



בבית המשפט העליון

רע"א 8694/20

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ד' מינץ

המבקשים: 1. מאזן דוויק
2. הייא דוויק
3. נביל דוויק
4. וליד דוויק

נ ג ד

המשיבים: 1. מרדכי זרביב
2. אברהם שפרמן
3. יצחק רלברג

המבקשים להצטרף כידידי בית המשפט: 4-1. פרופ' איל בנבנישתי ואח'
5. ד"ר אחמד אמארה

צד קשור: היועץ המשפטי לממשלה

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המחוזי בירושלים מיום 23.11.2020 בע"א 43693-03-20 שניתן על-ידי כבוד השופטים ר' יעקובי, מ' בר-עם ו-ח' מ' לומפ

תאריך הישיבה: י"ט בחשון התשפ"ב (25.10.2021)

בשם המבקשים: עו"ד חוסאם סיאם

בשם המשיבים: עו"ד אברהם סגל

בשם המבקשים להצטרף 4-1: עו"ד מיכאל ספרד

בשם המבקש להצטרף 5: עו"ד כרמל פומרנץ

בשם היועץ המשפטי

לממשלה: עו"ד אפי יגל

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. בקשת רשות הערעור שבפנינו היא חוליה נוספת בהתדיינות ארוכת שנים שנסבה על זכויות, מסוגים שונים, בנכסים הממוקמים בירושלים, בתחומו של כפר סילוואן או כפר השילוח, ונמצאים בבעלותו של הקדש יהודי הידוע כ"הקדש בנבנישתי". הנכסים הפסיקו להיות מוחזקים על-ידי יהודים עוד בשנות השלושים של המאה הקודמת, עקב

המאורעות שהתרחשו באותה תקופה. כיום מתגוררות במקום משפחות ערביות, חלקן זה עשרות שנים. בית המגורים של המבקשים, בני משפחת דוויק, הוא אחד מאותם נכסים, וההליך העומד ביסוד הבקשה נסב על תביעה לפינויים ממנו. המשיבים הם נאמני ההקדש, שבעלותו בנכסים הוכרה בהליכים קודמים. האם היה מקום לקבל את תביעת הפינוי, בהתחשב בין היתר בחלוף השנים? זו השאלה הניצבת לפתחנו בהליך הנוכחי.

רקע עובדתי והיסטורי בנוגע למקרקעין

2. ההליך דנן נוגע לנכס המצוי במקרקעין הידועים גם כחלקות 95 ו-96 בגוש שומה 29986 הרשומים בפנקס השטרות התורכי (שטר מס' 4 משנת 1881, ספר תורכי 3, דף 6) וממוקמים כאמור בכפר סילוואן (להלן: המקרקעין). ביחס למקרקעין נוצר בשנת 1899 "הקדש בנבנישתי" (להלן: ההקדש). נאמני ההקדש הוגדרו בשטר ההקמה שלו כדלהלן: הרב הראשי של "העדה היהודית" בירושלים, הרב של העדה האשכנזית בירושלים ומנהל בית הספר היהודי למלאכה "אליאנס" בירושלים.

3. כמתואר בהליכים קודמים שהתנהלו ביחס למקרקעין, ועוד ארחיב עליהם בהמשך, היהודים שישבו במקום נאלצו לעזוב אותו בשנות השלושים של המאה הקודמת, על רקע ההסלמה ביחסים בין יהודים וערבים שהתרחשה באותה תקופה בין היתר באזור ירושלים. בשנת 1946 השכירו נאמני ההקדש את הנכסים לאדם ששמו ג'לאג'ל כדי שישמור עליהם, וזאת באישורה של רבנות העיר ירושלים.

4. עם תום מלחמת העצמאות היה כפר סילוואן, כמו כל מזרח ירושלים, נתון לשליטה ירדנית. בתקופה זו נכסים כדוגמת המקרקעין שבנדון הוקנו על-ידי השלטונות הירדניים לממונה הירדני על רכוש האויב (להלן: הממונה הירדני) לצורך ניהולם ושימורם. עם זאת, בפועל, ג'לאג'ל הוסיף לבצע בהם פעולות. במהלך התקופה הירדנית, ביצעו ג'לאג'ל ואשתו עסקאות ביחס לחלקים ממקרקעי ההקדש עם צדדים שלישיים – ביניהם בני משפחת דוויק. הנכסים במקרקעי ההקדש מוחזקים מאז על-ידי אנשים רבים המתגוררים בהם מזה עשרות שנים. באופן ספציפי, המבקשים טוענים כי משפחתם מתגוררת בנכס עוד משנת 1965, לאחר שח'מיס דוויק, סבו של המבקש 1, רכש את הזכויות בו מג'לאג'ל בשנת 1964.

5. כידוע, בתום מלחמת ששת הימים הוחל המשפט הישראלי על מזרח ירושלים, בתוקף צו שהוצא לפי סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. בהמשך נחקק חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970 (להלן: חוק הסדרי משפט),

אשר קבע בסעיף 5 לו כי אותם נכסים שהוקנו לממונה הירדני על רכוש האויב יועברו לניהולו של האפוטרופוס הכללי, בהתאם לסמכויותיו המוגדרות בסעיף 2(ב) לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978 (להלן: חוק האפוטרופוס הכללי).

6. ביום 15.11.2001 נתן בית המשפט המחוזי בירושלים החלטה בדבר מינוי המשיבים כנאמנים חדשים להקדש (ה"פ 750/01 הרב שלום משאש נ' רשם ההקדשות (15.11.2001)). בהמשך, ההקדש נרשם ביום 28.3.2004 בפנקס ההקדשות הציבוריים, תוך שנכתב כי הוא נועד "לטובת העניים של העדה היהודית בירושלים הספרדים והאשכנזים בחלקים שווים".

7. בין לבין, בסמוך למועד שבו התמנו נאמני ההקדש לתפקידם, הם פנו לאפוטרופוס הכללי וביקשו את שחרור המקרקעין לידיהם מכוח סעיף 5(ב) לחוק הסדרי משפט, הקובע כך:

"האפוטרופוס הכללי ישחרר, בתעודה חתומה בידו, את המקרקעין למי שהיה בעלם לפני שהוקנו לאדם כאמור בסעיף קטן (א) או לפני שאותו אדם התחיל להחזיק בהם או לנהלם, לפי הענין, או לחליפו של אותו בעל, לפי בקשתם; כל עוד לא שוחררו המקרקעין, יעשה בהם האפוטרופוס הכללי כפי שהוא רשאי לעשות בנכס עזוב שלגביו ניתן לו צו ניהול לפי סעיף 6(א) לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח-1978, והוראות סעיף 15(ג) ו-1(ד) לחוק האמור יחולו".

8. ביום 30.9.2002 נענה האפוטרופוס הכללי לבקשה ושחרר את המקרקעין לידי המשיבים מתוקף תפקידם כנאמני ההקדש. מאחר שמדובר במקרקעין שאינם מוסדרים, תעודת השחרור מתייחסת להעברת זכות השימוש והבניה במקרקעין לידי המשיבים. בהתאם לכך, נקבע בתעודת השחרור כי היא "אינה מהווה הוכחה לבעלות לגבי המקרקעין", וכי שחרור הנכסים "ניתן בכפיפות לזכות צד שלישי אם קיימת זכות כזו".

ההליך הקודם בעניין משפחת דוויק

9. בשנת 2007 הגישו המשיבים תביעה כנגד בני משפחת דוויק לבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א 9403/07). התביעה נסבה על חלקה המצויה בחלק הצפון-מזרחי של חלקה 96 בגוש שומה 29986 ועליה מבנה בן ארבע וחצי קומות המשמש למגורי המשפחה (להלן: הנכס). בתביעה עתרו המשיבים למתן צו הריסה בנוגע לתוספות הבניה שנבנו על-ידי בני המשפחה בנכס, וכן למתן צו מניעה קבוע האוסר על ביצוען של

עבודות בניה ופיתוח כלשהן בנכס. התביעה התבססה על עילה של הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. בני משפחת דוויק טענו כי דין התביעה להידחות – הן על הסף, מאחר שהתיישנה, והן לגופה, מאחר שהנכס כלל לא נכלל בתוך שטח ההקדש.

10. ביום 25.5.2012 קיבל בית המשפט המחוזי (סגן הנשיאה (כתוארו אז) א' פרקש) את התביעה לאחר שקבע כי המשיבים הוכיחו שהם בעלי הזכויות בנכס. בית המשפט המחוזי דחה את טענת ההתיישנות וקבע כי התקיימו יסודות העוולה של הפרת חובה חקוקה. לפיכך בית המשפט המחוזי הורה לבני משפחת דוויק להרוס את תוספות הבניה שנבנו על-ידם וכן להימנע מביצוען של עבודות בניה ופיתוח נוספות בנכס.

11. ערעור שהגישו בני משפחת דוויק על פסק הדין לבית משפט זה התקבל ביום 27.7.2014 (ע"א 5522/12, המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור, השופט י' עמית ואנוכי (להלן: עניין דוויק הראשון)). באשר לזיהוי מיקומו של הנכס נקבע בפסק הדין כי אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה "הנכס שבו מתגוררים המערערים [בני משפחת דוויק – ד' ב' א'] שייך להקדש" (שם, בפסקה 6). בכל הנוגע לשאלת ההתיישנות, נקבע בפסק הדין כי טענת ההתיישנות לא הועלתה על-ידי בני משפחת דוויק בהזדמנות הראשונה, ודי בכך כדי לדחותה על הסף באותו הליך. עם זאת המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור ציינה כי "אינני מחווה כל דעה בשאלה אם טענת ההתיישנות או טענה אחרת תוכל להועיל למערערים בהליך אחר, אם המשיבים ינקטו בהליך כזה בעניין המבנה" (שם, בפסקה 9). בצד זאת, נקבע בפסק הדין כי לא מתקיימים היסודות הדרושים להגשת תביעה נגד המחזיקים בעילה של הפרת חובה חקוקה, במובן זה שדיני התכנון והבניה לא נועדו להקנות סעד לבעלי המקרקעין בגין בניה בלתי חוקית בהם. עוד נקבע כי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נפלה טעות בכל הנוגע לקביעתו שמדובר במקרקעין מוסדרים, שהרי אין מחלוקת כי מדובר במקרקעין שאינם מוסדרים. בסיכומו של דבר, ובכפוף לקביעה שאין להתערב בממצא לפיו הנכס שייך להקדש, הערעור התקבל והסעד שניתן על-ידי בית המשפט המחוזי בוטל.

12. התדיינות זו היא שהולידה למעשה את התיק הנוכחי. אולם, לפני שנצלול אל פרטיו, יש מקום להידרש בקצרה להליך נוסף שהוא בעל רלוונטיות לענייננו, ובו נדונה שאלת תוקפה של תעודת השחרור שהוציא האפוטרופוס הכללי בקשר למקרקעין, כמפורט להלן.

13. בשנת 2017 הגישו למעלה מ-100 תושבים אחרים של הכפר סילוואן עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. יצוין, כי משפחת דוויק לא נמנתה עם העותרים באותו הליך. העתירה כוונה כנגד תוקפה של תעודת השחרור שהוצאה על-ידי האפוטרופוס הכללי ביחס לקרקע בסילוואן, לרבות המקרקעין מושא ההליך דנן. בעתירה הועלו שלל טענות כנגד התעודה – חלקן התבססו על דיני הקרקעות העותמניים ונועדו לכפור בתוקפו של ההקדש וחלקן כווננו נגד התנהלותו של האפוטרופוס הכללי והחלטותיו. לעומת זאת, המשיבים העלו נגד העותרים טענת שיהוי וכן טענה למעשה בית דין, בהפניה להליכים קודמים, ובהם עניין דוויק הראשון.

14. העתירה נדחתה ביום 21.11.2018 (בג"ץ 7446/17, השופטים ע' ברון, י' אלרון ואנוכי). טענות הסף שהועלו נגד העותרים נדחו, בין השאר בהתחשב בכך שלא נמסרה הודעה מסודרת על הוצאת תעודת השחרור למחזיקים במקרקעין (ביחס לשיהוי), כמו גם מאחר שלא התברר טיב הזיקה בין בעלי הדין השונים (בהקשר של מעשה בית דין). עם זאת, לגוף הדברים, נקבע כי עתירה לבג"ץ אינה הפורום המתאים לבירורן של רוב הטענות שהעלו העותרים, אשר לצורך הכרעה בהן נדרש בירור עובדתי, כגון הטענות שנסבו על זיהויים של המקרקעין וסיווגם, מה גם שתעודת השחרור עצמה סויגה ככפופה לזכויות של צדדים שלישיים. בעיקרו של דבר, הודגש כי החלטה על שחרור מקרקעין לפי סעיף 5 לחוק הסדרי משפט כרוכה בקשיים לא מבוטלים מבחינת המחזיקים במקרקעין, אלא שקשיים אלה טבועים בהסדר הסטטוטורי, שהוא בעל אופי החלטי, והם אינם תולדה של שיקול הדעת שהפעיל האפוטרופוס הכללי. בצד זאת, צוין כי במסגרת ההליכים האזרחיים שיתנהלו כנגד המחזיקים עשויות להתעורר שאלות רבות שעוד יהיה מקום לבררן לעומק ביחס לכל אחד מהמחזיקים בנכסים – ובכלל זה שאלות של התיישנות והסתמכות על רכישת זכויות במקרקעין ממחזיקים קודמים. כעת הגיעה עתן של שאלות אלה.

עיקרי ההליך המשפטי הנוכחי

15. ביום 1.10.2014 הגישו המשיבים לבית משפט השלום בירושלים תביעה בסדר דין מקוצר – היא התביעה שביסוד הבקשה דנן – המכוונת לפינוי וסילוק ידם של בני משפחת דוויק מהנכס (ת"א 3681-10-14).

16. ביום 3.12.2014 המבקשים הגישו בקשת רשות להתגונן, ובה טענו בין היתר כי התביעה התיישנה, ומכל מקום הוגשה בשיהוי של לפחות חמישים שנה. לגוף הדברים, המבקשים חלקו על טענת המשיבים כי ההקדש הוא בעל הנכס, וטענו כי ההכרעה בסוגיית הבעלות במקרקעין כחלק מההליך בעניין דוויק הראשון לא הייתה חיונית להכרעה הסופית בו, ועל כן לא חל בעניין זה מעשה בית דין. ביום 10.12.2014 קיבל בית משפט השלום (השופטת ת' בר-אשר) את בקשת הרשות להתגונן, בקבעו כי די לצורך כך בטענות המקדמיות שהועלו. המבקשים הגישו אפוא כתב הגנה ובו חזרו, בין היתר, על טענותיהם המקדמיות.

17. בהמשך, הגיעו הצדדים להסדר דיוני שאושר על-ידי בית משפט השלום, ובהתאם לו הם הגישו סיכומים במישור הטענות המקדמיות, ובכלל זה התיישנות, שיהוי ומעשה בית דין. ביום 22.3.2016 קבע בית משפט השלום (השופטת בר-אשר) כי ההכרעה בסוגיות שעניינן התיישנות ומעשה בית דין תינתן במסגרת פסק הדין עצמו. על החלטה זו הגישו המשיבים בקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי וביום 27.9.2016 זו התקבלה בחלקה (רע"א 16-05-1606, השופט ע' שחם). בית המשפט המחוזי קבע כי בעניין דוויק הראשון נוצר מעשה בית דין בין הצדדים בכל הנוגע לשאלת בעלותו של ההקדש במקרקעין. לצד זאת, בית המשפט המחוזי אישר את קביעתו של בית משפט השלום לפיה ניתן להידרש לסוגיית התיישנות במסגרת פסק הדין בתום ההליך שהוסיף להתנהל. בקשת רשות הערעור שהגישו המבקשים על החלטתו האמורה של בית המשפט המחוזי נדחתה ביום 26.3.2017 (רע"א 8798/16, השופט (כתוארו אז) נ' הנדל).

18. ביום 9.4.2017 הגישו המבקשים לבית משפט השלום בקשה לתיקונו של כתב ההגנה, כך שיתייחס גם לטענה לפיה עומדת להם זכות לרכוש את המקרקעין מכוח ההסדר של בניה ונטיעה במקרקעי הזולת המעוגן בסעיף 23 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין). בו ביום נעתר בית משפט השלום לבקשה (השופטת בר-אשר). ביום 5.6.2017 הוגש כתב ההגנה המתוקן, שכלל את הטענות הבאות: ראשית, נטען בו כי דין התביעה להידחות מחמת התיישנות, בהתחשב בכך שמדובר במקרקעין לא מוסדרים שהמבקשים מחזיקים בהם למעלה מחמישים שנים; שנית, נטען כי דין התביעה להידחות גם מחמת שיהוי בהגשתה, אף זאת בהתחשב במשך הזמן שבו מתגוררים המבקשים במקרקעין; שלישית, נטען כי דין התביעה להידחות בשל קיומו של השתק עילה, בהתחשב בכך שבמסגרת ההליך בעניין דוויק הראשון המשיבים בחרו שלא לעתור לסעד של פינוי, על אף שיכלו לעשות כן כבר באותה העת; רביעית, ולבסוף, כאמור, נטען לגוף הדברים כי למבקשים נתונה זכות לרכוש את המקרקעין מכוח סעיף 23(א) לחוק המקרקעין על רקע תוספות הבניה במקום לאורך השנים.

19. ביום 11.6.2018 המבקשים הגישו בקשה לעיכוב הליכים שבה נטען כי העתירה שהוגשה בעניין סרחאן עשויה להשפיע על ההליך. בהחלטתו מיום 20.6.2018 קיבל בית משפט השלום (השופטת א' סנדלר-איתן) את הבקשה בהתחשב בהשלכות הפוטנציאליות של ההכרעה בעתירה בעניין סרחאן על ההליך דנן. לאחר שניתן פסק הדין בעניין סרחאן, ונדחו בו כאמור הטענות בנוגע לתוקפה של תעודת השחרור שניתנה ביחס לנכסים, חודש הדיון בבית משפט השלום והוחל בשמיעת הראיות.

20. ביום 26.1.2020 קיבל בית משפט השלום (השופטת סנדלר-איתן) את התביעה, בדחותו את טענותיהם המקדמיות של המבקשים, וכן את טענותיהם לגוף הדברים. בית משפט השלום ציין כי המבקשים לא הגישו סיכומים מטעמם במועד שנקבע לכך, ומכאן שדינם כדין בעל דין שלא התייצב. בהמשך לכך נקבע, כי בהתאם לתקנות 157(2) ו-160(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), רשאים המשיבים להוכיח את תביעתם עד כמה שחובת הראיה מוטלת עליהם.

21. באשר לטענה של השתק עילה קבע בית משפט השלום כי בהתאם לדיני הסמכות העניינית שחלו בעת שבה הוגשה התביעה בעניין דוויק הראשון, המשיבים היו מחויבים לפצל את תביעותיהם בין שתי ערכאות שונות, ללא צורך בהגשת בקשה להיתר לפיצול סעדים. בנסיבות אלה, נקבע כי טענת השתק עילה אינה עומדת כנגדם.

22. בהמשך לכך, דן בית משפט השלום בטענת ההתיישנות שהעלו המבקשים על כל רבדיה. ראשית, הבהיר בית משפט השלום כי לא עומדת למבקשים טענת התיישנות רוכשת מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני משנת 1274 להיג'רה (1858) (להלן: חוק הקרקעות העותמני), מאחר שאין מדובר בקרקע חקלאית. שנית, בית משפט השלום קבע כי תקופת ההתיישנות לא חלפה במועד הגשת התביעה מאחר שאין להביא במניין את התקופה שבה החזיק האפוטרופוס הכללי במקרקעין. זאת, בהתחשב בכך שבתקופה זו היה נכון לראות בהם "מקרקעי ציבור", בהיותם מוחזקים על-ידי האפוטרופוס הכללי שהוא תאגיד שהוקם על-פי חיקוק, ובהפניה לסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין הקובע כי במקרקעי ציבור "לא תתחיל תקופת ההתיישנות לפני היום שנרשמו על שם בעליהם". שלישית, בית משפט השלום הוסיף כי מכל מקום, חל במקרה זה ההסדר הקבוע בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות), המאפשר את דחיית תחילתו של מרוץ ההתיישנות כאשר לא היה בידי התובע המידע הנדרש להגשת תביעה. בהקשר זה, קבע בית משפט השלום, כי לפי עדות המשיבים, הם השקיעו מאמצים רבים כדי להתחקות אחר זהותם של המחזיקים בכל נכס ספציפי במקרקעין, ובכלל זה אחר זהותם של המבקשים. על רקע זה נקבע כי מרוץ ההתיישנות החל בפועל אך בסמוך להגשת

התביעה על-ידי המשיבים בעניין דוויק הראשון, ולכל המוקדם בשנת 2005, ולפיכך התביעה לא התיישנה. בית משפט השלום דחה גם את טענת השיהוי, בקבעו כי המשיבים לא יצרו מצג כלשהו של ויתור כלפי המבקשים.

23. בית משפט השלום דחה אף את הטענה שעניינה בניה ונטיעה במקרקעי הזולת לפי סעיף 23 לחוק המקרקעין. בין השאר, קבע בית משפט השלום כי הנכס בנוי כאמור על מקרקעי ציבור, שעליהם לא חל ההסדר הקבוע בסעיף 23 לחוק. עוד נקבע כי הסדר זה כפוף לסעיף 13 לחוק המקרקעין, הקובע כי אין תוקף לעסקה בחלק מסוים מהמקרקעין – במובן זה שלא ניתן לאפשר למקים המחוברים לרכוש חלק קטן מהמקרקעין בלבד. על רקע זה, נקבע כי דין טענת המבקשים להידחות, מאחר שהיא מתייחסת לחלק קטן ובלתי מהותי מהמקרקעין.

24. לבסוף, בית משפט השלום ציין כי לא מצא ממש בטענת המבקשים, שנזכרה בכתב ההגנה המתוקן "בשפה רפה" וללא פירוט, באשר לכך שקיבלו רשות בלתי הדירה להחזקה ושימוש במקרקעין.

25. בסיכומו של דבר, בית משפט השלום הורה למבקשים לסלק ידם מהנכס עד ליום 2.8.2020. לנוכח ההשלכה הקשה הצפויה של פסק הדין על המבקשים, נמנע בית משפט השלום מפסיקת הוצאות.

26. למחרת מתן פסק הדין הגישו המבקשים בקשה לביטולו. בבקשה נטען כי הסיכומים מטעמם הוגשו ביום 9.12.2019 באמצעות פקס בשל תקלה במערכת נט המשפט. עוד הודגש, כי המבקשים הגישו עוד ביום 6.3.2016 סיכומים המתייחסים לטענות המקדמיות בעניין ההתיישנות מעשה בית הדין, וכי בהחלטה מיום 22.3.2016 נקבע שההכרעה בטיעונים שהועלו בהם תינתן במסגרת ההכרעה בתביעה כולה. על כן, נטען כי לא היה מקום לקבוע שיש לראות במבקשים כמי שלא התייצבו. בו ביום דחה בית משפט השלום את הבקשה לביטול פסק הדין. בית משפט השלום קבע כי אין יסוד לטענות המבקשים במישור הדיוני, וכי אף במישור המהותי ולאחר שבחן את פסק הדין לאורן של טענות המבקשים – אין בהן כדי להביא לשינוי בתוצאה או בהנמקה.

27. בהמשך לכך, המבקשים הגישו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום לבית המשפט המחוזי, אשר דחה את הערעור ביום 23.11.2020 כשהוא עושה שימוש בסמכותו לפי תקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תוך חיוב המבקשים בהוצאות משפט בסך 20,000 שקלים (ע"א 43693-03-20, השופטים ר' יעקובי, מ' בר-עם ו-ח' מ' לומן). בית

המשפט המחוזי ציין בקצרה כי הוא מוצא חיזוק לתוצאה שאליה הגיע בפסק דין נוסף מיום 18.11.2020 שבו נדחה ערעור "מקביל" (ע"א 8727-05-20, השופטים א' זדאל, ע' זינגר ו-א' רון) על פסק דין של בית משפט השלום מיום 3.2.2020 (ת"א 35534-02-16, סגן הנשיא ג' ארנברג), שאף בו התקבלה תביעת פינוי שהוגשה על-ידי המשיבים לפינוי מחזיקים מנכס המצוי בסילוואן וכלול בשטח ההקדש, תוך דחייה של טענת ההתיישנות שהעלו המחזיקים).

בקשת רשות הערעור

28. המבקשים טוענים כי יש ליתן להם רשות ערעור מאחר שהבקשה מעוררת שאלות עקרוניות בסוגיות של התיישנות ומעשה בית דין, וכן לנוכח העובדה שביחס לחלק מהשאלות האמורות ניתנו תשובות סותרות בהליכים מקבילים. עוד נטען, כי לנוכח התוצאה הקשה של פסק הדין – פינוי המבקשים מהבית שבו הם מתגוררים במשך עשרות שנים – קיים בנסיבות העניין חשש לעיוות דין.

29. לגוף הדברים, המבקשים סבורים כי בית משפט השלום שגה במסקנות שאליהן הגיע במספר סוגיות מרכזיות: סוגית ההתיישנות; סוגית השתק העילה; וכן הסוגיה של בניה ונטיעה במקרקעי הזולת. בנוסף הם מתייחסים לטענה החלופית שהועלתה על-ידם בבית משפט השלום, באשר לכך שקיבלו רישיון בלתי הדיר להחזיק במקרקעין ולעשות בהם שימוש.

30. התיישנות – המבקשים ממקדים את טיעונם בהקשר זה בהסדריו של חוק ההתיישנות. הם טוענים שבניגוד לקביעתו של בית משפט השלום, בעת חישוב תקופת ההתיישנות יש להביא בחשבון את התקופה שבה החזיק האפוטרופוס הכללי במקרקעין. בעניין זה נטען כי האפוטרופוס הכללי "נכנס בנעליו" של הממונה על רכוש האויב הירדני שניהל את המקרקעין והיה מודע לכך שסבם של המבקשים מחזיק בהם, וכי ישנן ראיות שונות בכתב לכך שהאפוטרופוס הכללי ידע על כך שהם מחזיקים בנכס לאורך השנים, ואף ידע את מיקומם המדויק של נכסי ההקדש. המבקשים אף מפנים לכך שבתעודת השחרור ציין האפוטרופוס הכללי כי "שחרור זה ניתן בכפיפות לזכות צד שלישי אם קיימת זכות כזו". לטענתם, נוסח זה הוסף מאחר שהיה ידוע לכל כי הם ומחזיקים נוספים יושבים במקרקעין זה עשרות שנים. לפיכך, לטענת המבקשים, מרוץ ההתיישנות החל לכל המאוחר בשנת 1997, בעת שהוגשה לאפוטרופוס הכללי חוות דעת מפורטת בנוגע לנכסי ההקדש. על כן, כך נטען, במועד הגשתה של התביעה לבית משפט

השלום בחודש אוקטובר 2014 היא התיישנה, מאחר שבאותה עת כבר חלפה תקופת ההתיישנות הרלוונטית למקרקעין בלתי מוסדרים – 15 שנים.

31. המבקשים מדגישים כי החזקתם במקרקעין הייתה ועודנה ממשית, גלויה לעין באופן מלא ורציפה משנת 1965 ועד היום, וכי לכל אורך השנים נהגו בהם מנהג בעלים כלפי כולי עלמא.

