

1870/96 (ירושלים) א"ת

יורשי המנוחה ברנבלה נוניז פתיחה

נגד

- 1. הימנותא בע"מ**
- 2. האפוטרופוס לנכסי נפקדים**
- 3. רשות הפיתוח**

בבית המשפט המחוזי בירושלים

[21.7.99]

לפני השופט דוד חשין

עו"ד ד' זיידמן - בשם התובעים
עו"ד א' גבע - בשם הנתבעת 1
עו"ד א' רוזנטל - בשם הנתבעים 2,3

פ ס ק - ד י ן

השופט דוד חשין

ההליך

1. בתביעה זו נתבקש בית המשפט להצהיר על בטלות הכרזתו של הנתבע מס' 2 (הפוטרופוס לנכסי נפקדים), לפיה הוכרזה החלקה 40 בגוש 30215 בכפר סילואן שבמזרח ירושלים (להלן - החלקה) כ"נכס נפקד"; על בטלות העברת הזכויות בחלקה מהנתבע מס' 2 לנתבעת מס' 3 (רשות הפיתוח); על בטלות העברת הזכויות בחלקה מהנתבעת מס' 3 לנתבעת מס' 1 (הימנותא בע"מ); ועל בעלותה בחלקה של הנתבעת המקורית בתיק זה, ברנבלה נוניז פתיחה, שהלכה לעולמה לאחר הגשת התביעה. החלקה אינה רשומה במרשם המקרקעין אלא ברישומי מס רכוש. שטח החלקה הינו כ- 1314 מ"ר.

רקע עובדתי ודיוני

2. המנוחה, ברנבלה נוניז פתיחה (להלן - ברנבלה), נוצריה ילידת שנת 1905, אזרחית ארה"ב ותושבת הפיליפינים, נישאה בשנת 1930 בפיליפינים לערבי מוסלמי מסילואן בשם אחמד מוחמד מוסא אפתיחה סומרין (להלן - אחמד או פתיחה).

חמש-עשרה שנים לאחר מכן, בשנת 1945, הגיעו בני הזוג וילדיהם לכפר סילואן, שם התגוררה אמו של אחמד (להלן - סבתא סבחה) בבית קטן על החלקה, שהיתה בבעלותו של אחמד לאחר שירש אותה מאביו. בסמוך לאחר מכן, החל אחמד, בסיוע אחרים, לבנות על החלקה בית גדול יותר לו ולמשפחתו

ברוכת הילדים (להלן - הבית), לצד הבית הקטן ששימש למגורי אמו. עד כאן אין למעשה מחלוקת של ממש בין הצדדים; ובכל מקרה, כל העובדות שהובאו עד כה - לרבות בעלותו של אחמד בחלקה ובניית הבית עליה כאמור - הוכחו מעל לכל ספק המתקבל על הדעת בעדויות שבאו בפני, ביניהן הראיות בכתב פתיחה/14 (שתרגומו לעברית הינו הימנותא 1) והימנותא/7.

3. לגבי השתלשלות האירועים מכאן ואילך נטושה מחלוקת עובדתית בין הצדדים, המתמקדת בעיקרה בשאלה האם פקעה בעלותו של אחמד בחלקה בשנת 1947? ואולם, האמור להלן מוסכם עליהם: בשנת 1951 נטש אחמד את ברנבלה ותשעת ילדיהם והיגר לאיים הקנריים שבשליטת ספרד. שנתיים מאוחר יותר, בשנת 1953, עזבה ברנבלה עם ילדיה את הבית בסילוואן (שהינו כפר מוסלמי) ועברה להתגורר ברובע הנוצרי בעיר העתיקה שבירושלים. שלוש שנים לאחר מכן, בשנת 1956, עזבה ברנבלה את ירושלים ושבה לפיליפינים (לאחר שהייה בירדן ובארה"ב).

בתחילת שנות הששים, כעשר שנים לאחר שנסע לאיים הקנריים, שב והופיע אחמד בסילוואן ועמו אשה ספרדית שכונתה סניורה. אחמד וסניורה עברו להתגורר בבית, בעוד ברנבלה מוסיפה להתגורר בפיליפינים. בשנת 1965 נפטר אחמד בסילוואן (פתיחה/15). סניורה המשיכה להתגורר בבית עד שעברה גם היא מן העולם, כנראה לקראת סוף שנות השמונים, ולאחר מכן הושכר הבית לדויר בשם מסוואדי, כאשר דמי השכירות זורמים לידיה של סבחה אחמד פתיחה סמרין (להלן - סבחה), בתו של אחמד מנישואיו הראשונים לאשה בשם חסנה. כזכור, גם לאמו של אחמד קראו סבחה (הלא היא סבתא סבחה). כפי שנראה בהמשך, לכל סבחה נועד תפקיד משלה בסאגה המשפחתית הסבוכה.

4. בתאריך 2.2.88 הוציא האפוטרופוס לנכסי נפקדים (להלן - האפוטרופוס) תעודה לפי סעיף 30(ב) לחוק נכסי נפקדים, התשי" - 1950 (להלן - החוק או חוק נכסי נפקדים), לפיה החלקה הינה "נכס נפקד". האפוטרופוס (הנתבע 2) העביר את החלקה לרשות הפיתוח (הנתבעת 3), אשר מצדה מכרה אותה בעסקת חליפין ביום 28.5.91 לנתבעת 1, חברת הימנותא בע"מ (להלן - הימנותא). זמן קצר לאחר מכן, קיבל השוכר מסוואדי תביעת פינוי מטעם הימנותא.

תביעתה של סבחה בתו של אחמד

5. ביום 31.10.93 הגישה סבחה לבית משפט זה כתב תביעה כנגד הימנותא והאפוטרופוס (ת.א 746/93), בו ביקשה כי בית המשפט יצהיר על בעלותה בחלקה מכח ירושתה את אביה - אחמד. יודגש, כי קיומם של ברנבלה וילדיה - כולם תושבי חוץ - הועלם ולא הוזכר כלל בכתב התביעה. כן יצוין, במאמר מוסגר, כי רק בשנת 1996 נודע לראשונה לברנבלה וילדיה - באופן מקרי - על התביעה שהגישה סבחה.

הימנותא התגוננה כנגד תביעת סבחה, בטענה שאחמד לא היה בעליה של החלקה (ראו סעיף 4 לכתב הגנתה), ואילו האפוטרופוס טען בכתב הגנתו כי אחמד אמנם היה בעליה של החלקה אך בעלותו פקעה מחמת היותו "נפקד" כמשמעותו בחוק נכסי נפקדים (סעיפים 3-2 לכתב הגנתו של האפוטרופוס). לאחר שהעידו שני עדים מטעמה של סבחה, עטא עבאסי ו - לוטפי סיאם (בנו של המוכתר ובעצמו אחד המוכתרים של סילוואן מאז 1982), הגיש האפוטרופוס בקשה לתקן את כתב הגנתו (המ' 23298/95), וביום 31.1.96 ניתן לו מבוקשו. בכתב הגנתו המתוקן טען האפוטרופוס כי עפ"י המידע המצוי בידו, הבעלות בחלקה לא היתה של אחמד, אלא של אדם אחר, שהינו נפקד, בשם מחמד אחמד בטיחה סומרין (סעיף 2 א) לכתב ההגנה המתוקן; להלן - מחמד). מר אהרון שקרגי, מי ששימש בתפקיד האפוטרופוס לנכסי נפקדים בתקופה הרלוונטית, העיד בתצהירו כי הכריז על החלקה כנכס נפקד על יסוד מידע שקיבל, לפיו היתה החלקה בבעלות של מחמד (ולא של אחמד), אשר שהה בירדן עוד לפני שנת 1967 (סעיף 5 לתצהירו).

תביעתה של ברנבלה (אלמנתו של אחמד) ודחיית תביעתה של סבחה (בתו של אחמד)

6. ביום 31.12.96 הגישה ברנבלה את תביעתה לבעלות על החלקה (ת.א 1870/96) כנגד הימנותא, האפוטרופוס, רשות הפיתוח וירשיה של סבחה, אשר הלכה בינתיים לעולמה (ביום 18.6.96). לאור השאלות המשותפות לשתי התביעות הוחלט לאחדן (החלטה מיום 18.2.97 בהמ' 8655/97). כשנה וחצי לאחר מכן, ביום 8.7.98, הגיע בא כוחם של יורשי סבחה (עו"ד עוויסאת) עם בא כוחה של ברנבלה (עו"ד

זיידמן) להסדר מוסכם שקיבל תוקף של פסק דין, לפיו תביעתם של הראשונים לבעלות על החלקה (ת.א 746/93) תידחה, ומנגד תימחק תביעתה של ברנבלה כנגדם.

ביום 21.10.98 הודיע עו"ד זיידמן לבית המשפט כי ברנבלה הישישה נפטרה, וכי יורשיה מעוניינים להמשיך את התביעה בנעליה; וביום 25.10.98 הסכימו הצדדים לראות בכך הודעה לצורך החלת תקנה 39 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (עמ' 57), התוצאה היא אפוא, שבעלי הדין בתובענה זו נותרו יורשיה של ברנבלה מחד גיסא, ו - הימנותא, האפוטרופוס ורשות הפיתוח מאידך גיסא.

7. מטעם התובעים העידו בבית המשפט שניים מצאצאיה של ברנבלה, ג'וזף ואדוארדה, וכן עו"ד אברהם היללי, מנהל אגף המקרקעין בקרן קיימת לישראל, שמשמש גם כ"מנהל קרקעות הימנותא" (עמ' 46), ועו"ד איתן גבע, ב"כ הימנותא. מטעם הימנותא הוגש תצהירו של מר יוסף חזן, עובד בחברה. מטעם האפוטרופוס הוגש כאמור תצהירו של אהרון שקרג'י, ששימש בתפקיד האפוטרופוס בתקופה הרלוונטית. מר שקרג'י נחקר על תצהירו בבית המשפט. כן יצויין, כי ביום 8.7.98 הסכימו הצדדים כי העדויות והראיות שהובאו במסגרת ת"א 746/93 (תביעתה של סבחה שנדחתה) יהיו קבילים גם בתק הנוכחי (עמ' 56).

חזית הפלוגתא העובדתית ותמצית טענות הצדדים

8. השאלה המרכזית הטעונה הכרעה בהליך זה הינה מי היה הבעלים של החלקה בשנת 1951: התובעים טוענים כי בשנת 1951, בטרם שם פעמיו לאיים הקנריים, מכר אחמד את החלקה לברנבלה, אשתו, אשר מצדה לא העבירה מעולם את הבעלות בחלקה לאחר, וגם לא היתה מעולם בגדר "נפקדת" לעניין חוק נכסי נפקדים. התובעים הגישו לבית המשפט את חוזה מכר החלקה הנטען, משנת 1951, הכתוב בשפה הערבית והנושא את הכותרת "כתב שטר הסכם ביע ופא" (סומן פתיחה/ 14; תרגומו לעברית ע"י עו"ד גבע סומן הימנותא/ 1).

עוד טוענים ב"כ התובעים, כי אחמד עצמו לא היה מעולם בגדר נפקד, שהרי הוא נפטר בסילוואן בשנת 1965 - לפני שהכפר סילוואן צורף לשטח ישראל בעקבות מלחמת ששת הימים. מכאן - ממשיך ב"כ התובעים - שהליכי הכרזת החלקה כנכס נפקד נעשו בכל מקרה שלא כדין, ויש על כן לקבל את תביעת התובעים ביחס לחלקה.

9. טענת הימנותא היא, שבעלותו של אחמד בחלקה פקעה בשנת 1947, לאחר שאמו עשתה שימוש בפיזי כוח שהעניק לה 14 שנה קודם לכן והסמיכה אדם שלישי למכור את החלקה למחמד.

ב"כ הימנותא הגיש לבית המשפט את פיזי הכוח שהעניק אחמד לאמו בשנת 1933 (סומן הימנותא/ 7), וכן את פיזי הכוח שבאמצעותו הוקנתה לכאורה הבעלות בחלקה למחמד בשנת 1947 ע"י אמו של אחמד (הימנותא/ 6). ב"כ הימנותא מוסיף וטוען, כי אותו מחמד היה נפקד במועד הרלוונטי בשנת 1967, ולכן בדין הוכרזה החלקה כנכס נפקד וההליכים שבסופם הפכה הימנותא לבעלת החלקה - כשרים המה.

10. עמדת האפוטרופוס לנכסי נפקדים ורשות הפיתוח, כפי שבאה לידי ביטוי בכתב ההגנה ובסיכומים שהוגשו מטעמם ע"י עו"ד אסתר רוזנטל מפרקליטות מחוז ירושלים, טעונה הדגשה מיוחדת.

בסעיף 9 לסיכומיה הודתה עו"ד רוזנטל, ברוב הגינותה, כי:

"אין בידי הנתבעים לנקוט עמדה בשאלה מיהו (או מי היה) הבעלים האמיתי של הנכס. אין באפשרות האפוטרופוס לעשות כן בשים לב לנסיבות שפורטו לעיל ...".

עמדתם זו של הנתבעים 2-3 אינה אלא המשך טבעי של האמור בכתב הגנתם, שם נאמר בסעיף 2.ג.4.:

"לא ידוע לאפוטרופוס, אם מחמד אחמד פתיחה סומרין ואחמד מחמד פתיחה סומרין הינם שני אנשים שונים מאותה משפחה, או שמא מדובר באותו אדם, אשר שמו נירשם בצורה שונה במקומות שונים" (ההדגשות במקור - ד' ח').

כן נאמר בסיכומי האפוטרופוס ורשות הפיתוח, כי ברור כיום שאחמד עצמו לא היה מעולם בגדר "נפקד" (סעיף 3), כי יש ללמוד גזירה שווה גם לגבי ברנבלה וילדיה (סעיף 4), וכי יש לקבל את תביעת התובעים אם ייקבע שאחמד היה בעליה של החלקה (סעיף 4).

בהקשר דברים זה יש להוסיף, כי ב"כ האפוטרופוס ורשות הפיתוח הצהירה לפרוטוקול כי הם לא יטענו "שיש לפסוק שהנכס הוא נפקד רק בשל העובדה שהוצא לגביו תעודה לפי סעיף 30 לחוק נכסי נפקדים"; כאשר ב"כ הימנותא החרה החזיק אחריה בהצהרה כנ"ל, ולא עוד אלא הוסיף והצהיר לפרוטוקול "כדי למנוע ספק, לא תעלה כאן טענה של רכישה בתום לב מצידנו" (עמ' 59).

הכרעת בית המשפט

11. אבהיר כבר עתה, כי לאור עמדת ב"כ האפוטרופוס, קרי: שהאפוטרופוס אינו יודע לאשורו מי היו הבעלים של החלקה בעת הקנייתה לו, ולאור הצהרותיהם לפרוטוקול של ב"כ הנתבעים כולם, כפי שצוטטו זה עתה, לא הייתי מהסס להכריז כבר כאן על ביטולם של כל ההליכים שנקטו לשם הקניית החלקה לאפוטרופוס והעברתה להימנותא דרך רשות הפיתוח.

ואולם, למען הסר כל ספק אוסיף, כי גם בהתעלם מעמדת האפוטרופוס באתי למסקנה כי דין התביעה להתקבל לאור התשתית הראייתית שנפרשה בפני.

בטרם אפרט את הנימוקים שביסוד קביעתי זו, אדון תחילה בטענת ב"כ הימנותא, כי בענייננו רובץ נטל הוכחת הבעלות על שכם התובעים מכוח הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", כמו גם מכוח הסעיפים 22(ה) - 30(ב) לחוק נכסי נפקדים.

נטל השכנוע

12. לטעמי, על רקע עמדת האפוטרופוס לנכסי נפקדים בהליך זה, ובמיוחד לאור התשתית הראייתית הרעועה שעל יסודה הוכרזה החלקה כנכס נפקד, אין מקום לקבוע בענייננו כי על התובעים מוטל הנטל לסתור את הכרזת האפוטרופוס כי החלקה הינה נכס נפקד. במה דברים אמורים?

סעיף 30(ב) לחוק נכסי נפקדים מורה:

"אשר האפוטרופוס בכתב שנכס מסויים הוא נכס נפקד, ייחשב הנכס לנכס נפקד כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר"

לאור לשון הסעיף, צודק לכאורה ב"כ הימנותא בטענתו כי נטל ההוכחה לסתור את קביעת האפוטרופוס בדבר נפקדות הנכס מוטל על שכם התובעים. ואולם, ב"כ הימנותא מתעלם מעמדתו המעודכנת של האפוטרופוס לנכסי נפקדים במקרה דידן, והשלכתה על הוראת סעיף 30(ב) לחוק: האפוטרופוס הגוף שהכריז על החלקה כנכס נפקד מכוח נפקדותו הלכאורית של בעל החלקה - הודה כאמור שברור כיום כי אחמד לא היה נפקד מעולם ושהוא אינו יודע מי היה בעלי החלקה: אחמד או מחמד, ואף עורר ספק שמא לא מדובר באותו אדם ממש; הודאה זו מקפלת בתוכה את העובדה שביסוד ההכרזה על חלקה 40 כנכס נפקד לא עמד מידע מבוסס ואמין בדבר זהות בעל החלקה ודבר היותו נפקד, ומשמעותה המעשית היא, שהאפוטרופוס אינו עומד עוד על חזקת הכשרות של ההליך שבסופו הקנה לעצמו את הבעלות בחלקה.

ואכן, הרושם המצטייר הוא שעמדתו העדכנית של האפוטרופוס הינה מחוייבת המציאות: מר שקרגי - מי ששימש בתפקיד האפוטרופוס בתקופה הרלוונטית - הודה בבית המשפט (עמ' 60 - 62 לפרוטוקול) כי הראיה היחידה שעמדה ביסוד ההכרזה על החלקה כנכס נפקד הייתה תצהיר של ערבי פלוני מיום 15.12.87 (המוצג פתיחה/19); שקרגי הוסיף, כי לא נעשה כל ניסיון לאמת את האמור בתצהיר ("מה יש לי לבדוק?"), וזאת חרף העובדה שבמסמך פנימי של מינהל מקרקעי ישראל משנת 1968 (נספח ב' לתצהירו של שקרגי) רשום היה אחמד (ולא מחמד) כבעליה של החלקה (ולמסמך זה עוד אחזור בהמשך).

לא זו אף זו: מדברים שאמר שקרגי בדיון שערכה הוועדה לביקורת המדינה של הכנסת ביום 7.1.92 עולה, כי אותו מצהיר היה למעשה "מצהיר סדרתי" (כביטוי של עו"ד זיידמן), שסיפק בין 10 ל- 15 תצהירים דומים (פתיחה/ 20, עמ' 15), כאשר מעדותו בבית המשפט של עו"ד היללי (מנהל אגף המקרקעין בקק"ל ובהימנותא) התברר, כי אותו מצהיר היה מקבל תמורה עבור תצהירים אלו (עמ' 52 לפרוטוקול).

על רקע האמור לעיל, אין מנוס מלקבוע כי בענייננו אין תחולה לסעיף 30(ב) לחוק, כמו גם לסעיף 22(ד) לחוק, ונטל הראיה אינו מונח על שכם התובעים.

נהפוך הוא. ממילא גם לא חלה על התביעה דידן מידת ההוכחה הגבוהה - "מעל לכל ספק המתקבל על הדעת" - שנקבעה בסעיף 20(ב) לחוק, לעניין "חובות מנפקדים ומשפטים בקשר אליהם". משמעות הדבר היא, כי בנסיבות מקרה זה, ובמיוחד על רקע עמדת האפוטרופוס בסיכומיו, הייתי פוסק לטובת התובעים גם לו סברתי שכפות המאזניים מעוינות מן ההיבט הראייתי. ברם, כאמור לעיל וכפי שיפורט להלן, כפות המאזניים הראייתיות אינן מעוינות במקרה דנן, אלא נוטות בבירור לצד התובעים.

ומכאן - להנמקת המסקנות אליהן הגעתי.

האם פקעה בעלותו של אחמד בחלקה בשנת 1947?

13. כזכור, לטענת הימנותא מכרה אמו של אחמד (סבתא סבחה) את החלקה למחמד בשנת 1947 (יפוי הכוח הימנותא/6) מכח יפוי הכח שניתן לה ע"י אחמד בשנת 1933 (הימנותא/7), ומכאן נובע שאחמד לא יכל להעביר את הבעלות בחלקה לברנבלה בשנת 1951. הימנותא מוסיפה כי מחמד הנ"ל הינו נפקד, ועל כן הנכס הוקנה כדין לאפוטרופוס.

מנגד טוענים התובעים, כי יפוי הכוח הימנותא/6 הינו כה חשוד עד שאין לייחס לו כל משקל, ואילו שאר הראיות בתיק תומכות כולן בגירסתם.

במחלוקת זו, שהיא הפלוגתא המרכזית בתיק זה, מצאתי להעדיף את גירסת התובעים על יסוד חמישה נימוקים עיקריים, המשתלבים זה בזה:

א. קיומו של מסמך רשמי של מינהל מקרקעי ישראל משנת 1968, שבו רשום אחמד כבעליה של החלקה;

ב. התכנית לצרכי רישום של חלקה 41 שהוכנה בשנת 1957 - הימנותא/9.

ג. חוזה המכר (או חוזה השעבוד על דרך "מכר חוזר") משנת 1951, שבו הקנה אחמד את הזכויות בחלקה לברנבלה אשתו (פתיחה/14, שתרגומו לעברית סומן הימנותא/1);

ד. עדויותיהם של ג'וזף ואדוארדה, בנם ובתם של ברנבלה ואחמד, אשר הותירו עלי רושם מהימן ביותר;

ה. הערפל האופף את שאלת עצם קיומו ופועלו של הרוכש הנטען - מחמד, והתהיות הרבות שמעורר יפוי הכוח הימנותא/6 - שעל פיו נמכרה לו לכאורה החלקה.

והכל כפי שיפורט להלן.

א. מסמך מינהל מקרקעי ישראל משנת 1968

14. כאמור, הנימוק הראשון - לאו דווקא בחשיבותו - להעדפת גירסת התובעים הינו תוכנו של מסמך של מינהל מקרקעי ישראל מיום 27.10.68 (נספח ב' לתצהירו של שקרגי; להלן - מסמך המינהל): כותרתו של המסמך, אשר על פי האמור בו הוצא ע"י סניף מזרח ירושלים של מינהל מקרקעי ישראל, הינה:

"רשימת מבנים בבעלות נפקדת שהועברו לטפול 'עמידר'"

מסמך המינהל הינו למעשה טבלת נתונים המתארת את החלקות בבעלות נפקדת שהועברו לטיפול עמידר לפי פרמטרים של גוש, חלקה, שכונה, שם הבעלים וכתובת (כן כוללת הטבלה עמודה בשם "הערות"). בעמוד 3 למסמך מופיע שמו של אחמד מוחמד פתיחה - הלא הוא אחמד - כבעליה של חלקה 40 בגוש 30125, היא החלקה נשוא הליך זה.

כן רשום בטבלה כי כתובתו של אחמד מצויה בכווית, אם כי אין מחלוקת כי נתון זה אינו מדויק, שהרי אחמד נפטר בסילוואן כשלוש שנים קודם לכן, בדצמבר 1965 (וראו תעודת הפטירה שסומנה פתיחה/15).

משמעותו הראייתית של מסמך המינהל

15. אף כי מסמך המינהל אינו בגדר "תעודה ציבורית" כמשמעותה בפקודת הראיות, ואף אם תוכנו אינו מדויק לחלוטין, במובן זה שאחמד לא היה בכווית בעת שהופק המסמך בשנת 1968, שהרי אחמד הלך לעולמו שלוש שנים קודם לכן, למסמך המינהל יש בכ"ז משקל ראייתי ניכר לעניין המחלוקת בדבר זהות בעל החלקה - אחמד או מחמד: הטבלה, שהודפסה באוקטובר 1968, מכילה ריכוז נתונים שנאספו לגבי חלקות קרקע בשכונות שונות במזרח ירושלים, כאשר חשוב לציין, כי לא לגבי כל החלקות נרשמה זהות הבעלים, שכן לצידין של מספר חלקות נרשם כי שם הבעל "לא ידוע". עובדה זו מלמדת כי המינהל לא מילא את הטבלה בפרטים כאלה ואחרים כלאחר יד, וכי במקרים בהם לא עלה בידו לברר את זהות בעל הקרקע - נרשם הדבר במסמך. עובדה זו מוסיפה לאמינותו הכללית של מסמך המינהל ומחזקת את משקלו.

הפועל הראייתי היוצא מכך הוא, כי מסמך המינהל מחליש באופן ניכר את טענת הימנותא שהבעלות בחלקה הוקנתה למחמד בשנת 1947: ראשית, הרישום בטבלה מגלם את המידע שנאסף ע"י אנשי המינהל זמן קצר לאחר מלחמת ששת הימים, ב"זמן אמת", ולכאורה ללא זיקה לעסקה כלשהיא בקרקע או לטענת זכות בה (הנכסים בטבלה, כאמור בה, הועברו לטיפול עמידר כנכסים "בבעלות נפקדת").

בשל שני אלמנטים אלה עדיף מסמך המינהל מן ההיבט הראייתי על תצהירו של אותו מצהיר פלוני (על פיו שייך הנכס למחמד), אשר נערך בשנת 1987 - עשרים שנה לאחר המלחמה - ותמורתו ניתן שכר. שנית, אין זה בלתי סביר להניח כי איסוף נתוני הטבלה כרוך היה בשיחות עם תושבי המקום שנותרו במקומם בזמן המלחמה או ששבו לביתם סמוך לאחריה, והעובדה שבטבלה רשום אחמד כבעליו של החלקה מעלה השערה סבירה כי זה היה תוכן המידע שנמסר לאנשי המינהל לאחר המלחמה. השערה זו עולה בקנה אחד עם ההנחה שהיתה זו אשתו השלישית של אחמד, סניורה, שהחזיקה בנכס בשנת 1967 - 1968 (והרי אין מחלוקת כי לאחר מותו של אחמד בשנת 1965 המשיכה סניורה להתגורר בבית - ראו לעניין זה את עדותו של ג'וזף בעמ' 35, 40 וכן את עדותו של המוכתר דהיום לוטפי סיאם בעמ' 14). בנוסף, כפי שיבואר להלן, תוכנו של מסמך המינהל עולה בקנה אחד עם ראייה חיצונית אחרת - המסמך הימנותא/9, וכן עם עדותם של ג'וזף ואדוארדה. מכל מקום, עובדה היא שחקירת המינהל אודות הבעלים לא העלתה דבר ביחס למחמד (להבדיל מאחמד).

השגות ב"כ הימנותא לגבי מסמך המינהל

16. ב"כ הימנותא טען כי משקלו הראייתי של מסמך המינהל הינו "קטן ביותר", משום שהוא אינו חתום ואין לדעת מי ערך אותו או על סמך מה הוא נערך. ב"כ הימנותא הוסיף כי "התובעים אינם יכולים להחזיק את החבל בשני קצותיו":

מצד אחד לכפור ברישום כאילו אחמד נמצא בכווית, ומצד שני לסמוך ידיהם על נכונות הרישום בדבר בעלותו של אחמד.

17. בטענות אלה אין לטעמי ממש: ראשית, הגם שמסמך המינהל אינו חתום ואין לדעת מי ערך אותו, אין חולק שמדובר במסמך פנימי של מינהל מקרקעי ישראל משנת 1968 (ולכך מסכים גם ב"כ הימנותא - סעיף 44 לסיכומיו). שנית, לגבי טענת ב"כ הימנותא כי אין לדעת מהו מקור המידע שעמד ביסוד מסמך המינהל, הרי שסוגיה זו כבר נדונה לעיל, ומכל מקום, בעניין זה עומדת לזכות פעולת המינהל חזקת הכשרות המינהלית. אמנם, מסמך המינהל אינו אלא ראייה לכאורה לנכונות האמור בו, וכבר עמדתי על כך שנתון אחד בו (הימצאותו של אחמד בכווית) אכן נסתר ע"י תעודת הפטירה של אחמד בסילוואן;

ואולם, מכאן ועד למסקנה שהתובעים אינם יכולים להסתמך על רישומו של אחמד במסמך כבעלי החלקה - עדיין רב המרחק: בכך שפרט אחד במסמך נסתר ע"י ראיה חיצונית-פוזיטיבית, אין כדי לאיין את ערכו הראייתי של המסמך כולו, על אף שיש בכך כדי להפחית מעט ממשקלו. מסקנה זו מתחזקת לאור העובדה שהרישום במסמך המינהל זוכה לתמיכה ראייתית ממקורות חיצוניים: עדויותיהם המהימנות של ג'וזף ואדוארדה והמסמך הימנותא/9.

התוצאה היא אפוא, שעל אף שערכו הראייתי של מסמך המינהל אינו מלא, עדיין יש בו משום סיוע משמעותי לגירסת התובעים מחד גיסא, ופירכה בגרסת הימנותא מאידך גיסא, כדבריה של ב"כ האפוטרופוס: "בנספח 'ב' [מסמך המינהל - ד' ח' י'] יש משום חיזוק רב לטענת התובעים בדבר בעלותו (בעבר) של אחמד..." (סעיף 7 לסיכומיה של עו"ד רוזנטל).

ב. התכנית (התשריט) לצרכי רישום - הימנותא/9

18. כאמור, משקלו הראייתי של מסמך המינהל הופך נכבד יותר מחמת ראיה חיצונית נוספת: הימנותא/9 הינו תשריט של חלקה 41 (השוכנת מצפון לחלקה 40 שהיא החלקה נשוא דיוננו). התשריט הוכן לצרכי רישום החלקה 41 בשנת 1957, בעת שהכפר סילוואן היה תחת שלטון ירדני. בתשריט מופיעים שמות בעלי החלקות הגובלות בחלקה 41 וביניהן גם חלקה 40, שביחס אליה רשום: "סבחה מוסא אפתיחה ואחמד מוסא פתיחה סמריין". הצדדים מסכימים כי סבחה דן היא סבתא-סבחה (אמו של אחמד), אך חלוקים ביניהם בשאלה מיהו אותו אחמד הנזכר לצדה: ב"כ התובעים טוען כי מדובר במיודענו אחמד (בעלה של ברנבלה), ואילו ב"כ הימנותא טוען כי מדובר באביו של מחמד. הטעם לטענת ב"כ הימנותא נעוץ בכך שהשמות הערביים המלאים מורכבים משמו הפרטי של האדם, שם אביו, שם סבו ושם הענף המשפחתי, ומכיוון ששמו המלא של מחמד (כפי שמופיע בהימנותא/6) הוא "מחמד אחמד מוסא אפתיחה", הרי ש"אחמד מוסא פתיחה סמריין" הרשום בתשריט הוא שם אביו.

19. גם בעניין זה מצאתי לנכון להעדיף את טענת התובעים: שמו המלא של אחמד הוא "אחמד מחמד מוסא אפתיחה", ולשמו מצטרף לא פעם גם שם החמולה סמריין (וראו לדוגמא את האמור בתצהיריהם של לוטפי סיאם ועטא עבאסי, ובנוסף ראו בסעיף 2 לכתב התביעה של סבחה בת"א 746/93). השם שמופיע על התשריט הימנותא/9 הינו כאמור "אחמד מוסא פתיחה סמריין", קרי - שמו המלא של אחמד בהשמטת שם אביו - מחמד. טענת ב"כ הימנותא לפיה מדובר באביו של הרוכש מחמד אינה נראית לי: יפוי הכוח הנתען הימנותא/6, שהעביר לכאורה את הבעלות למחמד, אינו מתיימר להקנות זכות כלשהי בחלקה לאביו של מחמד, ולא ברור כיצד מתקשר האחרון לחלקה. סבירה יותר בעיניי האפשרות שאותו אחמד הנזכר בתשריט אינו אלא בנה של סבתא סבחה ובעלה של ברנבלה, שמשמו הושמט שם אביו - מחמד. הגיונה של אפשרות זו נתמך לא רק בעדויות ג'וזף ואדוארדה, אלא גם בשניים אלה: האחד, העובדה שסבתא-סבחה עצמה רשומה בתשריט כמחזיקה בקרקע - שהרי סביר יותר להניח כי לו רכש מחמד לעצמו את החלקה בשנת 1947, שמה של סבתא סבחה לא היה נרשם במסמך לצרכי רישום שנערך בשנת 1957; השני, תוכנו של מסמך המינהל (שנערך כעשר שנים לאחר מכן) שעל פי הרשום בו אחמד הוא הבעלים של החלקה. מכל מקום, ברור כי אין כל זכר לשם מחמד בתשריט הימנותא/9.

הנה כי כן, הימנותא/9 משתלב היטב עם מסמך המינהל, וביחד הופכים השניים לחזית ראייתית מגובשת, המגובה בעדויותיהם של ג'וזף ואדוארדה.

ג. החוזה פתיחה/14

20. החוזה פתיחה/14 (שתרגומו לעברית סומן הימנותא/1) הינו חוזה מכר חוזר, שנכרת בין אחמד לברנבלה אשתו בחודש נובמבר 1951. בחוזה נאמר כי אחמד מוכר לברנבלה:

"... כל מה שיש לו ואשר בבעלותו ותחת חזקתו ותפיסתו החוקית מהנכסים והגדרות והאדמות הנטועות והלא נטועות והגינות ואדמות המושאע ומה שכלול בהם מנכסי ואדמות הכפר סילוואן בסכום של חמש מאות דינר ירדני..." (סעיף 1).

בסעיף 5 לחוזה הוסכם בין הצדדים:

"הצד הראשון [אחמד - ד' ח'] מתחייב לפרוע ללא התנגדות לצד השני [ברנבלה - ד' ח'] את הסכום הנזכר כאשר יתבקש הסכום הנזכר וכאשר ישולם הסכום הנזכר לצד השני יהא כתב זה בטל..."

לטענת ב"כ הימנותא, מדובר בהסכם מכר חוזר ("ביע ופא" או "ביע אלופא") שהינו למעשה עסקת שעבוד, ולכן בכל מקרה אין מדובר כאן במכר החלקה לברנבלה, אלא לכל היותר רכשה ברנבלה זכות שעבוד בקרקע להבטחת פירעון החוב ע"י אחמד (סעיפים 13-15 לסיכומיו).

גם אם נכונה טענתו זו של ב"כ הימנותא, אין בה כדי לשנות את תוצאת פסק הדין: ראשית, עפ"י סעיף 5 לחוזה מוקנית לברנבלה הזכות לדרוש את פרעון החוב וביצוע המכר החוזר, ואין כל ראייה כי היא אי פעם דרשה את החזר החוב או כי החוב נפרע; מכאן, שגם את תמצא לומר כי ברנבלה לא הפכה בעקבות החוזה לבעלת החלקה אלא רק למחזיקה ובעלת משכון בה והזכות לנהוג בה "מנהג בעלים" (סעיף 3 לחוזה) - הרי שלאחר פטירתה הוקנו זכויות אלו ליורשיה, ויש להשיב להם אותן זכויות; שנית, אין זה בלתי סביר להניח שאומד דעת הצדדים היה שאם יימנע אחמד מלהחזיר את ההלוואה בתוך תקופה סבירה או ימות בטרם עשה כן, תהפוך ברנבלה אשתו לבעלת הקרקע לכל דבר ועניין. בהקשר זה יש לתת את הדעת גם לעובדה שחלפו כ- 48 שנים מאז נחתם החוזה בין ברנבלה לאחמד.

השגות ב"כ הימנותא לגבי החוזה פתיחה/14

21. ב"כ הימנותא העלה מספר טענות כנגד החוזה פתיחה/ 14: האחת, כי החוזה לא הוכח כדבעי מחמת הטעמים הבאים: ברנבלה עצמה לא העידה; המסמך לא נערך בפני נוטריון; התעודה לא נשמרה במשמורת נאותה, ובנוסף - לא צורף לחוזה יפוי כוח בלתי חוזר - למכור את החלקה במכירה פומבית אם ההלוואה לא תוחזר ("וכאלה דוריה"), מה שהיה מקובל לעשות לגבי מכר חוזר. טענתו השניה היא, שבחוזה לא מוזכרת החלקה באופן ספציפי.

22. גם בטענות אלו לא מצאתי ממש: ראשית, ברי כי אין בעובדה שהחוזה לא נערך בפני נוטריון דווקא כדי לפגום בכשרותו של החוזה, שעליו תתומים קצין מחוז ירושלים ומוכתר ואדי חילוה (בו שוכן הכפר סילוואן); שנית, החוזה אמנם אינו בגדר "תעודה ציבורית" או "רשומה מוסדית", ואולם הוא נתמך בעדותו של ג'וזף, שהעיד כי תמיד ידע על כך שאמו רכשה את החלקה מאביו, ואף ראה את החוזה הנ"ל כאשר היה ילד (עמ' 36). כאן המקום להוסיף, כי עדותו של ג'וזף היתה עקבית וקוהרנטית, והותירה רושם מהימן ביותר. בנוסף, העובדה שהחוזה נכרת בשנת 1951 עולה בקנה אחד עם העובדה שבאותה שנה ממש בחר אחמד להגר לאיים הקנריים (ונתון זה אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים).

שלישית, ב"כ התובעים עשה בתחילה מאמצים לאפשר את העדתה של ברנבלה (ראו המ' 3036/97), ואולם נראה שלאחר מכן בחר להסתפק בעדותם של ילדיה. על רקע מצבה הרפואי וגילה המופלג, בת 92, בעת שהוגשה הבקשה לגבות את עדותה בחו"ל, וכן על רקע העובדה ששניים מילדיה הגיעו לבסוף לישראל למתן עדות, אינני מוצא להסיק מסקנה לרעת התובעים מהימנעותה של ברנבלה להעיד בטרם נפטרה מן העולם. רביעית, העובדה שהחלקה אינה מוזכרת באופן ספציפי בחוזה אינה בעלת משקל רב בעיניי; בחוזה נאמר כי אחמד מוכר לברנבלה:

"כל מה שיש לו ואשר בבעלותו ותחת חזקתו ותפיסתו החוקית מהנכסים והגדרות והאדמות הנטועות והלא נטועות והגינות ואדמות המושאע ומה שכלול בהם מנכסי ואדמות הכפר סלואן..." (סעיף 1).

ברי, כי בית משפט זה לא יבחן חוזה שנכרת בשנת 1951 בממלכת ירדן עפ"י כללי המסויימות הנהוגים כיום בדיני החוזים הישראליים. גם הטענה בדבר היעדרו של יפוי כוח לביצוע המכר החוזר אינה מסייעת בידי הימנותא, שהרי ממה נפשך: לו היה פתיחה/14 מסמך מזויף, הרי שבנקל יכלו התובעים לזייף גם יפוי כוח כאמור. אדרבא: החוזה פתיחה/14 מצוי בתיק בית המשפט והרושם העולה ממנו הוא שמדובר במסמך אותנטי.

ד. עדותם של ג'וזף ואדוארדה

23. ג'וזף, בנם של ברנבלה ואחמד, העיד בבית המשפט כי המשפחה הגיעה לסילוואן בשנת 1945, כשהיה קטין בן 6, וכי בסמוך לאחר מכן התגוררה המשפחה בבית קרובים (וראו עדותו בעמ' 33, 41). ג'וזף הוסיף כי

לאחר מכן עברה המשפחה להתגורר בבית שבנה אביו - אחמד - על החלקה (עמ' 33), וכי הוא זוכר שאביו בנה את הבית בסיועם של אחרים (עמ' 39).

עוד העיד ג'וזף כי אביו מכר את החלקה לאמו, וכי תמיד ידע על כך (עמ' 34); בהקשר זה הוא הוסיף, כי ראה את חוזה המכר עוד כשהיה ילד (עמ' 36). עוד העיד ג'וזף, כי לאחר שעקרה אמו לרובע הנוצרי שבעיר העתיקה, התגוררה בבית סלמה - בתו של אחמד מנישואיו לאשתו הראשונה חסנה (שם, 36), וכי לאחר שסלמה עזבה לכווית - המשיכה סניורה, אשתו השלישית, לגור בבית עד תחילת שנות התשעים לערך (עמ' 35).

עדותה של אדוארדה תאמה את עדות אחיה הצעיר, ג'וזף: גם היא העידה כי המשפחה הגיעה לסילוואן בשנת 1945 (עמ' 41), כי בתחילה התגוררה בבית קרובים (שם), וכי בסמוך לאחר מכן בנה אחמד בית על החלקה בצמוד לבית אמו, בסיוע אחרים (עמ' 42). כמו ג'וזף (עמ' 39), גם אדוארדה העידה כי היא זוכרת את המלט ששימש לבניית הבית (עמ' 42).

24. עדותם של ג'וזף ואדוארדה הותירה עלי רושם מהימן ביותר: ג'וזף, אשר נחקר חקירה מקיפה יותר מאחותו, לא התבלבל בעת שנחקר בחקירה הנגדית ע"י עורכי הדין עוויסאת וגבע, ותשובותיו היו עקביות ומשכנעות. בנוסף, ניתן למצוא תמיכה לעדויותיהם של ג'וזף ואדוארדה בראיות החיצוניות שבפני בית המשפט: מסמך המינהל והתשריט הימנותא/9.

השגות ב"כ הימנותא

25. ב"כ הימנותא ניסה לערער בסיכומיו את עדותם של ג'וזף ואדוארדה: הטענה הראשונה שהעלה בעניין זה היא כי מרישומי מס הרכוש על החלקה (הימנותא/8) עולה, שלא נבנה בית נוסף על החלקה בין שנת 1939 לשנת 1950, מה שעומד בסתירה לעדויותיהם של ג'וזף וברנבלה כי אביהם בנה מבנה נוסף על החלקה בסמוך לאחר שהמשפחה הגיעה לארץ בשנת 1945. ב"כ הימנותא הצביע על כך שבפנקס מס הרכוש הבריטי משנת 1939 רשום כי השטח הבנוי על החלקה הוא 30 מ"ר, וכך רשום גם ברישומי מס הרכוש הירדני משנת 1950. לדבריו, מהווה הדבר "הוכחה ניצחת שלא נבנה על הנכס בית נוסף מאז 1938/39 ועד ל-1950" (סעיף 64 לסיכומיו). כזכור, החלקה אינה רשומה בטאבו, ומטעם זה משליך ב"כ הימנותא את יהבו על רישומי מס רכוש.

ראיתי לנכון לדחות גם את טענתו האחרונה של ב"כ הימנותא: ראשית, השוואה בין הפנקס הבריטי לפנקס הירדני מעלה ספק רב לעניין היכולת להסתמך עליהם כראיה לגודל השטח הבנוי: אמנם, בפנקס מס הרכוש הירדני משנת 1950 רשום כי השטח הבנוי על החלקה הוא 30 מ"ר, וכך גם רשום בפנקס מס הרכוש הבריטי משנת 1938/39; דא עקא, שעל פי הרישום הירדני בנויים על החלקה שני חדרים, ועל פי הפנקס הבריטי - חדר אחד. במלים אחרות: על פי רישומי מס הרכוש הירדני, מספר החדרים על החלקה גדל לשניים אולם השטח הבנוי נותר בגודלו הקודם - 30 מ"ר. ברור, אפוא, כי הרישום לוקה בסתירה פנימית, שהרי לא הגיוני שמספר החדרים גדל לשניים והשטח הבנוי נותר בעינו. אין גם לפסול את האפשרות שבמונח "שני חדרים" כיוון הרישום הירדני לשני מבנים.

שנית, יש לתת את הדעת על עובדה נוספת: אין מחלוקת כי בשנת 1950 לא החזיק בחלקה אותו מחמד אחמד מחמד מוסא אגא - הנזכר ברישום מס רכוש הירדני אלא אחמד ואשתו ברנבלה (ואת טענת ב"כ הימנותא כי אגא דן הוא למעשה מחמד אין בידי לקבל - ראו פסקה 29 להלן). עובדה זו מפחיתה ממשקלו הראייתי של הרישום בפנקס מס הרכוש הירדני, ומעלה סברה כי הרישום בשנת 1950 אינו מדויק ומעודכן. שלישיית, טענת ב"כ הימנותא אינה סבירה על פניה: על רקע העובדה שאחמד, ברנבלה, ילדיהם וסבתא-סבחה התגוררו כולם על החלקה בשנת 1950 (ועל כך אין מחלוקת), הרי שטענתו של ב"כ הימנותא, בשינוי אדרת, הינה שבמשך חמש שנים לפחות התגוררו כולם באותו חדר בודד שעמד על החלקה בשנת 1945, השנה בה הגיעה המשפחה לסילוואן. בהתחשב בכך שלברנבלה ואחמד נולדו ברבות השנים תשעה ילדים (מתוכם שישה בפיליפינים ושלושה בסילוואן - ראו סעיף 3 לכתב התביעה של ברנבלה), הרי שההנחה שכולם (כולל סבתא סבחה) התגוררו במשך שנים באותו חדר בן 30 מ"ר - אינה סבירה בעיניי, מה שדוחק ביתר שאת ליתן אמון בעדותם של ג'וזף ואדוארדה.

26. טענתו השנייה של ב"כ הימנותא כנגד עדותם של ג'וזף ואדוארדה היא, שאין ליתן כל משקל לעדויותיהם משום שג'וזף ואדוארדה היו ילדים קטנים בשנת 1945 (מועד בניית הבית הנטען), ועל כן לא יכלו להעיד

על כך; עוד טוען ב"כ הימנותא כי ג'וזף העיד כי לא נכח כאשר אביו מכר את החלקה לאמו או כאשר שילמה אמו את תמורת החלקה.

גם לטענה זו לא מצאתי לשעות: העובדה שג'וזף ואדוארדה היו ילדים קטנים בשנת 1945 אינה פוגמת כהוא זה ביכולתם להעיד לגבי תקופה זו, והעובדה שג'וזף לא נכח בעת חתימת העסקה בין אמו לאביו או בעת התשלום, אינה מעלה או מורידה ממשקל עדותו. הטעם לכך הוא שעדותו של ג'וזף אינה בגדר עדות על מעשה, משל היה הוא עד ראייה המעיד על מה שקלטו עיניו; עיקר עדותו של ג'וזף נעוץ באלה: האחד, העובדה שמשפחתו גרה בבית עד לשנת 1953 והידיעה המתמשכת בדבר רכישת החלקה ע"י אמו; השני, ההסדרים השונים בדבר השימוש שנעשה לאחר מכן בבית (כגון השימוש שעשו בו סלמה וסניורה).

ה. הערפל האופף את גירסת הימנותא בעניין רכישתו של מחמד

27. כזכור, גירסתה של הימנותא היא שבשנת 1947 עשתה אמו של אחמד, סבתא סבחה, שימוש בפיזי כוח שנעשה ע"י אחמד בשנת 1933 (הימנותא/7), והסמיכה אדם בשם מחמד עבדאללה סומרין למכור את הקרקע למחמד (הימנותא/6).

הגם שהתובעים אינם כופרים בקיומו של פיזי הכוח הימנותא/7, הם כופרים בתוקפו של פיזי הכוח הימנותא/6, שעל פיו רכש לכאורה מחמד את הבעלות בחלקה. ב"כ התובעים העלה בסיכומיו את האפשרות שהימנותא/6 הינה ראייה מזמן אמת לתרגיל הונאה שנעשה בפועל ע"י סבתא-סבחה בשנת 1947, שמטרתו היתה להפריד את אחמד מבעלותו על החלקה, מן הטעם שאשתו ברנבלה לא היתה מוסלמית.

28. מבלי להיכנס כלל לשאלת נכונותה של התיאוריה שהציג ב"כ התובעים, דעתי היא שבנסיבות העניין אין די במסמך הימנותא/6 כדי לסתור את מסכת הראיות המשכנעת שהוצגה בבית המשפט כתומכת בגירסתם של התובעים. הטעם לכך הוא, בתמציתית יתירה, שמלבד התצהיר פתיחה/19, שמשקלו אפסי בעיניי (ולזכותו של ב"כ הימנותא ייאמר כי הוא אף לא התייחס אליו בסיכומיו), אין כל ראייה חיצונית לאמינות תוכן העסקה המתוארת בהימנותא/6 (הקניית הבעלות בחלקה למחמד), או אף לעצם קיומו של אותו מחמד דנן. אדרבא: תוכן הימנותא/6 עומד בסתירה לכל שאר הראיות שבתיק. אפרט.

29. אין מנוס מלקבוע כי עצם קיומו של מחמד דנן לא הוכח כדבעי, כל שכן לא כי הוא נפקד: ראשית, ב"כ הימנותא לא הציג בפני בית המשפט ראייה חיצונית לקיומו של מחמד, כגון רישום במרשם אוכלוסין, תעודה רשמית כלשהיא שתעיד על קיומו (כגון תעודת פטירה) או עדות מפי עדים על קיומו. שנית, בעדותו נשאל ג'וזף לגבי קיומו של מחמד, וענה: "אין לי מושג מי זה" (עמ' 40). גם העד לוטפי סיאם, מוכתר ואדי חילוה (סילוואן), לא ידע לספר על קיומו של מחמד וענה - לשאלת ב"כ הימנותא - כי הוא "לא מכיר את השם הזה" (עמ' 15).

שלישית, טענת ב"כ הימנותא כי שמו של מחמד מופיע ברישומי מס רכוש אין בה ממש: המוצג הימנותא/8 הינו קובץ רישומי מס-רכוש בריטיים וירדניים, וממנו עולה כי אחד בשם "מחמד אחמד מחמד מוסא אגא" היה רשום כבעל החלקה נשוא דיון זה (חלקה 40 בגוש 30125) בשנת 1950. ואולם, מנתון זה אין ללמוד דבר וחצי דבר על בעלותו של מחמד בקרקע, לא רק משום שהרישום הנ"ל אינו תואם את שמו של מחמד (מחמד אחמד מוסא אפתיחה), אלא בעיקר מכך שאותו שם (מחמד אחמד מחמד מוסא אגא) רשום כבעל החלקה כבר בשנת 1938/1939, והרי העסקה הנטענת ע"י הימנותא (בין סבתא-סבחה למחמד) נערכה רק כמה שנים לאחר מכן, בשנת 1947.

30. חוסר הוודאות בעניין עצם קיומו וזהותו של מחמד מתעצם לאור התיחות הרבות שמעוררת העסקה המתוארת במסמך הימנותא/6, המקנה לכאורה את הבעלות למחמד: ראשית, אין מחלוקת כי בשנת 1947 שהה אחמד בסילוואן, וכי בתקופה זו התגורר עם ברנבלה וילדיו בבית שעל החלקה. נשאלת השאלה, מדוע דווקא אז עשתה אמו של אחמד שימוש בפיזי כוח שנערך 14 שנה קודם לכן, עת היה אחמד בפיליפינים? שנית, אין מחלוקת כי אחמד וברנבלה המשיכו לגור בנכס גם לאחר המועד בו נמכרה לכאורה החלקה למחמד, ולמעשה, משפחתו של אחמד נוהגת בנכס מנהג בעלים עד היום. עובדה זו אינה עולה בקנה אחד עם העברת הבעלות בנכס למאן דהוא; ויודגש שעל פי הימנותא/6 הועברה לכאורה הבעלות למחמד כבר בשנת 1947 - עשרים שנה לפני מלחמת ששת הימים. בעניין זה מצאתי לדחות את טענת ב"כ הימנותא כי אין כל משמעות לעצם המגורים בנכס לעניין הבעלות בו (סעיפים 11, 40, 48).

לסיכומיו): ברי, כי העובדה שמשפחתו של אחמד התגוררה בבית שבנה על החלקה הינה ראייה לכאורה לעניין בעלותם בו. שלישית, אין כל ראייה כי מחמד טען בשלב כלשהוא לבעלות בנכס או שקיבל דמי שכירות בגין שימוש בו. רביעית, קיומו של מסמך המינהל משנת 1968 מלמד כי המידע שהושג ע"י אנשי המינהל לאחר מלחמת ששת הימים היה שבעל הנכס הינו אחמד ולא מחמד. חמישית, בתשריט הימנותא/9 שנערך בשנת 1957 - עשר שנים לאחר העסקה הנטענת - רשומים אחמד ואמו (סבתא-סבחה) כבעלי החלקה. גם עובדה זו, פשיטא, אינה עולה בקנה אחד עם העסקה המתוארת בהימנותא/6.

לסיכום: לאור סימני השאלה הרבים בעניין עצם קיומו, זהותו ונפקדותו של הרוכש הנטען - מחמד, וכך על רקע התנהיות הרבות שמעוררת העסקה המתוארת בהימנותא/6, אין מנוס מלקבוע שהכרזת החלוקה כ"נכס נפקד" ע"י האפוטרופוס - שהתבססה על כך שהחלקה שייכת היתה למחמד ועל כך שמחמד הינו נפקד - אינה יכולה לעמוד.

סוף דבר

31. אני מקבל את התביעה, על כל הסעדים שנתבקשו בה, כפי שפורטו בפסקה 1 לעיל, ומצהיר בזה כי הבעלים של חלקה 40 בגוש 30125 המצויה בכפר סילואן שבירושלים הינם יורשי המנוחה ברנבלה נוניז פתיחה, כפי שאלה נקבעו או ייקבעו בצו ירושה או בצו קיום צוואה של בית משפט מוסמך.

הנתבעים יישאו בכל הוצאות המשפט - לרבות הוצאות העדים שהוזמנו ע"י התובעים, כולל הוצאות הטיסה של ג'וזף ואדוארדה לישראל, לצורך מתן עדותם בפני, וטיסתם חזרה למקום מושבם בחו"ל, כנגד קבלות או אישורים בכתב שיציגו - לפי היחס הבא:

הימנותא תשלם 75%, ואילו האפוטרופוס ורשות הפיתוח ישלמו יחד 25%. בנוסף ישלמו הנתבעים לתובעים שכ"ט עו"ד בסך 20,000 (עשרים אלף) ש"ח כערכם היום עפ"י אותו יחס, קרי: הימנותא תשלם 15,000 ש"ח, ואילו רשות הפיתוח והאפוטרופוס ישלמו יחד 5,000 ש"ח. כל הסכומים דלעיל יישאו מע"מ כחוק וכך הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד לתשלום בפועל.

ניתן היום, ח' באב תשנ"ט (21 ביולי 1999), בהעדר הצדדים.