

בית משפט השלום בירושלים

ת"א 34600-03-10 נחלת שמעון בע"מ נ' דג'אני ואח'

ת"א [34421-03-10](#) נחלת שמעון בע"מ נ' דאהודי ואח'

ת"א [9938/09](#) נחלת שמעון בע"מ נ' עארף ואח'

בפני כב' השופטת מרים ליפשיץ-פריבס

נחלת שמעון בע"מ

תובעת
ע"י ב"כ עו"ד אילן שמר

נגד

נתבעים בת"א [9938/09](#)

נתבעים בת"א [34600/03/10](#)

1. חמאד עארף
2. נפוז דמירי חמאד
3. חמאד ג'עפר
4. נוזהרה חמאד
5. טארק חמאד
6. מייסון חמאד
7. ג'אד חמאד
8. רים חמאד
9. מוחמד חמאד
10. רוז חמאד
11. יאסין אתחיד
12. יאסין עבד אל ראוף

1. פואזי דג'אני
2. מוסא דג'אני
3. האלה דג'אני
4. חוסאם דג'אני
5. ראמי דג'אני
6. דאוד דגאני
7. גיהאד דגאני
8. ג'דיר דגאני

9. מונא דג'אני
10. נדא נג'אני
11. מוחמד דג'אני

נתבעים בת"א 34421/03/10

1. באקיזה דאהודי
 2. פריד דאהודי
 3. עבד דאהודי
 4. עדנאן דאהודי
 5. אוסאמה דאהודי
 6. עדלי דאהודי
 7. איעד דאהודי
- כלל הנתבעים ע"י ב"כ עוה"ד סלאח חוסיין וסאמי ארשיד

חקיקה שאוזכרה :

- [חוק הסדרי משפט ומינהל \[נוסח משולב\], תשל"ל-1970: סע' 5 \(א\)](#)
[חוק הגנת הדייר \[נוסח משולב\], תשל"ב-1972: סע' 131, 131.1., 131.3., 131.5, 132](#)
[חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: סע' 16, 125 \(ב\)](#)
[חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958: סע' 2, 3, 5 \(2\), 9](#)

ספרות:

- [נינה זלצמן, מעשה בית דין בהליך אזרחי \(1991\)](#)
[א' גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי](#)
[ח' זנדברג, הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל \(תשס"א\)](#)
[טל חבקינ, התיישנות \(2014\)](#)
[יששכר רוזן-צבי, ההליך האזרחי \(2015\)](#)

כתבי עת:

- מ. דוכן, "דיני קרקעות במדינת ישראל, מהד' שניה", הפרקליט, כרך כ (תשכ"ד) 180

פסק דין

1. שלוש תביעות לסילוק יד של הנתבעים ממקרקעין המצויים במתחם שכינויו "שמעון הצדיק" בשכונת שייח ג'ארח במזרח ירושלים, נידונו במאוחד לפי החלטתי מיום 7.12.17 (בת"א [9938/09](#)).
2. לבהירות פסק הדין, שעניינו בשלושה נכסי מקרקעין ובעלי דין שונים בכל הליך, יכוננו ההליכים כדלהלן: [ת"א 9938/09](#) ייקרא- "תביעת חמאד" (נתבעיה ייקראו: "חמאד" או "משפחת חמאד"); [ת"א 34600-03-10 ייקרא](#) - "תביעת דג'אני" (הנתבעים בה ייקראו: "דג'אני" או "משפחת דג'אני") ו-[ת"א 34421-03-10 ייקרא](#) - "תביעת דאהודי" (ונתבעיה ייקראו: "דאהודי" או "משפחת דאהודי"). הנכס של חמאד, סומן ע"י התובעת כנכס 25; הנכס של דג'אני סומן כנכס 21 והנכס של דאהודי כנכס 22 (נספח א' בכל אחד מכתבי התביעה).
3. ההליך התארך בין השאר נוכח עיכובים חוזרים ונשנים בהגשת הראיות ונוכח בקשה של הנתבעים (מיום 5.03.13), לה הסכימה התובעת, לעכב את שמיעתו עד מתן פסק דין בת"א [\(מחוזי י-ם\) 28850-01-13 עיזבון המנוח חאג' עבד אראזק סבאג נ' ועד עדת הספרדים בירושלים](#) (להלן: "תביעת חמאד וסבאג"). אותה תובענה, עניינה בבקשה של משפחת חאמד (שבפני) למתן סעד הצהרתי בדבר זכויותיהם במקרקעין בהם מצוי נכס 25 (הוגשה יחד עם משפחת סבאג, שאינה צד להליך שבפני). פסק הדין ניתן ביום 18.08.16 ע"י כב' השופטת ע' כהן ואדרש אליו בגוף פסק הדין.

רקע והליכים קודמים בנוגע למתחם:

4. עסקינן במתחם אשר לכאורה זוהה בפנקס השטרות בספר 1015 דף 5877 (בעבר דף מס' 3 בפנקס 97) בחלקות 8-11 ו-15 בגוש 30093 (נסח רישום בפנקס השטרות צורף כנספח ב' לכל אחת מהתביעות, להלן: "נסח הרישום") ומתואר כיום בהתאמה כחלקה 6 בגוש 30527, חלקה 2 בגוש 30526 וחלקות 54 ו-66 בגוש (להלן: "המתחם" או "מתחם שמעון הצדיק").
5. בנוגע למתחם שמעון הצדיק נוהלו הליכים שונים לסעד של פינוי ולסעד הצהרתי לבעלות, ובכל שלוש הערכאות (כמתואר בהרחבה בפסק הדין בתביעת חמאד וסבאג, פסקות 19-23).
6. אביא בקצרה את ההיסטוריה של המתחם כמתואר בפסקי הדין שניתנו בהליכים שהסתיימו זה מכבר. בכלל זה לתביעת חמאד וסבאג; ע"א 459-79 הוועד הכללי לכנסת ישראל נ' זוהרי

אחמד אל איובי (פ"ד לה (4) (5.5.81)), (להלן: "פרשת אל איובי"); ע"א 4126-05 סולימאן דרויש חג'אזי נ' ועד עדת הספרדים (20.06.06) (להלן: "פרשת חיג'אזי") אליהם נדרשו בעלי הדין שבפני במסגרת טיעוניהם.

7. מתחם שמעון הצדיק המצוי בשכונת שיח ג'ראח במזרח ירושלים, נותר בתום מלחמת העצמאות בשליטת הירדנים והועבר לניהול האפוטרופוס הירדני על נכסי האויב, מבלי שעבר הליך של הסדר. בשנת 1954, עבר המתחם לניהול של משרד השיכון הירדני לצורך הקמת יחידות דיור לפליטים פלסטינים, בתמיכה של סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם. הנתבעים טענו, כי קיבלו חזקה לצורך מגוריהם, בנכסים נשוא התביעה מאת הרשויות בירדן וכי ניתנה להם התחייבות כי הללו ירשמו על שמם.

8. בתום מלחמת ששת הימים, הועברה השליטה במתחם למדינת ישראל שנמסרה בהתאם לסעיף 5(א) חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970 לידי האפוטרופוס הכללי אשר שחרר אותו, לידי ועד העדה הספרדית וועד כנסת ישראל (להלן: "הוועדים"). ביום 13.9.72 נרשם המתחם על שם הוועדים בחלקים שווים, בדרך של רישום הקדש. על כך נאמר בפסק הדין של כב' הנשיא לנדוי בפרשת אל איובי: "לפניהן הייתה האדמה רשומה בשמות הרב הראשי (חכם באשי) אברהם אשכנזי והרב הראשי מאיר אורבך, ואלה רכשוה מבעלים ערביים בחודש שבט 1292(1875)" (שם, עמ' 189). וכך: "אחרי כיבוש מזרח העיר ירושלים על-ידי צה"ל והחלת משפט מדינת ישראל על ירושלים השלמה בשנת 1967 הוקנו המקרקעין הנדונים לאפוטרופוס הכללי הישראלי, על יסוד סעיף 5(א) של חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח חדש], תש"ל-1970..." (שם, עמ' 192).

9. לפי נסח הרישום, חודש הרישום בשנת 1972 בהתאם לרישום הקודם בפנקס הדייאמי בשטרות מספר 34, 35 ו-37 מחודש שבט שנת 1291 להג'רה (שנת 1875 בלוח הגרגוריאני) ושטרות 22, 23 מחודש מרס שנת 129 (1876) (נספח י' לחוות הדעת של המודד והשמאי זוהר עירון, להלן: "חוות דעת עירון"). המומחה עירון, מונה כמומחה מטעם בית משפט במסגרת הליך המתנהל בפני מותב אחר, כב' השופטת ד' פיינשטיין, בתא 6679/09 נחלת שמעון בע"מ נ' סולימאן ג'אעני ותא 52633/12/10 נחלת שמעון בע"מ נ' אמאל אבו חסאנה (ייקרא להלן: "תביעת אבו חסאנה"). הנתבעים, בקשו לדחות את שמיעת העדים עד להמצאת חוות דעת עירון עם הגשתה בתיק אבו חסאנה, הואיל ועשוי שיהיה בהגשתה כדי ליתר את חקירת המומחים מטעם בעלי הדין שבפני (בקשה מס' 19 מיום 27.11.14 בתביעת דאהודי). נערתתי לבקשה והומצאה לתיק חוות דעת עירון וביום 26.10.16, המציאה התובעת לתיק עותק החקירה של המומחה עירון מיום 19.4.16 במסגרת תביעת אבו חסאנה.

10. בשנת 1982 הושג הסדר דיוני בין הוועדים ובין מספר משפחות המתגוררות במתחם במסגרת ת.א. 3457/82 לפיו, הכירו המשפחות בבעלות של הוועדים על המתחם והוסכם כי המשפחות- בכללם משפחת דג'אני, הם במעמד של דיירים מוגנים בנכסים שבמתחם (להלן: "ההסדר הדיוני", נספח ג' לתצהיר של יצחק (צחי) ממו להלן: "העד ממו", שהוגש ביום 15.03.12 על נספחיו שסומנו א'-ב').

11. בשנת 2007 נרשם המתחם על שם התובעת, לאחר שרכשה את המתחם מאת הוועדים (נסח רישום צורף לכתב התביעה ולתצהיר של העד ממו).

12. **תביעת חיג'אזי** (ת"א (מחוזי ירושלים) 1465-97) היתה לפסק דין חלוט עם דחיית הערעור בפסק הדין ב"פרשת חיג'אזי". בתביעתו, ביקש חיג'אזי לקבל סעד הצהרתי לפיו הוא הבעלים של הנכס אותו רכש בשנת 1961 מצד ג', מר אלבדנק, שרכש את המתחם ממשפחת חיג'אזי בשנת 1933. התביעה נדחתה בבית משפט המחוזי מחמת התיישנות וכן לגופה ונקבע, כי נערכו שינויים בקושאן עליו ביסס חיג'אזי את תביעתו ואת זכויותיו בנכס.

13. "**תביעת חמאד וסבאג**" להצהיר על זכויותיהם במתחם נדחתה אף היא, מחמת התיישנות ונדחה ערעור על פסק הדין (ע"א 8093/16 **עזבון יורשי סבג חאג' עבדול ראזק ז"ל נ' ועד עדת הספרדים בירושלים** (15.11.18)). כן, נדחתה בקשה לדיון נוסף ([דנ"א 8405/18 עזבון יורשי סבג חאג' עבדול ראזק ז"ל ואח' נ' ועד עדת הספרדים בירושלים](#) (10.01.19)) ועל כך, ארחיב בגוף פסק הדין.

טענות התובעת:

14. מתחם שמעון הצדיק נרכש ע"י התובעת מאת הוועדים ונרשם על שמה בלשכת המקרקעין בספר 1015 דף 5877.

15. דג'אני, קרי: "יורשי פואד ובדרייה דג'אני" היו צד להסדר דיוני שנחתם בין הוועדים למשפחות המתגוררות במתחם במסגרת תביעת דג'אני. ההסדר קיבל תוקף של פסק דין בהכרה של המשפחות בזכויות של הוועדים במתחם.

16. הנתבעים, לא שילמו לתובעת ו/או לוועדים כל תשלום בגין השימוש בנכסים המצויים במתחם ואף ביצעו שינויים בנכסים ללא הרשאה של הוועדים ו/או מי מטעמם ו/או של התובעת וללא היתר כחוק. בכך היה משום פגיעה בזכות הקניין של התובעת העשויה גם לגרום לה נזק.

17. אין לנתבעים זכויות כבעלים ו/או כדיירים מוגנים בנכסים שבמתחם. אף אילו החזיקו בנכסים כדיירים מוגנים, מתקיימות עילות לפינויים מחמת אי תשלום דמי שכירות; אי מילוי תנאי שכירות; היזק ניכר ובזדון לנכס ומטרד לשכנים (סעיפים [131\(1\)-\(3\)](#) ו-[\(5\)](#) **לחוק הגנת הדייר** (נוסח משולב) התשל"ב-1972 (להלן: "חוק הגנת הדייר") והם אינם זכאים לסעד מן הצדק ([סעיף 132 לחוק הגנת הדייר](#)). **מכאן, התביעה לפיני וסילוק יד מהנכסים.**

טענות הנתבעים:

18. התובעת, אינה הבעלים של המתחם בהיעדר ראייה בתמיכה לכתב התביעה המעידה כעל רכישת המקרקעין שבמתחם מהוועדים. רישום הזכויות במתחם על שם התובעת כמובא בנסח הרישום, נעשה במרמה ו/או בטעות ואין הוא מקנה לה כל זכויות בנכסים.

19. נסח הרישום שצורף לכתבי התביעה, לא מתייחס למתחם בו מצויים הנכסים בהם מחזיקים הנתבעים. לא היה גם בין הצדדים קשר כלשהו ואין הם מכירים את התובעת. בהיעדר זכויות לתובעת בנכסים, אין הם חבים בדמי שכירות ואין זה מעניינה של התובעת, שינויים שנעשו במתחם.
20. אביהם המנוח, קיבל את המקרקעין שבמתחם מהרשות הירדנית בשנת 1956 שהתחייבה לרשום את הבעלות על שמו ועליהם הוא הקים את הנכס למגוריו. ההתחייבות לא בוטלה ושרירא וקימת (מה שלא נטען בכתב ההגנה של נתבעים 5-7 ממשפחת חמאד).
21. בנוסף נטען להתיישנות התביעה ולשיהוי, משהוגשה התביעה בחלוף כיוכל שנים ממועד תחילת מגוריהם במתחם וללא דרישה לפינויים.

דיון והכרעה:**ההסדר הדיוני - דג'אני:**

22. תחילה בחנתי אם הנתבעים - בני משפחת דג'אני צד להסדר הדיוני שנחתם בשנת '82 (במסגרת תא 3457/82) לפיו הוסכם כי הוועדים, אשר התובעת באה בנעליהם על פי נסח הרישום, בעלי הזכויות במתחם.
23. משפחת דג'אני הכחישה בכתב ההגנה מחוסר ידיעה את ההסדר הדיוני (סעיף 6) וטענה כי לא הוצג ההסדר הדיוני החתום. המוריש של הנכס ו/או אביהם המנוח לא חתום על ההסדר הדיוני. בה בעת, לא הוכחש בכתב ההגנה כי הם יורשי המנוחים פואד מוסה אלדגאני ובדרייה אלדג'אני) בתא 3476/82 בו הושג ההסדר הדיוני (ראו: סעיף 14 בנספח א' להסדר הדיוני). בנוסף, דג'אני לא טענו כי הם מתגוררים ומחזיקים בנכס אחר במתחם מהנכס נשוא ההסדר הדיוני, גם לא לאחר שעיינו בפסק דין בעניינו של דג'אני שניתן על פי ההסדר הדיוני.
24. יתירה מכך, בישיבה מיום 17.01.12 טען בא כוח דג'אני כי הם אינם בגדר פולשים לנכס בהתבסס על פסק הדין של כב' השופט שמחה בתא 3476/82 הכולל לדבריו 30 עמ' ויצר מעשה בית דין בעניינם (עמ' 2 שורות 7-8). די באותו פסק הדין בו נדחתה תביעת הפינוי כדבריו, כדי להביא לסילוק התביעה דן על הסף. טיעון זה, יש בו כדי ללמד כי משפחת דג'אני שבפני, הכירה בהסדר הדיוני ובפסק הדין שניתן לפיו להכרה בוועדים כבעלי הזכויות בנכס שבמתחם, שאינו אלא הנכס נשוא התביעה שבפני. נדבך אחר של ההסדר, חל גם הוא על דג'אני בהכרת הוועדים במעמדם כדיירים מוגנים בנכס. פסק דין של כב' השופט שמחה, היה לפסק חלוט, עם דחיית הערעור עליו (ע"א 166-89 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' חנון (16.6.1991)).
25. ברע"א [6239-08](#) מוחמד כאמל אלקורד נ' ועד עדת הספרדים (14.07.08) (להלן: "עניין אלקורד") תיאר כב' השופט דנציגר את ההליכים שהתנהלו לאחר דחיית הערעור על פסק דינו של כב' השופט שמחה (בפסק הדין בע"א 166/89). לפיו, כבר החל משנת 1993, הגישו הוועדים להגיש תביעות פינוי כנגד מספר דיירים במתחם בעילה של אי תשלום דמי שכירות וכן תביעות לתשלום דמי שכירות ע"י תושבי המתחם. תביעת הפינוי התקבלה בפסק דין של כב' השופט

שמעוני (ת"א 6599-99 ות"א 8041-99) ונדחה ערעור עליו (ע"א 2417-01). בין לבין, בשנת 2000 הוגשה תביעה נוספת (ת"א 3258-00) במסגרתה התבקש בית המשפט "לבטל את הקביעה כי הבעלות בנכס הינה של הנתבעים שניתנה מכוח הסכמה דיונית ו/או להקפיא את ההליכים המשפטיים שנקטו הנתבעים נגד התובעים לפינויים מהנכס או תשלום דמי שכירות בהתאם". תביעה זו, נדחתה ביום 20.7.05 ע"י כב' השופט שמעוני. נידחה ערעור על פסק הדין (ע"א- 6482-05) ונקבע: "כל עוד לא נקבע אחרת, עומדת בעינה ההסכמה אליה הגיעו הצדדים, ואין למערערים שום עילה להתנער מאותה הסכמה".

26. תביעה אחרת הוגשה לבית משפט השלום בירושלים, למתן פסק דין הצהרתי לפיו ההסדר הדיוני מבוטל ולפיכך מבוטל גם פסק הדין שהורה על פינוי (ת"א 6599-99 ות"א 8041-99) והתבקש עיכוב ביצוע הפינוי מכוחו. הבקשה לעיכוב ביצוע נדחתה וכך גם בקשת רשות הערעור שהוגשה עליה. על החלטה זו הוגשה בר"ע ב"עניין אלקורד" שנדחתה ע"י כב' השופט דנציגר שקבע, כי אין זו אלא טענה סתמית וללא ראיות לכאורה לביסוסה בדבר ידיעת המבקשים מאוחר להסדר הדיוני על היעדר זכויות במתחם לוועדים. בעניין מאזן הנוחות קבע כב' השופט דנציגר: "אין חולק כי פינוי אדם מדירת מגוריו הינו צעד קשה אשר יש לנקוט בו משנה זהירות...יחד עם זאת, אין מדובר במקרה שבו מפנים אדם מדירתו בתחילתו של הליך...בעלותן של המשיבות במקרקעין הוכרה כבר בשנת 1982 במסגרת ההסדר הדיוני..". (שם, פסקה 16).

25. לאור כל האמור ההסדר הדיוני שריר וקיים ולא בוטל כעתירת צדדים אחרים במסגרת הליכים קודמים להליך שבפני. אותו הסדר, יצר מעשה בית דין ביריבות עם משפחת דג'אני שבפני. קרי: בהכרה בוועדים כבעלי זכויות במתחם ובדג'אני, כדיירים מוגנים בנכס.

26. הנתבעים חמאד ודאהודי, לא היו צד להסדר הדיוני. לפיכך, בחנתי את שאלת בעלות התובעת במתחם נוכח הכחשתם את זכויותיה. בנוסף, אדרש לשאלה אם נוצרה קירבה משפטית בין הצדדים להסדר הדיוני ובין חמאד ודאהודי אם ייקבע כי עניינו של ההסדר הדיוני במתחם נשוא התביעה שבפני.

זכויות התובעת במתחם:

27. אין חולק כי עסקינן במקרקעין לא מוסדרים. לפיכך רישום התובעת כבעלים בפנקס השטרות מהווה ראיה לכאורה לנכונות תוכנו בהתאם לסעיף 125 (ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין"). כל עוד לא תיסתר החזקה בדבר נכונות הרישום, זכאית התובעת להחזיק בהם ולדרוש סילוק יד של הנתבעים. כך קובע סעיף 16 לחוק המקרקעין: "בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם, זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין". (ראו: ע"א 8954/06 ווקף מוחמד ואברהים עבדלרבו מעו נ' האפטורפוס הכללי, פסקה 77 (26.9.10)).

זיהוי הנכס:

28. בחנתי את הראיות שהובאו בפני ועיינתי בפסקי דין שנתנו בהליכים קודמים בנוגע למתחם לצורך הכרעה בשאלת זיהוי המקרקעין הרשומים בפנקס השטרות אם בהם מצויים הנכסים המוחזקים ע"י הנתבעים.

29. המתחם מזוהה בפנקס השטרות בדף מספר 5877 בספר 1015 כנכס ששטחו 15,894.71 מ"ר בכתובת הידועה כ: שמעון הצדיק (מחוץ לחומה) וגבולותיו:

צפון- חוסר זעדה ורבח אפנדי
דרום- גירת אל עמיה בידי אל סבג' ושות'
מזרח- בטן קאדי אל ח'ומוס בידי אליפאתווי
מערב- אל ג'ורה ביד אל עמאווי ושות'.

30. מנסח הרישום משנת 1972 עולה כי 'חידוש הרישום' (להלן: "חידוש הרישום") נערך בהתאם לרישום הקודם בפנקס הדיימאי בשטרות מספר 34, 35 ו-37 מחודש שבט שנת 1291 להגירה (שנת 1875 בלוח הגרגוריאני) ושטרות 22, 23 מחודש מרס שנת 1292 (1876) (ראו סעיף 6 ב לחוות דעת עירון **ובפרשת חיג'אזי (מחוזי)**, פסקה 13).

31. הנכסים, מצויים בחלקות מספר 54 ו-66 שבגוש 30514, חלקה מספר 2 שבגוש רישום 30526 וחלקה מספר 6 שבגוש 30527 וכי רישום זה הוא בגוש שומא 30093 חלקות 11-8 ו-15 (להלן: "החלקות") (ראו: פרק ג' סעיף 1 לחוות דעת עירון. עוד ראו: **פרשת חיג'אזי**, ברישא של פסק דינו של כב' השופט רובינשטיין; **פרשת חיג'אזי (מחוזי)** בהפניה של כב' השופט עדיאל בפסקה 2 לפסק הדין למכתבו של יהושע כרמלי, מנהל מרחב ירושלים במרכז למיפוי ישראל (המכתב צורף כנספח ג' לחוות דעת עירון) ולא נטען אחרת בכתב ההגנה.

32. המחלוקת בעיקרה, אם במקרקעין המופיעים בפנקס השטרות כוללים את החלקות בהם מצויים הנכסים בהם מחזיקים הנתבעים או מי מהם. בפסיקה ובספרי המלומדים בעניין רישום זכויות על פי קושאן, כבעניינינו, נאמר בעניין קושי בזיהוי קרקעות שטענת הבעלות בהן, מסתמכת על קושאן. התיאור בקושאן מילולי וללא מפת מדידה (ראו: ח' **זנדברג, הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל** (תשס"א-2001), 154-155; פליאה אלבק ורן פליישר **דיני מקרקעין בישראל** בעמ' 263-265 (2005); ספרו של משה **דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל** (מהדורה שניה, תשי"ג), 366-367. עוד ראו: **פרשת חיג'אזי** פסקה יב' מפי כב' השופט רובינשטיין; **ע"א 8954/06 ווקף מוחמד ואברהים עבדלרבו מעו נ' האפוטרופוס הכללי**, 98 (26.09.10)).

33. בין הקשיים המתעוררים ברישום לפי השיטה העות'מנית, הוא אי התאמה של גודל השטח - במספר הדונמים הרשומים בקושאן מול השטחים המופיעים במפות

מאוחרות יותר (פרשת חיג'אזי, פסקה יב'). לפיכך נקבע כי "קושאן או רישום בספרי האחווה הישנים אינם מהווים ראייה חותכת לקיומן של זכויות בקרקע" (ע"א 4220/12 סלימאן מחמד אלעוקבי ז"ל נ' מדינת ישראל, פסקה 46 (14.05.15)) ובידי בית המשפט "לבסס את ממצאיו בעניין השטח על מכלול הראיות שבאו בפניו, ובהן ראיות מהימנות הנסמכות על מדידות ועל סקר" (ע"א 7210/00 דנה נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נ"ז(6) 476, 468 (8.9.03) להלן: "פרשת דנה").

34. הטענה כנגד זיהוי הנכסים על פי פנקס השטרות, הועלתה ונידונה כבר במסגרת הליכים קודמים. בתביעת חמאד וסבאג התבקש סעד הצהרתי בדבר הבעלות של התובעים חמאד וסבאג' במקרקעין המצויים במתחם שמעון הצדיק. התביעה נדחתה מחמת התיישנות וללא הכרעה לגוף הטענות. עם זאת, הגשת התביעה ע"י משפחת חמאד שבפני, מעידה ומלמדת על הכרתם בזיהוי המתחם כמקרקעין הרשומים בבעלות התובעת בפנקס השטרות. זאת, מבלי לגרוע מטענותיהם לרישום שגוי בדבר בעלות הוועדים/התובעת במתחם שאינו אלא בבעלות חמאד לפי דינה.

35. בתביעה אחרת שהוגשה בעניינם של שכני הנתבעים בת"א 19795-08 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' עזבון סבג חאג' ואח' בנוגע למתחם הנידון בפני, ניתן פסק דין ביום 26.02.2012 (סומן ת/10) ע"י כב' השופט מוסק שבחן בין היתר את שאלת זיהוי המקרקעין: "לא מצאתי ממש בטענת הנתבעים כי רישום הזכויות של התובעים לפי נסחי הרישום שהוגשו שייכים למקרקעין הנמצאים בתחום אחר. הנתבעים לא הציגו כל ראייה שיש בה כדי לשלול את זכויותיהם של התובעים וההיפך הוא הנכון" (שם, פסקה 14).

36. בפרשת חיג'אזי (מחוזי), לא נקבעה אמנם הבעלות במתחם, אך נקבע בפסק הדין בהתבסס על חוות הדעת שהוגשו ובהתחשב בגבולות המתחם כי "...הנתבעות מחזיקות במתחם נשוא התביעה למצער מראשית המאה ה-20, ואף נהגו להשכיר חלקים בו. גם הכתובות החקוקות בסלע שנמצאו במתחם תומכות במסקנה זו. הוא הדין בהקניית המתחם לאפוטרופוס הירדני על נכסי האויב, בתקופת השלטון הירדני במזרח ירושלים. בכל אלו יש כדי לחזק את הסברה כי המתחם היה מצוי בבעלות יהודים" (שם, פסקה 13).

37. בפרשת חיג'אזי נידרש כב' השופט רובינשטיין לטענות המערערים כנגד סתירות העולות ממסמכי הוועדים בנוגע לגבולות המקרקעין ומספר מערות המצויות בו וקבע: "עם זאת, להבדלים אלה ניתן הסבר בעדותה של פרופ' קרק, בחקירתה הנגדית בבית משפט קמא (פרוטוקול הדיון מיום 9.1.2003 בעמ' 151-153; פרוטוקול מיום 16.1.03 בעמ' 176 בשורות 25-26 ובעמ' 192 שורות 8-10), ולא מצאתי מקום להתערב בממצאים, העולים מעדות זו" וכן: "לגופם של דברים, קשה להלום, דווקא בגלל אופיו הספציפי של המקום, שהשטח שנמכר למשיבות

אינו השטח הידוע כקבר שמעון הצדיק, שהרי מקום זה מוכר על פני דורות; ראו עליו מ' מיכלסון, י' סולומון ומ' מילנר, מקומות קדושים וקברי צדיקים בארץ ישראל תשנ"ו, 40-41; צבי אילן, קברי צדיקים בארץ ישראל תשנ"ז, 252-253" (פרשת חיג'אזי, פסקה יז' (2)).

38. בפרשת אל איובי קבע כב' השופט לנדוי: "בבית-משפט השלום בירושלים תבעו האגודות המערערות את סילוק ידם של שלושת המשיבים משלוש דירות, שנבנו על אדמת המערערות סמוך למערת שמעון הצדיק בירושלים. זוהי חלקה בלתי מוסדרת מסוג מולכ, ששטחה למעלה מ-17 דונם ישנים, הכוללת את המערה עצמה. הבעלות בה הועברה למערערות בשנת 1972, לכל אחת מהן כדי מחצית, בתורת הקדש. לפנייהן הייתה האדמה רשומה בשמות הרב הראשי (חכם באשי) אברהם אשכנזי והרב הראשי מאיר אורבך, ואלה רכשוה מבעלים ערביים בחודש שבט 1292(1875)" (שם, עמ' 190). יודגש שוב, כי פרשת חיג'אזי ותביעת סבג חאג' עניינה בצדדי ג' אך נושאם, ב"מתחם שמעון הצדיק" נשוא ההליך שבפני.

39. בסיכומיהם, טענו הנתבעים כנגד הרישום בנסח הרישום שנעשה ברשלנות ובתרמית. והוסיפו כי בקשו במסגרת תביעת אבו חסאנה לפסול את חוות דעת עירון מבלי שהוצגה החלטה על פסילתו. מנגד טענה התובעת בסיכומיה, כי יש לאמץ את חוות דעת עירון שהוגשה על דעת הנתבעים. חוות דעתו של המודד ומפענח צילומי אוויר מטעמה, יורם אלישיב (להלן: "המודד אלישיב") תומכת לדידה בטענתה בנוגע לזיהוי הנכסים במתחם (עמ' 135 שורות 31-18 לסיכומים בעל פה) ויש לדחות את חוות הדעת של המומחית מטעם הנתבעים ד"ר אליאס ופא שלא ידעה לומר היכן נמצא המתחם (עמ' 136 שורות 14-9).

40. הנתבעים מנגד, לא טענו במסגרת הסיכומים בנוגע למסקנות המומחים עירון ואלישיב ובעניין פסקי דין חלוטים שניתנו במספר הליכים קודמים בנוגע למקרקעין שבמתחם, בזיהויים כמקרקעין הרשומים בפנקס השטרות בבעלות הוועדים בעבר, ובבעלות התובעת כיום.

41. לאחר בחינת הראיות שבפני ועיון בפסקי הדין שעניינם במקרקעין במתחם שמעון הצדיק, נדחית טענת הנתבעים כנגד זיהוי המקרקעין בפנקס השטרות אותם מצאתי כמקרקעין המוחזקים על ידם, ומצויים במתחם שמעון הצדיק.

42. המודד אלישיב העריך בחוות דעתו כי נכסי כלל הנתבעים מצויים ב"מתחם שמעון הצדיק" שבתחום המקרקעין הנזכרים: בדף 5877, ספר 1015. על הפער בגודל החלקה, בין זה שמופיע בנסח שבפנקס השטרות (15 דונם) לבין המפה (18 דונם) השיב בחקירתו: "כמו שאתה יודע, במ. (מזרח-מ.ל.) ירושלים, בית צפא ובית חנינא, כל הכבישים לא הוסדרו, היום פקיד ההסדר מסדיר את הכבישים. 18 דונם זה כולל כבישים, אם תוריד את הכבישים תקבל 15,800". (עמ' 52 שורות 3-

4 בתביעת חמאד. עוד ראו: עמ' 56 שורות 1-5 ועמ' 10 שורות 27-28 בתביעת דאהודי). עוד נשאל המודד: ש. "איך ידעת שהחלקות האלו- המתחם תואם את החלקות האלו?" ת. יש מפה.. היא לא פה אבל יש מפה. ש. למה לא הבאת את המפה הזו? ת. רשום ממה (צ"ל: מפה- מ.ל.) תביא מודד שלך, ויגיד שהמפה שאני הבאתי לא נכונה, אני הזזתי 2 ס"מ משם לפה" (עמ' 52 שורות 27-33) והוסיף: "קבלתי מפה מיו"ר מח' מזידות, שמתני על ההסדר הירדני, והכל נפל בול, היתה חפיפה" (עמ' 56 שורה 31).

43. בעניין שמו של המתחם נשאל המודד אלישיב: "מאיפה אתה יודע שהמתחם הזה שאנו מדברים עליו, שקוראים לו 'שמעון הצדיק' או שקוראים לו 'אל יהודייה'? מהו מקור הידיעה שלך? מדוע אני שואל? כי יש שמעון הצדיק גם במקום אחר" והשיב: "ראשית יש שם מערת שמעון הצדיק. שנית, גם בלי קשר, בחוות הדעת שייכתי דף ספר לגוש חלקה, בלי קשר. לא הבנתי מה הקשר של השאלה" (עמ' 14 שורות 10-11 בתביעת דאהודי) וכן: "יש מפות שעליהם רשום 'שמעון הצדיק', בשנות ה-20" (עמ' 15 שורות 1-4).

44. הנתבעים הגישו חוות דעת מטעם המודדת ד"ר אליאס ופא (להלן- "המומחית ופא") לפיה המתחם המתואר בפנקס השטרות לא כולל בתוכו את החלקות בהם מחזיקים הנתבעים. המומחית, בחנה את המסמכים שהומצאו לה ומצאה (סעיף 9 לחוות הדעת) אי התאמה והיעדר עקביות במסמכים כדלהלן:

- השטח לפי הקושאנים הוא כ- 15 דונם בעוד השטח לפי תכניות המדידה הוא כ-18 דונם.
- בקושאן נכתב כי קיימת מערה אחת אך בפועל בשטח קיימות שתי מערות- שמעון הצדיק וסנהדריה הקטנה.
- בקושאנים 34, 35 לא מוזכר השם יהודייה או שמעון הצדיק ואילו בקושאנים 22, 23 מוזכר השם יהודייה אך לא שמעון הצדיק.
- במסמך הטורקי 37 נרשם "אליהודייה" אך באלכסון. לכן, נראה שאותו רישום הוסף לאחר הנפקת הנסח ולא מופיע בו שמעון הצדיק.
- בפנקס השטרות מתואר כי דרומית לשטח נמצא ג'ורת אלמיעא. עם זאת, זה שמו של גוש 30526 שנמצא מזרחית למתחם וחלקה 2 שהיא חלק מהמתחם.
- מתואר בפנקס השטרות כי הגבול הצפוני הוא חוסר זעדה ורבאח אפנדי, הגבול המזרחי הוא בטן קאדי אל אלחמוס והמערבי- אל ג'ורה מבלי שמצאה במרכז למיפוי ישראל מתחמים אלו.
- שמעון הצדיק הוא שם של רובע ולא של מוקע, עפ"י תכנית המדידה משנת 1939.
- השם יהודייה או אליהודייה לא מופיע בשום מפה רשמית.
- במשרדי האוצר המנדטורי המתחם ששמו אליהודייה רשום משנת 1927 על שם משפחת חיג'אזי.
- השמות המופיעים בנסח מפנקס השטרות, לא מופיעים במפת המדידה שהכינו הוועדים או התובעת.
- בתכנית המדידה משנת '46 מופיעים שמות של בעלים, בחלקות הגובלות במתחם ללא שמות אתרים.

- לפי התכנית משנת 1946 ניתן לראות כי הליך הכנת התכנית והרישום לא הסתיים שהרי מספר החלקות המופיע היום בגושים הרשומים לא תואם את התכנית משנת 1946.

45. ביום 13.10.15 הוגשה במסגרת תביעת דג'אני חוות דעת המומחה עירון שמונה כמומחה מטעם בית המשפט בתביעת אבו חסאנה, בנוגע למתחם שמעון צדיק. ההחלטה על מינוי עירון לא הומצאה ע"י מי מהצדדים וברישא של חוות הדעת נאמר בדבר תכלית מינויו: "לבחון את זכויות הבעלות ואת סבירות התאמת הרישום הקדסטרלי של חלקות מספר ... לרישום בפנקס השטרות של דף מספר...". אין בחוות הדעת כדי לקבוע בעניין הבעלות במתחם, מה שמצוי בסמכות בית משפט המחוזי ופקיד ההסדר. כל שמתברר בפני (ובדומה לכך בתביעת אבו חסאנה) על פי הסמכות הנתונה לבית משפט זה הוא הזכות לשימוש וחזקה במקרקעין.

46. המומחה עירון עומד בחוות דעתו, על ההבדלים בין תיאור המתחם בפנקס השטרות לבין התיאור על פי השטרות שבפנקסי הדאימי מול התיאור בשטרי ההקדש. רק בשטרי ההקדש מבית הדין השרעי מצוין כי בשטח מצויות 3 מערות (נספח 3 לחוות הדעת ונספח 3ט לסיכומי הנתבעים). בנסח משנת 1972 וכן בשטרות 34-35 נירשמה ערה אחת במתחם. בשטרות 22-23 נכתב כי השטח נמצא ביהודיה שבליפתא. בעניין זה העיד המומחה עירון בתביעת אבו חסנה ועדותו הוצגה בפני ללא עוררין מצד הנתבעים. לדבריו, אדמות ליפתא צפונית למתחם שמעון הצדיק הם במרחק של כ- 700 מ' ועד הר הצופים (עמ' 14 שורות 4-1). בשטר 37 הקרקע מתוארת כאל-יהודיה; בנסח פנקס השטרות כיהודיה, שמעון הצדיק ובשטרי ההקדש נירשם אדמת אל-יהודיה. כמו כן, יש הבדל בין גודל החלקות (ראו: פרק ז' סעיף 13 בחוות דעת עירון).

47. המומחה עירון, סקר בחוות דעתו את המסמכים הרבים בהם עיין (כמוצג בפרקים ג-ו לחוות הדעת) ולהלן, אדרש לחלק מאותם מסמכים נוכח חשיבותם לזיהוי המקרקעין.

מכתב מיום 4.8.41 (נספח ו לחוות הדעת) מלמד כי ועד עדת הספרדים שילם לכאורה מיסים עבור חלקות 8-10 בגוש 93 (ואף עבור חלקה שאינה 15). כמו כן, ביום 19.3.44 הוגשה התנגדות מטעם ועד עדת הספרדים לתשלום מס רכוש עבור חלקות 11 ו-15 בגוש 93. במסגרתה טען הוועד כי בחלקות מצויות מערות, מה שמחזק את מסקנת המומחה עירון כי הוועדים, החזיקו בחלקות אלה (נספח ז' לחוות הדעת).

תרגום מסמך מיום 25.4.47 הוגש ע"י הנתבעים (כמובא בחוות דעת המומחית ופא) שטענו כי חיג'אזי, מחזיק בשטח באליהודיה (קרי: מחוץ לחומה). נימצא אם כן, כי הנתבעים עצמם סברו כי עסקינן במתחם המכונה "אליהודיה".

המומחה עירון, נידרש בחוות הדעת לתרגומי השטרות ותיאור המתחם; תרגום פנקס הרישום מחודש דצמבר בשנת 1940; העתקי הרישום מהארכיב העותמני שבאנקרה; תרגום שטר ההקדש שנערך עבור ועד העדה הספרדית משנת 38' ותרגום שטר ההקדש של עדת האשכנזים שנמצאו בארכיון בית הדין השרעי. וכן, להחלטת נציגי הוועדים מיום 1.12.1889 לחלוקת המתחם לשני מגרשים (נספח כ') במתן הצד הדרומי והמזרחי לוועד האשכנזי והצד המערבי לוועד הספרדים וכי מערת שמעון הצדיק ומערת הפרנסה יהיו בשותפות של שני הוועדים (נספח כא' לחוות הדעת).

כן התייחס לפרסומים עיתונות מאותה תקופה מהם עולה לכאורה כי יהודי ירושלים נהגו לעלות לקבר שמעון הצדיק שנקרא גם "יהודיאה" (פרק ד סעיף 7 לחוות הדעת).

במספר מפות עיין המומחה: מפת המדידה של המודדים הקר וילין משנת 1925 שם הוגדר המתחם כמגרש קבר שמעון הצדיק (נספח לד' לחוות הדעת); מפת המודד לומברוזו משנת 1943 (נספח לז' לחוות הדעת); מפה מצבית המהווה חלק מתכנית תיקונים ושכלולים לבנייני העדה הספרדית, שאושרה ע"י מחלקת ההנדסה של עיריית ירושלים ביום 8.12.44 (נספח לח' לחוות הדעת); מפת מדידה של המומחה כץ מיום 9.4.46 שאושרה ככשרה לרישום ביום 22.1.47 כתכנית לצרכי רישום 685/1946 (נספח לט' לחוות הדעת).

עוד מפנה המומחה עירון, למכתב של הוועד הכללי כנסת ישראל וועד עדת הספרדים מיום 22.8.46 אל רשם הקרקעות, בו הוצהר כי הקרקע נמצאת מסביב לקבר שמעון הצדיק וידועה כ"אליהודיה" (נספח מ' לחוות הדעת) ולמכתבו של המודד שטרנהיים מיום 15.5.47 בבקשתו לבצע התאמת שטחים להסכם החלוקה לפי תוצאות מדידת המודד כץ, בהתאם לה השטח הכולל הוא 18,801 מ"ר (נספח מב' לחוות הדעת); מפת מדידה של המודד מרקסון מיום 24.3.72 (נספח מג' לחו"ד) ומפת גושי שומה עירוניים בשנת 1934 לפיה גוש 93 מכונה "רובע שמעון הצדיק" (נספח מד' לחוות הדעת).

מוסיף המומחה עירון ומפנה למפות טופוגרפיות מנדטוריות של העיר ירושלים- מפה משנת 1935 (SHIMON HA 6.B 170-130) שעודכנה בשנת 1939 לפיה המתחם מהווה את אזור " SHIMON HA TSADIQ" בו מערת שמעון הצדיק ומערה נוספת: מערת סנהדריה (נספח מה' לחוות הדעת) ולמפה משנת 1936 (170-130 6.A) בה סומן המתחם כאזור "שמעון הצדיק" (נספח מו' לחוות הדעת).

עוד הביא עירון תכנית לצרכי רישום (ראשון) מספר 962/1927 שאושרה לרישום ביום 1.9.27 ונערכה עבור ד"ר כמאל בק חוסייני בעל הזכויות של חלקה 16 בגוש 96. חלקה, הגובלת בחלקות 8 ו-15 והגבול הדרומי הוגדר כ"שמעון הצדיק" (נספח מז' לחוות הדעת); תכנית משנת 35 שנערכה על חלקה הגובלת בחלקה 11 ונכתב בה כי גובלת באדמת אל יהודיה (נספח

מח" ותכנית נוספת משנת 36', לחלקות גובלות למתחם לגביה ניתנה הסכמת אהרון שלום בשם ועד העדה הספרדית (נספח נ' לחוות הדעת).

לאחר שסקר את כל המסמכים והסביר על בעייתיות חוקי הקרקעות העות'מניים בהיעדר חובת מדידה והצגת תשריט מדידה, כי אם תיאור מילולי בלבד של המקרקעין והסביר כי חוסר ההתאמה בין גודל השטחים נובע משיטות מדידה שונות (סעיף 16 בפרק ז' בחוות הדעת) קבע המומחה עירון: "אין באפשרותי לקבוע כי חלקות ... אשר נרשמו בעבר כחלקות...מהוות את הרישום הקדסטרלי של הרישום מפנקס השטרות של דף מספר 3 בפנקס השטרות" (פרק ח' סעי' 3) מאחר ו"לא הוצג לעיוני כל מסמך המהווה ראיה חותכת לזכות הבעלות במקרקעין נשוא המחלוקת..לרבות מסמכי רכישה והגדרת ממכר; לא הוצגו כל מפה או זיהוי גרפי מכל סוג אחר של דף מספר 3 בפנקס 97" (פרק ח' סעי' 2 לחוות הדעת). בעדותו אמר: "הלקויות ברישום העות'מני אני לא יכול להתגבר עליהם כאשר השטח לא נמדד, הגבולות לא מתעדכנים כי הזיהוי של הגבולות מילולי. אין לי דרך לזהות באופן מוחלט את הנכס, לכן פניתי לשיטה קדסטרלית" (עמ' 13 שורות 10-13).

עם זאת, הגיע המומחה עירון למסקנה כי התובעת, החזיקה במתחם כבעלת זכויות (פרק ז' סעי' 8; פרק ח' סעי' 3) בהתבססו על המסמכים הרבים בהם עיין בנוגע למתחם תוך 'הצלבה' של המידע שהובא במסמכים השונים שהופקו במרוצת עשרות שנים. כן, זוהו על ידו גבולות המתחם על פי מפות של החלקות הגובלות בהן תוארו כמתחם שמעון הצדיק. כל האמור, הביאו את המומחה עירון לזיהוי גבולות המתחם, כחובקות את מתחם שמעון הצדיק, הוא גם המתחם בהליך שבפני. יוער, כי לעניין הגבול הדרומי של החלקה אימץ המומחה עירון את העדות של פרופ' קרק שהתקבלה בפרשת חיג'אזי (מחוזי).

בחקירתו בתביעת אבו חסאנה, נשאל המומחה עירון מדוע הוא סובר כי מתחם שמעון הצדיק הוא המתחם המדובר ולא זה המצוי בשכונת נחלת שמעון. והשיב, כי אופי הבניה היה שונה: "בנחלת שמעון היו...יחידות צמודי קרקע לעומת שמעון הצדיק שהיו טוריים. שם בנחלת שמעון זה היה שיכון קבע, ובשמעון הצדיק היה זמני. אני לא בטוח שבנחלת שמעון בנו באופן עצמאי" (עמ' 14 שורות 25-27).

אפשרות זו, לזיהוי המתחם בשכונת נחלת שמעון לא הועלתה כלל בכתב ההגנה ולא הוכחה בתצהירים ובעדויות של הנתבעים. יתירה מכך, המומחית ופא לא ידעה לזהות את מיקום המתחם ואין בחוות דעתה כל קביעה ותימוכין להיותו בשכונת נחלת שמעון.

48. המודד אלישיב, לא פרט בחוות דעתו מה הבסיס לקביעת גבולות החלקה ולא העיד כי ראה מפות עליהם כתוב "שמעון הצדיק" או "יהודיה" במסגרת תביעת חמאד. ואילו בתביעת דאהודי אמר אלישיב כי יש מפות משנות ה-20 עליהם כתוב: שמעון הצדיק (עמ' 15 שורה 4). על הבדלי השטחים בין המפה לבין נסח הרישום אמר המודד אלישיב כי יש תכנית לצרכי רישום משנת 46' "שמסמן את המתחם

ומראה את החלוקה של הדרכים לפי קואורדינטות" (עמ' 53 שורות 26-27) ואותו הוא 'הניחי' על "הגוש חלקה" (עמ' 54 שורה 32). לדבריו: "קבלתי מפה מיו"ר מח' המדידות, שמתני את זה על ההסדר הירדני והכל נפל בול, הייתה חפיפה" (עמ' 56 שורה 31). בעדותו במסגרת תביעת דאהודי אמר העד: "בתצ"ר יש חלוקה-מפנה לטבלה על גבי התצ"ר שמסומנת בקנסל, זאת אומרת שביטלו את החלוקה. עשו חלוקה פנימית על פי הכבישים ואת החלוקה בטלו. התצ"ר אושר ביום 22.01.47 כמו שאנחנו יודעים מאוחר יותר...אם לוקחים את החלוקה הפנימית היא כמו שהירדנים עשו בסופו של דבר. במפה מופיעות כל המבנים שאני קורא להם- בתי רכבת.. שהם כמו נ.צ" (עמ' 10 שורות 29-34 בתביעת דאהודי) (התצ"ר סומן ת/1 בתביעת דאהודי). עדות זו יש בה כדי להוסיף ולהשלים על חוות הדעת המפורטת ומנומקת היטב של המומחה עירון, שהתבססה בין היתר על מפת המדידה שנערכה ע"י המודד כץ ביום 9.04.46 לאושרה "ככשרה לרישום ביום 22.1.47 כתכנית לצרכי רישום" ברובע שמעון הצדיק ובהזמנת הועד המרכזי כנסת ישראל (סעיף 5 בפרק ו' בחוות דעת עירון). עדות המודד אלישיב מוסיפה ומשלימה לחוות דעת עירון בנוגע ל'בתי הרכבת' שנבנו במתחם ע"י הוועדים. בתים, אותם זיהה אלישיב במתחם וסומנו על ידו במפה (סומנה נ/3) (עמ' 15 שורה 22, עמ' 16 שורות 26-27) אשר נבנו עובר לשנת 1926 (עמ' 17 שורה 2).

לעניין התצ"ר עליו הסתמך המודד אלישיב, אמר כי לא כל התצ"ר בוטל, כי אם החלוקה הפנימית בתכנית. התצ"ר 'התקבל לרישום' אך "לא נרשם כי נכנס השלטון הירדני" (עמ' 13 שורות 1-15 בתביעת דאהודי. ראו: סעיף 5 בחוות דעת עירון).

49. המומחה אלישיב נשאל בעדותו על מחיקת ההערה בנסח הרישום משנת 1998 לפיה הנכס נמצא בחלקות מושא התביעה (66, 54, 3, 2 בגושים המתוארים לעיל) (נ/2 לתביעת דאהודי) והשיב, כי לראשונה הוא מעיין בנסח זה (עמ' 11 שורה 34). לגוף העניין השיב: "מר כרמלי הוציא מכתב ואיימו עליו בתביעה, אז הוא התחרט ומחק את המכתב. הוא הוציא מכתבים שהוא מציין הכל...תפקידו לעשות שיוך. הוא התחרט שעשה את השיוך". (עמ' 12 שורות 1-4 לתביעת דאהודי). בעניין זה כבר קבעתי, כי חלקות 8-11 ו-15 בגוש 30093 הן החלקות מושא התביעה ולא נטען או הוכח אחרת בראיות הנתבעים (ראו פסקות 32-33 בפסק הדין).

50. המודד אלישיב, מדד את השטח עפ"י תצ"ר משנת 46' שאושר ככשר לרישום, אף שלא בוצע הרישום בפועל. גבולותיו החיצוניים, לא בוטלו והם מתאימים למפה עדכנית. בשונה, מהחלוקה הפנימית אשר בוטלה מבלי שיהא בכך כדי להשליך על הזיהוי שעניינו- בגבולות החיצוניים. לקביעתי זו מתווסף זיהוי 'בתי הרכבת' שנראו כבר במפות משנות ה-20 של המאה הקודמת שהציגו הנתבעים. לדברי המודד אלישיב, הללו הוחזקו ע"י היהודים שרכשו את המקרקעין במתחם, באופן המתיישב עם ריבוי המסמכים וכן עם המפות אליהם היפנה בחוות דעתו המומחה

עירון (סעיף 2 בפרק ו' וסעיף 12 בפרק ז') בעניין 'תכסיתי' המבנים שהוסכם בתביעת אבו חסאנה כי נבנו ע"י ועד העדה הספרדית).

51. מנגד, אין בחוות הדעת של המומחית ופא כדי לסתור את חוות הדעת של עירון ואלישיב ועירון. בחוות דעתה, העלתה ועוררה המומחית קשיים העולים מנסח הרישום והמפות שעיקרם הובאו בפסקה 43 בפסק הדין. אלא מה, המומחים עירון ואלישיב היו ערים לקשיים אלו הכרוכים ברישום על פי קושאן. כדברי כב' השופט רובינשטיין **בפרשת חיג'אזי**, ניתן להביא ראיות 'חיצוניות' לנסח הרישום (כמובא בפסקה 31 לעיל) ומומחים אלו תמכו את חוות הדעת שלהם בראיות המוכיחות כי הנכסים שבפני, מצויים במתחם שמעון הצדיק.

52. לעניין הפער בשטחים, אני מקבלת את עדות המודד אלישיב כי מקורו במדידות שנעשו 'עם ובל'י' כבישים. כך גם עולה מחוות הדעת של המומחית ופא לפיה שטח הכבישים הוא כ- 3,000 מ"ר. בכך, יש כדי ליישב אריתמטית את הפער בשטחים כעולה גם מעדות המודד אלישיב.

53. בעניין השוני במספר המערות המצויות במתחם, נידרש כבר בית המשפט העליון **בפרשת חיג'אזי**, באימוץ חוות הדעת של המומחית פרופ' קרק. אותה חוות דעת, לא הובאה בפני כראייה, אך די בפסק הדין החלוט שהפנה אליה בקביעתו שהמקרקעין מצויים במתחם שמעון הצדיק, חרף השוני במספר המערות.

54. בעניין השוני בשמו של המתחם במסמכים השונים (כמובא בחוות דעת המומחית ופא והמומחה עירון), הרי שהדבר נעוץ בכשל של השיטה העות'מנית בזיהוי מקרקעין לפי תיאור מילולי ולא על פי מפת מדידה. מכל מקום, כפי שהבאתי בהרחבה בהתייחס לחוות דעת עירון והמפות הרבות אותן בחן שהוצגו בפני, המתחם זוהה שוב ושוב – כ"שמעון הצדיק" או "אל יהודיה". אף המומחית ופא, מצאה כי הכינוי של המתחם הוא "אל יהודיה" (אף שסברה כי הוא בבעלות משפחת חיג'אזי). גם בכך, יש כדי לחזק את מסקנתי כי עסקינן במתחם שמעון הצדיק. נכון הדבר, בפרט נוכח טענות חיג'אזי עצמו, שנדחו בפסק הדין **בפרשת חיג'אזי**. ועוד, קיים קושי לקבוע כי קבר שמעון הצדיק לא נימצא במתחם "שמעון הצדיק" כי אם במקרקעין אחרים (ראו פסק דינו של כב' השופט רובינשטיין **בפרשת חיג'אזי**). ולגבי גבולות המתחם, אני מקבלת את המסקנות של המומחה עירון שהתבססו על מפות ומסמכים (כמובא בהרחבה בפסקה 46).

55. על האמור אוסיף, כי מחקירת המומחית ופא עלה כי לא ראתה ולא עיינה במפות רבות המצויות במיפוי ישראל (עמ' 126) בשונה מהמומחים עירון ואלישיב. לשאלה לאילו מקרקעין מתייחס אם כן הרישום בנסח הרישום על שם התובעת המומחית: "המתחם לא מדובר על אותו מקום, ולא יודעת איפה הוא נמצא. לא בדקתי את זה. לא עשיתי מחקר איפה התיאור הזה יכול להתאים, אני אומרת שאת הצילומים האלו, אני לא יודעת והנה התשובה" (עמ' 127 שורות 17-19) וכי

אין לה זמן לבדוק למה מתייחס הרישום בטאבו (עמ' 128 שורות 21-24). היעדר בירור בנדון, יש בו כדי לערער את מסקנותיה של המומחית בידיעתה כי המחלוקת עניינה בזיהוי המקרקעין אשר בנסח הרישום עליהן התבססה התובעת.

56. הנתבעים, טענו במפתיע במסגרת סיכומיהם (בדומה לחקירת המומחה עירון בתביעת אבו חסאנה, כמובא בפסקה 46) כי מתחם שמעון הצדיק נמצא מזרחית צפונית למתחם מושא התביעה בו מצויים נכסי הנתבעים וכינויו: **נחלת שמעון** (עמ' 145 שורות 11-14). אותה טענה, לא נתמכה בחוות דעת של המומחית ופא מטעמים ולא הוכחה באיזו מראיותיהם, ודינה להידחות.

57. סיכומם של דברים, נדחות טענות הנתבעים כנגד זיהוי הנכסים במתחם והוכח כי מתחם שמעון הצדיק ובכינויו האחר "אליהודיא", הוא הרשום רשום בפנקס השטרות בבעלות הוועדים בעבר והתובעת, כיום.

רשלנות ומרמה ברישום:

58. כמובא ברישא של פסק הדין, עיקר טענות הנתבעים כנגד הרישום הופנו לרשלנות שהביאה לרישום שגוי בדבר זכויות הוועדים במתחם. נוכח אותן הטענות, נערתתי לבקשת הנתבעים והוריתי על המצאת תיקי הנכסים במתחם מלשכת רישום המקרקעין (להלן: "תיקי הטאבו") באמצעות פקיד הרישום. נציג רשם המקרקעין מר גדי מזרחי (להלן: "העד מזרחי") התייצב להעיד והמציא את התיקים. בתום פרשת הראיות ולאחר חקירת העד מזרחי (עמ' 100-83) בקשו הנתבעים לזמן לעדות את רשם המקרקעין עצמו. כך לטענתם, מאחר **ובתביעת אבו חסאנה**, הסתבר להם (בהיותם מיוצגים ע"י מייצגי הנתבעים בתביעת אבו חסאנה) כי תיקי הטאבו שהוצגו שם ע"י העד מזרחי, שונים מהתיקים שהוצגו באמצעות העד בהליך שבפני. בהחלטתי מיום 3.04.19 נערתתי לבקשה והוריתי על זימון לעדות של רשמת המקרקעין הגב' כנרת כהן (להלן: "הרשמת") וזו הגישה ביום 25.06.19 תעודת עובד ציבור. מאוחר יותר, הוגשו סיכומים משלימים בעניין מסמכי תיקי הטאבו.

59. טוענים הנתבעים, כי רשם המקרקעין עשה עבודתו כלאחר יד, בזדון או ברשלנות ובמרמה ברישום הזכויות במתחם, מבלי שטרח לעיין במסמכים שהונחו בפניו, לתרגם אותם ו/או לבדוק כראוי את התרגום שבפניו. ראיה לכך, הקושי ושמה אי ידיעת הרשמת להשיב בחקירתה כיצד נעשה הרישום (סעיף 10 לסיכומיהם).

60. התובעת טענה מנגד, כי דין הטענות כנגד הרישום להידחות מחמת התיישנות ולאור קיומו של השתק פלוגתא כמו גם לגוף הדברים.

התיישנות ומעשה בית דין בעניין הרישום:

61. לטענת התובעת, תקופת ההתיישנות במקרקעין לא מוסדרים, היא בת 15 שנה (סעיף 5 (2) [לחוק ההתיישנות](#), תשי"ח-1958 (להלן: "חוק ההתיישנות"). רישום המתחם על שם הוועדים נעשה כבר בשנים 6-1875 על פי פסקי דין של בית הדין השרעי. לפיכך, חלפה תקופת ההתיישנות בנוגע לחידוש הרישום (מיום 13.9.72). מה גם, שנוצר מעשה בית דין בפסק הדין שניתן בבית משפט המחוזי **בתביעת חמאד וסבאג'** שנדחתה בשל התיישנות ונדחה גם ערעור עליו. מעשה בית דין נוצר ביריבות עם חמאד, שהיה בין התובעים באותו הליך אך גם, ביריבות עם משפחות דאהודי ודג'אני בהיותם "צד קרוב משפטי". לפיכך, נוצר השתק כנגד כלל הנתבעים המנועים מהעלאת טענה כנגד חידוש הרישום.

62. על כך השיבו הנתבעים וטענו כי לא חלה התיישנות בהיותם נתבע ולא תובע בהליך שבפני (בהפניה [לסעיפים 2-3 לחוק ההתיישנות](#)) והתובעת מנועה מהעלאת טענה זו. אין גם בפסק הדין **בתביעת חמאד וסבאג'** כדי לחייב את דג'אני ודאהודי שלא היו צד לה.

63. אין חולק כי טענת הנתבעים לתרמית בחידוש הרישום נטענה **בתביעת חמאד וסבאג'** לסעד הצהרתי על זכויותיהם בנכס. אותה תביעה, הוגשה במועד מאוחר לתביעה דנן. בפסק הדין **בתביעת חמאד וסבאג'** נאמר: "לגופו של עניין טוענים התובעים כי בא כוחם איתר מסמכים מהם עולה כי הליך הנפקת הנסח בעקבות חידוש הרישום היה פגום, בלתי חוקי ובלתי ראוי ואין הוא מתייחס למתחם בו נמצאות דירות התובעים. עוד לטענתם, בדיקה שנעשתה באמצעות באי כוחם העלתה כי מתחם הידוע בשם אליהודיה בכינויו או כרם אלג'אעוני, אשר לטענת הנתבעות הוא המתחם הנדון, היה בבעלות משפחה אחרת בירושלים, ומעולם לא היה בבעלות מי מהנתבעות או בבעלות אלה שהנתבעות רכשו מהם את המתחם... בנוגע להליך חידוש הרישום שנעשה ביום 14.9.72 טוענים התובעים כי הוא נעשה בניגוד להוראות [חוק המקרקעין](#) והתקנות שהותקנו על פיו, המתגוררים בנכס, לרבות התובעים, לא קיבלו שום הודעה בדבר הליך חידוש הרישום ולא צורפה מפה לצרכי רישום שיש בה כדי לייחס את האמור במסמכים לשטח המתחם. לטענתם יש להצהיר על בטלות הרישום ולקבוע כי אינו חובק את החלקות הישנות אשר מספרן 8, 9, 10, 11 ו-15 בגוש 30093 או חלקן" (שם, פסקאות 14-15). מכאן עולה כי הטענה של הנתבעים שבפני כנגד הרישום נבחנה והוכרעה כבר בתביעת חמאד וסבאג' והשאלה היא, אם דחייתה בפסק דין חלוט במסגרת הליך האחר, מהווה מעשה בית דין בענייננו וביריבות - עם מי מהנתבעים או שמא עם כולם.

64. טענת התובעת למעשה בית דין שני ענפים לה: השתק עילה והשתק פלוגתא. על השתק עילה נאמר בע"א 601/88 [עייזבון המנוח מיכאל רודה ז"ל נ' ורדה שרייבר](#)

(פ"ד מז(2) 441): "...מקום שתביעה נדונה לגופה והוכרעה על ידי בית משפט מוסמך, שוב אסור להיזקק לתביעה נוספת בין אותם הצדדים או חליפיהם, אם זו מבוססת על עילה זהה. במקרה כזה, אם במשפט הראשון זכה התובע בדין, כי אז אומרים שעילת תביעתו שם נבלעה (merged) בפסק הדין... אם במשפט הראשון זכה הנתבע בדין, אזי אומרים שקם מחסום (bar) המשתיק את התובע מלחזור על תביעה שניה המבוססת על אותה עילה..." (ע"א 246/66, 247 ש קלוזנר ואח' נ שמעוני; שמעוני נ' ש קלוזנר ואח' [1], בעמ 584-583) (שם), פסקה 6). ובעניין פסק דין שניתן בהסכמה, כבעניינה של משפחת דג'אני שבמסגרת ההסדר הדיוני הכירה בזכויות התובעת במתחם, נקבע באותו פסק דין: "פסק הדין היוצר – לפי הטענה – השתק עילה בענייננו, הוא פסק-דין המאשר הסכמה של הצדדים להתדיינות. מטבע הדברים, פסק דין כזה איננו מבוסס על הכרעה שיפוטית עניינית בסכסוך שנתגלע בין הצדדים (ראה נ' [זלצמן, מעשה בית-דין בהליך אזרחי](#) (רמות, תשנ"א) 330), ועיצובו עשוי להיות מושפע משיקולים שונים של בעלי הדין, אשר אינם תואמים בהכרח את הפתרון שאליו היו מובילים הכללים המשפטיים הרלוואנטיים. חרף שוני זה בין פסק-דין בהסכמה לבין פסק דין "רגיל", ניתן לכללי השתק, על ענפיהם השונים, תוקף גם בנסיבות שבהן יושב סכסוך על ידי פסק דין בהסכמה (ע"א 151/87, 219 הנ"ל [2], בעמ 498-497). ביסוד גישה זו עומד השיקול של סופיות הדיון: משניתנה גושפנקא שיפוטית להסכמת הצדדים בדבר הדרך ליישוב הסכסוך, שוב אין מקום לאפשר להם להחזיר את הגלגל אחורנית ולפתוח מחדש את חזית המריבה, שאם לא כן, יהיה בכוחו של פסק הדין למלא את התכלית שלה נועד, קרי – יישובם הסופי של סכסוכים (ראה לעקרון סופיות הדיון: [זלצמן, בספרה הנ"ל, בעמ 12-15](#)) (שם, פסקה 6).

65. התובעת שבפני, היתה לנתבעת בתביעת משפחת חמאד וסבאג' כנגד רישום הזכויות בחידוש הרישום. הפסיקה הרווחת היא כי "השתק עילה נוצר רק ביחס לתובע בהליך בו ניתן פסק הדין, ומונע ממנו לתבוע שוב בגין אותה עילה" (רע"א 785/05 בנק הפועלים בע"מ נ' מומי, עמ' 4 (31.10.2005). "הכלל של השתק עילה חל רק על תובע המבקש לחזור ולתבוע את הנתבע בשנית בגין אותה עילה" (ע"א 8617/09 בר הלל נ' בירי בראשי עבודות עפר פיתוח תשתית וכבישים (1987) בע"מ, פסקה 31 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (30.11.2011); רע"א 8973/10 בנק אוצר החייל בע"מ נ' בן ברוך (23.07.2012). בע"א 7138/16 PRAXIS M/V CAPTAIN HARRY ENERGY AGENTS GMBH נ' האונייה (07.05.18) (להלן: "עניין פרקסיס") בפסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט אלרון נאמר: "בשלה העת להכריע בסוגיה זו, ולקבוע כי ככלל, העיקרון של השתק עילה לא יחול מקום בו הצדדים מתחלפים ביניהם בתפקידי התובע והנתבע", מול דעתו של כב' השופט סולברג על צורך בהחלת חריג "השתק הגנה", אף שהשאייר זאת ב'צריך עיון'.

66. חריג להלכה זו, נמצא ברע"א [6498/05 צבעוני נ' בנק הפועלים](#) (23.2.2006) (להלן: **פרשת צבעוני**) שקבע כי **"אין בהחלפת הסטטוס של בעלי הדין כדי לגרוע מכוחו של מעשה בית דין ומכוחם של השתקי עילה ופלוגתא"** גם אם צד היה נתבע בהליך הראשון ולא תובעת. שכן, מדובר באותו עניין שכבר הוכרע בהליך הראשון בתוצאה סופית, גם אם מחמת היעדר הגנה ונוצר גם השתק פלוגתא (פסקה 7 בהחלטה של כב' השופטת ארבל וההפניה שם, לספרה של נ' [זלצמן, מעשה בית דין בהליך אזרחי](#) (תשנ"א), בעמ' 304, להלן: **"זלצמן"**). בספרו של המלומד יששכר [רוזן-צבי, ההליך האזרחי](#) (2015) נאמר על הצורך בצמצום התנאים להשתק פלוגתא. בכלל זה: **"אם בתביעה מאוחרת הנתבע מעלה טענה שהיה ניתן להעלותה כטענת הגנה לתביעת התובע נגדו או לחלופין במסגרת תביעה שכנגד, באופן שאם תתקבל התביעה המאוחרת יאויין פסק הדין שניתן כנגד הנתבע בתביעה המוקדמת, תושתק תביעתו המאוחרת של הנתבע בהשתק עילה (שם, עמ' 515). בפרשת פרקסיס נאמר מפי כב' השופט סולברג: "גם אם מבחינה פורמלית הצדדים החליפו ביניהם תפקידים, הרי שמבחינה מהותית, החלת חריג זה בענייננו עולה בקנה אחד עם מכלול התכליות המונחות בבסיסו של עקרון השתק עילה"** אך השאיר זאת כאמור ב'צריך עיון'.

67. ברע"א [4576/17 Air Via OOD](#) נ' **השטיח המעופף בע"מ** (18.12.18) (להלן: **"פרשת השטיח המעופף"**) נקבע כי אין בהחלפת הסטטוס של בעלי הדין, מתובע לנתבע בהליך הראשון ובמאוחר לו, כדי לגרוע מכוחו של מעשה בית דין ומכוחם של השתק פלוגתא. שונה הדבר לעניין השתק עילה לגביו נאמר כי **"העובדה שבעלי הדין התחלפו בתפקידיהם מהווה, לרוב, בסיס לשלילת תחולתו של כלל השתק עילה, שכן אין הליך שהוגש בידי פלוני נגד אלמוני ממצה, במקרה הרגיל, את עילת התביעה של אלמוני נגד פלוני"** למעט במקרים חריגים של **"השתק הגנה"** (פסקות 20 ו-24 בפסק דינו של כב' השופט גרוסקוף אליו הצטרפו כב' השופט עמית וכב' השופט קרא). על טעמי ההכרה ב"השתק הגנה", היפים גם לעניין השתק פלוגתא, מצינו בפסק הדין של כב' השופט עמית: **"ואני מסכים עם חברי כי בשלה העת להכיר בחריג זה ולהכניס אותו דרך הדלת הראשית, כך שבהתקיים החריג, יחול הכלל של השתק עילה על אף חילופי התפקידים בין התובע לבין הנתבע. זאת, מאחר שבבסיסו של חריג "השתק הגנה" עומדות התכליות המוכרות שבבסיס השתק העילה הקלאסי – סופיות הדיון והאינטרס הציבורי להביא לסיומם של סכסוכים בין מתדיינים במלואם ובאופן סופי; מתן תמריץ לבעלי דין למצות את מלוא טענותיהם ואת כלל הסעדים במסגרת תובענה אחת, ובכך לחסוך במשאבי שיפוט ולמנוע הטרדת בעלי דין פעם נוספת בעניינים שכבר נדונו; ומניעת הכרעות סותרות (יששכר [רוזן-צבי ההליך האזרחי](#) 491, 518 (2015)...)** החריג של **"השתק הגנה"** חל אם הנתבע, שהפך לתובע בתביעה

המאוחרת, מעלה טענה שאם תתקבל תאיין את פסק הדין שניתן כנגדו כנתבע בתביעה הקודמת" (שם, פסקות 2-3).

68. לפיכך, בחנתי אם התמלאו התנאים לקיומו של מעשה בית דין בהשתק פלוגתא, בפסק הדין בתביעת חמאד וסבאג'.

69. להחלת השתק פלוגתא על טענה מסוימת, צריך שיתקיימו 4 תנאים: "זהות הפלוגתא ברכיביה העובדתיים והמשפטיים; קיומה של התדיינות באותה פלוגתא בהליך הראשון; סיום ההתדיינות בהכרעה שבמסגרתה יקבע בית המשפט ממצא פוזיטיבי באותה פלוגתא, להבדיל מקביעה כי הפלוגתא לא הוכחה; וכן שההכרעה האמורה הייתה חיונית לצורך פסק הדין בהליך הראשון" (רע"א 6853/18 סגל ישראל נ' אבי שמעון מריליוס (17.2.2019). עוד ראו: [ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל](#), פסקה 14 (12.10.09) להלן: "עניין אספן"; אורי [גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי](#), כרך א, עמ' 268 (מהדורה 13, 2020) להלן: "גורן").

70. טוענים הנתבעים כי לא נוצר מעשה בית דין מאחר ואין בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בתביעת חמאד וסבאג' כל קביעה פוזיטיבית בעניינם וודגיאני ודאהודי אף לא היו בעלי דין באותו ההליך.

71. לדעת המלומדת פרופ' נינה זלצמן בהיעדר הכרעה בפלוגתא, לא ייווצר השתק פלוגתא: "השאלה היחידה המעניינת... היא, אם התבררה אותה פלוגתא במשפט הראשון והוכרעה על ידי בית המשפט לצורך מתן פסק הדין. בתובענה. כאשר נמחקה התובענה או נדחתה בשל אחת מן הסיבות האמורות לעיל עוד בטרם הוחל בדיון, או כשהדיון היה רק בשלבי הראשוניים, תהא התשובה שלילית על פניה, וממילא אין פסק הדין מהווה השתק פלוגתא" (זלצמן, עמ' 317) וכי ותביעה שנדחתה מחמת התיישנות, לא יוצרת השתק פלוגתא (זלצמן, בעמ' 188). כך, בהפנותה לדעת המיעוט בפסק הדין בע"א 316/53 קרמש נ' סול ואח', פ"ד יא, 1336 (18.11.57) שניתן, עובר לתיקון [לחוק ההתיישנות](#) לפיו הוארכה תקופת ההתיישנות בתנאים מסוימים. ואילו לדעת הרוב, דחיית תביעה מחמת התיישנות, יוצרת מחסום דיוני (עוד הפנתה זלצמן לע"א 493/63 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים העבריים בישראל נ' קבוצת כנרת, קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ, שמעון מזרחי, ואח', פ"ד יח 225 (13.4.64) להלן: "עניין קבוצת כנרת"). בהסתמך גם על קביעת בית המשפט בעניין קבוצת כנרת נקבע בע"א 5549/94 ק.י.מ.א להשקעות ובנין בע"מ נ' זהבה (גיזלה) גרינפלד (11.2.97), כי דחיית תובענה בשל היעדר יריבות אינה מהווה השתק פלוגתא בין בעל הדין הנכון לבין הנתבע לעניין שאלת תוקפו של חוזה (שם, בפסקה 7), מה שאינו דומה לעניינינו.

72. בהלכות מאוחרות לאמור, רוככה דרישת "הממצא הפוזיטיבי" או "הדין לגופו של עניין" ונקבע, כי מעשה בית דין חל גם מקום בו הפלוגתא עצמה, כלל לא נדונה. כך מצינו בע"א 4087/04 מוטי גורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (8.9.05) שם עלתה סוגיית מעשה בית דין בנוגע לטענה לפיה "במסגרת ההליך הראשון מטעמים פרוצדוראליים ולא נדונה לגופו של עניין" (שם, עמ' 9). כב' השופטת ארבל קבעה: "מעשה בית דין אינו חל רק לגבי פלוגתאות שהועלו על ידי בעלי הדין בהליך משפטי קודם, אלא אף על טענות שהיה על בעלי הדין להעלותם במסגרת הליך זה. במקרה דנן, כאמור, בית המשפט המחוזי לא אפשר את הדיון בטענה לגופו של עניין בשל אי צירופה לבקשה למתן רשות להתגונן שהגיש המערער" (שם, בעמ' 10) ובעל דין, מושתק מהעלאת פלוגתאות חדשות שיכול היה להעלותן בהתדיינות הראשונה. "האינטרס העומד בבסיס ההשתק עולה בקנה אחד עם חלק ניכר מההצדקות לקיומה של מסגרת נורמטיבית פרוצדוראלית. סדרי הדין אינם חלק נפרד משיטת המשפט, אלא קשורים הם בקשר גורדי לזכויות המהותיות המוקנות על פי הדין. עמדה זו באה לידי ביטוי אף בהחלט דוקטרינת מעשה בית דין, במקרים בהם נדחתה תובענתו של בעל דין על הסף, ולו מפאת אי עמידתו בהוראות סדרי הדין גם כן" (שם, עמ' 11).

73. בדומה לכך נקבע בפסק הדין של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור ברע"א [2237/06 בנק הפועלים בע"מ נ' רלה וינשטיין](#) (8.3.09) (להלן: "עניין וינשטיין") כי גם פסק דין שניתן בהעדר הגנה או התייצבות חלוט ויוצר מעשה בית דין: "מקובלת עלי המדיניות השיפוטית שבוטאה בבהירות... כמוהו, גם אני סבורה, כי פסק דין שניתן בהעדר הגנה ומכריע מכללא לטובת התובע בפלוגתא עיקרית, שהיא נושא ההתדיינות הראשונה וההכרעה בה היא בבחינת הכרעה שבלעדיה אין, מונע מן הנתבע לשוב ולהעלות בהתדיינות נוספת טענות החותרות תחת הכרעה זו" (שם, בפסקה 20). בהמשך נאמר ע"י כב' השופטת נאור: "דרך זו מחייבת "ריכוך" מה בהלכת "הממצא החיובי", שהיא הלכה אשר אין לה אח ורע בשיטת המשפט המקובל האנגלי ובזו האמריקנית (ראו: [זלצמן, מעשה בית דין בהליך האזרחי](#), בעמ' 190-191), אך איני רואה מנוס מכך. מערכת משפט אינה יכולה להסכין עם התופעה שפסקי דין בהעדר הגנה או התייצבות שלא ננקט הליך לביטולם, לא יהיו חלוטים, גם אם אין החיוב שהוכר בהם יכול לעלות בקנה אחד עם טענה שמעלה לימים מי שהיה הנתבע בהליך המוקדם" (פסקות 20 ו-25; וראו: פרשת השטיח המעופף, שם, פסקה 24)). כדברי כב' השופט רובינשטיין בעניין וינשטיין: "מעשה בית דין משתיק לא רק טענת בעל דין שנטענה, אלא גם טענה שחייב היה לטעון להגנתו, גם אם נמנע מעשות כן ע"א 461/58 חברת ביטום בע"מ נ' מנהיים, פ"ד יג(2) 937, 943 - השופט, כתארו אז זוסמן)... הלכה זו מלמדת, כי העובדה שבית משפט

לא דן והכריע בטענה מסוימת באופן פוזיטיבי, אינה מכשול בלתי עביר להיווצרות מעשה בית דין בעניינה" (שם, פסקות ב-ג). בפסק דינו של כב' השופט מלצר באותה פרשה, התוצאה היתה זהה רק על יסוד דוקטרינת המניעות וקבע כי אין להחיל את דוקטרינת השתק פלוגתא במקרה מעין זה. על הלכת וינשטיין חזר בית המשפט העליון ברע"א 8973/10 בנק אוצר החייל בע"מ נ' גולייט בן ברוך (23.07.12) שקבע כי השתק פלוגתא חל על פלוגתאות מרכזיות שעלו בבקשת רשות להתגונן שנדחתה (שם, פסקה 18). כב' השופט דנציגר העיר, כי במצב דברים זה מתגלה קושי עם אחד התנאים של השתק פלוגתא והוא "דרישת הממצא החיובי" אך סבור גם הוא, כי יש לרכך תנאי זה.

74. בענייננו, נוצר השתק פלוגתא בדחיית תביעת חמאד וסבאג' שפלוגתא עיקרית בה היתה בנוגע לרישום זכויות הוועדים במתחם שנטען, כי נעשה בתרמית, זדון או רשלנות, כפי שטען חמאד וטענו יתר הנתבעים שבפני בכתבי ההגנה. ההשתק, יכול כאמור שייווצר גם במקרים בהם תביעה נדחתה על הסף והפסק, היה לחלוט ללא בירור הפלוגתא לגופה. קביעה זו, יש בה כדי להגשים את עיקרון סופיות הדיון; מניעה או צמצום של הכרעות סותרות; קידום היעילות ובזבוז המשאבים; עשיית צדק עם בעלי הדין ומניעת הטרדתם בעניין שכבר נדון (רוזן צבי בעמ' 485). לעניין סופיות הדיון, יפים דבריו של כב' השופט סולברג בת"א 4582/03 (מחוזי י-ם) ידיעות תקשורת בע"מ נ' פרופ' משה צימרמן (24.2.04): "דעת לנבון נקל, כי סופיות הדיון איננה 'לעומתית' לצדק. התדיינות שאינה פוסקת, היא-היא היוצרת עיוות, מבוכה ועוול. דרך הכלל היא, כי סופיות הדיון משרתת את הצדק. היוצא מן הכלל הוא, מצב שבו סופיות הדיון גורעת מן הצדק" (וראו: פרשת השטיח המעופף, כמובא לעיל בפסקה 64).

75. יפים הדברים בעניין משפחת חמאד, לגביה חל השתק בטענותיה כנגד חידוש הרישום. נכון הדבר, בפרט נוכח לוח הזמנים בהגשת תביעתה לסעד הצהרתי כנגד הרישום ובעניין זכויותיה בנכס, במועד מאוחר להגשת התביעה כנגדה המונחת בפניו. היינו, ביקשה משפחת חמאד לקבל מבית המשפט המחוזי הכרה בטענותיה, שנטענו כבר בפני, לזכויותיה במתחם ונדחתה על הסף, מחמת התיישנות.

76. בעניין משפחת דג'אני, קבעתי כבר כי נוצר מעשה בית דין לגביה נוכח ההסדר הדיוני שחל עליה. הן בהכרה בזכויות של התובעת בנכס והן, בהכרת התובעת בזכויותיה בדיירות מוגנת בנכס.

77. נותר לבחון אם נוצר מעשה בית דין גם בעניינה של משפחת דאהודי, שהתובעת טענה לקיומו בהיותם בעלי דין בעלי "קרבה משפטית" עם חמאד שתביעתו כנגד הרישום, נדחתה כאמור (על "קרבה משפטית" ראו: **עניין אספן**, שם, פסקה 13; בספרו של **גורן בעמ' 267-266**). **בע"א 8765/07** פז חברת נפט בע"מ נ' עו"ד אמיר שושני (27.12.10) נקבע: "הקרבה המשפטית" נתפסת כקרבה "עניינית" המקיימת "קשר של ממש" לעניינו של בעל דין העומד מאותו צד של המתרס כנגד בעל הדין המשותף לשני ההליכים... קרבה משפטית זו יכולה להיווצר, בין היתר, בזכות קשרים משפחתיים או מסחריים עם בעל הדין הקודם, מכוח נציגות, או מכוח זיקה משותפת לענין כספי משותף" (שם, פסקה 25).

78. שאלת קרבתם המשפטית של בעלי הנכסים במתחם, עלתה בהקשרים שונים בהליכים אחרים שנוהלו בנוגע למתחם בין צדדי ג' ובין הוועדים. כדוגמת פסק הדין של כב' השופט מוסק **בת"א (י-ם) 19795-08** ועד **עדת הספרדים בי-ם נ' עבדול ראזק עזבון סבג חאג'** (26.2.12) (להלן: "עניין עבדול ראזק") שאמר: "כאן המקום לציין, כי גם אם הנתבעים לא היו צד להסכמה הדיונית וגם אם לא ניתנה החלטה במישור היחסים שבין הנתבעים לבין התובעים, הרי שסוגיית בעלות התובעים ביחס למתחם נשוא התביעה הוכרעה זה מכבר. עוד אציין, כי טענות ההגנה בענייננו הועלו לא אחת בהליכים שנוהלו בין התובעים לבין דיירים אחרים במתחם - טענות אשר נדונו ונפסקו ע"י הערכאות השונות. סבורני, כי בנסיבות העניין, אין מקום לשוב ולהתדיין בנושאים אלו". כן מצינו **ברע"א 6001/98** עבד אלפתאח גאווי נ' ועד העדה הספרדית בירושלים (10.01.1999) מפי כב' הנשיא ברק. אותו ערעור, נסב על החלטת בית המשפט המחוזי לאשר את פסק דינו של בית הדין לשכירות, לעניין דמי שכירות שנקבעו למערערים. המערערים, טענו כנגד הבעלות של הוועדים בנכסים שבמתחם. בית הדין לשכירות קבע, כי קיים השתק פלוגתא בנוגע לבעלות הוועדים מכוח פסק הדין שניתן בע"א (מחוזי י-ם) 166/89 שקבע כי בין המבקשים לוועד, שוררים יחסי בעל בית - דייר מוגן המושתת על ההסדר הדיוני (שהושג בת"א 3457/82 שהתנהל בפני כב' השופט שמחה). כך נקבע, למרות שהמבקש - לא היה צד לאותן התדיינות ולהסדר הדיוני. כאמור, בית המשפט המחוזי אישר את פסק הדין של בית הדין לשכירות וכב' הנשיא ברק, דחה את בקשת הערעור עליו.

79. נכונות אותן קביעות, גם לעניינה של משפחת דאהודי שנוצר מעשה בית דין בנוגע לה, בפסק הדין שניתן **בתביעת חמאד וסבאג'** בהיותה 'צד קרוב' משפטית לחמאד. אסביר: דאהודי, תושבי המתחם וחלק מקבוצה של משפחות המתגוררות שם אשר ביריבות עם המשפחות האחרות, נוהלו הליכים ע"י מי מהמשפחות ו/או ע"י הוועדים, ומאוחר יותר ע"י התובעת שרכשה ממנה את

הזכויות, בנוגע למגוריהם במתחם. אותם הליכים נוהלו במרוצת שנים ארוכות. החל משנות ה-70 של המאה הקודמת ואילך.

80. העד ממו אמר בחקירתו, כי הוא מנהל את המתחם מסוף שנת 1998 (עמ' 10 שורה 12 **בתביעת דג'אני**) עוד בעת שהמתחם היה בבעלות הוועדים. לדבריו, מי מהמשפחות שהתגוררו במתחם לא שילם דמי שכירות לוועדים ואף לא לתובעת (עמ' 18 שורות 28-33 בתביעת דאהודי). העד הוסיף כי **"אני באופן אישי בשנת 2005, פניתי לכל המשפחות ובקשתי לבוא ולהסדיר את מעמדם"** ואף שלח מכתב דרישה (ת/1 בתביעת דג'אני) ומסר אותו ביד (עמ' 19 שורות 2-3 ו-9-19 בתביעת דאהודי). הוא ניגש עד פתח דירת דאודי וכן הוא מזהה את הנתבע 6, אדאלי דאהודי, שנכח באולם באותה ישיבה (עמ' 25 שורות 27-32 בתביעת דאהודי). דיירים אחרים פונו מהמתחם ע"י התובעת בשנת 2005 לערך, במועד מאוחר לרכישת הזכויות במתחם ע"י התובעת בשנת 2000 או 2003 (עמ' 12 שורה 17 בתביעת דג'אני; עמ' 18 שורות 14-15 בתביעת דאהודי).

81. בכל האמור, יש כדי ללמד על "הקרבה המשפטית" שנוצרה בין דאהודי לחאמד. הן מחמת פעילות הוועדים, ולאחריה התובעת, בזיקה וביריבות עם המשפחות שהתגוררו במתחם ובסמוך לנכס בו מחזיקה משפחת דאהודי. הן, בזיקה למשפחת דאהודי עצמה, שקבלה דרישה מהעד ממו בשם הועד והתובעת, לדמי שכירות ולהסדרת מעמדה בנכס. אותה התנהלות, יצרה זיקה ועניין משותף של משפחת דאהודי עם שכניה שמתחם שבקשו, כולם, להמשיך להחזיק בדירות המגורים חרף טענות הוועדים והתובעת לזכויותיהם. כפועל יוצא מהקרבה הגיאוגרפית - במגורים בשכנות של "אותם משפחות משנת 56" (כדברי נתבע 6 בתביעת דאהודי, עמ' 118 שורה 9) והאינטרס המשותף שלהם, נוצרה "קרבה משפטית". בפרט, משהוגשה ע"י שכניהם **תביעת חמאד וסבאג'** ע"י בא כוחה של משפחת דאהודי ובתוך תקופת ניהול התביעה כנגד דאהודי.

82. זאת ועוד, בדומה לעניינה של משפחת דאהודי, נקבע בפסק הדין בתביעת **חמאד וסבאג'**: **"כי לא די בעדותו של עארף, גם אם הוא עצמו לא ידע על ההליכים שהתנהלו ועל טענות הוועדים, כדי להאריך את תקופת ההתיישנות. עדותו של עארף הייתה כללית. הוא השיב כי מרבית הזמן הוא היה ברבת עמון, ולא העיד על כל פעולה שעשה על מנת לברר את זכויותיו. התביעה הוגשה על ידי תשעה תובעים אשר שמונה מתוכם לא נתנו תצהירים ולא הוכיחו מתי נודעה להם עילת התובענה"** (שם, פסקה 37).

83. הנתבע 6 בתביעת דאהודי, אדעלי דאהודי, לא ידע להסביר מדוע לא רשמו הוריו את הנכס על שמם. כשנשאל האם היה פעם בטאבו על מנת לראות על שם מי רשום הנכס השיב כי עד שנת 2010 לא פנו אליהם (עמ' 118 שורות 12-13 ו-15-18). לדבריו, רק הוא ורעייתו גרים בנכס. אמו - הנתבעת 1 נפטרה כבר בשנת

2007 ואילו הנתבעים- אחיו ונשותיהם, טסו לחו"ל כבר בשנות ה-80 ו-90 ויהולכים ובאים כל שנה' (עמ' 115 שורה 30 עד עמ' 117 שורה 22). מי מבני המשפחה לא טיפל בהסדרת הזכויות על שם ההורים המנוחים אף לא לאחר שנת 1967 ולמשך כ- 70 שנה כדבריו, ממועד כניסתם לנכס בהרשאה של הממשלה הירדנית ואילך (עמ' 118 שורות 7-3).

84. לפיכך אני קובעת כי עסקינן בצדדים בעלי קרבה משפטית ונוצר מעשה בית דין בפסק הדין **בתביעת חמאד וסבאג'**.

85. למעלה מן הצורך, בררתי את טענת התובעת להתיישנות טענות הנתבעים כנגד חידוש הרישום השגוי. בחינתה, נוגעת למחלוקת אם יכול **תובע** לטעון כי טענת הגנה מתיישנת.

התיישנות טענת הגנה:

86. הכלל הוא כי טענת התיישנות היא טענה בדין הדיוני. משמעותה, כי תביעה נתונה להתיישנות אך לא הזכות המהותית (טל [חבקין, התיישנות](#) (2014), 11, 14 (להלן- "חבקין")). [סעיף 2 לחוק ההתיישנות](#) קובע: "תביעה לקיים זכות כל שהיא נתונה להתיישנות, ואם הוגשה תובענה על תביעה שהתיישנה וטען הנתבע טענת התיישנות, לא יזדקק בית המשפט לתובענה, אך אין בהתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה" (ראו בעניין זה: רע"א 187/05 נעמה נסייר נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד (1) 215, פסקה 13 (להלן: "פרשת נסייר"); רע"א 4302/16 עיריית ירושלים נ' פרידמן צבי (16.04.18), פסקה ו'; [עע"מ 8832/12 עיריית חיפה נ' יצחק סלומון בע"מ](#), פסקה 38 (15.04.15) (להלן: "פרשת סלומון"). לכך יש חריגים, במקרים בהם ההתיישנות עצמה יוצרת או מפקיעה זכות מהותית. כגון: התיישנות רוכשת במקרקעין ([חבקין](#), עמ' 11).

87. לסיווג טענת ההתיישנות כדין דיוני יש נפקות [בחוק ההתיישנות](#) ובפסיקה. כך למשל, קובע [סעיף 3 לחוק](#): "אין נזקקים לטענת התיישנות אם לא טען הנתבע טענה זו בהזדמנות הראשונה לאחר הגשת התובענה". [סעיף 9 לחוק ההתיישנות](#), מורה כי הודאת הנתבע בקיום זכות התובע מתחילה **מחדש** את מרוץ ההתיישנות, מה שמלמד על מאפיינה הדיוני של הטענה (על עוד מאפיינים דיוניים בנדון ראו **בפרשת נסייר**, שם, פסקה 14).

88. טוענים הנתבעים בקצירת העומר, כי תביעה מתיישנת ואילו לא טענת הגנה אינה מתיישנת. טענה זו, נטועה בהלכה פסוקה לפיה התיישנות היא "טענת מגן ולא חרב". [בע"א 522/71 מוריס בנין נ' אלברט בנין, פ"ד כ"ח](#) (2) 309 (20.05.1974) נקבע כי חייב "אינו רשאי להגיש תביעה נגד הנושה למתן פסק-דין הצהרתי שהחוב התיישן ושאינו הנושה רשאי לגבותו" (שם, עמ' 311). בעניין גבייה מנהלית

התעוררה השאלה, אם יכול נישום להגיש עתירה מנהלית שתקבע כי החוב שלו לרשות, התיישן. **בפרשת נסייר** נקבע כי נישום העותר לבית המשפט לאחר שננקט כבר נגדו הליך מנהלי, הריהו למעשה בגדר "נתבע" ועל כן בעניין זה - טענת ההתיישנות "**נותרת טענת הגנה, הגם שאופן השמעתה הוא על דרך יזימת הליך**" (שם, פסקה 28 ו-40). **בפרשת סלומון**, הורחבה הלכת **נסייר** ונקבע כי גם במקרים בהם הליך הגבייה המנהלי הוא פסיבי, יכול הנישום להעלות טענת התיישנות. הנה כי כן, ההלכות שנקבעו **בפרשות נסייר וסלומון** הן חריג לכלל לפיו - טענת התיישנות תועלה ע"י **נתבע** ולא מפי תובע.

89. בעניינינו, ובשונה מההלכה שנקבעה **בפרשת מוריס בנין**, התובעת לא ביקשה להצהיר כי זכות הנתבעים התיישנה כי אם העלתה טענת התיישנות **כתשובה** לטענת ההגנה בדבר תרמית או התרשלות ברישום. לאור הוראות סעיפים **2-3 לחוק ההתיישנות** ובשים לב לחריגים שנקבעו בפסיקה לעקרון מוסד ההתיישנות – כטענת "מגן ולא חרב", אין לכאורה להוסיף על אותם חריגים. עם זאת איני מכריעה בנדון, נוכח נסיבות ניהול הליך. קרי: שעה שבעוד התובעת מנהלת את ההליך, היא הייתה **לנתבעת בתביעת חמאד וסבאג'** שם טענה להתיישנות התביעה, בחלוף עשרות שנים ממועד רישום הזכויות על שם הוועדים ומטעם זה, נדחתה אותה התביעה.

90. עם זאת לאחר בירור טענות הנתבעים כנגד הרישום השגוי, הגעתי למסקנה כי דינן להידחות לגוף הדברים. הרשמת, הוזמנה להעיד בתום הסיכומים בעל פה משטענו הנתבעים, כי התגלו להם ממצאים חדשים עם הגשת תיקי הטאבו במסגרת תביעת אבו חסאנה, שכללו מסמכים שלא הובאו בפני ע"י העד מזרחי (פסקה 57). דא עקא, לא מצאתי בסיכומים משלימים בכתב של הנתבעים כל חידוש מסיכומיהם בעל פה לאחר שנשמעה עדות הרשמת. הם גם לא טענו במסגרתם בעניין ממצאים חדשים שהתחווירו להם מעדותה.

91. הטענה להיעדר הקושאנים הטורקיים בתיקי בטאבו, נטענה מוקדם יותר (עמ' 141 שורות 4-6) וכך גם בדבר היעדר הסכם רכישה של הוועדים (עמ' 141 שורות 9-10). כך נטען כבר כי הוועדים לא מלאו אחר הדרישה להמצאת מפה כתנאי לחידוש הרישום (עמ' 141 שורות 23-25) וכנגד המצאת הצהרות ולא שטרי ההקדש לתיקי הטאבו (עמ' 142 שורות 15-26). עוד שבו וטענו בסיכומים המשלימים כי לא הוכחו ארבע רוחות השמים, בגבולות המתחם וכנגד השוני במספר המערות.

92. כל אותן טענות, נידונו ונדחו כבר בפסק הדין בהתייחס בין השאר לחוות דעת המומחים תוך שימת דגש להלכה פסוקה, בדבר הבאת ראיות 'חיצוניות' לעניין הבעלות נוכח קשיים הכרוכים ברישום על פי קושאן שתיאורו - מילולי וללא מפות. נוכח הערותיי אלו, נימצא כי הנתבעים הטריחו לשווא את הרשמת להתייבב לעדות ולא הסתפקו בהמצאת עדותה מתביעת אבו חסאנה, בעניין אותו מתחם.

93. למעלה מן הצורך, שבתי ועיינתי בטענות אלו של הנתבעים, במסמכים ובעדויות והגעתי לכלל מסקנה, כי דינן להידחות. הטענות, מכוונות בעיקרן נגד רשם המקרקעין, במחדל או במעשה בחידוש הרישום מבלי שהנתבעים בקשו לצרף אותו כבעל דין. החשיבות בצירוף נעוצה בשאלת קיומה של חזקת תקינות מנהלית שהנתבעים בקשו לסתור אותה. טענת חזקת התקינות אינה אלא טענת 'מגן' של הרשות ([ע"א 8880/13 דוד וינשל נ' משרד הביטחון](#), פסקה 38 (30.08.16)). על הנתבעים הנטל לסתירת החזקה ([ע"א 3901/11 מחקשוילי נ' רשות המיסים בישראל](#), פסקה 22 לפסק הדין של כב' השופטת ברק-ארז (6.11.2012)) ובאי צירוף רשם המקרקעין מנעו הנתבעים את בירור הטענה ולא עלה בידם לסתור אותה (כפי שיורחב להלן).

94. **חלופ הזמן הוא פרמטר המשפיע על העוצמה הנדרשת של הראיות המשמשות לסתירת החזקה** (ראו: בג"צ 7466/17 מאהר סרחאן ואח' נ' האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי ואח', פסקה 53 (21.11.18)), להלן: "פרשת סרחאן". יפה הדבר בתקיפת חידוש הרישום בחלופ עשרות שנים, ממועד הרישום.

95. רשם המקרקעין נדרש בענייננו להתייבץ להביא את תיקי לשכת רישום המקרקעין ולא על מנת להביא את עמדתו לעניין הליך חידוש רישום בכלל וחידוש הרישום שבפני משנת 1972 בפרט, משלא צורף כבעל דין (בשונה מצירופו כנתבע **בתביעת חמאד וסבאג'**). כפועל יוצא לא הובאה גרסתו המלאה ובחלופ השנים, לא היה בידי הרשמת להעיד על העבר הרחוק למעט על פי המסמכים שנמצאו בתיקי הטאבו. הנתבעים, לא סתרו בראיותיהם ובעדות הרשמת את החזקה, לפיה רשם המקרקעין וכן המפקח שבחנו את הבקשה לחידוש רישום פעלו באופן תקין. כך, בהיעדר ראיות להתרשלות ברישום שיש בה כדי ללמד על טעות. כך גם, לא הורם הנטל להוכיח ברף ראיות גבוה מעשה מרמה ברישום, שהוא בעל היבט פלילי. בין אם מעשה מרמה של הוועדים ובין אם של הרשם. שכן, הכלל הוא שהוכחת מעשה המרמה, טעון רף ראיות גבוה מהמשפט האזרחי ומחייב בחינה של הראיות, בזהירות יתרה ([ע"א 9178/12 המכללה האקדמית הערבית לחינוך חיפה נ' ג'מאל ח'יר](#) (24.09.2015); [ע"א 3173/12 נחמיה עזרא נ' גרשון גריביאן](#) (04.09.14); [ע"א 7456/11 מוריס בר נוי נ' אמנון](#), פסקה 15 (11.04.13)) ובכך, לא עמדו הנתבעים.

96. מסקנה זו, מתחזקת נוכח הזמן הרב שחלף מיום חידוש הרישום, בחלופ כיובל שנים המשליך גם הוא על רף הראיות שצריך שיהיו בעוצמה גבוהה לסתירת חזקת התקינות המנהלית (כמובא **בפרשת סרחאן**). חלופ זמן, יש בו כדי ליישב את אי ידיעת הרשמת על המסמכים בהם עיינו המפקח או רשם המקרקעין דאז ומה הביאם לכתוב את הערותיהם בעניין הרישום, אליהן עוד אדרש.

97. על כך העידה הרשמת באומרה: "כל מה שיש ברשותנו הצגנו לבית המשפט. לתרגם את המסמכים ולפרש את התיק אני לא יודעת. אני לא קוראת טורקית לא

יודעת איך נעשה חידוש הרישום... (עמ' 153 שורות 23-25). הרשמת, לא ידעה להעיד גם על קיומה של מפה או תשריט בתיק או האם הוצג לרשם - נסח טורקי. בנוסף, לא היה בידה לומר מדוע הרשם לא שם לבו לשוני בין נסחים 34-35 בהם לא רשום 'יהודיה' או 'שמעון הצדיק' בעוד בנסחים 22-23 רשום 'יהודיה' ועל מה ולמה ייחסו את המסמכים הטורקיים לשמעון הצדיק ולא לשועפאט (עמ' 154). עם זאת, אישרה העדה כי על מפות אחרות המצויות בתיקים, באישורי מיסים ועוד, כתוב 'שמעון הצדיק' (עמ' 161 שורות 1-12). הרשמת, נשאלה על מכתבו של סגן הממונה על המרשם, מר דוד אטון (נ/12 בתביעת חמאד) לפיו הוא עיין בנסח הרישום ובשטרי ההקדש אך לא ידעה לומר היכן הללו מצויים ודייקה: 'מה שיש בתיק הוצג' (עמ' 155 שורות 2-14) והוסיפה: **"אין לי יכולת לדעת מה עשו בשנת 72'. אני יכולה לעבור על כל מסמך ומעבר לזה איך נעשתה פעולת חידוש הרישום אינני יודעת. הרשם כאן רק רושם את התיקים מי שמחליט זה המפקח, מה היו ההחלטות של המפקח לא הוצגו בפניי"** (עמ' 157 שורות 43-46).

98. לעניין העדר חוזה המכר אמרה הרשמת כי **"..בעת רישום המכר, יותר מדויק, לא צריך חוזה. האם הוצג חוזה או לא כפי שאמרתי בדיונים קודמים אין לי מושג, יש לי את החומר שלפניי"** (עמ' 153 שורות 13-14; ראו גם עמ' 158 שורות 30-31). לשאלה אם הומצאה לרשם המפה לצרכי רישום בהתאם להתחייבות להמצאתה בנסח (נ/10) השיבה: **"אין לי מושג. יש כל מיני מפות, אני לא יודעת מה מהותן ולצורך מה"** (עמ' 155 שורות 24-26). בחקירה של ב"כ התובעת אישרה העדה כי מצויה בתיק הנכס מפה לפי שטר 685/46 עם חותמת אליפסה, אך לא ידעה לומר אם זו לא נרשמה מחמת הקפאת הרישומים מסוף 46 ועד 48' (עמ' 160 שורות 31-30). לדבריה **"מפה לא צריך לחידוש רישום. אני לא בחנתי את מסמכי התיק אם היו השגות. כאשר מפקח מורה לנו לרשום, זה תהליך שמתבצע על ידי המפקח לאחר חקירות ופרסום. מה נעשה בפני המפקח אני לא יודעת"** (עמ' 161 שורות 39-41).

99. מעדות הרשמת עולה כי לצורך חידוש הרישום, אין דרישה להמצאת חוזה המכר ואין גם דרישה להמצאת מפה, מה שיכול להסביר את החלטת המפקח לחדש את הרישום ללא מפה עדכנית. לא מן הנמנע, כי המפקח הסתפק במפה משנת 1946 שאושרה לרישום כבר ע"י הבריטיים הגם שהליך הרישום, לא הסתיים. מה עוד, שבתיק רישום מפות נוספות, הגם שלא רשמיות, עליהן הסתמך המפקח.

100. הנתבעים תולים ייחוסם, על הוספה בכתב יד על גבי מסמך רשמי של לשכת הרישום מיום 11.5.72 לפיו: **"לא מצאתי הרישומים התורכיים המבוקש חידושם"** (נספח ו' לסיכומיהם). התובעת מנגד, מפנה למכתבו של סגן הממונה על המרשם (המפקח) מיום 3.5.72, בו הוא מצוין מפורשות כי עיין בנסח הרישום ובקושאן התורכיים וכן בשטרי ההקדש (נ/15). אותו מכתב נ/15, יש בו כדי ללמד

על עיון בקושאנים התורכיים ולא די בהערה שנרשמה במכתב (נספח ו') במהלך הטיפול ברישום, משום ראייה לכך שלא הומצאו מסמכים למפקח וכי הרישום נעשה במרמה.

101. לא היה בידי הרשמת להשיב לשאלת שיוך ההערה בכתב יד בנספח ו' לשטר 37. לגביו ציין סגן הממונה על גבי תיק הנכס בלשכת הרישום: "נוסף שטר 37 מחודש שבט 1291" (עמ' 157 שורות 31-18). לשאלת ב"כ התובעת לרשמת בעניין עדותה בתביעת אבו חסאנה על כך שהיא מצאה בתיק כתוב בעט "נוסף שטר 37 מחודש שבט 1291" השיבה בפני הרשמת: "יש איזה מסמך כלשהו, אני לא יודעת. כתוב כאן על הכריכה הוורודה בנוסף 37" וכן: "מה שהיה בעבר כפי שידוע, תיקי פעולה שהיו נדחים ההערות היו נרשמים על מעטף בתיק" (עמ' 159 ועוד: בעמ' 160 שורות 24-15).

102. ב"כ הנתבעים עו"ד ארשיד שהתירתי את העדתו, אמר בתצהירו כי נסע לארכיב בטורקיה שם מצא את שטרות 22-23 ו-34-35 ולא מצא את שטר 37 המקורי כי אם העתק בלבד (סעיף 13) אך מבלי שהוכח בחוות דעת של מומחה, דבר קיומו של שוני בין השטרות המקוריים שנמצאו בטורקיה ובין התעתיק בתיק הטאבו.

103. סוף דבר, לא עלה בידי הנתבעים לסתור את חזקת התקינות המנהלית בחידוש הרישום וכי הרישום נעשה בהתרשלות או בתרמית ושגוי הוא.

104. טענת הנתבעים בנוגע להיעדר פרסום ברשומות על חידוש הרישום, לא נתמכה בראיה כלשהי ודינה להידחות. מה עוד שעדי הנתבעים, העידו כי לא טפלו בענייני זכויות הוריהם בנכסים. בין אם בשל גילם הצעיר ובין אם לאור אי מעורבות בנושא (עמ' 22 שורות 7-17 לתביעת דג'אני; עמ' 118 שורות 15-19 לתביעת דאהודי; עמ' 106 בתביעת חמאד) ולא מחמת אי הפרסום לכאורה של חידוש הרישום. כך בפרט, משלא מצוי בידם ההסכם עם משרד השיכון הירדני.

105. יוער ויובהר בשנית, כי קביעותיי בעניין הרישום אינן אלא לצורך בירור הזכות של התובעת במתחם להביא לפינוי הנתבעים מהנכסים שבמתחם ולא כהכרעה בסוגיית הבעלות במקרקעין. סוגיה, המונחת לפתחו של פקיד ההסדר ומוטב שעה אחת קודם שתסתיים ההסדרה על פי פנייה לפקיד ההסדר של מי שטוען לבעלותו במתחם.

106. לא מצאתי כי היה בסירוב פקיד ההסדר לרשום את המקרקעין על שם התובעת משום ראייה לכך שחידוש הרישום לא נעשה כדין ואי צירוף הרשם כבעל דין, מנע בירור שצריך שייעשה בפני בית משפט המוסמך (על הסירוב ראו: עדות ממו בעמ' 25 שורות 9-17 בתביעת דאהודי; עמ' 12 שורות 3-11 בתביעת חמאד).

לפיכך, כל שקבעתי כי לא הוכח שרישום התובעת בפנקס השטרות נעשה בתרמית או ברשלנות ואני קובעת כי חידוש הרישום, מהווה ראייה לכאורה לתוכנו.

107. לאור מסקנותיי בעניין זיהוי המקרקעין בהם מצויים הנכסים כמתחם "שמעון הצדיק", המזוהה בפנקס השטרות ספר 1015 דף 5877, הרי שהזכויות רשומות על שם התובעת. נותר אם כן לברר האם הנתבעים מחזיקים במקרקעין שלא כדין.

זכויות הנתבעים במקרקעין:

108. לגרסת הנתבעים, הם קיבלו את החזקה בנכסים מהרשויות הירדניות החל משנת 1956. בכתבי ההגנה נטען כי הם בעלי הזכויות בנכסים ובד בבד כי הם הזכאים להירשם כבעלי הנכסים.

109. כפי שקבעתי ברישא של פסק הדין בנוגע למשפחת דג'אני, מעמדה בנכס הוא כדיירים מוגנים בהתאם להסדר הדיוני, שיצר מעשה בית דין (ואף אין בידיהם את ההסכם עם הרשויות בירדן, עמ' 21 בתביעת דג'אני).

110. עתה אבחן את זכויות יתר הנתבעים ומעמדם בנכס. עראף חמאד טען בתצהירו כי אביו חתם על הסכם עם הירדנים, ואין הוא יודע מדוע לא נרשמה הבעלות על שם אביו (סעיפים 4-5 לתצהירו). חמאד העיד כי אביו ניגש מספר פעמים לרשויות בירדן על מנת לרשום את הבית על שמו, מבלי שעדותו נתמכה בראייה כלשהי (עמ' 108 שורות 9-10).

111. עדלי דאהודי גם הוא, לא הציג הסכם חתום עם הרשויות בירדן. לעניין ההסכם טען כי שמע עליו מהוריו אך לא הוצג לו. "אני יודע מאבי ושמעתי מאמא שלי ואבא שלי בזמנו כל הדירות 28 נכסים כולם חתמו על הסכמים עם הממשל הירדני. שיקבלו את הנכסים" (עמ' 118 שורות 6-7). כשנשאל, מדוע לא רשמו את הבית על שמם השיב: "מאיפה אני יודע, הייתי ילד קטן" (עמ' 118 שורה 17).

112. אף אם אקבל את טענות הנתבעים לעניין קיומו של הסכם עם הרשויות בירדן לא הוכח כי הם מלאו אחר תנאי ההסכם להקניית המקרקעין לצורך רישום על שמם. ועוד, פסק הדין בתביעת חמאד וסבאג' מהווה מעשה בית דין לעניינינו. באותו עניין קבעה כב' השופטת כהן: "בסעיף 11 לחוזי השכירות נכתב, אמנם, כי: "לאחר שהשוכר פעל בהתאם לתנאי הסכם זה והמשכיר יהיה משוכנע כי השוכר אכן עזר בבנין של כלל היחידה, אזי תועבר הבעלות של המושכר לשוכר ללא תשלום", אולם לא נטען ואין ראייה לכך שהאופציה הופעלה והוקנתה לתובעים בעלות. זאת מבלי להיכנס לטענות שהועלו במסגרת ההליכים שהתנהלו בנוגע למתחם, ביחס לחוקיות של הקניית קניין במקרקעין אלה על ידי

הממונה על רכוש האויב הירדני. התביעה על פי החוזים, כמו גם הטענה לפיה התובעים זכאים לרכוש את הקרקע עליה קיימת דירת מגוריהם ולרשמה על שם, התיישנו" (שם, פסקה 30), מה שמביא לדחיית הטענה לבעלות הנתבעים במקרקעין.

113. לא זו אף זו, בסיכומי הנתבעים נאמר: "אנחנו היינו בבית המשפט המחוזי וטענו שאנחנו הבעלים. בית המשפט המחוזי אמר שהתביעה לבעלות התיישנה, ובית המשפט העליון קיבל זאת. היום אני לא טוען שאני הבעלים, אלא שהתובעת אינה הבעלים" (עמ' 140 שורות 23-26). בכך, נסתם הגולל על הטענה לבעלות הנתבעים בנכסים שבמתחם.

דיירות מוגנת:

114. האם לנתבעים, זכות להחזיק בנכסים כדיירים מוגנים.

115. משפחות חמאד ודאהודי, לא היו צד להסדר הדיוני לפיו הוכרו הזכויות של משפחת דג'אני, כדיירים מוגנים בנכס. לפיכך ולאור קביעתי כי התובעת בעלת הזכויות במתחם, נדרשתי לשאלה אם חרף אי תשלום דמי מפתח ע"י אותם נתבעים, מעמדם כמעמד משפחת דג'אני בנכסים (ראו גם עניין עבדול ראזק).

116. בעלי הדין, כולם, טענו כטענה חילופית בעניין הדיירות המוגנת. התובעת טענה כי לנתבעים אין זכויות של דיירות מוגנת בנכסים אך, ככל שתוכר אותה הזכות מתבקש פיננסי מכוח עילות הפינוי שבסעיף 131 לחוק הגנת הדייר (וראו בסיכומים בעל פה, עמ' 137 שורה 3). בכתב ההגנה נטען כי "הנתבעים בעלי הזכויות בנכס ולחילופין זכאים לכלל הגנות בחוק לרבות חוק הגנת הדייר" (סעיף 21).

117. מנגד טענו הנתבעים בסיכומיהם, כי מאחר והתובעת טענה שדג'אני ודאהודי הכירו בבעלותם על פי ההסדר הדיוני הרי שעליהם להסתמך על כל ההסדר (כאמור ברישא של פסק הדין- הטענה נטענה רק כלפי דג'אני): "בהסכם היתה הכרה הדדית אלה מכירים בבעלות של הוועדים והוועדים מכירים בכך שהם דיירים מוגנים. כך שלא יכולה מי שבאה בנעלי הוועדים לומר שהם לא דיירים מוגנים ולהסתמך על אותו הסדר דיוני" (עמ' 146 שורות 18-20) אף שבד בבד טענו כי "לא הובאה שום ראיה בפני ביהמ"ש שמשפחת דאהודי ודג'אני חלק מאותו הסכם" (עמ' 146 שורה 17) ושוב חזרו וטענו "התובעת רכשה את הנכס כשהיא יודעת שיש דיירים מוגנים..." (עמ' 147 שורה 3). בסיכומי התשובה טענה התובעת, כי מאחר והנתבעים כפרו בהיותם צד להסדר הדיוני שאף לא נחתם על ידם, אין הם רשאים לבסס עליו את מעמדם כדיירים מוגנים בנכס (עמ' 149 שורות 3-4).

118. לאחר שבחנתי את העדויות ובזיקה לקביעתי בעניין ה"קרבה המשפטית" ומעשה בית דין מכוחה, הגעתי למסקנה כי יש להכיר במשפחות חמאד ודאהודי כדיירים מוגנים, בהחלת ההכרה עליהם לפי ההסדר הדיוני בו נקשרו דג'אני ומשפחות רבות אחרות במתחם עם הוועדים.
119. כך עולה מעדות העד ממו בדבר פנייתו אל **כלל הנתבעים** על מנת שיסדירו עם הוועדים את מעמדם בנכס (ראו גם פסקה 75). לדבריו: **"ועד העדה הספרדית נהלה משפט נגד הדיירים, ניתן תוקף של פסק דין להסכמות הצדדים בשנת 82. מאותו הרגע המשפחות הוכרו כדיירים מוגנים. אני באופן אישי בשנת 2005, פניתי לכל המשפחות ובקשתי לבוא להסדיר את מעמדם..."** (עמ' 19 שורות 1-3 בתביעת דאהודי). בהדגישו, כי לא נשלחה דרישה בעניין גובה דמי השכירות, מה שמתיישב עם ההכרה בהם כדיירים מוגנים והחלת דמי שכירות כקבוע בחוק ובתקנות (על ההכרה בדיירות המוגנת ראו **בעניין עבד אלפתאח גאווי וכן בעניין עבדול ראזק**). התנהלות הוועדים והתובעת, יש אם כן כדי ללמד כי ראו בתושבי המתחם כולם, כדיירים מוגנים.
120. מכל אותם טעמים, אני קובעת כי הנתבעים הוכרו ע"י התובעת כדיירים מוגנים.
121. אלא מאי, הנתבעים עצמם אשר טענו כטענה חילופית להיותם דיירים מוגנים, לא נהגו כמתחייב מהם לפי [חוק הגנת הדייר](#).

עילות הפינוי:

אי תשלום דמי שכירות:

122. בחנתי את עילות הפינוי כנגד כלל הנתבעים. הללו, עשו את מלאכתה של התובעת קלה, בהכחישם קיום יחסי שכירות כלל ושכירות מוגנת בפרט ובהתנערם מהחובה לשלם דמי שכירות מוגנת לתובעת.
123. עילת הפינוי לה טענה התובעת כאמור [\(בסעיף 1131\(1\) לחוק הגנת הדייר](#) הקובע: **"הדייר לא המשיך בתשלום דמי השכירות המגיעים ממנו"**.
124. הנתבעים, לא טענו בתצהיריהם כי הם דיירים מוגנים אך הוסיפו כי התובעת, לא דרשה מהם כלל דמי שכירות. אין חולק, כי לא שולמו דמי שכירות לתובעת ע"י מי מהנתבעים (סעי' 25 לתצהירו של דאהודי ; סעי' 7 לתצהירו של חמאד ; סעי' 13 לתצהירו של דג'אני. עוד ראו: עמ' 21 שורה 32- עמ' 22 שורה 3 בעדות של דג'אני).
125. על הדרישה של הוועדים, ומאוחר יותר התובעת, לדמי שכירות למדתי מדברי העד ממו בדבר בקשתו מהנתבעים להסדיר את עניין התשלום. כך, בפנייה

אישית שלו אליהם עובר להגשת התביעה. "אני באתי אישית לפני 3 שנים" (תביעת חמאד עמ' 17 שורה 18). "עברתי בית בית ומסרתי לכל דירה לאחד מבני המשפחה..". מבלי שהציג אישורי מסירה על ההמצאה ביד (עמ' 32 שורות 24-26). פניית העד נעשתה עוד בסוף שנת 1998 אך משנת 2005 פנה באופן מסודר לדבריו (עמ' 33 שורות 24-27). על פעולות הוועדים בנדון אמר העד ממו: "משנת 98 אני יכול להעיד שאני באופן אישי הסתובבתי בין בתי השכונה ולא ראיתי מכתבים. לא זוכר מכתבים של הוועדים. אני מבקש לתקן, אני יודע שבתחילת שנות ה-90 הגיש עו"ד שמיר מספר תביעות נגד מס' דיירים בדרישה לאכוף את פסק הדין ולקבל תשלומי שכר דירה... לא ראיתי הממסכים אבל ראיתי תביעות" (עמ' 13 שורות 11-16 בתביעת דג'אני). בתביעת דאהודי אמר העד ממו: "ועד העדה הספרדית נהלה משפט נגד הדיירים, ניתן תוקף של פסק דין להסכמות הצדדים בשנת 82. מאותו הרגע המשפחות הוכרו כדיירים מוגנים. אני באופן אישי בשנת 2005, פניתי לכל המשפחות ובקשתי לבוא להסדיר את מעמדם..." (עמ' 19 שורות 1-3).

126. על דייר מוגן, החובה לשלם את דמי השכירות המגיעים ממנו לבעל הבית. אותה חובה, אינה מותנית בפנייה של בעל הבית אליו בדרישה לתשלום והוראת סעיף [131 \(1\)](#) לחוק, נועדה להבטיח תשלום קבוע וסדיר של דמי השכירות. כנגד אותה חובה, על בעל הבית חובה שלא להכשילו ולא למנוע ממנו לשלם (ע"א [582/61 בוכול נ' בוהלטר, פד"י טז \(2\) 1320,1327](#)). אם מילא הדייר אחר חובת הצעת תשלום דמי השכירות ובעל הבית דחה אותם, אין הוא חייב לחזור ולהציע את תשלומם וייהנה מהגנת החוק. ומקום בו אין בידו לאתר את בעל הבית לצורך ביצוע התשלום, בידו להפקידם בחשבון בנק לטובת הבעלים (בספרו של ד' בר אופיר, **סוגיות בדיני הגנת הדייר**, הוצאת פרלשטיין-גינוסר בע"מ (2002) עמ' 12-14א', להלן: "בר אופיר").

127. בנסיבות שבפני, לא שילמו הנתבעים לתובעת דמי שכירות עבור מגוריהם בנכס מזה שנים ארוכות בפרט, ממועד פניית העד ממו אליהם ולכל המאוחר, עם הגשת התביעה ובמהלכה. הם גם לא טרחו להפקיד את בחשבון בנק את דמי השכירות, גם אם וככל שלא הוצגה להם דרישה לעניין ביצוע התשלום. חמור מכך, מעדויות הנתבעים עולה כי לא היה להם כל עניין לשלם את דמי שכירות לתובעת וגם כיום, הם מתכחשים לחובה זו.

128. מכל האמור עולה כי הנתבעים, לא דאגו לשלם את דמי השכירות לתובעת החל משנת 2000 ועד היום, מה שמקים עילת פינוי מכוח [סעיף 131\(1\)](#) לחוק. נכון הדבר ביתר שאת, בעניין משפחת דג'אני שהייתה צד להסדר הדיוני וביכרה להתכחש לו.

שינויים במושכר :

129. עילת הפיננסי אחרת לה טענה התובעת מכוח סעיף [131 \(3\) לחוק הגנת הדייר](#) שקובע: **"המושכר ניזוק נזק ניכר במעשה זדון מצד הדייר, בין שעשה את המעשה בעצמו או על ידי אחרים"**.
130. הלכה פסוקה, כי לעניין עילה זו על בעל הבית להוכיח קיומם של שני תנאים מצטברים: הראשון, כי המושכר ניזוק נזק ניכר והשני, מעשה זדון מצד הדייר (**בר אופיר**, עמ' 91) בביצוע השינויים במושכר.
131. על 'נזק ניכר' נקבע, כי יש צורך בשינוי רב כמות או רב איכות הנראה לעין ומוריד את ערכו. בנוגע לתנאי השני נקבע, כי יש צורך בעריכת שינויים במודעות של הדייר וללא הסכמת הבעלים ([ע"א 774/80 בדווי ארסלאן נ' דעד פאהום](#), לה(3) 584 (1981); תא 3817/06 **נזמיה מחמוד רשיד אבו גוש נ' זכריא אברהים חסין אברהים**, פסקאות 6-8 (24.01.08) והאסמכתאות שם).
132. בענייננו, אמר חמאד בתצהירו כי התוספת לנכס נעשתה לאחר שאביו קיבל היתר בניה (סעיף 6) בדומה לאמור בתצהיר של דג'אני (סעי' 12). בעדותו אמר כי הוא לא זוכר שהוסיפו בניה לאחר שנת 1967 (עמ' 109 שורה 6) והודה, כי לא קבלו היתר בנייה להרחבה אך לא זכר במדויק, עבור איזה גודל בית משולמת הארנונה (עמ' 109 שורות 10-15). בענייננו של חמאד אמר העד ממו, כי לא ידוע לו האם התוספת היתה בהיתר אם לאו (עמ' 34 שורות 17-18).
133. דאהודי, נשאל אם ראה היתר בניה על הרחבה של הבית והשיב- **"אני לא יודע"** (עמ' 119 שורות 11-12) ולא התכחש לכך שבוצעה הרחבה כלשהי בנכס. בתצהירו אמר כי **"השינויים שנעשו בדירה, אינם מעניינה של התובעת"** (סעי' 26 לתצהיר).
134. דגיאני העיד כי משנת 1961 עד מועד עדותו, לא בוצעה שום בניה (עמ' 25 שורות 20-21). משהוצגה בפניו מפה ונטען כי הכפילו את שטח הבית השיב: **"לא נכון. זה לא כפול השטח שהיה בנוי. זה הגג"** (עמ' 25 שורה 28). לשאלה, מה גודלו המקורי של הבית השיב בין 60 ל- 70 מ"ר אך לא ידע להשיב על כמה משלמים ארנונה (עמ' 26 שורות 9-13) והודה, כי לא הגישו מעולם לעירייה בקשה להיתר בניה (עמ' 26 שורות 15-17). כשנשאל על המסמך שצירף לתצהירו בשפה הערבית, השיב כי כותרתו היא **"היתר בניה 204"** להוספת חדר מגורים בנפח של 85 מ"ק (עמ' 26 שורות 18-29) שניתן ע"י הרשויות בירדן.

135. לפי חוות דעת המומחה אלקלעי מטעם התובעת, הוא בחן תצלומי אוויר משנת 1971 וכן משנת 2012, מהם למד כי נעשו שינויים במבנים. בחקירתו הודה, כי לא הוא ערך את הצילומים אך הוסיף כי התבסס עליהם לאחר שוודא כי הם אותנטיים (עמ' 129 שורות 20-28). עם זאת, הודה בהגינותו כי אין בידו לידע מתי נעשו העבודות כי אם רק בטווח של אלו שנים (עמ' 130 שורות 17-23, עמ' 131 שורות 7-8, עמ' 103 שורות 6-8).

136. מעדות העד ממו לא השתכנעתי כי היה בשינויים כדי להפריע לתובעת ולא הוכח נזקה מחמת ביצועם. מה גם, שלא הוכח בראיותיה כי הבנייה ו/או איזה חלקים ממנה נעשו לאחר רכישת הזכויות מהוועדים על מנת שיהא על הנתבעים לבקש הרשאה ממנה לבנייה. יתירה מכך, חלק מהשינויים במושכר נעשו לפני עשרות שנים, עוד בתקופת הוריהם המנוחים של הנתבעים ואף בטרם הושג ההסדר הדיוני לפיו הייתה הכרה במשפחות כדיירים מוגנים.

137. לפיכך, אין בביצוע השינויים במושכר, אשר גם מעדות ממו התרשמתי כי לא ראה בהם בזמנו משום עילה לפינוי, נדחית התביעה לפינוי בעילה זו.

סעד מן הצדק:

138. סע' 132 לחוק הגנת הדייר קובע: "על אף קיומה של עילת פינוי רשאי בית המשפט לסרב לתת פסק דין של פינוי אם שוכנע שבנסיבות הענין לא יהיה זה צודק לתת". הנתבעים לא בקשו בכתב ההגנה ואף לא בסיכומיהם, כי יינתן להם סעד מן הצדק (רע"א 5071/12 ט.ד.י (עיצוב טקסטיל בינלאומי) בע"מ נ' אבשלום נגי' (24.7.2012)).

139. הלכה פסוקה כי "בנסיבות מיוחדות רשאי בית-המשפט היושב לדין ליתן סעד שלא התבקש לו מפורשות, אם ראה כי הדבר מתחייב מן הרצון להגיע לתוצאה צודקת, או מתוך צורך ללבן את השאלות המהותיות שבמחלוקת" (ע"א 8854/06 חיים קורפו, עו"ד נ' משה סורוצקין, פסקה 22 והאסמכתאות שם (20.03.08); ע"א 3172/15 עופרה שלו נ' תמרה זיגר, פסקה 23 (5.6.2017)), אך בעניינינו, מקום בו עסקינן בסעד מן הצדק זה יינתן במשורה (רע"א 2367/17 ג'סאן אסמאעיל נופל נ' עזבון המנוח עיסא מוסטפא עבידי, פסקה יד' (23.04.17)). ברע"א 2723/13 אליהו בוטח נ' טרי וון דמיש (16.06.2013) נקבע: "אולם, בית משפט פירש סעד כזה בצמצום (ע"א 5/79 רייכמן נ' רוזנבלום, פ"ד לד' (2), 208 (1979)); סעד זה נתפס כ"תרופה יוצאת דופן, שפניה בעיקר אל הנסיבות האישיות של הנוגע בדבר (הדייר – א"ר), ואשר באה לאפשר התחשבות מיוחדת במצבים קשים היכולים לנבוע מן היישום הפורמלי והאוטומטי של הדין... ברי כי כדי שהגנה זו תופעל בגדרי הדין, יש צורך ככלל בנסיבות זועקות".

140. לאחר שבחנתי את הדברים ובהיעדר בקשה למתן סעד מן הצדק, אין לתתו לנתבעים. הללו, חזרו שוב ושוב בעדויות ובניהול ההליך על טענתם להיעדר זיקה בינם ובין התובעת, מה שמשליך על מתן אותו סעד. אי תשלום דמי שכירות למשך עשרות שנים, לא נבע מנסיבות אישיות שמנעו זאת מהם כי אם בכוונת מכוון, בהתכחשותם כאמור לחיובם זה. "המגמה העולה פסיקתו של בית משפט זה בנוגע למתן סעד מן הצדק בשל פיגור בתשלום דמי שכירות היא כי אם אי התשלום הוא תוצאה של שגגה, טעות או מקרה בלתי צפוי מראש יזכה הדייר לסעד (מ' בייסקי 'הפעלת סעד מן הצדק בחילוטי שכירות' הפרקליט כג' 238, 241 והאסמכתאות שם). כאשר אי התשלום הוא תוצאה של פעולה מתוכננת מראש, שיטתית, הולכת ומתמשכת הנטיה תהיה שלא להעניק את הסעד" (רע"א 359/88 הרי שטרנפלד נ' עזבון המנוח באובן חסון ז"ל, 11 (18.01.1994) וראו: ע"א (י-ם) 9310/06 לוריס שובאש נ' חנה יכין, 19 (3.6.07)).

141. לאור כל האמור, דין התביעות להתקבל וכך אני מורה.

142. משפחת דגיאני תפנה את נכס 21 מכל אדם וחפץ ותעביר את החזקה בו לתובעת. כך תעשה גם משפחת דאהודי בפניו נכס 22 וכן משפחת חמאד, בפניו נכס 25. אני מורה על דחיית מועד הפינוי עד יום 1.8.21 על מנת שתהיה שהות בידי הנתבעים למצוא להם מקום מגורים אחר.

143. אני מחייבת את הנתבעים בכל אחד מההליכים בהוצאות משפט לתובעת וכן בשכר טרחת עו"ד בסך של 30,000 ₪.

144. לפני משורת הדין איני מחייבת את הנתבעים בהוצאות בגין התייצבות הרשמת להעיד ומשלא הומצא לעיוני פרוטוקול עדותה בתביעת אבו חסאנה לבחינה אם היה צורך בהזמנתה.

עותק יישלח לצדדים.

ניתן היום, ט"ו אלול תש"פ, 04 ספטמבר 2020, בהעדר הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

מרים ליפשיץ פריבס 54678313-9938/09
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה