|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **לפני** | **כבוד השופט נפתלי שילה** | |
| **התובעת** | | **אסיאג חברה לבנייה בע"מ**  **ע"י עו"ד** **ליאור פרי** |
| **נגד** | | |
| **הנתבעים** | | **1.ישראל דזאשווילי**  **2.יעקב דזאשווילי**  **ע"י עו"ד טל בננסון** |

|  |
| --- |
| **פסק דין** |

**האם לתובעת זכות להירשם כבעלים של מחצית מחנות הנמצאת בבניין בת"א?**

**א. רקע עובדתי**

1. האחים אליהו מני (להלן: "**אליהו**") ומלכיאל מני ז"ל (להלן: "**מלכיאל**") היו הבעלים של בניין ברח' אלנבי 108 בת"א, הידוע כגוש 6921 חלקה 36 (להלן: "**הבניין**").

2. ביום 19.11.78 חתמו אליהו ומלכיאל (להלן: "**האחים**") על הסכם שכירות מוגנת ביחס לחנות הנמצאת בקומת הקרקע של הבניין (להלן: "**החנות**") ובמסגרתו הם השכירו לנתבעים את החנות והנתבעים הפכו לדיירים מוגנים בחנות.

3. ביום 20.10.83 נחתם הסכם בין האחים לנתבעים ובמסגרתו רכשו הנתבעים את הבעלות בחנות מהאחים. בגין ההסכם, נרשמה הערת אזהרה לטובת הנתבעים.

4. ברם, התברר לאליהו, כי מלכיאל זייף את חתימתו על הסכם המכר ואליהו הגיש תביעה לביטול המכר, ככל שהדבר נוגע לזכויותיו בחנות (מחצית).

5. ביום 9.9.85 ניתן פסק דין שבו התקבלה תביעת אליהו ונקבע כי מכר זכויותיו בחנות לנתבעים (מחצית), מבוטל.

6. לאחר מכן, הגישו הנתבעים תביעה לאכיפת הסכם המכר כנגד מלכיאל (להלן: "**ההמרצה** **הראשונה**"). אליהו ביקש להצטרף להליך זה וביום 24.4.86 חזרו בהם הנתבעים מהתביעה וניתן פסק דין לפיו התביעה של הנתבעים כנגד אליהו נדחית והתביעה כנגד מלכיאל, נמחקת.

7. אליהו הגיש תביעה לפירוק שיתוף נגד מלכיאל וביום 27.7.88 ניתן פסק דין לפירוק שיתוף בבניין בין האחים (להלן: "**פסה"ד לפירוק השיתוף**"). במסגרת פירוק השיתוף, יוחדו חלק מהיחידות בבניין לאליהו וחלק למלכיאל, בהתאם לשווי היחידות על פי שמאות שנערכה. על פי פס"ד לפירוק השיתוף, פירוק השיתוף ייעשה באמצעות רישום הבניין כבית משותף, בהתאם לתשריט ולתקנון שצורף. במסגרת פירוק השיתוף וחלוקת היחידות בין האחים, נקבע כי החנות תירשם ע"ש מלכיאל (סעיף 24 לתביעה). בפרוטוקול הדיון בתביעה זו נרשם מפי ב"כ הצדדים כי: "**על אף האמור בתקנון, החנות 9/36 נמכרה כבר ואין על כן אפשרות או חובה להציע אותה לבעל הרוב או לצד כלשהו**".

8. בפועל, פירוק השיתוף לא בוצע והבניין לא נרשם כבית משותף על פי התקנון ותשריט החלוקה.

9. בשנת 1989 הגישו הנתבעים המרצת פתיחה (ה"פ 1093/89 – להלן: "**ההמרצה השנייה**") שבה עתרו לפס"ד הצהרתי לפיו הם הבעלים של כל החנות.

10. האחים טענו מנגד, כי קיים מעשה בית דין עקב פסק הדין בהמרצה הראשונה ולכן יש לדחות את תביעתם על הסף.

11. ביום 17.5.93 קיבל בהמ"ש את עמדת האחים ודחה את תביעת הנתבעים. בהחלטתו של כב' השופט מנחם אילן נקבע בין היתר כי:

