



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4077/21

לפני: כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין

המערעות: 1. עסיס רימונים בע"מ
2. קפה יוסף רימון בע"מ

נ ג ד

המשיבה: פאי סיאם בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
(השופט א' רובין) מיום 11.4.2021 בת"א 11437-07-16

תאריך הישיבה: ט"ז בטבת התשפ"ג (9.1.2023)

בשם המערעות: עו"ד נעמי וייל; עו"ד יעל אזולאי-קורקין

בשם המשיבה: עו"ד יוסף תוסייה-כהן; עו"ד מאיר טרופר

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט א' רובין)
מיום 11.4.2021 בת"א 11437-07-16, בו התקבלה תביעת המשיבה נגד המערעות.

הרקע לערעור

1. המשיבה היא בעלת הזכויות במקרקעין הידועים כגוש שומה 30049 חלקה 90, המצויים ברחוב בן יהודה 4 בירושלים, פינת רחוב לונץ (להלן: חלקה 90). חלקה 90 גובלת מצפון במקרקעין הידועים כגוש שומה 30049 חלקה 89, המצויים ברחוב לונץ 4 בירושלים (להלן: חלקה 89). מערעת 1 (להלן: עסיס רימונים) היא בעלת הזכויות בחלקה 89, ומערעת 2 (להלן: רימון) מפעילה במבנה הניצב בחלקה זו עסק של בית

קפה ומסעדה הידוע כ"קפה רימון" (להלן: בית הקפה). ברם, מבנה בית הקפה חורג מגבולותיה של חלקה 89 כך שהקיר הדרומי שלו (להלן: הקיר) מצוי בתחומיה של חלקה 90. מצפון לקיר מצוי המטבח של בית הקפה, ומדרום לקיר קיים שטח מעבר בלתי בנוי (להלן: שטח המעבר) המצוי כולו בחלקה 90 ומוחזק בידי המשיבה.

2. בשנת 1997 נחתם הסכם שכירות בין רימון לבין בעליה הקודמים של חלקה 90, לפיו רימון תשכור את שטח המעבר וחצר נוספת המצויה באותה חלקה (להלן: הסכם השכירות ו-החצר, בהתאמה). תקופת השכירות הוארכה עד לסוף שנת 2007. באותה שנה רכשה המשיבה את הזכויות בחלקה 90, ובשנת 2008, לאחר תום תקופת השכירות, היא הגישה לבית משפט השלום בירושלים תביעה לסילוק ידה של רימון מהשטח המושכר (ת"א 16683-08; להלן: תביעת הסילוק). במהלך ניהול התביעה, לאחר שהתברר כי רימון פינתה את המעבר ואת החצר, הגיעו הצדדים להסכם פשרה בנוגע לחלק מהסוגיות שעמדו במחלוקת. כתוצאה מכך הם נותרו חלוקים בשלוש סוגיות עיקריות, כשהרלוונטית לענייננו היא טענת המשיבה כי רימון מחזיקה שלא כדין בקיר ובשטח בן כ-40 ס"מ מעבר לקיר מצפונו, לרוחב כל הנכס, המצויים בשטחה של חלקה 90 (להלן: שטח המחלוקת).

3. ביום 10.4.2011 דחה בית משפט השלום (השופט א' דראל) את תביעת הסילוק. לגבי השאלה הרלוונטית לענייננו, נקבע כי הסכם השכירות לא כלל את שטח המחלוקת, ועל כן אין להורות על סילוק ידה של רימון משטח זה רק בשל כך שהסכם השכירות הסתיים. לצד זאת ציין בית המשפט כי ככל שלמשיבה טענות בנוגע לבעלותה באותם שטחים, עליה להעלותן "כלפי הצד הנכון ובהליך הנכון".

4. על רקע זה, ביום 6.7.2016 הגישה המשיבה לבית המשפט המחוזי את התביעה מושא הערעור שלפנינו. היא טענה כי עסיס רימונים פלשה למקרקעיה במהלך השנים האחרונות, בעת שהרחיבה את בית הקפה אל תוך חלקה 90, בנתה קירות, קווי ביוב ותשתיות צנרת, ובכך עשתה שימוש שלא כדין בשטח הנמצא בבעלות המשיבה. כמו כן, רימון מפעילה את עסקיה על מקרקעיה של המשיבה ובכך אף היא פלשה אליהם שלא כדין. המשיבה עתרה אפוא בתביעתה למתן סעד הצהרתי המכריז על הגבולות בין החלקות ולמתן צו לסילוק ידן של המערערות משטח המחלוקת.

5. המערערות מצדן טענו כי לא מדובר בפלישה "טרייה", שכן הן (או מי מקודמיהן) מחזיקות בשטח המחלוקת כבר משנת 1946. כך עולה מתכנית רישום משנת 1946 המצביעה על קיומו של קיר בתוך גבולות חלקה 90 (להלן: הקיר ההיסטורי), וכך

עולה גם מתכנית מדידה משנת 1985 על פיה המבנה של חלקה 89 בנוי עד הקיר. חזקה זו משך שנים ארוכות במקרקעין, בצירוף העובדה שמדובר במקרקעין שאינם מוסדרים, מקנה לעסיס רימונים זכאות להירשם כבעלת השטח מכוח הוראת סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני, 1858 (להלן: חוק הקרקעות העותמני) כבר החל משנות ה-60 של המאה הקודמת. ככל שהקיר אינו זהה לקיר ההיסטורי, אזי החזקה בו נתפסה לכל המאוחר בשנת 1985 ומשכך הבעלות בו נרכשה לכל המאוחר בשנת 2000. לחלופין נטען כי תביעת המשיבה התיישנה, וזאת הן מכוח סעיף 51 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת ההסדר) והן מכוח סעיף 5(2) לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות). עוד טענו המערערות כי בתביעת הסילוק המשיבה טענה כי הפלישה לשטח המחלוקת נעשתה כבר בשנת 1946 ועל כן היא מושתקת מלטעון טענות הפוכות בהליך זה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

6. ביום 11.4.2021 קיבל בית המשפט המחוזי את התביעה. נקבע כי שעה שהמערערות אינן חולקות על כך ששטח המחלוקת מצוי בתחומיה של חלקה 90, יש לבחון את טענותיהן נגד סילוק ידן. בית המשפט דחה תחילה את טענות המערערות לעניין סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני, בקבעו כי הוראותיו חלות על מקרקעין מסוג מירי שעה שבענייננו מדובר במקרקעין מסוג מולק. כן נקבע כי אין לקבל את טענת ההתיישנות הנסובה על סעיף 51 לפקודת ההסדר, שכן לא הוכח שהמקרקעין מושא ענייננו מצויים בהליך הסדר. באשר לטענת ההתיישנות מכוח סעיף 5(2) לחוק ההתיישנות, בית המשפט עמד על כך שעל מנת ליהנות מהגנתו, המחזיק במקרקעין נדרש להוכיח כי תקופת החזקתו עולה על 15 שנים וכן קיומה של "חזקה נוגדת". בכל הנוגע לתנאי הראשון נקבע כי בעליהן של המערערות, מר יוסף רימון (להלן: מר רימון), העיד כי מאז ומתמיד הן עשו שימוש בשטח המחלוקת. אלא שעדות זו נסתרה על ידי חוות דעת האדריכל מיילס הרטוג (להלן: האדריכל הרטוג) שהוגשה מטעם המשיבה. כעולה מחוות הדעת, הקיר ההיסטורי משנת 1946 אינו קיר של בניין שהיה קיים בחלקת המערערות, אלא גדר שניצבה במקום. עוד עלה מחוות הדעת כי בבקשות תכנוניות שונות שהגישו המערערות בשנים 1986, 1989 ו-1999 ניתן לראות כי הדופן הדרומית של בית הקפה לא חרגה לתוך חלקה 90. פלישת דופן בית הקפה אל תוך חלקת המשיבה מתועדת לראשונה במסמכי תכנון משנת 2007. בחוות הדעת המשלימה מטעם האדריכל הרטוג אף צוין כי במסגרת עבודות שבוצעו בחלקת המשיבה נחשף הקיר הדרומי הנוכחי של בית הקפה, והסתבר שהדופן שלו נבנתה מלבנים של חברה שנוסדה רק בשנת 2007. מכאן הסיק האדריכל הרטוג כי בוצעה בנייה חדשה לא לפני שנת 2007, אשר פלשה לחלקת המשיבה.

7. בית המשפט הדגיש כי בחוות דעת המודד שמעון ורגזור (להלן: המודד ורגזור) שהוגשה מטעם המערערות לא היה כדי לסתור את ממצאיו של האדריכל הרטוג; כי אף אם קיימות סתירות מסוימות בחוות דעתו של האדריכל הרטוג, אין בהן כדי לשנות מכך שהקיר מצוי כיום בתוך תחומיה של חלקה 90; וכי אף אם לא היה בחוות דעתו כדי להוכיח שהקיר נבנה לפני פחות מ-15 שנה, נטל ההוכחה לעניין מועד תחילת החזקה בשטח המחלוקת מוטל על המערערות, ונטל זה לא הורם. בית המשפט גם דחה את טענת המערערות לפיה המשיבה מנועה מלטעון שמדובר בבניה חדשה, נוכח טענותיה בתביעת הסילוק על פיהן הקיר עמד בחלקתה מאז שנת 1946. נקבע כי בתביעת הסילוק בית משפט השלום נדרש אך להכריע האם שטח המחלוקת נכלל בהסכם. לפיכך בית המשפט כלל לא דן בשאלה מתי נבנה הקיר הדרומי של בית הקפה וממתי עושות המערערות שימוש בשטח המחלוקת, וכל טענה שנטענה בקשר לכך לא הייתה רלוונטית להכרעה. בית המשפט אף הבהיר כי אינו מכריע דבר לעניין הבעלות בשטח המחלוקת, ומכאן שהותיר למשיבה פתח לטעון טענותיה בהליך הנוכחי. על כן, משעה שהמשיבה לא נהנתה מהטענה ואף הושאר לה פתח מפורש ולהמשיך ולטעון אותה, אין כל הצדקה לקבוע כי מתקיים השתק שיפוטי המונע ממנה לטעון כי הקיר הנוכחי של בית הקפה נבנה לאחרונה וכי לפני בנייתו לא עשו המערערות שימוש בשטח שמצפון לו.

8. בית המשפט הוסיף בבחינת למעלה מן הצורך, כי המערערות גם לא הוכיחו שהחזקתן בשטח שמצפון לקיר הנוכחי הייתה בגדר החזקה נוגדת. נקבע כי משלא עלה בידי המערערות להוכיח כי הקיר הנוכחי נבנה לפני שנים רבות, עצם קיומו לא יכול לסייע להן להוכיח קיומה של חזקה נוגדת במשך 15 שנה כנדרש. צוין כי אמנם ייתכן שגם בתקופה שלפני בניית הקיר הנוכחי עשו המערערות שימוש בשטח המחלוקת, וכך העיד גם מר רימון. ברם לא ניתן לקבוע ממצאים על יסוד עדותו נוכח הפרכת גרסתו בנוגע למועד בניית הקיר. כמו כן, עצם השימוש בשטח המעבר (הנמצא כאמור מדרום לקיר) על ידי המערערות אין פירושו חזקה נוגדת, שכן מתצהירו של מר רימון עולה כי שני הצדדים עשו שימוש במעבר. בסיכומו של דבר נקבע כי המערערות לא הוכיחו כי התביעה התיישנה, לא הוכיחו כי החזיקו בשטח המחלוקת במשך 15 שנה ברציפות ולא הוכיחו קיומה של חזקה נוגדת, ועל כן נדחתה כאמור תביעתן.

טענות הצדדים בערעור

9. לטענת המערערות, שגה בית המשפט המחוזי משלא קבע כי טענות המשיבה בתביעת הסילוק וקביעות בית משפט השלום באותו הליך מקימות השתק פלוגתא והשתק שיפוטי. ראשית, בפסק דינו של בית משפט השלום נקבע באופן ברור ומפורש כי שטח

המחלוקת הוחזק על ידי המערערות במשך שנים, עוד לפני מועד עריכת הסכם השכירות בשנת 1997. קביעה זו, שניתנה לאחר ביקור של בית המשפט במקום, מקימה השתק פלוגתא שמכוחו היה על בית המשפט המחוזי לקבוע כי התביעה התיישנה. זאת אף מבלי לבחון מתי החלה תפיסת החזקה בשטח האמור. הודגש כי אין כל נפקות לעובדה שלא נקבע כתביעת הסילוק דבר בנוגע לבעלות בשטח המחלוקת, שכן המחלוקת כהליך קמא נגעה לחזקה ולא לבעלות. על כך יש להוסיף כי במסגרת תביעת הסילוק טענה המשיבה, על בסיס חוות דעת מודד מטעמה, כי הפלישה לחלקה 90 נעשתה כבר בשנת 1946. משכך לא יעלה על הדעת שבהליך בבית המשפט המחוזי תטען המשיבה כי הפלישה לשטח המחלוקת נעשתה רק בשנת 2007.

10. עוד טענו המערערות כי שגה בית המשפט בהתייחסו למועד בניית הקיר כנתון בלעדי המכריע את גורל סוגיית הפלישה לחלקה 90. על פי עדותו של המודד ורגזר, שהתבססה על תצלומי אוויר, לפחות משנת 1970 שטח המחלוקת היה מקורה בסככה, היינו הוחזק על ידן כבר מאותה תקופה. בעניין זה מן הראוי היה להעדיף את חוות דעתו של המודד ורגזר על פני האדריכל הרטוג, שאין לו מומחיות בפיענוח תצלומי אוויר. מכל מקום, האדריכל הרטוג טען שאין קשר בין הסככה לבין הקיר, אולם טענת המערערות היא כי הסככה מלמדת כשלעצמה על חזקה בשטח לפחות משנת 1970. המערערות הוסיפו כי חוות דעתו של המודד ורגזר נתמכת גם בעדותו של מר רימון, שהוא העד היחידי שהיה פעיל במקום משנת 1954 והכיר את המציאות בזמן אמת, לפיה מאז ומעולם כל שטח המחלוקת הוחזק על ידי בעלי חלקה 89. כמו כן, בתכנית מדידה משנת 1985 ניתן לראות כי המבנה בחלקה 89 בנוי עד לקיר. לאורך השנים הקיר אמנם עבר שינויים, אולם הוא מוצב באותו מקום שבו ניצב הקיר ההיסטורי. גם בעניין זה לא היה מקום להסתמך על חוות דעתו של האדריכל הרטוג, שכן היא התבססה על מסמכי רישוי שעה שחוות דעת המודד ורגזר התבססה על תצלומי אוויר, שהם מדויקים יותר. כמו כן, בשים לב לכך שהקיר עבר שינויים לאורך השנים, אין בעובדה שנעשה שימוש בלבנים של חברה שהוקמה בשנת 2007 כדי להפריך את הטענה שהקיר ניצב במקומו מזה שנים רבות. בעניין זה, מר רימון העיד כי לאחר הסכם הפרשה במסגרת תביעת הסילוק הוסכם כי ייסגרו דלתות שונות בקיר שפנו לשטח המעבר, ולצורך יישום הסכמות אלו נעשה שימוש בלבנים חדשות. בית המשפט התעלם מהשינויים שעבר הקיר לאורך השנים ובכך שגה.

11. המערערות גם הלינו על כך שנקבע כי לא הוכחה חזקה נוגדת בשטח המחלוקת. בית המשפט קבע בהקשר זה כי מתצהירו של מר רימון עולה ששני הצדדים עשו שימוש בשטח המעבר ולכן לא מדובר בחזקה נוגדת. אלא ששטח המעבר מצוי מדרום לקיר והוא

אינו שטח המחלוקת, וממילא אין לו נפקות לענייננו. עוד הלינו המערערות על הקביעה להיעדר תחולה של סעיף 51 לפקודת ההסדר נוכח העובדה שלא הוכחו הליכי הסדר לגבי המקרקעין. אמנם, בהיעדר הליכי הסדר לא ניתן לתבוע זכויות מכוח הסעיף האמור, אולם אין מניעה לעשות בו שימוש כדי לבסס טענת הגנה מצד המחזיק, הצומחת מעצם העובדה שחלפה תקופת ההתיישנות. טענה זו אינה תלויה בכך שהחלו הליכי הסדר, ולא יעלה על הדעת שהיא תישלל רק משום תביעה לסילוק יד. ולבסוף נטען כי היה על בית המשפט ליתן משקל מכריע לכך ששטח המחלוקת כולל חלק בלתי נפרד מבית הקפה והפרדתו תסב למערערות נזק רב ביותר; לעובדה שהמשיבה רכשה את זכויותיה בחלקה 90 רק בשנת 2007 עת ידעה שישנה פלישה לשטח החלקה; ולהיקפה המצומצם של הפלישה (בין 0 ל-40 ס"מ בלבד). עובדות אלו הצדיקו כשלעצמן את דחיית תביעתה של המשיבה מכוח עקרונות של צדק, הגינות ותום לב.

12. המשיבה מצדה טענה כי אין עילה להתערבות בפסק דינו המנומק והמבוסס של בית המשפט המחוזי. כך, אין ממש בטענות המערערות להתיישנות התביעה. טענות אלה נדחו על ידי בית המשפט המחוזי בקבעו כי הקיר הדרומי של בית הקפה לא הוקם בשטח של חלקה 90 לפני שנת 2007. מדובר בקביעה עובדתית המבוססת על התרשמותו הישירה של בית המשפט מעדי המשיבה ועל ראיות חותכות שהוצגו על ידה, ובכללן ניתוח היתרי הבנייה שניתנו במהלך השנים; צילומי הלבנים שיוצרו על ידי חברה שנוסדה בשנת 2007; וחוות דעתו של האדריכל הרטוג. טענות המערערות, המבקשות לשנות מקביעתו העובדתית של בית המשפט, אינן נסמכות על ראיות אובייקטיביות אלא על עדותו של מר רימון שנמצאה בלתי מהימנה. גם טענתן של המערערות כי היה מקום להעדיף את חוות דעתו של המודד ורגזר נדונה לשבט, שכן הוא אינו מומחה והוא כלל לא ביצע מדידה בשטח אלא הסתמך על תצלומים שאינם רלוונטיים.

13. עוד טענה המשיבה כי בצדק דחה בית המשפט את טענות המערערות כי פסק דינו של בית משפט השלום בתביעת הסילוק מקים השתק פלוגתא. באותו הליך לא הוכרע דבר בנוגע לגבול הנכון בין החלקות או לבעלות בשטח המחלוקת, והדבר הובהר מפורשות בפסק הדין של בית משפט השלום. ברי כי בנסיבות אלו למשיבה עומדת זכות להוכיח מהו המועד שבו נבנה הקיר על מנת להתמודד עם טענת ההתיישנות. באשר לטענה לקיומו של השתק שיפוטי, זו לא נטענה על ידי המערערות בכתבי טענותיהן ובתצהיריהן, והועלתה לראשונה רק בסיכומים. המשיבה התנגדה בסיכומיה להרחבת החזית ודי בטעם זה כדי לדחות את הטענה. על כך יש להוסיף כי השתק שיפוטי קם רק מקום שבו טענה מסוימת הצמיחה לבעל הדין טובת הנאה כלשהי, ובענייננו לא צמחה למשיבה כל טובת הנאה.

14. המשיבה הוסיפה כי גם לא נפל דופי בדחיית הטענות לקיומה של חזקה נוגדת. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, המסקנות המשפטיות בדבר מועד בניית הקיר משליכות גם על שאלת החזקה הנוגדת. ניסיון המערערות לטעון כי הן עשו שימוש בשטח המחלוקת עוד לפני בניית הקיר לא יצלח, שכן מדובר בטענה עובדתית הטעונה הוכחה ובית המשפט לא ראה להאמין לעדיהן. זאת ועוד, אין ממש בטענות המערערות לעניין תחולתו של סעיף 51 לפקודת ההסדר. הסעיף האמור עוסק מפורשות בהליך רישום לפני פקיד ההסדר במסגרת הליך הסדר, ועמדת המערערות לפיה ניתן להשתמש בו כטענת הגנה אינה עולה בקנה אחד עם לשונו או עם פסיקתו של בית משפט זה. ולבסוף טענה המשיבה כי ההליך בבית המשפט המחוזי נסוב על שאלת התיישנותה של התביעה, וטענות המערערות המבוססות על עקרונות הצדק הועלו לראשונה רק בערעורן. טענות אלה מהוות הרחבת חזית שדינה להידחות, ומכל מקום אין להיעתר להן נוכח הפגיעה הקשה בזכות הקניין של המשיבה.

דיון והכרעה

15. לאחר עיון בטענות הצדדים ושמיעתם בדיון שלפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות וכך אציע לחבריי שנעשה.

16. טענות המערערות בערעורן נסובות על שלוש סוגיות עיקריות: התיישנות התביעה; השתק המשיבה מהעלאת טענות הנוגעות למועד הקמת הקיר ולתקופת החזקה של המערערות בשטח המחלוקת; וקיומם של שיקולי צדק המצדיקים את קבלת הערעור. אדון להלן בטענות אלה כסדרן.

התיישנות התביעה

17. את עיקר יהבן השליכו המערערות על התיישנות תביעת המשיבה – הן מכוח סעיף 5(2) לחוק התיישנות והן מכוח סעיף 51 לפקודת ההסדר.

18. סעיף 5(2) לחוק התיישנות קובע לגבי מקרקעין בלתי מוסדרים כבענייננו, תקופת התיישנות בת 15 שנים. לצורך התגבשותה של טענת התיישנות לגבי מקרקעין כאמור, על הטוען לכך להראות כי הוא מחזיק במקרקעין החזקה רצופה במשך תקופה העולה על 15 שנה, וכי מדובר ב"החזקה נוגדת" (ע"א 3217/91 פלר נ' יורשי המנוח דב אקסלרוד ז"ל, פ"ד מז(2) 281, 284 (1993) (להלן: עניין פלר); ע"א 2510/98 למד שין בע"מ נ' חסיד, פ"ד נג(5) 721, 727-728 (1999) (להלן: עניין למד שין); ישראל גלעד

התיישנות בדין האזרחי 431-432 (2022)). על טיבה של החזקה הנוגדת נזדמן לי לעמוד לא מכבר ברע"א 8694/20 דוויק נ' זרביב (21.7.2022), שם ציינתי את הדברים הבאים:

"חזקה נוגדת היא חזקה רצופה בקרקע במשך כל תקופת ההתיישנות שאינה נובעת מזכות הבעלים ואינה נעשית מתוך הסכמתו ורשותו אלא 'על אפו ועל חמתו', מתוך התרסה נגד זכויותיו... מדובר בהחזקה ה'עוינת' לזכותו של הטוען לבעלות על קרקע. על המחזיק מוטל הנטל להוכיח שהחזקתו איננה באה מכוח זכות הבעלות של היריב... הכרעה בסוגיה זו תלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה, בהתחשב בהתנהגות הבעלים והמחזיק בקרקע ובטיב מערכת היחסים ביניהם... ויודגש, שאלת החזקה הנוגדת אינה שאלה שולית שניתן לפתור בקלות וכלאחר יד... 'החזקה הנוגדת היא למעשה לב-ליבה של טענת התיישנות במקרקעין... בהיעדר החזקה נוגדת, לא מתקיימים הטעמים התומכים בהכרה בהתיישנות...' (שם, פסקה 20 לחוות דעתי; ראו גם פסקה 79 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-אדר).

19. בענייננו, בית המשפט המחוזי קבע כאמור כי המערערות לא הוכיחו קיומה של החזקה רציפה בשטח המחלוקת במשך למעלה מ-15 שנה. קביעה זו התבססה על חוות דעתו של האדריכל הרטוג, ממנה עלה כי הקיר ההיסטורי אינו קיר אלא גדר שהייתה קיימת במקום; על בקשות שונות לקבלת היתרים שהגישו המערערות בשנות ה-80 וה-90 של המאה הקודמת, בהן ניתן לראות שהדופן הדרומית של בית הקפה אינה חורגת לתחומיה של חלקה 90; על כך שהפעם הראשונה בה נמצאה עדות לחריגה כאמור היא ממשמכים משנת 2007; ועל כך שהקיר הדרומי של בית הקפה נבנה בין היתר מלבנים של חברת בניה שהוקמה רק בשנת 2007.

20. המערערות מבקשות בערעורן שנתערב בקביעה זו. לטענתן, היה מקום להעדיף את חוות דעתו של המודד ורזגר על פני חוות דעתו של האדריכל הרטוג, ומסקנה זו גם נתמכת לגישתן בעדותו של מר רימון שהוא "העד היחידי שהיה פעיל במקום משנת 1954 והכיר את המציאות בזמן אמת". אלא שכלל ידוע הוא כי ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אשר התרשמה מהראיות ומהעדויות באופן ישיר, אלא במקרים חריגים ביותר (ע"א 9098/20 פלוני נ' ד"ר אלינה מיכאלי, פסקה 16 (24.5.2022)); ע"א 2921/21 מלוייב נ' ממונה מס ערך מוסף באר שבע, פסקה 29 (12.9.2022)). כלל זה נכון ביתר שאת לגבי החלטתה של הערכאה הדיונית להעדיף חוות דעת מומחה אחד על פני זו של רעהו (ע"א 8515/21 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 5 (25.1.2023)); ע"א 2276/20 מועצה אזורית לב השרון נ' דויד, פסקה 48

(6.11.2022); ע"א 1118/19 בורין נ' ח.ו.מ.ג. נכסים בע"מ, פסקה 18 (4.1.2022)). מקרה זה אינו בא בגדרם של המקרים החריגים המצדיקים התערבות של ערכאת הערעור.

21. הנה כי כן, בית המשפט התייחס בפסק דינו באריכות לחוות דעתו של המודד ורזגר ולטענות הרבות שהועלו על ידי המערערות אשר ביקשו להעדיפה על פני חוות דעתו של האדריכל הרטוג. בית המשפט מצא כי חוות דעתו של המודד ורזגר אינה מלמדת דבר על מיקומו של הקיר הדרומי של בית הקפה, וכי אין בה כדי לסתור את ממצאי חוות דעת האדריכל הרטוג בנוגע ללבנים ששימשו לבניית הקיר. בית המשפט גם נתן דעתו לטענות המערערות המבקשות להטיל דופי בחוות דעתו של האדריכל הרטוג, והבהיר כי אין בהן ממש. כך למשל, נקבע כי אין כל פגם בכך שהאדריכל הרטוג אינו מודד במקצועו, שכן חוות דעתו אינה מתיימרת לערוך מדידה או לקבוע את גבולות החלקות אלא לנתח את מסמכי התכנון שהצטברו במשך שנים. כך גם למשל, ניתנה הדעת לטענות המערערות נגד התייחסותו של האדריכל לכך שבבקשות התכנוניות שהגישו המערערות לא הופיע הקיר בתצורתו הנוכחית. המערערות טענו בהקשר זה כי יתכן שהדבר הושמט מן הבקשות כדי למנוע פגיעה אפשרית בסיכויי בקשותיהן להתקבל, ובית המשפט דחה טענה זו בציינו כי לא נתמכה בעדות כלשהי והיא בגדר אפשרות תיאורטית בלבד. בית המשפט הוסיף וקבע כי עדותו של מר רימון, לפיה הקיר נבנה לפני שנים רבות והלבנים שיוצרו על ידי החברה שהוקמה בשנת 2007 נוספו לקיר רק לאחר הפשרה אלינו הגיעו הצדדים בתביעת הסילוק, נמצאה בלתי מהימנה ולא ניתן לקבוע ממצאים על בסיסה. העדפתו של בית המשפט את חוות דעתו של האדריכל הרטוג על פני חוות דעתו של המודד ורזגר הייתה אפוא מנומקת ונשענה על אדנים מוצקים, ולא ניתן לומר כי נפלו בה פגמים, ודאי לא פגמים מהותיים המצדיקים את התערבותנו.

22. אוסיף כי לא מצאתי לקבל את טענת המערערות לפיה הסככה אליה התייחס המודד ורזגר בחוות דעתו מלמדת כשלעצמה על חזקה בשטח מלפני שנים ארוכות אף במנותק מהקיר. ראשית ייאמר, כי מעיון בחוות דעתו של המודד ורזגר ניתן להתרשם כי מיקום הסככה הוזכר על ידו על מנת להצביע על מיקום הקיר (וכלשונו: "מיקום הקיר הדרומי של הסככה... אינו חורג בשום מקום מהחלק הדרומי של החומה (WALL) שהייתה קיימת בשנת 1946"). לא בכדי על יסוד דברים אלה טענו המערערות בסיכומיהן לזהות בין הקיר הנוכחי לבין הקיר ההיסטורי, כאשר לא הועלתה על ידן כל טענה לפיה עצם קיומה של הסככה מלמד על חזקה. מכל מקום, בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו באופן ברור כי אין מדובר בסככה הניצבת מעל הרחבה כלשהי של מבנה בית הקפה, וכי היא מצויה במפלס גבוה יותר ממפלס בית הקפה. ברי אפוא כי בנסיבות אלו לא ניתן

לקבל את טענת המערערות כעת לפיה עצם קיומה של הסככה מלמד על חזקה בשטח המחלוקת.

23. מכאן מתבקשת המסקנה כי לא עלה בידי המערערות להוכיח החזקה רצופה בשטח המחלוקת למשך תקופה העולה על 15 שנה. בנסיבות אלה מתייחר הצורך לדון בתנאי השני לביסוס טענת התיישנות – היותה של החזקה במקרקעין חזקה נוגדת – ודין טענותיהן של המערערות להתיישנות התביעה מכוח סעיף 5(2) לחוק ההתיישנות, להידחות.

24. כאמור לעיל, בפיהן של המערערות טענת התיישנות נוספת, המבוססת על סעיף 51 לפקודת ההסדר המורה כך:

“שוכנע פקיד ההסדר שפלוני מחזיק במקרקעין החזקה שתקופתה ותנאיה יש בהם למנוע כל תובענה לקבלתם, והמקרקעין רשומים על שמו של אדם אחר – ירשום את המחזיק בלוח הזכויות כבעל המקרקעין לגבי טובת ההנאה שהיתה לאדם שעל שמו הם רשומים”.

סעיף זה, כעולה מלשונו, מאפשר למחזיק במקרקעין בעת הליכי ההסדר ובהתקיים התנאים הנדרשים, להירשם כבעל הזכות במקרקעין הגם שהיא רשומה על שמו של אחר (ע"א 3296/19 עזבון המנוח סעד דין אחמד ג'אבר ז"ל נ' רשות הפיתוח באמצעות רשות מקרקעי ישראל, פסקה 16 (26.12.2021) (להלן: עניין ג'אבר); ע"א 8272/19 אל-אסמר נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 27 (13.11.2022)).

25. בענייננו, בית המשפט המחוזי דחה את ניסיון המערערות להתבסס על סעיף זה, שעה שלא נטען וממילא לא הוכח על ידן כי המקרקעין מושא המחלוקת מצויים בהליכי הסדר. המערערות אף אינן חולקות בערעורן על קביעה זו. הן טוענות כי “הסתמכותן על פקודת ההסדר היא בגדר טענת הגנה” וכי אמנם “בהיעדר הליכי הסדר לא ניתן לתבוע זכויות אלה באופן פוזיטיבי אך המדובר כאמור בטענת הגנה העומדת לזכות המחזיק שאינה תלויה בכך שטרם הוחל בהליכי הסדר”. הן אף מוסיפות ומטעימות כי “המדובר בזכות מהותית שכן לו היה מתנהל הליך הסדר וטענה זו היתה מתקבלת הרי שהיתה מוקנית למחזיק בקרקע בעלות בשטח המחלוקת” (סעיפים 8.4-8.5 לערעורן). אלא שאין בידי לקבל טענות אלו.

26. סעיף 51 לפקודת ההסדר אינו מעגן טענת התיישנות עצמאית. נקודת המוצא שלו היא כי עומדת למחזיק טענת התיישנות דיונית, היינו טענה החוסמת את תביעת בעל

הזכות הרשומה הגם שאין בכוחה להפקיע ממנו זכות זו ולהקנותה למחזיק. עם קיומם של הליכי הסדר לגבי המקרקעין הסעיף "נכנס לפעולה" ומאפשר למחזיק להפוך את טענת ההגנה שעמדה לו עובר להליכי ההסדר לטענת התקפה. וכפי שציין השופט י' עמית בעניין ג'אבר:

"סעיף 51 לפקודת ההסדר הוא ייחודי ומרחיק לכת, במובן זה שהוא הופך התיישנות שראשיתה דיונית לכזו שאחריתה רוכשת. דהיינו, כל עוד מדובר בשלב שקדם להליך ההסדר, עומדת למחזיק טענת התיישנות דיונית בלבד, בבחינת מגן ולא חרב. ואולם, בעת הליכי ההסדר, ההתיישנות הדיונית עשויה 'לשדרג' את מעמדה ולהפוך להתיישנות רוכשת, ומכוחה יוכל המחזיק להירשם כבעל הקרקע בהתמלא התנאים הנדרשים בדין (ובכלל זה החזקה נוגדת במקרקעין למשך התקופה הנדרשת) ...' [...]. סעיף 51 מקנה בעלות למי שעובר להסדר, החזיק מתוקף התיישנות מתגוננת... סעיף 51 רק הוא שהפך את ההתיישנות המתגוננת להתיישנות רוכשת" (שם, פסקה 28; ההדגשות במקור).

אם כן, לא רק שמלשונו הברורה והחד-משמעית של הסעיף עולה כי הוא אינו רלוונטי למקרקעין שאינם בהליכי הסדר – ודי היה בכך כדי לשמוט את הקרקע תחת ניסיון של המערערות להסתמך על סעיף זה – אלא שהמערערות אינן מקיימות את יתר תנאיו. על פי הוראות הסעיף, כתנאי לרישום מקרקעין (בהליכי הסדר) על שם המחזיק, עליו להוכיח כי הוא מחזיק במקרקעין "החזקה שתקופתה ותנאיה יש בהם למנוע כל תובענה לקבלתם". היינו, את יסודותיה של ההתיישנות הדיונית. אלא שבעניינו כאמור כלל לא הוכחו על ידי המערערות התנאים לקיומה של טענת התיישנות דיונית (החזקה נוגדת רצופה במקרקעין למשך תקופה של 15 שנים. וראו: עניין למד שין, עמ' 726-729; עניין ג'אבר, פסקאות 16 ו-27).

27. לסיכום, לא נפל פגם גם בדחיית טענות המערערות להתיישנות התביעה מכוח סעיף 51 לפקודת ההסדר.

השתק

28. סוגיה נוספת העומדת בלב הערעור, עניינה בטענת המערערות כי קביעות בית משפט השלום בתביעת הסילוק, כמו גם טענותיה של המשיבה עצמה באותו הליך, מקימות השתק שיפוטי והשתק פלוגתא.

29. טענת המערערות להשתק שיפוטי נסובה על כך שלגישתן, המשיבה טענה בתביעת הסילוק כי הפלישה לחלקה 90 נעשתה כבר בשנת 1946, וכך גם צוין בחוות

דעת המודד שצורפה לתביעת הסילוק ובעדותו. אלא שתביעת הסילוק לא הובאה לעיון בית המשפט המחוזי, גם בערעור לא הוצג עותק ממנה, ואף ניסיון לאתרה במערכת "נט המשפט" נכשל, שכן היא לא נסרקה לתיק. כל שהוצג בהקשר זה לבית המשפט המחוזי היה חוות דעת המודד, אשר עיון בה מלמד כי לא נטען בה שהפלישה לשטח נעשתה בשנת 1946. צוין בה כי בתכנית רישום משנת 1946 שורטטה "חומה או גדר תומכת" המסומנת במילה "WALL" השייכת לחלקה 90, וכי בעליה של חלקה 89 בנה בחלקתו מבנה המגיע עד אותה "גדר". אמירה זו אינה מלמדת בהכרח כי הבניה עצמה נעשתה כבר בשנת 1946. בחקירתו הנגדית של המודד הוא אמנם השיב כי על פי תכנית הרישום הפלישה נעשתה בשנת 1946, אולם הבהיר כי מאז ועד לשנת 2008 אינו יודע לומר מה התרחש במקרקעין. בנסיבות אלו, בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי אין כל הצדקה לקבוע כי מתקיים השתק שיפוטי המונע מהמשיבה לטעון כי הקיר הנוכחי המצוי בגבול הדרומי של בית הקפה לא נבנה לפני שנת 2007.

30. ובאשר לטענה להשתק פלוגתא. על מנת להקים השתק פלוגתא נדרש בעל הדין הטוען לכך להצביע על קיומם של ארבעה תנאים מצטברים: כי קיימת זהות בין הפלוגתא העולה בשני ההליכים המשפטיים; כי בהליך הראשון קיימו הצדדים התדיינות בכל הנוגע לאותה פלוגתא, ולצד שנגדו מועלית טענת ההשתק בהתדיינות השנייה היה יומו בבית המשפט ביחס לאותה פלוגתא; כי ההתדיינות הסתיימה בהכרעה מפורשת או משתמעת ונקבע לגביה ממצא פוזיטיבי; וכי ההכרעה בפלוגתא הייתה חיונית לצורך פסק הדין בהליך הראשון (ע"א 1545/08 מוסקונה נ' סולל בונה בע"מ, פסקה 9 (4.3.2010); ע"א 8273/16 Fundacio Gala-Salvador Dali נ' וי. אט מרקטינג (ישראל 2005) בע"מ, פסקה 43 (11.7.2021); ע"א 7883/09 עו"ד יששכר בר הלל, כונס נכסים לחברת שלמי עד בע"מ נ' בירי בראשי עבודות עפר פיתוח תשתית וכבישים (1987) בע"מ, פסקה 30 (30.11.2011)). אולם בענייננו המערערת כלל לא העלו בהליך לפני בית המשפט המחוזי טענה לקיומו של השתק פלוגתא (בשונה מטענה להשתק שיפוטי), וגם בערעורן לא נטען על ידן כי התנאים האמורים לקיומו של השתק מתקיימים. מכל מקום, בנסיבות העניין לא מצאתי כי קביעות בית משפט השלום בתביעת הסילוק מקימות השתק פלוגתא המונע מהמשיבה לטעון כי הקיר לא נבנה לפני שנת 2007. תביעת הסילוק התבססה על הטענה כי רימון מחזיקה שלא כדין בשטח המחלוקת נוכח העובדה שתקופת השכירות לגביו הסתיימה. בית משפט השלום דחה טענה זו בקבעו כי השטח שהושכר לבית הקפה בהסכם השכירות לא כלל את שטח המחלוקת, ועל כן אין לחייבה לפנותו רק בשל תום תקופת השכירות. בנסיבות אלה, אף אם ניתן לראות בהתייחסותו של בית משפט השלום לתקופת החזקה של רימון בשטח המחלוקת משום הכרעה שנקבע לגביה ממצא פוזיטיבי

(ואינני משוכנע שכך הדבר) – לא מדובר בהכרעה חיונית לצורך פסק הדין. דינה של טענת המערערות גם בעניין זה להידחות אפוא.

עקרונות של צדק, הגינות ותום לב

31. טענתן האחרונה של המערערות היא כי ההגנה על זכות הקניין של המשיבה כפופה לעקרונות של צדק, הגינות ותום לב. עקרונות אלה מצדיקים לגישתן את קבלת הערעור, וזאת בשים לב בין היתר לכך ששטח המחלוקת כולל חלק בלתי נפרד מבית הקפה והפרדתו תסב למערערות נזק רב ביותר; שהמשיבה רכשה את זכויותיה בחלקה 90 רק בשנת 2007 עת ידעה שישנה פלישה לשטח החלקה; ושהפלישה נעשתה בהיקף מצומצם.

32. ראשית ייאמר כי גם טענה זו, כמו טענות רבות אחרות שהעלו המערערות בערעורן, כלל לא נטענה על ידן לפני בית המשפט המחוזי, ודי בכך כדי להביא לדחייתה. מכל מקום, דין הטענה גם להידחות לגופה. המערערות נסמכות בעניין זה על פסק דינו של בית משפט זה בע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה (19.2.2012), שם אכן נקבע כי אין להורות על סילוק ידה של פולשת מחלק מסוים משטחו של בעל המקרקעין על בסיס עקרונות כלליים שונים. אלא שבית המשפט ציין באותו עניין כי השיקול שהטה את הכף הוא העובדה שמדובר בפלישה שנעשתה עשרות שנים לפני הגשת התביעה, תוך שהודגש כי אין בגודל שטח הפלישה או בהשלכות הכספיות שיהיו לפינוי על הפולש כשלעצמם כדי לגבור על זכות הקניין של בעל המקרקעין. וכפי שצוינו הדברים:

“שטח הפלישה הכולל בו עסקינן הוא קטן יחסית (5.23 מ"ר). אך עובדה זו, ואפילו המשמעויות הכספיות והאחרות הכרוכות מבחינת המשיבה בהריסת הרחבת הבניה בשטח הפלישה, לא די בהם בהכרח כדי לשלול את הצווים להריסה ולסילוק יד שעתר להם המערער כבעל הקניין לגבי השטח כולו. זאת, בהינתן מעמדה הרם של זכות הקניין ונוכח החשיבות שיש לייחס לשמירה על שלטון החוק ולקיום הרתעה יעילה מפני בניה במקרקעי הזולת.” (שם, פסקה 16).

אכן, בענייננו, גודלו של השטח למול ההשלכות הכספיות שפינויו יערים על המערערות מעורר חוסר נוחות מסוים. ברם כאמור, אין בכך לגבור על זכות הקניין של המשיבה.

סיכומו של דבר: דעתי היא כי אין כל עילה להתערבות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. על כן אמליץ לחבריי כי נדחה את הערעור ונחייב את המערערות לשאת בהוצאות המשיבה בסך של 35,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מין.

ניתנה היום, ז' באדר התשפ"ג (28.2.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט