



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5426/17

בג"ץ 7948/17

לפני : כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט א' שטיין

העותרים בבג"ץ 5426/17 :
1. חרב מנור חמד ברכאת
2. ראג'ח דאוד ברכאת
3. עלי דאוד איסמעיל ברכאת
4. ראש מועצת כפר עאקב

העותר בבג"ץ 7948/17 : מוטי קוגל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 5426/17 :
1. ראש המינהל האזרחי בגדה המערבית
2. הממונה על הרכוש הממשלתי בגדה המערבית
3. וועדת העררים הצבאית על פי צו בדבר וועדות העררים (יהודה ושומרון)

משיב פורמלי : מוטי קוגל

המשיבים בבג"ץ 7948/17 :
1. ראש המינהל האזרחי באיו"ש
2. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש
3. ועדת העררים הצבאית
4. חרב מנור חמד ברכאת
5. ראג'ח דאוד ברכאת
6. עלי דאוד איסמעיל ברכאת
7. ראש מועצת כפר עאקב

המבקשת להצטרף כצד להליך : מועצה אזורית מטה בנימין

התנגדות לצו על תנאי

(10.8.2020)

כ' באב התש"ף

תאריך הישיבה :

בשם העותרים בבג"ץ
5426/17 והמשיבים 7-4

בבג"ץ 7948/17 : עו"ד שלומי זכריה ; עו"ד מיכל זיו

בשם העותר בבג"ץ 7948/17
והמשיב 4 בבג"ץ 5426/17 : עו"ד דניאל קרמר

בשם המשיבים 1-2 בבג"ץ
5426/17 ובבג"ץ 7948/17 : עו"ד רועי שויקה

בשם המבקשת להצטרף : עו"ד הראל ארנון

פסק-דין

השופטת י' וילנר:

1. 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 המ'לול (הפקעת הזכות בשל נטישת הקרקע)? זו השאלה העומדת במוקד העתירות שלפנינו.

2. לפנינו שתי עתירות המופנות נגד הכרזת הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור יהודה ושומרון (להלן: הממונה) על שטח של כ-224 דונם באזור יהודה ושומרון (להלן גם: האזור) כרכוש ממשלתי (להלן גם: ההכרזה), ונגד החלטת ראש המנהל האזרחי באזור יהודה ושומרון (להלן: רמ"א) לדחות את המלצת ועדת העררים הצבאית (להלן: ועדת העררים או הוועדה) לבטל את ההכרזה.

הצדדים לעתירות

3. העותרים בבג"ץ 5426/17 הם תושבי כפר עאקב (להלן: העותרים), הטוענים לזכויות בשטח כפר עאקב, שהוכרז על-ידי הממונה כרכוש ממשלתי (להלן: המקרקעין או השטח). העותרים טוענים כי הם יורשיהם של בעלי זכויות שהגישו תביעות במסגרת הליכי הסדר מקרקעין שהחל בשטח בשנת 1961 אך לא הושלם, ומשכך הממונה לא היה רשאי להכריז על השטח כרכוש ממשלתי.

4. העותר בבג"ץ 7948/17, מר מוטי קוגל (להלן: קוגל), טוען אף הוא לזכויות במקרקעין, שכן לדבריו הוא רכש מתושבי הכפר זכויות במקרקעין אשר בהם בוצעה ההכרזה. טענות העותרים וקוגל חופפות במידה רבה, והעיקרית שבהן היא כי הממונה לא היה רשאי להכריז על הקרקעות הנדונות כרכוש ממשלתי בשל זכויותיהם של

העותרים בהן. לפיכך, הדיון שלהלן יתמקד בטענות אלו. בהקשר זה אקדים ואציין כי במסגרת הדיון שנערך לפנינו הודיע קוגל כי הוא מוותר על ההכרעה בשאלות העקרוניות, וכי בדעתו לחזור לוועדת העררים על מנת להוכיח שבכל מקרה עמד בדרישות החוק העות'מאני מבחינת העיבוד והחזקה.

5. המשיבים 1-2 לעתירות הם הממונה ורמ"א (להלן ביחד: המשיבים) והמשיבה 3 היא ועדת העררים.

6. המועצה האזורית מטה בנימין ביקשה להצטרף כצד לעתירות, ואולם לא מצאנו להיעתר לבקשה ונסתפק בטענותיה שהונחו לפנינו.

7. למען הסדר הטוב, ועל מנת להקל על הבנת התשתית העובדתית הרלוונטית לענייננו וטענות הצדדים בנדון, אפתח ואציג בתמצית את המסגרת הנורמטיבית שעליה נסבה העתירה דנן. בהמשך אשוב למסגרת נורמטיבית זו ואבהירה בהרחבה.

המסגרת הנורמטיבית – הקדמה

8. על-פי דיני הקרקעות העות'מאניים החלים באזור יהודה ושומרון מכוח הדין הירדני ותחיקת הביטחון, רשאי אדם להחזיק בזכות "תצ'רוף" – היינו, בזכות החזקה ושימוש בקרקע מסוג אדמת מירי (סוג הקרקעות שעמו נמנים המקרקעין מושא העתירה דנן), וזאת אם התקיימו לגבי התנאים הקבועים בסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני (1858) (קובץ החוקים העות'מאניים כרך ב 60; מהדורה שנייה, ש' יפרח מתרגם, 1954) (להלן גם: חוק הקרקעות העות'מאני; סעיף 78), כדלקמן:

"עיבד אדם והחזיק בקרקעות מירי ומוקופה 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."

9. יחד עם זאת, יצוין כי אף לאחר התגבשותה של זכות התצ'רוף (בחלוף עשר שנים של החזקה בקרקע ועיבודה), ניתנת זכות זו להפקעה אם המחזיק בה הוביר את הקרקע, כלומר, הותירה ללא עיבוד, במשך שלוש שנים רצופות. במקרה מעין זה חל על הקרקע

“דין המחלול”, הקבוע בסעיף 68 לחוק הקרקעות העות'מאני (להלן גם: סעיף 68), ואשר הלכה למעשה, מפקיע את זכות התצ'רוף מידי האוחז בה ומשיבה לידי הממשל:

“המחזיק באדמת-מזרע ואינו מעבדה לא בעצמו ולא על ידי אחרים, על דרך ההשאלה או ההחכרה, אלא מובירה שלוש שנים רצופות, בלי אשר יוכיח קיום אחד הצידוקים האמיתיים ... תהא האדמה נתונה לדין טאבו ... בין אם נמצא המחזיק במקום האדמה, ובין אם הוא נמצא במקום המרוחק מרחק תחום-נסיעה ... דרש המחזיק הקודם לתיתה לו מחדש, תינתן לו מחדש בשווי הראוי ... לא דרש כן, תועבר במכירה פומבית למרבה במחירה”.

ומכאן לנסיבות העניין שלפנינו.

רקע עובדתי והליכים קודמים

10. ביום 15.10.1961 החל הממשל הירדני בהליכי הסדר מקרקעין באדמות הכפר עאקב (שטח ההכרזה). הליכים אלו לא הושלמו והגיעו רק לשלב של פרסום לוח התביעות. בשנת 1968 חתם מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון על הצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה ושומרון) (מס' 291), התשכ"ט-1968, המורה על התליית הליכי הסדרת המקרקעין באזור (להלן: צו ההתליה). זאת, על מנת שלא לפגוע בזכויותיהם הקנייניות של הנפקדים הרבים ושל אזרחי ירדן ששהו מחוץ לאזור (ראו: אייל זמיר אדמות המדינה ביהודה ושומרון – סקירה משפטית 27 (1985) (להלן: זמיר)).

11. ביום 16.5.2013 הכריז הממונה על שטח של 224 דונם בחטיבת קרקע המצויה באדמות כפר עאקב כרכוש ממשלתי. העותרים וקוגל הגישו עררים לוועדת העררים נגד ההכרזה.

12. העותרים טענו כי בעת שהחלו הליכי ההסדר על-ידי הממשל הירדני באדמות כפר עאקב, מורישיהם החזיקו ועיבדו אותן במשך עשר שנים רצופות, ומשכך אף הגישו תביעות להכרה בזכויותיהם במסגרת הליכי ההסדר, זאת מכוח זכות התצ'רוף המעוגנת בסעיף 78. לטענתם, אלמלא צו ההתליה, היו נרשמים מורישיהם כבעלי הזכויות במקרקעין. עוד נטען, כי משעה שהוגשו התביעות כאמור, אין לזקוף לחובתם את העובדה שבשנים הרבות שחלפו מאז הגשת התביעות הם זנחו את הקרקעות והפסיקו לעבד אותן (ולכן לכאורה חל על המקרקעין דין המחלול), שכן לגישתם זכויות התצ'רוף של מורישיהם מכוח סעיף 78 (וממילא זכויותיהם של העותרים כיורשים) התגבשו כבר במועד שבו הוגשו התביעות.

13. מנגד, הממונה טען כי מאחר שלא הושלמו הליכי ההסדר בשטח הנדון, אין בהליכים אלו כדי להביא להתגבשות זכותם של העותרים. עוד נטען כי תצלומי האוויר מהשנים 1969-1980 מצביעים על כך שהעותרים זנחו את עיבוד המקרקעין, ולכן אף אם היו להם בעבר זכויות במקרקעין הם איבדו אותן מכוח דין המחלול. בהקשר זה נטען כי עד לשנת 1980, אז הוקמה גדר המקיפה את שטח היישוב כוכב יעקב ובתוך כך גם את שטח ההכרזה, לא הייתה כל מניעה לתושבי הכפר ובכלל זה לעותרים להמשיך ולעבד את הקרקע.

14. בהחלטתה מיום 28.7.2016 קיבלה ועדת העררים את העררים שהגישו העותרים וקוגל והמליצה לבטל את הכרזת הממונה על השטח כרכוש ממשלתי.

בהחלטתה, ציינה הוועדה כי כבר נקבע במספר הזדמנויות בעבר, ובין היתר בעניין ערר 9-14/06 הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש נ' חב' אהוד קהתי 3000 בע"מ (6.8.2008) (להלן: עניין קהתי), כי לאחר הגשת תובענה בהליכי ההסדר, הטוען לזכות בקרקע מכוח זכות התצ'רוף המבוססת על "התיישנות רוכשת" (סעיף 78), אינו מחויב להוסיף ולעבדה במשך תקופת הליכי ההסדר, וכי משכך הממונה אינו רשאי להעלות טענות בדבר הוכרת הקרקע ותחולת דין המחלול לגביה. משמעות קביעות אלה, כך נקבע, היא כי לא ניתן להעלות טענת הוכרה במקרקעין שקיים לגביהם לוח תביעות שהותלה מכוח צו ההתליה. הוועדה קבעה אפוא כי הממונה צריך היה לבחון את הזכויות שהתגבשו לעותרים במועד שבו הוגשו התביעות בהסדר, היינו עובר לשנת 1961, זאת בהתעלם מהוכרת הקרקע על-ידי העותרים לאחר מועד זה.

לצד זאת, הוועדה דחתה את טענת העותרים לפיה לוח התביעות הוא ראיה עצמאית להוכחת זכויותיהם. משכך, המליצה הוועדה לממונה לבחון את תצלומי האוויר מהשנים הקודמות להתחלת הליכי ההסדר באדמות כפר עאקב בשנת 1961, וציינה כי אם קיימות חלקות אשר ימצא כי הן לא עובדו במשך עשר שנים רצופות לפני מועד הגשת התביעה על-ידי מורישיהם של העותרים – ניתן יהיה להכיר בהן כרכוש ממשלתי. כן צוין כי על הממונה לבחון את שיעור העיבוד בכל חלקה וחלקה בהתאם ללוח התביעות הירדני. עוד הומלץ, כי בטרם יחתום הממונה על הכרזה מהסוג הנדון, תינתן לעותרים זכות טיעון.

15. ביום 27.4.2017 דחה רמ"א את המלצת הוועדה לבטל את ההכרזה, וציין כי לעמדתו נפלה בהחלטת הוועדה טעות משפטית מהותית וכי יישומה עלול להוביל

להשלכות קשות ורחבות היקף. רמ"א ציין עוד כי מסקנת הוועדה לפיה תביעות שהוגשו במסגרת הליך הסדר מפקיעות את דין המחלול מנוגדת לדין המהותי החל באזור, וכי להמלצת הוועדה השלכות רוחב חמורות ובהן יצירת בעיות סבוכות בנוגע למקרקעין באזור ולפגיעה בטובת האזור בכלל. בין היתר, כך ציין רמ"א, קבלת המלצת הוועדה תביא לידי כך שייווצרו באזור "כיסוי מקרקעין" בלתי מנוצלים, אשר גם אם נזנחו לא יוכל הממונה להכריז עליהם כאדמת מדינה ולהקצותם לשימוש כלשהו וגם אף אדם אחר לא יוכל לרכוש בהם זכויות מכוח עיבודם. מעבר לאמור, צוין כי קבלת המלצת עלולה להביא לבטלותן של הכרזות רבות על אדמות שונות כאדמות מדינה, שנעשו בהתאם לפרקטיקה הנוהגת, ואשר חלקן אף אושרו על-ידי הוועדה עצמה.

16. על החלטה זו של רמ"א הוגשו העתירות שלפנינו ובמסגרתן מבקשים העותרים, כאמור, כי נורה על ביטול הכרזת הממונה על השטח הנדון כאדמות מדינה ולחלופין כי נורה על ביטול החלטת רמ"א אשר בגדרה נדחתה המלצת ועדת העררים.

העתירות דנן

17. העותרים סומכים ידיהם על קביעת ועדת העררים לפיה לאחר הגשת תביעה במסגרת הליכי ההסדר, מגיש התביעה אינו מוסיף להיות כפוף לדין המחלול, ומשכך אין לבחון טענת הוברה המתייחסת לתקופה שלאחר הגשת תביעה בהליכי ההסדר. העותרים טוענים כי מסקנה זו מתבקשת הן מהוראות המשפט הבינלאומי והן מהוראות המשפט המינהלי הישראלי. לטענת העותרים, החלטת רמ"א לדחות את המלצות הוועדה, המבוססת על ההלכה הפסוקה, אינה סבירה ונגועה בחוסר תום לב.

18. כמו כן, העותרים מוסיפים וטוענים כי יש להורות על ביטול ההכרזה אף מטעמים שנדחו על-ידי הוועדה. כך, לטענת העותרים, הממונה אינו מוסמך להכריז על מקרקעין שלגביהם הוגשה תביעה במסגרת הליכי הסדר שהותלו כשטח ממשלתי. בהקשר זה נטען כי משמעותה של הכרזה כאמור היא דחיית טענותיהם של התובעים במסגרת הליכי ההסדר, דבר שאינו אפשרי אלא במסגרת הליכי ההסדר עצמם. כל קביעה אחרת, כך נטען, משמעותה ביטול בהינף יד של הליך ההסדר המורכב והארוך שבוצע על-ידי הריבון הקודם.

טענה נוספת בפי העותרים, אשר נדחתה על-ידי הוועדה, היא כי לפי החוק הירדני לוח התביעות כולל את כל התביעות ביחס למקרקעין המוסדרים, ובכלל זה את תביעות הריבון לזכויות בקרקע – בין אם מכוח זכותו השיוורית לרישום קרקע שאין

לגביה טוענים לזכויות ובין אם מכוח טענות אחרות. לגישת העותרים, מאחר שלוח התביעות הנדון אינו כולל תביעות של הריבון הירדני לזכויות בקרקע, הריבון הנוכחי אינו רשאי לתבוע זכויות אלה. נטען כי הממונה מייצג את חליף הריבון, והוא אינו רשאי לתבוע זכויות נוספות על אלו שנתבעו על-ידי הריבון הירדני, שכן אחרת תהיה בכך חתירה תחת הליכי ההסדר וחריגה מסמכויותיו של המפקד הצבאי באזור.

19. לאחר שהמשיבים הגישו תגובה מקדמית מטעמם לעתירה ולאחר הדיונים שהתקיימו בפנינו ביום 5.3.2018 וביום 12.3.2018, הורינו על מתן צו על תנאי המורה למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא תאומץ עמדת ועדת העררים בהחלטתה מיום 28.7.2016, אשר קבעה כי היה על הממונה לבחון את זכויות העותרים כפי שאלה התגבשו עם הגשת התביעות בהסדר, אף שהדגישה כי אין לראות ברישומי הזכויות שבלוח התביעות משום ראייה לכאורה לנכונותם. כן צוין כי לא מצאנו עילה למתן צו על תנאי בראשיהן הנוספים של העתירות.

20. ביום 23.1.2019 הוגש תצהיר תשובה של רמ"א מטעם המשיבים ובהמשך אף הוגשו עיקרי טיעון מטעם הצדדים ונערך דיון נוסף בעתירות. טענות הצדדים לאחר שניתן צו על תנאי התמקדו בגבולות האמור בו, ובהתאם לכך אף ייתחמו גבולותיו של הדיון שלהלן.

21. המשיבים חוזרים על טענותיהם שהועלו על ידם בתגובה המקדמית ומוסיפים כי הוועדה טעתה בקביעתה כי הגשת תביעה במסגרת הליכי ההסדר הירדניים גוברת על דין המחלול, וכי משכך על הממונה לבחון אך ורק אם הייתה הוברה של הקרקע לפני מועד הגשת התביעה ולא לאחר מכן. לטענת המשיבים, מסקנה זו אינה מבוססת על הוראה שבדין ואינה נלמדת מהפסיקות אליהן הפנתה הוועדה בהחלטתה, ואף עומדת בניגוד להוראה המפורשת הקבועה בסעיף 68.

עוד נטען כי אף אם נכונה הנחת הוועדה לפיה דין המחלול נסוג עם הגשת תובענה בהליך ההסדר, הרי שלאור צו ההתליה אין עוד מקום לטענה זו על-פי המשפט הקיים באזור. נטען כי צו ההתליה מבטל את המניעה הדיונית מהחלתו של דין המחלול.

המשיבים מוסיפים וטוענים כי המלצת ועדת העררים עומדת בסתירה למדיניות המשפטית הנוהגת באזור, ולכן פוגעת באינטרס הציפייה; קשה ביותר ליישום; וטומנת

בחובה השלכות רוחב קשות, ובהן הפקעת אדמות מדינה בהיקף נרחב מידי של הממונה בכל שטח שבו החלו הליכי הסדר.

22. בתגובת העותרים לתצהיר התשובה מטעם המשיבים חוזרים הם על הטענות שטענו בעתירות ומוסיפים כי בניגוד להליכי ההסדר בפקודה המנדטורית ובפקודה הישראלית, הרי שלוח התביעות בהליכי ההסדר הירדניים מתפרסם רק לאחר עריכת שלבי חקירה ובירור לגבי תזכירי התביעות שהוגשו. בהקשר זה מפנים העותרים לסעיפים 7(1), 7(3), 8(2) ו-8(3) לחוק הקרקעות הירדני ולחוות דעת שנערכה על-ידי פקיד ההסדר הירדני, מר נעים סולימן תאופיק איוב, ואשר הוצגה בפני ועדת העררים.

העותרים טוענים עוד כי קביעת הוועדה לפיה זכויותיהם התגבשו כבר במועד הגשת תביעותיהם והגשת תביעה במסגרת הליכי ההסדר מונעת את החלת דין המחלול עליהם ממועד הגשתה, עולה בקנה אחד עם כלל הוראות הדין הרלוונטיות. לטענתם, הוראות הדין המנדטורי תומכות בקביעה זו, וכך גם פסיקה ישראלית של בית משפט זה (בהקשר זה מפנים העותרים, בין היתר, לפסקי הדין הבאים: ע"א 193/56 אל קרא נ' אבו-חמוד, פ"ד יא 1267 (1957); ע"א 482/59 בדואן נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 906 (1961); ע"א 391/62 אל-באש נ' חברת מדן כרמל בע"מ, פ"ד יז 981 (1963); ע"א 223/81 רשות הפיתוח נ' פאיז חסן עיד, פ"ד לט (1) 605 (1985); ע"א 56/82 מדינת ישראל נ' עיזבון רחאל, פ"ד מ(4) 29 (1986) (להלן: עניין רחאל); ע"א 458/84 עיזבון מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 381 (1987)). עוד נטען כי קיימות החלטות נוספות של ועדות הערר אשר יישמו הלכות אלה. העותרים אף צירפו חוות דעת שנערכה על-ידי ד"ר רונית לוי-שנור על מנת לתמוך בטענותיהם המשפטיות ביחס לדין הירדני והליכי הסדר רישום המקרקעין באזור.

אשר לאינטרסים הציבוריים ולהשלכות הרוחב להם טענו המשיבים, נטען כי אין בכך כדי להכשיר את ההכרזה על השטח כרכוש ממשלתי. בהקשר זה נטען כי ככל שהיו מקרים שבהם בשל טעות משפטית ניטלו זכויות של צד שלישי, ברי כי קיימים פתרונות על פי הדין הקיים לתיקון טעות זו. ואולם, אין לאפשר להוסיף ולפגוע בזכויות קנייניות או בדרכי הוכחתן של זכויות קנייניות אך בשל טעויות עבר.

דיון והכרעה

23. כאמור, השאלה העומדת במרכז הדיון שלפנינו היא – האם יש להורות על ביטול ההכרזה על השטח הנדון כרכוש ממשלתי בשל טענת העותרים לזכויות במקרקעין

הנדונים מכוח סעיף 78, או שמא יש להותירה על כנה נוכח הוברת הקרקע על-ידי העותרים ואיבוד זכויותיהם הנטענות בה מכוח דין המחלול (סעיף 68)?

24. טרם דיון בשאלה הנדונה, יש להקדים ולתאר, כעת בהרחבה, את דיני הקרקעות העות'מאניים, אשר עוצבו לפני למעלה ממאה שנה, ומשקפים את התפיסות הדתיות והכלכליות אשר רווחו באותה תקופה וכן לתאר את הליכי הסדר רישום המקרקעין בשטחי יהודה ושומרון.

תשתית נורמטיבית: דיני הקרקעות העות'מאניים – זכות התצ'רוף ודין המחלול

25. המקרקעין שבמוקד העתירה הם מסוג אדמת מירי ומצויים באזור יהודה ושומרון. דיני המקרקעין החלים באזור מבוססים על הדין העות'מאני, אשר התווספו עליו במרוצת השנים רבדים של חקיקה מנדטורית ושל חקיקה ירדנית (ראו: בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית שלפי צו בדבר וועדות עררים מחנה עופר, פסקה 9 (20.3.2012) (להלן: עניין עבדאלקאדר); זמיר, בעמודים 1-14).

26. דיני הקרקעות העות'מאניים הושפעו מהתפיסה לפיה הקרקע היא של האל, ועל-כן שייכת לסולטן השליט – בא-כוחו של האל עלי אדמות. כמו כן, האינטרס המרכזי של הסולטן בעיצוב הקרקעות היה גביית מסים רבים ככל האפשר, ומשכך הוא אף ביקש להגביר את ניצול הקרקעות על-מנת לגבות מס מן היבול (שם, שם).

בהתאם לכך, דיני הקרקעות העות'מאניים התבססו על חלוקה וחלוקות משנה של סוגי קרקעות, כך שברוב סוגי הקרקעות הייתה זכות הבעלות נתונה בידי הריבון. ואולם, בדין העות'מאני קיימת הבחנה בין זכות הבעלות ("ראקבה") שהיא בעלות ערטילאית בקרקע, לבין זכות החזקה והשימוש ("התצ'רוף"), המאפשרת למחזיק בה לנהוג בקרקע כמעט מנהג בעלים ככל שהזכות רשומה:

"לצרכינו די אם נאמר שמבחינה מעשית, מי שיש לו זכות להחזיק ולהשתמש בקרקע יכול לנצלה כרצונו, להחכירה ולהעבירה לאחר, להשאילה ולמשכנה להבטחת חוב. יכול הוא גם לשנות את התכנית שלה, לבנות עליה וכולי; ובלבד שכל שינוי בזכויות הקניין בקרקע טעון הכנת תעודת רישום (קושאן) חדשה במקום הישנה. לעומת אלו, אין בעל התצ'רוף רשאי, למשל, להזניח ולהוביר את שדהו (כי אז לא יהיה לאוצר ממה לגבות את המיסים השונים). כמו כן חלים דינים קוגנטיים... בנוגע להעברה בירושה של זכות המותצ'רוף [המחזיק, י.ו.]. מן הצד השני

הריבון, כבעל הראקבה [זכות הבעלות, י.ו.] בקרקע, עשוי
בנסיבות מסויימות (כגון אם הוברה הקרקע או אם מת
המותצ'רף ללא יורשים בדרגת קרבה מתאימה) לזכות
בזכות התצ'רוף. זכויות השימוש והחזקה חוזרות אז
לבעל הראקבה, שהרי נקודת המוצא היא שלכתחילה הן
היו בידיו. לבד מכך, בעלותו היא אכן ערטילאית ומושגית
בלבד" (ראו: זמיר, בעמוד 15; וראו גם: קהתי, בעמודים
3-4; חיים זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל
ובמדינת ישראל 110-111 (2000) (להלן: זנדברג)).

27. בקרקעות מסוג מירי, הוא כאמור סוג הקרקעות בענייננו, הראקבה (הבעלות
הערטילאית) נותרת בידי המדינה, והתצ'רוף (זכות החזקה והשימוש) יכולה שתהיה בידי
הפרט (ראו: משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 46 (1952) (להלן: דוכן)). רכישתה
של זכות החזקה והשימוש על-ידי הפרט בקרקע מירי נעשית מכוח רישום בלשכת רישום
המקרקעין, ואם הקרקע אינה רשומה, זכאי הפרט לדרוש את רישום זכות התצ'רוף בקרקע
על שמו אם התקיימו התנאים הקבועים בסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני.

סעיף 78 מאפשר לפרט לדרוש רישום הזכויות על שמו אם החזיק ועיבד את
הקרקע במשך עשר שנים לפחות, ולמעשה מאפשר טענת "התיישנות רוכשת" בידי הפרט
המחזיק בקרקע של המדינה ומעבדה (בעניין עבדאלקאדר נקבע כי בשים לב לסיפא של
סעיף 78, על הפרט להוכיח בנוסף לתנאי ההחזקה והעיבוד גם כי קיבל את החזקה בקרקע
ממקור חוקי, ואולם נראה כי השאלה אם הכרעה זו חלה גם ביחס לעבר, היינו גם על
זכויות שנרכשו מכוח סעיף 78 לפני מתן פסק הדין בעניין עבדאלקאדר, טרם הוכרעה,
בעניין זה ראו: ערר (איו"ש) 54/11 יורשי המנוח סלום נ' הממונה על הרכוש הממשלתי
והנטוש באיו"ש, פסקאות 10-12 לחוות דעתו של כב' השופט סא"ל א' נון, והאסמכתאות
שם (15.5.2016); וראו גם: חיים זנדברג "ההצדקות למוסד ההתיישנות – ביהודה
ושומרון" סוגיות בדיני המקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 211, 241-242
(הראל ארנון וחגי ויניצקי עורכים, 2013) (להלן: ההצדקות למוסד ההתיישנות); לעניין
הפרשנות שניתנה בפסיקה לטיב העיבוד הנדרש במסגרת סעיף 78, ראו גם: ע"א
8117/14 חוסין נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 32 (16.6.2016)).

28. מלומדים שונים עמדו על תכליתו של סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני.
הסברה הרווחת היא כי תכליתו ההיסטורית של סעיף זה הייתה ליצור תמריץ לעיבוד
קרקעות על-ידי הענקת זכויות קנייניות בהן, ובכך להביא, בין היתר, להגברת גביית מסים
ממקרקעין מעובדים (ראו: ישראל גלעד "התיישנות במקרקעין – קווים לריפורמה"
משפטים יח 177, 231-232 (תשמ"ח) (להלן: גלעד); זנדברג, בעמוד 112; רונית לויין-

שנור דיני רישום מקרקעין: הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית 310 (2012) (להלן: לוין-שנור)). בספרות הוסבר עוד כי לעומת מציאות החיים המודרנית אשר קיים בה מחסור בקרקעות, בתקופה שבה נחקק סעיף 78 המצב היה שונה, ומשכך מתן זכויות במקרקעין לשם עידוד עיבודם היה הסדר שעלה בקנה אחד עם צרכי השלטון והמציאות הכלכלית באותה תקופה (ראו: לוין-שנור, בעמוד 311).

עוד צוין במקורות שונים כי דיני הקרקעות העות'מאניים, ובהם סעיף 78, התאימו למשטר מקרקעין שבו הזכויות הקנייניות לא היו רשומות, ומשכך ההחזקה במקרקעין ועיבודם היו מקור הזכויות והאסמכתא היחידה להן אל מול שאר העולם (in rem). בהתאם לכך, החזקה ועיבוד רצופים וממושכים יצרו את הזכות (או שהיוו ראייה מכרעת לקיומה), והפסקתם – הפקיעה אותה (ראו: קהתי, בעמוד 4; וראו גם להלן בפסקאות 43-44; להבחנה בין יצירת הזכות על-ידי עיבוד והחזקה לבין היות העיבוד וההחזקה ראייה לקיומה, ראו: לוין-שנור, בעמודים 305-306; גלעד, בעמודים 190-187).

29. ואומנם, איבוד זכות התצ'רוף במקרה של הפסקת עיבוד רציף עוגנה בחקיקה העות'מאנית במסגרת סעיף 68 לחוק הקרקעות העות'מאני, הקובע, למעשה, את "דין המחלול", אשר לפיו, מקרקעין אשר הוחזקו על-ידי הפרט והוברו במשך שלוש שנים רצופות יוחזרו לידי הממשל. בהתאם לסעיף זה, אדם אשר רכש את זכות החזקה והשימוש (תצ'רוף) לאחר שעיבד והחזיק בקרקע במשך עשר שנים רצופות, מאבד זכות זו אם הובר את הקרקע למשך שלוש שנים רצופות (אלא אם פדה את שווייה). במקרה כזה, זכות השימוש והחזקה תוחזר לידי השלטון (זמיר, בעמודים 23-24; זנדברג, בעמוד 112; לוין-שנור, בעמוד 66).

30. נסכם, אם כן, כי זכות התצ'רוף כפופה היא לדיני המחלול ומוחנית בהמשך עיבוד רציף של הקרקע.

31. על רקע כל האמור, יש לשאול האם לעד תיסוב "חרב" דין המחלול מעל לראשו של האוחז בזכות התצ'רוף? ובמילים אחרות, האם בשלב כלשהו במסגרת הליך הסדרת רישומה של זכות התצ'רוף יוכל האוחז בה לנהוג בקרקע מנהג בעלים של ממש, ואף להובירה, מבלי שיסתכן באיבוד זכות החזקה והשימוש שבידיו?

32. ואומנם, דין המחלול הלך ונשחק במהלך השנים בכל הנוגע לזכויות תצ'רוף רשומות. שחיקה זו נבעה, בין היתר, מירידת קרנו של מיסוי היכול החקלאי שהיה בעבר

מקור הכנסתו העיקרי של השלטון העות'מאני (ראו: קהתי, בעמוד 4; גלעד, בעמוד 232). משכך, ממקורות רבים עולה כי משעה שהייתה בידי פלוני זכות תצ'רוף רשומה על שמו, דין המחלול הקבוע בסעיף 68 לא חל עליו יותר, ואף אם הוא נטש את המקרקעין והובירם במשך שלוש שנים רצופות או יותר – הוא לא היה מאבד את זכותו בהם.

זכות התצ'רוף הרשומה, אם כן, גוברת על דין המחלול, וזאת בשל תכליות הרישום וחשיבותו המעידים על זכות קניינית בקרקע המאפשרת לבעל הזכות לנהוג בה מנהג בעלים, ובכלל זה החירות להוביר את הקרקע (ראו: קהתי, בעמוד 4; זמיר, בעמוד 24; לוין-שנור, בעמוד 67).

33. השאלה המתעוררת מכל האמור היא - מה דינה של זכות תצ'רוף אשר הליך הסדרת רישומה בהליכי הסדר החל אך טרם הושלם? האם דין המחלול חל בפרק זמן זה? כפי שיובהר להלן, הליך הסדר רישום מקרקעין באזור נמשך לעתים תקופה ארוכה, וכולל שלושה שלבים עיקריים. אעמוד על הליך זה על שלביו השונים, ולאחר מכן אשוב לדון בשאלה האמורה.

הליך הסדר רישום המקרקעין הירדני

34. בשנת 1928 פרסמה ממשלת המנדט הבריטי את פקודת הקרקעות (סידור זכויות הקניין) (להלן: פקודת הקרקעות המנדטורית) אשר נועדה להסדיר את הזכויות במקרקעין בשטחה של ארץ ישראל המנדטורית (ראו: זנדברג, בעמודים 207-208). עם החלת השלטון הירדני על שטחי יהודה ושומרון בשנת 1948, הוחלפה פקודת הקרקעות המנדטורית בחוק הסדר הקרקעות והמים, מס' 40 לשנת 1952 (להלן: חוק ההסדר הירדני), אשר אימץ שיטת רישום דומה מאוד לזו המעוגנת בפקודת הקרקעות המנדטורית. שיטה זו היא שיטת ההסדר הכפוי, לפיה כל הטוענים לזכויות קנייניות במקרקעין באזור המוסדר נדרשים על-ידי הרשויות להגיש תביעותיהם במועד מסוים (ראו: עניין קהתי, בעמודים 5-6; זנדברג, בעמוד 96).

35. תחילתו של הליך הסדר המקרקעין הירדני היא בהחלטת מנהל הקרקעות והמדידות של הממלכה הירדנית (להלן: מנהל הקרקעות והמדידות או המנהל) על קביעת "אזור הסדר" ופרסום הודעה לתושבי האזור בנדון. במסגרת ההודעה מצוין כי פעולות ההסדר מתייחסות לכל מי שיש לו זכות לעיבוד והחזקה במקרקעין (זכות תצ'רוף), זכות בעלות, או זכות הנאה במקרקעין או במים, וכן זכויות אחרות הקשורות אליהם, בין אם הזכויות מוכרות ובין אם הן שנויות במחלוקת.

36. לאחר פרסום ההודעה על הליך ההסדר מתקיים השלב הראשון בהליך ההסדר: שלב איסוף התביעות והכנת לוח התביעות. במסגרת שלב זה, מוגשות תביעותיהם של כל הטוענים לזכויות במקרקעין באזור שבו חל הליך ההסדר למנהל הקרקעות והמדידות או לפקיד מטעמו. המנהל או הפקיד מתעדים את כלל הטענות של התובעים ואת המחלוקות ביניהם לגבי זכויות בקרקע, ולבסוף עורכים "לוח תביעות", בהתאם לאמור בסעיף 10 לחוק ההסדר הירדני: "נסתיימה חקירת התביעות; יערוך הפקיד הממונה רשימה שנקראת 'לוח התביעות' הכוללת את כל התביעות בין אם מוכרות או שנויות במחלוקת ויגיש למנהל כל עניין השנוי במחלוקת" (ההדגשה הוספה, י.ו.).

מהאמור עולה כי שלב הכנת לוח התביעות הוא שלב מקדמי אדמיניסטרטיבי, בגדרו נאספות תביעותיהם של הטוענים לזכויות במקרקעין המוסדרים, ותביעות אלה מתועדות ונרשמות על-גבי מסמך מאחד. ואולם, בשלב זה לא מתקיים בירור מהותי-משפטי בדבר קיום הזכויות ולא נערך כל סינון בין תביעות מבוססות לבין תביעות שאינן מבוססות. עמד על כך פרופ' זנדברג בהתייחסו ללוח התביעות לפי פקודת הקרקעות המנדטורית, אשר כאמור הליכי ההסדר שבה דומים מאוד להליכי ההסדר הקבועים בחוק ההסדר הירדני:

"לוח התביעות נתפס בפקודה [פקודת הקרקעות המנדטורית, י.ו.] כבסיס לפעולת החקירה והבירור של פקיד ההסדר, שהתחילה רשמית רק לאחר השלמתו. משום כך אין בפקודה כל סמכות המאפשרת לפקיד ההסדר למנוע הכללתן של תביעות בלוח התביעות, למינן או להעריכן. פעולת האיסוף הייתה פעולה ביורוקרטית גרידא של ריכוז ורישום טענות והיא אכן בוצעה על ידי פקידים זוטרים במערך ההסדר... האמצעים השונים שננקטו להמרצת זרימתן של תביעות אל פקיד ההסדר, אכן היוו תמריץ משמעותי להגשת תביעות בהסדר. ההישג העיקרי של שיטת איסוף התביעות במסגרת ההסדר היה ההצלחה להביא את רוב האוכלוסייה ורוב בעלי התביעות למסגרת ההסדר ... יחד עם זאת, הפרצות שנפערו במערכת התמריצים להגשת תביעות, הפכו את שלב האיסוף לשלב ראשוני ביותר, ואת המידע המצוין בלוח התביעות למידע בערבון מוגבל ביותר ... עובדה זו השפיעה באופן משמעותי על עיצובם וחיוניותם של השלבים המאוחרים יותר בהליך" (ראו: זנדברג, 217-218, 230; ההדגשות הוספו, י.ו.; וראו גם: עניין קהתי, 6).

בנקודה זו אציין כי העותרים חלקו על התיאור האמור של שלב הכנת לוח התביעות, וטענו כי במסגרת הליך ההסדר הירדני (להבדיל מההליך המנדטורי

והישראלים), המנהל או הפקיד מטעמו היו מוסמכים לחקור כבר בשלב זה ולברר את הבסיס לתביעות. משכך, לטענתם כבר בשלב זה נערך מעין בירור מקדמי באשר לבסיס המשפטי והעובדתי של התביעות אשר נכללות בלוח התביעות. ואולם, 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-בירוקרטי, אשר כלל גם תביעות שנויות במחלוקת ובלתי מבוססות, ולעתים אף תביעות סותרות, אשר מטבע הדברים, חלקן היו צפויות להידחות בהמשך ההליך.

37. לאחר יצירת לוח התביעות, מגיע השלב השני בהסדר המקרקעין: שלב עריכת לוח זכויות לא סופי. במסגרת שלב זה, מנהל הקרקעות והמדידות עורך בדיקה מעמיקה של התביעות הרשומות בלוח התביעות, ובתוך כך מברר את כל הטענות השנויות במחלוקת וכן מברר אם התביעות שהוגשו מגבשות זכויות קנייניות הראויות להירשם במרשם המקרקעין לפי הדין המהותי. עם סיום בירורי התביעות על-ידי מנהל הקרקעות והמדידות, הוא עורך לוח זכויות לא סופי, שבו מופיעות הזכויות הקנייניות במקרקעין באזור כפי שנקבעו על-ידו. לוח זה מפורסם לתושבי האזור. יצוין כי סעיף 8(4) לחוק ההסדר הירדני קובע זכות שיורית לריבון, היינו – קרקע אשר לא הוכחה לגביה זכות של תובע תירשם כרכוש המדינה.

38. השלב האחרון הוא שלב עריכת לוח זכויות סופי ורישום הזכויות במרשם המקרקעין. במסגרת שלב זה, כל הרואה עצמו נפגע מהרשום בלוח הזכויות הלא סופי רשאי להתנגד לו על-ידי הגשת בקשה בכתב המועברת לבית המשפט להסדר המקרקעין. בהיעדר התנגדויות, השופט יאשר את הלוח, ואם מוגשות התנגדויות, רשאי השופט, לאחר שדן בהן, לתקן את לוח הזכויות הלא סופי, לקבוע את סופיותו, ולהעביר את הלוח המתוקן אל מנהל הקרקעות והמדידות. הלוח המתוקן והמאושר הוא לוח הזכויות הסופי, אשר נרשם ומופקד בלשכת הרישום המוסמכת.

39. הליכים אלה לפי חוק ההסדר הירדני החלו בחלקים שונים של יהודה ושומרון בשנים אשר בהן ירדן שלטה באזור. חלק מההליכים האמורים הגיעו לסיומם, וזכויות קנייניות נרשמו במרשם הירדני מכוחם, אך הליכי הסדר רבים אחרים נעצרו טרם השלמתם, בשנת 1967, עם חילופי השלטון באזור. בהמשך לכך, בשנת 1968 חתם, כאמור, מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון על צו ההתליה, אשר הורה על התליית הליכי הסדרת המקרקעין באזור.

תחולת דין המחלול בשלביו השונים של הליך הסדר המקרקעין

40. על רקע כל האמור לעיל, עלינו לשוב ולהידרש לשאלה עמה פתחנו את סקירתו של הליך הסדר המקרקעין - אם יש באיזה משלביו של הליך הסדר כדי להנציח את זכות התצ'רוף, כך שזו לא תופקע מכוח דין המחלול, אף אם הקרקע הובררה.

41. כאמור, עם רישומה של זכות התצ'רוף בטל נטל עיבוד המקרקעין הקבוע בסעיף 68. כמו כן, יצוין כי מטענות המדינה לפנינו עולה שלשיתתה, ניתן לראות בזכות תצ'רוף כזכות רשומה (בכל הנוגע לעצירת דין המחלול), כבר בשלב השני של הליכי הסדר, היינו בשלב עריכת לוח הזכויות הלא סופי שקיבל את אישור מנהל הקרקעות והמדידות (וכך אף נקבע בעניין קהתי). הנה כי כן, אין חולק כי מניין שלוש שנות ההובררה לעניין דין המחלול פוסק עם עריכת לוח זכויות לא סופי (השלב השני), ולא כל שכן, עם עריכת לוח הזכויות הסופי ורישום זכות התצ'רוף במרשם המקרקעין (השלב האחרון והמכריע).

ואולם, 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 המחלול המעוגן בסעיף 68 לבין זכויות התצ'רוף, אשר אומנם טרם נרשמו אך החל 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 המחלול 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.

אקדים ואומר כי אני סבורה שלא ניתן לקבל את טענת העותרים לפיה דין המחלול המעוגן בסעיף 68 פוקע עם הגשת תביעה במסגרת הליכי הסדר. אפרט את הנימוקים העומדים בבסיס הכרעתי.

זכות התצ'רוף ודין המחלול – תכליות ומשמעות מעשית

42. כפי שצוין בהרחבה לעיל, סעיפים 78 ו-68 יוצרים את ההסדר החוקי לשכלולה של זכות התצ'רוף במקרקעין ואת התנאים להחזקתה. סעיף 78 קובע כי אדם המעבד את המקרקעין שבהחזקתו במשך עשר שנים רצופות הוא בעל זכות תצ'רוף, ומשכך – הוא אף רשאי להירשם כבעל הזכות במקרקעין הנדונים, ואולם בכך לא סגי, שכן על פי

הפרשנות שניתנה לסעיף 68, אם לאחר עשר שנות העיבוד (ועד לרישומה של הזכות), הוברה הקרקע במשך שלוש שנים רצופות – מאבד המחזיק בקרקע את זכותו האמורה והיא חוזרת לידי המדינה. מכאן מתחייבת, כאמור, המסקנה שזכות התצ'רוף המוענקת מכוח סעיף 78 מותנית בהמשך עיבוד הקרקע, למצער, עד לרישומה (וביתר פירוט, עד לעריכת לוח זכויות שאינו סופי בשלב השני של הליכי ההסדר).

43. כאמור, תכליתו העיקרית של סעיף 78 היא יצירת תמריץ לעיבוד קרקעות וכתוצאה מכך – גם הגברת גבייתם של מיסי היבול ממקרקעין מעובדים (אשר כונו מס מעשר, ראו: זנדברג, בעמוד 112). דין המחלול, לפיו הוברה הקרקע במשך שלוש שנים רצופות מובילה לאיבוד הזכויות בה, נועד אפוא לשרת את התכלית האמורה ולאפשר את מימושה, כפי שהבהיר פרופ' זנדברג "אין בעל התצ'רוף רשאי, למשל, להזניח ולהוביר את שדהו (כי אז לא יהיה לאוצר ממה לגבות את המיסים השונים)" (שם, בעמוד 110).

עמד על כך גם דוכן בספרו, כלהלן:

"על-פי זכות זו [זכות השימוש, התצ'רוף; י.ו.] הרשות לבעל-השימוש להשתמש בקרקע ולעבדה כרצונו, והוא רשאי לזרעה בכל מיני תבואה... הוא רשאי גם להחכיר את הקרקע כדי שתעבד, או למסרה סתם למישהו בתנאי, שהקרקע לא תובר. תנאי מגביל זה מובן לנו, מפני שכוונתה של הממשלה במסירת הקרקע לבעל-השימוש היא שהקרקע תעבד. אם הקרקע אינה נעבדת במשך זמן של יותר משלש שנים, - יחול עליה חק-טאבו והיא יכולה להעשות רטושה (מחליל)" (ראו: דוכן, בעמוד 79).

הנה כי כן, סעיף 68 בא אף הוא למנוע בזבוז משאבים כתוצאה ממצב שבו קרקעות (שבבעלות הריבון) אינן מעובדות ואינן מניבות תשואה. בכך, משרת סעיף 68 תכלית ציבורית של ניצול משאבים מיטבי בקרקעות של המדינה.

44. עוד צוין לעיל כי סעיף 78 היה חלק ממשטר מקרקעין שבו הזכויות במקרקעין לא נרשמו במרשם פומבי. כפי שהובהר, במשטר כזה, החזקה במקרקעין ועיבודם שימשו ראייה לכולי עלמא לכך שהמקרקעין מוחזקים על-ידי בעל הזכות החוקי: "בשיטות כאלה ההחזקה היא למעשה הנתון האובייקטיבי המרכזי שאפשר לסמוך עליו לשם הסקת מסקנות בדבר זהות הבעלים, ועל כן הוודאות מחייבת התאמה בין המצב הנחזה בשטח ובין המצב המשפטי לאמתו" (ראו: ההצדקות למוסד ההתיישנות, 221; וראו גם בהמשך בעמ' 236). בהתאם לכך, זניחת הקרקע והוברתה מלמדות את ההיפך, היינו, היעדר זכויות בקרקע וניתוק הזיקה כלפיה על-ידי המחזיק, ובכך נשמרת הוודאות הקניינית.

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.

46. ברם, חרף תכליותיו האמורות של דין המחלול, נקבע, כמבואר לעיל, כי דין זה פוקע עם רישום זכות התצ'רוף. זאת, כאמור, נוכח חשיבותו של רישום הזכויות במקרקעין, הנעשה לאחר בחינה מעמיקה של מצב הדברים בשטח וטענות הצדדים הרלוונטיים, ואשר מקנה לזכות התצ'רוף תוקף ייחודי שמאפשר לבעליה לנהוג בקרקע מנהג בעלים של ממש. פקיעת דין המחלול עם רישום זכות התצ'רוף מוצדק אף לנוכח כוחו הראייתי של הרישום, אשר מאיין, הלכה למעשה, את הצורך הראייתי הטמון בהחזקת הקרקע ובעיבודה.

לא זו אף זו, צוין לעיל כי לגישת המדינה לוח הזכויות הלא סופי מהווה אף הוא רישום תקף לצורך עצירת דין המחלול. זאת, נוכח הבירור המשפטי והעובדתי הנעשה עובר לרישום זכויות בלוח הלא סופי, המבטיח כי רישומן עולה בקנה אחד עם הוראות הדין. משכך, טיבם המהותי של שני השלבים האחרונים של הליך ההסדר, אשר בהם נערכים לוחות הזכויות ואלה נרשמות במרשם המקרקעין – מצדיק את ביטול דין המחלול והנסגתו מפני זכות התצ'רוף הרשומה.

47. ואולם, הדברים שונים כאשר עסקינן בשלב המקדמי-ביורוקרטי של הגשת התביעה – שלב אשר לשיטתי, אין די בו כדי לבטל או לאיין את דין המחלול. זאת, מאחר שאיני מוצאת כל עיגון בלשון החוק או בתכליותיו, המאפשר או המצדיק את ביטול דין המחלול לאחר הגשת התביעה וטרם רישום הזכות. אבאר את דבריי.

48. ראשית, אין כל הוראה בדין המסייגת את תחולתו של סעיף 68 לאחר הגשת התביעה במסגרת הליך ההסדר, אף לא במשתמע. שנית, וזה העיקר; אומנם כן, אדם הטוען לקיומה של זכות התצ'רוף ומבקש לרשום את זכותו מכוח סעיף 78 במרשם המקרקעין נדרש לעבד את הקרקע שבה הוא מחזיק במשך עשר שנים רצופות, ולאחר מכן, רשאי הוא לבקש את רישום הזכות. במובן זה, צודקים העותרים כי זכות התצ'רוף משתכללת, כשלעצמה, בחלוף עשר שנות החזקה ועיבוד (ראו: עניין רחאל, בעמוד 37). ואולם, בכך לא די, שכן על הטוען לזכות התצ'רוף לעמוד אף בתנאי הנוסף – עיבוד רציף של הקרקע עד להסדרת רישומה. כפי שצוין לעיל, הנטל הקבוע בסעיף 68 להמשיך ולעבד את הקרקע לאחר שהתגבשה זכות התצ'רוף ועד לרישומה, נועד לתמרץ עיבוד קרקעות וכתוצאה מכך גם להגביר את גביית מיסי היבול ממקרקעין מעובדים – תכלית

זו עומדת בעינה, באותה המידה, אף לאחר הגשת התביעה, וכל עוד לא נרשמה זכות המחזיק ברישום מהותי, דהיינו ברישום זכויות בשלב השני, או השלישי והאחרון, של ההסדר. ודוק, כאמור לעיל, רישום זה, הוא-הוא המקנה למחזיק את הזכות לנהוג בקרקע מנהג בעלים, ובכלל זה את החירות שלא לעבד את הקרקע.

49. נראה אפוא כי בבסיס גישת העותרים עומדת הסברה לפיה הגשת התביעה כמוה כרישום לצורך פקיעתו של דין המחלול. ואולם, כפי שעוד אבהיר להלן, הגשת תביעה במסגרת הליכי ההסדר אינה יכולה לשמש כרישום לצורך העניין ואינה מספיקה כדי לעגן את זכות התצ'רוף במרשם. היא אינה משכללת את הזכות הקניינית ואף אינה יכולה לשמש כראיה לכאורה לקיומה של זכות שכזו.

50. כפי שצוין לעיל, במסגרת הליכי ההסדר רשאי היה כל מי שביקש לטעון לזכות במקרקעין שהליך ההסדר חל עליהם – להגיש תביעה ולפרט בה את טענותיו. כלל התביעות שהוגשו רוכזו בלוח התביעות שפורסם ברבים. כפי שצוין בעניין קהתי, "לוח התביעות לא היה אלא בגדר רישום של כתבי תביעה" (עניין קהתי, 6), אשר לא קדם לו כל בירור משפטי או עובדתי, ולא נערך כל סינון תביעות טרם ריכוזן על גבי לוח התביעות. מבחינה זו, היווה לוח התביעות שלב רישומי-טכני אדמיניסטרטיבי לחלוטין, וכל אדם שחפץ בכך יכול היה להביא לכך שתביעתו תיכלל בלוח התביעות על-ידי הגשת תביעה, וכלשונו של פרופ' זנדברג, "פעולת האיסוף הייתה פעולה ביורוקרטית גרידא של ריכוז ורישום טענות והיא אכן בוצעה על ידי פקידים זוטרים במערך ההסדר" (זנדברג, בעמודים 217-218), להבדיל ממנהל הקרקעות והמדידות.

51. נוכח אופיו האדמיניסטרטיבי של לוח התביעות, והיכולת של כל פרט להגיש תביעה שתיכלל בלוח זה, לא ניתן ליחס לו את מה שאין בו, ובוודאי שאין בכוחו כדי להוות חסם מפני העלאת טענת הוכרה ביחס לתקופה שלאחר הגשת התביעה. קביעה שכזו היתה מבטלת, הלכה למעשה, את הדין המהותי של המחלול הקבוע בסעיף 68 ביחס לכל אדם אשר הגיש תביעה במסגרת הליכי ההסדר, בין אם זכותו היא בעלת בסיס משפטי ועובדתי ובין אם לאו; בין אם זכותו תוכר בסופו של דבר ותירשם בסופו של הליך ההסדר, ובין אם לאו.

52. תוצאה זו, לפיה הליך אדמיניסטרטיבי שנקט בו הטוען לזכות מבטל הוראת דין מהותית בדבר הנטל להמשיך ולעבד את הקרקע על מנת שלא לאבד את זכות התצ'רוף, נוגדת את עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית ונעדרת כל עיגון בדין. למעשה, איני מוצאת כל נימוק משפטי שיכול להצדיק תוצאה לפיה עצם הנקיטה בהליך

אדמיניסטרטיבי-וולונטרי פשוט כהגשת תביעה, ותו לא, מוליך לכך שמאותה שעה פטור המגיש מנטל עיבוד הקרקע המעוגן בדין המהותי. בהקשר זה אציין כי איני מתעלמת מטענת העותרים כי נבצר מהם לסיים את הליך הרישום עקב צו ההתליה, וכי לאור דין המחלול נדרשו הם להוסיף ולעבד את הקרקעות. ואולם, טענותיהם בנדון, מופנות, הלכה למעשה, נגד משמעויותיו של צו ההתליה עצמו, אשר הוצא כזכור עוד לפני עשרות שנים, בעודו כפוף לביקורת שיפוטית. אף שניתן להבין את הטענה האמורה, נראה כי נוכח כל האמור לעיל, אין מקומה בהליך שלפנינו, והיא אינה יכולה לשמש עוגן משפטי לטענה לפיה דין המחלול אינו חל לאחר הגשת התביעה. אוסיף ואציין עוד כי צו ההתליה ממילא לא מנע מאיש להמשיך ולעבד את האדמה שהיתה בחזקתו החוקית. הבחירה בין החזקה ועיבוד לבין נטישה והוברה נשארה בידו.

53. מכל האמור, עולה כי נוכח מאפייניו הטכניים-בירוקרטיים של לוח התביעות ולאור תכליותיהם של דיני התצ'רוף והמחלול המעוגים בסעיפים 78 ו-68 לחוק הקרקעות העות'מאני, אין בסיס ועיגון לקביעה לפיה דין המחלול אינו חל מעת שהוגשה תביעה במסגרת הליכי הסדר. זאת, כמבואר לעיל, בשונה מן השלבים הנוספים, המהותיים, של הליך הסדר המקרקעין, אשר בהם נרשמת זכות התצ'רוף בלוח זכויות לא סופי ובלוח זכויות סופי – וזאת על רקע בחינה משפטית ועובדתית מעמיקה, המקנה תוקף מהותי וראייתי לזכות התצ'רוף, כך שלא יהא בדין המחלול כדי להפקיעה עוד.

בטרם סיום

54. עמדתי לעיל על הטעמים אשר הוליכוני למסקנתי לפיה עלינו לדחות את טענת העותרים כי אין להחיל את דין המחלול בשל עצם הגשת התביעה בהליך ההסדר. טרם סיום אבקש להוסיף כי עיינתי באסמכתאות השונות שצירפו העותרים, אשר לטענתם תומכות בעמדה לפיה הגשת התביעה במסגרת הליכי ההסדר מפקיעה את דין המחלול. לגישתי, אין באסמכתאות אלה כדי להועיל לעותרים, ולא שוכנעתי כי הן מבססות, מבחינה משפטית, את עמדתם האמורה.

כך למשל, ניסיונם של העותרים להיבנות מהאמור בעניין רחאל בנוגע לטענתם להעדר תחולת דין המחלול לאחר הגשת התביעה – אינו משכנע, שכן במקרה האמור כלל לא נטענה טענת הוברה וממילא תחולת סעיף 68 לאחר הגשת התביעה בהליכי ההסדר לא נדון במסגרת פסק הדין. כמו כן, אף בפסיקה הישראלית הנוספת אליה הפנו העותרים אין כדי לתמוך בטענותיהם, שכן פסקי הדין דנים בהפסקת מרוץ ההתיישנות במובן הפוך מזה הנדון בענייננו, היינו – במקרים אשר בהם הגשת תביעה מצד מי שאינו

מחזיק במקרקעין עוצרת את עשר שנות "ההתיישנות הרוכשת" של המחזיק בקרקע ומעבדה, ואינם דנים כלל בדין המחלול ובתחולתו לאחר הגשת התביעה בהליך ההסדר. עוד אציין כי ערה אני לאמור בעניין קהתי בנדון ואולם לא הובהר שם מהו הבסיס המשפטי שיש בכוחו לבטל את דין המחלול ואת תחולת סעיף 68 לאחר הגשת התביעה וטרם רישומה; ומכל מקום, איני שותפה לעמדה שהובעה שם כאמרת אגב ושלא לצורך העניין דשם.

סיכום

55. לסיכום, אפוא, זכות התצ'רוף משתכללת מכוח "התיישנות רוכשת" בחלוף עשר שנים רצופות של החזקה בקרקע ועיבודה. בתום עשר השנים הללו נדרש המחזיק בקרקע להמשיך ולעבדה, שאם לא כן – תפקע זכות התצ'רוף שבידיו מכוח דין המחלול בחלוף שלוש שנות הוכרה. זאת, כאמור לעיל, אף אם לאחר שכלול זכות התצ'רוף הגיש המחזיק בקרקע תביעה למנהל הקרקעות והמדידות או לפקיד מטעמו. ואולם, מניין ההוכרה לצורך תחולת דין המחלול יעמוד מלכת עם רישום זכות התצ'רוף, כאשר לשם כך, יראו גם בעריכת לוח זכויות לא סופי, בשלב השני של הסדר הזכויות, כרישום המפקיע את דין המחלול.

56. סוף דבר: אציע לחבריי לבטל את הצו על תנאי ולדחות את העתירות, זאת ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

1. כדברי חברתי, השופטת י' וילנר, דינן של העתירות – לדחייה.
2. באדמת מירי עסקינן, בטענה על זכות תצ'רוף לגביה (10 שנות החזקה ועיבוד), לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני (1858); בעקבות הוֹבְרָה, 3 שנות בור ללא צידוק, חל דין המחלול (סעיף 68 לחוק הנ"ל); זכות התצ'רוף פקעה, והזכויות בקרקע נתונות לריבון באיו"ש.

3. המינוח "התיישנות" כלל איננו מתאים בהקשר דנן, אך "שבשבתא כיוון דעל – על" (בבלי, בבא בתרא כא, א). משנכנס הביטוי והשתרש בלב, קשה לעוקרו ממקומו. למצער, עלינו להתייחס לתוכן, ולא לכותרת. הגשת תביעה לפקיד הסדר המקרקעין, עוצרת את מירון "ההתיישנות הרוכשת" של המחזיק במקרקעין, אך אין בכוחה לבטל את דין המתלול. אין טעם, לא תכלית ולא הצדקה, להקפיד את הדין המהותי משעת הגשת התביעה לפקיד ההסדר, ולהתעלם מכל אשר אירע ונעשה לאחר מכן. אין הוראה בדין החל באיו"ש אשר עוצרת את מירון ההתיישנות של ההוֹבְרָה 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 המתלול, דין מהותי חשוב במסגרת דיני הקרקעות, לא יאלם דום באותו שלב מקדמי, אדמיניסטרטיבי, של לוח התביעות, שהמידע שבו מסופק ולוט בערפל, בטרם נעשתה בדיקה מעמיקה ומדוקדקת (בשפת המקור **تدقيق** = תדקיק), שרק עם סיומה מתגבש לוח הזכויות הלא-סופי. לא יתקיים בו, בדין המתלול – "שפחה כי תירש גבירתה" (משלי ל, כג); הפרוצדורה והאדמיניסטרציה לא ישעבדו את המהות. לפיכך, ומשהריבון נותר כל העת בעל ה"ראקבה" (הבעלות), לבטח, באין הוראת-דין מפורשת ולא מסקנה משתמעת לסתור – נותר דין המתלול בתוקפו.

4. זאת ועוד, וגם בהנחה (שאינה נכונה) שאין מדובר בחסם דיוני-פרוצדורלי גרידא, בדמות עצירת מירון "ההתיישנות הרוכשת", שתכליתו אינה אלא לשרת את ביצוע הסדר המקרקעין, אלא שמירון ההתיישנות נעצר כליל עם הגשת תביעה לפקיד ההסדר, והדין המהותי "מוקפא"; או אז, באה לידי ביטוי הוראת סעיף 3(א) לצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון) (מס' 291), התשכ"ט-1968 (להלן: צו ההתליה). זו לשונה: "תוקפם של כל צו הסדר וכל הליך שנעשה על-פי הסדר יותלה, ולא תהיה נפקות לכל הוראה שבדין האוסרת עסקה במקרקעין עקב מתן צו הסדר, שוללת מתקפותה של עסקה כאמור, מונעת, מתנה או מתלה הליך כל שהוא בענייני מקרקעין עקב מתן צו ההסדר, בין הליך בבית משפט ובין הליך שלא בבית משפט" (ההדגשה שלי – נ' ס'). צו ההתליה – על יתרונותיו וחסרונותיו, הן לפרט, הן למדינה – גרם לכך ששוק המקרקעין באיו"ש לא עמד מלכת. התליית ההסדר מבטלת אפוא מיניה וביה את המניעה מהחלתו של דין המתלול על מי שזכויותיו טרם נתבררו, אלו שטרם נרשמו בלוח הזכויות הלא-סופי, או בלוח הזכויות הסופי. מסקנת הדברים היא אפוא שאדמת המירי הנדונה הוֹבְרָה, ומלוא הזכויות בה נתונות לריבון.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

הנני מצטרף לדברי חבריי, השופטת י' וילנר והשופט נ' סולברג.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת י' וילנר.

ניתן היום, י"ג בכסלו התשפ"א (29.11.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט