

- 1- חרב מנור חמד ברכאת, ת.ז. 999438914
 2- עלי דאוד איסמעיל ברכאת, ת.ז. 998995831
 3- ראג'ח דאוד ברכאת, מס' דרכון אמריקני 509824166P
 4- ראש מועצת כפר עאקב, בסאם מסוודי, ת"ז 027614759

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. מוטי קוגל (עבור חברה ביסוד), [משיב פורמלי] באמצעות עו"ד דניאל קרמר, מרח' רמב"ן 5, ירושלים, טל': 02-5662195, פקס': 02-5666646

המשיבים

תגובת העותרים לתשובת המשיבים 1-2 לעתירה לקיום דיון נוסף

בהתאם לבקשת העותרים למסור את תגובתם לאמור בתשובת המשיבים 1-2 לעתירה לקיום דיון נוסף, ולבקשות הארכה המוסכמות שהוגשו מטעם העותרים, מתכבדים העותרים למסור את תגובתם כמפורט להלן.

לאור העובדה כי אסכמתאות המובאות בתגובה זו לא פורסמו קבצים רשמיים של פסקי דין או פרסומים אחרים ואינם מצויים לעת הזו במאגרים, אלה צורפו לתגובה זו כנספחים.

I - פסק הדין יוצר הלכה חדשה, או בנוסף ולחילופין, עומד בניגוד להלכות קודמות של בית המשפט העליון

1. המשיבים טוענים כי בתשובתם כי לא נוצרה הלכה במסגרת פסק הדין אלא לכל היותר הכרעה בסוגיה משפטית. בכל הכבוד הראוי, לא ניתן לקבל עמדה זו, כפי שגם המשיבים עצמם טענו במסגרת הליכים אחרים, עת סיווגו את פסק הדין כ-"הלכה", והיכן שגם ערכאות שיפוטיות אחרות אשר דנו בסוגיה לאחר מתן פסק הדין מושא העתירה, ראו בו הלכה לכל דבר ועניין.
2. מעבר לכך, המשיבים אף נמענים מלהתייחס לטענות העותרים בבקשתם לקיום דיון נוסף, לרבות לא השלכות מרחיקות הלכת של ההלכה, או היכן שהיא סותרת הלכות קודמות ופוטרים עצמם מהתמודדות עם הטענות הללו כ-"טענות ערעוריות".
3. כפי שנראה להלן, הן מהבחינה המהותית והן מן האופן בו פסק הדין התקבל על ידי גורמים שונים – שיפוטיים ואחרים – אין ולא יכולה להיות מחלוקת כי פסק הדין יוצר קביעות משפטיות ראשוניות, חדשניות, אשר אינן עומדות בתלם אחד ואחיד של הפסיקות שהותוו בעניין, הן ביחס לנעשה בישראל, הן ביחס לנעשה באזור, הן לפסיקות המנדטוריות, והן לפסיקות בית המשפט הנכבד באשר למצב המשפטי החל באזור, ובפרט במסגרת הליכי ההסדר הירדנים.

(א) בחינת השאלות המהותיות העולות מפסק הדין: הלכה חדשה לכל דבר ועניין או כזו הסותרת

הלכות קודמות, והטענות השגויות והמטעות של המשיבים בתשובתם

4. המשיבים טוענים כי אין המדובר בהלכה אלא לכל היותר בהכרעה של בית המשפט הנכבד כפי שהופיעה בפסק הדין, והוא מהווה לכל היותר יישום של הדין הקיים. המשיבים גורסים כי כל עוד בית המשפט לא מגדיר את פסק דינו כהלכה אין לראות בכך הלכה.
5. קשה לקבל את טענת המשיבים וזאת מכמה הבטים. זאת, מעבר לטעויות והשגיאות הקשות של המשיבים בתשובתם לבקשה לקיום דיון נוסף.
6. **ראשית**, כאמור, פסק הדין הינו הראשון אשר בוחן באופן מפורש ומנתח לעומק מערכת דינים העוסקת בהסדר המקרקעין באזור – הן מבחינת החוק ההסדר הקרקעות והמים מס' 40 משנת 1952 (להלן: "חוק ההסדר הירדני"), והן מבחינת הצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה ושומרון) (מס' 291, 1969) (להלן: "צו ההתלייה").
7. העובדה כי הוראות דין אלה נידונו בהרחבה לראשונה על ידי בית המשפט הנכבד, לצד העובדה כי לא קיימת פסיקה מעמיקה של בית המשפט בנושא (למעט פסק דין אחד ויחיד, בעניין ע"א 602/82 יורשי אבו נייע נ' מנדלבאום [1983, פורסם בנבו], אשר קובע קביעה הפוכה בתכלית). נדירות העיסוק של בית המשפט הנכבד במאטרייה משפטית זו מחד גיסא, והשלכות הרחוב של הפסיקה מאידך גיסא, עמדו בבסיס טענתו של היועץ המשפטי לממשלה בבקשה לקיום דיון נוסף בפרשת מצפה כרמים (דנ"א 6364/20 שר הביטחון ואח' נ' סאלחה ואח').
8. **שנית**, עצם השאלה בדבר מהות תוצרי לוח התביעות על פי הדין הירדני, היכן שבית המשפט קבע כי המדובר בתביעות סתמיות מכל הבא ליד שלא עברו בדיקה כלשהן, הינה קביעה משפטית ראשונה ומחדשת, הלכה לכל דבר ועניין, אשר עומדת בבסיס הבקשה לדיון נוסף.
9. המשיבים מציגים ציטוטים וחלקי ציטוטים המתייחסים ללוח התביעות במובנו של פקודת ההסדר המנדטורית והישראלית, וזאת מבלי לעמוד על השינוי המהותי כפי שהוא מופיע בחוק הירדני, אשר קובע כי לוח התביעות מתגבש לאחר חקירה ובירור על ידי הגורמים המוסמכים. שאלה זו, אשר נדונה לראשונה בפסק הדין, הינה מליבת הנושאים שבבקשה לדיון נוסף.
10. הוראות הדין הירדני, כמו גם מלוא הראיות קובעות כי עריכת לוח התביעות מתבצעות לאחר חקירת התביעות ורק אם נמצא מקום להכלילם בלוח התביעות. אכן, יכולות להיות תביעות שנויות במחלוקת בין פלוני ובין אלמוני בנוגע ליחידת קרקע, אולם אלה שנויות במחלוקת בין זהות הבעלים ולא באשר לעצם קיומה של זכות במקרקעין. משכך, בניגוד לדין הישראלי או המנדטורי, אין המדובר בתביעות סתמיות מכל הבא ליד, אלא לוח שנעשה לאחר בדיקה מקפת על ידי הגורמים המוסמכים בשטח.
11. עמדה על כך ד"ר רונית לוי-שנור¹ במאמרה "זכויות במקרקעין ביהודה והשומרון: הליכי הכרה, כללי הכרה וכללי הגנה" (עתיד להתפרסם בכתב העת **משפטים** נב), אשר מתייחס בין היתר לפסק הדין מושא הבקשה באופן נרחב, בעמ' 35 –

"הלוח הנערך בסיומה של החקירה הפומבית המכונה בחוק ההסדר הירדני 'לוח תביעות', וזאת בשונה מלוח התביעות הטכני של פקודת ההסדר המנדטורית. לפיכך, מה שמכונה לוח תביעות בחוק הירדני, הינו שלב מתקדם יותר מזה של לוח התביעות"

¹ כפי שתואר בבקשה לדיון נוסף, חוות הדעת של ד"ר לוי שנור באשר לדין הירדני והשלכתו בסוגיה האמורה, הוגשה במסגרת ההליכים בפני בית המשפט וצורפה לבקשה לדיון נוסף.

המנדטורי, שכן הוא מבוסס על חקירה פומביל ולא קודם לעריכתה של חקירה שכזו ללוח התביעות משקל רב בהקשר הירדני גם משום שלפי החוק הירדני את ההתנגדויות ללוח הזכויות שומע בית הדין להסדר (ולא פקיד ההסדר כבמקור המנדטורי) אשר אינו מצוי בפרטי המקרקעין מקרוב. לכן, בחינת השטח, שהיא המלאכה החשובה ביותר בהסדר המקרקעין, נעשית על ידי פקיד ההסדר וסיכומה הוא אשר בא לידי ביטוי בלוח התביעות הירדני.

אם כן משלמעשה לוח התביעות הוא פועל יוצא של חקירה אותה ייחס בית המשפט לשלב של לוח הזכויות הלא סופי, אין מנוס אלא להכיר בכך שהדחיית המועד הרלבנטי להפסקת דין המחילול לפי שיטתו של בית המשפט לשלב לוח הזכויות הלא סופי שאין עמו חקירה ובירור אשר כבר התבצעו עובר לגיבוש לוח התביעות, אין לה כל הצדקה והיא מהווה פגיעה בקניין התושבים שזכויותיהם התגבשו קודם לכניסת כוחות צה"ל לאזור ועתה זכויותיהם נשללות כך סתם."

המאמר האמור, אשר עתיד להיות מפורסם בקרוב מאד על גבי המרשתת טרם הוצאתו בכרך כתב העת, מצ"ב במלואו **כנספח 1**.

12. החוקר המלומד Michael Fischbach אשר חקר את הליכי הסדר המקרקעין בירדן ברבות השנים במסגרת ספרו *State, Society and Land in Jordan* (Brill, Boston and Leiden, 2000), מחזק גם הוא את טענת העותרים (אשר נשענה הן על הוראות הדין המפורשות והן על פי חוות הדעת של מי ששימש עוזר פקיד ההסדר הירדני) וכן את טענת ד"ר לוי שנור במאמרה ובחוות הדעת שצורפה מטעמה כי המדובר היה בהליך אינקוויזיטורי של בירור מצב הזכויות בקרקע, ולא באיסוף ספורדי-וולנטרי של טענות זכות עלומות: כך, מתואר בעמ' 107-108 כיצד צוות ההסדר היה מגיע לאזור ההסדר, ובוחן את טענות הזכות ביחס לכל חלקה וחלקה. במידה והיו טענות נוגדות – פקיד ההסדר היה מבצע חקירה אינקוויזיטורית בשטח, ורק לאחריה, ולאחר בירור מעמיק, היה עורך את לוח התביעות:

"If the land were contested, the settlement office carried out an on-site investigation under the authority invested to him by the Land Settlement law. Sometimes persons stepped forward to claim that a certain plot of land has been mortgaged to them. Still others claimed they had bought land from a person who instead argued that the "sale" in question was in fact merely a mortgage. Such investigations could be colourful events, in the variety of witnesses and experts presenting petitions (often "signed" with a fingerprint by illiterate petitioners), testimony and documents. The settlement officer's decision could be appealed to the land settlement court after the final "schedule of rights" detailing all claims in the village was drawn up by the land department in Amman and sent back to the village and order locations and posted for public inspections."

למען הנוחות, מצ"ב העתק מהפרק הרלוונטי של ספרו של Fischbach כאסכמתא לתגובה זו
כנספח 2.

13. הנה כי כן ניתן ללמוד מהתיאור הנ"ל את שטוענים העותרים (1) כי הליך הכנת לוח התביעות היה הליך מהותי; (2) כי הוא כלל את התביעות לאחר חקירה בשטח ואין המדובר בתביעות סתמיות או הליך של איסוף בירוקרטי ותו לא; (3) כי ההליך כלל תביעות שנויות במחלוקת בין צדדים שונים; (4) כי לאחר השלמת לוח התביעות, נערך לוח הזכויות הלא סופי במשרדי המדידות בעמאן. למעשה, הליך יצירת לוח הזכויות הלא סופי הינו הליך טכני שאינו כולל בירור כלשהו, שכן הבירור וההכרעות נעשות במסגרת עריכת לוח התביעות; (5) כי ניתן לערער על תוצרי לוח הזכויות הלא סופי, ועליהם בלבד, לבית המשפט של ההסדר.

14. משכך, גם קביעת בית המשפט כי הגשת הליך בהסדר הינו הליך וולנטרי, אינה תואמת את הוראות הדין: המדובר בהליך הסדר כפוי, מאולץ על ידי הריבון, ומי שלא מגיש את תביעתו במהלך הליך ההסדר ייאבד ככלל את זכותו במקרקעין וזאת מכל עקרון סופיות ההסדר. ההליך אינו אדמיניסטרטיבי אלא הליך משפטי אינקוויזטורי לכל דבר ועניין, והתביעה אינה מתיישנת כל עוד ההליך תלוי ועומד (ראו מאמרה של ד"ר לוי שנור המצ"ב, עמ' 25-26). בהמשך קובעת ד"ר לוי-שנור את הדברים הבאים:

"יתר על כן, קביעת המועד להגשת התביעות בהסדר, קביעה המסורה למדינה בלבד, מייצרת חיץ בין שתי תקופות הזמן – זו שקדמה למועד וזו שלאחריה. טרם חלפה התקופה הקבועה לרכישת זכות מכוח החזקה הועיבוד המועד בו יש להגיש את התביעות בהמסגרת ההסדר – לא זכאי יהיה המבקש להרשם כבעלים וכל תקופת ההחזקה שצבר תחשב כלא הייתה. חלפה התקופה הקבועה – והתמלאו שאר התנאים – זכאי המבקש להרשם. מועד השלמת ההסדר נתון להחלטותו הבלעדית של יוזם ההליך – המדינה, ובפכוף לקיומה של התדיינות משפטית אם ישנה, ולכן הזכאות להרשם קיימת כל עוד ההליך תלוי ועומד גם אם הוא נמשך זמן רב. באופן זה מבטיחה המדינה כבמקומות בהם נצרו זכויות פרטיות אלה ירשמו, מחד גיסא, ואילו במקומות בהם טרם נוצרו זכויות כאלה, לא תהיה עוד אפשרות לייצרן, מאידך גיסא. בית המשפט בנעיין ברכאת מסכים לקבל רק צד אחד של המשוואה: מועד בו נעצרת האפשרות לצבור את הזמן הדרוש ערב הגשת התביעה, אך אינו מסכים לקבל זאת לגבי הצד השני של המשוואה, הכרה בכל שבמוע זה אין עוד דרישה להחזיק בקרקע. כלל לא שווה זה שאימץ בית המשפט בברכאת, בו המדינה מרוויחה תמיד, אין לקבל. הוא מפר הוגנות בסיסית, הוא אינו מבוסס על הדין והוא מפר את הנורמות המקובלות מזה עשרות רבות של שנים. מבחן החיץ הכפול – הן לעבר והן לעתיד – הוא כלל בסיסי ביותר של דיני ההסדר, והוא נכון מעם היולדה של פרוצדורת ההסדר בארץ ישראל במנדטורית בשנת 1928. כך פסקו בתי המשפט המנדטוריים וכך פעלו פקידי ההסדר."

15. **שלישית**, בכל הנוגע להחלת דין המחילול על המקרקעין שבמחלוקת, זוהי שאלה מרכזית לגביה מתבקש דיון נוסף.

16. האמור בפסק דינה של כ"י השופטת וילנר כי אין נימוק משפטי המצדיק את החרגת דין המחילול (סעיף 68 לחוק הקרקעות העות'מני אשר הינו חלק מהדין המהותי לצד סעיף 78 לחוק זה), ביחס למקרקעין המצויים בהליכי הסדר, מהווה קביעה ראשונית וחדשנית של בית המשפט הנכבד, אשר כפי שהוצג בבקשה, עומדת בניגוד מוחלט לקביעות מלוא הערכאות המשפטיות אשר דנו בנושא: (א) פסיקות בתי המשפט המנדטוריים אשר עסקו בסוגיה, קבעו במפורש כי למתרחש לאחר הגשת התביעה בהסדר לצורך הכרעות הנוגעות במקרקעין, אין כל משמעות, וכי הסוגיה היחידה הנבחנת היא האם הקרקע הייתה מעובדת למשך הזמן הנדרש (10 שנים לפי סעיף 78) לפני הגשת התביעה בהסדר.

(ב) התחיקה הירדנית קבעה בסעיף 128 לחוקה הירדנית משנת 1952 כי כל החוקים והתקנות ושאר דברי החקיקה שהיו בני-תוקף בממלכה בעת כניסתה לתוקף של החוקה הירדנית יישארו בני-תוקף עד אשר ישונו או יבוטלו בחקיקה מפורשת (ראו: בג"ץ 189/99 עאמר נ' אדם, פ"ד נד(1) 498 [2000]). הוראות אלה חלו גם על פסיקה מנדטורית אשר נחשבה דין לכל דבר ועניין.

(ג) הפסיקה בישראל, קבעה במפורש בשורה ארוכה ועקבית של פסקי דין, כי מועד התגבשות הזכות הינו מועד הגשת התביעה בהסדר. הפסיקה בישראל, אשר הובאה בפירוט במסגרת הבקשה, קבעה את הדברים ביחס ללוח התביעות על פי פקודת ההסדר הישראלי, אשר אין מחלוקת כי הוא בעל מעמד נחות משל עמיתו הירדני, ומכאן כי תחולת עיקרים אלה הינה בבחינת קל וחומר ביחס למצב הנוכחי. הפסיקה קבעה במפורש כי להתארכות הליכי ההסדר, גם במקרים של עשרות שנים, אין משמעות ולא יכולה להיות נפקות לשינויים שנוצרו בקרקע לאחר הגשת התביעה, בין אם טענות הנוגעות לרכישת זכויות חדשות במקרקעין (על פי סעיף 78) ובין אם טענות אחרות הנובעות מהדין המהותי, דוגמת סעיף 68. ראו בהקשר זה גם הסקירה המקיפה של ד"ר לוי-שנור בעמ' 28-30).

(ד) פסיקת בית המשפט העליון היחידה הנוגעת להליכי ההסדר הירדנים, במסגרת פסק הדין בעע"א 602/82 בעניין אבו ניע הנזכרת לעיל, אשר עסקה במעמד לוח התביעות הירדני, קבעה גם היא כי הזכויות מתגבשות במועד הגשת התביעה בהסדר, וכי זהו המועד בו יש לבחון את המעמד של הקרקע.

(ה) החלטות וועדות העררים אשר דנו בנושא במישרין, קבעו באופן אחיד עד לפסק הדין האמור, כי למתרחש לאחר הליכי ההסדר אין ולא יכולה להיות השלכה על מעמד ומצב הקרקע וכי יש לבחון את הדין טרם התחלת ההסדר. משמע, אין מקום לתחולה של הוראות דין המחילול כמו כל הוראת דין מהותי אחרת ביחס לשטח הנוטר 'תקוע' במסגרת הליכי ההסדר.

בהקשר האמור, המשיבים מציגים תמונה משפטית מטעה בפני בית המשפט בכל הנוגע להחלטות וועדת העררים בעניין, כפי שהדבר מופיע בפסקה 44 לתשובתם. כך, ערר 10/80 הנזכר בפסקה זו של המשיבים, קבע במפורש כי לא הוכח בנסיבותיו של הערר כי המקרקעין כלל הגיעו לשלב של לוח תביעות ולא היה ברור האם והיקף הליך ההסדר בעניינם שכן לא הוצגו ראיות בעניין. מכל מקום, קביעה זו של ועדת העררים ניגפת אל מול הקביעה המאוחרת שניתנה בערר 15/82 תושבי כפר עאקב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי, [1984, כב' חבר הוועדה, שופט בית המשפט המחוזי, אליהו כהן, פורסם בספר המקרקעין באיו"ש – פסיקת ועדות הערר 96, הוצאת המפצ"ר, התש"ן-1990], אשר נדרשה לסוגיה באופן ישיר וחזיתי וקבעה דברים הפוכים בתכלית. שאר העררים המועלים על ידי המשיבים, אשר לא צורפו כלל לתשובתם הגם שאלה מעולם לא פורסמו במאגר רשמי, אינם רלוונטיים כלל כיוון שאלה לא עסקו בשאלות בדבר מעמד המקרקעין המצויים בהסדר. בכל המקומות בהם הנושא נידון והוכרע על ידי הוועדה, התשובה הייתה אחידה ועקבית (ערר 15/82, ערר 14/06 בעניין קהתי, ערר 68/13, ערר 2/11, ערר 121/15).

17. למעשה, פסק הדין מושא הבקשה הינו הראשון המוכר הקובע כי נוצרת תחולה לדין המחילול ביחס למקרקעין המצויים בהליך הסדר. בית המשפט הנכבד קובע כי אין מקום להדרש לפסק הדין בעניין רחאל, כיוון שהוא אינו מתייחס כלל לסוגיית החלת דין המחילול ביחס למקרקעין שבהסדר – ואכן, אין התייחסות לדין זה, כיוון שמעולם לא עלה הצורך להדרש לדין המחילול ביחס למקרקעין המצויים בעיצומו של הליך הסדר, וזאת בשל העובדה כי למצב שנוצר לאחר הגשת התביעה, אין כל השלכה או משמעות.

18. פסק דין נוסף הפוסע באותו מישור כמו בפרשת רחאל, אשר אותר לאחרונה בסיוע מזכירות בית המשפט, בענין 62/83 מדינת ישראל נ' חוסין מוסא פלאח (פסק הדין מיום 3.4.1985, לא פורסם ועל

כן מצורף **בנספח 3**), קובע דברים דומים: כך, בעמ' 10 לפסק הדין קובע בית המשפט כי למתרחש לאחר התחלת בירור התביעה אין ולא יכולה להיות השפעה על שאלת היקף עיבוד הזכויות. עוד שב ועיגן בית המשפט (מפי כבי' השופט א' חלימה) את העמדה כי הזכויות מתגבשות בעת הגשת התביעה ובחינת הזכויות **אינה תלויה 'על פי מצב העיבוד בשנים מאוחרות יותר'** (ראו עמ' 12 לפסק הדין, פסקה 4 בעמ' זה).

19. כפי שמציינת המלומדת ד"ר לוי שנוור במאמרה המצ"ב (בעמ' 29):

"בית המשפט בעניין ברכאת אינו מצביע על פסק דין אחד, מנדטורי, ירדני או ישראלי, שבו נשללה תביעתו של מי שחדל לעבד את הקרקע בתקופה שבין הגשת תזכיר התביעה למועד ההכרעה בה [...]. אם אכן כך, בית המשפט קובע למעשה דין מהותי שאין לו תקדים, ומבלי שקביעה זו נובעת מכיבוד הדין הקיים".

20. בהקשר זה, וכפי שחושפת ד"ר לוי שנוור במסגרת הנספח למאמרה באשר לפרקטיקה של רשויות המנדט הבריטי, עולה במפורש כי דין המחילול אינו מוחל במסגרת ובמהלך הליכי ההסדר. המסמך האמור, מכתבו של מהנל בפועל של מחלקת הסדר הקרקעות המנדטורי למזכיר הראשי מיום 17.8.47, אשר חל ביחס לפרקטיקה הנהוגה בשני חלקי תחום השתרעות המנדט והפקודה המנדטורית, קובע את המקרים בהם מקרקעין יכולים להכנס לדין טאבו שעליהם חל דין המחילול. הליכי הסדר אינם המקרים האמורים.

21. **דביעית**, האמור בפסק הדין של כבי' השופט סולברג מחדש גם הוא ביחס למצב המשפטי באזור – ולעני"ד של העותרים, אף שגוי – במספר מובנים מובנים:

22. **הראשון**, הוא באשר לטענה כי אין טעם תכלית או הצדקה להקפאת הדין המהותי, וזאת למרות הפסיקה הענפה הנוכרת בנושא. גם ביחס למצב השורר בישראל אין כל הוראת דין מפורשת הקובעת את עצירת מירוץ ההתיישנות והדבר נובע מפיתוח פסיקתי המשלב בין הוראות הדין המהותי לבין מהותו של הליך ההסדר, כאשר אין כל סיבה כי דווקא התמשכות הליכי ההסדר (וקל וחומר – היכן שהרשויות האזור מונעות את השלמתו), יפגעו בזכויות שכבר נרכשו עד להתחלת הליך ההסדר.

23. **השני**, הוא באשר לשאלת מהות לוח התביעות והנפקות של דברים אלה. לא רק שמעמד לוח התביעות אינו ראשוני, אלא שגם אם נקבל כי המדובר בלוח ראשוני כמו בפקודת ההסדר הישראלית, הרי שנקבע כי הגשת התביעה עוצרת את מירוץ ההתיישנות או את החלת הדין המהותי עד להשלמת הליכי ההסדר.

24. **השלישי**, הוא באשר לניתוח צו ההתלייה והשפעתו על הליכי ההסדר או החלת דין המחילול.

25. בפועל, פסק הדין יוצר החייאה של דין המחילול ביחס למקרקעין המצויים בהליך הסדר, וזאת חרף העובדה כי דין המחילול לא הוחל בפועל וגם לא היה מקום להחילו כלל.

26. כפי שמלמדים דברי מלומדים רבים (משה דוכן בספרו, פרופ' חיים זנדברג), וכן סקירתה של ד"ר לוי-שנוור במאמרה המצ"ב, בפועל דין המחילול נזנח בפועל לפני כ-100 שנה, עוד על ידי השלטון העות'מאני ולאחר מכן על ידי השלטון הבריטי והירדני (ראו עמ' 21 למאמר המצ"ב). מעבר לעובדה כי דין המחילול לשיטת המחברת חל מלכתחילה רק על קרקע שהוקצתה, הרי שבפועל דין זה הפסיק הלכה למעשה לחול לאור שינוי החקיקה באזור משנת 1913, אשר שינה את מרכיבי המס ביחס לקרקע מסוג מירי ויבוליה.

27. בנוסף, כפי שעולה מלשון הוראת הדין עצמה, אין משמעות סעיף 68 כי הזכויות פוקעות מאליהן ועוברות לריבון כפי שקבע כבי' השופט סולברג: יש לבצע בירור עובר להחלת סעיף 68 על מנת לבחון האם מתקיימות הדרישות לקביעת המקרקעין כדין מחילול וגם אז לבעל המקרקעין קיימת זכות ראשונית לרכוש אותה מחדש על פי שוויה. היא אינה שבה באופן אוטומטי לחזקת הריבון. דברים אלה נאמרים בבחינת למעלה מן הצורך שכן סוגיה משנית זו לא נדונה בפסק הדין.

28. כך או כך, עצם החייאת דין המחילול כעת, במסגרת פסק הדין, מהווה הלכה חדשה או כזו המצדיקה עיון מחודש בהרכב מורחב, בפרט לנוכח ההשלכות העצומות שיש להחייאה זו של דין שנגוז מהשטח עוד בשנת 1913, ומלכתחילה ספק אם ניתן היה להחיל סעיפים אלה על המקרקעין. בוודאי ובוודאי שאין ולא היה מקום להחיל דין זה ביחס למקרקעין המצויים בהליכי הסדר.

29. **חמישית**, הן עמדת כב' השופטת וילנר והן עמדת כב' השופט סולברג טוענות כי אין הוראת דין מפורשת הקובעת כי דין המחילול אינו חל ביחס למקרקעין אשר מצויים בשלב לוח התביעות. בד בבד, קובעים אלה כי אין תחולה של דין המחילול ביחס למקרקעין המצויים בשלב המתקדם של לוח זכויות (לא סופי, אשר ניתן גם הוא לערער בפני בית המשפט).

30. ברם, בכך יוצר פסק הדין סתירה מובנית, כיוון שאין – כלשון בית המשפט הנכבד עצמו – כל הוראה בדין הקובעת את פקיעת דין המחילול ביחס למקרקעין המצויים בשלב של לוח הזכויות! משכך, ההבחנה בין שני מרכיבים אלה, בין שני שלבים אלה, בכל הנוגע להחלת דין המחילול, נעדרת כל עיגון בדין ובוודאי שבהוראה מפורשת. בפועל, הוראות הדין והפסיקה, בוודאי לנוכח התליית הליכי ההסדר והעילות בגינו הותלה ההליך, אינם מאפשרים החלה של דין המחילול בפועל.

31. **שישית**, המשיבים, נשענים על פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין צו ההתליה, ככזו אשר מאפשרת למעשה החלת דין מחילול על המקרקעין בהסדר, גם אם לא היה מקום לעשות זאת במצב דברים רגיל. אולם ברור, כפי שנקבע לא אחת בפסיקה, ובפרט ביחס למצב בעניין צו ההתליה (ראו עמדת פרופ' זנדברג בהחלטה בעניין קהתי), ככל שמעת הגשת התביעה חלים עיכויים בהכרה בה אשר אינם תוצאה של אשמת התובע, אין העיכויים הללו פוגעים במעמדו של תובע הזכות ובוודאי שלא ניתן בשל כך להטיל עליו חובות נוספים.

32. צו ההתליה נועד לאפשר רציפות דיונים בפני בתי משפט, ביחס לנושאים תלויים ועומדים וזאת בשל הקפאת פעילות בית הדין של ההסדר (אשר קיבל סמכות ייחודית לדון במחלוקות ועניינים הקשורים למקרקעין המצויים בהסדר). כך מוחל דין רציפות ביחס לפעולות השונות שנקטו עד כה, באופן המאפשר חיי מסחר וכלכלה סבירים.

33. אין לקרוא אל תוך צו ההתליה – אשר נועד להתלות, להשהות ולהקפיא את המצב ולא לבטלו – החלה של פרקטיקות או הוראות דין אשר בפועל יובילו לבטלותו או איונו של הליך ההסדר. צו ההתליה המתלה ומקפיא את הליכי ההסדר, משמעו אחת היא – כי לא תיתכן הוברה בקרקע המצויה בהליכי הסדר. למעשה הפרשנות שבית המשפט הנכבד העניק לצו ההתליה אינה מתלה את הליכי ההסדר, אלא מתלה את ההוראות המקפאות את הליך ההסדר (לפחות בחלקו), וזאת על דרך של החלת דין המחילול אשר בפועל, הלכה למעשה, מובילה לבטלות הליכי ההסדר. עמדה על כך ד"ר לוי-שנור במאמרה הנזכר לעיל (עמ' 33) –

"ההתליה לפי הצו היא suspension. מקבילה טובה לה היא פקודת ההתיישנות (אויבים ושבויי מלחמה) משנת 1946, שם נקבע דין דומה של התליה, וכך גם תורגם לעברית, ולפי אדם בכל זמן לפני הפקיעה של תקופת התיישנות לפי כל חוק אדם שהיה צד הכרחי להליך היה אויב או מוחזק במדינת אויב, התקופה האמורה "shall be deemed not to have" תורגם לעברית דין ההתליה משמעותו – "יהיו רואים את התקופה הנ"ל כאילו לא נמשכה". הפקודה חלה גם על הליכי שמיעת תביעות בפני פקיד ההסדר.

אם רואים את התקופה כאילו לא נמשכה, לא תתכן הוברה בקרקע המצויה בהליכי הסדר, והדברים אמורים, גם אם מתנהלים לגבי אותה קרקע הליכים אחרים, ככלל ובפרט, הכרזה על רכוש ממשלתי, הליך שיתכן רק אם הקרקע איננה רשומה בלוח התביעות על

שמו של אחר שאיננו המדינה ולכל הפחות תוך כפיפות למצב הדברים כפי שתועד בלוח התביעות ללא התחשבות במה שאירע לאחר מכן.

לבסוף, חובתו העיקרית של המשיב בעניין מקרקעין באזור היא לשמור ולכבד את קניין הפרט. הגנה על קניינם של תושבי האזור המוגנים היא חובה אקטיבית המוטלת עליו. הכוח לנהל את הרכוש הממשלתי ולהפיק ממנו פירות אינו מצוי באותה מידת חובה המוטלת על המשיב ועל המפקד הצבאי. ככל שהמונה חפץ בהעמקת היקף שטחי ההכרזה על רכוש ממשלתי, עליו לעשות כן בכפוף לכל האילוצים הנובעים מכיבוד קניין הפרט. בכלל זה, כיבוד זכויותיהם של מי שהגישו תביעה במועד וטרם קיבלו מהרשות השלטונית מענה לתביעתם הואיל והיא בחרה שלא לעשות כן.

אם כן, קביעתו של השופט סולברג אינה מתיישבת עם לשון סעיף 3(א) סיפא לצו ההתליה; היא אינה מתיישבת עם ההוראות שבסעיף 3(א) רישא ו-3(ב) לצו, היא אף אינה מתיישבת עם תכליתו, ועם האופן בו אומצה למעשה הוראה בלתי כתובה דומה ביחס למזרח ירושלים. הסיפא של סעיף 3(א) לצו היא אשר מהווה הבסיס לביצוע הליכי הכרזה על רכוש ממשלתי על מקרקעין שכאלה, והוא אשר מהווה הבסיס לאפשרות ביצוע רישום ראשון במקרקעין המצויים בהליך הסדר אם סביר להניח שהליכים אלה לא יקויימו תוך זמן סביר. אך לא דבר מעבר לכך. אם ניתן לטעון להוברת קרקע לגבי הסדר שלא הושלם, כפי שטוען המשיב, מדוע לא עתר כנגד החלטת ועדת העררים בעניין קהתי? מה לי לוח תביעות מה לי לוח זכויות לא סופי, שכן הבחנה מהותית ביניהם לצורך או מכוח צו ההתליה אין. אם יש בצו ההתליה כגישתו של סולברג להפעיל דין מהותי שנדם, הרי שיש בו שינוי של הדין המהותי על דרך קביעתו של כלל פרוצדורלי, בניגוד לכלל שסולברג עצמו ניסח לפיו "הפרוצדורה והאדמיניסטרציה לא ישעבדו את המהות".

34. **שניעית**, טוענים המשיבים בפסקה 50 כי לוח התביעות לא היה בידיהם. ברם, מצב הליך ההסדר ולוח התביעות היו ידועים למשיבים עוד במסגרת ההליכים בערר 15/82 (הנזכר לעיל), אשר עסקו באותו הכפר בדיוק והוצגו בפני הוועדה מסמכים זהים עד דומים. משכך, טענה זו הנטענת בחוסר תום לב דיוני דינה להדחות. אולם גם אם נקבל את עמדת המשיבים כפי שהיא מופיעה בהמשך הפסקה, כי קיים אצל פער מידע או מידע חלקי, ביחס למקרקעין המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית המחייב שמירה על המצב הקיים, הרי שבכך מלמדים המשיבים הן על חשיבותה של ההלכה והן על השלכותיה.

35. עמדת המשיבים, הנתמכת כעת בפסק הדין של בית המשפט מושא הבקשה, מבקשת למעשה לאיין את הליכי ההסדר ואת זכויותיהם של פרטים, תושבים מוגנים בקרקע, וזאת תוך היתלות בחוסר המידע הקיים ברשותם. המשיבים, למעשה מרימים עצמם בשרוכי נעליהם, ומבקשים על סמך העדר המידע או המידע החלקי המצוי ברשותם, להתעלם ולבטל לחלוטין את שנעשה על ידי השלטון הירדני.

36. נעיר, כי גם כאן המשיבים סותרים עצמם – שכן אם אין ברשותם מידע אם מקרקעין הגיעו לשלב של לוח תביעות או לוח זכויות (כאשר לשיטת המשיבים רק ביחס לאחרון אין תחולה של דין המחילול), כיצד אלה יכולים לקבל החלטות או לבצע הכרזות ביחס למקרקעין אשר אין בידם מידע כאמור? קושי זה מובן מאליו, חשיבותו וייחודיותו מתעצמים פי כמה לאור עמדת המשיבים עצמם.

ב) הלכה קשה, חדשה ומשמעותית

37. המשיבים מתעלמים בתשובתם מהקושי, החידוש וההשלכות העצומות של פסק הדין על מאות אלפי אנשים, נוכחים ונעדרים מהאזור. למעשה, לכל אורך הדרך, המשיבים מבקשים להתעלם מסוגיית השלכת עמדתם ופסיקת בית המשפט על אותם נפקדים מהשטח, אותם נפקדים אשר בעטיית נפקדותם, הותקן צו ההתליה.
38. כב' השופטת וילנר מציינת את העילה להתקנת צו זה בפסק דינה, אולם בפועל פסק הדין אשר מורה לאותם בעלי קרקע נפקדים להמשיך לעבד את אדמותיהם ואם לא יעשו כן, יאבדו את זכותם, יוצר כאן קושי עצום, אשר כרוך בהפרת המחוייבות של מדינת ישראל לקניין הפרט ולחובות הרשויות באזור מבחינת המשפט הבינלאומי ההומניטרי, וזאת מעבר לסתירה המובנית בפסק הדין באפיק זה.
39. מעבר לכך, המשיבים אינם מתייחסים למצב הפרדוכסלי שנוצר, עת לפני כארבעה עשורים ניתנה החלטת וועדת העררים בעניין ערר 15/82 הנזכר לעיל, החלטה שהפכה לחלוטה והמשיבים לא ביטלו אותה ואף פעלו בהתאם להוראותיה, אשר יצרה אינטרס צפויות לתושבי האזור, כי לצורך בחינת שאלת ההכרזה על רכוש ממשלתי, יש לפעול ולבחון את המצב לפני התחלת הליכי ההסדר. החלטות אחרות של וועדת הערר אשר נזכרות בתשובת המשיבים (ואלה כאמור נמנעו מלצרפן), לא נגעו כלל בשאלות אלה, ומעבר לחוסר תום הלב הדיוני שבהפניות אליהם, ברי כי אלה אינן רלוונטיות לשאלות שבמחלוקת במקרה כאן, בהיבט הרחב שלו.
40. פסיקת בית המשפט מהווה – לא רק חידוש או שינוי של הלכות קודמות – אלא צופנת בחובה השלכות רחבות היקף. לא בכדי היו אלה המשיבים אשר ציינו בעבר כי לפסק הדין האמור תהיינה השפעות ניכרות על החלטתם לחדש את הסדר המקרקעין באזור, בין היתר על בסיס הטענה כי אין משמעות לחלק ניכר מהליכי ההסדר שבוצעו והוקפאו. מטרת המשיבים היא לבטל ככל הניתן את מעמד הליכי ההסדר, וזאת בניגוד אף לצו ההתליה.
41. לצד זאת, מבקשים המשיבים להיבנות מאותו חוסר ידע הקיים אצלם באשר למצב הליכי ההסדר, וזאת על דרך של ביטול כל שנעשה עד כה אלא אם הוכח כי הליך ההסדר הגיע לשלב של לוח זכויות לא סופי. גם בכך טמון קושי עצום, שכן למשיבים אין כל אינטרס לברר את המצב האמור, אם לא למטה מכך.

II - ההלכה במבחן המעשה: כיצד ערכאות שיפוטיות וכיצד המשיבים עצמם רואים

את פסק הדין מושא העתירה

42. כאשר בוחנים את האופן בו התקבל פסק הדין על ידי הגורמים השונים, לא יכולה להיות מחלוקת כי כלל הגורמים רואים בפסק הדין ובאמור בו הלכה, לכל דבר ועניין.
43. כך, פסק הדין ניתן בחודש נובמבר 2020, ואילו המקרה הראשון בו ערכאה שיפוטית נדרשה אליו, עסק בסוגייה דומה, היא החלטת וועדת העררים בערר 50/14 מוסא נ' הממונה על הרכוש הממשלתי [פורסם בנבו, 13.4.2021]. ההחלטה עסקה בסוגיה דומה עד זהה לערר 68/13 (שהיא נשוא הדיון בבג"ץ 5426/17), ובשאלה האם ניתן לבצע הכרזה כרכוש ממשלתי על שטח המצוי בהליכי הסדר שהותלו.
44. חברי הוועדה, נשענו באופן גורף על פסק הדין מושא העתירה לקיום דיון נוסף, ואף כינו אותו "הלכה" במספר רב של פעמים. בולטים במיוחד הציטוטים הרבים של פסק הדין כפי שאלה מופיעים בחוות דעתה של נגידת וועדת העררים (כתארה אז), סא"ל דליה קאופמן, אשר חלק הארי מהחלטתה מהווה למעשה ציטוט של פסק הדין בעניין ברכאת.

45. האמור בחוות הדעת של חבר הוועדה סא"ל מ' וחניש (הדגשות הוספו) במסגרת ערר 50/14 הנזכר לעיל, ממחיש עד כמה פסק הדין מהווה הלכה, בעלת משמעות עצומה, ואינן מסתכמות רק ב-"הכרעה מתבקשת על פי הדין", אלא כאלה היוצרות דין של ממש:

"קביעותיו של בית המשפט העליון בעניין ברכאת משליכות באופן ישיר באשר להכרעה בערר שלפניו. כפי שכב' יו"ר ועדת הערר ציינה, נקבע בעניין ברכאת כי ללוח התביעות, שהוכן על ידי השלטון הירדני בתחילת שנות ה-60 של המאה הקודמת, אין משמעות קניינית וכי מדובר בשלב מקדמי אדמיניסטרטיבי, בגדרו נאספות תביעותיהם של הטוענים לזכויות במהלך הליך הסדר מקרקעין, מבלי שנבדקות הזכויות ומבלי שנעשה סינון כשלהו בתביעות. במסגרת עריכת לוח התביעות, יתכן גם שיכללו בו גם בשלב ראשון תביעות שנויות במחלוקת ובלתי מבוססות, ולעיתים אף תביעות סותרות, אשר מטבע הדברים, חלקן היו צפויות להידחות בהמשך ההליך (ראו סעיף 36 לפסק הדין בעניין ברכאת).

מרבית טענות העוררים נסמכות אכן על קיומו של לוח התביעות כהליך שמקנה להם מעמד קנייני במקרקעין – אך לא היא, **לאור ההלכות שנקבעו בעניין ברכאת.**

כב' יו"ר ועדת הערר ציינה כי קיומן של מדידות וחלקות שבוצעו במסגרת הליך ההסדר הירדני מחייבות התייחסות במסגרת ההכרזה וכי יש לבדוק את אחוזי העיבוד או ההוברה על פי הגבולות שנקבעו בהליך. אינני שותף לדעה זו. כפי שהובהר, לוח התביעות נעשה לפני למעלה מ-50 שנה על ידי השלטון הירדני ואין לו מעמד קנייני. **בהלכת ברכאת** נקבע כי דיני המחלול, ההוברה והוראות סעיף 68 לחוק הקרקעות העותומאני ממשיכים לחול גם לאחר עריכתו של לוח התביעות, שהוא השלב הראשון (מבין שלושה) בהליך ההסדר.

מן הסתם, לוח התביעות והגבולות של החלקות שסומנו, נקבעו על ידי פקיד ההסדר הירדני בהתאם לכללים הנוהגים בקביעת גבולות חלקה – ובעיקר, בהתחשב בעיבודים שהיו קיימים בשטח בעת עריכת הלוח, גבולות שסומנו בשטח (טרם תחילת ההסדר) על ידי מי שהחזיקו בקרקע וכן, תנאי השטח והטופוגרפיה. **לאור ההלכה בעניין ברכאת** – ולפיה, ימשיכו לחול דיני ההוברה והמחלול, ייתכן מאוד שהעיבודים והמצב בשטח ששימשו בסיס לקביעת הגבולות במהלך השלב הראשון של הליך ההסדר על ידי השלטון הירדני, השתנו מאז. ההוברה בשטח, ככל שהייתה, יש בה גם כדי להשפיע במקרים מסוימים על גבולות החלקות שנקבעו בעבר. במילים אחרות – וכאן אני מצטרף לקריאתו של חבר הוועדה כב' השופט ראני עאמר כי על המפקד הצבאי לבצע הסדר מקרקעין באזור – ככל שאכן המפקד הצבאי יחליט לבצע הליכי הסדר במקרקעין, קרוב לודאי שיהיה עליו לערוך לוח תביעות חדש שמשקף את המצב הקיים ולא את המצב שהיה לפני למעלה מ-50 שנה. ממילא אין מקום להגביל את המפקד הצבאי לבדוק את אחוזי העיבוד וההוברה בשטח רק על פי הגבולות שנקבעו בלוח התביעות. כמובן ויחד עם זאת, אכן במקום שבו הגבולות המקוריים שקבע פקיד ההסדר הירדני משקפים את המציאות בשטח יש בהחלט מקום לבצע את הבדיקה בהתאם לגבולות הללו ואין להזדקק לעריכת גבולות חדשים במקרים מעין אלה.

אני סבור כי אכן יש להחזיר את התיק למשיב לצורך בדיקה מחודשת של גבולות צו ההכרזה וזאת לאור עדויות שהובאו בפנינו על ידי חלק מהעוררים ביחס לטענות עיבוד המקנות להם זכויות מעבר ללוח התביעות. לטעמי, בחלק מהמקרים לפחות, הממונה לא התחשב בטענות של אותם עוררים (וייתכן וחבר נובע מהיקף השטח הגדול נושא צו ההכרזה) ומן הראוי שהמשיב ייתן דעתו באופן פרטני לטענות. לעניין זה, אני מפנה לטענות העוררים ביחס לחלקות מספר: 64, 90 – 74 בגוש 11 וכן בחלקות 118, 124, 125, 132 – 128, 135, 164 ו-174 אף הן בגוש 11, חלקות 87, 88 ו-90 בגוש 12, וחלקות 58, 114, 118 בגוש 13. מדובר בחלקות שלגביהן העלו העוררים טענות עובדתיות שמצדיקות בדיקה

מחודשת של הממונה. כמובן, שאין בכך כדי להביע עמדה באשר לנכונות הטענות, אך מן הראוי שתבדקנה בשנית על ידי המשיב ובהתחשב בהלכות שנפסקו בעניין ברכאת.

בנוסף, במסגרת הבדיקה המחודשת של גבולות ההכרזה יבדוק המשיב את גבולות ההכרזה לאור ההלכה שנפסקה בעניין ברכאת בנוגע להחלת דיני ההוברה והמחליל גם בחלקות שגבולותיהן נקבעו בלוח התביעות.

46. בהקשר האמור ייטען, כי שניים מחברי הוועדה, סא"ל קאופמן וכן רס"ן ר'אני עמר, אשר היו חלק מהמותב שעסק בערר 121/15 צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי [פורסם בנבו, 2017], הביעו עמדה שונה לגמרי באשר למעמד לוח התביעות ולמגבלות על הכרזה על שטח שהוחל בעניינו בהליך הסדר. בעוד שבערר צלאח סברו שני חברי מותב אלה, כי בכל הנוגע להגדרת מקרקעין המצויים תחת הליך הסדר שהוקפא יש לבחון את המצב כפי שהיה קיים בפועל לפני הליך ההסדר, וכי לתמורות שהיו לאחר מכן אין כל משמעות, הרי שכעת, בערר מוסא, עמדתם הייתה שונה בתכלית, בהתבסס על פסק הדין. את השלכותיו של פסק הדין כהלכה לא ניתן להכחיש.

47. בנוסף, גם המשיבים עצמם, במסגרת הליכים משפטיים שונים, רואים את פסק הדין כהלכה או כזה המקבע עמדה משפטית סדורה אשר יש להתיישר לאורה.

48. כך היה במסגרת טיעונים וטענות שונות במסגרת ערר 50/14 בעניין מוסא הנזכר לעיל, וכך גם בתשובת המשיבים עצמם, לעתירה מנהלית המתנהלת בבית המשפט המחוזי ומעלה את סוגיית מעמד לוח התביעות: במסגרת תשובת המשיבים לעתירה בעת"מ 52536-01/21 ענדליב אלחזמה ואח' נגד מועצת התכנון העליונה ואח', כפי שהוגשה ביום 1.6.2021, בחלק המתייחס למעמד לוח התביעות, טענת המשיבים אשר מאזכרת הן פסק הדין מושא הבקשה והן את הבקשה לקיום דיון נוסף כי "עצם הגשתה של בקשה לקיום דיון נוסף בעניין אין בה כדי לערער את ההלכה הברורה עליה עמד ביהמ"ש בפס"הד הנזכר" (פסקה 50 לתגובת המשיבים מיום 1.6.2021, הדגשה הוספה).

משמע, גם המשיבים המייצגים את רשויות האזור, רואים בקביעות פסק הדין מושא הבקשה ככזו המגבש "הלכה ברורה", ולא ברור כיצד כעת מתכחשים לעצם קיומה והיווצרותה של הלכה במסגרת פסק הדין.

העתק מהעמוד הרלוונטי מהתשובת המשיבים מצ"ב כנספת 4 (בשל גודלה של התשובה והעדר הרלוונטיות של שאר האמור בתגובה מובא רק עמוד זה; מובן כי ככל שיתבקשו העותרים יצרפו את התגובה במלואה, וממילא היא מצויה בידי המשיבים).

49. לאור האמור, גם מעבר לבחינה המהותית של קביעות פסק הדין והשלכותיהם, ברי כי כלל הגורמים העוסקים בסוגיות המקרקעין באזור, רואים בפסק הדין וקביעותיו "הלכה" לכל דבר ועניין. תמוהה אם כן עמדתם של המשיבים בעניין.

III הטענה כי פסק הדין ניתן פה אחד – אינה משנה לעניין זה

50. המשיבים מייחדים את הסיפא של תשובתם (פסקאות 54-51 לתשובתם), לכך שפסק הדין ניתן פה אחד כהצדקה לאי קיום דיון נוסף בפסק הדין. גם כאן, טענת המשיבים אינה מבוססת.

51. הן סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה והן סעיף 30 חוק בתי המשפט [נוסח משולב] אשר מגדירים ותוחמים את העילות לקיום דיון נוסף, מייחדים את עצם קיומה של האפשרות לקיום דיון נוסף, בשאלה היחידה – האם נקבעה בפסק הדין הלכה חדשה או כזו העומדת בניגוד להלכות קודמות של בית המשפט, והאם יש בהלכה זו חשיבות, חידוש או קושי המצדיקים דיון נוסף בהרכב נרחב.

52. השאלה האם פסק הדין התקבל פה אחד ואם לאו, אינה חלק מהשיקולים המופיעים בחוק, ואינם יכולים להיות – השאלה היחידה שעל הפרק היא האם נקבעה הלכה חדשה או סותרת והאם יש בה את המרכיבים המופיעים בסעיפי החוק הנזכרים לעיל. כמו שאין לייחס חשיבות מיוחדת לעובדה שהרכב בית המשפט נחלק לדעת רוב ודעת מיעוט במקרים בהם נדונה השאלה.

53. ואכן, ההיסטוריה השיפוטית של מדינת ישראל עשירה במקרים רבים בהם פסקי הדין מושא עתירה לקיום דיון נוסף ניתנו פה אחד, אולם בית המשפט החליט על קיום דיון נוסף בפסקי דין אלה, ואף התהפכה ההלכה בהם :

- כד, פסק הדין המונומנטלי בד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, ניתן בעקבות פסק הדין המקורי בע"א 815/80 הרלו אנד ג'ונס ג.ט.ב.ה. נ' אדרס חמרי בנין בע"מ פ"ד לז(4) 225. בעוד שבפסק הדין המקורי, שררה תמימות דעים והוא ניתן פה אחד על ידי הרכב השופטים בן-פורת, ברק ושילה, בדיון הנוסף התהפכה ההלכה, והשופט ברק הצטרף אל השופטים ש' לוי וגי' בד' נגד דעתם החולקת של השופטים בן-פורת וד' לוי.

- כד, בפסק הדין בדג"ץ 204/13 סעיד צלאח נ' שרות בתי הסוהר [14.4.2015, פורסם בנבו], התקיים דיון נוסף בעקבות פסק הדין התמציתי והקצר שניתן ברע"ב 2459/12 סעיד צלאח נ' שרות בתי הסוהר [2013, פורסם בנבו], אשר ניתן פה אחד בתום הדיון, אולם עסק בשאלה חשובה אשר דרשה ליבון בהרכב מורחב.

- כד, פסק הדין בדנ"א 4960/18 שולמית זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ [2021, פורסם באר"ש], ניתן בעקבות פסק דין בע"א 7488/16 הפניקס החברה לביטוח בע"מ נ' שולמית זליגמן [2018, פורסם באר"ש], כאשר פסק הדין המקורי ניתן פה אחד (כב' השופטים שהם, מינץ ווילנר) ואילו בפסק הדין בדיון הנוסף התהפכה ההחלטה.

- כד, בדנ"מ 5519/15 יוסף אחמד יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ [פורסם באר"ש, 2019] התקיים דיון נוסף בהרכב של 9 שופטים בעקבות פסק הדין שניתן פה אחד עמ' 2978/13 מי הגליל-תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יוסף אחמד יונס [פורסם באר"ש, 23.7.2015]. ההלכה עצמה התהפכה.

- כד, בית המשפט הנכבד החליט לקיים דיון נוסף בדנ"א 1297/20 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (אשר ניתן בעקבות בע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני. (3.2.2020), פסק דין אשר ניתן פה אחד

- כד, בית המשפט הנכבד החליט לקיים דיון נוסף בדג"ץ 5591/20 רוית צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (בעקבות בג"ץ 4635/16 רוית צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים [פורסם באר"ש, 26.7.2020]), כאשר פסק הדין המקורי ניתן פה אחד

54. בהקשר האמור, אין זה חריג כי שופטים משנים את דעתם במסגרת הדיון הנוסף שמתקיים, עת הסוגיות המשפטיות וההלכה שנקבעה מלובנת על ידי ההרכב המורחב, באופן מעמיק יותר :

- כד, נשיא בית המשפט, כב' השופט א' ברק, במסגרת דנ"פ 7048/97 פלונים נגד שר הביטחון, [פורסם בנבו, 2000] שינה את עמדתו כפי שהייתה במסגרת פסק הדין המקורי בעמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 [1997], כמתואר בפסקה 22 לפסק דינו בדנ"פ.

- כד, כב' השופט א' ברק [כתארו אז], במסגרת ד"נ אדרס הנזכר לעיל, שינה מעמדתו כפי שהופיעה בפסק הדין המקורי

- כד, כב' השופט נ' סולברג במסגרת פסק הדין בדנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ' אילנה דמארי [פורסם באר"ש, 12.9.2017], עת שינה זה מעמדתו ביחס לפסק הדין המקורי מושא הדנ"א (4157/13) דמארי נ' פקיד שומה רחובות [פורסם באר"ש, 3.2.2015].

- כך, כב' השופט ח' מלצר במסגרת דנ"מ 5519/15 בעניין מי הגליל הנזכר לעיל, שינה את עמדתו מפסק הדין המקורי
- כך, כב' השופט נ' הנדל בדנ"א 6298/15 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה פתח תקוה נ' שלום ירושלים דיבון שינה את עמדתו מכפי שזו הופיעה בפסק הדין המקורי (רע"א 8907/13 דיבון שלום ירושלים ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה פתח תקוה, פורסם באר"ש, 3.9.2015).
- כך, כב' השופט נ' סולברג, במסגרת דנמ 8626/17 עופר מנירב, רו"ח נ' מדינת ישראל- משרד האוצר- רשות המיסים [פורסם באר"ש, 11.11.2020], שינה את עמדתו מכפי שזו הופיעה בפסק הדין המקורי מושא הבקשה לדיון נוסף (עע"ם 15/7741 מנירב נ' רשות המיסים [פורסם באר"ש, 22.10.2017]).
- 55. המתואר לעיל הינו בגדר רשימה שאינה ממצה, כמובן. משכך, העובדה שפסק הדין ניתן פה אחד אינה משנה לענייננו, או לכל הפחות משקלה זניח, לנוכח הפרמטרים הסטטוטוריים המופיעים בסעיף 30 לחוק בתי המשפט, אשר בוחנים את שאלת קיומה של הלכה חדשה או נוגדת הלכה קודמת, ואת חידושה, קשיותה או חשיבותה של הלכה זו.
- 56. כפי שהוצג לעיל, בלא מעט מקרים, לרבות מהשנים האחרונות, גם ביחס לפסקי דין שניתנו פה אחד, נעתר בית המשפט לעתירות לקיום דיון נוסף, ובחלק מהם התוצאה אף התהפכה. בחלק מהמקרים בהם התקיים הדיון הנוסף, שינו חלק מהשופטים את עמדותיהם, כך שבשל שינוי עמדה זו השתנתה ההלכה ולעיתים אף תוצאת פסק הדין.
- 57. משכך גם טיעון זה דינו דחייה, בוודאי לאור המוטל על הכף כמתואר בבקשה ולעיל.

אחר כל אלה

- 58. לאור האמור לעיל ובעתירה לקיום דיון נוסף, עמדת העותרים היא כי פסק הדין מושא הבקשה קובע הלכה אשר הינה בניגוד לחזיתי לפסיקות קודמות של בית המשפט הנכבד ופסיקות אחרות של טריבונלים אחרים אשר עסקו במעמד השטח או אזורים בעלי תחולת הוראות דין זהות או דומות. לחלופין נקבעה בפסק הדין, הלכה חדשה עת פסק הדין הינו הראשון העוסק באופן ישיר וחזיתי הן במעמד הליכי הסדר המקרקעין הירדניים בגדה המערבית והן בצו ההתלייה.
- 59. מעבר להיותה של פסיקת בית המשפט הנכבד הלכה לכל דבר ועניין, כפי שגם ערכאות שיפוטיות אחרות סברו וכפי שאף המשיבים עצמם ופרקליטות המדינה טענה בהליכים אחרים, ברי כי ההלכה עצמה הינה בעלת השלכות עצומות והיא בעלת חשיבות וחידוש עצומים. רוחב ההיקף של ההלכה שנקבעה, והממד העקרוני שבה, אף עמדה בבסיס החלטת ראש המנהל האזרחי עת החליט לדחות את המלצת וועדת העררים אשר עמדה בבסיס ההליכים בפסק הדין מושא הבקשה.
- 60. היו אלה המשיבים שעמדו על השלכות הרוחב שבהחלטת וועדת העררים בערר 68/13 הנזכר לעיל, והצדיקו בכך את דחיית ההמלצה. היו אלה המשיבים אשר טענו במסגרת ההליכים בפני בית המשפט הנכבד כי המצב המשפטי-עובדתי כפי שנידון ביחס לעתירה, חולש על עוד עשרות כפרים בגדה המערבית. משכך, המשיבים עצמם מושתקים מלטעון נגד השלכות הרוחב של פסק הדין.
- 61. לא רק חשיבות רחבת היקף ובעלת ממד אופרטיבי נרחב קיימת להלכה זו, כפי שגם עולה ממדיניות המשיבים לבחון את חידוש הליכי ההסדר באזור, אלא שהיא קשה ביותר. פסק הדין וההלכה שנקבעה בו מקפח זכויות קנייניות שנרכשו על ידי תושבים מוגנים באזור, ובפרט תושבים מוגנים אשר הינם נפקדים מהאזור.

62. לקראת סיום ובהמשך ישיר לטענת המשיבים כי לא נפסקה בפסק הדין הלכה מכוונת באופן מפורש, הגם שהעותרים חלוקים על עמדה זו, נביא מדבריו של ד"ר יגאל מרזל, במאמרו המכונן אודות הדיון הנוסף, "סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה – "דיון נוסף" בדיון נוסף", ספר דורית בניש (קרן אזולאי, איתי בר סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ, עורכים, 2018). במאמרו זו, מתייחס המחבר (בעמ' 239-240, הדגשה הוספה) במפורש לטענה זו של המשיבים, וקובע כי יש לנקוט זהירות ביחס לגישה זו:

"עם זאת, יש לדעת לנקוט זהירות בעמידה דווקנית על דרישה זו [קביעת הלכה מפורשת ומכוונת, ש.ז.], שכן ייתכנו מצבים שבהם ההרכב המקורי יקבע הלכה שלא במפורש ושלא בכוונה, ולמרות זאת מדובר יהיה בהלכה, או לכל הפחות יהיה בסיס אובייקטיבי מספיק להבנה כזו. במקרה כגון זה, ספק אם בעצם העובדה שהדבר לא בוטא במפורש יש כדי להצדיק את דחיית הבקשה חרף התקיימותם של כל יתר התנאים שבחוק. כך, למשל, אחת העילות המרכזיות לקיום דיון נוסף היא שההלכה שנפסקה עומדת בסתירה להלכה קודמת. בית המשפט העליון אינו כפוף לתקדימו, והוא יכול, כעיקרון, לסטות מהלכה קודמת בפסיקת הרכב שלושה. ניתן היה לטעון שדווקא מקרה שבו קביעת ההלכה – והסטייה מההלכה הקודמת – היו מפורשות הוא מקרה שבו אין הצדקה עקרונית לעריכת דיון נוסף, שכן עתה ההלכה ברורה, וזו הלכה חדשה שנקבעה "במפורש". בה בעת, ניתן לטעון שדווקא במקרה שבו נקבעה הלכה שלא במפורש, והיא עומדת בסתירה להלכה קודמת, יש בסיס לקיום דיון נוסף כדי להעמיד הלכה על מכונה. מטעם זה נראה שיש לצמצם את דרישת ה"הלכה" לכך שנקבעה במפורש "הלכה" בהרכב המקורי, ולא דווקא לכך שהסטייה מההלכה קודמת נקבעה גם היא במפורש."

63. ולאור כל האמור בבקשה ובתגובה לעיל, נדמה שהדברים ברורים מאליהם. פסק הדין אינו הארת אגב, אלא קביעה עקרונית, באשר לתחולת או אי תחולת הדין המהותי ביחס למקרקעין שמצבם הוקפא בשל התליית הליכי ההסדר, ואף לא היו מותלים בהליכי ההסדר – טרם הושלמו. המדובר בקביעה שכל הקורא את פסק הדין בפרט אל מול פסקי דין אחרים העוסקים בסוגיות דומות או זהות, מבין כי נקבעה כאן קביעה חדשנית, בעלת השלכות רחב משמעותיות. המדובר בהלכה לכל דבר וענין, עקרונית, יוצאת דופן וחריגה לנוף המשפטי הקיים, והיא בעלת תחולה רחבה ביותר בנסיבות האמורות.

64. לאור האמור לעיל, יבקשו העותרים בבית המשפט הנכבד להורות על קיום דיון נוסף בעתירה בהרכב מורחב, בסוגיות המועלות בבקשה, או בכל סוגיה אחרת אותה יימצא בית המשפט הנכבד לנכון.

היום, 5-8-2021



שלומי זכריה, עו"ד
ב"כ העותרים