



בבית המשפט העליון

רע"א 2401/21

לפני :

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקשים :

1. סאמי ג'אעוני
2. סמר ג'אעוני
3. עבד אלפתאח אסקאפי
4. סלוא אסקאפי
5. מג'די אסקאפי
6. מוחמד עלאא אסקאפי
7. אמאל אבו חסנה
8. רפקה עבדאללה אלקורד
9. כרמל רחימי
10. עומר אבו חסנה
11. אסאלה אבו חסנה
12. אליסאר אבו חסנה
13. נביל קורד
14. נארימן קורד
15. נסרין קורד

נ ג ד

המשיבה :

נחלת שמעון בע"מ

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 10.2.2021 בע"א 57595-11-20 שניתן על-
ידי כבוד השופטות ע' זינגר ו-ח' מאק-קלמנוביץ וכבוד
השופט א' רון

תאריך הישיבה :

כ"ד באב התשפ"א (2.8.2021)

בשם המבקשים :

עו"ד סאלח אבו חוסיין ; עו"ד סאמי ארשיד

בשם המשיבה :

עו"ד אילן שמר ; עו"ד יובל גרייבסקי

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. המבקשים ובני משפחותיהם מתגוררים מזה עשרות שנים בנכסים הממוקמים בשכונת שייח' ג'ראח בירושלים, במתחם המוכר גם כאזור מערת שמעון הצדיק (להלן: המתחם). הנכסים רשומים בפנקס השטרות על שם המשיבה, חברה פרטית, לאחר שזו רכשה את הזכויות בהם ממי שהחזיקו בנכסים בתקופה שקדמה להקמת המדינה. המשיבה הגישה ארבע תביעות לסילוק יד ופינוי נגד המבקשים, אשר נדונו במאוחד בפני בית משפט השלום בירושלים (ת"א 6629/09, השופטת ד' פיינשטיין). תביעות אלה הן שהולידו את ההליך שבפנינו, אך הוא מושפע מהליכים משפטיים קודמים, כמו גם מהאירועים ההיסטוריים שפקדו את ירושלים מאז קום המדינה, ואף קודם לכן.

2. כבר בפתח הדברים יוער כי בהליך דנן, כמו בהליכים אחרים שהתקיימו ביחס לנכסים באזור הרלוונטי, נשזרו טענות שנגעו להקשר הכללי שבו ממוקם הסכסוך בין הצדדים. אולם, במסגרת סמכותנו אנו נדרשים להכריע אך בהיבטים המשפטיים של ההליך הנוכחי, שבו מעורבות ארבע משפחות שהתביעות נגעו להן. זאת, כמובן, מבלי להתעלם מן ההיסטוריה המשפטית של המקום.

רקע עובדתי, היסטורי ומשפטי בנוגע למתחם

3. הנכסים מושא ההליך ממוקמים במקרקעין לא מוסדרים המזוהים כחלקות מס' 54 ו-66 בגוש רישום 30514, חלקה מס' 2 בגוש רישום 30526 וחלקה מס' 6 בגוש רישום 30527. ההליך דנן עוסק רק בחלק מהנכסים הקיימים במתחם.

4. סוגיית הבעלות במתחם שנויה במחלוקת מזה שנים ארוכות, ובהתדיינויות קודמות שנגעו למתחם נדרשו בתי המשפט ל"גלגולים" השונים שהוא עבר לאורך השנים. הזכויות במתחם היו רשומות בעבר בפנקס השטרות על שמם של ועד עדת הספרדים בירושלים והוועד הכללי כנסת ישראל, שפעלו ביישוב היהודי בירושלים שנים רבות לפני קום המדינה (להלן: הוועדים היהודיים). הזכויות במתחם נרכשו מבעלים ערבים בסוף המאה ה-19, ונרשמו כקרקע הקדש על שם הרבנים הראשיים בירושלים.

5. בתום מלחמת העצמאות נותר המתחם, יחד עם כל אזור מזרח ירושלים, בשליטתה של ממלכת ירדן, וניהולו הועבר לממונה הירדני על נכסי האויב (להלן: הממונה הירדני). בחודש ספטמבר 1954 השכיר הממונה הירדני את הקרקע למשרד השיכון והבינוי הירדני וביום 16.11.1954 נחתם חוזה בין ממשלת ירדן לבין סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם (UNRWA, להלן: אונר"א) לבניית 28 יחידות דיור במתחם

והשכרתן לפליטים פלסטינים. בחוזה נקבע כי הנכסים שייבנו יושכרו ל"משתכנים" שייבחרו בהליך סדור ובתוך כך הם יוסרו מרשימותיה של אונר"א (כלומר, לא יוכרו עוד על-ידו כפליטים). בהתאם לכך, ולאחר תקופה של שנתיים שבה נבחרו משתכנים אשר ויתרו על מעמדם כנתמכים על-ידי אונר"א, חתמה עמם ממשלת ירדן על חוזים בקשר ליחידות הדיור במתחם (לפירוט בעניין קורותיו של המתחם בתקופה הירדנית, והחוזים שנעשו בתקופה זו, ראו: ע"א 459/79 הוועד הכללי לכנסת ישראל נ' אל איובי, פ"ד לה (4) 188 (1981) (להלן: עניין אל איובי)). החוזים קבעו תקופת ניסיון של שכירות בת שלוש שנים, שבמהלכה נדרשו המשתכנים לעמוד במספר תנאים שעניינם פיתוח המקום והשקעה בו. בכלל זאת, נדרשו המשתכנים "לשלם תוספת על מס המקרקעין והבניינים המקוריים ודמי המים שכירות שנתיים בסך חמישים פילס שישולמו כעבור שלושה חודשים מתאריך חתימת חוזה זה" ו"לשלם כל מסי הממשלה וההיטלים המקומיים" (סעיף 1(א) לחוזים), "לשמור על הנכס מבפנים ומבחוץ במשך כל תקופת השכירות במצב טוב" (סעיף 2(ב) לחוזים), "לשלם כל מסי הממשלה וההיטלים המקומיים" (סעיף 2(ד) לחוזים), וכן להקים גן סביב היחידה (סעיף 6 לחוזים). עוד נקבע בחוזים, כי לאחר שתושלם תקופת הניסיון בת שלוש השנים, ולאחר שיתברר שהמשתכן פעל בהתאם לתנאי החוזה ועזר בבניין היחידה, תועבר הבעלות בה אליו ללא כל תשלום נוסף.

6. במקביל, במהלך שנות הששים של המאה הקודמת החלו הירדנים בהליכי הסדר של המקרקעין שבהם מצוי המתחם. במסגרת הליכי ההסדר הירדני נמדדו המקרקעין וסומנו כמתואר בפסקה 3 לעיל, אולם זכויות הבעלות בחלקות הרלוונטיות במתחם לא הוסדרו. הליך ההסדר נקטע בעקבות מלחמת ששת הימים.

7. ביום 7.6.1967 עבר המתחם לשלטון ישראלי והוא הוקנה לאפוטרופוס הכללי מכוח סעיף 5(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970 (להלן: חוק הסדרי משפט). ביום 11.9.1972 שחרר האפוטרופוס הכללי את המתחם מהקנייתו לידי הוועדים היהודיים לפי סעיף 5(ב) לחוק הסדרי משפט. זאת, בעקבות בקשה לחידוש רישום שהגישו הוועדים היהודיים. בתעודת השחרור נכתב כי השחרור נעשה "בכפוף לזכות צד שלישי אם קיימת זכות כזו", וכן כי "אין תעודת שחרור זו מהווה הוכחה לבעלות לגבי המקרקעין הנ"ל". בהמשך לכך, ביום 13.9.1972 נרשם המתחם בפנקס השטרות על שם הוועדים היהודיים, בחלקים שווים, על דרך של רישום הקדש. בסמוך לאחר מכן, החלו הוועדים היהודיים לנקוט בהליכים משפטיים כנגד המחזיקים בנכסים במתחם, כמפורט להלן. בשנת 2003 רכשה חברת נחלת שמעון בע"מ, היא המשיבה, את המתחם מהוועדים היהודיים.

8. במבט רחב יותר, יצוין כבר עתה כי החלתו של המשפט הישראלי במזרח ירושלים נעשתה באופן שהותיר שאלות רבות פתוחות. זאת, מאחר שדברי החקיקה שעסקו בכך לא נדרשו במישרין לנושא של מעמדן של עסקאות שנעשו בתקופה הירדנית או זכויות חוזיות שצמחו במהלכה, להבדיל מאשר ביחס לרישיונות, הליכים משפטיים ופעולות משפטיות אחרות (ראו: רות לפידות פירוש לחוקי היסוד – חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל 54-53 (יצחק זמיר עורך, 1999)).

הליכים משפטיים קודמים בקשר לנכסים במתחם

9. עוד בשנות השבעים של המאה הקודמת דחה בית משפט השלום בירושלים תביעות שהגישו הוועדים היהודיים לסילוק ידם של מחזיקים משלושה נכסים במתחם (שאינם הנכסים מושא ההליך דנן), וכן תביעה למתן צו להריסת מבנה שנבנה במתחם (ת"א 6480/72, ת"א 6800/72, ת"א 1391/74, ת"א 2404/74; פסק דין מיום 18.11.1976). בית משפט השלום קבע כי הנתבעים באותו הליך מחזיקים בנכסים כדין, מכוח מערכת חוזית המורכבת משלושה נדבכים: חוזה השכירות שנערך בין הממונה הירדני לבין שר השיכון והבינוי הירדני; חוזה בין שלטונות ירדן לבין אונר"א; וכן חוזי השכירות שנערכו בין שר השיכון והבינוי הירדני למשתכנים. יצוין, כי שניים מן הנתבעים בהליך זה היו שוכרי משנה של משתכנים מקוריים (לאחר שמשתכנים אלו קיבלו רשות מהשלטונות הירדניים להשכיר את דירותיהם בשכירות משנה), והנתבע השלישי היה אחד היורשים של משתכן שנפטר. הערעור שהגישו הוועדים היהודיים לבית המשפט המחוזי על פסק דינו של בית משפט השלום נדחה (ע"א 236/76). בהמשך, התקבלה בקשת רשות ערעור שהגישו הוועדים היהודיים לבית משפט זה, אולם הערעור נדחה לגופו (עניין אל איובי הנזכר לעיל). בפסק הדין (מפי הנשיא מ' לנדוי ובהסכמת השופטים מ' אלון ו-מ' בייסקי) נדחתה טענת הוועדים היהודיים לפיה העברת המתחם מן הממונה הירדני לשר השיכון והבינוי הירדני נעשתה בהיעדר סמכות, כמו גם הטענה לפיה חוזי השכירות בין שר השיכון והבינוי הירדני לבין המשתכנים במתחם היו חייבים ברישום.

10. במהלך השנים 1982-1983 הגישו הוועדים היהודיים לבית משפט השלום בירושלים למעלה מעשרים תביעות לסילוק יד ופינוי מ-17 נכסים שונים במתחם (התביעות אוחדו במסגרת ת"א 3457/82). הנתבעים בהליכים אלה (למעט אחד) הגישו תביעה נגדית במסגרתה טענו כי הם בעלי הזכויות בנכסים. בהליך האמור הגישו הצדדים לבית משפט השלום הסכם שנשא את הכותרת "הסכם לניהול הדיון" (להלן: ההסכם הדיוני), ובית משפט השלום נתן לו תוקף של החלטה. בנספח ב' להסכם הדיוני נקבעו

עובדות מוסכמות לצורך ניהול הדיון בפני בית משפט השלום. בין השאר, הוסכם כי הוועדים היהודיים הם "הבעלים הרשום של כ-17 דונמים באזור מערת שמעון הצדיק בירושלים" וכי "אין כל רישום אחר בפנקסי המקרקעין הישראליים או הירדניים הסותר הרישום הנ"ל". ההסכם הדיוני כלל תיאור היסטורי של העברת השליטה בקרקע, כמתואר לעיל. בין היתר צוין בהסכם הדיוני, כי בשנות הששים של המאה הקודמת התירה ממשלת ירדן למשתכנים בדירות במתחם "להשכיר את המבנים בשכירות משנה על-פי היתר". כבר עתה יצוין כי נספח א' להסכם הדיוני כלל רשימה של נתבעים שעליהם יחול ההסכם. בין היתר צוינו בו צדדים שהם רלוונטיים לדיון כאן – המבקשת 8 בהליך דנן, רפקה עבדאללה אלקורד (שכונתה בנספח: רבקה עבד אללה אלקורד) (להלן: רפקה), תופיק נעמן אלג'עוני (להלן: תופיק) שהוא מורישם של המבקשים 1 ו-2 בענייננו – סאמי ג'אעוני (להלן: סאמי) וסמר ג'אעוני (להלן: סמר), וכן מספר משתכנים נוספים שחלקם קשורים למבקשים שבפנינו, כפי שיובהר בהמשך.

11. בית משפט השלום דחה את תביעותיהם של הוועדים היהודיים לפינוי הדירות מזה ואת תביעת הבעלות של המחזיקים מזה (ת"א 3457/82 ועד עדת הספרדים נ' חנון (20.5.1989) (הנשיא א' שמחה) (להלן: עניין חנון בשלום)). שני הצדדים ערערו לבית המשפט המחוזי, שדחה את שני הערעורים (ע"א 166/89 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' חנון (16.6.1991), הנשיא ו' זילר והשופטות (כתוארן אז) מ' נאור ו-מ' ארד) (להלן: עניין חנון במחוזי)). בשל ההשלכות האפשריות של התדיינות זו על ענייננו נביא את הדברים במידת הפירוט הנדרש.

12. נפתח בהתדיינות שהולידה את פסק הדין שניתן בעניין חנון בשלום. פרטיה של התדיינות זו נותרו עלומים לאורך חלקו הגדול של ההליך, מאחר שעל-פי בירורים שנעשו התיק עצמו בוער, ואף הצדדים עצמם לא הציגו בהליכים הנוכחיים עותק של פסק הדין. עם זאת, בסופו של דבר, במסגרת איסוף החומרים לצורך כתיבתו של פסק הדין, עלה בידו של חברי השופט נ' סולברג לאתר עותק של פסק הדין במערכת נט המשפט, במוצגים של תיק אחר (ואף עותק זה, למרבה הצער, הוא עותק סרוק שאיכותו לא גבוהה). איתורו של עותק זה אפשר להסיר חלק מסימני השאלה העובדתיים שליוו את ההתדיינות.

13. הסעד העיקרי שנדרש בתביעה בעניין חנון בשלום היה סילוק ידם של הנתבעים המחזיקים במקרקעין ומסירת החזקה לידי התובעים – הוועדים היהודיים. התביעה הוגשה בעקבות פסיקתו של בית המשפט בעניין אל איובי, ובית משפט השלום הבהיר כי אין לחרוג ממנו, ומכאן שאף אין מקום לטענה שהמחזיקים הם מי שפלשו לקרקע שלא

כדין. על כן, הוועדים היהודיים העלו טענות אחרות, ובכלל זה שעל-פי החוק הירדני השכירות שנעשתה עם המחזיקים הייתה טעונה רישום, שהרשות שקיבלו המחזיקים בוטלה, ושהממונה על הרכוש הירדני פעל בניגוד לחובותיו לפי המשפט הבינלאומי. מנגד, הנתבעים העלו מספר טענות חלופיות, ובהן שהסכמי השכירות עמם תקפים, שהם פעלו ברשות, שהם זכאים לרכוש את הקרקע בהתאם לדינים החלים על "בניה ונטיעה במקרקעי הזולת", ושלמצער יש להכיר בהם כדיירים מוגנים, ואף לתת להם "סעד מן הצדק". כמו כן הם הגישו תביעה נגדית למימוש זכותם לרישום הנכסים על שמם.

14. בעיקרו של דבר, בית משפט השלום דחה את התביעה לסילוק יד. לצורך כך, הוא הביע עמדה ביחס לחלק מטענות ההגנה על המחזיקים, אך למעשה לא הכריע בהן באופן מלא.

15. בפרט, בית משפט השלום דחה את הטענה שלפי החוק הירדני שחל במועדים הרלוונטיים השכירות הייתה חייבת ברישום, ובלשונו: "נמצא שכשרות זיקתם של הנתבעים מכח חוזי השכירות לא עורערה ויש לקיימה" (שס, בפסקה 12). די היה בכך לצורך דחיית התביעה. בהמשכו של פסק הדין, דן הנשיא שמחה בטענות נוספות שעלו, אך למעשה לא נדרשו להכרעה באותו שלב. כך, בהמשך לקביעתו כי הנתבעים החזיקו בשכירות חוזית תקפה שלא היה צורך לרשמה, הוא קבע כי "לא הוכח כל שינוי במעמד מאז. מכאן שהיתה לנתבעים זכות להמשיך ולהתעורר בדירותיהם מכח חוק הגנת הדייר הירדני עד 1967 ומכוח חוקי הגנת הדייר הישראליים מאז 1967" (שס, בפסקה 16). כמו כן, בית משפט השלום העלה ספקות לגבי מעמד המוסד של רשות במקרקעין לפי הדין הירדני, וסבר שאין לשלול את האפשרות להחלת הזכות של רכישה על-ידי הבונה במקרקעי הזולת מאחר ש"בנסיבות המקרים [הנדונים] דומה שמדובר ב'תום לב' או 'בזכות משוערת מדומה'" (שס, בפסקה 16). לבסוף, נדחתה התביעה הנגדית לרישום הזכויות כתביעה שטרם הגיעה זמנה.

16. כאמור, על כך הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי. בפסק הדין שניתן בעניין חנון במחוזי צוין כי על אף שיש "מידה לא קטנה של אי-בהירות באשר לעובדות המוסכמות", עולה בבירור מטענות הוועדים היהודיים כי הם אינם חולקים עוד על כך שאכן נערכו חוזים בין הרשויות הירדניות לבין המחזיקים (או מי שבאים בנעליהם), וזנחו את טענתם לכך שפעולותיהן של רשויות השלטון הירדני נעדרות תוקף. לגוף הדברים, בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו המפורט כי הנתבעים באותו הליך, המחזיקים בנכסים במתחם, "רכשו את זכותם בקרקע בדין", וזאת על רקע השרשור החוזי שהעביר את הקרקע מידי הממונה הירדני אל ממשלת ירדן ומשם בחוזי שכירות אל המשתכנים.

17. בית המשפט המחוזי הוסיף – "כדי להימנע מסכסוכים עתידיים" – כי "משעה שהוחלו חוקי מדינת ישראל על הקרקע, רכשו המשיבים [המחזיקים בנכסים – ד' ב' א'] מעמד של דיירים מוגנים מכח חוק הגנת הדייר". מנגד, דחה בית המשפט המחוזי את טענתם של המחזיקים לזכויות בעלות בנכסים. בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי אפילו לגרסת המחזיקים, "הייתה זכות זו ענין לאופציה שניתנה להם על-מנת שהיא תמומש בתנאים מסוימים, ולא הוכח לא שהם ביקשו את המימוש ולא שהם היו זכאים לתבוע זאת". חלק מהמחזיקים הגישו בקשת רשות ערעור על פסק הדין לבית משפט זה, וזו נדחתה ביום 27.10.1991 (רע"א 3247/91, הנשיא מ' שמגר).

18. בהמשך, בתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת, התנהלו בבית הדין לשכירות בירושלים הליכים נוספים בין הוועדים היהודיים לבין מחזיקים שונים בנכסים במתחם (שאינם בעלי הדין שבפנינו). בהליכים אלה נקבע כי על המחזיקים שנתבעו שם לשלם דמי שכירות חודשיים לוועדים היהודיים (ת"ש 45/93, ת"ש 46/93). בית הדין לשכירות קבע כי המחזיקים אינם יכולים להעלות טענות בנוגע לבעלות בנכסים במסגרת הליך של בקשה לקביעת דמי שכירות, בהתחשב במעשה בית דין שחל על הצדדים, על רקע ההתדיינות הקודמת. עוד נקבע, כי השתק הפלוגתא חל גם על מחזיק שהיה בעל דין בפני בית הדין לשכירות ולא היה צד להתדיינות בעניין חנון במחוזי. זאת, משום שלמעשה מוצו כל הטענות בנוגע לכלל הנכסים, לרבות הנכס שבו התגורר אותו בעל דין. ביום 28.7.1998 דחה בית המשפט המחוזי ערעור שהוגש על פסק דינו של בית הדין לשכירות (ע"א 4203/97, השופטים (כתוארם אז) ד' חשין, ע' קמא, ו-י' עדיאל). בית המשפט המחוזי קבע כי פסק הדין שניתן בעניין חנון במחוזי מהווה פלוגתא פסוקה באשר לשאלת הדיירות המוגנת ואין הצדדים רשאים להשיג עליה. לעומת זאת, נקבע כי לעניין הבעלות, קביעת בית המשפט המחוזי בעניין חנון במחוזי אינה מהווה מעשה בית דין. עם זאת, נקבע כי ממילא בעלות במושכר אינה מהווה תנאי הכרחי להכרה במעמד של "בעל בית" כהגדרתו בחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972 (להלן: חוק הגנת הדייר). בהמשך, דחה בית משפט זה בקשת רשות ערעור שהוגשה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (רע"א 6001/98 גאווי נ' ועד העדה הספרדית בירושלים (10.1.1999), הנשיא א' ברק (להלן: רע"א 6001/98)).

19. על בסיס פסיקה זו הגישו הוועדים היהודיים תביעות פינוי נגד מחזיקים בנכסים מסוימים במתחם, בעילה של אי-תשלום דמי שכירות, ואלה התקבלו (ראו: ע"א 6435/99 גאווי נ' ועד עדת הספרדים (עמותה) (1.5.2001) ורע"א 4281/01 ג'אוי נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (5.8.2001), המשנה לנשיא ש' לוין; ת"א (י-ם) 6599/99 ועד עדת הספרדים

בירושלים הקדש רשום נ' אלקורד (30.1.2001) וע"א (י-ם) 2417/01 אל כורד נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (30.7.2002) (סגני הנשיא י' צמח ו-ע' קמא והשופט צ' זילברטל) שבו נקבע כך: "כל עוד עומד בתקפו פסק הדין שנתן תוקף להסדר הדיוני, אין מקום להרהר אחרי העובדה כי המשיבים [הוועדים היהודיים – ד' ב' א'] הם בעלי זכויות הבעלות. עובדה זו מהווה השתק פלוגתא בין הצדדים". כמו כן, הוגשה תביעה לסילוק ידה של רפקה, שהיא כאמור המבקשת 8 בהליך דנן, ממבנה שנבנה על ידה בצמוד לדירה שבה היא מתגוררת. תביעה זו התקבלה (ת"א (י-ם) 23647/99 וועד עדת הספרדים בירושלים נ' קורד (4.3.2009)) והערעור שהוגש על כך לבית המשפט המחוזי נדחה (ע"א (י-ם) 3227/09 קורד נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (15.10.2009)). לעומת זאת, בתביעות פינוי אחרות שהוגשו על-ידי הוועדים היהודיים הדיון עוכב ונדחה ללא מועד (בגדרה של תקנה 153 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984) עד לאחר שנושא הבעלות במתחם יוכרע בבית המשפט המחוזי, "או אם הנסיבות תשתנה באופן שיצדיק חידוש הדיון" (ת"א 12285/93 ות"א 1504/94, החלטה מיום 9.11.1997, סגן הנשיא (כתוארו אז) צ' זילברטל). זאת, בין היתר על רקע הליכים נוספים שהתנהלו בערכאות השונות, כפי שיפורט כעת.

20. במקביל לניהולן של חלק מתביעות הפינוי כאמור לעיל, בשנת 2000 הגישו חלק מהמחזיקים בנכסים במתחם, וביניהם רפקה, תביעה לבית משפט השלום בירושלים שבה עתרו לביטול ההסכם הדיוני, בין היתר מחמת טעות בכריתתו. התביעה נדחתה תוך שנקבע כי "בשלב זה של הדיון, קיימות החלטות של שלוש ערכאות בהן נקבע נחרצות, ויש בהן כדי להוות מעשה בית דין, כי התובעים הם במעמד של דיירים מוגנים של הנתבעים אשר הינם בעלי הנכס" (ת"א 3258/00, סגן הנשיא י' שמעוני). המבקשים ערערו על פסק הדין לבית המשפט המחוזי, וערעורם נדחה (ע"א 6482/05, השופטים ב' אוקון, א' גבאי ו-נ' סולברג). תביעות נוספות לביטול ההסכם שהוגשו על ידי אותם מחזיקים לבית משפט השלום בירושלים בשנת 2008 נדונו במאוחד ונדחו אף הן (ת"א (י-ם) 14722/08 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים (23.2.2010), השופט א' רובין). לדחיית הבקשה לעיכוב ביצוע של הפינוי באותו הליך, ראו גם: רע"א 6239/08 אלקורד נ' ועדת עדת הספרדים (14.7.2008)).

21. בשנת 1997 הוגשה לבית המשפט המחוזי תביעה של אחד המחזיקים בנכס במתחם למתן פסק דין הצהרתי לפיו הוא הבעלים של חלק מהזכויות במתחם. התביעה נדחתה (ת"א (י-ם) 1465/97 סולימאן נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (30.3.2005), השופט י' עדיאל). בפסק הדין נקבע כי קיימות ראיות לכך שהוועדים היהודיים הם בעלי המתחם, כמו גם לכך שהם החזיקו בו מאז ראשית המאה ה-20, ובהמשך פעלו לרישום

כבר בשנת 1946, ושוב בשנת 1972. עם זאת, בית המשפט המחוזי נמנע מהכרעה בשאלת בעלותם של הוועדים היהודיים במתחם. הערעור שהוגש לבית משפט זה על פסק הדין האמור נדחה, ואף בו צוין כי "אין מקום ואפשרות לדון בגדרי ערעור זה בסוגיית הבעלות הפוזיטיבית במתחם, ולקבוע באשר לה" (ע"א 4126/05 חג'אזי נ' ועד עדת הספרדים (20.6.2006), השופטת א' פרוקצ'יה, השופט א' א' לוי והשופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין).

22. תביעות נוספות למתן סעד הצהרתי בעניין הבעלות במתחם הוגשו לבית המשפט המחוזי מטעמם של מחזיקים אחרים בנכסים במתחם בשנת 2013. תביעות אלה נדחו מחמת התיישנות, תוך שבית המשפט המחוזי נמנע מלהכריע בטענה בדבר קיומו של מעשה בית דין נגד המחזיקים (ת"א 28850-01-13 סבאג נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (18.8.2016)). ערעור שהוגש על כך לבית משפט זה נדחה. בפסק הדין צוין כי לא נמצאה עילה להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין ההתיישנות (ע"א 8093/16 עזבון ו/או יורשי סבג חאג' עבדול ראזק ז"ל נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (15.11.2018)). פסק הדין ניתן בהרכב בראשותי עם השופטים י' וילנר ו-א' שטיין).

23. בין לבין, כאמור, בשנת 2003 חתמו המשיבה והוועדים היהודיים על חוזה מכר בקשר למתחם. בחוזה המכר הצהירה המשיבה, בין היתר, כי היא מודעת לעובדות הבאות:

"המקרקעין בהם מצוי הנכס טרם עברו הליכי הסדר, וכי במסגרת הליכי הסדר כאמור עשויים לחול שינויים בשטחו ובגבולותיו, וכי נמצא וגם / או ימצא מי שינסה לחלוק על זכויות המוכר בנכס, כולן וגם / או מקצתן";
 "חלקים שונים של הנכס ושל המבנים הבנויים עליו תפוסים על ידי דיירים מוגנים וגם / או מחזיקים שונים, וכי הובאו לידיעתה פסקי הדין שניתנו ב-ת"א 3457/82 בבית משפט השלום בירושלים וב-ע"א 166/89 בבית המשפט המחוזי בירושלים, ביחס למעמדם של הצדדים לאותו ההליך, כדיירים מוגנים";
 "תלויים ועומדים הליכים משפטיים בין המוכר לבין דיירים וגם / או מחזיקים בחלקים מהנכס וגם / או מהמבנים אשר עליו" (תוך אזכור מספרי הליכים נוספים).

בהמשך לחתימה על חוזה המכר, בשנת 2008 הועבר רישום המתחם בפנקס השטרות על שם המשיבה.

קורותיו של ההליך המשפטי הנוכחי

24. כאמור בפתח הדברים, מקורו של ההליך דנן בארבע תביעות שהגישה המשיבה נגד המבקשים לבית משפט השלום החל בשנת 2009. התביעות, המכוונות לסילוק ידם של המבקשים ופינויים מנכסים במתחם, נדונו במאוחד. להלן יתוארו בקצרה פרטיהם של כל אחת מן התביעות והמבקשים שצוינו בה כנתבעים:

התביעה נגד רפקה (ת"א 6629/09) – תביעה זו הוגשה נגד המבקשת 8 וכן מי שצוינה כצד להסכם הדיוני משנות השמונים, היא רפקה. זו הלכה לעולמה בזמן ההליכים שהתקיימו בפני בית משפט השלום ובבקשה לתיקון בקשת רשות הערעור שהוגשה ביום 28.4.2021 לבית משפט זה ביקשו יורשיה, נביל קורד, נארימן קורד ונסרין קורד, להצטרף להליך כמבקשים במקומה. כפי שצוין לעיל, רפקה אף הייתה צד להליכים נוספים שהתנהלו ביחס לנכס הסמוך לדירה שבה היא התגוררה, שהוא נכס שונה מזה שלגביו מתנהל ההליך דנן. התביעה שהוגשה בהליך הנוכחי נגד רפקה התייחסה לנכס מס' 23 במתחם. בתביעה נטען, כי ההליכים הנוספים שניהלה לאחר חתימתה על ההסכם הדיוני עולים כדי כפירה בהצהרותיה בו, ומקימים עילת תביעה עצמאית כנגדה. כמו כן נטען, כי רפקה ביצעה שינויים ניכרים בנכס ללא אישור ולא שילמה מזה שנים את דמי השכירות בגינו. בכתב הגנתה, טענה רפקה כי היא מחזיקה בנכס ברשות ובסמכות, לאחר שאביה המנוח קיבל אותו בתמורה מלאה מהרשויות הירדניות. היא ציינה כי היא נולדה בנכס, גדלה בו ומתגוררת בו עד היום ברציפות עם ילדיה, וכי מעולם לא נתבקשה לשלם דמי שכירות, דמי שימוש או כל תשלום אחר למשיבה. להשלמת התמונה יצוין, כי כיום מתגוררים בנכס בנה של רפקה, נביל, וארבעת בניו ובנותיו.

התביעה נגד משפחת ג'אעוני (ת"א 6679/09) – תביעה זו הוגשה נגד סולימאן ג'אעוני, דלאל ג'אעוני והמבקשים 1 ו-2 בענייננו – סאמי וסמר, יורשיו של תופיק שצוין כאמור כצד להסכם הדיוני משנות השמונים. בתביעה, שהתייחסה לנכס מס' 20 במתחם, נטען כי עם פטירתו של תופיק היה אמור הנכס לחזור לידי בעליו – המשיבה, כי מזה שנים ארוכות לא משולמים בגין הנכס דמי שכירות, וכי בוצעו בו שינויים ניכרים ללא אישורה של המשיבה. בכתב ההגנה, התכחשו סאמי וסמר לכך שתופיק חתם על ההסכם הדיוני וטענו כי המשיבה אינה הבעלים של הנכס וכי ממילא הם מעולם לא נדרשו לשלם לה דמי שכירות. להשלמת התמונה יצוין כי שני הנתבעים הנוספים בתביעה זו נמחקו מההליך לאחר שסמי וסמר הודיעו שאין לנתבעים אלה כל קשר לנכס מושא התביעה.

התביעה נגד משפחת אסקאפי (ת"א 9939/09) – תביעה זו הוגשה בקשר לנכס המסומן מס' 8 במתחם, נגד עבד אלפתאח אסקאפי, הוא המבקש 3 בענייננו (להלן: עבד),

סלוא אסקאפי, אשתו (המבקשת 4) וילדיהם מגדי אסקאפי (המבקש 5) ומוחמד עלאא אסקאפי (המבקש 6). בנכס זה מתגוררים גם אשתו של מוחמד (כאמור, המבקש 6), ביסאן, וילדיהם; אשתו של מג'די (כאמור, המבקש 5), ריהאם, ובנותיהם; וכן בן נוסף של עבד וסלוא – בהאא. בתביעה נטען כי הנתבעים משתמשים ומחזיקים בנכס ללא זכות שבדין, מבלי לשלם דמי שכירות ותוך ביצוע שינויים בנכס ללא היתר. בכתב הגנתם טענו הנתבעים בתביעה זו כי הם מתגוררים בנכס מזה שנים רבות כדין, וכי רישומה של המשיבה כבעלת הנכס נעשה שלא כדין ובהסתמך על מסמכים לא ראויים שאין בהם כדי להקנות בעלות. עוד נטען, כי החלטות ופסקי דין שניתנו בקשר לדיירים אחרים במתחם אין בהם כדי לחייב את הנתבעים בהליך זה, שלא היו צד להסכם הדיוני משנות השמונים, וכי מעולם לא נקבעה בעלותה של המשיבה על המתחם על-ידי ערכאה שיפוטית לאחר שמיעת ראיות. בהמשך ההליך, במסגרת תצהיריו, עבד טען כי קנה את בעלותו בנכס בשנת 1991 מאדם בשם איברהים אסמעיל עווידה (להלן: עווידה), שקיבל את הנכס לפי חוזה שנערך בינו לבין הרשויות הירדניות. יצוין בהקשר זה, כי בנספח להסכם הדיוני משנות השמונים מופיע כאחד הצדדים להסכם אדם בשם איברהים אסמעיל עווידה. אם כן, כבר בשלב זה חשוב לחדד שוני אחד בין עניינה של משפחת אסקאפי לעניינה של המשפחות האחרות, מבלי להקדים ולהידרש כאן לשאלת נפקותו – בני משפחת אסקאפי מבססים את טענת הזכות שלהם בנכס על חוזה שנערך עם משתכן (בעוד המשפחות האחרות טוענות לקשר של משפחה וירושה עם משתכנים).

התביעה נגד אמאל אבו חסנה (ת"א 52633-12-10) – תביעה זו הוגשה נגד המבקשת 7 בעניינינו, אמאל אבו חסנה (להלן: אמאל), בקשר לנכס המסומן מס' 34 במתחם. בכתב התביעה צוין כי לפני אמאל התגוררו בנכס הוריה, וכן נטען כי אמה היא פאטמה עוסמן קאסין שצוינה כצד להסכם הדיוני משנות השמונים של המאה הקודמת. על רקע זה נטען בתביעה כי לאחר פטירתם של הוריה של אמאל, הנכס היה אמור לשוב לידי המשיבה, וממילא אמאל אינה משלמת בגינו דמי שכירות ואף ביצעה בו שינויים ניכרים ללא היתר. בכתב הגנתה, טענה אמאל כי היא מחזיקה בנכס ברשות ובסמכות, וכי הנכס היה של אביה המנוח, מחמוד מוחמד אלקאסם, שקיבל אותו בתמורה מלאה מהרשויות הירדניות בשנת 1956. אמאל הכחישה כי אביה היה צד להסכם הדיוני והוסיפה כי היא עצמה מעולם לא הייתה קשורה לשום התדיינות משפטית עם המשיבה. אמאל הוסיפה כי היא נולדה בנכס בשנת 1960 ומאז מתגוררת בו, כיום עם ארבעת ילדיה, שאחת מהן חולה במחלה כרונית. עוד היא טענה, כי העבודות שביצעה בנכס נועדו לאפשר המשך מגורים סבירים בו, בהתחשב בכך שמדובר בנכס ישן. לחלופין טענה אמאל, כי היא זכאית להגנה מכוח היותה דיירת מוגנת. בהקשר זה, ולמעלה מן הצורך לשיטתה, היא טענה שמעולם לא נדרשה לשלם שכר דירה, ולא התנהל הליך בעניין גובה

שכר הדירה ואופן תשלומו, וכן כי מכל מקום היא זכאית לסעד מן הצדק. להשלמת התמונה יצוין, כי אמאל נפטרה באוגוסט 2019, וכיום מתגוררים בנכס ארבעת בניה ובנותיה – כרמל רחימי, עומר אבו חסנה, אסאלה אבו חסנה ואליסאר אבו חסנה. צירופם של אלה להליך דנן התבקש במסגרת בקשה לתיקון בקשת רשות הערעור שהגישו המבקשים ביום 28.4.2021.

25. ביום 8.10.2020 בית משפט השלום קיבל את כלל התביעות. תחילה, בית משפט השלום קבע כי הרישום בפנקס השטרות על שם המשיבה אכן מתייחס למתחם מושא התביעות. בהקשר זה צוין, כי הצדדים הגישו חוות דעת סותרות בנושא, ובהמשך לכך מונה מומחה מטעם בית המשפט אשר קבע באופן חד משמעי כי מדובר בשטחים הרשומים בפנקס השטרות. בית משפט השלום מצא כי עבודתו של המומחה הייתה יסודית ומעמיקה, והוא אימץ את חוות הדעת במלואה. בית משפט השלום הוסיף, כי כבר בהליכים משפטיים קודמים הוכרע שהרישום על שם הוועדים היהודיים בעבר נעשה כדין, ודחה את טענות המבקשים לפיהן הרישום נעשה במרמה, בקבעו כי טענות אלה לא נתמכו בראיות.

26. בהמשך לכך, בחן בית משפט השלום את טענות המבקשים בדבר זכויותיהם במתחם מכוח ההסכמים שנעשו עם שלטונות ירדן. בית משפט השלום ציין כי להוכחת טענה זו העידו המבקשים או מי מטעמם, אולם כל העדים עדיין לא נולדו בשנת 1967 או שהיו צעירים מאד, ועל כן העידו כי שמעו על התחייבות זו מקרוב משפחה מבוגר. בהקשר זה הוסיף בית המשפט המחוזי, כי העדה היחידה שהייתה מבוגרת מספיק כדי להעיד בזמן אמת על האירועים הייתה רפקה, אולם המבקשים דחו ושוב את מועד התייצבותה להעיד בנימוק כי לא עלה בידה להגיע לבית המשפט, ובהמשך הגישו מסמכים המעידים על כך שהיא לוקה בדמנציה ואינה יכולה להעיד. בסופו של דבר רפקה הלכה לעולמה לאחר שלב הסיכומים, מבלי שהעידה בהליך. עוד נקבע, כי המסמך היחיד שהוצג על מנת לבסס את הטענות בעניין קבלת הנכסים מידי שלטונות ירדן הוא חוזה לדוגמה מבין החוזים שנחתמו בין המשתכנים לבין משרד הבינוי והשיכון הירדני בשנת 1956 – אולם זה הוגש בנוסח שאינו חתום ואינו מיוחס באופן קונקרטי לאיש מהמבקשים.

27. בית משפט השלום ציין כי אכן במועד הקובע לפי חוק הגנת הדייר החזיקו המבקשים, או על-פי רוב הוריהם, בנכסים במתחם, והדבר הקנה להם מעמד של דיירים מוגנים על-פי דין. עם זאת, בית משפט השלום הוסיף וקבע כי לנוכח הימנעותם

המוחלטת של המבקשים מתשלום דמי שכירות לאורך שנים, יש הצדקה לפנותם מהנכסים, תוך התייחסות לנסיבותיהם הפרטניות.

28. בנוגע לרפקה, בית משפט השלום ציין כי היא הייתה צד להליך שהתנהל בשנות השמונים של המאה הקודמת והוסיף כי על פי האמור בהסכם הדיוני, היא הצהירה בפני בא-כוחה שאין לה זכויות בנכס ושהיא דיירת מוגנת. עוד נקבע כי רפקה הפרה את תנאי הדיירות המוגנת משום שלא שילמה שכר דירה ואף בנתה בנכס ללא אישור של הבעלים. כן צוין כי כבר ניתן פסק דין חלוט שהורה על פינויה של רפקה מהנכס (אם כי, כפי שהובהר לעיל וכפי שגם עולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי שניתן בהמשך, אין מדובר באותו נכס, אלא בנכס סמוך לנכס שבו היא התגוררה).

29. בנוגע לסאמי וסמר, בית משפט השלום קבע כי בהתחשב בכך שמורישם חתם על ההסכם הדיוני, אף להם מוקנה מעמד של דיירים מוגנים. בית משפט השלום קבע כי הוכח שבני המשפחה לא שילמו דמי שכירות, בנו בנכס בצורה לא חוקית ואף השכירו אותו לאחר ללא אישור מהבעלים.

30. בנוגע למשפחת אסקאפי, בית משפט השלום קבע כי טענתו של עבד לפיה הוא רכש את הזכויות בנכס כדין ממי שקיבלו מן הרשויות הירדניות לא הוכחה. כמו כן, צוין כי עבד הודה בחקירתו הנגדית שעבר להתגורר בנכס רק בשנת 1991, דהיינו לאחר המועד הקובע לפי הוראות חוק הגנת הדייר. על כן נקבע, כי עבד אינו בעל זכויות קנייניות בנכס ואף מעולם לא היה דייר מוגן.

31. לבסוף, בנוגע לאמאל, בית משפט השלום קבע כי הוריה חתמו על ההסכם הדיוני שבו אישרו כי אין להם זכויות קנייניות בנכס, אך חרף זאת הם לא שילמו דמי שכירות עד ליום פטירתם ואף אמאל לא שילמה דמי שכירות מעולם, וכן בנתה בנכס ללא אישור הבעלים. עוד נקבע, כי המשיבה ביססה את טענתה לפיה לאמאל יש בית נוסף ברשות הפלסטינית שבו היא מתגוררת, וכי הנכס במתחם מצוי "בחזקת אחרים שאין להם כלל זכויות על-פי חוק הגנת הדייר".

32. בסיכומו של דבר, קבע בית משפט השלום את מועדי הפינוי ביחס לכל אחד מהמבקשים, וחייב אותם בכל אחד מהתיקים בשכר טרחת עורך דין בסך של 50,000 שקלים ובהוצאות בסך של 20,000 שקלים – ובסך הכול 280,000 שקלים.

33. המבקשים ערערו על פסק דינו של בית משפט השלום. ביום 9.2.2021 דחה בית המשפט המחוזי בירושלים את הערעור ברובו המכריע (ע"א 57595-11-20, השופטים ע' זינגר, ח' מאק-קלמנוביץ ו-א' רון) בפסק דין שכלל התייחסות תמציתית לכל אחד מהמבקשים. ביחס לרפקה, ציין בית המשפט המחוזי כי במסגרת ההליך הקודם שהתנהל בעניינה ניתנה לה הזדמנות להעלות את מלוא טענותיה כנגד זכויות המשיבה (הגם שכאמור מדובר היה בהליך שהתנהל בנוגע לנכס הצמוד לדירת המגורים שלה, בשונה מההליך דנן העוסק בדירה עצמה). בית המשפט המחוזי הוסיף, כי מקובלת עליו עמדתו של בית משפט השלום, לפיה לאחר פטירתה של רפקה, מי שבא בנעליה "אינו בעל זכויות עודפות על זכויותיה". בנוגע למשפחת ג'עאוני נקבע, כי אין מקום להידרש לטענות כנגד זכויות הבעלות של המשיבה, שכן תופיק, מורישם של סאמי וסמר, הכיר בזכותם של הוועדים היהודיים במתחם במסגרת ההסכם הדיוני. בית המשפט המחוזי הוסיף, כי אף אם היה מניח שתופיק היה דייר מוגן וזכויותיו עברו למי מיורשיו – המסקנה שלפיה מתקיימות עילות לפינויים של דיירים אלה מקובלת עליו. כך קבע בית המשפט גם ביחס לערעורה של אמאל. לבסוף, בנוגע למשפחת אסקאפי, הודגש כי מבקשים אלה, שרכשו את הזכויות בשנת 1991 מאדם שלישי שהיה צד לחוזה עם השלטון הירדני, היו אמורים לערוך את כל הבירורים בעת שהתקשרו בחוזה עם מי שזכויותיו אינן רשומות. עוד צוין, כי לא הובהר מיהו אותו מוכר ולא הוכח שאכן נרכשו זכויותיו הנטענות משלטונות ירדן.

34. למעשה, מכלל טענותיהם של המבקשים בית המשפט המחוזי קיבל רק את טענתם בנוגע לגובהו של הסכום שבו חויבו בגין שכר הטרחה והוצאות משפט, והפחיתו כך שיעמוד על סך של 20,000 שקלים בכל אחד מהתיקים, דהיינו על סכום כולל של 80,000 שקלים. כמו כן, משנדחה הערעור ברובו הטיל בית המשפט המחוזי על המבקשים הוצאות בגין הליך הערעור בסך של 20,000 שקלים. לבסוף, קבע בית המשפט המחוזי כי כלל הנכסים יפוננו עד ליום 2.5.2021.

בקשת רשות הערעור, הדיונים שהתקיימו בבית משפט זה והתפתחויות נוספות

35. המבקשים הגישו את בקשת רשות הערעור שבפנינו ביום 8.4.2021. בפתח הדברים נטען בבקשה כי המבקשים לא זכו לדיון הוגן בטענותיהם. בנוסף, המבקשים חזרו והעלו טענות ביחס לזכויות הקניין שלהם בנכסים. בהקשר זה נטען, בין היתר, כי פסקי הדין שניתנו עד כה בהליכים הנוגעים למתחם התבססו על ההסכם הדיוני בלבד, ולא על קביעה פוזיטיבית בדבר בעלותם של הוועדים היהודיים במתחם, וכי בחלק מהמקרים כלל לא נקבע שהמשיבה או הוועדים היהודיים הם אכן הבעלים החוקיים שלו. עוד נטען בבקשה, כי בעבר ביקשו הוועדים היהודיים לרשום את זכויותיהם בפנקס

הזכויות, להבדיל מפנקס השטרות, אך בקשתם נדחתה. המבקשים אף פירטו את השגותיהם ביחס לנסיבות חתימתו של ההסכם הדיוני, לרבות טענות נגד עורך הדין שייצג את המחזיקים באותה עת, וכן השגות בנוגע להליך שבו שחרר האפוטרופוס הכללי את המתחם לידי הוועדים היהודיים, שנעשה לשיטתם שלא כדין.

36. לגוף הדברים, המבקשים חזרו על טענותיהם כי הם או מורשיהם (ובמקרה של משפחת אסקאפי – מי שמכר להם את הזכויות בנכס) נכנסו למתחם ברשות ובסמכות מטעם הריבון הקודם בשנת 1956, וכי זכויותיהם עוגנו בהסכמים שנחתמו עם שר השיכון והבינוי הירדני, בתמורה לכך שוויתרו על שירותים שלהם היו זכאים בני משפחותיהם כפליטים. המבקשים טוענים כי על רקע זה, אין מקום לפינויים, ומוסיפים כי זכותה של המשיבה – ככל שתוכיח את בעלותם של הוועדים היהודיים במתחם – לפנות לתביעת פיצויים נגד המדינה. כמו כן, המבקשים מוסיפים כי לאחרונה החלו פעולות של הסדר במזרח ירושלים, לרבות בשכונת שייח' ג'ראח, ולפיכך ראוי ששאלת הבעלות במתחם תוכרע בהתאם להוראות פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת ההסדר).

37. בתשובת המשיבה, שהוגשה ביום 19.4.2021, נטען כי דין הבקשה להידחות מאחר שאינה עומדת באמות המידה למתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי". המשיבה טוענת כי התנהלותם של המבקשים נגועה בחוסר תום לב, וכן כי טענותיהם בכל הנוגע למרמה או זיוף לכאורה באשר לרישום בפנקס השטרות הן מסולפות ומטעות. מכל מקום, המשיבה טוענת כי המבקשים מושתקים מלהעלות טענות שכבר קיימים בנוגע אליהן מעשי בית דין ועל כן הן בבחינת פלוגתאות פסוקות, לרבות טענות המבקשות לכפור בתקינות הרישום בפנקס השטרות. המשיבה מוסיפה כי המבקשים הם צדדים "קרובים משפטיים" לצדדים שנטלו חלק בהליכים משפטיים בעבר, שבגינם ניתנו כבר פסקי דין חלוטים שהכריעו במחלוקת בין הצדדים. המשיבה מוסיפה, כי טענות רבות שהעלו המבקשים בבקשת רשות הערעור הן בגדר הרחבת חזית ביחס לטענות שהועלו בשלבים מוקדמים של ההתדיינות.

38. לגוף הדברים, המשיבה מדגישה שהיא רכשה את מלוא הזכויות במתחם מן הוועדים היהודיים בתמורה, בתום לב ובהסתמך על המרשם, וכי היא נרשמה כדין בפנקס השטרות כבעלת הזכויות בו. המשיבה טוענת כי המבקשים הם בבחינת פולשים, וכי אין בידם כל מסמך מקורי המלמד כי הם בעלי זכות כלשהי בנכסים.

39. בהתחשב בהיבטים האנושיים של פינוי המשפחות ומועד הגשת הבקשה, זומנו הצדדים לשיבת תזכורת בפני ביום 20.4.2021. בדיון זה הודיע בא-כוח המשיבה כי היא החליטה לעכב מטעמה את מועד הפינוי עד ליום 20.5.2021, בהתחשב במועדים הרלוונטיים של חודש הרמדאן. עיכוב זה אפשר את המשך הדיון ללא מתן החלטות נוספות באותה עת בעניין עיכוב הפינוי. במהלך הדיון הושגה התקדמות מסוימת במגעים לפשרה, והצדדים ביקשו כי בית המשפט יזמן אותם לדיון נוסף כדי לקדם את האפשרות של הגעה לפשרה.

40. בהמשך לכך, ביום 2.5.2021 התקיים דיון תזכורת נוסף בפני, שאף בו נעשו מאמצים לא מבוטלים לקראת הגעה לפשרה. בתום הדיון ניתנה לצדדים הזדמנות למצות את המשא ומתן ביניהם, כפי שביקשו, ונקבע כי יהיה עליהם להגיש הודעת עדכון משותפת. ביום 6.5.2021 מסרו הצדדים כי לא הצליחו להגיע לכלל הסכמה. בשלב זה נקבע התיק לדיון בפני הרכב ביום 10.5.2021.

41. ביום 9.5.2021 הגישו המבקשים בקשה להורות על התייצבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהליך. המשיבה התנגדה לבקשה ואילו היועץ המשפטי לממשלה ביקש לדחות את מועד הדיון על מנת שיוכל לשקול את אפשרות התייצבותו להליך. בהמשך לכך, ניתנה עוד באותו היום החלטה על-ידי השופט י' עמית הדוחה את מועד הדיון ומורה על עיכוב ביצוע פסק דינו של בית משפט השלום עד למתן החלטה אחרת. ביום 7.6.2021 הגיש היועץ המשפטי לממשלה את תגובתו ובה נמסר כי לאחר עיון במכלול החומרים שהגישו הצדדים ובהתחשב בקביעותיהן של הערכאות הקודמות, הוא הגיע למסקנה כי אין מקום להתייצבותו להליך.

42. ביום 30.5.2021 הוגשה מטעם המבקשים "בקשה לצירוף מסמכים להליך". בבקשה הוסבר, כי לבקשת רשות הערעור צורף במקור צילום של חוזה לדוגמה מבין ההסכמים שנחתמו עם משרד הבינוי והשיכון הירדני בשנת 1956. בשלב זה, המבקשים צירפו העתק של אחד מההסכמים, כשהוא מאושר כדין על ידי הרשות הירדנית. כמו כן, המבקשים עתרו לצרף מכתב מטעם אונר"א מיום 7.4.2021 המאשר כי המבנים במתחם הוקמו בהתאם לחוזה בין אונר"א לשלטונות ירדן משנת 1954 ומפרט את רשימת המשפחות ששוכנו במתחם. ביום 1.6.2021 ניתנה החלטה לפיה הבקשה תידון במעמד הדיון.

43. ביום 8.6.2021 הורה השופט עמית על קביעת מועד לדיון בבקשת רשות הערעור.

44. ביום 28.7.2021 המבקשים הגישו בקשה לצירוף חוות דעת מומחית (שנכתבה על-ידי ד"ר רונית לוי-שנור). לטענת המבקשים, חוות הדעת מבהירה כי אלמלא פרוץ מלחמת ששת הימים, היו המשתכנים נרשמים כבעלי הזכויות במקרקעין במסגרת הליכי הסדר. המשיבה התנגדה לצירוף חוות הדעת וטענה כי אין מקום לאפשר למבקשים להוסיף ראיות חדשות במסגרת בקשת רשות ערעור בגלגול שלישי. המשיבה הוסיפה וטענה כי לא היה דבר שמנע מהמבקשים לגבש ולהגיש חוות דעת מסוג זה עוד בשלב ההתדיינות בערכאה הדיונית.

45. ביום 2.8.2021 התקיים דיון בבקשת רשות הערעור בפני ההרכב הנוכחי. על רקע מורכבותו האנושית והמשפטית של המקרה, אף בדיון זה הוצע לצדדים להגיע לפשרה שתלך בתלם שכבר סללו דיונים קודמים.

46. בהמשך לכך, ביום 3.8.2021 ניתנה החלטתנו לפיה על מנת לקדם אפשרות להגעה לפשרה המבקשים ימציאו את רשימת הדיירים המתגוררים כיום בנכסים השונים במתחם. כמו כן הורינו למבקשים "לציין ביחס לכל אחד מהדיירים את זיקתו לנכס מהיבט הקשר המשפטי לצדדים לחוזים הנטענים עם הממשלה הירדנית".

47. ביום 10.8.2021 הגישו המבקשים מסמכים כדלקמן, ביחס לכל משפחה:

ביחס למשפחת ג'אעוני, הוגש העתק החוזה שנערך בין תופיק לבין הרשויות הירדניות בקשר לנכס בשנת 1956, וכן צו הירושה שלו, שניתן על-ידי בית הדין השרעי בירושלים ביום 13.3.2000, בו מצוין כי סאמי (המבקש 1) הוא יורשו.

ביחס למשפחת אסקאפי, הוגש העתק החוזה שנערך בין עווידה לבין הרשויות הירדניות בקשר לנכס, והעתק הסכם הרכישה שנחתם בין עבד (המבקש 3) לבין בנו של עווידה, הנקרא אף הוא אברהים אסמעיל עווידה. כן צורף העתק צו הירושה בעניין עזבונו של עווידה, שניתן בחודש מרץ 1967 על-ידי בית הדין השרעי בירושלים, שבו מצוין בנו של עווידה כיורשו.

ביחס למשפחתה של אמאל, צורף העתק החוזה שערכו הרשויות הירדניות בשנת 1956 עם אביה של אמאל, מחמוד מוחמד אלקאסם, בקשר לנכס, וכן העתק צו קיום צוואה של אמאל שניתן על-ידי בית הדין השרעי בירושלים ביום 26.8.2020 ותרגומו

לעברית שבו מצוינים כיוורשים ילדיה – כרמל רחימי, עומר אבו חסנה, אסאלה אבו חסנה ואליסאר אבו חסנה.

ביחס למשפחת אלקורד, צורף העתק החוזה שערכו הרשויות הירדניות עם בן זוגה המנוח של רפקה, סעיד עותמאן אלקורד, וכן העתק צו הירושה שלו שניתן על-ידי בית הדין השרעי ביום 27.3.1967, והעתק צו הירושה של רפקה שניתן ביום 21.7.2020 לצד תרגומו לעברית, שבו מצוינים ילדיה – נביל, נארימן ונסרין – כיורשיה.

בנוסף למסמכים הספציפיים הללו, צירפו המבקשים גם מסמכים כלליים: תרגום לדוגמה של אחד ההסכמים שנחתמו על-ידי הרשויות הירדניות עם המשתכנים (ההסכמים נוסחו כולם לפי נוסח אחיד); העתק תשריט של חלוקת המתחם למגרשים; העתק של רשימת שמות המשתכנים שהזכויות הוקנו להם על-ידי ממשלת ירדן (בערבית); וכן העתק ממכתב של משרד החוץ הירדני מיום 29.4.2021 הכולל אישור כי בשל פרוץ מלחמת ששת הימים לא התאפשר רישום זכויותיהם של המשתכנים בנכסים. המבקשים ציינו, כי המסמכים בערבית שצורפו להודעה ללא תרגום, "בגין קוצר הזמן", יתורגמו לעברית מיד לאחר קבלת הוראה מתאימה מבית המשפט.

48. ביום 11.8.2021, מבלי לנקוט עמדה ביחס למסמכים שהוגשו, הורינו למשיבה להודיע מהי עמדתה לגבי הצעת בית המשפט שהועלתה במהלך הדיון.

49. ביום 25.8.2021 הוגשה הודעת עדכון מטעם המבקשים. להודעה צורפו תרגומים של המסמכים שהוגשו על ידם קודם לכן לא מתורגמים, לרבות תרגום החוזים שנערכו בין הגורמים הרלוונטיים למבקשים לבין הרשויות הירדניות בקשר לנכסים במתחם. כן צורפה רשימת שמותיהם של "אבות המשפחות" (28 במספר) שחתמו על החוזים עם שר השיכון הירדני, כולל מספרי המתחמים שיועדו להם ושטחיהם. ברשימה זו מופיעים, בין היתר, השמות הבאים: אסמעיל אחמד עווידה (אביו של מי שמכר את הנכס למשפחת אסקאפי), סעיד עותמאן אלקורד (בעלה של רפקה), תופיק נועמאן אלג'אוני (סבו של סאמי) ומחמוד מוחמד אלקאסם (אביה של אמאל אבו חסנה). המבקשים ציינו כי רק לאחר שהגישו את בקשת רשות הערעור דגן התקבלו אצלם החוזים כשהם חתומים על-ידי הרשות הירדנית הרלוונטית ומשרד החוץ הירדני. עוד צוין, כי תוכן ההסכמים פורט עוד בפסק הדין בעניין אל איובי, וכי במסגרת ההליכים שהתנהלו בבית משפט השלום הוגש העתק של אחד החוזים שנחתמו בין המשתכנים המקוריים לבין שר השיכון הירדני (המשקף כאמור את הנוסח הסטנדרטי האחיד של חוזים אלה). כמו כן בהודעת העדכון נכללה התייחסות מפורטת של המבקשים להצעה שנמסרה מטעמנו לפשרה בין הצדדים.

התייחסותה של המשיבה להצעה זו פורטה בהודעה מטעמה מיום 1.9.2021. המשיבה הוסיפה וביקשה בהודעה זו כי נורה על סילוקם מהתיק של כל המסמכים שצירופם התבקש על ידי המבקשים, בטענה כי אלה לא הוגשו על ידם בערכאה הדיונית ולפיכך אין מקום לקבלם בשלב זה.

50. על רקע כל האמור, ומבלי לנקוט עמדה, הצגנו לצדדים ביום 4.10.2021 בסיס להצעת פשרה, והם התבקשו להודיע מהי עמדתם ביחס אליה, באופן בלתי תלוי בעמדת הצד השני. בהמשך לכך הגישו הצדדים ביום 2.11.2021 הודעות מטעמם. בעיקרו של דבר, בדגשים שונים, אף אחד מהצדדים לא קיבל את הצעת הפשרה במלואה, גם אם לאורך הדרך ניכרה התקדמות מסוימת בכיוון של נכונות לפשרה. משאלה הם פני הדברים, ומאחר שפשרה אינה ניתנת לחלוקה למחצה ולשליש שלא בהסכמת הצדדים, הגיעה העת להכריע במחלוקת.

דיון והכרעה

51. ההליך דנן מתנהל בערכאות השונות זה למעלה מעשור, והוא "נשען" על התדייניות קודמות המתנהלות בקשר למתחם כבר עשרות שנים. חרף זאת, התמשכות ההליכים לא תרמה להבהרתן של חלק מהשאלות העומדות ביסוד המחלוקות בין הצדדים. מרבית פסקי הדין שניתנו בהליכים בין הצדדים הנוכחיים, כמו גם בהליכים שבהם היו מעורבים מחזיקים נוספים, חזרו וקבעו כי הכרעות קודמות מחייבות את הצדדים. למעשה, ההפך הוא הנכון. אולם, בחינת הדברים מלמדת כי חלק מן המחלוקות טרם נדונו לגופן ולמעשה לא הוכרעו באופן פוזיטיבי. בנסיבות אלה, ובהתחשב בהשלכותיו של ההליך על קורת הגג הפרוסה מעל לראשן של מספר משפחות, אני סבורה כי יש מקום לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות לערער והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה (ראו והשוו: רע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל, פסקה כ' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (5.5.2015) (להלן: עניין אבו אלקיעאן); רע"א 8885/20 חאמד נ' חאמד, פסקה 14 (12.8.2021)). בהתאם, המבקשים יכוננו להלן המערערים. לגוף הדברים, ולאחר ששקלתי את טענות הצדדים בכובד ראש, אציע לחבריי שנקבל את הערעור, כפי שיפורט בהרחבה להלן.

היבטים דיוניים

52. בטרם נצלול למהות העניין, ולמען הסדר הטוב, יש להידרש בקצרה למכלול הבקשות הדיוניות שהוגשו במהלך הטיפול בבקשת רשות הערעור.

53. ראשית, אני סבורה כי יש מקום לקבל את הבקשה לתיקון בקשת רשות הערעור על דרך של הוספת היורשים של רפקה ואמאל כמערערים – צעד שהוא אך הגיוני ומתבקש לנוכח העובדה שהן הלכו לעולמן בשלבים שונים של ההתדיינות. למעשה, היה מקום לעשות כן עוד בשלב מוקדם יותר, לפני מתן פסק הדין בבית משפט השלום או לכל הפחות בשלב הערעור בבית המשפט המחוזי. על כן, אלה יצורפו להליך כמערערים 15-9.

54. שנית, יש להידרש לבקשות שהוגשו להוספת ראיות. בהקשר זה המערערים הגישו הן בקשה לצירוף חוות דעת מומחית והן בקשה לצירוף מסמכים, שבהמשך הוגש גם תרגומם המלא לעברית. המשיבה התנגדה, כאמור, לצירוף של כל מסמך או חוות דעת בשלב הדיוני הנוכחי. לאחר ששקלתי את הדברים, אני סבורה כי יש לדחות את הבקשה לצירוף של חוות דעת המומחית שהגישו המערערים, אך לקבל את הבקשה בכל הנוגע למסמכים שצורפו על ידם.

55. כידוע, הכלל הוא כי אין מקום להגשת ראיות חדשות בשלב הערעור. אולם, בית המשפט שלערעור רשאי להתיר הגשת ראיות חדשות אם שוכנע שהן עשויות להשפיע על תוצאת ההליך, וכן שמתקיים אחד מהתנאים הבאים – לא ניתן היה לאתר את הראיה בשקידה סבירה ולהגישה בערכאה הדיונית במועד המתאים לכך או שהגשת הראיה דרושה כדי למנוע עיוות דין (ראו: תקנה 144 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018. כן ראו למשל: רע"א 6165/15 אירוטל בע"מ נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקה 7 (13.12.2015); רע"א 8503/19 גלילי נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (30.4.2020)). בענייננו, השתכנעתי כי הבקשה להגשת המסמכים מקיימת את התנאים הללו, אך לא כן באשר לבקשה לצירוף חוות הדעת. בעוד שבכל הנוגע למסמכים שהתקבלו מהרשויות הירדניות, ניתן היה להתרשם כי התעורר קושי אובייקטיבי לקבלם – לא הוצג כל טעם ממשי לכך שחוות הדעת צורפה רק בשלב הדיוני הנוכחי. למעשה, לא עמד בפני המערערים כל מכשול לפנות לגורם זה או אחר למתן חוות דעת דומה בשלבים דיוניים קודמים. אכן, כפי שטענה המשיבה, ניתן לומר כי גם את הפניה לרשויות הירדניות ניתן היה לבצע מוקדם יותר (וזאת מבלי לקבוע מסמרות בשאלה שלא התבררה די צורכה, מתי נעשתה הפניה הראשונה בעניין זה מטעם המערערים). אולם, כאשר אני מביאה בחשבון את החשיבות הטמונה במסמכים שצורפו להבהרת הנתונים העובדיים הנדרשים להכרעה במחלוקת, ויכולתם להשפיע על תוצאת ההליך, דומה כי השיקולים בעד צירוף הראיות גוברים על השיקולים כנגד צירופן. המשך הדיון ייעשה אפוא תוך

שהמסמכים האמורים הובאו בחשבון, אך ללא התייחסות לחוות הדעת שצירפו המערערים.

מקור השאלות כולן: על חוק הסדרי משפט ו"חילופי" קרקעות בין ישראל לירדן

56. אין זו הפעם הראשונה שבית משפט זה נדרש לסכסוך מקרקעין שמקורו בשינויי הריבונות שחלו לאורך השנים בין מדינת ישראל לממלכת ירדן, בפרט במזרח ירושלים. כפי שהוסבר בפתח הדברים, לפני קום המדינה הייתה הבעלות במתחם רשומה על שם הוועדים היהודיים. לאחר מלחמת העצמאות, מאחר שהמתחם נכלל בשטח שעבר לריבונות ירדנית, הוא הוגדר כרכוש אויב ונתפס על-ידי הממונה הירדני. בתקופה זו, כך למדנו, ביצע הממונה הירדני פעולות ברכוש. בתום מלחמת ששת הימים הוחל המשפט הישראלי על מזרח ירושלים, בתוקף צו שהוצא לפי סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. בהמשך לכך נחקק חוק הסדרי משפט שנזכר לעיל, אשר קבע בסעיף 5(א) לו כי אותם נכסים שהוקנו לממונה הירדני על רכוש האויב יועברו לניהול של האפוטרופוס הכללי, בהתאם לסמכויותיו המוגדרות בסעיף 2(ב) לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978. סעיף 5(ב) לחוק הסדרי משפט קובע כי "האפוטרופוס הכללי ישחרר, בתעודה חתומה בידו, את המקרקעין למי שהיה בעלם... לפי בקשתם".

57. אם כן, חוק הסדרי משפט נועד לכאורה לתת מענה לסוגיה של תפיסת נכסים בתקופת הריבונות הירדנית. דא עקא, לאמיתו של דבר הוא כולל הכרעה חלקית בלבד בה. אמנם, הוא הכריע בשאלה הבסיסית של החזרת זכויות הבעלות בנכסים למי שהיו בעליהם עובר למלחמת העצמאות, אולם נותר שותק, ואולי אף דו-משמעי, בכל הנוגע לזכויות המחזיקים, דהיינו לזכויותיהם של מי שישבו בפועל בנכסים אלה בעת שהאפוטרופוס שחרר את המתחם מהקנייתו, ואולי אף רכשו בהם זכויות בתקופה הירדנית. החוק אינו מכיר במפורש בהמשכיות של זכויות אלה, אולם, הוא גם אינו שולל הכרה בהן.

58. למורכבות זו נדרשתי בעבר בבג"ץ 7446/17 סרחאן נ' האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי (21.11.2018) (להלן: עניין סרחאן), שם ציינתי כך:

"אכן, החלטת שחרור מקרקעין מסוג זה, ללא יסוד של שיקול דעת, עשויה לעורר קשיים של ממש מבחינת מי שמחזיקים בפועל בנכסים ששחררו. אלה עשויים להיות – מבלי לקבוע מסמרות במקרה דנן – מי שרכשו במהלך השנים זכויות שונות במקרקעין. על כך יש להוסיף, כי חלוף הזמן אף מעצים את ההשלכות הנובעות מהוצאתה של תעודת השחרור לפי חוק הסדרי משפט על מי

שמחזיקים בפועל בנכסים במשך שנים רבות. חוק הסדרי משפט נחקק בשנת 1970 ובאותה עת נכסים הוחזקו על-ידי הממונה הירדני על רכוש האויב במשך מעט יותר מעשרים שנה. כיום, חלפו עשרות שנים נוספות, שבהן אנשים החזיקו במקרקעין. בשים לב לכך שמדובר במקרקעין שאינם מוסדרים, ישיבתם של אנשים על גבי המקרקעין הייתה עשויה להיות פרי של הסתמכות על רכישת זכויות ממחזיקים קודמים או הסתמכות על רשות נמשכת לשבת בהם" (שם, בפסקה 57).

59. על רקע זה, בעניין סרחאן נקבע כי תעודת שחרור מקרקעין מכוח סעיף 5(ב) לחוק הסדרי משפט אינה בבחינת "סוף הדרך" (ראו: שם, בפסקה 58). משמעות הדברים היא שככל שנותרו מחלוקות בין הגורם שלידי שוחררו המקרקעין לבין מי שמחזיקים בנכסים – עליהן להתברר בהליכים אזרחיים פרטניים. הדברים אף עולים, כפי שהוסבר בעניין סרחאן, מלשונן של תעודות שחרור המקרקעין שניתנו מכוח סעיף 5(ב) לחוק הסדרי משפט (וכך אף נוסחה תעודת השחרור במקרה דנן) – המתייחסת מפורשות לכפיפות שחרור המקרקעין לזכויותיהם של צדדים שלישיים, ככל שאלה קיימות.

60. זהו, אם כן, היסוד הראשון להתדיינות שבפנינו. כעת, יש מקום להידרש ליסוד השני של הדיון – ההתייחסות לקביעות ולהכרעות חלוטות שהן בגדר הנחת מוצא, וההבחנה ביניהן לבין טענות שטרם הוכרעו.

נקודת המוצא לדיון: מה שהוכרע ומה שלא הוכרע בהתדיינויות קודמות

61. בשלב זה, יש מקום להבהיר מהן השאלות שלא ניתן לשוב ולפתוח בעת הנוכחית, מאחר שהן הוכרעו זה מכבר על-ידי הערכאות השונות בהתדיינויות קודמות. לצד זאת, יש מקום להבהיר אילו היבטים של המחלוקת בין הצדדים עוד נותרו, בחלוף זמן כה רב, בלתי פתורים.

62. מבחינה כרונולוגית, נקודת המוצא לדיון היא פסק הדין בעניין אל איובי. זהו למעשה פסק הדין הראשון שנדרש לסכסוך על הזכויות במתחם והוא אף ניתן, מבחינה היסטורית, בסמיכות יחסית לחקיקת החוק והפעולות שנעשו מכוחו (הערעור לבית המשפט העליון הוגש בשנת 1979, ופסק הדין בו ניתן בשנת 1981). כפי שתואר לעיל, פסק הדין שניתן בעניין אל איובי נדרש בפירוט למערכת החוזית הנוגעת למתחם, שלה שלושה מרכיבים: חוזה השכירות בין הממונה הירדני לבין שר השיכון הירדני, החוזה בין משרד השיכון הירדני לבין אונר"א, וכן חוזה השכירות בין שר השיכון הירדני לבין כל אחד מהמשתכנים (ראו לעיל בפסקה 9). כאמור, פסק הדין דחה את הטענה לפיה

החזקתם של המשיבים באותו הליך בנכסים במתחם היא שלא כדין, על בסיס חוזי השכירות שמכוחם נמסרה להם החזקה (עניין אל איובי, בעמ' 195). זאת ועוד: פסק הדין נתן תוקף לפעולות המשפטיות שנעשו בקשר למתחם בתקופה הירדנית, בקבעו כי:

”מדינת ירדן ידועה לנו כמדינה בעלת מערכת משפט מסודרת, ואין סיבה שלא לזכות רשות מרשויותיה הציבוריות בחזקה הרגילה, שאין רשות ציבורית עושה פעולה משפטית, בלי שהוסמכה לכך על-פי הדין, שבמסגרתו היא פועלת... כמובן, חזקה זו ניתנת לסתירה, אך במקרה שלפנינו היא לא נסתרה במאומה” (שם, בעמ' 194).

63. הנקודה המשמעותית הבאה על ציר הזמן היא ההתדיינות שהולידה את ההסכם הדיוני בשנות השמונים של המאה הקודמת, כפי שתואר בהרחבה לעיל (בפסקאות 10-9). התדיינות רבות שהתנהלו בשנים שלאחר מכן התבססו במידה רבה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בהליך זה (עניין חנון במחוזי שנזכר לעיל), שניתן בהסתמך על ההסכם הדיוני, על אף שהסתייג מהיבטים מסוימים שלו (בצינו כי ”עיון בעובדות המוסכמות מצביע על-כך שיש מידה של אי-התאמה בין העובדות“). לעניינו, בשלב הנוכחי, חשוב לחדד שפסק הדין בעניין חנון במחוזי קבע אף הוא, בהמשך לפסק הדין בעניין אל איובי, כי המחזיקים בנכסים רכשו את זכותם בקרקע כדין (שם, בעמ' 17), על בסיס החוזים שנעשו בתקופה הירדנית.

64. כאן המקום לומר שטענות רבות בהליך הנוכחי נסבו על פסק הדין בעניין חנון במחוזי ועל ההסכם הדיוני שביסודו, ולשאלה מה יש בו ומה אין בו. זהו מקור נוסף למורכבות ההכרעה בעניינו. כפי שתואר לעיל, בהסכם הדיוני נכלל נספח שהתייחס ל”עובדות מוסכמות“, ובהן העובדה שהוועדים היהודיים הם ”הבעלים הרשום“ של המתחם, וכי אין כל רישום אחר שיכול לסתור זאת. לעומת זאת, והדבר טעון הדגשה כבר עתה, המחזיקים במקרקעין שהיו צד לאותו הסכם דיוני לא הסכימו לכך שיוקנה להם מעמד של דיירות מוגנת. למעשה, ההסכם הדיוני לא כלל התייחסות לסוגיה של דיירות מוגנת. לעובדה זו יש חשיבות עובדתית: בהליך הנוכחי, בית משפט השלום התייחס בפסק דינו לכך שרפקה, לכאורה, נתנה במסגרת ההסכם הדיוני את הסכמתה לכך שהיא דיירת מוגנת, אך קביעה זו היא כאמור שגויה. מקורה של הקביעה בעניין הדיירות המוגנת היא בפסק הדין שניתן בעניין חנון במחוזי, וכפי שעולה מפסק הדין הדבר נעשה כהנחה לטובת המחזיקים (לאחר שנדחתה טענת הבעלות שלהם). הקושי הוא, כמפורט בהמשך, שהמחזיקים לא ביקשו ”טובה“ זו, והתוקף שניתן לה בהתדיינות מאוחרות פעל לכאורה גם לרעתם.

65. לשאלה מה כללה בדיוק הסכמת הצדדים במסגרת ההסכם הדיוני יש חשיבות רבה דווקא משום כך שבשלב הנוכחי לא ניתן עוד להידרש לטענות שהעלו המבקשים כנגד ההסכם הדיוני עצמו ונסיבות חתימתו. ראשית, תביעות שהוגשו בעבר שבהן התבקש סעד הצהרתי של ביטול ההסכם הדיוני נדחו, כמתואר לעיל. שנית, בעת הזו, כאשר חלפו שנים רבות וחל קושי משמעותי לברר את נסיבות חתימתו של ההסכם – אין מקום "לפתוח" מחדש את הדברים.

66. מבלי לגרוע מכך, יש מקום – ולמעשה אף הכרח – לבחון האם ביחס לחלק מהשאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים קיים מעשה בית דין שנוצר מתוקף ההסכם הדיוני, או מתוקף פסקי הדין שהתבססו עליו.

67. ראוי לפתוח בכך שהחלתו של עקרון מעשה בית דין על הסכמה שקיבלה תוקף של החלטה שיפוטית אינה מובנת מאליה. הדברים אמורים בנוגע להשתק פלוגתא בלבד. בכל הנוגע להחלתו של השתק עילה, אין הבדל בין פסק דין שניתן בהסכמתם של בעלי הדין לבין פסק דין סופי המבוסס על הכרעה בהתדיינות בין הצדדים (ראו: נינה זלצמן מעשה בית-דין בהליך אזרחי 330 (1991) (להלן: זלצמן, מעשה בית-דין)). לעומת זאת, "כאשר עסקינן בפסק דין הניתן בהסכמה, נוצר ספק מובנה באשר לכוחו להקים השתק פלוגתא" (רע"א 682/07 לבייב נ' גילר, פסקה י"ב (20.6.2007) (להלן: עניין לבייב)). כן ראו: ע"א 3097/02 מלמד נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, פ"ד נח(5) 511, 520 (2004); ע"א 3820/03 דמארי נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 10 (5.9.2005); ע"א 1351/06 ח'ורי נ' חברת ארמון ההגמון (קסר אלמוטראן) בע"מ, פסקה ל"א (17.9.2007); זלצמן, מעשה בית-דין, בעמ' 330-331).

68. במה דברים אמורים? כידוע, לצורך הוכחת קיומו של השתק פלוגתא צריכים להתקיים ארבעה תנאים מצטברים: הפלוגתא זהה מבחינה עובדתית ומבחינה משפטית לפלוגתא שנידונה בהליך הראשון; בהליך הראשון קיימו הצדדים התדיינות באותה פלוגתא; הפלוגתא הוכרעה בהליך הראשון ונקבע לגביה ממצא פוזיטיבי; ההכרעה בפלוגתא הייתה חיונית לצורך פסק הדין בהליך הראשון (ראו: רע"א 6819/15 אהרן נ' רובע 1 בע"מ, פסקה 20 (18.12.2015) (להלן: עניין רובע 1); ע"א 8273/16 Fundacio Gala-Salvador Dali נ' וי. אס מרקטינג (ישראל 2005) בע"מ, פסקה 43 וההפניות שם (11.7.2021)). כאשר המחלוקת – כולה או חלקה – מסתיימת בפשרה או הסכמה שקיבלה תוקף של החלטה שיפוטית, ניתן לומר כי הצדדים ויתרו על התדיינות אדברסרית. לפיכך, התנאים שלפיהם התקיימה התדיינות ביחס לפלוגתא, והיא הוכרעה על-ידי קביעת ממצא פוזיטיבי – לא מתקיימים. אכן, במקרה שבו הצדדים ציינו במפורש במסגרת ההסכמה

שקיבלה תוקף של החלטה שיפוטית, כי אותה הסכמה תחייב אותם כמעשה בית-דין בכל הליך עתידי – יש מקום להכיר ביצירתו של מעשה בית דין ((ראו: זלצמן, מעשה בית-דין, בעמ' 330-331; יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 568 (2015) (להלן: רוזן-צבי, ההליך האזרחי)). אולם, הדברים הם מורכבים יותר כאשר ההסכמה בין הצדדים "שותקת" בכל הנוגע לשאלה של יצירת מעשה בית דין, כבענייננו. דומה כי בפסיקה התגבשה העמדה לפיה במקרים כאלה נדרש בית המשפט "לבחון בקפידה את טיב ההסכמה שהוצגה לבית המשפט ושעל פיה ניתן פסק הדין", על מנת להכריע האם יש הצדקה בנסיבות העניין להחיל השתק פלוגתא (ראו: עניין לבייב, בפסקה י"ב. כן ראו: ע"א 1545/08 מוסקונה נ' סולל בונה בע"מ, פסקה 9 (4.3.2010). לביקורת על גישה זו, ראו: רוזן-צבי, ההליך האזרחי, בעמ' 573-575).

69. בענייננו יש מקום לבחון את תחולתו של השתק הפלוגתא על שתי שאלות: שאלת הבעלות ושאלת הדיירות המוגנת. לאורך השנים קבעו הערכאות הדיוניות קביעות שונות – ולעתים אף סותרות – בכל הנוגע לקיומו של מעשה בית דין בשאלות אלה. אולם, בבית משפט זה טרם נערך דיון מנומק בכך, וכעת הגיעה השעה לעשות כן. ראוי להדגיש כי אלה הן שתי שאלות נפרדות. הן אמנם כרוכות זו בזו, אך לכל אחת מהן מאפיינים עובדתיים ודיוניים מובחנים.

70. במאמר מוסגר אציין כי יש להצר על כך שההכרעה בשאלות אלה מגיעה לפתחנו בעת שתנאי הרקע העובדתיים לדיון מורכבים וקשים, בהתחשב בכך שתיקים הכוללים את המסמכים שעמדו ביסוד ההתדיינויות הראשוניות, שאליהם הכול מפנים – אינם קיימים עוד. כפי שכבר צוין, פניה למזכירותות בתי המשפט הרלוונטיים על מנת לעיין בתיקי בית המשפט בעניין חנון בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי העלתה חרס, לאחר שנמסר לי כי עם חלוף הזמן, אלה בוערו. לא נותר לנו מוצא אלא להכריע בהתאם למסמכים שהוצגו לנו ואלה שאותרו באמצעות מערכת נט המשפט. אולם, לא ניתן לומר כי אלה נותנים מענה מלא לקושי האמור.

71. שאלת הבעלות ורישום הבעלות – התייחסות לסוגיית הבעלות מופיעה בפתחו של נספח ב' להסכם הדיוני, שם נכתב כי "התובעות [הוועדים היהודיים – ד' ב' א'] הינן הבעלים הרשום של כ-17 דונמים באזור מערת שמעון הצדיק בירושלים... אין כל רישום אחר בפנקסי המקרקעין הישראליים או הירדניים הסותר הרישום הנ"ל". קל להיווכח כי הסכמה זו מתייחסת לרישום הבעלות, להבדיל מאשר לשאלת הבעלות עצמה. באופן יותר מפורט, סעיף 4 להסכם הדיוני קבע כך:

"א. הצדדים מסכימים כי העובדות הרלבנטיות לדיון בפני בית המשפט הנכבד הן אלו המפורטות בנספח ב' להסדר זה, לרבות כל המסמכים שצורפו אליו.
[...]

ד. המסמכים המצורפים לנספח ב' מוסכמים על הצדדים באשר לעצם קיומם, ואולם הצדדים יהיו רשאים לחלוק על תקפם המשפטי (מכוח כל דין, לרבות המשפט הבינלאומי), על חוקיותם או על קיומם של תנאים מוקדמים הנדרשים מהם."

העובדה שלשוננו של ההסכם הדיוני נוקטת בנוסח של "הבעלים הרשום" בלבד, באופן מפורש, תוך הוספת הבהרה כי מדובר בהסכמות "באשר לעצם קיומם" של מסמכים ורישומים מסוימים ומתן אפשרות לחלוק על התוקף המשפטי שלהם – מלמדת כי ההסכם הדיוני נועד לשמש כ"נקודת פתיחה" עובדתית להתדיינות. לא עולה מהדברים כל כוונה שהקביעות הללו הן קביעות מחייבות משפטיות בין הצדדים – ודאי שלא ביחס לסוגיית הבעלות.

72. אם כן, בשלב הנוכחי מי שבאו בנעליהם של הצדדים להסכם הדיוני אינם יכולים להשיג עוד על תוקפו של הרישום בפנקס השטרות, כפי שניסו המערערים, בין היתר, לעשות. זוהי קביעה שניתן לומר שההסכמה הדיונית ביחס אליה כללה גם התדיינות אדברסרית בין הצדדים באותו עניין, ועל כן חל על כך השתק פלוגתא. לעומת זאת, איני סבורה שהשתק פלוגתא חל גם על ההיבט הפוזיטיבי של הבעלות, דהיינו על משמעותו המשפטית של רישום זה לשאלת הבעלות במתחם. ההסכם הדיוני לא הניח בסיס לכך, ואף פסקי הדין באותו הליך לא קבעו בעניין כל ממצא פוזיטיבי, כפי שנדרש על מנת להניח בסיס להשתק פלוגתא, אלא אך דחו את טענות המחזיקים נגד הבעלות הרשומה של הוועדים היהודיים. בהתאם לכך, אף בפסקי דין מאוחרים שניתנו במסגרת הליכים אחרים, נמנעו הערכאות השונות מקביעת ממצא פוזיטיבי בסוגיית הבעלות, כמתואר בפסקאות 11-15 לעיל (כך למשל, ב-דע"א 6001/98, שם צוין כי פסק הדין בעניין חנון אינו בגדר מעשה בית דין לעניין הבעלות; וכן ההליכים בעניין ת"א (י-ם) 1465/97 וע"א 4126/05, שם נמנעו במפורש בית המשפט המחוזי, וכן בית משפט זה, מקביעת ממצאים בעניין הבעלות הפוזיטיבית – בעוד שאם היה מעשה בית דין בסוגיה, לא היה נימוק של ממש להימנעות זו).

73. האם השתק הפלוגתא ביחס לרישום בפנקס השטרות חל גם על הצדדים להליך דנן, בהתחשב בכך שלא היו צד להליך שהתנהל בשנות השמונים של המאה הקודמת ושהסתיים בפסק הדין בעניין חנון? כפי שאסביר, התשובה על כך צריכה להיות חיובית, חרף העובדה שזהו פסק דין "גברא" (in personam), דהיינו פסק דין המחייב רק את

הצדדים להתדיינות. זאת, בניגוד לפסק דין "חפצא" (in rem) שאינו מוגבל לעניין חלותו כמעשה בית דין רק בין הצדדים להתדיינות או מי שביחסי קרבה משפטית עם הצדדים – אלא הכרעתו מחייבת כלפי כולי עלמא (ראו: רע"א 7831/99 צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נז(1) 673, 681 (2002); זלצמן, מעשה בית-דין, בעמ' 367). פסק הדין בעניין חנון ניתן בתביעות פינוי שהוגשו כנגד המחזיקים בנכסים במתחם, וכך ההכרעה הכלולה בו בעניין מעמדם של המחזיקים היא אינצידנטלית, שלא כבהליך משפטי שכל תכליתו וייעודו הם לקבוע את מעמדו המשפטי של אדם או נכס (כמו למשל הכרעה שיפוטית שניתנת בהליך של הסדר זכויות במקרקעין, בנוגע למעמדו של נכס, שהיא כידוע בגדר פסק דין חפצא. ראו: ע"א 395/70 מדינת ישראל נ' עראבי, פ"ד כה(2) 20, 23 (1971); זלצמן, מעשה בית-דין, בעמ' 504-506). העובדה שמדובר בהליך שעסק בזכויות קנייניות אין בה די על מנת להפוך את עניין חנון לפסק דין חפצא, שהשלכותיו כובלות אף צדדים זרים להליך (ראו: ע"א 314/07 רון נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 24 (8.4.2010); מיכאיל קרייני "השימוש ההתקפי בהשתק הפלוגתא – כורח שיש לו תקנה" ספר שלמה לוין 85, 92-93 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים, 2013); רוזן-צבי, ההליך האזרחי, בעמ' 626-627).

74. עם זאת, יש מקום לומר שהצדדים להליך דנן הם בעלי "קרבה משפטית" או "חליפים" לצדדים להליך שהתנהל בעניין חנון, כפי שנעשה במקרים מתאימים ביחס למי שהם בעלי קשרים משפחתיים, מסחריים, או כספיים משותפים (ראו: ע"א 735/07 צמרות חברה לבניין נ' בנק מזרחי-טפחות, פסקה 28 (5.1.2011)). בעניינו, לא מתעורר קושי במישור זה, מאחר שהמערערים כולם קיבלו את הזכות בנכס ממי שהיו צדדים להליך שהתנהל בשנות השמונים – במכר (כמו משפחת אסקאפי) או בירושה (כל יתר המערערים). כידוע, היחסים שבין מעביר זכות בנכס לבין הנעבר הם המקרה הטיפוסי של יחסי "קרבה משפטית" המצדיקים את החלתו של עקרון מעשה בית דין גם על צד שלישי שלא היה צד להליך המקורי (ראו: זלצמן, מעשה בית-דין, בעמ' 469; רוזן-צבי, ההליך האזרחי, בעמ' 613). אלה הם פני הדברים גם בנוגע למשיבה, שקיבלה את הזכויות במתחם מהוועדים היהודיים שהיו צד להליך בעניין חנון, וליתר ההליכים המשפטיים בקשר למתחם.

75. הבעלות הרשומה היא אפוא נקודת המוצא להתדיינות גם בתיק הנוכחי. מאחר שביסוד ההתדיינות ניצבות תביעות פינוי (להבדיל, למשל, מתביעות למתן סעד הצהרתי) – די בבעלות הרשומה ואינני נדרשת לשאלת הבעלות הפוזיטיבית. עם זאת, אין צריך לומר, כי מאחר שמדובר במקרקעין לא מוסדרים, טענות מהותיות לעניין הבעלות עוד יוכלו להיות מוכרעות בעתיד, בהליכי הסדר המקרקעין. אינני נוקטת בעניין זה כל עמדה.

76. שאלת הדיירות המוגנת – כפי שצינתי לעיל, הקביעה בדבר היותם של המחזיקים בנכסים דיירים מוגנים לא נזכרה בהסכם הדיוני, ומקורה בפסקי הדין שניתנו בעניין חנון. כפי שעולה מפסק דינו של בית משפט השלום באותו הליך, טענת הדיירות המוגנת הועלתה כטענה חלופית לצד טענות אחרות שבהן ניסו המחזיקים לבסס את אחיזתם בנכסים. לאמיתו של דבר, הייתה זו הטענה האחרונה ברשימה. דחייתה של התביעה לסילוק יד לא נצרכה לכך, משנקבע שהחוזים שעליהם מבוססת החזקה תקפים. אכן, בית משפט השלום קבע, כפי שפורט בפתח הדברים, כי מאחר שלא הוכח שינוי במעמדם של המחזיקים בנכסים, הייתה להם זכות להמשיך ולהתגורר בנכסים מכוח חוקי הגנת הדייר (הירדני והישראלי). אולם, הדבר נעשה במשפט קצר. הלכה למעשה, לא התקיים כל דיון ממשי בכל הנוגע להשלכות ולמשמעויות של הקביעה בדבר הדיירות המוגנת, למשל כיצד קביעה זו משליכה על חובת המחזיקים לשלם דמי שכירות ועל האפשרות לפנות מן הנכס אם לא יעשו כן. אף לא נקבע כי יש מקום להסדיר את היחסים בין הצדדים במישור החוזי. כך למשל, ולו כדי לסבר את האוזן, מתעוררת השאלה האם חוק הגנת הדייר נועד לחול על עסקאות שבהן השכירות הייתה חלק מהסכם כולל המכוון להעברת הבעלות בנכס. כמו כן, מתעוררת שאלה מהותית, כזו שלא ניתן להתעלם ממנה, מהי נפקות הקביעה בחוזה המקורי שהמחזיקים לא נדרשו לשלם כל סכום נוסף מעבר לדמי השכירות בשלוש השנים הראשונות. שאלה זו לא נדונה בעניין חנון, וממילא לא זכתה להתייחסות.

77. להשלמת התמונה, ראוי לציין כי הגם שהוגשו תביעות לבית הדין לשכירות כנגד מספר מחזיקים קונקרטיים בנכסים במתחם, המשיבה לא טענה כי הליכים מסוג זה התנהלו נגד המערערים שבפנינו. כמו כן, לא נטען כי בין המערערים למשיבה נוסח או נחתם חוזה המתייחס לתנאי השכירות במסגרת הדיירות המוגנת, או כי נעשו אי אלו פניות אל המערערים במטרה להגיע להסכמות בעניינים אלה. אף לא הוצגה כל ראיה לכך, מלבד טענה בשפה רפה, כי המשיבה עשתה מאמץ של ממש להציג למערערים, המתגוררים בנכסים מזה שנים ארוכות, דרישה סדורה באשר לצורך להסדיר את נושא דמי השכירות או החיוב הקיים לשיטתה לשלם דמי שכירות.

78. בשלב זה, יש להדגיש, כי סדרי הדין מנעו מהמחזיקים בעניין חנון במחוזי להשיג בהליך ערעורי על קביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין הדיירות המוגנת. אמנם, ההליך בעניין חנון במחוזי נסב הן על ערעור שהגישו הוועדים היהודיים והן על ערעור שהגישו המחזיקים. אולם, קביעתו של פסק הדין בכל הנוגע למעמדם של המחזיקים כדיירים מוגנים נעשתה בגדרו של ערעור הוועדים היהודיים על דחיית תביעות הפינוי

שהוגשו כנגד מחזיקים בנכסים במתחם. בדחותו את הערעור בית המשפט המחוזי הוסיף, בשולי הדברים, את ההתייחסות למחזיקים כדיירים מוגנים שנזכרה כאמור בקצרה כאחת החלופות שנדונו בבית משפט השלום, ולא עמדה ביסוד דחייתה של התביעה לסילוק יד. בהיבט זה, המחזיקים היו מי שזכו בהליך – ולא מי שהפסידו בו. בנסיבות אלה הם לא היו רשאים להגיש בקשת רשות ערעור על פסק הדין ועל נימוקיו, ככל שהתייחס לתביעת הפינוי, להבדיל מתביעת הבעלות (ראו: רע"א 10646/03 הזו נ' הפטריארכיה הארמנית בירושלים, פסקה 5 (17.3.2004); רע"א 1560/06 לוי נ' שקלים (17.4.2007); רוזן-צבי, ההליך האזרחי, בעמ' 552). בהתאם להלכה הפסוקה, הממצאים שנפסקו לחובתו של בעל דין שזכה, ואשר לא ניתן לערער עליהם, לא יהיו בגדר מעשה בית דין נגדו בהליך עתידי (ראו: ע"א 6138/93 הארגון למימוש האמנה נ' אברהמי, פ"ד נ(1) 441, 447 (1996); ע"א 6828/03 הירש נ' בית מאיר, מושב של המזרחי להתיישבות שיתופית, פסקה 4 (28.10.2003); חמי בן-נון וטל חבקינ הערעור האזרחי 451 (מהדורה שלישית, 2012)). זוהי הסוגיה של "ממצא מזיק" שביחס אליה נקבע בפסיקה כי אין להחיל השתק פלוגתא (ראו: עניין רובע 1, בפסקה 30; זלצמן, מעשה בית-דין, בעמ' 269-270). הרציונל בעניין זה נעוץ בכך ש"שלילת זכות הערעור מאותו צד מעמידה אותו במצב של נחיתות ביחס לאותן פלוגתאות שהוכרעו נגדו ואשר הוא אינו זכאי להעמידן לבחינתה של ערכאת הערעור. על כן אין זה צודק לאפשר שימוש באותם ממצאים, שעשויים להיות שגויים, במסגרת הליכים עתידיים" (רוזן-צבי, ההליך האזרחי, בעמ' 552).

79. אכן, בהמשך, חזרו ערכאות שונות על הקביעה שהמחזיקים בנכסים במתחם הם דיירים מוגנים, אך זאת מבלי להבהיר עד תום מהי משמעותה במקרה מיוחד זה. בכל אותם מקרים חזרו המחזיקים והתנגדו לכך. על רקע כל האמור, איני סבורה כי ניתן לומר שחל על כך השתק פלוגתא המגביל את המחזיקים במקרקעין – ובהם המערערים שבפנינו – מלהעלות טענות הנוגעות לטיבן ולאופיין של הזכויות שבהן הם אווזים ביחס למתחם. במילים אחרות, ניתן גם לומר כך: התקדים העיקרי שאליו מחויב בית משפט זה הוא התקדים שנקבע בעניין אל איובי – שבו נדחו תביעות פינוי שהוגשו כנגד מחזיקים במתחם תוך שנקבע כי הם מחזיקים בהם כדין, וזאת מבלי לקבוע כי הם דיירים מוגנים. הקביעה שנוספה בשולי פסק הדין בעניין חנון במחוזי אמנם הנחתה פסיקות רבות לאחריה, אך לשיטתי, אין לתת לה משקל הגובר על ההיבטים העקרוניים של עניין אל איובי. בחינה מעמיקה של פני הדברים מלמדת, כך אני סבורה, כי התנאים היסודיים ליצירת השתק פלוגתא לא התקיימו בהקשר זה.

80. נסכם אפוא את הדברים עד כה. נקודת המוצא לדיון היא הכרה בזכות הבעלות הרשומה של המשיבה, שהיא בגדר מעשה בית דין שחל גם על הצדדים להליך הנוכחי,

אך זאת מבלי לגרוע מכך שבתקופה הירדנית נוצרו "זכויות משניות" שעומדות למחזיקים בנכסים במתחם, שכבר קיבלו הכרה בפסיקה. העובדה שבעבר ניתן תרגום "מעשי" לזכויות אלה לתוך המוסד המשפטי של דיירות מוגנת, מבלי שנערך דיון מהותי בהשלכותיו המשפטיות של הדבר, אינה יוצרת מעשה בית דין. לפיכך, השאלה הניצבת במוקד המחלוקת בשלב זה היא מהן אותן זכויות משניות ומהי משמעותן בפועל: האם חלות חובות על המחזיקים בנכסים במתחם, ומכוח איזה דין, והאם יש הצדקה בדין לפינויים, כפי שקבע בית משפט השלום. לכך אפנה כעת.

טיב זכויות המחזיקים במתחם: בין דיירות מוגנת לרישיון במקרקעין

81. את חלקו הנוכחי של הדיון יש לפתוח בקביעה שאת הזכויות שרכשו המחזיקים בנכסים במתחם מזה שנים ארוכות אין מקום "למחוק". כך סבר בית משפט זה בעניין אל איובי, וקביעה יסודית זו צריכה להוסיף ולהנחות אותנו.

82. יש לשים לב למהות המיוחדת של הזכויות שבהן מתמקד ההליך. מן העבר האחד עומדת המשיבה, שהיא חברה פרטית שעל שמה רשומה הבעלות במתחם בפנקס השטרות, ועל כן מדובר במחלוקת הנוגעת לזכות הקניין שלה. מן העבר האחר, מדובר במחלוקת הקשורה גם להגנה על קורת הגג של המערערים (ראו והשוו: רע"א 7700/95 נגולה נ' חזן, פ"ד נג(1) 339, 342-343 (1996); רע"א 8233/08 כובשי נ' שוורץ, פסקאות 24-23 (10.10.2010); רע"א 5210/13 אלכסנדרו נ' זילברדיק, פסקה 6 (16.9.2013); רע"א 4020/13 יניב נ' פז, פסקה 22 לפסק דיני (28.10.2013); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 21 (11.8.2014)). זאת, בשים לב לכך שרוב המערערים מתגוררים בנכסים עשירות רבות של שנים, מאז שנות החמישים של המאה הקודמת. חלקם נולדו בבתים אלו, ואף הולידו בהם ילדים ונכדים. אף משפחת אסקאפי שהגיעה למקום רק בהמשך מתגוררת בו משנת 1991. ההכרעה באשר לטיב הזכויות שבהן הם מחזיקים ראוי שתהיה מושפעת גם מכך.

83. לעיל נדרשתי לכך ששאלת מעמדם של המחזיקים בנכסים במתחם כדיירים מוגנים אינה בגדר מעשה בית דין. לכאורה, אין בכך כדי למנוע אימוץ של קביעה זו גם בהליך דנן. אולם, אני סבורה שיש מקום לעשות כן. בעיקרו של דבר, כפי שאסביר, אני סבורה כי דיירות מוגנת אינה ההגדרה הנכונה בנסיבות העניין למעמד שרכשו המחזיקים בנכסים במתחם עוד במאה הקודמת – מבחינה מעשית ומבחינה מהותית.

84. בהיבט המעשי-דיוני, יש לחזור ולהדגיש, כי הקביעה בעניין הדיירות המוגנת מקורה בפסקי הדין בעניין חנון, ולא בהסכם הדיוני בין הצדדים. פסקי הדין שניתנו באותה התדיינות לא כללו התייחסות להשלכות אלה, ולא הרחיבו בנוגע למשמעויות של מעמד משפטי זה. כמפורט לעיל בפסקה 68, גם לאחר מכן לא בוצעה כל קונקרטיזציה של היחסים או נערך דיון מהותי בהשלכותיו של פסק הדין בעניין חנון במחוזי במישור המעשי. אם כן, העובדה שתביעות הפינוי שהוגשו נגד המערערים התבססו אפוא אך ורק על פסק הדין בעניין חנון במחוזי, שניתן לפני שנים רבות ושהגדיר בקביעה קצרה ולא מנומקת את המסגרת המשפטית ליחסים בין הצדדים, מבלי ליצוק לתוכה תוכן – מעוררת קושי של ממש. מה גם שהיה בקביעה זו כדי להטיל על המחזיקים חיוב פוטנציאלי ממשי – תשלום של דמי שכירות, וזאת בניגוד לתנאי החוזה שנעשה בתקופה הירדנית, ומבלי שהתקיימה בעניין התדיינות לגופן של שאלות אלה.

85. מעבר לכך, ובמישור המהותי, איני סבורה כי הגדרתם של המחזיקים בנכסים במתחם כדיירים מוגנים היא מתאימה, בהתחשב בנסיבות העניין. כידוע, חוק הגנת הדייר נועד לספק רשת ביטחון לשוכרי דירות בבניינים ישנים, באמצעות הגבלה של דמי השכירות ויכולת הפינוי (ראו: רע"א 2737/11 גרוס נ' אוסט, פסקה 4 וההפניות שם (19.2.2013)). במילים אחרות, מדובר ביחסי שכירות "משודרגים" מבחינת מידת ההגנה המוקנית לשוכרים. אולם, במקרה דנן מלכתחילה הזכויות שהוקנו למשתכנים בנכסים במתחם לא היו זכויות שכירות מובהקות. אכן, החוזים עם המשתכנים התייחסו לתקופת שכירות בת שלוש שנים. יחד עם זאת, החוזים קבעו כי בתום תקופה זו תועבר הבעלות בנכסים במתחם לידי המשתכנים, ככל שקיימו את כל חובותיהם בתקופת השכירות, וזאת ללא תמורה נוספת או תנאי נוסף. הזכויות לא הוענקו להם בחינם – כאמור, המשתכנים ויתרו תמורתן על מעמדם כפליטים הזכאים לתמיכה (כלכלית או אחרת) מאונר"א. אם כן, בהיבט הקנייני, מדובר בזכויות "חזקות" יותר מזכויות שכירות, אף במתכונת של דיירות מוגנות. בהתאם לחוזים, היחסים לא נועדו להתבסס על תשלום של דמי שכירות או להיות מותנים בתנאים שהפרתם תעמיד בפני המשתכנים סכנת פינוי. על רקע זה, אני סבורה שהמסגרת המשפטית המתאימה להגדרת זכויותיהם של המערערים בנכסים במתחם, לפחות בשלב זה, היא של רישיון במקרקעין. אסביר את עמדתי.

86. כידוע, רישיון במקרקעין משמעותו היתר או רשות שניתנו לאדם להחזיק או להשתמש בנכס (ראו: נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב 24 (1995) (להלן: זלצמן, רישיון במקרקעין)). נותן הרישיון יכול להיות בעל המקרקעין או בעל זכות אחרת במקרקעין שתוכנה הוא החזקה ושימוש במקרקעין (כגון שוכר, ואף בר-רשות בעצמו במקרקעין. ראו: נינה זלצמן "רשות-חינם" במקרקעין כ'השאלת מקרקעין" עיוני משפט

לה 265, 267 (2012)). ישנם סוגים שונים של רישיונות: רישיון בתמורה או ללא תמורה; לתקופה מוגדרת מראש או ללא הגבלת זמן; רישיון המתייחס למקרקעין בשלמותם או רק לחלקם; רישיון שניתן בחוזה או רשות מכללא הנלמדת מהסכמה בשתיקה של נותן הרישיון (שם). ראו גם: ע"א 496/89 אל-קאלאב נ' אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 343, 350 (1991) (להלן: עניין אל-קאלאב); ע"א 3846/13 מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל נ' היפר-חלף, פסקה י"ח (21.7.2015) (להלן: עניין היפר-חלף); ע"א 6757/13 נחום נ' מדינת ישראל – רשות הפיתוח, פסקה 17 (19.8.2015) (להלן: עניין נחום); מיגל דויטש קניין כרך ב 413 (1999) (להלן: דויטש)). כמו כן ניתן להכיר ברישיון במקרה שבו כוונתם של הצדדים להקנות זכות במקרקעין לא השתכללה לכדי עסקה שלמה בשל אי-התקיימות תנאי שהדין דורש, אך החזקה במקרקעין נמסרה בפועל (ראו: רע"א 2701/95 כנעאן נ' גזאוי, פ"ד נג(3) 151, 169 (1999) (להלן: עניין כנעאן)). בעיקרו של דבר, מדובר במוסד משפטי שחל במשרעת רחבה של מצבים ושכתי המשפט יוצקים לו תוכן בהתחשב בנסיבות העניין ובשיקולי צדק (ראו: עניין אבו אלקיעאן, בפסקה 6 לחוות דעתי; יהושע ויסמן דיני קניין: החזקה ושימוש 488 (2005) (להלן: ויסמן)).

87. בנסיבות העניין, אני סבורה כי המערך החוזי בין המחזיקים בנכסים במתחם לבין הרשויות הירדניות ואונר"א, שבית משפט זה הכיר בו ונתן לו תוקף עוד לפני עשרות שנים, בעניין אל איובי, הקנה להם לכל הפחות מעמד של בני-רשות בנכסים. בגדר החוזים שנחתמו עם המשתכנים ניתנה להם הזכות המפורשת להתיישב בנכסים, בתחילה במעמד של שוכרים (וכפי שניתן ללמוד מעניין אל איובי, לחלקם אף ניתנה רשות להתקשר עם אחרים לצורך השכרת משנה). בד בבד, כפי שהודגש, החוזים כללו התייחסות מפורשת לכך שבתום תקופה בת שלוש שנים זכויות הבעלות בנכסים יועברו אל המשתכנים. אכן, ניתן לכאורה לטעון כי לא הייתה לרשויות הירדניות זכות בעלות "נקה", שאפשרה להם להעביר, או להבטיח להעביר, זכות בעלות למשתכנים. יחד עם זאת, כפי שכבר הובהר, איננו מכריעים כאן בסוגיית הבעלות הפוזיטיבית, שאולי עוד תתברר בהליכי הסדר עתידיים. בפנינו מחלוקת לעניין פינאיים של המערערים. לעניין זה אני סבורה כי הרשות שניתנה למשתכנים להחזיק ולהשתמש בנכסים במתחם, רשות מפורשת שניתנה על-ידי מדינה שריבונותה חלה במועדים הרלוונטיים על המתחם – מגנה עליהם מפינוי (ראו גם: זלצמן, רישיון במקרקעין, בעמ' 53).

88. האם מדובר ברישיון שניתן לביטול? כאמור, רישיון במקרקעין עשוי להיות הדיר או בלתי-הדיר. התייחסתי לכך בחוות דעתי בעניין אבו אלקיעאן:

"רישיון ללא תמורה הוא ככלל הדיר וניתן לביטול, אך ישנם מקרים בהם הצדק דורש למנוע מנותן הרישיון

לבטלו, למשל בנסיבות של השתק, וכל מקרה יוכרע על פי נתוניו הקונקרטיים (ראו: ויסמן, בעמ' 480-484; וכן מיגל דויטש קניין כרך ב' 414-415 (1999)). במסגרת מבחני הצדק שאותם החילו בתי המשפט על בקשות לביטול רישיונות ישיבה במקרקעין ניתן משקל משמעותי, בין השאר, לשאלת משך השימוש במקרקעין ולהסתמכות היושבים עליהן" (שם, בפסקה 6. כן ראו: עניין כנעאן, בעמ' 170; בע"מ 6343/12 פלונית נ' פלונית, פסקה ח' (8.11.2012); רע"א 7244/13 סאלם נ' עזבון המנוח גרשון ולכנסקי ז"ל, פסקה 16 (18.2.2014); ע"א 483/16 יהודאי נ' חלמיש - חברה ממשלתית - עירונית לדירור שיקום ולהתחדשות שכונות בתל אביב בע"מ, פסקה 38 (3.10.2017)).

89. אכן, לא בנקל יגיע בית משפט למסקנה לפיה רישיון הוא בלתי-הדיר (ראו: ויסמן, בעמ' 484). אולם, זוהי בהחלט אפשרות המוכרת בדין, ובמקרה דנן חוברים מספר מאפיינים המצדיקים תוצאה זו בהצטברם זה לזה. נתון ראשון במעלה בהקשר זה הוא העובדה שעסקינן ברישיון שניתן בתמורה. כאמור, בית משפט זה כבר קבע בעבר כי ככלל, זהו רישיון שאינו ניתן לביטול (ראו: עניין אל-קאלאב, בעמ' 351-352). מעבר לכך שהמשתכנים ויתרו על זכויותיהם מול אונר"א לתמיכה כחלק מהחוזים לקבלת הזכויות בנכסים, הם אף נטלו על עצמם התחייבויות בנוגע לתשלום מסים ולתרומה לבניית היחידה (כמפורט בפסקה 5 לעיל). אף בפסק הדין בעניין חנון במחוזי ניתנה התייחסות לכך שלחווה שנערך עם המשתכנים היה היגיון כלכלי לא מבוטל מבחינת הרשויות הירדניות, בין היתר בשל העובדה שה"מיסוי כולו יהיה על שכם השוכר" (ראו: שם, בעמ' 14-15 לפסק הדין). יתר על כן, בית המשפט המחוזי שלל באותו הליך טענות על כך שהתמורה שנדרשה מהמשתכנים הייתה נמוכה במיוחד, בהתייחסו למאפייניו של המתחם (מיקומו באזור גבול קדמי, בסמוך לזרימת שפכים) ולערכו הכלכלי הנמוך. בעניין זה צוין כי "יש אפשרות שמדובר היה בקרקע שהיתה במקום נידח, עזוב ועלוב שהווה גם נקודת גבול עם אויב" (שם, בעמ' 15-16 לפסק הדין). על כך יש להוסיף, כי בנסיבות העניין, החוזים שנערכו עם המשתכנים נועדו להקנות להם, בסופה של תקופת השכירות, זכויות בעלות בנכסים. כידוע, שיקולים שעניינם הסתמכות של מקבל הרישיון והשבחת הנכס על ידו הם שיקולים רלוונטיים ביותר לקביעה כי רישיון הוא בלתי-הדיר (ראו: דויטש, בעמ' 414-415).

90. בשלב זה יש להידרש לשתי שאלות-משנה, המתעוררות משום שהצדדים הניצבים בפנינו כעת אינם הצדדים המקוריים לחוזים שיצרו את הרישיון (החוזים בין המשתכנים לשלטונות ירדן). השאלה הראשונה היא האם הרשות הבלתי-הדירה שניתנה למשתכנים מחייבת בענייננו גם את המשיבה, בהתחשב בכך שלא היא נתנה את הרישיון,

ואף לא הוועדים היהודיים שהמשיבה באה בנעליהם, אלא שלטונות ירדן. השאלה השנייה היא האם הרשות עומדת בתוקפה גם כאשר מי שמתגורר כיום בנכסים אינם המשתכנים המקוריים, אלא בני משפחתם (ובמקרה של משפחת אסקאפי – מי שרכש את הזכויות מאחד מהמשתכנים).

91. אפתח במענה לשאלת המשנה הראשונה. תחילה יש לומר, כי בית משפט זה כבר קבע בעבר כי רישיון בלתי-הדיר עשוי לחייב גם צדדים שלישיים, כלומר גם את מי שלא העניק אותו מלכתחילה (ראו: ע"א 588/81 ציזיק נ' הורוביץ, פ"ד מ(1) 321 (1986); ע"א 7139/99 אלוני נ' ארד, פ"ד נח(4) 27, 36 (2004); עניין היפר-חלף, בפסקה י"ז. והשוו לנסיבות השונות בעניין נחום, בפסקה 19). לשיטתי, הדברים מקבלים משנה תוקף בנסיבות המקרה דנן, שהן חריגות במיוחד. אין עסקינן בסיטואציה קניינית "רגילה" בין שני צדדים פרטיים, ואף לא בין פרט לבין רשות ציבורית. למעשה, המקרה שבפנינו הוא חלק נוסף מההתמודדות המורכבת עם שינויי הריבונות בירושלים – התמודדות שכללה בין היתר הכרה בתוקפן של פעולות משפטיות שנעשו במזרח ירושלים בתקופת השלטון הירדני, במטרה לייצר יציבות והמשכיות (ראו: איל זמיר ואיל בנבנישתי "אדמות-היהודים" ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 83 ו-89 (מכון ירושלים למחקרי מדיניות, 1993); חיים זנדברג "ירושלים – הסדר והפקעת זכויות במקרקעין" המשפט ח 505, 509-513 (2003). להשוואה, ראו גם: תקנות הסדרי משפט ומינהל (רציפות הליכים אזרחיים, אכיפת פסקים והכרה במסמכים), התשכ"ט-1968). כבר לפני כארבעה עשורים קבע בעניין זה הנשיא (בדימ') ' כהן כך:

"אכן נקבע בפסקי-דין של בית-משפט זה שקיימת חזקה - הניתנת לסתירה - שרשות ציבורית במדינת ירדן אינה עושה פעולה, שאינה מוסמכת לעשותה על-פי הדין, ושלפי הוראות חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970, והתקנות שהותקנו לפיו וגם לפי כללי המשפט הבינלאומי המגמה היא לקיים רציפות של זכויות הקניין הפרטי, כאשר שלטון בשטח מסוים מתחלף" (ע"א 805/79 אל-גול נ' כולל חב"ד בירושלים, פ"ד לח(1) 57, 65 (1984). ההדגשה הוספה – T' ב' א').

92. על רקע זה, אני סבורה כי המשכיות מסוימת של זכויות שהוקנו בתקופה הירדנית היא מתחייבת. ראשית, היא מבטאת את עמדתם של האפוטרופוס הכללי עצמו ששחרר את הנכסים, כאמור בתעודת השחרור, "בכפוף לזכות צד שלישי אם קיימת זכות כזו". שנית, היא נותנת ביטוי לחתירה לצמצום הפגיעה בזכויות בנסיבות של חילופי שטחים וחילופי ריבונות בין מדינות (ראו והשוו להסדר הקבוע בסעיפים 17-18 לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, אשר נותן הגנה מסוימת לעסקאות שנעשו בתום לב בין

האפוטרופוס לנכסי נפקדים לצד שלישי בעת שמקרקעי נפקדים היו מוקנים לאפוטרופוס, ואף קובע הסדר של מתן תמורה לבעל המקרקעין הנפקד שמקרקעיו נמכרו, בנסיבות מסוימות). לא למותר לציין כי שלטונות המדינה הכירו בעבר במורכבות של שחרור נכסים באזור יהודה ושומרון שהוחזקו על-ידי הממונה הירדני ובינתיים התיישבו בהם מחזיקים (ראו: בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל (6.2.2011)). אכן, מצבה המשפטי של ירושלים הוא שונה. כנסת ישראל החילה עליה את המשפט הישראלי ואף קיבלה החלטה עקרונית בנושא שחרור נכסים לבעליהם. אולם, השיקול של שמירה על יציבות ועל זכויות שהוקנו בתקופה הקודמת לא נמחק, ומתבטא בכך ששחרור הנכסים כפוף לזכויות שהוקנו כדין.

93. האמת ניתנת להיאמר: הכרה ברישיונות בלתי-הדירים של המחזיקים גורעת בפועל מהנאתה של המשיבה מזכות הקניין שלה, שהיא זכות יסוד, וכיום אף זכות חוקתית המוגנת לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם, מאחר שדיני הקניין שלנו מכירים בזכויות פחותות מזכות הבעלות שניתן להעניק במקרקעין, תוצאה זו היא נגזרת ישירה מכך. כן יש להעיר, כי אמנם בפסיקה התעוררה שאלה בדבר תוקפו של מוסד הרישיון לאחר חקיקת חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) וחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 (ראו למשל: ע"א 83/318 אגוזי שפע בע"מ (בפירוק מרצון) נ' אוגניון שיבר, פ"ד לט(4) 322 (1985); עניין היפר-חלף, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט מ' מזוז; עניין נחום, בפסקה 17), אולם בענייננו דיון זה אינו רלוונטי, בהתחשב בכך שהרישיון נוצר ממילא לפני חקיקתם של חוקים אלה (ראו: עניין כנעאן, בעמ' 170-169). יש להבהיר, כי אינני נדרשת לשאלה שבה דן הנשיא שמחה בעניין חנון בשלום באשר לאי-קליטתו של מוסד הרישיון בדין הירדני, ולא נדונה בהמשך בעניין חנון במחוזי. עמדתי בעניין זה אינה מבוססת על רשות שהתגבשה כבר בתקופה הירדנית, אלא על האופן שבו על המשפט הישראלי לתת תוקף להתחייבויות שניתנו למשתכנים בתקופה הירדנית. במובן זה, אין חשיבות לשאלה האם מוסד הרישיון נקלט או לא בדין הירדני. למעשה, בתקופה הירדנית היו בידי המערערים זכויות העולות על רישיון גרידא, ושיקופן של זכויות אלה, בהתחשב במעבר המשפטי ובהתדיינויות שהתנהלו בינתיים, הוא בהכרח ברשות בלתי-הדירה.

94. כמו כן יש להדגיש, כי המשיבה רכשה את הזכויות הרשומות במתחם מהוועדים היהודיים, תוך ידיעה שקיים סכסוך תלוי ועומד בקשר לזכויות במתחם והכרה בכך, כפי שצוין לעיל. חוזה המכר בין הצדדים אף כלל הצהרות מפורשות מצד המשיבה בעניין, לפיהן "ידוע לה שחלקים שונים של הנכס ושל המבנים הבנויים עליו תפוסים על ידי דיירים מוגנים וגם/או מחזיקים שונים, וכי הובאו לידיעתה פסקי הדין שניתנו ב-ת"א

3457/82 בבית משפט השלום בירושלים וב-ע"א 166/89 בבית המשפט המחוזי בירושלים, ביחס למעמדם של הצדדים לאותו ההליך, כדיירים מוגנים". כן הוצהר בחוזה המכר, כי ידוע למשיבה שתלויים ועומדים הליכים משפטיים בין הוועדים היהודיים לבין מחזיקים נוספים בחלקים מהמתחם ביחס לזכויות במתחם. עוד הוצהר, כי ידוע למשיבה "שהמקרקעין בהם מצוי הנכס טרם עברו הליכי הסדר, וכי במסגרת הליכי הסדר כאמור עשויים לחול שינויים בשטחו ובגבולותיו, וכי נמצא וגם/או ימצא מי שינסה לחלוק על זכויות המוכר בנכס, כולן וגם/או מקצתן", ולבסוף, כי "אין בידי המוכר מידע מפורט, מלא ועדכני ביחס למצב הנכס, ביחס למבנים שנבנו עליו, לרבות מידותיהם וכל שאר נתוניהם ולרבות חוקיותם, וכן ביחס לאלה המחזיקים וגם/או מתגוררים וגם/או משתמשים בהם, מיהותם, מעמדם וזכויותיהם". במובן זה, אין ספק כי המשיבה נכנסה לעסקת המכר "בעיניים פקוחות" ותוך נטילת סיכון מסוים באשר לזכויות שהיא רוכשת, שהובהר באותיות קידוש לבנה כי הן שנויות במחלוקת.

95. וכעת – לשאלת המשנה השנייה. המערערים שבפנינו – למעט בני משפחת אסקאפי – הם יורשיהם ובני משפחותיהם של המשתכנים שקיבלו את הרשות להחזיק ולהשתמש בנכסים במתחם מן הרשויות הירדניות, כפי שהוכח באמצעות החוזים וצווי הירושה שהוצגו לעיוננו. אף הוכח כי בני משפחת אסקאפי רכשו את הזכויות מעוידה, שהיה במעמד של בר-רשות מתוקף החוזה עם הרשויות הירדניות. האם ניתן היה להעביר אל המערערים את הרשות האמורה? אני סבורה כי במקרה מיוחד זה התשובה לכך היא חיובית. בעבר כבר קבע בית משפט זה, כי על אף שזכות הרישיון הוגדרה כזכות אישית, היא ככלל עבירה, בכפוף לתנאי ההסכמה בין מעניק הזכות למקבל זכות השימוש (ראו: ע"א 633/82 לוקוב נ' מגדל, פ"ד מג(1) 397, 407 (1985); ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295, 314 (2002); ע"א 633/08 מינהל מקרקעי ישראל נ' חיטמן, פסקה כ"ב (9.1.2014); דויטש, בעמ' 415). כפי שכבר הוסבר, המסמך שבגדרו ניתן הרישיון בנסיבות העניין הוא החוזה שנחתם עם המשתכנים, ועל-פיו הכוונה הייתה להעביר להם בעלות (מבלי שתחול עליהם כל מגבלה באשר לעבירות הזכויות בנכס). אכן, החוזה כלל מגבלות הנוגעות לכך שהשימוש בנכס מיועד למגורי המשתכן ובני משפחתו בלבד – אך זאת כתנאי לתקופת השכירות בת שלוש השנים בלבד. החוזים נחתמו בשנת 1956, ותקופת השכירות הוגדרה במבוא לחוזים עד לשנת 1959. העברת הזכויות ליורשים – וכן ההעברה לעבד אסקאפי – נעשו שנים לאחר מכן. החוזים לא נועדו לכלול מגבלות על עבירות הזכויות של המשתכנים בנכסים בשלב מאוחר זה. זה המקום להזכיר גם, כי כבר בעניין אל איובי נדון עניינם של שני שוכרי משנה של משתכנים מקוריים, שקיבלו רשות להשכיר את דירותיהם בהשכרת משנה, לצד אחד היורשים של משתכן שנפטר

(ראו: שם, בעמ' 191). פסק הדין, שקבע כי נתבעים אלה מחזיקים בנכסים במתחם כדין, לא נדרש לקושי העולה מכך שהם אינם המשתכנים המקוריים.

96. על פני הדברים עשויה להתעורר טענה בנוגע לצורך להבחין בין המערערים שהם בני משפחה ויורשים של משתכנים מקוריים לבין משפחת אסקאפי, שרכשה את זכויותיה מאחד המשתכנים. אולם, ההכרה בתוקפן של פעולות משפטיות שנעשו בתקופה הירדנית, על בסיס שיקולים של יציבות, הסתמכות והמשכיות בעת חילופי שלטון – מובילה למסקנה שאין מקום להבחין בין המקרים. ככל שהמערערים קיבלו זכות "טובה" בתקופה הירדנית (במתכונת שלא הוגבלה בזמן), לא ברור מה הבסיס לקבוע כי עבירותה של זכות זו מוגבלת לירושה בלבד, להבדיל ממכר.

97. אכן, זוהי הכרעה לא קלה מבחינת הפגיעה בזכות הקניין של המשיבה, ואיני מקלה בכך ראש. אולם, אני סבורה כי במכלול הנסיבות המורכבות של מקרה זה, ולאחר בחינה מעמיקה של ההסדרים המשפטיים הרלוונטיים – זו התוצאה המתחייבת.

98. במבט רחב יותר ניתן להוסיף, כי המקרה שבפנינו הוא דוגמה למורכבות הכרוכה במצבים של "צדק מעברי" (transitional justice) מההיבט של הגנה על זכויות קניין. אכן, תיקון של עוולות עבר על רקע מלחמות וחילופי משטר מתבטא לא אחת גם בהשבה של זכויות קניין שנגזלו. לצד זאת, לא ניתן להתעלם מפעולות שנעשו וחיים שנוהלו בזמן שחלף. אלה עשויים להשפיע על היקף ההשבה, כמו גם על השאלה האם יש מקום להשבה בעין (להרחבה, ראו למשל: Jeremy Waldron, *Superseding Historic Injustice*, 103 ETHICS 4 (1992); Nahshon Perez, *Property Rights and Transitional Justice: A Forward-Looking Argument*, 46 CAN. J. POL. SCI. 135 (2013)). בענייננו, השבת המקרקעין לידי הוועדים היהודיים מידי של האפוטרופוס הכללי הייתה אפוא חלקית בלבד, וכפופה בנסיבות ההיסטוריות המורכבות לזכויות קיימות של צדדים שלישיים.

זכות שביושר?

99. לפני סיום, אציין – גם אם מבלי לקבוע מסמרות – כי יתכן שניתן היה להגיע אל אותה תוצאה גם בדרך נוספת, המבוססת על הכרה בזכויות שביושר בתקופה שקדמה לחקיקתו של חוק המקרקעין. כידוע, בהתאם לדיני היושר שפותחו במשפט האנגלי והשפיעו בעבר גם על המשפט הישראלי, הונח בסיס להכרה בזכויות גם כתוצאה מהתחייבות להעניק זכות קניינית שטרם הושלמה ברישום (ראו: יהושע ויסמן דיני קניין

– חלק כללי 60 (1993); מיגל דויטש "נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד 313, 315 (2000). בהתאם לגישה זו, נקבע כי "שיקולי הצדק להבטחת זכותו של אדם שהשקיע כספים בנכס מקרקעין עוד בטרם הרישום נמצאו מטים את כפות המאזניים לצד חריגה מסויימת מן המסגרת הנוקשה של הרישום" (ד"נ 30/67 שטרן נ' שטרן, פ"ד כב(2) 36, 42 (1968)).

100. אכן, סעיף 161 לחוק המקרקעין, שכותרתו היא "שלילת זכויות שביושר", קובע כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". אולם, לצדו קובע סעיף 166(א) לחוק המקרקעין כי "עסקה במקרקעין, והתחייבות לעסקה כזאת, שנעשו לפני תחילת חוק זה, וכן זכות במקרקעין שהיתה מוקנית ערב תחילתו וחוק זה אינו מכיר בה, יוסיף לחול עליהן הדין הקודם". בהתאם, המשיכו להיות מוכרות זכויות שביושר במקרים שבהם ההסכם שיצר את הזכות שביושר נחתם טרם חקיקתו של חוק המקרקעין (ראו: ע"א 867/03 נדב נ' עו"ד חנה מנוסביץ-פלינר, הנאמנה על נכסי פושט הרגל טוביה נדב, פ"ד נט(3) 241 (2004); ע"א 2907/04 סופיוב נ' עז' המנוח בכור סופיוב ז"ל, פסקה 6 (13.6.2007)). זאת, אף מבלי להזכיר את ההכרה המסוימת בזכויות שביושר "תוצרת הארץ" המבוססת על דיני העסקאות הנוגדות (ראו: ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999); ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד נז(5) 49, 58-57 (2003)). כמו כן, ראוי להזכיר, כי נוכח הוראת סעיף 44(א) לפקודת ההסדר המורה כי במסגרת הליכי הסדר "בית המשפט ידון לפי דיני המקרקעין שהם בתוקף בשעת הדיון, ויתחשב בזכויות למקרקעין הן לפי הדין והן לפי היושר", נותרה בדין הישראלי "אחיזה" נוספת לדיני היושר גם בהיבט זה (ראו: ע"א 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל, פסקה 78 (14.5.2015)).

101. בענייננו, החוזים עם המשתכנים נעשו בשנות החמישים של המאה הקודמת, בעת שחוק המקרקעין לא בא לעולם אף בישראל, ולא כל שכן במציאות המשפטית ששררה בהתאם לדין הירדני. על כן, יש לכאורה מקום לסבור שחוזים אלה הקנו למשתכנים זכות "מעין-קניינית". כזכור, חוזים אלה כללו התחייבות להעביר את היחידות לבעלותם של המשתכנים לאחר תקופת שכירות קצרה, ובתנאי שהמשתכנים יעמדו במכלול תנאי החוזה.

102. מכל מקום, איני נוקטת עמדה בעניין זה, מאחר שכאמור סוגית הזכויות המהותיות במקרקעין תוכרע בסופו של דבר במסגרת הליכי הסדר.

103. ההכרעה בתיק שבפנינו היא מורכבת מאד. אכן, ברקע הדברים נמצאת המתיחות הרבה בין הצדדים, אך לא היא מקור המורכבות. בית משפט זה חוזר ומכריע בשאלות בעלות רגישות ציבורית, וזוהי מלאכתו. המורכבות נובעת מכך שהמחלוקת המשפטית מבטאת את ההיסטוריה של ירושלים, על חילופי השלטון, היריבויות והמלחמות שהיו מנת חלקה, גם בדורות האחרונים. הוועדים היהודיים נאלצו לעזוב את רכושם בשכונת שייח' ג'ראח בשל מלחמת העצמאות. בהמשך, פליטים פלסטינים התיישבו במקום וקיבלו זכויות כדין מן השלטון הירדני בעיר באותה עת. מעבריות חוזרת ונשנית זו יצרה מצב של מתקל זכויות שאינו ניתן לפתרון מושלם. ברגיל, אנו נתקלים בהתמודדות עם מצבים של "תחרות זכויות" בין הבעלים המקורי לבין צד שלישי שרכש זכויות בתום לב ובתמורה בהקשרים מסורתיים של המשפט הפרטי. כאן, ה"תאונה המשפטית" שהולידה את התחרות היא ההיסטוריה עצמה.

104. בהמשך לכך, קשה לסיים את פסק הדין מבלי לחזור ולהזכיר כי המצב שאליו נקלעו הצדדים נובע מהחלטות עקרוניות שקיבלה מדינת ישראל – בעניין החלת המשפט הישראלי על ירושלים כולה, והשבת הנכסים שנתפסו על-ידי הממונה על רכוש האויב בירדן לידיהם של בעלי הזכויות הרשומות המקוריים (בכפוף לזכויות של צדדים שלישיים, כאמור). חרף זאת, המדינה עצמה לא הייתה צד להליכים, נמנעה מלהבהיר את המצב המשפטי לנוגעים בדבר, וכאשר נדרש היועץ המשפטי לממשלה לבחון את האפשרות להתייצב בהליך הוא בחר שלא לעשות כן. יש להצטער על כך. זהו אחד מאותם מקרים שבהם שותפות של המדינה להליך הייתה בוודאי יכולה להועיל, לא רק במובן הדיוני, אלא גם לגוף הדברים, בהתחשב בתרומתה למצב שנוצר. מכל מקום, הימנעותה של המדינה מלנקוט עמדה אינה פוטרת את בית המשפט מלהכריע במחלוקת, וכך עשינו.

105. סוף דבר: לו הייתה נשמעת דעתי, היינו מקבלים את הערעור במובן זה שהיינו מורים על דחייתן של תביעות הפינוי שהוגשו נגד המערערים. בהתאמה, בהתחשב במורכבותו של ההליך, על גלגוליו השונים, היינו מורים על ביטול ההוצאות שנפסקו לחובת המערערים בערכאות הקודמות, וכן על כך שבהליך דנן כל צד יישא בהוצאותיו.

אחר הדברים האלה

106. בשלב זה הגיעו לידי חוות הדעת של חבריי להרכב, החולקים עלי, מי במידה רבה ומי במידה מצומצמת. אדרש אליהן אפוא בקצרה.

107. חברי השופט סולברג סבור כי אין מקום להעניק במקרה דנן רשות ערעור וכי יש לדחות את כלל טענותיהם של המערערים לגופן. משמעות הדברים היא כי אם לא יגיעו הצדדים להסכמה אחרת יפוננו המערערים וכלל המתגוררים בנכסים מבתיים, לאחר עשרות שנים של ישיבה בהם. זוהי תוצאה קשה. חברי סבור כי הכלל של מעשה בית דין מחייב אותה. דעתי כאמור שונה. מאחר שחברי הוסיף ופירט ביחס לטענה של מעשה בית דין אני נדרשת להוסיף ולהבהיר בקצרה את עמדתי בעניין זה.

108. אין ספק שהעקרונות החלים על הכלל של מעשה בית דין מחייבים אותנו. זוהי נקודת המוצא לדיון בענייננו. אולם, אני סבורה כי בחינת הדברים מלמדת שלא מעשה בית דין בפנינו, אלא ריבוי הליכים שבאף לא אחד מהם נבחנו הטענות הנוגעות לזכויותיהם של המערערים מכוח הפעולות שנעשו בתקופה הירדנית. רבים מההליכים שאותם מאזכר חברי בפסקאות 44-46 לחוות דעתו פורטו גם על-ידי. אולם, כאשר "מפרקים" אותם למרכיביהם, ניתן להיווכח – כך אני סבורה – שהשאלה מהן טיב הזכויות שבהן אוחזים המערערים מכוח החוזים שערכו עם הרשויות הירדניות לא התבררה לגופה. כפי שהוסבר לעיל, הקביעה לפיה המערערים הם דיירים מוגנים ניתנה אך לצורך דחיית תביעת הפינוי שהוגשה נגדם. זוהי הנקודה שבה יש להתמקד. בהליכים הקודמים בעניין חנון התבררו שתי תביעות שאוחדו – תביעת פינוי של ועד העדה הספרדית ותביעה נגדית במסגרתה טענו המחזיקים לבעלות בנכסים. אכן, המחזיקים הגישו בקשת רשות ערעור על דחייתה של תביעת הבעלות שלהם ובמובן זה נוצר מעשה בית דין בעניינה. אולם, כאשר אנו מכוונים את מבטנו לדחייתה של תביעת הפינוי שהוגשה נגדם, ניתן להיווכח כי הם לא היו יכולים לערער על דחייתה, וממילא לא על הטעם שניתן לכך – היותם דיירים מוגנים, להבדיל ממחזיקי רישיון. ערעור זה לא היה נשמע, שהרי הצד הזוכה אינו רשאי לערער על הנמקתו של פסק הדין (זלצמן, מעשה בית-דין, בעמ' 197). די לי בכך כדי לקבוע שבנושא זה לא נוצר מעשה בית דין.

109. אוסיף ואחדד כי פסק הדין בעניין חנון במחוזי לא עסק כלל בטענות החלופיות לטענת הדיירות המוגנת לצורך דחייתה של תביעת הפינוי. במובן זה, אין לומר שהוא שלל את טענת הרישיון (להבדיל מאשר את טענת הבעלות). באופן דומה, מציינת פרופ' זלצמן בספרה כי כאשר נתבע מתגונן מפני תביעה בגין הפרת חוזה, ומעלה לחלופין טענה לכך שהחוזה אינו חוקי וטענה לכך שקיים את חיוביו, הרי שדחיית התביעה על בסיס ממצא שעניינו קיום החיובים אינה סותמת את הגולל על האפשרות להעלות את טענת אי-החוקיות בתביעה עתידית (זלצמן, מעשה בית-דין, שם). בהשאלה, פסק הדין בעניין חנון במחוזי דחה אומנם את תביעת הפינוי מן הטעם שהמערערים הם דיירים

מוגנים, אך לא דן, וממילא לא הכריע בשאלת טיב הזכויות שלהם בנכסים מכוח החוזים שערכו עם הרשויות הירדניות.

110. עוד חשוב לומר כי בהליכים השונים שניהלו המערערים הם לא הסתמכו בעצמם על טענות שעניינן מעמדם כדיירים מוגנים. אדרבה, עיון בהליכים אליהם מפנה חברי השופט סולברג בפסקה 44 לחוות דעתו מעלה כי ברובם המוחלט המחזיקים בנכסים בשכונת שיח ג'ראח הוסיפו להעלות טענות בעלות או רשות לשימוש בנכסים מכוח החוזים שחתמו מול הרשויות הירדניות, להבדיל מטענות לדיירות מוגנת. כמו כן המחזיקים לא התבססו על קביעה פוזיטיבית בדבר קיומה של דיירות מוגנת.

111. חברי השופט סולברג מוסיף ומציין כי הטענה שעניינה רישיון במקרקעין היא טענה חדשה שהועלתה ללא בסיס קודם. גם בעניין זה נדרשת הבהרה. לכתחילה טענו המערערים כי הם בעלי מעמד במקרקעין מכוח החוזים שערכו עם הרשויות הירדניות ובשל כך שהם מתגוררים בנכסים מזה שנים רבות. כמו כן ראוי לציין, כי טענות דומות הועלו בהליכים קודמים שניהלו משתכנים אחרים ביחס לנכסים, החל בעניין אל איובי (ראו: שס, בעמ' 190-191). אף בעניין חנון, התייחסו הצדדים לטענת מעמדם של המשתכנים בנכסים כברי-רשות (ראו: עניין חנון בשלום בפסקה 13; כן ראו פסקה 30 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג). במלים אחרות, לא ניתן לומר כי מדובר בטענה "מפתיעה" שהועלתה יש מאין והייתה כרוכה בפגיעה דיונית במשיבה. הדברים, במהות, היו על סדר היום מזה שנים רבות. עוד אבהיר כי לשיטתי, השאלה של מעמד המוסד של רישיון במקרקעין בדין הירדני אינה חשובה במקרה זה. כפי שהסברתי, ה"תרגום" של זכויותיהם של המערערים, על רקע החלת המשפט הישראלי כמי שרכשו ולא הספיקו להשלים את רכישתם בנסיבות ההיסטוריות שנוצרו, הוא הכרה בהם כבעלי רישיון – כל זאת לאחר החלת המשפט הישראלי בירושלים וכביטוי לעקרונות של צדק מעברי.

112. וכעת, לחוות דעתו של חברי השופט עמית המציג כאן גישת אמצע, במידה מסוימת. חברי השופט עמית סבור שאין מקום לסטות מן הקביעה שהמערערים הם דיירים מוגנים. לצד זאת, הוא סבור כי העמקה בזכויות שרכשו בתקופה הירדנית מחייבת להכיר בכך שלמערערים זכויות שהן מעבר לדיירות מוגנת רגילה. כשלעצמי, אני סבורה שחרף מראית העין של מחלוקת, יש קרבת עניין רבה בין האמור בחוות דעתי למסקנתו של חברי השופט עמית. הרי, לאמיתו של דבר, הכרה בכך שהדיירות המוגנת כאן היא "מיוחדת" מוסיפה על קביעותיהן של הערכאות שדנו בעניינם של המערערים עד כה, ובמובן מסוים משנה את משמעותו של מעשה בית הדין הנטען. בסופו של דבר המחלוקת ביני לבין חברי השופט עמית היא מצומצמת יחסית. לשיטתי, למערערים זכויות שהן

מעבר לדיירות מוגנת רגילה, המאפשרות הכרה גם בזכויותיו של מי שרכש את הנכס מן הדייר המוגן, ואני סבורה שההמשגה המשקפת זאת היא של רישיון בלתי-הדיר. כך או כך, שנינו לא סבורים שיאים למקרה זה דיני הדיירות המוגנת "הרגילים" על כל פרטיהם ודקדוקיהם.

113. לקראת סיום, אוסיף כי הגם שדרכי שונה מזו של חברי השופט עמית, ולנוכח האמור, מטעמים מעשיים אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

1. פעם, פעמיים ושלוש, קראתי בעיון את חוות דעתה המפורטת והמנומקת של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, אך לא אוכל להצטרף למסקנתה; אף לא לנימוקיה. דעתי היא, כי אין מקום להתערב בקביעותיהן של הערכאות הקודמות, אשר הורו על פינוי המבקשים מן הנכסים המוחזקים על-ידם במתחם 'שמעון הצדיק', שבשכונת שיח' ג'ראח במזרח ירושלים (להלן: המתחם או המקרקעין).

2. הסכסוך המשפטי שלפנינו, עניינו בתביעה לסילוק-יד ממקרקעין. סכסוכים כגון דא מגיעים לפתחו של בית משפט זה דבר יום ביומו, ומוכרעים על-ידו כדבר שבשגרה. האמת ניתנת להאמר: תביעת הפינוי דנן זכתה ל'פרופיל' ציבורי גבוה, בעיקר בשנים האחרונות, הן מחמת ההקשר הכללי של הנסיבות, הן בשל המחלוקת הציבורית-פוליטית העמוקה שברקע הדברים. שיח ציבורי ער זה, חורג כמובן מדל"ת אמותיה של המחלוקת העובדתית והמשפטית הקונקרטית שלפנינו, אשר בה בלבד עלינו להכריע. כפי שציננה חברתי בפתח דבריה, ולדברים אלה אני שותף מלא, בגדרי סמכותנו מוטלת עלינו מלאכה אחת ויחידה: הכרעה שיפוטית במחלוקת שבין הצדדים; שומה עלינו להיזהר שלא לתרוג ממנה.

ג'לגול שלישי?

3. לגישתי, בנסיבות העניין, בהינתן אמות המידה שהותוו לשם כך בדין ובפסיקה, כבר מלכתחילה אין מקום ליתן במקרה זה רשות ערעור ב'גלגול שלישי'. אם תידחה הבקשה על הסף כבר מטעם זה, לא נהיה הראשונים לעשות כן; בתלם חרוש נפסע, ב'אילנות גבוהים' ניתלה. הסכסוך המשפטי לגבי הזכויות במתחם שמעון הצדיק התברר בעבר, ומוסיף להתברר גם כיום, בשורה ארוכה של הליכים משפטיים, אשר מרביתם הוזכרו בחוות דעתה של חברתי. עד כה, בכל אחד מן המקרים, בעת שניסו המבקשים

להבקיע את חומת הגלגול שלישי – לא עלה בידם. הבקשות למתן רשות ערעור נדחו על-ידי שופטי בית משפט זה, בזו אחר זו, מן הטעם כי הסכסוך שבין הצדדים – המחזיקים בנכסים במתחם, מזה (להלן: המחזיקים), והמשיבה או הוועדים היהודים (להלן: הוועדים) שמהם רכשה את הקרקע, מזה – אינו חורג מעניינם הפרטני. כך למשל נקבע, כי "העילות אינן נכנסות לגדר אלה הראויות לערעור שני ברשות", וכי מדובר ב"נושא שאין לו כל חשיבות כללית" (דברי הנשיא מ' שמגר ברע"א 3247/91 חנון נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (27.10.1991); כי שאלת הפינוי של המחזיקים מהמתחם, אינה מעלה "שאלה בעלת חשיבות ציבורית או משפטית מיוחדת" (דברי הנשיא א' ברק ברע"א 6001/98 גאווי נ' ועד העדה הספרדית בירושלים, פסקה 7 (10.1.1999)); כי טיעוני המחזיקים, לאחר שנדחו פעם ופעמיים, בשתי ערכאות, אינם מגלים "עילה לכך שתינתן להם רשות בגלגול שלישי" (דברי השופט ד' דורנר ברע"א 8579/01 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (13.2.2001)); כי "שאלת תוקפם של ההסכמה הדיונית ותקפות פסק הדין בע"א 166/89 אינם שאלות המצדיקות מתן רשות לערער בגלגול שלישי" (דברי המשנה לנשיא ש' לוין ברע"א 4281/01 גאווי נ' ועד עדת הספרדים בירושלים, פסקה 2 (5.8.2001)); באחד מן המקרים נדחתה בקשת רשות ערעור שכזו, אף מבלי שנתבקשה תגובה מאת המשיבים, מן הטעם כי זו "אינה מעוררת שאלה משפטית החורגת מעניינם של הצדדים למחלוקת או שאלה בעלת חשיבות ציבורית כלשהי" (דברי השופט י' דנציגר ברע"א 6239/08 אלקורד נ' ועדת עדת הספרדים, פסקה 12 (14.7.2008)). לא ידעתי אפוא מה יום מיומיי; מה נתחדש בסכסוך הקונקרטי שבין המבקשים שהתייצבו לפנינו הפעם, לבין המשיבה, אשר עשוי להצדיק סטייה מדרך המלך, מן השביל הסלול בפסיקה, ומדוע נדרשים אנו לחרוג מן הדרך שבה פעלו קודמינו. על כן, כבר מטעם זה, עמדתי היא כי דין בקשת רשות הערעור – להידחות על הסף.

4. לצד זאת, משחברתי השופטת ברק ארז קבעה את הבקשה לדיון לפני מותב תלתא, לאחר שקיימה עוד קודם לכן שני דיונים בעניין, ב'דן יחיד', ובהינתן המורכבות האנושית שבפינוי 4 משפחות מבתיהן, ראיתי לנכון להצטרף למאמציה, יחד עם חברי השופט י' עמית, בניסיון להביא את הצדדים לכלל הסכמה, וטוב שכך. פתרון הקונפליקט המשפטי בין הצדדים בדרך של פשרה – רצוי הוא. ודאי כך הוא הדבר בנסיבות של פינוי אדם מביתו. לאחרונה, בהרצאה, עמדתי על סגולותיה של הפשרה; כך ציינתי:

"הא למדנו, שפשרה יכולה להיות לכתחילה, יכולה להיות אידיאל נשגב, יכולה לבטא שאיפה לשלמות, מתוך הכרת המציאות. [...] ה'פרווה' שבפשרה, הסטיגמה שדבקה בה, מרתיעה אותנו מחתירה לפשרה, גם במקום שבו היא נחוצה, רצויה ומיטיבה. אולי נרגיל את לשוננו לדבר על 'איחוי', חיבור, הכרה, בניה, מטבע-לשון שיבטא יצירה, סבר פנים יפות; זאת, כדי להיפטר מהסרח-העודף שמתלווה בהלך-

מחשבתנו אל הפשרה. אחרי הדיבור, אחרי הפעולות, ימשכו הלבבות" (דברי בכנס בנושא: "ישוב סכסוכים בצל האתגר היהודי-דמוקרטי", אוניברסיטת בר-אילן, 21.12.2021).

ואולם, לצערנו, חרף מחשבה ומאמצים רבים שהשקענו בניסיונות אלה, בכה ובכה, לא ראינו ברכה בעמלנו, והצדדים לא השפילו להגיע להסכמות ביניהם. בנסיבות אלו, אין עוד מנוס מהכרעה שיפוטית על-פי שורת הדין. באין פשרה – יקוב הדין את החר" (בבלי, סנהדרין ו, ע"ב).

5. כאמור, על רקע ההליכים הקודמים ביחס לזכויות המחזיקים במתחם 'שמעון הצדיק', ולאחר שבחנתי את טענות המבקשים, אני רואה הצדקה ליתן רשות ערעור ב'גלגול שלישי'. אין ספק כי המבקשים מייחסים חשיבות רבה להליך ולתוצאותיו, אך אם נתמקד במחלוקת המשפטית בין הצדדים, כנדרש, ובה בלבד, נמצא כי מקרה זה אינו מעורר שאלה משפטית החורגת מעניינם של הצדדים להליך, או שאלה בעלת חשיבות ציבורית כלשהי. כדברים האלה נקבע פעם אחר פעם – בעניין זה ממש – בפסיקת בית המשפט. על כן, אם תישמע דעתי, אציע כי נדחה את הבקשה כבר בשלב מקדמי זה, כמתחייב מן ההלכה הפסוקה בכלל, ובשים לב להשתלשלות העניינים ולפסיקה בעניין הנדון בפרט, מבלי להידרש לבקשה גופה.

6. ברם, משום שחברתי סבורה כי יש ליתן במקרה זה רשות ערעור, כמפורט בפסקה 45 לחוות דעתה, אדרש אף אני לגוף הדברים.

דיון

7. לדעת חברתי, הקביעה השיפוטית כי מעמד של המחזיקים בנכסים במתחם 'שמעון הצדיק' הוא של דיירים מוגנים – קביעה אשר שבה על עצמה בהליכים משפטיים קודמים – אינה יוצרת מעשה בית דין כלפי המבקשים דנן. בעקבות עמדתה זו, נדרשה חברתי מחדש למערכת היחסים המשפטית שבין הצדדים, ולאחר ניתוח עובדות המקרה שלפנינו, באה לכלל מסקנה כי המסגרת המשפטית שעל-פיה יש לבחון את זכויות המחזיקים, היא של רישיון במקרקעין (מכונה גם 'בר-רשות'); לא של דיירות מוגנת – טענה שלא הועלתה ולא נשמעה על-ידי מי מן הצדדים.

דעתי בשני נושאים אלה – שונה.

8. לגבי דידי, עיון במכלול החומרים שלפנינו, ובפסקי הדין הרבים שניתנו בעניין זה בעבר, מביאני למסקנה ברורה, כי בעניין דנן קיים מעשה בית דין, המקים כלפי

המבקשים מחסום של מניעות והשתק; הן לגבי מעמדה המשפטי של המשיבה במקרקעין כבעלים רשומים, הן לגבי מעמדם המשפטי של המחזיקים בנכסים כדיירים מוגנים. מעבר לכך, גם במישור המהותי, עמדתי היא כי מעמד המחזיקים במתחם אינו של בעלי רישיון במקרקעין, כי אם של שוכרים, אשר עם החלת המשפט הישראלי במקום, בשנת 1967, זכו למעמד של דיירים מוגנים, מכוח חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972 (להלן: חוק הגנת הדייר). לגישתי, מסקנה זו מתחייבת מן ההסכמים שעליהם חתמו המבקשים. למקרא ההסכמים הללו, אין תימה מדוע לא טענו כלל וכלל למעמד של בר-רשות. במובן זה, איני רואה מקום לסטות מהקביעות השיפוטיות הרבות, שיצאו מלפני בתי המשפט לערכאותיהם, משך שנות-דור, ביחס לקונפליקט המשפטי השורר במתחם 'שמעון הצדיק'. אתיחס לדברים אלה להלן, בהרחבה.

9. בנוסף, בנסיבות ענייננו, מצאתי לנכון להתייחס לשתי נקודות נוספות, בהיבט הדיוני של הדברים. ראשית, כפי שיובא כבר בראשית דברי, אני מתקשה להשלים עם המהלך המתודולוגי שבבסיס חוות דעתה של חברתי; לגישתי, קיים קושי ממשי להכריע בגורל הזכויות במקרקעין על יסוד טענה משפטית שלא נשמעה מפי המבקשים בהליך שלפנינו, ואף לא מפייהם של יתר המחזיקים בנכסים שבמתחם, בהליכים הרבים שנוהלו במרוצת השנים. שנית, מצאתי עצמי חלוק על חברתי גם ביחס לשאלת צירוף ראיות חדשות שהובאו לפנינו, לתיק בית המשפט, משלא מצאתי הצדקה לכך בשלב המתקדם שבו אנו מצויים – בקשת רשות ערעור ב'גלגול שלישי'.

אעבור עתה לדיון כסדרו; ראשון ראשון, ואחרון אחרון.

העלאת טענה משפטית ביוזמת בית המשפט, האמנם?

10. כידוע, שיטת המשפט הישראלית במהותה היא שיטה אדברסרית. המאפיין הבולט של שיטה זו, הוא יכולתם של בעלי הדין לשלוט, במידה מסוימת, בדרך ניהול ההליך לפני בית המשפט, תוך תחימת גדרי המחלוקת ביניהם; בבחינת "יָקוּמוּ נֶא הַנְּעָרִים וַיִּשְׁתָּקוּ לְפָנָיו" (שמואל ב' ב', יד). הלכה מושרשת ויסודית, שאינה אלא פועל יוצא של שיטתנו האדברסרית, קובעת כי "אין בית המשפט נוטל בדרך כלל חלק בטיעוני בעלי הדין, ואין הוא קובע להם קו ניהול המשפט; בדרך כלל, קשורים הצדדים בטענותיהם, ומשפט אזורי מתנהל בעיקר על-פי פלוגתאות שנוסחו על ידיהם" (ר"ע 674/86 מדינת ישראל נ' נאות סיני, כפר שיתופי מיסודם של גרעיני חרות בית"ר בע"מ, פ"ד מב(2) 527, 534 (1988)). ביסוד הלכה זו עומד החשש כי מעורבות-יתר של בית המשפט עשויה להתפרש, בעיני בעלי-הדין ובעיני הבריות, כנקיטת צד בסכסוך, ובכך תיפגע מידת האובייקטיביות של העשייה השיפוטית: "מעורבות שיפוטית יתרה, לו גם מתוך רצון כן להגיע לאמת, טומנת בחובה

סכנה כי בית המשפט 'יגלוש' לנעליו של צד והאובייקטיביות השיפוטית, לפחות בעיני המשקיף הסביר מן הצד תיפגם" (ע"פ 3971/90 אסיס נ' אוסטרובסקי, פ"ד מה(1), 661, 668-669 (1990)). אכן, בית המשפט אינו נוהג ליטול חלק אקטיבי בניהול ההליך, ואינו אמון על עיצוב חזית הטיעון עבור בעלי הדין: "תפקידו של בית המשפט הינו לפסוק במחלוקת שבין הצדדים, כפי שהללו רואים אותה, וככלל אין זה מתפקידו ליצור מחלוקת חדשה, ולהכריע בה. אפילו נאמר, כי אין בית המשפט מנוע מלהיזקק לקונסטרוקציה משפטית, שלא הועלתה בטיעונו הצדדים, הרי ברור שיש להתייחס לכך כאל צעד חריג, שבית המשפט יבחר בו רק במקרים מיוחדים, כאשר דרישת הצדק מחייבת זאת [...]. אין בית המשפט יורד לזירת ההתגוששות, פן יתפרש הדבר כנקיטת עמדה בסכסוך, והדבר גם אינו מתיישב עם השיטה האדברטרית הנהוגה אצלנו" (ע"א 536/89 פז חברת נפט בע"מ נ' לויטין, פ"ד מו(3) 617, 625 (1992) (להלן: עניין פז); ע"א 3832/19 פאי סיאם לינקולן בע"מ נ' מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל, פסקה 4 (26.10.2020); לגישות שונות במשפט העברי, בשאלת העלאת טענות עובדתיות או משפטיות ביוזמת בית המשפט, ראו יובל סיני, השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי (2010)).

11. לצד זאת, הפסיקה הכירה בקיומם של מקרים חריגים, שבהם בית המשפט יעלה מיוזמתו טענה משפטית, להבדיל מטענה עובדתית, אף אם זו לא הועלתה על-ידי מי מבעלי הדין (ע"א 11771/04 לשכת עורכי הדין בישראל נ' הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים, פסקאות 19-20, והאסמכתאות שם (22.1.2007) (להלן: עניין לשכת עורכי הדין); ע"א 2167/16 Sanofi נ' אוניפארם בע"מ, פסקאות 67-68 (12.07.2021)). כפי שמציין פרופ' י' זוסמן בספרו:

"טענה משפטית טהורה שאין כל ממצא עובדתי כרוך בה, ראוי הנתבע לטעון בשעת בירור המשפט גם אם לא הזכיר אותה בכתב הגנתו. גדולה מזו: אפילו נמנע הנתבע מלטעון את הטענה גם במהלך המשפט, בית המשפט יכול לדון בה מיזמתו הוא ויש אשר, יפסוק בית המשפט, בעיקר מטעמים של טובת הציבור, ביוזמתו, בין אם נטענה לפניו טענה פלונית שבה פסק ובין אם לאו, ובלבד שניתנה לבעלי הדין הזדמנות להגיב עליה" (יואל זוסמן, סדר הדין האזרחי, ס' 268 עמ' 333, מהדורה שביעית, (1995); עוד ראו: רע"א 2237/06 בנק הפועלים בע"מ נ' וינשטיין, פסקה 30 (8.3.2009)).

12. הבחנה זו, בין טענה עובדתית לבין טענה משפטית, כוחה יפה גם ביחס לערכאות הערעור, אשר אינה מוגבלת אך לנימוקים המשפטיים שהעלו הצדדים בערכאה הדיונית (חמי בן-נון וטל חבקין, הערעור האזרחי, 339-340, מהדורה שלישית (2012) (להלן: בן-נון וחבקין)). סמכות זו, ניתנה לבית המשפט שלערעור על-פי תקנה 415 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שבה נקבע כי "בית המשפט בבואו להחליט בערעור לא

יהיה מוגבל לנימוקי ההתנגדות שפורשו בכתב הערעור או שנטענו בבית המשפט לפי תקנה זו. אמנם, תקנה זו הושמטה מתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), אך נראה כי גם על-פי תקנות אלה, סמכותה של ערכאת הערעור להכריע על יסוד טענות משפטיות (להבדיל מעובדתיות), המועלות מיוזמתה, נותרה על מכונה, שמא אף ביתר שאת (רע"א 9138/20 פיסטול נ' שמעון, פסקה 15 (7.2.2021); יששכר רוזן-צבי, הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים, 503 (2021) (להלן: רוזן-צבי – מורה נבוכים)).

13. יחד עם זאת, הלכה היא כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו במשורה, בריסון ובאיפוק רב – שאחרת, "עשוי הוא לעשות עצמו אפוסטרופוס לבעלי הדין ולערוך את דיניהם", ובכך לחטוא לתפקידו (זוסמן, עמ' 815; ע"א 116/66 חלקת 62 גוש 6946 בע"מ נ' זמל, פ"ד כ(4) 226, 235-237 (1966); ע"א 510/78 ניר אל בע"מ נ' רוזן מרכז ליהלומים בע"מ, פ"ד לג(3) 189 (1979)). הסמכות האמורה שמורה אפוא למקרים יוצאים מן הכלל, חריגים ומיוחדים, שבהם נמצא כי קיים אינטרס ציבורי מובהק בסטייה מכללי השיטה האדברסרית, וכי "דרישות הצדק מחייבות זאת" (עניין פז, 625; ע"א 8023/16 אור נ' ג'נאח, פסקה 9 (20.8.2019)). למשל, כאשר מדובר בסוגיה "שחותם הציבור מוטבע בה", כגון אי-חוקיות (עניין לשכת עורכי הדין, פסקה 20; זוסמן, בעמ' 819), או כאשר קיימים פערי כוחות מובהקים בין הצדדים (בן-נון וחבקין, בעמ' 338). מעבר לכך, גם כאשר מדובר בטענה משפטית טהורה, המועלית ביוזמת בית המשפט, עליו להקפיד הקפדה יתרה, כי זכויותיהם של בעלי-הדין לא יקופחו. הפן המעשי של קביעה זו, משמעו כי מוטל על בית המשפט, בין אם בערכאה הדיונית, בין אם בערכאת הערעור, לאפשר לצדדים לטעון לפניו, בכתב או בעל-פה, ביחס לטענה המשפטית שבה הוא עומד לדון מיוזמתו (ראו, למשל, ע"א 449/80 אבאליה נ' ריבל מחסני ערובה כלליים בע"מ, פ"ד לט(3) 541, 547 (1985); ע"א 8021/03 אלישע נ' אלישע, נט(3) 337, 345 (2004); עניין לשכת עורכי הדין, פסקה 23). הדבר נדרש, הן מטעמי הגינות כלפי בעלי-הדין, אשר גורל זכויותיהם מונח על הכף, הן מטעמים של צניעות שיפוטית, שמא ימצאו בפי בעלי-הדין טענות-נגד, שיהיה בהן כדי לשכנע את בית המשפט כי אין ממש בטענה המשפטית. אם כן, האיזון המתבקש הוא, כי גם כאשר בית המשפט מעורר מיוזמתו טענה משפטית שלא נטענה על-ידי הצדדים, עניין הנתון לסמכותו, עליו לשמוע טיעון מסודר מפי הצדדים קודם שיכריע בטענה זו. כך נאמר על-ידי ש' לוין בספרו:

"לפי הגישה האדברסרית הצרופה לא היה בית המשפט אמור לתת את דעתו לטענות דין שלא הועלתה לפניו, אך בעניין זה סטינו מהגישה האדברסרית הצרופה והשאלה אם לדון בשאלת דין כאמור הושארה לשיקול דעתו של בית המשפט. יכול הוא לפסוק על יסוד התשתית העובדתית שהועלתה לפניו [...] ויכול הוא, אם הנסיבות מצדיקות את הדבר,

להעלות את השאלה מיוזמתו. עם זאת, עליו לזמן במקרה זה את בעלי הדין שוב לפניו, ולתת להם אפשרות לטעון לגבי הטענה החדשה" (שלמה לוי, תורת הפרוצדורה האזרחית - מבוא ועקרונות יסוד, 129 (1999) (ההדגשות שלי - נ' ס')).

כללו של דבר – בית המשפט, כעניין שבשגרה, חי מפי בעלי הדין, "אין לדין אלא מה שעיניו רואות" (בבלי, סנהדרין ו, ע"ב); סמכותו להעלות טענות משפטיות מיוזמתו, שמורה אפוא למקרים חריגים בלבד, ועליו להקדים וליתן לבעלי הדין הזדמנות לטעון לגביהן.

ומה באשר לענייננו?

14. בחוות דעתה קובעת חברתי, מבלי שהדבר נטען לפנינו על-ידי מי מהצדדים, כי יש לראות את המבקשים, כמי שמחזיקים בזכות של רישיון במקרקעין. מדובר בטענה משפטית, המבוססת בעיקרו של דבר על התשתית העובדתית שהוצגה לפנינו על-ידי הצדדים (פרט לראיות החדשות, שאליהן אתייחס בהמשך). על-כן, במישור העקרוני, נתונה לבית המשפט שלעצור סמכות לעורר טענה זו מיוזמתו. ברם, איני סבור כי בענייננו היה מקום לעשות כן.

15. תחילה, כפי שצוין לעיל, גם כאשר בית משפט רואה לנכון להעלות טענה משפטית מיוזמתו, עליו ליתן לבעלי הדין הזדמנות נאותה להידרש לה, ולטעון לגביה. בענייננו-אנו, חברתי מבקשת 'לדלג' מעל גבי משוכה זו, הישר לעבר שלב ההכרעה. כשלעצמי, אני מוצא קושי בכך. ברי, כי הכרעה על-פי טענה זו, משמעה פגיעה קשה בקניינה של המשיבה. ממילא, במצב דברים זה, אין כל הצדקה לקפח את זכויותיה הדיוניות של המשיבה, ולהכריע בגורל נכסיה וקניינה, מבלי לתת לה הזדמנות להתמודד עם טענה חדשה זו. אמנם, יתכנו מקרים שבהם יעלה בית המשפט טענה מיוזמתו, אף מבלי לאפשר זכות טיעון לצדדים, אם נמצא כי מסקנתו נוכח טיעון היא מובהקת וחד-משמעית. אולם, כפי שאבהיר להלן, אינני סבור כי בענייננו-אנו, סיווג זכותם של המחזיקים כבעלי רישיון במקרקעין הוא "התוצאה המתחייבת" בנסיבות העניין, כלשונה של חברתי. ממילא, עמדתי היא כי לא היה מקום להכריע בדבר, מבלי שניתנה למשיבה הזדמנות להשמיע טענותיה בעניין. כך למשל, על מנת לסבר את האוזן, ספק רב בעיני אם אין מקום לבחון את מהות הזכות שניתנה למערערים בשנת 1956, על-ידי שלטונות ירדן, דווקא ב'משקפי' הדין הירדני, כפי שהיה קיים במועד כריתת החוזים, ולא על-פי הלכות 'הרישיון במקרקעין' שבדין הישראלי. לכאורה דרך זו היא המתבקשת. דא עקא, בענייננו, אין בכוחנו לעשות כן: כידוע, הוכחת דין זר טעונה חוות דעת מומחה, וכזו לא הוגשה בענייננו (ראו: ע"א 345/87 Hughes Aircraft Company נ' מדינת ישראל, פ"ד

מד(4) 45, 129 (1990); מנשה שאוה, "טיבו ואופן הוכחתו של הדין הזר במשפט האנגלו-אמריקאי ובמשפט הישראלי" עיוני משפט ג 725, 736 (התשל"ד)). גם קביעותיה של חברתי כי הרישיון המדובר הוא בלתי-הדיר, שכוחו יפה גם כלפי צדדים שלישיים שכלל לא היו צד להסכם המקורי – אינן מקובלות עלי, ובוודאי שאינן קביעות פשוטות או מתבקשות. על כן, אפילו הייתי סבור מלכתחילה, כחברתי, כי הסיווג הנכון של זכויות המבקשים היא רישיון במקרקעין, הרי שלכל הפחות היה מקום לשמוע את טענותיהם בהקשר זה, טרם הכרעה.

16. כך או כך, בעיני, כלל לא נדרשת השלמת טיעון, בכתב או בעל-פה, בשאלת הרישיון במקרקעין בשלב זה, שכן לשיטתי נסיבות ההליך שלפנינו, ו'היסטוריית' ההליכים המשפטיים הקודמים, אינם מאפשרים העלאת טענה יזומה זו, כעת, על-ידי בית המשפט. הטענה לזכות מכוח 'רישיון במקרקעין' לא הועלתה על-ידי המבקשים; לא בבקשת רשות הערעור, ואף לא בדיון על-פה שהתקיים לפנינו. אמרתי בליבי, "יִתִּי טֶפֶר וְנַחֲמִי" (בבלי, קידושין ל, ע"א), שמא הועלתה טענה מעין זו באחד מכתבי הטענות שהוגשו לערכאה הדיונית, או לבית המשפט המחוזי. ביקשתיה, אך לא מצאתיה; לא בפשט, לא ברמז, לא בדרש ולא בסוד. עסקינן אפוא בטענה משפטית שלא נטענה בשלב כלשהו משלבי ההליך, אף שזה נפרש על פני למעלה מעשור-שנים, והגם שמוצו בו כלל טענות הצדדים. יתרה מכך, ככל שעלה בידי להתחקות אחר ההליכים הקודמים שנוהלו בעניין מתחם שמעון הצדיק, על-ידי צדדים אחרים, הרי שלבד מעניין חנון, שבו הועלתה טענה זו על-ידי הוועדים, ולא על-ידי המחזיקים בנכסים – ונדחתה גם שם – לא מצאתי כי טענה זו נשמעה בהליך כלשהו משמם של המחזיקים בנכסים; ודאי לא כטענה עיקרית או מרכזית. ההתייחסות העקבית בכל ההליכים השיפוטיים, למעמד המשפטי של הצדדים, היא כאל יחסי שוכר-משכיר. כפי שסקרה חברתי את השתלשלות העניינים העובדתית בחוות דעתה, וכפי שאפרט גם אני להלן, אין מדובר בהליך בודד; עשרות הליכים, שנפרסו על פני יובל-שנים, התנהלו ביחס לזכויותיהם של המחזיקים בנכסים שבמתחם שמעון הצדיק. במרבית ההליכים הללו, היו המחזיקים מיוצגים כדבעי, טענו את טענותיהם, ומיצו כל אפיק משפטי וערעורי שהיה בידם. דא עקא, ככל הידוע, טענת הרישיון במקרקעין לא נטענה, ולא נתבקשה על-ידם בשום שלב. יפים לעניין זה דברי השופט מ' עציוני באחת הפרשות: "מה לנו, שנעשה את מלאכת הצדדים בתיק אזרחי רגיל, כאשר כל אחד מיוצג על-ידי עורך-דין, כשההלכה היא שהצדדים קשורים בטענותיהם וכי המשפט מתנהל בהתאם לפלוגתאות שנוסחו על ידיהם" (ע"א 550/75 מורלי נ' בגון, פ"ד ל(2) 309, 319 (1975)). בנסיבות אלה, איני סבור כי יש מקום להפעיל את סמכותנו הנ"ל על מקרה זה, ולהשמיע טענות מיוזמתנו עבור הצדדים. כאמור, הסמכות לכך שמורה

למקרים חריגים ומיוחדים בלבד, שבהם נמצא כי קיים אינטרס ציבורי מובהק לסטות מכללי השיטה האדברסרית. לטעמי, המקרה שלפנינו אינו עונה על דרישה זו.

17. לזאת אוסיף, כי גם מהמבקשים עצמם, אשר חברתי מבקשת באמצעות טענה זו להפך בזכותם, לא שמענו אם טענה זו – שאמנם עשויה לפעול לטובתם במישור הצר של הליכי הפינוי שלפנינו, אך ספק אם יהיה בה כדי לשרתם בטווח הארוך – אכן מקובלת עליהם. בהחלט יתכן, כי המבקשים נמנעו בכוונת מכוון מלסווג את זכותם כבני-רשות במקרקעין, ולא בכדי בחרו למקד את טענותיהם בזיהוי השגוי, לטענתם, של מתחם שמעון הצדיק, שבעקבותיו נרשמה הבעלות על שם המשיבה; בהתנהלות האפוטרופוס הכללי בהליך שחרור המקרקעין; ובהתנהלות רשם המקרקעין בהליך חידוש הרישום. אדרבה, לאורך ההליכים, העלו המבקשים תזות חלופיות שונות לגבי זכויותיהם במקרקעין, בעוד שטענת רישיון במקרקעין לא נשמעה מפיהם. כך למשל, המבקשים טענו כי בעלת המקרקעין היתה משפחת חיג'אזי, שלימים מכרה להם את זכויותיה. עוד למשל, המבקשים טענו לחלופין (רובם רק בשלב הסיכומים בבית משפט השלום), כי מעמדם הוא כשל דיירים מוגנים. בנסיבות אלה, לא מצאתי הצדקה לכך שנבוא בנעליהם, נריב את ריבם, ונעצב עבורם את חזית הטיעון. על הבן שאינו יודע לשאול נאמר בהגדה "את פתח לו"; לא על בעל דין המיוצג כדבעי, אשר מיצה זה מכבר את מלוא טענותיו, במסגרת הליכים משפטיים ארוכי-שנים.

לסיכום נקודה זו – אין בידי להצטרף לדרך הילוכה של חברתי. לטעמי, בנסיבות העניין, אין מקום לכך שבית המשפט יעלה מיוזמתו טענה משפטית, שזכרה לא בא באיזה משלבי ההליך, ואינה חלק מחזית המחלוקת. סבורני אפוא, כי הכרעת גורל התיק, על יסוד טענה זו, מביאה לקיפוח זכויות המשיבה, שמא גם זכויות המבקשים; אני מתקשה להשלים עם תוצאה זו.

אעבור עתה להערה הדיונית השניה, המתייחסת לבקשת המבקשים לצירוף ראיות חדשות בערעור, ולהכרעת חברתי לגביה.

הראיות החדשות בערעור

18. תמים דעים אני עם חברתי, כי אין מקום לצרף את "חוות דעת המומחית", ש'נחתה' על שולחננו ימים ספורים קודם לדיון על-פה שנערך לפנינו. זאת, בראש ובראשונה, מן הטעם שעליו עמדה חברתי, כי דבר לא מנע מהמבקשים להגישה במועד מוקדם יותר של ההליך, כך שאין לאפשר 'מקצה שיפורים' בשלב מאוחר זה. כשלעצמי, הייתי דוחה את הבקשה גם מטעם נוסף: 'חוות הדעת' שצירופה מתבקש, אינה עוסקת

בניתוח עובדות על-ידי מומחה לדבר (כגון: חוות דעת של מומחה לתצלומי אוויר, מומחה היסטורי, וכיוצא באלה) או בשאלה מקצועית או מדעית (דוגמת: חוות דעת שמאית, כלכלית או רפואית). בעניין דנן, עסקינן בחוות דעת שהוגשה על-ידי ד"ר למשפטים, שעניינה ביישום הכללים המשפטיים והדין הישראלי, על מסכת עובדתית קונקרטית. כידוע, בעניינים כגון דא, בית המשפט הוא-הוא המומחה והמוסמך להכריע בשאלות משפטיות. לצורך מילוי תפקידו זה, אין הוא זקוק לחוות דעת לגבי השאלה המשפטית הנבחנת על-ידו (ראו: סעיף 57ב לפקודת הראיות [נוסח חדש]; 436/01 רכאב נ' רכאב, פ"ד נח(6), 927-926 (2004); דנג"ץ 5120/18 נשים קוראות ללדת – למען חופש בחירה בלידה נ' מדינת ישראל, פסקה 56 לפסק הדין של חברתי השופטת ד' ברק ארז (2021); יעקב קדמי, על הראיות – חלק שני, 948 (2009)). אילו מדובר היה בחוות דעת העוסקת בהוכחת דין זר, יכול שבמקרה שכזה ניתן היה להחריש. אלא מאי? המבקשים אינם טוענים כן, לפחות לא בפה מלא, ולא בכדי; חוות דעת מסוג זה נדרש היה להגיש הרבה קודם לכן, לערכאה הדיונית, תוך מתן הזדמנות למשיבה להגיש חוות דעת נגדית. מעבר לכך, עיון ב'חוות הדעת' – שצורפה לבקשת המבקשים כבר מלכתחילה, בלא רשות – מלמד כי היא אינה מכילה אלא אוסף טיעונים משפטיים, התומכים בעמדת המבקשים, חלק הארי שבהם כלל לא נטען לפני הערכאות דלמטה. למסמך גם צורפו נספחים שונים, שלא הובהר אם היו חלק ממארג הראיות בתיק, אם לאו, והאם עברו תחת שבט ביקורתן של הערכאות הדיוניות. לא מצאתי אפוא הצדקה לאפשר למבקשים להעלות לפנינו טענות חדשות, ולצרף גם מסמכים חדשים, שזכרם של כל אלה לא בא בשתי הערכאות הקודמות, מבלי שתעמוד לצד שכנגד הזדמנות להשיב לטענות, לחקור את מגישתה, ולנסות להפריך את הנטען בה והמצורף לה. מסכים אני אפוא, כי אין מקום לצירוף 'חוות דעת המומחית'. כמו כן, מטעמים דומים, ובשונה מדעת חברתי, סבורני כי אין להעתר גם לבקשת המבקשים לצירוף מסמכים נוספים. אסביר.

19. המסמכים החדשים, שצירופם מתבקש עתה, נועדו לחזק את הזיקה של המבקשים לנכסים מושא דיוננו; חלקם – מסמכים פרטניים בנוגע לכל אחת מהמשפחות שפינוין מתבקש, חלקם האחר – מסמכים כלליים הנוגעים לפרשת הבעלות וההחזקה במתחם. אשר למסמכים הפרטניים – מדובר בהעתיקי החוזים שנכרתו בין שר השיכון הירדני, לבין הגורם שממנו, לפי הטענה, שורשרו הזכויות בנכסים לכל אחת מ-4 המשפחות, ובנוסף להם גם צווי ירושה, המלמדים על שרשרת הזכויות במתחם למבקשים. המסמכים הכלליים שצירופם מתבקש הם אלו: העתק תשריט חלוקת המתחם למגרשים; העתק רשימת שמות המשתכנים שעמם התקשרו השלטונות הירדניים בהסכמי השכירות; וכן העתק מכתב מאת משרד החוץ הירדני, מיום 29.4.2021.

20. כאמור, עמדתי היא, כי לא קמה הצדקה לצירוף מסמכים אלה בשלב הערעור. לעומת זאת, חברתי סבורה, ביחס למסמכים אלו, כי "ניתן היה להתרשם כי התעורר קושי אובייקטיבי לקבלם"; קרי, כי לא ניתן היה להגישם לבית המשפט קודם לכן. הפכתי והפכתי בבקשת המבקשים לצירוף המסמכים המדוברים, ולא עלה בידי למצוא אותו "קושי אובייקטיבי", שבו מדברת חברתי. תביעות הפינוי נגד המבקשים הוגשו בשנים 2009-2010, לפני למעלה מעשור, המבקשים לא הצביעו בבקשתם על קושי ממשי כלשהו שמנע מהם לפעול, 'בשקידה סבירה', להשגת המסמכים האמורים הרבה קודם לכן, בשלב הבאת הראיות לפני בית משפט השלום; ודאי שלא במשך זמן כה רב לאחר מכן (לאמות המידה לקבלת ראיות חדשות בערעור, ראו: תקנה 144(1) לתקנות סדר הדין האזרחי; רוזן-צבי – מורה נבוכים, 491; חמי בן-נון וטל חבקין, הערעור האזרחי, 390 (2012)). לכאורה, ההיפך הוא הנכון. מפסק הדין של בית משפט השלום עולה, כי המבקשים בחרו בידועין שלא לפנות לשלטונות ירדן, בניסיון לאתר מסמכים רלבנטיים, והעדיפו לפעול בדרכים אחרות להוכחת טענותיהם: "וכיצד חשבו הנתבעים להוכיח טענה זו? נטענת המערערים כי הרישום בפנקס השטרות הישראלי הושג במרמה – נ' ס' [במקום לפנות בהליך רשמי לממשלת ירדן ולהשיג באמצעותו את המסמכים הרלבנטיים ולזמן את העדים המתאימים, שלחו את אחד מבאי כוח הנתבעים לירדן והוא הצהיר כי לא מצא את הרישומים בפנקס השטרות. לא די בעדות זו, שאינה מגובה במקצועיות או רלבנטיות מתאימה, כדי להעיד על אופן הרישום בירדן" (פסקה 12 לפסק הדין של בית משפט השלום). למעשה, כל שנטען בבקשה לצירוף הראיות הוא כי "רק לאחרונה, ולאחר הגשת בקשת רשות ערעור זו [...] נתקבלו ההסכמים כשהם חתומים ע"י הרשות הירדנית כולל משרד החוץ הירדני מיום 29.4.2021". בכל הכבוד, לא די בכך. בבקשה לא צוין מתי פנו המבקשים לרשויות הירדניות לקבלת מסמכים אלו, האם סורבו בעבר, וככל שכן, מה היו הטעמים לכך.

21. אשוב ואזכיר, אין מדובר בהליך-בזק שנוהל ב'סדר דין מקוצר'; עסקינן בתביעה ב'סדר דין רגיל', שהלכה והתבררה בערכאה הדיונית, במשך למעלה מעשור-שנים (ראו והשוו: ע"א 4126/05 חג'אזי נ' ועד עדת הספרדים, פסקאות ז(3) ו-ח(5) לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (20.6.2006); הליך זה הוא אחד מבין רבים שהתנהלו ביחס למקרקעין הנדונים, ויצוין כי המערער שם יוצג על ידי ב"כ המבקשים דכאן). מעבר לכך, כפי שאפרט, מאחר שלשיטתי אין במסמכים אלה כדי לחזק את מסקנתה של חברתי במישור התוצאתי, איני רואה את החשיבות הטמונה בהם לגבי ההליך דנן; לא שוכנעתי אפוא כי יש בהם כדי "להשפיע על תוצאות הערעור", או שהגשתן מתבקשת כדי "למנוע עיוות דין" (ראו תקנה 144 לתקנות סדר הדין האזרחי). חיסרון נוסף שאני מוצא בקבלת מסמכים חדשים אלה, שחלקם מתוארכים לאמצע שנות ה-50 של המאה הקודמת, נעוץ בפגיעה הדיונית במשיבה, שלא קיבלה הזדמנות נאותה לבצע לגביהם דרישה וחקירה, לתהות אחר מידת האותנטיות שלהם, ולחקור את מגישם. פגיעה זו מתעצמת מקום שבו,

לשיטת חברתי, מסמכים אלו משפיעים באופן ישיר על גורל זכויותיה הקנייניות של המשיבה.

מעשה בית דין

22. לדעת חברתי, בהליכים הקודמים אמנם התגבשה קביעה פסוקה וחלוטה בנוגע ל"תוקפו של הרישום בפנקס השטרות", להבדיל משאלת "הבעלות הפוזיטיבית", אשר עתידה להיות מוכרעת במסגרת הליכי הסדר עתידיים. לעומת זאת, בכל הקשור לקביעת מעמדם של המבקשים כדיירים מוגנים, סבורה חברתי כי לא נוצר מעשה בית דין אשר משתיק את המבקשים מלטעון לקיומה של זכות מסוג אחר, שאיננה זכות דיירות מוגנת.

23. לאחר עיון מעמיק בהסכם הדיוני ובפסק הדין בעניין חנון, וכן בהחלטות ופסקי דין שניתנו במשך עשרות השנים שחלפו מני אז, לא אוכל להצטרף למסקנה זו של חברתי. לעמדתי, בעניינם של המחזיקים בנכסים במתחם שמעון הצדיק, וכך גם בעניינם של המבקשים, התגבש בבירור מעשה בית דין; הן ביחס לעובדה כי המשיבה אכן רשומה כבעלים במתחם (כעמדת חברתי), הן ביחס להגדרת מעמדם של המחזיקים שהיו שותפים להליך בעניין חנון, ומי שבא בנעליהם – כדיירים מוגנים (בניגוד לדעת חברתי).

24. תחילה אציין, כי תמים-דעים אני עם הניתוח שערכה חברתי, לגבי החלת עקרון 'הקרבה המשפטית' על המבקשים ועל המשיבה, נוכח 'יחסי הקרבה' המתקיימים בינם לבין הצדדים שנטלו חלק בהליך המשפטי בעניין חנון (ובכלל זה ההסכם הדיוני שזכה בו לתוקף שיפוטי), וכן ביתר ההליכים שהתנהלו ביחס לזכויות במתחם (ע"א 718/75 עמרם נ' סקורניק, פ"ד לא (1) 29, 32-33 (1976); ע"א 8765/07 פז חברת נפט בע"מ נ' עו"ד אמיר שושני, פסקה 25 (27.12.2010)). אכן, המבקשים הם לכל היותר חליפיהם של מי שהיו צד להליך ולהסכם הדיוני בעניין חנון, בין אם בירושה, בין אם במכר (כך לפי טענתם-שלהם). הדברים נכונים גם ביחס למשיבה, אשר רכשה את הנכסים מאת הוועדים, ובכך באה בנעליהם (לעניין חלותו של עקרון 'הקרבה המשפטית' ביחסי המעביר זכות בנכס מול הנעבר, בין באופן רצוני, בין מכוח הדין, ראו למשל: ע"א 440/70 ע'אנס נ' ע'אנס, פ"ד כו (2) 829, 839 (1972); נינה זלצמן, מעשה-בית-דין בהליך אזרחי, 469 (1991) (להלן: זלצמן); יששכר רוזן-צבי, ההליך האזרחי, 614-614 (2015) (להלן: רוזן-צבי)). הלכה למעשה, בקביעה זו אין כל חידוש. החלת עיקרון 'הקרבה המשפטית' בהקשר של המקרקעין דנן, נעשתה זה מכבר, בכמה הליכים קודמים שהתנהלו בין המשיבה לבין מחזיקים אחרים בנכסים, והיא הוחלה אף ביתר הרחבה, ביחס למחזיקים שלא היו חליפים, במכר או בירושה, של צדדים להליך בעניין חנון (ראו: רע"א 6001/98 גאווי נ' ועד העדה הספרדית בירושלים, דברי הנשיא א' ברק בפסקה 5 (10.1.1999); ע"א (מחוזי י-ם) 6435/99 גאווי נ' ועד עדת הספרדים (עמותה), עמוד 3

(1.5.2001; השופטים צ' סגל, מ' שידלובסקי-אור ומ' גל); ת"א (י-ם) 19795/08 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' חאג', פסקה 14 (26.2.2012; השופט כ' מוסק). אעיר, כי ביחס למבקשת 8, ומי שבאו בנעליה במרוצת חיי התיק – הלוא הם המבקשים 13-15 – אין כל צורך להידרש לעקרון 'הקרבה המשפטית', שכן הובהר כי היא היתה צד להליך בעניין חנון, ואף חתמה בגדרו על ההסכם הדיוני.

השתק פלוגתה בשאלת הבעלות במתחם

25. אשר לקיומו של מעשה בית דין בשאלת הבעלות במתחם, חברתי מבחינה כאמור בין "הבעלות הרשומה" לבין "הבעלות הפוזיטיבית". הבחנה זו, על פני הדברים, אינה רלבנטית לשאלת הפינוי העומדת במוקד ההליך שלפנינו, שכן גם 'בעלים רשום' רשאי לדרוש פינוי וסילוק-יד מן המקרקעין הרשומים על-שמו (ראו: סעיף 16 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין)). ממילא, קביעתה של חברתי, כי אין כל ממצא פוזיטיבי שממנו ניתן להסיק על קיומו של השתק פלוגתה בשאלת הבעלות המהותית במתחם – אינה קביעה נדרשת בגדרי ההליך שלפנינו. מכל מקום, משפירטה חברתי בעניין זה, אתיר גם אני לעצמי להוסיף הערה משלי. אין חולק כי עסקינן במקרקעין לא מוסדרים. ביחס למקרקעין מסוג זה, קובע סעיף 125(ב) לחוק המקרקעין, כי "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין לא-מוסדרים יהווה ראיה לכאורה לתכנון". חרף מהימנותו המוגבלת של המרשם, כאשר עסקינן במקרקעין לא מוסדרים, הרי שכל עוד לא נסתרה חזקה לכאורית זו, בין בהליך הסדר, בין בהליך משפטי אחר, ההנחה היא כי זכות הבעלות במתחם נתונה לבעל הזכויות הרשומות. כפי שמציין פרופ' ויסמן: "אין למעט יתר על המידה מערכו של המרשם במקרקעין שאינם מוסדרים. אמנם יש שרישומים בפנקסי המקרקעין התורכיים לוקים באי-דיוקים בציון שטחים וגבולות של חלקות אך בדרך-כלל נטו בתי המשפט לייחס משקל רב לערך ההוכחתי של הרישום, ולא בנקל התירו לסתור אותו" (י' ויסמן, דיני קניין – חלק כללי, 306 (1997); כן ראו: ע"א 8954/06 עבדלרבו מעו נ' האפורטרופוס הכללי, פסקה 77 (26.9.2010)). אמנם, לכך שמדובר בזכויות הרשומות בפנקס השטרות ולא בפנקס הזכויות, נודעת משמעות משפטית רבה (ראו, למשל, סעיפים 10, 23, 159(ב) ו-162(2) לחוק המקרקעין), אך אין בכך כדי לגרוע מתוקפה וגבורתה של זכות הבעלות בקרקע לא מוסדרת, על-פי הגדרת המונח "בעלות" שבחוק המקרקעין (שם, סעיף 2). אין לכחד: יכול שבעתיד, במסגרת הליכי הסדר, יעשו ניסיונות לקרוא תיגר על רישום המשיבה בפנקס השטרות, במטרה לסתור את החזקה הקיימת מכוח רישום זה; או אז יהא מקום להכריע בשאלה אם המחזיקים מושתקים מלטעון נגד זכות הבעלות של המשיבה, אם לאו, נוכח ההסכם הדיוני והקביעות שבעניין חנון, וביתר ההליכים המשפטיים שנוהלו בין הצדדים במשך השנים. ברם, עד שתיסתר חזקה זו, ברי כי ההתייחסות אל המשיבה היא כאל בעלי-הקרקע. אם כן, גם אם אניח כי לגבי הבעלות המהותית אין כאן לפנינו

מעשה בית דין (ואינני מכריע בדבר), הרי שהמשמעות המשפטית של הרישום על-שם הוועדים מכוח הוראות הדין – ברורה, ונפקותה לעניין שלפנינו – ברורה גם היא.

השתק פלוגתה בשאלת הדיירות המוגנת

26. שלא כדעת חברתי, עמדתי היא כי בעניין דנן, חל מעשה בית דין מסוג השתק פלוגתה, גם ביחס לשאלת הדיירות המוגנת. מאחר שקביעה זו בעיקרה, היא פועל יוצא של ההליכים שנוהלו בעניין חנון, אפרט להלן על אודות ההליכים הללו, ואתייחס לאשר נטען בהם ולמה שנקבע בהם, כעולה מהמסמכים שבידינו.

27. הפעם הראשונה שבה נדרש בית משפט זה למחלוקת לגבי הזכויות במתחם, היתה במסגרת פרשת אל-איובי (ע"א 459/79 הוועד הכללי כנסת ישראל נ' אל איובי, פ"ד לה(4) 188 (1981); השופטים מ' לנדוי, מ' אלון ומ' בייסקי). במסגרת אותו הליך, נדחו, ב-3 ערכאות, תביעות פינוי שהגישו הוועדים נגד מחזיקים שונים במתחם (שאינם המבקשים דנן). הוועדים העלו באותו עניין טענות, כלפי תוקפם של הסכמי-השכירות שנחתמו עם המשתכנים במתחם, וכלפי תוקפם של ההסכמים שעמדו ברקע להסכמים אלו. טענתם היתה, כי המחזיקים במתחם הם פולשים שנכנסו לנכסים שלא כדין. טענות אלו נדחו על-ידי בית משפט השלום, אשר קבע כי המערכת החוזית המשולשת מהתקופה הירדנית (חוזה א' – בין הממונה הירדני על נכסי האויב (להלן: הממונה הירדני) לבין שר השיכון הירדני; חוזה ב' – בין שר השיכון הירדני לבין סוכנות הסעד של האו"ם (להלן: אונר"א); חוזה ג' – בין שר השיכון הירדני לבין המשתכנים; ראו פירוט בפסקה 5 לחוות דעתה של חברתי) – נעשתה כדין, ולפיכך המחזיקים נכנסו לנכסים כדין (ת"א 6800/72 ועד כללי כנסת ישראל נ' אל-איובי (18.11.1976)). ערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי – נדחה אף הוא, בדעת רוב, תוך שצוין כי למעשה אין צורך לדון בשאלת מעמדם של המחזיקים בקרקע, מאז כניסתם אליה, משום ששאלה זו לא הועלתה על-ידי הוועדים (ע"א 236/76 הוועד הכללי כנסת ישראל נ' אל-איובי (מיום 1.11.1978)). אחר זאת, הגישו הוועדים בקשת רשות ערעור לבית משפט זה, הרשות ניתנה, אך הערעור נדחה לגופו (פרשת אל איובי הנ"ל). נקודת המוצא בפסק הדין היתה, כי הבעלות במתחם נתונה לוועדים, בעוד שלמחזיקים קיימות זכויות מכוח הסכמי השכירות עם השלטונות הירדניים, אשר נחתמו כדת ודין, ולא הוכח לגביהם כי הם טעונים רישום בפנקסי המקרקעין. במקביל לכך, נדחתה טענת הוועדים כי הסכמי השכירות, ובפרט סעיף 11 שבהם, שוללים למעשה את זכות הקניין שלהם, ובשל כך עומדים בניגוד לדין הבינלאומי. בהקשר זה נקבע, כי אין כל צורך לערוך בירור בשאלת "היקף חובתו של הממונה על רכוש האויב לשמור בידיו את הקניין בנכסים, שהוקנו לו", שהרי סעיף 11 הנ"ל מעולם לא בא לידי מימוש, וממילא לא הוכח כי התקיימו תנאיו.

28. לא חלף זמן רב, ובשנת 1982 הגישו הוועדים 17 תביעות לסילוק יד של מחזיקים שונים בנכסים (להלן: עניין חנון בשלום). חלק מהטענות שהעלו הוועדים בעניין חנון בשלום, היו שונות מאלו שנטענו על-ידם בעניין אל-איובי, כאשר חלקן הן טענות שהדיון בהן לא התאפשר בעניין אל-איובי, מחמת "שינוי חזית" מצד הוועדים (ראו: עניין אל-איובי, 193). בעיקרו של דבר, ההליך בעניין חנון בשלום נסוב סביב טענת הוועדים כי חוזי השכירות בטלים מעיקרם, משלא נרשמו בספרי האחוזה – בניגוד לדין הירדני – ומשנמצא כי הם סותרים את הוראות הדין הבינלאומי הפומבי, האוסר על שלילת קניינם של נתיני אויב. בנוסף, וחשוב לענייננו, הוועדים הוסיפו וטענו, כי גם אם נניח כי כניסתם של המחזיקים למקרקעין היתה ברשות, כפי שלמעשה נקבע כבר בעניין אל-איובי, הרי שרשות זו בוטלה זה מכבר, וחלפה מן העולם. הוועדים לא הסתפקו בסעד של סילוק-יד, ולחלופין עתרו גם "להצהיר מה מעמדם של הנתבעים וזכויותיהם לגבי המקרקעין" (עניין חנון בשלום, פסקה 2). המחזיקים, מן העבר השני, טענו להגנתם כי זכויותיהם מבוססות על הסכמי שכירות תקפים עם השלטונות הירדניים; כי עומדת להם זכות לרכוש את המקרקעין, על-פי דיני בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת (בפרט, נוכח האמור בסעיף 23 לחוק המקרקעין); כי מעמדם הוא של דיירים מוגנים; וכי מכל מקום הם זכאים לסעד מן הצדק. נוסף לכך, הגישו המחזיקים באותו הליך, פרט לאחד, תביעות שכנגד, להצהרה על בעלותם בנכסים, אשר התבססו, בעיקרו של דבר, על 'אופציית שכלול הבעלות' שנקבעה בסעיף 11 לחוזי השכירות.

29. במסגרת ההליך נחתם "הסדר מוסכם לניהול הדיון", שבגדרו הסכימו הצדדים על עובדות שאינן שנויות במחלוקת, על יסוד מסמכים שצורפו לו (להלן: ההסכם הדיוני). בתוך כך הוסכם, כי הוועדים הם "הבעלים הרשום של כ-17 דונמים באזור מערת שמעון הצדיק בירושלים", וכי "אין כל רישום אחר בפנקסי המקרקעין, הישראליים או הירדניים, הסותר הרישום הנ"ל". בנוסף, תוארה בהסכם הדיוני מערכת ההסכמים המשולשת שנכרתה בתקופת השלטון הירדני ביחס למקרקעין (כמתואר לעיל), תוך צירוף ההסכמים הרלבנטיים. בהתייחס למסמכים שצורפו, ציינו הצדדים, כי הסכמתם נתונה "באשר לעצם קיומם" של המסמכים, אך לצד זאת הבהירו, כי יהיו רשאים לחלוק על "תוקפם המשפטי (מכח כל דין לרבות המשפט הבינלאומי), על חוקיותם, או על קיומם של תנאים מוקדמים הנדרשים בהם". סעיף זה הוכנס להסכם הדיוני, ככל הנראה, בשל רצונם של הוועדים 'לאתגר' את תוקפם וחוקיותם של ההסכמים שנחתמו בתקופת השלטון הירדני – כפי שאכן טענו בעבר; הן בעניין אל-איובי, הן בעניין חנון. מכל מקום, כפי שציינה חברתי, מקריאת ההסכם הדיוני עולה, כי הסכמת הצדדים ניתנה לגבי נקודת המוצא העובדתית לניהול ההליך המשפטי, אך לא ניתנה בו הסכמה לגבי מעמדם המשפטי של המחזיקים בנכסים; למעשה, שאלה זו ממש נדונה במסגרת ההליך המשפטי בעניין חנון, ולבסוף

הוכרעה בשתי ערכאות. לתיאור קביעות אלו, השלכה ישירה על השאלה אם קיים השתק פלוגתה בשאלת הדיירות המוגנת. לכך אפנה עתה.

30. ההליכים המשפטיים בעניין חנון בשלום – תביעות לסילוק יד מזה, ותביעת בעלות מזה – נדחו על-ידי נשיא בית משפט השלום דאז, השופט א' מ' שמחה. טענות הוועדים כי חוזי השכירות בטלים משום שלא נרשמו, או משום שהם עומדים בסתירה לדין הבינלאומי – נדחו. כעולה מפסק הדין, חלק נכבד מיריעת המחלוקת בין הצדדים בעניין חנון בשלום, נגעה לשאלת מעמדם של המחזיקים בנכסים. כעולה מפסק הדין, במסגרת הדיון התייחסו הצדדים, בין היתר, לשתי חלופות הנוגעות למעמד המחזיקים בנכסים – כדיירים מוגנים או כבני-רשות במקרקעין, ונערך ניתוח שלהן בפסק הדין (עניין חנון בשלום, פסקאות 13-14 ו-16). אחר כל זאת נקבע, כי אין לראות את המחזיקים במתחם שמעון הצדיק כבעלי רישיון במקרקעין, שכן מוסד משפטי זה כלל לא נקלט בדין הירדני – הוא הדין אשר חל בעת חתימת הסכמי השכירות. עוד נקבע, כי ממילא מדובר בטענה שהועלתה על-ידי הוועדים, בעוד שהמחזיקים מצדם כלל לא ביקשו "לסמוך עליה לצרכי הגנתם" (שם, בפסקה 14). בנוסף נקבע, כי יש לקבל את הטענה שנשמעה מפי המחזיקים בנכסים, כי מעמדם הוא של דיירים מוגנים; הן לפי חוקי הגנת הדייר הירדנים (עד שנת 1967), הן לפי חוק הגנת הדייר הישראלי (משנת 1967 ואילך) (שם, בפסקה 16). אשר לתביעות שכנגד, שהגישו המחזיקים בנכסים, נקבע כי "לא נתמלאו התנאים המוקדמים הדרושים" על-פי סעיף 11 לחוזי השכירות, וממילא טענה זו נדחתה זה מכבר, בעניין אל-איובי; התביעות שכנגד נדחו אפוא, על-ידי בית משפט השלום.

31. על פסק הדין בעניין חנון בשלום הוגשו ערעורים הדדיים לבית המשפט המחוזי, ואלה נדחו בפסק דין מפורט ומנומק, שניתן על-ידי הרכב השופטים ו' זילר, מ' נאור ומ' ארד (ע"א 166/89 ועד עדת הספרדים נ' חנון (16.6.1991)) (להלן: עניין חנון במחוזי). בפסק הדין, נדחו שתי הטענות המרכזיות שבהן מיקדו הוועדים את ערעורם: בטלות חוזי השכירות מחמת אי-רישומם ב'טאבו' כנדרש, בניגוד לקבוע בדין הירדני, המחייב רישום עסקאות שכירות; העדר יכולת של הממונה הירדני להשכיר את הנכסים "באופן שיחולו עליהם דיני הגנת הדייר", נוכח כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, האוסרים את שלילת זכות הבעלות של הבעלים המקורי (שם, עמוד 6). בהקשר זה נקבע, כי לא נפל פגם באי-רישום זכויות השכירות בספרי האחוזה, בהתאם לדין הירדני, וכי גם הדין הבינלאומי, לא מנע מהממונה הירדני, בנסיבות העניין, להשכיר את הנכסים למשך 3 שנים, "תוך ידיעה שיחולו עליה חוקי הגנת הדייר הירדניים" (שם, עמוד 14). אחר זאת, נקבע כדברים האלה: "כדי להימנע מסכסוכים עתידיים נבהיר כי משעה שהוחלו חוקי מדינת ישראל על הקרקע, רכשו המשיבים מעמד של דיירים מוגנים מכח חוק הגנת הדייר (נוסח משולב) תשל"ב-1972" (שם, עמוד 17). בד בבד, דחה בית המשפט המחוזי את ערעור המחזיקים, בכל

הנוגע לטענתם לבעלות בנכסים על יסוד סעיף 11 להסכמי-השכירות, בקובעו כך: "אפילו לגרסתם, הייתה זכות זו ענין לאופציה שניתנה להם על-מנת שהיא תמומש בתנאים מסוימים, ולא הוכח לא שהם ביקשו את המימוש ולא שהם היו זכאים לתבוע זאת, ומכל מקום הבעלות לא הועברה אליהם". בקשת רשות ערעור שהגישו המחזיקים על פסק הדין בעניין חנון במחוזי – נדחתה על-ידי הנשיא מ' שמגר (רע"א 3247/91 חנון נ' ועד עדת הספרדים (27.10.1991)).

32. לא בכדי פירטתי בהרחבה על אודות ההליכים שהתקיימו בעניין חנון; לטעמי, לאחר עיון מדוקדק בהם, מתחייבת המסקנה כי מתקיים 'השתק פלוגתה' בשאלת הדיירות המוגנת – כפי שקבעו כלל הערכאות אשר דנו בזכויות הצדדים במתחם עד כה. ראשית אציין, כפי שמציינת גם חברתי, בפסקה 75 לחוות דעתה, כי הקביעה שלפיה המחזיקים בנכסים הם דיירים מוגנים, מקורה בהכרעה שיפוטית שניתנה במסגרת פסקי הדין בעניין חנון, לאחר דרישה וחקירה; לא בהסכם הדיוני. לפיכך, מתייחר הצורך לדון בשאלת חלותו של הכלל בדבר 'השתק פלוגתה' בנסיבות של הסכמה שקיבלה תוקף של החלטה שיפוטית (ראו פסקאות 66-67 לחוות הדעת של חברתי). מכל מקום, לגבי דידי, הכרעה זו, שברבות הימים הפכה חלוטה – יצרה השתק פלוגתה בענין זה בין הצדדים וחליפיהם, לרבות הצדדים שלפנינו, ולטעמי – באופן מובהק. לא בכדי, קביעה זו שימשה בסיס לכל עשרות ההתדיינות המאוחרות לעניין חנון, שבהן שבו בתי המשפט על קביעה זו, ואף הכריעו על יסודה במספר רב של הליכים. אפרט את דברי.

33. הכלל בדבר 'מעשה בית דין' קובע, כי פסק דין שניתן בתום הליך שיפוטי, מקים מחסום דיוני, המונע התדיינות נוספת בכל עניין או שאלה שהוכרעו בין אותם בעלי דין או חליפיהם, במסגרת פסק הדין (זלצמן, 3). כידוע, כלל זה נחלק לשני סוגים: השתק עילה, שמכוחו נמנעת התדיינות נוספת בעילה שהוכרעה בהתדיינות הראשונה; והשתק פלוגתה, המונע התדיינות נוספת בשאלה שנדונה והוכרעה בפסק הדין, וזאת גם אם העילות שבשתי ההתדיינות שונות זו מזו (זלצמן, 137; רון-צבי, 485). בכל הנוגע להשתק פלוגתה, נקבעו בפסיקה 4 תנאים מצטברים לחלותו: האחד – הפלוגתה זהה מבחינה עובדתית ומשפטית לפלוגתה שנדונה בהליך הראשון; השני – בהליך הראשון קיימו הצדדים התדיינות באותה פלוגתה; השלישי – הפלוגתה הוכרעה בהליך הראשון ונקבע לגביה ממצא פוזיטיבי; הרביעי – ההכרעה בפלוגתה נמצאה חיונית לצורך פסק הדין בהליך הראשון (ראו, למשל, ע"א 8273/16 Fundacio Gala-Salvador Dali נ' וי. אס מרקטינג (ישראל 2005) בע"מ, פסקה 43 (11.7.2021); זלצמן, 141; רון-צבי, 539). נפנה אפוא לבחון, על-פי אמות מידה אלו, האם הקביעה בעניין חנון בדבר מעמד המחזיקים במתחם כדיירים מוגנים היא פלוגתה פסוקה. חברתי השיבה על שאלה זו בשלילה. לשיטתה, טענה זו הועלתה כ"טענה חלופית" בלבד על-ידי המחזיקים בענין חנון

בשלום. אמנם, בית משפט השלום קיבל את הטענה הזו, אך זאת "במשפט קצר", כאשר דחייתה של התביעה לסילוק יד לא נצרכה לכך (כלומר, לא נדרש היה לקבוע ממצא בשאלת מעמד המחזיקים – נ' ס'), משנקבע שהחוזים שעליהם מבוססת החזקה תקפים; עוד סבורה חברתי, כי לא התקיים "כל דיון ממשי בכל הנוגע להשלכות ולמשמעויות של הקביעה בדבר הדיירות המוגנת".

אין בידי להצטרף למסקנתה זו.

34. עוד בטרם אבוא בשערי השתק הפלוגתה, אציין כי לכאורה ניתן להעזר בענייננו גם בכלל ההשתק השיפוטי (Judicial Estoppel). כפי שפירטתי לעיל, טענת הדיירות המוגנת הועלתה לראשונה על-ידי המחזיקים בנכסים עצמם, בעת שביקשו להתגונן מפני תביעות הפינוי (עניין חנון בשלום, פסקה 8). הוועדים מצדם, התנגדו להכרה במחזיקים כדיירים מוגנים, בידעם כי זו תסכל את תביעות הפינוי, כפי שאכן אירע בפועל. לא זו אף זו: הוועדים סירבו להשלים עם הקביעה לגבי הדיירות המוגנת, והגישו ערעור עליה לבית המשפט המחוזי (עניין חנון במחוזי, עמוד 6) – שלבסוף נדחה. אם כן, טענת הדיירות המוגנת התקבלה בפועל על-ידי שתי ערכאות. עובדות אלה, כבר כשלעצמן, מונעות את האפשרות לחזור עתה מהקביעה השיפוטית בדבר מעמד המחזיקים כדיירים מוגנים, למצער מעוררות קושי רב. זאת, אף מבלי להידרש לדוקטרינת 'מעשה בית דין', על יסודותיה וענפיה, באספקלריית דיני ההשתק הכלליים.

35. כאמור, כלל ההשתק השיפוטי מונע מבעל דין להעלות טענות סותרות בשני הליכים שונים, גם כאשר מדובר ביריבים שונים. ההליך השיפוטי אינו 'תכנית כבקשתך', ובעל דין אינו רשאי לטעון דבר והיפוכו בהליכים שונים, בבחינת "טוב אֶשְׁךָ ופָּאֵיִךְ בְּיָדָהּ וְגַם מִיָּדָהּ אֶל תִּנַּח אֶת יָדְךָ" (קהלת ז, יח). כלל זה נחשב מעקרון תום-הלב, ותכליתו למנוע פגיעה בבעל הדין שכנגד, בטוהר ההליך השיפוטי, ובאמון הציבור במערכת המשפט (רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625, 633, (2005) (להלן: עניין בית ששון)). כידוע, המקרה הקלאסי להעלאת טענה בדבר השתק שיפוטי הוא כאשר בעל הדין נחל הצלחה בקבלת טענתו במשפטו הראשון; דהיינו, כאשר "העלה אדם טענה בהליך מסוים וטענתו התקבלה, ובעקבות זאת זכה בטובת הנאה, הוא יהיה מנוע מלהעלות טענה סותרת בהליך אחר" (ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin Lines Bros. S.A פ"ד מח(4) 133, 194 (1994); רע"א 6753/96 מ.מ.ח.ת בע"מ נ' פרידמן, פ"ד נ(5) 418, 422 (1997); רחן-צבי, 257). אציין כי בפסיקה הישראלית נשמעו קולות לכאן ולכאן, בכל הנוגע לנחיצותה של 'הצלחה קודמת' בהתדיינות הראשונה, לצורך החלת הכלל בדבר השתק שיפוטי (עניין בית ששון, עמודים 633-634, וכן שם, בחוות

דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; רע"א 8297/12 הפניקס הישראלי לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקאות 12-13 (16.7.2013); ע"א 8378/11 יגל מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פסקה 31 (27.10.2016); רחון-צבי, 264-265; עידו באום ואבישג ברוך, "השתק שיפוטי: עיון ביקורתי בכלל ההצלחה הקודמת", ספר אליקים רובינשטיין, 1461, 1468-1472 (2021) (להלן: באום וברוך). בענייננו, כלל אין צורך להכריע בין הגישות השונות בשאלה זו, שכן ממילא טענת הדיירות המוגנת, אשר הועלתה על-ידי המחזיקים בנכסים, התקבלה בעניין חנון, על-ידי שתי ערכאות, וסייעה למחזיקים להתגונן מפני תביעות הפינוי. לעניין זה, אין צורך להידרש לשאלה אם קבלת הטענה היתה חיונית לצורך דחיית התביעות לסילוק-יד, או שמא התקבלה הטענה למעלה מן הצורך (לדעת-שלי, קביעה זו היתה חיונית לדחיית תביעות הפינוי, כפי שאפרט בהמשך), שכן "די בכך שהטענה התקבלה על-ידי בית-המשפט אף אם בסופו של יום לא צלח בעל-הדין במשפט" (עניין בית ששון, עמוד 633).

36. לשון פשוטה – מטעמי הגינות בסיסית, קשה להלום תוצאה שלפיה טענה אשר שירתה את האינטרס של המחזיקים בנכסים בהתדיינות הראשונה (בעניין חנון), ואף הועלתה על-ידם, מיוזמתם, תהפוך לימים ל'כלי ריק', אך משום שבהתדיינות השנייה (בעניין דנן), נוכח שינוי הנסיבות, ומשנוצרו עילות פינוי לפי חוקי הגנת הדייר, עומדת היא להם לרועץ [במאמר מוסגר אעיר, כי אינני נדרש כאן לשאלה האם כלל השתק השיפוטי אמור לחול בנסיבות שבהן שני בעלי-הדין העומדים לפני בית המשפט אינם אלה שהתדיינו בהליך המקורי, והאם בכגון דא יש מקום להחיל את עיקרון 'הקרבה המשפטית' (ראו: באום וברוך, עמוד 1462, הקובעים כי דוקטרינת השתק השיפוטי "אינה מוגבלת להתדיינות בין אותם בעלי דין או חליפיהם"; ראו גם: אבישי אדר, טיעון בלתי-עקיב: סופיות, מניעות והשתק, 279 (2021); עניין בית ששון, פסקה 9). זאת, שכן לעמדת, ממילא חל בנדון דידן השתק פלוגתה, כמפורט להלן].

37. אפנה עתה לכלל השתק הפלוגתה. סבורני, כי כלל זה מתקיים גם לגבי הקביעה כי בין הוועדים, והמשיבה שבאה בנעליהם, לבין המחזיקים בנכסים, שוררת מערכת יחסים של בעל-בית ודיירים מוגנים. להלן אבאר את דברי, באמצעות ניתוח עובדות המקרה שלפנינו, על-פי 4 התנאים המצטברים שנקבעו לכלל משפטי זה, כסדרם:

(א) האם מתקיימת זהות בין הפלוגתות? – אין ספק, כי הפלוגתה שהוכרעה בעניין חנון, היינו מעמד של המחזיקים כדיירים מוגנים, היא אותה פלוגתה הנדונה בענייננו. ואזכיר, כי השתק פלוגתה עשוי לחול הן לגבי שאלות עובדתיות, הן לגבי שאלות

משפטיים (ע"א 7883/09 בר הלל נ' בירי בראשי עבודות עפר פיתוח תשתית וכבישים (1987) בע"מ, פסקה 30 (30.11.2011); רחן-צבי, 540).

(ב) האם התקיימה התדיינות בפלוגתה במסגרת ההתדיינות הראשונה? – עיון בפסקי הדין בעניין חנון – הן זה שניתן על-ידי בית משפט השלום, הן זה שניתן על-ידי בית המשפט המחוזי – מלמדים בבירור כי הקביעה בדבר הדיירות המוגנת, לא היתה עניין שולי וזניח שהצדדים לא נדרשו אליו כדבעי, או נושא שהוזכר במשפט קצר, אגבי, בירכתי פסק הדין. על פני הדברים, ההיפך הוא הנכון. מדובר היה בפלוגתה שהצדדים נחלקו בה, וניהלו לגביה התדיינות אדברסרית, ככל משפטה וחוקתה, אשר הוכרעה לבסוף בפסק הדין. כך, בסעיף 13 לפסק הדין בעניין חנון בשלום נכתב, כי "במסגרת הטענות, הצדדים התייחסו גם ל: [...] ג) מצבם לאור הדין הישראלי אחרי 1967. ד) קיומה של דיירות מוגנת וסעד מן הצדק". מעבר לכך, הקביעה בדבר מעמדם של המחזיקים כדיירים מוגנים ניתנה כאמור בניגוד לעמדת הוועדים, אשר בחרו למקד את ערעורם לבית המשפט המחוזי בקביעה זו ממש. כפי שהוצגו טענותיהם בפסק הדין בעניין חנון במחוזי: "הממונה הירדני לא יכול היה להשכיר את המושכרים, באופן שיחולו עליהם חוקי הגנת הדייר, זאת משום שהתוצאה של השכרה כזו היא שלילת זכות הבעלות של המערערים" (שם, עמוד 6) (ההדגשות שלי – נ' ט'). כפי שהעירה חברתי, לא הוצגו לעיוננו כלל כתבי הטענות שהוגשו בהליכים בעניין חנון, ומטבע הדברים, בחלוף השנים, גם תיק בית המשפט ופרוטוקולי הדיונים במלואם לא הובאו לפנינו. ברם, די בקריאת פסקי הדין, כדי להיווכח בבירור כי שאלת הדיירות המוגנת בהחלט נדונה בעניין חנון, ובוודאי שהיה לצדדים יומם בבית המשפט' בהקשר זה.

(ג) האם נקבע ממצא פוזיטיבי בשאלת הדיירות המוגנת? – בעניין חנון בשלום נקבע, כי "בתום תקופת השכירות החוזית הראשונה המשיכו הנתבעים להתגורר [בקרקע]. לא הוכח כל שינוי במעמדם מאז. מכאן שהיתה לנתבעים זכות להמשיך ולהתגורר בדירותיהם מכח חוק הגנת הדייר הירדני עד 1967 ומכוח חוקי הגנת הדייר הישראליים מאז 1967". בדומה, גם בפסק הדין בעניין חנון במחוזי נקבע, כי "משעה שהוחלו חוקי מדינת ישראל על הקרקע, רכשו המשיבים מעמד של דיירים מוגנים מכח חוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972". ניתן להסתפק במובאות אלה, כדי למלא אחר דרישת הממצא הפוזיטיבי (להרחבה לגבי דרישת הממצא הפוזיטיבי, ראו: זלצמן, 186-192).

(ד) האם ההכרעה בשאלת הדיירות המוגנת היתה חיונית לצורך מתן פסק הדין בעניין חנון? – אין ספק, כי שאלת מעמדם של המחזיקים עמדה במרכזו של ההליך בעניין חנון; על כך ניתן ללמוד מהשתלשלות העניינים שהביאה להגשת תביעות הפינוי בעניין חנון, ומן האופן שבו נוסחו הסעדים בתביעות הללו. כזכור, לתביעות הפינוי בעניין חנון,

קדמה פרשת אל-איובי, שבה נדחו תביעות פינוי שהגישו הוועדים נגד מחזיקים אחרים, משנקבע כי האחרונים אינם פולשים ולא באו כזרים למקרקעין, אלא על יסוד הסכמי שכירות שנכרתו כדת וכדין (עניין אל-איובי, עמוד 195). לצד קביעה זו, בשולי פסק הדין בעניין אל-איובי, נכתב כהאי לישנא: "בית-משפט השלום ציין בצדק, שהמערערים לא טענו לחלופין, שגם אם המשיבים נכנסו לקרקע כדין, הפכו אי פעם לאחר מכן למסיגי גבול, ועל-כן שאלה זו אינה מתעוררת בהליכים אלה" (שם, עמוד 196). כלומר, אף שנקבע כי הסכמי השכירות עם השלטונות הירדניים נעשו כדין, שאלת המשך מעמדם של המחזיקים בנכסים, נוכח השנים שחלפו, לא הועלתה בעניין אל-איובי, וממילא לא נדונה שם. בעקבות קביעה זו, שהותירה פתח לבאות, הוועדים – שהיו "למודי ניסיון" מפרשת אל-איובי (כלשון בית משפט השלום בעניין חנון, פסקה 6) – בחרו לנצל דלת זו, שלא ננעלה בעניין אל-איובי, וטענו בתביעתם בעניין חנון, בין היתר, כי גם אם נניח שהסכמי השכירות אכן כשרים למהדרין, הרי שלימים הפכו המחזיקים למסיגי גבול, ולפיכך – יש להורות על סילוקם מן המקום. בין היתר נטען, כי המחזיקים קיבלו רשות להיכנס ולהחזיק בקרקע, אך רשות זו – בוטלה (שם, פסקה 6(ב)); טענה זו נדחתה בהמשך פסק הדין (פסקה 14), ולכך אתייחס להלן. למעשה, בית משפט השלום בעניין חנון, דחה במפורש את הטענה שנטענה בהקשר זה מפי המחזיקים, לקיומו של 'מעשה בית דין', והבהיר כי תביעות הוועדים כוללות עילות חדשות, כגון הטענה בדבר "רשות שבוטלה" (שם, פסקה 7). גם האופן שבו נוסחו הסעדים בתביעות הפינוי, תומך במסקנה כי שאלת מעמד המחזיקים, בעת הגשת התביעות, עמדה במוקד ההליך בעניין חנון. לא בכדי, כך הוצג הסעד המבוקש על-ידי הוועדים, במסגרת פסק הדין בעניין חנון בשלום: "א) לסילוקם של הנתבעים ומסירת החזקה לידיהם; ולחלופין (ב) להצהיר מה מעמדם של הנתבעים וזכויותיהם לגבי המקרקעין להם הם נזקקים" (ההדגשות שלי – נ' ס').

38. הנה כי כן, על מנת לדחות את תביעות הפינוי שהגישו הוועדים, לא היה די בקביעה כי המחזיקים נכנסו לקרקע כדין, וכי הסכמי השכירות – שלפי האמור בהם תוקפם הוא ל-3 שנים בלבד, מבלי שהוכח כי חודשו – נעשו כדין. אין בקביעות אלו, שבפועל ניתנו עוד בעניין אל-איובי, כדי להביא לדחיית תביעות הפינוי בעניין חנון. כאמור, בעניין חנון נטען, כי גם אם נניח שחוזי השכירות נכרתו כדין, הרי שבמרוצת השנים הפכו המחזיקים למסיגי גבול, וממילא אין לתמוה מדוע נוצר צורך חיוני להבהיר מהו מעמד המחזיקים בנכסים במתחם, ומכוח איזו זכות רשאים הם להמשיך ולהחזיק בקרקע, בחלוף השנים. במובן זה, פסק הדין בעניין חנון לא היה יכול לעמוד על רגליו, אלמלא התייחס בית המשפט לשאלת מעמדם של המחזיקים (ע"א 581/72 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2), 513, 525 (1973); רחן-צבי, 578). ואכן, לא בכדי הוקדש דיון נכבד בפסק הדין בעניין חנון בשלום לשאלה זו (שם, פסקאות 13-16), ולא לחינם ערערו

הוועדים על קביעת הדיירות המוגנת, שמשמעותה העיקרית, כידוע, היא הגבלת האפשרות לפנות את הדייר המוגן מן הנכס (ראו: סעיף 19(א) לחוק הגנת הדייר; ע"א 3295/94 פרמינגר נ' מור, פ"ד נ(5) 111, 118 (1996); יהושע ויסמן, דיני קניין – החזקה ושימוש, 411, 423 (התשס"ו) (להלן: ויסמן)). נוכח זאת, אין בידי להסכים עם מסקנתה של חברתי כי "דחייתה של התביעה לסילוק יד לא נצרכה לכך (לטענת הדיירות המוגנת – נ' ס'), משנקבע כי החוזים שעליהם מבוססת החזקה תקפים". דעתי-שלי היא, כי הקביעה בעניין חנון, בדבר מעמד המחזיקים כדיירים מוגנים, היתה חיונית לשם הדיפת התביעות לסילוק-יד; טול קביעה זו מפסק הדין, נטלת עקצו, הסרת ממנו עיקרו.

39. כאן המקום להעיר, כי העובדה שטענת הדיירות המוגנת הועלתה כטענה חלופית, לצד טענות אחרות – איננה מעלה או מורידה דבר לגבי התגבשות הטענה בדבר השתק פלוגתה. כל עוד התקיים לגביה דיון אדברסרי, והיא נדרשה לטובת ההכרעה בהליך. בהקשר זה, מציינת המלומדת נירה זלצמן כך: "גם כאשר הכריע בית המשפט בשתי פלוגתאות או יותר לטובת בעל-הדין, שאת גרסתו העדיף לקבל במחלוקת המרכזית – מהווה כל קביעה שנעשתה לצורך פסק-הדין ממצא חיוני, המשתיק את בעל הדין שכנגד מלטעון טענה סותרת בהתדיינות אחרת ביניהם. העובדה, שלצורך פסק-הדין היה בית-המשפט יכול להסתפק בהכרעה באחת בלבד מבין הפלוגתאות שהעמידו בעלי הדין, אך העדיף לבסס את פסק-דינו על כל אחת מהן, ולו כנימוקים חלופיים, אינה פוגמת בחיוניותו של כל אחד מן הממצאים שקבע בית-המשפט ביחס לאותן טענות, לצורך הפעלתו של כלל השתק הפלוגתא" (זלצמן, 195; ראו גם: ע"א 53/74 בריסטול מייארס קומפני נ' ביצ'ס גרופ לימיטד, פ"ד כט(1) 372, 386 (1974); רוזן-צבי, 579-581). כך גם בעניינינו-אנו. אף אם העלו המחזיקים כמה וכמה טענות, העיקר הוא שטענת הדיירות המוגנת נדונה ולבסוף התקבלה, גם אם היתה אחת מבין כמה מהטיעונים שהתקבלו.

40. חברתי מציינת בחוות דעתה, כי בעניין חנון בשלום – "לא התקיים כל דיון ממשי בכל הנוגע להשלכות ולמשמעויות של הקביעה בדבר הדיירות המוגנת", תוך הצגת קשיים שנמצאו, לשיטתה, בקביעה זו בנסיבות העניין (פסקה 75 לחוות דעתה). דא עקא, בבואנו לקבוע אם מתקיים השתק פלוגתה, איננו נדרשים לבחון את נכונות הקביעה שעליה מבוססת טענת ההשתק לגופה, שכן "מקום שקם מעשה-בית-דין, אין בודקים אם צדק השופט אם לאו: מעשה-בית-דין מכווין דוקא למנוע התדיינות נוספת לגבי הפלוגתא שהוכרעה" (ע"א 440/70 ע'אנס נ' ע'אנס, פ"ד כו(2) 829, 838 (1972); זלצמן, 138). מה גם שכפי שאבהיר בהמשך, לגישתי קביעת הדיירות המוגנת נכונה גם לגופה. ממילא, כך או כך, אינני שותף לקשיים שמצאה חברתי בקביעה זו.

41. זאת ועוד. אינני סבור כי רלבנטית לענייננו 'הלכת הממצא המזיק', שאליה מתייחסת חברתי בחוות דעתה (בפסקה 77). הלכה זו קובעת, כי ממצאים שנקבעו לחובת בעל דין שזכה, אך הוא לא היה רשאי לערער עליהם, לא יהוו 'מעשה בית דין' בהתדיינויות מאוחרות (ע"א 140/56 מוגרבי נ' ורדימון, פ"ד יא 1242, 1250 (1957) (להלן: עניין מוגרבי); ע"א 6138/93 הארגון למימוש האמנה על ביטחון סוציאלי נ' אברהמי, פ"ד נ(1) 441, 447 (1996); רע"א 6819/15 אהרן נ' רובע 1 בע"מ, פסקה 30 (18.12.2015); רוזן-צבי, 552). ראשית, כאמור לעיל, טענת הדיירות המוגנת הועלתה על-ידי המחזיקים עצמם, בניסיונם להתגונן מפני תביעות הפינוי, ולפיכך מה להם כי ילינו על הכרעה שיפוטית שבה התקבלה טענתם-שלהם (וראו: עניין מוגרבי, עמוד 1249 ליד האות ד). דברים אלה נכונים גם לגבי האפשרות לערער על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין חנון, אשר אימץ אף הוא את טענתם זו של המחזיקים. הנה כי כן, אין לפנינו מצב של 'ממצא מזיק' – דהיינו ממצא שנקבע לחובתו של בעל דין, בניגוד לעמדתו, שלא הותר לו לערער עליו מחמת עצם זכייתו בדין. לפנינו מצב שונה בתכלית, שבו התקבלה טענת המחזיקים, כאשר בהקשר זה אין משמעות לכך שמדובר בטענה חלופית. על כן, לא יתכן לומר כי בעניינם של המחזיקים נקבע 'ממצא מזיק', משבקשה זו יצאה מפיהם-שלהם; טיעונים כגון דא, תרתי דסתרי הם, ואין להלמם.

42. שנית, אינני שותף לקביעתה של חברתי כי "סדרי הדין מנעו מהמחזיקים בענין חנון במחוזי להשיג בהליך ערעורי על קביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין הדיירות המוגנת". אני מוכן להתעלם לרגע מן העובדה שמדובר בטענה שהעלו המחזיקים עצמם בכתבי הגנתם, וממילא נראה כי היו נתקלים בחומת ההשתק השיפוטי, ויתכן שגם היתה מועלית נגדם טענה לשינוי חזית, אם אכן היו מנסים לערער עליה. מכל מקום, כך או כך, אינני משוכנע כי המחזיקים היו חסומים במישור הדיוני מלערער על פסקי-הדין בעניין חנון, וזאת גם ביחס לקביעת מעמדם כדיירים מוגנים, מקום שבו נדחתה תביעתם הנגדית לזכויות בעלות בנכסים שבמתחם. הלכה למעשה נראה, כי על כך ממש הגישו המחזיקים ערעור לבית המשפט המחוזי. אזכיר: תביעות הוועדים לסילוק-יד, והתביעות הנגדיות להצהרה על בעלות המחזיקים, נדונו במאוחד, כעולה בבירור מפסק הדין: "העובדות והשאלות המתעוררות בתביעות הנדונות משותפות וההתייחסות אליהן בהסכמה היתה לכן כאילו מדובר בתביעה אחת" (עניין חנון בשלום, פסקה 18). תביעות הפינוי והתביעות הנגדיות נדחו בעניין חנון בשלום, שבו כאמור נקבע, כי למחזיקים מעמד של דיירים מוגנים. הן הוועדים, הן המחזיקים, ערערו על תוצאה זו לבית המשפט המחוזי, וזה אימץ לבסוף את מסקנת בית משפט השלום, וקבע כי המחזיקים זכו למעמד של דיירים מוגנים, לפי החקיקה הירדנית המקבילה, ומאז 1967 הפכו לדיירים מוגנים לפי חוקי הגנת הדייר הישראליים. הווי אומר, משנדחתה תביעת המחזיקים לזכויות בעלות, ונקבע כי זכותם

'נמוכה' יותר במדרג הזכויות הקנייניות – זכות שכירות מסוג דיירות מוגנת, המטילה על הדייר המוגן גם חובות מסוימים – מובן כי היה באפשרותם להשיג על תוצאה זו לפני ערכאת הערעור. משלא זכו המחזיקים למלוא תאוותם במישור התוצאתי, אך מובן הוא כי זכויותיהם 'נפגעו' או 'קופחו' מפסק הדין, במידה זו או אחרת, והיה בידם להגיש ערעור. כאמור, לא זו בלבד שסדרי-הדין לא מנעו מהמחזיקים לערער על קביעה זו, אלא נראה שהמחזיקים אף ערערו בפועל על מסקנה זו, תחילה לבית המשפט המחוזי, ובהמשך גם לבית משפט זה, במסגרת בקשת רשות ערעור, אשר נדחתה לבסוף על-ידי הנשיא מ' שמגר, מן הטעם שהבקשה אינה מצדיקה בירור מחודש, ב'גלגול שלישי' (ולא מן הטעם של העדר זכות ערעור).

ההליכים לאחר עניין חנון ומשמעותם

43. נוסף לכלל האמור סבורני, כי לא ניתן להתעלם, בהקשר של טענת 'מעשה בית דין', גם מיתר ההליכים שנוהלו ברבות השנים לגבי הזכויות במתחם 'שמעון הצדיק', אף לאחר ההליך בעניין חנון. חברתי תיארה בחוות דעתה את ההליכים העיקריים שנוהלו בהקשר זה (שם, פסקאות 18-22). איני רואה צורך למנות כרוכל את ההליכים כולם; 'אי אפשר לפרטם כי רבים הם'. בקצירת האומר אציין, כי הליכים אלו נחלקים באופן גס, ל-3 קטגוריות שונות, כדלקמן.

44. בקטגוריה הראשונה, נכללים הליכים שיזמו הוועדים, ומשנת 2003 ואילך – המשיבה שבאה בנעליהם. הליכים אלו כוללים בעיקרו של דבר תביעות לפינוי מחזיקים מהנכסים במתחם, בעילה של אי-תשלום דמי שכירות, או ביצוע שינויים במושכר ללא הסכמה, וכן תביעות לקביעת גובה דמי השכירות, וחיוב המחזיקים לשלם. רובן המכריע של תביעות אלו – התקבלו; בחלק ניכר מהמקרים ניתן גם אישור לכך על-ידי ערכאות הערעור (ראו מקבץ החלטות ופסקי דין: ת"ש 45/93; ת"ש 46/93 (20.4.1997); ע"א (מחוזי י-ם) 4203/97 גאווי נ' ועד עדת הספרדים (28.7.1998); השופטים ד' חשין, ע' קמא ו-י' עדיאל); רע"א 6001/98 גאווי נ' ועד העדה הספרדית בירושלים (10.1.1999); הנשיא ברק); ת"א (שלום י-ם) 13385/93 ו-ת"א 1504/94 ועד עדת הספרדים נ' חוסייני (9.11.1997); ס' הנשיא (כתוארו אז) צ' זילברטל); ת"א (שלום י-ם) 18901/98 ו-ת"א 18902/08 ועד עדת הספרדים נ' גאווי (26.9.1999); ס' הנשיא י' שמעוני); ע"א (מחוזי י-ם) 6435/99 גאווי נ' ועד עדת הספרדים (1.5.2001); השופטים צ' סגל, מ' שידלובסקי-אור ו-מ' גל); רע"א 4281/01 גאווי נ' ועד עדת הספרדים (5.8.2001); המשנה לנשיא ש' לזין); ת"א 4744/02 ריאד נ' ועד עדת הספרדים (28.3.2005); ס' הנשיא י' שמעוני); בש"א (שלום י-ם) 5170/08 ועד עדת הספרדים נ' גאווי (החלטות מהימים 19.5.2008 ו-24.7.2008; ס. הנשיא השופט י' שמעוני); בש"א 3549/08 חנון נ' ועד עדת הספרדים

(1.8.2008; השופט י' צבן); רע"א 6920/08 חנון נ' ועד עדת הספרדים (13.8.2008); השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין); ת"א 6599/99 ו- ת"א 8041/99 (שלום י-ם) ועד עדת הספרדים בירושלים נ' אלקורד (30.7.2001; ס' הנשיא השופט י' שמעוני); ע"א (מחוזי י-ם) 2417/01 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים (30.7.2002; השופטים י' צמח, ע' קמא ו-צ' זילברטל); רע"א 8579/01 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים (13.2.2002; השופטת ד' דורנר); בר"ע 535/08 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים (8.7.2008; השופטת ג' כנפי-שטייניץ); רע"א 6239/08 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים (14.7.2008; השופט י' דנציגר); ת"א (שלום י-ם) 23647/99 ועד עדת הספרדים נ' אלקורד (4.3.2009; השופט י' מילנוב); ע"א (מחוזי י-ם) 3227/09 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים (15.10.2009; השופטים י' ענבר, י' שפירא ונ' בן-אור); ת"א (שלום י-ם) 19795/08 ועד עדת הספרדים נ' סבג חאג' (26.2.2012; השופט כ' מוסק); ע"א (מחוזי י-ם) 26141-04-12 סבאג חאג' נ' ועד עדת הספרדים (30.1.2013; השופטים ג' כנפי שטייניץ, י' מרזל ו-א' רומנוב); ת"א 9938/09, ת"א 34421-03-10 ו- ת"א 34600-03-10 חאמד נ' נחלת שמעון בע"מ (4.9.2020; השופטת מ' פריבס-ליפשיץ); ע"א 1759-11-20 חאמד נ' נחלת שמעון (2.3.2021; השופטים ע' זינגר, ח' מאק-קלמנוביץ ו-א' רון), אשר בקשת רשות ערעור בעניינו תלויה ועומדת לפני בית משפט זה – רע"א 2841/21).

45. הקטגוריה השנייה, עניינה בהליכים משפטיים שהגישו המחזיקים השונים במתחם. תביעות אלו כללו סעדים שונים, ובין היתר: הצהרה על בטלות ההסכם הדיוני שהושג בעניין חנון בשלום; הצהרה על בטלות פסקי דין שהורו על פינוי מחזיקים שונים מן הנכסים במתחם; וכן הצהרה על זכויות המחזיקים בנכסים. התביעות הללו, רובן ככולן – נדחו (ראו מקבץ החלטות ופסקי הדין: ת"א (שלום י-ם) 3258/00 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים (20.5.2005; ס' הנשיא השופט י' שמעוני); ע"א (מחוזי י-ם) 6482/05 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים (21.2.2006; השופטים ב' אוקון, א' אפעל גבאי, ואנוכי); ת"א 14806/08, ת"א 14721/08, ת"א 14722/08 ו-ת"א 15282/08 (שלום י-ם) אלקורד נ' ועד עדת הספרדים (23.2.2010; השופט א' רובין); בר"ע (מחוזי י-ם) 591/08 גאוי נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (25.9.2008; השופטת ס. הנשיא י' צור); רע"א 9161/08 גאוי נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (16.2.2009; השופטת ע' ארבל); ע"א (מחוזי י-ם) 13786-04-10 ח'ליל נ' ועד עדת הספרדים (18.11.2010; השופטים ס. הנשיא (כתוארו אז) צ' זילברטל, נ' בן-אור ו-ר' יעקובי); ת"א (מחוזי י-ם) 28850-01-13 ו-ת"א 56668-02-13 סבאג נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (18.8.2016; השופטת ע' כהן); ע"א 8093/16 סבאג נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (15.11.2018; השופטים ד' ברק ארז, י' וילנר ו-א' שטיין); דנ"א 8405/18 סבאג נ' ועד עדת הספרדים (10.1.2019; הנשיאה א' חיות); ת"א 24420-09-19 סבאג נ' ועד הספרדים בירושלים (החלטה מיום 3.11.2020);

השופטת ל' בנמלך; ערעור על החלטה זו תלוי ועומד בע"א 39775-11-20; ראו גם: בג"ץ 6358/08 אלקורד נ' לשכת הסדר מקרקעין (20.11.2008; השופטים (כתוארם אז) א' גרוניס, א' חיות ו-ח' מלצר)).

46. קטגוריה שלישית, מתייחסת להליכים שבמרכזם עמדה טענתו של מר סולימאן דרויש חיג'אזי, להכיר בבעלותו במקרקעין שבמתחם שמעון הצדיק. גם תביעות אלו נדחו פעם אחר פעם (ראו: ת"א 1465/97 (מחוזי י-ם) חיג'אזי נ' ועד עדת הספרדים בירושלים (30.3.2005; השופט י' עדיאל); ע"א 4126/05 חג'אזי נ' ועד עדת הספרדים (20.6.2006; השופטים א' פרוקצ'יה, א' לוי ו-א' רובינשטיין); ת"א 3148/09 (מחוזי י-ם) חג'אזי נ' ועד עדת הספרדים (25.4.2010; השופט ר' יעקובי); בש"א 7185/09 (31.3.2009; השופט (כתוארו אז) צ' זילברטל); רע"א 2967/09 חג'אזי נ' ועד עדת הספרדים (5.4.2009; השופט (כתוארו אז) א' גרוניס); ראו גם: בג"ץ 5839/05 חג'אזי נ' בית המשפט המחוזי בירושלים (26.6.2005; המשנה לנשיא מ' חשין, השופטת (כתוארה אז) מ' נאור והשופטת מ' ארבל).

47. החוט המקשר בין כלל ההליכים הללו, ללא יוצא מן הכלל, הוא אימוץ מערכת היחסים המשפטית שנקבעה בעניין חנון; במפורש או במשתמע. כלומר, כי בין הוועדים, והמשיבה שבאה מכוחם, לבין המחזיקים, ומי שזכאי לבוא בנעליהם, מתקיימת מערכת יחסים של בעל-בית ודייר-מוגן. זאת, כמובן, בהנחה שהמחזיקים הוכיחו את זיקתם לנכס המוחזק על-ידם (ודוק: בחלק מהמקרים נקבע, כי מחזיקים מסוימים אינם בעלי זכויות דייר מוגן, כפי שנקבע למשל לגבי המבקשים 3-6 בענייננו; וראו: ת"א (שלום י-ם) 18795/08 ועד עדת הספרדים נ' סבג חאג', פסקאות 17-18 (26.2.2012; השופט כ' מוסק). מעבר לכך, בחלק לא מבוטל של ההליכים הובהר, כי הקביעה בעניין חנון, בדבר הדיירות המוגנות, מהווה השתק פלוגתה בין הצדדים לסכסוך, שכוחו יפה גם כלפי מחזיקים שלא היו צד לעניין חנון (ראו למשל: ע"א (מחוזי י-ם) 4203/97 גאווי נ' ועד עדת הספרדים (28.7.1998; השופטים ד' חשין, ע' קמא ו-י' עדיאל); ת"א 3205/00 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים, פסקה 9 (20.7.2005; ס. הנשיא השופט י' שמעוני); בר"ע (מחוזי י-ם) 3304/01 אלקורד נ' ועד עדת הספרדים, פסקאות 4 ו-13 (29.11.2001; השופט מ' דרורי)). על פני הדברים, יש בקביעה אחרונה זו – כי בעניין חנון נוצר השתק פלוגתה בשאלת הדיירות המוגנות – כשלעצמה, כדי להקים השתק פלוגתה, עצמאי ונפרד, אף במנותק מן השאלה המשפטית הרחבה יותר, אם בעניין חנון אכן נוצר השתק פלוגתה בשאלת הדיירות המוגנות (שאלה שלה השבתי כאמור בחיוב). כפי שצינתי לעיל, השאלה אם קביעה זו נכונה, אם לאו, איננה מענייננו בשלב זה, שבו עלינו לבחון האם התגבש

השתק פלוגתה, על-פי כל פרטיו ודיניו, להבדיל מן השאלה אם צדקו בתי המשפט בקביעה האמורה, לגופו של עניין.

48. לכך אוסיף, כי ביחס למערערת 8, רפקה עבדאללה אלכורד, ודאי נוצר השתק פלוגתה לגבי מעמדה כדיירת מוגנת. לעניין זה, רפקה הגישה בעבר, יחד עם 5 מחזיקים נוספים, תביעה לביטול ההסכם הדיוני, וזו נדחתה, תוך שנקבע כי מעמדה הוא של דיירת מוגנת (ת"א (שלוש י-ם) 3258/00 הנ"ל, וע"א (מחוזי י-ם) 6482/02 הנ"ל). בהמשך, התקבלה תביעה לסילוק-ידה ממבנה שבנתה בסמוך לדירה שבה התגוררה, וגם שם נקבע, באופן פוזיטיבי, כי מעמדה בנכס הוא של דיירת מוגנת, ומשכך עליה לפנות את המבנה שבנתה ללא רשות הבעלים (ת"א (שלוש י-ם) 23647/99, וע"א (מחוזי י-ם) 3227/09 הנ"ל). מובן, כי מסקנה מתבקשת זו, משליכה גם על המבקשים 9-15, אשר צורפו רק בשלב הערעור כיורשיה של רפקה, שהלכה בינתיים לעולמה.

49. אם כן, מן האמור עד כה עולה בבירור, כי ברבות השנים נוצרה מסה קריטית וקשיחה של הכרעות שיפוטיות, שנאמרו בהן דברים ברורים, הן לגבי מעמדם של המחזיקים בנכסים, הן לגבי מעמדם של הוועדים, והמשיבה שבאה בנעליהם. בהינתן כל זאת, אינני יכול להשלים עם דרך הילוכה של חברתי, אשר 'באבחת חרב' מבקשת להביא למחיקת הבסיס המשפטי העומד ביסוד כל ההליכים שהתנהלו משך כחצי-יובל, שבגדרם נקבע כי המחזיקים בנכסים שבמתחם חייבים בתשלום דמי-שכירות, ולגבי חלקם ניתנו סעדים של סילוק-יד, מקצתם פונו בפועל, ובאחד המקרים אף הורו בתי המשפט על מאסרו של דייר שסרב להתפנות בשל בזיון בית משפט (ראו: רע"א 6920/08 חנון נ' ועד עדת הספרדים (13.8.2008); השופט (בתוארו אז) א' רובינשטיין)). אינני סבור כי ניתן להתעלם משלל ההליכים שנוהלו במשך השנים – ב-3 ערכאות – ולקבוע עתה כי פסק הדין היחיד שלאמור בו מחויב בית המשפט, הריהו זה שניתן בעניין אל-איובי, הוא ואין בלתו.

50. לסיכום חלק זה, עמדתי היא כי מתקיים בענייננו, בבירור, השתק פלוגתה בסוגיית מעמדם של המחזיקים בנכסים, משנתברר ונקבע זה מכבר, כי מעמדם של אלו הוא של דיירים מוגנים. משכך, בשונה מדעת חברתי, אינני סבור כי ניתן כיום לקבוע כי למחזיקים מעמד של בני-רשות במקרקעין. על כן, מטעם זה לבדו, יש לדחות את בקשת רשות הערעור גם לגופה. למעלה מן הצורך, אתייחס להלן גם לשאלת מעמדם של המחזיקים במתחם, ובתוכם המבקשים דנן, מתוך הנחה, לצורך הדיון בלבד, כי לא קיים בעניינם 'מעשה בית דין'.

דיירות מוגנת או רישיון במקרקעין?

51. חברתי סבורה, כי שגו הערכאות הקודמות בכך שסיווגו את זכותם של המחזיקים במתחם כזכויות שכירות מסוג דיירות מוגנת; לשיטתה, הסיווג הנכון של זכויות אלו הוא של רישיון במקרקעין. למסקנה זו מגיעה חברתי, נוכח האמור בסעיף 11 לחוזים שנחתמו עם השלטונות הירדניים, שבו נקבע, כזכור, כי בתום תקופה בת 3 שנים, ובהתקיים תנאים מסוימים, יועברו זכויות הבעלות בנכסים למחזיקים.

דעתי אינה כדעתה.

52. תחילה אציין, כי יש יסוד של ממש להניח כי בעניין חנון נוצר השתק פלוגתה, גם ביחס לקביעה כי המחזיקים בנכסים אינם בעלי רישיון במקרקעין. כפי שפורט לעיל, בעניין חנון בשלום טענו הוועדים, כי גם בהנחה שהמחזיקים נכנסו תחילה למתחם כדין, הרי שיש לראותם, לכל היותר, כמי שקיבלו רשות מוגבלת להחזיק בנכסים, אשר בטלה ועברה זה מכבר מן העולם. טענה זו נדחתה בפסק הדין בעניין חנון בשלום, תוך שנקבע כי אין לראות במחזיקים שם בני-רשות במקרקעין, משום שלפי הדין הירדני כלל "אין תחולה לזכויות שביושר האנגליים" – שהם המקור למוסד הרישיון במקרקעין. טענה זו נדחתה גם מטעם נוסף, משזו לא הועלתה על-ידי המחזיקים שם לצרכי הגנתם (ענין חנון בשלום, פסקה 14). רוצה לומר: הטענה בדבר סיווג המחזיקים במתחם כבני-רשות הועלתה עוד בעניין חנון בשלום – ונדחתה; כאמור, הקביעות בענין חנון מחייבות את כלל המחזיקים במתחם, מכוח עקרון 'הקרבה המשפטית', לרבות הצדדים שלפנינו.

53. מכל מקום, לגופם של דברים, לאחר עיון מדוקדק ב-3 ההסכמים שנחתמו עם המחזיקים בתקופת השלטון הירדני, וביתר המסמכים שהובאו לפנינו, סבורני כי הסיווג הנכון של מערכת היחסים בין הצדדים הוא של שוכרים-משכירים, ולא של בעלי-רישיון במקרקעין. מהות הזכויות החוזיות שניתנו למחזיקים במתחם, צריכה להיקבע, בראש ובראשונה, לאורם של ההסכמים שמכוחם נוצרו זכויות אלו לראשונה, ובהתאם לדין החל במועד כריתתם. לכך אפנה עתה.

54. הסכמי השכירות הגנריים שנחתמו עם המשתכנים במתחם, לפי לשונם הפשוטה, מתייחסים להקניית זכויות שכירות; לא לזכויות מסוג אחר. כך, הצדדים להסכם, שר השיכון הירדני מן הצד האחד, ומי שנקשר עמו בהסכם מן הצד השני, הוגדרו כ"משכיר" וכ"שוכר"; בגוף ההסכם כונה הנכס כ"מושכר"; מהות ההסכם, כפי שניתן להתרשם כבר מדברי המבוא, היא "לשכור ולהשכיר" את יחידת הדירה הנמצאת בשכונת שיך ג'ראח בירושלים, בתמורה ל"שכירות שנתית בסך חמישית פילס" (ההדגשות שלי – נ' ס'); בהמשך, הוגבלה זכותו של השוכר "להקים מבנים או לשנות כל שינויים או תוספות במושכר כל עוד לא יקבל את הסכמתו של המשכיר בכתב" (סעיף ה להסכם השכירות הגנרי);

בהסכם ניתנה הדעת גם על אפשרות של "ביטול השכירות" או "הוצאתו [של השוכר] מהמושכר", תוך שנקבע כי במקרים אלו לא יהא השוכר זכאי לפיצויים (שם, סעיף ו; וראו גם סעיף ח.6); המשך ההסכם מתייחס להגבלות העבירות של זכות השכירות (שם, סעיף ח.3), הגבלות על מישכונה (שם), הגבלות על ביצוע פעולות מסוימות בנכס (שם, סעיף ח.4), וכן חובות נוספות של השוכר. אם כן, הוראות אלה כולן, תומכות במסקנה כי הזכויות שהוקנו למחזיקים בהסכמי השכירות – הן זכויות שכירות מובהקות. הגם שאין במושגים אלו או אחרים, שנכתבו בהסכמי השכירות, משום 'סוף פסוק', ואין בהם כשלעצמם כדי לקבוע את טיב היחסים המשפטיים, הרי שיש בכך, לכל הפחות, כדי ללמד על כוונת הצדדים. לגבי דידי, "אין מקרא יוצא מידי פשוטו" (בבלי, שבת סג, ע"א); אין לקרוא בהסכמים אלה את מה שאין בהם.

55. מעבר לכך, שני ההסכמים הנוספים, אשר עמדו ברקע הסכמי השכירות עם המשתכנים (כזכור, ענייננו כאן במערכת הסכמית משולשת), מוליכים גם הם לאותה מסקנה, כי הזכויות המקוריות שניתנו למחזיקים הן זכויות שכירות. כך, ההסכם שנחתם בין הממונה הירדני לבין שר השיכון הירדני, מחודש ספטמבר 1954, מתייחס להשכרת המקרקעין, לתקופה בת 33 שנים, עם אפשרות הארכה, בדמי שכירות של דינר ירדני אחד לשנה, תוך קביעה כי שר השיכון יהא רשאי להשכיר את המבנים שייבנו בקרקע לפליטים, למשך תקופת השכירות. באופן דומה, גם החוזה שנחתם בין ממשלת ירדן לבין אונר"א, בחודש נובמבר 1954, מתייחס לחוזי שכירות ('lease agreement') של 28 יחידות דיור, ב"אדמה שהיתה מקודם יהודית" ('formerly jewish property'), לתקופה בת 3 שנים ו-3 חודשים, בדמי שכירות של דינר אחד לשנה, תוך שנקבע כי מי שיעבור להתגורר במתחם, ידרש לוותר על הסיוע שהעניקה אונר"א באותה עת לפליטים. הסכם השכירות האמור מתייחס גם לאפשרות הארכתו לפרק זמן של כ-30 שנים, באותם תנאים ('The renewal of Lease agreement on the same terms'). מן האמור עולה אפוא, על-פי כל אחד מן החוזים האמורים, כי לא ניתנו למחזיקים אלא זכויות של שוכרים, ולכל היותר זכויות של שוכרים לטווח ארוך (אף שאפשרות זו נקבעה כאופציה בלבד); ודאי לא זכויות של בר-רשות, שזכרם לא בא כלל וכלל במערכת ההסכמית המשולשת.

56. זאת ועוד. גם בעניין אל-איובי – שלגביו קובעת חברתי כי הוא "התקדים העיקרי שאליו מחויב בית משפט זה" – תוארה מערכת היחסים שבין הוועדים והמחזיקים במתחם ככזו של שוכר ומשכיר (שם, עמודים 191 ו-195). אדגיש, עניין זה לא הוזכר בשלב תיאור העובדות בלבד. גם במהלך הדיון המשפטי בעניין אל-איובי, עיקר הדיון עסק בשאלה אם קיימת חובת רישום של עסקת שכירות בדין הירדני, כתנאי לתוקפה. אך מובן הוא, כי דיון בשאלה זו, נערך על יסוד ההנחה שלמחזיקים במתחם קיימות זכויות

שכירות; אם אכן כדברי חברתי, הזכות המקורית שניתנה למחזיקים היא מסוג רישיון במקרקעין, ברי כי לא היה כל טעם בדיון שכזה.

57. אשר לסעיף 11 להסכמי השכירות, אינני סבור כי סעיף זה משנה את מהות הזכויות שהוקנו למחזיקים בהסכמי השכירות. אכן, במסגרת סעיף זה, ניתנה למשתכנים אופציה עתידית ל'רכישת' בעלות במושכר, ללא תשלום נוסף, בכפוף לעמידתם בתנאים מסוימים. דא עקא, כפי שנקבע בעניין אל-איובי, "הגשמת האופציה שסעיף 11 של החוזה קובע מותנית במילוי תנאים מוקדמים על-ידי השוכר וכן בהפעלת שיקול דעת מצד המשכיר, ולא הובאה כל ראייה, כי האופציה הופעלה, וכי בפועל הועברה הבעלות בקרקע או בדירות למשיבים" (שם, עמוד 195). מסיבה זו ממש נדחתה גם טענת הוועדים, שלפיה השלטונות הירדניים לא היו רשאים לשלול את קניינם, אם מכוח הדין הירדני, אם מכוח הדין הבינלאומי – טענה שבית המשפט בעניין אל-איובי מצא בה טעם במישור המשפטי, אך למעשה לא נדרש להכריע בה (לדיון בטענה זו לגופה, ראו איל זמיר ואיל בנבנישתי, אדמות היהודים ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים, 46-47 (1993)). אזכיר, כי גם בעניין חנון במחוזי נקבע, כי יש ממש בטענה זו, כי התחייבות הרשויות הירדניות להקנות זכות בעלות במקרקעין, לפי סעיף 11 להסכמי השכירות, היתה ככל הנראה "חריגה מסמכות", וכך גם ההתחייבות לאפשר את הארכת השכירות לתקופה ממושכת, בת 33 שנים, כעולה מן ההסכם שנחתם בין שר השיכון הירדני לבין הממונה על נכסי האויב הירדני. קושי נוסף שסעיף 11 להסכמי השכירות מעורר, נוגע לכך שהזכות היחידה שהוקנתה לשר השיכון הירדני מאת הממונה על רכוש האויב הירדני, היתה זכות שכירות גרידא; לא זכות בעלות. אם כן, משעה שהמחזיקים חתמו על חוזה מול שר השיכון הירדני, לא יכול היה השר להקנות להם יותר ממה שקיבל בעצמו; כידוע, כלל גדול הוא בדיני הקניין, כי אדם לא יכול להעביר לזולתו זכות שאין לו (nemo dat quod non habet). כך או כך, משאופציה זו לא מומשה בפועל, נפסק כי אין צורך להכריע בדבר (ענין חנון במחוזי, עמוד 17). הווי אומר, טענות הוועדים לגבי אי-חוקיות סעיף 11 נדחו, נוכח המסקנה כי סעיף זה אינו משפיע על סיווג הזכות שניתנה להם, משלא מומש. משכך, קביעה הפוכה בשלב זה, כי מדובר בזכות מסוג רישיון לא הדיר להחזיק במקרקעין – קרי, זכות שאינה מוגבלת בזמן – והכל מכוח סעיף 11 האמור, מעוררת לטעמי קושי ממשי, מטעמי הגינות. אם לא כן, נמצאנו אוחזים באותו החבל משני קצותיו, תוך קיפוח, דה-פקטו, של זכויות הוועדים, והמשיבה, אשר באה בנעליהם.

58. אם כן, ככל שקיומו של רישיון במקרקעין מבוסס על הציפיה שיצר סעיף 11 האמור, לרכישת זכויות בעלות בעתיד, הרי שמשעה שנקבע כי סעיף זה לא יצא מן הכוח אל הפועל, ממילא אין לו כל משמעות עוד, הריהו כעפרא דארעא, כחציר יבש וכציון

נובל, ולא ניתן עוד להסיק ממנו כי הלכה למעשה, מדובר היה ברישיון במקרקעין. אם אכן מדובר היה בהענקת זכות של בר-רשות, הדבר אינו מתיישב עם הקביעה כי הסעיף עצמו פקע, אך עדיין מותר אחריו חותם מרכזי, והוא מוסיף לעצב את זכויות המחזיקים במתחם גם כיום.

59. מזווית אחרת, דומני כי קיומו של סעיף 11 להסכמי השכירות – המתיימר להעניק זכות קניינית של בעלות בנכסים, בהתקיים תנאים מסוימים – דווקא מחליש את הטענה כי לפנינו זכות רישיון במקרקעין. זאת, שכן טיבה של זכות הרישיון במקרקעין היא שאין עמה הקניה של זכות קניינית בנכס; זוהי זכות אובליגטורית שלעולם לא תבשיל לזכות קניינית (ע"א 7139/99 אלוני נ' ארד, פ"ד נח(4) 27, 47 (2004) (להלן: עניין אלוני); ענין נחום, פסקה 19; אברהם וינרוט, דיני קניין – פרקי יסוד, 62, 65 (2020) (להלן: וינרוט)).

60. לסיכום נקודה זו: הזכויות המקוריות שהוענקו בתקופת השלטון הירדני לא היו אלא זכויות שכירות. כך עולה מהסכמי השכירות גופם, וכך גם נקבע עד כה, על-ידי כלל הערכאות השיפוטיות. אמנם, למחזיקים ניתנה בשעתו אופציה לרכוש בעלות, בתנאים מסוימים – אך זו מעולם לא מומשה; ודאי שאין באופציה בלתי-מומשת זו, כדי להפוך את הקערה על פיה, ולשנות את מהות הזכות מעיקרה. אינני סבור כי הזכות שניתנה למחזיקים לובשת ופושטת צורה, מעת לעת, משל היתה נחש המשיל את עורו, לפי עונות השנה. בהינתן האמור, בדין נקבע, כבר בעניין חנון, כי לאחר החלת המשפט הישראלי במזרח ירושלים, ובנסיבות העניין, יש להחיל על זכות השכירות שניתנה למחזיקים את חוק הגנת הדייר (מדובר היה בנכסים שנבנו לפני 1968; ראו: סעיפים 2, 14 (א) ו-19 (א) לחוק הגנת הדייר).

61. בנוסף לאמור, דומני כי גם אם הייתי צועד עם חברתי כברת דרך מסוימת, ומניח כי הסכמי השכירות מלמדים על הענקת רישיון במקרקעין, לא הייתי פטור מלהתייחס לשאלה האם זכות מעין זו היתה בכלל קיימת בדין הירדני, אשר חל בתקופה שבה נחתמו ההסכמים. דא עקא, כפי שנרמז לעיל, בענייננו לא הוגשה כל חוות דעת להוכחת הדין הזר, הטעון ראיות להוכחתו, משום שהוא נחשב לעניין עובדתי ולא משפטי (ראו: דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד ג(3) 573, 585 (1996) (להלן: דנ"א נפיסי)). לא בכדי אין בנמצא חוות דעת שכזו, שהרי המבקשים לא טענו באף שלב, כי זכותם במקרקעין היא של בני-רשות; לא לפנינו, ואף לא בהליכים קודמים. יתרה מכך, גם בעניין זה, כבר קיים לפנינו מעשה בית דין, ואין כל מקום להניח הנחה מפליגה לטובת המבקשים, כי כביכול הדין הזר מאפשר קונסטרוקציה משפטית שכזו. לעניין זה אזכיר, כי הנשיא א' מ' שמחה, בעניין חנון בשלום, התייחס מפורשות לטענה זו, ודחה אותה לגופה, בקובעו כי מוסד

הרישיון במקרקעין כלל לא נקלט ולא קיים בדין הירדני. כאמור, קביעה מעין זו, היא קביעה עובדתית, ועל כן, משפסק הדין בעניין חנון בשלום הפך חלוט, אין להרהר עוד אחריה. שלא כדעת חברתי, אינני סבור כי שאלת הדין הזר אינה בעלת משמעות בענייננו, וכי השאלה שעלינו לשאול עצמנו היא: מהו האופן שבו יוכל המשפט הישראלי ליתן תוקף להתחייבויות שניתנו בתקופת השלטון הירדני למשתכנים בנכסים. אמנם כן, מרגע שהוחל המשפט הישראלי במזרח ירושלים, נדרשו התאמות מסוימות בין שתי מערכות הדינים, כשנקודת המוצא היא שיש להכיר בכשרות ורציפות פעולותיהם של השלטונות הירדניים (ראו למשל: תקנות הסדרי משפט ומינהל (רציפות הליכים אזרחיים, אכיפת פסקים והכרה במסמכים), התשכ"ט-1968; ע"א 51/89 האפוטרופוס הכללי נ' אבו חמדה, פ"ד מו(1), 491, 502 (1992)). אולם, אין משמעות הדבר כי המעבר משליטה ירדנית לשליטה ישראלית, מאפשר להתעלם ממהות הזכות הקניינית שניתנה בפועל על-ידי השלטונות הירדניים, על-פי ההסכמים שנכרתו בין הצדדים השונים, ובהתאם לדין שחל בעת כריתתם (ראו והשוו: ע"א 219/88 וינגרטן נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2), 458 (1990), שם ניתח בית משפט זה את מהות הזכות החוזית שהוענקה להורי המערערים שם, ברובע היהודי בירושלים, בהתאם לאקלים המשפטי שחל במועד הענקת הזכות). אינני סבור כי החלת המשפט הישראלי, פתחה את הדלת 'לתרגם', יש מאין, זכות משפטית קיימת, לזכות מסוג שונה בתכלית, שספק אם היתה קיימת במערכת המשפט הקודמת, 'כחומר ביד היוצר', מקום שבו קיים שוני ממשי בין שתי הזכויות – שכירות ורישיון במקרקעין – הן במאפייניהן הבסיסיים, הן בפרטי הדינים החלים עליהן. שינוי מהות הזכות עם חילופי השלטון, גם אינו עולה בקנה אחד עם הכרת המשפט הישראלי בתוקפן של זכויות שנוצרו בתקופת השלטון הירדני, כאמור לעיל.

לבד מן האמור עד כה, אני מוצא קושי גם בקביעותיה הנוספות של חברתי, שלפיהן הרישיון במקרקעין שניתן למחזיקים הוא למעשה רישיון בלתי-הדיר, המחייב לא רק את נותן הרישיון ומקבלו, אלא גם את חליפיהם.

62. אכן, מוסד הרישיון במקרקעין הוא מוסד משפטי, אשר גדריו והיקפו נתונים לשיקול הדעת של בית המשפט. הרשות עשויה להיווצר על-פי הסכם או מכוח שתיקת הבעלים; היא עשויה להיות הדירה ובלתי-הדירה; לתקופת זמן קצובה, או ללא מגבלת זמן; בתמורה ושלא בתמורה; עבירה ובלתי-עבירה; בעלת תוקף מחייב כלפי צדדים שלישיים, או חסרת תוקף כאמור. במובן זה, יתרונו של מוסד הרישיון במקרקעין, בגמישותו הרבה – הוא גם חסרונו. מוסד זה ממיט חוסר ודאות על ראשם של הצדדים להסכם, לגבי מערכת היחסים המשפטיים המתקיימת ביניהם, והמקרה שלפנינו – שבו טענת הרישיון כלל לא הועלתה על-ידם – יוכיח. הרישיון במקרקעין נתברך 'בכל מכל

כל'; לעיתים, דומה השימוש בו לאותה מגבעת קוסם, שרשאי אתה להוציא ממנה כל אשר לבך חפץ: "בתי המשפט יצקו לנמוסד הרישיון במקרקעין [...] מה שנראה בעיניהם רצוי וצודק בנסיבות כל מקרה שבא לפנייהם" (ויסמן, 488; נינה זלצמן, רישיון במקרקעין, הפרקליט מב, 24, 32 (1991) (להלן: זלצמן – רישיון במקרקעין); מיגל דויטש, קניין – כרך ב, 415 (1999)). שאלה נפרדת ומתבקשת היא, אם לאור אופיו הגמיש של מוסד משפטי זה, הנתון לשיקול הדעת של בית המשפט, 'ברצותו מרחיב וברצותו מקצר', ראוי כי יעשה בו שימוש תדיר; ובפרט, האם ראוי שהשימוש בו יעשה ביוזמת בית המשפט, מבלי שטענה מעין זו הועלתה על-ידי מי מהצדדים. מכל מקום, בפסיקה נקבע כי ההכרעה לגבי סוג הרישיון תיבנה, בראש ובראשונה, מנוסח ההסכמה שבין הצדדים, המפורשת או המשתמעת; וההכרעה בדבר הסעד הראוי בנסיבותיו של מקרה ומקרה תושפע, בין היתר, משיקולי צדק והסתמכות.

63. ראוי להזכיר כאן, כפי שציננה גם חברתי, כי בפסיקה ובספרות המשפטית, נדונה השאלה אם זכות רישיון במקרקעין עודנה בעלת תוקף במשפט הישראלי, לאחר שנחקקו עלי-ספר חוק המקרקעין, וחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 (ע"א 318/83 אגודי שפע בע"מ (בפירוק מרצון) נ' שיבר, פ"ד לט(4) 322 (1985); ע"א 6757/13 נחום נ' מדינת ישראל-רשות הפיתוח, פסקה 17 (19.8.2015); זלצמן – רישיון במקרקעין, 34-53; ויסמן, 475-476); שאלה זו מקבלת משנה תוקף, מקום שבו עסקינן ברישיון מכוח הסכם, להבדיל מרישיון מכללא, אשר נוצר מכוח השתק, שאז מתחדדת השאלה, אם המחוקק לא ביקש למנוע יצירת זכות הסכמית, החורגת מרשימת הזכויות שנמנו בחוק – שכירות, שאלה ושימוש (ראו: ויסמן, 483, 488). שאלה זו מעוררת בעיות סבוכות, אך היא אינה טעונה הכרעה בענייננו, שכן הזכויות של המחזיקים נוצרו עוד קודם לחקיקת החוקים האמורים (אולם, כאמור, בענייננו בהחלט מתעוררת השאלה אם בכלל היתה קיימת זכות מסוג רישיון בדין הירדני). עם זאת, סבורני כי הדיון המשפטי בסוגיה זו, המציב סימן שאלה באשר לעצם קיומו של מוסד הרישיון בדין הישראלי, מחייבנו, לכל הפחות, לאמץ גישה זהירה, שמא מצמצמת, בשאלת היקפו של הרישיון במקרקעין, ובכלל זאת זהירות-יתר בטרם קביעה כי מדובר ברישיון בלתי-הדיר, המחייב גם צדדים שלישיים; בפרט כאשר אין אינדיקציות ברורות ומפורשות לכך.

64. גם אם הייתי נכון לראות את המחזיקים כבני-רשות במקרקעין – ואינני סבור כך – מסופקני אם זכות זו היתה מחייבת את המשיבה. אמנם, מצינו בפסיקה מקרים חריגים, שבהם נקבע כי צד שלישי שאינו רוכש בתום לב ובתמורה, יהא כפוף לזכויותיו של בר-רשות במקרקעין, אם אכן הוענקו לזה האחרון זכויות כאמור, על-ידי נותן הרישיון. כך הדין למשל, מקום שבו 'רישיון חינוך' הפך בלתי-הדיר מכוח השתק, והוא נובע

מהסתמכותו של מקבל הרישיון ומהשקעות שהשקיע לאורך השנים בנכס (ע"א 588/81 ציזיק נ' הורוביץ, פ"ד מ(1) 321 (1886); ע"א 2836/90 בצר נ' צילביץ, פ"ד מו(5) 184 (1992); עניין אלוני, 36; ויסמן, 485). יחד עם זאת, כדברי המלומד ויסמן, הכלל הבסיסי החל על מקרים כגון דא הוא כי "לעניין תוקפו של הרישיון כלפי חליפי הבעלים מקובלת ההשקפה כי הרישיון הוא אישי, להבדיל מקנייני [...] דהיינו בר הרשות מוגן כלפי הבעלים אך לא כלפי מי שרוכש את הנכס מושא הרישיון מאת הבעלים" (ויסמן, 484; זלצמן – רישיון במקרקעין, 33; ע"א 7242/00 רשות הנמלים והרכבות נ' כדורי, פסקה 12 (25.11.2002) (להלן: עניין כדורי)). לא שוכנעתי כי המקרה שלפנינו בא בגדרי החריג, ולא בגדרי הכלל.

65. אשר לשאלת ההדירות של הרישיון – גם כאן, אף אם הייתי סבור שמדובר ברישיון במקרקעין, לא הייתי מגיע למסקנה זהה לזו של חברתי, שכן לא בנקל יקבע בית המשפט כי רישיון הוא בלתי-הדיר: "לעניין רישיון לתקופה בלתי מוגדרת נאמר כי ניתן לבטלו בכל עת, וכי 'כל רשות ורשות, ותנאי ביטולה תלויים בנסיבותיה המיוחדות שלה'" (ויסמן, 484; זלצמן – רישיון במקרקעין, 33-34). אמנם, בנסיבות מסוימות הוכרה בדין הישראלי האפשרות לראות רישיון במקרקעין כזכות בלתי-הדירה, אך אין ספק, כי כאשר מדובר ברישיון מכוח הסכם, יש להכריע בשאלת ההדירות בכפוף להוראות ההסכם, ועל-פיו לקבוע את "גדרי זכות השימוש ואת משך זמן השימוש" (וינרוט, 62). לכך אוסיף, כי גם כאשר מדובר ברישיון בתמורה, אין זה מחייב לקבוע כי מדובר ברישיון בלתי-הדיר; בפרט כך, כאשר הרישיון נקבע לתקופה שאינה קצובה, שאז הנטייה תהא לקבוע כי הרישיון ניתן לביטול בכל עת (ע"א 496/82 רוזן נ' סלונים, פ"ד לט(2) 337 342 (1985); עניין כדורי, פסקה 12). עיון בהסכמי השכירות דנן, אינו משמיע כי היתה כוונה להעניק למחזיקים זכות בלתי-הדירה. הזכות שאליה מתייחס ההסכם היא זכות (שכירות) ל-3 שנים ו-3 חודשים, ואין כל הוראה מפורשת אחרת בהסכם, המקנה זכות שימוש לזמן בלתי מוגבל. לא זו אף זו: בהסכם נקבעו הוראות לגבי מקרה שבו ידרש המשתכן לפנות את הנכס, ככל שלא יעמוד בתנאי ההסכם. למען הסר ספק אדגיש שוב, כפי שכבר צוין לעיל, כי גם סעיף 11 להסכמי השכירות אינו מעלה ולא מוריד לעניין זה. כאמור, סעיף 11 אינו עוסק במתן רישיון במקרקעין, כי אם באופציה להעברת זכות בעלות במקרקעין, בהתקיים תנאים מסוימים – שאין חולק כי לא התקיימו. ממילא, סעיף זה אינו מסייע לסיווג הזכות. בנוסף, כפי שכבר ציינתי, מתן רישיון במקרקעין איננו הענקת בעלות במקרקעין, לא קרב זה אל זה; על כן, אין בסעיף זה גם משום אינדיקציה כלשהי, לגבי כוונת שר השיכון הירדני, להעניק למחזיקים רישיון במקרקעין.

66. בכל הנוגע לשאלת העבירות של הרישיון, גם כאן התשובה נעוצה בהסכמת הצדדים בעת יצירתו (ע"א 103/89 אזורלי נ' אזורלי, פ"ד מה(1) 477 (1991); ע"א 633/08 מינהל מקרקעי ישראל נ' חיתמן, פסקה כ"ב (9.1.2014)). בעניין דנן, טענת המבקשים היא, כי העברת הזכויות מהמחזיקים המקוריים אליהם, נעשתה בדרך של ירושה או מכר. אזכיר, כי לעמדתו, אין מקום לקבל בשלב מאוחר זה את הראיות החדשות, אשר ביקשו המבקשים לצרף, הכוללות צווי ירושה והסכם מכר, משאלה לא עברו את כור ההיתוך של הערכאה הדיונית. ממילא, עצם שאלת הזכויות שלהן טוענים המבקשים – מוטלת בספק; למצער – לא הוכחה. כך או כך, בהעדר ראיות לסתור, "נקודת המוצא היא שזכותו של בר-רשות אינה עבירה בהיותה זכות אישית" (ויסמן, 486). אמנם, הסכמי השכירות מאפשרים את העברת הזכות בירושה, אך לצד זאת מונעים מהשוכרים להעביר את זכויותיהם באמצעות עסקת מכר, או בכל דרך אחרת. לעניין זה, ראו סעיף 3 להסכם השכירות הגנרי, שבו נקבע כדברים האלה: "אין השוכר רשאי או כל אחד מבני משפחתו לוותר על כל זכות מזכויות השכירות לכל אדם אחר פרט ליורשיו החוקיים, דבר זה חל גם על יורשיו [...]". לפיכך, לכל הפחות לגבי המבקשים 3-6, משפחת אסקאפי, שנטען כי קיבלו זכויות בדרך של עסקת מכר, קיים קושי ממשי להכיר בזכותם הנטענת. חברתי מצדה, מוצאת בעניין אל-איובי 'תנא דמסייע' לכך שהרישיון שניתן למחזיקים הוא עביר, שכן חלק מהנתבעים שם היו שוכרי-משנה של המשתכנים המקוריים, מבלי שבית המשפט ראה בכך כל פגם. דא עקא, קביעה זו לוקה בהנחת המבוקש, שהרי בעניין אל-איובי לא הוזכרה, ולו ברמז, זכות מסוג רישיון במקרקעין. אדרבה, בית המשפט בעניין אל-איובי תיאר את זכות המחזיקים כזכות שכירות – שהיא זכות חפצית, וככלל – עבירה. מעבר לכך, בעניין אל-איובי לא דוּפַר בהעברת זכות השכירות המקורית, אלא בהשכרת הנכסים בשכירות-משנה; ברי כי יש להבחין בין שתי הפעולות הללו (ויסמן, 358-359).

67. בנוסף, איני סבור כי שיקולי צדק והסתמכות אמורים להוליכנו למסקנה כי מדובר באותו מקרה חריג, שבו יקבע בית המשפט כי לפניו רישיון בלתי-הדיר, המחייב צדדים שלישיים. נקודת המוצא היא, כי ההסכמים שנחתמו בתקופה הירדנית, נכרתו כדת וכדין, והם מחייבים את הצדדים להם ואת חליפיהם (ביחס למי שהוכיח את זיקתו לאחד מן הנכסים שבמתחם). במסגרת הסכמים אלה, נוצרה למחזיקים זכות קניינית מסוג שכירות; זכות שלא ניתן לומר כי היא זכות 'מוחלשת', ודאי שלא ביחס לרישיון במקרקעין, שהיא כאמור זכות אישית בלבד. המחזיקים בנכסים אמנם מתגוררים במתחם שנים רבות, אך זאת בהתאם לזכויות שקיבלו – זכויות שכירות; לא פחות, אך גם לא יותר. טענת ההסתמכות שלהם מוגבלת לזכויות אלה, ולא ניתן לעצב מחדש את מהות הזכות, בהתאם לשינויי העיתים והנסיבות. לכל מטבע שני צדדים; לפעמים זכות מסוימת עדיפה בשלב זה ולא בשלב אחר, לפעמים להיפך. ברי כי לא ניתן בכל פעם לבחור צד אחר, לפי מצב

הרוח'. עוד אציין, בכל הנוגע לסוגיית ההסתמכות, כי קביעתה של חברתי, שלפיה המשיבה לא דרשה מהמבקשים דמי שכירות לאורך השנים (פסקה 71 לחוות דעתה), אינה מתיישבת עם קביעתו העובדתית של בית משפט השלום, אשר נטה לקבל את גרסת מנהל המשיבה, כי "פנה לא פעם בכתב" למבקשים בעניין זה (פסק הדין בשלום, פסקה 20); היא אינה מתיישבת גם עם קביעות שניתנו בהליכים אחרים, שאוזכרו לעיל.

68. מסקנת הדברים היא, כי המחזיקים, ובכלל זה גם המבקשים דנן, מעולם לא עמדו באמת ובתמים מול שוקת שבורה. במובן מסוים, את סכנת הפינוי הם יצרו במו ידיהם, שכן היה באפשרותם להוסיף ולהתגורר בנכסים כדיירים מוגנים, ובלבד שימלאו את חובותיהם כשוכרים (דוגמת תשלום דמי שכירות בשיעור זעום). למעשה, המשיבה אף הסכימה, במסגרת ניסיונותינו להביא לפשרה, לראות במרבית המבקשים דיירים מוגנים (בתנאים מסומים), וזאת אף שלימינה עמדו ההכרעות השיפוטיות הקודמות, אשר חייבו את המבקשים להתפנות מהמקום. בנסיבות אלה, חרב הפינוי היתה מוסרת מעל ראשם של המבקשים, עילות הפינוי היו נמחלות, ובא לציון גואל. לצערנו, בחרו המבקשים בדרך של 'הכל או כלום', ודחו בשתי ידיים את ההצעה שהוצעה להם. אמנם, ניתן לומר כי גם המשיבה, מן העבר השני, נכנסה בעיניים פקוחות ל'מיטה חולה', בעת שרכשה את הזכויות במתחם, על אף היכרותה את המחלוקת המשפטית ואת הסיכון הכרוך בכך. ברם, ככל שבשיקולי הסתמכות עסקינן, דומני כי אין לתת לעובדה זו משקל רב – שהרי בעת שרכשה המשיבה את הזכויות, בשנת 2003, התנהלו כבר הליכים משפטיים לא מעטים בנוגע לסכסוך במתחם, ובכולם נקבע כי מעמדם של המחזיקים הוא של דיירים מוגנים. על כן, מבחינת המשיבה, הקרקע המשפטית נראתה לכאורה יציבה ובטוחה, ודאי שלא סברה כי תתרגש ותבוא עליה עילה משפטית חדשה, שזכרה לא בא קודם לכן. לפיכך, בכל הקשור ל'מאזן הנוחות' שבין המבקשים למשיבה, אינני סבור כי שיקולי צדק מטילים כאן את הכף אל עבר המבקשים, באופן שיצדיק לקבוע כי לפנינו רישיון בלתי-הדיר, המחייב צדדים שלישיים, תוך פגיעה משמעותית בקניינה של המשיבה; ההיפך הוא הנכון.

69. לבסוף, ומבלי למצות – שכן גם חברתי לא נקטה עמדה מפורשת בעניין – אני מתקשה לראות כיצד הזכויות שהוענקו למבקשים, מהוות זכויות 'מעין קנייניות', ומדוע יש לבחון אותן על-פי אספקלריית הזכויות שביושר. ראשית, כפי שציינתי קודם לכן בהקשרים שונים, גם טענה זו לא הועלתה על-ידי מי מהמבקשים, וממילא היא סובלת מאותם חסרונות שמנתי לעיל. שנית, סבורני כי אפיון הזכות שלפנינו, כזכות שביושר, טעון אף הוא הוכחה של הדין הזר אשר חל בעת כריתת ההסכמים, אך כזו לא הוגשה לנו בהליך זה; ושלישית, כאמור, אינני רואה בסעיף 11 להסכמים את אשר חברתי מוצאת בו.

בעניין זה עמדתי היא, כפי שנפסק זה מכבר, בעניין אל-איובי ובעניין חנון, כי סעיף זה היה לאופציה שלא מומשה; אין בו כדי ללמד על מהות הזכות שהוענקה למחזיקים במתחם.

סוף דבר

70. כפי שפתחתי ואמרתי, ברקע הדיון המשפטי מרחפות שאלות ציבוריות ופוליטיות שאינן פשוטות כלל ועיקר, שאלות אלה נגזרות מהרקע ההיסטורי, ומחילופי-השלטון במזרח ירושלים; אזניו של בית המשפט אינן אטומות לכל אלה. אולם, בסופו של דבר, המלאכה המוטלת עלינו היא להכריע בסכסוך משפטי, קנייני, קונקרטי, שהובא לפנינו, בנוגע לזכויות הצדדים בחלקת אדמה פלונית, על-פי הוראות הדין, ובהתחשב בהיסטוריה המשפטית שקדמה להליך דנן. כאמור, אני סבור כי דינה של בקשת רשות הערעור להידחות כבר על הסף, משלא נמצאה הצדקה למתן רשות ב'גלגול' שלישי; בפרט נוכח קביעות קודמות של בית משפט זה, בשאלות אלה ממש. מעבר לכך, אינני סבור כי מתפקידנו לערוך דין עבור צדדים מיוצגים, ולשמש להם לפה בטענות שלא הועלו על-ידם, ולו ברמז; בפרט כאשר מדובר בטענות חדשות, שהצדדים ואבותיהם לא שערום, ולא העלו במשך שנות דור. מטעמים אלה, עמדתי היא כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור כבר על הסף.

71. בהתייחס לגוף הדברים, נוכח עמדת חברתי השופטת ברק-אריז, סבורני כי בענייננו מתקיים השתק פלוגתה מובהק, בכל הנוגע למערכת היחסים המשפטית השוררת בין הצדדים – דיירים מוגנים ובעל בית – כפי שנקבע זה מכבר בעניין חנון, וכפי שנקבע עוד קודם לכן, בעשרות הליכים משפטיים שהתנהלו בעניין. אם כן, הזכויות שהוקנו למחזיקים במתחם, מכוח הסכמי השכירות שנחתמו בתקופה הירדנית, הן זכויות שכירות, שלימים 'שודרגו' לזכויות דיירות מוגנת; לא רישיון במקרקעין, ודאי שלא רישיון בלתי-הדיר המחייב גם צדדים שלישיים.

72. לבסוף – הערה צופה פני עתיד. התרשמותי היא כי הצדדים לא היו רחוקים 'כרחוק מזרח ממערב' מקבלת מתווה הפשרה שהצענו בדיון על-פה; שמא ההיפך הוא הנכון. פשרה שכזו מתבקשת היא בנסיבות העניין, נוכח המורכבות האנושית שבנטילת קורת גג מעל ראשו של אדם; דומה כי שני הצדדים השכילו להבין זאת, אך למרבה הצער, הדבר לבסוף לא הסתייע. דומה בעיני כי הנר עדיין דולק, ניתן עוד לתקן. דברים שאי אתה רשאי לומר לפני מתן פסק-דין, רשאי אתה לומר לאחר מכן. טוב יעשו הצדדים אם ישכילו לאמץ את מתווה הפשרה העקרוני שהוצע על ידינו; מוטב מאוחר מאשר לעולם לא.

73. עיינתי בחוות הדעת של חברי, השופט י' עמית, שקלתי את דבריו, אך אלה לא הניחו את דעתי. עמדתי החלטית: דין בקשת רשות הערעור להידחות – על הסף ולגופה. מפאת קוצר היריעה, אסתפק בהערות תמציתיות בלבד ביחס לדברי חברי. חברי מסכים עמי, בניגוד לדעת חברתי, כי התגבש בעניינם של המבקשים השתק פלוגתה, בכל הנוגע למעמדם במתחם כדיירים מוגנים. ברם, שלא כעמדתי, סבור חברי כי אין די בכך כדי לקבל את תביעות הפינוי, וזאת, חרף קיומן של עילות פינוי מובהקות, שאינן שנויות במחלוקת (אי-תשלום דמי שכירות משך עשרות שנים וביצוע שינויים במושכר). לגישת חברי, מאחר שהמבקשים מחזיקים בזכות דיירות מוגנת, ועמה גם טענה ממשית לבעלות, הראויה להישמע בהליכי הסדר עתידיים – אין להורות על פינוי. חברי מציע אפוא, במישור האופרטיבי, כי נכפה על הצדדים את עיקרי הפשרה שהצענו להם, כך שהמחזיקים בקרקע יוסיפו לשהות במקום, כדיירים מוגנים, עד תום הליכי ההסדר, ולמעשה עד למועד שבו תוכרע באופן סופי טענתם לבעלות במקרקעין.

74. 'גלגול שלישי' – גם אם אניח, כחברי, כי אכן נדרשת זהירות יתרה בכל הנוגע לאופן ישום מבחני 'הגלגול השלישי' בנסיבות של סילוק יד ופינוי מדירת מגורים – ואינני משוכנע כי הנחה זו משקפת את המצב המשפטי הנוהג – הרי שכפי שציינתי, הסוגיה שלפנינו, הובאה לפני ערכאה זו בהיבטים שונים, כמה וכמה פעמים, ובכל אלה לא צלחה עד כה את מחסום הגלגול השלישי. כך קבעו הנשיא מ' שמגר, הנשיא א' ברק, השופטת ד' דורנר, והשופטים ש' לוין ו-י' דנציגר, ביחס להחלטות שנגעו לסוגיה דנא (ראו פסקה 3 לעיל). לא הוסבר, דומני שגם לא על-ידי חברי, מה מותר הבקשה שלפנינו מן הבקשות הקודמות שנדחו על הסף שוב ושוב. נקודה נוספת – בשונה מחברי, אינני סבור כי קיימת זהות בין אמות המידה לבחינת בקשה לעיכוב ביצוע או בקשה לסעד זמני בערעור במקרה של פינוי בית מגורים, לבין אמות המידה למתן רשות ערעור ב'גלגול שלישי' במקרה שכזה.

75. תביעת הבעלות הפוטנציאלית של המבקשים – חברי תוהה מדוע בעניין אל-איובי ובע"א 4203/97 הנ"ל, נמנעו בתי המשפט מלהצהיר על הבעלות היהודית במתחם. נוכח זאת מסיק חברי, כי "שאלת הבעלות אכן אינה פשוטה". לגבי דידי, תהייתו של חברי – אין בה ממש. סבורני כי בתי המשפט באותם הליכים לא הצהירו על הבעלות הפוזיטיבית של הוועדים, משום שמדובר היה שם בתביעות פינוי, להבדיל מתביעות הצהרתיות לבעלות; ממילא, הכרעה בשאלת הבעלות הפוזיטיבית – כלל לא נדרשה בהן, בדיוק כפי שהיא אינה נדרשת בהליך דנן (וראו גם: ע"א 4126/05 הנ"ל, פסקה כ"ג). מעבר לכך, לטעמי, עיון בפסקי הדין הרבים שניתנו עד כה בסוגיה זו, משמיענו כי ההיפך הוא הנכון:

בתי המשפט הניחו עד עתה, כמובן מאליו, כי הבעלות נתונה לוועדים (שהמשיבה באה בנעליהם). נקודת המוצא במרבית פסקי הדין היתה, כי הבעלות שייכת לוועדים, מבלי להבחין בין הבעלות הרשומה, לבין זו הפוזיטיבית. על קצה המזלג בלבד, אפנה לכמה אמירות מייצגות, מתוך פסקי הדין שניתנו ביחס לסכסוך דנן: בעניין אל-איובי צוין, כי לאחר שחרור הנכס "חזרה הבעלות במקרקעין לשתי האגודות המערערות"; ברע"א 6239/08 הנ"ל נכתב, כי המחזיקים שם "מונעים מהמשיבות (קרי: הוועדים) ליהנות מן המקרקעין שבבעלותן"; בהמשך, בע"א 4281/01 הנ"ל צוין, כי "אכן, בין בעלי הדין הוכרעה זה מכבר סוגיית הבעלות"; וברע"א 8579/01 הנ"ל נקבע, כי "ענין הבעלות במקרקעין הוכרע לפני שנים רבות" (ההדגשות הוספו – נ' ס'). כאמור, כל אלו הן דוגמאות בלבד, לא ממצות.

76. כפי שכבר ציינתי, בענייננו כלל אין צורך לקבוע מסמרות בשאלת קיומו של מעשה בית דין בסוגיית הבעלות הפוזיטיבית של הוועדים (פסקה 25 לעיל). משכך, לא נדרשתי בחוות דעתי לשאלת קיומו של מעשה בית דין, ביחס לטענת בעלות אפשרית של המבקשים. ברם, משייחד חברי פרק בדבריו ל"תביעת הבעלות הפוטנציאלית של המערערים", ביחס להליכי הסדר עתידיים (פסקאות 10-13 לחוות דעתו), אומר גם אני את דעתי-שלי: קיומו של מעשה בית דין בעניין זה הוא פשוט, מתבקש, ועולה בבירור מהשתלשלות ההליכים המשפטיים עד כה. כזכור, בעניין חנון פנו המחזיקים בתביעות לבעלות, אך נדחו בשתי ערכאות. פסקי הדין הפכו חלוטים, והניסיונות לבטל את פסקי הדין או את ההסכם הדיוני – נדחו כולם. סיכם את הדברים הנשיא גרוניס בבג"ץ 6358/08 הנ"ל: "שאלת הבעלות במתחם [...] שבה ונדונה במספר רב של הליכים בעבר. כך, טענותיהם של העותרים (המחזיקים במתחם – נ' ס') לבעלות במתחם נדחו על ידי בית משפט השלום [...] ערעור בנושא הבעלות, אשר הוגש לבית המשפט המחוזי (ע"א 166/89), נדחה על ידו". לפיכך, גם אם אניח – לצורך דיוננו כאן, ומבלי לקבוע מסמרות כמובן – כי לא התגבש מעשה בית דין ביחס לבעלות הפוזיטיבית של הוועדים במקום, הרי שטענת הבעלות של המחזיקים, ובכלל זה גם המערערים דנן – הוכרעה גם הוכרעה, ונדחתה במפורש, במסגרת עניין חנון. במצב דברים זה, משקיים מעשה בית דין ברור לגבי טענת הבעלות של המחזיקים, אינני רואה תוחלת בהמתנה להליך ההסדר לבירור הזכויות, כהצעתו של חברי, שכן אני רואה כיצד יוכלו המחזיקים להעלות שם טענת בעלות, חרף מעשה בית דין שהתגבש בעניין זה ממש.

77. חברי מוסיף וטוען, כי לשיטתו אוחזים המבקשים ב"זכות לרכוש בעלות בנקיפת אצבע". גם בעניין זה – דעתי שונה. לבד מן העובדה, כי אני רואה בכך מסקנה מתחייבת, מן ההסכמים שעליהם חתמו המחזיקים עם השלטונות הירדניים (ודוק, בהסכמים אלו

נקבע, כי דרושה הסכמת המשכיר להעברת הבעלות, ונדרש גם למלא אחר יתר תנאי ההסכם, בהם: סיוע המחזיק בבניין היחידה, ועמידה בכל חובותיו מכוח ההסכם), הרי שקביעה זו, סותרת לטעמי את האמור בעניין אל-איובי ובעניין חנון, שם נקבע כי זכות זו מעולם לא מומשה. מחמת זאת אף נדחו טענות הוועדים, ביחס לתוקפם של הסכמי השכירות (ראו פסקה 57 לעיל). לא ניתן לאחוז את החבל בשני קצותיו. מעבר לכך, מאחר שהמבקשים הם דיירים מוגנים, אשר לימים הפרו את חובותיהם – ועל כך אין חולק – הרי שגם לדעת חברי, הסבור כי בידם טענת בעלות טובה (שאותה, לדבריו, יוכלו להעלות במסגרת הליכי הסדר עתידיים), לא ברור לי מהו העוגן המשפטי שמכוחו ניתן לאפשר להם להוסיף ולהחזיק במקרקעין, ובכך להביא לפגיעה בנושאה בקניינה של המשיבה. מתן היתר שכזה, מעקר מתוכן את מוסד הבעלות הרשומה במקרקעין לא מוסדרים, שהיא זכות שרירה וקיימת בשיטתנו המשפטית. כך, הפועל היוצא ממסקנתו של חברי הוא, כי מעתה ואילך, כל אימת שידרוש בעל זכות רשומה את פינויו של מחזיק, שהפר את חובותיו, אך בידו טענת בעלות הראויה להישמע, תגבר ידו של האחרון על זה הראשון; ובעלות במקרקעין לא מוסדרים מה יהא עליה? ! גם השערתו של חברי, כי הליכי ההסדר ממשמשים ובאים, "מחד או מחרתיים" כלשונו, אינה מבוססת על ראייה כלשהי שהונחה לפנינו, ואזכיר כי עסקינן בהליכי הסדר אשר 'דורכים במקום', זה למעלה מיוכל שנים.

78. חזקת שוויון הדינים והשוואה לדין הישראלי הנוגע לנכסי נפקדים – בחוות דעתו מפליג חברי למחוזות חדשים, בונה 'קומה' משפטית נוספת באמצעות חזקת שוויון הדינים, ויוצר היקש בין 'תקנת השוק' שבחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, לבין ענייננו-שלנו. אינני שותף לדבריו אלה. ראשית, חזקת שוויון הדינים איננה 'פתרון קסם', ולא ניתן להפעילה בנקיפת אצבע, כל אימת שבעל דין נכשל בהוכחת הדין הזר. כידוע, בהקשר זה השתרשה בפסיקתנו תורת הפעלה סדורה וברורה. חברי בוחר לדלג עליה בקלילות, משל לא היתה. כעולה מן הפסיקה, על מנת לטעון לחזקה זו יש להצביע על קושי בהוכחת הדין הזר, ולהציג בסיס ראיתי איתן לקיומו של דמיון בין הדינים (ע"א 51/49 יזדי נ' יזדי, פ"ד ד 762 (1950); דנ"א נפ"סי, עמוד 582; גבריאל הלוי, תורת מתקל הדינים כרך א 347-349 (2014)). דא עקא, בעניין זה שלפנינו, דבר מכל אלה לא אירע. ממילא, לטעמי, לא ניתן להניח הנחות מפליגות שכאלה, ואף להעניק להן פרשנות מעשית, המשליכה כבר עתה על זכויות הצדדים. שנית, משחברי מסכים כי קיים מעשה בית דין בשאלת הדיירות המוגנת, לא ניתן עוד 'לתת במה' לפרשנות שונה, אחרת, לגבי מהות הזכות שהוענקה למחזיקים על-ידי השלטונות הירדניים. אינני סבור בהקשר זה כי המבקשים "נלכדו" למשטר הדיירות המוגנת "שלא בטובתם", שהרי כפי שגם חברי מציין, טענה זו הועלתה על-ידי המחזיקים, לא על-ידי הוועדים, במסגרת עניין חנון – ולבסוף התקבלה. בנסיבות אלה, משהמחזיקים בנכס 'ניצחו' בהליך קודם, לאחר שטענתם

(החלופית) התקבלה, קשה עד מאוד (בעיני אף בלתי אפשרי), לראותם כ'נצורים' ו'לכודים' בה, שלא בטובתם. שלישית, ההיקש מ'תקנת השוק' שבחוק נכסי נפקדים לעניין שלפנינו – מוקשה בעיני. תקנת השוק האמורה, מניחה כי נפלה טעות בקביעת 'נפקדות' לגבי נכס שהוקנה מהאפוסטרופוס לנכסי נפקדים, לטובת אדם אחר. דא עקא, בעניינינו-אנו, כלל לא נטען לטעות בהקניית הנכסים לממונה הירדני, ואין חולק כי הממונה הירדני השכיר לשר השיכון הירדני את המקרקעין, ולא הקנה לו את זכויות הבעלות בהם (וכפי שכבר ציינתי, המחזיקים אינם יכולים לקבל יותר ממה שקיבל שר השיכון הירדני); אין הנדון דומה לראיה. רביעית, הסדר 'תקנת השוק' שבחוק נכסי נפקדים, כולל גם אפשרות לפיצוי בעל הזכויות המקורי (סעיף 18 לחוק נכסי נפקדים). ניתן להניח, כי הדבר נעשה מתוך התחשבות במכלול המשמעויות של מנגנון תקנת השוק, על הצדדים כולם. דא עקא, אף שרכיב זה מהווה חלק בלתי נפרד מן ההסדר האמור – לא מצאתי בחוות דעתו של חברי כל התייחסות לשאלת הפיצוי. לפיכך, גם אם הייתי מניח כי יש מקום לאמץ את הסדר תקנת השוק במקרה זה, באמצעות חזקת שוויון הדינים – וכאמור, אינני סבור כך – הרי שלא ניתן לעשות זאת באופן חלקי וסלקטיבי; מעט מפה, זעיר משם.

79. לבסוף, חברי בורא ברייה משפטית חדשה, ובאמצעותה מבקש למנוע את פינוי המחזיקים מן הנכסים: "דיירות מוגנת הנמצאת בצל הליכי הסדר במקרקעין, כאשר לדייר המוגן טענת זכות הראויה להישמע". ברייה זו – משונות דרכיה, והיא נעדרת אחיזה בדין. כידוע, דיני הדיירות המוגנת חקוקים ומעוגנים בחוק הגנת הדייר; גם זכות הבעלות הרשומה במקרקעין לא מוסדרים, מצויה בהוראות חוק המקרקעין. כללים אלה מאפשרים, בין היתר, לבעלים הרשום בקרקע לא מוסדרת, לממש את זכויותיו, ולפנות מנכסיו דייר מוגן אשר נמצא כי הפר את חובותיו. על כן, בין אם מדובר במקרה חריג (דבר שכלל לא נטען לפנינו), בין אם לאו, לא ניתן לעקם את הכתוב, או להתעלם ממנו לחלוטין, וליצור יש (משפטי) מאין.

80. במישור האופרטיבי, חוות דעתו של חברי מביאה לתוצאה אנומלית. מחד גיסא, חברי מוכן למחול למבקשים על עילות הפינוי שאין חולק כי התגבשו בעניינם, בבחינת 'הכל יהיו מתירים לקם, הכל מחוללים לקם, הכל שרויים לקם'; ומאידך גיסא קובע, כי אם לא יעמדו בחובותיהם מכאן ולהבא, או אז "דרכה של המשיבה לנקוט הליכים מתאימים תהא פתוחה". לא עלה בידי להבין מה ראה לנכון חברי לבפר את ההפרות העתידיות על פני ההפרות המוכחות, שביצעו עד כה המבקשים, ועל כך אין כל חולק. ממה נפשך: אם אותה ברייה שכרא חברי מאפשרת פינוי דייר מוגן המחזיק ב"טענת זכות הראויה להישמע", מדוע נדחה את הקץ? הבה נכריע בה כעת, כאן ועכשיו; מנגד, אם ברייה זו

אינה מאפשרת פינוי דייר מוגן בנסיבות שכאלה, יהיו דברים אלה נכונים גם כלפי הפרות עתידיות. מדוע אפוא ציין חברי, כי דרכה של המשיבה לנקוט הליכים מתאימים תהא פתוחה? לחברי פתרונים.

81. הערה אחרונה לסיום: הלכה למעשה, חברי מבקש לכפות על הצדדים את הפשרה שהצענו להם, אף שזו נדחתה על-ידם, ובעיקר על-ידי המבקשים. אפשרות זו אולי קיימת בשיטות משפט מסוימות, אך לא בשיטת משפטנו-שלנו: "במערכת משפטנו אין כופין על האדם לנהוג לפני משורת הדין, והדבר מסור ליוזמתו ולרצונו של בעל הדין" (ע"א 350/77 כיתן בע"מ נ' וייס, פ"ד לג(2) 787, 808 (1979); לגישת המשפט העברי בכפיית נורמות 'לפנים משורת הדין', ראו, למשל: ר"ש קליינמן, "כפיית נורמות של 'לפנים משורת הדין' על גופים ציבוריים", ספר שמגר – מאמרים א, 469, 476-477 (תשס"ג). סבורני אפוא, כי בחוות דעתו של חברי טמון חידוש מפליג, ש'אלמלא מקרא כתוב אי-אפשר לאומרו'.

אשר על כן, אילו נשמעה דעתי, היינו דוחים את בקשת רשות הערעור על הסף. לחלופין – ראוי לדחות את הערעור לגופו, מן הטעמים שעליהם עמדתי בִּאֲרוּכָה לעיל.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. פסקי הדין של חברי מונחים לפני כשני כתובים המכחישים זה את זה, כך שנפל בחלקי להיות הכתוב המכריע ביניהם. חברי גוללו וסקרו בפסק דינם עד דק את העובדות הצריכות לעניין ואת ההליכים השונים שהתקיימו בנוגע למתחם נשוא דיוננו. משכך, לא אייגע את הקורא בחזרה על הדברים.

אציג להלן בקצרה את עמדתי ביחס לעמדות חברי בנושאים השונים. מקום שבו קיימת הסכמה בין חבריי לא אאריך ואצטרף אליהם.

2. רשות ערעור: כמו חברתי, אף אני סבור כי יש מקום ליתן רשות ערעור ב'גלגול שלישי'.

אכן, הסכסוך הנוכחי אינו חורג מעניינם הפרטני של הצדדים (הגם שיש הטוענים כי לנוכח התהודה של הסכסוך לרבות בזירות לבר-משפטיות הוא בכל זאת חורג....) ברם, אין זה הקריטריון היחיד שבו בית המשפט בוחן סכסוך בגלגול שלישי, וגם מניעת עיוות דין ושיקולי צדק נכנסים לסל השיקולים (השוו לתקנה 148א(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, תקנה 407א(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984).

כאשר מתן רשות ערעור נדרש למנוע עיוות דין או בשל שיקולי צדק, רשאי בית המשפט ליתן לאינטרס הפרטי משקל גדול יותר מהמקובל ולאפשר רשות ערעור בגלגול שלישי: "קיימים מקרים נדירים ביותר שבהם תחושת הצדק שבקשת רשות לערער מעוררת לפני השופט הדן בה היא כל כך חזקה, עד שהוא יכול ליטול היתר לעצמו, לחרוג מהכללים, לתת לאינטרס הפרט משקל גדול יותר מכפי שמקובל בבקשות מהסוג הנדון, ולתת למבקש רשות לערער" (שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד סעיף 187 בעמ' 216 (מהדורה שניה, 2008); רע"א 9623/05 אבו קוטב נ' אגודת האבות המרוניטים ביפו (16.5.2006) – גם שם היה מדובר בתביעה לסילוק יד ובטענה לדיירות מוגנת; רע"א 5165/09 נכסי רמלה 3 בע"מ נ' אשבת חברה לבניית מבני תעשיה בע"מ, בפסקה ז (13.9.2009) – שם לא ניתנה רשות ערעור; ולאחרונה ברע"א 6884/21 דן ל.נ.א השקעות בע"מ נ' ליאם נחמיאס חברה לבניין בע"מ (20.2.2022) – שם היה מדובר בתביעה לפינוי מושכר וניתנה רשות ערעור בשל חוסר צדק דיוני שעולה כדי עיוות דין).

אין זה סוד, שכאשר בענייני סילוק יד מבית מגורים עסקינן, נוהגים אנו בזהירות יתרה. כך בכל הנוגע לעיכוב ביצוע או מתן סעד זמני בערעור גם אם סיכויי הערעור אינם גבוהים (לדוגמה מני רבים, ראו ע"א 5529/15 פלונית נ' בנק מזרחי טפחות, פסקה 8 (9.9.2015)), וכך יש לנהוג בזהירות גם לעניין גלגול שלישי. ענייננו במספר משפחות המחזיקות מזה עשרות שנים בדירות שבמתחם וטרם נשליכן אל הרחוב, לא נקל בעיני כי נדחה את עניינן על הסף וללא דיון לגופן של טענות, אך ורק מהטעם שבגלגול שלישי עסקינן.

3. הראיות הנוספות: כמו חברי, אף אני סבור כי אין להידרש לחוות דעת המומחית במסגרת הבקשה להבאת ראיות נוספות.

חבריי נחלקו אם יש מקום לאפשר צירוף המסמכים הנוספים בשלב זה של הערעור. חברי השיב על כך בשלילה אך ציין כי ממילא אין במסמכים אלה כדי להשפיע על תוצאות הערעור. אף אני סבור כי אין במסמכים אלה כדי להשפיע על תוצאות הערעור, אך מזווית אחרת, כפי שיפורט בהמשך.

4. הבעלות הרשומה: כמו חברי אף אני מסכים כי הבעלות הרשומה של הנכסים אינה יכולה להיות כיום שנויה במחלוקת.

5. מעשה בית דין והשתק פלוגתא:

חברתי עשתה כברת דרך ארוכה על מנת להראות כי לא חל בענייננו מעשה בית דין, וכי המחזיקים אוחדים ברישיון בלתי הדיר. למסקנה זו אני יכול להצטרף מהטעמים המהותיים והדיונים שעליהם עמד חברי. לא אאריך בדברים ואסביר בקצרה מדוע ביכרתי את פסק דינו של חברי בנקודה זו.

6. בפסקה 75 לפסק דינה, עמדה חברתי על כך שהקביעה בדבר היותם של המחזיקים בנכסים דיירים מוגנים מקורה בפסקי הדין שניתנו בעניין חנון. לשיטת חברתי, בית משפט השלום לא היה צריך להידרש לטענה זו "משנקבע שהחוזים שעליהם מבוססת החזקה תקפים". ייתכן שהצדק עם חברתי. אלא שבית משפט השלום בעניין חנון, גם אם שגה בכך, נדרש לטענת הדיירות המוגנת שהועלתה על ידי המחזיקים כטענה חלופית והתבסס עליה בפסק דינו. מה עוד, שגם המחזיקים הגישו לבית המשפט המחוזי ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בעניין חנון.

אם נפשט את הדברים, הרי שלפנינו מקרה שבו ראובן תובע סילוק יד של שמעון. שמעון מתגונן בטענה שהוא הבעלים ולחלופין שהוא דייר מוגן. בית המשפט דוחה את טענת שמעון לבעלות, אך בפסק דינו הוא מקבל את טענתו החלופית לדיירות מוגנת ודוחה את התביעה לסילוק יד. שני הצדדים מגישים ערעור שנדחה, כך שקביעותיה של הערכאה הדיונית הפכו חלוטות ולפנינו מעשה בית דין.

ודוק: מעשה בית דין יכול להיווצר גם מחמת טעות שהשתרשה בסדרה של הליכים, וכפי שציין חברי בפסקה 40 לפסק דינו "מקום שקם מעשה-בית-דין, אין בודקים אם צדק השופט אם לאו: מעשה-בית-דין מכוון דוקא למנוע התדיינות נוספת לגבי הפלוגתא שהוכרעה" (ע"א 440/70 ע'אנס נ' ע'אנס, פ"ד כו(2) 838, 829 (1972)). לכן, ואפילו אם נפלה טעות בפסק הדין בעניין חנון כאשר נקבע כי יש לראות במערערים כדיירים מוגנים, הרי משקביעה זו הפכה חלוטה, הכללים המשפטיים של מעשה בית דין מחייבים אותנו לקבל קביעה זו ולא להרהר אחריה (משפט חוזר אזורי הוא חריג נדיר ביותר לכלל של מעשה בית דין. לא זה המקרה שלפנינו וטענה זו אף לא הועלתה על ידי המערערים). כפי שעולה מהסקירה המקיפה של חברתי, ערכאות שונות חזרו שוב ושוב על הקביעה

שהמחזיקים בנכסים במתחם הם דיירים מוגנים (הגם שלא הבהירו טיבה של אותה דיירות). המדובר בעשרות הליכים שהתנהלו משך שנים, ואיננו חופשיים להרהר כיום אחר טיבם ונכונותם.

7. הערה במאמר מוסגר: מעשה בית דין חל גם כאשר ניתן היה להעלות טענה מסוימת אך זו לא הועלתה, לנוכח התפיסה של מיצוי העילה. ראובן אינו רשאי להגיש תביעה נגד שמעון בעילה חוזית ולאחר שתידחה תביעתו להגיש תביעה נוספת נגד שמעון והפעם בעילה נזיקית, מאחר שהיה עליו לרכז את עילות התביעה. לכן, צד שהיה לו את יומו בבית המשפט, בין אם מימש אותה הלכה למעשה ובין אם היה צריך לממשה, אינו יכול לנהל הליך משפטי נוסף באותה עילה (ראו, לדוגמה, ע"א 4576/17 Air Via OOD נ' השטיח המעופף, פסקה 19 והאסמכתאות שם (18.12.2018)).

תביעת הפינוי הראשונה שהגישו הוועדים כנגד המחזיקים נדונה בע"א 459/79 הוועד הכללי לכנסת ישראל נ' אל איובי, פ"ד לה (4) 188 (1981) (להלן: עניין אל איובי)). תביעת הוועדים נדחתה בעניין אל איובי בשלוש הערכאות (בית המשפט העליון דן בבקשת הוועדים לגופה ברשות ערעור ב'גלגול שלישי'), כאשר בשולי פסק דינו של בית המשפט העליון נכתב כי "בית-משפט השלום ציין בצדק, שהמערערים לא טענו לחלופין, שגם אם המשיבים נכנסו לקרקע כדין, הפכו אי פעם לאחר מכן למסיגי גבול, ועל-כן שאלה זו אינה מתעוררת בהליכים אלה" (שם, עמוד 196). חברי סבור כי ב"עקבות קביעה זו, שהותירה פתח לבאות, הוועדים – שהיו 'למודי ניסיון' מפרשת אל-איובי (כלשון בית משפט השלום בעניין חנון, פסקה 6) – בחרו לנצל דלת זו, שלא ננעלה בעניין אל-איובי". לטעמי, הערתו של בית המשפט העליון בעניין אל איובי לא באה לפתוח פתח לוועדים, שהרי במסגרת תביעת הפינוי היה עליהם לרכז את כל טענותיהם ועילותיהם ב"חבילה אחת". לכן, לדידי, ספק רב אם הוועדים היו רשאים מלכתחילה להגיש תביעת פינוי נוספת בעניין חנון, תוך שהם מעלים הפעם טענות שונות מאלו שנטענו על-ידם בעניין אל איובי (ראו גם פסקה 28 רישא לפסק דינו של חברי), ואזכיר כי עניין חנון הוא שפתח פעם נוספת את כל שרשרת ההתדיינויות עד ימינו אנו. הנה כי כן, ייתכן כי אילו בית המשפט השלום בעניין חנון היה מפעיל את תורת מעשה בית דין כהלכתה, דרכם של הוועדים הייתה נחסמת. אלא שאין זה המקום לדון בשאלות היפותטיות בנוסח "מה היה אילו", כך שכיום אין נפקות אופרטיבית להערת זו.

8. רישיון בלתי הדיר: חברתי העלתה את האפשרות כי לנוכח הנסיבות המיוחדות שבפינוי, ענייננו ברישיון בלתי הדיר.

לא אאריך בדברים ואומר בקצרה כי אף אני סבור כי לפנינו נסיבות מיוחדות ולכך נפקות לענייננו. ברם, למרות שמצאתי טעם רב בדרך שבה ניתחה חברתי את מצב הדברים, אני רואה להידרש לאפשרות זו, מהטעמים הדיוניים שעליהם עמד חברי. קרי, העובדה שהטענה לא הועלתה על ידי המערערים לאורך ההתדיינויות הרבות, אף לא בפנינו.

9. סיכום ביניים: המערערים נמצאים אפוא - גם אם שלא בטובתם אלא מכוח מעשה בית דין שכיום קשה להרהר אחריו - תחת משטר "הדיירות המוגנת"; והבעלות הרישומית במתחם היא של המשיבה, שרכשה את זכויות הוועדים ונכנסת בנעליהם.

וכעת, לאחר שמיפיתי את "גבולות הגזרה" אצא לדרכי בנתיבי-שלי. אקדים ואומר כי לאחר שהלכתי עם חברי כברת דרך, הרי שבתוצאה האופרטיבית נפרדות דרכנו.

10. תביעת הבעלות הפוטנציאלית של המערערים: הכל מסכימים כי הבעלות הרשומה של הנכסים אינה יכולה להיות שנויה במחלוקת. אוסיף ואומר כי גם לא יכולה להיות מחלוקת אמיתית כי בשעתו, הבעלות הפוזיטיבית-הקניינית-ההיסטורית של המתחם, הייתה קרקע הקדש שנרשמה על שם הרב הראשי (חכם באשי) אברהם אשכנזי והרב הראשי מאיר אורבך, שרכשו את המקרקעין בשנת 1875 מבעליה הערבים. אלא שבשנת 1948 נפל דבר ו"כל יישובי היהודים שנפלו במלחמת העצמאות בידיים ערביות נמחו כליל מעל פני האדמה - כולם בלי יוצא מן הכלל - והתושבים היהודים כולם עד אחד נרצחו או נמלטו או נלקחו בשבי, אך לאיש מהם לא התירו צבאות ערב לשוב לאחר המלחמה למקומו" (עמוס עוז סיפור על אהבה וחושך 388 (2002)). בתום המלחמה, הממונה הירדני על נכסי האויב נכנס בנעלי הבעלים היהודיים, שהיו הבעלים של המתחם נשוא דיוננו.

בשנת 1967, בעקבות מלחמת ששת הימים, עבר השטח נשוא דיוננו לשלטון ישראל והוחל עליו המשפט הישראלי. חברתי עמדה בפסקה 7 לפסק דינה על כך שהשטח הוקנה לאפוטרופוס הכללי וזה שחרר בשנת 1972 את המתחם מהקנייתו לידי הוועדים היהודיים לפי סעיף 5(ב) לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970 (להלן: חוק הסדרי משפט), והוועדים נרשמו מיד כבעלי המתחם בחלקים שווים.

11. רישום הבעלות החזיר לכאורה עטרה ליושנה. נכסי ההקדש היהודי שנרשמו על שם הרבנים הראשיים לפני 1948, חזרו ונרשמו בשנת 1972 על שם שני הוועדים, שנכנסו

בנעלי ההקדש. אילו עצרנו הילוכנו בנקודה זו, הרי שמצב הדברים הוא פשוט. המתחם היה בבעלות יהודית לפני 1948, ולאחר החלת החוק הישראלי חזר הקניין לבעליו.

אך אם הדברים פשוטים כדי כך, מדוע נמנע בית המשפט בעניין אל איובי מלהצהיר על הבעלות היהודית במתחם? ומדוע הודגש בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בע"א 4203/97 (פסקה 18 לפסק דינה של חברתי) כי לעניין הבעלות, קביעת בית המשפט בעניין חנון במחוזי אינה מהווה מעשה בית דין?

12. התשובה לשאלה זו היא ששאלת הבעלות אכן אינה פשוטה. זאת, מפני שבין השנים 1948-1967 נעשו בצד הירדני מספר פעולות שלא ניתן להתעלם מהן, ואלה נסקרו בהרחבה בפסק הדין בעניין אל איובי. כפי שעולה מפסק הדין שם, נחתמה מערכת משולשת של חוזים:

(-) הסכם שכירות ל-33 שנה מיום 25.8.1954 בין הממונה הירדני על נכסי אויב (כמשכיר) לבין שר השיכון והבינוי הירדני (כחוכר). בהסכם אנו מוצאים סממנים ברורים של חכירה שקרובה להעברת בעלות, אף יותר מהמקובל בהסכמי חכירה לדורות של רשות מקרקעי ישראל: דמי השכירות הועמדו על דמי שכירות סמליים-נומינליים של דינר ירדני אחד לשנה בלבד; לשוכר ניתנה אפשרות להקים מבנים ולהשכירם לפליטים כפי שימצא לנכון; ולשוכר ניתנה אופציה לחדש את השכירות לאותה תקופה באותם תנאים ובאותם דמי שכירות.

(-) הסכם בין הממלכה הירדנית לבין אונר"א מיום 16.11.1954, שבו הוסכם להקים שיכון עבור 28 משפחות "על אדמה שהיתה מקודם יהודית", במימון של אונר"א, כאשר כל משפחה תחתום על הסכם שכירות בדמי שכירות סמליים של דינר אחד לשנה, כאשר תקופת השכירות ההתחלתית היא של שלוש שנים ושלשה חדשים שתיחשב כתקופת מבחן, שלאחריה יהיה השוכר רשאי לחדש את הסכם השכירות באותם תנאים לתקופה של 30 שנה פחות שלשה חודשים, וגם תקופה זו תהיה ניתנת לחידוש לתקופה נוספת של 33 שנה לפי ברירת הדייר (והשוו לאופציה של הארכת חכירה במקרקעי ישראל ב-49 שנה). ההסכם הגדיר כי מטרתו לסייע למשפחות הפליטים לעמוד ברשות עצמם, ולכן אונר"א תהא פטורה מלהמשיך לסייע למשפחות הפליטים שייבחרו לשיכון. סעיף 3 להסכם קבע במפורש כי "הנכסים שיווצרו על ידי תכנית מוסכמת זו יוקנו לנהנים מן התכנית בהתאם לתנאים של חוזה השכירות המצורף כנספח II" (הדגשה הוספה – י"ע). לכאורה, לפנינו הסכם לטובת צד ג' - 28 המשפחות נשוא ההסכם.

(-) הסכמי שכירות מיום 3.9.1956 (ככל הנראה לאחר שהושלמה בניית הבתים) בין שר השיכון והבינוי הירדני לבין כל אחד מהמשתכנים. דמי השכירות השנתיים הם חצי דינר בלבד, וסעיף 11 להסכם קבע כי "לאחר שהשוכר פעל בהתאם לתנאי הסכם זה והמשכיר יהיה משוכנע כי השוכר אכן עזר בבנין של כלל היחידה, תועבר הבעלות במושכר לשוכר ללא תשלום" (הדגשה הוספה – י"ע).

עוד נקבע בפסק הדין בעניין אל איובי, כי העברת המתחם מהממונה הירדני על נכסי האיוב לשר השיכון והבינוי הירדני נעשתה כדין.

13. חברי עמד בפסקאות 54-57 לפסק דינו, על כך שלמשתכנים הפלסטינים ניתנה זכות שכירות לשלוש שנים ותו-לא. ברם, בהינתן שכנגד השכרת הנכסים למשתכנים הפלסטינים, אלה ויתרו על מעמדם כפליטים באונר"א על כל הזכויות הנובעות מכך; בהינתן שאותם משתכנים נדרשו לשלם דמי שכירות סמליים של חצי דינר לשנה; בהינתן שניתן היה להאריך את תקופות הסכמי השכירות בעשרות שנים נוספות; ובהינתן סעיף 11 להסכמי השכירות שם ניתנה למשתכנים אופציה לרכישת בעלות במושכר ללא תשלום נוסף – בהינתן כל אלה, אין כל סיבה הגיונית להניח שהמשתכנים בחרו להישאר במעמד של שוכרים, לאחר שכל שנותר להם הוא לממש את האופציה ללא תשלום נוסף. לכן, איני מקבל את ההנחה של חברי כי האופציה מעולם לא מומשה.

ודוק: לא נעלם מעיני את שנאמר בעניין אל איובי כי "לא הובאה כל ראיה, כי האופציה הופעלה, וכי בפועל הועברה הבעלות בקרקע או בדירות למשיבים. משום כך אף אין לנו להיכנס לבירור השאלה הנוספת, מה היקף חובתו של הממונה על רכוש האיוב לשמור בידיו את הקניין בנכסים, שהוקנו לו" (שם, עמוד 195). אכן, הבעלות הרישומית בקרקע לא הועברה למשתכנים, אך הם החזיקו בידם אופציה בלתי-הדירה להירשם כבעלים ולא הובאה שמץ ראיה כי בתום שלוש שנות השכירות גורם ירדני כלשהו דרש מהם לפנות את המבנים. המשתכנים החזיקו מכוח ההסכמים שנכרתו עמם אופציה של ממש, אופציה שניתן היה לכאורה לממשה בנקיפת אצבע, כך שלא הייתה להם ציפיה גרידא (כדברי חברי בסעיף 58 לפסק דינו).

גם האפשרות שממשלת ירדן, באמצעות שר השיכון, חרגה מסמכותה, לא עולה בקנה אחד עם חזקת התקינות שבתי המשפט ייחסו למדינת ירדן. כפי שציין חברי "נקודת המוצא היא שיש להכיר בכשרות ורציפות פעולותיהן של השלטונות הירדניים" (פסקה 61 לפסק דינו). גם הדין בישראל אישר את תוקפם של מסמכים רשמיים ירדניים, כפי שעולה מסעיף 25 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970 ומתקנה 19

לתקנות הסדרי משפט ומינהל (רציפות הליכים אזרחיים, אכיפת פסקים והכרה במסמכים), התשכ"ט-1969 הקובעת כי "מסמך שניתן או אושר, בכל עת שלפני היום הקובע, על-ידי עובד ציבורי או משרד ציבורי, והיה בר-תוקף בשטח התחולה, דינו כמסמך שניתן או אושר, לאותו ענין ובאותו תוקף, על ידי עובד ציבורי או משרד ציבורי בישראל".

על חזקת התקינות המיוחסת לממשלת ירדן עמד הנשיא לנדוי בעניין אל איובי כפי שצוטט על ידי חברתי: "מדינת ירדן ידועה לנו כמדינה בעלת מערכת משפט מסודרת, ואין סיבה שלא לזכות רשות מרשויותיה הציבוריות בחזקה הרגילה, שאין רשות ציבורית עושה פעולה משפטית, בלי שהוסמכה לכך על-פי הדין, שבמסגרתו היא פועלת", ואחזור גם על הציטוט שהובא על ידי חברתי מע"א 805/79 אל-גול נ' כולל חב"ד בירושלים, פ"ד לח(1) 57, 65 (1984):

"אכן נקבע בפסקי-דין של בית-משפט זה שקיימת חזקה - הניתנת לסתירה - שרשות ציבורית במדינת ירדן אינה עושה פעולה, שאינה מוסמכת לעשותה על-פי הדין, ושלפי הוראות חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970, והתקנות שהותקנו לפיו וגם לפי כללי המשפט הבינלאומי המגמה היא לקיים רציפות של זכויות הקניין הפרטי, כאשר שלטון בשטח מסוים מתחלף" (ע"א 805/79 אל-גול נ' כולל חב"ד בירושלים, פ"ד לח(1) 57, 65 (1984), ההדגשה הוספה - י"ע).

14. בפסקה 15 לפסק דינו, עומד חברי על כך שיייתכן כי יש מקום לבחון את מהות הזכות שניתנה למערערים בשנת 1956, דווקא ב'משקפי' הדין הירדני, אך סבר כי אין בכוחנו לעשות כן, באשר הוכחת דין זר טעונה חוות דעת מומחה וכזו לא הוגשה על ידי מי מהצדדים. אכן כך, ומקום שבו לא הוכח הדין הזר תחול חזקת שוויון הדינים. אבחנו אפוא את עניינם של המערערים על פי הדין הישראלי במעין "תמונת ראי". החלת חזקת שוויון הדינים במקרה דנן, משמעה שאנו מחייבים את הממונה הירדני על נכסי אויב ואת המחוקק הירדני ברמת הנורמות שאנו מייחסים למקביליהם בישראל.

מדברים אנו במשולש החוזי הבא: הממונה הירדני על נכסי אויב שהעביר לשר השיכון הירדני שהעביר למשתכנים. מקבילו של הממונה הירדני על נכסי אויב בדין הישראלי הוא האפוטרופוס על נכסי נפקדים (וראו ההערה בעניין אלאיובי בעמ' 193: "מסתבר, שהמחוקק הירדני לא עשה הסדר תחיקתי מיוחד לגבי נכסים, שניטשו בשטח שליטתו של השלטון הירדני כתוצאה ממלחמת העצמאות, כדוגמת חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950 שלנו"). מקום שבו האפוטרופוס על נכסי נפקדים הישראלי משכיר נכס נפקד

ישירות לצד שלישי, הרי שחל סעיף 17(ב) לחוק נכסי נפקדים, הקובע כי "דין אדם ששכר מן האפוטרופוס בעסקה לפי סעיף קטן (א) בית-דירה או בית-עסק, כדין דייר או דייר משנה כמשמעותו בחוק הגנת הדייר, תשי"ד-1954, ובחוק הגנת הדייר, תשט"ו-1955, בין תוך תקופת העסקה ובין לאחריה". אלא שבמקרים רבים, האפוטרופוס על נכסי נפקדים הישראלי מעביר נכס נפקד בהסכם מכר אל הזרוע הביצועית של המדינה בדמות רשות הפיתוח על פי סמכותו לפי סעיף 19(א)(1) לחוק נכסי נפקדים, ומכאן ואילך רשות הפיתוח מחכירה את הנכס לצדדים שלישיים. גם אם אותם צדדים שלישיים לא היו מסיימים את העסקה ברישום, ואפילו היה מתברר כי אין מדובר בנכס נפקד, הרי שדי היה בהעברת הנכס מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים לידי רשות הפיתוח כדי "למרק" את הזכות, והצדדים השלישיים היו זכאים לאכיפתה. זאת, מאחר שההעברה מהאפוטרופוס אל רשות הפיתוח, על אף שנעשית בין צדדים קרובים, מאפשרת לחסות תחת "תקנת השוק" המיוחדת הקבועה בסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים התש"י-1950 הקובע כלהלן: "כל עסקה שנעשתה בתום לבב בין האפוטרופוס ובין אדם אחר בכל נכס שהאפוטרופוס חשבו בשעת העסקה לנכס מוקנה לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה נכס מוקנה" (לתקנת שוק זו ראו: ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסון, פ"ד מז(5) 1, 17-18 (1993); ע"א 4636/07 מרעי נ' מרעי, פסקה 9 (21.12.2009). לתקנת שוק זו ביחסים שבין האפוטרופוס לרשות הפיתוח ראו, בין היתר, ע"א 6783/98 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עיזבון מוסא, פ"ד נו(4) 161 (2002); ע"א 1501/99 דריני נ' משרד האוצר (20.12.2004); ע"א 6858/99 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' טברי (16.3.2004); ע"א 3747/90 האפוטרופוס על נכסי נפקדים נ' עיזבון מוסא, פ"ד מו(4) 361 (1992); ע"א 1397/90 דיאב נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד מו(5) 789 (1992); ע"א 2686/02 שיבלי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (10.3.2004). כן ראו תקנת שוק דומה בסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978).

15. בדומה להעברה אפוטרופוס - רשות הפיתוח - צד שלישי, ניתן לכאורה לטעון כי כך גם בענייננו. המשתכנים קיבלו משר השיכון הירדני שקיבל מהממונה הירדני על רכוש האויב, זכות שכירות, הניתנת לכאורה לשכלול לכדי בעלות של מורישי המערערים, בנקיפת אצבע (הגם שיצויין כי הממונה הירדני לא התקשר עם שר השיכון בהסכם מכר, אלא בהסכם הדומה במהותו להסכם חכירה לדורות, לאור התקופה של 33 שנים עם אופציה להארכה). במסגרת הליכי הסדר מקרקעין, זכות זו של המערערים ראויה להיבחן אל מול זכות הבעלות המקורית – של הרבנים הראשיים, שהוועדים נכנסו בנעליהם, והמשיבה שנכנסה בנעלי הוועדים – ואיני קובע כמובן מסמרות בנושא. לא בכדי נזהר האפוטרופוס הכללי, כאשר שחרר בשנת 1972 את המתחם לידי הוועדים היהודיים, בצינו כי השחרור נעשה "בכפוף לזכות צד שלישי אם קיימת זכות כזו".

ברם, הסדר המקרקעין שבו החלו הירדנים בשכונה, נקטע בעקבות מלחמת ששת הימים (וראו חיים זנדברג "ירושלים – הסדר והפקעת זכויות במקרקעין" המשפט ח 505, (2003)), והפעולות שנעשו על פיו אף לא הוכרו על ידי בית המשפט בישראל. כך, בה"ק (י-ם) 2/72 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' הפקיד המסדר, פ"מ עט 134 (1972) נקבע כי הליכי ההסדר הירדני לגבי הנכסים שבשכונת נחלת שמעון הצדיק הידועים כגוש שומה 30092 (לאו דווקא בשטח נשוא דיוננו) נוגדים את תקנת הציבור הישראלי:

"עצם העובדה שהחלקות הנ"ל בגוש שומה 30092 הוקנו לממונה על רכוש האוייב הירדני כחלקה אחת, מוכיחה כי שלטונות ירדן הכירו בחלקות הנ"ל, על-פי הרישומים המנדטוריים של נכסים אלה, כשייכות לתושבים יהודים בארץ-ישראל; אולם מעמדן של תושבים אלה כאוייבים פטר את הממונה הירדני על רכוש האוייב מפנייה לפקיד ההסדר לברר זכויותיו של כל אחד מהבעלים הרשומים במסגרת החלקה הכוללת הנ"ל. אין צורך לומר כי גם לא היתה לו האפשרות לברר זכויות אלה, אף אילו רצה בכך. העובדה עומדת בעינה כי לבעלי הנכסים הרשומים לפי ספרי האחוזה המנדטוריים או לבעלי זכויות שביושר הטוענים לבעלות לגבי הנכסים האלה, לא היתה ההזדמנות להגיש את תביעותיהם בשעה שהשטח הזה הוסדר, ולא הוכרו זכויותיו של כל אחד בנפרד. אני סבור כי מצב עובדתי זה מכתים את לוח הזכויות הירדני לגבי חלקה 1 בגוש ירדני 6 בתואר של מסמך הסותר את תקנת הציבור בישראל".

הסדר המקרקעין לא חודש מאז שלא בעטיים של המערערים. כך, חברי הפנה לבג"ץ 6358/08 אלקורד נ' לשכת הסדר מקרקעין (20.11.2008) שם דחה בית משפט זה על הסף את עתירתם של המערערים להורות ללשכת הסדר מקרקעין "ליתן טעם מדוע לא יחל בפעולות הסדר לשם קביעת הבעלות במתחם מקרקעין מסוים בשכונת שיח' ג'ראח' בירושלים". שיקולי המדינה לעכב משך שנים את הליכי הסדר המקרקעין – עמה. מכל מקום, נתבשרנו כי לאחרונה החלו פעולות של הסדר בשכונת שיח' ג'ראח (ראו בג"ץ 2996/21 העמותה לרווחת שיח' ג'ראח נ' פקיד הסדר מקרקעין ירושלים (30.6.2021)).

16. הנה כי כן, זה המצב שבו אנו עומדים.

מצד אחד, המערערים "אחרו את הרכבת" והם מנועים ומושתקים כיום מלטעון כנגד סיווגם כדיירים מוגנים, בשל פלוגתא פסוקה ומעשה בית דין שנוצרו בעניין זה. מנגד, למערערים ניתנה אופציית-חינם לשכלל את זכות השכירות שלהם לזכות בעלות,

כך שאין לשלול את האפשרות שבהליכי הסדר זכותם תגבר על זכותם המקורית של הוועדים, שהמשיבה באה בנעליהם (ואיני מביע כל עמדה לגוף הדברים). כפי שציינה חברתי, שאלת "הבעלות הפוזיטיבית" עתידה להיות מוכרעת במסגרת הליכי הסדר עתידיים. וכפי שציין חברי, כאשר במקרקעין לא מוסדרים עסקינן, ניתן לסתור בהליכי הסדר על פי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, את החזקה הלכאורית הנובע מהרישום, וכלשונו: "אין לכחד: יכול שבעתיד, במסגרת הליכי הסדר, יעשו ניסיונות לקרוא תיגר על רישום המשיבה בפנקס השטרות, במטרה לסתור את החזקה הקיימת מכוח רישום זה" (פסקה 25 לפסק דינו). לעניין זה איני רואה להבחין בין אסקאפי לבין המערערים האחרים, מאחר שאסקאפי שאב את זכותו מהשוכר המקורי.

17. הנה כי כן, המערערים נתונים כיום במשטר של דיירות מוגנת, לאחר ש"נלכדו" בסיווג זה, גם אם שלא בטובתם, בהליכים שהתקיימו לאורך השנים. כפי שציינה חברתי בפסקה 84 לפסק דינה, כנגד הזכויות שניתנו להם על ידי ממשלת ירדן, המחזיקים נתנו תמורה בדמות ויתור על מעמדם כפליטים הזכאים לתמיכה מאונר"א. בהתאם למערכת החוזית שבין המחזיקים לממשלת ירדן, המחזיקים היו אמורים לשלם דמי שכירות סמליים של חצי דינר לשנה בלבד, ללא מנגנון הצמדה כלשהו. מכאן שניתן להבין את טענת המערערים כי החלת דיני הגנת הדייר AS-IS עליהם, פוגעת בזכויות שקיבלו בשעתו. לדידי, מצבם של המערערים שונה מזה של דיירים מוגנים רגילים, שאינם יכולים לשכלל את זכותם לכדי בעלות אלא בהסכמת בעל הבית (על פי רוב, כנגד תשלום של 40% מערך הנכס). ודוק: אין מדובר בדיירות מוגנת משודרגת, אלא בדיירות מוגנת הנמצאת בצל הליכי הסדר מקרקעין, כאשר לדייר המוגן טענת זכות הראויה להישמע. דייר מוגן שבאמתחתו טענת בעלות שאמורה להתברר בהליכי הסדר הוא מקרה חריג ונדיר (אף אחד מהצדדים לא הביא תקדים למקרה מעין זה).

בנסיבות אלה, איני רואה היגיון וצדק בסילוק יד ובפינוי המערערים מהמתחם, כאשר במסגרת הליכי הסדר – שעל אף שהתמהמהו יגיעו מחר או מחרתיים או תוך מספר שנים – עשוי להתברר כי זכות הבעלות נתונה להם או שהם זכאים לרכוש את הבעלות בנקיפת אצבע, תוך מימוש זכות האופציה שניתנה להם. לא למותר לציין כי כבר בעניין חנון בבית משפט השלום הגישו המערערים תביעה שכנגד שבה נטען כי הם זכאים להצהיר על בעלותם מכוח 'אופציית שכלול הבעלות' שנקבעה בסעיף 11 לחוזה השכירות. טענה זו, להבדיל מטענת הרישום שלא הועלתה על ידי המערערים, לא נזנחה על ידי המערערים לכל אורך הדרך, ומטבע הדברים טרם נבחנה במסגרת הליכי הסדר.

18. התוצאה האופרטיבית: אם כך, הכיצד יוצאים מהתסבוכת שלפיה המערערים, שלא בטובתם, מסווגים כדיירים מוגנים אך בה בעת אוחזים בטענת בעלות שלכל הפחות עשויה להעלות שאלה של ממש במסגרת הליכי הסדר שטרם התקיימו?

לא בכדי העלה ההרכב הצעת פשרה, אך כאמור, הצעה זו נדחתה על ידי הצדדים, ועל כך יש להצר. בנקודת זמן זו שבה עומדים רגלינו אין לי אלא לחזור אל עיקרי הצעת הפשרה שהוצעה על ידי ההרכב, אך הפעם, לא כפשרה אלא כפסק דין הכופה על שני הצדדים הר כגיגית, ואשר מתחשב במורכבות העניין, קרי - מעשה בית דין והשתק פלוגתא המקבע כיום את מעמדם של המערערים כדיירים מוגנים, אל מול זכות לכאורית לשכלול שכירות לבעלות, זכות שתיבחן בעתיד במסגרת הליכי הסדר.

19. לכן, ולו דעתי תישמע, אציע לחברי לקבוע כלהלן:

א. עד להכרעה בהליכי הסדר זכויות במקרקעין, ומכוח הבעלות הרישומית, יראו את נחלת שמעון בע"מ כבעלים של המגרשים שבהם מחזיקה כל משפחה, ואת נציגי המשפחות הבאים כדיירים מוגנים: משפחת אלג'אעוני - סאמי תאופיק אלג'אעוני; משפחת אסקאפי - מוחמד עלאא'; משפחת אלקאסם - כרמל רחמי אלקאסם; משפחת אלקורד - נביל אלקורד.

ב. כל עוד לא הוכרז אחרת, כל משפחה תפקיד מכאן ואילך דמי שכירות שנתיים בסך 2,400 ₪ בחשבון נאמנות, אשר ינוהל במשותף על ידי בא כוח חברת נחלת שמעון בע"מ ובא כוח המערערים. התשלום יופקד עבור כל שנה מראש, רטרואקטיבית החל מיום 1.1.2022 ומדי הראשון לינואר בכל שנה. איחור של עד 10 ימים בתשלום לא יהווה הפרה. הסכומים שיצטברו בחשבון הנאמנות ישוחררו למשיבה או יוחזרו למערערים בהתאם להכרעה החלוטה בהליכי ההסדר.

ג. בשלב זה, ועד להשלמת הליכי ההסדר, יחולו הוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972 (להלן: החוק), בשינויים המחוייבים, ובין היתר: הדיירים המוגנים יהיו רשאים לבצע כל פעולות תיקון/צביעה/שיפוץ/שינויים פנימיים בדירות מגוריהם ללא צורך בהסכמת המשיבה, והמשיבה לא תהא רשאית לנקוט הליכים על פי סעיפים 131(7) ו-10(10) לחוק וזאת עד להשלמת הליכי ההסדר

20. בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם.

אני מצטרף לאמור בסעיף 68 לפסק דינו של חברי. היו אלה המערערים אשר העדיפו להתבצר בעמדתם "העקרונית", וסירבו לשלם דמי שכירות זעומים. מי שיעץ למערערים לעשות כן, לא ביקש מן הסתם את טובתם-שלהם, באשר במחדל זה הביאו המערערים על עצמם את סכנת הפינוי. יש לקוות כי זו הפעם, יתעשתו המערערים ויעמדו בתשלום דמי השכירות הנקובים לעיל. מובן כי ככל שלא יעמדו המערערים בחובתם זו, דרכה של המשיבה לנקוט הליכים מתאימים תהא פתוחה.

21. בנסיבות העניין אציע לחברי כי כל צד ישא בהוצאותיו וכי ההוצאות שהושגו בערכאות קמא – יבוטלו.

22. לאחר שהובאה בפני תגובתו של חברי לפסק דיני, אשיב טלגרפית כי איני בא לכפות פשרה על הצדדים אלא שהמסקנה המשפטית שאליה הגעתי "מתכתבת" עם הצעת הפשרה שהוצעה בשעתו, ולא בכדי הועלתה הצעה זו. עוד אוסיף ואומר כי תקנת השוק שבחוק נכסי נפקדים, עוסקת ב"פתולוגיה", מקום בו מתברר כי אין מדובר בנכס נפקד. אך ככלל, איני נדרש לתקנת השוק אלא ל"פיזיולוגיה" של חוק נכסי נפקדים, של מכר לרשות הפיתוח על פי סעיף 19(א)(1) לחוק. תמהני מדוע חברי יוצא חוצץ כנגד חזקת שוויון הדינים – הרי מכוחה אנו דורשים מהאפוטרופוס על נכסי האויב הירדני לפעול באותה רמת הוגנות בה פעל ופועל האפוטרופוס על נכסי נפקדים בישראל מכוח חוק נכסי נפקדים – זה העביר לשר השיכון הירדני וזה מכר לרשות הפיתוח.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית, אשר השופטת ד' ברק-ארז הצטרפה לתוצאה שאליה הגיע, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, כ"ח באדר א' התשפ"ב (1.3.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט