



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2561/09

בפני :  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט י' דנציגר

המערערים :  
1. שמא אסמאעיל עומרי (אלנג'אר)  
2. אסמאעיל מוחמד אלנג'אר  
3. אוסאמה מוחמד אלנג'אר  
4. נג'און מוסטפא אלנג'אר  
5. צפואן מוסטפא אלנג'אר  
6. סעיד מוסטפא אלנג'אר

נגד

המשיבים :  
1. רשות הפיתוח מנהל מקרקעי ישראל  
2. האפוטרופוס על נכס נפקדים  
3. יעקב אנקווה  
4. רחמה אנקווה  
5. יעקב רחמה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
מיום 29.1.09 בת"א 1864/96 שניתן על ידי כבוד השופט  
ר' כרמל

תאריך הישיבה : י"ג בחשוון תשע"א (21.1.10)

בשם המערערים : עו"ד א' חורי

בשם המשיב 1-2 : עו"ד מ' גולן

בשם המשיבים 3-4 : עו"ד ש' פרץ

## פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

בפנינו ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט ר' כרמל) שדחה את תביעת המערערים לסעד הצהרתי לפיו הם הבעלים של חלקת מקרקעין בשכונת מוסררה בירושלים וכי המקרקעין מעולם לא היו נכס נפקד ולחלופין, כי הם זכאים לפיצויים כשווי המקרקעין בשוק החופשי. השאלה שבמוקד המחלוקת היא שאלת מיקום המקרקעין ולאור זאת, שאלת תחולתו של חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950 (להלן: חוק נכסי נפקדים או החוק) – על המקרקעין נשוא הערעור, שמכוחו הכריז האפוטרופוס לנכסי נפקדים על המקרקעין כנכס נפקד והקנה אותם לרשות הפיתוח.

הרקע העובדתי והשתלשלות ההליכים

1. המערערים בתיק זה הם יורשיו של התובע המקורי, עבד אלסלאם אסמאעיל אלנג'אר ז"ל (להלן: המנוח), שבאו בנעליו לאחריו פטירתו. המנוח היה הבעלים של המקרקעין נשוא העתירה – חלקה 34 בגוש 30054 בשטח 161.3 מ"ר (ספר 18, דף 118) בשכונת מוסררה בירושלים (להלן: המקרקעין) החל משנת 1933. מקום המדינה ועד לשנת 1967, התגורר המנוח בשטח מדינת ירדן. בשנת 1968 הכריז האפוטרופוס על נכסי נפקדים על המקרקעין כנכס נפקד לפי חוק נכסי נפקדים והקנה אותם לרשות הפיתוח. בשנות ה-90 נמכרו חלקים מהמקרקעין למשיבים 3-4 ולמשיב 5.

2. בשנת 1996 הוגשה התביעה על-ידי המנוח, במסגרתה טען כי עד ליום 28.6.67 היו המקרקעין מחוץ לשטח ישראל ונמצאו "בשטח ההפקר" שבין ישראל לירדן, ומשכך אינם "נכס נפקד" כהגדרתו בחוק נכסי נפקדים ולכן הקנייתם לרשות הפיתוח נעשתה שלא כדין. המדינה טענה מנגד כי בשנים אלה היו המקרקעין חלק מהשטח המפורז בהתאם לקווי שביתת הנשק, והגישה במסגרת הליך זה, ביום 6.4.03, תעודת שר חוץ, לפיה חלקה 34 בגוש 30054 (ירושלים) היתה מצויה בתחום מדינת ישראל ובשליטתה האפקטיבית אף לפני שנת 1967.

3. ביום 9.12.04 ניתן פסק-דין בתובענת המערערים (כב' סגנית הנשיא י' הכט), שדחה את התובענה, בהסתמך על תעודת שר החוץ. בית המשפט קבע כי הוכח באמצעות תעודת שר החוץ כי המקרקעין היו בשטח שבריבונות ישראלית, ומשכך חל עליהם חוק נכסי נפקדים. המערערים עירערו לבית המשפט העליון, שהורה על השבת

הדיון בתובענה לבית המשפט המחוזי לצורך דיון בכל השאלות שהונחו לפניו ובכללן שאלת מיקומם המדויק של המקרקעין ושאלת שליטתה האפקטיבית של ישראל בהם; שאלת נפקותה של תעודת שר חוץ, בין היתר לאור שאלת היחס בין האמור בתעודת שר החוץ שהוגשה בענייננו לבין האמור בתעודת שר חוץ שהוגשה בעניינה של חלקה אחרת במסגרת הליך אחר בה נאמר כי לא הופעלו סמכויות שלטוניות בתחום שטח ההפקר; ושאלת העובדות העולות ממנשר שר הביטחון מיום 2.8.48 ושלוש המפות הנחזות להיות חלק מהמנשר, שנמצאו במהלך הליך הערעור.

בקשה לדיון נוסף על פסק-דין זה, שהגישה המדינה, בנימוק כי הוא נוגד את ההלכה הקובעת כי תעודת שר חוץ היא בבחינת ראיה קונקלוסיבית, נדחתה לאור הקביעה כי הגם שנפסק בעבר כי "מחלוקת בשאלה אם שטח מסויים נכלל בגבולות המדינה תוכרע בדרך כלל לפי תעודה של שר החוץ" וכך הוא בדרך כלל, הרי שפסק-הדין אינו כולל אמירה מפורשת הסותרת את ההלכה בדבר מעמדה של תעודת שר החוץ.

ההליך בפני בית-משפט קמא לאחר החזרת הדיון

4. בהליך שהתקיים בפני בית משפט קמא, לאחר החזרת הדיון אליו, חזרו המערערים על טענותיהם בהליכים שקדמו לו. לאור הנחיות בית המשפט שלערעור, ביקש בית משפט קמא לקבל את חוות-דעתו של מר קראוס, המומחה מטעם המערערים (להלן: מר קראוס), גם ביחס לשלוש המפות מיום 2.8.48, שכל אחת מהן נחזית להיות "המפה המצורפת למנשר". מר קראוס קבע כי אף לפי מפות אלה, המקרקעין מצויים מזרחית לקווי שביתת הנשק, קרי בשטח ההפקר (להלן: חוות-דעתו השנייה).

בית משפט קמא קבע כי מסקנות מר קראוס לא היו יציבות דיין, הן לאור זאת שבחוות-דעתו הראשונה הסתמך רק על המפות שהעבירו לו המערערים, בהן אין זהות בסימון קווי שביתת הנשק, הן לאור אישורו כי לא בדק את היחס בין חוות-דעתו הראשונה לזו השניה והן לאור אישורו כי קנה-המידה הקטן אינו מאפשר לקבוע ממצאים ודאיים. בהתאם לכך, קבע בית המשפט כי לא ניתן לקבוע ממצאים במידת הוודאות הדרושה, בהסתמך על חוות-דעתו ועדותו. מכל מקום קבע בית המשפט כי הסכם שביתת הנשק עליו התבססה חוות הדעת הוא הסכם צבאי ולכן אין בו כדי לקבוע את גורל השטח שבין קווי שביתת הנשק, והשטח שנתפס בפרט, או להקים חובה של אחד הצדדים לו כלפי הפרט.

