



ע"פ 2480/01/16 - חוה שפס,הדס גרש,עודד גרש נגד יחיא בושארי,רחל בושארי

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2480-01-16 שפס ואח' נ' בושארי ואח'

בפני כב' השופט יוסף אלרון, נשיא [אב"ד]

כב' השופט יחיאלי ליפשיץ

כב' השופטת אורית וינשטיין

המערערים 1.חוה שפס

2.הדס גרש

3.עודד גרש

נגד

המשיבים

1.יחיא בושארי

2.רחל בושארי

פסק דין

1. בפנינו ערעור על החלטתו של בית משפט השלום, כבוד השופט אהרון שדה (להלן: **בית משפט קמא**), מיום 13.11.15 (להלן: **ההחלטה**), שעניינה בקשה שניה שהוגשה על ידי המערערים, ה"ה חוה שפס, הדס ועודד גרש (להלן: **המערערים**) לפי סעיף 6 לפקודת בזיון בית משפט, בשל אי קיומו של פסק הדין שניתן ביום 20.1.13 על ידי כבוד השופט אמיר טובי (להלן: **פסק הדין**) בת.א. 2772/05 (להלן: **התביעה**).

2. פסק הדין שניתן על ידי כבוד השופט טובי מתייחס לתביעה שהגישו המערערים נגד בעלה המנוח של המשיבה, מר יחיא בושארי ז"ל (להלן: **המנוח**), אשר המשיבה, גב' רחל בושארי (להלן: **המשיבה**), כיורשתו של המנוח, נכנסה בנעליו לעניין קיום פסק הדין.

3. המערערים והמשיבה הינם שכנים. בתיהם של המערערים (שני בתים צמודי קרקע) מצויים על מגרשים 5 ו- 6 שהינם חלק מחלקות 121 ו- 123 בגוש 11903 ברחוב הנורית ביוקנעם. ביתה של המערערת 1 הינו ברחוב הנורית 5א' וביתם של המערערים 2 ו- 3 מצוי ברחוב הנורית 5.

ביתה של המשיבה הוא בית צמוד קרקע והיא בעלת הזכויות במגרשים 7 ו- 8, המצויים דרומית לחלקת המערערים וגובלים עמם, ברחוב הנורית 7.

4. בין מגרשי המערערים למגרשי המשיבה מצויה, על פי תב"ע 3128, אשר חלה במועדים הרלוונטיים לתביעה על המקרקעין, דרך ציבורית שייעודה מעבר הולכי רגל וגישה ברכב למגרשים של שני הצדדים.

התביעה והרקע לה:

5. התביעה שהוגשה על ידי המערערים ונדונה על ידי כבוד השופט טובי עניינה בנייה שביצע המנוח תוך



חריגה לתחומי הדרך הציבורית באופן שהביא חסימת דרך הגישה למגרשה של המערערת 1.

בתביעה עתרו המערערים למספר סעדים, אשר הרלוונטי לענייננו הוא: צו עשה המורה לנתבע (המנוח) להשיב את המצב לקדמותו, ובכלל זה לפעול על פי צו בית המשפט שניתן בת"פ 2179/99 (שלום-נצרת), לפנות את ה"דרך" שבין המגרשים, ולסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה לכניסה ו/או לגישה למגרשי המערערים. בנוסף, להרוס את המדרגות, לפנותן מהשטח ולמלא את השטח שמתחת למרפסת באופן שיושוו הגבהים שבין שטח ה"דרך" והחלקות, כך שניתן יהיה לעשות שימוש ב"דרך" לצרכי מעבר.

לכתב התביעה צורף כנספח ב' - תשריט של תב"ע 3128, שם סומנה "דרך להולכי רגל ולגישה ברכב" בין מגרשים 5 ו- 6 לבין מגרשים 7 ו- 8. על פי הנטען בתביעה מדובר בדרך שאורכה כ- 40 מטרים ורוחבה כ- 4 מטרים.

6. ברקע התביעה וכבסיס לה, הרשעת המנוח מיום 23.3.00 במסגרת ת"פ 2179/99 בבית משפט השלום בנצרת בביצוע עבודות בניה ושימוש טעוני היתר - ללא היתר. המנוח הורשע, על פי הודאתו, בבניית משטח מרוצף, אשר שימש כמרפסת בביתו, בשטח של כ- 60 מ"ר, כאשר אותו משטח נבנה בחלקו על שביל הולכי רגל. בנוסף, הורשע המנוח, על פי הודאתו, בבניית קירות פיתוח באורך 40 מטרים, שאף הם נבנו בחלקם על שביל הולכי הרגל. בגזר הדין נקבע כי על המנוח להרוס את הבניה הבלתי חוקית תוך 6 חודשים, אלא אם יקבל היתר כדין.

היתר כאמור לא התקבל בידי המנוח, אך הלה לא קיים את גזר הדין ולא הרס את הבניה הבלתי חוקית, ובעקבות זאת הוגשו נגדו שני כתבי אישום נוספים בגין עבירה של אי קיום צו בית משפט, בהם הורשע על פי הודאתו (ת.פ. 2692/00 ו- ת.פ. 20390/04). בקשה להארכת מועד לביצוע צו ההריסה נדחתה. עם זאת, המנוח לא הרס את המבנים הבלתי חוקיים.

7. בעקבות זאת, הגישו המערערים את התביעה. בפסק דינו של כבוד השופט טובי צוין כי בשלב כלשהו במהלך ניהול התביעה בפניו הרס המנוח את המרפסת שבנה, אך הותיר את הריסותיה, את המשטח וגרם המדרגות על כנם ולא השלים את ההריסה והפינוי המתחייבים.

8. בין לבין התנהל בין הצדדים הליך נוסף במסגרת עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים בנצרת (עת"מ 1136/07) שהוגשה על ידי המערערים כנגד תכנית שיכון ציבורי 2/14/26 (להלן: **התרש"צ**), אשר היה בה למעשה משום הכשרת הבניה שבנה המנוח על ידי שינוי קווי המגרשים והגבולות ביחס לתב"ע 3128.

כבוד השופט מוניץ, אשר דנה בעתירה המינהלית קיבלה אותה וקבעה ביום 18.4.10 כי התרש"צ תבטל ביחס למגרשי הצדדים והדרך הציבורית וניתנה הוראה למינהל מקרקעי ישראל לערוך תכנית חדשה אשר תתיישב עם תב"ע 3128 וכן תתחשב בדרך הציבורית ובכל בניה בלתי חוקית.

הליך העתירה המינהלית עיכב את הדיון בתביעה, אשר התחדש רק לאחר מתן פסק הדין בה.

9. בשלב סיכומי טענות הצדדים בהליך שהתנהל בפני כבוד השופט טובי הוצגה על ידי ב"כ המנוח תכנית ג/19609, שעניינה הסדרת המצב התכנוני בתחום תכנית 3128 והוצגה החלטת ועדת משנה



להתנגדויות לתוכנית ג/19609 בליווי פרטוקול הדין בפני אותה ועדת משנה להתנגדויות. במסמכים אלו נקבע כי מגרשי הצדדים לתביעה יסומנו כמתחם לתכנון מפורט בסמכות ועדה מקומית, כי יעוד מתחם זה הוא למגורים ותותר בו דרך משולבת ברוחב שלא יפחת מ-4 מטרים, זכויות הבניה והוראות הבניה במתחם זה יהיו כמפורט באזור מגורים בתוכנית ג/19609, ובמסגרת התכנון המפורט יקבע מיקומו של שביל הגישה, בהתאם לפסק הדין שיינתן בסכסוך בין הצדדים, או לחילופין, יבוטל שביל זה כליל ותינתן גישה למגרשים באמצעות זיקות הנאה שייקבעו.

מסמכים אלו הוצגו על ידי בא כוחו של המנוח מאחר ולגישתו תכנית 19609 משנה מהותית את תב"ע 3128 ולפיה גרם המדרגות נשוא התביעה אינו נמצא בשטח הציבורי אלא בשטח שבבעלותו, ועל כן אין עוד יסוד לתביעה זו.

המערערים התנגדו לניסיון להיסמך על תכנית 19609 בעניין זה וטענו כי נקבע מפורשות בהחלטת ועדת המשנה להתנגדויות לתכנית זו, כי "כל מבנה או גדר החודרים לשטח הציבורי ייהרסו על חשבון הפולש" (סעיף 3ג' לאותה החלטה).

פסק הדין של השופט טובי:

10. השופט טובי קיבל את התביעה בכל הקשור לסעד של צו העשה וקבע בפסק דינו כי על המנוח "**לבצע תוך 60 יום את צו ההריסה שניתן על ידי בית משפט השלום בנצרת בת.פ. 2179/99, לרבות פינוי הדרך שבין מגרשים 7, 8 ובין המגרשים 5, 6 וסילוק כל דבר שיש בו משום הפרעה לכניסה ו/או לגישה למגרשי התובעים. כמו כן אני מורה לנתבע (המנוח) להרוס תוך פרק הזמן האמור את המדרגות ולפנותן מהשטח ולמלא את החפירה שמתחת לשטח המרפסת באופן שישוו הגבהים בין שטח הדרך והחלקות כך שניתן יהיה להשתמש בדרך לצרכי מעבר.**"

באשרלטענות המנוח בעניין תכנית 19609 - דחה השופט טובי את טענתו בעניין המדרגות והאפשרות למתן צו להריסתן, מקום שעל פי התוכנית האמורה מצויות המדרגות בשטח שבבעלות המנוח. כבוד השופט טובי קבע כי קיים השתק פלוגתא בעניין זה מכוח פסק הדין בעתירה המינהלית, בו נקבע כי גם אם המדרגות אינן כלולות בפסק הדין הפלילי שהרשיע את המנוח בבניה הבלתי חוקית, אין בכך כדי להכשיר את חוקיות בנייתם שכן הן נבנו ללא היתר כחוק. על כן, בין אם המדרגות הן בשטח השייך למנוח ובין אם לאו - דיין הריסה מחמת שנבנו ללא היתר כדין.

11. עם זאת, הוסיף כבוד השופט טובי התייחסות בפסק הדין לעניין פרטוקול ישיבת ועדת המשנה להתנגדויות לתכנית ג/19609 וציין כי ממנו עולה כי שני הצדדים הגישו התנגדות לתכנית, ולאחר שציטט את החלטת ועדת המשנה להתנגדויות הנ"ל, נקבע כי הועדה היתה ערה להליכים המשפטיים שבפני השופט טובי ולכן היא לא באה לשנות את פני הדברים ככל שהם נוגעים לעניין התביעה, וכי קבלת גישת המנוח משמעה פתיחה מחדש של הליך משפטי חלוט (העתירה המינהלית) וזאת אין להתיר.

על כן, קבע כבוד השופט טובי כי נקודת המוצא לפסק דינו היא כי בניית המרפסת בשטח מרוצף של 60 מ"ר, קירות הפיתוח באורך 40 מטר וכן המדרגות - נעשתה באופן לא חוקי, ללא היתרי בניה ותוך פלישה לשטח הדרך, שהינו שטח ציבורי.



ערעור על פסק דינו של כבוד השופט טובי - ע"א 31856-02-13 - נדחה.

הבקשה לביזיון בית משפט והחלטת בית משפט קמא:

12. יוזכר, כי ההחלטה נשוא הערעור שבפנינו הינה החלטה שניה במספר בעניין בקשה לפי סעיף 6 לפקודת ביזיון בית משפט. בהחלטה הראשונה קיבל כבוד השופט שדה את בקשת המערערים שהופנתה, לאחר שהוכח כי המרפסת המרוצפת בשטח של 60 מ"ר נהרסה, כלפי שאר הוראות פסק הדין - קרי: הריסת המדרגות ופינוי הדרך שבין המגרשים, מילוי החפירה והשוואת גבהים, וקבע כי על המשיבה להשלים את ביצוע פסק הדין ככתבו וכלשונו עד ליום 1.4.14. עוד נקבע כי במידה ולא יושלם ביצועו של פסק הדין יוטל על המשיבה קנס יומי בסך 150 ₪ בגין כל יום של איחור ועד להשלמת הביצוע.

המערערים הגישו ערעור לבית המשפט המחוזי בחיפה (ע"פ 22234-03-14) על אותה החלטה בכל המתייחס לסכום הקנס היומי, אשר סברו כי אינו אפקטיבי. הערעור נדחה תוך שנקבע כי אם פסק הדין לא יקוים במלואו עד ליום 9.5.14 יהיו המערערים רשאים להגיש בקשה מחודשת לביזיון בית משפט וככל שיתברר, לאחר בירור העובדות ושמיעת טענות שני הצדדים, כי פסק הדין לא קוים במלואו הרי שיהיה על בית משפט קמא להחמיר בסנקציות שיוטלו על המשיבה.

13. המערערים הגישו ביום 1.6.14 "בקשה לדיון מחדש", היא הבקשה השנייה לפי סעיף 6 לפקודת ביזיון בית משפט, במסגרתה טענו כי חרף הארכות שניתנו למשיבה, לא בוצע עדיין פסק הדין במלואו, מאחר ולא הוקם קיר תומך, לא הושאו הגבהים בין שטח הדרך לחלקות, כך שלא ניתן להשתמש בדרך לצרכי מעבר. כמו כן, נטען כי לא סולקו כל הדברים שיש בהם הפרעה לכניסה/גישה לדרך. המערערים טענו כי לא נעשו שינויים פיזיים בשטח שיש בהם כדי לקיים את פסק הדין "כרוחו וכלשונו". כך, נטען כי הדרך בין המגרשים לא פונתה, לא סולקו עצי הפרי שנשתלו על ידי המשיבה והמנוח, המונעים את המעבר בדרך והמדרגות לא נהרסו אלא כוסו בעפר.

המשיבה טענה כי מילאה אחר פסק הדין. המשיבה טענה כי ה"דרך" היא כפי שהיא מוגדרת בתב"ע 3128, כפי שנתבע בכתב התביעה. ה"דרך" הנ"ל חציה, ברוחב 2 מטר, מצוי בשטחם של המערערים וחציה, ברוחב 2 המטרים הנותרים, מצוי בשטחה של המשיבה. המשיבה הודתה כי פינתה 2 מטר באורך 40 מטר על פי פסק הדין וטענה כי לא נקבע כי עליה להקים קיר תומך.

14. דיון בבקשה הנ"ל התקיים בבית משפט קמא ביום 23.9.14. ב"כ המשיבה טען בדיון כי נוכח הערות בית המשפט והעיון במפה שהוצגה על ידי המשיבה וההגדלה שבוצעה על ידי בית המשפט, יש מקום למנות מודד על מנת שיקבע היכן עוברת ה"דרך" לפי תב"ע 3128. ב"כ המערערים הסכימה, נוכח עמדת בית המשפט ומתוך תקווה כי הדבר יביא לסיום סופי של המחלוקות וההליכים בתיק זה.

בפרוטוקול הדיון נרשם מפיה של ב"כ המערערים: **"אסכים למינוי מודד אשר יחוזה חוות דעתו מהי הדרך שיש לפנות על פי פסק הדין."**

15. בהתאם לאותה החלטה מונה המודד דרור בן נתן אשר חיזה דעתו, בהתאם להנחיות שקיבל מבית



משפט קמא. המודד נתבקש לקבוע האם קיימו המשיבים אחר פסק דין של השופט טובי, בענין פינוי הדרך שבין מגרשים 5,6 ו- 7,8 וסילוק כל דבר שיש בו הפרעה לכניסה או לגישה, ברגל או ברכב למגרשי המערערים.

חוות הדעת של המודד נעשתה בהסתמך על תב"ע 3128, והוא התייחס למחלוקת בין הצדדים בדבר מיקום הדרך (סעיף ב.4. לחוות הדעת).

המודד קבע כי המדרגות שהובילו למרפסת המרוצפת שנהרסה - לא נמצאות כלל בתחום הדרך.

המודד ציין (סעיף ב.6. לחוות הדעת) כי בסביבת הדרך קיימים גדר אבן בעובי כ- 40 ס"מ ובאורך 17 מטר, שביל מצעים צפונית לגדר, קרקע ריקה דרומית לגדר, וככל שממשיכים מזרחה - מילוי אדמה עם תמיכה של מסלעה מדרום וכן 5 עצים בוגרים המרוחקים כ- 3 מטר מגדר האבן. בהמשך לגדר האבן, מזרחה, עוברת גדר רשת המפרידה פיזית בין השכנים. המודד התייחס גם להבדלי הגבהים בקרקע.

מסקנתו של המודד בחוות דעתו היא כי הדרך עוברת צפונית לגדר האבן במרחק של 2.55 מטר בפינה המערבית של הגדר ו- 1.10 מטר בפינה המזרחית שלה הגדר.

המודד קבע בחוות דעתו מהם המכשולים ב"דרך" שמדד וקבע: גדר אבן באורך 17 מטר - שהמודד לא ידע באחריות מי מהצדדים היא נמצאת; מסלעה באורך 12 מטר - שבאחריות המשיבה. עוד נקבע כי יש להגביה את השטח דרומית למסלעה עד לקו תחום הדרך, דהיינו באורך 12 מטר וברוחב ממוצע של כ- 1 מטר, בגובה ממוצע כ- 1 מטר, וכי עניין זה באחריות המשיבה.

16. בהחלטת בית משפט קמא נשוא ערעור זה, ציין כבוד השופט שדה כי לראשונה בדיון שהתקיים בפניו ביום 23.9.14 מוקדה המחלוקת הנוכחית, לפיה המשיבה פינתה והכשירה רק מחצית מהדרך, לגישת המערערים, קרי: דרך ברוחב 2 מטר, בעוד שנטען כי היה עליה לפנות 4 מטר רוחב דרך. המערערים טענו כי יש לעקור את העצים המצויים בקצה הדרך שהוכשרה על ידי המשיבה על מנת להשלים את הכשרת מלוא רוחב הדרך.

השופט שדה ציין בהחלטתו כי המחלוקת הצטמצמה אפוא לשאלה אם על פי קו הגבול הנוכחי בין המגרשים צריכה ה"דרך" לעבור כולה או רובה בשטח המגרש של המשיבה או שמא הם פינו את שלהם בכך שפינו 2 מטר רוחב, וכי את 2 המטרים הנוספים לרוחב הדרך יש לגרוע ממגרש המבקשים.

כבוד השופט שדה קבע כי אין לקבל את טענת ב"כ המערערים לפיה מאחר ונקבע כי המשיבה והמנוח ביצעו "פלישה" לשטח הדרך, הרי שהם צריכים לפנות את כל רוחב הדרך, ללא קשר למי שהיא שייכת.

כבוד השופט שדה קבע כי "הדרך" הוגדרה בפסק הדין של השופט טובי (בסעיף 2.1), כאשר המערערים ביקשו לקשור את פינוי הדרך עם פסק הדין הפלילי המרשיע שניתן נגד המשיבה והמנוח, וכי ממנו עולה כי הבניה הבלתי חוקית (המרפסת וקירות הפיתוח) היו בנויים **בחלקם** בשביל הולכי הרגל. על כן נקבע, כי פסק הדין הפלילי המרשיע אינו מורה על פינוי **כל** רוחב הדרך אלא רק את חלק הדרך שנתפש על ידי אותה בניה בלתי חוקית, כך שאין לומר כי המשיבה והמנוח הורשעו על פלישה ובניה על כל רוחב הדרך.



17. בית משפט קמא הוסיף וקבע כי גם אם המציאות בשטח עומדת להשתנות, על ידי עריכת תכנית חדשה אשר הכנתה מתמהמהת על ידי רשויות התכנון, אין משמע כי נפתחת התדיינות חדשה במסגרת ההליך שבפניו, והובהר גם כי על אף שהשופט טובי היה מודע לפער שבין תב"ע 3128 לבין תכניות אחרות, לרבות תכנית ג/19609 לא מצא הוא לנכון להתייחס לתוכניות אחרות לענין קביעת ה"דרך", אלא הגדירה כפי שנקבע בפתח פסק דינו - קרי: בהסתמך על תב"ע 3128.

השופט שדה ציין כי בדיון שהתקיים בפניו ביום 23.9.14 התרשם כי טענות המשיבה מסתדרות עם אותו תשריט מתב"ע 3128, לפיה מחצית רוחב הדרך עוברת בשטחה והמחצית השנייה בשטח המערערים, ועל כן היה מקום באותו מועד לדחות את הבקשה המחודשת לביזיון בית משפט, אך על מנת להביא לסיומו של ההליך כולו, מונה המודד שיקבע מהי הדרך שיש לפנות. המודד הגיש חוות דעת, הוצגו לו שאלות הבהרה והוא נחקר על חוות דעתו.

18. מסקנתו של השופט שדה הינה כי בסופו של דבר התוצאה ברורה, ועל פי תב"ע 3128 כל מגרש תורם כמחצית לשטח הדרך, וכי ועדת המשנה שדנה בהתנגדויות לתוכנית ג/19609 הייתה מודעת להליך המשפטי בין הצדדים ואף היא לא שינתה את הדברים ככל שהם נוגעים לתביעה.

לפיכך, קבע השופט שדה, בהסתמך על חוות הדעת של המודד, כי המשיבה פינתה חלק מהדרך, אך עליה לפנות את המסלעה באורך 12 מטרים ולהגביה את השטח דרומית למסלעה באורך 12 מטרים, בגובה כמטר וברוחב ממוצע של כמטר - וזאת על מנת להשלים את ביצוע פסק הדין.

19. אלא שהשופט שדה ממשיך ומציין בסייפת החלטתו כי מתעוררת שאלה, במצב כיום ולאור קביעת ה"דרך" על פי חוות הדעת של המודד, אם נכון בכלל למערערים להמשיך לעמוד על קיום פסק הדין, ולו מהסיבה שהמערערים יצטרכו לפנות רצועה מקבילה ברוחב של 2 מטרים מחלקם, שהוא חלק שאותו הם מחזיקים כיום (לכאורה) באופן בלעדי.

כבוד השופט שדה קבע כי אם מוטל על המשיבה להמשיך בעבודות הפינוי של הדרך והשוואת הגובה - שיצריכו הוצאה כספית, הרי שהמבקשים בהתאמה יצטרכו להסיר את הגדר (ככל שהם הקימו אותה) ואת שער הכניסה לחלקתם ולפנות כל דבר שנמצא בתוואי מחצית הדרך שבשטחם ולאפשר למשיבים גם לעבור ולעשות שימוש סביר באותה "דרך".

השופט שדה ציין, כי עדיף היה אילו הגדר והפרשי הגבהים יותרו בין שני הצדדים הניצים, וכי מן התמונות שהוצגו בפניו עולה כי המערערים מסתדרים היטב עם כניסת רכבים למגרשיהם במצב כיום.

על כן, הורה השופט שדה למערערים להודיע עד ליום 15.12.15 אם עומדים הם על ביצוע פסק הדין, שאם לא כן ייחשב פסק הדין כמבוצע. עוד נקבע, כי אם יודיעו המערערים כי הם עומדים על ביצוע פסק הדין אזי על המשיבה לפנות את המסלעה ולהגביה את השטח דרומית למסלעה, כשהקו המנחה לביצוע העבודה היא חוות דעת המודד ותב"ע 3128 על קווייה לרבות "השבירה" בתוואי הדרך. כמו כן, גדר האבן/מתכת/רשת שנמצאת כיום בגבול המגרשים - באמצע הדרך וכל הבנוי עליה יורסו על ידי מי שהקימם כך שבסופו של דבר תהיה דרך ברוחב של 4 מטרים פנויה לכל אורכה.

ככל שהמשיבה לא תבצע את פסק הדין במועד ובאופן המתואר, יוטל עליה קנס יומי בסך ₪ 500 החל מיום



2.3.16 ועד להשלמת ביצוע פסק הדין.

כבוד השופט שדה ציין בהחלטתו כי אינו יכול לכופף על המערערים לסלק או לפנות את מה שבחלקם ב"דרך", אך קבע כי עצם מתן ההודעה על כך שרצונם בהשלמת ביצוע פסק הדין משמעו הודאה בחבותם לפנות גם את הדרך שבשטחם ובזכותה של המשיבה לעשות שימוש סביר באותו חלק מהדרך, וככל שהמערערים לא יבצעו זאת - תוכל המשיבה לפעול במסגרת הליך אחר.

טענות הצדדים בערעור דנא:

20. המערערים טוענים כי טעה בית משפט קמא שלוש טעויות: בכך שדן בטענות ממוחזרות של המשיבה, שנדונו ונדחו על ידי השופט טובי בפסק דינו וגם בערעור על פסק דינו ונדחו ועל כן יש השתק פלוגתא ביחס אליהן; כי סבר בטעות כי המשיבה חייבת רק בהריסת אותם מבנים אשר חוסמים את הדרך בעוד שנקבעו ממצאים ברורים בפסק הדין לפיהם המבנים עצמם הוקמו ללא היתר ודינם הריסה; ובכך שסבר כי השופט טובי לא "אישר" את תכנית ג/19609 ולכן התעלם מקיומה גם לצורך בחינת המצב התכנוני בשטח, וכתוצאה מכך חוות הדעת של המודד הינה שגויה וגרמה לשינויי גבול ותזוזת מגרשים.

לגישת המערערים כל מה שנקבע על ידי השופט שדה החורג מדיון בבקשה לביזיון בית משפט - נעשה בחוסר סמכות, וכי היה עליו להסתפק בקביעה מהם חלקי פסק הדין שלא קוימו עדיין ולהטיל סנקציה משמעותית בגין אי קיומם.

21. בדיונים שהתקיימו בפנינו בימים 18.2.16 ו- 3.3.16, חזרה ב"כ המערערים על טענותיה בהרחבה, טענה כי המדידה של המודד היא שגויה ויוצרת מצב דברים אבסורדי מבחינת המערערים, וכי על פי פסק הדין יש לפנות את הדרך ולא להזיז את הדרך.

ב"כ המערערים הבהירה כי טענתה כיום היא כי אמנם נהרסו המבנים הלא חוקיים על פי פסק הדין הפלילי שניתן בשנת 1999 נגד המנוח, וכי טענתה מתמקדת בכך שהדרך לא פונתה. לעמדת המערערים יש לקבוע כי "הדרך" אותה יש לפנות היא לפי קו הפרצלציה הירוק שבתשריט המודד שנמסר לעיונו, ולא לפי קו המדידה של המודד, שיצר מצב שחלק מהשטח, ששייך למערערים, נחשב כעת על פי תשריט המודד כחלק מהדרך.

המשיבה מצידה טענה כי היא קיימה אחר פסק הדין בשלמותו, לרבות על פי חוות הדעת של המודד. המשיבה מוסיפה וטוענת כי למן תחילת ההליך טענה כי על מנת לקיים את פסק הדין יש לקבוע את מידות הדרך. פסק הדין שניתן על ידי כבוד השופט טובי לא היה ברור בעניין זה, הגם שקבע כי הדרך היא כמו שנקבע בתב"ע 3128, אלא שמידותיה לא נקבעו, ועל כן פעל השופט שדה למינוי המודד על מנת להביא את ההליך לסיומו הסופי והמוחלט.

דין והכרעה:

22. לאחר שעיינו עיין היטב בהחלטת בית משפט קמא ובכל טענות הצדדים, כפי שהובאו בפנינו במסגרת הערעור והדיונים שהתקיימו בפנינו, אנו מוצאים כי דין הערעור להידחות, בהתאם ובכפוף לאמור להלן.

23. אכן, החלטת בית משפט קמא אינה החלטה קונבנציונלית במסגרת בקשה לפי סעיף 6 לפקודת בזיון



בית משפט. עם זאת, ראייה נכוחה של מלוא המסד העובדתי והמשפטי - הובילה לתוצאה זו, ויש להדגיש - בהסכמת הצדדים. על כן, לא ראינו מקום להתערב בדרך הילוכו של בית משפט קמא, לרבות בעניין מינויו של המודד ומסקנותיו.

למעשה, הובהר בדיון בפנינו על ידי ב"כ המערערים כי השאלה שבפנינו אינה אם נהרסו המבנים שנקבע שיש להרסם על פי פסק הדין הפלילי, אלא השאלה היא הגדרת "הדרך" ומהי התוכנית החוקית הנכונה לקביעת הדרך (ראו פרוטוקול 3.3.16 עמוד 8 שורות 24-25).

אלא שהגדרת "הדרך" נעשתה על ידי המערערים בעצמם בכתב התביעה שהוגש, על דרך של הפניה לתשריט שעל פי תב"ע 3128. התכנית הנכונה לקביעת הדרך - היא אפוא בהתאם למה שנטען בכתב התביעה, והוכח בפנינו בבירור כי לא קיימת תכנית אחרת המגדירה את הדרך. מיקומה המדויק של הדרך - נקבע בחוות הדעת של המודד שמונה על ידי בית משפט קמא - ולא הוצגה בפנינו כל סיבה ממשית שלא לאשר קביעות המודד על פי חוות דעתו, מה גם שהמערערים נסמכים על אותן קביעות בחוות הדעת לצורך הליך הביזיון, אך באותה נשימה מסתייגים מחלקים אחרים בחוות הדעת - וזאת אין לקבל.

24. מקובלת עלינו עמדת בית משפט קמא, אשר אילולא נקט בדרך של מינוי המודד וקבלת חוות דעתו - היה עליו לדחות את הבקשה המחודשת לביזיון בית משפט, מן הטעם שהוכח בפניו במהלך הדיון בבקשה כי המשיבה קיימה את פסק הדין, במובן זה שפינתה 2 מטרים מרוחב הדרך ולאורך 40 מטרים, וזאת בהתאם להגדרת "הדרך" בפסק הדין, ובהתאם לתשריט שצורף כנספח ב' לכתב התביעה.

אכן, כתב התביעה מתייחס ל"דרך" כפי שהיא הוגדרה על פי תב"ע 3128. מן התשריט שצורף כנספח ב' לכתב התביעה ואשר הגדלה שלו הוצגה בפני בית משפט קמא בדיון בבקשה בפניו (סומן על ידי כבוד השופט שדה כמוצג מש/1), עולה כי אכן הדרך בין מגרשי המערערים למגרשי המשיבה עוברת כאשר חציה בשטח המערערים וחציה בשטח המשיבה. בעובדה זו ניתן להיווכח לאור קו הגדר העובר באמצע שרטוט הדרך על פי תב"ע 3128, היא אותה גדר - אשר השופט שדה קבע כי יש להסירה על מנת ליצור שטח דרך פנוי ברוחב 4 מטרים.

על כן, ככל שהמשיבה הרסה את כל המבנים הבלתי חוקיים, שנקבע כי עליה להרוס בהתאם לפסק הדין הפלילי והעתירה המינהלית - קרי: הרסה את שטח המרפסת המרוצף (שאין מחלוקת שנהרסה), את קירות הפיתוח באורך 40 מטרים (שאין מחלוקת שנהרסו) ואת המדרגות (שאין מחלוקת שנהרסו), וככל שהשוותה גבהי הקרקע ומילאה את החפירה שמתחת לשטח המרפסת - הרי שנתרם לבדוק רק אם פונתה בהתאם הדרך, באופן שסולק כל דבר שנמצא בדרך ושהוצב שם על ידי המשיבה (או המנוח) ויש בו כדי הפרעה לכניסה או גישה למגרשי המערערים.

25. לא מצאנו כי יש בהחלטתו של כבוד השופט שדה משום פתיחה של סוגיות שהוכרעו בפסק הדין. המחלוקת שהתעוררה בפני כבוד השופט טובי בעניין תכנית ג/19609 ותחולתה על התביעה שנדונה בפניו, עסקה אך ורק בשאלה שהועלתה על ידי המשיבים בשלהי ההליך שבפניו, בדבר הריסת המדרגות. כאמור, המשיבה טענה כי לאור התוכנית הנ"ל עולה כי המדרגות מצויות בשטחה ועל כן אין עוד מקום להורות על הריסתן. טענה זו נדונה ונדחתה על ידי כבוד השופט טובי, אשר קבע כי מקום בו



נקבע בפסק הדין בעתירה המינהלית כי המדרגות נבנו ללא היתר כדון, אין כל רבותא בשאלה אם המדרגות נמצאות בשטח המשיבה או בשטח הדרך, וכי כך או כך דינן הריסה מחמת שנבנו ללא היתר.

למעלה מן הצורך נוסיף, כי מן האמור בסעיף 20 לפסק הדין עולה כי השופט טובי היה ער לדברים שנאמרו ותועדו בפרוטוקול הדיון של ועדת המשנה להתנגדויות שדנה בעניין תכנית ג/19609 ולהחלטת ועדת המשנה האמורה, אשר קבעה כי מגרשי המערערים ומגרשי המשיבה יסומנו כמתחם לתכנון מפורט בסמכות ועדה מקומית, כאשר במסגרת אותו תכנון מפורט ייקבע מיקומו של שביל הגישה - אותה דרך למעבר הולכי רגל וגישה לרכב - וכי אותו תכנון מפורט יעשה בשים לב לפסק הדין של השופט טובי, או לחלופין יבוטל שביל גישה זה כליל וייקבעו זיקות הנאה לצורך מתן גישה למגרשים.

על כן, בהעדר תכנית מפורטת ביחס למגרשים שבנדון ולדרך ביניהם, קביעותיו של השופט טובי בפסק הדין נעשו בהתאם לתב"ע 3128, מבלי שנקבע דבר על ידי כבוד השופט טובי בעניין אופן התווית הדרך ושינוי "נגיסתה" ממגרשיהם של הצדדים.

יתר על כן, גם האמור בתוכנית ג/19609 אליו הפנתה ב"כ המערערים, בעניין הקביעה בהחלטת ועדת המשנה להתנגדויות לפיה "כל מבנה או גדר החודרים לשטח הציבורי יהרסו על חשבון הפולש" - אין בו כל רבותא לענייננו, שכן ברי כי המבנים של המשיבה שחדרו לשטח הדרך, היו מבנים בלתי חוקיים והללו נהרסו. באשר לגדר הקיימת בדרך - ואשר על פי חוות דעת המודד מצויה באמצע הדרך ויש להרסה על מנת לפנות הדרך כדי רוחב 4 מטרים - לא ברור מי הקימה, אך ברור כי כדי לפנות את כל רוחב הדרך יש להרסה, כפי שנאמר על ידי בית משפט קמא בהחלטתו.

26. ממילא, לאור כל האמור לעיל, עולה כי אין גם בסיס לטענתם השנייה של המערערים לפיה, כביכול, סבר בית משפט קמא כי החובה המוטלת על המשיבה מכוח פסק הדין להריסת מבנים היא רק ביחס למבנים הפולשים לדרך. לא זה המצב כהווייתו. מהחלטת השופט שדה עולה כי הוא דק פורתא עד תום בעניין זה וקבע את חובת הריסת המדרגות - בין אם הללו מצויות בשטח שבבעלות המשיבה ובין אם בחלקן או בשלמותן בשטח הדרך. כך או כך נקבע כי על המשיבה להרסן - ועל פני הדברים עולה כי אין מחלוקת כי הללו אכן נהרסו.

27. באשר לטענות המערערים ביחס לחוות הדעת של המודד - לא מצאנו מקום לקבלן. המערערים הסכימו, ולא בכדי, להצעת בית משפט קמא למינוי המודד ואף לא התנגדו לאופן בו נוסחה השאלה אשר ביחס אליה ניתנה חוות דעת המודד.

כאמור, אלמלא הצעת בית משפט קמא בעניין מינויו של מודד, אשר נועד למען הסר כל ספק גם לעתיד - היתה הבקשה לביזיון בית משפט נדחית, שכן הוכח לבית משפט קמא כי על פי תב"ע 3128 פונתה הדרך ברוחב של 2 מטרים על ידי המשיבה, כפי חלקה בדרך.

אין בידינו לקבל עמדה כמות שהוצגה על ידי המערערים, לפיה הסכמתם למתן חוות דעת מודד ניתנה בכפוף לכך שתתקבל עמדתם שלהם, שאם לא כן - יתנגדו לחוות הדעת.

לא מצאנו גם בחומר הראיות שהוצג בפני בית משפט קמא - הן בפני השופט טובי והן בפני השופט שדה, כי היה מקום לקבוע כי הדרך כולה צריכה לעבור רק במגרשיה של המשיבה. זאת, בנסיבות



תחולתה של תב"ע 3128 ובהעדר תכנון מפורט על ידי ועדה מקומית ביחס למגרשי הצדדים והדרך ביניהם, כפי שנקבע שצריך שיעשה בהחלטת ועדת המשנה להתנגדויות לפי תכנית ג/19609.

על כן, אנו קובעים כי לא נפל פגם בקביעת בית משפט קמא מהי הדרך בהסתמך על חוות דעת המודד. בהתאם לכך, איננו מוצאים כי נפל פגם כלשהו בדחיית טענות המערערים לפיהם פסק הדין מחייב, כביכול, את עקירתם של 5 עצי הפרי, אשר המודד הגדירם כעצי פרי בוגרים. העצים הללו מצויים, על פי מדידת המודד, שלא בתחומי הדרך אלא בתחום השטח שבבעלות המשיבה, ואין מקום להורות על עקירתם.

28. המערערים הודיעו למשיבה כי הם עומדים על קיום פסק הדין, עד למועד כפי שנקבע בהחלטת בית משפט קמא. בהתאם, נדרשה המשיבה לפנות את המסלעה שבאורך 12 מטרים ולהגביה את השטח דרומית למסלעה באורך 12 מטרים, בגובה של כמטר וברוחב ממוצע של כמטר.

בדיון שהתקיים בפנינו טען ב"כ המשיבה כי כל החיובים שנקבע על ידי בית משפט קמא, בהתבסס על חוות הדעת של המודד - קיומו על ידי המשיבה. לא הוצגה בפנינו ראיה על ידי המערערים לפיה לא קיים פסק הדין במובן פינוי המסלעה והגבהת השטח דרומית לה כפי שנקבע על ידי השופט שדה, על פי חוות דעת המודד.

על כן, בעניין זה אין לנו אלא לדחות את הערעור מחמת שהמערערים לא הוכיחו כי פסק הדין לא קיים.

על כל פנים, ככל שראויות קונקרטיות ועדכניות יוצגו על ידי המערערים לפיהם לא קיים פסק הדין במובן פינוי המסלעה והגבהת השטח על פי חוות דעת המודד - הרי שעומדת בתוקפה הסנקציה שנקבעה על ידי כבוד השופט שדה, בדבר קנס יומי בסך של 500 ₪, למן 2.3.16 ועד לביצוע בשלמות.

29. עם זאת, באשר לסייפת החלטתו של בית משפט קמא, אשר קבע חיוב כלפי המערערים להסיר את הגדר (ככל שהם הקימו אותה) ואת שער הכניסה לחלקתם כן כל דבר הנמצא בתוואי מחצית הדרך שבשטחם ומתן אפשרות למשיבה לעבור ולעשות שימוש סביר באותה דרך ציבורית - נראה לנו כי קביעה זו חורגת ממתחם הסכסוך שבין הצדדים, ועל כן לא היה מקום להתנות את קיום פסק הדין על ידי המשיבה, בביצוע פעולות פינוי כלשהן של הדרך על ידי המערערים.

נבהיר, כי אכן הדרך היא דרך ציבורית, כפי שנקבע בתב"ע 3128 וכל עוד לא שונתה. אלא שהמנוח והמשיבה לא תבעו דבר מן המערערים, בכל הקשור לאותה דרך. לא הוגשה תביעה שכנגד מצד המנוח והמשיבה. לא הועלתה טענה כי נגרעת או נפגעת זכות כלשהי מזכויותיהם, או שלא מתאפשרת להם גישה למגרשיהם ולא נטען כי על המערערים לפנות את חלק הדרך המצוי בשטח מגרשי המערערים.

פסק הדין קבע חיוב כלפי המנוח והמשיבה לסלק מן הדרך כל דבר שיש בו משום הפרעה לכניסה או לגישה למגרשי המערערים. דהיינו: סילוק כל מפגע או מטרד שיצרו המנוח או המשיבה. ככל שהמערערים בעצמם הציבו בדרך מכשולים שלא מאפשרים מעבר בדרך לכיוון מגרש המערערת 1 או אפילו לכיוון מגרשיה של המשיבה - ברי, כי עניין זה אינו נשוא פסק הדין, ולא היה מקום להכליל תניה כאמור במסגרת החלטת בית משפט קמא, ובוודאי שלא כתנאי לביצוע חלקי פסק הדין על ידי המשיבה, שלא בוצעו על ידה עד מתן ההחלטה הנ"ל.

כך גם באשר לקביעתו של בית משפט קמא כי דרישת המערערים לקיום פסק הדין על ידי המשיבה,



בהתאם לקביעות שנקבעו בחוות דעת המודד - משמעה הודאה בחבותם לפנות גם את הדרך שבשטחם. אין מקום לקביעה כאמור, לעת הזו ועל ידי בית משפט קמא.

לטעמנו, עניין זה ראוי שידון, ובהקדם האפשרי, על ידי הועדה המקומית וייקבע בתכנון המפורט על פי תכנית ג/19609, כפי שהוחלט על ידי ועדת המשנה להתנגדויות - בין אם על ידי הגדרת הדרך ובין אם על ידי מתן זיקות הנאה חלף הדרך שקבועה.

30. סוף דבר - בכפוף לקביעתנו בסעיף 29 לפסק דיננו, הערעור נדחה.

בנסיבות העניין - אין צו להוצאות.

מזכירות בית המשפט תשלח עותק פסק הדין לבאי כח הצדדים בדואר.

ניתן היום, ה' אדר ב' תשע"ו, 15 מרץ 2016, בהעדר הצדדים.

א. וינשטיין, שופטת

י. ליפשיץ, שופט

**י. אלרון - נשיא
[אב"ד]**