

בענין שבין: הימנותא בע"מ

התובעת ע"י ב"כ עו"ד איתן גבע

נגד -

1. חמודה ג'עברי

2. חמדאן שלודי

הנתבעים ע"י ב"כ עו"ד א. גורן

פסק-דין

התובעת הגישה תביעה בסדר דין מקוצר לסילוק יד כנגד שני הנתבעים, וביססה את עילתה על הטענות העובדתיות הבאות:

לדבריה, היא הינה הבעלים של חלקת אדמה שעליה מבנה בעל שתי דירות ביישוב סילוואן, הידועה כחלקה 27 בגוש מס' 30125 (להלן - "הנכס"). הנכס רשום על שם התובעת באגף מס רכוש. טוענת התובעת, כי הנתבעים פלשו לנכס ומחזיקים בו שלא כדין ושלא ברשות, ולפיכך היא עותרת לסילוק ידם מן המקום.

לנתבעים ניתנה רשות להתגונן, ובהגנתם הם טוענים כי הבעלות במבנה היתה במקורה של אלחג' מוסה סמרין, אשר השכיר להם את הדירות, וכיום דירה מוחזקת על ידי נתבע 1, והשניה - על ידי נתבע 2, ושניהם דיירים מוגנים. לטענתם, סמרין עצמו לא היה מעולם "נפקד" והם שכרו את הדירותיהם ממנו לפני מלחמת ששת הימים, ושלמו לו שכר דירה כל השנים עד לפטירתו ב-1983. לאחר מכן, המשיכו לשלם שכר דירה לעו"ד גוזלן, בא-כח העזבון. טענתם היא כי אין כל עילה לפינויים מהדירות בהיותם דיירים מוגנים במבנים האמורים.

תביעתה של התובעת כנגד הנתבעים לסילוק יד, נסמכת, למעשה, על הוראות סעיף 16 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, הקובע בזו הלשון:

"בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין".

הוראה זו מחייבת הוכחה בשני מישורים:

האחד, היות התובע בעלים של המקרקעין או מי שזכאי להחזיק בהם;
השני, היות הנתבע מי שמחזיק במקרקעין שלא כדין.

אלה הן שתי השאלות המחייבות הכרעה וניתוח כאן.

לפני שאכנס לניתוח שאלות אלה, אפרט את הנתונים העובדתיים הבאים אשר גביהם, נראה, כי אין מחלוקת בין הצדדים:

(א) הנתבעים מחזיקים בפועל בשתי הדירות בנכס. בקומה העליונה מתגוררת משפחת הנתבע 1, ואילו בקומה התחתונה מתגוררת משפחת נתבע 2.

(ב) הנכס היה במקורו בבעלותו של סמרין.

(ג) סמרין נפטר בירושלים ב-1983 כשהוא תושב ישראל, ומעולם לא היה נפקד.

(ד) חרף העובדה כי סמרין עצמו לא היה נפקד, הוכרז הנכס כנכס נפקד על פי חוק נכסי נפקדים תשי"ד-1950, ובוצעו הליכים של הקנייתו לאפוטרופוס על נכסי נפקדים, ממנו לרשות הפיתוח, ומרשות הפיתוח הועבר הנכס לתובעת באמצעות עיסקת חליפין.

הנכס נרשם על שם רשות הפיתוח בשנת 1989 (ת/3) ומעולם לא נרשם בספרי המקרקעין. עיסקת החליפין בין רשות הפיתוח לתובעת בוצעה ב-1991 (ת/4).

א. זכויות התובעת לנכס - האם הוכחו?

לאחר שבחנתי בקפידה את חומר הראיות בהקשר לשאלה זו, באתי לידי מסקנה כי התובעת לא הצליחה לעבור על פני המשוכה הראשונה הנדרשת

לצורך הוכחת תביעתה, קרי: היא לא השכילה להראות כי רכשה זכויות כדין בנכס נשוא המחלוקת, ולפיכך דין תביעתה להידחות, ולו מטעם זה אף בטרם תתברר השאלה השנייה, האם רכשו הנתבעים זכויות חזקה טובות בנכס העומדות להם כהגנה מפני דרישת התובעים לסילוק ידם מן המקום.

אלה הם הטעמים:

(א) התובעת טוענת לזכות בעלותה בנכס מכח עיסקת "חליפין" שביצעה עם רשות הפיתוח, לאחר שהנכס הוכרז כ"נכס נפקד" והועבר מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים לרשות הפיתוח, ומרשות הפיתוח, בעיסקת חליפין, אליה.

גירסה זו מחייבת מעקב אחר הפעולות שננקטו בהקשר להעברת הנכס לרשות התובעת, לצורך בירור שאלת נפקותן המשפטית.

ואלה הם הנתונים הצריכים לענין:

(א) ב"כ התובעת הודיע לבית המשפט עוד ביום 8.10.92 כי -

"כל נסיונותי(ו) לשכנע את מינהל מקרקעי ישראל לתת תעודת עובד ציבור נכשלו".

לפיכך ביקש ב"כ התובעת רשות להזמין עובד המינהל למתן עדות בלא הגשת תצהיר.

על רקע סירוב זה ליתן תעודת עובד ציבור ותצהיר, חרף החלטת בית המשפט כי כל העדויות יוגשו בתצהירים, הוזמן להעיד מר יחזקאל סופר אשר היה בעבר אחראי על רכישת קרקעות ומפקח על נכסי נפקדים ומועסק גם לאחר הפרישה כעוזר למנהל מחוז ירושלים של מינהל מקרקעי ישראל.

העד סופר העיד כי הנכס הוכרז כ"נכס נפקד" באמצעות תעודה שהוצגה כת/1.

נוסחה של התעודה ת/1 הוא כדלקמן:

"תעודה לפי סעיפים 30(א) (ב) לחוק נכסי נפקדים
אני החתום מטה, א. שקרג'י, האפוטרופוס על נכסי
נפקדים מאשר בזה בחתימת ידי כי: יורשי המנוח מוסא
עבדאללה סמריין הינם נפקדים וזכויותיהם בעזבון
לרבות חלקה 27 בגוש 30125 הוקנו לאפוטרופוס לנכסי
נפקדים בהתאם לחוק".

