

בעניין :

1. מאיר דיגורקה ת.ז. 053986923
 2. אלישה אן דיגורקה ת.ז. 015753858
- שניהם ע"י ב"כ עוה"ד ז. לאטי ואח'
משד' המגינים 53 חיפה

התובעים

- נ ג ד -

1. צבי לוי ת.ז. 052631850
 2. טל לוי ת.ז. 057706467
- שניהם ע"י ב"כ עו"ד שגיא נתן
ממשרד וקסלר ברגמן ושות', עורכי דין
מרח' יהודה הלוי 23 תל אביב

הנתבעים

פסק בורות

א. פתח דבר

1. התובעים, בני זוג, חברי עופר - מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ (להלן: "האגודה ו/או 'מושב עופר") הגישו ביום 05.5.2020, תביעה כנגד הנתבעים לרשם האגודות השיתופיות, על פי סעיף 52 (2) לפקודת האגודות השיתופיות.
2. ביום 03.06.2020, מוניתי כבוררת לדון ולהכריע בתביעה לסילוק ידם של הנתבעים משטחים מסויימים, אשר לטענת התובעים הנתבעים פלשו אליהם וכן תביעה כספית שסכומה הועמד על 118,110 ₪.
3. הנתבעים בני זוג, שכנים לנחלת התובעים במושב עופר וחברי האגודה.
4. עיקר המחלוקת שבפני הינה סכסוך גבולות בין הצדדים ואופן קביעת הגבולות שבין נחלות הצדדים.

ב. עיקר טענות התובעים

5. הם רשומים בספרי רשות מקרקעי ישראל (להלן: "רמ"י"), כבעלי הזכויות בנחלה 27 במושב עופר (להלן: "נחלה 27"). הנתבעים בעלי הזכויות בנחלה 25 (להלן: "נחלה 25") הגובלת בנחלתם.
6. הנתבעים פלשו לשטח חלקה ב' של נחלה 27, בצידה המזרחי (בשטח של כ- 310 מ"ר) ובצידה הצפוני (בשטח של כ- 1,510 מ"ר). הפלישה בצדה המזרחי של נחלה 27, נעשתה מתוך חלקה א' של נחלה 25, פלישה שהחלה בשנת 2004 בעת שנבנתה חומה. נודע להם אודות הפלישה בצדה המזרחי של נחלה 27, רק בשנת 2018 עת בוצעו המדידות של מודד בשם קעאור (להלן: "קעאור") מטעם האגודה. הפלישה בצדה הצפוני של נחלה 27, נעשתה מתוך חלקה ב של נחלה 25 לחלקה ב של נחלה 27, פלישה שהחלה בשנת 2013, עת שהו התובעים מספר חודשים בחו"ל. נודע להם אודותיה לאחר חזרתם לארץ.
7. גבולות חלקות א' של הנחלות במושב עופר נקבעו בתוכנית לצרכי רישום (להלן: "תצ"ר") אותה יזמה האגודה ואשר הוכנה על ידי קעאור, על בסיס תוכנית חכ 156/ד משנת 2002 (להלן: "התוכנית"). תכנית שאושרה ב- רמ"י ובוועדה המקומית לתכנון ובנייה חוף הכרמל (להלן: "הוועדה המקומית") ונמצאת בשלב הגשה למרכז למיפוי ישראל. המדידה שביצע קעאור לגבולות בין הנחלות אשר מלמדת על פלישת הנתבעים, נעשתה בהתאם לתצ"ר, התואם את גבולות התב"ע.

8. הצדדים מחוייבים לגבולות הקבועים בתצ"ר ובתב"ע. האגודה מתנגדת לכל שינוי בתצ"ר. הוועדה המקומית אינה מוכנה לדון בבקשה לתיקון התצ"ר ללא הסכמת האגודה.
9. גבולות חלקות ב' של הנחלות במושב עופר נקבעו במפת חלוקת החלקות בין הנחלות אשר אושרה בהחלטה של האסיפה הכללית של האגודה מיום 26.08.08, החלטה המחייבת גם את הנתבעים בהיותם חברי האגודה. הנתבעים לא השיגו על חלוקת השטח וקביעת גבולות חלקות ב', כפי שאושרו על ידי האסיפה הכללית של האגודה. הנתבעים לא יזמו הליכים משפטיים לתיקון התצ"ר, או לתיקון התב"ע. חוות הדעת שנתנה על ידי המודד קעואר וחוות דעת המודד שבת, שמונה על ידי הבוררת, תומכות בטענה לפלישה בצד הצפוני על נחלה 27.
10. למרות פניות רבות של התובעים לנתבעים, לא פינו הנתבעים את שטחי הפלישה. הנתבעים בחרו להתעלם ממדידות שערך קעואר, לבקשת הצדדים ובמימון משותף, מדידות בהן הוא קבע ב"ערך" אותה תוצאה לגבי שטחי הפלישה.
11. הנתבעים עושים דין לעצמם ונוהגים כמשיגי גבול במקרקעין, כהגדרתו בסעיף 29 לפקודת הנזיקין ובסעיפים 16 ו-17 לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969. התובעים עותרים לסילוק ידם של הנתבעים מכל שטחי הפלישה. לתובעים נגרמו נזקים, הוצאות והפסדים בסך כולל של 118,110 ₪ בשל דמי שימוש ראויים, עלות 4 עצי זית עתיקים אותם הנתבעים עקרו משטח הפלישה בשנת 2013. אובדן שעות עבודה בגין בניית גדר אותה הרסו הנתבעים, בגבול הצפוני של נחלה 27, שכ"ט מומחים ועוגמת נפש רבה. הדרישה לפיצוי מבוססת על הפרה יסודית של הוראות התקנון שבין האגודה לחבריה, ובינם לבין עצמם. לפי סעיפים 10 ו-13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התש"ל – 1970, בגין עוולת הרשלנות, עוולת השגת גבול ודיני עשיית עושר ולא במשפט.

ג. עיקר טענות הנתבעים

12. מדובר בניסיון של התובעים לגזול שטחים המהווים חלק בלתי נפרד מנחלה 25. השטחים שבעלותם נרכשו על ידם לפני כ-25 שנים ומהווים חלק בלתי נפרד מנחלה 25. התובעים אישרו הגבולות בין הנחלות, במספר הזדמנויות בעבר באופן המאשר את השטחים, נשוא המחלוקת, כחלק בלתי נפרד מנחלה 25. עוד משנות ה-90 התובעים ראו בשטחים אלה כשטחים של הנתבעים, חלק מנחלה 25, והגיעו אז להסכמות על גבולותיהם. בתחילת שנות ה-2000 בנו הנתבעים, בתיאום מלא עם כל שכניהם, לרבות התובעים, חומה שגידרה את שטחי המחלוקת כחלק מחלקה 25 של הנתבעים. מיקומה של החומה במיקום הגבולות סומנו על ידי קעואר. במהלך השנים הנתבעים קבלו היתרי בנייה על בסיס תסריטים ותכניות שאושרו על ידי הוועדה המקומית. תסריטים ותכניות שנערכו על יד קעואר, המומחה מטעם התובעים. קעואר סימן את גבולות נחלה ב' ככאלה הכוללת גם השטחים נשוא המחלוקת. הנתבעים מחזיקים בשטחים אלה עשרות שנים ועד שנת 2020 לא העלו התובעים כל טענה לפלישה.
13. במהלך שנת 2008, הציג וועד האגודה לכלל החברים את התצ"ר שמטרתו לקדם הסדרת הזכויות במושב, בחלקות א' של הנחלות. בתצ"ר נפלה טעות ברישום גבולות חלקה א' של הנתבעים. הנתבעים העלו טענותיהם לעניין הטעות בפני וועד האגודה אשר פועל לתיקון הטעות בתצ"ר, תצ"ר אשר טרם אושר. התובעים יודעים כי בתצ"ר נפלה טעות, כך גם רמ"י.
14. דרישת הנתבעים לתיקון טעות בתצ"ר אינה מתאפשרת לבירור בהליך של בוררות. מדובר בזכויות שמעצם טבען הן זכויות פומביות והסמכות לדון במחלוקות היא של בית משפט מוסמך, שכן יש להוסיף צדדים נוספים כגון רמ"י והסוכנות היהודית. התביעה מוקדמת שכן התצ"ר נמצא בשלבי הכנה וטרם אושר. צפויים להתקיים הליכים משפטיים מקבילים שיביאו לשינוי התצ"ר ו/או התב"ע לעניין הטעויות בתצ"ר, הליכים שלא ניתנים לבירור במסגרת הבוררות.

התביעה התיישנה, ואו לוקה בשיהוי המצדיק דחייה על הסף. זכויות הצדדים במקרקעין אלה אינן זכויות קניניות כי אם זכויות בר-רשות שהינן זכויות חוזיות אישיות.

ד. השאלות הצריכות הכרעה הן:

- 1) מעמד המשפטי של הצדדים בנחלותיהם והשלכותיו על קביעת גבולות נחלותיהם.
- 2) שטחי הנחלות במושב וגבולותיהם במהלך השנים וההליכים התכנוניים.
- 3) התנהלות הצדדים לאורך השנים באשר לגבולות נחלותיהם ונפקותה.
- 4) חוות הדעת של המודדים.
- 5) הסעד לסילוק יד.

ה. מעמד המשפטי של הצדדים בנחלותיהם והשלכותיו על קביעת גבולות נחלותיהם

15. טיעוני הצדדים באשר למעמד המשפטי בנחלות, היו קצרים ביותר וללא כל התייחסות להשלכות מעמדם זה על קביעת גבולות נחלותיהם ביחס לתביעה לסילוק יד.
16. הצדדים מתזיקים בנחלות כברי רשות. הנחלות הן קרקעות של מדינת ישראל ו- קק"ל המנוהלות על ידי רמ"י. רמ"י השכירה הקרקעות לסוכנות היהודית וזו העניקה זכויות בר רשות לאגודה, אשר העניקה מעמד של בר רשות לחברים.
- בין רמ"י, הסוכנות היהודית והאגודה, נתם חוזה שכירות (המכונה בפי כל "ההסכם המשולש"). הסכם זה צורף כנספח 1 לכתב ההגנה.
17. הצדדים לא ייחסו כל נפקות לשאלת מעמדם כברי רשות של רמ"י על קביעת הגבולות בין הנחלות, לענין תביעה לסילוק יד. על כן אביא להלן את הדברים המתחייבים ממעמדם זה של הצדדים.
18. בהחלטת מועצת מקרקעי ישראל (להלן: "המועצה") מאפריל 2019, הוגדרה נחלה כ"קרקע חקלאית" בגודל שקבע שר החקלאות ופיתוח הכפר, המיועדת למתיישב, לצורך מגוריו ופרנסתו מהמשק החקלאי שפותח או יפותח בה" (ס' 1 לקובץ ההחלטות). נחלה מורכבת ממספר חלקות: חלקה א': "שהוא שטח רצוף של קרקע, המיועד בתוכנית למגורים, למבני משק ולעיבוד חקלאי של בעל הזכויות בנחלה". חלק ב' "שהוא חלק מתוך נחלה המיועד לשימוש חקלאי בלבד על ידי בעל נחלה בנוסף לחלקה א' " (וכן חלקה ג' שאיננה חלק מהמחלוקת בנסיבות תביעה זו).
19. בפסיקה נקבע כי לבעלי הזכויות בנחלות מעמד של בר רשות. משמע הם אינם בעלי זכות קניינית בקרקע ממנה מורכבת הנחלה. זכותם להחזיק ולהשתמש בנחלה נובעת מהרשות שניתנה להם. מדובר בזכות אובליגטורית - חוזית במהותה הנובעת מכוח ההסכם המשולש. ראה ע"א 1662-99 חזקיהו חיים נ' אליהו חיים, פ"ד נ"ו (6) 295 (2002).
20. ב- 10.02.1998 קבלה מועצת רמ"י החלטה (מספר 823) שמטרתה הסדרת מעמדם של בעלי הנחלות. על פי החלטה זו חלקה א' תוכר ישירות לבעלי הנחלות בחוזה חכירה לדורות לארבע תקופות מתחדשות של 49 שנים כל אחת. יתר החלקים יוכרו לאגודה בחוזה חכירה לדורות תוך שמירת זכויותיהם של בעלי הנחלות במלואן.
- כן נקבע (ס' 64 להחלטה), כי האגודה תהיה רשאית להחליט כי לבעל הנחלה תוכר גם חלקה ב. נקבע כי האחריות להכנת תכנית לצרכי רישום (תצ"ר) בלשכת רישום המקרקעין מוטלת על האגודה בתיאום עם רמ"י.
21. בפסיקה נקבע כי גבולות בנחלות, בהם המתזיקים הם ברי רשות, הם הגבולות שנקבעו בעת מתן הרשות לחברי האגודה. על כן יש לבחון את תנאי הרישום ותוכן הרישיון אשר מלכתחילה ניתן לחברי האגודה, כל זאת טרם נחתמו הסכמים חדשים עם ברי הרשות אשר משנים את תנאי הרשות.

כך, למשל, בפסק דין ב- ת"א (שלום טבריה) 1907/00 פרושקובה נ' אשכנזי (12.10.00) קבע כב' השופט יונתן אברהם (בשבתו בבית משפט השלום), כי אין לקבוע את הגבולות בין הנחלות על פי תכנית המתאר הקיימת במושב אלא, בהתאם לגבולות שהיו קיימים נכון למועד בו קבלו חברי האגודה את זכויותיהם כברי רשות ועל פי המפות שלפיהן הם קבלו או רכשו זכויות אלו.

שני הצדדים שם ערערו לבית המשפט המחוזי בנצרת, בפסק דין ב-ע"א (מחוזי נצרת) 1351/04 (13.12.05) אימץ ביהמ"ש המחוזי את מסקנות בית משפט השלום בעניין אופן קביעת הגבולות. ביהמ"ש המחוזי הבהיר כי הגבולות נקבעים על פי רשות שימוש שהעניק בעל המקרקעין לבר הרשות שכן ביכולת הבעלים הרשות להחליט באיזה חלק מסוים מהמקרקעין ניתנת רשות שימוש.

22. על פי החלטות מועצת רמ"י הנזכרות לעיל, עד חתימת הסכמי חכירה עם ברי הרשות, הגבולות הם גבולות זמניים. שכן "תנאי מוקדם לחתימת הסכמי חכירה לדורות עם בעלי נחלות במושב יהיה רישום החלקות בספרי מרשם המקרקעין כיחידת רישום נפרדות בשלמות" (סעיף 8.36 לקובץ ההחלטות).
בסעיף 8.37 להחלטות נקבע כי "האגודה, בתיאום עם הרשות תכין תוכנית חלוקה לצרכי רישום בלשכת רישום המקרקעין".

ב- ת"א (שלום נת') עמירם נ' מימון (21.05.01), נקבע בעניין דומה, כי "המשקים וגבולותיהם אינם מסודרים, ובזמן עתידי לא ידוע יחלו בהסדרתם יערך מיפוי מוסדר ויוכנו מפות לרישום, אשר יקבעו גבולות בין המשקים ואשר יובאו לרישום בלשכת רישום המקרקעין. בשלב הסדר זה אפשר וישונה קו הגבול" (ס' 11 לפסה"ד).

23. בהתאם להחלטות מועצת רמ"י והפסיקה, כל עוד לא נקבעו גבולות הנחלות ונרשמו, על פי התצ"ר, חלקות מוסדרות ברישום המקרקעין, לא ניתן לרשום ולחתום על חוזה חכירה עם חברי האגודה. לכן, כאשר ייחתמו חוזה חכירה ישירות עם חברי האגודות יישתנו גבולות נוכחיים של נחלות אשר ניתנו על פי הרשיון שניתן להם מלכתחילה, על פי שיקולים שונים ובהם רצון להתאים הגבולות, במידת האפשר, להחזקה בפועל. עצם העובדה כי תצ"ר נמצא בהליכי הכנה ורישום, אך טרם נחתמו חוזה חכירה, אין בה בכדי לשנות גבולות השטחים שנמסרו לשימוש חברי האגודה במעמדם כברי רשות, ואשר הוסכמו בין הצדדים על פי מדידה שבוצעה בפועל.

1. שטחי הנחלות במושב עופר וגבולותיהם במהלך השנים וההליכים התכנוניים

24. התובעים טוענים כי חוות הדעת של המודד מטעמם ושל המודד שמונה על ידי הבוררת מבוססות על תכנית מתאר חכ 3/156 אשר אושרה בוועדה המחוזית לתכנון ובנייה חיפה בפברואר 2002 ופורסמה ברשומות באוקטובר 2002. תכנית מתאר זו הסדירה את חלוקת חלקות א'.

לאחר אישור תכנית מתאר זו פעלה האגודה לקביעת מפה עבור חלקות ב' של הנחלות, הליך זה שהסתיים באישור חלוקה של חלקות ב' על ידי האסיפה הכללית של האגודה ב- 26.08.08.

התובעים ממשיכים וטוענים כי גבולות חלקות א' נקבעו בתצ"ר שאושר על ידי האגודה, על ידי רמ"י (יוני 2019) ועל ידי הוועדה המקומית (נובמבר 2019).

25. הנתבעים, לעומתם טוענים, כי התכנית התקפה היחידה הרלבנטית למחלוקת היא אותה תב"ע משנת 2002. ביחס לתצ"ר עמדתם היא כי הוא טרם אושר סופית ועל כן איננו מחייב. בנוסף טוענים הנתבעים, כי בקביעת הגבול בתב"ע בצד המזרחי של נחלתם – נפלה טעות.

26. מהעדויות והראיות שהביאו בפני מצאתי כי:

27. זכריה גרמי, אשר שימש במשך שנים רבות (ועד 2020), כמזכיר האגודה, התייחס בעדותו לתב"ע שאושרה בשנת 2002 (תב"ע שהתמקדה בחלקות א' של החברים באגודה) ובהמשך לחלוקה מסודרת של חלקות ב', על פי מפת חלוקה שאושרה ב- 2008 על ידי האסיפה הכללית של חברי האגודה.

לאחר אישור התבי"ע ב-2002 החלה האגודה בהליך להסדרת תבי"ע ביחס לחלקות ב'. גרמי מסר, כי דרך ביצוע החלוקה בוצעה באמצעות התאמה להחזקה בפועל ופניה לתברי האגודה וביצוע סימונים. בעדותו תיאר הליך שנמשך מספר שנים, במסגרתו כל חבר התייחס לשטח בו הוא מחזיק.

מעדותו למדנו כי הקו המנחה לחלוקת השטח היה חלוקה שוויונית כך שלכל נחלה יהיו כ-22 דונם. אך מאחר ובקרקע חקלאית הדבר מורכב כי פעמים יש דרך העוברת בשטח, צריך היה שיתוף פעולה של חברי האגודה בעלי הזכויות בנחלות.

הטיוטא הסופית של חלוקת חלקות גובשה בשנת 2008, הטיוטא הודפסה ונתלתה במזכירות, כל חבר הוזמן לישיבה של הוועד והוצגה לו הטיוטא.

אין מחלוקת שב-26.08.08 אישרה האסיפה הכללית של האגודה את מפת חלוקת חלקות ב' לאישור זה משקל רב כפי שאפרט בהמשך.

28. ראיתי לקבל את דברי המודד בני שפירא אשר היה מעורב בהליכי התכנון לפי בקשת רמ"י והאגודה. לדבריו, עובר להכנת התבי"ע הייתה רק מפת גבולות היסטוריים משנת 1950 לכן בשרטוט הגבולות בתבי"ע התחשבו במצב הקיים בשטח. שפירא היה מעורב בהליכי התכנון ועדותו בפני הייתה אמינה. הוא הסביר כי כאדריכל התבי"ע לא תכנן "מצב ריק" אלא על פי "ישוב שחי ועובד 30 שנה".

האגודה הנחתה אותו לשבת עם כל חבר וחבר, לסרוק מפה של "הגבול ההיסטורי" של נחלתו. גישתו של שפירא הייתה להיצמד לגבול ההיסטורי, לראות מה השינויים בפועל ולהתאים כל אחד, ככל הניתן למצב ההיסטורי.

לגרסתו של שפירא, בעלי הזכויות בשלוש נחלות בלבד, לא הסכימו להצעתו כפי שהועלתה במפת החלוקה - אף אחת מהן איננה של הצדדים לבוררות זו. אין מחלוקת כי באשר לגבולות בין נחלות 25 ו-27, לא הייתה התנגדות של מי מהצדדים.

29. בשלב מאוחר יותר יזמה האגודה הכנת תצ"ר. אודות הליך זה העיד מר יעקב אלבגלי שהינו מודד מוסמך אשר עבד במרכז לרישום משבצות חקלאיות, גוף המשותף לרמ"י ולמרכז החקלאי גוף זה הוקם על מנת להכין לרישום בטאבו אדמות המושבים והקיבוצים. מרכז זה פעל מ-1977 ועד 2015. לאחר שהשותפות פורקה הוא המשיך להיות מועסק ע"י רמ"י כיועץ מיפוי ומדידות למשבצות חקלאיות.

יעקב אלבגלי הינו עד מקצועי וניטראלי ויש לקבוע כי עדותו מקצועית ואמינה וחסרת כל פניות. מעדותו עולה כי בהכנת תצ"ר מספר שלבים: שלב הכנתו, שלב אישורו בוועדה המקומית כתואמת התבי"ע, שלב ביקורת במרכז למיפוי או אצל מודד לו סמכות לאשרה ובסופו של דבר - רישום התצ"ר בלשכת רישום המקרקעין.

יש לקבל את דברי העד אלבגלי כי התצ"ר הגיע לשלב אישורו על ידי הוועדה המקומית (למעט תכנית אחת) וכי התצ"ר טרם עבר את שלב הביקורת והרישום כפי דבריו: "... ז"א שהתהליך עוד לא הסתיים. אפשר לעשות תיקון בהרבה מן השלבים".

אין מחלוקת בין הגופים השונים, כי התצ"ר הוכן על בסיס התבי"ע שאושרה ב-2002. זו הייתה ועודנה עמדת האגודה. גישת האגודה שבאה לידי ביטוי בעדותו של גרמי, המזכיר הקודם של האגודה, ושל אהרון לבנה, המזכיר הנוכחי, לפיה האגודה כעקרון תתן הסכמתה לפתרון שהצדדים לבוררות יסכימו לו, בכפוף לכך שהדבר לא יפגע בצד שלישי או בעקרון השוויון.

30. לטענת התובעים, הבסיס לפלישה הנטענת בצדה המזרחי של נחלה 27, מתוך חלקה א' של נחלה 25 לחלקה ב' של נחלה 27, מקורה במדידות שנעשו הן על ידי קעואר והן על ידי המודד שבח מטעם הבוררת. מדידות שנעשו על יסוד התבי"ע והתצ"ר, שהוכן על בסיס התבי"ע. לטענת התובעים החומה שנבנתה בשנת 2004, איננה קו הגבול על פי אותן מדידות.

31. לטענת הנתבעים בתכנית התבי"ע נפלה טעות. מעדויותיהם של שפירא ואלבגלי עולה כי בהליך אישור התבי"ע חל שינוי, בין התכנית שהופקדה לבין התכנית שאושרה. בעוד שעל פי התכנית שהופקדה קו הגבול היה לאורך הקיר הקיים, בתכנית שאושרה קו הגבול הוא כ-2 מטר מעבר לקיר - בתוך השטח בו מחזיקים הנתבעים.

32. עמדת רמ"י, באמצעות יעקב אלבגלי, באה לידי ביטוי במכתבו של אלבגלי מ- 25.03.21 (3/ג) המופנה לוועד האגודה. במכתבו הוא מתייחס לטעות בתשריט התכנית המאושרת. כמו כן עמדת רמ"י היא כי "הגבולות הנכונים הם למעשה על פי התכנית שהופקדה". למכתב זה קדם מכתב מיום 09.09.20 (7/ג) בו מודיע, בשם רמ"י כי אין מניעה לבצע תיקון בתצ"ר ולהתאים את, הגבול המערבי של נחלה 25 לגדר הקיימת, גבול התואם לתשריט התכנית שהופקדה והיה אמור להיות זהה בתכנית שאושרה".

33. אין זה בסמכותי כבוררת בין הצדדים כאן לקבוע קביעות פוזיטיביות באשר לחוקיות תב"ע או תצ"ר, בין באשר לבטלותן או תוקפן. טענות מסוג אלה מאפיינות סכסוך קונסטיטוציוני בעל השלכות רחב פוטוציאליות על צדדים אחרים ובהם כלל חברי האגודה והאגודה עצמה שאיננה צד להליך שבפניי (ראה ה"פ 284/98 בית מאיר – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות שיתופית בע"מ ואח' נ' רחמני, פורסם בנבו – 05.09.99).

אלא שלצורך הכרעתי בתביעה, אין צורך בקביעות מסוג זה, כלל.

ז. התנהלות הצדדים לאורך השנים באשר לגבולות נחלותיהם ונקותה

34. אין מחלוקת כי הצדדים מחזיקים, כל אחד בנחלתו, עשרות שנים. תובע מס' 1 קיבל, כך לעדותו, את זכותו בנחלתו בשנת 1967 (כ"בן ממשיך"). הנתבעים רכשו הזכויות בנחלה 25 בשנת 1995, מבעלי הזכויות הקודמים (משפחת "אברהם"), בעלי זכויות קודמים שעשו שימוש בנחלה משנות ה-50 המאה הקודמת.

במשך אותן שנים רבות, ועד לפני מספר שנים, לא התעוררה כל מחלוקת בין הצדדים באשר לגבולות שבין נחלותיהם. ההיפך הוא הנכון. מהתנהגותם עולה כי הם ראו בחלוקה בפועל בין שטחי הנחלות כמשקפת את הגבולות. לצרכי פרק זה אתיחס בנפרד לשני שטחי הפלישה הנתבעים. האחד - פלישה נטענת לצדה המזרחי של נחלת התובעים, מתוך חלק א' של הנתבעים (להלן: "הפלישה המזרחית"). השנייה - פלישה נטענת לצד צפון של נחלה התובעים מחלקה ב' של נחלת הנתבעים (להלן: "הפלישה הצפונית").

35. נדון תחילה בפלישה המזרחית. הוכח בפני כי בניית החומה על ידי הנתבעים בשנת 2002, או בסמוך לכך, נעשתה בהסכמה מלאה של התובעים. התובע נשאל האם בעת שהנתבעים בנו את החומה הבין שהם קובעים גבול בין שטחו לשטחם השיב: "ברור", כן הוכח בפניי כי התובעים נתנו הסכמתם לבקשה להיתר בנייה של הנתבעים, בקשה המבוססת על החומה שנבנתה על ידי הנתבעים כקו הגבול שבין הנחלות.

בניית החומה היתה חלק מבקשה להיתר בנייה של הנתבעים שמטרתה העיקרית בניית בית חדש בחלקה א' בנחלתם. הם נדרשו ע"י הוועדה המקומית לקבל הסכמת השכנים.

לא רק זאת, בניית החומה נעשתה ללא התנגדות כלשהיא מצד התובעים. כך, למשל, הוזמן המודד קאווער שסימן את קו הגבול, עליו בוצעה לאחר מכן בניית החומה, סימון שנעשה בנוכחות של התובע.

בעדותו בפני אישר המודד עיסא איאד, ממשרד קעואר, כי הם הגיעו למקום לצורך סימון הגבול. גבול שעליו הוקמה לאחר מכן החומה. לדבריו, "החומה היא לאורך הגבול", הוא אישר שהגיע לשטח, מדד וסימן היכן צריכה להיבנות החומה. המודד מסר בעדותו שלאחר הקמת החומה הכינו מפה לאחר "ביצוע" וכי הוא זוכר שהחומה נבנתה בהתאם לסימונים שלו.

36. התובעים אינם מכחישים התנהלותם זו באשר לפלישה המזרחית. לטענת התובעים, בסיכומים מטעמם, נודע להם אודות הפלישה הני"ל בשנת 2018 כאשר קבלו מדידות של קעואר, והם מסתמכים על הנתען בסעיף 198 לכתב ההגנה.

בין אם מדובר בשנת 2018 או במהלך 2019 (כך עולה מעדותו של התובע) אין מחלוקת כי התובעים העלו לראשונה טענותיהם באשר לפלישה המזרחית על בסיס התצ"ר בו שורטט גבול השונה מהגבול הנוכחי, הוא קו גבול עליו נבנתה החומה.

37. באשר לפלישה הצפונית בין הצדדים מספר מחלוקות עובדתיות. לטענת התובעים הפלישה לחלקה ב' של נחלת התובעים מתוך חלקה ב' של נחלת התובעים החלה בשנת 2013. התובעים, כך לטענתם, שהו, באותה עת, מספר חודשים בחו"ל. לאחר חזרתם לארץ נודע להם על הפלישה. הנתבעים, מצידם, טוענים כי השימוש שנעשה על ידם בשטח המחלוקת החל מספר שנים מוקדם יותר - בשנת 2008.

שטח המחלוקת הצפונית הוא שביל עפר. לטענת הנתבעים על תוואי אותו שביל עפר עבר, נכון לשנת 2008, "שביל כבשים". התובעים, לעומת זאת, טוענים כי שביל הכבשים עבר צפונית לשביל העפר ואין מדובר בתוואי זהה.

יצחק סולימאני, עד מטעם הנתבעים, חבר באגודה, העיד כי בין שתי חלקות ב' של הצדדים היה קיים שביל שמטרתו לפתור בעיית מעבר של בעלי עדרי כבשים מצד מזרח למערב. לדבריו שביל העפר הנוכחי הוא בתוואי שביל הכבשים.

התובע, התייחס למועד בו לגירסתו נודע לו אודות הפלישה הצפונית. לדבריו המועד הרלבנטי היה המועד בו הוקמה גדר, שכן עד אז "הכל היה פתוח" ולאחר שהנתבעים הקימו גדר ונטעו מטע, התברר לו שהנתבעים פלשו לשטח נחלתו.

בכתב ההגנה טוענים הנתבעים כי הגדר הוקמה בשטח על ידי רשות המרעה לאחר שנתנה הסכמה של שכנים אחרים ושל האגודה (סעיפים 154 ו-155 לכתב ההגנה). הם מסתמכים על אישור בכתב של האגודה מ-05.11.08 (נספח 12 לכתב ההגנה) בו התייחסות לבקשת הנתבעים להעברת דרך ל-"שולי" חלקתם וכן על נ/14 - מסמך משנת 2010 הנוגע למעבר במסלול המסומן באותו מסמך.

38. הליך קביעת הגבולות על פי מפת חלוקת חלקות ב', הליך שבמהלכו הוכנה מפת חלוקה, אשר הייתה תלויה במשרדי מזכירות האגודה, לאישורה על פי האסיפה הכללית של האגודה יש משקל רב. האסיפה הכללית היא הריבון של האגודה והחלטותיה מחייבות את חברי האגודה ובהם את הצדדים כאן. זכריה גרמי, מזכיר האגודה בשנת 2008, מסר בעדותו, כי הליך ביצוע המדידות טרם ההחלטה מאוגוסט 2008, היה כרוך במדידות על ידי מודד את הגבולות וכי הוא סבור כי נתבע 1 נכח בעת ביצוע המדידות בגבולות נחלתו.

39. הליך חלוקת חלקות ב' ערך מספר שנים ומזכירות המושב הודיעה לחברי האגודה על זכותם להיות מעורבים בו ובכלל זאת באמצעות מדידה (וסימון בשטח, במידת הצורך) כך עולה ממכתב וועד האגודה משנת 2003 (נ/9). הוכח בפני כי זכריה גרמי, מזכיר האגודה, פנה בכתב לחברי האגודה, ובכלל זאת לנתבעים, במכתב מיולי 2008, מכתב לו צורפה הצעת החלוקה (נספח 10 לכתב ההגנה). מכאן כי הנתבעים, היו מודעים להליך החלוקה של חלקות ב' והגעתו לשלב סופי ובכלל זאת להבאתו לאסיפה כללית של האגודה שזומנה ל-19.08.08 לצורך אישור החלוקה.

40. נתבע מס' 1, בעדותו בפני, הודה כי לא פנה בעניין "אי ההתאמה" שבין מפת החלוקה שאושרה למצב בשטח, למעט נושא הצרכת דרך הכבשים. אינני מקבלת הסברו לכך ש"אף אחד לא בא ותירגם את המפה לשטח", ואת הטלת האחריות מצדו על מזכיר האגודה דאז, שלגירסת נתבע מס' 1 מעולם לא התקשר אליו ומעולם לא בא אליו

41. התובעים הגישו תביעתם זו בשנת 2020, כ-7 שנים לאחר שעל פי גירסתם, נודע להם אודות הפלישה הצפונית. התובעים לא הביאו ראיות לנקיטה בפעולות או דרישות מהנתבעים לסלק ידם משטח זה בסמוך לאחר המועד הנ"ל או במשך שנים לאחר מכן. אך בכך, אין על פי הפסיקה, משום התיישנות של תביעתם שכן הסגת גבול במקרקעין הינה עוולה מתמשכת כך שעילת התביעה מתחדשת מיום ליום (ע"א 35/71 חברת ישראל אוסטרליה להשקעת פרדסים ומטעים בע"מ נ' מושב בני דרוור פ"ד כ"ז (1) 225 (1978)).

ח. משקל חוות הדעת של המודדים

42. משהתייחסתי לעיל למעמד המשפטי של הצדדים בנחלותיהם והשלכותיו על קביעת גבולות נחלותיהם, ומשטרם השלימו הגורמים השונים את הליכי רישום התצ"ר בלשכת רישום המקרקעין, אין כל מעמד, בכל הנוגע לשטח הפלישה המזרחי, לחוות הדעת של המודדים ובכלל זאת לחוות הדעת של המודד חיים שבח שמונה על ידי.

43. שונה המצב בכל הנוגע לשטח הפלישה הצפוני. חוות דעתו של המודד שבח מטעמי, נערכה על בסיס מפת החלוקה שאושרה על ידי האסיפה הכללית של האגודה - הריבון של האגודה.

44. כמפורט לעיל אין בסמכותי ואין בכוונתי לקבוע קביעות לעניין המחלוקת בין הצדדים הנוגעות לתוקפן או בטלותן של התביעה או של התצ"ר. הכרעתי בתביעה זו תהא מבוססת על המצב המשפטי וההשלכות של התנהגות הצדדים.

ט. הסעד לסילוק יד

45. ב- ע"א 8661/10 יוסף נעמה נ' תמר טורקיה (פורסם בנבו – 19.02.2012) (להלן: "עניין נעמה") הובהרו מגבלות זכויות הבעלים של קניין אל מול דרישה לסעדים על ידי בעל הזכות. "גרעין ההלכה לפיה ההגנה על זכות הקניין כפופה לעקרונות של צדק, הגינות ותום לב, קנתה אחיזה איתנה בפסיקה ואין עלייה עוררין" (פסקה 13). בפסקה 11 קבע ביהמ"ש העליון:

"אכן, ההגנה על הקניין מפני פגיעה יש לה מעמד חוקתי יחד עם זאת, בעלים של נכס ובכלל זה נכס מקרקעין, אינו נהנה מאוטונומיה מוחלטת בבואו להגן על החזקתו בנכס ואין לו זכות בלתי מסוייגת ל- "שרירות בעלים"... יתכנו, אפוא, מקרים שבהם מכוח עקרון תום הלב יוגבלו הסעדים להם זכאי בעל זכות קניינית, הגם שזו נפגעת על ידי הזולת".

לפיכך, יתכנו מקרים בהם מכוח עקרון תום לב יוגבלו הסעדים להם זכאי בעל זכות קניינית (ע"א 782/70 רדומולסקי נ' פרידמן, פ"ד כ"ה (2) 523, 530 - (1971). כך גם עולה מסעיף 14 לחוק המקרקעין הקובע כי בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר.

בפס"ד בעניין נעמה נקבעו אמות המידה להפעלת שיקול הדעת, לפיהם, על ביהמ"ש לבדוק עוצמת הזכות הקניינית ומהותה. האם מדובר בבעלות או בזכות אחרת החלשה ממנה, עוצמת הפגיעה בזכות, לרבות היקף הפגיעה ומטרתה, עוצמת תוצאות הסרת הפגיעה בזכות מבחינת הפוגע וכן התנהגות הצדדים.

46. בעניינינו, זכויות התובעים אינן זכויות קנייניות אלא זכויות אישיות אובליגטוריות. ברשות רשאי להגן על מקרקעין שבחזקתו וזאת בין היתר מכוח סעיפים 16 ו- 17 לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969. לעניין אמות המידה שנקבעו בעניין נעמה יש משקל לכך שזכויות התובעים הן כאמור זכויות "מהדרג התחתון".

47. מאחר וגבולות הנחלות טרם הוסדרו ולא נרשמו בלשכת רישום המקרקעין הרי היקף הזכויות הנפגעות איננו סופי או מוחלט ויתכן ובעתיד, בשלב הרישום, יהיו שינויים אלו או אחרים בקווי הגבולות, בעת רישום הזכויות החכירה בנחלות בלשכת רישום המקרקעין.

48. להכרעה בתביעה זו יש לשקול גם את עקרון תום הלב בהסתמך על התנהלות הצדדים.

י. מסקנות

49. ההליכים התכנוניים במושב עופר טרם הסתיימו. כעולה מהראיות שבאו בפניי עוד רחוקה הדרך עד לרישום תצ"ר סופי בלשכת רישום המקרקעין. כך גם רחוקה הדרך עד לשלב בו יחתמו חוזי חכירה בין רמ"י ובעלי הזכויות בנחלות במושב עופר, ובהם הצדדים, על פי הגבולות שיקבעו בתצ"ר.

50. עד לשלב חתימת חוזה החכירה יכול וגבולות השטחים שנמסרו לחברי האגודה במעמדם כברי רשות - ישתנו. עד לשלב העתידי הנ"ל ההתייחסות הנכונה לנחלות ולגבולותיהם היא כאל שטחי ההרשאה וגבולותיהם. על שטחי ההרשאה של הצדדים יש ללמוד מהתנהלות הצדדים במשך עשרות השנים ועמדת האגודה הפועלת מכוח זכויות שהעניק לה רמ"י, בעלת המקרקעין.

51. באשר לסעד הנתבע על ידי התובע לסילוק ידם של הנתבעים משטח "הפלישה" המזרחי מצאתי לנכון לדחות תביעתם. לעומת זאת ובאשר לתביעה לסילוק ידם של הנתבעים משטח ה"פלישה" הצפוני – אני נעתרת לתביעתם זו.

יא. התביעה לסילוק יד משטח הפלישה המזרחי

52. התנהגות הצדדים לאורך השנים, ובכלל זאת בניית החומה על ידי הנתבעים ללא כל התנגדות מצד התובעים, מצביעה על כך כי שני הצדדים ראו בתוואי הגבול המזרחי, בו עוברת החומה, כגבול של שטחי ההרשאה אשר ניתנו להם על ידי האגודה.

53. המצב בפועל בשטח בצד המזרחי של נחלת התובעים תואם את הסכמת הצדדים משקף את התנהגותם, התנהלותם והסכמתם של הצדדים במשך שנים רבות וכן את קו הגבול שנמדד עוד טרם בניית החומה.

54. בכל מקרה וכל עוד לא נרשמו הנחלות בלשכת רישום המקרקעין והליכי התצ"ר לא הושלמו יוותר המצב הקיים על כנו. בעתיד, לאחר רישום התצ"ר ורישום זכויות חכירה בנחלות יקבעו הגבולות, יתכן והגבול הסופי יהיה שונה מהגבול הנוכחי בשטח.

55. בחינת אמות המידה להפעלת שיקול הדעת כנגד מתן סעד לסילוק יד משטח זה מצדיקות אי העתרות לו. כמפורט לעיל זכויות התובעים הן זכויות אישיות "מהדרג התחתון", הגבולות טרם נרשמו בלשכת רישום המקרקעין ובאי מתן הסעד לא יהא משום פגיעה סופית או מוחלטת שכן אם בעתיד ירשמו התובעים כחוכרים בלשכת רישום המקרקעין והגבול בצד המזרחי יהיה שונה – תעמוד לתובעים הזכות לבקש הסעד של סילוק יד.

56. שימוש בעיקרון תום הלב, בנסיבות בהן החזקת הנתבעים בשטח המחלוקת במשך עשרות שנים הייתה ללא התנגדות של התובעים וללא התנגדות של האגודה – מצדיק שלא להעטר לסעד של סילוק יד משטח הפלישה המזרחי.

57. משכך אני דוחה התביעה לסילוק ידם של הנתבעים משטח הפלישה המזרחי.

יב. התביעה לסילוק יד משטח הפלישה הצפוני

58. התובעים מבססים תביעתם באשר לשטח זה על תכנית החלוקה של חלקות ב' שאושרה על ידי האסיפה הכללית של האגודה. האסיפה הכללית של האגודה (ולא ועד האגודה) היא הרשות העליונה באגודה שיתופית, הריבון באגודה, ולהחלטותיה יש משקל מכריע.

59. לתקנון של אגודה שיתופית המסדיר סמכויות אסיפה כללית והחלטותיה יש מעמד מיוחד. בפסק דין של בית המשפט העליון מיום 27.03.22 ב- רע"א 8226-21 קיבוץ נאות מרדכי נ' שליידר (פורסם בנבו) חזר ביהמ"ש על ההלכה לפיה תקנון של אגודה שיתופית הוא בבחינת חוזה בין האגודה לחבריה, וכן בין החברים לבין עצמם (סעיף 49 לפס"ד).

על פי ההלכה הפסוקה "התקנון של האגודה שיתופית הוא בגדר הסכם בין האגודה לבין חברי המסדיר את היחסים המשפטיים וקובע את הזכויות והחובות ההדדיים שלהם, כן נפסק, כי התקנון הוא ההסכם בין החברים לבין עצמם" (ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מ"ה (4) 529 (1999) בעמוד 542 א').

60. מכאן שלאישור האסיפה הכללית את מפת החלוקה של נחלות ב', מפת חלוקה שעל פי נתונייה ערך המודד חיים שבח מטעמי את חוות דעתו, יש מעמד חוזי ביחסים שבין הצדדים לבוררות זו.

61. לא נתבקשתי על ידי הנתבעים לצרף האגודה כבעל דין במסגרת תביעה זו ואציין כי אילו היה מתבקש צרוף האגודה היה הדבר מתאפשר לאור החוק והפסיקה.

משלא צורפה האגודה ועמדתה כבעלת דין בפני לא הובאה, לא עמדו הנתבעים בנטל המוטל עליהם לנסות להוסיף כי עמדתה הנוכחית של האגודה שונה מהעמדה שבאה לידי ביטוי באסיפה הכללית מ- 2008. אוסיף ואציין כי מדברי שני נציגי האגודה ובהם המזכיר הנוכח לא עלה כי האגודה מסכימה לשינוי של מפת החלוקה בסכסוך זה שבין הצדדים והדבר עומד לרועץ לנתבעים.

62. בנסיבות אלו השיקולים שפירטתי לעיל כנגד מתן הסעד לסילוק יד, על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה לעיל לא מתקיימים.

63. באשר לתביעה הכספית ומאחר והתובעים לא הוכיחו תביעתם זו - נדחית.

64. לפיכך אני מורה כדלקמן:

- 64.1 על הנתבעים לסלק ידם משטח הפלישה הצפוני. קו הגבול לעניין זה, יהיה על פי התשריט שצורף לחוות דעתו של המודד חיים שבח שמונה כמודד מטעמי.
- 64.2 על הנתבעים לסלק ידם לא יאוחר מ- 12 חודשים ממועד מתן פסק הבוררות זה.
- 64.3 העלויות הכוללות של פינוי הפלישה משטח הפלישה הצפוני יחולו על הצדדים בחלקים שווים ביניהם.
- 63.4 הנתבעים ישאו בהוצאות התובעים בסך כולל של 20,000 ₪ ובתוספת מע"מ. סכום זה ישולם תוך 30 יום ממועד מתן פסק הבוררות שאם לא יכן ישא הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום מתן פסק הבוררות ועד התשלום בפועל.


נחמה צימרינג מוניץ
שופטת מחוזית (בדימוס)

4/4/2022
תאריך