

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4126/05

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' לוי
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערער : סולימאן דרויש חג'אזי

נ ג ד

המשיבים : 1. עמותת ועד עדת הספרדים
2. עמותת ועד כנסת ישראל
3. פקיד ההסדר בירושלים
משיב פורמלי :

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בתיק אזרחי 1465/97, שניתן ביום 30.3.05 על-ידי
השופט י' עדיאל

תאריך הישיבה : כ"ב בשבט תשס"ו (20.2.06)

בשם המערער : עו"ד סאלח אבו חוסיין

בשם המשיבים 1-2 : עו"ד שמואל שמיר

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 30.3.2005 (השופט עדיאל) ב- ת"א 1465/97, בגדרו נדחתה תביעתו של המערער למתן פסק דין הצהרתי, לפיו הוא הבעלים של 18/24 חלקים ממלוא הזכויות במתחם מקרקעין לא מוסדרים אשר בשכונת שיח' ג'ראח בירושלים, הידוע כאתר מערת שמעון הצדיק. המתחם מזוהה בפנקס השטרות כחלקות 8, 9, 10, 11 ו- 15 בגוש 30093, ומתואר כחלקה 6 בגוש 30527, חלקה 2 בגוש 30526 וחלקות 54 ו- 66 בגוש 30514 במפות גושי ההסדר הירדניים (להלן המקרקעין או המתחם). במקביל לערעור הוגשה בקשה

לצירוף ראיות חדשות מצד המערערים. מנגד טוענות המשיבות, עמותת ועד עדת הספרדים בירושלים ועמותת הועד הכללי של כנסת ישראל (להלן המשיבות), לבעלותן המלאה במתחם.

הרקע

א. בתום מלחמת העצמאות, נותר המתחם, כמותו כאיזור מזרח העיר ירושלים שסביבו, בשליטת ממלכת ירדן. מהראיות שהובאו בפני בית משפט קמא עולה, כי בתקופת השלטון הירדני הועבר המתחם לניהול האפוטרופוס הירדני על נכסי האויב. אין חולק, כי בניגוד למתחמים שסביבו, לא עבר המתחם הליך הסדר בתקופת השלטון הירדני במזרח ירושלים. בתום מלחמת ששת הימים הועבר המתחם לאפוטרופוס הכללי הישראלי מכוח סעיף 5 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970. ביום 11.9.1972 שוחרר המתחם על-ידי האפוטרופוס לטובת המשיבות, בכפוף לזכויות צד שלישי, ומבלי שהדבר יהווה הוכחה לבעלותן. ביום 13.9.1972 נרשם המתחם בפנקס השטרות, בדרך של רישום הקדש, על שם המשיבות בחלקים שונים.

ההליכים ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

ההליך בבית המשפט המחוזי

ב. (1) בכתב התביעה טען המערער, כי רישום המתחם על שם המשיבות בדרך של רישום הקדש נעשה שלא כדין, שכן הוא הבעלים של 18/24 מכלל הזכויות במתחם. התובע השתית את תביעתו על הסכם מכר, שנערך ביום 5.3.1961 (להלן הסכם המכר משנת 1961) במסגרתו רכש מאת אדם בשם אליאס אלבנדק (להלן אלבנדק) 18/24 מהזכויות בשטח המכונה 'כרם אלג'אעוני'; לדבריו, שטח זה הוא הוא המתחם נשוא התביעה. נטען, כי אלבנדק רכש את הזכויות במתחם ממשפחת המערער במסגרת הסכם מכר, שנחתם ביום 17.3.1933 (להלן הסכם המכר משנת 1933). לדברי המערער, הזכויות במתחם היו בידי משפחתו במשך מאות בשנים, והוא אף שטח את אילן היוחסין של משפחתו ואת גלגול הבעלויות במתחם החל משנת 1736. לצורך הוכחת זכויותיה של משפחתו במתחם, הסתמך המערער בעיקר על קושאן טורקי, שהוצא בחודש ספטמבר שנת 1315 להיג'רה (שנת 1897; להלן הקושאן), וכן על מסמכים נוספים מן התקופה העות'מאנית. המערער הסתייע בחוות דעת מאת הגיאוגרף ד"ר ראסם ח'מאיסי.

(2) בכתב הגנתם טענו המשיבות להתיישנות התביעה. לחלופין טענו, כי לא די בחוזה המכר משנת 1961 כדי לבסס את בעלות המערער במתחם. לטענתן, לא הוצג כל תיעוד המוכיח את בעלותו של אלבנדק במתחם, וכי המתחם המופיע בהסכם המכר משנת 1961 אינו המתחם נשוא התביעה, הידוע בשם 'אל- יהודיה'. במהלך שמיעת הראיות בתיק העלו המשיבות טענה בדבר אמיתותם של קושאן המערער ושל הסכם המכר משנת 1961. מנגד טענו המשיבות לבעלות מלאה במתחם אותו רכשו עוד בשנת 1875. לצורך הוכחת טענת הבעלות נעזרו המשיבות במסמכים רבים וכן בחוות דעת, שהוכנה על ידי הגיאוגרפית פרופסור רות קרק.

(3) המשיב הפורמלי קיבל עליו מראש כל תוצאה ושחרר מהתיצבות בתיק.

פסק הדין קמא

(1) בית המשפט המחוזי הגיע לכלל מסקנה כי דין התביעה להידחות הן לגופה והן בשל התיישנותה. נקבע כי נוכח העובדה, שהמערער מבסס תביעתו על הסכם המכר משנת 1961, בגדרו קיבל כנטען את הקושאן מאלבנדק, אין צורך "להפליג למחוזות רחוקים ביותר של למעלה מ- 270 שנים" (כך בלשון בית המשפט קמא) לצורך התחקות אחר שרשרת הבעלויות במתחם.

(2) הנימוק הראשון שעמד בבסיס דחייתה של תביעת המערער הוא ההתיישנות. המערער רכש את הזכויות במתחם ביום 5.3.1961. מאז ועד ליום הגשת התביעה חלפו שלושים ושש שנים. בית המשפט המחוזי קבע כי, בין אם נמנה את תחילת תקופת ההתיישנות ממועד החלת החוק הישראלי על ירושלים המזרחית ובין אם נמנה אותה ממועד שחרור המתחם לידי המשיבות, חלפה לה תקופת ההתיישנות, שלגבי מקרקעין לא מוסדרים הריהו 15 שנה (סעיף 5(2) לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958).

(3) עוד קבע בית המשפט המחוזי, כי המערער לא הוכיח את בעלותו במתחם. נקבע, כי בקושאן, שכנטען נמכר למערער, נערכו שינויים, בעיקר בתיאור הגבולות, ולפיכך לא ניתן להסתמך עליו. עוד קבע בית המשפט, כי מהעדויות שעמדו בפניו עולה החשש, כי גם הסכם המכר משנת 1961 אינו אותנטי.

(3) המערער, כך לדברי בית המשפט קמא, לא נקט במשך כל השנים מאז רכש את המתחם בכל פעולה בכדי לממש את זכויותיו הנטענות במתחם: הוא לא פנה

לאפוטרופוס הירדני על מנת לשחרר את הנכסים, הוא לא החזיק במתחם, לא נהג בו מנהג בעלים, ואף לא שילם מיסים בגין החלקות שרכש. התייחסות זו למתחם, כך נקבע, מאפיינת את התנהגות המערער במשך עשרות בשנים עד להגשת התביעה נשוא ערעור זה, בשנת 1997. מסקנתו של בית המשפט המחוזי היא שחוסר עניין כאמור מכשיל את התביעה בשל התיישנות, ומעלה סימני שאלה ביחס לאמיתות גרסתו של המערער בדבר בעלותו במתחם.

