



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט, סגן הנשיא מרדכי בורשטין

תובעים	1. אברהם שפרמן 2. מרדכי זרביב 3. הרב יצחק רלב"ג נאמני ההקדש ע"ש משה בנבנישתי ע"י ב"כ עו"ד א. סגל
--------	--

נגד

נתבעים	1. נג'אח רג'בי 2. נאסר רגבי 3. נאפזה רגבי 4. אחמד רגבי 5. עאיד רג'בי 6. נורה רג'בי 7. מנאל סאלחי 8. סמיחה גאבר 9. הנא רגאבי 10. נאנסי בכרי 11. פדאא נבהאן 12. מחמד נג'אח חסין נבהאן הנתבעים 1,5,6,9 ע"י ב"כ עו"ד מ. דחלה וא. דחלה הנתבעים 2,3,7,8,10,11,12 ע"י ב"כ עו"ד י. קעואר
--------	---

### פסק דין

תביעה אחת, מבין מספר תביעות המתנהלות בבית משפט זה, שעניינה סילוק יד בכפר השילוח – סילואן שבירושלים. מטבע הדברים ומטבעה של העיר, נטועה התביעה בהיסטוריה המורכבת והמרתקת של העיר ירושלים. טוב היה לו היו משכילים הצדדים ליישב הסכסוך בדרכי שלום.



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

### מבוא

1. הנכס שבמחלוקת נשוא התביעה הוא מבנה בן שלוש וחצי קומות, הממוקם לטענת התובעים על מקרקעי ההקדש.

בשנת 1975 היה המבנה בן שתי קומות והקומה התחתונה נמכרה, לטענת הנתבעים, לאבי הנתבע 2. בין השנים 2000-2004 בנו הנתבעים שתי קומות נוספות בנכס (ע"48).

כיום מחזיקים הנתבעים בקומת קרקע- מרתף של הנכס, בחדר בשטח של כ-20 מ"ר בקומה א ובקומות ב ו-ג בחצי הצפוני של הנכס. יתר חלקי הנכס מוחזקים ע"י התובעים או ע"י מי מטעמם (סעיף 22 לתצהיר שפרמן).

בעניין דירה אחרת, בקומה א' של הנכס, נוהל בעבר הליך בו נקבע שלאביו של הנתבע

2 אין זכויות בדירה האמורה (ת"א (שלום ירושלים) 5104/04 פלוני נ' **Blake**

**Enterprise S.A.** ואח' (29.12.11)).

2. ההקדש הוא הקדש על שם משה בנבניסטי ז"ל, אשר הוקם בשנת 1899. התובעים

הם נאמני ההקדש, אשר מונו כנאמנים, בהחלטת בית המשפט המחוזי בירושלים.

בין השנים 1882 – 1938 התגוררו במקרקעי ההקדש, עשרות משפחות יהודיות מעולי

תימן, שהגיעו ארצה החל מתקופת העלייה הראשונה, הידועה כעליית "אעלה

**בתמר"**.

בשנת 1946 ועל רקע ההסלמה במערכת היחסים בין יהודים וערבים באזור, השכירו

נאמני ההקדש את הנכסים, שעמדו במקרקעין, לאדם אחר, על מנת שישמור עליהם.

בחלוף השנים ולאחר שעברו המקרקעין לשליטת ירדן, נמכרו חלקים מהמתחם

לצדדים שלישיים. בתקופה שחלפה מאז, נתפש השטח על ידי משפחות רבות תושבי

כפר השילוח – סילואן.

יוטעם, שלאחר הקמת מדינת ישראל, נתפסו המקרקעין על ידי הממונה הירדני על

רכוש האויב. בתום מלחמת ששת הימים ועם החלת המשפט הישראלי על מזרח

ירושלים, הועברו נכסים, כדוגמת המקרקעין דן לניהולו של האפוטרופוס הכללי.

3. ביום 30.09.02 שוחרר הנכס מחזקתו של האפוטרופוס הכללי, באמצעות תעודת

שחרור. ביום 18.01.15 תוקנה תעודת השחרור וצוין בה כי היא מתייחסת גם

לחלקות 95 ו-96 בגוש שומה 29986.



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

ההקדש והמקרקעין דנן היו מושא להליכים רבים. בפרשת דוויק (ע"א 5522/12 דוויק נ' הרב יצחק רלב"ג (27.07.14) (להלן: "דוויק")) נסקרה ההיסטוריה של הנכס ותעודת השחרור. נקבע, שהנכס מצוי בחלקה 96, בתוך השטח שהקנה האפוטרופוס הכללי לנאמני ההקדש בתעודת השחרור (ראו: רע"א 1889/15 רג'אי אבו נאב ואח' נ' הרב יצחק רלב"ג ואח' (31.05.15)).

4. נאמני ההקדש נוקטים כיום בשורת הליכי פינוי כנגד מחזיקים, המתגוררים כיום בנכסים הכלולים בחלקות האמורות. בעתירה שהגישו הנתבעים דנן, ביחד עם עשרות אחרים, נטענו טענות כנגד תוקפה של תעודת השחרור, אשר הוציא האפוטרופוס הכללי לידי נאמני ההקדש (בג"צ 7446/17 מאהר סרחאן ואח' נ' האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי ואח' (21.11.18) (להלן: "בג"צ סרחאן")). בפסק הדין דחה בית המשפט העליון את העתירה וקבע כי שחרור המקרקעין עומד בתוקפו וכי הצדדים יהיו רשאים לטעון בהליכים האזרחיים באשר להסתמכות ולהתיישנות, באשר לסיווג המקרקעין ובאשר לזכויותיהם. בית המשפט העליון עמד על הקושי האנושי בפינוי אנשים שישבו על הקרקע במשך עשרות שנים ובסיפא לפסק הדין נכתב: "דומה שטוב תעשה המדינה אם תשקול במקרים המתאימים מתן מענה למי שפוננו מבתיהם. זכות הקניין היא חשובה, אך יש חשיבות גם להגנה על קורת ביתם של אנשים ולהיבטים של הסתמכות על מצב דברים". למרבה הצער, ניסיונות ליישב הסכסוך לא צלחו ואין מנוס מלהכריע.

5. התובעים טענו כי הם הבעלים של הנכס ועל כן זכאים לתבוע את סילוק יד הנתבעים. מנגד טענו הנתבעים כי התביעה התיישנה ודינה להידחות, כי התובעים לא זיהו את המקרקעין וכי יש בסיווג המקרקעין כדי להשפיע על הזכויות הנטענות של ההקדש. לחלופין, טענו הנתבעים כי קמה להם הזכות לרכוש את המקרקעין וכי אין מקום לפנותם מהנכס; נטען כי יש לדחות את התביעה מכוח עקרון תום הלב. ולחלופי חילופין, כי הנתבעים הם בני רשות בלתי הדירה.

6. הנתבעים ביקשו לזמן לעדות את מודד התובעים. אך משנמצא כי תכלית העדות היא לחקור אותו על תעודת השחרור ועל זיהוי המקרקעין, נדחתה הבקשה להעידו,



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 15-12-55978 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

זאת משום שלנוכח פסק דינו של בית המשפט העליון בעתירה, לא נדרש הצורך בעדות זאת.

בקשות רשות ערעור על החלטה זו נדחו. בית המשפט העליון שב על קביעת הבג"צ בפרשת סרחאן לפיה לא נפל פגם בתשתית העובדתית שעל בסיסה זוהו המקרקעין, נכסי ההקדש, שהוכללו בתעודת השחרור המתוקנת, ובהם מקרקעי הנתבעים וכי חוות דעתו של המודד היא חלק אינטגרלי מהתשתית העובדתית. בבית המשפט המחוזי נקבע כי פסק הדין שניתן על ידי בית המשפט הגבוה לצדק מהווה השתק פלוגתא לעניין תוקפה של תעודת השחרור וזיהוי המקרקעין (רע"א 2464/19 נג'אח' רג'בי ואח' נ' אברהם שפרמן ואח' (18.07.19); רע"א 38135-01-19 נג'אח' רג'בי ואח' נ' אברהם שפרמן ואח' (06.03.19) והאסמכתאות שם).

### זיהוי המקרקעין

7. השאלה הראשונה שיש לבחון היא שאלת זיהוי המקרקעין. הנתבעים טענו כי התובעים לא עמדו בנטל ולא הוכיחו שהמקרקעין נכללים בשטר ההקדש ובתעודת השחרור. דין הטענה להידחות.

8. ראשית, בהליך האחר, שבו נדונה דירה הממוקמת בקומה א' של הנכס נקבע שהנכס מצוי בחלקות 95 – 96. ערעור על כך נדחה (ת"א (שלום ירושלים) 5104/04 פלוני נ' **Blake Enterprise S.A.** ואח' (29.12.11); ע"א 34002-05-12 פלוני נ' **Blake Enterprise S.A.** ואח' (10.06.12)). הדבר מעיד על כך שהנכס דן, הקשור לדירה האמורה, מצוי בתוככי החלקה הרלבנטיים. הנתבעים אישרו זאת הלכה למעשה בעדותם, כמפורט בסעיף 14 לסיכומי התובעים שבו פורטו גם עדויות הנתבעים בתיק. קיימת קרבה, בין הנתבעים, לבין הצד להליך האמור (אביו המנוח של הנתבע 2), שיש בה כדי להקים השתק וזאת מעבר לאישור הנתבעים במהלך הדיון.

9. שנית, בעתירה שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה למעשה טענת הנתבעים כי הם לא גרים במקרקעין המתוארים בשטר ההקדש (ראו: סעיף 21 לפסק הדין בבג"צ סרחאן). נקבע כי העותרים לא הצביעו על ראיות שהיה בהן כדי לסדוק את חזקת התקינות בכל הנוגע לשאלת הזיהוי של המקרקעין (סעיף 53 לפסק הדין).





## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

- פסק דינו של בית המשפט העליון מקים השתק פלוגתא בנוגע לזיהוי המקרקעין. גם מטעם זה יש לדחות את טענות הנתבעים באשר לזיהוי הנכס ובאשר לבעלותם (ראו והשוו: ע"א 4126/05 סולימן דרויש חג'אזי נ' עמותת ועד עדת הספרדים ואח' (20.06.06); ע"א 7210/00 רפאל דנה ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' פד נו (6) 476, 468).
10. **שלישית**, שמאי הנתבעים, אישר בחוות דעתו ובעדותו, שהנכס מצוי בחלקה 95 או 96 (ע' 64 ש' 18). עדות זו מייתרת הצורך להוכיח את גבולות החלקה מארבעת רוחות השמיים (ראו והשוו: ע"א 1397/92 משה דוד לוי ואח' נ' ווקף חסן אלחוסייני ואח' פ"ד נא (2) 231).
11. **רביעית**, המודד יצחק אברבוך, מומחה מטעם הנתבעים, סמך את חוות דעתו על חוות דעת ורזגר ועל חוות דעת מפענח תצלומי אוויר, שרון אסיף, אשר קבעו כי המבנים ממוקמים בחלקות 95 ו-96.
12. **חמישית**, בתביעה אחרת שהתנהלה בין ההקדש לבין אחרים, נקבע כי יש בקביעה הפוזיטיבית שהתנהלה בהליך אחר בת"א 9403/07, לפיה התובעים הם בעלי הזכויות בחלקות 95 ו-96, משום משקל ראיתי. בנוסף נקבע כי תעודת השחרור "פושטת את הספק" ומלמדת כי חלקות 95 ו-96 נכללות בשטח ששוחרר לידי ההקדש והתובעים דן וכי הזכויות במקרקעין הם של התובעים (ע"א 8932-07-14 רלב"ג ואח' נ' אבו נאב ואח' (10.02.15)). בקשת רשות ערעור על פסק הדין האמור נדחתה. נקבע כי תוצאת פסק הדין "מיישרת קו" עם תוצאת פסק הדין בפרשת דוויק (רע"א 1889/15 אבו נאב ואח' נ' הרב יצחק רלב"ג ואח' (31.05.15)). דברים אלו שנאמרו תומכים אף הם במסקנה שהתובעים הם בעלי הזכויות בחלקות 95 ו-96.
13. **שישית**, בספרי מס רכוש נרשם שמו של ההקדש כבעלים. כך גם נרשם בפנקס ההקדשות (נספחים ו', ח' לתצהיר שפרמן). יצוין שבספרי מס שבח ההיסטורי נרשם, כי הקרקע היא בבעלות יהודים ובניהול הממונה על נכסי האויב. רישומים אלו לא נסתרו והנתבעים לא פעלו לתיקון הרישומים והדבר פועל לחובתם.



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

14. מכלול הראיות המהימנות שפורטו לעיל מבסס את המסקנה שהמקרקעין, מושא הליך זה, כלולים בשטר ההקדש (ראו והשוו: ע"א 7210/00 רפאל דנה ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' פ"ד נז(6) 468, 477; ע"א 4126/05 סולימאן דרויש חג'אזי נ' עמותת ועד עדת הספרדים ואח' (20.06.06)). המסקנה הנובעת מהאמור היא שהתובעים הם בעלי הזכויות במקרקעין ועל כן יש לבחון את תביעת הפינוי שהוגשה.

### סיווג המקרקעין

15. הנתבעים טענו כי המקרקעין סווגו בתקופה העות'מאנית כמקרקעין מסוג מירי, וכך אף נרשמו בפנקס השטרות. התובעים טוענים מנגד כי הקרקע היא מסוג מולכ.

לשאלת סיווג המקרקעין יש בכדי להשפיע על שאלת הזכויות הנתבעות, שכן לטענת מומחה הנתבעים לא ניתן להקדיש קרקע מסוג מירי, אלא אם יינתן צו מטעם הסולטן למקדיש הממיר את סיווג המקרקעין, שאם לא כן ניתן להקדיש רק את המחוברים. מאחר שלטענת הנתבעים המחוברים שהוקדשו אינם קיימים עוד, מתבטלת הקדשתם (על האפשרות להקדיש חלקה בקרקע מסוג מירי - ראו: ע"א 1236/92 לוי ואח' נ' ווקף חסן אלחוסייני ואח' פ"ד נ"א (2) 231, 238).

בבית המשפט העליון, טענה המדינה כי המקרקעין מצויים על הקרקעות מסוג מירי " שהן בבעלות הריבון, כך שלא ניתן להקדיש את המקרקעין עצמם בהקדש "אמיתי" (ווקף סחיחה) בהיעדר צו סולטאן המשנה את סיווגן לקרקעות מסוג "מולכ". אולם, כך נטען, הקרקעות הוקדשו בדרך של הקדש "לא אמיתי" (ווקף ע"ר סחיחה), החל על השימוש במקרקעין ועל הפירות הנובעים מהם. המדינה מדגישה כי במקרה דנן שחרור המקרקעין נעשה בהתאם לעמדה זו, כך שתעודת השחרור מקנה לבעלי ההקדש את הזכות לעשות שימוש בנכס. לצד זאת, הוטעם כי "אין ההחלטה לשחרר משנה את מצב הבעלות במקרקעין, אלא מדובר בהחלטה על העברת האחריות, אשר הייתה מצויה בידי האפוטרופוס על זכות מסוימת במקרקעין, לידי הזכאי להחזיק בה". (בג"צ 7446/17 שם פסקה 30)



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

בהמשך, טענה המדינה בבית המשפט העליון: "המקרקעין מושא העתירה סווגו מחדש בראשית שנות ה-50 למאה הקודמת כמקרקעין מסוג מולכ, במסגרת חוק מס' 41 של הממלכה הירדנית משנת 1953, המכונה "חוק הפיכת הקרקעות מסוג מירי למולכ" (להלן: חוק הסיווג הירדני). אמנם, כך נטען, החוק האמור לא נקלט אל המשפט הישראלי, אולם תוצאותיו במישור הזכויות והחובות במקרקעין מוסיפות להתקיים בהתאם לעקרונות המשפט הבינלאומי הפומבי. לגישת המדינה, השינוי האמור בא ללמד כי הזכויות שהועברו מהאפוטרופוס הכללי לידי נאמני ההקדש כוללות אף זכות בעלות בגוף המקרקעין, ללא קשר למחוברים. לצד זאת, הודגש על ידי המדינה כי לעניין שחרור המקרקעין ממילא אין נפקות לסיווג המקרקעין – שכן משמעות השחרור היא "שחרור הזכויות אשר היו מצויות בידי המשחרר, קרי, האפוטרופוס הכללי, לידי מי שמוכיח כי הוא הבעלים של הזכויות במקרקעין או נאמן ההקדש שלו הוקדשו המקרקעין". זאת, גם אם מדובר בזכויות הפחותות מבעלות מלאה (בהנחה שמדובר בקרקע מסוג מירי) וגם אם מדובר בזכות בעלות לכל דבר ועניין (בהנחה שמדובר בקרקע מסוג מולכ)"(שם, פסקה 38 (הדגשה לא במקור- מ.ב.)).

16. מומחה הנתבעים, עורך דין בשיר אישר שבשנות ה-50 הורחב תחום השיפוט של ירושלים באופן שכלל גם את הכפר סילואן (ע' 76 ש' 29-30) ומכאן שהחוק הירדני ששינה את סיווג המקרקעין חל גם על המקרקעין דן. מומחה הנתבעים, המודד אברבוך אישר אף הוא שמפה משנת 1926 (ת/17), מלמדת שהכפר סילואן היה בתוך הגבול המוניציפלי של העיר ירושלים (ע' 87 ש' 1-14). מכאן שאין בנספח ג' לסיכומי הנתבעים-העתק רישומים של הממשל הירדני כדי לסייע לנתבעים, לאחר העדות המפורשת של המומחים מטעמם.

17. טענות התובעים וטענות המדינה היו ידועות לנתבעים, אך אלה בחרו שלא לטעון בעניין זה, אלא בסיכומים. יוטעם שדי באישור המומחה עורך דין בשיר כדי להוביל למסקנה שמדובר במקרקעין מסוג מולכ. הנתבעים לא הוכיחו שכל המבנים של ההקדש נהרסו (ראו בעניין זה: גם את הנטען בסעיף 12 לסיכומי התשובה) ומסיבה זו הושבה הקרקע לסולטן ולא הוכח כי הסולטן או הריבון בקרקע נטל את הקרקע מההקדש.



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 15-12-55978 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

מהטעמים האמורים לעיל, מאחר שלפי החוק הירדני הפכה קרקע מסוג מירי לקרקע מסוג מולכ בשטח האמור ומאחר שלא הוכח שכל המבנים שהוקדשו נהרסו, מתבקשת המסקנה כי הזכות שהועברה מהאפוטרופוס הכללי, לידי התובעים, כוללת גם זכות בעלות בגוף המקרקעין, ללא קשר למחוברים וכי אין כל מניעה להקדיש הקרקע ומכאן שלא יכול להיות עוררין על זכאות התובעים כנאמנים במקרקעי ההקדש.

### התיישנות ומקרקעי ציבור?

18. התובעים טענו כי מאחר שמקרקעי ההקדש הוקנו לאפוטרופוס הכללי בשנים 1967 – 2002 עסקינן במקרקעי ציבור, כמשמעם בסעיף 107 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "החוק"; "חוק המקרקעין") ועל כן לא תחל תקופת התיישנות לפני היום שנרשמו על שם בעליהם, כמפורט בסעיף 113 (ב) לחוק. התובעים טענו גם כי הנתבעים לא הוכיחו שחזקתם בקרקע נוגדת וכי קמה להם זכות בקרקע.

19. הנתבעים טענו כי לא מדובר במקרקעי ציבור, כי התביעה התיישנה, מאחר שהם מחזיקים בנכס במשך עשרות שנים החל משנת 1975 ונוהגים בו מנהג בעלים וכי המנוח עוואד רג'בי בנה שתי קומות נוספות, התגורר והחזיק בהן ביחד עם הנתבעים ואף נהג בהם מנהג בעלים כלפי כל העולם.

20. השאלה שיש לבחון עתה היא האם עסקינן במקרקעי ציבור אם לאו, שכן במקרקעי ציבור קבועה הוראה מיוחדת.

סעיף 113 (ב) לחוק המקרקעין קובע כי: **"במידה שלפי חוק זה חלה התיישנות במקרקעי ציבור שאינם מקרקעי יעוד, לא תתחיל תקופת התיישנות לפני היום שנרשמו על שם בעליהם"**.

תקופת התיישנות נמנית לפי החוק המיוחד הוא חוק התיישנות, התשי"ח-1958 או חוק המקרקעין, לפי העניין. על כן, תקופת הנפקדות של הבעלים הרשומים לא מפסיקה את מרוץ התיישנות (ע"א 69/85 יחזקאל להבי ואח' נ' רשות הפיתוח ואח' פ"ד מ(3624), 632; ראו גם ע"א 3151/90 שאול אלפי נ' רשות הפיתוח מינהל מקרקעי ישראל (25.08.92) שם נקבע שמשמעות המילים לפי חוק זה בסעיף 113 (ב)







## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

לחוק המקרקעין היא לאותן הוראות בחוק המקרקעין הקובעות אימתי יחולו דיני ההתיישנות).

קיימת מחלוקת בעניין תחולת הסעיף על מקרקעין לא מוסדרים.

מחד קיימת דעה כי "חוק המקרקעין אינו פוגע בדיני התיישנות במקרקעין לא מוסדרים, ככתוב בו בסעיף 162 (2), ולכן במקרקעין לא מוסדרים אין סעיף 113 (ב) חל ולכן יש התיישנות נגד המדינה גם אם אינם רשומים". (פ.אלבק, ר. פליישר דיני מקרקעין בישראל (תשס"ה) 164) (הדגשה לא במקור-מ.ב.).

דעה אחרת לעניין הוראות המעבר היא של פרופ' יהושע וייסמן ז"ל, אשר סבר שסעיף 113 (ב), יחול גם על מקרקעין לא מוסדרים, שכן המחוקק הניח "כי חוק המקרקעין השאיר לפליטה מצבים מסוימים שעליהם יחולו דיני התיישנות כפי שהיו בתוקף ערב חקיקת חוק המקרקעין, ועל מצבים אלה החיל את ההוראה האמורה בו, שאם לא נאמר כן לא יאמר סעיף 113 דבר, ולעולם לא יבוא לכלל תחולה" (י. וייסמן "התיישנות והמדינה" משפטים יד (תשמ"ד) 3, 12; ח. זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל (תשס"א) 362-364).

21. קבלת פרשנות התובעים לפיה יש מקום להרחיב את המונח מקרקעי ציבור, גם למקרקעין שהיו בניהולו של האפוטרופוס הכללי, יש בה כדי להרחיב יתר על המידה את ההגנה מפני התיישנות, באופן המשפיע השפעת יתר על זכויות הצדדים. מאחר שגם פרופ' וייסמן, מסכים שסוגיית התיישנות במקרקעין שאינם מוסדרים ממשיכה להיות מוסדרת על פי הדין שהיה בתוקף ערב חקיקת חוק המקרקעין (וייסמן שם 8), יש להעדיף פרשנות מצמצמת של המקרים שבהם יעשה שימוש בהרחבת הוראת התיישנות המוקנות בסעיף 113 למדינה ואין מקום להרחיבה גם למקרקעין שהיו מוחזקים על ידי האפוטרופוס הכללי.

האפוטרופוס הכללי קונה זכות לא רק במקרקעין שהיו מוקנים לבעלותו של הממונה הירדני על רכוש האויב, אלא גם במקרקעין שלא היו בבעלותו, כי אם בהחזקתו או בניהולו בלבד. זאת בהתאם להוראת סעיף 5 (א) לחוק סדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970 (ע"א 499/78 מוחמד עמראן נבולסי נ' מועצת בתי העלמין היהודיים, ירושלים פ"ד לג (3) 679).



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

האפוטרופוס מנהל אפוא את הנכסים ואין בהחזקתו בנכסים כדי להוביל למסקנה שמדובר במקרקעי ציבור (ראו והשוו : בג"צ 3103/06 שלמה ולרו ואח' נ' מדינת ישראל ואח' (06.02.11)).

22. אמנם, במקרה אחד נפסק כי מקרקעין של הקרן הקיימת לישראל שטרם נרשמו על שמה, הם בגדר מקרקעי ציבור ואולם באותו עניין, נרכשה הבעלות מהחברה להתיישבות יהודים בארץ ישראל (פיק"א) של הברון אדמונד דה רוטשילד. הנכס שנרכש הועבר בשנת 1975 בהעברה ללא תמורה לקק"ל. עם זאת, יש להביא בחשבון שמאחר שבשנת 1957, פורקה חברת פיק"א ונכסיה הועברו למדינת ישראל (דברי הכנסת 2475 (22.07.57)), היינו לפני חקיקת חוק המקרקעין, כי אז יש לאבחן בין נכסים אלו, לנכסים של אחרים, אשר לא הוקנו קודם חקיקת החוק למדינה או לקק"ל. שאם לא כן, תהיה המדינה רשאית לקבל ללא תמורה כל נכס מאדם פרטי ובכך יעמוד לה יתרון שלא היה לאותו אדם ולא לכך התכוון המחוקק (ראו והשוו : ת"א (מחוזי ירושלים) 133/87 קרן קיימת לישראל נ' אלעבאסי (12.02.92)).

23. מכאן, שלא עסקינן במקרקעי ציבור ועל כן אין תחולה להוראות סעיף 113(ב) לחוק ועל כן יש לבחון את דיני ההתיישנות בנוגע למקרקעין לא מוסדרים.

### האם הנתבעים החזיקו חזקה נוגדת?

24. תקופת ההתיישנות במקרקעי מולכ היא 15 שנים. אמנם, התובעים טוענים כי מרוץ ההתיישנות מתחיל רק מיום 30.09.02, הוא המועד שבו הושבו המקרקעין להקדש. מאחר שהאפוטרופוס הכללי החזיק במקרקעין ומאחר שקיים הסדר מיוחד לעניין התיישנות במקרקעין, יש לבחון את ההתיישנות מאז שהנתבעים החזיקו בקרקע. יצוין כי על הנתבעים הנטל להוכיח שהם מחזיקים בקרקע חזקה נוגדת. דהיינו עליהם להוכיח שהחזקתם אינה נובעת מזכות הבעלים- התובעים, אלא נוגדת אותה וכי ההחזקה היא מכוח טענת זכות בעלות של מחזיק. עמד על כך לפני שנים רבות כב' השופט זילברג: "הלכה רווחת היא, כי אין שומעין לטענת התיישנות - גם לא לגבי נכסי מולק על פי סעיף 1660 של המגילה - אלא אם כן הוכיח הנתבע כי החזיק בנכסים הנתבעים, במשך כל תקופת ההתיישנות, חזקה נוגדת לתובע, כלומר: חזקה המוציאה, או מסלקת, את חזקתו של זה. וכך



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

נאמר בספרם של גודבי-דוכן, משפט הקרקעות בארץ-ישראל, עמוד 253, במקום בו נדונה שאלת ההתיישנות של תביעת נכסי מולק. על-פי סעיף 1660 (והבאים אחריו) של המג'לה: "מותר להניח בבטחה, כי תביעה להחזרת נכסי-דלא-ניידי תהא נחשמת על-ידי עבירת הזמן הקבוע, רק אז, אם חזקתו של הנתבע היתה נוגדת לתובע, כלומר: אם הנתבע החזיק (בנכסים) כבעלים, בדרך המוציאה את חזקתו של התובע." ובעמוד 256 של אותו ספר כתוב לאמור: ".....נראה הדבר, כי אם הנתבע אינו יכול להוכיח את חזקתו הוא, הנוגדת לתובע, במשך כל תקופת ההתיישנות, הגנתו פסולה. יוצא, איפוא, כי גם אם התובע היה למעשה שלא בחזקת הנכסים במשך הזמן הקבוע, הוא, למרות זה, יזכה בתביעתו, אם אך הנתבע המוחזק לא החזיק בנכסים, בניגוד לתובע, כל ימי התקופה הקבועה." כלל העולה, כי הנתבע הנדרש להחזיר את הנכסי-דלא-ניידי מסוג מולק המוחזקים בידו, אין שומעין לטענת ההתיישנות שלו, אלא אם כן הוכיח כי החזיק בהם, חזקה נוגדת, במשך חמש-עשרה שנה" " (ע"א 27/49 מרדכי לבנון נ' אברהם אלמליח פ"ד ג 68, 73-74).

25. הנתבעים לא הוכיחו שהחזיקו חזקה נוגדת ולא הוכיחו שהחזקה הייתה על אפם וחמתם של התובעים או של האפוטרופוס הכללי שהחזיק בנכס קודם לכן (ראו ע"א 693/04 כאיד אל קימרי ואח' נ' חמיס מוחמד חוסיין אל קימרי ואח' (28.09.17)). נטל ההוכחה, החל בעניין מקרקעין לא מוסדרים, הוא על הטוען להתיישנות. זאת בהתאם לפי הדין העות'מאני (ראו: ט. חבקין התיישנות (תשע"ד) 311). משמעות חזקה נוגדת היא שאינה באה מכוח זכות בעלות של היריב (ע"א 223/52 גרייבר נ' גרין פ"ד ט 47, 51).

הנתבעים טענו כי הם יורשים של המנוח עווד רג'בי, אשר רכש חלק מהמקרקעין, שעליהן היו בנויות שתי קומות בשנת 1975 וכי הוא רכש את המקרקעין בשנת 1975. הנתבע 2 העיד שהנכס נרכש בשנת 1975 ממוחמד מרגי (ע' 45), כי בין השנים 2000-2004, נבנו שתי קומות נוספות בבניין (ע' 48) וכי מי שבנה את הקומה הראשונה של הבניין הוא סודכי רג'בי, אשר הלך לעולמו (ע' 48).

26. הנתבעים לא העידו את יורשי המוכר ולא הוכיחו שהם רכשו את הזכויות בנכס כנטען על ידם.





## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 15-12-55978 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

יצוין כי למעשה לנתבעים לא יכולה להיות חזקה נוגדת בקרקע. כאמור, בשנת 1946, על רקע ההסלמה במערכת היחסים בין יהודים וערבים באזור-השכירו נאמני ההקדש את הנכסים שעמדו במקרקעין לאדם בשם ג'לאג'יל, במטרה שישמור עליהם. זאת באישור רבנות העיר ירושלים. בחלוף השנים, לאחר שעברו המקרקעין לשליטת ירדן, מכרו ג'לאג'יל ואשתו חלקים מהמתחם לצדדים שלישיים (בג"צ סרחאן פסקה 7; פרשת דוויק פסקאות 2-3).

במצב דברים זה ממילא החזקת הנתבעים במקרקעין, ככל שהיא על פי ההסכם הנטען על ידם, היא למעשה מכוחו של אותו הסכם שנחתם עם ג'לאג'יל שיש בו משום הודאה בזכות הבעלות של התובעים. ממילא אין החזקת הנתבעים בנכס יכולה לעלות כדי חזקה נוגדת (ע"א 223/52 מנחם גרייבר נ' זליג גרין פ"ד ט 47).

27. מהראיות שהוגשו עלה כי קומת הקרקע עמדה ריקה ולא הייתה מאוכלסת במשך תקופה, כעולה מחוות דעת השמאי (ע' 69-70) ובנוסף הודה הנתבע 2 כי לא גר כל התקופה בקומת הקרקע שכן הוא גר תקופה בבית חנינה (ע' 52) וכן במספר בתים בהם התגורר בשכירות בסילואן ובכפר עקב (ע' 53-54). הנתבעים גם לא הגישו ראיות להוכחת החזקה הרציפה בנכס, כדוגמת חשבונות ארנונה, חשמל, מים. הנתבעים גם לא הוכיחו שיש להם זכויות בקומות העליונות של הנכס, שכן הסכם הרכישה, עליו מנסים הנתבעים להסתמך בטענותיהם, לא כלל זכויות בקומות העליונות של המבנה (ראו: ת/6, ת/7).

זאת ועוד, המנוח עוואד רגבי, אביו של הנתבע 2 לא טען בשעתו וממילא אף לא הוכיח שהוא רכש זכויות (ראו: עיקרי הטיעון של המנוח בתיק 12-02-34005-ת/3).

28. מכאן, שהנתבעים לא הוכיחו החזקה נוגדת בנכס ועל כן לא הוכיחו את טענת ההתיישנות.





## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

### בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

29. סעיף 23 לחוק המקרקעין, קובע:

"(א) הוקמו המחוברים במקרקעין לא-מוסדרים, זכאי המקים לרכוש את המקרקעין במחיר שווים בלי המחוברים, בשעת תשלום המחיר, אם נתמלאו שלושה אלה:

- (1) המקים סבר בתום-לב בשעת הקמת המחוברים כי הוא בעל המקרקעין;
- (2) הסכום שהשקיע המקים במחוברים עלה, בשעת הקמתם, על שוויים של המקרקעין בלי המחוברים באותה שעה;
- (3) רכישת המקרקעין על ידי המקים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שווים כדי לפצותו עליו.

(ב) ההוצאות הקשורות ברכישת המקרקעין לפי סעיף זה - לרבות כל מס, אגרה ותשלום-חובה אחר המשתלמים אגב העברת מקרקעין, אך למעט תשלום המגיע בעד תקופה שלפני הקמת המחוברים - יחולו, על אף האמור בכל דין, על המקים.

(ג) זכויות המקים לפי סעיף זה עדיפות על זכויות בעל המקרקעין לפי סעיף 21."

הנתבעים טענו כי הם זכאים לרכוש את המקרקעין, מאחר שהנתבעים ואבי הנתבע 2, סברו בתום לב כי הקרקע עליה בנוי הנכס היא בבעלותם. על בסיס סברה זו בנו הנתבעים בנכס. נטען שקיים פער ממשי בין שווי המקרקעין לבין עלויות הקמת המחוברים. הנתבעים טענו גם כי יש לדחות את התביעה מכוח עקרון תום הלב, בהתחשב בעוצמת הזכות הקניינית שנפגעה, בכך שמדובר בפלישה לשטח קטן ממכלול המקרקעין שעליהם טוען ההקדש לבעלות, 130 מ"ר מתוך כ-5000 מ"ר, כי הנתבעים רכשו את הבית במיטב כספם, נולדו וחיו בו, בעוד שהנתבעים ישבו בחיבוק ידיים במשך שנים רבות ולא נקטו בכל פעולה כדי ליידע את הנתבעים לגבי זכויותיהם הנתבעות.

30. התובעים טענו כי המקרקעין נכללים בהגדרת מקרקעי ציבור, שבהם לא חל סעיף 23 לחוק (ראו סעיף 112 לחוק).



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

יש לדחות טענה זו, שכן המקרקעין אינם בגדר מקרקעי ציבור, בפרט שעה שהאפוטרופוס אינו מחזיק בהם (ראו בעניין זה: סעיפים 18-23 לעיל).

31. על הנתבעים להוכיח שלשה תנאים – תום לב של המקים, היחס בין השקעות המקים לשווי המקרקעין וכי רכישת המקרקעין לא תגרום לבעל המקרקעין נזק חמור. לגוף טענת הנתבעים באשר לבנייה במקרקעי הזולת, יש לציין שהמקרקעין של ההקדש פרוסים על שטח רב, של כ-5,000 מטר מרובע הכוללים את חלקה 95 ו-96. סעיף 13 לחוק המקרקעין קובע ש: **"עיסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, ואין תוקף לעיסקה בחלק מסויים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת"** ועל כן סעיף 23 לחוק המקרקעין מתייחס לחלקה הנדונה כיחידה שלמה. **"אין הצדקה להקנות למקים זכות משפטית העולה בהיקפה על הזכות אשר הוא סבר בטעות כי נתונה לו"** (ראו: מ. דויטש קניין (כרך א, תשנ"ז) 435; ראו גם: ת"א 25675-02-14 מרדכי זרביב ואח' נ' עדנאן רג'בי ואח' א, מכאן, שלא ניתן להחיל את הוראת סעיף 23 לחוק, מאחר שאין מדובר ביחידה שלמה, אלא בחלק מחלקה גדולה. די בטעם זה כדי להוביל לדחיית טענות הנתבעים בעניין זה.

32. יצוין כי הנתבעים בנו את שתי הקומות העליונות בשנים האחרונות על המקרקעין אף שקיימות ראיות לפיהן לא הייתה להם כל זכות לבנות קומות נוספות. מכאן שלא ניתן לייחס כל תום לב לנתבעים בכל הקשור לבניית שתי הקומות העליונות, שכן הם בנו את שתי הקומות העליונות, שעה שהיה ברור להם כי הם לא זכאים לעשות כן (ראו: ת/7). זאת מבלי להיכנס לשאלת חוקיות הבנייה ולדין המבנה בהתייחס לקומות אלה שנבנו ללא היתר בנייה.

קומת המרתף לא נבנתה על ידי הנתבעים, אלא על ידי אחר. הנתבעים לא העידו את יורשיו של אותו אחר ולא הוכיחו את תום ליבו בעת ההקמה. הנתבעים גם לא הוכיחו את תום ליבם, בכך שלא הוכיחו שסברו שרכשו זכויות במקרקעין ולא דירה.

33. שווי ההשקעות לא יכול לעלות על שווי המקרקעין, שכן יש לבחון את שווי החלקה כולה ולא רק את השטח הפיזי שעליו נעשתה הבנייה. (דויטש שם 435).



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

הודיית הנתבעים כי מרבית ההשקעות שהושקעו בנכס הן בשתי הקומות העליונות שנבנו בשנים האחרונות, מקהה מניה וביה את זכאותם הנטענת לפי סעיף 23 לחוק. שכן, כאמור בניה זו נעשתה ללא היתר ובכך נטלו הנתבעים סיכון על עצמם ואינם זכאים לדרוש לרכוש את המקרקעין. יצוין כי הסעיף מתייחס לתום לב בשעת הקמת המחברים. מאחר שהסתבר כי לנתבעים לא הייתה זכות שימוש בגג גם לשיטתם, ממילא לא הוכח כי הקומות העליונות נבנו בתום לב וכי שווי ההשקעות שהוצא בתום לב עולה על שווי המקרקעין.

קבלת טענות הנתבעים גם תגרום לנזק חמור לתובעים, שכן ככל שתתקבל עמדת הנתבעים, לא יוכלו התובעים לעשות שימוש בכלל החלקה ולממש את מטרות ההקדש כמפורט בראיותיהם ובכך אף יאבדו את מקרקעי ההקדש ששטחם הוא כ- 5000 מ"ר.

הלכך, יש לדחות את עתירת הנתבעים לרכוש את המקרקעין.

### תום לב

34. הנתבעים טוענים שיש לדחות את התביעה מכוח עקרון תום הלב, שכן הם רכשו את הזכויות לפני שנים רבות, עשו שימוש בלתי מופרע במקרקעין וקבלת התביעה תעורר תחושה של חוסר איזון וחוסר הגינות אשר אינה מתיישבת עם עקרון תום הלב.

טענות אלה לא נטענו בכתב ההגנה. מכל מקום, עקרון תום הלב, אינו מאפשר במקרה דנן להיעתר לבקשת הנתבעים.

**ראשית**, הנתבעים בחרו לבנות שתי קומות נוספות בנכס ללא היתר בנייה.

**שנית**, השיקולים שפורטו לעיל לעניין בנייה במקרקעי הזולת יפים לעניין זה.

**שלישית**, בית המשפט מודע היטב לכך שהתוצאה אינה נוחה לנתבעים, אך יש להעדיף במקרה דנן את זכות הקניין. לבית המשפט שיקול דעת אם ליתן סעד מכוח זכות הקניין שאינה זכות מוחלטת, אך נסיבות המקרה דנן והקביעות באשר לתום הלב של הנתבעים, אינן מאפשרות שלא ליתן סעד קנייני במקרה דנן.

35. יוטעם גם כי התובעים שבו והדגישו כי הם מוכנים לפצות את הנתבעים בפיצוי כספי לפני משורת הדין ומבלי שניתן יהיה לפרש את הפיצוי כהודאה בזכויות הנתבעים או אחרים, אך הנתבעים לא הסכימו לכך.



## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

אין בפסק דין זה כדי למנוע מהתובעים לשקול להעניק פיצוי לנתבעים ובכך תחושת חוסר האיזון וההגינות הנטענת תבוא על מקומה בשלום. בצד זאת, יש לחזור על דברי בית המשפט העליון לפיה "**טוב תעשה המדינה אם תשקול במקרים המתאימים מתן מענה למי שפוננו מבתייהם**" (בג"צ 7446/17 שם, פסקה 61) ויש לקוות שכך אכן ייעשה.

### רשות בלתי הדירה?

36. הנתבעים טענו כי התובעים ידעו שהם מחזיקים בנכס, כי מרבית ההשקעות בנכס בוצעו אחרי שנת 2002, תוך שהתובעים יודעים על מעשה הנתבעים; מאחר שהם שינו את מצבם לרעה בהסתמך על שתיקת התובעים, קמה להם רשות בלתי הדירה לטענתם.

אף שלא כל הנתבעים טענו טענה זו בכתב ההגנה, דין הטענה להידחות. הנתבעים טוענים כי הם מחזיקים במקרקעין מאז שנת 1975, היינו לאחר כניסת חוק המקרקעין לתוקף.

סעיף 161 לחוק המקרקעין שלל זכויות שביושר וקבע באופן מפורש כי "**מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק**".

מכאן, שלא יכולה לקום זכות רשות בלתי הדירה לאחר חוק המקרקעין. עם זאת, הפסיקה המשיכה להכיר ברישיון בלתי הדיר (ע"א 7139/99 יובל אלוני נ' אליעזר ארז ואח' פ"ד נח (4) 27, 35 והאסמכתאות שם), אך יש לנהוג במשנה זהירות ביחס לקביעה כי רשות היא בלתי הדירה ומסקנה בדבר זכות שכזו תוסק אך במקרים חריגים ויוצאי דופן (ע"א 6757/13 מרים אביטס נחום ואח' נגד מדינת ישראל- רשות הפיתוח (19.08.15)). די בעצם הגשת התביעה כדי להוות הודעה שאפילו אם ניתנה רשות מכללא להחזקה במקרקעין- מבוטלת הרשות (ע"א 32/77 אליאסף טבוליצקי נ' בית כנסת ובית מדרש החסידים פ"ד לא(3) 210, 217). הנתבעים לא עמדו בנטל ההוכחה המחמיר על מנת לבסס נסיבות המצדיקות הכרה ברישיון בלתי הדיר במקרקעין.

על כן יש לדחות את טענתם בנדון (רע"א 5312/12 רוברט שלום ואח' נ' מנחם כרסנטי (30.10.13)).







## בית משפט השלום בירושלים

ת"א 55978-12-15 שפרמן ואח' נ' רג'בי ואח'

תיק חיצוני:

### סוף דבר

37. מהטעמים שפורטו לעיל יש להעדיף את זכות הקניין של התובעים על זכות הנתבעים ועל כן דין התביעה להתקבל.  
מורה לנתבעים לסלק ידם מהנכס נשוא התביעה עד ליום 01.07.20.  
במכלול הנסיבות ולנוכח עמדת התובעים לעניין פיצוי לפנים משורת הדין לא ייעשה צו בדבר הוצאות.

ניתן היום, כ"ב טבת תש"פ, 19 ינואר 2020, בהעדר הצדדים.

מרדכי בורשטין, שופט, סגן הנשיא

