

א

ערעור אזרחי 5685 / 94

ערעור אזרחי 7620 / 96

ערעור אזרחי 7908 / 96

ב

עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד

נגד

ג

1. עיזבון המנוח אחמד חסין מוסא אלעבסי

2. מוסא אחמד חסין מוסא אלעבסי

3. זריפה אחמד חסין מוסא אלעבסי

4. מרים אחמד חסין מוסא אלעבסי

5. ראבעה אחמד חסין מוסא אלעבסי

6. לילה אחמד חסין מוסא אלעבסי

ד

7. חלק מיורשי המנוחה אמינה אחמד חסין אלעבסי

8. חלק מיורשי המנוחה נעמה אחמד חסין מוסא אלעבסי

9. רשות הפיתוח

10. מינהל מקרקעי ישראל

ה

ע"א 5685/94, 7908/96

11. האפוטרופוס לנכסי נפקדים

1. מרים אחמד חסין מוסא אלעבסי

2. ראבעה אחמד חסין מוסא אלעבסי

ו

נגד

1. עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד

2. רשות הפיתוח

3. מינהל מקרקעי ישראל

ז

4. האפוטרופוס לנכסי נפקדים

5. עיזבון המנוח אחמד חסין מוסא אלעבסי

6. מוסא אחמד חסין מוסא אלעבסי

7. זריפה אחמד חסין מוסא אלעבסי

8. לילה אחמד חסין מוסא אלעבסי

א

ע"א 7620/96

12. רשאד אחמד חסן ח'ליל

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[2.9.1999]

ב

לפני השופטים ט' שטרסברג-כהן, י' טירקל, ח' אריאל

עניינם של הערעורים בזכויות הבעלות בנכס מקרקעין המצוי בשכונת סילוואן אשר במזרח ירושלים (להלן – הנכס). מאז שנת 1961 היו הזכויות בנכס רשומות בספר המקרקעין של סילוואן על שמו של אחמד חוסיין מוסא אלעבסי, שנפטר בחודש אוקטובר 1980 (להלן – המנוח). בשנת 1987 הוצאה על-ידי המפקח על נכסי נפקדים (להלן – המפקח) תעודה שבה אישר כי הנכס נפקד וכי הזכויות בו מוקנות לאפוטרופוס על נכסי נפקדים (להלן – האפוטרופוס), והערה על כך נרשמה בספרי המקרקעין. בשנת 1988 מכר האפוטרופוס את הזכויות בנכס לרשות הפיתוח ואלה נרשמו על שמה. זו מסרה את ניהול הנכס לעמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ (להלן – עמידר), וזו השכירה חלקים הימנו לעמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד (להלן – עמותת אלעד) בשכירות מוגנת.

ג

עיזבון המנוח ואחדים מיורשיו (להלן – היורשים) הגישו תביעה לבית-המשפט המחוזי כנגד רשות הפיתוח ומינהל מקרקעי ישראל (להלן – המינהל), בבקשם פסק-דין הצהרתי המצהיר על זכויות הבעלות שלהם בנכס והמצהיר כי כל עיסקה שנעשתה בנכס על-ידי מי מהנתבעים, בטלה מעיקרא. האפוטרופוס ועמותת אלעד – שמקצת חבריה השתכנו בינתיים בנכס המריבה – צורפו להליך כנתבעים.

ד

בית-המשפט המחוזי קבע שעשרה מבין שנים-עשר ילדיו של המנוח לא היו נפקדים ביום הקובע וכי הכרזת הנכס כולו כנפקד ומכירת הזכויות לרשות הפיתוח היו נגועות בחוסר תום-לב. לפיכך מכירת הנכס לרשות הפיתוח בטלה מעיקרא והנכס הוא בבעלות משותפת של האפוטרופוס ושל יורשי המנוח שאינם נפקדים.

ה

ו

בית-המשפט העליון פסק:

א. (1) כל יורש יכול לעמוד בדין לבדו לזכותו של המת או לחובתו אם ניתנה לכך הסכמת כל יתר היורשים, או אישור בית-המשפט מראש או למפרע. התכלית המונחת ביסוד הדרישה הנ"ל מאזנת בין שני אינטרסים: האחד, מניעת הכרעה בדין כאשר טענותיהם של כלל היורשים אינן בפני בית-המשפט והם קשורים על-ידי במעשה-בית-דין. השני, מתן אפשרות לחלק מהיורשים לנקוט הליכים בעניין העיזבון ולהגן על האינטרס הלגיטימי שלהם ושל שאר היורשים בו (739 א – ב).

ז

- (2) במקרה דנן, בדין אישר בית-המשפט, למפרע, את הגשת התובענה על-ידי חלק מן היורשים. בתביעה להחזרת הנכס לבעליו מגולם האינטרס המשותף לכל יורשי המנוח, בבחינת זכין לאדם שלא בפניו. קבלת הזכויות בנכס בעין, שהיא בבחינת מרובה המכיל את המועט, פועלת לטובת כל היורשים (739 ב – ד).
- ב. מהוראת **סעיף 31 לחוק נכסי נפקדים**, תש"י-1950 (להלן – החוק) עולה, כי טענת נפקדות יכולה לעלות לדיון במשפט על-ידי כל אחד מבעלי-הדין בו, אולם בית-המשפט לא יזקק לטענה, אלא אם כן היה האפוטרופוס צד להליך. מטרתה ותכליתה של ההוראה היא לאפשר לבית-המשפט לשמוע את עמדתו של האפוטרופוס כבר-סמכא המופקד על נכסי נפקדים, שבידו לשפוך אור על טענת נפקדות שמועלית בהליך. מכאן, שדי בעצם התייצבותו של האפוטרופוס כבעל-דין בהליך על-מנת לאפשר את הדיון בטענה, אף שאינה מועלית על-ידיו, אלא על-ידי בעל-דין אחר (740 ד – 741 א).
- ג. (1) הכרות האפוטרופוס על נכס כנפקד הינה ראייה לכאורה בדבר היותו נכס נפקד, שעל הטוען לאי-נפקדות לסותרה. מכוח חזקת התקינות של הכרות האפוטרופוס על נכס כנפקד מועבר נטל השכנוע – ולא רק נטל הבאת הראיות – לטוען לאי-נפקדות (741 ד – ה).
- (2) במקרה דנן, משהצהיר האפוטרופוס כי לא כל הנכס שהוכרו כנפקד נפקד הוא, ולא הוסיף ופירט איזה חלק מהנכס ולגבי אילו יורשים הנכס הוא נפקד, אין עומדות לו עוד חזקת התקינות והכשרות של מעשה ההכרזה כמעשה מינהלי, ונטל השכנוע אינו עובר לכתפי המערערות **ע"א 7620/96** כך שהן אינן נדרשות עוד להוכיח כי אין הן נפקדות (1741 – ז).
- ד. (1) מעמדו של נכס כנכס נפקד נגזר ממעמדו של האדם כנפקד, בעל זכויות בנכס המוכרו. החוק יוצר אפוא זיקה בין האדם הנפקד ובין היותו בעל חוקי של נכס מסוים או נהנה ממנו או מחזיק בו (742 ד – ה).
- (2) ציפייה לקבל בעתיד חלק בנכס אינה נכללת בהגדרת המונח "נכס" בחוק ואינה מהווה זכות בנכס. ציפייה לזכות שטרם באה לעולם ושאיננה עולה כדי זכות מגובשת אף אינה זכות ראויה, הכוללת גם זכויות בלתי חוזיות וכל זכות הניתנת לאכיפה באמצעות תביעה (743 א – 1).
- (3) במקרה דנן המנוח גר בנכס והיה בעליו החוקיים עד מותו בשנת 1980. זכויותיו בנכס עברו ליורשיו מכוח נפילה מיידית, מיד עם מותו. בכל מועד שקדם לפטירתו לא הייתה בידי היורשים זכות מוחזקת ולא זכות ראויה בנכס, אלא ציפייה בלבד לקבל בעתיד חלק בירושה. לפיכך המועד הקובע לבחינת נפקדות היורשים הוא מועד פטירת המנוח, שרק אז נפלה לידם הזכות בנכס (742 ז – 743 א, ז).
- ה. (1) לאפוטרופוס קנויה סמכות למכור נכס נפקד או להעביר באופן אחר את זכות הבעלות בו. אלא שסמכותו זו מוגבלת, על-פי מושכלות היסוד של דיני הקניין, לזכויות המוקנות לו, ואם התיימר להעביר יותר משיש בידו, אין ההעברה תופסת, אלא אם עמדה בתנאי **סעיף 17(א)** לחוק, הקובע מעין תקנת שוק לגבי נכסים שנחשבו בטעות לנכסים נפקדים, ודורש שהעסיקה בין האפוטרופוס לבין אדם אחר תיעשה בתום-לבב (744 ד – 1).

- (2) תום-הלב שיש לבחון הוא תום-לבו של האפוטרופוס על נכסי נפקדים כמוסד, על מכלול הפעולות שנעשות במשרדו – כבעל הסמכות החוקית – ואין כל הצדקה שלא להביט אל מעבר ל"מסך הסמכות" ולהסתפק בבחינת תום-לבו של האדם שביצע את הפעולה המסוימת בנכס. הפרדה בין הנפשות הפועלות במשרד האפוטרופוס, והתבוננות מפרדת כאמור הן מלאכותיות, באשר אחריותו של האפוטרופוס – כבעל הסמכות החוקית – משתרעת על פעולותיהם של הפועלים מטעמו (745 ד – ה).
- (3) עצימת עיניים מראות מצב דברים לאשורו עולה כדי חוסר תום-לב. במקרה דנן, גם הכרות הנכס כנכס שכולו נפקד וגם עיסקת מכירתו לרשות הפיתוח נגועות ולוקות היו בחוסר תום-לב קיצוני, ולכן לא חלה תקנת השוק הקבועה [בסעיף 17\(א\)](#) לחוק ויש להחזיר את הנכס, שאינו מוקנה, לידי בעליו (746 ג – ה).
- (4) מאחר שבמקרה דנן ביקש האפוטרופוס להעביר לרשות הפיתוח את הזכויות בנכס כולו, הרי שמקום שנפל פגם ביחס לחלק מהותי מהזכויות נושא העיסקה, נותן הפגם את אותותיו ומשליך על מלוא היקפה של העיסקה (747 ה – ו).

א

ב

ג

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- [חוק נכסי נפקדים](#), תשמ"י-1950, [סעיפים 1\(א\)](#), [1\(ב\)](#), [1\(ה\)](#), [4](#), [6\(א\)](#), [17\(א\)](#), [18](#), [30\(א\)](#), [30\(ב\)](#), [31](#).
- [חוק הירושה](#), תשכ"ה-1965, [סעיפים 122](#), [122\(ב\)](#), [153](#).

ד

חקיקת משנה שאוזכרה:

- [תקנות סדר הדין האזרחי](#), תשמ"ד-1984, [תקנה 11](#).
- [צו סדרי השלטון והמשפט \(מס' 1\)](#), תשכ"ז-1967.

ה

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] [ע"א 777/80 שרייבר נ' שטרן](#), פ"ד לח(2) 143.
- [2] [ע"א 1397/90 דיאב נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים](#), פ"ד מו(5) 789.
- [3] [ע"א 415/89 דרויש נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים](#), פ"ד מז(5) 521.
- [4] [ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן](#), פ"ד מז(5) 1.
- [5] [ע"א 182/72 אברך נ' פקיד השומה](#), תל-אביב 3, פ"ד כז(2) 477.
- [6] [המ' 89/51 מיטובה בע"מ נ' קזם](#), פ"ד ו 4.
- [7] [ע"א 55/64 עזבון י' שפסלס נ' שפסלס](#), פ"ד יח(4) 783.
- [8] [ע"א 200/69 הנאמן לנכסי משה ברר בפשיטת-רגל נ' כונס נכסי משה ברר](#), פ"ד כג(1) 763.
- [9] [ע"א 633/82 לוקוב נ' מגדל](#), פ"ד מג(1) 397.

ו

ז

ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון המנוח אחמד חסין מוסא אלעבסי

פ"ד נג(4) 730 השופטת ט' שטרסברג-כהן

[10] ע"א 170/66 פיאד נ' האפורופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כ(4) 433.

[11] ע"א 3747/90 האפורופוס על נכסי נפקדים נ' עיזבון המנוחה תוריית אחמד

א

עבדאלעני מוסא, פ"ד מו(4) 361.

[12] ע"א 59/78 גדליהו נ' עמר, פ"ד לג(1) 533.

[13] ע"א 393/82 חיים נ' אביוב, פ"ד מא(1) 716.

ספרים ישראליים שאוזכרו:

ב

[14] י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה 7, ש' לוין עורך, 1995).

[15] ש' שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (כרך א, תשנ"ב).

[16] י' ויסמן דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג).

ג

ערעורים על פסקי-דינו של בית-המשפט המחוזי בירושלים (השופט ש' ברנר) מיום

24.9.1994 בת"א 895/91, (השופטת ד' קובל) מיום 31.8.1994 בת"ע 1384/92.

הערעורים בע"א 5685/94, 7908/96 נדחו. הערעור בע"א 7620/96 נתקבל.

זאב שרף – בשם המערערת בע"א 5685/94, 7908/96 (המשיבה 1 בע"א 7620/96);

ד

נביל אזחמאן – בשם המשיבות 4-5 בע"א 5685/94, 7908/96 (המערערות בע"א

7620/96);

אביגדור פלדמן – בשם המשיבים 1-3, 6-8 בע"א 5685/94, 7908/96 (המשיבים 5-12

בע"א 7620/96);

ה

ירון בשן, סגן בכיר א לפרקליטת המדינה – בשם המשיבים 9-11 בע"א 5685/94,

7908/96 (המשיבים 2-4 בע"א 7620/96).

## פסק-דין

ו

השופטת ט' שטרסברג-כהן

1. לפנינו שלושה ערעורים אשר שניים מהם – ע"א 7620/96 וע"א 7908/96 –

ז

סבים על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי (כבוד השופט ש' ברנר) ואילו ע"א

5685/94 סב על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי (כבוד השופטת ד' קובל). הדין

בשלושת הערעורים נשמע בפנינו במאוחד.

2. עניינם של שלושת הערעורים בזכויות הבעלות בנכס מקרקעין – בניין מגורים – הידוע כחלקה 60, גוש 30125 והמצוי בשכונת סילוואן אשר במזרח ירושלים (להלן – הנכס). מאז חודש מאי 1961 היו הזכויות בנכס רשומות בספר המקרקעין מס' 1 של סילוואן על שמו של אחמד חוסיין מוסא אלעבסי, שנפטר בחודש אוקטובר 1980 (להלן – המנוח). בראשית חודש ספטמבר 1987 – או בסמוך למועד זה – הוצאה על-ידי המפקח על נכסי נפקדים (להלן – המפקח) תעודה ובה אישר כי הנכס נפקד וכי הזכויות בו מוקנות לאפוטרופוס על נכסי נפקדים (להלן – האפוטרופוס). הערה בדבר הקניית כל הזכויות בנכס לאפוטרופוס נרשמה בספרי המקרקעין. בחודש יוני 1988 מכר האפוטרופוס את הזכויות בנכס לרשות הפיתוח ואלה נרשמו על שמה. זו מסרה את ניהול הנכס לעמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ (להלן – עמידר), שהשכירה חלקים הימנו לעמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד (להלן – עמותת אלעד) בשכירות מוגנת.

3. עיזבון המנוח, אחדים מיורשיו וחלק מיורשי-יורשיו (להלן – היורשים) הגישו תביעה לבית-המשפט המחוזי כנגד רשות הפיתוח ומינהל מקרקעי ישראל (להלן – המינהל), בבקשה פסק-דין הצהרתי המצהיר על זכויות הבעלות שלהם בנכס והמצהיר כי כל עיסקה שנעשתה בנכס על-ידי מי מהנתבעים, בטלה מעיקרא. האפוטרופוס ועמותת אלעד – שמקצת חבריה השתכנו בינתיים בנכס המריבה – צורפו להליך כנתבעים.

פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ב"א 895/91 (נושא "ע"א 7908/96 וע"א 7620/96)

4. במהלך המשפט הצהיר האפוטרופוס לפרוטוקול כי התעודה שהוצאה על-ידיו, ושלפיה כל חלקיו של הנכס נפקדים, בטעות הורתה. אלא שלפי קביעת בית-המשפט, אין הצהרת האפוטרופוס לחובתו יכולה להיזקף גם לחובתה של עמותת אלעד וכי המחלוקת הטעונה הכרעה נטושה בין התובעים מזה ובין עמותת אלעד מזה, אף שבמישור היחסים שבין התובעים והנתבעים האחרים – האפוטרופוס, רשות הפיתוח והמינהל – אין נטושה כל חזית מריבה. עוד קבע בית-המשפט, כי כשם שאין עמותת אלעד כפופה להודאת האפוטרופוס בדבר הטעות, כך גם אינה רשאית ליהנות מהוראות חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950 (להלן – החוק) לעניין כללי ההוכחה והראיות המחמירים החלים על הטוען כנגד האפוטרופוס, שנקבעו לטובת האפוטרופוס.

5. באשר לנפקדותם של המנוח ויורשיו קבע בית-המשפט כי אין מעמדו של אדם כנפקד מוכח מעצם הכרזת הנכס שבבעלותו כנכס נפקד. באשר למנוח, שהיה רשום כבעליו של הנכס עד למועד הקנייתו לאפוטרופוס, נקבע כי הוכח שהוא התגורר בנכס

ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון המנוח אחמד חסין מוסא אלעבסי

פ"ד נג(4) 730 השופט ט' שטרסברג-כהן  
במשך כל חייו וכך גם ביום הקובע לעניין קביעת הנפקדות (28.6.1967; להלן – היום הקובע). גם לגבי אשת המנוח שנפטרה אף היא (28.6.1982) נקבע כי הוכח שזו לא הייתה נפקדת ביום הקובע.

א

6. למנוח ולאשתו היו שנים-עשר ילדים. באשר לחמישה בנים נקבע, כי אין ספק בדבר היותם נפקדים. באשר לשבעת הילדים האחרים נקבע כי הוכח שהבן, מוסא, הבנות זריפה, לילה, נעמה (שנפטרה ב-12.8.1983) ובעלה, אמינה (שנפטרה ב-19.6.1991), בעלה ושני ילדיהם, לא היו בבחינת נפקדים, והכרזה על הנכס כנפקד איננה לוכדת ברשתה את הצאצאים שלא היו נפקדים. לגבי הבנות מרים וראבעה (להלן – המערערות) נקבע, כי לא הוכחה על-ידיהן אי-נפקדותן ביום הקובע.

ב

7. בית-המשפט קבע כי הכרזת הנכס כנכס שכולו נפקד ומכירת הזכויות לרשות הפיתוח נגועות היו בחוסר תום-לב קיצוני. עוד נקבע כי חלקו של האפוטרופוס בנכס ייקבע על-פי צו הירושה שהוצא בישראל, שבו ידובר להלן כשיידון ע"א 5685/94.

ג

סיכומם של דברים, בית-המשפט קיבל את תביעת התובעים, למעט תביעת הבנות ראבעה ומרים, וקבע כי הנכס אינו נפקד כולו, וכי מכירת הנכס לרשות הפיתוח בטלה מעיקרא וכי הנכס הוא בבעלות משותפת של האפוטרופוס ושל יורשי המנוח שאינם נפקדים.

ד

טענות הצדדים

8. חלק הארי של הסוגיות העומדות לדיון מתייחס לע"א 7620/96 ולע"א 7908/96 גם יחד ולכן יידונו השניים יחדיו, למעט סוגיות שאינן מתייחסות לשניהם, שתידונה בנפרד. טענות הצדדים תובאנה בתמצית, כדלקמן:

ה

9. טענותיה של עמותת אלעד בערעורה היא ובתשובה לערעור המערערות, זהות בעיקרן. מבחינה דיונית טוענת היא, כי עיזבון המנוח – שאינו מיוצג על-ידי מנהל עיזבון – אינו יכול להיות בעל-דין בתביעה, מאחר שהוא איננו אישיות משפטית. עוד טוענת היא, כי גם התובעים האחרים אינם רשאים להגיש את התביעה, מאחר שלא ניתנה לכך הסכמת היורשים האחרים שאינם מיוצגים, או אישור בית-המשפט לפי סעיף 122(ב) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965. מוסיפה העמותה וטוענת כי היורשים מנועים מלכפור בהכרזת הנכס כנפקד ובכשרות מכירתו על-ידי האפוטרופוס, וזאת בעטיו של מצג שהציגו, ושלפיו כל יורשי המנוח נפקדים הם, מצג שעליו – לפי הטענה – הסתמכו רשות הפיתוח, המינהל והאפוטרופוס. לגוף העניין נטען, כי עיסקת המכר – כשרה היא היות שבוצעה בעת שהאפוטרופוס סבר, בתום-לב, כי הנכס כולו הינו נכס

ו

ז

נפקד. לשיטתה של עמותת אלעד, יש להטיל על היורשים הטוענים לשלילת תוקפה של עיסקת המכר את נטל ההוכחה לשלילת תוקף העיסקה ואת יסוד תום-הלב יש לבחון במבחן סובייקטיבי, עובר לביצוע העיסקה. לשיטתה, די באמונה כנה של מבצע העיסקה בדבר היות הנכס נפקד, חרף היותה אמונה שגויה, כדי להכשירה. לחלופין נטען, כי יש ליתן לעיסקה תוקף חלקי ככל שהיא מתייחסת לחלקים בנכס, אשר הכרזתם כנפקדים בדין יסודה והעובדה כי עיסקת המכר כוללת חלקים בנכס, שלימים מתברר שאינם מוקנים לאפוטרופוס, איננה גוררת ביטול אוטומטי של העיסקה כולה.

א

ב

בתשובה לטענות היורשים טוענת עמותת אלעד כי משטענו היורשים, והמערערות בכללם, בכתיבת הביעה, כי הם אינם נפקדים, נטל הוכחת אי-נפקדותם, עליהם. הודאתו של האפוטרופוס כי ההכרזה על הנכס כנפקד בטעות יסודה, איננה מחייבת את עמותת אלעד ואינה פועלת לטובת היורשים ונגד העמותה. לשיטתה, היום הקובע לבחינת הנפקדות הוא יום 28.6.1967 ולגביו לא עלה בידיהן של המערערות להוכיח שאינן נפקדות.

ג

10. בתגובת היורשים טוענים הם, כי מעמדו של עיזבון המנוח כבעל אישיות משפטית איננה שאלה רלוונטית לענייננו, מאחר שבית-המשפט נתן בפסק-דינו אישור למפרע להגשת התביעה על-ידי חלק מהיורשים, מכוח [סעיף 122\(ב\) לחוק הירושה](#). התביעה סבה על השבת נכס שלפי הטענה נגזל מעיזבון המנוח והיא משקפת אינטרס המשותף לכל יורשי המנוח, לרבות אלה הנפקדים, תושבי מדינות אויב, המיוצגים על-ידי האפוטרופוס, שבא בנעליהם מכוח [סעיף 4 לחוק](#). האפוטרופוס, בהצטרפו להליך, נתן הסכמתו להגשת התביעה על-ידי עצם הצטרפותו ואף צידד בעמדת היורשים. לטענתם, אין הם מגועים מלכפור בכשרותן של ההכרזה ועיסקת המכר מאחר שלא הונחה תשתית עובדתית לטענה כאילו הציגו הם מצג בדבר היות הנכס נפקד. האפוטרופוס עצמו לא טען שהוצג בפניו מצג כאמור, וממילא לא הסתמך על מצג שעל יסודו הכריז על הנכס כנפקד. עוד טוענים הם כי צדק בית-משפט קמא בקובעו שאין ליתן תוקף לעיסקת המכר, מאחר שההכרזה על הנכס כנפקד והעברת הזכויות בו לרשות הפיתוח נעשו שלא בתום-לב. הנטל להוכחת תום-הלב רובץ – לדידם – על הטוען לקיומו, ומכל מקום, בפני בית-המשפט הונחה תשתית ראייתית איתנה ששימשה בסיס לקביעה כי פעולות האפוטרופוס נגועות היו בחוסר תום-לב. יש מקום ליתן משקל לעובדה, כי מרבית יורשי המנוח אינם נפקדים ואילו עמדה עובדה זו לנגד עיניו של האפוטרופוס עובר לביצוע העיסקה, היה הוא נמנע מלהעביר את הזכויות בנכס לידי רשות הפיתוח.

ד

ה

ו

ז

11. המערערות מצטרפות לטענות יתר היורשים ומוסיפות וטוענות כי עמותת אלעד לא הייתה רשאית לטעון לנפקדותן, טענה השמורה לאפוטרופוס בלבד, וכי טעה



בית-המשפט בהטילו את נטל הוכחת אי-הנפקדות על כתפיהן כתובעות. טענה אחרת של המערערות מכוונת חציה כלפי המועד שנקבע כיום הקובע לבחינת נפקדותן, כשלדין, זו צריכה להיבחן במועד שבו קיבל את הזכויות בנכס מי שטוענים כלפיו כי הוא נפקד. מועד זה הוא, ככל שהדבר נוגע ליורשים, מועד פטירת אביהן המנוח (14.10.1980), שלא הייתה מחלוקת כי לא היה נפקד. במועד זה היו הן תושבות ישראל, ומשכך, אין הן נפקדות, גם מטעם זה.

12. רשות הפיתוח, המינהל והאפוטרופוס תומכים בעמדת היורשים והמערערות לאורך כל הדרך. בכל הנוגע להורים, מקובל עליהם שאלה לא היו נפקדים במועדים הקובעים. עוד מקובל עליהם, כי הכרעה במעמדו של העיזבון כתובע איננה משליכה על ההכרעה בסכסוך ובאשר להגשת התביעה על-ידי חלק מן היורשים, הרי שהאפוטרופוס מסכים כי הוא בא בנעליהם של היורשים הנפקדים. לגופו של עניין טוענים הם, כי הכרזת האפוטרופוס על הנכס כולו כנפקד, בטעות יסודה וכי ולא התקיימו בעיסקה התנאים המכשירים את עיסקת המכר, שפגם דבק בה. לדידם, יש לבדוק את נפקדותו של אדם בזיקה לזכויותיו בנכס מסוים. לפיכך, היום הקובע לבדיקת הנפקדות הוא מועד רכישת הנכס על-ידי היורשים, עת נפטר המנוח בשנת 1980.

אדון בשאלות שהועלו, לאו דווקא לפי סדרן.

דיון

מעמדו של העיזבון ומעמד חלק מיורשי המנוח

13. בית-המשפט אישר את הגשת התביעה על-ידי חלק מיורשי המנוח כמייצגי כל היורשים, ובדין אישר זאת. הרשות להגשת תובענה בחזקת נציג של כלל יורשי עיזבון המנוח (תקנה 11 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984) על-ידי חלק מיורשיו בלבד, מוסדרת בסעיף 122(ב) לחוק הירושה, הקובע בזו הלשון:

1. יורשים אחדים ... (א)

(ב) פעולה של אחד או אחדים מן היורשים טעונה הסכמת האחרים או אישור בית המשפט, מראש או למפרע. בתובענה של אחד היורשים או נגד אחד היורשים יכול שהאישור יינתן על ידי בית המשפט הדין בתובענה."

כל יורש יכול לעמוד בדין לבדו לזכותו של המת או לחובתו אם ניתנה לכך הסכמת כל יתר היורשים, או אישור בית-המשפט מראש או למפרע (ראו [ע"א 777/80](#) שרייבר נ' שטרן [1], בעמ' 154). התכלית המונחת ביסוד הדישה הנ"ל מאזנת בין שני אינטרסים: האחד, מניעת הכרעה בדין כאשר טענותיהם של כלל היורשים אינן בפני בית-המשפט והם קשורים על-ידי במעשה-בית-דין (ראו י' זוסמן סדרי הדין האזרחי [14], בעמ' 117-118). השני, מתן אפשרות לחלק מהיורשים לנקוט הליכים בעניין העיזבון ולהגן על האינטרס הלגיטימי שלהם ושל שאר היורשים בו.

א

ב

14. כאמור, עם היורשים שתבעו בענייננו לא נמנו כל יורשי המנוח. חמישה מהם נמצאו במדינות אויב וכפי שנקבע, הם נפקדים והאפוטרופוס בא בנעליהם, והסכמתו לעניין [סעיף 122\(ב\) לחוק הירושה](#) מובנית בעצם הצטרפותו להליך ועולה גם מהעמדה שנקט בגדרו. הגשת התובענה על-ידי חלק מן היורשים, אין בה כדי לפגוע ביורשים הנעדרים כלל ועיקר. אחדים מהיורשים הם נפקדים, אחרים הם אחים או בנים של יורשי האב המנוח שנפטרו אף הם, והסעד שנתבקש בתביעה הינו פסק-דין הצהרתי לעניין זכויות היורשים בנכס ולעניין בטלותן מעיקרא של עיסקאות שנעשו בזכויות שבנכס. בתביעה להחזרת הנכס לבעליו מגולם האינטרס המשותף לכל יורשי המנוח, בבחינת זכין לאדם שלא בפניו. אין ממש בטענתה של עמותת אלעד, שלפיה יכול שישנם יורשים החפצים בקבלת הזכויות בנכס בעוד שאחרים מעוניינים בקבלת תמורתו. קבלת הזכויות בנכס בעין, שהיא בבחינת מרובה המכיל את המועט, פועלת לטובת כל היורשים.

ג

ד

נראה אפוא, כי בדין אישר בית-המשפט, בפסק-הדין, את הגשת התובענה מכוח [סעיף 122\(ב\) לחוק הירושה](#) המסמיך את בית-המשפט ליתן אישור כזה למפרע. בכל מקרה, בין שהעיזבון שצורף כתובע כשיר לתבוע, ובין שלא, אין הדבר מעלה או מוריד, משום שזכות העמידה של יורשי המנוח בתביעה הוכרה על-ידי אישור בית-המשפט שניתן למפרע, כדין.

ה

המניעות המיוחסת ליורשים

ו

15. עמותת אלעד טוענת, כי היורשים מנועים מלכפור בכשרות פעולותיו של האפוטרופוס, הן באשר להכרזת הנכס כנכס נפקד והן באשר למכירתו לרשות הפיתוח וזאת, מחמת מצג שיצרו – לפי הטענה – כלפי האפוטרופוס, רשות הפיתוח והמינהל, שלפיו כל יורשי המנוח נפקדים הם. את הטענה משתיתה העמותה על מחדלם של היורשים למסור לאפוטרופוס את חלקי הנכס הנפקד שהיו ברשותם, כחובתם לפי [סעיף 6\(א\) לחוק](#).

ז

- אם היה מצג, היה זה מצדם של היורשים כלפי האפוטרופוס וטענה זו עומדת לאפוטרופוס ולא לעמותת אלעד. האפוטרופוס לא העלה טענה זו כלל ומשלא טען כי היה מצד היורשים מצג כלפיו, ממילא גם לא הוכיח אותו וגם לא טען שהסתמך עליו. בית-משפט קמא דחה את טענת המניעות בקובעו כי לא הונחה לה כל תשתית עובדתית מתאימה ובקביעה זו אין להתערב. בכל מקרה, לא די בהוראה בדבר חובת מי שברשותו חלקים בנכס נפקד, למוסרם לאפוטרופוס, כדי להקים מניעות מלטעון לזכות בחלקים בנכס של מי שאינם נפקדים.

נפקדותן של מרים וראבעה

16. ערעורן של המערערות מופנה כנגד קביעת בית-משפט קמא שלפיה לא הוכחה על-ידיהן אי-נפקדותן, ומשכך, אין להן כל זכות בנכס.

לטענתן, משלא טען האפוטרופוס – שהיה צד לתובענה – לנפקדותן ואף הודה כי הכרזת הנכס כנפקד בטעות יסודה, לא הייתה כל חזית מריבה בשאלת הנפקדות בינן לבין האפוטרופוס ואין לעמותת אלעד זכות לטעון לנפקדותן. דין הטענה להידחות.

מהוראת [סעיף 31](#) לחוק עולה, כי טענת נפקדות יכולה לעלות לדיון במשפט על-ידי כל אחד מבעלי-הדין בו, אולם בית-המשפט לא ייזקק לטענה, אלא אם כן היה האפוטרופוס צד להליך. [סעיף 31](#) לחוק קובע בזו הלשון:

- ה"טענת נכס נפקד שמורה לאפוטרופוס לא יזדקק בית משפט בכל פעולה משפטית אזרחית לטענה שנכס פלוני העומד לדיון הוא נכס נפקד, אלא אם היה האפוטרופוס בעל דין בפעולה המשפטית. לא היה האפוטרופוס בעל דין, ונטענה הטענה הזאת, ומצא בית המשפט שיש לה רגלים, יזמין בית המשפט את האפוטרופוס להצטרף כבעל דין. הצטרף האפוטרופוס, ידון בית המשפט בטענה; לא הצטרף – יראה בית המשפט את הטענה בטלה".

מטרתה ותכליתה של הוראה זו לאפשר לבית-המשפט לשמוע את עמדתו של האפוטרופוס כבר-סמכא המופקד על נכסי נפקדים, שבידו לשפוך אור על טענת נפקדות שמועלית בהליך. מכאן, שדי בעצם התייצבותו של האפוטרופוס כבעל-דין בהליך, על-

פ"ד נג(4) 730 השופט ט' שטרסברג-כהן  
מנת לאפשר את הדיון בטענה, אף שאינה מועלית על-ידי, אלא על-ידי בעל-דין אחר.  
בענייננו הצטרף האפוטרופוס לדיון והצהיר כי "הנכס כולו איננו נכס נפקד, באשר חלק  
מיורשי המנוח, שהיה בעליו הקודמים של הנכס, אינם נפקדים" (עמ' 3 לפסק-הדין).  
במצב זה, נדרש בית-המשפט להכריע בשאלה מי מהיורשים נפקד ומי לא, וכפועל  
יוצא, איזה חלק מן הנכס נפקד ואיזה אינו כזה.

א

חלוקת נטלי ההוכחה בשאלת הנפקדות

ב

17. בית-המשפט קבע כי הודאת האפוטרופוס נזקפת לחובתו הוא אך אין היא  
נזקפת לחובתה של עמותת אלעד, ומשכך, אין הודאה זו מסירה את החובה המוטלת על  
התובעים להוכיח את אי-נפקדותם, לנוכח הכחשתה של עמותת אלעד. המערערת  
טוענת, כי הטלת הנטל להוכחת אי-נפקדותן עליהן, איננה עולה בקנה אחד עם הצהרת  
האפוטרופוס ועם הוראת **סעיף 30(ב)** לחוק, שממנו עולה, כי רק כאשר אישר  
האפוטרופוס כי נכס מסוים הוא נפקד, ייחשב הנכס לכזה כל עוד לא הוכח היפוכו של  
דבר. לפי הטענה, בוטלה ההכרזה על-ידי הצהרת האפוטרופוס ולפיכך לא קמה ראייה  
לכאורה נגדן ולא חלה עליהן חובת ההוכחה לסותרה. דין הטענה להתקבל.

ג

הכרזת האפוטרופוס על נכס כנפקד הינה ראייה לכאורה בדבר היותו נכס נפקד, שעל  
הטוען לאי-נפקדות, לסותרה (ראו **ע"א 1397/90** דיאב נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים [2],  
בעמ' 795-794). הלכה היא, כי מכוח חזקת התקינות של הכרזת האפוטרופוס על נכס  
כנפקד, מועבר נטל השכנוע – ולא רק נטל הבאת הראיות – לטוען לאי-נפקדות (ראו:  
**סעיפים 30(א)** ו-**30(ב)** לחוק; **ע"א 415/89** דרויש נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים [3],  
בעמ' 526 וכן, **ע"א 109/87** חוות מקורה בע"מ נ' חסן (להלן – עניין חוות מקורה [4]),  
בעמ' 12-13). אלא שבענייננו, הצהיר האפוטרופוס כי חלק מהנכס איננו נפקד כאשר  
חלק מהיורשים לא היו נפקדים ביום הקובע. מהי אפוא ההשלכה של הודאת  
האפוטרופוס על שאלת נטל השכנוע לעניין הוכחת הנפקדות?

ד

ה

משהצהיר האפוטרופוס כי לא כל הנכס שהוכרז כנפקד נפקד הוא, ולא הוסיף ופירט  
איזה חלק מהנכס ולגבי אילו יורשים הנכס הוא נפקד, אין עומדת לו עוד חזקת התקינות  
והכשרות של מעשה ההכרזה כמעשה מינהלי ונטל השכנוע אינו עובר לכתפי  
המערערות כך שהן אינן נדרשות עוד להוכיח כי אין הן נפקדות. על-כן, בצדק טוענות  
המערערות כי משעה שהודה האפוטרופוס בשגגה שיצאה מלפניו, עומדות הן במצב  
שבו עמדו טרם הוכרז הנכס כנפקד. עולה מן המקובץ, כי לעניין הוכחת הנפקדות, רובץ  
נטל ההוכחה על כתפי עמותת אלעד הטוענת לנפקדותן של המערערות, חרף ביטול

ו

ז

פ"ד נג(4) 730 השופט ט' שטרסברג-כהן  
ההכרזה, ובנטל זה היא לא עמדה. מכאן, שלא הוכחה נפקדותן של המערערות וקביעת בית-המשפט שהמערערות לא הוכיחו את אי-נפקדותן, איננה יכולה לעמוד.

א

המועד הקובע לבחינת הנפקדות

18. בית-המשפט קבע – כטענתה של עמותת אלעד – כי היום הקובע לבחינת הנפקדות הוא 28.6.1967 (מועד החלת [צו סדרי השלטון והמשפט \(מס' 1\)](#), תשכ"ז-1967). טוענות המערערות – והאפוטרופוס, המינהל ורשות הפיתוח בדעה אחת עמן – כי היום הקובע לעניינן הוא 14.10.1980 (מועד פטירת אביהן המנוח), משום שהגדרת "נפקד" בחוק יוצרת זיקה בין האדם הנפקד לבין הזכות שקיבל בנכס מסוים, הנטען להיות נפקד.

ב

ג

עמדת המערערות, המינהל, האפוטרופוס ורשות הפיתוח מקובלת עליי. ומדוע?

אדם "נפקד" הוא אדם שמאז 29.11.1947 ועד לביטול מצב החירום שהוכרז וטרם בוטל היה בעל חוקי של נכס שבשטח ישראל או נהנה ממנו או החזיק בו, בעצמו או על-ידי אחר, ובכל עת היה נתין ארץ אויב ([סעיף 1\(ב\)\(1\)](#) לחוק). "נכס נפקד" הוא נכס אשר "אדם נפקד" היה בעליו החוקיים או נהנה ממנו או החזיק בו, בעצמו או על-ידי אחר ([סעיף 1\(ה\)](#) לחוק). מעמדו של נכס כנכס נפקד נגזר ממעמדו של האדם כנפקד, מהיותו בעל זכויות בנכס המוכרו. החוק יוצר אפוא זיקה בין האדם הנפקד ובין היותו בעל חוקי של נכס מסוים, או נהנה ממנו או מחזיק בו. בענייננו, התמקד הדיון בבחינת שאלת הבעלות בנכס ביום 28.6.1967 ובשאלת בעלותן של המערערות בנכס, שחלקים ממנו ירשו המערערות מאביהן המנוח בשנת 1980. לפיכך, אתרכז בזכות הבעלות הנטענת.

ד

ה

19. השופט המלומד בחן את שאלת הנפקדות של המנוח, ולאחריה את נפקדותם של יורשי המנוח ואשתו. באשר למנוח, ציין השופט קמא, כי "המנוח חי כל ימיו בבית הזה והיה רשום כבעליו בספרי המקרקעין בכל הזמנים הרלבנטיים" (עמ' 12-13 לפסק-דין; ההדגשה שלי – ט' ש' כ') כך שלגביו נתקיים התנאי בדבר היותו בעליו החוקיים של נכס. אלא מאי? שגם נפקדות אשת המנוח וצאצאיהם נבחנה עובר ליום 28.6.1967 ולא ברור מה עניינם של היורשים כנפקדים בעת שהמנוח היה בחיים ולא היה נפקד.

ו

ז

20. המנוח היה בעליו של הנכס עד ליום מותו ב-14.10.1980, שאז עברו זכויות הבעלות לידי יורשיו ואשתו ביניהם. האישה נפטרה ביום 28.6.1982. זכויות מכוח ירושה עוברות ליורשים מכוח נפילה מיידית, מיד עם מות המנוח (14.10.1980), שאת עיזבונו הם יורשים (ראו ש' שילה פירוש [לחוק הירושה](#), תשכ"ה-1965 (כרך א) [15], בעמ' 35). משכך, בכל מועד שקדם למועד פטירת המנוח, לא הייתה בידי היורשים זכות

ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון המנוח אחמד חסין מוסא אלעבסי

פ"ד נג(4) 730 השופט ט' שטרסברג-כהן  
מוחזקת ולא זכות ראויה בנכס, אלא ציפייה בלבד לקבל בעתיד חלק בירושה, על-פי  
חוק. ציפייה כזו איננה מהווה זכות.

א

ציפייה איננה כלולה בהגדרת המונח "נכס" כפי שהוגדר בסעיף 1(א) לחוק:

"(א) 'נכס' כולל מקרקעים ומטלטלים, כספים, זכות בנכס, מוחזקת או  
ראויה, מוניטין, וכל זכות בחבר בני אדם או בניהולו".

ב

נהוג לחלק את הזכויות לזכויות מוחזקות ולזכויות ראויות (אף שעל חלוקה זו  
נמתחה ביקורת). זכות מוחזקת בוודאי לא הייתה לירשים בחיי אביהם. גם זכות ראויה  
לא הייתה להם.

ג

המונח "זכות ראויה" כולל בחובו גם זכויות בלתי חוזיות וכל זכות הניתנת לאכיפה  
באמצעות תביעה (ראו ע"א 182/72 אברך נ' פקיד השומה, תל-אביב 3 [5], בעמ' 480).  
בית-משפט זה נדרש לשאלת מהותה של ציפייה לירושה לעניין הגדרת המונח "נכס"  
בחוק נכסי נפקדים והביע עמדה ברורה שלפיה ציפייה כזו איננה נכללת במונח "נכס"  
לצורך החוק:

ד

"...אין להעלות על הדעת, כי המחוקק התכוון לכלול בהגדרת המונח 'נכס'  
שבחוק נכסי נפקדים נכסים 'ראויים' לפי מובנם הרחב שבמשפט העברי,  
כלומר: גם נכסים אשר ייתכן ויפלו לו לאדם בירושה בעתיד, שעה  
שמורישו, בעל אותם נכסים, עודנו בחיים" (ראו המ' 89/51 מייטובה בע"מ נ'  
קזם [6], בעמ' 15 מול אות השוליים ב).

ה

פסיקה זו עולה בקנה אחד עם פסיקה מאוחרת יותר של בית-משפט זה, שבה נקבע,  
כי זכות ראויה איננה כוללת ציפייה לזכות שטרם באה לעולם ושאיננה עולה כדי זכות  
מגובשת (ראו: ע"א 55/64 עזבון י' שפסלס נ' שפסלס [7], בעמ' 787; ע"א 200/69 הנאמן  
לנכסי משה ברר בפשיטת-רגל נ' כונס נכסי משה ברר [8], בעמ' 770; ע"א 633/82 לוקוב נ'  
מגדל [9], בעמ' 404 וכן דבריו של י' ויסמן דיני קניין – חלק כללי [16], בעמ' 362-364,  
364-365 ה"ש 9).

ו

נמצא אפוא כי ביום 28.6.1967 – שבו ביקש השופט קמא לבחון את שאלת  
הנפקדות, לא הייתה בידי המערערות זכות בנכס נושא התביעה, לא זכות מוחזקת ולא  
זכות ראויה, העושה אותן ל"בעלו החוקי" של הנכס (סעיף 1(ה) לחוק). הזכות בנכס  
נפלה לידן עם מות אביהן. לפיכך, היום הקובע לבחינת נפקדותן הוא יום פטירת המנוח  
(14.10.1980). כפי שקבענו, הנטל להוכיח את נפקדות המערערות רובץ על כתפיה של

ז

פ"ד נג(4) 730  
השופט ט' שטרסברג-כהן  
עמותת אלעד, שלא הרימה נטל זה ואין לנו אלא לקבוע כי לא הוכחה נפקדותן של המערערות.

א

כשרות מכירת הזכויות בנכס לרשות הפיתוח

21. בית-המשפט קבע כי ההכרזה בדבר היות הנכס נפקד איננה לוכדת במצודתה את זכויותיהם של התובעים שאינם נפקדים. כמו כן נקבע כי אין ליתן תוקף לעסקת המכר לרשות הפיתוח מאחר שהכרזת הנכס כנפקד כולו ומכירת הזכויות לרשות הפיתוח נגועות היו בחוסר תום-לב קיצוני. כנגד קביעה זו מכוונת עמותת אלעד את חצייה כשלשיטתה יש להכשיר את עסקת המכר לרשות הפיתוח מכוח סעיף 17(א) לחוק, מאחר שהזכויות נמכרו בעת שהאפוטרופוס סבר בתום-לב, באמונה כנה וסובייקטיבית, אפילו נתבררה, כי הנכס נפקד כולו. עוד טוענת היא כי הנטל להוכיח את אי-התקיימות יסודות סעיף 17(א) מוטל על שכמי היורשים והם לא הרימו נטל זה. מנגד, טוענים היורשים, כי בפני בית-המשפט הונחה תשתית ראייתית מקיפה ששימשה בסיס איתן לקביעה כי פעולות האפוטרופוס נעשו בחוסר תום-לב.

ב

ג

ד

אין חולק כי קנויה לאפוטרופוס סמכות למכור נכס נפקד או להעביר באופן אחר את זכות הבעלות בו. אלא, שסמכותו זו מוגבלת, על-פי מושכלות היסוד של דיני הקניין, לזכויות המוקנות לו, ואם התיימר להעביר יותר משיש בידו, אין ההעברה תופסת, אלא אם עמדה בתנאי סעיף 17(א) לחוק, הקובע מעין תקנת שוק לגבי נכסים שנחשבו בטעות לנכסים נפקדים, וזו היא לשונה:

ה

17. (א) כל עסקה שנעשתה בתום לבב בין האפוטרופוס ובין אדם אחר בכל נכס שהאפוטרופוס חשבו בשעת העסקה לנכס מוקנה לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה נכס מוקנה".

ו

22. הצדדים הקדישו טענות לעניין נטל השכנוע בסוגיית תום-לבו של האפוטרופוס, אלא ששאלה זו התייתרה לאור העובדה שבית-המשפט קבע קביעות עובדתיות ברורות, שלפיהן מן התשתית הראייתית שהייתה בפניו עולה כי פעולות האפוטרופוס היו נגועות בחוסר תום-לב קיצוני. לשם בחינת תום-הלב, יישם בית-המשפט אמות-מידה סובייקטיביות, וקבע כי היעדר תום-הלב התבטא בחוסר תשומת-לב שניתנה לטיפול בנכס, בחוסר הסדר ואי-התיאום במשרדו של האפוטרופוס

ז

ובעצירת העיניים לסתירה הבוטה – כלשונו של השופט קמא – בתצהיר שהונח לפני האפוטרופוס טרם ההכרזה, שלפיו רק 5/8 מהחלקים בנכס הם נכס נפקד. תצהיר זה היה הראיה היחידה לנפקדות, ולמרות האמור בו, החליט האפוטרופוס למכור את כל הנכס כולו, בלי שאימת את האמור בתצהיר ובלי שהפריכו. הלכה היא כי עצירת עיניים מראות מצב דברים לאשורו עולה כדי חוסר תום-לב (ראו עניין חוות מקורה [4], בעמ' 19). קביעותיו של בית-משפט קמא מבוססות היטב בחומר הראיות שהונח לפניו ואין מקום שנתערב במסקנותיו (ראו: עניין חוות מקורה [4], בעמ' 18 וכן [ע"א 170/66](#) פיאד נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים [10]; [ע"א 3747/90](#) האפוטרופוס על נכסי נפקדים נ' עיזבון המנוחה תוריאי אחמד עבדאלעני מוסא [11], בעמ' 366).

א

ב

23. טוענת עמותת אלעד כי אף שהשופט התיימר להפעיל אמות-מידה סובייקטיביות לשם בחינת תום-הלב, הרי שהפעיל בפועל אמות-מידה אובייקטיביות. עוד טוענת היא כי יש לבחון את תום-לבו של עושה העיסקה בלבד, עובר לביצועה, ואין לתהות גם אחר תום-לבם של פקידים נוספים במשרד האפוטרופוס המטפלים בנכס, אשר לא נטלו חלק בביצוע עיסקת המכירה. דין טענות אלה להידחות.

ג

תום-הלב שיש לבחון הוא תום-לבו של האפוטרופוס על נכסי נפקדים כמוסד, על מכלול הפעולות שנעשות במשרדו – כבעל הסמכות החוקית – ואין כל הצדקה שלא להביט אל מעבר ל"מסך הסמכות" ולהסתפק בבחינת תום-לבו של האדם שביצע את הפעולה המסוימת בנכס. הפרדה בין הנפשות הפועלות במשרד האפוטרופוס, והתבוננות מפרדת כאמור הן מלאכותיות, באשר אחריותו של האפוטרופוס – כבעל הסמכות החוקית – משתרעת על פעולותיהם של הפועלים מטעמו.

ד

ה

24. במקרה שלפנינו קבע בית-המשפט כי גם הכרזת הנכס כנכס שכולו נפקד וגם עיסקת מכירתו לרשות הפיתוח נגועות ולוקות היו בחוסר תום-לב קיצוני. באשר למפקח על נכסי נפקדים – מר סופר – קבע בית-המשפט כי הלה פעל בחוסר תום-לב בהכריזו על הנכס כנפקד. בית-המשפט ציין כי אין קיימים כל תרשומות, זיכרון-דברים או מסמך אחר המפרטים את הנימוקים להכרזת הנכס כנפקד. זאת ועוד, החומר שהוצג בפני המפקח היה לקוי, רעוע ומחשיד וחרף זאת, לא ביצע האחרון כל בדיקה בסיסית של מהימנות החומר שהוצג לפניו. בית-המשפט הוסיף וציין כי מעדותו של המפקח עולה שהלה הוציא את ההכרזה על הנכס כנפקד כולו, חרף הסתירה לתצהיר שהיה לפניו במועד ההכרזה, שלפיו רק חלק מהיורשים נפקדים הם, כשהטעם שניתן לכך הוא הרצון למנוע ביצוע פעולות בנכס, טעם שאיננו עומד – לשיטת בית-משפט קמא – במבחן הביקורת. עוד נקבע כי המפקח, שהיה ער לסכנה הטמונה בהכרזת נכס כנפקד כולו, שעה שידע כי לא כל בעליו נפקדים, לא טרח לעשות דבר על-מנת לבטל סכנה זו או

ו

ז



פ"ד נג(4) 730 השופט ט' שטרסברג-כהן  
לצמצמה, והכריז על הנכס כנפקד כולו. חוסר תום-לבו של המפקח נובע גם מן העובדה שהמפקח לא טרח לבדוק את מצב הזכויות בנכס, אף לאחר ההכרזה, בדיקה שאיננה מהווה טרחה מרובה ויכולה הייתה להיעשות בדרכים מספר ואף לא צירף לתיק הערה או אזהרה מתאימה באשר למצבת הזכויות בנכס, שלא בוררה לאשורה. וזאת לזכור, כי הכרזה על נכס כנכס נפקד היא בעלת השלכות מרחיקות לכת על זכויותיו של האדם הנפקד. הקניית הזכויות בנכס שהוכרז כנפקד לידי האפוטרופוס על נכסי נפקדים עולה כדי פגיעה בזכות הקניין, שזכות יסוד היא. נוכח פגיעה כזו, שומה על הרשויות העוסקות בדבר להקפיד הקפדה יתרה בבצען פעולות בנכסים אלה.

א

ב

בית-המשפט הוסיף ובחן את תום-לבו של האדם שמילא את תפקיד האפוטרופוס עצמו – מר שקרג'י – שביצע את העיסקה וקבע, כי בהחליטו על מכירת הזכויות פעל האחרון בחוסר תום-לב. האפוטרופוס נתון היה ללחצים ישירים מצד המינהל למכור את הנכס לרשות הפיתוח. הוא לא הפעיל את שיקול-דעתו הבסיסי והעצמאי אם לעשות כן אם לאו. זאת ועוד, החלטתו למכור את הנכס נעשתה תוך עצימת עיניים מכוונת לסתירה הבוטה שבין הראיה היחידה לנפקדות חלק מהיורשים לבין ההכרזה שלפיה הנכס נפקד כולו.

ג

ד

די היה בחוסר תום-הלב בהכרזת הנכס כנפקד כולו כדי לקעקע את ההכרזה ותוצאותיה, אלא שבענייננו דבק חוסר תום-לב גם במכירת הנכס לרשות הפיתוח. הפועל היוצא הוא שהגנת תקנת השוק לנכסי נפקדים, הקבועה בסעיף 17(א) לחוק, איננה פורסת כנפיה על עיסקת המכירה לרשות הפיתוח, ומשכך, נשמטת הקרקע אף מתחת להעברת הזכויות בנכס לעמותת אלעד. במצב זה, חלה הוראת סעיף 18 לחוק המורה על החזרת הנכס שאינו נכס מוקנה, לידי בעליו.

ה

הניתן ליתן תוקף חלקי לעיסקת המכר?

25. טוענת עמותת אלעד כי יש ליתן לעיסקת המכר תוקף חלקי, ככל שהדבר אמור בחלקים הנפקדים של הנכס שמכירת הזכויות בהם לרשות הפיתוח הייתה כדין. לפי הטענה, העובדה כי עיסקת המכר סבה, בין היתר, על חלקים בנכס שלימים התברר כי אינם נפקדים, איננה גוררת את ביטול העיסקה כולה אלא אך את החלק שדבק בו הפגם. דין הטענה להידחות. יפים לענייננו דברים פרי עטו של השופט ח' ה' כהן בע"א 59/78 גדליהו נ' עמר [12], שם נדון מקרה שבו נערך זיכרון-דברים למכירת חלקת מקרקעין, אלא שאחד משלושת בעלי החלקה לא חתם עליו ונקבע כי המדובר בפגם חסר תקנה, המשליך על תוקפה של העיסקה כולה. וכך נאמר:

ו

ז

"החלקה היא בבעלות משותפת של שלושת הבעלים הרשומים... כוונת המוכרים... היתה למכור את החלקה כולה, כפי שכוונת המשיב... היתה לקנות את החלקה כולה – להבדיל מזכותו של שותף זה או אחר לחלק בלתי מוגדר בחלקה. אם יש פה בכלל התחייבות למכור את החלקה, כי אז הכוונה היא להתחייבות משותפת של כל הבעלים הרשומים – שרק התחייבות זו יכול ותעניק לעסקה את תכליותה.

א

נמצא שאפילו יש בזכרון הדברים משום 'הסכס', בודאי אין בו שלשה הסכמים. ואם ההסכם האחד שיש בו, פגום הוא... כי אז אין לו תקנה, אפילו דבק הפגם באחד המתקשרים בלבד" (שם, בעמ' 536; ההדגשה שלי – ט' ש' כ').

ב

דברים אלו, שעניינם היקף השפעתו של הפגם, חלים על ענייננו על דרך קל וחומר, כפי שציין השופט מלך בעניין חוות מקורה [4]:

ג

"...לא זו בלבד שהאפוטרופוס התכוון להעביר לרשות הפיתוח כל אחת מהחלקות בשלמותה, אלא, שבניגוד לנסיבות פסקי הדין שנזכרו [בין היתר, פסק-דינו של השופט ח' ה' כהן שנזכר לעיל – ט' ש' כ'], לא מדובר כאן בשלושה מוכרים נפרדים. האפוטרופוס הוא שהתחייב לגבי כל חלקי החלקה, כך שהשאלה אם מדובר בהתחייבות משותפת או בהתחייבות 'ביחד ולחוד' כלל אינה מתעוררת... מדובר בהתחייבות אחת, שאיננה ניתנת לפיצול, וכי ההעברות ב'שרשרת' חסרות תוקף – ביחס לכל חלקה במלואה" (שם, בעמ' 28; ההדגשה שלי – ט' ש' כ').

ד

ה

26. מאחר שבענייננו ביקש האפוטרופוס להעביר לרשות הפיתוח את הזכויות בנכס כולו, הרי שמקום שנפל פגם ביחס לחלק מהותי מהזכויות נושא העסקה, נותן הפגם את אותותיו ומשליך על מלוא היקפה של העסקה (וראו גם [ע"א 393/82](#) חיים נ' אביוב [13]). מעבר לנדרש אוסיף, כי מחומר הראיות שנפרס בפני בית-המשפט עלה כי האפוטרופוס נמצא בניגוד עניינים, כשהוא נתון ללחצים שהופעלו עליו מטעם המינהל למכור את הנכס לרשות הפיתוח וכי לא הפעיל הוא את שיקול-דעתו כשהורה על מכירת הנכס. גם בדברים אלו יש כדי להוביל לביטול העסקה כולה.

ו

[ע"א 5685/94](#)

27. ערעורה זה של עמותת אלעד סב על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי (כבוד השופטת ד' קובל) שבו הוחלט ליתן צווי ירושה על עיזבונם של המנוח ואשתו המנוחה, לפי בקשות שהגיש בנם, מוסא אחמד חסין אלעבסי (להלן – המבקש). עמותת אלעד

ז

הגישה את התנגדותה ובית-המשפט קבע שלעמותה זכות עמידה כ"מעונין בדבר" (סעיף 153 לחוק הירושה) מאחר שזכויותיה בנכס – כשוכרת של הנכס וכמחזיקה בו – עלולות להיפגע ממתן צווי הירושה המבוקשים. בציינו את הסכמתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל האפוטרופוס למתן צווי הירושה, דחה בית-המשפט את טענות ההתנגדות שהעלתה העמותה, וביניהן הטענה כי חלק מהנטענים להיות יורשי המנוח ואשתו המנוחה כלל אינם נמנים עם צאצאיהם; הטענה כי התובעים שהגישו את התביעה לפסק-דין הצהרתי (ת"א 895/91) הינם רק חלק מיורשי המנוחים באשר חלקם נפקדים; טענות בדבר מסמכים חסרים ומהימנות הראיות ששימשו תשתית לצווי הירושה שנתבקשו. בית-המשפט דחה את טענות העמותה הן מן הטעם שלא הוכחה התשתית העובדתית שעליהן הן נסמכו, הן מחמת העדפת ראיותיו של המבקש על פני הראיות שהציגה עמותת אלעד והן מנימוקים משפטיים שפורטו בפסק-דינו. על כך הערעור שלפנינו, שדינו להידחות.

ג

בערעורה חוזרת עמותת אלעד על עיקר טענותיה שהעלתה בפני בית-משפט קמא, מהן משפטיות ומהן עובדתיות, שעניינן בפגמים שנפלו בפסק-דינו של בית-משפט קמא ושמטרתן לשמוט את הקרקע מתחת לצווי הירושה שניתנו. טענות אלה זוכות למענה בתשובתם של היוורשים, אלא שאיננו נדרשים להכריע בטענות הערעור לגופן, כפי שיפורט. יצוין, כי התובעים הם חלק מיורשי המנוח הנכללים בצווי הירושה שניתנו על-ידי בית-המשפט. אין בעובדה שלפיה לא כל היוורשים נמנים עם התובעים בתביעה לפסק-דין הצהרתי כדי להעלות או להוריד מאחר – וכפי שפורט לעיל – אישר בית-המשפט את הגשת התביעה על-ידי חלק מהיוורשים מכוח סמכותו שבסעיף 122 לחוק הירושה, ואישור זה בדין ניתן.

ה

לאחר שטענות העמותה נדחו כאמור וצווי הירושה ניתנו בפסק-דינה של השופטת קובל (ת"ע 1384/92), נתן בית-משפט קמא את פסק-דינו (ת"א 895/91) הקובע את מצבת הזכויות בנכס המריבה. על-פי פסק-הדין – שבמסקנותיו הרלוונטיות איננו מוצאים מקום להתערב – נקבע כי הכרות הנכס כנפקד כולו איננה כדין וכי מכירת הזכויות לרשות הפיתוח איננה תקפה. בית-המשפט קבע – וגם במסקנה זו לא התערבנו – כי אין להכשיר את העיסקה מכוח הוראת תקנת השוק הקבועה בסעיף 17(א) לחוק. עולה מן האמור, כי לעמותת אלעד, ששכרה מרשות הפיתוח חלקים בנכס המריבה, אין עוד כל זכות בנכס, ולפיכך ערעורה על פסק-הדין שבו נתן בית-המשפט את צווי הירושה, איננו אקטואלי עוד. טעמו של ערעור זה, ועניינה של עמותת אלעד בפסק-הדין שהורה על מתן צווי הירושה, כרוכים וקשורים בהכרעה הסופית בגורל הזכויות בנכס, ומשכרעה זו ניתנה כאמור ולא שונתה בערעורים שלפנינו, אין עוד טעם להיזקק

ך

ט

ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון המנוח אחמד חסין מוסא אלעבסי

פ"ד נג(4) 730 השופט ט' שטרסברג-כהן  
לערעור זה ויודגש, כי גם אם תצלח עמותת אלעד בערעורה זה, לא יהיה בכך כדי לסייע  
לה במאומה שהרי זכויות בנכס אין בידיה.

א

סוף דבר

28. ערעוריה של עמותת אלעד (ע"א 7908/96 וע"א 5685/94) נדחים בזאת,  
ואילו ערעורן של שתי בנותיו של המנוח (ע"א 7620/96) מתקבל במוכן זה שאנו  
קובעים כי לא הוכחה על-ידי עמותת אלעד נפקדותן של המערערות – ראבעה ומרים –  
ועל-כן, הן אינן נחשבות כנפקדות, והן נכללות בין היורשים וזכאיות לחלקן בנכס,  
בבעלות משותפת עם האפוטרופוס.

ב

גם בפסק-דינו של בית-משפט קמא (כבוד השופטת קובל) שנתן את צווי הירושה על  
עיזבונת המנוח ואשתו שנפטרה, לא מצאנו מקום להתערב.

ג

עמותת אלעד תשלם ליורשים הוצאות בסך 20,000 ש"ח וסכום זהה ישולם להם  
על-ידי רשות הפיתוח, המינהל והאפוטרופוס במשותף.

ד

השופט י' טירקל

אני מסכים לפסק-דינה של חברתי הנכבדה השופטת שטרסברג-כהן, ולכל נימוקיה.  
אעיר כי לעמדות שנקטו המשיבים 9, 10 ו-11 בע"א 5685/94, 7908/96 במחלוקת  
העיקריות שנדונו היה בעיני משקל מכריע.

ה

השופט ח' אריאל

אני מסכים.

ו

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

ניתן היום, כ"א באלול תשנ"ט (2.9.1999).  
מיני-רציו:

ז

\* דיון אזורי – בעלי-דין – יורש

זכותו של כל יורש לעמוד בדין לבדו – לזכות המת או לחובתו – אם ניתנה לכך הסכמת כל  
יתר היורשים – או אישור בית-המשפט מראש או למפרע – תכליתו של הכלל.

\* האפוטרופוס לנכסי נפקדים – נכסי נפקדים – הכרזה מכוח סעיף 30(ב)  
לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950

כראיה בדבר היות הנכס נפקד – הנטל לסתור – חזקת כשרותה של ההכרזה – הצהרה של  
האפוטרופוס כי לא כל הנכס שהוכרז כנפקד הוא נכס נפקד – ללא פירוט איזה חלק ולגבי  
אילו יורשים – כפוגם בחזקת התקינות והכשרות של מעשה ההכרזה.

\* האפוטרופוס לנכסי נפקדים – נכסי נפקדים – מכירתם

ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון המנוח אחמד חסין מוסא אלעבסי

פ"ד נג(4) 730 השופטת ט' שטרסברג-כהן

היעדר כושרו של האפוטרופוס להעביר יותר זכויות ממה שיש לו בנכס – אלא בתנאי תקנת השוק – דרישת תום-הלב – תום-לבו של האפוטרופוס – בחינתו.  
\* האפוטרופוס לנכסי נפקדים – נפקד – המועד לבחינת נפקדות כמועד שבו הייתה לאדם זכות בנכס – אין די בציפייה לקבל נכס מכוח ירושה – כדי להוות זכות הרלוונטית לבחינת הנפקדות.