**"מר אליהו מני בתצהיר התשובה שלו מזכיר את הליך פירוק השיתוף והוא מציין מפורשות בתצהיר כי במסגרת ההליך ההוא, הגיעו שני האחים מלכיאל ואליהו מני להסכמה לפיה החנות נשוא המרצת הפתיחה שבפני נופלת בחלקו של מלכיאל. אם כך הדבר, הרי שיש בידי מלכיאל לבצע את החוזה... ושוב אין סיבה למנוע מן המבקשים את אכיפת החוזה בגלל זיוף שזייף מלכיאל את חתימת אחיו אליהו על ייפוי הכוח. אולם נובע מתוך התצהיר הזה... שאע"פ שניתן פסק דין לפירוק השיתוף הוא טרם בוצע... אין לי צורך להיכנס לשאלה אם הקביעה הזאת שוב איננה תופסת ברגע שהאחים הסכימו שהחנות תיפול בחלקו של מלכיאל, מפני שפסק הדין של פירוק השיתוף עוד לא בוצע. זהו לא ענין פורמאלי גרידא וכל זמן שהבית המשותף לא נרשם ופסק הדין לא בוצע, יכולים שני בעלי הדין שהיו צד לאותו הליך לחזור בהם ולא לבצע את פירוק השיתוף וצד ג' לא יכול להתערב בזה...עד כמה שהדבר נוגע לאליהו מני, מנועים המשיבים לתבוע אותו בגלל קיום מעשה בית דין".**

12. ביום 9.2.93 ניתן פסק דין בתביעה כספית שהגיש אליהו כנגד מלכיאל ומלכיאל חויב לשלם לאליהו סך של מעל 1.138 מיליון ₪.

13. מחודש אוגוסט 1993 ועד לחודש פברואר 1995, שלח ב"כ של אליהו, עו"ד כוכבי, דרישות תשלום לנתבעים וביקש כי ישלמו לו דמי שכירות מוגנת ודמי הוצאות ניקיון ומאור בגין מחצית החנות. הנתבעים העבירו לעו"ד כוכבי את התשלומים הנדרשים.

14. ביום 13.3.95 מכר אליהו את זכויותיו בבניין לחברת הר סיני השקעות בע"מ (להלן: "**הר** **סיני**"). בהסכם נקבע בין היתר כי:

"**הואיל וביום 27.7.88 ניתן פסק דין לפירוק שיתוף במקרקעין וחלוקת הזכויות בין המוכר לבין מלכיאל...אשר במסגרתו ניתן תוקף לתקנון מוסכם, אשר טרם נרשם בלשכת רישום המקרקעין. העתק הזכויות והתקנון מצ"ב מסומנים כנספח א'...**

**והואיל ובמסגרת הליכי פירוק השיתוף ניתן פסק דין כאמור לעיל אשר לפיו הוקצו למוכר היחידות המסומנות כחלקות משנה... בהתאם לתיאורן בטבלה המצ"ב מסומנת כנספח ב'... ולמספורן בתשריט, המצ"ב מסומן כנספח ג' ומהווה חלק בלתי נפרד מההסכם...**

**3.2 הקונה מצהיר בזאת כי ידוע לו שע"פ פס"ד החלוקה בתיק פירוק השיתוף... למוכר לא תהיינה זכויות ביחידה המסומנת כחלקת משנה 9 והוא מוותר על כל טענה בעניין יחידה זו כלפי המוכר**".

15. בנספח להסכם אשר מתייחס לחנות שהוגדרה כיחידה 9 נאמר כי:

"**המוכר מצהיר ומתחייב בזאת כלפי הקונה כי במסגרת הסכם המכר שנחתם בין הצדדים, הוא ממחה ומעביר את כל זכויותיו מכל מין שהוא, ככל שהן קיימות ובמידה שהן קיימות, ובכפוף לאמור בס"ק 3.2 להסכם המכר, בחנות הידועה כיחידת משנה 9 ...המוחזקת ע"י ה"ה דזאנשווילי שבנדון, לבעלות הקונה**".

16. בו ביום, נמכרו גם זכויותיו של מלכיאל להר סיני, באמצעות עו"ד כוכבי שמונה לכונס נכסים על רכושו וזאת לאור חובותיו של מלכיאל בין היתר, גם לאליהו. גם בהסכם זה נקבע כי המכירה מתבצעת בהתאם לפסה"ד לפירוק השיתוף, לרבות התקנון והתשריט וצוין גם כי:

"**הואיל וכונס הנכסים העמיד למכירה במכרז את חלקו של החייב במקרקעין כמפורט לעיל, למעט יחידה 9...".**

17. ביום 4.7.95 נחתמה פסיקתא ע"י רשם ההוצל"פ שבו ניתן צו ללשכת רישום המקרקעין להעביר את חלקו של מלכיאל ע"ש הר סיני וכן נצטווה רשם המקרקעין לייחד את הערת האזהרה שנרשמה על זכויות מלכיאל בבניין לטובת הנתבעים כך שהיא תחול על 25/1000 חלקים מהמקרקעין (להלן: "**הפסיקתא**").

18. במשך השנים 1995 עד 1999 שלחה הר סיני מכתבי דרישה לנתבעים לפיהם עליהם לשלם לה דמי שכירות מוגנים והנתבעים שילמו את שכר הדירה שנדרש מהם.

19. ביום 26.8.09 מכרה הר סיני את זכויותיה בבניין לכמה חברות וביניהן לתובעת.

20. התובעת שלחה לנתבעים ביום 26.9.10 וביום 14.11.10 מכתבי דרישה לתשלום דמי שכירות ואולם הנתבעים לא שילמו לתובעת דמי שכירות.

21. ביום 21.12.10 שלח עו"ד שוב מטעם התובעת מכתב לנתבעים וביקש לבצע פירוק שיתוף בבניין, באופן שכל יחידה תירשם ע"ש בעליה.

22. בשנת 2011 הגישו הנתבעים בקשה ללשכת ההוצאה לפועל לרישום החנות על שמם.

23. בתגובה שהגיש עו"ד כוכבי ככונס נכסים ללשכת ההוצאה לפועל בחודש מאי 2011 , הוא ציין בין היתר כי הר סיני :

"**זכאית להירשם כבעלים של מחצית החנות דהיינו 25/1000 חלקים**".

24. בתגובה נוספת שהגיש עו"ד כוכבי בחודש יוני 2011 ללשכת ההוצאה לפועל, הוא טען בין היתר כי:

"**מטרת בקשותיו של צד ג'** [הכוונה לנתבעים – נ.ש.] **הינה ניסיון השתלטות שלא כדין מצדו על מקרקעין בבעלות גורמים אחרים, תוך העלאת טענות שאינן אמת...צד ג' רשאי להירשם כבעלים של מחצית בלבד מהחנות**".

25. בשנים האחרונות הגישה התובעת שלוש תביעות לבית משפט השלום כנגד הנתבעים: תביעה לדמי שימוש ראויים, תביעה לפינוי ולדמי שכירות מוגנים ותביעה לפירוק שיתוף. ברם, כל התביעות נמחקו וזאת לאור המלצת בית המשפט לפיה התובעת תפנה לבית משפט זה, על מנת שיכריע בשאלה האם יש לה זכויות במחצית החנות.

26. בק.מ. שהתקיים ביום 7.2.17 הוסכם שהפלוגתא היחידה שבמחלוקת היא האם הר סיני – ומכוחה התובעת – "רכשה את מחצית הזכויות של מר אליהו בחנות" (עמ' 5 שורות 10-12).

**ב. תמצית טענות התובעת**

1. לתובעת זכויות במחצית החנות, היות שהר סיני - שהתובעת נכנסה בנעליה – רכשה את כל הזכויות בבניין שהיו לאליהו. מאחר שבהמ"ש פסק כי מלכיאל זייף את חתימתו של אליהו בהסכם המכר עם הנתבעים למכירת החנות וביטל את העסקה מבחינת חלקו של אליהו, הרי שמחצית החנות היתה שייכת לאליהו ומשהוא מכר את כל זכויותיו - לרבות כל זכות שיש לו בחנות - להר סיני, אזי לתובעת מלוא הזכויות במחצית החנות.

2. פסק הדין בהמרצה השנייה קבע שפסק הדין לפירוק השיתוף שבמסגרתו יוחדה החנות למלכיאל אינו מקנה כל זכות לנתבעים. משתביעתם זו נדחתה, בין היתר מאחר שטרם בוצע פירוק השיתוף בפועל, הרי שהנתבעים לא יכולים להיבנות מפס"ד לפירוק השיתוף וקיים מעשה בי דין המונע מהם להעלות טענות בדבר זכותם במחצית החנות שהיתה שייכת לאליהו.

3. הנתבעים לא הגישו ערעור על פסה"ד בהמרצה השנייה ובמשך שנים רבות, עד סמוך למועד שבו מכרה הר סיני את הבניין לתובעת, הם המשיכו לשלם דמי שכירות מוגנים להר סיני. הדבר מהווה הודאת בעל דין כי ביחס למחצית החנות, הנתבעים מודים כי היא לא שייכת להם אלא להר סיני ולמי שבא בנעליה. אם אכן הנתבעים סברו שכל החנות שלהם, מדוע שילמו דמי דיירות מוגנת במשך שנים כה רבות לבעל הבניין?

4. כמו כן, התובעת מסתמכת על "טבלת זכויות" שלטענתה מהווה נספח להסכם המכר בין אליהו להר סיני שבה מצוין בכוכבית ליד יחידה 9 שהיא החנות, כי: "**בבעלות המוכר זכויות הבעלות במחצית מיחידה זו בלבד**".

5. התובעת מבססת תביעתה אף על הפסיקתא שבה מצוין כי לנתבעים רק 25/1000 מהמקרקעין דהיינו חצי חנות בלבד וכן מתגובות עו"ד כוכבי בהוצל"פ משנת 2011 שפורטו לעיל, שבהן הוא טען כי הנתבעים הם בעלים של מחצית החנות בלבד ולא כולה.

6. הנתבעים מנועים מלהעלות טענות ביחס לזכותם בחנות מחמת מעשה בי דין, התיישנות ושיהוי. שהרי, משנדחתה תביעתם בהמרצה השנייה, קיים מעשה בי דין המונע מהם לתבוע זכויות במחצית החנות הנוספת שהיתה שייכת לאליהו. זאת, מאחר שבפסק דין זה נקבע כי הנתבעים מנועים מלתבוע אותו "בגלל קיום מעשה בי דין", לאור פסק הדין בהמרצה הראשונה.

7. בעקבות פסק הדין שניתן ביום 9.2.93 ושבו חויב מלכיאל לשלם לאליהו מעל 1.1 מיליון ₪, בוטלה בעצם הסכמת האחים על פירוק השיתוף והעובדה שפסק הדין בדבר פירוק השיתוף מעולם לא נרשם בלשכת רישום המקרקעין מלמדת כי הוא חסר נפקות משפטית.

**ג. תמצית טענות הנתבעים**

1. התביעה התיישנה מאחר שעסקינן במקרקעין לא מוסדרים וחלפו הרבה יותר מ – 15 שנה מאז שהר סיני רכשה את המקרקעין ונודע לה כי הנתבעים טוענים לבעלות על כל החנות. התביעה התיישנה ביום 13.3.10, משחלפו 15 שנים מאז שהאחים מכרו את הבניין להר סיני.

2. גם לגופה יש לדחות את התביעה, מאחר שבהתאם לפסק הדין לפירוק השיתוף, יוחדה החנות למלכיאל בלבד ובהסכם שבו מכר עו"ד כוכבי ככונס נכסים את חלקו של מלכיאל בבניין, נאמר במפורש כי החנות אינה חלק מהממכר.

3. החנות הוחרגה במפורש מהממכר גם בהסכם שערכה הר סיני עם אליהו. כל מה שנאמר בנספח להסכם הוא, שככל שיש לאליהו זכויות בחנות, הם מוקנות להר סיני. ברם, לאליהו לא היו כל זכויות בחנות, מאחר שלפי הסכם החלוקה שקיבל תוקף של פסק דין במסגרת התביעה לפירוק השיתוף, החנות יוחדה למלכיאל ולאליהו לא נותרה כל זכות בחנות.

4. גם בהסכם בין הר סיני למלכיאל צוין במפורש כי החנות לא נמכרה ולכן הר סיני לא רכשה כל זכות בחנות.

5. בנסח פנקס השטרות של לשכת רישום המקרקעין רשום שהר סיני רכשה רק 19/20 מהחלקה והמשמעות היא שהחנות, המהווה 1/20 מהבניין, לא היוותה מעולם חלק מהממכר שהאחים מכרו להר סיני. בנסח מצוין כי מלכיאל הוא הבעלים של 1/20 מהחלקה. גם בהצהרות לרשות המיסים שהוגשו לאחר העסקה, הוצהר שהעסקה היתה רק על 19/20 חלקים מהחלקה ובהתאם לכך גם שולם מס הרכישה. בנוסף, בהסכם שבין התובעת להר סיני, הוגדר הממכר כ"**זכות בעלות במושע לגבי 19/20 חלקים מהחלקה**" והדבר מלמד כי התובעת מעולם לא רכשה שום זכות בחנות המהווה 1/20 מהחלקה.

6. לאחר שבוטלה מכירת חלקו של אליהו לנתבעים עקב הזיוף שביצע מלכיאל, מלכיאל לא השיב לנתבעים מחצית מהתמורה שהם שילמו לו ולכן, הם המשיכו לנהוג בחנות כולה מנהג בעלים.

7. האחים ראו את פסה"ד לפירוק השיתוף ביניהם כמחייב ולכן במכירת הבניין להר סיני הם הקפידו להדגיש כי החנות לא נמכרת. אליהו לא מכר אותה כי על פי הסכם החלוקה עם מלכיאל יחידה זו של החנות שייכת למלכיאל ומלכיאל לא מכר אותה, כי הוא קיבל את כל תמורתה מהנתבעים, שלהם נמכרה החנות כולה.

8. הנתבעים שילמו במהלך השנים דמי שכירות מוגנת לכונס הנכסים עו"ד כוכבי ולהר סיני, מאחר שהתשלום כלל גם תשלום עבור ניקיון ותאורה והם העדיפו לא להגיש תביעה לבית המשפט, דבר שהיה עולה להם ממון רב ותחת זאת הם שילמו דמי השכירות זעומים בסך של 350 ₪ לחודש. אין לראות בתשלום זה משום הודאה כי הם לא הבעלים של כל החנות. רק בחלוף שנים, לאחר שהנתבעים התבקשו ע"י התובעת לשלם דמי שכירות גבוהים בהרבה, הם הבהירו לתובעת כי הם בעלים של כל החנות ולא צריכים לשלם כל דמי שכירות.

**ד. דיון והכרעה**

1. ראשית יש לדחות את טענת הנתבעים כי התביעה התיישנה. שהרי, עד לשנת 2009 המשיכו הנתבעים לשלם דמי שכירות מוגנת להר סיני ובכך הם לכאורה הודו שלהר סיני זכות במחצית החנות. לפיכך, תקופת ההתיישנות חלה רק מהמועד שבו טענו הנתבעים לראשונה כי התובעת כלל אינה בעלת זכויות בחנות וטרם חלפו 15 שנים ממועד זה (סעיף 2 לסיכומי התשובה).

2. העד היחיד שהתובעת ביקשה לזמן מטעמה, למעט מר אסיאג שהוא הבעלים והמנכ"ל שלה, הוא עו"ד כוכבי.

3. בבקשה לזימון עד, טענה התובעת כי פנתה לעו"ד כוכבי על מנת שיגיש תצהיר ואולם הוא סירב וביקש להיות מזומן לעדות. יצוין שעו"ד כוכבי העיד כי לא זכור לו שהתובעת פנתה אליו וביקשה כי יגיש תצהיר עדות ראשית בכתב (עמ' 35 שורות 29-30 ועמ' 36 שורות 1-2).

4. בבקשתה לזימונו של עו"ד כוכבי, טענה התובעת כי עו"ד כוכבי, אשר שימש ככונס נכסים על נכסי מלכיאל ועו"ד של אליהו: "**מכיר את פרטי העסקה, מהותה, כוונת הצדדים ועדותו נדרשת... מדובר בעד חיוני שבכוחו לסייע בבירור וחקר האמת בתובענה דנן**".

5. אכן, עו"ד כוכבי הוא עד מפתח ולפיכך נסקור תחילה את עדותו.

6. לדבריו:

"**באופן חד משמעי הוצאתי את תחולת החנות משתי העסקאות, גם של מלכיאל וגם של אליהו...כיוון ששימשתי כונס על זכויותיו של מלכיאל מני, גם שם מכרתי מה שיכולתי בלי החנות... מחד גיסא היא יוחדה למלכיאל מני בפירוק השיתוף, מחצית ממנה ממילא נשארה בבעלות הנתבעים...עד כמה שזכור לי לא היו לו המשאבים להשיב להם את התשלום**" (עמ' 30-31 לפרוטוקול).

7. עו"ד כוכבי העיד שמאחר שעל פי פסה"ד לפירוק השיתוף החנות יוחדה למלכיאל, היא לא נמכרה להר סיני לדבריו: "**אני בוודאות אומר שלמיטב זכרוני ולפי המידע שבדקתי, מחצית הזאת נשארה כמובלעת ולא נמכרה להר סיני**" (עמ' 33 שורות 2-3).לטענתו, למרות שהיחידה יועדה למלכיאל, הוא המשיך לגבות מהנתבעים שכר דירה בגין מחצית החנות, מתוקף תפקידו ככונס נכסים"**כדי למלא את המאגרים הכספיים**" (עמ' 31 שורות 31-32 ועמ' 32 שורות 4-5 ושורות 12-13).

8. משעו"ד כוכבי נשאל ע"י ב"כ התובעת, כיצד עדותו זו מתיישבת עם המסמכים שהגיש ללשכת ההוצאה לפועל בשנת 2011 ושבהם טען כי הר סיני היא הבעלים של מחצית החנות, הוא השיב כי הדבר נכתב בטעות (עמ' 33 שורה 22) וכי וודאי שמחצית החנות השנייה שייכת למלכיאל (שם שורות 27-28). לדבריו, הוא מתנצל על הטעות וטוען שלאחר חלוף 16 שנים מהעסקה, הוא טעה במה שכתב בשנת 2011. כלשונו: "**אני בן אדם ויכול להיות שהיתה שם השמטה או טעות. אחרי שנברתי בתיק הזה בימים האחרונים, שוב אין לי ספק שאין מסמך של רכישה** **של הר סיני**" (עמ' 33 שורה 27 עד עמ' 34 שורה 23).

9. עו"ד כוכבי העיד שהנספח להסכם בין הר סיני לאליהו, לפיו ככל שלאליהו זכויות בחנות הן גם יוקנו להר סיני, נערך לבקשת עורך הדין של הר סיני מר יגנס ואולם "**חד משמעית סברתי באותה עת שאין לאליהו מני זכויות... וכך דווח לשלטונות המס**" (עמ' 35 שורות 3-26).

10. עדותו של עו"ד כוכבי שיודע את כל העובדות הן מכוח היותו עו"ד של אליהו והן מכוח היותו כונס נכסים על נכסי מלכיאל, ברורה וחד משמעית. החנות יועדה בהסכם החלוקה בין האחים למלכיאל ולכן היא לא נמכרה להר סיני.

11. התובעת טוענת כי עו"ד כוכבי הוא "עד עוין" וכי עדותו בהליך דנן היתה עדות "מבולבלת, כבושה ובלתי מהימנה" (סעיף 44 לסיכומיהם). ברם, אין יסוד לטענה זו. אדרבא, אף מנכ"ל התובעת מר אסיאג (להלן: "**אסיאג**") אישר בחקירתו כי עו"ד כוכבי העניק לו שירותים משפטיים והוא אף העביר לאסיאג את טיוטות התגובות שהכין לפני שהגיש אותן ללשכת ההוצאה לפועל בשנת 2011, לצורך קבלת הערותיו.

12. העובדה שעו"ד כוכבי העיד כי שגה שעה שכתב בשנת 2011 שלהר סיני זכויות במחצית החנות, לא הופכת אותו לעד עוין. עו"ד כוכבי העיד כי בימים שלפני עדותו, הוא עיין שוב בתיקים ובחומר הרב הקשור לבניין והגיע למסקנה חד משמעית שהחנות לא נמכרה להר סיני. לדבריו, ייתכן שבשנת 2011, עת הגיש את התגובה ללשכת ההוצאה לפועל, הוא כבר שכח את פרטי העסקה ולכן טען טענה שאינה נכונה. ייתכן גם, שהדבר נבע מכך שבאותה עת, בשנת 2011, התובעת שכרה את שירותיו של עו"ד כוכבי.

13. בחקירתו, הודה אסיאג כי הוא התייעץ עם עו"ד כוכבי ואף שילם לו שכר טרחה (עמ' 9 שורות 20-21). הוא אף הודה שעו"ד כוכבי הגיש מטעמו תגובה ללשכת ההוצאה לפועל בשנת 2011 וכי הוא תיקן והעיר לתגובה שהכין עבורו עו"ד כוכבי (עמ' 10 שורות 18-20 ועמ' 12 שורות 20-30). לדבריו: "רציתי שעו"ד כוכבי יהיה נחרץ הפעם בקשר לחצי חנות שלנו" (שם שורות 29-30 וכן עמ' 13 שורות 1-12 ועמ' 14 שורה 11 ושורה 27) וכי "אני לא מכחיש שהיו לי הערות" (עמ' 14 שורה 4).

14. בצדק טען עו"ד כוכבי כי בכל מקרה, הנתבעים הם בעלי חצי חנות בלבד ולכל היותר יורשי מלכיאל הם יורשי החצי השני וזאת בכפוף לחובת ההשבה של התמורה ששילמו הנתבעים למלכיאל לצורך רכישת כל החנות. שהרי, על פי פסק הדין לפירוק השיתוף, החנות היתה אחת מהיחידות שיוחדו למלכיאל וברור כי מלכיאל לא מכר את חצי החנות להר סיני והדבר הודגש במפורש בהסכם המכר.

15. לכן, טעותו של עו"ד כוכבי לא הביאה בפועל לפגיעה בזכות קניינית כלשהי של אף אחד, היות שכאמור בכל מקרה, הנתבעים אינם בעלים של כל החנות אלא רק של מחציתה.

16. זאת ועוד: גם העובדה שהר סיני דיווחה לרשויות המס כי היא רכשה רק 19/20 חלקים מהחלקה מלמדת, שהחנות או כל חלק ממנה לא נרכשה על ידה. שהרי, שטח החנות מבטא 1/20 מהחלקה. אם אכן רכשה הר סיני גם את מחצית החנות שהיתה שייכת לאליהו מני, מדוע לא הוצהר הדבר לרשויות המס?

17. גם בהסכמים שנערכו בין הר סיני לתובעת בשנת 2009, נאמר במפורש שהר סיני היא הבעלים של 19/20 מהחלקה, דהיינו ללא כל זכויות בחנות. זאת ועוד: בהסכמים שערכה התובעת עם גופים אחרים ביחס לזכויות בבניין, היא הצהירה תמיד כי בידה רק 19/20 מהבניין, דהיינו שהחנות אינה בבעלותה (סעיף 18 לסיכומי הנתבע).

18. אכן, בנספח להסכם המכר בין אליהו להר סיני נקבע כי ככל שקיימות לאליהו זכויות בחנות, הן יוקנו להר סיני. ברם, מתברר כי הסכמי המכירה של האחים התבססו על פסה"ד לפירוק השיתוף שבמסגרתו יוחדה החנות למלכיאל בלבד. ייתכן שלאור חוסר הבהירות שנוצרה לאחר פסק הדין בהמרצת הפתיחה השנייה שבמסגרתה נדחתה תביעת הנתבעים, סברו הר סיני כי אולי יצליחו לקבל זכויות נוספות בחנות. ואולם, גם הר סיני לא הגישה שום תביעה כנגד הנתבעים ולא הוכיחה כי לאליהו היו זכויות בחנות.

19. זאת ועוד: בק.מ. שהתקיים ביום 7.2.17 טען ב"כ התובעת כי יש "שני עדי מפתח" שהם עו"ד כוכבי ומר בן צבי, שהיה בעל השליטה בהר סיני. (עמ' 2 שורות 11-12).

20. ברם, בפועל, התובעת לא זימנה לעדות את מר שלמה בן צבי או אנשים אחרים שטיפלו בנכס כגון מר יונתן פין, מר הלל גולדבלום או מר גוגנהיים, אשר חתומים על מכתבי הדרישה לשכר דירה שנשלחו לנתבעים. אם מר שלמה בן צבי הוא "עד מפתח", מדוע הוא לא זומן לעדות? הרי הוא זה שקנה מהאחים את הבניין ועדותו יכלה לשפוך אור על השאלה האם החנות נרכשה על ידיו או לא. לפיכך, יש לתמוה מאוד על טענת התובעת בסיכומי התשובה (סעיף 29) כי "אף לא אחד מהעדים הנ"ל רלוונטי למחלוקת מושא ההליך דנן" וכי עדותו של אליהו אינה נדרשת (סעיף 31 לסיכומי התשובה). ברור כי מדובר בעדים רלוונטיים ביותר ואי זימונם פוגם קשות בגרסת התובעת.

21. משנשאל אסיאג בחקירתו האם מר יונתן פין שטיפל בנכס מטעם הר סיני ידע שחצי חנות שייכת להר סיני הוא השיב כי: "אם תזמן אותו לעדות הוא יאמר את מה שאמרתי עכשיו" (עמ' 17 שורות 27-28). דווקא לאור דברים אלו, מאוד תמוה שמר פין לא זומן לעדות ע"י התובעת, למרות שנטל ההוכחה רובץ לפתחה. תשובתו כי הוא לא צריך לזמן אותו כי "יש לי שחור על גבי לבן את הכול" (עמ' 18 שורות 9-10 ועמ' 19 שורה 2) אינה סבירה ואי הזימון של עדי המפתח, פועל לחובת התובעת ומלמד כי כנראה עדותם לא היתה תומכת בגרסתה.

22. בנוסף, התברר במהלך חקירתו של עו"ד כוכבי, כי אליהו עודנו בין החיים. מדוע התובעים לא זימנו אותו לעדות, למרות שאף הוא עד מפתח היודע אודות העסקאות והוא יכול היה לתאר מה מכר להר סיני?

23. אכן, הפסיקתא שנחתמה ע"י רשם ההוצל"פ ולפיה הר סיני רכשה מחצית חנות תומכת בעמדת התובעת. ברם, לא הובהר מי הגיש פסיקתא זאת לחתימה ומי ערך אותה. נראה כי הפסיקתא אינה משקפת את המצב המשפטי וחלה בה טעות. שהרי, פסק הדין לפירוק השיתוף מעולם לא בוטל או שונה ולפיו, כל החנות יוחדה למלכיאל בלבד. לפיכך, משהר סיני לא רכשה ממלכיאל כל זכות בחנות, הרי שאין לה כל זכות בחנות. כאמור, גם בהצהרות לרשויות המיסים צוין כי הר סיני רכשה רק 19/20 מהחלקה והמשמעות היא שהחנות כולה לא היתה חלק מהעסקה ולא נמכרה להר סיני.

24. ודוק: משני הסכמי המכר, הן של אליהו והן של מלכיאל, עולה בבירור כי האחים מכרו את זכויותיהם בבניין בהתאם לפסה"ד לפירוק השיתוף והם אף צירפו להסכם תשריט ותקנון שלא הומצא ע"י התובעת. בהסכם צוינו מספרי היחידות שכל אחד מהאחים מכר. ברור אם כן, שמבחינת האחים, חלוקת היחידות שנערכה בניהם במסגרת התביעה לפירוק השיתוף היתה שרירה וקיימת ועל יסוד חלוקה זו, כל אחד מהם מכר את זכויותיו בבניין. העובדה שבהמ"ש בהמרצת הפתיחה השנייה, לא הסכים לאכוף את ההסכם בין האחים בעקבות דרישת הנתבעים, בטענה שייתכן שהאחים שינו את החלוקה ביניהם מאחר שטרם בוצע פירוק השיתוף בפועל, לא גורעת מהעובדה שחלוקת היחידות נותרה בעינה מבחינת האחים ועל בסיסה הם מכרו את הבניין. לפיכך, יש לדחות את טענת אסיאג כי ההסכם בדבר פירוק השיתוף בין האחים, בטל (עמ' 24 שורה 18). גם העובדה שניתן בשנת 1993 פסק דין כספי כנגד מלכיאל שבו הוא חוייב לשלם לאליהו מעל מיליון ש"ח, לא מלמדת כי חלוקת היחידות בין הצדדים שונתה ולא הובאה כל ראייה לכך כי נעשה שינוי כלשהו עקב פסק הדין הכספי.

25. טבלת הזכויות שהוגשה ע"י התובעת ונטען על ידה כי היא היתה חלק מנספחי הסכמי המכר בין האחים להר סיני ושבה כתוב כי החנות שייכת לאליהו, לא חתומה ע"י הצדדים להסכם. לפיכך, לא הוכח כי טבלה זו אכן צורפה להסכם ומהווה חלק ממנו ולכן היא אינה יכולה להוות ראייה בהליך. אסיאג נשאל היכן הטבלה עם חתימת הצדדים והוא השיב "אני לא צריך להראות לך כלום" (עמ' 23 שורה 10). אין צורך להכביר מילים על תשובה מסוג זה. יש להביע תמיהה על כך שהתובעת לא המציאה לבית המשפט את כל נספחי הסכמי המכר הכוללים תשריט ותקנון. כשאסיאג נשאל היכן התשריט והנספחים להסכם עם הר סיני הוא ענה שאין לו את המסמכים "עכשיו כרגע" (עמ' 20 שורות 23-32) ואולם אי הצגתם בהליך, פועל לחובת התובעת.

26. התובעים טוענים כי העובדה שעו"ד כוכבי ככונס נכסים, לא מכר את מחצית החנות של מלכיאל למרות שלטענתו היא היתה שייכת לו לאור פסק הדין לפירוק שיתוף ולמרות שהוא נותר חייב כספים לאליהו, מלמדת כי "בזמן אמת", עו"ד כוכבי סבר כי למלכיאל אין זכויות במחצית החנות שהיתה שייכת לאליהו. שהרי אחרת, מדוע לא מכר גם מחצית חנות זו להר סיני לצורך פירעון חובו לאליהו?

27. יש לדחות טענה זו. סבירה טענת עו"ד כוכבי כי ידע שמלכיאל לא השיב לנתבעים את תמורת מחצית החנות שהיתה שייכת לאליהו ושהוא מכר שלא כדין תוך זיוף החתימה. לכן, משהיתה קיימת חובת השבה לנתבעים ששילמו למלכיאל עבור החנות בשלמותה, לא מכר עו"ד כוכבי להר סיני את מחצית החנות. הוא ידע כי לא ניתן לעשות כן, היות שקיים חוב לנתבעים עקב עסקת החנות שבוטלה בחלקה.

28. מאידך, אם אכן הנתבעים סברו שהם בעלים של כל החנות, מדוע במשך שנים רבות, עד למועד רכישת הבניין ע"י התובעת הם שילמו דמי שכירות מוגנת? הנתבעים טוענים כי עשו כן מאחר שמדובר היה בסכומים פעוטים, אשר כללו גם דמי "וועד בית" ומאחר שלא רצו ל"היכנס" להליכים משפטיים יקרים, הם העדיפו לשלם מאות ₪ בחודש ולא לפתוח בעימות משפטי שעלותו רבה (עמ' 39 שורות 26-27).

29. נראה כי יש לקבל טענה זו. הנתבע 2, שאינו יודע קורא וכתוב (עמ' 40 שורה 18), העיד בהליך וניתן היה להתרשם כי הוא איש פשוט שאין לו כל הבנה בסוגיות המשפטיות המורכבות הקשורות לחנות. מאידך, בעבר, בשנות השמונים של המאה הקודמת, הנתבעים ניהלו הליכים משפטיים ויוצגו ע"י עורך דין. הדבר אף מסביר את חוסר המעש של הנתבעים במשך שנים כה רבות, כשלא נקטו שום הליך משפטי נוסף.

30. ברם, כמפורט לעיל, הנתבעים כשלו בשתי המרצות פתיחה שהגישו לצורך הצהרה כי הם בעלים של כל החנות. סביר אם כן, שאף הם סברו שקיימת בעיה משפטית בכל הקשור לזכויותיהם בחנות. הם ידעו כי מחצית החנות של אליהו לא שייכת להם ומאידך, לא הושבה להם התמורה בגין מחיצת החנות לאחר שהתברר שמלכיאל זייף את חתימת אחיו על הסכם המכירה. עקב מצב משפטי מורכב זה, ניתן להבין מחד מדוע המשיכו הנתבעים לשלם דמי שכירות מוגנת להר סיני ומאידך, מדוע הם הפסיקו לשלם שכר דירה. שהרי, על פי פסה"ד לפירוק שיתוף, החנות עברה למלכיאל ומלכיאל כאמור, לא השיב להם כנראה את התמורה ששילמו לו עבור חלקו של אליהו.

31. **העולה מן המקובץ**: התובעת לא הרימה את הנטל להוכיח שמחצית החנות שייכת לה ודין תביעתה להידחות.

32. התובעת תשלם לנתבע 2 הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך כולל של 50,000 ₪.

ניתן היום, כ"ד ניסן תשע"ח, 09 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.