על גבי התעודה מופיעות שתי חתימות של א. שקרג'י, והתאריך
המצויין על גביה הוא ה-28.5.92.

מאחר שהתביעה לסילוק יד הוגשה ב-7.5.91 - כשנה לפני מועד
החתימה על תעודה זו - עלתה באופן טבעי השאלה הכיצד יתכן כי
תעודה מעין זו נחתמה שנה לאחר הגשת התביעה, כאשר התובעת
טוענת כי הנכס הועבר אליה מרשות הפיתוח שנים קודם לכן, ועל
פי רישומי מס רכוש הוא הועבר מהאפוטרופוס לרשות הפיתוח עוד
ב-1989 (ראה מוצג במ/2).

לשאלה זו השיב העד סופר כדלקמן:

הוא הציג את מכתבו של מר שקרג'י אל מס רכוש מ-20.1.89 (ת/2)
ובו נכתב כי הוא ממציא שתי תעודות על פי סעיף 30(א) (ב) לחוק
נכסי נפקדים וביקש לרשום את הקניית הנכסים לאפוטרופוס וממנו
לרשות הפיתוח בספרי מס רכוש. ואכן, הנכס נרשם במס רכוש, אולם
העד סופר לא יכול היה להמציא את התעודה המתייחסת לנכס נשוא
המחלוקת שלפנינו שעל פיה נעשה הרישום במס רכוש.

עם זאת, לאחר רישום הנכס בשם רשות הפיתוח באגף מס רכוש,
נעשתה עיסקת החליפין שבעקבותיה הועבר הנכס לתובעת במסגרת שטר
מכר (בחליפין) (מוצגים ת/4 ו-ת/5) אשר אושר בהנהלת מינהל
מקרקעי ישראל ב-6.1.91.

ההסבר שניתן על ידי העד לכך שנערכה תעודה המתייחסת לנכס
כ"נכס נפקד" רק במאי 1992 הוא כי לא נמצאה בתיק האפוטרופוס
תעודה קודמת המתייחסת לכך, ולכן, בעוד ההליכים המשפטיים בתיק
זה בעינם, נתבקשה הכנתה של התעודה ת/1, וזו הוכנה והוגשה
לרגל משפט זה.

אומר העד (עמ' 4-5):

"אין לי את התעודה השניה בתיק לכן קיבלתי עכשיו את התעודה מהאפוטרופוס. בתיקים שלי לא היתה תעודה... לא ידוע לי באיזה תאריך ניתנה התעודה המקורית... אני לא קיבלתי את זה. כנראה שהאפוטרופוס העביר את זה לכל מיני משרדים ולא מצא את זה. בתיק שלנו לא מצאתי את זה... לגבי חלקה 27 בקשתי עכשיו את התעודה לגביה וזה מה שהגשתי".

יש לציין כי הן ב"כ התובעת והן נציג האפוטרופוס לא ראו לנכון להציג בפני ביהמ"ש את מלוא העובדות המתייחסות לענין זה, עד שנשאלו שאלות מפורשות בנושא על ידי בית המשפט.

(ב) לאור התמיהות שעלו עקב הגשת התעודה הנושאת תאריך שהוא מאוחר להגשת התביעה, למרות ששרשרת העסקאות שבבסיס עילתה של התובעת נעשו שנים קודם לכן, הוריתי על התייצבותו של האפוטרופוס על נכסי נפקדים עצמו למתן עדות, לצורך הרחבת ההסבר בענין זה. בעקבות צו בית המשפט, התייצב האפוטרופוס להעיד ובמסגרת עדותו ובאופן מפתיע, הוצג על ידו מסמך המתיימר להיות תעודת הנפקדות המקורית המתייחסת לנכס, שהוצאה, כביכול, עוד ב-15.11.87 (צורף לבמ/1). הוגש תצלום של תעודה זו ולא מסמך מקורי, והשאלה הראשונה העולה, כיצד יתכן כי העד סופר העיד ב-3.2.93 כי התעודה איננה בתיקי האפוטרופוס, ואילו האפוטרופוס העיד ב-7.2.93 - רק ארבעה ימים לאחר מכן - כי התעודה נמצאת בתיקי המשרד!?

ועולה, כמובן, שאלה נוספת, והיא, אם נמצאה התעודה בתיקי משרד האפוטרופוס, כדברי האפוטרופוס מר שקרג'י, איך קרה, מדוע, ולאיזה צורך הוכנה תעודה נוספת במאי 92 המתייחסת ליורשיו של סמרין?

לענין זה עוד נשוב בהמשך.

אלה אינן התמיהות היחידות בנושא זה.

מנוסח "התעודה המקורית" עולה כי האישור מדבר ב -

"מוסא עבדללה סמרין שהינו נפקד וכל נכסיו וזכויותיו,
כולל הנכס הידוע כחלקה 27 בנוש 30125 הינו נכס נפקד
ומוקנה לאפוטרופוס על נכסי נפקדים....".

הווי אומר, הנכס הוכרז כ"נפקד" עוד ב-87 לטענת האפוטרופוס,
נוכח ההכרזה על סמרין כ"נפקד".

ועל כך העיד מר שקרג'י עדות ברורה ומפורשת, כי התעודה
המקורית הוצאה על יסוד ידיעות שקיבל האפוטרופוס כי בעל הנכס
נפקד. אולם, לדבריו (עמ' 11):

"במשך הזמן הוכח לנו שהוא לא נפקד אלא היורשים שלו
נפקדים ואז הוצאנו את התעודה וכתבתי שיורשי המנוח
מוסא נפקדים....".

האפוטרופוס נחקר ארוכות בידי ב"כ הנתבעים על הגורמים שהביאו
לטעותו בהכרזת הנכס כנפקד לאור ההנחה המוטעית בדבר נפקדותו
של סמרין. הוא נשאל, בין היתר, איזה פעולות עשה כדי לבדוק את
הטענה שסמרין נפקד. לכן השיב האפוטרופוס כי קיבל ידיעה מקרן
קיימת לפיה בעל הנכס נפקד וכן קיבל תצהיר מאדם שאת זהותו לא
הסכים לגלות, אשר אמר כי הוא נפקד (עמ' 11).

מר שקרג'י הוסיף כי רק בשנת 1992, לאחר שעו"ד גבע, ב"כ
התובעת, הסב את תשומת לבו, הבין כי שגה בהנחה כי סמרין הינו
נפקד.

וביתר פירוט לענין הטעות:

האפוטרופוס הגיש מכתב מקק"ל שעליו, ובעיקר עליו, התבססה
החלטתו. מכתב זה (במ/3) נשלח לאפוטרופוס ב-26.10.87 על ידי
עו"ד הללי, מנהל המחלקה לקרקעות בקק"ל, וזהו עיקר תוכנו של
המכתב, עליו הסתמך האפוטרופוס במתן התעודה המקורית בדבר

נפקדותו של הנכס:

"הנדון: נכסי נפקדים בעיר דוד
אני מתכבד להפנות את תשומת לבך לכך כי לקק"ל יש מקרקעין הרשומים על שמה בעיר דוד (סילוואן) ירושלים, כולל מבני מגורים, המטפלת בתפיסת חזקה בהם.
במסגרת הפעולות המשפטיות הננקטות בענין זה, התברר שיש מספר חלקות ומיבנים המהווים נכס נפקד על פי החוק בגלל היות בעליהם נפקדים בירדן. ואלה הם:
חלקה מס' 27 בנוש פיסקלי 30125 הרשומה בספר משלמי המיסים על שם המנוח מוסא עבדאללה סמרין... אנו סבורים שצריך להכריז על נכסים אלה כנכסים נפקדים על שם רשות הפיתוח מאחר ויש ענין לקק"ל בריכוז הקרקע במקום זה בצורה רצופה כדי לשמור על נכסיה ובכלל זה, תהיה מוכנה לרכוש את הזכויות שיוצעו למכירה...".

הנה כי כן, נציג הקרן הקיימת לישראל, שהוא הגורם המעוניין ברכישת הקרקע, פונה לאפוטרופוס ומוסר לו "מידע" כי הנכס נפקד מאחר שבעליו נמצא בירדן, כאשר מידע זה שגוי מיסודו ואינו תואם את המציאות העובדתית בשטח מאחר שהבעלים היה כל העת תושב ירושלים ולא היה בירדן. ולא עוד, אלא שבעת הוצאת המכתב כבר לא היה סומרין בין החיים. לא זו בלבד, אלא שכותב המכתב, עו"ד הללי, הוא זה אשר ביצע מטעם התובעת, חב' הימנותא בע"מ, את עיסקת הרכישה של הנכס מרשות הפיתוח, והוא החתום מטעם חברה זו על שטר המכר.

ברור, על פני הדברים, הענין הישיר והמיידי שיש לגופים המיוצגים על ידי עו"ד הללי להביא להכרזת הנכס כנכס נפקד, על מנת לאפשר את הקנייתו לאפוטרופוס, והעברתו, בסופו של דבר, אליו.

האפוטרופוס, היודע, או מוחזק כמי שיודע, כי לקק"ל ישנו אינטרס ברור ברכישת הקרקע, מסתמך בעיניים עיוורות ובלא בדיקה נוספת מצידו, על המידע הכלול במכתב במ/3, ועל יסודו, או בעיקר על יסודו, הוא מוציא תעודת נפקדות לנכס אשר מתברר כי אין לה ידיים ורגליים, וכי מי שאמור להיות נפקד אינו נפקד כלל, ואף אינו בין החיים כלל. בנוסף לכך, את זהות מוסר

התצהיר הנוסף אין האפוטרופוס מגלה, ואיננו יודעים מה משקלו ומה ערכו הראייתי של תצהיר זה.

העיד צבי ברוכיאן מטעם אגף מס רכוש במשרד האוצר, כי הנכס נרשם באופן מקורי על שם סמריין בלבד, והרישום הועבר בפנקס הישראלי תחילה על שם האפוטרופוס ולאחר מכן על שם רשות הפיתוח, ולאחר מכן לשמה של הימנותא בע"מ. לשאלה שהוצגה לו בחקירה נגדית על סמך מה רשם את החלקה על שם האפוטרופוס ולאחר מכן על שם רשות הפיתוח ואם יש בידו עוד מסמכים, השיב בעמ' 8:

"לא. את הספר הישראלי בגלל שכעת העברנו ממחסן למחסן לא הצלחנו לאתר וגם אסמכתאות לא הספקתי לבדוק, אם בכלל קיימות כאלה. כנראה שעל סמך הודעה של האפוטרופוס לנכסי נפקדים שהוחלט שהנכס עובר אליו... אין לי אסמכתאות לגבי העברה לרשות הפיתוח...." (ראה גם עמ' 9).

הנה כי כן, גם עד זה איננו יכול להאיר את עיננו מה היה הבסיס לרישום במס רכוש, ועל מה נשען הרישום על שם האפוטרופוס, רשות הפיתוח, ולבסוף חב' הימנותא.

על רקע נסיבות אלה, ונוכח הודאת האפוטרופוס עצמו, אין כל נפקות משפטית-ראייתית לתעודה המקורית (במ/1) אשר ניתנה ללא בדיקת נתונים עובדתיים מהותיים, ועל יסוד פנייה מגורם בעל ענין ישיר ומיידי ברכישת הנכס, וכאשר בסיסה בטעות עובדתית יסודית.

לא ניתן לפסוח על השתלשלות דברים זו בלא להעיר את ההערה הבאה:

ראשית דבר, תהליך הכרזתו של נכס כנכס נפקד והקנייתו לאפוטרופוס על נכסי נפקדים הוא מעצם טיבו הליך הפוגע פגיעה משמעותית בזכות האדם להגנה על הקנין הפרטי. מסיבות שונות - ביניהן סיבות מדיניות - ראה המחוקק לנכון לקבוע עוד ב-1950 כי נכס של אדם המוגדר כנפקד, יוקנה לאפוטרופוס, המייצג לענין

ת"א 5981/91

זה את אינטרס הציבור. מאחר שמדובר בהליך חריג הסוטה מעקרון קדושת הקניין הפרטי והוא במהותו הליך הפקעה של קניין פרטי לרשות הציבור, ובהינתן העובדה כי האפוטרופוס ממלא תפקיד ציבורי על פי דין וחייב לפעול במילוי תפקידו על פי אמות מידה של מינהל תקין, רק ברור ונהיר כי הליך סיווגו של אדם כ"נפקד" ונכס כ"נכס נפקד" חייב להיעשות לאחר בדיקה קפדנית של הנתונים העובדתיים. בשטח. הסתמכות, ללא בדיקה עצמאית, על פנייה של גורם שיש לו אינטרס ברור בהכרזת הנכס כנפקד, מהווה סטייה מנוהל תקין, והדברים מקבלים מישנה חומרה נוכח התוצאה המשפטית הנובעת מן ההכרזה שעניינה בהפקעת קניין הפרט לרשות הציבור.

וביתר פירוט: אי התקינות במקרה זה מתבטאת בעיקר בשניים: ראשית, על האפוטרופוס היה להימנע מלהסתמך על פנייה שבאה מגורם בעל עניין ישיר ברכישת הקרקע, כשפנייתו מגמתית על פניה, או לכל הפחות, היה עליו לנקוט זהירות מירבית בקשר לפנייה כזו ולהעמיק חקר בעובדות ובנתונים בטרם יכריז על הנכס כנכס נפקד. שנית, בכל מקרה, ולא דווקא במקרה זה, על האפוטרופוס לקיים בדיקה מדוקדקת משלו בטרם יתן תעודה הקובעת סטטוס של אדם כנפקד ומעמד של נכס כנכס נפקד.

בשני היבטים אלה לא נהג האפוטרופוס כשורה במקרה זה, והתוצאה - שהוא עצמו מודה בה - היא כי התעודה במ/1 שניתנה על ידו ב-1987 הינה שגויה ואינה תקפה מבחינה משפטית, בהיותה נשענת על מידע בלתי נכון.

וכאן אוסיף את הדברים הבאים:

אינני מוציאה מכלל אפשרות כי "התעודה המקורית" לא הוצגה בבית המשפט מיד בפתח ההליכים, על שום מודעותם של גורמי מינהל מקרקעי ישראל כי היא ניתנה על בסיס נתונים שגויים, ועל יסוד פנייה של הקרן הקיימת שהיתה גורם בעל עניין מיידי ברכישת

הנכס, ואשר לימים גם רכשה אותו באמצעות החברה התובעת. לא אתפלא אם בכך גם טמונה הסיבה להימנעות המינהל מליתן תעודת עובד ציבור או תצהיר עדות ראשית מטעמו, חרף החלטת בית המשפט בענין סדרי הדיון, משדבר זה היה מחייב חשיפה מלאה בתצהיר של מהלכים אשר היו, בלשון המעטה, בלתי תקינים.

גם בהיבט הדיוני אני מוצאת טעם לפגם בהתייחסות האפוטרופוס, המינהל ונציגיהם, וזאת במובן הבא:

גם אם ארע פגם מסוג זה שנתגלה כאן, היה על מינהל מקרקעי ישראל, כרשות ציבורית, ועל האפוטרופוס כעובד ציבור בכיר ובעל סמכויות סטטוריות רבות משקל והיקף, לפרוש ביוזמתם בפני בית המשפט את מלוא היריעה העובדתית שארעה ולתאר דברים כהווייתם. לא היה מקום להימנע ממתן תצהירי עדות ראשית, לא היה צריך להמתין לצו בית משפט שיורה לאפוטרופוס להתייצב על מנת לדלות מפיו, טיפין טיפין, את כל הפרטים הרלבנטיים. אני סבורה כי בענין זה נחל האפוטרופוס כשלון לא רק בטיפול הענייני בנושא הנכס נשוא המחלוקת כאן, אלא גם בדרך תפיסתו את ההליך השיפוטי ובהבנת חובתו הציבורית ליתן דין וחשבון מלא על פעולותיו, אם לציבור ואם לבית המשפט.

לסיכומה של נקודה זו: בבירור נפקותה המשפטית של "התעודה המקורית", לא יוכל סעיף 30 לחוק נכסי נפקדים לבוא לעזר. סעיף זה קובע כלל של ראיות לפיו -

- "(א) אישר האפוטרופוס בכתב שאדם או חבר בני אדם הוא נפקד, ייחשב האדם או חבר בני האדם לנפקד כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר.
 (ב) אישר האפוטרופוס בכתב שנכס מסויים הוא נכס נפקד, ייחשב הנכס לנכס נפקד כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר."

אינני צריכה לקבוע מסמרות בשאלה האם כלל ראיות זה חל רק בהליך שהאפוטרופוס צד לו, להבדיל מהליך כמו זה שלפנינו בין

צד שלישי לבין המחזיקים בנכס, אולם גם אם נניח כי נקבע כאן כלל ראיות רחב, ניתן לומר: בענייננו, על סמך הצהרה מפורשת של האפוטרופוס ועל יסוד נתונים עובדתיים ברורים שהתבררו במשפט הוברר כי התעודה המקורית הקובעת כי סמרין הינו נפקד איננו נכונה, ואינה תואמת את המציאות, מאחר שהוא לא היה נפקד מעולם. מכאן, שלא ניתן היה להסתמך על נתון שגוי כי סמרין נפקד כבסיס להכרזת הנכס כנכס נפקד, ולא ניתן היה להקנות את הנכס לאפוטרופוס בהקנייה תקפה על בסיס נתון כזה. ממילא, גם לא היה כח משפטי בידי האפוטרופוס להעביר זכויות בנכס לרשות הפיתוח, וזו לא קנתה זכויות קניין תקפות, אותן יכלה להעביר לתובעת. עד כאן לענין "התעודה המקורית".

ומכאן לתעודה המאוחרת ת/1 אשר הוצאה במהלך המשפט במאי 1992: תעודה זו, כאמור, מבססת את נפקדותו של הנכס על נפקדותם של יורשי המנוח סמרין.

שאלה היא, מה משקלה של תעודה זו להוכחת הטענה כי הנכס אכן נפקד, כי הוקנה כדין לאפוטרופוס, וכי בכך קנה כח להעביר זכויות קניין לרשות הפיתוח וזו לתובעת.

דעתי היא, כי תעודה זו אינה יכולה לספק את הדרישה הראייתית להיות הנכס נפקד, ובהעדר ראיות מספיקות אחרות, אין הוכחה מספקת לכך שהנכס היה, במועד הרלבנטי, נכס נפקד, וכי לפיכך יש לראותו כנכס מוקנה לאפוטרופוס. לצורך בירור הטעמים לדבב, אפתח במספר הנחות יסוד:

ראשית, אני מניחה לצורך הענין כי תעודת האפוטרופוס על פי סעיף 30 הינה בעלת משקל ראייתי בלבד, ואין לה תוקף קונסטיטוטיבי.

עוד יצויין, כי חוק נכסי נפקדים קובע את העקרון כי כל נכס נפקד יהיה מוקנה מכח החוק לאפוטרופוס, וכי כל זכות שהיתה לנפקד בנכס תעבור לאפוטרופוס בשעת הקניית הנכס ויד האפוטרופוס כיד בעל הנכס (סעיף 4(א)(1) ו-2(2) לחוק). הגדרת "נפקד" כוללת מספר חלופות אפשריות (סעיף 1(ב) לחוק) ו"נכס נפקד" מוגדר כנגד אשר בכל עת בתוך התקופה הקובעת, היה בעלו החוקי או הנהנה או המחזיק בו נפקד. "נכס נפקד" מקנה באורח אוטומטי לאפוטרופוס מיום פרסום מינויו או מיום שהיה הנכס לנכס נפקד, לפי המאוחר (סעיף 4).

על רקע הנחות אלה, אלה הטעמים למסקנה כי לא הוכח שהנכס נפקד במועד הרלבנטי:

(א) כנזכר לעיל, התעודה המאוחרת ניתנה אגב ההליכים המשפטיים בתיק זה, ולצורך הליכים אלה.

האפוטרופוס הודה בעדותו כי היה זה עו"ד גבע, ב"כ התובעת, אשר היפנה את תשומת לבו לכך שהתעודה המקורית שגויה, והוא זה שציין בפניו כי יורשיו של סמרין הם נפקדים (עדות שקרג'י בעמ' 11).

התעודה הוצגה על ידי העד סופר מבלי שניתן תצהיר עדות ראשית והסבר מפורט על אלו נתונים התבסס האפוטרופוס כאשר נתן את התעודה המאוחרת.

(ב) מאחר שלגבי התעודה המקורית ציין האפוטרופוס כי הסתמך על מכתב הקק"ל שהיו בו נתונים שגויים מיסודם, התבקש ממילא כי לגבי התעודה המאוחרת, יבהירו עדי התביעה, ובעיקר העד סופר והאפוטרופוס, מהם הנתונים שעל יסודם קבע האפוטרופוס כי יורשי סמרין הינם נפקדים וכי על בסיס זה מוכרז הנכס כנפקד. ואמנם, לא הובהר:

(א) מיהם אותם יורשים עליהם מדובר, מה שמותיהם ומה מספרם. בהקשר זה יש לציין כי סעיף 5 לחוק קובע כי אי ידיעת זהותו של נפקד אינה מונעת את נכסיו מהיות נכסי נפקד או "נכסים מוקנים" אולם במה דברים אמורים? כאשר ברור שהבעלים על הנכס עונה לתנאי הגדרת "נפקד", רק שאין יודעים את זהותו.

במקרה שלפנינו, זהותם של היורשים ניתנת לבדיקה ולבירור ואינה בבחינת עובדה בלתי מושגת, אי לכך, אין חלות לסעיף 5 הנזכר.

(ב) מה הנתונים המצביעים על נפקדותם, קרי: אלו מהחלופות האמורות בהגדרת "נפקד" בסעיף 1 (ב) לחוק חלות עליהם או על מי מהם.

(ג) לאיזו תקופה של זמן ניתן לייחס את נפקדותם של היורשים? שהרי התעודה המאוחרת נחתמה בתאריך מאוחר לביצוע שרשרת ההקניות לאפוטרופוס, וממנו לרשות הפיתוח וממנה לתובעת. משמעות הדבר הוא כי הנטל על התובעת להוכיח כי הנכס היה נפקד בשל נפקדותם של היורשים בעת שבוצעה שרשרת ההעברות לאפוטרופוס וממנו הלאה עד התובעת. שאם לא כן, חסרה חוליה הוכחתית המבהירה האם בעת ביצוע הפעולות האמורות כבר היו היורשים נפקדים והאם כתוצאה מכך קיבל כבר אז הנכס מעמד של נכס נפקד, המוקנה לאפוטרופוס.

אין מענה לכל השאלות האלה בנוסח התעודה וגם הראיות בעל פה שהובאו אינן עונות לכך.

התעודה איננה מפרטת מיהם היורשים ומה שמותיהם. אין היא מציינת את העילה על פי החוק לנפקדותם.

ומעבר לכל אלה: התעודה קובעת כי היורשים נפקדים מבלי לציין ממתי הם נפקדים, וממתי הנכס מוקנה, אם בכלל, לאפוטרופוס. בכך התעודה אינה נותנת תשובה לתכנים העיקריים הנדרשים לבירור השאלה אם העיסקאות שבוצעו בנכס בוצעו כדין בנכס, שאכן היה אותה עת "נכס נפקד".

החזקה שבסעיף 30 לחוק מעמידה את תוכן התעודה בחזקת אמת, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר.

גם אם אניח לצורך הענין כי החזקה חלה גם בהתדיינות בין צדדים שלישיים שהאפוטרופוס אינו צד ישיר לה, כי אז אנו מצווים לפרש את החזקה בדרך סבירה ומצמצמת, בייחוד כיום, לאור העקרון שנקבע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע בסעיף 3 כי אין פוגעים בקניינו של אדם. עקרון זה מחייב, כי קודם שייקבע כי נכס של אדם הינו "נכס נפקד" ומוקנה לאפוטרופוס, יהיה בנמצא מידע מלא, מבוסס ואמין אשר על יסודו ניתן יהיה להשעין קביעה כזו. התעודה בניסוחה אינה מפרטת את הנתונים החיוניים לקביעה בדבר נפקדותו של הנכס.

גם בשלב ההוכחות במשפט לא ציין האפוטרופוס על איזה יסוד ניתנה התעודה ומה בסיס המידע עליו הוא נשען, פרט לאמירה כי עו"ד גבע הפנה את תשומת לבו לנושא ולאמירה כי התעודה לא התבססה על תצהיר כלשהו אלא על בדיקה במירשם האוכלוסין, כאשר לא הוצגו בפני בית המשפט כל פרטים אודות בדיקה זו. כך, הוא גם לא סיפק כל מידע לגבי זהות היורשים, מקום הימצאם, מועד הפיכתם לנפקדים, וכיוצא באלה.

פירווי העדויות שנשמעו מטעמם של עדי ההגנה, אשר נשאלו, בצר לתובעת, אם הם יודעים משהו על יורשיו של סמריין, אינם יכולים למלא את החסר. על בסיס מידע כזה לא ניתן לקבוע ממצא כי הנכס נפקד, וממתי הוא נפקד, וממילא אין בסיס לקביעת ממצא כלשהו

ת"א 5981/91

באשר לשאלה אם הוקנו זכויות כדין לאפוטרופוס ומתי הוקנו. העיד, למשל, חמודה ג' עברי הנתבע 1, כי לסמרין 3 ילדים, אחד מהם היה גר בכווית, נפגע בתאונת דרכים ומת ויש לו שני בנים שאין להם תעודת זיהוי ישראלית, וכי יש לו בן בעמן ובן שהוא מלח באוניות. לשאלה אם לשני בנים אלה יש תעודות זיהוי ישראליות השיב העד כי אינו יודע (עמ' 25).

נתבע 2 נשאל (עמ' 19) אם נכון שלסמרין יש שני בנים הוא השיב כי יש לו בנים אך אינו יודע כמה. לשאלה אם מישהו מהם גר בירושלים, השיב כפי שידוע לו - לא. לשאלה -

"כבר אז ב-67 אף אחד לא גר בירושלים?"
- ענה:

"אני לא יודע, פעם אחת ראיתי את אחד הבנים שלי כשהוא בא מביקור בירדן".

הוא הוסיף, כי כפי שידוע לו, לאף אחד מהם אין תעודת זהות (עמ' 20).

עדויות אלה אינן מספקות את הנתונים המלאים הנדרשים לבסס בצורה ראויה, קביעת ממצא של נפקדות, ובמיוחד בשים לב למתחייב בהקשר להקניית נכס פרטי לקניין רשות ציבורית. ממילא, אין מנוס מקביעה כי לא הוכח שהנכס היה נפקד בעת שהוקנה, כביכול, לאפוטרופוס, ובעת שבוצעו שאר פעולות השרשרת של העברת הקניין בו, עד הגיעו לידי התובעת. מכאן, שהתובעת לא הוכיחה את זכויותיה לנכס, ובשל כך, נופלת, ולו מטעם זה בלבד, תביעתה לסילוק ידס של הנתבעים מהמקום.

אוסף לשם השלמת הדברים:

סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים קובע:

"(א) כל עיסקה שנעשתה בתום לבב בין האפוטרופוס ובין אדם אחר בכל נכס שהאפוטרופוס חשבו בעת העיסקה לנכס מוקנה לא תיפסל ותעמוד בתוקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה נכס מוקנה".

ת"א 5981/91

התובעת לא טענה כי היא ראויה להגנת החוק במובן האמור וגם במישור הענייני לא תוכל לחסות בצל הוראה זו מהטעם הבא: התובעת הינה חברה הקשורה לקרן הקיימת לישראל. הקרן הקיימת היא זו אשר פנתה באמצעות נציגה, עו"ד הללי ב-1987 לאפוטרופוס והניעה אותו להוציא תעודת נפקדות לנכס על בסיס מידע מוטעה כי מוסא סמריין נפקד ונמצא בירדן, בעוד סמריין היה תושב ישראל כל העת.

על יסוד מכתב זה, הוצאה תעודת נפקדות שהסתבר כי אינה תקפה, ועל יסודה נערכו העסקות שהביאו בסופן לרכישת הזכויות בנכס על ידי התובעת, כאשר אותו עו"ד הללי מבצע בשם התובעת גם את עיסקת רכישת הזכויות בנכס.

בעקבות זאת, הוגשה גם תביעה זו אשר במסגרתה לא הוברר אם הנכס אכן מוקנה לאפוטרופוס עקב נפקדות היורשים, ואם כן, באיזו נקודת זמן ארעה הנפקדות ומתי ארעה ההקנייה, שהרי אם היורשים או מי מהם הפכו לנפקדים לאחר ביצוע העיסקה עם התובעת, כי אז עיסקה זו היא נטולת תוקף, משלא היו בידי האפוטרופוס בזמן הקובע זכויות בנכס אותן יכול היה להקנות לרשות הפיתוח, וזו מצידה, לא רכשה זכויות שבכוחה היה להעביר לתובעת.

בנסיבות אלה יקשה לומר כי לפנינו עיסקה שנעשתה "בתום לב" בין האפוטרופוס לבין אדם אחר, שכן במקרה הטוב נהגה הקרן הקיימת שמטעמה נרכשו הזכויות על ידי התובעת ברשלנות כאשר נציגה כתב את אשר כתב במכתב במ/3, ובמקרה הגרוע יותר - נהגה כן במגמת סילוף מכוונת של העובדות בשטח.

בנסיבות אלה, אין התובעת ראויה להגנה שסעיף 17(א) לחוק מספק לצד שלישי, הרוכש נכס בתום לב מהאפוטרופוס.

לאור דברים אלה, דין התביעה להידחות בהעדר הוכחה מספקת כי התובעת הינה בעל זכויות בעלות, או זכויות חזקה בנכס נשוא הדיון.

כדי להשלים את הדברים ומעבר לנדרש, אתייחס גם להיבט השני לתביעה, הנוגע לשאלה האם מחזיקים הנתבעים בנכס כדין באופן שיש להם הגנה טובה כנגד תביעה לסילוק יד של בעל הזכויות בנכס.

מהות חזקתם של הנתבעים בנכס

אילו הוכח כי הנכס כנכס נפקד הוקנה כדין לאפוטרופוס קודם לביצוע עיסקת החליפין בין רשות הפיתוח לתובעת, כי אז ניתוח מהות זכויותיהם של הנתבעים לגבי הנכס היה מביא למסקנות הבאות:

1. סעיף 15(א) לחוק נכסי נפקדים קובע:

"העובדה שנכס היה לנכס נפקד או לנכס מוקנה אינה מפקיעתו מכל משכנתא, משכון או שעבוד אחר, או מכל זכות חזקה או שימוש שנוצרו באופן חוקי לפני כן".

אין מחלוקת בין הצדדים כי בעת ביצוע עיסקת רכישת הזכויות על ידי התובעת, היו שני הנתבעים מחזיקים בפועל בשתי דירות בנכס. דומה, כי בעקבות הראיות שהובאו בהליך זה, אין גם מחלוקת כי הנתבעים לא פלשו לדירות, כי אם החזיקו בהן מכח הסכמי שכירות שהיו להם עם הבעלים המקורי סמרין. הוצגו שני הסכמי שכירות המתייחסים לשני הנתבעים:

הסכם אחד (נ/8) מתייחס לנתבע 1 מיום 6.12.75 (שאינו נוקב בתקופת השכירות) והסכם שני (נ/1) המתייחס לנתבע 2 ונוקב בתקופת שכירות מ-1.3.81 ועד 28.2.82.

אם מדובר לגבי שני הנתבעים בשכירות רגילה שאינה מוגנת, הרי שגם אם נניח לגבי נתבע 1 כי לא הוסכם על משך תקופת השכירות, או שהצדדים המשיכו לקיים את השכירות גם לאחר תום התקופה

ת"א 5981/91

שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, כי אז על פי סעיף 19(א) לחוק השכירות והשאילה רשאי כל צד לסיים את השכירות במתן הודעה לצד השני. משמעות הדבר היא שבמקרה כזה, בכוחו של האפוטרופוס - כח שהועבר בשרשרת העסקאות גם לתובעת - לסיים את השכירות של הנתבעים בדירות במתן הודעה.

לעומת זאת, אם רכשו הנתבעים זכויות של דיירים מוגנים, כי אז פרושה עליהם הגנת החוק וזכות הדיירות שלהם עומדת להם מכח החוק גם כלפי האפוטרופוס, וכן כלפי רשות הפיתוח שרכשה ממנו, וכלפי התובעת העומדת בנעליה מכח שרשרת העסקאות.

על התובעת נטל ההוכחה הראשוני להוכיח כי הנתבעים מחזיקים בנכס שלא כדין, וכי לכן, מבחינת היבט זה של התביעה, דינם לסילוק יד.

אני נכונה לצאת מתוך הנחה כי נכונה טענת ב"כ התובעת באומרו כי פרטי זכויותיהם של הנתבעים בנכס הוא "בידיעתם המיוחדת" ולכן עשוי להיות כי נטל ההוכחה המשני עובר אליהם, באם הציגה התובעת הוכחה לכאורה כי הם משוללי זכויות חזקה בנכס (ראה ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני ברק, פד"י מ"ג(3) 343, 348; המר' 560/72 גולדשמיד נ' שקד, פד"י כ"ז(1) 639, 643).

אולם גם בהנחה זו, הראיות, כפי שינותחו לעיל, מצביעות על כך כי הנתבעים רכשו זכויות דיירות מוגנת בנכס.

ואלה הטעמים:

חוק הגנת הדייר (נוסח משולב) תשל"ג-1972 מתנה את תחולתו, בין היתר, בקיום התנאי האמור בסעיף 9 לו הקובע לגבי נכס שביום 20.8.68 (תשכ"ח) לא היה דייר הזכאי להחזיק בו, כי לא יחול החוק על שכירותו כל עוד לא הושכר בדמי מפתח.

מוסכם על הצדדים כי מדובר בנכס ישן שהמבנים בו היו קיימים עוד לפני תשכ"ח. כן מוסכם על הצדדים, ועל כך באו עדויות ישירות מפי הנתבעים, כי לא שולמו דמי מפתח בגין זכויות

הדיירות על ידי איש מהם. השאלות הן, על כן, האם החזיקו הנתבעים בנכס במועד הקובע - 20.8.68, שאז אין מניעה כי ירכשו זכויות דיירות מוגנת גם אם לא שילמו דמי מפתח, והאם בפועל רכשו זכות דיירות כזו.

אבחן שאלות אלה לגבי כל אחד מהנתבעים.

נתבע מס' 1

נתבע מס' 1 העיד כי נכנס לגור בדירה בשנת 1967, מספר ימים לאחר מלחמת ששת הימים (עמ' 22). הוא הציג הסכם שכירות (נ/8) אשר נעשה כשנתיים וחצי או שלוש לאחר תחילת מגוריו במקום בעקבות סכסוך עם בעל הבית סמרין לגבי שכר דירה, סכסוך אשר הגיע אף לתביעה משפטית.

לדברי נתבע 1, משנת 1967, שילם בקביעות דמי שכירות. בעוד בעל הבית היה בחיים שילם את דמי השכירות לידינו, ולאחר מכן לעו"ד גוזלן, שפעל מטעם העזבון.

תמיכה לעדותו זו של הנתבע 1 ניתן למצוא בראיות הבאות:

א. ההסכם נ/8 נקשר בעקבות ההליך המשפטי שהוגש על ידי סמרין נגד נתבע 1 לפינוי, על רקע מחלוקת בענין שכר דירה. הסכם זה נועד ליישב את המחלוקת ולהגדיר את שכר הדירה שישולם, וכלולה בו פסקה 7 האומרת כי הנתבע 1 ייחשב כדייר מוגן מאחר שהוא משתמש בבית מאז 1.5.68.

אינני רואה סיבה להטיל ספק במהימנותו של מסמך זה, והתובעת לא הצביעה על כל עילה לסייג את משקלו. העיד גם ראשד אלג'עברי (עמ' 28 ואילך) כי הוא מזהה את חתימתו על המסמך נ/8 ותיאר את נסיבות החתימה על המסמך, שהתיישבו עם עדותו של נתבע 1 בענין זה.

לדבריהם, בעקבות המשפט נפגשו בעל הבית סמרין והנתבע 1 בביתו של הראשון, כשהיו נוכחים עוד אנשים נוספים אשר הוסיפו את חתימותיהם על המסמך במעין "חתימות קיום". העיד גם עו"ד גוזלן כי אף שלא נכח באותו מעמד של חתימת ההסכם נ/8 והוא לא נערך על ידו שכן באותה תקופה עדיין לא טיפל בעניינו של סמרין. הוא מכיר את המסמך וראה אותו לאחר חתימתו.

הפיסקה במסמך נ/7 המצהירה כי נתבע 1 יחשב דייר מוגן מאחר שהוא מחזיק ומשתמש במבנה מאז מאי 1968 איננה יכולה, כשהיא עומדת לעצמה, להקנות זכויות דיירות על פי החוק. אולם יש לה משמעות ראייתית המשליכה על התייחסות הצדדים לגבי שאלת המועד לתחילת חזקתו של נתבע 1 במיבנה.

נכון הוא, כי על פי עדות הנתבע 1, הוא נכנס להתגורר מספר ימים לאחר מלחמת ששת הימים שהיתה ביוני 1967 ואילו נ/8 מדבר בתחילת חזקה במאי 1968. נכון גם כי בתביעה המשפטית ת/1 מציין התובע סמרין כי מחודש ספטמבר 1968 הוא הרשה

לנתבע 1 להשתמש בדירה כנגד התחייבות להחזירה עם דרישה. האמור בכתב התביעה איננו משקף, בהכרח, את העובדות כהוויתן מאחר שיש להניח כי לצורך ההליך המשפטי היתה בלב סמרין מגמה לציין בכתב התביעה תאריך אשר יוציא, ממילא, את זכויות הנתבע 1 מגדר תחולת חוק הגנת הדייר, ולכן לא הייתי מייחסת משקל של ממש למועד המצויין בו.

אשר לשוני בין עדותו של נתבע 1 לפיה נכנס להתגורר במקום לאחר מלחמת ששת הימים לעומת המועד המצויין בנ/8 - נכון הוא כי כאן קיימת סתירה, אולם לא הייתי ראה בה סתירה מהותית, וזאת מאחר שכבר בעת עריכת מסמך נ/8 חלפו כ-8 שנים מאז תחילת חזקתו של הנתבע 1 בנכס, ומאחר שלא נחתם אף פעם קודם לכן הסכם שכירות בכתב בין הצדדים, עשוי

בעל הבית והשוכר גם הם ראו כך את מערכת היחסים ביניהם, לאורך התקופה.

לאור האמור, נראה לי כי התובעת לא עברה גם את המשוכה השניה הנדרשת להוכחת עילתה תביעתה - קרי: כי הנתבעים מחזיקים בנכס בחזקה שאיננה כדין. גם מטעם זה דין תביעתה להיכשל.

לאור זאת, יש מקום לדחות את התביעה.

אבקש לציין, כי אתחשב לענין פסיקת ההוצאות בפגמים שמצאתי - ביניהם במישור האתי-מוסרי וביניהם במישור הציבורי, בדרך ביצוע העיסקאות בנכס שהביאן להגשת תביעה זו, אשר לתובעת היתה יד בהן, בין במישרין ובין בעקיפין, וכן בליקויים שבהצגת התמונה העובדתית המלאה בפני בית המשפט הנזקפים לחובת חלק מעדי התביעה וביניהם נציגי האפוסטרופוס על נכסי נפקדים ומינהל מרקעי ישראל.

התובעת תשלם לנתבעים את הוצאות המשפט וכן שכר טרחת עורך דין בסכום של 10,000 ש"ח בתוספת מע"מ ובתוספת הפרשי ריבית והצמדה כחוק מהיום ועד לתשלום בפועל.

סכום ההוצאות ושכר הטירחה יחולק שווה בשווה בין שני הנתבעים. נוכח השגות בפסק הדין על דרך פעולתם של ממלאי תפקידים ציבוריים, אני רואה חשיבות בהבאת תוכן פסק הדין לידיעת היועץ המשפטי לממשלה.

ניתן היום, 30/08/95, בהעדר הצדדים.

המזכירות תשלח לצדדים וליועץ המשפטי לממשלה עותק מפסק דין זה.

א. פרוקצ'יה

ט ו פ ט ת

משרד המשפטים בירושלים

מזכיר ראשי

11 4/9/95