לאור כל זאת, קבע בית המשפט כי המערערים לא הוכיחו באופן פוזיטיבי את מיקומם המדויק של המקרקעין ולא הוכיחו במידת הודאות הדרושה כי הם מצויים בתחום שהיה שטח ההפקר בין השנים 1948-1967 (להלן: תקופת הביניים). לצד זאת קבע בית המשפט כי יש מקום להסתמך אף על תעודת שר החוץ לפיה המקרקעין היו מצויים בשטח ישראל עוד לפני 1967.

5. נוסף על קביעה עובדתית זו, קיבל בית המשפט את טענות המשיבים בדבר שליטתה האפקטיבית של ישראל במקרקעין, שנתמכו בראיות מוצקות שהגיש המשיב 3 לענין זה. עוד קבע בית המשפט לענין שאלת תחולת הדין הישראלי על המקרקעין, שאין לקבל את טענת המערערים כי לאור פגמים לכאורה במנשר שר הביטחון משנת 1948 שהחיל את המשפט הישראלי גם על שטחים מוחזקים שהופיעו במפה המצורפת – לא חל המשפט הישראלי על שטח זה. בית המשפט התייחס בין היתר בהקשר זה להתפתחות הדינאמית בעיצובו של קו הגבול.

6. באשר לטענות המערערים כנגד נפקות תעודת שר החוץ, שהתבססו על סתירה לכאורה בין האמור בה לבין תעודה שהוגשה בהליך אחר (ה"פ 2625/86 ג'בשה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (לא פורסם, 6.5.91) להלן: ענין ג'בשה)) לפיה לא הופעלו סמכויות שלטוניות בשטח ההפקר – בית המשפט אמנם התייחס לכך שלא ניתן לייחס משקל משמעותי לעדותו של היועץ המשפטי של משרד החוץ היות שהוא אישר בעדותו כי אין לו מידע אישי לגבי התעודות השונות שהוצאו, אולם קבע כי בענין ג'בשה לא הומצאו ראיות באשר למיקומם המדויק של המקרקעין ומכאן שלא ניתן ללמוד ממנה על חלקת מקרקעין אחרת, אף אם היא קרובה. משכך, קבע כי אין מניעה להסתמך על תעודת שר החוץ.

ביחס לשאלה הרביעית שהעלה בית המשפט שלערעור – האם המקרקעין נמצאים בתחום ישראל לפי המפות הנחזות להיות חלק ממנשר שר הביטחון ואשר נמצאו רק במהלך הליך הערעור – קבע בית משפט קמא כי היות שהמשיבים לא הסתמכו על מפות אלה בסיכומיהם והיות שטענות המערערים נדחו מפאת יתר הנימוקים – אין מקום להידרש להשלכה האפשרית שלהן. נוכח דחיית התביעה מטעמים מהותיים, החליט בית המשפט שלא להידרש לטענות ההתיישנות והשיהוי שהועלו כנגד המערערים.

7. המערערים חוזרים על טענתם כי המנוח, שהיה הבעלים הרשום של המקרקעין, היה תושב ירושלים בתקופת הרלוונטיות לשאלת נפקדותו של הנכס. לטענת המערערים, תקופת הביניים במהלכה היה תושב ירדן, אינה רלוונטית לאור טענתם כי במהלכה היו המקרקעין נשוא הערעור חלק משטח ההפקר שנמצא בין קווי שביתת הנשק. על יסוד טענה זו כי המקרקעין היו ממוקמים בשטח ההפקר, טענו המערערים שההכרזה עליהם כנכס נפקד על-ידי האפוטרופוס על נכסי נפקדים, לו הוקנו המקרקעין בשנת 1968, היתה שלא כדין וכך גם הקנייתם למשיבה 1.

באשר לשאלת מיקום הנכס טוענים המערערים כי בית משפט קמא התעלם בפסק-דינו מחומר הראיות וטעה בקביעותו ביחס לחוות-דעתו של מר קראוס. ראשית, טענו המערערים כי חוות-הדעת של מר קראוס התייחסה לשטח ההפקר שהוגדר בהסכם שביתת הנשק כשטח כפי ששורטט על-ידי משקיפים מטעם האו"ם במפה המצורפת, היא המפה מע/4. המערערים טענו כי חוות-דעת זו לפיה המקרקעין מצויים בשטח זה לא נסתרה על-ידי המשיבים בפני בית משפט קמא. עוד נטען כי קביעת בית המשפט שבכך שאין זהות בין הקווים המסומנים במפות השונות יש כדי לפגום בחוות-הדעת, מוטעית שכן המערערים לא טענו לזהות כאמור, אלא להיפך – טענו כי לפי כל אחד מהסימונים – מצוי השטח מזרחית לקווים. עוד נטען כנגד קביעת בית המשפט כי המודד לא התייחס לשאלת היחס בין חוות-דעתו, שכן לטענת המערערים, מיקום המקרקעין במפות המנשר רלוונטי לשאלת תחולת הדין הישראלי, בעוד מיקומם לפי המפות האחרות שנותחו בחוות-הדעת הראשונה, רלוונטי לשאלת מיקום המקרקעין בשטח ההפקר. לצד זאת, טוענים המערערים כי מר כרמלי, מנהל מרחב ירושלים במרכז למיפוי ישראל (להלן: מר כרמלי) לא הצליח להבהיר את קביעתו בדבר גבולות השטח המפורז שלפי חוות-דעתו מצויים המקרקעין בתחומו, ולשיטתם, אף מהאמור בעדותו עולה כי אם אכן הקווים המשורטטים במפות עליהן התבססה חוות-הדעת של מר קראוס הם קווי שביתת הנשק – אז אכן המקרקעין נופלים בשטח ההפקר. באשר לניתוח מפות המינשר, כלל לא הביאו המשיבים חוות-דעת נגדית ומכאן שאין לטעון כנגד חוות-דעתו של מר קראוס לענין זה.

מעבר לכך, טוענים המערערים כי שגה בית המשפט כשקבע כי שליטתה האפקטיבית של המדינה הוכחה בראיות מוצקות, שכן מעבר לנטען בתעודת שר החוץ, כל שהוכח הוא כי היתה חזקה של יחידים על המקרקעין ולא כי הופעלו סמכויות שלטוניות. באשר לשאלת תחולת המשפט טוענים המערערים, ראשית כל, כי אין ללמוד

דבר משלוש המפות שכל אחת מהן נחזית להיות המפה המצורפת למינשר שר הביטחון, שכן המינשר מהווה תקנה בת פעל תחיקתי ומשהמפות לא פורסמו – לא ניתן להחיל את המשפט הישראלי על המקרקעין מכוחן. בנוסף, נטען כי לפי חוות-דעתו של מר קראוס, המקרקעין מצויים ממילא, אף לפי מפות אלה, ממזרח לקווים ולכן התעלמות בית משפט קמא מכך, בנימוק כי המשיבים לא ביססו על כך את טענותיהם, תמוהה.

לצד זאת, נטען כי אף מקביעת בית המשפט כי הוכח קיומה של שליטה אפקטיבית במקרקעין, אין ללמוד דבר על תחולת המשפט. ראשית, נטען כי בית המשפט התעלם בהקשר זה מכללי המשפט הבינלאומי המינהגי, מהתנהגותה של מדינת ישראל בהסכמים בינלאומיים ומתוכנו של הסכם האיכלוס משנת 51' לפיו החזקה בשטחים התפוסים נעשתה באופן לא חוקי ואין ליחס לה משמעות. בהקשר זה מפנים המערערים לבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2), 481 (2005) המלמד לשיטתם כי אין בשליטה אפקטיבית כדי ללמד על החלת המשפט.

מעבר לכך נטען כי יש לפרש את התיבה "שטח מדינת ישראל" בפקודת השיפוט והסמכויות תש"ח-1948 (להלן: פקודת השיפוט) כמתייחסת לשטחה לפי תוכנית החלוקה. בהקשר זה טוענים המערערים כי בית המשפט התעלם מחוות-דעת של היועץ המשפטי לממשלה בשעתו, לימים נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר, שהוגשה בשנת 1969, ולשיטתם משקפת עמדה לפיה פקודת השיפוט לא החילה את הדין הישראלי על שטח ההפקר. כן נטען כי הקביעה שחלו שינויים בגבולות, התומכים בפרשנות הדינאמית שמציעה המדינה לתיבה "שטח מדינת ישראל" בפקודת השיפוט – שגויה. זאת משום שלטענת המערערים קביעה זו מבוססת על ההבדלים בין המפות, בעוד שברור כי הקווים המסומנים בכל מפה מייצגים גבולות שונים – כך, במפות הסכמי שביתת הנשק מייצגים הם את גבולות שביתת הנשק, בעוד במפות המינשר הם מייצגים את תחולת המשפט. על כך מוסיפים המערערים בסיכומי התשובה שלהם כי עצם אימוצה של "פרשנות דינאמית" שכזו אינה מקובלת בפסיקה ואינה מבוססת.

באשר לנפקות תעודת שר החוץ נטען כי בית המשפט לא נימק כראוי את קביעותיו לענין פסק-דין ג'בשה והתעלם מהסתירה הנטענת בין תעודת שר החוץ בענייננו לזו שהוגשה בהליכים נוספים (ת"פ (בית שמש) 1193/04 מדינת ישראל נ' קרמר (לא פורסם, 13.3.05); ת"ת (י-ם) 14670/99 מדינת ישראל נ' פרטש (לא פורסמה, 22.8.01) (להלן: ענין פריטש)). לעמדת המערערים יש בסתירות אלה כדי לקעקע את הקונקלוסיביות של תעודת שר החוץ ולהוביל לדחיית טענות המדינה בתשובה

להוכחות המערערים בדבר מיקום השטח. מכל מקום נטען כי אין ללמוד מתעודת שר החוץ על תחולת המשפט הישראלי, שכן קביעת גבולות המדינה על-ידי משרד החוץ, אין בה, לשיטת המערערים, כדי ללמד כי המשפט הישראלי חל על המקרקעין.

לסיכום טענותיהם, טענו המערערים כי אם נותר ספק, הוא צריך לפעול לטובתם שכן החלת החוק הישראלי פוגעת בזכות הקניין שלהם ולכל הפחות צריך היה בית המשפט קמא להיענות לבקשתם להזמין את תיקי הועדה המשותפת לשביתת הנשק מהם ניתן ללמוד "על מצגה והתנהגותה של המדינה ביחס לשטח ההפקר".

טענות המשיבים

8. המשיבים 1-2 (להלן: המדינה) טוענים כי הגם שמוסכם כי המקרקעין היו בבעלות המנוח החל משנת 1933, אין חולק על כך שהוא התגורר בשטח ירדן ומשכך, והיות שלפי תעודת שר החוץ הוכח כי המקרקעין היו בתחום מדינת ישראל ובשליטתה האפקטיבית – לא יכול להיות חולק על תחולת חוק נכסי נפקדים על המקרקעין.

בפתח הדברים נטען כי שאלת גבולות המדינה, אליה מתייחסת תעודת שר החוץ, נכללת בגדרם של עניינים מדיניים בהם ימנע בית המשפט מלהתערב, בין היתר לאור ההשלכות של קביעות בית המשפט בעניינים שכאלה, היכולים להיות נושא למשא ומתן מדיני. מכך נובעת החשיבות הגדולה שבמעמדה הקונקלוסיבי של תעודת שר החוץ. בנוסף, נטען לגופה של תעודת שר החוץ בענייננו כי לא קיימת סתירה בינה לבין התעודה שהוגשה בענין ג'בשה, שכן שם קראו הצדדים לתוך התעודה את שאין בה ולמעשה התייחסה התעודה שם רק לשאלת הפעלת הסמכויות השלטוניות ולא ישירות לשאלת הימצאו של השטח בתחומי ישראל. מכל מקום, אין האמור בה מלמד על כל שטח ההפקר ובפרט על המקרקעין בענייננו, שנמצאים מערבית לחלקות בענין ג'בשה. כן טענה המדינה כי יש לדחות את טענת המערערים לסתירה בין תעודת שר החוץ שהוגשה בענין פריטש, לזו שהוגשה בענייננו. תמיכה לכך ניתן למצוא במכתב היועץ המשפטי של משרד החוץ שהוגש לבית משפט קמא, לפיו המדינה עומדת מאחורי האמור בתעודת שר החוץ בענייננו ומכאן שלא מדובר בטעות או בפגם בהליך הפוגמים במעמדה. כן נטען כי אף לו היתה מתקבלת טענת עמימותה של התעודה לאור סתירתה עם תעודות שר חוץ אחרות, יש לאבחן עמימות זו מהעמימות בגוף התעודה, אליה התייחס בית המשפט בת"א (י-ם) 208/52 יורשי שבבו נ' היילן, פ"מ ח' 455 (1953) (להלן: ענין שבבו) בקובעו כי במקרה שכזה יצטרך בית המשפט להסיק את מסקנותיו.

מעבר לכך, סומכת המדינה את ידיה על קביעות בית משפט קמא לענין חוות-דעתו של מר קראוס, לפיהן לא הוכח כי המקרקעין היו בתקופת הביניים בתחום שטח ההפקר ודוחה את טענותיהם שהתבססו על הסכם שביתת הנשק. נוסף על כך נטען כי מעצם תחולת הדין הישראלי על המקרקעין נובע (מכוח סעיף 1(ט) לחוק נכסי נפקדים) כי המקרקעין מצויים בשטח ישראל. לטענת המדינה, תחולת החוק הישראלי על שטח המדינה מובנת מאליה ולא לשם כך נועדה פקודת השיפוט. מטרת פקודת השיפוט אם כן היא להבהיר שהחוק הישראלי חל גם על שטחים המוגדרים במינשרים. על כך הוסיפה המדינה וטענה שפרשנות המערערים לתיבה "שטח מדינת ישראל" בפקודת השיפוט לפיה משמעה רק שטחי החלוקה – אינה סבירה, שכן לפיה אין החוק הישראלי חל על כל שטחי המדינה שאינם כלולים בתוכנית החלוקה או במנשרי שר הביטחון. על כן, יש לאמץ "פרשנות דינאמית" לתיבה זו, הנתמכת בדברי הכנסת 20, 1612 (התשמ"ג) ואומצה אף בפסיקה. מכל מקום, נקודת המוצא היא כי המשפט חל על כל שטח המדינה ועל הטוען אחרת מוטלת חובת ההוכחה ומשכך אין לקבל את טענת המערערים כי קיומו של ספק צריך להכריע את הכף לטובתם.

על כך מוסיפה המדינה כי משמצא בית משפט קמא כי המדינה אכן שלטה שליטה אפקטיבית ודחה את טענות המערערים כי מדובר בתפיסת הקרקע על-ידי יחידים ולא בהפעלת סמכויות שלטוניות, אין חשיבות לשאלת מיקום המקרקעין שכן מהפעלת הסמכויות השלטוניות ניתן ללמוד על תחולת החוק הישראלי. עמדת המערערים לפיה השליטה האפקטיבית אינה מלמדת על תחולת החוק הישראלי, אינה סבירה ויש להבחין בין הלכות שהתייחסו לשליטה אפקטיבית בשטחים התפוסים, בהם בחרה מדינת ישראל להחיל ממשל צבאי מכוח כללי המשפט הבינלאומי, לענייננו.

באשר לטענות המערערים בדבר מנשר שר הבטחון – שוללת המדינה את טענות המערערים כי לאור אי הבהירות לענין שלוש המפות שנחזות להיות המפות המצורפות למנשר, אין למנשר תוקף, שכן על אף שכאמור, אין המדינה מבססת את תחולת הדין הישראלי על המקרקעין בענייננו על מנשר זה, פרשנות שכזו תוביל לתוצאה מופרכת החורגת מענייננו, כאילו עד שנת '67 לא היתה ירושלים בריבונות ישראלית. מכל מקום מצינת המדינה כי בית-המשפט לא קבע ממצאים ברורים לגבי שלוש המפות.

9. המשיבים 3-4 (להלן גם: המשיבים) טוענים כי המערערים לא הוכיחו את מיקום המקרקעין ותחולת החוק הישראלי עליהם, באופן הסותר את תעודת שר החוץ. בהקשר זה העלו המשיבים טענות כנגד חוות דעתו של מר קראוס שלטענתם היתה



"מוזמנת" ולא התבססה על כל המפות הרלוונטיות ובכללן מפת העיר, ממנה עולה כי המקרקעין מצויים בשטח ישראל. עוד נטען כי אף בהתאם למדידות שערך מר כרמלי, המומחה מטעם המדינה, ניתן להגיע למסקנה שהמקרקעין היו בשטח ישראל. בהקשר זה טוענים המשיבים כי לא רק שלא הוכח שהמקרקעין היו בשטח ההפקר, אלא שמהראיות שהגיש המשיב 3 למעלה מן הצורך, אף הוכח כי המקרקעין היו בשליטת ישראל. כך, מפנים המשיבים לראיות שהציג המשיב 3 לענין השליטה האפקטיבית באמצעות חברת עמידר, המלמדות שהמדינה הפעילה את חוקיה באופן פוזיטיבי. באשר לטענת המערערים כי לפי מפת האיכלוס משנת 51' השטח נתפס על-ידי יחידים בניגוד להסכם שביתת הנשק, נטען כי המערערים לא הראו מיתאם בין החלקה שלהם לבין השטחים שנתפסו על-ידי יחידים ומופיעים במפה. בנוסף, פרשנות המערערים להסכם האיכלוס אינה מתחייבת ולעמדת המשיבים הכירו הצדדים דה-פקטו בתפיסות שנעשו ואף התייחסו בהסכם לשירותים שלטוניים שינתנו, תוך שהסכימו כי לא יתפסו שטחים מעבר לכך. מכל מקום, טוענים המשיבים 3-4 כי שליטה אפקטיבית מוכרת במשפט הבינלאומי כאחת הדרכים להכרה בשטח כשטח בריבונות המדינה, ומשכך לא היה צורך בסיפוח על מנת לקבוע כי המקרקעין מצויים בשטח ישראל.

באשר לשאלת תחולת המשפט ומעמדה של תעודת שר החוץ, מעלים המשיבים 3-4 טענות דומות לאלו שהעלתה המדינה ומוסיפים כי למעשה זנחו המערערים את טענתם לענין מעמד תעודת שר החוץ. לצד זאת, נטען כי טענת המערערים לענין משמעותה של קביעת הגבול המדיני על תחולת המשפט אינה מנומקת ויש לדחותה. כן נטען כי אף לו היתה מתקבלת הטענה כי המקרקעין היו בשטח הפקר, אין בכך כדי לומר כי השטח הוא "ללא משפט", שכן אף לפי כללי המשפט הבינלאומי – אין שטח ללא משפט.

לבסוף נטען כי הטענות כנגד תקפות המנשר אינן רלוונטיות שכן ממילא הוכחה שליטה אפקטיבית המובילה למסקנה כי המשפט הישראלי חל.

ד"ן

10. השאלה המרכזית שלפנינו היא שאלת מיקום המקרקעין ולאור זאת, שאלת תחולתו של חוק נכסי נפקדים על המקרקעין נשוא הערעור, שמכוחו הכריז האפוטרופוס לנכסי נפקדים על המקרקעין כנכס כנפקד והקנה אותם לרשות הפיתוח.

סעיף 1(ה) לחוק נכסי נפקדים מגדיר נכס נפקד בין היתר כנכס שהחל מיום 29.11.47 ועד לאכרזה על ביטול מצב החירום היה בעליו החוקי נפקד. הגדרתו של "נפקד" מופיעה בסעיף 1(ב) לחוק בזו הלשון:

(ב) "נפקד" פירושו -

(1) אדם אשר - בכל עת בתוך התקופה שבין יום ט"ז בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947) ובין היום בו תפורסם אכרזה, בהתאם לסעיף 9 (ד) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, 2, כי מצב החירום שהוכרז על ידי מועצת המדינה הזמנית ביום י' באייר תש"ח (19 במאי 1948) 3 חדל מהתקיים - היה בעל חוקי של נכס שבשטח ישראל או נהנה ממנו או החזיק בו, בעצמו או על ידי אחר, ובכל עת בתוך התקופה האמורה -

(I) היה אזרח או נתין של לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר הירדן, עיראק או תימן, או

(II) נמצא באחת הארצות האלה או בכל חלק של ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל, או

...

(ההדגשות הוספו - ע.א.)

על הגדרה זו מוסיף סעיף 1(ט) לחוק כי "שטח ישראל" פירושו - השטח בו חל משפט מדינת ישראל ומכאן טענות הצדדים הנוגעות לתחולת המשפט וחורגות משאלת מיקומם הפיזי של המקרקעין. מכל מקום, משלא היתה מחלוקת בענייננו על כך שהמנוח התגורר בתקופת הביניים שבין השנים 1948-1967 בתחומי ירדן, נסוב הדיון על שאלת הימצאו של הנכס בשטח ישראל בתקופה האמורה.

11. שאלה זו כרוכה בהשתלשלות העניינים ההיסטורית סביב קו התפר שבין ישראל לירדן בין השנים 1948-1967, שיש מקום להתייחס אליה, ולו בקצרה. תחילתה של עמימות זו במפת הסכם הפסקת האש בין ישראל לירדן מיום 30.11.48, בה שורטטו קווי שביתת הנשק על-ידי מפקד הכוחות היהודיים באזור ירושלים בעת מלחמת השחרור, משה דיין, ומפקד הכוחות הערביים באזור ירושלים, עבדאללה אל-טל. קווים אלה שורטטו על גבי מפה המכונה לעיתים גם "מפת עובי הקו" על שום עוביים של קווי שביתת הנשק ששורטטו באמצעות עפרון שעווה במפה זו, שהיתה בקנה מידה קטן יחסית (יוער כי במפה שצורפה על-ידי המערערים ומסומנת מע/4 צוין קנה המידה 1:10,000 יחד עם זאת, במקורות אחרים צוין כי המפה המדוברת היתה בקנה מידה של

1:20,000. ראו למשל: נתן שור תולדות ירושלים כרך ג' - מתקופת התנזימאת ועד 1986, 855 (1987) להלן: שור). נציגי שני הצדדים תחמו את שטחי שתי המדינות, תוך הבהרה שאין בהם כדי לקבוע מראש קווי גבול לעתיד, בשני קוים שביניהם נותר שטח הפקר (No man's Land). בהמשך, אושרו קווי שביתת הנשק במסגרת הסכם רודוס שנחתם ב-3.4.49 (הסכם ממלכת הירדן ההאשמית – ישראל על שביתת נשק כללית, כ"א 1, 37 נחתמה ב-1949)).

עם השנים התיישבו משפחות משתי המדינות בבתים בשטח ההפקר, בניגוד להסכם בין הצדדים. לאור זאת ובמסגרת ועדת שביתת הנשק ישראל-ירדן, נחתם ב-3.7.51 הסכם נוסף, הוא הסכם האיכלוס אליו מתייחסים הצדדים בכתבי טענותיהם, בו הוחלט לשמור על הסטאטוס-קוו שנוצר מאז שביתת הנשק. עוד על השתלשלות העניינים ההיסטורית ראו: שור, החל מעמ' 855.

מכאן שהמחלוקת בין הצדדים נובעת הן מהשאלה המקדמית האם היה הנכס נשוא העתירה מלכתחילה בתחום שטח ההפקר ואף אם כן – האם היה בהסכם האיכלוס כדי לשנות זאת.

12. בית משפט קמא הכריע בשאלה זו בקובעו כי המערערים לא הצליחו להוכיח באופן פוזיטיבי כי הנכס נשוא התביעה מצוי בשטח ההפקר והוסיף על כך כי אף לפי תעודת שר החוץ שהוצגה מטעם המדינה, היה הנכס בתחום מדינת ישראל.

באשר לקביעותיו העובדתיות של בית המשפט, בכל הנוגע להערכת חוות-דעת של מר קראוס, המודד מטעם המערערים, והעדפתה של חוות הדעת מטעם המדינה, שהוגשה על-ידי מר כרמלי – מצאתי לקבל את קביעותיו של בית משפט קמא ואיני רואה מקום להתערב בהן. הלכה היא כי התערבות ערכאת ערעור בממצאים עובדתיים שנקבעו בערכאה הדיונית תעשה רק במקרים חריגים וקיצוניים, כגון מקרים בהם נפל בהכרעתה של הערכאה הדיונית פגם היורד לשורשו של עניין, או כשהממצאים שקבעה ערכאה זו אינם מבוססים על פניהם (אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 668 (2009); ע"א 8753/07 עזבון המנוח בהיג' נ' האפורופוס הכללי לנכסי נפקדים פסקה ט' לפסק-הדין (לא פורסם, 16.11.2010) (להלן: ענין בהיג'); ע"א 8589/06 שפיגל נ' איינס, פסקה 37 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר (טרם פורסם, 14.5.08); ע"א 583/93 מדינת ישראל נ' טחנת קמח שלום פ"ד נ(4) 536 (1997)). בפרט נכון כלל זה בכל הנוגע להערכת חוות-דעת מקצועיות הניתנות על-ידי מומחים (ע"א 5787/08 קפאח נ' משרד הבריאות, פסקה 5 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל (טרם פורסם, 10.8.10)). בענייננו, ביסס בית

משפט קמא את חלקה הארי של הכרעתו על ניתוח חוות-דעתו של מר קראוס, ומשכך, לא ניתן לומר כי היא אינה מבוססת.

משביקשו המערערים להשיג על תקפות הקנייתם של המקרקעין לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, היה עליהם להרים את הנטל כי בניגוד לעמדתו, לא היו המקרקעין בשטח ישראל. כבר נאמר כי בהתאם לסעיף 30(א) ו-30(ב) לחוק נכסי נפקדים ומכוח תקינות המעשה המנהלי, אישור האפוטרופוס על אדם או על נכס כנפקד הוא ראיה להיותם נפקדים כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר (ע"א 2576/03 וינברג ואח' נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (לא פורסם, 21.2.07); ענין בהיג', פסקה ט' לפסק-הדין). הנה כי כן, משהוצג אישור זה, לפיו המקרקעין נשוא הערעור הינם נכס נפקד, היה על המערערים להרים את נטל הראיה ואיני סבורה כי יש מקום להתערב בקביעתו של בית משפט קמא, שכאמור ראה ובחן את הראיות, כי נטל זה לא הורם.

בהקשר זה יוער כי אף מטענות המערערים כי צריך היה בית משפט קמא לאפשר להם להזמין את תיקי הועדה המשותפת לשביתת הנשק עולה כי לא היה בתיקים אלה כדי להשפיע על קביעתו בשאלת מיקום המקרקעין, שכן המערערים בעצמם נימקו טענתם זו בכך שניתן היה ללמוד מתיקים אלה על "מצגה והתנהגותה של המדינה ביחס לשטח ההפקר" ולא על מיקומם. שאלת יחסה ושליטתה של המדינה בשטחים אלה אינה רלוונטית משנקבע כי ממילא היו המקרקעין בשטח ישראל בתקופה האמורה. עוד יוער, באשר למפה אליה התייחס מנשר שר הביטחון מיום 2.8.48, כי מעבר לכך שהעמימות העולה מכתבי הטענות ומפסקי הדין בענייננו באשר לאותה מפה אליה מפנה המנשר – מורידה ממהימנותה של כל אחת מהמפות הנחזות להיות מפה זו ומחלישה כל הסתמכות עליהן, הרי שממילא אין במפת המנשר כדי לשנות את קביעת בית המשפט בדבר מיקום המקרקעין. זאת משום שאף לו היה ברור איזו משלוש המפות הנחזות להיות "המפה המצורפת למנשר" היא המפה המצורפת, ואף לו היה מוכח כי לפיה מצויים המקרקעין בתחום שטח ההפקר, אין בכך כדי להוכיח כי לאחר חתימת הסכמי שביתת הנשק, שהיו כידוע מאוחרים למנשר שר הביטחון – אכן נותרו המקרקעין מחוץ לשטח ישראל.

13. בית משפט קמא הדגיש כי הראיות שהגישו הצדדים נבחנו לאור הוראת בית המשפט שלערעור, שהובהרה בהחלטת כב' השופט ריבלין במסגרת בקשה לדיון נוסף (דנ"א 3888/07 רשות הפיתוח נ' עומרי (לא פורסמה, 10.6.07)), לפיה במקרה הספציפי ראוי לבחון מספר עניינים נוספים מעבר להסתמכותו של בית המשפט על תעודת שר החוץ בטרם יגיע בית המשפט למסקנה סופית. אולם, לצד זאת שב והתייחס בית משפט

קמא למעמדה הראייתי של תעודת שר החוץ וציין כי אין מקום שלא להסתמך עליה בענייננו.

הנה כי כן, הגם שמשקבע בית משפט קמא כי התובעים לא הרימו את נטל ההוכחה בדבר מיקום הנכס, ספק אם היה צורך להיזקק כלל לתעודת שר חוץ בענייננו, והגם שסוגיית מעמדה של תעודת שר החוץ אינה מצויה עוד במוקד הכרעתו של בית משפט קמא – איני סבורה כי ראוי לפטור עצמנו מן הדיון בסוגיה זו, ולו משום שעמדה ברקע ההליכים השונים בתיק.

תעודת שר חוץ

14. מקור השימוש בתעודת שר חוץ בשיטתנו הינו במשפט האנגלי שקבע כלל ראייתי על מנת למנוע מצב בו בעניינים המשפיעים על יחסי המדינה עם מדינות אחרות, "תדבר המדינה בשני קולות" (כדברי הלורד אטקין, *The Arantzazu Mendi* (1939), a.c. 256, 264); שבתאי רוזן, "תעודת משרד החוץ" הפרקליט י 33 (תשט"ו) (להלן: רזן)). כלל זה המעוגן במשפט האנגלי הן בפסיקה והן בחקיקה בנוגע לנושאים ספציפיים (ראו בין היתר: *Duff Development Co. v. Kelantan Government* [1924] A.C. 787; *R v The Secretary of State for Foreign Affairs ex parte Trawnik and another*, Queen's Bench Divisional Court (Crown Office List) *The Times* 18 April 1985, *Republic of Somalia v. Woodhouse Drake & Carey (Suisse)* ;co/1234/84, co/1528/84 State Immunity Act 1978 ;S.A. and Others [Queen's Bench Division][1993] QB 54 Crown Proceedings Act 1947, ;Diplomatic Privileges Act 1964, Section 4 ;(c.33) Section 40 (3), מקובל אף במדינות אחרות (יורם דינשטיין סמכויות המדינה כלפי פנים 153 (1972)); *Oetjen v. Central Leather Co* 246 U.S 297 (1918) ; ובכללן לא רק מדינות המשפט המקובל, אלא אף מדינות ה-Civil Law שנוהגות כך בפועל, הגם שאין בשיטתן כלל מפורש שכזה (איל בנבנישתי "השלכות שיקולי בטחון וקשרי חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ" משפטים כ"א 221, בעמ' 242 (תשנ"ב)). לפי כלל זה, כפי שהשתרש בשיטתנו, בשאלות הנוגעות לנושאים מדיניים יפנה בית המשפט אל הרשות השלטונית המוסמכת, שהיא, ככלל, שר החוץ, ותשובת הרשות שתינתן בדרך של תעודה מטעמה, תהווה ראייה סופית וגמורה (ע"פ 131/67 קמ"אר נ' מדינת ישראל פ"מ כב(2) 85, 93 (1968) (להלן: ענין קמ"אר); יעקב קדמי על הראיות חלק שני 1000 (2009); אליהו הרנון דיני ראיות חלק שני 47 (1987) (להלן: הרנון- דיני הראיות).

15. הנה כי כן, הרציונאל העומד ביסוד הכלל הראייתי בדבר הקונקלוסיביות של תעודת שר החוץ הינו שבעניינים מדיניים, ראוי כי הרשות המבצעת היא שתצהיר על עמדתה של המדינה (177, בעמ' 34). יחד עם זאת, לא כל מקום בו יש לשאלה הנדונה השלכות מדיניות, יעשה שימוש בתעודת שר חוץ. כך למשל, הגם שבשיטות אחרות נעשה שימוש רחב יותר בכלי זה, בשיטתנו מוגבל השימוש בו למקרים בהם השאלה שבמחלוקת היא שאלה שבעובדה (ענין קמיאר, בעמ' 94). משמעות הדברים היא שיתכנו מקרים בהם תהיה להכרעה בשאלה משפטית השלכה מדינית, ולמרות זאת, אין מקום לעשות שימוש בתעודת שר חוץ (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב, 792 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה); השוו: בנימין רובין "תחום תחולת המשפט, שטח המדינה ומה שביניהם" משפטים כ"ה 215, בעמ' 224 (תשנ"ה) (להלן: רובין)). בהקשר זה יש מקום להבהיר כי לעיתים, שאלה המאופיינת כשאלה משפטית במישור הבינלאומי, הינה שאלה עובדתית במישור של הדין הפנים-מדינתי ולכן בהקשר הנדון, תחשב כשאלה עובדתית (רובין, בעמ' 215). כזוהי למשל שאלת ריבונותה של מדינה (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 926).

אולם נראה כי אף באשר לשאלות שבעובדה, יש מקום לבחון מהם אותם "עניינים מדיניים" ומהן הנסיבות בהן ראוי להיזקק לתעודת שר חוץ, וזאת לאור אופיה הקונקלוסיבי המהווה חריג להליך הבירור השיפוטי הרגיל.

16. בענין קמיאר ניתנה תשובה כללית לשאלת הגדרתם של אותם עניינים מדיניים, לפיה עניינים אלה "מוגדרים בקטלוגים המצויים בספרים ואפשר להוסיף עליהם מתוך פסיקת בית המשפט בישראל". הקטלוג המהווה את נקודת המוצא לדיון, שיסודה כאמור במשפט האנגלי, מצוי ברשימתו של המלומד אופנהיים, המונה בין היתר שאלות של הכרת המדינה במדינה זרה, מעמדה הריבוני ושטחה של מדינה זרה, קיומו של מצב מלחמה והיקף סמכות השיפוט של המדינה (ראו מהדורתו המעודכנת של ספר זה: L.F.L OPPENHIEM OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 1046 – 1052 (9th ed., R. Jenings & A. Watts ed., 1992). על עניינים אלה הוסיפו מלומדים אחרים (ראו למשל A.B. Lyons *The Conclusiveness of the Foreign Office Certificate* 23 BYBIL 240 (1946); HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND (4<sup>th</sup> ed.), Vol 18, para.1420 (1977). ובשיטתנו, ראו: הרנון - דיני הראיות, בעמ' 47; 177, בעיקר בעמ' 45). כן הוסיפה פסיקתנו על עניינים אלה. כך, בענין קמיאר, שעסק בשאלת הסגרתו של אזרח ישראל לשוויצריה, נקבע כי תעודת שר חוץ לענין יחסי המדינה עם ממשלת שוויצריה וחבותה של ישראל לפי אמנת ההסגרה – מהווה ראיה ניצחת (ענין קמיאר, בעמ' 94). בענין אחר, שעסק באחריות המדינה בנזיקין, צוין כי דרך ההוכחה בשאלת קיומו של מצב מלחמה היא

שימוש בתעודת שר חוץ (ע"א 311/59 מפעל תחנות הטרקטורים נ חייט פסקי-דין י"ד 1609, 1612 (1960)). סוגיה נוספת שהוגדרה כענין מדיני שיש להוכיחו באמצעות תעודת שר חוץ הינו שאלת חסינותם של נציגים דיפלומטיים, שהיו מעורבים באירוע דריסה (ענין שבבו שהוזכר לעיל). שאלת החסינות שבה ונדונה בת"א (י-ם) 2538/00 נוריץ נ' הרשות הפלסטינית, פ"ד תשסב(2) 776 (2003), שעסק בתביעות נזיקיות נגד הרשות הפלשתינית, ובו קבע בית המשפט המחוזי בדעת רוב כי הוכחה של ריבונותה וחסינותה של הרשות הפלשתינית תעשה באמצעות תעודת שר חוץ. יצוין כי במסגרת הליך הערעור לא נדונה שאלה זו לגופה (רע"א 4060/03 הרשות הפלסטינית נ' דיין, פסקה 4 לפסק-הדין (לא פורסם, 17.7.07)).

ענין נוסף שנכלל במסגרת אותם עניינים מדיניים שתעודת שר חוץ נדרשת להוכחתם הינו שאלת גבולות המדינה והיות שבענין זה עסקינן – אתיחס לפסקי-הדין בהם נדונה שאלה זו, ביתר פירוט. ענין שטח המדינה עומד במוקד אחד המקרים המרכזיים במשפט האנגלי הנוגעים לשימוש בתעודת שר החוץ (The Fagernes [1927] (P 311, 324, C.A.)). בשיטתנו עלתה שאלה זו כבר בשנותיה הראשונות של המדינה, במסגרת ערעור על הרשעתו של אדם בעבירות של מסירת ידיעות לאויב. במסגרת הערעור, עלתה הטענה כי המעשים נעשו מחוץ לשטח המדינה ומשכך נעדר בית המשפט סמכות שיפוט. על כן, נתבקשה תעודת שר חוץ ונקבע כי האמור בה מהווה תשובה ניצחת לספקות שהעלה המערער בדבר הימצאו של השטח המפורז בין ישראל לסוריה בגבולות המדינה (ע"פ 126/51 אל-טורדאני נ' היועץ המשפטי לממשלה פסקי-דין ו' 1145, 1146 (1952)). אף בע"פ 11/59 קאסס נ' היועץ המשפטי לממשלה פסקי-דין י"ד 1065 (1960)), בו נדון ערעורם של רוצחי חבר קיבוץ נחל עוז רועי רוטנברג, נקבע ביחס לעניינים הנוגעים להגדרת גבולות המדינה כי מותר להוכיחם באמצעות תעודת שר חוץ. בפסק-דין מרכזי נוסף לענין זה, נדון מעמדה של תעודת שר חוץ במסגרת עתירה שתקפה הוצאת צו תפיסת מקרקעין באזור יהודה ושומרון (בג"ץ 2717/96 ופא נ' שר הביטחון פ"ד נ(2) 848 (1996) (להלן: ענין ופא)). השופט י' זמיר ציין בפסק-הדין כי ההלכה היא שמחלוקת בשאלה אם שטח מסויים נכלל בגבולות המדינה תוכרע בדרך כלל לפי תעודה של שר החוץ וכי הלכה זו נובעת מההלכה הרחבה לענין שימוש בתעודת שר חוץ "בעניינים מסויימים בתחום יחסי החוץ של המדינה" (ענין ופא, בעמ' 855). בפסק-דין זה נקבע כי שאלת שליטתו של צה"ל על שטח מסויים תוכרע באמצעות תעודת מפקד כוחות צה"ל באזור, המוסמך לענין זה כשם ששר החוץ מוסמך לענין הוכחת שטח המדינה. למקרים נוספים בהם הוזכרה ההלכה בדבר הוכחת גבולות המדינה בדרך זו, ראו: בג"ץ 283/69 וידי נ' ביהמ"ש הצבאי פסקי-דין כ"ד, חלק שני 419, בעמ' 423 (1970); בג"ץ 256/01 דבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים

פ"ד נו(2), 930 (2002); בג"ץ 7564/95 רביע נ מפקד כוחות צה"ל (לא פורסם, 13.8.98); בג"צ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979). כן ראו בג"ץ 335/53 אל יוסף נ' המושל הצבאי פסקי-דין ח', 341, בעמ' 342 (1954), שם אמנם נעשה שימוש בתעודת שר בטחון, אולם נראה כי הדבר נובע מכך שהוא שאחראי על ביצוע תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 שנדונו שם, ולא משוני מהותי בשאלת שימוש בתעודת שר החוץ להוכחת גבולות המדינה (לענין זה ראו: רון, בעמ' 40).

מסקירה זו עולה כי שאלת מרחב הריבונות הטריטוריאלית הינה אחת השאלות המרכזיות שלהוכחתן נזקק בית המשפט לתעודת שר חוץ. אולם כאמור, תחימת העניינים בהם יעשה שימוש בתעודת שר החוץ נגזרת אף מאופי ההליכים ונסיבות המקרה ולא רק מהענין הנדרש להוכחה.

17. המקרים שאוזכרו לעיל מלמדים כי כפי שמאפשר הדין האנגלי (רון, בעמ' 35), אף בשיטתנו ניתן לעשות שימוש בתעודה זו בסוגי הליכים שונים. בעוד בהליכים האזרחיים על-פי רוב התבקשה תעודת שר החוץ מקום בו לא היתה המדינה צד לסכסוך, הרי שבהליכים הפליליים ובהליכים מינהליים, מטבע הדברים היתה המדינה בעלת דין (בין כמאשימה ובין כרשות המינהלית שפעולתה עמדה לביקורת). בענין קמיאר, התייחס בית המשפט למידת מעורבותה של המדינה בסכסוך כאחד השיקולים לתחימת השימוש בתעודת שר חוץ באומרו:

"...טוען היועץ המשפטי ואומר שבכל הנוגע ליחסי המדינה עם מדינות אחרות, דין הוא שהממשלה ובתי- המשפט "יתנבאו בסגנון אחד" וינקטו עמדה אחידה (כפי שנאמר באנגליה במשפט THE FAGERNES; [17], AT P. 324, (1927)), ואסון יהיה אם מדינה אחת תדבר כלפי חוץ בשתי לשונות הסותרות זו את זו. מקבל אני עלי את הדין בכל אותם העניינים אשר בהם סמכות הקביעה הסופית נתונה בידי הממשלה - הם העניינים המנחים בקטלוגים ההם שבספרים. מה שאין כן בעניינים הנתונים, מטבע ברייתם, להכרעה שיפוטית - ובפרט באותם העניינים אשר בהם מתגונן האזרח כנגד תביעה או דרישה של מדינתו, או אשר בהם תובע אזרח זכות כלשהי כנגד מדינתו: בעניינים שכאלה אין הממשלה אלא אחד מבעלי הדין העומדים לפני בית-המשפט, והיא אינה קובעת את הדין אלא אך טוענת לדין; שאם לא תאמר כן, הרי בעל דין נעשה דיין. ואשר לאסון, נראה לי כי שפה משותפת ודעה אחידה תמיד של הרשות המבצעת ושל הרשות השיפוטית שבמדינה, ואפילו רק כלפי חוץ - ריח רע של טוטליטריות נודף ממנה; ובמידה שבת-המשפט בלתי תלויים הם ברשות



המבצעת ומדברים בלשונם שלהם בלבד, בה במידה תעלה קרנה של המדינה בעיני האומות המתוקנות שבעולם. (ענין קמ'אר, בעמ' 94 – ההדגשות הוספו – ע.א.).

עם השנים נתפרשה אמירה זו כמתייחסת למקרים בהם נוגעת ההכרעה השיפוטית לשאלות משפטיות בלבד (ראו: אליהו הרנון "הפעלת הידיעה השיפוטית – אימתי וכיצד?" עיוני משפט ד' 5, בעמ' 12 (תשל"ה-תשל"ו), אולם נראה כי מעבר לכלל לפיו אין מקום להשתמש בתעודת שר חוץ בשאלות משפטיות, יש גם מקום לנקוט משנה זהירות בכל ענין המובא להכרעה שיפוטית, אף אם מדובר בשאלה עובדתית, מקום בו המדינה היא בעלת דין ולא מקור סמכות נייטראלי שבית משפט נזקק לעמדתו במסגרת הליך המתקיים בין שני פרטים.

נוסף על כך, בחלק מהמקרים שאוזכרו לעיל, נעשה השימוש בתעודת שר חוץ כ"משענת שניה" להכרעה ובבחינת למעלה מן הצורך, מקום בו הוכחו העובדות גם בראיות רגילות. סבורני כי יש מקום להקפיד על כך שהשימוש בתעודת שר חוץ יצמצם למקרים בהם לא ניתן להוכיח את השאלה שבמחלוקת וכי לא יעשה בכלי זה שימוש מקום בו פניית בית המשפט לשר החוץ נעוצה בקשיי הוכחה שניתנים לפתרון, אף אם פתרון זה כרוך בחוסר נוחיות של בעלי הדין או "חסכון בזמן שיפוטי" (ראו והשוו: 40, 39, 34, בעמ' 40).

מובן שאין בהערות אלה כדי לתחום את כל המקרים בהם ראוי לעשות שימוש בתעודת שר חוץ. כך למשל, יכולה להתעורר השאלה בדבר אפשרות השימוש בתעודת שר חוץ לשם הוכחת אירועים שהתרחשו לפני קום המדינה (ראו: 40, בעמ' 45), או השאלה איזה משקל יש ליחס לתעודת שר חוץ שנמצא כי אינה בהירה דיה (ראו ענין שבבו, בעמ' 459) ושאלות רבות אחרות החורגות ממסגרת דיון זה. אולם ניתן לסכם ולומר כי הקו המנחה צריך להיות כזה שיבטיח שימוש מידתי בכלי זה וזאת לאור הקושי הטבוע בראיות קונקלוסיביות, הנובע מחסימת דרכו של הפרט לתקוף את שהן באות להוכיח.

במבט אל מעבר לים, ניתן לראות כי הערות בדבר השימוש המדוד שיש לעשות בכלי זה הועלו אף בפסיקה האנגלית, בה כאמור מצויים שורשי השימוש בתעודת שר חוץ (ראו: Lord Denning's opinion in *Hesperides Hotels LTD and Another v. Aegean Christian and others v The Turkish Holidays LTD And Another* [1978] QB 205, 216-218 Queen, Privy Council, para. 10 (Lord Hoffmann's opinion) and para. 33 (Lord Woolf's Lord Wilberforce's opinion in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner &* ;opinion) [2006] UKPC 47

Lord Denning's opinion in *Re James* [1977] 1 *Keeler Ltd.* (No.2) [1967] 1 A.C. 853, 954; All E.R.364, 370-372; כן ראו לענין המשקל השונה של תעודת שר חוץ בהתאם לעניינה: (Sir Simon P's opinion in *Adams v Adams* (1970) 3 All E.R. 572, 583). להתייחסות אקדמית לכך ראו: Colin Warbrick, *Executive Certificates in foreign affairs: Prospects for review and control* (1986) 35 I.C.L.Q., p. 153. לכך יש להוסיף בזירות כי בחינה השוואתית מעלה כי בשנים האחרונות נעשה שימוש מצומצם יותר מבעבר בכלי זה בשיטות משפט זרות. אמנם, ניתן לשער כי אחת הסיבות לכך היא שעניינים מסוימים, דוגמת שאלת שטח המדינה, הפכו קבועים וברורים יותר במרבית מדינות העולם ובשל כך לא הובאו להכרעה שיפוטית, וממילא גם לא נדרשה תעודת שר חוץ בעניינם, אולם קשה לייחס זאת לכל העניינים שלהוכחתם נעשה בעבר שימוש בתעודת שר חוץ.

18. לאחר שנפרשה יריעה זו בדבר השימוש בתעודת שר החוץ, אחזור ואומר כי ספק בעיני אם המקרה שלפנינו הוא אכן כזה בו לא ניתן היה להכריע במחלוקת מבלי להידרש לתעודת שכזו, וזאת בהתבסס על כללי הראיות ונטלי הוכחתן. אמנם, מתיאור השתלשלות העניינים בפסק-הדין הראשון בענייננו שניתן על-ידי כב' סגנית הנשיא 'הכט (ת"א 1864/96) עולה כי בטרם התבקשה תעודת שר חוץ, עשו הצדדים מאמצים למצוא מפות נוספות לשם הוכחת טענותיהם, אולם יש להדגיש כי לא כל מקום בו יכשל הצד הנדרש להרים את נטל ההוכחה במשימתו זו – משמעות הדבר היא כי לא ניתן להכריע במחלוקת באמצעות כללי הראיות הרגילים. סבורני כי אף מהוראות בית משפט זה בהליך הערעור בדבר השאלות הדורשות הכרעה בטרם ידחה בית משפט את התביעה על יסודה של תעודת שר חוץ (ע"א 948/05 עומרי נ' רשות הפיתוח (לא פורסם, 11.4.07)), עולה קושי זה. מכל מקום, משנקבע כי לא הוכח מיקומם של המקרקעין באופן פוזיטיבי, הרי שהגם שהתבקשה תעודת שר החוץ – אין צורך להכריע בספק זה ודי בקביעה עובדתית זו כדי להוביל למסקנה כי דין הערעור להידחות.

19. בטרם סיום אציין כי בית משפט קמא הוסיף והתייחס לשאלת השליטה האפקטיבית של ישראל במקרקעין. כפי שעולה מסקירת טענות הצדדים, לא נעלמו מעיני טענותיהם בסוגיית שליטתה האפקטיבית של המדינה במקרקעין ונפקותה ביחס לתחולת המשפט וגבולות המדינה, אולם משהוכרע כי השטח אכן היה בתחומי ישראל, איני רואה צורך להידרש אליהן. אף אין מקום להתייחס לטענות המשיבים 3-4 בדבר תקנת השוק וחוק המכר שכן משנקבע כי המקרקעין היו בשטח המדינה, הרי שבדין הוקנו לאפוטרופוס על נכסי נפקדים.

לאור כל האמור, ולו תשמע דעתי, נקבע כי דין הערעור להידחות וכי יש לחייב את המערערים בשכר טרחת עורך-דין בסך 5,000 ₪ לטובת כל אחד מארבעת המשיבים שהגישו כתבי טענותיהם בהליך זה.

ש ו פ ט ת

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניט:

אני מסכים כי דין הערעור להידחות. עם זאת, בנסיבות העניין, כפי שעלו בסיבוב השני בבית המשפט המחוזי, סבור אני שכנראה עוד תבוא השעה על מנת להכריע בנפקותה של תעודה של שר החוץ.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, כ' באדר א' תשע"א (24.2.11).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט