



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 14-10-3681 זרביב(נאמן) ואח' נ' דוויק ואח'

תיק חיצוני :

לפני כבוד השופט אורנה סנדר-איתן

1. מרדי זרביב (נאמן) 2. אברהם שפרמן (נאמן) 3. יצחק רלב'ג (נאמן) נאמני הקדש על שם משהBNBNISHTEI	תובעים
---	---------------

נגד

1. מאزن דוויק 2. היליא דוויק 3. נבייל דוויק 4. ליליד דוויק 5. המנוח אליאס כמיס דוויק (ניתן פסק דין ביום 21.4.2016) 6. המנוח כמיס عبدالМОג'ני דוויק (ניתן פסק דין ביום 21.4.2016)	נתבעים
---	---------------

בשם התובעים : עו"ד אברהם משה סgal

בשם הנتابעים : עו"ד חוסאם סיאם

פסק דין

1. לפניה תביעה לסלוק ידם של הנتابעים מחלוקת אדמותה בחלק הצפון-מזרחי של חלקה 96 בגוש שומה 29986, וعليיה מבנה בן ארבע וחצי קומות (להלן – 'הנכס'). המذبور בנכס המזוי בשכונת סילוואן, הידועה גם בשם כפר השילוח.

התובעים הם נאמני הקדש על שם משהBNBNISHTEI ז"ל, אשר מונו לתקפיהם כנאמנים בהתאם להחלטת בית המשפט המחויז בירושלים מיום 15.1.2001, שניתנה על ידי כבוד השופט, סגן נשיא יעקב צמח, במסגרת ה"פ 750/01 הרב שלום משאש שליט"א נ' רשם הקדשות ואח' (לא פורסם).¹

¹ לרקע היסטורי על הקדש על שםBNBNISHTEI ז"ל, שנוסף על מנת ליישב את היהודים התיימנים שעלו ארץם בסוף המאה התשע עשרה במסגרת הגל השני של עליית "אלה בתמר", ראו, בין היתר, את הפירוט המופיע בפסק דין של בית המשפט המחויז בירושלים שניתן בת.א. (י-ס) 9403/07, אליו עוד נזכיר בהמשך, וכן את מאמרה של ניצה דרויאן, "שכונות ראשונות לעולי תימן בירושלים – תרמ"ב – תרע"ד", שפורסמה בכתב העת *קטדרה* 13, תש"ס, עמ' 95 – 129).



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 14-10-3681 זרביב(נאמן) ואח' נ' דווק ואח'

תיק חיצוני:

האפוטרופוס הכללי מסר לנאמני ההקדש תעודה שחרור של המקרקעין – מקרקעין אשר כפי שנפסק בהמשך, כללו את הנכס - ביום 20.9.2002.²

2. הנتابעים מתגוררים בנכס, לטענתם, מאז שנת 1964. לפי הנטען, סבו המנוח של הנtabע מס' 1 רכש את הנכס מאדם בשם ג'לאג', ומازנווהגים בהם הנتابעים מנהג בעליים (ראו סעיפים 16 – 19 לתצהיר הנtabע מס' 1).

3. חרף החלטות מהימים 4.7.2019, 13.11.10 ו – 12.19.8. לא הגיעו הנتابעים סיכון מטעם, ואף לא הגיעו בקשה להארכת מועד להגשתם. מכאן, שדין הנتابעיםצדין בעל דין שלא התייצב. במקרה זה רשאים התובעים להוכיח את תביעתם עד כמה שחוות הראייה עליהם, ואז יהיו זכאים "לסייע המבוקש ולכל סعد מותאים אחר" (ראו תקנות 160(ד) ו – 157(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984; ראו גם תקנות 74(ג) ו – 75(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018, שטרם נכנסו לתוקף, הקובלות הסדר דומה).

לענין זה חשיבות בענייננו, שכן כתוב התביעה נסמך על תוכאתו של הлик קודם שהתנהל בין בעלי הדין: התובעים הגיעו נגד הנتابעים לבית המשפט המחויז בירושלים תביעה בעילה של הפרת חובה חוקה לממן צו הרישה וצו מנעה קבוע (ת.א. (י-ס) 9403/07; להלן – 'hhhilek kodom'). כפי שנראה מיד, טענה הבעלות עלייה נסמכים התובעים הוכראה כבר בהליך הקודם, והנטל להוכיח את טענות ההגנה מוטל על כתפי הנtabעים.

ההליכים הקודמים וההתפתחות בהליך דין

4. במסגרת פסק הדין שניתן בהליך הקודם קבע בית המשפט המחויז בירושלים (מפני כבוד הנשיא השופט אי פרקש) כי נושא הבעלות בנכס היה את עיקר המחלוקת בתיק, וכי הסוגיה העיקרית עליה נחילקו בעלי הדין בהקשר זה הייתה האם הנכס מושא התביעה (או חלקה 96) נכלל בתחום השיטה שהקנה האפוטרופוס לתובעים בתעודה השחרור, שהעתק הימנה צורף לכתב התביעה. בית המשפט המחויז הכריע בחזיב בשאלת זו על סמך חוות דעת שהונחה לפניו ביוזמת הנtabעים, יוזמה לה נעתרו התובעים, ולאחר שהמומחית שונתה את חוות הדעת נקרה על אודותיה.

2 לתיאור קורות המקרקעין הכלולים את הנכס במישור המשפטי, ובמנוטק מהחזקות הנtabעים בהם, עד לממן תעודה השחרור, ראו בג"ץ 7446/17 **מאהר סרחאן נ' האפוטרופוס הכללי והconomics הרשמי** (21.11.2018), אליו עוד ATIICHSH בהמשך.



בית משפט השלום בירושלים

ת"א-14-3681 זרביב(נאמן) וachs' נ' דווייך וachs'

תיק חיצוני:

5. באותו פסק דין דחה בית המשפט המוחזק טענות נוספות של הנتابעים בנוגע לסוגיות הבעלות. כך נדחתה טענת הנتابעים ולפיה מורישים של הנتابעים רכש את הזכויות בנכס מיד ג'לאגיל ורענייתו, תוק שנקבע כי אותן ג'לאגיל מכר זכויות בנכס שלא היו שלו, ולפיכך מורישים של הנتابעים לא רכש מאומה.

בן נקבע כי זכויות ההקדש היו רשומות בטאבו, וכי במרשם המסים היו המקרקעין רשומים על שם הממוונה הירדי על נכסיו האובי, כך שבבבדיקה פשוטה יכול היה מוריישם של הנתבעים להיווכח כי לגילאגיל לא היו זכויות בנכס או בחלקים ממנו.

בבית המשפט המחויזי הושיפ וקבע כי הנتابעים לא המציאו כל צו ירושה לתמיכת בטענות כי הם הבעלים של הנכס, וכי גם משום כד דינה דחיה.

6. בית המשפט המחויזי דחה גם את טענת הנتابעים להתיישנות וחזקה נוגדת, תוך שקבע כי מרווח ההתיישנות כלפי התובעים החל רק מהיום שבו מונו התובעים כנאמני ההקדש על ידי בית המשפט, בשנת 2001. לחופיו, כך קבע בית המשפט המחויזי, גם אם נניח שיש למנות גם את התקופה במלכיה היה האפוטרופוס הכללי הישראלי האחראי על ההקדש, בລומר למנות את התקופה משנת 1967, הרי שלפחות עד שנת 1997 לא ידע האפוטרופוס הכללי מהו מיקום המדויק של המקראען והנכס המוקדש, על אף שנראה כי שקד לברר זאת.

בקשר האחרון הוסיף בית המשפט המחויזי וצ'יין, כי העובדה שהנכਸ מצוי בתחום המקורעין המצויה בשטר ההקדש לא הייתה לאפוטרופוס אף שנראה כי שקד לבירר זאת, וכי עובדה זו נודעה לאפוטרופוס הכללי סמוך לפני מינויים של התובעים כנאמני ההקדש. לפיכך קבע בית המשפט המחויזי כי במצב דברים זה חל סעיף 8 לחוק ההתישנות, תש"ח-1958 (להלן – 'חוק ההתישנות'), ולפיו "עלמו מן התובע העובדות מהוות את עילית התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאף בזיהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תחילת תקופת ההתישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה" (ראו בפסקה 46 לפסק הדין).

לבסוף קבע בית המשפט המחוזי כי לא עומדת לנتابעים גם טענת התיחסנות רוכשת בקרקע מסווג מيري לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומאני, וזאת מאחר שהנכס מושא מהחלוקת אינו מצוי על גבי קרקע חקלאית (ראו בפסקה 47 לפסק הדין).

7. בית המשפט העליון (MPI כבוד השופט מי נאור, המשנה לנשיה כתוארה אז, בהסכמה כבוד השופטים יי' עמית וד' ברק-ארז) דחה את טענות הנتابעים בערעור שהוגש מטעם על מסקנת בית המשפט המוחזוי בדבר בעלות הטעבאים ברכס (ע"א 5522/12).



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 3681-10-14 זרביב(נאמן) ואח' נ' דווייך ואח'

תיק חיצוני:

עוד קבע בית המשפט העליון, כי על אף שנפלה שגגה בפסק דיןו של בית המשפט המחויזי, משהתיחס בפסקה אחת של פסק דיןו למרקען כל מקרקעין מוסדרים, ולמרות ששגגה זו עשויה הייתה להשליך על ניתוח סוגיות ההתישנות, משלא נטעה טענת ההתיישנות בהזדמנות הראשונה באותו הילך ממשילא לא הייתה מקום להיזקקה.

עם זאת, קיבל בית המשפט העליון את הערוור על הסעד שניתן על ידי בית המשפט המחויזי, בנימוק שפגיעה באוטונומיה הקניינית אינה נזק מהסוג אותו התכוונו למנוע הוראות החוק הקובעות את הליכי מתן היתר הבניה.

8. בבקשת הרשות להתגונן בהליך שלפני, שהתקבלה, טענו הנتابעים כי התביעה התишנה, וכי היא הוגשה בשינוי של לפחות חמשים שנה. עוד טענו הנتابעים כי הכרעה בסוגיות הבעלות במסגרת ההליך הקודם לא הייתה חיונית בסופו של דבר להכרעה הסופית בו, ועל כן אין היא קושרת אותם כמעשה בבית דין.

בעלי הדין סיימו טענותיהם בנקודה זו, ובית המשפט (MPI כבוד השופט ת' בר-אשר) קבע בהחלטה מיום 22.3.2016 כי הכרעה בה ניתנת במסגרת פסק הדין בתביעה כולה.

בבית המשפט המחויזי (MPI כבוד השופט ע' שחם) קיבל בחלוקת את בקשה רשות הערוור שהוגשה על ידי התובעים, תוך שקבע כי יש ממש בענטנותם לקיומו של מעשה בית דין בסוגיות הבעלות, ותוך שהוסיף כי סוגיות הבעלות عمדה במרכז הנition שנערך על ידי בית המשפט המחויזי בהליך הקודם. בית המשפט המחויזי קבע כי משניתנה לצדדים ההזדמנות המלאה להביא את ראיותיהם בשאלת זו במהלך ההתדיינות הקודמת, ישנה "הצדקה מלאה להחיל את הכלל של מעשה בית דין על העניין" (רע"א 15-05-1606).

עם זאת אישר בית המשפט המחויזי את קביעתו של בית המשפט השלום ולפיה ניתן להידרש לסוגיות ההתיישנות במסגרת ההליך הנוכחי, תוך שהציג כי קביעה זו עולה בקנה אחד עם פסק דיןו של בית המשפט העליון בערוור על פסק הדין שניתן בהליך הקודם.

9. הנتابעים לא השלימו עם החלטתו האמורה של בית המשפט המחויזי והגישו בקשה רשות ערוור לבית המשפט העליון (רע"א 16/8798).

בבית המשפט העליון (MPI כבוד השופט נ' הנדל) דחה את הבקשה בהחלטה מיום 26.3.2017, תוך שקבע כי הבירור שנערך על ידי בית המשפט המחויזי במסגרת ההליך הקודם היה "מעמיק, מקיף ויסודי", וכי



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 3681-10-14 זרביב(נאמן) ואח' נ' דויק ואח'

תיק חיצוני:

"הניסיון להציג את שאלת הבעלות כמשנית ושולית; או את (הנתבעים) כמי שלא היה להם יום בבית המשפט בסוגיית הבעלות – לא יכול לעמוד" (ראו בפסקה 5 להחלטה).

10. נמצא אפוא, כי במסגרת ההליך הנוכחי קבעו שתי ערכאות הערעור שהממצא בדבר בעלות התובעים בנכס מהוועה מעשה בית דין. עם זאת, כעולה מההחליטה שניתנו בהליך, על בית משפט זה להידרש לטענת ההתיישנות אותה העלו הנتابעים בבקשת הרשות להציגן מטעם.

11. לאחר שניתנה החלטת בית המשפט העליון בבקשת רשות הערעור הגישו הנتابעים בקשה לתקן כתוב ההגנה, תוך הוספת הטענה המשפטית בדבר זכותם לרכוש את המקורקען ללא המוחוביים בהתאם לסעיף 23 לחוק המקורקען, תשכ"ט-1969 (להלן – "חוק המקורקען"). בית המשפט (מפני כבוד השופטת ת' בר-אשר) נעתר בבקשת.

מצחירותם של בעלי הדין הוגשו בהתאם להוראת בית המשפט (כבוד השופטת ת' בר-אשר) שניתנה ביום 4.7.2017.

12. סמוך לקריאת ישיבת ההוכחות שנקבעה לפני הגישו הנتابעים בקשה שהוכתרה בcourtote "בקשת דוחפה לעיכוב הליכים וביטול הדיון". במסגרת הבקשה נטען כי תושבים אחרים בשכונה בה שוכן הנכס הגישו עתירה לבית המשפט העליון בשנותו כבג"ץ, במסגרתה טענו, בין היתר, נגד חוקיות תעוזת השחרור שהוציא האפוטרופוס הכללי לתובעים, היא תעוזת השחרור עליה נשמכה טענת הבעלות של התובעים בהליך הקודם (ראו בג"ץ 7446/17).

לאור ההשלכה הפוטנציאלית של קביעה אפשרית מעין זו של בית המשפט העליון על תוכחת ההליך דכאן, ועל יסוד ההנחה – שהסתברה כנכונה – שההכרעה בעתירה تتקבל תוך פרק זמן קצר יחסית, נעתרתי בבקשת הנتابעים, תוך שרטמתי לפניי את התcheinבותו של בא כוחם להגיש תביעה לביטולו של פסק הדין שניתנו בהליך הקודם על ידי בית המשפט המחויז, או להודיע אחרית, תוך פרק זמן נקוב ממועד ההכרעה בעתירה, ובהתאם לתוכחותיה (לענין האפשרות לקיים משפט חוזר בהליך אזרחי ראו שי לוין, **תורת הפרוצדורה האזרחים – מבוא ועקרונות יסוד** (מהדורה שנייה, התשס"ח – 2008), עמ' 250 – 252).

בסיומו של דבר דחה בית המשפט העליון את העתירה, תוך שהעיר (מפני כבוד השופטת ד' ברק-ארז) (בפסקה 61 לפסק הדיון): "דומה כי טוב תעsha המדינה אם תשקל במקרים המתאים מתן מענה למי שפונו מבתיהם. זכות הקניין היא חשובה, אך יש חשיבות גם להגנה על קורת ביתם של אנשים ולהיבטים של הסתמכות על מצב הדברים".



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 14-10-3681 זרביב(נאמן) ואח' נ' דוויק ואח'

תיק חיצוני:

13. הנتابעים לא הגיעו תביעה לביטולו של פסק הדין שנייתן בהליך הקודם בנסיבות פסק דין זה נשען אפוא, בין היתר, על קביעות הבעלות שנקבעה במסגרת ההליך הקודם, ועל הקביעת של שתי ערכאות הערעור כי המذובר במעשה בית דין, תוך הותרתفتح לדיוון בהליך הנוכחי בטענת ההתיישנות.

14. טענות הנتابעים בכתב ההגנה המתוקן מטעמים הן אלה:

- א. השתק עילה;
- ב. התיאשנות;
- ג. מניעות (השתק) ושיחוי;
- ד. בניה ונטיעה במרקע הzelf;
- ה. רשות בלתי הדירה, מכוחה יש לפצות את הנتابעים בגין השקעתם בנכס כתנאי לפינויים.

אדון בטענות אלה כסדרן לאור הריאות שהוגשו על ידי בעלי הדין.

השתק עילה?

15. לטענת הנتابעים, משהגשו התובעים את כתב התביעה נגדם במסגרת ההליך הקודם, בו ביקשו אך סעד של הרישה וצורך מניעה קבוע לביצוע שימושים בנכס, יש לקבוע כי הם מושתקים מلتבוע בשנית את הנتابעים בגין אותה העילה, הפעם בבקשת סעד של סילוק יד.

16. דין הטענה להידחות.

כידוע, עד שນפקה הלכת שwon בר-עוז (רעים'א 12/3749 שwon בר-עוז נ' דניאל סטר, פ"ד ס"ו (1) 678 (2013)), עמדה בתוקפה שנים רבות ההלכה היודעה בשם הלכת שם (ע"א 37/59 שם נ' מפעל המים כפר סבא, פ"ד י"ג 834 (1959))). לפי הלכת שם, הסמכות העניינית לדון בהליכים בהם מתבקשים סעדים הנוגעים לשימוש וחזקה במרקעין, כשהמדובר בשימוש שאינו תוך שמירה על גוף הנכס, הייתה נתונה בבית המשפט המחוזי (וראו גם רעים'א 7166/02 אלגירה נ' אברמוב פ"ד נ"ז (1) 337 (2002), במסגרתו שב בית המשפט העליון מפי כבוד השופט די זורנר אישר את ההלכה האמורה בהקשר של תביעה לממן צו הרישה).

במאמר מוסגר יווער, כי על יסוד ההלכה זו דחה בית המשפט המחוזי במסגרת ההליך הקודם את טענת הנتابעים לסתוקה של התביעה על הסף בשל העדר סמכות עניינית (ראו החלטתו של כבוד השופט יהונתן



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 14-10-3681 זרביב(נאמן) ואח' נ' דווייך ואח'

תיק חיצוני:

עדיאל, סgan נשיא, בבש"א 2320/08, אשר עותק הימנה צורף כנספה ט' לתחזירו של מר שפרמן מטעם התובעים)

17. כתוצאה מהלכת **שם**, בשילובו עם כללי הסמכות העניינית, טובע שביקש סעדים שחילקו בתחום סמכותו העניינית של בית משפט השלום – כגון סילוק יד, וחילוק בתחום סמכותו העניינית של בית המשפט המחויזי – כגון צו הרישה, נאלץ להגיש שתי תביעות נפרדות לקבלת הסעדים האמורים, כל אחת לערכאת השיפוט המוסמכת עניינית לדון בתביעה לקבלת אותו הסעד.

בפסקה התפתחה אמונה הלכה שנועדה להתגבר על הבעייתיות הכרוכה בפיצול ההתקדינות בין ערכאות השופט, שהגינה התבസ על הכלל "הטפל הולך אחר העיקר". לפי הלכה זו, מקום בו ניתן היה להגדיר את אחד הסעדים המבוקשים כ"טפל", רשאי היה הטעון את תביעתו כולה לבית המשפט המוסמך לדון בסعد העיקרי (ראו האסמכתאות שפורטו בפסק דיןו של כבוד הנשיא א' גראוניס, **בhalכת שwon בר-עוז**, בפסקאות 10 – 11.).

בבית המשפט העליון עמד **בhalכת שwon בר-עוז** על הקשיים הניכרים שעורר המבחן האמור, תוך שהגדיר אותו כ"מבחן בעייתי, עמוס ושרירותי" (שם, בפסקה 13).

מכל מקום, פתרון פסיקתי זה לא סייע לתובעים בענייננו, באשר לא ניתן להגדיר את סעד סילוק היד המבוקש במסגרת ההליך דנא כסעד "טפל" לסعد ההרישה, ולהפוך הנتابעים אף לא טענו כן במסגרת כתוב ההגנה המתוקן מטעם.

18. בנסיבות אלה, בוחן כפל ההתקדינות בשתי ערכאות שונות נכפה על התובעים מכוח דין הטענות העניינית, לא נזקקו התובעים לבקש להיתר פיצול סעדים על מנת להגיש את תביעתם הנוכחית, וטענות השתק עילה אינה יפה כנגדם (ראו ע"א 466/89 צברי נ' מסוארי, פ"ד מ"ח(1) 177, בפסק דיןו של כבוד השופט שי לוין; ע"א 353/89 אסולין נ' עמרני (ניתן ביום 6.9.1992); רע"א 05/7717 חלאג' נ' שקור (ניתן ביום 14.9.2005)).

התביעות רוכשת?

19. הנتابעים טענו בכתב ההגנה מטעם כי הם מחזיקים ללא עוררין בנכס באופן ייחודי וב煊udi מזוהה למלת מלחמים שנה, ועל כן הם אפלו זכאים להירושם כבעליים מכוח התקישנות מהותית (רכשות) כדי וזאת לרבות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמאני ו/או סעיף 51 לפકודת הסדר זכויות במרקען [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 או מכוח כל דין אחר" (ראו סעיף 10 לכתב ההגנה המתוקן).



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 3681-10-14 זרוביב(נאמן) ואח' נ' דזוויך ואח'

תיק חיצוני:

עוד טענו הנتابעים כי מדובר במרקען בלתי מוסדרים לגבים תקופת התינוינות היא חמש עשרה שנה, וכי תקופה זו עברה "מקדמת דנא" (ראו סעיף 11 לכתב ההגנה המתוקן).

20. טענת הנتابעים להתיישנות רוכשת מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני דין להידחות:

הדעה המקובלת בקרב מלומדים בנוגע לרכישה ארוכת שנים היא, שרכישה כאמור תוכר רק בקרקע חקלאית; זאת, על רקע תכליתו ההיסטורית של הסדר התינוינות זה ליזור למדינה הכנסת מניבה ממשית מהיבול החקלאי (ראו הניתוח המקורי שנערך על ידי בית המשפט המחויז בחיפה מפני כבוד סגן הנשיא, השופט רון סוקול, בת.א. (ח'י) 7234-09-17 **רשות הפיתוח במובן חוק רשות הפיתוח נ' תאופיק סעדי** (ניתן ביום 11.4.2019), בפסקאות 51 – 53 לפסק הדין, והאסמכתאות הנזכרות שם).

בפסקה אף נקבע כי על הטוען להתיישנות רוכשת כאמור להוכיח "عيובד ממשותי" של הקרקע, ואין די בהחזקתה על ידו בלבד (ראו ע"א 8117/14 **עבדאלולי תופיק חסין נ' מנהל מקרקעי ישראל** (ניתן ביום 16.6.2016), בפסקה 32 לפסק דין של כבוד השופט ד' ברק-ארז, והאסמכתאות הנזכרות שם).

בעניינו, לא נטען ומילא לא הוכח שהקרקע הייתה חקלאית, ומילא דין טענת התינוינות האמורה להידחות.

21. יתרה מכך, אפילו נניח כי המונח "عيובד" המופיע בסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני רחב די על מנת לכלול בניה, ולא רק עיבוד חקלאי, אין בכך כדי לסייע לנتابעים: לטענת הנتابעים עצם, רכש סבב המנוח קרקע ועליה מבנה, בו ביצעו הם שינויים במהלך השנים (ראו סעיף 18 לתקיריו של הנtabע מס' 1). הנتابעים אינם טוענים אפוא כי תפסו חזקה בקרקע פנואה, ו"עיבודו" אותה במובן של הקמת מבנה על גבה (השו לפסק הדין בת.א. (ח'י) 7234-09-17 הניל בפסקה 53, שם נפסק כי גם אם בנייה עשויה להיחשב "עיבוד", ולאחר שספק אם כך הדבר לאור תכילת החלטה הפסוקה,atri שבנייה שינויים במבנה קיימים אינם יכולים להיחשב עיבוד).

סבירומו של דבר, אפילו אגיה לטובת הנتابעים שהנכס בניו על קרקע מסווג מירוי - היא סוג הקרקע אליה מתיחס סעיף 78 האמור – לא יהא בכך כדי לסייע להם, שהרי אין טענה בפיהם, ומילא אף לא ראייה, שיעיבדו את הנכס.

22. בהקשר האחרון ראוי לציין את התפתחות שחלה בעמדת המדינה בנוגע לסיוגה הנכון של הקרקע, התפתחות שצוינה בפסק דין של בית המשפט העליון בג'ץ 7446/17 הנזכר לעיל (בפסקאות 30, 31 –



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 14-10-3681 זרביב(נאמן) ואח' נ' דווק ואח'

תיק חיצוני:

54) בעוד שעדמת המדינה בתקילה הייתה שהמדובר בקרקע מסווג מيري, מסרה המדינה בהמשך עדמה עדכנית ולפיה מדובר בקרקע מסווג מולכ, וזאת לאור חוק מס' 41 של הממלכה הירדנית משנת 1953, שתוצאתו במישור הזכיות במרקען מוסיפה להתקיים בהתאם לעקרונות המשפט הבינלאומי הפומבי.

כן ראוי לציין את הערת בית המשפט העליון (בפסקה 50 לפק הדין) בנוגע למתח בין הסטמכות המשפית נאמני ההקדש – הם התובעים בהליך שלפני – על מעשה בית דין הгалום בפסק הדין שנייתן בהליך הקודם, ואשר ניתן על יסוד ההנחה כי מדובר בקרקע מסווג מيري, לבין הסטמכות של נאמני ההקדש גם על עמדתה העדכנית של המדינה כי מדובר בקרקע מסווג מולכ.

איש מבعلي הדין לא הגיע ראיות בנושא זה בהליך שלפני. כמו כן, וכפי שכבר ציינתי, הנتابעים לא נקבעו הליך כלשהו לביטולו של פסק הדין שנייתן בהליך הקודם על יסוד פסק הדין שנייתן בבית המשפט העליון. מכל מקום, נוכח המשקנה אליה הגיעו על סמך ההנחה לטובת הנتابעים כי מדובר בקרקע מסווג מيري, נראה כי אין בדברים אלה כדי להעלות או להוריד לעניינו.

התישנות דיןונית, מניעות (השתק) ושיהוי?

23. האם עומדת לנتابעים טענת התישנות דיןונית? גם לשאלת זו יש להשיב בשילילה:

לטענת הנتابעים עצמם, החזקה של סבס המנוח בנכס החלה בשנת 1965 (ראו סעיפים 16 – 19 לतצהירו של הנtabע מס' 1). כך, בעותק ההסכם שהוגש מטעם הנتابעים (נספח ח' ל拄היר, התרגום לעברית הוגש ביום 3.6.19) נאמר כי מר ג'לאג'יל ורעיתו מכרו את הנכס לנtabע 6 כשהיה בחיים ביום 26.9.1965. הנتابעים הגיעו (כחולק מאותו הנספח) הסכם נוסף בין אותם צדדים בקשר ל'חלוקת אדמה באדמות בטן אלהווע עם הבאר הנושא עם שטח מוערך של שבעים מטר מרובע' שנערך ביום 5.5.67.

מכאן, שבמועד בו נכנס לתוכפו חוק המקרקעין (1.1.1970) טרם חלפה תקופה התישנות, שהיתה עשויה להקנות לנتابעים "חסינות" מותביעה (ראו ע"א 69/85 להבי נ' רשות הפיתוח, פ"ד (3) 624 (1986), בפסקה 6 לפסק דינה של כבוד השופט ש' נתניהו; להלן – **הלכת להבי**).

בתקופה בה החזיק האפוטרופוס הכללי במרקען ועד למועד מתן תעודה השחרור לידי התובעים, היו המקרקעין שעלהם בניו הנכס "מרקעי ציבור", וזאת כולה משילובן של הוראת סעיף 3 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח - 1973 עם הוראת סעיף 107 לחוק המקרקעין.



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 3681-10-14 זרביב(נאמן) ואח' נ' דויק ואח'

תיק חיצוני:

מכאן, שכל עוד ניהול האפוטרופוס הכללי את המקרקעין, ואלה לא נרשם על שמו בפנקסי מרשם המקרקעין, לא ה才华 תקופת ההתיישנות (ראו סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, וכן ע"א 3151/90 שאל*אלפי נ' רשות הפיתוח מינהל מקרקעי ישראל* (ניתן ביום 25.8.1992) מפי כבוד השופט א' ברק בהסכמה כבוד השופטים ש' לויין ות' אור; ע"א (מחוזי ת"א) 2629¹ *חי עוזי נ' רשות הפיתוח* (ניתן ביום 28.8.2004) מפי כבוד סגני הנשיים, השופטים י' גולדברג ור' שטרנברג-אליעז וכבוד השופט ע' פוגלמן, שנזכר גם בע"א (מחוזי מרכז) 09-02-17165² *עווזי חי נ' רשות הפיתוח* (ניתן ביום 7.7.2010) מפי כבוד סגן הנשיא השופט א' שי שילה וכבוד השופטים א' דודקביץ' וע' גורסקופף); ות.א. (מחוזי י-ס) 133/87 *קרן קיימת לישראל נ' איבראהים גוזלאן עבד אלג'ואד אלעבאסי* (ניתן ביום 12.2.1992) מפי כבוד השופט ש' ברנר). כן ראו י' ויסמן, *דיןינו – חלק כללי* (תשנ"ג – 1993), בעמ' 193, 266 – 1 263, שם מפנה המחבר לדברי שר המשפטים, דב יוסף, בקריאת הראונה של הצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד-1964, *דברי הכנסת* 40 (תשכ"ד), 2480, דברים מהם עולה כי הרצינול להוראה הגורפת הוא זה המוכר מהוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות, העוסקת בהתיישנות שלא מדעת. דבריו אלה של שר המשפטים דב יוסף צוטטו בע"א (ת"א) 631/82 *רשות הפיתוח נ' יחזקאל להבי*, פ"ד תשמ"ה (1) 003, בפסקה 8 לפסק דיןו של כבוד סגן הנשיא השופט בן דורו. יוער כי פסק הדין האחרון התהפק בערכאת הערעור, משנקבע כי משהתיישנה התביעה טרם חוקק סעיף 113(ב), לא חלות עליה הוראות סעיף זה – ראו *הלכת להבי*. בנוספ', ראו את מאמרו של י' ויסמן, "התishiנות והמדינה", *משפטים י"ד* (תשמ"ד-תשמ"ה) 3, בעמ' 12 ואילך, ואת מאמרו של י' גלעד, "התishiנות במקרקעין – קווים לרפורמה", *משפטים י"ח* (תשמ"ח) 177, בעמ' 230, וכן בעמ' 234 – 235, שם מותח המחבר ביקורת על הוראה גורפת זו.

25. מיום שחרור המקרקעין לידי התובעים, הוא יום 30.9.2002, ועד למועד הגשת התביעה זו, טרם חלפו חמיש עשרה שנה. יתרה מכך, גם אם נקלעם הנתבעים ונבחר במועד מינויים של התובעים כנאמני ההקדש, הוא يوم 15.11.2001, כמועד שבו החל מרוץ ההתיישנות, טרם התзиישה התביעה זו במועד בו הוגשה.

לפיכך, אני דוחה את טענת הנתבעים להתיישנות התביעה כנגדם.

26. ראוי לציין עוד, כי מר שפרמן העיד מטעם התובעים שגודלם של מקרקעי ההקדש משתרע על חטיבת קרקע שטחאה למעלה מ – 5,000 מ"ר, וכי למקרקעין אלה פלו עשרות רבים של פולשים, באופן שאילץ את התובעים להשקי מאמצים רבים בכדי להתקנות אחר זהותם המדוייקת של המחזיקים בנכס ספציפי, ובכלל זה אחר זהותם של הנתבעים בהליך הנוכחי. לדברי מר שפרמן, הגיעו התובעים את התביעה בהליך הקודם כנגד הנתבעים סמוך לאחר שעמדו על זהותם של הנתבעים (ראו סעיף 30 לतצהיר מטעם התובעים, וכן עדותו של העד בחקירה נגדית בעמ' 17 ש' 31 – עמ' 18 ש' 2).



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 14-10-3681 זרביב(נאמן) ואח' נ' דויק ואח'

תיק חיצוני :

עדות זו של מר שפרמן לא נסתירה על ידי הנتابעים באופן כלשהו, אף שהוצגו לפני העד בחקירהו הנגידת מסמכים המעידים לכואורה על מהלכים אותם נקט האפוטרופוס הכללי בקשר לחלוקת סמכות (עמ' 18 שי 3 – 4). מכאן, שמרוץ ההתיישנות החל בפועל אך סמוך לפני הגשת התביעה על ידי התובעים בהליך הקודם, ולכל המוקדם בשנת 2005 (ראו עמ' 18 שי 1 וסעיף 8 לחוק ההתיישנות). שוב נמצא, אפוא, כי התביעה לא התיישה.

27. אעיר, כי המשקנה האחczונה יפה גם במקרה שתידחה הטענה ולפיה עד למועד שחרורם של המקראען לידי התובעים היה מדובר ב"מקראען ציבור", על המשתמע מכך לעניין הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקראען (ראו והשו לפסק דין של חברי כבוד סגן הנשיא מי בורשטיין בת.א. 15-12-55978 שפרמן נ' ג'רבי (19.1.2020)):

אין טענה בפי הנتابעים שידייתם של התובעים על אודות זהות המחזיקים בנכס הייתה פחותה מזו של האפוטרופוס הכללי. אדרבא, הנتابעים טוענו כי האפוטרופוס הכללי ידע על מיקומם של נכסיו הקדש לכל המאוחר בשנת 1997, עת קיבל לידיו חוות דעת מודד ביוזמתם של התובעים וגורמים נוספים (ראו סעיפים 33 – 35 לתחביר הנtabע מס' 1).

מכאן, ולאור מסקנת העובדתית דלעיל, הרי שלאור סעיף 8 לחוק ההתיישנות לא החל מרוץ ההתיישנות במהלך התקופה בה נוהלו המקראען על ידי האפוטרופוס הכללי. כפי שכבר ציינתי לעיל, דברים דומים פסק בית המשפט המחווי בהליך הקודם (ראו פסק דין של כבוד הנשיא אי פרקש בהליך הקודם בפסקה .(46

28. מוחדרים האחרונים עולה, כי גם דינה של טענת השינוי שהעלו הנتابעים להידוחות :

לצורך טענת שינוי נדרש הנtabע להוכיח כי התובע זנה את זכות התביעה העומדת לו, וכי הנtabע שינה במרוצת הזמן את מצבו לרעה עקב התנהגות בלתי רואיה של התובע ולא בשלנסיבות אובייקטיביות שאינן תלויות בו. כך עשוי להיקבע, למשל, במקרה של מגז ממשי מצד התובע של יותר או מחלוקת על זכותו, אשר הוביל לשינוי מצבו של הנtabע לרעה, באופן היוצר השתק כלפי התובע (ראו ע"א 6805/99 תמלוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' העודה המקומית לתכנון ובניהו ירושלים, פ"ד נז(5) 433 (2003), בפסקה 14 לפסק דין של כבוד השופט אי פרוקצייה).

כאמור לעיל, בעניינו הוכח היפוכו של דבר : התובעים לא יצרו מג' כלשהו של יותר כלפי הנتابעים, אלא הגישו את תביעתם כנגד התובעים בהליך הקודם סמוך לאחר שעמדו על זהותם של המחזיקים בנכס.



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 14-10-3681 זרביב(נאמן) ואח' נ' דוויך ואח'

תיק חיצוני:

29. לאור המשקנה אליה הגעתו אין לי צורך לבחון טענות נוספות של התובעים בקשר לטענת ההתיישנות, כגון מחדלים של הנتابעים מהבਆ ראיות המעידות על חזקה רציפה בנכס, ואי הוכחתה של טענת הזכות בקרקע על ידם. מילא, אני נדרשת לשאלת סיוגה של הקרקע, עשויי להשליך על התנאי האחרון של הוכחת טענת הזכות.³

בנייה ונטיעה במרקעי הזולט

30. לטענת הנتابעים, כמה מהם זכוט לרכוש את המקרקעין תמורת תשלום שווים, וזאת באשר מתקיימים בעניינם תנאי סעיף 23(א) לחוק המקרקעין, הקובל כדלקמן:

23. (א) הוקמו המוחברים במרקעין לא-מוסדרים, וכי המקיים לרכוש את המקרקעין במחיר שווים בלי המוחברים, בשעת תשלום המחמיר, אם נחמלאו שלושה אלה:
 (1) המקיים סבר בתום לב בשעת הקמת המוחברים כי הוא בעל המקרקעין;
 (2) הסכום שהשكيיע המקיים במוחברים עולה, בשעת הקמתם, על שווים של המקרקעין בלי המוחברים באותה שעה;
 (3) רכישת המקרקעין על ידי המקיים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שווים כדי לפצותו עליו.

בקשר זה שבים הנتابעים וטוענים כי סכום המנוח רכש בתום לב את הזכויות בנכס מידיו גלאגיל, בהתאם לחוזה הרכישה שהוגשו על ידם, וכי מאז ועד עתה נחגו הנتابעים בהם מנהג בעליים, תוך שהוסיפו מעט לעת תוספות למבנה שנרכש על ידי הסב.

31. דין טענת הנتابעים להיחות: ראשית, בהתאם להוראת סעיף 112 לחוק המקרקעין, סעיף 23 לחוק אינו חל על מקרקעי ציבור. מאחר שככל עוד לא שוחררו מקרקעי ההקדש לידי התובעים (ביום 30.9.2002 (30.9.2004), היו המקרקעין "מרקעי ציבור", ומאהר שלטענת הנتابעים עצםם, מרבית תוספות הבניה בנכס נבנו בתקופה שעדי למועד האמור (ראו חוות הדעת של מרדכי אהרון זיל שסומנה נ/1 חוות הדעת של שרון אסיף שסומנה נ/4), ספק אם ביחס לתוספות אלה יש תחוללה להוראת סעיף 23 לחוק המקרקעין.

³ לגבי קרקע מסווג מולכ נפסק, כי מאז נחקק חוק ההתיישנות, אין הנtabע בסילוק יד לצורך טענת זכות - ראו פסק דין של כבוד השופט מי לנדו בע"א 46/60 יולזרי נ' נבון, פ"ד י"ד 2199 (1960), בעמ' 2204 מול האותיות ה'-ו': "מכאן שאילו היינו דנים בתביעת סילוק יד, שהוגשה נגד המערערים שלפנינו כנתבעים, אי אפשר היה לפרש לרעתם את העובדה שטענת ההתיישנות שלהם לא הייתה מלווה טענה לזכות הקניין"; רואו ע"א 2510/98 למד שין בע"מ נ' חסיד, פ"ד נ(5) 721 (1999), בפסקה 9 לפסק דין של כבוד השופט ת' או. מנגד, ככל שהקרקעה מסווג מירוי, הדרישה להוכיח טענת זכות לפי סעיף 20 לחוק הקרקעות העותומני נותרה בעינה גם לאחר חקיקת חוק ההתיישנות - רואו ט' חבקין, **הת Yiishnunot** (הוצאת נבו, התשע"ד-2014), בעמ' 315 ומאמרו הנזכר לעיל של י' גלעד, בעמ' 198).



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 14-10-3681 זרבייב(נאמן) ואח' נ' דוויך ואח'

תיק חיצוני:

שנית, וחשוב לכך, גם אם אין שיש לבחון את תוספות הבניה כולן במנוטק מההשאלה מתי חදל המקרקעין מלהיות "מרקע ציבורי", לא יוכל לקבל את טענת הנتابעים, וזאת באשר רצונם הוא לרכוש אך חלק קטן ובלתי מהותי מהקרקעין עליהם קיים המבנה: כ – 342 מ"ר בלבד מתוך חטיבת הקרקע של ההקדש המשתרעת על פני חמישה דונם, או מתוך חלקות 95-96 שטחן יחד עולה על שלושה דונם (ראו נ/ז; יוער כי על פי חנṭען בכתב התביעה הנכש מצוי בחלוקת 96, אך הנتابעים לא הוכחו מה שטחה של חלקה זו לבדה).

כאמור, טענת הנتابעים מתייחסת לרכישת שטח של כ – 320 מ"ר⁴ בלבד בתום לב על ידי סבס המנוח מידיו של גילאליל (ראו נספח ח' וסעיף 16 לתצהירו של הנtabע מס' 1).

בהתאם לכלל הקבוע בסעיף 13 לחוק המקרקעין, אין תוקף עסקה "בחלק מסוים במקרקעין". בהתאם, נקבע כי גם רכישה כפואה של מקרקעין לפי סעיף 23 לחוק המקרקעין כפופה לכלל האמור, באופן שאין לאפשר למקומות המוחברים לרכוש חלק מהקרקעין בלבד אלא את החלקה בשלמותה (ראו מי דויטש, *קניין* (כרך א') (בורסי, תשנ"ז), עמ' 430 – 435, וכן ת.א. (מחוזי נצ') 525/98 חzn נ' חזן (28.10.2004) מפי ס' הנשיא השופטת נ' אפל-דנון; ת.א. 14-02-14 25675 זרבייב נ' רג'בי (8.6.2017) ות.א. 15-12-55978 שפרמן נ' רג'בי (19.1.2020), שנייהם מפי כבוד סגן הנשיא השופט מ' ברושטיין).

כבר מטעם זה דין טענת הנتابעים להידחות.

בקשר זה יוער, כי בחוות הדעת של השמאו מר מוחמד קיימרי לא נעשה כלל ניסיון לבחון את שווי המקרקעין בשלמותם בשעת הקמת המוחברים (ראו סעיף 10.8 בעמ' 21 לחוות דעתו של מר קיימרי, וכן עדותו בעמ' 57 ש' 12 – 13).

יתר על כן, בחוות דעתו של מר קיימרי לא נעשתה כלל בדיקה של שווי המוחברים בשעת הקמתם, בהתאם להוראת סעיף 23(א)(2) לחוק המקרקעין, אלא נערכה השוואה בין שווים של המוחברים ביום 1.10.07 לבין שווים ביום 1.10.14, בלבד, וזאת לביקורתם של הנتابעים (ראו עדותו של מר קיימרי בעמ' 56 ש' 5 וכן בעמ' 55 ש' 18 – 20, שם אישר מר קיימרי כי ניתן היה לבחון את עלות הבניה ושווי הקרקע לכל אחד מהמועדים בהם בוצעה תוספת בניה, אך הוא לא עשה כן).

⁴ או 342 מ"ר – ראו מפת המדידה שהוכנה על ידי מודד הנتابעים, מוצג ת/5; יוער כי השמאו מר קיימרי מטעם הנتابעים התייחס לגודל מגשר של 240 מ"ר – ראו חוות דעתו וכן חקירתו בעמ' 60 ש' 1 – 18.



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 3681-10-14 זרביב(נאמן) ואח' נ' דוויך ואח'

תיק חיצוני:

32. סיכומו של דבר, לאור כל האמור לעיל, אף מבלתי היידרש לשכל גרסאותיהם של הנتابעים בוגע למועדים בהם הוקמו תוספות הבניה בנכש על ידם (בHALICH הנוכחי ובהליך הקודם – ראו סעיף 136 לסיומי התובעים), ומבלתי היידרש לטענות התובעים בדבר העדר ראייה לתום ליבם של מקימי תוספות הבניה בשעת הקמתן (cdrישת סעיף 23 לחוק המקרקעין), וגילגאל בכלל זה (ראו בסעיף 141 לסיומי התובעים), אין מנוס מהקביעה ולפיה לא עלה ביד הנتابעים להוכיח את זכותם לרכוש את המקרקעין עליהם מצוי הנכס ברכישה כפויה בהתאם להוראת סעיף 23 לחוק המקרקעין.

33. לא מצאתי ממש בטענת הנتابעים לקיומה של רשות בלתי הדירה לשבתם בנכס, טענה שנطענה בשפה רפה בכתב ההגנה המתוקן מטעמים, וזאת משלא הובאו ראיות כלשהן מצדם לטענה זו.

34. התוצאה היא שההתביעה מתකבלת.

על הנتابעים לסליק ידם מהנכס, קרי, מחלוקת אדמה המצוייה בחלק הצפון-מזרחי של חלקה 96 בגוש שומה 29986, ועליה מבנה בן ארבע וחצי קומות.

לאור ההשלכה הקשה הצפואה של פסק הדין על חי הנتابעים ובני משפחתם, לא מצאתי לנכון לעשות צו להוצאות, וזאת חרף טענותיהם הנמרצות של התובעים בעניין זה.

כמו כן, ועל מנת לאפשר לנتابעים להיערך לפינוי, ואף לשקל מחדש את הצעת התובעים (כך לטענת התובעים) לקבלת פיצוי כספי, מועד הפינוי יהיה 2.8.2020.

זכות ערעור כחוק.



בית משפט השלום בירושלים

ת"א 14-10-3681 זרביב(נאמן) ואח' נ' דוויק ואח'

תיק חיצוני:

המציאות תשלח לצדים את פסק הדין.

1
2
3
4
5
6
7
8

ניתן היום, כ"ט בטבת תש"פ, 26 ינואר 2020, בהעדר הצדדים.

אורנה סנדלר-איתן, שופטת

9
10
11
12