(4) לעומת זאת נקבע בפסק הדין, כי קיימות ראיות לכך שהמשיבות הן בעלות המתחם, שהן מחזיקות בו מאז ראשית המאה ה-20, שהן נהגו להשכיר חלקים בו, ושהן פעלו לרישומם כבר בשנת 1946, ושוב בשנת 1972. לשיטת בית המשפט, בהעברת המתחם לניהול האפוטרופוס הירדני על נכסי אויב יש כדי לחזק את הסברה, לפיה המתחם היה מצוי בבעלות יהודית עובר לשנת 1948. עם זאת, נמנע בית המשפט קמא מלהכריע בשאלת בעלותן של המשיבות במתחם נשוא התביעה.

ג. ביום 30.5.2005 דחה בית משפט זה (השופט גרוניס) את בקשת המערער להותיר על כנו צו מניעה זמני, האוסר על המשיבות למכור את המתחם או לבצע שינויים בזכויות השימוש והחזקה. נקבע, כי "סיכויי של הערעור אינם גבוהים כלל ועיקר, ולמעשה ניתן לומר כי הם נמוכים". בקשה לעיכוב ביצועו של פסק הדין לעניין החיוב בהוצאות נדחתה אף היא.

ד. מכאן הערעור שלפנינו.

טענות המערער

ה. המערער משיג על פסק דינו של בית המשפט המחוזי במספר מישורים; טענות המערער מתייחסות הן לקביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא, והן למסקנותיו המשפטיות. כן טוען המערער, כי פסק הדין "פגום" הוא מן היסוד, ועל כן דינו להתבטל.

(1) לטענת המערער, עניינה של תביעתו הוא בסכסוך בקשר לבעלות על המתחם, ולכן צריכה הייתה התביעה להתברר בהתאם להוראת סעיף 43 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969. אשר על כן היה על בית המשפט קמא לקבוע מי הוא בעל הזכויות במתחם.

(2) באשר לקביעתו של בית המשפט המחוזי בנוגע להתיישנות; נטען, כי טענת התיישנות תישמע רק מפי נתבע, שיש לו זכויות בנכס או שהחזיק בו. המשיבות, כך נטען, מעולם לא החזיקו במתחם, הוא לא היה רשום על שמן, והמערער לא ידע על קיומן. לדבריו, מיד כשנודע לו על ניסיון המשיבות לרשום את המתחם על שמן, הזדרז והתנגד לבקשה, ומיד פנה לבית המשפט בתביעה נשוא הערעור.

עוד טוען המערער, כי עם רכישת הנכס פנה הוא ביחד עם אלבנדק אל פקיד ההסדר הירדני בתזכורת תביעה לצורך הסדרת הבעלות ולצורך רישום זכויותיו במתחם, אלא שבשנת 1966 הוצא המתחם מההסדר, ולכן לא עלה בידו לרשום את הבעלות במתחם על שמו. הוטעם, כי פנייה זו מפסיקה את מרוץ ההתיישנות.

(3) במישור העובדתי נטען, כי מהראיות שהציג המערער בפני בית המשפט קמא, עולה בבירור, כי למערער קנויה זכות הבעלות ב- 18/24 ממלוא הזכויות במתחם. לדברי המערער, בית המשפט המחוזי התעלם מחלק מראיותיו, שגה בהערכת משקל הראיות שעמדו בפניו, ואף קבע ממצאים עובדתיים שגויים.

לעומת זאת, כך לשיטת המערער, מסמכי המשיבות ועדויותיהן סותרים אלה את אלה, ומכאן, שלמשיבות אין זכות במתחם. חיזוק לדבריו מצא המערער בהחלטת לשכת הסדר המקרקעין בירושלים מיום 30.3.1998, בה נדחתה בקשת המשיבות לרשום את המתחם על שמן.

(4) עוד נטען, כי טענת זיוף המסמכים (הקושאן והסכם המכר משנת 1961) לא הוכחה כראוי, ומסקנותיה של חוות הדעת המשטרית בנוגע לאותנטיות של המסמכים האמורים הוטו בשל רצונה של משטרת ישראל לעזור למשיבות. הוטעם, כי לצורך הוכחת טענת הזיוף היה על המשיבות להגיש ראיות בעלות משקל רב וכבד יותר מהדרוש במשפטים אזרחיים רגילים, שכן יש בטענה משום הטלת סטיגמה של ביצוע עבירה פלילית.

(5) לבסוף טוען המערער, כי פסק הדין לא נכתב על ידי המותב, ששמע את הראיות בתביעה, כי אם על ידי עוזר משפטי בבית המשפט המחוזי. משאלה הם פני הדברים, כך נטען, יש לבטל את פסק הדין ולהשיב את התיק לבית משפט קמא לכתובת פסק דין. לחלופין מבקש המערער, כי נבטל את פסק הדין נשוא הערעור, וכי נצהיר, שהמערער הוא הבעלים של 18/24 חלקים ממלוא הזכויות במתחם, שהמדינה היא בעלת זכויות הבעלות ביתר החלקים ממלוא הזכויות במתחם (לפי הוראת סעיף 22

לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969), ושלמשיבות אין זכות במתחם. כן מבקש המערער, כי נורה לרשם המקרקעין לרשום את הזכויות במתחם בהתאם.

טענות המשיבות

ו. המשיבות טוענות, כי דין טענותיו של המערער להידחות. לשיטתן, יש לאמץ את קביעותיו של בית המשפט קמא בכל הנוגע לדחיית התביעה. יחד עם זאת טענו המשיבות, כי היה על בית המשפט המחוזי לקבוע, שהן בעלות הזכויות במתחם.

(1) המשיבות מאמצות את קביעת בית המשפט קמא באשר לסוגית ההתיישנות; לשיטתן, תקופת ההתיישנות צריכה להימנות ממועד הרכישה לה טען המערער, ולחלופין מן המועד בו שחרר האפוטרופוס הכללי את הנכס למשיבות. כך או כך, תקופת התיישנות זו הייתה מעל 15 שנה, והיא תמה בשנת 1987 לכל המאוחר; כזכור, התביעה הוגשה ביום 16.9.1997, ולפיכך התיישנה. לדבריהן, טענת המערער, לפיה נודע לו על תביעת המשיבות לבעלות במתחם רק לאחר שנת 1996, משוללת יסוד, והיא נסתרת מעיון בפסקי דין שונים, שהוצגו בפני בית משפט קמא.

(2) לשיטת המשיבות, בדין נקבע, כי המערער הסתמך על קושאן מזויף. לדבריהן, בבית המשפט קמא הוכח, שגם הסכם המכר משנת 61 מזויף. נטען, כי שלל המסמכים הנוספים, שהגיש המערער לבית המשפט המחוזי לצורך הוכחת בעלותו במתחם, אינם רלבנטיים.

(3) לעומת זאת, כך לדברי המשיבות, הראיות והמסמכים שהוצגו מטעמו בפני בית המשפט המחוזי מצביעים על חזקה ובעלות רצופה של המשיבות במתחם החל משנת 1875 ועד ימינו אנו. לטענתן, החזיקו במתחם לאורך התקופה האמורה, ואף נקטו בהליכים לסילוק יד ולתשלום דמי שכירות כנגד תושבי המתחם. לדבריהן, הרישום על שמן נעשה כבר בשנת 1886, וחודש בשנת 1930, בשנת 1940 וביום 11.9.1972 יצוין כאן כי שחרור הנכס ב-1972 היה – כאמור – כפוף לזכויות צד שלישי ובלא קביעת בעלות.

(4) באשר לטענת המערער, לפיה מחויב היה בית המשפט המחוזי להכריע בזכויות הבעלות במתחם; המשיבות טוענות, כי לא היה צורך בתביעה נגדית מטעמן,

הואיל והן רשומות כבעלים, אך כדי לשים קץ להתדיינות מבקשות הן כי פסק הדין יקבע את בעלותן.

(5) המשיבות מבקשות איפוא, כי נדחה את הערעור, וכי נצהיר, שלהן נתונות זכויות הבעלות במתחם, וזאת לפי סמכותנו מכוח תקנה 462 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

הבקשה להגשת ראיות נוספות

ז. המערער הגיש בגדרי הערעור, בקשה לצירוף ראיות חדשות. בבקשתו עותר המערער לצרף שלושה סוגי ראיות כדלקמן:

(1) מזכרים פנימיים, שנרשמו על ידי מזכירות בית המשפט המחוזי בירושלים, וכן תכתובות ותרשומות פנימיות, שנערכו בין השופט עדיאל לבין עוזר משפטי בבית המשפט המחוזי בירושלים (נספחים ה-ח בתיק המוצגים של המערער). לטענת המערער, המסמכים הנ"ל נגלו לו רק לאחר מתן פסק הדין עת עיין בתיק בית המשפט קמא לצורך הגשת ערעור זה, ויש בהם כדי להוכיח את טענתו, שפסק הדין לא ניתן על ידי המותב שישב בתביעה נשוא הערעור. לימים שיגר המערער לתיק מה שלדבריו היא טיוטה שכתב לעצמו השופט בראשונה.

(2) תרשומות שיחה בין מזכירות בית המשפט המחוזי בירושלים לבין משטרת ישראל, וכן מכתבים, שנשלחו ממשטרת ישראל לפרקליטות מחוז ירושלים ולשופט עדיאל (נספחים מ1, מ2, מ3 בתיק המוצגים של המערער). לטענת המערער, במסמכים אלה יש כדי להוכיח שמשטרת ישראל ניסתה להתערב בהליך נשוא הערעור, בעקבות חקירה בחשד זיוף מסמכים רלבנטיים, וכי גם חוות הדעת, שניתנו על ידי אנשי המשטרה בבית המשפט קמא, הוטו בשל רצון המשטרה להשפיע על תוצאות התביעה. זאת, הגם שעד כה לא הוגש כתב אישום בעבירות הזיוף.

(3) תעודה מלשכת הסדר המקרקעין הירדנית, לפיה הודיע אלבנדק בשנת 1961 על העברת זכויותיו במתחם למערער (מסומנת ב1, ב2 בתיק מוצגיו של המערער). המערער טוען, כי הודעה זו מוכיחה את טענתו בדבר פנייה ללשכת ההסדר הירדנית, ולפיכך יש בה בכדי לתמוך בטענתו בדבר הפסקת מרוץ ההתיישנות.

המשיבים הביעו התנגדותם לבקשה להוספת ראיות.

הכרעה בבקשה לצירוף ראיות

ח. (1) תקנה 457(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 קובעת :

457. ראיות נוספות בערעור

"(א) בעלי הדין בערעור אינם זכאים להביא ראיות נוספות, בין בכתב ובין בעל פה, לפני בית המשפט שלערעור, ואולם אם בית המשפט שבערכאה קודמת סירב לקבל ראיות שצריך היה לקבלן, או אם בית המשפט שלערעור סבור שכדי לאפשר לו מתן פסק דין, או מכל סיבה חשובה אחרת, דרושה הצגת מסמך או חקירת עד, רשאי בית המשפט שלערעור להתיר הבאת הראיות הנוספות".

הגשת ראיות בשלב ערעור מתאשרת במשורה. ככל שהמדובר בעובדות שקדמו למתן פסק הדין, ניתן להתיר הגשתן אם המבקש לא ידע עליהן ולא יכול היה לגלותן בשקידה ראויה, ובהנחה שנהג בתום לב (ע"א 801/89 כהן נ' שבאם, פ"ד מו(2) 136, 142 (השופט מלץ); ע"א 3911/01 כספי נ' נס, פ"ד נו(6) 752, 767-768 (השופט שטרסברג-כהן); י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה 7, 1995, בעריכת ש' לוי) סעיף 661 בעמ' 848-849).

(2) ככל שהמדובר בחומרים הנזכרים בסעיף ז(1) לעיל, העלה המערער טענה בנוגע למיהותו של כותב פסק הדין בבית המשפט המחוזי (ראו גם טענות העותר בבג"ץ 5839/05 סולימאן דרויש ח'ג'אזי נ' בית המשפט המחוזי בירושלים (לא פורסם; ניתן ביום 26.6.05)). כאמור, בא כוח המערער בדק בתיק בית המשפט המחוזי, שהועמד לרשותו בהכנת הערעור, ומצא חומר רקע (טיוטה לפסק דין), שהוכן לשופט קמא, ועל יסודו ביקש לטעון כנגד תוקפו של פסק הדין. כן מצא טיוטה שכנראה הכין השופט בראשית עבודתו על התיק. את טענתו בעניין זה אין לקבל מכל וכל, וחוששני שנובעות הן מאי הכרתה של העבודה השיפוטית בישראל (כבמקומות אחרים, כגון בארה"ב). שופט רשאי להיעזר בצוות העובד עמו לשם הכנת פסק דין, בוודאי בעומס השורר במערכת בתי המשפט; והאופן והמידה בהם יעשה שימוש בחומרים שהוכנו מסורים לשיקול דעתו, כמובן. הפרקטיקות לעניין זה הן שונות. אך כל עוד ההכרעה השיפוטית נעשית על ידי השופט לאחר עיון, דרישה וחקירה. מה שמצוי בפנינו כנשוא הערעור הוא פסק הדין, שבאחריותו של השופט כל כולו, ואין כל מקום לעיסוק

בטיוטות שקדמו לו במסגרת הערעור. משניתן פסק הדין הוא זה העומד לביקורת שיפוטית, והעובדה שבאקראי נותרו חומרי הטיוטות בתיק - מה שאינו צריך לקרות אך יכול לקרות - אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה. מעבר לצורך אוסיף, כי מעיון בחומר הרקע ובפסק הדין של בית המשפט המחוזי ניכר, כי תוכנו של חומר הרקע השתנה לאחר שעבר את 'כור ההיתוך' של השופט. המערער לא יוכל להיבנות מהטענה, לפיה פסק הדין לא ניתן על ידי המותב שישב בדין, ואין מקום לקבלה.

(3) אשר לראיות הנזכרות בסעיף ז(2) לעיל. על הראיות הללו לא יכול היה המערער לדעת בטרם ניתן פסק הדין. עם זאת, מהחלטת בית המשפט קמא מיום 19.6.02 עולה, שמסמכים אלה היו מונחים בפניו, ועל כן אין מדובר בראיות חדשות. יודגש, כי בית המשפט קמא התעלם מהמסמכים מ2 ו-3 - הן פניות המשטרה שיוזכרו להלן - ולא נתן דעתו אליהם, וממצאיו בעניין הזיוף נסמכו על חוות הדעת המקצועיות של מומחי המז"פ. כן עולה מחומר הראיות, כי טענת הזיוף שהעלו המשיבות הועלתה בטרם הומצאו מסמכים אלה. משכך, ומשחקר המערער חקר את אנשי המז"פ שהגישו את חוות הדעת השונות (שעניינן יפורט בהמשך) בנוגע למסמכים נשוא פרשה זו ובנוגע להתערבות המשטרה בפרשה, איני רואה כיצד הגשת הראיות האמורות עשויה לסייע למערער כנגד מסקנותיו של בית המשפט קמא בסוגיה זו.

(4) לא אוכל שלא לומר מה באשר להתנהלות המשטרה בכל הנוגע להליך זה, והדברים ייאמרו על דרך המתינות כיוון שאין המשטרה צד להליך. ביום 11.6.02 פנה ראש מחלק הונאה במחוז ירושלים לבית המשפט ישירות, וביקש ליידעו, כי נגד המערער מתקיימת חקירה פלילית בגין זיוף, וכי המשטרה המליצה לפרקליטות להעמידו לדין (כתב אישום טרם הוגש עד היום). כפי שציין השופט עדיאל בהחלטה מיום 19.6.02, פנייה זו (המתועדת במוצגים מ2, מ3) נעשתה בניגוד להנחייתו המפורשת של בית המשפט (מוצג מ1), שלא ליצור עימו קשר לגבי תיק זה, והוא אף הביע את מורת רוחו מהפרתה של הנחיה זו. איני רואה צורך להכביר מלים על התערבות המשטרה בהליך אזרחי, שאינה צד לו. התערבות כאמור עלולה לפגוע באמון הציבור במשטרה, ובאמון הציבור במערכת המשפט, ואף עלולה, גם בלא כוונת מכוון, לגרום עוול למי מבעלי הדין. לזאת אין להסכים. כלל גדול הוא "לא תעשו עוול במשפט" (ויקרא, יט, טו), ומצווים אנו להיזהר שלא נגיע לידי מצב של חשש לגרימת עוול, אף אם בלא כוונה ובשגגה. במקרה זה נחה דעתי, כי עוול כזה לא נגרם; אך הדרך הנכונה היתה לבוא אל הפרקליטות באמצעות ייעוץ משפטי במשטרה, כפי שגם ציין בית המשפט קמא, כדי שיישקל אם יש מקום להליך כגון התיצבות היועץ המשפטי. מן

הראוי, כי האמור יעמוד אל מול עיניה של משטרת ישראל, והעתקו של פסק דין זה יועבר אל היועץ המשפטי לממשלה.

(5) לא ראיתי מקום להרשות למערער את הוספת הראיה הנזכרת בסעיף ז(3) לעיל. המערער פנה לבית המשפט קמא (בש"א 2188/02) בבקשה לסמן את התעודה כמוצג מטעם התובע (המסמך נושא את התאריך 24.12.2001, ואף המערער ציין, כי הוא אושר ביום 26.12.2001 בשגרירות ישראל ברבת עמון). המערער טוען כי נחקר לגבי מסמך זה בבית משפט קמא, אולם עיון בפרוטוקול הדיון מגלה, כי המסמכים עליהם נחקר המערער הם הקושאן והסכם המכר משנת 1961. מהאמור עולה, כי המסמך היה בידי המערער בעת הדיונים בבית המשפט המחוזי, אולם הוא לא הוגש כמוצג. אין בידי איפוא להיעתר לבקשה להוסיף את המסמך כראיה בערעור. אוסיף, כי שאלה טובה היא מה עשה המערער מאז 1967 ומדוע חיכה עשרות שנים עד הגשת תביעתו.

הכרעה בתיק לגופו

התערבות בממצאי עובדה

י. אשכול הטענות המהותי של המערער מופנה כנגד קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא.

י"א. על ההלכה בדבר התערבות ערכאת הערעור בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית, חזר בית משפט זה פעמים רבות (ראו למשל ע"א 2989/95 מרים קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר - בית חולים, פ"ד נא(4) 687, 695 (השופטת שטרסברג-כהן); ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני ואח' (לא פורסם) (השופט ריבלין); זוסמן, סדרי הדין האזרחי, (מה' 7 בעריכת ש' לויז) סעיף 665 בעמ' 856-857). ככלל, לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית כאשר אלה מושתתים על עדויות, שנשמעו בערכאה הראשונה (ע"א 1240,558/96 חברת שיכון עובדים נ' רוזנטל חנן ו-32 אח', פ"ד נב(4) 563, 569 (השופט גולדברג)). ההתערבות בממצאי עובדה תיעשה במקרים חריגים בלבד, כגון במקרים שנפל בהכרעתה של הערכאה הראשונה פגם היורד לשורש (ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון המנוח קלמן בראשי, פ"ד נב(2) 582, 594 (השופטת ביניש); ע"א 6581/98 זאבי ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופט ג'ובראן); א' גורן סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה 8, 2005) 619). מטבע הדברים, יהיו מקרים כאלה. אך בענייננו פירט בית המשפט המחוזי את נימוקיו תוך ניתוח הראיות שהונחו לפניו; לאחר שעיינתי בחומר

הראיות, לא מצאתי, כי מקרה זה נמנה על אותם מקרים חריגים, המצדיקים את התערבות ערכאת הערעור. במה דברים אמורים?

בחינת ראיות המערער לבעלותו במתחם

יב. (1) הכלל הוא שהטוען לבעלות, המסתמך על שטר רישום בטאבו (קושאן), שאין גבולותיו מאומתים על ידי מפת מדידה, חייב לשכנע את בית המשפט, שאותו שטר אכן חובק בתוך גבולותיו את המקרקעין שבסכסוך (ע"א 547/85 חברת הכשרת הישוב בישראל נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים (לא פורסם) (השופט חלימה)). קרי, על המסתמך על קושאן לצורך הוכחת בעלותו בשטח מסוים להוכיח את הזהות שבין הגבולות על פי הקושאן לבין גבולות השטח נשוא התביעה (ע"א 458/84 עזבון המנוחה ג'והרה מלחם מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 381, 383-384 (השופט חלימה); ע"א 1236/92 משה דוד לוי ואח' נ' וואקף חסן אלחוסני ואח', פ"ד נא(2) 231, 239 (השופט טירקל)). זאת - שכן לעיתים קרובות השטח והגבולות, הרשומים בקושאן, לא נקבעו על סמך מדידה פרטנית ויסודית, ולפיכך לא תאמו את המציאות (ע"א 87/50 דוד ליבמן נ' ברטה ליפשיץ, פ"ד ו 57, 91 (השופט - כתארו אז - אגרנט); א' חלימה, "חזקה והתיישנות במקרקעין ופקודת הסדר הקרקעות" המכון להשתלמות שופטים ע"ש ד"ר זוסמן ז"ל (1987, חוברת 2) 9; ח' זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל (תשס"א-2000), 154-155). המלומדים פליאה אלבק ורן פליישר, דיני מקרקעין בישראל, מתארים את הקושי לזהות קרקע לפי תיאורים בשטר טאבו ישן: "כיום כל הגבולות השתנו, וקשה מאוד לזהות למה מתייחס כל אחד מהם... כאשר תוואי הדרך שונה ובטרישים יש בתים, והכל השתנה מאוד במשך 100 השנים האחרונות. זיהוי נכון של הקרקע, לפי הגבולות המתוארים בקושאן, הוא מורכב ומסובך מאוד, ולעיתים כמעט בלתי אפשרי..." (עמ' 263-264); הוא הדין למספר הדונמים (שם, 265). דוגמה מאלפת לעובדה, שהשטח הרשום בקושאנים לא היה מדויק, מובאת בספרו של מ' דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל (מהדורה 2, תשי"ג) 366: "נרשם השטח, למשל, דונם אחד או שניים. ואחרי המדידה המדויקת מצאו חמישים או אף חמש מאות דונם"; ראו גם שם, עמ' 130, כאשר לקביעת שטח קרקע לפי גבולותיה; וכן שם עמ' 370, שהקושאן "אינו רישום זכות שאין לערער עליה" (הדגשה במקור - א"ר). הרישום בקושאן אינו מהווה, אם כן, ראיה חותכת לתוכנו באשר לשטח המפורט באותו רישום, ולפיכך "רשאי בית המשפט לבסס את ממצאיו בעניין השטח על מכלול הראיות שבאו בפניו ובהן ראיות מהימנות" (ע"א 7210/00 רפאל דנה ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נז(6) 468, 477 (השופט חיות)). לא למותר לציין, כי בית המשפט קמא ביקר במקום במהלך הדיונים.

(2) מכתב התביעה (המתוקן) ומעדותו של המערער בבית המשפט המחוזי עולה, כי תביעתו מבוססת בעיקר על הקושאן משנת 1897 ועל הסכם המכר משנת 1961, המתייחס לגבולות החלקה כפי שאלה מופיעים בקושאן (פרוטוקול הדיון מיום 22.2.01 בעמ' 70-72; פרוטוקול הדיון מיום 26.8.01 בעמ' 96 שורות 12-15 ובעמ' 99 שורה 34; פרוטוקול הדיון מיום 7.7.02 בעמ' 16 שורות 18-23 ובמיוחד שורה 22 ובעמ' 25 שורות 13-16). הסכם המכר מתייחס לשטח המכונה 'כרם אלג'אעוני' וגבולותיו מתוארים כדלהלן: מצפון- וער שליק; מדרום- אדמת עוקבה; ממזרח- בעל שטר (סנד); ממערב- ג'ורת אלעבארי. המערער הסתייע במפה, שהכין עבורו מר עבד אלאלה יונס, מודד מקצועי, ולפיה המתחם הוא הקרקע המתוארת בקושאן. כן הסתמך המערער על חוות דעתו של ד"ר ראסם ח'מאיסי, גיאוגרף ומתכנן ערים, לפיה המתחם הוא זה המתואר בקושאן. ברם, ובכל הכבוד למומחים הללו, ספק אם ניתן לראות באלה ראיות לבעלות המערער במתחם, שכן מהעדויות שנשמעו בבית המשפט המחוזי עולה, כי חוות הדעת נסמכו על הקושאן (פרוטוקול הדיון מיום 4.7.00 בעמ' 14 שורות 7-26 ובמיוחד שורות 9-14; בעמ' 19 שורות 27-36; בעמ' 20 שורות 14-15 ו-22-23; בעמ' 21 שורות 19-28; בעמ' 22 שורות 17-22; פרוטוקול הדיון מיום 24.6.02 בעמ' 22-23; בעמ' 27 שורות 14-18; פרוטוקול הדיון מיום 7.7.02 בעמ' 7 שורות 21-23; בעמ' 9 שורות 2-5) ועל הנחיות המערער (פרוטוקול הדיון מיום 19.11.00 בעמ' 35 שורה 7; פרוטוקול הדיון מיום 22.2.01 בעמ' 80 שורות 14-15; סעיף 12 לתצהירו של המערער, שהוגש לבית המשפט המחוזי), ולא נמצא ממצא עצמאי, המשייך את המתחם למערער. עוד התברר מעדותו של המודד יונס, כי השם 'כרם אלג'אעוני', שם המתחם כפי שמופיע בקושאן ובהסכם המכר משנת 1961 אינו מופיע אף לא במפה אחת, ממשלתית או פרטית, שהונחה בפניו (פרוטוקול הדיון מיום 4.7.00 בעמ' 8 שורות 2-11; בעמ' 10 שורות 5-10; בעמ' 15 שורות 34-36; בעמ' 16 שורות 1-3). ד"ר ח'מאיסי אמר בעדותו, כי במפות מתקופת המנדט והשלטון הירדני, אותן בדק, לא נמצא השם 'כרם אלג'אעוני' (פרוטוקול הדיון מיום 24.6.02 בעמ' 8 שורות 8-12; בעמ' 28 שורות 12-17). יגעתי ולא מצאתי בטענות המערער תשובה להשגה בכך שהשם ג'אעוני לא נזכר במקומות אחרים בסביבה, וזאת אף שהוא העיד על קיומן של מספר חלקות בשם "כרם אלג'אעוני" (עמ' 47 לפרוטוקול מיום 19.11.00).

(3) אוסיף, כי טענת המערער שהאדמות להן טוענות המשיבות אולי נמכרו להן מתוך רמיה או הטעיה אינה מסתברת גם כיוון שהמדובר במקום שיש בו מסורת של מקום קדוש (ראו גם להלן), וזו מחזקת מטבע הדברים זיהוי ספציפי.

י"ג. העולה מהאמור הוא שבבחינת מכלול הראיות במקרה זה נמצא, כי המערער לא הצליח להוכיח את טענותיו בדבר זכותו הקניינית במתחם על סמך ראיות חיצוניות, וכי הראיה היחידה שבידו- הקושאן- מתייחסת למתחם ששמו אינו מוכר ואינו מופיע במפות. עוד התברר, כי המפות שהציג המערער שורטטו על פי הוראותיו שלו ובהתאם לקושאן.

הטענה בדבר זיוף הקושאן והסכם המכר

י"ד. (1) למעלה מן הצורך אוסיף, כי גם אם אילו נתקבלה טענת המערער, לפיה הקושאן אכן מתייחס למתחם נשוא התביעה, היה עליו לחלוף על פני משוכה גבוהה נוספת. בית המשפט המחוזי קבע, כי בקושאן ובהסכם המכר משנת 1961 נעשו שינויים, המטילים ספק במהימנותם. המערער אמנם טען נגד ממצאים אלה, אף כי לא כפר בהם בפה מלא, אך לא מצאתי מקום לחרוג מהם. לא למותר לצטט מסיכומי המערער (עמ' 14): "יתכן שנעשו בו (בקושאן – א"ר) שינויים, הדגשות או הדבקות לשם שמירתו, גילו הנו כ-100 שנים... והשינויים שנעשו בו לא למטרת זיוף או קבלת דבר במרמה". אך אוסיף: משנעשו – מוטל צל כבד על המסמך.

(2) עיינתי ביחס לקושאן בחוות דעתה של הגב' רחל גבאי מהמחלקה לזיהוי פלילי במשטרה, ובפרוטוקול עדותה (נספח 20 לתיק המוצגים של המשיבות, סומנה 19/נ בבית המשפט המחוזי; פרוטוקול מיום 19.5.03 בעמ' 223-235 ובמיוחד בעמ' 226 שורות 9-19 ובעמ' 228-230) בהם נקבע באורח שאינו משתמע לשתי פנים, כי נעשו שינויים בקושאן, הכוללים מחיקות והוספות, הסרת והדבקת נייר ועוד. אין מקום ואין כל ראיה לטענת המערער, לפיה חוות הדעת נכתבה בצורה מגמתית כדי לעזור למשיבות (ראו עדותה של הגב' גבאי מיום 19.5.2003, בעמ' 224 שורות 1-21; לעניין זה ראו גם עדותו של איש המחלקה לזיהוי פלילי, מר אבנר רוזנגרטן, מיום 19.5.2003 בעמ' 241 שורות 12-19). בטענת המערער, לפיה ייתכן שלשם שמירת תוכנו של הקושאן מפני התבלות בוצעה בו הדבקה, אין כדי להסביר את שאר ממצאי בדיקת המז"פ באשר לשינויים, שימוש בעט כדורי (שהחל שנים רבות אחר מועדו הנטען של הקושאן), ובכל מקרה לא הגיש המערער חוות דעת נגדית לסתירת חוות דעת זו.

(3) ביחס להסכם המכר משנת 1961: עיינתי בחוות דעתו ובפרוטוקול עדותו של מר אבנר רוזנגרטן, איש המחלקה לזיהוי פלילי במשטרה (סומנה בבית המשפט המחוזי כ-18/נ; פרוטוקול מיום 19.5.03 בעמ' 235-243 ובמיוחד בעמ' 239 שורות

18-27), בהם נאמר, כי בשנת 1961 לא היה בנמצא, בישראל או בירדן, סוג הנייר, שעליו נחתם ההסכם, וכי נייר מסוג זה נכנס לשימוש רק מאמצע שנות השבעים. אכן, המערער הציג חוות דעת נגדית מאת המומחה אריה צבי הולנד(מוצג לט בתיק מוצגי המערער; פרוטוקול הדיון מיום 2.1.2003 בעמ' 118-120), ממנה עולה, כי קיימת אפשרות סבירה, שניתן היה להשיג נייר מסוג זה בישראל או בירדן כבר בשנת 1961, אך בית המשפט המחוזי העדיף את חוות דעת המומחה מטעם המשיבות. עניין זה אינו מאלה המצריכים את התערבותה של ערכאת הערעור (ע"א 1227/97 סלעית האדומים מחצבה ומפעל לעיבוד אבן בע"מ נ' אברהים עלי ואח', פ"ד נג(3) 247, 252 (השופט אנגלרד); ע"א 9817/02 נחום ויינשטיין נ' ד"ר דוד ברגמן (לא פורסם) (השופט נאור)). אף לגופו, כדי לקבל את הטענה יש צורך להניח כי בנייר שהיה בשנים ראשונות של השימוש בו עשו שימוש דווקא עושי ההסכם.

טענה המטילה סטיגמה פלילית

ט"ו. כזכור נטען, כי על נטל ההוכחה בטענה המטילה סטיגמה של ביצוע עבירה פלילית להיות גבוה מנטל ההוכחה הרגיל. טענה זו נדונה ונדחתה בעבר בבית משפט זה. בע"א 475/81 זיקרי נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589 נפסק (מפי השופט - כתארו אז - ברק), כי "קיימות שתי רמות של מידת הוכחה, זו הנוהגת במשפט הפלילי (שכנוע מעבר לכל ספק סביר) וזו הנוהגת במשפט האזרחי (נטיה של מאזן ההסתברות)" (שם, בעמ' 604), וכי מידת ההוכחה בכל המשפטים האזרחיים היא של נטיית מאזן ההסתברות בשים לב לנסיבות המקרה ובהתאם למהותו ולחומרתו של הנושא (שם, בעמ' 606). גם לפי דעת המיעוט שם (השופט כץ), אין להחיל נטל הוכחה מוגבר, כאשר טענת הנתבע, המייחסת לתובע עבירה פלילית, מכוונת לעורר ספק בדבר קיומן של עצם העובדות, המהוות מרכיב חיוני של התביעה גופה (שם, בעמ' 599). סבורני, שבנסיבות המקרה דנא, גם לגישתו (המחמירה יותר) של השופט כץ אין נטל ההוכחה בטענת הזיוף צריך להיות גבוה יותר מנטל ההוכחה הרגיל במשפטים אזרחיים רגילים. הדעת נותנת כי בית משפט הדין בטענה כזאת ישקול, בבואו להכריע, את משמעותה המוסרית ואף, במקרים מסוימים, המשפטית; אך בסופו של יום הכללים בהלכת זיקרי ככוחם אז כוחם עתה.

סיכום ביניים

ט"ז. עולה מהאמור, שהמערער לא יכול היה להסתמך על הקושאן ועל הסכם המכר משנת 1961 לצורך הוכחת בעלותו במתחם. משנמצא לנו, כי תביעת המערער הושתתה על הקושאן ועל הסכם המכר משנת 1961, נראה שלא הוכחה.

דחיית טענת הבעלות בשל ראיות המשיבות

י"ז. (1) כנגד גרסת הבעלות של המערער עומדת טענת הבעלות של המשיבות. אכן, דומה כי בגרסה הפוזיטיבית שהציגו המשיבות יש בכדי לערער את גרסת המערער. כזכור, המשיבות נרשמו כבעלות המתחם בפנקס השטרות, בהתבסס על הקושאן שבידן (נ/28), על תצהירי בניהם של רוכשי המתחם משנת 1886 (נ/30, נ/34) וכן על חווי שכירות (נ/36, נ/37, נ/38, נ/39). גבולות המתחם, כמתואר במסמכים אלה הם: מצפון- באטן קאדי חמס; מדרום- רבאח אפנדי; ממזרח- ג'ורא אל עמיא; ממערב- אלג'ורה. שונים הגבולות, אם כן, מאלה שבקושאן שהציג המערער. כן הסתמכו המשיבות על חוות דעתה של פרופ' רות קרק (נ/27), עדה מומחית מטעמן, לפיה המתחם, שגבולותיו מצוינים במסמכים שבידי המשיבות, הוא המתחם נשוא המחלוקת, והוא נרכש ונרשם על ידי שני הרבנים הראשיים של העדה הספרדית ושל העדה האשכנזית בירושלים בשנים 76-1875 (בעדותה של פרופ' קרק מיום 16.1.03 בעמ' 177 שורות 15-22 הוטעם, כי חוות הדעת מבוססת על מכלול של מאות פריטים, מסמכים, מפות ותעודות; ראו גם בעמ' 185 שורות 25-29 ובעמ' 186 שורות 1-5). נקבע, שניסיונות המערער לסתור את האמור במסמך נ/28 ובמסמכים נ/30, נ/34 על ידי הצגת פסקי דין שרעיים (מוצג טז, ת/31, ת/32), לפיהם בוטלה פעולת המכר משנת 1875, נדחו בשל עדותן של הגב' אלישבע בן שמעון מיום 16.1.03 (פרוטוקול הדיון בעמ' 207-208; בעמ' 211-212) ושל פרופ' קרק מיום 16.1.03 (בעמ' 174-176), לפיהן בית הדין השרעי לא ביטל את הרכישה האמורה, והיא אף אושרה בפני אותו בית דין מספר שנים מאוחר יותר. גם טענת המערער, לפיה כל שניתן למשיבות במסמך נ/28 הוא זכות שימוש ('תצרוף') ולא זכות בעלות, נדחתה בעדות הגב' בן שמעון (פרוטוקול הדיון מיום 16.1.03 בעמ' 208-210, ובמיוחד בעמ' 209 בשורות 15-24) ובעדות פרופסור קרק (פרוטוקול מיום 16.1.03 בעמ' 185-186).

(2) המערער טוען, שהמסמכים, המצויים בידי המשיבות (קושאן המשיבות- ת/40; תצהיר של יורשי הרבנים הראשיים (רוכשי המתחם) משנת 1886- ת/24, ת/25; נסח הרישום- ת/26) ושלטענתן מעידים על בעלותן במתחם, מעלים סתירות וקושיות רבות, מהן התעלם בית המשפט קמא. עיון במסמכים אכן מגלה הבדלים ביניהם. כך למשל, הכיוונים, המצוינים כגבולות, אינם זהים, וכן מצוין מספר שונה של מערות

המצויות במתחם (לפי שטר ההקדש- שלוש מערות, ואילו לפי נסח הרישום- מערה אחת). 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 (לעניין עדותה של פרופ' קרק יפה הכלל, לפיו התערבות ערכאת הערעור בקביעות שבעובדה של הערכאה הדיונית, המתבססת על חוות דעת מומחים מקצועיים, תהיה נדירה על אחת כמה וכמה (ע"א 4445/90 עמ"ג נ' מאיוסט (לא פורסם) (השופט זמיר); ע"א 6768/01 רגב ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופטת פרוקצ'יה)). 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.

(3) עוד טען המערער, כי הוא מחזיק במסמכים, המצביעים על בעלות משפחתו במתחם מזה מאות בשנים. הוא קבל על כך שבית המשפט קמא לא נדרש למסמכים ישנים שצורפו לתביעה; ואולם, המסמך המהווה "חוליית הקישור" בין ההיסטוריה הנטענת הוא הקושאן, על בעייתיותו כאמור. עם זאת, בחנתי את תיאורי השטח וגבולותיו במסמכים אלה על פי תרגומיהם שהוגשו. אף מסמכים אלה מתייחסים לשטח המכונה 'כרם אלג'אעוני', וגבולות שטח זה חופפים את גבולות השטח, הנזכר בקושאן שהציג המערער (ראו למשל בשטרות הקניין שהציג המערער (מוצגים לא-לד)). אלא שמסמכים אלה לא יוכל המערער להיבנות, נוכח עדותה של פרופ' קרק שנתקבלה, לפיה המתחם נשוא התביעה אינו המתחם, שגבולותיו מצוינים בקושאן שבידי המערער.

סיכום

י"ח. מן האמור עולה, כי לא הוכח שהקושאן והסכם המכר משנת 1961 מתייחסים למתחם נשוא הערעור, מעבר לכך שלא ניתן לסמוך על אמיתות מסמכים אלה, ועל כן לא עלה בידי המערער להוכיח בעלות במתחם. לכאורה, ניתן היה לסיים את הדיון בשלב זה, אך ראוי לומר דברים קצרים גם בנוגע לטענת המערער כנגד ההתיישנות, וכן בנוגע לטענתו, לפיה חייב היה בית המשפט המחוזי להכריע בנוגע לזכות הבעלות במתחם מכוח סעיף 43 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

התיישנות

י"ט. ההתיישנות היא מוסד משפטי, המוכר על ידי מרבית שיטות המשפט והיא עשויה למלא תפקיד חיוני בתחום המקרקעין, שעה שמבקשים להוכיח בעלות בנכסים בכלל ובמקרקעין לא מוסדרים בפרט. בבסיס מוסד ההתיישנות שלושה נימוקים מרכזיים (י' וייסמן "ההתיישנות והמדינה" משפטים יד (תשמ"ד) 3-5; ז' יהודאי דיני התיישנות בישראל (כרך א, 1991) 5-11; ע"א 7401/00 יעקב יחזקאלי ואח' נ' מרדכי גלוסקה ואח', פ"ד נז(1) 289, בעמ' 300-301 (השופט גרוניס); ע"א 5964/03 עזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח תקוה (טרם פורסם)). הנימוק הראשון הוא הנימוק הראייתי; הרוכש נכס מפלוני, צריך לבדוק את טיב זכותו של פלוני. במקרקעין לא מוסדרים, בהם רישום בעלות בפנקסי המקרקעין אינו מעניק ערובה לנכונותו, מוסד ההתיישנות מקל על רוכש הנכס; יהא עליו לבדוק את ההיסטוריה של הנכס במשך תקופת ההתיישנות, וכשימצא כי לא אירע דבר המטיל ספק בתוקף שרשרת הזכויות שנוצרו בנכס, יוכל לחסות תחת כנפי ההתיישנות. נוסף על כך, אין המשפט רוצה להטיל על אדם חובה לשמור ראיותיו לזכויותיו לאורך זמן. הנימוק השני להתיישנות מצוי במישור הזכויות המהותיות; השתיית התביעה מצביעה על נכונות לויתור מצד הבעלים של הזכות. הנימוק השלישי עניינו בהגנה על אינטרס ההסתמכות של הנתבע; הימנעות מתביעה במשך זמן רב יוצרת מצג, שהנתבע סומך עליו ומשנה את מצבו. ללא מוסד ההתיישנות, יהא על נתבע לשמור על 'רזרבה' (בלשון השופט (כתארו אז) זילברג בע"א 158/54 דה בוטון ואח' נ' בנק המזרחי בע"מ, פ"ד י(1) 687, 695), ובכך לא ינוצלו משאבים העשויים לתרום לציבור (מדובר למעשה בנימוק כפול: המתייחס לנתבע מזה, ולציבור ולאינטרס הציבורי מזה). טעם נוסף לעקרון ההתיישנות הנוגע לאינטרס הציבורי הוא בכך שראוי שבתי המשפט יעסקו ככל הניתן בבעיות ההווה ולא בבעיות עבר. כמו כן, מעוניין המשפט לעודד תובעים לעמוד על זכויותיהם ללא עיכובים בלתי סבירים.

בישראל, מוסדר מוסד ההתיישנות בחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958.

כ. כאמור, המערער הגיש תביעה להצהרה בדבר בעלותו במתחם, ובדבר ביטולו של הרישום הנוגע למשיבות. בית המשפט המחוזי קבע, כי דין התביעה להידחות מחמת התיישנות. המערער משיג אף על קביעה זו. אומר כבר כאן, כי אין צורך לדידי להכריע בטענה זו, משלא נתקבלה תביעת המערער לגופה. באשר לטענה עצמה דומני כי קיימת אי בהירות מסוימת בנוגע לה: לא הצדדים ולא בית המשפט קמא פירטו במדויק מהי הזכות שלכאורה התיישנה, ויתכן אף שיש שוני. יתכן שבית המשפט

התייחס להתיישנות התביעה לאכיפת התחייבות חוזית-אובליגטורית להעברת המקרקעין או למתן פסק דין הצהרתי, המצהיר על תוקפה של התחייבות כזאת (ע"א 520/96 א'חמד עבדאלעזיז חוסין ואח' נ' מרים מיר ואח', פ"ד נד(3) 487, 494-495 (השופט – כתארו אז – מצא); א' איזנשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין חלק שני - זכויות ועסקאות במקרקעין (תשנ"ו-1996) 23). אפשרות זו מעוררת קשיים משפטיים: האם הנתבע הנכון בתביעה לאכיפת זכותו החוזית של המערער אינו מוכר הקרקע, אלבנדק? מהו מעמד המשיבות, שלא היו צד להסכם המכר, בתביעה מעין זו? האם הדין הירדני, החל על הסכם המכר משנת 1961, מסווג עסקת מכר זו (שלא נרשמה) כאובליגטורית או כתביעה קניינית? מאידך גיסא ניתן לטעון – וכך עולה מסיכומי המערער - כי עסקינן בטענת התיישנות של מחזיק כנגד בעלים, קרי, המשיבות נגד המערער; אך גם אפשרות זו אינה חפה ממהמורות: טענת התיישנות של מחזיק כנגד בעלים עולה כאשר הסעד המבוקש הוא פינוי וסילוק יד, ואילו במקרה דידן נתבע פסק דין, המצהיר על זכויות. חלופה זו אף מצריכה בדיקה בדבר התקיימות תנאיה של 'חזקה נוגדת' אצל המשיבות (ע"א 2510/98 למד שין בע"מ נ' מאירה חסיד ואח' פ"ד נג(5) 721 (השופט - כתארו אז - אור); י' גלעד "התיישנות במקרקעין- קווים לרפורמה" משפטים יח (תשמ"ח) 177), אולם גם בסוגיות אלו לא נקבעו ממצאים. כאמור, משנדחתה תביעת המערער לגופה, אין צורך להכריע בטענת ההתיישנות.

ס' 43 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין

כ"א. (1) המערער טוען, כי היה על בית המשפט המחוזי לדון ולהכריע בדבר זכויות הבעלות במתחם לפי הוראת סעיף 43 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש] התשכ"ט-1969 (להלן הפקודה). הוראה זו קובעת כי:

43. הסמכות

"הסמכות לדון ולפסוק בכל סכסוך בנוגע למקרקעין שבאזור הסדר תהא בידי בית המשפט בלבד, ואם היו תביעות סותרות בין שני תובעים או יותר, יעביר פקיד ההסדר את הסכסוך לבית המשפט".

(2) בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער בנידון זה, בנימוק כי ההליך לא הובא בפניו על ידי פקיד ההסדר כאמור בסעיף 43. אכן, מהסיפא של סעיף 43 ניתן ללמוד, כי רק פקיד ההסדר יכול להעביר תביעות מנוגדות לבית המשפט, ואין הצדדים עצמם יכולים לעשות כן (ראו א' חלימה, "חזקה והתיישנות במקרקעין ופקודת הסדר הקרקעות", 27-28). בענייננו לא הופנו הצדדים לבית המשפט המחוזי על ידי פקיד

ההסדר, ומטעם זה צדק בית המשפט המחוזי, כשלא ראה עצמו חייב להכריע בזכות הבעלות במתחם.

(3) לא למותר לומר, כי בית המשפט המחוזי דן ואף הכריע בטענת הבעלות של המערער לגופה, ולא דחה את טענותיו אך על בסיס סעיף 43 לפקודה. בנסיבות אלו, ההכרעה בדבר זכות הבעלות בנכס, לפי סעיף 43, אינה מעלה או מורידה מבחינת המערער.

(4) אוסיף, כי מסיכומי המשיבות עולה, שהמתחם הוצא מההסדר, ולפיכך פקודת ההסדר חלה על המתחם, ולפקיד ההסדר אין סמכות לטפל בתביעות בנוגע למתחם. דברים אלה נתמכים אף בדברי המערער (סעיף 6(ב) להודעת הערעור, הנתמך במוצג ט בתיק מוצגיו), לפיהם הוצא המתחם מההסדר בשנת 1966. ניתן אפוא לומר, למצער, כי קיים ספק האם המתחם כפוף לפקודה, אך כאמור אין צורך להכריע בכך נוכח אי קבלתה של טענת הבעלות של המערער.

כ"ב. נוכח האמור, אציע לחברי שלא להיעתר לערעור.

בקשת המשיבות לפסק דין הצהרתי

כ"ג. (1) המשיבות לא עירערו על פסק דינו של בית המשפט קמא, אך ביקשו שנעשה שימוש בסמכותנו לפי תקנה 462 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, וניתן פסק דין המצהיר, כי הן בעלות המתחם. באתי לכלל מסקנה כי אין מקום להיעתר לבקשה זו בגדרי התיק דנא.

(2) תקנה 462 אכן מאפשרת את התאמת הדיון להתפתחויות שחלו בשלב הערעור, ושיש בהן כדי לשנות את התוצאה של ההליכים שנוהלו בערכאה הראשונה (ר"ע 711/85 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אברהם אלגזיר, פ"ד לט(4) 682, 685-686 (הנשיא שמגר)). הלכה היא, והיא מעוגנת בשכל הישר, שאין לפרש את הסמכות בצורה נרחבת, וכי רק במקרים נדירים יעשה בית המשפט שימוש בסמכותו לפי תקנה זו ויתן סעד לצד שלא עירער (ע"א 695/79 מפעל התורה למען הישיבות בארץ נ' מרים כהן ואח', פ"ד לז(2) 52, 69 (השופט - כתארו אז - אור); ח' בן-נון הערעור האזרחי (מה' 2) 106-107, 426-427). בדרך כלל תיוחד סמכות זו לשינוי בהנמקה, שאינה מלווה בשינוי התוצאות שנקבעו על ידי בית המשפט קמא (בש"א 4691/91 מדינת

ישראל ואח' נ' שמעון אוזן, פ"ד מה(5) 695, 699 (הנשיא שמגר)). פרשה זו אינה באה בכללם של המקרים הנדירים הללו.

(3) עיקרו של ההליך בבית המשפט המחוזי נסב על תביעת המערער לפסק דין הצהרתי. ראיות המשיבות בנוגע לבעלותן במתחם הובאו לצורך הפרכת ראיות המערער; הן לא עתרו לבית המשפט קמא למתן פסק דין, שיצהיר על בעלותן. מכאן, שעתירת המשיבות לפסק הצהרה כאמור מועלית לראשונה בפני בית משפט זה. ונדייק בדבר: אין המדובר בבקשה למתן סעד בלא שהוגש ערעור, כי אם בקשה למתן סעד, שכלל לא הוגשה בגינו תובענה. אין מקום ואפשרות לדון בגדרי ערעור זה בסוגיית הבעלות הפוזיטיבית במתחם, ולקבוע באשר לה. כל שנקבע בגדר ערעור זה הוא שהמערער לא הוכיח את בעלותו.

(4) משכך הם פני הדברים, אין מקום להיעתר לבקשה זו. בידי המשיבות לפנות לערכאה המתאימה לקבלת פסק דין הצהרתי כאמור, ומובן, שאיני מביע כל דעה בעניין זה.

כ"ד. סופם של דברים, אין בידי להיעתר לערעור. בנסיבות אציע שלא לעשות צו להוצאות. עותק פסק הדין יועבר כאמור אל היועץ המשפטי לממשלה.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ד בסיון תשס"ו (20.6.06).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת