

- 1- חרב XXXX XXX ברכאת,
- 2- עלי XXX XXX ברכאת,
- 3- ראג'ח XXXX ברכאת,
- 4- ראש מועצת כפר עאקב,

המבקשים

כולם באמצעות עו"ד שלומי זכריה מרח' דוד חכמי 12, תל אביב-יפו, טל': 03-5275273  
פקס': 03-5275274

– נגד –

- 1. ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית
- 2. הממונה על הרכוש הממשלתי בגדה המערבית
- המשיבים 1-2 באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה, מחלקת הבגצים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים, 91001
- 3. וועדת העררים הצבאית על פי צו בדבר וועדות העררים
- 4. XXX קוגל (עבור חברה ביסוד), [משיב פורמלי] באמצעות עו"ד דניאל קרמר, מרח' רמב"ן 5, ירושלים, טל': 02-5662195, פקס': 02-5666646

המשיבים

## בקשה לקיום דיון נוסף

**בהתאם לסעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984**

בהתאם לסעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984, יבקשו העותרים (להלן יכוננו: "העותרים") מבית המשפט הנכבד לקיים דיון נוסף בהלכות ובקביעות שנפסקו במסגרת פסק הדין שניתן בבג"ץ 5426/17 ברכאת נ' ראש המנהל האזרחי ואח' (פסק הדין ניתן ביום 29.11.2020 במשולב עם פסק הדין בבג"ץ 7948/17 קוגל נ' ראש המנהל האזרחי; להלן יכוננו "העתירה בבג"ץ 5426/17").

עובר להגשתה של בקשה זו הוגשה בקשה מוסכמת להארכת מועד להגשת בקשה לדיון נוסף, מהנימוקים המפורטים בבקשה זו (בשג"ץ 8654/20 חרב מנור חמד ברכאת נ. ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית). ביום 13.12.2020 נעתר רשם בית המשפט הנכבד, כב' השופט רון גולדשטיין, לבקשה מנימוקיה ואישר את הארכת המועד להגשת הבקשה עד ליום 24.12.2020. העתק מהחלטה זו מצ"ב כנספת 1.

פסק הדין מושא הבקשה מצ"ב כנספת 2. הפניות למוצגים או נספחים הינם בהתאם לנספחים כפי שהוגשו מטעם העותרים במסגרת כתבי בי-הדין במסגרת העתירה בבג"ץ 5426/17.

## א. פתח דבר

1. ביום 29.11.2020 ניתן פסק דינו של בית המשפט מושא הבקשה. בפסק הדין נקבעו מספר קביעות והלכות משפטיות, אשר בחלקן מהוות שינוי מהותי ומשמעותי ממספר הלכות מושרשות בנות עשרות שנים, וחלקן מהוות הלכות חדשות ומחדשות, אשר מעוררות קושי משמעותי בכל הנוגע לסוגיות הנוגעות לדיני המקרקעין באזור, מעמד המוקפא של הליכי ההסדר, מעמד של רכוש הנפקדים המצוי במסגרת הליכי ההסדר המוקפאים ושאלות משיקות אחרות.
2. על "קצה המזלג", בית המשפט הנכבד קבע (ולקביעות אלה היו שותפים כלל שופטי ההרכב), את הקביעות הבאות, אשר בהן עוסקת הבקשה הנוכחית:
  - (א) על פי פסק הדין, ניתן להחיל את דין המחלול, אשר מאפשר פקיעת זכויות במקרקעין והשבתן לידי הריבון או חליפו, גם במסגרת מקרקעין אשר מצויים במצב המוקפא של הליכי ההסדר, הקפאה שנוצרה על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור.
  - (ב) על פי פסק הדין, צו ההתליה, אשר הורה על הקפאת הליכי ההסדר, לא רק שאינו מונע את החלת דיני המחלול, אלא מאפשר אותם.
3. שתי קביעות אלה הינן על פניהן קביעות משפטיות ברורות, המגבשות הלכות משפטיות, ומהוות הלכה מחייבת של בית המשפט הנכבד, תשמנה כהלכות מחייבות ומנחות בעתיד. אולם הלכות אלה, כפי שיוצג להלן, סותרות הלכות קודמות של בית המשפט הנכבד, מכרסמות בהן, ובחלקן אף מהוות הלכות ראשונות הבוחנות סוגיות משפטיות עקרוניות בפעם הראשונה.
4. כך, בעוד שבעבר נקבע הן ביחס למקרקעין באזור והן על ידי בית המשפט הנכבד ביחס למקרקעין בישראל כי הליכי הסדר עוצרים הליכים אחרים המתאפשרים על פי הדין המהותי, וכי מועד הגשת תביעה להסדר עוצרת מרוצי התיישנות או החלת דין מהותי אחר, פסק הדין קובע כי אין כך הם פני הדברים, וחובה על מבקש רישום המקרקעין להמשיך ולעבד את המקרקעין עד לתום הליך הרישום. יוער כי הדין המהותי ביחס לשאלות המקרקעין זהה בין ישראל והאזור כפי שיובהר להלן, והליכי ההסדר בין שני האזורים הינם בעלי דמיון מסויים, עם כמה הבדלים קריטיים כפי שיוסבר בהמשך הבקשה).
5. לשיטת העותרים, הגם שבית המשפט הנכבד היה ער לחלק מההלכות השונות הקיימות, פסק הדין קובע הלכה אשר מהותית הינה שונה ואף סותרת, או לכל הפחות מחדשת ומוסיפה תנאים נוספים הנדרשים לשיטת בית המשפט לצורך השמירה על המקרקעין.
6. מעבר לכך, עמדת העותרים היא כי הוספתם של תנאים אלה, אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הרציונליים והתכליות המוצהרות שעמדו בבסיס הקפאת הליכי הסדר המקרקעין שהממשל הירדני החל בהם, ובפרט ההגנה על האינטרסים הקניינים של התושבים המוגנים אשר מצאו עצמם נפקדים בעקבות מלחמת ששת הימים. החובה להגן על רכושם הובילה להתקנת הצו הצבאי המורה על התליית הליכי ההסדר, ואילו ההלכה שיצאה תחת ידו של בית המשפט מחייבת את אותם נפקדים להמשיך לעבד את אדמותיהם, על מנת שלא תאבדנה זכויותיהם.
7. מעבר לחידושים אלה או סתירות לפסיקות קודמות, ומעבר לעובדה כי זוהי הפעם הראשונה שבית המשפט נדרש חזיתית לטענות אלה באשר למעמד של הליכי ההסדר כפי שהוקפאו, המדובר בפסיקה אשר עשויה להמצא בסתירה עם חובותיהם של המשיבים ומדינת ישראל על פי הוראות המשפט הבינלאומי, הן ביחס לשטח והן ביחס לזכויותיהם של התושבים המוגנים המצויים בו כמו גם אלה שמצאו עצמם מחוץ לשטח זה. לשיטת

המבקשים, הלכה זו הינה קשה ביותר, הפותחת פתח לפעילות של המשיב מס' 2 בנכסי דלא נידי, באופן הסותר חזיתית שורה של הוראות הקבועות בדין הבינלאומי ההומניטארי, ומשכך יש מקום להידרש להלכה זו בהרכב מורחב של בית המשפט העליון.

8. השלכות רוחב רחבות ההיקף חורגות רק מתחומי השתרעות המקרקעין שנדונו במסגרת פסק הדין, ואף פוגעות באינטרס ההסתמכות של תושבי האזור, שכן לפני כארבעה עשורים ניתנה החלטה הפוכה בתכלית, אשר קובעת הוראות אחרות לגמרי באשר למעמד המקרקעין בעלי סטאטוס זה.

9. המבקשים יטענו כי קביעות פסק הדין, חורגות מדלת' אמותיהם של הנושאים הגיאוגרפיים והאחרים האצורים בגדרי פסק הדין. ההלכות הללו יורדות לשורש העניין באשר לאסור והמותר למשיבים 1-2, כרשויות הישראליות הפועלות באזור בהתאם להוראות דיני התפיסה הלוחמתית (המהווה מסגרת נורמטיבית עליונה), ביחס לרכוש הפרט וזכויות קנייניות בנכסי דלא-נידי בשטח כבוש.

10. השלכות רוחב אלה באות גם על רקע עמדת המשיבים כי נכון וראוי לחדש דווקא את הליכי ההסדר, אולם זאת הם מבקשים לעשות תוך התעלמות או ביטול חלק ניכר ממה שנעשה עד כה, ולא יכול היה לבוא לידי השלמה וסיום בשל החלטות המשיבים עצמם. המשיבים כך נדמה, מבקשים להבנות מההחלטתם להקפיא את הליכי ההסדר, ובשל הקפאה זו לבטל זכויות קנייניות שנרכשו כדין או שטרם הוכרעה השאלה לגביהן.

11. לאור המפורט להלן, העותרים סבורים כי נימוקי פסק-הדין נשוא בקשה זו מצדיקים דיון נוסף בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט הנכבד, וזאת בהתאם לכל אחת מהחלופות שבגינן הדין מאפשר דיון נוסף – "ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיוותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף" (סעיף 30 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד – 1984).

12. מכל הטעמים האלו, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון נוסף בהרכב שופטים מורחב בנושאים הממוקדים כפי שהוגדרו בפתח הבקשה.

## **ב. רקע עובדתי ומשפטי**

### **א.1. הליכי הסדר המקרקעין בתחום הגדה המערבית**

13. הליך ההסדר כפי שבוצע בשטחי הגדה המערבית על ידי הממשל הירדני, נעשה בהתאם לחוק הסדר הקרקעות והמים מס' 40 אשר חוקק בשנת 1952 (להלן: "החוק הידני"). חוק זה החליף את המנגנון המשפטי המנדטורי הקבוע בפקודת הקרקעות (סידור זכויות קניין) משנת 1928 (להלן: "הפקודה המנדטורית"), אשר גם חלה בתחומי מדינת ישראל עד שהוחלפה בשנת 1969 בפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (פקודה אשר נחקקה בסמיכות לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969; להלן: "הפקודה הישראלית").

14. שלושת דברי חקיקה אלה כוללים מאפיינים משותפים רבים, שכן המקור להם אחד הוא – הפקודה המנדטורית, אשר ביקשה לקבע את הליכי ההסדר באזור שטח המנדט כולו, בהתאם לגישות ולשיטות הגיאוגרפיות אשר היו נהוגות על ידי השלטון הבריטי באזור, ובכלל. מהבחינה המהותית, שלוש השיטות נסמכות על סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני משנת 1858 לצד הוראות נוספות, באשר לאופן רכישת הזכות הקניינית והיכולת להירשם כבעל זכות (דהיינו, החזקה ועיבוד של המקרקעין על בסיס מקור חוקי לנוכחות בשטח).

15. דברי חקיקה אלה דומים בנוסחם, במהלכם ובשיטת העבודה שנקטה בהם (אם כי לא זהים), בוודאי באשר לניתוח הדין המהותי אשר מקנה את הזכויות האמורות. לא בכדי הוחלה במקרים רבים חזקת "שוויון הדינים" ביחס להליכים הנוגעים להליכי ההסדר במקרקעין ביחס לכל אחת משיטות המשפט, והאחת פסעה בתלם של רעותה לאורך 90 השנים האחרונות, למן התקנת פקודת ההסדר המנדטורית, בשנת 1928.

16. ואכן, הליכי ההסדר מתחילים כולם, בכל השיטות, בהכרזה על אזור מסוים כמיועד להסדר, וזאת באמצעות צו הסדר, שלאחריו מוגשים תזכירי התביעות על ידי הטוענים לבעלות.

17. על פי הפקודה המנדטורית ובעקבותיה גם הפקודה הישראלית, אוסף זה של תזכירי תביעה, כפי שמוגשים לפקיד ההסדר ונערכים במפה ראשונית המבקשת למפות את הטענות השונות, מכונה "לוח תביעות" (ראו סעיף 21 לפקודה המנדטורית, סעיף 34 לפקודה הישראלית). **בפקודה המנדטורית ובפקודה הישראלית, רק לאחר עריכת לוח התביעות מתחילים בבירור וחקירת התביעות על ידי נציג פקיד ההסדר, ובתום הבירור, נערך לוח זכויות.**

18. שונה הדבר בדין הירדני, וזאת הן על פי לשון סעיפי החוק הירדני (סעיפים 7-10 לחוק; נוסח החוק בשפה העברית צורף כנספח 7/ע לכתב העתירה), והן על פי חוות הדעת של פקיד ההסדר הירדני, מר נעים סולימן תאופיק איוב, אשר צורפה גם היא לכתב העתירה (17/ע). **בהליך על פי הדין הירדני, על בסיס תזכירי התביעות נערכים שלבי החקירה והבירור, ורק בסופו של ההליך מוכן לוח התביעות.**

כך, סעיף 17(1) לחוק הירדני קובע כי כלל התביעות "תחקרנה בפומבי";

כך, סעיף 37(3) לחוק הירדני קובע כי לפקיד ההסדר סמכויות להצעת פשרה ואישרורה לרבות התוקף השיפוטי של פשרה זו;

כך, לפי סעיף 28(2) לחוק הירדני, נקבע כי קיימת סמכות על גריעת חלקה מסויימת מהליך ההסדר, והדיון בה בעקבות עסקאות או מחלוקות יועבר לבית המשפט המוסמך;

כך, לפי סעיף 8(3) לחוק הירדני, קיימת סמכות לרשום חלקות המשמשות ציבורים רחבים על שם האוצר.

19. אחד הסעיפים החשובים הוא סעיף 48(4) לחוק הירדני אשר קובע כי "כל זכות בקרקע או במים שלא תוכח על ידי תובע כלשהו תרשם על-שם האוצר". הן זכויות שלא נתבעו והן זכויות שנתבעו אולם לא הוכחו – כולם נרשמים על שם הריבון, אשר הינו מתנגד שיורי לכל הליך רישום. סעיף זה משקף את האופיהדואלי של פקיד ההסדר ואת שני תפקידיו: מצד אחד פקיד ההסדר מטעם המדינה מהווה את הגוף האחראי על הסדרת ורישום המקרקעין; מצד שני, פקיד ההסדר הוא נציג המדינה, שהיא בעלת זכות שיורית במקרקעין היכן שלא נטענות או לא מוכחות זכויות. סמכויות הבירור והחקירה של פקיד ההסדר מוסדרות ומעוגנות במספר רב של סעיפים ותתי-סעיפים, באופן שממחיש את היקפי ותחומי האחריות שלו, וכן את ההליך המעמיק והיסודי שמבוצע על ידו, עד להכנת לוח התביעות.

20. הליך ההסדר הירדני/מכוח החוק הירדני היה הליך ארוך ומורכב, כאשר צוות פקידי ההסדר אף עבר להתגורר במתחמים בהם נוהל הליך ההסדר במשך תקופת זמן ממושכת, ואילו אנשי הצוות היו בעלי ידע משפטי לצד הכרת האוכלוסייה והכרת השטח ופעולות מדידה (נספחים 17/ע ו-22א).

21. פעולת הבירור כפי שנערכה על ידי הפקידים המסדרים הייתה בעלת סממנים ברורים של הכרעה שיפוטית, וכלשונו של פרופ' חיים זנדברג "השימוש במונח "חקירה" והיעדרם של סדרי דין מחייבים, מצביעים על כוונה לעצב הליך אינקוויזיטורי" (ח' זנדברג, הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי שליד הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית והמכון לחקר שימושי קרקע של הקרן הקיימת לישראל, 2001, בעמ' 287). ההליך האינקוויזיטורי הינו אך נדרש שכן לצד בירור טענות נוגדות

מצד טוענים לזכויות, הפקידים היו אמורים לרשום במסגרת הליכי הרישום גם את המקרקעין שלא הוכחו בהן זכויות, קרי, של המדינה.

22. עיון בחוק הירדני מראה כי קיימות שורה ארוכה של הוראות חוק העוסקות בהליך ההסדר, הליך החקירה פומבית, ואין לראות בהכנת לוח התביעות כשלב טכני או פרימיטיבי אלא כשלב מהותי אשר כולל חקירה, בירור, ואף הכרעות באשר לרישומים הנדרשים.

23. רק לאחר שלב החקירה ולאחר סיומה של חקירת התביעות, מוכן לוח התביעות. כך מורה אותנו סעיף 10 לחוק הירדני:

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

24. מלשוננו של סעיף זה אנו למדים את הדברים הבאים:

(א) ראשית, לוח התביעות לעולם נערך לאחר **חקירת התביעות**. לחקירה כמובן יש אופי שיפוטי-אינקוויזיטורי (אין המדובר רק ב-"בירור") והן מתבצעות כהליך פומבי, רכיב מרכזי בכל הליך של הסדרת רישום.

(ב) שנית, לוח התביעות נערך רק לאחר **סיומה** של חקירת התביעות. כלומר, לוח התביעות על פי הדין הירדני, הינו **תוצר מהותי**, בו הושקעה עבודה רבה, ואפשר להגיד – רובה של העבודה הנוגעת להליכי ההסדר. רק בסיום הליך זה נערך לוח התביעות.

(ג) שלישית, **לוח התביעות כולל את התביעות שהוכחו** והן כאלה אשר שנויות במחלוקת (שנויות במחלוקת בין פרטים שונים וכן שנויות במחלוקת בין פרט א' ובין המדינה, בהמשך לסעיף 8(4)).

25. חיזוק למעמד המהותי של לוח התביעות על פי החוק הירדני ניתן ללמוד גם מהשוני הבא: בעוד שעל פי הפקודה המנדטורית וכן על פי הפקודה הישראלית, ניתן להוסיף תביעות לאחר הכנת לוח התביעות (ראו סעיף 26 לפקודה המנדטורית, וכן סעיף 37 לפקודה הישראלית), **החוק הירדני אינו מאפשר מהלך שכזה**. אילו לוח התביעות על פי הדין הירדני היה אכן תוצר פרימיטיבי, אדמיניסטרטיבי ראשוני גרידא, ברי כי לא הייתה כל מניעה, בדומה לפקודה המנדטורית והישראלית, להוסיף תביעות ללוח זה עד לבירורו. **העדר האפשרות כזו בחוק הירדני, מלמד כי לוח התביעות הינו מצב סגור שלא ניתן לפתחו בהחלטות מנהליות, אלא רק במסגרת ערעור לבית הדין של ההסדר.**

26. עמד על מהותיותו והיקפו המעמיק של הליך ההסדר כפי שנעשה עד להשלמת לוח התביעות, פרופ' איל זמיר, בחיבורו "אדמות מדינה ביהודה ושומרון – סקירה משפטית" **מכון ירושלים לחקר ישראל** 12 תשמ"ה, [1985, מצוי בנבו, הדגשות הוספו ש.ז.]:

**י' החוק הירדני משכתב את הפקודה המנדטורית. הליכי הסדר קרקעות הם הליכים ממושכים ומסובכים. המנהלים את ההסדר חוקרים את הזכויות בכל חלקה וחלקה באזור ההסדר, שומעים את התביעות השונות לזכויות באותן חלקות, מפרסמים את התביעות השונות ומקבלים התנגדויות לאותן תביעות, מודדים וממפים את כל האזור ולבסוף קובעים באופן סופי את גבולות גושי הרישום שבכל אזור ובתוכם את החלקות. במהלך הסדר המקרקעין נערכות בפני הפקיד המסדר, שכמוהו כשופט לכל דבר, התדיינות משפטיות שתכליתן לברר סופית את הזכויות בקרקע. הפקיד המסדר מוסמך אף לתקן גבולות מעוקלים, לבצע חלוקת נכסים וכו'. הוא גם מופקד על זכויותיה של המדינה ועליו להקפיד שהן לא תפגענה.** " (שם, בעמ' 26)

27. לאחר סיומה של חקירת התביעות ועריכת לוח התביעות, מועבר הלוח כאמור למנהל מחלקת המדידות. בעוד שביחס להליך ההסדר והחקירה בין הגשת תזכירי התביעות ועד התגבשות לוח התביעות, מפרט החוק הירדני את שלל הסמכויות והכלים העומדים המצויים פקיד ההסדר, ביחס לתפקידו של המנהל קיימת הוראה פשוטה אחת:

**”11. (1) סיים המנהל את בדיקת לוח התביעות והדו”חות הקשורים בסכסוכים, יערוך רשימה הנקראת ”לוח זכויות”.”**

28. מלשוננו של סעיף זה עולה כי המדובר בבדיקה בלבד. **אין המדובר** בהליך פומבי. **אין המדובר** בבירור טענות שכן הליך הבדיקה אינו נעשה בפומבי ואינו כולל חקירה או בירור, וגם הוראות החוק הירדני – אשר ידעו להיות מפורטות מאד באשר להליכים המתנהלים עובר להכנת לוח התביעות – דלות ואינן מציגות כל ממד של פרוצדורה לבדיקה זו (כיצד מחליטים? כיצד מפורסם הדבר? מה ההליך המשפטי הנדרש לצורך קבלת הכרעה? – כל אלה נעדרים מאותו סעיף לאקוני וטכני, כפי שגם מלמדת אותנו חוות הדעת של מי ששימש פקיד ההסדר). המדובר בסופו של יום על הליך טכני בעיקרו (ראו ערר 2/11 **סביח נ’ הממונה על הרכוש הממשלתי**, [פורסם בנבו, 2016] ובפרט חוות דעתו של חבר הוועדה רס”ן סטיב ברמן). סמכות נוספת של המנהל, המוקנית רק לו ולא לפקיד ההסדר, היא גריעת חלקה המצויה במחלקות בין גורמים שונים מהליך ההסדר והעברת הקביעות בה לידי בית משפט מוסמך (ראו סעיף 28) לחוק הירדני), אבל אין למנהל כל סמכות הכרעה במקרי מחלוקת, בשל העדר הפומביות של ההליך.

29. לוח הזכויות המוכן ונחתם על ידי המנהל הינו לוח זכויות **שאינו סופי**, וכפוף כמובן להכרעות בית המשפט בכל מקרה בו קיימת מחלוקת תואנה או טענה נגד האמור בו. אין כל אפשרות לערער או להשיג על לוח התביעות בנפרד, אלא הערעור הינו אך ורק על לוח הזכויות הלא סופי ולוח התביעות יחדיו, כפי שזה מתקיים בפני בית הדין להסדר (ראו גם סעיפים 9(8), 12 ו-15 לחוק הירדני).

30. לאחר שלוח הזכויות הלא סופי נתלה בשטח והיכן שלא נרשמו כל השגות בעניינו לבית המשפט המוסמך, הופך לוח הזכויות לסופי, והאמור בו נרשם במרשם המקרקעין.

## **2.א. כיצד ומתי מתגבשת הזכות להרשם במסגרת הליך ההסדר, ומתן ההשלכות של הנעשה או שלא נעשה לאחר מכן?**

31. לצד הדינים השונים הקובעים את הליך ההסדר באזור במובנו הרחב (הפקודה המנדטורית, הפקודה הישראלית והחוק הירדני), אופן קביעת הזכות נעוץ בדיני המקרקעין המהותיים, ולעניינו – חוק הקרקעות העות’מני משנת 1868, אשר חל הן בתקופת חייה של הפקודה המנדטורית, הן בתחומי מדינת ישראל (עד לחקיקת חוק המקרקעין, התשכ”ט-1969), והן בתחומי אזור הגדה המערבית, אשר הדין קפא על שמריו.

32. הזכות להרשם במסגרת הליך ההסדר, כבעליהם של זכות קניינית בדמות זכות הבעלות, הינה למי שעומד בתנאי סעיף 78 לחוק הקרקעות העות’מני אשר קובע כי:

*”עובד אדם והחזיק בקרקעות מירי ומווקופה במשך עשר שנים, בלי ערעור, הרי שהוכחה זכות חזקתו. אין נפקא מיניה אם היה בידו שטר בר תוקף מעיקרא או לא היה, ואין רואים את הקרקעות הללו נטושות (מחלול), אלא נותנים בידו שטר-טאבו מחודש בחינם. אבל אם הכיר הוא והודה, שתפס את הקרקעות הללו ללא זכות, כשנעשו נטושות (מחלול), הרי אין מתחשבים עם חליפת הזמן, והקרקעות תוצענה לו בשווי הטאבו; ואם ממאן הוא, תינתנה במכירה פומבית למרבה במחירן.”*

33. דיני הקרקעות העותמניים, לא הכירו ולא ביצעו הליכי הסדר מקרקעין כפי שנעשה החל מתקופת המנדט הבריטי, וזאת מתוך תפיסה כי המקרקעין לעולם שייכים לריבון, המגלם את רצון האל, ותחת זאת ניתנת זכות החזקה (תצ'רוף) לעומדים בתנאים אלה. משכך, זכות זו הינה הפיכה, בהתאם לסעיף 68 לחוק המקרקעין העותמני, אשר קובע דין מחילול (אפשרות של הוברה והשבה לריבון, בכפוף לקיום מספר תנאים הנקובים בסעיף) ביחס למקרקעין שלא עובדה במשך שלוש שנים רצופות מבלי שקיים לכך כל צידוק הקבוע בסעיף זה.

34. אולם כיוון שהליך הסדר המקרקעין ביקש לקבע את הזכויות של הפרט, כמו גם של הריבון (כבעל כל זכות שלא נתבעה או לא הוכחה), ובכך למנוע את המצב של אי בהירות קניינית, הרי שמוסכם על הכל – גם על המשיבים – כי דין המחילול אינו חל ביחס למקרקעין מוסדרים. יתרה מכך – גם לגבי הליכי הסדר שטרם הושלמו, והגיעו למצב של לוח זכויות לא סופי (כלומר, לוח תביעות שעבר את האישור המנהלתי הנדרש ונתלה בשטח, אולם עדיין כפוף לערעור בפני מוסדות משפטיים מוסמכים), מכירים המשיבים בכך שדין המחילול אינו חל יותר. יוער, כי להבחנה זו אין כל מקור בדברי החקיקה הרלוונטיים – לא בפקודה המנדטורית, לא בפקודה הישראלית, ולא בחוק ההסדר הירדני.

35. ואכן, הפסיקות השונות שהתייחסו לסוגיה האמורה, קבעו כולן, ללא יוצא מן הכלל, כי השאלה מתי וכיצד התגבשו הזכויות במסגרת הליכי הסדר, הן המועד בו הוגשה התביעה להכרה בזכות. התגבשות זו של הזכות, ולא פחות חשוב מכך – מועד התגבשות הזכות - הינה בין הן הפרט לריבון ובין פרט אחד למשנהו.

36. כך, ביחס לפסיקה המנדטורית, אשר עסקה בהבטים שונים של רישומי מקרקעין במסגרת הליכי הסדר, נקבע במפורש כי מועד השאלה לבחינת הזכות קבוע במועד בו הוגשה התביעה להסדר (או לחלופין, ובבחינת קל וחומר בן בנו של קל וחומר, במקרים המתאימים, במקרים בהם הוגשה התביעה להחייאת קרקע מוואת).

כך, במסגרת פסק הדין בעניין **C.A 226q42 Krikorian v. Attorney General** 10 PLR 302, 306 [1943] במסגרתו נידונו תביעות שהוגשו בשנת 1936 להחייאת אדמות מסוג מוואת, מצב המקרקעין נבדק על ידי פקיד ההסדר רק בשנת 1941. פקיד ההסדר בחן את העדויות הנוגעות לשטח בהתאם לנטען ביחס לשנת 1936, שנת הגשת התביעה, ולא בעת עריכת הבדיקה בשנת 1941, חרף הקושי הראייתי העולה מכך. בית המשפט העליון המנדטורי אישר ואישרר גישה זו, ורואה בה גישה סבירה והגיונית.

כך, במסגרת פסק הדין בעניין **C.A/ Habbab v. Government of Palestine** 14 PLR 337 342 (SC, 1947) קיבל בת המשפט המנדטורי את העקרון לפיו את העיבוד או ההחייאה ביחס לאדמות מסוג מוואת י לקיים עד למועד בו מוגשת התביעה להכרה בזכות. הגם שבמקרה זה בירור התביעות נעשה רק בשנת 1946, יש לבחון את המצב כפי ששרר בשטח בשנת 1936, היא שנת הגשת התביעה ולא בהתאם למצב הדברים בעת עריכת הבדיקה. בית המשפט מציין במפורש כי לאחר הגשת התביעה, אין מקום לצפות מהתובעים להמשך ולהחזיק את הקרקע אם אינם יודעים אם יזכו בתביעתם זו.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> המלוד משה דוכן התייחס בספרו לפסק הדין וקבע כי "הטוען עיבוד והחייאת קרקע מוואת, צריך להמשיך את העיבוד וההחייאה, בזמן שהוא מבקש רישום על שמו. כל החיאה זמנית אינה הופכת את הקרקע מסוג מוואת לסוג מירי" (שם, בעמ' 53 משכך, טענות קודמות אשר הועלו עוד בתחילת שנות ה'20 -ועוד טרם הותקנה כלל פקודת ההסדר) שהותקנה בשנת 1928 ומעולם לא הושלמו, אינם ברי תוקף כלל ולא ניתן להסתמך עליהם לצורך טענות "רציפות" החייאת המ וואת. כיוון שבית המשפט המנדטורי קיבל את העמדה כי המועד הרלוונטי להכרעה בתביעה הוא מועד הגשת התביעה בהסדר) שנת 1936 ולא שנת בחינת הבקשה בפועל) שנת 1946 הוחזר התיק לעיון מחודש אצל פקיד ההסדר, וכאשר הובא שוב בפני בית המשפט העליון, הפעם של מדינת ישראל, נקבע במפורש בפסק הדין כי" הבעיה היחידה שעמדה אפוא לפני פקיד הסידור הייתה האם בשנת 1936 כאשר הוגשה התביעה – היו הוכחות מספיקות שהמערערים החיו את כל השטחים שנדרשו על ידיהם בהתאם לדרישות החוק (ראו: ע"א 40/50 אל-הבאב נ' ממשלת ישראל", פסקי דין ז, [1953], בעמ' 497, ליד האות ד). משמע, בית המשפט העליון אימץ גם הוא את הגישה האמורה, כי יש לבחון את מצב הדברים בעת הגשת התביעה. מובן, כי היכן שהדברים נכתבו ביחס להחייאת קרקע מוואת,

כך, במסגרת פסק הדין בעניין [1946] 37, 38 PLR **CA 230/45 Nayef v. Government of Palestine** נקבע במפורש כי בהסדר של מקרקעין מסוג קרקע מירי, אין אף הכרח כי עיבוד הקרקע ימשך בעת הגשת התביעה בהסכף, אם כבר נצבור עשר שנות עיבוד במוד קודם לכך.

37. יוער, כי בעמדה זו מחזיק גם המלומד בהא' הידועה, עו"ד משה דוכן המנוח, מי ששימש כפקיד הסדר בתקופה המנדטורית, אשר קבע בספרו כ"י **מי שהחזיק קרקע מירי-מחלול במשל עשר שנים רצופות ועיבדה בהתאם לדרישות הדין המהותי אינו חייב לעבוד את הקרקע עיבוד תמידי אחרי שרכש לעצמו את הזכות של "אזוכפיה"** (ראו: משה דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל, עמ' 317)

38. בעקבות פסיקות מנדטוריות אלה, קבעה גם הפסיקה בישראל במפורש, כי מועד התגבשות הזכות, היא ברגיל מועד הגשת התביעה בהסדר, ולדברים שנעשים לאחר מכן, אין השפעה על כך. קביעה זו רלוונטית הן ביחס ליחסים שבין הפרט לחברו במסגרת מחלוקות שונות, וגם, ובעיקר ביחסים שבין הפרט ובין המדינה. בכל אחד מפסקי הדין הרלוונטיים, נקבע כי כל שארע לאחר הגשת התביעה בהסדר אינו משנה לשאלת ההכרעה באשר למועד התגבשות זכויות קנייניות של מאן דהוא ואם לאו. השאלה היחידה שיש לבחון היא האם במועד הגשת התביעה בהסדר התגבשו הזכויות. שורת פסיקות אלה מובאת בהמשך הבקשה, בפרק ג.2. להלן.

39. בית המשפט אף החיל קביעה זו, כי התגבשות הזכויות נעשות במהלך הגשת התביעה במסגרת הליך ההסדר וכי להתרחשויות שבוצעו במקרקעין לאחר מכן, אין כל משמעות או נפקות, ביחס להליכי הסדר שנעשו על ידי הריבון הירדני. כך, במסגרת ע"א 602/82 **יורשי עומר כליל עבדאללה אבו-ניע נ' מרגלית מנדלבאום ואח'**, פ"ד לז(3) [1983], נקבע במפורש זאת אף בהסתמך על עדותו של עוזר פקיד ההסדר נעים סולימן תאופיק אויב, כי מועד הגשת תזכירי התביעות עוצר כל טענת התיישנות, וזאת על סמך לוח התביעות הקיים אשר הוכן על ידי הממשלה הירדנית. פסק דין העניק, כמו רבים לפניו ואחריו, את חזקת התקינות הניתנת לרשויות הירדניות, בפרט כאשר התנגדות הממשל הירדני לרישום נעשתה במסגרת כובעו כממונה על נכסי אויב, אשר היה אמור לשמור על נכסיהם של יהודים שנותרו בשטח ממלכת ירדן.

40. בהקשר פסק דין זה יוער, כי בית המשפט קבע כי יש להחיל את חזקת שוויון הדינים בין המתרחש לישראל ובין המתרחש בירדן בכל הנוגע להליכי ההסדר, זאת כיוון שקיימת זהות יחסית בין ההליכים, ושני המקורות הנורמטיביים הינם תוצר של הפקודה המנדטורית.

הפעלת חזקת שוויון הדינים נעשית בכל מקום בו צד לא הוכיח את הדין הזר, ובלבד שקיימת זיקה או קרבה בין הוראות הדין הרלוונטיות. המשיבים לא הוכיחו את הדין הזר ככזה אשר אינו כולל הוראה בדבר עצירת מירוך ההתיישנות (בניגוד לעותרים שכן הוכיחו כי הדין הירדני כולל הוראה כאמור); המשיבים אינם יכולים לאחוז כעת במקל בשתי קצוותיו – גם לא להוכיח את הדין הזר וגם להתחמק מהחלת חזקת שוויון הדינים (היכן שזו הוחלה במקרים דומים וזהים בעבר). ראו בהקשר זה את הדברים שנקבעו בפסק הדין בדנא 1558/94 **ויקטוריה נפיסי נ' סימנטוב נפיסי**, פ"ד נ(3) 573, בעמ' 583:

*"אם מצביע בעל הדין המבקש לסמוך על הדין הזר על קיומו של "בסיס איתן בחומר הראיות" בדבר זהות בין הדינים, כגון שהוראות הדין הזר והדין המקומי יונקות את חיותן מאותה מערכת דינים, אזי ניתן להפעיל את חזקת שוויון הדינים [...]. אולם יש שגם אם אין בידי המבקש לסמוך על הדין הזר, להעמיד בסיס איתן בדבר זהות בין הדין הזר*

---

אלה חלים ביתר שאת ביחס למקרקעין מסוג מירי, אשר אפשרות רישומם והזכויות שנרכשו בהן מהותי ות הרבה יותר מאשר החייאת קרקע מוואת.



לדין המקומי, עדיין יש שתעמוד לבעל הדין חזקת שוויון הדינים, ובלבד שיוכיח כי  
"מושגי הצדק האלמנטרי לגבי הענין הנידון הם אחידים ומקובלים בכל העולם"

וכן ראו בהקשר זה גם ע"א 434/79 גרץ פרטריבגולשפט מיט ברשרנקטר הפטונג מן פורצהיים, גרמניה נ' מוחמד חאפז דג'אני, פ"ד לה(2) 351 [1981], במסגרתו נקבע כי מחדל של בעל דין שלא פירש בכתבי טענותיו את הדין הזר החל על העניין עלול לגרום לכך שאותו חלל משפטי שהותיר יתמלא על ידי הדין הישראלי מכוח חזקת שוויון הדינים אשר חלה במחוזותינו.

41. גם ביחס למתרחש באזור, פסקה וועדת העררים, היא הפורום המשפטי הרלוונטי העוסק בנושא, באופן עקבי במהלך 4 העשורים האחרונים בכל מקרה אשר הובא בפתחה וכלל עיסוק בסוגיה, כי הגשת התביעה בהסדר היא-היא המועד הקובע לבחינת התגבשות הזכויות, וכי לנעשה לאחר מכן, אין כל תוקף או משמעות. בחינת שאלת עיבוד המקרקעין צריכה להתבצע על דרך של בחינת מצב עיבוד המקרקעין עובר להגשת התביעה בהסדר:

כך, ההחלטה בעניין 15/82 תושבי כפר עאקב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי [1984, נספח ע/31], אשר עסקה בהכרזה הראשונה באדמות כפר עאקב;

כך, בעניין ערר 9/06 הממונה על הרכוש הממשלתי נ' חב' אהוד קהתי 3000 בע"מ [2008, פורסם בקובץ החלטות נבחרות של ועדות העררים באיו"ש, יוני 2013, כרך ב', בעמ' 336];

כך, ערר 68/13 עבדאלקאדר נ' הממונה על הרכוש הממשלתי, אשר היווה את הבסיס לדיונים סביב פסק הדין מושא הבקשה;

כך, ביחס לערר 2/11 סביח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי [פורסם בנבו, 2016];

כך, ביחס לערר 121/15 צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי [פורסם בנבו, 2017].

42. בכל אותם מקרים הנזכרים לעיל שנדונו בפני וועדת העררים הנושא עלה באופן חזיתי ומפורש, וההכרעה הייתה אחידה:

(א) מועד בחינת שאלת העיבוד נבחן בהתאם למועד הגשת התביעה במסגרת הליך ההסדר;

(ב) לארועים שהתרחשו לאחר מכן, אין כל השפעה, לכאן או לכאן, על שאלת התגבשות הזכויות;

(ג) לא ניתן לאפשר למשיבים, אשר מצד אחד התלו את הליכי ההסדר, ומהצד השני על בסיס התליה זו מבקשים להחיל את דיני המחילול (אשר לא היו מוחלים במידה והליך ההסדר היה נמשך כרגיל), לאחוז במקל בשני קצוותיו;

(ד) המשיבים מטעם חליף הריבון אינם יכולים להיבנות מהתליית הליכי ההסדר, היכן שהם אלה אשר מעכבים את השלמתו;

43. לסיכומו של פרק זה, לא רק שהפסיקה והספרות קובעים כולם, פה אחד כמעט, כי לנעשה לאחר הליכי הגשת התביעות אין כל משמעות או נפקות באשר לשאלת ההכרעה בדבר הזכאות לתביעה, אלא שאף אחד מהם אינו קובע או מחזיק בעמדה כי במהלך תקופת הביניים של הליכי ההסדר, ממשיך לחול דין המחילול, כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד בפסק הדין נשוא הבקשה האמורה, ועל כך עוד בהמשך.

### א.3. התליית הליכי ההסדר עם כניסת כוחות צה"ל לאזור – הסיבות להתליה ומשמעותה

44. סמוך לכניסתם של כוחות צה"ל לאזור, בשנת 1968, הוצא צו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה ושומרון) (מס' 291), התשכ"ט-1968. הצו צורף כנספח ע/8. צו זה התלה את הליכי המקרקעין באזור (ודוקו! התלה, ולא ביטל. התליה מלשון suspension, כלומר, הקפאה של המצב הקיים)

45. ארבע תכליות או רציונליים עמדו בבסיס הוצאת הצו, אשר הוצא במסגרת סמכויותיו של מפקד כוחות צה"ל על פי תקנה 43 לתקנות הנלוות לאמנת האג משנת 1907, ומשכך כפוף להוראות הדין הבינלאומי ההומניטרי ולכללים בדבר פרשנותם:

ראשית, האופי הזמני של התפיסה הלוחמתית אינו מתאים לקביעת זכויות מוחלטות;

שנית, העברת מסמכי ההסדר לירדן וחוסר במידע מלא באשר להליכי ההסדר;

שלישית, החשש מפגיעה בזכויות של נפקדים רבים שעזבו את האזור בשנת 1967;

רביעית, העלויות הכבדות של ההליך

46. היה זה המפקד הצבאי לאזור שמנה ואישר כי אלה היו התכליות להתליית ההסדר, והן מופיעות בנוסח כתב העתירה שהגיש מפקד כוחות צה"ל נגד ועדת העררים, במסגרת בג"ץ 9296/08 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח' נגד ועדת העררים הצבאית ואח'**. המפקד הצבאי, אשר היה העותר מס' 1 בעתירה, באר את הרציונליים להקפאת הליכי ההסדר וזוהי עמדתו הרשמית. עמדות אלה אף אושרו גם בפסיקה מחייבת שניתנה על ידי ועדת העררים בעניין ערר 9/06 **הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש נ' חב' אהוד קהתי 3000 בע"מ** [2008, פורסם בקובץ החלטות נבחרות של ועדות העררים באיו"ש, יוני 2013, כרך ב', בעמ' 336; להלן: **"עניין קהתי"**].

47. גם פרופ' אייל זמיר, בחיבורו **"אדמות המדינה ביהודה ושומרון - סקירה משפטית"**, בעמ' 27 [1985], מצוין כראשון במעלה את האינטרס הנדרש ביחס להגנה על נכסי נפקדים, שאלמלא נפקדותם, ניתן היה להמשיך בהליכי ההסדר ולרשום את המקרקעין על שמם (ראו, שם בעמ' 27):

*"התלייה זו, העומדת בעינה עד היום, נבעה מן החובה לא לפגוע בזכויותיהם הקנייניות של הנפקדים הרבים ושל אזרחי ירדן שיש להם קרקעות ביהודה ובשומרון והשוהים מחוצה לו. הסדר קרקעות קובע באופן סופי וקבוע את כל הזכויות במקרקעין באזור בו הוא מבוצע. ברור שהממונה על נכסי הנפקדים איננו יכול להציג את כל המסמכים וההוכחות הנדרשים לשם רישום זכויותיהם של כל הנפקדים. אילו נמשכו ההליכים היו התושבים הנוכחים עשויים להנות מהם, אך הדבר היה עומד בסתירה לחובת הכובש להגן על נכסי הנפקדים. קושי מעשי נוסף נובע מכך שחלק גדול מהחומר של תיקי ההסדר נמצא בעמן."*

48. צו ההתליה קובע במפורש בסעיף 3(א) רישא לצו כי **"תוקפם של כל צו הסדר וכל הליך שנעשה על פי צו הסדר יותלה"**. כאמור, התליה זו משמעה הקפאה, מוראטוריום, אשר מותיר את המצב על כנו, בבחינת אין יוצא ואין בא, וזאת עד להשלמת הליכי ההסדר.

49. חלקו השני של סעיף 3(א) לצו ההתליה קובע כי לצד התליה זו ובהתאם לה, "לא תהיה נפקות לכל הוראה שבדין האוסרת עסקה במקרקעין עקב מתן צו הסדר, שוללת מתקפותה של עסקה כאמור, מונעת, מתנה או מתלה הליך כלשהו בענייני מקרקעין או מים עקב מתן צו הסדר, בין הליך בבית משפט ובין הליך שלא בבית משפט". הוראה זו באה לשמור על חיי מסחר תקינים במהלך תקופת ההתליה, אולם אין בכוחה להפוך את ההתליה של הליכי ההסדר לכאלה המאיינים או מבטלים את הליכי ההסדר, ועל כך עוד נרחיב להלן.

#### **א.4. הכרזות על אדמות מדינה באזור כפר עאקב: 1982 ו-2013 והחלטות בעררים שהוגשו נגד**

##### **הכרזות אלה**

50. בכפר עאקב, אשר שוכן בין ירושלים ובין רמאללה בגדה המערבית, הוחל בהליכי הסדר על ידי הממשל הירדני עוד בשנת 1961. לאחר מספר שנים בהם נערך הליך ההסדר, לאחר חקירה ובדיקה של טענות ותביעות התושבים, כפי שנעשה בהתאם לפרוצדורה של הדין הירדני, נערך לוח תביעות, כמשמעותו בחוק הירדני (וזאת בשונה מלוח התביעות כמשמעו בפקודה המנדטורית או הישראלית).

51. למיטב הידיעה, לוח התביעות נשלח למרכז המדידות וההסדר בעמאן לקראת הפיכתו ללוח זכויות. הליך ההסדר לא הושלם בשטח זה (בניגוד לכפרים צמודים אחרים למשל).

52. בשנת 1982 ביצעו המשיבים 1-2 הכרזה על שטח מאדמות כפר עאקב. כנגד הכרזה זו הוגש ערר לוועדת העררים הצבאית הפועלת מתוקף צו 172, על ידי כ-100 מתושבי הכפר, בטענות נגד חוקיות ההכרזה האמורה (ערר 15/82 **99 מתושבי כפר עאקב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי** [החלטה שניתנה בשנת 1984]; פורסם בספר המקרקעין באיו"ש - פסיקת ועדות הערר, הוצאת מפצ"ר, תש"ן-1990, בעמ' 96; להלן: "**ערר 15/82**"). החלטת ועדת העררים בערר 15/82 צורפה לנספחי העתירה כנספח ע/31).

53. בראש הרכב ועדת העררים בערר 15/82, יש כב' השופט אליהו כהן, אשר שימש בין היתר כשופט בית המשפט המחוזי בחיפה בין השנים 1979-1995, והתמחה בדיני מקרקעין בכלל, ודיני הסדר והתיישנות במקרקעין בפרט (כב' השופט כהן אף חיבר את הספר **התיישנות והסדר במקרקעין** (הוצאת רמדור, 1984), וכן את הספר **יהודה ושומרון – זכויות במקרקעין והדין בישראל** (ביחד עם עו"ד אברהם סוכובלסקי ועו"ד אבי ארליך).

54. במסגרת החלטתה של ועדת העררים בעניין ערר 15/82, נקבע במפורש, בין היתר על בסיס פסיקותיו של בית המשפט העליון, כי במידה ומתבצעת הכרזה על אדמות מדינה, ביחס לתא שטח שהוחל בעניינו הסדר מקרקעין, יש לבחון את מצב המקרקעין כפי ששרר בעת הגשת התביעות להסדר, שכן זהו המועד להתגבשות הזכויות במקרקעין (ראו פסקה 6 להחלטה). בהמשך, ועל סמך קביעות אלה, קבעה ועדת העררים, כי במידה ומעוניינים לבצע הכרזה על מקרקעין אלה של כפר עאקב, יש לבחון את המצב כפי שהיה קודם להגשת התביעות בהליך ההסדר, ואילו למתרחש לאחר מכן, אין כל משמעות.

55. החלטה זו של ועדת העררים בעניין 15/82 לא רק שלא נדחתה על ידי המשיב 1, אלא גם בפועל, נגרעו מההכרזה כפי שבוצעה בשנת 1982, כל אותם מקרקעין אשר ניכרו כמעובדים על פי צילומי האוויר שנבחנו עובר לשנת 1961.

56. הנה כי כן, תושבי האזור בכלל, ותושבי כפר עאקב בפרט אשר עשרות משפחות מהם הגישו את הערר בפני הגורם המוסמך, הסתמכו על הקביעה הנורמטיבית של הוועדה – ולא פחות חשוב מכך, על קבלתה של החלטה זו על ידי המשיבים, כי אין משמעות לנעשה לאחר התחלת הליכי ההסדר מבחינת קביעת טיב ואופי הזכויות במקרקעין.

57. בשנת 2013, בוצעה הכרזה נוספת על אדמות כפר עאקב. הכרזה זו נבעה מהתחייבות המדינה לבחון את המצב סטאטוס המקרקעין ביחס לבינוי הבלתי חוקי כפי שעלה במסגרת ההליכים בבג"ץ 6505/09 **ברכאת ואח' נגד שר הביטחון** [פורסם באר"ש, 2013].

58. כנגד ההכרזה הוגש עררם של העותרים דכאן (ערר 68/13 **עבדאלקאדר ואח' נגד הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש**; פורסם בנבו, 2016, צורף כנספח ע/3 לנספחי העתירה), כמו גם עררו של המשיב הפורמלי (ערר 56/13), כאשר העררים נידונו במאוחד.

59. בערר זה עלו שלל טענות מצד העוררים, על שני סוגיהם. העותרים צירפו אף חוות דעת של מי ששימש כחלק מצוות הסדר המקרקעין בתקופת הממשל הירדני, ואף שימש בתקופה מאוחרת יותר פקיד הסדר, נעים סולימאן תאופיק איוב (ע/17). פקיד ההסדר סיפק צוהר לאופן בו התבצעה בפועל פעולת הסדר המקרקעין, על ידי פקידי ההסדר, וכן על תפקידם הדואלי של פקידי ההסדר- מצד אחד כמי שמבצעים את הליך ההסדר, ומהצד השני כמי שאחראים על הרכוש הציבורי של הריבון. בגין חוות דעתו זו אף העיד בפני הוועדה ונחקר נגדית (ע/22א).
60. בסופו של יום, החלטת הוועדה ניתנה באופן התואם והפוסע בעקבות ההחלטה הקודמת שניתנה בעניין כפר עאקב, היא ההחלטה בערר 15/82, וכן בעקבות פסיקתה המחייבת של ועדת העררים בעניין קהתי: קביעת הוועדה הייתה כי התגבשות הזכויות במקרקעין הייתה במועד הגשת התביעות במסגרת הליך ההסדר. משכך, לנעשה לאחר הגשת התביעות במסגרת הליכי ההסדר, אין כל משמעות, לכאן או לכאן.
61. קביעה זו של הוועדה, פסעה כאמור בתלם שנסלל במסגרת ההחלטה בערר 15/82, אולם לא פחות מכך – בעקבות פסיקותיו של בית המשפט העליון, אשר קבעו במפורש כי מועד הגשת התביעה בהסדר הוא המועד הקובע לבחינת התקיימותה של זכות (ראו: ע"א 56/82 **מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח עבדאללה מוסא רחאל** [פורסם בנבו; 16/10/86]; להלן: "**עניין רחאל**"; וכן ע"א 458/84 **עיזבון המנוחה ג'והרה מלחם מועדי נ' מדינת ישראל**, מא(2) 381 (1987) להלן: "**פרשת מועדי**"). עוד נקבע, בהתאם להלכות אחרות, כי לנעשה לאחר מכן, אין כל השלכה או משמעות מבחינת הבעלות על הקרקע.
62. פסיקתו של בית המשפט העליון בסוגיה, ענפה ועקבית כפי שיפורט להלן, חלה לא רק ביחס לנעשה בתחומי מדינת ישראל, אלא החילה כלל זה גם ביחס להליכי ההסדר כפי שבוצעו על ידי הממלכה הירדנית, וזאת במסגרת פסק הדין בעניין ע"א 602/82 **יורשי עומר כליל עבדאללה אבו-ניע נ' מרגלית מנדלבאום ו-15 וואח'** פדי לז(3) 281 (1983); להלן: "**פרשת אבו-ניע**").
63. עוד נקבע על ידי הוועדה בהחלטתה כי בהתאם להלכות הפסוקות, יש להחיל את חזקת התקינות באשר למהלכיה של הממלכה הירדנית גם באשר להליך ההסדר.
64. באשר לצו ההתליה, קבעה הוועדה כי פרשנות הראויה לצו זה, לפי הפשט של הדברים, היא דחיית המשך הטיפול בהליכי ההסדר לתקופה זמנית עד שיתמלא תנאי מסוים או עד להחלטה אחרת. כפי שנקבע, 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**.
65. פרשנות צו ההתליה כפי שנעשתה על ידי הוועדה וכפי שאף נומק על ידה, מתיישבת עם כללי המשפט הבינלאומי המחייבים באזור. כך, על פי פסיקות בית המשפט הנכבד בעבר, נקבע כי הפעלת הסמכות באזור המצוי תחת כיבוש, חייבת לקיים את כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית, ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי. כללים אלה קובעים כי המצב בשטח מוקפא, בשל זמניותו של הכיבוש, ואף אם תהיה זמניות זו ארוכת טווח.
66. פרשנות זו אף עולה בקנה אחד עם פסיקתה המחייבת של הוועדה בעניין **קהתי**, בה נקבע כי התליית הליכי ההסדר והעדר השלמתם, אינם יכולים לשמש לרועץ כנגד הטוענים לזכויות. המנהל האזרחי כחליף הריבון, אינו יכול להיבנות מהתליית הליך ההסדר שהוא עצמו יצר, במסגרת צו ההתליה.

67. בהתאם, קבעה הוועדה במסגרת ערר 68/13, תוך שהיא קובעת כי לא השתנה דבר מאז ההחלטה הקודמת בעניין ערר 15/82 מבחינת המצב המשפטי, כי לא ניתן לבצע את ההכרזה כפי שבוצעה (אשר בחנה את מצב המקרקעין שנים רבות לאחר התחלת הליכי ההסדר, ולא לפניו כפי שהיה עליה לעשות).

#### **5. החלטת המשיב 1 לדחות את החלטת ועדת העררים והעתירה בבג"ץ 5426/17**

68. החלטת ועדת העררים בערר 68/13 ניתנה ביום 28.7.2016, ואילו לאחר 9 (תשעה) חודשים, ביום 27.4.2017, ניתנה החלטת המשיב 1, ראש המנהל האזרחי, אשר הודיע כי החליט לעשות שימוש בסמכותו המסורה לו על פי הדין, ולדחות את החלטת הוועדה (ע/2). זאת כיוון שלדבריו נפלו בה טעויות משפטיות באי החלת דין המחילול או דינים אחרים, וכן כי לשיטתו הניתוח המשפטי נעשה על סמך הדינים החלים בישראל ולא הדין החל באזור.

69. עוד נטען על ידי המשיב כי המלצות הוועדה הינן בעלות השלכות רוחב חמורות בכך שאימוצן עשוי להביא לבעיות סבוכות בנוגע למקרקעין באזור ולהותיר כיסי מקרקעין בלתי מנוצלים, או להוביל לבטלותן של הכרזות קודמות.

70. לאחר ניסיונות לקבל הנמקה מהותית ומבוססת לטענות המשיב כפי שנעשו על ידי העותרים בפניותיהם, נסיונות שעלו בתוהו, הוגשה העתירה בבג"ץ 5426/17 **ברכאת נ' ראש המנהל האזרחי ואח'**. בעתירה נטען הן נגד האפשרות העקרונית לבצע הכרזה על אדמות מדינה בשטח שהוחל בעניינו הליך הסדר (טענה שכאמור לא התקבלה על ידי ועדת העררים במסגרת ערר 68/13) והן נגד החלטת המשיב 1 לדחות את החלטת הוועדה במסגרת ערר 68/13.

71. בתשובתם לעתירה טענו המשיבים 1-2 כי החלטת המשיב 1 מבוססת כדבעי, וכי הן בשל שיקולים של פרשנות הוראות הדין המהותי, לצד הפרשנות המתבקשת לדידם ביחס לצו ההתליה, אשר לא מנע את החלת דין המחילול ביחס להליכים השונים, אין מקום להתערב בהחלטת ראש המנהל האזרחי לדחות את החלטת הוועדה. המשיבים סברו כי למשיב סמכות לדחות את החלטות ועדות העררים; כי הגשת תביעה הנכללת בלוח התביעות אינה עוצרת את מירוץ ההתיישנות; כי טענת ההוברא על בסיס סעיף 68 אינה בגדר "תביעה סותרת", ועצירת מירוץ ההתיישנות היא רק בתביעה מבוססת בלבד; עוד נטען כי צו ההתליה ביטל את האיסור או טענות הנובעות מעצירת מירוץ התיישנות זה; וממילא, כפי שנטען, בשל השלכות רוחב הנובעות מפגיעה אפשרית בניהול הקרקע לצד "תאונות" משפטיות שארעו בעבר, אין מקום לקבל עמדה זו של הוועדה.

72. ייאמר עוד, כי בתשובתם המקדמית של המשיבים אף נמסר מידע עובדתי שגוי באשר להעדר מחלוקת בין הצדדים באשר למצב העיבודים ששרר בקרקע, וזאת באופן מודגש ומובלט, הגם שהחלטת הוועדה מציינת במפורש הן את דבר העובדה כי הצדדים חלוקים בנושא זה, כמו גם שהוחלט שלא להדרש לסוגיה זו על ידה, שכן יש לבחון את מצב עיבוד המקרקעין לפני הוצאת צו ההסדר ולא לאחוריו.

73. בעתירה התקיימו שני דיונים בחודש מארס 2018, ולאחר מכן, ביום 17.7.2018 הוצא צו על תנאי בזו הלשון (כב' השופטים נ' סולברג, י' אלרון, י' וילנר):

*"ניתן בזאת צו על תנאי המורה למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא תאומץ עמדת ועדת העררים באיו"ש 56/13, 68/13 מיום 28.7.2016, אשר קבעה כי היה על המשיב 2 לבחון את זכויות העותרים כפי שאלה התגבשו עם הגשת התביעות*

בהסדר, אף שהדגישה כי אין לראות ברישומי הזכויות שבלוח התביעות משום  
ראיה לכאורה לנכונותם.

74. כפי שמצויין בהחלטה, ביחס לשאר הנושאים והטענות שהועלו בעתירה לא הוצא צו על תנאי. משכך, הדיון התמקד בשאלה האם יש לבחון את אופן ביצוע ההכרזה בהתאם להתגבשות הזכויות בעת הגשת התביעות בהסדר, כפי שנקבע על ידי ועדת העררים, הן בהחלטותיה בעניין הערר 15/82 והן בעניין הערר 68/13 נשוא העתירה (כמו גם בעניין קהתי).

75. תצהיר תשובה הוגש מטעם המשיבים בחודש ינואר 2019. במסגרת תצהיר זה המשיבים טענו כי לוח התביעות הינו מוצר ראשוני שאינו כולל כל תוצר מהותי (וזאת בהישען על הפניות הנוגעות לפקודה הישראלית ולפקודה המנדטורית); כי אין כל הוראת דין פוזיטיבית בדין הירדני המורה על עצירת מירוף ההתיישנות לאחר שהוחל בהליך הסדר; כי גם אילו הייתה הוראה כאמור, הוראות סעיף 3(א) סיפא לצו ההתליה ביטלו הוראה זו; וכן כי שיקולי מדיניות משפטית ראויה לשיטת המשיבים, מצדיקים את ביטולה של ההחלטה. יצוין למען שלמות התמונה, כי לאחר הגשת תצהיר התשובה נוהל הליך של מתן פרטים נוספים בהתאם לתקנות, ממנו עלה כי חלק מהנתונים העובדתיים והמשפטיים שנמסרו על ידי המשיבים בתצהיר התשובה מטעמם, היו שגויים או נעדרי כל בסיס ראשוני.

76. בעקבות תצהיר התשובה ולאור המידע שהתחוויר בעקבות הליך הפרטים הנוספים, ביקשו העותרים להגיש תגובה מטעמם לאמור בתצהיר תשובה זה. תגובת העותרים הוגשה ביום 29.10.2019, במסגרתה טענו אלה כי על פי כלל שיטות המשפט החלות באזור (המנדטורית, הירדנית, הישראלית, וה-"איו"שית"), אשר כולן נשענו על הוראות דין מהותי זהה בדמות חוק המקרקעין העות'מני, ברגע שהוחל בהליכי הסדר מקרקעין, הרי שמועד הגשת התביעה להסדר הוא המועד בו מתגבשות זכויות הצדדים. לנעשה לאחריו אין ולא יכולה להיות כל נפקות או משמעות, והדברים אף מקבלים משנה תוקף לאור צו ההתליה. תנא דמסייע לעמדת העותרים נמצא גם בכתביו של פרופ' חיים זנדברג, מחבר הספר **הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל** הנזכר לעיל.

עוד טענו העותרים בתשובתם לטענות המשיב באשר לצו ההתליה, וכן לעובדה שנעלמה מעיני המשיבים כי כל פרשנות של צו ההתליה אמורה להתקיים בהתאם לתכליות ולהוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. עוד נטען על ידי העותרים כי כל דבר חקיקה אמור להתבצע בהתאם לחזקת ההתאמה הפרשנית, וככל שישנן מספר אפשרויות לפרשנות, יש לבכר פרשנות העולה בקנה אחד עם הוראות הדין הבינלאומי.

בנוסף, התייחסו העותרים לטענות המשיבים בדבר אותן טענות מערכתיות המצדיקות לשיטתם את ביטול החלטת ועדת העררים, והראו כי הדברים המוצגים לא רק שאינם נכונים, אלא שלא ניתן בשל טעויות ותאונות משפטיות כפי שארעו והתרחשו בעבר, לבסס מדיניות עתידית אשר אינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק והפסיקה.

77. לתשובת העותרים לתצהיר התשובה של המשיבים צורפה גם חוות דעתה של ד"ר רונית לוי-שנור, מחברת הספר "דיני רישום מקרקעין: הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית (בורסי, 2012). מעבר לכך, ד"ר לוי-שנור הינה מומחית לדיני קניין, המלמדת במרכז הבינתחומי בהרצליה ומפרסמת תדיר מחקרים פרי עטה בסוגיות קנייניות שונות, לרבות באשר לתחומי המקרקעין באזור. ד"ר לוי-שנור שירתה במשך שנים רבות בלשכת יועמ"ש איו"ש ואף שימשה כרמ"ד מקרקעין ביועמ"ש איו"ש.

למען הסדר הטוב חוות דעתה של ד"ר רונית לוי-שנור, אשר רלוונטית גם ביחס לבקשה האמורה, מצ"ב כנספח 3 לבקשה זו.

78. הצורך בחוות הדעת עלה לאור הטענות המועלות על ידי תצהירו של המשיב – אשר הוגש כתצהיר בגוף ראשון בחתימתו של ראש המנהל עצמו – אשר עסקו בניתוח הוראות דיני המקרקעין הירדניים. המשיב אשר הגיש את התצהיר אינו משפטן ואף אינו מצהיר כי הוא בעל מומחיות משפטית או פרקטית לסוגיות הנוגעות לדין הירדני הנוגע להליכי ההסדר. חוות הדעת המשפטית היחידה באשר לדין הזר כפי שעמדה בפני בית המשפט הנכבד, הייתה מצד המומחית ד"ר לוי שנור, אשר אין ולא נטען כנגד בקיאותה. חוות דעת זו לא נסתרה. מנגד, וככל שהמשיבים ביכרו שלא להביא חוות דעת בעניין הדין הזר בעניינם, מורה הפסיקה כי או-אז חלה חזקת שוויון דיניים. על כך נרחיב עוד בהמשך בקשה זו.

79. בין לבין, ביקשה גם המועצה האזורית מטה בנימין להצטרף לעתירה כמשיבה, אולם בית המשפט הנכבד לא מצא לנכון לצרפה כצד והסתפק בדברים שהוצגו בכתב מטעמה.

80. ביום 10.8.2020 התקיים הדיון בעתירה, ואילו ביום 29.11.2020 ניתן פסק הדין נשוא בקשה זו.

#### **א.6. פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 5426/17 מיום 29.11.2020**

81. פסק הדין המרכזי נכתב על ידי כב' השופטת י' וילנר אשר תחמה את השאלה שבמחלוקת בתחילת פסק הדין: *"האם הגשת תביעה לרישום זכות התצ'רוף (זכות החזקה ושימוש בקרקע) במסגרת הליכי הסדר לפי חוק הקרקעות הירדני בשטחי יהודה ושומרון, מונעת את תחולתו של דין המח'לול (הפקעת הזכות בשל נטישת הקרקע)?"*

82. כב' השופטת וילנר מתייחסת (פסקה 10) לצו ההתליה, כמו גם לרציונליים העומדים ביסודו, אשר הותקן "על מנת שלא לפגוע בזכויותיהם הקנייניות של הנפקדים הרבים ושל אזרחי ירדן ששהו מחוץ לאזור". כפי שנראה בהמשך בקשה זו, חרף העובדה כי כב' השופטת וילנר ערה למטרה שעמדה בבסיס "הקפאת המצב" מבחינת הליכי ההסדר, הרי שבפועל, פסק הדין עומד בסתירה לתכלית זו, ומאפשר פגיעה בזכויות אלה.

83. לאחר מכן, במסגרת הסקירה של המארג הנורמטיבי החל באזור, בוחנת כב' השופטת וילנר את הוראות הדין המהותי המאפשר רכישת זכויות וחזקה (תצ'רוף) במקרקעין שאינם מוסדרים, וזאת לצד אפשרות איבוד זכויות אלה בהתקיים תנאי דין המח'לול. כב' השופטת וילנר מקבלת את העמדה שהשתרשה כי ביחס לזכות שנרשמה במסגרת הליכי הסדר, הרי שזכות התצ'רוף הרשומה גוברת על דין המח'לול, ואין תחולה לדיני ההוברה ביחס למקרקעין שהושלם הליך הסדרתם (פסקה 32 לפסק הדין). יוער, כי אין בפסק הדין, או במסגרת עמדות המשיבים, מקור מפורש בדין הקובע זאת.

84. בהמשך סוקרת כב' השופטת וילנר את הליכי ההסדר הקבועים בדין הירדני, ומגיעה למסקנה כי הכנת לוח התביעות, הגם שנערך לאחר חקירה ממושכת על ידי פקיד ההסדר הוא שלב מקדמי-אדמיניסטרטיבי, ללא בירור מהותי-משפטי בין תביעות מבוססות וכאלה שאינן מבוססות (פסקה 36 לפסק דינה), תוך שכב' השופטת וילנר מפנה לכתיבתו של פרופ' זנדברג (אשר נגעה ללוח התביעות המנדטורי/ ישראלי, ולא כמשמעו בדין הירדני). כב' השופטת וילנר ערה לכך אולם סבורה אחרת ("אני סבורה כי לשונו הברורה של סעיף 10 לחוק ההסדר הירדני, לפיו לוח התביעות יכול את כל התביעות "בין אם מוכרות או שנויות במחלוקת" מדברת בעד עצמה, וכי עולה ממנה באופן ברור כי לוח התביעות הוא מסמך אדמיניסטרטיבי-ביורוקרטי, אשר כלל גם תביעות שנויות במחלוקת ובלתי מבוססות, ולעתים אף תביעות סותרות, אשר מטבע הדברים, חלקן היו צפויות להידחות בהמשך ההליך.")

85. כב' השופטת וילנר מעדיפה את פרשנות שהוצגה על ידי המשיבים, כי במסגרת שלב עריכת לוח הזכויות הלא סופי, "מנהל הקרקעות והמדידות עורך בדיקה מעמיקה של התביעות הרשומות בלוח התביעות, ובתוך כך מברר את כל הטענות השנויות במחלוקת וכן מברר אם התביעות שהוגשו מגבשות זכויות קנייניות הראויות להירשם במרשם המקרקעין לפי הדין המהותי. עם סיום בירורי התביעות על-ידי מנהל הקרקעות והמדידות, הוא עורך לוח זכויות לא סופי, שבו מופיעות הזכויות הקנייניות שבמקרקעין באזור כפי שנקבעו על-ידו."

ייאמר כבר כעת, כי לשיטת העותרים לקביעה זו אין אחיזה לא בלשון הוראות החוק הירדני ולא בחוות הדעת שעמדו בפני בית המשפט (חוות דעתו של פקיד ההסדר נעים סולימן תאופיק איוב, שבעבר חוות דעתו התקבלו על ידי בתי המשפט בישראל, וכן חוות דעתה של ד"ר לוי שנור).

סעיף 11 העוסק בסמכויות המנהל במסגרת עריכת לוח הזכויות, אינו קובע כל פרוצדורה או מנגנון להכרעה בין טענות סותרות. זו לשונו של הסעיף:

**"11. (1) סיים המנהל את בדיקת לוח התביעות והדו"חות הקשורים בסכסוכים, יערוך רשימה הנקראת "לוח זכויות".**

היכן שיש כאלה, מסורה לו הסמכות לגרוע חלקה ולהעבירה לדיון בפני בית המשפט המוסמך (בהתאם לסעיף 8 לחוק הירדני). סעיף 11 מאפשר ביצוע בדיקה של התאמה של הלוח שהוכן לתא השטח, מבחינת מדידות, גודל השטח, גודל החלקות וכיו"ב. המדובר בבדיקה 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). ממילא, לוח זכויות לא סופי כפוף לערעור בפני בית המשפט המוסמך.

86. בהמשך, מגיעה כב' השופטת וילנר להכרעה, על בסיס עמדת המשיבים 1-2, כי דין המחילול פוקע ואינו חל ביחס לזכויות שמצאו דרכן ללוח הזכויות הלא-סופי, בוודאי עם רישומן במרשם המקרקעין (פסקה 41).

87. השאלה שנותרה לדיון לשיטתה של כב' השופטת וילנר, עוסקת בהכרעה האם בשלב הראשון של הגשת התביעה לפקיד ההסדר, יש או אין מקום להחיל את דין המחילול (הדגשות במקור): "יואולם, השאלה המתעוררת בעתירות דנן נוגעת לשלב הראשון של הליך הסדר המקרקעין, הוא שלב הגשת התביעה למנהל הקרקעות והמדידות או לפקיד מטעמו. שומה עלינו לבחון, אפוא, מהו היחס בין דין המחילול המעוגן בסעיף 68 לבין זכויות התצ'רוף, אשר אומנם טרם נרשמו אך כבר הליך הסדר הרישום בעניינן עם הגשת תביעה. כזכור, טענת העותרים היא כי עצם הגשת התביעה על-ידי מורישיהם במסגרת הליכי הסדר רישום המקרקעין מוביל לעצירת דין המחילול בעניינם, ולפיכך, אף שהם הובירו את הקרקע במשך שנים ארוכות לאחר הגשת התביעה, הם לא איבדו בשל כך את זכויותיהם הנטענות ובמילים אחרות, לטענתם, אין לסעיף 68 תחולה לאחר הגשת התביעה בהליך ההסדר."

88. נעיר, כי טענת העותרים בכל ההליכים שהתקיימו, לא עסקה בשאלה האם עצם הגשת התביעה להליך ההסדר שומטת את החלת דין המחילול, אלא האם הכללתה של תביעה בלוח התביעות, לאחר שבוצעה חקירה ארוכת שנים ומורכבת על ידי פקיד ההסדר, בהתאם לסעיף 8 לחוק הירדני, ובהתאם לנמסר על ידי חוות הדעת של פקיד ההסדר, או-אז האם ניתן להחיל את דין המחילול ביחס לאותן חלקות. מכל מקום, וכפי שהפסיקה קבעה באופן עקבי, זכויות הצדדים בקרקע מתגבשות בעת הגשת התביעה להסדר.



89. כב' השופטת וילנר קובעת כי עד לרישומה של הקרקע (או למצער, עד להכללתה בלוח זכויות שאינו סופי), ממשיך לחול סעיף 68 בדבר דין המח'לול. לשיטתה של כב' שופטת וילנר, סעיף 78 היה חלק ממשטר המקרקעין שבו הזכויות לא היו רשומות והראיה לבעלותו של פלוני בחלקת קרקע הייתה החזקתו בפועל של החלקה ועבודה, ואילו זניחת העיבוד משקף העדר זכויות בקרקע וניתוק הזיקה על ידי המחזיק, באופן המשמר את הוודאות הקניינית. המח'לול נתפס על ידי כב' השופטת וילנר כחלק אינטגרלי מההסדר הקבוע בסעיף 78 לחוק המקרקעין העות'מני ולמימוש תכליותיו (פסקאות 43-45 לפסק הדין).

90. בהמשך מבהירה כב' השופטת וילנר את עמדתה מדוע אין להחיל את דין המח'לול על מקרקעין שהגיעו לשלב של לוח זכויות לא סופי – וזאת כיוון שנעשה בירור משפטי ועובדתי ביחס אליהם על ידי מנהל מחלקת המדידות, הגם שכפי שהוסבר היטב וכפי שגם הוראות החוק הברורות מראות כי לא היה כל בירור במסגרת הליך שבסעיף 11 לחוק הירדני. הבירור העובדתי היחיד שנעשה הוא במסגרת הכנת לוח התביעות ואילו הבירור המשפטי ככל שעלה בכך צורך, נעשה במסגרת הליכי ערעור בפני בית המשפט המוסמך ביחס לאמור בלוח הזכויות הלא סופי.

91. כיוון שלשיטת כב' השופטת וילנר המדובר בשלב הגשת התביעה בלבד, המהווה שלב מקדמי ביורוקרטי (שוב, קביעה שאינה מתיישבת עם הוראות הדין, ויוצרת קושי משמעותי באשר למעמדם של הליכי ההסדר, שכן העתירה וההליכים עוסקים בשלב הכנת לוח התביעות על פי הדין הירדני ולא שלב הגשת תזכיר תביעה בלבד), אשר אין בו כדי לבטל או לאיין את דין המח'לול. כב' השופטת וילנר קובעת כי אינה מוצאת בלשון החוק או תכליותיו את ביטול דין המח'לול לאחר הגשת התביעה וטרם רישום הזכות. את טענותיה אלה מבססת כב' השופטת וילנר על שני נימוקים (פסקה 48 לפסק הדין):

הנימוק האחד, הוא העדר הוראה בדין המסייגת את תחולתו של סעיף 68 בדבר המח'לול לאחר הגשת התביעה במסגרת הליך ההסדר, אף לא במשתמע. כב' השופטת וילנר אינה מתייחסת לחוות הדעת של ד"ר רונית לוי-שנור בנוגע לדין החל בירדן באשר למרכיב זה (או למצער, לעובדה כי ביחס למתרחש בתחומי ישראל, גם אין הוראה דומה, אולם נפסק לא אחת כי אין תחולה להוראות דין אחרות מהמשפט המהותי או לנעשה לאחר התחלת הליך ההסדר, וזאת ללא כל הוראה מפורשת בדין, אלא על סמך הגיון משפטי-קנייני הטבוע מעצם היותם של הליכי ההסדר).

הנימוק השני - וזה העיקר לשיטתה – קובע כי אכן עיבוד החלקה בהתאם לתנאי סעיף 78 משתכללת לאחר 10 שנות עיבוד, ורק אז אפשר לרשום את המקרקעין. אולם על כך מוסיפה כב' השופטת וילנר תנאי נוסף, והוא עיבוד רציף של הקרקע עד לרישומה בפועל, על מנת שלא תפקע הזכות.

92. הבסיס לנימוק השני של כב' השופטת וילנר נובע מכך שלראייתה "לוח התביעות לא היה אלא בגדר רישום של כתבי התביעה" ללא כל בירור עובדתי או משפטי וללא שנערך כל סינון תביעות, ולגישתה – הנשענת על לוח התביעות המנדטורי/ישראלי ועל כתיבתו של פרופ' זנדברג ביחס ללוח תביעות מנדטורי/ישראלי (המובחן מהירדני כפי שהוצג לעיל), המדובר בפעולה בירוקרטית גרידא של אינוונטר תביעות, ותו לא. לפיכך, לשיטתה של כב' השופטת וילנר, לא ניתן לנוכח אופיו האדמיניסטרטיבי של לוח התביעות לבטל את הדין המהותי בדבר החלת דין המח'לול הקבוע בסעיף 68 (ראו פסקאות 50-52 לפסק הדין).

93. בהמשך, כב' השופטת וילנר אינה מתעלמת מהעובדה כי נמנע מהעותרים להשלים את ההסדר בשל הוראות צו ההתליה, אולם לפי קביעתה, טרוניות בעניין היה מקום להעלות ביחס לצו ההתליה עצמו וללא קשר, כך קובעת בפסק דינה, ההתליה לא מנעה מאיש להמשיך ולעבד את המקרקעין כפי שהיה בחזקתו החוקית קודם לכן. כאן, מתעלמת לחלוטין כב' השופטת וילנר מערר 15/82 וקביעותיו, לרבות סוגיית אינטרס ההסתמכות שיש בעקבות החלטה זו – שלא בוטלה, בפרט ביחס לתושבי כפר עאקב.

94. לקראת סיום פסק דינה של כב' השופטת וילנר, בפסקה 54, נטען כי לאחר עיון באסמכתאות שצירפו העותרים לביסוס טענותיהם, אין בהן כדי להועיל לעותרים וכי אלה אינן מבססות את עמדתם האמורה. לשיטת כב' השופטת וילנר, פסק הדין בעניין **רחאל**, אשר קבע במפורש כי הזכויות מתגבשות בעת הגשת התביעה, "אינו משכנע" כיוון שסעיף 68 ותחולתו לא נדונה כלל. שאר פסקי הדין שהובאו, לדבריה, דנים בהפסקת מירוץ ההתיישנות במובן הפוך, כלומר, בתביעות בין פרטים שונים, ולא עוסקים בדין המחילול, ואילו לגבי הנימוקים שהופיעו בקביעה בפסק הדין בעניין **קהתי**, טוענת כב' השופטת וילנר כי "לא הובהר שם מהו הבסיס המשפטי שיש בכוחו לבטל את דין המחילול ואת תחולת סעיף 68 לאחר הגשת התביעה וטרם רישומה; ומכל מקום, איני שותפה לעמדה שהובעה שם כאמרת אגב ושלא לצורך העניין דשם".
95. משכך, קבעה כב' השופטת וילנר כי לצורך רישומה של זכות במסגרת הליכי ההסדר, אין צורך רק בהוכחה של עיבוד וחזקה במשך 10 שנים עם מקור חוקי בהתאם לתנאי סעיף 78 לחוק המקרקעין העות'מני, אלא גם צורך בהמשך עיבוד רציף עד לרישומה של הזכות. תנאי זה, מבקש להמשיך בעת עריכת הליכי ההסדר את הוראות הדין המהותי הקבוע בחוק המקרקעין. זאת הגם שמעולם לא הוכר באף אחת משיטות המשפט שקיימו הסדרי מקרקעין על בסיס חוק הקרקעות העות'מני.
96. כפי שעולה מפסק דינה של כב' השופטת וילנר, התליית הליך ההסדר נועדה שלא לפגוע בזכויותיהם של נפקדים רבים הנעדרים מהאזור ומנועים מלהמשיך לעבד את המקרקעין. בד בבד, מחילה כב' השופטת וילנר ביחס לאותם המקרקעין את דין המחילול ומאפשרת הכרזה עליהם כאדמות מדינה, באופן הסותר את התכלית של צו ההתליה. על כך נרחיב בפרק של נימוקי הבקשה.
97. כב' השופט נעם סולברג הצטרף לפסק דינה של כב' השופטת וילנר וקבע כי הגשת תביעה לפקיד הסדר המקרקעין עוצרת את מירוץ "ההתיישנות הרוכשת" של המחזיק במקרקעין, אך אין בכוחה לבטל את דין המחילול (פסקה 3 לפסק דינו). לשיטתו של כב' השופט סולברג (הדגשות **במקור**), "אין טעם, לא תכלית ולא הצדקה, להקפיא את הדין המהותי משעת הגשת התביעה לפקיד ההסדר, ולהתעלם מכל אשר אירע ונעשה לאחר מכן. אין הוראה בדין החל באיו"ש אשר עוצרת את מירוץ ההתיישנות של ההזכרה לגבי קרקע שהליכי ההסדר בה הגיעו לשלב ראשוני, פרוצדורלי, בירוקרטי, של לוח התביעות. בלוח התביעות נכללות התביעות שהוגשו כולן – בהן גם אלו הסותרות, השנויות במחלוקת, הסתמיות, מכל הבא ליד; להבדיל מלוח הזכויות הלא-סופי". דין המחילול נותר בתוקפו גם בעת עריכת הליכי ההסדר, עד להשלמת עריכת לוח הזכויות הלא סופי (פסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט סולברג).
98. עוד הוסיף כב' השופט סולברג, (פסקה 4 לפסק דינו) כי גם אם היה מקום לקבל את הטענה כי אין המדובר בחסם דיוני-פרוצדוראלי גרידא, הרי שהוראת סעיף 3(א) סיפא לצו ההתליה, מובילה למסקנה כי מתבטלת המניעה מהחלתו של דין המחילול על מי שזכויותיו טרם נתבררו.
99. כב' השופט אלכס שטיין הצטרף לדברי שני השופטים האחרים בהרכב מבלי להוסיף הנמקה נפרדת.
100. מכאן בקשה זו לקיום דיון נוסף בהרכב מורחב של בית המשפט.

## ג. הבקשה לדיון נוסף

### ג.1. סעיף 30 לחוק בתי המשפט – התנאים לדיון נוסף

101. סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, קובע כדלקמן:

**(א) ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר.**

**(ב) לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש לדעתם, מקום לדיון נוסף.**

**(ג) בהחלטה שניתנה לפי סעיף קטן (א) או (ב) רשאי בית המשפט או השופט לקבוע את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ומשעשה כן, לא יקויים הדיון הנוסף אלא באותה בעיה.**

102. דיון נוסף הינו הליך חריג, אשר אינו ניתן בנקל, והכניסה תחת שערי סעיף 30(ב) מתאפשרת בהתקיים אחת משתי חלופות – היכן שפסק דין של בית המשפט הנכבד עומד בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של ההלכה שנפסקה בענין, יש מקום לדיון נוסף. על תנאים אלה הוסיפה הפסיקה בישראל תנאי נוסף, והוא "קיומה של הצדקה עניינית לשוב ולהביא את העניין לדיון נוסף" (ראו: דני"פ 8439/10 מדינת ישראל נ' כהן, פסקה 10 (22.2.2011)).

103. לשיטת המבקשים, קביעות פסק הדין, עומדות בתנאים האמורים כולם: ההלכות מהוות סתירה להלכה קודמת של בית המשפט; אף אם לא תימצא בהן סתירה להלכות הקודמות של בית המשפט, הרי שבשל חשיבותן, קשיותן וחידושן של ההלכות שנפסקו בפסק הדין, ובשל השלכות הרוחב מרחיקות הלכת הפרקטיות שלהן, קיימת הצדקה עניינית להיעתר לבקשה.

104. לשיטת העותרים, וכפי שגם המשיבים הודו בכך, המדובר בשאלה רחבת היקף אשר יש בה כדי להשפיע על מגוון רחב של מקרקעין בתחומי הגדה המערבית. המדובר בשאלות בעלות היבטים ציבוריים-מוסדיים רחבים ביותר, אשר יש לבחון אותם על רקע המגבלות של דיני התפיסה הלוחמתית והמשפט הבינלאומי, תחום שלא נסקר כלל, לא במסגרת פסק הדין של בית המשפט הנכבד ולא במסגרת עמדות המשיבים 1-2.

105. המדובר בשאלות חשובות אשר מגלמות אינטרס ציבורי-מוסדי הן ביחסים שבין המשיבים 1-2, כנציגי המעצמה הכובשת, לבין תושבי האוכלוסייה המקומית, וכן במסגרת יחסיה של המעצמה הכובשת מול הריבון הקודם והמשפט הבינלאומי ההומניטרי. מגבלות אלה המושתות על הכוח הכובש, מחייבות את פרשנותו ויישומו של כל דין בהתאם לעקרונות העל של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, כפי שנקבע זה לא מכבר, במסגרת פסק הדין בעניין החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (בג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד ואח' נגד הכנסת, פורסם בנבו, 2020), בפסקה 3 לפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות (הדגשות הוספו, ש.ז.):

"חרף שליטתו בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, המפקד הצבאי אינו הריבון שם והגישה המקובלת היא כי תפיסת החזקה בשטח אינה גוררת מאליה גם את העברת הריבונות בשטח המוחזק מן הריבון הקודם אל המפקד הצבאי (בג"ץ 2056/04 מועצת

הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 832 (2004) (להלן: עניין בית סוריק); עניין חוף עזה, בעמ' 520-521; דרורי, בעמ' 33). כפועל היוצא מכך, סמכות המפקד הצבאי היא זמנית מטבעה במובן זה שמשכה הוא כמשך תקופת ההחזקה היעילה של השטח על ידי השלטון הצבאי (עניין חוף עזה, בעמ' 521 Legal Concepts, בעמ' 46), גם אם זמניות זו נמשכת תקופה ארוכת שנים (עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 802-803; עניין חוף עזה, בעמ' 521). **בהפעלת סמכותו כפוף המפקד הצבאי למערכת הנורמטיבית שבמסגרתה הוא פועל – היינו, כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, ובמרכזם הדינים העוסקים בתפיסה לוחמתית.**"

106. חובת הפעלת הסמכות אם כן של המפקד הצבאי, ושל המשיבים 1-2 כנציגיו, אמורה להיות ראשית לכל, בהתאם להוראות הדין החלות בשטח וזאת בהתאם למערכת הנורמטיבית במסגרתה המשיבים פועלים, המבקשת להגן על זכויותיהם של התושבים המוגנים, הנוכחים והנפקדים; הפעלת הסמכות אמורה להיות ערה לזמניות הנוכחות הישראלית בשטח אשר אינה שקולה לריבונות או להפעלות סמכויות ריבוניות מלאות; הפעלת הסמכות אמורה להתבסס על הדין הקיים בשטח, והיכן שקיימות מגוון אפשרויות פרשניות, בהתאם לחזקת ההתאמה הפרשנית, לנקוט בפרשנות ההולמת יותר את הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי ההומניטרי.

107. לכל אלה יש להוסיף את הרובד הפרקטי הנוסף העומד בבסיס הבקשה, והוא זה הנעוץ ברצונו של המשיב 1 לחדש את הליכי ההסדר בגדה המערבית, ובכך לא רק לאפשר את קיומן של הכרזות ביחס לשטח לגביו הוחל בהליכי הסדר, אלא להמשיך את הליכי ההסדר, אולם לא מהנקודה בה הופסקו בשנת 1967, אלא תוך מתן משקל משמעותי למה שארע או לא ארע בשטח במהלך כל השנים שחלפו מאז הותלה הליך ההסדר, ותוך התעלמות ממה שננקט בהליכי ההסדר עד לאותה שנה.

מעבר לאי העמידה בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, יש כאן פגיעה אנושה בזכויותיהם של אנשים פרטיים, תושבים מוגנים של שטח כבוש הנתון בתפיסה לוחמתית, לרבות ובייחוד כל אותם נפקדים אשר אינם יכולים להמשיך לעבד את המקרקעין האמורים ולהמנע מהחלת דין המחילול בעניינם.

108. השאלות המובאות בפני בית המשפט הנכבד בבקשה זו, הינן שאלות עקרוניות, אשר חורגות מתחומי המקרה הקונקרטי. המדובר בשאלות של מדיניות, אשר עשויות להשפיע על מקרים רבים העתידים לבוא, וכפי שגם המשיבים ציינו במסגרת תגובותיהם, השלכות הרחב העתידיות של הפסיקה חורגות מדלת אמותיהם של העותרים דכאן, אלא בעלות התפרשות רחבה ביותר. משכך, ההצדקה לקיומו של דיון נוסף בשאלות המשפטיות כבודות המשקל נובעת גם משיקולי מדיניות וקביעת הלכות רחבות בסוגיה האמורה, בפרט לאור פסק הדין של בית המשפט הנכבד (השוו: "מרזל", "סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה – "דיון נוסף" בדיון הנוסף" **ספר דורית בייניש** (ק' אזולאי, א' בר סימן טוב, א' ברק וש' ליפשיץ, עורכים), עמ' 197-198).

109. לצד זאת, וכפי שיובהר להלן, ברי כי לאור הפסיקה החלוטה שנקבעה בערר 15/82, אשר נהפכה כעת, הרי שפסק הדין פוגע באינטרס הצפיות וההסתמכות של תושבי כפר עאקב וכפרים אחרים. אם עד לאחרונה העמדה השלטת, לפחות מאז שנפסקה בשנת 1984 ושבה וחזרה במגוון החלטות של ועדות העררים, לרבות החלטות חלוטות, הייתה כי זכויות קניין במקרקעין נקבעות בהתאם למועד בו הוגשה התביעה בהסדר, הפסיקה הנוכחית מושא הבקשה הופכת את הדין על פיו, וגודעת באיבחה זכויותיהם הקנייניות של עשרות אלפי בני אדם, אשר התעוררו למציאות במסגרתה מגלים אלה כי הם עשויים לאבד לנצח את זכויותיהם במקרקעין.

110. נפנה כעת להציג את הטיעונים בבסיס הבקשה.

## ג.2. "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט

### העליון"

111. החלופה הראשונה הקבועה בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט עוסקת בהלכה העומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט הנכבד.

112. כפי שנטען לעיל, ועוד במסגרת הדיונים בבית המשפט הנכבד כמו גם בפני וועדות העררים, פסיקות בית המשפט הנכבד קבעו פעם אחר פעם, כי מועד התגבשות הזכויות בכל הנגוע להליכי הסדר, הינו המועד בו הוגשה התביעה במסגרת הליכי ההסדר. מרגע שמוחל בהליך ההסדר, התנאים לרישומה של חלקת קרקע הם אלה הקבועים בסעיף 78 לחוק המקרקעין, ומי שעמד בהם עד לאותו המועד בו הוחל בהליכי ההסדר, רשאי לבקש את רישומו באותה חלקת קרקע.

113. הליך ההסדר יכול להסתיים בתוך פרק זמן של שנה, או עשרות שנים כפי שארע לא אחת. האם במהלך כל אותה תקופה, מעמד הקרקע נתון לשינויים בשל ארועים שונים שהתרחשו בקרקע? התשובה הניצחת והעקבית של בתי המשפט לאורך השנים, הייתה לאו מוחלט. אין אדם שהחל לעבד את המקרקעין לפני הליך הסדר, יכול לצבור שנים הנדרשות לצורך סעיף 78. אין ולא יכולה לקום טענת התיישנות בין הפרט ובין המדינה, באופן הדדי ביחס לכך. אין ולא יכולה לקום טענת התיישנות בין פרטים אחד ובין משנהו (בהתאם לסעיף 20 לחוק הקרקעות העותמני), הנוגעים לארועים שהוחל בהם לאחר הליכי ההסדר.

114. הפסיקה קבעה כי מרגע שמתחיל הליך הסדר במקרקעין, אין אפשרות לרכוש זכויות מבחינת סעיף 78 לחוק המקרקעין (בין אם כלפי המדינה ובין אם כלפי אדם אחר), וזאת במנותק מהשלב אליו הגיע הליך ההסדר. בכך, למעשה, מרגע התחלת הליך ההסדר, הוקפאה תחולת הדין המהותי ביחס למקרקעין, שכן הבכורה ניתנה לטובת השלמת הליך ההסדר. גורם פרטי שיעבד את החלקה לאחר שהוחל בהליך ההסדר, לא יהיה לכך כל טעם או משמעות, כיוון ששאלת זכאותו תבחן אך ורק על פי המצב כפי ששרר בעת התחלת הליכי ההסדר ובמועד הגשת התביעה.

115. כך, בפסק הדין בעניין ע"א 56/82 **מדינת ישראל נ' עזבון ראהל**, פ"ד מ(4) 29 [1986], אשר עסק בהליכי הסדר אשר התרחשו בכפר ציפורי אשר בגליל ותזכירי תביעות הוגשו בשנת 1946, הן על ידי המשיבים והן על ידי המדינה (המעוררת). לוח הזכויות פורסם רק בשנת 1980, לאחר כמעט ארבעה עשורים. בית המשפט העליון קבע כי על מנת לקבוע את זכאות או העדר הזכאות של צד, יש לבחון אך ורק את הצילומים שנערכו בשנת 1945, המועד בו הוגשו התביעות. אין כל משמעות לקביעת הזכויות לבדיקת המצב בשטח לאחר מכן, בין אם הקרקע עברה הוברה ובין אם הוחל בעיבוד לאחר מכן. בית המשפט קבע באופן קטגורי, כי לנעשה לאחר הגשת תזכירי התביעות (השלב הראשוני הקדום), אין כל השלכה או משמעות. כך, אילו המשיבים, אשר הוכרה זכאות ביחס לחלק מהחלקות נשוא התובענה, היו מובירים את הקרקע, לאחר שנת 1945, כפי שייתכן ועלה במסגרת צילומים אחרים משנת 1956 שהיו בפני בית המשפט, הרי שכפי שנקבע על ידי בית המשפט במפורש **"התצלומים משנת 1956, אשר גם הם הובאו לפני הדרג הראשונה (הכוונה, בית המשפט המחוזי), אינם מעלים ואינם מורידים דבר"** [ע" 37 לפסק הדין].

116. כך, פסק הדין בעניין ע"א 458/84 **עזבון המנוחה ג'והרה מלחם מועדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(2) 381, [1987] עסק בהליכי הסדר (בתוך מדינת ישראל) במסגרתם הגישה המדינה תזכיר תביעה בשנת 1958, ואילו לוח הזכויות הלא סופי פורסם שנים רבות לאחר מכן, בשנת 1975. המערערים בגלגוליהם השונים, הגישו טענות שונות נגד תזכיר התביעה וטענו לזכויות שונות בחלקה, אולם בית המשפט פסק וקבע, על סמך הלכות קודמות כי הזכויות מתגבשות בעת הגשת תזכירי התביעה, ובמקרה זה בשנת 1958, והעובדה כי המערערים

טוענים לעיבוד מאוחר יותר לפי סעיף 78, אינה רלוונטית, כיוון ש-*"זכויותיהם של הצדדים מתגבשות כרגיל עם הגשת התביעות"* (ע' 387). בית המשפט קבע ופסק כי אין תחולה להוראות הדין המהותי (בדמות סעיף 78 לחוק המקרקעין), לאחר שהוחל בהליך הסדר, וההקבלה ביחס לסעיף 68, הינה בגדר היינו הך.

117. כך, פסק הדין בעניין ע"א 482/59 **אחמד נימר בדואן נ' מדינת ישראל**, טו 906 (1961), אשר עסק בהליכי הסדר שבוצעו במסגרת כפר בענה, והוחל בהם בשנת 1952, קבעו במפורש כי את שאלת העיבוד יש לבחון בהתאם לנעשה בשנים שקדמו לעיבוד, ולא לשנים שלאחר שנת התחלת ההסדר, וזאת בהתאם לדיני ההתיישנות הרוכשת כפי שהיו נהוגים בהתאם למארג הדינים שהוחק באתה העת. משכך, בית המשפט בחן את השאלה האם הוכח העיבוד בין השנים 1942-1945, ואת שנעשה לאחר מכן, סיווג כבלתי רלוונטי.

118. כך, בע"א 391/62 **אל באש נ' חברת מדן כרמן והאפטורופוס לנכסי נפקדים**, "פסקי דין" יז, [1963] 981, נקבע במפורש, ביחס למקרה בו הוחל בהליך ההסדר בשנת 1942 ואילו רק בשנת 1961 הוחל בהליך שמיעת הראיות במסגרת הליך ההסדר. אחת הטענות שנשמעו, הייתה כי המצב בעת בירור העדויות הינו הקובע, כפי שבית המשפט קבע בענייננו, אולם בית המשפט הנכבד (מפי כב' השופט כתארו אז מ' לנדוי) קבע את הדברים הבאים: **"בירור הסכסוך מתחל בהגשת התביעות, ולפי עקרונות כללים מתגבשות זכויות בעלי הדין כרגיל עם הגשת התביעות"** (עמ' 983 ד-ה).

119. בע"א 193/56 **אל קרא נ' אבו-חמוד** "פסקי דין" י"א [1957] 1267, נדון מקרה בו הוחל בהליך הסדר בשנת 1944, ובמקביל נטענו טענות שונות ביחס להתיישנות של אחד הצדדים נגד משנהו. נקבע הכלל כי הגשת תביעה בהסדר מפסיקה את מרוץ תקופת ההתיישנות (עמ' 1268), וכן כי **"כפי שנאמר במספר פסקי דין עוד בתקופת המנדט, הרי שבכל שטח המוכרז כשטח הנתון להסדר קרקעות יש לברר את הסטאטוס קוו כדי להסדיר את רישום הקרקעות מחדש"** (ע' 1268) וכי לאחר סיומם של הליכי ההסדר, מירוץ ההתיישנות יחול מחדש (ע' 1269 ב). אמנם פסק הדין עסק בשאלת מירוץ ההתיישנות בפני פקיד ההסדר כשקול למירוץ התיישנות במסגרת הגשת תביעה לבית מהפשט בין אדם לחברו, אולם קביעה זו, אשר לא הפנתה לכל הוראה חוקית רלוונטית, עיגנה את הטענה במישור הכללי. שכן הכלל המרכזי, המלווה את בתי המשפט עוד מימי המנדט (כפי שאכן הוצג בחוות הדעת של ד"ר לוי שנור ולעיל), הוא יצירת סטאטוס קוו בכל בשטח שהוחל בו הליכי הסדר מקרקעין, כאשר מועד קיבוע הסטאטוס קוו הינו מועד הגשת תזכירי התביעה.

120. בכך שבית המשפט במסגרת פסק הדין נשוא הבקשה קובע כי עד להשלמת הרישום (או למצער, עד להשלמת לוח התביעות) ממשיכות לחול הוראות הדין המהותי הקבועות בחוק המקרקעין, לרבות אפשרות של רכישת זכות (על פי סעיף 78) או אובדן זכות קיימת (על פי סעיף 68, דין המחילול), הרי שבכך נקבע כי למעשה הזכויות אינן 'נחתכות' לפי המצב כפי ששרר בעת התחלת הליכי ההסדר והגשת התביעות. אם עד כה קבעו כל פסקי הדין כי המצב אשר היה אמור להיות מוקפא עם התחלת הליכי ההסדר, בבחינת "אין יוצא ואין בא", הרי שפסק הדין נשוא הבקשה מבקש להפוך פסיקות אלה ולהחיל את הדין המהותי בנוסף, במקביל או לחלופין במסגרת הליכי ההסדר.

121. אם תתקבל עמדת בית המשפט ותיוותר על כנה, כך שהדין המהותי בדבר רכישת זכויות במקרקעין (או למצער, איבודן של זכויות אלה), ימשיכו לחול גם בעת התלייתם או המשכם של הליכי ההסדר. בית המשפט קובע בפסק הדין נשוא הבקשה, כי הגשת תזכירי תביעות במסגרת הליכי ההסדר אינם שוללים את תוקפו של הדין המהותי לעת תקופת הליך ההסדר, ובכך למעשה מוביל לביטולו של הסטאטוס קוו שביקש הליך ההסדר לקבוע (סטאטוס קוו שעליו התווסף גם צו ההתליה, כפי שנתייחס אליו בהמשך בקשה זו).

122. זאת ועוד – פסק הדין עוד מוסיף תנאי של חובת המשך עיבוד המקרקעין עד להשלמת הליכי הרישום, כתנאי להכרה בתביעת הרישום. אם נשווה לדוגמאות שהפסיקה בישראל עסקה בהם כמפורט לעיל, הרי שעל פי הרציונל של פסק הדין, על אדם שהגיש תזכיר תביעה בשנת 1945, עם התחלת הליכי ההסדר, להמשיך לעבד את המקרקעין עד לשנת 1980, כדי שזכות העיבוד שלו משנת 1945 תוכר, וזאת למרות שאין כל נפקות שבדין לתקופת העיבוד שבין 1945-1980, אלא רק המצב כפי ששרר לפני כן הוא זה הקובע. מעבר לאבסורד להוספת תנאי יש מאין (אשר אין לו כל ראשית אזכור לא בהוראות הדין, לא בפסיקה הקיימת, לא בספרות המקצועית), הרי שהוא מנוגד מניה וביה לפסיקות הקודמות שיצאו תחת בית המשפט הנכבד.

123. פסק הדין בפסקה 54 מנסה לאבחן בין פסקי הדין השונים שהובאו לעיל (אולם מתייחס רק לפרשת **רחאל** ולא לפרשות כמו **מועדי**), באשר למהות הטענות שהועלו בהם וגורס כי הטענה בדבר החלת דיני המחלול לא נטענה בהם, ועל כן הם אינם רלוונטיים לביסוס הטענה האמורה. אולם בכך מתעלם פסק הדין מכך שהוא קובע באופן מפורש כי מוחל הדין המהותי ביחס לתקופה בה מצויים המקרקעין תחת שרביט הליך ההסדר. ואם אפשר להחיל את הדין המהותי, בדמות המחלול הקבוע בסעיף 68 לחוק הקרקעות העותמני, הרי שאפשר להחיל את הדין המהותי גם בדבר רכישת זכויות במקרקעין כפי שאלה קבועים בסעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני, ולאפשר רכישה של זכויות במקרקעין גם במהלך הליכי ההסדר, למרות חובת שימור הסטאטוס קוו כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד. נזכיר, כי סעיפים 42 ו-45 לפסק הדין מושא הבקשה קושרים בין דין המחלול ובין ההסדר הקבוע בסעיף 78 לחוק המקרקעין, וכפי שכב' השופטת וילנר קבעה בסעיף 45 **"הנה כי כן, דין המחלול הוא חלק אינטגרלי מההסדר הקבוע בסעיף 78, וקיומו של דין המחלול הכרחי על מנת לאפשר את מימוש תכליותיו של סעיף 78"**.

124. יצירת הקשר בל יינתק בין שני רכיבים אלה, מובילה בהכרח למסקנה המתבקשת מאליה, כי פסק הדין סותר הלכות קודמות ומושרשות שלבית המשפט הנכבד, ומאפשר במהלך תקופת ההסדר, רכישה או איבוד של זכויות כפי שהתקבעו במועד בו הוחל בהליך ההסדר. הלכה זו של בית המשפט הנכבד, הינה הלכה חדשה, אשר מעבר להיותה קשה, חשובה ומחדשת, הינה כזו העומדת בסתירה להלכות הקודמות של בית המשפט במובן המהותי, ומצדיקה קיומו של דיון נוסף בהרכב מורחב.

125. לחילופין, וככל שבית המשפט הנכבד במסגרת הבקשה לדיון נוסף לא ייראה בכך סתירה להלכה קודמת של בית המשפט, ברי שאין מחלוקת כי המדובר בהלכה חדשה. אין כל אזכור בפסיקה (של ישראל או של האזור או של כל מערכת משפטית שהתבססה על הוראות הדין המהותי של חוק הקרקעות העותמני לצד הליכי ההסדר), המספקת תקדים לקביעה זו או תשתית משפטית התומכת בה. אין כל מקור בספרות המוביל למסקנה אליה הגיעה בית המשפט. המדובר בקביעה חדשה, המוסיפה את תנאי המשך העיבוד עד לרישומה של הקרקע, על מנת להבטיח את הזכויות האמורות אשר היו אמורות להתגבש בעת הגשת תביעה להליך ההסדר. חידוש זה הינו בעל קשיים רבים, ובעל חשיבות מרחיקת לכת, הן עבור תושבי כפר עאקב והן עבור תושבי הגדה המערבית ביחס לאותם עשרות כפרים המצויים במצב דומה, הן בשל אינטרס ההסתמכות שלהם שנפגע והן בשל רצונם של המשיבים לחדש את הליכי הסדר המקרקעין. על כך להלן בפרק הבא.

### ג.3. ההלכה שנפסקה הינה חשובה, קשה, ומחדשת

126. לחלופין, או במצטבר, יטענו העותרים כי פסק הדין קבע הלכות חדשות, הן באשר לתחולת דיני המחילול במסגרת הליכי ההסדר המותלים והן באשר לצו ההתלייה, אשר הינן הלכות חשובות, מחדשות ובעיקר – קשות ביותר, בפרט לאור בחינתן באספקלריה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

127. כאמור לעיל, גם אם לא תתקבל עמדת העותרים כי המדובר בהלכה המנוגדת לפסיקה קודמת של בית המשפט הנכבד וסותרת אותה (ולשיטת העותרים – המדובר בסתירה עת מוחל הדין המהותי של דין המחילול או כל דין מהותי אחר בעת עריכת הליכי ההסדר), הרי שעצם הקביעה כי דין זה ממשיך לחול בעת הליכי ההסדר הינה בגדר הלכה חדשה, ויש להניח כי אין זו יד המקרה שאין כל אסמכתאות בפסק הדין התומכות בעמדה זו.

128. חידושן וקשיותן של ההלכות נובעים בין היתר, מכך שעד למתן פסק הדין טרם נדונו בפני בית המשפט הנכבד השאלות המופיעות בו, הן באשר לצו ההתלייה ומשמעותו והן באשר למעמדם של הליכי ההסדר שנגדעו וטרם הושלמו. לעומת זאת, היכן ששאלות אלה עלו במישרין בפני הפורום המשפטי הייעודי והמקצועי בדמות וועדת העררים, ההחלטות היו באופן גורף, הפוכות לגמרי מאלה שנקבעו על ידי בית המשפט בהחלטותיו.

129. במסגרת חלק זה של הבקשה יבקשו העותרים להשיג על שתי סוגיות שעלו בפסק הדין שנקבעו לגביהן לכל הפחות הלכות חדשות, העומדות בניגוד לעמדות שנקבעו על ידי ועדת הערר, ולשיטת העותרים, אף בניגוד להוראות הדין: **האחת**, עצם החלת דין המחילול ביחס למקרקעין שהוחל בעניינם הליך ההסדר וכן אופן החלתם; **השנייה**, אפשרות החלת המחילול על רקע צו ההתלייה, לאור נסיבות התקנתו והרציונליים שעמדו בבסיסו, ובפרט חובת השמירה על אינטרסים של נפקדים אשר נעדרים מהשטח.

130. כפי שיפורט להלן, בשני הנושאים נשוא הבקשה יש משום "חידוש", "קושי" או "קשיות", לצד "חשיבות" עצומה. כך למשל, מעבר לעובדה שאין בנמצא ולו פסק דין אחד של בית המשפט הנכבד או של ערכאה שיפוטית אחרת במדינת ישראל שקבע כי הליכי המחילול חלים בעת השלמת הליכי ההסדר, ומעבר לכך שאין כל אינדיקציה לכך בספרות המקצועית (אם כבר מצב הדברים הפוך בתכלית, כפי שעולה מספרו של פרופ' חיים זנדברג ומפסיקתו בעניין קהתי), הרי שיושם כאן מבחן משפטי מחמיר ביותר, נעדר כל עיגון לשוני בחוק אשר יוצר הבחנה נעדרת בסיס לכשעצמה בין הליכים שהגיעו לשלב לוח זכויות לא סופי (הכפוף ממילא להכרעה שיפוטית) ובין שלב לוח התביעות.

131. מעבר לכך, התפיסה של בית המשפט את לוח התביעות הירדני כמוצג ראשוני-אדמיניסטרטיבי בלבד, חוטאת למציאות המשפטית והעובדתית באשר למהלכים המהותיים שנקטו על ידי הרשויות – בראשן חקירה ובירור – לצורך הכנתו של לוח התביעות. אין המדובר בתביעות "סתמיות" אשר נכללו בלוח התביעות, שכן רק תביעות שהוכחו במסגרת החקירה כראויות לכאלה, נכללו במסגרת לוח התביעות (גם אם אלה היו שנויות במחלוקת בין פלוני ובין אלמוני). בשאר המקרים נרשמו אלה על שם הריבון, וכל פרט אשר סבר כי נפגעה זכות שלו כיוון שלא נרשמה או לא הופיעה בלוח הזכויות הלא סופי (אשר נגזר מלוח התביעות), יכול היה לפנות לבית המשפט המוסמך.

132. קביעתו של בית המשפט הנכבד אשר מחייבת את המשך עיבוד המקרקעין גם במהלך תקופת ההסדר, מתעלמת מהמצב המיוחד של התליית הליכי ההסדר, והסיבות לכך, בראש ובראשונה מצבם של הנפקדים מהאזור, אשר אינם יכולים לעבד את המקרקעין על מנת למנוע את הוברתם. כיצד מצפה בית המשפט כי אלה יוכלו להמשיך ולעבד את המקרקעין על מנת לשמור על רציפות העיבוד מחד גיסא, וזאת לצד היותו ער לכך כי צו ההתלייה נועד למנוע את השלמת הליכי ההסדר כדי להגן על זכויותיהם של אלה, מאידך גיסא?



133. בפועל, ההלכה שיצאה תחת ידו של בית המשפט הנכבד, מעבר להיותה כזו המנוגדת לפסיקה הקיימת ולפרקטיקה הנוגעת לדרישות במהלך ימי חייהם של הליכי הסדר, יוצרת מגבלה בלתי מוצדקת על התושבים המוגנים בשטח הכבוש, עת היא מחייבת אותם להמשיך ולעבד את המקרקעין, שבכל מקום אחר כבר היה נשלם הליך ההסדר בעניינם ופוטר אותם מתחולת דין המחלול. בכך, למרות שדין המחלול הפך להיות דין ערטילאי שאינו מתקיים כלל, שלא לומר דין מת, עוד בתקופה הבריטית, הרי שכעת הוא קם לתחייה ודווקא ביחס לאוכלוסיה המוגנת, אשר מושתים עליה עוד ועוד תנאים לצורך הכרה בזכויותיה הקנייניות.

134. "הקושי" "החשיבות" ו-"החידוש" בהלכות שנפסקו בנושאים האמורים, הינם משמעותיים באופן המצדיק דיון מחודש, שכן הן משפיעות בוודאות לא רק על שטח ההכרזה שעמדה בבסיס הדיון בערר 68/13 שהתקיים בפני וועדת העררים, אלא גם ביחס לעשרות כפרים אחרים, אשר מעמד המקרקעין בעניינם דומה עד זהה למצב של המקרקעין באדמות כפר עאקב.

ודוקו – אין המדובר במקרים בהם ההכרזות או המהלכים הפכו להיות חלוטים וקיימים אינטרסים של צדדים שלישיים שהסתמכו בתום לב ובהתאם להוראות הדין בעניין; ביחס לאותן "תאונות משפטיות", הדין כולל סיטואציות המאפשרות התגברות על מכשולים אלה. אולם כפי שפורט עוד במסגרת ההליכים בפני בית המשפט, קיימים מספר רב של עררים תלויים ועומדים בפני המשיבה 3 העוסקים בסוגיה זהה עד דומה. קיימים עשרות אלפי דונמים במצב דומה אשר המשיבים מבהירים ומכריזים כי יהיה זה היעד הבא שלהם לקראת הרחבות הכרזות בשל מה שמכונה בלשונם המנעות מהותרת כיסי מקרקעין בלתי מנוצלים.

135. לכך יש להוסיף את שינוי המצב המשפטי הנוצר כתוצאה מההלכה החדשה, אשר מוביל מניה וביה לפגיעה באינטרס ההסתמכות של תושבי האזור, בפרט תושבי כפר עאקב, אשר מזה 4 עשורים, מאז מתן ההכרעה בערר 15/82 בנוגע להכרזה הראשונה שהפכה להיות חלוטה, רואים בעמדה המשפטית הנוהגת והמחייבת ככזו אשר יוצרת את התשתית המשפטית הנוגעת והרלוונטי.

כעת, בית המשפט הנכבד הופך את הקרקע, תרתי משמע, וקובע כי אדם שעל סמך הקביעה בעניין 15/82 אכן חדל לעבד את אדמתו, מתוך הבנה כי שאלת בחינת מעמד הקרקע צריכה להקבע בהתאם למצב בעת הגשת תזכירי התביעה, מוצא עצמו מול שוקת שבורה ואובדן פוטנציאלי של אדמתו וזכויותיו הקנייניות, לאור ההלכה שנקבעה בפסק הדין (בין אם המדובר בהלכה הסותרת את ההלכות הקודמות של בית המשפט הנכבד ובין אם המדובר בהלכה חדשה באופן מובהק).

136. נפנה כעת להציג את החשיבות, החידוש והקושי המשפטי והפרקטי של סוגיות אלה.

(1) עצם החלת דין המחלול על מקרקעין המצויים בעיצומו של הליך הסדר: קושי משפטי ואי עמידה בתנאים המשפטיים הקיימים באזור

137. חוות הדעת של ד"ר רונית לוין שנור, מתייחסת למצב המשפטי הקיים הן בתקופת המנדט הבריטי – ולא פחות חשוב מכך – לכך שמצב משפטי זה הפך להיות חלק מהדין הנוהג בשטחי ממלכת ירדן, לרבות המקרקעין בהם עוסקת עתירה זו.

138. חוות הדעת האמורה, בוחנת שורה של פסקי דין מנדטוריים, אשר הוצגו לעיל, העוסקים במצב המקרקעין במהלכם של הליכי הסדר. בכל המקרים המובאים, לרבות מקרים העוסקים בהחייאתה של קרקע מסוג מוואת במסגרת הליכי ההסדר (אשר קביעות אלה חלות ביחס למקרקעין מסוג מירי בבחינת 'קל וחומר'), נקבע כי יש לבחון את המצב העיבודים בעת הגשות התביעה להסדר וכי לנעשה לאחר מכן, אין כל חשיבות או משמעות.

139. בפרט, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין **Hebab**, נקבע על ידי בית המשפט המנדטורי, כי לאחר הגשת התביעה במסגרת הליך ההסדר, אין לצפות מהפרט כי ימשיך ויעבד את המקרקעין עד להכרעה בתביעתו, שמא עיבוד זה יהיה לשווא, מבלי לדעת האם תביעתו תתקבל ואם לאו. פסיקות דומות נקבעו גם בפרשת **Krikorian** וכן בפסיקת בית המשפט המנדטורי בעניין **Nayef**, אשר אף הגדילה לקבוע כי במסגרת הליכי הסדר של קרקע מירי, אף אין הכרח לעבד את המקרקעין בעת הגשת התביעה, היכן שנצברו כבר 10 שנות עיבוד המגבשות את הזכות בהתאם לסעיף 78 לחוק העותמני.

140. כפי שמציינת ד"ר רונית לוי שנו, אשר אין מחלוקת בנוגע למומחיותה בנושא סוגיית הסדר המקרקעין בשטחי הגדה המערבית, החוקה הירדנית אמצה את הפסיקה המנדטורית כחלק מהדין החל בשטח זה. נזכיר, כי המשיבים לא הביאו כל הוכחה לדין הזר מטעמם, ואף לא התייחסו בחוות דעת נגדית לאמור בחוות דעתה של ד"ר לוי שנו. גם בית המשפט בפסק דינו לא התייחס כלל לחוות הדעת האמורה ולמסקנותיה.

141. לצד זאת, קשה שלא לראות בהלכה שנפסקה בעניין דין המחילול כהחייאה של דין זה, אשר נותר כ-"אות מתה" עוד בתקופה המנדטורית, בפרט בתקופת הליכי ההסדר המקרקעין, אשר נועדו למנוע את מצב ההפכפכות בשאלת הבעלות, הנובעת מהחזקה בפועל ועיבוד בעין, כראיה למעמד הקרקע. המלומד משה דוכן, אשר ספרו אודות דיני המקרקעין בארץ ישראל מהווה אבן יסוד בהבנת הדין והפרקטיקה הנהוגה בתחום, הסביר זאת היטב, עת ציין כי "לפי תנאי הארץ לא השתמשה ממשלת המנדט בחוק זה" (דוכן, **דיני קרקעות במדינת ישראל**, מהד' 2, 1952, בעמ' 334).

142. פרופ' חיים זנדברג מציין גם הוא, במסגרת ההחלטה שניתנה בעניין **קהתי**, כי "דין המחילול התנוון עוד בשלהי התקופה העותמנית" (פסקה 4 להחלטתו). אמנם, תהליך התנוונות זה נגע בעיקר (**אד לא רק**) למעמדה של קרקע רשומה, אולם כפי שפרופ' זנדברג מציין במפורש, תהליך ההסדר שהוחל בו בתקופת המנדט, בשנת 1928, תאם אף הוא למגמה של התעמעות הרקבה הערטיאלית של השלטון, וביטולה הלכה למעשה (וכפועל יוצא – גם של דין המחילול). במקום אחר קבע פרופ' זנדברג, כי ההחזקה והעיבוד אשר שימשו בסיס לרישום בעלות במסגרת הליכי הסדר, חדלו להיות חשופים לדין המחילול (ראו חיים זנדברג, "בזכות ההתחשבות בחוכרי קרקע חקלאית" **המשפט** ז, [2002], בעמ' 51).

143. כפי שמציינת ד"ר לוי שנו בחוות דעתה, קביעה זו מתיישבת היטב גם עם הוראות דין מהותיות אחרות ששררו ביחס למקרקעין באותה העת, ובפרט הוראות המגילה, אשר ראתה דיון בפני פקידי הסדר כהליך משפטי לכל דבר, וכי על פי סעיף 1666 למגילה, אין התיישנות ביחס לתביעה התלויה ועומדת, לא משנה אם היא תלויה זמן רב. משהגשת תביעה להסדר כמוה כתביעה לבית משפט (ראו: בג"ץ 12/50 **היועץ המשפטי לממשלה נ' הפקיד המסדר רויס** פסקי דין ג', בעמ' 197 [1950]), הרי שלא ניתן להחיל לגביה דיני התיישנות או דינים מקבילים לכך, בין אם אלה סעיף 20 לחוק הקרקעות העותמני (העוסק בהתיישנות דיונית) ובין אם סעיף 68 בדבר אובדן הזכות בשל העדר עיבוד.

144. תנא דמסייע לעמדה זו, ניתן למצוא כאמור בהחלטות הענפות והמרובות של וועדת העררים, אשר מהווה את הטריבוניל המקצועי והרלוונטי להכרעה בסוגיות אלה. העובדה כי בין חברי הוועדה ממונים ומתמנים גורמים אשר בקיאותם בדיני המקרקעין בכלל ודיני הסדר המקרקעין בפרט (ראו למשל, כב' השופט אליהו כהן, שופט בית המשפט המחוזי בחיפה אשר שימש כאב"ד במסגרת ההחלטה בערר 15/82; פרופ' חיים זנדברג אשר כתב את חוות הדעת המרכזית בעניין **קהתי**), גם היא בעלת חשיבות, לכך שהפורום המקצועי היה תמים דעים, כמעט בכל ההחלטות האמורות, באשר למעמד לוח התביעות והשאלה מתי יש לבחון את מעמד ועיבודי הקרקע.

145. כך או כך, בין אם המדובר בהחייאה מחדש של דין שפס מן העולם בדמות דין המחילול ובין אם המדובר בהחלת הלכה המנוגדת להלכות הנוהגות ביחס לדיני האזור, כפי שאלה התקבעו על ידי פסקי הדין של המנדט הבריטי ואומצו כחלק מהדין הירדני, אין מחלוקת כי המדובר בהלכה חדשה, או לכל הפחות מחדשת.

146. חידוש זה סותר את הוראות הדין הקיימות באזור, ובפרט הוראות הדין מן המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המחייב לשמור על המצב הקיים כמו שהוא, אלא אם קיימת מניעה מוחלטת בנושא. שמירה על המצב הקיים נדרשת מתוקף תפיסת הזמניות של מצב התפיסה הלוחמתית. ההלכה החדשה שנקבעה בפסק הדין, חותרת נגד המצב המשפטי הקיים בשטח ונגד תפיסת הזמניות של הכוח הכובש.

147. קושי נוסף העולה מההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט נובע מהקביעה באשר למצב לוח התביעות על פי הדין הירדני, וההבחנה בין לוח הזכויות הלא-סופי ובין לוח התביעות. כאמור, המדובר בפסק דין ראשון של בית המשפט העליון הדין בנושא זה במשירין, וזאת בעוד שבמקרים קודמים, דוגמת פסק הדין בעניין **אבו-ניע** הנזכר לעיל, מעמדו של לוח התביעות לא נחשב כאדמיניסטרטיבי בירוקרטי אלא כזה שעבר בדיקה וחקירה מהותיים על ידי הרשויות המוסמכות בירדן, ומשכך יש ליתן לו את מעמד חזקת התקינות המנהלית.

148. ראשית, הקביעה כי לוח התביעות במובנו הירדני, הינו כזה הכולל תביעות מכל הבא ליד, מתעלם הן מהוראות הדין, הן מהפסיקה והן מהראיות שעמדו בפני בית המשפט, בראש ובראשונה חוות דעתו של פקיד הסדר, נעים סולימן תאופיק איוב. לוח התביעות הירדני משקף תוצר מהותי, שנעשה לאחר חקירה ובירור, במובנם האינקוויזטוריים. הוא **אינו** אוסף של תביעות סתמיות, שכן רק תביעות מוכחות, או שנויות במחלוקת יכולות להכלל בו. תביעות שלא מוכחות – נרשמות על שם המדינה במסגרת הליך הרישום. **הבירור העובדתי, אם כן, נעשה לפני השלמת לוח התביעות, ולא לאחריו.** הליך הכנת לוח הזכויות הינו הליך טכני בלבד, אשר נשען על האמור בלוח התביעות. הליך הכנת לוח הזכויות אינו כולל כל מנגנון לבירור או הכרעה בין תביעות סותרות (אולם כן מעניק למנהל ההסדר את הסמכות לגרוע חלקה פלונית משטח ההסדר ולהעביר את המחלוקת ביחס אליה להכרעת בית המשפט המוסמך); לבד מכך אין למנהל כל יכולת או הסמכה לקבל הכרעות או לערוך ברור עובדתי או משפטי, בוודאי לא על פי לשונו של סעיף 11 לחוק הירדני. **הבירור המשפטי נעשה רק לאחר הכנת לוח הזכויות הלא סופי.**

149. מכאן גם נובעת האבחנה שבוצעה בפסק הדין הגורסת כי דין המחילול אינו חל ביחס למקרקעין שהגיעו לשלב לוח הזכויות הלא-סופי אולם כן חל ביחס ללוח התביעות. אין כל הוראה שבדין המלמדת על הבחנה כאמור, וממילא המידע האמור בלוחות אלה – אינו סופי וכפוף לבירור משפטי אשר נעשה אך ורק בפני בית המשפט המוסמך. הפסקת החלת דין המחילול ביחס ללוח הזכויות הלא סופי, אמורה לחול על בסיס אותו הגיון, גם ביחס למידע האצור בלוח התביעות שנערך על פי הדין הירדני.

150. בהקשר האמור, חשוב לציין את הדברים הבאים, שכן גם בעניינם פסק הדין יוצר הלכה חדשה, קשה המנוגדת לדין עצמו: עסקינן במקרקעין מסוג מירי. דין המחילול אשר עשוי להיות מוחל ביחס אליהם, אינו מוביל אוטומטית לביטולה של הזכות. דין המחילול לפי סעיף 68 לחוק הקרקעות העותמני, קובע כי ביחס למקרקעין שהופסק העיבוד שלהם, מוענקת לגורם שעיבד את המקרקעין הזכות לרכוש את הקרקע בחזרה בזכות קדימה אל כל גורם אחר. לו היה בצו ההתליה או בהוראות הדין הקיים כדי להביא להחלת דין המחילול בקרקע מירי, בהתאם לתנאי הסעיף, היה על המשיבים להתריע על כך בפני המחזיקים/ זונחים, ולאפשר להם לשנות את גורלם ולרכוש מחדש את אפשרות שימור הזכות, במידה ואכן פקעה. מכאן ועד הכרזה על המקרקעין כאדמות ציבוריות, המרחק רחוק מרחק רב, ובוודאי לא כזה הנעשה באופן אוטומטי.

(2) החלת דין מח'לול אל מול צו ההתלייה: משחק סכום אפס

151. לשיטת העותרים, הקביעה המופיעה בפסק הדין כי דין המח'לול ביחס למקרקעין המצויים בהקפאה במסגרת הליכי ההסדר, חל במקביל לצו ההתלייה, אינה יכולה לדור בכפיפה אחת. הקושי המובנה הקיים בגישה זו, מתעלם מהאינטרסים והמטרות שעמדו בבסיס צו ההתלייה, ולמעשה מוביל לקביעות סותרות במסגרת פסק הדין.

152. כמפורט לעיל, אחת מהתכליות המוצהרות והמרכזיות של התקנת צו ההתלייה, אשר התלה והקפיא את הליכי ההסדר, נבעה מהעדרם של נפקדים רבים מהשטח, אשר עזבו או נאלצו לעזבו בשל ארועי מלחמת ששת הימים. גם כבי' השופטת וילנר מציינת בפסקה 10 בפסק הדין, תכלית זו כחלק מהתכליות שעמדו בבסיס צו ההתלייה. אינטרס נוסף הוא הרצון שלא לבצע שינויים בהעדר מידע קיים, לרבות המצב המשפטי אליו הגיעו המקרקעין במסגרת הליכי ההסדר והמסמכים שנוצרו אגב כך.

153. מכאן, שהקפאת המצב, שמירה על הסטאטוס קוו, נועדה גם למנוע פגיעה בזכויותיהם של אותם נפקדים, אשר אינם יכולים להיות נוכחים בשטח. גם אם תתקבל העמדה כי דין המח'לול בהתאם לסעיף 68 לחוק המקרקעין יכול לחול במהלך תקופת ההסדר עד לרישומה של הקרקע (עמדה שהתובעים חולקים עליה, כאמור), הרי שעם הקפאת המצב על ידי צו ההתלייה, ולנוכח הנסיבות והאינטרס של השמירה על זכויותיהם של הנפקדים ורכושם, אין כל אפשרות להחיל את דין המח'לול. הדבר יוביל בהכרח לאובדן זכויותיהם של אלה.

154. מעבר לכך, התלייה, כמשמעה כן היא – הקפאת מצב. מוראטורים. זאת, עד להתקיימות הנסיבות שתאפשרנה את חידוש הליכי ההסדר. כפי שאין יוצא ואין בא במסגרת הליכי ההסדר, לא ניתן לשנות או לעדכן את לוח התביעות או לוח הזכויות הלא סופי, לא ניתן להשלים הליכי הסדר ולא ניתן לפתוח בהליכי הסדר חדשים. המצב נותר קפוא, עד לתום המצב הזמני של התפיסה הלוחמתית, גם אם ייקח זמן רב. זו משמעותה של ההתלייה, וזו הדרך היחידה לקרוא את צו ההתלייה, באופן שעולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי בדבר דיני התפיסה הלוחמתית, ובפרט תקנה 43 ותקנה 46 לתקנות הנלוות לאמנת האג משנת 1907, אשר משקפת משפט בינלאומי מנהגי.

155. משכך, החלת דיני מח'לול ביחס לשטח המצוי בהליך הסדר, סותרת את צו ההתלייה, שכן בהכרח היא חורגת מהקפאת המצב שצו ההתלייה ביקש ליצור ביחס לאותם מקרקעין שנקלעו לאותו "לימבו" משפטי. החלת דין המח'לול ביחס למקרקעין אלה, אשר כפי שעולה מפסק הדין של בית המשפט נתפס כדין מהותי אשר ביכולתו לשנות את מעמד המקרקעין והן את הזכויות של הפרט (במובן של איבוד בהעדר עיבוד), בהכרח מובילה לשינוי מצבם, ועומדת בסתירה מוחלטת ללשון הצו המורה על התלייתם של ההליכים.

156. עמדתו של כבי' השופט סולברג, אשר מבכרת פרשנות של סעיף 3(א) סיפא לצו ההתלייה ככזו אשר מבטלת כל מגבלה אשר הוחלה ביחס למקרקעין המצויים בהליך הסדר, חותרת הלכה למעשה, תחת הרציונליים של צו ההתלייה, ובפרט אותם אינטרסים של הנפקדים.

157. הפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט ביחס להוראות סעיף 3(א) סיפא לצו, מוקשית עד מאד מהבחינה הלשונית ומבחינת עמידתה בתלם של הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי. תכליתו של סעיף 3(א) היא לאפשר סחר ומכר בין פרטים ביחס לחלקות אשר נותרו "תקועות" בהליכי ההסדר, או לאפשר את המשך ההליכים המתקיימים בעניינם של המקרקעין בבתי משפט השונים. ואכן, לא נמנעת במהלך תקופת ההתלייה כל הליך בבית משפט או ערכאה אחרת. בשום מקום לא נקבע בצו כי לא תהיה נפקות לצו ההסדר עצמו או להליך שנעשה על פי ההסדר.

158. עמדת העותרים היא כי גם אם קיימות שתי דרכים לפרש את צו 291, הרי שיש לפרשו בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הן כמסגרת נורמטיבית עליונה ממנה יונק המפקד הצבאי את הסמכות לחוקק באזור והן לנוכח הפרשנות הנדרשת על פי עקרונות חזקת ההתאמה, המחייב לפרש דבר חקיקה על פי הוראות ומחויבויות מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי. (השוו לבג"ץ 1308/17 **עיריית סילוואד נ' הכנסת**, אשר מטיל חובה על המשיבים להפעיל את סמכויותיהם בהתאם לדברי החקיקה החלים בשטח המצוי תחת תפיסה לוחמתית וביחס לאזרחים המוגנים המתגוררים – או נפקדים – מהשטח, בהתאם **"זאת ככל שהפעולה עולה בקנה אחד עם החובות הכלליות החלות על המפקד הצבאי מתוקף תקנה 43 לתקנות האג - המשמשת מעין הוראת "על" כללית בכל הנוגע לסמכות המפקד הצבאי באזור"**, שם, פסקה 68 לפסק דינה של נשיאת בית המשפט, כב' השופטת הנשיאה א' חיות).

159. בפועל, הפרשנות שנקטה על ידי בית המשפט גורסת כי כיוון שאין כל הגבלה על פעולות שונות שנאסרו או הוגבלו בתקופת ההסדר, גם במישור היחסים שבין הפרט ובין חליף הריבון, ניתן לנקוט בפעולות אשר בסופו של דבר יובילו לבטלותם או לאיונם של מה שנעשה עד כה במסגרת הליכי ההסדר, חותר תחת עיקרי הצו כמשמעו בסעיף 3(א) רישא. כידוע, מתוך מגוון פרשנויות האפשרויות ביחס לדבר חקיקה, יש לבחור בפרשנות המקיימת ומונעת סתירות בין דברי החקיקה, וזאת מעבר לחובה לנקוט בפרשנות העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי, ובפרט המשפט ההומניטרי החל ביחס לשטחים המצויים בתפיסה לוחמתית.

160. החובה לשמור על הרכוש הפרטי של האוכלוסיה המוגנת היא אחת החובות הבסיסיות המוטלות על הכוח הכובש מתוקף המשפט הבינלאומי ההומניטארי. תקנה 46 לתקנות הנלוות לאמנת האג משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של הלחימה ביבשה, קובעת כי אין להחרים רכוש פרטי וכי קיימת חובה לכבדו.  
**"יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי."**

161. תקנה זו, הינה בעלת שני רכיבים: **הרכיב הראשון**, מטיל על המשיבים כנציגי חליף הריבון, את החובה לכבד את הרכוש הפרטי. **הרכיב השני**, אוסר על הפקעה של הרכוש הפרטי.

162. בנוסף, קיימת הוראה מקבילה גם באמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת כי:

#### Art. 53 – Prohibited Destruction

*"Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations"*.

163. האמור בסעיף 53 לעיל בא כמובן להוסיף ולא לגרוע, על האמור בתקנה 46 ותקנה 52 לתקנות האג שהוזכרה לעיל, וכפי שהגדיר זאת המלומד J.S. Pictet, בפרשנות הצלב האדום הבינלאומי לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר ההגנה על אזרחים בעת סכסוך מזויין:

*"The Extension of protection to public property and to goods owned collectively, reinforces the rule already laid down in the Hague Regulations, Articles 46 and 56 according to which private property and the property of*

*municipalities and of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and science must be respected"*

(J.S. Pictet: *Commentary: IV Geneva Convention*, [1958], at p. 301)

164. לכל אלה יש להוסיף את המגבלות הקבועות בתקנה 43, אשר מחייבים הותרת המצב המשפטי כמו שהוא, אלא אם יש מניעה לעשות כן. צו ההתליה מבקש לקדם אינטרס זה, על ידי הותרת המצב המשפטי-עובדתי כפי שנקבע בהליך ההסדר שלא מוצה, עד שתיתכן האפשרות להשלימו, בהתחשב במגבלות המשפטיות והאחרות הנובעות מהצורך בצו זה, כפי שפורט לעיל וכפי שהמשיבים עצמם סברו במסגרת הליכים משפטיים אחרים.

165. הצו בדבר רכוש נטוש, מס' 58, אשר עוסק במעמדם ובמעמד רכושם של נפקדים מהאזור מחייב שמירה והקפאת מצב ביחס לזכויות הקניין של התושבים המוגנים והנפקדים. המונח "לשמור על הנכס" אמור להוביל, באופן מתבקש, למסקנה כי על הממונה לשמור כי הנכס יישאר באותו המצב בו היה עובר לנטישתו על ידי הנוטש, מהבחינה הפיסית, הקניינית, התכנונית וכיו"ב. (זאת, במובחן מהחוק לעניין נכסי נפקדים אשר חל בתחומי מדינת ישראל והוא בעל הסדר אחר לגמרי).

166. החלת דין מחילול ביחס לנכס וביצוע הכרזה לגבי נכס, אשר מצוי במצב של הליכי הסדר, בהכרח תפגע בזכויותיהם של אותם נפקדים, לא תשמור עליהם ועשויה לגרום לאובדנם לנצח. הן פקודת ההתיישנות הבריטית המובאת על ידי ד"ר לוי-שנור בחוות דעתה, והן סעיפים אחרים בדיון, קובעים במפורש כי ארועי מלחמה מהווים אמתלה ראויה לעצירת מירוץ ההתיישנות (והדברים חלים ביתר שאת ביחס לדין המחילול). משכך, החלת הקריטריון האמור בדבר ארועי לחימה חלים גם ביחס לכל אותם נפקדים אשר לא יכלו לשוב ולעבד את אדמותיהם. ברור אם כן, כי בהחלת דין המחילול לא יישמר האינטרס של אלה במסגרת הליכי ההסדר.

167. הסתירה המובנית בפסק דינה של כב' השופטת וילנר, אשר מצד אחד מקבלת כי בבסיס התקנתו של צו ההתלייה עומד בין היתר אינטרס השמירה על נכסי נפקדים (פסקה 10 לפסק דינה), אלא מול ראייתה כי אין מניעה להחיל דין מחילול וכי התושבים המוגנים – לרבות הנפקדים – צריכים להמשיך ולעבד את המקרקעין על מנת שזכותם לרשום את המקרקעין לא תאבד, מעוררת קושי עצום, והיא בעלת חשיבות עצומה ביחס לקיום הוראות המשפט הבינלאומי, וזאת לצד האינטרסים הקנייניים של מאות אלפי תושבי הגדה לשעבר, שנכסים נחשבים כ-"רכוש נטוש".

### (3) חשיבותה של ההלכה, חידושה וקשיים נוספים הצפויים כתוצאה ממנה

168. על כל האמור לעיל, יבקשו העותרים להוסיף עוד מספר הבטים המלמדים על קשיים העולים מההלכה החדשה שנפסקה על ידי בית המשפט.

169. **ראשית**, נעוץ בהשלכות רחבות ההיקף של ההלכה על סיטואציה – שהמשיב עמל לקדמה כבר בימים אלה – של חידוש הליכי הסדר המקרקעין בתחומי הגדה המערבית.<sup>2</sup> אין זה המקום לדון בשאלת ההיתכנות המשפטית של חידוש הליכי הסדר אלה ומשמעותם, אולם ככל שהליכים אלה יחודשו, והמשיבים הצהירו על כך בריש' גלי, להלכה שנקבעה בפסק הדין יהיה מקום נכבד ביחס למהלכים אלה. זאת, כיוון שעל פי ההלכה בפועל,

<sup>2</sup> ראו פרוטוקול מס' 1 מישיבת ועדת משנה של ועדת החוץ והביטחון לעניינים אזרחיים וביטחוניים ביו"ש שני, ז' בכסלו התשפ"א (23 בנובמבר 2020).

המחילה את דין המחילול ביחס למקרקעין שמצבם המשפטי אמור היה לקפוא בזמן, למעשה בכל אותם כפרים אשר מצב הליך ההסדר הגיע ללוח תביעות, אין כל משמעות לנעשה בעניין, וניתן להתעלם לחלוטין ממצבור הידע שנאסף עד כה ביחס אליהם.

170. נציגות משרד הביטחון בדיון שהתקיים בפני וועדת חוץ וביטחון בנוגע לחידוש הליכי ההסדר, הודתה כי להליך הנוכחי תהיינה הפשעה מאד גדולה על האופן בו ייבחן מעמד הליכי ההסדר אליו כיוונו הירדנים, לרבות מעמדם של הלכיים שהגיעו לשלב של לוח תביעות. בהקשר האמור, המשפט הבינלאומי – גם אילו היה מתיר את חידושים של הליכי ההסדר בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית על ידי מי שהוא ריבון זמני – קובע כי יש להמשיך הליכים אלה מהנקודה בה הופסקו, וזאת על מנת לשמור על רציפות והמשכיות.

171. אם נשווה את המצב בתחומי האזור למצב השורר במזרח ירושלים, אשר לאחר שנת 1967 סופחה והפכה להיות חלק משטחה של מדינת ישראל, הרי ששם לא בוטלו הליכי ההסדר, אלא נמשכו מהנקודה בה הופסקו. כפי שנקבע עוד בתחילת שנות ה-70 בפסק הדין בעניין ב"ש 110/71 **שיך עבדול מועטי אבול-פדל אל-עלמי, ואח' נ' שיך סעד אלדין אל-עלמי**, כט(1) 017 (1974), בעמ' 20 כי **"עקרונות המשפט הבינלאומי [רואים] בחיוב את רציפות הקיום של החוקים, ההסדרים וזכויות הקניין הפרטי, שהיו קיימים בשטח שעבר משלטון לשלטון ערב החלפת השלטון"**. (וראו בהקשר זה גם: ה"מ (מחוזי ירושלים) 1856/73 **מ' יצחקי נ' אסעיד אסעד איסמעיל אבו חמדה ו-5 אחרים**, תשל"ו(1) 477 (1975)).

ואכן, באותם מקומות בהם נמשך ההסדר במזרח ירושלים, הוא נמשך מאותה נקודה בה הופסקו, בין אם המדובר בלוח תביעות ובין אם בלוח זכויות. במקומות בהם השטח סופח – הכירו למעשה בפועלה של הממלכה הירדני, והמשיכו מאותו שלב היכן שהושלמו ונמשכו הליכי ההסדר.

172. ואילו דווקא במקום כגון האזור נשוא עתירה זו, אשר כפוף לדיני ומגבלות התפיסה הלוחמתית, הקובעות כי אין לבצע שינויים ארוכי טווח בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (וזאת מתוך תפיסה כי קביעת בעלויות הינה פררוגטיבה של שלטון קבוע ולא זמני); דווקא באזור המחייב שמרנות ושמירה על הקיים, עד לחלוף התקופה הזמנית של התפיסה הלוחמתית; דווקא במקום בו קיימת חובה גדולה להגן על נכסי אלה שאינם נמצאים בשטח – דווקא במקום זה עשויה ההלכה שיצאה תחת ידיו של בית המשפט הנכבד להוביל לביטול או ייתור חלק מהמהלכים שננקטו במסגרת הליכי ההסדר. לא בכדי קבע פרופ' זנדברג בפרשת **קהתי**, כי **"ההגנה על דרכי הוכחת הקניין היא חלק מהמחוייבות כלפי זכויות הקניין הפרטי באזור"** (פרשת **קהתי**, שם בעמ' 357). גריעה או פגיעה בדרכי הוכחה אלה, משמעם כאמור פגיעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים בשטח הכבוש.

173. **שנית**, ובהקשר ישיר לאמור לעיל, שאלת ההסתמכות כפי שנוצרה עד כה בשל החלטות עבר של וועדת העררים. כזכור, עוד לפני כארבעה עשורים, במסגרת ערר 15/82 אשר עסק גם הוא באדמות כפר עאקב, נקבע כי לצורך בחינת שאלת מעמד הקרקע ביחס להכרזה, יש לבחון את מצב הדברים כפי שהיה בעת הגשת התביעות להסדר. זאת מהנימוקים שהוצגו לעיל. על החלטה זו, כמו גם החלטות דומות אחרות (למשל, ההחלטה בעניין **קהתי** שפורסמה לפני כעשור שנים), הסתמכו רבים וטובים בתחומי האזור, אשר ראו את ההחלטות האמורות כמעניקות גושפנקא נוספת לתפיסה המשפטית הכללית בדבר העדר דין המחילול ביחס למקרקעין אלה. כעת, באבחנת ההלכה שנקבעה בפסק הדין, עשויות זכויות קנייניות של אלפי תושבי הגדה להפגע, בשל החלה של דין המחילול ביחס לאדמותיהם שנתרו תלויות ועומדות במסגרת הליכי ההסדר, הגם שבעבר לא נדרשו לכך, בהתאם להוראות הטריבונלים המשפטיים הרלוונטיים.

174. בהקשר האמור, דווקא העובדה כי המקרקעין של העותרים סמוכים וצמודים לשטח אשר הוכרז בשנת 1982 ובגינו הוגש הערר הקודם מקוממת שבעתיים. אילו המשיב היה כולל את המקרקעין נשוא עתירה זו במסגרת

ההכרזה המקורית משנת 1982, בפועל היו מחילים עליה את ההחלטה שהתקבלה על ידי הוועדה במסגרת ערר 15/82. כעת, המשיב מבקש לבצע הבחנה בין שני סוגי מקרקעין צמודים, וזאת אך ורק בשל העובדה כי במהלך השנים החליט שלא לפעול בהתאם לאמור בהחלטה בעניין 15/82. הפגיעה כאן באינטרס ההסתמכות והצפייה של תושבי כפר עאקב משמעותית לעין שיעור מזו של המשיב אשר "נוצרה" אצלו ציפייה להמשיך להתנהל בניגוד לדין, ובכך מנסה המשיב לבנות "פרקטיקה" המהווה שיקול מדיניות המוביל לביטול החלטת הוועדה.

#### ד. סוף דבר

175. כל הטעמים האלה, המפורטים לעיל מובילים, בנפרד ובמצטבר כך שפסק הדין של בית המשפט העליון קבע הלכות חדשות במספר נקודות: הן באשר לתחולת הדין המהותי לרבות דין המחילול במהלכם של הליכי ההסדר; הן באשר להחלת דין המחילול חרף האמור בצו ההתליה. לשיטת העותרים, ההלכה הראשונה אף סותרת הלכות קודמות של בית המשפט הנכבד, ואילו כלל ההלכות, בין אם הסותרות, החדשות והמחדשות, מובילים לקשיים עצומים בכל הנוגע לתושביו של השטח המצוי בתפיסה לוחמתית, אזרחים מוגנים על פי המשפט הבינלאומי.

176. לא רק תושביו של השטח עשויים במידה וודאית להפגע מהחלטה זו, אלא גם הנפקדים מהאזור, אשר צו ההתליה נועד בין היתר להגן על רכושם ולמנוע השתלטות של אחרים על רכוש זה, עשויים במידה ודאית להפגע מההלכות אלה. מעבר לעובדה כי על פי הפסיקה כנטען על ידי העותרים קיימת סתירה מובנית בין החלת דין המחילול ביחס להליכים המצויים בהליכי הסדר, הרי עצם החלת דין המחילול (אשר לצידו, דרישה להמשיך לעבד את המקרקעין גם ממי שאינו נמצא באזור על מנת לא ייאבד את זכויותיו בקרקע), אינה יכולה להגן על האינטרסים של הנפקדים כפי שצו ההתליה ביקש לעשות.

177. ומעבר לכך, התמורות אותם מבקשים המשיבים 1-2 לקדם באזור, אשר קשורים בקשר בלתי נפרד עם פסק הדין מושא הבקשה, מצדיקים הענות אליה, וזאת אף בבחינת שאלת ההלימה בין ההלכות אלה ובין הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי. בית המשפט הנכבד לא דן כלל בהוראות אלה והמגבלות המושתות על המשיבים בהקשרים האמורים, ובפרט בהשלכות הלכה זו על חובות ומחוייבות המשיבים ומדינת ישראל על פי הוראות המשפט הבינלאומי.

178. על כן, העותרים יבקשו מבית המשפט הנכבד לעשות שימוש בסמכות המסורה לו על פי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט, ולהורות על דיון נוסף בהלכות שנקבעו בפסק הדין כמפורט לעיל. העותרים יבקשו כי ככל שבית המשפט יורה כן, כי תינתן להם האפשרות להוסיף על טיעונים אלה באסמכתאות ומובאות נוספים, בהתאם ללוחות הזמנים שייקבעו על ידי בית המשפט הנכבד.

היום, 24.12.2020

שלומי זכריה, עו"ד

ב"כ המבקשים/

העותרים