

בשולי הפסיקה

בניה במקרקעי הזולת, עקרונות פרשנות ודיני עשיית עושר ולא במשפט

(ע"א 596/76 בישור בע"מ כ' טאובה)¹

בע"א 596/76 בישור בע"מ כ' טאובה, היה א בעלים של מקרקעין בלתי מוסדרים. בשנת 1953 התיימרה פלונית בעלת שם דומה ל-א למכור את הקרקע ל-ב. ב בנה על הקרקע מבנה ששווי עולה בכל הזמנים על שווי הקרקע ומכר את הקרקע עם המבנה ל-ג. משנתגלו העובדות ל-א, הוא תבע, בשנת 1964, רישום הקרקע על שמו וזכה. בא ג (הקונה) ותבע לצוות על הנתבעות, הן ויורשותיו של א (הבעלים) למכור לו את הקרקע במחירה בלי המבנה, ואילו הנתבעות תבעו סילוק-יד ושכר ראוי.

בית המשפט החיל את הוראות חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, בהסתמכו (בהסכמת הצדדים) על סעיף 166(ב) לחוק². פרק ד' לחוק המקרקעין עוסק בבניה ונטיעה במקרקעי הזולת. סעיף 21 לחוק המקרקעין דן במי שהקים מחוברים במקרקעי הזולת מבלי שהיה זכאי לכך על-פי דין או הסכם עם בעל המקרקעין. במקרה כזה הברירה לבעל המקרקעין לשלם למקים את השקעתו או את שווי המבנה (לפי הפחות יותר), או לדרוש הריסתם. ברירה זו כפופה לאמור בסעיף 23 לחוק המקרקעין שבו הוענקה במקרים אחרים, זכות למקים לדרוש מבעל המקרקעין למכור לו את הקרקע בשוויה בלי המחברים. התנאים לכך הם בעיקרם שהקרקע היא בלתי מוסדרת, שהמקים פעל בתום-לב בסברו כי הוא הבעלים, כי שווי ההשקעה עולה על שווי המקרקעין וכי הרכישה לא תגרום לבעל הקרקע גזק חמור. תנאים אלו נתמלאו במקרה הנוכחי ובכל זאת נדחתה בבית-המשפט המחוזי התביעה מן הטעם ש-ג (הקונה—התובע) איננו בגדר "מקים", כאמור בחוק המקרקעין, שהרי המבנה הוקם על-ידי קודמו ב שמכר לו את הקרקע. הערעור בענין זה התקבל, ובית-המשפט העליון (מפי השופט ח' כהן), פסק לזכות הקונה, למרות שלא הוא הקים את המבנה. בכך הגיע לדעתנו בית-המשפט העליון להחלטת צודקת ונכונה.

פסק-הדין הוא בעל חשיבות בנושאים החורגים מן השאלה הספציפית שניצבה בפני בית-המשפט: ראשית, הוא מצביע על מגבלותיה של הפרשנות המילולית. סעיפי החוק מדברים על ה"מקים" ופירוש מילולי היה מוביל לשלילת זכותו של הקונה מן המקום. אולם בצדק הצביע בית-המשפט על כך שפרשנות מילולית כזו לא רק שאיננה עולה בקנה-אחד עם המטרה החקיקתית, אלא שהיתה מסכלת אותה. שנית, יש בו כדי ללמד על הכרה בקיומם של עקרונות כלליים הנוגעים בשיטתנו המשפטית, אף אם לא זכו להכרה חקיקתית מפורשת. מובן שהוראה ספציפית בדבר חקיקה יכולה להשפיע, על דרך צמצום או הרחבה, על תחולת עקרון כאמור במגוון מסויים. אולם קיומה של

1 פ"ד לב (3) 713.

2 לאור זאת לא נדונה השאלה אם מדובר ב"זכות במקרקעין" במובן החוק ואף אנו לא נרחיב את הדיבור על שאלה זו.

הוראה ספציפית אינה שוללת, בהעדר כוונה אחרת של המחוקק, את תחולת העקרון הכללי מעבר לתחום המכוסה על-ידי הסעיף. שלישית, פעמים יש להחיל הוראה בדבר חקיקה בשילוב עם עקרונות נוספים הנוהגים בשיטתנו, באופן שהתוצאה המשולבת תחרוג או תשנה את האמור בלשון הסעיף שמדובר בו. ודוגמאות יובאו להלן.

השופט ח' כהן הצביע על כך כי "המטרה החקיקתית היא לאון במידת האפשר את זכות הבעלים על הקרקע והמחזברים בה, ואת חובת הבעלים שלא להתעשר על חשבון הנותן", וכי "לא מבחינת התעשרותו של בעל הקרקע ולא מבחינת האינטרס המוגן של מקים המבנה, קיים הבדל – עקרוני או אחר – בין מי שהקים את המבנה לבין מי שרכש אותו". עוד אמר כי "פירוש החוק על דרך הצמצום... יחטא לכוונת המחוקק ולמטרתו"³.

דרך נוספת, עליה הצביע השופט ח' כהן כדי להגיע לתוצאה זו היא באמצעות תנאי מכללא שלפיו אם יתגלה פגם בזכות המוכר (בענייננו – "המקיס") הריהו ממחה לקונה את כל זכויותיו הנובעות מכך, ובענייננו את זכותו (של המוכר) כמקיס. אמנם, מוסיף השופט ח' כהן, בחוק החוזים החדש אין זכר לתנאים מכללא, אך החוק אינו חל על חוזים שנערכו לפני תחילתו ואין צורך לחוות דעה בדבר המצב המשפטי לפי חוק זה⁴.

בנקודת אגב זו אין בעיני כל ספק. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973 (להלן – חוק החוזים), איננו שולל תנאים מכללא. את שתיקת החוק יש למלא מן הדין הקודם (בהנחה שהוא עולה בקנה אחד עמו). דין התנאים מכללא ימשיך, איפוא, לחול כשם שממשיך לחול הכלל בענין פרשנות נגד המנסח שאף הוא אינו מוזכר בחוק החוזים⁵. ולא להחליט על דרך זו אציע אפשרות אחרת, שכוחה יפה לפחות לגבי תנאים מכללא המושתתים על כוונתם המשוערת של הצדדים. הכרה בתנאים אלה ניתן להשתית על סעיף 25(א) לחוק החוזים המורה על פירוש חוזה לפי אומדן דעתם של הצדדים⁶.

בענין הנוכחי מעניק חוק המקרקעין זכויות מסויימות ל"מקיס". אולם אין שום דבר המונע, במקרה המתאים, הכרה בכך שזכויות אלו יומחו מכוח הדין לאדם אחר (סברוג-ציה). סעיף 18(א) לחוק המכר, תשכ"ח–1968, קובע כי: "המוכר חייב למסור את הממכר כשהוא נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד שלישי". חוק המכר איננו חל אמנם על החוזה הנדון שנערך לפני כניסת החוק לתוקפו. אלא שבהוראה זו אין כל תידוש. התחייבות להעביר בעלות נקיה מזכות של צד שלישי קיימת היתה מכללא

3 ביטור ג' טאובה, לעיל הערה 1, בע' 717.

4 שם, בע' 718.

5 ד' פרידמן "שכר ראוי בדין פיגור בפינוי מושכר – מקצת שאלות פרשנות והעקרון הכללי בעניין עשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט ז (תשל"ט) 195, 198.

6 ראה גם: ד' פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ד) 463. השווה לפסק דינו של השופט עציוני בע"א 224/76 חברת נופש ערד ג' הפוכנות היהודיות לארץ ישראל, פ"ד לא (1) 449. אמצעי נוסף שניתן להעזר בו הוא סעיף 39 לחוק החוזים הקובע הוראה בענין חובת תום-הלב. השווה: ע"א 636/78 ויצמן ג' אבירמון, פ"ד לג (3) 295, 298, שאף בו ציין השופט ח' כהן כי "מאז תחילת תוקפם של חוק המכר, תשל"ח–1968, ושל חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973, חוששני שאין אנו קוראים עוד תנאים מכללא לחוק החוזים – או לפחות אין אנו קוראים להם עוד בשם תנאים מכללא". הכותרת החדשה שבמסגרתה הוענק הסעד היא "תום-לב" כאמור בסעיף 39 לחוק החוזים ובסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח–1968.

עוד קודם לחוק המכר. זאת לא עשה המוכר – המקים ולמעשה אין ולא היה בידיו לעשות כן. הבעלות היתה שייכת לאדם אחר, אולם מכח סעיף 23(א) לחוק המקרקעין, יש למוכר המקים, זכות לדרוש מן הבעלים למכור לו את הקרקע בתנאים שפורטו לעיל. זכות זו מוקנית לקונה – ומכוח הדין⁷. סעיף 52 לחוק החוזים קובע עקרון דומה אשר מכוחו: "נעשה קיומו של חיוב בלתי אפשרי, ויש בשל כך לחייב זכות לפיצוי או לשיפוי כלפי אדם שלישי, על החייב להעביר לנושה את הזכות, או מה שקיבל על פיה, כדי שוויו של החיוב". סעיף זה אינו חל מן הטעם שהחובה נכרת בתקופה שקדמה לחוק החוזים. יתרה מזאת, סעיף 52 לחוק החוזים מעורר בעיה דומה לזו שהתעוררה לגבי סעיף 23 לחוק המקרקעין. פירוש מילולי של סעיף 52 איננו מאפשר החלתו בנסיבות המקרה שבפנינו⁸. הסעיף פותח במלים "נעשה קיומו של חיוב בלתי אפשרי", אולם קיום חיובו של המוכר לא נעשה בלתי אפשרי. אפילו נגית שקושי זה (שהבעלות איננה בידי המוכר אלא בידי אדם אחר) עולה כדי חוסר אפשרות קיום, הרי הקושי היה קיים מלכתחילה ולא "נעשה" כעבור זמן. כמו כן, הסעיף מדבר על "זכות לפיצוי או לשיפוי כלפי אדם שלישי", ואילו הזכות המוענקת לפי סעיף 23(א) לחוק המקרקעין איננה לפיצוי ואף לא לשיפוי, אלא לדרוש מבעל המקרקעין למכרם לו⁹. התשובה לקושי זה היא שסעיף 52 מבטא אספקטים חשובים של עקרון כללי מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט, אך אין הוא מבטא את העקרון בשלמותו. עקרון זה יחול, איפוא, גם מחוץ לסעיף 52. אם א התחייב למכור נכס ל-ב ובא ג והזיק לנכס – הזכות של א לפיצוי מ-ג מוקנית ל-ב. כך מורה סעיף 52. טעמו של דין זה הוא כי ב רכש זכות לנכס ומה שנגרע מן הנכס משתקף בפיצויים. אלה שייכים למי שזכאי לנכס. אם ישארו הפיצויים בידי המוכר (א) הרי הוא "ייתעשר" על חשבון הקונה. אותו טעם חל גם כאשר זכותו של המוכר היא לפי סעיף 23(א) לחוק המקרקעין. אם לא תוקנה הזכות לקונה יימצא המוכר "מתעשר" על חשבוננו¹⁰. כאמור, סעיף 52 לחוק החוזים, לפי לשונו, איננו חל על המקרה, אך אין בכך כלום. העקרון רחב מלשונו של הסעיף. ואכן בענין ביטור, שהתייחס להסכם בתקופה שקדמה לחוק החוזים הוענקה סברוגציה (אמנם בהסתמך על תנאי מכללא) מבלי להסתמך על הוראת חוק ספציפית. אין להניח שכוונת סעיף 52 היא לגרוע מדין זה. אין קושי למצוא דוגמאות נוספות לכך שהזכויות המוקנות, לפי חוק המקרקעין,

7 יתרה מזאת, אפילו היה המחזיק במקרקעין מי שקיבלם במתנה מן "המקים" הייתי גורס כי זכויות "המקים" כלפי הבעלים עברו אליו. שאלה יפה היא אם מי שנתן מתנה נוטל על עצמו בדומה למוכר (ובהעדר הסכם אחר), התחייבות לפיה הוא מעביר בעלות נקיה מכל זכות של צד ג'. אפילו נניח שהתשובה לשאלה זו היא שלילית וכי נותן המתנה איננו מתחייב כאמור, עדיין רוכש מקבל המתנה את זכויותיו של נותן המתנה כ"מקים" כלפי בעל הקרקע. הטעם לכך הוא שלפחות את זכויותיו שלו לגבי הנכס העביר נותן המתנה למקבל. בזכויות המקים כלפי הבעלים ניתן לראות "תחלוף" של הנכס, ואם בעלות ממש לא היה בידי הנותן להקנות, הרי שלפחות ב"תחלוף" עלה בידי לזכות את מקבל המתנה. לדיון בסעיף 52 לחוק החוזים ראה: נ' כהן "השפעת תניית פטור על זכות מעין-חוזית לקבלת כספים שהגיעו למתקשר מצד ג'" עיוני משפט ז (תש"ם) 460, 480 ואילך.

8 השווה: שם, בע' 483.

9 פירוש מילולי לפרק ד' לחוק המקרקעין, היה מחייב להכיר בכך שזכויותיו של ה"מקים", לפי אותו פרק, נשמרות בידיו, גם לאחר שאיבד את האינטרס שהיה לו במקרקעין, בעקבות מכר או מתנה לאדם אחר. תוצאה זו איננה הגיונית, וכאמור הדעת נותנת שזכויות המקים לפי פרק ד' לחוק המקרקעין מוקנות למי שרכש ממנו את המקרקעין.

ל"מקים" יינטלו ממנו ויינתנו לאדם אחר. והרי דוגמא אפשרית: ב (המקים) גזל חומרי בניה מ-ג (הבעלים המקורי) והקים בהם מבנה על קרקע של א. בעל הקרקע (א) דרש סילוק המחזירים. סעיף 21(ד) לחוק המקרקעין מורה כי "סולקו המחזירים, יעבור מה שסולק לבעלותו של המקים...". למרות זאת אין הבעלות בדוגמא שלנו עוברת למקים, אלא חוזרת לבעלים המקורי. הטעם לכך ברור: משחזרו המיטלטלין למקרקעין, פקעה הבעלות המקורית בהם והמיטלטלין הפכו חלק מן הקרקע. ניתן היה לגרוס כי משסולקו המחזירים מוקנית הבעלות במה שסולק לבעל הקרקע, אלא שבכך היה בעל הקרקע מתעשר על חשבון הבעלים המקורי של המיטלטלין (שבעלותו פקעה עם החיבור לקרקע). בא סעיף 21(ב) וקובע הוראה מיוחדת לענין הבעלות שלפיה עוברת הבעלות למקים, שכן הסעיף מגיה כי הבעלות במיטלטלין, קודם שחזרו לקרקע, היתה מוקנית לו. אם הנחה זו איננה נכונה, יש לנהוג לפי מטרת הסעיף, שהיא למנוע התעשרות בעל המקרקעין על חשבון בעל המיטלטלין המקורי (שהוא, לרוב, המקים) ולא לאפשר למקים להתעשר על חשבון הבעלים המקורי של המיטלטלין. במלים אחרות: סעיף 21(ב) לחוק המקרקעין לא נועד להסדיר את יחסי המקים עם צדדים שלישיים. ביחסים אלה — הנמצאים מחוץ לתחומו של פרק ד' לחוק המקרקעין — ברור כי הזכות למחזר רים שסולקו הם לבעלים המקורי. אך נניח שבעל המקרקעין התליט לקיים את המחזירים. לפי סעיף 21(ב) עליו לשלם למקים את השקעתו בשעת הקמתם או את שוויים בשעת השימוש בבניה (לפי הפחות יותר). לפי לשון הסעיף הזכות לקבלת תשלום היא למקים. אך האמנם כך בענייננו כאשר ההשקעה בקרקע היא מנכסים שנגזלו מן הבעלים המקורי? שוב, סעיף 21 לחוק המקרקעין איננו מתיימר כלל להסדיר את השאלה. בעיני ברור כי הזכות, בכל הנוגע לחלק שיש לייחס לנכסים שנגזלו, שייכת ל-ג הבעלים המקורי^{11,12}. אפשר, אולי, לבסס את הזכות על סעיף 52 לחוק החוזים למרות שספק אם פירוש מילולי של הסעיף היה מאפשר זאת. אך אפשר גם לומר שהתשלום של בעל המקרקעין, בכל הנוגע לחלקם של הנכסים¹³, הוא לאמיתו של דבר "גלגול" של הנכס, שאחריו זכאי הבעלים "לעקוב"¹⁴. סכום זה מהווה תחליף של הנכסים ובתור שכזה הוא שייך לבעלים. זהו רווח שהפיק המקים, שגולם מן הזולת, ואילו נותר סכום זה בידי היה מתעשר על חשבון הבעלים המקורי.

נניח כעת שהמקים סבר בתום-לב שהוא בעל המקרקעין וכי התמלאו כל שאר התנאים שבסעיף 23(א) לחוק המקרקעין, כך שלפי לשון הסעיף זכאי המקים לרכוש את המקרקעין, במחיר שוויים, בלי המחזירים, בשעת תשלום המחיר. למי שייכת זכות הרכישה? לדעת, התשובה לכך היא שהזכות שייכת במשותף למקים ולבעלים המקורי

11 השווה לשאלה המתעוררת בענין תחולת סעיף 9 לחוק המשכון, תשכ"ז—1967, כאשר נכס ממושכן חובר שלא כדין למקרקעין. ראה י' ויסמן "חוק המשכון, תשכ"ז—1967" פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, ג' טדסקי עורך, תשל"ה) 209, 212. אולם אם שילם בעל המקרקעין למקים בתום-לב, ומבלי שידע על הגזילה, את הסכום הנקוב בסעיף 21 לחוק המקרקעין הרי הוא משתחרר מאחריותו כלפי הבעלים המקורי. זה האחרון יוכל, כמובן, לתבוע את המקים.

12 בענין זה יש להבחין, כמובן, בין חלקם של הנכסים שהיו שייכים לבעלים המקורי, לתרומתו של המקים באמצעות העבודה שהושקעה. נקודה זו תיבחן להלן.

14 השווה גם לסעיף 120 ל-"Restatement of Restitution" העוסק, אמנם, בסוגיה שונה (מדובר שם בבניה או בשיפור נכסי הזולת מכוח הסכם ולא במקרה שבו נעשה הדבר ללא רשות).

של הנכסים שנגזלו, בהתאם ליחס שבין שווי העבודה לשווי הנכסים. הזכות לפי סעיף 23(א) היא תולדה של הנכסים ושל העבודה שהושקעה בהקמת המחברים, והפתרון עולה מצירופם של סעיפים 4 (חיבור וערבוב מיטלטלין), 6 (שינוי מיטלטלין באמצעות עבודה) ו-13(א) (תחולה על זכויות) לחוק המיטלטלין, תשל"א—1971, ושילובם עם סעיף 23(א) לחוק המקרקעין. מכאן נובע כי אם היו המיטלטלין של הבעלים המקורי עיקר, והעבודה טפלה — הזכות לפי סעיף 23(א) לחוק המקרקעין היא של הבעלים המקורי, ואם בחר לממשה עליו לשלם למקים עבור עבודתו (סעיף 4(ב) ו-6 לחוק המיטלטלין). לעומת זאת, היתה העבודה עיקר והמיטלטלין טפלים — הזכות לפי סעיף 23(א) לחוק המקרקעין היא של המקים ועליו לשלם לבעלים המקורי בעבור המיטלטלין.

שאלה נוספת אשר ניצבה בפני בית-המשפט בענין ביטול התייחסה לתביעתן של יורשותיו של בעל הקרקע המקורי כנגד הקונה ש"רכש" את הקרקע עם המבנה מן המקים. נראה כי באי-כוחן של היורשות הסתמך על הוראות המג'לה ואילו השופט ח' כהן חרץ את הדין בהסתמכו על סעיף 24 לחוק המקרקעין. המורה כי "בית המשפט רשאי, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין, לחייב את המקים לשלם לבעל המקרקעין שכר ראוי בעד התקופה שבה החזיק המקים במחברים שלא כדין"¹⁵.

לכאורה מעורר הסעיף תמיהות רבות. על אחת מהן הצביע השופט ח' כהן באמרו: "על שום מה, למשל, ניתן לחייב רק את 'המקים' בתשלום שכר ראוי לפי סעיף 24, ולא את הרוכש היושב במבנה ונהנה ממנו?"¹⁶ תמיהות אחרות הן: מדוע יחוייב ה"מקים" בתשלום עבור "התקופה בה החזיק במחברים" ולא עבור התקופה בה החזיק במקרקעין? וכי עבור ההחזקה במקרקעין עצמם (ובאותם חלקים של המקרקעין עליהם לא תקים מחברים) אין הוא חייב בתשלום? ובכלל, נניח שפלוני התיישב, כמסיג גבול, במקרקעין ובמבנה של הזולת וכאשר הוא נתבע לשלם שכר ראוי הוא טוען שלא הוא

15 אפשרות נוספת שנוכרה היתה פסיקת פיצויים. נראה שבנקודה זו כמעט שלא היה טיעון בפני בית-המשפט העליון ולא פורש אפילו מהו הדין לפיו הם נתבעים. השופט ח' כהן ציין, כי התנאי לפיצוי בגין השגת גבול בנויקין הוא קיום נזק ממון (סעיף 29 לפקודת הנויקין) ולא נמסרו כל פרטים על נזק כאמור. יצוין כי ניתן למצוא דוגמאות לא מעטות בדין האנגלי לכך שבמסגרת דיני נזיקין נפסקו דמי שימוש שהיו בעלי אופי "מעין חרוי". ראה למשל: *Strand v. Brisford* [1952] 2 Q.B. 246; [1952] 1 All E.R. 796 (מיטלטלין); וכן *Whitwham v. Westminster Brymbo* [1896] 2 Ch. 538 (מקרקעין), וראה לאחרונה: *Swordheath Properties v. Tabet* [1979] 1 All E.R. 240 פסיקת דמי שימוש ראויים כ"פיצויים" על השגת גבול במקרקעין, וזאת ללא הוכחת נזק. בע"א 238/66 טייכנר נ' אקהויז, פ"ד כא (1) 7, 28 אף חיווה השופט הלוי דעתו (אם כי השאירה בצריך עיון) כי הפיצויים שניתן לתבוע בנויקין כוללים, לאור ההוראה שהפנתה לדין האנגלי לשם פרשנות, גם "רווחי ביניים" (*mesne profits*) וראה בסוגיה זו ד' פרידמן, לעיל הערה 5, בע' 199—200. אך אפילו נניח שעקרונית קיימת אפשרות זו, ספק אם היתה מקום לכך במקרה הנוכחי. מבחינה הסטורית קשורה פסיקת "רווחי ביניים" בתביעת ה-*ejectment*, ואם "משיג הגבול" לא פונה ולא מוכגים אפילו לפגותו (ובמקרה הנוכחי לא נעשה הדבר והותר לו לרכוש את הקרקע), שאלה היא מה דין "רווחי הביניים". אולם אין צורך להעמיק חקר בסוגיה זו. כיום עם קליטתם הרחבה של עקרונות עשיית עושר אין קושי בפסיקת דמי שימוש ראויים במסגרתם דינים אלה ואין צורך להיזקק לשם כך לדיני נזיקין. ראה עוד לענין שכר ראוי בגין שימוש במקרקעין ורווחי ביניים ע"א 139/76 אופיר נ' לוי פ"ד לא (3) 29, 34.

16 ביטול נ' טאוכה, לעיל הערה 1, בע' 717.

הקימו ולכן הוא פטור. האין זה קל וחומר שאם מקים המבנה עצמו עשוי להתחייב בתשלום שכר ראוי, מי שהשתמש בו מבלי להקימו — על אחת כמה וכמה? ¹⁷ התשובה לכל התמיהות הללו היא, לדעתי, זו: הסעיף לא בא לקבוע את זכות הבעלים לשכר ראוי ממסיג גבולו. הסעיף מגיה קיומה של זכות כזו הנוהגת אצלנו מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט ¹⁸, והוא בא להבדיל בין הזכות הכללית הזו חלה אפילו כלפי מי שבעצמו הקים את המחוברים. אף מבחינה זו הסעיף מיותר, ולמעשה, הוא נקבע רק מחמת זהירות יתר (ex abundantia cautela), שמא יאמר כי אין אדם חייב בתשלום עבור שימוש במה שהקים במו ידיו. אך משהפכו המחוברים חלק מן הקרקע עומדת לבעלים זכות תביעה בגין השימוש בהם על ידי מסיג גבול. ועוד בא הסעיף לומר כי בענין זה יש להתחשב בעובדה שהמחוברים הוקמו על ידי הגנתבע. במלים אחרות, הסעיף גועד להקל עם נתבע כזה בהשוואה למסיג גבול אחר ולא להחמיר עמו (ובנידון זה צדק בית המשפט בהניחו כי דין הקונה מהמקים כדין המקים עצמו). ההתחשבות במקים משתקפת בכך שפסיקת שכר ראוי איננה מובנת מאליה, כפי שהיא צריכה להיות לגבי מסיג גבול אחר, אלא היא בשיקול בית המשפט "אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין". אולם גם בענין זה צומצמה ההבחנה בין התחום עליו חל סעיף 24 לחוק המקרקעין ובין תביעות החורגות מתחום זה. צמצום זה נובע מהתפתחות ההגנה הכללית בפני תביעות המושחתות על עשיית עושר ולא במשפט, הגנה שנקלטה אצלנו בפסק דינו של השופט זוסמן בע"א 227/76 ישראל נ' בנק הפועלים ¹⁹, וקבועה כיום בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט—1979. אמנם, לפי סעיף 24 לחוק המקרקעין שיקול הדעת ודרישת הצדק הן חלק מן התביעה ואילו לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט העדר הסרון למוכה, דרישת הצדק, ושיקול דעתו של בית המשפט הם בגדר הגנה. אך, כאמור, ההבדל צומצם, ובכך הושגה תוצאה רצויה, שיש בה כדי להגדיל את האחידות והשיטתיות במשפטנו.

דניאל פרידמן*

17 ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (אבוקה, תשל"ל) 48.
18 ע"א 889/75 דריוס בע"מ נ' אנד בע"מ, פ"ד לא (2) 20. קבלת עמדה זו מושחתת על דחיית הלכת Phillips v. Homfray (1883) 24 Ch. D. 439.
19 פ"ד לב (1) 153.
* פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.