

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8858/02

וערעור שכנגד

בפני:

כבוד המשנה לנשיא א' מצא
 כבוד השופטת (בדימ') ד' דורנר
 כבוד השופט י' טירקל

המערערת:

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים:

1. סעיד מחמוד זהווה
2. פדללה מחמוד זהווה
3. חסין מחמוד זהווה

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בנצרת, מיום 1.9.02, בת"א 513/96, שניתן על-ידי כבוד השופט נסים ממן

תאריך הישיבה:

י"ג בטבת תשס"ד (7.1.04)

בשם המערערת:

עו"ד משה גולן

בשם המשיבים:

עו"ד סאלח עבדאללה

לפסה"ד במחוזי: **תא (נצ') 513/96** סעיד מחמוד זהווה נ' מדינת ישראל, נסים ממן

כתבי עת:

אריאל פורת, אלכס שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות", עיוני משפט, כרך כא (תשנ"ח) 191

חקיקה שאוזכרה:

חוק רמת הגולן, תשמ"ב-1981

תקנות רמת הגולן (הוראות מעבר) (מס' 3), תשמ"ב-1982

מיני-רציו:

* ראיות – נטל ההוכחה – נטל השכנוע

מיקוש שטח והיעדר מרשם מקרקעין מסודר כ'נזק ראייתי'

השופט דורנר קבעה, בדעת יחיד, כי העובדה שיכולתם של המשיבים להוכיח את זכויותיהם בקרקע נפגעה משמעותית עקב מיקוש השטח ובשל היעדר מרשם מקרקעין מסודר – מהווה 'נזק ראייתי' שגרמה המדינה לראיותיהם של המשיבים, והוא משפיע על מידת ההוכחה הנדרשת – הן באשר לשאלת השטח לו זכאים המשיבים, והן באשר להוכחת זכות החזקה כדין – בהעבירו את נטל השכנוע מן המשיבים למדינה.

להחלטה בעליון (2008-01-02): [עא 9763/05](#) סעיד מחמוד זהוה נ' מדינת ישראל -משרד הביטחון שופטים: מרים נאור עו"ד: עבדאללה סאלח

לפסק-דין במחוזי (2002-09-01): [תא 513/96](#) סעיד מחמוד זהוה נ' מדינת ישראל שופטים: נסים ממון עו"ד: עבדאללה סאלח. מצא

פסק-דין

השופטת (בדימ') ד' דורנר:

העובדות, ההליכים והטענות

1. בשנים 1971, 1974 ו-1975, עת הוחזקה רמת-הגולן על-ידי ישראל בתפיסה צבאית ונוהלה על-ידי מפקד צבאי, הוצאו צווי-תפיסה (להלן: צווי התפיסה) של מקרקעין באזור בוקעתא, הסמוך לגבול סוריה. לצווי התפיסה לא צורפה מפה, לא נקבע שטח המקרקעין שנתפסו, ואף לא ניתן בצווים תיאור אחר המאפשר לזהות את המקרקעין שהצו מתייחס אליהם. בגדר צו התפיסה, נקבע, כי בעל מקרקעין או המחזיק בהם כדין רשאי להגיש לממשל הצבאי ברמת-הגולן תביעת פיצויים בגין נזקים שנגרמו לאדמתו וכן לתבוע דמי-שימוש עיתיים. לאחר הוצאת הצווים נתפסו המקרקעין על-ידי צה"ל, נסללו בהם כבישי בטחון ושטחים נרחבים מוקשו.

בתאריך 15.12.1981, התקבל [חוק רמת-הגולן](#), תשמ"ב-1981 (להלן: חוק הגולן), בגדרו הוחל המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה בשטח רמת-הגולן. כמו-כן, הותקנו באותו תאריך – על-פי ההסמכה המופיעה בחוק הגולן – הוראות מעבר בהן נקבע, בין היתר, כי "צווי תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים שעמדו בתוקף ערב תחולתן של התקנות ימשיכו לעמוד בתוקפם" ([תקנות רמת-הגולן](#) (הוראת מעבר), תשמ"ב-1982). תקנות אלה היו, כפי ששמן מעיד עליהן, הוראות מעבר, אך המצב המשפטי לא השתנה עד עצם היום הזה.

צווי התפיסה, שמעצם מהותם נועדו לאפשר החזקה צבאית זמנית, נשארו בעינם. זאת, הגם שלנוכח השימוש שנעשה בפועל במקרקעין ברור הוא כי לא הייתה כל כוונה להחזירם לבעליהם. לאמור, כי לא בוצע ההליך המתאים של הפקעת המקרקעין, המחייב את המדינה לזהות את הקרקעות, ולתחום את גבולותיהם במדויק. (ראו התוספת להודעה לפי סעיפים 5 ו-7 לפקודת הקרקעות, רכישה לצורכי ציבור, 1941). ומשרד הביטחון המשיך לשלם דמי-שימוש בגין החזקת הקרקעות.

בשנת 1976, על רקע מידע שהתקבל – כי האדמות שלגביהן הוצאו צווי-תפיסה מעובדות בחלקן, וכי חלק מבעלי הזכויות בקרקעות הלכו לעולמם – עלו ספקות באשר לזכויות מקבלי דמי-השימוש. משכך, החליט משרד הבטחון להפסיק את

התשלומים ולערוך בדיקות בדבר הזכאות לדמי-שימוש, כאשר, לצורך הבדיקות, אף נערכו רישומים על-ידי המדינה המאפשרים לזהות את המקרקעין שנתפסו. בגדר הבדיקות הכירה המדינה בזכאות בני משפחת זהוה – שנמנו עם מקבלי צווי-התפיסה – לדמי-שימוש בגין 47.76 דונם, שמתוכם 36.5 דונם שוייכו לסעיד מחמוד זהוה (המשיב 1) ו-11.26 דונם שוייכו למחמוד פנדי זהוה (להלן: פנדי).

2. על רקע זה הגישו המשיב 1, ואחיו פדללה מחמוד זהווה – שהם יורשיו של מחמוד סעיד זהווה (להלן: הבנים) – וכן חסין מחמוד זהווה – שהוא נכדו של פנדי ויורש מחצית מעזבונו (להלן: הנכד) – תובענה לבית-המשפט המחוזי בנצרת. הבנים ביקשו לפצות אותם בגין מקרקעין בשטח של 58.937 דונם שלטענתם נתפסו מכוח צווי-תפיסה, בנוסף ל-36.5 דונם, שהוכרו, כאמור, כשייכים למשיב 1. הנכד ביקש לפצותו בגין 55 דונם – מחצית מן העזבון, כחלקו בירושה – אשר נתפסו על-ידי המדינה בנוסף ל-11.26 דונם שבתפיסתם הודתה המדינה (להלן יחד: הקרקעות), ושהוכרו כשייכים לפנדי. השלושה (להלן יחד: זהווה) הסתמכו לצורך זיהוי המקרקעין על מדידות שביצע המודד, היית'ם חאטר (להלן: המודד). נוכח היעדר האפשרות להיכנס לקרקעות שמוקשו, הסתמך המודד על תצלום אוויר שהזמין. זהווה הצביעו בפניו על-גבי תצלום האוויר (תצ"א) על הקרקע השייכת לכל אחד מהם, והמודד ערך תשריט על-גבי מפה, על-יסוד הצבעתם. כמו-כן, הגישו זהווה, שטרי מכר ואישורי צוואה לשם הוכחת בעלותם בקרקעות.

המדינה התגוננה בטענה כי המקרקעין שבגינם שילמה דמי-שימוש זהים לקרקעות מושא התובענה וכי זהוהו קיבלו את כל המגיע להם, למעט דמי-שימוש לשנת 1996.

3. בית-המשפט המחוזי בנצרת (השופט נסים ממן) מצא, על-יסוד חומר הראיות שבא בפניו, כי מתוך השטח הכולל של הקרקעות, רק 6.5 דונם חופפים את השטח שבגינו שילמה המדינה דמי-שימוש, בעוד ששאר השטח הוא נוסף על מקרקעין אלה, וכי השטחים הנוספים הינם ממוקשים. לא הייתה מחלוקת כי הקרקעות שבמחלוקת מוחזקות על-ידי המדינה וממילא, השאלה שעמדה להכרעה הייתה אם אמנם הוכיחו זהוה את זכויותיהם בקרקעות.

בעניין זה הסתמך בית-המשפט המחוזי, במידה רבה, על עדויות בעל-פה אודות עיבוד וחזקה בשל קשיים שבהוכחת הבעלות על השטח הממוקש, שהגישה אליו היא כמעט בלתי-אפשרית, ואשר גם אינו רשום במרשם המקרקעין. בית-המשפט פסק, כי באין מסמכים המזהים את השטח לא ניתן להכיר בבעלות זהווה על הקרקעות על יסוד שטרי המכר והצוואות. עם זאת, קבע הוא, על-יסוד עדויותיהם של זהווה, כי זהווה הם שהחזיקו במקרקעין. אלא שבית-המשפט המחוזי לא מוכן היה לקבוע על-יסוד תשריט המודד – שכאמור, קבע את שטח הקרקעות על-סמך הצבעתם של זהווה על גבי תצלום אוויר – כי החזיקו זהווה בשטח הקרקעות כולו, ולפיכך קבע, על-יסוד הערכה, כי זהווה החזיקו במחצית מהקרקעות. כן נפסק, בהסתמך על צו-התפיסה – שכאמור קבע את הזכות לפיצויים גם של המחזיקים במקרקעין – כי זהווה זכאים לפיצויים אם כי במידה פחותה, מאחר שלא הוכיחו את בעלותם. בית-המשפט חישב את הפיצויים על-יסוד ראיות מהן עלה כי אלמלא נתפסו הקרקעות היה נעשה בהן שימוש לגידולי בעל עד לשנת 1985, ומאז ואילך לגידול עצי פרי.

4. על פסק-דין זה ערערו שני הצדדים.

המדינה, בראש-וראשונה, תוקפת את ממצאיו העובדתיים של בית-המשפט המחוזי ובמרכזם את ממצאו כי זהווה החזיקו במחצית מהקרקעות. בעניין זה טוענת המדינה, כי בעוד שעדויות זהווה רצופות סתירות, הרי שהראיות מטעם המדינה, מוכיחות על דרך החיוב כי זהווה לא החזיקו כדין בחלק כלשהו של הקרקעות. לחלופין טוענת המדינה, כי לנוכח קביעת בית-המשפט המחוזי כי לא הוכח אלו מן השטחים החזיקו זהווה, מסקנתו, המבוססת על הערכה שהחזיקו במחציתם, אינה יכולה לעמוד. כן טוענת המדינה כנגד גובה הפיצויים שנפסקו, וכנגד התקופה שבגינה נפסקו פיצויים (22.5 שנה) העולה לדעתה על התקופה שנתבעו בגינה פיצויים (10 שנים). ולבסוף, תוקפת המדינה את הממצאים העובדתיים שעל-יסודם חישב בית-המשפט את סכום הפיצויים.

זהווה, בערעור שכנגד, טוענים כי הוכיחו את בעלותם בקרקעות במסמכים שהגישו ובמידות שערך המודד, וכי זכאים הם לפיצויים עבור השטח כולו. כן טוענים הם כנגד סכום הפיצויים, שלדעתם נופל מהסכום מהמגיע להם.

השאלות המתעוררות הן איפוא שלוש. ראשית אם יכולים זהווה להיחשב כמחזיקים במחצית מהשטח הנתבע, חרף העובדה כי לא הוכיחו שאכן החזיקו הם במלוא שטח זה. שנית, אם זכאים זהווה לפיצויים מכוח צווי התפיסה, אף אם לא הוכיחו זכות בעלות או חכירה. לאמור, אם הוכיחו זהווה כי היו הם מחזיקים כדין, כנדרש בצווי התפיסה. ושלישית, מהי התקופה שבגינה יש לפסוק פיצויים, ומהו גובה הפיצוי הראוי בנסיבות הקיימות.

הוכחת החזקה

5. ברגיל, נטל ההוכחה מוטל על התובע זכויות במקרקעין, ובגדרו, עליו להוכיח זכות בקרקע מסוימת, על-מנת לזכות בתביעתו. ואכן, פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, שקבע את גודל השטח בגינו זכאים זהווה לפיצויים, על-יסוד אומדנא, מעורר קושי רב.

ברם, במקרה שלפנינו, כעולה מפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי יכולתם של זהווה להוכיח את זכויותיהם נפגעה באופן משמעותי, עקב מיקוש השטח. פגיעה זו אף התעצמה בשל היעדר מרשם מקרקעין מסודר באזור. וכך נכתב בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי:

לא ניתן להתעלם מהקשיים הניכרים העומדים בפני מי שמבקש להוכיח את בעלותו במקרקעין הנמצאים באזור הגבול ברמת הגולן. ראשית, הקושי להיכנס פיזית לשטח לשם מדידתו, סימונו, הצבעה על נקודות זיהוי וציון וכו'. מדובר בשטחי גבול, רובם ממוקשים או תפוסים בידי הצבא והגישה אליהם אינה אפשרית כמעט. בשל כך נאלצו התובעים להצביע בפני המודד על המגרשים מרחוק, דבר שעלול לפגום בדיוק המדידה. שנית, העדר מרשם מקרקעין רשמי ומסודר...

אכן, בצווי-התפיסה לא זוהה השטח בדרך כלשהי, ובנסיבות אלה ניתן היה לצפות כי מיקוש השטח, במיוחד על-רקע היעדר מרשם מקרקעין לא יאפשר, או למיצער, יקשה עד מאוד את הוכחת הזכויות בשטח הממוקש, כפי שאמנם אירע הלכה למעשה בעניין שלפנינו. משכך, על-פני הדברים, גרמה המדינה, באשם, לנזק ישיר לראיותיהם של זהווה. מצב עניינים זה משפיע על מידת ההוכחה הנדרשת – הן באשר

לשאלת השטח לו זכאים זהווה, והן באשר להוכחת זכות החזקה כדין – בהעבירו את נטל השכנוע מכתפי זהווה לכתפי המדינה.

שכן, בתביעות של רשלנות רפואית, נפסק כי רישום לקוי או העדר רישום מתוך רשלנות מעביר את נטל השכנוע אל כתפי הנתבע, באשר לאותם העניינים שהרישום היה עשוי לתרום להוכחתם (והשוו [ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו\(1\) 539, בע' 552](#)). וכך הסבירה השופטת טובה שטרסברג-כהן:

העברת נטל השכנוע במקרה של היעדר רישומים רפואיים מוצדקת היא מן הטעם שהעברת נטל הבאת הראיות לבדו אינה מספקת תרופה נאותה לתובע שניזוק נזק ראייתי. במה דברים אמורים? כאשר בהיעדר רישומים רפואיים עסקינן, הרי שבפני התובע קיים קושי אמיתי להביא ראיות שיוכיחו את תביעתו בהסתברות הדרושה במשפט אזרחי (מעל 50%). במצב דברים זה, העברת נטל הבאת הראיות בלבד אל כתפי הנתבע והותרת נטל השכנוע על כתפי התובע יכבידו על התובע יתר על המידה באופן שהוא עלול להפסיד את תביעתו, בהיעדר רישומים רפואיים מזמן אמת שאינם בשליטתו מלכתחילה. תוצאה זו אינה ראויה לאור העובדה שהנתבע הוא שגרם לנזק הראייתי עקב היעדר רישומים רפואיים. במצב דברים זה אין מקום להטיל על התובע נטל כבד כמו נטל השכנוע, ויש להעבירו אל כתפי הנתבע, כעניין של מדיניות משפטית ראויה...

[ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3) 119, בע' 126].

והלכה זו ישימה גם בתחומים אחרים. ראו הערות אגב [ע"א 600/86 עמיר נ' קונפינו, פ"ד מו\(3\) 233, בע' 252-253](#); והשוו [ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד\(2\) 89, בע' 111](#); [ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור ואח' \(טרם פורסם, ניתן ביום 22.4.04\)](#), בפסקה 13; אריאל פורת ואלכס [שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים"](#), עיוני משפט כא(2) 191 (תשנ"ח), בע' 247; Ariel Porat and Alex Stein, *Tort Liability Under Uncertainty* (Oxford, 2001), 164-166.

6. בנסיבות העניין, מציעה אני להחזיר את הדיון לבית-המשפט המחוזי, על-מנת שיקבע בשנית את גודל השטח לו זכאים זהווה. כן יבחן בית-המשפט המחוזי אם

הוכחה זכות החזקה כדין, ויקבע בשנית את התקופה שבגינה זכאים זהווה לפיצויים ואת גובהם, בהתבסס על הכרעתו בדבר השטח שבו הייתה להם החזקה כדין.

בנוסף, משלא הלבישו הצדדים את טענותיהם באצטלה המשפטית שפורטה, ישקול בית-המשפט המחוזי שמיעת טיעון נוסף על-ידי הצדדים, ככל שיידרש לכך.

ש ו פ ט ת (בדימ')

המשנה-לנשיא א' מצא:

כחברתי השופט דורנר, אף אני סבור, כי לא כל הסוגיות העובדתיות והמשפטיות המתעוררות בפרשה זו לובנו כנדרש בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. מטעם זה הנני מצטרף להכרעתה, שלפיה יוחזר הדיון לבית-המשפט המחוזי, אשר ישקול לאפשר לצדדים להשלים את טיעוניהם בסוגיות השונות. אך, שלא כחברתי, אין אני רואה מקום לנקוט עמדה כלשהי באיזו מן הסוגיות שטרם נדונו, לרבות בשאלה אם המדינה גרמה למשיבים נזק ראייתי. יצוין כי בשאלת גרימתו של נזק ראייתי, ודבר נפקותו בנסיבות המקרה, כלל לא הועלתה טענה על-ידי מי מהצדדים לפני בית-המשפט המחוזי ואף לא לפנינו.

המשנה-לנשיא

השופט י' טירקל:

בראיות שהביאו המשיבים לפני בית המשפט המחוזי היה רב הפרוץ על העומד. מסופקני אם היה בהן כדי להשתית עליהן ממצאים שבעובדה. מסופקני אם ניתן היה להסיק מן הממצאים שבעובדה שקבע בית המשפט המחוזי את המסקנות שהסיק. אף על פי כן גם אני מסכים שהדיון יוחזר לבית המשפט המחוזי להשלמת טיעוניהם של בעלי הדין. לענין הנזק הראיתי, שעליו עמדה חברתי, השופט ד' דורנר, מסכים אני עם חברי, המשנה לנשיא א' מצא, שאינו רואה מקום לנקוט עמדה בשאלה זאת, שלא הועלתה כלל לפני בית המשפט המחוזי ואף לא לפנינו.

ש ו פ ט

הוחלט איפוא על החזרת התיק לבית-המשפט המחוזי, כאמור בפסקה 6 לפסק-דינה של השופטת (בדימ') דורנר.

ניתן היום, י"ג בסיון תשס"ד (2.6.04).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת (בדימ')

המשנה-לנשיא

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח: 02088580_L04.doc
מרכז מידע, טל' 02-6750444 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה