



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 5931/06

ע"א 2038/09

לפני :

כבוד הנשיא (בדימי') א' גרוניס
כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר

המערערים בע"א 5931/06 :

1. דאוד חטאב חסיין
2. עליאן עיסא עזת
3. סאבא נאג'י סלימאן אלערג'א
4. ג'מאל נאג'י סלימאן אלערג'א
5. מאג'ד נאג'י סלימאן אלערג'א

המערערים בע"א 2038/09 :

1. ד"ר וליד עבד אלהאדי עיאד
2. ד"ר פאטמה עיאד
3. מחמוד עבד אלהאדי עיאד
4. חאלד עבד אלהאדי עיאד
5. היאם עיאד
6. עלי עבד אלהאדי עיאד
7. Signe Breivik
8. ספאא עבד אלהאדי עיאד
9. חמאד אחמד עיאד
10. פאטמה עבד אלהאדי עיאד
11. חסאן סלאמה עיאד
12. ד"ר היגד עבד אלהאדי עיאד
13. ד"ר פאיז אברההים עבד אלמג'יד חמאד

נ ג ד

המשיבים בע"א 5931/06 :

1. שאול כהן
2. עו"ד עמי פולמן בתפקידו ככונס נכסים
3. דן לויט
4. רוברט פליישר
5. ירון מידן
6. שלמה אוחנה
7. ליליאן אוחנה

8. משה בן ציון מזרחי
 9. ראש לשכת רישום המקרקעין באזור ירושלים
 10. האפוטרופוס לנכסי נפקדים

המשיבים בע"א 2038/09 :
 1. האפוטרופוס לנכסי נפקדים
 2. מדינת ישראל – משרד הביטחון

ע"א 5931/06 : ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 9.5.2006 בת"א 6044/04 שניתן על ידי כבוד השופט ר' כרמל

ע"א 2038/09 : ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 2.10.2008 בת"א 6161/04 שניתן על ידי כבוד השופט י' ענבר

בשם המערערים בע"א 5931/06 ובע"א 2038/09 :
 עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד מירי הרט;
 עו"ד שלמה לקר; עו"ד רמזי קטילאת

בשם המשיב 1 בע"א 5931/06 : עו"ד חיים נובוגרוצקי

בשם המשיב 2 בע"א 5931/06 : עו"ד עמי פולמן

בשם המשיבים 3-5 בע"א 5931/06 :
 עו"ד א' בראון; עו"ד שירלי פליישר-גבע

בשם המשיבים 6-7 בע"א 5931/06 :
 עו"ד דוד אוחנה

בשם המשיב 8 בע"א 5931/06 : עו"ד איתן גבע

בשם המשיבים 9-10 בע"א 5931/06,
 המשיבים בע"א 2038/09
 ובשם היועץ המשפטי לממשלה: עו"ד ד"ר חיה זנדברג; עו"ד משה גולן

פסק-דין

הנשיא (בדימ') א' גרוניס:

1. הערעורים שלפנינו מתמקדים בשאלה האם נכסים במזרח ירושלים שבעלי הזכויות בהם הינם תושבי אזור יהודה ושומרון (להלן – איו"ש) מהווים נכסים "נפקדים", כמובנם בחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 (להלן – חוק נכסי נפקדים או החוק).

שאלה זו התעוררה בארבעה תיקים שהדיון בהם אוחד (ע"א 5931/06, ע"א 2250/06, ע"א 6580/07 וע"א 2038/09). בית משפט זה קיים מספר לא מבוטל של דיונים בערעורים. במהלך בירור הערעורים נעשו ניסיונות שונים להביא לפתרון המחלוקות בין בעלי הדין. בשניים מבין הערעורים אכן התייתר הצורך בהכרעה של בית המשפט. כך, ביום 13.2.2014 נמחק הערעור בע"א 2250/06 (האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' דקאק נוהה), לאחר שבעלי הדין הגיעו להסכם פשרה לו ניתן תוקף של פסק דין. הערעור בע"א 6580/07 (האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עזבון אבו זהרייה) נדחה ביום 10.9.2013, לאחר שהמערער הודיע כי הוא חוזר בו מן הערעור. עתה הגיעה שעת ההכרעה בשני הערעורים שנותרו – ע"א 2038/09 וע"א 5931/06.

רקע והשתלשלות האירועים

2. הערעורים שלפנינו נוגעים לנכסים המצויים במזרח ירושלים שבעליהם היו תושבי איו"ש ואשר נקבע לגביהם כי הם "נכסים נפקדים".

ע"א 5931/06

3. ע"א 5931/06 עניינו מקרקעין בהיקף של למעלה מ-20 דונם, שעליהם נטועים עצי פרי, המצויים בבית צפאפא (חלקה 34 בגוש 30277) (להלן – נכס 1). בעקבות מלחמת ששת הימים נכלל הנכס בשטח שהוחל עליו ביום 28.6.1967 המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל, לפי צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967 (להלן – צו מס' 1). מחצית הזכויות בנכס הייתה רשומה במרשם המקרקעין הירדני על שם תושב בית ג'אלה, שמכר אותן, בראשית שנות ה-70 של המאה שעברה, ליהודים אזרחי ישראל (להלן – הרוכשים היהודים). זכויותיהם של הרוכשים היהודים נרשמו בלשכת רישום המקרקעין בשנים 1972 ו-1974. המחצית הנותרת של הזכויות בנכס הייתה בבעלות המערערים 3-5, תושבי בית ג'אלה, ובני משפחתם (להלן – משפחת אלערג'א). בשנת 1973 נמכרו מרבית זכויותיה של משפחת אלערג'א בנכס (למעט זכויותיו של אחד מבניה, שהיו בידיו 1/14 מהחלקה ואשר אינו צד לערעור דנא). בתום שרשרת עיסקאות, הגיעו הזכויות לידי המערערים 1-2, שהם תושבי בית צפאפא. פניותיהם לרישום הנכס

במרשם המקרקעין סורבו בנימוק שעליהם לפנות לאפוטרופוס לנכסי נפקדים (להלן – האפוטרופוס). בשנת 1996 הודיע להם האפוטרופוס כי לא ישחרר את הנכס.

4. המערערים הגישו לבית המשפט המחוזי בירושלים תביעה לסעד הצהרתי שלפיו נכס 1 אינו נכס נפקד ולחלופין, כי האפוטרופוס מחויב לשחררו (ת"א 6044/04, כבוד השופט ר' כרמל). בפסק הדין מיום 9.5.2006 נדחתה התביעה ונקבע כי מדובר בנכס נפקד. בית המשפט פסק כי נכסיהם של תושבי איו"ש במזרח ירושלים הם נכסים נפקדים, אף שמדובר בנפקדות שהיא "טכנית" באופייה. מכאן, שבין אם בעליו של נכס 1 התגוררו במועד הרלוונטי במצרים (כפי שנטען לגבי חלק מבני משפחת אלערג'א) ובין אם היו תושבי בית ג'אלה, הרי שהם "נפקדים". לפיכך, הוקנו הזכויות בנכס 1 לאפוטרופוס ונקבע כי כל עסקה שנערכה בו על ידי המערערים 3-5 לאחר יום 28.6.1967 (שאז הפך ל"נכס נפקד"), היא חסרת תוקף. בית המשפט דחה את טענת המערערים בדבר הפלייה לעומת הרוכשים היהודים, שזכויותיהם בנכס נרשמו על שמם. לדעת בית המשפט, עצם רישום הזכויות אין משמעותו כי הרישום נעשה כדין והדבר אינו יכול להוות "מנוף לביצועה של טעות נוספת בדרך של רישום נוסף שלא כדין" (פיסקה 13 לפסק הדין). בנוסף, הסתייג בית המשפט המחוזי מפסק הדין בה"פ (מחוזי – ירושלים) 3080/04 דקאק נ' יורשי המנוחה נעמה עטיה עדווי נג'אר (23.1.2006, כבוד השופט ב' אוקון; להלן – עניין דקאק), ממנו עולה כי תושבי איו"ש אינם בגדר "נפקדים" לפי סעיף 1(ב)(1)(II) לחוק. לעניין דקאק נתייחס עוד בהמשך (על פסק הדין בעניין דקאק הוגש הערעור בע"א 2250/06, הנזכר בפיסקה 1 לעיל). על פסק הדין בת"א 6044/04 הוגש הערעור הראשון שלפנינו (ע"א 5931/06).

5. להשלמת התמונה יצוין, כי בעניינו של נכס 1 התנהלו הליכים משפטיים נוספים. זאת, בעקבות מחיקת זכויותיהם של בני משפחת אלערג'א ממרשם המקרקעין, לפי פסק דין שניתן בהעדר הגנה, לבקשת המשיב 1 (ת"א – שלום – ירושלים) 21351/95, כבוד השופט י' צוד, פסק דין חלקי מיום 31.1.1996. זכויות המשיב 1 בנכס נמכרו בהמשך למשיבים 3-7. המערערים הגישו תביעות

לביטול פסק הדין האמור ולסעד הצהרתי שלפיו הם בעלי הנכס (ת"א (שלום – ירושלים) 10386/96, כבוד השופט ר' שמייע); ת"א (מחוזי – ירושלים) 1264/97, כבוד השופט ב' אוקון, התביעה נמחקה ביום 23.3.2003). האפוטרופוס, מצידו, הגיש תביעה לסעד הצהרתי שלפיו זכויות משפחת אלערג'א בנכס 1 הן בבחינת נכס נפקד ולכן העיסקאות שנעשו בחלקה בנכס בטלות (ת"א (מחוזי – ירושלים) 1504/96, כבוד השופטת א' פרוקצ'יה. התביעה נדחתה בעקבות הסדר פשרה שגובש בין האפוטרופוס לבין המשיבים 1-7 ואושר על ידי בית המשפט ביום 5.3.2002). יצוין, כי בהליך האחרון הצטרפו בתחילה המערערים לעמדת האפוטרופוס, לרבות לטענה כי הנכס נפקד, אך לאחר מכן חזרו בהם מטענה זו, באישור בית המשפט. עוד נוסיף כי למרבה הצער, בתקופה שבה מתבררים ההליכים, הלכו לעולמם המערערים 1, 3 ו-4.

6. ע"א 2038/09 עניינו מקרקעין בשטח של 3.4 דונם באבו דיס (להלן – נכס 2), שעליו מבנה מגורים, אשר הוסב בשנת 1964 לבית מלון, הידוע כ"מלון קליף" (להלן – המלון). הנכס מצוי בשטח שעליו הוחל בשנת 1967 המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. בעליו המקורי (להלן – המנוח) היה תושב אבו דיס ואזרח ירדן. המערערים הינם בעלי הזכויות בנכס מכוח ירושה ומכוח הדין. ביום 24.7.2003 הוציא האפוטרופוס תעודת נפקדות, לפי סעיף 30 לחוק, לגבי נכס 2. בעקבות זאת, הגישו המערערים לבית המשפט המחוזי בירושלים תביעה למתן סעד הצהרתי, שלפיו הנכס אינו "נכס נפקד". לחלופין, ביקשו כי הנכס ישוחרר ולחלופי חלופין, ביקשו כי ייקבע שתעודת הנפקדות שהוצאה לגביו תוכרז בטלה (ת"א 6161/04, כבוד השופט י' ענבר). יצוין, כי בתחילה נחלקו הצדדים בשאלת הימצאו של הנכס בתחום ישראל, אך במסגרת ההליך הוסכם ביניהם כי הנכס מצוי בשטח ישראל החל משנת 1967. התביעה נדחתה ביום 2.10.2008. נפסק כי במועד הקובע התגורר המנוח באיו"ש, היינו מחוץ לשטח ישראל, במרחק של כ-300 מטר מהמלון, ולא היה תושב מזרח ירושלים. משכך, נקבע כי הנכס "נפקד", הן לפי הוראת סעיף 1(ב)(1)(I) לחוק (משום שהמנוח היה אזרח ירדן) הן מכוחו של סעיף 1(ב)(1)(II) לחוק (בהיותו תושב איו"ש) (הסעיף מצוטט בפסקה 13 להלן). בית המשפט הסתייג מהפרשנות שנקבעה בעניין דקאק, לפיה החוק אינו חל על נכסיהם של תושבי איו"ש במזרח ירושלים. לשיטתו, יש ליתן משקל לקשיים הכרוכים בהתייחסות לתושבי איו"ש כאל "נפקדים" בבואה של הרשות להפעיל את החוק, אך לא במישור תחולתו. בנוסף, צוין כי הטענות בדבר אופן פעולת האפוטרופוס לפי החוק אינן בסמכות בית המשפט המחוזי כי אם בסמכות בית המשפט הגבוה לצדק. כמו כן נדחתה טענת המערערים כי האפוטרופוס מנוע מלהפעיל סמכויותיו בשל מצג שיצרה המדינה שלפיו הנכס אינו נמצא בישראל, מה שהוביל לשינוי מצבם לרעה. על פסק הדין בת"א 6161/04 הוגש הערעור השני שלפנינו (ע"א 2038/09).

7. בשולי הדברים, יצוין כי מאז שנת 2003 חלו התפתחויות שונות לגבי נכס 2, בעקבות סמיכותו לתוואי גדר הביטחון. בכלל זה, נהרס חלק מהנכס בהסכמת הצדדים ובהמשך תפסו כוחות הביטחון חזקה בו מכוח החוק להסדר תפיסת

מקרקעים בשעת חירום, התש"י-1949. בשנת 2013 הופקע חלק מהמקרקעין לצרכי ביטחון, מכוחה של פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943 (להלן – פקודת הרכישה). עניינים אלה, החורגים מגדר הדיון שלפנינו, נדונו בהליכים משפטיים שונים (ראו בג"ץ 1622/13, פסק דין מיום 12.2.2014 (המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים א' רובינשטיין וד' ברק-אוד); בג"ץ 1190/14, פסק דין מיום 18.3.2014 (המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים א' רובינשטיין וי' דנציגר); ורע"א 6895/04 (פסק דיני מיום 16.11.2004, בבקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בת"א 6161/04, בבקשה לצו מניעה זמני)).

8. אגב ההליכים שלפנינו, ביום 18.7.2013, דנה הוועדה המיוחדת שלפי סעיף 29 לחוק (להלן – הוועדה המיוחדת) בשחרורם של שני הנכסים נושא הערעורים. אשר לנכס 1 (הנכס נושא ע"א 5931/06), מסרו המשיבים המיוצגים על ידי פרקליטות המדינה (להלן – המשיבים) כי בידי האפוטרופוס לא נותרו עוד המקרקעין, אלא רק תמורתם, שכן הנכס נרכש על ידי צדדים שלישיים "בתנאי תקנת השוק" (פיסקה 31(א) לבקשת המשיבים מיום 5.10.2014). הוועדה המיוחדת המליצה לשחרר תמורה זו למי מבין המערערים שהם תושבי איו"ש ושנותרו בחיים. לגבי המערערים שנפטרו בתקופת בירור ההליכים, נתבקשה השלמת פרטים, ולגבי יתר בני משפחת אלערג'א הומלץ שלא לשחרר את תמורת הנכס. אשר לנכס 2 (הנכס נושא ע"א 2038/09), המליצה הוועדה המיוחדת לשחרר בעין את החלק שלא נתפס לטובת הקמת גדר הביטחון ולשחרר את התמורה בעד החלק שנתפס רק לבעליו תושבי איו"ש, שהם שהחזיקו בנכס ברציפות עד לתפיסתו. בנסיבות אלה, טענו המשיבים כי הערעורים הפכו תיאורטיים וביקשו למוחקם. המערערים, מצידם, הודיעו כי הם עומדים על הערעורים. לדבריהם, אם תתקבל עמדתם בשאלה העקרונית הנוגעת לתחולת החוק בעניינם, אזי מלכתחילה לא היה מקום לראות בנכסים "נכסים נפקדים" והחלטת הוועדה המיוחדת ניתנה בחוסר סמכות. בנוסף, טענו המערערים בע"א 2038/09 כי לאור תפיסת נכס 2 על ידי כוחות הביטחון לשם הקמת גדר הביטחון, הרי שאין משמעות אמיתית להחלטה בדבר שחרור הנכס. בהחלטתנו מיום 28.12.2014 דחינו את הבקשה למחיקת הערעורים.

טענות הצדדים

9. בשני הערעורים שלפנינו טוענים המערערים כי לא היה מקום לראות בנכסים הנדונים "נכסים נפקדים". לשם הנוחות, נביא במאוחד את טענותיהם העקרוניות בדבר תחולתו של חוק נכסי נפקדים. בהמשך, נידרש בנפרד לטענותיהם הפרטניות לגבי הנכסים שבמחלוקת. במישור העקרוני, טוענים המערערים כי אין להחיל את החוק על נכסים במזרח ירושלים שבעליהם, הנהנים מהם או המחזיקים בהם (להלן – בעלי הזכויות), הם תושבי איו"ש. לטענתם, נכסים אלה הפכו "נפקדים" אך בשל החלת משפטה של מדינת ישראל באופן חד צדדי על השטח בו הם מצויים. זאת, מבלי שבעליהם משו ממקומם ושעה שהם נתונים למרותה ולשליטתה של ישראל, בקרבת רכושם. לשיטתם, תכליתו של החוק הייתה להתמודד עם הנסיבות הייחודיות בעת הקמת המדינה, השונות מהמצב היום, והמחוקק לא יכול היה לצפות את המציאות שנוצרה בעקבות מלחמת ששת הימים. לדידם, לתושבי איו"ש אין ולא כלום עם ה"נפקדים" שאליהם כיוון החוק. המערערים מציינים, כי אף היועצים המשפטיים לממשלה לדורותיהם היו ערים לקשיים אלה.

לפיכך, הם טוענים כי יש לפרש את החוק על רקע תכליתו וההקשר ההיסטורי בו נחקק, בהשראת חוקי היסוד ומתוך הכרה בצורך להגן על קניינם, כך שהוראותיו לא יחולו על הנכסים האמורים. הם מציעים לנקוט פרשנות "פרגמטית" לסעיף 1(ב)(1)(II) לחוק שמכוחו נחשבים הנכסים, לכאורה, נכסים נפקדים (הסעיף מצוטט בפיסקה 13 להלן). סעיף זה עוסק במי שנמצא בכל עת בתקופה שנקבעה בחוק "בכל חלק של ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל". לשיטת המערערים, את הדיבור "מחוץ לשטח ישראל" יש לקרוא כ"שטח מחוץ לשליטה הישראלית". היינו, אין לראות את "שטח ישראל" כמתייחס רק לאזור בו הוחל המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל. למעשה, טענתם היא כי היות שאיו"ש מצוי תחת שליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל מאז שנת 1967, הרי שאין לראותו כמצוי "מחוץ לשטח ישראל" לצורך החוק, ומכאן שסעיף 1(ב)(1)(II) לחוק לא חל על תושבי איו"ש. בנוסף, מציעים המערערים לאמץ את הפרשנות בה נקט בית המשפט המחוזי בעניין דקאק, עליה נרחיב בהמשך (פיסקה 26 להלן). עוד מציעים

המערערים לראות את "שטח ישראל" כמובנו בסעיף 1(ב)(1)(II) לחוק כשטח שבו חל משפט מדינת ישראל במועד חקיקת החוק בלבד. שטח זה אינו כולל, לפי הטענה, שטח חדש שהוחל עליו המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל או שמוחזק על ידי ישראל, אלא אם כן הוחלו במפורש הוראות החוק על השטח הנוסף. לדעת המערערים, הפירושים המוצעים אינם עומדים בסתירה לסעיף 3 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970 (להלן – חוק הסדרי משפט), ממנו עולה כי נכסיהם של תושבי מזרח ירושלים המצויים במזרח ירושלים לא ייחשבו "נכסים נפקדים" (סעיף 3(א) לחוק הנ"ל קובע כי "אדם שביום תחילתו של צו החלת המשפט נמצא בשטח תחולתו והיה תושב בו, לא יראוהו מאותו יום כנפקד כמשמעותו בחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, לגבי נכס הנמצא באותו שטח"). לשיטתם, הסעיף האמור עוסק רק בתושבי מזרח ירושלים, שם הוחל המשפט הישראלי, ואין ללמוד ממנו הסדר שלילי לגבי תושבים הנתונים לשליטת ישראל באיו"ש. הם סבורים, כי אין כל בסיס להבחנה בין תושבי איו"ש, הנתונים לשליטת ישראל, לבין תושבי מזרח ירושלים. לצד זאת, טוענים המערערים כי האפוטרופוס מפרש את הוראותיו הרחבות של החוק באופן מפלה ומשפיל. כך למשל, לדבריהם, לפי פרשנות דווקנית של החוק, גם יהודים תושבי איו"ש ואנשי כוחות הביטחון השוהים שם הם "נפקדים", אך החוק מופעל רק כלפי ערבים תושבי איו"ש.

10. המערערים טוענים כי יישום הפרשנות שהוצעה מוביל למסקנה כי הנכסים נושא הערעורים אינם נכסים נפקדים. המערערים בע"א 5931/06 טוענים כי הסירוב לרשום במירשם המקרקעין את זכויותיהם בנכס 1, בעוד שזכויות הרוכשים היהודים כן נרשמו, הינו בגדר הפלייה. כמו כן, הם מעלים טענות לגבי התנהלות האפוטרופוס בעניינם, לרבות לגבי השוני ביחסו אליהם לעומת יחסו לרוכשים היהודים. לפיכך, מבקשים הם כי נקבע שנכס 1 אינו נכס נפקד, ולחלופין, כי נורה על שחרורו לפי סעיף 28 לחוק, אם ייקבע כי אכן מדובר בנכס נפקד. מכל מקום, הם מבהירים כי אם ייקבע שהנכס אינו נפקד, יהא צורך לערוך בירור עובדתי בנוגע לזכויות הקניין של בעלי הדין בו. המערערים בע"א 2038/09 טוענים כי תפיסתו של נכס 2 נעשתה באופן הסותר את הנחיות היועצים המשפטיים לממשלה בעניין זה. בנוסף, הם תוהים מדוע היה צורך לעשות שימוש

"בחוק כה דרקוני ובלתי הולם", כשניתן היה להסתפק בהוצאת צו תפיסה לצרכי ביטחון, שמשכו ומטרותיו מוגבלים, כפי שאכן נעשה בהמשך (פיסקה 29 לעיקרי הטיעון מיום 26.1.2010). מעבר לכך, הם מעלים טענות שונות באשר לאופן תפיסת הנכס ולגבי תכליתו האמיתית של המהלך. בכלל זה הם טוענים לשיהוי ולמניעות המשיבים מלפעול לגבי הנכס בשל המצג שיצרו, שלפיו הנכס מצוי באיו"ש ולא בישראל, מה שהוביל לשינוי לרעה במצבם של המערערים בע"א 2038/09. כמו כן, הם מלינים על הקביעה כי בית המשפט המחוזי אינו מוסמך לדון באופן יישום החוק. לאור כל האמור, הם מבקשים כי נורה על ביטול תפיסת נכס 2 מכוח החוק ועל השבתו לידיהם.

11. עמדת המשיבים היא כי החוק חל על נכסים במזרח ירושלים של תושבי איו"ש. לשיטתם, "שטח ישראל", כמובנו בחוק, מתייחס רק לשטח שהוחל עליו המשפט הישראלי. הם מזהירים מפני התוצאות הקשות הכרוכות באימוץ הגישה הפרשנית שבה תומכים המערערים, הדומה לפרשנות שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי בעניין דקאק. לדבריהם, המושג "שטח ישראל" נזכר הן בהתייחס למיקום הנכס הנדון (סעיף 1(ב)(1) לחוק) הן בהתייחס למיקומו של בעל הזכויות בנכס (סעיף 1(ב)(1)(II) לחוק). מכאן, שהפרשנות המוצעת עלולה להוביל לכך שאף הנכסים באיו"ש ייחשבו "נכסים נפקדים", מקום שבעליהם נכללים באחת החלופות האחרות שבסעיף 1(ב)(1) לחוק. לטענתם, חזקה כי זה המצב במקרה של רבים מתושבי איו"ש, שהיו אזרחי ירדן. לפיכך, הם טוענים כי הצעת המערערים ממילא לא תועיל להם. בנוסף, מתנגדים המשיבים להצעה לפרש את "שטח ישראל" כ"צילום" של המצב ששרר בעת חקיקת החוק. לדבריהם, אין לכך כל עיגון בחוק והדבר מנוגד לתכליתו – לאפשר העברה לבעלות האפוטרופוס של כל נכס המצוי בשטח המדינה ואשר שייך ל"נפקד", וזאת על מנת שישמש לפיתוח הארץ. עוד הם מזכירים כי החוק נחקק בעת שגבולותיה הסופיים של המדינה טרם התגבשו (ולמעשה הוראת סעיף 1(ב)(1)(II) לחוק הופיעה כבר בתקנות שעת חירום בדבר נכסי נפקדים, התש"ט-1948, מיום 12.12.1948 (להלן – תקנות שעת החירום)) שחלו במלחמת העצמאות וקדמו לחוק). לצד זאת, טוענים המשיבים כי יש לנקוט מדיניות מצמצמת בעת הפעלת החוק. לשיטתם, אין לעשות שימוש בסמכויות

שבחוק לגבי הנכסים הנדונים, אלא אם נתקבל אישור מוקדם לכך מהיועץ המשפטי לממשלה. לטענתם, לאורך השנים אכן ננקטה מדיניות מגבילה בהפעלת החוק, בהתאם לעמדת היועצים המשפטיים לממשלה. לשיטת המשיבים, במבט צופה פני עתיד, תוביל דרך פעולה זו לתוצאות דומות לאלה שיתקבלו כתוצאה מקביעה כי החוק אינו חל במקרים דנא. אולם, נקיטה בה, להבדיל מקביעה כי החוק אינו חל, היא בעלת משמעות בעיקר ביחס לעבר. זאת, היות שקביעה כי החוק אינו חל במקרים אלה משמעותה כי כל הפעולות שנעשו לגבי נכסים מסוג זה בטלות, על הקשיים הניכרים הכרוכים בכך, עליהם הם עומדים. בנוסף, דוחים המשיבים את טענת המערערים בדבר הפלייה ביישום החוק. לטענתם, האפוטרופוס נוקט מדיניות אחידה ביחס לכל אדם הנע כדין אל מחוץ לשטח ישראל, במנותק משאלת מוצאו. כך למשל, החוק אינו מופעל על אזרחי המדינה, יהודים וערבים כאחד, אף מקום שיישום דווקני של הוראותיו היה מחייב פנייה לשחרור נכסיהם.

אשר לנכסים שבמחלוקת, טוענים המשיבים כי בנסיבות העניין, החלטת הוועדה המיוחדת נותנת מענה ראוי למערערים. המשיבים דוחים את טענות ההפלייה שנטענו בע"א 5931/06 ומדגישים כי רישום בלתי תקין שנעשה בעבר של זכויות הרוכשים היהודים אינו מצדיק רישום דומה עתה. לדבריהם, עד שנות ה-70 של המאה שעברה נהג האפוטרופוס להתיר מכירת נכסים נפקדים לישראלים על מנת להקל עם תושבי איו"ש ועזה, אך מדיניות זו שונתה. בנוסף, הם מסבירים מדוע לא פעל האפוטרופוס לביטול רישום העיסקאות שעשו הרוכשים היהודים ומציינים כי פעלו בעבר נגד העברת זכויות בנכס 1 למשיב 1, שהוא יהודי אזרחי ישראל. בנוסף, טוענים המשיבים כי הכרעה בתחרות הזכויות ביחס לנכס נושא ע"א 5931/06 מחייבת בחינה של טענות עובדתיות ומשפטיות, שכלל לא נדונו בערכאה הדיונית נוכח מסקנתה כי נכס 1 הינו "נכס נפקד".

12. המשיבים הנוספים בע"א 5931/06, הרוכשים היהודים של הזכויות בנכס 1, מצטרפים לעמדת האפוטרופוס בשאלה העקרונית של תחולת החוק. בהתייחס לפרשנות שמציעים המערערים, הם מציינים כי מאז הסכמי אוסלו השליטה האפקטיבית בחלק גדול מאיו"ש אינה בידי מדינת ישראל וטוענים כי הפרשנות

האמורה תחייב להשוות את מעמדם של תושבי איו"ש למעמד תושבי ישראל בהיבטים נוספים. הם מדגישים כי רכשו את הזכויות בנכס 1 בתום לב ובתמורה, ומעירים שמקום מושבם של המערערים מעולם לא הוכח. לטענתם, המערערים בע"א 5931/06 חותרים תחת פסקי הדין שניתנו ביחס לנכס 1 והתנהלותם בהליכים השונים בענייננו עולה כדי ניצול לרעה של הליכי משפט וזאת, בין השאר, נוכח שינוי גרסאותיהם בשאלת הנפקדות.

דיון והכרעה

13. ההליכים שלפנינו עניינם, כאמור, בשאלה האם נכסים המצויים במזרח ירושלים, שבעלי הזכויות בהם הינם תושבי איו"ש, הם "נכסים נפקדים" לפי חוק נכסי נפקדים. נדגיש כבר עתה, כי ההליך דנא עוסק אך ורק בנכסים כאמור, ולא בכל סוג אחר של נכסים. נקודת המוצא לדיון היא חוק נכסי נפקדים ולכן נפתח בהצגת הוראותיו העיקריות. "שער הכניסה" לגדרו של החוק מצוי בהגדרות "נפקד" ו"נכס נפקד". "נכס נפקד" מוגדר בסעיף 1(ה) לחוק כך:

"נכס נפקד" פירושו - נכס אשר - בכל עת בתוך התקופה שבין יום ט"ז בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947) ובין היום בו תפורסם אכרזה, בהתאם לסעיף 9(ד) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, כי מצב החירום שהוכרז על ידי מועצת המדינה הזמנית ביום י' באייר תש"ח (19 במאי 1948), חדל מהתקיים - נפקד היה בעלו החוקי או נהנה ממנו או מחזיק בו, בעצמו או על ידי אחר; אך אינו כולל מטלטלים המוחזקים על ידי נפקד ופטורים מעיקול או מתפיסה בהתאם לסעיף 3 לפקודת הפרוצדורה האזרחית" [ההדגשות הוספו – א' ג].

ואילו המונח "נפקד" מוגדר בסעיף 1(ב) לחוק כך:

"(ב) 'נפקד' פירושו –

(1) אדם אשר - בכל עת בתוך התקופה שבין יום ט"ז בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947) ובין היום בו תפורסם אכרזה, בהתאם לסעיף 9(ד) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, כי מצב החירום שהוכרז על ידי מועצת המדינה הזמנית ביום י' באייר תש"ח (19 במאי 1948) חדל מהתקיים – היה בעל חוקי של נכס שבשטח ישראל או נהנה ממנו או החזיק

בו, בעצמו או ע"י אחר, ובכל עת בתוך התקופה
האמורה -
(I) היה אזרח או נתין של לבנון, מצרים, סוריה,
סעודיה, עבר הירדן, עיראק או תימן, או
(II) נמצא באחת הארצות האלה או בכל חלק של
ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל,
(III) היה אזרח ארצישראלי ויצא ממקום מגוריו
הרגיל בארץ-ישראל -
(א) אל מקום שמחוץ לארץ-ישראל, לפני יום כ"ז
באב תש"ח (1 בספטמבר 1948); או
(ב) אל מקום בארץ-ישראל שהיה מוחזק אותה שעה
בידי כוחות שביקשו למנוע הקמתה של מדינת ישראל
או שנלחמו בה לאחר הקמתה;"

יוער, לעניין אזכור "עבר הירדן" בסעיפים 1(ב)(I)-(II), כי בשנת
1994 החריג המחוקק מגדר תחולתו של חוק נכסי נפקדים נכסים מסוימים שבעלי
הזכות בהם היו אזרחי או נתיני ירדן. זאת, בעקבות הסדר השלום עם ירדן (ראו,
סעיף 6 לחוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה ההאשמית,
התשנ"ה-1995 (להלן – חוק חוזה השלום עם ירדן)).

14. לפי חוק נכסי נפקדים, "נכסים נפקדים" מוקנים לאפוטרופוס וה"נפקדים"
מאבדים את זכויותיהם בהם (ראו, ע"א 8481/05 לולו נ' האפוטרופוס על נכסי
נפקדים, פסקה 7 (28.2.2007) (להלן – עניין לולו)). הקניית הנכסים לאפוטרופוס
על פי החוק אינה מותנית בנקיטה של כל פעולה מצידו, והזכויות בהם עוברות
אליו מאליהן, מרגע שמתקיימים התנאים להיותם "נכסים נפקדים" (סעיף 4 לחוק;
ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מז(5) 1, 29 (1993) (להלן – עניין
חוות מקורה); ע"א 427/71 פרג' נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 96, 101 (1972)
(להלן – עניין פרג'), שם צוין כי הואיל ומדובר בהקנייה אוטומטית, ייתכן
שהאפוטרופוס כלל לא יידע שנכס הוקנה לו; ע"א 4630/02 האפוטרופוס לנכסי
נפקדים נ' אבו חאטום, פסקה י"ב(3) (18.9.2007) (להלן – עניין אבו חאטום); ע"א
8753/07 עיזבון המנוח עטאללה ח'ליל בהיג' נ' האפוטרופוס הכללי לנכסי נפקדים,
פסקה י (16.11.2010)). ראוי להדגיש כי לאור התמשכותו של מצב החירום
המוכרז אף כיום, הרי שתחולתו של החוק נמשכת ופועלו עדיין לא נפסק. כלומר,

כל מי שמילא או שימלא אחר התנאים להגדרת "נפקד" בתקופה הרלוונטית (היינו, החל משנת 1947 ועד סיומו בעתיד של מצב החירום), ייחשב "נפקד" ונכסיו בישראל יוקנו לאפוטרופוס. זאת, אלא אם כן, הוא הוחרג מגדרו של החוק.

ידו של האפוטרופוס בנכס הנפקד היא כידו של בעל הנכס, והוא אמון על ניהולו, הטיפול בו והפיקוח עליו (סעיף 4 לחוק). לשם כך, ניתנו בידיו סמכויות נרחבות ביותר (ראו, בג"ץ 6/50 פרוינד נ' המפקח על נכסי נפקדים, ירושלים, פ"ד ד 337, 333 (השופט י' דונקלבלום) (1950) (להלן – עניין פרוינד); פרוטוקול ישיבה מס' 123 של הכנסת הראשונה, 950, 956 (7.3.1950) (להלן – פרוטוקול 123); מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 162 (התשס"א) (להלן – הופנונג)). בכלל זה, נקבע כי האפוטרופוס רשאי להוציא הוצאות ולהשקיע השקעות לשם שמירה על הנכס, להחזקתו, לתיקונו ולפיתוחו (סעיף 7 לחוק); להמשיך בהנהלת עסק בשם נפקד (סעיף 8 לחוק וסעיפים 24-25 שעניינם שותפות שבה שותף נפקד ונכסים שנפקדים שותפים בהם); להורות על סילוק ידו של מי שמחזיק בנכס בלא זכות (סעיף 10 לחוק); לצוות על הפסקת הבנייה בנכס מקרקעין ועל הריסתו (סעיף 11 לחוק). בנוסף, מחייב החוק למסור לאפוטרופוס נכס נפקד (סעיף 6 לחוק) וכן למסור מידע לגביו (סעיף 21 לחוק). החוק מטיל מגבלות ואיסורים על עשיית פעולות שונות בנכס בלא הסכמת האפוטרופוס (סעיף 22 לחוק) וקובע כי פעולות מסוימות שנעשו בו הן בטלות ומבוטלות (סעיף 23 לחוק). בנוסף, פעולות מסוימות שנעשו בניגוד לחוק נחשבות לעבירות פליליות שהעונש עליהן עלול להגיע עד שנתיים מאסר (סעיף 35 לחוק). החוק מגביל אומנם את יכולתו של האפוטרופוס למכור ולהחכיר נכסי מקרקעין שהוקנו לו (סעיף 19), אך מאפשר לו להעבירם לרשות הפיתוח, בסייגים מסוימים. בהקשר זה יוער, כי בהסכם שנחתם ביום 29.9.1953 בין האפוטרופוס לבין רשות הפיתוח, הועברו כל נכסי דלא נידי המוקנים לאפוטרופוס לידי הרשות (כך לפי שנתון הממשלה תשט"ו 47). כמו כן, מגביל החוק את האחריות בה נושא האפוטרופוס בגין פעולותיו (סעיפים 16 ו-29 לחוק) וקובע הסדרים ראייתיים המקילים עימו (סעיף 30 לחוק; עניין חוות מקורה, עמ' 12-13). עוד נקבע בחוק כי עיסקאות שנעשו בין האפוטרופוס לבין אדם אחר בתום לב לא ייפסלו גם אם יוכח

בדיעבד שהנכס לא היה נכס מוקנה (סעיף 17 לחוק). לצד זאת, נקבעו בחוק מנגנונים שונים, שתכליתם, כנראה, לרכז את השלכותיו הקשות. כך, הוסמך האפוטרופוס "לפטור", בנסיבות מסוימות, אדם מ"נפקדותו" (סעיף 27 לחוק) ולשחרר נכסים שהוקנו לו (סעיפים 28-29 לחוק); למשמעותו של שחרור כאמור, ראו ע"א 263/60 קליינר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד יד 2521 (1960) (להלן – עניין קליינר); להרחבה לגבי כמה מן ההחלטות שניתנו על ידי הוועדה המיוחדת, ובכלל זה המלצתה לשחרור גורף של נכסים במקרים מסוימים, ראו חיים זנדברג מקרקעי ישראל, ציונות ופוסט-ציונות 83-83 (2007).

15. כפי שניתן להתרשם, החוק מקנה לאפוטרופוס סמכויות רחבות ביותר ומכלול הוראותיו יוצרות הסדר מרחיק לכת, שבמרכזו הפקעה של הזכויות בנכסים נפקדים מידי בעליהם והקנייתן לידי האפוטרופוס. יש להבין הסדר זה על רקע הנסיבות המיוחדות שהובילו לחקיקתו. עם תום מלחמת העצמאות, ולמעשה עוד במהלכה, עמדה מדינת ישראל הצעירה בפני מציאות חדשה ומורכבת. זאת, בין היתר, בעקבות הרחבת השטח הנתון לשליטתה והעזיבה ההמונית של תושבים ערבים, תוך הותרת רכוש רב מאחוריהם, כשהוא נטוש וחשוף לפלישה ולהשתלטות פרועה, בבחינת כל דאלים גבר (ראו, איל בנבנשתי ואיל זמיר "הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני" מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל 77, 9-7 (1998) (להלן – בנבנשתי וחמיר, הקניין הפרטי)). אתגרים אלו חייבו מענה משפטי מהיר, שיאפשר הסדרה של הזכויות בנכסים אלה וטיפול בהם. ואכן, בשנים הראשונות למדינה נקבעה שורה של הסדרים חוקיים שנועדו להתמודד עם המציאות הלא פשוטה שנוצרה (להרחבה, ראו למשל, שלמה יפרח "התחיקה בנוגע לרכוש ולשלטון בשטחי הכיבוש" הפרקליט ו 18 (1949); הופנונג, עמ' 159-168; איל זמיר ואיל בנבנשתי "אדמות היהודים" ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים" מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל 52 28-29 (1993) (להלן – זמיר ובנבנשתי, אדמות היהודים)). אחד מדברי החקיקה המרכזיים שנחקקו במסגרת זו, הוא חוק נכסי נפקדים, שנחקק בשנת 1950 והחליף את תקנות שעת החירום שהותקנו בנושא וחלו במהלך מלחמת השחרור.

16. החוק נועד להסדיר את ניהול רכושם של "נפקדים" בידי רשויות המדינה ולאפשר שמירה עליו, פן יהיה הפקר (ראו, פרוטוקול ישיבה מס' 119 של הכנסת הראשונה, 872 (27.2.1950) (להלן – פרוטוקול 119); ע"א 58/54 הבאב נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד י 912, 918 (1956); עניין פרוינד, עמ' 337). מטרתו של החוק לא הוגדרה בו במפורש ולא נקבע בו לטובת מי יש לשמור על "הנכסים הנפקדים" (ראו, פרוטוקול 123, עמ' 952); שלמה יפרח "הרהורים בקשר לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950" הפרקליט ט 182 (התשי"ג)). בפסיקה נקבע כי תכליתו של החוק אינה אך לשמור על הרכוש לטובת בעליו הנפקדים, אלא הוא מכוון גם להגשמת האינטרסים של המדינה בנכסים אלה. בכלל זה, כך נקבע, "היכולת לנצלם לקידום פיתוח הארץ, תוך מניעת ניצולם בידי מי שהינו נפקד כמשמעו בחוק, והיכולת להחזיק (או להחזיק את דמיהם) עד לגיבושם של הסדרים פוליטיים בין ישראל לבין שכנותיה, שבהם יוכרע גורל הנכסים על בסיס של הדדיות בין המדינות" (בג"ץ 4713/93 גולן נ' הוועדה המיוחדת לפי סעיף 29 לחוק נכסי נפקדים, פ"ד מח(2) 638, 644 (1994) (להלן – עניין גולן). לדיון במטרות החוק, ראו גם ת"א (מחוזי – חיפה) 458/00 בהאי נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים, פסקה 26 (כבוד השופט י' עמית) (19.9.2002) (על פסק הדין הוגש ערעור, אך פסק הדין בערעור לא נדרש לניתוח בדבר תכלית החוק (ע"א 9575/02 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' בהאי (7.7.2010) (להלן – עניין בהאי)). גישה זו עולה בקנה אחד גם עם דברים שנאמרו בעת חקיקת החוק (ראו פרוטוקול 119, עמ' 870-869)).

יצוין, כי בלשון החוק ואף בשמו בולט הדגש על היעדרותם של בעלי הנכסים ("נפקדים"). עם זאת, הרקע שהוביל לחקיקתו ומהותם של ההסדרים שנקבעו בו עשויים ללמד כי למעשה ביקש החוק לקבוע את המצב המשפטי ביחס לנכסים בישראל של אזרחים ותושבים ממדינות האויב. מכל מקום, נראה שכך התרשם בית המשפט במספר פרשות שעסקו בנושאים אלה (ראו עניין גולן, עמ' 645; בג"ץ 99/52 פלמוני נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד ז 836, 839 (1953) (להלן – עניין פלמוני); עניין קליינר, עמ' 2544 (השופט א' ויתקון), שם צוין כי החוק דומה באופיו לחקיקה בעניין מסחר עם האויב, שתוצאתה הפקעה של

הבעלות והזכויות בנכסים והקנייתם לאפוטרופוס. תמיכה לתפישה זו נמצא גם בדברי שר המשפטים ד' ליבאי אגב הדיון בהצעת חוק חוזה השלום עם ירדן (פרוטוקול ישיבה מס' 312 של הכנסת ה-13, 5658 (23.1.1995) (להלן – פרוטוקול 312)). ראו גם בנבנשתי וחמיר, הקניין הפרטי, עמ' 13-14; פסקה 64 להודעת הערעור מיום 13.7.2006 בע"א 5931/06. עם זאת, בסיכומי המערערים בע"א 2250/06 (המשיבים בענייננו) אליהם הפנו האחרונים, נטען כי הגדרת "נפקד" בחוק אינה משקפת בהכרח זיקה של אדם למדינת אויב).

תחולתו הרחבה של חוק נכסי נפקדים

17. על רקע הנסיבות יוצאות הדופן שבהן נחקק החוק ניתן אולי להבין מדוע ניסוחו הוא כה גורף ונוקשה. מכל מקום, אופן ניסוחו, ובמיוחד ההגדרות הרחבות של מושגי הבסיס שבו – בדגש על המונחים "נפקד", "נכס" ו"נכס נפקד" – מוביל לכך שתחולתו של החוק נרחבת ביותר (ראו, בג"ץ 518/79 קוקרן נ' הוועדה לפי סעיף 29 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, פ"ד לד(2) 326, 330 (השופט ח' כהן) (1980) (להלן – עניין קוקרן); ראו גם, פרוטוקול 123 ופרוטוקול 119, עמ' 872-870, שם נדונה הבעייתיות הכרוכה בהגדרה הרחבה של "נפקד", המכניסה תחת כנפיה מקרים רבים מאד). ואומנם, כבר לפני כ-35 שנים הצביע בית משפט זה על כך שההגדרה הרחבה של "נפקד" עלולה להוביל לכך שהחוק יתפוס ברשתו עוד ועוד אוכלוסיות, לעיתים שלא לצורך ובניגוד לתכליתו. במילותיו של השופט ח' כהן, בעניין קוקרן (עמ' 330):

"בנסיבות הגיאופוליטיות שהיו קיימות עם קום המדינה ובעת חקיקת החוק מן הצורך היה להגדיר 'נפקד' הגדרה רחבה וגורפת ביותר – על אף הסיכון שייכללו בהגדרה אנשים אשר בינם לבין אויבי ישראל לא היה למעשה כל קשר משפטי, פיסי, אידיאולוגי או אחר. ומאחר שההגדרה בעינה עומדת עד לסיומו של מצב החירום השורר בישראל מאז קום המדינה (סעיף 1(ב)(1) לחוק), עשויים להתווסף אל המון 'הנפקדים' כהגדרתם בחוק, חדשים לבקרים, אזרחים תמימים שאין להם עם נפקדות ולא כלום (כגון מי שנמצא בחלק מארץ ישראל שמחוץ לשטח ישראל. פסקה II שם)."

18. ההגדרות בחוק של מונחים שונים עלולות להוביל לתוצאות מוקשות שאינן מתיישבות עם השכל הישר, ואף לא עם התכלית אותה נועד החוק לשרת. נמחיש את הדברים באמצעות מספר דוגמאות. ויודגש, כי אין כוונתי לקבוע מסמרות לגבי המקרים שיובאו להלן, אלא הדברים מובאים לשם הדגמה בלבד. לפי החוק, די בכך שבכל עת בתקופה שבין 29.11.1947 לבין סיום מצב החירום, שהוכרז על ידי מועצת המדינה הזמנית בשנת 1948, התקיימה בבעל הזכויות אחת החלופות שבסעיף 1(ב)(1) לחוק (ראו סעיפים 1(ב) ו-1(ה) לחוק) על מנת שנכס המצוי בשטח ישראל ייחשב נכס נפקד. כאמור, היות שמצב החירום המוכרז מתקיים בישראל מאז הקמתה ואף כיום, הרי שכל נכס בישראל שנרכש בעשרות השנים האחרונות על ידי "נפקד", הינו, לפי לשון החוק, נכס נפקד. למשל, נכס בישראל שנרכש היום על ידי אזרח או נתין אחת המדינות המנויות בסעיף 1(ב)(1) לחוק (למעט ירדן, כפי שצוין בסיפה של פסקה 13 לעיל) ייחשב "נכס נפקד" ויוקנה מיד לאפוטרופוס. הקושי הברור מאליו במצב זה מחריף נוכח הגדרתו הרחבה של "נכס" בחוק, הכוללת "מקרקעים ומטלטלים, כספים, זכות בנכס, מוחזקת או ראויה, מוניטין, וכל זכות בחבר בני אדם או בניהולו" (מגדר "נכס נפקד" הוחרגו "מטלטלים המוחזקים על ידי נפקד ופטורים מעיקול או מתפיסה לפי סעיף 3 לפקודת הפרוצדורה האזרחית, 1938" (סעיף 1(ה) לחוק)). כפי שנקבע, "נכס" כאמור, כולל, בין השאר, זכות לפירעון חוב, זכות אובליגטורית לקבלת מקרקעין, מניות למוכ"ז וכן זכויות חוזיות וכל זכות הניתנת לאכיפה באמצעות תביעה (ראו עניין בהאי, פסקאות 7-9 וההפניות שם). יש לתהות לגבי ההיגיון של תוצאה שלפיה חוב המגיע ל"נפקד" בשל עיסקה שביצע לגבי נכס בישראל, למשל, יוקנה באופן אוטומטי לאפוטרופוס (ראו, המ' 89/51 מיטובה בע"מ נ' קזם, פ"ד ו 4 (1952), שם נקבע כי חוב עשוי להיות נכס נפקד. ראו גם, ע"א 35/68 מועלם נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כב(2) 174 (1968) (להלן – עניין מועלם), שעסק בשטרות שנתקבלו בעקבות עיסקה שנערכה בעיראק ואשר הוסבו על ידי תושב עיראק לאזרח ישראל. בפסק הדין צוין כי משהגיעו השטרות, שהיו רכושו של תושב עיראק, לישראל, הם הפכו לנכס נפקד (שם, עמ' 176-177)). בנוסף, לשונו הפשוטה של החוק עלולה להוביל למסקנה כי די בנפקדותו של בעל זכות קניינית כלשהי בנכס כדי להופכו ל"נכס נפקד". זאת, אף אם יתר בעלי הזכויות בו אינם

נפקדים ואף אם זכותו "חלשה" מזכותם. כך, לדוגמה, לכאורה עצם העובדה שמי ש"נהנה" מהנכס היה נפקד, מספיקה כדי שהוא ייחשב "נכס נפקד", גם אם בעליו אינו נפקד (ראו, עניין חוות מקורה, עמ' 15).

קשיים נוספים מתעוררים נוכח העובדה ש"נפקד" הינו "סטטוס" מתמשך שאין לו סוף (למעט אם נקבע במפורש אחרת או שנעשה צעד יזום לשחרור הנכס או בעליו מנפקדותם. ראו, ע"א 110/87 אלרחים נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (22.8.1989) (להלן – עניין אלרחים)). נכסיו בישראל של כל מי שנכנס בגדר התנאים ל"נפקד", בכל עת בתקופה שבין סוף שנת 1947 ועד סיום מצב החירום שכאמור עדיין נמשך, עלולים להיחשב "נכסים נפקדים" ולהישלל מידי. ממצב זה, כאמור, אין שחרור אוטומטי, להוציא מספר חריגים שהוגדרו במפורש בחוק. למשל, אדם ייחשב נפקד רק משום שבשלב כלשהו בתקופה האמורה, היה אזרח או נתין של לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר הירדן, עיראק או תימן, או "נמצא" שם (לעניין עבר הירדן, ראו האמור בסיפה של פסקה 13 לעיל). מכאן, שלפי פרשנות דווקנית של החוק, יש לראות בנכסיהם בישראל של העולים ממצרים, עיראק או תימן, שנרכשו על ידם לפני עלייתם ארצה או לאחריה, "נכסים נפקדים" (ואכן, זה היה המקרה בעניין פדג'; ראו גם, עניין מועלם. עם זאת, נראה שהוראת סעיף 28 לחוק, הנזכרת בפסקה הבאה, פותרת קושי זה לפחות לגבי נכסים שנרכשו לאחר ההגעה לישראל). הוא הדין, לפחות לכאורה, לגבי נכסיהם בישראל של כל מי שביקרו במדינות האמורות, וזאת במנותק מהשאלה מה הייתה תכלית הביקור או משכו. כך, לדוגמה, גם מי שיצאו למקומות אלה מטעם המדינה, כגון חיילים בשעת קרב, עלולים להיחשב "נפקדים" (המציאות הוכיחה שאין זו שאלה תיאורטית; ראו עניין פלמוני, שם נחשב אזרח ארצישראלי שעזב את ישראל למדינת אויב בשליחותה של אחת מרשויות המדינה, ל"נפקד"!!!). האם מתקבל על הדעת שבנסיבות המתוארות יאבדו גורמים אלה את זכויותיהם בנכסיהם שבישראל!?

19. יש לציין, כי לפחות לחלק מן הקשיים המתעוררים בעקבות נוסחו הרחב של החוק ניתן פתרון בחוק. דוגמה בולטת לכך היא האפשרות לשחרר נכסים

נפקדים (סעיפים 28-29 לחוק) וליתן אישור בכתב לפיו אדם מסוים איננו "נפקד" (סעיף 27 לחוק. לדיון בשאלה האם הסעיף חל מקום בו אפשר להגדיר אדם כנפקד לפי סעיף 1(ב)(1)(III) לחוק, אך גם על פי אחת החלופות האחרות הקבועות בסעיף, ראו עניין פלמוני ועניין בהאי, פסקאות 11 ו-13). יצוין, כי לגישתו של השופט ח' כהן בעניין קוקרו, סמכויות אלה הן המענה לקשיים הכרוכים בהגדרת "נפקד" הנזכרים בפסקאות הקודמות (שם, עמ' 330) (זו הייתה עמדתו של בית המשפט גם בעניין אלרחים). דוגמה נוספת היא הוראת החוק שנוספה בשנת 1951, שתכליתה לאפשר ל"נפקדים" המצויים כדין בשטח ישראל לרכוש זכויות בנכסים שלא היו בגדר נכסים נפקדים ביום שהחוק נכנס לתוקף (סעיף 28א לחוק; ראו פרוטוקול ישיבה 234 של הכנסת הראשונה, 1254 (6.3.1951)). למרות זאת, החוק עודנו רחוק מלהיות חף מקשיים. אחד הגורמים לכך, הוא העובדה שבשנים הרבות מאז נחקק החוק, חלו שינויים גיאוגרפיים משמעותיים בסביבתה של מדינת ישראל, ובכלל זה מלחמות ישראל והסדרים מדיניים שנערכו עם חלק משכנותיה. במקביל, חלו גם שינויים ניכרים בהתייחסותו של המשפט הישראלי לזכויות האדם. למעשה, הנסיבות היום שונות באופן מהותי מהנסיבות ששררו בעת חקיקת החוק, לפני כ-65 שנים. אף על פי כן, ולמרות שתחולתו של החוק נמשכת כאמור כל העת, לא נערכו בו כל ההתאמות הנדרשות לשינוי העיתים והנסיבות. הדבר בא לידי ביטוי באופן בולט בכל הנוגע לנכסים המצויים במזרח ירושלים, ובמיוחד נכסים שבעלי הזכויות בהם הינם תושבי איו"ש, אליהם נוגעים הערעורים שלפנינו. לפני שנפנה לעמוד על הבעייתיות הייחודית המתעוררת במקרים אלה מתבקשת הערה נוספת.

20. לנוכח האמור, עשויה לעלות טענה בדבר חוסר תקפותן של חלק מהוראות החוק, מטעמים חוקתיים. במילים אחרות, ניתן לטעון כי הוראותיו של החוק פוגעות בזכויות הנפקדים, ובמיוחד בזכותם החוקתית לקניין (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) וכי אין הוא ממלא אחר המבחנים שנקבעו בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד (סעיף 8). לטעמי, בהחלט ייתכן כי לפחות חלק מההסדרים שבחוק, אילו היו נחקקים היום, לא היו עומדים במבחנים החוקתיים. עם זאת, במקרה שלפנינו, אין בהוראותיה של פסקת ההגבלה כדי להועיל או כדי לשנות את

המסקנה בדבר תחולתו של החוק במקרים הנדונים. זאת, נוכח כלל שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו, אין בחוק היסוד כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו. הוראה זו אינה מאפשרת לקבוע כי הוראה מהוראות החוק בטלה (ראו, למשל, דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 632-633 (השופט ט' שטרסברג-כהן), 642-643 (השופט מ' חשין) 653 (הנשיא א' ברק) (1995) (להלן – עניין גנימאת); בג"צ 4264/02 שותפות המגדלים אעבלין נ' המועצה המקומית אעבלין, פסקה 10 (12.12.2006)).

חוק נכסי נפקדים והנכסים במזרח ירושלים

21. סעיף 1(ב) לחוק מעמיד שני תנאים להיותו של אדם "נפקד": התנאי הראשון נוגע לנכס הנדון, ועניינו הדרישה כי מדובר בנכס המצוי "בשטח ישראל". לעניין זה, "שטח ישראל" הוגדר כשטח שבו חל משפט מדינת ישראל (סעיף 1(ט) לחוק; לדיון במונח זה, ראו בנימין רובין "תחום תחולת המשפט, שטח המדינה ומה שביניהם" משפטים כ"ח 215, 226-227 (התשנ"ה) (להלן – רובין)). התנאי השני נוגע לבעל הזכויות בנכס ("נפקד"). ה"נפקד" הוא מי שנכנס בגדר אחת החלופות שבסעיף 1(ב)(1) לחוק. החלופה הראשונה מוגדרת על פי אזרחות או נתינות ועניינה אזרחי או נתיני לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר הירדן, עיראק או תימן (סעיף 1(ב)(1)(I) לחוק). החלופה השנייה מוגדרת על פי מקום הימצאו של ה"נפקד" ועניינה מי שנמצא באחת המדינות הנ"ל או "בכל חלק של ארץ ישראל שמחוץ לשטח ישראל" (סעיף 1(ב)(1)(II) לחוק). החלופה השלישית עניינה אזרחים ארצישראלים שיצאו ממקום מגוריהם בארץ ישראל אל מחוץ לארץ ישראל, בנסיבות המפורטות בסעיף 1(ב)(1)(III) לחוק (עם זאת, בסעיף 27 לחוק נקבעו מקרים שבהם יוחרג נפקד לפי חלופה זו מ"נפקדותו"; למחלוקת שהתעוררה בין השופטים מ' לנדוי וי' אולשן לגבי סעיף זה ובנוגע לאיפיון החלופות השונות, ראו עניין פלמוני).

22. באשר לנכסים המצויים במזרח ירושלים, הרי שעד שנת 1967 לא היו אלה נכסים המצויים ב"שטח ישראל", כמובנו בחוק נכסי נפקדים, היינו השטח שבו חל משפט מדינת ישראל (סעיף 1(ט) לחוק). על כן, עד אז לא היה מדובר בנכסים נפקדים. מצב זה השתנה במלחמת ששת הימים. במלחמה, עברה מזרח ירושלים

לשליטתה של מדינת ישראל וביום 28.6.1967 הוכרז על החלת המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים שם (ראו צו מס' 1, שניתן מכוחו של סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (להלן – פקודת סדרי השלטון והמשפט). ראו גם סעיף 5 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, שם נקבע כי מזרח ירושלים נכלל בתחום עיריית ירושלים. כן ראו, בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424, 429 (1988) (להלן – עניין עווד); ע"א 4664/08 משעל נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פסקה 8 (להלן – עניין משעל); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 512-513 (2005) (להלן – עניין מועצת חוף עזה); רובין, עמ' 231-234; בנבנשתי וזמיר, הקניין הפרטי, עמ' 23-24). לאור זאת, מובן כי יש לראות בנכסים שבמזרח ירושלים נכסים המצויים ב"שטח ישראל" לצורך חוק נכסי נפקדים (ראו ע"א 54/82 לוי נ' עיזבון המנוח עפאנה מחמוד מחמוד (אבו-שריף), פ"ד מ(1) 374, 376 (1986) (להלן – עניין לוי); בג"ץ 98/68 חדד נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כב(2) 254 (1968)).

23. לפיכך, כל שנותר על מנת שבעלי הזכויות בנכסים שבמזרח ירושלים ייחשבו "נפקדים" הוא, כי תתקיים לגביהם אחת החלופות שבסעיף 1(ב)(1) לחוק. נוכח רוחבן של ההגדרות בחוק, ובהינתן שרבים מתושבי מזרח ירושלים היו נתיני או אזרחי ירדן לפני שנת 1967, נראה שתנאי זה מתמלא במקרים רבים ונכסיהם של גורמים אלה במזרח ירושלים אמורים להיחשב "נכסים נפקדים". בהקשר זה, ראוי להזכיר כי לאחר מלחמת ששת הימים, לא רק הנכסים שבמזרח ירושלים עברו לשטח ישראל ולשליטתה, כי אם גם תושבי המקום (תושבי מזרח ירושלים שהתפקדו במפקד האוכלוסין שנערך בחודש יוני 1967 קיבלו מעמד של תושבי קבע בישראל ובאפשרותם, בתנאים מסוימים, לקבל אזרחות ישראלית). כפועל יוצא מכך, נוצר מצב משונה למדי בו חל החוק על נכסים שהם ובעליהם כאחד מצויים ב"שטח ישראל". למעשה, אדם יכול היה, למשל, להישאר בביתו בלא לנקוט כל פעולה או לשנות ממצבו שלו או ממצבו של הנכס, וביתו, בו הוא מתגורר במזרח ירושלים, הפך ל"נכס נפקד". קושי זה בא על פתרונו לגבי תושבי מזרח ירושלים עם חקיקת חוק הסדרי משפט בשנת 1970 (וליתר דיוק, בשנת 1968, עם חקיקת חוק הסדרי משפט ומינהל, התשכ"ח-1968, שקדם לו). בסעיף

3 לחוק משנת 1970 נקבע, כדלקמן:

"(א) אדם שביום תחילתו של צו החלת המשפט [היינו, צו לפי סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט – א' ג'] נמצא בשטח תחולתו והיה תושב בו, לא יראוהו מאותו יום כנפקד כמשמעותו בחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, לגבי נכס הנמצא באותו שטח.
(ב) לענין סעיף זה, אין נפקא מינה אם לאחר תחילתו של הצו נמצא אותו אדם לפי היתר חוקי במקום שהימצאותו בו היתה עושה אותו נפקד אילולא הוראה זו."

הסעיף מחריג, איפוא, את מי שהיו תושבי מזרח ירושלים ביום 28.6.1967 – שאז ניתן צו מס' 1 בו הוחלו על מזרח ירושלים המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל – מהגדרת "נפקדים", לגבי נכסיהם שבמזרח ירושלים (ראו עניין משעל, פסקה 8; עניין עווד, עמ' 429; ובנבנשתי וזמיר, הקניין הפרטי, עמ' 14, 26-28; זמיר ובנבנשתי, אדמות היהודים, עמ' 87). בנוסף, בהמשך, נחקק חוק נכסי נפקדים (פיצויים), התשל"ג-1973 (להלן – חוק הפיצויים), המאפשר לתושבי ישראל, לרבות תושבי מזרח ירושלים, שהינם "נפקדים", לתבוע פיצויים בגין נכסים מסוימים שהוקנו לאפוטרופוס (ראו, זמיר ובנבנשתי, אדמות היהודים, עמ' 91-90; ובנבנשתי וזמיר, הקניין הפרטי, עמ' 14, 28-29).

המקרה של תושבי איו"ש

24. מכאן נפנה למקרה העומד לפנינו, של תושבי איו"ש שהם בעלי זכויות בנכסים שבמזרח ירושלים. כאמור, לצורך החוק, מצויים נכסים אלה בשטח ישראל. בכך מתמלא התנאי הראשון ל"נפקדותם". התנאי השני הוא כי בעלי הזכויות בהם נכנסים בגדר אחת החלופות שבסעיף 1(ב)(1) לחוק. החלופה הרלוונטית לענייננו היא זו המנויה בסיפה של סעיף 1(ב)(1)(II) לחוק, לפיה "נפקד" הוא מי שבכל עת בתקופה הרלוונטית "נמצא... בכל חלק של ארץ ישראל שמחוץ לשטח ישראל". באיו"ש, בשונה ממזרח ירושלים, לא הוחל מעולם המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל (ראו למשל, בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 13 (1979); עניין מועצת חוף עזה, עמ' 514-516. וכן, רובין, עמ' 223-225). לפיכך, מובן כי אין מדובר ב"שטח ישראל", המוגדר בסעיף

1(ט) לחוק כ"שטח בו חל משפט מדינת ישראל". כבר לפני כ-30 שנים, הכריע בית משפט זה, בעניין לוי, כי איו"ש הוא "חלק מארץ ישראל" כמובנו בסעיף 1(ב)(1)(II) לחוק (שם, עמ' 381 (השופט א' חלימה); השוו, ע"פ 5746/06 עבאט נ' מדינת ישראל, פסקאות 5, 8-10 (31.7.2007), שם נדון מובנו של ביטוי זה המצוי בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, בהקשר המסוים של אותו חוק). ראוי לציין כי בעניין לוי נדחתה הטענה שלפיה הואיל ואיו"ש מוחזק בפועל על ידי כוחות צה"ל הרי שיש לראותו כשטח מוחזק, לפי פקודת שטח השיפוט והסמכויות משנת 1948, ובהתאם גם כ"שטח ישראל" לעניין חוק נכסי נפקדים. מסקנתו של בית המשפט בעניין לוי הייתה כי יש לראות בנכסים במזרח ירושלים שבעליהם היו תושבי איו"ש, "נכסים נפקדים". תפישה זו משתקפת גם בפסיקה מאוחרת יותר של בית משפט זה (ראו עניין גולן, שם יצא בית המשפט מנקודת הנחה כי נכסים מעין אלה הינם "נכסים נפקדים").

25. המסקנה האמורה בנוגע לנכסים במזרח ירושלים אינה נובעת רק מלשונו של החוק. דומה כי תוצאה זו משקפת גם את כוונתו של המחוקק, למיצער מאז נחקק חוק הסדרי משפט. כאמור, בעוד שתושבי מזרח ירושלים הוחרגו, בחוק הסדרי משפט, מתחולתו של חוק נכסי נפקדים לגבי נכסים המצויים שם, הרי שלא ננקט צעד דומה לגבי תושבי איו"ש. לטעמי, לא ניתן לבטל את משמעותו של נתון זה. עצם העובדה שהמחוקק ראה צורך לקבוע הסדר מפורש שיוציא את תושבי מזרח ירושלים מגדרו של חוק נכסי נפקדים (החל מהמועד שנקבע), מלמדת כי לתפישתו, בלא הוראה כאמור היה חל עליהם החוק. במילים אחרות, הדבר מצביע על כך שלדידו, החוק חל אף מקום שהנכס הנדון או בעל הזכויות בו נעשו "נפקדים" לאחר חקיקת החוק, היינו לאחר שנת 1950. דברים אלה נכונים גם לגבי נכסים שהפכו נפקדים לאחר שנת 1967. הנחה זו באה לידי ביטוי גם בצורך שראה המחוקק להחריג במפורש נכסים מסוימים מגדר תחולתו של חוק נכסי נפקדים, בעקבות הסדר השלום שנחתם עם ירדן בשנת 1994 (ראו סעיף 6 לחוק חוזה השלום עם ירדן; וכן, פרוטוקול 312, עמ' 5658. עוד על כך, ראו בעניין אבו חאטום, פסקה י"א). למעשה, גישה זו עולה בקנה אחד עם התפישה כי תחולתו של החוק היא מתמשכת ופועלו טרם הגיע לכלל סיום (ראו גם, עניין גולן, עמ' 645,

שם צוין כי "ההנחה הגלומה בחוק היא שגורלם של נכסי הנפקדים ייקבע בעתיד, כפועל-יוצא אפשרי מהסדרים פוליטיים בין מדינת ישראל לבין שכנותיה". עוד יוער, כי בעת חקיקת החוק נאמר שקיים צורך לחוקק חוק קבע, תחת תקנות שעת החירום, משום ש"ברור היה לחברי-הועדה שגם בתום שעת-החירום יהיה עלינו לטפל בנכסי הנפקדים..." (פרוטוקול 119, עמ' 868)). לאור האמור, לא ניתן, לטעמי, לקבל את הטענה כי הגדרת "שטח ישראל" שבחוק כיוונה אך לשטח שבו חל המשפט הישראלי בעת חקיקת החוק, בבחינת "צילום" או הקפאה של מצב נתון שאינו יכול להשתנות עם הזמן. הוא הדין לגבי הטענה שלפיה נדרשת הוראה מפורשת בחוק על מנת שהוא יחול על שטח שנוסף לשטחה של מדינת ישראל לאחר חקיקתו. הדוגמאות שלעיל עשויות ללמד כי לאמיתו של דבר, ההפך הוא הנכון. בנוסף, הימנעותו של המחוקק מלקבוע הסדר רחב יותר בחוק הסדרי משפט או בחוק אחר משקפת, להבנתי, החלטה מודעת שלא להחריג מתחולת חוק נכסי נפקדים גורמים נוספים, כגון תושבי איו"ש. כך התרשם אף בית משפט זה בעניין לוי (ראו, שם, עמ' 382-383 (השופט א' חלימה)). זו גם עמדתם של המלומדים זמיר ובנבנשתי (ראו, ובנבנשתי וזמיר, הקניין הפרטי, עמ' 27; זמיר ובנבנשתי, אדמות היהודים, עמ' 87)). אשר על כן, לא ראיתי אפשרות לסטות מההלכה הפסוקה שלפיה חוק נכסי נפקדים אכן חל על נכסים במזרח ירושלים, שבעליהם הינם תושבי איו"ש. נראה כי כל קביעה אחרת תעמוד בניגוד למשמעות הפשוטה העולה מלשון החוק ומכוונת המחוקק.

26. בהקשר זה, יש לייחד כמה מילים לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין דקאק (כבוד השופט ב' אוקון). בפסק הדין עמד בית המשפט על ההבדל בין המציאות שבה נחקק חוק נכסי נפקדים לבין הנסיבות שנוצרו באיו"ש בעקבות מלחמת ששת הימים. לדבריו, "קשה להעלות על הדעת" כי החוק יופעל על תושבים המצויים תחת "שליטה אפקטיבית" ישראלית ולא תחת שליטה עוינת (שם, פסקאות 4-5 לפסק הדין). משכך, נקבע כי סעיף 1(ב)(1)(II) לחוק, שעניינו מי שנמצא "בכל חלק של ארץ ישראל שמחוץ לשטח ישראל", אינו חל על תושב של שטחים "הנתונים בפועל לשליטה צבאית של ישראל, להבדיל, למשל, משטחים המצויים בשליטה צבאית של מדינה הנזכרת בסעיף 1(ב)(1)(I)". (שם, פסקה 6).

על פסק הדין האמור הוגש ערעור (ע"א 2250/06, שהוא אחד הערעורים שהדיון בהם אוחד בהליכים שלפנינו (ראו פסקה 1 לעיל)). בסופו של דבר, כאמור, נמחק הערעור לאחר שהושג הסכם פשרה בין הצדדים. למרות זאת, היות שבעלי הדין בענייננו נדרשו לפסק הדין הנ"ל, ראינו לנכון להבהיר את הסתייגותנו מהאופן שבו פורש סעיף 1(ב)(1)(II) לחוק בעניין דקאק. הפרשנות האמורה אינה עולה בקנה אחד עם קביעותיו של בית משפט זה בעניין לוי ועם הנחת היסוד עליה הוא נסמך בעניין גולן. עובדה זו כשלעצמה מעוררת קושי (לעניין סטייטן של הערכאות הדיוניות מתקדים מחייב של בית המשפט העליון, ראו למשל, רע"א 3749/12 בר-עוז נ' סטר, פסקאות 18-20 לחוות דעתי (1.8.2013)). בנוסף, לטעמי, פרשנות זו מעוררת קשיים אף לגופו של עניין, מן הטעמים שפורטו לעיל. מעבר לכך, יש ממש בטענות המשיבים שלפיהן הפרשנות האמורה ממילא לא תפטור מתחולת החוק את תושבי איו"ש שהיו נתיני או אזרחי ירדן, או שנמצאו שם בכל עת מאז שנת 1947, ואשר להם נכסים בישראל. זאת, נוכח האמור בחלופות האחרות שבסעיף 1(ב)(1) לחוק. לדברי המשיבים, נראה שמדובר בחלק לא מבוטל מהתושבים באיו"ש. אף הפרשנות ה"מרחיבה" את "שטח ישראל" מעבר למה שנקבע בחוק מעוררת קשיים ניכרים. זאת, נוכח לשונו הברורה של החוק, הקובע במפורש, בסעיף 1(ט) לו, כי מדובר בשטח בו חל משפט מדינת ישראל, ומטעמים מהותיים נוספים. כמו כן, קביעה מעין זו מעוררת שאלות לא פשוטות לגבי מהותם המדויקת של המונחים "שטח ישראל" ו"שליטה אפקטיבית". כך, לדוגמה, יכולה להתעורר שאלה האם יש להבחין בין השטחים באיו"ש המכונים "אזורים A, B ו-C", לפי הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, שנחתם בין מדינת ישראל לבין אש"ף ביום 28.9.1995 (לדיון בהקשר שונה בשאלה האם שטח מסוים מצוי בתחום השליטה של צה"ל, בעקבות חלוקת האזורים האמורה, ראו, למשל, בג"ץ 2717/96 וופא נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 848 (1996)). שאלה מורכבת זו לא זכתה לכל התייחסות מצידם של אלה התומכים בשימוש במבחן "השליטה האפקטיבית" בהקשר הנדון. מכל מקום, דומה כי אין זה המקום הראוי להכריע בשאלות אלה. יתרה מזאת, אכן יש להיות ערים לכך שפירוש כאמור, עלול להוביל להחלתו של החוק על נכסים שלא נכללו בו עד היום. זאת, הואיל והחוק חל על נכסים המצויים "בשטח ישראל" (סעיף 1(ב)(1))

לחוק). מכאן, שקביעה כי איו"ש הינו חלק מ"שטח ישראל" עלולה להוביל לכך שגם נכסים המצויים שם יהפכו ל"נכסים נפקדים".

27. לאור כל האמור, אין מנוס מן המסקנה כי חוק נכסי נפקדים אכן חל על נכסים המצויים במזרח ירושלים שתושבי איו"ש הם בעלי הזכויות בהם. אולם, בכך לא תמה דרכנו. שומה עלינו להידרש לאופן יישומו של החוק במקרים מעין אלה.

הפעלת הסמכויות לפי החוק במקרים הנדונים

28. הקביעה כי הנכסים האמורים הם "נכסים נפקדים" מעוררת בעייתיות רבה הן במישור המשפט הבינלאומי הן במישור המשפט המינהלי. אף המשיבים אינם מתכחשים לכך. יש לזכור כי עסקינן בתושבי איו"ש שהפכו "נפקדים" לא בשל צעד כלשהו שנעשה מצידם, כי אם בשל העברת השליטה במזרח ירושלים לידי ישראל והחלת המשפט הישראלי שם. בנוסף, אין מדובר בגורמים המצויים תחת שליטתה של מדינה אחרת, אלא במי שמצויים בשטחים של ישראל שליטה – ולו מסוימת – בהם. בהקשר זה, נזכיר כי במהלך חקיקת החוק, הובהר כי הכוונה בסעיף 1(ב)(1)(II) לחוק הייתה ל"אנשים שלמעשה אינם נמצאים בשטחה של מדינת ישראל" (דברי יושב ראש ועדת הכספים, חבר הכנסת ד' צ' פנקס, בפרוטוקול 119, עמ' 868). במובן זה אכן קיים דימיון מסוים בין תושבי איו"ש לבין תושבי מזרח ירושלים, הגם שברור כי אין ללמוד גזירה שווה בין המקרים, נוכח השוני במעמד המשפטי של שני האזורים. דומה כי אומנם קיים הבדל בין עניינם של תושבי איו"ש לבין עניינם של מי שאליהם כיוון חוק נכסי נפקדים (ראו גם, עניין קוקרן, עמ' 330, שם הזכיר השופט ח' כהן את מי שמצויים ב"חלק של ארץ ישראל שמחוץ לשטח ישראל" כאחד המקרים שבהם חל החוק על מי שאין להם ולא כלום עם נפקדות). אכן קיימים הבדלים בין תושבי איו"ש לבין אזרחי או נתיני מדינות האויב שבסעיף 1(ב)(1)(I) לחוק ולבין מי שנקט צעד יזום ו"יצא ממקום מגוריו הרגיל בארץ ישראל" בנסיבות המתוארות בסעיף קטן (III). למעשה, נפקדותם של תושבי איו"ש לגבי רכושם שבמזרח ירושלים נובעת מניסוחו הרחב של החוק ומתחולתו הנמשכת, בעקבות התארכות מצב החירום (ראו פסקאות 14 ו-18 לעיל). קשה להניח כי זהו סוג המקרים אליו כיוון החוק, שנחקק, כאמור, על רקע

אירועים ייחודיים ויוצאי דופן. תוצאות תחולתו של חוק נכסי נפקדים במקרים אלה קשה במיוחד, אף בהתחשב בכך שתושבי איו"ש אינם זכאים לפיצוי בגין נכסיהם המוקנים לאפוטרופוס. זאת, הואיל והזכות לתבוע פיצויים מכוח חוק הפיצויים ניתנה רק לתושבי ישראל (סעיף 2 לחוק הפיצויים; ראו גם, בנבנשתי וזמיר, הקניין הפרטי, עמ' 14, 28-29). לא נכחד כי קיים דימיון מסוים בין שלילת זכויותיו של אדם בנכסיו משום שהפכו לנכסים נפקדים לבין הפקעת מקרקעין לצרכים ציבוריים (בהקשר זה, יוער, כי בספרות נשמעה הדעה כי קביעת האפשרות לקבל פיצוי לפי חוק הפיצויים, במקרה של תושבי ישראל, מחזקת את הטיעון שלפיו ביסוד ההימנעות משחרור נכסיהם הנפקדים ניצב רציונל דומה לזה שעומד בבסיס רכישת קרקע לצורכי הציבור (ראו, שם, עמ' 14). ראו גם, סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא(3) 665, 727 (1998)). עם זאת, בעוד שמתן פיצוי הוא אחד היסודות המרכזיים בדיני ההפקעות המודרניים (ראו, למשל, ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקאות 65-71 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (14.5.2012)), הרי שלגבי נפקדים תושבי איו"ש לא קבע המחוקק כל הסדר בחוק לקבלת פיצוי בעד נכסיהם שניטלו מידיהם. בכך יש כדי לחדד אף יותר את הקושי הכרוך בשימוש בחוק נכסי נפקדים בעניינם. בעייתיות זו לא חמקה אף מעיניהם של היועצים המשפטיים לממשלה לאורך השנים. וכך, בין היתר, כתב ביום 31.1.2005 היועץ המשפטי לממשלה מ' מזוז לשר האוצר, ב' נתניהו, שהיה ממונה על הפעלת החוק (להלן – הנחיית מזוז):

"הנפקדות של נכסי תושבי איו"ש במזרח ירושלים היא טכנית באופיה, שכן הם הפכו לנפקדים בשל פעולה חד-צדדית שנקטה מדינת ישראל למטרה שונה, כאשר הן הנכסים והן בעליהם היו תחת שליטתה של מדינת ישראל, וכאשר לא מתקיימות כאן, לכאורה, התכליות של החוק. מדובר למעשה ב'נפקדים נוכחים', שזכויותיהם ברכושם נשללו עקב ניסוחו הטכני הרחב של החוק. יתרה מזו, לגבי תושבי איו"ש שנכסיהם שבתחומי מז' ירושלים הפכו לנפקדים, התוצאה קשה במיוחד, שכן החלת החוק משמעה שלילת רכושם ללא כל פיצוי, שכן חוק נכסי נפקדים (פיצויים), התשל"ג-1973 העניק פיצויים רק לנפקדים שהיו תושבי מדינת ישראל בעת חקיקתו."

(שם, פסקה 2).

29. בהקשר זה יוער, כי יש להיות ערים לעובדה שיישום דווקני של החוק על תושבי איו"ש עלול להוביל לכך שאף נכסיהם בישראל של תושבי איו"ש שהם אזרחי ישראל ייחשבו "נכסים נפקדים". כך, למשל, לפי פירוש זה, גם נכס המצוי בתל-אביב שבעליו הוא תושב אריאל או בית-אל מוקנה לאפוטרופוס. כאמור, בעניין זה טענו המשיבים כי אכן ניתן להבין כך את החוק, אך האפוטרופוס אינו מיישם את הוראותיו במקרים אלה, כמו גם במקרים אחרים של מי שנע כדין אל מחוץ לישראל. נחזור ונדגיש את הדברים בשל התוצאה הקיצונית העולה מלשונו של החוק: כל נכס בישראל שבעל הזכויות בו הוא תושב איו"ש הינו נכס נפקד. מכאן, למשל, שאם לטובתו של אדם המתגורר באיו"ש עומד חוב המגיע לו מתושב ירושלים, כתוצאה מעסקה שנערכה ביניהם היום, הרי שהחוב לכאורה מוקנה לאפוטרופוס. אולי לא מיותר להזכיר שהדברים נכונים גם לגבי נכסי מקרקעין בישראל של תושבי איו"ש. עוד ראוי להדגיש, כי חוק נכסי נפקדים אינו מתעניין במאפייניו הדתיים, למשל, של ה"נפקד" וההלכה הפסוקה החילה את הוראותיו לא פעם גם על "נפקדים" יהודים (ראו, ע"א 4682/92 עיזבון המנוח סלים עודא שטיה ז"ל נ' בית טלטש בע"מ, פ"ד נד(5) 252, 279 (השופט י' קדמי) (2000)).

30. לנוכח הקשיים האמורים, ראו לנכון רשויות המדינה, בהנחיית היועצים המשפטיים לממשלה, להגביל את הפעלת סמכויותיו של האפוטרופוס במקרים אלה. השתלשלות העניינים בהקשר זה תוארה בהנחיית מזוז, שצורפה לתיקים שלפנינו. כבר בחודש נובמבר 1968, זמן לא רב לאחר מלחמת ששת הימים, הוחלט בפורום בראשות שר המשפטים, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה דאז מ' שמגר, כי אין להפעיל את החוק על נכסי דלא נידי של תושבי איו"ש במזרח ירושלים. היועץ שמגר הסביר את ההחלטה, באופן הבא:

"... לא ראינו הצדק עניני לתפיסת רכוש, שהפך לנכס נפקד בעת ובעונה אחת עם הפיכת בעליו של הרכוש – שהוא תושב יהודה ושומרון – למי שנתון תחת שליטת רשויות שלטוניות ישראליות. לשון אחרת, הואיל והרכוש לא היה נכס נפקד לפני יום כניסת כוחות צה"ל למזרח ירושלים, ולא היה הופך

לנכס נפקד אילו מזרח ירושלים היתה ממשיכה להיות חלק מיהודה ושומרון, לא ראינו הצדקה לכך שסיפוח מזרח ירושלים, והוא בלבד, יביא לנטילת רכושו של אדם, שאינו נפקד למעשה, אלא נמצא מאותו המועד בו הגיע רכושו לידינו, בתחום שלטון כוחות צה"ל." (מכתבו מיום 18.8.1969 של היועץ המשפטי לממשלה מ' שמגר למינהל מקרקעי ישראל, כפי שצוטט בהנחיית מזח).

במרוצת השנים, נעשו ניסיונות לכרסם בהנחיה הנ"ל. בשנת 1977 קבע פורום בראשות שר המשפטים ושר החקלאות הסדר זמני "שיובא לעיון מחדש לאור הניסיון בהפעלתו". לפי ההסדר, יידרשו תושבי איו"ש לפנות מיוזמתם לאפוטרופוס ולבקש להמשיך ולהשתמש בנכסיהם שבמזרח ירושלים. בהמשך, התברר כי בפועל לא נערכה בחינה מחודשת של ההסדר וכי בחסותו נעשה "שימוש לרעה בחוק" (הנחיית מזח, פסקה 4(ב); להרחבה, ראו הוועדה לבדיקת מבנים במזרח ירושלים דו"ח הוועדה (1992) (להלן – דו"ח קלוגמן)). בדו"ח שנערך בשנת 1992 תוארו גם פגמים שנפלו בהליכי ההכרזה על נכסים במזרח ירושלים כ"נכסים נפקדים", ונקבע כי "תפקודו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים היה על פי כל קנה מידה, לקוי ביותר" (שם, עמ' 24; ראו גם עמ' 12-13, 26). לאור זאת, הומלץ לערוך באופן מיידי בדיקה מקיפה לגבי תפקוד האפוטרופוס. בנוסף, מינה היועץ המשפטי לממשלה צוות שיקבע נהלים להפעלת סמכויות האפוטרופוס (דו"ח קלוגמן, עמ' 25). בעקבות זאת, הוחלט להקפיא מחדש את הפעלת החוק ולשוב למדיניות הקודמת, בהתאם להנחיה משנת 1968. בשנת 1997 שוב רוככו המגבלות שנקבעו, והותר לאפוטרופוס להוציא תעודות לגבי נכסים פנויים, באישור היועץ המשפטי למשרד האוצר. לגבי נכסים תפוסים, נדרש גם אישור משרד המשפטים. לפי האמור בהנחיית מזח, נראה שבפועל נעשה שימוש מוגבל בסמכות זו. במרץ 2000 קבע פורום שרים בהשתתפות שר האוצר, שר המשפטים והשר לענייני ירושלים, כי כל העברה של נכסים במזרח ירושלים על ידי האפוטרופוס לרשות הפיתוח, טעונה אישור של הפורום האמור, או מי שהוסמך לכך על ידו. בשנת 2004 התקבלה בוועדת השרים לענייני ירושלים החלטה שביקשה באופן מוצהר להסיר את כל המגבלות על הפעלת סמכות האפוטרופוס לגבי נכסים במזרח ירושלים. בהחלטה הובהר כי לאפוטרופוס נתונות הסמכויות על

פי סעיף 19 לחוק, לרבות ביצוע, העברה, מכירה או החכרה של נכס מקרקעין במזרח ירושלים לרשות הפיתוח (החלטה מס' ים/11 מיום 22.6.2004; ההחלטה קיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 8.7.2004 (החלטה מס' 2207)). יצוין, כי החלטה זו התקבלה בניגוד לעמדת משרד המשפטים ואף לא נכללה בה ההצעה המקורית, כי הפעלת הסמכות האמורה תחייב התייעצות עם היועץ המשפטי למשרד האוצר או נציגו.

בתגובה, בתחילת שנת 2005 הבהיר היועץ המשפטי לממשלה מ' מזוז כי ההחלטה הנ"ל אינה יכולה לעמוד וכי היא חורגת מסמכותה ומתפקידה של ועדת השרים לענייני ירושלים. הוא ביקש משר האוצר להורות על הפסקה מיידית של הפעלת החוק על נכסים במזרח ירושלים של תושבי איו"ש וחיווה דעתו כי אין מנוס מחזרה למדיניות הקודמת. היינו, לקבוע ש"ככלל, לא ייעשה שימוש בסמכויות לפי החוק בנוגע לנכסים הנדונים, למעט בנסיבות מיוחדות, ובכפוף לאישור מוקדם של היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא הסמיך לכך" (הנחיית מזוז, פסקה 6). כפי שנמסר לנו אגב ההליכים דנא, עמדה זו אומצה גם על ידי היועץ המשפטי לממשלה הנוכחי, י' וינשטיין, וזו גם עמדת המשיבים בערעורים שלפנינו (הודעת המשיבים מיום 28.8.2013).

31. הנה כי כן, למעשה אין מחלוקת בין הצדדים להליכים שלפנינו כי הפעלת החוק כלשונו לגבי נכסים במזרח ירושלים, שבעלי הזכויות בהם הינם תושבי איו"ש, מעוררת קשיים משמעותיים. זו הייתה עמדת היועצים המשפטיים לממשלה משך שנים ארוכות, והמשיבים אינם מתכחשים לכך אף כיום. כאמור, עמדתם של המשיבים היא כי החוק אכן חל לגבי נכסים במזרח ירושלים של תושבי איו"ש, אך ככלל אין לעשות בו שימוש במקרים אלה. זאת, אלא בנסיבות מיוחדות, לאחר קבלת אישור מוקדם של היועץ המשפטי לממשלה לכך. ההבחנה בין מישור תחולת החוק לבין מישור הפעלתו מצאה ביטוי גם בפסיקתו של בית משפט זה. כך, בעניין לוי, הצטרפה המשנה לנשיא מ' בן-פורת להכרעה כי חוק נכסי נפקדים חל על נכסים במזרח ירושלים של תושבי איו"ש. אולם, העירה כי אף שניתן לראות בנכסים אלה "נכסים נפקדים", הרי שעשויה לעלות השאלה האם ראוי להפעיל את סמכויות

האפוטרופוס לפי החוק בנסיבות העניין. זאת, בהינתן שמדובר במי שמצויים תחת שלטון צה"ל, ולולא צורפו אדמותיהם לירושלים המאוחדת, לא היו נחשבים "נפקדים" (שם, בעמ' 390). הדבר אף מתיישב עם הגישה העולה מעניין קוקרן. כאמור, באותה פרשה, למרות הקשיים שראה השופט ח' כהן בתחולתו הרחבה של החוק הנובעת מנוסחו הגורף, הוא לא ביקש לקבוע כי החוק אינו חל. תחת זאת, הוא העיר כי המענה למקרים בהם מתעוררת הבעייתיות מצוי בסמכות שניתנה לרשויות המינהליות להחריג גורמים מסוימים מתחולת החוק או לשחרר נכסים נפקדים (ראו סעיפים 27-29 לחוק)).

32. גישה זו מקובלת בעיקרה אף עלינו. כפי שפירטנו, לא ניתן לקבוע כי החוק אינו חל על נכסים במזרח ירושלים שבעלי הזכויות בהם הם תושבי איו"ש. עם זאת, בעת הפעלת הסמכויות המוקנות מכוחו במקרים אלה, יש לנהוג משנה זהירות וקפדנות יתירה. לטעמי, לאור הקשיים שצוינו לעיל, אין מקום לעשות שימוש בסמכויות אלה לגבי הנכסים האמורים, אלא במצבים חריגים שבחריגים. בנוסף, אף מקום בו יוחלט לנקוט פעולה לפי החוק – וכאמור, ראוי שמקרים אלה יהיו נדירים ביותר – יחייב הדבר קבלת אישור מוקדם לכך מהיועץ המשפטי לממשלה עצמו וכן החלטה של הממשלה או של ועדת שרים מטעמה המאשרת זאת. בכך מאמצים אנו, למעשה, את המגבלות לגבי מדיניות הפעלת החוק, אשר המשיבים נטלו על עצמם מימים ימימה. זאת, בתוספת הדרישה כי כל פעולה לפי החוק לגבי נכסים אלה תיבחן ותאושר אף על ידי הממשלה או ועדת שרים מטעמה. נבהיר, כי ראינו מקום לעגן בפסיקה את המדיניות שנהגה זה מכבר, לדברי המשיבים, בעניין זה ואף להחמיר עוד, הואיל והניסיון מלמד כי המגבלות שנקבעו לא תמיד נשמרו ונוכח הניסיונות החוזרים ונשנים לכרסם בהן, כאמור לעיל. כמו כן, ראוי להזכיר כי כל החלטה להפעיל את החוק במקרה מסוים ממילא חשופה לביקורת שיפוטית.

33. עוד נעיר, כי ככל שהרשויות המוסמכות סבורות שקיים צורך המצדיק רכישת בעלות בנכס מהסוג הנדון, הרי שעומדים לרשותן אמצעים אחרים, מלבד חוק נכסי נפקדים, המאפשרים לעשות כן. כך, למשל פקודת הרכישה והוראות שונות בחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (ראו, לדוגמה, פרק ח' בחוק הנ"ל,

שעניינו הפקעות). מכאן, שאין בהגבלות שנקבעו לעיל כדי לחסום את דרכן של הרשויות מלרכוש זכויות בנכסים הנדונים מכוחם של הסדרים חוקיים אחרים, ובלבד שקיימת הצדקה לכך ושממלאים התנאים שנקבעו בדין. ברי, כי יש להעדיף כלים חוקיים כגון אלה שהזכרנו על פני שימוש בחוק נכסי נפקדים. במילים אחרות, השימוש בחוק נכסי נפקדים ייעשה, אם בכלל, רק לאחר שמוצו כל האפשרויות לפי חוקי ההפקעה השונים. זאת, נוכח הבעייתיות שמעורר החוק והיות שהסדרים האחרים שמנינו הינם, ככלל, מידתיים יותר.

34. לכאורה ניתן היה להגיע להכרעה דומה לזו שאליה הגענו גם לפי הדרך שהותוותה בעניין גנימאת. היינו, על ידי אימוץ תפישה פרשנית חדשה ביחס למובנו של חוק נכסי נפקדים, ברוח חוקי היסוד, וזאת חרף הכלל בדבר שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם, מאחר שהקביעות בעניין חוק נכסי נפקדים ופרשנותו אינן נתלות בחוק היסוד, אין צורך להידרש למהלך המבוסס על סעיף 10 הנ"ל (ראו, בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 781 (השופט מ' חשין) (1996)). כאמור, החלטתי אינה נוגעת למישור החוקתי ולתוקפן של הוראות חוק נכסי נפקדים, אלא עניינה במישור המינהלי, הנוגע לדרך הפעלת הסמכויות שמכוחו. בשולי הדברים ראוי להזכיר כי זכויות אדם היו קיימות עוד לפני חוקי היסוד, ואף בזכויות אלה היה די והותר, לדעתי, כדי להוביל למסקנה אליה הגענו.

תחולתו בזמן של פסק הדין

35. הסוגיה האחרונה בה נותר לעסוק היא שאלת תחולתו בזמן של פסק דין זה. בהחלטתנו מיום 11.9.2013 איפשרנו לבעלי הדין להשלים טיעונים בכתב בשאלת התחולה בזמן של קביעה שיפוטית אפשרית שלפיה החוק אינו חל לגבי תושבי איו"ש שלהם נכסים במזרח ירושלים. בסופו של דבר, מסקנתנו היא, כאמור, כי החוק אומנם חל לגבי נכסים כאמור, אך בכפוף למגבלות מחמירות ביותר לעניין הפעלתו. עם זאת, נוכח ההשלכות האפשריות של קביעתנו הנוספת לפיה יש להימנע, ככלל, מעשיית שימוש בסמכויות לפי החוק, אלא במקרים חריגים ביותר, ראינו מקום להידרש לשאלת תחולתו בזמן של פסק דיננו זה (ראו, בג"ץ 3514/07 מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פיורסט, פסקה 33 וההפניות שם

(הנשיאה (בדימ') ד' ביניש) (13.5.2012)). טיעוניהם של בעלי הדין התייחסו אומנם למועד תחולתה של הלכה (אפשרית) שלפיה החוק אינו חל במצבים הנדונים, אך הם רלוונטיים אף להלכה שנפסקה באשר לדרך הפעלתו של החוק. אשר על כן, נביא בתמצית את עיקרי טענותיהם של בעלי הדין בשאלת התחולה בזמן, ככל שהם רלוונטיים להכרעה אליה הגענו בסיכומם של הדברים.

36. המשיבים מתנגדים לאפשרות כי הלכה – אם תיקבע – שלפיה החוק אינו חל לגבי נכסים במזרח ירושלים של תושבי איו"ש, תחול באופן רטרואפקטיבי. לטענתם, יש לכבד את הפרקטיקה הפרשנית שנהגה על ידם משך שנים ארוכות, בהתאם לפסיקה, שעל פיה הוקנו לאפוטרופוס נכסים רבים וחלקם הועברו על ידו במהלך השנים לצדדים שלישיים. לדבריהם, בעת הנוכחית קשה להציג נתונים מדויקים בעניין כמות הנכסים, מתוך כלל הנכסים שהועברו לאפוטרופוס, המשתייכים לקטגוריה האמורה. בנוסף, הם מדגישים כי גורמים שונים הסתמכו על הפרשנות הנדונה, וכן עומדים המשיבים על הצורך בוודאות וביציבות מקום שמדובר בזכויות במקרקעין. הם מזהירים כי אימוץ פרשנות כאמור עם תחולה רטרואפקטיבית תגרור התדיינויות משפטיות רבות ועלולות להיות לה השלכות גם במישור המדיני. המערערים, מצידם, שוללים את עמדת המשיבים. הם טוענים כי אין להימנע מהחלת פרשנות חדשה לחוק הפוגע באופן ניכר באוכלוסיה מסוימת רק מן הטעם שכך היה נהוג במשך שנים רבות. בנוסף, לטענתם, עמדת רשויות המדינה בעניין זה לא הייתה עקבית ואחידה לאורך כל השנים והיא סתתה בתקופות מסוימות מה"פרקטיקה הנוהגת" לה טענו המשיבים. בראייתם, עם מתן פסק הדין בעניין דקאק השתנתה הפרקטיקה ולא ניתן לומר שמדובר ב"משטר נהוג הברור לכל", כטענת המשיבים. כמו כן, טוענים המערערים כי המשיבים לא ביססו את הטענה כי אין להחיל את ההלכה באופן רטרואפקטיבי ולא סיפקו כל נתונים עובדתיים התומכים בטענה כי שינוי ההלכה "אחורנית" יפגע באינטרס ההסתמכות. מעבר לכך, לדעת המערערים, בנסיבות העניין, גובר האינטרס שבשינוי הדין על אינטרס ההסתמכות. בהקשר זה, הם מציינים כי היקף המקרקעין הנדון הינו קבוע ולא עתיד להשתנות, וכי צדדים שלישיים שנהנו מפירות קניין לא להם באמצעות האפוטרופוס דינם כדין מתעשר שלא כדין.

37. לאחר ששקלנו את מכלול השיקולים בעניין זה, הגענו לכלל מסקנה כי יש להחיל את קביעותינו בפסק דין זה באופן פרוספקטיבי בלבד (לדיון בנושא השהיית בטלותה של החלטה מינהלית ובטלות יחסית, ראו דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, פסקאות 29 ו-51 (14.4.2015)). זאת, במובן הבא: אם עד מועד מתן פסק דיננו לא נעשתה על ידי הרשויות המוסמכות כל פעולה לפי החוק לגבי נכס במזרח ירושלים שבעל הזכויות בו הוא תושב איו"ש, הרי שמעתה ואילך יש להימנע מלהפעיל את הסמכויות מכוחו של החוק, אלא במקרים חריגים ביותר, ואף זאת לאחר מיצוי של אפשרויות אחרות, למשל לפי פקודת הרכישה. אם אכן יוחלט לנקוט פעולה לפי החוק ביחס לנכס, יחייב הדבר קבלת אישור מוקדם לכך מהיועץ המשפטי לממשלה עצמו וכן מהממשלה או מוועדת שרים מטעמה. כפי שכבר צוין, נכס נפקד מוקנה לאפוטרופוס מאליו, מרגע שהוא ממלא אחר הגדרת "נכס נפקד", והדבר אינו מצריך נקיטת כל פעולה מצד האפוטרופוס. לפיכך, עשויה להתעורר שאלה מהי "פעולה לפי החוק" כאמור. כוונתי היא לכל הפעלת סמכות לפי החוק הנתונה לביקורת שיפוטית שבוצעה על ידי הרשויות המוסמכות בנכס או לגביו, ובתנאי שיש לכך תיעוד בכתב. ויודגש, כי "דרישת הכתב" הינה תנאי הכרחי לצורך הקביעה כי נכס מסוים פטור מתחולתן של הקביעות בפסק דין זה. בין הפעולות שביצוען יוביל למסקנה כי הנכס כפוף לדין הקודם, ייכללו, למשל, צעדים לשמירה על הנכס המוחזק, החזקתו, תיקונו או פיתוחו, כאמור בסעיף 7 לחוק; מהלכים שנעשו במסגרת ניהול עסק או שותפות תחת הנפקד (סעיפים 8, 24, 25 לחוק); העברת הזכויות בנכס לאחר, ובכלל זה לרשות הפיתוח; סילוק או קיום חובות הנוגעים לנכס נפקד (כאמור בסעיף 20 לחוק); הצגת דרישות בכתב לגבי הנכס לבעליו, על ידי האפוטרופוס (למשל, כאמור בסעיף 21(ה) לחוק או בסעיף 23(ג) לחוק); הוצאת צווים (לדוגמה, מן הסוג האמור בסעיף 11 לחוק); מתן תעודות (כגון תעודות לפי סעיפים 10 ו-30 לחוק); והוצאת הוצאות וניהול הליכים משפטיים לגבי הנכס. מעבר לכך, מובן כי ההלכה החדשה לא תחול על נכס שהוא בבחינת "נכס מוחזק", היינו נכס שהאפוטרופוס מחזיק בו בפועל, לרבות נכס שנרכש תמורת נכס מוקנה (ראו סעיף 1(z) לחוק). יש להדגיש, כי מדובר בדוגמאות בלבד לפעולות לגבי נכסים שבעקבות ביצוען

פסק דין זה לא יחול לגביהם, ואין זו רשימה ממצה.

38. הדרישות החדשות כאמור לעיל, שבהן יש לעמוד מכאן ולהבא, לא יחולו מקום שקודם למתן פסק הדין כבר הופעלו סמכויות לפי חוק נכסי נפקדים לגבי נכס מסוים. במקרים אלה יחול הדין שחל קודם למתן פסק דין זה. בכלל זה תהיינה הרשויות מחויבות, כמובן, למדיניות המגבילה שקבע היועץ המשפטי לממשלה בנוגע ליישומו של החוק במקרים אלה. משמעות הדברים, היא כי מקום שכבר ננקטה פעולה כמתואר לעיל לגבי נכס מהסוג בו עסקינן, אין לראות בעצם העובדה שלא קוימו הכללים החדשים שקבענו משום פגם, לא כל שכן פגם שיש בו כדי להוביל לבטלות ההחלטות או המעשים שנעשו לגבי הנכסים. קביעה זו נועדה להתמודד עם החשש שהועלה מפני שינויים בדיעבד של הכללים שחלו על המדיניות הקרקעית במזרח ירושלים ולמנוע "פתיחה מחדש" של עיסקאות שנעשו לגבי נכסים אלה, על הקשיים הכרוכים בכך מבחינה מהותית וראייתית כאחד. בהקשר זה, הבאנו בחשבון את האפשרות שבחלק ניכר מהמקרים יהא מדובר בעיסקאות שהושלמו זה מכבר ואף ב"שרשראות" של עסקאות. הכרעה אחרת עלולה הייתה להוביל לתוהו ובוהו קנייני, להצפה של בתי המשפט בתביעות, ולפגיעה בוודאות המשפטית ובאינטרס ההסתמכות של ציבור רחב ביותר. יצוין, כי גישה זו עולה בקנה אחד גם עם הרוח העולה מסעיף 17(א) לחוק, הקובע כי עיסקאות שנעשו על ידי האפוטרופוס בתום לב בנכס שנחשב בטעות לנכס מוקנה, לא ייפסלו (לדיון בסעיף זה, ראו, למשל, עניין חוות מקורה, עמ' 17-25; ע"א 1501/99 דריני נ' משרד האוצר, פסקה 4 (20.12.2004); ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון המנוח אחמד חסין מוסא אלעבסי, פ"ד נג(4) 730 (1999), בו נפסק, כי האפוטרופוס פעל בחוסר תום לב לגבי נכס מקרקעין במזרח ירושלים אותו מכר לרשות הפיתוח ולכן אין תוקף לעסקה).

39. מכל מקום, ראוי כי המקרים שעניינם נכסים נפקדים, שלגביהם כבר ננקטה פעולה כאמור על ידי האפוטרופוס, יבואו על פתרונם באמצעות "מסלול השחרור", הקבוע בסעיפים 28-29 לחוק. הבעייתיות בהפעלת החוק לגבי נכסים מן הסוג הנדון צריכה לעמוד גם לנגד עיניהם של הגורמים המוסמכים בעת החלטתם בדבר

שחרור נכסים (ראו גם, עניין גולן, עמ' 646). במילים אחרות, מקום שמבוקש שחרורו של נכס מן הנכסים האמורים אשר פסק דין זה לא חל עליו, ראוי כי הוועדה המיוחדת והאפוטרופוס ייתנו משקל נכבד לקשיים הכרוכים בראייתם כ"נכסים נפקדים" כמו גם למדיניות המגבילה שיש לנהוג על פיה בהפעלת החוק לגביהם. על כן, ראוי כי תינתן עדיפות לשחרור בעין של נכסים. להשלמת התמונה נציין, כי נמסר לנו על ידי המשיבים, אגב הדיונים בהליכים דנא, כי נקבעו כללים להפעלת שיקול דעתה של הוועדה המיוחדת לפי סעיף 29 לחוק, בעניין שחרור נכסים נפקדים של תושבי איו"ש במזרח ירושלים. לדבריהם, הכללים גובשו ברוח עמדת היועצים המשפטיים לממשלה שתוארה לעיל. המשיבים סבורים כי בכך יינתן פתרון הולם למרבית המקרים הנדונים, תוך הותרת מרחב הגמישות הנדרש בדיונים רגישים מסוג זה. לא ראינו מקום להתייחס לגופם של הכללים שנקבעו, משאין הדבר עומד במוקד ההליך דנא ובשים לב לכך שהסמכות לדון בעניינים אלה נתונה לבית המשפט הגבוה לצדק (ראו, עניין לולו, פסקה 8). ככל שקיימות השגות לגבי הכללים שנקבעו, הרי שמקומן להתברר בהליך המתאים לכך, ולא בהליך דנא.

המקרים שלפנינו

40. על רקע הדברים הכלליים הללו, נפנה להכריע במקרים שלפנינו. יישום הקביעות האמורות לעיל על המקרים הקונקרטיים שלפנינו מוביל למסקנה כי הנכסים הנדונים אכן מהווים נכסים נפקדים. מדובר בנכסים המצויים בשטח ישראל, כמובנו בחוק ואשר בעליהם היו תושבי איו"ש. מכאן, שמתקיימת לגביהם החלופה שבסעיף 1(ב)(1)(II) לחוק. על כן, נדחות טענות המערערים בשני הערעורים המכוונות נגד הקביעה כי נכס 1 ונכס 2 הם נכסים נפקדים.

בקשתם החלופית של המערערים בע"א 5931/06 היא כי נורה על שחרור נכס 1 לפי סעיף 28 לחוק. כתנאי להפעלת הסמכות לשחרר נכסים, דרושה המלצת הוועדה המיוחדת שלפי סעיף 29 לחוק (ראו גם, עניין גולן, עמ' 641). כאמור, אגב ההליכים דנא דנה הוועדה בשחרור נכס 1. לדברי המשיבים, המקרקעין נושא המחלוקת נמכרו לצדדים שלישיים ב"תנאי תקנת השוק" ובידי האפוטרופוס נותרה רק תמורת המכירה. הוועדה המיוחדת המליצה לשחרר את התמורה שהתקבלה בעד

הנכס רק למי מבין המערערים שהוא תושב איו"ש, שעודנו בחיים, ונתבקשה השלמת פרטים לגבי המערערים שנפטרו במהלך הזמן. כפי שכבר ציינו, אופן הפעלת סמכויותיה של הוועדה נתונה לביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק, ולא בידי בית משפט זה בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים (עניין לולו, פסקה 8). מכאן, שככל שיש למערערים בע"א 5931/06 טענות בנוגע להחלטת הוועדה המיוחדת, הרי שאין ההליך דנא מתאים לבירורן. מכל מקום, ומבלי להכריע בדבר, נעיר כי בנסיבות העניין, דומה שההכרעה בשאלת הזכויות בנכס 1 תחייב בירורים עובדתיים ועיסוק בשאלות משפטיות שלא הוכרעו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ושלא נטענו לפנינו. משכך, נדחית הבקשה להורות על שחרור הנכס נושא ע"א 5931/06.

המערערים בע"א 2038/09 ביקשו כי נורה על ביטול תפיסתו של נכס 2 ועל השבתו לידיהם וזאת, בין היתר, נוכח טענות שבפיהם לגבי התנהלות המשיבים בעניינם. כאמור, מרגע שנתמלאו בנכס התנאים להיותו "נכס נפקד" מוקנות הזכויות בו לאפוטרופוס, לרבות הסמכות לתפוס את הנכס. משנקבע כי מדובר ב"נכס נפקד" הרי שהשבתו לבעליו המקוריים תתאפשר רק בדרכים שהותוו לכך בחוק, בדגש על האפשרות של שחרור לפי סעיפים 28-29 לחוק. נציין, כי אף שחרורו של נכס 2 נדון על ידי הוועדה המיוחדת. הוועדה המליצה לשחרר את החלקים בנכס שלא נתפסו לטובת הקמת גדר הביטחון, וליתן את התמורה בעד החלק שנתפס למערערים, שהינם תושבי איו"ש שהם, לדבריה, מי שהחזיקו בו ברציפות עד לתפיסתו. בהתאם לאמור לעיל, ככל שלמערערים בע"א 2038/09 טענות בעניין זה או בנוגע לתפיסת הנכס לצורך הקמת הגדר, הרי שאין מקומן בהליך דנא. משכך, נדחית בקשת המערערים בע"א 2038/09 כי נורה על ביטול תפיסת הנכס נושא הערעור ועל השבתו לידיהם.

סוף דבר

41. אשר על כן, עמדתי היא כי אין מנוס מן המסקנה כי חוק נכסי נפקדים חל על נכסים במזרח ירושלים שתושבי איו"ש הם בעליהם, הנהנים מהם או המחזיקים בהם. זאת, חרף הבעייתיות הרבה שמעוררת ראייתם כ"נכסים נפקדים". בהקשר זה, יש להיות ערים לכך כי יישום דווקני של הוראות החוק על תושבי איו"ש עלול

להוביל לתוצאות קשות גם מבחינת תושבי איו"ש שהם אזרחי ישראל, אשר נכסיהם בישראל לכאורה נחשבים "נכסים נפקדים". לצד זאת, קשיים ניכרים אלה הינם בעלי משמעות במסגרת הפעלת הסמכויות לפי החוק ביחס לנכסים האמורים. לפיכך, אציע לחברי לקבוע כי על הרשויות המוסמכות להימנע, ככלל, מעשיית שימוש בסמכויות מכוחו של החוק לגבי הנכסים הנדונים. בתוך כך לא ראיתי מקום לסתום את הגולל ולמנוע כל אפשרות שהיא להפעיל את החוק על נכסים אלה. הנחתנו היא שייתכנו מקרים, אף אם נדירים שבנדירים, שבהם עשויה להיות הצדקה לנקוט צעדים כאמור לגבי נכסים במזרח ירושלים של תושבי איו"ש. במקרים אלה, ביצוע פעולה כלשהי לפי החוק, יחייב קבלת אישור מוקדם לכך מהיועץ המשפטי לממשלה עצמו והחלטה של הממשלה או של ועדת שרים מטעמה. בכך יש משום אימוץ של המדיניות המגבילה שנטלו על עצמם המשיבים לאורך השנים, תוך החמרה מסוימת, בדמות תוספת הדרישה לאישורה של הממשלה. פסק דין זה, ובמיוחד הקביעה בדבר ההגבלות המתחייבות בעת הפעלת הסמכויות מכוחו של החוק לגבי נכסים כאמור, יחול באופן פרוספקטיבי בלבד, במובן הבא:

א. אם עד מועד מתן פסק הדין לא נקטו הרשויות המוסמכות כל פעולה מכוחו של חוק נכסי נפקדים לגבי נכס מסוים המצוי במזרח ירושלים שבעל הזכויות בו הוא תושב איו"ש, יחולו הקביעות שנקבעו בפסק דין זה. בהתאם, לא יוכלו הרשויות לנקוט צעדים לפי החוק לגבי הנכס בלא אישורו של היועץ המשפטי לממשלה ובלא אישור הממשלה או ועדת שרים מטעמה. באומרנו "פעולה מכוחו של החוק", כוונתנו לכל פעולה הנתונה לביקורת שיפוטית ולפעולה לפי החוק, דוגמת רשימת הפעולות הבלתי-ממצה שמנינו בפסקה 37 לעיל, והכל בתנאי שיש לדברים תיעוד בכתב.

ב. דרישות אלה לא יחולו במקרים שבהם קודם למתן פסק דין זה נעשו על ידי הרשויות המוסמכות פעולות לפי החוק לגבי נכס המצוי במזרח ירושלים שבעל הזכויות בו הוא תושב איו"ש. במקרים אלה יחול הדין הקודם, לרבות הכללים המגבילים שנקבעו על ידי היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להפעלת הסמכויות האמורות. משמעות הדבר היא שאי-קיום התנאים החדשים שקבענו זה

עתה לא ייחשב כשלעצמו, משום פגם שנפל במעשה המינהלי, ולא יהא בכך כדי להביא לכשעצמו לביטול הצעדים שננקטו לגבי הנכס או ל"פתיחה מחדש" של עיסקאות שנעשו לגביו זה מכבר. במקרים מעין אלה, פתוחה הדרך לשחרור הנכס הנפקד במסלול שנקבע בסעיפים 28-29 לחוק. בבואן של הרשויות המוסמכות להכריע בשחרור נכסים כאמור, עליהן להביא בחשבון את הבעייתיות הרבה הכרוכה בהיותם של נכסים אלה "נכסים נפקדים".

42. במקרים שלפנינו, אציע לחבריי לדחות את הערעורים. בנסיבות העניין, לא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א (בדימ')

השופט ס' ג'ובראן:

1. אני מסכים לחוות דעתו המקיפה והיסודית של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס, אך אבקש להוסיף מספר מילים לעניין השימוש בחוקי-היסוד ככלי עזר פרשני לחקיקה ישנה. לגישתי, ניתן היה להגיע להכרעה דומה לזו של חברי הנשיא (בדימ') באמצעות פרשנות "ברוח חוקי-היסוד" של חקיקה ישנה, כפי שאסביר להלן וכפי שפירט חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בחוות דעתו בהליך זה.

2. לשיטתי, חוקי היסוד נותנים לשופט כלי עזר פרשני טוב וראוי כאשר מתעוררות שאלות פרשניות לגבי הוראות הדין. ודוק, פסקת שמירת הדינים הקבועה בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". כלומר, כל עוד היה דין קיים עובר לתחולתם של חוקי-היסוד, תוקפו משומר. ואולם, לטעמי, אין להסיק מפסקה זו כי אין להשתמש בחוקי-היסוד ככלי עזר לפרשנות הדין הקיים כאשר דין זה אינו ברור ותוקפו בלאו הכי נתון בספק. חוקי-היסוד העניקו

לשיטת משפטנו מערך של עקרונות יסוד, אשר סבורני כי ניתן, ולעתים אף רצוי, לפנות אליהם עת אנו בוחנים מהי הפרשנות או המדיניות המשפטית הראויה.

3. שימוש בחוקי-היסוד ככלי עזר פרשני יכול, לדעתי, למלא בתוכן את העקרונות והזכויות אשר עומדים על הפרק בחקיקה הקיימת, ולבחון באופן ראוי את האיזון ביניהם. סבורני כי לא תהא בכך פגיעה בתוקפם של הדינים הקיימים, אלא המשגת תוכנם בשיח שקול וסדור יותר (והשוו: דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, פסקאות 7-12 לפסק דינו של השופט מ' חשין (1995) (להלן: עניין גנימאת)). כך גם, למשל, חוק-יסוד: חופש העיסוק מבחין בין תוקפן של הוראות חיקוק לבין פירושן של ההוראות אשר "ייעשה ברוח הוראות חוק יסוד זה" (סעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). לגישת השופט (כתוארו אז) א' ברק, הדבר מתחייב כמסקנה פרשנית בגדריו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו גם בלא הוראה מפורשת (וראו: עניין גנימאת, פסקה 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ברק). לעניין זה, יפים דבריו שם:

"מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן. אף הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. אף הוא רקמה מרקמותיה. ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקי המשפט הישראלי. היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן. אמת, תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת ההקרנה של חוק היסוד כלפיו היא, על-כן, חזקה פחות מעוצמת ההקרנה על דין חדש. זה האחרון עשוי להתבטל אם יעמוד בניגוד להוראות חוק היסוד. הדין הישן מוגן לפני הביטול. עומדת לו מטרייה חוקתית המגינה עליו. אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו. אכן, עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול-דעת מינהלי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול-דעת שיפוטי המוענק

על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד" (עניין גנימאת, פסקה 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ברק).

גישתי דומה לזו של השופט (כתוארו אז) א' ברק וסבורני, כאמור, כי במקרה שבו עולה שאלה פרשנית לגבי הוראות הדין, יש להיעזר בחוקי-היסוד ולשאוב השראה מהם. חברי הנשיא (בדימ') לא נדרש בחוות דעתו למהלך הפרשני האמור (וראו פסקה 34 לחוות דעתו בהליך זה), אך כיוון שבמקרה שלפנינו מגיעים אנו להכרעה דומה גם לפי דרכו – אצרף את קולי לחוות דעתו.

4. על כל האמור, אני מסכים לחוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס המציעה לדחות את הערעורים שלפנינו ללא צו להוצאות.

כחברי, אף אני סבור כי ככלל על הרשויות המוסמכות להימנע מעשיית שימוש בסמכויות מכוחו של חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 לגבי נכסים במזרח ירושלים שתושבי אזור יהודה ושומרון הינם בעליהם, המחזיקים בהם או הנהנים מהם.

באשר לאותם מקרים חריגים – "נדירים שבנדירים" כהגדרת חברי – שבהם עשויה להיות הצדקה להפעלת הסמכות דנו, אני מצטרף לפתרון שאותו הציע חברי ולפיו הפעלת הסמכות תהיה מותנית בקבלת אישור מוקדם לכך מהיועץ

המשפטי לממשלה שילווח בהחלטה מאשרת של הממשלה או של ועדת שרים מטעמה.

אני מצטרף איפוא לחוות דעתו של חברי, לרבות קביעתו בדבר החלה פרוספקטיבית של ההגבלות דנן כמפורט בפסקה 41 א'-ב' לחוות דעתו.

ש ו פ ט

הנשיאה מ' נאור:

1. אני מסכימה לפסק דינו של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס. לדידי ספק גדול הוא אם יוכל בכלל להיות מקרה "נדיר שבנדירים" כלשון חברי בו תהיה הצדקה להפעיל את החוק לגבי נכסים במזרח ירושלים של תושבי איו"ש.

2. אבהיר כי להשקפתי גם מי שעניינו כבר נדון בעבר בפני הוועדה המיוחדת זכאי לפנות אליה בשנית בעקבות ההערות העקרוניות שבפסק דין זה. החלטתה כפופה, כפי שציין חברי, לביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. התוצאה אליה הגיע חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס בחוות דעתו המקיפה, מקובלת עלי. עסקינן בסוגיה מורכבת, הטבועה במורכבותו של המצב המדיני באזורנו שלצערנו טרם נמצא לו פתרון והמשיק לסוגיות נוספות בסכסוך עם שכנינו, לרבות סוגיית הפליטים, שהיא מן הקשות ביותר, ולהגדרת "נכס נפקד"

רלבנטיות מסויימת לכך. מדברת בעדה העובדה שלאורך השנים נדרשו לנושא גורמים שונים, לרבות יועצים משפטיים לממשלה, כמות שתיאר חברי, וחיפשו דרך טיפול שתהא הוגנת ככל האפשר כלפי כולי עלמא, כלומר – לא תידרש לסוגיות מדיניות עדינות החורגות מן הטיפול המשפטי - אך תהיה זהירה ומתונה בהפעלתה האופרטיבית של הנפקדות המשפטית; וכפי שמציע עתה חברי, יהא הדבר אך באישור היועץ המשפטי לממשלה והממשלה או ועדת שרים, קרי, יישקל היטב היטב.

ב. דוגמה למורכבות ולסיבוך שבנושא הנפקדות, שבדרך כלל ממתין לסיום הסכסוך, הוא הצורך שהתעורר עם חתימת חוזה השלום עם ירדן ב-1994 (בגילוי נאות, עמדתי בראש משלחת ישראל למשא ומתן על חוזה השלום עם ירדן), לחוקק את חוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, תשנ"ה-1995, החוק עסק בנושאים שונים, אך סעיף 6 בו קובע כלהלן:

"(א) על אף האמור בחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, החל ביום ז' בכסלו התשנ"ה (19 בנובמבר 1994), לא יהא נכס לנכס נפקד בשל כך בלבד שבעל זכות בו היה אזרח או נתין של ירדן, או נמצא בירדן לאחר המועד האמור.

(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לשנות את מעמדו של נכס שהיה לנכס נפקד לפי החוק האמור לפני המועד הנקוב בסעיף קטן (א)".

(ראו ע"א 4630/02 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' אבו חאטום (2007), פסקה

י"א שגם איזכר חברי).

ניתן אל ליבנו, כי בסעיף 6(ב) כפי שצוטט מעלה הוטעם כי "קו פרשת המים" לשינויים הוא מועד חוזה השלום, ולא הוחל שינוי על שקדם לו; ובדברי ההסבר לסעיף 6 (הצעות חוק תשנ"ה, 253), נאמר "מעמדם של נכסים שהיו נכסי נפקדים לפני חוזה השלום לא ישתנה". סעיף 6 פתר איפוא קשיים שעלולים היו להיוצר על פי המצב המשפטי הקיים לאחר חתימתו של חוזה השלום, אך לגבי

העבר – "מה שהיה יהיה", עד בוא ימים אחרים. כך גם, בשינוי המחויב, בענייננו באופן זהיר ומדוד.

ג. אבקש להצטרף בהסכמה עקרונית גם להערתו של חברי השופט ס' ג'ובראן בדבר השימוש בחוקי היסוד שלזכויות ככלי עזר פרשני, לחקיקה עליה חלה פסקת שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 10 לחוק היסוד), אשר קובעת כי "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עמנו למעלה משני עשורים. במהלך תקופה זו, חזר בית משפט זה פעם אחר פעם, על הכלל אשר נקבע בעניין גנימאת אליו הפנו חבריי, לפיו "ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקי המשפט הישראלי. היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן" (פסקה 7 לפסק דינו של השופט – כתארו אז – ברק; ראו גם א' ברק "חוקי יסוד וערכי יסוד – הקונסטיטוציונליזציה של מערכות המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי" מבחר כתבים א' 455, 468-469 (תש"ס)).

ד. בהמשך לכך, הוחל עקרון זה בפרשנות פקודות, חוקים ותקנות אשר נחקקו והותקנו טרם חוק היסוד. כך למשל, נקבע כי יש לפרש את פקודת בזיון בית משפט (1929) ואת חוק בתי דין רבניים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז-1956, "באספקלריית הוראות חוק היסוד" בש"פ 4072/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פסקה 24 לפסק דינו של השופט זילברטל (2013); כך גם את חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (דנ"פ 9384/01 נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נט(4) 637, 670 (2004); חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 (ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934, 953 (2004); חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (בג"צ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842, 848 (2004); תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (בג"צ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקאות י"ח וכו"ז (2014); ועוד ועוד. הדבר מעגן עצמו ערכית במה שנזדמן לי לכנות בהקשר אחר "רוח העידן" (בע"מ 5939/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 665 (2004)), קרי מתן ביטוי פסיקתי להתפתחויות חברתיות בתחומים שונים.

יודגש, כי הדברים נקבעו קונקרטיים גם בנוגע לזכות הקניין, העומדת במרכז ענייננו בתיק זה. למעשה, עוד עובר לקביעתו המפורסמת של השופט ברק בעניין גנימאת ואף עובר ל"מהפכה החוקתית" בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), קבע השופט – כתארו אז – ש' לוין, את הדברים הבאים: "עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עלה משקלה הנורמטיבי של זכות הקניין לדרגה של זכות יסוד. הקביעה בסעיף 3 לחוק האמור ש'אין פוגעים בקניינו של אדם' הנה בעלת משקל גם כשאנו באים לפרש הוראות דין קיימות..." (רע"א 5222/93 גוש 1992 בנין בע"מ נ' חברה חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ, פסקה 5 (1994); וראו גם א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג' – פרשנות חוקתית 563-560 (תשנ"ד); ש' לוין תורת הפרוצדורה האזרחית (מבוא ועקרונות יסוד) 33-35 (מה' 2, תשס"ח-2008)).

ה. ולענייננו. לא יתכן חולק כי חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, כלשונו אינו מתישב עם זכות הקניין בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפגיעה זו מצטרף בענייננו סעיף 2 לחוק נכסי נפקדים (פיצויים), התשל"ג-1973, אשר כפי שציין הנשיא (בדימ'), אינו מאפשר לתושבי איזור יהודה ושומרון לתבוע פיצויים בגין הנכסים שהועברו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים. אכן, בהוראתו של סעיף 10 לחוק היסוד, איננו נדרשים לבחינת חוקתיות הפגיעה, האם עולה היא בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, האם לתכלית ראויה היא, והאם מידתית (סעיף 8 לחוק); וחברי עמד בהרחבה על מטרתו של החוק והמענה שבא לתת לבעיה מורכבת, אשר טרם נפתרה, אך ניתן לומר כי מה שקרוי טענת "זכות השיבה" על נגזרותיה הרחבות אינו יכול להיפתר על-ידי פרשנות שיפוטית; בוועידת קמפ דיוד 2000 הייתי חבר משלחת ישראל ועמדתי בראש תת-הוועדה שעסקה בנושא הפליטים, ולא היה ספק בעמדת ישראל (וגם בתמיכת ארה"ב) ששללה זכות זו ביסודה כ"התאבדות לאומית". אכן, בהתבסס על ההלכה עליה חזר בית המשפט כאמור פעמים רבות, יש לפרש את הוראותיו של חוק רלבנטי בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בענייננו, נדמה שחברי הנשיא, אף שכאמור לא הביע דעה על פרשנות ברוח חוק היסוד בהתאם לאמור בעניין גנימאת, למעשה ערך איזון, הראוי

לטעמי, בהתאם לחוק היסוד; כך, כאשר קבע מזה תחולתו של חוק נכסי נפקדים על הנכסים שהם עסקינן, ומזה כי בנסיבות ענייננו יש לעשות שימוש מצומצם בחוק נכסי נפקדים, בכפוף לאישורים שונים, ולאחר שמוצו האפשרויות המנויות בחוקים אחרים (סעיף 33 לחוות דעתו של הנשיא). מצאתי לנכון להוסיף את האמור כדי להדגיש את חשיבות הקביעה בעניין גנימאת והיקף תחולתה.

ו. בנתון לאמור, מצטרף אני איפוא לעמדת חברי הנשיא (בדימ') גרוניס, המאזנת בין אי זעזועו של מצב משפטי מורכב לבין זהירות רבה, באמצעות חגורת ביטחון כפולה, בהחלטות אופרטיביות הנוגעות ליישומו של החוק בנסיבות פרטניות.

המשנה לנשיאה

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו של חברי, הנשיא (בדימ') א' גרוניס, ולהערות חברותי וחברי. עם זאת הנני מרשה לעצמי להוסיף מספר הערות משלי.

2. חברי, הנשיא (בדימ') א' גרוניס, כותב בפסקה 20 לחוות דעתו, בין היתר, כדלקמן:

"לטעמי, בהחלט ייתכן כי לפחות חלק מההסדרים שבחוק (חוק נכסי נפקדים (פיצויים), תשל"ג-1973 – הבהרה שלי – ח' מ'), אילו היו נחקקים היום, לא היו עומדים במבחנים החוקתיים. עם זאת, במקרה שלפנינו, אין בהוראותיה של פסקת ההגבלה כדי להועיל או כדי לשנות את המסקנה בדבר תחולתו של החוק במקרים הנדונים. זאת, נוכח כלל שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו, אין בחוק היסוד כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו. הוראה זו אינה מאפשרת לקבוע כי הוראה מהוראות החוק בטלה".

בפיסקה 34 לחוות דעתו מוסיף הנשיא (בדימ') א' גרוניס ואומר - לגבי המסקנות אליהן הגיע - כך:

"לכאורה ניתן היה להגיע להכרעה דומה לזו שאליה הגענו גם לפי הדרך שהותוותה בעניין גנימאת. היינו, על ידי אימוץ תפישה פרשנית חדשה ביחס למובנו של חוק נכסי נפקדים, ברוח חוקי היסוד, וזאת חרף הכלל בדבר שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם, מאחר שהקביעות בעניין חוק נכסי נפקדים ופרשנותו אינן נתלות בחוק היסוד, אין צורך להידרש למהלך המבוסס על סעיף 10 הנ"ל (ראו: בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 781 (1996)). כאמור, החלטתי אינה נוגעת למישור החוקתי ולתוקפו של הוראות חוק נכסי נפקדים, אלא עניינה במישור המינהלי, הנוגע לדרך הפעלת הסמכויות שמכוחו בשולי הדברים ראוי להזכיר כי זכויות אדם היו קיימות עוד לפני חוקי היסוד, ואף בזכויות אלה היה די והותר, לדעתי, כדי להוביל למסקנה אליה הגענו".

אכן אין הכרח במכלול שבפנינו להידרש דווקא למהלך המבוסס על סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואולם הדבר אפשרי וגם דרך זו תומכת בתוצאה, והיא אף ראויה, כפי שציינו חברי: המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, השופט ס' גוברמן וחברתי, השופטת א' חיות.

פרופ' אהרון ברק פיתח לאחרונה גישה מעין זו בפרשנות שנתן לסעיף 10 לחוק היסוד הנ"ל במאמרו: שמירת דינים (מאמר הצפוי להתפרסם בספר ביניש; להלן: ברק שמירת דינים). אף אני ציינתי, בעקבות מאמרו של פרופ' ברק הנ"ל - בחוות דעתי ב-דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' מוסטפא דיראני (15.01.2015) כדלקמן:

"אפילו חל כאן סעיף "שמירת הדינים" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על פי שיטתי - אין זאת אומרת שהדין שנקלט כאמור "הוקפא" ואכן בהחלט ניתן לשנותו (בהתאם למקורו הנורמטיבי והסמכות לעשות

(כן) על דרך של פרשנות, או "התאמה" לסביבה הנורמטיבית שנוצרה בעקבות חוקי היסוד הערכיים, או עקב שינויי העתים בעולם (במיוחד במאטריה כמו זו שלפנינו שעוסקת בלחימה בטרור), שהרי "תוקף לחוד ומובן לחוד", ראו: בג"צ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 885 (2005). במקרה שכזה "ההתאמה", או "השינוי" אמורים להתחשב ב"פיסקת הכיבוד" שבסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" וב'פיסקת ההגבלה' שבחוק היסוד האמור. עיינו: אהרון ברק, כבוד האדם הזכות החוקתית ובנותיה, כרך א', 392-396 (התשע"ד-2014); ברק שמירת דינים, טקסט לה"ש 23 וכן עמ' 24 שם. ברוח זו יש לקרוא גם את הפיתוח שעשה חברי הנשיא לכלל שאין מבררים תביעתו של נתין אויב – 'בהתאימו' אותו לתקופתנו ולמציאות של לחימה נדרשת בטרור על פי דרישות סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (שם בפסקה 16).

3. הנפקא מינה בין שני הנתיבים הנ"ל יש לה חשיבות לגבי העתיד (ביחס להווה שתי הדרכים מביאות כאמור לאותה תוצאה).

המסלול החוקתי, כמו גם המשפט הבינלאומי, עשויים אולי לפתוח בעתיד – היה ויושגו הסדרי שלום עם שכנינו – פתח להסדרים מיוחדים במישורים שונים, על בסיס הדדי, לרבות פיצויים הדדיים, כחלק מחבילה רחבה יותר, נוכח ה"הפקעות הרגולטוריות" ("Regulatory Takings" במינוח האמריקאי) ונטילת רכוש יהודי בנסיבות קרובות בארצות ערב. לתהליך דומה במקצת ניתן ביטוי בחקיקה בעקבות חתימת חוזה השלום עם ירדן ב-1994, שחברי, המשנה לנשיאה השופט א' רובינשטיין, היה מאדריכליו (ראו: חוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה ההאשמית, תשנ"ה-1995), וכן בחלק ממדינות מזרח אירופה לאחר שינויי המשטר שחלו בהן.

לעניין זה עשויה להיות רלבנטיות, בתנאים המתאימים ובהדדיות, להוראת סעיף 12 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 (להלן – חוק ההתיישנות), הקובע כהאי לישנא:

"בחישוב תקופת ההתיישנות לא יבוא במנין הזמן שבו היה התובע אפוטרופוס של הנתבע או נתון לאפוטרופסותו".

רלבנטיות לענין אף הוראות נוספות מחוק ההתיישנות – סעיף 14 לחוק האמור (המזכיר במפורש בהגדרת "בעל דין" – נכס המוקנה לאפוטרופוס על נכסי נפקדים), וכן סעיף 16 לחוק האמור, המדבר בהארכת תקופת ההתיישנות לאחר שהופסק העיכוב – לענייננו בהתאם לסעיפים 12 ו-14 לחוק ההתיישנות. (לפרשנות הסעיפים הנ"ל – עיינו: טל חבקין התיישנות 216-213, 227-221, 240-239 (2014)).

4. לסיום אומר כי העתיד והתקווה הגלומה בו להסדרי שלום מעוררים בשלב זה רק ציפיות, ולו יהי, ואילו ההווה מכתוב, לדאבון הלב, לכל היותר, את התוצאה המשפטית אותה הציג חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס ואשר עליה הסכמנו כולנו.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. אני מצטרפת בהסכמה לפסק-דינו של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס וכן להערתה של חברתי הנשיאה מ' נאור המטילה ספק גדול באשר לעצם קיומו של מקרה "נדיר שבנדירים" אשר יצדיק את הפעלת חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 לגבי נכסים במזרח ירושלים השייכים לתושבי יהודה ושומרון. כמו כן שותפה אני לגישתה כי יש לאפשר למי שעניינם נדון בעבר בפני הוועדה המיוחדת, לפנות אליה בשנית בבקשה לבחון את עניינם על פי העקרונות שהותוו בפסק-דין זה.

2. הדוגמאות שהציג חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס בפסקה 18 לחוות-דעתו ממחישות היטב את הקושי הרב שמעורר החוק בשל רוחב התפרשותו, לצד

הבעייתיות הרבה המתעוררת במישור הבינלאומי ובמישור המשפט המנהלי לעניין תחולתו במקרים כגון אלה שבפנינו (ר' פסקה 28 לחוות דעתו של חברי הנשיא בדימ'). קשיים אלה הוליכו אותנו לבחור במתווה של "הלכה ואין מורין כן" או ליתר דיוק "חוק ואין מורין כן". מתווה זה הוא אולי הכרח בל יגונה בהינתן המצב החוקי המוקשה הקיים כיום (ראו והשוו: הנחייה מס' 50.049 של היועץ המשפטי לממשלה מיום 1.1.1972 לעניין הגשת כתבי-אישום בעבירה של משכב זכר על פי סעיף 152 לפקודת החוק הפלילי, 1936. כן השוו: ע"פ 4865/09 עו"ד אביגדור פלדמן נ' בית משפט המחוזי תל אביב, פס' 7-8 (9.7.2009)), אך חשוב להדגיש כי הוא עצמו מעורר בעייתיות לא מבוטלת שכן ניתן לצפות שבמדינת חוק כשלנו תתקיים תאימות בין הוראות החוק ובין הערכים שמבקשת המדינה להחיל ולאכוף.

3. לבסוף ברצוני להצטרף להערותיהם של חבריי השופט ס' גובראן, השופט א' רובינשטיין והשופט ח' מלצר בכל הנוגע לעקרונות הפרשנות שיש להחיל לגבי החקיקה שקדמה לחוקי היסוד, עליה חלה פיסקת שמירת הדינים (ר' למשל סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). לעקרונות פרשניים אלה נדרש בית משפט זה בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995) ומאז הוא שב והחילם בפסיקתו לא אחת. במקרה דנן, הגיע חברי הנשיא (בדימ'), בדרכו, לתוצאה המתיישבת עם עקרונות פרשניים אלה ועל כן, לא ראיתי צורך להרחיב בנושא זה.

ש ו פ ט ת

הוחלט פה אחד כאמור בפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס.

ניתן היום, כ"ו בניסן התשע"ה (15.4.2015).

המשנה לנשיאה

הנשיאה

הנשיא (בדימ')

שו

שופט

שופטת

שופט

פט