



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3103/06

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' ג'ובראן

העותרים : 1. שלמה ולירו
2. ויויאן כהן ולירו
3. משה ולירו
4. ליאורה שמגר (ולירו)
5. שרה רחל אשכנזי (ולירו)

נגד

המשיבים : 1. מדינת ישראל
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
4. הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי ביהודה ושומרון

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים : עו"ד רנאטו יאראק, עו"ד אוהד יאראק

בשם המשיבים : עו"ד גלעד שירמן, ז"ל

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. זוהי עתירה שהוגשה מטעם יורשיו של משה (מואיז) ולירו ז"ל (להלן: המנוח), שמטרתה להצהיר כי יש לראות במקרקעין המצויים בעיר חברון, ורשומים על שם המנוח, כמקרקעין שהופקעו על ידי מדינת ישראל, או כאילו הופקעו מידי בעליהם, ולחילופין – להפקיעם עתה, לאור העובדה שאין כוונה להשיבם לחזקת בעליהם בעתיד הנראה לעין. כן מתבקש סעד של תשלום פיצויים בגין הפקעת המקרקעין, ובעבור השימוש שנעשה במקרקעין לאורך שנים רבות בדרך שמנעה מן הבעלים ליהנות מהם.

2. המקרקעין נשוא העתירה נרכשו על ידי המנוח בשנת 1935 בעיר חברון ונרשמו על שמו בספרי המקרקעין המנדטוריים של העיר. מדובר בארבע חלקות סמוכות הרשומות כדלקמן: חלקה A1, ששטחה 843.49 מ"ר, רשומה בדף 31 בספר 3; חלקה B, ששטחה 206.39 מ"ר, רשומה בדף 33 בספר 3; חלקה C1, ששטחה 238.18 מ"ר, רשומה בדף 34 בספר 3; וחלקה C2, ששטחה 125 מ"ר, רשומה בדף 35 בספר 3 (להלן יחד: המקרקעין). המנוח נפטר לבית עולמו בשנת 1945, ורכושו חולק בין שלושת ילדיו. העותרים שלפנינו הם שניים מילדיו ויורשיו של השלישי.

3. החל משנת 1948 היה אזור יהודה ושומרון (להלן: האזור), ובכללו, העיר חברון, נתון לשליטת ממלכת ירדן. צו שפורסם ביום 26.3.1967 הקנה לממונה הירדני על רכוש האויב (להלן: הממונה הירדני) את כל נכסי הניידי והדלא-ניידי הנמצאים בממלכה הירדנית ההאשמית השייכים לאנשים ששמותיהם צוינו בצו, ובהם נכללו "משה ולירו ושותפיו" (להלן: צו ההקנייה).

4. החל משנת 1967 נתון האזור לתפיסה לוחמתית של צה"ל. במנשר מס' 2 של מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון מ-7.6.1967 הורה המפקד הצבאי כי כל הרכוש שהיה שייך או רשום בשם המדינה הירדנית יועבר לחזקתו הבלעדית ויהיו נתונים להנהלתו (סעיף 4 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), התשכ"ז-1967 (להלן: מנשר מס' 2 או המנשר). צו בדבר רכוש ממשלתי (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: צו מס' 59), שהוצא בידי מפקד כוחות צה"ל באזור, הסמיך את הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון (להלן: הממונה הישראלי), בין היתר, ליטול חזקה ברכוש ממשלתי ירדני, ולנהל רכוש זה.

5. בין השנים 1967-1980 פנו יורשי המנוח פעמים מספר אל הממונה הישראלי, ואל קצין מטה משפטים במפקדת אזור יהודה ושומרון של צה"ל, בבקשה להירשם כבעלי הזכויות במקרקעין מכח ירושה של נכסי המנוח. בשנת 1998 שבו העותרים ופנו אל הממונה הישראלי בבקשה דומה אך לא קיבלו מענה מספק. גם מידע שנתבקש בנוגע למקרקעין, ובכלל זה – זהות המחזיקים בהם, ושיעור הפירות המתקבלים מהחזקתם, לא ניתן להם. העותרים המשיכו ופנו לגורמים שונים נוספים, אך לדבריהם לא קיבלו מענה של ממש לפניותיהם. לבסוף, הגישו העותרים תביעה כנגד המשיבים

לבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א (י-ם) 6515/04 ולידו נ' עיריית ירושלים), אך זו נמחקה, בהסכמת הצדדים, בהיעדר סמכות עניינית. מכאן עתירה זו.

טענות העותרים

6. לטענת העותרים, מאז שנת 1967 ועד היום נמנע מהם מלממש את זכויותיהם הקנייניות כבעלים החוקיים של המקרקעין, ולהפיק מהם טובת הנאה כלכלית כלשהי. הם מנועים מביצוע עסקאות מכר, העברה, שכירות וכיוצא באלה, ואינם יכולים אף לרשום זכויות ירושה בנכסים. כתוצאה מכך, נפגעת זכות הקניין החוקתית הנתונה להם. משכך, משבעלי השליטה והמחזיקים בפועל במקרקעין הינם גורמים הפועלים מטעמה של מדינת ישראל, והם נוהגים במקרקעין מנהג בעלים, הרי שיש להתייחס למקרקעין כאילו הופקעו על ידי מדינת ישראל החל מיוני 1967 – מועד תחילת החזקה הלוחמתית של צה"ל באזור. לחילופין, ולמצער, יש לראות את החזקה והשימוש במקרקעין בידי גורמי צה"ל כמצב של הפקעה בפועל של המקרקעין על ידי הצבא ממועד שיקבע בית המשפט. לטענת העותרים, כאשר תושב ישראל רשום כבעלים של נכס מקרקעין המצוי בשטחי האזור, ונמנע ממנו להפיק תועלת כלכלית ממנו, הרי על אף הקנייתו של הנכס לממונה הירדני, יש לראות את בעליו הרשום של הנכס כבעל זיקת בעלות לנכס, ולפצותו בפיצויי הפקעה בגינו. הטענה היא, אפוא, כי על מדינת ישראל לפצות את העותרים בשיעור ההולם את שווי המקרקעין, כשהוא משוערך מיום 7.6.1967 ועד ליום התשלום בפועל, בהתאם לסעיף 12(1) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943.

לחילופין, מבקשים העותרים כי נורה למשיבים לבצע עתה פעולת הפקעה במקרקעין, ולפצותם בהתאם, בכסף או במקרקעין חלופיים. לגישתם, אין לקבל את עמדת המשיבים, לפיה גורל נכסי היהודים באזור שהוקנו לממונה הירדני בשנת 1948, ונחשבים "רכוש ממשלתי" מאז שנת 1967, ייקבע רק במסגרת הסדר מדיני עתידי. הם מוסיפים, כי הובא לידיעתם, כי הממונה הישראלי ניהל בעבר משא ומתן עם בעלים יהודים אחרים של מקרקעין באזור והציע להם מקרקעין חלופיים בשטחי מדינת ישראל.

עוד טוענים העותרים, כי מעמד הממונה על הרכוש הממשלתי הוא כשל נאמן שתפקידו ולשמור ולנהל את הנכסים המוחזקים בידו עד לחזרתם של הבעלים המקוריים, אשר זכויותיהם לנכסים נשמרות. עם חזרתם של הבעלים, מסתיים תפקידו של הממונה, והוא נדרש להחזיר את הנכסים לידי בעליהם המקוריים. על פי הטענה, אין לממונה או למדינה כל זכות קניינית בנכסים אלה. בענין זה עושים העותרים היקש מן החקיקה הישראלית ביחס לרכוש נפקדים, ובעיקר חוק נכסי נפקדים, התש"ו-1950 (להלן:

חוק נכסי נפקדים). זאת ועוד, לגישת העותרים, משתפס הממונה הישראלי את הנכסים, אין לומר עוד כי הם מוקנים למדינת אויב, אלא כי הם מוחזקים בידי מדינת ישראל, ומשכך, אין לראותם עוד כנכסי אויב, ואין מקום שהמדינה תמשיך להחזיק בידיה נכסים אלה. אין להוסיף ולראות בעותרים נתיני אויב שניתן ליטול את רכושם, בהיותם אזרחי המדינה שהיא בעלת השליטה עתה בנכסים אלה. לפיכך, יש לשחרר את הנכסים לידיהם, בתורת הבעלים של המקרקעין, ומשהמדינה אינה עושה כן – יש לראות את החזקתה בנכסים כהפקעה המחייבת פיצוי.

לחילופין, על פי הטענה, גם אם ייקבע כי העותרים איבדו את זכויותיהם במקרקעין, עדיין דרך התנהלותם של המשיבים, אשר במשך עשרות שנים נמנעו מלסייע להם לברר את גורל נכסיהם, מחייבת כי הם יפוצו בסכום המשקף את ערך המקרקעין. לדבריהם, בדרך התנהלותו, הפר הממונה הישראלי את חובת מתן המענה וההנמקה המוטלת עליו, המחייבת אותו להשיב לפונים אליו בתשובות מנומקות בהקדם ובכתב, ולהודיע להם אף על זכות ערר או ערעור העומדת להם על החלטותיו, ועל דרכי ומועדי הגשתם.

לבסוף, טוענים העותרים כי הממונה הישראלי הפר את חובת הנאמנות וההגינות המוטלת עליו בתורת רשות מינהלית, ובמיוחד כבעל השליטה במקרקעין, כאשר נמנע מלנהל אותם, לגבות את דמי השימוש הראויים מהם, ולהפיק מהם את הפירות הראויים. כך, על פי הטענה, הפר את חובת הנאמנות המוטלת עליו כאשר סירב לבקשה שהוגשה מטעם עיריית חברון לבנות על המקרקעין, שהיתה מביאה להשבחת ערכם. בכך גם היפלה הממונה הישראלי לרעה את העותרים, כשנהג במקרקעיהם באופן שונה מזה בו נהג במקרקעין אחרים בבעלות יהודית בחברון, בהם הותרה בניה. כמו כן, נטען כי הממונה הפר את חובותיו מתוקף חוק השומרים, התשכ"ז-1967, על פיהן יש לראותו כשומר שכר, האחראי לאבדן הנכס או לנזקו, אלא אם זה נגרם עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן ולא היה ביכולתו למונען מראש. אף מטעמים אלה, סבורים העותרים כי מן הדין לחייב את הממונה הישראלי לפצותם.

טענות המשיבים

7. המשיבים טוענים כי דין העתירה להידחות. תמצית טיעונם הוא כי אין לבעלים ההיסטוריים של רכוש שהוקנה לממונה הירדני בתקופת שלטון ירדן זכות מוקנית לשחרור הנכס, או לפיצוי בגינו, ועניינם של בעלים כאלה עשוי להידון, אם בכלל, במסגרת הסדרים מדיניים עתידיים, אם וכאשר יושגו לגבי האזור. לפיכך, אין לראות

כיום את העותרים כבעלים של המקרקעין, או כמי שרכושם הופקע על ידי המדינה. ממילא, הם אינם זכאים לפיצוי כלשהו. דרך הילוכם של המשיבים היא כדלקמן:

ראשית, לענין זכויות צדדים שלישיים במקרקעין נטען כי במקרקעי ולירו מחזיקים אחרים עוד משנת 1953, באופן המקים לאותם מחזיקים טענת התיישנות (מסמך מ/ש/4). המקרקעין רשומים בפנקס השטרות ואינם מקרקעין מוסדרים, ולכן עומדת למחזיקים טענת התיישנות כנגד תביעת הרשויות לסילוקם. הרשויות לענין זה הן, ראשית, הממונה הירדני, אשר רכש שליטה על מקרקעי ולירו מכח צו הקנייה על פי פקודת המסחר עם האויב, 1939 (להלן: פקודת המסחר עם האויב) ולאחריו הממונה הישראלי אשר קיבל לחזקתו את כל הרכוש שהוקנה בעבר לממונה הירדני, מכוח צו מס' 59. נטען, כי במקרקעין פרטיים הרשומים בפנקס השטרות, כדוגמת מקרקעי ולירו, עשויה לקום זכות לחסינות מפני פינוי מכח חזקה נוגדת רבת שנים. זכות זו להתיישנות עומדת למחזיקים במקרקעין, ולפיכך הממונה הירדני לא פעל לפנותם. הממונה הישראלי בא בנעליו של הממונה הירדני גם לענין זה. בהיכנס צה"ל לשטחי יהודה ושומרון ב-1967, עמדה כבר טענת התיישנות למחזיקים במקרקעי ולירו. זכויותיהם אלה ממשיכות להתקיים עד היום.

יתר על כן, החוק הירדני מעניק לשוכר הגנות מרחיקות לכת ביחס לבעל הבית. הדיירים במקרקעין בענייננו מחזיקים בזכות דיירות מוגנת, ונדרשות עילות מוגדרות לצורך פינויים, שלא נטענו ולא הוכחו.

8. המשיבים מפרטים כי שלוש החלקות A1, B ו-C1 רשומות בספרי השטרות על שם משה ולירו משנת 1935, ואילו חלקה C2 אינה רשומה על שמו, למעט זכויות בגג המבנה בן שתי החנויות שהיה במקום בשנת 1935. בספרי מס רכוש עירוני (תח'מין) של חברון מן השנים 1962-1963, רשומות החלקות על שם אחרים. כך, רשומה חלקה A1 על שם עבדאלפתחאח נאצר אלדין ואחיו כבעלים, ובשכירות משנה לאחרים, ובנויות עליה מספר חנויות שמרביתן סגורות; חלקה B רשומה בספרי המס על שם עיריית חברון כבעלים, ובשכירות משנה לאחרים, ובנוי עליה מבנה בן שתי קומות שקומתו העליונה משמשת את עיריית חברון למתן שירותים עירוניים שונים, ומפעם לפעם משתמשים בה כוחות הבטחון. בקומתו התחתונה של המבנה מצויות חנויות, הסגורות בשל המצב הבטחוני; חלקה C1 רשומה בספרי המס על שם משפחת נאצר אלדין כבעלים, ובשכירות משנה לאחרים, ובנוי עליה מבנה בן שתי קומות שהעליונה מביניהן לא הושלמה, ואילו התחתונה משמשת לשימושים מסחריים שונים בידי שוכרי מישנה; לבסוף, חלקה C2 רשומה על שם אבו מנשאר מסודי ואחרים, ובשכירות מישנה

לאחרים. על חלקה זו בנוי מבנה בן שתי קומות, כאשר בקומה הראשונה מצויות חנויות המשמשות כמכולת בידי אחד השוכרים הרשומים, ובידי אנשים נוספים. על פי מראית הקומה העליונה, דומה כי נבנתה לפני זמן לא רב.

כנטען, לצדדים שלישיים עומדות, אפוא, זכויות במקרקעין מכח התיישנות ודיירות מוגנת. הן על פי המשפט הירדני הפנימי, והן על פי המשפט הבינלאומי, יש לכבד זכויות אלה של תושבים מוגנים. כבר מטעם זה, ספק אם ניתן לראות בעותרים בעלי זכויות שנכסיהם הופקעו או ניתנים להפקעה על ידי המשיבים.

9. אשר למעמד אדמות היהודים באזור טוענת המדינה כדלקמן:

בארץ ישראל המנדטורית היו חלק מהאדמות בירושלים ובחברון בבעלות יהודית עוד מתקופת הישוב הישן. מרבית אדמות היהודים נרכשו במסגרת תנועות ההתיישבות הציוניות. כ-30 עד 40 אלף דונמים של אדמות יהודים עברו בעקבות מלחמת העצמאות לשליטת ממשלת ירדן.

במלחמת העצמאות נכבשו חלקים מארץ ישראל המנדטורית בידי צבאות ירדן ומצרים. בשנת 1950 סיפחה ירדן את השטחים שבשליטתה, והוצא על ידה מנשר מס' 55 בו הוכרזו כל תושבי מדינת ישראל כ-"אויב" של ממלכת ירדן. בעקבות המנשר, הוחלה פקודת המסחר עם האויב המנדטורית על רכוש ישראלים בתחומי יהודה ושומרון ומזרח ירושלים ומונה ממנה ירדני על נכסי אויב. הממונה הירדני ניהל נכסים אלה, ולפחות חלקם הוקנו לו באמצעות צווי הקנייה. הוא ביצע בהם פעולות שונות, בין לצרכים ציבוריים, ובין לשימושים פרטיים.

10. לאחר כניסת צה"ל לאזור יהודה ושומרון בשנת 1967, נקבע במנשר כי המשפט שהיה קיים באזור ביום 7.6.1967 יעמוד בתוקפו, בכפוף להתאמות שפורטו בו. מכח הוראה זו, פקודת המסחר עם האויב, שחלה באזור בתקופת השלטון הירדני, ממשיכה לעמוד בתוקפה.

מכח צו מס' 59, הועבר הרכוש הממשלתי הירדני, לרבות רכוש של נתיני אויב, לניהול הממונה הישראלי על הרכוש הממשלתי. יוצא, אפוא כי מקרקעין של נתיני מדינת אויב שהיוו רכוש ממשלתי ירדני, הועברו לחזקתו של הממונה הישראלי לצורך ניהולם.

עמדת המשיבים היא, כי הקניית הנכסים לממונה הירדני הביאה לניתוק הזיקה הקניינית בין הבעלים המקורי לבין הנכס, וזכויותיו פקעו. עם זאת, בתום מצב המלחמה, ובמסגרת הסדרי שלום, יוכל השלטון להחיות זכויות אלה ככל שימצא לנכון, תוך התחשבות בזכויות שהתגבשו בינתיים בידי צדדים שלישיים. עמדה זו מתבססת, על פי הטענה, על הוראות פקודת המסחר עם האויב, על עקרונות המשפט הבינלאומי, ועל שיקולי מדיניות. על פי פקודת המסחר עם האויב, הקניית הנכס לממונה הירדני היא הקנייה שלמה ומלאה של הקנין הפרטי, הדומה במובנים מסוימים להסדר שבחוק נכסי נפקדים, שגם על פיו הקניית הנכס לאפוטרופוס אינה משמרת את זכויותיו של הבעלים המקורי. סיום המלחמה אינו מקנה לבעלים המקורי זכות אוטומטית לקבל בחזרה את נכסיו, אולם, החזרת הנכסים או שווה ערכם עשויה לשמש נושא במסגרת הסדרי שלום.

לטענת המדינה, הקניית מקרקעי ולירו לממונה הירדני שללה, אפוא, את זכויות העותרים בנכסים אלה, וגורלם יוכרע בהתאם להסדרים המדיניים שיושגו בעתיד.

11. המדינה מוסיפה, כי דיני התפיסה הלוחמתית, החולשים על תפיסת צה"ל בשטחי יהודה ושומרון, מורים אף הם כי הממונה הישראלי אינו רשאי לשחרר את המקרקעין מחזקתו. עמדה זו נגזרת מכללי המשפט הבינלאומי, לפיהם הכח הכובש הבא בנעליו של הריבון אינו רוכש קנין ברכוש הממשלתי המגיע לידיה במסגרת התפיסה הלוחמתית אלא רק מחזיק בו ומנהל אותו וזכאי ליהנות מפירותיו. לפיכך, הוא גם אינו רשאי לשחרר רכוש ממשלתי המוחזק על ידו, או להקנות זכויות בו לאחרים.

12. המדינה מוסיפה, כי עד אמצע שנות ה-90, היא נהגה במספר מקרים להחזיר לבעלים המקוריים את זכויותיהם במקרקעיהם, בין באופן ישיר ובין בזכויות בנייה. מאז 1997 עוצבה מדיניות ממשלתית המונעת שחרור קרקעות כאמור, ומותירה את נושא הפיצויים לבעלים המקוריים לטיפול במסגרת הסדר מדיני לכשיושג בעתיד. לנושא העתירה השלכות מורכבות ורגישות, בין היתר עקב חשש לגל תביעות ביחס לקרקעות יהודים באזור יהודה ושומרון. יש לו גם השלכה ישירה על סוגיית הפליטים, ותביעותיהם הרכושיות לנכסים בישראל, המהווה נושא מרכזי במחלוקת המדינית. לנושא המורכב של הזכויות הנטענות למקרקעין משני הצדדים הן בישראל והן באזור השלכה ישירה על המצב המדיני והבטחוני הכללי באזור. לפיכך, אפילו היתה בידי הממונה הישראלי סמכות לשחרר לנכסים לבעלים המקוריים, אין לעשות כן משיקולים מורכבים שבמדיניות.

13. לסיכום טענות המדינה, מדובר במקרקעין שהוקנו כדין לממונה הירדני, הפכו רכוש ממשלתי ירדני ונוהלו על ידיו. בינתיים רכשו צדדים שלישיים זכויות בהם. מתחילת התפיסה הלוחמתית באזור על ידי צה"ל, הפך הממונה הישראלי לאחראי על הרכוש הממשלתי הירדני. בהתאם לדין החל באזור, ולמשפט הבינלאומי, על הממונה לנהל את המקרקעין כרכוש ממשלתי ירדני, בכפוף לזכויות צדדים שלישיים. לפיכך, לא התבצעה במקרקעי העותרים פעולת הפקעה כלשהי, ואין לראות את ניהולם בידי הממונה הישראלי כמעין הפקעה, וממילא לא עומדת לעותרים זכות לפיצוי. המענה האפשרי לסוגיה אותה מעלים העותרים עשוי להימצא בהסדרים מדיניים עתידיים. מעבר לכל אלה, אפילו היתה בידי הממונה הישראלי סמכות לשחרר את נכסי הבעלים המקוריים, גם אז שיקולי מדיניות מורכבים מצדיקים המנעות מכך, ומכל מקום אין נושא זה מצדיק התערבות שיפוטית.

הכרעה

המסגרת הנורמטיבית

14. הסעדים המבוקשים בעתירה חותרים להכרה במקרקעי ולירו כאילו הופקעו על ידי הרשות הציבורית, או כטעונים הפקעה על ידה בשל החזקתם הממושכת בידי הממונה על הרכוש הממשלתי, ולקבלת פיצוי הן בגין הפקעה כזו והן בגין השימוש שנעשה במקרקעין על ידי אחרים במשך תקופה ארוכה.

15. כפי שפורט לעיל, מקרקעי ולירו בחברון עברו לשליטת ממלכת ירדן בעקבות מלחמת העצמאות, הוקנו לממונה על רכוש האויב הירדני, וגורלם נחתך על פי הדין הירדני. לימים, בשנת 1967, עבר האזור לשליטת צה"ל במסגרת תפיסה לוחמתית – מצב העומד בעינו עד היום. נטל ביסוסה של זכות העותרים להחזרת הקרקע לידיהם, או לתשלום שווייה, על פי המשפט הישראלי, המשפט הירדני והדין הבינלאומי מוטל על העותרים. נראה כי הם לא עמדו בנטל זה, ולא הניחו תשתית משפטית מוצקה שממנה ניתן ללמוד ולהסיק כי נותרה בידם זכות קניינית בת-מימוש במקרקעין, שהם זכאים כיום לדרוש את מימושה, בין בעין ובין בשווה-כסף. משכך, דין העתירה להידחות.

16. המבנה הנורמטיבי הנוגע למקרקעי ולירו בנוי שלושה רבדים: הראשון – הדין בארץ ישראל המנדטורית עד שנת 1948; השני – הדין שחל על המקרקעין לאחר

מלחמת העצמאות ועד שנת 1967; והשלישי – הדין החל על המקרקעין מאז שנת 1967 ועד היום. נבחן מבנה זה על רבדיו השונים.

הדין בארץ ישראל עד מלחמת העצמאות ב-1948

17. מקרקעי ולירו המצויים בחברון היוו חלק מארץ ישראל המנדטורית עד מלחמת העצמאות ב-1948. עד אותה עת, ניתן בידי ולירו – ולאחר מכן, יורשיו – לממש את זכויות הקנין שלהם במקרקעין בלא הגבלה. במלחמת העצמאות כבשו צבאות ירדן ומצרים חלקים מארץ ישראל המנדטורית. ירדן כבשה את הגדה המערבית, והכריזה כי החקיקה המנדטורית בפלשתינה תישאר בתוקף ככל שאין בה סתירה לדין הירדני (ע"א 459/79 הוועד הכללי לכנסת ישראל נ' אל איובי, פ"ד לה(4) 188, 190 (1981) (להלן: ענין אל איובי); ע"א 602/82 יורשי אבו-ניע נ' מנדלבאום, פ"ד לז(3) 281, 287 (1983) (להלן: ענין יורשי אבו-ניע); איל זמיר ואיל בנבנישתי אדמות היהודים ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 48 (1993) (להלן: זמיר ובנבנישתי)). בשנת 1950 סיפחה ירדן את השטחים שהיו בשליטתה. באותה שנה הוציא מושל הגדה המערבית את מנשר מס' 55 בו הוכרזו תושבי מדינת ישראל כאויב של ממלכת ירדן. הוצאת המנשר מס' 55 איפשרה את החלת פקודת המסחר עם האויב על רכוש הישראלים בתחומי יהודה ושומרון על פי הפקודה, מונה אפוטרופוס (ממונה) ירדני על נכסי אויב, ובידיו הופקד ניהולם של נכסים אלה.

פקודת המסחר עם האויב והצו מכוחה

18. פקודת המסחר עם האויב הסמיכה את הנציב העליון למנות אפוטרופוס על רכוש האויב, ולהקנות לו בצווים את רכוש האויב (סעיף 9 לפקודה). היא הגדירה, בין היתר, את המונח "רכוש האויב", "נכסים" ו"נתין אויב" (זמיר ובנבנישתי, בעמ' 221).

19. סעיף 9(1) לפקודה מבהיר את המגמות העיקריות שביסוד דבר חקיקה זה, בקובעו:

"גביית חובותיו של האויב ושמירת רכוש האויב

כדי למנוע תשלום כסף לאויב, וכדי לשמור על נכסי האויב עד לסידורים שייעשו עם חתימת חוזה השלום, רשאי הנציב העליון למנות אפוטרופסים על נכסי האויב בפלשתינה (א"י) והוא רשאי בצו –

(א) לדרוש לשלם לאפוטרופוס הקבוע כספים אשר, אלמלא קיומו של מצב מלחמה, היו צריכים לשלם לאדם שהוא אויב או לזכותו, ואשר אלמלא הוראות סעיף 6 או 7 מפקודה זו, היו נפרעים לכל אדם אחר;

(ב) להקנות לאפוטרופוס הקבוע כל רכוש של האויב שיפורט בצו, או לדאוג להנהלתו של אותו רכוש האויב לידי אותו אפוטרופוס, ולהסדיר הנהלה זו כפי שיקבע בצו;

(ג) להקנות לאפוטרופוס הקבוע את הזכות להעביר כל רכוש אחר של האויב שהוא רכוש שלא היה מסור לידי האפוטרופוס ושלא נדרש להמסר על ידו בצו, ככל שיפורט בצו;

(ד) ליתן לאפוטרופוס ולכל אדם אחר אותן זכויות, ולהטיל עליהם סמכויות, תפקידים וחובות ככל אשר יקבע בצו, בנידון –

I. רכוש שהקנוהו או שדרוש להקנותו לידי האפוטרופוס על פי צו,

II. רכוש שהזכות להעבירו הוקנתה או דרוש להקנותה כך,

III. כל רכוש אחר של האויב שלא הוקנה ואשר לא דרוש להקנותו כך, או

IV. כסף ששולם לאפוטרופוס, או שעפ"י הצו דרוש לשלמו לאפוטרופוס.

(ה) לדרוש לשלם לאפוטרופוס אותם מסים שיקבעו בקשר עם כל העניינים שיפורטו בצו, ולהסדיר את גבייתם של אותם מיסים והנהלת חשבונותיהם;

(ו) לדרוש מכל אדם להגיש לאפוטרופוס כל אותם דו"חות, חשבונות וידיעות אחרות, וכך כל מסמכים ככל שהאפוטרופוס יראה צורך לדרוש לשם מילוי תפקידיו עפ"י הצו;

וכל צו כזה יכול לכלול הוראות לואי והוראות משלימות, ככל אשר יראה הנציב העליון לנחוץ לצרכי הצו".

20. מכח הפקודה, הוצא צו המסחר עם האויב (אפוטרופוס), 1939 (להלן: צו המסחר עם האויב), הקובע הוראות מפורטות בענין סמכויותיו ותפקידיו של האפוטרופוס על רכוש האויב.

סעיף 5 לצו קובע:

"(1) בהתחשב עם הוראות פסקת-המשנה הבאה ופרט לאותם מקרים שבהם יצווה הנציב העליון אחרת, בין בדרך כלל ובין למקרה מסוים, חייב האפוטרופוס להחזיק עד גמר המלחמה הנוכחית, כל כספים ששולמו לו על פי צו זה וכל רכוש או הזכות להעביר רכוש שהוקנה לו עפ"י כל צו הקניה, ואילו לאחר המלחמה יטפל האפוטרופוס ברכוש ובזכות באותו אופן שהנציב העליון יורה.

(2) בהתחשב עם כל הוראות מיוחדות מאת הנציב העליון, רשאי האפוטרופוס בכל עת לשלם כל סכום כסף מיוחד ששולם לו עפ"י צו זה, או להעביר כל רכוש מיוחד שלגביו ניתן צו הקניה, לאדם או לטובתו של אדם, שיהיה זכאי בהם אלמלא תוקפם של הפקודה או של כל צו שניתן על פיה, או לכל אדם הנראה לאפוטרופוס כמי שהורשה על ידי אותו אדם לקבל את הנ"ל.

(3) כל כספים ששולמו לאפוטרופוס על פי צו זה וכל רכוש שניתן לגביו צו הקניה, לא יהיו צפויים לעיקול או לתפיסה אחרת בהוצאה לפועל.

(4) "...

סעיף 13 לצו מאציל את כל סמכויות הנציב העליון על פי סעיף 9 לפקודה לאפוטרופוס הירדני.

21. התכלית המשתמעת מהוראות אלה של הפקודה והצו היא בעלת מימד כפול: מן הצד האחד, היא נועדה למנוע מן האויב יכולת להפיק טובת הנאה מנכסיו, או לעשות בהם שימוש כל עוד מצב המלחמה בין המדינות נמשך. מצד שני, האפוטרופוס נדרש להגן על הנכסים ולפעול לשמירתם "עד לסידורים שייעשו עם חתימת חוזה שלום". משמעות הדבר היא כי אמנם בעת מלחמה לא ניתן לאפשר לאויב ליהנות מנכסיו, אולם במבט צופה העתיד, רואה הפקודה גם את הימים שיבואו לאחר המלחמה, ומניחה כי עם השגת השלום, ייעשו סידורים שיקבעו את גורלו של רכוש זה (בג"ץ 1285/93 שכטר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פסקה 15 (לא פורסם, 5.12.1996) (להלן: ענין שכטר)). מבין התכליות האמורות, ניתן דגש מיוחד דווקא לפן השלילי של ניתוק האויב מנכסיו בעת מצב המלחמה:

"לתכליות הפקודה שמנינו לעיל יש פן שלילי: הפרדה וניתוק בין האויב ונתיניו לבין נכסיהם שבתחומי המדינה; ופן חיובי: הקניית הנכסים לאפוטרופוס אשר יכול לנהלם באופן שיקדם גם מטרות ציבוריות, ואולי אף יסייע למאמץ המלחמתי. עיון בהוראותיה של הפקודה, ובדרך שבה היא הופעלה בידי השלטון

המנדטורי, מצביע על כך שדווקא הפן השלילי הוא החשוב מבין השניים. הן בתקופת המלחמה (שלילת השליטה וההנאה של האויב מהנכסים) והן במשא ומתן לשלום (הבטחות הדדיות בטיפול האויב בנכסים של אנגליה ונתיניה), הדגש מושם על הוצאת הנכסים מידי האויב, ופחות על השימוש בהם והפקת ההנאה מהם בידי האפוטרופוס" (זמיר ובנבנשתי, בעמ' 40, וראו גם עמ' 36-39).

האפשרות שלא להחזיר את הנכסים לאויב עם תום המלחמה מתיישבת עם תכלית הפקודה בהיבטה השלילי (זמיר ובנבנשתי, בעמ' 40).

22. על פי הפקודה והצו כאמור, נכסי מי שנחשבו "אויבים" הוקנו לממונה הירדני על פי צווי הקניה. כמו כן, נראה כי הממונה הירדני ניהל בפועל את נכסי האויב גם ללא צווי הקניה, או בטרם הוצאו צווים כאלה. הבסיס המשפטי לניהול זה מצוי ככל הנראה בהוראת סעיף 9(1)(ד)(iii) לפקודת המסחר עם האויב, המסמיכה את הנציב העליון – ולפיכך את שר הפנים הירדני שנטל את סמכויותיו – להעניק לאפוטרופוס זכויות, ולהטיל עליו תפקידים וחובים ביחס לנכסי אויב שלא הוקנו לו (ענין אל איובי, בעמ' 193-194). מעבר לכך, הסמכות להורות על ניהול הנכסים בלא הקנייה הוענקה גם לאפוטרופוס עצמו בסעיף 13 לצו המסחר עם האויב, אשר הסמיך את האפוטרופוס לעשות כל פעולה שהוסמך השר לעשות על פי סעיף 9 לפקודה. בהקשר זה יש להעיר, כי כבר נפסק, כי על פעולות הממונה על נכסי אויב חלה חזקת התקינות המינהלית (ע"א 499/78 נבולטי נ' מועצת בתי העלמין היהודיים, ירושלים, פ"ד לג(3) 679, 681 (1979) (להלן: ענין נבולטי); ענין אל איובי, בעמ' 193-194; ענין יורשי אבו-ניע, בעמ' 290; ע"א 51/89 האפוטרופוס הכללי נ' אבו חמדה, פ"ד מו(1) 491, 502-203 (1992); זמיר ובנבנשתי, בעמ' 55-56, 149).

המצב המשפטי באזור משנת 1967 ועד היום

23. עם תפיסת צה"ל את אזור הגדה המערבית בשנת 1967, הוא נטל אחריות לניהולו. במנשר מס' 2 הורה המפקד הצבאי כי המשפט שהיה קיים באזור ביום 7.6.1967 (תאריך אשר הוגדר כ-"יום הקובע") יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו סתירה למנשר זה או לתחיקת המפקד בעתיד, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צה"ל באזור (סעיף 2 למנשר). קביעה זו מתיישבת גם עם הוראות המשפט הבינלאומי, המורות כי על המדינה המחזיקה אזור בתפיסה לוחמתית (Belligerent Occupation) לכבד את החוקים העומדים בתוקף באזור נכבש עובר לתפיסתו, אלא אם ישנה מניעה

מוחלטת מכך (תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: תקנות האג); בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622, 629-632 (1981) (להלן: ענין טביב); בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעאווניא אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 797, 809 (1983) (להלן: ענין ג'מעית אסכאן); בג"ץ 277/84 אע'רייב נ' ועדת העררים, פ"ד מ(2) 57 (1986) (להלן: ענין אע'רייב); בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595 (1980)). לאחר תפיסת האזור בידי צה"ל, הוחלו בו, בנוסף לדין שעמד בתוקפו עובר לתפיסה, גם תחיקת המפקד הצבאי, וכפועל יוצא מכך גם כללי המשפט המינהלי הישראלי החלים על רשויות הצבא. כמו כן, חלים על האזור הכללים המחייבים של המשפט הבינלאומי המתייחסים לתפיסה לוחמתית (סעיף 2 למנשר; ענין ג'מעית אסכאן, בעמ' 794-792; זמיר ובנבנשתי, בעמ' 81-76). סמכויות השלטון, החקיקה, המינוי והמינהל הועברו, על פי המנשר, לידי המפקד הצבאי או מי שיתמנה או יפעל מטעמו (סעיף 3 למנשר). רכוש נייד ודלא-נייד המצוי באזור, שהיה שייך או רשום בשם המדינה או הממשלה ההאשמית הירדנית או יחידה או שלוחה שלה הועבר לחזקתו הבלעדית של המפקד הצבאי ונקבע כי יהיה נתון להנהלתו (סעיף 4 למנשר).

24. בצו מס' 59 שפורסם על ידי המפקד הצבאי עם כניסת כוחות צה"ל לאזור, הוסמך הממונה על הרכוש הממשלתי ליטול חזקה בכל רכוש ממשלתי, ולנקוט כל צעד הנראה לו דרוש לשם כך (סעיפים 1 ו-2 לצו מס' 59). על פי צו זה, ומכח תקנה 55 לתקנות האג, "הרכוש הממשלתי" הועבר לניהול והחזקה של הממונה על הרכוש הממשלתי באזור. נכללו בכך גם הנכסים שהוגדרו נכסי אויב בממשל הירדני (ענין אע'רייב; בג"ץ 1661/01 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 514, 586 (2005) (להלן: ענין חוף עזה)). צו מס' 59 הוא ביטוי לסמכותו ולאחריותו של מפקד האזור על הרכוש הממשלתי באזור, בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי (בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701, 704-706 (1982) (להלן: ענין אל נאזר)). הממונה על הרכוש הממשלתי הינו הממונה על רכוש האויב מטעם המפקד הצבאי באזור, והוא שהוסמך מטעמו לנהל את הרכוש שהועבר לחזקתו מכוח המנשר.

25. הגדרת "רכוש ממשלתי" שהועבר לחזקתו ולניהולו של הממונה הישראלי על פי הצו כוללת, בין היתר, כל רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו היה שייך או רשום על שם מדינת אויב. בנוסף, על פי המשפט הבינלאומי, רכוש שיש ספק לגביו האם הוא ממשלתי או פרטי, חזקה כי הוא ממשלתי עד שהוכרע מעמדו (ענין אל נאזר, בעמ' 704-

705; ענין אע"ד"יב, בעמ' 68). יוצא מכך, כי הממונה הישראלי על הרכוש הממשלתי הוסמך לנהל כל רכוש שהיה שייך לממשלת ירדן, ובכלל זה, כל רכוש שהוקנה בעבר לממונה הירדני על רכוש האויב. ואכן, תיקון לצו מס' 59 שנתקבל בשנת 1984 הבהיר כי בגדר רכוש ממשלתי נכלל גם כל רכוש שהיה מוקנה למדינת אויב (צו מס' 1091: צו בדבר רכוש ממשלתי (תיקון מס' 7) (20.1.1984)). בהתאם לכך, נקבע בפסיקת בית משפט זה, כי רכוש שהוקנה לממונה הירדני על רכוש האויב, שהועבר לחזקתו, נרשם על שמו, היה בידיו או עבר לרשותו בשנים 1948-1967 הינו "רכוש ממשלתי" בגדרי מושג זה בצו מס' 59 (ענין אע"ד"יב, בעמ' 68; ענין שכטר, פסקה 14).

בתיקון נוסף לצו שנתקבל בשנת 1990, הוסף סעיף 1א, שזו לשונו:

"א1. הסרת ספק

א. למען הסר ספק מובהר בזאת כי [...] רכוש אשר לפני היום הקובע חלו עליו הוראות סעיפים 9(1)(ד)(I) או (III) לפקודת המסחר עם האויב, 1939 (להלן – הסעיפים), או כל צו שהוצא או שניתן היה להוציא מכח הסעיפים או כל רכוש שחל על בעליו מנשר מס' 55 לשנת 1950, הינו רכוש ממשלתי מהיום הקובע".

מהוראה זו עולה כי כל רכוש שנוהל על ידי הממונה הירדני, גם אם לא הוקנה לו בצו הקנייה, ייחשב רכוש ממשלתי ירדני שהועבר לחזקת המפקד הצבאי מכוח המנשר, והופקד בידי הממונה על הרכוש הממשלתי הפועל מטעמו לצורך ניהולו.

26. הסוגיה שלפנינו מעלה את ההיבטים הבאים:

ראשית, מה טיב זכויות הבעלים הישראלי המקורי של נכס המוגדר "רכוש אויב" כלפי האפוטרופוס הירדני?

שנית, בנגזר מכך, מה טיב זכויות אותו בעלים ביחסו אל הממונה הישראלי על הרכוש הממשלתי באזור, הפועל מכוח דיני התפיסה הלוחמתית?

שלישית, האם במנותק משאלת זכויות הקניין של הבעלים המקורי, מתקיימת עילת התערבות בשיקול דעת הממונה הישראלי שלא להחזיר את הקרקע או את שווה ערכה אלא בעת הסדרים מדיניים באזור.

זיקת הבעלים המקורי לנכס המוגדר "נכס אויב" כלפי הממונה הירדני

27. השאלה המהותית המרכזית בענייננו היא – מהי הזיקה הקיימת בין הבעלים הישראלי המקורי של נכס המוגדר "נכס אויב" כלפי הממונה הירדני כל עוד הנכס היה בשליטתו.

בחינת הוראות פקודת המסחר עם האויב והצו על פיה, בשילוב עם ההלכה הפסוקה, מצביעים לכאורה על כך שהקניית "נכס אויב" לממונה הירדני מובילה לניתוק הקשר בין הבעלים המקורי לבין הנכס. עם זאת, בתום המלחמה, ניתן להחיות זכויות אלה, במסגרת הסדר שלום, שעשויה להיות בו הדדיות מבחינת כיבוד זכויות קניין מקוריות של אזרחי המדינות השותפות להסדר. אפשרות זו אינה בגדר חובה מכח הדין אלא אופציה אפשרית, ומכל מקום, יש להניח כי נדרשת גם התחשבות בזכויות צדדים שלישיים שנרכשו במהלך תקופת ההקנייה.

סעיף 9 לפקודת המסחר עם האויב וסעיף 4 לצו מכוחה מאפשרים הקנייה לאפוטרופוס של רכוש האויב. התכליות שברקע הפקודה הן משולבות, כאמור – ניתוק הקשר של האויב עם נכסיו, והגנה על הנכסים בידי האפוטרופוס עד להסדר שלום. שילוב תכליות זה עשוי להוליד מספר אפשרויות לפתרון סוגיית הזיקה בין הבעלים המקורי לבין הנכס המוקנה לאפוטרופוס. אפשרות אחת היא – ניתוק מוחלט של זיקה זו, שבצידו ציפייה של הבעלים לקבל את הנכס או את שוויו בבוא השלום. אפשרות אחרת היא – ניתוק מלא אך זמני של הזיקה כאמור, תוך הותרת זכותו המשפטית של הבעלים להשבת הנכס בתום המלחמה בכפוף להסדרי השלום (זמיר ובנבנישתי, בעמ' 42). תהא אשר תהא האופציה הפרשנית העדיפה, הגישה הפרשנית השלטת היא כי במהלך תקופת ההקנייה של הנכס לאפוטרופוס, הזיקה הקניינית בין הבעלים לבין הנכס ניתקת. צו ההקנייה שולל מהבעלים הקודם את זכויותיו בנכס כל עוד לא בוטלה ההקנייה בהסדר שלום.

28. כך נפסק באנגליה ביחס לחוק המסחר עם האויב, שעל פיו נוסחה הפקודה המנדטורית החלה בענייננו בענין [1920] 1 Ch. 268, 277- *In re Münster (Enemy)* : 278 נפסק:

"Pending its disposition by Order in Council after the termination of the war, the property is removed from the control and from the beneficial ownership of the enemy. At the termination of the

war, fresh considerations will arise; and whether the enemy will recover, and to what extent he will recover, and to what extent he will recover, the beneficial ownership will depend upon the arrangements made at the conclusion of Peace ... and upon the terms of any Order in Council, made, I doubt not, with those arrangement in view..."

פסק הדין המנחה בסוגיה זו הוא *Bank voor Handel en Scheepvaart v.*

Administrator of Hungarian Property [1954] 1 All E.R. 969, 991. כאן נפסק:

"When such property vests in him [the Custodian], it ceases thereupon beneficially to belong to its original owner; and though in pursuance of arrangements to be made at the conclusion of peace ... in pursuance of treaties of peace to be negotiated by the Crown, the Crown could re-create a title in the original owners, it could, in my view, equally create such a title in anyone else, including itself. The 'statutory suspension' of title referred to by Lord Russell of Killowen seems to me in its context to point, not to the persistence throughout of a temporarily submerged title, but to the extinction of that title, subject to the possibility of its re-birth."

29. על פי פרשנות זו, הקניית נכס אויב לאפוטרופוס במסגרת הפקודה מובילה לפקיעת זכויותיו של הבעלים המקורי לנכס, והקנייתן לאפוטרופוס, הקנייה זו אינה שוללת אפשרות של החייאת זכויות הבעלים במסגרת הסדרי שלום. וכך מנסחים זמיר ובנבנישתי בספרם את הכלל האמור:

"מדובר אפוא, בהקניה שלמה ומלאה של קניין הפרט או הממשלה היריבה, בהיותם אויב או נתין אויב. הקניה זו נושאת, עקרונית, אופי זמני, והיא מסתיימת בהתאם לתוכנם של ההסדרים הבין-מדינתיים שייקבעו עם סיום מצב המלחמה. כל עוד עומד מצב המלחמה בעינו, נותרת ההקניה בעינה, ולבעלים המקורי של הרכוש אין שום זכות לגבי הנכס, בין להנאה מפירותיו, בין לפיצויים, ובין להתערבות באופן שבו הוא מנוהל (כלל אחרון זה מודגש גם בסעיף 6 לצו המסחר עם האויב). עם סיום מצב המלחמה, ניתן יהיה ליצור מחדש את זכויות הקניין של הבעלים המקורי בנכס, זכויות שאינן קיימות עד לביצוע פעולה זו (כשם שניתן לקבוע הוראות אחרות, כמו פיצוי הבעלים המקוריים על

זכויותיהם במקרקעין). בשום מקרה, אין היצירה מחדש של זכויות הקניין של הבעלים המקורי מתרחשת באופן אוטומטי. מסקנות אלה מתיישבות היטב עם תכליותיה של הקניית הנכסים לאפוטרופוס...” (זמיר ובנבנישתי, בעמ' 44).

הנחה זו בדבר ניתוק זיקת הבעלים המקורי לנכס המוקנה לממונה משליכה ממילא על טיב היחס של האפוטרופוס לנכס המוקנה. הממונה אינו נתפס כנאמן של הנכס בעבור הבעלים המקורי, אף שמוטלת עליו אחריות לפעול בנכס בזהירות ובמיומנות, ועליו להחזיק בו עד שיוכרע גורלו. הקניית הנכס לממונה מעבירה לידי את הבעלות בו, בעלות שבצידה קיימת ציפיית הבעלים המקורי להשיב לידי את הנכס בעתיד, בהתאם למה שייקבע אחרי המלחמה (זמיר ובנבנישתי, בעמ' 44). ברוח זו נפסק בענין C.A. 300/43 Pritzker v. Custodian of Enemy Property [1944] A.L.R., Vol. 1, 376, 380; בענין נבולטי הניח בית המשפט העליון כי הקניית המקרקעין לאפוטרופוס על נכסי אויב משמעה כי הבעלות עברה לידי (ענין נבולטי, בעמ' 681; ראו גם ע"א 58/54 הבאב נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים, פ"ד י (2) 912, 918-19 (להלן: ענין הבאב)). אולם ראוי לציין, כי בענין שכטר הושארה שאלה זו בצריך עיון, תוך שהודגש כי הפתרון לבעיית המקרקעין באותו ענין עשוי לבוא בהסכם שלום שיביא לפתרון הסכסוך הפוליטי כולו (ענין שכטר, פסקה 18).

30. ראוי לציין, כי חוק נכסי נפקדים מאמץ תפיסה דומה לזו של פקודת המסחר עם האויב ביחס לשאלת הזיקה של הבעלים המקורי לנכס הנפקד שהוקנה לאפוטרופוס. גם בענין חוק נכסי נפקדים נפסק כי לנפקד לא נותרות זכויות כלפי הנכס המוקנה לאפוטרופוס על נכסי נפקדים, אלא שעם שחרורו של הנכס נולדת לבעלים המקורי זכות קניין חדשה, ואין מדובר בהחייאה של זכויות שכבר פקעו ואינן (ע"א 263/60 קליינר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד י"ד (3) 2521, 2544 (1960)). "הבעלות נולדת מחדש, ואין ולא כלום בינה ובין הבעלות שהיתה קיימת בתאריך הקובע, ושהיתה מוקנית לאפוטרופוס" (השופט ויתקון, שם).

בית המשפט הבהיר ביחס לחוק נכסי נפקדים כי לא פחות משהוא מכוון לשרת את צורכי השמירה על הנכסים, הוא נועד להגשים אינטרסים של המדינה בנכסים אלה: לנצלם לקידום פיתוח הארץ; למנוע את ניצולם על ידי מי שהינו נפקד; ולהחזיק בנכסים, או בשוויים, עד לגיבוש הסדרים פוליטיים בין ישראל לשכנותיה, שבהם יוכרע גורלם של הנכסים על בסיס של הדדיות בין המדינות (בג"ץ 4713/93 גולן נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד מח (2) 638, 644-645 (1994)). התכליות והרציונל

העומדים מאחורי שני ההסדרים – דיני המסחר עם האויב וחוק נכסי נפקדים – דומים. התפיסה ביחס לטיב הזכויות המוקנות לאפוטרופוס על רכוש אויב מכח פקודת המסחר עם האויב ולאפוטרופוס על נכסי נפקדים מכח חוק נכסי נפקדים דומה אף היא (ענין הבאב, עמ' 915-918; *Jabbour v. Custodian of Absentees Property of State of*; 1 All E.R. 145, 153-154, 157 (Israel [1954]).

31. הניתוח האמור של תכליותיה של פקודת המסחר עם האויב ופועלה המשפטי מביא למסקנה כי קיים הבדל בסיסי מבחינת זכויות הבעלים לפיצוי מהשלטון בין הקניית נכסי אויב לאפוטרופוס על פי פקודת המסחר עם האויב לבין אקט שלטוני של רכישה לצורכי ציבור, או תפיסת נכס לצרכים צבאיים ופעולות שלטוניות אחרות שתכליתן להעביר רכוש פרטי לידי רשויות המדינה לצורך הגשמת צרכים ציבוריים. מתייחסים לכך זמיר ובנבנישתי במחקרם:

“אין שום הגיון לדבר על פיצוי האויב או נתינו בגין הקניית נכסיהם לאפוטרופוס. פיצוי כזה היה סותר בעליל את תכליותיה המרכזיות של ההקניה. תשלום כספי לבעלים המקוריים כתחליף להחזרת נכסיהם בעין הוא אחד הפתרונות האפשריים לטיפול בנכסים במסגרת הסכם השלום. אך כל עוד נמשך מצב המלחמה, פיצוי כזה מנוגד למטרות ההקניה” (זמיר ובנבנישתי, בעמ' 41).

זיקת הבעלים המקורי של הנכס כלפי הממונה הישראלי

32. ראינו, כי מכח הדין באזור יהודה ושומרון מאז 1967, כל רכוש אויב שנוהל על ידי הממונה הירדני נחשב רכוש ממשלתי ירדני שהועבר לחזקת המפקד הצבאי ולניהולו מכח המנשר מס' 2 והופקד בידי הממונה הישראלי לצורך ניהולו על פי צו מס' 59. שאלה היא האם הממונה הישראלי עומד בנעליו של הממונה הירדני לכל דבר וענין, או שמא סמכויותיו של הממונה הישראלי ביחס לרכוש אויב שהועבר לחזקתו ולניהולו מצומצמות יותר מאלה של הממונה הירדני, בהיותו כפוף לכללי התפיסה הלוחמתית. התשובה לשאלה זו נשאבת במידה רבה מהוראות מנשר מס' 2 וצו מס' 59 שהוצאו על ידי המפקד הצבאי באזור, ומעקרונות המשפט הבינלאומי החלים על תפיסה לוחמתית.

33. אזור יהודה ושומרון מוחזק על ידי מדינת ישראל בדרך של תפיסה לוחמתית. כללי המשפט הבינלאומי מסדירים את כללי ההתנהגות במשטר של תפיסה לוחמתית. בראש כללים אלה עומדות הוראותיהן של תקנות האג. מקובל לראות בהן ביטוי למשפט הבינלאומי המנהגי החל בישראל גם בלא דבר חקיקה פנימי המאמצן. כמו כן, בהליכים שונים בפני בית משפט זה הצהירה מדינת ישראל כי החליטה לנהוג על פי חלקיה ההומניטריים של אמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית), נניח, אפוא, לצורך ענייננו, ובלא צורך להכריע בדבר, כי אף אלה חלים בענייננו (ענין חוף עזה, בעמ' 514, 516-517). בנוסף לכללי המשפט הבינלאומי, חלים באזור גם הדין המקומי שהיה בתוקף עובר לתפיסת האזור על ידי כוחות צה"ל, תחיקת הבטחון הצבאית, וכן עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, המחייב את כוחות צה"ל בפעילותם (מנשר מס' 2; ענין חוף עזה, בעמ' 518-519; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 827-828 (2004) (להלן: ענין בית סוריק)).

34. המשטר הצבאי בשטח התפוס בתפיסה לוחמתית הינו זמני מעצם טיבו (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 501 (2005) (להלן: ענין מראעבה)). "נקודת המוצא הינה כי בהפעלת סמכויותיו, אין המפקד הצבאי יורשו של השלטון שניגף. אין הוא הריבון באזור המוחזק. סמכויותיו של השלטון שניגף מושעות" (ענין חוף עזה, בעמ' 520) (ההדגשה לא במקור).

35. ההסדרים המשפטיים הנוגעים לתפיסה לוחמתית משקפים איזון בין שני שיקולים מרכזיים: מחד, הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של הכוח הצבאי התופס את השטח; מאידך, הבטחת צורכיהם של האנשים המוגנים בשטח זה (ענין ג'מעית אסכאן, בעמ' 794).

36. תקנה 43 לתקנות האג מהווה 'הוראת-על' נורמטיבית, לפיה על הכוח המחזיק אזור בתפיסה לוחמתית לנקוט בכל האמצעים שבידו על מנת להבטיח את הבטחון וסדרי החיים במקום, וכן לכבד את המשפט שהיה בתוקף באזור עובר לתפיסה, אלא אם ישנה מניעה מוחלטת מכך (השוו: סעיף 64 לאמנת ז'נבה הרביעית; ענין טביב, בעמ' 629-632; ענין ג'מעית אסכאן, בעמ' 797, 809).

עקרונות ואיזונים אלה באים לידי ביטוי גם במסגרת הכללים הנוגעים לסמכות הכוח התופס ביחס לרכוש הממשלתי בשטח התפוס.

סמכויות הכוח התופס ביחס לרכוש ממשלתי בשטח המוחזק

37. החלק השלישי של תקנות האג, העוסק בתפיסה לוחמתית, קובע, בין היתר, כללים בנוגע לתפיסת רכוש אויב – פרטי וציבורי. התקנות 53 ו-55 עוסקות בתפיסת רכוש השייך למדינת האויב על ידי הכוח המחזיק באזור בתפיסה לוחמתית. בעוד שתקנה 53 עוסקת בתפיסת מיטלטלין ציבוריים, מתמקדת תקנה 55 בסמכות ביחס למקרקעין השייכים למדינת האויב (בג"ץ 574/82 אל נאוואר נ' שר הביטחון, פ"ד לט(3) 449, 463-464 (1985)).

38. תקנה 55 לתקנות האג קובעת כי המדינה התופסת רשאית לנהל את הרכוש השייך למדינת האויב והנמצא בשטח התפוס, ואף ליהנות מפירותיו, אך מחובתה לשמור עליו. זו לשון התקנה:

"55. The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct".

ובנוסחה בעברית, כפי שהובא בענין חוף עזה:

"המדינה הכובשת תיחשב רק כמנהל וכבעל טובת-הנאה בבנינים הציבוריים, נכסי דלא ניידים, יערות ונחלות חקלאיות השייכים למדינה האויבת והנמצאים בארץ הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה" (ענין חוף עזה, בעמ' 584).

39. הכלל לפיו מדינה כובשת נדרשת לנהל רכוש ציבורי שתפסה בהתאם לכללי טובת ההנאה מהווה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי (Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1 (2009), Rules 178-179).

40. הכח הכובש רשאי, אפוא, על פי כללי המשפט הבינלאומי, להחזיק בנכסי דלא-ניידי שהינם רכוש ממשלתי השייך למדינת האויב, ולהפיק מהם טובת הנאה, אולם עליו החובה לשמור עליהם ולהימנע מפגיעה בהם (הילה אדלר "דיני כיבוש" רובי סיבל משפט בינלאומי 575 (מהדורה שניה, 2010); Georg Schwarzenberger, (1968) *International Law, Vol II: The Law of Armed Conflict* 248, 311-315). מחובתה של המדינה לשמור על קרן הנכסים ולנהלם בהתאם לכללי הפקת טובת ההנאה. היא איננה רוכשת בעלות בנכסים אלה ועל כן היא מנועה, בהתאם לכך, מלמכור אותם או מלפעול באופן שירוקן את הזכויות בהם מתוכן, שהרי כתוצאה מכך תפגע קרן הרכוש (ענין חוף עזה, בעמ' 584-585; Yoram Dinstein, *The UK Ministry of International Law of Belligerent Occupation* 213-218 (2009); Gerhard Von Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* 303 (2004); Glahn, *The Occupation of Enemy Territory* 176-178 (1957); ענין אע'רייב, בעמ' 67; ענין אל נאזר, בעמ' 704; זמיר ובבנשתי, בעמ' 120).

41. חובת הכח התופס לשמור על נכסי הדלא-ניידי השייכים לאויב משתקפת גם באיסור החל עליה להורסם (תקנה 23(g) לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית); (Jean S. Pictet, ed., 1958) *Commentary: IV Geneva Convention* 301 (להלן: פיקטה); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 456-458 (2004) (להלן: ענין הס)).

42. המדינה הכובשת נדרשת, אפוא, להגן על הרכוש הציבורי בשטח התפוס, ונאסר עליה לפגוע ברכוש. גרימת הרס נרחב או החרמתו של רכוש בקנה מידה נרחב תיחשבנה להפרה חמורה של האמנה, אלא אם נעשו עקב צורך צבאי (סעיף 147 לאמנת ז'נבה הרביעית; פיקטה, בעמ' 601). עם זאת, כפי שהעיר המלומד פיקטה, מטרתה של אמנת ז'נבה הרביעית הינה לדאוג לאזרחים המוגנים עצמם, ולא לרכוש, ועל כן הטיפול ברכוש אויב וברכוש פרטי בשטח כבוש מוסדר, בעיקר, בתקנות האג (פיקטה, בעמ' 271). מכל מקום, אין בהוראות האוסרות על הרס או החרמת רכוש האויב כדי לפגוע בזכותו של הכוח התופס לנהל רכוש ציבורי של האויב ולהפיק ממנו טובת הנאה. עמד על כך פיקטה:

"It should be noted that the prohibition only refers to "destruction". Under international law the occupying authorities have a recognized right... to administer and enjoy the use of real property

(פיקטה, בעמ' "belonging to the occupied State"
301.)

43. בהפעלת סמכויותיו בשטח התפוס בתפיסה לוחמתית, נדרש, אפוא, המפקד הצבאי למצוא איזון בין צורכי הצבא לבין צורכי התושבים המקומיים (תקנה 43 לתקנות האג; ענין בית סוריק, בעמ' 830; ענין הס, בעמ' 455-456; ענין מראעבה, בעמ' 506). עקרון-על זה נכון גם בהתייחס להפעלת סמכותו של המפקד על פי תקנה 55 לתקנות האג. יש להדגיש – אף שהתפיסה הלוחמתית של צה"ל באזור היא ארוכת שנים, "אין בעבור הזמן כדי להרחיב את סמכותו של המפקד הצבאי ולאפשר לו לשקול שיקולים שמעבר לעצם ניהולו הראוי של האזור הנתון לתפיסה לוחמתית" (ענין בית סוריק, בעמ' 830). בהפעילו את סמכות הניהול והפקת ההנאה מן המקרקעין הציבוריים שתפס, חייב המפקד הצבאי, אפוא, לפעול לטובת האזור, תוך שהוא מפעיל שיקולים רלבנטיים בלבד – טובת התושבים המוגנים, וצורכי הצבא (ענין בית סוריק, בעמ' 833-836). בפרט, "אל לו לשים לנגד עיניו את שיקוליה של המדינה שמכוח תפיסתה הצבאית את השטח הוא מפעיל את סמכויותיו" (ענין הס, בעמ' 456).

44. צווי המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון משתלבים עם דיני המשפט הבינלאומי באשר לסמכויות הכח הצבאי ביחס לרכוש. סעיף 4 למנשר מס' 2 קובע כי:

"רכוש דניידי ודלא נייד לרבות... שהיה שייך או רשום בשם המדינה או הממשלה הירדנית ההאשמית... המצויים באזור, יועברו לחזקתי הבלעדית ויהיו נתונים להנהלתי" (הדגשה לא במקור).

צו מס' 59 בענין רכוש ממשלתי קובע בסעיף 2 כי "הממונה רשאי ליטול את החזקה ברכוש ממשלתי ולנקוט כל צעד הנראה לו דרוש לכך". בצווי המושל הצבאי מדובר, אפוא, בנטילת חזקה ברכוש הממשלתי, וניהולו, להבדיל מהקנייתו לידי המפקד הצבאי. אחריותו של הממונה הישראלי מכח הצווים והמשפט הבינלאומי היא להחזיק ברכוש הממשלתי, ולנהלו במסגרת תכליות התפיסה הלוחמתית – שמירה על הבטחון, סדר החיים התקין, וסיפוק צרכיהם של האזרחים המוגנים באזור.

45. לסיכום הדברים, דרך כלל, לכוח התופס אזור בתפיסה לוחמתית נתונה סמכות להחזיק ולנהל את נכסי הדלא-ניידי השייכים למדינת האויב. הוא רשאי ליהנות מפירוטיהם, אך איננו רוכש בהם בעלות. הוא מחויב לשמור על נכסים אלה, ואיננו רשאי לרוקן את הזכויות בהם מתוכן או להעביר את הבעלות בהם לאחר. בהפעילו

סמכויות אלה, נדרש המפקד לשקול את טובתם של התושבים המוגנים, תושבי האזור, ולדאוג לשמירת הסדר והחיים הציבוריים. בהחלטתו כיצד לנהל את הרכוש הממשלתי שבחזקתו, המפקד הצבאי איננו רשאי לשקול את האינטרסים של המדינה שמטעמה הוא פועל (ענין ג'מעית איסכאן, בעמ' 764).

מעמד "נכסי יהודים" באזור יהודה ושומרון כלפי הממונה הישראלי

46. נכסי אויב שהיו מוקנים לממונה הירדני עברו בתורת "רכוש ממשלתי" ירדני לחזקתו ולניהולו של המפקד הצבאי מכח המנשר, ומכח צו מס' 59, לחזקתו ולניהולו של הממונה הישראלי.

לכאורה, על פי הניתוח שהובא לעיל, כל שיש בידי הממונה הישראלי הן סמכויות חזקה וניהול של הרכוש הממשלתי, לרבות זכות להפיק ממנו פירות. על פי דיני התפיסה הלוחמתית, הממונה הישראלי רשאי לנהל את נכסי האויב, ולהפיק מהם טובת הנאה, אך לא לשחררם, או לשלם את שוויים הכספי לבעלים המקוריים.

47. עשויה היתה להתעורר השאלה האם, לאור הסכם השלום עם ירדן מ-1994, שעיקריו יושמו אף בחקיקה פנימית בישראל בחוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק יישום חוזה השלום), ממשיכים נכסי היהודים באזור יהודה ושומרון להוות "נכסי אויב" כלפי הממלכה הירדנית, ומה משמעות יש לדבר על מעמדם של נכסים אלה מבחינת סמכויות הממונה הישראלי לגביהם. לסוגיה זו נקשרות גם הקמתה של הרשות הפלסטינית באזור יהודה ושומרון וחבל עזה בסמיכות זמן להסכם השלום בין ישראל לירדן, ומערכת היחסים המדיניים שהתפתחה בין ישראל, ירדן והרשות הפלסטינית שבאה בנעליה של ירדן לענין השליטה באזור. היבט זה של ההתפתחויות המדיניות לא נדון כלל בעתירה זו, ואין מקום לנקוט עמדה ביחס להשלכות אפשריות הנובעות מהן על מעמדם של נכסי היהודים באזור. מכל מקום, ברי, כי לא הושג עד כה כל הסדר מדיני הקשור בקרקעות אלה, וגם סוגיית נכסי הנפקדים בישראל הושארה פתוחה וללא הסדרה בהוראה מפורשת בהסכם השלום (סעיף 8 לחוזה השלום וסעיף 6 לחוק יישום חוזה השלום; ראו גם הצעת חוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, התשנ"ה-1995, הצעות חוק 2351, עמ' 252 (23.1.1995); ע"א 4630/02 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' אבו חאטום, פסקה י"א (לא פורסם, 18.9.2007); ע"א 1134/06 רושרוש נ' מנסור, פסקה כ"א (לא פורסם, 10.11.2009) (להלן: ענין רושרוש)).

בענין האחרון ציין השופט רובינשטיין:

"אשר לטענה בדבר השפעת השלום עם ירדן על חוק נכסי נפקדים, בפרשת אבו חאטום הוסבר בהרחבה (פסקה י"א), כי כל אשר קדם לחוזה השלום בין ישראל לירדן אינו מושפע מן החוזה (סעיף 6 (ב) לחוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, תשנ"ה - 1995)" (ענין רושדוש, פסקה כ"א).

נראה שמצב דומה חל גם על נכסי אויב השייכים לישראלים באזור יהודה ושומרון.

48. בפרשת שכטר אשר הוכרעה לאחר הסכם השלום עם ירדן, קבע בית המשפט כי פקודת המסחר עם האויב בעינה עומדת, וצו ההקנייה על פיה תקף. משמעות הדבר היא, כי על פני הדברים, חל על ענייננו העקרון הכללי לפיו זיקת הבעלות של הבעלים המקורי לנכס פקעה עם הקניית הנכס לממונה הירדני. תפיסת החזקה וסמכויות הניהול הנתונות בידי הממונה הישראלי מכח דיני התפיסה הלוחמתית אינם מקנים לו, לכאורה, את סמכות שחרור הנכסים, ומכל מקום, לא חלה עליו חובה לשלם את שווה ערכם לבעליהם המקוריים. ההנחה היא, כי מעת שנכסים הפכו מוקנים לאפוטרופוס על נכסי אויב בגלגוליו השונים, שחרורם, או החזרת שווה ערכם, ממתין להסדר שלום, כפי שהעירו זמיר ובנבנישתי במחקרם, שנכתב קודם להסכם השלום עם ירדן:

"אין המשכיות בין האפוטרופוס הירדני לבין רשויות צה"ל והמינהל האזרחי ביהודה ושומרון... כל עוד לא יושג הסדר שלום, רשויות צה"ל הן אויב לשלטון הירדני. הרשויות הישראליות אינן רואות באזרחי מדינת ישראל ותושביה משום אויבים להן, ובמסגרת הסדר מדיני, אין ספק שהן תפעלנה להגשמה המירבית האפשרית של האינטרסים של בעלי הזכויות ב"אדמות היהודים". אולם כל עוד לא הושג הסדר מדיני, וכל עוד השטחים הם טריטוריה נבדלת ונפרדת מישראל מבחינה משפטית ומדינית, אין לשחרר את הנכסים" (זמיר ובנבנשתי, בעמ' 111) (הדגשה לא במקור).

49. אין הכרח בענייננו לנקוט עמדה נחרצת בשאלת היקף סמכותו של המפקד הצבאי לפעול בנכסי יהודים באזור יהודה ושומרון, במיוחד על רקע הסכם השלום עם ירדן והקמתה של הרשות הפלסטינית, וניתן להתמקד בשאלת מתחם ההתערבות בשיקול דעת הרשות המוסמכת באזור. על פי מדיניותה של הרשות, אין מקום להחזרת רכוש יהודי באזור, בין בעין ובין בשווה ערך, כל עוד לא הושג הסדר שלום באזור.

שאלה זו ממש עלתה לדיון בפרשת שכטר. בענין זה שהוכרע, כאמור, לאחר הסכם השלום עם ירדן, התעוררה השאלה האם מוטלת על ראש המינהל האזרחי החובה לשחרר את נכסי הבעלים המקוריים היהודים באזור יהודה ושומרון שנתפסו כ"נכסי אויב" והועברו לחזקת הממונה הישראלי מכח דיני התפיסה הלוחמתית.

בית המשפט (מפי הנשיא ברק) השאיר בצריך עיון את מרבית המחלוקות הכרוכות בשאלה זו. אולם הוא הבהיר, כי "רכוש שלגביו ניתן צו הקניה לאפוטרופוס הירדני... הינו רכוש ממשלתי" (ענין שכטר, פסקה 14), ואף ציין, מבלי להכריע בדבר, כי יש משקל לטענה לפיה הבעלות בנכס עברה לממונה, ולכן לבעלים המקורי אין טענת בעלות (שם, פסקה 15). יחד עם זאת, הנשיא ברק היה מוכן להניח לצורך הענין כי המינהל האזרחי מוסמך להחזיר לבעלים הישראלי המקורי נכס המוגדר כ"נכס אויב", בהינתן הוראת סעיף 5(2) לצו המסחר עם האויב, אך הותיר גם שאלה זו בצריך עיון, תוך שהוא מבהיר, כי אף אם קיימת סמכות כזו, נהיר הוא כי אין מוטלת עליו חובה להפעילה (שם). הוא סיכם, באומרו:

"לדעתנו, פקודת המסחר עם האויב בעינה עומדת, וצו ההקנייה לגבי החלקה תקף. הפתרון לבעיית החלקה עשוי לבוא בהסכם שלום, שיביא לפתרון הסכסוך הפוליטי עצמו" (ענין שכטר, פסקה 18) (הדגשה לא במקור).

בית המשפט קבע עוד באותו ענין, כי אפילו מוסמך הממונה הישראלי להחזיר לבעליו המקוריים רכוש המוגדר "נכס אויב" שהגיע לחזקתו – ובשאלה זו לא הכריע – אין מוטלת עליו חובה לעשות כן בין מכוח הדין המקומי העוסק במסחר עם האויב, ובין מכוח כללי המשפט הבינלאומי. נקבע, כי בהפעלת שיקול דעתו, חייב הממונה הישראלי לשקול שיקולים הנוגעים להגנה על הביטחון והשלום באזור. בין שיקולים אלה, יש לתת משקל לחשש כי שחרור נכסים שבחזקתו לידי בעליהם הישראליים המקוריים עלול להביא להתגברות תביעות של פלסטינים המתגוררים באזור לקבלת נכסיהם ההיסטוריים המצויים בתחומי מדינת ישראל; דחייתן של תביעות אלה עלולה להוביל להגברת המתרחקות באזור, ולהתגברות סכסוכי קרקעות בו. מכאן, כך נפסק, החלטה שלא להחזיר רכוש לידי הבעלים המקוריים מטעמים אלה עומדת בכללי המשפט המינהלי, ומתיישבת עם חובת הממשל הצבאי לשמור על הסדר הציבורי בשטח הכבוש, במסגרת כללי המשפט הבינלאומי (ענין שכטר, פסקאות 15-18; השוו: זמיר ובנבנשתי, בעמ' 107-100). לצד זאת, נקבע כי הממונה הישראלי אינו רשאי לשקול שיקולים הקשורים ברכוש של ישראלים, עליו עשויה לבוא תביעה מצד פלסטינים באזור, שכן מחובת המפקד הצבאי להבטיח את האינטרסים הבטחוניים שלו

באזור מזה, ואת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית המקומית מזה, ואין הוא רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים או הסוציאליים של מדינתו שלו (ענין שכטר, פסקה 18; והשוו: בג"ץ 2150/07 אבו צפיייה נ' שר הביטחון, פסקה 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (לא פורסם, 29.12.2009)).

50. שיקולי מדיניות אלה, שעל יסודם נדחתה העתירה בפרשת שכטר יפים גם לענייננו. למרבית הצער, הנסיבות המדיניות ששימשו יסוד לאותם שיקולים לא השתנו, והן שרירות וקיימות גם בעת זו.

מסקנות

51. הניתוח שהובא לעיל מוביל למסקנות הבאות:

52. מקרקעין באזור יהודה ושומרון, המוגדרים "נכסי אויב", אשר הוקנו לממונה הירדני על נכסי האויב מכח פקודת המסחר עם האויב, יצרו ניתוק הזיקה הקניינית של הבעלים המקורי לנכס המוקנה, והבעלות בהם הוקנתה לממונה. חרף זאת, על הממונה הירדני היה לפעול להגנתו של הנכס ולשימורו, כדי שבכבוא העת, בהגיע השלום, ניתן יהיה לקבוע את גורלו של הנכס במסגרת הסדר שלום שבו עשויים להיקבע הסדרים הדדיים הנוגעים לנכסי האויב של שני הצדדים.

53. כוחות צה"ל מחזיקים באזור על פי דיני התפיסה הלוחמתית מאז שנת 1967. מכח דינים אלה, הפך הממונה הישראלי לאחראי על הרכוש הממשלתי של ממלכת ירדן באזור, ובכלל זה ל"נכסי אויב" שהוקנו לממונה הירדני. על פי דיני התפיסה הלוחמתית, על הממונה הישראלי הוטל לנהל את נכסי האויב כרכוש ממשלתי ירדני. משמעות הדבר, כי על הממונה הישראלי להחזיק בנכסים ולנהלם, והוא רשאי להפיק מהם פירות. במצב הרגיל, שבו מעמדם של הנכסים נותר "נכסי אויב", הממונה הישראלי אינו אמור לשחררם לבעליהם המקוריים, אלא גורלם אמור להתברר במסגרת הסדרי שלום. בענייננו, התמונה מורכבת יותר לאור הסכם השלום שהושג עם ירדן בשנת 1994 והקמתה של הרשות הפלסטינית באזור, שמשמעותם המשפטית ביחס לשאלה הנדונה בפנינו לא הובהרה כל צורכה.

54. מכל מקום, מדיניות הממונה הישראלי באזור יהודה ושומרון, השוללת שחרור הנכסים לבעליהם המקוריים, או תשלום שווה ערכם, כל עוד לא הושג הסדר שלום

אינה טעונה התערבות שיפוטית, משלא קמה עילת התערבות מינהלית לכך. מדיניות זו מצויה במתחם הסבירות ובנויה על שיקולים ענייניים ורלבנטיים. עיקריה מושתתים על התכליות המרכזיות שבתפיסה הלוחמתית באזור, שהן – שמירה על הסדר והבטחון באזור, ודאגה לצרכיהם של תושבי האזור כאזרחים מוגנים.

נקודת המוצא היא, אכן, כי פתרון בעיית נכסי היהודים באזור יהודה ושומרון מקומו במסגרת משא ומתן מדיני ובגדרי הסדר מוסכם שיושב באזור.

55. שחרור קרקעות המוחזקות כרכוש אויב בידי הממונה הישראלי לידי בעליהם המקוריים, או תשלום שווה-ערכן שלא במסגרת הסדר שלום, עלולים לפגוע בסדר הציבורי, ולגרור לתסיסה העלולה להפר את שלום הציבור ולהעצים את היריבות באזור. מדיניות הרשות שעל פיה גורל הנכסים באזור המוגדרים כ"נכסי אויב" ייקבע במסגרת הסדרים מדיניים עתידיים הינה סבירה, בהישענה על היבטים מדיניים, בטחוניים וחברתיים בעלי חשיבות ומשקל רב.

מן הכלל אל הפרט

56. אין חולק כי המקרקעין נשוא עתירה זו הוקנו לממונה הירדני על נכסי האויב בצו ההקנייה מיום 26.3.1967. גם קודם לתאריך זה, נראה כי הם נוהלו בפועל על ידי הממונה הירדני, בהתאם לסמכותו מכוח צו המסחר עם האויב. קיימת טענה כבדת משקל מפי המשיבים כי למחזיקים בפועל במקרקעי ולירו עומדות טענות התיישנות ודיירות מוגנת.

57. עם כניסת צה"ל לאזור, נתפסו המקרקעין בידי הממונה הישראלי כרכוש ממשלתי ירדני. הממונה מחזיק במקרקעין ומנהלם על פי דיני התפיסה הלוחמתית. על פי דינים אלה, יש משקל רב לטענה כי הממונה אינו רשאי לשחרר את נכסי האויב לבעליהם, ומכל מקום אין עליו חובה לעשות כן. במסגרת חובת המפקד הצבאי לשמור על הסדר והבטחון באזור, הוא החליט כי גורל נכסי היהודים באזור יהודה ושומרון דינו להיקבע במסגרת הסכם מדיני כולל שיגובש בעתיד. עמדתו היא כי שחרור הנכסים או תשלום שוויים עלול לפגוע באופן מהותי בשלום ובבטחון באזור. אין מקום להתערב בהחלטת מדיניות זו, אשר כבר אושרה בעבר בכית משפט זה.

58. על רקע הדברים האמורים, אין מקום לקבל את טענת העותרים לפיה יש לראות את מקרקעי ולירו כאילו הופקעו, וכי עומדת להם זכות לפיצוי מהמדינה בשל כך. כפי שהובהר לעיל, המנגנון של הקניית רכוש אויב לידי הרשות המוסמכת אינו דומה להליך הפקעה לצרכי ציבור העשוי לזכות את הבעלים בפיצוי הפקעה. מטרותיו הן שונות, ובנגזר מכך, ההסדרים בצידו הם אחרים. המענה לשלילת זכויותיו של בעל נכס ישראלי שהוקנה למדינת אויב בתורת "נכס אויב" עשוי לבוא במסגרת הסדר השלום. הקניית הנכס לממונה על רכוש האויב פועלת לניתוקה של זיקת הקניין הפרטי של הבעלים המקורי לנכס, ולהעברת הפתרון העתידי בענין גורלו של הנכס למישור המדיני והבינלאומי במסגרת הסדרים בינמדינתיים. נקווה ונייחל כי לא ירחק היום שהסדרים כאלה אכן יושגו.

לטענות החילופיות שהעלו העותרים בענין הזכות לפיצוי על פי ערך המקרקעין עקב אי עמידת הרשויות בחובת המענה וההנמקה, וכן בענין שימוש לא ראוי בנכסי המקרקעין על ידי גורמים מטעם המפקד הצבאי לא הונח כל בסיס. טענות חילופיות אלה גם אינן מוצאות ביטוי בסעדים המבוקשים בעתירה. דינן להידחות.

59. על יסוד האמור, דין העתירה להידחות.

בנסיבות הענין, אציע שלא לפסוק הוצאות.

ש ו פ ט ת

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, ב' אדר בא התשע"א (06.02.11).

שופט

שופטת

שופטת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 06031030_R13.doc ט
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il