

1. עזבון המנוח מוחמד מחמוד סומרין ז"ל
2. אחמד מוחמד מחמוד סומרין
3. אמל סומרין
4. עלאא סומרין
5. סאברין סומרין
6. עלי סומרין
7. מחמוד סומרין
8. מוראד סומרין
9. אמאני סומרין

ע"י ב"כ עו"ד וסים דכוור
מרח' יפו 33, בית יואל קומה 6
ת.ד. 31078 ירושלים 91310
טל': 02-6254028 ; פקס': 02-6259753

וע"י ב"כ עו"ד מחמד דחלה
מרח' אבן בטוטה 2, ת.ד. 55999, ירושלים 9155802
טל': 02-6274070/1 ; פקס': 02-6274060

המבקשים

נגד

הימנותא בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד זאב שרף
בית מוזס, שד' רוטשילד 74-76 תל-אביב 6578517
טל': 03-7914777 ; פקס': 03-7914778

המשיבה

היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה (המחלקה האזרחית)
רחוב קריית המדע 5, בניין b3, הר חוצבים ירושלים
טל': 073-3929611 ; פקס' 073-3929610

מתייצב להליך

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 5.4.2021, וההחלטות בדבר האורכות שניתנו, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו בהליך שבנדון, כפי שיפורט להלן:

עיקרי העובדות

רקע כללי

1. עסקינן בתביעה שהוגשה על ידי המשיבה לפינוי המבקשים ממקרקעין לא מוסדרים, ששטחם כ- 740 מ"ר בסילוואן-כפר השילוח, שעליהם מבנה בן שתי קומות, והידועים כגוש שומה ***** חלקה **** (להלן: "המקרקעין" או "הנכס"). המקרקעין רשומים בלשכת רישום מקרקעין בירושלים, בפנקס השטרות, בספר ***** דף **** על שם הימנותא בע"מ (מוצג 2 נספח א'). כן נתבעו המבקשים לשלם דמי שימוש ראויים בשיעור של 500,000 ש"ח.

2. בהתאם לנסח רישום פנקס השטרות ("רישום ישן"), משנת 1959 ועד שנת 1988 היה הבעלים של הנכס אלחאג' מוסא עבדאללה סמרין ז"ל (להלן: "**מוסא**"). מוסא נפטר ביום 20.7.1983 בירושלים. אשתו של מוסא נפטרה בחייו. למוסא היו שלושה בנים. אחד מהבנים נפטר אף הוא בימי חייו, והשניים האחרים הם אזרחי ותושבי ירדן.
3. ביום 3.11.1987 הכריז האפוטרופוס לנכסי נפקדים (להלן: "**האפוטרופוס**") על המקרקעין כ"נכס נפקד" בהתאם להוראות חוק נכסי נפקדים, תשי"ו-1950 (להלן: "**חוק נכסי נפקדים**"). בהמשך לכך ובהתאם לסמכות האפוטרופוס מכוח סעיף 19 לחוק נכסי נפקדים, מכר האפוטרופוס בשנת 1988 את המקרקעין לרשות הפיתוח.
4. ההכרזה על המקרקעין כנכס נפקד בוצעה על בסיס מידע שגוי לפיו מוסא הוא נפקד. בהמשך התברר, כי מוסא, שנפטר כ-4 שנים לפני הכרזת המקרקעין כנכס נפקד, כלל לא היה נפקד. עם זאת, הכרזת הנפקדות לא בוטלה משום שיורשיו, בניו של מוסא, היו נפקדים באותה העת, ולפיכך נותרה הנפקדות בעינה, וביום 1.2.1989 הוצאה תעודת נפקדות מתוקנת (מש/ב27).
5. ביום 6.1.1991 אישרה הנהלת מנהל מקרקעי ישראל, כתוארה אז, עסקת חליפין בין רשות הפיתוח לבין המשיבה (להלן גם: "**הימנותא**") (ראו נספח ג' במוצג 2)). במסגרת עסקה זו, העבירה הימנותא לרשות הפיתוח זכויות במקרקעין בכפר קרע, וזאת לצורך שיווקם לתושבי הכפר. העסקה בוצעה לאחר שנערכה הערכה כספית של המקרקעין המוחלפים ולאחר שהתקבלו כלל האישורים הנדרשים לצורך כך. רשות הפיתוח העבירה להימנותא בתמורה את זכויותיה, בין היתר, במקרקעין. ביום 10.4.1991 נרשמה הימנותא בפנקס השטרות כבעלת הנכס.

הליך סילוק היד הראשון

6. בשנת 1991 הגישה הימנותא בת"א 5980/91 לבית משפט השלום בירושלים תביעה לפינוי ולסילוק ידו של המבקש, מוחמד מחמוד סומרין ז"ל (שנפטר בשנת 2015) (להלן: "**מוחמד**"): ראו כתבי התביעה וההגנה במב/ד-מב/ה).
7. ביום 26.12.1994, דחה בית משפט השלום את התביעה (כבוד השופטת י' צור). בפסק דין זה נקבע ביחס לשאלת נפקדותו של מוסא ש"אין חולק שנפל שיבוש בהכרזת הנכס כ'נכס נפקד'. לא מדובר בטעות פורמלית גרידא אלא בטעות בעניין מהותי שכן אין חולק שהבעלים של הנכס לא היה נפקד, הוא היה תושב ירושלים שגר בנכס ונפטר בהיותו מתגורר בו. הכרזה זו היתה מוטעית ולא היה לה כל נפקות". ביחס לשאלת נפקדות בניו של מוסא פסקה כב' השופטת צור כי הם אינם בהכרח יורשיו וכי יש לקבוע את זהות יורשי מוסא בהתאם לדרכים המקובלות בחוק (ראו מש/ב28).
8. על פסק דין זה הגישה הימנותא ערעור לבית המשפט המחוזי (ע"א 21/95 הימנותא נ' סומרין (15.4.1996)). בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור, במובן זה שפסק שאכן "**הנכס קם לבעלותה של המערערת**", וכי ראייה לכאורה לבעלותה של הימנותא בנכס, שלא נסתרה, היא הרישום על שמה בפנקסי המקרקעין. עם זאת, פסק בית

משפט המחוזי שיש להחזיר הדיון לבית המשפט השלום **"על מנת שיכריע בשאלה, אם הוכח שהמנוח מכר בחייו לאביו של מוחמד את הנכס בחלקה 75 (שאז יש לדחות את התביעה), והיה אם לא ישיב עליה בחיוב – בשאלה, אם עומדת למחזיק בנכס הגנה מן ההגנות שלהן טען..."** (ראו משב/ב29).

9. בהתאם לפסק דינו של בית המשפט המחוזי הוחזרה התביעה לדיון מחודש בבית משפט השלום. ביום 11.2.1999 דחה בית משפט השלום (כב' השופט שטראוס), פעם נוספת, את התביעה (להלן: **"פסק הדין של בית משפט השלום בהליך סילוק היד הראשון"**). בית משפט השלום קבל את טענת מוחמד לפיה **"המנוח מוסא אכן מכר את הנכס"** לאביו. בית משפט השלום דחה את טענת הדיירות המוגנת שהעלה מוחמד. עוד קבע בית משפט השלום, שמאחר שמוחמד התגורר שנים רבות בנכס וסעד את מוסא, ניתנה לו על ידי מוסא רשות להתגורר בנכס, **"כי יהא זה ביתו כל עוד יחפוץ בכך"**. בית משפט השלום לא הכריע בשאלה, האם יכולה הייתה הימנותא לבטל את הרשות, אך ציין כי **"מדובר ברשות שלא ניתן לבטלה בלא תנאי. גם אם ניתן יהיה לבטלה כי אז יהא הדבר כרוך בפיצוי לנתבע...באתי, אפוא, לכלל מסקנה כי לנתבע רשות להחזיק בנכס – אשר לא בוטלה"** (ראו ת"א 5980/91 הימנותא נ' סומדין, בעמוד 9 (11.2.1999) (מב/ו, מש/ב30)).

10. על פסק דין זה ערערה הימנותא לבית המשפט המחוזי. ביום 3.9.2000 דחה בית המשפט המחוזי את הערעור (כב' השופטים חשין, קמא ועדיאל) (ראו ע"א 6196/99 הימנותא בע"מ נ' סומדין (3.9.2000) (מב/ז, מש/ב31)). ביחס לקביעה העובדתית לפיה מכר מוסא את הנכס לאביו של מוחמד, לא מצא בית המשפט המחוזי להתערב. ביחס לסוגיית הרישיון דחה בית המשפט המחוזי את טענת הימנותא לפיה יש לראות בתביעה עצמה משום הודעה על ביטול הרישיון, שכן **"עניין זה לא עלה כלל ועיקר בכתב התביעה"** (שם, בעמוד 8).

הליך תביעת הבעלות

11. בשנת 1999 הגישו מוחמד ואחיו המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי, שבמסגרתה ביקשו סעד הצהרתי לפיו הם הבעלים של הנכס, וזאת על סמך חוזה הרכישה שנחתם לטענתם בשנת 1983, בין מוסא לאביהם. לחילופין בקשו סעד הצהרתי לפיו הנכס אינו נכס נפקד, ולחילופי חילופין עתרו לסעד הצהרתי לפיו הנכס נותר בבעלות האפוטרופוס לנכסי נפקדים מאחר שהמכר לרשות הפיתוח היה שלא כדין (מש/ב32).

12. לאחר שהוגשה תלונה פלילית בדבר זיופו של הסכם המכר והועלו ספקות ביחס לאותנטיות של הסכם המכר הנטען בין מוסא לאביו של מוחמד, בקשו עורכי דינם של מוחמד ואחיו שלא לסכם את טיעוניהם, וכן הסכימו שניתן לדחות את תביעתם. בעקבות כך, דחה בית המשפט המחוזי (כב' השופט גל) את תביעת הבעלות, ובין היתר קבע ש"אין עוד צורך להיכנס לשאלות מהימנות, אמינות וטיבן של ראיות התביעה. די אם נאמר בהקשר לכך, כי אלו היו דלות ביותר ואף לא צריך להרבות במילים על חוסר המהימנות הנובע מהם. הדברים גלויים וברורים מתוך הפרוטוקול והמעין יוכח בהם בנקל" (ראו ה"פ 633/99 סומדין נ' הימנותא (26.7.2004) (מב/ח, מש/ב70 להלן: **"פסק הדין של בית המשפט המחוזי בהליך הבעלות"**)).

13. על פסק הדין בתביעת הבעלות הוגש ערעור, אולם זה נדחה לאחר שלא הופקד עירבון (ראו ע"א 9606/04 סומרין נ' הימנותא (23.3.2005) (מב/ט, מש/ב71)).

ההליך שבנדון - הליך סילוק היד השני

14. ביום 28.12.2005 הגישה הימנותא לבית משפט השלום תביעה נוספת לפינוי המבקשים מהנכס. כתב התביעה הוגש תחילה נגד מוחמד ובנו אחמד (מש/ג), אך לאחר שמוחמד נפטר, צורפו כנתבעים המבקשים 3-9, שהם אלמנתו של מוחמד ויתר ילדיו (מב/2, מש/יג). מאחר שהמבקשים לא הגישו כתב הגנה, ניתן פסק דין בהיעדרם המורה כי עליהם להתפנות מהנכס (מש/ד).
15. ביום 25.11.2011, הגישו המבקשים בקשה לביטול פסק הדין שניתן בהיעדרם (מש/ה-ז). ביום 2.7.2013 קבל בית משפט השלום את הבקשה לביטול פסק הדין. בקשת רשות ערעור שהגישה הימנותא על החלטה זו- נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי (מש/ט-מש/י).
16. בכתב ההגנה שהגישו, טענו המבקשים, בין היתר, לכך שיש לקבוע כי אין להימנותא זכויות בנכס, ובהקשר זה העלו טענות זהות לאלו שהועלו בהליכים קודמים. בין היתר, טענו כי שרשרת ההעברות של הזכויות שבסיומה רכשה הימנותא את זכויות הבעלות בו נערכה שלא כדין ודינה בטלות (ראו למשל סעיף 8 לכתב ההגנה המתוקן שניתן (מש/ט"ז)).
17. ביום 3.7.2016 הגישה הימנותא בקשה למחיקת סעיפים מכתב ההגנה המכחישים את בעלותה בנכס, וזאת משום שלטענתה, פסק-הדין של בית המשפט המחוזי בהליך הבעלות מהווה מעשה בית דין ביחס לכך (מש/יח).
18. ביום 20.11.2016 דחה בית משפט השלום (כב' השופטת קסלסי) את בקשת הימנותא למחיקת סעיפים מכתב ההגנה שכן עולה מפסק הדין שניתן בהליך הראשון ומפסק הדין שניתן בתביעת הבעלות כי "טענות שני הצדדים נותרו בעינם ולא הוכרעו" (ראו פסקה 18 – 20 מש/כא). על החלטה זו הגישה הימנותא בקשת רשות ערעור, שנדחתה על ידי בית המשפט המחוזי ביום 5.3.2017 (רע"א 42264-12-16 הימנותא בע"מ נ' סומרין (כב' השופט שחם) (מש/כה)). בית המשפט המחוזי קבע כי אין בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בתביעת הבעלות כדי להקים מעשה בית דין של השתק פלוגתא ביחס לשאלת הבעלות בנכס. נוסף על כך, נקבע כי אין בפסק הדין שדחה את תביעת הבעלות "גם לא באופן משתמע" ממצא לפיו הימנותא היא הבעלים של הנכס.
19. על החלטה זו של בית המשפט המחוזי הוגשה על ידי הימנותא בקשת רשות ערעור לבית המשפט הנכבד, וזו נדחתה ברע"א 3013/17 הימנותא בע"מ נ' סומרין (כב' השופטת ברק-ארז), שכן נקבע כי היא אינה מעוררת שאלה כללית בעלת חשיבות ציבורית (מש/כז).

פסק דינו של בית משפט השלום בהליך שבנדון (הליך סילוק היד השני)

20. ביום 20.9.2019 ניתן פסק-דינו של בית המשפט השלום (כבוד השופטת מ' קסלסי להלן: "פסק הדין של בית משפט השלום בהליך סילוק היד השני").

21. בית משפט השלום קבע ש"קביעות כב' השופטת י. צור כמו גם אלו של כב' השופט שטראוס לא היו מעשה בית דין, אלא ניתנו אגב אורחא לצורך הכרעה בתביעת הפינוי הספציפית שהובאה בפניהם, ועל סמך הראיות שהוצגו בפניהם" (פסקה 17 לפסק הדין).
22. באשר לסוגיית סיווג הנכס כנפקד, נקבע כי היא "אינה עומדת עוד על הפרק, דרך המלך היא תקיפה ישירה כשהאפוטרופוס צד להליך, דרך זו מוצתה בה"פ 633/99, וככל שייטען כי התגלתה ראייה חדשה שהופכת הקערה על פיה, רשאי מי שסבור שראיה זו מקנה לו עילת תביעה, להגיש המרצת פתיחה חדשה, כפי שגם הצהיר ב"כ הנתבעים שישקול לעשות כן" (פסקה 32 לפסק הדין).
- ביחס לטענת המבקשים בדבר הסכם מכר שנכרת בין מוסא לאביו של מוחמד, קבע בית משפט השלום כי "בה"פ 633/99 התובעים הסכימו לדחיית תביעתם כי לא היו בידיהם די ראיות לענין מכירת הנכס. בתביעה שלפניי הראיות "הדלות" שהיו בפני המחוזי, נעשו דלות עוד יותר... התוצאה אליה הגיעו בה"פ 633/99 לא היתה משתנה גם כיום" עוד נקבע, כי "לא הובאה כל ראיה לבעלות מי ממשפחת סומרין בנכס, זכויות התובעת שנרשמו בפנקס השטרות ומהוות ראיה לכאורה, יחד עם התמורה שנתנה עבור המקרקעין ומסמכי הרכישה, לא נסתרו, וזכויותיה עומדות על תילן" (פסקאות 33-34 לפסק הדין).
23. לנוכח האמור, קבע בית משפט השלום 4 שאלות שנויות במחלוקת שנותרו לדיון (פסקה 36):
- 23.1 האם הרשות שקיבל מוחמד ממוסא, להתגורר בנכס היא בלתי הדירה ואף ניתנת להורשה לאחר פטירת מוחמד ביום 29.12.2015?
- 23.2 האם העניק מוסא גם לאשתו של מוחמד רשות בלתי הדירה לכל ימי חייה?
- 23.3 האם המבקש 2, אחמד, רכש זכויות דיירות מוגנת בקומה השנייה בנכס?
- 23.4 האם זכאית הימנותא לדמי שימוש ראויים ובאיזה שיעור?
24. ביחס לשאלה הראשונה נקבע כי "מדובר בזכות אישית ולא חפצית, זכות זו מומשה על ידי מוחמד המנוח ובני משפחתו עד תום, במשך 16 שנים, אולם עם פטירתו ב-29.12.15 פקעה הרשות...". עוד נפסק ש"יורשי מוחמד לא ירשו גם את הרשות להחזיק בנכס והיא פקעה עם מותו של בעל הרשות – מוחמד מחמוד סומרין" (פסקה 46 לפסק הדין).
25. ביחס לשאלה השנייה פסק בית משפט השלום כי הוא "דוחה את טענת הנתבעת 3 להיותה ברת רשות של הבעלים מוסא, בשל אי הוכחה כדבעי טענה זו ובשל היותה הרחבת חזית אסורה" (פסקה 51 לפסק הדין).
26. ביחס לשאלה השלישית, נפסק כי "נתבע 2 אינו דייר מוגן, בין אם הנכס של התובעת ובין אם של סבו, בין אם של אביו ואחיותיו, או של ארטיסיה ויורשיה הנעלמים, משום שלא הוכחה הזכות לדיירות מוגנת של השוכרת הגרמניה ולא הוכחה הזכות של הנתבע 2" (פסקה 58 לפסק הדין).
27. ביחס לשאלה הרביעית, נפסק כי "קביעותיו של כב' השופט שטראוס בת.א. 5980/91 המהוות השתק פלוגתא מונעות קבלת דמי שכירות לגבי כל תקופת חייו של מוחמד, עד 29.12.15". מאחר שהתביעה המתוקנת הוגשה ביום 22.2.2016, כ-54 יום לאחר פטירתו של מוחמד, נפסק כי המבקשים 2, 3 ו-6 המתגוררים ב-3 יחידות

דיוור בנכס, ישלמו למשיבה סך של 9,000 ₪ בגין 54 ימי שכירות, בעוד שביחס לדמי השכירות שלאחר הגשת התביעה על המשיבה להגיש תביעה נפרדת (ראו פסקאות 60-63, 65 לפסק דינו של בית משפט השלום). כן נעתר בית משפט השלום לסעד הפיננסי והורה על פינוי המבקשים מהנכס (ראו פסקאות 59 ו-65).

פסק דינו בערעור של בית משפט המחוזי בהליך שבנדון

28. ביום 20.9.2019 הגישו המבקשים ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בהליך סילוק היד השני. ביום 30.6.2020 דחה בית המשפט המחוזי (כב' הנשיא פרקש וכב' השופטים שחם ורובין) את הערעור לפי תקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (ראו ע"א 32182-11-19 **עזבון המנוח מוחמד מחמד סומרינ' נ' הימנותא** (נבו, 30.6.2020) (מש/מ)).

29. בנוסף התייחס בית המשפט המחוזי למחלוקת בין הצדדים ביחס לשאלה האם, ובאיזו מידה, יצרו שני פסקי הדין שניתנו בעבר מעשה בית דין בשאלת רכישת הנכס על ידי אביו של מוחמד. נקבע שפסק הדין בהליך סילוק היד הראשון קבע שאביו של מוחמד רכש את הנכס ממוסא, אולם קביעה זו נקבעה אגב גררא במסגרת הליך בו תבעה המשיבה סעד של סילוק יד בלבד. משכך, קביעה זו אינה מחייבת במסגרת הליך שעניינו קביעת הזכויות בנכס, אולם היא מחייבת את הצדדים וחליפיהם גם בהתדיינות אחרת שעניינה סילוק יד מהנכס. פסק הדין של בית המשפט המחוזי בהליך הבעלות אינו יכול לבסס השתק פלוגתא או עילה, שכן התובעים שם אינם הנתבעים בהליך שבנדון אלא חליפיהם.

30. עם זאת, מסקנתו של בית המשפט המחוזי היא שפסק הדין של בית משפט השלום בהליך סילוק היד הראשון לא סתם את הגולל על ההליך דנן. זאת, בהתחשב בכך שעובר למתן פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתביעת הבעלות בחרו התובעים לא לסכם ושתביעתם תידחה. עובדה זו מחלישה במידה ניכרת את "המשקל שניתן לייחס לפסק הדין הראשון. גם אם מבחינה פורמלית עדיין מתקיימים בפסק הדין הראשון היסודות הפורמליים של מעשה בית דין, הרי שבמישור המהותי משקלו ככזה פחת עד מאוד. שלא כטענת המערערים, מסקנה זו אינה מבוססת על תחושות גרידא. היא נשענת על כך שתורת מעשה בית דין מבוססת על שיקולי צדק. נוכח התיאור לעיל ברור, כי שיקולים אלה, הנעוצים בפסק הדין השני, אינם מאפשרים להתייחס לפסק הדין הראשון כאל מעשה בית דין, המקים למערערים במקרה הנוכחי מחסום מפני תביעת הפינוי שהגישה נגדם המשיבה. בהקשר זה יש לשים את הדגש הן על כך שפסק הדין השני מעלה סימני שאלה של ממש בדבר צדקת טענותיהם של המערערים לגופו של עניין; הן על כך שעיקר האחריות לאי מיצוי הדיון בהליך שהסתיים בפסק הדין השני, רובצת לפתחם של התובעים שם, אשר המערערים הם חליפיהם..."

31. ביחס לטענות המבקשים שלפיהן היה על בית משפט קמא לדון בתוקף ההקניה של הנכס לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, נקבע כי אין בפי העותרים מענה משכנע לטענת הימנותא לפיה לא ניתן לקיים דיון כאמור בלא שהאפוטרופוס הוא צד להתדיינות.

בקשת רשות הערעור

32. על פסק דינו בערעור של בית המשפט המחוזי, הגישו המבקשים את בקשת רשות הערעור שבנדון (להלן: "הבקשה"). הבקשה התמקדה בעיקר ב"סוגיית מעשה בית דין אשר בוטלה בניגוד לכל ההלכות המחייבות בעניין זה", וזאת ביחס ל"מתן שתי החלטות סותרות על ידי אותו בית משפט באותה שאלה, ודיבור בשתי לשונות, דבר אשר נוגע לאימון של הציבור כולו במערכת המשפט", ו"התעלמות מפסק דין חלוט בע"א 21/95 החורף את גורל תביעת הפינוי של המשיבה לדחייה ומהווה מעשה בית דין החוסם את תביעת הפינוי של המשיבה" (ראו סעיף 34 לבקשה).

33. המשיבה מנגד טוענת כי "פסק דין של בית משפט מחוזי שדן בסוגיית הבעלות – הקים ומקים מעשה בית דין (בדמות השתק פלוגתא ו/או השתק עילה), ומכל מקום (וכפי שקבעו בצדק הערכאות קמא) הוא למצער יצר מציאות משפטית חדשה שלא ניתן להתעלם ממנה והמונעת את האפשרות להסתמך על קביעות בגררא (בסוגיית הבעלות) של בית משפט שלום" (עמוד 2 לתשובת המשיבה לבקשה).

34. ביום 5.4.2021 התקיים דיון לפני בית המשפט הנכבד בבקשה, שבגדרו ניתנה החלטה לפיה התבקש היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדה שבה יתייחס, בין השאר, "לשאלת מהותה ומשמעויותיה של פסיקת בית משפט השלום בת"א (שלום י-ם) 5980/91 הימנותא בע"מ נ' סומרי (11.2.1999) שהפכה חלוטה, בהתייחס לרשות להחזיק בנכס שלא ניתן לבטלה בלא תנאי, ולטענה בדבר המשכיותה של זכות זו בנסיבות העניין".

עתירת המבקשים לבג"ץ

35. ביום 24.3.2021 הגישו המבקשים עתירה שבמסגרתה בקשו מבית המשפט הנכבד כי יורה על ביטול הכרזת הנכס כנכס נפקד; ביטול מכירת הנכס לרשות הפיתוח; וביטול מכירת הנכס להימנותא.

36. ביום 28.10.2021 דחה בית המשפט הנכבד את העתירה בקבעו כי עומד למבקשים סעד חלופי, שכן "זה מכבר פסק בית משפט זה כי הסמכות העניינית לדון בטענות לפיהן לא התקיימו התנאים לקביעת נפקדות בנכס מקרקעין או שהקניית המקרקעין לאפטרופוס הייתה שלא כדין – נתונה לבית המשפט המחוזי". עוד פסק בית המשפט הנכבד שככל שהמבקשים סבורים שיש בידיהם ראיות חדשות שיש בהן כדי להפוך את הקערה על פיה, ולא ניתן היה לגלותן בשקידה ראויה לפני כן, "הרי שהדרך הדיונית הנכונה היא הגשה לביטול פסק דין לבית המשפט שנתן אותו בדרך של פתיחת הליך אזרחי חדש... בהתאם, הרי שבענייננו היה על העותרים לפנות לבית המשפט המחוזי בירושלים אשר נתן פסק דין סופי בתביעת הבעלות, ולהציג בפניו את טענותיהם לעניין המסמכים החדשים שנתגלו לכאורה ונפקותם..." (ראו בג"ץ 2096/21 סומרי נ' האפטרופוס לנכסי נפקדים, בפסקאות 8 ו-12 (פורסם באר"ש, 28.10.2021)).

37. בית המשפט הנכבד דחה אפוא את העתירה תוך שהבהיר בסופו של פסק הדין בעתירה "כי אין בהחלטה זו משום הבעת עמדה כלשהי ביחס לבקשת רשות הערעור שהגישו העותרים" (שם).

"רשות"

38. "רשות" במקרקעין או "רישיון במקרקעין" פירושה "היתר להחזקה ולשימוש במקרקעין של אחר או היתר לשימוש בלבד" (ראו נ' זלצמן "רשות-חינם" במקרקעין כ"השאלת מקרקעין" – גישת הסיווג והלכות הרישיון במקרקעין" עיוני משפט ל"ה 265 (2012) (להלן: "זלצמן"); א' וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד, 62 (מהד' 2, 2020) (להלן: "וינרוט").

39. "הרישיון" נקלט בשיטת המשפט הישראלי מן המשפט האנגלי:

"הטעם העיקרי לקליטת הרישיון היה לאפשר באמצעותו להעניק זכות להחזקה ולשימוש במקרקעין בתמורה, בלא שחוק הגנת הדייר יחול על הזכות הזאת. כך, במצבים שבהם לבעל דירה.... היה עניין להשכיר את הנכס לתקופה מוגדרת בלא לחשוש מפני האפשרות שאי אפשר יהיה לקבל את הנכס בתום התקופה המוסכמת עקב תחולת חוק הגנת הדייר, או כאשר בעלי הדירה או בית העסק היו מעוניינים לקבל דמי שכירות ריאליים, שאינם כפופים להגבלות שבחוק הגנת הדייר בדבר שיעור דמי השכירות-במצבים אלה בחרו בעלי הנכסים לתת את הנכס ב"רישיון" במקום בשכירות. ההנחה הייתה כי אם הזכות תיחשב כ"רישיון" ולא כ"שכירות" לא יחול עליה חוק הגנת הדייר" (ראו י' ויסמן, דיני קניין- החזקה ושימוש 475 (תשס"ו-2005) (להלן: "ויסמן").

40. בהתאם להלכה הפסוקה, "הזכות הנוצרת עקב הרשות, היא זכות אישית (in personam) נגד נותן הרשות בלבד, להבדיל מאותן זכויות in rem השרירות נגד כלל בני-אדם" (ע"א 346/62 רכטר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד יז 709, 701 (1963) (להלן: "הלכת רכטר"); ע"א 618/05 דיאמנשטיין נ' מחלקת עבודות ציבוריות, פסקה 11 (נבו, 21.3.2007) (להלן: "הלכת דיאמנשטיין").

41. תנאי "הרשות" או "הרישיון" משתנים בהתאם לנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה, בין היתר, בהתאם למערכת ההסכמית האישית שנוצרה בין נותן הרשות למקבל הרשות. כך נפסק ש"רשות, יכול ותהא ניתנת חינם ללא כל תמורה, ויכול ותהא רשות בתמורה הנובעת מתוך הסכם שנעשה בין הצדדים...." (הלכת רכטר בעמוד 709).

42. ההלכה הפסוקה הכירה לא רק ב"רשות" הנוצרת מכוח הסכמה פוזיטיבית ומפורשת בין נותן הרשות למקבל הרשות, אלא גם ב"רישיון מכללא", שנוצר מחמת אי התנגדות של בעל המקרקעין לשימוש או החזקה של אדם אחר במקרקעין. שתיקת הבעלים יכולה לשמש אינדיקציה לכך שהבעלים הסכים לשימוש או החזקה שעושה אדם אחר במקרקעין. כך נפסק בע"א 32/77 טבוליצקי נ' בית-כנסת ובית-מדרש החסידים פ"ד לא (3) 210, 214 (1977) (להלן: הלכת "טבוליצקי") כי "....העובדה שעבר זמן רב מאז תפס האדם את הקרקע, ושבמשך כל אותו זמן נמנע בעל הנכס מתגובה כלשהי למרות שידע על התפיסה, יכולה להעיד על הסכמתו, וליצור רשיון מכללא (license implied) שלא היה קיים מלכתחילה. הלכה זו מקובלת גם בפסיקה האנגלית" (ראו גם הלכת דיאמנשטיין בפסקה 10; ע"א 6757/13 נחום נ' מדינת ישראל (נבו, 19.8.2015) (להלן: "הלכת נחום").

43. טעם נוסף העומד ביסוד ה"רישיון מכללא", נעוץ באינטרס ההסתמכות של המחזיק או המשתמש, ששינה את מצבו לרעה לנוכח שתיקת הבעלים (ע"א 3846/13 מדינת ישראל נ' היפר-חלף, פסקה י"ח (נבו, 21.7.2015).

(להלן: "הלכת היפר-חלף"); ע"א 633/08 מ"י נ' חייטמן בפסקה כ"ד (נבו 9.1.2014) (להלן: "הלכת חייטמן"), שם נפסק כי רשות מכוח השתק מתגבשת בהתקיים **"נסיבות מיוחדות שניתן ללמוד מהן על היווצרותו של קשר סיבתי בין הציפייה שבעל המקרקעין נטע אצל פלוני, אם בהבטחה שנתן לו ואם במצג שהציג כלפיו, לבין השינוי לרעה שהתרחש במצבו של פלוני..."**; ראו חוות דעתה של כב' השופטת דורנר, לפיה כלל דיני הרישיון מבוססים על "תורת ההשתק", בע"א 7139/99 אלוני נ' ארד, נח(4) 27, 34-35 (2004) (להלן: "הלכת אלוני"); וינדרוט בעמוד 63).

44. "מוסד" הרשות, כאמור, נקלט בשיטתנו המשפטית מהדין האנגלי. עם זאת, בשנת 1969 נחקק חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: **"חוק המקרקעין"**), אשר קבע בין היתר, בסעיף 161, ש**"מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק"**. ה"רשות" אינה מנויה כאחת מהזכויות שבהן מכיר חוק המקרקעין. יתרה מכך, חוק המקרקעין אף ניתק את דיני המקרקעין מדיני היושר האנגליים, בקבעו בסעיף 160 כי **"בעניני מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1947-1922"**. בהמשך לכך, נחקק אף חוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, אשר החיל הסדר משפטי מקיף, לרבות ביחס למצבים שבהם הוענקה לאדם זכות להשתמש במקרקעין מבלי לקבל בהם את החזקה.

45. לאחר חקיקה ישראלית נרחבת זו, הובעה הדעה כי דינו של מוסד הרישיון להתבטל משיטתנו המשפטית (ראו ויטמן בעמוד 475-476; זלצמן עמודים 270-267; ראו חוות דעת כב' הנשיא ברק בהלכת אלוני בעמוד 38; הלכת היפר-חלף, פסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט מזוז; הלכת נחום בפסקה 17; יצוין כי יש המסתייגים מעמדה זו (ראו וינדרוט בעמוד 62)). עם זאת, כפי שכתב פרופ' ויסמן **"המצאות טפחה על פניהם של אלה שסברו כי עם חקיקת חוק השכירות והשאלה בא הקץ לרישיון"**, ובתי המשפט המשיכו להסתמך על מוסד הרישיון, בפסקי דין רבים שניתנו על ידם (ויטמן בעמוד 476).

46. לטענת המבקשים, הרשות שנקבעה בפסק דינו של בית משפט השלום בהליך סילוק היד הראשון, התגבשה בתקופה שקדמה לחקיקה הישראלית הנזכרת לעיל (ראו סעיף 31 לסיכומיהם בבית המשפט המחוזי (מש/6)). טענה זו אינה נתמכת בממצאים שקבע בית משפט השלום, אשר לא הצביע על נקודת הזמן המדויקת שבה התגבשה הרשות. בין כך ובין כך, דומה שבמסגרת ההליך שבנדון, אין צורך להיזקק לשאלת ביטולו של מוסד הרישיון מהדין הישראלי, שכן במקרה דנן לא עולה שאלה בדבר קיומו של רישיון שניתן למוחמד, שכן שאלה זו כבר הוכרעה בפסק דינו החלוט של בית משפט השלום בעבר. כפי שקבע בית המשפט הנכבד בהחלטתו מיום 5.4.2021, במקרה דנן עולה אך השאלה בדבר **"מהותה ומשמעויותיה"** של הרשות להחזיק בנכס שהעניק מוסא למוחמד.

ביטול הרישיון

47. פסקי דין רבים עסקו בשאלת זכותו של הבעלים לבטל רשות שנתן בעבר למחזיק או משתמש. זכותו של בעלים לבטל רישיון שהעניק, כרוכה באיזון בין שיקולים של הגנה על קניינו של בעלים אל מול מידת ההסתמכות

שהסתמך בר-הרשות על המצג שהוצג לו, ועל מידת השינוי במצבו - כתוצאה מביטול הרשות (השוו להלכת דכטר בעמוד 709; הלכת ח'טמן בפסקה כד).

48. בהתאם להלכה הפסוקה, ככלל, רשות שניתנה חנם וללא תמורה, יכול הבעלים לבטלה בכל עת: "רשות חנם ניתנת לביטול בכל עת על ידי כך שנותן הרשות מגלה דעתו כי אין ברצונו להרשות יותר את הפעולות לגביהן נתנה הרשות" (הלכת דכטר בעמודים 709-710; הלכת טבוליצקי בעמוד 218, שם גם נפסק ש"הגשת תביעה לסילוק-יד בוודאי מגלה רצון זה").

49. "לגבי רשות שניתנה בתמורה, הכלל כיום הוא, כי אם בעת מתן הרשות הוסכם בין הצדדים שהיא לא תבוטל אלא עד עבור זמן ידוע או עד קרות מקרה מסוים, כי אז אין הרשות ניתנת לביטול כל עוד לא עבר הזמן המותנה או כל עוד שלא אירע אותו מקרה" (ע"א 260/65 חייקין נ' ממד ואח', פ"ד יט 183, 187 (1965) (להלן: "הלכת חייקין") (דעת המיעוט של כב' השופט מני)). יש להדגיש כי קיימים מצבים בהם הבעלים העניקו רשות בתמורה, ללא הקצבת זמן ושאינה הדירה, והיא נתנת לביטול בכל עת (ראו ע"א 7242/00 רשות הנמלים והרכבות נ' כדורי (נבו, 25.11.2002)).

50. בדומה לרשות הניתנת בחנם, יכול בעלים של מקרקעין לבטל בכל עת אף "רשות מכללא": "ככלל, רישיון מכללא הוא מטבעו רישיון הדיר הניתן לביטול בכל עת" (הלכת היפר-חלף בפסקה י"ז; ראו גם הלכת דיאמנשטיין בפסקה 10; ראו הלכת נחום בפסקה 21; בפסקה 17 שם, הובאו דבריה של פרופ' זלצמן לפיהם "רשות הנלמדת בדיעבד אינה מעניקה לבעליה זכות במקרקעין, אלא טענת הגנה בלבד מפני תביעה בגין השגת גבול. עקרונית, רשות שנלמדת מכללא אינה מונעת את בעל המקרקעין מלהביא לסיומה בכל עת על-ידי גילוי דעתו כלפי פלוני שאין הוא מוכן עוד להמשיכה. זו היא רשות החנם המתחדשת מרגע לרגע..." (נ' זלצמן, "רישיון במקרקעין", הפרקליט מב 24, 56-57 (1995)).

51. יכולים להיות מצבים חריגים לכללים שנסקרו לעיל. כך למשל, באחד מפסקי הדין הוכרה רשות פוזיטיבית שהעניק אב לבתו בכתב, להתגורר במקרקעין מסויימים לאחר נישואיה, כרשות בלתי הדירה. בית המשפט הנכבד פסק "רשות רשות ונסיבותיה ותנאיה שלה: יש רשות ואין בה תמורה, ואי-אפשר לבטלה; ויש רשות ויש בה תמורה, ומותר לבטלה". במקרה זה נפסק כי הוענקה לבת רשות בלתי הדירה, בין היתר, לנוכח העובדה שגרה במבנה 25 שנה ולנוכח הכספים הרבים שהשקיעה בשיפוץ המבנה: "כל אלה הפכו את הרשות לבלתי הדירה, ורשות זו מחייבת אף את יורשי המנוח". אשר על כן, "גברה" הרשות שניתנה לבת על פני זכויות יתר יורשי האב (ראו ע"א 588/81 צידיק נ' הורוביץ פ"ד מ (1) 321, 325 (1986); ראו גם ע"א 515/76 לרי נ' ויימן פ"ד לא (2) 127, 134 (1977) (להלן: "הלכת לוי")) ; הלכת דיאמנשטיין בפסקה 13 שם נאמר ש"...יתכנו גם מקרים חריגים, בהם רישיון שלא ניתן בתמורה יוכר כרישיון אשר לא ניתן לביטול בכל עת".

52. במקרה חריג אחר, שבגדרו, בין היתר, שררה בין הצדדים מערכת חוזית ארוכת שנים שבמהלכה הסתמכה ברת הרשות הסתמכות ניכרת על החברה המשיבה, נפסק ש"ככלל, רישיון במקרקעין הוא הדיר וניתן

לביטול, אך ישנם מקרים שבהם הצדק דורש למנוע מנותן הרישיון לבטלו" (ראו ע"א 483/16 יהודאי נ' חלמיש, בפסקה 38 (נבו, 3.10.2017) (להלן: "הלכת יהודאי"), ראו גם הלכת חייטמן בפסקה כ"ד).

53. בהתאם להלכה הפסוקה, אפוא, הכלל הוא שרשות הניתנת בחינם, ועל אחת כמה וכמה, "רשות מכללא", ניתנת לביטול בכל עת, ואך במקרים בעלי מאפיינים חריגים ויוצאי דופן, ייקבע כי רשות כאמור היא בלתי הדירה.

54. לשם השוואה והשלמת התמונה, יוער כי ביחס ל"מקרקעי ציבור" נפסק כי אין לקבוע כלל לפיו זכותו של בר הרשות התגבשה לכדי זכות בלתי הדירה. כך, קבע בית המשפט הנכבד בהלכת נחום, ביחס לרשות מכללא, כי **"...יש לנהוג במשנה זהירות ביחס לקביעה כי רשות היא בלתי-הדירה, וזכות שכזו תוסק אך במקרים חריגים ויוצאי דופן. בצד זאת, כאשר עסקינן ברשות מכללא במקרקעי ציבור, שנוצרה עקב מחדלן של הרשויות מלפעול לסילוקו של מסיג גבול במקרקעין, אין מקום לקביעה כי זכותו של בר-הרשות התגבשה לכדי רשות בלתי הדירה"** (השוו גם לפסקי דינים של כב' השופטים רובינשטיין ומזוז בהלכת היפר-חלף).

פיצוי

55. ככלל, בעל מקרקעין אינו חייב לפצות את בר-הרשות בגין ביטול הרשות וסילוקו מן המקרקעין, אלא אם כן נובעת החבות בפיצוי מהסכם מפורש או מהסדר מכללא: **"בר-רשות שהורשה להתגורר בנכס ללא תמורה, והרשות בוטלה, אינו זכאי אפוא לפיצויים מכוח הדין עבור ביטול הרשות, אולם יכול שיהיה זכאי לפיצויים מכוח הסכם מפורש או משתמע בין בעל המקרקעין לבין בר-הרשות. עם זאת יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו תוך התחשבות בשיקולים של צדק"** (רע"א 1156/02 חיר נ' לידאי, נז(3) 949, 956 (2003) (להלן: "הלכת חיר"); הלכה זו ניתנה לאחר שניתן פסק הדין של בית המשפט השלום בהליך סילוק היד הראשון).

56. בר-הרשות יכול שיהיה זכאי לפיצוי במקרה בו הרשות שניתנה לו עודנה בתוקף, אולם בית המשפט מצא לנכון לבטלה בכפוף לתשלום פיצוי: **"לא בכל מקרה, בו ניתן רישיון ובעל הנכס מבקש לבטלו, דורש הצדק את המשך קיומו של הרישיון, ויש מקרים בהם ניתן, למשל, להסתפק בתשלום פיצויים, כפי שיש גם מקרים, בהם אין הצדק דורש אפילו את תשלומם של פיצויים כלשהם; אף היפוכו של הדבר הוא הנכון, היינו, יש נסיבות, בהן תשלום פיצויים בעקבות סילוק ידו של בעל הרישיון הוא דווקא שיכול לנגוד את תחושת הצדק"** (ע"א 496/82 רוזן נ' סלונים, פ"ד לט (2) 337, 342 (1985); הלכת דיאמנשטיין, בפסקה 12).

57. בר-הרשות יכול לזכות בפיצוי בגין ההשקעות שהשקיע במקרקעין במקרה בו נתנה לו על ידי הבעלים רשות **"...להקים מבנה על חלקתו של אחר"**. ביחס למקרה שכזה נפסק ש"לענין זה אין נפקא מינה אם מדובר על חלקה ריקה ממבנה או על הקמת חדר או דירה נוספים בבניין קיים – הרי רואים בכך לא רק רשות לבנות ולהשקיע אלא גם רשות לעשות את המקום שייבנה בית מגורים לפלוני ולבני ביתו, ללא הגבלת זמן והוא כל עוד אין ללמוד מנסיבות הענין כי הצדדים סיכמו ביניהם תנאים אחרים". שם נפסק בסופו של דבר כי יש להורות על סילוק ידו

של בר-הרשות, אולם זאת בכפוף לתשלום פיצויים בגין "ההשקעות" שהשקיע במקרקעין (הלכת ל"י בעמודים 133-134; ראו גם הלכת רכטר, בעמוד 709 והלכת טבוליצקי, 218 – 219; ראו גם הלכת ח"ד בעמוד 955-956).

58. מהלכת ל"י עולה אפוא שאף במקרים בהם ניתנה רשות בלתי הדירה, יכול בית המשפט לקבל את תביעתו של הבעלים ולהורות על ביטולה, בכפוף לפיצוי או ללא פיצוי, וזאת "משיקולי צדק" (ראו גם הלכת נחום, בפסקה 22). כך למשל, נפסק בהלכת ח"ד (עמוד 958), כי בר הרשות אינו זכאי לפיצוי:

"עד ביטול הרשות התגוררו המבקשים בנכס במשך 40 שנה בקירוב ומשהגיע המבקש לגיל פרישה, עליהם לפנות את הנכס שבו התגוררו ולמצוא לעצמם מקום מגורים אחר. כנגד קושי זה של המבקשים עומדת טובת ההנאה שהיתה להם - למבקש, לאשתו ולילדיהם - במשך תקופה כה ארוכה שבמהלכה התגוררו בנכס ללא תמורה; אין זאת הטבה של מה בכך. המבקשים היו יכולים, אפוא, לחסוך במשך התקופה סכום נכבד - כשיעור דמי השכירות שלא שילמו - ולהבטיח לעצמם מקום מגורים... לפיכך אין מקום לפסוק להם פיצויים משיקולים של צדק שאינם מן הדין".

59. מנגד, "ישנם מקרים שבהם הצדק דורש למנוע מנותן הרישיון לבטלו", וזאת אף שכלל יש לאפשר לבעלים לבטל את הרישיון (הלכת יהודה' בפסקה 38; שם נפסקה רשות בלתי הדירה שהוגבלה לאריכות ימיה של המערער). בית המשפט יכול אף להורות כי הצדק מחייב שלא לשלם פיצוי כלשהו לבר הרשות בגין ביטולה.

60. כללו של דבר, לצד הכללים הפסיקטיים שנזכרו לעיל, לבית המשפט מסור שיקול דעת רחב בקביעת הסעדים הנגזרים מכוחו של הרישיון, וזאת בהתאם לשיקולי צדק, שנבחנים לאורן של הנסיבות הספיציפיות של כל מקרה ומקרה, והמביאות בחשבון, בין היתר, את כוונת הצדדים; מידת הסתמכותו של בר-הרשות ומידת ציפיותו; משך שהייתו במקרקעין ועוד (שם).

"אפילו שוכנע בית המשפט בדבר התגבשות הזכות מכוח השתק, אין הוא מחויב לסעד מסוים... לבית המשפט מסור שיקול דעת בעניין זה, והוא רשאי לבחור ממגוון של סעדים את הסעד אשר ראוי, לדעתו, להעניק לפלוני בנסיבות המקרה... הרעיון המנחה במתן הסעד מבוסס אף הוא על שיקולים של צדק, לאמור, שעל הסעד להיות פרופורציונלי לסבל שנגרם לפלוני כתוצאה מהסתמכותו על ההבטחה או המצג של בעל המקרקעין וזאת באופן שיספק את המידה המינימלית הדרושה לשם עשיית צדק" (הלכת ח'טמן בפסקה כד).

צדדים שלישיים

61. מהו הדין במקרה בו מכר הבעלים שהעניק את הרשות לבר-רשות, את זכויותיו, לצד שלישי? האם הצד השלישי יהיה כפוף לרשות שהוענקה? בהתאם להלכה הפסוקה, ככלל, "באה הרשות לקיצה על ידי כל העברה של המקרקעין נשוא הרשות" (הלכת רכטר בעמוד 709; ראו גם הלכת הי"פ-חלף בפסקה יז שם נפסק: "מתן רישיון בלתי הדיר עשוי להשפיע גם על צד ג' (ראו ע"א 588/81 ציזיק נ' הורוביץ [פורסם בנבו] (1986)), אך ככלל רישיון מקנה זכות אישית כלפי הבעלים, ולא זכות קניינית כלפי כולי עלמא"; הלכת דיאמנשטיין בפסקה 11).

כך נפסק גם בהלכת נחום (בפסקה 20):

"אכן, מקובלת בפסיקה הגישה כי הזכות הנוצרת עקב רישיון מהווה זכות אישית (In personam) של בעל הרישיון כלפי נותן הרשות, וזאת להבדיל מזכות חפצית השרירה כלפי כולי עלמא (In rem). על כן, חליפו של הבעלים נותן הרשות, אשר רכש ממנו את הנכס מושא הרישיון, אינו כפוף לזכות שניתנה לבר-הרשות, והרשות תבוא לקיצה עם כל העברה של זכויות הבעלות במקרקעין נשוא הרשות".

62. חרף ההלכה לפיה באה הרשות לקיצה עם העברת הבעלות לידי צד שלישי, ישנם מקרים חריגים שבהם נפסק כי רשות בלתי הדירה שהוענקה לבר-הרשות, תמשיך לעמוד בתקפה אף נגד צדדים שלישיים. כך למשל נפסק בהלכת ציז'יק, שנסקרה לעיל, שם נדונה תביעה של יורשים למתן סעד הצהרתי, לפיו **"חלקות מסוימות (הרשומות על שם המנוח או המוחכרות לו) מהוות חלק מהעזבון"** (שם בעמוד 322). ספק האם ניתן להקיש מהמקרה שנדון בהלכת ציז'יק על מקרים אחרים שבגדרם רכש צד שלישי בתמורה את הבעלות במקרקעין, שכן הלכת ציז'יק עסקה בתביעת יורשי עזבון בדבר היקף זכויות המקרקעין של עזבון המנוח. כמו כן, לא ניתן להקיש מהלכת ציז'יק למקרים אחרים בהם ניתנה רשות מכללא, שכן הלכת ציז'יק עסקה במקרה בו נתנה התחייבות פוזיטיבית, מפורשת וברורה, לכך שהבת תגור במקרקעין לאחר נישואיה: **"אכן, בענין ציז'יק, זכות השימוש לא נבעה מהסכמה שבשתיקה להסגת גבול, אלא מרשות מפורשת של הבעלים (האב) לבעל הרישיון לחסות בתחומו, וממילא אפשר לומר כי זאת זכות שימוש חוזית"** (וינר 1987 בעמוד 67).

האם "רשות" עוברת בירושה ?

63. בהלכת חייקין נדונה השאלה, האם זכות רשות בתמורה, שנוצרה מכוח הסכם בכתב שנערך בין הצדדים, יכולה לעבור ליורשתו של בר הרשות לאחר פטירתו. נפסק כי **"רשות שימוש לעומת זה היא ביסודה זכות אישית שאינה ניתנת להעברה, אלא אם תנאי החוזה או מכלול הנסיבות של המקרה מראים על כוונה הפוכה להתיר את העברתה לאחר"** (שם בעמוד 190; ראו גם ע"א 103/89 אזולאי נ' אזולאי פ"ד מה (1) 477, 482-483 (1991) (להלן: "הלכת אזולאי"); ע"א 633/82 לוקוב נ' צפורה חגדל, מג(1) 397, פסקה 12 (1985)).

64. הלכה דומה נפסקה אף ביחס לזכויות בר-רשות שנוצרות מכוח הסכמי המשבצת בהתיישבות החקלאית, שבמסגרתם מוענקת לחבר האגודה החקלאית רשות שימוש בנחלה. ביחס לרשות זו נפסק כי היא **"זכות זו כזכות אישית שאינה קניינית, אשר אופייה וגדרה נקבעים בהתאם להסכמת הצדדים בהסכם הרישיון... על-פי הסכם זה, אף שרשות השימוש היא זכות אישית, היא עבירה בכפוף לתנאי ההסכמה בין מעניק הזכות למקבל זכות השימוש... אף שביסודה זכות השימוש היא זכות אישית, דבר עבירותה והתנאים לעבירותה ניתנים להסכמה בין מקבל השימוש ומעניק השימוש, ולכן יש לבדוק כל מקרה לגופו"** (ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, נו(6) 295 (2002); הלכת אזולאי, 482-483; בע"מ 8132/17 פרטוש נ' שפרטוש בפסקה 10 (נבו 11.12.2018) (להלן: "הלכת פרטוש")).

65. לאחרונה אף נפסק בבע"מ 7861/17 פלוני נ' פלוני, בפסקה 9 (נבו 18.11.2018) כי **"הזכות של בר רשות בקרקע, שהיא זכות אישית, אינה חלק מעזבון, ולפיכך הוראות חוק הירושה אינן חלות במישרין על העברתה... בית משפט זה כבר פסק כי בר רשות בקרקע רשאי להעביר את זכותו בה כפוף להסכם הרישיון, ואת תנאי ההעברה יש לבחון בכל מקרה לגופו"**. במסגרת פסק דין זה נפסק כי את זכות בר הרשות מכוח חוזה המשבצת אי אפשר להוריש במישרין בצוואה, אלא אך מכוח הוראות הסכם המשבצת, שמאפשר להעביר את הרשות לאחד מהיורשים הזכאים לרשת על פי דין או על פי צוואה (שם, בפסקה 15).

66. גם אם בעל הרישיון התגורר עם משפחתו בנכס במשך שנים, אין הרישיון יכול לעבור ליורשיו לאחר פטירתו, במידה שלא הייתה הסכמה לכך בתנאי הרישיון. כך למשל, בע"א 2639/16 עזבון המנוח אמאד נ' מלח הארץ עתלית בע"מ, פסקה 10 (נבו 21.2.2017) נפסק ביחס ליורשיו של אדם שהתגורר עם משפחתו עשרות שנים, ללא תשלום, במקום המיועד למגורי העובדים במקום עבודתו, כי אין הרשות ברת הורשה. בית המשפט הנכבד תמך בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה "זכויותיו של בר רשות אינן ניתנות להורשה...", ופסק כי "אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה המנוחים היו במעמד של בני רשות בנכס וכי רשות זו פקעה ב-2013 לאחר מות שני המנוחים והגשת התביעה לסילוק ידם של המערערים מהנכס".

הרשות שהענקה במקרה דנן

67. מאחר שעסקינן ב"רשות" שנקבעה בפסק דין חלוט של בית משפט השלום, שניתן בהליך סילוק היד הראשון, ממילא נסיבותיה ותנאיה של הרשות שהעניק מוסא למוחמד, ככל שהן יכולות להילמד, הן יכולות להילמד אך מפסק דין זה (מב/ו).

68. בפסק דין זה נקבע ש"לא נסתרו העדויות הברורות כי הנתבע התגורר מזה שנים רבות – עוד מימי חיי הדוד עם הדוד בבית הדוד ומאז מת הדוד הוא, הנתבע, שהחזיק בנכס שם המשיך לגור לאחר נישואיו ושם נולדו ילדיו". עוד נקבע כי "לטענת ב"כ המלומד של התובעת אין בכח חזקת רבת שנים להעניק זכות כלשהי ואף איננה מעידה על רישיון כזה או אחר אמת הדבר – אך יש בחזקת רבת השנים בהסכמת הבעלים ללא ספק משום ראייה ממנה ניתן להסיק מסקנות – לרבות מסקנת הענקת רישיון" (שם בעמוד 7).

69. "העובדה שיורשיו החוקיים של המנוח מוסא", חרף הימצאותם בירדן, "לא העלו כל אותן שנים כל טענה כנגד חזקת הנתבע בנכס ולא ניסו לסלקו או להסדיר זכויותיהם שלהם במקום או לפחות ליהנות מפירות הנכס, בגבית דמי שכירות, מעידה על ידיעתם כי כדין החזיק הנתבע בנכס – בין אם הכירו במכר עפ"י החוזה ובין אם הכירו ברשות אשר הענקה לנתבע להחזיק במקום" (שם בעמוד 8).

70. "לא נסתרה עדות הנתבע בדבר יחסי הקירבה ששררו בינו לבין המנוח מוסא והעובדה כי סעד אותו וסייע לו משזקן ובניו שלו לא היו עמו לסעדו. בשל כך לא רק התיר המנוח לנתבע לגור במקום אלא אף עמד על כך שזכות זו תישמר לו. עובדות אלו – כאשר הן מתווספות לעצם עובדת ההחזקה רבת השנים מלמדות לא רק על עצם הענקת רשות אלא אף על הכוונה להעניק זכות שתעמוד לנתבע למשך השנים" (שם עמוד 8).

71. ביחס לשאלות "מה דינה של רשות זו, האם וכיצד עומדת היא כנגד זכות הבעלות? האם ניתנת לביטול ובאילו תנאים?" ראה עצמו בית משפט השלום כ"פטור" "מהתעמקות יתר" בהן, "שכן לא ניטען כלל ע"י התובעת שרשות אשר ניתנה לנתבע בוטלה אי פעם. הזכרתי כי הבסיס לתביעה הוא בטענה כי הנתבע פלש לנכס בלא כל זכות. והרי הוכח כאמור כי הנתבע מחזיק במקום והקים את משפחתו שם מתוך הבנה כי יהא זה ביתו כל עוד יחפוץ בכך" (שם בעמוד 8).

72. כב' השופט שטראוס הוסיף כי "יש, איפוא, לקבוע שהתובעת רכשה את זכויותיה בנכס כאשר הוא מוחזק ע"י הנתבע בדין. מתוך שלא טרחה לברר – אז – מקור וטיב זכותו להחזיק במקום, הכירה בקיומו ובזכותו להחזיק בנכס. אינני בא לקבוע מסמרות בשאלה האם ובאלו תנאים ניתן לבטל את הרשות... די לצורך הכרעה בהליך שבפני בקביעה שמדובר ברשות שלא ניתן לבטלה בלא תנאי. גם אם ניתן לבטלה כי אז יהא הדבר כרוך בפיצוי לנתבע...באתי, איפוא, לכלל מסקנה כי לנתבע רשות להחזיק בנכס – אשר לא בוטלה" (שם בעמוד 8-9).
73. ביחס לרשות, קבע אפוא בית משפט השלום את הקביעות הבאות:
- 73.1 מוחמד, הנתבע בהליך שהתקיים בבית משפט השלום, קבל רישיון ממוסא להתגורר בנכס. זכות זו תעמוד לנתבע למשך השנים".
- 73.2 בהליך זה, לא הצהירה הימנותא על ביטול הרישיון, כך שבמועד פסק הדין נקבע שהרישיון שריר וקיים.
- 73.3 ככל שהרשות ניתנת לביטול, אזי "לא ניתן לבטלה בלא תנאי" אלא על הימנותא יהא לפצות את מוחמד.
74. מפסק דין זה עולה אפוא כי השאלה אותה הציב בית המשפט הנכבד בהחלטה מיום 5.4.2021, "בדבר המשכיותה של זכות (זכות בר הרשות להחזיק בנכס אשר לא ניתן לבטלה בלא תנאי, הח"מ)", לא הוכרעה בגדרו.
75. כך למשל, בית משפט השלום לא הכריע בשאלה האם יכולה הימנותא לבטל את הרשות שניתנה למוחמד, וזאת מאחר שהימנותא במסגרת ההליך הראשון לא הודיעה על ביטול הרשות, ולכן השאלה לא הייתה טעונה הכרעה. כל שנקבע הוא, שככל שיכולה הימנותא לבטל את הרישיון שניתן למוחמד, ביטול הרישיון יהיה כרוך בפיצוי.
76. כמו כן, בית משפט השלום התייחס בפסק דינו לרשות אישית שניתנה למוחמד, ה"נתבע" שהיה בעל הדין לפניו, והוא כלל לא דן בשאלת המשכיותה של הרשות שניתנה למוחמד לאחר פטירתו.
77. לכלל האמור יש להוסיף שהמבקשים בבקשה כלל אינם מעלים טיעון משפטי או עובדתי כלשהו ביחס לסוגיית "הרשות". המבקשים אמנם ציינו כי בדיון בבית המשפט המחוזי העלו טענות שונות ביחס לסוגיות הרשות והדיירות המוגנת, אך יחד עם זאת הדגישו כי "טיעונים אלה נדחו בפסק הדין בערעור במחוזי, והמעוררים אינם כוללים טיעונים אלה במסגרת הרע"א, כאשר הרע"א מתמקדת בסוגיית מעשה בי דין החוסם את תביעת המשיבה וכן לאופציה של פתיחת הליך לביטול ההקניה לחלופין" (סעיף 25 לבקשה).
78. בהתאם להלכה הפסוקה, שאלת קיומו או המשכיותו של רישיון, וכן שאלת הזכאות לבטלו, הן שאלות המוכרעות בראש ובראשונה על סמך ממצאים שבעובדה, וזאת לאחר "בדיקה פרטנית של כל מקרה לגופו ולנסיבותיו" (ראו למשל הלכת פד"ט 101 בפסקה 10). טיעון עובדתי התומך בהמשכיותה של הרשות במקרה דנן – חסר.
79. ניתן לציין באופן כללי, שבהיעדר תשתית עובדתית המורה אחרת, ההלכות העקרוניות שנקבעו בפסיקת בית המשפט הנכבד מצדדות באופן עקרוני בכך שאין "המשכיות" לרשות שהוענקה לבר-רשות שנפטר.
80. באופן כללי יוער עוד, שעמדת היועץ המשפטי לממשלה תומכת בפסיקת בית המשפט הנכבד הכללית, הנזהרת מלהרחיב יתר על המידה את "מוסד" הרישיון, ובפרט את "מוסד" הרישיון מכללא, שכן "רשות" אינה

זכות בעלת מאפיינים קנייניים, והתכלית העומדת ביסודה נובעת, בין היתר, מ"תורת ההשתק". כמו כן, יש להימנע מלהשוות את תנאי הרישיון, שאינה זכות במקרקעין לפי חוק המקרקעין, לזכויות אחרות שאכן נמנו בחוק המקרקעין.

81. בהתאם להלכה הפסוקה, רשות היא זכות "אישית", שכלל, וכל עוד לא סוכם אחרת, אינה ניתנת להעברה. הרשות אף אינה נכללת בעזבונו של בר-הרשות (ראו הלכת פל"ו, בפסקה 9), וכל עוד לא סכמו הצדדים אחרת, היא פוקעת לאחר פטירת בר-הרשות. במקרה דנן ניתנו הכרעות מן העת האחרונה בהן נבחנה השאלה האם הזכות ניתנת להעברה, אם לאו, ונמצא שהזכות אינה ניתנת להעברה. כך פסק בית משפט השלום: "...**אין פירושו של דבר שהרשות עברה לנתבעים בירושה, באשר מדובר בזכות אישית ולא חפצית, זכות זו מומשה על ידי מוחמד המנוח ובני משפחתו עד תום, במשך 16 שנים, אולם עם פטירתו ב-29.12.15 פקעה הרשות, ולכן גם מתייטר הצורך ביחס לנתבע 2 לדון בשאלה האם הבעלים שנכנס בנעליו של מוסא יכול לבטל הרשות ובאלו תנאים**" (פסקה 46 לפסק דינו של בית משפט שלום בהליך סילוק היד (מש/1)). משכך, נדמה כי המחלוקת שבין הצדדים נבחנה והוכרעה על ידי בית המשפט, הן מנקודת מבט ראייתית והן תוך ניתוח בהקשריה המשפטיים. יוער בשולי הדברים כי כאמור בפסקה 26 לעיל, בהכרעת כבוד השופטת קסלסי, נדונה גם הטענה לפיה רעייתו של מוחמד הייתה בעלת רישיון עצמאי שניתן לה מידי מוסא אך טענה זו נדחתה על הסף.

סיכום

82. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, התשובות לשאלה בדבר המשכיותה של הרשות במקרה דנן, ובכלל זה, פקיעתה או זכאות הבעלים לבטלה (בין בפיצוי ובין בלא פיצוי), נגזרות מנסיבותיו של מקרה עובדתי קונקרטי. במקרה דנן, נדמה כי בין הצדדים נתגלעה מחלוקת בשאלה האם הועבר הרישיון **שניתן ממוסא למוחמד לטובת בני משפחה אחרים, וככל שאכן הועבר הרישיון מבחינה עובדתית, קיימת מחלוקת אף בשאלה האם ניתן היה להעבירו מבחינה נורמטיבית.**

משעה שמחלוקת אלה, על היבטיהן הראייתיים, בוררו על ידי בית משפט קמא בהליכים דלמטה, ומשעה שנקבע כי לא הוצגו ראיות התומכות באפשרות לפיה אכן ניתן היה להעביר את הרישיון במקרה דנן, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי מדובר בסוגיה אשר לא הוצגה בעניינה הצדקה לסטיה מהכרעות בתי המשפט דלמטה.

(חתימה אלקטרונית)

אפי יגל, עו"ד
ממונה במחלקה האזרחית
בפרקליטות המדינה