

זכויות במקרקעין באזור יהודה והשומרון: הליכי הכרה, כללי הכרה וכללי הגנה

מאת

רונית לוי-שנור*

מאמר זה מציג מסגרת שיטתית לבחינת מקומן וערכן המשפטי של זכויות קנייניות בשיטת משפט מסוימת. מסגרת זו מורכבת משלושה ממדי בחינה: הממד הראשון נוגע בהליכי ההכרה בזכות, כלומר ההליכים או הפרוצדורות שאותם יש לבצע על מנת שזה שהוכר בסיומם יחזיק בידו זכות קניינית מוכרת. הליך הכרה בזכות קניינית הוא המנגנון החוקי-פורמלי שבאמצעותו מכיר הדין בזכות אישית או קבוצתית ראשונית במקרקעין; הממד השני נוגע בכללי ההכרה בזכות, היינו בכללים המהותיים שבהם על תובע זכות קניין לעמוד כדי להיות זה אשר בסיומו של הליך הכרה יוגדר כבעל הזכות. כללי הכרה בזכות קניינית הם הכללים המשתייכים בדרך כלל לדין המהותי, והם קובעים את התנאים ליצירתה של זכות אישית או קבוצתית ראשונית במקרקעין אשר יחולו במסגרתו של הליך הכרה; הממד השלישי נוגע בכללי ההגנה על זכות מוכרת: הם עוסקים בהיקף ההגנה המוענקת לבעל הזכות מפני נטילות שלטוניות ופרטיות באמצעות כללים כגון הפקעה לצורכי ציבור ותקנת השוק. כללי הגנה הם הכללים הקובעים את מעמדו של בעל הזכות למול איומים לפגיעה בזכותו שמקורם במדינה או ביחידים.

את המסגרת שפותחה אני מיישמת במאמר זה לשם בחינת התפתחויות בפסיקה ובמדיניות החולשות על כל אחד מהממדים הללו בכל הנוגע למקרקעין פרטיים באזור יהודה והשומרון. בכלל זה המאמר דן בכוונה לחדש את הליכי הסדר רישום זכויות במקרקעין באזור, ובשלושה פסקי דין שניתנו לאחרונה: האחד בעניין "דין הוברת מקרקעין" ומעמדה של קרקע שעבודה נזנח; השני בעניין הסדר של "מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרכוש הממשלתי באזור; השלישי פסק הדין בעניין ביטול "חוק ההסדרה" אשר ביקש "להסדיר" את הבנייה על קרקע פרטית באזור באמצעות הפקעת קרקעות או הכרזה עליהן כעל רכוש ממשלתי. בשלוש מסוגיות אלה שכבר עברו במסגרת הביקורת השיפוטית, אימץ בית המשפט העליון את עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה. כפי שאטען, עמדתו של היועץ שהתקבלה בבית המשפט מאפשרת פגיעה שיטתית, עמוקה וקשה בזכויות הקניין של הפלסטינים באזור. לבית המשפט עוד נתונה האפשרות, במסגרת דיון נוסף שיקיים באחד מהתיקים התלויים בפניו, לסטות מדרך קלוקלת זו. בנוסף, לעניין חידוש הליכי ההסדר טרם נשמעה עמדתה המלאה של היועצת המשפטית לממשלה, וניתן רק לקוות כי הטעמים שנפרסים במאמר יסייעו לה בעת עיצובה.

* מרצה בכירה, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן (הביתנחומי הרצליה). תודתו נתונה למערכת כתב העת משפטים ועורכי כתב העת הדס פירר-אש ותאיר אטיאס על הערותיהם המעולות. גרסתו הסופית של המאמר הושלמה בחודש ינואר 2022 והיא ממילא אינה כוללת התפתחויות שאירעו לאחר מכן.

מבוא. א. הליכי הכרה בזכות במקרקעין. 1. רקע: הליכי הכרה בישראל. 2. הליכי הכרה באזור יהודה והשומרון. 3. לחצים פוליטיים לשינוי הליכי ההכרה: מדוח לוי לחוק ההסדרה. 4. הכוונה לחדש את הליכי הסדר הזכויות. 5. האם חידוש הליכי ההסדר אפשרי מבחינת הנורמות החוקיות החלות. **ב. כללי הכרה בזכות במקרקעין.** 1. דין המחלול. 2. המועד הקובע לרכישת זכות מכוח עיבוד והחזקה. **ג. כללי הגנה על זכות במקרקעין באזור.** 1. כללי. 2. "מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרכוש הממשלתי. **ד. סיכום. ה. נספח.**

מבוא

ארבע התפתחויות עיקריות שאירעו בתקופה האחרונה בנוגע למקרקעין באזור יהודה והשומרון מזמינות התבוננות קרובה. בזה אחר זה ניתנו שלושה פסקי דין חדשניים בעלי השלכות מרחיקות לכת. פסק דין בעניין החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, אשר ביטל את רכיב ההפקעה כמו גם את רכיב ההכרזה על רכוש ממשלתי שנקבעו בחוק על מנת להכשיר התיישבות יהודית על מקרקעין לא ציבוריים באזור;¹ פסק דין שהכיר לראשונה ב"מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרכוש הממשלתי, מנגנון שקידם היועץ המשפטי לממשלה לשם אותה תכלית כבעניין חוק ההסדרה. בעניינו של פסק הדין מתקיים דיון נוסף;² פסק דין בעניין "דין הוברת מקרקעין" (זניחת עיבודם), אשר דן במקרקעין שנתבעו בידי פרטים בהליכי הסדר זכויות במקרקעין שהותלו, ואפשר להכריז עליהם כעל רכוש ממשלתי על אף הליכי ההסדר.³ לכל אלה מצטרפת הכוונה המתגבשת לחדש את הליכי הסדר הזכויות במקרקעין באזור.⁴

את הסוגיות האקטואליות הללו אציג ואבחן במאמר זה בתוך מסגרת שיטתית של ניתוח היקף ההגנה על הקניין הפרטי באזור וההכרה בו. אציע כי ניתן לאפיין שלושה ממדים בסיסיים לבחינת מקומן וערכן המשפטי של זכויות קנייניות בשיטה מסוימת: הממד הראשון נוגע בהליכי ההכרה בזכות, כלומר ההליכים או הפרוצדורות שאותם יש לבצע על מנת שזה שהוכר בסיומם יחזיק בידו זכות קניינית מוכרת. הליך הכרה בזכות קניינית הוא המנגנון החוקי-פורמלי שבאמצעותו מכיר הדין בזכות אישית או קבוצתית ראשונית במקרקעין; הממד השני נוגע בכללי ההכרה בזכות, היינו בכללים המהותיים שבהם על תובע זכות קניין לעמוד כדי להיות זה אשר בסיומו של הליך הכרה יוגדר כבעל הזכות. כללי הכרה בזכות קניינית הם הכללים המשותפים בדרך כלל לדין המהותי,

¹ חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017, ס"ח 410 (להלן: חוק ההסדרה); בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (נבו 9.6.2020) (להלן: עניין חוק ההסדרה).

² 5' לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז–1967 (להלן: הצו בדבר רכוש ממשלתי); בג"ץ 953/11 **סאלחה נ' שר הביטחון** (נבו 27.8.2020) (להלן: עניין סאלחה); בקשה לקיום דיון נוסף התקבלה בדנ"א 6364/20 **שר הביטחון נ' סאלחה** (נבו 24.11.2020).

³ ס' 68 לחוק הקרקעות העות'מאני, 1858 (להלן: חוק הקרקעות); בג"ץ 5426/17 **ברכאת נ' ראש המנהל האזורי בגדה המערבית** (נבו 29.11.2020) (להלן: עניין ברכאת). בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"ץ 9068/20 **ברכאת נ' ראש המנהל האזורי** (נבו 14.9.2021) (להלן: דנ"ץ ברכאת).

⁴ אפרת פורשר "המינהל האזורי ממליץ: הסדר מקרקעין ביו"ש" **ישראל היום** (2.11.2020) <https://bit.ly/32NeVrJ>.

הקובעים את התנאים ליצירתה של זכות אישית או קבוצתית ראשונית במקרקעין אשר יחולו במסגרתו של הליך הכרה; הממד השלישי נוגע בכללי ההגנה על זכות מוכרת: הם עוסקים בהיקף ההגנה המוענקת לבעל הזכות מפני נטילות שלטוניות ופרטיות באמצעות כללים כגון הפקעה לצורכי ציבור ותקנת השוק.⁵ כללי הגנה הם הכללים הקובעים את מעמדו של בעל הזכות למול איומים לפגיעה בזכותו שמקורם במדינה או ביחידים. במאמר זה אבקר את ההתפתחויות האחרונות בפסיקה ובמדיניות החולשות על כל אחד מהממדים הללו.

מקובל לתאר מצב קדום ("מצב הטבע") שבו קבוצה אנושית מחזיקה, או מבקשת להחזיק, במשאב כלשהו, כגון אדמה, מקור מים או מחצב. הזכות לעשות כן "מוכרת" בקרב מי שאינו בן הקבוצה בשל הכוח או הסנקציה שהיא יכולה להפעיל על הפרת "זכותה", בבחינת *might makes right*.⁶ כוח זה עשוי להיות נקטת אלימות כלפיה או איום עליה, או צעדים חברתיים אחרים, כגון הימנעות משיתוף פעולה. במקרי מחלוקת על השאלה בידי מי הזכות, ייתכן כי היא תוכרע באלימות ובמלחמה אשר המנצח בה יוכר כבעל הזכות על ידי הצד המובס (בין משום כניעתו ובין משום כיבושו). לחלופין ייתכן מנגנון מוסכם, כגון מועצת שבטים או מתווך בלתי תלוי, אשר הצדדים למחלוקת ימסרו בידו את הכוח להכריע ביניהם. מכאן שבמצב הקדום הפרוצדורה להכרה בזכות היא בלתי תלויה בכלל הנוגע לעצם קיומה של הזכות. במילים אחרות, מי שלפי הפרוצדורה האמורה הוכר כבעל הזכות, מוכר כבעל הזכות בשל זכייתו ב"הליך" אך לא בשל עמידתו בתנאי מהותי שהוא חיצוני לעצם ההליך (אפילו תפיסה בפועל של המשאב אינה הכרחית). במסורות תרבותיות ודתיות שונות יש שתוצדק הכרה זו כהתערבות של כוח עליון, בבחינת הבטחה אלוהית שהיא אשר מעניקה את הטעם להיותה של הפעלת הכוח מוצדקת.⁷ בעולם המוכפף לנורמות פורמליות לפי תפיסות מודרניות של חוק וצדק, את מצב הטבע מחליפה המדינה המוסמכת, לשיטתה, לקבוע כללים פרוצדורליים להכרה ראשונית בזכות. הזוכה במשאב בסיומם של הליכים אלה חייב לעמוד הן בתנאים הפרוצדורליים של הליכי ההכרה בזכות והן בכללי ההכרה המהותיים הנבחנים במסגרת הליך ההכרה. כללים פרוצדורליים הם לדוגמה, מצד הפרט – הגשת בקשה או תביעה במועד, התייצבות לשימוע פומבי, הצגת ראיות לעמידה בכללים מהותיים, תשלום אגרה או מס, ומצד הרשות – פרסום הכוונה לבצע הליך הכרה, מתן הזדמנות להגיש טענות, שמיעת הטענות, פרסום תוצאות ההכרה ומתן אפשרות לקיים ביקורת שיפוטית.

כללים מהותיים הם לדוגמה החזקה או שימוש קדומים או ממושכים או נוגדים, קיומה של הקצאה מקורית או על דרך העברה, עיקרון של שוויון שלפיו כל הזכויות שייכות לריבון או למעט חריגים, או כללים חלוקתיים אחרים כגון מנה שווה (לכולם או לכל מי שממלא תנאי מסוים,

⁵ רונית לוי-שנור "ללא תקנה": על תקנת השוק במקרקעין באזור יהודה ושומרון" משפטים נ 307, 312–317 (2020) (להלן: לוי-שנור "ללא תקנה").

⁶ LEIF WENAR, BLOOD OIL: TYRANTS, VIOLENCE, AND THE RULES THAT RUN THE WORLD (2015).

⁷ ראו לדוגמה, בראשית טו 7–21 (ברית בין הבתרים).

כגון לוחם) או מנה מספקת למילוי צורכי היחידים. ראוי לציין כי דמוקרטיה רבות בעולם המערבי – ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה ואחרות – מחקו בשיטתיות זכויות ומשטרי מקרקעין של קבוצות ילידיות שהתקיימו בשטחים שהן כבשו. במשך שנים ארוכות הייתה זכותן המשפטית של קבוצות אלה מוכחשת לחלוטין, עד אשר משנות השבעים של המאה העשרים החלו המדינות להכיר בכך שהארצות שכבשו לא היו "אדמות מתות" (terra nullius) אלא טריטוריות היסטוריות של העמים.⁸

יש קשר בין הליך ההכרה והכללים הפרוצדורליים החלים במסגרתו לבין הכללים המהותיים. למשל, קיומו של הליך פומבי מאפשר לגלות את זהותו של מי שראוי להיות מוכר כבעל הזכות, שכן מי שראוי להיות בעל הזכות הוא (לכל הפחות) מי שמביע עניין להגן על זכותו. ההגנה המועננת לו מפני תביעות של אחרים מוצדקת בכך שבשעת הבחינה לא היה אדם אחר אשר חלק על זכותו. הפרוצדורה הפומבית מוצדקת מכוח העובדה שהיא עשויה להוליך לתוצאה הנכונה.⁹ הליך פומבי הוא אפוא תנאי הכרחי, גם אם לא תנאי מספיק, להכרה בזכות ראשונית.

לאחר ההכרה הראשונית בזכות ייתכנו שינויים בזכות שהם, מנקודת מבטו של הבעלים, רצוניים או לא רצוניים. שינויים רצוניים יכולים להיות מכוח מכר, מתנה, הורשה, החלפה או המרה, ואילו שינויים לא רצוניים עשויים להיות מכוח נטילות שלטוניות, כגון רכישה כפויה של הזכות באמצעות הפקעה או הלאמה או מכוח נטילות פרטיות, כגון העברה לא רצונית מכוח תקנת השוק, התיישנות ובנייה ונטיעה במקרקעי הזולת. שינויים לא רצוניים עשויים אף להיות מטעמים שאינם תלויים בקיומו של סוכן, כגון אובדן הרכוש בשל שקיעתו מתחת למים נוכח עליית מי הימים או אובדנו בדרך אחרת.

כאמור, ארבע ההתפתחויות שבראשית המבוא נוגעות בכל אחד משלושת הרבדים הללו. במאמר זה אבקש לעמוד עליהן ולהציע ביקורת עליהן אגב הצגתן בהקשר הרחב יותר של הליכי הכרה, כללי הכרה וכללי הגנה, ואתיחס לדין הישראלי המקביל. בשלושת חלקיו העיקריים של המאמר אנתח את ההיבטים הקונקרטיים המצויים כעת במחלוקת או המחייבים עיון בנוגע לכל אחד מההיבטים – הליך ההכרה, כלל ההכרה וכלל ההגנה.

פרק א יעמוד על המנגנונים להכרה המקובלים בישראל ובאזור. אבחן בעיקר שתי התפתחויות בנוגע להליכי הכרה בזכויות במקרקעין: פסילת המנגנון של הכרזה מהירה על רכוש ממשלתי בפסק הדין בעניין **חוק ההסדרה** והדיונים בשאלת חידוש הליכי הסדר הזכויות. אבחן את השאלה אם חידוש כזה אפשרי מבחינת הדין החל. **פרק ב** יתמקד בחידוש בתחום כללי הכרה מהותיים בזכויות, ועיקרו בפסק הדין בעניין **ברכאת** העוסק במעמדו של עיבוד שנזנח לאחר שנתבע.¹⁰ כפי שאטען, יש קשר הדוק בין הליכי ההכרה לכללי ההכרה אשר מקרה זה ממחיש אותו. **פרק ג** ישלים

⁸ ALEXANDRE KEDAR, AHMAD AMARA & OREN YIFTACHEL, EMPTIED LANDS: A LEGAL GEOGRAPHY OF BEDOUIN RIGHTS IN THE NEGEV 9 (2018).

⁹ עפר מלכאי ורונית לוין-שנור "היחס בין פרוצדורה למהות: מה קודם למה?" **פרוצדורות** 93, 109 (משפט חברה ותרבות, טליה פישר ואיסי רוזן-צבי עורכים) (2014).

¹⁰ עניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 3.

את הפאזל בבחינת מגמות בנוגע להיקף ההגנה על זכויות מוכרות מפני נטילות שלטוניות ופרטיות, ובייחוד יתמקד בביקורת על פסק הדין בעניין **סאלחה**, שמכוחו הוכרה לעת עתה וכפוף לדיון נוסף "מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרכוש הממשלתי. פרק הסיכום יעמוד על מאפייני ההתפתחויות האחרונות במבט ממעל.

א. הליכי הכרה בזכות במקרקעין

ניתן לתאר שתי שיטות עיקריות להליכי הכרה בזכות במקרקעין: שיטה סיסטמטית, המבוססת על תהליך שיטתי, סדור ויזום מצד המדינה של רישום כל חטיבות המקרקעין במדינה, אזור אחר אזור, כפר אחר כפר. השיטה השנייה היא של רישום ספורדי, שבמסגרתו המקרקעין אינם נרשמים בשיטתיות אלא באורח מפוזר ואקראי, לפי דרישתם של בעל או בעלת המקרקעין. לשיטה הספורדית יכולות להיות כמה צורות, ובהן רישום ספורדי-כפוי, שיטה שבה זכויותיו של בעל מקרקעין נרשמות אף אם אינו מבקש זאת. הרישום מבוצע אוטומטית, למשל בעת הצגת שטר מכר לשלטונות או הקצאת מקרקעין ממשלתיים. שיטה שנייה היא רישום ספורדי-מאולץ, המאופיינת בכך שהרישום מתבצע לנוכח תוצאות שליליות קשות הנגרמות מאי-רישום. ביצוע עסקאות מסוימות ללא רישומן פוגע בתוקפן וגורם להחלת סנקצייה על מבצעה. ולבסוף שיטת רישום ספורדי-וולונטרי אשר בה הרישום הוא בגדר בחירה מוחלטת של הבעלים.¹¹

אפתח בהצגת הליכי ההכרה בישראל. הצגה זו תאפשר לנו להתחבר אל מונחים מוכרים יחסית בעולם המקרקעין, וכן היא תשמש נקודת משען להשוואה עם הליכי ההכרה באזור. על בסיס זאת אפנה לדיון בהליכי הכרה באזור.

1. רקע: הליכי הכרה בישראל

בישראל מקובלים כיום שלושה הליכי הכרה בזכויות במקרקעין, לפי סדר חשיבות יורד:

- (1) הסדר זכויות במקרקעין, הליך שהוא הפרוצדורה הבכירה ביותר להכרה בזכות אשר סיומה בזכות קניינית שלמה ומלאה הנרשמת בפנקס הזכויות;¹²
- (2) רישום ראשון של מקרקעין מכוח סעיף 134 לחוק המקרקעין,¹³ המאפשר רישום ספורדי-וולונטרי של קרקע אשר טרם נרשמה, בפנקס השטרות;¹⁴
- (3) רישום של מקרקעי המדינה מכוח סעיף 138 לחוק המקרקעין, המאפשר רישום ספורדי-וולונטרי של קרקע שהמדינה סבורה שהיא שלה וטרם נרשמה, בפנקס השטרות.¹⁵

¹¹ רונית לוין-שנור **דיני רישום מקרקעין: הרישום ההסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית** 90–91 (2012) (להלן: **לוין-שנור דיני רישום**). כן ראו עניין **חוק ההסדרה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 11 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹² ההסדר מבוצע לפי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט–1969 (להלן: **הפקודה**).

¹³ ס' 134 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969.

¹⁴ שני הליכים משלימים לרישום ראשון הם חידוש רישום שהושמד או טושטש ותיקון רישום לא נכון של שטח או גבולות, לפי סעיפים 135, 135א לחוק המקרקעין, בהתאמה.

¹⁵ שם, בס' 138.

סדר החשיבות היורד נקבע לפי הערך הרישומי של ההליך (רישום שהוא ראיה חותכת לנכונותו, כאשר להסדר, לעומת רישום שהוא ראיה לכאורה לנכונותו, כאשר לשני ההליכים האחרים),¹⁶ לפי היכולת לתקוף את תוצרי ההליך בשל פגם שהתגלה בו (רשימת עילות מוגבלת וצרה במקרה של הסדר בלבד ללא הגבלה במקרים האחרים),¹⁷ לפי כוח ההישארות של זכות שלא הוכרה במסגרת ההליך (בטלות הזכות בהסדר בלבד),¹⁸ לפי שאלת האולטימטיביות של הרישום – אם יש אחריו עוד הליך הכרה (במקרה של הסדר לא, וההפך במקרים האחרים),¹⁹ לפי ערכו הקנייני של הרישום (מלא כאשר להסדר, מוגבל כאשר לרישומים האחרים)²⁰ ועוד. הרישום של מקרקעי המדינה באפיק השלישי שתואר הוא בעל ערך נמוך מזה של רישום ראשון לפי סעיף 134 לחוק בשל השפעה אפשרית של הפרוצדורה המוגבלת הנערכת במסגרתו על איכותו וכוחו לייצר השתק כלפי טוענים, וכן משום שלמעשה המדינה מכירה בכך שאין לו מקום.²¹

בכל הנוגע למשפט הישראלי, שלושת ההליכים האמורים עמדו בפני מעט מאוד שינויים חקיקתיים בשנים האחרונות, אם בכלל.²² התפתחויות מעטות יחסית חלו גם בפסיקה, כאשר

¹⁶ שם, בס' 125 (א) לעומת ס' 125 (ב) ו-139.

¹⁷ ס' 93–97 לפקודה ולעומתם היעדר הסדרה חוקית של העילות לתקיפת רישום בפנקס השטרות.

¹⁸ ס' 81 לפקודה. השוו ע"א 87/51 ו'לירי נ' בראשי, פ"ד ח 1264, 1270 (1954).

¹⁹ ס' 51–52 לפקודה.

²⁰ ראו לדוגמה ההבדל בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין לא מוסדרים (כולל רשומים לא מוסדרים) ביחס לסעיפים 10 (תקנת השוק) ו-21 (בניה ונטיעה במקרקעי הזולת) לחוק המקרקעין.

²¹ בע"א 7340/13 מדינת ישראל נ' אלשער, פס' לה לפסק דינו של המשנה לנשיא רובינשטיין (נבו 11.10.2015) הוזכרה עמדת המדינה שלפיה סעיף 138 לחוק המקרקעין אינו כלי מועיל לבירור זכויותיה במקרקעין לא רשומים (ברמת הגולן), "בין היתר כי אין לאפוטרופוס הכללי מידע לגבי זכויות בעלות במקרקעין אלה". טענה לא ברורה שכן לכאורה אם אין לאפוטרופוס מידע הרי שאין מניעה לרישום, ואולם היא מעידה על עמדתה הדוחה את התאמתו של ההליך לתכלית של בירור זכויות. ראו גם לוי-שנור **דיני רישום**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 152–159.

²² לחידושים המועטים שהוכנסו בתקנות רישום מקרקעין (ניהול ורישום), התשע"ב–2011, ראו לוי-שנור **דיני רישום**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 173–178.

להסדר, ²³ לרישום ראשון ²⁴ ולרישום של מקרקעי המדינה מכוח ההליך המיוחד. ²⁵ לא כך באשר למדיניות הפעלת ההליכים אשר עברה תמורות רבות בשנים האחרונות, שלא כאן המקום להציג. יש לציין כי תביעה אזרחית שיש בה הכרעה בזכות בעלות במקרקעין אינה צריכה להיחשב להליך הכרה. תביעה שכזו, כל עוד אינה מסתיימת ברישום, אינה נהנית מתקפות כלפי כל העולם אף אם היא מקימה השתק ביחסים שבין הצדדים. על מנת שתביעת בעלות תסתיים ברישום, מן ההכרח כי המקרקעין הנדונים כבר יהיו רשומים במרשם (ועל שם אחד הצדדים להליך). אין אפשרות להכניס אל המרשם את תוצאתו של פסק דין בנוגע למקרקעין שטרם נרשמו בראשונה בלי לנקוט בהליך הכרה. ²⁶

2. הליכי הכרה באזור יהודה והשומרון

אשר למשפט המקביל שישראל מנהלת, זה החל באזור יהודה והשומרון, לא מפתיע לגלות שבבסיסן רב הדומה בין שתי השיטות. מקור מערכות המשפט משותף, שכן הן נחשבו ליחידה

²³ בע"א 7237/13 מדינת ישראל נ' עזבון יאסין (נבו 3.12.2015) נקבע כי פגם בהליך אינו נופל בגדר עילות אלה ואינו מצדיק אפוא, כשלעצמו, את תיקון המרשם. עוד אפנה לע"א 9096/18 עזבון אבו פארס נ' לשכת הסדר ורישום מקרקעין (נבו 26.7.2020), שם נבחן באופן תקדימי סעיף 95 לפקודה העוסק בתיקון "טעות סופר", ונבחנה – ללא הלכה – השאלה אם סעד זה כפוף לדין החל על התיישנות תובענות. בדנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח (נבו 12.4.2015) נקבע כי במסגרת הליך הסדר ניתן לבחון את תוקפה של הפקעה שבוצעה מכוח חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953. נוסף על זה ניתן לציין כי בע"א 1256/13 הקדש אל חאג' נ' אזורים בנין (1965) בע"מ, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 16.1.2020) נפסק כי כוחו של סעיף 81 לפקודה לטהר זכויות בנכס אינו עומד לו כנגד טענת האפוטרופוס לנכסי נפקדים לזכות בנכס מכוח חוק נכסי נפקדים (תיקון מס' 3) (שחרור נכסי הקדשות והשימוש בהם), התשכ"ה-1965, ס"ח 58. פסק דין חשוב בנוגע להליכי הסדר ניתן לאחר סיום כתיבתו של המאמר: ע"א 3296/19 ג'אבר נ' רשות הפיתוח (נבו 26.12.2021). ראו רונית לוי-שנור "פְּתָה אֱלֹהִים לִפְתָּ וְיִשְׁפֹּן פְּאֻהֲלִי שֵׁם" – בעקבות ע"א 3296/19 ג'אבר נ' רשות הפיתוח בלוג המרצים של בית ספר הארי רדזינר למשפטים באוניברסיטת רייכמן (28.12.2021) <https://bit.ly/3MddBQV>.

²⁴ בע"א 2699/15 סטריקובסקי נ' מדינת ישראל (נבו 21.6.2017), אושרר פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים ת"א (מחוזי י-ם) 464-07-12 סטריקובסקי נ' מדינת ישראל (נבו 19.2.2015) אשר קבע כי צו לרישום ראשון אשר לא מומש בשל אי-תשלום אגרה ניתן לסתירה בכמות ראיות מופחתת במידה ובמשקל לעומת רישום שהושלם. כמו כן, ברע"א 10365/06 אל חאג' נ' הממונה על המרשם (נבו 15.5.2007) נקבע כי אם לא שוכנעה המפקחת על רישום המקרקעין כי יש מקום לרישום המקרקעין על סמך המסמכים שהגיש לה המבקש, אין טעם בפרסום הבקשה, ויש מקום לדחות את הבקשה על הסף.

²⁵ בעניין אלשער, לעיל ה"ש 21, סברה המדינה כי תחת הליך לפי סעיף 138 לחוק המקרקעין עדיף הליך תביעה הצהרתית לבעלות לפי סעיף 3 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951. בית המשפט ציין כי דעתו אינה נוחה מבחירתה של המדינה בהליך לפי סעיף 3 לחוק על פני הליך הסדר לפי הפקודה, אך הדרך אפשרית וכפוף לכך שתעמוד בנטל הוכחה שלילי, שהקרקע אינה שייכת לאחר (שם, פס' מ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

²⁶ לפיכך בה"פ (מחוזי י-ם) 34714-02-18 טל נ' לשכת רישום מקרקעין – ירושלים, פס' 74 לפסק דינה של השופטת זנדברג (נבו 20.9.2019), נפסק כי לא ניתן מכוחו של פסק דין לחייב את לשכת רישום המקרקעין לרשום על שם הזוכה במקרקעין אשר טרם נרשמו, שכן אין סעיף 123(ב) לחוק המקרקעין גובר על סעיף 134 לחוק. ערעור על פסק הדין נדחה בע"א 7646/19 טל נ' לשכת רישום מקרקעין – ירושלים (נבו 20.12.2021).

משפטית אחת בתקופת המנדט ולפני כן בתקופת השלטון העות'מאני,²⁷ אף כי לאחר 1948 חל פיצול. ואכן, גם באזור מקובלים שני הליכי ההכרה הראשונית בזכות במקרקעין המשמשים בישראל – הליך ההסדר והליך הרישום הראשון שאינו במסגרת הסדר. ראשית, לעניין הליך הסדר הזכויות במקרקעין.²⁸ גם כאן זוהי פרוצדורה המוכרת בדין האזור אשר רווחה בו עד לכניסת כוחות צה"ל בשנת 1967.²⁹ ההסדר שערכו שלטונות המנדט תחילה והירדנים לאחר מכן, הקיף נכון לעת ההיא כשליש עד ארבעים אחוז משטחי הגדה המערבית. מאז ועד לעת הזו, בשטחי הגדה המערבית שבשליטת ישראל הותלה הליך ההסדר ב"צו ההתליה" ולא חודש.³⁰ בד בבד, לפי חוק ירדני שתוקן בתחיקת הביטחון, נערכים הליכי רישום ראשון נקודתיים לבקשת טוענים לזכויות.³¹

ואולם, ככלל הממונה על הרכוש הממשלתי, המנהל את הרכוש הציבורי באזור הנתון לשליטת ישראל, אינו נוהג לבקש רישום ראשון של מקרקעין שהוא טוען בהם לזכויות,³² אלא הוא נוקט הליך הכרזה על רכוש ממשלתי שאין לו לכאורה ערך קנייני קונסטיטוטיבי, הכרתי או ערך רישומי,³³ והסובל מקשיים רבים.³⁴ בין השאר המטרה המובהקת של ההכרזה, כמו גם של ההליכים הספורים שננקטו לרישומן של ההכרזה בספרי המקרקעין, היא מתן אפשרות לקידום אינטרסים פוליטיים בשטחים ש"יוכשרו" מן הבחינה המשפטית לשימושם של מדינת ישראל ונציגיה.³⁵ אף על פי כן השימוש בהליכים אלה נמשך אם כי כפי שמיד יובהר, ניסיון למתוח את גבולו במסגרת חוק ההסדרה נבלם בבית המשפט. חידושים והתפתחויות בנוגע להליכים אלה משקפים את המתיחות הפוליטית המאפיינת את השטח.

²⁷ לוי-שנור **דיני רישום**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 263–264.

²⁸ לפי חוק הסדר הקרקעות והמים, מס' 40 לשנת 1952 (להלן: חוק ההסדר).

²⁹ ראו בג"ץ 332/11 **קבהא נ' שר הביטחון**, פס' 15 (נבו 30.9.2013); לוי-שנור **דיני רישום**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 264.

³⁰ צו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון) (מס' 291), התשכ"ט–1968 (להלן: צו ההתליה). כן ראו את תקנות רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (בקשות לרישום) (תיקון) (יהודה והשומרון), התשס"ט–2009, אשר הוסיפו לתקנות רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (בקשות לרישום) (יהודה והשומרון), התשס"ט–2008 את תק' 12א–12ב (להלן: תקנות הרישום).

³¹ חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו, חוק מס' 6 לשנת 1964, כפי שתוקן בצו בדבר תיקון חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (יהודה והשומרון) (מס' 1621), התשס"ט–2008, קמצ"ם 5390 (להלן: חוק הרישום). אחת השאלות החשובות אשר טרם הוכרעו היא מהי מידת חסינותם של הליכים שהסתיימו בפני תקיפה בשל מרמה ופגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. ראו בהקשר זה ת"א (מחוזי י-ם) 11701-05-16 **עומר נ' חברת דווקא בע"מ** (נבו 3.1.2019); ב"ש (איר"ש) 06/19 **עומר נ' חברת דווקא בע"מ** (4.2.2021). על החלטת ועדת העררים הוגשה עתירה בבג"ץ 2993/21 **עומר נ' חברת דווקא בע"מ**.

³² עניין **חוק ההסדרה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 11 לפסק דינה של הנשיאה חיות; לוי-שנור **דיני רישום**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 297.

³³ לפי ס' 22 לצו בדבר רכוש ממשלתי.

³⁴ לוי-שנור **דיני רישום**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 42–46.

³⁵ שם, בעמ' 43.

בשנת 2005 עלתה על הפרק שאלת חידוש הליכי ההסדר אגב חשש מפני פגיעה בזכויות קנייניות של מחזיקיהן ומעבדיהן של קרקעות אשר גדר הביטחון ניתקה אותם מאדמתם, ומכאן שתימנע רציפות החזקתן.³⁶ הדבר אף היה אגב הליכים משפטיים שהתעוררה בהם שאלת מעמדם של תוצרי ביניים של ההסדר. הדיון בכך הסתיים ללא תוצאות, שכן הממד הפוליטי לא הוצת, והדרג המדיני לא ביקש לקדם את הנושא.³⁷ עם זאת באותה העת פורסם דוח הוועדה לבחינת הסוגיה של רישום מקרקעין באזור יהודה והשומרון ("ועדת זמיר").³⁸ היועץ המשפטי לממשלה ביקש מהוועדה לבחון מחדש את נוהלי העבודה ותהליכי הטיפול בבקשות לרישום ראשון של מקרקעין באזור ולהגיש המלצות בדבר השינויים הנדרשים לעניין זה. בעקבות ההמלצות עשה מפקד האזור, בהובלת היועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון הפועל תחתיו (ובאופן ספציפי, המחברת), כמה וכמה פעולות הן באשר להליכי ההכרה והן באשר לכללי ההכרה, במישור החקיקתי כמו גם על דרך הצגת עמדת הממונה על הרכוש הממשלתי והיועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון בהליכים משפטיים.³⁹ ככלל, פעולות אלה נועדו להבטיח כי הליכי הרישום הראשון ייעשו באופן התואם את חובות המפקד הצבאי להגן על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים ועל הקניין הציבורי הנתון למשמורתו.

3. לחצים פוליטיים לשינוי הליכי ההכרה: מדוח לוי לחוק ההסדרה

שאלת הליכי ההכרה במקרקעין באזור נעשתה בעשור וחצי האחרונים בעלת חשיבות פוליטית הולכת וגוברת. ניתן לזהות שני גורמים עיקריים לכך: ראשית, לאחר שהמנהל האזרחי נקט צעדים להגן על קניין האוכלוסייה הפלסטינית שבאחריותו,⁴⁰ התעוררה תגובת נגד שבאה לידי ביטוי בדוח של ועדה שמינה ראש הממשלה לבחינת מעמד הבנייה באזור ("ועדת לוי").⁴¹ וכך לעומת המנהל האזרחי, שסבר כי יש להגן על מתלוננים פלסטינים אשר במבחן הראיות המנהליות הראו את זכותם לקרקע ולנקוט פעולות יזומות לשם הבטחת הסדר הציבורי ומניעת פלישות

³⁶ בהתייחס לחשש זה ראו לאחרונה בג"ץ 3066/20 זיד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (נבו) (12.7.2021).

³⁷ לוי-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 265.

³⁸ הוועדה לבדיקת הסוגיה של רישום ראשון של מקרקעין באזור יהודה והשומרון דין וחשבון (2005) <https://bit.ly/3tjoJmK> (בראשות פרופ' איל זמיר) (להלן: דוח ועדת זמיר).

³⁹ לוי-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 290–297, וכן שם בפרק ו' (שער שלישי).

⁴⁰ Ronit Levine-Schnur, *Private Property and Public Power in the Occupied West Bank*, 6 EUR.PROP. L. J. 122, 132–133 (2017) (להלן: Levine-Schnur, *Private Property*). ראו גם מתאם פעולות הממשלה בשטחים "נוהל לטיפול בסכסוכי קרקעות במקרקעין פרטיים" (המנהל האזרחי יוני 2016) <https://bit.ly/3upoiZY>.

⁴¹ הוועדה לבחינת מצב הבנייה ביהודה ושומרון דו"ח על מעמד הבנייה באזור יהודה ושומרון (21.6.2012) <https://bit.ly/3KYe9Vj> (בראשות השופט בדימוס אדמונד לוי) (להלן: דוח ועדת לוי).

לקרקעות,⁴² ועדת לוי כינתה צו שהותקן במסגרת תחיקת הביטחון המבקש להגשים תכלית זו "צו דרקוני",⁴³ עמדה אשר נדחתה מפורשות בבית המשפט העליון.⁴⁴

התשובה שהציעה ועדת לוי לסכסוכי הקרקעות באזור הייתה המלצתה לחייב מחזיקים במקרקעין לנקוט הליך רישום ראשון של מקרקעין, ולא – תאבד זכותם.⁴⁵ קריאה זו לא יושמה, ולו לכאורה, ואכן היא מעוררת קושי רב. היא אינה מתיישבת עם אף אחת מן השיטות לרישום שעליהן עמדתי לעיל. אף שיטת הרישום הספורדי-מאולץ, שהיא קרובה ביותר לזו שהוועדה כיוונה אליה, איננה מביאה לאיון הזכות כליל אם היא אינה נרשמת (באותם המצבים שבהם התרחשה פעולה משפטית מצד הטוען לזכות המקימה את חובת הרישום), כפי שהציעה הוועדה. יתר על כן, שיטת הרישום הספורדי-מאולץ איננה נוהגת בגדה המערבית, ואימוצה משקף שינוי מהותי של הדין הקיים, דבר אשר לפי כללי המשפט הבין-לאומי צריך לעשותו אך ורק בהתקיים שיקולי סדר ציבורי אשר ספק רב אם הם מתקיימים. המלצת הוועדה הייתה חסרת כל אח ורע, חסרת הצדקה מספקת, והיה בה כדי להביא לפגיעה קשה וחמורה בזכויות קניין. מכל מקום, אף שעמדת ועדת לוי לא התקבלה להלכה, למעשה עם הזמן הביאו הלחצים שהופעלו על המנהל האזרחי להפחתה ניכרת עד כדי עצירה מוחלטת במימוש צעדי ההגנה על הקניין שהיה בידו להפעיל, מחד גיסא,⁴⁶ ולהחלשה שיפוטית של יכולתם של מחזיקים לא-רשומים להגן על זכותם מפני פולשים, מאידך גיסא.⁴⁷

שנית, כפועל יוצא של תהליכים פנימיים במנהל האזרחי לטיוב נתוני המקרקעין, לצד השפעתן של עתירות רבות אשר ביקשו להביא לטיפול בבנייה לא חוקית של התיישבות ישראלית על מקרקעין פרטיים פלסטיניים, הפעיל המנהל צוות מנהלי-פנימי לבדיקת תיחום "אדמות המדינה" באזור (צוות "קו כחול").⁴⁸ מתהליך זה עלתה בעיה רחבת היקף של שימוש לא חוקי במקרקעין פרטיים פלסטיניים. במקום לפתור בעיה זו על דרך הגנה על הקניין הפרטי והשבת הקרקע לבעליה, קידמה הממשלה את חוק ההסדרה. החוק קבע כי "נכנתה בתום לב התיישבות במקרקעין

⁴² לדוגמה, מכוח הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1568), התשס"ז – 2007 (את הצו הגתה וניסחה המחברת).

⁴³ דוח ועדת לוי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 72.

⁴⁴ לפסיקה שניתנה לפני פרסום הדוח, ראו בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית (נבו 20.3.2012); ולאחריו, בג"ץ 1315/12 חושיה נ' שר הבטחון (נבו 16.2.2014); בג"ץ 6174/15 חג' מחמד נ' ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, בית אל, פס' 8 (נבו 11.5.2021); בג"ץ 7718/15 עסאכרה נ' שר הבטחון (נבו 6.7.2021).

⁴⁵ דוח ועדת לוי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 68.

⁴⁶ ראו Levine-Schnur, *Private Property*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 135–136; חיים לוינסון "המדינה תקשה על פלסטינים לסלק מתנחלים מאדמתם" הארץ (27.5.2014). <https://bit.ly/3HjuoPx>. ראו בהקשר זה גם עניין חג' מחמד, לעיל ה"ש 44, בפס' 37–40, שבו הייתה עמדת המדינה כי לחוק ההסדרה השלכה אפשרית על עניינים אלה, ושעם ביטולו של החוק "אין עוד עילה להימנע מביצוע הצווים" (שם, בפס' 40). כן ראו שם, החלטה מיום 18.6.2019, וכן עמ' 3 לפרוטוקול הדיון מיום 8.2.2021 (דברי נציג המדינה).

⁴⁷ ראו בג"ץ 3694/21 אדעיס נ' שר הבטחון (נבו, 3.6.2021).

⁴⁸ ראו בג"ץ 5470/17 חג' מחמד נ' שר הבטחון (נבו 9.10.2018); עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 14 לפסק דינה של הנשיאה חיות. כן ראו בג"ץ 7986/14 ראש מועצת הכפר קרית נ' ראש המינהל האזרחי (נבו 8.11.2020).

הטעונים הסדרה או ניתנה הסכמת המדינה לבנייתה", הרי שאשר למקרקעין שיש בהם בעל זכויות במקרקעין ייטלו רשויות האזור את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין ויעבירו אותן לממונה (זהו רכיב ההפקעה שבחוק).⁴⁹ אשר למקרקעין שאין בהם בעל זכויות במקרקעין נקבע כי "הממונה ירשום אותם כרכוש ממשלתי, לפי סעיף ג2 לצו בדבר רכוש ממשלתי" (זהו רכיב ההכרזה).⁵⁰

הגדרת "בעל זכויות במקרקעין" שהופיעה בחוק כללה את "מי שהוכיח כי הוא רשום כבעל הזכויות במקרקעין או כי הוא זכאי להירשם כבעל הזכויות במקרקעין".⁵¹ הגדרה זו עשויה להישמע כמזכירה את גישת ועדת לוי, שלפיה מי שאינו רשום כבעל זכויות, או מוכיח כי הוא זכאי להירשם ככזה, זכותו מתאינת. לפי החוק, היה על הממונה לבצע את הליך ההכרזה ("ירשום" בלשון החוק) בתוך 12 חודשים מיום פרסום החוק,⁵² ובתוך חודשיים ימים נוספים היה עליו להקצות את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין לצורכי ההתיישבות שנבנתה על אותם מקרקעין.⁵³

עם חקיקת החוק הוגשו נגדו שתי עתירות מצד עשרות מקומיות פלסטיניות וארגוני זכויות אדם.⁵⁴ אף קבוצה של 28 מרצים ומרצות למשפטים (ובהם המחברת) הגישה בקשה להצטרף לעתירות במעמד של "ידיד בית המשפט".⁵⁵ העותרים טענו לבטלות החוק בשל היותו נוגד למשפט הבין-לאומי ולמשפט החוקתי הישראלי, הן בשל היעדר סמכות של הכנסת לחוקקו נוכח דיני התפיסה הלוחמתית, הן בשל פגיעתו בזכויות החוקתיות של התושבים לקניין, לפרנסה, לשוויון ולכבוד, והן בשל פגיעתו באיסורים במשפט הבין-לאומי על פגיעה בקניין פרטי. מבקשי ההצטרפות הוסיפו על האמור גם את הפגיעה בעקרון ההשתתפות בהליך הדמוקרטי. הזכות להשתתף בהליך הדמוקרטי היא, כך נאמר, "הבסיס לגיטימיות של החוק במדינה דמוקרטית". הפעלת הכוח השלטוני של המדינה על מי שאינו חבר בקהילה הפוליטית שלה או על זר שקיבל את מרותה, היא פסולה.⁵⁶

היועץ המשפטי לממשלה לא תמך בחוק ההסדרה ואף התנגד לו התנגדות של ממש. לגישתו, החוק פוגע פגיעה לא מידתית בזכות לקניין של בעלי הזכויות הפלסטינים, שהם "תושבים

⁴⁹ ס' 3(א)(2) לחוק ההסדרה.

⁵⁰ שם, בס' 3(1). יצוין כי השימוש בפועל "ירשום" אינו מתאים במיוחד משום שהכוונה הייתה לקיום הליכי הכרזה לפי סעיף ג2 לצו בדבר רכוש ממשלתי, שאין הם הליכי רישום כלל.

⁵¹ ס' 2 לחוק ההסדרה.

⁵² שם, בס' 4(א).

⁵³ שם, בס' 5.

⁵⁴ עניין **חוק ההסדרה**, לעיל ה"ש 1 (בג"ץ 1308/17 הוגש על-ידי 17 רשויות מקומיות וכפרים פלסטיניים ו-3 ארגוני זכויות אדם; בג"ץ 2055/17 הוגש על ידי 22 ראשי רשויות מקומיות וכפרים פלסטיניים, 13 ארגוני זכויות אדם ו-5 עותרים פלסטינים).

⁵⁵ שם, בקשת הצטרפות כ"ידיד בית המשפט" מטעם 28 מרצים ומרצות למשפטים (1.3.2017).

⁵⁶ שם, בפס' 98–99. <https://bit.ly/3gdGNbB> (להלן: בקשת הצטרפות).

מוגנים" במשפט הבין-לאומי, מעמד המעניק להם הגנה רחבה על הקניין. החוק פוגע לשיטתו של היועץ אף בזכות לכבוד ולשוויון של התושבים הפלסטינים בשל פגיעתו המפלה. היועץ אף סבר כי פגיעה במקרקעין פרטיים פלסטיניים לשם הכשרת בנייה שבוצעה במקרים רבים בידעה שמדובר במקרקעין פרטיים או בעצימת עיניים לכך ובהתעלמות מופגנת משלטון החוק ומהזכות לקניין אינה יכולה להיחשב לתכלית ראויה.⁵⁷ בייחוד אשר לרכיב ההכרזה סבר היועץ כי הוא כרוך בפגיעה קשה בזכות הקניינית של פלסטינים, הואיל ופרק הזמן הקצר שנקב בחוק לצורך ביצוע הליכי ההכרזה אינו מאפשר הוכחת בעלות במקרקעין לא מוסדרים או הוכחת זכות להירשם כבעל זכויות במקרקעין מסוג זה, ועל כן מדובר למעשה בהפקעת מכלול הזכויות בקרקע ללא כל פיצוי.⁵⁸

בית המשפט קיבל את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה וקבע כי דינו של חוק ההסדרה בטלות, שכן הוא אינו עומד באמות המידה החוקתיות של המשפט הישראלי. לפיכך נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוק בתחולה ישירה על האזור וכן בשאלת תחולת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על האוכלוסייה הפלסטינית באזור.⁵⁹ ככלל, קבע בית המשפט כי החוק כרוך בפגיעה מהותית בזכויות הפלסטינים, בקניינם,⁶⁰ בכבודם ובשוויון,⁶¹ וכן פוגע החוק בפגיעה קשה בשלטון החוק.⁶²

ספציפית לרכיב ההכרזה קבע בית המשפט כי רכיב זה אינו צולח את מבחן המידתיות במובן הצר, שכן הוא אינו מתנה את סמכות הממונה בהפעלת שיקול דעת מצידו, בבחינת הדין המהותי, ובקיום הפרוצדורה הנקטת במצב הדברים הרגיל בנוגע להכרזה על רכוש ממשלתי. החוק קובע "חזקה גורפת וכללית", כלשון בית המשפט, אשר הנטל לסתור אותה ולהוכיח את קיומן של זכויות במקרקעין מוטל על הטוען, ומבלי שנקבע מנגנון להוכחת הזכויות הנטענות כאמור או להשגה על הקביעה כי המקרקעין הם רכוש ממשלתי.⁶³ נטל זה בעייתי במיוחד בשל קציבת הזמן שבחוק. בית המשפט מדגיש כי בשל הקושי הרב בהוכחת זכויות קנייניות באזור קיים חשש ממשי כי הוראות החוק יקשו על בעלי זכויות רבים להוכיח את זכויותיהם, והדבר אכן עשוי להביא לתוצאה של הפקעה למעשה מבעל זיקה קניינית ללא כל פיצוי.

מכאן שבפסק הדין בעניין **חוק ההסדרה** קבע בית המשפט כי עיצוב הליך הכרה באופן שיש בו כדי לפגוע ביכולתם של טוענים לזכויות להוכיח את זכותם הוא פגיעה לא חוקתית בקניין. זוהי הכרה מפורשת ראשונה מסוגה בערך החוקתי הנתון לעצם קיום הליך ראוי כדי להבטיח הגנה על הקניין. ניתן למצוא דמיון בינה לבין תיק מרכזי קודם – פסק הדין בעניינו של חוק יישום תוכנית ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון, התשס"ה–2005. שם נקבע כי הוראה בחוק שלפיה מי

⁵⁷ עניין **חוק ההסדרה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 23 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁵⁸ שם, בפס' 44.

⁵⁹ שם, בפס' 31.

⁶⁰ שם, בפס' 44, 46.

⁶¹ שם, בפס' 51, 53, 56.

⁶² שם, בפס' 53, 63–64.

⁶³ שם, בפס' 100. ראו גם בקשת הצטרפות, לעיל ה"ש 55, בפס' 82.

שבחר באפיק של שומה פרטנית לחישוב הפיצויים המגיעים לו במקום החלופה של קבלת פיצויים סטטוטוריים ואחידים לפי תחשיב שנקבע בחוק לא יוכל לחזור בו מדרך זו. בית המשפט קבע כי השיקול של יעילות אדמיניסטרטיבית שעמד מאחורי הסעיף אינו יכול להצדיק את הפגיעה החוקתית בזכות לקבל את הפיצוי הראוי וההוגן המובטח במסלול הסטטוטורי.⁶⁴ אולם השוני בין עניין חוק ההתנתקות לעניין חוק ההסדרה הוא בכך שבנוגע לחוק ההתנתקות הזכות לקבלת פיצוי ראוי והוגן אינה מוטלת בספק (כך לפי קביעת בית המשפט), ולכן הקושי באי-החזרה של מסלול השומה הפרטנית טמון באפשרות שהוא יביא לשלילה של זכות בגלל פרוצדורה. במקרה של חוק ההסדרה, אין בהכרח זכות רכושית או קניינית שנשללת, אלא נפגעת הזכות להשמיע את תביעת הזכות, ובכך עיקר החידוש בבחינה החוקתית של איכותו של ההליך.⁶⁵ הכרה זו בפסק הדין בעניין חוק ההסדרה מתיישבת עם מושכלות ראשונים של המשפט כמערכת החייבת להבטיח, מעצם טיבה, כי לאדם תהיה זכות להשמיע את תביעותיו ודרישותיו במסגרת הליך הוגן ולקבל עמדה מנומקת בנוגע לריכו.⁶⁶

4. הכוונה לחדש את הליכי הסדר הזכויות

לאחר ביטול חוק ההסדרה ומרכיב ההכרזה הגורף אשר בו שבה ועלתה על הפרק כוונה לחדש את הליכי ההסדר באזור.⁶⁷ אחת הדמויות המובילות בהקשר זה היתה מי ששימש לפני כן יועץ שר הביטחון להתיישבות, קובי אלירז, אשר כתב עובר לדיון כי "בשורה התחתונה, לאחר שחוק ההסדרה נפסל בבג"ץ ומשעה שחלום הריבונות נגזז, מתבקש כי המפקדים על התחום [...] יציגו חלופות לקידום כלל הסוגיות ההתיישבותיות העומדות על הפרק, וכמובן תוכנית מניעה סדורה להשתלטות הפלסטינית הנרחבת המתרחשת בשטח". בכלל זה הציע אלירז כחלק מ"ארגז הכלים" להסדרת ההתיישבות בעת הזו ולהתמודדות עם "ההשתלטות הפלסטינית" לחדש את הליך ההסדר. הוא ציין כי התליית ההסדר "יצרה מצב של חוסר ודאות עמוק לגבי הבעלות בקרקעות יו"ש, וממילא אפשרה לפלסטינים להשתלט עליהם בקלות. הרשות הפלסטינית מצידה החלה בשנים האחרונות בהליך הסדר עצמאי: הפלסטינים מתנהגים באזור כבעלים, אף שהדבר אסור בשטחי C מכוח הסכמי הביניים. ישראל בוחרת באדישות למול העניין ומדיניות זאת עלולה לעלות באובדן קרקעות עצום".⁶⁸

⁶⁴ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 637–642 (2005) (להלן: עניין חוק ההתנתקות).

⁶⁵ Ronit Levine-Schnur, *Constitutional Property Rights in Israel and the West Bank*, in OXFORD HANDBOOK ON THE ISRAELI CONSTITUTION (Aharon Barak, Barak Medina & Yaniv Roznai eds., forthcoming 2022).

⁶⁶ ALON HAREL, WHY LAW MATTERS (2014).

⁶⁷ ראו פורשר, לעיל ה"ש 4; "ועדת המשנה לענייני יו"ש קוראת לממשלה לחדש את הסדר המקרקעין ביהודה ושומרון" ועדת החוק והביטחון – הכנסת (23.11.2020) <https://bit.ly/3LbKop4>.

⁶⁸ קובי אלירז "התיישבות בעת הזאת" ערוץ 7 (24.10.2020) <https://bit.ly/3rk82Yr>.

אלירו מונה סמוך לאחר מכן ליועץ מיוחד של ועדת החוץ והביטחון "במאבק המתנהל מול הרשות הפלסטינית על שטח C".⁶⁹ בהמשך לכך, תומכי חידוש ההסדר הציגו בדיון שהתקיים לאחרונה בכנסת שיקולים מדיניים ומעשיים לטובת כך.⁷⁰ בתמצית, מבחינה מדינית נטען כי שמירה או שליטה על המקרקעין באזור היא אינטרס לאומי,⁷¹ וכי יש לבצע מהלך אסטרטגי לעומת הרשות הפלסטינית, המבצעת בעצמה הליך הסדר בשטח אף כי הדבר נעשה בחוסר סמכות.⁷² עוד נטען כי ביצוע ההסדר ישים לאל את הטענה בדבר זמניות המצב באזור, יתיישב עם התפיסה שלפיה הזכות באזור היא נצחית,⁷³ ומדינת ישראל היא הריבונית.⁷⁴

מבחינה מעשית נטען כי ההסדר מועיל לכולם,⁷⁵ וכן כי החלופות להליך ההסדר, היינו הליך הרישום הראשון והליך ההכרזה על רכוש ממשלתי, נחותות. חיסרון אחד שנטען בנוגע להליך הרישום הראשון הוא שהוא אינו מבצע רישום שיטתי של כל שטח הגוש, ועל כן מוגבל מבחינת כוחו לבצע איחוד וחלוקה של מקרקעין.⁷⁶ חשיבותו של חיסרון זה אינה רבה, שכן לא ברור אם אין פתרון לדבר במסגרת ההליך או אם בכלל יש צורך באיחוד וחלוקה. חסרונותיו של הליך ההכרזה, כנטען בדיון, הם שהוא אינו מקנה זכות קונקלוסיבית במקרקעין שהוכרוזו, מה שמאפשר תקיפת הכרזות גם שנים רבות אחרי שבוצעו.⁷⁷ אכן זהו חסרונן של הליך ההכרזה, אך גם מאפיין הכרחי לנוכח הפרקטיקות הבעייתיות של עריכתו.

חה"כ ניצן הורוביץ עמד על כך כי שתי הטענות, המדינית והמעשית, אינן מתיישבות זו עם זו. לדבריו, אם הטעמים לרעיון חידוש ההסדר הם שמירה על הקרקע, סיפוח בפועל של שטחים לצורך הקמת התנחלויות, הדיפת הפלסטינים וקביעת גבולות, הרי שהטענה כי מדובר בסוגיה משפטית-מקצועית ושההסדר יתרוונות מבחינת כל הצדדים אינה מתקבלת על הדעת.⁷⁸

⁶⁹ אריאל כהנא "העוזר שנתינהו פיטר חוזר דרך הכנסת" **ישראל היום** (29.11.2020) <https://bit.ly/342XXGH>.
⁷⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 1 של ועדת משנה של ועדת החוץ והביטחון לעניינים אזוריים וביטחוניים ביו"ש, הכנסת ה-23, 39 (23.11.2020) (להלן: פרוטוקול דיון הסדר).

⁷¹ שם, בעמ' 5 (דברי ח"כ גדעון סער), 21, 37 (דברי ח"כ צבי האזור), וכן שם, בעמ' 21 (דברי ח"כ יצחק פינדרוס).
⁷² שם, בעמ' 3 (דברי ח"כ גדעון סער). ראו בדומה לזה דבריו שם, בעמ' 5, 14, 42, וכן שם, בעמ' 21 (דברי ח"כ צבי האזור). לפי הסכם הביניים, לרשות אין סמכות בעניין מקרקעין המצויים בשטח הנתון לשליטה ביטחונית ואזרחית ישראלית, שטח C. ראו ס' 11(2) ו-17(2) להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, כ"א 33, 1 (נחתם ב-1995), וכן ס' 22(2) לתוספת 1 לנספח III: פרוטוקול בנושא עניינים אזוריים (להלן: הנספח האזורי להסכם אוסלו). מנגד, אם עסקינן בהתחייבויות בין-לאומיות, הרי שגם לישראל אין מעמד של ריבון בשטח, ו"מימוש ריבונותה" אינו עולה בקנה אחד עם מחויבויותיה לפי ההסכם.

⁷³ פרוטוקול דיון הסדר, לעיל ח"כ ה"ש 70, בעמ' 3-4 (דברי ח"כ בצלאל סמוריצקי).

⁷⁴ שם, בעמ' 11 (דברי ח"כ משה בוגי) יעלון).

⁷⁵ שם, בעמ' 9 (דברי נציג הממונה על הרכוש הממשלתי).

⁷⁶ שם, בעמ' 15 (דברי סגן היועץ המשפטי למשרד הביטחון), וכן שם, בעמ' 12 (דברי נציגת מתאם פעולות הממשלה בשטחים).

⁷⁷ שם, בעמ' 14 (דברי סגן היועץ המשפטי למשרד הביטחון). ראו גם עניין **חוק ההסדרה**, לעיל ח"כ ה"ש 1, בפס' 12 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁷⁸ פרוטוקול דיון הסדר, לעיל ח"כ ה"ש 70, בעמ' 40 (דברי ח"כ ניצן הורוביץ).

נציג היועץ המשפטי לממשלה ציין בדיון כי למשרד המשפטים עדיין לא הגיעה הצעה קונקרטית בנוגע לחידוש הליכי ההסדר, כי הם ישמחו ללוות מהלך שכזה, וכי הם רואים "יתרון בכל הליך שמייצר ודאות במקרקעין".⁷⁹ נציגים אחרים הציגו במעורב שיקולים פוליטיים ושיקולים מעשיים. למשל, ד"ר חגי ויניצקי טען: "ברור לנו היום שאנחנו הולכים להישאר לעד בשטחי יהודה ושומרון ולכן אין שום סיבה שלא נעשה הסדר". על כך הוסיף כי הסדר "ימנע מחלוקות וגם יחסוך בעלויות".⁸⁰

בסיומו של הדיון סוכם כי הוועדה תקיים דיון המשך לשמיעת עמדת הדרג המדיני, אך לא רק לעניין השאלה העקרונית אלא גם לעניין "סוגיית ה-איך". אשר ל"איך", לדברי יושב הראש ח"כ גדעון סער, בסיכום הדברים: "יש כמובן חשיבות לתת את הקדימות [...] לנושא אדמות המדינה בשטחי C, כמובן שימור אדמות המדינה וגם עיגון זכויות בעלות של גורמים פרטיים. במסגרת ההסדר צריך לוודא קבלת החלטות מנהליות שמאפשרות מקסימום הסדרה, נושא של דרכי גישה [להתיישבות היהודית] שהוא נושא חשוב ביותר".⁸¹ אם כן, ברור כי לצד מתן ביטוי (אולי בבחינת מס שפתיים) לחשיבות של הליכי ההסדר לטובת כלל האוכלוסייה, עיקר דאגתה של הוועדה המבקשת לקדם את הליכי ההסדר מייד ובאפקטיביות הוא לאפשר את הסדרת (והרחבת) ההתיישבות היהודית ואת העמקת השליטה של מדינת ישראל בקרקע.

במענה לסקר שנערך לאחרונה בנוגע לשאלה "כיצד יפעלו המפלגות בשטחי C?" בחרו מפלגות מהימין, ובהן אלה שהן מרכיבים יסודיים בקואליציה הנוכחית נכון למועד כתיבת שורות אלו, להתייחס לנושא חידוש ההסדר כמרכיב חשוב במדיניותם לטובת ההתיישבות: מפלגת "ימין" מנתה את היעד של "הסדרת כלל המקרקעין ביהודה ושומרון בתוך חמש שנים, ומניעת ההשתלטות הלא חוקית שמבצעת הרש"פ בשטחי C". מפלגת "תקווה חדשה" הכריזה כי: "ננהל את סקר הקרקעות ביהודה ושומרון ונסיים את הליך ההכרזה על האדמות בשטחי C כאדמות מדינה – תהליך שלא נערך כבר למעלה מחמישים שנה. כדי להוציא את המהלך לפועל נקים מנהלת מיוחדת עם תקציבים ותקנים כבר בשנת 2021". גם מפלגת "הציונות הדתית" ציינה את הכוונה להביא להחלטת ממשלה לשימור השטחים הפתוחים "שתיתן לראשונה מענה מדינית לתוכנית ההשתלטות הפלסטינית", בין השאר באמצעות "חידוש והשלמת הסדר המקרקעין".⁸²

5. האם חידוש הליכי ההסדר אפשרי מבחינת הנורמות החוקיות החלות

בנוגע לכוונה לפעול לחידוש הליכי ההסדר באזור מתעוררות שתי שאלות עיקריות:⁸³ ראשית, במנותק מהיבט התפיסה הלוחמתית עולה השאלה אם מרכזיותם של השיקולים הפוליטיים מהסוג

⁷⁹ שם, בעמ' 25–26 (דברי נציג היועץ המשפטי לממשלה).

⁸⁰ שם, בעמ' 34 (דברי ד"ר חגי ויניצקי).

⁸¹ שם, בעמ' 42 (דברי ח"כ גדעון סער).

⁸² "כיצד יפעלו המפלגות בשטחי C?" **מקור ראשון** (14.3.2021) <https://bit.ly/3uignOf>.

⁸³ במאמר זה אני עוסקת כלל בנושא חידוש הליכי הסדר במזרח ירושלים, נושא שיש בו מורכבויות אחרות ושונות. ראו בהקשר זה רוגית לוי-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה – זניחת ההליכים של הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים" **עיוני משפט** לד 183 (2011) (להלן: לוי-שנור "הפרטה"). ראו גם חוות דעת מומחית מאת רס"ן (במיל')

שעלה מן הדיון פוגעת בלגיטימיות של קיום ההליך. כך, ניתן לסבור כי אם חידוש הליכי ההסדר נעשה משיקולים של הצבת סימני ריבונות ועל מנת להבטיח "מקסימום הסדרה" של התיישבות ישראלית, יש בכך כדי לפסול את תקפות ההחלטה לבצע הסדר בשל האופי המוטעה שבו נצבע ההליך: לא כאמצעי בירור אובייקטיבי אלא כמנגנון להנצחת (או להבטיח) את זכויות יוזמת ההליך, מדינת ישראל. מתעורר חשש של ממש כי המוטיבציה לביצוע ההליך תביא לעיצוב כללי הפעלתו (הדיוניים והמהותיים) באופן שאינו מאזן כהלכה את האינטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית, שהיא חסרת מעמד אזרחי ופוליטי, עם עניינה של המדינה ושל האוכלוסייה הישראלית בפרט. בשים לב ל"קושי הרב בהוכחת זכויות קנייניות באזור"⁸⁴ כפי שצוין בהקשר של חוק ההסדרה, יהיה בלתי אפשרי להבטיח כי האינטרסים של קבוצות האוכלוסייה הראויות להגנה (התושבים המוגנים ככלל, והתושבים המוגנים הנעדרים בפרט) יוגנו במסגרת ההליך אשר צפוי להיות מעוצב באופן המושפע מתכלית הפעלתו. ויש לזכור כאמור כי אין מדובר במדינה ריבונית-דמוקרטית הפועלת בשטח כשלבעלי אינטרסים שונים אפשרות לייצוג במנגנוני השלטון. בכך מופר עקרון ההשתתפות בהליך הדמוקרטי באופן הפוסל את הלגיטימיות של הפעולה. אומנם הובעו כאמור גם שיקולים התומכים בקיום הליכי הסדר שלא מטעמים מדיניים, ובהם הקושי שבהוכחת שרשרת חילופי זכויות, החשש מפני טעויות ותרמיות והיבט עלויות העסקה.⁸⁵ ככלל, התובעים הפרטיים אף נפגעים מאי-קיום הליכי הסדר בשל הפגיעות הגבוהה יחסית של תובעי זכויות חסרי רישום לסיכון של הפקעת מקרקעין⁸⁶ בשל חשש לצמצום מידת הסחירות של הנכסים שאינם רשומים (במובן של מכר או לשימוש כבטוחה) ובשל סכנה של אובדן זכותם בקרקע בשל מחלוקת עם אחרים. כבודם של שיקולים אלה במקומו מונח. אולם בהתחשב באופיו של השטח, במעמדן השונה של קבוצות האוכלוסייה השונות, ובהיעדר ייצוג לאוכלוסייה הפלסטינית בקרב מקבלי ההחלטות, השיקולים המעשיים הללו נופלים בעוצמתם. בסופו של דבר, שאלת הרציות של קיום הסדר מנקודת מבטו של הפרט נבחנת לאור הכללים המהותיים והדיוניים שיותוו להליך ההסדר. כשהתוויית כללים זו נעשית באופן שאינו מאזן כהלכה את האינטרסים של הפרטים (על גוניהם השונים), הלגיטימיות של הליך ההכרה הולכת ופוחתת. שנית, משנביא בחשבון את העובדה כי מדובר באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, עולה השאלה אם חידוש הליכי ההסדר אפשרי מבחינת הנורמות החלות. ביצוע הליכי הסדר אינו פעולה הכרחית המוטלת על מפקד האזור. כך סבר מפקד האזור סמוך לאחר כיבוש השטח, ולכן קבע כי יש להתלות את הליכי ההסדר ולא לחדשם. וכך אף שב וסבר לפני זמן לא רב כאשר אישר את אי-

ד"ר רונית לוין-שנור מטעם המבקשים ברע"א 2841/21 דג'אני נ' נחלת שמעון בע"מ וברע"א 2401/21 ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ (27.7.2021) <https://bit.ly/32Phv0z> (להלן: לוין-שנור "חוות דעת").

⁸⁴ עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 100 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁸⁵ דוח ועדת זמיר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 5-6.

⁸⁶ Ronit Levine-Schnur, *Political Divide, Weak Property Rights, and Infrastructure Provision: An Empirical Examination of Takings Decisions in Jerusalem*, 2021 LAW & SOC. INQ. 1.

חידוש הליכי ההסדר.⁸⁷ גם אם לחלופה שאימץ באשר לרכוש הממשלתי – הליכי הכרזה – יש חסרונות רבים, כך בוודאי אם ההליך נעשה, כפי שהוא אכן נעשה, על מנת לשרת את ההתיישבות היהודית, אין בכך כדי להצדיק את ביצוע ההסדר. חידוש בעת הזו ובנסיבות הנוכחיות של הליכי הסדר זכויות במקרקעין באזור הנתון לתפיסה לוחמתית אינו חוקי לפי המשפט הבין-לאומי. אציע שלושה טעמים לדבר: (1) ההסדר מיועד, ולכל הפחות עשוי, לאפשר ולחזק את ההתיישבות הישראלית באזור, שאינה חוקית, וזאת בפרט בשים לב לקיומו של הליך התלוי ועומד בפני בית המשפט הפלילי הבין-לאומי; (2) קיום ההסדר כשמטרתו מוטעה, כשהאוכלוסייה העתידה להיפגע ממנו אינה שותפה לעיצובו וככל הנראה גם לא תהיה שותפה לביצועו, פוגע בחובה לכבד את הקניין הפרטי, לנהוג בשוויון ולפעול בנאמנות לטובתה של האוכלוסייה המקומית; (3) ההסדר הוא הליך קבוע המנוגד לעקרון הזמניות של הכיבוש.⁸⁸

לעניין הטעם הראשון. מנקודת המבט של מוסדות המשפט הבין-לאומי, ההתנחלויות הן לא חוקיות. ניסיונותיה של ישראל לתקוע טריזים (משפטיים ומעשיים) בעמדה זו יועמדו ככל הנראה בעתיד הלא רחוק למבחן נוסף, לאחר שבסיבוב הקודם, בעניין הקמת גדר ההפרדה, נקבעה אי-חוקיות ההתנחלויות במפורש אם כי בחוות דעת מיעצת בלבד.⁸⁹ בהחלטה מ-5 בפברואר 2021 קבע בית הדין הפלילי הבין-לאומי שיש לו סמכות שיפוט בנוגע ל"מצב בפלסטין" וששטחה של פלסטין לעניין זה כולל את רצועת עזה והגדה המערבית, לרבות מזרח ירושלים. ההחלטה השיפוטית והחלטת התובעת בעקבותיה פתחו את הדרך לחקירה ולהעמדה לדין של ישראלים ושל פלסטינים בנוגע לחשדות בדבר ביצוע פשעים בין-לאומיים בשטחים האמורים.⁹⁰ לפי הודעת התובעת, בכוונתה לפעול להעמדה לדין, בין השאר בגין חשדות להעברה, במישרין או בעקיפין, של אוכלוסיית הכוח הכובש לשטחים הכבושים מאז המועד הקובע, 13.6.2014.⁹¹ ניתן

⁸⁷ ס' 10 לעתירה בבג"ץ 9296/08 מפקד כוחות צה"ל באיו"ש נ' ועדת העררים הצבאית (5.11.2008) (להלן: העתירה בבג"ץ 9296/08); לדין-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 264.

⁸⁸ פרוטוקול דיון הסדר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 30–33 (דברי עו"ד רוני פלי, נציגת האגודה לזכויות האזרח). עו"ד פלי הזכירה גם את החשש מפני פגיעה בזכויות הנעדרים, היעדר המידע והכוונה שלא לשתף פעולה, ומכאן ההנחה שיהיה בלתי אפשרי לעשות את ההסדר שיהיה שוויוני וצודק.

⁸⁹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,

Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136, ¶ 120 (July 9, 2004), <https://bit.ly/3GmIoIe>

Situation in the State of Palestine, ICC-01/18-143, Decision on the "Prosecution Request Pursuant to Article 19(3) for a Ruling on the Court's Territorial Jurisdiction in Palestine"

(Feb. 5, 2021), <https://bit.ly/3AMAYeV>

Situation in the State of Palestine, ICC-01/18-12, Prosecution Request Pursuant to Article ⁹¹

19(3) for a Ruling on the Court's Territorial Jurisdiction in Palestine ¶ 95 (Jan. 22, 2020),

<https://bit.ly/3ulKlAS> (referring to Section 8(2)(b)(viii) of the Rome Statute of the

International Court of Justice). הודעת הייעוץ המשפטי לממשלה לגבי מה שמכונה "המצב בפלסטין" אינה

מתייחסת לסוגיית אלה, אלא רק לשאלת סמכות בית הדין. ראו Memorandum of the Attorney General

on the International Criminal Court's Lack of Jurisdiction Over the So-called "Situation in

Palestine" MFA (Dec. 20, 2019), <https://bit.ly/3Hl86Ne>

להניח כי נקיטתו של הליך הסדר זכויות במקרקעין בעת הזו, בהתחשב ברקע הפוליטי ובהקשר הדברים, תיתפס כמכוונת בדיוק לשם העברת אוכלוסייה ישראלית במישורין או בעקיפין. בנוסף, בית המשפט העליון לא אפשר למדינה את המנגנונים שנקבעו בחוק ההסדרה שייעודם היה להבטיח כי הקרקע שתוכרז או תופקע תוקצה "לצורכי התיישבות [...] באמצעות מוסד מיישב"⁹² מן הטעם שבכך החוק מפלה את האוכלוסייה הפלסטינית, בשל מתן "עדיפות מובהקת לתושבי האזור הישראליים"⁹³ ובאופן הפוגע בזכות החוקתית לשוויון ולכבוד של תושבי האזור. באופן אנלוגי יהיה עליו לבלום את התוכנית לחדש את הליכי ההסדרה שטעמם זהה. אומנם בית המשפט נמנע בעניין **חוק ההסדרה** מלעסוק בחוקיות ההתנחלויות, מטעמים שאין זה המקום לדון בהם, ואולם הוא הגיע לתוצאה הרצויה מנקודת המבט של המשפט הבין-לאומי, של פסילת החוק שביקש להכשיר. בהמשך לכך, אישום בבית הדין יהיה קביל רק אם המדינה בעלת הסמכות לחקור ולהעמיד לדין אינה עושה זאת בכנות, או אינה יכולה לעשות זאת.⁹⁴ אף שבאשר להקמת ההתנחלויות ניהול הליכים בישראל שייצור מחסום קבילות אינו עומד כלל על הפרק,⁹⁵ גם בשל העובדה כי חשיפתה של ישראל לאישומים היא רק מן המועד הקובע (כאשר השאלה מה דינה של עבירה נמשכת בעניין זה אינה קלה), אם היועץ המשפטי לממשלה יבקש להימנע מחשיפת ישראל לאישום בעניין זה יהיה עליו למנוע באפקטיביות את הפעולה שבית הדין יראה בה פשע מלחמה. לחידוש הליכי ההסדר כדי לאפשר, להכשיר ולהבטיח את ההתנחלויות אין מקום.

לעניין הטעם השני, כפי שצינתי קודם לכן בדיון על ישראל, גם בלא ה"מעמסה" הנורמטיבית של היות שטח נתון לתפיסה לוחמתית, קיום ההסדר כשמטרתו מוטה, כשהאוכלוסייה העתידה להיפגע ממנו אינה שותפה לעיצובו וככל הנראה גם לא תהיה שותפה לביצועו, הוא בעייתי, ויש בו משום פגיעה בחובה לכבד את הקניין הפרטי ולנהוג בשוויון. אכן, חובות אלה הן מוגברות כאשר עסקינן בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, וכאשר המציאות המוכחת היא כי גם פעולות המציירות עצמן כניטרליות פוגעות בפגיעה עמוקה, עקבית ומתמשכת באוכלוסייה המוגנת.⁹⁶ בהקשר של הליכי הסדר הבעייתיות המיוחדת מתעוררת בהיבטים רבים. אחד מהם נוגע לכללים המהותיים שיוחלו במסגרת ההסדר. אם כללים אלה מעוצבים באופן המשרת את מטרותיו הפסולות או המוטות של הכוח הכובש, הליך ההסדר אינו יכול לזכות לגיטימיות. כך לדוגמה, אחד הכללים המהותיים המופיעים בחוק ההסדר הירדני מפנה לעקרונות הצדק והיושר שאותם צריך להפעיל בית הדין להסדר.⁹⁷ אם שופטי בית הדין להסדר שיופעל יהיו כולם מן האוכלוסייה

⁹² ס' 5 לחוק ההסדרה.

⁹³ עניין **חוק ההסדרה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 48 ו-51 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁹⁴ יעל רונן "חקירה יוצאת לדרך: החלטת בית הדין הבין-לאומי הפלילי על פלסטין ושטחה" **הפורום לחשיבה אזורית** (8.2.2021). <https://bit.ly/3Le9QKC>

⁹⁵ שם.

⁹⁶ DAVID KRETZMER & YAËL RONEN, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES* (2d ed. 2021).

⁹⁷ ס' 14(1) לחוק ההסדר. ראו גם לוי-שנור **דיני רישום**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 301–302.

הכובשת (הישראלית), האפשרות כי עקרונות הצדק והיושר יופעלו כראוי נפגעת ולו מבחינת מראית פני הצדק. נוסף על זה, פסק דינו מהעת האחרונה של בית המשפט העליון בעניין **ברכאת**, שבו אדון להלן, מראה כיצד קביעת דין מהותי המנוגד לדין שהיה בתוקף באזור ולנדרש לפי דיני התפיסה הלוחמתית עשויה להביא לדין מהותי שגוי שיוחל במסגרת הליכים שיש להם תוקף סופי ואשר תוצאתם הלא שוויונית היא בלתי נמנעת.

היבט אחר נוגע להשגת מסמכי הסדר המעידים הן על הליכים תלויים ועומדים והן על פרקטיקות שיפוטיות ומעשיות מתקופת שליטת ירדן המחייבות בבחינת כיבוד הדין הקיים. בלא בטוחות כי יהיה אפשר להשיג עדויות אלה, לא יהיה אפשר להבטיח כיבוד הדין הקיים וזכויות מוקנות של האוכלוסייה המוגנת. גם אם הסכם השלום עם ירדן הסיר חלק מחששות אלה,⁹⁸ הוא בוודאי לא הפיג אותם במלואם נוכח סירובה של ירדן לשתף פעולה עם מה שהיא רואה כנסיון נישול ומתן לגיטימציה לכיבוש.⁹⁹ כך גם כשמדובר בחשש הממשי מפני חוסר שיתוף פעולה מצד אוכלוסיית האזור מטעמים של אי-לגיטימיות ההליך. כאשר מדובר בהגנה על זכותם של הנעדרים מן האזור אשר רכושם לא הולאם כרכושם של הנפקדים בישראל, בשל חיובי משטר התפיסה הלוחמתית,¹⁰⁰ קושי מיוחד עולה מכך שהגוף האמון על הגנה על זכותם הוא, מבחינה מוסדית וארגונית, לא אחר מהממונה על הרכוש הממשלתי. כך במשך עשרות שנים שני הממונים – הממונה על הרכוש הנטוש והממונה על הרכוש הממשלתי – מיוצגים על ידי אותו אדם, כאשר ענייני הרכוש הנטוש מטופלים באופן שגרתי ומוטמע (אך לא ראוי) במסגרת המנגנון האדמיניסטרטיבי של הרכוש הממשלתי.

מצב דברים זה מקים חשש של ממש כי לא יהיה מי שאינו בעל עניין זר מהותית שיקום להגן על הרכוש הנטוש.¹⁰¹ העובדה כי ממשלת ישראל רואה בממונה על הרכוש הנטוש, כמו גם

⁹⁸ כפי שטוען ד"ר ויניצקי בפרוטוקול דיון הסדר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 34.

⁹⁹ באופן חריג נאותה ממשלת ירדן להעביר מסמכים בנוגע להליך ההסדר בשייח ג'ראח בירושלים, על רקע בקשה שהועברה אליה על ידי הרשות הפלסטינית אשר טופלה על ידי הדרגים הגבוהים ביותר. ראו *Jordan Hands Palestinians Papers to Help Stop Israeli Expulsions of Jerusalemites: FM* THE NEWARAB (21 Apr., 2021), <https://bit.ly/3C3ebfq>.

¹⁰⁰ הצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967. ראו רונית לוי-שנור "עמונה, ממונה ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" **"המשפט ברשת": זכויות אדם: מבוקי האורות פסיקה** 73, 30, 47-57 (2018) (להלן: לוי-שנור "עמונה").

¹⁰¹ ד"ר ויניצקי בדבריו בכנסת (פרוטוקול דיון הסדר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 34) ציין כי כשם שהממונה הירדני על נכסי האויב ידע לייצג את עניינם של היהודים בהליך ההסדר, כך "אין בעיה שהליכי ההסדר יחודשו, הממונה על נכסי האויב, אם יהיה מצב כזה שהוא יראה שיש זכויות של פלסטינים שלא הגישו תביעה [...] אין שום בעיה שהוא ייצג אותם". למען הדיוק, מקבילו של הממונה על נכסי האויב הירדני הוא הממונה על הרכוש הממשלתי. ראו ס' 4 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967, קמ"צ"ם 3; צו בדבר רכוש ממשלתי (תיקון מס' 7) (יהודה והשומרון) (מס' 1091), התשמ"ד-1984, קמ"צ"ם 66. כן ראו בג"ץ 3103/06 **ולירו נ' מדינת ישראל**, פס' 24-25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 6.2.2011); רונית לוי-שנור "החובות הציבוריות כלפי התושבים בשייח ג'ראח" **ICON-S-IL Blog** (7.6.2021) <https://bit.ly/3HxHIPp>.

בממונה על הרכוש הממשלתי, פקידים שתוקים שכל תפקידם לבצע את מדיניותה,¹⁰² היא עדות ברורה לכך שאף הפרדה ניהולית בין שני הממונים אין די בה. ללא הבטחה כי יתקיים מנגנון עצמאי ובלתי תלוי – של הממונה על הרכוש הנטוש מזה ושל הממונה על הרכוש הממשלתי מזה, שכל אחד מהם יפעל במנותק מן הממשלה הישראלית (או מכנסת ישראל) ומבלי שאלה רואים עצמם סוברנים להורות להם כיצד לפעול – אין כל אפשרות לקיים הליך הסדר. ממונה הפועל לטובת האינטרסים של מדינת ישראל ולא לטובת האינטרסים של טובת האזור ותושביו המוגנים אינו יכול להבטיח הגנה נאותה לאינטרסים שתחת ידו.¹⁰³

נוסף על האמור, אחת האינדיקציות לכשרותו של הליך צריכה להיות בחינה אם הפרוצדורה נעשית אגב שמירה על עקרונות ההסדר: פומביות, אפשרות זמינה ופשוטה להתנגד ללא הצבת תנאים מוקדמים, קיום מוסדות קהילתיים האמונים על הגנה על האינטרסים של התושבים (הן מבחינת ייצוגם הן מבחינת רכוש משותף) וכיו"ב. קשה לתאר מצב דברים שבו כל השיקולים המתוארים לעיל יוכלו לבוא לידי מיצוי ראוי.

לבסוף, לעניין הטעם השלישי, זמניות החזקתו של צה"ל (המפקד הצבאי) בשטח היא ביסוד הלגיטימציה החוקית להחזקה זו, אם היא קיימת.¹⁰⁴ כך, משום שבבסיס דיני התפיסה הלוחמתית, שמכוחם פועל המפקד הצבאי באזור, קיימת התפיסה שכיבוש שונה בטיבו ומבחינת תוצאותיו המשפטיות מסיפוח (חוקי).¹⁰⁵ האופי הזמני של הכיבוש בא לידי ביטוי בתקנה 43 לאמנת האג הרביעית בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה (1907),¹⁰⁶ הקובעת, כידוע, כי על הכובש לכבד את החקיקה המקומית, זולת אם הדבר נמנע ממנו לחלוטין (absolutely prevented), ובקביעה שבתקנה 55 לתקנות אלה כי על הכובש לנהל את הרכוש הציבורי אגב שמירה עליו לפי כללי ה-usufruct.¹⁰⁷

לכן הכיבוש הוא זמני והמעמד הנורמטיבי של כל הפעולות המשפטיות שנעשו במסגרתו הן עניין להסדר שלאחר סיום הסכסוך, ואילו הסיפוח הוא סופי, והמעמד הנורמטיבי של כל הפעולות

¹⁰² על היחס לממונה על הרכוש הנטוש, ראו בג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פס' 7–11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן (נבו 31.10.2017). על היחס לממונה על הרכוש הממשלתי, ראו עניין **חוק ההסדרה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 98 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁰³ אומנם היקף הנכסים המנוהלים בפועל בידי הממונה על הרכוש הנטוש הוא כ-4,500 נכסים, אולם מבחינה מעשית מרבית הנכסים הנטושים לא אופיינו כלל ככאלה ולא נוהלו בפועל בידי הממונה. ראו לויין-שנור "עמונה", לעיל ה"ש 100, בעמ' 49–50.

¹⁰⁴ בג"ץ 606/78 **איוב נ' שר הבטחון**, פ"ד לג(2) 113, 130 (1979).

¹⁰⁵ הכוונה היא למונח המשפטי conquest, ראו DORIS A. GRABER, THE DEVELOPMENT OF THE LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 1863–1914: A HISTORICAL SURVEY 37 (1949).

¹⁰⁶ תקנות בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907. ראו Hague 1907 Convention IV Respecting the Laws and Customs of War and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, 18 Oct. 1907, 1 U.S.T 631, 653 (להלן: תקנות האג).

¹⁰⁷ Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 551, 593 (2005).

המשפטיות שנעשו במסגרתו הן ככל פעולות משפטיות אחרות בשיטת המשפט המדינתי: בעלות תוקף בלתי מותנה. ואולם, הליך ההסדר הוא בעל אופי סופי, בשני מובנים: כלפי העבר, הליך ההסדר פוגע בתוקפן של טענות שלא התקבלו במסגרתו;¹⁰⁸ כלפי העתיד, הליך ההסדר מונע את אפשרות היווצרותן של זכויות מכוח חזקת שנים.¹⁰⁹ סופיות זו מצויה במתח מובהק עם זמניות הכיבוש.¹¹⁰

ב. כללי הכרה בזכות במקרקעין

הדיון בכללי הכרה מתעורר באזור במסגרת הליכי הכרה – הסדר זכויות, אם הם ננקטים, או רישום ראשון של מקרקעין, כמו גם בהליך הנפוץ של הכרזה על רכוש ממשלתי אף שאינו הליך הכרה כאמור. גם בהקשרים נוספים, כגון התדיינויות אזרחיות או נקיטת הליכים מנהליים, מתעוררות שאלות חשובות בדבר הסטנדרטים החלים על הכרה בזכות קניינית. עם זאת דיון מקיף בכלל כללי ההכרה בזכות במקרקעין באזור הוא מחוץ למסגרתו של מאמר זה.¹¹¹ הכלל החשוב והשגור ביותר שעליו נשענת תביעת הכרה בזכות הוא מכוח "חזקת שנים",¹¹² היינו החזקת מקרקעין ועיבודם החקלאי לתקופה הקבועה (עשר שנים), ולפי הכללים בדבר סוג ההחזקה והעיבוד, משך התקופה ותקופת חלותה, היות ההחזקה ביושר, קיומו של מקור חוקי

¹⁰⁸ ס' 16(2) לחוק ההסדר.

¹⁰⁹ ס' 5 לחוק (תיקון) להוראות הקשורות בנכסי דלא נידי, מס' 51 לשנת 1958.

¹¹⁰ עד כה ניתנה תשומת לב מועטה לשאלת המעמד הזמני או הקבוע של פעולות משפטיות-קנייניות שנעשות במשטר הצבאי באזור. הנושא עלה, בקצרה, עם יישום הסכמי אוסלו. לפי סעיף 16(3) לנספח האזרחי להסכם אוסלו, לעיל ה"ש 72: "The Palestinian side shall respect the legal rights of Israelis (including corporations owned by Israelis) related to Government and Absentee land located in the areas under the territorial jurisdiction of the Council". בבג"ץ 2333/97 **אגודת מדרשת ישראל קדומים אלון מורה נ' מדינת ישראל** (נבו 26.4.1998) נמנע בית המשפט מלהתערב בסוגיית זכויות העותרת ורישומן בכל הנוגע למקרקעין המצויים באזור B. עם זאת, בע"א 9117/11 **משרד הבטחון נ' חברת דווקא בע"מ** (נבו 25.6.2013) ניתן במסגרת הסדר פשרה כספי לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 פיצוי בגין העברת קרקע פרטית לרשות הפלסטינית. בהחלטת בית המשפט המחוזי נקבע כי יש לתת לתובעת פיצוי כספי וקרקע חלופית, ראו ת"א (מחוזי י-ם) 7058/05 **דווקא בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הביטחון** (נבו 1.8.2011). ראו גם החלטת ביניים מפורטת בע"א 9117/11 של השופטת דפנה ברק-ארז בעניין הבקשה לעיכוב ביצוע (מיום 3.12.2012), ובה ביקורת על נושא הקצאת הקרקע החלופית. בדיון שהתקיים בעל פה ביום 24.6.2013 חזרה המשנה לנשיאה (כתוארה אז) נאור וצינה כי לא סביר שלא מגיע כלל כל תשלום למשיבה (התובעת) על ה"מיני התנתקות", כלשונה, שאירעה ובגין העברת הריבונות. כן ראו Eyal Benvenisti & Eyal Zamir, *Private Claims to Property Rights in the Tamar Megiddo & Eyal ; Future Israeli-Palestinian Settlement*, 89 AM. J. INT'L L. 295 (1995) Benvenisti, *Inclusion and Representation: The Settlement of Property Claims of the Dispossessed in the Aftermath of an Armed conflict*, 21 THEORETICAL INQ. L. 397 (2020).

¹¹¹ לוין-שנור **דיני רישום**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 301 ואילך.

¹¹² לדיון בשאלה אם כלל זה מבוסס על תפיסה ראייתית או קניינית ראו שם, בעמ' 305-306. כן ראו עניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 3, בפס' 28 לפסק דינה של השופטת וילנר. יש להבין כי בכלל ההכרה הכוונה גם לכלל ראייתי, והדבר מחדד את הקושי להבחין בין הליכי הכרה לכללי הכרה.

ותוצאות הפסקת העיבוד או ההחזקה. עיגונו המרכזי של כלל זה מצוי בסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני (אף כי אינו הדין היחיד הרלוונטי לעניין). למעשה, סעיף 78 לחוק הוא היסוד המרכזי להכרה – או לאי-הכרה – בזכויותיהם של מעבדי קרקע מירי. התפיסה המקובלת גורסת כי סעיף זה מקנה למי שהחזיק ועיבד קרקע ועמד בשאר התנאים את הזכות לתבוע את רישומה בשמו. לצד סעיף 78 לחוק קבוצה הוראה חשובה בסעיף 68 לחוק, הקובעת, כך לפי הגישה המקובלת, את "דין המחלול", שלפיו מי שזנח או הוביר את הקרקע שעבד במשך שלוש שנים לפחות לא יכול עוד לרכוש בה זכות. בפסק הדין בעניין ברכאת מתמצת השופט סולברג גישה זו כך:

באדמת מירי עסקינן, בטענה על זכות תצרוף לגביה (10 שנות החזקה ועיבוד), לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני (1858); בעקבות הוכחה, 3 שנות בור ללא צידוק, חל דין המחלול (סעיף 68 לחוק הנ"ל); זכות התצרוף פקעה, והזכויות בקרקע נתונות לריבון באיו"ש.¹¹³ והשופטת וילנר כותבת שם:

כאמור, תכליתו העיקרית של סעיף 78 היא יצירת תמריץ לעיבוד קרקעות וכתוצאה מכך – גם הגברת גבייתם של מיסי היבול ממקרקעין מעובדים (אשר כונו מס מעשר [...]). דין המחלול, לפיו הוברת הקרקע במשך שלוש שנים רצופות מובילה לאיבוד הזכויות בה, נועד אפוא לשרת את התכלית האמורה ולאפשר את מימושה.¹¹⁴

על בסיס תפיסה זו קובע פסק הדין כי מי שעמד בתנאי סעיף 78 לחוק אך הפסיק לעבד את הקרקע במשך שלוש שנים, מאבד את זכותו לאלתר מכוח סעיף 68 לחוק, והקרקע חוזרת ללא פעולה משפטית כלשהי לאוצר המדינה. עוד נקבע בפסק הדין כי משעה שנרשמו המקרקעין במרשם המקרקעין, אין עוד חובה להוסיף ולעבד אותם, שכן "בטל נטל עיבוד המקרקעין הקבוע בסעיף 68 לחוק".¹¹⁵ אשר להליכי הסדר זכויות במקרקעין נקבעו בפסק הדין שתי קביעות: האחת, כי עם הכנת לוח זכויות בהסדר "נכנס לתוקף" הכלל בדבר פטור מחובת עיבוד, אך לא בעת הגשת התביעה במסגרת ההסדר או הכנת לוח התביעות (להגדרת המונחים ראו בהמשך); השנייה, כי גם אם בעבר הגשת תביעה בהסדר היא לבדה פטרה מהצורך בהמשך עיבוד הקרקע, הוראה בצו ההתליה שנקבע ב-1968 מפקיעה את כוחו של כלל זה ואין לו עוד אפוא תוקף.¹¹⁶ לכן, כך פסק בית המשפט, המפקד הצבאי אמנם אינו מחדש את הליכי ההסדר, אך הוא רשאי להכריז על מקרקעין שהוגשה בעניינם תביעה בהסדר שהותלה והוזנח עיבודם כרכוש ממשלתי.¹¹⁷

¹¹³ שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹¹⁴ שם, בפס' 43 לפסק דינה של השופטת וילנר.

¹¹⁵ שם, בפס' 41.

¹¹⁶ שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹¹⁷ ראו בעניין זה יש דין יהא חוטא נשכר: גזל אדמות פלסטיניות באמצעות הכרזה על 'אדמות מדינה', במקומות שבהם נקטעו הליכי הסדר זכויות במקרקעין עם כיבוש הגדה המערבית (נייר עמדה, פברואר 2021) <https://bit.ly/3L6PjHB>.

אני סבורה כי פסק הדין שגוי. השגיאה נוגעת הן למצבים שבהם יחול סעיף 68 לחוק והן לתוצאות החלתו. אסביר כי מלכתחילה סעיף 68 לחוק חל רק על קרקע שנמסרה בקושאן (הוקצתה), וכפי שגם נפסק בעניין זה, דין זה פקע למעשה עם אימוץ התפיסה של "קדושת הרישום". אטען כי גם כאשר היה דין המחלול חל, תוצאות החלתו היו "דין טאבו", היינו בחינה שאין אמתלה חוקית להוברת (זניחת) הקרקע, ולאחר מכן פרוצדורה של מתן זכות קדימה לזכאי לרכוש את הקרקע בתשלום דמי טאבו, ואם הדבר לא עלה יפה, מכירתה במכירה פומבית. יתר על כן, אני סבורה כי גם אם סעיף 78 לחוק חל, כמקובל בפרקטיקה רבת שנים אך לא על פי לשון החוק, על מקרקעין שאינם מחלול, המועד הקובע לעמידה בתנאיו הוא מועד הגשת תביעה במסגרת הליך הכרה, אז מוקפאת החובה להוסיף ולהחזיק בקרקע. לבסוף, התליית הליך ההסדר ב-1968 לא נועדה לשלול את תוקפם של הליכי ההסדר ובכלל זה מעמדן של התביעות כמקפאות זמן ועל כן אין זה ראוי לומר שזהו פועלה. פסק הדין גם שגוי בנוגע להבחנה שהוא מבצע בין לוח תביעות ללוח זכויות, המתבססת על תפיסה שגויה של אופן עריכתו של לוח התביעות. כדי להסביר את עמדתי אבקש לשחזר את דין המחלול המקורי, את התנאים להפעלתו ואת תוצאות הפעלתו ולהראות מדוע הוא פסק מלחול. לאחר מכן אציג את הפרקטיקה בדבר תחולתו של סעיף 78 לחוק על מקרקעין שאינם מחלול, ואבקש לנתח את השאלה מהו המועד הקובע מבחינת סעיף 78 לחוק כפי שהוא מיושם, ומהן התוצאות הנכונות של התליית הליכי הסדר. כן אתייחס לאופן ביצוע ההסדר.

1. דין המחלול

בחלק זה אתייחס לשלוש שאלות: ראשית, מהו דין המחלול לפי חוק הקרקעות; שנית, אם דין זה עדיין בתוקף או שמא הוא בוטל למעשה; שלישית, אם לפי שתי השאלות הקודמות חל כיום סעיף 68 לחוק על קרקע שלא נרשמה מעולם.

(א) מהו דין המחלול לפי חוק הקרקעות

לפי חוק הקרקעות, קרקעות המירי, הראויות לעיבוד, נמסרות ליחידים, בתשלום דמי הטאבו (ערך הקרקע).¹¹⁸ תשלום דמי הטאבו מלווה בהענקת תעודה, היא המכונה קושאן. דמי הטאבו, המכונים גם בדל-מסל או בדל אלמת'ל, הם מחירה של הקרקע ללא שווי המחברים לה ומבלי להתחשב בערך הכשרת הקרקע.¹¹⁹ תשלום דמי הטאבו מעניק את הזכות להחזקה ולשימוש מתמשכים (זכויות המכונות תצרוף). כך, בקרקע מירי הבעלות הערטילאית נותרת בידי המדינה (רקבה), אולם "אי אפשר לומר שקרקעות מירי שייכות למדינה. השייכות היא רק מופשטת",¹²⁰ שכן הזכות שנותרת בידי המדינה מוגבלת בהיקפה למצבים קיצוניים, כמפורט להלן.

¹¹⁸ ס' 3 לחוק הקרקעות.

¹¹⁹ יהושע ויסמן דיני קניין – רשימות לפי הרצאות 35 (פנחס שיפמן ויצחק אלדר עורכים 1965) (להלן: ויסמן רשימות).

¹²⁰ משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 330 (מהדורה שנייה התשי"ג).

לפי הדין של חוק הקרקעות, את קרקע המירי שנמסרה ליחידים בקושאן היה אפשר לקחת מהם בהתקיים אחד משני מצבים: (1) הקרקע לא נעבדה במשך שלוש שנים, ללא אמתלה חוקית; (2) הבעלים מת ולא הניח יורשים.¹²¹ בעוד שמות הבעלים ללא יורשים הוא דין חד (לפחות במקור), רשימת האמתלות היא רחבה ומגוונת.¹²² כאשר נוצר אחד מהמצבים האמורים, ואין אמתלה חוקית, הקרקע נכנסת לגדר "חוק טאבו" או "זכות טאבו" (right of tapu).¹²³ כלל שאותו מסביר דוכן כך:

מתחילה היא נכנסת לגדר חוק טאבו [...] אין הממשלה רשאית למכור את הקרקע כרצונה, אלא קודם זכאים בעלי זכות טאבו לשלם את דמי שוויה של הקרקע (בדל אלמת'ל) ולקבל אותה מידי הממשלה.¹²⁴

אם יש אמתלה חוקית, כגון מצב שבו כל תושבי הכפר או חלק מהם עוזבים את מקום הימצאם מסיבות מוצדקות, אז האדמה אינה נכנסת מייד לדין טאבו. רק אם הם אינם חוזרים למקומם בתוך שלוש שנים מהמועד שבו חדלה הסיבה להתקיים ומוסיפים לזנוח את הקרקע, אזי חל דין טאבו.¹²⁵

אם כן, אם אין אמתלה חוקית לזניחה וחל דין טאבו, משמעותו היא **זכות קדימה**, היינו: בעלי זכות הטאבו רשאים לרכוש את הקרקע בתשלום דמי הטאבו.¹²⁶ זכות הטאבו מסורה, במצב של זניחת עיבוד, למעבדים שזנחו או ליורשיהם,¹²⁷ ובמצב של מוות ללא יורשים לבני-מצרא (בעלי נטיעות ובניינים על הקרקע, שותפים ושכנים וכו'). ודוק, דין הטאבו, זכות הקדימה הסטוטורית, הוא בבחינת קשר קנייני בין המחזיק הקודם לקרקע, התקף כלפי המדינה. רק פקיעתו משיבה את הקרקע לאוצר המדינה.

לפיכך על מנת שתוכל המדינה להפעיל את דין המחלול, עליה לפעול, לכל הפחות, לקיום הליך בירור עם הזונח, שבמסגרתו תיבחנה אמתלותיו החוקיות, ותינתן לו הזדמנות לממש את זכות הקדימה ולרכוש את הקרקע בדמי הטאבו. לפי תיקון לחוק הקרקעות, אם נעשתה קרקע כפופה לזכות טאבו, ייקבע שווי הקרקע על ידי ועדה הכוללת את הפקיד המחוזי ונציגי ציבור. משנקבעה השומה, על מנהל מחלקת הקרקעות להזמין את האנשים בעלי זכות הטאבו באותה קרקע, לפי סדר הבכורה של זכויותיהם.¹²⁸ אם לא עשתה המדינה כנדרש, הקשר בין המחזיק

¹²¹ ס' 59–65 לחוק הקרקעות.

¹²² אהרן בן-שמש **חוקי הקרקעות במדינת ישראל** 126 (1953).

¹²³ 14 PLR 337, 341 (1947) Habbab v. Gov't of Palestine, CA 153/46 (להלן: עניין **הבאב המנדטורי**).

¹²⁴ דוכן, לעיל ה"ש 120, בעמ' 333.

¹²⁵ ס' 72 לחוק הקרקעות.

¹²⁶ תשלום דמי הטאבו צריך להיות לפי ערך הקרקע במועד שבו דווחה תפיסת הקרקע בידי המחזיק לממשלה. למשל, מועד שבו נציג הממשלה ביצע ביקורת בקרקע. ראו CA 93/45 Dabbas v. Dir. of Land Settlement, 13 (1946) PLR 286, 289 (בעותק שפורסם בקובץ הפסקים השם של המערער הוא Dabbas, ואילו בעותק המצוי בתיק הארכיון של מחלקת הקרקעות והמדידות המנדטוריות שם המערער הוא Debbas). כן ראו להלן ה"ש 193.

¹²⁷ ס' 71 לחוק הקרקעות.

¹²⁸ ס' 4 לפקודת חוק הקרקעות (תיקון), 1933.

לקרקע אינו פוקע, ו"אם הקשר בין המחזיק הקודם והמדינה לא פקע, אין המדינה חופשייה להשתחרר מחובתה כלפי המחזיק הקודם ולמסור את זכות החכירה בקרקע לאחר".¹²⁹ על כן תיאורו של השופט סולברג בעניין **ברכאת** את דין המחלול כך: "בעקבות הוכרה, 3 שנות בור ללא צידוק, חל דין המחלול (סעיף 68 לחוק הנ"ל); זכות התצרוף פקעה, והזכויות בקרקע נתונות לריבון באיו"ש".¹³⁰ מתעלמים לחלוטין מן העובדה שדין המחלול איננו מפקיע מניה וביה את הזכות שנוצרה בקרקע, אלא הוא מחייב בירור אם יש אמתלה חוקית ומתן הזדמנות רכישה בשווי טאבו בידי בעל הזכות.

חוק הקרקעות העות'מאני חזה מצב שבו קרקע שנמסרה בקושאן נזנחה, ומבלי שננטק ההליך של דין טאבו שבמסגרתו הקרקע נמכרה שוב לזונח או במכירה פומבית לאחר, אירע הדבר שאדם תפס את הקרקע והחל לעבד אותה. במצב זה, ובתנאי שאותו מעבד פעל ביושר ולא כמסיג גבול, חלוקה השנים עשוי להקנות לו זכות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני. כך, לפי הסעיף, "ואין רואים את הקרקעות הללו נטושות (מחלול)". לתחום תחולתו של סעיף 78 לחוק ניתן, לפי לשונו והקשרו המקורי לפחות, להיכנס רק אם מדובר בקרקע מחלול, כלומר קרקע שהוקצתה והזכות בה הוכפפה לדין המחלול ותנאיו.¹³¹ לשאלה אם מן **הבחינה המעשית** אכן סעיף 78 לחוק חל רק כאשר מדובר בקרקע מוקצת שזנחה ונתפסה או גם כאשר מדובר בקרקע לא מוקצת שנתפסה, אשוב בתת-פרק 2.2 להלן.

(ב) האם יש עוד תוקף לדין המחלול בקרקע שהוקצתה

כאמור, דין המחלול חל בקרקע שנמסרה ליחידים בהקצאה על מנת שיעבדוה, וההענקה היא הרישיון או שטר הטאבו, הקושאן.¹³² מטרת החוק היא להבטיח כי המדינה תוכל לגבות את מס המעשר, המבוסס על תוצרת חקלאית "הואיל וזוהי התכלית והמטרה, הרי אין המדינה יכולה להרשות שיפחתו הכנסותיה על ידי הוברת הקרקע והזנחתה".¹³³

אך תכלית זו לא שרדה את מבחן הזמן. בחקיקה של שנת 1913 ערך השלטון העות'מאני רפורמה בכל הנוגע למקרקעי המירי, וביטל בין השאר את המגבלות שהיו מוטלות על השימוש בהם, כגון בנוגע לנטיעת עצים ובניית בניינים. החוק קבע כי "בעד קרקע שישתמשו בה בצורה

¹²⁹ עניין **עבדאלקאדר**, לעיל ה"ש 44, בפס' 20.

¹³⁰ עניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 3, בפס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג. הזכויות בכל מקרה אינן שייכות ל"ריבון באיו"ש". הזכויות שייכות למדינה, ואת זכויות המדינה בקרקע חובת המפקד הצבאי לשמור, וזכותו לנהל לטובת האוכלוסייה וכפוף לחובה להגן על הקניין הפרטי.

¹³¹ ישראל גלעד "התיישנות במקרקעין – קווים לריפורמה" **משפטים** יח 177, 236 (התשמ"ח) ("הסעיף – על פי לשונו – מדבר בקרקע 'נטושה', היינו קרקע 'מחלול'. קרקע 'מחלול' היא קרקע שהמדינה רשאית ליטול אותה חזרה לאחר שהוקצתה").

¹³² ע"א 85/49 **ברנקר נ' בורשטיין**, פ"ד ה 306, 309 (1951); בן-שמש, לעיל ה"ש 122, בעמ' 126.

¹³³ שם.

שאינה מאפשרת גביית מס-המעשר, ישולם מס שנתי קבוע".¹³⁴ יש הרואים בחקיקה זו משום ביטול של דין המחלול.¹³⁵

יתר על כן, מאוחר יותר ערכו הבריטים רפורמה בנוגע למיסוי הרכוש החקלאי וביטול שיטת המעשרות והחלפתו במס חקלאי קבוע.¹³⁶ בשל התפתחות זו לא היה עוד מקום לטענת הוברה. ואכן, למעשה זה מאה שנה שאין נוהגים לעמוד על דין המחלול. כפי שהסביר דוכן, "לפי תנאי הארץ לא השתמשה ממשלת המנדט בחוק זה".¹³⁷ בן שמש ציין כי "לא תתואר כיום האפשרות, שיחול על קרקע מוברה דין טאבו ותחזור למדינה".¹³⁸ ויסמן הסביר בשיעוריו באמצע שנות ה-1960, על בסיס דבריו של בן שמש, כי "לא ידוע על מקרה שבו הופעל סעיף 68 לחק"ע [חוק הקרקעות העות'מאני]. לאור השינויים שהחלו בשיטת המיסוי והחלפת המס הקודם במס רכוש קבוע שאינו מותנה בגודל היבול, יש הסוברים שהוראת סעיף 68 לחק"ע אינה בת-תוקף עוד".¹³⁹ אף זנדברג מציין כי "דין המחלול התנוון כבר בשלהי התקופה העות'מאנית".¹⁴⁰ נסכם אפוא את שני חלקי הדיון עד כה: דין המחלול שבסעיף 68 לחוק חל מלכתחילה אך ורק על קרקע שהוקצתה ונמסרה בשטר קושאן. ואולם, דין זה הפסיק לחול בשל החוק מ-1913, שינוי דיני המס החקלאי, והפרקטיקה רבת השנים בנדון.

בחזרה לעניין ברכאת: בפסק הדין נדונו מקרקעין לא מוקצים. לפיכך לכאורה לא היה מקום להחלת דין המחלול כלל. אם היו המקרקעין מוקצים באמצעות רכישת שטר קושאן, גם אז לא היה מקום להחלת דין המחלול נוכח שקיעתו של הדין. אפילו אם היה מקום להחלתו, היה צריך לשקול תחילה קיומן של אמתלות חוקיות לזניחה אגב מתן זכות שימוע לטוענים, ואם אין כאלה, הייתה נדרשת נקיטת פרוצדורה של מכירה בדמי הטאבו למזניחים או בהקצאה מחודשת על דרך מכירה פומבית. אך בכך לא תם הדיון כפי שאראה להלן. אף כי רכישת קרקע מכוח חזקת שנים לפי סעיף 78 חלה במקור על קרקע מחלול בלבד, בפרקטיקה התפתחה גרסה נוספת של דין רכישת זכות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות שלא בקרקע מחלול. גרסה זו עשויה להשליך על תחולתו של דין המחלול בעניין מקרקעין לא מוקצים, ולשאלה זו אפנה כעת.

¹³⁴ ס' 5 לחוק על החזקת נדל"ן, 1913. בן-שמש, לעיל ה"ש 122, בעמ' 195–196.

¹³⁵ בע"א 400/60 אבו חנאזיר נ' המועצה המקומית במעליא (3.7.1962) צוין כך: "ואם תמצא לומר שהוראות סעיף 68 אינן יכולות עוד לדור בכפיפה אחת עם הוראות סעיף 5 לחוק העות'מאני, בדבר החזקת נכסי דלא נייד, המסירות למעשה כל הגבלה בדבר השימוש באדמת מירי, אף אני אשיב שבמקרה שלפנינו פעל סעיף 68 את פעולתו עוד זמן רב לפני שהחוק הוא חוקק". פסק הדין מובא בספרו של אליהו כהן **התיישנות והסדר במקרקעין** 383 (1984), ומוזכר אצל גלעד, לעיל ה"ש 131, בעמ' 236, ה"ש 264 (מצוין כי יש ספק בשאלת תוקפו של דין ההוברה).

¹³⁶ פקודת מס הרכוש החקלאי, 1935, ע"ר תוס' 1, 486, אשר ביטלה את פקודת פדיון מעשרות, 1927, ע"ר 201.

¹³⁷ דוכן, לעיל ה"ש 120, בעמ' 334.

¹³⁸ בן-שמש, לעיל ה"ש 122, בעמ' 126.

¹³⁹ ויסמן **רשימות**, לעיל ה"ש 119, בעמ' 35.

¹⁴⁰ ער (איר"ש) 9-14/06 **הממונה על הרכוש הממשלתי והננוש נ' חברת אהוד קהתי 3000 בע"מ**, החלטות נבחרות של ועדות עררים באיר"ש ב 336, 340 (איל נון עורך) (6.8.2008). כן ראו חיים זנדברג "בזכות ההתחשבות בחוכרי קרקע חקלאית" **המשפט** ז 45, 51 (2002) ("במסגרת התהליך של הסדר זכויות במקרקעין [...] ההחזקה והעיבוד חדלו להיות חשופים לסכנת המחלול").

(ג) האם דין המחלול חל על קרקע שלא הוקצתה

מהצגת הדברים עד כאן נובע כי למעשה דין המחלול אינו רלוונטי כלל למקרקעין שלא ניתן בעניינם קושאן. ואף על מקרקעין שכן ניתן בעניינם קושאן הוא אינו חל עוד בשל ביטול דין המחלול. לנוכח מיתתו של דין המחלול, לכאורה אין ממש אפשרות למצוא קרקע מוקצית שהיא קרקע מחלול שיהיה אפשר להחיל בעניינה את סעיף 78 לחוק. גלעד עמד על בעיה זו אך ציין כי לא פגש בפסיקה בדיון עקרוני בסוגיית היקף התחולה של סעיף 78 לחוק על קרקעות שלא הוקצו. עם זאת הוא סבר כי בפועל הורחב סעיף 78 לחוק לקרקעות מסוג זה (שאינן מוקצות), ו"נראה כי הדעה הרווחת היא שסעיף 78 אכן חל על אדמות 'מירי' שטרם הוקצו".¹⁴¹ אם כן, הפרקטיקה היא שבמשך שנים נוהגים לראות בסעיף 78 לחוק מקור לרכישת זכות במקרקעין שאינם מחלול, היינו גם במקרקעין שאין הוכחה כי הוקצו ונזנחו (אף אם כן יש דרישה להוכיח כי תחילת ההחזקה במקרקעין הייתה שלא על דרך הסגת גבול ומלווה במקור חוקי, סוגיה שאין באפשרותי להרחיב בה כאן).¹⁴²

משכן, עולה השאלה אם בעניינם של אותם המקרקעין שאינם נכנסים לדין סעיף 78 לחוק ב"דרך הראשית", היינו לאחר שהוחל בעניינם דין המחלול של סעיף 68 לחוק, אלא בדרך המשנית, באמצעות הכרה בתחולת סעיף 78 לחוק על מקרקעין לא מוקצים, חל דין אנלוגי לזה שבסעיף 68 לחוק, הקובע את הכפיפות לזכות החזרה של המדינה כלפי מי שזנח את החזקתו. במילים אחרות, השאלה היא אם טענה לזכות לפי סעיף 78 לחוק על דרך ההרחבה הפרקטית בנוגע למקרקעין לא מוקצים כפופה לסעיף 68 לחוק. כאמור, הקשר שקובע החוק בין שני הסעיפים הוא זה: לתחום תחולתו של סעיף 78 לחוק ניתן, לפי לשונו והקשרו, להיכנס רק אם מדובר בקרקע מחלול, כלומר קרקע שהוקצתה והזכות בה פקעה לפי דין המחלול שבסעיף 68 לחוק ותנאיו. דין המחלול, אשר אינו חל במקרה המובהק לתחולתו על קרקע שהוקצתה – משום שהוא "הומת" על ידי החוק על החזקת נדל"ן, ששינה את מעמדם של מקרקעי המירי, ועל ידי הרפורמה במיסוי החקלאי, אשר ביטלה את תכליתו של הסעיף לגבות מעשר – אינו יכול לחול, לפי דעתי, בעקיפין או לפי היקף לסעיף 78 לחוק בעניין קרקע שלא הוקצתה במסגרת הרחבת תחולתו של סעיף 78 לחוק, גם על קרקעות לא מוקצות. במילים אחרות, אם בהיקף עסקינן, אין מניין להקיש. יתר על כן, המחיה קרקע בדרך הראשית של סעיף 78 לחוק, היינו על מקרקעי מחלול, אינו כפוף לסעיף 68 לחוק לפי לשונו של הסעיף. מכאן שהקביעה בעניין ברכאת שלפיה בקרקע מירי לא מוקצית חל דין המחלול אינה נכונה, אך אין זה אומר שבכך תם הדיון. השאלה הבאה תתברר כשאלה הנכונה יותר לענייננו.

¹⁴¹ גלעד, לעיל ה"ש 131, בעמ' 236.

¹⁴² לוי-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 307–316.

2. המועד הקובע לרכישת זכות מכוח עיבוד והחזקה

(א) עד מתי יש לעמוד בתנאי סעיף 78 לחוק

בהיעדר תחולה לדין המחלול, לא על קרקע שהוקצתה (בשל מיתתו של הדין) ולא על קרקע שלא הוקצתה (בשל היעדר תחולה מלכתחילה למצב זה), השאלה החשובה יותר היא עד מתי על מי שעמד בתנאי סעיף 78 לחוק (כלומר מילא את תקופת השנים, טיב ההחזקה והעיבוד, דרישת היושר והמקור החוקי) להוסיף ולקיים את התנאים, כלומר להוסיף ולהחזיק ולעבד את הקרקע.¹⁴³ בעניין זה ניתן לתאר שלושה מועדים אפשריים המתוארים בסדר הפוך בזמן:

- (1) עד שמתקיים הליך הכרה בעניין המקרקעין, והקרקע נרשמת בהם בשמו.
- (2) עד מועד פתיחתו של הליך הכרה. כאן תתעורר השאלה מה דין הליך שהתמשך והתארך.
- (3) משעה שעמד בתנאים המהותיים הזכות מוקנית לו, ולכן אף אם במועד שבו תבע את הקרקע (או הוחל בעניינה הליך בירור) כבר לא החזיק בה, היא עדיין תירשם בשמו (או תיחשב לפרטית).

אין מי שיחלוק כי בשעה שנרשמה הקרקע בשמו של הטוען לזכות אין היא מותנית עוד בהמשך קיום תנאי סעיף 78 לחוק. יש המכנים כלל זה בשם עקרון "קדושת הרישום", שמשמעו שהרישום מחליף את ההחזקה, והוא אף ביטוי לכך שלדין המחלול אין עוד חיות. אך האם גם אחד משני המועדים המוקדמים יותר די בו? התשובה טמונה דווקא בשילוב ביניהם. כפי שאראה להלן, לפי הדין החל באזור, המועד הקובע לצורך "גיבוש" הזכות הוא מועד פתיחתו של הליך הכרה ובייחוד מועד הגשת תביעה במסגרת הליך הכרה, וכפוף לאמור להלן. הגשת התביעה עשויה להיות הגשת בקשת רישום ראשון פרטנית או הגשת תביעה במסגרת הליך הסדר זכויות במקרקעין אם בחרה המדינה לקיים הליך זה. במועד זה מציג הטוען לזכות בקרקע דרישה נגד המדינה ומבקש ממנה להכיר במעמדו לפי סעיף 78 לחוק, ואם עמד בתנאים יש ליתן לו את שטר הטאבו כפי בקשתו. אם מעת הגשת התביעה חלים עיכובים בהכרה בה אשר אינם תוצאה של אשמו של התובע, אין העיכובים הללו פוגעים במעמדו של תובע הזכות, והם אינם מקימים לו חובות נוספים.

בטרם אפנה לדיון זה, חשוב לציין כי לפי הפרקטיקה המקובלת באזור, אף אם בתקופה שקדמה למועד פתיחת הליך ההכרה (או ההכרזה) זנח המעבד את המקרקעין, אין הדבר פוגע בזכויותיו אם זנח אותם לתקופה של עד עשר שנים.¹⁴⁴ פרקטיקה זו נשענת על מדיניות רבת השנים של עו"ד פליאה אלבק, שעמדה בראש המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה וגיבשה את מדיניות המקרקעין באזור בשנות השמונים של המאה העשרים. היא אף בבחינת אימוץ חלקי של פסק דין מנדטורי העוסק בקרקע המצויה בהליכי הסדר. בפסק דין זה טענו התובעים כי פקיד ההסדר סבר בטעות כי טענה הנסמכת על סעיף 78 לחוק חייבת לכלול המשך עיבוד רצוף של

¹⁴³ שאלה זו רלוונטית כאמור גם להחייאת קרקע מחלול "בדרך הראשית".

¹⁴⁴ ראו איל זמיר **אדמות המדינה ביהודה והשומרון: סקירה משפטית** 24 (1985); לוי-שנור **דיני רישום**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 321. כן ראו דבריו של עו"ד דניאל קרמר, ששימש בא כוח הממונה על הרכוש הממשלתי במשך שנים רבות מאוד, בעמ' 15 לפרוטוקול הדיון מיום 10.8.2020 בעניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 3.

הקרקע אפילו אחרי השלמת התקופה שבה רכש את הזכות, היינו לאחר החזקה של עשר שנים. בית המשפט קיבל את טענת התובעים וקבע:

It is true that possession alone under Article 78 is not sufficient; the possession must also be coupled with cultivation; but once the prescriptive title is vested in a person by reason of ten years possession with cultivation it is not necessary, in order that title may be confirmed at settlement, to establish the claimant continuously cultivated it after the prescriptive period.¹⁴⁵

ולפיכך צוין בספרות כי "מי שהחזיק קרקע מירי-מחלול במשך עשר שנים רצופות ועיבדה בהתאם לדרישת הס' 78, אינו חייב לעבוד את הקרקע עיבוד תמידי אחרי שרכש לעצמו את הזכות של 'אזוקופיה', ורשאי לדרוש רישום הקרקע על שמו בספרי האחוזה".¹⁴⁶ פסקי דין ישראליים אחדים הביעו תמיכה ברעיון זה.¹⁴⁷ הפרקטיקה הנוהגת באזור, אם כי יתכן שחל בה שינוי בשנים האחרונות, היא כי כאשר המדינה מבצעת הכרזה על מקרקעין כרכוש ממשלתי, היא נוהגת לברר אם במועד ההכרזה יש עיבודים במקרקעין, או היו עיבודים שנזנחו לפני עשור. בשני המקרים הללו הקרקע מסווגת כפרטית. פרקטיקה זו תקפה גם להליכי הכרה. כעת אפנה לדון בשאלה אם לאחר הגשת תביעה במסגרת הליך הכרה יש חובה להוסיף ולעבד את הקרקע כתנאי לשימור זכות התובע בה.

(ב) חובת עיבוד הקרקע לאחר הגשת תביעה במסגרת הליך הכרה

מן האמור לעיל עולה כי על מנת להתכנס תחת כנפיו של סעיף 78 לחוק כפי שהורחב בפרקטיקה, ולזכות בזכות במקרקעין מכוח עיבודם והחזקתם במשך עשר שנים ברציפות (ומילוי שאר התנאים), על התובע להחזיק בקרקע ולעבדה לתקופה הנדרשת בעת הגשת התביעה או עד לתקופה שקדמה לה. אך האם לאחר הגשת התביעה (או עד המועד הקובע להגשת תביעות) על התובע להוסיף ולהחזיק בקרקע, או שמא זכות תביעתו תיפגע? לצורך דיוננו יש שני הליכי הכרה רלוונטיים, ומכאן שני מועדים שיש לבחון – מועד הגשת בקשה לרישום ראשון לפי החוק ומועד הגשת תביעה במסגרת הליך הסדר זכויות במקרקעין. אף על פי שהליכי רישום ראשון הם המתבצעים היום, אתמקד כאן דווקא בהגשת תביעה בהסדר, שכן היא שעמדה על הפרק בעניין **ברכאת**, וכן משום שהמאפיין את הליך ההסדר הוא שהוא נעשה ביוזמה של המדינה, ובאחריותה המלאה. המדינה בוחרת מתי ואיפה להתחיל בהסדר, והיא האחראית לכך שהליך ההסדר יגיע למיצויו (לאחר מיצוי ההליך, פתוחה הדרך לתקיפת תוצריו לפני בית המשפט). עם זאת אציין כי

¹⁴⁵ CA 230/45 Nayef v. Gov't of Palestine, 13 PLR 37, 38 (1946) (להלן: עניין נאייף).

¹⁴⁶ דוכן, לעיל ה"ש 120, בעמ' 317. כן ראו בן-שמש, לעיל ה"ש 122, בעמ' 133; עניין קהתי, לעיל ה"ש 140, בעמ' 341.

¹⁴⁷ ראו ע"א 441/60 אל-רבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 1950 (1961); ע"א 314/61 אל כאטיב נ' מדינת ישראל, פ"ד טז 837, 839, 840 (1962); ע"א 197/84 יגורי נ' רשות הפיתוח, פ"ד לט (2) 85, 94-ג (1985); ע"א 4861/91 עיסה נ' סרסור, פ"ד מח (1) 441, 447 (1993).

על מנת להימנע ממצב שבו תביעה שהוגשה במסגרת הליך של רישום ראשון ספורדי תעמוד כאבן שאין לה הופכין, הוקנתה בתקנות מ-2008 הסמכות להורות על מחיקת תביעה שלא קודמה בידי מגישה.¹⁴⁸

חוק ההסדר הירדני משנת 1952 מיועד, על פי מטרתו המוצהרת, להסדיר את כל הבעיות והמחלוקות הקשורות בזכות שימוש או בזכות קניין כלשהי בקרקע ובמים ובכל זכות הקשורה בהם והניתנת לרישום.¹⁴⁹ החוק מבהיר כי ההסדר עוסק בכל מי שיש לו זכות שימוש או זכות קניין, בין שזכות זו מוכרת ובין שהיא שנויה במחלוקת.¹⁵⁰ לפי החוק על הודעת ההסדר הנמסרת לתושבים להבהיר שההליך עוסק בכל הזכויות, בין המוכרות ובין השנויות במחלוקת.¹⁵¹ החוק מורה כי עם פרסום הודעת הסדר, ובתקופת הזמן שנקבעה בה להגשת התביעה, על כל מי שיש לו תביעה לזכות כאמור להגיש את תביעתו למנהל או לפקיד ההסדר.¹⁵²

לכן כל הטוען לזכות בקרקע מיירי לא רשומה מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות,¹⁵³ זכות שעדיין לא הוכחה, חייב להגיש את בקשתו לקבל שטר טאבו כתביעה בהליך ההסדר. את תקופת הזמן הנחוצה לעניין סעיף 78 לחוק יש כמובן לקיים במועד הגשת הבקשה לרישום,¹⁵⁴ שכן כידוע, בכל הנוגע להתיישנות, המועד הקובע הוא יום הגשת התביעה.¹⁵⁵ כשם שאין לעצור תביעה שהתיישנה לאחר הגשתה, כך יש לקיים את תקופת ההתיישנות הנדרשת קודם להגשת התביעה בהתיישנות מהותית.¹⁵⁶

זהו היחס ההיררכי שבין חוק ההסדר לחוק הקרקעות.¹⁵⁷ זוהי הקריאה ההרמונית של שני דברי החקיקה.¹⁵⁸ מי שטוען לקיומה של זכות להירשם במועד פרסום הודעת ההסדר חייב להגיש את תביעתו בעניין זה בתקופת הזמן שנקבעה בהודעה. מי שלא יעשה כן, תהיה הדרך חסומה בפניו לעשות כן לאחר מכן בשל סופיות ההסדר.¹⁵⁹ מכאן שהמקור החוקי לקביעה כי את זכותו

¹⁴⁸ תק' 11 לתקנות הרישום. תקנות אלה באו לתקן את מצב הדברים שבא לידי ביטוי לדוגמה בבג"ץ 7439/04 זר נ' אלוף פיקוד מרכז (נבו 14.9.2004), שם הוגשה בקשה לרישום מקרקעין בשנת 1992, אך לא החל הדיון בה גם 12 שנים לאחר מכן בשל אי-הגשת מסמכים מצד המבקש.

¹⁴⁹ ס' 2 לחוק ההסדר (הגדרת "הסדר קרקעות ומים").

¹⁵⁰ שם, בס' 3.

¹⁵¹ שם, בס' 6(3).

¹⁵² שם, בס' 7(1).

¹⁵³ או לזכות לפי ס' 103 לחוק הקרקעות לגבי קרקע מוואת.

¹⁵⁴ עניין קהתי, לעיל ה"ש 140, בעמ' 341 (אם אין בידי פלוני רישום של בעלותו – "יזכה בה רק מכוח הוכחת עיבוד הקרקע והחזקה רציפים עובר לבקשת הרישום").

¹⁵⁵ ע"א 602/82 אבו-ניע נ' מגדלכאום, פ"ד (3) 281, 291 (1983).

¹⁵⁶ ראו ע"א 193/56 אל-קרא נ' אבו-חמוד, פ"ד יא 1267, 1268–1269 (1957); ע"א 80/58 אל-טבאש נ' היועץ

המשפטי לממשלה, פ"ד יב 2006, 2007 (1958).

¹⁵⁷ ולפי ס' 28(10) לחוק ההסדר.

¹⁵⁸ השו"ע"א 501/83 המועצה המקומית ג'וליס נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 131, 135–136 (1986); יהושע ויסמן

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969—מגמות והישגים 91 (1970).

¹⁵⁹ ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 108–109.

של התובע בוחנים במועד הגשת התביעה הוא סעיף 78 לחוק הקרקעות, שכן הגשת התביעה בהסדר היא הגשת בקשה לקבל שטר טאבו לפי סעיף זה.¹⁶⁰ בניגוד לדבריו של בית המשפט בעניין **ברכאת**, הגשת תביעה בהסדר איננה "נקיטה בהליך אדמיניסטרטיבי-וולונטרי פשוט כהגשת תביעה".¹⁶¹ מי שנוקט את ההליך אינו הפרט המגיש את התביעה אלא המדינה היוזמת את הליך ההסדר. הגשת תזכיר התביעה אינה וולונטרית אלא מאולצת, שאם לא כן יאבדו לאדם זכויותיו מכוח עקרון סופיות ההסדר. ההליך אינו אדמיניסטרטיבי כי אם הליך משפטי אינקוויזטורי.¹⁶² תביעה אינה מתיישנת כל עוד ההליך מתנהל.¹⁶³ הליך ההסדר מתנהל כמשפט התקף כלפי כל העולם, כאשר קיומו של סכסוך מחייב את העברתו לדיון לפני בית המשפט להסדר. ההליך מייצר מעשה בית-דין במובן החזק ביותר האפשרי בעולם הקניין.

יתר על כן, קביעת המועד להגשת התביעות בהסדר, קביעה המסורה למדינה בלבד, מעמידה חיץ בין שתי תקופות הזמן – זו שקדמה למועד וזו שלאחריה. טרם חלפה התקופה הקובעת לרכישת זכות מכוח החזקה ועיבוד במועד שבו יש להגיש את התביעות במסגרת ההסדר – לא יהיה המבקש להירשם כבעלים זכאי לכך, וכל תקופת החזקה שצבר תהיה כלא הייתה. חלפה התקופה הקובעת – והתמלאו שאר התנאים – זכאי המבקש להירשם. מועד השלמת ההסדר נתון להחלטתה הבלעדית של יוזמת ההליך – המדינה – וכפוף לקיומה של התדיינות משפטית אם קיימת, ולכן הזכאות להירשם קיימת כל עוד ההליך תלוי ועומד גם אם הוא נמשך זמן רב. כך מבטיחה המדינה כי במקומות שבהם נוצרו זכויות פרטיות אלה יירשמו מחד גיסא, ואילו במקומות שבהם טרם נוצרו זכויות כאלה, לא תהיה עוד אפשרות לייצרן, מאידך גיסא. בית המשפט מסכים בעניין **ברכאת** לקבל רק צד אחד של המשוואה: המועד שבו נעצרת האפשרות לצבור את הזמן הדרוש, ערב הגשת התביעה, אך אינו מסכים לקבל זאת כשמדובר בצד השני של המשוואה, הכרה בכך שבמועד זה אין עוד דרישה להחזיק בקרקע. כלל לא שווה זה שאימץ בית המשפט ב**ברכאת**, שבו המדינה מרוויחה תמיד, אין לקבל. הוא מפר הוגנות בסיסית, הוא אינו מבוסס על הדין, והוא מפר את הנורמות המקובלות זה עשרות רבות של שנים. ההנמקה לחוסר איזון קשה זה מצויה לשיטת בית המשפט בהתקנתו של צו ההתליה, אשר עצר את הליכי ההסדר, ונתן למדינה לפיכך את הכוח לא לסיים, אך מבלי שקבע – כך לפי בית המשפט – כי זכויותיהם של התובעים שמורות להם ומוקפאות למועד הגשת התביעה. פגיעה זו בזכותם של המעבדים למיצוי זכויותיהם תוך זמן ראוי, ולשיחורם מהצורך להוסיף ולעבד את

¹⁶⁰ CA 118/46 Nachlat Jacob Cooperative Society Ltd. v. Tabak, 13 PLR 588 (1946).

¹⁶¹ עניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 3, בפס' 52 לפסק דינה של השופטת וילנר.

¹⁶² לכך שרואים בהליך ההסדר הליך לפני בית משפט, ראו Limitation (Enemies and War Prisoners) Ordinance, no. 45 of 1946, הגדרת "action" כוללת: "Proceedings before a Settlement Officer for the hearing of a claims under the Land (Settlement of Title) Ordinance". הפקודה אושרה

ביום 15.8.1946 ואושרה לפי הודעה שפורסמה ביום 14.2.1947.

¹⁶³ ס' 1666 למגילה **מגילה** או **מגילת אחכאם אל עדליה** (**קבץ-דיני-הצדק**) (גר פרומקין מתרגם 1928) (להלן: **המגילה**).

הקרקע כתנאי להכרה בהם, התבררה רק בחלוף שנים רבות מקביעתו של צו ההתליה, לראשונה עם מתן פסק הדין בעניין **ברכאת**. אף על פי כן, קבעה השופטת וילנר כי עריכת ביקורת שיפוטית לצו שהוצא לפני עשרות שנים אינה יכולה להיעשות בהליך הנוכחי.¹⁶⁴ בעוד שנדמה שבכך ביקשה לסתום את הגולל על אפשרות תקיפתו של הצו, במסגרת ההחלטה לדחות את הדיון הנוסף ציינה הנשיאה חיות כי הואיל ונקבע שהעיתירות אינן האכסניה המתאימה להכריע בטענות הנוגעות לצו ההתליה, לא ניתן לומר כי נפסקה הלכה בהקשר זה.¹⁶⁵ ונקודה נוספת בהקשר זה: השופטת וילנר הדגישה כי צו ההתליה "לא מנע מאיש להמשיך ולעבד את האדמה שהיתה בחזקתו החוקית. הבחירה בין החזקה ועיבוד לבין נטישה והוברה נותרה בידו".¹⁶⁶ דברים אלה מתעצמים ממש. הם עטופים בשפה של חופש הבחירה, ובכיבוד רצון הפרט אך אין תוכנם כברם: הבחירה לא להמשיך את הליכי ההסדר נעשתה על ידי המדינה הכובשת, והיא זו שהביאה לפגיעה שנוצרה בחלוף השנים בזכות המחזיקים; המחזיק יכול היה לסמוך על ההגנה על הקניין המוקנית לו במשפט הבין-לאומי ובדיני הכיבוש; ולבסוף, במסגרת ערר של תושבי הכפר מראשית שנות ה-80 נקבע כי אין בצו ההתליה כדי לפגוע בזכויותיהם של מחזיקים, אשר מוקפאות למועד ההסדר, קביעה שהמחזיקים יכלו להסתמך עליה.¹⁶⁷

כאמור לעיל, קביעת המועד להגשת התביעות בהסדר מעמידה חיץ בין שתי תקופות הזמן – זו שקדמה למועד וזו שלאחריה. מבחן החיץ הכפול – הן לעבר הן לעתיד – הוא כלל בסיסי ביותר של דיני ההסדר, והוא נכון מעת היוולדה של פרוצדורת ההסדר בארץ ישראל המנדטורית בשנת 1928. כך פסקו בתי המשפט המנדטוריים וכך פעלו פקידי ההסדר. הפסיקה הנוגעת למקרקעי מיירי היא שהובאה לעיל, וממנה עולה כי באשר למי שצבר את תקופת הזמן הדרושה של עיבוד והחזקה, "it is not necessary, in order that title may be confirmed at settlement, to establish the claimant continuously cultivated it after the prescriptive period".¹⁶⁸ עיקרון דומה ניתן לזהות גם בכל הנוגע לקרקעות המוואת.

עניין קרקעות המוואת נדון בפרשת **קריקוריאן**.¹⁶⁹ שם הוגשו תביעות במסגרת הליך ההסדר בשנת 1936, אך פקיד ההסדר בדק את מצב המקרקעין רק בשנת 1941. הפקיד קבע את המועד הקובע לבירור שאלת החייאת הקרקע למועד הגשת התביעה, בשנת 1936, אף על פי שלא היו לפניו עדויות ישירות בדבר מצב המקרקעין באותה שנה. בית המשפט העליון המנדטורי קיבל גישה זו וקבע כי המועד הקובע הוא מועד הגשת התביעה בהסדר, גם אם יש קושי לעמוד עליו במדויק מתוך העדויות שבשטח בשנת 1941:

¹⁶⁴ עניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 3, בפס' 52 לפסק דינה של השופטת וילנר.

¹⁶⁵ דנג"ץ **ברכאת**, לעיל ה"ש 3, בפס' 12 להחלטתה של הנשיאה חיות.

¹⁶⁶ עניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 3, בפס' 52 לפסק דינה של השופטת וילנר.

¹⁶⁷ ערר (איו"ש) 99 **מתושבי כפר עאקב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי**, פס' 6, המקרקעין באיו"ש – פסקת ועדות הערר (1984) (השופט אליהו כהן) (להלן: ערר **כפר עאקב**).

¹⁶⁸ עניין **נאייף**, לעיל ה"ש 145, בעמ' 38.

¹⁶⁹ CA 226/42 Krikorian v. A-G, 10 PLR 302, 305 (1943) (להלן: עניין **קריקוריאן**).

It is true that an inspection in 1941 can only give rise to conjectures as to the state of the land in 1936, but it seems to us that, having regard to the careful and detailed findings of the Settlement Officer as to the state of the land when he made his inspection in 1941, the inferences which he drew as to its condition in 1936 were reasonable and should not be interfered with by this Court.¹⁷⁰

גם עניין הבאב¹⁷¹ נגע לקרקעות מוואת בהליך הסדר ולשאלה מהו המועד הקובע להחייאתן. בית המשפט התייחס בפסק הדין לניסיון כושל להגשת בקשה לרישום שלא במסגרת הסדר זכויות שערכו התובעים בשנת 1921, אשר הפרוצדורה שננקטה לשם כך הייתה לא נכונה, ולפיכך לא ראו בבקשה כאילו הוגשה באותו המועד. בית המשפט הדגיש כי בהתחשב בכך שלא ננקטה הפרוצדורה הנכונה לרישום, אין להתייחס למצב המקרקעין בשנת 1921 אלא בשנת 1936, אז הוגשה בקשת הרישום במסגרת הליך ההסדר. מצוין העקרון שלפיו את ההחייאה יש לקיים עד למועד שבו מוגשת בקשה לקושאן:

[T]he principle that the cultivation or other mode of vivification must be kept up or be in existence at the time when a claim for a Kushan is made.¹⁷²

בכך דחה בית המשפט את הטענה שהחייאת הקרקע שנפסקה לפני הגשת התביעה מזכה בזכות שאינה ניתנת לערעור, שכן יש להתחשב במצב הדברים "when the grant of a Kushan is considered by Government".¹⁷³

בהמשך קיבל בית המשפט את קביעתו של פקיד ההסדר לפיה בעת בירור התביעות בשנת 1946 יש להתחשב במצב העיבוד בשנת 1936, המועד שבו הוגשו התביעות בהסדר. בית המשפט ציין כי לאחר הגשת התביעה אין לצפות מהתובעים להמשיך ולהחזיק בקרקע כאשר הם אינם יודעים אם יזכו בתביעתם:

I take the view that it would not be fair in the circumstances of this case to pay attention to what happened after 1936, because the appellants might point out with some reason that there were numerous claimants and that they could not be expected to go on spending money to keep up land which might be allotted to other claimants.¹⁷⁴

¹⁷⁰ שם, בעמ' 305.

¹⁷¹ עניין הבאב המנדטורי, לעיל ה"ש 123, בעמ' 342.

¹⁷² שם.

¹⁷³ שם.

¹⁷⁴ שם, בעמ' 345.

בעקבות הנחיית בית המשפט המנדטורי חזר התיק לפקיד ההסדר, ואת הערעור על החלטתו שמע בית המשפט העליון לאחר הקמת מדינת ישראל. בעניין **אל הבאב** הדגיש השופט אולשן כי "הבעיה היחידה שעמדה, אפוא, לפני פקיד הסיודור היתה, האם בשנת 1936 – כאשר הוגשה התביעה – היו הוכחות מספיקות שהמערערים החיו את כל השטחים שנדרשו על ידיהם בהתאם לדרישות החוק".¹⁷⁵ בהערת פסיקה שפורסמה על פסק הדין צוין כי הדין הוא "שכדי לזכות ברישום צריך היה המחייב: [...] ב. לקיים את ההחייאה עד לרישום הקרקע בשמו, או לפחות עד להגשת אותה תביעה שבסופה נרשמה הקרקע בשמו".¹⁷⁶ ובדומה לזה סיכם דוכן את פסק הדין: "הטוען עיבוד והחייאת קרקע מוואת, צריך להמשיך את העיבוד וההחייאה, בזמן שהוא מבקש רישום על שמו".¹⁷⁷

אומנם פסקי דין אלה עסקו בשאלת המועד הקובע בנוגע להחייאת מקרקעי מוואת, אך ודאי שאין סטנדרט חמור יותר באשר למקרקעי המירי, הן לנוכח האמור בעניין **נאיף**¹⁷⁸ והן מבחינת קל וחומר משום שבאשר לקרקע מירי אין הפסקת עיבודה, ללא רישום, הופכת אותה חזרה לקרקע מתה כפי הדין בנוגע לקרקע מוואת. אשר לקרקע המירי, המנגנון שבו מכיר החוק בנוגע לזניחת הקרקע הוא שימור הזכות בידי הזונח אגב חיובו בתשלום דמי הטאבו (בדל אלמת'ל). ואכן, בפסיקה מאוחרת, שניתנה מטבע הדברים כבר לאחר הקמת מדינת ישראל, החיל בית המשפט העליון את הכלל שלפיו המועד הקובע הוא מועד הגשת התביעה בהסדר גם כשמדובר בתביעה לזכות במקרקעי מירי.

כך, בעניין **בדואן**, שהיה הליך של הסדר, נפסק כי "ההודעה על ההסדר פורסמה בשנת 1952, והתקופה שהיתה אז קובעת, היא תקופת עשר השנים האמורה בסעיף 78, החלה בשנת 1942".¹⁷⁹ בעניין **סיקלי**,¹⁸⁰ שהיה גם הוא הליך של הסדר, נדון ערעור על החלטת פקיד ההסדר מ-1946 בנוגע למקרקעי מירי בהסדר. הודעת ההסדר פורסמה ב-1942, והפקיד קבע שהייתה החזקה בקרקע משנת 1931 עד שנת 1942. השופט לנדוי התייחס לכלל שלפיו התובע בהסדר, **בעת בירור הסכסוך**, צריך להחזיק בקרקע אם טענתו היא מכוח התיישנות, וקובע את "זמן הגשת התביעה של יורשי ג'אד בפני פקיד ההסדר" כמועד הקובע.¹⁸¹ בעניין **אל-באש**, עוד הליך הסדר, הבהיר השופט לנדוי כי "בירור הסכסוך מתחיל בהגשת התביעות, ולפי עקרונות כלליים מתגבשות זכויות בעלי הדין כרגיל עם הגשת התביעות" גם במצב שבו "חל איחור רב מהגשת התביעה ועד לשמיעת

¹⁷⁵ ע"א 40/50 אל הבאב נ' ממשלת ישראל, פ"ד ז 497, 494 (1953) (ההדגשה הוספה).

¹⁷⁶ ק"ה "החייאת אדמה מתה" הפרקליט ט(ד) 321, 320 (1953) (ההדגשה הוספה).

¹⁷⁷ דוכן, לעיל ה"ש 120, בעמ' 53.

¹⁷⁸ עניין **נאיף**, לעיל ה"ש 145, בעמ' 38.

¹⁷⁹ ע"א 482/59 בדואן נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 906, 911 (1961).

¹⁸⁰ ע"א 379/57 סיקלי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד יד 1075, 1077-1078 (1960). ראו גם ישראל גלעד "והדרת פני זקן" משפטים כב 233, 241, ה"ש 13 (התשנ"ג) ("הדרישה היא לקיומה של החזקה בעת שבה מועלית טענת התיישנות").

¹⁸¹ עניין **סיקלי**, לעיל ה"ש 180, בעמ' 1077.

העדויות¹⁸². באותו המקרה התביעות הוגשו במסגרת ההסדר בשנת 1942, ההחזקה חדלה בשנת 1946, ושמיעת העדויות החלה רק בשנת 1961. השופט לנדוי חידד כי דבריו נכונים גם לאמור בעניין סיקלי הנ"ל. כך, לדבריו, יש להבחין בין חדילת ההחזקה לפני הגשת התביעה, אשר שוללת את כוחה של התביעה, לבין חדילת ההחזקה לאחר הגשת התביעה, אשר אינה שוללת את כוחה של התביעה.¹⁸³

בעניין דיאב,¹⁸⁴ שהיה אף הוא הליך של הסדר, הוגשה תזכורת תביעה בידי המערערים בשנת 1947, ואילו המדינה הגישה את תזכורת תביעתה רק בשנת 1958. נפסק כי את התקופה הקובעת לעיבוד והחזקה יש לקיים קודם לשנת 1947, בלי להתייחס להגשת תביעת המדינה בשנת 1958. לפי השופט כהן, "בעצם הגשת תביעה זאת קיבלו עליהם המערערים את עול ההוכחה כי החזיקו ועיבדו את החלקה הנדונה בתקופה שהיתה קבועה או בחוק, כלומר לפחות החל בשנת 1937; שהרי עילת תביעתם לפי סעיף 78 לא נולדה כלל אלא אחר עיבוד תקופה זו. לענין זה אין העובדה שתביעת הממשלה הוגשה בשנת 1958, מעלה או מורידה".¹⁸⁵

בדומה לזה, בפסק דין שאותר רק לאחרונה בעניין פלאח דובר בהליכי הסדר בקרקע מירי שהחלו בשנות הארבעים של המאה העשרים, נתבעו בשנת 1944 בתזכיר תביעה, כאשר לוח הזכויות פורסם רק בשנת 1980.¹⁸⁶ בית המשפט קבע כי "אחד העקרונות שנתקבלו על ידי בית משפט זה הוא, שבירור הסכסוך בהסדר הקרקעות מתחיל בהגשת התביעות, ולפי עקרונות כלליים מתגבשות זכויות בעלי הדין כרגיל עם הגשת התביעות".¹⁸⁷ הצגת שאלות לעד המומחה לפיענוח תצלומי אוויר אשר "התייחסו לאחוזי העיבוד הקודמים והחדשים במחבר" הייתה שגויה, שכן "גרמה לטשטוש העובדות הרלבנטיות שבהן ורק בהן תלוי גורלו של התיק". עובדות אלה הן מצב העיבוד במועד הגשת התביעה: "שהרי אמרתי כי זכויותיהם של המשיבים התגבשו לפי המצב בעת הגשת התביעה, ולא על פי מצב העיבוד בשנים מאוחרות יותר".¹⁸⁸

כך גם בעניין רחאל, שם דובר בהליכי הסדר בקרקע מירי (בציפורי, כמו בעניין פלאח), שהחלו בשנות ה-1940, נתבעו בשנת 1946 בתזכיר תביעה, כאשר לוח הזכויות פורסם רק בשנת 1980. בית המשפט קבע גם כאן:

[תצלומי האוויר] הרלוואנטיים לענייננו הם אותם התצלומים שנערכו בשנת 1945. כבר נקבע בע"א 62/83, 96, כי התצלומים הרלוואנטיים הם אלה שנעשו במועד הקרוב ביותר לתאריך הגשת התביעות, שהרי בתאריך זה התגבשו זכויות המשיבים בקרקע. בענייננו, שנת 1946 היא המועד שבו התגבשו, לכאורה, זכויות המשיבים בחלקות הנתבעות, משום שזהו המועד בו הם הגישו את תזכורות

¹⁸² ע"א 391/62 אל-באש נ' חברת מדינת ישראל, פ"ד יז 981, 983-1983 (ההדגשה הוספה).

¹⁸³ עניין סיקלי, לעיל ה"ש 180, בעמ' 1077.

¹⁸⁴ ע"א 505/63 דיאב נ' מדינת ישראל, פ"ד יח (2) 29 (1964).

¹⁸⁵ שם, בעמ' 30-1 (השופט כהן).

¹⁸⁶ ע"א 62/83 מדינת ישראל נ' פלאח (3.4.1985) (פסק הדין אותר לאחרונה בסיוע מזכירות בית המשפט העליון).

¹⁸⁷ שם, בעמ' 9.

¹⁸⁸ שם, בעמ' 12 (ההדגשה הוספה).

התביעה מטעמם (מוצגים נ/2-7) ואת הסכם ה'חוגה'. התצלומים משנת 1956

אשר גם הם הובאו לפני הדרגה הראשונה, אינם מעלים ואינם מורידים דבר.¹⁸⁹

אף על פי שדברים אלה ברורים ונכוחים, בפסק הדין בעניין **ברכאת** התעלמה השופטת וילנר מהפסיקה המנדטורית שהוצגה בפניה, וביחס לפסיקה הישראלית ציינה כי לא השתכנעה מהניסיון להיבנות מהם, שכן "במקרה האמור [עניין **רחאל**] כלל לא נטענה טענת הובריה וממילא תחולת סעיף 68 לאחר הגשת התביעה בהליכי ההסדר לא נדון במסגרת פסק הדין".¹⁹⁰ אכן, תחולת סעיף 68 לחוק לא נדונה בפסק הדין בעניין **רחאל**. ומדוע לא נדונה? משום שהלכה למעשה דין המחלול לא הוחל כלל על קרקע שמולא בעניינה התנאי של עיבוד והחזקה לתקופה הקובעת **ערב** הגשת התביעה בהסדר. בית המשפט קבע שם, כמו גם בעניין **פלאח**, במפורש, כי אין דבר שיש בכוחו להעלות או להוריד לבד משאלת העיבוד בתקופה שקדמה להגשת תזכיר התביעה גם אם חלפו עשרות רבות של שנים לאחר מכן. על כן בחינת הזכויות אינה תלויה ב"מצב העיבוד בשנים מאוחרות יותר".¹⁹¹ במילים אחרות, בית המשפט ב**ברכאת** אינו מוצא לנכון ללמוד תשובה לשאלה אם יש להחיל את דין המחלול מפסיקה אשר הורתה במפורש כי אין להתחשב בעיבוד אלא בתקופה שקדמה להגשת תזכיר התביעה. מכאן שקשה מאוד לקבל את עמדתו. ודוק, בית המשפט בעניין **ברכאת** אינו מצביע על פסק דין אחד, מנדטורי, ירדני או ישראלי, שבו נשללה תביעתו של מי שחדל לעבד את הקרקע בתקופה שבין הגשת תזכיר התביעה למועד ההכרעה בה, ואף לי לא מוכר כל מקור שכזה. אם אכן כך, בית המשפט קבע למעשה דין מהותי שאין לו כל תקדים, ומבלי שקביעה זו נובעת מכיבוד הדין הקיים, ומבלי שהיא אף עולה בקנה אחד עם הפסיקה הישראלית. לעמדת בית המשפט בעניין **ברכאת** תכליתו של דין המחלול היא להבטיח שיהיה לאוצר המדינה מקור לגביית מיסי הקרקע החקלאיים.¹⁹² אולם, לא רק שתכלית זו חדלה מלהתקיים עוד בתקופת המנדט, היא ודאי אינה מתקיימת באזור שבו אין נגבים מיסים חקלאיים זה עשרות שנים. יתר על כן, אף לפי הדין המקורי "עונשו" של מי שלא עיבד והפיק תועלת בעלת ערך מיסויי אינו איבוד הזכות אלא החובה "לפצות" את השלטון על אוברדן ההכנסות, באמצעות תשלום דמי הטאבו, הבדל אלמנטי. לפיכך לשיטתו של בית המשפט בעניין **ברכאת**, נדמה כי במקרה של הסדר בקרקע שנזנחה לאחר תחילת הליכי ההסדר היינו צריכים לראות לוחות זכויות שבהם קובעים פקידי ההסדר כי זכותו של אדם לקרקע מותנית בתשלום דמי הטאבו, אך נדמה כי הפרקטיקה אינה תומכת בשיטה זו, שכן תופעה כזו אינה נפוצה כלל.

חיזוק לדברים ניתן למצוא במכתב המנהל בפועל של מחלקת הסדר הקרקעות המנדטורית למזכיר הראשי מיום 17 באוגוסט 1947 (הנוסח המלא מצורף כנספח). המנהל מציין כי בדרך כלל קרקע נכנסת ל"חוק טאבו" מכוח החלטה של פקיד ההסדר באחד משני מצבים: (א) בהקשר של

¹⁸⁹ ע"א 56/82 מדינת ישראל נ' עוזבן רחאל, פ"ד מ(4) 29, 37 (1986).

¹⁹⁰ עניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 3, בפס' 54 לפסק דינה של השופטת וילנר. ראו בהקשר זה גם דנג"ץ **ברכאת**, לעיל ה"ש 3, פס' 10 להחלטתה של הנשיאה חיות.

¹⁹¹ עניין **פלאח**, לעיל ה"ש 186, בעמ' 12.

¹⁹² עניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 3, בפס' 43 ו-48 לפסק דינה של השופטת וילנר.

סעיף 78 לחוק הקרקעות, כאשר המחזיק בקרקע מירי במשך עשר שנים מודה שנטל החזקה ללא זכות; (ב) בהקשר של סעיף 103 לחוק הקרקעות, ולפי פקודת הקרקעות (מוואת), 1921, כאשר המחזיק בקרקע מוואת החיה את הקרקע ללא רשות, וההחייאה התחילה לפני שנת 1921. כפי שצינתי לעיל, משמעותו של דין המחלול היא שהוא מכניס את הקרקע לדין "חוק טאבור". והינה, המנהל איננו מציין מצב דברים זה כאחד המקרים הרגילים שבהם דין זה חל בהסדר.¹⁹³ אשר על כן, נוכל לסכם. בעת הגשת התביעה בהסדר נבחנת השאלה אם נצברה תקופת ההתיישנות הדרושה לצורך סעיף 78 לחוק הקרקעות נכון למועד הגשת התביעה (או עד לתקופה שקדמה לה). להתפתחויות שאירעו לאחר הגשת התביעה – הן בדרך של חלוף זמן נוסף של החזקה ועיבוד מחד גיסא, והן בדרך של זניחת העיבוד מאידך גיסא – אין כל משקל בבירור הזכות בהסדר. לא תיתכן טענה שלפיה נזנחה קרקע לאחר הגשת התביעה בהסדר, שכן למגיש התביעה הזכות לצפות שטענתו לקרקע תתברר לפי המסכת העובדתית ששררה קודם להגשת התביעה. הגשת התביעה היא בבחינת "סימון" של טענת זכות אשר עד שלא התבררה, משחררת את מגיש התביעה מהחובה להוסיף ולאחוז בקרקע ולעבדה.

(ג) מהותה של ההתליה

בעניין **ברכאת** טענה המדינה כי גם אם ככלל יש מניעה מלהחיל את "דין המחלול" בקרקע שנתבעה בהסדר, מניעה זו הוסרה מכוחו של צו ההתליה. השופט סולברג קיבל את הטענה וסבר כי חל סעיף 3(א) סיפא לצו הקובע: "ולא תהיה נפקות לכל הוראה שבדין [...] **[ה]מונעת**, מתנה או מתלה **הליך** כל שהוא בענייני מקרקעין עקב מתן צו ההסדר", ואין עוד אפוא מניעה מלהחיל את דין המחלול.¹⁹⁴ אולם אף אם אין מניעה מלהחיל את דין המחלול, עדיין נדרש לקיים את ההליך של "חוק טאבור", שכן לפי פרשנות זו סעיף 3(א) סיפא לצו מסיר את הנפקות מהוראה המונעת קיומו של הליך, אך אין בכך כדי לפטור מהצורך לקיימו.

בנוסף, גישתו של השופט סולברג מנוגדת לדעתה של ועדת העררים הצבאית בעניין **קהתי**. שם קבעה הוועדה, מפי פרופ' חיים זנדברג, כי הממונה על הרכוש הממשלתי "מושתק מלטעון טענת הוכרה השואבת את כל חיותה מהליכי ההסדר. יש לציין כי אילו היו הליכי ההסדר מתמשכים לא היה העורר יכול להעלות במהלכם טענת הוכרה הנסמכת על הפסקת עיבוד החלקה לאחר הגשת התביעה בהסדר [...] העורר אינו יכול להיבנות מהתליית הליכי ההסדר לזמן בלתי מוגבל".¹⁹⁵ אכן, דברים נכוחים, העומדים ביסוד החלטתה של הוועדה שם לפיה אין הוכרה בקרקע שבהליכי הסדר. אומנם, שם נעצרו הליכי ההסדר בשלב של לוח זכויות לא סופי, אך כפי שאטען להלן אין הבדל רלבנטי בין שני הלוחות.

¹⁹³ מכתב המנהל בפועל של מחלקת הסדר הקרקעות המנדטורי למוכיר הראשי (17.8.1947). המכתב עוסק בהצעת המנהל בפועל לתקן את פקודת חוק הקרקעות (בנוגע לדרך החישוב של דמי הבדל אלמתי) לאור פסק הדין בעניין **Dabbas**, לעיל ה"ש 126. הוא מצוי בתיק מחלקת הקרקעות והמדידות המנדטורית הגנוז בארכיון המדינה (א"מ), ראו 17.8.47-17.3.32, The Land Law Ordinance & Amendments, א"מ מ-4685/1.

¹⁹⁴ עניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג (ההדגשות הוספו).

¹⁹⁵ עניין **קהתי**, לעיל ה"ש 140.

זאת ועוד, לו הייתה משמעותו של צו ההתליה כנטען על ידי המדינה, היה עליה לנקוט פעולה מתריעה בפני התובעים בהסדר, המעמידה אותם על הסכנה לאובדן זכותם. בענייננו יכלו התושבים להסתמך על המדיניות ההפוכה. כך, בהחלטה קודמת של ועדת העררים בנוגע למקרקעי הכפר דנא נקבע במפורש כי אם מתבצעת הכרזה על אדמות מדינה, בנוגע לתא שטח שהוחל בעניינו הסדר מקרקעין, יש לבחון את מצב המקרקעין כפי ששרר בעת הגשת התביעות להסדר, שכן זהו המועד להתגבשות הזכויות במקרקעין.¹⁹⁶ כך קבעה ועדת העררים כי אם מעוניינים לבצע הכרזה על מקרקעין אלה של כפר עאקב, יש לבחון את המצב כפי שהיה קודם להגשת התביעות בהליך ההסדר, ואילו למתרחש לאחר מכן ובכלל זה זניחת העיבוד, אין כל משמעות. החלטה זו של ועדת העררים לא רק שלא נדחתה בידי ראש המנהל האזרחי, אלא גם בפועל נגרעו מההכרזה על הרכוש הממשלתי כל אותם מקרקעין אשר ניכרו כמעובדים על פי צילומי האוויר עובר לפתיחת הליך ההסדר. לכן תושבי האזור בכלל ותושבי כפר עאקב בפרט, אשר עשרות משפחות מהם הגישו את הערר לפני הגורם המוסמך, הסתמכו על הקביעה הנורמטיבית של הוועדה, וחשוב לא פחות – על קבלתה של החלטה זו על ידי רשויות האזור – כי אין משמעות לנעשה לאחר התחלת הליכי ההסדר מבחינת קביעת טיב הזכויות במקרקעין ואופיין.¹⁹⁷

לשם השוואה, בעת הקמת מדינת ישראל חוותה הממשלה מצב שבו "תנאי מלחמת השחרור גרמו לנטישת קרקעות על ידי בעליהן ומעבדיהן והוברתן", כאשר "טובת המדינה דרשה גם לקיים ולהרחיב את הייצור החקלאי ולמנוע ניוון מטעים ומתקני משק".¹⁹⁸ המדינה לא הגיבה לכך בניסיון ליטול חזרה בעלות בקרקע שהובררה בהפעלת דין המחלול המנוון. ההפך הגמור, לפי תקנות לשעת חירום התריעה המדינה תחילה בפני המחזיקים שזנחו את הקרקע שעליהם לשוב ולעבדה, ואם נמנעו מלהיענות לדרישה, נטלה את החזקה בקרקע לתקופה מוגבלת בשלמה פיצוי וכפוף לחובת נאמנות כלפי הזונחים.¹⁹⁹ מכיוון אחר ניתן לומר כי המדינה כן החילה את דין המחלול אך ראתה במלחמה, גם לאחר שהסתיימה, משום מקור אמתלה חוקי לאי-עיבוד הקרקע.²⁰⁰ מכאן שהדברים נכונים ביתר שאת באזור הנתון לתפיסה לוחמתית.

"אדמה מובררה" לפי ההגדרה שם היא "אדמה הראויה לתת יכול ואשר לדעת שר החקלאות היא עזובה ללא עיבוד".²⁰¹ החזקת האדמה בידי השר קצובה בזמן לחמש שנים, ו"בתום תקופת חזקתו [עליו] להחזיר אותה (עם המטעים) לבעלים".²⁰² מכאן, על דרך ההשוואה, בבחינת אדרבה: לו היה בצו ההתליה כדי להביא להחלת דין המחלול, הרי שהיה על המדינה להתריע על

¹⁹⁶ ערר כפר עאקב, לעיל ה"ש 167, בפס' 6 להחלטה.

¹⁹⁷ ראו הבקשה לקיום דיון נוסף בדנג"ץ 9068/20 ברכאת נ' ראש המנהל האזרחי, פס' 52–56 (24.12.2020).

¹⁹⁸ דוכן, לעיל ה"ש 120, בעמ' 335.

¹⁹⁹ תק' 8 לתקנות שעת חירום (עיבוד אדמות מובררות), התש"ט–1948, ע"ר תוס' ב' 3 (להלן: תקנות אדמות מובררות).

²⁰⁰ ראו לעיל ה"ש 125 והטקסט הסמוך לה.

²⁰¹ תק' 1 לתקנות אדמות מובררות.

²⁰² שם, תק' 20; ע"א 23/60 שיף נ' שר החקלאות והממונה על אדמות מובררות, פ"ד יד 1190, 1194 (1960). ראו גם משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל (מהדורה שנייה) – תוספת לשנים 1953–1963 234 (בעריכת לאה דוכן-לנדוי, תשכ"ג).

כך בפני המחזיקים-הזונחים ולאפשר להם לשנות את גורלם. העובדה שלא עשתה כן צריכה היתה להביא לתוצאה לפיה אין בצו ההתליה כדי לפגוע בזכויות הנובעות מהגשת התביעה במועד הקובע בהליך ההסדר.

מהי אפוא המשמעות של סעיף 3(א) לצו ההתליה? לפי חוק ההסדר הירדני, "בכל עת לאחר פרסום צו ההסדר ועד שיושלם ההסדר, תהיה לבית הדין להסדר הסמכות לתת החלטה בדבר החזקה זמנית על כל קרקע או מים שצו ההסדר כלל אותם".²⁰³ מכאן נובע כי כל עוד הליך ההסדר לא הושלם, הערכאה המוסמכת לדון בסכסוכי החזקה בעניינו היא בית הדין להסדר. בדומה לזה נקבע כי לא יתבצעו פעולות רישום בקרקע המצויה בהסדר.²⁰⁴ פני הדברים שונו נוכח צו ההתליה, הקובע שני עקרונות חשובים: ראשית, בסעיף 3(א) רישא שלו קובע הצו כי תוקפם של כל צו הסדר ושל כל הליך מכוחו יותלה, היינו ייעצר, לא יימשך, אך יישאר בתוקפו. לפיכך הוא אף קובע בסעיף 3(ב) שלו כי הליך שהיה תלוי ועומד לפני בית משפט לא יבוטל, אלא רשאי בית המשפט לדון בו מן השלב שבו עמד, או מראשיתו. בכך מחיל צו ההתליה דין רציפות על פעולות הממשלה הירדנית, כפי שהוא מחויב לעשות לפי דיני התפיסה הלוחמתית, וכפי שמקובל גם במסורת המקומית לשמור על דין רציפות.

כפועל יוצא מעיקרון זה מוסיף וקובע הצו את העיקרון השני, בסעיף 3(א) סיפא, ולפיו לא תהיה נפקות להוראה שבדין המונעת, מתנה או מתלה הליך כל שהוא בענייני מקרקעין או מים בשל מתן צו הסדר, בין הליך בבית משפט ובין הליך שלא בבית משפט. ודוק, לא נאמר כי לא תהיה נפקות לצו הסדר ולהליך שנעשה על פי צו הסדר. תוקפם של אלה **מותלה**. כל שנאמר הוא שלא יימנע הליך בבית משפט או לפני ערכאה אחרת בתקופת ההתליה.

למעשה, צו ההתליה הוא ביטוי פורמלי למה שנעשה בפועל במזרח ירושלים מאז 1967.²⁰⁵ כפי שאמר בית המשפט העליון בהקשר זה, הליכי ההסדר הירדניים "לא בוטלו על-ידי המדינה, אך גם לא המשיכו בהם עוד".²⁰⁶ עם זאת, כפי שהסבירה המדינה, "ההסדר הירדני – אף שהוא רדום לעת-עתה – קיים וממשיך להתקיים".²⁰⁷ לפיכך אושרר תוקפם של מסמכים רשמיים ירדניים, ובכלל זה תוצרי ההסדר ושלבי הביניים שלהם.²⁰⁸ בית המשפט ציין כי אשרור תוקפם

²⁰³ ס' 13(6) לחוק ההסדר.

²⁰⁴ ס' 3 לחוק הרישום.

²⁰⁵ לוין-שנור "הפרטה", לעיל ה"ש 83. בעקבות הביקורת על אי-חידוש הליכי ההסדר שהושמעה שם וכן על ידי מעין נשר "בניה בלתי חוקית, סכסוכי דמים ושני מיליארד שקל בשנה: המחיר של העדר זכויות על הקרקעות במזרח ירושלים" **מכון ירושלים למחקרי מדיניות** (פרסום מס' 483, 2018), התקבלה החלטה 3790 של הממשלה ה-34 "צמצום פערים חברתיים כלכליים ופיתוח כלכלי במזרח ירושלים" (13.5.2018), במסגרתה הוחלט להנחות את משרד המשפטים לבצע את הליכי הרישום וההסדר הנדרשים, וכך ככל הניתן ולפי הוראות הפקודה, לפחות 50% מהמקרקעין במזרח ירושלים יוסדרו לא יאוחר מהרבעון הרביעי של שנת 2021, ו-100% מהם עד סוף שנת 2025.

²⁰⁶ בג"ץ 660/00 **חיגאזי נ' מנהל אגף רישום והסדר מקרקעין** (נבו 28.5.2002).

²⁰⁷ ב"ש 110/71 **אל-עלמי נ' אל-עלמי**, פ"ד כט(1) 17, 19 (1974).

²⁰⁸ ראו ס' 25 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970; תק' 19 לתקנות הסדרי משפט ומינהל (רציפות הליכים אזרחיים, אכיפת פסקים והכרה במסמכים), התשכ"ט-1968. כן ראו ה"מ (מחוזי י-ם) 1856/73 **יצחקי נ' אבו חמדה**, פ"ד תשל"ו(1) 477, 481 (1975); לוין-שנור "חוות דעת", לעיל ה"ש 83, בפס' 30-33.

של מסמכים, ובכלל זה הצווים, ההודעות, המודעות "ושאר הפעולות שנעשו בקשר להסדר קרקעות", מתאים "לעקרונות המשפט הבינלאומי הרואה בחיוב את רציפות הקיום של החוקים, ההסדרים וזכויות הקניין הפרטי, שהיו קיימים בשטח שעבר משלטון לשלטון ערב החלפת השלטון"²⁰⁹ כמו כן במקומות שבהם כן חודשו הליכי ההסדר, הדבר נעשה "כממשיך את מה שהוחל בתקופה הירדנית"²¹⁰ ונקבע כי בית המשפט מוסמך "להמשיך ולסיים" את ההליך.²¹¹ זאת ועוד, לפי העיקרון השני שבצו ההתליה, גם כאשר למזרח ירושלים הוכר עם הזמן הצורך לאפשר שמיעת משפטים בנוגע למקרקעין המצויים בהסדר אשר ההסדר בעניינם אינו מתמשך למעשה, ולכן האיסור לעשות כן נסוג מפני המציאות. עם זאת הובהר כי תוצאת המשפטים אינה מחייבת את פקיד ההסדר אלא היא תקפה לכל היותר, וכתלות בסוג ההליך, ביחסים שבין הצדדים.²¹²

ההתליה לפי צו ההתליה היא suspension. מקבילה טובה לה היא פקודת ההתיישנות (אויבים ושבוים מלחמה) משנת 1946, שם נקבע דין דומה של התליה, וכך גם תורגם לעברית,²¹³ ולפיו אם בכל זמן לפני הפקיעה של תקופת התיישנות לפי כל חוק אדם שהיה צד הכרחי להליך היה אויב או מוחזק במדינת אויב, התקופה האמורה "shall be deemed not to have run"²¹⁴ בתרגום לעברית דין ההתליה משמעותו – "יראו בתקופה הנ"ל כאילו לא נמשכה".²¹⁵ הפקודה חלה גם על הליכי שמיעת תביעות לפני פקיד ההסדר.²¹⁶

אם רואים בתקופה כאילו לא נמשכה, לא תיתכן הוברה בקרקע המצויה בהליכי הסדר. הדברים אמורים גם אם מתנהלים בעניין אותה קרקע הליכים אחרים, ככלל ובפרט, הכרזה על רכוש ממשלתי, הליך שייתכן רק אם הקרקע איננה רשומה בלוח התביעות על שמו של אחר שאיננו המדינה, ולכל הפחות בכפיפות למצב הדברים כפי שתועד בלוח התביעות ללא התחשבות במה שאירע לאחר מכן.

לבסוף, חובתו העיקרית של המשיב בעניין מקרקעין באזור היא לשמור ולכבד את קניין הפרט. הגנה על קניינם של תושבי האזור המוגנים היא חובה אקטיבית המוטלת עליו.²¹⁷ הכוח לנהל את הרכוש הממשלתי ולהפיק ממנו פירות אינו מצוי באותה מידת חובה המוטלת על המשיב ועל

²⁰⁹ עניין אל-עלמי, לעיל ה"ש 207, בעמ' 19.

²¹⁰ עניין אבו-ניע, לעיל ה"ש 155, בעמ' 283.

²¹¹ עניין אל-עלמי, לעיל ה"ש 207, בעמ' 22.

²¹² ראו עניין חיאזי, לעיל ה"ש 206; רע"א 9368/10 אבו לבדה נ' חנניה, פס' 2 (נבו 25.1.2011) (תיאור עמדתו של פקיד ההסדר). כן ראו את תיאור ההסכמה אשר קיבלה תוקף של פסק דין בע"א 10559/08 שרים נ' עזבון אלחוסייני (4.5.2010).

²¹³ כותרת ס' 3 לפקודת התיישנות (אויבים ושבוים מלחמה), 1946 (להלן: פקודת ההתיישנות), כפי שפורסמה בדברי ההסבר להצעת חוק ההתיישנות, התשי"ז-1957, ה"ח 312.

²¹⁴ Limitation (Enemies and War Prisoners) Ordinance. הפקודה הייתה בתוקף בישראל עד לחקיקת חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, ראו דברי ההסבר להצעת חוק ההתיישנות.

²¹⁵ ס' 3(1) לפקודת ההתיישנות.

²¹⁶ ס' 2 ל-Limitation (Enemies and War Prisoners) Ordinance (הגדרת action).

²¹⁷ ראו תק' 46 לתקנות האג; עניין עבדאלקאדר, לעיל ה"ש 44, בפס' 11.

המפקד הצבאי. אם הממונה חפץ בהרחבת היקף שטחי ההכרזה על רכוש ממשלתי, עליו לעשות כן כפוף לכל האילוצים הנובעים מכיבוד קניין הפרט, ובכלל זה כיבוד זכויותיהם של מי שהגישו תביעה במועד וטרם קיבלו מהרשות השלטונית מענה לתביעתם הואיל והיא בחרה שלא לעשות כן.

אם כן, קביעתו של השופט סולברג אינה מתיישבת עם לשון סעיף 3(א) סיפא לצו ההתליה; היא אינה מתיישבת עם ההוראות שבסעיף 3(א) רישא ו-3(ב) לצו; היא אף אינה מתיישבת עם תכליתו ועם האופן שבו אומצה למעשה הוראה לא כתובה דומה בנוגע למזרח ירושלים. הסיפא של סעיף 3(א) לצו היא אשר מהווה את הבסיס לביצוע הליכי הכרזה על רכוש ממשלתי על מקרקעין שכאלה, והיא אשר מהווה את הבסיס לאפשרות ביצוע רישום ראשון במקרקעין המצויים בהליך הסדר אם סביר להניח שהליכים אלה לא יקוימו בזמן סביר.²¹⁸ הא ותו לא. אם ניתן לטעון להוברת קרקע באשר להסדר שלא הושלם, כפי שטוענת המדינה, מדוע לא עתרה נגד החלטת ועדת העררים בעניין קהתי?²¹⁹ מה לי לוח תביעות מה לי לוח זכויות לא סופי, שכן הבחנה מהותית ביניהם לצורך או מכוח צו ההתליה אין. אם יש בצו ההתליה, כגישתו של השופט סולברג, להפעיל דין מהותי שנדם, הרי שיש בו שינוי של הדין המהותי על דרך קביעתו של כלל פרוצדורלי, בניגוד לכלל שהוא עצמו ניסח, ולפיו "הפרוצדורה והאדמיניסטרציה לא ישעבדו את המהות".²²⁰

(ד) בין לוח תביעות ללוח זכויות

בית המשפט קיבל בעניין ברכאת, מבלי לנמק, כי "אין חולק כי מניין שלוש שנות ההוברת לעניין דין המחלול פוסק עם עריכת לוח זכויות לא סופי (השלב השני)".²²¹ ואולם שונים הם פני הדברים כשמדובר בלוח התביעות, שהוא השלב הראשון בהסדר. השופטת וילנר ביקשה להבחין בין לוח התביעות ללוח הזכויות הלא סופי, הבחנה שהייתה חשובה לה כנראה בשל המחויבות שראתה להעניק לפסק הדין בעניין קהתי,²²² אך בלי שהיא עצמה נימקה מה טעם ראתה בה. לשיטתי, אין כל טעם להבחין בין הלוחות. המועד הקובע הוא מועד הגשת התביעה בהסדר. היעדר הנמקה להבחנה בין הלוחות צורם. נוסף על כך, אני סבורה כי בית המשפט שגה בהבנתו את מהותו של לוח התביעות.

לשיטתה של השופטת וילנר, שלב לוח התביעות הוא "שלב מקדמי אדמיניסטרטיבי, בגדרו נאספות תביעותיהם של הטוענים לזכויות במקרקעין המוסדרים, ותביעות אלה מתועדות ונרשמות על-גבי מסמך מאחד. ואולם, בשלב זה לא מתקיים בירור מהותי-משפטי בדבר קיום הזכויות ולא נערך כל סינון בין תביעות מבוססות לבין תביעות שאינן מבוססות".²²³ ולעומת

²¹⁸ ס' 3(א) לחוק הרישום.

²¹⁹ ראו גם תק' 12א-12ב אשר הוספו לתקנות הרישום בשנת 2009.

²²⁰ עניין ברכאת, לעיל ה"ש 3, בפס' 3 לפסק דינו של השופט סולברג.

²²¹ שם, בפס' 41 לפסק דינה של השופטת וילנר.

²²² עניין קהתי, לעיל ה"ש 140.

²²³ עניין ברכאת, לעיל ה"ש 3, בפס' 36 לפסק דינה של השופטת וילנר.

זאת "לאחר יצירת לוח התביעות, מגיע השלב השני בהסדר המקרקעין: שלב עריכת לוח זכויות לא סופי. במסגרת שלב זה, מנהל הקרקעות והמדידות עורך בדיקה מעמיקה של התביעות הרשומות בלוח התביעות, ובתוך כך מברר את כל הטענות השנויות במחלוקת וכן מברר אם התביעות שהוגשו מגבשות זכויות קנייניות הראויות להירשם במרשם המקרקעין לפי הדין המהותי".²²⁴ גם השופט סולברג ייחס משקל זניח ללוח התביעות בציינו כי "הליכי ההסדר בה הגיעו לשלב ראשוני, פרוצדורלי, בירוקרטי, של לוח התביעות. בלוח התביעות נכללות התביעות שהוגשו כולן – בהן גם אלו הסותרות, השנויות במחלוקת, הסתמיות, מכל הבא ליד [...] לוח התביעות, שהמידע שבו מסופק ולוט בערפל, בטרם נעשתה בדיקה מעמיקה ומדוקדקת".²²⁵

השופטת וילנר ציינה כי העותרים חלקו על התיאור האמור וטענו, גם על בסיס חוות דעת מומחית שהגשתי, כי "במסגרת הליך ההסדר הירדני (להבדיל מההליך המנדטורי והישראלי), המנהל או הפקיד מטעמו היו מוסמכים לחקור כבר בשלב זה ולברר את הבסיס לתביעות. משכך, לטענתם כבר בשלב זה נערך מעין בירור מקדמי באשר לבסיס המשפטי והעובדתי של התביעות אשר נכללות בלוח התביעות".²²⁶ ואולם, היא סברה כי עמדה זו אינה מתיישבת עם "לשונו הברורה של סעיף 10 לחוק ההסדר הירדני, לפיו לוח התביעות יכולול את כל התביעות 'בין אם מוכרות או שנויות במחלוקת' אשר עולה ממנה בבירור כי 'לוח התביעות הוא מסמך אדמיניסטרטיבי-בירוקרטי, אשר כלל גם תביעות שנויות במחלוקת ובלתי מבוססות, ולעיתים אף תביעות סותרות, אשר מטבע הדברים, חלקן היו צפויות להידחות בהמשך ההליך'".²²⁷ קשה להסכין עם החלטה זו. למעשה, עמדת העותרים מתיישבת בדיוק עם לשונו המפורשת של החוק, אשר קובע כי "כל האנשים התובעים אחת מהזכויות הנזכרות [...] יגישו את תביעותיהם [...] תביעות אלה תחקרנה בפומבי", וכן כי "נסתיימה חקירת התביעות, יערוך הפקיד הממונה רשימה הנקראת לוח תביעות הכוללת את כל התביעות בין אם מוכרות ובין או שנויות במחלוקת יגיש למנהל דו"ח על כל עניין השנוי במחלוקת".²²⁸

אכן, כפי שגם מייקל פישבך מתאר בספרו את ההסדר הירדני, אם במסגרת ההסדר אין מחלוקת בין תובעים, תירשם התביעה בלוח התביעות בשמו של התובע. ואולם, אם התעוררה מחלוקת "the settlement officer carried out an on-site investigation under the authority invested in him by the Land Settlement Law" של מה בכך: "Such investigations could be colorful events, with a variety of witnesses and experts presenting petitions (often 'signed') with a fingerprint by illiterate petitioners, testimony, and documents" על החלטת פקיד ההסדר ניתן

²²⁴ שם, בפס' 36–37.

²²⁵ שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט סולברג.

²²⁶ שם, בפס' 36 לפסק דינה של השופטת וילנר.

²²⁷ שם.

²²⁸ ס' 7, 10 לחוק ההסדר, בהתאמה.

לערער לבית המשפט אחרי שהוכן לוח הזכויות הסופי המפרט את כל התביעות על ידי מחלקת הקרקעות בעמאן ונשלח בחזרה לכפר ולאתרים אחרים ופורסם לציבור.²²⁹

לפיכך הקביעות התיאוריות בדבר לוח התביעות כרשימת מצאי של תביעות ללא בירור אינן נכונות. אכן, הדברים נכונים ככל הנראה להליך ההסדר המנדטורי, שבוצע לפי פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין) משנת 1928, כפי שתואר בידי חיים זנדברג וצוטט בפסק הדין.²³⁰ לפי סעיף 21 לאותה הפקודה, הפקיד המסדר יערוך לכל גוש קרקע רשימת תביעות שתיקרא "לוח תביעות". לאחר פרסום לוח התביעות הפקיד המסדר מתחיל בבירור התביעות הנוגדות, לפי סעיף 25 לפקודה. החקירה תתבצע בפומבי, כאמור בסעיף 27 לפקודה. ולבסוף, לפי סעיף 31 לפקודה, "משכלתה החקירה בתביעות לזכויות [...] יערוך הפקיד המסדר לוח זכויות". ואולם, הלוח הנערך בסיומה של החקירה הפומבית מכונה בחוק ההסדר הירדני "לוח תביעות", בשונה מלוח התביעות הטכני של פקודת ההסדר המנדטורי. לפיכך מה שמכונה לוח תביעות בחוק הירדני הוא שלב מתקדם מזה של לוח התביעות המנדטורי, שכן הוא מבוסס על חקירה פומבית ולא קודם לעריכתה של חקירה כזאת. ללוח התביעות משקל רב בהקשר הירדני גם משום שלפי החוק הירדני את ההתנגדויות ללוח הזכויות שומע בית הדין להסדר (ולא פקיד ההסדר כבמקור המנדטורי), אשר אינו מצוי בפרטי המקרקעין מקרוב. לכן בחינת השטח, שהיא המלאכה החשובה ביותר בהסדר המקרקעין, נעשית בידי פקיד ההסדר, וסיכומה הוא אשר בא לידי ביטוי בלוח התביעות הירדני. אם כן, מאחר שלמעשה לוח התביעות הוא פועל יוצא של חקירה שאותה ייחס בית המשפט לשלב של לוח הזכויות הלא סופי, אין מנוס אלא להכיר בכך שדחיית המועד הרלוונטי להפסקת דין המחלול לפי שיטתו של בית המשפט לשלב לוח הזכויות הלא סופי שאין עימו חקירה ובירור אשר כבר התבצעו עובר לגיבוש לוח התביעות, אין לה כל הצדקה והיא בבחינת פגיעה בקניין התושבים שזכויותיהם התגבשו קודם לכניסת כוחות צה"ל לאזור, ועתה זכויותיהם נשללות כך סתם.

במסגרת ההחלטה לדחות את הבקשה לקיום דיון נוסף בעניין ברכאת,²³¹ ציינה הנשיאה חיות כי פסק הדין הדגיש את הקביעה לפיה לוח התביעות כולל אף תביעות סותרות, קביעה אשר קיבלה ביטוי בפסיקה קודמת ובכלל זה בעניין מוסא שם צוין כי לוח התביעות "משקף את התביעות של טוענים לזכויות למיניהן, ואין הוא ראיה חותכת לקיומן".²³² ואולם, השאלה אינה האם לוח התביעות כולל תביעות סותרות. אכן, אם יש כאלה הן עשויות להופיע בו, על כך לא היתה מחלוקת. השאלה היא אחרת: מהי ההצדקה לעצירת מניין שנות ההוכחה לעניין דין המחלול עם עריכת לוח הזכויות הלא סופי ולא עם עריכת לוח התביעות? אם לוח התביעות כולל תביעות סותרות, אין זה אומר שהוא "מסמך אדמיניסטרטיבי-בירוקרטי", שכן הוא פועל יוצא של חקירה

²²⁹ MICHAEL R. FISCHBACH, STATE, SOCIETY, AND LAND IN JORDAN 107–108 (2000).

²³⁰ ראו חיים זנדברג **הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל** 217–218 (2000); עניין ברכאת, לעיל ה"ש 3, פס' 36 לפסק דינה של השופטת וילנר.

²³¹ דג"ץ ברכאת, לעיל ה"ש 3, בפס' 9 להחלטתה של הנשיאה חיות.

²³² בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הבטחון, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 1.9.2016).

כפי שתואר לעיל. ואף אם הוא מסמך שכזה, אין זה אומר שלא ראוי לעצור את מניין שנות ההוכחה עם עריכתו (ולמעשה עם קביעת המועד להגשת תביעות בהסדר). אכן, כפי שנאמר בעניין **מוסא**, לוח התביעות משקף את התביעות של טוענים לזכויות. קיומן של תביעות אלה, במועד הקובע, היא הנקודה המכרעת. כך אף סבר השופט הצבאי מאיר ויגיסר שהחלטתו (במסגרת ועדת העררים) היא זו שעליה הסתמכו בעניין **מוסא**, והיא אף זו שעמדה לדיון בעניין **ברכאת**: "גיבושו של לוח זכויות לא סופי אינו תנאי לכך שמצב הזכויות ייבחן לפי מועד הגשת התביעות [...] אין חולק כי ההסדר באדמות כפר עקב החל בשנת 1961 ועל כן זוהי נקודת הייחוס לבחינת ההתיישנות הרוכשת".²³³

לסיכום, הצגתי בפרק זה ביקורת על פסק דינו של בית המשפט בעניין **ברכאת**, שלפיה מי שעמד בתנאי סעיף 78 לחוק אך הפסיק לעבד את הקרקע במשך שלוש שנים מאבד את זכותו לאלתר מכוח סעיף 68 לחוק. הראיתי כי סעיף 68 לחוק חל רק על מקרקעין שהוקצו, אך לא אלה הם פני הדברים בעניין **ברכאת**, ומכל מקום, כבר אין מחילים דין זה על עידן ועידנים. גם לו היו מחילים אותו, משמעות הדברים אינה ביטול הזכויות אלא כפיפות להליך בירור שבו יש לעמוד על אמתלותיו החוקיות של הזונח ולהציע לו את הקרקע תוך תשלום דמי הטאבו, ואם יסרב, להציע את הקרקע במכירה פומבית. הראיתי עוד כי סעיף 78 לחוק אינו חל, במקורו, אלא על מקרקעין בדין מחלול, אולם הוא הורחב בפרקטיקה כדי שיחול גם על מקרקעין שאינם כאלה שהוקצו בעבר ונזנחו. עמדתי על כך שהזכות להירשם ולהיות מוכר כבעל זכות לפי סעיף 78 לחוק מחייבת כי התובע יעמוד בתנאי הסעיף במועד הגשת בקשתו לרישום או במועד הגשת התביעות במסגרת הליכי הסדר, או בתקופה שקדמה לכך, אך אין עליו להוסיף ולעמוד בתנאים אלה לאחר הגשת התביעה. כך לפי הדין המושרש בפסיקה ולפי הדין שהתקבע באזור שנים הרבה לפני פסק דין **ברכאת**. הראיתי גם כי התליית הליכי ההסדר באזור אינה מפקיעה את תוקף הליכי ההסדר ואינה מכפיפה אותם לדין הזניחה, ומכל מקום דין המחלול אינו חל. לבסוף, הנכונות לקבל את לוח הזכויות הלא סופי בלבד כ"מקפא" מבוססת על קביעה שגויה בעניין לוח התביעות, ולפיכך לא ניתן להצדיק קבלתו של זה ודחייתו של זה. מכל הטעמים הללו אני סבורה כי פסק הדין בעניין **ברכאת** הוא שגוי. היקף ההשפעה של שגיאה זו תלוי, בין השאר, בשאלה אם יחודשו הליכי ההסדר, סוגיה שדנתי בה בפרק א. חידוש הליכי ההסדר לפי כלל שגוי כזה עשוי אף ביתר שאת להביא לפגיעה קשה ואף הרסנית בזכויות קנייניות של תושבי האזור.

²³³ ערר (איו"ש) 56/13 קוגל נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, פס' 82, 84 להחלטתו של השופט ויגיסר (נבו) 28.7.2016.

ג. כללי הגנה על זכות במקרקעין באזור

1. כללי

לצד דיונינו הקודמים בעניין הליכי הכרה וכללי הכרה, יש להוסיף כי בתקופה האחרונה ניכרת בפעילות המשפטית של המדינה בנוגע למקרקעין באזור נטייה הולכת וגוברת ליצור דין נטילה פרטית מיוחד למדינה. בד בבד נעשה שימוש מוטא בכללי הנטילה השלטונית לקידום אינטרסים אשר תרומתם לכלל הציבור הרלוונטי מוטלת בספק. תחת חובת המדינה, שהיא אף חובה מוגברת באזור הנתון לתפיסה לוחמתית – לכבד את קניין האוכלוסייה המקומית ולהגן עליו²³⁴ – מתפתחת מגמה מסוכנת של השתלטות מכוונת ושיטתית באמצעים חוקיים לכאורה על קניין מוגן זה. שתי טקטיקות משפטיות בולטות שימשו בתקופה האחרונה להחלת דין מיוחד על המדינה (הממונה על הרכוש הממשלתי), להרחבת תחומי הנטילה הפרטית והשלטונית לשם מטרות פוליטיות מוגדרות ולהתנערות מהצורך בעיצוב כללי קניין באופן בלתי תלוי בתוצאות משפטיות קונקרטיות שמבקשים להשיגן.

הדברים באו לידי ביטוי בחקיקת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, הקובע קביעה כוללת, אם כי בתנאים מגבילים מסוימים, כי כל קרקע המשמשת בפועל למטרות התיישבות תופקע לתכלית זו אגב דחיקה קטגורית של קניין הבעלים הפרטיים לטובת האינטרס של ציבור פרטים מסוג אוכלוסייה מסוים (כאשר יחסי הכוחות הפוליטיים בין שתי הקבוצות אינם שקולים לחלוטין).²³⁵ דינו של חוק ההסדרה היה כאמור בטלות. כחלופה לחוק ביקש היועץ המשפטי לממשלה ליצור דין תקנת השוק מיוחד לעסקאות שהממונה על הרכוש הממשלתי הוא צד להן, כדי שעסקאות אלה ייהנו מהגנה אף כאשר מתברר כי לא בדין נערכו.²³⁶ אומנם בפסק הדין בעניין חוק ההסדרה הדגיש בית המשפט כי אף כי ייתכן שיש בהסדרים אחרים שנדונו משום מתן "מענה" לבעיה שבא חוק ההסדרה לפתור, הוא אינו פוסל את החוק בשל מבחן המידתיות השני, קיומו של אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה. אחד מההסדרים שהוזכרו, היה סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף זה קובע כי "כל עיסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי".

השעה לבחינתו של סעיף 5 לצו הגיעה עם מתן פסק הדין בעניין **סאלחה**, אשר דן בפרשנות סעיף 5 לצו וקבע כי יש לראות בו "מעין תקנת השוק" המחסנת עסקאות של הממונה עם הרכוש הממשלתי אף אם הן לא היו נכונות.²³⁷ עובר למתן פסק הדין הצעתי פרשנות לא קניינית לסעיף

²³⁴ ראו תק' 43 ו-46 לתקנות האג; עניין **עבדאלקאדר**, לעיל ה"ש 44, בפס' 11.

²³⁵ ראו גם בקשת הצטרפות, לעיל ה"ש 55, בפס' 96–101.

²³⁶ טקטיקה נוספת שעמדה על הפרק בעניין **זיאדה** (לעיל ה"ש 102), הייתה נטילה עצמאית-אוטונומית של החזקה ייחודית בנכס המצוי בבעלות משותפת של נוכחים ונעדרים שנכסיהם מנוהלים בידי הממונה על הרכוש הנטוש תוך כדי פגיעה ניכרת הנושאת "סממנים של הפקעה" בבעלים הנוכחים ואגב הפרת חובת השמירה והנאמנות של הממונה.

ראו לוין-שנור "עמונה", לעיל ה"ש 100, בעמ' 47–57.

²³⁷ עניין **סאלחה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

5 לצו ופרסמתי אותה באכסניה זו.²³⁸ מנגד הוצגה עמדתה של המדינה, אשר גובתה בידי חגי ויניצקי.²³⁹ בית המשפט קיבל רכיבים מסוימים מעמדתו, אך אימץ את מסקנתו של ויניצקי. למקרה שלפניו החליט כי הגנת סעיף 5 לצו אינה חלה. היועץ המשפטי לממשלה הגיש בקשה לקיום דיון נוסף בנוגע לשניים מן המרכיבים – אמת המידה של תום הלב והחלת התקנה על מקרקעין תפוסים²⁴⁰ – ואילו העותרים/המערערים סברו בתשובתם לבקשה כי יש לקיים דיון נוסף בנוגע לעצם זיהויו של סעיף 5 לצו כמעין תקנת השוק. השופט עמית נעתר לבקשה לקיים דיון נוסף והורה על קיומו.²⁴¹ פסק הדין צפוי להינתן בידי הרכב של שבעה שופטים.²⁴²

להלן אציג את ביקורתי על פסק הדין ואת הטעמים שבשלם יש לדעתי לקבל את עמדתם של העותרים/המערערים. לא אחזור על הטענות שכבר הוצגו בעניין פרשנותי לצו, ואתמקד בניסיון להבהיר את מה שאולי היה לא ברור קודם לכן.²⁴³

²³⁸ לוי-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 5.

²³⁹ חגי ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון" משפטים נ 359 (2020).

²⁴⁰ בקשה לקיום דיון נוסף מטעם היועץ המשפטי לממשלה בדנ"א 6364/20 **שר הביטחון נ' סאלחה** (11.9.2020). דיוני כאן לא יטפל בנושאים אלה מפאת מגבלות המקום.

²⁴¹ החלטה בדנ"א 6364/20 **שר הביטחון נ' סאלחה** (נבו 24.11.20). איני סבורה כי נוסח ההחלטה מגביל את בית המשפט בעת דיונו בהרכב המורחב לבחינת מכלול היבטיו של סעיף 5 לצו, בשל לשון ההחלטה המדברת בבחינת "אמות המידה המשפטיות לבחינת עקרון תום הלב המעוגן בסעיף 5 לצו [...] ובאופן יישומן ויישום יתר תנאי הסעיף במקרה דנן", נוסח הרחב דיו לכלול את מלוא היקפו של הדין הנדרש. יתר על כן, מהות העיקרון שבסעיף 5 לצו הוגדרה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף כ"הגנה על אינטרס ההסתמכות" של מתקשרים (עניין **סאלחה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 35 לפסק דינה של הנשיאה חיות), ובהחלטת השופט עמית הוגדר העיקרון המעוגן בסעיף כעיקרון תום הלב (שם). מהי הגנה זו? כלפי מי היא חלה? מהן תוצאותיה? מתי היא חלה? והאם היא חלה בנסיבות העניין? אלו השאלות שבדיון הנוסף, הן ולא אחרות. ראו בדומה ד"נ 7/81 **פנידר, חברה להשקעות פתוח בנין בע"מ נ' קסטור**, פ"ד לז(4) 673, 682–683 (הנשיא שמגר); 700–701 (השופט (כתוארו אז) ברק) (1983). כן ראו דנ"א 1099/13 **מדינת ישראל נ' אבו פריח**, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 12.4.2015). לכן סיווג היקף "הבעיה" לפי סעיף 30(ג) לחוק בתי המשפט אינו חופף את ניסוח השאלה בידי השופט שנתן את ההחלטה על קיום הדיון הנוסף (עניין **סאלחה**, לעיל ה"ש 2). כן ראו דנ"א 1595/06 **עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקווה**, פ"ד סו(2) פס' 58 לפסק דינה של המשנה לנשיאה (כתוארה אז) נאור (2013) (רוב השופטים לא חלקו על הלגיטימיות של עמדת המשנה לנשיאה המרחיבה את ניסוח השאלה או לא הכריעו בכך, ראו שם, בפס' 2 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת ארבל, בפס' 2 לפסק דינה של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן; יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה – דיון נוסף בדיון הנוסף" **ספר דורית ביניש** 181, 263 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2018). מן הבחינה המהותית, לא ראוי ששופט בדן יחיד, וללא הנמקה, יגביל את תחום הפעלת שיקול הדעת של חבריו להרכב המורחב כאשר אין בכך כדי להכביד או להוסיף על פעולתו של בית המשפט. עם זאת, במסגרת הדיון שהתקיים ביום 3.10.2021 סירב בית המשפט לאפשר לבא-כוח המשיבים לטעון בנוגע להיבטיו הקניינים של סעיף 5 לצו.

²⁴² החלטה בדנ"א 6364/20 **שר הביטחון נ' סאלחה** (נבו 31.1.21).

²⁴³ עניין **סאלחה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

2. "מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרכוש הממשלתי

פסק הדין בעניין סאלחה עוסק לראשונה בתוקפו, בפרשנותו ובמשמעותו של סעיף 5 לצו, שהוא חלק מתחיקת הביטחון באזור זה כחמישים שנה, אך עד כה נעשה בו שימוש במקרים נדירים וחריגים בלבד. שתי שאלות עיקריות נבחנו במסגרתו: אם לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי נפקות קניינית, כהסדר הקובע סוג של תקנת השוק, ומהם תנאי ההסדר ואם הם מתקיימים.²⁴⁴ בית המשפט קובע כי לסעיף 5 לצו נפקות קניינית או מעין-קניינית, מבהיר את תנאי ההסדר וקובע כי הם אינם מתקיימים במקרה דנן. לפיכך מורה בית המשפט על קבלת הערעור ומחייב את פינוי השטח.

אשר לשאלה הראשונה קובע בית המשפט כי:

בהתחשב בלשון הסעיף, בתכלית הצו ובמציאות באזור, מקובל עלי כי ההסדר הקבוע בסעיף 5 הוא הסדר של מעין תקנת השוק, בהבדלים המתחייבים מן המצב המשפטי הייחודי באזור [...] אחד ההבדלים הבולטים בהקשר זה נובע מן העובדה שסעיף 5 לצו אינו מעביר את זכות הבעלות בנכסים, אלא זכויות פחותות מכך בהתאם לעסקה הרלוונטית. הבדל נוסף נוגע לעובדה שהזכות המוקנית מכוח סעיף 5 לצו היא זמנית, ואמורה לפקוע לכל המאוחר עם סיום התפיסה הלוחמתית.²⁴⁵

בית המשפט הציג בפסק דינו את העמדה שלפיה הנפקות המשפטית של סעיף 5 לצו "היא במישור היחסים החוזיים שבין הממונה למתקשר עמו ולא במישור הקנייני".²⁴⁶ כלומר, בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף, תוסיף העסקה לעמוד בתוקפה בין הצדדים הישירים לה, אך לגישתם לא ניתן לדרוש את אכיפתה בעין.²⁴⁷ אולם דחה אותה בציינו כי היא "אינה ברורה".²⁴⁸

אביא כאן את עיקר הקשיים שאני רואה בפסק הדין שיש בהם כדי להצדיק דחיית הפרשנות הרואה בסעיף 5 לצו "מעין תקנת השוק" ותחת זאת הכרה בכוחו של סעיף 5 לצו במישור היחסים החוזיים בין הממונה לבין המתקשר עימו, וביניהם בלבד.

עמדתי שלפיה אין לסעיף 5 לצו נפקות קניינית כלשהי, היינו נפקות ביחסים שבין הבעלים הנכון של המקרקעין לממונה על הרכוש הממשלתי או מי שהתקשר עימו, נשענה על כמה רכיבים. לטענתי, חוות דעת הרוב קיבלה מרכיבים עיקריים המונחים בבסיס עמדה זו, אך היא נמנעה מלקבוע את המסקנה המשפטית הנובעת מהם, ובכך קבעה קביעה קשה שאינה יכולה לעמוד.

²⁴⁴ שם, בפס' 27.

²⁴⁵ שם, בפס' 37.

²⁴⁶ לוין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 349–352.

²⁴⁷ עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפס' 23 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁴⁸ שם, בפס' 36.

הרכיב הראשון – תקנת השוק היא פגיעה בקניין וחריג לכלל

תקנת השוק במקרקעין היא חריג לכלל שלפיו אין אדם יכול למכור יותר ממה שיש לו, או כפי שמבוטא במג'לה, "נפל העיקר נופל גם הענף עימו".²⁴⁹ רכיב זה אינו שנוי במחלוקת ומקובל מקדמת דנא.

הרכיב השני – אין בדין המקומי הסדר של תקנת השוק

הדין המקומי באזור ככלל אינו מכיר בתקנת השוק במקרקעין.²⁵⁰ בית המשפט קיבל בעניין סאלחה את הטענה הזו.²⁵¹ המסקנה שצריכה לנבוע מקביעה זו של בית המשפט היא כי סעיף 5 לצו אינו קובע תוצאה קניינית, בין שהיא שלילת זכות הבעלות ובין שהיא שלילת הזכות להחזיק ולהשתמש במקרקעין לתקופה ארוכה (במקרה הנוכחי מדובר לכאורה על הסכם הרשאה שגרסתו האחרונה היא משנת 1997 ול-49 שנים).²⁵² זאת, בשל קביעתו של בית המשפט העליון בעניין אל נאזר, עת נבחנה חוקיות הצו, ולפיה אין בצו מס' 59 כדי לשנות את הדין המקומי ולקבוע זכויות במקרקעין.²⁵³

בעניין אל נאזר חלקו העותרים על סמכותה של ועדת העררים לדון בשאלה אם רכוש פלוני הוא רכוש ממשלתי, כפי שנקבע בצו מס' 59. כפי טענתם, הדין שחל באזור לפני כניסת כוחות צה"ל לתוכו ממשיך לחול בו, "ואין המשיב הראשון רשאי לשנות את הדין המקומי". לכן טענו כי "עצם חקיקתם של צווים בדבר רכוש ממשלתי ובדבר כינונה של ועדת עררים, ככל שהיא נוגעת לעניין מקרקעים, היא בגדר חריגה מן הסמכות, שהוקנתה למשיב על-פי כללי המשפט הבינלאומי".²⁵⁴ בית המשפט דן בטענה, ובפסק דינו, מפי הנשיא שמגר (שאף עמד מאחורי ניסוח הצו במסגרת תפקידו כפרקליט הצבאי הראשי), הסכים כי בידו להעביר את החקיקה תחת שבט ביקורתו על מנת לבחון את התאמתה לכללים החלים על פעולתו של המשיב, ובכללם תקנה 43 ותקנה 55 לתקנות האג. בית המשפט קבע כי צו מס' 59 מיועד לקיים את חובותיו של המפקד הצבאי לפי תקנה 55 הנ"ל: "לשמור על שלמותו של הרכוש הציבורי". ודוק, לשמור על הרכוש הציבורי. לא לפגוע בקניין הפרטי. זאת ועוד, בית המשפט הבהיר כי "אין בצו הנ"ל כדי לשנות את הדין המהותי", ועל כן: "אין יסוד לטענת העותרים, לפיה ביקש המשיב הראשון לשנות על ידי חקיקתו [של] צו מס' 59 את דיני המקרקעים, כפי שהם חלים באזור, עליו הוא מופקד". וכן: צו מס' 59 קובע את נטילת החזקה ברכוש על יסוד הכללים, שנקבעו במשפט הבינלאומי, אשר הקנה לעניין זה סמכויות מוגדרות למשיב הראשון. מאחר שאין בצו מס' 59 משום שינוי של הדין המקומי, הרי ממילא אין מקום לבחינתה של

²⁴⁹ ס' 50 למג'לה, לעיל ה"ש 163.

²⁵⁰ לוין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 336–337.

²⁵¹ עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפס' 33 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁵² רונית לוין-שנור "אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת 'מצפה כרמים': בעקבות ת"א (מחוזי י-

ס) 13-11-29754-11 אנג'ל ג' סאלחה "המשפט ברשת": זכויות אדם: מבזקי האורות פסיקה 86, 4, 13 (2018).

²⁵³ בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו' (1) 701 (1982).

²⁵⁴ שם, בעמ' 703.

השאלה, שהועלתה על-ידי באת-כוחם המלומדת של העותרים, גב' פ' לנגר, והיא, אם יש בצו מס' 59 משום חריגה מן התחומים, שהותוו בתקנה 43 לתקנות האג הנ"ל [...] צו זה, כדוגמת צו מס' 59, אינו קובע את הדין, שעל פיו מוכרעת שאלת הבעלות במקרקעים.²⁵⁵

עולה מכאן כי משעה שנקבע, לראשונה בפסק הדין, בבית המשפט כי העיקרון המנחה של הדין המהותי החל באזור הוא שאין בו תקנת השוק, אזי הואיל ולפי הפסיקה הצו בדבר רכוש ממשלתי אין בו משום שינוי של הדין המקומי ואין בו כדי לשנות את הדין המהותי, אין לקרוא אל תוך סעיף 5 לצו הסדר של תקנת השוק שאינו מוכר בדין המהותי החל באזור כפי שהגדיר אותו בית המשפט עצמו.

הרכיב השלישי – יש אילוצים לשינויי חקיקה הנובעים מהמשפט הבין-לאומי
הסמכות לשנות את חקיקת האזור מוגבלת בכללי המשפט הבין-לאומי, ובהם החובות הנובעות מתקנות 43, 46 ו-55 לתקנות האג, ומסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, 1949. בית המשפט קיבל את הטענה הזאת, והיא אינה שנויה במחלוקת.²⁵⁶

יש שתי חובות עיקריות בקביעת דין חדש באזור (או שינוי הדין המהותי החל). בית המשפט אישר את קיומן: ראשית, איסור על פגיעה בקניין התושבים המוגנים. כפי שנאמר: "על שינוי הדין כאמור לעלות בקנה אחד עם החובות המוטלות על המפקד הצבאי לשמור על הסדר והחיים הציבוריים באזור ולהגן על זכויותיהם של התושבים המוגנים, ובפרט על זכות הקניין שלהם";²⁵⁷ שנית, איסור על חקיקה המיטיבה בלעדית עם הישראלים שבאזור או עם המדינה המחזיקה או מכריעה לטובת אלה: "סמכות זו אינה משתרעת עד כדי העדפת הסדר המיטיב באופן בלעדי עם התושבים הישראלים באזור או עם צרכי המדינה המחזיקה בשטח תוך פגיעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים".²⁵⁸

בדומה לזה ראו קביעת דעת הרוב בעניין **חוק ההסדרה**, שלפיה אף אם ניתן בגדרה של תקנה 43 לתקנות האג לשקול שיקולים הנוגעים לטובת האוכלוסייה הישראלית בכללותה, אין שיקולים אלה מתירים "הפקעה של מקרקעין פרטיים בבעלות פלסטינית או במקרקעין שיש מי שטוען לזיקה קניינית בהם, וזאת לצורך הקמה והרחבה של יישובים ישראלים ולצורך זה בלבד".²⁵⁹ על קביעת פירושו של סעיף 5 לצו להיעשות כפוף לאילוצים אלה. פירושו של הסעיף כקובע הסדר של תקנת השוק פוגע בקניין התושבים המוגנים, שכן זכותם הטובה נהדפת, ובכך הוא מנוגד

²⁵⁵ שם, בעמ' 703–706. ראו גם ויניצקי, לעיל ה"ש 239, בעמ' 373.

²⁵⁶ עניין **סאלחה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 34 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁵⁷ שם.

²⁵⁸ שם, בפס' 32.

²⁵⁹ עניין **חוק ההסדרה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 68 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

לאיסור הראשון.²⁶⁰ יתר על כן, פירוש זה משמעו אימוצה של חקיקה המיטיבה בלעדית עם הישראלים שבאזור או עם המדינה המחזיקה ומכריעה לטובתם, בניגוד לאיסור השני. בית המשפט קיבל למעשה טענה זו כאשר קבע כי "המציאות בשטח היא כי הרוב המכריע של המקרקעין שהוכרזו כ'רכוש ממשלתי' הוקצו לטובת ההתיישבות הישראלית באזור [...] (הנתונים) מדברים בעד עצמם ומעידים בבירור כי הרוב המכריע של התושבים שיוכלו ליהנות מקיומו של המנגנון הקבוע בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי הם תושבי האזור הישראלים, תוך פגיעה בזכות לקניין של התושבים הפלסטיניים, שהם תושבים מוגנים על פי דיני התפיסה הלוחמתית".²⁶¹ יש לחדד כי כעולה מהנתונים שם, במילים "הרוב המכריע" הכוונה למעשה היא "כל": כ-0.2% בלבד הוקצו לתושבים פלסטיניים, והשאר לישראלים.²⁶²

יודגש כי לצד הנאתם של תושבי האזור הישראלים מהפירוש הקנייני לסעיף 5 לצו, אף הממונה – רשויות האזור – נהנה מכך, שכן פירוש זה פוטר אותו מחובת פיצוי כלפי התושבים הישראלים, אם חלה עליו חובה כזו.²⁶³ יתר על כן, הסדר כזה מאפשר למפקד האזור לבטא העדפה לאוכלוסייה ה"קרובה יותר" לליבו. זהו אף הסדר פסול מסוג *taxation without representation*, שכן אלה העתידים להיפגע מן ההסדר הם דווקא אלה אשר לא היה להם שום כוח להשפיע על עיצוב הדין, ואילו אלה העתידים ליהנות מההסדר הם אשר השפיעו ישירות על עיצובו.²⁶⁴

לפיכך ההתייחסות אל סעיף 5 לצו כהסדר שעניינו תקנת השוק לא רק "מעלה שאלות מורכבות באשר להתאמה בין הדין החל באזור לכללי המשפט הבינלאומי",²⁶⁵ אלא אף מנוגדת ישירות לכללים אלה, ולפיכך קביעת בית המשפט בעניין היא קשה ומוקשה. קשיותה של ההלכה בעניין זה נובעת גם מכך שבית המשפט אינו ממצה את הדיון בשאלות המורכבות, כלשונו של בית המשפט, ואינו מנמק מדוע אימץ פרשנות המתנגשת (ולו לכאורה) עם כללי המשפט הבין-לאומי. בנקודה קריטית זו התייחסותו היחידה של בית המשפט היא כי "קשיים אלה אינם מצדיקים את ריקונו של הסעיף מתוכן עד כדי איונו כליל".²⁶⁶ ואולם, מדוע לא? אם קביעה כי לסעיף 5 לצו נפקות קניינית משמעה כי סעיף 5 לצו עומד בניגוד לכללי המשפט הבין-לאומי, ראוי לבטל הוראה זו בשל חריגתה מסמכות.

²⁶⁰ לכך שבהסדר מסוג תקנת השוק גלומה "פגיעה חמורה בקניין", ראו עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפס' 44 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁶¹ שם, בפס' 35.

²⁶² לתשובת המנהל האזרחי לבקשה לפי חוק חופש המידע מטעם התנועה לחופש המידע ושלום עכשיו, ראו "אדמות המדינה בשטחים מוקצות ליהודים בלבד" **שלום עכשיו** (18.7.2018) <https://bit.ly/3hvFvtd>.

²⁶³ ראו בהקשר זה עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, פסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

²⁶⁴ Megidido & Benvenisti, לעיל ה"ש 110.

²⁶⁵ עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפס' 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁶⁶ שם.

בכג"ץ אל נאזר אישר בית המשפט כי בכוחו להעביר תחת שבט ביקורתו חקיקה מתחיקת הביטחון. גם בעניין אבו עיטה²⁶⁷ נפסק כי לבית המשפט הכוח להעביר תחת שבט ביקורתו את חקיקת הביטחון ולבחון את התאמתה לנורמות של המשפט הבין-לאומי. אם החקיקה אינה תואמת את הנורמות, בידו להתערב ולשלול את חוקיותה:

נותרת איפוא השאלה, אם הנהגת השינויים והחידושים, היינו הנהגתו של מס הבלו המוסף [בתיקוני חקיקה של המפקד הצבאי], תואמת את כללי המשפט הבינלאומי המנהגי, לפיהם על מפקד צבאי לנהוג בשטח ממשל צבאי [...]
מתחייבת עתה בדיקה של מירוח הסמכויות לפי הסימן האמור [סימן 43 לאמנת האג 1907], כדי שניתן יהיה להסיק, אם המשיבים אכן לא חרגו ממה שנקבע בסימן 43 במידה המצדיקה התערבותו [...]

(4) לאור הסקירה המקיפה של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי בכלל ותקנות האג בפרט, לאור התפתחותם, פירושם והפראקטיקה שהתפתחה בעקבותיהם, לא ראינו מקום לשלול את חוקיותה של הדרך שננקטה.²⁶⁸

מכאן שהיה על בית המשפט לבחון אם אומנם הפרשנות הקניינית לסעיף 5 לצו מתיישבת עם המשפט הבין-לאומי, ולקבוע קביעה ברורה המתבססת על "סקירה מקיפה של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי בכלל ותקנות האג בפרט, לאור התפתחותם, פירושם והפראקטיקה שהתפתחה בעקבותיהם" (כאמור בציטוט לעיל). סקירה זו הייתה מעמידה את בית המשפט על המסקנה ההכרחית שלפיה שינוי הדין המקומי על דרך של יסוד תקנת השוק, שכל פועלה ביחסים שבין הממונה לבין המתיישבים שאינם התושבים המוגנים על גב הקניין של התושבים המוגנים, אינו מתיישב עם סמכויות החקיקה לפי תקנה 43 ואינו מתיישב עם החובה להגן על הקניין לפי תקנה 46 לתקנות האג (וסעיף 27 לאמנת ז'נבה).²⁶⁹ ודוק, אף אם אין בהסדר משום נטילת זכות הבעלות אלא נטילת הזכות להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם למשך תקופה ארוכה, יש בכך משום פגיעה קניינית: "זכות בעלות במקרקעין פרטיים, ככל שהיא קיימת ואף אם היא נשמרת, אין לה משמעות מעשית או כלכלית רבה אם ניטלים ממנה זכויות השימוש והחזקה ולו לתקופה המוגדרת כ'זמנית' אך סופה אינו ידוע".²⁷⁰

יתר על כן, הסמכות לנהל את הרכוש הציבורי לפי תקנה 55 לתקנות האג אין בה להצדיק פגיעה בקניין הפרט. בשל העובדה כי החובה להגן על הקניין מקימה זכות אישית לנפגעים מהפרתה, בשל משקלן של זכויות האדם בכלל ובדיני התפיסה הלוחמתית בפרט, ובשל הכפיפות הטבעית של המשפט המינהלי למשפט החוקתי, אין לראות בזכות (ואולי אף בצורך) של המפקד

²⁶⁷ בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד לז' (2) 197 (1983).

²⁶⁸ שם, בעמ' 238, 308, 324, בהתאמה. כן ראו לוין-שנור "עמונה", לעיל ה"ש 100, בעמ' 41, 46–47.

²⁶⁹ עוד על החובה החיובית והשלילית להגן על קניין האוכלוסייה הפלסטינית המוגנת, ראו עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 39 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁷⁰ שם, בפס' 103.

הצבאי לנהל את הרכוש הממשלתי כמצדיק פגיעה בקניין הפרט. אף בית המשפט הכיר בכך כאשר ציין כי על החובה לפי תקנה 55 חל עקרון-העל המעוגן בתקנה 43 לתקנות האג.²⁷¹ הימנעותו של בית המשפט מקיום דיון בעניין ההתנגשות האמורה בין כללי המשפט הבין-לאומי לבין הפרשנות הקניינית לסעיף 5 לצו היא אפוא קשה. כפי שטענתי בעבר, על מנת לבחון את התאמתה של תחיקת הביטחון למחויבויות במשפט הבין-לאומי מקובל להחיל את "מבחן ההדדיות". ממבחן זה עולה כי השוואת הפרשנות הקניינית לסעיף 5 לצו עם הסדר תקנת השוק החל בישראל מעלה שונות רבה וחריגה. ראשית, בישראל אין תקנת השוק מיוחדת לעסקאות של רשות מקרקעי ישראל.²⁷² שנית, כפי שעולה מפסק הדין בעניין **חוק ההסדרה**, יש תנאים מכווננים בבסיס הסדרים של המשפט הישראלי המאפשרים פגיעה בזכות הקניין, אשר מקומם נפקד מסעיף 5 לצו:

מקומם של תנאים מכווננים נוספים הקבועים בדין הישראלי ובדין האזור, תנאים שבהעדרם אין להסדרים אלה הצדקה. כך לדוגמא – דרישות התמורה, השלמת הרישום והדרישה להיות המקרקעין מוסדרים, המנויות בסעיף 10 לחוק המקרקעין והמקובלות גם בתקנות שוק אחרות ברחבי העולם, הן דרישות יסודיות המחייבות בחינה פרטנית של נסיבות כל מקרה ומקרה ובלעדיהן אין לומר כי המקרה נמנה עם אותם מקרים חריגים שבהם תוקנה לאדם זכות אף שנפל פגם בהקנייתה.²⁷³

בית המשפט מתמודד בעניין **סאלחה** עם קושי זה, כשהוא מציין כי "כל 'תקנת שוק' יש לה מאפיינים משלה בהתאמה ל'שוק' שאת התאונות המשפטיות הקורות בו היא מיועדת להסדיר. על כן, ובהינתן השוני בין האינטרסים הציבוריים שעליהם מיועדות התקנות השונות להגן, אין כל הכרח ש'תקנות שוק' תהיינה זהות זו לזו בלשונן או בתנאיהן".²⁷⁴ ואולם, אף אם לכל תקנת השוק תנאיה שלה, מבחן ההדדיות מחייב ששינוי חקיקת האזור יתבצע באופן התואם את הדין החל בישראל. כאשר בדין הישראלי אין תקנת השוק במקרקעין החלה על עסקאות של הממונה על נכסי הציבור, וכאשר אין תקנת השוק במקרקעין החלה שלא לפי התנאים הנקובים בסעיף 10 לחוק המקרקעין, לא ניתן לקבל את שינוי הדין המקומי על דרך אימוצה של פרשנות המכניסה אליו דין תקנת השוק ייחודי וחריג אשר אינו משרת כלל את טובתם של תושבי האזור המוגנים.

הרכיב הרביעי – יש כפיפות לדיני זכויות האדם והמשפט החוקתי

אימוצה של פרשנות שלפיה לסעיף 5 לצו משמעות קניינית פסול מהטעמים שדיני זכויות האדם והמשפט החוקתי הישראלי, שנמנו גם בפסק הדין בעניין **חוק ההסדרה** על דעתם של רוב חברי המותב המורחב, כוללים את איסור הפגיעה בשוויון ובקניין. בנוגע לפגיעה בשוויון יש להוסיף כי "המבחן לקיומה של אפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה

²⁷¹ עניין **סאלחה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁷² ראו בהקשר זה ע"א 7720/15 **וקנין נ' ליבוביץ** (נבו 16.1.2017); ה"פ (מחוזי חי') 3958-07-15 **וקנין נ' ליבוביץ** (נבו 29.9.2015).

²⁷³ עניין **חוק ההסדרה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 97 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁷⁴ עניין **סאלחה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 29 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

העומדת לביקורת, והוא אינו מוגבל אך למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת, אלא מהי התוצאה הנוצרת במציאות בעקבותיה.²⁷⁵ כפי שצוין שם, יש שוני בולט בין מצבים שונים של נטילה כפויה של מקרקעין, הנוגע לתחום התחולה הפרסונלי של ההסדרים: כפי ששם היה, גם כאן לא ניתן להסכין עם מצב שבו – (5) קבוצת הניזוקים אינה משתייכת לקהילת הנהנים ממעשה נטילת הזכויות, אף לא במובן הרחב. בניגוד למקרים אופייניים של נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין, הנטל העורף שבו נושאים בעלי הזכויות המקוריים בענייננו אינו מתקזז, איפוא, אל מול התועלת שתצמח להם מן הנטילה או התועלת שתצמח מנטילות עתידיות.²⁷⁶ אומנם בניגוד לחוק ההסדרה סעיף 5 לצו לא חוקק במחשבה על הכשרת פגיעה בקניין הפרט של הפלסטינים לשם הטבת מצבה של ההתיישבות הישראלית, אך אין כל ספק כי הפירוש החדש שניתן לו מאת היועץ המשפטי לממשלה לאחרונה נועד לצורך זה בלבד.²⁷⁷ הדבר מקים נגד פרשנות זו את אותה הביקורת שהצדיקה את ביטול חוק ההסדרה. במיוחד יש לציין כי ביום 15.2.2016 מינה ראש הממשלה "צוות מקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש", "לצורך גיבוש מתווה להסדרת מבנים ושכונות ביישובים יהודיים ביהודה ושומרון שהוקמו תוך מעורבות של הרשויות".²⁷⁸ הצוות קידם את פרשנותו של ד"ר חגי ויניצקי לסעיף 5 לצו אשר עיקרה יאומץ לימים בידי היועץ המשפטי לממשלה. חוות הדעת, שהייתה חלק מהדוח, נפתחת במילים האלה: "התבקשתי ע"י צוות ההסדרה לסכם את [...] המלצותיי ביחס לאפשרות להסתמך על סעיף זה כפתרון לבעיה של מבנים שנטען שנבנו על מקרקעין שקיים חשש שיש לאנשים פרטיים פלשתיניים זכויות ביחס אליהם".²⁷⁹ כפי שמתאר עוזר היועץ המשפטי לממשלה, "על אף שסעיף זה מהווה חלק מתחיקת הבטחון באיו"ש מזה כמעט חמישה עשורים, הרי שככלל לא נעשה בו שימוש, למעט במקרים נדירים וחריגים. בשנים האחרונות, שב ועלה הצורך לעשות שימוש בהוראות הסעיף, במיוחד נוכח עבודת הצוות לתיחום אדמות המדינה (להלן: 'צוות קו כחול'), אשר הביאה לכך ששטחים מבונים שמלכתחילה נחשבו לאדמות מדינה, נגרעו מתחומיהן של ההכרזות ההיסטוריות על אדמות מדינה".²⁸⁰ רק לאחר גיבוש עמדה זו שינה המנהל האזרחי את הגנתו בתיק סאלחה.²⁸¹

אשר על כן, בחינת ההיסטוריה של גיבוש פרשנותו החדשה של היועץ המשפטי לממשלה לסעיף 5 לצו מלמדת כי היא נועדה להיטיב עם ההתיישבות הישראלית בלבד. אם בבג"ץ חוק

²⁷⁵ עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 45 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁷⁶ שם, בפס' 104.

²⁷⁷ שם, בפס' 88.

²⁷⁸ הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש דו"ח מסכם (15.2.2018) <https://bit.ly/3ofJVIx>.

²⁷⁹ ויניצקי, לעיל ה"ש 239.

²⁸⁰ לשכת היועץ המשפטי לממשלה "סיכום דיון – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון)" 1–2 (7.12.2016).

²⁸¹ המוזכר בעניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפס' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁸¹ ראו סיכומים מטעם המנהל האזרחי בת"א (מחוזי י-ם) 29754-11-13 אנג'ל נ' סאלחה; עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, פסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

ההסדרה היה בטעמים אלה לשלול חקיקה מפורשת של כנסת ישראל, ודאי שיש בהם כדי לשלול פרשנות אפשרית של תחיקת הביטחון שאינה עולה עימם בקנה אחד.

הרכיב החמישי – הצגת פרשנות שאינה מרוקנת את הסעיף מתוכן

כאמור, על אף הקשיים בפרשנות שהציע היועץ המשפטי לממשלה ביקש בית המשפט לאחוז בפרשנות שאינה מאיינת את הסעיף מתוכן. בית המשפט מצא את הפרשנות החלופית "בלתי ברורה", בציינו כי המערערים הביאו לתמיכה בעמדתם את פסק הדין בעניין **מחצבות כפר גלעדי**,²⁸² אך לא ניתן להסיק ממנו "פרשנות חובקת כל הכוללת את כל מגוון המקרים שלגביהם חל סעיף 5 לצו".²⁸³ אולם הטענה לא הייתה כי זהו המובן היחיד שיש לסעיף 5 לצו, אלא הטענה שהובאה היא כי זהו **סוג או טיב הכלל** שבסעיף 5 לצו – כזה החל ביחסים שבין הצדדים להתקשרות. לפיכך אבקש להבהיר את עמדתי.

לסעיף 5 לצו נפקות ביחסים שבין הממונה למי שהתקשר עימו, ובינם בלבד. לסעיף 5 לצו **פועל כפול** ביחסים שבין הצדדים לעסקה (אשר בשל סמכותו של הממונה, הכרח הוא כי זוהי עסקת הרשאה או שכירות מוגבלת בזמן): ראשית, יש בסעיף 5 לצו להביא לדחיית טענות להשבה או טענות מסוג יוס טרצי (ius tertii) מצד מי שהתקשר עם הממונה ומבקש להשתחרר מחובותיו כאשר התברר בדיעבד כי המקרקעין אינם ממשלתיים. מקרה מסוג זה נדון בעניין **מחצבות כפר גלעדי**; שנית, יש בסעיף 5 לצו הכוח לחייב את הממונה אשר אינו יכול עוד להותיר את הקרקע בידי המתקשר עימו לפצותו על חוסר היכולת לקיים ולאכוף בעין את התחייבויותיו. ניתן להוסיף על כך אף משמעות שלישית, ולפיה אם במועד מאוחר לכריתת החוזה הפך נכס לרכוש ממשלתי אף שלא היה כזה "בשעת העסקה", תעמוד העסקה בתוקפה, היינו: ריפוי פגם בדרך של מעין הוראת תשריר. נניח לדוגמה מצב שבו בעת העסקה טרם הופקעו מקרקעין, פעולה שהושלמה רק בשלב מאוחר יותר. האם יכול מי מהצדדים להשתחרר מן העסקה מן הטעם שבעת שנערכה לא היו המקרקעין רכוש ממשלתי? התשובה לכך היא בשלילה, שכן אף אם לא היו רכוש ממשלתי "בשעת העסקה", הפיכתם לכאלה לאחר כריתת העסקה מכשירה אותה בדיעבד מכוח סעיף 5 לצו.

פרשנות זו מתיישבת עם הדין המהותי החל באזור הן מבחינת היעדר תקנת השוק כאמור לעיל, והן בכך שהיא מתיישבת עם ההלכה האנגלית של "שכירות מכוח השתק", ולפיה אף אם למשכיר אין זכות בנכס, השכירות בינו לבין השוכר תקפה גם אם היא אינה תקפה כלפי כל אדם אחר. זהו ביטוי לכלל של המשפט המקובל המכונה *relativity of title*. כך לדוגמה נאמר ב-Halsbury's Laws of England כי השכירות מכוח השתק נוצרת כאשר למעניק השכירות אין זכות בנכס "בשעת ההענקה". שכירות זו תקפה בשל הסכמתו של השוכר, ולכן הוא אינו יכול להתנער ממנה, אך תקפותה היא **אך ורק** בין הצדדים. עם זאת אין היא עומדת עוד לרעת השוכר אם הוא מפונה בידי "בעל הזכות העליונה" בנכס:

²⁸² ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש נ' **מחצבות כפר גלעדי** – שוחפות מוגבלת, פס' 13 (נבו 15.2.2009).

²⁸³ עניין **סאלחה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

A lease of land is created by estoppel *when the grantor or landlord has no legal estate or interest in the land at the time of the grant*; and, although a title by estoppel, such as the landlord or grantor in this case possesses, *is good only against the person estopped by his own deed*, namely the tenant or the grantee, yet as against the person estopped it has all the elements of a real title [...] A tenant who holds under a lease by a deed between parties is estopped from disputing his landlord's title both during and after the expiration of his term *unless he has been evicted by title paramount*. The estoppel continues after the tenant has gone out of possession with respect to breaches of covenant committed during the lease.²⁸⁴

במאמרם של דניאל פרידמן ונינה זלצמן צוין כי לפי כללי המשפט המקובל, "שוכר אשר נאלץ למסור את המושכר לשלישי, שהוא בעל הזכות העליונה בנכס (eviction under title paramount), פטור מחובותיו כלפי בעל הנכס. טענה זו בפי השוכר מהווה אף היא חריג למניעות הקיימת בין שוכר-משכיר בדבר זכותו של המשכיר בנכס".²⁸⁵ כן הוזכר שם עניין גוטשלק,²⁸⁶ שיובהר להלן.

בדומה לכך, במילון המשפטי של אוקספורד נאמר כי השכירות מכוח השתק מחייבת את הצדדים לעסקה אך לא אף אחד אחר, וכן כי אם במועד מאוחר יותר המשכיר רוכש את הזכות בנכס, ההשתק "מתמלא" והשכירות הופכת לזכות מלאה:

A lease that exists despite the fact that the person who granted it had no legal right to do so (because, for instance, the landlord holds no estate in the land). *Such a tenancy is binding on the landlord and tenant but not on anyone else* [...] If the *landlord*

²⁸⁴ ראו: 62 HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND: LANDLORD AND TENANT ¶ 1–560 (5th ed. 2016); 63 HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND LANDLORD AND TENANT ¶ 561–1166 (2016); 64 HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND LANDLORD AND TENANT ¶ 1167–1798 (2016) (1. Relationship of Landlord and Tenant/(1) Creation of Tenancy/4. Tenancy by estoppel) (ההדגשות הוספו).

²⁸⁵ דניאל פרידמן ונינה זלצמן "תקנת השוק והשפעתה על יחסי מוכר-קונה" עיוני משפט 122, 132, ה"ש 50 (1976).

²⁸⁶ ע"א 497/71 גוטשלק נ' שוורץ, פ"ד כו(2) 687, 693 (1972) (להלן: ע"א גוטשלק).

*subsequently acquires an estate, the estoppel is "fed" and the lease becomes a full legal lease.*²⁸⁷

על כן יש בסעיף 5 לצו כפי פרשנותי לסייע **בחמישה** מצבי דברים לפחות:
מצב ראשון – כדי להכשיר במלואו את תוקפה של עסקה כאשר מתברר כי בעת כריתתה לא היו המקרקעין רכוש ממשלתי, ומצבם המשפטי ככזה התאשר רק בדיעבד, לאחר כריתת העסקה.
מצב שני – כדי לשלול תביעת השבה של המתקשר עם הממונה אם מתברר (או נטען) בדיעבד כי המקרקעין לא היו רכוש ממשלתי. כך היה בעניין **מחצבות כפר גלעדי**.²⁸⁸ השוו לדוגמה את מצב הדברים בעניין **שני**,²⁸⁹ שם טען המבקש (התובע) כי יש להשיב לו דמי חכירה ששילם לפי החוזים עם הממונה, שכן לטענתו המקרקעין אינם רכוש ממשלתי. בית המשפט המחוזי לא קיבל בפסק הדין מושא בקשת רשות הערעור שנדחתה את הטענה העובדתית בנוגע לטיב הזכות במקרקעין. יתר על כן, הוא ציין כי אין התובע מבקש אלא "השבה חד צדדית. הוזה אומר: מחד, ניצול חד צדדי של כל היתרונות שחווה כזה מעניק למשיבים והתפרקותם מחיובם היחיד, תשלום דמי החכירה".²⁹⁰

מצב שלישי – כדי לחייב את המתקשר עם הממונה במילוי חיוביו לפי החוזה, כגון השבת הנכס לידי הממונה לפי דרישתו או בתום תקופת החוזה (כפי שנקבע בחוזה), גם אם מתברר בדיעבד כי המקרקעין לא היו רכוש ממשלתי. כך לדוגמה היה המצב בעניין **גוטשלק**,²⁹¹ שם השכירה המערערת למשיב נכס שבדיעבד התברר כי לא הייתה לה זכות בו. העירייה שהנכס היה שלה שילמה למשיב "דמי לא ירחץ" לצורך פינויו מהנכס והוא מסרה לה. המערערת תבעה לממש שטרות שנועדו להבטחת החזרת הנכס לידה בתום השכירות. בית המשפט נדרש למקורות אנגליים (שטיבם היה שנוי במחלוקת עם דעת המיעוט בנקודה אחרת) לשם הקביעה כי "ההתחייבות להחזרת המושכר לידי המשכיר, כשהוא נקי מכל אדם, מחייבת את השוכר אף אם פונה".²⁹² בית המשפט מדגיש כי מן הדין האנגלי יש חובה על השוכר להודיע על תביעה שהוגשה נגדו למסירת ההחזקה, וכי "אין לתת למשיבים ליהנות מהפרת ההתחייבות כלפי המערערת, שהרי ההסכם בדבר הפיצויים נחתם מאחורי גבה של המערערת בעקבות אי-ההודעה למשכירים הנדרשת כדין".²⁹³

מצב רביעי – כדי לחייב את הממונה לפצות את מי שהתקשר עימו, כפוף לאמור בחוזה, אם התברר בדיעבד כי המקרקעין אינם רכוש ממשלתי ואין בידו לקיים את חיוביו. הממונה לא יהיה

²⁸⁷ *Tenancy by Estoppel*, A DICTIONARY OF LAW (6th ed., Jonathan Law eds., 2020), <https://bit.ly/3urUJXI> (ההדגשה הוספה). ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 2676/69 **גוטשלק נ' שורץ**, 183 (נבו 15.7.1971).

²⁸⁸ עניין **מחצבות כפר גלעדי**, לעיל ה"ש 282.

²⁸⁹ רע"א 9860/08 **שני נ' המנהל האזרחי – הממונה על הרכוש הממשלתי** (נבו 18.6.2009).

²⁹⁰ ע"א (מחוזי י-ם) 2108/08 **הממונה על הרכוש הממשלתי נ' שני**, 7 (נבו 6.10.2008).

²⁹¹ ע"א **גוטשלק**, לעיל ה"ש 286.

²⁹² שם, בעמ' 693 (השופט קיסטר).

²⁹³ שם, בעמ' 694.

פטור מחיוביו כלפי המתקשר עימו גם אם אין בידו לקיים את ההתחייבות למתן המקרקעין, ואף אם לא היה רשאי לעשות את העסקה מלכתחילה, וזאת כחריג לכלל "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה".

מצב חמישי – כדי להגן, באופן אובליגטורי בלבד, על מי שהתקשר עם אחר בהסתמך על עסקה שהממונה כרת עם האחר, כדי שהממונה לא יוכל להתנער מאחריותו הנזיקית או החוזית כלפי מי שהסתמך על התנהגותו אך ורק משום שהעסקה לא הייתה רכוש ממשלתי באותה שעה.²⁹⁴ על מנת להבין את תרומתו של סעיף 5 לצו למצב המשפטי החל ביחסים שבין הצדדים לעסקה (הממונה והמתקשר עימו) עלינו לתאר את הדין אשר היה חל אילו לא הותקן סעיף זה. במצב שבו מתברר בדיעבד כי המקרקעין אינם שייכים לממונה, וכי הוא לא היה מוסמך לעשות בהם עסקה, היה הממונה (או המתקשר עימו) עשוי לטעון כי החוזה אינו בתוקף בשל אי-חוקיותו. פסלות החוזה בשל אי-חוקיותו במצב של עסקה ברכושו של אדם אחר נובעת מסעיף 64 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאני, שלפיו:

(6) כל מיני חוזים והתחייבויות שאין הם נחשבים לנמנעים בתוקף חוקים ותקנות מיוחדים, ושאינם פוגעים במוסר הציבורי ובסדר הכללי, ושאינם מתנגדים לכללים ולהוראות שימוש בנדל"ן, בקרקעות, בכספי הקדש, בירושה והעברה, ובמצב האישי כהכשרת הצדדים – נחשבים לנאותים ובני ערך **ביחס לצדדים**; אבל אם ההתקשרות היא ממה שאין להשיגו, נזקקים לדרישת הביטול.²⁹⁵

יודגש כי הוראות המג'לה בתחום דיני החוזים הספציפיים בצירוף סעיפים מחוק הפרוצדורה האזרחית, וסעיף 64 בכללם, "נשארו בתוקפם במשך כל תקופת המנדט".²⁹⁶ בכפוף לשינויים, לדוגמא בעניין פיצויים מוסכמים שרוככו מכוח דיני היושר; או לגבי האופן בו יש לפרש את המונח "מוסר ציבורי".²⁹⁷ המג'לה קובעת כללים בנוגע לחוזי מכר מקרקעין, ובהם הכלל שלפיו רק למכירה בידי הבעלים או נציגו יש תוקף, והכלל "נעשה מכר על ידי מתערב, וניתן לו אחר כך אישור מאת בעל הנכסים [...] הרי הוא תקף. לא ניתן האישור, המכר בטל".²⁹⁸

בא סעיף 5 לצו ואומר שאף על פי שהחוזה בין הממונה למתקשר עימו נעשה שלא על פי הכללים, הרי שהוא נחשב לנאות ובן ערך "ביחס לצדדים" (כאמור בסעיף 64 לחוק הפרוצדורה האזרחית) ואין הוא פסול. אך זכותו של צד שלישי אינה מתבטלת מאליה מכוחו של סעיף 5 לצו. משמעותו של היות החוזה בן ערך ביחס לצדדים לו וכי הוא איננו פסול היא כי הצד הנפגע יכול לתבוע תרופות בשל הפרתו ובשל אי-האפשרות לבצע אותו אם מתברר כי המקרקעין לא היו, ואף אינם עתה, בגדר רכוש ממשלתי. אך תרופות אלה אינן כוללות את תביעת האכיפה, שכן היא הפכה לבלתי אפשרית נוכח התבררות הזכות הפרטית.

²⁹⁴ זאת, בהקבלה לס' 13 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 וס' 18 (א) לחוק המכר, התשכ"ח-1968, כפי שיוסבר להלן.

²⁹⁵ ס' 64 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאני **קובץ החוקים העות'מאניים** (ההדגשות הוספו).

²⁹⁶ דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א 124 (מהדורה שניה 2018).

²⁹⁷ שם, בעמ' 125.

²⁹⁸ ס' 365 ו-378 למג'לה, בהתאמה, לעיל ה"ש 163.

להבהרת הדברים ולהדגמתם ניתן להתבונן בהסדרים בעלי רציונל דומה בדין הישראלי. למשל, בהקשר דומה של הדברים, גם אם שונה, ניתן להביט אל פסק דין שניתן לאחרונה במקרה בו נדונה עסקת מכירת זכות חכירה במסגרת מימוש משכנתה, שנעשתה כחלק מהליכי כינוס נכסים של בעל זכות החכירה.²⁹⁹ עסקת המכירה בוצעה באמצעות בית המשפט, ולכן נהנתה מההגנה שבסעיף 34 לחוק המכר. לאחר מכן דרשה רשות מקרקעי ישראל, בעלת הקרקע, תשלום דמי חכירה ודמי הסכמה שלא שולמו בידי בעל הזכות המקורי, כתנאי להעברת זכות החכירה על שם הרוכשת. בחוות דעתו של השופט גרוסקופף הוצגה השאלה הזאת: "האם בכוחו של סעיף 34 לחוק המכר לא רק למרק את הנכס מזכויות של צדדים שלישיים, אלא גם לשפר את הנכס גופו, כך שחלק מתנאי החכירה (כגון זכות המחכיר לבטל את הסכם החכירה אם לא ישולמו לו דמי החכירה והחובה לשלם דמי הסכמה) לא יחולו ביחס לרוכש מכונס הנכסים?"³⁰⁰ על כך ניתנת התשובה הזאת: "עצם המכירה על ידי רשות אין בה כדי למרק את הנכס מתנאי החכירה, דהיינו לפגוע בזכויות שיש למחכיר המהוות חלק מהנכס גופו". וכן, כי סעיף 34 לחוק המכר "אינו ממרק את הסכם החכירה לא מהתחייבויות צופות פני עתיד ולא מהתחייבויות צופות פני עבר".³⁰¹ מכאן נובע שכל עוד העסקה – כאן עסקת רכישת החכירה – עומדת בתוקפה אין בה כדי לפגוע בזכותו של בעל הנכס. זוהי זכות שאינה מתבטלת.

ובדומה לכך, בפרשה אחרת נפסק, מפי השופט עמית,³⁰² כי אף על פי שעסקת מכר פטנט החוסה תחת כנפי סעיף 34 לחוק המכר חסינה בפני תקיפה, אין בכוחו של סעיף 34 לחוק כדי לחסן את הפטנט מפני טענות בנוגע לעצם תוקפו.³⁰³ כך, "פטנט שמלכתחילה לא היה כשיר לרישום, לעולם יהא חשוף לטענות התוקפות את כשירותו, ואין בכוחה של תקנת השוק לרפא את הפגם שנפל בו".³⁰⁴

הבאת שני פסקי דין אלה שבהם נדונה תקנת השוק מפורשת של סעיף 34 לחוק המכר מטרתה להראות כי אין בהחסנת תוקף של עסקה (עסקת חכירה, מכר פטנט) מכוח תקנת השוק כדי לחסן מפני חשיפה לתביעות של בעלי הזכות הנכונים המבקשים להעמיד את זכותם על מכונה. כך בהשאלה גם בענייננו. אף אם העסקה בין הצדדים לה – הממונה והמתקשר עימו – עומדת בתוקפה, אין בכך כדי "לפגוע בזכויות" שיש לבעלים הנכון, ואין בה כדי למנוע חשיפה "לטענות התוקפות את כשירות[ה]" אם מלכתחילה לא היה אפשר לבצע את העסקה משום שהיא ברכושו של אחר.³⁰⁵

²⁹⁹ ע"א 9838/16 רשות מקרקעי ישראל נ' נהורא מעליא בע"מ (נבו 14.1.2020).

³⁰⁰ שם, בפס' 14 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

³⁰¹ שם, בפס' 17.

³⁰² ע"א 4052/19 י.ש.מ. לבניין בע"מ נ' תדביק בע"מ (נבו 13.9.2020).

³⁰³ שם, בפס' 33 לפסק דינו של השופט עמית.

³⁰⁴ שם, בפס' 26.

³⁰⁵ ראו בדומה לזה רע"א 8574/13 לוי נ' עובדון זנוורי (נבו 28.1.2014), שם נקבע כי יצירת משכון נוסף בניגוד לתנאי הסכם המשכון המקורי מביאה לכך שהמשכון הנוסף אינו תקף נגד בעל המשכון המקורי, אך עדיין המשכון הנוסף תקף כשמדובר בחייב עצמו והוא מנוע מלטעון לבטלותו.

היקש דומה נמצא בעניין הסדר החוזה למראית עין, הקובע כי "חוזה שנכרת למראית עין בלבד – בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה".³⁰⁶ נניח את מצב הדברים הזה: ראובן הוא בעל נכס. שמעון ויהודה מתקשרים בחוזה למראית עין בנוגע לנכסו של ראובן, מבלי ידיעתו של האחרון, ולפיו שמעון מוכר את הנכס ליהודה. בהסתמך על החוזה המוצג לו בין שמעון ליהודה מתקשר לוי תם הלב בחוזה לרכישת הזכות (לכאורה) של יהודה בנכס. בדיעבד מתברר כי החוזה שבין שמעון ליהודה הוא למראית עין, ומכאן בטלתו. האם בתחרות שבין לוי לראובן גובר לוי על ראובן בגלל הסיפא של סעיף 13 לחוק? התשובה לכך היא לא. אין בסעיף 13 לחוק כדי להוסיף ללוי זכות קניינית הגוברת על זכותו של ראובן. כוחו של סעיף 13 לחוק הוא ביחסים שבין לוי, לשמעון וליהודה בלבד. מכוח הסיפא של סעיף 13 לחוק יש ללוי זכות אובליגטורית נגד יהודה (אף על פי שהחוזה למראית עין בטל) אך אין לו זכות, לא אובליגטורית ולא קניינית, כלפי ראובן. אין בסיפא של סעיף 13 לחוק החוזים כדי להעניק לצד השלישי יותר משהיה למתקשר עם זה שהתקשר עימו. על כן לוי גובר על ראובן רק אם חלים תנאי תקנת השוק שנקבעו בדין אחר.³⁰⁷

וראו בהקשר זה פרשה אחרת מן העת האחרונה, שם התקשרו המערערים, בעלי דירה, בחוזה למראית עין עם צד ב, אשר הדירה הועברה על שמו, וצד ב התקשר עם צד ג, המשיב, על הסכם אשראי שמכוחו נרשמה הערת אזהרה (וכן משכון).³⁰⁸ בית המשפט (השופט עמית) דחה את טענתם של המערערים, בעלי הדירה כאמור, לאי-תקפות הסכם האשראי כלפיהם וציין כי תרומתם של המערערים למצב הדברים מצדיקה את התוצאה של סעיף 13 לחוק החוזים כלפיהם: "ואין למערערים אלא להלין על עצמם על כך שהתקשרו בעסקה פיקטיבית, במטרה לכסות חובות שלהם, ובכך שמו מכשול בפני עיוור וגרמו לצדדים תמי לב להיכשל".³⁰⁹ מכאן ניתן ללמוד כי רק כאשר בעל הנכס המקורי הוא אחד הצדדים לחוזה למראית עין, הרי שזכותו הקניינית תיפגע בשל הסתמכותו של צד שלישי.

אכן, אין בסיפא של סעיף 13 לחוק החוזים כדי לשנות את מערך הזכויות הקנייניות ביחסים שבין מי שהתקשר בהסתמך על חוזה למראית עין לבין הבעלים הנכון שלא היה צד לחוזה למראית עין. בהקבלה להקשרנו (בהקבלה בלבד. אין מדובר בחוזה למראית עין ואף סעיף 13 לחוק לא חל): גם אם העסקה בין הממונה לבין המתקשר עימו (צד ב') עומדת בתוקף לפי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, וגם אם מי שהתקשר עם צד ב' זכותו שנרכשה בתום לב עומדת בתוקפה, אך אין בכך כדי להוריד או להעלות מאומה באשר לזכותו של הבעלים הנכון אשר לא היה צד לעסקה ולא תרם כחוא זה למצב הדברים של העסקה שנקשרה ברכושו.

³⁰⁶ ס' 13 לחוק החוזים (חלק כללי).

³⁰⁷ לדוגמה, ראו ס' 10 לחוק המקרקעין או ס' 34 לחוק המכר.

³⁰⁸ ע"א 8947/18 ליבמן נ' אס. אר. אקורד בע"מ (נבו 4.3.2020).

³⁰⁹ שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.

הקבלה נוספת אפשר למצוא בנוגע להסדר שבחוק השליחות³¹⁰ (והסדר דומה שבחוק החברות),³¹¹ הקובע כי "פעל אדם בחזקת שלוחו של אחר בלי שהורשה לכך או בחריגה מהרשאתו, יכול אותו אחר, בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב), לאשר את הפעולה בדיעבד; ואישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה, ובלבד שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום-לב ובתמורה לפני האישור". האם יש בכך כדי להעניק ל"אדם אחר" זכות מלבד זו הנקבעת לפי דיני הקניין? התשובה לכך היא לא. נקבע למשל כי במצב שבו פעל בעל למכירת דירה המצויה בבעלות משותפת עם אשתו, בלי שהיא אישרה את שליחותו לא מראש ולא בדיעבד, התחייבותו של הבעל תקפה כלפי הקונה אך מחייבת את הבעל בלבד ולא את אשתו: "שהרי אין פסול בכך שאדם מתחייב למכור נכס שאינו שלו, אלא שההתחייבות מוטלת על המתחייב ולא על בעל הנכס. כך גם במקרה דנא, ההתחייבות למסור את הנכס כולו היא תקפה לגבי כל הנכס אבל מחייבת רק את המשיב מס' 1 ולא את המשיבה מס' 2".³¹² ובהמשך לכך פסק בית המשפט כי את סעיף 6(א) סיפא לחוק השליחות (ובדומה: סעיף 12(ב) לחוק החברות) יש לפרש ככזה הנוגע למי שנחזה כשלוח, מי שהשליחות לכאורה הייתה לטובתו, ומי שהתקשר עימו (הוא הצד השלישי), ואין בו כדי להיטיב עם צדדים נוספים, כגון מי שהתקשר בעסקה אחרת עם הצד השלישי, שבעניינם "לכל היותר [...] אפשר וקמה להם עילה" נגד מי שמכר להם "על כך שיתכן ולא גילו להם את דבר העיסקה הראשונה".³¹³ וכן ראו שם דבריה של השופטת ברק-ארז, כי סעיף 12 לחוק החברות "אכן מסייג את אימוצו של ההסכם בהגנה על 'צד שלישי' שנתן תום לב ותמורה, אך צודק חברי כי הדברים אמורים בבעל דברו של היזם [...] במילים אחרות, אין מדובר בהסדר המשנה מדיני העסקאות הנוגדות, אלא בכזה שמשלב בהם".³¹⁴ היינו, שוב, אין בהסדר הנוגע לתקפות עסקה בין שני צדדים כדי לקבוע דבר בכל הנוגע לקנייניות העסקה ביחס לבעל הזכות הנכון שלא היה צד לה.

לענייננו, התחייבותו של הממונה כלפי מי שהתקשר עימו עשויה להיות תקפה – שכן מכוח סעיף 5 לצו אין היא פסולה – אך אין בה כדי לחייב את הבעלים הנכון של הנכס, אשר לא אישר את העסקה לא מראש ולא בדיעבד.

ולבסוף, חשבו גם על הוראת חוק המכר הקובעת כי "המוכר חייב למסור את הממכר כשהוא נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד שלישי".³¹⁵ האם משמעות הדבר היא כי הקונה גובר על הצד השלישי כאשר המוכר מפר את חיובו? התשובה כמובן היא לא. אין בהוראה זו כדי לפגוע כהוא זה במעמדו של הצד השלישי, אלא להבהיר כי חיוביו של המוכר הופרו אם זכותו בממכר אינה נקייה. הדיפתו של הצד השלישי בעל הזכות הטובה נעשית אך ורק אם יש בנמצא הסדר מפורש של תקנת השוק. עצם ההכרה בתקפותה ואי-פסילתה של עסקה שעשה הממונה אין

³¹⁰ ס' 6(א) לחוק השליחות, התשכ"ה–1965.

³¹¹ ס' 12(ב) לחוק החברות, התשנ"ט–1999.

³¹² ע"א 541/74 פרמיסקי נ' סנדרוב, פ"ד כט(2) 253, 258–259 (1975) (השופט קיסטר).

³¹³ ע"א 8559/15 עבאס נ' מפלי התנור בע"מ, פס' 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 27.5.2018).

³¹⁴ שם, פסק דינה של השופטת ברק-ארז.

³¹⁵ ס' 18(א) לחוק המכר.

עימם דבר ולא חצי דבר ביחס לצד השלישי, אלא כל פועלה ביחסים שבין המתקשרים, וביניהם בלבד.

הרכיב השישי – התייחסות למעמד הבעלים הנכון בתקנות שוק אחרות

הפרשנות החוזית המוצעת במאמר זה מסתמכת גם על כך שבהסדרי תקנת שוק אחרים ניתן לאתר בלשון ההוראה הקובעת תקנת השוק קניינית יסוד לשוני המבהיר כי תחולת ההגנה על הצד השלישי. לשונם של הסדרים אחרים מעידה על מקומו של הצד השלישי במשוואה.³¹⁶

הרכיב השביעי – שלילת ההקבלה למנגנון שבחוק נכסי נפקדים

אחת הטענות העיקריות שהעלה היועץ המשפטי לממשלה בתמיכה לפרשנותו הייתה הדמיון הנחזה בין סעיף 5 לצו לבין הסדרים אחרים בחקיקה הישראלית שבעניינם נקבעה לכאורה נפקות קניינית, ובייחוד סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים.³¹⁷ בית המשפט ציין שהוא נמנע "מלקבוע מסמרות בדבר הדמיון המהותי"³¹⁸ בין ההסדרים, אך הוא נמנע מלהתייחס להסברים שהוצגו לו מדוע ההקבלה הזו, שאותה אימץ היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו, אינה רלוונטית לענייננו.³¹⁹ אכן, זהו לכאורה האתגר הגדול ביותר מבחינת פרשנותי לסעיף 5 לצו. הרי אם הוראה דומה פורשה כבעלת כוח של תקנת השוק קניינית, מדוע לא תפורש הוראה זו כך? יש שני הסברים עיקריים לכך שאין מדובר בגזרה שווה.

הסבר ראשון – פרשנות היא עניין קונטקסטואלי, וכך ייתכן כי הוראות חוק בעלות ניסוח דומה יפורשו כל אחת אחרת בהקשרים שונים. כך בעיקר כאשר אין מדובר אף בצורך בפרשנות הרמונית, שכן תחיקת הביטחון אינה חלק מהמשפט הישראלי. מדובר בשתי מערכות נורמטיביות שונות לחלוטין. לפיכך הפרשנות שניתנה להוראות חוק ישראלי בעלות נוסח דומה (וראו להלן אם אומנם כך) להוראה שנקבעה בתחיקת הביטחון אינה ניתנת להחלה על המצב המשפטי המיוחד באזור בשים לב לדין המהותי החל בו. כאמור, את הדין החל באזור אין לשנות אלא כפוף לאילוצים ברורים אשר פורטו לעיל. זאת ועוד, אימוץ הפרשנות כמבוקש אף אינה יכולה לעמוד בשים לב לכך שכל תכליתה היא אך ורק להיטיב עם עניינה של קבוצת המתיישבים הישראלית על חשבון עניינה של קבוצת התושבים המוגנים.

גם יש לזכור כי פרשנותו של ההסדר בחוק נכסי נפקדים נקבעה לפני עשרות שנים, כבר בשנות החמישים של המאה העשרים, אך אין זה נכון לפרשנותו של סעיף 5 לצו. הקניית משמעות בעת הזו לצו חייבת להיעשות כפוף לנורמות המקובלות כיום, ובכללן מעמדם של הזכות לכבוד, זכות

³¹⁶ ראו שם, בס' 34, 34א; ס' 10 לחוק המקרקעין; ס' 73 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; ס' 83 לחוק הספנות (כלי שיט), התש"ך-1960; ס' 37(2) לפקודת השטרות [נוסח חדש]. כן ראו ס' 14(4), 16(2) לחוק ההסדר. והשוו לדינו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 298-311, לגבי ס' 13 לחוק החוזים (חלק כללי), ס' 6(א) לחוק השליחות, ס' 12 לחוק החברות, ו-ס' 18(א) לחוק המכר.

³¹⁷ ראו ס' 17(א) לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950; ס' 10 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950; ס' 16 לחוק האפוסטרופוס הכללי, התשל"ח-1978.

³¹⁸ עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפס' 30 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

³¹⁹ ראו גם וניצקי, לעיל ה"ש 239, בעמ' 373-374.

הקניין, ערכה של הזכות לשוויון ואיסור הפליה ועוד. ניתן לומר כי הפרשנות לחוק נכסי נפקדים "קפאה על שמריה"³²⁰ שכן עוצבה בתקופה שטרם התגבשו בה הנורמות החוקתיות ואלה המבוססות בדיני זכויות האדם המקובלות כיום, לא כך באשר לסעיף 5 לצו, אשר פרשנותו מתגבשת בעת הזו ממש ועל כן חייבת להיות כפופה לתפיסות הנוכחיות. הואיל והפרשנות הקשה והפוגענית לא אומצה, או "אוזרחה", קודם לאימוץ הנורמות החוקתיות, אין מקום לאמצה כיום מבלי להתייחס להשפעתן של נורמות אלה.³²¹ ודוק, סעיף 5 לצו אינו קובע את התוצאה הקשה כלפי הבעלים הנכון. רק פרשנות שתינתן לו כיום עשויה לעשות כן.

הסבר שני – נוסחן של ההוראות שאליהן מבקשים להשוות שונה מהותית. אם נתמקד תחילה בהסדר שבחוק נכסי נפקדים, שהוא המקבילה העיקרית שביקש היועץ המשפטי לממשלה להעמיד, נוכל לראות שלושה הבדלים עיקריים: ראשית, העסקאות שעורך הממונה אינן עסקאות מכר בעלות אלא עסקאות שכל טיבן הוא שמירה על גוף הנכס והפקת פירות ממנו לפי כללי המשפט הבין-לאומי; שנית, לצידו של סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים עומד סעיף 18 לחוק זה, והוא אשר מעניק מעמדו הקנייני לסעיף 17(א) לחוק, שכן הוא קובע כי במצב דברים שבו נכס שחשבו לנכס מוקנה "אינו נכס מוקנה" יש למסור לאדם הנכון "את הנכס או את התמורה שקיבל בעדו, הכל לפי העניין". נוסף על זה, סעיף 18(א) לחוק כולל "הגנות פרוצדורליות על בעל הזכות המקורי" ו"משלב מנגנון ביקורת שיפוטית".³²² לעומת זאת סעיף 5 לצו אינו כולל מנגנון השבת נכס או את תמורתו המקביל לסעיף 18 וכן "אין בו מנגנון פרוצדורלי דומה המאפשר ביקורת חיצונית – שיפוטית או אחרת – הבוחנת את התקיימות התנאים להדיפת זכותו של הבעלים המקורי בנכס והקנייתו לרוכש המאוחר".³²³

מכאן שלפי קביעתו של בית המשפט, יש שוני מהותי של ממש בין סעיף 5 לצו לבין ההסדר של חוק נכסי נפקדים אשר מבקשים ללמוד ממנו גזרה שווה. למעשה, כוונתו המתוארת של היועץ המשפטי לממשלה בפסק הדין – להביא הצעות שונות שיש בהן כדי להשוות בין ההסדרים "להכרעת הדרג המדיני"³²⁴ – מעידה שההסדר כפי שהוא אינו יכול לעמוד.³²⁵

³²⁰ בהשאלה מדברי השופט דנציגר בע"א 4067/07 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פס' 35 לפסק דינו (נבו 3.1.2010).
³²¹ השווה לדברי הנשיאה ביניש על חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, בע"א 3535/04 דינר נ' מדינת ישראל, פס' 6-7 לפסק דינה (נבו 27.4.2006). דברים אשר הביא בהסכמה השופט עמית בע"א 6534/10 ששון נ' רשות הפיתוח, פס' 6 לפסק דינו (נבו 18.4.2012), וכן לאחרונה בבג"ץ חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 72 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

³²² עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפס' 30 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

³²³ שם.

³²⁴ שם.

³²⁵ כך גם ביחס לעמדתו של ויניצקי (לעיל ה"ש 239, בעמ' 403), בדבר הצורך בהוספת מנגנון פיצוי.

אם נסכם את עיקר ההבדלים בין ההסדרים לפי לשונם בלבד:

טבלה 1. יש הבדלים רבים בין ההסדר שבחוק נכסי נפקדים וההסדר שבצו בדבר רכוש ממשלתי.

(7) נושא	(8) חוק נכסי נפקדים – סעיפים 17 (א) ו-18	(9) צו בדבר רכוש ממשלתי – סעיף 5
(10) על מה חל?	(11) נכס מוקנה, היינו נכס המוקנה לאפוטרופוס ולו זכויות מלאות בו.	(12) רכוש ממשלתי, היינו רכוש שבו הממונה מוסמך ליטול את ההחזקה.
(13) מהי עסקה אפשרית?	(14) עסקת מכר בעלות.	(15) הרשאה מוגבלת בזמן.
(16) במה מטפל ההסדר?	(17) בנכס שנקבע בעניינו שאף שהאפוטרופוס חשבו לנכס מוקנה הוא אינו נכס מוקנה.	(18) בנכס שלא היה אותה שעה רכוש ממשלתי.
(19) למי הוקנתה הסמכות לטפל במצב?	(20) לבית המשפט (סעיף 18 (א)) או לאפוטרופוס (סעיף 18 (ב)).	אין התייחסות.
(21) כיצד על בעל הסמכות לטפל במצב?	(א) לקבוע שהנכס אינו מוקנה. (ב) למסור את הנכס או את תמורתו לידי הזכאי.	אין התייחסות.
(22) מה דינו של הבעלים הנכון?	זכאי לקבל את הנכס שלו או את תמורתו.	אין התייחסות.
(23) האם קיים מנגנון חיצוני שיפוטי או אחר לבחינת התקיימות התנאים להדיפת הבעלים המקורי?	כן.	אין התייחסות.

עולה מכאן כי גם אם מתעלמים משאר הטעמים שמניתי, פשוט אין זהות ואף לא דמיון מהותי בין שני ההסדרים העומדים להשוואה.

אם נתייחס להסדרים האחרים העומדים להשוואה, יש להדגיש כי רק ביחס לסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים נקבע באופן מחייב כי הוא הסדר של תקנת השוק. לסעיף 10 לחוק נכסי גרמנים נלווה סעיף 11, הדומה לסעיף 18 לחוק נכסי נפקדים, ומכל מקום לא נעשה כל שימוש בסעיף זה.³²⁶ סעיף 70 לחוק נכסים של נספי השואה,³²⁷ לא רק שלא עמד למבחן כנגד הבעלים הנכון מעולם, אלא אף פקע תוקפו למעשה בשל פירוק החברה שהוקמה מכוח החוק.³²⁸ סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי לא עמד מעולם כנגד הבעלים הנכון אם עסקת המכר לא הושלמה ברישום ולאחר אישור בית משפט המגן על העסקה מכוח סעיף 34 לחוק המכר.³²⁹

בעניין הרטפלד נאמר על סעיף 73 לחוק הירושה כי "את נקודת האיזון בין זכותו האובליגטורית של הרוכש לבין זכות הקניין של הבעלים האמיתי, המגולמת בהוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין יש לאמץ להוראת סעיף 73 לחוק הירושה".³³⁰ והשופט חשין הוסיף כי "בתתנו דעתנו לתקנות השוק למיניהן השוררות בממלכת המשפט בישראל – כל תקנת שוק בנסיכותה שלה – נוכל להסיק כי תקנת השוק שנוסדה בסעיף 73 לחוק הירושה לא תקום ולא תהיה אלא אם ייעשה מעשה קניין. מעשה קניין במקרקעין, המחוקק הורנו כיצד ייעשה, והוא כהוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין".³³¹ נובע מכך כי לו הייתה פרשנות סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי על הפרק, היה ראוי להקיש מעניין הרטפלד ולהכפיף את כוחה הקנייני להוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין (או לחלופין, להוראת סעיף 34 לחוק המכר), היינו לחובה להשלים את העסקה ברישום ולכל הפחות בביקורת שיפוטית.

כללו של דבר, ההלכה בדבר סעיף 17(א), ועימו סעיף 18, לחוק נכסי נפקדים נתגבשה על רקע מערכת נסיבתית חריגה במיוחד הנוגעת לו. כפי שציין בית המשפט זה מכבר, זהו "כיסוי זמני למעשה בלתי חוקי".³³² מכאן שחל על האמור "היא גופה גזירה, ואנן ניקום וניגזור גזירה לגזירה?!"³³³ וביתר שאת כאשר ברור שפגיעתו של סעיף 5 לצו כפי פרשנותו הקניינית היא חמורה וקשה בהרבה מזו של ההסדר שבחוק נכסי נפקדים, שכן כאמור היא אינה כוללת אף את האפשרות כי הנכס יוחזר לבעלים הנכון, והיא אף אינה כוללת את האפשרות שאם לא ניתן להחזיר את הנכס תינתן תמורתו.³³⁴

³²⁶ לוין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 321, ה"ש 68.

³²⁷ חוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006.

³²⁸ לוין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 320, ה"ש 65 וכן בעמ' 327, ה"ש 102.

³²⁹ שם, בעמ' 327-330.

³³⁰ רע"א 2267/95 האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854, 864 (1995) (השופט גולדברג).

³³¹ שם, בעמ' 876 (השופט חשין) (ההדגשות הוספו).

³³² ע"א 131/53 מירזה נ' בינקובסקי, פ"ד ח 1461, 1465-ה-1 (השופט גויטיין), 1467-1468א (השופט זילברג) (1954).

³³³ בבלי, עירובין ד ע"ב, ז.

³³⁴ ראו גם עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, פס' 54 לפסק דינו של השופט סולברג (במיעוט).

(24) לפיכך הכרעתו של בית המשפט בעניין נפקותו של סעיף 5 לצו כלפי הבעלים הנכון היא לא רק חדשנית אלא אף קשה ומוקשה, ויש לקוות כי לא תעמוד על תילה בדיון הנוסף אם כי כאמור נדמה כי בית המשפט לא יהיה כלל נכון לעסוק בכך חרף הביקורת הרבה שנמתחה עליה.

ד. סיכום

"מרובע גבולות"³³⁵ (quadripoint) הוא נקודה על פני כדור הארץ שבה נפגשים גבולותיהן של ארבע טריטוריות נפרדות. בעינין של נסיכות גאוגרפיות, פוליטיות והיסטוריות נקודות שכאלה הן נדירות למדי והן מחייבות שליטה בעיצוב הגבולות או שיתוף פעולה מתואם בין גופים ורשויות שונים.³³⁶ נקודת מפגש קריטית כזו התעצבה לה גם בעת האחרונה בכל הנוגע להכרה ולהגנה, או היפוכו של דבר: היעדרם של אלה, בכל הנוגע לזכויות קניין במקרקעין פרטיים באזור יהודה והשומרון. במבט מלמעלה, חיבורן של הדוקטרינות השונות שהתפתחו עתה לנקודה משותפת אחת מעיד על מטרתה של היד המכוונת, גם אם פנים שונות לה.

במאמר זה ניתחתי את ההיבטים המשפטיים של ארבע הסוגיות – הכוונה לחדש את הליכי הסדר רישום זכויות במקרקעין באזור, פסק הדין בעניין "דין הוברת מקרקעין", פסק הדין בעניין "מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרכוש הממשלתי באזור וההנמקה בפסק הדין בעניין ביטול חוק ההסדרה על שני ראשיה. בשלוש מסוגיות אלה, אשר כבר עברו במסגרת הביקורת השיפוטית, אימצו בית המשפט העליון את עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה. גישתו של היועץ והנמקותיו, גם אם הן שונות בפרטיהן, דומות במגמתן הכללית, וניתן לתמצתן כך: הגנה על קניינם של בעלי מקרקעין באזור איננה חובה המוטלת על המחוקק, על בתי המשפט או על הדרג הביצועי. אף הגנה פרוצדורלית איננה הכרחית. עם זאת חקיקה החושפת במוצהר את מטרתה המפלה אינה יכולה לעמוד על תילה. טעם זה הביא להימנעות היועץ מלהגן על חוק ההסדרה. ואולם, אשר ל"מעין תקנת השוק" בעסקאות עם הממונה ול"דין הוברת מקרקעין", עמדתו של היועץ, שהתקבלה בבית המשפט מאפשרת פגיעה שיטתית, עמוקה וקשה בזכויות הקניין של הפלסטינים באזור. לבית המשפט עוד נתונה האפשרות, במסגרת הדיון הנוסף שהוא מקיים בעניין סאלחה, לסטות מדרך קלוקלת זו. לעניין חידוש הליכי ההסדר, טרם נשמעה עמדתו המלאה של היועץ המשפטי לממשלה, וניתן רק לקוות כי הטעמים שנפרסו כאן יסייעו לו בעת עיצובה.

באחד ממפגשי ארבע הפינות הידועים, בגבול שבין המדינות אריונה, קולורדו, ניו מקסיקו ויוטה שבארצות הברית, מצוי מונומנט, ובמרכזו דסקת פליז מוקפת גרניט, שהיא מיקומו המדויק

³³⁵ התרגום לעברית של המונח quadripoint הוא חידוש של המחברת, בהתייחסות עם המזכירות המדעית של האקדמיה ללשון העברית אך טרם הוכר כמונח רשמי.

³³⁶ John Donaldson & Martin Pratt, *International Boundary Developments*, 9 GEOPOLITICS 501, 509 (2004), <https://bit.ly/3udYlg6> ראו גם Frank Jacobs, *In Praise of Borders*, N.Y. TIMES (Oct. 24, 2011), <https://nyti.ms/3HDyYao>.

של המפגש.³³⁷ בהשאלה ניתן לומר כי מבחינת ארבע הסוגיות שיוצגו כאן עולה כי תחומה של הזכות הקניינית הפרטית הפלסטינית שישראל מקבלת אותה הוא צר עד מאוד, כאותה דסקה. נגיסתן של ההכרעות בסוגיות אלה בקניין הפרט אינה מותירה כמעט דבר החופשי ממכבשי השלטון. הניתוח שהוצע כאן הראה כי על מנת לעצב כך את הדוקטרינות נדרשה סטייה רבה ועמוקה מנורמות קנייניות מקובלות. במילים אחרות, ההכוונה הפוליטית והכוח הלא מאוזן המצוי בידי הצד המבקש להקטין את תחומו של קניין הפרט הביאו להסגתם של כללי משפט פרטי, ציבורי ובין-לאומי.

Four Corners Navajo Tribal Park, DISCOVERNAVAJO.COM (last visited Feb. 2, 2022),³³⁷
<https://bit.ly/3L5T5Bh>

ה. נספח

LB/2(1)

DEPARTMENT OF LAND SETTLEMENT AND 30

17th August, 1947.

Chief Secretary.

Subject:- Amendment of Section 4 of the Land Law (Amendment) Ordinance, Drayton, Cap. 78.

Land usually becomes subject to the right of 'tapu' by virtue of judgments of Land Settlement Officers in accordance with:-

(a) Article 78 of the Ottoman Land Code, where the occupier for ten years of miri land admits that he originally took possession without any right, and

(b) Article 103 of the Ottoman Land Code, as modified by the Land (Mewst) Ordinance, where an occupier of mewst land originally revived the land without permission and the revival took place prior to 1921.

2. Section 4 of the Land Law (Amendment) Ordinance sets out the procedure for determining the 'badl misl' on payment of which to Government holders of the right of 'tapu' are entitled to have the land registered in their names.

3. The Section lays down that the value is to be fixed by a commission appointed by a District Commissioner and consisting of a District Officer and two unofficial members. The Section goes on to say that the valuation made by the commission is subject to review by the Director of Land Settlement whose decision shall be final.

4. It has been the practice of these commissions to assess the 'badl misl' at some purely nominal amount. The reasons for this practice are not difficult to guess and it must be admitted that for many years such "assessments" were usually allowed to pass unchallenged. When asked to justify their "assessments" the commission would reply that the land had to be valued as at some distant date, lost in the mists of antiquity, when they, the commissions, deemed the holder of the right of 'tapu' or his ancestors first to have occupied the land.

5. Since the law contained no clear directions as to the basis of assessment of 'badl misl' and since it was felt that Government was losing a good deal of revenue an opportunity was sought of taking a case to the High Court with a view to getting an authoritative ruling. The

21/8/47.

- 2 -

opportunity occurred in Case No.93/45, Boulos Debbaa - v. - Acting Director of Land Settlement, which was heard before Mr. Justice de Comermond and Mr.A/Justice Curry and was ably argued by Mr. A Levin of Messrs. S.Horowitz & Co. for the Petitioner and by Mr. Rigby, Crown Counsel, for the Respondent. A copy of the judgment is attached. The points which emerge from the judgment and which are primarily of interest in the present connection are:-

- (a) That the equivalent value (badl misl) is to be taken at the time the occupation of the land was first officially reported to Government, and
- (b) That the Director of Land Settlement may alter the value fixed by a commission but may not take steps to obtain additional data to assist him in making his decision.

6. In spite of the fact that a circular was sent to all District Commissioners, Assistant District Commissioners and District Officers containing the effect of the judgment and directives as to what data should be obtained and how 'badl misl' should be assessed, the commissions persist in assessing it at a nominal amount, sometimes seeking to justify their results by calculations which bear about the same relation to valuation as astrology does to astronomy.

7. The present position is that if Government is not to lose revenue, the Director of Land Settlement has not only to revise every assessment but has to do it without the expert advice and help of the valuation section of the department. To do the work properly the Director would have personally to inspect every piece of land subject to the right of 'tapu', which is a manifest impossibility.

8. It is imperative, therefore, that Section 4 of the Land Law (Amendment) Ordinance should be amended. The retention of the 'commissions' is not advisable for two reasons, the first being that their work is valueless and the second being that their invariable practice of disclosing their findings to the interested parties causes argument and ill-feeling when the assessments are revised by the Director of Land Settlement.

9. I propose that Section 4 should be amended so as to read as follows:-

4. (1) Notwithstanding any of the provisions of any Ottoman law relating to the grant of title deeds for State lands, if land becomes subject to the right of tapu and there are persons entitled to a right of tapu, the value of the land shall be fixed by a licensed land valuer nominated by the Director of Land Settlement.

(2) Any valuation made by a licensed land valuer nominated under subsection (1) shall be subject to review by the Director of Land Settlement who may, if he thinks fit, nominate a different licensed land valuer to report to him upon the land and its value and the decision of the Director of Land Settlement shall be final: when the valuation of any land has been fixed,

./.

- 3 -

persons having a right of tapu in respect of such land shall be invited by the Director of Land Settlement in order of the priority of their rights to accept, within a period of thirty days from the date of such an invitation, the grant of such land on payment of its value so fixed: if the offer is accepted by any such person the grant shall be made to him without any auction.

Subsections (4) and (5) to remain as before but to be re-numbered (3) and (4).

10. The intention is that the Director of Land Settlement should nominate licensed land valuers from the valuation section of the department but the possibility of his nominating licensed land valuers from outside the Government service is not eliminated.

(Sgd) J. M. Lancaster
Actg. DIRECTOR OF LAND SETTLEMENT.

JMB/P