32. המבקשים טוענים עוד כי הקביעה לפיה התביעה לא התיישנה מאחר שהמקרקעין נחשבו "מקרקעי ציבור" בתקופה שבה הוקנו לאפוטרופוס הכללי היא שגויה. לטענת המבקשים, בית משפט השלום סמך את מסקנתו בהקשר זה על פסקי דין שכולם מתייחסים למקרקעין שהיו רשומים בבעלות רשות הפיתוח וקק"ל ומנוהלים על-ידי רשות מקרקעי ישראל, להבדיל מקרקע פרטית שהוקנתה לאפוטרופוס הכללי בשל נסיבות חריגות כבמקרה דנן. יתר על כן, המבקשים מפנים לתביעה אחרת שהתנהלה בפני בית משפט השלום בנוגע לנכס אחר במקרקעין של ההקדש, שבה נדחתה טענת המשיבים כי מדובר במקרקעי ציבור שלא חלה בהם התיישנות (ת"א 55978-12-15, סגן הנשיא מ' בורשטין (19.1.2020)).

33. השתק עילה – המבקשים חוזרים וטוענים כי מאחר שבעניין דוויק הראשון המשיבים לא עתרו לסעד של פינוי, אלא לסעדים אחרים בלבד, יש לראותם כמנועים ומושקטים מכך כעת. המבקשים מדגישים כי ההתדיינות בתביעה הנוכחית נשענת על אותה תשתית עובדתית שעמדה ביסוד התביעה הקודמת, ולפיכך שגה בית משפט השלום כאשר דחה את הטענה להשתק עילה בקבעו שניהול ההליכים בערכאות שונות "נכפה" על המשיבים.

34. בניה במקרקעי הזולת – לטענת המבקשים, שלושת התנאים של סעיף 23 לחוק המקרקעין מתקיימים בנסיבות העניין. ראשית, נטען כי סבם המנוח קנה את המקרקעין שעליו בנוי הנכס בשנת 1965 בתום לב, פיתח אותם ובנה עליהם שעה שסבר שהוא הבעלים. שנית, נטען כי עלות הקמת המחוברים עולה על שווי הקרקע בשעת הקמתם. המבקשים מציינים כי התקיימותו של תנאי זה נתמכת בחוות דעת שמאית שהוגשה מטעמם, וכי המשיבים בחרו שלא להגיש חוות דעת נגדית בעניין. שלישית, נטען כי רכישת הקרקע לא תגרום נזק כלשהו למשיבים.

35. רישיון – לבסוף, המבקשים מוסיפים כי במסגרת הגנתם בבית משפט השלום הם העלו טענה חלופית לפיה מאחר שהן האפוטרופוס הכללי והן המשיבים ידעו היטב

שהמבקשים מחזיקים בנכס אך ישבו בחיבוק ידיים, יש לראותם כמי שנתנו רשות בלתי הדירה למבקשים להחזיק ולהשתמש בנכס, והם מושתקים מלדרוש כעת את פינויים ממנו.

36. לצד בקשת רשות הערעור הוגשה גם בקשה לעיכוב ביצוע. בהחלטתי מיום 13.12.2020 הוריתי על מתן צו ארעי האוסר על פינויו של הנכס עד למתן החלטה אחרת, וכן על הגשת תגובות לבקשות.

37. בתגובת המשיבים לבקשת רשות הערעור הם פירטו שורה ארוכה של טענות סף שלשיטתם מצדיקות את דחייתה של בקשת רשות הערעור, אך לא הוסיפו נימוקים הנוגעים לגופן של הטענות. כך, נטען כי דין הבקשה להידחות על הסף בשל חוסר תום לבם הנטען של המבקשים, כמו גם בשל כך שהיא אינה עומדת באמות המידה למתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי". המשיבים טוענים כי הטענות המועלות בבקשה כבר נדונו והוכרעו על-ידי שתי ערכאות שדנו בהן לעומק וכי המבקשים לא פירטו כלל מהי החשיבות הכללית או העקרונית של הטענות.

38. המשיבים מוסיפים וטוענים כי גם התנהלותם הדיונית של המבקשים לאורך ההליך כולו, לרבות העובדה שלא הגישו סיכומים בבית משפט השלום, מצדיקה את דחיית הבקשה על הסף. כמו כן נטען, כי ההצדקה לדחיית הבקשה מתחזקת בהתחשב בכך שהמבקשים מנסים לערער גם על קביעות חלוטות שהתקבלו בפסקי דין שניתנו על-ידי מספר ערכאות, לרבות בית משפט זה, בין היתר בעניין דוויק הראשון וכן בהחלטות ביניים שניתנו במסגרת ההליך הנוכחי. המשיבים מוסיפים כי לאורך ההליך הוצע למבקשים שוב ושוב פיצוי כספי תמורת פינויים, לפני משורת הדין, אך הם סירבו לקבלו.

39. ביום 6.1.2021 הוריתי כי היועץ המשפטי לממשלה ישקול הגשת עמדה מטעמו בהתייחס לשאלות המתעוררות בתיק, ובכלל זה לטענת ההתיישנות, לטענת השתק, וכן לטענות בנוגע לסיווג המקרקעין מושא ההליך כמקרקעי ציבור והשלכתו של הסיווג על המחלוקת בין הצדדים.

40. ביום 1.9.2021 ולאחר חמש בקשות ארכה שהוגשו מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה, הוריתי כי בכפוף למתן הארכה, בקשת רשות הערעור תיקבע לדיון בפני הרכב. בסופו של דבר, ולאחר היעדרות לבקשת ארכה נוספת, הגיש היועץ המשפטי לממשלה הודעה מטעמו ביום 20.10.2021, ימים ספורים לפני הדיון שהתקיים בפנינו. היועץ

המשפטי לממשלה הודיע על התייצבותו בהליך. אולם, לגוף הדברים, היועץ המשפטי לממשלה לא נדרש לשאלות שבמחלוקת, והסתפק בהודעה קצרה בזו הלשון:

“לנוכח העובדה שלפי פסק דינו של בית משפט השלום, שאושר בפסק דינו של בית המשפט המחוזי (להלן: פסקי הדין), התקבלה התביעה שבנדון אף מחמת התקיימות תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, עובדתית ומשפטית, ובשים לב לכך שהליכי הפינוי, אם וככל שיינקטו בעקבות פסקי הדין, יארכו מן הסתם זמן נוסף, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי לא יהיה זה נכון במסגרת ההליך שבנדון, למתן עמדה רוחבית בדבר שאלת סיווגם של המקרקעין שבנדון כ'מקרקעי ציבור' ולשאלת תחולתו של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 עליהם, וזאת, בין היתר, מאחר שאין הן נצרכות להכרעה במקרה הקונקרטי דנן”.

41. ביום 25.10.2021 התקיים בפנינו דיון בבקשת רשות הערעור במעמד הצדדים, ובו הם חזרו בפנינו על עיקרי טענותיהם.

42. להשלמת התמונה יצוין כי במסגרת ההליך הוגשו שתי בקשות הצטרפות במעמד של “ידיד בית המשפט”, שתיהן מטעמם של חוקרים העוסקים בין היתר בתחומים של משפט בינלאומי וכן היסטוריה של המשפט. לאחר עיון בבקשות אלה ושקילת הדברים, החלטנו כי אין מקום לקבלן בנסיבות העניין ובהתחשב בשלב הדיוני הנוכחי.

דיון והכרעה

43. לאחר שקילת טיעוני הצדדים, אציע לחבריי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות לערער והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה, אך זאת בהתייחס לטענת ההתיישנות בלבד. בעיקרו של דבר, רק בהיבט זה התעוררו שאלות עקרוניות מובהקות – ובפרט השאלה הנוגעת להגדרתם של נכסים המוחזקים על-ידי האפוטרופוס הכללי כ"מקרקעי ציבור" – שהן בעלות חשיבות כללית החורגת מן המקרה דנן, ושאף ניתנו בה הכרעות סותרות בערכאות הדיוניות. יתר על כן, בנסיבות העניין ההכרעה היא בעלת השלכות על קורת הגג הפרוסה מעל ראשה של משפחה המונה עשרות נפשות (ראו והשוו: רע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל, פסקה כ' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (5.5.2015); רע"א 8885/20 חאמד נ' חאמד, פסקה 14 (12.8.2021)). למען שלמות התמונה יוער, כי לא ראיתי באי-הגשת הסיכומים מטעם המבקשים בבית משפט השלום כטעם מספק לרחייתה של בקשת רשות הערעור, כפי שטענו המשיבים. הדברים אמורים, בראש ובראשונה, בשים לב לכך שרשות הערעור ניתנת לעניין שאלת ההתיישנות בלבד

– שאלה שלגביה הגישו המבקשים סיכומים עוד ביום 6.3.2016, בהתאם להוראותיו של בית משפט השלום.

44. לנוכח מתן רשות הערעור, המבקשים יכוננו להלן המערערים. לגוף הדברים, אציע לחבריי כי נקבל את הערעור, כמובן זה שנקבע כי תביעת הפינוי כנגד המערערים התיישנה. הכל – כמפורט להלן.

השאלות בתחום ההתיישנות והמסגרת הנורמטיבית לדיון בהן

45. טענת ההתיישנות במקרה זה מבוססת על חוק ההתיישנות, ולא על סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני, מאחר שאין מדובר בקרקע חקלאית, כפי שציין בצדק בית משפט השלום. על כן, נתמקד בכך. הדיון בטענת ההתיישנות בבית משפט השלום נחלק למעשה לשניים: השאלה האם הייתה תחולה לדיני ההתיישנות בתקופה שבה המקרקעין נוהלו על-ידי האפוטרופוס הכללי, והשאלה האם קמה עילה להתחלה מאוחרת של מרוץ ההתיישנות, בהתאם להסדר של "התיישנות שלא מדעת" המעוגן בסעיף 8 לחוק ההתיישנות. נבחין בין שאלות אלה ונידרש אליהן לפי סדרן. אולם, בטרם נצלול לכך, יש לעמוד על כמה מושכלות יסוד שבבסיס הדיון.

46. כידוע, ביסודו של מוסד ההתיישנות עומדים מספר טעמים מרכזיים: הקושי לשמור על ראיות לאורך זמן, ובצדו השאיפה למעט בהגשת ראיות שאיכותן ירודה; הצורך להקנות ודאות לנתבע בכל הנוגע לזכויותיו וחובותיו ולהבטיח שיוכל לכלכל את צעדיו ולא להיות חשוף לתביעה לפרק זמן בלתי מוגבל; ההנחה כי תובע ש"ישן על זכויותיו" ונמנע מהגשת תביעה במשך תקופה ארוכה, ויתר על זכותו לתבוע סעד; והאינטרס המוסדי המבקש להבטיח כי המערכת המשפטית לא תעסוק בבירור זכויות שמקורן בעבר הרחוק, אלא תתמקד בסכסוכים שבהווה. כמו כן, נודעת חשיבות להשפעה של הסדרי ההתיישנות על מי שאינם הצדדים הישירים להתדיינות, כגון המדינה, ספקי שירותים, חברות ביטוח, יצרנים וכדומה (ראו: רע"א 901/07 מדינת ישראל – הוועדה לאנרגיה אטומית נ' גיא-ליפל, פ"ד סד(2) 82, 111 (2010) (להלן: עניין גיא-ליפל), וההפניות שם; ע"א 8880/13 וינשל נ' מדינת ישראל משרד הביטחון, פסקה 18 (30.8.2016) (להלן: עניין וינשל); רע"א 3196/18 אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' פלונית, פסקה 10 (6.8.2018); טל חבקין התיישנות 23-33 (מהדורה שנייה, 2021) (להלן: חבקין)). מנגד, הכרה בהתיישנות כרוכה, מניה וביה, בחסימת דרכו של התובע לממש זכות מהותית בדין (ראו: ע"א 2242/03 אברהם נ' רשאד, פסקה 13 (18.7.2005); ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סב(4) 525 (2008)).

דיני ההתיישנות נועדו אפוא להשיג איזון כולל בין האינטרסים השונים – אינטרס הנתבע, אינטרס התובע, והאינטרסים הציבוריים הרלוונטיים.

47. ההסדר המרכזי של דיני ההתיישנות במשפט הישראלי הוא חוק ההתיישנות, המכיר בטענת ההתיישנות כטענת הגנה דיונית. עם זאת, בתחום המקרקעין עלינו להרחיב את מבטנו מעבר לחוק ההתיישנות עצמו. ככלל, ההסדרים הנוגעים להתיישנות במקרקעין בדין הישראלי הם מורכבים, מאחר שהם מבוססים על מערכות שונות של דינים, ובעיקרם החקיקה העותמנית שבוטלה באופן חלקי עם חקיקת חוק המקרקעין בשנת 1970 (ראו: חבקין, בעמ' 459). כאשר מדובר בתביעה המוגשת על-ידי בעלים של מקרקעין כנגד מי שמחזיק בהם, ההתיישנות מעניקה חסינות בפני פינוי, ובלבד שמדובר במקרקעין לא מוסדרים (ראו: דפנה לוינסון-זמיר "על הקושי ליהנות מטענת התיישנות במקרקעין" ספר מנשה שאוה 181, 183-181 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006) (להלן: לוינסון-זמיר)). אף מבלי להידרש לכל היבטיו של הנושא, אציין כי במקרקעין לא מוסדרים שעילת התביעה בהם נולדה לאחר כניסתו לתוקף של חוק ההתיישנות – כבענייננו – תקופת ההתיישנות היא 15 שנים (ראו: סעיפים 5 ו-22 לחוק ההתיישנות וסעיף 162(ב) לחוק המקרקעין; רע"א 7810/06 מוסקוביץ נ' עזבון המנוחה רושדייה חמאד חמדאללה, פסקה ג(2) (17.6.2007) (להלן: עניין מוסקוביץ); ישראל גלעד "התיישנות במקרקעין – קווים לרפורמה" משפטים יח 177, 241 (1988) (להלן: גלעד, התיישנות במקרקעין); חבקין, בעמ' 474).

48. על מנת שתתקבל טענת התיישנות, אין די בכך שהמחזיק במקרקעין יוכיח כי חלפה תקופת ההתיישנות – אלא עליו להוכיח גם שבמשך כל תקופת ההתיישנות הוא החזיק במקרקעין "החזקה נוגדת" (ראו: ע"א 213/76 גילברג נ' פאנוס, פ"ד לא(2) 272, 279-281 (1977); 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)). החזקה נוגדת היא למעשה לב-ליבה של טענת ההתיישנות במקרקעין, ובמהותה היא מלמדת על כך שהחזקתו של המחזיק כרוכה בהתנגשות אינטרסים בינו לבין מי שתובע את סילוקו (ראו: גלעד, התיישנות במקרקעין, בעמ' 207). בהיעדר החזקה נוגדת, לא מתקיימים הטעמים התומכים בהכרה בהתיישנות – לא ניתן להסיק ויתור מצד מי שלא תבע, ולא נוצר מצג שעליו יכול המחזיק להסתמך (ראו: יהושע ויסמן "החזקה" מחקרי משפט טו 5, 28 (1999) (להלן: ויסמן, החזקה); לוינסון-זמיר, בעמ' 184).

49. עוד היבט של דיני ההתיישנות במקרקעין שיש לו רלוונטיות רבה בהקשר הנוכחי מתבטא בסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין הקובע כך:

”במידה שלפי חוק זה חלה התיישנות במקרקעי ציבור שאינם מקרקעי יעוד, לא תתחיל תקופת ההתיישנות לפני היום שנרשמו על שם בעליהם”.

על כן, במקרה שבפנינו נודעת חשיבות לשאלה האם מדובר ב”מקרקעי ציבור”. אם המקרקעין הם אכן מקרקעי ציבור, כפי שקבע בית משפט השלום, מרוץ ההתיישנות יחל רק מן המועד שבו שוחררו המקרקעין לידי המשיבים. לעומת זאת, אם המקרקעין אינם מקרקעי ציבור, התקופה שבה הם נוהלו על-ידי האפוטרופוס הכללי תיכלל במרוץ ההתיישנות.

מהם ”מקרקעי ציבור” לצורך דיני ההתיישנות?

50. הנימוק העיקרי שעל בסיסו דחה בית משפט השלום את טענת ההתיישנות של המערערים היה כי בתקופה שבה החזיק האפוטרופוס הכללי במקרקעין ועד למועד שחרורם לידי המשיבים היו המקרקעין בגדר ”מקרקעי ציבור”. למסקנה זו הגיע בית משפט השלום על בסיס שילובם של סעיף 3 לחוק האפוטרופוס הכללי, הקובע כי ”האפוטרופוס הכללי הוא תאגיד, כשר לכל חובה, זכות ופעולה משפטית”, וסעיף 107 לחוק המקרקעין, הקובע כי מקרקעי ציבור הם ”מקרקעי ישראל כמשמעותם בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל ומקרקעין של רשות מקומית” וכן מקרקעין ”של תאגיד שהוקם על ידי חיקוק”. בהמשך לכך, קבע בית משפט השלום כי התקופה שבה החזיק האפוטרופוס הכללי במקרקעין לא נמנית בגדרו של מרוץ ההתיישנות, וזאת לנוכח סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין. מאחר שהמקרקעין הועברו לידי המשיבים בשנת 2002, והתביעה הוגשה בשנת 2014 – 12 שנים לאחר מכן – קבע בית משפט השלום כי לא חלפה תקופת ההתיישנות העומדת כאמור על 15 שנים.

51. במידה רבה זהו המוקד של הדיון שבפנינו. בשני הליכים אחרים שעסקו אף הם בתביעות פינוי מנכסים בסילוואן הכריע בית משפט השלום בשאלה זו באופן שונה. כך, בת”א 55978-12-15 (הנזכר לעיל בפסקה 32) נקבע כי ”קבלת פרשנות התובעים לפיה יש מקום להרחיב את המונח מקרקעי ציבור, גם למקרקעין שהיו בניהולו של האפוטרופוס הכללי, יש בה כדי להרחיב יתר על המידה את ההגנה מפני התיישנות”. בפסק הדין האמור אף צוין כי קיימת מחלוקת בספרות בנוגע לשאלה האם סעיף 113(ב) חל על מקרקעין לא מוסדרים. יצוין, כי באותו מקרה נדחתה טענת ההתיישנות מטעם אחר – לפיו המבקשים באותו עניין לא הוכיחו חזקה נוגדת. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי, שהדיון בו עוכב עד להכרעה בבקשת רשות הערעור דנן, בהתחשב בזהות הסוגיות המשפטיות המתעוררות בו (ע”א 8086-03-20, השופטות ג’ כנפי-שטייניץ

ו-ד' כהן-לקח והשופט ד' גדעוני). כמו כן, בת"א 35534-02-16 (הנזכר לעיל בפסקה 27) קבע בית משפט השלום באופן דומה כי אין להחיל את סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין על נכסים שהוקנו לאפוטרופוס הכללי. מכל מקום, גם שם נדחתה טענת ההתיישנות על בסיס הקביעה כי המחזיקים במקרקעין לא הוכיחו החזקה נוגדת. כפי שכבר צוין, ערעור שהוגש על פסק דין זה לבית המשפט המחוזי נדחה. בית המשפט המחוזי ציין בפסק דינו כי מאחר שלא מצא מקום לקבל את הערעור, ממילא מתייחר הצורך לדון בטענות שנסבו על תחולתו של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין בנסיבות העניין (ע"א 8727-05-20, השופטים א' דדאל, ע' זינגר ו-א' דון). בקשת רשות ערעור שהוגשה על פסק הדין תלויה ועומדת בפני בית משפט זה (רע"א 8858/20, המשנה לנשיאה ע' פוגלמן). המדובר אפוא בשאלה משפטית-פרשנית שניתנו לה תשובות סותרות בערכאות הדיוניות ואף כזו שיש לה השלכות על מקרים רבים נוספים. חרף זאת, נמנע היועץ המשפטי לממשלה מלחוות בה את עמדתו. בשלב הנוכחי, נותר לנו לבחון, בהתאם ללשון החוק ותכליתו, מה התשובה הנכונה לה (לפרשנות תכליתית בהקשרם של דיני ההתיישנות, ראו למשל: בג"ץ 775, 757 (2) נא (1997); ע"א 8301/98 אנואר נ' ש.א.פ בע"מ, פ"ד נו(3) 345, 351 (2002); ע"א 2206/08 (1997); ע"א 4302/16 עיריית ירושלים נ' צבי, פסקה ד' (16.4.2018); ישראל גלעד "תגובה: הסדר חדש לדין ההתיישנות?" משפטים 874, 856 (2007)).

52. בעיקרו של דבר, אני סבורה כי סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין לא חל על נכסים מן הסוג של הנכס מושא ההליך דנן – נכסים אשר הוקנו לאפוטרופוס הכללי למטרה העיקרית של ניהולם ושימורם. על כן, לשיטתי, המסקנה שאליה הגיע בית משפט השלום בנסיבות העניין היא שגויה.

53. כאמור, בית משפט השלום סבר שסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין המתייחס למקרקעי ציבור חל בענייננו הגם שמדובר במקרקעין בבעלות פרטית. זאת, מאחר שבהתאם לסעיף 107 לחוק המקרקעין הגדרה זו כוללת בין היתר גם מקרקעין "של תאגיד שהוקם על ידי חיקוק", ונוכח העובדה שניהול המקרקעין נמסר לידי האפוטרופוס הכללי מכוח הוראות חוק הסדרי משפט. אני סבורה שפרשנות זו היא פרשנות מרחיבה, שאין לה מקום, כפי שאסביר להלן.

54. אכן, בהקשרים שונים בית משפט זה התייחס להקניית מקרקעין לאפוטרופוס כהקניה של זכות בעלות, בכפוף לקביעה שמדובר בבעלות שבצדה קיימת ציפיית הבעלים המקורי להשבה, בבוא העת (ראו: ע"א 499/78 נבולטי נ' מועצת בתי העלמין

היהודיים, ירושלים, פ"ד לג(3) 679 (1979) (להלן: עניין נבולטי); בג"ץ 1285/93 עזבון יעקב יוסף שכטר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון (8.12.1996); בג"ץ 3103/06 ולידו נ' מדינת ישראל (6.2.2011); בג"ץ 3198/05 למלה נ' עיריית תל אביב, פסקה 39 (13.6.2011); ע"א 5580/13 מאייר נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסי נספי השואה, פסקאות 22-26 (24.11.2014). כן ראו: איל זמיר ואיל בנבנישתי אדמות היהודים ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 45 (1993)). עם זאת, אני סבורה כי לא ניתן ללמוד מפסקי דין אלה לענייננו.

55. במאמר מוסגר יצוין, כי מלבד פסק הדין בעניין נבולטי, כלל פסקי הדין שעסקו בסוגיה לא עסקו ישירות בקרקעות במזרח ירושלים, וכן לא בקרקעות שהוקנו לאפוטרופוס הכללי מכח חוק הסדרי משפט, אלא לאפוטרופוס או ממונה מכוחם של הסדרים נורמטיביים אחרים – שהשיקולים הרלוונטיים להם אינם בהכרח זהים לדיון שבענייננו. אולם, לא זה העיקר. הנקודה החשובה היא שאותם פסקי דין לא דנו בהקשר של דיני ההתיישנות בכלל או של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין בפרט, על השיקולים הפרשניים המיוחדים להם.

56. אפתח בהתחלה. דברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין לא כוללים התייחסות לסעיף 113(ב) ולתכליתו. על-פי הדעה המקובלת בספרות, מה שעומד בבסיסו של הסעיף הוא החשש שתקופת ההתיישנות "תרוץ" בכל הנוגע לקרקע המצויה בבעלותו של גוף ציבורי מבלי שאותו גוף יודע על זכותו בקרקע המוחזקת. חשש זה נובע מההיקף הגדול של מקרקעי ציבור, ובשל קיומן של מספר דרכים שבאמצעותן עשויים מקרקעין בבעלות פרטית להפוך למקרקעי ציבור. על רקע זה, נטען בספרות כי "מכיוון שאפשר שמקרקעי ציבור לא יהיו רשומים על שם בעליהם, והבעלים לא יהיו מודעים לבעלותם, עשויים הם שלא לדעת על כך שמקרקעין השייכים להם מוחזקים תקופה ממושכת בידי מחזיק שלא כדין, שיבקש בבוא העת להיבנות מטענת ההתיישנות. כדי למנוע תוצאה בלתי רצויה זו נקבע בחוק שבמקרקעי ציבור לא תחל תקופת ההתיישנות כל עוד המקרקעין אינם רשומים על שם בעליהם" (יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 266 (1993) (להלן: ויסמן, דיני קניין)). ראו גם: יהושע ויסמן "ההתיישנות והמדינה" משפטים יד 3, 13 (1984) (להלן: ויסמן, ההתיישנות והמדינה); גלעד, התיישנות במקרקעין, בעמ' 234. בהמשך לכך, עמד פרופ' ויסמן על הקושי שבהחלת הסדר זה על מקרקעין מהסוג השלישי המוזכר בסעיף 113(ב) לחוק – מקרקעין של תאגידי שהוקמו על-ידי חיקוק. כך, מציין פרופ' ויסמן כי בעוד שקיימים שטחים רבים ונרחבים של מקרקעי ישראל ומקרקעי רשויות מקומיות, אין זה כך בכל הנוגע למקרקעין של תאגידי סטטוטוריים (כגון רשות הדואר

או רשות שדה התעופה). על כן, לשיטתו ניתן לצפות שלתאגידים אלה יהיה ידוע אילו מקרקעין שייכים להם ומה נעשה בהם (ראו: ויסמן, דיני קניין, בעמ' 267).

57. ביקורת זו מקבלת משנה תוקף כאשר עסקינן במקרקעין המוקנים לאפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט. המדובר בקרקעות שהוקנו לאפוטרופוס הכללי במיוחד לצורך ניהולן, בדומה לניהול נכס עזוב לפי סעיף 6 לחוק האפוטרופוס הכללי. לצורך תפקידו זה מוטלות עליו חובות הנוגעות לשמירה על הקרקע המוקנית לו ולעשייה בה. כך, סעיף 9 לחוק האפוטרופוס הכללי, שעניינו "דרך ניהול", קובע כי "האפוטרופוס הכללי חייב לכנס את הנכסים שבניהולו, לנהלם ולעשות בהם מה שעשוי, לדעתו, להועיל למעונינים בהם". בשנת 2013 המחוקק אף הוסיף תיקון לסעיף זה אשר קובע כי בין השאר, האפוטרופוס "אחת לחמש שנים מיום תחילת ניהולו של נכס כאמור, ייזום הליך של חקירה ובדיקה לאיתור בעלי הזכויות בנכס, במטרה להשיב את הנכס לבעלי הזכויות בו". בהמשך לכך, הסעיף מוסיף ומורה כי על האפוטרופוס הכללי לפרסם הודעה לציבור באתר האינטרנט של משרד המשפטים שתכלול את סוג הנכס ואת שמו של בעל הזכויות האחרון בנכס, וכן לפנות לרשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול במשרד הפנים ולרשם לענייני ירושה לשם בירור מידע שיכול לסייע באיתורם של בעלי הזכויות בנכס (ראו גם את דברי ההסבר להצעת חוק לשינוי סדרי עדיפויות לאומיים (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנים 2013 ו-2014), התשע"ג-2013). יתר על כן, בתקנות האפוטרופוס הכללי (סדרי דין וביצוע), התשל"ח-1978 נקבעו הוראות קונקרטיות באשר לדרך ניהולם של נכסים שניתן לגביהם צו ניהול בידי האפוטרופוס הכללי, ובכלל זה כי "האפוטרופוס הכללי יקיים בקביעות בקורת על תקינות הרכוש המנוהל בידו" (תקנה 18) וכן כי האפוטרופוס הכללי ינהל רישום של הנכס ושל הערכת שווי (תקנות 15-17). מכלול הוראות אלה מלמדות על כך שהחשש העומד בבסיסו של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין בכל הנוגע למקרקעי ציבור אינו צפוי להתממש ביחס לנכסים המוקנים לאפוטרופוס הכללי. זאת, מאחר שהדין מחייב את האפוטרופוס הכללי בחובות ניהול שנועדו למנוע מצב שבו נכס בבעלותו יעבור לשליטתו של פולש מבלי שהדבר יהיה ידוע לאורך זמן.

58. על רקע זה, מתעורר קושי ניכר בפרשנות שאימץ בית משפט השלום, גם במישור של לשון החוק. בהקשר זה חשוב להזכיר כי סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין אינו מקנה פטור גורף מהתיישנות למקרקעי ציבור, אלא רק קובע לגביהם כי "לא תתחיל תקופת ההתיישנות לפני היום שנרשמו על שם בעליהם" (ההדגשה הוספה – 'ד' ב' א'). הסדר זה הוא מובן על רקע התכלית שעליה עמדנו: חשש מפני מצב שבו רשות ציבורית אינה מודעת לקיומם של מקרקעי ציבור מסוימים שאינם רשומים על שמה. דא עקא, כאשר

מדובר בנכסים המוקנים לאפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט, לא ברור כיצד מיושם המנגנון המעוגן בסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין. במקור, הסעיף נועד לחול במקרים שבהם קיימת אדמת מדינה לא רשומה, כאשר רק עם רישומה מתחיל להימנות מרוץ ההתיישנות. בענייננו, המקרקעין מושא ההליך היו רשומים בפנקס השטרות עוד משנת 1882, על שמו של "מוסטון בן בניסטה" (ככל הנראה משה בנכנישתי, המקדיש. ראו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין דוויק הראשון, בפסקה 32). יצוין גם כי בתקופה הירדנית, נרשמו המקרקעין על שמו של הממונה הירדני, בפנקסי מס רכוש הירדנים (ראו שם, בפסקה 11(ג)). מכל מקום, הרישום בפנקס השטרות עמד בעינו לאורך השנים, ולמעשה אין מחלוקת שבכל התקופה שבה היו המקרקעין מוקנים לאפוטרופוס הכללי – הם לא נרשמו על שמו ואף לא היו אמורים להירשם (ראו: סעיף 63 לסיכומי המשיבים בבית משפט השלום). ממילא, אם כן, לא חל כל שינוי ברישום המקרקעין, אף לא כאשר המקרקעין שוחררו לידי נאמני ההקדש בשנת 2002. על כן, קביעתו של בית משפט השלום כי מרוץ ההתיישנות החל להימנות רק מרגע ששוחררו המקרקעין לידי נאמני ההקדש היא אפוא נטולת בסיס גם מבחינת לשון החוק.

59. לא למותר להזכיר כי טעם נוסף העומד בבסיסו של סעיף 113(ב) הוא ההקפדה על העיקרון לפיו אין להעביר לידיים פרטיות בעלות במקרקעין השייכים לציבור (ראו: ויסמן, דיני קניין, בעמ' 266). כידוע, זהו עקרון יסודי דיני הקניין בישראל, המעוגן היטב בסעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל ("מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת"). אולם, אף רציונל זה נחלש כאשר מדובר במקרקעין המוקנים לאפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט. מקרקעין אלה הם מלכתחילה לא מקרקעין שנחשבים כמקרקעי המדינה, אלא מקרקעין שהנחת היסוד לגביהם היא שהם נועדו לחזור לידיים פרטיות של בעליהם. בהקשר זה צוין בעבר כי "אין דין אפוטרופוס המחזיק ברכוש הפרט כדין שליטת הריבון בנכסיו. החזקת האפוטרופוס היא זמנית ולמטרה מובהקת הקבועה בחוק" (ערר 57/87 יורשי המנוח יעקב יוסף שכטר ז"ל נ' הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש באיזור יהודה ושומרון (1992)). ראו והשוו גם: ע"א 58/54 הבאב נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד י 912 (1956), שם נקבע כי: "חוק נכסי הנפקדים בא למלא תפקיד זמני: לשמור על נכסי נפקדים, פן יהיו הפקר וכל דאליים ישלח ידו בהם" (שם, בעמ' 919). ראו גם: סעיף 15(א) לחוק האפוטרופוס הכללי).

60. מעניין לציין כי בחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), התשמ"א-1981, מוגדרים "מקרקעי ציבור" כ"מקרקעי ישראל כמשמעותם בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ומקרקעין של רשות מקומית", מבלי שהגדרה זו כוללת מקרקעין של תאגידים סטטוטוריים (ראו:

ויסמן, דיני קניין, בעמ' 267-268). אף עובדה זו מלמדת על סוג המקרקעין שהמחוקק רואה חשיבות להגן עליהם מפני פלישות של גורמים פרטיים. מקרקעין מהסוג המוחזק ומנוהל על-ידי האפוטרופוס הכללי נבדלים ממקרקעי ציבור במובן מהותי זה.

61. נקודה נוספת הראויה לציון, נוגעת לשאלת תחולתו של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין על מקרקעין לא מוסדרים. בהקשר זה הועלתה בספרות המשפטית הטענה, כי חוק המקרקעין אינו פוגע בדיני התיישנות במקרקעין לא מוסדרים, בהתאם לאמור בסעיף 162(2) לו (סעיף "שמירת הדינים"); ולכן במקרקעין לא מוסדרים ממילא סעיף 113(ב) לחוק אינו חל, ותקופת התיישנות נספרת נגד המדינה גם אם המקרקעין אינם רשומים (ראו: פליאה אלבק ורן פליישר דיני מקרקעין בישראל 163-164 (2005)). מנגד, הובעה העמדה כי סעיף 113(ב) אמנם חושף את "חוסר השלמות" שבניסוח סעיף 162(2) לחוק, אולם ניתן להניח כי המחוקק הותיר מצבים מסוימים שעליהם כן יחולו דיני התיישנות כפי שהיו בתוקף ערב חקיקת חוק המקרקעין, שכן אחרת סעיף 113(ב) לחוק לא יבוא לכלל תחולה (ראו: ויסמן, התיישנות והמדינה, בעמ' 12). כך או כך, דומה שדיון זה נעשה בספרות מתוך הנחת מוצא ברורה שהקרקעות הרלוונטיות לתחולתו של סעיף 113(ב) לחוק הם במובהק אדמות מדינה, ולא אדמות פרטיות המוחזקות ומנוהלות באופן זמני על-ידי האפוטרופוס הכללי.

62. המסקנה שאליה הגעתי נתמכת אף בשיקולים של הרמוניה חקיקתית פנימית. הדברים אמורים בשים לב לנוסחו של סעיף 14 לחוק התיישנות, הקובע הסדר של השעיית מרוץ התיישנות בנסיבות שבהן נמצא אחד מבעלי הדין "בשטח מדינה, שמחמת התנאים שהיה נתון בהם שם או מחמת היחסים שהיו שוררים בין אותה מדינה לבין מדינת ישראל לא יכול היה, הוא או בעל דינו, לקיים את הבירור המשפטי". בהקשר זה מתייחס הסעיף באופן ספציפי לנכס המצוי בניהולו של האפוטרופוס הכללי, וקובע שבעל הדין לעניין זה יהא "בעל הנכס" (דהיינו, לא האפוטרופוס הכללי עצמו, על אף שהוא מנהל את הנכס באותה העת). למעשה, קריאה של סעיף זה מלמדת כי ההנחה של חוק התיישנות היא כי מרוץ התיישנות ממשיך להתקיים גם בתקופה שבה הנכס מוקנה לניהולו של האפוטרופוס הכללי, שכן אחרת לא היה כל צורך לקבוע הוראה מיוחדת לעניין השעיית מרוץ התיישנות כאשר בעל הנכס מצוי במדינה אחרת ולא יכול לנהל את ההליך. במלים אחרות, העובדה שחוק התיישנות נדרש באופן ספציפי לעילות אחרות של השעיית מרוץ התיישנות בתקופה שבה מוקנים המקרקעין לניהולו של האפוטרופוס הכללי, מלמדת כי המחוקק לא סבר שסעיף 113(ב) לחוק אמור לחול בנסיבות אלה.

63. על כל האמור בנוגע לתכליתו הקונקרטית של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין יש להוסיף ולהתייחס לתכליותיו של מוסד ההתיישנות ככלל, ובפרט להתיישנות במקרקעין. בעיקרו של דבר, אני סבורה כי הטעמים להכרה בהתיישנות תומכים בנסיבות העניין במסקנה שלפיה אין מקום להשעות את מרוץ ההתיישנות כל עוד המקרקעין מוקנים לאפוטרופוס הכללי. כך, הרציונלים שעניינם מתן ודאות לנתבע המסתמך על המצב הקיים מזה שנים, הימנעות מניהול הליך שמבוסס על ראיות מלפני שנים רבות, כמו גם האינטרסים המוסדיים שעניינם אי-הכבדה על בית המשפט בתביעות ישנות שמעוררות קושי דיוני – תומכות במסקנה האמורה. כמו כן, הנחת המוצא העומדת ביסוד דיני ההתיישנות לפיה תובע שאינו תובע שנים ארוכות "ישן על זכויותיו" תומכת אף היא במסקנה כי סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין יחול רק בנסיבות שבהן מדובר באדמות מדינה שרשות ציבורית אינה מודעת אליהן כלל, להבדיל ממקרים שבהם האפוטרופוס הכללי מנהל מקרקעין פרטיים מכוח צו הקניה ספציפי. על כך מתווספים שיקולי המדיניות הייחודיים החלים כאשר עסקינן בהתיישנות במקרקעין. במישור הציבורי, התיישנות במקרקעין מגבירה את הודאות בשוק המקרקעין, ומעודדת ניצול יעיל של קרקעות. במישור הפרטני, כאשר אדם מחזיק במקרקעין באין מפריע, ככל שחולף הזמן מתחזקת ההצדקה לשמר את הסטטוס קוו ומנגד נחלשת ההצדקה לדרוש מהמחזיק להוכיח כיצד רכש את זכותו או לחייבו להשיב אותה לבעליה (ראו: חבקין, בעמ' 460). הדברים אמורים בשים לב לכך שעסקינן במקרקעין לא מוסדרים, להבדיל ממקרקעין מוסדרים שביחס אליהם שיקולים אלה נחלשים משמעותית (ועל כן הסדרי ההתיישנות לגביהם, כידוע, בוטלו). אם כן, מכלול אינטרסים אלה מצדיק לנקוט משנה זהירות כאשר אנו נדרשים לפרש הוראת חוק ככזו המשעה את מרוץ ההתיישנות או מקנה חריג מרחיק לכת לתחולתה של התיישנות.

64. לסיכום חלק זה: ההסדר הקבוע בסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין נועד לחול על אדמות מדינה, ולא על מקרקעין בבעלות פרטית שהוקנו לניהולו של אפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט. כך עולה הן מלשון הסעיף המתייחסת לתחילת מרוץ ההתיישנות בעת רישום המקרקעין על שם בעליהם (בעוד במקרים מן הסוג דנן, הרישום נותר ממילא כל העת על שם הבעלים הפרטיים), והן מתכליותיו של הסדר זה שנועדו להגן מפני פלישה לאדמות מדינה שאין לגביהן בקרה ומפני העברתן לידיים פרטיות מכוח התיישנות. על כן, אני סבורה כי אין מקום לקבוע שסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין חל על המקרקעין מושא ההליך דנן בתקופה שבה אלה נוהלו על-ידי האפוטרופוס הכללי. יחד עם זאת, עדיין יש לבחון טענה נוספת שהועלתה בכל הנוגע להשעיית מרוץ ההתיישנות – זו המבוססת על ההסדר הקבוע בסעיף 8 לחוק ההתיישנות.

65. תקופת ההתיישנות נמנית, בהתאם לסעיף 6 לחוק ההתיישנות, מהיום שבו נולדה עילת התובענה. משעסקינן בתביעה לסילוק יד של מי שלפי הנטען מחזיק בנכס שלא כדין – נקודת המוצא היא כי עילת התובענה נולדה לכל המוקדם במועד שבו החל הנתבע בהחזקת הנכס (ראו: עניין מוסקוביץ, בפסקה ז'). בענייננו, החזקתם של בני משפחת דוויק החלה בשנת 1965, וניתן לומר שכח התביעה לגביה התגבש רק בעקבות החלת המשפט הישראלי על מזרח ירושלים. לעומת זאת, לפי שיטתם של המשיבים, מרוץ ההתיישנות החל בפועל אך סמוך להגשת התביעה בעניין דוויק הראשון, ולכל המוקדם בשנת 2005. זאת, על יסוד סעיף 8 לחוק ההתיישנות. האמנם?

66. כידוע, סעיף 8 לחוק ההתיישנות קובע הסדר של השעיית מרוץ ההתיישנות, המכונה גם "חריג הגילוי המאוחר":

"נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה,
מסיבות שלא היו תלויות בו ושאף בזהירות סבירה לא
יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום
שבו נודעו לתובע עובדות אלה".

בבסיסו של חריג הגילוי המאוחר ניצב הטעם לפיו במקרה שבו נעלמו מעיני התובע עובדות המהוות את עילת התביעה והוא אף לא יכול היה לגלותן בזהירות סבירה, הרציונלים העומדים ביסוד הסדר ההתיישנות אינם מתקיימים – ובפרט, לא ניתן לומר כי התובע "ישן על זכויותיו" או ויתר עליהן באופן שהוביל להסתמכות ראויה להגנה של הנתבע (ראו: עניין גיא-ליפל, בפסקה 39; רע"א 1101/20 שירותי בריאות כללית נ' פלוני, פסקה 15 (21.5.2020); חבקין, בעמ' 243).

67. לאורך השנים עסקה הפסיקה רבות בפרשנותו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות ובהיקף תחולתו על תביעות שונות. בתמצית, נקבעו מספר כללים ליישומו של חריג הגילוי המאוחר: ראשית, על הטוען לקיומו של החריג מוטל הנטל להוכיח את תנאיו; שנית, החריג מורכב מיסוד סובייקטיבי (שהתובע לא ידע אחת או יותר מהעובדות המהוות את עילת התובענה מסיבות שלא היו תלויות בו) ומיסוד אובייקטיבי (שהתובע לא יכול היה, בזהירות סבירה, למנוע את אי-הידיעה האמורה); שלישית, תובע ייחשב כמי שנעלמו ממנו העובדות המהוות את עילת התובענה אם לא היה בידו ולו "קצה חוט", חשד או סברה בדבר קיומן של עובדות אלה – להבדיל מדין או ראיות (ראו: ע"א 1254/99 המאירי נ' הכשרת הישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(2) 535, 551 (2000); עניין גיא-ליפל, בעמ' 121; רע"א 5087/10 מדינת ישראל נ' דוננפלד, פסקה 13

(7.11.2012); ע"א 1442/13 זוארט נ' התעשייה הצבאית ישראל בע"מ, פסקה 11 (18.8.2016). וכפי שסוכמה הלכה זו: "ידיעה מינימלית מסוג של קצה חוט היא שמטילה על התובע נטל לפעול למימוש זכויותיו בתוך פרק זמן סביר. משהתגלה אותו קצה חוט, שומה על התובע לנקוט אמצעים סבירים לגילוי העובדות החיוניות האחרות ולהגיש תובענה בתוך תקופת ההתיישנות" (חבקין, בעמ' 258-259).

68. בענייננו, מסקנתו של בית משפט השלום התבססה על עדותו של המשיב 2, אחד מנאמני ההקדש, שהעיד כי גודלם של מקרקעי ההקדש משתרע על חטיבת קרקע ששטחה למעלה מ-5,000 מ"ר, וכי למקרקעין אלה "פלו עשרות רבים של פולשים", כך שהמשיבים נאלצו להשקיע מאמצים רבים כדי להתחקות אחר זהותם המדויקת של המחזיקים בכל נכס ונכס, ובכלל זה אחר זהותם של המערערים. לדברי המשיב 2 בעדותו, המשיבים הגישו את התביעה בעניין דוויק הראשון סמוך לאחר שעמדו על זהותם של המערערים. בית משפט השלום קבע כי עדותו של המשיב 2 לא נסתרה על-ידי המערערים.

69. לאחר שבחנתי את הדברים, אני סבורה שמסקנתו של בית משפט השלום בעניין זה אינה עולה בקנה אחד עם אמת המידה שנקבעה בפסיקתו העקבית של בית משפט זה לעניין רמת הידיעה הנדרשת לצורך שלילתו של חריג הגילוי המאוחר. בית משפט השלום יצא מנקודת הנחה שמועד הגילוי ייבחן מנקודת מבטם של המשיבים – לאחר שקבע כי התקופה שבה נהלו המקרקעין על-ידי האפוטרופוס אינה נחשבת לצורך מרוץ ההתיישנות. ואולם, לנוכח מסקנתי כי קביעה זו היא שגויה, יש למעשה לבחון את ידיעתו של האפוטרופוס הכללי, שניהל את הנכס מתוקף צו ההקניה עד לשחרור המקרקעין בשנת 2002. בפרספקטיבה זו, אני סבורה כי מהראיות שהונחו בפני בית משפט השלום עולה באופן ברור כי בידי האפוטרופוס הכללי היה "קצה חוט" לעניין ישיבתם של מחזיקים במקרקעין – היא-היא העובדה העיקרית המקימה את עילתה של תביעת הפינוי.

70. מטענות המערערים ומחומר הראיות שהגישו לבית משפט השלום עולה כי בתיק שהועבר לאפוטרופוס הכללי מידי הממונה הירדני לאחר מלחמת ששת הימים נכלל גם דו"ח חקירה של הממונה הירדני מיום 30.11.1965. הדו"ח נכתב לאחר סיור בשטח שבוצע עם שני מודדים בכפר סילוואן, והוא מכיל מידע ביחס לחלקות שמספרן 73, 75, 84, 95, 96 ו-97. מתרגום הדו"ח (שצורף כנספח י"א לתצהיר העדות הראשית מטעם המערער 1) עולה כי בחלקים רבים של חלקה 96 התגוררו אנשים שטענו כי רכשו את הזכויות בהם מאדם בשם ג'לאג'ל. בפרט, בהתייחס למקרקעין שבהם מתגוררים המערערים, בסעיף 13 לדו"ח נכתב כך:

”באותה חלקה 96 יש חדר ומטבח ממלט... והיא מוחזקת
ע”י המכונה רג’א ג’לאג’ל ואומרים שהוא מכר אותה
לאדם מחברון”.

מסמך זה נכלל, כאמור, בתיק שהועבר לעיונו של האפוטרופוס הכללי עוד בשנת

1967.

71. מעבר לכך, ואף אם נסבור כי מסמך זה לבדו אינו עולה כדי ”קצה חוט” כנדרש, הרי שבשנות התשעים של המאה הקודמת הגיע לידי האפוטרופוס הכללי די והותר מידע ששולל את חריג הגילוי המאוחר. כך עולה מחקירתו הנגדית של המשיב 2 בבית משפט השלום, שבה ציין כך:

”ש: מאיזו שנה אתה עובד עם עטרת כהנים?

ת: אמצע שנות ה-90.

ש: שזה בעצם היה הזמן שפנית לראשונה לאפו’ הכללי
בעניין חלקה 96 גוש 29986?

ת: למיטב זכרוני אני לא הראשון שפנית. באמצע שנות
ה-90 פנית לאפו’ הכללי בעניין החלקה הזו”
(עמ’ 11 לפרוטוקול הדיון מיום 3.4.2019).

72. כמו כן, בשנת 1997 הוגשה לאפוטרופוס הכללי חוות דעת, לבקשתו, מטעמו של המודד שמעון ורזגר. חוות הדעת נדרשה ”לזהות גבולות של חלקות השייכות, על-פי השערת האפוטרופוס הכללי, להקדש בנבנישתי באזור שכונת השילוח – סילוואן, ירושלים” (חוות דעתו של אותו מומחה, שבה תוארה חוות הדעת משנת 1997, הוגשה מטעם המשיבים בהליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי בעניין דוויק הראשון. ראו: נספח י”ד לתצהיר העדות הראשית מטעמו של המערער 1). חוות דעת זו לא הוגשה לעיונו, ועל כן לא נוכל לדעת האם מידע קונקרטי בדבר חלקת המערערים נכלל בה או לא. יחד עם זאת, כאמור, בהינתן אמת המידה של ”קצה חוט” – ניתן להסתפק בקביעה שהאפוטרופוס הכללי ביצע ללא ספק, בשנת 1997, פעולות חקירה במקרקעין שמטרתן זיהוי החלקות וגבולותיהן.

73. זאת ועוד: בסמוך לאחר שחרור המקרקעין לידי נאמני ההקדש, הוציא האפוטרופוס הכללי ביום 25.7.2002 דרישת תשלום להקדש, בגין שכר הניהול שלו לתקופה שבה ניהל את מקרקעי ההקדש בסילוואן. האפוטרופוס הכללי העמיד את שכר הניהול על סך של 43,857 שקלים – וזאת בגין הוצאות בפועל וכן בגין פעולות שננקטו, כדלקמן: ”בקרורות נכסים, חקירות, דיונים משפטיים, הוצאת צו ניהול, התכתבויות שונות (העירייה, מס רכוש, לשכת רישום המקרקעין, מודדים) וכן תרגומים מהשפה הערבית” (נספח ט”ז לתצהיר העדות הראשית מטעמו של המערער 1 בבית משפט השלום). מסמך

זה כשלעצמו מלמד כי האפוטרופוס היה פעיל לאורך השנים בשטח שנוהל על-ידו בסילוואן וכי הוא ידע, או למצער היה עליו לדעת, בהינתן פעולות החקירה שלטענתו בוצעו, על ישיבתם של פולשים במקרקעין מושא ההליך במשך שנים כה רבות.

74. יש לציין גם, כי המערערים הציגו לבית משפט השלום קבלות על תשלומי ארנונה שבוצעו לעיריית ירושלים החל בשנות ה-60 של המאה הקודמת (נספח י' לתצהיר העדות הראשית מטעמו של המערער 1). יצוין, כי לא על כל הקבלות מופיע בבירור שם הנמען בעברית, והמשיבים אף טענו בבית משפט השלום כי מדובר במסמכים שאינם קשורים למקרקעין מושא ההליך דנן, אלא לחלקה אחרת (ראו: עמ' 40 לפרוטוקול הדיון בבית משפט השלום מיום 10.4.2019). אולם, לפחות על קבלה אחת משנת 1994 מופיע המען "דוויק פאטמה חמיס – סילוואן". יתר על כן, המערערים טענו כי סבו של המערער 1 הורשע בשנת 1979 בגין עבירות בניה שביצע במבנה הבנוי במקרקעין, וכי הוא אף נשא בעונש מאסר בגינן לאחר שלא עלה בידו לשלם את הקנס (בהפניה לת"פ 6913/78, הליך שאוזכר בהמשך גם במסגרת הליך אחר שנגע לעבירות בניה במקרקעין שבהן הורשע אביו של המערער 1 בשנת 2010 – ב"ש 2582/08, ע"פ 10-04-1638, רע"פ 3154/11). המשיבים לא סתרו טענה זו.

75. אמנם, אין מדובר במסמכים המעידים באופן ישיר על ידיעה של האפוטרופוס הכללי בנוגע לישיבתם של בני משפחת דוויק במקרקעין, אלא על ידיעתה של עיריית ירושלים. אולם, יש להניח כי גוף כמו האפוטרופוס הכללי יכול בנקל לברר אל מול גורמי העירייה מיהם האנשים המתגוררים בחלק מסוים במקרקעין שבניהולו – כאשר אנשים אלה מקבלים דרישות לתשלום מסים עירוניים ואף עומדים לדין בגין בניה בלתי חוקית במקרקעין. לעניין זה יש להזכיר כאמור כי כלל הגילוי המאוחר מורכב גם מיסוד אובייקטיבי – לפיו התובע לא יכול היה, בזהירות סבירה, למנוע את אי-הידיעה. כך נקבע לעניין זה בעבר:

"מדיניות משפטית וחברתית רצויה חייבת לעודד בעלי מקרקעין להפגין התעניינות ממשית (בגבולות הסביר) הן בעת רכישת המקרקעין והן באופן שוטף במהלך שנות בעלותם בקרקע. אין כוונתי כי מדי שנה בשנה על בעל המקרקעין להוציא מודד לקרקע. עם זאת, גם אין זה סביר שבמשך 40 שנה נעשה שימוש במקרקעיהם של המערערים מבלי שהם ידעו על כך" (עניין וינשל, בפסקה 36).

דברים אלה, שנאמרו ביחס לבעלי מקרקעין פרטיים, יפים אף ביתר שאת כאשר מדובר במקרקעין המנוהלים על-ידי האפוטרופוס הכללי תוך שמוטלות עליו חובות בדין לבצע פעולות חקירה ובקרה ביחס אליהם.

76. לסיכום חלק זה: איני סבורה כי הוכח ברמה הנדרשת כי לאורך 35 השנים שבהם ניהל האפוטרופוס הכללי את המקרקעין, לא עלה בידו ולו "קצה חוט" בדבר עובדת ישיבתם של בני משפחת דוויק בהם. משכך, אין מקום להחיל בנסיבות העניין את סעיף 8 לחוק ההתיישנות. מאחר שתקופת ההתיישנות בענייננו עומדת על 15 שנים, והתביעה הוגשה בשנת 2014 – די בכך שאקבע, על בסיס הראיות שהוצגו לבית משפט השלום, כי תקופת ההתיישנות החלה להימנות עוד לפני שנת 1999, ומשכך עד להגשת התביעה, הושלמה תקופת ההתיישנות.

החזקה נוגדת

77. בשלב זה נותר לבחון רק את יסוד החזקה הנוגדת. כאמור לעיל, לצורך קבלתה של טענת התיישנות בתביעת פינוי מקרקעין, המחזיק הטוען להתיישנות נושא בנטל להוכיח כי במשך כל תקופת ההתיישנות הוא החזיק במקרקעין החזקה נוגדת. בית משפט השלום לא נדרש כלל להיבט זה של טענת ההתיישנות, מאחר שביסס את מסקנתו על סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, ולחלופין על כלל הגילוי המאוחר. מאחר שהגעתי למסקנה שונה בשתי הסוגיות האמורות, אשלים את הדיון גם בהיבט זה. בתמצית, אני סבורה כי יסוד החזקה הנוגדת מתקיים בנסיבות העניין, ועל כן התוצאה המתקבלת היא כי תביעת המשיבים התיישנה.

78. המשיבים טענו בבית משפט השלום לעניין זה, כי טענת החזקה הנוגדת לא הועלתה בכתב ההגנה אלא נזכרה לראשונה בתצהיר העדות הראשית של המערער 1, ומשכך מדובר בהרחבת חזית אסורה. כמו כן, הם טענו כי אפילו יש מקום להכיר בחזקה הנוגדת של המערערים הרי שניתן להחילה כלפי המשיבים רק מיום מינוים כנאמני ההקדש בשנת 2001. לבסוף, נטען בהקשר זה כי המערערים לא הוכיחו שהחזקתם הייתה רציפה במשך כל תקופת ההתיישנות בהתחשב בכך שלא הגישו חשבונות שוטפים מעשרים השנים האחרונות המלמדים על החזקה במקרקעין (כגון חשבונות ארנונה, חשמל ומים), ואף נמנעו מלהביא לעדות עדים מטעמם כגון שכנים, שיעידו על החזקתם הרציפה במקרקעין (סעיף 79 לסיכומי המשיבים בבית משפט השלום).

79. איני סבורה כי יש ממש בטענות אלה של המשיבים, המבקשות להרחיב יתר על המידה את הדיון בטענת ההחזקה הנוגדת. כפי שצוין בפתח הדברים, מהותה של טענה זו היא ניגוד אינטרסים בין המחזיק במקרקעין ליריבו, התובע פינוי (ראו: לוינסון-זמיר, בעמ' 184). משמעותה היא כי "חזקתו של המחזיק בקרקע אינה נעשית מתוך הסכמתו ורשותו של הטוען לבעלות בקרקע, אלא על אפו ועל חמתו" (ע"א 693/04 אל קימרי נ' אל קימרי, פסקה 24 (28.9.2007) (להלן: עניין אל קימרי)). המקרים המורכבים שבהם מתעוררת שאלה בנוגע לקיומה של החזקה נוגדת מתרחשים כאשר ישנן ראיות המלמדות באופן לא חד משמעי על הסכמה של בעל הזכויות במקרקעין להחזקה. במקרים אלה נעזרה הפסיקה במבחנים הנוגעים לטיב היחסים בין הצדדים: כך, אם מדובר בקרובי משפחה למשל, ניתן להניח שמדובר בהחזקה בהסכמה, ואילו אם מדובר באנשים זרים זה לזה מבחינה חברתית ומשפטית, ההנחה תהיה שהחזקה היא נוגדת כל עוד התובע לא הוכיח אחרת. כך צוין בעניין זה בעבר:

"לעניין בחינתם של טיב היחסים בין המחזיקים ליריבו, וככל שהם 'זרים' זה לזה, סביר שהמדובר בהחזקה נוגדת: 'מאתורי הנחה זו עומד ניסיון החיים המלמד כי, מחד גיסא, מי שנוטל החזקה במקרקעי הזולת הזר לו עושה זאת כדי להנות את עצמו על חשבון הזולת, ומאידך גיסא, שאין דרכו של אדם להסכים להחזקת זר במקרקעין'. אוסיף, כי דברים אלה מחזקים את האמור מעלה באשר למדינה, אותו גוף גדול ומסורבל בעל מקרקעין רבים, שבוודאי אין דרכה להסכים להחזקת זר במקרקעיה – ואף אסור לה הדבר אלא על פי דין – אלא שמתוך גודלה וסרבולה אינה יודעת בכל עת נתונה על הנעשה בכל נכס מנכסיה" (רע"א 9076/05 וליד אלדוח נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה ד(5) (2.5.2006)).

לצד זאת, קיימים גם מקרים פשוטים יותר להכרעה – כאשר התובע טוען במפורש כי המחזיק הוא מסיג גבול ודורש את סילוקו (ראו: עניין פלר, בעמ' 285-286; עניין אל קימרי, בפסקה 24; ע"א 5323/07 יעקובוב נ' עזבון המנוח זאביולה נעמת נג'אד ז"ל, פסקאות כ'-כ"א (1.2.2010); לוינסון-זמיר, בעמ' 185; חבקין, בעמ' 465). במקרים אחרונים אלה, כגון המקרה דנן, ניתן לקבוע כי התקיים יסוד ההחזקה הנוגדת.

80. טענת המשיבים כי ההחזקה הנוגדת של המערערים החלה רק עם מינויים של המשיבים לנאמני ההקדש היא משוללת יסוד. המשיבים, כשם כן הם, משמשים כנאמנים להקדש. ההחזקה הנוגדת של המערערים אינה אישית כלפיהם, אלא כלפי ההקדש, הוא בעל המקרקעין. לפיכך, מועד מינוי המשיבים הספציפיים כנאמני ההקדש אינו מעלה או מוריד לעניין ההחזקה הנוגדת. היריבות המשפטית בין הצדדים החלה עם כניסתם של בני משפחת דוויק, שלא ברשות ההקדש (אלא על בסיס עסקה שנעשתה בתום

לב עם צד שלישי שאינו תם לב – ג'לאג'ל), למקרקעי ההקדש, ונמשכה עם ישיבתם בו במשך שנים רבות.

81. כמו כן, יש לדחות את טענת המשיבים שלפיה היה על המערערים להוכיח באופן פוזיטיבי את ישיבתם במקרקעין באמצעות הצגת חשבונות שוטפים והבאת שכנים ומכרים לעדות. המשיבים לא הצביעו על הלכה פסוקה התומכת בפרשנות מרחיבה זו. אכן, ההחזקה במשך תקופת ההתיישנות חייבת להיות רצופה. אולם, אין מקום להפוך את הדיון בטענה זו למעין "משפט-זוטא" שבו נדרש הנתבע להוכיח ב"רחל בתך הקטנה" את ישיבתו במקרקעין בכל שנה ושנה במהלך תקופת ההתיישנות (ראו: ויסמן, החזקה, בעמ' 30). למעלה מן הצורך יצוין, כי ממילא חלק ניכר מהמסמכים שנסקרו לעיל במסגרת הדיון על חריג הגילוי המאוחר – כגון חשבונות ארנונה שהציגו המערערים והליכים שנוהלו בגין בניה לא חוקית במקרקעין – מוכיחים ברמה מספקת כי בני משפחת דוויק התגוררו במקרקעין ברצף במהלך עשרות השנים האחרונות.

82. לבסוף יצוין כי גם טענת המשיבים בדבר הרחבת חזית צריכה להידחות. המערערים העלו בכתב הגנתם באופן מפורש את טענת ההתיישנות (סעיף 10 לכתב ההגנה המתוקן מיום 5.6.2017: "דין התביעה להידחות מחמת התיישנות; הנתבעים מחזיקים ללא עוררין במקרקעין נשוא התביעה באופן ייחודי ובלעדי מלפני יותר מ-50 שנה..."). אכן, הביטוי "החזקה נוגדת" לא הופיע בכתב ההגנה המתוקן, אלא רק בתצהיר העדות הראשית של המערער 1, אולם בכך בלבד אין משום הרחבת חזית אסורה. אין מדובר בטענה חדשה המועלית לראשונה בתצהיר העדות הראשית, אשר יוצרת מחלוקת חדשה או חורגת מן המחלוקת היסודית שנפרשה בכתב התביעה ובכתב ההגנה (ראו: רע"א 2874/08 עיריית הרצליה נ' אברהם יצחק בע"מ, פסקה ה' (15.5.2008); רע"א 899/11 פלונית נ' משרד החינוך והתרבות, פסקה 5 (7.6.2011)). ממילא אף לא ניתן בכך יתרון בלתי הוגן, מבחינה דיונית, למערערים (ראו: ע"א 1653/08 ליפץ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 5 (14.7.2011)).

לפני סיום

83. וכעת, שתי הערות לסיום. האחת – עניינה בהיסטוריה, והשנייה – באופן ניהולו של ההליך.

84. ראשית, יש להודות כי הכרעה שיפוטית במקרה כמו זה שבפנינו אינה פשוטה. מורכבותה נובעת מכך שהסכסוך נסב על נכסים שמצבם העובדתי והמשפטי הושפע גם

מאירועים מדיניים – ובהם הימצאותם של הנכסים בתחום ריבונותה של ממלכת ירדן עד לשנת 1967, ולאחר מכן הקנייתם לאפוטרופוס הכללי ושחרורם לידי ההקדש. אכן, מטרתו של חוק הסדרי משפט הייתה לאפשר חזרה של נכסים לבעליהם. אולם, חוק זה לא ביקש למחוק עובדות שנוצרו בשטח, ובכלל זה את דיני ההתיישנות בכל הנוגע להחזקה במקרקעין.

85. שנית, לא אוכל לסיים מבלי להצביע על כך שזוהי פעם נוספת שבה מתנהל סכסוך בעצימות גבוהה בנושא בעל רגישות ציבורית, כאשר מקומן של המדינה ורשויותיה נפקד בהליך באופן שלמצער מעורר שאלות. ניתן להתרשם כי בשנים הרבות שבהן הנכסים היו מוקנים לאפוטרופוס הכללי ניהולם נעשה בעצלתיים. ממילא התעוררה והתחדדה שאלת ההתיישנות, שהיא כאמור בעלת השלכה על מקרים נוספים, אך היועץ המשפטי לממשלה נמנע מלהיכנס בעובי הקורה בסוגיה זו. לרשויות המדינה – הפתרוניס.

הערות נוספות

86. בשלב זה הגיעו לעיוני חוות הדעת של חבריי השופט ד' מיןן והשופט י' עמית, החולקים עליי, מי במידה רבה ומי במידה פחותה, ואף חלוקים ביניהם באשר לתוצאה. בהתחשב בכך, אני מבקשת לחדד את עמדתי במספר נקודות, בקיצור נמרץ.

87. אפתח בהתייחסות תמציתית לחוות דעתו של חברי השופט מיןן בכל הנוגע לנקודות המחלוקת העיקריות בינינו. אשוב ואדגיש כי לשיטתי, כפי שסבור אף חברי השופט עמית, המקרה שבפנינו הוא מקרה מובהק להענקת רשות ערעור. בהמשך לאמור בפסקה 43 לעיל, אני סבורה כי זהו מקרה שבו השלם גדול יותר מסך כול חלקיו, במובן זה שחוברים להם מספר שיקולים, אשר גם אם לא היה די בכל אחד מהם בעומדו לבדו, יש ויש בהם די והותר להענקת רשות ערעור, בהצטברם יחד. כך, המקרה דנן מעורר שאלה משפטית עקרונית שאליבא דכול הדעות לא ניתן לה מענה בפסיקתו של בית משפט זה וההכרעה בה עשויה להשליך על הליכים רבים המתנהלים בערכאות השונות. לכך מצטרפת גם הרגישות המיוחדת שבה יש לנהוג כאשר הסוגיה המובאת לפתחנו משליכה על קיומה של קורת גג מעל לראשם של המערערים על כל המשמעויות כבדות המשקל הנלוות לכך. אף אחד משיקולים אלה אינו עומד לבדו, ופירוקם ל"אטומים" בודדים אינו עושה צדק עם המקרה שבפנינו.

88. באשר לטענת החזקה הנוגדת, אני מבקשת לשוב ולציין כי הנחתו של חברי השופט מיון לפיה על המערערים להוכיח מבראשית את זיקתם למקרקעין באמצעות חשבונות שונים, אינה משקפת נכונה את ההלכה הפסוקה במאטריה שבה עסקינו. יש אמנם הקשרים משפטיים אחרים שבהם הטוען לזכות או למעמד נדרש להוכיח ישיבה במקום באמצעות הצגת רצף של חשבונות ומסמכים רשמיים (למשל, לצורך הוכחת תושבות בישראל). אולם, אין הדבר כן בסוגיה המשפטית העומדת להכרעתנו. הדברים אמורים מבלי לגרוע מתוקפן של ראיות למכביר שהוצגו לישיבתם של המערערים במקרקעין, לרבות הליכים שנוהלו נגדם בגין בנייה בלתי חוקית במקום. האין זו ראייה מכרעת?

89. היבט נוסף שבו חולק עלי חברי השופט מיון, ובעניין זה מסכים עמו אף חברי השופט עמית, נוגע לשאלה באיזו מידה ניתן לזקוף לחובת הבעלים את ידיעתו של האפוטרופוס הכללי, וזאת לצורך החלתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות. חברי השופט עמית מטעים בקשר לכך כי האפוטרופוס אינו יכול להיחשב "חליף" של הבעלים, מאחר שאין מדובר במצב טיפוסי של חליפות, המבוססת על בחירה רצונית. דעתי כאמור שונה, ואבקש להבהיר ולו בקצרה את טעמי. אכן, המקרה של העברת הנכסים לאפוטרופוס הכללי אינו מצב של חליפות רצונית. אולם, אין בכך בלבד כדי לאבחן את המקרה ממצבים אחרים של חליפות. למעשה, יש להדגיש כי הקושי שעליו עומדים חבריי אינו ייחודי למקרה זה, ומתעורר אף בהקשרים נוספים. כך למשל, גם מרוץ ההתיישנות ביחס ליורש, שבא בנעלי המוריש שלא מבחירה, מתחיל מנקודת הזמן שבה ידע התובע המקורי, או צריך היה לדעת, על העובדות הדרושות להגשת התביעה (ראו: סעיף 18 לחוק ההתיישנות. כן ראו: חבקין, בעמ' 252-253; ישראל גלעד התיישנות בדין האזרחי 410-411 (2022) (להלן: גלעד, התיישנות בדין האזרחי)). חשוב להדגיש, כי המקרה של יורש אינו המצב היחיד של חליפות לא-רצונית הנופלת לגדרו של סעיף 18 לחוק ההתיישנות. אלה הם פני הדברים גם במקרים אחרים שבהם החליפות נעשית מכוח הדין, לרבות הסדרים משפטיים של נאמנות, אפוטרופסות וכינוס נכסים. כך עולה במפורש גם מפסיקתו של בית משפט זה בעניין יעקובסון (ע"א 242/66 יעקובסון נ' גז, פ"ד כא(1) 85, 98 (1967)). כן ראו: גלעד, התיישנות בדין האזרחי, בעמ' 491-492). עקרונות אלה קיבלו ביטוי אף בנוסח המוצע לסעיף 834 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (כמפורט בדברי ההסבר לו. ראו: ה"ח הממשלה 700, 1060)). עניינו של היורש מובחן רק בעניין אחד, שנזכר במפורש בסיפא לסעיף 18 לחוק ההתיישנות, והוא הארכתה של תקופת ההתיישנות למשך של עד שנה לאחר פטירתו של המוריש. הסדר הארכה מיוחד אחר נקבע גם בסעיף 11 לחוק ההתיישנות בעניינו של לקוי בנפשו. מכלול זה מחייב להחיל

אותו עיקרון עצמו גם ביחס לענייננו: שרשרת העברת הזכויות, במודע או שלא במודע, מכוח הדין או מרצון, אינה עוצרת את מרוץ ההתיישנות.

90. מנגד, גישתם של חבריי מעוררת לטעמי קשיים לא מבוטלים כשלעצמה. דחיית ההתיישנות לאפוטרופוס כחליף עלולה להוביל להארכה של תקופת ההתיישנות למשך פרק זמן ארוך מאד, אולי אף עשרות שנים בחלק מן המקרים, באופן שכרוך בפגיעה קשה בזכויות ובאינטרס ההסתמכות של מי שמתגוררים בנכסים שבהם מדובר. מאזן ההגינות של דיני ההתיישנות מחייב להביא בחשבון אף שיקולים אלה. זאת ועוד: דומה שאי-התחשבות בידיעתו של האפוטרופוס הכללי לצורך תחולתו של סעיף 8 לחוק התיישנות אינה מיטבית אף מבחינת החתירה ליצירת תמריצים מתאימים לניהול הנכסים בשקידה סבירה, לטובת הבעלים והאינטרס הציבורי במובנו הרחב כאחד. אין צריך לומר, כי הפרת חובותיו של האפוטרופוס לנהוג בשקידה סבירה בניהול נכסים לטובת הבעלים עשויה להקים, במקרים מתאימים, גם חובת פיצוי בגין ניהול רשלני (וזאת כמובן מבלי לחוות דעה או להכריע בכל אופן שהוא באשר לנסיבות המקרה דנן).

91. לבסוף, אי אפשר שלא לחזור פעם נוספת להיסטוריה. חברי השופט מיינן חותם את חוות דעתו בסקירה מעמיקה של תולדות ההתיישנות היהודית במקום בשלהי המאה התשע-עשרה. הדברים נכוחים, ואף אני ציינתי את עיקריהם בפתח חוות דעתי. אין בינינו כל מחלוקת באשר לחשיבותה של ההיסטוריה של המקום. אך התמונה השלמה של רצף אירועי העבר היא מורכבת יותר מזו שהציג חברי. הסיפור ההיסטורי לא קפא על שמריו בשלהי שנות השלושים של המאה הקודמת, שבהם חתם חברי השופט מיינן את אירועי העבר. מאז התרחשו אירועים עתירי משמעות לא פחות: הקמת המדינה והכרזה על ירושלים כבירת ישראל, מלחמת השחרור, חלוקת העיר ירושלים והחלת השלטון הירדני בצדה המזרחי, ובהמשך לכך, לאחר מלחמת ששת הימים, חזרת ירושלים לשלטון ישראל והחלת המשפט הישראלי בה. זאת ועוד, בשנים הרבות שחלפו חלו תמורות נוספות שהשפיעו על ההחזקה בשטח ועל התמונה העובדתית המורכבת כפי שהיא כיום. מכל מקום, פסק דיני אינו עוסק במישור המהותי על שלל המורכבויות הכרוכות בו, אלא במשמעויות הפרוצדוראליות של חלוף הזמן. זהו טיבם של דיני ההתיישנות.

92. אשר לחוות דעתו של חברי השופט עמית אוסיף ואבהיר עוד כי לשיטתי הפרשנות שהצעתי ביחס לתחולתו של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין משקפת מדיניות רצויה המתמרצת ככלל את האפוטרופוס הכללי לפעול להגנה על נכסי מקרקעין שהוקנו לו. ויודגש, ככל שהחשש בהקשר זה מכוון לכך שמרוץ ההתיישנות יחל ביחס לקרקעות שהאפוטרופוס אינו מודע לכך שהוקנו לו, תשובתי היא שלצדו של סעיף 113(ב) לחוק

המקרקעין מוסיף לעמוד ההסדר הקבוע בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, שיש בו לאיין חשש זה.

93. מכל מקום, מאחר שעמדתי ביחס לפרשנות סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין אינה מקובלת על שני חבריי, אני מבקשת להצטרף, לחלופין, לעמדה הפרשנית של חברי השופט עמית ביחס להבחנה בין סוגי המקרים שעליהם חל סעיף זה, כמפורט בפסקה 13 לפסק דינו. בהקשר זה, ולו במישור האופרטיבי, אני מוצאת להצטרף אף לעמדתו של חברי באשר לשאלה מהו המועד שבו יחל מרוץ ההתיישנות במה שהוא מכנה "סוג המקרים השלישי" – קרי מקרים שבהם הוקנו לאפוטרופוס מקרקעין שהיו בבעלות פרטית, והרישום בפנקסי המקרקעין משקף את מצב הזכויות בפועל. בהתאם לכך, מהיבט התוצאה אני מצטרפת לעמדתו כי יש לקבל את הערעור באופן חלקי כך שהתיק יחזור להמשך בירור בבית משפט השלום.

טיכום

94. אם כן, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו קובעים כי תביעת המשיבים כנגד המערערים התיישנה. בהתאם לכך, היינו מקבלים את הערעור וקובעים כי דין תביעת הפינוי להידחות, וממילא אף קובעים כי חיובם של המערערים בהוצאות בבית המשפט המחוזי מבוטל. אף על פי כן, במצב שנוצר, משלא התקבלה דעתי, מטעמים מעשיים אני מצטרפת כאמור לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט עמית.

ש ו פ ט ת

השופט ד' מיןן:

חלוק אני על חברתי השופטת ד' ברק-ארז. לדידי, אין מקום כלל ליתן רשות ערעור בבקשה, וודאי לא להתערב בקביעותיו של בית משפט השלום ובפסק דינו של בית המשפט המחוזי. כמו כן, לאחר שעיינתי בחוות דעתו של חברי השופט י' עמית, אני סבור כי גם אין מקום להחזיר את הדיון לבית משפט השלום, לא בעניין תחולת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) ולא בעניין תחולת סעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות) במקרה דנן.

1. טענות המערערים בענייננו התחלקו למספר ראשים. נטען כי בית משפט השלום שגה במספר סוגיות: בקבעו כי לא קיים מעשה בית דין מסוג השתק עילה, המונע מן המשיבים לתבוע סעד של פינוי המקרקעין; בקבעו כי התביעה לא התיישנה, שעה שחזקת המערערים במקרקעין מהווה "חזקה נוגדת" המקימה התיישנות מהותית; בקבעו כי לא מתקיימים תנאי סעיף 23 לחוק המקרקעין. כמו כן טענו המערערים כי בידיהם רשות בלתי הדירה לשימוש במקרקעין, נוכח שתיקת המשיבים והאפוטרופוס הכללי ונוכח השקעתם בנכס במשך השנים. מלוא גודש טענות שיש לומר כבר עתה, כפי שמשתקף במבט חטוף, כי הן סותרות זו את זו באופן חזיתי.

2. לעמדתי, בהינתן קביעותיו העובדתיות של בית משפט השלום, הסוגיות לגביהן נטען במסגרת הבקשה אינן מעוררות כל שאלה עקרונית בעלת חשיבות כללית החורגת מן המקרה דנן. גם חברתי סבורה כן לגבי מרבית הסוגיות, אלא שלעמדתה טענת ההתיישנות מצדיקה התדיינות ב"גלגול שלישי", הן משום ההיבט העקרוני שהיא מעוררת לדעתה והן בשל ה"השלכות על קורת הגג הפרוסה מעל ראשה של משפחה המונה עשרות נפשות". בעניין זה אינני תמים דעים עם חברתי.

3. ראשית, גם סוגיית ההתיישנות בה התמקדה חברתי, ובעיקר השאלה הנוגעת להגדרת נכסים המוחזקים על ידי האפוטרופוס הכללי כ"מקרקעי ציבור", איננה סוגיה המצדיקה בחינה עקרונית במקרה זה. בית משפט השלום קבע מפורשות, כי גם אם תדחה הטענה לפיה מדובר ב"מקרקעי ציבור", על כל המשתמע מכך לעניין תחולת הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, הרי שיש מקום לקבוע כי התביעה התיישנה נוכח התקיימות תנאי הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות. קביעה זו מקורה בקביעות עובדתיות מפורטות אשר לא קמה כל עילה להתערב בהן, בוודאי לא בגלגול שלישי.

4. באשר לטענה כי מדובר בסוגיה המשליכה על גורלה של משפחה וקורת הגג שלראשה, גם בעניין זה אינני סבור כי מדובר בנסיבות המצדיקות את בחינת הסוגיה בגלגול שלישי. אכן, הנחת היסוד היא כי פינוי אדם, כל אדם, מבית מגוריו, אינו צעד קל או פשוט. הוא טומן בחובו פגיעה במפונה. אולם גם סוגיה זו, כמו סוגיות אחרות רגישות שבהן נדרש בית המשפט לטפל, נבחנת באמצעות הכלים המשפטיים המקובלים (וראו דחיית בקשות רשות ערעור במקרים שונים של פינוי מדירת מגורים: רע"א 2353/14 גולדשטיין נ' פיננשל לוורג' (פ.ד) בע"מ (6.7.2014); רע"א 7826/21 בן נון נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ (15.11.2021); רע"א 6588/15 זילברשלג נ' בנק משכן – בנק הפועלים בע"מ

(8.12.2015); בע"מ 9623/16 פלוני נ' פלוני (15.1.2017); רע"א 1105/17 שוורצברגר נ' אביבי (5.3.2017) וראו שם דחיית הבקשה "חרף העובדה שהמקרה דנן חריג במישור האנושי" (פסקה 16)). כך גם נאמר לא פעם ולא פעמיים כי אין ספק שפינוי מבית מגורים אינו תוצאה קלה אולם לעתים הוא מחויב המציאות (רע"א 6782/15 מועלם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 10 (25.10.2015); רע"א 5838/18 מיכל נ' רשות הפיתוח במזבן חוק רשות הפיתוח, פסקה 3 (12.6.2019); רע"א 2353/14 גולדשטיין נ' פיננשל לוורג' (9.7.2014) בע"מ, פסקה 8 ((6.7.2014)); וכי עצם העובדה שההליך נוגע למחזיקים רבים אינה הופכת, אך בשל כך, את המקרה לעניין המצדיק דיון ב"גלגול שלישי" (רע"א 409/20 יהוד (שרפי) נ' דיור ב.פ. בע"מ, פסקה 40 (29.11.2020)). אמת המידה למתן רשות ערעור צריכה להיות אפוא אחידה.

5. ויתר על כן, באשר לענייננו. עיון מדוקדק בהליך שהתקיים בבית משפט השלום מגלה כי המשיבים הציעו למערערים פיצוי כספי, לפנים משורת הדין, והם חזרו על הצעתם זו פעם אחר פעם (ראו למשל: סעיף 6 להודעה מטעם המשיבים מיום 22.11.2018; סעיף 171 לסיכומי המשיבים מיום 31.7.2019). בפרוטוקול הדיון מיום 3.4.2019 אף ציינו המשיבים כי הם מסכימים שבית משפט יקבע את גובה הפיצוי שיינתן למערערים, עד גובה שווי הנכס כפי שייקבע על ידי חוות דעת שמאי שימונה על ידי בית המשפט (פרוטוקול הדיון מיום 3.4.2019, עמ' 34 שורות 27-31; פרוטוקול הדיון מיום 10.4.2019 עמ' 45 שורות 29-31). אף במהלך הדיון לפנינו שבו וחזרו המשיבים על כך שהם עומדים על הצעתם למתן פיצוי כספי, והצעה זו עומדת בעינה אף אם הליך זה מטעם המערערים ידחה (עמ' 13 לפרוטוקול הדיון, שורות 21-28). אשר על כן, גם אם יתכנו מקרים מסוימים בהם נסיבות חריגות ויוצאות דופן עשויות להצדיק מתן רשות ערעור (ואף כי אין מדובר בשיקול הנמנה במסגרת הכללים ה"רגילים" למתן רשות ערעור), נסיבות העניין שלפנינו בכל מקרה אינן מצדיקות זאת כלל.

6. לעמדת, הסוגיה כפי שהובאה לפנינו גם אינה מגלה היבטים עקרוניים המצדיקים הידרשות לבקשה בגלגול שלישי. כאמור לעיל, אינני סבור, וזאת גם כפי שהביע היועץ המשפטי לממשלה, כי יש להכריע במקרה זה בשאלת תחולתו של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין. השאלה אם יש להחיל את הוראות סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין על קרקעות שהוקנו לאפוטרופוס הכללי ונוהלו על ידו והאם ניתן לראות בהן "מקרקעי ציבור" הינה אכן שאלה הטעונה בירור (ראו גם בפסיקת בתי משפט השלום: ת"א (שלום י-ם) 55978-12-15 שפרמן נ' רג'בי, פסקאות 20-22 (20.1.2020); ת"א (שלום י-ם) 35534-02-16 רלבג נ' שוויקי, פסקאות 50-54 (3.2.2020); ת"א (שלום י-ם) 67449-12-15 שפרמן נ' רג'בי, פסקאות 53-55 (3.9.2020)). ברם המערערים לא הניחו תשתית משפטית מבוססת

להכרעה בשאלה, כאשר בעיקר נטען על ידם כי בית משפט השלום סמך את מסקנתו על שורה של פסקי דין המתייחסים למקרקעין שהיו מנוהלים על ידי רשות מקרקעי ישראל (פסקאות 40-42 לבקשה). בהיעדר תשתית ראויה אשר על גבה ניתן להכריע בסוגיה, ומשלא נשמע בענייננו טיעון משפטי מבורר בנושא, אין מקום להידרש לה. אין זה תפקידו של בית המשפט לעשות את מלאכתם של הצדדים ולשים טענות בפיהם. ככלל אין לעשות כן, וודאי כאשר בעל הדין אינו סומך את טענותיו על תשתית משפטית או עובדתית כלשהי (ראו: ר"ע 674/86 מדינת ישראל נ' נאות סיני, כפר שיתופי מיסודם של גרעיני חרות בית"ר בע"מ, פ"ד מב(2) 534, 527 (1988); ע"א 536/89 פז חברת נפט בע"מ נ' לויטין, פ"ד מו(3) 617, 625 (1992); ע"א 3832/19 פאי סיאם לינקולן בע"מ נ' מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל, פסקה 4 (26.10.2020)).

7. יתר על כן, כלל נקוט הוא בבית משפט זה שאין לדון בסוגיה משפטית חשובה במסגרת גלגול שלישי אם אין בפתרונה כדי להשפיע על תוצאת הערעור (רע"א 4548/14 פרץ נ' קצין התגמולים, פסקה 13 להחלטת חברתי (27.7.2014); רע"א 7664/13 סטניצקי נ' בנק לאומי למשכנתאות, פסקה 27 להחלטת חברתי (16.1.2014)). כאמור לעיל, בפסק דינו של בית משפט השלום הוכרע כי הסוגיה שעניינה תחולת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין איננה הסוגיה החורצת את גורל התביעה, שכן בין כה וכה קיימת במקרה זה תחולה להוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות, וזאת "גם למקרה שתידחה הטענה לפיה עד למועד שחרורם של המקרקעין לידי התובעים היה מדובר ב'מקרקעי ציבור', על המשתמע מכך לעניין הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין" (פסקה 27 לפסק דינו של בית משפט השלום).

8. על כל אלה יצוין כי על פני הדברים, מבלי שמצאתי כאמור כי יש צורך להכריע בשאלה, אינני סבור כי ניתן לקבוע בנקל שקביעת בית משפט השלום כי מרוץ ההתיישנות החל להימנות רק למן הרגע ששחררו המקרקעין לידי נאמני ההקדש, היא נטולת בסיס. ודאי שיש לקביעה זו עוגן מפורש בהוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין המתייחסת ל"מקרקעי ציבור". אדרבה, אינני מוצא כל עוגן בלשון החוק להבחנה בין "אדמות מדינה" לבין "מקרקעין בבעלות פרטית שהוקנו לניהולו של האפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט". כמו כן, הרציונל המונח ביסוד דחיית תקופת ההתיישנות במקרקעי ציבור, הנובע בין היתר מאפיונם המיוחד המתבטא בקושי לפקח באופן הדוק על סוג זה של מקרקעין, חל ביתר שאת גם בקרקעות שהוקנו לאפוטרופוס הכללי. ארחיב בדבר רק על מנת שדברי חברתי לא יישארו מיותרים מתגובתי.

9. סעיף 5(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970 (להלן: חוק הסדרי משפט ומינהל) קובע כך:

מקרקעין הנמצאים בשטח תחולתו של צו החלת המשפט, וערב היום שבו עבר השטח להחזקת צבא-הגנה לישראל הם היו מוקנים לאדם אשר שלטונות המדינה שהשטח היה תפוס בידיה למעשה מינו אותו לממונה על רכוש האויב או לבעל תפקיד או תואר דומה [...] – מוקנים מיום תחילתו של הצו לאפוטרופוס הכללי שיעשה בהם כאמור. להלן בסעיף זה [ההדגשה אינה במקור].

אין חולק כי ברקע לחקיקת הוראת סעיף 5 לחוק הסדרי משפט ומינהל עמדו נסיבות ייחודיות. ההוראה, שעניינה בשחרור מקרקעין שהיו בטיפולו של הממונה על רכוש האויב הירדני, קודם שהוחל המשפט הישראלי על מזרח ירושלים, נועדה להתמודד עם הסיטואציה שנוצרה בתקופה שלאחר מלחמת ששת הימים. משנקבע בצו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967 מיום 28.6.1967 כי "מזרח ירושלים הינו שטח של ארץ ישראל שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה", התעורר הצורך בהתקנת הסדרים מיוחדים שיחילו את המשפט הישראלי במצב שנוצר (בג"ץ 282/88 עווד נ' יצחק שמיר, ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 429, 424 (1988)). בין הסדרים אלה, נמנה חוק הסדרי משפט ומינהל, אשר ביקש להתמודד גם עם הנכסים שהיו בטיפולו של הממונה על רכוש האויב. נקבע כי נכסים אלה "יוקנו" לאפוטרופוס הכללי שאחראי לניהולם עד לשחרורם. על משמעותה של "הקניה" זו עמד בית משפט זה עוד בעניין ע"א 499/78 נבולסי נ' מועצת בתי העלמין היהודיים, ירושלים, פ"ד לג(3) 679 (1979), בהתייחס לטענת המערער באותו הליך כי אין מדובר בהקניה של זכות בעלות דווקא:

"אמת נכון הדבר שניתן 'להקנות' גם זכויות הפחותות מזכות הבעלות; אלא בסעיף 5(א) דנן אין המונח "מוקנים" האמור שם יכול להתייחס אלא להקנית זכות הבעלות בלבד [...]" (עמ' 681 שם).

מדובר אפוא בהקניה שלמה ומלאה, אך כזו שאיננה שוללת את אפשרות "החייאת" זכות הבעלות המקורית על המקרקעין. היינו, הקניית הנכס העבירה את הבעלות בנכס לידי האפוטרופוס הכללי, אף כי מדובר בבעלות שבצידה קיימת הציפייה להשיב לידי הבעלים המקורי את נכסיו (בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (6.2.2011); ראו גם: איל זמיר ואיל בנבנישתי 'אדמות היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 45-46 (1993); להלן: זמיר ובנבנישתי), ועד אשר יעשה כן ההקניה

כללה את החובה לנהלם ולשחררם. לא היה מדובר במלאכה פשוטה. השחרור (הטעון תעודה בחתימת האפוטרופוס) נעשה רק לאחר איתור המקרקעין ובירור שאלות משפטיות מורכבות בנוגע למעמדם המשפטי של הנכסים ומבקשי השחרור. מטבע הדברים, מדובר בהליכים מורכבים וממושכים (ראו גם: זמיר ובנבנישתי, 89-90).

10. ובאשר לסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, מההיסטוריה החקיקתית של חוק המקרקעין קשה לחלץ את הרקע לחקיקת הסעיף. דברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין, התשכ"ד-1964 (להלן: הצעת החוק) שותקים בהקשר זה. ההערכה היא כי ביסוד ההוראה עומדת אי-הוודאות שעשויה להיווצר בקשר לבעלות ב"מקרקעי ציבור", כאשר רשויות הציבור המופקדות על שמירת המקרקעין עשויות שלא לדעת את המצב בהם לאשורו. אי-וודאות זו מצדיקה את דחיית תקופת ההתיישנות (ראו: יהושע ויסמן "ההתיישנות והמדינה" משפטים יד 3, 13 (1984); להלן: ויסמן, ההתיישנות והמדינה). על פני הדברים, גם לגבי מקרקעין שהוקנו לאפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט ומינהל – בהתחשב באופייה של הקניית הנכסים בנסיבות הייחודיות של אותה תקופה שנעשתה באופן אוטומטי מכוח הוראת חוק, ללא רישום ובכת אחת – קיים בדיוק אותו רציונל המצדיק דחיית מירון ההתיישנות.

11. אכן, בספרות נמתחה ביקורת על ההשלכות שעשויות להיות ליישום הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין. היו שטענו שמדובר בהוראה מרחיקת לכת הרבה מעבר לדרוש, שתוצאות הלוואי שלה עלולות להיות בלתי רצויות, וכי ניתן היה להסתפק בהוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות כדי ליתן מענה לחשש שסעיף 113(ב) בא להתמודד עמו. היינו, כי די בדחיית מירון ההתיישנות במקרים שבהם אי-ידיעת התובע את העובדות הרלוונטיות מקורן בנסיבות שאינן תלויות בו. נטען כי ספק אם העמדה שנקט בה המחוקק בחקיקת הוראת סעיף 113(ב) מוצדקת (ויסמן, ההתיישנות והמדינה, עמ' 13-14; ראו גם: יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 268 (1993); להלן: ויסמן, דיני קניין). לעמדת פרופ' ויסמן, בכל מקרה היה על המחוקק להבחין בין מקרקעין של המדינה לבין "מקרקעין של תאגיד שהוקם על ידי חיקוק", שכן לגבי מקרקעין מהסוג האחרון ניתן היה לצפות שלתאגיד יהיה ידוע אילו מקרקעין שייכים להם ומה נעשה בהם (ויסמן, דיני קניין, עמ' 267).

12. ברם, גם במסגרת דיון ביקורתי זה, הנחת היסוד היא כי על פי מצוות המחוקק, נקודת האיזון שנבחרה היא שונה. על פי הוראות החוק כל מקרקעין של המדינה, כמו גם מקרקעין של רשות מקומית ושל תאגיד שהוקם על פי חיקוק, באים בגדר "מקרקעי ציבור" (סעיף 107 לחוק המקרקעין). החוק אינו מבחין בין מקרקעין שרשות ציבורית מודעת אליהם, לבין מקרקעין שרשות ציבורית אינה מודעת אליהם. החוק אינו מבחין בין

מקרקעין שבעליהם ידעו על אודותיהם, לבין מקרקעין שבעליהם לא ידעו על אודותיהם. החוק אינו מבחין בין מקרקעין של המדינה "ממש", לבין "מקרקעין של תאגיד שהוקם על ידי חיקוק". כולם על פי גזירת הכתוב, באים בגדרי "מקרקעי ציבור". אדרבה, בהצעת חוק המקרקעין, התשכ"ד-1964 (להלן: הצעת החוק) בנוסחה המקורי לא נכללו בהגדרת "מקרקעי ציבור" מקרקעין של תאגיד שהוקם על פי חיקוק (במקומם נכללו "מקרקעין אחרים שנקבעו בתקנות באישור ועדת הכלכלה של הכנסת כמקרקעי ציבור לענין פרק זה" (סעיף 177 להצעת החוק)). כך גם בהצעת החוק המקורית נעשתה הבחנה בין מקרקעין שנודע לבעליהם כי הם שייכים להם לבין מקרקעין שלא נודע לבעליהם כאמור (סעיף 180(ב) להצעת החוק). אולם נוסחו של החוק כפי שהתקבל לבסוף ברור וחד-משמעי. ניסוחו הרחב של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין החל לגבי כל מקרקעין של המדינה והכללת מקרקעין של תאגיד שהוקם על פי חיקוק הינה תוצר של הכרעה ברורה, גם אם נמתחה ביקורת עליה. העובדה שבחוק אחר (חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), התשמ"א-1981), בהגדרת "מקרקעי ציבור" נשמטו "מקרקעין של תאגיד שהוקם על ידי חיקוק", אין בה כדי להשליך על פרשנותו של חוק המקרקעין המכניס לגדרי אותה הגדרה מקרקעין מן הסוג האמור. אדרבה, כל שניתן ללמוד מהשמטה זו בחוק מקרקעי ציבור הוא כי בגדרי חוק המקרקעין בחר המחוקק בכוונת מכוון להכליל בהגדרת "מקרקעי ציבור" גם קבוצה זו. ההבחנה שעושה חברתי בעניין זה, בהתייחס לתכלית החוק כפי שהיא רואה אותה, אינה עולה בקנה אחד עם לשון הסעיף הברורה ופשטותם של הדברים.

13. עוד יש להוסיף כי חברתי מוצאת קושי ניכר בפרשנות שאימץ בית משפט השלום גם במישור לשון החוק, בציינה כי על פי הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין תידחה תקופת ההתיישנות עד ליום שבו "נרשמו" המקרקעין "על שם בעליהם" בעוד שבעניינינו המקרקעין היו רשומים זה מכבר משנת 1882 בפנקס השטרות על שם "מוסטון בן בניסטה" שהוא, "ככל הנראה משה בנבישתי, המקדיש", כדברי חברתי. הבחנה זו לא בא זכרה לא בהליך בבית משפט השלום ולא בבית המשפט המחוזי. כאמור לעיל, המערערים לא טענו בכל ערכאות השיפוט בהן נדון עניינם דבר בעניין הרציונל העומד ביסוד הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, והתאמתו לנסיבות המקרה דנן, וודאי לא בקשר לשאלת הרישום. לא הועלתה כל טענה כי סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין לא חל בשל נסיבות הרישום הייחודיות של תיק זה, וממילא טענה זו לא נדונה. לא בכדי הקביעה כי הרישום נעשה "ככל הנראה" על שם "משה בנבישתי", אינה מתבססת על טענות הצדדים או על מסמכים שהוגשו על ידם בהליך שהתנהל בבית משפט השלום, אלא על הכרעת בית המשפט המחוזי בהליך אחר מלפני שנים (ת"א (מחוזי י-ם) 9403/07 הרב יצחק רלב"ג נ' דוויק (25.5.2012)). ממילא לא היה מקום להכריע בעניינינו כי הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין אינה הולמת את מקרה זה, נוכח נסיבות הרישום הספציפיות. בכלל זה, לא רק

שלצדדים לא ניתנה ההזדמנות להידרש לסוגיה זו לא בבית משפט השלום, לא בבית המשפט המחוזי ואף לא לפנינו, אלא שגם לא ניתנה הדעת למכלול הסוגיות המורכבות המתעוררות בקשר לשאלת הרישום "על שם הבעלים" במקרה זה, ובכלל זה לשאלה אם יש נפקות לכך שבעוד שהרישום משנת 1882 נעשה על שם המקדיש, המשיבים נכנסו לנעליים של "נאמני ההקדש" רק בשנת 2001; ולשאלה האם יש נפקות לכך שהמקרקעין אשר היו רשומים בפנקס השטרות הועברו לידי הממונה על נכסי האויב הירדני, ואף נרשמו בפנקסי מס רכוש הירדנים. לשאלות אלו ואחרות לא ניתנה הדעת, וגם כאמור לא ניתנה ההזדמנות לצדדים, לטעון לגביהן. הדברים שציינתי לעיל בעניין הבעייתיות הכרוכה בהעלאת טענות ונימוקים שלא הועלו על ידי הצדדים, כי אם ביוזמת בית המשפט, מקבלים בעניין זה משנה תוקף.

14. מכל מקום, כאמור לעיל, אינני סבור כי הונחה תשתית מספקת לבחינת תחולתה של הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין בענייננו, ואין באמור כדי למצות את הדיון בסוגיה. זאת, שכן בכל מקרה, אף אם אניח כי אין תחולה להוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, כעמדת חברתי, אינני מוצא כל בסיס להתערבות בקביעת בית משפט השלום כי בענייננו חלה הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות.

סעיף 8 לחוק ההתיישנות

15. כפי שציננה חברתי, סעיף 8 לחוק ההתיישנות קובע את "כלל הגילוי המאוחר". על פי הכלל האמור, כאשר נעלמו מעיני "התובע" עובדות מהותיות המהוות את עילת התביעה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאף בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות עם גילוי העובדות. הנחת היסוד היא כי בהיעדר ידיעה של התובע, אשר לא ידע ולא היה עליו לדעת כי קמה לו עילת תביעה, נחלש חלק ניכר מהטעמים העומדים בבסיס דיני ההתיישנות. בנסיבות אלו, לא ניתן לראות את התובע כמי שוויתר על זכויותיו ולא ניתן לבוא אליו בטרוניה כי יצר ציפייה אצל הנתבע כי ויתר או מחל על תביעתו (ע"א 2919/07 מדינת ישראל – הוועדה לאנרגיה אטומית נ' גיא-ליפל, פ"ד סד(2) 82, 116-117 (2010) (להלן: עניין גיא-ליפל); טל חבקין התיישנות 243 (מהדורה שניה, 2021) (להלן: חבקין, התיישנות)).

16. אין כל מקום לספק כי בחינת השאלה האם התגלו העובדות המהוות את עילת התביעה או אם הן היו יכולות להתגלות, נבחנת מנקודת מבטו של התובע. על פי כלל הגילוי המאוחר, מירון ההתיישנות מתחיל רק כאשר עילת התביעה של התובע התגבשה לכדי עילה קונקרטית מכוחה יוכל להגיש את תביעתו, "היינו, תקופת ההתיישנות

מתחילה לרוץ ביום שבו אילו היה מגיש התובע את תביעתו לבית המשפט והיה מוכיח את כל העובדות המהותיות היה זוכה בפסק דין" (עניין גיא-ליפל, עמ' 118). האם ניתן לטעון כי לתובע התגבשה עילה קונקרטי, אך מן הטעם כי העובדות הרלוונטיות התגלו לגורם אחר? פשיטא שלא. חריג ייחודי לכך הוא למשל כאשר מדובר במקרה של יורש-חליף. או אז, יש מקום לבחון האם התגלו העובדות ל"תובע המקורי" לפני שהועברה הבעלות לידי יורשו (עניין גיא-ליפל, עמ' 131-133; חבקין, התיישנות, עמ' 252-253; וראו דיון לגבי "תלוי": ע"א 506/82 זונטג נ' עיזבון המנוח מנדלסון דוד ז"ל, פ"ד מ(3) 113 (1986); עניין גיא-ליפל, עמ' 133-136 ו-159-165). אולם בכל מקרה אחר שאין בו חליפות, אין חשיבות לשאלה האם הועברה הבעלות מאחד למשנהו, או האם נותרה בידי גורם אחד. השאלה אינה האם הגורם שהנכס התגלגל מידי ידע או היה עליו לדעת את העובדות המגבשות עילת תביעה, אלא האם התובע המבקש להניע את גלגלי תביעתו ידע או היה עליו לדעת על עובדות אלו. השאלה היחידה הרלוונטית היא האם בזהירות סבירה יכול היה התובע לגלות את כלל העובדות המהוות את עילת התובענה, והתשובה לשאלה זו אינה תלויה במעשיו או במחדליו של כל גורם אחר.

17. בהינתן נקודת מוצא בסיסית זו, אינני שותף לקביעתה של חברתי לפיה יש לבחון את התקיימות תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות מנקודת מבטו של האפוסטרופוס הכללי. המעבר מנקודת מבטם של התובעים לנקודת מבטו של האפוסטרופוס הכללי (מעבר שאין לו כאמור כל עוגן בהוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות) התבסס רק על האמירה הכללית כי הדבר מתבקש לאור היעדר-תחולתה של הוראת סעיף 113(ב). אולם אף אם הייתי מניח כאמור כי הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין אינה חלה במקרה זה, כשיטתה של חברתי, לא היה בכך כדי לשנות מהאופן שבו יש ליישם את הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות בנסיבות העניין בכל הנוגע למשיבים. אף אם אין מדובר ב"מקרקעי ציבור" כפי שסוברת חברתי, השאלה שיש לשאול לעניין סעיף 8 לחוק ההתיישנות היא האם "התובעים" (המשיבים בענייננו) ידעו או היה עליהם לדעת את העובדות הרלוונטיות לתביעתם או שמא מתקיים לגביהם כלל הגילוי המאוחר. כאמור, "התובעים" לעניין סעיף 8 לחוק ההתיישנות בבית משפט השלום הם המשיבים לפנינו. האפוסטרופוס הכללי לא רק שאינו "התובע" לעניין זה, אלא שהוא אף כלל לא נמנה על מי מהצדדים לדיון. קביעתה של חברתי כי לאורך 35 השנים שבהן "ניהל" האפוסטרופוס הכללי את המקרקעין עלה בידו ולו "קצה חוט" בדבר עובדת ישיבתם של המערערים בהם, אין בה כלל כדי להעלות או להוריד לעניין שאלת התקיימות התנאים האמורים בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, בכל הנוגע למשיבים.

18. השאלה היא אפוא, האם מתקיים כלל הגילוי המאוחר בנוגע לתובעים (המשיבים לפנינו). זוהי אכן השאלה שנבחנה על ידי בית משפט השלום. בפסק דינו קבע בית משפט השלום כי לא נסתרה עדותו של משיב 2, כי גודלם של מקרקעי ההקדש משתרע על חטיבת קרקע ששטחה למעלה מ-5,000 מ"ר; כי למקרקעין פלשו עשרות רבים של פולשים באופן שאילץ את המשיבים להשקיע מאמצים רבים כדי להתחקות אחר זהותם המדויקת של המחזיקים בכל נכס ובכלל זה בנכס הנדון בהליך זה; וכי בסמוך לאחר שעמדו על זהותם של המערערים הגישו את תביעתם. על יסוד קביעה זו, נקבע כי התקיימו יסודות הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות. לא רק שמדובר בקביעה המבוססת על ממצאים עובדתיים הנובעים מן ההתרשמות הישירה מהעדים וממכלול הראיות, אלא שהמערערים לא העלו, גם לא בהליך שלפנינו, כל טענה סותרת בעניין זה. כל שנטען לעניין עדותו של משיב 2 בהקשר זה בבית משפט השלום (וגם זאת, במסגרת הסיכומים אשר הוגשו לאחר שניתן פסק הדין), הוא כי ניתן ללמוד מעדותו של משיב 2, על פיה החל בבירורים בקשר למקרקעין כבר בשנות ה-90, כי הוא "ידע שהקרקע מוחזקת על-ידי אחרים".

על כן להשקפתי בית משפט השלום בחן נכונה את שאלת התקיימות יסודות תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות, ולא מצאתי – אף בהניח כאמור כי הייתה קמה עילה לבחינת הבקשה כערעור – כל עילה להתערב בה.

חזקה נוגדת

19. משהגענו עד הלום, נוסיף ונייחד מספר מילים באשר לרכיב "החזקה הנוגדת". משקל מועט ניתן על ידי המערערים בטיעוניהם להתקיימות יסוד זה, כאשר הטענות לגביו נטענו בלשון רפה, הן בבית משפט השלום והן בבקשה שלפנינו. כל שנטען בבקשה שלפנינו הוא כי בענייננו "לא יכולה להיות מחלוקת" שמתקיים יסוד החזקה הנוגדת, שכן המערערים החזיקו במקרקעין במשך עשרות שנים, כאשר "משך הזמן הרב שחלף" מעיד כשלעצמו על קיומה של חזקה נוגדת. כפי שגם ציינו המשיבים, בבית משפט השלום טענת החזקה הנוגדת לא נזכרה כלל במסגרת כתב ההגנה אלא הועלתה לראשונה בתצהיר עדות ראשית מטעם מערער 1 (להלן: המערער), וגם זאת, בלקוניות רבה (פסקה 43 לתצהיר). גם אם טענת המשיבים לפנינו כי מדובר ב"הרחבת חזית אסורה" תידחה, הרי שאין הרבה מקום לספק כי לא די בתשתית מינימלית ודלה זו על מנת לבסס את התקיימות הרכיב האמור.

20. 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 (ע"א 693/04 אל קימרי נ' אל קימרי, פסקה 24 (28.9.2007)). מדובר בהחזקה ה"עוינת" לזכותו של הטוען לבעלות על קרקע. על המחזיק מוטל הנטל להוכיח שהחזקתו איננה באה מכוח זכות הבעלות של היריב (ע"א 2510/98 למד שין בע"מ נ' חסיד, פ"ד נג(5) 721, 728 (1999) (להלן: עניין למד שין)). הכרעה בסוגיה זו תלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה, בהתחשב בהתנהגות הבעלים והמחזיק בקרקע ובטיב מערכת היחסים ביניהם (ע"א 3217/91 פלר נ' יורשי המנוח דב אקסלרוד ז"ל, פ"ד מז(2) 281, 285 (1993) (להלן: עניין פלר); עניין למד שין, עמ' 728). שאלת החזקה הנוגדת אינה שאלה שולית שניתן לפתור בקלות וכלאחר יד בהתבסס על הנחות מוצא מקלות לטובת הטוענים לה. כפי שציינה חברתי בחוות דעתה "החזקה הנוגדת היא למעשה לב-ליבה של טענת התיישנות במקרקעין [...], בהיעדר החזקה נוגדת, לא מתקיימים הטעמים התומכים בהכרה בהתיישנות..." (פסקה 48). וכך גם ציינה חברתי בפסק הדין שניתן בעתירה שהוגשה נגד תוקפה של תעודת השחרור שהוצאה על ידי האפוטרופוס הכללי למקרקעין (בג"ץ 7446/17 סרחאן נ' האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי, פסקה 48 (2.11.2018) (להלן: עניין סרחאן)):

"על כך יש להוסיף כי [...], אחת השאלות המרכזיות לדיון בתביעות הפינוי היא השאלה של חזקה נוגדת (כחלק מהדיון בטענת ההתיישנות), והתשובה לה משתנה בהתאם למאפייניו של כל מחזיק ומחזיק – בפרט, מתי החלה החזקה הנוגדת שלו..." (ההדגשה אינה במקור).

מדובר אפוא בשאלה מרכזית ויסודית, אשר התשובה לה משתנה ממקרה למקרה ובהתייחס לנסיבות הפרטניות של כל מחזיק. ברם, בענייננו, לא רק שלא הונחה תשתית מינימלית ביותר להוכחת התקיימות תנאי "החזקה הנוגדת", אלא שהמערערים עצמם העלו טענות העומדות עמה בסתירה מוחלטת. כך לדברי המערערים, המקרקעין נרכשו על ידי מי שנטען שהוא מורישם בשנת 1965 "בתום לב" והוא "פיתח את המקרקעין ובנה עליהם שעה שהוא סובר שהוא בעל המקרקעין" (עמ' 13 לבקשת רשות הערעור; וכן בהליך בבית משפט השלום – עמ' 8 ל"סיכומים לא סופיים" מטעם המערערים מיום 6.3.2016 ועמ' 6 לסיכומי המערערים שהוגשו לאחר מתן פסק הדין). היינו, לעמדת המערערים, כלל וכלל לא מדובר בחזקה במקרקעין "על אפו ועל חמתו" של הטוען לבעלות בקרקע, כי אם מכוח רכישת המקרקעין על ידי מורישם, ממי שסבר שהוא בעל המקרקעין. בנסיבות אלו, כיצד ניתן לומר כי מדובר באחד המקרים המובהקים שבהם עולה מאליו התקיימות יסודות החזקה הנוגדת?

21. יתר על כן, לא רק שטענת הבעלות שהעלו המערערים סותרת חזיתית את טענת החזקה הנוגדת, אלא שגם בעניין זה עצמו גרסת המערערים מתעתעת. זאת, שכן במסגרת בקשה לצו חיוב בתשלומים שהוגשה להוצאה לפועל בשנת 2013, הצהיר המערער כי אין לו נכסים וחכיות בעלות במקרקעין כלשהם (מוצג ת/1 בבית משפט השלום). המערער גם אישר את חתימתו על בקשה זו ועל השאלון שצורף לה (בו הצהיר על היעדר נכסים), במסגרת חקירתו בבית משפט השלום (עמ' 25 לפרוטוקול הדיון מיום 3.4.2019, שורות 33-36; עמ' 26, שורות 2-5). כיצד אפוא מהין המערער לטעון לבעלות מלאה במקרקעין שעה שלפני לשכת ההוצאה לפועל הצהיר כי אין לו כל בעלות במקרקעין? לא למותר לציין כי המערער לא נתן כל הסבר מניח את הדעת לפערי גרסאות אלה. אין אפוא מנוס מן המסקנה כי המערערים "מזגזגים" בין טענות סותרות לפי התועלת הספציפית העומדת על הפרק בכל הליך והליך כ"להטוטן בקרקס הרוכב בעת ובעונה אחת על שני זוגות אופניים. הדבר אפשרי בקרקס אך לא בבתי-המשפט" (רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625, 636 (2005)) התנהלות מעין זו, בבחינת "אחוז בזה וגם מזה אל תנח ירך" (קהלת ז 18), אין להלום (וראו גם: ע"א 4107/09 שמואל נ' פקיד שומה חיפה, פסקאות כ"ט-ל' (10.8.2011); ע"א 2252/17 שרעבי נ' לוי, פסקה 18 (24.6.2019); ע"א 5072/19 שווארמה א.ש. בע"מ נ' פקיד שומה חדרה, פסקה 36 (9.5.2021); וראו באשר להלכה המונעת צד מלהעלות טענות עובדתיות סותרות לאלה שהעלה בעל דין בעבר לפני רשויות שונות: ע"א 732/15 פקיד שומה נ' טל, פסקה 7 (21.3.2016)).

22. אם בכך לא די לסתימת הגולל על טענה זו, יש להוסיף כי אין להלום גם העלאת הטענה לחזקה נוגדת בד בבד עם הטענה למתן רשות בלתי הדירה. כיצד יכולות השתיים לדור בכפיפה אחת? הוכחת הטענה לחזקה נוגדת תומנת בחובה מיניה וביה את הטענה להחזקה במקרקעין שלא מכוח רשות שניתנה מטעם הבעלים. בעניין זה נקבע זה מכבר כי "מי שמחזיק כשוכר או ככר-רשות חזקתו אינה יכולה לבסס טענת התיישנות" (ע"א 805/79 עיזבון המנוח אחמד חסין אל-גול נ' כולל חב"ד בירושלים, פ"ד לח(1) 57, 71 (1984); וראו גם: עניין פלר, 285-286; יעקב שקד פינני מקרקעין הליכים והלכות 453-451 (2017)).

23. על כל אלה, לא למותר לציין כי תנאי ה"החזקה הנוגדת" כולל בחובו לא רק את הרכיב שעניינו ה"עוינות", אלא גם את רכיב ההחזקה הרציפה במקרקעין. אף התקיימותו של רכיב בסיסי זה לא הוכחה ולו ברמה מינימלית ביותר. בית משפט השלום לא הגיע למסקנה כי אכן הייתה החזקה רציפה במשך כל תקופת ההתיישנות. זאת, משלא נדרש

לסוגיה. חברתי ציינה כי אין מקום לערוך בהקשר זה מעין "משפט-זוטא" או להוכיח את הישיבה במקרקעין "בכל שנה ושנה". אלא שבין "משפט זוטא" לבין הוכחת ולו מקצת הטענה להחזקה רציפה במקרקעין, המרחק רב.

24. יתר על כן, מעיון במערכת נט המשפט עולה כי המערערים אף לא ניסו להניח תשתית בסיסית ומינימלית ביותר להוכחת החזקה רציפה במקרקעין. כאשר נשאל המערער במסגרת חקירתו בבית משפט השלום ביום 10.4.2019 לגבי חשבונות ומסמכים שיכולים להצביע על החזקה רציפה במקרקעין, ענה תשובות מתחמקות שונות. כך למשל כאשר נשאל מדוע לא צירף אף לא חשבון חשמל אחד, ענה: "מה זה קשור להביא את החשבוניות של חברת החשמל?" (עמ' 40 לפרוטוקול הדיון, שורה 26), וכן: "למה אני צריך להביא אותם [...] , מה זה קשור לחברת החשמל?" (עמ' 40, שורות 30-32). באותו אופן ענה בקשר לחשבונות הארנונה, כאשר נשאל מדוע הם לא צורפו: "למה אני צריך להגיש? אני לא יודע מה להגיש. אם זו הבקשה שלך אלך עכשיו ואוציא לך על 20 שנה של הארנונה" (עמ' 42, שורות 1-2). תשובות דומות ניתנו בקשר לשאלות הנוגעות לחשבונות אחרים – מים וטלפון: "גם אותה תשובה" (עמ' 42, שורות 3-5) ו"מים אנחנו משלמים לגיחון. יש לנו הכל מסודר, יש חשבוניות ואין לי בעיה להביאן" (עמ' 42, שורה 9). וכן: "אני יכול להגיש חשבונות של טלפון" (עמ' 42, שורה 13).

25. אולם חרף הצהרות אלה, לא הוגשו החשבונות. מעט המסמכים שצורפו על ידי המערערים בהליך בבית משפט השלום – אין בהם אף לא להרים את הנטל ברמה מינימלית ביותר. חברתי מפנה לחשבונות ארנונה שהוגשו (נספח י' לתצהיר עדות ראשית מטעם המערער) בציינה כי "אכן לא על כל הקבלות מופיע בבירור שם הנמען בעברית, והמשיבים אף טענו בבית משפט השלום כי מדובר במסמכים שאינם קשורים למקרקעין מושא ההליך דגן [...] . אולם לפחות על קבלה אחת משנת 1994 מופיע המען 'דוויק פאטמה חמיס – סילוואן'" (פסקה 74 לחוות דעתה של חברתי). ברם, לא רק שהמשיבים טענו כי מדובר במסמכים שאינם קשורים למקרקעין, אלא שהמערער הודה בפה מלא במהלך חקירתו כי הכתובת "ביר איוב" המצוינת במסמך הנוגע ל"חשבונות ארנונה לשנים 1968/1969" (עמ' 27 לתצהיר עדות ראשית מטעם המערער) למעשה מתייחסת לשכונה אחרת (עמ' 38-39 לפרוטוקול הדיון מיום 10.4.2018). ועוד, כאשר עומת המערער עם העובדה שמצוין באותו מסמך כי מדובר בנכס הממוקם בגוש 711 חלקה 15 תת חלקה 12 (שאינו הנכס מושא ההליך) כך ענה: "אם יש לך בעיה אתה יכול להתנגד לזה ולברר את זה עם העירייה, לא איתי" (עמ' 40, שורה 14). כל שהוגש וניתן לזהות בו קשר כלשהו ואף זאת ברמה רופפת למשפחת דוויק ולכפר סילוואן (ולא למגורים בשכונה אחרת) הוא במסמך בודד משנת 1994 (עמ' 32 לתצהיר עדות ראשית מטעם המערער). אין

מדובר ב"לפחות" קבלה אחת, אלא בדיוק קבלה אחת, משנת 1994. היינו, מסמך אחד בודד משנת 1994 הבא להעיד על עשרות שנים של החזקה במקרקעין.

26. לא למותר לציין כי גם אין ביתר המסמכים שנסקרו על ידי חברתי, אף לא במסגרת הדיון על "חריג הגילוי המאוחר", כדי לבסס את התקיימות התנאי של "החזקה רציפה". לא בדו"ח החקירה מיום 30.11.1965 שהוגש בבית משפט השלום אשר אינו שופך אור על זהות המחזיקים בנכס; לא בחוות דעת מטעם המודד שמעון ורזגר משנת 1997 (אשר כפי שציינה חברתי כלל לא הוגש בהליך שלפנינו); ולא בהליכים שנוהלו "בגין בניה בלתי חוקית במקרקעין". כל שנטען על ידי המערערים היה כי סבו של המערער הועמד לדין בעבר, "בשנות השבעים", בגין בניה בלתי חוקית במקרקעין (הליכים נוספים בגין בניה בלתי חוקית – עליהם הצביעו המשיבים בהליך בבית משפט השלום – התנהלו לאחר מועד הגשת התביעה). על כל אלה, לא למותר לציין כי לא הובאו כלל עדים אחרים שיכלו להעיד על החזקה רציפה. מה גם, המערערים כלל לא טענו באופן ישיר לקיומה של החזקה רצופה במקרקעין, משלא עמדו כלל על התקיימות יסודות החזקה הנוגדת. טענותיהם בעניין החזקתם במקרקעין נותרו כוללניות ולקוניות.

27. לסיכום הראיות הבודדות שהוזכרו שלהן רלוונטיות כלשהי לעניין ההחזקה הן שתיים: קבלה בדבר תשלום ארנונה בשנת 1994; והליך בגין בניה בלתי חוקית במקרקעין משנת 1979 כלפי סבו של המערער. הא ותו לא. בכך, בלשון המעטה, אין די.

28. לבסוף, ראיתי לנכון להתייחס לחוות דעת חברי השופט עמית בשתי נקודות:

א. באופן כללי, הדברים שצינתי לעיל באשר לבעייתיות הנובעת מכך שבית המשפט יעשה את מלאכתם של הצדדים, יפים גם לעניין חוות דעתו של חברי. בהתאם לכך אינני סבור כי יש מקום להחזיר את הדיון לבית משפט השלום לדון בסוגיות שלא נטענו ובפולוגתאות שלא הועלו על ידי מי מהצדדים, לשם בירור טענות שיכולות להיות למי מהם לעזר. הדברים אמורים בפרט על אודות ה"תרופה" שמצא חברי בדמות החזרת הדיון לבית משפט השלום לשם בירור שאלת טיב הרישום ונפקויותיו לעניין הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין. אכן, אין מקום להכריע בסוגיה שלא נדונה מבלי שניתנה לבעלי הדין הזדמנות נאותה להידרש לה. אולם אין משמעות הדבר כי על בית המשפט להעלות טענות שלא נטענו – אף לו ברמז, להחזיר את הדיון לבירור מפורט באותן טענות ולהוסיף על כך צירוף צדדים נוספים. להשקפתי כאמור, אין זה נכון להיכנס כך לנעלי הצדדים ולעשות מלאכתם.

ב. כמו כן, אינני רואה עין בעין עם חברי, בדבר הצורך בהשבת הדיון לבית משפט השלום כדי לברר את תחולתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות תוך השלמת הדיון בשאלה האם מבחינה אובייקטיבית יכלו המשיבים לדעת את העובדות הנדרשות במועד מוקדם יותר. גם טענה זו לא בא זכרה בטענות המערערים, באף אחד מההליכים. לא בבית משפט השלום, לא בבית המשפט המחוזי ובוודאי לא לפנינו. כמו כן, מעיון בפסק דינו של בית משפט השלום עולה כי הוא נתן דעתו על הקושי שהיה בידיעת העובדות, בהתייחסו בין היתר לאופיים של מקרקעי ההקדש, גודלם ונסיבות כניסתם של פולשים למקרקעין. אם בכלל, ישנן רגליים לסברה כי ניתנה הדעת ולו באופן מרוכך גם להיבט האובייקטיבי של כלל הגילוי המאוחר.

ובמבט לאחור

29. בשולי שולי הדברים, אם נניח בצד את הדיון בסוגיית ההתיישנות, ראיתי לנכון להפנות את המבט אל עבר התמונה ההיסטורית. מבט זה יאיר גם את האינטרסים של המשיבים וגם את זכותם שלהם במקרקעין.

30. סיפורם של המקרקעין שלוב בתולדות הימים שלפני קום המדינה, ובסיפורם של נכסי יהודים בעת ההיא, במזרח ירושלים. סיפור הדברים הכללי חזר על עצמו במספר פסקי דין, חלקם ניתנו בבית משפט זה (ע"א 5522/12 דוויק נ' הרב יצחק רלב"ג (27.7.2014); עניין סרחאן), אולם בעיקר תואר בעבר סיפור הדברים החל ממועד היווצרותו של ההקדש, המכונה "הקדש בנבנישתי". אתאר להלן בקצרה את התקופה שקדמה להיווצרות ההקדש.

31. הימים הם ימי העלייה הראשונה, שנות ה-80 של המאה ה-19. לאור גידול האוכלוסייה, מצוקת המגורים בירושלים הלכה והתעצמה. תנאי התברואה באותם ימים היו קשים, מצוקת המים הייתה מוחשית. רוב היישוב היהודי התרכז ברובע היהודי שבין החומות. תנאי המגורים הלא פשוטים וקשיי הפרנסה הביאו למצוקה של ממש בקרב בני הקהילה התימנית, אשר עלו לארץ בגל השני לעליית "אעלה בתמר" (בשנת 1881). כספם של אלה אזל במהלך מסעם המורכב ארצה, ולא נמצאה להם תמיכה על ידי הקהילות הוותיקות שהתגוררו בארץ באותה עת ולא זכו "לכספי החלוקה" מיהודי התפוצות (ראו למשל על קשיי אותה תקופה בהתייחס להתאקלמות הקהילה התימנית: ניצה דרויאן "ראשית ההתארגנות של עולי תימן בירושלים" פעמים: רבעון בין-תחומי לחקר קהילות ישראל במזרח 10, 61-69 (1981); ניצה דרויאן "עולי תימן בירושלים – קווים לתולדות בני-העדה בשנים תרמ"ב-תרע"ד" פרקים בתולדות ירושלים בזמן החדש 212, 218-212

(אלי שאלתיאל עורך, התשמ"א) (להלן: דרויאן, עולי תימן בירושלים); בני פרנקל "לתולדות התיישבות התימנים בכפר השילוח" קרדום: דו ירחון לידיעת הארץ 21-23, 187-189 (1982) (להלן: פרנקל); ציון מדמוני "התיישבותם של יהודי תימן בכפר השילוח" פרקים בתולדות הישוב היהודי בירושלים א' 250, 253 (יהודה בן-פורת, בן ציון יהושע ואהרון קדר עורכים התשל"ו) (להלן: מדמוני)).

32. קול זעקתה של הקהילה התימנית הגיע אל אוזניו של ישראל דוב פרומקין (מייסד עיתון "החבצלת"), אשר הקים אגודה בשם "עזרת נידחים" שנועדה לסייע לעניים מבני הקהילה היהודית ולהילחם במיסיון. אל פרומקין חברו נדבנים שונים, אשר הציעו חלק מנחלתם לטובת בני הקהילה התימנית (למשל, באיזור מוצא), אך הצעותיהם נדחו מסיבות שונות, אם בשל יוקר המחיה באותם מקומות; אם בשל הריחוק מירושלים שעשוי היה להגביר את קשיי הפרנסה; אם בשל הריחוק ממקורות המים (ראו למשל: פרנקל, עמ' 187-188; מדמוני, עמ' 254-255; ניצה דרויאן "שכונות ראשונות לעולי תימן בירושלים תרמ"ב-תרע"ד" קתדרה 13, 99-100 (1979) (להלן: דרויאן, שכונות ראשונות); מבחר כתבי ישראל דב פרומקין 32 (התשי"ד) (להלן: מבחר כתבים)).

33. עם זאת, תרופה נמצאה לבני העדה התימנית עם הצעתו של מר בועז בן בנימין מזרחי (אשר כונה "בועז הבבלי") שהחזיק בנחלה גדולה על צלעו של הר הזיתים, בסמוך למעין הגיחון. מחצית מנחלתו של בועז הבבלי הוקדשה לטובת בני הקהילה התימנית (דרויאן, שכונות ראשונות, עמ' 100; פנחס גרייבסקי ספר הישוב: הישוב העברי מחוץ לחומות העיר ירושלים 32-33 (1939) (להלן: ספר הישוב)). כך מתאר גרייבסקי בספרו משנת 1932, את אותו בועז הבבלי: "לא עשיר גדול היה ר' בועז, אבל חובב ארץ-ישראל בכל רגשי לבו, ונפשו הטהורה שאפה לכונן שכונה על יד מי-השלוח שמי-מעין וגנים סביב לה" (ספר הישוב, עמ' 32). ברי כי לא היה די בקרקע לבדה. פרומקין המשיך וגייס סכומי כסף מנדבנים שונים למען בניית הבתים במקום. בחודש דצמבר 1884 נערכה חנוכת הבית לשלושת הבתים הראשונים שנבנו במקום, על ידי אגודת "עזרת נידחים". זכות קדימה לבתים ראשונים אלו שנבנו בכפר השילוח ניתנה למשפחות מבני הקהילה התימנית שהתיישבו קודם לכן, באין פתרון דיור זמין אחר, במערות ובנקיקי הסלע שבהר הזיתים (ניצה דרויאן באין מרבד קסמים: עולי תימן בארץ ישראל 1882-1914 25 (1982); דרויאן, עולי תימן בירושלים, 218-219). על פתחו של כל אחד מהבתים נחקק על לוח שיש שמו של הנדבן שתרם את כספו לבניית הבית. טקס חנוכת הבית נערך ברוב עם, כאשר רבים מתושבי ירושלים באו ליטול חלק בשמחה (מדמוני, 255-256). בהמשך נחנכו עוד ועוד בתים חדשים. בסוף המאה ה-19 היו באיזור כ-70 בתים כולם לצרכי מגורים של יהודים. השכונה התרחבה ונבנו בה מספר בתי כנסת ומבני ציבור והתגוררו

בה גם נזקקים מעדות נוספות (להלן: יהושע בן-אריה עיר בראי תקופה – ירושלים החדשה בראשיתה 217-219 (1979) (להלן: עיר בראי תקופה); מדמוני, עמ' 256-257; דרויאן, עולי תימן בירושלים, עמ' 219).

34. בועז הבבלי ביקש להבטיח את השימוש במקרקעין למטרת מציאת פתרונות דיור למשפחות נזקקות. נוכח העובדה שהשלטונות הטורקיים אפשרו באותה תקופה רק לנתיני האימפריה העות'מאנית להירשם כבעלי מקרקעין בתחומי האימפריה, נרשמו המקרקעין בנאמנות על שמו של הרב משה בנבנישתי, אשר כיהן באותה תקופה כמנהל ועד היהודים הספרדים בירושלים. המקרקעין, הידועים כחלקה 95 ו-96 בגוש 29986, נרשמו בפנקס השטרות התורכי בשנת 1881 (שטר מס' 4, ספר 3 דף 6) (ענייננו בנכס המצוי בחלקה 96; להלן: הנכס). הרב בנבנישתי נפטר בשנת 1885. לאחר פטירתו, בשנת 1899, יצרו בני-יורשיו את ההקדש המכונה "הקדש בנבנישתי" (להלן: ההקדש) שהמשיבים הם נאמניו כיום. שטר ההקדש נחתם לפני בית הדין השרעי. בהקדש פורטו הנכסים המוקדשים, תנאי ההקדש, זהות הנהנים ומנהליו. ההקדש היה מוסד נפוץ באותה תקופה, אך הקדש זה התייחד בכך שהוא הופנה עבור כלל היישוב היהודי בירושלים וכמאמר שטר ההקדש "העניים של העדה היהודית בירושלים [...] הנמצאים בה והבאים אליה", ללא התייחסות לעדה מסוימת או למוסד שכונתי ספציפי.

35. ברם, למרבה הצער, לאחר מאורעות תרפ"ט ותוצ"ו, ולאור דרישת השלטונות הבריטים, עזבו היהודים את האתר (להרחבה בנושא זה, ראו: דרויאן, עמ' 106; עיר בראי תקופה, עמ' 218; ספר הישוב, עמ' 32-33; יהושע בן-אריה ירושלים במאה ה-19 77 (1980); מדמוני, עמ' 259). ככל הנראה העזיבה הייתה בגוף אבל לא בנפש. ההתיישבות היהודית על צלע הר הזיתים הייתה נטועה בליבם של עולי העלייה הראשונה והיא נותרה בליבם של ממשיכיהם עד היום.

לסיכום

(א) אינני סבור כי הונחה תשתית כלשהי להכרעה בדבר תחולתו של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין בענייננו על מכלול הסוגיות הקשורות לכך. בכל מקרה, אין מקום להבחנה בין "מקרקעי ציבור" סתם לבין מקרקעי ציבור כדוגמת המקרקעין שבענייננו.

(ב) אף בהניח כי אין תחולה להוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, קביעתו של בית משפט השלום כי התקיימו במקרה זה תנאי הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות, בדין

יסודה. פשיטא כי בחינת התקיימות תנאי "כלל הגילוי המאוחר" צריכה להיעשות מנקודת מבטו של התובע.

(ג) כך או כך, המערערים לא הניחו תשתית מינימלית להוכחת "חזקה נוגדת", הן בהיבט ההחזקה הרציפה והן בהיבט ה"עוינות". אדרבה, טענותיהם אינן עולות בקנה אחד טענה זו ואף סותרות אותה חזיתית.

אשר על כן, לו הייתה נשמעת דעתי, היה מקום לדחות את הבקשה למתן רשות ערעור. בכל מקרה, אף אם היינו מקבלים את הבקשה, היה מקום לדחות את הערעור לגופו.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. למקרא חוות דעתם המנומקות והמנוגדות של חבריי, מוצא אני עצמי ניצב בתווך ביניהם. כחברתי השופטת ברק-ארז, אף לטעמי יש מקום לדון בבקשה כבערעור בהתייחס לסוגיית ההתיישנות, ואף לטעמי אין דין הערעור להידחות. בד בבד, בדומה לעמדתו של חברי השופט מיינץ, איני סבור כי ניתן לקבוע בגדרו של הערעור דגן כי תביעת המשיבים התיישנה. לעמדתי, יש להורות על השבת הדיון לבית משפט השלום, תוך צירוף האפוסטרופוס הכללי כצד להליך, לצורך ליבון מספר נקודות שלא נתבררו כל צרכן.

2. שני נדבכים עומדים בבסיס חוות דעתה של חברתי. הנדבך האחד עניינו העדר תחולה של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין או החוק). הנדבך השני עניינו העדר תחולה של סעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות). לצורך קבלת הערעור וקבלת טענת ההתיישנות, ההידרשות לשני הנדבכים היא הכרחית, ויש לשלול הן את תחולתו של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, הן את תחולתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות.

לפיכך, די בנפילתו של אחד הנדבכים כדי לחרוץ את גורלו של הערעור לדחייה. דהיינו, ככל שייקבע כי סעיף 113(ב) לחוק חל במקרה דגן, התוצאה היא כי דין הערעור להידחות. הוא הדין אם ייקבע כי נתמלאו תנאיו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות. בפני

המערערים ניצבות אפוא שתי משוכות, ששתייהן הוכרעו לטובת המשיבים בפסק דינו של בית משפט השלום, שאומץ על ידי בית המשפט המחוזי. כפי שיוסבר להלן, התשתית העובדתית והמשפטית שהועמדה בהליך שלפנינו אינה מאפשרת להכריע כדבעי לגבי תחולתם של סעיפים אלה. מאחר שעיקרי הדברים פורטו בהרחבה בחוות דעתם של חבריי, אסתפק בהתייחסות ממוקדת לנקודות הנדרשות.

סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין

3. נפתח עם לשונו של סעיף 113 לחוק המקרקעין, הקובע כדלקמן:

התיישנות

113. (א) במקרקעי יעוד אין התיישנות.
 (ב) במידה שלפי חוק זה חלה התיישנות במקרקעי ציבור שאינם מקרקעי יעוד, לא תתחיל תקופת ההתיישנות לפני היום שנרשמו על שם בעליהם.
 (ג) במקרקעי ציבור לא יחול סעיף 94.

החוק מבחין אפוא בין שני סוגי קרקעות, המוגדרים שניהם בסעיף 107 לחוק המקרקעין: הסוג האחד הוא "מקרקעי ייעוד", שאינו רלוונטי לערעור דנן. הסוג השני הוא "מקרקעי ציבור", שזו הגדרתם:

"מקרקעי ציבור" – מקרקעי ישראל כמשמעותם בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ומקרקעין של רשות מקומית או של תאגיד שהוקם לפי חיקוק.

אם כן, תחת "מקרקעי ציבור" נכללים שלושה תתי-סוגים של קרקעות. תת-הסוג הראשון הוא קרקעות המסווגות כ"מקרקעי ישראל", שהם "המקרקעין של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל" (סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל); תת-הסוג השני הוא מקרקעין של רשות מקומית; תת-הסוג השלישי – הרלוונטי לערעור שלפנינו – הוא מקרקעין של תאגיד שהוקם לפי חיקוק.

4. סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין קובע הסדר התיישנות ספציפי ומצומצם לגבי "מקרקעי ציבור", ובכללם מקרקעין של תאגיד שהוקם לפי חיקוק. כפי שהוסבר בספרות המשפטית, בבסיס הסעיף ניצבת הכרה בקיומו של קושי לבצע פיקוח מספק ב"מקרקעי ציבור" בהשוואה למקרקעין הנמצאים בבעלות פרטית. כך הסביר זאת פרופ' ויסמן במאמרו "התיישנות והמדינה" משפטים יד 3 (1984) (להלן: ויסמן-התיישנות):

"הטעם להוראה שנקבעה בסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין טמון, מסתמא, בכך שכל עוד לא נרשמו מקרקעי הציבור בפנקסי המקרקעין עשויה לשרור אי-ודאות בקשר לבעלות במקרקעין אלה, ורשויות הציבור המופקדות על שמירת מקרקעין אלה עשויות שלא לתבוע מסיגי גבול רק מתוך אי ידיעת המצב לאשורו. בנסיבות אלה – כך כנראה סברו – אין להניח להתיישנות לפעול כנגד הבעלים, ולטובת המחזיק" (שם, עמ' 13).

אם כן, לנגד עיני המחוקק עמד החשש מפני חוסר ודאות של "רשויות הציבור המופקדות על שמירת המקרקעין", ביחס לשאלת הבעלות האמיתית במקרקעין. חשש זה הוביל להחלטה של המחוקק לדחות את פתיחת מירוץ ההתיישנות לגבי מקרקעין מסוג זה, ולא להסתפק בהוראות הכלליות המעוגנות בחוק ההתיישנות.

5. האם יש תחולה לסעיף 113(ב) על קרקעות שהוקנו לאפוטרופוס הכללי? לטעמי התשובה על שאלה זו חיובית ומתחייבת, וזאת הן לנוכח לשון החוק הן לנוכח תכליתו, ולא מצאתי בטענות המערערים כל טענה של ממש שבכוחה לאפשר סטיה מהוראותיו של הסעיף. אסביר.

לשון החוק תחילה. "האפוטרופוס הכללי הוא תאגיד, כשר לכל חובה, זכות ופעולה משפטית". כך קובע סעיף 3 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978 (להלן: חוק האפוטרופוס הכללי). אין חולק אפוא כי האפוטרופוס הכללי הוא "תאגיד שהוקם לפי חיקוק". בהיבט זה, לשון החוק כפשוטה מובילה למסקנה ברורה כי מקרקעין הנמצאים בידי האפוטרופוס הכללי הם בגדר "מקרקעי ציבור".

6. ומה באשר לתכליתו של הסעיף? נעמוד בקצרה על מקצת הוראותיו של חוק האפוטרופוס הכללי והוראות נוספות הצריכות לעניין.

עיקר הוראותיו של חוק האפוטרופוס הכללי עוסקות בניהול "נכסים עזובים". על פי הגדרתם בסעיף 1 לחוק זה, "נכסים עזובים" הם נכסים בישראל (או נכסים בחו"ל של ישראלים) שאין מי שרשאי ומסוגל לנהוג בהם מנהג בעלים או לנהלם, או שבעליהם אינו ידוע. החוק מטיל על מחזיקי נכסים עזובים ועל עובד ציבור שנודע לו על נכס כזה אגב מילוי תפקידו, חובה להודיע על כך לאפוטרופוס הכללי; ומשעה שנודע לאחרון על נכס שיש יסוד להניח שהוא נכס עזוב, עליו לערוך חקירה כדי לברר אם יש מקום לניהולו לפי הוראות חוק האפוטרופוס הכללי. ככל שהחקירה העלתה כי יש מקום לעשות כן, על

האפוטרופוס הכללי לפנות לבית המשפט לצורך מתן צו ניהול לנכס (סעיפים 5(א)-(ג)). כמו כן, נקבעו בחוק הוראות לגבי דרך ניהול נכסים אלו (סעיף 9).

לצד הוראות אלה, סעיף 5 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970 (להלן: חוק הסדרי משפט ומינהל) קובע הסדר המתייחס לסוג נוסף של נכסים שהוקנו גם הם לידי האפוטרופוס הכללי. וזו לשון הסעיף:

שחרור מקרקעין

5. (א) מקרקעין הנמצאים בשטח תחולתו של צו החלת המשפט, וערב היום שבו עבר השטח להחזקת צבא-הגנה לישראל הם היו מוקנים לאדם אשר שלטונות המדינה שהשטח היה תפוס בידיה למעשה מינו אותו לממונה על רכוש האויב או לבעל תפקיד או תואר דומה, או היו מוקנים לרשות מרשויותיה של אותה מדינה או לגוף שבשליטתה אשר אותו אדם העבירם להם או שהיו אותה שעה בהחזקתם או בניהולם של אדם, גוף או רשות כאמור – מוקנים מיום תחילתו של הצו לאפוטרופוס הכללי שיעשה בהם כאמור להלן בסעיף זה.

(ב) האפוטרופוס הכללי ישחרר, בתעודה חתומה בידו, את המקרקעין למי שהיה בעלם לפני שהוקנו לאדם כאמור בסעיף קטן (א) או לפני שאותו אדם התחיל להחזיק בהם או לנהלם, לפי הענין, או לחליפו של אותו בעל, לפי בקשתם; כל עוד לא שוחררו המקרקעין, יעשה בהם האפוטרופוס הכללי כפי שהוא רשאי לעשות בנכס עזוב שלגביו ניתן לו צו ניהול לפי סעיף 6(א) לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח-1978, והוראות סעיף 15(ג) ו-15(ד) לחוק האמור יחולו.

[...]

אם כן, הוראות הסעיף קובעות כי כל הקרקעות שהוחל עליהן צו החלת המשפט, ובכללן נכסים שהיו ברשות הממונה הירדני על רכוש האויב, "מוקנים" לאפוטרופוס הכללי מיום תחילתו של הצו (קרי מחודש יוני 1967). בנוסף לכך, על האפוטרופוס הכללי הוטלה חובה לנהוג במקרקעין אלו כאילו ניתן לגביהם צו ניהול מטעם בית המשפט על פי הוראות חוק האפוטרופוס הכללי. כפי שהובהר בפסיקה והוזכר על ידי חבריי בחוות דעתם, "הקנייה" זו לאפוטרופוס הכללי מכוח סעיף 5(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל, מתייחסת להקנייה של זכות הבעלות במקרקעין (ע"א 499/78 נבולטי נ' מועצת בתי העלמין היהודיים, ירושלים, פ"ד לג' (3) 679, 681 (1979)).

סוג נוסף של נכסים שבהם עוסק חוק האפוטרופוס הכללי הוא נכסים שהיו מוקנים לממונה על רכוש האויב לפי פקודת המסחר עם האויב, 1939. גם לגבי נכסים

אלו נקבע כי יראו אותם "כמשוחררים מהוראות אותה פקודה וכאילו ניתן לגביהם צו ניהול" (סעיף 21 לחוק האפוטרופוס הכללי).

7. בשונה מ"נכסים עזובים" – שלאפוטרופוס נודע על קיומם, ובעקבות כך הוא פנה לבית המשפט לצורך הוצאת צו לניהולם – המקרקעין שבהם עוסק חוק הסדרי משפט ומינהל הוקנו לאפוטרופוס הכללי באופן אוטומטי. זאת, מבלי שנודע לו עליהם מבעוד מועד, מבלי שחקר ובדק לגביהם, ומבלי שניתן צו בית משפט המורה לו לנהלם.

בהיבט זה, ההסדר שנקבע בחוק הסדרי משפט ומינהל נושא דמיון רב להסדר המעוגן בחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950. חוק זה קובע כי "כל נכס נפקד מוקנה בזו לאפוטרופוס [...]", ו"כל זכות שהיתה לנפקד בנכס עוברת מאליה לאפוטרופוס בשעת הקניית הנכס, ויד האפוטרופוס כיד בעל הנכס" (סעיף 4(א)(1)-(2) לחוק האמור). אכן, כשם שהקניית נכס נפקד לאפוטרופוס לנכסי נפקדים נעשית עם התקיימות התנאים הקבועים בחוק, מבלי שהדבר מותנה בפעולה משפטית מצד האפוטרופוס, כך הדבר לגבי הקניית נכסים לידי האפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט ומינהל, הנעשית באופן אוטומטי וגורף, ללא צו בית משפט וללא הכרזה קונקרטיה המתייחסת לנכס ספציפי (על אופן הקניית נכסים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים ראו ע"א 3296/19 עזבון ג'אבר ז"ל נ' רשות הפיתוח, פסקה 13 (26.12.2021); בג"ץ 4713/93 גולן נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד מח(2) 638, 645 (1994); להסדר דומה ראו גם סעיף 5 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950). באספקלריה זו, נקל להיווכח כי החלת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין לגבי מקרקעין שהועברו לאפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט ומינהל, מתיישבת היטב עם תכליתו של הסעיף, לנוכח קיומו של קושי אפשרי לפקח אחר הקרקעות שהוקנו לו באופן אוטומטי מכוח הדין, כמתואר לעיל.

8. יתרה מכך. עיון בסעיפי חוק האפוטרופוס הכללי מעלה כי בין נכסי מקרקעין המנוהלים על ידי האפוטרופוס הכללי לבין המדינה ישנה זיקה העולה במישרין מהוראות החוק. כך, סעיף 15(ג) קובע כי מקום שבו האפוטרופוס הכללי ניהל נכס מקרקעין במשך 15 שנה, ובית המשפט שוכנע, לפי דו"ח מאת האפוטרופוס הכללי, שאין הצדקה להמשיך בניהולו, רשאי בית המשפט לצוות על העברת הנכס לקניין המדינה. זאת, לדוגמה, כאשר הסיכויים לאתר את בעלי הזכויות הפכו קלושים (הצעת חוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ז-1976, ה"ח 1270, עמ' 55). דברים אלו משקפים זיקה ברורה בין נכסי האפוטרופוס הכללי לבין נכסי המדינה (בכוח), ויש בכך כדי לבסס את הגיונה של קביעת המחוקק כי מקרקעין הנמצאים בידי האפוטרופוס הכללי הם בגדר "מקרקעי ציבור",

מתוך הכרה באי-ודאות אפשרית מצד "רשויות הציבור המופקדות על שמירת מקרקעין אלה" לגבי מצב הזכויות בהם. זאת, בין אם מדובר במקרקעין פרטיים ובין אם לאו.

9. חבריי הזכירו בחוות דעתם ביקורת שהובעה בספרות המשפטית לגבי הוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין. כך, לדוגמה, פרופ' ויסמן העיר לגבי מקרקעין של תאגידיים שהוקמו לפי חיקוק, כי בשונה מ"מקרקעי ישראל" ומקרקעין של רשויות מקומיות (שגם עליהם חל סעיף 113(ב)), "שטחי הקרקע שבבעלות תאגידיים שכאלה (כגון רשות השידור, רשות הדואר, או רשות שדות התעופה) אינם כה נרחבים, ומן הראוי לצפות לכך כי לתאגידיים שכאלה יהא ידוע אילו מקרקעין שייכים להם, ומה נעשה בהם". עוד הביע פרופ' ויסמן דעתו כי ניתן היה להסתפק בהסדר הכללי שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות, חלף שלילה מוחלטת של התיישנות במקרקעי ציבור שלא נרשמו על שם בעליהם (יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 267-268 (1993) (להלן: ויסמן-קניין); כן ראו ויסמן-התיישנות, עמ' 13-14; ישראל גלעד "התיישנות במקרקעין – קווים לרפורמה" משפטים יח 177 (1988) (להלן: גלעד)).

ביקורת זו הגיונה עמה, אך ברי כי אין היא גורעת מתחולתו של סעיף 113(ב) במקרה שלפנינו, וזאת בשל מספר סיבות. ראשית, כפי שהוסבר לעיל, לא דומות קרקעות שהוקנו באופן אוטומטי לאפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט וממשל, מבלי שהאפוטרופוס ידע מאומה על פרטיהן, לקרקעות הנמצאות בבעלות רשות השידור ודומותיה. לכן, אף אם הייתי נכון להניח, ולו לצורך הדיון, כי עשויים להיות תאגידיים מכוח חוק שאינם מתאימים לחסות בצלו של סעיף 113(ב) לחוק (ואיני קובע כך), ברי כי האפוטרופוס הכללי בהקשר דנן אינו נמנה עליהם, שכן הוא משקף מקרה מובהק שבו החלת הסעיף מגשימה היטב את תכליתו. דומה כי זו גם גישתו של גלעד:

"באשר לרשות הפיתוח, לתאגידיים סטטוטוריים אחרים המפעילים סמכויות של השלטון המרכזי ולקרן הקיימת לישראל, נראה לנו שההרחבה מובנת מאליה: אלה הם זרועות של המדינה שיש להתייחס אליהן, לצורך ההתיישנות, כאילו היו המדינה למרות אישיותן המשפטית הנפרדת" (שם, עמ' 230).

מבין שלל התאגידיים שהוקמו מכוח חיקוק, ספק אם יש תאגיד שהחלת סעיף 113(ב) לגביו מגשימה בצורה טובה יותר את תכליתו של הסעיף כדוגמת האפוטרופוס הכללי בהקשר דנן. ממילא, קשה להלום פרשנות שתשלול את תחולתו של סעיף 113(ב) דווקא לגביו, מה שעלול להביא לריקונו של הסעיף מתוכן ממשי.

10. זאת ועוד. אף פרופ' ויסמן, שביקורתו על הסעיף הובאה לעיל, מכיר בכך שההסדר שנקבע בסופו של דבר בחוק המקרקעין, שולל התיישנות במקרקעי ציבור בטרם נרשמו על שם בעליהם, וזאת "אפילו ידעו הבעלים, למעשה, כי נתרצחו העובדות המשמשות יסוד להתיישנות, או שהיה בידיהם לדעת על כך אילו נהגו בזהירות סבירה" (ויסמן-קניין, שם; ההדגשה הוספה). ובדומה:

"החוק קובע כי תקופת ההתיישנות תתחיל רק מעת הרישום, כשהתוצאה היא שאפילו ידע למעשה הבעלים של 'מקרקעין הציבור' על בעלותו, הוא ייחנה מהעובדה שהמקרקעין אינם רשומים על שמו" (יהושע ויסמן חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מגמות והישגים 34 ה"ש 92 (1970)).

זאת, על אחת כמה וכמה כאשר הקניית הנכס נעשתה מבלי שהאפוטרופוס הכללי ידע על אודות בעלותו בנכס שהוקנה לו באופן אוטומטי, בדומה לנכסי נפקדים.

אם לא די בכך, באה ההיסטוריה החקיקתית ומלמדת גם היא בבירור כי בחירתו של המחוקק לכלול תחת "מקרקעי ציבור" מקרקעין של תאגידים שהוקמו לפי חיקוק, ולהחיל עליהם את הוראת ההתיישנות שבסעיף 113(ב) לחוק, נעשתה באופן מודע ובכוונת מכוון. הא-ראיה, שבראשית הדרך, במסגרת הצעת חוק המקרקעין, הגדרת "מקרקעי ישראל" לא כללה מקרקעין של תאגידים שהוקמו לפי חיקוק, ואלה נתווספו לנוסח הסופי של החוק. הוראת ההתיישנות שנכללה מלכתחילה בהצעת החוק גם כן שונתה, וההסדר שנקבע לבסוף בסעיף 113(ב) צמצם עוד יותר את האפשרות להעלות טענת התיישנות ביחס למקרקעי ציבור (סעיפים 177 ו-180(ב)(2) להצעת חוק המקרקעין, התשכ"ד-1964, ה"ח 612, עמ' 196-197; ויסמן-קניין, עמ' 267-268). אכן, "תוקפה של ההוראה הנ"ל, התולה את התיישנות ברישום, לא הוגבל לקרקעות המדינה אלא הורחב ל'מקרקעי ציבור'", ובכללם תאגידים סטוטוריים (גלעד, עמ' 230).

11. חברתי העלתה תמיהות כבדות משקל לגבי התחולה העקרונית של סעיף 113(ב) על מקרקעין פרטיים שהוקנו לאפוטרופוס. כך, יש ממש בתמיהה מדוע בחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), התשמ"א-1981, הגביל המחוקק את תחולת החוק אך ל"מקרקעי ישראל כמשמעותם בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ומקרקעין של רשות מקומית". כפי שצוין, על לשונו הגורפת של סעיף 113(ב) נמתחה ביקורת מלומדים, ואף והיו שגרסו כי ההסדר שנקבע בסעיף אינו נדרש, הוא מפלה לרעה מחזיקים ב"מקרקעי ציבור" לעומת מחזיקים אחרים ויש לבטלו (גלעד, עמ' 235). ברם, בשורה התחונה, המחוקק מצא

לנכון לקבוע במפורש כי מקרקעין של תאגיד שהוקם לפי חיקוק הם בבחינת "מקרקעי ציבור", ואף מצא לנכון לקבוע הסדר ספציפי לגבי מועד פתיחת מרוץ ההתיישנות במקרקעין מסוג זה, החורג מההסדר הכללי המעוגן בסעיף 8 לחוק ההתיישנות. זהו הבסיס החוקי לניתוח המשפטי בערעור שלפנינו, ואיני רואה דרך לסטות ממנו.

12. על רקע האמור, השאלה שעומדת להכרעתנו אינה אם ההסדר המעוגן בסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין מניח את הדעת אם לאו, או אם ראוי היה לקבוע הסדר אחר תחתיו. השאלה הצריכה לענייננו היא אם יש להחיל את סעיף 113(ב) לחוק על קרקעות שהועברו לאפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט ומינהל. כפי שהוסבר לעיל, תשובה חיובית על שאלה זו היא מתבקשת ומתחייבת, הן לנוכח לשונו המפורשת של החוק הן לנוכח תכליתו. זאת, בהיות האפוטרופוס הכללי תאגיד שהוקם לפי חיקוק, ובראי התכלית שסעיף 113(ב) לחוק נועד להגשים. לנוכח האמור, איני יכול להיות שותף לעמדתה של חברתי כי סעיף 113(ב) לחוק אינו חל על נכסים שהוקנו לאפוטרופוס הכללי, והדברים יפים ביתר שאת מקום שבו מדובר בנכסים שהוקנו לאפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט ומינהל. עם זאת, כפי שיוסבר להלן, מסקנה זו אינה בהכרח בבחינת סוף הדרך.

13. סעיף 113(ב) סיפא קובע כי בכל הנוגע למקרקעי ציבור (ובכללם מקרקעין שהוקנו לאפוטרופוס הכללי), "לא תתחיל תקופת ההתיישנות לפני היום שנרשמו על שם בעליהם". עיון מדוקדק בלשון הסעיף מעלה שתי תובנות: ראשית, הוראת הסעיף הדוחה את פתיחת מירוץ ההתיישנות, עוסקת במצב שבו המקרקעין טרם נרשמו על שם בעליהם; שנית, הוראת הסעיף מנוסחת על דרך השלילה, לאמור: הסעיף אינו קובע באופן פוזיטיבי מהי נקודת הזמן שבה ייפתח מירוץ ההתיישנות, אלא קובע נקודת זמן שמירוץ ההתיישנות לא ייפתח לפניה. הבחנות אלה אינן בהכרח נטולות משמעות לענייננו.

בהקשר דנן של מקרקעין שהוקנו לידי האפוטרופוס הכללי, ניתן לחשוב על שלושה סוגי מקרים שעשויים לעורר שאלות בדבר תחולתו של סעיף 113(ב) לחוק ומועד פתיחת מירוץ ההתיישנות.

א. סוג המקרים הראשון הוא כאשר מדובר במקרקעין השייכים לאחת מרשויות המדינה או עתידים להפוך לקניין המדינה (כגון מכוח סעיף 15(ג) לחוק האפוטרופוס הכללי), אך טרם נרשמו על שמה. במצב שכזה, כל עוד מוקנים המקרקעין לאפוטרופוס הכללי הריהם בגדר "מקרקעי ציבור", ולפי הוראת סעיף 113(ב) לחוק, מירוץ ההתיישנות יידחה ליום שבו יירשמו המקרקעין על שם הרשות. זהו מקרה טיפוסי שבו

יחול סעיף 113(ב) לחוק. [סוג מקרים זה אינו רלוונטי לערעור דנן, שכן איננו עוסקים במקרקעי ציבור שעתידיים להירשם על שם המדינה, אלא במקרקעין פרטיים ששחררו בחזרה לידי בעליהם].

ב. סוג המקרים השני הוא כאשר מדובר במקרקעין בבעלות פרטית שהוקנו לאפוטרופוס הכללי, והמקרקעין עתידיים לחזור לבעליהם הפרטיים, אך הרישום בפנקסי המקרקעין אינו משקף את מצב הזכויות האמיתי, כך שהמקרקעין אינם רשומים על שם בעליהם. לדוגמה, הנכס רשום על שם ראובן, ובהמשך עולה בידי שמעון להוכיח בפני האפוטרופוס הכללי כי הוא בעל הזכויות בנכס וכי הוא רשאי לקבלו לידי, הגם שאינו רשום בפנקס הזכויות כבעלים של הנכס. בהמשך לכך, האפוטרופוס משחרר לידי שמעון את המקרקעין מכוח סמכותו לפי סעיף 15(א) לחוק האפוטרופוס הכללי.

במצב שכזה, ניתן היה לטעון כי יש לדחות את מירוץ ההתיישנות עד למועד שבו יירשמו המקרקעין על שם שמעון-הבעלים, בהתאם להוראת סעיף 113(ב) לחוק, שאינה מבחינה בין מקרקעין שטרם נרשמו על שם המדינה למקרקעין שטרם נרשמו על שם אדם פרטי. לטעמי, טענה שכזו בטעות יסודה. משעה ששחררו המקרקעין מהאפוטרופוס הכללי לידי בעליהם הפרטיים, אזי הם חדלו מלהיות בסטטוס של "מקרקעי ציבור", ובכך הוצאו מתחולתו של סעיף 113(ב) לחוק. לפיכך, בהעדר מניעה אחרת, מירוץ ההתיישנות ייפתח מהמועד שבו שחררו המקרקעין לידי הבעלים הפרטי. תוצאה זו מתיישבת אף עם הגיונם של דברים, שהרי קשה להלום כי הבעלים הפרטי של מקרקעין ששחררו לידי, יהיה חסין מפני טענת התיישנות עד לרישום המקרקעין על שמו, אך בשל העובדה שהמקרקעין הוקנו בעבר לאפוטרופוס הכללי.

ג. סוג המקרים השלישי הוא כאשר הוקנו לאפוטרופוס הכללי מקרקעין שהיו בבעלות פרטית, והרישום בפנקסי המקרקעין משקף את מצב הזכויות בפועל, דהיינו המקרקעין רשומים על שם בעליהם. בהמשך, עולה בידי הבעלים הרשום להוכיח בפני האפוטרופוס הכללי כי הוא רשאי לקבל את הנכס לידי, והאפוטרופוס משחרר לידי את המקרקעין מכוח סמכותו לפי סעיף 15(א) לחוק האפוטרופוס הכללי. במצב שכזה, ברי כי אין בהוראת סעיף 113(ב) כדי לדחות את מירוץ ההתיישנות, שהרי הקרקע כבר רשומה על שם הבעלים.

מתי אפוא ייפתח מירוץ ההתיישנות בסוג מקרים זה? תשובה אפשרית אחת היא כי אין למנות בתקופת ההתיישנות את התקופה שבמהלכה הוקנו המקרקעין לאפוטרופוס הכללי, כך שמירוץ ההתיישנות ייפתח עם שחרור המקרקעין לידי הבעלים, שאז חדלו

המקרקעין מלהיות "מקרקעי ציבור" (בדומה לסוג המקרים השני המוזכר לעיל). דומה כי זו עמדתה של חברתי, המציינת כי "אם המקרקעין הם אכן מקרקעי ציבור, כפי שקבע בית משפט השלום, מרוץ ההתיישנות יחל רק מן המועד שבו שוחררו המקרקעין לידי המשיבים" (פסקה 49 לחוות דעתה). תשובה אפשרית נוספת היא כי מקום שבו המקרקעין היו רשומים כל העת על שם הבעלים, אזי ממילא סעיף 113(ב) לחוק לא מעלה ולא מוריד, ועלינו לתור אחר התשובה בדין ההתיישנות הכללי, על כלליו וחריגיו.

כשלעצמי, נוטה דעתי לאפשרות השניה. קרי, מקום שבו המקרקעין שהוקנו לאפוטרופוס הכללי היו רשומים כל העת על שם הבעלים הפרטי ושוחררו לידי בחזרה, סעיף 113(ב) נעדר נפקות, ומשכך יש לקבוע את מועד פתיחת מירוץ ההתיישנות על פי הוראות חוק ההתיישנות. במילים אחרות, כל עוד הוקנו המקרקעין לאפוטרופוס הכללי והיו בסטטוס של "מקרקעי ציבור", מירוץ ההתיישנות אכן לא נפתח לפני המועד שבו נרשמו המקרקעין על שם הבעלים, כהוראת סעיף 113(ב) לחוק (שהרי המקרקעין היו ונתרו רשומים על שם הבעלים כל העת). לעומת זאת, לצורך השאלה מתי ייפתח מירוץ ההתיישנות, יש לפנות אל הוראות הדין הכללי.

ודוק: תנאי לפתיחת מירוץ ההתיישנות הוא קיומו של כוח תביעה בידי התובע, שהרי "כל עוד לא קם ליריב הכוח להגיש נגד המחזיק תובענה בגין החזקתו, לא נפתח מירוץ ההתיישנות" (גלעד, עמ' 209; רע"א 901/07 גיא-ליפל נ' מדינת ישראל – הוועדה לאנרגיה אטומית, פסקה 39 והאסמכתאות שם (19.9.2010) (להלן: עניין גיא-ליפל)). באספקלריה זו, סוגיית ההתיישנות במקרים מסוג זה מעוררת שאלה לגבי פרק הזמן שבמהלכו היו המקרקעין הפרטיים בגדר "מקרקעי ציבור". דהיינו, לאורך השנים שבהן הוקנו המקרקעין לאפוטרופוס הכללי, האם אחז הבעלים הרשום בכוח תביעה אל מול המחזיק? אלו כלים משפטיים עמדו לרשותו, אם בכלל, לצורך אכיפת זכויותיו במקרקעין? שאלה זו עשויה להיות שאלה מכרעת לצורך קביעת מועד פתיחת מירוץ ההתיישנות: ככל שלא היה בידי הבעלים כוח תביעה, אזי יש למנות את תקופת ההתיישנות מהמועד שבו שוחררו המקרקעין לידי הבעלים הרשום וחדלו להיות "מקרקעי ציבור"; וככל שהיה בידי הבעלים הרשום כוח תביעה, אזי יש לנתח את הסוגיה לאור יתר הוראות חוק ההתיישנות, ובכללן סעיף 8 לחוק ההתיישנות.

14. יישום הדברים על המקרה שלפנינו מוביל למסקנה כי התשתית שהונחה במקרה דנן אינה מאפשרת לקבוע תחת איזה סוג מקרים אנו מצויים (סוג המקרים השני או השלישי), ומשכך לא ניתן לקבוע מתי נפתח מירוץ ההתיישנות.

חברתי השופטת ברק-ארו ציינה כי המקרקעין מושא ההליך דנן היו רשומים משנת 1882 על שמו של "מוסטון בן בניסטה", תוך שהיא מוסיפה כי "ככל הנראה" מדובר במשה בנבנישתי, המקדיש, וכי הרישום בפנקס השטרות עמד בעינו לאורך השנים (כאשר בתקופה הירדנית המקרקעין נרשמו בפנקסי מס רכוש על שמו של הממונה הירדני על נכסי האויב). מכך מסיקה חברתי כי אין יסוד לקביעה כי מירוץ ההתיישנות נפתח רק במועד שבו שוחררו המקרקעין לידי המשיבים (פסקה 58 לחוות דעתה). מנגד, חברי השופט מיןן מציין כי הבחנה שכזו לגבי זהות הבעלים הרשום לא בא זכרה בהליכים שהתנהלו בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי; כי לא הועלתה כל טענה כי סעיף 113(ב) לחוק לא חל בשל נסיבות הרישום הייחודיות של תיק זה; כי לא ניתנה לצדדים הזדמנות להידרש לסוגיה; ואף לא ניתנה הדעת למכלול הסוגיות המורכבות המתעוררות בקשר לשאלת רישום על שם הבעלים, לרבות ההבחנה בין המקדיש לנאמני ההקדש, כמו גם נפקות אפשרית של העברת הקרקע לידי הממונה הירדני (פסקה 13 לחוות דעתו).

כאמור, השאלה אם יש זהות פורמלית או מהותית בין הבעלים הרשומים לבין המשיבים, כמי שהתמנו כנאמני ההקדש החדשים, היא שאלה שעשויה להיות בעלת נפקות. בהעדר זהות כאמור, מירוץ ההתיישנות נפתח במועד שבו שוחררו המקרקעין לידי המשיבים (סוג המקרים השני המוזכר בפסקה 13 לעיל), ומשעה שאין חולק כי בין מועד שחרור המקרקעין לידי המשיבים לבין מועד הגשת התביעה תקופת ההתיישנות טרם חלפה – אזי התוצאה תהיה כי התביעה לא התיישנה. לעומת זאת, בהתקיים זהות פורמלית או מהותית כאמור, הרי שמדובר במקרקעין שהיו ונותרו רשומים על שם הבעלים, ומשכך סעיף 113(ב) לחוק אינו דוחה את מועד פתיחת מירוץ ההתיישנות (סוג המקרים השלישי המוזכר בסעיף 15 לעיל), ואז יש לפנות אל דיני ההתיישנות הכלליים, ובגדרם להידרש לשאלת תחולתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות וקיומו של כוח תביעה.

15. ברוח דבריו של חברי, אף אני סבור כי אין באפשרותנו לקבוע בגדרו של הערעור דנן ממצא לגבי טיבו של הרישום בפנקסי המקרקעין, ומשכך אין באפשרותנו להכריע בשאלת תחולתו של סעיף 113(ב) לחוק. מדובר בסוגיות המערבות שאלות של עובדה ומשפט, שלא ניתן להכריע בהן מבלי שהצדדים טענו להן ומבלי שהדברים נתלבנו במסגרת ההליכים בערכאות קמא. עם זאת, בניגוד לחברי, איני סבור כי בשל כך דין הערעור להידחות. לטעמי, בנסיבות דנן, על מנת להבטיח כי יצא תחת ידו של בית המשפט דין אמת מבורר, יש להורות על החזרת הדיון לבית משפט השלום, על מנת שיתאפשר לצדדים להשמיע טענותיהם ולפרוש ראיותיהם בשאלת טיב הרישום ונפקותו באשר לתחולתו או העדר תחולתו של סעיף 113(ב) ובאשר למועד פתיחת מירוץ ההתיישנות.

16. בהינתן המסקנה כי יש להורות על השבת הדיון לבית משפט השלום לצורך הכרעה בשאלת תחולתו של סעיף 113(ב) לחוק, יכולנו לסיים הילוכנו בנקודה זו. ברם, משעה שחבריי התייחסו לסוגיית תחולתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות; ובהינתן שבמסגרת הדיון בבית משפט השלום עשוי להתעורר צורך להידרש לתחולת הסעיף (ככל שייקבע כי המקרקעין היו למעשה רשומים על שם בעליהם כל העת – ובשלב זה איני מביע עמדה בשאלה זו), אוסיף מילים אחדות לגבי הוראות חוק ההתיישנות.

חוק ההתיישנות

17. סעיף 8 לחוק ההתיישנות מעגן את "כלל הגילוי המאוחר". לפיו כלל זה, מקום שבו נעלמו מעיני התובע עובדות מהותיות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן סבירה לא היה יכול למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות עם גילוי העובדות. כפי שהוסבר בעניין גיא-ליפל:

"כלל הגילוי המאוחר חל כאשר יש פער בין המציאות העובדתית והמשפטית לבין השתקפותה של מציאות זו בתודעת התובע והוא משעה את מירון ההתיישנות עד למועד בו יש בידי הניזוק לעמוד על כוח התביעה שבידו [...] בהעדר ידיעה של התובע, אשר לא גילה ולא היה עליו לגלות כי קמה לו עילת תביעה, נחלשים חלק מהטעמים שבבסיס דיני ההתיישנות. לא ניתן לראות את התובע כמי שויתר או ישן על זכויותיו ולא ניתן לבוא אליו בטרוניא על כך שיצר ציפיות אצל הנתבע כי ויתר או מחל על תביעתו. לכן תושעה נקודת הפתיחה של מרוץ ההתיישנות עד למועד בו התובע מגלה או יכול לגלות את העובדות הטעונות גילוי [...] " (שם בפסקה 40, ההפניות הושמטו).

במישור העובדתי, בית משפט השלום אימץ את עדותו של המשיב 2 כי מקרקעי ההקדש משתרעים על חטיבת קרקע ששטחה למעלה מ-5000 מ"ר; כי למקרקעין פלשו עשרות רבות של פולשים; כי המשיבים נאלצו להשקיע מאמצים רבים על מנת להתחקות אחר זהותם של המחזיקים בנכס ספציפי; וכי המשיבים הגישו את תביעתם בהליך הקודם בסמוך לאחר שעמדו על זהות הנתבעים (פסקה 26 לפסק דינו). ממצאים אלו אומצו על ידי בית המשפט המחוזי, וזוהי התשתית העובדתית לצורך הדיון בשאלת תחולתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות במסגרת ההליך שלפנינו.

18. האספקט המשפטי שבגינו סבורה חברתי כי דין הערעור להתקבל, עניינו בשאלת זהותו של הגורם הרלוונטי, שידיעתו (או אי-ידיעתו) את העובדות המהוות את עילת התובענה תקבע אם יש תחולה לסעיף 8 לחוק ההתיישנות. בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי קבעו כי מירון ההתיישנות נפתח במועד שבו נודעו למשיבים-התובעים העובדות הנדרשות, וכי אין למנות את התקופה שבה הוקנו המקרקעין לאפוטרופוס הכללי. גישתה של חברתי שונה. לדידה, יש לבחון את מועד גילוי העובדות מנקודת מבטו של האפוטרופוס הכללי. על כך מוסיפה חברתי אף קביעה במישור העובדתי, שלפיה לאפוטרופוס הכללי היה "קצה חוט" לעניין ישיבתם של מחזיקים במקרקעין (זאת מבלי שהאפוטרופוס הכללי היה צד להליך). לפיכך, לשיטתה, "העובדה העיקרית המקימה את עילתה של תביעת הפינוי" היתה ידועה לו, ולמצער היה עליו לדעת עליה, עוד לפני שנת 1999, ועל כן אין תחולה לסעיף 8 במקרה דנן.

19. הוראת החוק הרלוונטית בחוק ההתיישנות העוסקת בנפקות זהותו של התובע, מעוגנת בסעיף 18 הקובע כדלקמן:

תסיבת הזכות אינה משפיעה

18. לענין חישוב תקופת ההתיישנות אין נפקא מינה אם הזכות נתבעת על ידי הזכאי המקורי או על ידי חליפו או אם הזכות נתבעת נגד החייב המקורי או נגד חליפו, ובלבד שאם נסבה הזכות בדרך ירושה, לא תסתיים תקופת ההתיישנות לפני שעברה לפחות שנה אחת מן היום שבו נסבה הזכות.

הוראה זו מעמידה נקודת מוצא שלפיה העברת זכות מזכאי מקורי לידי חליפו, אין בה כשלעצמה כדי להשעות או לאפס את מירון ההתיישנות. נקודת מוצא זו מבטאת על פניה את התפישה כי "מושא ההתיישנות הוא התביעה עצמה ומירון ההתיישנות מופנה לעבר התביעה ולא דווקא נגד תובע פלוני" (עניין גיא-ליפל, פסקה 58 לפסק דיני; והשוו גם לדברי ההסבר לסעיף 13 להצעת חוק ההתיישנות, התשס"ד-2004, ה"ח המחשלה 125, עמ' 619).

20. במקרה שלפנינו, החל משלהי המאה התשע-עשרה המקרקעין היו בבעלות ההקדש; בשנת 1938 המקרקעין ננטשו; בתום מלחמת השחרור, המקרקעין הוקנו לממונה הירדני על רכוש האויב; בהמשך, לאחר מלחמת ששת הימים, המקרקעין הוקנו לאפוטרופוס הכללי; כעבור למעלה משלושה עשורים, בשנת 2002, שוחררו המקרקעין לידי המשיבים נאמני ההקדש; ובשנת 2014 הוגשה תביעת המשיבים שעליה נסבה בקשת רשות הערעור דנן. לנוכח תקופת ההתיישנות בת 15 השנים החלה במקרה דנן, המסקנה

כי התביעה התיישנה וכי אין תחולה לסעיף 8 לחוק ההתיישנות, מותנית לכאורה בכך שהמשיבים הם בגדר חליפיו של האפוטרופוס הכללי; ובכך שהאפוטרופוס הכללי היה מודע לעובדות המהוות את עילת התובענה, ועל כן יש לייחס ידיעה זו למשיבים-חליפיו. ואכן, זוהי בדיוק טענת המערערים בבקשת רשות הערעור דנן, שבה הדגישו כי המשיבים הם חליפיו של האפוטרופוס הכללי, שהיה חליפו של הממונה הירדני על רכוש האויב (פסקה 34 לבקשת רשות הערעור, ההדגשה במקור).

21. הטענה בדבר קיומם של יחסי חליפות כמתואר לעיל לצורך תחולתו של סעיף 18 לחוק ההתיישנות – היא טענה מוקשית. כפי שניתן להיווכח מלשונו של הסעיף, זו עוסקת במערכת היחסים שבין "הזכאי המקורי" לבין "חליפו". דהיינו, כאשר "זכאי מקורי" מעביר זכות לחליפו, האחרון נכנס בנעליו של הזכאי המקורי ותקופת ההתיישנות ממשיכה "לרוץ" בהתעלם מהעברת הזכויות בין השניים (להוציא מצבים של ירושה כאמור בסיפא של הסעיף).

ואולם, שרשרת העברת הזכויות במקרה דנן, כמו גם נסיבות העברת הזכויות, רחוקות עד מאד מהמצב הטיפוסי של העברת זכויות בין "זכאי מקורי" ל"חליף" שבו מדבר הסעיף. כזכור, המקרקעין נלקחו מידי ההקדש, בעל כרחו, בעקבות מלחמת השחרור, והועברו לממונה הירדני על נכסי האויב, וברי כי לאורך התקופה שבה החזיק הממונה הירדני במקרקעין אין לייחס להקדש ידיעה על מצבם. איננו עוסקים אפוא במצב רגיל שבו הזכאי המקורי, המודע לזכויותיו, מעבירן במודע לאחר; אלא במצב שבו זכויותיו של הזכאי המקורי נלקחו ממנו, והוא שרוי בעלטה לגבי מצב הדברים העובדתי במשך שנים ארוכות.

לאחר מכן, המקרקעין הוקנו לאפוטרופוס הכללי מכוח חוק הסדרי משפט ומינהל, ובהמשך שוחררו בחזרה לידי נאמני ההקדש. רוצה לומר, שאיננו עוסקים בחליף הנכנס בנעליו של הזכאי המקורי. נהפוך הוא. ענייננו בזכאי המקורי המבקש לקבל בחזרה את זכויותיו מידי של האפוטרופוס הכללי. בנסיבות אלו, הניסיון לייחס לזכאי המקורי ידיעה של החליף, הוא ניסיון מוקשה שאינו עולה בקנה אחד עם לשון הסעיף ואף לא עם הגיונו (וזאת בהנחה שבכלל ניתן לראות באפוטרופוס כחליף – הנחה מוקשית כשלעצמה, כפי שיוסבר להלן). הרציונאלים העומדים בבסיס כלל הגילוי המאוחר מובילים אף הם למסקנה זו, שהרי פשיטא שלא ניתן לראות במשיבים כמי שוויתרו או ישנו על זכויותיהם, וברי כי לא ניתן לבוא אליהם בטרונאי על כך שיצרו ציפיות אצל המערערים כי מחלו על תביעתם (עניין גיא-ליפל, פסקה 40).

22. ההנחה כי האפוטרופוס הכללי גם הוא בגדר "חליף" כמובנו בסעיף 18 לחוק ההתיישנות, מוקשית אף היא. כפי שהוסבר בספרות ובפסיקה, "חליף" משמעו דבר הבא במקום קודמו, ולא לחלופין, אלא לחלוטין, כשהקודם נעלם ואיננו (מאיר שלי "מן המילון המשפטי" הפרקליט כב 397, 399 (1966) (ההדגשות במקור), כפי שהובא גם בפסק דינו של השופט ברנזון בע"א 242/66 יעקובסון נ' גז, פ"ד כא(1) 85, 97-98 (1967)). מעמדו של האפוטרופוס הכללי אינו עולה בקנה אחד עם הגדרה זו, שהרי הבעלים המקורי לא "נעלם ואיננו" עם הקניית הנכס לידי האפוטרופוס הכללי, הנדרש לנהל את הנכסים שברשותו ולהשיבם במידת האפשר לידי הבעלים המקורי.

23. עולה מהאמור, כי הניסיון להחיל על מצב הדברים דנן את הוראות סעיף 18 לחוק ההתיישנות, הוא ניסיון מוקשה. יחסי החליפות שבהם מדבר סעיף 18 אינם הולמים את מערכת היחסים שבין ההקדש לבין האפוטרופוס הכללי במקרה דנן, ומשכך, נראה כי אין לייחס למשיבים את ידיעותיו של האפוטרופוס הכללי. אוסיף, למעלה מן הצורך, כי אף אם היה יסוד לסבור כי יש לייחס למשיבים את ידיעותיו של האפוטרופוס הכללי, ספק רב אם ניתן היה, במסגרת בקשת רשות ערעור זו, לקבוע מבחינה עובדתית מה ידע או יכול היה לדעת האפוטרופוס הכללי לאורך השנים, וזאת בפרט משעה שהאפוטרופוס הכללי כלל לא היה צד להליך. לכן, דומה כי אף לשיטת חברתי, הסבורה כי יש לייחס למשיבים את ידיעותו של האפוטרופוס הכללי, הדרך לעשות כן היא באמצעות החזרת הדיון לבית משפט השלום תוך צירוף האפוטרופוס הכללי להליך.

24. הנה כי כן, הטענה כי המשיבים הם בגדר חליפיו של האפוטרופוס הכללי וכי יש לייחס להם את ידיעותו של האפוטרופוס, דינה להידחות. ברם, כפי שיוסבר להלן, אף מסקנה זו אינה בבחינת סוף פסוק.

נחזור אל הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות. עמדנו לעיל על כך שככלל, "מושא ההתיישנות הוא התביעה עצמה ומירוץ ההתיישנות מופנה לעבר התביעה ולא דווקא נגד תובע פלוני". לא אחת נאמר בפסיקה כי אין להלום מצב שבו המפתח לתחילת מירוץ ההתיישנות יהיה בידיו של התובע. לכן, העובדה שהתובע החליט בשלב מסויים לפנות לעורך דין או למהנדס או לרופא לשם קבלת חוות דעת שהבהירה לו את מצבו המשפטי או העובדתי – לא היא שפותחת את מירוץ ההתיישנות:

"קשה להלום כי תחילת מירוץ ההתיישנות תהיה תלויה בשאלה מתי פנה הניזוק לעורך דין או מתי פנה לקבלת חוות דעת רפואית-מקצועית, או מתי גילה את הוראת הדין או התקדים המשפטי הרלבנטי. שאם תאמר כך,

תחילת מירוץ ההתיישנות נמצאת בשליטתו הבלעדית של התובע, בניגוד לרציונלים שבבסיס מוסד ההתיישנות" (ע"א 1960/11 אלמוג נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 8 (6.5.2013)).

השאלה היא אם היתה בידי התובע האפשרות לפנות עוד קודם לכן לעורך הדין או המהנדס או הרופא (ראו, לדוגמה, ע"א 4381/08 קופת חולים כללית נ' מוסקוביץ (16.1.2012)), או אם היה באפשרותו של התובע לגלות את העובדות הצריכות לגבש את עילת התביעה עוד קודם לכן. "ההתיישנות אינה מחכה לראיות. מלאכת המרת העובדות לראיות היא נחלתו של התובע, ועליו להשלים מלאכה זו במסגרת הזמן שחוק ההתיישנות מקציב לו" (ע"א 1442/13 זוארס נ' התעשייה הצבאית ישראל בע"מ, בפסקה 16 (18.8.2016)).

25. הקדש בנבנישתי ידע כי יש בבעלותו נכס שנמצא בסילוואן. מה מנע בעד ההקדש לפתוח בבדיקה מה אירע בגורלו של הנכס שבבעלותו למחרת היום שבו הסתיימה מלחמת ששת הימים בחודש יוני 1967, ולמצער, למחרת היום שבו נחקק חוק הסדרי משפט ומינהל? לכאורה, מירוץ ההתיישנות מתחיל מאותו יום שהיה באפשרות הקדש בנבנישתי להתחיל לחקור ולדרוש מה עלה בגורלו של הנכס שבבעלותו, דהיינו, עוד משנות השבעים-השמונים והתשעים. המחוקק השעה את תקופת ההתיישנות במקרה שבו קיימת מניעה פיזית-משפטית לקיים בירור משפטי, מאחר שהבעלים נמצא "בשטח מדינה, שמחמת התנאים שהיה נתון בהם שם או מחמת היחסים שהיו שוררים בין אותה מדינה לבין מדינת ישראל לא יכול היה, הוא או בעל דינו, לקיים את הבירור המשפטי" (סעיף 14 לחוק ההתיישנות). המחוקק לא השעה את תקופת ההתיישנות של בעל נכס שבניהולו של האפוטרופוס הכללי, מקום שבו בעל הנכס נמצא בישראל, וזה היה המצב שבו נמצא הקדש בנבנישתי יום למחרת מלחמת ששת הימים.

ודוק: בית משפט השלום דחה את טענת ההתיישנות על בסיס הקביעה כי המצב העובדתי במקרקעין היה סבוך, כי המשיבים השקיעו מאמצים רבים לצורך התחקות אחר העובדות הנדרשות להגשת התביעה, וכי זו הוגשה בסמוך לאחר שעלה בידיהם לעמוד על זהות המחזיקים. על פני הדברים, קביעה זו של בית משפט השלום מתייחסת לידיעתם הסובייקטיבית של המשיבים באשר לעובדות המגבשות את עילת התביעה, ובכללן ידיעה בדבר זהות המחזיקים. ברם, כפי שעולה מלשונו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות וכפי שהובהר בפסיקה, יישום כלל הגילוי המאוחר באמצעות התחקות אחר ידיעתו בפועל ובכוח של התובע, נעשה על פי מבחן אובייקטיבי של האדם הסביר והאמצעים הסבירים, תוך התחשבות בנסיבות העניין (עניין גיא-ליפול, פסקה 56). מכאן, לכאורה, ניתן להסיק

כי מירוץ ההתיישנות החל מנקודת הזמן שבה היה באפשרותו של הקדש בכנישתי לחזור ולמנות נאמנים חדשים להקדש ולהתחיל לחקור ולדרוש מה עלה בגורלו של הנכס שבבעלותו. זאת, ובלבד שהיה בידי ההקדש כוח תביעה במהלך התקופה שבה היו המקרקעין "מקרקעי ציבור" לאחר שהוקנו לאפוטרופוס הכללי.

26. הנה כי כן, עיון מדוקדק בפסק דינו של בית משפט השלום מעלה כי שאלת תחולתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות לא נתבררה עד תומה, שכן אף שנקבע כי מבחינה סובייקטיבית המשיבים הגישו את תביעתם בסמוך לאחר שהעובדות המקימות את עילת התביעה נתגלו להם, בית המשפט לא בחן אם מבחינה אובייקטיבית יכלו המשיבים לדעת את העובדות הנדרשות במועד מוקדם יותר. שאלה זו היא שאלה עובדתית הטעונה הוכחה, והיא מצריכה בירור לגבי מצב הדברים בשטח ויכולתו של גורם פרטי להתחקות אחר מצב זכויותיו במקרקעין בסילואן בשנים שבהן הוקנו לאפוטרופוס הכללי, או שיכול היה לגרום לאפוטרופוס הכללי לפעול ולברר את מצב הזכויות. משעה שסוגיה זו לא לובנה, יש קושי לקבוע בגדרו של ההליך שלפנינו כי תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות התקיימו במלואם. גם מן הטעם הזה, אני סבור כי יש להורות על החזרת הדיון לבית משפט השלום, על מנת לאפשר לצדדים לפרוש טענותיהם וראיותיהם לגבי השאלה מה יכלו המשיבים לדעת בתקופה שקדמה להגשת התביעה, בעת שהמקרקעין הוקנו לאפוטרופוס הכללי. זאת, לצד הצורך לבחון אם היה בידי המשיבים כוח תביעה באותה תקופה, שקיומו מהווה תנאי לפתיחת מירוץ ההתיישנות.

27. לבסוף, חבריי התייחסו בחוות דעתם לסוגיית החזקה הנוגדת במקרקעין. חברתי נדרשה ליסוד זה, שכן לצורך קבלת טענת ההתיישנות והדיפת תביעת המשיבים, נדרשים המערערים להוכיח חזקה נוגדת רציפה במקרקעין. חברי התייחס לכך אף הוא, למעלה מן הצורך, תוך שהוא מצביע על אי-אלו קשיים בטענות המערערים בהקשר זה. כשלעצמי, לנוכח מסקנתי בדבר הצורך להשיב את הדיון לבית משפט השלום, איני רואה להרחיב בנושא. עם זאת, למען העמדת דברים על דיוקם, אבהיר כי שאלת החזקה הנוגדת קשורה במישרין לדיון בשאלת תחולתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות:

"כאשר הבעלים אינו מודע ואינו צריך להיות מודע לזכויותיו במקרקעין, נחלשים במקביל הן שיקול הוויתור והן שיקול ההסתמכות, ודי בכך כדי לשלול את אופייה הנוגד של החזקה" (גלעד, עמ' 234).

הצורך להידרש לסוגיית החזקה הנוגדת יתעורר אפוא רק אם בית משפט השלום יקבע מבחינה עובדתית כי המשיבים צריכים היו לדעת על העובדות המקימות

את עילת התביעה וכי היה בידיהם כוח תביעה לממש את זכותם. שאם לא כן, לא ניתן יהיה לראות בהחזקה של המערערים משום החזקה נוגדת.

סוף דבר

28. שני נדבכים ניצבים בבסיס הדיון בערעור:

א. סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין – כפי שהוסבר, מקרקעין שהוקנו לאפוטרופוס הכללי הריהם בגדר "מקרקעי ציבור", ובכך נכנסים הם בגדרו של סעיף 113(ב) לחוק. מסקנה זו נובעת מלשון החוק המפורשת והיא מגשימה היטב את התכלית העומדת בבסיסו. עם זאת, מלשונו של סעיף 113(ב) לחוק ניתן להסיק כי נפקותו באה לידי ביטוי במצבים שבהם המקרקעין טרם נרשמו על שם בעליהם. ואילו במקרה דנן, שאלת רישום המקרקעין לא נתלבנה בהליכים בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי. לפיכך, יש להשיב את הדיון לבית משפט השלום כאמור בפסקה 15 לעיל.

ככל שייקבע כי המקרקעין אינם רשומים על שם בעליהם, הרי שסעיף 113(ב) לחוק חל – ויש למנות את תקופת ההתיישנות מהמועד שבו שוחררו המקרקעין לידי המשיבים, והתוצאה היא כי תביעת המשיבים לא התיישנה, כפי שנקבע מלכתחילה בבית משפט השלום ואושר בבית המשפט המחוזי. לעומת זאת, אם ייקבע כי המקרקעין היו ונותרו רשומים על שם הבעלים כל העת, הרי שאין נפקות לסעיף 113(ב) לחוק, ויש לפנות לדיני התיישנות הכלליים לצורך קביעת מועד מירוץ ההתיישנות, ובכלל זאת להידרש לתחולת סעיף 8 לחוק ההתיישנות וקיומו של כוח תביעה, כמפורט להלן.

ב. סעיף 8 לחוק ההתיישנות – בהליך בבית משפט השלום נקבע כי המשיבים הגישו את תביעתם בסמוך לאחר שנתגלו להם העובדות המקימות את עילת התביעה (ובפרט עובדת זהותם של המחזיקים), ולכן תביעתם לא התיישנה. בכך התייחס בית המשפט להיבט הסובייקטיבי של כלל הגילוי המאוחר המעוגן בסעיף 8 לחוק ההתיישנות. ברם, כלל זה טומן בחובו גם יסוד אובייקטיבי. לפיכך, על מנת לקבוע כי מתקיימים תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות, יש להשיב את הדיון לבית משפט השלום כאמור בפסקה 26 לעיל. זאת, על מנת להידרש לשאלה אם היה על המשיבים לדעת את העובדות המקימות את עילת התביעה עוד בטרם שוחררו המקרקעין לידיהם, ואם כן – החל מאיזו נקודת זמן. במסגרת בחינה זו, יש להידרש לשאלת קיומו או העדרו של כוח תביעה בידי בעלים פרטי רשום שמקרקעיו הם "מקרקעי ציבור" שהוקנו לאפוטרופוס הכללי.

ככל שייקבע כי היה על המשיבים לדעת את העובדות המקימות את עילת התביעה בתקופה שבה הוקנו לאפוטרופוס הכללי, וכי היה בידיהם כוח תביעה בתקופה זו, והכל במשך למעלה מ-15 שנה בטרם הגישו תביעתם – אזי התוצאה תהא כי תביעתם התיישנה. לעומת זאת, אם ייקבע כי לא היה על המשיבים לדעת או כי לא היה בידיהם כוח תביעה – אזי יש תחולה לסעיף 8 לחוק ההתיישנות, ותביעת המשיבים לא התיישנה.

29. במסגרת השבת התיק לבית משפט השלום, יש להורות על צירוף האפוטרופוס הכללי כצד להליך, על מנת שיביע עמדתו בשאלות הטעונות הכרעה, ובכללן סוגיית תחולתו של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין; שאלת קיומו של כוח תביעה בידי בעלים פרטי שמקרקעיו הוקנו לאפוטרופוס הכללי; ושאלת יכולתו האובייקטיבית של בעלים פרטי לדעת את העובדות המקימות את עילת התביעה או לגרום לאפוטרופוס הכללי לדעת, בעת שהמקרקעין נושא ההליך דנן הוקנו לאפוטרופוס הכללי והיו בסטטוס של "מקרקעי ציבור".

30. בשולי הדברים, ולא בשולי חשיבותם: בדיון שהתקיים לפנינו, בא כוח המשיבים מסר כי חרף פסקי הדין שניתנו לטובת המשיבים, הוצע למערערים פיצוי נדיב. בא כוחם אף הבהיר כי ההצעה עומדת בעינה, וכי המשיבים ימשיכו להציע למערערים פיצוי נדיב גם לאחר מתן פסק דיננו זה. טוב נהגו המשיבים כאשר נטלו על עצמם התחייבות זו. בית המשפט נדרש להכריע לפי שורת הדין, אך אין הדבר מונע מבעלי הדין לנהוג זה כלפי זה לפני משורת הדין. חזקה על המשיבים כי הצעתם זו תוסיף ותעמוד בעינה גם לאחר השבת הדיון מחדש לבית משפט השלום.

31. מספר הערות נוספות בשולי הדברים:

א. אין בפסק דין זה כדי להשליך על טענות אחרות בהליכים נוספים שמנהל ההקדש כנגד נתבעים נוספים, ואשר לא נדונו בפסק דין זה לאור מסגרת הדיון של "גלגול שלישי" שהותוותה, בין היתר, על ידי טענות הצדדים. כך, לא נדונה הטענה, שהועלתה ולא הוכרעה בבג"ץ 7446/17 טרחאן נ' האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי, בפסקה 54 (21.11.2008) (להלן: עניין טרחאן) – האם זכויות ההקדש פקעו לנוכח העובדה שהמחזורים המקוריים נהרסו. לא נדונה הטענה כי המערערים רכשו את המקרקעין בתמורה ובתום לב ממי שנחזה כמורשה לפעול במקרקעין, גם אם הנ"ל חרג מתחום הרשאתו, ואם יש בכלל נפקות משפטית לטענה זו.

ב. החלת הדין הישראלי על מזרח ירושלים לא היטיבה עם המערערים, מאחר שהמקרה דנן נדון ב"משבצות" של דיני ההתיישנות ודיני המקרקעין בישראל, וכפי שהראינו לעיל, סעיף 113(ב) לחוק הוא שעמד לרועץ למערערים. זאת, להבדיל מאזורים הנמצאים תחת דיני ה"תפיסה הלוחמתית", שם מדיניות הממונה הישראלית באזור יהודה ושומרון שוללת שחרור הנכסים לבעליהם המקוריים, כל עוד לא הושג הסדר שלום (כג"צ 3103/06 ולרו נ' מדינת ישראל (6.2.2011)).

ג. כפי שציינה חברתי בעניין סרחאן "פינוי אנשים שישבו על הקרקע במשך עשרות שנים – חלקם אף מבלי לדעת כי המקרקעין שייכים לאחרים – מעורר קושי אנושי [...] , זכות הקניין היא חשובה, אך יש חשיבות גם להגנה על קורת ביתם של אנשים ולהיבטים של הסתמכות על מצב דברים" (שם, פסקה 61). תחושת אי הנוחות במקרה דנן מתחדדת בהינתן שהזכות הקניינית של ההקדש נותרה על כנה לאחר מלחמת העצמאות, מאחר שהממונה הירדני על נכסי אויב לא העביר את הזכות לאחרים (הגם שהיו מקרים בעבר שבהם הממונה הירדני העביר את הזכויות לאחרים, כמו בנסיבות המיוחדות ברע"א 2401/21 ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ (1.3.2022)). זאת, בשונה מ"תמונת הראי" של האפוטרופוס לנכסי נפקדים, שנוהג במקרים רבים להעביר את הנכס הנפקד לרשות הפיתוח (וראו לאחרונה, ע"א 7793/19 מדינת ישראל-רשות הפיתוח נ' עזבון המנוח סאלם עקל ז"ל (8.5.2022)).

32. סוף דבר, שדין הערעור להתקבל באופן חלקי, במובן זה שהדיון יושב לבית משפט השלום לצורך דיון בשאלות הטעונות הכרעה, כמפורט לעיל.

לנוכח תוצאת פסק הדין, אציע לחבריי שלא ייעשה צו להוצאות.

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 ד' מין.

ניתן היום, כ"ב בתמוז התשפ"ב (21.7.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט