

1. **חרב מנור חמד ברכאת,**

2. **ראג'ח דאוד ברכאת,**

3. **עלי דאוד איסמעיל ברכאת,**

4. **ראש מועצת כפר עאקב, בסאם מסוודי,**

כולם באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או עו"ד מיכל זיו ו/או עו"ד מוחמד שקיר, מטעם "יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם" (ע"ר) מרח' דוד חכמי 12, תל אביב-יפו, טל': 03-5275273, פקס': 03-5275274 – נגד –

העותרים

1. **ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, תא"ל אחוות בן חור**

2. **הממונה על הרכוש הממשלתי בגדה המערבית, מר יוסי סגל**

המשיבים 1-2 באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין 29, ירושלים, 91010, טל': 02-6466538, פקס': 02.6467011

3. **וועדת העררים הצבאית על פי צו בדבר וועדות העררים (יהודה ושומרון) (מס' 172), התשכ"ח-1968**

4. **מוטי קוגל (עבור חברה ביסוד), [משיב פורמלי]**

המשיב מס' 4 באמצעות עו"ד דניאל קרמר, מרח' רמב"ן 5, ירושלים, טל': 02-5662195, פקס': 02-5666615

המשיבים

**עתירה לצו על תנאי וצו ביניים וצו ארעי**

**ובקשה לקיום דיון בהקדם בעתירה**

זוהי עתירה לצו על תנאי על פיה מתבקש בית המשפט להורות למשיבים 1-2 לתת טעם, באם יחפצו, כדלקמן:  
א. מדוע לא תבוטל הכרזת המשיב 2 משנת 2013 על השטח באדמות כפר עאקב, אשר הוחלו בעניינו הליכי הסדר מקרקעין שהותלו על ידי המפקד הצבאי לגדה המערבית, כ-"אדמות ציבור", ומדוע לא ייקבע כי לא ניתן לבצע הליכי הכרזה ביחס למקרקעין לגביהם הוחל בהליכי הסדר מקרקעין;

הכרזה על אדמות ציבור ביחס לאדמות כפר עאקב כפי שבוצעה על ידי המשיב מס' 2 ביום 16.5.2013, מצ"ב **כנספח 1** (להלן: "ההכרזה")

ב. לחילופין, מדוע לא ייקבע כי מבוטלת החלטת המשיב מס' 1 מיום 27/4/2017 להכריז על דחיית החלטת המשיבה מס' 3 בעררים 68/13, 56/13 (ועדת העררים הצבאית) מיום 26/7/2016;

החלטת המשיב מס' 1 מיום 27/4/2017 מצ"ב ומסומנת **כנספח 2** (להלן: "החלטת הדחיה")  
החלטת המשיבה מס' 3 בערר 68/13 **עבדאלקאדר ואח' נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש**, ובערר 56/13 **קוגל נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש**, מצ"ב ומסומנת **כנספח 3** (להלן: "החלטת בערר").

בנוסף, זוהי גם עתירה לצו ביניים וצו ארעי, במסגרתם יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים 1-2 שלא לבצע כל פעולה באדמות כפר עאקב אשר בוצעה ההכרזה לגביהם, לרבות כל דיספוזיציה, הקצאה, קידום הליכי תכנון או כל פעולה אחרת אשר יש בה כדי לשנות את מצב המקרקעין מבחינה תכנונית ו/או פיסית, וזאת עד לקבלת הכרעה סופית בעתירה. הנימוקים לצו הביניים וצו הארעי יובאו בסוף כתב העתירה, בעמ' 48-49.

כמו כן, לאור חשיבות הסוגיה המועלית בעתירה, וכן השלכות הרוחב שלה, לרבות הליכים נוספים התלויים ועומדים בימים אלה בפני הערכאות השונות אשר השאלה המשפטית בהן זהה או דומה, יבקשו העותרים לקבוע את העתירה לדיון מוקדם, ככל שיומנו של בית המשפט מאפשר זאת. הנימוקים לבקשה לקביעת דיון בהקדם מובאים לאחר פתח הדבר, בפסקאות 9-16 להלן.

## תוכן עניינים לעתירה

עמ'	כותרת הפרק
4	<b>א. פתח דבר</b>
5	בקשה לקביעת דיון בהקדם
7	<b>ב. מסגרת הטיעון העובדתי</b>
7	<b>I – הצגת הצדדים</b>
8	<b>II – הליכי הסדר מקרקעין והליכי הכרזה בגדה המערבית – רקע עובדתי, משפטי והיסטורי</b>
9	(1) שלביו השונים של הליך ההסדר כפי שבוצעו על ידי הממשל הירדני
10	(2) ההתליית הליכי ההסדר עם כניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית
10	(3) הסמכות להכריז על רכוש כרכוש ממשלתי
11	(4) היחס בין הליכי ההסדר ובין הליכים אחרים העוסקים ברישום מקרקעין בגדה המערבית
12	<b>III – הליכים משפטיים שקדמו לעתירה הנוכחית</b>
12	(א) העתירה בבג"ץ 6505/09
13	(ב) ערר 68/13 ראש מועצת כפר עאקב ואח' נגד הממונה על הרכוש הממשלתי בגדה המערבית
18	(ג) ערר 99 15/82 מתושבי כפר עאקב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי
19	(ד) החלטה בעררים 56/13 ו-68/13 על בטלותה של ההכרזה
19	(1) ניתן לבצע הכרזה על אדמות מידינה גם ביחס לאדמות שהוחל בהם הליך הסדר
19	(2) הזכויות מתגבשות במועד הגשת התביעות בהליכי הסדר
20	(3) יש לבצע הכרזה בהתאם לגבולות שנתחמו והוגדרו בלוח התביעות
21	(4) קביעות נוספות של הוועדה בהחלטתה
21	<b>VI – התפתחויות לאחר החלטת וועדת הערר ומיצוי הליכים שקיימו העותרים עובר לפנייתם לבית המשפט הנכבד</b>
21	(א) החלטתו של המשיב 1 לדחות את המלצות וועדת העררים
22	(ב) פניות העותרים אל המשיב
23	<b>ג. מסגרת הטיעון המשפטי</b>
23	<b>מבוא</b>
24	<b>I – המסגרת הנורמטיבית גבולותיה ומגבלותיה</b>
24	(1) המשפט הבינלאומי ההומניטרי
26	(2) המשפט המנהלי הישראלי
27	<b>II – הטיעון המשפטי הראשון: על חוסר היכולת לפרוץ את הליכי ההסדר כפי שנתגבשו עד כה באמצעות הכרזה, ועל חוסר היכולת של המשיב לטעון לזכויות יותר ממה שהיה לריבון הקודם</b>
27	(1) ביצוע הכרזה בנוגע להליך הסדר עומד בניגוד לחובות המפקד הצבאי, באמצעות נציגו – המשיב – על פי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי
28	(2) התליית הליכי ההסדר על ידי חליף הריבון הקודם, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בשנת 1968, והשלכה משפטית של התליית הליכי ההסדר על המצב שקדם להתלייתו
30	(3) על העדר תביעות של הממלכה הירדנית במסגרת הליך ההסדר שנערך לכפר עאקב – ועל העדר יכולתו של חליף הריבון הקודם לדרוש יותר מאשר קודמו
34	(4) התייחסות לעמדת המשיבה 3
36	<b>III – הטיעון המשפטי השני של העותרים: על חוסר סבירות שבהחלטת ראש המינהל האזרחי לדחות את המלצות הוועדה ועל חוסר תום הלב של המשיבים 1-2</b>
36	(1) עמדת המשיבה 3 ביחס לטיעון החלופי של העותרים: הגשת תביעה בהסדר עוצרת את מירוץ ההתיישנות וכי יש לבחון את מצב עיבוד השטח בעשור שקדם להוצאת צו ההסדר
40	(2) טיעון סף – חוסר תום לב של המשיב
40	(3) הטענה השגויה בדבר טעות משפטית בהחלטת הוועדה
41	(4) הטענה הבלתי מבוססת (והשגויה) של המשיב בדבר "השלכות רוחב חמורות" הטמונות בהמלצת הוועדה
43	(5) בחזרה לחוסר תום הלב של המשיב ולשיקולים הזרים המאפיינים את החלטותיו והתנהלותו
47	<b>אחרית דבר</b>
48	<b>הטיעונים בעתירה לצו ארעי וצו ביניים</b>

1. בעתירה זו מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים 1-2 לצעוד בתלם האלמנטרי של כיבוד פסקי דין והחלטות שיפוטיות של בתי משפט וטריבונלים שיפוטיים, להורות למשיבים לפעול בהתאם להוראות הדין, הבינלאומי והמקומי כאחד, ולקיים את ההלכות המשפטיות אשר כל רשות מנהלית בישראל אמורה לפעול לאורן. עתירה זו מבקשת למנוע שידוד מערכות אשר המשיבים מבקשים לקדם, תוך שינוי סדרי עולם בתחום המקרקעין בגדה המערבית, והכל ממניעים זרים ופסולים.
2. התנהלות זו של המשיבים, אשר כל כולה הייתה חסרת תום לב מתחילתה ועד סופה, הגיעה לאחרונה לשיא חדש: המשיב מס' 1, ראש המנהל האזרחי בגדה, החליט לבטל את החלטתה המנומקת והמפורטת של המשיבה מס' 3, וועדת העררים הצבאית, אשר קבעה כי הכרזה על אדמות כפר עאקב כאדמות מדינה בטלה. הוועדה קבעה זאת לאחר הליך ממושך אשר כלל שמיעת עדויות מרובות, וכן לאורך של הלכות קודמות שניתנו הן על ידי וועדת העררים עצמה והן על ידי בית המשפט הנכבד בעבר.
3. ברם, החלטה זו לא הייתה לרוחו של המשיב מס' 1 והדרג הפוליטי, ואלה החליטו לדחות החלטה זו. כלל הנימוקים לדחיית החלטה זו אינם מבוססים – עובדתית ומשפטית כאחד – וכל כולה מהווה טפח נוסף של חוסר רצון מופגן לאכוף את החוק ביחס לבנייה בלתי חוקית המתבצעת על ידי ישראלים ברחבי הגדה המערבית. התנהלותו של המשיב, כפי שיפורט להלן, גם חורגת מתחומי סמכותו, גם מנוגדת לדין המקומי והבינלאומי כאחד, וגם בלתי סבירה באופן קיצוני, לצד היותה מושפעת משיקולים זרים ופסולים.
4. נאמר את הדברים באופן ברור כבר בתחילת העתירה: החלטת ראש המנהל האזרחי, אשר התקבלה למעלה מתשעה חודשים לאחר שניתנה החלטה של וועדת העררים, היא כל כולה "מופת" של חוסר תום לב, דיוני ומהותי כאחד. חוסר תום לב זה מהווה חוליה נוספת בשרשרת התנהלות תמוהה של המשיבים 1-2 לכל אורך הדרך בשנים האחרונות ביחס לבנייה הבלתי חוקית המתבצעת בתחום ההכרזה: ראשיתה בהסתרתה של דבר קיומה של ההכרזה, חרף הליך משפטי אחר שהתקיים בעניין; המשכה בהתעלמות מהחלטות קודמות של הוועדה בעבר בסוגיות דומות, אשר כן אושרו על ידי המנהל האזרחי, וסופה בהסתרת מידע מהוועדה ומגופים רלוונטיים אחרים במסגרת ההליכים הנוגעים להכרזה עצמה, הכל כפי שיפורט להלן.
5. עתירה זו עוסקת, מבחינת הדין המהותי, בשאלה שמעולם לא הוכרעה על ידי בית המשפט הנכבד במישרין: עם כניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית, הותלו כלל הליכי הסדר המקרקעין בתחומי הגדה המערבית. בחלק מהמקומות הליך ההסדר הגיע לשלבים מתקדמים יחסית. נשאלת השאלה האם המשיב יכול כעת, חמישה עשורים לאחר שהותלה (ולא בוטל) הליך ההסדר, להתעלם מהליך זה כליל, להבנות מהתלייתו, ולהכריז על האדמות המצויות בהליך ההסדר כאדמות ציבור? לסוגיה זו קיימות שלוש גישות:
  - (א) גישת העותרים, הגורסת כי ביצוע של הליכי הכרזה באזור שהוחל בעניינו הליך הסדר מקרקעין אינו אפשרי, וכי הוא מהווה מעין פריצה – גם אם חלקית – של הליכי הסדר המקרקעין, באופן המנוגד לדין ופוגע בזכויותיהם של השותפים להליך ההסדר. לשיטת העותרים, המשיבים 1-2, אשר באים בנעלי הריבון הקודם, אינם יכולים לדרוש כעת יותר ממה שדרשו (בין אם באופן פוזיטיבי ובין אם על דרך ההתנגדות) במסגרת הליך ההסדר שבוצע בשנות ה-60;
  - (ב) גישת המשיבים 1-2, אשר גורסים כי אין כל משמעות להליך ההסדר למעט ללוח זכויות אשר המשיבים מכירים בו ככזה המגבש את זכויות הפרטים המופיעים בו. גישה זו של המשיב מתעלמת מהוראות התחיקה הצבאית, מהמשפט הבינלאומי, מהדין המקומי ומפסיקות בית המשפט הנכבד בשלל מובנים, עליהם נרחיב להלן;
  - (ג) גישת וועדת העררים הצבאית, היא המשיבה מס' 3, אשר סברה במסגרת החלטתה בערר 68/13 כי הכרזה כאמור ניתנת לביצוע חלקי ומוגבלף אולם כי יש לבחון את שאלת התגבשות הזכויות במועד

הוצאת צו ההסדר, וכי הכרזות אמורות לבחון את מצב המקרקעין בהתאם לשנה בה הוצא צו ההסדר וקודם לכן. הוועדה קבעה כי אופן ביצוע ההכרזה, אשר בחן את המצב במקרקעין שנים רבות לאחר שהוחל בהליך ההסדר, היה בלתי חוקי ונוגד הלכות מושרשות של בית המשפט הנכבד, וכי ככל שהמשיבים חפצים בכך, היה עליהם לבצע הכרזה באופן אשר מבחינה עובדתית, כפי הנראה, לא היה מאפשר לבצע את ההכרזה.

6. הגם שהעותרים חולקים על חלק מהנמקות הוועדה מהבחינה המשפטית, בפועל מהבחינה האופרטיבית ניתן להם הסעד המבוקש על ידם. המשיב, ראש המנהל האזרחי, סבר כי ניתן לבצע את ההכרזה בהתעלם כליל מהליכי ההסדר כפי שבוצעו עד כה, וזאת חרף קביעות קודמות של הוועדה (אשר לא נדחו על ידו).

7. המשיב לא קיבל את החלטת הוועדה, והחליט לבטלה. ניסיונות העותרים להבין רבדים ורכיבים עובדתיים ומשפטיים בהחלטת המשיב, במסגרת מספר פניות אליו עובר להגשת העתירה, עלו בתוהו. עמדותיו של המשיב, לשיטת העותרים, נעדרות כל בסיס עובדתי או משפטי, וכל כולן נועדו להפיס את עמדתו של הדרג הפוליטי אשר אינו שבע רצון מהחלטות משפטיות אשר מחייבות להוביל, בסופו של דבר, לאכיפת החוק ביחס לבנייה בלתי חוקית בכפר עאקב ובמקומות אחרים ברחבי הגדה המערבית. המשיב עשה שימוש בלתי סביר ובלתי חוקי בסמכות המסורה לו, באופן הנעדר תום לב, ומשיקולים זרים בלתי סבירים בעליל.

8. כנגד כל אלה יוצאת עתירה זו.

### **הבקשה לקביעת דיון בהקדם**

9. העותרים יבקשו מבית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון בהקדם, ככל שיומנו מאפשר זאת, וזאת מהטעמים הבאים:

10. החלטתה של המשיבה מס' 3 ניתנה כאמור בחודש יולי 2016, ואילו החלטת המשיב מס' 1, אשר מחליטה שלא לקבל את החלטת וועדת הערר, ניתנה לפני כחודשיים ימים, ביום 27.4.2016. מאז קבלת ההחלטה, כפי שיתואר להלן בפרק העוסק במיצוי הליכים, ניסו העותרים לקבל מידע ותשובות באשר לנימוקים ששימשו את המשיב מס' 1 לקבלת החלטתו זו. ניסיונות אלה עלו בתוהו.

11. ההכרעה בעתירה הינה בעלת השלכות רחב ביותר. כיום מתנהלים בפני המשיבה מס' 3 מספר רב של הליכים, למיטב ידיעת הח"מ, כמה עשרות. הליכים אלה נוגעים או מעלים סוגיה דומה המבקשת לבחון את מעמד המקרקעין שהליכי הסדר המקרקעין בהם הותלו, את האסור והמותר לתושבים פלסטינים ביחס אליהם וכן את האסור והמותר ביחס לפעילות הרשויות ביחס למקרקעין אלה.

12. כך לדוגמא, ביחס להכרזה שבוצעה בחודש אפריל 2014 באדמות הכפר אל-ח'אדר, תלויים ועומדים כ-25 עררים שונים בפני וועדת הערר, כאשר המרכזי שבהם הוא ערר 50/14 מוסא ואח' נגד הממונה על הרכוש הנטוש, המצוי בשלב של ניהול שלב ההוכחות. בעוד שבחינה משפטית של התיקים, אמורה לכאורה, לפסוע בתלם שנסלל בשלל הכרעות משפטיות דומות אשר החלטה בערר 68/13 מונה ומאזכרת ומתבססת עליהן, הרי שאם בסופו של דבר המשיב מס' 1 יחליט לבטל את ההחלטות שניתנו על ידי וועדת הערר, לא ברור מה הטעם בניהול ההליכים הללו.

13. כמו כן, מאז קבלת ההחלטה בערר 68/13 נשוא עתירה זו, התקבלו עוד מספר החלטות, אשר פוסעות באותו תלם עקרוני של פסיקת וועדות הערר זו.

כך למשל, ניתנה החלטה הפוסלת הוצאת צו פינוי שהוצא נגד תושב אל ח'אדר על ידי המנהל האזרחי, וזאת לאור קיומו של לוח תביעות הקיים בשטח (ערר (איו"ש) 2/11 אסמאעיל מחמד מחמוד סביח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, פורסם בנבו; החלטה מיום 3.8.2016). בהחלטה זו נקבע, על ידי הרכב

שופטים שונה ברובו, כי זכויות קנייניות מתגבשות בעת הגשת התביעה להסדר, וכי אי אפשר לבטל הליך זה במחי יד, אלא יש לבחון את מצב השטח שקדם להליך ההסדר;

כך למשל, במסגרת ערר (איו"ש) 121/15 נצרי מחמוד יעקוב צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (פורסם בנבו; החלטה מיום 28.2.2017), אשר עוסק בערר כנגד צו פינוי, נקבע, בדעת רוב, כי ביחס לפרשנות סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון), העוסק בתנאי "תקנת השוק", כי מקום בו הוחל בהליך הסדר, אשר הותלה בצו המפקד הצבאי לפני סיומו – במקרה כזה – הממונה אינו יכול לסמוך ידו על סעיף 5 לצו בעשותו עסקה במקרקעין וכי יש לדרוש מן הממונה על הרכוש הממשלתי, בהיותו נציג הריבון, רף גבוה של דרישת תום הלב. נקבע, כי מקום בו הוחל בהליך הסדר מקרקעין, אשר הותלה בצו המפקד הצבאי לפני סיומו, אינו יכול הממונה לסמוך ידו על סעיף 5 לצו בעשותו עסקה במקרקעין. כאשר הוחל בהליך הסדר, גם אם ההסדר הגיע רק לכדי לוח תביעות בלבד ולא ללוח זכויות או לרישום הזכויות, הרי שמדובר במקרקעין שלגביהם קיימת תביעת בעלות כלשהי, שטרם התבררה. כפי שקבע אחד מחברי הוועדה, רס"ן ר'אני עאמר, בהחלטתו זו, את הדברים הבאים:

3" . לגופו של עניין, שלוש החלטות עקרוניות קודמות של ועדת העררים מהוות רקע חשוב לצורך ההחלטה במקרה דנן. להחלטות אלו הפנה חברי השופט לוי (עררים 9-14/06 הממונה על הרכוש הממשלתי והרכוש הנטוש באיו"ש נ' חב' אהוד קהתי 3000 בע"מ(נבו, 06/08/08); ערר 2/11 סביח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש (נבו, 3/8/16) ועררים 68/13 56/13 מוטי קוגל (עבור חברה בייסוד) נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש (נבו, 28/7/16).

5. בראייתי, ההחלטה בערר דנן היא צעד נוסף בניסיון ליישוב מחלוקות בין המשיב לגורמים פרטיים בכל הנוגע למעמדו של לוח התביעות. יש להניח שהמציאות המורכבת באזור עוד תזמן לנו דיונים נוספים בנושא זה."

14. הנה כי כן, גם ועדת העררים, הגוף אשר נתקל ובוחר סוגיות אלה הקשורות בלוח התביעות ומעמדו באזור, בין אם ביחסים שבין הפרט לרשויות (בין אם בכל הנוגע לצווי פינוי ובין אם בכל הנוגע להכרזות) ובין אם בכל הנוגע ליחסים בין פרטים (במסגרת עררים על החלטות הוועדה לרישום ראשון של נכסי דלא נידי שלא נרשמו קודם לכן), צופה כי הנושא עשוי להעסיקה לא מעט בזמן הקרוב. התיקים המפורטים לעיל ממחישים זאת היטב.

15. הותרת המצב המשפטי על כנו, עת מחד גיסא ישנן הכרעות של וועדות הערר נסמכות על הרציונל המשפטי שנקבע בהחלטה נשוא עתירה זו, רציונל מבוסס ומעוגן היטב בדין, ומאידך גיסא מציאות בה המשיב מס' 1 החליט לבטל החלטה מנומקת זו, עשויה להוביל למצב של כאוס משפטי ולחוסר בהירות רחב באשר לנושא המורכב ובעל השלכות הרחב המשמעותיות. כך לא ברור האם כל החלטה הנסמכת או נשענת על החלטה בערר 68/13 (כמו גם החלטות קודמות שניתנו עובר לה, כמפורט לעיל), נעדרת תוקף בשל החלטת המשיב, או שמא יש לקבל החלטה קונקרטיית נפרדת בנוגע לכל הליך והליך? כיצד יתגברו על סתירות בהקשר האמור במידה והחלטות מסוימות תיוותרנה על כן והחלטות אחרות תבוטלנה על ידי המשיב?

16. משכך, קיימת הצדקה עניינית לקיים דיון בעתירה בהקדם, ככל שניתן, וזאת על מנת שתצא הלכה ברורה של בית המשפט הנכבד כלפי המשיבים, כי עליהם לקיים את הדין ולפסוע בתלם המשפטי החרוש היטב, גם אם הדבר אינו נוח למשיבים מטעמים פוליטיים או שיקולים זרים אחרים המנחים אותם, לשיטת העותרים, וכפי שיפורט להלן.

17. העותר מס' 1, מר חרב מנוור חמד ברכאת, הינו תושב כפר עאקב. העותר הינו יורשו של מנוור חמד ברכאת, תושב כפר עאקב. המנוח היה הרשום בלוח התביעות כאחד מבעליהם של חלקות 35 ו-57 בגוש מס' 1 באדמות ראס א-סיר בכפר עאקב. העותר היה אחד מהעותרים בעתירה בבג"ץ 6505/05 **ברכאת ואח' נגד שר הביטחון ואח'** (פורסם באר"ש, פסק דין מיום 5.3.2014, אשר ניתן על ידי כב' הנשיא דאז, השופט א' גרוניס, וכב' השופטים ח' מלצר ונ' הנדל; להלן: **בג"ץ 6505/09**).

**העתק מרישומי לוח התביעות על שמו של אביו של העותר בגין חלקות 35 ו-57 על תרגומיהם לעברית וכן צו ירושה רלוונטי, מצ"ב ומסומן כנספח 4.**

18. העותר מס' 2, מר ראג'ח ברכאת, הינו בנו ויורשו של מר נאג'ס א-דין איסמעיל ברכאת אשר היה הבעלים הרשום בלוח התביעות כאחד מבעליהם של חלקה מס' 31 בגוש מס' 3 באדמות הכפר עאקב.

**העתק מרישומי לוח התביעות על שמו של אביו של העותר בגין חלקה 31 בגוש מס' 3 על תרגומיהם לעברית וכן צו ירושה רלוונטי, מצ"ב ומסומן כנספח 5.**

19. העותר מס' 3, מר עלי דאוד איסמעיל ברכאת הינו יורשו של מי שהיה רשום בלוח התביעות כאחד מבעליה של חלקה 36 בגוש 1 באדמות הכפר עאקב. העותר היה אחד מהעותרים בבג"ץ 6505/09, עת שימש במועד הגשת העתירה ראש מועצת הכפר עאקב, לצד היותו בעל זכויות אישיות במקרקעין.

**העתק מרישומי לוח התביעות על שמו של אביו של העותר בגין חלקות 36 בגוש 1 על תרגומיהם לעברית וכן צו ירושה רלוונטי, מצ"ב ומסומן כנספח 6.**

20. העותר מס' 4, מר בסאם מסוודי, הוא ראש מועצת הכפר עאקב, אשר בגדה המערבית, והינו נציגם של תושבי הכפר ובעלי האדמות בכפר. ההכרזה נשוא עתירה זו בוצעה על אדמותיו ההיסטוריות של הכפר עאקב, המצוי בנפת רמאללה.

עתירה זו, כמו גם ההליכים שקדמו לה, יוצאת נגד עצם ביצועה של ההכרזה, מהטעמים והנימוקים אשר יפורטו להלן, אולם אין לראות את העותר 4 כעותר ציבורי גרידא אלא כעותר המייצג קהילה שלמה בעלת עניין הנפגעת מההכרזה ומהתנהלותם של המשיבים 1-2, עת אלה רומסים ברגל גסה החלטות שיפוטיות והלכות מושרשות, לצד פגיעה בזכויות קנייניות של תושבי כפר עאקב.

21. המשיב 1 הוא ראש המינהל האזרחי בגדה המערבית אשר בידיו סמכויות הניהול של החיים האזרחיים ב"שטחי C" המהווים את חלקם הארי של שטחי הגדה המערבית הכבושים על-ידי ישראל מאז 1967. בין היתר, אמון המשיב 1 על אכיפת חוקי התכנון והבנייה החלים באזור. המשיב מס' 1, על פי סמכות המסורה לו בהתאם לתחיקה הצבאית, החליט לדחות את החלטתה של וועדת העררים אשר קבעה כי הכרזה על אדמות מדינה פסולה. שימוש בסמכות זו הינה דבר נדיר שבנדירים, ומחייב הצדקות ממשיות, דבר שהמשיב כשל בו לשיטת העותרים, וכפי שיובהר בפרק המשפטי.

22. המשיב 2 הוא הממונה על הרכוש הממשלתי בגדה המערבית. המשיב 2 הוא הגורם המוסמך בהתאם להוראות הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), 1967, לנהל את הרכוש הממשלתי, לשמור עליו וכן לבצע הכרזות על אדמות כאדמות מדינה, בהתאם לסעיף 2 לצו. המשיב מס' 2 ביצע את ההכרזה על אדמות כפר עאקב כאדמות מדינה בחודש מאי 2013.

23. המשיבה 3 היא ועדת העררים הצבאית, אשר הוקמה על-ידי המפקד הצבאי בשטחי הגדה המערבית, מתוקף צו 172 (צו בדבר ועדות עררים). הוועדה היא הגורם בעל הסמכות לדון בעררים על החלטות שניתנו לפי הדין או

תחיקת הביטחון המפורטים בצו זה או בצווים אחרים. בין השאר היא מוסמכת לקבל את החלטותיה בעררים נגד הכרזה על אדמות ציבור.

24. המשיב מס' 4, מוטי קוגל (עבור חברה ביסוד), הוא העורר בערר 56/13 שנדון במאוחד עם ערר 68/13. המשיב 4 טען בערר שהגיש נגד ההכרזה כי הוא רכש את הזכויות בקרקע מנציגי בעלי הזכויות הרשומים בלוח התביעות, וכי במשך שנים הוא מנהל מגעים עם נציגי מדינת ישראל הרלוונטיים, לצורך ניהולה של הקרקע על ידי הממונה. כל נציגי המנהל האזרחי דחו את טענות הזכות הנטענות על ידי המשיב מס' 4, וכן את טענותיו כי על המשיבים 1-2 לנהל את הקרקע עבורו. **צירופו של המשיב מס' 4 נעשה מטעמים פורמליים, לאור העובדה כי היה חלק מהכרעת וועדת הערר המשותפת בשני העררים.** עתירה זו אינה עוסקת במחלוקת שיש לעותרים מול המשיב מס' 4

## II. הליכי הסדר מקרקעין והליכי הכרזה בגדה המערבית – רקע עובדתי, משפטי והיסטורי

25. הליכי ההסדר בתחומי א"י המנדטורית החלו, למעשה, עוד בתקופה העות'מנית, וצברו תאוצה בתקופת המנדט הבריטי. ממשלת המנדט התחילה בהסדר קרקעות עם פרסום **פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין) מס' 9 משנת 1928**. זאת, בהמשך למדידת תחומי וגבולות הארץ לצרכי הקדסטר שנעשתה לפי פקודת המדידות מס' 48 משנת 1929 ולפי הפקודות שקדמו לה.

26. המדידות הציבוריות, שנעשו בפקודת השלטונות, היו חלק אינטגרלי משיטת הרישום בספרי האחוזה החדשים. הרישום לפי שיטה זו, כולל חלוקה לגושים ולחלקות במפות לפי שיטה מדעית של מדידות. המפה מותאמת לסימני הגבולות המצויים על הקרקע בשטח ההסדר. כך מוקפא ונשמר המצב בשטח ואין לעשות שינויים בשטח המפה וגבולותיה ללא אישור של מחלקת המדידות שבמשרדה שמורות המפות.

27. פקודת ההסדר כללה מדידת חובה רשמית ורישום זכויות על הקרקע בתור יחידה רשמית מסודרת במספר מיוחד במפה רשמית. היא אינה חלה על כל שטח הארץ, אלא רק על שטח קבוע, המוגדר על ידי השלטונות בהכרזה בעיתון הרשמי כשטח להסדר. רק בתוך שטח ההסדר נעשות פעולות ההסדר ומתבררות ונרשמות כחוק זכויות בעלות והחזקה.

28. מטרתו העיקרית של הליך ההסדר הייתה לקבוע מערכת רישום זכויות מודרנית המבוססת על מדידות ובירור זכויות אשר תהיה תקפה כלפי כולי עלמא, ותאפשר להסתמך על המרשם. זאת, בד בבד עם מיפוי המקרקעין וסיווגם בין מקרקעין בבעלות פרטית ומקרקעין בבעלות המדינה. כפי שמתאר זאת פרופ' חיים זנדברג בספרו **הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל (2001)**, מטרת הליכי ההסדר וסופיותו של ההסדר נובע מהצורך לייצר תוצאה רישומית אמינה, שהן השלטון והן הפרטים יוכלו להסתמך על האמור בה. ההליך כלל השקעה רבה בעצם ההליך עצמו, אשר חייבה קביעת סוף להתדיינויות בנוגע לטענות הזכויות המועלות.

29. ב-1948, עת הפכה להיות הגדה המערבית תחת שלטון ירדני, הדין אשר הוחל בשטח היה הדין הירדני ובפרט **חוק הסדר הקרקעות והמים, מס' 40 לשנת 1952** (להלן: "חוק ההסדר הירדני"). חוק ההסדר הירדני תיקן את הפקודה המנדטורית, אך הוא נשען עליה במידה רבה (גם אם אינו זהה). בכך, דומה הדבר גם לחלקים מסויימים בדין הקיים בישראל, כפי שהוא קבוע בפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, אשר נשענת במידה רבה על הליכי ההסדר שהיו קיימים עובר לתיקון חקיקת המקרקעין בישראל בסוף שנות ה-60 של המאה הקודמת.

העתק מהחוק ההסדר הירדני מצ"ב ומסומן כ**נספח 7**.



30. כאמור, חוק ההסדר הירדני הינו המסגרת החולשת על מערך הסדר המקרקעין בגדה המערבית. הליך ההסדר נחלק למספר שלבים שיפורטו להלן.
31. **השלב הראשון** הוא עצם ההחלטה על ביצוע ההסדר ולאחריו הנפקת צו ההסדר ופרסומו. הליך פרסום צו ההסדר ביחס לנפה, כפר או עיר מסויימים הינו ה-"מועד הקובע" ביחס להתגבשות הזכויות של הטוענים לזכויות, כפי שיובהר להלן בהרחבה.
32. **השלב השני** הוא שלב הגשת התביעות, כפי שעולה מסעיף 7(1) לחוק הסדר הקרקעות והמים הירדני. סעיף זה קובע כי כל התובעים זכויות בעלות יגישו את תביעותיהם ואת המסמכים המבססים אותן לפקיד ההסדר, הפועל מטעם מנהל מחלקת המדידות. תביעות אלה תיחקרנה בפומבי, לפי הנוהל שיקבע מנהל מחלקת המדידות. סעיף 7(3) לחוק קובע כי פקיד ההסדר הפועל בשטח, רשאי להציע פשרות בין צדדים יריבים על-מנת לגשר על מחלוקות הקיימות בין הצדדים ולקדם את הליכי ההסדר.
33. סעיף 8(4) לחוק קובע במפורש כי "כל זכות בקרקע או במים שלא תוכח על-ידי תובע כלשהו תירשם על שם האוצר". כלומר, יוצא כי במסגרת הליכי ההסדר, לריבון בשטח קיימת זכות שירישם קרקע על שמו.
34. עם סיום חקירת התביעות על-ידי פקיד ההסדר, מגיע **השלב השלישי**, הקבוע בסעיף 10 לחוק, הקובע כדלקמן:  
"נסתיימה חקירת התביעות; יערוך הפקיד הממונה רשימה הנקראת "לוח התביעות" הכוללת את כל התביעות בין אם מוכרות או שנויות במחלוקת ויגיש למנהל דו"ח על כל עניין השנוי במחלוקת".
35. חשוב לעמוד על סעיף זה שכן הוא טומן בחובו מספר עניינים עובדתיים, בעלי השלכה משפטית משמעותית.  
**ראשית** עולה כי לוח התביעות מוכן לאחר סיומן של כלל החקירות הפומביות של התביעות. מכאן, שהוא מבוסס לפחות על ראיות ראשוניות (כגון מסמכים וטענת עיבוד, כמו גם עדויות של תושבי הנפה בה בוצע הליך ההסדר); **שנית**, לוח התביעות כולל את כל התביעות, בין אם אלה המוכרות ובין אם אלה אשר צדדים אחרים (לרבות הריבון) טוענים בהן לזכויות.
- שלישית**, מקריאת סעיף 10 בשילוב עם סעיף 8(4) שנוכר לעיל, עולה כי כל תביעותיו של הריבון במסגרת הליך ההסדר, בין אם שיריות ובין אם אחרות, אמורות למצוא עצמן במסגרת לוח התביעות.
36. **בשלב הרביעי** – לאחר הכנת לוח התביעות ועריכת הדו"ח על-ידי פקיד ההסדר – מנהל מחלקת המדידות, אשר מקום מושבו בעמאן בירת הממלכה הירדנית, בוחן את לוח התביעות שהוכן על-ידי פקיד ההסדר ואת דיווחי פקיד ההסדר ביחס לסכסוכים ולמחלוקות. על בסיס דיווחים אלו, מוכן לוח הזכויות הלא סופי (סעיף 11 לחוק). לוח הזכויות הלא סופי נתלה בנפה ובמחלקת הרישום וכן מובא לידיעת מוכתאר הכפר בו נערך הליך ההסדר.
37. לאחר מכן, בתוך פרק זמן של 30 ימים מיום תליית לוח הזכויות, ניתן לערור על הרשום בלוח זכויות זה לבית הדין להסדר קרקעות, וזהו **השלב החמישי** בהליך ההסדר. לא הוגש ערר על לוח הזכויות או הסתיימו העררים בפני בית הדין להסדר, מגיע **השלב השישי** בהליך ההסדר, הוא הכנת לוח זכויות סופי, על-בסיסו נערך לוח הרישום, כך לפי סעיף 16(2). בכך למעשה, מגיע הליך ההסדר לתומו, למעט במקרים חריגים ויוצאי דופן הנקובים במפורש בחוק.
38. זהו אם כן, הליך ההסדר כפי שהיה נהוג בגדה המערבית, על כל שלביו.

(2) התליית הליכי ההסדר עם כניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית

39. עם כניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית, הותלו כל הליכי הסדר המקרקעין באזור באמצעות הצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה ושומרון) (מס' 291), תשכ"ז-ט-1968 (להלן: "צו ההתליה"), אשר קובע כי "תוקפם של כל צו הסדר וכל הליך שנעשה על-פי צו הסדר יותלה [...] " (סעיף 3(א) לצו ההתליה).

העתק מצו זה מצ"ב ומסומן כנספח 8.

40. צו ההתליה כפה את עצירת ההליכים על כל מי שהגיש תביעת בעלות במקרקעין במסגרת הליך ההסדר – צו שעומד בתוקפו עד עצם היום הזה.

41. על הפרשנות והמינוח אותם יש להעניק למונח "התליה" עמדה המשיבה מס' 3, במסגרת ערר 68/13 הנזכר לעיל (הדגשות **במקור**, ש.ז., מ.ז.):

60. במילון אבן שושן, פרש המושג "התליה" באופן הבא: "[ממונחי המשפט] דחית החלטה או המשך הטיפול בפרשה מסוימת למשך זמן בלתי קבוע (Suspension): התלית פסק הדין במשפטו של פלוני" (מילון אבן שושן, הוצאת "קריית ספר" בע"מ ירושלים, 1981, כרך שני ה-ט, עמ' 617).

61. פרשנות הצו - לפי הפשט של הדברים - היא דחיית המשך הטיפול בהליכי ההסדר לתקופה זמנית עד שיתמלא תנאי מסוים או עד להחלטה אחרת. האם מה שנעשה עד להתליה בטל כאילו לא היה? על כך יש להשיב בשלילה. המפקד הצבאי לא ביקש לבטל את כל ההליכים שנעשו, שאחרת היה משתמש במושג אחר מאשר "התליה". מכאן יוצא, שככל שלא התקבלה החלטה אחרת בצו מתקן, בנוגע להליכי ההסדר, הם נותרו בתוקפם, אך מושעים."

42. הסיבות שעמדו בבסיס הוצאת צו ההתליה הן אופייה הזמני של התפיסה הלוחמתית, שאינו מתאים לקביעת זכויות מוחלטות; העדר נגישות למסמכים בשל העברת מסמכי ההסדר לירדן; העלויות הכבדות של ההליך; והחשש מפגיעה בזכויות של פרטים רבים. הנמקות אלה הובאו על ידי המשיב מס' 2, הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, במסגרת עתירה שהוגשה על ידו לבית המשפט בעבר, במסגרת בג"ץ 9298/08 **הממונה על הרכוש הממשלתי נ' וועדת העררים הצבאית ואח'**. עתירה זו אמנם נמחקה, אולם לא ניתן להתכחש לטענות של המשיב בדבר הסיבות להוצאתו של צו ההתליה, אשר קבע את הדברים הללו במסגרת כתב העתירה:

10. כבר בתקופת המנדט החל בארץ ישראל הליך של **הסדר מקרקעין**. הליכי ההסדר נמשכו באזור גם בתקופת השלטון הירדני. אלא שהליך ההסדר לא הושלם בכ-2/3 מהשטח.

בעקבות מלחמת ששת הימים הופסק הליך ההסדר. זאת בעקבות האופי הזמני של התפיסה הלוחמתית שאינו מתאים לקביעת זכויות מוחלטות, העברת מסמכי ההסדר לירדן, העלויות הכבדות של ההליך והחשש מפגיעה בזכויות של נפקדים רבים שעזבו את האזור בשנת 1967."

(3) הסמכות להכריז על רכוש כרכוש ממשלתי

43. סמכותו של המשיב 2 להכריז על רכוש ממשלתי נתונה לו מתוקף הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), תשכ"ז-ז-1967 (להלן: "הצו בדבר רכוש ממשלתי"). סעיף 1 לצו זה מגדיר "רכוש ממשלתי" כך:

1. רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שייך, רשום על שם, או מוקנה לאחד מאלה:

א. למדינת אויב;

ב. לתאגיד אשר למדינת אויב זכות כלשהי בו, בין במישרין ובין בעקיפין, בין

שיש עמה שליטה ובין שאין עמה שליטה;

או רכוש שאחד מהם היה שותף בו.

2. מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת ביטחון, על ידי רשות מרשויות צה"ל ועבור רשות מרשויות צה"ל שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית לתכנון ולבניה.

3. רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו."

44. סעיף 2 לצו בדבר רכוש ממשלתי מסמיך את המשיב 2 ליטול חזקה ברכוש ממשלתי, וסעיף 3 לצו מסמיכו לנהל את הרכוש הממשלתי בהתאם לתנאים הקבועים בצו. סעיף ג2 מסמיך את המשיב 2 להכריז על רכוש כרכוש ממשלתי. ההכרזה יוצרת חזקה ראייתית אשר מעבירה לכתפי מי שמבקש לתקוף אותה את הנטל להוכיח את טענותיו.

(4) היחס בין הליכי ההסדר ובין הליכים אחרים העוסקים ברישום מקרקעין בגדה המערבית

45. באזור הגדה המערבית קיים הליך נוסף העוסק ברישום מקרקעין, המכונה "הליך רישום ראשון". במסגרת הליך זה, ניתן לבצע רישום של חלקת מקרקעין פרטנית, שלא במסגרת הליך הסדר כללי. המדובר ברישום פרטני, של חלקה, כאשר רישום זה, חרף מעמדו היציב, כפוף להליכי הסדר מקרקעין על פי חוק ההסדר.

46. דיני ההסדר הירדניים העניקו בכורה להליכי הסדר, וזאת מן הטעם שהליכים אלה כוללים את כלל המקרקעין המצויים ביחידת שטח שנבחרה להסדרה, ונערך לגביהם בירור מקיף וממצה ביחס למצב כלל הזכויות בשטח.

47. הענקת מעמד בכורה להליכי ההסדר על פני הליך הרישום הראשון מצאה בהוראת הדין. סעיף 3 לחוק נכסי דלא-ניידי שלא נרשמו קודם מס' 6 לשנת 1964 קובע במפורש:

**3. לא יבוצעו פעולות רישום כלשהן לקרקע שנרשמה קודם לכן או שהיא נכללת בפעולות הסדר.**

48. הוראה זו קובעת באופן מובהק כי לא ניתן לבצע רישום ראשון ביחס להליכים המצויים בעיצומו של הליך הסדר. התליית הליכי ההסדר באזור, מנעה למעשה מבחינה חוקית את רישום המקרקעין בהתאם לשיטה הישנה.

49. היה בכך הגיון רב: קיימת עדיפות ברורה להסדר יחידות שטח גדולות של כפרים שלמים על פני רישום פרטני של חלקה אחת כל פעם, אשר עשויה להוביל לטענות נוגדות בכל הליך של רישום חלקות סמוכות. הליך הסדר בא לשים קץ לכל הטענות הנוגדות, ומשכך האמור בו משקף הכרעה חלוטה.

50. ניסיון לעקוף את הליכי ההסדר באמצעות הליך רישום נתפס על ידי המחוקק הירדני כניסיון לעקוף את הליכי ההסדר או ככזה אשר עשוי לשבש אותם ועל כן נאסר. לא בכדי הוראה זו מופיעה בין ההוראות הראשונות העוסקות בהליכי רישום ראשון.

51. בשנת 2008 התקבלה החלטה על ידי וועדת הערר, אשר קובעת כי יש לראות בלוח זכויות לא סופי ככזה המשקף את קיבוע הזכויות (ההחלטה בערר 9/06 הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש נ' חברת אהוד קהתי 3000 בע"מ [החלטה מיום 6.8.2008, פורסמה בקובץ החלטות וועדות הערר משנת 2011, רס"ן אייל נון (עורך); להלן: "עניין קהתי"]. בהחלטה זו, אשר קובעת מספר הלכות חשובות אותן נפרט בהמשך, נקבע כי חברת קהתי (המשיבה) רשאית הייתה לפתוח בהליך רישום ראשון על בסיס טענה כי רכשה את המקרקעין האמורים ממי שהיה בעליהם על פי לוח הזכויות הלא סופי (יצויין כי לא מדובר על רישום של החלקה בטענה של עיבוד וחזקה בהתאם לדין העות'מני המשולב עם דין ההסדר, אלא על בסיס טענת רכישה ממי שנחזה להיות הבעלים הרשום בלוח הזכויות).

52. בעקבות החלטה זו תוקן על ידי המפקד הצבאי בשנת 2008 חוק רישום ראשון משנת 1964 (צו בדבר תיקון נכסי דלא ניידי אשר טרם נרשמו (יהודה ושומרון) (מס' 1621), 2008, מיום 11-13-2008). התיקון קבע כי עדיין אין לבצע הליכי רישום ביחס לאדמות המצויות בהסדר, אולם נקבע חריג לכך כי במקרים מסוימים, על פי בקשת גורם המבקש רישום, היכן שיוכח כי לא יקוימו או לא יושלמו הליכי הרישום, יותרו פעולות הרישום הראשון של מקרקעין אלה. תיקון זה נועד לאפשר חיי מסחר תקינים במקרקעין, אולם עדיין משמר את הכלל כי "לא יבוצעו פעולות רישום כלשהן למקרקעין שנכללים בהליכי הסדר זכויות מקרקעין". הסעיף לא נועד לפרוץ את

הליכי ההסדר, ועדיין מעניק מעמד בכורה להליכי הסדר ולמי שמעדיף – מבחינת הגיון קרקעי וכלכלי – להיות חלק מהליכי ההסדר, לא מקופחת זכותו זו. האפשרות לביצעו רישום ראשון הינה לעולם חריג, התלוי בנסיבות ובשיקול דעת הרשויות, ומעמדו נחות מאשר של הסדר מקרקעין.

### III – הליכים משפטיים שקדמו לעתירה הנוכחית

(א) העתירה בבג"ץ 6505/09 וההכרזה שבאה בעקבותיה

53. במהלך שנת 2009, עתרו ראש מועצת כפר עאקב (העותר 3 דכאן, אשר היה גם בעל אדמות) וחלק מתושבי (חלקם עותרים בעתירה הנוכחית) לבית המשפט העליון בעתירה לצו על תנאי המורה למשיבים דשם לנמק מדוע לא ייאכפו צווי הריסה למבנים יבילים בעלי אופי קבוע (קראווילות) אשר הוצבו באופן בלתי חוקי על אדמותיהם, וזאת בניגוד לצווי הפסקת עבודות וצווי הריסה שהוצאו על-ידי המשיב 2 וגורמי פיקוח אחרים. העתירה עברה גלגולים שונים, במסגרתם התחייבו המשיבים בעתירה הקודמת לאכוף את החוק ביחס לבינוי הבלתי חוקי, כפי שאף עולה מחובותיהם על-פי הדין הבינלאומי והמקומי כאחד.

54. ברבות השנים, וכפי שקורה לא אחת כאשר המדינה נדרשת להתמודד עם ההבטחות שפיזרה כלפי בית המשפט הנכבד, חל היפוך בעמדת המשיבים בעתירה הקודמת. ביום 16.5.2013 חתם המשיב 2 על הכרזה של כ-224 דונם מאדמות הכפר עקב אשר ממוקם בנפת רמאללה, כאדמות ציבור. המשיב 2, בהנחיית גורמים שונים ובראשם שר הביטחון, החליטו על קידום של הליכי סקר ביחס לאדמות שעליהם ממוקמים המבנים, וזאת על-מנת להוביל להכרזה על השטח כאדמות מדינה, לצורך הכשרת הבנייה הבלתי-חוקית בדיעבד. הדברים עולים במפורש ממכתבו של ראש תחום תשתיות במנהל האזרחי מיום 10.2.2013, אשר מצ"ב כנספח 9.

55. כפי שעלה מההליכים שקוימו ביחס להכרזה בפני וועדת העררים, מטרתה המפורשת והגלויה של ההכרזה הייתה הצעד הראשון לקראת הכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית בהתנחלות כוכב יעקב. ההכרזה הייתה אמורה להיות נדבך ראשון לקראת סיפוח אדמות כפר עאקב לשטח המוניציפלי של ההתנחלות כוכב יעקב, וזאת לצורך קידום הליכי תכנון אשר ילבינו את הבנייה הבלתי חוקית, תחת אכיפתה.

56. הכרזה זו מעולם לא פורסמה במשרדי מועצת כפר עקב או נמסרה למועצה או למי מעובדיה. בניגוד למשל, לתלייתה במשרדי המועצה האזורית מטה בנימין. זאת, למרות שאף לפי לשון ההכרזה עצמה, האדמות המוכרזות הינן של הכפר עאקב ומצויות מחוץ לתחום השיפוט הפורמלי של המועצה האזורית מטה בנימין. אולם הדברים היו חמורים מכך: ההכרזה מעולם לא הובאה לידיעתם של העותרים, אשר היו העותרים בעתירה בבגץ 6505/09, וטענות הזכות שלהם היו ידועות למשיבים 1-2. דבר קיומה של ההכרזה נודע על דרך המקרה ממש, ולאור הגינות חלק מבאי כוח המשיבים אשר ייצגו את המשיב 2 בפני וועדת העררים, אשר הבחינו בצירוף הנסיבות.

57. גם בית המשפט הנכבד מתח ביקורת על ההתנהלות של המשיבים 1-2, אשר לא הביאו לידיעת העותרים את דבר קיומה של ההכרזה, במיוחד על רקע קיומה של העתירה הקודמת שעוד הייתה תלויה ועומדת. כך קבע בית המשפט במסגרת החלטתו בעתירה הקודמת מיום 2.9.2013 (הנשיא דאז כב' השופט א' גרוניס, וכב' השופטים ח' מלצר וד' ברק-ארז) בפסקה 3:

*"אנו סבורים כי ראוי שתיערך בדיקה כיצד זה לא נמסר לעותרים למצער על אודות תוצאות הסקר וההכרזה, ומי הגורם האחראי לכך שלא ניתנה הודעה כאמור."*

58. תשובות מניחות את הדעת לא ניתנו לכך לא במסגרת תשובת המדינה לעתירה וגם לא במסגרת הליכי הערר שהתנהלו בעניין ההכרזה. המשיב 2, כך עולה החשש, ניסה להציב עובדה מוגמרת בפני תושבי כפר עאקב בדמותה של הכרזה חלוטה שלא יהיה ניתן להשיג עליה. היו לו, כך נדמה, סיבות טובות לכך.

59. בסופו של יום, לאחר שהוגש הערר נגד ההכרזה (הוא הערר 68/13 עליו נרחיב מיד), קבע בית המשפט כי יש להמתין לתוצאות וועדת העררים, ומשכך נמחקה העתירה בבג"ץ 6505/09. העתק מפסק הדין בעתירה מיום 5/3/2014 מצ"ב ומסומן כנספח 10.

(ב) ערר 68/13 ראש מועצת כפר עאקב ואח' נגד הממונה על הרכוש הממשלתי בגדה המערבית

60. ביום 12.10.2013 הוגש הערר וביום 29.12.2013 הוגשו נימוקי ערר לוועדת העררים הצבאית נגד המשיב 2 במטרה לבטל את ההכרזה. בערר זה טענו העותרים – העוררים בערר 68/13 – מספר טענות.

61. **טענתם המרכזית והעקרונית** הייתה כי ההכרזה בוצעה בחוסר סמכות שכן כלל לא ניתן לבצע הכרזה בשטח שהוחל בו הליך הסדר מקרקעין על-ידי הריבון הקודם. טענתם זו נשענה על מספר טענות משנה:

61.1. **ראשית**, נטען כי המשיב 2 אינו יכול להיבנות מהתליית הליכי ההסדר ולהישען על הוברה שבוצעה לאחר שהוגשה תביעת הסדר, כאשר זו הותלתה על-ידי המשיב, זאת בין השאר על-פי ההלכה שנקבעה בוועדת העררים בערר 9/06 **הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש נ' חברת אהוד קהתי 3000 בע"מ** שהוזכר לעיל.

61.2. **שנית**, נטען כי המשיב 2, כמי שבא בנעליו של הריבון הקודם ומשמש כחליפו, אינו יכול לדרוש יותר מקודמו ולטעון לזכויות שהשלטון הירדני לא טען להם במסגרת הליכי ההסדר. אם לריבון הקודם היו תביעות כלשהן ביחס לקרקע, אלו היו מופיעות בלוח התביעות, דבר שאינו מתרחש בענייננו, ואף המשיב לא יכל להצביע על תביעות שהיו לו במסגרת הליכי ההסדר.

61.3. **שלישית**, טענו העותרים כי הכרזה בשטח שהוחל בו הליך הסדר מנוגדת לדין הבינלאומי ההומניטארי האוסר על הכוח הכובש לבצע שינויים ארוכי טווח בשטח הכבוש. בהקשר זה טענו העותרים, כי הכרזה על אדמות מדינה בשטח שהוחל בו בהליכי הסדר מבטלת הלכה למעשה את הליכי ההסדר שהותלו, ובתוך כך גם את זכויותיהם של מי שהגישו תביעות בעלות על אותה קרקע. משכך, במקרה הספציפי של הכרזה על אדמות מדינה בקרקע שהוחל בה הליך הסדר, ההכרזה איננה **מכריזה** על הזכויות במקרקעין אלא למעשה **קובעת** אותן (על דרך של דחיית טענות הבעלות כהופיען בלוח התביעות).

61.4. **רביעית**, נטען כי ההכרזה מבטלת בפועל את התליית הליך ההסדר, פורצת אותו (גם אם בכיוון אחד) ועל כן מנוגדת לתחיקה הצבאית שהמשיב כפוף לה, אשר הורתה על התליית הליכי ההסדר.

62. משלל הסיבות הנ"ל, טענו העותרים כי המשיב 2 כלל אינו מוסמך לבצע את ההכרזה וכי ככל שהוא סבור כי מדובר באדמות מדינה, היה על המפקד הצבאי להורות על קידום כלל הליכי ההסדר.

63. לכל אלה יש להוסיף את העובדה כי לצורך ההכרזה יש לבחון את מצב העיבודים בתקופה שלפני הוצאת צו ההסדר. טענת העותרים הייתה כי הגשת תביעה במסגרת הליכי הסדר עוצרת את מרוץ ההתיישנות. כך גם קובעת ההלכה שנקבעה בפרשת **קהתי**.

64. **טענתם השלישית** של העותרים הייתה כי ממילא אדמותיהם היו מעובדות עד לראשית שנות ה-80.

65. **לבסוף**, טענו העותרים, כי ההכרזה בוצעה משיקולים זרים, כי מטרת ההכרזה היא להתחמק מאכיפת החוק על בתי המאחז הבלתי-חוקי, ועל-כן היא פסולה.

**העתק מכתב הערר (ללא נספחים) מצ"ב ומסומן כנספח 11.**

**העותרים יבקשו לראות בכלל כתבי בי-הדין והמסמכים שהוגשו מטעמם בערר כחלק אינטגרלי מכתב עתירה זה.**

66. יוער, כי סמוך להגשת הערר על ידי העוררים, הוגש ערר מקביל על ידי המשיב מס' 4, אשר טען כי רכש לכאורה חלקים בזכויות אדמות כפר עאקב, אולם בשל אי יכולת להשלים את הרכישה האמורה, פנה זה אל גורמים במנהל האזרחי, וביקש כי האדמות שלכאורה נרכשו על ידו, תחשבנה כ-"אדמות בניהול הממונה" [המשיב 2], עבור המשיב עצמו, שיקבלן בסוג של "עסקה סיבובית". בכך, ביקש המשיב מס' 4 להעביר לחזקתו את אדמותיהם של כפר עאקב, מבלי שהצליח להוכיח כי אכן רכש את האדמות, ובידיעה כי אין ברשותו כל יכולת לבצע הליך העברת בעלות מלא ומסודר. יוער, כי טענותיו של המשיב מס' 4 כפי שהועלו בפני רשויות שונות במנהל האזרחי, במנהל מקרקעי ישראל ואף בדרגים גבוהים יותר, נדחו פעם אחר פעם, מטעמים שבעובדה ובמשפט.

העתק מהערר המשיב מס' 4 (ערר 56/13) ללא נספחיו מצ"ב ומסומן כנספח 12.

67. ביום 30.4 הוגש כתב התשובה הצנום מטעמו של המשיב מס' 2 בשני העררים ביחד. בכתב תשובה זה נטענו הדברים הבאים:

(א) כי הכרזה זו הינה המשך של הכרזה קודמת שבוצעה בשטח בשנת 1982 ובגינה אף הוגש ערר על ידי תושבי כפר עאקב (ערר 15/82 **99 מתושבי כפר עאקב ואח' נגד הממונה על הרכוש הממשלתי** אליו עוד נשוב בהמשך; להלן יכונה: "ערר 15/82" או ההכרזה הקודמת);

(ב) כי הליך ההכרזה הוא תוצאה של הליך סקר עליו הורה הדרג המדיני בהתאם לבג"ץ 6505/09;

(ג) כי המקרקעין לא היו מעובדים, לפחות לא ברמת העיבוד הנדרשת לצורך רכישת זכויות. כמו כן נטען כי העדר העיבוד אינו קשור להקמת ההתנחלות כוכב יעקב, וכי המשיב אינו מתייחס להוברה בשטח לאחר הקמת ההתנחלות;

(ד) כי ההסדר בכפר עאקב הגיע לשלב של לוח תביעות ולא לוח זכויות, ומשכך אין כל רלוונטיות להחלטת וועדת העררים בעניין **קהתי**. משכך, טוען המשיב, אין לייחס כל משקל להליך ההסדר וכי העוררים/עותרים לא רכשו כל זכויות במקרקעין, גם אם שמש מופיע בלוח התביעות;

(ה) כי הטענה בדבר מניעים פסולים של ההכרזה אינה יכולה להתברר בפני הוועדה, וכי יש לתקוף סוגיה זו בבג"ץ. המשיב לא כפר בטענה זו אלא רק טען כי אין זו האכסניה המתאימה לדון בכך.

העתק מכתב התשובה של המשיב מיום 29-4-2014 מצ"ב ומסומן כנספח 13.

68. ביום 25-5-2014 הוגשה תגובת העותרים לכתב התשובה של המשיב, בו פרטו מדוע לדעתם יש לקבל את הערר על הסף, לאור חוסר היכולת או הרצון של המשיב להתמודד עם השאלות המשפטיות האקוטיות שהערר מעלה. עוד ביקשו העותרים מהמשיבה מס' 3, וועדת העררים הצבאית, לפצל את הדיון כך שקודם כל תוכרע השאלה המשפטית בדבר עצם היכולת או ההיתכנות לבצע הכרזה ביחס לשטח שהוחל לגביו הליך הסדר שהותלה. לשיטת העותרים, במידה ותתקבל הכרעה בסוגיה המשפטית בדבר עצם (אי) היכולת לבצע הכרזה בשטח לגביו הוחל בהליך הסדר אשר תלוי ועומד, עשויות היו להתייטר סוגיות עובדתיות אשר יצריכו זמן ומשאבים רבים.

העתק מתגובת העוררים והבקשה לפיצול הדיון מיום 25-5-2014 מצ"ב ומסומנת כנספח 14.

69. בקשת העותרים נדחתה בהחלטתו של הנגיד התורן של וועדת העררים, סא"ל מאיר ויגיסר. בהחלטה מיום 28.5.2015, נקבע כדלקמן (הדגשה בקו תחתון במקור; הדגשה במובלט הוספה, ש.ז.):

"לשאלה האם הושלם לוח הזכויות הלא סופי או שמדובר בלוח תביעות עשויה להיות נפקות לצורך הכרעה בטענות המשפטיות. כך גם לנתונים אחרים, כגון האם המדינה תבעה בעלות, במסגרת הליך ההסדר, בנוגע למקרקעין."

העתק מהחלטה זו מצ"ב ומסומן כנספח 15.

70. הגם שהמדובר על פניו בהחלטה טכנית, היא מלמדת אותנו כי הוועדה הכירה בחשיבות בחינת הסוגיה האם ובאיזה אופן תבעה המדינה בעלות במסגרת הליך ההסדר. נשוב לכך עוד בהמשך כתב העתירה.
71. בשל מורכבות ההליך, המאגד שני עררים יחדיו, התקיים הליך שמיעת העדויות ובחינת הראיות בין השנים 2014-2015. במהלך הליך זה הוגשו התצהירים והראיות הבאים:
- מטעם העוררים בערר 68/13:
- 71.1. תצהיריהם של העוררים (מצ"ב ומסומן כנספח 16);
- 71.2. חוות דעת מומחה אשר הוגשה מטעמו של עוזר פקיד ההסדר הירדני, מר נעים סולימאן תאופיק איוב (מצ"ב ומסומנת כנספח 17).
- מטעם העורר בערר 56/13:
- 71.3. תצהירו של העורר מרדכי קוגל (מצ"ב כנספח 18)
- 71.4. חוות דעת מפענח של מר אהוד לוטס (מצ"ב כנספח 19)
- מטעם המשיב:
- 71.5. חוות דעת של הגב' הלנה קריימן ממרכז מיפוי ישראל (מצ"ב כנספח 20)
- 71.6. תצהירו של מר גלעד פלמון מהמנהל האזרחי (מצ"ב כנספח 21)
- בנוסף, זומנו העדים הבאים על ידי העוררים בערר 68/13:
- 71.7. המשיב מסי' 2, הממונה על הרכוש הממשלתי, מר יוסי סגל, אשר העיד ביום 9.12.2014.
- 71.8. ראש תחום תשתית במנהל האזרחי, סא"ל אביעד כספי, אשר העיד ביום 16.12.2014.
72. במהלך הערר נשמעו עדויות במספר ימי הוכחות: 9.12.2014, 16.12.2014, 18.12.2014 וביום 16.4.2015. פרוטוקולים של הדיונים מצ"ב כנספחים א22-א22 בהתאמה.
73. בנוסף, הוגשו לוועדה בין היתר המסמכים הבאים במוצגים (לא כל המוצגים מצורפים, מטעמים של העדר הרלוונטיות לנושאי העתירה):
- 73.1. צו ההסדר ומסמכים הנוגעים לצו ההסדר (פרסומו בעיתון הרשמי), על תרגומיהם לערבית (מצ"ב עותק ומסומן כנספח 23).
- 73.2. תגובת המדינה במסגרת בג"ץ 6505/09 (מצ"ב עותק המסומן כנספח 24).
- 73.3. חוות דעת של עו"ד פליאה אלבק ז"ל מיום 26.5.82 ותיקון לגבי חוות דעת זו במסגרת מכתבה מיום 26.7.82 (מצ"ב עותק המסומן כנספח 25).
- 73.4. חוות דעת של יועמ"ש איו"ש מיום 23.12.12, והמכתבים הנלווים אליה של סא"ל אביעד כספי (מצ"ב עותק המסומן כנספח 26).
74. העדות המרכזית והמהותית ביותר שהביאו העותרים להוכחת טענתם העקרונית, היא עדותו של העד המומחה מר נעים סולימאן תאופיק איוב. העד עבד בין השנים 1956-1967 במחלקת הסדר המקרקעין של מנהל משרד הקרקעות והמדידות של הממלכה הירדנית, כמוודד, פקיד מדידות, פקיד הסדר וכן כמנהל מחלקת המדידות בירושלים ובתחומי הגדה המערבית עד שנת 1967.
75. מר איוב פירט בחוות דעתו את שלבי הליך ההסדר בהתאם להוראות הדין שפורטו לעיל. בחוות דעתו הוא מציין כי הליך ההסדר יוצא לדרך עם פרסום צו ההסדר (השלב הראשון). פקיד ההסדר מגיע לשטח יחד עם צוותו, ולאחר הודעה לתושבי האזור על הליך ההסדר והזמנה להגשת תביעות מטעמם, מוכן תשריט ביחס לכל חלקה,

עם גבולות ושמות בעלים. ההתנגדויות מועלות לפקיד ההסדר, אשר בסמכותו לנהל באופן פומבי הליכים של שמיעת עדים וראיות (השלב השני), ובמקביל להכנת לוח התביעות מוצא גם דין וחשבון מאת פקיד ההסדר, בכל הנוגע להתנגדויות ולמחלוקות האמורות.

76. בתום פעולת ההסדר של כלל המקרקעין באזור, מכינים לוח תביעות (השלב השלישי) אשר מועבר עם כל לוחות המדידה ותיקי ההסדר ללשכת המקרקעין והמדידות בעמאן כדי להדפיס את לוח הזכויות, חישוב גודל שטח, ותלייתו ביישוב הרלוונטי וכן במחוז. זאת, לצורך הגשת התנגדויות ללוח זכויות הלא סופי (השלב הרביעי). לאחר תליית לוח הזכויות יש אפשרות להתנגד בפני שופט ההסדר (השלב החמישי), אשר לאחר קביעותיו, לוח הזכויות הופך ללוח הסדר (השלב הסופי, השישי במספר).

77. עוד ציין המומחה, כי עוד במסגרת הכנת לוח התביעות בהליך ההסדר, פקידי ההסדר הם נציגים של הממלכה הירדנית, הריבון שהיה בשטח, וחובה עליהם לשמור על נכסי אוצר הממלכה – **ולכן, על פי עדותו של המומחה, כל נכס או קרקע שייכים לממשלה נרשמים באוצר הירדני עוד במסגרת לוח התביעות.**

78. עוזר פקיד ההסדר העיד על כך שהמעבר בין לוח תביעות ללוח זכויות לא-סופי הוא בפועל **שלב טכני בלבד**. שליחתו של לוח התביעות למחלקת המדידות לעמאן נועדה לקבע את המדידה הידנית שנעשתה בשטח באמצעים בלתי-מדויקים ולדייק אותה באמצעות מפות ומכשירי מדידה שקיימים במשרד הקרקעות:

*"אני רוצה להסביר לועדה מהי פעולת ההסדר. לוח התביעות שנערך על-ידי פקיד ההסדר הראשי ברגע שההסדר נגמר בכפר עקב שולחים את כל המסמכים יחד עם ההסדר לעמאן בירדן. יחד עם מפות המדידה וגם לוח התביעות. על-מנת לקחת את המדידות מהמפות מחלקת המדידה עורכת את המדידה של המפה ורושמת את השטחים של החלקות ורושמים את זה בלוח ובעת שמדפיסים את לוח הזכויות שהוא בעצם נלקח מלוח התביעות כי מנהל הקרקעות מסתמך על לוח התביעות." (פרוטוקול מיום 9.12.14, עמוד 2, שורות 26-31). י"ן...[כל המידע נלקח מלוח התביעות ובהסתמך על כך עורכים את לוח הזכויות ואז זה מתפרסם לערעורים." (פרוטוקול מיום 9.12.14, עמוד 2, שורות 37-39).*

**שאלת הועדה:** איפה אמור להיות רשום אם יש מחלוקת בין הממשל הירדני או אדם אחר לבין מה שרשום בנסח?

**ת:** מגישים את ההתנגדויות, אדמות המדינה שאנחנו האחראים לשמור עליה וכל חלקה אם נחזור ללוח התביעות ניתן לראות שם אם החלקה הייתה שייכת למדינה בשם הבעלים יהיה רשום אוצר הממלכה הירדנית. " (פרוטוקול מיום 9.12.14, עמוד 2, שורות 48-52).

79. אופיו הטכני של המעבר מלוח תביעות ללוח זכויות לא סופי תומך בטענת העותרים כי ההלכה שנקבעה בעניין **קהתי**, לפיה המשיב 2 אינו יכול להיבנות מהתליית הליך ההסדר שהוא עצמו אחראי חוט, ולהישען על הוברה שבוצעה לאחר שהוגשה תביעת ההסדר, חלה לא רק על לוח זכויות לא סופי אלא גם על לוח תביעות ערוך שהועבר למחלקת המדידות בעמאן. בשני המקרים הרישום בלוח מהווה ראיה לכאורה לזכויותיהם של הרשומים בו.

80. עמד על האופי הטכני של ההליך לאחר השלמת לוח התביעות גם חבר הוועדה סא"ל (במיל') סטיב ברמן במסגרת ערר 2/11 בעניין **סביח** שהוזכר לעיל:

*"6. בהתאם להוראות סעיף 10 לחוק הירדני, משסיים פקיד ההסדר הכנת לוח תביעות באופן האמור, הוא מעביר אותו יחד עם דיווחים ביחס לתביעות שנויות במחלוקת, למנהל (ברבת עמון) שבהתאם להוראות סעיף 11 לחוק, מבצע בקרה ("תדקיק" בערבית – בדיקה דקדקנית) של לוח התביעות; היינו: בדיקה טכנית במהותה לאיתור טעויות ברישומים, כשלאחר מכן הוא מפרסם לוח זכויות שעקרונית אמור לשקף את לוח התביעות, אלא אם כן*



אותרה טעות שתוקנה. המנהל איננו מבצע כל פעולה מהותית (של דיון או הכרעה). לאחר פרסום לוח הזכויות, ובהתאם להוראות סעיף 12 לחוק הירדני, רשאי כל מי שרואה עצמו נפגע מהרישום בלוח הזכויות לנקוט באחד האופנים הקונקרטיים המתוארים שם או בכל דרך שהיא, ואף לפנות לבית המשפט".

81. בנוסף, מר איוב העיד כי פקיד ההסדר הוא נציגו של הריבון וככזה תפקידו הוא לשמור על אדמות המדינה. על-כן, כבר בשלב עריכת לוח התביעות נרשמות כל תביעותיו של הריבון ביחס לאדמות.

**"שאלת הועדה:** איך אנחנו יכולים לדעת בוודאות שהחלקות האלה לא היו שנויות במחלוקת עם המדינה?

**ת:** צריך לחזור ללוח התביעות. אם יש משהו רשום בלוח התביעות ששייך לאדמות המדינה אז הוא למדינה. (פרוטוקול מיום 9.12.14, עמוד 6, שורות 4-6).

**"שאלת הועדה:** איפה אתה רושם את ההתנגדות של המדינה?

**ת:** אם החלקה הייתה למדינה חובתי לרשום אותה על שם המדינה היות ואני שומר על רכוש הממשלה. (פרוטוקול מיום 9.12.14, עמוד 6, שורות 22-20).

82. עוזר פקיד ההסדר חזר והדגיש לאורך כל עדותו כי לוח התביעות מפרט את כל טענות הריבון. עדות זו מוכיחה כי לאור העובדה שבלוח התביעות המפרט את זכויות העותרים לא נרשמה תביעה מצד הריבון, לריבון הקודם לא היו טענות ביחס לקרקע. לנוכח האמור, המשיב 2, כחליף הריבון הקודם, אינו מוסמך לדרוש יותר מקודמו ועל כן אינו רשאי להכריז על אדמות העותרים כאדמות מדינה. עדותו זו אף נתמכת בפסיקות קודמות של בית המשפט העליון, למשל בע"א 602/82 יורשי עומר כליל עבדאללה אבו-ניע נ' מרגלית מנדלבאום ואח' [פד"י לז(3) 281 (4.7.83)].

83. ניסיונו וידיעותיו של מר איוב לא יסולאו בפז, ועדותו הנדירה בפני המשיבה 3, שאיפשרה מבט מבפנים לקרביו של הליך ההסדר, כפי שבוצע בפועל, מעבר לכך שלא נסתרה בחוות דעת סותרת, גם לא נפגמה במהלך עדותו שלו. יוער, כי חוות דעתו אף התקבלה על ידי הוועדה במקרים אחרים שהובאו לעיונה בסמוך לקבלת החלטה שוא עתירה זו (ראו למשל ערר 2/11 בענין סביח שהוזכר לעיל), וכן על ידי בתי המשפט בישראל בעבר.

84. עוד התגלה במסגרת ההליכים ממצא מטריד: כפי שיפורט להלן, לפני כשלושה עשורים בוצעה הכרזה קודמת באדמות הכפר עאקב, אשר נידונה במסגרת ערר 15/82. המלצת וועדת הערר במסגרת ערר 15/82 קבעה באופן מפורש כי שאלת התגבשות הזכויות נגזרת ממועד צו ההסדר, ואין לקבל את עמדת המנהל האזרחי כי להליך ההסדר אין משמעות בהקשר זה.

ברם, משמעויותיה של החלטה זו, אין לה זכר בחוות הדעת המשפטיות שהוכנו לדרגים הבכירים עובר לגיבושה של ההכרזה (נספח 26 לכתב העתירה), וזאת חרף הידיעה על תוכנה.

לכך יש להוסיף את העובדה כי בקרב המנהל האזרחי היה ידוע באופן מובהק כי בחינת מצב השטח לפי המועדים שנקבעו במסגרת ערר 15/82 (כלומר, לפני שנת 1961-1963) מובילה בוודאות למסקנה כי רוב השטח היה מעובד, ועל כן לא ניתן להכריז עליו. לעובדות אלה אין זכר במסגרת המסמכים שהוכנו לצורך ההכרזה, ורק במסגרת החקירות שנוהלו בערר התגלה פגם זה וחוסר תום הלב של המשיבים.

85. לאחר תום הליך העדויות, הוגשו סיכומי הצדדים:

ראשית הגיש העורר קוגל (המשיב 4) את סיכומיו, כפי שהוגשו ביום 14.6.2015. העתק מסיכומים אלה מצ"ב ומסומנים כנספח 27

לאחר מכן הוגשו סיכומי העותרים, ביום 18.8.2015. סיכומים אלה, אשר העותרים יתמקדו באמור בהם במסגרת הניתוח המשפטי, מצ"ב ומסומנים כנספח 28.

לאחר כמעט שנה – ביום 11.7.2016 – ולאחר שחויב המשיב 2 מס' פעמים בהוצאות בגין איחורים בהגשת סיכומיו, הוגשו הסיכומים, מטעם המשיב. סיכומים אלה מצ"ב ומסומנים כנספח 29.

ביום 24.7.2016 הוגשו סיכומי התשובה מטעם העותרים. מצ"ב כנספח 30.

86. ארבעה ימים לאחר מכן, ביום 28.7.2016, ניתנה החלטת וועדת העררים, היא המשיבה מס' 3, אשר קבעה כי יש לדחות את הערר.

87. יצוין, כי עתירה זו אינה תוקפת עובדתית הכרעות של החלטת וועדת הערר, ובחלק ניכר עם קביעותיה העובדתיות והמשפטיות העותרים מסכימים או מכירים בהם כחלופה משפטית במידה ויידחו טענותיהם המרכזיות. העתירה נסבה כאמור על החלטת המשיב מס' 1 לדחות את החלטת הוועדה. משכך, העותרים אינם מוצאים לנכון לפרט בחלק זה את מלוא הטענות שהועלו על ידם ועל ידי הצדדים האחרים במסגרת הסיכומים, העדויות והראיות במסגרת ההליך המסועף. ככל שיהיה בכך צורך, יפנו אלה לנספחים הרלוונטיים במסגרת חלק הטיעון המשפטי.

#### (ג) ערר 15/82 99 מתושבי כפר עאקב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי

88. כפי שהוסבר לעיל, כשלושה עשורים לפני ההכרזה הנוכחית על אדמות כפר עאקב, ביצע המשיב הכרזה קודמת על מקרקעין סמוכים. במסגרת הכרזה זו הוגש ערר על ידי עשרות מתושבי הכפר עאקב (ערר 15/82 99 מתושבי כפר עאקב ואח' נ' הממונה על הרכוש הממשלתי), והחלטה בו ניתנה ביום 8.4.1984. ההחלטה בערר זה מצ"ב ומסומנת כנספח 31.

89. בהחלטה בערר זה נקבעו מספר קביעות משפטיות ועובדתיות, כאשר החשובה והמרכזית שבהם היא כי מועד גיבוש הזכויות במקרקעין הוא מועד הגשת התביעות בהסדר, במקרה זה – 1963. לפיכך קבעה הוועדה, כי יש לבחון את המצב כפי שהוא התרחש בשנים שלפני מועד ההסדר.

90. קביעות הוועדה הסתמכו על בחינת מצב המקרקעין על פי צילומי אוויר מהשנים 1956 ו-1944, אשר היו הצילומים הכי קרובים למועד בו הוחל בהליך ההסדר בכפר עאקב. לפיכך, הוועדה מצאה לנכון להמליץ לקבל חלק מהערר.

91. המשיב מס' 3 לא דחה את המלצת וועדת הערר בערר 15/82, ובפועל נגרעו החלקים שהוכרו על ידי הוועדה ככאלה אשר אין לכלול אותם בהכרזה. המשיב מס' 3 קיבל את החלטת וועדת העררים ומסקנותיה בעבר, ומשכך לא ברור מדוע התעלם ממנה בעודו מבצע את ההכרזה הנוכחית ומדוע החליט לדחות את החלטת הוועדה בערר 68/13, היכן שהיא כוללת את אותו הגיון משפטי.

92. עוד נצוין, כי במסגרת ערר 15/82 לא הועלו חלק מהטענות המשפטיות שהועלו על ידי העוררים בערר 68/13, בדבר העדר הסמכות לבצע הכרזה, וכן טענות אחרות שהעוררים העלו במסגרת הערר. יחד עם זאת, בנקודות אחרות, לא קיבלה וועדת העררים את עמדת העוררים בערר 15/82, אשר לגבי חלקן היו העוררים כאן שותפים להן, אם כי על בסיס פרשנויות משפטיות ואסמכתאות אחרות, אשר הינן רלוונטיות לעניין. על כך נרחיב עוד בחלק המשפטי להלן.

93. החלטת ועדת העררים ניתנה ביום 28.7.16 וביטלה את ההכרזה כפי שבוצעה. המדובר בהחלטה מפורטת, ממוסמכת ומאוסמכת באופן רחב ומקיף.

94. בנימוקיה דחתה המשיבה 3 את טענתם העקרונית בדבר חוסר הסמכות לעצם ביצוע ההכרזה בשטח שהוחל בו בהליכי הסדר מקרקעין (ובכך נפלה לכלל טעות משפטית כפי שייטען להלן בחלק המשפטי) אולם כן קיבלה את הטענה החלופית של העותרים כי הזכויות מתגבשות במועד הגשת התביעות בהליכי ההסדר, זאת בהסתמך על קביעות הוועדה במסגרת ערר 15/82 וכן שלל פסיקות של בית המשפט הנכבד. נפנה לפרט את עיקרי החלטותיה של המשיבה מסי' 3.

### **(1) ניתן לבצע הכרזה על אדמות מדינה גם ביחס לאדמות שהוחל בהם הליך הסדר**

95. הוועדה, נסמכת על החלטת הוועדה במסגרת ערר 15/82, קבעה כי אין לראות בלוח התביעות כסוף פסוק או כי הן מוכרות או כי הן אינן שנויות במחלוקת. הוועדה קובעת כי חובת ההוכחה של כל תובע בהתאם לדין הירדני טומנת בחובה הנחה של קיומה של תביעה נוגדת מצד הריבון, והריבון אינו צריך להגיש תביעה בעצמו. הוועדה סברה כי התביעות המוגשות, ללא שיש שלב של חקירת תביעות ופרסומן במסגרת לוח זכויות, לא ניתן לראות בהן כמוכרות או לא.

96. הוועדה קיבלה את עמדת המשיב, אשר טען כי הרישומים שבלוח התביעות אינם מוכיחים כי הממונה הירדני לא ביקש לתבוע את זכותו באותן חלקות.

97. בכך התעלמה הוועדה, לשיטת העותרים, הן מהוראות החוק הירדני והן מהאופן בו יושמו הוראות אלה בפרקטיקה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בחוות הדעת של המומחה, עוזר פקיד ההסדר הירדני, אשר הבהיר כי היכן שלממונה יש תביעה נוגדת או טענת זכות ביחס למקרקעין מסוימים, הוא טוען זאת עוד במסגרת חקירת התביעות, חקירה אשר מתבצעת לפני עריכת לוח התביעות. במידה וקיימת התנגשות בין טענות נוגדות או סותרות, אלה מוצאות עצמן בתוך לוח התביעות. על כך עוד נרחיב בחלק המשפטי. הוועדה פטרה עצמה מהתייחסות לעדות מומחה זה בטענה כי לא היה שותף להליכים שהתקיימו בכפר עאקב, אולם התעלמה מכך שהעד הובא להציג את הפרקטיקה הנוהגת בהליכי ההסדר בכל אזור הגדה המערבית ולא בנוגע לכפר עאקב.

### **(2) הזכויות מתגבשות במועד הגשת התביעות בהליכי ההסדר**

98. בקבלת העמדה המשפטית כי יש לבחון את שאלת ההכרזה והקביעה אם מקרקעין מסוימים הם בגדר אדמת מדינה ואם לאו, נשענה המשיבה 3 בהחלטתה על פסיקת בית המשפט העליון, על החלטות קודמות של ועדת העררים ועל ספרות מקצועית.

99. בהתאם להלכות קודמות, המשיבה 3 קבעה כי צו ההתליה איננו ביטול של הליכי ההסדר, אלא שהייתם לתקופה זמנית, ועל-כן הליכי ההסדר שנעשו עד לצו ההתליה אינם בטלים אלא מוקפאים או מושהים. מכאן, קבעה המשיבה 3, שאלמלא הותלה ההסדר, נקודת הזמן לבחינת גיבוש זכויות התובעים במקרקעין הייתה מועד הגשת התביעות.

100. בהקשר זה המשיבה 3 ראתה לנכון לציין כי "לאחר שהמשיב [1] אימץ את המלצות הוועדה בערר 15/82, לא ברור, מדוע החליט לסטות בהכרזה הנוכחית מדרך הבחינה והטיפול שהותוותה בהכרזה הקודמת" (עמ' 14).

101. כמו-כן, נשענה המשיבה 3 על הלכת קהתי שם נקבע כי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש מושתק מלטעון טענת הוברה המתבססת על התליית הליכי ההסדר 'על אחת כמה וכמה כאשר מי שמבקש להיבנות מן ההתמשכות הוא מי שגרם להתמשכות זו' (עמ' 15).
102. המשיבה 3 תמכה את החלטתה גם בהלכות שנקבעו בבית המשפט העליון שעסקו במועד שממנו אחורה יש לבחון את הזכויות במקרקעין.
103. לבסוף, עיגנה המשיבה 3 את החלטתה בעניין זה בספרות המקצועית העוסקת ברישום מקרקעין בגדה המערבית, ובפרט בספרה של ד"ר רונית לוי-שנור **זיני רישום מקרקעין, הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית** [הוצאת בורסי, 2012] המאמצים את החלטת ועדת העררים בעניין קהתי.
104. המשיבה 3 חיזקה פעם נוספת את ההלכה לפיה הגשת תביעה במסגרת הליכי הסדר עוצרת את תקופת ההתיישנות ומקפיאה את מצב העיבוד הנכון לאותו מועד. על-פי החלטה זו, המדינה אינה רשאית לטעון להוברת הקרקע לאחר מועד הגשת התביעה בהסדר. מסקנתה של המשיבה 3 ביחס להכרזה הנוכחית הייתה כי על המשיב 2 היה לבחון את מצב העיבודים בקרקע על-פי תצלומי אוויר מן השנים שלפני תחילת הליכי ההסדר בכפר עקב, קרי בשנים שלפני 1961. זאת הוא לא עשה.
105. בהתאם לקביעות אלה, החליטה המשיבה 3 שאין לה צורך לבחון את עדותם של מפענחי תצלומי האוויר שהעידו מטעם המשיב 2, מאחר שממילא אלה בחנו רק תצלומי אוויר מן השנים שלאחר תחילת הליכי ההסדר. בהתאם לכך גם התייתר הצורך בבחינת יתר העדויות והראיות לעניין העיבוד.

### (3) יש לבצע הכרזה בהתאם לגבולות שנתחמו והוגדרו בלוח התביעות

106. המשיבה 3 קבעה כי לעצם עריכת לוח התביעות כן יש משמעות מסויימת, וכי כאשר בוחנים האם חלקה מסויימת עובדה או לא, יש לבחון זאת במסגרת הגבולות ששורטטו במסגרת לוח התביעות. כך הציגה הוועדה את הדברים בהחלטתה:

86. "זאת ועוד, השיטה שבה נקט המשיב - בחינת השטח כמכלול בהתעלם מגבולות החלקות שקבע פקיד ההסדר הירדני היא שגויה בראיית. בענייננו, פקיד ההסדר השלים את חלוקת השטח לחלקות. נראה, שבאופן עקרוני ובכפוף לחריגים, **הבחינה צריכה להיות, בהתאם לאותה חלוקה**. כלומר, יש לבחון באופן פרטני את **העיבודים בכל אחת מן החלקות שבמפת לוח התביעות - בהתאם לגבולות שקבע פקיד ההסדר הירדני**. בכל חלקה, יש לבחון האם 50% משטח החלקה אכן מעובד. ככל שהשטח מעובד כאמור - יוכרו זכויות התובע בו. בחינה כוללת של השטח, המתעלמת מחלוקתו לחלקות משנה אינה מתיישבת עם מחויבותו של השלטון למצב המקרקעין שהיה קיים באזור בעת כניסתו לשטח. כפי שקבע כבוד השופט זנדברג בהחלטתו: "אין כל היגיון מנהלי וציבורי בהורדה לטמיון של מאגרי רישום שמאמץ רב הושקע ביצירתם".

87. לא למותר לציין, שככל שקיימות חלקות שאינן מעובדות במשך 10 שנים ברציפות לפני תחילת ההסדר (כלומר לפני שנת 1961) ניתן להכיר בהן כרכוש ממשלתי.

88. בערר 44/12 **עלי אחמד עלי דר אל שיח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש** [פורסם בנבו; 10/06/14], הוצא צו פינוי באדמות הכפר בידו, שטח שבעבר החלו בו הליכי הסדר מקרקעין שהגיעו אל לוח תביעות. העורר ביקש כי שיעור העיבוד ייבחן בהתאם לגבולות חלקתו, כפי שהוגדרו על ידי פקיד ההסדר הירדני. בחינת שיעור העיבוד על פי אותן גבולות הביאה למסקנה כי חלקתו הייתה מעובדת בשיעור של לפחות 50% כנדרש בחוק הקרקעות. טענתו התקבלה.

89. לא כך פעל המשיב בענייננו. משבאתי למסקנה, כי דרך פעולתו של המשיב הייתה שגויה, ושלא ניתן להתיר את החלטה על כנה, מתייטר הצורך בבחינה מדוקדקת של העדויות והראיות.”

107. לשיטת העותרים, עמדתה של הוועדה סותרת במידת מה את קביעתה הקודמת כי אין ליחס ללוח התביעות משמעות מלאה באשר לאופן טענת הזכויות. אם לוח התביעות מייצג נאמנה את התביעות שהוגשו בתזכירית התביעות ואושרו לאחר חקירתן על דרך של קיבוען בלוח התביעות, במובן של זהות הטוען לזכויות וכן אופן חלוקת הזכויות, וזאת בכפוף להסתייגויות ועררים שיוגשו בהתאם ללוח הזכויות שייערך על פיו, אזי מתקבלת טענת העותרים כי אין למשיב יכולת לדרוש יותר ממה שדרש במסגרת הליך הכנת לוח התביעות.

#### **(4) קביעות נוספות של הוועדה בהחלטתה**

108. מעבר לסוגיות אלה, אשר עומדות בטבורה של המחלוקת המשפטית בין העותרים למשיב ומהוות את ליבת העתירה, קבעה הוועדה קביעות נוספות, אשר למען שלמות התמונה נביאם להלן.

(א) כי העוררים הרימו את הנטל הראשוני להוכיח כי קיימים פגמים בהכרזה, ומוטטו את חזקת התקינות של ההכרזה. עוד נקבע כי עדויות העוררים משתלבות גם במציאות שתוארה על ידי מפענחי הצילומים בדבר סוג העבודות ואופי העיבוד.

(ב) הוועדה קבעה כי לאור העובדה שלא נבחנו השנים הרלוונטיות, היא אינה מוצאת לנכון להכריע בין חוות הדעת הסותרות של המפענחת מטעם המשיבים 1-2, הגב' הלנה קריימן ובין המומחה שהובא מטעם העורר במסגרת ערר 56/13. יוער, כי לשיטת העוררים כולם עדותה של הגב' קריימן סובלת מפירכות רבות, לרבות העדר המקצועיות הנדרשת בהקשר האמור, ובוודאי נסוגה מול מומחיותו של העד המומחה אהוד לוטם. כך או כך, ביחס לשאלה העובדתית הזו, הוועדה לא קבעה ממצאים בנושא.

(ג) הוועדה לא מצאה לנכון להכריע בסוגיות שבמחלוקת בין העותרים ובין המשיב מס' 4.

109. בהתאם לכל האמור לעיל, המליצה הוועדה לבטל את ההכרזה ולבחון מחדש את אפשרות ביצועה בהתאם לתצלומי האוויר מן השנים שקדמו לתחילתו של הליך ההסדר.

## **VI – התפתחויות לאחר החלטת וועדת הערר ומיצוי הליכים שקיימו העותרים עובר לפנייתם**

### **לבית המשפט הנכבד**

(א) החלטתו של המשיב 1 לדחות את המלצות וועדת העררים

110. ביום 27.4.2017, 9 (תשעה!) חודשים לאחר קבלת החלטת המשיבה מס' 3, התקבל מכתבו של המשיב 1 הנושא את הכותרת "דחיית המלצת ועדת העררים לדחיית ההמלצה לבטל את ההכרזה על אדמות מדינה – כוכב יעקב". במכתב זה טען המשיב כי עמדתו היא שיש לבטל את החלטתה של וועדת העררים.

#### **העתק ממכתבו של המשיב 1 מיום 27.4.2017 מצ"ב ומסומן כנספח 2.**

111. נימוקיו של המשיב 1 לדחות את המלצות המשיבה 3 המפורטים במכתבו רצופים טענות בלתי-ברורות, מסקנות בלתי מבוססות וקביעות שגויות.

112. בתחילת מכתבו מציין המשיב 1 כי החובה לבחון את מצב העיבודים במקרקעין בפרק הזמן של עשר השנים שקדמו למועד תחילת הליך ההסדר, "מנוגדת לפרקטיקה הנוהגת כיום" (סעיף 2 למכתב). כפי שיפורט בחלק המשפטי, הקביעה כי המלצת המשיבה 3 מנוגדת לפרקטיקה הנוהגת כיום מעלה תהיות באשר לאותה

"פרקטיקה", זאת לאור העובדה כי ועדת העררים כבר קבעה בעבר (בערר 15/82) כי יש לבחון את מצב העיבודים בשנים שקדמו לתחילת הליך ההסדר והמשיב 1 אימץ החלטה זו ופעל על-פיה בעבר. עולה השאלה, האם "הפרקטיקה הנוהגת כיום" שונה מזו שנקבעה בערר 15/82 ואומצה על-ידי המשיב 1? האם המשיבים נהגו באופן הסותר קביעה של טריבונל שיפוטי אשר הוכרה על ידם בעבר? שכן אם כך הוא הדבר, הרי שפרקטיקה זו איננה חוקית, ובוודאי שאינה יכולה לגבש טענת הסתמכות של המנהל, המושתק לטעון כנגדה.

113. בהמשך טוען המשיב 1 כי נפלה בהחלטת ועדת העררים טעות משפטית ומהותית וכי ליישומה תהיינה השלכות "קשות ורחבות היקף על טובת האזור" (סעיף 4).

113.1. כך למשל, טוען המשיב 1 כי מסקנת הוועדה מתבססת על הדין החל בישראל ומנוגדת לדין המהותי החל באזור – בפרט לדין ההתיישנות הרוכשת ודין המחילול.

113.2. כך למשל, טוען המשיב 1 כי הוועדה לא נתנה דעתה להשלכות המשפטיות של החלטתה. כדוגמה להשלכה משפטית אפשרית ציין המשיב 1 את חוסר היכולת של פרט שעובד את המקרקעין לפני תחילת ההסדר, להמשיך לעבד את הקרקע לשם רכישת זכויות בהם.

113.3. כך למשל, טוען המשיב 1 כי המלצת הוועדה לפיה הממונה אינו יכול להכריז על אדמות מדינה במקרקעין שעובדו לפני תחילת הליך ההסדר, תוביל ליצירת "כיסוי מקרקעין" בלתי מנוצלים באזור מכיוון שגם אם נזנחו המקרקעין על-ידי מי שעובד בעבר, הממונה לא יוכל להכריז עליהם כאדמת מדינה ולהקצותם לשימוש כלשהו. המשיב 1 הוסיף בהקשר זה כי גם אף אדם אחר לא יוכל לרכוש בהם זכויות מכוח עיבוד.

113.4. כך למשל, טוען המשיב 1 כי ההמלצה תביא לביטול הכרזות רבות אשר חלקן אושרו על-ידי ועדת העררים. לדידו של המשיב 1, תוצאה זו משמעה יצירת בעיות סבוכות בנוגע למקרקעין באזור ופגיעה בטובת האזור בכלל.

114. יוער, כי בסעיף 1 למכתבו של המשיב 1 מצוין כי החלטת הוועדה ניתנה ביום 28.2.17. מדובר בטעות שכן החלטת הוועדה ניתנה ביום 28.7.16 כפי שעולה מן התאריך המופיע על גבי החלטת המשיבה 3.

115. עוד יצוין כי המשיב אינו מציין האם נהג כמצוות הוראות הוועדה לבחון את צילומי האוויר מהשנים 1956 ו-1944. משכך, נוצרת חזקה שהצילומים נבחנו בשנית (מעבר לבחינה שנעשתה בעבר על ידי נציגי המנהל כפי שעלה במסגרת הליך הראיות), ואלה הובילו למסקנה שלא ניתן לבצע הכרזה כאמור על השטח.

#### ב) פניות העותרים אל המשיב

116. ביום 23.5.17 פנו העותרים באמצעות בא-כוחם אל המשיב 1 בבקשה לקבל הסברים לאי-הבהירויות שעלו במכתבו. בין השאר תמהו העותרים על טענת המשיב 1 כי לאחר הגשת תביעה בהסדר לא יוכל פרט המעבד מקרקעין לפני תחילת ההסדר להמשיך בעיבוד לשם רכישת זכויות. העותרים ביקשו במכתבם זה כי המשיב 1 יבהיר את הטענה שכן כידוע, פרט שעובד את אדמתו ערב ההסדר והגיש את תביעתו, יכול להמשיך לעבד את האדמה ללא הפרעה גם לאחר תחילת הליך ההסדר. ולראיה העותרים המשיכו לעבד את אדמתם גם לאחר שהחל הליך ההסדר, ולמעשה יכולתם לעבד את האדמה נמנעה רק עם הקמת כוכב יעקב והגידור שנלווה להקמתה של התנחלות זו.

#### העתק ממכתב העותרים למשיב 1 מיום 23.5.17 מצ"ב ומסומן כנספח 33.

117. כמו-כן ביקשו העותרים כי המשיב 1 יבהיר את כוונתו בנוגע ל"כיסוי מקרקעין" המונעים רכישת זכויות ממי שמעבד אותן. ההבהרה התבקשה לנוכח העובדה כי הזכות לעבד את המקרקעין ולרכוש בהם זכויות מכוח עיבוד, דורשת מקור חוקי. לא ניתן לרכוש זכות במקרקעין מכוח עיבוד כאשר החזקת המקרקעין נעשתה בניגוד לחוק, כך קובע החוק הירדני ופסיקת בית המשפט העליון.

118. העותרים הביעו במכתבם את תמיהתם ביחס לאמירתו של המשיב 1 במכתבו ביחס להכרזות נוספות שהמלצת הוועדה תביא לביטול, בייחוד על הרקע של חוסר הגיבוי העובדתי. בהקשר זה, ביקשו העותרים במכתבם כי המשיב 1 יציג תשתית עובדתית שתצביע על היקף ההכרזות שנעשה במקרקעין שהוחל בהם הליך הסדר, על השטחים המדוברים ועל מיקומם.

119. לבסוף, העותרים העירו את תשומת ליבו של המשיב 1 לטעות המופיעה בכותרת מכתבו שבה מצוין "ההכרזה על אדמות מדינה כוכב יעקב", בעוד שההכרזה היא על אדמות הכפר עקב ואף אינה מצויה בתחום השיפוט של ההתנחלות כוכב יעקב. העותרים ציינו במכתבם כי טעות זו מלמדת, לפחות ברמה הסמלית, על המטרה האמיתית שבסיס ההכרזה על אדמות מדינה באדמות הכפר עקב, ועל השיקולים הזרים העולים ממנה.

120. משמכתב זה לא נענה על ידי המשיב מס' 1 ועל ידי היועץ המשפטי לאזור, פנו אלה שוב במכתב מיום 14.6.2017, החוזר ומבקש מענה לנושאים המוצגים לעיל. העתק מפנייתם השנייה של העותרים מיום 14.6.2017 מצ"ב ומסומנת כנספח 34.

121. עד לכתיבת שורות אלה, לא התקבל מענה למכתביהם של העותרים ולתהיותיהם בדבר אי-הבהירויות המופיעות במכתבו של המשיב 1.

122. מכאן עתירה זו.

## ג. מסגרת הטיעון המשפטי

### מבוא

123. חלק הטיעון המשפטי יבחן **ראשית** את המסגרת הנורמטיבית החולשת על המקרה והסוגיות המשפטיות המועלות בו; **שנית** יוצג הטיעון המרכזי של העוררים הנוגע לחוסר היכולת לבצע כלל הכרזה ביחס לאדמות המצויות בעיצומו של הליך הסדר, וכי אין הריבון או חליפיו יכולים לתבוע יותר ממה שתבעו במסגרת הליך ההסדר; **שלישית**, ולבסוף, מכן יוצג הטיעון בדבר העדר החוקיות וחוסר הסבירות של המשיב 1 בהחלטתו, לרבות תום הלב המאפיין אותו.

124. יצוין כבר בפתח הדברים, כי חרף העובדה שהמשיבה מס' 3 לא קיבלה את עמדת העותרים באשר לעצם היתכנות ביצוע ההכרזה, בפועל קיבלה הוועדה את הסעד המבוקש בערר אשר ביקש להכריז על בטלותה של ההכרזה. משכך, העותרים היו מנועים מלעתור נגד הנימוק העומד בבסיס ההכרזה, וזאת בהיקש המתבקש מההלכות המוכרות כי לא ניתן לערער על הנמקה של פסק דין היכן שבעל הדין קיבל את הסעד המבוקש על ידו והוא אינו מבקש לשנות את הסעד המבוקש על ידו (ראו ע"מ 3550/15 **משרד הביטחון האגף לשיקום נכים נ' פלוני**, [פורסם באר"ש, 30/5/2016]; ע"א 7043/14 **חברת הכשרת ישוב בישראל בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל** [פורסם בנבו, 1/5/2016] עת ציין כב' השופט י' עמית, בפסקה 8 כי **יכאשר צד להליך אינו חולק על תוצאת פסק הדין, אין מקום להגשת ערעור עצמאי מטעמו**); ועוד ראו ע"א 6138/93 **הארגון למימוש האמנה על ביטחון סוציאלי נ' אברהמי פ"ד נ (1) [1996] 441**, בעמ' 447-446); ע"א 2734/09 **פיוטרקובסקי נ' ארנון** [פורסם באר"ש, החלטה מיום 20/6/2010]. זאת בייחוד לנוכח העובדה כי עתירה נגד החלטות וועדת הערר ככלל, אינן בעלות אופי ערעורי, ומשכך מידת התערבות בית המשפט תהיה צרה יותר.

125. ברם, משהחליט המשיב מס' 1 לדחות את החלטת הוועדה, ומשמובאת הסוגיה בכללותה לעיונו של בית המשפט הנכבד, אין מנוס לשיטת העותרים שלא להידרש לעצם הסוגיה העקרונית של גדרי הסמכות של המשיב לבצע הכרזה, ולמעשה לפרוץ את הליך ההסדר, היכן שלא היו לו טענות נוגדות במסגרת הכנת לוח התביעות.

(1) המשפט הבינלאומי ההומניטארי

126. תחומי אדמות כפר עאקב לגביהן בוצעה ההכרזה, נמצאות מחוץ לגבולות מדינת ישראל הריבונית, בתחומי הגדה המערבית אשר מצויה תחת משטר של תפיסה לוחמתית.

127. המסגרת המשפטית העליונה החולשת על שטחים כבושים אלה מצויה במשפט הבינלאומי ההומניטארי, ובפרט המשפט הבינלאומי ההומניטארי העוסק בשלטון בשטחים הכבושים, כפי שאלה קבועות במגוון מסמכים משפטיים. בראש ובראשונה אנו מכוונים לתקנות הנלוות לאמנת האג בדבר הדינים והמנהגים הנוהגים ביבשה משנת 1907, המשקפת משפט בינלאומי מנהגי, בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949, בהוראות המנהגיות הקבועות בפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה משנת 1977, ובעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי. אמנות אלה חלות על פעילות צה"ל בשטחים ומחייבות את רשויות מדינת ישראל, ובכלל זאת את המשיבים 1-3 (ראו: בג"ץ 606/78 **סולימאן תאופיק איוב ו-11 אח' נ' שר הביטחון ו-2 אח'**, פ"ד לג(2) 113 (1979, בעמ' 120-121), בג"ץ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל ואח'**, תק-על 2005(3), 3333, בו הוחלו לכל הפחות ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית, וכן ראו גם בג"ץ 3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר סאמט ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, תק-על 2009(4), 714 (2009), בעמ' 719.

128. תקנה מס' 43 המופיעה בתקנות הנספחות לאמנת האג, ואשר זכתה לכינוי "חוקה בזעיר אנפין" של הכיבוש, קובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש ומהווה "כלל-על" ליחסי שלטון-אזרח בשטח כבוש (ראו בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פד"י לז(2) 197). תקנה זו מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם והוא, טובתה של האוכלוסיה המקומית של השטח הכבוש ועיקרון שימור הקיים:

*יתקנה 43:*

*בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שברשותו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.*

129. דיני הכיבוש, על-פי תפיסה זו, הם משטר של נאמנות זמנית. הם מחייבים בין השאר, שכל שינוי ארוך טווח בשטח הכבוש, ככל שהוא מותר, ייעשה לטובתה של האוכלוסייה המקומית (היא אוכלוסיית האזרחים המוגנים). מחובת הנאמנות נגזר האיסור המוטל על המעצמה הכובשת לנצל את השטחים הנתונים לשליטתה לצרכיה שלה, למעט (במגבלות מסוימות) לצרכיה הביטחוניים כאמור לעיל. מופע מובהק של תפיסה זו היא הלכתו הידועה של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 393/82 **ג'מאית אסכאן אלמעלמון אלעתאוניה אלמחדודה אלמסחוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(4) 785, הקובעת כי כאשר המפקד הצבאי עושה שימוש בסמכויות הניהול של השטח הכבוש שדיני הכיבוש מסרו לידו, אסור לו לשקול שיקולים הנוגעים לצרכים הלא-צבאיים של ארצו:

*"אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צרכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צרכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר" (פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 795-794).*



130. על-פי תקנה 43 לתקנות האג, חליפו של הריבון בשטח הכבוש, אמור לדאוג להשיב את המצב הקיים לקדמותו עם סיום הליכי הקרבות עצמם, ולדאוג לכך שלא ישתנה המצב, תוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, והשבת השטח כפי שהוא לידי הריבון הקודם או מי שיבוא בנעליו, ללא ביצוע שינויים מרחיקי לכת.

131. הוראותיה אלה של תקנה 43, עמדו בבסיס הרציונל של הוצאת צו ההתלייה האמור, וזאת מתוך ההכרה כי רישום מקרקעין במסגרת הליך הסדר הינו סוגיה משמעותית ביותר, עם השלכות ארוכות טווח, אשר אינה מתאימה למשטר בעל אופי וסממנים זמניים כמו תפיסה לוחמתית.

132. מתוקף הוראת סעיף 43 גם מוחל הדין הירדני בדבר הסדר המקרקעין, אשר הינו המסגרת של הדין המהותי אשר חלה בשטח, כפי שנסקרה בפרק הקודם של כתב העתירה.

133. לצד ההוראה הקבועה בתקנה 43, קיימות מספר הוראות המחייבות שמירה על זכויות הקניין הפרטי של האוכלוסיה המוגנת. כך קובעת תקנה 46 לתקנות האג:

*'תקנה 46 :*

*יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי."*

134. מסגרת נורמטיבית-הומניטארית כללית זו נוסחה על-ידי גאסר (Gasser), אשר טען בזו הלשון:

*"Civilians who do not take part in hostilities shall be respected and protected. They are entitled to respect for their persons, their honour, their family rights. Their religious convictions, and their manners and customs. Their property is also protected."*

(Gasser, "protection of the civilian population", In: D. Fleck, **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts** 211 (1995))

135. בנוסף, קיימת הוראה מקבילה גם באמנת ג'נבה הרביעית, האוסרת הרס קניין פרטי וציבורי בשטח הכבוש, שאינו נדרש לצרכי ביטחון באופן הכרחי:

*"53. אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים או למדינה או לרשויות ציבוריות אחרות, או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה."*

136. זכות הקניין של התושבים המוגנים הוכרה על-ידי בית המשפט הנכבד במספר פסקי-דין שבהם הדגיש בית המשפט את חובתן של הרשויות בכל הנוגע לשמירה על קניינם של התושבים המוגנים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. כך בבג"ץ 7862/04 זוהרייה חסן מורשד בן חוסין אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פד"י נט(5) 368, בעמ' 377-376, נקבע:

*'[זכות הקניין] מוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכוח המשפט החוקתי בישראל על-פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מוגנת מפגיעה גם במשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה בזכויות מקרקעין של הפרט, אסורה על-פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי, אלא במקום שהדבר הכרחי לצרכי לחימה."*

וראו בהקשר זה גם פסקי הדין הבאים: בג"ץ 5439/19 עבדאלקאדר נ' וועדת העררים הצבאית ואח' [פסק דין מיום 20.3.2012, פורסם באר"ש, להלן: "בגץ 5439/09"]; בג"ץ 9949/08 חמאד ואח' נגד שר הביטחון ואח' [פסק

דין מיום 24.2.2014, פורסם באר"ש]; בג"ץ 8887/06 אל-נאבות' ואח' נגד שר הביטחון ואח' [פסק דין מיום 2.8.2011; פורסם בבנו]; בג"ץ 7292/14 מוסא ואח' נגד שר הביטחון ואח' [פסק דין מיום 1.9.2016; פורסם בבנו].

137. כפי שוועדת הערר קבעה, זכויות הקניין מתגבשות במסגרת הליך ההסדר והגשת התביעות. כפי שנפרט להלן, פריצת הליך ההסדר על ידי המשיבים, וכן אופן פריצת הליך הסדר זה, פוגע בזכויות הקניין של העותרים ושאר תושבי כפר עאקב, החיים והמתים, הנוכחים והנפקדים – כולם יחד.

## (2) המשפט המנהלי הישראלי

138. לצד מערכות הדינים הבינלאומיות, מחויבת מדינת ישראל על רשויותיה, לרבות המשיב, בעקרונות החוקתיים והמנהליים של מדינת ישראל, ובכלל זאת בכיבוד זכויות היסוד שעוגנו בחוקתה החלקית.

139. הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חלק מדיני הגדה המערבית, העקרונות החוקתיים והמנהליים של מדינת ישראל מטילים חובות על כל רשויות השלטון הישראליות גם בפועלן מחוץ לגבולותיה הריבוניים של מדינת ישראל. בית המשפט קבע לא אחת, כי עקרונות חוקתיים ועקרונות המשפט החוקתי הישראלי יחולו על פעילות המשיבים בגדה המערבית וכך גם לעניין כללי הצדק הטבעיים (ראו בג"ץ 69/81 באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, (1983) בעמ' 226-227; בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, (1989), בעמ' 539-540; בג"ץ 7015/02 כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002(3) 1021, בעמ' 1025; בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1), 267 (1993); בג"ץ יואב הס).

140. חרף הימנעות מהחלה מלאה של חוקי היסוד בשטח הכבוש, בית המשפט הנכבד בחן לא פעם את הפגיעה בזכויות חוקתיות על-פי אמות המידה שנקבעו בחוק היסוד ושיושמו במסגרת מבחני המידתיות. כך למשל, בפסקי הדין אשר עסקו בבניית גדר ההפרדה ובפגיעה בזכויות חוקתיות של תושבים פלסטינים, אשר בוצעו בהתאם לצווי תפיסה שהוצאו לצורך הקמת תוואי גדר ההפרדה, נקבעו הדברים הבאים:

*'[...] בניית גדר טומנות בחובן פגיעה בזכויות הפרט. יש בהן כדי לפגוע בזכויות הקניין, בחופש התנועה, בחופש העיסוק ובזכויות אדם נוספות. הפעלת סמכויות הפוגעות בזכויות יסוד חוקתיות תיעשה על פי אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד בעניין זכויות אדם.'*

(ראו בג"ץ 1073/04 עומר סלאמה נ' אלוף פיקוד מרכז, תק-על 2006(3) 1874, 1878 (2006), וכן ראו גם הניתוח בעניין מראעבה שהוזכר לעיל; בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פד"י נט(5) 368, 2005, בעמ' 377), בו נקבעה האחריות של מפקד כוחות צה"ל באזור להבטיח את זכויות הפרט ובכלל זה זכות הקניין).

141. המשיבים 1-2, אשר הינן רשויות ישראליות, מחוייבים אם כן לפעול בהתאם לעקרונות המשפט המנהלי: בגדרי הסמכות התוחמת אותם על ידי הדין הרלוונטי; בגדרי הסבירות של פועלם; בתום לב, ותוך הימנעות משיקולים זרים במסגרת החלטותיהם; לנהוג בעקביות ובהתאם להוראות הדין.

## II – הטיעון המשפטי הראשון: על חוסר היכולת לפרוץ את הליכי ההסדר כפי שנתגבשו עד כה

### באמצעות הכרזה, ועל חוסר היכולת של המשיב לטעון לזכויות יותר מאלה שהיו לריבון הקדום

142. טענתם המרכזית של העותרים במסגרת הערר הייתה כי עצם ביצוע הכרזה, באופן המגדיר מה מתוך תא השטח אשר בגינו נערך הסדר המקרקעין נחשב כמקרקעין שאינו בגדר אדמה פרטית, אינו עומד בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי וכן עם הוראות המפקד הצבאי כפי שבאו לידי ביטוי במסגרת צו ההתליה, אשר מהווה חקיקה ראשית.

143. אמנם, הפסיקה הכירה בכך שהכרזה על אדמות מדינה הינה דקלרטיבית ולא קונסטטיטויבית (ראו: ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי ואח', פסק דין מיום 15.2.2009, זמין באר"ש), אולם בכל הנוגע להכרזה ביחס לתא שטח אשר עובר הליך הסדר מקרקעין, אין לקבל גישה זו. קביעה כי פיסת אדמה פלונית ראויה להיות אדמת מדינה משמעה היא דחייה של טענת זכות של מי שטען לגביה במסגרת הליך הסדר, טענה שהופיעה כבר בלוח תביעות לאחר שלב חקירת תביעות. דחיה זו אינה יכולה להתבצע שלא במסגרת הליך הסדר, והיכן שהריבון אינו טען את טענותיו שלו. בפועל, הגדרה של חלקה מסויימת או חלק ממנה כאדמת מדינה, משמעה היא דחיית תביעת הזכות כפי שהוגשה במסגרת הליך ההסדר.

144. כאמור, המפקד הצבאי – אשר לו מסורות כלל סמכויות החקיקה באזור – קבע כי הליכי ההסדר יותלו. יותלו, ולא יבוטלו. התליה זו חלה ביחס לכלל הליכי ההסדר, ולא רק ביחס לאלה שהגיעו ללוח זכויות. בפועל, הכרזה על אדמות מדינה ביחס למקרקעין המצויים בהליך ההסדר, קובע זכויות ביחס לחלק מהאדמות הללו, וחותר תחת ההתליה האמורה. משכך, עצם ההכרזה מנוגד לצו ראשי שהוציא המפקד הצבאי באזור!

### (1) ביצוע הכרזה בנוגע להליך הסדר עומד בניגוד לחובות המפקד הצבאי, באמצעות נציגו – המשיב – על פי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי בדבר דיני הכיבוש

145. בפתח הטיעון, עמדת העותרים היא כי ביטולם ואיונם של הליכי ההסדר, על דרך של הכרזה על אדמות מדינה ביחס לחלק מהמקרקעין לגביהם הוגשו התביעות, חותר תחת הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. בפרט, הדבר אינו עולה בקנה אחד עם האיסור המוטל על הכוח הכובש ונציגיו לבצע שינויים ארוכי טווח בשטח הנתון לרשותם כפקדון עד לסיומם של הליכי הכיבוש. בנוסף לכל אלה, עמדת העותרים היא כי ההכרזה אף חותרת תחת הלכות קודמות של וועדת העררים הנכבדה, ובראשם **הלכת קהתי**. טענה זו נובעת במישרין מהוראות תקנה 43 לתקנות האג, אשר קובעת בזו הלשון:

#### **סעיף 43**

**בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חיץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.**

146. כלומר, על פי תקנה זו, חליפו של הריבון בשטח הכובש, אמור לדאוג להשיב את המצב הקיים לקדמותו עם סיום הליכי הקרבות עצמם, ולדאוג לכך שלא ישתנה המצב, תוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, והשבת השטח כפי שהוא לידי הריבון הקודם או מי שיבוא בנעליו, ללא ביצוע שינויים מרחיקי לכת. זאת, אלא אם הדבר נבצר ממנו לחלוטין. ביצוע הכרזה ביחס למקרקעין, אשר בשל היותה חלק מהליך הסדר היא קונסטטיטויבית, אינו משמר את המצב כמות שהוא אלא משנה אותו.

147. הוראותיה אלה של תקנה מס' 43 עמדו לכאורה בבסיס הרציונל של הוצאת צו ההתליה האמור, וזאת מתוך ההכרה כי רישום מקרקעין במסגרת הליך הסדר הינו סוגיה משמעותית ביותר, אשר אינה מתאימה למשטר בעל אופי וסממנים זמניים כמו תפיסה לוחמתית.

148. משכך, הכרזה, המבטלת בהינף יד את הליך ההסדר המורכב והארוך שבוצע על ידי הריבון הקודם (הליך שמצוי כאמור בין השלב השלישי לרביעי, כפי שפורט לעיל, שכן לוח התביעות כבר נערך בהתאם לסעיף 10 לחוק והועבר לעמאן לצורך הכנת לוח הזכויות), וזאת תוך אי כיבוד הנוהגים והחוקים שהיו קיימים במדינה עובר לכניסת כוחות צה"ל, ותוך ביטולו של הליך משפטי מורכב ומסועף, אשר מהווה חלק מהדין הקיים בשטח. זאת, מבלי שנטען ובוודאי הוכח כי הדבר נבצר מהמפקד לחלוטין או כי הדבר דרוש לצורך הבטחת הסדר והחיים הציבוריים: המשיב ועדיו העידו בפה מלא כי המקור להכרזה זו נובע דווקא מאי שמירת הסדר והחיים הציבוריים, בדמות הבינוי הבלתי חוקי נשוא העתירה בבג"ץ 6505/09 הנזכר לעיל, והרצון שלא לשמור על הדין ולא לאכוף אותו ביחס לבינוי הבלתי חוקי האמור. אלה הם אינם טעמים אשר יכולים להצדיק הכרזה, בוודאי לא כאשר הכרזה זו קוטמת את הליך ההסדר ועוקרת את שנעשה עד כה במסגרתו.

(2) התליית הליכי ההסדר על ידי חליף הריבון הקודם, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בשנת 1968, והשלכה המשפטית של התליית הליכי ההסדר על המצב שקדם להתלייתו

149. כמפורט לעיל, צו ההתליה מס' 241 התלה את הליכי ההסדר ומנע את השלמתם. זאת, בעקבות האופי **הזמני** של התפיסה הלוחמתית **שאינו מתאים לקביעת זכויות מוחלטת**, העברת מסמכי ההסדר לירדן, העלויות הכבדות של ההליך והחשש מפגיעה בזכויות של נפקדים רבים שעזבו את האזור בשנת 1967.

150. הכרזה על אדמות לגביהן הוחל בהליכי הסדר, משמעה למעשה ייתרון ובטלותם של הליכים אלה, ולמעשה דחייתם בפועל על ידי ביצוע ההכרזה כפי שהמשיב מתיימר לעשות בהכרזה דכאן. כפי שנקבע בפרשת **קהתי**, משמעותה זו של התליית הליכי ההסדר הינה **מוראטוריום**, והיא אינה יכולה להוות בסיס לטענות המשיב בעניין הוברת הקרקע לאחר שהוחל בהליכי ההסדר (ראו חוות דעתו של חבר הוועדה רס"ן (בדרגתו אז) אייל נון, בעניין פרשת **קהתי**, בעמ' 363).

151. חבר הוועדה פרופ' חיים זנדברג, אשר כתב את חוות הדעת המרכזית בפרשת **קהתי**, קובע את הדברים הבאים (בעמ' 354-355), הנכונים פי כמה לענייננו. כל ההדגשות המובאות הוספו אלא אם צויין אחרת:

*"לא ניתן לקבל טענות אלה [הצורך להוכיח מחדש עיבוד וחזקה לאחר שהותלו הליכי ההסדר, ש.ז.]. הן ככל הנוגע לביטול תוקף ההסדר עבר ההתליה והן ככל הנוגע למעמד הזכויות לאחר ההתליה. טענות אלה אינן מתיישבות עם לשון הצו ועם תכליתו. **ברי, כי מבחינה לשונית, התלייה אינה בבחינת ביטול של המעשה המותלה אלא רק עצירתו והתנית המשכו של התהליך בהתקיימותו של תנאי מתלה, קרי, חידושו במועד כלשהו בעתיד. עיון במניעים ההיסטוריים להתליית הליך ההסדר מגלה, כי ההתלייה נבעה מן הקושי שבהמשך ניהולו של ההליך. קושי זה נבע מן החשש לכך שתובעי זכויות רבים נפקדים מן האזור, מהעדר נגישות למסמכים ירדניים [...]. וכן מן החשש כי המשך האיזור על רישום עסקאות במהלך ההסדר יעיק על החיים הכלכליים התקינים.***

[...]

*"אכן, התליית התהליך גם מנעה מתן תוקף סופי ללוחות זכויות שלא הושלמו. פשיטא, שכפי שניתן היה לערער ולהשיג על הרשום בלוח הזכויות הלא סופי לפני ההתליה, כך גם ניתן להמשיך ולעשות כיום. עם זאת, אין לומר כי תכליתה של ההתליה הייתה לבטל את מה שכבר נעשה במסגרת ההסדר. ביטול מעין זה לא זו בלבד שהיה מוריד לטמיון את ההשקעה שכבר הושקעה בשלבי ההסדר הקודמים, אלא שהוא גם היה פוגע בזויות שכבר נקנו במהלכו. פגיעה כזו אינה תואמת את כללי המנהל הציבורי התקינים שלהם כפוף גם העורך [במקרה שלנו – המשיב, ש.ז.], וגם לא את המחוייבות שנטל על עצמו לכיבוד זכות הקניין של תושבי האזור.*

ובהמשך החלטתו, בעמ' 356, קובע פרופ' זנדברג את הדברים הבאים:

"גם אין לומר שהתליית הליכי ההסדר כיוונה לכך שמעתה ואילך יהיה על מבקש הרישום ראשון לשוב ולהוכיח זכויות שכבר הוכחו במסגרת ההסדר. גישה זו אינה עולה מעצם ההפניה לרישום ראשון. כפי שהתובע רישום רשאי לתובעו על פי קושאן עות'מני, כן רשאי הוא לתובעו מכוח לוח זכויות לא סופי."

[...]

"העורר [במקרה שלנו – המשיב], שהוא רשות שלטונית, מבקש למעשה להבנות מהתליית ההסדר. אילו היו הליכי ההסדר ממשיכי כסדרם, ברי כי לעורר לא הייתה כל טענה כנגד הזכות שהסדרתה הושלמה, אף אפ הייתה הקרקע מוברת. הנה מבקש העורר להבנות ממה שארע לאחר ההתליה בעוד ההתליה היא מעשה יצירה כפיו."

ולסיכום חוות דעתו של פרופ' זנדברג בהחלטת הוועדה, קובע זה, בעמ' 358, את הדברים הבאים:

"[...] גם התליית תהליך ההסדר בצווים אינה פוגמת במעמדו של הרישום בלוח הזכויות הלא סופי, אלא מקפידה את מעמדו כפי שהיה ערב ההתליה עד להתקיימותו של התנאי המתלה, שהוא חידוש הליכי ההסדר. אין היא מבטלת את שנעשה כבר. היא מאפשרת לסחור בזכויות באופן חופשי יותר, להתדיין בנוגע לגורלן בערכאות משפטיות רגילות ולרשמן בפנקסי הרישום הבלתי מוסדרים. אין היא מחייבת תביעות שלא ניתן להעלותן כנגד הרישום בלוח הזכויות הלא סופי. היא גם אינה אמורה לשפר את מצבו של העורר [במקרה שלנו – המשיב- מבצע ההכרזה, ש.ז.] למול מה שהיה אילו לא ההתליה. ברי כי אילו היה תהליך ההסדר נמשך, לא היה העורר [המשיב דכאן, ש.ז.] רשאי להעלות טענות הנובעות מהוברת הקרקע לאחר הגשת התביעה, במהלך התהליך או אחריו. הגשת תובענה בהסדר עוצרת את מירוץ ההתיישנות כנגד תביעות שהוגשו בהסדר. כך הוא עוד בטרם הושלם ההסדר ועל אחת כמה וכמה כאשר הושלם התהליך ברישום. העורר אינו יכול להיבנות מהתליית הליכי ההסדר לזמן בלתי מוגבל."

152. הנה כי כן, החלטתה של הוועדה משנת 2008, אשר לה היו שותפים שלושת חבריה, קובעת באופן ברור כי המשיב אינו יכול להישען על הוברת שבוצעה לאחר שהוגשה תביעת ההסדר, עת המשיב עצמו הוא זה שהתלה את הליכי ההסדר ומנע את קיומו.

153. פועלו של המשיב, אשר יוצא נגד צו ההתליה ומאיין את הליכי ההסדר שקדמו לכניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית, מבוצע הלכה למעשה תוך חריגה מסמכות ובניגוד להוראת הדין: צו ההתליה, כשמו כן הוא – מתלה את הליך ההסדר. הליך ההכרזה, מבטל את הליך ההסדר ואת שנעשה עד כה. זה לא יכול לדור בכפיפה אחת לצד חברו. הכרזה על אדמות שהוחל בעניינם הליך הסדר והותלה, מבטלת למעשה את הליך ההסדר, והינה, בפשטות, מנוגדת לצו ההתליה, התחיקה הצבאית שהמשיב כפוף לה.

154. בהקשר זה יבקשו העוררים לציין כי המשיב בחר שלא להשיג על החלטת הוועדה בפרשת קהתי במסגרת עתירה לבג"ץ (הגם שבעבר היו מקרים בהם סבר כי החלטת הוועדה ראויה לבחינה מחודשת כן הוגשה עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כנגד – ראו לדוגמא בג"ץ 9296/08 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' ועדת העררים הצבאית ואח').

155. בהקשר זה נבקש להעיר, כי הגם שהחלטת הוועדה בעניין קהתי עסקה בלוח זכויות (לא סופי) הרי שהרציונאליים שלה חלים לא פחות ביחס לשלב בו היה מצוי הליך ההסדר בכפר עאקב, הוא שלב שבין עריכת לוח התביעות (ולא רק הגשת תביעה בעלמא לפקיד ההסדר) לבין עריכת לוח הזכויות הלא סופי ותלייתו בשטח. אכן, אין בהגשת תביעה במסגרת הליך הגשת התביעות לכשעצמה לגבש זכות קניינית טהורה ומלאה, אולם

מרגע שתביעה זו נבחנת על ידי פקיד ההסדר במסגרת הליך של שימוע פומבי וחקירת עדים, ומרגע שזו מאושרת ונכנסת תחת כנפי לוח התביעות שנערך, הכל כמפורט לעיל, ברי כי אי אפשר לפטור אותה בלא כלום, ולהוריד לטמיון את כל הליך ההסדר שנערך ביחס לתא שטח כה נרחב, בהליך שנמשך שנים רבות. כאן המקום להבחין בין מצב בו הוגשה תביעה במסגרת הליך ההסדר על פי סעיף 17(1) לחוק, אשר בה אין כדי להקנות זכויות קנייניות לבין הכללתה של תביעה בלוח התביעות על פי סעיף 10 לחוק, אשר מגלה כי יש בה ממש מבחינת הליך בחינת התביעה על ידי פקיד ההסדר.

156. משכך, ניכר כי אין חולק כי החלטה זו של הוועדה בעניין קהתי על כל רבדיה מחייבת את המשיב, גם בבואו לבצע הכרזות ביחס לשטחים לגביהם הוחל בהליכי ההסדר בעבר, וכעת הם מצויים (בשל צו ההתליה) במצב של לוח תביעות (אשר נערך לאחר חקירת התביעות והועבר לעמאן לצורך הכנת לוח זכויות, הגם שאינו סופי).

(3) על העדר תביעות של הממלכה הירדנית במסגרת הליך ההסדר שנערך ביחס לכפר עאקב – ועל העדר יכולתו של חליף הריבון הקודם לדרוש יותר מאשר קודמו

157. כפי שקובע חוק ההסדר הירדני, וכפי שאף קבע פרופ' זנדברג במסגרת חוות הדעת מטעמו בעניין קהתי, קיים הבדל בין שלב הגשת תזכירי התביעות (הוא השלב השני במסגרת הליך ההסדר), ובין השלב השלישי, הוא שלב עריכת לוח התביעות. אם במסגרת השלב השני, שלב הכנת התביעות כפי שעולה מסעיף 17(1) לחוק: כל התובעים זכויות בעלות יגישו את תביעותיהם ואת המסמכים המבססים אותם לפקיד ההסדר הפועל מטעם מנהל מחלקת המדידות, ותביעות אלה תחקרנה בפומבי לפי הנוהל שייקבע מנהל מחלקת המדידות. כפי שנקבע בסעיף 7(3) לחוק, פקיד ההסדר הפועל בשטח רשאי להציע פשרות בין צדדים יריבים על מנת לגשר על מחלוקות הקיימות בין הצדדים, ולקדם את הליכי ההסדר. בהמשך קובע סעיף 7(4) לחוק במפורש, כי "כל זכות בקרקע או במים שלא תוכח על ידי תובע כלשהו, תרשם על שם האוצר" (הכוונה היא כמובן, לרישום על שם אוצר הממלכה הירדנית). כלומר, יוצא שבמסגרת הליכי ההסדר, לריבון בשטח קיימת זכות שיווית לרישום קרקע על שמו.

158. או אז, עם סיום חקירת התביעות על ידי פקיד ההסדר, מגיע השלב השלישי, הקבוע בסעיף 10 לחוק, הקובע כדלקמן:

**"10. נסתיימה חקירת התביעות; יערוך הפקיד הממונה רשימה הנקראת "לוח תביעות" הכוללת את כל התביעות, בין אם מוכרות ובין אם שנויות במחלוקת ויגיש למנהל דו"ח על כל עניין השנוי במחלוקת."**

159. סעיף זה כאמור טומן בחובו מספר רכיבים בעלי השלכה משפטית משמעותית:

**ראשית**, עולה כי לוח התביעות מוכן לאחר סיומן של כלל החקירות הפומביות של התביעות, והוא מבוסס לפחות על ראיות ראשוניות (כגון מסמכים וטענת עיבוד);

**שנית**, לוח התביעות כולל את כל התביעות, בין אם אלה המוכרות ובין אם אלה אשר צדדים אחרים (לרבות הריבון) טוען לטענות זכות בהן;

**שלישית**, מקריאת סעיף זה בשילוב סעיף 7(4) שהוזכר לעיל, כל תביעותיו של הריבון במסגרת הליך ההסדר, בין אם שיוויות ובין אם אחרות, אמורות למצוא עצמן במסגרת לוח התביעות.

160. הדברים פורטו כאמור בחוות הדעת המומחה וכן בעדותו בפני הוועדה. לאחר השלמת לוח התביעות – אשר נעשה לאחר חקירת התביעות שהוגשו, ולאחר סימון ההתנגדויות, לרבות אלה של הריבון – נתחמים גבולות הזכויות היכולות להקבע בלוח התביעות ומכאן, לאחר השלב הטכני, ללוח הזכויות הלא סופי.

161. עדותו של העד המומחה, מיום 9/12/2014 השתלבה עם חוות הדעת מטעמו, ואף השלימה אותה במספר נקודות. כך למשל, הבהיר המומחה כי במסגרת הליך ההסדר פקיד ההסדר וצוותו עוברים לגור תקופה ממושכת באזור בו מתבצע ההסדר, וזאת לצורך שמיעת כלל הטענות של הטוענים לבעלות ולהכריע במחלוקות. יש לזכור, כי המדובר בהליך שנוהל בשנות ה-50 וה-60 של המאה הקודמת, ומשקל של עדויות תושבי הסביבה היה בעל משקל מכריע בכל הנוגע לקביעות זכויות, וזאת בשל מיעוט האמצעים הטכנולוגיים.

162. על פי עדותו של המומחה, כל הבירורים לגבי תביעות נוגדות, מתבררות על ידי פקיד ההסדר, טרם שלחת לוח התביעות למשרד מנהל מחלקת המדידות והמקרקעין בעמאן (ע' 3, ש' 25-28 לפרוטוקול הדיון מיום 9.12.2014):

**”ש: ומה קורה אם על אותה חלקה מתקבלות שתי תביעות בזמן עריכת לוח התביעות, איפה התביעות הסותרות הללו מתבררות?”**

**ת: ההתנגדות ללוח התביעות נבחנות על ידי פקיד ההסדר הראשי והוא מחליט בהתנגדויות האלה לפני שהוא שולח את זה לעמאן. המסמכים נשלחים לעמאן לאחר שנעשו כל הבירורים”**

163. לעיתים הליכי ההסדר לקחו הרבה זמן כיוון שפקיד ההסדר היה בוחן את הדברים פרק זמן ארוך בדיקה מדוקדקת: **”אני אומר באופן חד וברור שלוח התביעות כולל את כל התביעות שנידונו ונשמעו וניתן בהן דו”ח; לא ניתן שההסדר יסתיים ויישלח לפני שיסיימו לשמוע את כל ההתנגדויות.”** [ע' 6, ש' 9-10]

164. משכך, וכפי שהבהיר זאת המומחה על בסיס המסמכים שהוצגו בפניו (ע' 2, ש' 32-35), הכוללים את נסחי הרישום בלוח התביעות כפי שהוצגו מעמאן ואת המפות שנערכו במסגרת לוח התביעות, הרי שכאשר נוסחי הרישום יוצאים ממחלקת המדידות והמקרקעין לעמאן, משמעות הדבר היא שכל הליך ההסדר עבר את השלב השלישי של עריכת לוח התביעות, והוא מצוי לקראת השלמת השלב הרביעי.

165. משכך, ניתן ללמוד מעדותו של המומחה את הדברים הבאים:

(א) כלל ההליכים הנוגעים לשלבי ההתנגדויות לרישום טענות, לרבות אלה מצד המדינה, עלו בשלב השני, הוא שלב עריכת לוח התביעות וטרם השלמתו;

(ב) כי הליך הכנת לוח התביעות היה הליך יסודי ומעמיק, אשר לקח לעיתים זמן רב וחייב את מגורי פקיד ההסדר וצוותו בתוך אותו הכפר לצורך השלמת הליכי ההסדר;

(ג) כי ברגע שמסמכי לוח התביעות הונפקו בעיר עמאן, בלשכת מנהל מחלקת המדידות והמקרקעין של הממלכה הירדנית, הרי שהושלם השלב השלישי של עריכת לוח התביעות על ידי פקיד ההסדר, ושלב הליך ההסדר בכפר עאקב היה קרוב מאוד לשלב הרביעי, הוא שלב הכנת לוח התביעות (הלא סופי). שלב זה לא הגיע לכדי מימוש בשל מלחמת ששת הימים, יש להניח, אם כי מהבחינה הטכנית-פרוצדוראלית, ניתן לומר ששלב ההסדר בכפר עאקב היה בשלב מתקדם ביותר,<sup>1</sup> ואין לפטור את המצב ולטעון כי ביחס להליך הסדר זה הוגשו רק תביעות במסגרת השלב השני: הליך הגשת התביעות ושמיעת ההתנגדויות כבר הסתיים, ולוח התביעות נשלח כבר לירדן לאחר שלב מהותי ועבודה רבה שהושקעה בהליך האמור.

<sup>1</sup> יוער, כי בכל הנוגע לכפר הסמוך, כפר בורקא, הושלם הליך ההסדר, כפי שאף עולה מעדותו של העד מטעם המשיב, מר גלעד פלמון (ראו פרוטי מיום 18.12.2014, ע' 8, ש' 49-52)

166. בכל הנוגע לטענות אפשריות של הריבון במסגרת הליך ההסדר, הבהיר המומחה, כי במסגרת תפקידו של פקיד ההסדר היה לבחון האם ראוי לחלקה להיות רשומה על שם אוצר המלוכה הירדני. כך, בהמשך לשאלות שהופנו אליו קבע המומחה:

**ית: [...] אדמות מדינה שאנחנו האחראים לשמור עליה וכל חלקה אם נחזור ללוח התביעות ניתן לראות שם אם החלקה הייתה שייכת למדינה בשם הבעלים יהיה רשום אוצר הממלכה הירדנית" (ע' 2, ש' 48-52).**

ובהמשך עדותו, כמענה לשאלות של ב"כ הצדדים (ע' 4, ש' 29-26), השיב המומחה באופן נחרץ:

**ש: אבל איפה המדינה, מתי היא מתנגדת?**

**ת: פקידי משרד הקרקעות הם המדינה. הם אחראים ושומרים על רכוש המדינה.**

**ש: הם נמצאים בשלב של התביעות? הם נמצאים? הם מעורבים?**

**ת: מי מנהל את הליכי ההסדר? פקידי האדמות!**

ובהמשך – "אם היה משהו למדינה, היינו רושמים אותו" (ע' 5, ש' 53).

ועוד הוסיף בעניין זה (ע' 6, ש' 21-20):

**ש: איפה אתה רושם את ההתנגדות של המדינה?**

**ת: אם החלקה הייתה למדינה – חובתי לרשות אותה על שם המדינה, היות ואני שומר על רכוש הממשלה.**

167. הנה כי כן, הבהיר המומחה באופן חד משמעי, פעם אחר פעם, כי היכן שהיה מובחן בחלקה אשר ראוייה הייתה להיות רשומה על שם הריבון, פקיד ההסדר היה רושם אותה במסגרת לוח התביעות, עוד בשלב השני של הליך ההסדר שתואר לעיל, והוא הכנת לוח התביעות, ועוד לפני השלמת לוח התביעות והעברתו לירדן.

168. כאמור, עדות יצוקה זאת של המומחה הינה בעלת משמעות גדולה, שכן המדובר בעדות מכלי ראשון של מי ששימש כפקיד הסדר מטעם הממלכה הירדנית עובר לכניסת כוחות צה"ל באזור, והיכרותו עם ההליכים והפרקטיקה ששימשה את מנהל מחלקת המדידות והמקרקעין הינה מיוחדת במינה. עדות זו לא נסתרה כלל ועיקר ואף לא נפגמה לא באמצעות חוות דעת מומחה סותרת (היא דרך המלך לסתור חוות דעת של מומחה) ואף לא במהלך חקירתו הנגדית של המומחה.

169. כפי שהעידו העדים מטעם המשיב, מר גלעד פלמון, המשיב 2 עצמו וכן רת"ח תשתיות במנהל האזרחי, לא ידוע להם כלל על תביעות של הממלכה הירדנית במסגרת הליך ההסדר כפי שנערך על ידי הממלכה הירדנית. כך, המשיב 2, יוסי סגל, השיב בפשטות לשאלה הישירה שהופנתה אליו (ע' 9, ש' 16-14):

**ש: האם ידוע לך על חלקות באזור לוח ההסדר שבהם לממלכה הירדנית היו טענות או שהם היו בסכסוך עם התושבים הפלסטינאים שביקשו לרשום את הקרקע על שמם?**

**ת: לא.**

ואילו ראש תחום תשתיות במנהל האזרחי, אשר אמון על מעמד הקרקעות ברחבי הגדה המערבית, הבהיר את הדברים במפורש כי לא ידוע לו על דרישות או תביעות של הריבון הקודם (פרוטי מיום 16/12/2014, ע' 3, ש' 20-34):

**ש: התפקיד שלך כולל גם התייחסות למעמד קרקעות בשטחי איו"ש, סיווג ומידע לגבי קרקעות?**

**ת: כן.**

**ש: מה ידוע לך לגבי הליכי ההסדר שהוחל בהם בתקופת השלטון הירדני, עובר לכניסת כוחות צה"ל לאזור?**

**ת: השטח המדובר מצוי בלוח תביעות, הליך ראשוני באופן יחסי בהסדרת מקרקעין, הואיל והתקבלה החלטה של המדינה להתלות את הליכי ההסדרה בשנת 1969, ההסדר לא השתנה מאז.**

**ש: מה היו תביעות הממלכה הירדנית במסגרת לוח התביעות?**



**ת: לא נבדק על ידי.**

**ש: כלומר, אם אני אשאל אותך אם אתה יודע על חלקות של ריבון הירדני היו תביעות לגביהם במסגרת הליך שהוחל, אתה לא יכול להצביע על אזורים שהיו עליהם תביעות, נכון?**

**ת: אינני יכול להצביע על תביעות, יחד עם זאת, מומלץ לשאול שאלות אלה את ממונה קו כחול וסקר שעוסק בסוגיות אלה באופן יום יומי.**

וכאשר נשאל העד מטעם המשיב על דברים אלה, מר גלעד פלמון (המשמש כממונה צוות קו כחול וסקר), בין היתר לאור הפניית תפוח האדמה הלוהט אליו מכיוונו של רתי"ח תשתיות כפי שהובהר לעיל, השיב זה כדלקמן (פרוטי מיום 18/12/2014, ע' 10, ש' 50-51, וע' 11 ש' 1-3):

**ש: אתה יודע האם היו תביעות של הממלכה הירדנית ביחס לתא השטח במסגרת הליך ההסדר שהחלו בעניין?**

**ת: לא יודע וגם כמו שאמרתי לא היה מיפוי אז אין רלוונטיות כי גם אם יש תביעות במידה ויש מיפוי אנחנו מעוניינים לדעת פרמטרים לגבי הדברים שנרשמו בתוך הליך; אגב, לא תמיד יש גם את זה. יש הרבה דברים שלא קיימם במערכת.**

170. הנה כי כן, כלל העדים נושאי המשרה אצל המשיב, אשר היו בעלי תפקיד משמעותי במסגרת הליך ההכרזה שנערך על ידי המשיב, אינם יודעים כלל על תביעות של הריבון הקודם אשר היו במסגרת הליך ההסדר.

171. נשוב ונזכיר, כי המשיבה מס' 3 בהחלטת הביניים מטעמה, קבעה כי לנתונים "כגון האם המדינה תבעה בעלות במסגרת הליך ההסדר בנוגע למקרקעין" עשויה להיות נפקדות לצורך הקביעה המשפטית האמורה. יוצא אפוא, שגם הוועדה הכירה בכך שקיימת חשיבות לשאלה האם המדינה תבעה בעלות במסגרת הליך ההסדר, ביחס למקרקעין. העובדה שהדברים הוצגו בהחלטת יו"ר הוועדה בפני המשיב מבעוד מועד, וזה לא הציג במסגרת הליכי הראיות כל הוכחה לתביעת בעלות מטעם הריבון הקודם במסגרת הליך ההסדר (ובהליך החקירות מסור עדי המשיב כולם כי לא ידוע להם על כל תביעות כאמור), אומרת דרשני.

172. **משכך, המשיב, אשר מייצג למעשה את חליף הריבון, אינו יכול לתבוע יותר ממה שהריבון הקודם תבע לעצמו במהלך הליך ההסדר! פעולה כזו, למעשה מהווה חתירה תחת הליך ההסדר, והינה בגדר חריגה מהסמכות של המפקד הצבאי (ושל המשיב אשר פועל כפועל יוצא מהאצלת סמכויותיו של מפקד כוחות צה"ל באזור למנהל האזרחי ולכפיפיו), אשר מנוע מביצוע שינויים בשטח האמור.**

173. בהקשר זה, כדאי לציין כי מבחינה עובדתית, ידוע כי הממלכה הירדנית הייתה מציינת את תביעותיה הנוגדות עוד במסגרת לוח התביעות שהוכן. כך, למשל, כפי שעלה בע"א 602/82 יורשי עומר כליל עבדאללה אבו-ניע נ' מרגלית מנדלבאום ואח' [פד"י לז(3) 281 (4.7.83)], הוכח באופן פוזיטיבי כי במסגרת הליכי הסדר, היכן שהיו לריבון תביעות (שם בכובעו כממונה על נכסי אויב), הרי שזה לא היסס לתבוע אותם במסגרת הליכי הסדר, עוד במסגרת תזכירי התביעות (שם, עמ' 286 לפסק הדין), כלומר עוד לפני עריכת לוח התביעות. כמו כן, במסגרת לוח התביעות שנערך והועבר למשרד המדידות, היה הדבר נרשם במפורש – "בסכסוך עם הממונה" (ראו עמ' 287 בפסק הדין).

174. במקרה דנן, לא הוכח כי היו לריבון הקודם כל תביעות נוגדות – לא במסגרת הליך הגשת תזכיר התביעות, ובוודאי שלא במסגרת הליך עריכת לוח התביעות עצמו. המשיב, אשר פועל למעשה כחליפו של הריבון הקודם, אינו יכול לדרוש לעצמו – גם בשם הריבון הקודם – יותר מאשר דרש לעצמו הריבון הקודם. הדבר אינו אפשרי מבחינת הדין הבינלאומי המסמיך את המשיב ואת המפקד הצבאי, ולא מבחינת ההגיון החקיקתי הפנימי של הליך ההסדר, שכן הוכח גם בעדותו של המומחה מטעם העוררים וגם כפי שעולה מפסק הדין בע"א בעניין אבו-ניע שהוזכר לעיל, כי היכן שהריבון היה מבחין בנכסים שאמורים להרשם על שם אוצר המדינה, לא היה מהסס לעשות כן.

175. אי אפשר בהקשר זה שלא להזכיר את חזקת התקינות הירדנית, המלווה את בתי המשפט בישראל, מזה עשורים רבים, כמו גם את החלטותיה של הוועדה הנכבדה. כפי שקובעת ההלכה:

*"מדינת ירדן ידועה לנו כמדינה בעלת מערכת משפט מסודרת, ואין סיבה שלא לזכות רשות מרשויותיה הציבוריות בחזקה הרגילה, שאין רשות ציבורית עושה פעולה משפטית, בלי שהוסמכה לכך על-פי הדין, שבמסגרתו היא פועלת"* (ראו: ע"א 459/79 הוועד הכללי לכנסת ישראל נ' זוהרי אחמד אל איובי, פ"ד לח(4) 188, בעמ' 193 [1981]);

כמו כן ראו פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין ע"א 693/04 כאיד אל קימרי ו-9 אח' נ' חמיס מוחמד חוסיין אל קימרי ואח', תק-על 2007(3), 4770, אשר קבע את הדברים הבאים:

*"הגם שכאמור אין מדובר בענייננו בשאלת תקפותו של המרשם הירדני או בעדיפותו אל מול פנקס השטרות הישראלי, הרי שבהיות המוצגים מסמכים רשמיים מטעם מדינת ירדן, הנהנים מחזקת התקינות השלטונית."*

176. ניכר, כי לא יכולה להיות מחלוקת בדבר תחולת הלכות מושרשות אלה בענייננו, והמשיב לא ניסה, לא כל שכן הצליח, לסתור את חזקת התקינות הירדנית.

177. משכך, בהתאם לחזקה זו, בהתאם לאמור בע"א בענין אבו-ניע וכן בהתאם לעדות המומחה מטעם העוררים, אין ביכולתו של המשיב לתבוע טענות זכות ביחס לחלקות אותן לא תבע הריבון הקודם במסגרת הליך ההסדר.

#### (4) התייחסות לעמדת המשיבה 3

178. המשיבה מס' 3, לא מצאה לנכון לקבל עמדה זו. המשיבה מס' 3 טענה כי אין לראות בהליך המסתכם בלוח תביעות ככזה המגבש זכויות באופן מוחלט, שכן ניתן עוד לערור עליו. לשיטת הוועדה, אין להכיר בתביעות אלה כסופיות או ככאלה המגבשות זכות.

179. קביעה זו מתעלמת מעדות המומחה באשר למצב לוח התביעות ולהליכים שקדמו לו, כמו גם הדמיון והשלב הטכני עד להפיכתו ללוח זכויות (לא סופי). בפועל, הוועדה לא קבעה שום ממצא באשר לעדות המומחה, מבלי לנמק זאת כלל מעבר לטענה כי הלה לא היה שותף להליך ההסדר בכפר אל חאדר.

180. הוועדה כלל לא בחנה את שאלת התנגשות הסמכות בין צו ההתליה ובין פריצת הליך ההסדר באמצעות ההכרזה, שכן הליך זה מהווה בפועל דחייה של תביעות המצויות בלוח התביעות (וזאת מבלי שהיה ידוע כלל אם בעת עריכת לוח התביעות היו לריבון התנגדויות). הוועדה הסתפקה בקביעה כי לאור העובדה שאין לראות בלוח התביעות ככזה המשקף זכויות, ניתן להתערב בו, אולם במגבלות שנקבעו על ידי הוועדה.

181. קביעות אלה, לשיטת העותרים, מנוגדות לחובות המשיב על פי הדין הבינלאומי, סותרות את צו ההתליה ואף מנוגדות לשכל הישר ולהגיון הבריא. זאת, בייחוד לאור העובדה כי הוועדה עצמה כן מצאה לנכון לקבל את גבולות לוח התביעות כפי שעוצבו על ידי הטוענים לזכויות לאחר חקירת הזכויות, ככאלה המשקפים גבולות של חלקות "אורגניות", על פיהן יש לבחון את שאלת העיבוד/אי-עיבוד, בהתאם להלכות הנהוגות.

182. יצוין, כי בהחלטה אחרת, אשר ניתנה לאחר ההחלטה בערר 68/13, מצא אחד מחברי הוועדה לחלוק על קביעה זו (ראו עמדת חבר הוועדה סטיב ברמן במסגרת ערר 2/11 בעניין סביח), בעודו קובע כי יש לראות בלוח התביעות ככזה המקים זכויות לרשומים בו, זכויות הניתנות לסתירה:

3. [...] יש ליתן משקל לרישום בלוח תביעות ירדני, וראוי גם לראות בלוח תביעות על פי החוק הירדני מ-1952 כמבטא (במקרים המתאימים) מעין זכויות לכאורה. בראש ובראשונה, בשל השוני המהותי בין לוח תביעות על פי החוק הירדני לבין לוח תביעות על פי פקודת

הסדר זכויות במקרקעין בישראל (נוסח חדש), התשכ"ט-1969 (להלן -פקודת ההסדר)  
אבל גם בשל הנסיבות המיוחדות השוררות באיזור, של התליית הליכי הסדר מקרקעין  
מאז 1967, ואסביר.

4. בעוד שבישראל על פי פקודת ההסדר - לוח תביעות הוא רק רשימה של כל התביעות שהוגשו לפני שעברו בחינה או בקרה או בדיקה כלשהי, לא כן לפי החוק הירדני. על פי סעיף 7 לחוק ההסדר הירדני על כל תובע זכות או טובת הנאה ביחס למקרקעין בהסדר להגיש תביעה. לפי סעיף 10 לחוק הירדני - לאחר הגשת כל התביעות, מבצעים פקיד ההסדר וצוותו עבודת חקר ובירור רציניים בשטח שלגביו מנהל הליך ההסדר כשמעורבותו של פקיד ההסדר היא מאד אקטיבית, כולל סימון גבולות, כאשר כל הטוען לזכויות נמצא פיזית בשטח, מה שמאפשר פתרון מחלוקות וגיבוש הסכמות במקום. מדובר בתהליכי חקר ובירור שנעשים ע"י צוות שמתיישב בכפר בו נעשה ההסדר, לתקופת ההסדר, שיכול, כפי שהעיד גם לפנינו מי ששימש כעוזר פקיד ההסדר הירדני לפני 6/67, להימשך שנה ויותר.

5. לפי סעיף 10 לחוק ההסדר הירדני, לאחר סיום הליך ההסדר המורכב והממושך המפורט לעיל מכין פקיד ההסדר לוח תביעות הכולל את כל התביעות שאושרו על ידו וגם אלה השנויות במחלוקות. במסגרת ההליך, פקיד ההסדר מייצג גם את האינטרס של המדינה ומוודא שכל שיש למדינה זכויות במקרקעין כלשהן, הן תירשמה בלוח התביעות. בסופו של יום - לוח תביעות ירדני (כפי שניתן לראות גם מאלה שהוגשו בתיק שלפנינו) כולל רישום של כל התביעות זו מתחת לזו, וככל שביחס לתביעה מסוימת יש מחלוקת - התביעה הסותרת תירשם באותה שורה בעמודה המיועדת לרישום תביעות סותרות.

6. בהתאם להוראות סעיף 10 לחוק הירדני, משסיים פקיד ההסדר הכנת לוח תביעות באופן האמור, הוא מעביר אותו יחד עם דיווחים ביחס לתביעות שנויות במחלוקת, למנהל (ברבת עמון) שבהתאם להוראות סעיף 11 לחוק, מבצע בקרה ("תדקיק" בערבית - בדיקה דקדקנית) של לוח התביעות; היינו: בדיקה טכנית במהותה לאיתור טעויות ברישומים, כשלאחר מכן הוא מפרסם לוח זכויות שעקרונית אמור לשקף את לוח התביעות, אלא אם כן אותרה טעות שתוקנה. המנהל איננו מבצע כל פעולה מהותית (של דיון או הכרעה). לאחר פרסום לוח הזכויות, ובהתאם להוראות סעיף 12 לחוק הירדני, רשאי כל מי שרואה עצמו נפגע מהרישום בלוח הזכויות לנקוט באחד האופנים הקונקרטיים המתוארים שם או בכל דרך שהיא, ואף לפנות לבית המשפט.

7. ובמילים אחרות, וכפי שהעיד לפנינו גם מי שהיה עוזר פקיד ההסדר הירדני לפני 6/67 - מהותית, חלקו של המנהל בהליך ההסדר הוא מזערי, הגם שהוא הרשות המוסמכת הנותנת גושפנקא חוקית ללוח תביעות ההופך (אחרי בקרה ותיקון טעויות ככל שאותרו) ללוח זכויות, הנערך על ידו במתכונת שהוא קובע.

8. היינו: שלב הבקרה על ידי המנהל נועד רק כדי לשמש עין בוחנת נוספת לאחר פקיד ההסדר, ולוודא שאין טעויות בלוח התביעות. למשל, שסך החלקים בחלקה מסוימת עולה על או נפל מ- 100% למשל, או שהרישום בלוח של סכסוך אינו תואם באיזושהו אופן את הדו"ח הנפרד שהוגש לפי סעיף 10 ביחס לאותו סכסוך.

9. לכן, אין לדעתי, בדרישת הבקרה והאישור הפורמליים ע"י המנהל בהתאם להוראות סעיף 11, לגרום לכך שאין לתת משקל לרישומי הזכויות שבלוח התביעות כראיה לכאורה להוכחת זכויות, כפי שסבור כבי"ר הועדה. לדעתי, לאור אופיו של הליך ההסדר הירדני כמתואר לעיל, יש ליתן משקל משמעותי לרישום בלוח התביעות, אולם תוך מתן הדעת לעובדה, כי הלוח טרם עבר בקרה (לפי סעיף 11). כך למשל, אם בלוח תביעות מסוים שנערך בידי פקיד ההסדר אין רישום של סכסוכים, וגם סה"כ החלקים הוא בדיוק 100% - ניתן להניח בהסתברות גבוהה מאד, שלוח זה היה מאושר בידי המנהל, ולכן ראוי במקרה כזה ליתן לרישום בלוח התביעות משקל משמעותי. כל מקרה לגופו של עניין.

10. לנוכח התליית הליכי הסדר מאז 1967 ולאור הפרשנות שניתנה להתליה כפי שתואר על ידי כבי"ר השופט ויגיסר בחוות דעתו (שכל מה שנעשה עד ההתליה תקף) ואי חידושם גם לאחר 49 שנה - הדעת נותנת, כי ראוי - ככל האפשר - להסתמך על רישומים בלוח תביעות גם אם תוך נקיטת אמצעי זהירות. "

183. בכל הנוגע לחלק זה, אשר מהווה את ליבת טיעוני העותרים, הוכח כי:

(א) ביחס לתא השטח האמור הוחל בהליך הסדר בהתאם לצו ההסדר שהוצא עוד בשנת 1961, וכי הליך זה סיים את השלב השלישי של הכנת לוח התביעות בהתאם לסעיף 10 לחוק, וזאת לאחר השלמת השלב השני של הגשת תזכירי תביעות ושימוע פומבי שלהם על פי סעיף 7 לחוק וכן כי לוח תביעות זה הועבר לירדן לצורך הכנת לוח הזכויות (הלא סופי);

(ב) הוכח, לפחות ברמה הנדרשת בהליך מנהלי, כי הריבון הירדני, באמצעות פקיד ההסדר, לא הגיש תביעות נוגדות במסגרת הליך ההסדר, או לכל הפחות, לא הוכח על ידי המשיב כי אכן הוגשו תביעות נוגדות או תביעות לרכוש לאוצר הירדני בהתאם לסעיף 7(4) לחוק, וזאת למרות שהוכח כי היה עושה כן היכן שהיה מוצא לנכון לעשות כן; המשיב אינו יכול לדרוש במסגרת ההכרזה יותר מאשר דרש במסגרת הליך ההסדר והכנת לוח התביעות על ידי פקיד ההסדר בהתאם לסעיף 10 לחוק, והדו"ח בדבר טענות נוגדות הנלווה אליו. משלא היו כל טענות נוגדות, בהתאם לחזקת התקינות הירדנית, ובהתאם להלכות שהוצגו לעיל, אין המשיב יכול במסגרת ההכרזה לדרוש את שלא דרש במסגרת הליך ההסדר האמור;

(ג) הוכח (ולא הייתה כל מחלוקת בעניין זה בין הצדדים) כי מפקד כוחות צה"ל בגדה התלה את הליכי ההסדר;

(ד) על פי הדין הבינלאומי, ובפרט תקנות 43 ו-46 לתקנות האג, אין כל יכולת לבצע הכרזה ביחס לשטח אשר הוחל בעניינו הליך ההסדר, והותלה בשל החלטת הכוח הכובש. זאת, מעבר לפגיעה בזכויותיהם של מי שטרם ועמל במסגרת הליך ההסדר, הרי שיש כאן פגיעה עצומה במי שאינו נוכח בשטח;

(ה) על פי הלכת קהתי שהוזכרה לעיל, לא ניתן להבנות מההתליה של הליך ההסדר כדי לאיין ולבטל את ההליכים המורכבים שנעשו עד כה במסגרת הליך ההסדר, הגם שהוא לא הושלם. אמנם, הלכת קהתי מתייחסת ללוח זכויות לא סופי (מצב מאד קרוב לזה של החלקות האמורות), אולם הרציונל שלה אמור לחול באותה מידה גם היכן שנערך לוח תביעות על פי סעיף 10 לחוק (וזאת בניגוד למצב בו רק הוגש תזכיר תביעה על פי סעיף 7(1) לחוק).

### III - הטיעון השני של העותרים: על חוסר סבירות שבהחלטת ראש המינהל האזרחי לדחות את המלצות הועדה ועל חוסר תום הלב של המשיבים 1-2

(1) עמדתה של המשיבה 3 יחס לטיעון החלופי של העותרים: הגשת התביעה בהסדר עוצרת את מירוץ ההתיישנות וכי יש לבחון את מצב העיבוד של השטח בעשור שקדם להוצאת צו ההסדר

184. כטיעון חלופי, טענו העוררים כי בהמשך למתווה שנפסק בהחלטות קודמות של הוועדה, למשל בערר 15/82 וערר 9/06 בעניין קהתי, במידה ובכל זאת ייקבע כי ניתן לבצע הכרזה, הרי שהגשת תביעה להסדר עוצרת את מירוץ ההתיישנות, ולכן יש לבחון את שאלת העיבוד של הקרקע – וכפועל יוצא, האם נרכשו זכויות – בשנים שקדמו להוצאת צו ההסדר והוגשה התביעה בהסדר. וועדת העררים הצבאית קיבלה עמדה זו, אולם המשיב מס' 1 החליט, בניגוד לפעמים קודמות, שלא לקבל המלצה זו של המשיבה.

185. המשיבה מס' 3 הכירה – כמו בתי המשפט בישראל – בחזקת התקינות של הממשל הירדני. כמפורט לעיל. לאחר מכן, שבה הוועדה והפנתה להחלטה בעניין 15/82 –

**”63. ועדת העררים נדרשה לסוגית משמעות התליית הליכי ההסדר, בערר 15/82 כאשר דנה בהכרזה הקודמת באדמות הכפר עקב - בקרקע הצמודה מדרום וממערב לשטח ההכרזה הנוכחי. גם שם הגיעו הליכי הסדר ללוח תביעות בלבד. הוועדה, בראשות השופט רס"ן אליהו כהן (שופט בית המשפט המחוזי בחיפה ומחבר הספר התיישנות והסדר במקרקעין), קבעה כדלקמן:**

**”לפי כללי המשפט הבינלאומי המגמה היא לקיים רציפות של זכויות הקניין הפרטי, כאשר השלטון בשטח מסוים מתחלף. יתרה מזו, קיימת הקבלה**

מסוימת בין פקודת ההסדר בארץ, לזו הירדנית ואף הנחה או חזקת שוויון הדינים (עיין ע"א 602/82 כרך לו 3, 281). מן הראוי לציין את האמור בעמוד 287 ביחס ללוח התביעות של פקיד ההסדר הירדני, כי התנגדותו של הממונה הירדני נגעה לחלקות מסוימות והערות ביחס לסכסוך נרשמו שם ליד כל אחת מן החלקות תוך ציון הערה 'בסכסוך עם הממונה'."

186. ובהמשך הפנתה הוועדה להחלטתה בעניין קהתי, אשר ניתנה בשנת 2008, על דעת שלושת חברי ההרכב, והיא קובעת כדלקמן:

"70. אומנם, חלפו יותר מ-30 שנים מאז אומצה החלטת הוועדה בערר 15/82 אולם המצב המשפטי באזור לא השתנה מאז. לכך יש להוסיף, שבדיון שנערך בפנינו הצהיר המשיב כי ההכרזה הנוכחית בחנה את שיעור העיבודים נכון לשנת 1980. הטעם לכך הוא שלאחר שנה זו הייתה מניעה ביטחונית לכניסת העוררים לעבד את השטחים שהם טוענים לזכויות בהם. דהיינו, נקודת הבחינה שלנו היא זהה לנקודת הבחינה שבה הייתה מצויה ועדת העררים בדונה בהכרזה הקודמת.

71. בפרשת קהתי (שאזכרה לעיל), שנדונה בפני ועדת העררים לפני כעשור, הגיעה ועדת העררים למסקנה משפטית זהה. כבוד השופט זנדברג הביע דעתו בנוגע לנפקות התלית הליכי ההסדר. כבר עתה יאמר, כי באותו עניין הגיעו הליכי ההסדר ללוח תביעות לא סופי, אולם הרעיון המסדר, לפיו מועד הגשת התביעה במסגרת הליכי ההסדר הוא מועד התגבשות הזכות נכון גם בענייננו. נוכח חשיבות הדברים נביאם בהרחבה:

"ברי, כי מבחינה לשונית, התלייה אינה בבחינת ביטול של המעשה המותלה, אלא רק עצירתו והתניית המשכו של התהליך בהתקיימותו של תנאי מתלה, קרי חידושו במועד כלשהו בעתיד. עיון במניעים ההיסטוריים להתליית הליך ההסדר מגלה, כי ההתלייה נבעה מן הקושי שבהמשך ניהולו של ההליך. קושי זה נבע מן החשש לכך, שתובעי זכויות רבים נפקדים מן האזור, מהעדר נגישות למסמכים ירדניים (פליאה אלבק "השימוש בקרקעות ביהודה ובשומרון לצורך ההתיישבות היהודית - היבטים משפטיים ומבחן המציאות" העליה אל ההר, 2002, 221, בעמ' 223, בסמוך להפניה 17) וכן מן החשש כי המשך האיסור על רישום עסקאות במהלך ההסדר יעיק על החיים הכלכליים התקינים (זנדברג-הסדר, בעמ' 354 הי"ש 68 ואסמכתאות שם). לפיכך השינוי המרכזי שעשה הצו מס' 291, בסעיף 3(א) שבו, היה לאפשר מכאן ואילך עסקאות והליכים מחוץ להסדר ...

עם זאת, אין לומר כי תכליתה של ההתלייה הייתה לבטל את מה שכבר נעשה במסגרת ההסדר. ביטול מעין זה לא זו בלבד שהיה מוריד לטמיון את ההשקעה שכבר הושקעה בשלבי ההסדר הקודמים, אלא שהוא גם היה פוגע בזכויות שכבר נקנו במהלכו. פגיעה כזו אינה תואמת את כללי המנהל הציבורי התקינים שלהם כפוף העורר, וגם לא את המחויבויות שנטל על עצמו לכיבוד זכות הקניין של תושבי האזור. לא קיים ומעולם גם לא נטען לנימוק כלשהו של סדר ציבורי התומך בפרשנות לפיה כוונת הצו הייתה לבטל את הליכי ההסדר. גם מדיניותו של העורר הלכה למעשה אינה רואה בתוצרי ההסדר אין ואפס, שהרי לוחות הזכויות הלא סופיים נשמרים ומוצגים בפנינו בתיק זה ...

באותה מידה יש לומר כי העורר מושתק מלטעון טענת הוברה, השואבת את כל חיותה מהתליית הליכי ההסדר. יש לציין כי אילו היו הליכי ההסדר מתמשכים, לא היה העורר יכול להעלות במהלכם טענת הוברה, הנסמכת על הפסקת עיבוד החלקה לאחר הגשת תביעה בהסדר. במסגרת הליכי הסדר בתחומי מדינת ישראל, נפסק כי הגשת תביעה בהסדר עוצרת את מרוץ ההתיישנות כנגדה (עיין 193/56 אל-קרא נ' אבו חמוד, פ"ד יא 1267; פסקים ל' 116). רציונאל זה עמד מאחרי מבצע הגשת תביעות במסגרת הליכי הסדר בגליל (זנדברג-הסדר, בעמ' 361). הרעיון העומד ביסוד גישה זו הוא, שעצם התמשכותם של הליכי ההסדר לא יכול לשפר טענות הנתענות כנגד מי שכבר הגיש תביעה בהסדר. אותו הלך מחשבה מוביל למסקנה כי התמשכותם והתלייתם של הליכי ההסדר, אינם יכולים לפגוע בתביעה שכבר הוגשה ונרשמה, ולו גם בלוח זכויות בלתי סופי. על אחת כמה וכמה כאשר מי שמבקש להיבנות מן ההתמשכות הוא מי שגרם להתמשכות זו.

השינויים האמורים שהעורר טוען להם מכוח התליית הליכי ההסדר, לא זו בלבד שאינם עולים מהרקע החקיקתי להוצאת הצו, הרי שאינם מתיישבים עם מערכת הדינים שהעורר כפוף לה בנוגע לניהול מקרקעי האזור. שיקולים של מדיניות

ציבורית תקינה מחייבים מתן תוקף לרישום במרשמים ציבוריים. מצב של רישום עדיף על פני מצב של העדר רישום. אין כל היגיון מנהלי וציבורי בהורדה לטמיון של מאגרי רישום שמאמץ רב הושקע ביצירתם. כמובן שאין הכוונה לתת להם תוקף שאין להם, אך בה במידה אין לשלול מהם תוקף שכבר רכשו.

זאת ועוד, ההגנה על דרכי הוכחת הקניין היא חלק מהמחויבות שאין חולק עליה כלפי זכויות הקניין הפרטי באזור (בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3), 443, עמ' 463-464; בג"צ 7957/04, מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', [פורסם בבנו] תקדין-עליון (3)2005, 3333, עמ' 3347; בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5), 807, עמ' 833-834)...

הגשת תובענה בהסדר עוצרת את מרוץ ההתיישנות כנגד תביעות שהוגשו בהסדר. כך הוא עוד בטרם הושלם ההסדר ועל אחת כמה וכמה כאשר הושלם התהליך ברישום. העורך [הוא המשיב 2 כאן, ש.ז, מ.ז] אינו יכול להיבנות מהתליית הליכי ההסדר לזמן בלתי מוגבל. לוח הזכויות הלא סופי ממשך אמנם להיות חשוף לתביעות המערערות על תשתיתו מדעיקרא, אך אין מקום לחושפו לתביעות הנבנות כל כולן על ההתליה. לא לכך כיוון צו ההתליה. כוונה כזו זרה הן לדיני מדינת ישראל והן לדין הכללי הנוהג באזור, על כל שכבותיו. היא פוגעת פגיעה חמורה ובלתי מוצדקת בקניין הפרטי. היא סותרת את האינטרס הציבורי בוודאות משפטית של זכויות הקניין ובהגנתו של בעל זכות הקניין מפני הפקעת זכויותיו ללא טעם חוקי."

72. להחלטתו של השופט זנדברג, הצטרפו השופטים סא"ל איל נון ורס"ן אדריאן אגסי - נגיד ועדת העררים באותה העת.

73. הנה כי כן, ועדת העררים שבה וקבעה - ובכל אחת מהפעמים בדעת כל חבריה - שהממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, שהוא רשות שלטונית, אינו יכול להיבנות מהתליית ההסדר ולהעלות טענות כי העוררים הובירו את הקרקע. הגשת תובענה בהסדר, כך נקבע, עוצרת את מרוץ ההתיישנות כנגד תביעות שהוגשו בהסדר. היבנות על טענת הוברה בעקבות התליית ההסדר פוגעת פגיעה חמורה ובלתי מוצדקת בקניין הפרטי."

187. הוועדה תוהה כיצד קיבל המשיב החלטה שונה מזו שהתקבלה על ידה במסגרת ערר 15/82, כאשר הנסיבות העובדתיות והמשפטיות חופפות אם לא זהות:

"69. המלצות ועדת העררים בערר 15/82 ניתנו ביום 08/04/84. הן התקבלו וההכרזה הקודמת שונתה בהתאם להן. לאחר שהמשיב אימץ את המלצות הוועדה בערר 15/82, לא ברור, מדוע החליט לסטות בהכרזה הנוכחית מדרך הבחינה והטיפול שהותוותה בהכרזה הקודמת." (הדגשות במקור)

188. ובהמשך את הדברים הבאים:

"77. דומני, כי גישתו של המשיב מתעלמת מקביעות חד משמעיות של ועדת העררים בערר 15/82, אשר דן בהכרזה הקודמת ובפרשת קהתי. כפי שמצוטט לעיל, כבוד השופט זנדברג חזר והבהיר, כי "הגשת תובענה בהסדר עוצרת את מרוץ ההתיישנות כנגד תביעות שהוגשו בהסדר. כך הוא עוד בטרם הושלם ההסדר ועל אחת כמה וכמה כאשר הושלם התהליך ברישום". הוא הדגיש ש"אין לומר כי תכליתה של ההתליה הייתה לבטל את מה שכבר נעשה במסגרת ההסדר". הובהר בהחלטה שהמשיב "מושתק מלטעון טענת הוברה, השואבת את כל חיותה מהתליית הליכי ההסדר".

189. ולאחר מכן בית המשפט סוקר גם הלכות של בית המשפט העליון, אשר מתייחסות לכך שהגשת תביעה בהסדר עוצרת את מרוץ ההתיישנות:

"82. טענתו של המשיב, אף אינה מתיישבת עם ההלכות של בית המשפט העליון בנוגע להקפאת הזכויות במקרקעין עם תחילת הליכי ההסדר. כפי שהובהר בפרשת אבו-ניע "שיש לראות את מועד הגשת התזכירים לפקיד ההסדר כמועד, בו הוגשה התובענה לבית המשפט... ובאופן

דומה הובהר בפרשת **מועדי** [הכוונה לע"א 458/84 **עזבון המנוחה ג'והרה מלחם מועדי ואח' נגד מדינת ישראל פורסם בנבו, 1987**] כי "זכויותיהם של הצדדים מתגבשות כרגיל עם הגשת התביעות"; דהיינו, גיבושו של לוח זכויות לא סופי אינו תנאי לכך שמצב הזכויות ייבחן לפי מועד הגשת התביעות. "

190. בהקשר זה חייבים העותרים לציין כי פרשת **אבו-ניע** זו, עסקה בבחינת הליכי הרישום כפי שנעשו על ידי השלטונות בירדן בתחומי הכפר שועאפט, וזאת בהתאם לחוק הירדני ולא פקודת ההסדר הישראלית. כך קובע בית המשפט העליון בנושא, דברים הנכונים גם לענייננו:

"פקיד ההסדר הירדני הוא בכלל "בית משפט", כהגדרתו בסעיף 1 לחוק ההתיישנות (ע"א 46/60 [4], בעמ' 2204), ומכאן שיש לראות את הגשת ההתנגדות על-ידי הממונה הירדני כתובענה, שהוגשה לפני בית-משפט, המפסיקה את מרוץ ההתיישנות... בית המשפט דן בסכסוך על-פי תזכירי התביעות, שהגישו הצדדים לפקיד ההסדר, ושאותם העביר לבית המשפט. מכאן שיש לראות את מועד הגשת התזכירים לפקיד ההסדר כמועד בו הוגשה התובענה לבית המשפט... יש לראות את מועד הגשת התובענה על ידי הממונה הירדני כמועד בו הופסק מרוץ ההתיישנות, ומועד זה היה, לטענת בא-כוח הנתבעים, בין סוף 1958 עד 1962". (פרשץ **אבו-ניע** בעמ' 281)

ואילו פרשת **מועדי** שהוזכרה לעיל עסקה בפרשנות החוק העות'מני ובפרט סעיף 78, העוסק באפשרות רכישה הזכויות מכורח עיבוד וחזקה.

191. ובהמשך מפנה המשיבה מס' 3 לפסק הדין בעניין ע"א 56/82 **מדינת ישראל נ' עזבון המנוח עבדאללה מוסא רחאל** [פורסם בנבו; 16/10/86], עת נקבע כי המועד שממנו יש לבחון לאחור את ההתיישנות הרוכשת הוא המועד הקרוב ביותר, לפני שהחלו הליכי ההסדר:

"עוד נוסף ונבהיר, כי התצלומים הרלוואנטיים לענייננו הם אותם התצלומים שנערכו בשנת 1945. כבר נקבע בע"א 62/83, 96 [5] כי התצלומים הרלוואנטיים הם אלה שנעשו במועד הקרוב ביותר לתאריך הגשת התביעות, שהרי בתאריך זה התגבשו זכויות המשיבים בקרקע. בענייננו, שנת 1946 היא המועד שבו התגבשו, לכאורה, זכויות המשיבים בחלקות הנתבעות, משום שזהו המועד בו הם הגישו את תזכורות התביעה מטעמם (מוצגים 2/7-7) ואת הסכם ה'חוגה'.

**התצלומים משנת 1956, אשר גם הם הובאו לפני הדרגה הראשונה, אינם מעלים ואינם מורידים דבר.**" (ההדגשות שלנו, והם הופיעו גם כהדגשות מטעם יו"ר הוועדה בהחלטתו)

בהקשר זה יצויין כי פרשת **רחאל** עסקה בהסדר הזכויות אשר חל בציפורי בשנות ה-40 של המאה שעברה, הליכים שהתבססו על שיטת ההסדר והחוק המנדטורי החולש באותה העת.

192. הנה כי כן, החלטת הוועדה, אשר קיבלה את הטיעון החלופי של העותרים, מבוססת ומעוגנת הן בהלכות קודמות של הוועדה, והן בפסקי דין מושרשים היטב של בית המשפט הנכבד. נציין, כי טיעון זה התקבל על ידי לא מעט הרכבים של וועדת הערר ברבות השנים כמפורט להלן, לרבות בשנים האחרונות:

← כך, בערר 15/82, הרכב הוועדה כלל את כב' שופט בית המשפט המחוזי, רס"ן אליהו כהן וכן את החברים סרן גרב ומיארה.

← כך, בערר 9/06 בעניין **קהתי**, ההחלטה ניתנה על ידי פרופ' חיים זנדברג וקיבלה את הסכמת רס"ן אדריאן אגסי (נגיד הוועדה באותה עת) ואת הסכמתו של סא"ל איין נוך.

← כך, בערר 2/11 שהוזכר לעיל בעניין **סביח**, לצד יו"ר הוועדה רס"ן מאיר ויגיסר, הסכימו להחלטה (הזהה מהבחינה של עצירת מירוץ ההתיישנות והמועד לבחינת הוברת קרקע או רכישת זכויות בה) גם השופטים סא"ל שרון ריבלין-אחאי, וכן סא"ל סטיב ברמן, אשר בעקבות עדותו של עוזר פקדי ההסדר הירדני בפני הוועדה במסגרת הערר, ביקש לקבוע כי לוח תביעו, במובן מסויים, כן יכול להעיד על גיבוש זכויות, באופן הדומה ללוח זכויות לא סופי.

← כך למשל, בערר 121/15 בעניין **צלאח** שהוזכר לעיל, קבעה הוועדה כי הליכי הסדר אינם מתאינים עם הזמן וכי יש לבחון את שאלת עיבוד הזכויות לפני מועד צו ההסדר, בד בבד עם הטלת הגבלות רחבות על המשיב בנוגע להקצאת מקרקעין אלה והחלת סעיפי תום הלב. להחלטה זו היו שותפים נגידת וועדת העררים הנוכחית, סא"ל דליה קאופמן, סא"ל עזריאל לוי וכן רס"ן ר'אני עאמר.

193. נפנה כעת לבחון את תשובת המשיב ומדוע לשיטתנו היא אינה יכולה לעמוד במבחן הסבירות ומדוע היא סובלת מחוסר סבירות קיצוני המחייב את בטלותה.

## (2) טיעון סף – חוסר תום לב של המשיב

194. כפי שאף הוועדה תהתה, בעבר קיבל המשיב את המלצת וועדת העררים בעניין ההכרזה הקודמת שבוצעה באדמות כפר עאקב (ערר 15/82). בנוסף, גם בכל הנוגע להחלטות אחרות של המשיב בעלות אפקט משפטי דומה, למיטב ידיעת העותרים והח"מ, לא ידוע אם המשיב קיבל החלטות לדחות את ההחלטות האמורות של הוועדה (נעיר כי בכל הנוגע לפרשת **קהתי**, הואיל והמדובר בערר על החלטת הוועדה לרישום ראשון הרי שהיא אינה מהווה המלצה והדרך להשיג עליה היא באמצעות עתירה לבג"ץ. המשיב הוכיח בעבר (במסגרת בג"ץ 9298/08 הנזכר לעיל) כי הוא אינו נרתע מהגשת עתירות נגד הוועדה בנושאים קריטיים, אולם הפעם לא עשה כן..

195. משכך, החלטתו של המשיב להודיע כי הפעם אין הוא מוכן לקבל את החלטת וועדת הערר, נגועה בחוסר תום. הדבר נובע, בפשטות, מהעובדה כי בעוד שבערר 15/82, להחלטה בהכרזה לא הייתה השפעה על בניה בלתי חוקית של גורמים אשר המשיב מעוניין להטיב עמם ולא לאכוף את החוק בעניינם. ואילו כעת, היכן שההכרזה נועדה להתגבר על אי החוקיות של הבניה הבלתי חוקית ולהכשירה, ביטולה של ההכרזה כפי שקבעה המשיבה מס' 3, תחייב את המשיב 3, שומו-שמיים לקיים את התחייבותו בפני בית המשפט במסגרת בג"ץ 6505/09 ולאכוף את החוק.

196. בהקשר זה, טענת המשיב כפי שהיא מופיעה במכתבו כי קבלת ההחלטה עלולה להביא לבטלותן של הכרזות קודמות שנעשו בהתאם לפרקטיקה זו, גם אינה יכולה לעמוד במבחן הסבירות: המשיב מודה כי הגם שלא ביטל את החלטת הוועדה בעבר, בפועל נהג בניגוד אליה, וזאת מבלי שהציג כל סיבה או הנמקה לכך. כעת, מבקש המשיב בדיוק בשל אי עמידתו בתנאים האמורים שנקבעו בעבר, לבטל זאת ו-"להכשיר" את אי החוקיות שהתגלעה במעשיו. זאת אין לקבל והדבר משקף גם כן חוסר תום לב של המשיב. יוער, כי טענות המשיב מעולם לא הוצגו – משפטית או עובדתית – בפני הוועדה, והועלו במסגרת מכתבו שלו, כנסיון להתגבר על האמור בהחלטת הוועדה.

## (3) הטענה השגויה בדבר טעות משפטית בהחלטת הוועדה

197. בסעיפים 4-5 למכתבו, טעון המשיב 1, כי בהחלטת הוועדה נפלה טעות עובדתית "מהותית". לשיטתו של המשיב, החלטת הוועדה מתבססת על הדינים החלים בישראל, ומנוגדת לדין המהותי החל באזור ובפטר לדין ההתיישנות הרוכשת והמח'לול. עוד קובע המשיב, כי בקביעת החלטותיה ומסקנותיה, לא נתנה הוועדה את



דעתה להשלכותיה המשפטיות כגון שלאחר הגשת התביעה בהסדר, לא יוכל פרט המעבד מקרקעין ערב תחילת ההסדר, להמשיך בעיבוד לשם רכישת זכויות בהם.

198. נודה על האמת, התקשינו לרדת לעומק טיעון משפטי חסר ותמוה זה של המשיב. לא בכדי עובר להגשת העתירה פנו העותרים פעמיים אל המשיב, על מנת לקבל הבהרה ביחס לנטען בחלק זה, אולם המשיב ביכר להותירה סתומה, ושגויה. ובמה דברים אמורים?

199. ראשית, בניגוד לנטען על ידי המשיב, החלטת הוועדה לא נסמכת על הדינים החלים בישראל. החלטת הוועדה נסמכת על הלכות קודמות של הוועדה עצמה (ערר 15/82 וערר 9/06), אשר פירשו את דין ההסדר הירדני בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי והפומבי, וזאת על רקע היותו של האזור תפוס בתפיסה לוחמתית.

200. שנית, כפי שהוצג לעיל, הרי שהסתכמות הוועדה על הלכות בית המשפט העליון, הינן הלכות אשר מתייחסות לדינים החלים באזור או בדינים בעלי זהות לאזור: כך, פרשת **אבו-ניע** מתבססת על דין ההסדר הירדני; פרשת **מועדי** מתייחסת לפרשנות דין הקרקעות העות'מני ובפרט סעיף 78, באופן זהה למצב השורר ברחבי הגדה המערבית עד לתחילת הליכי ההסדר, ואף ביחס למקומות בהם לא הוחל כלל בהסדר; ואילו פרשת **רחאל** עוסקת בדין המנדטורי העוסק בהסדר המקרקעין, דין שהיווה את הבסיס לחוק ההסדר הירדני.

201. לכך יש להוסיף כי קיימת חזקת זהות דינים בחלקים רבים של פקודת ההסדר החלה בישראל וחוק ההסדר הירדני, וזאת לנוכח העובדה ששני ההסדרים החוקיים נובעים מאותו מקור משפטי, היא פקודת ההסדר המנדטורית אשר הוחלה בא"י המנדטורית וכן בעבר הירדן המזרחי גם יחד.

202. שלישית, כאמור, לא ברורה טענת המשיב בסיפא של סעיף 5 למכתבו: כפי שהדבר נכתב בפניית העותרים אל המשיב, עצם הגשת תביעה להסדר אינה מונעת המשך עיבוד של המקרקעין על ידי הטוען לבעלות ומגיש התביעה להסדר או חליפיו. אין כל הוראה בחוק ההסדר הירדני האוסרת על המשך עיבוד לאחר תחילת ההסדר. מי שעבד את הקרקע עובר להסדר, יכול להמשיך לעבדה, ואין הדבר רלוונטי לצורך רכישת הזכויות.

203. רביעית, אין כל רלוונטיות לטענה בדבר התיישנות רוכשת, בהתאם לסעיף 78 לחוק העות'מני. זאת כיוון שעל פי פסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ 5439/09 **עבדאלקאדר נ' וועדת העררים הצבאית** [פורסם בנבו, 2012], התיישנות רוכשת מחייבת מקור חוקי לצד עיבוד המקרקעין בהתאם לדרישות החוק העות'מני. ללא מקור חוקי המצביע על זכותו של פלוני בקרקע, לא יכול זה להגיש את תזכיר התביעה להסדר ולא ניתן לקדם את תביעתו ללוח זכויות. משכך, גם טענה זו נותרה סתומה, שגויה ולא ברורה.

204. חמישית, המשיב אינו נותן דעתו למצב של נפקדים אשר עובר לכניסת כוחות צה"ל החלו בהליך הסדר, אולם בשל מלחמת ששת הימים וההסדרים שנוצרו לאחר מכן, נמנע מנפקדים אלה להמשיך להגיע לשטח, לעבד את אדמותיהם ו/או להשלים את הליך ההסדר. העובדה כי נפקדותם של תושבי הכפרים הייתה אחת הסיבות להתליית הליכי ההסדר, מחייבת עקביות של המשיב. התעלמות מזכויותיהם של אלה, כפי הופיעו במסגרת תזכירי התביעות ונערכו ללוח התביעות, אינה יכולה לעמוד והמשיב מושתק מלטעון טענה זו.

(4) הטענה הבלתי מבוססת (והשגויה) של המשיב בדבר "השלכות רוחב תמורות" הטמונות בהמלצת הוועדה.

205. לאחר הצגת הטעות המשפטית לשיטת המשיב – טעות משפטית אשר אינה קיימת כלל והמשיב מיאן לבאר אותה כלל – טוען המשיב להשלכות רוחב תמורות לצד "בעיות סבוכות" בנוגע למקרקעין באזור ולפגיעה בטובת האזור בכלל.

בפי המשיב שתי טענות:

(1) **הראשונה**, טוען הלה כי הותרת ההחלטה על כנה עשויה להותיר באזור "כיסוי מקרקעין" בלתי

מנוצלים, שכן המשיב 2 לא יוכל להכריז עליהם כאדמות מדינה ולהקצותם לשימוש כלשהוא ואף

אדם אחר לא יוכל לרכוש בהם זכויות מכוח עיבוד.

(2) **הטענה השנייה**, טוען המשיב כי קבלת ההמלצה עלולה להביא לבטלותן של הכרזות רבות שנעשו בהתאם לפרקטיקה הנוהגת על פיו (ומנוגדת לפסיקות וועדות הערר בעבר), ואשר חלקן אושרו על ידי וועדת העררים עצמה.

206. העותרים ביקשו גם כאן הבהרות באשר לטענה הראשונה של המשיב, וזאת לאור העובדה כי רכישת זכויות אינה יכולה להיות מכוח עיבוד בלבד אלא יש צורך גם במקור חוקי, וכן לקבל נתונים מגובים באשר לטענה השנייה של המשיב. המשיב בחר שוב, גם כאן, שלא להשיב, חרף מספר פניות בנושא.

207. עמדת העותרים היא כי גם כאן יש לדחות את מלוא טענות המשיב, וזאת משלל נימוקים שלובים, חלופיים ומצטברים, הכל על פי ההקשר.

208. **ראשית**, הטענה בדבר כיסים בלתי מנוצלים הינה טענה מקוממת שראוי היה שלא לטעון אותה. הרי המפקד הצבאי התלה את הליכי ההסדר. ככל שהמשיבים אינם חפצים בקיומם של כיסי מקרקעין אלה, רשאים הם להמשיך את הליך ההסדר מהנקודה בה הופסק. העובדה כי המפקד הצבאי בחר להתלות את הליך ההסדר אינה יכולה לשמש אמתלה להיווצרות הצורך בפתרון לאותם כיסי מקרקעין. זאת, מעבר לעובדה כי לאותם "כיסי מקרקעין" קיימות תביעות בעלות, אשר הגיעו לשלב מתקדם בהליכי הסדר.

209. **שנית**, הטענה כי אף אדם לא יוכל לרכוש זכויות מכוח עיבוד שגויה – עיבוד לכשעצמו אינו מקנה זכויות אלא הוא דורש מקור חוקי. המקור החוקי היה זה שגיבש את תביעות תושבי כפר עאקב להליך ההסדר. מכאן, שטענה זו סתומה ואינה ברורה, שכן אין אדם יכול לרדת כך סתם למקרקעין ולהתחיל לעבד אותם (ראו בג"ץ 5439/09 הנזכר לעיל).

210. **שלישית**, הטענה כי המשיב פעל בניגוד להחלטות וועדות העררים בעבר, אינה מבוססת ובקשת העותרים לגיבוי בנתונים נותרה חסרת מענה. העובדה כי המשיב מבקש להיבנות מאותה "פרקטיקה" בלתי חוקית, כהצדקה לאי קיום החלטות וועדת העררים הינה מקוממת וראוי היה שלא תיטען כלל. המשיב עצמו לא ביטל את החלטת הוועדה בערר 15/82, ואם בחר שלא לפעול לאורה, היה עליו לספק נימוק משכנע וראוי בנסיבות העניין.

211. **רביעית**, טענת המשיב כי הדבר עשוי לפגוע בהכרזות קודמות נעדרת משקל של ממש. הכרזות קודמות, לרבות אלה שנדונו בפני וועדת העררים, הפכו להיות חלוטות, למעט מקרים חריגים. עם חלוף התקופה להגשת ערר, או מרגע שההכרזה לגבי חלוטה, ככלל, קטנים עד לא קיימים הסיכויים להגיש ערר או לפתוח הכרעה שכבר ניתנה (השוו: בגץ 4988/15 נאג'ח ג'מיל אחמד געברי נ' ועדת ערר באזור יהודה ושומרון, פורסם בנבו, 18.6.2017).

212. לכך יש להוסיף את העובדה כי למשיב עשויה לעמוד תקנת השוק, כפי שהיא מופיעה בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), אשר קובעת כהא לשנא:

*"כל עיסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי."*

213. לאחרונה אף קבע היועץ המשפטי לממשלה כי יש לנקוט גישה פרשנית מרחיבה ביחס להחלטת עקרונות "תקנת השוק" ביחס לסעיף זה, בחוות דעת מטעמו. חוות דעתו של נציג היועץ המשפטי לממשלה מחודש דצמבר 2016, מצ"ב ומסומנת **כנספח 34**.

214. יובהר, כי תכנה ועקרונותיה של חוות הדעת, אשר הינם שנויים במחלוקת משלל סיבות, אינן נושא עתירה זו, ומכל מקום, וועדת הערר קבעה זה לא מכבר, כי על המשיב מס' 2 לבצע בדיקות אקטיביות בטרם הקצאה של מקרקעין לגביהם הוחל בהליך הסדר שהגיע לשלב לוח תביעות (ראו ערר 121/15 בעניין צלאח שהוזכר לעיל).

215. מכל מקום, יש להניח כי היה ומקרים כאלה אכן יעלו בעתיד, בפועל, כל מקרה ייבחן לגופו אם וכיצד נעשו עסקות בתמורה ובתום לב בין המשיב מס' 2 ובין גורמים אחרים, לאור החלטות וועדת הערר ובהתייחס לנתונים ולנסיבות של כל מקרה לגופו. עמדת העותרים היא כי אין מקום לקבל את גישת המשיב כי באופן גורף יש לפסול את החלטת הוועדה בשל טענות אמורפיות ותיאורטיות.

216. זה המקום להבהיר כי עתירה זו אינה יכולה ואינה מעוניינת לפתוח הכרזות שכבר בוצעו בעבר. כפי שאף הוועדה הכירה בכך בפסיקתה ובפסיקות עוקבות שניתנו לאחריה, הכרעה בפועל אמורה להיות מכאן להבא (למעשה, היא הייתה אמורה להיות כזו עוד במסגרת ערר 15/82, אולם זכתה להתעלמות בלתי מוסברת מצד המשיבים 1-2). ייתכן והדבר יטיל מגבלות על המשיב היכן שישאף לבצע הכרזות נוספות. אולם אין בהגבלות אלה – אשר כולן מן הדין החל באזור ונסיבותיו הייחודיות – כדי להוות צידוק לאי קיום החלטות שיפוטיות והוראות הדין.

217. **חמישית**, המשיב נסמך בחלק המסתמך על "השלכות רוחב" על פסיקת בית המשפט העליון במסגרת בג"ץ 1285/93 **עזבון יעקב יוסף שכטר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח'** [פורסם בנבו, 1996], אשר עסק בהחלטת המשיב שלא לקבל את החלטת וועדת הערר בעניין נשוא פסק הדין. החלטת וועדת העררים בעניין **שכטר** אכן לוותה בשורה ארוכה של טעויות משפטיות מהותיות וטעויות עובדתיות גסות, תוך התעלמות מעובדות שהיו לנגד עיניה או אי מתן משקל מספק לעובדות אלה.

218. ברם, בית המשפט בפרשת **שכטר** קבע במפורש כי בעוד שהמפקד הצבאי רשאי לשקול שיקולים העוסקים בתביעות השבה של פליטים פלסטינים ביחס לרכושם המצוי **בישראל**, ועל החשש לבטחון האזור לאור הכרה בזכויות ישראלים ביחס לרכוש שהיה בבעלותם לפני שנת 1948 בתחומי הגדה המערבית, שונים הם פני הדברים ביחס למתרחש בתחומי הגדה המערבית:

"מקובל עלי כי ראש המנהל האזרחי **אינו רשאי** לשקול שיקולים הקשורים ברכוש של ישראלים, עליו עשויה לבוא תביעה מצד פלשתינאים באזור" (זאת בניגוד לכך שלראש המנהל האזרחי **כן מותר** להתחשב בתביעות פלשתינאים מאזור לנכסים **בישראל**; בג"ץ **שכטר**, פסקה 18 לפסק הדין).

219. משכך, הישענותו של המשיב על הרציונאליים וההנמקות המופיעים בבג"ץ **שכטר**, אינם יכולות לעמוד במקרה זה.

220. אחר כל אלה, לשיטת העותרים גם טענת המשיב בדבר "השלכות רוחב" נעדרות כל בסיס משפטי ועובדתי, והן נזרקו לחלל האוויר ללא כל גיבוי. העדר התייחסות של המשיב לפנייות ההבהרה של העותרים, מחזקת את העמדה כי אין בידי המשיב כל טענה אמיתית בנושא, אלא רק רצון שלא לקיים אחר החלטת וועדת העררים ואחר חובותיו מן הדין.

(5) בחזרה לחוסר תום הלב של המשיב ולשיקולים הזרים המאפיינים את החלטותיו והתנהלותו

221. כפי שתואר לעיל בהרחבה, עמדת העותרים היא כי המשיבים 1-2 נהגו לכל אורכה של התנהלותם סביב ההכרזה, בחוסר תום לב משווע. זו הייתה נקודת הפתיחה של ההכרזה וזוהי נקודת הפתיחה, והסיום, של העתירה הזו. חוסר תום לב זה פנים רבות לו:

← החל במניעים שהובילו להכרזה (נסיון מכוון להמנע מאכיפת הדין ביחס לעבריינות בניה);

← המשכו בהסתרת דבר קיומה של ההכרזה מהעותרים בבג"ץ 6505/09;

← לאחר מכן הגילויים שהתחווירו במהלך הליך שמיעת הראיות והעדויות בערר 68/13, עת נגלה כי המשיבים היו ערים להחלטת וועדת הערר בעניין כפר עאקב משנת 1982, אולם הלכות אלה לא באו לידי ביטוי בחוות הדעת שהוגשו לפצ"ר בעניין ההכרזה, ושיקפו התעלמות מוחלטת מהחלטות חלוטות שלא בוטלו בעבר;

← בהמשך, אף התגלה כי מבדיקה של השטח נשוא ההכרזה בשנים 1967 ו-1944, התגלה כי רובו של השטח היה מעובד ולא ניתן היה כלל להכריז עליו כאדמות מדינה לפי ההלכות הקיימות. גם סוגיה זו לא גולתה על ידי המשיב ועדיו, והיה צורך לקלף את שכבות ההסתרה, שכבה אחת אחר רעותה;

← ואילו השיא, הוא החלטת המשיב לדחות את החלטת הוועדה, בשל נימוקים בלתי סבירים, שגויים מבחינה משפטית ועובדתית, מאולצים ותמוהים, אשר כל כולם רצון למלט את הבניה בכפר עאקב מאכיפת הדין כפי שהתחייב בעבר בפני בית המשפט העליון, וכפי הנראה גם מקומות אחרים הנוגעים למאחזים אחרים בגדה המערבית.

222. כל אלה הם שיקולים זרים: העובדה שהמשיב מבקש להמשיך לפסוע במתווה של אי אכיפת חוק מופגנת, לא יכלה מלכתחילה להצדיק הכרזה על אדמות מדינה, ובוודאי שלא ניתן להכיר בשיקול זה כהצדקה לאי קיומה של החלטה שיפוטית.

223. בהקשר זה, בבחינת למעלה מן הצורך, אי אפשר שלא להתרשם מכך כי חרף העובדה שהראיות מטעם המשיב בדבר עיבודם של המקרקעין עד לאמצע שנות ה-80' התגלו כבעייתיות, בלתי מקצועיות ובלתי אמינות, בפועל הובאה חוות דעת מקצועית הסותרת את עמדת המדינה מניה וביה. למשיב, אין הדבר משנה. זה גמר אומר בדעתו לקבוע כי האדמות הללו הינן אדמות מדינה, ולא ישנו העובדות או כל דבר אחר. המשיב אף אל סבר כי עליו לבחון בשנית את הסוגיה האמורה לאור הכשלים שהתגלו בחוות הדעת של המומחית מטעמו. מבחינתו של המשיב, החלטתו זו לראות באדמות כאדמות מדינה אין בלתי, ושתיפח רוחה של האמת לצורך זה.

224. דוגמא נוספת לחוסר תום הלב של המשיב, נובעת מאופן שיוך אדמות כפר עאקב להתנחלות כוכב יעקב, במסגרת מכתבו מיום 27.4.2017. זאת, חרף העובדה כי האדמות הללו מצויות מחוץ לתחום השיפוט של ההתנחלות. גם זו דוגמא נוספת המלמדת אותנו כי עובדות אינן מענייניו של המשיב, ולדידו, ייעשה כל שנחוץ על מנת לשייך את אדמותיהם של העותרים ושל תושבים נוספים מכפר עאקב עבור הגרומים העבריינים המעורבים בבניה בשוליה של כוכב יעקב. גם בכך, שיקף המשיב את חוסר תום הלב שלו.

225. בפועל, אין לכחד, כי המשיב אינו נכון ואינו מוכן להתמודד עם הפסד משפטי אותו נחל, וזאת מטעמים בלתי עניינים וזרים לחלוטין לשיקולי צדק.

226. כידוע, על הרשות המנהלית ועל הפועל מטעמה, להפעיל את שיקול הדעת המסור להם ע"פ חוק תוך שקילת השיקולים הרלבנטיים בלבד ומבלי שינתן משקל לשיקול שאיננו רלבנטי לסמכות. שיקול רלבנטי הוא שיקול שמקדם את הגשמת המטרות שלשמן הוענקה לרשות הסמכות שלגביה מופעל שיקול הדעת, וכן שיקולים הנגזרים ממטרות החוק או ההנחיה המסמיכה (ראו לעניין זה: דפנה ברק ארז, **המשפט המנהלי**, כרך ב', 2010, בעמ' 635)

227. בחינתם של השיקולים הזרים הינה דו-שלבית:

**ראשית**, יש לבחון את חוקיות השיקולים לאור החוק המסמך, כאשר שיקולים אלה נובעים או מהחוק המסמך או שיש לתור אחר תכלית החקיקה. הסמכות שניתנה לרשות – והרי הרשות פועלת רק על פי סמכויות שניתנו לה במפורש – ניתנו לה על מנת להגשים את תכליות החקיקה, ומשכך המטרה מכתובה את השיקולים העניינים שיש לשקול. שיקולים אחרים אשר מסיטים את הרשות ממטרותיה מהווים שיקולים פסולים ואסור לרשות לשקול אותם.

**שנית**, יש לבחון את שיקוליה של הרשות על סמך ערכי היסוד של השיטה. בחינה זו מורכבת משיקולים 'חשודים', דהיינו שיקולים שעל הדרך הכלל ייחשבו כפסולים, בהעדר כל מקור חוקי אחר, ונגזרת מהתכליות הכלליות וערכי היסוד של השיטה (ראו: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עריית תל אביב-יפו, פד"י מב (2) 309, בעמ' 329-330).

228. שיקול שנועד לקדם מטרה שונה מהמטרה שלשמה ניתנה הסמכות הינו שיקול זר. שיקול זר שהשפיע על שיקול הדעת ועל עיצוב ההחלטה מביא לפסולתה של ההחלטה המנהלית.

229. השתרבות שיקולים זרים להחלטה מנהלית אינה קלה לאיתור. בהקשר זה, יש להתחקות אחר כלל המרכיבים אשר שוקל במסגרת פעולתה של הרשות, ולאבחן מי מהם היה הדומיננטי, וכן האם היה לו מקום כלל ועיקר מלכתחילה.

230. אחד המצבים האופייניים לחדירה של שיקולים זרים להחלטת הרשות הם מצבים בהם הרשות מצויה במעין "ניגוד עניינים" (אנחנו אומרים "מעין ניגוד עניינים" כי בכל מקרה הרשות אמונה על אינטרס הציבור, אין לה "אינטרס אישי" ולכן לא מדובר בעילה המינהלית של ניגוד עניינים). כוונתנו למקרה שבו הרשות מבקשת, או מתבקשת, לקדם מספר מטרות המנוגדות זו לזו.

231. זאת ועוד – הכלל בדבר שיקולים זרים קובע כי הרשות חייבת לבסס את החלטתה על נתונים, עובדות וערכים השייכים לעניין. כלל זה מחייב בנוסף כי הרשות תשקול את השיקולים הענייניים העיקריים כולם כאשר כל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין מצויים לפניו. התעלמות משיקולי ענייניים, וודאי התעלמות כה גורפת כבמקרה דנן, מהווה פגם אשר יש בו בכדי לפסול את ההחלטה (י' זמיר, **הסמכות המנהלית**, מהדורה ראשונה, תשנ"ו בעמ' 741-743; בג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד מו (1) 271, 279; בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז (2) 229, 256-257).

232. כפי שהוכח בערר ולעיל, המניע שעמד בבסיס ההכרזה, ומאוחר יותר בבסיס ההחלטה שלא לקבל את החלטת הוועדה, נשען כולו על הרצון להימנע ממימוש צווי ההריסה הסופיים שהוצאו לבניה הבלתי חוקית בכוכב יעקב, אשר הייתה נשוא העתירה בבג"ץ 6505/09.

233. אילו לא ביקש הדרג הפוליטי להתחמק מאכיפת החוק על הבניה הבלתי חוקית בשולי ההתנחלות כוכב יעקב, לא היה המשיב כלל יוזם את ביצוע ההכרזה נשוא הליך זה. אילו לא היה נדרש על ידי הדרג הפוליטי להכשיר בניה זו ועוד רבות אחרות המצויות במקרקעין במעמד זהה, לא היה כלל מקבל את החלטתו לבטל את החלטת המשיבה (כפי שלא קיבל אותה בעבר, עת ניתנה החלטה בערר 15/82).

234. לפיכך, כך עמדת העוררים, השיקול המרכזי, הדומיננטי ושלעדין אין בהכרזה זו, ובהחלטה שניתנה בעקבותיה, היא מציאת פתרון לבינוי זה, פתרון שיחסוך את הצורך לאכוף את הדין. ככאלה, ההכרזה והחלטת המשיב גם יחד פסולים מכל וכל באשר הן נובעות משיקול מרכזי זר שאיננו מצוי ברשימת השיקולים המקדמים את האינטרס הציבורי העומד ביסוד סמכות ההכרזה.

235. הפעלת הסמכות ע"י המשיב, ככול רשות מנהלית אחרת, חייבת להתבצע על יסוד שיקולים ענייניים וחוקיים בלבד ומקום בו הוכח כי זו התבססה על שיקול זר, יש בכך עילה לפסול את החלטתה. אין ולא יכול להיות כל ספק בדבר כי הצו המסמיך את המשיב להכריז על קרקע כאדמת מדינה לא מבקש לקדם מטרות שאינן חוקיות. לא יתכן כי דבר חקיקה כלשהו, ובכלל זה הצו המסמיך במקרה דנן, שם לעצמו מטרה להפר את עקרון שלטון החוק ואת החובה לאכוף אותו למען הכשרת פעילות בלתי חוקית.

236. יפים לעניין זה הדברים שנקבעו בעניין פורז שהוזכר לעיל בנוגע לאופן הפעלת הסמכות שבידי הרשות, וכן כי עליה להפעיל סמכות זו בהתאם למטרות החוק המסמיך, כשחריגה ממטרות אלה מהווה שיקול זר ומשכך פסול (בג"ץ פורז לעיל 324):

"אכן, הרשות השלטונית - מועצת העירייה, בעתירה שלפנינו - רשאית לפעול על-פי שיקול-דעתה, ובלבד ששיקול-דעת זה מקיים את כללי המשפט המינהלי הישראלי... על כן חייב שיקול הדעת השלטוני לקחת בחשבון אותם שיקולים.. של חוק המסמיך אותו להפעיל שיקול דעת. שיקול החורג ממטרותיו של החוק המסמיך הוא שיקול זר, ועל-כן פסול, ואין הרשות השלטונית רשאית להתחשב בו.

זאת ועוד: אין לה, לרשות השלטונית, חופש לעצב לעצמה את המטרות, שלשמן היא רשאית להפעיל את שיקול-דעתה. שיקול-דעת, המופעל מכוח החוק, חייב להתקיים במסגרת המטרות שהחוק קבען, ובמסגרת זו בלבד. אפילו נאמר בדבר חקיקה במפורש, כי שיקול הדעת הוא מוחלט, הרי גם אז מתפרש שיקול הדעת כמחייב את בעל הסמכות לפעול לשם הגשמת מטרות החקיקה שמהן יונקת סמכותו."

237. עמד על הקשר בין שיקולים זרים ובין פסלותה של ההחלטה המנהלית בית המשפט העליון בעע"ם 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עריית ירושלים** [פורסם בבנו; 2010], עת קבע את הדברים הנכוחים הבאים הנכונים ביתר שאת לענייננו:

"37. [...] יש לבחון את המשקל שניתן לשיקולים השונים שהרי "אפשר להקדיח את התבטול גם כאשר שמים בו את כל המרכיבים הנכונים, אך בכמויות החורגות מן הנדרש במידה ניכרת" (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 725-727 (2010) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי).

[...]

"בחינת החובה המוטלת על הרשות המנהלית לשיקול שיקולים ענייניים ולהימנע מלשקול שיקולים זרים נעשית הן לאור הדין המסמיך, הן לאור ההקשר בכל מקרה ומקרה והן לאור ערכי היסוד של השיטה המשפטית המהווים "מטריה נורמטיבית", כמו עקרונות תום הלב וההגינות, עקרון השוויון ועקרון הפלורליזם, המהווה אף הוא שיקול ענייני (עניין התנועה המסורתית, בעמ' 375-377).

"38. קושי עיקרי נוגע להוכחת השיקולים הזרים או הפסולים. בדרך כלל רשויות מנהליות השוקלות שיקולים זרים או פסולים, מנסות להסוות ולטשטש את הטעמים האמיתיים שהיו ביסוד החלטותיהן. ההפליה אינה מוכרזת בראש חוצות ואינה ניצבת בראש המגדל, אלא מוכנסת למרתף בעוד התבחינים הגלויים אינם "דוברים אמת אלינו, אחד בפה ואחד בלב ידברו. אין הם קריטריונים אלא מן-השפה-ולחוץ ואין תוכם כברס" (בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נגד (2) 241, 260 (1999)) (להלן: עניין כבל).

[...]

אכן, קשה לבית המשפט לבחון "כליות ולב" של הרשות המנהלית, ולשם כך נדרש בית המשפט להסתמך על תשתית ראייתית נסיבתית או סטטיסטית. אפשרות נוספת היא להידרש לפגמים חיצוניים שיש בהם כדי להעיד על שיקולים זרים או פסולים של הרשות המנהלית."

238. כל המתואר לעיל מציג תמונה עגומה של התנהלות המשיבים, אשר החלטת המשיב מס' 1 משקפת שיא (או שפל) חדש, אשר שיטת המשפט שלנו לא תכיר, ובדין לא תכיר בכך. לצד הטעמים המהותיים העומדים בבסיס העתירה ומבקשים לפסול את ההכרזה ואת החלטת המשיב, ברי כי גם לשיקוליו הזרים של המשיב ולהתנהלותו חסרת תום הלב, יש משקל המצדיק את בטלותן של אלה.

239. ההכרזה נשוא עתירה זו, טוב היה אלמלא באה לעולם. משבוטלה על ידי טריבונל שיפוטי, בהחלטה מנומקת, טוב היה עושה המשיב אילו היה מרכיך ראשו בפני הדין, ועושה כמצוות הוועדה, וכפי שהיה עליו לעשות בהמשך להחלטה במסגרת ערר 15/82.
240. אולם המשיב בחר לפסוע חזיתית נגד הדין, נגד השכל הישר, נגד מושכלות יסוד של משפט מנהלי, נגד כללי הצדק הטבעי, הכל למען גחמות פוליטיות של עברייני בניה.
241. אכן, המציאות הקיימת בגדה המערבית הינה מורכבת, בעלת אופי היברידי (ראו בהקשר זה רשימתה של ד"ר רונית לוי-שנור, **"על המתח שבין זמניות הכיבוש וסופיות הקניין"**, ICON-S-IL Blog 2.7.2017). המשפט הבינלאומי ההומניטרי אוסר על שינויים של קבע, ומחייב שמירה על זכויותיהם של התושבים המוגנים, הנוכחים והנפקדים, החיים והמתים. דיני הקניין מכוונים באופן כללי לסופיות הדין. המשפט הבינלאומי ההומניטרי הוביל להוצאתו של צו ההתליה והפסקת הליכי ההסדר שנגדעו באיבם. רצונו של הדרג הפוליטי, המוגשם באופן תדיר על ידי המשיבים 1-2 (כפי שהתוודענו לכך זה לא מכבר במסגרת בג"ץ 794/17 **זיאדה ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל ואח'**, פסק דין מיום 1.2.2017; פורסם (ללא נימוקים) באר"ש), מוביל את המשיבים פעם אחר פעם, לטשטש את הגבולות, לקבל החלטות תמוהות, בלתי סבירות, בלתי חוקיות ומטעמים זרים, וכל זאת בעבור קבוצת עבריינים קטנה, בעלת כוח פוליטי לא מבוטל.
242. כל אלה תופעות שאין לקבל. כל אלה תופעות שחברה דמוקרטית חפצת חיים, אשר שלטון החוק בוקע מגרונה, תסרב להשלים עמן. המשיבים 1-2, כך נדמה, בוחרים במכוון לפגוע בערכים דמוקרטים אלה, הכל מהסיבות הלא נכונות.
243. מכל הנימוקים המופיעים בכתב העתירה, עמדת העותרים היא כי יש להוציא בעתירה צו על תנאי כמבוקש ברישא של העתירה ולאחר קבלת תצהיר תשובה מטעם המשיבים, יש להפוך אותו למוחלט.
244. כמו כן, יבקשו העותרים לחייב את המשיבים 1-2 בהוצאותיהם הכרוכות בהגשת עתירה מורכבת זו, לרבות שכר טרחת עו"ד והשבת האגרה ששולמה בעתירה, וזאת תוך שבית המשפט שוקל את חוסר תום הלב שאפיין את המשיבים 1-2 לאורך כל ימי חייה של ההכרזה נשוא העתירה.
- העובדות המופיעות בעתירה זו נתמכות בתצהירי העוררים 1-3 המצ"ב כנספחים 16-17 לעיל, וכן בראיות שעמדו לנגד עיני המשיבה מס' 3 בהליך בערר 68/13.
- שאר הטענות המופיעות בעתירה הינן טענות משפטיות, אשר נסמכות על כתבי בי דין, וכן על תכתובות שנוהלו לאחר פסק הדין, ועצם קיומן אינו שנוי במחלוקת.

## ואלה הנימוקים בעתירה לצו ביניים ולצו ארעי:

זוהי עתירה לצו ביניים וצו ארעי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים 1-2 שלא לבצע כל שינוי במעמד המקרקעין לגביהם בוצעה ההכרזה על ידי המשיב, לרבות להמנע מכל דיספוזיציה, העברה בכל דרך שהיא, קידום הליכי תכנון והקצאה (לרבות הקצאה לתכנון) וכל פעולה במקרקעין, והכל עד להכרעה בעתירה.

### ואלה נימוקי הבקשה לצו ביניים:

א. בעתירה לצו על תנאי התבקש בית המשפט הנכבד לבטל את החלטת המשיבים 1-2 הן בכל הנוגע לביצועה של ההכרזה על אדמות מדינה והן באשר לביטולה של החלטת המשיבה מס' 3, אשר קבעה כי ההכרזה בטלה, בהחלטתה מיום 28.7.2017.

ב. ההכרזה נתפרה למידותיה של בניה בלתי חוקית, ומשנקבע כי היא בטלה על ידי טריבונל שיפוטי מקצועי ומיומן, בחר המשיב שלא לקבלה וזאת משורה של טעמים תמוהים, בלשון המעטה. התנהלות המשיבים 1-2 לכל אורך חייה של העתירה לווה בחוסר תום לב מובהק, אשר כלל אף הסתרת מידע מהעותרים וכן אי גילוי מידע רלוונטי במהלך ההליכים שהתנהלות בפני וועדת הערר במסגרת ערר 68/13, מידע שרק בחקירות נגדיות ארוכות חולץ על ידי העותרים.

ג. מעבר לחוסר תום הלב ואי הסבירות הקיצוני שאופף כל תו ותג בהתנהלות המשיבים 1-2, בפועל התנהלותם חותרת תחת הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, סותרת צווים מפורשים של המפקד הצבאי באזור, נוגדת החלטות קודמות של וועדת הערר והלכות של בית המשפט הנכבד, והכל למען שיקולים זרים המבקשים למלט בניה בלתי חוקית מאכיפת החוק. למען צרכים פוליטיים אלה, מבקשים המשיבים 1-2 לפגוע בזכויות קנייניות של תושבים מוגנים באזור המצוי תחת תפיסה לוחמתית וכן בעקרונות של שלטון החוק, אשר קובעים בראש ובראשונה כי הכל כפופים לדין ולהחלטות של ערכאות משפטיות ושיפוטיות. בפועל, המשיב מוכן להיות כפוף להחלטות אלה כל אימת שהן אינן מתנגשות עם הרצונות הפוליטיים אותם הוא מתבקש ליישם באמצעות החלטותיו.

ד. משכך, קידום הליכים הנוגעים להכרזה, לרבות הקצאת השטח לצדדים שלישיים, שיוכו המוניציפלי, תכנון וקידום הליכים הנובעים מראיה של השטח כ-"אדמות מדינה", עשוי להותיר את העותרים מול שוקת שבורה, בבואם לממש את זכויותיהם במידה והעתירה תתקבל. מימוש ההכרזה בכל דרך שהיא, יסכל את הצו המבוקש בעתירה, כבר שלב מקדמי. זאת, לאור סעיפים שונים ופרשנויות מרחיבות הרואות ב-"תקנת השוק" ככל שהדבר נעשה בהסכמים בין המשיב מס' 2 ובין צדדים שלישיים, ככזו המעניקה הגנה הרמטית לגורם המתקשר (ראו נספח 34 לכתב העתירה). על מנת להמנע מפגיעה בצדדים שלישיים, צו ביניים השומר על הסטאטוס קוו של המקרקעין הינו אך מתבקש.

ה. כאשר בוחנים את מאזן הנוחות בעתירה, הרי שזה נוטה בבירור לטובת העותרים:

ו. בכל הנוגע לסיכויי העתירה, הרי שאלה מבוססים היטב, הן בהחלטותיה של המשיבה מס' 3 (בין אם במסגרת ערר 68/13 [נספח 3 לעתירה] ובין אם בשלל הלכות רבות אחרות אשר קובעות מה המשמעות של הגשת תביעה להליך ההסדר ועל עצירת מועד ההתיישנות בעקבות הגשת תביעה זו. סיכויי העתירה נתמכים אף בשלל הלכות של בית המשפט הנכבד, אשר מצוטטות שתי וערב בהחלטות הוועדה, ומשכך מבססות באופן משפטי את עמדת העותרים, כי דינה של ההכרזה בטלות. הדין נוטה לטובת העותרים, ולמעשה הנטל על המשיב להוכיח מדוע לא יפסע בנתיב המשפטי החרוש היטב של הלכות רבות ומושרשות, ולדיאבון הלב, המשיב אינו מפרט עילות ראויות או נכונות לסטות מכך.



לכל אלה יש להוסיף את העובדה כי בעבר, המשיב לא ביטל החלטות דומות של הוועדה (למשל אלה שניתנו בערר 15/82), ועל פניו, קיים את הוראות וועדת העררים.

ז. התקשרות של המשיבים או מי מהם עם צדדים שלישיים לצורך קידום ההליכים המבקשים לממש את ההכרזה תוביל למצב, שבו – אם תתקבל העתירה לצו על תנאי – ייגרם נזק כספי או אחר לצדדים שלישיים, חלקם עשויים להציג עצמם כתמי לב. אשר על כן יש להורות למשיבים להימנע מהתקשרות שכזאת, וכן להימנע משיווק מקרקעין ו/או יחידות דיור ו/או זכויות אחרות בתחום ההכרזה לצדדים שלישיים, כדי למנוע פגיעה בהם אם תתקבל העתירה לצו על תנאי.

ח. מנגד, אם יינתן צו ביניים כמבוקש, וזאת טרם בוצעה התקשרות כלשהיא ביחס למקרקעין או זו הוצאה אל הפועל בין אם בצורה של הקצאה, הקצאה לתכנון, קידום הליכי תכנון, או כל דיספוזיציה אחרת במקרקעין, לא ייפגעו זכויות של צדדים שלישיים כלשהם כלל ועיקר, והמצב ביחס למקרקעין יישמר כמו שהיה בחמשת העשורים האחרונים, ובפרט בעשור האחרון, מאז התנהלה העתירה בבג"ץ 6505/09 הנזכרת לעיל.

ט. כידוע, תכליתו של צו ביניים היא לקבע את המצב הקיים כדי לאפשר לבית המשפט להיענות לסעד הראשי שהתבקש על ידי העותרים, ככל שימצא כי ראוי לעשות כן. אכן, מטרת הבקשה בעיקרה היא למנוע נזקים והסתמכויות של גורמים שלישיים, אשר עלולים ברמה גבוהה לרדת לטמיון אם תתקבל העתירה תתקבל.

י. כמו בהליכים משפטיים המבקשים לתקוף החלטות של מוסדות התכנון, גם בכל הנוגע להליכים התוקפים הכרזות על אדמות מדינה, ככלל יש להקפיד את המצב בשטח עד לבירורו. ראו למשל, בג"ץ 2676/09, **צדקי מוחמד אבו קמל +11 עותרים נוספים נ' הממונה על הרכוש הממשלתי ואח'**, אשר עסק בהכרזה על אדמות מדינה באדמות הכפר ארטאס, ובהחלטת כב' השופט ח' מלצר מיום 7.4.2009, נקבע כדלקמן:

*"על יסוד עתירה זו שהובאה היום לפני בית-משפט זה, מצווה בית המשפט כי ייצא מלפניו צו ביניים המכוון אל המשיבים המורה להם להימנע מביצוע כל פעולה המשנה את מצב המקרקעין נשוא העתירה למעט פעולות שנועדו למנוע פלישות למקרקעין נשוא העתירה.  
צו ביניים זה יעמוד בתוקפו עד למתן החלטה אחרת."*

יא. משכך, מאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת העותרים ולכיוון של הוצאת צו הביניים והצו הארעי כמבוקש. מנגד, אי הוצאת צו הביניים והצו הארעי כמבוקש עלול לייתר את בירור ההליך העיקרי.

היום, 5.7.2017

מיכל זיו, עו"ד

שלומי זכריה, עו"ד

ב"כ העותרים