

זכויות במרקען באזרו יהודה והשומרו:

הליך הכרה, כללי הכרה וכלי הגנה

מאת

רונית לוי-שנור*

מאמר זה מציג מסגרת שיטתית לבחינת מקומן וערך המשפט של זכויות קנייניות בשיטת משפט מסויימת. מסגרת זו מושבча משלולה מידי בחינה: הממד הראשוני נוגע בהליך הכרה בזכות, ככלומר ההליכים או הפרוצדורות שאוותם יש לבצע על מנת שהוחך בסיום יחויק בידיו זכות קניינית מוכרת. הליך הכרה בזכות קניינית הוא המנגנון החוקי-פרטלי שבאמצעותו מכיר הדין בזכות אישית או קבועתיות ראשונית במרקען; הממד השני נוגע בכללי ה הכרה בזכות, היינו בכללים המהותיים שבהם על טובע זכות קניין לעמוד כדי להיות זה אשר בסימונו של הליך הכרה יוגדר כבעל הזכות. כללי הכרה בזכות קניינית הם הכללים המשתייכים בדרך כלל לדין המהותי, והם קבועים את התנאים לייצורה של זכות אישית או קבועתיות ראשונית במרקען אשר יחולו במסגרתו של הליך הכרה; הממד השלישי נוגע בכללי הגנה על זכות מוכרת: הם עוסקים בהיקף ההגנה המוענקת לבעל הזכות מפני נטלנות ופרטות באמצעות כללים כגון הפקעה לצורכי ציבור ותקנת השוק. כללי הganha הם הכללים הקבועים את מעמדו של בעל הזכות למול איומים לפגיעה בזכותו שמקורם במדינה או ביחידים.

את המסגרת שפותחה אני מימושה במאמר זה לשם בחינת התפתחויות בפסיקת ובמדיניות החולשות על כל אחד מהAMDים הללו בכל הנוגע למרקען פרטיטים באזרו יהודה והשומרו. בכלל זה המאמר דן בכוונה להציג את הליך הסדר רישום זכויות במרקען באזרו, ובשלוחה פסיק דין שניתו לאחרונה: האחד בעניין "דין הוכרה ממרקען" ומעמדה של קרקע שיבורה נזנה; השני בעניין הסדר של "מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרשות הממשלתי באזרו; השלישי פסיק דין בעניין ביטול "חוק ההסדרה" אשר ביקש "להסדיר" את הבניה על קרקע פרטיט באזרו באמצעות הפקעת קרקעות או הכרזה עליה כעל רכוש ממשטי. בשלוש מסוגיות אלה שכבר עברו במסנתה הביקורת השיפוטית, אימץ בית המשפט העליון את עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה. כפי שאטען, עמדתו של היועץ שהתקבלה בבית המשפט מאפשרה פגיעה שיטית, عمוקה וקשה בזכויות הקניין של הפליטנים באזרו. לבית המשפט עוד נתונה האפשרות, במסגרת דין נוסף שיקים באחד מהתקדים החלקיים בפניו, לסתות דרך קולקלת זו. בנוסף, לעניין חידוש הליני ההסדר טרם נשמעה עדמתה המלאה של הייעצת המשפטית לממשלה, וניתן רק לקוטר כי הטעמים שנפרטים במאמר יסייעו לה בעת עיובה.

* מרצה בכירה, בית ספר הארי רוזנברג למשפטים, אוניברסיטה רייכמן (היבנתוומי הרצליה). תודה לתוננה למערכת כתב העת משפטי ועורכי כתב העת הדס פירר-אש ותאיר אטיאס על העורחותם המועלות. גרסה הסופית של המאמר הושלמה בחודש ינואר 2022 והיא מילא אינה כוללת התפתחויות שאירעו לאחר מכן.

מכוא. א. הליכי הכרה בזכות במרקען. 1. רקע: הליכי הכרה בישראל. 2. הליכי הכרה באזרו יהודה והשומרון. 3. לחצים פוליטיים לשינוי הליכי ההכרה: מדרה לוי לחוק ההסדרה. 4. הכוונה להציג את הליכי הסדר הזרוכיות. 5. האם חידוש הליכי ההסדר אפשרי מבחינה הנורמות החקיota החולות. **ב. כללי הכרה בזכות במרקען.** 1. דין המחלול. 2. המועד הקובלע לרכישת זכות מכה עיבוד והחזקה. **ג. כללי הגנה על זכות במרקען באזרו.** 1. כללי. 2. "מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרכוש הממשלתי. **ד. סיכום.** ה. נספח.

מבוא

ארבע התפתחויות עיקריות שאירעו בתקופה الأخيرة בנוגע למקרקעין באזרו יהודה והשומרון מזמין התובנות קרוביה. בזה אחר זה ניתנו שלושה פסקי דין חדשניים בעלי השלוCOות מרוחיקות לכת. פסק דין בעניין החוק להסדרת ההתיישבות ביודה והשומרון, אשר ביטל את רכיב ההפקעה כמו גם את רכיב ההכרזה על רכוש ממשלת שנקבעו בחוק על מנת להכשיר התיישבות יהודית על מקרקעין לא ציבוריים באזרו;¹ פסק דין שהכיר לראשונה ב"מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרכוש הממשלתי, מנגן שקיים היועץ המשפטי לממשלה לשם אוטה תכילתית כבעניין חוק ההסדרה. בעניינו של פסק הדין מתקיים דין נוסף;² פסק דין בעניין "דין הוברת מקרקעין" (ונחת עיבודם), אשר דין במקרקעין שנחכעו בידי פרטימם בהליך הסדר זכויות במקרקעין שהותלו, ואפשר להכריז עליהם בעל רכוש ממשلت עלי אף הליכי הסדר.³ לכל אלה מצטרפת הממונה המתגבשת לחישר את הליכי הסדר הזכויות במקרקעין באזרו.⁴

את הסוגיות האקטואליות הללו אציג ואבחן במסמר זה מתוך מסגרת שיטית של ניתוח היקף ההגנה על הקניין הפרטני באזרו והכרה בו. אציג כי ניתן לאפיין שלשה מדדים בסיסיים לבחינת מקוםן וערכן המשפטי של זכויות קנייניות בשיטה מסוימת: הממד הראשוני נוגע בהליך הכרה בזכות, ככלומר ההליכים או הפרוצדורות שאוחם יש לבצע על מנת שזה שהוכר בסיום יחזק בידו זכות קניינית מוכרת. הליך הכרה בזכות קניינית הוא המנגנון החוקי-פורמלי שבאמצעותו מכיר הדיין בזכות אישית או קבועות ראשונית במקרקעין; הממד השני נוגע בכללי ההחלטה, הינו בכללים המהותיים שבהם על טובע זכות קניין לעמוד כדי להיות זה אשר בסיום של הליך הכרה יוגדר כבעל הזכות. כללי הכרה בזכות קניינית הם הכללים המשטיים בדרך כלל לדין המהותי,

¹ חוק להסדרת ההתיישבות ביודה והשומרון, התשע"ז-2017, ס"ח 410 (להלן: חוק ההסדרה); בג"ץ 1308/17 עירייה שלואד נ' הנסת (נבו 2020) (להלן: עניין חוק ההסדרה).

² ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודיה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו בדבר רכוש ממשלתי); בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון (נבו 2020) (להלן: עניין סאלחה); בקשה לקיום דין נוסף התקבלה בדן"א 6364/20 שר הביטחון נ' סאלחה (נבו 2020) (24.11.2020).

³ ס' 68 לחוק הקרקע העות'מאני, 1858 (להלן: חוק הקרקע); בג"ץ 5426/17 ברכאת נ' ראש המנהל האורי בגדה המערבית (נבו 2020) (להלן: עניין ברכאת). בקשה לדין נוסף נדחתה בדנ"ץ 9068/20 ברכאת נ' ראש המנהל האורי (14.9.2021) (להלן: דנ"ץ ברכאת).

⁴ אפרת פורש "הminent האורי ממלץ": הסדר מקרקעין בי"ש ישראל היום (2.11.2020) <https://bit.ly/32NeVrJ>

הקובעים את התנאים לייצרתה של זכות אישת או קבוצתית ראשונית במרקען אשר יחולו במסגרתו של הлик הכרה; הממד השלישי נוגע בכללי ההגנה על זכות מוכרת: הם עוסקים בהיקף ההגנה המוענקת לבעל הזכות מפני נטילות שליטוניות ופרטיות באמצעות כלים כגון הפקעה לצורכי ציבור ותקנת השוק.⁵ ככל הינה הם הכללים הקובעים את מעמדו של בעל הזכות למול איזומים לפגיעה בזכותו שמקורם במדינה או ביחידים. כאמור זה אוקר את ההתחפותויות האחרונות בפסקה ובמדרניות החולשות על כל אחד מההגדים הללו.

מקובל לתאר מצב קדום ("מצב הטבע") שבו קבוצה אנושית מחזיקה, או מבקשת להחזיק, במשאב כלשהו, כגון אדמה, מקורמים או מחזב. הזכות לעשות כן "מוכרת" בקרוב מי שאינו בן הקבוצה בשל הכוח או הסנקציה שהיא יכולה להפעיל על הפרת "זכותה", בבחינה *might makes right*.⁶ כוח זה עשוי להיות נקיטת אלימות כלפייה או איום עליו, או עצדים חברתיים אחרים, כגון הימנענות משתיוף פיעולה. במרקם מחלוקת על השאלה בידי מי הזכות, יתכן כי היא תוכרע באלימות ובמלחמה אשר המנצח בה יוכר כבעל הזכות על ידי הצד המובס (בין משום ניינתו לבין משום כיבושו). לחופין יתכן מגנון מסוים, כגון מועצת שבטים או מתווך בלתי תלוי, אשר הצדדים למחולקת ימסרו בידיו את הכוח להכריע ביניהם. מכאן שבמצב הקדום הפוטנציאלית להכריה בזכות היא בלתי תלויה בכלל הנוגע לעצם קיומה של הזכות. במילים אחרות, מי שלפי הפוטנציאלית האמורה הוכר כבעל הזכות, מוכר כבעל הזכות בשל זכיותו ב"הлик" אך לא בשל עמידתו בתנאי שהוא חיצוני לעצם הлик (אפילו תפיסה בפועל של המשאב אינה הכרחית). בஸורות תרבותיות ודתיות שונות יש שתזדקק הכרה זו כהתערבות של כוח עליון, בבחינת הבטחה אלוהית שהיא אשר מעניקה את הטעם להייתה של הפעלת הכוח מוצדקת.⁷

בעולם המוכפף לנורמות פורמליות לפי תפיסות מודרניות של חוק וצדק, את מצב הטבע מחייבת המדינה המוסמכת, לשיטתה, לקבוע כלים פרוטודורליים להכרה וראשונית בזכות. ההזקה במשאב בסיווגם של הליכים אלה חייב לעמוד הן בתנאים הפרוטודורליים של הליכי ההכרה בזכות והן בכללי ההכרה המהותיים הנבחנים במסגרת הлик ההכרה. כללים פרוטודורליים הם לדוגמה, מצד הפרט – הגשת בקשה או תביעה במועד, התיציבות לשימוש פומבי, הצגת ראיות לעמידה בכללים מהותיים, תשלום אגרה או מס, ומצד הרשות – פרסום הכוונה לבצע הлик הכרה, מתן הזדמנות להגיש טענות, שמיעת הטענות, פרסום תוצאות ההכרה ומתן אפשרות לקיום ביקורת שיפוטית.

כללים מהותיים הם לדוגמה החזקה או שימוש קדומים או ממושכים או נוגדים, קיומה של הקזאה מקורית או על דרך העברה, עיקרונו של שירויות שלפיו כל הזכויות שייכות לריבון או למעט חריגים, או כללים חולקתיים אחרים כגון שווה (לכלם או לכל מי שמלא תנאי מסוים,

⁵ רונית לוי-שנוויל לא תקנה: על תקנת השוק במרקען באוצר יהודה והשומרון" *משפטים* נ 307, 312–317 (2020) (להלן: לוי-שנוויל לא תקנה").

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

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

כגון לוחם) או מנה מספקת למילוי צורכי היחידים. ראוי לצין כי דמוקרטיות רבות בעולם המערבי – ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה ואחרות – מהקו בשיטתית זכויות ומשטרי מקרקעין של קבוצות ילידיות שהתקיימו בשטחים שהן כבשו. משך שנים ארכוכות היתה זכותן המשפטית של קבוצות אלה מוכחתה לחוטין, עד אשר משנות השבעים של המאה העשרים החלו המדינות להכיר בכך שהארצות שכבשו לא היו "אדמות מותות" (*terra nullius*) אלא טריטוריות היסטוריות של העמים.⁸

יש קשר בין הлик ההכרה והכללים הפוצדרליים החלים במסגרתו לבין הכללים המהותיים. למשל, קיומו של הлик פומבי מאפשר לגלוות את זחותו של מי שראוי להיות מוכר כבעל הזכות, שכן מי שראוי להיות בעל הזכות הוא (לכל הנסיבות) מי שקובע עליון להגן על זכותו. ההגנה המוענקת לו מפני תביעות של אחרים מוצדקת בכך שבשעת הבדיקה לא היה אדם אחר אשר חלק על זכותו. הפוצדרורה הפומבית מוכחה העובדה שהיא עשויה להוליך למתואכה הנכונה.⁹

הлик פומבי הוא אפוא תנאי הכרחי, גם אם לא תנאי מספיק, להכרה בזכות ראשונית.

לאחר ההכרה הראשונית בזכות יתנוינו שינויים בזכותיהם, מנוקדת מבטו של הבעלים, רצוניים או לא רצוניים. שינויים רצוניים יכולים להיות מכוח, מתנה, הורשה, החלה או המרה, ואילו שינויים לא רצוניים עשויים להיות מכוח נטילות שליטוניות, כגון רכישה כפויה של הזכות באמצעות הפקעה או הלאמה או מכוח נטילות פרטיות, כגון העברה לא רצונית מכוח תקנת השוק, התישנות ובניה ונטיעת במרקען הזולת. שינויים לא רצוניים עשויים אף להיות מטעמים שאינם תלויים בקיומו של סוכן, כגון אובדן הרכוש בשל שקיומו מתחת למים נוכח עלית מי הימים או אובדנו בדרך אחרת.

כאמור, ארבע ההתפקידיות שבראשית המבוא נוגעות בכל אחד משלשות הרכדים הללו. במאמר זה אבקש לעמוד עליהן ולהציג ביקורת עליהן לגבי הצגתן בהקשר הרחב יותר של הלכי הכרה, כללי הכרה וככליל הגנה, ואתיחס לדין הישראלי המקביל. בשלושת חלקיו העיקריים של המאמר אנתה את ההיבטים הקונקרטיים המצוים כתה בחלוקת או המחייבים עיון בנוגע לכל אחד מההיבטים – הлик ההכרה, כלל הכרה וככליל ההגנה.

פרק א יעמוד על המנגנונים להכרה המקובלים בישראל ובאזור. אבחן בעיקר שתיהן התפקידיות בוגר להלכי הכרה בזכויות במרקען: פסילת המנגנון של הכרזה מהירה על רכוש ממשלתי בפסק הדין בעניין חוק ההסדרה והדיונים בשאלת היישוב הלכי הסדר הקיימים. אבחן את השאלה אם חידוש כזה אפשרי מבחינת הדין החל. **פרק ב** יתמקד בחידוש בתחום כללי הכרה מהותיים בזכויות, ויעירנו בפסק הדין בעניין ברכתה העוסק במועד של עיבוד שנזנחה לאחר שנתבע.¹⁰ כפי שאטען, יש קשר הדוק בין הלכי הכרה לכללי הכרה אשר מקרה זה ממחיש אותן. **פרק ג** ישלים

ALEXANDRE KEDAR, AHMAD AMARA & OREN YIFTACHEL, EMPTIED LANDS: A LEGAL⁸ GEOGRAPHY OF BEDOUIN RIGHTS IN THE NEGEV⁹ (2018).

⁸ עפר מלכאי ורונית לויון-שנור "היחס בין פוצדרורה למהות: מה קודם למה?" *פוצדרות* 93, 109 (משפט חברה ורבות, תליה פישר ואסי רוזן-צבי עופרים 2014).

⁹ עניין ברכתה, לעיל ה"ש 3.

את הפאול בבחינת מגמות בנוגע להיקף ההגנה על זכויות מוכנות מפני נטילות שלטוניות ופרטיות, וביחוד יתמקד בבדיקה על פסק הדין בעניין סאלחה, שמכוחו הוכרה לעת עתה וכפוף לדין נוסף "מעין תקנת השוק" בעסקאות של המונה על הרשות הממשלתי. פרק הסיכום יעמוד על מאפייני התפתחות האחורונות מבט ממעל.

א. הליכי הכרה בזכות במרקען

ניתן לתאר שתי שיטות עיקריות להליך הכרה בזכות במרקען: שיטה סיסטמטית, המבוססת על תהליך שיטתי, סדר ויזום מצד המדינה של רישום כל החיבות המרקען במדינה, אוצר אחר אוצר, כפר אחר כפר. השיטה השנייה היא של רישום ספורדי, שבמסגרתו המרקען אינו רשום בשיטתיות אלא באורה מפוזר ואקראי, לפי דרישתם של בעל או בעל המרקען. לשיטה הספורדיות יכולות להיות כמה צורות, ובן רישום ספורדי-כפרי, שיטה שבה זכויותיו של בעל מרקען רשומות אף אם אין מבקש זאת. הרישום מבוצע אוטומטית, למשל בעת הצגת שטר מכיר לשלטונות או הקצאת מרקען ממשתתים. שיטה שנייה היא רישום ספורדי-מאולץ, המאפשרה בכך שהרישום מתחבע תואצות שליליות קשות הנגרמות מאירועים. ביצוע עסקאות מסוימות ללא רישום פוגע בתוקפן וגורם להחלה סנקציה על מבצעיהם. ובסיום שיטת רישום ספורדי-וולונטרי אשר בה הרישום הוא בוגר בחירה מוחלטת של הבעלים.¹¹

נפתח בהצעת הליכי ההכרה בישראל. הצגה זו מאפשרת לנו להתחרור אל מונחים מוכרים יחסית בעולם המרקען, וכן היא תשמש נקודת משען להשוואה עם הליכי ההכרה באוצר. על בסיס זאת אפנה לדין בהליכי הכרה באוצר.

1. רקע: הליכי הכרה בישראל

בישראל מקובלים כיום שלושה הליכי הכרה בזכות במרקען, לפי סדר חשיבות יורד:

- (1) הסדר זכויות במרקען, הлик שהוא הפרוצדורה הבכירה ביותר להכרה בזכות אשר סיומה בזכות קניינית שלמה ומלאה הנרשמת בפנקס הזכויות;¹²
- (2) רישום ראשון של מרקען מכוח סעיף 134 לחוק המרקען,¹³ המאפשר רישום ספורדי-וולונטרי של קרקע אשר טרם רשמה, בפנקס השתרות;
- (3) רישום של מרקעי המדינה מכוח סעיף 138 לחוק המרקען, המאפשר רישום ספורדי-וולונטרי של קרקע שהמדינה סבורה שהיא שלה וטרם רשמה, בפנקס השתרות.¹⁴

¹¹ רונית לוי-שנור דיני רישום מרקען: הרישום הסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית 90–91 (2012) (להלן: לוי-שנור דיני רישום). כן ראו עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 11 לפסק דין של הנשיאה ח'.

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

¹³ ס' 134 לחוק המרקען, 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 המרקען, בהתאם.

¹⁵ שם, בס' 138.

סדר החשיבות היורד נקבע לפי הערך הרישומי של ההליך (רישום שהוא ראייה חותכת לנכונותו, באשר להסדר, לעומת רישום שהוא לכואורה לנכונותו, באשר לשני ההליכים האחרים),¹⁶ לפי היכולת לתקוף את תוצרי ההליך בשל פגש שהתגלה בו (רשימת עילות מוגבלת וצורה במקורה של הסדר בלבד ללא הגבלה במרקם האחרים),¹⁷ לפי כוח היישאות של זכות שלא הוכרה במסגרת ההליך (בטלות הזכות בהסדר בלבד),¹⁸ לפי שאלת האולטימטיביות של הרישום – אם יש אחוריו עוד הליך הכרה (במקורה של הסדר לא, וההפקה במרקם האחרים),¹⁹ לפי ערכו הקנייני של הרישום (מלא באשר להסדר, מוגבל באשר לרישומים האחרים)²⁰ ועוד. הרישום של מקרקעי המדינה באפקט השלישי שתואר הוא בעל ערך נמוך מזה של רישום ואשוון לפי סעיף 134 לחוק בשל השפעה אפשרית של הפרוצדורה המוגבלת הנערכת במסגרת אינכוטו וכוחו לייצר השתק כלפי טוענים, וכן משום שלמעשה המדינה מכירה בכך שאין לו מקום.²¹

בכל הנוגע למשפט הישראלי, שליחות ההליכים האמורים עדמו בפניו מעט מאוד שינויים حقيقيים בשנים האחרונות, אם בכלל.²² התפתחויות מעטות יחסית חלו גם בפסקה, באשר

¹⁶ שם, בס' 125(א) לעתומת ס' 125(ב) 1-139.

¹⁷ ס' 97-93 לפקודה ולעומת היעדר הסדרה חוקית של העילות לתקיפת רישום בפן השטרות.

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

¹⁹ ס' 52-51 לפקודה.

²⁰ ראו לדוגמה ההבדל בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין לא מוסדרים (כיל רשותים לא מוסדרים) ביחס לסעיפים 10 (תקנת השוק) ו-21 (בנייה ונטעה במקרקעי הולחן) לחוק המקרקעין.

²¹ בע"א 7340/13 מדינת ישראל נ' אלשער, פס' לה לפסק דין של המשנה לנשיא רובינשטיין (נבו 11.10.2015) הוזכרה עמדת המדינה שליפה סעיף 138 לחוק המקרקעין אינו כלי מועיל לבירור זכויותה במקרקעין לא רשומים (ברמת הגול). "בן היתר כי אין לאפוטרופוס הכללי מודיע לגבי זכויות בעלויות במקרקעין אלה". טענה לא ברורה שכן לכואורה אם אין לאפוטרופוס מודיע הרי אין מנעה לרישום, ואולם היא מעידה על עמדתה הדוחה את התאמתו של ההליך לתקילתיה של בירור זכויות. ראו גם לוי-שנור דיני ורישום, לעיל ה"ש 11, 11, בעמ' 152-159.

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

להסדר²³, לרישום ראשוני²⁴ וליישום של מקרקעין המדינה מכוח ההליך המוחדר²⁵. לא כך באשר למדייניות הפעלת ההלכים אשר עברו רבות שנים לאחר מכן, שלא כאן המקום להציגן.

יש לציין כי תביעה אזרחית שיש בה הכרעה בזכות בעלות בקרקעין אינה צריכה להיחשב להליך הקרה. תביעה שכזו, כל עוד אינה מסתויימת ברישום, אינה נהנית מתיקפות כלפי כל העולם אף אם היא מקימה השתק ביחסים שבין הצדדים. על מנת שתבעית בזכות תסתיים בשינויו הרישום, מן ההכרח כי המקרקעין הנדונים כבר יהיו רשומים במרשם (ועל שם אחד הצדדים להליך). אין אפשרות להכנס אל המרשם את תוצאתו של פסק דין בגין מקרקעין שטרם נרשמו בראשונה kali לנקוט בהליך הקרה.²⁶

2. הליכי הקרה באזרור יהודה והשומרון

אשר למשפט המקביל לשירות מנהלת, זה החל באזרור יהודה והשומרון, לא מפתח עילוות כלולות שבבסיסן רב הדומה בין שתי השיטות. מקור מערכות המשפט משותף, שכן הן נחשבו ליחידה

²³ בע"א 7237/13 מדינת ישראל נ' עובן יאסין (נבו 3.12.2015) נקבע כי פגם בהליך אינו נופל בגדיר עילות אלה ואני מצדיק אפוא, ככלצמו, את תיקון המרשם. עוד אפנה לע"א 9096/18 עובןabo פארס נ' לשכת הסדר ורישום מקרקעין (נבו 26.7.2020), שם נבחן באופן תקימי סעיף 95 לפקודה העוסק בתיקון "טעות ספר", ונבחנה – ללא הלאה – השאלה אם סעד זה כפוף לדין החל על התיקיון תובענות. בדי"א 1099/13 מדינת ישראל נ'ubo פרית (נבו 12.4.2015) נקבע כי במסגרת הליך הסדר על לבדוק את תוקפה של הפקעה שבוצעה מכוח חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצוצים), התשי"ג-1953. נסף על זה ניתן לציין כי בע"א 1256/13 הקדש אל חאג' נ' אזורים בנין (1965) בע"מ, פס' 22 לפסק דיןה של הנשיאה חיים (נבו 16.1.2020) נפסק כי כוחו של סעיף 81 לפקודה לטהר זכויות בנכס אינו עומד לו כנגד טענת האופוטרופוס לנכס נפקדים לבסוף בנכס מכוח חוק נכסים נפקדים (תיקון מס' 3) שהחboro נכסים הקדשות והשימוש בהם), התשכ"ה-1965, ס"ח 58. פסק דין חשוב בוגע להליך הסדר ניתן לאחר סיום כתיבתו של המאמר: ע"א 3296/19 ג'אבר נ' רשות הפיתוח (נבו 26.12.2021). ראו רונית לוי-שנור "ייפט אל-קdem ליפת יישפן קאחל'ישם" – בעקבות ע"א 3296/19 ג'אבר נ' רשות הפיתוח" בלוג המוציאים של בית סוף האורי רדוינר למשפטים באוניברסיטה רייכמן (28.12.2021). <https://bit.ly/3MddBQV>

²⁴ בע"א 2699/15 טריקובסקי נ' מדינת ישראל (נבו 21.6.2017), אורטור פסק דין של בית המשפט המחודי בירושלים ת"א (מחוזי י-ט) 464-07-12 טריקובסקי 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, בע"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 שהגישו לה המבקש, אין טעם בפרנסת התביעה, ויש מקום לדוחה את הבקשה על הפס.

²⁵ בעניין אלשער, לעיל ה"ש, 21, סברה המדינה כי תחת הליך לפי סעיף 138 לחוק המקרקעין עדיף הליך תביעה הצהרתית לבעלoti לפי סעיף 3 לחוק נכסים המדינה, התשי"א-1951. בית המשפט ציין כי דעתו אינה נוחה מבחירה של המדינה בהליך לפי סעיף 3 לחוק על פני הליך הסדר לפי הפקודה, אך הדרך אפשרית וכפוף לכך שתעמדו בנטול הכוחה שליליג, שהקרקע אינה שייכת לאחר (שם, פס' מ לפסק דין של המשנה לנשיאה וובינשטיין).

²⁶ לפיכך בה"פ (מחוזי י-ט) 34714-02-18 תל נ' לשכת רישום מקרקעין – ירושלים, פס' 74 לפסק דין של השופט זנדרגג (נבו 20.9.2019), נפסק כי לא ניתן מכוחו של פסק דין לחייב את לשכת רישום המקרקעין לרשות על שם הוועכה מקרקעין אשר טרם נרשמו, שכן אין סעיף 123(ב) לחוק המקרקעין נור Ur על סעיף 134 לחוק. עירור על פסק הדין נדחה בע"א 7646/19 תל 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 היליכי ההכרה הראשונית בזכות במרקען המשמשים בישראל – היליך ההסדר והיליך הרישום הראשון שאינו במסגרת הסדר.ראשית, לעניין היליך הסדר הזכויות במרקען.²⁸ גם כאן זהה פרוצדורה המוכרת בדיון האזר שרווחה בו עד לכנית כוחות צה"ל בשנת 1967.²⁹ ההסדר שערךו שלטונות המנדט תחילתה והירידנים לאחר מכן, הקיף נכוון לעת היא כשליש עד ארבעים אחותו משתחי הגדה המערבית. מאז ועד לעת הזה, בשתי הגדה המערבית שבשליטת ישראל הותלה היליך ההסדר ב"צו ההתליה" ולא חודש.³⁰ בדבד, לפי חוק ירדני שתוכנן בתקיקת הביטחון, נערכים היליכי רישום ראשוני נקודתיים לבקשת טענים לזכירות.³¹

ואולם, ככל הממונה על הרכוש הממשלתי, המנהל את הרכוש הציבורי באזור הנexo לשלית ישראלי, אינו גוהג לבקש רישום ראשוני של מקרקעין שהוא טוען בהם לזכויות,³² אלא הוא נוקט היליך הכרזה על רכוש ממשלי שאין לו לכaura ערך קנייני קונסיטוטיבי, הכרתי או ערך רישומי,³³ והסובל מקשימים רבים.³⁴ בין השאר המטרה המובהקת של ההכרזות, כמו גם של ההליכים הספוריים שננקטו לרישומן של ההכרזות בספריה המקרקעין, היא מתן אפשרות לקידום אינטרסים פוליטיים בשטחים ש"ycopsharو" מן הבחינה המשפטית לשימושם של מדינת ישראל ונצחיה.³⁵ אף על פי כן השימוש בהליכים אלה נמשך אם כי כפי שמיד יובהר, ניסיון למתחה את גבולו במסגרת חוק ההסדר נבלם בבית המשפט. הידושים וההפתחוויות בוגרעות להליכים אלה משקפים את המתיחות הפוליטית המאפיינת את השיטה.

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

²⁸ לפי חוק הסדר החקלאות 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 נכסים דלא נידי אשר טרם נרשמו (בקשות לרישום) (תיקון) (יהודה והשומרון), התשס"ט-2009, אשר הוסיף לתקנות רישום נכסים דלא נידי אשר טרם נרשמו (בקשות לרישום) (יהודה והשומרון), התשס"ט-2008 את תק' 12–א-12 ב (להלן: תקנות הרישום).

³¹ חוק רישום נכסים דלא נידי אשר טרם נרשמו, חוק מס' 6 לשנת 1964, כפי שתוכן בצו בדבר תיקון חוק רישום נכסים דלא נידי אשר טרם נרשמו (יהודה והשומרון) (מס' 1621), התשס"ט-2008, קמץ' 5390 (להלן: חוק הרישום). אחת השאלות החשובות אשר טרם הוכרעו היא מה מיידת הסינויים של הליכים שהסתמכו בפניה תkipה בשל מרמה ופגעה בעיקרי הצדק הטבעי. ראו בהקשר זה ת"א (מחוי-ים) 11701-05-16 עומר נ' חברת דוקא בעמ' (נבו 06/09.2019 ; ב"ש (איו"ש) 3.1.2021) על החלטת ועדת הערכות הוגשה עתירה בבג"ץ 2993/21 עומר נ' חברת דוקא בעמ'.

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

³³ לפי ס' 2 ג' לצו בדבר רכוש ממשלי.

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

³⁵ שם, בעמ' 43.

בשנת 2005 עלתה על הפרק שאלת חידוש הלכתי ההסדר אגב חשש מפני פגיעה בזכויות קנייניות של מוחזיקיהן וublisherהן של קרקען אשר גדר הביטחון ניתקה אותם, ומכאן שתימנע רציפות החזקתן.³⁶ הדבר אף היה אגב הליכים משפטיים שהתעוררה בהם שאלת מעמדם של תוכרי בגיןם של הסדר. הדיון בכך הסתיים ללא תוצאות, שכן הממד הפליטי לא הוצאה, והדרוג המדיני לא ביקש לקדם את הנושא.³⁷ עם זאת באותה העת פורסם דוח הוועדה לבחינת הסוגיה של רישום מקרקעין באוזור יהודיה והשומרון ("ועדת זמיר").³⁸ היוזן המשפטלי מממשלה ביקש מהועדה לבחון מחדש העבודה ותהליכי הטיפול בבקשתו לרישום ראשוני של מקרקעין באוזור ולהציג המלצות בדבר השינויים הנדרשים לעניין זה. בעקבות המלצות עשה מפקד האזרע, בהובלת היוזן המשפטי לאוזור יהודיה והשומרון הפועל תחתיו (ובאופן ספציפי, המחברת), כמה וכמה פעולות הן באשר להלכתי הכהריה והן באשר לכללי הכהריה, במישור החקיקתי כמו גם על דרך הצגת עדות הממונה על הרוכש הממשלתי והיוזן המשפטי לאוזור יהודיה והשומרון בהליכים משפטיים.³⁹ בכלל, פעולות אלה נערכו להבטיח כי הלכתי הרישום הראשון יישו באופן התואם את חובות המפקד הצבאי להגן על הקניין הפרטני של התושבים המוגנים ועל הקניין הציבורי הנutan למשמרותה.

3. לחיצים פוליטיים לשינוי הלכתי הכהריה: מדו"ח לוי לחוק ההסדרה

שאלת הלכתי הכהריה במקרקעין באוזור 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 בדרך של ועדה שמיינה ראש הממשלה לבחינת מעמד הבניה באוזור ("ועדת לוי").⁴¹ וכן לעומת המנהל האזרחי, שסביר כי יש להגן על מתלוננים פלסטינים אשר במחוץ הראות 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 לאוזור הגודה המערבית (נכ"ו 12.7.2021).

³⁷ לון-שנוו דיני רישום, לעיל ה"ש, 11, עמ' 265.

³⁸ הוועדה לבודקת הסוגיה של רישום ראשוני של מקרקעין באוזור יהודיה והשומרון דין וחשבון (2005) (בראשות פרופ' איל זמיר) ([ההן: דוח ועדת זמיר](https://bit.ly/3tjoJmK)).

³⁹ לון-שנוו דיני רישום, לעיל ה"ש, 11, עמ' 297–290, וכן שם בפרק ו' (שער שלishi).

⁴⁰ Ronit Levine-Schnur, *Private Property and Public Power in the Occupied West Bank*, 6 (Levine-Schnur, *Private Property*: EUR. PROP. L. J. 122, 132–133 (2017)). ראו גם מתאם פעולות הממשלת בשתחים "נוהל לטיפול בסכוכי קרקען פרטניים" (המנהל האזרחי יוני 2016) ([ההן: דוח ועדת זמיר](https://bit.ly/3upoiZY)).

⁴¹ הוועדה לבחינת מצב הבניה ביudeה ושומרון דוח על מעמד הבניה באוזור יהודיה ושומרון (21.6.2012) (בראשות השופט ברימות אדרמן לוי) ([ההן: דוח ועדת לוי](https://bit.ly/3KYE9Vj)).

לקרקענות⁴², ועדת לוי כינתה צו שהותקן במסגרת תחיקת הביטחון המבקש להגשים תכילת זו "צו דר��וני"⁴³, עדות אשר נדחתה מפורשת בבית המשפט העליון.⁴⁴ התשובה שהצעיה ועדת לוי לסוכני הקרקעות באזור הייתה המלצה לחיבת מוחזקים במרקעין לנוקט הליך רישום ראשוני של מקרקעין, ולא – תאבך זכותם.⁴⁵ קריאה זו לא יושמה, ولو לכארה, ואכן היא מעוררת קושי רב. היא אינה מתישבת עם אף אחת מן השיטות לישום שعليהן עמדתי לעיל. אף שיטת הרישום הספרדי-מאולץ, שהיא קרובה ביותר לו שהועדה כיוונה אליה, אינה מביאה לאיזון הזכות כליל אם היא אינה נרשמת (באותם המצבים שבהם התרחשה פעולות משפטיות מצד הטוען לזכות המקימה את חותמת הרישום), כפי שהצעיה הוועדה. יתר על כן, שיטת הרישום הספרדי-מאולץ אינה נוהגת בגדרה המערבית, ואימוץ משקף שינוי מהותי של הדין הקיים, דבר אשר לפי כל דין המשפט הבין-לאומי צריך לעשותו אך ורק בהתקיים שיקולי סדר ציבורי אשר ספק רב אם מתקיימים. המלצה הוועדה הייתה חסרת כל אח ורע, חסרת הצדקה מספקת, והיה בה כדי להביא לפגיעה קשה וחמורה בזכות קניין. מכל מקום, אף שעדת לוי לא התקבלה להלכה, למעשה עם הזמן הביאו הלחצים שהופעלו על המנהל האזרחי להפחיתה ניכרת עד כדי עציה מוחלטת במימוש צרכי הגנה על הקניין שהיה בידו להפעיל, מחדר גיסא⁴⁶, ולהחלשה שיפוטית של יכולתם של מוחזקים לא-רשותיים להגן על זכותם מפני פולשים,מאיידך גיסא.⁴⁷

שנייה, כפועל יוצא של תהליכי פינויים במנהל האזרחי לטיב נתוני המקרקעין, לצד השפעתן של עדירות רבות אשר ביקשו להביא לטיפול בבניה לא חוקית של תתיישבות ישראלית על מקרקעין פרטיים פלסטיניים, הפעיל המנהל צוות מנהלי-פנימי לבדיקה תייחום "אדמות המדינה" באזור ("צוות קוו כחול").⁴⁸ מתחילה זה עלתה בעיה ורחתת היקף של שימוש לא חוקי במרקעין פרטיים פלסטיניים. במקרה לפטור בעיה זו על דרך הגנה על הקניין הפרטי והשבת הקרקע לבבעליה,קידמה הממשלה את חוק ההסדרה. החוק קבע כי "גנבה בתום לב התישבות במרקעין

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

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

⁴⁴ לפסיקה שניתנה לפני פרטום הדוח, ראו בג"ץ 5439/09 עבדאלקادر נ' ועדת העיריות הצבאית (ນבו 20.3.2012); ולאחריו, בג"ץ 1315/12 חושניה נ' שר הבטחון (ນבו 16.2.2014); בג"ץ 6174/15 חג' מהמד נ' ראש המנהל האזרחי בגדרה המערבית, בית אל, פס' 8 (ນבו 11.5.2021); בג"ץ 7718/15 עסאברה נ' שר הבטחון (ນבו 6.7.2021).

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

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

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

⁴⁸ ראו בג"ץ 5470/17 חג' מהמד נ' שר הביטחון (9.10.2018); עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש, 1, בפס' 14 לפסק דינה של הנשייה חיota. כן ראו בג"ץ 7986/14 ראש מועצת הכפר קריית נ' ראש המנהל האזרחי (ນבו 8.11.2020).

הטעונים הסדרה או ניתנה הסכמת המדינה לבנייתה", הרי שאשר למקרקען שיש בהם בעל זכויות במקרקען ייטלו רשות האזרע זכויות השימוש והחזקה במקרקען ויבירו אותו לממונה (זהו רכיב הפקעה שבוחק).⁴⁹ אשר למקרקען שאין בהם בעל זכויות במקרקען נקבע כי "המונה ירשות אותם כרכוש ממשלתי, לפי סעיף 2 ג' לצו בדבר רכוש ממשלתי" (זהו רכיב ההכרזה).⁵⁰

הגדרת "בעל זכויות במקרקען" שהופיעה בחוק כללה את "מי שהוכיח כי הוא רשאי לחייב זכויות במקרקען או כי הוא זכאי להירשם כבעל זכויות במקרקען".⁵¹ הגדרה זו עשויה להישמע כמצירה את גישת עדת לוי, שלפיה מי שאינו רשום כבעל זכויות, או מוכיח כי הוא זכאי להירשם ככזה, זכותו מתאينة. לפי החוק, היה על המונה לבצע את הליך ההכרזה ("ירשות" בלשון החוק) בתוך 12 חודשים מיום פרסום החוק,⁵² ובתוך חודשיים ימים נוספים היה עליו להציג את זכויות השימוש והחזקה במקרקען לצורך התיקישותה שנבנתה על אותם מקרקען.⁵³

עם חיקת החוק הוגשו נגדו שתי עתרות מצד עשות רשות מקומיות פלسطיניות וארגוני זכויות אדם.⁵⁴ אף קבוצה של 28 מרצים ומרצות למשפטים (ובهم המחברת) הגישה בקשה להצטרכ לעתירות במעמד של "ידיד בית המשפט". העותרים טענו לבטלוות החוק בשל היוטו נוגד למשפט הבין-לאומי ולמשפט החוקתי הישראלי, הן בשל היעדר סמכות של הכנסת לחוקן, נוכח דיני התפיסה הולחמתית, הן בשל פגיעתו בזכויות החוקתיות של תושביהם לקניין, לפנסיה, לשווון וכבוד, והן בשל פגיעתו באיסורים במשפט הבין-לאומי על פגיעה בKENNIN FRATI. מבקשי ה策טרופות הוסיפו על האמור גם את הפגיעה בעקרון ההשתתפות בהליך הדמוקרטי. הזכות להשתתף בהליך הדמוקרטי היא, כך נאמר, "הבסיס לגנטימיות של החוק במדינה דמוקרטית". הפעלת הכוח השלטוני של המדינה על מי שאינו חבר בקהילה הפוליטית שלא או על זו שקיבלה את מרותה, היא פסולה.⁵⁵

היווץ המשפטי למשalle לא תמן בחוק ההסדרה ואף התנגד לו התנגדות של ממש. לגישתו, החוק פוגע פגיעה לא מידית בזכות לקניין של בעלי הזכויות הפלسطינים, שהם "תושבים

⁴⁹ ס' 3(2)(א) לחוק ההסדרה.

⁵⁰ שם, בס' 3(1). יצוין כי השימוש בפועל "ירשות" אינו מתחייב במילוי מסוומ שhcוננה הייתה לקיים הלכתי הכרזה לפि סעיף 2(ג) לצו בדבר רכוש ממשלתי, שאין הם הלכתי 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 רשות מקומיות וכפרים פלسطינים ו-3 ארגוני זכויות אדם; בג"ץ 2055/17 הוגש על ידי 22 ראשי רשות מקומיות וכפרים פלسطינים, 13 ארגוני זכויות אדם ו-5 עותרים פלسطינים).

⁵⁵ שם, בקשה ה策טרופות כ"ידיד בית משפט" מטעם 28 מרצים ומרצות למשפטים (1.3.2017).
הבקשה ה策טרופות (להלן: <https://bit.ly/3gdGNB>).

⁵⁶ שם, בפס' 99-98.

מוגנים" במשפט הבין-לאומי, מעמד המעניק להם הגנה רחבה על הקניין. החוק פוגע לשיטתו של היועץ אף בזכות לכבוד ולשווון של התושבים הפליטניים בשל פגיעתו המפללה. היועץ אף סבר כי פגיעה במרקען פרטימי פלסטיניים לשם הכרה בתמיון שבוצעה במרקם ובמים בידיעת שמדובר במרקען פרטימי או בעצמת עיניהם לכך ובהתעלמות מופגנת משלטון החוק ומהזכות לקניין אינה יכולה להיחשב לתכלית וראיה.⁵⁷ ביחיד אשר לרביב ההכרזה סבר היועץ כי הוא כורך בפגיעה קשה בזכותו הקניינית של פלסטיניים, הואל ופרק הזמן הקצר שננקב בחוק לצורך ביצוע הלicity ההכרזה אינו מאפשר הוכחת בעלויות במרקען לא מוסדרים או הוכחת זכות להירשם כבעל זכויות במרקען מסווג זה, ועל כן מדובר למעשה בהפקעת מכלול הזכויות במרקען ללא כל פיצרי.⁵⁸

בית המשפט קיבל את עדותו של היועץ המשפטי לממשלה וקבע כי דיןו של חוק ההסדרה בטלוות, שכן הוא אינו עומד באמות המידה החוקתיות של המשפט הישראלי. לפיכך נמנע בית המשפט מההכריע בשאלת סמכותה של הכנסת לחוק חוק תחולת ישירה על האזרור וכן בשאלת תחולת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על האוכלוסייה הפלסטינית באזור.⁵⁹ בכלל, קבע בית המשפט כי החוק כורך בפגיעה מהותית בזכויות הפלסטינים, בקניינם,⁶⁰ בכבודם ובשווין,⁶¹ וכן פוגע החוק בפגיעה מהותית בשלוטן החוק.⁶²

ספציפית לרביב ההכרזה קבע בית המשפט כי רביב זה אינו יכול את מבחן המיידיות במובן הצר, שכן הוא אינו מתנה את סמכותה הממונעת בהפעלת שיקול דעת מצדיו, בבחינת הדין המהותי, ובקיים הפרוצדרה הנתקנת במצב הדברים הרגיל בוגע להכרזה על רכוש ממשטי. החוק קובע "חזקת גורפת וככלית", קלושן בית המשפט, אשר הנטל לסתורו אותה ולהוכיח את קיומן של זכויות במרקען מוטל על הטוען, ומבלוי שננקב מגנון להוכיח הזכויות הנטענות כאמור או להשגה על הקביעה כי המרקען הם רכוש ממשטי.⁶³ נטל זה בעיתוי במוחך בשל קציבת הזמן שבחוק. בית המשפט מדגיש כי בשל הקשי הרוב בהוכחת זכויות קנייניות באזור קיים חשש ממשי כי הוראות החוק יקשו על בעלי זכויות ורכים להוכיח את זכויותיהם, והדבר אכן עשוי להביא לתוצאות של הפקעה למעשה זיקה קניינית ללא כל פיצוי.

מכאן שפסק הדין בעניין חוק ההסדרה קבע בית המשפט כי עיצוב הлик הכרה באופן שיש בו כדי לפגוע ביכולתם של טוענים לזכויות להוכיח את זכותם הוא פגיעה לא חוקית בקניין. זהה הכרה מפורשת ראשונה מסוגה בערך החוקתי הנתון לעצם קיום הлик ראוי כדי להבטיח הגנה על הקניין. ניתן למצוא דמיון בין תיק מרכז' קודם – פסק הדין בעניינו של חוק יישום תוכנית ההתנהלות מחייב עצה וצפון השומרון, התשס"ה-2005. שם נקבע כי הוראה בחוק שלפיה מי

⁵⁷ עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפסק 23 לפסק דיןה של הנשיאה חיota.

⁵⁸ שם, בפסק' 44.

⁵⁹ שם, בפסק' 31.

⁶⁰ שם, בפסק' 44, 46.

⁶¹ שם, בפסק' 51, 53, 56.

⁶² שם, בפסק' 53, 64-63.

⁶³ שם, בפסק' 100. ראו גם בקשת ה策ריפות, לעיל ה"ש 55, בפסק' 82.

שבחר באפיק של שומה פרטנית לחישוב הפיצויים המגיעים לו במקום החלופה של קבלת פיצויים סטטוטוריים ואחידים לפי תחשייב שנקבע בחוק לא יכול לחזור בו מדרך זו. בית המשפט קבע כי השיקול של ייעילות אדמיניסטרטיבית שעמד מאחוריו הסעיף אינו יכול להצדיק את הפגיעה החוקתית בזכות לקבל את הפיצוי הרואי וההוגן המובטח במסלול הסטטוטורי.⁶⁴ אולם השוני בין עניין חוק ההנתנקות לעניין חוק ההסדרה הוא בכך שבנוגע להזכות לקבל את הפיצוי רואי והhogן אינה מוטלת בספק (כך לפי קביעה בית המשפט), ולכן הקושי בא-הזרה של מסלול השומה הפרטנית טמון באפשרות שהוא יביא לשיליה של זכות בגלל פרוצדורה. במקרה של חוק ההסדרה, אין בהכרח זכות רכושית או קניינית נשלה, אלא נגעה הזכות להشمיע את תביעת הזכויות, ובכך עיקר החידוש בבחינה החוקתית של אי-licitו של ההליך.⁶⁵ הכרה זו בפסק הדין בעניין חוק ההסדרה מתיישבת עם מושכלות ראשוןים של המשפט כמערכת החיבור להבטיח, מעצם טיבה, כי לאדם תהיה זכות להشمיע את תביעותיו ודרישותיו במסגרת הליך הוגן ולקבל עדשה מנומקת בנוגע ליריבו.⁶⁶

4. הכוונה לחדר את הלימי הסדר הזכויות

לאחר ביטול חוק ההסדרה ומרכיב ההכרזה הגורף אשר בו שבה ועלתה על הפרק כוונה לחדר את הלימי ההסדר באוצר.⁶⁷ אחת הדמיות המובילות בהקשר זה הייתה מי ששימש לפניו כן יועץ שר הביטחון להתיישבות, קובי אלירז, אשר כתוב עבורי לדין כי "בשורה התחתונה, לאחר שחוק ההסדרה נפסל בכב"ץ ומשעה שחלים הריבונות נגו, מתבקש כי המופקדים על התהום [...]"] חלופות לקידום כל הסוגיות ההתישבותיות העומדות על הפרק, וכמובן תוכנית מניעה סדרה להשתלטות הפלסטינית הנורחבת בשטח". בכלל זה הציע אלירז חלק מ"ארגון הכלים" להסדרה התישבותה בעת הזו ולהתמודדות עם "ההשתלטות הפלסטינית" לחדר את הליך ההסדר. הוא ציין כי התלית הסדר יוצרה מצב של חוסר ודאות עמוק לגבי הבעלות בקרקעות י"ש, וממילא אפשרה לפלסטינים להשתלט עליהם במלואו. הרשות הפלסטינית מצידה החלה בשנים האחרונות בהליך הסדר עצמאי: הפלסטינים מתנהגים באוצר כבעליים, אף שהדבר אסור בשטח C מכוח הסכמי הביניים. ישראל בוחרת באידישות למול העניין ומדיניות זאת עלולה לעולות באובדן קרקעות עצום".⁶⁸

⁶⁴ בג"ץ 1661/05 המועצה האזוריית חוף עזה נ' הכנסת ישראל, פ"ד נט (2) (2005) (להלן: עניין חוק ההנתנקות).

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)

.ALON HAREL, WHY LAW MATTERS (2014)⁶⁶

⁶⁷ ראו פורשר, לעיל ה"ש 4 ; ועדרת המשנה לענייני י"ש קוראת לממשלה לחדר את הסדר המקרעין ביהודה ושומרון" ועדה החרץ והביטחון – הכנסתה (23.11.2020) .<https://bit.ly/3LbKop4> (23.11.2020)

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

אלירז מונה סמוֹך לאחר מכן ליוּץ 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 נתען כי שמירה או שליטה על המקרקעין באוצר היא אינטראס לאומי,⁷¹ וכי יש לבצע מהלך אסטרטגי לעומת הרשות הפלסטינית, המבוצעת בעצם הליך הסדר בשטח אף כי הדבר נעשה בחוסר סמכות.⁷² עוד נתען כי ביצוע ההסדר ישם לאל את הטענה בדבר זמניות המצב באוצר, יתיישב עם התפיסה שלפיו הזכות באוצר היא נצחית,⁷³ ומדינת ישראל היא הריבונית.⁷⁴

מבחינה מעשית נתען כי ההסדר מועיל לכלום,⁷⁵ וכן כי החולפות להליך ההסדר, היינו הליך הרישום הראשון והליך הכרזה על רכוש ממשתי, נחותות. חיסרון אחד שנטען בוגע להליך הרישום הראשון הוא שהוא אינו מבצע רישום שיטתי של כל שטח הגוש, ועל כן מוגבל מבחינת כוחו לבצע איחוד וחולקה של מקרקעין.⁷⁶ חשיבותו של חיסרון זה אינה רבה, שכן לא ברור אם אין פתרון לדבר במסגרת הליך או אם בכלל יש צורך באיחוד וחולקה. חסרונותו של הליך ה הכרזה, כאמור בדיון, הם שהוא אינו מקנה זכות קונקלסיבית במקרקעין שהוכרזו, מה שמאפשר תקיפת הכרזות גם שנים לאחר מכן שבוצעו.⁷⁷ אכן זה חסרונו של הליך ה הכרזה, אך גם מאפיין הכרחי לנוכח הפרקטיקות הביעתיות של ערכתו.

חה"כ ניצן הורוביין עמד על כך כי שתי הטענות, המדינית והמעשית, אין מתוישבות זו עם זו. לדבריו, אם הטענים לਊין חידוש ההסדר הם שמירה על הקרקע, סיפוח בפועל של שטחים לצורך הקמת התנחלויות, הדיפת הפליטים וקביעת גבולות, הרי שהטענה כי מדובר בסוגיה משפטית-מקצועית ושהסדר יתרוננו מבחינת כל הצדדים אינה מתקבלת על הדעת.⁷⁸

⁶⁹ אריאל כהנא "העורר שנתנו הינו פיטר חזרך דרך הכנסת" *ישראל היום* (29.11.2020) <https://bit.ly/342XXGH>.

⁷⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 1 של ועדת משנה של ועדת החוץ והביטחון לעניינים אזרחיים וביטחוניים בי"ש, הכנסת ה-23, 39 (להלן: פרוטוקול דיון הסדר).

⁷¹ שם, בעמ' 5 (דברי ח"כ גدعון סער), 21, 37 (דברי ח"כ צבי האוזר), וכן שם, בעמ' 21 (דברי ח"כ יצחק פינדורס).

⁷² שם, בעמ' 3 (דברי ח"כ גדעון סער). ראו בדיונה להה דבריו שם, בעמ' 5, 42, וכן שם, בעמ' 21 (דברי ח"כ צבי האוזר). לפי הסכם הביניים, לרשות אין סמכות בעניין מקרקעין המצוים בשטח הנתון לשילטה ביטחונית ואזרחית ישראלי, שטח C. ראו ס' 11(2) ו-17(2) להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדרה המערבית ורצועת עזה, ס"א 33, 1 (נחתם ב-1995), וכן ס' 22(2) לłówסתה 1 לנספח III: פרוטוקול בנושא עניינים אזרחיים (להלן: הנספח האזרחי להסכם אוסלו). מנגד, אם עסוקין בהתחביבות בין-לאומיות, הרי שגם לישראל אין מעמד של ריבון בשטח, ו"ימימוש ריבונותה" אינו עולה בקנה אחד עם מחויבותו לפי הסכם.

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

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

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

⁷⁶ שם, בעמ' 15 (דברי סגן הייעץ המשפטיא לשדר הביטחון), וכן שם, בעמ' 12 (דברי נציגת מתאם פעולות הממשלה בשטחים).

⁷⁷ שם, בעמ' 14 (דברי סגן הייעץ המשפטיא לשדר הביטחון). ראו גם עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפסק' 12 לפסק דין של הנשאה היהת.

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

曩יג היועץ המשפטי לממשלה ציין בדיון כי למשרד המשפטים עדין לא הגיעו הצעה קונקרטית בנוגע לחייב הליכי הסדר, כי הם ישmachו ללוות מהלך שכזה, וכי הם וואים "יתרונן בכל הליך שמייצר ודאות במרקען".⁷⁹曩יגים אחרים הציגו ב轟動 שיקולים פוליטיים ושיקולים מעשיים. למשל, ד"ר חגי ויינצקי טען: "ברור לנו היום שאנו הולכים להישאר לפחות בשטחיה יהודה ושומרון ולען אין שום סיבה שלא עשו הסדר". על כך הוסיף כי הסדר ימנע מחלוקת וגם יחסוך בעליות.⁸⁰

בסיומו של הדיון סוכם כי הוועדה תקיים דיון המשך לשmiaת עמדת הדרג המדייני, אך לא רק לעניין השאלה העקרונית אלא גם לעניין "סוגיות ה-איך". אשר ל"אך", לדבריו יושב הראש ח"כ גدعון סער, בסיכום הדברים: "יש כמובן חשיבות לחת את הקידימות [...] לנושא אדרמות המדינה בשטח C, כמוון שימור אדרמות המדינה וגם עיגון זכויות בעלות של גורמים פרטיים. במסגרת ההסדר צריך לדוד אקלט החולטות מנהליות שמאפשרות מksamום הסדרה, נושא של דרכי גישה [להתיישבות היהודית] שהוא נושא חשוב ביותר".⁸¹ אם כן, ברור כי לצד מתן ביטוי (אולי בבחינת מס שפטים) לחשיבות של הליכי הסדר לטובת כלל האוכלוסייה, עיקר דאגתה של הוועדה המבקשתקדם את הליכי הסדר מייד ובאופן יכיבוט הוא לאפשר את הסדרת (וורחבה).

ההתישבות היהודית ואת העמקת השילטה של מדינת ישראל בקרקע. בمعنى לסקר שנערך לאחרונה בנוגע לשאלת "כיצד יפעלו המפלגות בשטח C?" בחרו מפלגות מהימין, ובهن אלה שהן מרכיבות יסודים בקובאליציה הנוכחית נכוון למועד כתיבת שורות אלו, להתייחס לנושא חידוש הסדר כמרכיב חשוב במדיניות לטובת ההתישבות: מפלגת "ימינה" מנטה את היעדר של "הסדרת כלל המרקען היהודי ושומרון בתוך חמיש שנים, ומונעת ההשתלטות הלא חוקית שמצבעת הרשות" בשטח C. מפלגת "תקווה חדשה" הכריזה כי: "ננהל את סקר הקרקעות היהודי ושומרון וננסים את הליך ההכרזה על האדרמות בשטח C מדינה – תהליך שלא נערך כבר למעלה מחמשים שנה. כדי להוציא את המהלך לפועל נקים מנהלת מיוחדת עם תפקידים ותקנים כבר בשנת 2021". גם מפלגת "הציונות הדתית" צינה את הכוונה להביא להחלטת ממשלה לשימור השטחים הפתוחים "שתיין לראשונה מענה מדינתי לתוכנית השתלטות הפלסטינית", בין השאר באמצעות "חינוך והשלמת הסדר המרקען".⁸²

5. האם חיזוק הליכי הסדר אפשרי מבחינות הנורמות החוקיות החלות

בנוגע לכוונה לפעול לחידוש הליכי הסדר באזורי מתעוררות שתי שאלות עיקריות:⁸³ ראשית, במנוחה מהיבט התפיסה הולכת-ההולכת עליה אם מרכזיותם של השיקולים הפוליטיים מהסוג

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

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

⁸¹ שם, בעמ' 42 (דברי ח"כ גדעון סער).

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

⁸³ כאמור זה אני עוסקת כל בנושא חידוש הליכי הסדר במצויה ירושלים, נושא שיש בו מרכיביות אחריות ושותפה. ראו בהקשר זה רונית לוי-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה – זינחת הליכים של הסדר ה��ciות במרקען במוורה ירושלים" עיוני משפטلد 183 (לondon: לוי-שנור "הפרטה"). ראו גם חוות דעת מומחית מאת רס"ן (במיל')

שעליה מן הדיון פוגעת בLAGITIMITIES של קיומם ההליך. כך, ניתן לסביר כי אם חידוש הליני ההסדר געשה משיקולים של האצת סימני ריבונות ועל מנת להבטיח "מקסימום הסדרה" של התיאשבות ישראלית, יש בכך כדי לפסול את תקפותה החקלאת לבצע ההסדר בשל האופי המוטה שבו נקבע ההליך: לא כאמצעי בירור אובייקטיבי אלא כמנגנון להנץח (או להבטיח) את זכויות יוזמת ההליך, מדינית ישראל. מטעורו החש של ממש כי המוטיבציה לביצוע ההליך תביא לעיצוב כללי הפעילו (הדיוניים והמהותיים) באופן שאנו מazon להלכה את האינטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית, שהיא חסרת מעמד אזרחי ופוליטי, עם עניינה של המדינה ושל האוכלוסייה הישראלית בפרט. בשים לב ל'קושי הרוב בהוכחת זכויות קנייניות באזורי⁸⁴ כפי שצוין בהקשר של חוק ההסדרה, יהיה בלתי אפשרי להבטיח כי האינטרסים של קבוצות האוכלוסייה הרואיות להגנה (התושבים המוגנים בכלל, והתושבים המוגנים הנודרים בפרט) יוגנו במסגרת ההליך אשר צפוי להיות מעוצב באופן המשפע מתכלית הפעלתו. ויש לו כור אמרור כי אין מדובר במדינה ריבונית-דמוקרטית הפועלת בשטח כשלבעל אינטרסים שונים אפשרות לייצוג במנגמוני השולטן.

בכך מופר עקרון ההשתתפות בהליך הדמוקרטי באופן הופסל את הLAGITIMITIES של הפעולה. אומנם הובעו כאמור גם שיקולים החומכים בקיום הליני ההסדר שלא מטעמים מדיניים, ובهم הקושי שהוכחת שרשות חילופי זכויות, החש מפני טעויות ותרומות והיבט עלויות העסקה.⁸⁵ בכלל, התובעים הפרטניים אף נפגעים מאי-קיום הליני ההסדר בשל הפגיעה הגבוהה יחסית של טוביע זכויות הרשי רישום ל██ון של הפקעת מקרקעין⁸⁶ בשל חשוץ לצמצום מידת הסחריות של הנכסים שאינם ושומים (במובן של מכר או לשימוש כבתווחה) ובשל סכנה של אובדן זכותם בקרען בשל מחלוקת עם אחרים. כמובן של שיקולים אלה במקומו מונחים. אולם בהתחשב באופןו של השטח, במעטן השונה של קבוצות האוכלוסייה השונות, ובהיעדר ייצוג לאוכלוסייה הפלסטינית בקרוב מחייב החלטות, השיקולים המעשיים הללו נופלים בעוצמתם. בסופו של דבר, שאלת הרציות של קיומם ההסדר מנוקדת מבטו של הפרט נבחנת לאור הכללים המהותיים והדיוניים שייתו להליך ההסדר. כשההתווית כללים זו נעשית באופן שאנו מzon להלכה את האינטרסים של הפרטנים (על גוניהם השונים), הLAGITIMITIES של הליך ההכרה הולכת ופוחתת. שנית, משבניה בחשבון את העבודה כי מדובר באזור הנתן לתפיסה לוחמתית, עולה השאלה אם חידוש הליני ההסדר אפשר מבחינה הנורמות החולות. ביצוע הליני ההסדר אינו פועלה הכרחית המוטלת על מפקד האזור. כך סבר מפקד האזור סמוך לאחר כיבוש השטח, ולכן קבוע כי יש להתלוות את הליני ההסדר ולא לחדרם. וכך אף שב וסביר לפניו זמן לא רב כאשר אישר את אי-

ד"ר רונית לוי-שנור מטעם המבקשים ברע"א 2841/21 דג'אני נ' נחלת שמעון בע"מ וברע"א 2401/21 ג'אונני נ' נחלת שמעון בע"מ (27.7.2021) <https://bit.ly/32Phv0Z> (להלן: לוי-שנור "חוות דעת").

⁸⁴ עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפסק 100 לפסק דין של הנשיאה חיota.

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

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 הילכי ההסדר.⁸⁷ גם אם לחופה שאימץ באשר לרכוש הממשלתי – הילכי הכרזה – יש חסרוןות ורבים, כך בודאי אם ההליך נעשה, כפי שהוא אכן נעשה, על מנת לשרת את ההתיישבות היהודית, אין בכך כדי להצדיק את ביצוע ההסדר. חידוש בעה הזו ובנסיבות הנוכחות של הילכי ההסדר זכויות במרקען באזור הנטון לתיפוי לוחמתית אינו חוקי לפני המשפט הבין-לאומי. אציע שלושה טעמים לדבר: (1) ההסדר מועד, וכלל הפחות עשו, לאפשר ולהזק את ההתיישבות הישראלית באזור, שאינה חוקית, וזאת בפרטabis*ibus* לב קיומו של הליך התלוי ועומד בפני בית המשפט הפלילי הבין-לאומי; (2) קיום ההסדר כשמטרתו מוגה, כשהאוכלוסייה העתידה להיפגע ממנו אינה שותפה לעצמו וככל הנראה גם לא תהיה שותפה לביצועו, פוגע בחובה לכבד את הקניין הפרטי, לנוכח בשווין ולפועל בנאמנו לתוכה של האוכלוסייה המקומית; (3) ההסדר הוא היליך קבוע המוגדר לעקרון הזמניות של היבוש.⁸⁸

לענין הטעם הראשון. מנקודת המבט של מוסדות המשפט הבין-לאומי, ההתנהלות הן לא חוקיות. ניסיונותיה של ישראל לתקוע טריזים (משפטים ומיעדים) בעמדה זו יועמדו ככל הנראה בעידוד הלא רחוק למבחן נסוף, לאחר שבסיבוב הקודם, בעניין הקמת גדר ההפרדה, נקבעה אי-חוקיות ההתנהלות במפורש אם כי בחומרה דעת מייעצת בלבד.⁸⁹ בהחלטה מ-5 בפברואר 2021 קבע בית הדין הפלילי הבין-לאומי שיש לו סמכות שיפוט בגין "מצב בפלסטין" ושותחה של פלסטין לעניין זה כוללת רצועת עזה והגדה המערבית, לרבות מזרח ירושלים. ההחלטה השיפוטית והחלטת התובעת בעקבותיה פתחו את הדרך לחייבה ולהעמדה לדין של ישראלים ושל פלסטינים בגין לחשdot בדף ביצוע פשעים בין-לאומיים בשטחים האמורים.⁹⁰ לפי הורעת התובעת, בכוונתה לפעול להעמדה לדין, בין השאר בגין חדשות להעברה, במישרין או בעקיפין, של אוכלוסייה הכוח הכבש לשטחים הכבושים מאז המועד הקובל, 13.6.2014.⁹¹ ניתן

⁸⁷ ס' 10 לערירה בגב"ץ 9296/08 מפקד כוחות צה"ל באיו"ש נ' ועדת העוררים הצבאית (5.11.2008) (להלן: הערירה בגב"ץ; לוזן-שנו דיני וישום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 264).

⁸⁸ פרוטוקול דין ההסדר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 33–30 (דברי עורך רוני פלי, נציגת האגודה לזכויות האוורח). עו"ד פלי הזכיר גם את החשש מפני פגיעה בזכויות הנדרדים, היעדן המידע והכוונה שלא לשתף פעולה, ומכאן ההנחה שהיא בלתי אפשרי לעשות את ההסדר שיתה שווני וצדוק.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,⁸⁹ 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 Request⁹⁰ 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 Article⁹¹ 19(3) for a Ruling on the Court’s Territorial Jurisdiction in Palestine ¶ 95 (Jan. 22, 2020), <https://bit.ly/3zulK1AS> (referring to Section 8(2)(b)(viii) of the Rome Statute of the International Court of Justice) (הודעת היועץ המשפטי לממשלה לגבי מה שמכונה “המצב בפלסטין” אינה מתיחסת לסוגיות אלה, אלא רק לשאלות 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 נקייטו של הליך הסדר זכויות במרקען בעת ההז, בהתחשב ברוקע הפוליטי ובהקשר הדברים, תיתפס כמכוונת לבדוק לשם העברת אוכלוסייה ישראלית במישרין או בעקיפין. בנוסף, בית המשפט העלין לא אפשר למדינה את המנגנון שנקבעו בחוק ההסדרה שייעודם היה להבטיח כי הקרקע שתוכרו או תופקע תוקצה "לצורך התישבות [...] באמצעות מוסד מיישב"⁹² מן הטעם שבכך החוק מפלח את האוכלוסייה הפלסטינית, בשל מתן "עדיפות מובהקת לתושבי האזור הישראלים"⁹³ ובאופן הפוגע בזכות החוקית לשווין ולכבוד של תושבי האזור. באופן אנלוגי יהיה עליו לבטום את התוכנית לחדר את הליידי ההסדרה שטעם זהה.

אומנם בית המשפט נמנע מעניין חוק ההסדרה מלעוסוק בחוקיות התחנוליות, מטעמים שאין זה המקום לדון בהם, ואולם הוא הגיע למסקנה הרוציה מנקודת המבט של המשפט הבין-לאומי, של פסילת החוק שביקש להכשרן. בהמשך לכך, אישום בבית הדין היה קבל רך אם המדינה בעל הסמכות לחקור ולהעמיד לדין אינה עושה זאת בכנות, או אינה יכולה לעשות זאת.⁹⁴ אף שבאשר להקמת התחנוליות ניהול ההליכים בישראל שייצור מחסום קובלות אינו כולל כלל על הפרק,⁹⁵ גם בשל העובדה כי חישפה של ישראל לאיושם היא רק מן המועד הקובל (כאשר השאלה מה דינה של עיריה נשחת מעניין זה אינה קלה), אם היוזץ המשפטי לממשלה שבית הדין יראה בה פשע מלחמה. לחידוש הליידי ההסדר כדי לאפשר, להכשיר ולהבטיח את התחנוליות אין מקום.

לענין הטעם השני, כפי שציינתי קודם לעיל ישראל, גם בלא ה"מעמדה" הנורמטיבית של היהות שטח נתון לתפיסה לוחמתית, קיום הסדר כשמטרתו מוטה, כשהאוכלוסייה העתidea להיפגע ממנה אינה שותפה לעיצובו וככל הנראה גם לא תהיה שותפה לביצועו, הוא בעיתוי, ויש בו משום פגיעה בחובה לכבד את הקניין הפרטלי ולנהוג בשווין. אכן, חובות אלה הן מוגברות כאשר עסקין בשטח נתון לתפיסה לוחמתית, וכאשר המציאות המוכחת היא כי גם פעולות המצירות עצמן כניטריות פוגעות פגיעה עמוקה, עקבית וממשכת באוכלוסייה המוגנת.⁹⁶ בהקשר של הליידי ההסדר הביעתיות המיוحدת מתעוררת בהיבטים רבים. אחד מהם נוגע לכללים המהותיים שיוחלו במסגרת ההסדר. אם כללים אלה מעוצבים באופן המשרת את מטרותיו הפסולות או המוטות של הכוח הכוח, הליך הסדר אינו יכול לזכות ללגיטימיות. כך לדוגמה, אחד הכללים המהותיים המופיעים בחוק הירדי מפנה לעקרונות הצדקה והוישר שאותם צריך להפעיל בית הדין להסדר.⁹⁷ אם שופטי בית הדין להסדר שיפורעל יהיו כולם מן האוכלוסייה

⁹² ס' 5 לחוק ההסדרה.

⁹³ עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 48 ו-15 לפסק דין של הנשיאה ח'.

⁹⁴ יעל רונן "חקירה יוצא דרכ': החלטת בית הדין הבין-לאומי הפלסטיני על פלסטין ושתחה" הפורום לחשיבה אזרחית <https://bit.ly/3Le9QKC> (8.2.2021).

⁹⁵ שם.

DAVID KRETZMER & YAËL RONEN, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT ⁹⁶ OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (2d ed. 2021) ס' 14(1) לחוק ההסדר. ראו גם ליאן-שנווֹ דִינִי רִישׁוּם, לעיל ה"ש 11, בעמ' 302–⁹⁷

הכבשת (הישראלית), האפשרות כי עקרונות הצדק והיוושר יופעלו כראוי נפגעת ولو מבחינת מראית פני הצדק. בנוסף על זה, פסק דין מהעת האחורה של בית המשפט העליון בעניין ברכאת, שבו אדון להלן, מראה כיצד קביעת דין מהותי המנוגד לדין שהיה בתוקף באזור ולנדרש לפיקי דין התפיסה הלחמתית עשויה להביא לדין מהותי שגוי שיווח במסגרת הליכים שיש להם תוקף סופי ואשר תוצאותם הלא שוונונית היא בלתי נמנעה.

היבט אחר נוגע להשגת מסמכי הסדר המעידים הן על הליכים תלויים ועומדים והן על פרקטיקות שיפוטיות ומעשיות מתקופת שליטות ירדן המחייבת בבחינת כבוד הדין הקיים. ללא בטוחות כי יהיה אפשר להשיג עדויות אלה, לא יהיה אפשר להבטיח כבוד הדין הקיים וכוחות מוקנות של האוכלוסייה המוגנת. גם אם הסכם השלום עם ירדן הסיר חלק מהחששות אלה, הוא בוודאי לא הפיג אותם במלואם נוכח סיובה של ירדן לשfu פעה עם מה שהיא רואה כנסיך נישול ומתן לגיטימציה לכיבוש.⁹⁸ אך גם כמשמעות המשמש חוסר שיתוף פעה מצד אוכלוסיית האוור מטעמים של אי-leggיטימיות ההליך. כאשר מדובר בהגנה על זכותם של הנודרים מן האוור אשר רוכשים לא הולם כרכושים של הנפקדים בישראל, בשל חיבוי משטר התפיסה הלחמתית,⁹⁹ קושי מיוחד עולה מכך שהגוף האמון על הגנה על זכותם שני הממוניים – וארגונית, לא אחר מהממונה על הרכוש הממשלתי. אך במשך עשרות שנים שני הממוניים – הממונה על הרכוש הנטווש והמומונה על הרכוש הממשלתי – מיזגים על ידי אותו אדם, כאשר ענייני הרכוש הנטווש מטפלים באופן שגרתי ומוסטע (אך לא ראוי) במסגרת המנגנון האדמיניסטרטיבי של הרכוש הממשלתי.

מצב דברים זה מקיים חשש של ממש כי לא יהיה מי שאינו בעל ענייןDDR מוחתית שיקום להגן על הרכוש הנטווש.¹⁰⁰ העובדה כי ממשלה ישראל רואה בממונה על הרכוש הנטווש, כמו גם

⁹⁸ כפי שתוען ד"ר ייניצקי בprotoxkol דין הסדר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 34.

⁹⁹ באופן חריג נאותה ממשלה ירדן להעביר מסמכים בנוגע להליך ההסדר בשיח ג'ראח בירושלים, על רקע בקשה שהועבירה 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 הדבר בדבר נכסים נטוושים (רכוש הפרט) (יהוד והשומרון) (עמ' 58), התשכ"ז–1967. ראו רונית לוי-שנור "עמנוא, ממוֹןָן וְאִיסּוֹרָא: בג"ץ 794/17 זיידה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדרה המערבית" "המשפט בראשות": זכויות אדם: מבוקחי הארץ פטיקה 73, 57–47, 30 (2018) (להלן: לוי-שנור "עמנוא").

¹⁰¹ ד"ר ייניצקי בדבריו בכנסת protoxkol דין הסדר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 34) ציין כי שם שהמומונה הירדני על נכסיו האובייד לייצג את עניינם של היהודים בהליך ההסדר, אך "אין בעיה שהליך ההסדר יחולשו, הממונה על נכסיו האובייד, אם יהיה מצב כזה שהויא יראה שיש זכויות של פלסטינים שלא הגיעו לתביעה [...]". אין שום בעיה שהוא יציג אותם". למען הדיווק, מקבילו של הממונה על נכסיו האובייד הירדני הוא הממונה על הרכוש הממשלתי. ראו ס' 4 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אוור הגודה המערבית) (עמ' 2), התשכ"ז–1967, קמץ"ם 3; צו בדבר רכוש ממשלתי (תיקון מס' 7) (יהוד והשומרון) (עמ' 1091), התשמ"ד–1984, קמץ"ם 66. כן וראו בג"ץ 3103/06 ולירנו מדינה ישראל, פס' 24–25 לפסק דיןה של השופטת פרוצ'יה (נבו 6.2.2011); רונית לוי-שנור "החוות הציבוריות כלפי התושבים בשיח ג'ראח" <https://bit.ly/3HxHIPp> (7.6.2021) ICON-S-IL Blog

בממונה על הרכוש הממשלתי, פקידים שתוקים שכל תפקידם לבצע את מדיניותה¹⁰² היא עדות ברורה לכך שאף הפרדה ניהולית בין שני המונחים אין די בה. ללא הבטחה כי תקיים מגנון עצמאי ובבלתי תלוי – של הממונה על הרכוש הנטוש מזה ושל הממונה על הרכוש הממשלתי מזה, ככל אחד מהם יפעל במנוטק מן הממשל הירושלמי (או מכנסת ישראל) וambil' שאללה רואים עצמים סוברים להורות להם כיצד לפועל – אין כל אפשרות לקיים הליך הסדר. ממונה הפועל לטובה האינטרסים של מדינת ישראל ולא לטובה האינטרסים של טובת האזרור ותושביו המוגנים אינו יכול להבטיח הגנה נאותה לאינטרסים שתחתה ידע.¹⁰³

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

לבסוף, לעניין הטעם השלישי, זמינות החזקה של צה"ל (המפקדר הצבאי) בשטח היא ביסוד הלגיטימציה החזקית להחזקה זו, אם היא קיימת.¹⁰⁴ כך, משום שבבסיס דיני התפיסה הלאומית, שמכוחם פועל המפקדר הצבאי באזרע, קיימת התפיסה שכיבושו שונה בטיבו ומבחן תוצאתו המשפטית מסיפוח (חוק).¹⁰⁵ האופי הזמני של הכיבוש בא ידי ביתוי בתקנה 43 לאمنتת האג הריבית בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה (1907),¹⁰⁶ הקובעת, כידוע, כי על הכובש לכבד את החקיקה המקומית, זולת אם הדבר מנע ממנה לחילוטין (absolutely prevented), ובקביעה שבתקנה 55 לתקנות אלה כי על הכובש לנחל את הרכוש הציבורי אגב שמירה עליו לפי כללי ה-¹⁰⁷.

לכן הכיבוש הוא זמני והמעמד הנורומיibi של כל הפעולות המשפטיות שנעשו במסגרת זה עניין להסדר שלאחר סיום הסכסוך, ואילו הסיפוח הוא סופי, והמעמד הנורומיibi 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 דין של המשנה לנשיאה (ברdim) גובראן (ນבו 20.10.2017) (31.10.2017).

ענין חוק הסתדרה, לעיל ה"ש, 1, בפסק דין של הנשיאה חיטה.

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

¹⁰⁴ בג"ץ 606/78 איבר נ' שור הבתוחן, פ"ד לג'(2) (1979).

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

¹⁰⁶ תקנות בדבר דינייה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנשפות לאمنتת האג הריבית משנת 1907 Hague 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 הаг).

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 במסגרת זה ככל פעולות משפטיות אחרות בשיטת המשפט המידנית: בעלות תוקף בלתי מותנה. ואולם, הליך ההסדר הוא בעל אופי סופי, בשני מובנים: כלפי העבר, הליך ההסדר פוגע בתקופן של טענות שלא התקבלו במסגרתו;¹⁰⁸ כלפי העתיד, הליך ההסדר מונע את אפשרות היוזצרותן של זכויות מכוח חזקת שנים.¹⁰⁹ סופיות זו מצויה במתח מובהק עם זמינות היבוש.¹¹⁰

ב. כללי הכרה בזכות במרקען

הדיון בכללי הכרה מתעורר באזרז במסגרת הליני הכרה – הסדר זכויות, אם הם ננקטים, או רישום ראשון של מקרקעין, כמו גם בהליך הנפוץ של הכרזה על רכוש ממשתי אך שאינו הלין הכרה כאמור. גם בהקשרים נוספים, כגון התדיניות אזרחית או נקיית הליכים מנהליים, מתעוררות שאלות חמורות בדבר הסטנדרטים החלים על הכרה בזכות קניינית. עם זאת דין מחייב בכלל כללי ההכרה בזכות במרקען באזרז הוא מחוץ למסגרתו של מאמר זה.¹¹¹

הכלל החשוב והשגור ביותר שללו נשענת תביעה הכרה בזכות המכוח "חזקה שנים",¹¹² היינו החזקה מקרקעין ויעודם החקלאי לתקופה הקבועה (עشر שנים), ולפי הכללים בדבר סוג ההחזקה והיעבוד, משך התקופה ותקופת חלותה, היות החזקה ביישור, קיומו של מקור חוקי

¹⁰⁸ ס' 16(2) לחוק ההסדר.

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

¹¹⁰ עד כה ניתן תשומת לב מועטה לשאלת המעד הזמני או הקבוע של פעולות משפטיות-קנייניות שנעשות במשטר הצבאי באזרז. הנושא עלה, בקצרה, עם יישום הסכמי אוסלו. לפי סעיף 16(3) לנספח האוורхи להסכם אוסלו, לעיל "The Palestinian side shall respect the legal rights of Israelis (including corporations : 72 owned by Israelis) related to Government and Absentee land located in the areas under the jurisdiction of the Council" 2333/97 אגדות מדינת ישראל קדומים אלון מורה נ' מדינה. בבע"ץ 9117/11 מושד הבטיחון נ' חברות דוקא בע"מ (נבו 25.6.2013) ניתן במסמך ישואן (נבו 26.4.1998) נמנע בית המשפט מהתמודד בסוגיות זכויות העותה ויישמן בכלל הנגוע במרקען המצוים באזרז B. עם זאת, בע"א 9117/11 מושד הבטיחון נ' חברות דוקא בע"מ (נבו 25.6.2013) ניתן במסמך הסדר פשרה כספי סעיף 79 לא חוק בתו המשפט [נוסח משולב], התשנ"ד-1984 פיצויו בגין העברת קרקע פרטית לרשות הפלסטינית. בהחלטת בית המשפט המכוח נקבע כי יש לחתת לתובעת פיצויו כספי וקרע חולופית, ראו ת"א (מחוזי י-ם) 7058/05 דוקא בע"מ נ' מדינת ישראל מושד הבטיחון (נבו 1.8.2011). ראו גם החלטת בינויים מפורשת בע"א 9117/11 של השופטת דפנה ברק-ארו בעניין הבקשה לעיכוב ביצוע (מים 3.12.2012), ובها ביקורת על נושא הקצאת הקרקע החולופית. בדיון שהתקיים בעל פה ביום 24.6.2013 חזרה המשנה לנשיאה (כתוארה אז) נאור וצינה כי לא סביר שלא הגיעו כלל כל תלולים למשיבה (ההובעה על ה"מיין התקתקות", לשונה, שאירעה ובגין עברה הריבונות. כן ראו Eyal Benvenisti & Eyal Zamir, *Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement*, 89 AM. J. INT'L L. 295 (1995) Tamar Megiddo & Eyal ; *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 ליאון-שנווּר דִינִי רַישׁוּם, לעיל ה"ש, 11, בעמ' 301 ואילך.

¹¹² לדין בשאלת אם כל זה מבוסס על תפיסה ריאיתית או קניינית ראו שם, בעמ' 305–306. כן ראו עניין בראכאת, לעיל ה"ש, 3, בפסק' 28 לפסק דינה של השופטת יילו. יש להבין כי בכלל ההכרה הכוונה גם לכל ראייתו, והדבר מחדד את הקושי להבחין בין הליני הכרה לכללי הכרה.

ותוצאות הפסקת העיבוד או ההחזקה. עיגנו המركזי של כלל זה מצוי בסעיף 78 לחוק הקראקעות העות'מאני (אך כי אינו הדין היחיד הרולוונטי לעניין). למעשה, סעיף 78 לחוק הוא היסוד המרכזי להכרה – או לא-הכרה – בזכויותיהם של מעבדי קרקע מירי. התפיסה המקובלת גורסת כי סעיף זה מפנה למי שהחזק ועיבד קרקע ועמד בשאר התנאים את הזכות לثبتוע את רישומה לשם.

לצד סעיף 78 לחוק קובעה הוראה חשובה בסעיף 68 לחוק, הקובעת, כך לפि הגישה המקובלת, את "דין המחולול", שפיו מי שונה או הוביל את הקראקע שעיבד במשך שלוש שנים לפחות לא יכול עוד לרכוש בה זכות. בפסק הדין בעניין ברכאת מתמחצת השופט סולברג גישה זו

כך:

באדרמת מירי עסקן, בטענה על זכות תזרוף לגיביה (10 שנות החזקה ועיבוד), לפי סעיף 78 לחוק הקראקעות העות'מאני (1858); בעקבות הובלה, 3 שנים בור ללא צידוק, חיל דין המחולול (סעיף 68 לחוק הנ"ל); זכות התזרוף פקעה, והזכויות בקרקע נתונות לריבון באיו"ש.¹¹³

והשופטת וילנור כותבת שם:

כאמור, תכליתו העיקרי של סעיף 78 היא יצירת תמרץ לעיבוד קראקעות וכחוצאה בכך – גם הגברת גבייהם של מיסי היבול ממקרקעין מעובדים (אשר כונו מס עשר [...]). דין המחולול, לפיו הוברת הקראקע במשך שלוש שנים רצופות מובילת לאיבוד הזכויות בה, נועד אפוא לשרת את התכליות האמורא ולאפשר את מימושה.¹¹⁴

על בסיס תפיסה זו קבע פסק הדין כי מי שעמד בתנאי סעיף 78 לחוק אך הפסיק לעיבוד את הקראקע במשך שלוש שנים, מאבד את זכותו לאלתר מכוח סעיף 68 לחוק, והקראקע חוזרת ללא פעולה משפטית כלשהי לאוצר המדינה. עוד נקבע בפסק הדין כי משעה שנרשמו המקרקעין במרשם המקרקעין, אין עוד חובה להוסיף ולעיבוד אותם, שכן "בטל נטל עיבוד המקרקעין הקבוע בסעיף 68" לחוק.¹¹⁵ אשר להליכי הסדר זכויות במקרקעין נקבעו בפסק הדין שתי קביעות: האחת, כי עם הכנסת לוח זכויות בהסדר "ונכנס לתוקף" הכלל בדבר פטור מחובת עיבוד, אך לא בעת הגשת התביעה במסגרת ההסדר או הכנסת לוח התביעות (לഗדרת המונחים ראו בהמשך); השניה, כי גם אם בעבר הגשת התביעה בהסדר היה בלבד פטרה מה הצורך עיבוד הקראקע, הוראה בצו ההתליה שנקבע ב-1968 מחייבת את כוחו של כלל זה עוד אפוא תוקף.¹¹⁶ לכן, כך פסק בית המשפט, המפקד הצבאי אמין איינו מחדש את הליכי ההסדר, אך הוא רשאי להזכיר על מקרקעין שהוגשה בעניינים תביעה בהסדר שהותלה והזונה עיבודם כרכוש ממשליך.¹¹⁷

¹¹³ שם, בפסק דין דינו של השופט סולברג.

¹¹⁴ שם, בפסק דין דינה של השופטת וילנור.

¹¹⁵ שם, בפסק' 41.

¹¹⁶ שם, בפסק דין דינו של השופט סולברג.

¹¹⁷ ראו בעניין זה יש י"א חוטא נשכ'ר: גז' אדרמות פלטיניות באמצעות הכרזה על 'אדמות מדינה', במקומות שבהם נקבעו הליכי הסדר זכויות במקרקעין עם כיבוש הגירה המערבית (נייר עמדה, פברואר 2021) <https://bit.ly/3L6PjHB>

אני סבורה כי פסק הדין שגוי. השגיאה נוגעת הן למצבים שבהם יהול סעיף 68 לחוק והן לتوزאות החלטתו. אסביר כי מלכתחילה סעיף 68 לחוק חל רק על קרקע שנמסרה בירושאן (הווקצתה), וכך גם נפסק בעניין זה, דין זה פקע למעשה עם אימוץ התפיסה של "קדושת הרישום". אטען כי גם כאשר היה דין המחלול חל, תוצאות ההחלטה היו "דין טאבו", הינו בჩינה שאין אמתלה חוקית להוברט (ונחתת) הקרקע, ולאחר מכן פרוצדורה של מתן זכות קידמה לזכאי לרכוש את הקרקע בחשלום דמי טאבו, ואם הדבר לא עלה יפה, מכירתה במכירה פומבית. יתר על כן, אני סבורה כי גם אם סעיף 78 לחוק חל, כאמור בפרקтика רבת שנים אך לא על פי לשון החוק, על מקרקעין שאינם מחלול, המועדר הקובלע לעמידה בתנאיו הוא מועד הגשת תביעה בסוגרת הליך הכרה, אז מוקפתה החובה להוסיפה ולהחזיק בקרקע. לבסוף, התלית הליך ההסדר ב-1968 לא נועדה לשולב את תוקפם של הלि�כי ההסדר ובכלל זה מעמדן של התביעות כמקפיאות זמן ועל כן אין זה ראוי לומר שהוועדה פועלה. פסק הדין גם שגוי בקשר להבנה שהוא מבצע בין לוח תביעות ללוח זכויות, המתבססת על תפיסה שగואה של אופן ערכתו של לוח תביעות.

כדי להסביר את עמדתי אבקש לשחזר את דין המחלול המקורי, את התנאים להפעלו ואת תוצאות הפעלו ולהראות מדוע הוא פסק מחלול. לאחר מכן אציג את הפרקטיקה בדבר תחולתו של סעיף 78 לחוק על מקרקעין שאינם מחלול, ואבקש לנתח את השאלה מהו המועד הקובלע מבחינת סעיף 78 לחוק כפי שהוא מיושם, ומהן התוצאות הנכונות של התלית הליכי הסדר. כן אתיהס לאופן ביצוע ההסדר.

1. דין המחלול

בחילק זה אתיהס לשולש שאלות: ראשית, מהו דין המחלול לפי חוק הקרקעות; שנייה, אם דין זה עדין בתוקף או שמא הוא בוטל למעשה; שלישית, אם לפי שתי השאלות הקודמות חל כיוון סעיף 68 לחוק על קרקע שלא נרשה מעולם.

(א) מהו דין המחלול לפי חוק הקרקעות

לפי חוק הקרקעות, קרקעות המרי, הרואיות לעיבוד, נmortות ליחידים, בתשלום דמי הטאבו (ערך הקרקע).¹¹⁸ תשלום דמי הטאבו מלואה בהענקת תעודה, היא המכונה קושאן. דמי הטאבו, המכונים גםبدل-משל אוبدل אלמתיל, הם מהירה של הקרקע ללא שווי המחוברים לה וambilי להתחשב בערך הכספי הקרקע.¹¹⁹ תשלום דמי הטאבו מעניק את הזכות להזקה ולשימוש מתמשכים (זכויות המכונות צצרווף). כך, בקרקע מيري הבעלות הערטיטלאית נותרת בידי המדינה (רקבה), ואולם "אי אפשר לומר שקרקעות מيري שייכות למדינה. השיכות היא רק מופשטת",¹²⁰ שכן הזכות שנותרת בידי המדינה מוגבלת בהיקפה למצבים קיזוניים, כמו פרוט להן.

¹¹⁸ ס' 3 לחוק הקרקעות.

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

¹²⁰ משה דוכן דיני קרקעות מדינת ישראל 330 (מהדורה שנייה התש"י).

לפי הדין של חוק הקרקעות, את קרקע המרי שנסקרה ליחידים בקושaan היה אפשר לקחת מהם בהתקיים אחד משני מצבים: (1) הקרקע לא נعبدה במשך שלוש שנים, ללא אמתלה חוקית; (2) הבעלים מת ולא הניח יורשים.¹²¹ בעוד שמות הבעלים ללא יורשים הוא דין חד (לפחות במקרה), רשות האמתלות היא רחבה ורgunaת.¹²² כאשר נוצר אחד מהמצבים האמורים, ואין אמתלה חוקית, הקרקע נכנסת לגדר "חוק טאבו" או "זכות טאבו" (right of tapu).¹²³ כל אותן מסביר דוכן כך:

מתחילת היא נכנסת לגדר חוק טאבו [...] אין הממשלה רשאית למכוון את הקרקע

ברצונה, אלא קודם וכאים בעלי זכות טאבו לשלם את דמי שוויה של הקרקע (בדל

אלמת'ל) ולאחר מכן מהממשלה.¹²⁴

אם יש אמתלה חוקית, כגון מצב שבו כל תושבי הכפר או חלק מהם עוזבים את מקום הימצא מסיבות מוצדקות, אז האדמה אינה נכנסת מיד לדין טאבו. רק אם הם אינם חזרים למקום בתוך שלוש שנים מהמועד שבו חדלה הסיבה להתקיים ומוסיפים לנזונה את הקרקע, אז חל דין טאבו.¹²⁵

אם כן, אם אין אמתלה חוקית לנזונה וחיל דין טאבו, משמעתו היא זכות קידימה, היינו: בעלי זכות הטאבו רשאים לרכוש את הקרקע בהשלום דמי הטאבו.¹²⁶ זכות הטאבו, במצב של זנחת עיבוד, לבעלידים שונים או לירושיהם,¹²⁷ ובמצב של מוות ללא יורשים לבני-מצרים (בעלי נטיעות ובניינים על הקרקע, שותפים ושכנים וכו'). ודוק, דין הטאבו, זכות הקידימה הסטוטרטית, הוא בבחינת קשר קנייני בין המחזיק הקודם לקרקע, התקף כלפי המדינה. רק פקיעתו משבה את הקרקע לאוצר המדינה.

לפיכך על מנת שתוכל המדינה להפעיל את דין המחלול, עליה לפעול, לכל הפחות,קיים הליך בירור עם הזונה, שבמוגרתו תיבחנה אמתלותיו החוקית, ותינתן לו הזדמנות למש את זכות הקידימה ולרכוש את הקרקע בדמי הטאבו. לפי תיקון לחוק הקרקעות, אם נשתהה קרקע כפופה לזכות טאבו, ייקבע שווי הקרקע על ידי ועדת הכלולת את הפקיד המחויז ונציג ציבור. משקבעה השומה, על מנהל מחלוקת 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-شمש חוקי הקרקעות במדינת ישראל (1953).

¹²³ CA 153/46 Habbab v. Gov't of Palestine, 14 PLR 337, 341 (1947) (להלן: עניין הباب 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, CA 93/45 Dabbas v. Dir. of Land Settlement, 13 PLR 286, 289 (1946) (בעותק שפורסם בקובץ הפסקים בשם של המעריך הוא Dabbas, ואילו בעותק המצוית בתיק הארכון של מחלוקת הקרקעות והמדדיות המנדטורית שם המעריך הוא Debbas). כן ראו להלן ה"ש 193.

¹²⁷ ס' 71 לחוק הקרקעות.

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

לקראע אינו פוך, ו"אם הקשר בין המחזיק הקודם והמדינה לא פקע, אין המדינה חופשיה להשתחרר מחייבת כלפי המחזיק הקודם ולמסור את זכות החכירה בקרע לאחר".¹²⁹ על כן תיאورو של השופט סולברג בעניין ברכאת את דין המחלול כך: "בעקבות הובלה, 3 שנים בור ללא ציוק, חל דין המחלול (סעיף 68 לחוק הנ"ל); זכות התצරוף פקעה, והזכויות בקרע נתונות לריבון באיו"ש",¹³⁰ מעתלמים לחלוותן מן העובדה שדין המחלול איננו מפקיע מניה וביה את הזכות שנוצרה בקרע, אלא הוא מחייב בירור אם יש אמתלה חוקית ומתן הזדמנות רכישה בשווי טابו בידי בעל הזכות.

חוק הקראעות העות'מאני חזה מצב שבו קראע שנמסרה בכספי נזנחה, ומבעלי שנקט ההליך של דין טابו שבמסגרתו הקראע נמכרה שוב לזרחה או במכירה פומבית לאחר, אירע הדבר שאדם תפס את הקראע ווחל לעבד אותה. במצב זה, ובתנאי שאותו מעבד פעיל ביישר ולא כמסיג גבול, חלוף השנים עשוי להקנות לו זכות מכוח סעיף 78 לחוק הקראעות העות'מאני. כך, לפי הסעיף, "ואין רואים את הקראעות הללו נטושות (מחלול)". בתחום תחולתו של סעיף 78 לחוק ניתן, לפי לשונו והקשרו המקורי לפחותות, להיכנס רק אם מדובר בקרע מחלול, ככלומר קראע שהוקצתה והזכות בה הוכפפה לדין המחלול ותנאיו.¹³¹ לשאלת אם מן הבחינה המעשית אכן סעיף 78 לחוק חל רק כאשר מדובר בקרע מוקצת שנזנחה ונתקפה או גם כאשר מדובר בקרע לא מוקצתה שנתקפה, אשוב בתת-פרק 2.A להלן.

(ב) אם יש עוד תוקף לדין המחלול בקרע שהוקצתה כאמור, דין המחלול חל בקרע שנמסרה ליחסים בהקצתה על מנת שיעברוה, וההענקה היא הרישוון או שטר הטابו, הקושaan.¹³² מטרת החוק היא להבטיח כי המדינה תוכל לגבות את מס המשך, המבוסס על תוצאתה הכללית "היאל וזהי התכליות והמטרה, הרי אין המדינה יכולה להרשות שיפחתו הכנותיה על ידי הוברת הקראע והזנחה".¹³³

אך תכליות זו לא שרדה את מבחן הזמן. בחקיקה של שנת 1913 ערך השלטון העות'מאני רפורמה בכל הנוגע למרקעי המiry, וביטל בין היתר את המגבלות שהיו מוטלות על השימוש בהם, כגון בנווגע לנטיעת עצים ובניית בניינים. החוק קבע כי "بعد קראע שיישמשו בה בצורה

¹²⁹ עניין عبدالקדר, לעל ה"ש 44, בפס' 20.

¹³⁰ עניין ברכאת, לעל ה"ש 3, בפס' 2 לפסק דיןו של השופט סולברג. הזכויות בכל מקרה אינן שייכות לריבון באיו"ש. הזכויות שייכות לממשלה, ואת זכויות המדינה בקרע חוות המפקח הצבאי לשמור, וכוכתו להלן לטובת האוכלוסייה וכפוף להובנה על הקניין הפרטי.

¹³¹ ישראל גלעד "התיקונית במרקען – קווים לריפורמה" משפטים יח 236, 177 (התשמ"ח) ("הסעיף – על פי לשונו – מדובר בקרע 'נטושה', היינו קראע 'מחלול'. קראע 'מחלול' היא קראע שהמדינה רשאית ליטול אותה חרזה לאחר שהוקצתה").

¹³² ע"א 85/49 בריינקר נ' בורשטיין, פ"ד ה"ש 306 (1951); בן-שמעש, לעל ה"ש 122, בעמ' 126. שם.¹³³

שאינה מאפשרת גביה מס-המעשר, ישולם מס שניי קבוע".¹³⁴ יש הראים בחקיקה זו משום ביטול של דין המחלול.¹³⁵

יתר על כן, מאוחר יותר ערכו הבריטים רפורמה בנוגע למיסוי הרוכש החקלאי וביטול שיטת המעשרות והחלפטו במס החקלאי קבוע.¹³⁶ בשל התפתחות זו לא היה עוד מקום לטענת הובלה. ואכן, למעשה זה מה שנה שאן נהגין לעמוד על דין המחלול. כפי שהסביר דוכן, "לפי תנאי הארץ לא השתמשה ממשלה המנדט בחוק זה".¹³⁷ בן שמש ציין כי "לא החואר ביום האפשרות, שיחול על קרקע מוברה דין טאבו ותחזר למדינה".¹³⁸ ויסמן הסביר בשיעוריו באמצע שנות ה-1960, על בסיס דבריו של בן שמש, כי "לא ידוע על מקרה שבו הופעל סעיף 68 לחוק" 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 לחוק "אינה בת-תקוף עוד".¹³⁹

אף זנברג מצין כי "דין המחלול התנוון כבר בשלבי התקופה העותמאנית".¹⁴⁰

נסכם אפוא את שני חלקי הדיון עד כה: דין המחלול שבסעיף 68 לחוק חל מלכתחילה אך ורק על קרקע שהוקצתה ונמסרה בשטר קושaan. ואולם, דין זה הפסיק לחול בשל החוק מ-1913, שנינו דין המס החקלאי, והפרקטייה רבת השנים בנדון.

בוחורה לעניין ברכאת: בפסק הדין נדונו מקריםין לא מוקצים. לפיכך לכואורה לא היה מקום להחלט דין המחלול כלל. אם היו המקריםין מוקצים באמצעות רכישת שטר קושאן, גם אז לא היה מקום להחלט דין המחלול נוכחה שקיומו של דין. אפילו אם היה מקום להחלתו, היה צריך לשקלול תחילתה קיומן של אמלות חוקיות לזמן זכותם לטוענים, ואם אין בכלל, הייתה נדרשת נקיטת פרוץדרה של מכירה בדמי הטאבו למזנחים או בהקצתה מחדש על דרך מכירה פומבית. אך בכך לא תם הדיון כפי שאראה להלן. אף כי רכישת קרקע מכוח חזקת שנים לפיסעיף 78 החלה במקור על קרקע בלבד בלבד, בפרקטייה התפתחה גרסה נוספת של דין רכישת זכות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות שלא בקרקע מחלול. גרסה זו עשויה להשיליך על תחולתו של דין המחלול בעניין מקריםין לא מוקצים, ולשלהה זו אפנה כתע.

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

¹³⁵ בע"א 400/60 אבו חנואיר נ' המועצה המקומית בمعالיה (3.7.1962) צוין כך: "ואם תמציא לומר שהוראות סעיף 68 אין יכולות עוד לדור בכפיפה אחת עם הוראות סעיף 5 לחוק העותמאני, בדבר החזקת נכס דלא נידי, המיסירות למעשה כל הגבלה בדבר השימוש באדמות מרי, אף אני אשיב שמדובר במקרה של סעיף 68 את פעולתו עוד זמן רב לפני שהחוק הוא חוק". פסק הדין מובה בספרו של אליהו כהן חתימשות והסדר במרקען (1984) 383, ומוכר אצל גלעד, לעיל ה"ש 264, ה"ש 236, ה"ש 131, בעמ' 1, 486, אשר ביטלה את פקודת פדין מעשרות, ע"ר 201.

¹³⁶ פקודת מס הרוכש החקלאי, 1935, ע"ר תוס' 1, בעמ' 35. דוכן, לעיל ה"ש 120, בעמ' 334.

¹³⁷ בן-شمיש, לעיל ה"ש 122, בעמ' 126.

¹³⁸ ויסמן רשיימות, לעיל ה"ש 119, בעמ' 35.

¹⁴⁰ ערך (איו"ש) 9-14/06 המונה על הרוכש הממשלתי והנטוש נ' חברת אהוד קהתי 3000 בע"מ, החלטות נבחנות של ועדות ערבים באיו"ש ב 336 (אלנון עורך) (6.8.2008). כן ראו חיים זנברג "雹ות התחשבות בחוקי קרקע החקלאית" המשפט ז 51, 45 (2002) ("במגרות התחלה של הסדר זכויות במרקען [...] ההחזקת והעיבוד חדלו להיות חשופים לסכנות 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 קושaan. ואף על מקרקעין שכן ניתן בעניינם קושaan הוא אינו חל עוד בשל ביטול דין המחלול. לנוכח מיתתו של דין המחלול, לכואורה אין ממש אפשרות למצוא קרקע מוקצתה שהיא קרקע מחלול שייהיא אפשר להחיל בעניינה את סעיף 78 לחוק. גלעד עמד על בעיה זו אך ציין כי לא פגש בפסקה בדברון עקרוני היקף התחוללה של סעיף 78 לחוק על קרקעות שלא הוקזו. עם זאת הוא סבר כי בפועל הורחב סעיף 78 לחוק לקרקעות מסווג זה (שאינם מוקצתו), ו"נראה כי הדעה הרווחת היא שסעיף 78 אכן חל על אדרמות 'MRI' שטרם הוקזו".¹⁴¹ אם כן, הפרטיקה היא שבמשך שנים נהוגים לראות בסעיף 78 לחוק מקור לרכישת זכויות במקרקעין שאינם מחלול, הינו גם במקרקעין שאין הוכחה כי הוקזו ונזנוח (אך אם כן יש דרישת להוכיח כי תחילת החזקה בקרקעין הייתה שלא על דרך הסגת גבול ומולוה במקור חוקי, סוגיה שאין באפשרות להרחב בה案).¹⁴²

משכך, עולה השאלה אם בעניינים של אותם המקרקעין שאינם נכנים לדין סעיף 78 לחוק ב"דרך הראשית", הינו לאחר שהוחל בעניינים דין המחלול של סעיף 68 לחוק, אלא בדרך המשנית, באמצעות הכרה בתחולתו סעיף 78 לחוק על מקרקעין לא מוקצתם, חל דין אנלוגי לויה שבסעיף 68 לחוק, הקובל את הנסיבות לזכות החזרה של המדינה כלפי מי שזנחה את החזקתו.

במילים אחרות, השאלה היא אם טענה לזכות לפי סעיף 78 לחוק על דרך הרחבה הפרטיטית בוגעת למקרקעין לא מוקצתם כפופה לסעיף 68 לחוק. כאמור, הקשר שקובע החוק בין שני הטעיפים הוא זה: לתהום תחולתו של סעיף 78 לחוק ניתן, לפי לשונו והקשרו, להיכנס רק אם מדובר בקרקע מחלול, ככלומר קרקע שהוקצתה והזכות בה פקעה לפי דין המחלול שבסעיף 68 לחוק ותנאיו. דין המחלול, אשר אינו חל במקורה המובהק לתחולתו על קרקע שהוקצתה – משום שהוא "הומת" לעיני ידי החוק על החזקת נדל"ן, שינוי את מעמדם של מקרקעי המרי, ועל ידי הרפורמה במיסוי החקלאי, אשר ביטלה את תכליתו של הטעיף לגבות מעשר – אינו יכול לחול, לפי דעתך, בעקבותיו או לפי היקש לסעיף 78 לחוק בעניין קרקע שלא הוקצתה במתגרת הרחבות תחולתו של סעיף 78 לחוק, גם על קרקעות לא מוקצתם. במילים אחרות, אם בהיקש עסקין, אין מנין להזכיר. יתר על כן, חמיחה קרקע בדרך הראשית של סעיף 78 לחוק, הינו על מקרקעי מחלול, אינו כפוך לסעיף 68 לחוק לפי לשונו של הטעיף. מכאן שהקביעה בעניין ברכאת שלפיה בקרקעMRI לא מוקצתה חל דין המחלול אינה נכונה, אך אין זה אומר שבעקבות תום הדיון. השאלה הבאה תחברך לשאלת הנכונה יותר לעניינו.

¹⁴¹ גלעד, לעיל ה"ש 131, בעמ' 236.

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

2. המועד הקובל לרכישת זכויות מכוח עיבוד והחזקת

(א) עד מתי יש לעמוד בתנאי סעיף 78 לחוק

בhaiuder תחוללה לדין המחולל, לא על קרקע שהוקצתה (בשל מיתתו של הדיין) ולא על קרקע שלא הוקצתה (בשל היuder תחוללה מלכתחילה למצב זה), השאלה החשובה יותר היא עד מתי על מי שעמד בתנאי סעיף 78 לחוק (כלומר מילא את תקופת השנים, טיב ההחזקקה והעיבוד, דרישת הישור והמקורו החוקי) להוציא ולקיים את התנאים, כלומר להוציא ולהחזיק ולעבד את הקרקע.¹⁴³

בעניין זה ניתן לתאר שלושה מועדים אפשריים המתווארים בסדר הפוך בזמן:

- (1) עד שמתיקים הליך הכירה בעניין המקורקיין, והקרקע נרשמה בשם בשמו.
- (2) עד מועד פתיחתו של הליך הכירה. כאן תעורר השאלה מה דין הליך שהתחמך והתארך.
- (3) משעה שעמד בתנאים המהווים הזכות מוקנית לו, ולכן אף אם במועד שבו תבע את הקרקע (או הוחל בעניינה הליך בירור) כבר לא החזק בה, היא עדין תירשם בשם (או תיחסב לפרטיה).

אין מי שיחולק כי בשעה שנרשמה הקרקע בשם של הטוען לזכות אין היא מותנית עוד בהמשך קיום תנאי סעיף 78 לחוק. יש המכנים כלל זה בשם עקרון "קדושת היישום", שימושו שהרישום מחייב את החזקה, והוא אף ביטוי לכך שלדין המחולל אין עוד חיים. אך האם גם אחד משני המועדים המוקדמים יותר די בו? התשובה טמונה דווקא בשילוב ביניהם. כפי שאראה להלן, לפי הדיין החל באזרו, המועד הקובל לצורך "גיבוש" הזכות הוא מועד פתיחתו של הליך הכירה וביחד ממועד הגשת תביעה במסגרת הליך הכירה, וכפוף לאמור להלן. הגשת התביעה עשויה להיות הגשת בקשה רישום ראשוני פרטנית או הגשת התביעה במסגרת הליך הסדר זכויות במקורקיין אם בחורה המדינה לקיים הליך זה. במועד זה מציג הטוען לזכות בקרקע דרישת נגד המדינה ובקשת ממנה להכיר במעמדו לפי סעיף 78 לחוק, ואם עמד בתנאים יש ליתן לו את שטר התאבו כפי בקשה. אם מעת הגשת התביעה חלים יעיכובים בהכרה בה אשר אינם חזקה של אשמו של התובע, אין העיכובים הללו פוגעים במעמדו של תובע הזכות, והם אינם מקימים לו חובות נוספות.

בטרם אפנה לדין זה, חשוב לציין כי לפי הפרקטיקה המקובלת באזרו, אף אם בתקופה שקדמה למועד פתיחת הליך הכירה (או ההכרזה) זנה המעביר את המקורקיין, אין הדבר פוגע בזכויותיו אם זנה אותם לתקופה של עד עשר שנים.¹⁴⁴ פרקטיקה זו נשענת על מדיניותה הרבה הנקראת פלייה אלבק, שעד מהלכה האזרחית בפרקיטות המדינה וגיבשה הימים של עוז'ד פלייה אלבק, שעד מהלכה האזרחית בפרקיטות המדינה וגיבשה את מדיניות המקורקיין באזרו בשנות השמונים של המאה העשורים. היא אף בבחינת אימוץ חלקי של פסק דין מנדורי העוסק בקרקע המצויה בהליני הסדר. בפסק דין זה טענו התובעים כי פקיד ההסדר סבר בטעות כי טענה הנסמכתה על סעיף 78 לחוק חייכת לכלול המשך עיבוד וצוף של

¹⁴³ שאלת זו רלוונטית כאמור גם להחיהת קרקע מחלול "בדרכ הראשית".

¹⁴⁴ ראו איל זמיר אדמות המדינה ביהודה והשומרון: סקירה משפטיות 24 (1985); לויין-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 11, בעמ' 321. כן רואו דבריו של עוז'ד דניאל קרמר, ששימש כאכח המגונה על הרוכש הממשלתי במשך שנים ובועות מאור, בעמ' 15 לפרטוקול הדיון מיום 10.8.2020 בעניין ברכתה, לעיל ה"ש 3.

הקרע אפילו אחרי השלמת התקופה שבה רכש את הזכות, הינו 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 שהחזק קרע מיר-מלחול במשך עשר שנים רצופות ועיבדה בהתאם לדרישת הס' 78, אינו חייב לעובד את הקרע עיבוד תמידי אחריו שרכש לעצמו את הזכות של 'אוזקופיה', ורשאי לדוש רישום הקרע על שמו בספרי האחוזה".¹⁴⁶ פסק דין ירושלים אחדים הביעו תמיכה ברעיון זה.¹⁴⁷ הפרטיקה הנוגעת באוצר, אם כי ניתן שחל בה שינוי בשנים האחרונות, היא כי כאשר המדינה מבצעת הכרזה על מקרקעין כרכוש ממשתי, היא נהגת לברור אם במועד ההכרזה יש עיבודים במרקעין, או היו עיבודים שנזנחו לפני עשור. בשני המקרים הללו הקרע מסогת כפרטית. פרטיקה זו תקפה גם להליך הכרה.

כעת אפנה לדzon בשאלת אם לאחר הגשת תביעה במסגרת הליך הכרה יש חובה להוסיף ולעבד את הקרע בתנאי לשימור זכות התובע בה.

(ב) **חובת עיבוד הקרע לאחר הגשת תביעה במסגרת הליך הכרה**
 מן האמור לעיל עולה כי על מנת להחכנס תחת כנפיו של סעיף 78 לחוק כדי שהווחב בפרקтика, ולזכות בזכות במרקעין מכוח עיבודם והחזקתם במשך עשר שנים בוציפות (ומילוי שאר התנאים), על התובע להוכיח בקרע ולעיבדה לתקופת הנדרשת בעת הגשת התביעה או עד לתקופה שקדמה לה. אך האם לאחר הגשת התביעה (או עד המועד הקובל hegashat hebivut) על התובע להוסיף ולהוכיח במרקען, או שמא זכות תביעתו תיפגע? לצורך דיוןנו יש שני הלייכי הכרה רלוונטיים, ומכאן שני מועדים שיש לבחון – מועד הגשת בקשה לרישום ראשוני לפי החוק וממועד הגשת תביעה במסגרת הליך הסדר זכויות במרקעין. אף על פי שהליך רישום ראשוני הם המתבצעים היום, אתמקד כאן דוקא בהגשת תביעה בהסדר, שכן היה שעד מה עלה הפרק בעניין ברכאת, וכן משום שהמאפיין את הליך ההסדר הוא שהוא נעשה ביוזמה של המדינה, ובאחריותה המלאה. המדינה בווחת מתי ואיפה להתחילה בהסדר, והוא האחראית לכך שהליך ההסדר הגיע ל نتيיו (לאחר מיצוי ההליך, פתוחה הרוח לתקופת תוציאו לפני בית המשפט). עם זאת אצין כי

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

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

¹⁴⁷ ראו ע"א 441/60 אל-דבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 1950 (1961); ע"א 314/61 אל-כאטיב נ' מדינת ישראל, פ"ד צו 197/84, 837, 839, 840 (1962); ע"א גנורי נ' רשות הפטות, פ"ד לנץ 294, 85, 4861/91 (1985); ע"א 447, 441 (1993).

על מנת להימנע מ מצב שבו תביעה שהוגשה במסגרת הליך של רישום ראשון ספורדי תעמוד כאמור לא קורמה בידי ש אין לה הופcin, והוקנעה בתקנות מ-2008 הסמוכות להורות על מהיקת תביעה שלא קורמה בידי מגישה.¹⁴⁸

חוק ההסדר הירدني משנת 1952 מ Woodward, על פי מטרתו המוצהרת, להסדיר את כל הבעיות והמחלוקות הקשורות בזכות שימוש או בזכות קניין כלשהו 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 שנוייה במחלוקת.¹⁵⁰ לפי החוק על הودעת ההסדר הנ מסורת לתושבים להבהיר שההליך עוסק בכל הזכויות, בין המוכרות לבין השנוויות במחלוקת.¹⁵¹ החוק מורה כי עם פרסום הודעתה ההסדר, ובתקופת הזמן שנקבעה בה להגשת התביעה, על כל מי שיש לו התביעה לזכות כאמור להגיש את התביעה למנהל או לפקיד ההסדר.¹⁵²

לכן כל הטוען לזכות בקרקעMRI לא רשומה מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות,¹⁵³ זכות שעדרין לא הוכחה, חייב להגיש את בקשתו לקבל שטר טابו כתביעת החלטה בהליך ההסדר. את תקופת הזמן הנחוצה לעניין סעיף 78 לחוק יש כlobber לקיים במועד הגשת הבקשה לרישום,¹⁵⁴ שכן במידע, ככל הנוגע להתוישנות, המועד הקובל הוא יום הגשת התביעה.¹⁵⁵ שם שאין לצורך התביעה להתוישנות לאחר הגשתה, כך יש לקיים את תקופת ההתוישנות הנדרשת קודם להגשת התביעה להתוישנות מהותית.¹⁵⁶

זהו היחס ההייררכי שבין חוק ההסדר לחוק הקרקעות.¹⁵⁷ זהה הקריאה ההרמוני של שני דברי החקיקה.¹⁵⁸ מי שטוען לקיומה של זכות להירשם במועד פרסום הודעת ההסדר חייב להגיש את התביעה בעניין זה בתקופת הזמן שנקבעה בהודעה. מי שלא עשה כן, תהיה הדריך חסומה בפניו לעשות כן לאחר מכון בשל סופיותו של ההחלטה.¹⁵⁹ מכאן שהמקור החוקי לחייב כי את זכותו

¹⁴⁸ תק' 11 לתקנות הרישום. תקנות אלה באו לתיקן את מצב הדברים שבא לידי ביטוי לדוגמה בגז'ר 7439/04 זר נ' אלוף פיקוד מרכז (נבו 2004.14.9), שם הוגשה בקשה לרישום מקרקעין בשנת 1992, אך לא החל חריזן בה גם 12 שנים לאחר מכן בשל אי-הגשת מסמכים מצד המבקש.

¹⁴⁹ ס' 2 לחוק ההסדר (הגדרת "הסדר קרקע 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 מזואת.

¹⁵⁴ עניין קהתי, לעיל ה"ש, 140, בעמ' 341 (אם אין בידי פלוני רישום של בעליו – "זוכה בה רק מכוח הכוחה עיבוד הקרקע והחזקת רציפים עבור בקשת הרישום").

¹⁵⁵ ע"א 602/82 אבו-ג'יע נ' מנדלבאום, פ"ד ל'ז (3) (1983).

¹⁵⁶ ראו ע"א 193/56 אל-קריא נ' אבו-חמוד, פ"ד י'א, 1267, 1268, 1269-ה-1269 (1957); ע"א 80/58 אל-טבאש נ' הייעץ המשפטי לממשלה, פ"ד י'ב, 2006 (2007).

¹⁵⁷ ולפ' ס' 28(10) לחוק ההסדר.

¹⁵⁸ השוו ע"א 501/83 המועצה המקומית ג'וליס נ' מדינת ישראל, פ"ד מ' (2) 131, 135-136 (1986); יהושע וייסמן חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969—מגמות ווישגים 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 טابו לפי סעיף זה.¹⁶⁰ בניגוד לדבריו של בית המשפט בעניין ברכאת, הגשת התביעה בהסדר אינה "נקיטה בהליך אדמיניסטרטיבי-ולונטרי פשוט כהגשת התביעה".¹⁶¹ מי שנocket את ההליך אין הפרט המגיש את התביעה אלא המדינה היוזמת את ההליך ההסדר. הגשת תזכיר התביעה אינה ולונטרית אלא מאולצת, שם לא כן יאבדו לאדם זכויותיו מכוח עקרון סופיות ההסדר. ההליך אינו אדמיניסטרטיבי כי אם הליך משפט איינקויזיטורי.¹⁶² התביעה אינה מתישנת כל עוד ההליך מתנהל.¹⁶³ הлик ההסדר מתנהל כמשפט תקף ככל העולם, כאשר קיומו של סכסוך מחייב את העברתו לדין לפני בית המשפט להסדר. ההליך מייצר מעשה בית-דין במובן החזק ביותר האפשרי בעולם הקניין.

יתר על כן, קביעת המועד להגשת התביעה בהסדר, קביעת המסורה למדינה בלבד, מעמידה חין בין שתי תקופות הזמן – זו שקדמה למועד וזו שלאחריה. טרם חלפה התקופה הקובעת לרכישת זכות החזקה וuibod במועד שבו יש להגיש את התביעה בסוגות ההסדר – לא יהיה המבקש להירשם כבעליים וכיילך, וכל תקופת החזקה שצבר תהיה ללא היותה. חלפה התקופה הקובעת – והתמלוא שאור התנאים – זכאי המבקש להירשם. ממועד השלמת ההסדר נתון להחלטתה הבלעדית של יוזמת ההליך – המדינה – וכפוף לקיומה של התדיינות משפטית אם קיימת, וכן הזכאות להירשם קיימת כל עוד ההליך תלו依 ועובד גם אם הוא נמשך זמן רב. כך מבטיחה המדינה כי במקומות שבהם נוצרו זכויות פרטיות אלה יירשו מחד גיסא, ואילו במקומות שבהם טרם נוצרו זכויות כאלה, לא תהיה עוד אפשרות ליעזרן, מאידך גיסא. בית המשפט מסכים בעניין ברכאת לקבל רק צד אחד של המשואה: המועד שבו נעצרת האפשרות לצבור את הזמן הדרוש, עבר הגשת התביעה, אך אין מוסכים לקבל זאת כshedevor בצד השני של המשואה, הכרה בכך שבמועד זה אין עוד דרישת החזק בקרקע. כלל לא שווה זה שאימץ בית המשפט בברכאת, שבו המדינה מרוויחה תמיד, אין לקבל. הוא מפר הוגנות בסיסית, הוא אינו מבוסס על הדין, והוא מפר את הנורמות המובלות זה העשרות רבעות של שנים.

ההנחה לחסור איזון קשה זה מצויה לשיטת בית המשפט בהתקנות של צו ההתליה, אשר עצר את הליכי ההסדר, ונתן לממשלה לפיקח את הכוח לא לסייעים, אך מבלתי שקבוע – כך לפי בית המשפט – כי זכויותיהם של התובעים שמורות להם ומוקפות למועד הגשת התביעה. פגיעה זו בזכותם של המעבדים למצוין זכויותיהם תוך זמן ראוי, ולשחרורם מה צורך להוטף ולעבד את

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

¹⁶¹ עניין ברכאת, לעיל ה"ש, 3, בפסק 52 לפסק דין של השופטת يولנרד.

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

ביום 15.8.1946 ואושרה לפני הורעה שפורסמה ביום 14.2.1947.

¹⁶³ ס' 1666 למגילה מגילה או מגילת אוחכם אל עדליה (קבץ-דיני-הצדק) (גד פרומקין מתרגם 1928) (להלן: המגיל).).

הקרע כתנאי להכרה בהם, התברורה רק בחלוף שנים רבות מקביעתו של צו ההתליה, לראשונה עם מתן פסק הדין בעניין ברכתא. אף על פי כן, קבעה השופטת וילנר כי ערכית ביקורת שיפוטית לצו שהוצא לפניו עשרה שנים אינה יכולה להיעשות בהליך הנוכחי.¹⁶⁴ בעוד שנדמה שכך בิกשה לסתום את הגולל על אפשרות תקיפותיו של הצו, במסגרת החלטתה לדוחות את הדיון הנוסף ציינה הנשיאה חיות כי הוואיל ונקבע שהעתירות אין האנסניה המתאימה להכריע בטענות הנוגעות לצו ההתליה, לא ניתן לומר כי נפסקה הלכה בהקשר זה.¹⁶⁵ ונΚודרה נוספה בהקשר זה: השופטת וילנר הדגישה כי צו ההתליה "לא מע מאייש להמשיך ולעבד את האדמה שהיתה בחזקתו החוקית. הבחירה בין החזקה ועיבוד לבין נטישה והובלה בידיו".¹⁶⁶ דברים אלה מתחעים ממש. הם עטופים בשפה של חופש הבחירה, ובכיוון רצון הפרט אך אין חוכם כברם: הבחירה לא להמשיך את הליכי ההסדר נעשתה על ידי המדינה הכבושה, והיא זו שהביאה לפגיעה שנוצרה בחלוף השנים בזכות המחזיקים; המחזק יכול היה לסייע על הקניין המוקנית לו במשפט הבין-לאומי וכדי להוכיח זכותם; ולבסוף, במסגרת ערד של תושבי הכפר מראשית שנות ה-80 נקבע כי אין לצו ההתליה כדי לפגוע בזכויותיהם של מחזיקים, אשר מוקפות למועד ההסדר, קביעה שהמחזיקים יכולים להסתמך עליו.¹⁶⁷

כאמור לעיל, קביעה המעוד להגשת התביעה בהסדר מעמידה חיז'ין בין שתי תקופות הזמן – זו שקדמה למועד זוז של אחריה. מבחן החיז'ין הכפול – הן עבר הן לעתיד – הוא כלל בסיסי ביותר של דיני ההסדר, והוא נכוון מעטה היולדת של פורוצדורות ההסדר בארץ ישראל המנדטורית בשנת 1928. כך פסקו בתיהם המשפט המנדטוריים וכך פעלו פקידי ההסדר. הפסיקה הנוגעת למקראקי מيري היא שהובאה לעיל, וממנה עולה כי באשר למי שצבר את תקופת הזמן הדרישה 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 עיקרונו דומה ניתן להוות בכל הנוגע לקרקעota המווארת.

עניין קרקעota המווארת נדון בפרשנת קריוקוריאן.¹⁶⁹ שם הוגשו תביעות במסגרת הליך ההסדר בשנת 1936, אך פקיד ההסדר בדק את מצב המקראקיין ורק בשנת 1941. הפקיד קבע את המועד הקובל לבירור שאלת החזיות הקרה למועד הגשת התביעה, בשנת 1936, אך על פי שלא היו לפני עדויות ישירות בדבר מצב המקראקיין באותה שנה. בית המשפט העליון המנדטורי קיביל גישה זו וקבע כי המועד הקובל הוא מועד הגשת התביעה בהסדר, גם אם יש קושי לעמוד עליו במידוקיק מתוך העדויות שבשיטה בשנת 1941:¹⁷⁰

¹⁶⁴ עניין ברכתא, לעיל ה"ש, 3, בפסק' 52 לפסק דעתה של השופטת וילנר.

¹⁶⁵ דנג'ץ ברכתא, לעיל ה"ש, 3, בפסק' 12 להחלטתה של הנשיאה חיות.

¹⁶⁶ עניין ברכתא, לעיל ה"ש, 3, בפסק' 52 לפסק דעתה של השופטת וילנר.

¹⁶⁷ ערד (איו"ש) 15/82 99 מוחשי כפר עאקב נ' המונה על הרכוש הממשלתי, פס' 6, המקראקיין באו"ש – פסיקת ועדות הערד (1984) (השופט אליתו כהן) (להלן: ערד כפר עאקב).

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

¹⁶⁹ CA 226/42 Krikorian v. A-G, 10 PLR 302, 305 (1943).

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 הבא¹⁷¹ נגע לקרקעות מואת היליך הסדר ולשאלה מהו המועד הקובל להחיה אתן. בית המשפט התייחס בפסק הדין לנסיון כושל להגשת בקשה לרישום שלא במסגרת הסדר זכויות שערכו התובעים בשנת 1921, אשר הפורצדורה שננקטה לשם כך הייתה לא נכונה, ולפיכך לא ראו בבקשתה כאילו הוגשה באותה המועד. בית המשפט הדגיש כי בהתחשב בכך שלא ננקטה הפורצדורה הנכונה לרישום, אין להתייחס למצב המקרקעין בשנת 1921 אלא בשנת 1936, אז הוגשה בבקשת הרישום במסגרת הליך ההסדר. מצוין העקרון שלפיו את ההחיה יש לקיים עד למועד שבו מוגשת בקשה לקובשן:

[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 שהקרקע שנפסקה לפני הגשת התביעה מזוכה בזכות שאינה ניתנת לעדרו, שכן יש להתחשב במצב הדברים "when the grant of a Kushan is

¹⁷³. considered by Government

במה שקיבל בית המשפט את קביעתו של פקיד ההסדר לפיה בעת בירור הtributary בשנת 1946 יש להתחשב במצב העיבוד בשנת 1936, המועד שבו הוגשו הtributary בהסדר. בית המשפט ציין כי לאחר הגשת התביעה אין לצפות מההתובעים 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 הבא המנדטורי, לעיל ה"ש 123, בעמ' 342.

¹⁷² שם.

¹⁷³ שם.

¹⁷⁴ שם, בעמ' 345.

בעקבות הנחיה בית המשפט המנדטורי חזר התקיק לפקיד ההסדר, ואת הערוור על החלטתו שמע בית המשפט העליון לאחר הקמת מדינת ישראל. עניין אל הbabב הדגש השופט אולשן כי "הבעיה היחידה שameda, אףא, לפני פקיד הסידור היתה, האם בשנת 1936 – כאשר הוגשה התביעה – היו הוכחות מספקות שהמעעררים החיו את כל השטחים שנדרשו על ידיהם בהתאם לדרישות החוק".¹⁷⁵ בהערת פסיקה שפורסמה על פסק הדין צוין כי דין הוא "שבדי לזכות ברישום צריך היה המחייב: [...]. בקיים את ההחיה עד לרישום הקrukע לשם, או לפחות עד להגשת אותה תביעה שבושא נרשמה הקrukע לשם".¹⁷⁶ ובדומה לה סיכם דוכן את פסק הדין: "הטעון עיבוד והחייב את קrukע מואת, צריך להמשיך את העיבור והחייב, בזמן שהוא מבקש רישום על שם".¹⁷⁷

אומנם פסקי דין אלה עסקו בשאלת המועד הקובל בזונגה להחייב מקרקעי מואת, אך ודאי שאין סטנדרט חמוץ יותר באשר למקרקעי המيري, הן לנוכח האמור עניין נאייף¹⁷⁸ והן מבחינה קל וחומר משום שבאשר לקrukע מירוי אין הפסקת עיבודה, ללא רישום, הופכת אותה חזקה לקrukע מטה כפי הדין בזונגה לקrukע מואת. אשר לקrukע המيري, המנגנון שבו מכיר החוק בזונגה לזמן רקע הוא שימור הזכות בידי הזונגה אגב חיזוקו בתשלום דמי התאבו (בדל אלמת'ל).

ואכן, בפסקה מאוחרת, שניתנה מטיב הדברים כבר לאחר הקמת מדינת ישראל, החל בבית המשפט העליון את הכלל שלפיו המועד הקובל הוא מועד הגשת התביעה בהסדר גם כמשמעותה בתביעה לזכות במקרקעי מירוי.

כך, עניין בדוראן, שהיה הליך של ההסדר, נפסק כי "הזהודה על ההסדר פורסמה בשנת 1952, והתקופה שהיתה אז קובעת, היא תקופת עשר השנים האחרונות בסעיף 78, החלה בשנת 1942".¹⁷⁹ עניין סיקלי,¹⁸⁰ שהיה גם הוא הליך של ההסדר, נדון ערוור על החלטת פקיד ההסדר מ-1946-1947 בזונגה למקרקעי מירוי בהסדר. הودעת ההסדר פורסמה ב-1942, והפקיד קבע שהחייבת החזקה בקרוקע משנת 1931 עד שנת 1942. השופט לנדיות התייחס לכלל שלפיו התרבע בהסדר, בעת בירורו הסכום, צריך להחזיק בקרוקע אם טענוויה היא מכוח התישנות, וקובע את "זמן הגשת התביעה של יורשי ג'אד בפני פקיד ההסדר" כמועד הקובל.¹⁸¹ עניין אל-באש, עוד הליך ההסדר, הבהיר השופט לנדיות כי "בירורו הסכום מתחילה בהגשת התביעה, ולפי עקרונות כללים מתגבשות זכויות בעלי הדין כרגע עם הגשת התביעה" גם במצב שבו "חלஇיחור רב מהגשת התביעה ועד לשמיית

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

¹⁷⁶ ק"ה "החייבת ארמה מטה הפלקליט ט(ד) (1953) 321, 320 (ההדגשה הוספה).

¹⁷⁷ דוכן, לעיל ה"ש 120, בעמ' .53.

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

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

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

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

העדויות".¹⁸² באותו המקרה הتبיעות הוגשו במסגרת ההסדר בשנת 1942, ההחזקה חדלה בשנת 1946, ומשמעות העדויות החלה רק בשנת 1961. השופט לנדיי חידד כי דבריו נכונים גם לאמור בעניין סיקלי הנ"ל. כך, לדבריו, יש להבחין בין חידלה החזקה לפני הגשת התביעה, אשר שוללת את כוחה של התביעה, לבין חידלה החזקה לאחר הגשת התביעה, אשר אינה שוללת את כוחה של התביעה.¹⁸³

בעניין דיאב,¹⁸⁴ שהיה אף הוא חלק של הסדר, הוגשה תזכורת תביעה בידי המערערים בשנת 1947, ואילו המדינה הגישה את תזכורת תביעה רק בשנת 1958. נפקד כי את התקופה הקובעת לעיבוד והחזקקה יש לקיים קודם לתקייתו של 1947, בלי להתייחס להגשת התביעה המדינה בשנת 1958. לפיה השופט כהן, "בעצם הגשת תביעה זאת קיבלו עליהם המערערים את עול החזקה כי החזקו ועיבדו את החלקה הנדונה בתקופה שהיתה קבועה או בחוק, ככלומר לפחות החל בשנת 1937; שהרי עלית תביעתם לפי סעיף 78 לא נולדה כלל אלא אחר עברו תקופת זו. לעניין זה אין העובדה שתביעה הממשלה הוגשה בשנת 1958, מעלה או מורידה".¹⁸⁵

בדומה לזה, בפסק דין שאותר רק לאחרונה בעניין פלאח דובר בהילכי הסדר בקרקע מيري שהחלו בשנות הארבעים של המאה העשרים, נתבעו בשנת 1944 בתזכיר התביעה, כאשרلوح הזכויות פורסם רק בשנת 1980.¹⁸⁶ בית המשפטקבע כי "אחד העקרונות שנטבלו על ידי בית משפט זה הוא, שבירור הסכום בהסדר הכספי מתחילה בהגשת התביעה, ולפי עקרונות כללים מתגבשות זכויות בעלי הדין כרגע עם הגשת התביעה".¹⁸⁷ הצגה שאלות לעד המומחה לפיענוח תצלומי אוורר אשר "התיחסו לאחוזי העיבוד הקודמים והחדשים במחובר" הייתה שגوية, שכן "גרמה לטשטוש העובדות הרלבנטיות שבחן ווק בהן תלי 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 בהילכי הסדר בקרקע מيري (בציפורி, כמו בעניין פלאח), שהחלו בשנות ה-1940, נתבעו בשנת 1946 בתזכיר התביעה, כאשרلوح הזכויות פורסם רק בשנת 1980.

בית המשפטקבע גם כאן:

[תצלומי האוורר] הרלוונטיים לעניינו הם אותם התצלומים שנערכו בשנת 1945.

כבר נקבע בע"א 62/83, 96, כי התצלומים הרלוונטיים הם אלה שנעשו במועד הקרוב ביותר לתאריך הגשת התביעה, שהרי בתאריך זה התגבשו זכויות המשיבים בקרקע. בעניינו, שנת 1946 היא המועד שבו התגבשו, לבארה, זכויות המשיבים בחלוקת הנتابעות, מושם שהו הם הגישו את זכורות

¹⁸² ע"א 391/62 אל-באש נ' חברה מדן כרמל בעמ', פ"ד יז 981, 998-ה (1963) (ההדגשה הוספה).

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

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

¹⁸⁵ שם, בעמ' 30-ו (השופט כהן).

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

¹⁸⁷ שם, בעמ' 9.

¹⁸⁸ שם, בעמ' 12 (ההדגשה הוספה).

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

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

אף על פי שדברים אלה ברורים ונוכחים, בפסק הדין בעניין ברכאת התעלמה השופטת וילנر מהפסקה המנדטורית שהוזגה בפנייה, וביחס לפסיקה הישראלית ציינה כי לא השתכנע מהניסיונו להיבנות מהם, שכן "במקרה האמור [עניין רחאל] כלל לא נתענה טענה הובלה ומילא תחולת סעיף 68 לאחר הגשת התביעה בהליך ההסדר לא נדון במסגרת פסק הדין".¹⁹⁰ אכן, תחולת סעיף 68 לחוק לא נדונה בפסק הדין בעניין רחאל. ומודע לא נדונה? משום שהלכה למשעה דין המחלול לא הוחל כלל על קרקע שמולא בעניינה התנאי של עיבוד והחזקקה לתקופה הקובעת ערב הגשת התביעה בהסדר. בית המשפט קבע שם, כמו גם בעניין פלאח, במפורש, כי אין דבר שיש בכוחו להעלות או להוריד בלבד מחלוקת העיבור בתקופה שקדמה להגשת תזכיר התביעה גם אם חלפו עשרות רבות של שנים לאחר מכן. על כן בחינת הזכויות אינה תלויה ב'מצב העיבור בשנים מאוחרות יותר'.¹⁹¹ במקרים אחרים, בית המשפט ברכאת אינו מוצא לנכון לomid תשובה לשאלת אם יש להחיל את דין המחלול מפסקה אשר הורתה במפורש כי אין להתחשב בעיבור אלא בתקופה שקדמה להגשת תזכיר התביעה. מכאן שקשה מאוד לקבל את עדתו. ודוק, בית המשפט בעניין ברכאת אינו מציבע על פסק דין אחד, מנדורי, ירدني או ישראלי, שבו נשללה תביעתו של מי שחדל לעמוד את הקרקע בתקופה שבין הגשת תזכיר התביעה למועד ההכרעה בה, ואף לי לא מוכר כל מקור שכזה. אם אכן כך, בית המשפט קבע למשעה דין מהותי שאין לו כל תקדים, וב밸 שקייעה זו נובעת מכיבוד הדין הקיים, וב밸 שהוא אף עולה בקנה אחד עם הפסקה הישראלית. לעומת זאת בתקופת המנדט, היה ודאי אינה מתקיימת באזור שבו אין נגבים מיסים חקלאיים וזה עשוות שנים. יתר על כן, אף לפי הדין המקורי "עונשו" של מי שלא עיבד והפיק תועלת בעלת ערך מיסוי אינו איבוד הזכות אלא החובה "לפצוות" את השלטון על אוכדן ההכנסות, באמצעות תשלומים דמי ה苍ابו, הבדל אלמתיל. לפיכך לשיטתו של בית המשפט בעניין ברכאת, נדמה כי במקרה של הסדר בקרקע שנזנחה לאחר תחילת הליך ההסדר הינו צריים לראות לוחות זכויות שבהם קובעים פקידי ההסדר כי זכותו של אדם לקרקע מותנית בתשלומים דמי ה苍ابו, אך נדמה כי הפרקטיקה אינה תומכת בשיטה זו, שכן תופעה כזו אינה נפוצה כלל.

חיזוק לדברים ניתן למצוא במכבת המנהל בפועל של מחלוקת הסדר הקרקעית המנדטורית למוציאר הראשי מיום 17 באוגוסט 1947 (הנוסח המלא מצורף כנספה). 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' עובן רחאל, פ"ד מ(4) 37, 29 (1986).

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

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

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

סעיף 78 לחוק הקרקעות, כאשר המחזיק בקרקע מיר במשך עשר שנים מודה שנטל החזקה ללא זכות; (ב) בהקשר של סעיף 103 לחוק הקרקעות, ולפי פקודת הקרקעות (МОוותה), 1921, כאשר המחזיק בקרקע מואת החיה את הקרקע ללא רשות, והחיהיה התחלתה לפני שנת 1921. כפי שציינתי לעיל, משמעתו של דין המחלול היא שהוא מכניס את הקרקע לדין "חוק טאבו". והינה, המנהל אינו מציין מ对照检查ם וזה אחד המקרים הרגילים שבهم דין זה חל בהסדר.¹⁹³

אשר על כן, נוכל לסקם. בעת הגשת התביעה בהסדר נבחנת השאלה אם נצורה תקופת התשישנות הדורשה לצורך סעיף 78 לחוק הקרקעות נכון למועד הגשת התביעה (או עד לתקופה שקדמה לה). להתחזיות שארעו לאחר הגשת התביעה – אין בדרך של חלוף זמן נוסף של החזקה ועיבוד מחד גיסא, והן בדרך של זונחת העיבוד מאידך גיסא – אין כל משקל בבחירה הזכות בהסדר. לא ניתן טענה שליפה נזנחה קרקע לאחר הגשת התביעה בהסדר, שכן למגיש התביעה הזכות לצפות שטענותו לקרע תתרור לפיה המסכת העובדתית שטרורה קודם להגשת התביעה. הגשת התביעה היא בבחינת "סימון" של טענה זכות אשר עד שלא התרה, משחררת את מגיש התביעה מהחובה להוסיף ולאחו בקרקע ולבודה.

(ג) מהותה של ההתלה

בעניין ברכאת טענה המדינה כי גם אם כלל יש מניעה מלהחיל את "דין המחלול" בקרקע שנتابעה בהסדר, מניעה זו הוסרה מכוחו של צו ההتلלה. השופט סולברג קיבל את הטענה וסביר כי חל סעיף 3(א) סיפא לצו הקובלע: "ולא תהיה נפקות לכל הוראה שבדין [...] [ה]מנועת, מתנה או מתלה הליך כל שהוא בענייני מקרקעין עקב מתן צו ההסדר", ואין עוד אפוא מנעה מלהחיל את דין המחלול.¹⁹⁴ אולם אף אם אין מניעה מלהחיל את דין המחלול, עדין נדרש לקיים את ההליך של "חוק טאבו", שכן לפי פרשנות זו סעיף 3(א) סיפא לצו מסיר את הנפקות מההוראה המונעת קיומו של הליך, אך אין בכך כדי לפטור מהצורך לקיומו.

בנוסף, גישתו של השופט סולברג מנוגדת לדעתה של ועדת העוררים הצבאית בעניין קהתי. שם קבעה הוועדה, מפי פרופ' חיים זנדברג, כי המוניה על הרשות הממלתיי "מושתק מלטעון טענת הוכחה השוואת את כל חייתה מהלכי ההסדר. יש לציין כי אילו היו הילכי ההסדר מתחמשיים לא היה העורר יכול להעלות במחאלם טענה הוכחה הנסמכת על הפסקת עיבוד החלקה לאחר הגשת התביעה בהסדר [...]. העורר אינו יכול להיבנות מהתלית הילכי ההסדר לזמן בלתי מוגבל".¹⁹⁵ אכן, דברים נכוחים, העומדים ביסוד החלטתה של הוועדה שם לפיה אין הוכחה בקרקע שבhilicy הסדר. אולם, שם נעצרו הילכי ההסדר בשלב שלلوح זכויות לא סופי, אך כפי שאטען להלן אין הבדל ולבנטו בין שני הלוחות.

¹⁹³ מכתב המנהל בפועל של מחלקה הסדר הקרקעות המנדטורי למזכיר הראשי (17.8.1947). המכתב עוסק בהצעת המנהל בפועל לתקן את פקודת חוק הקרקעות (בנוגע לדרך החישוב של דמי ההTEL אלטיל) לאור פסק הדין בעניין Dabbas, לעיל ה"ש 126. הוא מצוי בתיק מחלקה הקרקעות והמידות המנדטורי הганנו בארכיון המדינה (א"מ).

.4685/1-17.8.32-17.3.32, The Land Law Ordinance & Amendments.

¹⁹⁴ עניין ברכאת, לעיל ה"ש 3, בפסק דין של השופט סולברג (ההוגש הוספו).

¹⁹⁵ עניין קהתי, לעיל ה"ש 140.

זאת ועוד, לו הייתה משמעותו של צו ההתליה נתען על ידי המדינה, היה עליה לנ��וט פעולה מתריעה בפני התובעים בהסדר, העמידה אותם על הסכנה לאובדן זכותם. עניינו יכלו התושבים להסתמך על המדינה הפוכה. כך, בהחלטה קודמת של ועדת העיראים בוגע למרקעוי הכהר דנא נקבע במפורש כי אם מתבצעת הכרזה על אדמות מדינה, בוגע לתא שטח שהוחל בעניינו הסדר מקרקעין, יש לבחון את מצב המקרקעין כפי שהוא בעת הגשת התביעות להסדר, שכן זהו המועד להתחבשות הזכויות במקרקעין.¹⁹⁶ כך קבעה ועדת העיראים כי אם מעוניינים לבצע הכרזה על מקרקעין אלה של כפר עאקב, יש לבחון את המצב כפי שהיא קודם להגשת התביעה בתביעה של ועדת העיראים לא רק שלא נדחתה בידי ראש המנהל האזרחי, אלא גם בפועל נגרעו מההכרזה על הרכוש הממלתי כל אותם מקרקעין אשר ניכרו כמעובדים על פי צילומי האויר עבורפתיה הילך ההסדר. لكن תושבי האזור בכל ותوابי כפר עאקב בפרט, אשר עשוות משפחות מהם הגיעו את העור לפניה הגורם המוסמך, הסתמכו על הקביעה הנורומטטיבית של הוועדה, וחשוב לא פחות – על קבלתה של החלטה זו על ידי רשותות האזור – כי אין ממשמעות לנעשה לאחר

התחלת הליך ההסדר מבחינת טיב הזכויות במקרקעין ואופיין.¹⁹⁷

לשם השוואה, בעת הקמת מדינת ישראל חוות המושלה מצב שבו "תנאי מלחתה השחרור גרמו לנטיית קרקע על ידי בעליהן וublisherתן", כאשר "טובת המדינה דרשה גם לקיים ולהרחיב את הייצור החקלאי ולמנוע ניון מטעים ומתקני משק".¹⁹⁸ המדינה לא הגיבה לכך בניסיון ליטול חוותה בקרקע שהובירה בהפעלת דין המחולל המנוון. ההפך הגמור, לפי תקנות לשעת חירום התרעיה המדינה תחילתה בפני המחויקים שנזנו את הקרקע שעיליהם לשוב ולעבדה, ואם נמנעו מלהיענות לדרישת נטלה את החזקה בקרקע לתקופה מוגבלת בשלמה פיזי וכפוף לחובת נאמנות לפני הזונחים.¹⁹⁹ מכיוון אחר ניתן לומר כי המדינה כן החילה את דין המחולל אך ראתה במהלך המלחמה, גם לאחר שהסתימה, משום מקור אמתלה חוקי לאי-עיבוד הקרקע.²⁰⁰ מכאן שהדברים נוכנים ביותר שאורו הנตอน לתפיסה לוחמתית.

"אדמה מובהה" לפי הגדירה שם היא "אדמה הרואה לתחת יבול ואשר לדעת שר החקלאות היא עצובה ללא עיבוד".²⁰¹ החזקת האדמה בידי השר קצובה בזמן חמיש שנים, ובתום תקופת חזקתו [עליו] להחזיר אותה (עם המטעים) לבעליהם".²⁰² מכאן, על דרך ההשוויה, בבחינת אדרבה: לו היה בצו ההתליה כדי להביא להחלטת דין המחולל, הרי שהיא על המדינה להתריע על

¹⁹⁶ ערד כפר עאקב, לעיל ה"ש 167, בפט' 6 להחלטה.

¹⁹⁷ ראו הבקשה לקיום דין נוסף בדנגן"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 מובהרות), התש"ט–1948, ע"ר תוס' ב 3 (להלן: תקנות אדמות מובהרות).

²⁰⁰ ראו לעיל ה"ש 125 והטקסט הסמוך לה.

²⁰¹ תק' 1 לתקנות אדמות מובהרות.

²⁰² שם, תק' 20; ע"א 23/60 שיפ' נ' שר החקלאות והמומנה על אדמות מובהרות, פ"ד יד 1190, 1194 (1960). ראו גם משה דוכן דיני קרקע במדינת ישראל (מחודשה שנייה) – חוספה לשנים 1953–1963 (בעריכת אלה דוכן-לנדי, תשכ"ג).

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

מהי אפוא המשמעות של סעיף 3(א) לצו ההתליה? לפי חוק ההסדר הירדני, "בכל עת לאחר פרסום צו ההסדר ועד שיישולם ההסדר, תהיה לבית הדין להסדר הסמכות לחתן החלטה בדבר החזקה זמנית על כל קרקע או מים שצו ההסדר כלל אותם".²⁰³ מכאן נובע כי עד הליך ההסדר לא הוישלים, הערכאה המוסמכת לדון בסכוכוי החזקה בעניינו היא בית הדין להסדר. בדומה לזה, נקבע כי לא יתבצעו פעולות רישום בקרקע המצויה בהסדר.²⁰⁴ פני הדברים שונו נוכח צו ההתליה, הקובלע שני עקרונות חשובים: ראשית, בסעיף 3(א) רישא שלו קובלע הצו כי תוקפם של כל צו הסדר ושל כל הליך מכוחו יותלה, הינו ייעזר, לא ימשך, אך ישאר בתוקפו. לפיכך הוא אף קובלע בסעיף 3(ב) שלו כי הליך שהיה תלו依 ועומד לפני בית משפט לא יבוטל, אלא רשייב בית המשפט לדון בו מן השלב שבו מד, או מראשתו. בכך צו ההתליה דין וציפות על פעולות הממשלה הירדנית, כפי שהוא מחייב לעשות לפני דיני התפסה הלחומתית, וכפי שמקובל גם במסורת המקומית לשמרו על דין וציפות.

כפועל יוצא מעיקרונו זה מוסיף קובלע הצו את העיקרון השני, בסעיף 3(א) סיפה, 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, הלि�כי ההסדר הירדניים "לא בוטלו על-ידי המדינה, אך גם לא המשיכו בהם עוד".²⁰⁶ עם זאת, כפי שהסבירה המדינה, "ההסדר הירדני – אף שהוא רודם לעת-עתה – קיים וממשיך להתקיים".²⁰⁷ לפיכך אושדר תוקפם של מסמכים רשמיים ירדניים, ובכלל זה תוצרי ההסדר ושלבי הבניינים שלהם.²⁰⁸ בית המשפט ציין כי אישורו תוקפם

²⁰³ ס' 13(6) לחוק ההסדר.

²⁰⁴ ס' 3 לחוק הרישום.

²⁰⁵ לוי-שנור "הפרטה", לעיל ה"ש 83. בעקבות הבדיקה על אי-חדוש הליכי ההסדר שהושמעה שם וכן על ידי מעין נشر "בניה בalthי חוקית, סכסוכי דמים ונמי מיליארד שקל בשנה: מהחיר של העדר זכויות על הקרקעות במזרח ירושלים" מכון ירושלים למחקרים מדיניות (פרסום מס' 483, 2018), התקבלה החלטה 3790 של הממשלה ה-34-35 "צמיחה פורטת חברתיים כלכליים ופיתוח כלכלי במזרח ירושלים" (13.5.2018), במסגרת הוחלת להנחות את משרד המשפטים לבצע את הליכי הרישום וההסדר הנדרשים, וכן ככל הנימן לפני הוראות הפקודה, לפחות 50% מהקרקעין במזרח ירושלים יוסדרו לא יאוחר מהרביעון הריבעי של שנת 2021, ו-100% עד סוף שנת 2025.

²⁰⁶ בג"ץ 660/00 **חייבוני' מנהל אגף יישום והסדר מקרקעין** (נבו 28.5.2002).

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

²⁰⁸ ראו ס' 25 לחוק הסדרי משפט ומינוח [נוסח משולב], התשל"ל-1970; כת' 19 לתקנות הסדרי משפט ומינוח (רציפות הליכים אזהאים, אכיפה פסקים וככלה במסמכים), התשכ"ט-1968. כן ראו ח'ם (מחוזי ים) 1856/73 רצ'ק הילים אזהאים, אכיפה פסקים וככלה במסמכים).

²⁰⁹ יצחק נ' אבו חמدة, פ"ד תשל"ו(1) 477, 481 (1975); לוי-שנור "חוות דעת", לעיל ה"ש 83, בפס' 30-33.

של מסמכים, ובכלל זה האזומים, ההודעות, המודעות "ושאר הפעולות שנעשו בקשר להסדר קראקעות", מתאים "לעקרונות המשפט הבינלאומי הרואה בחיבור את רציפות הקיום של החוקים, היחסורים וזכויות הקניין הפרטי, שהיו קיימים בשטח שעבר משלטון לשלטון ערב החלפת השלטון"²⁰⁹ כמו כן במקומות שבהם כן חודשו הליכי ההסדר, הדבר נעשה "כמובן את מה שהוחל בתקופה הירידנית",²¹⁰ וכן כי בית המשפט מוסמך "להמשיך ולסיים" את ההליך.²¹¹ זאת ועוד, לפי העיקנון השני שבסו ההתלה, גם באשר למזרח ירושלים הוכר עם הזמן היצורן לאפשר שימושם משפטים בנוגע למרקען המצוויים בהסדר אשר הוכר בעניינים אלו מתחשף למעשה, וכך האיסור לעשות כן בסוג מפני המצוויות. עם זאת הבהיר כי תוצאת המשפטים אינה מחייבת את פקיד ההסדר אלא היא תקפה לכל היותר, וככלות בסוג ההליך, בנסיבות שבין הצדדים.²¹²

התלהה לפי צו התלה היא *suspension*. מקבילה טובה לה היא פקודת התמיישנות (אויבים ושבויי מלחמה) משנת 1946, שם נקבע דין דומה של התלה, וכך גם תרגום לעברית,²¹³ ולפיו אם בכל זמן לפני הפקעה של תקופת התמיישנות לפי כל חוק אדם שהוא צד הכרחי להליך היה אויב או מוחזק במדינת אויב, התקופה האמורה "shall be deemed not to have run".²¹⁴ בתרגום לעברית דין התקופה המשמעותו – "יראו בתקופה הנ"ל כאילו לא נשכה".²¹⁵

הפקודת חלה גם על הליכי שמיית תביעות לפני פקיד ההסדר.²¹⁶ אם וואים בתקופה כאילו לא נשכה, לא תיתכן הוכחה בראקע המזויה בהליך הסדר. הדברים אמורים גם אם מנהלים אותה קראקע הליכים אחרים, בכלל ובפרט, הכרזה על רכוש ממשתי, הליך שייתכן רק אם הראקע איננה רשומה בלוח התביעות על שמו של אחר שאינו מהמדינה, וכל הफחות בכפיפות למצב הדברים כפי שתועדר בלוח התביעות ללא התחשבות במה שאירע לאחר מכן.

לבסוף, חובתו העיקרית של המשיב בעניין מראקען באזרה היא לשמר ולכבד את קניין הפרט. הגנה על קניינים של תושבי האזור המוגנים היא חובה אקטיבית המוטלת עליו.²¹⁷ הכוח הנהל 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 ابو-נעג, לעיל ה"ש 155, בעמ' 283.

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

²¹² ראו עניין חיגאי, לעיל ה"ש 9368/10 ; רע"א 206/1.1.2011 (25.1.2011) (תיאור עמדתו של פקיד ההסדר). כן ראו את הדיון ההסכם אשר קיבל תוקף של פסק דין בע"א 10559/08 שרים נ' עזובן אלחווטני (4.5.2010).

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

²¹⁴ Limitation (Enemies and War Prisoners) Ordinance חוק התמיישנות, התשי"ח-1958, ראו דברי ההסבר להצעת חוק התמיישנות.

²¹⁵ ס' 3(1) לפקודת התמיישנות.

²¹⁶ action Limitation (Enemies and War Prisoners) Ordinance-Law הגדרת .(action Limitation (Enemies and War Prisoners) Ordinance-Law).

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

המפקח הצבאי. אם הממונה חפץ בהרחבת היקף שטחי הכרזה 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 לתחייתם הוואיל והוא בחרה שלא לעשות כן.

אם כן, קביעתו של השופט סולברג אינה מתיחסת עם לשון סעיף 3(א) סיפה לצו ההטלה; היא אינה מתיחסת עם ההוראות שבסעיף 3(א) רישא ו-3(ב) לצו; היא אף אינה מתיחסת עם תכליתו ועם האופן שבו אומצה למעשה הוראה לא כתובה דומה בנוגע למזרחה ירושלים. הסיפה של סעיף 3(א) לצו היא אשר מהווה את הבסיס לביצוע הלכתי הכרזה על רכוש ממשלתי על מקרקעין שכאלה, והיא אשר מהווה את הבסיס לאפשרות ביצוע רישום ראשון במרקען המצוירים בהליך הסדר אם סביר להניח שהליכים אלה לא יקומו בזמן סביר.²¹⁸ האותו לא. אם ניתן לטעון להוברת קרקע באשר להסדר שלא הושלם, כפי שתוענה המדינה, מדובר לא עטרה נגד החלטת ועדת העיריות בעניין קהתי?²¹⁹ מה לי לוח תביעות מה לילוח זכויות לא סופי, שכן הבחנה מהותית ביניהם לצורך צו ההטלה אין. אם יש לצו ההטלה, מגיעו של השופט סולברג, להפעיל דין מהותי שנדים, הרי שיש בו שינוי של הדין המהותי על-דרכּ קביעתו של כל פרוצדורלי, בניגוד לכל 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 ההובלה לעניין דין המחלול פוסק עם עriticת לוח זכויות לא סופי (השלב השני)".²²¹ ואולם שונאים הם פני הדברים כשמדובר בלוח תביעות, שהוא השלב הראשון בהסדר. השופטת וילנרד בิกשה להבחן בין לוח תביעות ללוח הזכויות הלא סופי, הבחנה שהייתה חשובה לה כנראה בשל המחויבות שרתה להעניק לפסק הדין בעניין קתי,²²² אך בלי שהיא עצמה נימקה מה טעם ראתה בה. לשיטתה, אין כל טעם להבחן בין הלוחות. המועד הקובל הוא מועד הגשת התביעה בהסדר. היעדר הנימה להבחנה בין הלוחות צורם. נוסף על כך, אני סבורה כי בית המשפט שגה בהבנתו את מהותו של לוח תביעות.

לשיטתה של השופטת וילנרד, שלב לוח תביעות הוא "שלב מקדמי אדמיניסטרטיבי, בגדירו נספות תביעותיהם של הטוענים לזכויות במרקען המוסדרים, ותביעות אלה מתחודדות ונרשומות על-גביו מסמך אחד. ואולם, בשל זה לא מתקיים בירור מהותי-משפטי בדבר קיום הזכויות ולא גערך כל סיכון בין תביעות מבוססות לבין תביעות שאין מבוססות".²²³ ולעומת

²¹⁸ ס' 3(א) לחוק הרישום.

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

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

²²¹ שם, בפס' 41 לפסק דיןה של השופטת וילנרד.

²²² עניין קתי, לעיל ה"ש, 140.

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

זאת "לאחר יצירת לוח התביעות, מגיע השלב השני בהסדר המקרעין: שלב עריכת לוח זכויות לא סופי. במסגרת שלב זה, מנהל הקרקעות והמידאות עורך בדיקה מעמיקה של התביעות הרשותות בלוח התביעות, ובתוך כך מבורר את כל הטענות השינויים בחלוקת וכן מבורר אם התביעות שהוגשו מגבשות זכויות קנייניות הרואיות להירשם במרשם המקרען לפי הדין המהותי".²²⁴ גם השופט סולברג ייחס משקל וnage לוח התביעות לציניו כי "הליך ההסדר בה הגיעו לשלב ראשוני, פרוץדרלי, ביורוקרטי, של לוח התביעות נכללו התביעות שהוגשו כולם – בהן גם אלו הסותרות, השינויים בחלוקת, הסתמיות, מכל הבא ליד [...] לוח התביעות, שהמידע שבו מספק ולוט בערפל, בטרם נעשתה בדיקה עמוקה ומדוקדקת".²²⁵

השופטה וילנר צינה כי העותרים חלקו על התיאור האמור וטענו, גם על בסיס חוות דעת מומחית שהגשתי, כי "במסגרת הליך ההסדר הירدني (להבדיל מההלך המנדטורי והישראלי), המנהל או הפקיד מטעמו היו מוסמכים לחקור כבר בשלב זה ולבורר את הבסיס להביעות. משכך, לטעניהם כבר בשלב זה נערך מעין בירור מקדמי באשר לבסיס המשפטי והעובדתי של התביעות אשר נכללו בלוח התביעות".²²⁶ ואולם, היא סקרה כי עדשה זו אינה מתיישבת עם "לשונו הברורה של סעיף 10 לחוק ההסדר הירدني, לפיו לוח התביעות יכולות את כל התביעות 'בין אם מוכרות או שנויות בחלוקת'" אשר עולה ממנה בבירור כי "לוח התביעות הוא מסמן אדמיניסטרטיבי-биורוקרטי, אשר כולל גם תביעות שנויות בחלוקת ובلتיה מבוססות, ולעתים אף תביעות סותרות, אשר מطبع הדברים, חלקו היו צפויות להידחות בהמשך ההליך".²²⁷

קשה להסכים עם החלטה זו. למעשה, עדמת העותרים מתיישבת בדיק על לשונו המפורשת של החוק, אשר קובע כי "כל האנשים הטעבים אחת מהזכויות הנזכרות [...] יגישו את תביעותיהם [...] תביעות אלה תחקרנה בפומבי", וכן כי "נטียมה חקירות התביעות, יערוך הפקיד הממונה רשיימה הנקרה לוח התביעות הכלולות את כל התביעות בין אם מוכרות ובין או שנויות בחלוקת ויגיש למנהל דוח על כל עניין השינוי בחלוקת".²²⁸

אכן, כפי שגם מייקל פישבק מתר בספרו את ההסדר הירני, אם במסגרת ההסדר אין מחלוקת בין טובעים, 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"

²²⁴ שם, בפסק' 36–37.

²²⁵ שם, בפסק' 3 לפסק דיןו של השופט סולברג.

²²⁶ שם, בפסק' 36 לפסק דיןה של השופטה וילנר.

²²⁷ שם.

²²⁸ ס' 7, 10 לחוק ההסדר, בהतאמה.

לערער לבית המשפט אחריו שהוכן לוח הזכויות הסופי המפרט את כל הtribuat על ידי מחלוקת הקrüwot בעמאן ונשלח בחזרה לכפר ולאתרים אחרים ופורסם לציבור.²²⁹

לפייך הקrüwot התיאוריות בדבר לוח הtribuat בראשימת מצאי של תיבועות ללא בירור אין נכונות. אכן, הדברים נכונים ככל הנראה להליך ההסדר המנדטורי, שבוצע לפי פקודת הקrüwot (סידור זכות הkanin) משנת 1928, כפי שתואר בידי חיים זנדברג וצוטט בפסק הדין.²³⁰ לפי סעיף 21 לאותה הפקודה, הפקיד המשדר יערוך לכל גוש קרקע רשות הtribuat שתיקרא "לוח הtribuat". לאחר פרסום לוח הtribuat הפקיד המשדר מתחילה בירור הtribuat הנוגדות, לפי סעיף 25 לפוקודת. החקירה מתבצעה בפומבי, כאמור בסעיף 27 לפוקודת. ולבסוף, לפי סעיף 31 לפוקודת, "משכלתה החקירה בתביעות לזכויות [...] יערוך הפקיד המשדר לוח זכויות". ואולם, הלוח הנערך בסיוםה של החקירה הפומבית מכונה בחוק הירדני "לוח הtribuat", בשונה מלה לוח הtribuat הטעני של פקודת ההסדר המנדטורי. לפייך מה שמכונה לוח הtribuat בחוק הירדני הוא שלב מתקדם מזה של לוח הtribuat המנדטורי, שכן הוא מבוסס על חקירה פומבית ולא קודם לעריכתה של חקירה כזאת. ללוח הtribuat משקל רב בהקשר הירדני גם משום שלפי החוק הירדני את ההתנגדויות ללוח הזכויות שומע בית הדין להסדר (ולא פקיד ההסדר כבמקרה המנדטורי), אשר אינו מצוי בפרטיו המקרעין מקרים. כגון בבדיקה השטח, שהיא המלאכה החשובה ביותר בהסדר המקרעין, נעשית בידי פקיד ההסדר, וסיכוןו הוא אשר בא לידי ביטוי בלוח הtribuat הירדני.

אם כן, לאחר שלמעשה לוח הtribuat הוא פועל יוצא של חקירה שאותה ייחס בית המשפט לשלב של לוח הזכויות הלא סופי, אין מנוס אלא להכיר בכך שڌicity המועד הרלוונטי להפסקת דין המחולל לפי שיטתו של בית המשפט לשלב לוח הזכויות הלא סופי שאין עימיו חקירה ובירור אשר כבר ה证实ו עוכר לגיבוש לוח הtribuat, אין לה כל הצדקה והוא בבדיקה פגיעה בקנין התושבים שזכויותיהם הtagבשו קודם לכניסת כוחות צה"ל לאזור, ועתה זכויותיהם נשלוות כך סתם.

במסגרת ההחלטה לדוחות את הבקשה לקיומם דין נוסף בעניין ברכאת,²³¹ ציינה הנשייה חיota כי פסק הדין הדגיש את הקrüwot לפיה לוח הtribuat כולל אף הtribuat סותרות, קrüwot אשר קיבלה ביטוי בפסיכה קודמת ובכלל זה בעניין מושא שם צוין כי לוח הtribuat "משקף את הtribuat של טוענים לזכויות למיניהם, ואין הוא ראייהחותכת לקיומן".²³² ואולם, השאלה אינה לוח הtribuat סותרות כל הtribuat סותרות. אכן, אם יש במקרה הן העשויות להופיע בו, על כך לא ניתן מחלוקת. השאלה היא אחרת: מהי הצדקה לעצירת מנין שנות הווהורה לעניין דין המחולל עם עריכת לוח הזכויות הלא סופי ולא עם עריכת לוח הtribuat? אם לוח הtribuat כולל הtribuat סותרות, אין זה אומר שהוא "מסמך אדמיניסטרטיבי-בירוקרטטי", 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 במקרעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל 217–218 (2000); עניין ברכאת, לעיל ה"ש, 3, פס' 36 לפסק דין של השופטת וילנרג.

²³¹ דג"ץ ברכאת, נעל ה"ש, 3, בפט' 9 להחלטתה של הנשייה חיota.

²³² בג"ץ 7292/14 מושא נ' שר הבטחון, פס' 9 לפסק דין של הנשייה נאוור (נבו 1.9.2016).

כפי שתואר לעיל. ואף אם הוא מסמך שכזה, אין זה אומר שלא ראוי לעצור את מנין שנות ההובלה עם ערכתו (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 הקובלע, היא הנקודה המכרעת. כך אף סבר השופט הצבאי מאיר ויגיסר שהחלטתו (במסגרת ועדת העוררים) היא זו שעילה הסתמכו בעניין מוסא, והוא אף זו שעדמה לדין בעניין ברכתה: "גיבשו של לוח זכויות לא סופי אינו תנאי לכך שמצב הזכויות ייכhn לפי מועד הגשת תביעות [...] אין חולק כי ההסדר באדרמות כפר עקם החל בשנת 1961 ועל כן זהה נקודת הייחוס לבחינת התיישנות הרוכשת".²³³

לסיכום, הצagiי בפרק זה ביקורת על פסק דיןו של בית המשפט בעניין ברכתה, שלפיה מי שעמד בתנאי סעיף 78 לחוק אך הפסיק לעמוד את הקרקע במשך שלוש שנים מאבד את זכותו לאלאר מכוח סעיף 68 לחוק. הראייתי כי סעיף 68 לחוק חל רק על מקרקעין שהוקצו, אך לא אלה הם פני הדברים בעניין ברכתה, ומכל מקום, כבר אין מחייבים דין זה זה עידן ועידניים. גם לו היו מחייבים אותו, משמעותם הדברים אינה ביטול הזכויות אלא כמפורט להלן ייש לעמוד על אמתלותיו החוקיות של הזונה ולהציג לו את הקרקע תוך תשלום דמי הטabo, ואם יסרב, להציג את הקרקע במכירה פומבית. הראייתי עוד כי סעיף 78 לחוק אינו חל, במקורו, אלא על מקרקעין בדיון מהלול, אולם הוא הורחב בפרקтика כדי שיחול גם על מקרקעין שאינם כללה שהוקצו בעבר ונזנחו. עמדתי על כך שהזכות להירשם ולהיות מוכר כבעל זכות לפי סעיף 78 לחוק מחייבת כי התובע יעמוד בתנאי הסעיף במועד הגשת בקשה לרישום או במועד הגשת תביעות במסגרת הלicityי ההסדר, או בתקופה שקדמה לכך, אך אין עליו להוסיף ולעמוד בנסיבות אלה לאחר הגשת תביעה. כך לפי הדין המושרש בפסקה ולפי הדין שהתקבע באזכור שניים הרובה לפניה פסק דין ברכתה. הראייתי גם כי התחלת הלicityי ההסדר באזורה אינה מפקיעה את תוקף הלicityי ההסדר ואינה מחייבת אותם לדין הזונחה, ומכל מקום דין המחלול אינו חל. לבסוף, הנכונות לקבל את לוח הזכויות הלא סופי בלבד כ"מקפיא" מבוססת על קביעעה שוגיה בעניין לוח תביעות, ולפיכך לא ניתן להצדיק קבלתו של זה ודוחיתו של זה. מכל הטעמים הללו אני סבורה כי פסק הדין בעניין ברכתה הוא שגוי. היקף ההשפעה של שגיאה זו תלוי, בין השאר, בשאלת אם יחוודשו הלicityי ההסדר, סוגיה שדנתה בה בפרק א. חידוש הלicityי ההסדר לפי כלל שגוי כזה עשוי אף ביתר שאת להביא לפגיעה קשה ואף הרסנית בזכויות בנייניות של תושבי האזור.

²³³ ערד (אי"ש) 56/13 קוגל נ' הממונה על הרכיש הממלתי והנטוש, פס' 82, 84 להחלטתו של השופט ויגיסר (ນבו).(28.7.2016)

ג. כללי הגנה על זכות במרקען באזר

1. כללי

לצד דינינו הקודמים בעניין הלכתי הקרה וככלី הקרה, יש להוסיף כי בתקופה האחרונה ניכרת בפועלות המשפטית של המדינה בנוגע למרקען באזר נטיה הולכת וగוברת לייצור דין נטילה פרטית מיוחדת למדינה. בכך נעשה שימוש מוטה בכלל הנטילה השלטונית לקידום אינטרסים אשר תרומותם לכלל הציבור הרלונטי מוטלת בספק. תחת חותם המדינה, שהיא אף חובה מוגברת באזר הנתן לתפיסה לוחמתית – לכבד את קניין האוכלוסייה המקומית ולהגן עליו²³⁴ – מתפתחת מגמה מסוכנת של השתלטות מכונה ושיטתיות באמצעות חוקים לכאורה על קניין מגן זה. שתי טקטיות משפטיותבולטות שמשו 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 שמקשים להשיגן.

הדברים באו לידי ביטוי בחקיקת החוק להסדרת ההתיישבות ביודה והשומרון, הקובלע קביעה כולנית, אם כי בתנאים מגבילים מסוימים, כי כל רוקע המשמש בפועל למטרות היישובות תופק להקלית זו אגב דיקלה קטגורית של קניין הבעלים הפרטיים לטובת האינטרס של ציבור פרטימס מסוג אוכלוסייה מסוימת (כאשר יחס הכוחות הפוליטיים בין שתי הקבוצות אינם שקולים לחלווטין).²³⁵ דין של חוק ההסדרה היה כאמור בטלות. כחולפה לחוק ביקש הייעץ המשפטי לממשלה לייצור דין תקנת השוק מיוחד לעסקאות שהממונה על הרכוש הממשלתי הוא צד להן, כדי שעסקאות אלה יייחנו מהגנה אף כאשר מתרור כי לא בדיון נערך.²³⁶ אומנם בפסק הדין בעניין חוק ההסדרה הדגישה בית המשפט כי אף כי יתרנן שיש בהסדרים אחרים שנדרנו משום מתן "מענה" לבעה שבא חוק ההסדרה לפטור, הוא אינו פסול את החוק בשל מבחן המידתיות השני, קיומו של אמצעי חלופי שפוגעתו בחותה. אחד מההסדרים שהוזכרו, היה סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף זה קובע כי "כל עסקה שנעשתה בהתאם ללב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה החשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמור בתקפה גם אם יוכחה שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי".

השעה לבחינותו של סעיף 5 לculo הגיעה עם מתן פסק הדין בעניין סאלחה, אשר דין בפרשנות סעיף 5 לculo וקבע כי יש לראות בו "מעין תקנת השוק" המחסנת עסקאות של הממונה עם הרכוש הממשלתי אף אם אין להו נוכנות.²³⁷ עובר ומתן פסק הדין הצעתי פרשנות לא קניינית לסעיף

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

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

²³⁶ טקטייקה נוספת על הפרק בעניין זאדה (להלן ה"ש 102), הייתה נטילה עצמאית-אורטונומית של החזקה יהודית בנכס המצרי בבעלות משותפת של יהודים ונוצרים שנכסייהם מונחים בידי הרכוש הנטוש תוך כדי פגיעה ניכרת הניאשת "סמןין של הפקעה" בבעליים הנוכחים ואגב הפרת חותם השמירה והנאמנתו של הממונה. ראו לוזן-שנור "עמונה", לעיל ה"ש, 100, בעמ' 47–57.

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

5 לצו ופרסמתי אותה באכטניה זו.²³⁸ מנגד הוצאה עמדתה של המדינה, אשר גובטה בידיagi
ויניצקי.²³⁹ בית המשפט קיבל רכיבים מסוימים מעמדתי, אך אימץ את מסקנותו של ויניצקי. לקרה
שלפניו החליט כי הגנת סעיף 5 לצו אינה חלה. היוזץ המשפטיא למשלה הגיע לקיים דין
נוסף בוגע לשניים מן המרכיבים – אמת המידה של תום הלב והחלתו התקנה על מקרעין
תפוסים²⁴⁰ – ואילו העותרים/המעורערים סברו בתשובותם לבקשת כי יש לקיים דין נוסף בוגע
לעצמם זיהויו של סעיף 5 לצו כמשמעותו. השופט עמית נurther לבקשת לקיים דין נוסף
והורה על קיומו.²⁴¹ פסק הדיין צפוי להינתן בידי הרכב של שבעה שופטים.²⁴²
לහן אציג את ביקורתו על פסק הדיין ואת העתמים שבשלם יש לדעתו לקבל את עמדתם של
העותרים/המעורערים. לא אחוור על הטענות שכבר הוציאו בעניין פרשנותו לצו, ואחמקד בኒסיוון
להבהיר את מה שאלוי היה לא ברור קודם לכן.²⁴³

²³⁸ לין-שנוו "לא תקנה", לעיל ה"ש 5.

²³⁹agi ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרשות הממלכתי ביודה ושותרין" משפטים נ 359 (2020).

²⁴⁰ בקשה לקיום דין נוסף מטעם היוזץ המשפטיא למשלה בדנ"א 6364/20 שר הביטחון י' סאלחה (11.9.2020).
דיוני כאן לא יטפל בנסיבות אלה מפאת מגבלות המקומות.

²⁴¹ החלטה בדנ"א 6364/20 שר הביטחון י' סאלחה (נבו 24.11.20). אני סבורת כי נוסח ההחלטה מגביל את בית
המשפט בעת דיונו בהרכב המורחב לבחינת מכלול היבטיו של סעיף 5 לצו, בשל לשון ההחלטה המודברת בבחינת
"אמתת המידה המשפטיאת לבחינת עקרון תום הלב המועגן בסעיף 5 לצו [...]. ובאופן יישומן ויישום יתר תנאי הסעיף
במקרה דנן", נוסח הרחוב דיו לכלול את מלאו היקפו של הדיון הנדרש. יתר על כן, מהות העיקרונות בסעיף 5 לצו
הוגדרה בפסק הדיין מושיא הדיין הנוסף כ"הגנה על אינטרס ההסתמכות" של מתקשרים עניין סאלחה, לעיל ה"ש, 2,
בפסק 35 לפסק דינה של נשיאת חירות, ובוחלת השופט עמידת הוגדר העיקרונות בסעיף נCKERON וום הלב
(שם). מהי הגנה זו? כלפי מי היא חלה? מהן תוכנותיה? מתי היא חלה? והאם היא חלה בנסיבות העניין? אלו
השאלות שבדין הנוסף, הן ולא אחרות. ראו בדומה ד"ג 7/81 פנידר, תבונה להשערות פתח בנין בעמ' י' קסטרו,
פ"ד ל' (4) 683–682, 673 (הנשייא שמגר); פ"ד ס' 701–700 (השופט (כתוארו אז ברק) (1983). כן ראו דנ"א 1099/13
מדינת ישראל י' ابو פריה, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 12.4.2015). כן סיוג היקף "הבעיה" לפי
סעיף 30 (ג) לחוק בתי המשפט אינו חופף את ניסוח השאלה בדי השופט שנותן את ההחלטה על קיום הדיון הנוסף
(עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2). כן ראו דנ"א 1595/06 עזובן ארידור י' עירית פתח חוקה, פ"ד ס' 58 פסק דינה
של המשנה לנשיאת (כתוארה אז) נאור (2013) (זוכת השופטים לא חלקו על הלגיטimitiy של מדחת המשנה לנשיאת
המרחיבה את ניסוח השאלה או לא הכריעו בכך, ראו שם, בפסק 2 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיוט, בפסק
1 לפסק דינה של השופטת ארבל, בפסק 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן); ג'אל מרזל "סעיף 18 לחוק
יסוד: השיפיטה – דין נוסף בדין הנוסף" ספר דורית בינייש 181, 263 (קון אזולאי ואח' עורכים 2018). מן הבדיקה
המהותית, לא ואוי שופט דין ייחיד, וללא הנמקה, יכול את תחומי הפעלה שייקול הדעת של חבריו להרכבת המורחיב
כאשר אין בכך כדי להסביר או להסביר על פעולתו של בית המשפט. עם זאת, במסגרת הדיון שהתקיים ביום
3.10.2021 סירב בית המשפט לאפשר לבא-כוו המשיבים לטען בוגע להיבטי הকניינים של סעיף 5 לצו.

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

²⁴³ עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפסק 36 לפסק דינה של נשיאת חירות.

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

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

אשר לשאלת הראונה קובע בית המשפט כי:

בהתהשับ בלשון הסעיף, בתקילת הצו ובמציאות באזרור, מקובל עלי כי ההסדר הקובל בסעיף 5 הוא הסדר של מעין תקנת השוק, בהבדלים המתחייבים מן המצב המשפטי הייחודי באזרור [...] 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 לעובדה שהזכות המוקנית מכך סעיף 5 לצו היא זמנית, ומורה לפקווע לכל המאוחר עם סיום התפיסה הלחומתית.²⁴⁵

בית המשפט הציג בפסק דיןו את העמדה שלפיה הנפקות המשפטית של סעיף 5 לצו "היא במישור היחסים החזויים שבין הממונה למתקשר עמו ולא במישור הקנייני".²⁴⁶ ככלומר, בהתקיים התנאים הקובעים בסעיף, תוסיף העסקהatum בתקופה בין הצדדים הישירים לה, אך לגישתם לא ניתן לדרש את אכיפתה בעין".²⁴⁷

אבייא כאן את עיקר הטענות שאני רואה בפסק הדין שיש בהם כדי להציג דחית הפרשנות הרואה בסעיף 5 לצו "מעין תקנת השוק" וחתת זאת הכרה בכוחו של סעיף 5 לצו במישור היחסים החזויים בין הממונה לבין המתקשר עמו, ובניהם בלבד. עמדתי שלפיה אין לסעיף 5 לצו נפקות קניינית כלליה, היינו נפקות ביחסים שבין הבעלים הנכון של המקרקעין לממונה על הרכוש הממשלה או מי שהתקשר עמו, נוענה על כמה רכיבים. לטענתי, חוות דעת הוות קיבלה מרכיבים עיקריים המונחים בסיס עמדה זו, אך היא נמנעה מלקבוע את המסקנה המשפטית הנובעת מהם, ובכך קבעה קביעה קשה שאינה יכולה לעמוד.

²⁴⁴ שם, בפסק' 27.

²⁴⁵ שם, בפסק' 37.

²⁴⁶ לויין-שנור "ללא תקנה", לעליל ה"ש, 5, בעמ' 349-352.

²⁴⁷ עניין סאלחה, לעיל ה"ש, 2, בפסק' 23 לפסק דיןה של הנשיאה חיota.

²⁴⁸ שם, בפסק' 36.

הרכיב הראשון – תקנת השוק היא פגיעה בקניין וחrieg לכלל
תקנת השוק במרקען היא חrieg לכלל שלפיו אין אדם יכול למכוור יותר ממה שיש לו, או כפי
שמובטא במגילה, "נפל העיר נופל גם הענף עימו".²⁴⁹ רכיב זה אינו שניי בחלוקת ומקובל
מקדמת דנא.

הרכיב השני – אין בדי המומי הסדר של תקנת השוק
הדין המומי באוצר ככל איןו מכיר בתקנת השוק במרקען.²⁵⁰ בית המשפט קיבל בעניין
סאלחה את הטענה זו.²⁵¹ המסקנה שצריכה לנבוע מחייבתו זו של בית המשפט היא כי סעיף 5
לצ'ו אינו קובע חרואה בניינית, בין שהיא שלילת זכות הבעלות ובין שהיא שלילת הזכות להחזיק
ולהשתמש במרקען לתקופה ארוכה (במקרה הנוכחי מדובר לכארה על הסכם הרשות שגרסתו
האחרונה היא משנת 1997 ול-49 שנים).²⁵² זאת, בשל קביעתו של בית המשפט העליון בעניין אל
נאור, עת נבחנה חוקיות הצו, ולפיה אין צו מס' 59 כדי לשנות את הדין המומי ולקובע זכויות
במרקען.²⁵³

בעניין אל נאור חלקו העותרים על סמכותה של ועדת העוררים לדון בשאלת אם רשות פלוני
הוא רשות ממשלי, כפי שנקבע בצו מס' 59. כפי טענהם, הדיין של באוצר לפני כניסה כוחות
צה"ל לתוכו ממשיך לחול בו, "וain המשיב הרשות רשי לשות את הדיין המומי". לבן טענו
כי "עצמם חקיקתם של צוים בדבר רשות ממשלי ובדבר כינויו של ועדת ערירים, ככל שהיא נוגעת
לעניין מקרקעים, היא בוגדר חריגה מן הסמכות, שהוקנחה למשיב על-פי כללי המשפט
הבינלאומי".²⁵⁴ בית המשפט דן בטענה, ובפסק דין, מפני הנשיא שmagor (שהAf עמד מאחורי ניסוח
הצו במסגרת תפקידי כפרקיט הצבאי הראשי), הסכים כי בידו להעביר את החקיקה תחת שbat
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 הרשות הציורית". ודוק, לשם על הרשות
הציבורי. לא לפגוע בקניין הפרט. זאת ועוד, בית המשפט הבahir כי "ain בצו הנ"ל כדי לשנות על
את הדיין המוהוטי", ועל כן: "אין יסוד לטענת העותרים, לפיה ביקש המשיב הרשות לשנות על
ידי חקיקתו [של] צו מס' 59 את דין המקרקעים, כפי שהם חלים באוצר, 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 הרשות. לאחר שאין
בצו מס' 59 משומשני של הדיין המומי, הרי מילא אין מקום לבחינתה של

²⁴⁹ ס' 50 למגילה, לעיל ה"ש 163.

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

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

²⁵² רונית לוזן-שנור "ain אהונות מדבורות ואין מלאכים בכרכמים: על פרשת 'מצפה כרמים': בעקבות ת"א (מחוזי י-ס) 29754-11-285 אנגל נ' סאלחה" "המשפט בرشת": זכויות אדם: מבוקי הארות פסיקה 13, 4, 86 (2018).

²⁵³ בג"ץ 285/81 אל נאור נ' מפקד יהודיה ישומון, פ"ד ל(1) (1982).

²⁵⁴ שם, בעמ' 703.

השאלה, שהוועתה על-ידי באת-כוות 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 במרקעים.²⁵⁵

עליה מכאן כי משעה שנקבע, לראשונה בפסק הדין, בבית המשפט כי העיקרון המנחה של הדין המהותי החל באזור הוא שכן בו תקנת השוק, אזי הוואיל ולפי הפסיקה הצו בדבר רכוש ממשתי 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.

הריבב השלישי – יש אילוצים לשינוי חקיקה הנובעים מהמשפט הבין-לאומי
הסמכות לשנות את חיקת האזור מוגבלת בכלל המשפט הבין-לאומי, ובهم החובות הנובעות מתקנות 43, 46 ו-55 לתקנות האג, וסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרבעית, 1949. בית המשפט קיבל את הטענה הזאת, והיא אינה שנואה במחלוות.²⁵⁶

יש שתי חובות עיקריות בקביעת דין חדש באזור (או שניי הדין המהותי החל). בית המשפט אישר את קיומן: ראשית, איסור על פגיעה בקניין התושבים המוגנים. כפי שנאמר: "על שניי הדין כאמור לעלות בקנה אחד עם החובות המוטלות על המפקד הצבאי לשומר על הסדר והחימם הציודים באזור ולהגן על זכויותיהם של התושבים המוגנים, ובפרט על זכות הקניין שלהם";²⁵⁷ שנית, איסור על חיקת המיטהה במלבד עם היישראים שבאזור או עם המדינה המחזיקה או מכריעה לטובת אלה: "سمכות זו אינה משותרת עד כדי העדפת הסדר המיטיב באופן בלעדיו עם התושבים הישראלים באזור או עם צרכי המדינה המחייב בשיטה תוך פגעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים".²⁵⁸

בדומה לזה וראו קביעת דעת הרוב בעניין חוק ההסדרה, שלפיה אף אם ניתן בגדירה של תקנה 43 לתקנות האג לשקל שיקולים הנוגעים לטובה האוכלוסייה הישראלית בכללותה, אין שיקולים אלה מתרים "הפקעה של מקרקעין פרטיים בעלות פלסטינית או במרקען שיש מי שטוען לזיקה קניונית בהם, וזאת לצורך הקמה והרחבה של יישובים ישראלים ולצורך זה בלבד".²⁵⁹ על קביעת פירושו של סעיף 5 לצו להיעשות כפוף לאיילוצים אלה. פירושו של הסעיף כקובע הסדר של תקנת השוק פוגע בקניין התושבים המוגנים, שכן זכותם הטובה נהדף, ובכך הוא מנוגד

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

²⁵⁶ עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפסק 34 לפסק דינה של הנשייה חיota.

²⁵⁷ שם.

²⁵⁸ שם, בפסק 32.

²⁵⁹ עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפסק 68 לפסק דינה של הנשייה חיota.

לאיסור הראשון.²⁶⁰ יתר על כן, פירוש זה ממשמעו אימוצאה של חקיקה המיטיבה בלבד עם היישרלים שבאזור או עם המדינה המזיקה ומכרעה לטובתם, בניגוד לאיסור השני.

בית המשפט קיבל למעשה טענה זו כאשר קבע כי "המציאות בשטח היא כי הרוב המכרייע של המקרקעין שהוכרזו כרכוש ממשלה" הוקזו לטובת ההתיישבות הישראלית באזורה [...] [הנתונים] מדברים بعد עצם וمعدים בבירור כי הרוב המכרייע של התושבים שיוכלו ליהנות מקומו של המגנון הקבוע בסעיף 5 לצזו בדבר רכוש ממשלה הם תושבי האזור הישראלים, תוך פגיעה בזכותם לקניין של התושבים הפלשתינים, שהם תושבים מוגנים על פי דיני התפיסה הולחמתית".²⁶¹ יש לחדר כי כולה מהנתונים שם, במילים "הרוב המכרייע" הכוונה למעשה היה כל": כ-0.2% בלבד הוקזו לתושבים פלשתינים, והשאר לישראלים.²⁶²

יודגש כי לצד הנאתם של תושבי הארץ הישראלים מהפירוש הקנייני לסעיף 5 לצזו, אף הממונה – רשות הארץ – נהנה מכך, שכן פירוש זה פוטר אותו מחייב פיצויו כלפי התושבים הישראלים, אם חלה עליו חובה צו.²⁶³ יתר על כן, הסדר כזה מאפשר למפקד הארץ לבטא העדפה לאוכלוסייה ה"קרובה יותר" לילבו. והוא אף הסדר פסול מסוג taxation without representation, שכן אלה העתידים להיפגע מן ההסדר הם דובוקא אלה אשר לא היה להם שום כוח להשפיע על עיצוב הדין, ואילו אלה העתידים ליהנות מההסדר הם אשר השפיעו ישירות על עיצובו.²⁶⁴

לפייך התייחסות אל סעיף 5 לצזו כהסדר שענינו תקנת השוק לא רק "עלתה שאלות מורכבות באשר להתאמתה בין הדין החל באזור לכללי המשפט הבינלאומי",²⁶⁵ אלא אף מנוגדת ישרות לכללים אלה, ולפייך קביעת בית המשפט היא קשה ומוקשה. קשייתה של ההלכה בעניין זה נובעת גם מכך שבית המשפט אינו מוצא את הדיון בשאלות המורכבות, כלשהו של בית המשפט, ואיןנו מណק מדויק מזמן פרשנות המתngaשת (ולו לכואורה) עם כלל המשפט הבין-לאומי.

בנושא קרייטית זו התייחסותו היחידה של בית המשפט היא כי "קשהים אלה אינם מצדיקים את ריקונו של הסעיף מתוכן עד כדי איונו כליל".²⁶⁶ ואולם, מדוע לא? אם קביעה כי סעיף 5 לצזו נפקות קניינית ממשמעה כי סעיף 5 לצזו עומדת בנגדו לכללי המשפט הבין-לאומי, ראוי לבטל הוראה זו בשל חריגתה מסמכות.

²⁶⁰ אך שבהסדר מסווג תקנת השוק גלומה "פגיעה חמורה בקניין", ראו עניין סאלחה, לעיל ה"ש, 2, בפסק דין של הנשייה חיota.

²⁶¹ שם, בפסק' 35.

²⁶² לתשובה המנהל האזרחי לבקשתה לפי חוק חופש המידיע מטעם התנוועה לחופש המידיע ושלום עכשוו, ראו "ADMOTOT המדינה בשתיים מוקזחות ליוזדים בלבד" שלום עכשוו (18.7.2018).

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

²⁶⁴ Megiddo & Benvenisti, לעיל ה"ש 110.

²⁶⁵ עניין סאלחה, לעיל ה"ש, 2, בפסק' 36 לפסק דין של הנשייה חיota. שם.

בבג"ץ אל נאזר אישר בית המשפט כי בכוחו להעביר תחת שפט ביקורתו حقיקה מתחיקת הביטחון. גם בעניין ابو עיטה²⁶⁷ נפסק כי בבית המשפט הכוח להעביר תחת שפט ביקורתו את حقיקת הביטחון ולבחון את התאמתה לנורמות של המשפט הבין-לאומי. אם الحقיקה אינה توامة את הנורמות, בידו להחרеб ולשלול את חוקיותה:

נותרת איפוא השאלה, אם הנגاة השינויים והחדשושים, היינו הנגתו של מס הבלתי המוסף [בתקוני חקיקה של המפקד הצבאי], توامة את כללי המשפט הבינלאומי המנהגי, לפיהם על מפקד צבאי לנוהג בשיטה ממשל צבאי [...]. מתחייבת עתה בדיקה של מירוח הסמכויות לפי הסימן האמור [סימן 43 לאמנת הаг 1907], כדי שניתן יהיה להסיק, אם המשיבים אכן לא חרגו ממה שנקבע בסימן 43 במידה המצדיקה התערבותונו [...]. לאור הסקירה המקייפה של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי בכלל ותקנות האג בפרט, לאור התפתחותם, פירושם והפרاكتיקה שהתחفتחה בעקבותיהם, לא בפרט, ולאו ראיינו מקום לשלול את חוקיותה של הדרך שננקטה.²⁶⁸

מכאן שהיה על בית המשפט לבחון אם אומנם הפרשנות הקניינית לסעיף 5 לçıו מתיישבת עם המשפט הבין-לאומי, ולבסוף קבעה ברורה המתבססת על "סקירה מקיפה של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי בכלל ותקנות האג בפרט, לאור התפתחותם, פירושם והפרاكتיקה שהתחفتחה בעקבותיהם" (כאמור במציאות לעיל). סקירה זו הייתה מעמידה את בית המשפט על המסקנה ההכרחית שלפיה שינוי הדין המקומי על דרך של יסוד תקנת השוק, שככל פועלה ביחסים שבין הממונה לבין המתישבים שאינם התושבים המוגנים על גב הקניין של התושבים המוגנים, אינו מתישב עם סמכויות החוקיקה לפי תקנה 43 ואינו מתישב עם החובה להגן על הקניין לפי תקנה 46 לתקנות האג (וסעיף 27 לאמנת זנבה).²⁶⁹ ודוק, אף אם אין בהסדר משום נטילת זכות הבעלות אלא נטילת הזכות להחזיק במרקען ולהשתמש בהם לשך תקופה ארוכה, יש בכך משום פגיעה קניינית: "זכות בעליות במרקען פרטימי, ככל שהיא קיימת ואף אם היא נשמרת, אין לה משמעות או כלכלית רבה אם ניתלים ממנה זכויות השימוש והחזקה ولو לתקופה המוגדרת כ'זמן' אך סופה אינו ידוע".²⁷⁰

יתר על כן, הסמכות לנחל את הרכוש הציבורי לפי תקנה 55 לתקנות האג אין בה להצדיק פגיעה בקניין הפרט. בשל העובדה כי החובה להגן על הקניין מקיים זכות אישית לנפגעים מהפרטה, בשל משקלן של זכויות האדם בכלל ובידי התחפיסה הלאומית בפרט, ובשל הנסיבות הטבעית של המשפט המינaily למשפט החוקתי, אין לראות בזכות (ואולי אף בצווך) של המפקד

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

²⁶⁸ שם, בעמ' 308, 324, 328, בהתאם. כן ראו לוי-שנור "עמונה", לעיל ה"ש 100, בעמ' 41, 46–47.

²⁶⁹ עד על החובה החיוונית והשלילית להגן על קניין האוכלוסייה הפלסטנית המוגנת, ראו עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפט' 39 לפסק דינה של הנשיאה חוויה.

²⁷⁰ שם, בפט' 103.

הצבי לנהל את הרכוש הממשלתי כמצדיק פגיעה בKENIN הפרט. אף בית המשפט הכיר בכך כאשר ציין כי על החובה לפי תקנה 55 חל עקרון-העל המעוגן בתקנה 43 לתקנות האג.²⁷¹ הימנוותו של בית המשפט מקיים דיוון בעניין ההתנגדות האמורה בין כללי המשפט הבין-לאומי לבין הפרשנות הקניינית לסעיף 5 לצזו היא אפוא קשה. כפי שטענתי בעבר, על מנת לבחון את התאמתה של תחיקת הביטחון למחויבות המשפט הבין-לאומי מתקבל להחיל את "מבחן ההדריות". מבחן זה עולה כי השוואת הפרשנות הקניינית לסעיף 5 לצזו עם הסדר תקנתה השוק החל בישראל מעלה שוננות רבה וחירגה. ראשית, בישראל אין תקנת השוק מיוחדת לעסקאות של רשות מקרא*י*ישראל.²⁷² שנית, כפי שעולה מפסק הדין בעניין חוק ההסדרה, יש תנאים מוכנים בסיסיים הסדריים של המשפט הישראלי המאפשרים פגיעה בזכות הקניין, אשר מוקומם נפקד מסעיף 5 לצזו:

מקרים של תנאים מוכנים נוספים הקבועים בדיין הישראלי ובדין האזרו, תנאים שבהעדום אין להסדרים אלה הצדקה. כך לדוגמה – דרישות התמורה, הלמת הרישום והדרישה להיות המקראין מוסדרים, המניות בסעיף 10 לחוק המקראין והמקובלות גם בתקנות שוק אחוות ברוחבי העולם, הן דרישות יסודיות המחייבות בחינה פרטנית של נסיבות כל מקרה ומקורה ובלעדיהן אין לומר כי המקרא נמנה עם אותן מקרים חריגים שבהם תקנה לאדם זכות אף שנפל פגם בהקנייתה.²⁷³

בית המשפט מתמודד בעניין סאלחה עם קושי זה, כשהוא מצין כי "כל 'תקנה שוק' יש לה מאפיינים מסוימים בהתאם ל'שוק', שאת התקנות המשפטיות הקוראות בו היא מיועדת להסדר. על כן, ובהתאם השוני בין האינטרסים הציבוריים עליהם מיעודות התקנות השונות להגן, אין כל הכרה שתתקנות שוק' תהיינה זהות זו זו בלשונן או בתנאייהן".²⁷⁴ ואולם, אף אם לכל תקנת השוק תנאייה שללה, מבחן ההדריות מהיבש שניינו חיקית האזרו יחבצע באופן התואם את הדיין החל בישראל. כאשר בדיין הישראלי אין תקנת השוק במקראין החלה על עסקאות של הממונה על נכסים הציבורי, וכאשר אין תקנת השוק במקראין החלה שלא לפני התנאים הנוקבים בסעיף 10 לחוק המקראין, לא ניתן לקבל את שינוי הדיין המוקומי על דרך אימוץ של פרשנות המכנית אליו דין תקנת השוק ייחודי וחירג אשר אינו משרת כלל את טובתם של תושבי האזרו המוגנים.

הריכיב הרביעי – יש כפיפות לדיני זכויות האדם ומהמשפט החוקתי
אימוץ של פרשנות שלפיה לסעיף 5 לצזו ממשמעות קניינית פסול מהטעמים שדיני זכויות האדם והמשפט החוקתי הישראלי, שנמנו גם בפסק הדין בעניין חוק ההסדרה על דעתם של רוב חברי המותב המוחחב, כוללים את איסור הפגיעה בשווין ובKENIN. בוגע לפגיעה בשווין יש להוסיף כי "הבחן לקיומה של פעולה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בთוצאה של מימוש הנורמה

²⁷¹ עניין סאלחה, לעיל ה"ש, 2, בפסק דיןה של הנשיאה חיות.

²⁷² ראו בהקשר זה ע"א 57720/15 וKENIN נ' ליבוביץ (ນבו 16.1.2017); ה"פ (מחוזי ח') 15-07-3958 וKENIN נ' ליבוביץ (ນבו 29.9.2015).

²⁷³ עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש, 1, בפסק דיןה של הנשיאה חיות.

²⁷⁴ עניין סאלחה, לעיל ה"ש, 2, בפסק דיןה 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 במצבות בעקבותיה.²⁷⁵ כפי שצווין שם, יש שוני בולט בין מצבים שונים של נטילה כפואה של מקרעין, הנוגע בתחום התחילה הפרטוני של ההסדרים: כפי שם היה, גם כאן לא ניתן להסכין עם מצב שבו – קבוצת הנזוקים אינה משתricht לחייבת הנחנים מעשה נטילת הזכויות, אף לא במובן הרחב. בנגוד למקרים אופייניים של נטילה שלטונית של זכויות במרקען, הנטול העוזר שבו נושאים בעלי הזכויות המקוריים בענייננו אינם מתקזז, איפוא, אל מול התועלת שתצמיח להם מן הנטילה או התועלת שתצמיח מנטילות עתידות.²⁷⁶

אומנם בניגוד לחוק ההסדרה סעיף 5 לצו לא חוק במחשבה על הכשרת פגיעה בKENIN הפרט של הפליטינים לשם הטבת מצבחה של ההתיישבות הישראלית, אך אין כל ספק כי היפויו החדש שנitin לו מأت היועץ המשפטי לממשלה לאחרונה ועוד לצורך זה בלבד.²⁷⁷ הדבר מרים נגד פרשנות זו את אותה הביקורת שהצדקה את ביטול חוק ההסדרה. במיוחד יש לציין כי ביום 15.2.2016 מינה ראש הממשלה "צוות מקצועי לגיבוש מתחווה להסדרה בנייה באיו"ש, "לצורך גיבוש מתחווה להסדרת מבנים ושכונותabis יهودים בהודה ושומרון שהוקמו תוך מעורבות של הרשותות".²⁷⁸ הוצאות קידם את פרשנותו של ד"ר חגי ויינציג לסעיף 5 לצו אשר עקרה יאומץ לימים בידי היועץ המשפטי לממשלה. חוות הדעת, שהיתה חלק מהדוח, נפתחת במילים האלה:

"התבקשתי ע"י צוות ההסדרה לסכם את [...] המלצותיו ביחס לאפשרות להסתמך על סעיף זה כפתרון לבעה של מבנים שנבנו על מקרקעין שקיים חשש שיש לאנשים פרטיים פלשתינים זכויות ביחס אליהם".²⁷⁹ כפי שמתאר עוזר היועץ המשפטי לממשלה, "על אף שסעיף זה מהוות חלק מתחיקת הבטחון באיו"ש מזה כמעט חמשה שנים, הרי שככל לא נעשה בו שימוש, כמעט במרקם נזירים וחריגים. בשנים האחרונות, שב וعلاה הצורך לעשות שימוש בהוראות הסעיף, במיוחד נוכח עבודת הוצאות לתיקום אדרמות המדינה (להלן: 'וצאות קו כחול'), אשר הביאה לכך ששטחים מבונים שלכתהילה נחשבו לאדרמות מדינה, נגרעו מתחומייהן של הרכבות ההיסטוריות על אדרמות מדינה.²⁸⁰ רק לאחר גיבוש עמדה זו שינה המנהל האזרחי את הגנתו בתיק סאלחה.²⁸¹

²⁷⁵ עניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפסק רינה של הנשייה חיota.

²⁷⁶ שם, בפסק' 104.

²⁷⁷ שם, בפסק' 88.

²⁷⁸ הוצאות המקצועית לגיבוש מתחווה להסדרה בנייה באיו"ש דוח מסכם (15.2.2018) .<https://bit.ly/3oJVIx>

²⁷⁹ ויינציג, לעיל ה"ש 239.

²⁸⁰ לשכת היועץ המשפטי לממשלה "סיכום דין – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשתי (יהודה והשומרון)" 1–2 (7.12.2016), המזכיר בKENIN סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפסק' 27 לפסק דין של הנשייה חיota.

²⁸¹ ראו סיכומים מטעם המנהל האזרחי בת"א (מחוזי ים) 29754-11-13 אנגל נ' סאלחה; עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, פסק דין של המשנה לנשייה מצלר.

אשר על כן, בחינת ההיסטוריה של גיבוש פרשנותו החדש של היועץ המשפטי לממשלה לסעיף 5 ל'זו מלמדת כי היא נועדה להתייב עם ההתיישבות הישראלית בלבד. אם בכב"ץ חוק ההסדרה היה בטיעמים אלה לשולח הquina מפורשת של הכנסת ישראל, ודאי שיש בהם כדי לשולח פרשנות אפשרית של תחיקת הביטחון שאינה עולה עימם בקנה אחד.

הרליב החמישי – הצגת פרשנות שאינה מוקנת את הסעיף מתוכן כאמור, על אף הקשיים בפרשנותו ש恰יע היועץ המשפטי לממשלה ביקש בית המשפט לאחزو בפרשנות שאינה מאיימת את הסעיף מתוכן. בית המשפט מצא את הפרשנות החלופית "בלתי ברורה", בציינו כי המערבים הביאו לתמייה בעמדתם את פסק הדין בעניין מהוצאות כפר גלעדי²⁸², אך לא ניתן להסיק מהם "פרשנות חوبכת כל הכללת את כל מגוון המקרים שלגביהם חל סעיף 5 ל'זו".²⁸³ אולם הטענה לא הייתה כי זה המובן היחיד שיש לסעיף 5 ל'זו, אלא הטענה שהובאה היא כי זהו סוג או טיב הכלל שבסעיף 5 ל'זו – כזה החל ביחסים שבין הצדדים להתקשרות. לפיכך אבקש להבהיר את עמדתי.

לסעיף 5 ל'זו נפקות ביחסים שבין הממונה למי שהתקשר עימיו, ובינם בלבד. לסעיף 5 ל'זו פועל כפול ביחסים שבין הצדדים לעסקה (אשר בשל סמכותו של הממונה, הכרה הוא כי זהו עסקת הרשות או שכירות מוגבלת בזמן) :ראשית, יש בסעיף 5 ל'זו להביא לדחיה טعنوت להשבה או טענות מסווג יוס טרצ'י (ius tertii) מצד מי שהתקשר עם הממונה וambilקש להשתחרר מ חובותיו כאשר התברר בדיעד כי המקרקעין אינם ממשתלים. מקרה מסווג זהណן בעניין מהוצאות כפר גלעדי ; שנית, יש בסעיף 5 ל'זו הוכיח את הממונה אשר אינו יכול עוד להוותיר את הקרקע בידי המתקשר עימיו לפצותו על חוכר היכולת לקיים ולאכוף בעין את התהיבויותיו. ניתן להסביר על כך אף משמעות שלישיית, ולפיה אם במועד מאוחר לכריתת החוזה הפך נכס לרשות ממשתיי אף שלא היה כזה "בשעת העסקה", תעמוד העסקה בתוקפה, הינו : ריפוי פגם בדרך של מעין הוראת השיר. נניח לדוגמה מצב שבו בעית העסקה טרם הופקעו מקרקעין, פעללה שהושלמה רק בשלב מאוחר יותר. האם יכול מי מהצדדים להשתחרר מן העסקה מן הטעם שבעת שנרכשה לא היו המקרקעין רכוש ממשתיי ? התשובה לכך היא בשילhouette, שכן אף אם לא היו רכוש ממשתיי "בשעת העסקה", הפיכתם לכאה לאחר כריתת העסקה מכשירה אותה בדיעד מכוח סעיף 5 ל'זו.

פרשנות זו מתיישבת עם הדיין המהותי החל באזרו הן מבחינת היעדר תקנת השוק כאמור לעיל, והן בכך שהיא מתיישבת עם ההלכה האנגלית של "שכירות מכוח השתק", ולפיה אף אם למשכיר אין נכות בנכס, השכירות בינו לבין השוכר תקפה גם אם אינה תקפה כלפי כל אדם אחר. וזה ביטוי לכלל של המשפט המקביל המכונה relativity of title. כך לדוגמה נאמר ב-Halsbury's Laws of England אין נכות בנכס "בשעת הענקה". שכירות זו תקפה בשל הסכמתו של השוכר, וכך הוא יוכל

²⁸² ע"א 4999/06 הממונה על הרשות הממשלתי והנטוש נ' מהוצאות כפר גלעדי – שותפות מוגבלת, פס' 13 (ນבו). (15.2.2009).

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

להתנער ממנה, אך תקופתה היא אך ורק בין הצדדים. עם זאת אין היא עומדת עוד לרעת השוכר אם הוא מפונה בידי "בעל הזכות העליונה" בנסכ:

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

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

בדומה לכך, במילון המשפט של אוקספורד נאמר כי השכירות מכוח השתק מחייבת את הצדדים לעסקה אך לא אחד אחר, וכן כי אם במועד מאוחר יותר המשכיר רוכש את הזכות בנסכ, 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 דאו HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND: LANDLORD AND TENANT ¶ 1–560 (5th ed. 2016);
²⁸⁵ 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 הוספה)).

²⁸⁶ דניאל פרידמן ונינה זלצמן "תקנת השוק והשפעתה על יחסיו מוכר-קונה" *עינוי משפט* ה 122, 132, ה"ש 50 (1976).

ע"א גוטשלק נ' שוויץ, פ"ד כו(2) 693, 687 (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 לסיע **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 כצד התאזרר רך בדיעד, לאחר כריתת העסקה.
מצב שני – כדי לשולח תביעת השבה של המתקשר עם הממונה אם מתברר (או נטען) בדיעד כי המקרקעין לא היו רכוש ממשלתי. כך היה בעניין **מחצבות כפר גלעדי**.²⁸⁸ השו לדוגמה את מצב הדברים בעניין **שני**, שם טען המבקש (התובע) כי יש להסביר לו דמי הרכירה שהילם לפי החזויים עם הממונה, שכן לטענתו המקרקעין אינם רכוש ממשלתי. בית המשפט המחויז לא קיבל בפסק הדין מושא בקשה רשות הערוור שנדחתה את הטענה העובדתית בונגוע לטיב הזכות במקרקעין. יתר על כן, הוא ציין כי אין התובע מבקש אלא “השבה חד צדדית. הווה אומר: מחד, ניצול חד צדדי של כל היתרונות שהזואה כזה מעניק למשיבים והתפרקותם מחיובם היחיד, תשלום דמי הרכירה.”²⁹⁰

מצב שלישי – כדי לחייב את המתקשר עם הממונה במידיו חיובו לפי החזואה, כגון השבת הנכס לידי הממונה לפי דרישתו או בתום תקופת החזואה (כפי שנקבע בחזואה), גם אם מתברר בדיעד כי המקרקעין לא היו רכוש ממשלתי. כך לדוגמה היה המצב בעניין **גוטשלק**,²⁹¹ שם הרכירה המערערת למשיב נכס שבדיעד החיבור כי לא הייתה לה זכות בו. העירייה שהנכס היה שלה שילמה למשיב “דמי לא ירחץ” לצורך פינוי מהנכס והוא מסרה לה. המערערתتابעה לממש שטרות שנעודו להבטחת החזורת הנכס לידי בתום השכירות. בית המשפט נדרש למקורות אנגליים (שטיים היה שנווי במחלוקה עם דעת המיעוט בנקודה אחרת) לשם הקביעה כי “התחייבות להחזורת 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 תביעת שהוגשה נגדו למסירת החזקה, וכי “אין להתחייבים אליהן מהפרת ההתחייבות כלפי המערערת, שהרי ההסכם בדבר הפיצויים נחתם מאחוריו גבוה גבה של המערערת בעקבות אי-ההודעה למשכירים הנדרשת כדיין.”²⁹³

מצב רביעי – כדי לחייב את הממונה לפצotta את מי שהתקשר עימיו, כפוף לאמור בחזואה, אם התרבר בדיעד כי המקרקעין אינם רכוש ממשלתי ואין בידו לקיים את חיובו. הממונה לא יהיה

²⁸⁷ *Tenancy by Estoppel*, A DICTIONARY OF LAW (6th ed., Jonathan Law eds., 2020), ²⁸⁷ ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 2676/69 **גוטשלק נ' שורץ**, 183 (נבו).
 (.15.7.1971).

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

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

²⁹⁰ ע"א (מחוזי י-ט) 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 מחייביו כלפי המתקשר עימו גם אם אין בידו לקיים את התחייבות למתן המקרקעין, וכך אם לא היה רשאי לעשות את העסקה מלכתחילה, וזאת כחריג לכלל "מעילה בת עוללה לא תצמה זכות תביעה".

מצב חמיישי – כדי להגן, באופן אובליגטורי בלבד, על מי שהתקשר עם אחר בהסתמך על עסקה שהמומנה כרת עם الآخر, כדי שהמומנה לא יוכל להטער מאחרותו הנזיקית או החוזית כלפי מי שהסתמך על התנהגותו אך ורק משום שהעסקה לא הייתה רכוש ממשתי באותה שעה.²⁹⁴ על מנת להבין את תרומתו של סעיף 5 לצו למצוות המשפט החל ביחסים שבין הצדדים לעסקה (המומנה והמתקשר עימיו) עליינו לתאר את הדין אשר היה אלילוא והתקן סעיף זה. במצב שבו מתברר בדיעד כי המקרקעין אינם שייכים לממונה, וכי הוא לא היה מוסמך לעשות בהם עסקה, היה הממונה (או המתקשר עימיו) עשוי לטעון כי החוזה אינו בתוקף בשל אי-חוקיותו. פסנות החוזה בשל אי-חוקיותו במצב של עסקה ברכושו של אדם אחר נובעת מסעיף 64 לחוק הפרוצדרה האזרחיות העות'מאני, שפפיו:

כל מינוי חוזים והתחייבויות שאין הם נחسبים לנמנעים בתוקף חוקים ותקנות מיוחדים, ושאים פוגעים במוסר הציבור ובסדר הכללי, ושאים מתנגדים לכללים ולהוראות שימוש בנדלן, בקרקעות, בכיספי הקדש, בירושה והעברה, ובמצב האישי כהכרשות הצדדים – נחسبים לנאותם ובנין ערך ביחס לצדים; אבל אם ההתקשרות היא ממה שאין להציגו, נזקקים לדרישת הביטול.²⁹⁵

יודגש כי הוראות המגילה בתחום דיני החוזים הספרטיפיים ביצירוף סעיפים מחוק הפרוצדרה האזרחיות, וסעיף 64 בכללם, "נשארו בתוקפם במשך כל תקופת המנדט".²⁹⁶ בכספי לשינויים, לדוגמא בעניין פיצויים מוסכמים שרוככו מכוח דיני הישור; או לגבי האופן בו יש לפרש את המונח "מוסר ציבורי".²⁹⁷ המגילה קובעת כללים בנוגע לחוזי מכור מקרקעין, ובهم הכלל של פיפוי רק למכירה בידי הבעלים או נציגו יש תוקף, והכלל "נעשה מכור על ידי מתערב, ונינתן לו אחר כך אישור מאת בעל הנכסים [...]. הרוי הוא תקף. לא ניתן האישור, המכורبطل".²⁹⁸

בא סעיף 5 לצו ואומר שאף על פי שהחוזה בין הממונה למתקשר עימיו נעשה שלא על פי הכללים, הרי שהוא נחسب לנאות ובן ערך "ביחס לצדים" (כאמור בסעיף 64 לחוק הפרוצדרה האזרחיות) ואין הוא פסול. אך זכותו של צד שלישית אינה מתחבלת מאליה מכוחו של סעיף 5 לצו. משמעותו של היות החוזה בן ערך ביחס לצדים והוא איננו פסול היא כי הצד הנפגע יכול לתבוע תרומות בשל הפרטו ובשל אי-האפשרות לבצע אותו אם מתרבר כי המקרקעין לא היו, וכך אין עתה, בוגדר רכוש ממשתי. אך תרומות אלה כוללות את תביעת האכיפה, שכן היא הפכה לבلتאי אפשרית נוכח התבירות הזכות הפרטית.

²⁹⁴ זאת, בהקללה לס' 13 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 וס' 18(א) לחוק המכור, התשכ"ח–1968, כפי שIOSBER להלן.

²⁹⁵ ס' 64 לחוק הפרוצדרה האזרחיות העות'מאני **קובץ החוקים העותמניים** (ההדגשות הוספה).

²⁹⁶ דניאל פרידמן ונילי כהן **חויזים** כרך א 124 (מהדורה שנייה 2018).

²⁹⁷ שם, עמ' 125.

²⁹⁸ ס' 365 ו-378 למגילה, בהתאם, לעיל ה"ש 163.

להבהיר הדברים ולהדגמתם ניתן להתבונן בהסדרים בעלי רצינול דומה בדיון הישראלי. למשל, בהקשר דומה של הדברים, גם אם שונה, ניתן להזכיר אל פסק דין שניית לאחרונה במרקחה בו נדונה עסקת מכירת זכות החריה במסגרת מימוש משכנתה, שנעשתה כחלק מהליך כניסה נכסים של בעל זכות החריה.²⁹⁹ עסקת המכירה בוצעה באמצעות בית המשפט, ולכן נהנתה מההגנה שבסעיף 34א לחוק המכר. לאחר מכן דרשה רשות מקראUi ישראל, בעלת הקרן, תשלום דמי החריה ודמי הסכמה שלא שולם בידי בעל הזכות המקורי, בתנאי להעברת זכות החריה על שם הרוכשת. בחווות דעתו של השופט גروسקובף הוצגה השאלה הזאת: "אם בכוחו של סעיף 34א לחוק המכר לא רך לMarco את הנכס מזכויות של צדדים שלישיים, אלא גם לשפר את הנכס גופו, כך שחלק מתנאי החריה (כגון זכות המחבר לבטל את הסכם החריה אם לא ישולם לו דמי החריה והחובה לשלם דמי הסכמה) לא יחולו ביחס לדרוש מכוון הנכסים?"³⁰⁰ על כן ניתנת התשובה הזאת: "עצם המכירה על ידי רשות אין בה כדי לMarco את הנכס מתנאי החריה, דהיינו לפגוע בזכויות שיש למחבר המהוות חלק מהנכס גופו". וכן, כי סעיף 34א לחוק המכר "אינו מפרק את הסכם החריה לא מהתחייביות צופות פני עתיד ולא מהתחייביות צופות פני עבר".³⁰¹ כאן נובע שכן כל העסקה – כאן עסקת רכישת החריה – עומדת בתקפה אין בה כדי לפגוע בזכותו של בעל הנכס. זהה זכות שאינה מתחבלת.

ובדומה לכך, בפרשא אחרית נפסק, מפי השופט עמית,³⁰² כי אף על פי עסקתMarco פטנט החוסה תחת סעיף 34א לחוק המכר חסינה בפני תיקפה, אין בכוחו של סעיף 34א לחוק כדי לחסן את הפטנט מפני טענות בנוגע לעצם תוקפו.³⁰³ כך, "פטנט שלכתהילה לא היה כשיר לרשום, לעולם היא חשוף לטענות התקופות את כשרותו, ואין בכוחה של תקנת השוק לרפא את הפגם שנפל בו".³⁰⁴

הבאת שני פסקי דין אלה שביהם נדונה תקנת השוק מפורשת של סעיף 34א לחוק המכר מטרתה להראות כי אין בהחשתה תוקף של עסקה (עסקת החריה,Marco פטנט) מכוח תקנת השוק כדי לחסן מפני חשיפה לתביעות של בעלי הזכות המבוקשים להעמיד את זכותם על מכונה. וכך בשאלת גם בעניינו. אף אם העסקה בין הצדדים לה – הממונה והמתקשר עימיו – עומדת בתוקפה, אין בכך כדי "לפגוע בזכויות" שיש לבאים הנכון, ואין בה כדי למנוע חשיפה "לטענות התקופות את כשרות[ה]" אם מלכתחילה לא היה אפשר לבצע את העסקה מסוימת ברכשו של אחר.³⁰⁵

²⁹⁹ ע"א 9838/16 רשות מקראUi ישראל נ' נהרו מעיליא בע"מ (נבו 14.1.2020).

³⁰⁰ שם, בפסק דין של השופט גROSKOPF.

³⁰¹ שם, בפסק' 17.

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

³⁰³ שם, בפסק' 33 לפסק דין של השופט עמית.

³⁰⁴ שם, בפסק' 26.

³⁰⁵ ראו בדומה לה רע"א 8574/13 לוי' עוזנן זנורי (נבו 28.1.2014), שם נקבע כי יצירת משכון נוסף בנגד המשכון המקורי הסכם המשכון המקורי מביאה לכך שהמשכון המקורי תקף כshedover בחייב עצמו והוא מלווה בביטולו.

היקש דומה נמצא בעניין הסדר החוזה למראית עין, הקובל כי "חוזה שנכורת למראית עין בלבד – בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלishi בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה".³⁰⁶ נניח את מצב הדברים הזה: רואבן הוא בעל נכס. שמעון ויהודה מתקשרים בחוזה למראית עין בונגע לנכסו של רואבן, מבלי ידיעתו של האחرون, ולפיו שמעון מוכר את הנכס ליהודה. בהסתמך על החוזה המוצע לו בין שמעון ליודה מתקשר לוי תם הלב בחוזה לרכישת הזכות (לכארוה) של יהודה בנכס. בדיעד מתברר כי החוזה שבין שמעון ליודה הוא למראית עין, ומכאן בטלתו. האם בתרומות שבין לוי לרואבן גובר לוי על לרואבן בכלל הסיפה של סעיף 13 לחוק? התשובה לכך היא לא. אין בסעיף 13 לחוק כדי להסביר לוי זכות קניינית הגוברת על זכותו של רואבן. כוחו של סעיף 13 לחוק הוא ביחסים שבין לוי, לשמעון ולהודה בלבד. מכוח הסיפה של סעיף 13 לחוק יש לloi זכות אובליגטורית נגד יהודה (אף על פי שהחוזה למראית עין בטל) אך אין לו זכות, לא אובליגטורית ולא קניינית, כלפי רואבן. אין בסיפה של סעיף 13 לחוק החזויים כדי להעניק לצד שלishi יותר משاهיה למתקשר עם זה שהתקשר עימיו. על כן לוי גובר על רואבן רק אם חלים תנאי תקנית השוק שנקבעו בדין אחר.³⁰⁷

וראו בהקשר זה פרשה אחרת מן העת האחרון, שם התקשו המערערים, בעלי דירה, בחוזה למראית עין עם צד ב, אשר הדירה הועברה על שמו, וכך בתקשר עם צד ג, המשיב, על הסכם אשראי שמכוחו נרשמה הערת אזהרה (וכן משכו).³⁰⁸ בית המשפט (השופט עמיית) דחה את טענותם של המערערים, בעלי הדירה כאמור, לאי-תקפות הסכם האשראי כלפיים וציין כי תרומותם של המערערים למצב הדברים מצדקה את התוצאה של סעיף 13 לחוק החזויים כלפיים: "וain隈ען ערערים אלא להלין על עצמן על כך שהתקשו בעיסקה פיקטיבית, מטרה לכוסות חובות שלהם, ובכך שמו מכשול בפני עיור וגורמו לצדדים תמי לב להיכשל".³⁰⁹ מכאן ניתן למלמוד כי רק כאשר בעל הנכס המקורי הוא אחד הצדדים לחוזה למראית עין, הרי שזכותו הקניינית תיפגע בשל הסתמכותו של צד שלישי.

אכן, אין בסיפה של סעיף 13 לחוק החזויים כדי לשנות את מערכ הזכויות הקנייניות ביחסים שבין מי שהתקשר בהסתמך על חוזה למראית עין לבין הבעלים הנכון שלא היה הצד לחוזה למראית עין. בהקבלה להקשרנו (בהקלה בלבד). אין מדובר בחוזה למראית עין ואף סעיף 13 לחוק לא חל: גם אם העסקה בין הממונה לבין המתקשר עימיו (צד ב') עומדת בתוקף לפי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשתי, 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 הצד לעסקה ולא תרם כהוא זה למצב הדברים של העסקה שנקשרה ברכושו.

³⁰⁶ ס' 13 לחוק החזויים (חלק כלל).

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

³⁰⁸ ע"א 8947/18 ליבמן נ' אס. ארא. אקווד בעמ' (נבו 4.3.2020).

³⁰⁹ שם, בפסק' 5 לפסק דיןו של השופט עמיית.

הקבלת נספה אפשר למצוא בנוגע להסדר שבחוק השילוחות³¹⁰ (והסדר דומה שבוחן החברות),³¹¹ הקובל כי "פעל אדם בחזקת שלוו של אחר בלי שהורשה לכך או בחיראה מהרשאותו, יכול אותו אחר, בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב), לאשר את הפעולה בדיעבד; ואישור בדיעבד – כהרשותה מלכתחילה, ובלבך שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום-לב ובתמורה לפניו האישור". האם יש בכך כדי להעניק ל"אדם אחר" זכות בלבד זו הנקבעת לפי דין הকונה? התשובה לכך היא לא. נקבע למשל כי במצב שבו פעל בעל למטרת דירה המצויה בבעלות משותפת עם אשתו, בלי שהיא אישרה את שליחותו לא מראש ולא בדיעבד, התחייבות של הבעל תקפה כלפי הוקונה אך מחייבת את הבעל בלבד ולא את אשתו: "שהרי אין פסול בכך שadam מתחייב למוכר נכס שאינו שלו, אלא שההתחייבות מוטלת על המתחייב ולא על בעל הנכס. כך גם במקרה דנן, 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 השילוחות (ובדומה: סעיף 12(ב) לחוק החברות) יש לפרש כזו הנוגע למי שנזהה כשלות, מי שהשליחות לכאורה הייתה לטובתו,ומי שהתקשר עימיו (הוא הצד השלישי), ואין בו כדי להיטיב עם צדדים נוספים, כגון מי שהתקשר בעסקה אחרת עם הצד השלישי, שב unininos "לכל יותר [...] אפשר וקמה להם עיליה" נגד מי שמכר להם "על כך שיתכנן ולא גילו להם את דבר העiska הראשונה".³¹³ וכן רואו שם דבריה של השופטת ברק-ארז, כי סעיף 12 לחוק החברות "אכן מסיג את אימוצו של ההסכם בהגנה על צד שלישי" שנתן תום לב ותמורה, אך צודק חבירי כי הדברים אמרוים בבעל דברו של היזם [...] במלחמות אחרות, אין מדובר בהסדר המשנה מדיני העסקיות הנוגדות, אלא בcosa שמשתלב בהם".³¹⁴ הינו, שוב, אין בהסדר הנוגע לתקיפות עסקה בין שני צדדים כדי לקבוע דבר בכל הנוגע לקנייניות העסקה בגין היחס לבעל הזכות הנכון שלא היה הצד לה.

לענינו, התחייבות של הממונה כלפי מי שהתקשר עימיו עשויה להיות תקפה – שכן מכוח סעיף 5 dazu 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 המכרכ הקובעת כי "הモוכר חייב למסור את המכרכ כשהוא נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרה של צד שלישי".³¹⁵ האם משמעות הדבר היא כי הוקונה גובר על הצד השלישי כאשר המכרכ מפר את חיובו? התשובה כמובן היא לאו. 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 הסדר מפורש של תקנת השוק. עצם ההכרה בתקפותה ואי-פסילתתה של עסקה שעשה הממונה אין

³¹⁰ ס' 6(א) לחוק השילוחות, התשל"ה-1965.

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

³¹² ע"א 541/74 פרומנטקי נ' סנדרוב, פ"ד כת(2) 253, 258-259 א (1975) (השופט קיסטר).

³¹³ ע"א 8559/15 עבאס נ' מפליל החנור בע"מ, פס' 38 לפסק דין של המשנה לנשייה מלצר (ນבו 27.5.2018).

³¹⁴ שם, פסק דיןה של השופטת ברק-ארז.

³¹⁵ ס' 18(א) לחוק המכרכ.

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

הרכיב השישי – התיחשות למעמד הבעלים הנכון בתקנות שוק آخرות
הפרשנות החוזית המוצעת במאמר זה מסתמכת גם על כך שבהסדרי תקנת שוק אחרים ניתן לאחר בלשון ההוראה הקובעת תקנת השוק קניינית יסוד לשוני המבהיר כי חוללת ההגנה על הצד השלישי. לשונם של הסדרים אחרים מעידה על מוקומו של הצד השלישי במשווה.³¹⁶

הרכיב השביעי – שלילת הקבלה למנגנון שבחוק נכסים נפקדים
אחת הטענות העיקריות שהעללה היוזץ המשפטי לממשלה בתמיכה לפרשנותו היהת הדמיון הנחזה בין סעיף 5 לבין הסדרים אחרים בחיקת הישראליות שבעניינים נקבעה לכואורה נפקות קניינית, וביחד סעיף 17(א) לחוק נכסים נפקדים.³¹⁷ בית המשפט ציין שהוא נמנע "מלקבוע מסמורות בדבר הדמיון המהותי"³¹⁸ בין ההסדרים, אך הוא נמנע מלחתיקם להסבירים שהוצעו לו מדוע הקבלה הזה, שאויה אימץ היוזץ המשפטי לממשלה בעמדתו, אינה רלוונטית לעניינו.³¹⁹ אכן, זהו לכואורה האתגר הגדול ביותר מבחן פרשנותי לסעיף 5 עצמו. הרי אם הוראה דומה פורשה כבעלט כוח של תקנת השוק קניינית, מדוע לא תפזר הוראה זו כך? יש שני הסבירים עיקריים לכך שאין מדובר בגזירה שווה.

הסבר ראשוני – פרשנות היא עניין קונטקטואלי, וכך יתכן כי הוראות חוק בעליות ניסוח דומה יפורשו כל אחת אחרת בהקשרים שונים. כך בעייר כאשר אין מדובר אף לצורך בפרשנות הרמנונית, שכן תחיקת הביטחון אינה חלק מהמשפט הישראלי. מדובר בשתי מערכות נורמטטיביות שונות לחלווטין. לפיכך הפרשנות שנינתה להוראות חוק ישראלי בעלות נוסח דומה (וראו להלן אם אומנם כך) להוראה שנקבעה בתחום הביטחון אינה ניתנת להחלה על המצב המשפטי המיוחד באוצר בשים לב דין המהותי החל בו. כאמור, את הדיין החל באוצר אין לשנות אלא כפוף לאליזמים ברורים אשר פורטו לעיל. זאת ועוד, אימוץ הפרשנות כמכובש אף אינה יכולה לעמוד בשים לב לכך שככל תכליתה היא אך ורק להטיב עם עניינה של קבוצת המתישבים הישראלית על חשבון עניינה של קבוצת התושבים המוגנים.

גם יש לזכור כי פרשנותו של ההסדר בחוק נכסים נפקדים נקבעה לפני עשרות שנים, כבר בשנות החמישים של המאה העשרים, אך אין זה נכון לפרשנותו של סעיף 5 עצמו. הקניית משמעות בעית הזה למצו חיבת להיעשות כפוף לנורמות המקובלות ביום, 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 לדיוונו לעיל בטקסט הסמן לה"ש 298–311, לגבי ס' 13 לחוק החווים (חלק כלל), ס' 6(א) לחוק השויות, ס' 12 לחוק החברות, ו-ס' 18(א) לחוק המכרכ.

³¹⁷ ראו ס' 17(א) לחוק נכסים נפקדים, התש"י–1950; ס' 10 לחוק נכסים גרמניים, התש"י–1950; ס' 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח–1978.

³¹⁸ עניין סאלחה, לעיל ה"ש 2, בפסק 30 לפסק דיןה של הנשייה חיota.

³¹⁹ ראו גם ויניצקי, לעיל ה"ש 239, 373, בעמ' 374–373.

הקניין, ערכה של הזכות לשוויון ואיסור הפליה ועוד. ניתן לומר כי הפרשנות לחוק נכסים נפקדים "קפאה על שמריה",³²⁰ שכן עוצבה בתקופה שטרם התקבשו בה הנורמות החוקתיות ואלה המבוססות בדייני זכויות האדם המקבילות כוים, לא כך באשר לסעיף 5 לצו, אשר פרשנותו מתגבשת בעת הדו ממש ועל כן חייבת להיות כפופה לתפישות הנורמות ה חוקתיות. הוואיל והפרשנות הקשה והפוגענית לא אומצה, או "אוזרחה", קודם לאיומין הנורמות ה חוקתיות, אין מקום לאמצע 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 – נושן של ההוראות שאיליהן מבקשים להשווות שונה מהותית. אם נתמקד תחילתה בהסדר שבחוק נכסים נפקדים, שהוא המקבילה העיקרי שבקש היועץ המשפטיא לממשלה להעמיד, יוכל לראותו שלישה הבדלים עיקריים: ראשית, העסקות שעורך הממונה איןן עסקאות מכיר בעלות אלא עסקאות של טיבן הוא שמירה על גוף הנכס והפקת פירות ממנו לפי כללי המשפט הבין-לאומי; שנית, לצדיו של סעיף 17(א) לחוק נכסים 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 מגנון ביקורת שיפוטית".³²² לעומת זאת סעיף 5 לצו אינו כולל מגנון השבת נכס או את תמורתו המקורי למabit' 18 וכן "אין בו מגנון פרוצדורלי דומה המאפשר ביקורת חייזנית – שיפוטית או אחרת – הבודנת את התקיימות התנאים להדיפת זכותו של הבעלים המקורי בנכס והקנייתה לרוכש המאוחר".³²³

מכאן לפי קביעתו של בית המשפט, יש שני מהותי של ממש בין סעיף 5 לצו לבין ההסדר של חוק נכסים נפקדים אשר מבקשים למלוד ממו גזרה שווה. למעשה, כוונתו המתווארת של היועץ המשפטיא לממשלה בפסק הדין – להביא הצעות שונות שיש בהן כדי להשווות בין ההסדרים "להכרעת הדרוג המדיני" – מעידה שההסדר כפי שהוא אינו יכול לעמוד.³²⁴

³²⁰ בהשלה מדברי השופט דנציגר בע"א 4067/07 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פס' 35 לפסק דין (נבו 3.1.2010).

³²¹ השוו לדברי הנשיאה בינויו על חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, בע"א 3535/04 DINER N' מדינת ישראל, פס' 6-7 לפסק דין (נבו 27.4.2006). דברים אשר הבאו בהסכם השופט עמית בע"א 6534/10 SHOSHON N' רשות הפיתוח, פס' 6 לפסק דין (18.4.2012), וכן לאחרונה בכב"ץ חוק ההסדרה, עליל ה"ש 1, בפס' 72 לפסק דין של הנשיאה חיות.

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

³²³ שם.

³²⁴ שם.

³²⁵ כך גם ביחס לעדותו של ייניצקי (עליל ה"ש 239, בעמ' 403), בדבר הצורך בהוספה מגנון פיצוי.

אם נסכם את עיקר הבדלים בין ההסדרים לפי לשונם בלבד:

טבלה 1. יש הבדלים רבים בין ההסדר שבחן נכסים וההסדר שבחן בדבר רכוש ממשלתי.

נושא	על מה חל?	מהי עסקה אפשרית?	במה מטפל ההסדר?	למי הוקנה הסמכות לטפל במצב?	לטפל במצב?	מה דיננו של הבעלים הנכון?	האם קיים מנגנון חיזוני שיפוטי או אחר לבחינת התקיימות התנאים הבעלים להדיפת המקורין?
זכו בדבר רכוש ממשלתי – סעיפים 17(א) ו-18(ב)	נכש מוקנה, הינו רכוש שכו הממונה מוסמך ליטול את החזקה.	עסקת מכרז בעלות.	בנכס שנקבע עניינו שאף שהאפטורופוס השבו לנכס מוקנה הוא אינו נכס מוקנה.	לבית המשפט (סעיף 18(א)) או לאפוטרופוס (סעיף 18(ב)).	לאן התייחסות.	זכאי קיבל את הנכס שלו או את תמורהו.	אין התייחסות.
רכוש ממשלתי, הינו רכוש שכו הממונה מוסמך ליטול את החזקה.	נכש מוקנה, הינו נכס המוקנה לאפטורופוס ולו זכויות מלאות בו.	לאן התייחסות.	לאן התייחסות.	לאן התייחסות.	לאן התייחסות.	לאן התייחסות.	אין התייחסות.
רכוש ממשלתי – סעיף 5	רשות מוגבלת בזמן.	רשות מוגבלת בזמן.	רשות מוגבלת בזמן.	רשות מוגבלת בזמן.	רשות מוגבלת בזמן.	רשות מוגבלת בזמן.	רשות מוגבלת בזמן.

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

אם נתיחס להסדרים האחרים העומדים להשוואה, יש להדגיש כי רק ביחס לסעיף 17(א) לחוק נכסים נקבע באופן מחייב כי הוא הסדר של תקנת השוק. לסעיף 10 לחוק נכסים גרמנים נלווה סעיף 11, הדומה לסעיף 18 לחוק נכסים נפקדים, ומכל מקום לא נעשה כל שימוש בסעיף זה.³²⁶ סעיף 70 לחוק נכסים של נספי השוואה,³²⁷ לא רק שלא עומד ל מבחן נגד הבעלים הנכון

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

³²⁷ חוק נכסים של נספי השוואה (השווה לירושם והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006.

mundum, אלא אף פקע תוקפו למעשה בשל פירוק החברה שהוקמה מכוח החוק.³²⁸ סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי לא עדمد מעולם כנגד הבעלים הנכון אם עסקת המכר לא הושלמה ברישום ולאחר אישור בית משפט המגן על העסקה מכוח סעיף 34³²⁹ לחוק המכר.

בעניין הרטפלד נאמר על סעיף 73 לחוק הירושה כי "את נקודת האיזון בין זכותו האוביגטורית של הרוכש לבין זכotta הקניין של הבעלים האמתי, המגולמת בהוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין יש לאמץ להוראה סעיף 73 לחוק הירושה".³³⁰ והשופט חשין הוסיף כי "בתהנו דעתנו לתקנות השוק למיניהם השוררות במלכת המשפט בישראל – כל תקנת שוק בניסייתה שלה – נוכל להסיק כי תקנת השוק שנוסדה בסעיף 73 לחוק הירושה לא תקום ולא תהיה אלא אם יעשה מעשה קניין. מעשה קניין במרקען, המתווך הורנו כיצד יעשה, והוא כהוראה סעיף 10 לחוק המקרקעין".³³¹ נובע מכך כי לו היהתה פרשנות סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי על הפרק, היה ראוי להזכיר מעניין הרטפלד ולהזכיר את כוחה הקנייני להוראה סעיף 10 לחוק המקרקעין (או לחולופין, להוראה סעיף 34 לחוק המכר), היינו לחובה להשלים את העסקה ברישום ולכל הפחות בביטחון שיפוטית.

כללו של דבר, ההלכה בדבר סעיף 17(א), ועימיו סעיף 18, לחוק נכסים נפקדים נתגבהה על רקע מערכת נסיבתית חריגה במילויו הנוגעת לו. כפי שציין בית המשפט זה מכבר, זהו "כיסוי זמני למעשה בלתי חוקי".³³² מכאן שחל על האמורו "היא גופה גירה, ואנן ניקום וניגזר גירה לגירה ? !", וביתר שאת כאשר ברור שפיגיעתו של סעיף 5 למצוותי פרשנותו הקניינית היא חמורה וקשה בהרבה מזו של ההסדר שבחוק נכסים נפקדים, שכן כאמור היא אינה כוללת אף את האפשרות כי הנכס יוחזר לבאים הנכון, והיא אף אינה כוללת את האפשרות שאם לא ניתן להחזיר את הנכס תינתן תמורה.³³⁴

לפייך הכרעתו של בית המשפט בעניין נפקותו של סעיף 5 למצוותי 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 עליו.

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

³²⁹ שם, בעמ' 327–327.

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

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

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

³³³ בבל, עירובין ד ע"ב, ג.

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

ד. סיכום

"מרובע גבולות" (quadripoint) הוא נקודה על פני כדור הארץ שבה נפגשים ארבעה טריטוריות נפרדות. בעtiny של נסיבות גאוגרפיות, פוליטיות והיסטוריות נקודות שכאלה הן נדירות למדי והן מחייבות שליטה בעיצוב הגבולות או שיתוף פעולה מתואם בין גופים ורשויות שונים.³³⁵ נקודת מפגש קרייטית כזו הטעבה לה גם בעת האחורנה בכל הנוגע להכרה ולהגנה, או היפוכו של דבר: היעדרם של אלה, בכל הנוגע לזכויות קניין במרקען פרטימי באזורי יהודה והשומרון. במבט מלמעלה, חיבורן של הדוקטרינות השונות שהתקפתחו עתה לנקודה משותפת אחת מעיד על מטרתה של היהד המכוונת, גם אם פנימית שונות לה.

במאמר זה ניתחתי את ההיבטים המשפטיים של ארבע הסוגיות – הכוונה לחדר את הליצי הסדר ורישום זכויות במרקען באזורי, פסק הדין בעניין "דין הוברת מקרען", פסק הדין בעניין "מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרשות הממשלתי באזורי וההנמקה בפסק הדין בעניין ביטול חוק ההסדרה על שני ראשייה. בשלוש מסוגיות אלה, אשר כבר עברו במסננת הביקורת השיפוטית, אימץ בית המשפט העליון את עדותו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה. גישתו של היועץ והنمוקותיו, גם אם הן שונות בפרטיהן, דומות במאמתן הכללתית, וניתן להמצתן כך: הגנה על קניינים של בעלי מקרקעין באזור אינה חובה המוטלת על המחוקק, על בתיה המשפט או על הדרג הביצועי. אף הגנה פרודורלית אינה הכרחית. עם זאת קיקה החופשת במוותר את מטרתה המפללה אינה יכולה לעמוד על תילתה. טעם זה הביא להימנעות היועץ מהגן על חוק ההסדרה. ואולם, אשר ל"מעין תקנת השוק" בעסקאות עם הממונה ול"דין הוברת מקרען", עדתו של היועץ, שהתקבלה בכבוד המשפט מאפשרת פגיעה שיטתית, עמוקה וקשה בזכויות הקניין של הפליטים באזורי. לבית המשפט עוד נתונה האפשרות, במסגרת הדיון הנוסף שהוא מקיים בעניין סאלחה, לסתות מדוך קלוקלה זו. לעניין חיזוק הליכי ההסדר, טרם נשמעה עדתו המלאה של היועץ המשפטי לממשלה, וניתן רק לקוות כי הטעמים שנפרשו כאן יסייעו לו בעת יצובה.

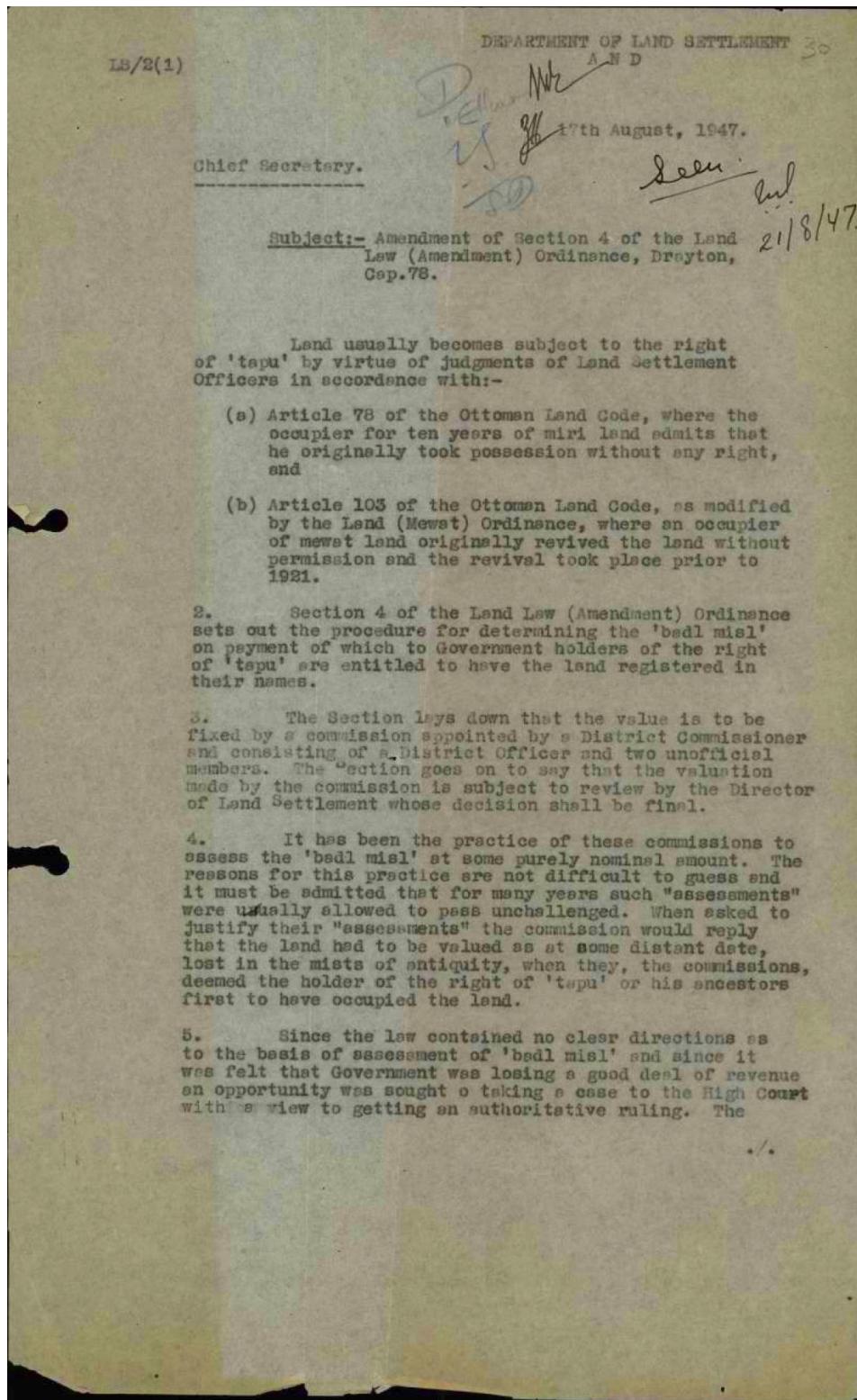
באחד מפגשי ארבע הפינות הידועים, בגבול שבין המדינות אריזונה, קולורדו, ניו מקסיקו ויוטה שבארצות הברית, מצו מונומנט, ובمرכו דסקת פליי מוקפת גראנט, שהיא מיקומו המדויק של המפגש.³³⁷ בהשאלה ניתן לומר כי מבחינת ארבע הסוגיות שיזגגו כאן עליה כי תחומה של הזכות הקניינית הפרטית הפלטינית שישראל מקבלת אותה הוא צר עד מאד, אותה דסקה. נגיסתן של ההכרעות בסוגיות אלה בקנין הפרט אינה מותירה כמעט דבר החופשי ממכבי

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

John Donaldson & Martin Pratt, *International Boundary Developments*, 9 GEOPOLITICS ³³⁶
Frank Jacobs, *In Praise of Borders*, N.Y. TIMES .501, 509 (2004), <https://bit.ly/3udYlg6> (Oct. 24, 2011), <https://nyti.ms/3HDyYao>
Four Corners Navajo Tribal Park, DISCOVERNAVAJO.COM (last visited Feb. 2, 2022), ³³⁷ <https://bit.ly/3L5TsBh>

השלטון. הניתוה שהוצע כאן הראה כי על מנת לעצב כך את הדוקטרינות נדרשה סטייה רבה ועומקה מנורמות קנייניות מקובלות. במלים אחרות, ההכוונה הפוליטית והכוח הלא מאוזן המצויה בידי המבקש להקטין את תחומו של קניין הפרט הביאו להסגתם של כללי משפט פרטי, ציבורי ובין-לאומי.

ה. נספח



- 2 -

opportunity occurred in Case No. 93/45, Boulos Debbas - 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 (bedl 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 date should be obtained and how 'bedl 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 inevitable 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,

*/

- 5 -

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 (5) 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. Bawden,
Actg. DIRECTOR OF LAND SETTLEMENT.

JMB/P