מן הנסיבות שנתבררו במשפט הצורך להעניק לתובע סעד שלא נתבקש, הדרך
28 להתגבר על העדר עתירה לאותו הסעד היא באמצעות בקשה לתיקון התובענה (ר' ע"א 9137/07
29 אוסיפובה נ' קלישטיין (פורסם בנבו, 30.12.08); ע"א 490/85 מלחי יריחו בע"מ נ' מפעלי ים המלח,
30 פ"ד מא(4) 401, 404; אורי גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי, מהדורה 12, עמ' 115, והפסיקה הנזכרת
31 שם).
32 בפרשת אוסיפובה אף נקבע מפי כב' השופטות א' חיות (כתוארה אז) בין היתר כי:
33 בנסיבות מיוחדות, רשאי אמנם בית המשפט לפסוק סעד שלא התבקש
34 מפורשות לתינתו, גם בלא שהוגשה בקשה לתיקון כתבי טענות, אך זאת
35 במקרים חריגים בלבד ובהתקיים מספר תנאים ובהם התנאי כי מדובר בסעד
36 הנובע ישירות מן הסעד המקורי שהתבקש וכן כי כל העובדות הדרושות
37 להענקת אותו הסעד נתבררו בפני בית המשפט והצדק או הצורך ללבן את
38 השאלות המהותיות שבמחלוקת, מחייבם את מתן הסעד אף שלא נתבקש (שם
39 פיסקה 5) (ר' גם ע"א 253/84 ספיר נ' ספיר, פ"ד מב(3) 14, 18).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

- 1
2 90. בענייננו אנו באתי לכלל מסקנה כי לא עלה בידי המבקשת להוכיח קיומם של שלשת
3 התנאים המצטברים לפסיקת סעד שלא נתבע, על מנת שבית המשפט ישקול להפעיל סמכותו בעניין
4 זה, במיוחד בהינתן קיומו של ההליך התלוי ועומד בבית משפט השלום.
5
6 91. כן נקבע בזאת למען הסר ספק, כי טענת המשיבים כי תמורת רכישת דירותיהם (האישיות)
7 כללה גם תשלום בגין יחידות השומר או עבור התמורה המגיעה בגין השימוש בהן, לא הוכחה במידה
8 הנדרשת, והיא נדחית.
9

סוף דבר

- 10
11
12 92. במוקד טיעונה של המבקשת התזה – ההנחה שעם אכלוס יחידות השומר על ידי המשיבים
13 (המחויבים לעשות כן) קמה לה הזכות לקבלת דמי שכירות/דמי שימוש ראויים. בירורה של
14 מחלוקת כספית זו ראוי לה שתעשה במסגרת התביעה שהגישה המבקשת והתלויה ועומדת בפני
15 בית המשפט קמא.
16
17 93. ככל שתזה זו אינה נכונה (ואיני קובע מסמרות בסוגייה זו) הרי שממילא אף דין תובענת
18 המבקשת שבפני להידחות, לפי שהמשיבים לא מצויים במצב של הפרה כלשהי ואינם גורמים
19 למבקשת כל נזק.
20
21 94. ככל שתזה זו נכונה (ואף כאן לא אקבע מסמרות) הרי שההליך המשפטי הראוי והסעד
22 המתאים, בהינתן כל האמור לעיל, אינו "שחרור" יחידות השומר ממגבלת השימוש הרובצת עליהן
23 (מזה עשרות שנים), אלא קיום דיון נוקב במחלוקת הכספית לאמור בדמי השכירות/דמי השימוש
24 הראויים המגיעים למבקשת.
25
26 95. לא ראיתי מקום נוכח כלל טיעוני המבקשת, הן במישור החוזי והן על רקע שני פסקי הדין
27 החלוטים שניתנו לפני שנים הרבה, להתערב ולבטל באופן קיצוני את המצב המשפטי הנוהג מזה
28 עשרות שנים ביחס ליחידות השומר, ולהורות על ביטול מגבלת השימוש החלה עליהן.
29
30 96. בסופו של יום יש אף לזכור כי המבקשת התקשרה בהסכם "בעיניים פקוחות", היא רכשה
31 את הזכויות as is, בהכירה את הממכר ואת מצבו הרישומי והמשפטי ואת התנהלותה של המוכרת
32 בנדון משך שנים רבות.
33 במקרה של רכישת נכס במצבו "as is" ההלכה היא:
- 34 ...השימוש בסעיף שעניינו רכישת ממכר 'כפי שהוא', מקובל במיוחד
35 בעסקאות בהן אין לצד המוכר יתרון מובהק על הצד הרוכש. הרעיון בבסיס
36 השימוש בסעיף הוא, כי חרף אי הוודאות המודעת של הקונה, הרי שהוא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 17-02-51796 דנקר בירגר בע"מ ואח' נ' אליאסי ואח'

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24

מקבל על עצמו את קניית הממכר במצבו כפי שהוא - על כל מעלותיו ומגרעותיו הנסותרות..

(ר' ע"א 5054/11 ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ נ' אמסטר (פורסם בנבו, 7.3.13) סעיף 21)).

97. לא עלה בידי המבקשת להוכיח שינוי נסיבות אמיתי ומהותי אשר יצדיק ביטול הסכמת הצדדים (ארוכת השנים) באשר ליחידות השומר (מגבלת הניצול) או התערבות כלשהי בפסקי הדין, ככל שהדבר מתחייב. "שינוי הנסיבות" היחיד שניכר כי מתקיים הוא "כניסתה לתמונה" של המבקשת בשנת 2014, עת רכשה את הזכויות. "שינוי נסיבות" זה על רקע כל המובא לעיל אינו מצדיק התערבות במערכת היחסים החוזית רבת השנים השוררת בין הצדדים או בתוצאות פסקי הדין, כך שבסופו של יום תמצא המבקשת עצמה כפי שהציגה בבית המשפט קמא (ר' סעיף 58 לעיל) כשבבעלותה שתי דירות (יחידות השומר) ממורקות מכל מגבלה, אשר אותן היא תוכל להשכיר את בשוק החופשי, והכל תמורת הסך של 350,000 ₪ בתוספת מע"מ.

98. אשר על כן ומפני כל הטעמים שהובאו מעלה מצאתי לדחות את התובענה.

99. המבקשת תשלם למשיבים (למעט משיבים 24-25) סך כולל של 30,000 ₪ ולמשיבים 24-25 סך כולל של 7000 ₪, בגין שכר טרחת עורך דין, וזאת עד ליום 15.11.19. עד אותו מועד אף תשלם המבקשת לכל קבוצת משיבים החוזר הוצאות ההקלטה (משוערך) בהתאם לאסמכתאות שיוצגו לה. ממועד זה ואילך ישאו הסכומים הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

ניתן היום, ז' תשרי תש"פ, 06 אוקטובר 2019, בהעדר הצדדים.

דורון חסדאי, שופט

25
26
27
28