

עמ"ש 46934-03-14

לפני כבוד השופטים : משה סובל, תמר בזק-רפפורט, דוד מינץ.

(משיב 1 בעמ"ש 46934-03-14)

(משיב 2 בעמ"ש 14-03-46934)

כולם ע"י ב"כ עו"ד זכי כמאל

נגד

המשיבים בעמ"ש 49602-02-14

(משיב 4 בעמ"ש 14-03-46934)

(משיב 5 בעמ"ש 46934-03-14)

(משיב 6 בעמ"ש 46934-03-14)

(משיב 7 בעמ"ש 46934-03-14)

5. א' ג' א' א' (מערערת 5 בעמ"ש 14-03-44910)

עמש 02-14-49602 ר' א' א' ר' א' א' ר' א' א' נגד עיזבון המנוחה ח' ס' א' א' פ' ג' א' א' י' א'
א'ס' ג' א' א' א' ג' א' א'ס' ג' א' ואח'...

(משיבה 8 בעמ"ש 46934-03-14)

6. ס' ג' א' א' (מערער 6 בעמ"ש 44910-03-14)
(משיבה 9 בעמ"ש 46934-03-14)

7. נ' מ' א' א' (מערער 7 בעמ"ש 44910-03-14)
(משיב 10 בעמ"ש 46934-03-14)

8. ג' ע' א' א' (מערער 8 בעמ"ש 44910-03-14)
(משיב 11 בעמ"ש 46934-03-14)

9. נ' ע' א' א' (המערער בעמ"ש 46934-03-14)
(משיב 3 בעמ"ש 44910-03-14)

10. ר' ע' א' א' (מערער 9 בעמ"ש 44910-03-14)
(משיבה 12 בעמ"ש 46934-03-14)

11. פ' ג' (משיב 4 בעמ"ש 44910-03-14)
(משיב 13 בעמ"ש 46934-03-14)

משיבים 1-8, 10 ע"י ב"כ עו"ד מאג'ד גנאים
משיב 9 ע"י ב"כ עו"ד ג'וני שחאדה
משיב 11 ע"י ב"כ עו"ד מוחמד סייד-אחמד

פסק דין

1. בפנינו שלושה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בירושלים (כבוד השופטת סגנית הנשיאה נילי מימון) שניתן ביום 30.1.14 בתמ"ש 3860/07, וכן על החלטת בית המשפט מיום 29.8.13. עניינו של ההליך בתביעה שהגישו המערערים בעמ"ש 49602-02-14 (להלן בהתאמה - **התובעים**; **ערעור התובעים**) נגד משיבים 10-1 באותו ערעור (להלן - **הנתבעים**) לפירוק שיתוף במקרקעין, תשלום דמי שימוש ראויים, והעברת חלקם היחסי של התובעים בדמי שכירות שהתקבלו עבור דירות במקרקעין.

עמס 49602-02-14 ר' א' א' א' ר' א' א' ואח'... נגד עיזבון המנוחה ח' ס' א' א' פ' ג' א' א' י' א' א', ס' ג' א' א' א' א' ואח'...

2. בתום שמיעת הערעורים הצגנו בפני הצדדים הצעת הסדר מפורטת לסיום מכלול הסכסוכים וההתדיינות ביניהם. בחלוף מספר ימים הודיע ב"כ נתבעים 1-8 ו-10 על קבלת ההצעה. לאחר מסכת בקשות ותגובות, התקבלה הודעה דומה מאת ב"כ התובעים, אלא שהסכמתו הייתה מלווה בדרישה לשמירה על טענות מסוימות של התובעים. בשלב מסוים נראה היה שניתן להתכנס למתווה המאפשר את סיומו של ההליך בהסדר מוסכם בהתאם להצעתנו, לצד שמירת הטענות במקטע צר של יריעת המחלוקת. למרבה הצער, בסופו של דבר לא הסתייעה הפשרה, וב"כ התובעים הודיע לבית המשפט כי נכזבה התוחלת לסיום המחלוקת בדרך מוסכמת וכי מתבקש מתן פסק דין בערעורים.

3. התפתחות נוספת שהכבידה על ההכרעה בטענות, נוגעות לשינויים שחלו בעמדות חלק מבעלי הדין באשר לסוגיות שבמחלוקת, כדלקמן:

א. עוד במהלך בירור התביעה בפני בית משפט קמא התעוררה שאלת מעמדה בהליך של **תובעת 3** (מערערת 3 בערעור התובעים), לרבות השאלה האם תובעת 3 עומדת מאחורי התביעה שהוגשה בשמה והאם ב"כ התובעים מוסמך לייצגה. לפירוט הדברים נידרש להלן.

ב. מספר ימים לפני המועד שנקבע לשמיעת הערעורים התקבלה בבית משפט זה הודעה מאת ב"כ התובעים לפיה **נתבע 9** (שהוא גם המערער בעמ"ש 14-03-46394) העביר אליו בקשה למחיקת ערעורו ולקבלת ערעור התובעים. למרות זאת, לדיון בערעורים התייצב בא-כוחו של נתבע 9 (שהגיש בשמו את הערעור הנזכר וכן עיקרי טיעון בהם ביקש את דחיית ערעור התובעים) וציין כי אין לו כל מידע באשר להסכמה שהושגה בין מרשו לבין התובעים, ולמעשה "אין לי שום עמדה בתיק הזה" (עמ' 5 לפרוטוקול).

ג. לאחר שמיעת הערעורים, ובעיצומה של שקלא-וטריא שב"כ הצדדים ניהלו מול בית המשפט בקשר להצעת הפשרה, הוגשה הודעה מאת ב"כ נתבעים 8-1 ו-10 אליה צורף מכתב **שתובע 2** שלח לבית משפט זה, בו הודיע על ביטול ייפוי-הכוח שנתן לב"כ התובעים לצורך ייצוגו בהליך, ועל בקשתו למשיכת התביעה שהוגשה בשמו. בתגובה להודעה זו ציין ב"כ התובעים כי תובע 2 לא פנה אליו לשם ביטול תביעתו, והוא אף אינו מאמין שתובע 2 ביקש לעשות כן. למרות זאת, בבקשותיו האחרונות של ב"כ התובעים לבית משפט זה

(בקשה מיום 23.8.16 לקבלת דו"ח אודות דמי השכירות, ובקשה מיום 23.10.16 למתן פסק דין) צוין שמו של תובע 1 לבדו כמי שמיוצג על ידי ב"כ התובעים. בדומה לכך, בהליכים המתנהלים בבית משפט קמא מאז חודש ספטמבר 2016 (במסגרת התיק המקורי בו ניתן פסק הדין נושא הערעורים) בעניין דמי השכירות, הופיע ב"כ התובעים כמייצג של תובע 1 בלבד. לכך מצטרפת הודעה שתובע 2 הגיש לבית משפט זה ביום 19.1.17 לפיה ביטל זה מכבר את ייפוי-הכוח שנתן בשעתו לב"כ התובעים, ואף הודיע לו כי הגיע להסכמה עם נתבע 4 ולפיכך הוא מבקש למשוך את ערעורו.

4. עד כאן סקירה ממעוף הציפור של השינויים שחלו בעמדות הצדדים, לרבות לאחר הגשת הערעורים. עתה נוכל לגשת לעיצומו של פסק הדין שנתן בית משפט קמא ולטענות המופנות כלפיו במסגרת הערעורים.

תמצית העובדות והשתלשלות ההליך

5. שלושת התובעים הם שני בניו ובתו של המנוח פ' ג' א' א' (להלן - פ'), אשר ירש מאביו המנוח, ג' א' א' (להלן - ג'), זכויות במקרקעין בירושלים הידועים כגוש שומה [...] חלקה [...]. על המקרקעין ניצב בנין בן ארבע קומות ובו שש דירות מגורים בגדלים שונים (להלן - הנכס או הבנין). הבעלות בנכס בשלמותו רשומה בלשכת רישום המקרקעין על שם ג'. ג' נפטר ביום 0.0.79, ולו שמונה ילדים: שלושה ילדים מאשתו הראשונה, נ', שנפטרה לפניו בשנות הארבעים של המאה הקודמת, וחמישה ילדים - בהם פ' - מאשתו השנייה, ח', שנפטרה לאחר הגשת התביעה ביום 0.0.08. ח' היא אפוא סבתם של התובעים. בנה פ' נפטר לפניו ביום 0.0.99. התביעה הוגשה נגד ח' (נתבעת 1, שעזבונה הוא משיב 1 בערעור התובעים) ונגד תשעה מצאצאיו של ג' שירשו גם הם את זכויותיו בנכס: שלושה בנים (נתבעים 2-4), שתי בנות (נתבעות 5-6), שלושה נכדים (נתבעים 7-9) ונכדה (נתבעת 10).

6. התביעה הוגשה בשנת 2006 לבית משפט השלום בירושלים, והועברה בשנת 2007 לדיון בבית המשפט לענייני משפחה. במועד הגשת התביעה, הדירה בקומת הקרקע של הבנין הוחזקה על ידי ח'. בקומה הראשונה הוחזקה דירה אחת על ידי נתבע 4 (בנו של ג'), ודירה נוספת הוחזקה על ידי דייר בשכירות מוגנת. בקומה השנייה הוחזקה

דירה אחת על ידי **נתבעת 5** (בתו של ג'), ודירה נוספת הושכרה בשכירות חופשית. דירת הגג בקומה השלישית הוחזקה על ידי **נתבע 9** (נכדו של ג').

7. ביום 23.8.07 נתן בית משפט קמא החלטה על יסוד הסכמת הצדדים בדבר מינוי שמאי מקרקעין לצורך הערכת שווי הנכס, הערכת גובה דמי השכירות הראויים לדירות שבנכס, והצעה לחלוקת הנכס בעין. לאחר שחלפו מספר חודשים בהם הנתבעים לא הפקידו את חלקם בשכר טרחת השמאי, הורה בית המשפט ביום 10.1.08 על מחיקת כתב ההגנה. ביום 18.9.08 ניתן פסק דין לפיו יפורק השיתוף בנכס בעין בהתאם לתכנית חלוקה שיגישו התובעים, ובנוסף חויבו הנתבעים בתשלום דמי שימוש ראויים לתובעים. בקשה לביטול פסק הדין נדחתה ביום 29.10.09. נתבעים 7-1 ו-10 ערערו על פסק הדין לבית משפט זה (עמ"ש 551/09). במסגרת הדיון בערעור הסכימו הצדדים ביום 31.5.10 כי פסק הדין יבוטל; התיק יוחזר לבית משפט קמא על מנת שידון בתביעה לגופה; ותירשם הערת אזהרה על חלקם של הנתבעים בנכס להבטחת זכויותיהם הכספיות של התובעים אם יזכו בתביעתם לדמי שימוש ראויים ולדמי שכירות. חוות דעת השמאי הוגשה ביום 10.3.10.

8. בשנת 2011 רכש המשיב 11 בערעור התובעים את זכויותיהם בנכס של **תובעת 3** (בתו של פ'); **נתבע 3** (בנו של ג'); ו**נתבע 7** (נכדו של ג'). המשיב 11 תפס חזקה בשתי הדירות בקומה הראשונה של הבנין, בהן הדירה שהוחזקה בשעתו על ידי דייר מוגן. נכון למועד מתן פסק הדין ביום 30.1.14, הדירה בקומה השנייה שהושכרה בשכירות חופשית, פונתה גם היא על ידי השוכרת שהחזיקה בה.

9. לאחר הגשת סיכומי התובעים והנתבעים, הוגשה לבית משפט קמא ביום 26.6.13 בקשה מטעם משיב 11 לצרפו כנתבע בתביעה לפירוק שיתוף. בהחלטת בית המשפט מיום 29.8.13 התקבלה הבקשה כך שמשיב 11 נכנס בנעלי תובעת 3, נתבע 3 ונתבע 7 לעניין התביעה לפירוק השיתוף. לעומת זאת, תובעת 3, נתבע 3 ונתבע 7 נותרו במעמד המקורי כבעלי דין לעניין התביעה הכספית לדמי שימוש. כאמור לעיל, ערעור התובעים הוגש גם על החלטה זו.

פסק דינו של בית משפט קמא

10. שאלה מקדימה שנדונה בפסק הדין עסקה בזהות בעלי הדין הנכונים. הנתבעים טענו כי תובעת 3 חזרה בה מהתביעה וכי בינה לבין אחיה, תובעים 1-2, מתנהלים הליכים משפטיים בהם יוצגה על ידי ב"כ הנתבעים. בהחלטה הנזכרת מיום 29.8.13

נאמר כי תובעת 3, שהיא תושבת מצרים, חתמה ביום 21.6.06 על ייפוי-כוח המסמך את אחיה, **תובע 1**, לייצגה בהליכים משפטיים הנוגעים לנכס, וכל עוד לא הוכח שייפוי-הכוח בוטל יש לראות את תובע 1 כמי שמוסיף לייצג את תובעת 3 בהליך. לאחר הגשת סיכומי הנתבעים הוגש על ידם מסמך המאשר כי תובעת 3 ביטלה את ייפוי-הכוח לתובע 1. משכך, ומאחר שב"כ התובעים לא הציג ייפוי-כוח בו הוסמך על ידי תובעת 3 לייצגה אלא טען כי הוא מייצג את תובעת 3 מכוח ייפוי-הכוח שנתנה לתובע 1, נקבע בפסק הדין כי אין מקום להותיר את תובעת 3 כתובעת בהליך.

11. שאלה מקדימה נוספת נגעה להיקף הזכויות של כל אחד מהתובעים בנכס. צווי ירושה שניתנו על ידי הרשם לענייני ירושה ביום 1.1.12, העמידו את חלקם הכולל של יורשי פ' בעזבון ג' (סבם) על 1/16 (מתוך חלק זה ירש כל אחד מתובעים 1-2 זכויות בשיעור 39/120 בעזבון אביו פ'), ואת חלקו של כל אחד מתובעים 1-2 בעזבון ח' (סבתם שירשה מבעלה ג' את מחצית הזכויות בנכס) על 1/15. על יסוד צווים אלה נקבע בפסק הדין כי סך הזכויות של תובעים 1-2 בנכס עומד על 5.36% לכל אחד (וביחד - 10.72%). טענת הנתבעים כי ח' הייתה בעלת מחצית הזכויות בנכס מכוח חזקת השיתוף, בנוסף להיותה יורשת על פי דין של מחצית זכויותיו של ג' - נדחתה. זאת מהטעם שח' לא הגישה תביעה מכוח חזקת השיתוף במהלך 30 השנים שחלפו מאז פטירת בעלה ג' ועד לפטירתה, ואף חתמה על הסכם לחלוקת הזכויות בבנין בין יורשי ג', בו הועמד חלקה בנכס על 12/96.

12. טענת ההגנה הראשונה של הנתבעים בתביעה לפירוק שיתוף (להוציא נתבע 9 שבסיכומיו הסכים לפירוק השיתוף בעין) הייתה שמכיוון שהתובעים אינם רשומים כבעלי הזכויות בנכס (שכאמור עודנו רשום על שם ג') אין באפשרותם לתבוע לגביו פירוק שיתוף. טענה זו נדחתה מהטעם שזכותם של יורשי ג' להירשם כבעלי הנכס היא זכות אובליגטורית סחירה, שהשיתוף בה ניתן לפירוק בהתאם להוראת סעיף 10 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971 (להלן - **חוק המיטלטלין**).

13. במחלוקת שעניינה אופן פירוק השיתוף, עמד בית משפט קמא על כך שלמרות שבכתב התביעה התבקש סעד של פירוק השיתוף בעין או בדרך של מכירת הנכס וחלוקת הפדיון בין השותפים, הרי במהלך בירור התביעה שינו התובעים את עמדתם והודיעו במספר רב של הזדמנויות, לרבות בסיכומיהם, כי רצונם הוא לקבל תשלום כספים המבטא את שווי זכויותיהם בנכס. רק ביום 17.11.13, לאחר הגשת סיכומי התשובה של התובעים, הם חזרו לעמדתם המקורית שבכתב התביעה, ובתגובה להצעתו של משיב 11 לרכוש את מלוא זכויותיהם בנכס, הודיעו כי אינם מסכימים

למכירת חלקם ועומדים על פירוק השיתוף. עמדה זו נדחתה בפסק הדין מכוח הסמכות של בית המשפט לפי סעיף 10(ב) לחוק המיטלטלין, לצוות "על דרך אחרת של פירוק השיתוף הנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין". נקבע כי בנסיבות המקרה הקונקרטי, הדרך היעילה והצודקת אינה חלוקה בעין או מכירת הנכס וחלוקת הפדיון, אלא העמדת חלקם של התובעים (בלבד) למכירה בשוק החופשי לכל המרבה במחיר, בלא ששווי הנכס שנקבע בחוות דעת המומחה יגביל את מחיר העסקה, תוך המשכת השיתוף בנכס בין יתר הבעלים. הטעמים שניתנו לכך הם אלה: התובעים אינם רשאים לחזור בהם ללא כל נימוק מההסכמה המפורשת והעקבית אותה הביעו במספר רב של הזדמנויות לקבל תשלום כספי בעד שווי חלקם בנכס; התובעים מתגוררים מחוץ לישראל, לא התגוררו מעולם בנכס ואין להם עניין לגור בו; התובעים הם בעלים של מיעוט הזכויות בנכס; יתר השותפים מתנגדים לפירוק השיתוף; חלק מהנתבעים, שירשו גם הם זכויות בנכס, מתגוררים בו ואף השקיעו כספים רבים בהרחבת ושיפוץ הדירות בהן הם מתגוררים שנים רבות; מרבית השותפים הם בני אותה משפחה; מכירת בנין מגורים שלם (להבדיל מדירת מגורים בודדת) היא פעולה שקשה לבצעה; חלק מהיורשים מכרו את זכויותיהם בנכס לצד שלישיים, ולעת הזאת אין די פרטים באשר לאותן עסקאות; התובעים לא הציגו תכנית לחלוקת הנכס בעין, למרות מספר הזדמנויות שניתנו להם לכך; התובעים לא ייפגעו אם לא יפורק השיתוף בבנין כולו והם יקבלו תשלום בגובה שווי חלקם בנכס בלבד; הדרישה למכור את הנכס כולו על מנת לקבל חלק שאיננו חלק גדול יחסית בתמורה, תוך פגיעה בנתבעים, מהווה שימוש בזכות שלא בתום לב.

בהקשר זה נדחתה בקשת התובעים בסיכומיהם לחייב את הנתבעים לרכוש מהם את חלקם בנכס בסכום שייקבע. זאת בהעדר בסיס משפטי לבקשה, ומכיוון שבלאו הכי הועלו הצעות לרכישת חלקם של התובעים הן מטעם חלק מהנתבעים, הן מטעמו של המשיב 11 והן מטעם רוכשים פוטנציאליים שלדברי התובעים יצרו עמם קשר. כמו כן נדחתה טענת הנתבעים לקיומה של זכות קדימה לטובתם לרכישת חלקם של התובעים בנכס, שכן זכות הקדימה האמורה בסעיף 100 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן - **חוק המקרקעין**), מתייחסת ליורשי מקרקעין שהם משק חקלאי, ואינה חלה במקרה זה. בית המשפט הוסיף והבהיר כי ההוראה בדבר מכירת חלקם של התובעים בנכס בלבד, מייתרת את הדיון בטענת הנתבעים כי יש למכור את הנכס כתפוס לפי סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972 (להלן - **חוק הגנת הדייר**).

14. בבסיס התביעה לדמי שימוש ראויים עמדה טענה כפולה של התובעים: **ראשית**, שנתבעים 1, 4, 5 ו-9 תפסו בנכס שטחים העולים על החלק המגיע להם מכוח ירושת ג'. **שנית**, שהנתבעים מנעו מהתובעים לעשות בנכס שימוש דומה לשימוש שעשו בו השותפים האחרים. בכתב התביעה נתבעו דמי שימוש עבור התקופה של שבע שנים שקדמו להגשת התביעה. בסיכומי התובעים הורחבה הדרישה החל ממועד פטירת ג' ב** 1979. בית משפט קמא קבע כי לא הוצגה כל ראיה לטענת התובעים בדבר השתלטות כוחנית של הנתבעים על הנכס. ממילא התובעים לא הוכיחו מי מהנתבעים עשה שימוש בנכס, באיזו תקופה, מה גודלו המדויק של השטח בו כל אחד מהנתבעים עשה שימוש, ובאיזה מידה חורג שטח זה מן השטח היחסי המגיע לו על פי חלקו בירושה או בהסכם חלוקת הנכס בין היורשים. תובע 1 אף הודה בחקירתו הנגדית כי אינו יכול למסור נתונים מדויקים בנדון, כך שהמסד העובדתי לוקה בחסר ומקשה על הושטת הסעד המבוקש.

עם זאת נקבע בפסק הדין, כי לכל הדעות נתבעים 1, 4, 5 ו-9 עשו שימוש בנכס, וכי ביום 11.4.05 נשלח על ידי תובע 1 לנתבע 4 מכתב בדוא"ל (2/ת) ממנו עולה כי בשנת 1999, סמוך לאחר מות פ', נתקלו ילדיו התובעים בסירוב מצד הנתבעים לבקשתם לאפשר לאמם (אלמנתו של פ') להתגורר בנכס מטעמים, במידת הצורך תוך תשלום בעד השימוש בשטח העודף על זכויותיו של פ'. סירוב זה של הנתבעים, אמר בית המשפט, עולה כדי מניעת שימוש בנכס מהתובעים, המזכה אותם בדמי שימוש כאמור בסעיף 33 לחוק המקרקעין, לפיו **"שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש"**. אלא שמכתבו של תובע 1 לנתבע 4 נכתב רק בחלוף שש שנים ממועד הסירוב, ובכך יש לראות שיהיו ניכר מצד התובעים, העולה כדי ויתור על זכות השימוש שלהם בנכס עד למשלוח המכתב בשנת 2005. בנוסף, לא ברור מהמכתב מי בדיוק מבין הנתבעים, מלבד נתבע 4, התבקש וסירב בשנת 1999 לאפשר את מגורי אמם של התובעים בנכס. בנסיבות אלה הכיר בית המשפט בזכותם של התובעים לקבלת דמי שימוש ממועד הגשת התביעה בלבד. בהעדר הוכחה מצד התובעים באשר לגובה דמי השימוש, בהיותם תושבי חוץ, ולנוכח הקושי לדעת מי מהנתבעים גר בנכס ומתי - ראה בית המשפט לעשות שימוש בכלי האומדנה. על יסוד עדותו של נתבע 4 כי דמי השכירות בגין הדירה בבנין שהושכרה בשכירות חופשית היו בממוצע כ-2,200 דולר לחודש; לאור התקופות השונות של שימוש הנתבעים השונים בנכס מאז הגשת התביעה; ומאחר שנתבעת 5 התגוררה בדירה קטנה בהרבה מהדירות בהן התגוררו נתבעים 1, 4 ו-9 - נפסקו דמי שימוש ראויים לתובעים 1-2 יחד בגין חלקם בנכס (10.72%) בסכומים הבאים ובתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק ממועד מתן פסק הדין: נתבע 1 - 4,956 דולר; נתבע 4 - 22,184 דולר; נתבעת 5 - 11,092 דולר; נתבע 9 - 22,184 דולר.

15. בהתייחס לתביעה לקבלת חלק יחסי בדמי השכירות, נקבע בפסק הדין כי התובעים אינם רשאים להתנער מההסכמה שהושגה בין יורשי סבם ג', ובכלל זה אביהם פ', לכך שדמי השכירות ישמשו לכיסוי הוצאות המחיה והטיפול בסבתם ח'. בית המשפט דחה את טענת התובעים כי עם פטירת אביהם נדרשה הסכמתם להסדר, וכי מאחר שהם לא היו מעוניינים לדאוג לצרכיה של סבתם, לא ניתן לשלול מהם את הזכאות לחלק בדמי השכירות. מכיוון שעם פטירת אבי התובעים עברו חובותיו ליורשיו, אין התובעים רשאים להתנער מההתחייבות שפ' אביהם נתן לאמו ח', בפרט כאשר ההסדר בוצע בפועל במשך שנים ארוכות וח' הסתמכה עליו. עם זאת, הוסיף בית המשפט, מאז פטירת ח' בתחילת שנת 2008, ההסדר האמור הגיע אל קיצו, וממועד זה זכאים התובעים, מכוח היותם יורשים, לחלק יחסי בדמי השכירות שנגבו. כספים אלה, בניכוי ההוצאות שנדרשו לתחזוקת הבנין, מוחזקים מאז פטירת ח' בשנת 2008 בנאמנות אצל ב"כ נתבעים 1-8, 10 (להלן - הנאמן). לפיכך הוכרה זכאות תובעים 1-2 לקבלת חלקם היחסי בשיעור 10.72% בכספים שהצטברו בקופת הנאמנות.

ערעור התובעים (עמ"ש 49602-02-14)

16. בערעור התובעים נטען כי בית משפט קמא שגה בהוראתו על פירוק השיתוף בדרך של מכירת חלקם בנכס של תובעים 1-2 בלבד, תוך הותרת השיתוף בנכס בין יתר בעלי הזכויות. טענתם העיקרית של התובעים בהקשר זה היא שמכירה חלקית של זכויות בלתי-מסוימות בנכס שברובו הגדול מוחזק על ידי חלק מהשותפים, היא כמעט בלתי-אפשרית, ובכל מקרה תסב להם נזק כבד בהינתן שהתמורה העשויה להתקבל ממכירה כזאת נמוכה משמעותית מהתמורה אותה ניתן לקבל ממכירת הנכס כולו. כאשר מדובר בנכס משפחתי כמו הנכס הנדון, שלגביו קיים ניגוד עניינים מובנה בין הרצון למקסם את התשואה המתקבלת מהמכירה לבין השאיפה להשאיר את הנכס בתוך המשפחה, הדרך הראויה לפירוק השיתוף היא עריכת התמחרות על הנכס בשלמותו ולא על חלק מהזכויות בו. בקשת התובעים היא שערכאת הערעור תורה על פירוק השיתוף בדרך של מכירת הנכס כולו, ולחלופין - באמצעות חלוקתו בעין.

התובעים מוסיפים, כי אינם מעוניינים למכור את חלקם בנכס ולא ויתרו מעולם על דרישתם לחלוקתו בעין, הגם שבשעתו הביעו נכונות לקבלת תשלום כספי המשקף את שווי זכויותיהם. לטענתם, בהתאם לעיקרון הנפילה המיידית של העיזבון, הזכויות הקנייניות של היורשים מתגבשות מיד עם פטירת המוריש ולא במועד רישום הזכויות

19. התובעים מוסיפים וטוענים כי נפל משגה בהחלטת בית משפט קמא מיום 29.8.13 בדבר צירופו של המשיב 11 כנתבע, צירוף הנוגד את הכלל שלפיו אין לכפות על תובע לנהל הליך נגד מי שאינו חפץ להתדיין מולו. תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן - **תקנות סדר הדין האזרחי**), מתנה את צירופו של בעל דין להליך בכך "**שנוכחותו בבית המשפט דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה**". לטענת התובעים, נוכחותו של המשיב 11 כנתבע לא תסייע בבירור תביעתם נגד הנתבעים, מה עוד שרכישת הזכויות הנתענת על ידי המשיב 11 בוצעה חרף ידיעתו על ההליך המשפטי המתנהל בין התובעים לנתבעים. יתר על כן, בקשת ההצטרפות של המשיב 11 הוגשה רק לאחר הגשת סיכומי הצדדים, אף שהיה מודע לקיומו של ההליך מראשיתו ובכל זאת לא ביקש להצטרף אליו. צירופו נעשה ללא תיקון כתב התביעה וללא הגשת כתב הגנה מטעמו, דבר שמנע מהתובעים את היכולת להתמודד עם טענותיו. בתוך כך, נמנע מהתובעים להוכיח כי תובעת 3 לא הייתה יכולה למכור את זכויותיה בנכס למשיב 11, לאור צוואת אמה המנוחה הנמנית על יורשי ג' וח'.

20. טענה נוספת בערעור התובעים מופנית כלפי קביעת בית משפט קמא שלא להמשיך בבירור תביעתה של תובעת 3. בהקשר זה נטען כי לא הוצגה תשתית ראייתית לטענת הנתבעים בדבר ביטול יפוי-הכוח שתובעת 3 נתנה לתובע 1 ולא התקיים כל דיון לצורך בירור הטענה, מה עוד שמדובר בטענה שגויה לגופה נוכח העובדה שההליכים המשפטיים בין תובעים 1-2 לבין תובעת 3 הסתיימו לפני זמן רב.

21. לבסוף נטען בערעור התובעים כי סכום ההוצאות שבית משפט קמא פסק לטובת תובעים 1-2 (₪ 10,000) נמוך יתר על המידה, בהתחשב בהיקף ההליכים שהתקיימו ובסעדים שנפסקו לטובת תובעים אלו.

22. בתשובה לערעור התובעים, סומכים הנתבעים ומשיב 11 את ידיהם על תוצאת פסק הדין בעניין פירוק השיתוף. הנתבעים מצדדים גם בהכרעה שהתקבלה לעניין תשלום דמי השכירות. לדבריהם, חלוקת עזבונו של ג' תבצע רק במועד שבו זכויות היורשים בנכס יירשמו בלשכת רישום במקרקעין. עד אז, התובעים אינם בגדר שותפים במקרקעין הזכאים לתבוע את פירוק השיתוף. בכל מקרה, התובעים זנחו את סעד הפירוק שתבעו, והביעו במספר הזדמנויות את רצונם למכור את חלקם בנכס. לטענת הנתבעים, התעקשות התובעים על מכירתו הפומבית של הנכס, חרף חלקם המועט בו ותוך דחיית הצעת הנתבעים לרכוש מהם חלק זה אפילו במחיר מופקע, לא נועדה אלא לסחוט את הנתבעים, לנקום בהם ולבזות את המשפחה שהיא משפחה

ידועה ומכובדת במזרח ירושלים. לכן בית משפט קמא צדק כאשר ראה בעמדה זאת של התובעים דרישה קנטרנית המהווה שימוש בזכות שלא בתום לב.

על דברים אלה מוסיף המשיב 11 כי עודנו מעוניין לרכוש את חלקיהם של תובעים 2-1 בנכס בהתאם לחוות הדעת של השמאי מטעם בית המשפט, לאחר שכבר רכש את חלקה של תובעת 3, ובכך לייתר את המשך הדיון בתביעה לפירוק השיתוף. לדבריו, הרכישה של זכויות תובעים 2-1 תאפשר ליורשים המחזיקים בדירות בנכס, לבקש שפירוק השיתוף ייעשה בדרך של רישום הנכס בפנקס הבתים המשותפים לפי סעיף 42 לחוק המקרקעין, לאחר תשלומי איזון בין השותפים. לטענתו, הואיל ותובעת 3 חתמה ביום 22.3.11 בפני קונסול ישראל בקהיר על יפוי-כוח בלתי חוזר לטובתו בגין מלוא זכויותיה בנכס, הרי שהעברת הזכויות אליו גוברת על כל יפוי-כוח אחר שניתן קודם לכן על ידי תובעת 3. כפועל יוצא, ומאחר שב"כ התובעים לא הציג יפוי-כוח בו הוסמך על ידי תובעת 3 לייצגה, הרי שיש למחוק מהערעור את תובעת 3 בכל הנוגע לסעד של פירוק השיתוף. מאותם טעמים טוען המשיב 11 כי לא נפל משגה בהחלטת בית משפט קמא לצרפו כצד להליך, שכן רק הוא מוסמך להחליט על אופן הטיפול בחלקה של תובעת 3 בנכס.

23. לעומת זאת, הנתבעים חולקים על קביעת פסק הדין באשר לתביעה לדמי שימוש ראויים. טענות הנתבעים בנושא זה הועלו הן בתשובה לערעור התובעים והן בערעורים שהגישו הנתבעים. נעבור אפוא לערעורים אלו.

ערעור נתבעים 1-8, 10 (עמ"ש 44910-03-14)

24. ערעור זה מופנה נגד חיובם של נתבעים 1, 4 ו-5 בתשלום דמי שימוש ראויים לתובעים 2-1. לטענת נתבעים 1, 4 ו-5, התובעים כשלו כבר בשלב הראשון הנדרש לזכאות לדמי שימוש ראויים, שכן הם לא הוכיחו כי מי מהנתבעים השתמש בנכס בהיקף החורג משיעור זכויותיו בו. אף בפסק הדין נקבע כי התובעים הסתפקו בטענה לקונית בדבר זכאות לדמי שימוש ראויים, מבלי שפירטו או הוכיחו את זהות הנתבעים שעשו שימוש בנכס, מועדי השימוש של כל נתבע, היקפו ועוד. בנוסף, כשלו התובעים בשלב השני של ביסוס הזכאות לדמי שימוש ראויים, במסגרתו נדרשת הוכחה לכך שנמנע מהם שימוש בנכס. הנתבעים הבהירו בעדויותיהם כי לא כפרו מעולם בזכותם של התובעים לעשות שימוש בנכס, לא התבקשו על ידי התובעים לאפשר להם שימוש בו, ולא מנעו מהם את השימוש. הא ראייה, שהוריהם של

התובעים התגוררו בנכס שנים רבות, והוסיפו להתגורר בו מספר שנים לאחר פטירתו של ג' בשנת 1979, עד למעברם בשנת 1984 לבית חדש ומפואר ב[...], מבלי שנדרשו לתשלום כלשהו עבור השימוש. מעבר זה בוצע מרצונם החופשי של הורי התובעים והתובעים עצמם (שבשלב מסוים עברו להתגורר בארה"ב), והוא אינו קשור כלל ועיקר למניעה שעמדה בפניהם להוסיף ולהתגורר בנכס. מצב דברים כזה אינו מזכה על פי ההלכה הפסוקה שותף בדמי שימוש ראויים, גם אם שותפו השתמש בנכס לבדו, כל עוד לא מנע ממנו את השימוש המשותף.

נתבעים 1, 4 ו-5 חולקים על ההוכחה שנלמדה בפסק הדין ממכתבו של תובע 1 לנתבע 4 מיום 11.4.05 (ת/2). לטענתם, התובעים לא הגישו את המכתב כראיה, לא ביקשו להסתמך עליו בשלב כלשהו של המשפט, ואף התכחשו להודאה של תובע 1 הגלומה במכתב בדבר הסכמת אביו פ' לכך שדמי השכירות ישמשו לצרכיה של ח'. הואיל והתובעים לא הסתמכו על המכתב, לא התאפשר לנתבעים להתייחס לפרשנות שבית משפט קמא העניק מיוזמתו לאמור במכתב - שמאחר שנכתב על ידי תובע 1 ולא על ידי מי מהנתבעים אינו בבחינת הודאת בעל דין - ואף לא לחקור את התובעים בנושא. הלכה למעשה, אין למצוא במכתב בקשה מצד התובעים משנת 1999 לשימוש של אמם בחלקם בנכס, שהרי האם החזיקה בעצמה בזכויות בנכס (מכוח היותה יורשת של בעלה פ') ואם רצתה להשתמש בנכס יכולה הייתה לעשות כן מכוח זכויותיה העצמאיות. כמו כן, מאז שנת 1999 ועד למתן פסק הדין בשנת 2014 חלפו 15 שנים במהלכן לא טענו התובעים ולו פעם אחת את הדברים שבית משפט קמא שאב מהמכתב. נתבעים 1, 4 ו-5 מפנים לעדותו של תובע 1 כי המניע להגשת התביעה היה רצונו לסייע לנתבע 9 בסכסוך שהתגלע בינו לבין יתר הנתבעים בנוגע לזכויות בנכס. מכאן שהתביעה לא הוגשה עקב מניעה שעמדה כביכול בפני התובעים לעשיית שימוש בנכס, אלא בשל סיבה שונה לחלוטין.

זאת ועוד, בסופו של יום חיובם של נתבעים 1, 4 ו-5 בדמי שימוש ראויים בוסס לא על מכתבו הנזכר של תובע 1 אלא על עצם הגשת התביעה, בה ראה בית משפט קמא דרישה כלפי כל הנתבעים לקבלת דמי שימוש ראויים. נתבעים 1, 4 ו-5 טוענים כי בית משפט קמא שגה גם בכך. לטענתם, הגשת התביעה אינה יכולה לשמש תחליף לדרישת ההלכה הפסוקה באשר לקיומה של מניעה מצד השותף הנתבע לשימוש בנכס של השותף התובע. לכן, הגשת התביעה לא פטרה את התובעים מהחובה להוכיח כי הנתבעים בהתנהגותם מנעו מהם שימוש בנכס. בנוסף, ככל שמדובר בתביעה נגד עזבונה של ח' (משיב 1), הרי החיוב בדמי שימוש, מלבד שהוא חיוב מלאכותי של התובעים נגד עצמם (בהיותם חלק מיורשי סבתם ח'), עומד גם בסתירה להכרה של

בית משפט קמא בתוקף המחייב כלפי התובעים של ההסכם בין יורשיו של ג', בתוכם אביהם פ', אשר במסגרתו הוענקה לח' זכות שימוש בדירה בקומת הקרקע.

25. לצד טענותיהם כנגד עצם חיובם בדמי שימוש ראויים, מלינים נתבעים 1, 4 ו-5 גם על גובה החיוב. נתבעים אלה גורסים כי לא היה מקום לבסס את דמי השימוש הראויים על דמי שכירות חודשיים בסך 2,200 דולר ששולמו עבור אחת הדירות בנכס, שכן סכום זה שולם על ידי מוסד ממשלתי מחו"ל עבור תושבת חוץ, והוא אינו משקף את מחירי השכירות באזור. בכל מקרה, שטח הדירה שבעדה שולם הסכום האמור הוא 156 מ"ר, בעוד נתבע 4 התגורר בדירה ששטחה 90 מ"ר ונתבעת 5 התגוררה בדירה קטנה עוד יותר. נתבעים 1, 4 ו-5 טוענים עוד כי בפני בית המשפט לא עמדה חוות דעת שמאית בדבר דמי השכירות הראויים עבור הנכס, ואילו דמי השכירות שצוינו בחוות הדעת של השמאי מטעם בית המשפט התייחסו לנכסים סמוכים, והם נמוכים בהרבה מדמי השכירות בסך 2,200 דולר עליהם נסמך פסק הדין. כמו כן, לשם חישוב דמי השימוש נדרשה קביעה בדבר היקף החריגה של כל אחד מהנתבעים מזכויותיו בנכס, וקביעה כזו אינה מצויה בפסק הדין. חיוניותו של כימות הזכויות של כל שותף בנכס, בולטת במקרה הנוכחי בו בוצעה העברת זכויות בין הנתבעים לבין עצמם כך שנתבע 4 רכש את זכויותיהם של נתבע 2 ונתבעת 6, וכתוצאה מכך רשאי היה לעשות שימוש בשטח העולה על שטח הדירה בה החזיק. התעלמותו של פסק הדין מעובדות אלה הביאה לתוצאה צורמת במיוחד, לפיה נתבע 4 חויב בדמי שימוש ראויים בסכום זהה לדמי השימוש שהוטלו על נתבע 9, למרות שנתבע 4 הוא כיום בעלים של 31.25% מהזכויות בנכס והתגורר בדירה בשטח 90 מ"ר, ואילו נתבע 9 מחזיק בלא יותר מ-5% מהזכויות והתגורר בקומה שלמה ששטחה 153 מ"ר. ממילא, לא היה מקום לבסס את גובה דמי השימוש על אומדן, שכן השימוש בכלי זה שמור למקרים בהם קיים קושי בהערכה מדויקת של הנזק, ואין הוא אפשרי במקום שבו התובע כלל לא ניסה להביא ראיות להוכחת גובה נזקו, וכאשר ניתן להזמין חוות דעת מקצועית לשם הערכת גובה הנזק. לדעת נתבעים 1, 4 ו-5, השימוש בדרך האומדן הוביל לקביעת דמי שימוש מופרזים תוך חריגה בלתי-מוצדקת מכללי הפרוצדורה האזרחית, שבמקרה הנוכחי לא היה מקום לסטות מהם אף שמדובר בהליך בענייני משפחה. בנוסף, הוענק בכך יתרון דיוני פסול לתובעים, אף שהם לא מילאו את חובתם הדיונית ולא ניסו להוכיח את נזקם.

26. עוד נטען כי בפסיקת דמי שימוש ראויים בגין התקופה שלאחר הגשת התביעה, חרג בית משפט קמא מסמכותו והעניק לתובעים סעד אותו לא תבעו. בכתב התביעה נתבעו דמי שימוש אך בגין שבע השנים שקדמו להגשת התביעה. דמי שימוש בגין

התקופה שלאחר הגשת התביעה כלל לא נתבעו, והתובעים גם לא ביקשו לתקן את תביעתם.

27. לאור כל זאת מבקשים נתבעים 1, 4 ו-5 שיבוטל חיובם בדמי שימוש ראויים, ולחלופין - שגובה דמי השימוש יחושב מחדש בהתאם לעובדות הנכונות ובאמצעות כלים מקצועיים.

28. תובעים 1-2 לא הגישו עיקרי טיעון בערעור זה, חרף החלטת בית המשפט שהורתה על כך. נתבע 9 טען בעיקרי הטיעון מטעמו כי לא היה מקום לחייבו בדמי שימוש ראויים, שכן גם אליו התובעים לא פנו בבקשה להשתמש בנכס, וגם הוא לא מנע מעולם בעד התובעים שימוש בנכס. כן טען כי התובעים מנועים מלתבוע דמי שימוש לאחר שבמשך שנים רבות לא העלו כל דרישה בנדון, וכי לא היה מקום לחישוב דמי השימוש בדרך של אומדן. נתבע 9 הוסיף כי בכל התחשבות כספית בינו לבין יתר השותפים, לרבות בקשר לתשלומי איזון, יש לקזז את סכום ההשקעה שלו בשיפוץ והרחבת הדירה בקומת הגג. עוד טען כי בחישוב דמי השימוש אין לכלול את שטח התוספת שנבנתה על ידו בקומה הגג, שכן שטח זה הוקנה לו בהסכמה על ידי יתר בעלי הזכויות ויוחד לבעלותו הפרטית, כך שאינו חלק מהשיתוף בנכס. בעיקרי הטיעון של המשיב 11 נטען כי הוא הבעלים של 37.92% מהזכויות בנכס, אך בפועל מחזיק בשטח הקטן מחלקו בבעלות. משכך הוא עשוי להימצא זכאי לדמי שימוש ראויים ממחזיקים אחרים. העובדה שהוא אינו צד למחלוקת העכשווית בנושא דמי השימוש העומדת להכרעה בפני ערכאת הערעור, אינה מלמדת על ויתור מצדו על זכותו העתידית לתבוע דמי שימוש ראויים. עם זאת, מקובל גם על המשיב 11 כי אין לבצע הערכה של דמי שימוש ראויים בדרך של אומדן, שכן זוהי דרך חריגה להוכחת נזק, השמורה למקרים בהם הנזק אינו ניתן להוכחה מבחינה אובייקטיבית.

ערעור נתבע 9 (עמ"ש 46934-03-14)

29. מרבית הטענות בערעורו של נתבע 9 מופיעות גם בתשובותיו לערעור התובעים ולערעור נתבעים 1-8 ו-10. בהתאם, ביקש נתבע 9 שיבוטל החיוב שהוטל עליו לשלם דמי שימוש לתובעים 1-2, ושהשקעותיו בהרחבת ושיפוץ הדירה בקומת הגג (שהוערכו על ידי מומחה בית המשפט בסכום של כ-96,000 דולר) יקוזזו במסגרת כל התחשבות כספית בינו לבין יתר השותפים. נתבע 9 הוסיף בערעורו כי לאור הכספים הרבים שהשקיע בנכס, הרי אף אם תתקבל התביעה לפירוק השיתוף בנכס כולו, יש להוציא

את דירתו מכלל הרכוש שבשיתוף. כן טען כי לא היה מקום לבסס את זכויות הצדדים בנכס על צווי הירושה שניתנו על ידי הרשם לענייני ירושה בשנת 2012, שכן צווים אלה נדחים מפני ההסכם לחלוקת הנכס אליו הגיעו היורשים (ובהם פ' אביהם של התובעים) סמוך לאחר פטירת ג' בשנת 1979 בהסתמך על צו ירושה שהוציא בית הדין השרעי בהתאם להוראות הדין הירדני. לדברי נתבע 9, ההסכם האמור לחלוקת הנכס שולל גם את זכאות התובעים לקבלת דמי שימוש, שכן החזקת מי מהנתבעים בדירות השונות בנכס נעשתה כדין מכוח הסכם זה.

בעניין התביעה לפירוק השיתוף טען בערעור נתבע 9 כי התובעים התנהלו לאורך כל ההליך בבית משפט קמא בחוסר תום לב, בכך ששינו מספר פעמים את דעתם לגבי דרך הפירוק, עד שבסיום ההליך גילו את עמדתם הסופית לפיה אין להם עניין אמיתי בפירוק השיתוף בנכס אלא כל רצונם הוא לקבל תשלום כספי בעד שווי זכויותיהם. נתבע 9 מסכים לפירוק השיתוף אך ורק בדרך של חלוקה בעין, תוך חיוב בתשלומי איזון במידת הצורך, ובלבד שהדירה בה הוא מחזיק תישאר ברשותו.

אשר לתביעה לחלק יחסי בדמי השכירות, טען נתבע 9 בערעורו כי לא היה מקום לחייבו בהחזר דמי שכירות לתובעים, מאחר שהוא לא השכיר מעולם דירה כלשהי בנכס ולא קיבל לידי דמי שכירות. כמו כן, שיעור ההחזר שנקבע בפסק הדין שגוי, היות שהוא נסמך על שיעור חלקם של התובעים בנכס על פי צו הירושה האחרון, תוך התעלמות מהסכם חלוקת הזכויות בין הצדדים.

דיון והכרעה

30. תחילה יש לסלק מעל הדרך את טענות התובעים נגד צירופו של המשיב 11 כצד להליך ונגד מחיקת תובעת 3 מהתביעה. הכללתה של תובעת 3 בכתב התביעה לא התבססה מלכתחילה על ייפוי-כוח שניתן מעמה במישרין לב"כ התובעים. ב"כ התובעים אף ציין בהודעתו לבית משפט קמא מיום 11.8.13, בתגובה להחלטה מיום 4.8.13 בה נדרשה הצגת ייפוי-כוח כאמור, כי אין לו כל אפשרות לקבל ייפוי-כוח מתובעת 3. תובעת 3 צורפה לתביעה על סמך ייפוי-כוח שניתן על ידה ביום 21.6.06 לתובע 1, לפיו תובע 1 (שאינו עורך-דין) הוסמך להגיש את התביעה גם בשם תובעת 3. לא זו בלבד שייפוי-הכוח נחתם על ידי תובעת 3 רק שלושה חודשים לאחר הגשת התביעה בשמה (ביום 26.3.06), אלא שתובעת 3 לא גילתה מעורבות נוספת כלשהי בהליך זולת החתימה על ייפוי-הכוח, לא הגישה תצהיר עדות ולא נכחה כלל בדיונים. חמש שנים לאחר מכן, ביום 22.3.11, חתמה תובעת 3 על ייפוי-כוח בלתי-חוזר בפני קונסול ישראל בקהיר, לשם העברת מלוא זכויותיה בנכס למשיב 11. ההרשאה

שניתנה למשיב 11 במסגרת ייפוי-הכוח שמטה את הקרקע מתחת להרשאה שתובעת 3 העניקה בשעתו לאחיה, תובע 1, לתבוע בשמה את פירוק השיתוף, הן משום שההרשאה שניתנה למשיב 11 מאוחרת בזמן להרשאה שניתנה לתובע 1, והן משום שההרשאה למשיב 11 כללה בתוכה לא רק הסמכה לייצג את תובעת 3 בכל הנוגע לנכס אלא גם התחייבות להעביר על שמו את זכויות תובעת 3 בנכס ולהפוך בבוא היום לבעליו הרשום. ייפוי-הכוח חותר אפוא להעדר זכויות תובעת 3 בנכס, מצב שבו תובעת 3 אינה בכלל השותפים ואינה בעלת מעמד לתבוע פירוק שיתוף. לפיכך ביקש משיב 11 ביום 26.6.13 להצטרף כנתבע בהליך, תוך שהוסיף (בצירוף אסמכתאות) כי רכש בשנת 2011 גם את זכויותיהם של נתבעים 3 ו-7 בנכס. בתגובה לבקשה זו טענו התובעים כי המשיב 11 לא הציג כל מסמך להוכחת רכישת הזכויות הנטענת על ידו. דא עקא, המשיב 11 צירף לבקשתו ייפוי-כוח בלתי-חוזרים בחתימות תובעת 3 ונתבעים 3 ו-7, לרבות מסמך בדבר אימות חתימת תובעת 3 על ידי קונסול ישראל בקהיר. כן טענו התובעים בתגובתם האמורה כי בהתאם לצוואת אמם שירשה את אביהם, מוקנית לתובעים 1-2 זכות קדימה לרכישת זכויותיה של תובעת 3 בנכס. מלבד העובדה שצוואת האם לא צורפה לתגובה, היא גם לא הוזכרה בכתב התביעה או בתצהירי העדויות הראשיות מטעם התובעים. בתגובה נוספת שהגישו התובעים ביום 17.11.13 (להצעת הרכישה של המשיב 11) טענו כי תוגש על ידם תביעה נפרדת נגד העסקה בין תובעת 3 לבין משיב 11. בפועל, עד להגשת הערעור והדיון בפנינו לא הוגשה תביעה כזאת (ראו דברי ב"כ התובעים בעמ' 4 לפרוטוקול). בכל מקרה, תמוה כיצד יכולים היו תובעים 1-2 להתייבץ בהליך שהתנהל בבית משפט קמא יחד עם תובעת 3 כקבוצה אחת בצד אחד של המתרס, ובאותה נשימה להעלות נגדה טענות לגבי עסקה עליה חתמה בקשר לאותו הליך ממש.

בנסיבות אלה, צדק בית משפט קמא בהחלטתו מיום 29.8.13 בדבר צירופו של משיב 11 כבעל דין נכון ודרוש להליך. שלא כפי שטענו התובעים, צירוף זה לא כפה עליהם התדיינות מול נתבע שאין להם דרישת סעד נגדו. עמידת התובעים על התביעה לפירוק שיתוף בנכס שלפי טענת המשיב 11 (המגובה במסמכים רשמיים) רכש הוא בו זכויות, מהווה הלכה למעשה קבלת סעד נגדו, לא כל שכן מקום בו הוא טען כי לאחר הרכישה תפס חזקה בקומה שלמה בבנין. לפיכך, בהתאם לתקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי נוכחותו של המשיב 11 כצד להליך **"דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות"** הנוגעות לסעד המתבקש בתביעה לפירוק השיתוף (לגבי הסעד של דמי שימוש הודיע המשיב 11 מלכתחילה כי אינו בעל עניין ואינו מבקש להצטרף). זאת ועוד, מאחר שלטענתו הוא רכש זכויות בנכס לא רק מנתבעים בהליך אלא גם מתובעת בהליך, צירופו כמי שבא בנעלי אותה תובעת אינו

יכול בכל מקרה להיחשב לכפיית התדיינות על התובעים עם נתבע שאין הם חפצים בסעד נגדו. מנקודת המבט של רכישת זכויות תובעת 3 לה טוען משיב 11, מטרת הצירוף היא **לגרוע** מקבוצת **התובעים** ולא להוסיף על קבוצת הנתבעים. בין כך ובין אחרת, הואיל שבקשת ההצטרפות מושתתת על עסקת העברת זכויות באותו נכס בו עוסקת התובענה, הרי צירופו של משיב 11 נדרש גם לפי תקנה 37 לתקנות סדר הדין האזרחי, המרשה לבית המשפט להורות כי במקרה של חילופי בעלים תוך כדי הדיון בתובענה **"המשפט יימשך בידי האדם שהנכס או הזכות הגיעו אליו או נגד אותו אדם"** (השוו ע"א 7401/06 יחיא נ' עזבון כנענה (6.3.08)).

31. הסיבה לכך שבסופו של דבר לא נפסקו דמי שימוש ראוניים לזכותה של תובעת 3, אינה נעוצה אפוא בצירופו של המשיב 11 להליך, אלא במסמך שנחתם על ידי תובעת 3 ביום 28.1.08. מסמך זה הוגש על ידי ב"כ נתבעים 1-8 ו-10 לבית המשפט ביום 29.8.13, בעקבות החלטת בית המשפט מאותו היום. תובעת 3 מודיעה שם לתובעים 1-2 ובא-כוחם כי היא מבטלת את כל יפויי-הכוח שנתנה להם ומבקשת את ביטול ודחיית התביעה שהוגשה על ידיהם בשמה. הודעה זו אינה אמורה להפליא, בהתחשב בכך שבין תובעת 3 לבין אחיה, תובעים 1-2, התנהלו הליכים משפטיים בקשר לירושת אביהם פ', וביום 5.9.11 ניתן בבית המשפט קמא פסק דין בהליכים אלה (ת"ע 40446/03, ת"ע 40447/03; ראו גם חקירתו הנגדית של תובע 1 בעמ' 20 שו' 11-9 לפרוטוקול מיום 9.1.12). למרות זאת טענו תובעים 1-2 בתגובתם להודעתם האמורה של הנתבעים כי מדובר במסמך מזויף וכי הם מבקשים לקבל את המקור של המסמך על מנת להעבירו לבדיקת גרפולוג. על כך השיבו הנתבעים כי המסמך המקורי שמור במשרד בא-כוחם ויימסר לכל בדיקה עליה יורה בית המשפט. אלא שתובעים 1-2 לא ניצלו הזמנות זו שהועמדה לרשותם, ולא נקטו כל מהלך לקבלת המסמך והעמדת

שאלת האותנטיות שלו לבדיקה מקצועית. משכך יש לראותם כמי שוויתרו על הוכחת טענת הזיוף. משכך, הורה בית המשפט בצדק במסגרת פסק הדין על מחיקת התביעה של תובעת 3, לאחר שזו הודיעה מפורשות כי אינה עומדת עוד מאחורי התביעה ומבקשת לבטלה.

בהקשר זה נזכיר שוב כי מלכתחילה לא הוגש לבית משפט קמא ייפוי-כוח בו תובעת 3 הסמיכה את ב"כ התובעים להגשת התביעה בשמה, וגם ייפוי-הכוח אותו תובעת 3 נתנה לתובע 1 מאוחר בשלושה חודשים למועד הגשת התביעה. יתרה מזו, ביום 18.3.12 הוגשה לבית משפט קמא הודעה על חילופי הייצוג של התובעים. בהודעה זו ציין בא-כוחם הנוכחי של התובעים (שהוא גם זה שהגיש את הערעור בשם) את שמותיהם של תובעים 1-2 בלבד. תובעת 3 לא הוזכרה באותה הודעה כמי שהסמיכה את בא-כוחם הנוכחי של התובעים לייצגה. גם במסגרת ערעור התובעים שבפנינו, אף שבתחילה נכלל בהודעת הערעור גם שמה של תובעת 3 כאחת המערערים, הרי בכל ההודעות והבקשות שהוגשו על ידי ב"כ התובעים לאחר הדיון שקיימנו בעל-פה, נפקד שמה של תובעת 3.

העובדה שתובעת 3 אינה נמנית עוד עם המערערים, מייתרת את הצורך בהכרעה בטענות המועלות בהודעת הערעור באשר למחיקת התביעה של תובעת 3 (אם כי, כמבואר לעיל, טענות אלו ראויות היו להידחות גם לגופן). כמו כן, גריעת תובעת 3 מקרב המערערים שומטת את הערעור הנוגע לצירופו של המשיב 11 כצד להליך, צירוף שכאמור השליך רק על תביעת פירוק השיתוף בשם תובעת 3.

32. צמצום נוסף של ערעור התובעים נובע מההודעה שנמסרה על ידי תובע 2, לראשונה ביום 9.7.14 ובשנית ביום 19.1.17, על חזרתו מהתביעה ומהערעור שהוגשו בשמו (ראו לעיל פסקה 3). כפי שכבר צוין (שם), שמו של תובע 2 אף נפקד מהבקשות האחרונות שב"כ התובעים הגיש לבית משפט זה ביום 23.8.16 וביום 23.10.16.

33. מערער נוסף שחזר בו מערעורו הוא נתבע 9, כאמור בהודעה שנמסרה לנו ביום 24.4.14 (שם). נוכח הודעה זו, התייתר הצורך לדון בעמ"ש 46934-03-14. ערעור זה נמחק אפוא לבקשת מגישו.

34. לאחר שורת צמצומים אלו, נותר הצורך בהכרעתנו במסגרת פסק דין זה בעניינים הבאים: **ראשית**, ערעורו של תובע 1 על דחיית תביעתו לפירוק שיתוף בדרך של מכירת הנכס כולו או בדרך של חלוקת הנכס בעין. **שנית**, ערעורם של נתבעים 1, 4 ו-5 על

חיובם בתשלום דמי שימוש ראויים לתובע 1. **שלישית**, ערעורו של תובע 1 על גובה הסכומים שנפסקו לטובתו בתביעה לדמי שימוש ראויים ולקבלת חלק בדמי השכירות. נדון בעניינים אלה לפי הסדר.

דרך פירוק השיתוף

35. נקודת המוצא לערעור של תובע 1 בעניין פירוק השיתוף, היא בהוראות סימן ב' לפרק ה' בחוק המקרקעין. הוראות אלו מכירות בזכותו של **"כל שותף במקרקעין משותפים"** לדרוש את פירוק השיתוף **"בכל עת"** (סעיף 37), וקובעות כי פירוק השיתוף יתבצע **"בדרך של חלוקה בעין"** (סעיף 39) ורק אם זו לא אפשרית - **"בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון"** (סעיף 40) או בדרך של הפיכת המקרקעין לבית משותף (סעיף 42). לטענת תובע 1, בהתאם להוראת סעיף 1 לחוק הירושה: **"במות אדם עובר עזבונו ליורשיו"** - הרי כבר במועדי הפטירה של ג' (1979) ושל ח' (2008) עברו לבעלותו הזכויות בנכס הרשומות על שם ג', בחלק היחסי הנקוב בצווי הירושה של מורישים אלו. מעבר הזכויות לבעלותו התבצע אפוא כבר בשעת מותם של ג' וח' ולא בשעת מתן צווי הירושה, שמעמדם הוא הצהרתי גרידא. מאותו טעם, טוען תובע 1, הקניית הזכויות בנכס לידיו השתכללה אף בטרם נרשמה בלשכת רישום המקרקעין העברת הזכויות בנכס משמו של ג' לשם של היורשים עמם נמנה תובע 1. בהיותו בעל זכות קניין במקרקעין זה מכבר, נחשב תובע 1 לשותף הזכאי לתבוע את פירוק השיתוף מכוח הוראות חוק המקרקעין, אף שזכויותיו בנכס טרם נרשמו.

36. לאמיתו של דבר, גם אם טענה זו הייתה מתקבלת במישור העקרוני, עדיין לא היה בה להוביל להושטת הסעדים העיקריים המתבקשים על ידי תובע 1 של מכירת הנכס בשלמות או חלוקתו בעין. חלוקה בעין על פי סעיף 39 לחוק המקרקעין אפשרית רק **"במקרקעין הניתנים לחלוקה"**, כלומר, מקרקעין שקיים לגביהם תשריט חלוקה שאושר על ידי מוסדות התכנון, כאמור בסעיף 143 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (י' ויסמן, דיני קניין - בעלות ושיתוף (1997) עמ' 301; מ' דויטש, קניין (כרך א', 1997) עמ' 612-613; ראו עוד סעיף 38(א) לחוק המקרקעין וסעיפים 525-526 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011; ע"א 319/74 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין, פ"ד (1) 454, 458; רע"א 387/16 עצמון נ' יואלי (31.5.16) פסקה 2). לא זו בלבד שתובע 1 לא טען מעולם ולא הוכיח כי מוסדות התכנון אישרו תשריט חלוקה לנכס הנדון או שהמצב התכנוני החל על הנכס מאפשר חלוקה כאמור, אלא עוד בבית משפט קמא אישרו התובעים כי במקרה דנן **"חלוקה בעין אינה באה בחשבון"** וכי דרישת נתבע 9 לחלוקה בעין **"הינה מגוחכת ביותר ואף ראוי היה אילו היה נמנע מלהעלותה"** (סעיפים 30 ו-33 לתגובת התובעים לסיכומי נתבע 9). בכל מקרה, מקום

בו מדובר בבנין מגורים המכיל מספר דירות במספר קומות, כמו במקרה הנוכחי, בלאו הכי לא ניתן ליצור חלוקה של חלקות לגובה, כך שהאפשרות היחידה לחלק את החלקה לחלקים היא באמצעות רישום בית משותף (רע"א 1017/97 רידלביץ נ' מודעי, פ"ד נב(4) 625, 637; דויטש, בספרו הנ"ל, עמ' 612). סעד של רישום בית משותף לא נתבע בכתב התביעה ואף לא התבקש בסיכומי התובעים בבית משפט קמא. גם לעצם העניין, הרי שבהתחשב במספרם הרב של יורשי ג' וח', העולה במידה ניכרת על מספר הדירות בבנין (שש); ולאור דברי השמאי שמינה בית משפט קמא כי ככל הנראה לא נותרו בחלקה זכויות בניה לניצול (סעיף 9.8 לחוות הדעת) - אין לפנינו מצב המאפשר את פירוק השיתוף "**בדרך של רישום הבית בפנקס הבתים המשותפים והקצבת דירות לשותפים לפי חלקיהם**" כאמור בסעיף 42(א) לחוק המקרקעין (ההדגשה הוספה). למצער, יש בפער בין מספר היורשים למספר הדירות כדי להצדיק הימנעות מהליכה בדרך של רישום בית משותף, בתוקף שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט שלא להפעיל את סעיף 42 לחוק המקרקעין אם רישום הבית המשותף יוביל לתוצאה בלתי-צודקת לגבי מי מהשותפים (ע"א 587/78 רוטשילד נ' פרנק, פ"ד לג(3) 33, 37; רע"א 1017/97 הנ"ל, בעמ' 639, 641; ע"א 8318/96 קוצר נ' ציתאית, פ"ד נג(4) 849, 857-862).

37. שיקול דעת שיפוטי דומה לשיקול הדעת לפי סעיף 42 לחוק המקרקעין - הרחב משיקול הדעת המסור לבית המשפט עת מדובר בפירוק שיתוף בדרך של חלוקה בעין על פי סעיף 39 לחוק - חולש גם על פירוק שיתוף בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון על פי סעיף 40 לחוק. לעניין זה קובע סעיף 40(ב): "**המכירה תהיה בדרך שנמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל, זולת אם הורה בית המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות העניין**". מהוראה זו עולה כי גם כאשר מדובר בפירוק שיתוף במקרקעין המתבצע בדרך של מכירה על פי סעיף 40 לחוק, ייתכנו מצבים המצדיקים הימנעות מהעמדת הנכס כולו למכירה פומבית, שהיא הדרך בה נמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל (תקנה 68 לתקנות ההוצאה לפועל, תש"ס-1979). הוראה זוהי קבועה לעניין פירוק שיתוף במיטלטלין (ובכלל זה זכות אובליגטורית לקבלת זכות במקרקעין) בסעיף 10(ג) לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971. כך למשל, לבקשת אחד השותפים עשוי בית המשפט להימנע מהעמדת הנכס למכירה פומבית ובמקום זאת לאפשר מכירה תחרותית בין השותפים. התמחרות פנימית כזאת, אף שאינה דרך המכירה הרגילה במסגרת פירוק שיתוף לפי חוק המקרקעין, באה בגדרה של "**דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות העניין**" האמורה בסעיף 40(ב) לחוק, ובלבד שמתקיים טעם ראוי להעדיף את ההתמחרות הפנימית על פני מכירה פומבית, ושהשותף המוכר את חלקו לשותף

האחר יקבל מחיר הוגן בעד חלקו (ע"א 190/73 חזקיהו נ' שרף, פ"ד כח(2) 44, 48; ע"א 725/82 ריינר נ' קומיסר, פ"ד לז(3) 131, 137; ע"א 613/78 אניס נ' פוירשטיין, פ"ד לד(1) 32). על כך נאמר ברע"א 1497/09 בעלי זכויות בחלקה 10 בגוש 6884 נ' ויסמן (25.7.10), פסקאות 13-14 לפסק דינו של המשנה-לנשיאה ריבלין):

"החירות להשתחרר מן השיתוף אינה מקנה בהכרח לשותף-המפרק את היכולת להכריע כיצד יפורק השיתוף. מתכונת הפירוק - אם פירוק בעין או מכירת הנכס, אם מכירה פומבית או התמחרות בין השותפים - נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, או למצער - נתונה להסכמת כל השותפים... המחוקק לא התכוון לאפשר לשותף לבקש את הפירוק, ובה בעת לדרוש גם באופן גורף את מתכונת הפירוק הנראית לו. זאת בעיקר כאשר מתכונת הפירוק המבוקשת כופה על שותף אחר לוותר על זכות קניין שלו, בעוד השותף המבקש לא משלם כל מחיר. ועוד. מתן זכות רחבה מדי לכל שותף לדרוש הן את עצם פירוק השיתוף הן את מתכונתו, מעורר את החשש להתנהגות נצלנית ואסטרטגית... במילים אחרות, לכל שותף יהיה תמריץ חזק מדי לדרוש את פירוק השיתוף, מבלי שהפירוק יגבה ממנו 'מחיר'. במקרה כזה צפויים להיות פירוקים רבים מכפי הנדרש באופן אופטימלי, בדרך שלא רק תביא לניצול בלתי יעיל של הנכסים במשק, אלא אף עשויה לפגוע שלא לצורך בזכויות הקנייניות של השותפים האחרים."

עיקרון זה מקבל משנה-תוקף במקום בו פירוק השיתוף מתבקש בנכס מרובה שותפים. לעניין זה מורה סעיף 43 לחוק המקרקעין, כי **"בית המשפט יתחשב ככל האפשר בדרישת מקצת השותפים לקיים את השיתוף ביניהם ובשאר משאלותיהם של שותפים"**. הוראה זו מתייחסת למצב בו קיימים יותר משני שותפים, אשר חלקם מעוניין להמשיך ביחסי השיתוף ביניהם (ע"א 288/71 מרדכי נ' מרדכי, פ"ד כו(1) 393, 398). במצב כזה, מבטא סעיף 43 לחוק **"הנחיה של המחוקק אל בית המשפט, להעניק משקל ראוי לשאיפות השותפים, אל מול שיקולים כלליים של יעילות כלכלית. דיננו, אף אם ייתכן שפתרון מסוים, לעניין דרכי הפירוק, הוא יעיל יותר מפירוק אחר, שאינו מקובל על חלק ניכר מן השותפים, יש לתת למשאלותיהם משקל מהותי בהכרעה"** (דויטש, בספרו הנ"ל, עמ' 617; ראו עוד רע"א 8233/08 כובשי נ' שוורץ (10.10.10) פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ארבל). ההתחשבות באינטרסים של מרבית השותפים המבקשים להמשיך את יחסי השיתוף, עשויה להגיע, במקרים מסוימים, עד כדי הוראה שהמכירה הפנימית לא תתבצע בדרך של התמחרות, אלא במתן הזדמנות לקבוצת הרוב, המעוניינת בהמשך השיתוף, לרכוש את חלקו של שותף-המיעוט הדורש את פירוק השיתוף במחיר השוק שהיה מתקבל ממכירה פומבית של הנכס. כך ארע בע"א 725/82 הנ"ל, בו נקבע בבית המשפט העליון כי אם יתברר בבית משפט השלום (בפניו הוגשה תביעתו של שותף פושט רגל נגד ששת

שותפיו הנותרים (לפירוק שיתוף) שלא ניתן לפרק את השיתוף בדרך של הפיכת בנין המגורים לבית משותף, כי אז יהיה רשאי בית המשפט לקצוב לנתבעים פרק זמן במהלכו יוכלו לרכוש את זכויות התובע בנכס במחיר בו הוערך על ידי שמאי מטעם בית המשפט, וזאת בטרם העמדת הנכס למכירה פומבית. דוגמא נוספת למגוון האפשרויות הפתוחות בפני בית המשפט לגבי דרך המכירה, היא בהוראה על מכירה פומבית של הנכס כולו בה שמורה לכל שותף האפשרות לרכוש את חלק שותפיו בנכס במחיר הגבוה ביותר שיוצע במסגרת ההתמחרות בין כל המציעים (כך היה ברע"א 972/10 פלוני נ' פלונית (3.3.10)). ניתן לומר כי בשונה מההחלטה על עצם פירוק השיתוף, הרי בכל הנוגע לדרך המכירה עומד לרשות בית המשפט ארגז כלים עשיר, המאפשר לו "לתפור" פתרונות שונים בהתאם לנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה, ובלבד שהפתרון שנבחר מקיים את דרישת ההגינות ואת עקרונות היסוד המוגדרים בחוק.

בית משפט קמא ראה בחזרתם הבלתי-מוסברת של התובעים מהסכמה זאת, על רקע יתר הנסיבות, משום חוסר תום-לב (לכפיפות הזכות לפירוק שיתוף לעקרון תום-הלב ולאיסור השימוש לרעה בזכות, ראו רע"א 1017/97 הנ"ל, בעמ' 632; ח' דגן, קניין על פרשת דרכים (2005) עמ' 350-351). מטעון ב"כ התובעים לפנינו עולה כי התנגדותו של תובע 1 (שנותר כאמור מתנגד יחיד) למכירת חלקו בנכס למי מהנתבעים, נעוצה בעיקרה בהכרה, הנסמכת על התנהלות נטענת של הנתבעים בעבר, שהסכום שישולם לתובע 1 במסגרת מכירה כזאת לא יגלם את התמורה האמיתית שניתן לקבל ממכירה פומבית של הנכס למרבה במחיר. אם כך, התנגדותו של תובע 1 לפירוק השיתוף בדרך של רכישת חלקו בנכס על ידי מי מהנתבעים, אינה נובעת מסירוב עקרוני לכך שהנתבעים יוסיפו להיות בעלי זכויות בנכס ושאותם מבין הנתבעים המתגוררים בבנין ימשיכו לעשות כן. אכן, בהינתן העובדה שתובע 1 מתגורר שנים רבות בארה"ב, ומאחר שהיקף זכויותיו בנכס עומד על 1/20 בלבד ופירוק שיתוף בדרך של חלוקה בעין איננו רלוונטי בנסיבות המקרה, האפשרות שמימוש חלקו של תובע 1 בנכס ייעשה בדרך כלשהי זולת מכירת חלקו, נראית דחוקה. ההיתכנות היחידה של אפשרות זאת מותנית ברצון וביכולת גם יחד של תובע 1 לרכוש בעצמו את יתר 19/20 החלקים השייכים ליורשים האחרים, ואלה מוטלים בספק רב. יש בכך כדי לחזק את ההצדקה במציאת פתרון מאוון, שמצד אחד יבטיח כי תובע 1 לא ייפגע בסכום המשולם לו בעד זכויותיו, ומצד שני שהנתבעים לא יאולצו למכור לגורם זר את הבנין המשפחתי, בו חלקם אף מתגורר שנים רבות, לשם מימוש חלק זעום ממנו בשיעור 1/20. מגוריהם של חלק מהנתבעים בבנין מקימים בידיהם אינטרס להתנגד להמרת המקרקעין בכסף תוך המשך שימור הקשר הבלתי-אמצעי שלהם אל הנכס, אף במחיר של המשך השיתוף ביניהם. אינטרס זה מהווה חלק משיקולי בית המשפט לעניין דרך פירוק השיתוף. כך, למשל, סעיף 41(ב) לחוק המקרקעין מאפשר יצירת "קואליציה שיתופית" בין מספר שותפים המעוניינים לקבל במשותף אחת משתי חלקות הנוצרות מחלוקה בעין של המקרקעין; וסעיף 41(ג) לחוק מקנה לשותפים החפצים בהמשך השיתוף זכות רכישה במחיר השוק של חלק השותף שחלקו אינו ניתן לחלוקה בעין. באחת: **"החוק מתייחס בכבוד לרצונו של אדם להמשיך ולהחזיק ולו בחלק מן הקרקע שהיה שותף בה בחלקים"** (רע"א 1017/97 הנ"ל, בעמ' 633). אינטרס זה אינו קיים לעת הזאת לגבי תובע 1, המתגורר שנים רבות עם משפחתו בארה"ב, ומאז עזב את ישראל לפני 37 שנים בשנת 1980 בהיותו בן 16 (ראו חקירתו הנגדית בעמ' 22 שו' 3 ועמ' 24 שו' 12-18 לפרוטוקול מיום 9.1.12) לא ביקש כלל, ועדיין אינו מבקש, להתגורר בנכס בעצמו.

39. לאיזון המתואר לעיל ולתוצאה הנגזרת ממנו של הימנעות ממכירת הנכס כולו תוך הבטחת זכויותיו הממוניות של תובע 1, היה מקום גם אילו תביעתו של תובע 1 לפירוק השיתוף היתה מצויה כל כולה בגדרו של חוק המקרקעין. על אחת כמה וכמה משעה שמצב הדברים הנכון הוא שאין מקום לבירור תביעת פירוק השיתוף של תובע 1 במסגרת חוק המקרקעין אלא במסגרת חוק הירושה.

הוראת חוק הירושה, המקנה ליורש את נכסי העיזבון מיד עם מותו של הנפטר (סעיף 1 לחוק), אינה מקנה ליורש בשלב זה, שבין מועד הפטירה לבין חלוקת העיזבון, זכויות מוגדרות ומסוימות בעיזבון. הלכה פסוקה היא כי כל אימת שמוריש הותר יותר מיורש אחד, באופן שנדרשת חלוקת נכסי העיזבון בהתאם להוראות הפרק השישי לחוק הירושה, עיקרון הנפילה המיידית אינו מקנה לאף יורש זכות בנכס ספציפי כל עוד לא חולק העיזבון. בתקופת הביניים שבין מות המוריש לבין חלוקת הנכסים, מוקנית ליורשים זכות ערטילאית וכללית בלבד באגד נכסי העיזבון כולם (באחוז הזכייה של כל יורש בעיזבון) אך לא זכות קנין בנכס מסוים. עם חלוקת העיזבון, ורק אז, מתגבשת למפרע משעת המוות זכותו הפרטית של כל יורש בנכס הספציפי שקיבל לאחר סילוק חובות העיזבון ומזונות מן העיזבון, הפרשת המנות לזוכים בהן, וביצוע יתר פעולות ניהול העיזבון המקדימות את חלוקת שאר הנכסים. בכך בא לידי ביטוי ההליך הדו-שלבי של ההורשה (ע"א 799/77 מנהל מס שבח מקרקעין נ' פחייק, פ"ד לב(3) 156, 159-160; ע"א 513/82 רייזמן נ' וושצ'ין, פ"ד לז(2) 813, 819; ע"א 499/85 עזבון שפייר נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מד(3) 256, 262; ע"א 2390/92 גרינשפון נ' שכטר, פ"ד מט(1) 843, 851; רע"א 7816/06 בויאר נ' עזבון מרמלשטיין (1.10.09) פסקה 36; דברי ההסבר לסעיף 695 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011).

מעמד ייחודי - ומוחלש - זה של זכויות היורשים בנכסי העיזבון טרם חלוקתו, משליך במישרין על כוחם של היורשים לבצע פעולות משפטיות בנכסים אלו טרם חלוקתם: גם לאחר שחלקו של היורש בעיזבון הוכר בצו ירושה או בצו קיום צוואה, כל עוד לא חולק העיזבון מוגבל היורש בביצוע עסקה בנכס מסוים מנכסי העיזבון, כאמור בסעיף 7(ד) לחוק הירושה: **"זכותו של יורש בנכס מסוים מנכסי העיזבון אינה ניתנת להעברה, לשעבוד או לעיקול כל עוד לא חולק העיזבון"**. עסקה בנכס מסוים של העיזבון הנערכת בתקופת ביניים זו (דוגמת העסקאות הנטענות בין חלק מהיורשים לבין המשיב 11) אינה מסוגלת לחולל העברה של זכות היורש בנכס המסוים, אלא יש בה אך משום התחייבות של היורש להעברת זכות הקנין בנכס, ככל שתוקנה לו בבוא היום עם חלוקת העיזבון, אל מקבל ההתחייבות (ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד

כט(2) 757, בעמ' 761 ו-768; ע"א 489/78 סנוב נ' סנוב, פ"ד לה(1) 401, 405; ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נו(2) 385, 395; ת"א (מחוזי מרכז) 1870-06-11 נאור כהן ייזום והנדסה בע"מ נ' מצקר (28.8.11) פסקה 3(ז); יצוין כי אף במסגרת חוק המכר, תשכ"ח-1968, מוכר תוקפה של מכירת נכס עתידי שטרם נרכש בידי המוכר: א' זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 (1987) בעמ' 89-96). אכן, חוק הירושה מבדיל בין השלב של מתן צו ירושה לפי סעיף 66 לחוק, לבין השלב של חלוקת העיזבון לפי סעיף 110 לחוק (חלוקה על פי הסכם בין היורשים) או לפי סעיף 111 לחוק (חלוקה על פי צו בית המשפט). צו ירושה הוא צו המצהיר על שמות היורשים ושיעור חלקו של כל אחד מהם בעיזבון, ואין בו כל התייחסות להיקף נכסי המנוח, לפירוטם ולחלוקת נכסים מסוימים בין היורשים (ע"א 12/83 עמרם נ' עמרם, פ"ד לח(3) 556). התייחסות כזאת מצויה רק בהסכם חלוקה בין היורשים לפי סעיף 110 לחוק או בצו חלוקה של בית המשפט לפי סעיף 111 לחוק; ושעתה של החלוקה מגיעה רק לאחר סילוק חובות העיזבון לפי סעיף 107 לחוק. בהתקיים כל האירועים הללו, ולא קודם לכן, רואים את העיזבון כמחולק, שכן בשלב זה **"העיזבון כיחידה משפטית אינו קיים עוד"** (ע"א 570/70 חי נ' כהן, פ"ד כה(2) 339, 343). כל עוד לא בוצעה החלוקה והעיזבון עודנו קיים, רשאי היורש להעביר **"את חלקו בעיזבון"** (סעיף 7(א) לחוק), היינו: העברה עתידית של אותו חלק יחסי, מתמטי, **"המגיע ליורש בחלוקת העיזבון"** (סעיף 7(ג)) אף שהוא דבר שטרם בא לעולם (ע"א 834/75 זיק נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 662, 665), אך לא את זכותו **"בנכס מסוים מנכסי העיזבון"** (סעיף 7(ד)).

עמש 49602-02-14 ר' א' א' ר' א' א' ר' א' א' ואח'... נגד עיזבון המנוחה ח' ס' א' א' פ' ג' א' א' י' א' א' ס' ג' א' א' א' ג' א' א' ס' ג' א' ואח'...

נדרש צו של בית המשפט לחלוקת העיזבון על פי סעיף 111 לחוק הירושה. סעיף 111(ג) מורה כי כאשר המוריש לא הורה בצוואה בדבר אופן חלוקת נכסי העיזבון בין היורשים, **"ינהג בית המשפט לפי הכללים שבסעיפים 112 עד 117"**. סעיף 112 קובע כי כעדיפות ראשונה יש לחלק את נכסי העיזבון בעין (**"נכס כנגד נכס"**). סעיף 113(א) מורה כי בהעדר אפשרות לחלוקה בעין (או כאשר חלוקה בעין תסב פגיעה ניכרת לערך הנכס) יש לבצע מכירה פנימית של הנכס בין היורשים, כך שהנכס **"יימסר ליורש המרבה במחירו, ובלבד שלא יפחת ממחיר השוק"**. שעתה של המכירה החיצונית מגיע, כאמור בסעיף 113(ב), רק אם **"לא הסכים אף יורש אחד לרכוש את הנכס כאמור בסעיף קטן (א)"**, שאז **"יימכר הנכס ודמי המכר יחולקו"**. גם במצב כזה, מוקנה לבית המשפט שיקול דעת להורות האם המכירה החיצונית תתבצע **"בדרך שנכסים כאלה נמכרים בהוצאה לפועל"**, היינו במכירה פומבית, **"או בדרך אחרת שיקבע"** (סעיף 113(ג); יצוין כי בהתאם לסעיף 125 לחוק, סעיפים 107-120 חלים גם כאשר חלוקת העיזבון מתבצעת על ידי היורשים עצמם ללא מינוי מנהל עיזבון).

מהוראות אלו בחוק הירושה עולה הבדל בולט בין פירוק שיתוף במקרקעין לפי חוק המקרקעין, לבין חלוקת מקרקעין הנכללים בעיזבון לפי חוק הירושה: בפירוק שיתוף לפי חוק המקרקעין, כאשר לא ניתן לבצע חלוקה בעין (לפי סעיף 39 לחוק) או רישום של המקרקעין כבית משותף (לפי סעיף 42), ברירת המחדל היא לפרק את השיתוף **"בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון"** (סעיף 40(א)); אם כי, כאמור לעיל, עדיין מוקנה לבית המשפט שיקול דעת להורות על מכירה שאינה פומבית אלא מכירה הנעשית בדרך יעילה וצודקת אחרת, ובכלל זה התמחרות פנימית בין השותפים (סעיף 40(ב)). לעומת זאת, כאשר בית המשפט נדרש לחלק נכס (לרבות נכס מקרקעין) בין יורשים לפי חוק הירושה, קיים בחוק גופו שלב נוסף, המהווה מבחינת סדר העדיפויות שלב ביניים בין החלוקה בעין (לפי סעיף 112) לבין המכירה החיצונית של הנכס (לפי סעיף 113(ב)). שלב ביניים זה קבוע בסעיף 113(א) לחוק, לפיו: **"נכס שאינו ניתן לחלוקה ונכס שעל ידי חלוקה היה מאבד שיעור ניכר מערכו... יימסר ליורש המרבה במחירו, ובלבד שלא יפחת ממחיר השוק"**. הוראה זו ייחודית לחוק הירושה, שהלוא בפירוק שיתוף לפי חוק המקרקעין לא קיים שלב ביניים דומה (ע"א 199/69 מלמד נ' הווארד, פ"ד כג(2) 210, 220; ד"נ 27/69 מלמד נ' הווארד, פ"ד כד(1) 39, 41). בפירוק שיתוף במקרקעין, דרך המלך למכירת הנכס (אם לא ניתן לחלקו בעין או על ידי רישום בית משותף) היא המכירה הפומבית, וסטייה ממנה מסורה לשיקול דעת בית המשפט. לעומת זאת, כאשר נכזבה התוחלת לחלק את נכס העיזבון בעין לפי סעיף 112 לחוק הירושה, רכישת הנכס על ידי אחד היורשים אינה מסורה לשיקול דעת בית המשפט, אלא בידיו של כל יורש החפץ בכך **זכות מוקנית** לביצוע החלוקה בדרך של

רכישת הנכס במחיר מרבי מבין המחירים שהציעו יתר היורשים, ולא מתחת למחיר השוק, כמצוות סעיף 113(א) לחוק. עומד על כך פרופ' ויסמן, בספרו הנ"ל (עמ' 311, 315):

"אינה דומה חלוקת נכסי עיזבון בין יורשים לחלוקת נכס שבבעלות משותפת שלא בין יורשים... בחלוקה של נכסי עיזבון משותפים, הנעשית על פי הוראות חוק הירושה, תשכ"ה-1965, נקט המחוקק עמדה שונה מזו שנקט בחוק [המקרקעין]. ליורשים הענקה זכות קדימה ברכישת נכסי העיזבון, בטרם יועמדו הנכסים למכירה פומבית".

וכן פרופ' דויטש, בספרו הנ"ל (עמ' 609):

”גם בתהליך ההורשה למספר יורשים מתקיים הליך של חלוקה לגבי הזכות המשותפת בעיזבון, כמכלול. ליורשים לא נתונה זכות כלפי נכס ספציפי כלשהו, בטרם שלב החלוקה של העיזבון, וזכותם היא זכות באגד הנכסים כולם. בשלב החלוקה של נכסי העיזבון חלים כללים קרובים (אף כי לא זהים) לכללים אשר חלים ביחס לפירוק השיתוף מחוץ להליכי הירושה, ובראשם ההעדפה של חלוקה בעין של הנכסים. אם החלוקה בעין אינה אפשרית או ראויה, על פי הקבוע בסעיף 113 לחוק הירושה, תשכ”ה-1965, מתבצעת מכירה ליורש המרבה במחיר, או, אם לא קיימות הצעות לרכישה, מתבצעת מכירה לצד שלישי”.

הזכות החוקית העומדת לכל יורש למנוע מכירה פומבית של נכס עיזבון אותו ירשו מספר יורשים, באמצעות הצעת מחיר המגיע למחיר השוק של הנכס, מועילה גם לחיסכון במס שבח מקרקעין (סעיף 5(ג) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963). יתירה מזו: זכותו האמורה של היורש משפיעה גם על מחיר המכירה של הנכס, בהשוואה למחיר שעשוי להתקבל בעדו במסגרת מכירה פומבית. תוצאה זו נובעת מהוראת סעיף 113(א) לחוק הירושה כי הנכס (שלא ניתן לחלקו בעין או שמכירה בעין תגרום להפסד ניכר מערכו) "ימסר ליורש המרבה במחירו, ובלבד שלא יפחת ממחיר השוק". סכום הרצפה של מכירת הנכס ליורש הוא אפוא "מחיר השוק", גם אם במסגרת מכירה פומבית ניתן לקבל בעד הנכס מחיר גבוה עוד יותר:

”לפי לשון הסעיף יש זכות קדימה ליורש המרבה במחיר אם המחיר הוא כמחיר השוק. משמע, שגם אם אדם זר שאינו נמנה עם היורשים מוכן לשלם עבור הנכס מחיר העולה על מחירו בשוק, אין למכור את הנכס למציע החיצוני ויש להעבירו לידי היורש העונה על דרישות הסעיף” (ש’ שילה, פירוש לחוק הירושה, תשכ”ה-1965 (כרך ג’, 2002) עמ’ 289 ; ראו עוד ש’ שוחט, נ’ פינברג, י’ פלומין, דיני ירושה ועיזבון (מהדורה שביעית, 2014) עמ’ 243).

תוצאה דומה מתקבלת לפי חוק המקרקעין במצב שבו חלק מהשותפים מעוניינים להמשיך את יחסי השיתוף ביניהם ומתנגדים לניסיון של אחד השותפים, ששיעור זכויותיו אינו מאפשר לו לזכות ביחידה קניינית שלמה במסגרת חלוקה בעין, לכפות עליהם את מכירת הנכס. לעניין זה קובע סעיף 41(ג) לחוק המקרקעין: **"היתה המניעה לחלוקה בעין רק לגבי מקצת השותפים, רשאים האחרים לקיים את המקרקעין בידם במשותף או לחלקם ביניהם, ובלבד שישלמו לאותם השותפים מה שהיה נופל בחלקם אילו המקרקעין היו נמכרים כאמור בסעיף 40"** (ההדגשה הוספה). הוראה זו, בדומה לסעיף 113(א) לחוק הירושה, אינה מכפיפה את זכותם של השותפים, המתנגדים למכירה, לשיקול הדעת של בית המשפט, אלא מקנה בידיהם **"זכות משפטית ממש"** לרכישת חלקו של השותף האחר כתחליף למכירה של הנכס כולו (דויטש, בספרו הנ"ל, עמ' 616), ובלבד שקיימת הסכמה בין השותפים הרוכשים על המשך השיתוף ביניהם (ע"א 623/71 גן בועז בע"מ נ' אנגלנדר, פ"ד כז(1) 334, 335). במקרה כזה, מחיר הרכישה אינו נקבע במכירה פומבית בפועל (בה ההצעות אינן מוגבלות למחיר השוק) אלא באמצעות הערכה שמאית **המדמה** מכירה פומבית, ובמילים אחרות: הערכה המוגבלת למחיר השוק. ודוק: אף שדרך זאת דומה לדרך החלוקה האמורה בסעיף 113(א) לחוק הירושה, אין זהות בין השתיים. כאשר שותפים המבקשים להמשיך את השיתוף כופים על שותפם האחר את מכירת חלקו לפי סעיף 41(ג) לחוק המקרקעין, מחיר המכירה הוא מחיר השוק - לא פחות אך גם לא יותר. לעומת זאת, כאשר שותף בנכס של עיזבון מממש את זכות הקדימה המוקנית לו בסעיף 113(א) לחוק הירושה, מחיר השוק הוא נקודת הפתיחה ממנה לא ניתן לרדת, אך ניתן לעלות באמצעות ההתמחרות הנערכת בין השותפים. בין כך (קביעת המחיר לפי סעיף 41(ג) לחוק המקרקעין) ובין אחרת (קביעת המחיר לפי סעיף 113(א) לחוק הירושה), מצוי השותף המוכר את חלקו במצב משופר ממצבו של שותף בהתמחרות סתם, שאינה מתוחמת בסכום מינימום של מחיר השוק. בהתמחרות כזאת, עלול השותף המבוסס כלכלית לכפות על השותף החלש, שאינו יכול להציע סכום גבוה לשם רכישת חלקו של האחר, את מכירת חלקו בסכום הנופל ממחיר השוק.

41. בידי תובע 1 לא עמדה זכות תביעה לפירוק שיתוף מכוח חוק המקרקעין. לא זו בלבד שהנכס אינו רשום על שמו, אלא שההלכה היא שכאשר נדרשת בין יורשים חלוקה (שאינה בעין) של נכס הנכלל בעיזבון ואין הסכמה על אופן החלוקה, יש להימנע מהליך דו-שלבי של רישום הנכס תחילה על שם היורשים שזכו בו במשותף, והדרך הנכונה היא לבצע את הרישום ישירות על שם רוכש הנכס (ע"א 513/82 הנ"ל, בעמ' 819-820; ע"א 2242/90 יהודיוב נ' יוגב (2.8.94); ר"ע 535/85 שם-טוב נ' צוק,

פ"ד לט(4) 755; שילה, בספרו הנ"ל, עמ' 293-295; דויטש, בספרו הנ"ל, עמ' 609).
הטעם לכך כבר הוזכר לעיל, והוא שזכיית היורש בנכס **מסוים** מנכסי העיזבון אינה מתרחשת אלא במועד חלוקת העיזבון. לכן רק במועד זה קמה למי מהיורשים הזכות לקבלת הנכס ולרישומו על שמו. יתר על כן, מכיוון שעד למועד החלוקה אין ליורשים **"בעלות בנכס קונקרטי כלשהו מנכסי העיזבון"**, הרי **"אין גם יסוד לומר, כי הם שותפים לזכויות בנכס קונקרטי כלשהו מנכסי העיזבון"** (דויטש, בספרו הנ"ל, עמ' 97). בהעדר יחסי שיתוף, לא ניתן לתבוע את פירוק השיתוף. השיתוף בנכס הקונקרטי משתכלל רק במועד חלוקת העיזבון; אך כאשר החלוקה נעשית בדרך של מכירת נכס העיזבון, הנכס הקונקרטי בו זוכה היורש שאינו הרוכש, הוא התמורה הכספית של המכירה (לאחר ניכוי חובות העיזבון) ולא נכס העיזבון המקורי שנמכר: **"שלב ההורשה מסתיים רק עם הגעת המנה הכספית לתעודתה. אין מדובר כאן בחלוקה שנייה של עיזבון לגבי נכס שכבר נפל תחילה לזכות היורשים ונמכר לאחר מכן"** (ע"א 499/85 הנ"ל, בעמ' 262). כך גם כאשר המכירה אינה לצד שלישי אלא לאחד היורשים במסגרת התמחרות פנימית ביניהם לפי סעיף 113(א) לחוק הירושה: **"השלב הראשון, טרם ההתמחרות, אינו הקנייה נכסית כלשהי. כלל נכסי העיזבון מוכנסים ל'תיבה' אשר כינויה 'עיזבון', ועדיין אין זכויות קונקרטיות בנכסים עצמם ליורש כלשהו. השלב השני, שלב ההתמחרות, אינו אלא חלק מתהליך החלוקה של העיזבון בין היורשים, שבמסגרתו נקבע באופן קונקרטי מי מהיורשים יקבל נכס נתון כזה או אחר מנכסי העיזבון"** (מ' דויטש, קניין (כרך ג', 2006) עמ' 37). נמצא כי יורש שלא רכש את הנכס בהתמחרות, לא היה מעולם שותף בנכס הקונקרטי הזכאי לתבוע פירוק שיתוף לגביו.

לתוצאה זו לא ראינו את כל ההנמקה עין בעין עם בית משפט קמא, ולכך נידרש גם בהמשך. אלא שלצד תוצאה זו נקבע בפסק הדין כי פירוק השיתוף יתבצע באופן שבו התובעים יעמידו את חלקם בנכס - וחלק זה בלבד - למכירה פומבית בשוק החופשי. להוראה זו לא היה מקום, למצער ככל שמדובר בחלקו של תובע 1 העומד בהתנגדותו לתוצאת פסק הדין, וזאת מהטעמים שיבוארו להלן.

43. הנחתו של בית משפט קמא הייתה שהואיל וזכויות היורשים בנכס על פי צווי הירושה של ג' וחי' טרם נרשמו בלשכת רישום המקרקעין, הרי בידי היורשים בשלב זה זכות אובליגטורית משותפת להירשם כבעלי הנכס, וזכות משותפת זו מהווה נכס שהשיתוף בו ניתן לפירוק בהתאם לסעיף 10 לחוק המיטלטלין, החל "גם על זכויות" כאמור בסעיף 13(א) שבו. דא עקא, כפי שהוסבר לעיל, ההנחה בדבר זכותם המשותפת של היורשים להירשם כבעלי הנכס מכוח צווי הירושה, אינה מתיישבת עם ההליך הדו-שלבי הקבוע בחוק הירושה, שמהותו היא כי עד לחלוקת העיזבון בין היורשים אין לאף יורש כל זכות - לא זכות קניין ולא זכות אישית - בנכס קונקרטי מנכסי העיזבון (אלא אם כן מדובר ביורש יחיד או ביורש של מנה על פי צוואה). בה בעת, העדר הרישום כשלעצמו אף הוא אינו יכול לבסס את סיווגה של זכות הירושה כזכות אישית (אובליגטורית) להבדיל מזכות קניין, שכן דו-השלביות של תהליך ההורשה אינה מתייחסת להתחזקות עוצמתה של זכות הירושה (עליה מבוססת ההבחנה בין זכות קניינית לזכות אובליגטורית; ראו לדוגמה: א' לבונטין "זכות קניין - מהי?" משפטים ט (תשל"ט) 384; י' ויסמן, "זכות קניין" בפסיקה: התיאוריה בשירותי הפרקטיקה" עיוני משפט טו (תש"ן) 53; ע"א 208/51 הקר נ' ברש, פ"ד ח 566, 571; ע"א 513/82 הנ"ל, בעמ' 824) אלא לקונקרטיזציה של הנכס המשמש מושא לתחולתה של זכות זו. מבחינת מהות הזכות, הבעלות המשותפת של היורשים בנכסי העיזבון נוצרת כבר ברגע הפטירה, כאמור בסעיף 1 לחוק הירושה: "**במות אדם עובר עיזבונו ליורשיו**". צו בית המשפט לחלוקת העיזבון (או נכס מנכסי העיזבון) אינו משדרג את מהות הזכות בה שותפים היורשים (שהיא זכות קניין החל ממועד הפטירה) אלא רק משנה את סוג השיתוף: משיתוף (קנייני) במכלול נכסים, לשיתוף (קנייני) בנכס מסוים (ויסמן, בספרו הנ"ל, עמ' 139). הואיל וזכות הקניין של כל יורש (במכלול נכסי העיזבון) נרכשה מאליה ברגע הפטירה, ממילא "**הקניית זכויות בדרך הורשה אינה עיסקה במקרקעין, הטעונה רישום כתנאי לשכלולה**" (רע"א 2267/95 האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854, 864).

מכיוון שג' וחי' הותירו אחריהם מספר יורשים באופן שנדרשת חלוקת העיזבונות בין יורשים אלו, ומאחר שהחלוקה טרם בוצעה והנכס עודנו רשום על שם ג', המיקום

הגאומטרי של חלוקת הנכס בין בעלי הדין מצוי אפוא בחוק הירושה ולא בחוק המקרקעין או בחוק המיטלטלין.

44. בטרם נפרט לגבי שתי פגיעות אלו נציין, כהערה מקדימה, כי תובע 1 לא נזקק כלל להוראה בפסק הדין המתירה לו להעמיד את חלקו למכירה בשוק החופשי. סעיף 34(א) לחוק המקרקעין קובע כי "**כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים**". רשות כאמור מוקנית גם לשותף במיטלטלין, אם כי לאחר העברת חלקו בנכס המיטלטל לאדם אחר עליו להודיע על דבר ההעברה ליתר השותפים (סעיף 9(ד) לחוק המיטלטלין; בהצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011, סעיף 520(ב), מוצע להרחיב את חובת ההודעה גם לשותף במקרקעין). כך גם לגבי חלקו של יורש בעיזבון, הניתן למכירה לפי סעיף 7(א) לחוק הירושה, או לגבי התחייבותו של יורש למכור את חלקו בנכס ספציפי של העיזבון כנכס עתידי (ראו לעיל פסקה 39). מכאן, שחרף הצגת הדברים בפסק הדין כאילו בית המשפט נעתר לתביעת התובעים באופן חלקי (מכירת חלקם בשוק החופשי אך לא מכירת הנכס כולו), בפועל התובעים לא זכו בכל סעד, כך שבעצם תביעתם לפירוק שיתוף נדחתה.

עמש 49602-02-14 ר' א' א' א' ר' א' א' ואח'... נגד עיזבון המנוחה ח' ס' א' א' פ' ג' א' א' י' א' א' ס' ג' א' א' א' ג' א' א' ס' ג' א' ואח'...

שצוין לעיל (בפסקה 38) הסיכוי שתובע 1 יחפוץ ויוכל לרכוש בעצמו את 19/20 חלקי הנכס השייכים ליתר היורשים, נראה קלוש. עם זאת, אין בהסתברות הנמוכה של הסיכוי כדי להצדיק את סגירת דלת ההתמודדות בפני תובע 1 על הסף. בכך שונה המקרה שלפנינו מהמקרה שנדון בע"א 725/82 הנ"ל, בו זכות הרכישה ניתנה רק לשותפים הנתבעים, שהתנגדו לתביעת שותפם פושט הרגל לפירוק השיתוף. הואיל שדובר שם בתובע פושט רגל, אפשרות רכישת חלקי יתר השותפים בנכס כלל לא עמדה על הפרק. לא כן במקרה הנוכחי, בו כל השותפים כשירים מבחינה משפטית להשתתף בהתמחרות הפנימית, כל עוד מדובר בשותף המבקש לרכוש את הנכס לעצמו. ואמנם, הובהר בפסיקה כי על רקע ייחודיותה של הסיטואציה שנדונה בע"א 725/82, אין למהר ולראות בה הלכה מחייבת, ובכל מקרה יש לסייג את האפשרות שניתנה שם לשותפים לכפות על שותפם את מכירת חלקו בנכס בלא יכולת התמחרות מצדו על חלקם, כאפשרות **"העשויה להישקל בנסיבות חריגות (אולי אף קיצוניות)"** (השופט רובינשטיין בפסקה ח'). אם בפתיחת ההתמחרות (מאורע שטרם התרחש) יגלה תובע 1 כוונה רצינית לשלם את המחיר הגבוה ביותר עבור רכישת חלקי יתר שותפיו בנכס, כי אז לא תהיה בנמצא נסיבה חריגה למנוע בעדו להשתתף בהתמחרות. זאת ועוד, בנסיבות המקרה אין תחולה לסעיף 41(ג) לחוק המקרקעין, המאפשר לשותפי הרוב לכפות על שותף המיעוט את מכירת חלקו להם במחיר השוק (ללא התמחרות). סעיף 41(ג) חל, על פי לשונו, במקרה שבו **"היתה המניעה לחלוקה בעין רק לגבי מקצת השותפים"**, כלומר **"כאשר גודל חלקיהם של מקצת השותפים מאפשר את הפרדת חלקיהם בעין מיתר החלקה. במקרה כזה יכולים שותפים אלה לרכוש את חלקיהם של האחרים, שגודל חלקיהם אינו מאפשר את הפרדתם בעין מכלל החלקה"** (ע"א 319/74 הנ"ל, בעמ' 458). לא כן במקרה שלפנינו, בו החלקה אינה ניתנת כלל לחלוקה בעין, גם לא חלוקה בעין שבה חלקיהם של כל יתר השותפים יופרדו כמקשה אחת מחלקו של תובע 1 (לעיל פסקה 36). מעבר לכך, כמבואר, במקרה דנן נעשית החלוקה על פי חוק הירושה ולא על פי חוק המקרקעין. חוק הירושה אינו כולל הוראה זזה להוראת סעיף 41(ג) לחוק המקרקעין (לעיל פסקה 40).

46. הפגיעה הבלתי-מוצדקת השנייה בתובע 1 כתוצאה מההוראה המפנה אותו למכירת חלקו בנכס בשוק החופשי, היא בשחרור הנתבעים מכל מעורבות בהליך המכירה ומכל מחויבות להבטחת תשלום ראוי לתובע 1 בגין חלקו בנכס. בית משפט קמא סמך את החלטתו להסתפק ברשות המסורה לתובעים למכור את חלקם בנכס בשוק החופשי, בהוראת סעיף 10(ב) סיפא לחוק המיטלטלין: **"ורשאי בית המשפט לצוות על חלוקת המיטלטלין בעין, או על מכירתם וחלוקת הפדיון, או על דרך אחרת של פירוק השיתוף הנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין"** (ההדגשה

הוספה). אולם אילוץ תובע למכור בשוק החופשי רק את חלקו בנכס, אינו יכול להיחשב לדרך צודקת של פירוק השיתוף, מפני שהתמורה הצפויה להתקבל ממכירה כזאת לא תבטא את חלקו היחסי של אותו תובע במחיר שניתן היה לקבל בשוק החופשי ממכירת הנכס במלואו. כפי שמסביר פרופ' ויסמן (בספרו הנ"ל, עמ' 282):

"מכירת חלקו של שותף המבקש לפרוש מן השיתוף, אינה תחליף משביע רצון לתביעת פירוק. מכירת מנה של שותף בנכס (כגון 25% מתמונה, ממכונת או מדירה) אינה עיסקה שיגרתית, ולא רבים הקופצים עליה. כיוון שכך צפוי כי המחיר שיתקבל במכר שכזה יהא נמוך מהסכום שעשוי שותף לקבל אם הנכס כולו יימכר בהליכי פירוק, והוא יקבל את חלקו היחסי במחיר שישולם".

הנחה זאת הובילה את בית המשפט העליון לפסוק כי מכירת נכס עיזבון בשוק החופשי בהתאם לסעיף 113(ב) לחוק הירושה, מקום בו לא נמצא יורש המבקש לממש את זכות הקדימה המוענקת לו בסעיף 113(א) לחוק, אינה יכולה להיות מוגבלת למכירת חלקם של מקצת היורשים בנכס, אלא עליה להיות מכירה של הנכס בשלמותו (ע"א 513/82 הנ"ל, בעמ' 818). הטעם לכך, כפי שהוסבר שם, הוא שסעיף 113 **"דן במסירת הנכס שאינו ניתן לחלוקה, היינו נכס העיזבון כולו"** (ההדגשה במקור), וערכו בשוק של הנכס כולו עשוי להיות גבוה משווי היחסי של חלק זכית מקצת היורשים בנכס. אותו היגיון שימש לקביעה דומה לעניין פירוק שיתוף במקרקעין, כאמור ברע"א 1497/09 הנ"ל (פסקה 12 לפסק דינו של המשנה-לנשיאה ריבלין):

"אפילו נניח שאכן נפל פגם בהתנהגותו של המשיב, אין בפגם זה כדי להצדיק את פירוק השיתוף תוך מכירת חלקו בלבד, בניגוד לרצונו. כך עולה מלשונו הברורה והמפורשת של החוק. סעיף 40(א) מורה על 'מכירת המקרקעין', ואינו פותח פתח למכירת חלק מן המקרקעין או מקצתם. המחוקק ביקש אפוא להורות על מכירת הנכס כולו, ולא על מכירה יזומה של חלק אחד בלבד. התיבה 'יעילה וצודקת' שבסעיף 40(ב), מתייחסת רק לשאלה אם יש לבצע את המכירה 'בדרך שנמכרים מעוקלים בהוצאה לפועל', או שמא בדרך אחרת בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט. אין בתיבה זו בשום פנים כדי לאפשר לבית המשפט להורות על מכירת חלקים מסוימים מהנכס לצורך פירוקו" (ההדגשה במקור).

הוא הדין לרכישה על פי סעיף 41(ג) לחוק המקרקעין של חלק אחד השותפים על ידי שותפיו האחרים המעוניינים בהמשך יחסי השיתוף ביניהם:

"לשותפים אשר מהווים 'מקצת השותפים' כאמור בסעיף זה נתון אינטרס, כי המכירה הכפויה ליתר השותפים לא תפגע בהערכה הראויה של שווי חלקם היחסי. הסייג שבסיפא לסעיף 41(ג) לחוק משמיע, כי השמאות של שווי זכויותיהם צריכה להתבצע כך

ששמים את שווי הנכס כולו, במכירה חופשית בשוק, ומתוך סכום זה, יקבלו מקצת השותפים את השיעור היחסי (דויטש, לעיל פסקה 36, בעמ' 615-616; ההדגשה במקור. כן ראו דגן, בספרו הנ"ל, עמ' 354).

גישה זהה יפה לסמכות בית המשפט בסעיף 10(ב) לחוק המיטלטלין לצוות **"על דרך אחרת של פירוק השיתוף הנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין"**. ההסדר החוקי באשר לפירוק שיתוף במקרקעין צריך לשמש מדד, מבחינת שיקולי היעילות והצדק, גם לאותה **"דרך אחרת"** של פירוק שיתוף במיטלטלין (ויסמן, בספרו הנ"ל, עמ' 320-321). מכאן, שכפיית שותף במיטלטלין למכור בשוק החופשי את חלקו בלבד, אף היא אינה דרך צודקת שבית המשפט רשאי לילך בה.

47. המסקנה העולה מן האמור היא שיש לקבל את ערעורו של תובע 1 באופן חלקי, כך שהתיק יוחזר לבית משפט קמא לשם מתן הוראות בדבר עריכת ההתמחרות פנימית בין יורשי הנכס כאמור בסעיף 113(א) לחוק הירושה, בה יוכל כל יורש לרכוש את זכויות היורשים האחרים במחיר הגבוה ביותר, ובלבד שמחיר זה לא יפחת ממחיר השוק. במסגרת זאת יוכלו היורשים האחרים או מי מהם, ככל שיחפצו בכך, לרכוש את חלקו של תובע 1 בנכס, תוך שימור יחסי השיתוף בנכס ביניהם, כאמור בסעיף 117(א) לחוק הירושה: **"מקום שהוראות סימן זה נותנות זכות לאחד היורשים, גם יורשים אחדים במשמע אם הסכימו להשתמש באותה זכות במשותף"** (על סעיף זה ראו עוד אצל שילה, בספרו הנ"ל, עמ' 326). עם זאת מובהר, כי גם במצב כזה יוכל תובע 1 לרכוש את חלקיהם של יתר היורשים (19/20) במחיר, שמבחינה יחסית להיקף החלקים הנרכשים, גבוה מהמחיר שהוצע על ידי היורשים האחרים לרכישת חלקו של תובע 1. באופן דומה, יוכל כל יורש אחר לרכוש במסגרת ההתמחרות את חלקיהם של יתר היורשים. בהעדר יורש שיהיה מוכן לרכוש את הנכס במחיר כאמור, יימכר הנכס כולו במכירה פומבית ותמורת המכר תחולק בין כל היורשים בהתאם לשיעור חלקיהם היחסיים בנכס. לצורך ניהול הליך ההתמחרות והמכירה יהיה רשאי בית משפט קמא, בהתאם לשיקול דעתו ובכפוף להוראות הדין, למנות כונס נכסים או מנהל עיזבון (הן תובע 1 והן הנתבעים) הגישו בשעתו בקשות למינוי מנהל עיזבון, במסגרת ת"ע 45260/08 ות"ע 43380/09, אך הטיפול בבקשות אלו לא קודם). כן יהיה רשאי בית משפט קמא להורות על הגשת חוות דעת שמאית מעודכנת לגבי שווי הנכס (חוות הדעת השמאית המצויה בתיק נערכה בשנת 2010).

48. ההתמחרות והמכירה יתייחסו אל הנכס כולו כנכס פנוי ולא כנכס המוחזק על ידי דייר מוגן (נכס תפוס). אין לקבל את טענת הנתבעים בדבר תחולתו בנסיבות

המקרה של סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר, לפיו "החזיק אדם בנכס כשהוא בעלו או חוכרו לדורות, או אחד הבעלים או החוכרים לדורות, ופקעה זכותו בנכס... מחמת חלוקת הנכס במשפט חלוקה... יהיה המחזיק לדייר של בעלו החדש של הנכס, או של החוכר לדורות החדש". שלושה טעמים לדבר: ראשית, כאשר יורש אחד רוכש מיורש אחר את חלקו בנכס העיזבון על פי סעיף 113(א) לחוק הירושה, אין תחולה לסעיף 33 לחוק הגנת הדייר, שכן הזכות בנכס של היורש הרוכש אינה פוקעת בעקבות הרכישה (ע"א 592/76 זילנפרוינד נ' גרין, פ"ד לא(1) 813, 818; ע"א 123/80 אורבוב נ' ברוברניק, פ"ד לו(3) 431, 437-438; ע"א 513/82 הנ"ל, בעמ' 820). שנית, לאור פגיעתו החריפה של סעיף 33 לחוק הגנת הדייר בניצול זכות הקנין של השותף שאינו מתגורר בנכס, פורש הסעיף על ידי הפסיקה בצמצום, כך שלשם תחולתו נדרשת הסכמה פוזיטיבית חד-משמעית של כל יתר השותפים להחזקה ייחודית בנכס של השותף הטוען לזכות דיירות מוגנת (בג"ץ 323/81 וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד לו(2) 733, 744-747; ע"א 175/81 אדמיר פתוח ואדריכלות בע"מ נ' קלו, פ"ד לח(4) 293; ע"א 753/82 פלונית נ' פלוני, פ"ד לז(4) 626, 632-634; ע"א 472/83 אריאלי נ' אריאלי, פ"ד מא(3) 200, 206-208). עד כדי כך מגיעה הפרשנות המצמצמת, שלדעת פרופ' ויסמן (בספרו הנ"ל, עמ' 317) כיום הסעיף רוקן "מכל תוכן" ו"ניתן לצפות לכך שבעתיד יגיע סעיף 33 לכלל יישום במקרים נדירים בלבד (אם בכלל יגיע לכלל יישום)". ברי כי המקרה דנן אינו מקרה נדיר ההולם את יישום הסעיף, שהרי אין חולק כי אף אחד מהיורשים לא החזיק ואינו מחזיק בכל הבנין אלא לכל היותר בדירה אחת או שתיים מתוכו, כך שכבר מבחינה עובדתית אין טענה לחזקה ייחודית בנכס (שהוא הבנין כולו ולא דירה אחת מתוכו). יתר על כן, הנתבעים טענו עוד בבית משפט קמא, וכן במסגרת הערעורים, כי לא מנעו מהתובעים שימוש בנכס וכי ככל שיחפצו התובעים להתגורר באחת מדירות הבנין יוכלו לעשות כן (ראו לדוגמא החקירות הנגדיות של נתבע 4 בעמ' 51 שו' 12-15 לפרוטוקול מיום 9.1.12 ושל נתבע 9 בעמ' 63 שו' 24-31 לפרוטוקול מיום 10.7.12; סעיפים 53, 98-100 לסיכומי נתבעים 1-8, 10 בבית משפט קמא; סעיפים 35-43 להודעת הערעור בעמ"ש 44910-14(03)). בכך מצויה הודאה של הנתבעים בדבר העדר חזקתם הייחודית בנכס. שלישית, סעיף 33(א) מעניק את מעמד הדיירות המוגנת לאדם ש"החזיק... בנכס כשהוא בעלו או חוכרו לדורות, או אחד הבעלים או החוכרים לדורות". לאור זאת, וברוח הפרשנות המצמצמת הניתנת לסעיף, נקבע בע"א 3295/94 פרמינגר נ' מור, פ"ד נ(5) 111, 123, כי "יש לפרש את סעיף 33 כחל רק על זכות רשומה של בעלות או חכירה לדורות שאינן משתכללות ללא רישום. הרישום הוא קונסטיטוטבי" (ראו עוד רע"א 11152/05 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פלוני (31.7.06) פסקה ה(3); ע"א 127/06 בנק הפועלים בע"מ - משכן נ' נגר (19.2.09) פסקה 13; רע"א 8660/15 טסה נ'

גרינברג (27.1.16) פסקה 11). בהתאם להלכה זו, אין תחולה לסעיף 33 בנסיבות הנדונות עתה, שהרי זכויות הנתבעים בנכס טרם נרשמו על שמם אלא עודן רשומות על שמו של המוריש, ג', ואף טרם ניתן צו לחלוקת העיזבון על ידי בית המשפט באופן המקנה לנתבעים בעלות בנכס הקונקרטי (לעיל פסקה 39).

חיוב נתבעים 1, 4 ו-5 בדמי שימוש ראויים

49. ההלכה לעניין חיוב שותף בתשלום דמי שימוש ראויים ליתר השותפים על פי סעיף 33 לחוק המקרקעין, מגבילה את החיוב למצב שבו "השותף האחד השתמש במקרקעין באופן בלעדי, באופן שנמנע מיתר השותפים להשתמש אף הם באותם מקרקעין. היה ולא נמנע השימוש הזה מיתר השותפים גם כאשר הם לא השתמשו במקרקעין בפועל, אין השותף חייב בתשלום כלשהוא ליתר השותפים" (ע"א 1492/90 זרקא נ' פארס (20.1.93) פסקה 6). הלכה זו ממשיכה להנחות את בתי המשפט, על אף הביקורת שנמתחה עליה (בע"מ 9881/05 פלוני נ' פלוני (9.4.06) פסקה ה'; בע"מ 956/07 פלוני נ' פלוני (25.4.07) פסקה ד').

מקובלות עלינו קביעת בית משפט קמא כי התובעים לא פירטו ולא הוכיחו "מי מהנתבעים עשה שימוש בנכס, באיזו תקופה עשה שימוש בנכס, מה גודלו המדויק של השטח בו עשה כל אחד מהם שימוש, ובאיזו מידה חורג שטח זה מן השטח היחסי המגיע לו על פי חלקו בירושה או בהסכם" (עמ' 16 לפסק הדין). מדובר בקביעה עובדתית של הערכאה המבררת, שראתה ושמעה את העדים, ושאינן לערכאת הערעור עילה להתערב בה. קביעה זו אף עולה בקנה אחד עם האמור בכתב התביעה (בסעיף 4: "התובעים אינם יודעים מי מהנתבעים מחזיקים בפועל במקרקעין האמורים"), וכן עם עדותו של תובע 1 כי אינו יכול למסור פרטים באשר להיקף השטחים ולמועדים בהם הנתבעים או מי מהם התגוררו בבנין (עמ' 27-28 לפרוטוקול מיום 9.1.12).

למרות זאת החליט בית משפט קמא לחייב את נתבעים 1, 4, 5 ו-9 בתשלום דמי שימוש ראויים לתובעים 1-2 החל ממועד הגשת התביעה. חיוב זה נסמך על דברים שכתב תובע 1 לנתבע 4 בדוא"ל ביום 11.4.05 (ת/2), בהם ראה בית המשפט דרישה מצד התובעים בשנת 1999 לאפשר לאמם שימוש בנכס, וסירוב של הנתבעים שמנע מהתובעים שימוש משותף בנכס יחד עם.

לקביעה אחרונה זו אין בידינו להסכים. **ראשית**, בפסק הדין נקבע כי המכתב משנת 2005 נכתב שש שנים לערך לאחר הדרישה והסירוב המתוארים בו, **"ובהעדר כל טענה וראיה לפניות נוספות מצד התובעים לגור בנכס מלבד הפניה המוזכרת במכתב, ניתן להסיק משתיקתם לאורך השנים הרבות לאחר מכן על ויתור, ולמצער יש בישיבה זו בחיבוק ידיהם של התובעים משום השתהות... במובן זה, יש טעם בטענות הנתבעים לעניין שיהיו מצד התובעים מכיוון שישנו על זכותם זמן רב ביותר באופן המתפרש כוויתור מצידם. יתר על כן, לא ברור אל מי בדיוק מבין הנתבעים פנה התובע בבקשתו לעשות שימוש בנכס ומי מהם, מלבד נתבע 4, סירב לבקשה"** (עמ' 17). בנסיבות אלו, על מנת לקשור בכל זאת בין הגשת התביעה בשנת 2006 לבין הדרישה הנטענת של התובעים משנת 1999 - שבינתיים לפי קביעת בית המשפט כבר נזנחה על ידם - נדרש לכל הפחות אזכור של הדרישה בכתב התביעה. הלכה למעשה, כתב התביעה לא הזכיר כלל דרישה של התובעים משנת 1999 או מכתב של תובע 1 משנת 2005. לא זו אף זו, אותו מכתב (ת/2) לא הוגש כראיה על ידי התובעים אלא דווקא על ידי הנתבעים, וזאת לצורך הוכחת עניין אחר, וכאשר התובעים לא ביקשו להסתמך על המכתב אף לא בסיכומיהם. **שנית**, הלכת ע"א 1492/90 הנ"ל מתנה את הזכאות לדמי שימוש ראויים בכך **"שנמנע מיתר השותפים להשתמש אף הם באותם מקרקעין"**. דא עקא, תובע 1 לא טען במכתבו מיום 11.4.05 כי בשנת 1999 הועלתה בקשה על ידי אחד התובעים להשתמש בעצמו בנכס. אכן, בהינתן העובדה שהתובעים מתגוררים שנים רבות בחו"ל, אין לתמוה על כך שלא ביקשו להשתמש בעצמם בנכס. הטענה הייתה שתובע 1 ביקש בשנת 1999 (סמוך לאחר פטירת אביו) **שאמו** תגור בנכס. ככל שאמם של התובעים נמנית על יורשי ג' (מכוח ירושת בעלה פ'), הרי בהנחה שהדרישה האמורה ביססה זכות לדמי שימוש ראויים, האם היא זו שהייתה צריכה להגיש את התביעה לדמי שימוש (וגם אז היקף החיוב צריך היה להיות מוגבל לשיעור חלקה של האם בעיזבון ג' ואינו יכול להיגזר משיעור חלקם של התובעים כפי שנעשה בפסק הדין). בפועל, לא הוגשה כל תביעה על ידי האם. לעומת זאת, ככל שאמם של התובעים אינה יורשת של ג', לא מתקיים התנאי לחיוב בדמי שימוש ראויים שהוא, כאמור, מניעת שימוש במקרקעין **מאחד השותפים**. וכבר נפסק כי אין לשותף במקרקעין זכות להרשות לצד שלישי (שאינו בן זוגו או ילדו הסמוך על שולחנו) שימוש בחלק כלשהו של הנכס בניגוד לרצונו של השותף השני (ע"א 304/72 ביאלר נ' ביאלר, פ"ד כז(1) 533, 536-537; ע"א 458/82 וילנר נ' גולני, פ"ד מב(1) 49, 62; ר"ע 42/86 גוון-פז נ' גרינבלט, פ"ד מ(1) 284). **שלישית**, בפסק הדין (עמ' 15) נדחתה טענת התובעים בדבר השתלטות כוחנית של מי מהנתבעים על הנכס, וזאת בהעדר ראיה כלשהי לטענה זו. בה בעת, הובהר בפסק הדין (עמ' 2) כי הדירה בקומה ב' שהושכרה בשכירות חופשית, פונתה בינתיים על ידי השוכרת. שילוב שתי קביעות אלו יחד,

מלמד גם הוא כי הנתבעים לא מנעו מהתובעים שימוש עצמי בחלק מהנכס, לו אכן חפצו בכך התובעים (המתגוררים בחו"ל); וכפי שהעיד נתבע 4 (בעמ' 51 שו' 12-15 לפרוטוקול מיום 9.1.12): תובעים 1-2 יכולים היו להשתמש ב"דירה שלא מתגוררים בה". אכן, בעקבות פינוי דירה זו על ידי השוכרת בחודש יולי 2008, הגישו התובעים לבית המשפט ביום 20.8.08 בקשה להשכרת הדירה, אך לא למגורים שלהם בה (בש"א 56626/08). **רביעית**, הסעד שהתבקש בכתב התביעה לגבי תשלום דמי שימוש ראויים (בשונה מהסעד שעניינו העברת חלק יחסי לתובעים בדמי השכירות שהתקבלו) התייחס אך ורק לתקופה של שבע השנים שקדמו להגשת התביעה. סעד זה נדחה בפסק הדין, משנקבע כי במהלך כל אותה תקופה התובעים לא העלו דרישה להתגורר בנכס ובכך מחלו וויתרו על זכותם. הסעד שהוענק בפסק הדין לתובעים 1-2, היינו: דמי שימוש ראויים החל ממועד הגשת התביעה ועד למועד פסק הדין (ולגבי נתבע 1 - עד למועד פטירת ח'), כלל לא נתבע בכתב התביעה ולא שולמה בעדו אגרה. לכן, גם כאשר ניתן ביום 18.9.08 לבקשת התובעים פסק דין נגד הנתבעים בהעדר הגנה, הוגבל החיוב בדמי שימוש לתקופה המסתיימת בהגשת התביעה. אם לא די בכך, אמם של התובעים הלכה לעולמה ביום 0.0.01, מספר שנים טרם הגשת התביעה (ראו פסק הדין מיום 5.9.11 בת"ע 40446/03 ות"ע 40447/03 בהליכים שבין תובעת 3 לתובעים 1-2). לא ניתן ליישב בין חיוב בדמי שימוש בגין תקופה שלאחר הגשת התביעה, לבין ביסוס החיוב על דרישת התובעים לאפשר לאמם, שלא הייתה בחיים במועד הגשת התביעה, להתגורר בנכס.

חלקו של תובע 1 בדמי השכירות

50. הסעד שהתבקש בכתב התביעה הוא חיוב הנתבעים להפקיד בידי ב"כ התובעים "את דמי השכירות המתקבלים משכירות חופשית החל מהחודש בו הוגשה התובענה" (סעיף 21.4; ההדגשה הוספה). די בכך כדי לדחות את טענת תובע 1 בדבר זכאותו לחלק בדמי השכירות החל משנת 1999. על כך נוסף, כי תובע 1 אינו מצביע על משגה כלשהו בקביעת בית משפט קמא כי ההסכמה בין אביו (פ') לבין יתר היורשים על ייעוד דמי השכירות לצרכי הקיום והטיפול בסבתו ח' - הסכמה שעצם קיומה לא היה שנוי במחלוקת - מחייבת גם את תובע 1 כיורש של אביו, ככל חוב אחר של עזבון האב. זכאות תובע 1 לחלק יחסי בדמי השכירות נובעת מסעיף 35 לחוק המקרקעין: "**כל שותף זכאי לחלק מפירות המקרקעין המשותפים לפי חלקו במקרקעין**". לפיכך צדק בית המשפט עת העמיד את החיוב על חלק יחסי בפירות, היינו: בדמי השכירות שהתקבלו בפועל אצל הנאמן, בניכוי חלקו היחסי של תובע 1 בהוצאות שהוציא הנאמן לתחזוקת הבנין (ע"א 274/82 יוצר נ' יוצר, פ"ד לט(1) 53,

55-56). טענת תובע 1 כי היה על בית המשפט לחייב את הנאמן בהצגת אישור בדבר הסכומים המופקדים בידיו, נוגעת ליישום פסק הדין, ואינה מצביעה על משגה במה שנפסק. כמו כן, סעד של הצגת אישור לא התבקש לא בכתב התביעה ולא בסיכומי התובעים.

סיכום

51. התוצאה המתקבלת מהדיון במכלול הסוגיות, היא אפוא זו :

א. עמ"ש 49602-02-14 מתקבל באופן חלקי כמפורט בפסקאות 47-48 לעיל. יתר הסעדים בעמ"ש 49602-02-14 נדחים.

ב. עמ"ש 44910-03-14 מתקבל, כך שהחיוב בדמי שימוש שהוטל על נתבעים 1, 4 ו-5 מבוטל.

ג. עמ"ש 46934-03-14 נמחק לבקשת מגישו (נתבע 9).

לאור התוצאה, לא ייעשה צו להוצאות בערכאה זו. המזכירות תחזיר לכל מערער, באמצעות בא-כוחו, את העירבון שהפקיד.

המזכירות תשלח את פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, י"ג אייר תשע"ז, 09 מאי 2017, בהעדר הצדדים.

דוד מינץ, שופט

**תמר בזק-רפפורט,
שופטת**

**משה סובל, שופט
[אב"ד]**

עמש 49602-02-14 ר' א' א' א' ר' א' א' ואח'... נגד עיזבון המנוחה ח' ס' א' א' פ' ג' א' א' י' א' א' ס' ג' א' א' א' ג' א' א' ס' ג' א' ואח'...

עמש 49602-02-14 ר' א' א' א' ר' א' א' ואח'... נגד עיזבון המנוחה ח' ס' א' א' פ' ג' א' א' י' א' א' ס' ג' א' א' א' ג' א' א' ס' ג' א' ואח'...

עמש 49602-02-14 ר' א' א' א' ר' א' א' ואח'... נגד עיזבון המנוחה ח' ס' א' א' פ' ג' א' א' י' א' א' ס' ג' א' א' א' ג' א' א' ס' ג' א' ואח'...