

נכסי נפקדים במזרח ירושלים והירדניזציה של ערביי ירושלים

רונית לוי-שנור*

מאמר זה טוען כי בשנים האחרונות החלה ישראל ליצור "מרחבי לאום" במזרח ירושלים. הכוונה בכך היא ליצירת מרחבים פיזיים וממשליים שבהם המדינה מבקשת לבסס את זהותה הלאומית על-דרך פינוים מלאומיים מתחרים ומהיסטוריות מתחרות לזו של המדינה, כמרגם על-דרך הפגנה נרחבת של כוחה הבונה והמקים של המדינה, בבחינת תחייתה הלאומית. פעולות אלו נעשות במזרח ירושלים באמצעות שילוב של שני מנגנונים עיקריים: הפעלת חוק נכסי נפקדים וביצוע הליכי הסדר זכויות במקרקעין – מהלך שהוחלט עליו בשנים האחרונות לאחר שהוקפא למן שנת 1967.

המאמר מראה כי סיבה עיקרית שבעטייה חוק נכסי נפקדים מופעל כיום במזרח ירושלים היא קיומה של אזרחות ירדנית לבעלי נכסים בעיר (או למורשיהם). אזרחות זו נתפסת על-ידי החוק כ"אזרחות אויב", אף שהיא הוטלה על ערביי הגדה המערבית ומזרח ירושלים באופן כפוי על-ידי ירדן, במסגרת הסיפוח הלא-חוקי של השטח על-ידיה.

במאמר נטען כי הלאמת הרכוש על-ידי ישראל כפועל יוצא מהירדניזציה של הפלסטינים תושבי הגדה המערבית – כלומר, בשל כפיית האזרחות הירדנית על הפלסטינים תושבי הגדה מכוח הדין הירדני – עומדת בניגוד למשפט הבין-לאומי, וכי לאזרחות הירדנית הכפויה לא צריכות להיות השלכות על הבעלות בנכסים גם מבחינת המשפט המקומי. יתר על כן, המאמר מראה כיצד נוצרה אסימטריה בין כללי הכניסה לדין הנפקדות לבין האופן שבו מממשים כיום את כללי היציאה מתחולתו של דין זה, שנקבעו בחוק מיוחד של הכנסת משנת 1968 אשר ביקש להגן על מעמדם

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודות נתונות לאילן סבן, ליאיר שגיא, לתמר מגידו, להיבה חוסייני, לסאמי ארשיד, לליליאן פרוסט, לסטיבן שאף ולחברות וחברי מערכת **משפט וממשל** על הערותיהם, וכן לשירה זיו ולשהד מצאורה על עזרה במחקר. גילוי נאות: בשנת 2022 ייעצתי לעמותת "עיר עמים", המקיימת פרויקט מעקב אחר יישומה של החלטת ממשלה 3790, בנוגע להשפעתה של סוגיית נכסי הנפקדים על הליכי הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים.

של בעלי הנכסים במזרח ירושלים מפני תחולת הנפקדות, ואשר התבטא גם במדיניות שאומצה באותה עת אך נזנחה כיום.

מבוא. א. החלת חוק נכסי נפקדים על מזרח ירושלים: 1. חוק נכסי נפקדים; 2. החלת החוק במזרח ירושלים. **ב. אזרחות ירדנית ותושבות ירושלמית:** 1. הירדניזציה של הפלסטינים; 2. תושבות במזרח ירושלים; 3. עניין של זמן. **ג. עילות חוקיות ומעשיות להיחלצות מתחולת החוק או לריכוך תוצאותיו.** ד. משמעותו של הליך הסדר הזכויות במקרקעין. **ה. סיכום.**

מבוא

הלאמת "רכוש אויב" בנסיבות של מלחמה היא פרקטיקה מתועדת היטב של המאה העשרים. מה שההיסטוריון ניקולס מולדר מכנה "עידן ההפקעה"¹ הוא התקופה שבה ממשלות ברחבי העולם, במזרח ובמערב, ראו בהלאמת רכושם של מי שהוגדרו במהלך המלחמה "נתיני אויב" חלק מאסטרטגיה של לוחמה כלכלית בין-מדינית.² במובן אחד של תופעה זו, במצב של מלחמה – או של אויבות בין-מדינית באופן רחב יותר – רכושם של אזרחי מדינת האויב במדינה האחרת נחשב מכשיר לגיטימי במאבק המדיני והצבאי בין המדינות. יחסן של המדינות לאזרחי המדינה שהן בסכסוך עימה מבטא כך זיהוי מלא בין הפרט למדינתו: יחסי העוינות בין המדינות משתקפים ביחסי עוינות בין הפרט למדינה האחרת. מטרת הפעולה של ניכוס נכסי האויב היא לכן להרחיק את ידו של האויב ולפגוע במי שנתפסים כנציגיו, הלא הם אזרחיו.³

בהבשעה, כלים של הלאמת רכוש פרטי של זרים, באזרחותם או במוצאם האתני-הלאומי-הדתי, שימשו מדינות ברחבי העולם ליצירת סביבה "נקייה" מאוכלוסיות שונות שמאפייניהן – בין האזרחיים ובין הדתיים או האתנו-לאומיים – נתפסו כעוברים את הסדר הפוליטי החדש שאותן מדינות ביקשו לכוון. כך היה, למשל, בהודו ובפקיסטן ביחס לרכוש

1 Nicholas Mulder, *The Trading with the Enemy Acts in the Age of Expropriation, 1914–* 49, 15 J. GLOB. HIST. 81 (2020).

2 Daniela L. Caglioti, *Property Rights in Time of War: Sequestration and Liquidation of Enemy Aliens' Assets in Western Europe During the First World War*, 12 J. MOD. EUR. HIST. 523 (2014); Daniela Luigia Caglioti & Catherine Brice, *Property Rights in Wartime—Sequestration, Confiscation and Restitution in Twentieth-Century Europe: Introduction*, 28 EUR. REV. HIST. 163 (2021); Frank Caestecker, *Private Property or Enemy Property: How Parliament Confiscated the Property of the Stateless of German Origin in Belgium (1918–21)*, 28 EUR. REV. HIST. 220 (2021). היסטוריה של עידן ההפקעה במזרח התיכון במחצית השנייה של המאה העשרים: מוסד האפוסטרופוס לנכסי נפקדים הישראלי בהקשר עולמי ואזורי "משפט, חברה ותרבות" 225 (2024).

3 ראו Tamar Megiddo & Ronit Levine-Schnur, *Enmity Law* (under review).

של תושבים ממוצא פקיסטני או הודי, בהתאמה,⁴ וכך היה גם בטורקיה ביחס לרכושם של תושבים ממוצא ארמני.⁵ ניתן לזהות פרקטיקה זו כשאיפה ליצור "מרחבי לאום" פיזיים כמור-גם ממשליים, דהיינו, מרחבים שבהם המדינה מבקשת לבסס את זהותה הלאומית, וזאת על-דרך פיננים של מרחבים אלו מנוכחותם הפיזית והרכושית של לאומים מתחרים ומהיסטוריות מתחרות לזו של המדינה, וכל זאת תוך הפגנה נרחבת של כוחה הבונה והמקים של המדינה. כך, תחייתה הלאומית של המדינה מתממשת הן ברמה הסמלית והן ברמה המעשית, כאשר בין השתיים מתקיימים יחסי-גומלין סינרגטיים.

בהקשר הישראלי, לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, יש חשיבות רבה כאחד המכשירים שבהם עשתה מדינת-ישראל שימוש כחלק מפרקטיקה של נישול והדרה של האוכלוסייה הערבית, גם במובן הפיזי וגם במובן הממשלי, במטרה ליצור מרחבי לאום.⁶ במאמר זה אני מתמקדת במקרה הייחודי של יצירת מרחבי לאום במזרח ירושלים בעת הזו, מכוח הפעלת חוק נכסי נפקדים במסגרת הליכי הסדר זכויות במקרקעין.⁷ השימוש בהליכים אלו החל בשנים האחרונות בעקבות החלטה של ממשלת ישראל משנת 2018, וזה לא כבר הוחלט להעמיקם.⁸

כפי שאטען להלן, החלתו של חוק נכסי נפקדים על מה שכונה בהמשך "מזרח ירושלים" או "ירושלים המזרחית" אומנם החלה לכאורה תשע-עשרה שנים אחרי הקמתה של מדינת-ישראל, עם צירופו של שטח מוגדר לתחומה המשפטי של ישראל ב-28.6.1967, שהשתמעה

- 4 Rephael G. Stern, *Uncertain Comparisons: Zionist and Israeli Links to India and Pakistan in the Age of Partition and Decolonization*, 39 LAW & HIST. REV. 451 (2021); Rotem Geva, *The Scramble for Houses: Violence, a Factionalized State, and Informal Economy in Post-Partition Delhi*, 51 MOD. ASIAN STUD. 769 (2017); Rohit De, *Emasculating the Executive: The Federal Court and Civil Liberties in Late Colonial India: 1942–1944*, in FATES OF POLITICAL LIBERALISM IN THE BRITISH POST-COLONY: THE POLITICS OF THE LEGAL COMPLEX 59 (Terence C. Halliday, Lucien Karpik & Malcolm M. Feeley eds., 2012); VAZIRA FAZILA-YACOUBALI ZAMINDAR, *THE LONG PARTITION AND THE MAKING OF MODERN SOUTH ASIA: REFUGEES, BOUNDARIES, HISTORIES* (2007).
- 5 TANER AKÇAM & UMIT KURT, *THE SPIRIT OF THE LAWS: THE PLUNDER OF WEALTH IN THE ARMENIAN GENOCIDE* 9–13 (Aram Arkun trans., 2015).
- 6 ראו ליאורה בילסקי וליאט קוזמא "לקראת היסטוריה משולבת של ביזה" **משפט, חברה ותרבות** ז' 319, 328–329 (2024).
- 7 Leora Bilsky, *Hollow Citizenship: Between Private Property, Rule of Law and Democratic Visions for Israel, 1948–1950*, 34 CORN. J.L. & PUB. POL'Y 273 (2025).
- 8 פרידמן "האפוטרופוס על הרכוש הנטוש והעיר רמלה 1948–1963: 'חוליה הכרחית' להעברת בעלות ברכוש נטוש או כוח מכונן של חיים ישראליים בעיר?" **משפט, חברה ותרבות** ז' 251 (2024); יובל ארז "דירה להחרים: על תפיסת דירות עבור נושאי משרות ואנשי שלטון החוק בשנות העצמאות הראשונות" **משפט, חברה ותרבות** ז' 279 (2024). כן ראו רונית לוין-שנור "ללא תקנה: על 'תקנת השוק' במקרקעין באזור יהודה והשומרון" **משפטים** נ' 307 (2020) (להלן: לוין-שנור "ללא תקנה"); רונית לוין-שנור "עמונה, ממונה ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 73, 30 (2018) (להלן: לוין-שנור "זיאדה").
- 7 לפי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת ההסדר).
- 8 החלטה 3790 של הממשלה ה-34 "צמצום פערים חברתיים כלכליים ופיתוח כלכלי במזרח ירושלים" (13.5.2018) (להלן: החלטת ממשלה 3790); החלטת 3792 של הממשלה ה-37 "רישום והסדר זכויות מקרקעין במזרח ירושלים" (18.1.2026) (להלן: יכונן ההחלטות יחדיו: החלטות הממשלה בעניין הסדר זכויות המקרקעין).

ממנו החלה של החוק.⁹ אולם לאורך עשרות שנים, עד לתחילתם לאחרונה של הליכי הסדר הזכויות במקרקעין, גילתה ממשלת ישראל יחס מורכב בנוגע לפעולה של יצירת מרחבי לאום במזרח ירושלים. זאת, הן במישור המשפטי-פורמלי של החלת החוק, לנוכח הסדר משלים שנקבע בחוק הסדרי משפט ומינהל¹⁰ בדבר אי-החלתו של חוק נכסי נפקדים על תושבי ירושלים שנותרו בשטח,¹¹ והן במישור המעשי של מימוש פעולות של יצירת מרחבי לאום – מהלך שישראל נמנעה מלעשותו במשך שנים רבות.¹² פסק-דין חסיין משנת 2015 ביטא מורכבות זו, כאשר קבע כי אף שמבחינה משפטית-פורמלית החוק חל על נכסיהם במזרח ירושלים של תושבי הגדה המערבית (אזור יהודה והשומרון), מבחינה מעשית אל לו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים "להפעילו", כלומר לעשות שימוש בסמכויות מכוחו של החוק לגבי נכסים אלו, למעט במקרים נדירים שבנדירים ובאישור מוקדם ומיוחד.¹³

הימנעות זו מיצירת מרחבי לאום במזרח ירושלים לא הייתה מוחלטת, ונראו חריגים לה, בעיקר בעיר העתיקה ובאזורים לא-מיושבים שסופחו לעיר ואשר עליהם הוקמו השכונות היהודיות החדשות.¹⁴ בחלק מן המקרים אף לא נעשה כל ניסיון להסתיר או להכחיש את מטרתו של המהלך. כך, למשל, בעניין בורקאן המפורסם, שעסק בעיר העתיקה, ציין השופט חיים כהן ביחס לטענות העותר, אשר ביקש להציע את מועמדותו לשכירת בית בעיר העתיקה וסורב, כי "...במידה שיש הפליה נגד אזרחים ירדניים החבים נאמנות לממלכת ירדן (כמו העותר דנן), נראית ההפליה מוצדקת וכשרה בעיניי...".¹⁵

אולם למעט אותם חריגים, כאמור, נמנעה ישראל מהפגנת סממני ריבונות לאומיים במזרח העיר, בוודאי בהקשר הקנייני אך לא רק בו. הימנעות זו נעשתה אולי בשל מעמדה המיוחד של ירושלים, אולי בשל נסיונה של ישראל להימנע מזיהוי יחסה אל השטח כיחס של סיפוח,¹⁶ ואולי בשל שאלת מעמדה של ירדן ביחס לשטח. גישה זו התבטאה גם בהימנעות

- 9 ראו להלן תת-פרק 2א.
- 10 חוק הסדרי משפט ומינהל, התשכ"ח-1968, ס"ח 247 (להלן: חוק הסדרי משפט ומינהל בנוסחו המקורי); חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970 (להלן: חוק הסדרי משפט ומינהל).
- 11 ראו להלן תת-פרק 2א.
- 12 ראו יעל רונן "ריבונות ברייטני: תחולת המשפט הישראלי במזרח ירושלים" **משפט וממשל כא** 267 (2020) (להלן: רונן "ריבונות ברייטני").
- 13 ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן, פס' 41 לחוות-הדעת של הנשיא (בדימ') גרוניס (נבו 15.4.2015).
- 14 Ronit Levine-Schnur, *Political Divide, Weak Property Rights, and Infrastructure Provision: An Empirical Examination of Takings Decisions in Jerusalem*, 47 LAW & SOC. INQUIRY 821 (2022) (להלן: Levine-Schnur, *Political Divide*); רונן לוין-שנור "השפעתן של נטילות שלטוניות על עיצוב ופיתוח של ערים ישראליות: מבט אמפירי" **מחקרי משפט** לד **המשפט** ח 505, 513-515 (2003).
- 15 בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 805, 800 (1978). ראו מנחם קליין "בג"ץ וההיסטוריה המיתית של ירושלים" **המרחב הציבורי** 11, 39, 45 (2016) (אשר מציין, ביחס לדברים האלה של השופט כהן, כי "הרי לנו מאבק לאומי והיסטורי בין שתי ישויות ולא עניין עירוני של בנייה למגורים עבור תושבי המקום. שיקום הרובע היהודי היא פעולה לאומית של יהודים נגד עוול שעשו הירדנים במלחמה. העובדה שהמערער אזרח ירדן מצדיקה לראות אותו כמייצג העוול הירדני ומי שצריך לשלם את המחיר על כך").
- 16 ראו רונית לוין-שנור, יעל ברדה, תמר מגידו ואיתמר מן "בארבעת עמודי ההסכם הקואליציוני מתחבא הסיפוח דה-יורה" **הארץ** (5.12.2022) <https://katze.net/b47d86>.

מביצוע הסדר זכויות במקרקעין במזרח העיר, וזאת מטעמים "מעשיים ומדיניים" כאחד.¹⁷ גם את הפעלתו של חוק נכסי נפקדים במזרח ירושלים הותירה ישראל כעניין מופרט השמור לספירה הפרטית, בדומה ליחסה לנושא רישום המקרקעין.¹⁸ אומנם, מפעם לפעם היה האפוטרופוס לנכסי נפקדים תופס נכסים מסוימים או נאבק עליהם, אך היה זה בדרך-כלל ביוזמתם של ארגונים הפועלים לייחוד מזרח העיר (גם אם בתמיכה פוליטית מסוימת)¹⁹ או בנסיבות חריגות,²⁰ ולא כמדיניות לאומית או כללית.²¹

עם זאת, בשנים האחרונות נפרצה הדרך לשינוי דרמטי במדיניות זו – גם לנוכח גיבוי אמריקאי לריבונות ישראלית בירושלים, המתבטא בין השאר בהעתקת השגרירות האמריקאית לעיר,²² וגם לנוכח עליית השיח הלאומי (או הלאומני) באופן כללי.²³ רוחות השינוי מבטאות נחישות הולכת וגוברת ליצור ככל האפשר מרחבי לאום במזרח ירושלים, באופן המעורר סבך עמוק של שאלות משפטיות ופוליטיות בתווך של שייכות, זהות, בעלות ושכתוב היסטורי.

כך, ההחלטה על ביצוע הליכי הסדר זכויות במזרח ירושלים דוחקת את המציאות המשפטית בהקשר זה בשלוש זוויות. הראשונה, כפי שאראה, היא שעיקר העילה לזיהוי של אדם כנפקד לגבי נכסיו במזרח ירושלים²⁴ הוא קיומה של אזרחות ירדנית לו או למורישו.²⁵ אולם אזרחות זו הוטלה על ערביי ירושלים לא מבחירתם, בצעד אשר חוקיותו במשפט הבין-לאומי לוקה באופן עמוק. הטלת סנקציה של הלאמת רכוש רק בשל קיומה של אזרחות ירדנית כפויה, וכאשר קודם לשנת 1949 – אשר רק לאחריה נהפכו התושבים לאזרחי ירדן – לא היה השטח בשליטת ישראל ותושביו לא היו אזרחי מדינת אויב, אינה רק פגיעה רכושית; היא מבטאת ניסיון לשכתב מחדש את האמת, כאילו מאז הוקמה מדינת ישראל בשנת 1948 הייתה מזרח ירושלים "של" ישראל, ולפיכך מי שנהפכו בעל-כורחם לאזרחי ירדן אינם ראויים להיות בעלי רכוש בה. עניין זה מתבטא מבחינה סמלית גם במושג "ירושלים השלמה והמאוחדת"²⁶ ובדימוי של "העיר שחבורה לה יחדיו", אשר מוחלים למפרע כאילו היו כך,

- 17 בג"ץ 660/00 ח'גאזי נ' מנהל אגף רישום והסדר מקרקעין (נבו 28.5.2002). ראו רונית לוין-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה – זניחת ההליכים של הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים" **עיוני משפט** לד' 183 (2011) (להלן: לוין-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה"); Ronit Levine-Schnur, *Law, Land, and Legitimacy: Land Settlement Regimes in East Jerusalem from Empire to Occupation* (under review).
- 18 ראו לוין-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה", לעיל ה"ש 17; רונית לוין-שנור "זכויות במקרקעין באזור יהודה והשומרון: הליכי הכרה, כללי הכרה וכללי הגנה" **משפטים** נב 363, 400–401 (2023) (להלן: לוין-שנור "הליכי הכרה").
- 19 ראו להלן ה"ש 69–72 והטקסט המפנה אליהן.
- 20 ראו חיים זנדרבג **חוק-יסוד: מקרעי ישראל** 174–176 (2016).
- 21 ראו Ilana Shpaizman, Ori Swed & Ami Pedahzur, *Policy Change Inch by Inch: Policy Entrepreneurs in the Holy Basin of Jerusalem*, 94 PUB. ADMIN. 1042, 1052 (2016).
- 22 ראו רונן "ריבונות בירדנית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 277–278.
- 23 ראו, למשל, את חקיקתו בשנת 2018 של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (ובהקשר זה, בפרט, את ס' 1(ב) ו-3 לחוק-היסוד).
- 24 בהינתן הוראות ההוצאה מהתחולה לפי חוק הסדרי משפט ומינהל. ראו להלן תת-פרק ב2.
- 25 ראו רונן "ריבונות בירדנית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 293; עמ' 6616/21 כהן נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד האוצר, פס' 9 (נבו 13.7.2023) (להלן: עמ' כהן).
- 26 ראו ס' 1 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל; ס' 3 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

במישור הפוליטי-הריבוני, מאז ומעולם.²⁷ אך לא רק שאין זה נכון שחלקי האזור שסופחו בשנת 1967 היו אי-פעם קודם לכן חלק מירושלים הישראלית, דהיינו של מדינת-ישראל,²⁸ אטען גם כי אזרחותם הירדנית של תושבי העיר אינה יכולה לעמוד לחובתם. זאת, מאחר שאזרחות ירדנית זו הוטלה עליהם רק עם סיום המלחמה, ולא במהלכה ובוודאי לא לפני, והדבר נעשה כאמור באופן כפוי ותוך הפרה של המשפט הבין-לאומי.²⁹ הטענה נגד בעלי נכסים במזרח ירושלים – אשר חלקם המשיכו להתגורר בה אך לא נכללו במפקד התושבים בשנת 1967 ולכן נטען נגדם לנפקדות, חלקם עזבוה לפני שנים רבות (ואף לפני 1967) למדינות שלישיות, וחלקם מתגוררים בה אך האמור לעיל מתקיים לגבי אחד או יותר מבני משפחתם – כי אזרחותם הירדנית הכפויה הופכת אותם לנפקדים ביחס לנכסיהם היא טענת הדרה אזרחית במהותה. אינכם אזרחים שלנו, טוענת מדינת-ישראל, ואיננו חייבים לכם דבר, שכן נאמנותכם נתונה למדינה זרה, מדינת אויב, וזאת אף שכבר יותר משלושים שנה יחסינו עם מדינה זו (ירדן) הם יחסי שלום, ואף שכבר לפני כמעט ארבעים שנה "התנתקה" מדינה זו, לשיטתה, מטענותיה ביחס לשטח ומתביעת האזרחות הירדנית מהפלסטינים שאינם תושבי ירדן.³⁰ הפעלת טענה זו באופן שיטתי במסגרת הליכי הסדר הזכויות במקרקעין בעת הזו מעלה לפיכך קונפליקט אזרחות עתיר ממדים.

שנית, הפעלתו של הליך הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים מבטאת שינוי תפיסתי עמוק. כאמור, אי-החלת ההסדר השמיעה, במשך השנים, ויתור על החלת ריבונות במזרח העיר, ובה-בעת הובילה להפרטת הליך רישום המקרקעין לידיהם של הפרטים (בין שהם מימשו זאת ובין שלא).³¹ ההחלטה לבצע את הסדר הזכויות במקרקעין כעת היא צעד של "הלאמה" גם במובן זה – נטילת השליטה על הטריטוריה. אך עשיית האמור תוך הפעלה של חוק נכסי נפקדים, כאמור לעיל, משמעה יצירה של מרחב לאום עשרות שנים אחרי הקמת המדינה ובמקום אשר תושביו יושבים בו (או מחזיקים בנכסים בו) ללא כל שינוי במשך דורות.

שלישית, אחת הבעיות המורכבות באשר להחלתו של חוק נכסי נפקדים בירושלים נוגעת בנכסים שבבעלותם של תושבי הגדה המערבית. אף שאלה נותרו במקומם – בגדה המערבית – לפני החלת החוק (יוני 1967) ולאחריו, החוק הופך אותם לנפקדים ביחס לרכושם במזרח ירושלים. עד להפעלתו של הליך הסדר הזכויות במקרקעין נמצא פתרון חלקי לבעיה, כמעין "פשרה מפא"יניקית", בפסק-דין חסיין.³² אולם קיומו של הליך ההסדר מונע, כך להבנתי, את היכולת ליצור הבחנה דקה זו בין משפטי לבין מעשי וצודק, שכן במסגרת ההסדר יש הכרח לקבוע את זהות הבעלים ואת מעמדו של האפוטרופוס. ההכרעה בעניין חסיין, אשר

27 ראו בהקשר זה גם קליין, לעיל ה"ש 15.

28 Yaël Ronen, *Schrodinger's Occupation: West Jerusalem 1948–1949*, 58 TEX. INT'L L.J. 119 (2023).

29 ראו להלן פרק ב.

30 Lillian Frost & Steven D. Schaaf, *Citizenship in the Shadow of Law: Identifying the Origins, Effects, and Operation of Legal Ambiguity in Jordan*, 58 LAW & SOC'Y REV. 573 (2024).

31 ראו לוי-שנור "הפרטה והפליה", לעיל ה"ש 17.

32 עניין חסיין, לעיל ה"ש 13.

ניסתה להכיל את המורכבות המשפטית והמעשית, חייבת אם כן להיבחן מחדש, ותידרש הכרעה ברורה לטובת צד זה או אחר.

המשך המאמר יהיה כדלקמן. בפרק א אציג רקע בנוגע לחוק נכסי נפקדים ולהחלתו על מזרח ירושלים. בפרק ב אבחן את סוגיית התושבות הירושלמית והאזרחות הירדנית, שהן הסוגיות העיקריות שבמסגרתן מתעוררת שאלת הנפקדות. בפרק ג אבחן עילות חוקיות ומעשיות נוספות להימנעות מהכרזה על אדם כנפקד ביחס לרכושו בהקשרו. בפרק ד אבחן מהי משמעות קיומו של הליך הסדר זכויות במקרקעין ביחס לתחולת החוק. לבסוף אסכם.

א. החלת חוק נכסי נפקדים על מזרח ירושלים

1. חוק נכסי נפקדים

חוק נכסי נפקדים (להלן: החוק) הוא חוק של ראשית המדינה המהווה מסגרת חוקית קשוחה ביותר להלאמתן של זכויות קנייניות של מי שנתפסים ברשתו.³³ החוק מבטא את עמדתה של הנהגת המדינה כפי שבאה לידי ביטוי בישיבת הממשלה הזמנית ב-16.6.1948, שלפיה ה"מנוסה של הערבים עצמם" היא "אחד מאותם השינויים המהפכניים, שאחריהם אין ההיסטוריה חוזרת לקדמותה"; וכי "הם [הערבים] צריכים להתרגל למחשבה שהענין הזה אבוד והשינוי הזה הוא שינוי שאיננו חוזר".³⁴ מניעת שיבת הפליטים והלאמת רכושם נתפסו כבעלות חשיבות עצומה מבחינת ההתיישבות, הביטחון ואיתנותה של המדינה.³⁵ על רקע זה ניתן להבין את גורפותו ונוקשותו של הוראות החוק.³⁶

החוק מכריז על הלאמת נכסיו של כל אדם אשר בתקופה שלמן 29.11.1947 ועד תום מצב החירום הזמני שהוכרז ביום 19.5.1948³⁷ – דהיינו, עד למועד כתיבתו של שורות אלו ועד בכלל – התקיים לגביו לפחות אחד מהתנאים הבאים, שאכנה אותם שלוש החלופות לנפקדות: (1) נשא אזרחות של לבנון, מצרים, ירדן, סוריה, סעודיה, עיראק או תימן, או נמצא באחת מהמדינות האמורות (להלן: חלופת אזרחות האויב); (2) נמצא בחלק של ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל (להלן: חלופת התושבות החיצונית); (3) היה אזרח ארץ-ישראל ויצא

33 הבחירה בשם-הפועל "להלאים" מוצדקת בכך שמטרתו של החוק היא לחזק את אופייה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, ובכך שהפעולה של הקניית הרכוש לאפוטרופוס לנכסי נפקדים אינה מלווה בפיצוי, בעוד משם-הפועל "להפקיע" עשויה להשתמע זכות לפיצוי, שאיננה. ראו לוין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 314.

34 דברי שר החוק משה שרת בישיבת הממשלה הזמנית מיום 16.6.1948, כפי שהם מובאים אצל שלי' פריד הם אינם חוזרים: בעיית הפליטים הפלסטינים ומדיניות החוץ בשנים הראשונות למדינה 41–42 (2018).

35 ראו ארנון גולן שינוי מרחבי – תוצאת מלחמה: השטחים הערביים לשעבר במדינת ישראל 1948–1950 (2001) (להלן: גולן שינוי מרחבי). ראו גם אריה דיין יהודית או דמוקרטיה: הממשל הצבאי והמערכת הפוליטית בישראל (1948–1966) 23–30 (2025).

36 ראו בג"ץ 518/79 קוקרן נ' הוועדה לפי סעיף 29 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, פ"ד לד' (2) 326, 330 (1980). עוד על החוק ראו Bilsky, לעיל ה"ש 6; & Geremy Forman & Alexandre (Sandy) Kedar, *From Arab Land to 'Israel Lands': The Legal Dispossession of the Palestinians Displaced by Israel in the Wake of 1948*, 22 ENV'T & PLAN. D: SOC'Y 809 (2004) & SPACE; בילסקי וקדומא, לעיל ה"ש 5, בעמ' 325–327.

37 מתוקף ס' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1, 2.

ממקום מושבו אל מחוץ לארץ-ישראל לפני 1.9.1948 או יצא ממקום מושבו אל מקום בארץ-ישראל שהיה מוחזק בידי אויב (להלן: חלופת הנעדרות). מתוקף חוק זה הולאמו, מחוץ למזרח ירושלים, נכסים בהיקף של כ-4.2–5 מיליון דונם,³⁸ אשר בחלק מן המקרים כללו גם נכסים של אנשים אשר כלל לא עזבו את מקום מושבם³⁹ או

הערכות אלו מתייחסות להפעלת חוק נכסי נפקדים בשטח ישראל עד ערב מלחמת ששת-הימים. מיליון דונם מנכסי הנפקדים נמכרו על-ידי מדינת-ישראל לקרן קיימת לישראל (להלן: קק"ל) בינואר 1949 ("עסקת המיליון הראשון"). נכסי נפקדים אלו נוצרו לפי התחיקה שקדמה לחוק נכסי נפקדים – תקנות שעת חירום בדבר נכסי נפקדים, התש"ט–1948, ע"ר תוס' ב' 59. התקנות (ובפרט תק' 55א) הקנו את הבעלות לאפוטרופוס לנכסי נפקדים באופן בלתי-מוותנה, בניגוד לטענה שהושמעה על-ידי גולן **שינוי מרחבי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 15, שלפיה המדינה היא בעלת זכות ההחזקה הזמנית רק כל עוד מצב החירום שורר. העובדה שהתקנות היו מוגבלות בזמן אינה מעידה שההקניה הייתה מוגבלת בזמן. עם זאת, הן קבעו כי ביחס לנכס מוקנה מסוג מקרקעין אין האפוטרופוס רשאי להעביר לאחר את זכות הבעלות עליו (תק' 19ב), ועל-כן נכונה מסקנתו של גולן כי עסקת המיליון הראשון בוצעה "שלא כנאמר בתקנות לשעת חירום שתיקנה הממשלה עצמה" (שם, בעמ' 16). גולן מתאר כי בישיבה שהתקיימה ביום 21.12.1948 ביקשו נציגי קק"ל (יוסף ויץ ואברהם גרנובסקי) להעלות לדיון את שאלת חוקיותה של העברת הבעלות בקרקע, "ונענו ברוגזה על-ידי בן-גוריון, שטען שהם חושבים במושגים של תקופת המנדט, ואינם מבינים את הצורך המדיני והבטחוני הדחוף בהתייבות על הקרקעות הללו". ארנון גולן "תפיסת קרקע ערבית על-ידי ישובים יהודים במלחמת העצמאות" **קתדרה** 63, 122, 149 (1992). במכתב מיום 27.1.1949 כתבו ראש הממשלה בן-גוריון ושר האוצר קפלן לקק"ל כי "הממשלה מקבלת עליה לעשות את כל הסדורים החוקיים, כדי שהקרקעות תרשמונה בבעלותה המלאה של הקק"ל..." (שם, בעמ' 150). היועץ המשפטי לממשלה ביקש להשתחרר מחברותו בוועדה הממשלתית שעסקה בהעברת הקרקעות לקק"ל, מכיוון שסבר כי התהליך היה מנוגד לחוקים הקיימים ונשען על החלטת ממשלה בלבד. גולן **שינוי מרחבי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 226–227.

נוסף על כך, 3,316,061 דונם של נכסי נפקדים – רובם המכריע שטח כפרי (חקלאי מעובד, ניתן לעיבוד או בנוי) ומיעוטם שטח עירוני – נמכרו על-ידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים לרשות הפיתוח בשנת 1953. ראו חיים זנדברג **מקרקעי ישראל: ציונות ופוסט-ציונות** 72 (2007) (להלן: **מקרקעי ישראל**). כן ראו יפעת הולצמן-גזית "שימוש במשפט כסמל-סטטוס: חוק קרן קיימת לישראל, תשי"ד–1953, ומאבק הקק"ל לביסוס מעמדה במדינה" **עיוני משפט** כו 601, 625 ה"ש 74 (2002).

מיליון דונם מנכסי הנפקדים שהיו לרשות הפיתוח נמכרו לקק"ל ביוני 1953 במסגרת "עסקת המיליון השני". ראו שם, בעמ' 637. נוסף על כך הופקעו 1,225,174 דונם מכוח חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג–1953, מהם 704,502 דונם (אם כי יש גם הערכות אחרות) אשר נחשבו, בדין או בטעות, גם נכסי נפקדים. ראו זנדברג **חוק-יסוד: מקרקעי ישראל**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 173; זנדברג **מקרקעי ישראל**, שם, בעמ' 78. לחקיקת חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), במטרה לפתור את בעיית תביעות המקרקעין של מי שנחשב בטעות נפקד או נותר או נוכח בישראל, ראו לוי-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 322–323.

ראו, לדוגמה, את המקרה של שפרעם, אשר נכללה ב"שטח ישראל" לפי דברי האפוטרופוס לנכסי נפקדים רק בתאריך 10.7.1948, כך שגם נכסיהם של מי שלא עזבו את ביתם בשפרעם מתחילת התקופה הקובעת אך היו במה שלא נחשב באותה שעה "שטח ישראל" נחשבים נכסים המוקנים לאפוטרופוס. כך עולה מת"א (מחוזי חי') 40305-03-16 **עזבון עזאם נוסראללה נ' מדינת ישראל** (נבו 4.7.2021). המערער חזר בו מן הערעור בע"א 2055/21 **עזבון עזאם נ' רשות הפיתוח** (נבו 24.10.2022). לדוגמה נוספת ראו בג"ץ 6143/21 **חדיג'ה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (נבו 23.1.2022) (להלן: בג"ץ **חדיג'ה**); ניר חסון ודיאא חאג' יחיא "ב-1948 שורטט גבול זמני ליד אדמתם. כעת המדינה לקחה אותה בטענה לנפקדות" **הארץ** (15.3.2022)

שבו אליו זמן קצר לאחר תום המלחמה.⁴⁰ הדבר הוביל ליצירת הבעיה של "פליטי הפנים", המכונים גם "נפקדים נוכחים".⁴¹

ישראל נקטה שלוש טכניקות כדי להקל את תוצאותיו הקשות של החוק, בפרט כלפי מי שהיו לימים אזרחים ישראלים או נותרו תושבים במדינת-ישראל. ראשית, בחוק נכסי נפקדים עצמו נקבע מנגנון לשחרור נכסים בהתקיים תנאים מסוימים, כאשר השחרור יכול להתייחס לנכס עצמו או לתמורתו כפי שהתקבלה בעת מכירתו, ככל שהוא נמכר.⁴² שנית, נקבע מנגנון פיצוי ביחס לנכסי נפקדים שהופקעו לפי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים),⁴³ וכן נקבע מנגנון נוסף לפיצוי במקרים מסוימים בחוק נכסי נפקדים (פיצויים), התשל"ג–1973, אף שאפשרות מימושו הוגבלה בזמן.⁴⁴ שלישית, ישראל אימצה מדיניות "מרככת" בנוגע להפעלת החוק במקרים קשים במיוחד. כך היה בהחלטת ממשלה משנת 1951 לשחרר לנפקדים הנמצאים כחוק בישראל את הנכסים העירוניים (למעט מגרשים פנויים המיועדים לפיתוח);⁴⁵ וכך היה בשלב מאוחר יותר, כפי שאראה להלן, בנוגע להפעלת חוק נכסי נפקדים על נכסים במזרח ירושלים – הן מכוח חקיקה⁴⁶ והן מכוח מדיניות.⁴⁷ בהמשך המאמר ייבחנו מנגנונים אלו, וכן אחרים, בהקשר של מזרח ירושלים.

-
- <https://katr.net/5c56a8>. להמשך התגלגלותה של פרשת חדיג'ה ראו להלן ה"ש 252–253 והטקסט המפנה אליהן.
- 40 ראו עאדל מנאע נכבה והישרדות: סיפורם של הפלסטינים שנותרו בחיפה ובגליל, 1948–1956 241–224 (2017).
- 41 אהרן ליסקובסקי "הנפקדים הנוכחים בישראל" (משרד ראש הממשלה, לשכת היועץ לענייני ערבים, אוגוסט 1959), א"מ פר-001nhnh 348/1; וכן אהרן ליסקובסקי "הנפקדים הנוכחים בישראל" המזרח החדש י 186 (1960); הלל כהן הנפקדים הנוכחים: הפליטים הפלסטינים בישראל מאז 1948 (2000).
- 42 ראו ס' 27 (ב) ו-28 לחוק. בהתאם לס' 19 לחוק, נכסי נפקדים יכולים להימכר רק לרשות הפיתוח. על הקושי שמכירה זו יוצרת בהקשר של החלת ס' 17 לחוק ראו דעת המיעוט של השופט קרא בע"א 7793/19 מדינת ישראל נ' עזבון עקל (נבו 8.5.2022). על ס' 17 לחוק ראו לוין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 321.
- 43 ראו לעיל ה"ש 38. על התיישנות הזכות לפיצוי ראו רע"א 7330/17 תומא נ' רשות מקרקעי ישראל (נבו 19.3.2018); דנ"א 81415-11-25 עזבון עישאן נ' אגף נכסי נפקדים (נבו 12.2.2026).
- 44 ראו על כך להלן בפרק ג.
- 45 זנברג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 38, בעמ' 82. יוער כי קיומה של המדיניות אינו מעיד בהכרח על מימושה בפועל.
- 46 חוק הסדרי משפט ומינהל.
- 47 מזכר סודי של שר המשפטים "נכסי דלא-ניידי במזרח ירושלים" (22.11.1968) <https://katr.net/117815> (להלן: החלטת המדיניות 1968); מזכר של שר המשפטים "נכסים במזרח ירושלים" (3.2.1969) <https://katr.net/33518d> (להלן: מזכר 1969). כן ראו את מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה מאיר שמגר אל מנהל מקרקעי ישראל מיום 18.8.1969, המוזכר במכתב ממני מזו, היועץ המשפטי לממשלה, לבנימין נתניהו, שר האוצר, בנושא "הפעלת חוק נכסי נפקדים על נכסים במזר-ירושלים של תושבי איו"ש" 2 (31.1.2005) <https://katr.net/2af90d> (להלן: מכתב מזו). העתקים של החלטת המדיניות 1968, מזכר 1969 ומכתב מזו מובאים אצל חגית עופרן מספחים ומנשלים: השימוש בחוק נכסי נפקדים לנישול פלסטינים מנכסיהם במזרח ירושלים 16 (שלום עכשיו, יולי 2020), ומוזכרים בחלקם גם בעניין חסיין, לעיל ה"ש 13, בפס' 30 לחוות-הדעת של הנשיא (בדימ') גרוניס.

2. החלת החוק במזרח ירושלים

מנקודת-מבטם של בעלי הנכסים במזרח ירושלים, חוק נכסי נפקדים נכנס לתוקף עם צירופה של מזרח ירושלים, מכוח צו החלת המשפט, לתחום החלתם של המשפט, השיפוט והמנהל של ישראל ביום 28.6.1967.⁴⁸ עם כניסתו של החוק לתוקף ביחס למזרח ירושלים נהפכו בעלי הנכסים שהמשיכו להחזיק בנכסיהם במזרח ירושלים לכאלה שנמצאו במועד הקובע ב"חלק של ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל", לפי חלופת התושבות החיצונית.⁴⁹ לפיכך באבחת צו אחד נהפכו הנכסים הפרטיים במזרח ירושלים, למעט במקרים חריגים, לקניין של האפוטרופוס לנכסי נפקדים.⁵⁰ אולם תוצאה זו של החלת החוק לא הייתה רצויה. כפי שהסביר שר המשפטים בדיון בכנסת בחודש יולי 1968:

למעשה לא עלה על דעת הממשלה לראות את המקומות הקדושים כנכסי נפקדים, או לראות את תושבי ירושלים המזרחית כאויבים, או את נכסיהם במזרח ירושלים כנכסי נפקדים. וכך נהגה הממשלה מיום 28 ביוני, או אפילו לפני-כן, עם תום מלחמת ששת הימים.⁵¹

על-כן, על-מנת ליצור התאמה בין המצב הרצוי (ואף המצב דה-פקטו, כאמור) לבין המצב דה-יורה, וכדי להימנע מתוצאות קשות שהיו הופכות את תושבי מזרח ירושלים לחסרי קורת-גג,⁵² נחקק במהרה (ב-23.8.1968) חוק הסדרי משפט ומינהל, התשכ"ח-1968, אשר קבע מנגנון ריכוך מיוחד בנוגע להחלתו של חוק נכסי נפקדים בשטח ספציפי זה.⁵³

48 לפקודת סדרי השלטון והמשפט הוסף ביום 27.6.1967 ס' 11ב, הקובע כי "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו". בהתאם לסעיף זה הוציאה ממשלת ישראל, ביום 28.6.1967, את צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967 (להלן: צו החלת המשפט), שמכוחו הוחלו המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל על מזרח ירושלים.

49 ס' 1(ב)(1)(II) לחוק.
50 ראו זנדרברג חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 174. יוער כי נכסי היהודים במזרח ירושלים מלפני 1948, שנחשבו רכוש אויב על-ידי השלטון הירדני קודם לסיפוחו של השטח על-ידי ישראל, שוחררו בהמשך לבעליהם, בכפוף לזכויות של צדדים שלישיים שנוצרו כדין. ראו רונית לוין-שנור "החובות הציבוריות כלפי התושבים בשיח ג'ראח" ICON-S-IL Blog (7.6.2021) <https://katr.net/9eb4ce>.

51 ישיבה 315 של הכנסת השישית, ד"כ 29.7.1968, 2907, 2928. כן ראו אמנון רמון ויעל רונן תושבים, לא אזרחים: ישראל וערביי מזרח-ירושלים, 1967–2017, 86–88 (מכון ירושלים למחקרי מדיניות 2017).

52 ראו בג"ץ 98/68 חדר נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כב(2) 254, 255 (1968). בפסק-דין זה, אשר ניתן לפני חקיקתו של חוק הסדרי משפט ומינהל בנוסחו המקורי, נאמר כי "...[שמענו מפי סגן פרקליט המדינה את ההסבר, כי המשיב מס' 1 לא ראה לנכון להפעיל את סמכויותיו ביחס לבתי-העסק של תושבי ירושלים המזרחית, אף-על-פי שיש להם המעמד של נפקדים ובתי-העסק שלהם מהווים נכסים נפקדים, הואיל והתחשב בכך כי הם תושבים קבועים של ירושלים המזרחית ושם מצוי מרכז חייהם". כן ראו רונן "ריבונות בירינית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 291.

53 מנגנון ריכוך נוסף נקבע בס' 4 לחוק הסדרי משפט ומינהל, הקובע כי "אדם שהוא תושב בשטח תחולתו של צו החלת המשפט, לא יודקק בית משפט... לטענה שהוא אויב או נתין אויב, אלא

בחוק הסדרי משפט ומינהל בנוסחו המקורי נקבע כי אם אדם היה תושב בשטח תחולתו של צו החלת המשפט ביום תחילתו, לא יראוהו כנפקד לגבי נכס הנמצא בשטח, ובלבד שהוא נמצא בשטח באותו מועד או לפחות נמצא בו כחוק ביום תחילת החוק.⁵⁴ החוק אף ביטל בדיעבד את תוקפן של פעולות שעשה האפוטרופוס לנכסי נפקדים בתקופה שלפני חקיקתו.⁵⁵ במועד מאוחר יותר נקבע נוסח משולב לחוק – חוק הסדרי משפט ומינהל, התש"ל-1970 – אשר האריך למעשה את התקופה שבה היה תושב השטח המסופח יכול "להימצא" בשטח המצורף עד ליום חקיקתו של הנוסח המשולב, כלומר, 13.8.1970.⁵⁶ אם כן, חוק נכסי נפקדים קובע כמה חלופות אפשריות לקביעה כי אדם הוא נפקד, ואילו חוק הסדרי משפט ומינהל מוציא מתחולת "נפקד" חלק מאלה שאלמלא הוא היו נחשבים נפקדים ביחס לנכסיהם במזרח ירושלים.⁵⁷ כלומר, יש כללי החלה של החוק (הקבועים בחוק נכסי נפקדים), ולצידם כללי הוצאה מתחולת החוק (הקבועים בחוק הסדרי משפט ומינהל). על אלה האחרונים, כפי שאטען כעת, מתווספים כללי הוצאה מתחולת החוק שעוגנו במדיניות ובפסיקה.

לאחר חקיקתו של חוק הסדרי משפט ומינהל בנוסחו המקורי התכנסה ישיבה בלשכת שר המשפטים בתל-אביב, ביום 22.11.1968, בהשתתפות שרי המשפטים והחקלאות, היועץ המשפטי לממשלה, היועץ המשפטי למשרד הביטחון, הפרקליט הצבאי הראשי, האפוטרופוס לנכסי נפקדים ואחרים, לשם קביעת מדיניות באשר לנכסי דלא-ניידי במזרח ירושלים.⁵⁸ בסיכום הדיון (אשר לא פורסם והוגדר "סודי") נקבע כי ישוחררו⁵⁹ נכסים במזרח ירושלים של תושבי-קבע כדין ביהודה והשומרון, גם אם יש להם שותפים בבעלות שהם תושבי מדינות אויב.⁶⁰ עוד נקבע כי "נכסים השייכים לתושבי קבע כדין בארצות זולת ארצות האויב – ישוחררו להם".⁶¹ גם הוראה זו, כך נקבע, תחול גם על נכסים שבחלקם שייכים לתושבים אלו ובחלקם לתושבי מדינות אויב. עוד נקבע כי ישוחררו נכסיהם של תושבי מדינות אויב אם נוהלו על-ידי מיופי-כוח מקומיים מהגדה או ממזרח ירושלים, וכן שבית-מגורים או בית-עסק התפוסים על-ידי דיירים ישוחררו מתחולת החוק, והאפוטרופוס לנכסי

אם נטענה הטענה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב. רונן "ריבונות בירינית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 294, מציינת כי ככל הנראה לא נעשה עד היום שימוש בסמכות זו של היועץ המשפטי לממשלה.

54 ס' 3(א) ו-21(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל בנוסחו המקורי.

55 שם, בס' 21(ב). יצוין כי לא הצלחתי לאתר פעולות שבוטלו כתוצאה מהוראה זו.

56 ס' 3(א) ו-28(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל.

57 ראו ע"א 54/82 לוי נ' עיזבון מחמוד (אבו-שריף), פ"ד מ(1) 374, 382 (1986) (שם נאמר כי חוק הסדרי משפט ומינהל "בא להוציא מכלל נכסי נפקדים את הנכסים שבשטח המסופח (מזרח ירושלים) ... אם בעליהם של נכסים אלה נמצאו והיו תושבים של השטח המסופח בתאריך צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967 מיום 28.6.1967"). ראו גם רונן "ריבונות בירינית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 290 (המציינת כי ההחלטה מנפקדות מתייחסת רק לנכסים במזרח העיר, כך ש"זהו ככל הנראה דבר החקיקה היחיד היוצר במפורש הסדר שתחולתו שונה בשטחה של מזרח ירושלים ובשטח מערבה"). כן ראו לעניין זה חוק נכסי נפקדים (פיצויים); רמון ורונן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 112-117.

58 החלטת המדיניות 1968, לעיל ה"ש 47, בפסקות הפתיחה.

59 כלומר, "שחרור לפי ההליכים הקבועים בחוק", כאמור שם, בפס' 6.

60 שם, בפס' 1.

61 שם, בפס' 2.

נפקדים לא יטפל בו.⁶² בישיבה נוספת בלשכת שר המשפטים, ביום 3.2.1969, בהשתתפות שר המשפטים, היועץ המשפטי לממשלה ואחרים, נקבע כי כל המקרקעין במזרח ירושלים שנתפסו בפועל על-ידי מנהל מקרקעי ישראל, ואשר כל בעליהם היו בירושלים, ביהודה והשומרון או בארץ שאינה ארץ אויב, יוחזרו לבעליהם.⁶³ כלומר, המבחן הוא של הימצאות או תושבות, ולא של מעמד אזרחות פורמלי.

על-כן, נכסיהם במזרח ירושלים של תושבי מזרח ירושלים, הגדה המערבית או מדינות זרות שאינן מדינות אויב, וכן נכסים שמתגוררים בהם דיירים, לא היו אמורים להיכלל בתחום תחולתו של חוק נכסי נפקדים. כך לפי עמדת הממשלה שהוצגה ברבים,⁶⁴ כך לפי החלטות המדיניות, וכך לכאורה גם לפי חוק הסדרי משפט ומינהל, אשר החלטות המדיניות גובשו לאחר חקיקתו. הנכסים היחידים שהיו אמורים להיכנס תחת תחולת החוק הם בתי-מגורים או בתי-עסק שפנויים מכל דייר, שאין לגביהם מיופי-כוח תושבי מזרח ירושלים או הגדה המערבית, ואשר בעליהם תושבי-קבע בארץ אויב. נכסים אלו יועדו להיות מושכרים בשכירות לא-מוגנת למשרדים ממשלתיים בלבד (או למועסקים בהם).⁶⁵

כלומר, באשר לחלופות לנפקדות הקבוצות בחוק נכסי נפקדים,⁶⁶ מי שהיה אמור להיקבע כנפקד לגבי הנכסים במזרח ירושלים הוא רק מי שהוא תושב-קבע בארץ אויב. במובן זה, הנפקדות הנובעת מחלופת אזרחות האויב (סעיף 1(ב)(1)(I) לחוק) לא הייתה אמורה לעמוד כשלעצמה לחובתו של בעל נכס במזרח ירושלים כדי לבסס נגדו נפקדות. כפי שאראה להלן, אני סבורה כי עמדה זו לא הייתה מקרית, ונבעה, בין השאר, מהמורכבות של ייחוס אזרחות אויב ירדנית לבעלי הנכסים במזרח ירושלים. אכן, אין לכחד: קיומה של אזרחות ירדנית לתושב הגדה המערבית ומזרח ירושלים שנשאר במקומו אך אזרח על-ידי הירדנים אינו עובדה שהייתה צריכה לפעול לחובתו, שהרי כיצד מה שלא היה בשליטתו של פרט יכול לקום לחובתו?

להחלתו של חוק נכסי נפקדים במזרח ירושלים לא הייתה צריכה להיות על-כן השלכה ממשית על הזכויות בנכסים במזרח ירושלים, לנוכח ההסדר המיוחד שנקבע לגביהם בחוק הסדרי משפט ומינהל ובהחלטת המדיניות 1968, וכן לנוכח העובדה שלאורך השנים הוקפא בפועל הליך הסדר הזכויות במקרקעין.⁶⁷ לכן לא היו אמורות להיווצר במשך השנים נסיבות אקטואליות שבהן שאלת הנפקדות וגבולות השחרור מתחולת החוק יתעוררו במלוא עוזן. יצוין כי לעניין נכסים במזרח ירושלים שהיו בבעלות יהודית מלפני 1948 קבע חוק הסדרי משפט ומינהל מודל שחרור נפרד,⁶⁸ אך לא נדון כאן בהיבט זה של השוואה בין הדברים.

62 שם, בפס' 3-4.

63 מזכר 1969, לעיל ה"ש 47, בפס' 1.

64 ראו לעיל ה"ש 51 והטקסט המפנה אליה.

65 החלטת המדיניות 1968, לעיל ה"ש 47, בפס' 5.

66 ס' 1(ב) לחוק.

67 ראו לעיל ה"ש 17 והטקסט המפנה אליה.

68 ס' 5 לחוק הסדרי משפט ומינהל. ראו גם בג"ץ 7446/17 סרחאן נ' האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי (נבו) 21.11.2018; רע"א 2401/21 ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ (נבו) 1.3.2022 (גילוי נאות: בתיק זה נתתי חוות-דעת מומחה עבור המבקשים); רע"א 8694/20 דוויק נ' זרביב (נבו) 21.7.2022. כן ראו רונית לוי-שנור "הגנת מחזיקים מפני פינוי בצל קיומם של הליכי בירור שטרם הסתיימו: מחשבות חוקתיות בעקבות פסק הדין בעניין שיח' ג'ראח" פורום עיוני משפט: תגובות משפטיות (2022) (להלן: לוי-שנור "הגנת מחזיקים").

אולם במציאות היו פני הדברים שונים. תחולתו של חוק הסדרי משפט ומינהל צומצמה עם השנים בפרשנות פסיקתית מחמירה, שעליה אעמוד בהמשך, והחלטת המדיניות 1968 לא נשמרה בפועל ונחשפה לשינויים ואתגורים שונים, חלקם כדין וחלקם מפוקפקים ממש.⁶⁹ כך, בשנת 1977 חל שינוי מסוים במדיניות בנוגע לנכסים במזרח ירושלים המצויים בבעלותם של תושבי הגדה המערבית. בעקבות שינוי זה "נעשה שימוש לרעה בחוק", כפי שכתב לימים היועץ המשפטי לממשלה.⁷⁰ יתר על כן, נחשפו בעבר מקרים שבהם פעל האפוטרופוס לנכסי נפקדים בצוותא חדא עם ארגונים החותרים ליישוב יהודים במזרח ירושלים, תוך שהוא מכריז על נכסים כנכסי נפקדים בהתבסס על תצהירים – שהתבררו ככוזבים – של אדם שפעל בשם ארגונים אלו בניסיון להעביר לידיהם את הנכסים האמורים.⁷¹ לפי ממצאי הבדיקה של צוות בין-משרדי, בהקשר זה "...תפקודו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים היה על פי כל קנה מידה, לקוי ביותר".⁷² אי-אפשר לאשר כי למן הביקורת הקשה שנמתחה על פעילותו חל שינוי משמעותי בהתנהלותו של האפוטרופוס או בכללים להפעלת סמכויותיו. גם כיום האפוטרופוס פועל במידה רבה בחשכה מנהלית, החלטותיו אינן מנומקות, ונראה כי הן אינן מונחות על-ידי שיקולי המדיניות שנסקרו לעיל. מתברר כי גם כיום אי-אפשר לדעת באופן מלא מה היקף הנכסים במזרח ירושלים המוקנים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים וכיצד הם טופלו.⁷³ נוסף על כך, סביב הקמת גדר הביטחון (או חומת הביטחון) בירושלים בראשית שנות האלפיים התעוררו שוב שאלות בנוגע להחלת החוק על נכסיהם של תושבי האזור, אשר סיומן הזמני היה בפסק-הדין בעניין חסיין שנזכר לעיל.⁷⁴

עתה אנו נוכחים כאמור במהלך של הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים – תהליך אשר עשוי להביא לידי עימות חזיתי את שאלות היישוב והמדיניות בנוגע להפעלת החוק, כפי שנראה להלן. בחלק הבא אעבור מהצגת ההסדר הכללי אל השאלה המעשית המרכזית: מי בדיוק נחשב נפקד בנוגע לנכס במזרח ירושלים? אפרק את התבחינים השונים לקביעת נפקדות אשר רלוונטיים לענייננו, ואעמוד על הטענה בדבר האזרחות הירדנית הכפויה כמנוגדת למשפט הבין-לאומי.

69 לסקירה ראו עופרן, לעיל ה"ש 47.

70 מכתב מזוז, לעיל ה"ש 47, בעמ' 2.

71 דברי האפוטרופוס לנכסי נפקדים בפרוטוקול ישיבה 309 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, הכנסת ה-12 (7.1.1992).

72 משרד המשפטים דו"ח הוועדה לבדיקת מבנים במזרח ירושלים 24 (1992) (ועדת קלוגמן), א"מ ג-9626/2-0004hja. כן ראו רותם גלעדי "דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנים במזרח ירושלים (ועדת קלוגמן, 1992): משמעויותיו להסדר קבע" העיר העתיקה: סיכום בעקבות דיוני צוות חשיבה 127 (רות לפידות ואמנון רמון עורכים, מכון ירושלים לחקר ישראל 2002).

73 עז"ם כהן, לעיל ה"ש 25; עת"ם (מנהליים י-ם) 14498-08-20 כהן נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד האוצר (נבו 27.6.2021). ראו גם ניר חסון "האפוטרופוס לנכסי נפקדים מסרב לחשוף את היקף הנכסים 'מחשש לפגיעה ביחסי החוץ'" הארץ (1.11.2021) <https://katzr.net/8f3290>.

74 עניין חסיין, לעיל ה"ש 13. כן ראו להלן ליד ה"ש 211–214.

ב. אזרחות ירדנית ותושבות ירושלמית

שאלת הנפקדות בנוגע לנכסים במזרח ירושלים נוגעת בשתי סוגיות. האחת – הקשורה לכלל ההחלה, הנובע מחוק נכסי נפקדים גופו – היא קיומה של אזרחות ירדנית. החוק קובע כי קיומה של אזרחות כזו פועל לחובתו של אדם. השנייה – הקשורה לכלל ההוצאה, הנובע מחוק הסדרי משפט ומינהל – היא העדרה של תושבות ירושלמית. כלל ההוצאה קובע כי תושבות והימצאות במזרח ירושלים במועד הרלוונטי לחוק הסדרי משפט ומינהל פוטרת בעלי זכויות מתחולת החוק על נכסיהם במזרח ירושלים. כפי שאראה להלן, מתקיים יחס הפוך בין רוחבה של רשת הלכידה לצורתו של פתח החילוף. יחס הפוך זה מתבטא גם בהחלתם של מישורי בחירה וזמנים שונים: בעוד האזרחות אינה מוקפאת בזמן ואינה ניתנת לשחרור, התושבות מוקפאת בזמן ואינה ניתנת לאימוץ.

1. הירדניזציה של הפלסטינים

כלל ההחלה העיקרי ההופך בעלי זכויות במזרח ירושלים לנפקדים הוא נשיאה באזרחות או נתינות של מדינת אויב, ובמקרה הנדון – של ירדן.⁷⁵ כן עולה מנתוני האפוטרופוס כי ירדן היא מדינת הנפקדות ביחס לכל הנכסים המשוחררים בירושלים בשנים 2010–2019.⁷⁶ במקרים ספורים בלבד שאיתרתי התעוררה שאלת החלת החוק בנוגע לנכס בירושלים של מי שנשא באזרחות של מדינה שאינה ירדן או מטעם אחר.⁷⁷ הירדניזציה של הערבים תושבי הגדה המערבית, ובכלל זה של תושבי השטח שיכונה לימים "מזרח ירושלים", נעשתה על-ידי ירדן תחילה מכוחו של חוק ירדני מחודש דצמבר 1949,⁷⁸ שלפיו "כל היושבים כרגיל, בעת קבלת חוק זה תוקף, בעבר הירדן או בגדה המערבית המנוהלת על ידי הממלכה הירדנית ההאשמית, ואשר מחזיקים בנתינות פלסטינית, ייחשבו שקיבלו את הנתינות הירדנית".⁷⁹ בשנת 1954 נקבע בחוק האזרחות הירדני כי כבעל נתינות ירדנית נחשב כל מי שקיבל את הנתינות הירדנית על-פי החוק משנת 1949, וכן "כל מי שנשא נתינות פלסטינית לפני 15.5.1948, ושאינו יהודי, ומתגורר בדרך כלל בממלכה

75 ס' 1(ב)(1) לחוק.

76 ע"ס כהן, לעיל ה"ש 25, בפס' 9.

77 לדוגמה, בת"א (מחוזי י-ם) 4030/02 חלים נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (נבו 13.4.2008) טען האפוטרופוס לנכסי נפקדים כי התובעת, שהייתה אזרחית טורקיה והחזיקה בדרכון דיפלומטי מצרי, היא אזרחית מצרים, משום ש"קמה חזקה, שמי שהיא שארת בשרו של מלך מצרים הינה אזרחית ותושבת ממלכת מצרים" (שם, בפס' 14). בית-המשפט דחה את טענתו וביטל תעודת נפקדות שהוצאה על-ידי האפוטרופוס לפי ס' 30(א)–(ב) לחוק, בקובעו כי "שלילת קניינו של אדם לפי חוק נכסי נפקדים ראוי לה כי תיעשה לא על סמך 'הנחות' או 'חזקות' שאין להן כל ביסוס בדין או בהגיון הבריא, אלא על בסיס ראיות ועובדות ממשיות" (שם). דוגמה אחרת, שבמסגרתה לא נשללה נפקדות על רקע תושבות במצרים, היא ת"א (מחוזי י-ם) 8135/06 אל קדמאני נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (נבו 7.9.2009). להתגלגלות ההליך ראו ע"א 6899/12 אל קדמאני נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (נבו 11.2.2015).

78 Anis F. Kassim, *The Palestinian: From Hyphenated Citizen to Integrated Citizen*, 3 Y.B. ISLAMIC MIDDLE E. L. 64, 69 (1996).

79 חוק נוסף לחוק ההתאזרחות, מס' 56 לשנת 1949 (20.12.1949) לקט של חוקים ירדניים סה 1 (1974).

הירדנית".⁸⁰ הנתינות הפלסטינית המוזכרת מתייחסת למעמד האזרחי של תושבי פלשתינה-ארץ-ישראל.⁸¹

האפוטרופוס נסמך על הוראות אלו של החוק הירדני בהחלטות שבהן קבע את נפקדותם של בעלי נכסים במזרח ירושלים, ולאורן הלאימה ישראל נכסים בשטח זה. זאת, בכפוף לכלל ההוצאה מתחולה של מי שהוכרו כתושבים לפי חוק הסדרי משפט ומינהל, כפי שיוסבר להלן.⁸²

עמדת האפוטרופוס לנכסי נפקדים בעניין האזרחות הירדנית של בעלי הנכסים בירושלים מורכבת משני חלקים: ראשית, לעמדתו, ברמת ההגדרה, כל מי שהיה בעל נכסים במזרח ירושלים קודם לשנת 1967 נושא לפי החקיקה הירדנית האמורה באזרחות או נתינות ירדנית "סטטוטורית", כלומר, באזרחות מכוח הטלתה החד-צדדית על-ידי השלטון, ולא מכוח בקשה או פעולה רצונית.⁸³ האפוטרופוס אינו סבור כלל כי עליו להוכיח את אותה אזרחות, והוא בוודאי אינו סבור כי הטלתה הנכפית על-ידי ירדן היא בעייתית. שנית, לשיטת האפוטרופוס, שלילת הקביעה כי אדם נושא באזרחות זו צריכה להיעשות אך ורק באמצעות הוכחה מצידו כי הוא קיבל אישור ממועצת השרים הירדנית לביטול אזרחותו (אם הוא ממוצא ערבי וקיבל אזרחות של מדינה לא-ערבית)⁸⁴ או משר הפנים הירדני (אם הוא אינו ממוצא

80 ס' 3 לחוק הנתינות הירדנית, מס' 6 לשנת 1954 (4.2.1954) **לקט של חוקים ירדניים** סה 4 (1974) (לפי תרגומים אחרים: חוק האזרחות הירדני) (להלן: חוק האזרחות הירדני). ראו גם Frost & Schaaf, לעיל ה"ש 30.

81 בהתאם לכתב המנדט של חבר-הלאומים על ארץ-ישראל (להלן: כתב המנדט), היה על ממשלת המנדט לחוקק חוק אזרחות. כן נקבע בס' 7 לכתב המנדט כי יהיו בחוק האמור הוראות שיאפשרו רכישת אזרחות פלשתינית על-ידי יהודים המתיישבים באופן קבע בפלשתינה. אך ראו גם ס' 15 לכתב המנדט, האוסר הפליה בין תושבי הארץ על בסיס גזע, דת או שפה. כן ראו Kassim, לעיל ה"ש 78, בעמ' 66. בהתאם לכך קבע מלך בריטניה כי "נתינים תורכים הדרים כרגיל בפלשתינה (א"י) ביום ה-1 באוגוסט, 1925, יהיו לנתינים פלשתינאים (א"י)". ס' 1 לדבר המלך במועצה בענין הנתינות הפלשתינאית (א"י), 1925, חא"י ג 2822. ראו גם איחוד דברי המלך במועצה על האזרחות הפלשתינאית (א"י), 1925-1941, ע"ר תוס' 2, 581. בנוגע למעבר בין הטורקים לבריטים, ראו גם פקודה הקובעת הוראות בענין הטלת ברית השלום עם תורכיה על פלשתינה (א"י) (6.8.1924), חא"י ב 1471.

82 ת"א (מחוזי י-ם) 17290-09-11 **כהן נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, פס' 28 (נבו) 7.12.2015 (להלן: עניין **סול כהן**) (חוות-דעת המומחה מטעם האפוטרופוס לנכסי נפקדים גורסת כי "...כבר לקראת סוף שנת 1949, נחשבו כל תושבי הגדה המערבית כמי שקיבלו אזרחות ירדנית..."). ערעור נדחה בע"א 721/16 **כהן נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (נבו) 27.12.2017 ("המערער לא עמד בנטל שהושת עליו בדין לצורך שלילת נפקדות המוכרים").

83 ראו ת"א (מחוזי י-ם) 46685-03-16 **שמאי נ' אגף נכסי נפקדים** (נבו) 9.5.2021 (עמדת האפוטרופוס לנכסי נפקדים מתוארת בפס' 23; לפי פסק-הדין, בפס' 52, "לאור האמור, ועל פי הדין הירדני, לכאורה, תושבי הגדה המערבית ערב יום 20.12.1949, קיבלו באופן סטטוטורי נתינות ירדנית"; ת"א (מחוזי י-ם) 4074/02 **הלאל נ' עבדאלחאפז**, פס' 429 (נבו) 27.8.2013 ("ידוע, כי ירושלים, הפכה לאחר מכן לחלק מן הממלכה הירדנית ואזרחיה הפכו לנתינים ירדנים").

84 ס' 17 לחוק האזרחות הירדני. ראו ת"א (מחוזי י-ם) 6153-04 **שוויקי נ' ואדי**, פס' 21 (נבו) 25.5.2010. כן ראו את דחיית הערעור בע"א 6388/10 **ואדי נ' אלחטיב** (נבו) 2.7.2015 ("הנסיבות הפרטיקולריות של המערער – כמו גם ההלכות השונות שיצאו מלפני בית משפט זה – יעמדו לנגד עיניהם של הגורמים המוסמכים בעת החלטתם בדבר הבקשה לשחרור הנכס...").

ערבי, כגון ארמני, או אם הוא ממוצא ערבי וקיבל אזרחות של מדינה ערבית).⁸⁵ דהיינו, הן הכניסה לתחולת האזרחות הירדנית והן היציאה ממנה הן עניין שבשיקול-דעת מוחלט של הירדנים, לגישתו של האפוטרופוס, אך זאת רק עד לשנת 1967. לאחר מועד זה נהפכו קביעותיה של ירדן לחסרות רלוונטיות לעניין מעמדו האזרחי של בעל הנכסים במזרח ירושלים.

נוסף על כך, לשיטתו של האפוטרופוס, קיומה של אזרחות נוספת אינו שולל את תחולתו של חוק נכסי נפקדים על הבעלים, והכלל הקובע לגבי ויתור על האזרחות הירדנית הוא זה של ירדן, נכון לשנת 1967, ולא של מדינת האזרחות האחרת.⁸⁶ זאת, גם אם לא ברור שבמועד הקובע הייתה נציגות דיפלומטית לירדן במדינת האזרחות האחרת של הבעלים.⁸⁷ העובדה שהאזרחות הירדנית הייתה "סטטוטורית"⁸⁸ משמעה שהיא לא הייתה פועל יוצא מבחירה חופשית של התושבים בשטח הכבוש. העמדה שהאפוטרופוס לנכסי נפקדים אוחז בה, שלפיה אזרחות זו מחייבת את הפרט ואינה ניתנת להתנערות אלא באמצעות פנייה (קודם לשנת 1967) אל מועצת השרים (או השר) של המדינה שהטילה על הפרט את האזרחות מלכתחילה, אינה מותירה מקום לספק: ישראל לא רק מכירה באזרחות הכפויה, אלא אף אינה מוכנה לפטור מתחולתה.

האומנם קיומה של אזרחות ירדנית שנכפתה על תושבי מזרח ירושלים הוא נתון שיש להתחשב בו מבחינה משפטית? כדי להשיב על שאלה זו, עלינו לעמוד תחילה על מעמדה של מזרח ירושלים נכון לערב מלחמת השחרור, ולאחר-מכן לבחון אם לנוכח מעמדה של ירדן ביחס לשטח היא הייתה רשאית לכפות את אזרחותה על תושביו, ואם מהמסקנה שנגבש נגזר שישראל חייבת או רשאית להתחשב בהחלטת האזרחות של ירדן.

מעמדה של ירושלים בכלל, ושל מזרח ירושלים בפרט, הוא מיוחד. ירושלים אינה נזכרת בכתב המנדט, אך נדונה בהחלטת עצרת האו"ם מס' 181 מיום כ"ט בנובמבר 1947, שם הומלץ כי אזור ירושלים יהיה גוף נפרד, *corpus separatum*, אשר ינוהל על-ידי האו"ם. מייד לאחר מתן ההסכמה להחלטה על-ידי נציגי היישוב היהודי בארץ-ישראל ודחיית על-ידי מדינות ערב, החלו התקפות, בין השאר ברבעים היהודיים בירושלים. בראשית שנת 1949 נחתם הסכם שביתת-נשק בין ירדן לישראל, אשר קו התיחום שנקבע בו חצה את ירושלים. אין בהסכם, כך נקבע, כדי לפגוע בזכויות ותביעות שהצדדים עשויים להעלות במסגרת המשא-ומתן על הסדר השלום הסופי.⁸⁹ בעוד עובדות אלו מוסכמות, המשמעויות

85 פרשנות זו לס' 15–16 לחוק האזרחות הירדני התקבלה בת"א (מחוזי י-ם) 21534-08-21 בוידיג'אן נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים, פס' 51 (נבו 18.5.2026) (להלן: עניין בוידיג'אן במחוזי). ערעור על פסיקה זו תלוי ועומד בע"א 44518-07-26 בוידיג'אן נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים.

86 ראו, לדוגמה, עניין שמאי, לעיל ה"ש 83; עניין בוידיג'אן במחוזי, לעיל ה"ש 85, בפס' 32.

87 ת"א (מחוזי י-ם) 13660-04-14 קוגל נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 31 (נבו 7.10.2019) (להלן: עניין קוגל 1 במחוזי). פסק-הדין בערעור ביטל חלק מהחלטתו של בית-המשפט המחוזי, אך לא בעניין זה. ראו ע"א 7921/19 קוגל נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (נבו 28.7.2021) (להלן: עניין קוגל 1 בעליון).

88 ראו, למשל, עניין שמאי, לעיל ה"ש 83.

89 רות לפידות ושירה לאורנס "פרק 30: ירושלים" רונן וסיבל, משפט בינלאומי 803, 804–803 (מהדורה רביעית, יעל רונן עורכת 2023). ראו גם רות לפידות חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (1999); רמון ורונן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 15–67.

המשפטים שלהן שנויות במחלוקת. אולם סבך הדעות בעניין מעמדה של מזרח ירושלים אינו נחוץ לדיוננו. לצרכינו שלנו חשובות רק פעולתה של ירדן ועמדתה של ישראל. מבחינת ירדן, בעוד שתחילה היא החזיקה בשטח על-דרך תפיסה לוחמתית של הלגיון הירדני⁹⁰ (וכך היה גם בעת חקיקת החוק הירדני בדצמבר 1949), בשנת 1950 היא סיפחה את הגדה המערבית ומזרח ירושלים לשטחה.⁹¹ לשיטתה של ישראל, תפיסת מזרח העיר ירושלים בשנת 1948 על-ידי ירדן נעשתה במעשה תוקפנות, כך שהיא לא הייתה רשאית לרכוש על השטח ריבונות, וסיפוח השטח על-ידי ירדן עומד בניגוד לאיסור החל במשפט הבינ-לאומי על רכישת ריבונות בכוח ולכן הוא חסר תוקף.⁹² כך טענה ממשלת ישראל:

על פי המשפט הבינלאומי... סיפוח האזור בידי ירדן היה בלתי חוקי... אכן, ישראל, כמו כלל מדינות העולם (למעט אנגליה⁹³ ופקיסטן...), לא הכירה בסיפוח האזור בידי ירדן. ממילא, מעמדה של ירדן באזור – על שלטונה וחוקיה – עובר לנטילת השליטה בו בידי ישראל, היה לכל היותר של בעלת שליטה אפקטיבית שלא כדין...⁹⁴

מכך שהפעולה של החלת הריבונות הירדנית (או הסיפוח הירדני) היא בלתי-חוקית, לשיטתה של ישראל, נובע כי לחוקים שחוקקה ירדן לאחר הסיפוח יש מעמד זהה מנקודת-מבט של ישראל – ולדעת ישראל גם מנקודת-המבט של המשפט הבינ-לאומי – לזה של החוקים

90 הכרזת המפקד הצבאי של הלגיון הירדני מיום 19.5.1948 קבעה כי "כל החוקים והתקנות שהיו בתוקף בפלשתינה בעת סיום המנדט, ביום 15 במאי 1948, יעמדו בתוקפם בכל האזורים שבהם מצוי הצבא הערבי הירדני או שבהם ממונה הוא על שמירת הביטחון והסדר הציבורי, למעט אלה הסותרים הוראה מהוראות חוק ההגנה על עבר הירדן מ-1935 או תקנות וצווים שהוצאו על פיו".

91 ב-24 באפריל 1950 החליט הפרלמנט הירדני, אשר כלל אז מספר שווה של נציגים מהגדה המערבית ומהגדה המזרחית (ראו להלן ליד ה"ש 117), לספח את הגדה המערבית. ההחלטה הדגישה כי אין בה כדי לפגוע בזכויות הערביות בפלסטין, וכי האיחוד נעשה מבלי שיש בו כדי לפגוע בזכויות או לוותר על טענות בנוגע להסדר-הקבע של הבעיה הפלסטינית בהתאם לשאיפות הלאומיות, לשיחוף-הפעולה הערבי ולצדק הבינ-לאומי. ראו *H.M. King Hussein's Statement on the Severance of Jordan's Relationship with the West Bank*, 4 PAL. Y.B. INT'L L. 297, 298 n.3 (1987) (להלן: הצהרת המלך חוסיין). בהתאם להחלטה זו חוקק החוק בדבר חוקים ותקנות התקפים בשתי הגדות בממלכה הירדנית, מס' 28 לשנת 1950, אשר קבע כי "החוקים והתקנות הנוהגים בכל אחת מן הגדות (המזרחית והמערבית) ימשיכו להיות בני פועל תחיקתי, עד אשר יצאו חוקים מאוחדים המקיפים את שתי הגדות". עיקרון זה קיבל ביטוי נוסף בחוקה הירדנית. ראו *THE CONSTITUTION OF THE HASHEMITE KINGDOM OF JORDAN*, Jan. 1, 1952, arts. 128, 129. לנוסח העברי של הסעיפים האמורים בחוקת הממלכה הירדנית ההאשמית ראו **לקט של חוקים ירדניים** עט 30 (1974).

92 לפידות ולאורנס, לעיל ה"ש 89, בעמ' 809; רונן "ריבונות בירדנית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 275.

93 יצוין כי אנגליה לא הכירה בסיפוח מזרח ירושלים, בהתאם להגדרת השטח כמפורט בהחלטת עצרת האו"ם 303 (9.12.1949). ראו HC Deb (27 Apr. 1950) 303 (9.12.1949). *Jordan and Israel (Government Decision)*, VICTOR KATTAN, FROM COEXISTENCE TO CONQUEST: INTERNATIONAL LAW AND THE ORIGINS OF THE ARAB-ISRAELI CONFLICT, 1891–1949, 243 n.74 (2009).

94 תגובה מקדמית מטעם ממשלת ישראל בבג"ץ 1308/17 **עיריית סילוואד נ' הכנסת**, פס' 18 (תחומה על-ידי עו"ד ד"ר הראל ארנון כמייצג הממשלה, 21.8.2017) <https://katze.net/6d15c0> (21.8.2017). ראו גם "תגובת דובר הממשלה על הסיפוח" דבר 25.4.1950, 1.

שנחקקו קודם לסיפוח (חסר הנפקות המשפטית), דהיינו, הם כפופים למגבלות של דיני הכיבוש. דינים אלו כוללים בעיקרם את תקנות האג, 1907, וכן (לכל-הפחות) את חלקיה המנהגיים של אמנת ז'נבה הרביעית, 1949. תחת גישה זו, הרואה את ירדן כמחזיקה בשטח אשר אינה ריבונית בו וכמי שאינה בגדר מממשת לגיטימית של "המדינה הערבית" שעל החלטתה הומלץ בעצרת הכללית של האו"ם, הירדניזציה של ערביי הגדה המערבית אסורה בהחלט.

יצוין כי גם בעיני הליגה הערבית נתפס הסיפוח כצעד בעייתי, והיא הייתה דו-ערכית בנוגע לאזור הפלסטינים⁹⁵ – מהלך שהיא סברה כי לא היה מקום לבצעו.⁹⁶ בסופו של דבר ראתה הליגה הערבית את הסיפוח כהחזקה בנאמנות.⁹⁷

כללי המשפט הבינ-לאומי המנהגי בנוגע לשטח כבוש, ובפרט תקנה 45 לתקנות האג, 1907, אוסרים אזור כפוי של תושבי שטח כבוש.⁹⁸ כלל זה, שהתפתח במשפט הבינ-לאומי במאה התשע-עשרה, זכה לאחרונה בתשומת-לב סביב פעולות האזור הכפוי שנקטה רוסיה כלפי תושבי אזורים שהיא כבשה וסיפחה אליה.⁹⁹ לצידו קבוע הכלל האוסר באופן מוחלט ויתור עצמי על הגנות המוענקות לתושב מוגן, אשר אזור למדינה הכובשת סותר אותו מניה וביה.¹⁰⁰ נוקשותו של איסור זה סגרה את הדלת בפני שינויים בנתינות המכפפים את הפרט

95 Donna Robinson Divine, *The Palestinians, in THE PALGRAVE HANDBOOK OF THE HASHEMITE KINGDOM OF JORDAN* 374, 376 (P.R. Kumaraswamy ed., 2019); MARWAH JABR, *JAMI'AT AL-DUWAL AL-'ARABIYAH WA-QADIYAT FILASTIN, 1945–1965* [The League of Arab States and the Palestine Question, 1945–1965] 249 (Beirut: Markaz al-Filasṭīniyah, 1989) Abḥāth, Munazzamat al-Tahrīr al-Filasṭīniyah, 1989) **התנועה הלאומית הפלסטינית: מעימות להשלמה?** 115, 188 (משה מעוז וב"ז קדר עורכים 1996).

96 Kassim, לעיל ה"ש 78, בעמ' 71.

97 Avraham Sela, *The West Bank Under Jordan, in THE PALGRAVE HANDBOOK OF THE HASHEMITE KINGDOM OF JORDAN* 307, 313 (P.R. Kumaraswamy ed., 2019).

98 תק' 45 לתקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, 1907 (איסור שבועת אמונים לכובש); Richard R. Baxter, *The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant*, 27 BRIT. Y.B. INT'L L. 235, 239 (1950): "[A]n oath of citizenship 'cannot be demanded in occupied territory until the conclusion of peace'." Michael T. Hertz, *Limits to the Naturalization Power*, 64 GEO. L.J. 1007, 1040 (1976). כן ראו רונן "ריבוניות בריבנית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 279 ("...לא חל איסור על מתן האפשרות לתושבי שטח כבוש לרכוש את אזרחותה של המדינה, כל עוד האזרחות אינה נכפית") ובעמ' 285–286 ה"ש 102 ("...ככל שהבטחת זכויות בסיסיות – בראש ובראשונה הזכות לחיות במולדת ולשוב אליה – מותנית בה [בהתאזרחות] ובהצגת נאמנות, בפועל היא אינה עניין לבחירה חופשית לגמרי").

99 Manuel Galvis Martinez, *The Historical Evolution of Allegiance During Occupation*, 60 AM. J. LEGAL HIST. 76 (2020); Kristopher Natoli, *Weaponizing Nationality: An Analysis of Russia's Passport Policy in Georgia*, 28 B.U. INT'L L.J. 389 (2010).

100 ס' 8 לאמנת ז'נבה הרביעית. ראו COMMENTARY ON THE GENEVA CONVENTION OF 12 AUGUST 1949, VOL. IV: GENEVA CONVENTION RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR 74–75 (Jean S. Pictet ed., 1958); Hans-Peter Gasser & Knut Dörmann, *Protection of the Civilian Population*, THE HANDBOOK OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 231 (Dieter Fleck ed., 3d ed. 2013).

לאזרחות הכובש ולוויתור על מעמדו כתושב מוגן, בלא קשר למעמדה של ההתאזרחות במשפט הפנימי:

If the renunciation is expressed in or by an act governed by a domestic legal order, its validity under domestic law is irrelevant, as its international invalidity would transcend any domestic validity because of the primacy of international law.¹⁰¹

דוגמה שניתן לבחון בהקשר זה היא הגרמניזציה של תושבי אוסטריה תחת המשטר הנאצי,¹⁰² אשר התרחשה לאחר האנשלוס. באותה עת סיווגו הגרמנים את האוסטרים (וגם גרמנים אחרים בשטחי כיבוש) כאזרחים גרמנים לכל דבר ועניין. פעולה זו נחשבה לימים פשע-מלחמה. כך, במשפטי נירנברג הורשעו הפנים הנאצי וילהלם פריק, בין השאר, בכך שבמסגרת מרשם האוכלוסין מבוסס הגזע הגרמני שיצר הוא הטיל אזרחות גרמנית על קבוצות מסוימות של אזרחים ממדינות זרות, ובכלל זה במדינות וטריטוריות שסופחו לגרמניה. בכך, כותב בית-הדין בנירנברג, הוא כפה את החוק הגרמני על אזרחים של טריטוריות אלו.¹⁰³ באזרח כפוי זה הפר פריק את תקנה 45 לתקנות האג, האוסרת שבועת אמונים לכובש.¹⁰⁴

יודגש כי איסור אזרחים של תושבי שטח כבוש עומד לצד העקרונות שהתפתחו במשפט המנהגי בנוגע לאזרח במצבים של חילופי ריבונות לגיטימיים. כאן יש להבחין בין שני מצבים עיקריים, שאציגם כאן בקצרה. אם מדובר בהשבה על כנה של ריבונות קודמת שנשללה, כפי שקרה למשל באוסטריה בשנת 1945 אחרי נפילת המשטר הנאצי, אזי השבת

Pierre d'Argent, *Non-Renunciation of the Rights Provided by the Conventions*, in THE 101
1949 GENEVA CONVENTIONS: A COMMENTARY 145, 152 (Andrew Clapham, Paola Gaeta
& Marco Sassòli eds., 2015).

Isabel Heinemann, "Euthanasia," "Germanization," and the Beginnings of 102
Organized Mass Murder, 1939–1941, in THE CAMBRIDGE HISTORY OF THE HOLOCAUST,
VOL. II: PERPETRATING THE HOLOCAUST: POLICIES, PARTICIPANTS, PLACES 238 (Mary
Fulbrook & Jürgen Matthäus eds., 2025); ISABEL HEINEMANN, RASSE, SIEDLUNG,
DEUTSCHES BLUT: DAS RASSE- UND SIEDLUNGSHAUPTAMT DER SS UND DIE
RASSENPOLITISCHE NEUORDNUNG EUROPAS (2013); Isabel Heinemann, *Ethnic Germans
(Volksdeutsche) in the German Reich and in German-Occupied Territories in World War
II*, in THE ENCYCLOPEDIA OF MIGRATION AND MINORITIES IN EUROPE: FROM THE 17TH
CENTURY TO THE PRESENT 359 (Klaus J. Bade et al. eds., 2013).

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINALS BEFORE THE 103
INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, vol. 1, at 301 (1947). כן ראו ב"משפט
המיניסטרינים" את התיאור של כפיית האזרחות: "[S]ubsequent acquisition, in some
instances of German citizenship, was compelled, and individuals who were forced to
accept such citizenship or upon whom such citizenship was conferred by decree became
amenable to military conscription, service in the armed forces, and other obligations of
citizenship." United States v. von Weizsäcker, 14 Trials of War Criminals Before the
Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, at 460, 468 (Mil. Trib.
VI 1949).

Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Die Österreichische Staatsbürgerschaft von 1938 bis heute*, 104
.6 AUSTRIAN J. PUB. L. 21, 33 (1953).

האזרחות היא עניין אוטומטי,¹⁰⁵ שאינו מחייב הסכמה של הנוגעים בדבר, ובלבד שמתקיים כלל הרציפות בין הישויות המדינתיות (זו שקדמה לסיפוח וזו שהתקיימה לאחר סיומו).¹⁰⁶ לעומת זאת, אם מדובר ביצירתה של ריבונות חדשה (שלא בדרך של רציפות בין ישויות פוליטיות), אזי הריבון הנכנס מנוע מלהטיל את אזרחותו באופן גורף על התושבים, אלא עליו לשאול לדעתם או לכל-הפחות לאפשר להם לבחור אם רצונם באזרחות זו.¹⁰⁷ – בחירה שעשויה להתבטא, למשל, בהמשך התגוררותם בשטח.¹⁰⁸

ניתן לחשוב בהקשר זה גם על מה שחסן ג'בארין כינה "הרגע ההובסיאני" של הפלסטינים בישראל, אשר בחרו, בשיעור עצום (79.3% מבעלי זכות הבחירה), להשתתף בבחירות לאספה המכוננת בשנת 1949. לפי פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת,¹⁰⁹ הזכות לבחור ולהיבחר ניתנה לכל אדם אשר היה בשטח הבחירות במועד הקובע ונרשם ברישום התושבים, בכפוף לדרישות גיל מינימליות וכשירות מינימלית. הוראה זו הביאה לידי כך שעוד בטרם נקבעה אזרחות ישראלית¹¹⁰ היו הערבים תושבי ישראל – ובכלל זה תושבי "השטחים הכבושים", דהיינו, השטחים שהוחזקו על-ידי ישראל ולא יועדו לה לפי תוכנית החלוקה

105 Ambar v. Fed. Republic of Ger., 596 F. Supp. 3d 76 (D.D.C. 2022).
106 ROBERT E. CLUTE, THE INTERNATIONAL LEGAL STATUS OF AUSTRIA 1938–1955, 68 (1962).

107 Yasuaki Onuma, *Nationality and Territorial Change: In Search of the State of the Law*, 10 YALE J. WORLD PUB. ORD. 1, 10 (1981). ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 778/50 א"ב נ' מ"ב, פ"מ ג 263, 271–272 (1951). כן ראו ס' 21 לאמנת לוזאן משנת 1923 וכן Ilia Xypolia, *Imperial Bending of Rules: The British Empire, the Treaty of Lausanne, and Cypriot Immigration to Turkey*, 32 DIPL. & STATECRAFT 674 (2021).

108 יעל רונן "פני הלכת עוור – לאן? מעמדם של תושבי מזרח ירושלים הפלסטינים" ספר רות לפידות 97, 99 (יובל שני והילי מודריק-אבן חן עורכים 2020) (להלן: רונן "הלכת עוור"); Yaël Ronen, *Option of Nationality*, OXFORD PUBLIC INTERNATIONAL LAW (2019), <https://katze.net/db72cf>.

יצוין כי שונים פני הדברים כאשר מדובר בבקשה של אדם להמשיך להיחשב אזרח של המדינה שכפתה עליו את אזרחותה אף לאחר שתקופת הסיפוח (הלא-חוקי) הסתיימה והמדינה שהייתה קודם לסיפוח שבה למקומה. כך, בפסק-דין של בית-המשפט החוקתי בגרמניה (המערבית) משנת 1955 נדון עניינו של אדם שהיה אזרח אוסטרי עד האנשלוס, שנהפך לאזרח גרמני לפי הצו הגרמני מ-3 ביולי 1938, ואשר חזר להיות אזרח אוסטרי לאחר סיום המלחמה. העותר טען כי אין להסגירו לאוסטריה, שכן הוא נותר אזרח גרמני לנוכח בחירתו באזרחות זו והתגוררותו בגרמניה. בית-המשפט קבע כי אין כלל של המשפט הבין-לאומי שלפיו בעת יצירתן של מדינות חדשות בעקבות הינתקות (severance) צריכה להינתן לאוכלוסיות האפשרות לבחור באזרחות של המדינה החדשה או של זו הישנה, ובוודאי כך במצב של ביטול סיפוח (disannexation) (עוד על מצב זה ראו להלן בה"ש 127). ראו, Austrian Nationality Case, 22 INT'L L. REP. 430, 432 (1958). Clute, ראו גם Clute, לעיל ה"ש 106, בעמ' 76; Onuma, לעיל ה"ש 107, בעמ' 19.

109 פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, התש"ט–1948, ע"ר תוס' א 52.

110 כפי שיוסבר להלן ליד ה"ש 137, קביעת האזרחות הוסדרה רק בשנת 1952.

ואשר בהם חיו רוב הפלסטינים שיכלו להצביע¹¹¹ – בעלי זכות בחירה והיבחרות, על-אף המלחמה והמציאות הפוליטית של אותם ימים.¹¹²

ניתן לטעון כי הפלסטינים שאוחרו על-ידי ירדן לא חוו רגע הובסיאני כזה של הצטרפות לגוף הפוליטי (body politic) הירדני מכוח הצבעתם ובחירתם, שכן הם אוחרו עוד קודם לבחירות לפרלמנט הירדני (וזאת, יש לזכור, במסגרת שיטה מונרכית, ולא דמוקרטית).¹¹³ עם זאת, ניתן גם לטעון אחרת: כניסתם של הפלסטינים בגדה המערבית למערכת הפוליטית בירדן הייתה, בין השאר, פועל יוצא מ"ועידות עממיות" שנערכו ביריחו, ברמאללה ובשכם, שבהן הביעו נכבדים פלסטינים תמיכה ב"איחוד" הגדוה ובמלכת המלך עבדאללה עליהם, וזאת חרף התנגדות פוליטית פנים-פלסטינית ושל הליגה הערבית.¹¹⁴ בהמשך לוועידות אלו תוקן חוק בחירת מועצת הנבחרים בדצמבר 1949, בד בבד עם תיקון חוק האזרחות הירדני, והתווספו עשרים נציגים מהגדה המערבית בחלוקה למחוזות, תוך מתן ייצוג לאזורים מרכזיים, כגון שכם, חברון ורמאללה, ביניהם שלושה מירושלים ויריחו (שני מוסלמים ונוצרי אחד).¹¹⁵ האזרח הוביל להרחבה משמעותית של גוף הבוחרים, שכן מספר בעלי זכות הבחירה גדל מכ-100,000 לכ-304,000 בשנת 1950, מתוכם כ-157,000 פלסטינים.¹¹⁶ בבחירות שנערכו ב-1950.11.4 נבחרה מועצה המורכבת מ-40 נבחרים, 20 מכל גדה.¹¹⁷ מפלגות האופוזיציה, אשר נתמכו בעיקר על-ידי תושבי הגדה המערבית, זכו ב-14 מושבים;

111 חסן ג'בארין "הנכבה, המשפט והנאמנות: הרגע ההובסיאני של הפלסטינים בישראל" תיאוריה וביקורת 42, 13, 20, 23 (2014). שיעור זה מעניין במיוחד לנוכח טענתו של ורהפטיג כי בקרב האוכלוסייה הערבית-הפלסטינית "ההשתתפות בבחירות למוסדות השלטון המקומיים היתה כמעט אפסית בזמן התורכים ולא עלתה בהרבה תחת השלטון הבריטי. באופן ממוצע השתתפו רק כ-5% מבין תושבי הערים הערביות בבחירות אילו שהן". זרח ורהפטיג "בעיות של תקנות הבחירות לאסיפה המכוננת ולבית הנבחרים של המדינה היהודית" סיני כג, כד, כו (התש"ח) <https://katze.net/fee12d>. על אי-ההשתתפות בבחירות לאספה המחוקקת בתקופת המנדט ראו יהושע פורת צמיחת התנועה הלאומית הערבית הפלסטינית 1918–1929 120 (1976); סלע, לעיל ה"ש 95, בעמ' 119.

112 OSNAT AKIRAV, *The First Period: 1949–1974, in* PARLIAMENTARY REPRESENTATION OF POLITICAL MINORITIES: ARAB-PALESTINIAN LEGISLATORS IN ISRAEL 97, 99 (2024). גם הבחירות לכנסת השנייה, בשנת 1951, קדמו לקביעתה של אזרחות ישראלית, שנעשתה רק בשנת 1952. ראו להלן ליד ה"ש 137.

113 Kathrine Rath, *The Process of Democratization in Jordan*, 30 MIDDLE E. STUD. 530 (1994).

114 לעניין עמדתה של הליגה הערבית ראו לעיל ליד ה"ש 95–97.

115 Ahmad Harb Bashir al-Latāshimah, *al-Hayāh al-Niyābiyah fī al-Mamlakah al-Urdunīyah al-Hāshimīyah min 1929 ilā 1967* [Parliamentary Life in the Hashemite Kingdom of Jordan, 1929–1967] 108 (Amman, self-published, 1987); Renate Dieterich, *Jordan, in* ELECTIONS IN ASIA AND THE PACIFIC: A DATA HANDBOOK, VOL. I: MIDDLE EAST, CENTRAL ASIA, AND SOUTH ASIA 141, 144 (Dieter Nohlen, Florian Grotz & Christof Hartmann eds., 2001).

116 NASEER H. ARURI, *JORDAN: A STUDY IN POLITICAL DEVELOPMENT* (1921–1965) 93 (1972).

117 Dieterich, לעיל ה"ש 115. לא הצלחתי למצוא נתונים על שיעורי ההצבעה בפועל של תושבי הגדה המערבית ומזרח ירושלים. במקור אחד מצוין כי שיעור ההשתתפות של בעלי זכות הבחירה בגדה המערבית היה 70%, אך טענה זו אינה נתמכת בכל אסמכתה. Ibrahim F.I. Shihata, I. Hadi Abushakra & Hans-Jürgen Gruss, *Legal Aspects of the World Bank's Assistance to the West Bank and the Gaza Strip*, 7 PAL. Y.B. INT'L L. 19, 22 (1992–1994).

המפלגות המזוהות עם השלטון זכו ב-10 מושבים בלבד; ויתר המושבים התחלקו בין מועמדים עצמאיים.¹¹⁸ המועצה הנבחרת היא אשר קיבלה, ב-24.4.1950, את החלטת האיחוד הרשמית של שתי הגדות.¹¹⁹

בעוד שעד לשנת 1956 היה עדיין פוטנציאל מסוים לזכויות פוליטיות ולתחרות פוליטית בירדן, בעקבות הבחירות בשנה זו החל בית המלוכה לדרוף את ממשלת נאבולסי, והדבר הוביל לדיכוי פוליטי מתמשך ובפרט להפליית הפלסטינים מהגדה המערבית.¹²⁰ התפתחויות אלו הובילו בסופו של עניין גם לעליית המתחים הלאומיים, אשר פורשו על-כן כנובעים בעיקר מ- "Palestinians holding to their identity as a badge of resistance to an order forcibly imposed on them"¹²¹.

מבט אל פסיקה מימי מלחמת-העולם השנייה מלמד כי במהלך המלחמה,¹²² בעיקר אגב שאלות של החלת דיני אויבות,¹²³ נמנעו בתי-המשפט בדרך-כלל מלשולל את תוקפה של האזרחות הגרמנית שהוטלה על תושבי אוסטריה לפי הצו הגרמני משנת 1938.¹²⁴ זאת, מכיוון שהם פעלו בהתאם למדיניות של מדינותיהם, אשר לא חלקו תחילה על הלגיטימיות של החלת הריבונות הגרמנית על אוסטריה.¹²⁵ עם זאת, המדיניות הייתה מורכבת. כך, בארצות-הברית הורה משרד המשפטים ב-15.5.1943 כי אזרחים ונתינים של אוסטריה אשר מעולם לא רכשו אזרחות גרמנית באופן וולונטרי ייחשבו אזרחים אוסטרים.¹²⁶ מכל מקום, בעקבות "הצהרת מוסקבה" מ-1 בנובמבר 1943, אשר שללה הכרה בסיפוח אוסטריה וקבעה

- 118 ARURI, לעיל ה"ש 116, בעמ' 93–94.
- 119 al-Laṭāṣimah, לעיל ה"ש 115, בעמ' 108.
- 120 Sela, לעיל ה"ש 97, בעמ' 316. כן ראו KATTAN, לעיל ה"ש 93, בעמ' 243.
- 121 Robinson Divine, לעיל ה"ש 95, בעמ' 376.
- 122 CLUTE, לעיל ה"ש 106, בעמ' 58–65; INETA ZIEMELE, STATE CONTINUITY AND NATIONALITY: THE BALTIC STATES AND RUSSIA: PAST, PRESENT AND FUTURE AS DEFINED BY INTERNATIONAL LAW 358 (2d rev. ed. 2025).
- 123 Megidido & Levine-Schnur, לעיל ה"ש 3.
- 124 United States *ex rel.* Schwarzkopf v. Uhl, 137 F.2d 898 (1943); United States *ex rel.* Peter D. D'Esquiva v. Uhl, 137 F.2d 903 (2d Cir. 1943). (להלן: עניין D'Esquiva). כן ראו Szigeti, *The Dilemmas of Schrodinger's Citizenship*, 66 HARV. INT'L L.J. 229, 259 (2025).
- 125 אם כי אני סבורה שטיפולו של סיגטי בסוגיה זו אינו מדויק. דוגמה נוספת שניתן לציין בהקשר זה היא היחס של מדינות שונות, ובאופן ספציפי של ארצות-הברית, לסיפוח הגדה המערבית ומזרח ירושלים קודם ליוני 1967. כך, למשל, באחת הפרשות מייחס האפוטרופוס לנכסי נפקדים משקל לכך שבעת אזרחו של תושב ירושלים לשעבר בארצות-הברית, בשנת 1965, צוין באישור האזרחות שהופק לו כי אזרחותו הקודמת הייתה ירדנית. אולם לפי החוק האמריקאי דאז, במסמך "אישור האזרחות", שהוא למעשה תעודת ההתאזרחות (certificate of naturalization), נדרש לציין תחת "former nationality" את שם המדינה שבה היה המבקש אזרח לאחרונה, כפי שהופיע בבקשה, גם אם המבקש היה חסר אזרחות בעת בקשת ההתאזרחות: "The certificate shall show under 'former nationality' the name of the country of which the petitioner was last a citizen, as shown on the petition, even though the petitioner may have been stateless at the time of admission to citizenship". ראו 8 C.F.R. § 338.11(b) (1965). הפרשה הנדונה היא ת"א (מחוזי י-ם) 47332-10-22 מטר נ' אגף נכסי נפקדים (תלוי ועומד), והאמור לעיל לגבי עמדת האפוטרופוס מופיע בכתב ההגנה מטעמו (גילוי נאות: בתיק זה נתתי חוות-דעת מומחה מטעם התובעים).
- 126 ROBERT LANGER, SEIZURE OF TERRITORY 172–73 (1947).

כי הוא חסר תוקף,¹²⁷ נרשמה תגובה מיידית במסגרת מדיניות מנהלתית ואף במסגרת הליכים משפטיים.¹²⁸ כך, למשל, בעניין *d'Esquiva*, שהוחלט לפני "הצהרת מוסקבה", קבע בית המשפט כי על-מנת לקבוע את תחולתם של דיני האויבות על אדם ממוצא אוסטרי שעזב את אוסטריה לצרפת לפני הסיפוח ולפני בואו לארצות-הברית בשנת 1939, נדרש בירור נוסף בנוגע למדיניותה של מחלקת המדינה.¹²⁹ אולם הבירור שעליו הורה בית-המשפט לא התקיים בסופו של דבר, משום שבעקבות "הצהרת מוסקבה" הפסיקה המדינה את ההליכים נגד אותו אדם.¹³⁰

אם האזור הוא בלתי-חוקי לפי המשפט הבין-לאומי, חלה על מדינות העולם החובה לא להכיר בו ובתוצאותיו, אם כי אפשר שמשיקולים של זכויות אדם תהיה בכל-זאת הכרה מסוימת באותו אזור כדי למנוע פגיעה בזכויות הפרט.¹³¹ כך, ילינק מסביר כי אם בסיום מצב הסיפוח אין הסכם בין המדינה הישנה למדינה החדשה בנוגע לאזרחי המדינה של השטח ה"משוחרר", האזרחים של המדינה הישנה אשר נמצאים בפועל בתחום השפעתה של המדינה החדשה ייחשבו אזרחיה של האחרונה. העיקרון המנחה צריך להיות התושבות.¹³² כך, לדוגמה, כבר בשנת 1945, בחוק מס' 5 של מועצת הפיקוח של בעלות-הברית בדבר הקניה וריכוז של נכסים גרמניים מחוץ לגרמניה, נקבע כי לצורך חוק זה המונח "אזרחות גרמנית" לא יכלול אזרח של מדינה אשר סופחה או נטען כי סופחה על-ידי גרמניה למן

127 במסגרת "הצהרת מוסקבה" קבעו מדינות הברית – ארצות-הברית, ברית-המועצות ובריטניה – כי הן רואות את הסיפוח שכפתה גרמניה על אוסטריה כבטל ומבוטל, ושום שינוי שנעשה באוסטריה למן 15 במרץ 1938 אינו מחייב אותן. ראו "הצהרת שלוש המעצמות על הסכם" דבר 2,11.1943, 1. כן ראו Langer, לעיל ה"ש 126, בעמ' 182. באופן מעניין, ניתן לטעון כי "הצהרת מוסקבה", אשר שינתה את מדיניותן של מדינות הברית בנוגע לתוקף האזורי הגרמני של האוסטרים, היא האירוע הראשון שבו קיבל איסור הסיפוח תוקף. כך, כפי שמקורב טוען, בתחילה, בשנת 1938, עדיין נתפס האנשלוס כסיפוח חוקי, אך עם "הצהרת מוסקבה" משנת 1943 הוא נהפך באופן רטרואקטיבי לבלתי-חוקי (וכל שאר הסיפוחים נהפכו לכאלה בשנת 1945). A.N. Makarov, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 10 JURISTENZEITUNG 80, 83 (1955). כן ראו CLUTE, לעיל ה"ש 106, בעמ' 79. צעד נוסף ראוי לציון, אשר קדם ל"הצהרת מוסקבה" והניח את הבסיס להפיכת הסיפוח לבלתי-חוקי, הוא הצ'רטר האטלנטי משנת 1941. ראו Ronit Levine-Schnur, Tamar Megiddo & Yael Berda, *A Theory of Annexation*, 45 OXFORD J. LEGAL STUD. 447, 452 (2025).

128 כך, לדוגמה, בבריטניה, השיב מזכיר הפנים ב-16.12.1943, כי בעקבות "הצהרת מוסקבה", הוא החליט כי זרים שרשומים כגרמנים אשר יציגו ראיות לכך שהחזיקו באזרחות אוסטרית בעת הסיפוח ירשמו כאוסטרים. Langer, לעיל ה"ש 126, בעמ' 184. עם זאת, לנגר עומד על כך שהסוגיה היא מורכבת וסבוכה.

129 עניין *d'Esquiva*, לעיל ה"ש 124.

130 Langer, לעיל ה"ש 126, בעמ' 173; CLUTE, לעיל ה"ש 106, בעמ' 68.

131 עוד על השאלה מה דינן של פעולות הנעשות על-ידי כובש אשר כיבושו (החוקי) נהפך ללא-חוקי (למשל, בשל סיפוח) ראו יעל רונן "חובת אי-ההכרה במשפט הבין-לאומי וחוות הדעת המיעצת בעניין מעמד ישראל בשטחים" *ICON-S-IL Blog* (20.12.2024) <https://katzr.net/b2b333>. כן ראו Tamar Megiddo & Eyal Benvenisti, *Inclusion and Representation: The Settlement of Property Claims of the Dispossessed in the Aftermath of an Armed Conflict*, 21 THEORETICAL INQUIRIES L. 397 (2020).

132 HANSJÖRG JELLINEK, DER AUTOMATISCHE ERWERB UND VERLUST DER STAATSANGEHÖRIGKEIT DURCH VÖLKERRECHTLICHE VORGÄNGE, ZUGLEICH EIN BEITRAG ZUR LEHRE VON DER STAATENSUKZESSION 190 (1951).

133. 31.12.1937 עם זאת, בנוגע לשאלת האזרחות עם הקמת מדינת-ישראל הדברים שונים מהדוגמה האוסטרית, שכן מדינת-ישראל לא חזרה לחיים לאחר שהייתה תחת סיפוח (או מנדט), אלא נוצרה חדשה וראשונית עם סיום המנדט. כך ניתן להבין את הפסיקה הישראלית אשר קבעה כי האזרחות הארצישראלית שהייתה בתוקף תחת המנדט פקעה עם סיומו.¹³⁴ אשר על-כן, עד לחקיקת חוק האזרחות בשנת 1952,¹³⁵ אשר העניק אזרחות למפרע ממועד הקמתה של מדינת-ישראל,¹³⁶ לא הייתה כל אזרחות לתושבי ישראל – לא של ישראל ולא של ארצישראל.¹³⁷

ביחס למקרה של מזרח ירושלים, מבחינת ישראל, במשפטה הפנימי, היא לא הייתה ריבון חוקי באזור כאשר זה סופח על-ידי הירדנים, ומכאן שבינוי 1967 לא התרחשה השבת ריבונות וביטול סיפוח, דהיינו disannexation, לעומת מצב ריבוני שקדם לשנת 1949. אומנם, יש הסבורים כי בשנת 1967 רכשה ישראל ריבונות במזרח ירושלים בהעדר כל ריבון אחר. אולם ישראל עצמה, בוודאי לאורך שנים רבות, לא ראתה במזרח ירושלים חלק בלתי-נפרד ממדינת-ישראל, ולו מן הבחינות הרלוונטיות לענייננו: אזרחות התושבים (כאזרחי ישראל)¹³⁸ לצד אי-הכרה באזרחות שנכפתה עליהם בעת סיפוח לא-חוקי, הטיפול בנכסי אויב (למעט השבת נכסי היהודים אשר טופלו על-ידי הירדנים כנכסי אויב),¹³⁹ החלת חוק נכסי נפקדים ופעולות רישום המקרקעין. בכל אחד מן ההיבטים הללו הייתה מדיניות ישראל לא-עקיפה ומפוצלת בין צד משפטי לצד מעשי (דה-יורה מול דה-פקטו).

בחוק הסדרי משפט ומינהל קבעה ישראל, בהקשרים שונים, הוראות המאפשרות לקיים רציפות בין השלטון הירדני – אשר ישראל לא הכירה בחוקיות של סיפוח השטח על-ידי – לבין החלת החוק הישראלי. בהקשרנו, לפי החוק ניתן לקבוע תקנות בעניין "הכרה ואישור של מסמכים שהוצאו או אושרו בכל עת שלפני תחילתו של צו החלת המשפט על ידי רשות מן הרשויות שפעלו בשטח תחולתו".¹⁴⁰ מכוח הסמכה זו נקבע בתקנות כי "מסמך שניתן או אושר, בכל עת שלפני היום הקובע, על-ידי עובד ציבורי או משרד ציבורי, והיה ברת-תוקף בשטח התחולה, דינו כמסמך שניתן או אושר, לאותו ענין ובאותו תוקף, על ידי עובד ציבורי

133 Control Council Law No. 5, Vesting and Marshalling of German External Assets (1945) art. III. Seidl-Hohenveldern, לעיל ה"ש 104, בעמ' 35; CLUTE, לעיל ה"ש 106, בעמ' 77–78.

134 בג"ץ 174/52 חסין נ' מפקח בית-הכלא, עכו, פ"ד ו 897, 901 (1952) (השופט ש"ז חשין) (האזרחות הארצישראלית "אינה קיימת עוד ולא היתה קיימת, לא בשטח מדינת-ישראל ולא בחלק א"י שנכבש בידי הארצות השכנות ולא בשום מקום אחר בעולם, לאחר הקמת המדינה בחלק מא"י וסיפוח חלקיה האחרים לארצות אחרות").

135 חוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 146 (אשר פורסם ב-8.4.1952 ונכנס לתוקף ב-14.7.1952, כאמור בס' 19 (א) לחוק).

136 שם, בס' 2 (ב) ו-3 (א).

137 עניין חסין, לעיל ה"ש 134, בעמ' 901. כן ראו Kassim, לעיל ה"ש 78, בעמ' 67; *Re Googs of Shiphris*, 17 INT'L L. REP. 110 (1956).

138 ראו, למשל, אילן סבן "המשך המדרון: התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בגדה המערבית, בירושלים או ברמת-הגולן בקבלתן 'ברוב מיוחס' משפט וממשל כה 29, 51–52 (2023).

139 ס' 5 לחוק הסדרי משפט ומינהל.

140 ס' 25 (3) לחוק הסדרי משפט ומינהל.

או משרד ציבורי בישראל".¹⁴¹ יודגש כי הוראה זו אינה נוגעת בעניין האזרח הירדני, שכן אזרחות אינה "מסמך", אלא סטטוס, ולכן ממילא הוראה זו אינה חלה על מעשה האזרח הכפוי.¹⁴²

ההוראה האמורה שבתקנות הסדרי משפט ומינהל אומצה בהקשר אחד בלבד: תקינותם ורציפותם של הליכי הסדר הזכויות במקרקעין שנעשו על-ידי ירדן.¹⁴³ במקביל לכך נקבע, בהקשר של ניהול נכסי אויב, כי יש להכיר בחזקת התקינות המיוחסת לממשלת ירדן, ובאופן ספציפי לממונה הירדני על נכסי האויב.¹⁴⁴ כללים אלו אומצו לא מתוך מחשבה שישאל היא יורשת של שלטון ירדן (עמדה שישאל לא אימצה), וגם לא מתוך מחשבה שיש ליתן תוקף לפעולותיה של ירדן, אלא כדי לשמור על "זכויות קנויות בין פרטים, כאשר עובר השטח שבו יושבים פרטים אלה מיד ליד",¹⁴⁵ שכן "...המגמה היא לקיים רציפות של זכויות הקניין הפרטי, כאשר שלטון בשטח מסוים מתחלף",¹⁴⁶ וכדי לתת "ביטוי לחתירה לצמצום הפגיעה בזכויות [קנייניות] בנסיבות של חילופי שטחים וחילופי ריבונות בין מדינות".¹⁴⁷ בתפר של הסדר זכויות ופעולות הממונה על נכסי האויב, אימץ לאחרונה השופט עמית את העמדה כי ביחס להתחייבות של ממשלת ירדן להקנות בעלות למי שהיא יושבה בשייח' ג'ראח לפי דיני המסחר עם האויב שהיו בתוקף בתקופתה, "גם הדין בישראל אישר את תוקפם של מסמכים רשמיים ירדניים..."¹⁴⁸

על האזרח הכפוי לא כדין של תושבי שטח כבוש (כפי טענתה של ממשלת ישראל) לא חלים על-כן דין רציפות או תקפות מסמכים, ובוודאי אי-אפשר ולא ראוי להיבנות ממנו לצורך שלילת זכויות קנייניות, תוך היפוך מוחלט של התוצאה שלשמה נקבעו דין הרציפות המוגבל שאומץ כמו-גם חזקת התקינות המנהלית שהוכרה. נהפוך הוא, ממטרתם של דין הרציפות ושל ההכרה בחזקת התקינות – הגנה על זכויות מוקנות, ובפרט על זכויות קנייניות

141 תק' 19 לתקנות הסדרי משפט ומינהל (רציפות הליכים אזרחיים, אכיפת פסקים והכרה במסמכים), התשכ"ט-1968 (להלן: תקנות הסדרי משפט ומינהל).

142 ראו שרון שקרג'י כללי ברירת הדין בענייני נישואין וגירושין לאור השינויים שחלו בדין המהותי 91 (2015) ("...הסטטוס [מאופיין] כמייצג קבוצה מובחנת שלכל החברים בה כושר או היעדר-כושר ייחודי, שאליו נלוות זכויות וחובות מיוחדות"). ראו גם שם, בעמ' 96-97.

143 בב"ש 110/71 אל-עלמי נ' אל-עלמי, פ"ד כט (1) 17, 20 (1974) נקבע כי יש לתת למושג "מסמך", "גם כשהוא מתייחס למסמך שניתן בירדן, פירוש רחב ודומה לשלנו, הכולל את הצווים, ההודעות, המודעות ושאר הפעולות שנעשו בקשר להסדר קרקעות". כן ראו ע"א 51/89 האפוטרופוס הכללי נ' אבו חמדה, פ"ד מו (1), 491, 502 (1992). כן ראו להלן ה"ש 230.

144 ע"א 459/79 הוועד הכללי לכנסת ישראל נ' אל איובי, פ"ד לה (4) 188, 195 (1981); ע"א 805/79 עיזבון אל-גול נ' כולל חב"ד בירושלים, פ"ד לח (1) 57, 65 (1984); רע"א 2167/21 סווי נ' האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי (נבו) (25.3.2021).

145 ע"א 522/70 אלקוטוב נ' שאהין, פ"ד כה (2) 77, 82 (1971) (ההדגשה במקור). הדברים עולים בקנה אחד עם ס' 5(א)-(ב) לחוק הסדרי משפט ומינהל, ככל שמקפידים על כך שאין הסעיף בא לפגוע בזכויות מוקנות של צדדים שלישיים. ראו הצגת חוק הסדרי משפט ומינהל, התשכ"ח-1968, לקריאה הראשונה בישיבה 315 של הכנסת השישית, בד"כ 1968.7.29, 2907, 2927, 2928 ו-2942. ראו גם עניין סרתאן, לעיל ה"ש 68, בפס' 58; עניין ג'אעוני, לעיל ה"ש 68, בפס' 57 לחוות-הדעת של השופטת ברק-ארז.

146 עניין עיזבון אל-גול, לעיל ה"ש 144, בעמ' 65.

147 עניין ג'אעוני, לעיל ה"ש 68, בפס' 92 לחוות-הדעת של השופטת ברק-ארז.

148 שם, בפס' 13 לחוות-הדעת של השופט עמית. כן ראו שם, בפס' 61 לחוות-הדעת של השופט סולברג. כן ראו לויין-שנור "הגנת מחזיקים", לעיל ה"ש 68.

— הייתה צריכה להילמד הפרשנות שאין לזקוף לחובתם (מבחינת זכויותיהם הקנייניות) של בעלי זכויות במזרח ירושלים את קיומה של אזורות ירדנית סטטוטורית שנכפתה עליהם על-ידי מי שהיה באותה שעה כוח כובש שלא היה רשאי לכפות התאזרחות.

טענה זו הוצגה, למיטב ידיעתי, פעם אחת בלבד לפני בית-המשפט. בעניין עג'לוני טענה התובעת כי היא נולדה בירושלים בשנת 1933 והתגוררה במזרח העיר, עד שעברה לארצות-הברית עם נישואיה בסוף שנות החמישים. בתחילת שנות השישים, כלומר שנים קודם להחלת החוק הישראלי, היא קיבלה אזרחות אמריקאית. היא טענה לפני בית-המשפט כי אין לראותה כנתינת מדינה אחרת זולת ארצות-הברית, "גם אם בתקופה הרלבנטית נכפה עלינו הדרכון הירדני לאור המצב הפוליטי והמדיני ששרר באזור".¹⁴⁹ בית-המשפט התעלם כליל מטענתה זו בדבר כפיית הדרכון (או האזרחות הירדנית).

יצוין כי תושב השטחים, ומזרח ירושלים בכלל זה, אשר ביקש לצאת מן האזור נדרש לדרכון, אשר קיומו הפך אותו לאזרח ירדני מבחינת התייעוד: האזרחות לא הייתה מותנית בדרכון, אך קיומו מוכיח אותה, לכאורה, אף אם לא היה לו כל חפץ בכך. הצלחת לאתר רק מקרה אחד שבו הצליחו תובעים לשלול את קביעת האפוטרופוס כי הם (או מי שהם באים בנעליו) היו אזרחי ירדן, על-ידי כך שהוכיחו כי הבעלים עזב את ירושלים לפני שנת 1948.¹⁵⁰ סוגיה נוספת נוגעת במצב של אזרחות כפולה. הפסיקה קבעה כי אין בכך כדי למנוע את תחולתו של חוק נכסי נפקדים על מי שנחשב אזרח ירדני.¹⁵¹ אולם, אף אם נכיר בתוקפה של האזרחות הירדנית, אם קיימת אזרחות נוספת, כמו במקרה של עניין עג'לוני האמור, אזי לפי המשפט הבין-לאומי המחייב, על מדינה שלישית, שהאדם אינו מאזרחיה, להחשיב כמדינת אזרחותו של אותו אדם את המדינה שבה הוא מתגורר דרך קבע או את המדינה שאלה הוא "appears to be in fact most closely connected".¹⁵² כלומר, כפי שנפסק, "הולכים אחר האזרחות 'האפקטיבית', הפעילה, הממשית והבולטת".¹⁵³ טענה זו בהקשר של חוק נכסי

149 ת"א (מחוזי י-ם) 45335-11-16 עג'לוני נ' נסר, פס' 17 (נבו 29.9.2023).

150 ת"א (מחוזי י-ם) 1532/99 עזבון אבוזהרייה נ' חמדן, פס' 18 (נבו 28.5.2007) ("...התובעים הצליחו להראות, ברמת סבירות ושכנוע המתבקשים מכלל נסיבות המקרה, כי חנון [מי שנטען כי הוא נפקד] היה אזרח של ניקרגואה במועד הרלבנטי וכי הוא לא היה אזרח או תושב של ירדן", שכן הוא עזב את ירושלים לפני שנת 1948; בתיק זה לא הוצאה תעודת נפקדות לפי ס' 30(א) לחוק). האפוטרופוס חזר בו מן הערעור על פסק-הדין — ראו ע"א 2250/06 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' נוהה (נבו 10.9.2013). ראו בהקשר זה גם החלטה מס' 121 לפירוש הסעיף השני לחוק ההתאזרחות, מס' 56 לשנת 1949 (8.1.1951) לקט של חוקים ירדניים סה 2 (1974) ("אלו שלא התגוררו קודם לתאריך האמור בגדה זו [הגדה המערבית], אינם נחשבים כירדניים"). אך ראו ת"א (מחוזי י-ם) 28195-04-18 קוגל נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 43 (נבו 12.3.2025) (להלן: עניין קוגל 2 במחוזי), שם נקבע כי אם אדם הגיע לאמריקה הדרומית בשנת 1922 והשתקע בה, ואם אין אינדיקציה כלשהי לכך שהוא חזר לישראל (או לפלשתינה, כשמה אז) או אף ביקר בה פעם נוספת, ואין גם כל רישום שבו הוא מופיע כבעל אזרחות ירדנית, הוא לא ייחשב נפקד. ערעור האפוטרופוס על פסק-הדין הוגש בע"א 47213-05-25 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' קוגל (תלוי ועומד).

151 ע"א 211/14 חוסייני נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (נבו 19.11.2015). אך ראו עניין חלים, לעיל ה"ש 77, בפס' 17, ומנגד ת"א (מחוזי י-ם) 28475-09-12 אלדר נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 22 (נבו 14.11.2013).

152 Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, Apr. 13, 1930, 179 L.N.T.S. 89, art. 5 (entered into force July 1, 1937) (להלן: אמנת האזרחות).

153 ע"א 86/63 אל-צפדי נ' בנימין, פ"ד יז 1419, 1426 (1963).

נפקדים טרם נבחנה לגופה.¹⁵⁴ נוסף על כך, במצב זה אפשר להעלות טענה המתבססת על היחסים בין המדינה הזרה לישראל, שכן בהקשרים שונים מקובלות הגנות הדדיות על אזרחי המדינות מפני פגיעה בקניינם על-דרך נטילת קרקע ללא פיצוי.¹⁵⁵ האם מצבה של האזרחות הירדנית של תושבי מזרח ירושלים קפא בזמן?

בשנת 1988, בעקבות פרוץ האינתיפאדה הראשונה ועל רקע כוונת הפלסטינים להכריז על עצמאות,¹⁵⁶ החליט המלך חוסיין לנתק את הגדה המערבית ומזרח ירושלים מירדן.¹⁵⁷ בהתאם לכך החליטה ממשלת ירדן על התנתקות מנהלית ומשפטית מהשטח ומתביעת האזרחות הירדנית מהפלסטינים שאינם תושבי ירדן.¹⁵⁸ בהתאם לתקנות ההתנתקות משנת 1988, המבטאות החלטה ריבונית של מועצת השרים,¹⁵⁹ כל אדם המתגורר בגדה המערבית נכון לתאריך 31 ביולי 1988 ייחשב אזרח פלסטיני, ולא ירדני, ואף לא אזרח ירדני-פלסטיני.¹⁶⁰ המשמעות המיידית של ההתנתקות, כותבים פרוסט ושאף, הייתה שירדן "effectively revoked the Jordanian nationality of approximately one million West Bank residents overnight".¹⁶¹ מכאן שירדן הכירה לכאורה באזרחותם הפלסטינית של הקבוצה הנדונה, אך מכיוון שלא באמת התקיימה מדינה פלסטינית באותו זמן, נוצרה עמימות אינהרנטית בשאלה מה זה אומר להיות "אזרח" פלסטיני, ובאיזה אופן הדבר שונה, אם בכלל, ממצב של חוסר אזרחות (statelessness).¹⁶² גם החוקיות של פעולה זו, כמו של ההתנתקות בכללותה, היא עניין מורכב מאוד.¹⁶³

רמון ורונן מתארים כי בעקבות ההתנתקות החלה ממשלת ירדן להנפיק לתושבי הגדה המערבית ומזרח ירושלים "דרכונים" בצבע ירוק, בעוד תושבי הגדה המזרחית מחזיקים בדרכונים שצבעם צהוב. אך לא רק צבע הדרכונים השתנה: ה"דרכון" הירוק אינו מעיד עוד על אזרחות ירדנית, אלא הוא בגדר תעודת מסע אשר מוגבלת בזמן קצר ואינה מקנה זכות לגור באופן קבוע בירדן או כל זכות אחרת.¹⁶⁴

154 ראו עניין קוקרן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 331.

155 ראו, לדוגמה, UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, EXPROPRIATION (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012).

156 Uri Davis, *Jinsiyya Versus Muwatana: The Question of Citizenship and the State in the Middle East: The Cases of Israel, Jordan and Palestine*, 17(1-2) ARAB STUD. Q. 19, 34 (1995).

157 רמון ורונן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 212.

158 Frost & Schaaf, לעיל ה"ש 30, בעמ' 584-583.

159 תיק 49/2014 דא"אס נ' שר הפנים (בית-המשפט המנהלי, ירדן, 26.11.2014) (ערבית). כן ראו Kassim, לעיל ה"ש 78, בעמ' 74-73.

160 שם, בעמ' 70.

161 Frost & Schaaf, לעיל ה"ש 30, בעמ' 584; Kassim, לעיל ה"ש 78, בעמ' 73. ההערכה של דייווידס היא כי כ-750,000 פלסטינים איבדו את אזרחותם הירדנית. ראו Davis, לעיל ה"ש 156, בעמ' 34.

162 Frost & Schaaf, לעיל ה"ש 30, בעמ' 584; Davis, לעיל ה"ש 156, בעמ' 36. למעמד חוסר אזרחות של פלסטינים יש תקדים ישראלי, כאמור. ראו לעיל ליד ה"ש 135-137.

163 Davis, לעיל ה"ש 156, בעמ' 36-37; הצהרת המלך חוסיין, לעיל ה"ש 91, בהערת עורך כוכבית.

164 רמון ורונן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 213 ו-307. ראו גם Kassim, לעיל ה"ש 78, בעמ' 75; Davis, לעיל ה"ש 156, בעמ' 36.

באופן פורמלי לא שונתה הסמכות לשלילת האזרחות, המסורה לפי חוק האזרחות הירדני למועצת השרים.¹⁶⁵ אך לפי פרוסט ושאף, פקידי המדינה למדו לחמוק ממגבלה זו ומביקורת שיפוטית על פעולותיהם על-ידי שימוש מכוון במינוח אחר לתיאור פעולתם: הם חדלו לומר שהם שוללים (sahab) את האזרחות הירדנית, פעולה הנתונה לביקורת שיפוטית, והחלו לומר שהם משנים את הסטטוס הרישומי (taGheer) (לעיתים נעשה שימוש במונחים הקרובים taTHheer, שפירושו לוודא, או taSheeh, שפירושו לתקן). ברמה המנהלית, פעולת שינוי זו אינה נחשבת פעולה אדמיניסטרטיבית, ובהתאם לכך אינה מקבלת מספר החלטה ואינה חתומה על-ידי פקיד ציבור. ברמה המהותית, בעוד שלילת האזרחות היא פעולה השוללת זכות שהייתה קיימת, שינוי האזרחות (או הסטטוס הרישומי) מחזיר דברים למקומם, כאילו מעולם לא הייתה אזרחות: "changing" nationality just revises state records to reflect that the right never existed in the first place but (allegedly) was recorded due to a clerical misunderstanding.¹⁶⁶ גם בהקשר האוסטרי-הגרמני התעוררו שאלות מורכבות – שחלקן ממשיכות להעסיק את המערכת המשפטית עד ימינו-אנו – לגבי התחולה בזמן של הביטול או ההחלה למפרע של האזרחות הגרמנית או האוסטרית, בהתאמה.¹⁶⁷

בהקשר הישראלי, מעמדם האזרחי של בעלי נכסים במזרח ירושלים נקבע לפי הצלבה מדוקדקת ומכוונת של זמן, סמכות ומקום, המסתנכרנים לפי שעון שכווננו אחד: עיגון של בעלות המדינה בנכסיהם. כך, בכל הנוגע באזרחות של תושבי מזרח ירושלים כאזרחי ישראל, התיקון לחוק האזרחות מחודש אוגוסט 1968 הוסיף לו את סעיף 4א, המאפשר רכישת אזרחות מכוח לידה וישיבה. הסעיף קובע כי "מי שנולד אחרי הקמת המדינה במקום שהיה שטח ישראל ביום לידתו, ולא היתה לו מעולם שום אזרחות, יהיה לאזרח ישראלי", בתנאים הנקובים בסעיף אך כמעט ללא תנאים מוקדמים.¹⁶⁸ לסעיף זה הייתה יכולה להיות השלכה מיידית על שני סוגי אוכלוסיות. ראשית, עם קבלת החוק, לאחר החלת הריבונות במזרח ירושלים, הייתה יכולה להיות לו השלכה על מי שהיו אז תושביה. אולם התנאי כי התחולה היא לגבי לידה "במקום שהיה שטח ישראל" במועד מסוים וקפוא בזמן – מועד הלידה – הביאה לידי כך שתושבי מזרח ירושלים שהיו בני יותר משנה וחודשיים עם חקיקת התיקון לא נחשבו כמי שנולדו ב"ישראל".¹⁶⁹ שנית, לסעיף האמור הייתה יכולה להיות השלכה על מי שנולד במזרח ירושלים לאחר ההתנתקות של ירדן מהגדה המערבית וממזרח ירושלים, ואשר היה מיום לידתו חסר אזרחות. אולם, כפי שמראה רונן, משרד הפנים לא הפעיל כלל את סעיף 4א לחוק, לא הציג את דבר קיומו של מסלול זה לרכישת אזרחות, לא פרסם נהלים להגשת בקשות על-פיו, והתעלם מההתייחסות לסעיף בבקשות שהוגשו לו. רונן כותבת כי

165 או מותנית בבקשה לשר הפנים, לפי הפרשנות שניתנה בבית-המשפט המחוזי לס' 15 לחוק האזרחות הירדני. ראו לעיל ה"ש 84–85 והטקסט המפנה אליהן.

166 Frost & Schaaf, לעיל ה"ש 30, בעמ' 595.

167 ראו, לדוגמה, עניין Ambar, לעיל ה"ש 105.

168 ס' 4א(א) לחוק האזרחות, כפי שהוסף בחוק האזרחות (תיקון מס' 2), התשכ"ח–1968, ס"ח 212.

169 ראו רונן "ריבונות בירדנית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 286–287.

בכך נמנעת החלת ריבונות באופן שלם ואפקטיבי, תוך שימור זרותם של תושבי מזרח ירושלים.¹⁷⁰

זרות זו פועלת לזכותה של ישראל, אשר סיפחה את השטח אך לא את תושביו, ולחובתם של תושבי המקום או בעלי הנכסים בו. יתר על כן, במישור המשפט הפנימי הישראלי, לא רק שתושבי מזרח ירושלים היו אמורים ליהנות מאזרחות ישראלית ללא תנאים (כנובע מטענתה של ישראל שהיא ריבון חוקי), בה-במידה הם היו אמורים להיות מופטרים מתחולת האזרחות הירדנית (כנובע מטענתה של ישראל שירדן לא הייתה ריבון חוקי). במציאות פעלה ישראל בדיוק הפוך: היא לא הקנתה להם אזרחות ישראלית ללא תנאים, ולא פטרה אותם מן האזרחות הירדנית.

אולי בהמשך לשינוי המדיניות שאירע לאחרונה בנוגע להחלה המלאה של ריבונות במזרח ירושלים, כפי שתואר במבוא,¹⁷¹ ובלחץ עתירות, חל בשנים האחרונות שינוי-מה במדיניותה של ישראל בנוגע לאזרחות לפי סעיף 4 לחוק האזרחות.¹⁷² מכל מקום, אזרחות זה תחולתו מיום האזרחות בלבד.

נוסף על כך, אף בכל הנוגע בביטול (מלכתחילה או בדיעבד) של הירדניזציה של הפלסטינים על-ידי הירדנים, עם ההתנתקות בשנת 1988, השעון מסתנכרן לשלילת בעלות בנכסים, שכן ישראל מסרבת להכיר בעמדת ירדן דהיום ביחס לקיומה או העדרה של אזרחות.¹⁷³ סעיף 1 לאמנת האזרחות,¹⁷⁴ הנחשבת דין מנהגי,¹⁷⁵ קובע כי כל מדינה קובעת לפי חוקיה מי הם אזרחיה, וכי הוראה זו תכובד על-ידי מדינות אחרות ככל שהיא עולה בקנה אחד עם אמנות ומנהגים בין-לאומיים ועקרונות מקובלים. בהתאם להוראה זו, היה על ישראל לפעול באחת משתי דרכים. חלופה אחת היא לנהוג לפי הרישאה של סעיף 1 לאמנה, כלומר, לקבוע את שאלת אזרחותם של מי שמעמדם לצורך החלת חוק נכסי נפקדים תלוי באזרחותם הירדנית לפי קביעתה של ירדן, דהיינו, לקבל את קביעתה של המדינה האחרת (ירדן) בשאלה אם פלוני הוא אזרח, ובכלל זה אם החלטתה של ירדן בשנת 1988 מתקבלת על-דרך חזרה (revocation) או תיקון בדיעבד של המרשם בדרך שתוארה לעיל (taGheer). חלופה אחרת היא לנהוג לפי הסיפא של סעיף 1 לאמנה, כלומר, לקבוע כי הואיל והאזרח הכפוי מהווה הפרה של המשפט הבין-לאומי, כפי שהסברתי לעיל, קביעת ירדן מלכתחילה לגבי אזרחות ירדנית לפלסטינים בירושלים לא תכובד, ולא להכיר בקיומה של אזרחות כאמור. אך האפוטרופוס לנכסי נפקדים מבקש לפסוח על שתי הסעיפים: גם לא לקבל את הכרעתה של ירדן לגבי קיומה (או העדרה) של אזרחות, וגם לטעון לקיומה של אזרחות ירדנית מכוח החוק

170 שם. ראו גם Ariel Zemach, *The Emerging Right of West Bank Palestinians to Israeli Citizenship*, 42 U. PA. J. INT'L L. 271, 311 (2020).

171 ראו לעיל ליד ה"ש 22–23.

172 ראו ניר חסון "משרד הפנים פרסם נוהל שיקל על 20 אלף תושבי מזרח ירושלים לקבל אזרחות הארץ" (25.11.2020) <https://katzr.net/9513f7>; סבן, לעיל ה"ש 138, בעמ' 51.

173 ראו, לדוגמה, את כתב ההגנה מטעם האפוטרופוס לנכסי נפקדים בעניין **מטר**, לעיל ה"ש 125. בהקשר אחר, של הליכי הסדר זכויות במקרקעין שלא הסתיימו לפני 1967, הסתמכות על מסמכים ירדניים מקובלת על ישראל. ראו בג"ץ 3684/23 **אבו ני' פקיד ההסדר של המקרקעין** (נבו) (9.4.2024).

174 אמנת האזרחות, לעיל ה"ש 152.

175 ראו, לדוגמה, Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), Second Phase, Judgment, 1955 I.C.J. Rep. 4, 23 (Apr. 6).

הבלתי-חוקי במשפט הבין-לאומי שהוחק על-ידיה. עמדה זו קשה במיוחד כאשר אנו מביאים בחשבון את כלל היציאה מתחולת החוק: מתי אדם נחשב תושב.

2. תושבות במזרח ירושלים

ממשלת ישראל, כפי שכבר ראינו, הבינה היטב כבר מראשית הדרך כי אין זה מתקבל על הדעת לראות את נכסיהם של תושבי מזרח ירושלים בשטח זה כנכסי נפקדים ומכאן לשלול את זכויותיהם בהם.¹⁷⁶ אכן, חוק הסדרי משפט ומינהל ביקש לצמצם את התוצאה בעלת התחולה הנרחבת של ההכרזה על כל תושבי מזרח ירושלים כנפקדים ברכושם,¹⁷⁷ הנובעת מעצם אזרחותם הירדנית.¹⁷⁸ עם זאת, החוק ביקש להבטיח כי ביטול הנפקדות לא יחול על מי שלא היה תושב מזרח ירושלים במועד החלת המשפט, ואף לא יעודד, בעקיפין, שיבה אל העיר של מי שלא נמצאו בה באותו מועד. לנוכח זאת נקבעו כללים מחמירים לכלל ההוצאה מתחולה שנקבע בחוק הסדרי משפט ומינהל. אולם החלתו של חוק נכסי נפקדים על בעל נכסים במזרח ירושלים רק בשל אזרחותו הירדנית הכפויה, משום שהוא לא הצליח להוכיח כי ישב בה במועד הרלוונטי, אף שהוא נמצא בעיר לאחר-מכן או פנה למדינה אחרת שאינה אויבת, מעוררת קושי רב.¹⁷⁹ זאת, בפרט לנוכח הפער בין הנכונות הדינמית לשלול מאדם מעמד של תושב-קבע בשל התנהלותו המאוחרת למועד גיבושה של תושבות-הקבע¹⁸⁰ לבין חוסר הנכונות להכיר במעמד של תושב-קבע בשל התנהלות מאוחרת למועד הקובע.

176 ראו לעיל ה"ש 51 והטקסט המפנה אליה.

177 ת"א (מחוזי י-ם) 4960-08-10 **הולגר נ' רושרוש**, פס' 31 (נבו 29.11.2017). ערעורים על ההחלטה נדחו בהסכמה, תוך שבית-המשפט העליון מציין כי "להשקפתנו, המסלול הראוי לבחינת הנסיבות המיוחדות הוא בקשה לשחרור המקרקעין לפי סעיפים 28 ו-29 לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950. המערערים הביעו הסכמה לפנות למסלול זה, וחזקה על הוועדה המיוחדת ועל האפוטרופוס לנכסי נפקדים שיפעילו את שיקול דעתם תוך מתן משקל לנסיבות המיוחדות של המקרים". ע"א 225/18 **הולגר נ' רושרוש** (נבו 29.10.2018). על פרשה זה ראו עוד להלן בה"ש 223.

178 ת"א (מחוזי י-ם) 2514/08 **עואד נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים**, פס' 21 (נבו 8.4.2010) (סגן הנשיא צבי זילברטל) ("...מרבית תושבי מזרח ירושלים... היו בעלי אזרחות ירדנית כאשר הוחל עליהם הצו, ועבורם נחקק למעשה סעיף 3(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל, שנועד לקבוע כי על אף אזרחותם הירדנית אין לראות בהם נפקדים על פי חוק נכסי נפקדים"). האפוטרופוס לנכסי נפקדים חזר בו מערעור על פסק-הדין, תוך שצוין כי הוא "מסכים לתוצאה אליה הגיע בית משפט קמא בנסיבותיו הייחודיות של המקרה דנא, תוך הדגשה כי השאלות העקרוניות אליהן נדרש בית משפט קמא תישאנה בצריך עיון למקרה מתאים אחר, ותתלבנה במסגרתו, ובהקשר זה שומר המערער על כל טענותיו". ע"א 3941/10 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עואד** (נבו 10.10.2011).

179 לדוגמה, בע"א 60141-06-25 **גועבה נ' אגף נכסי נפקדים**, פס' 2 (נבו 12.11.2025) (להלן: עניין **גועבה**) מצוין כי מי שהיה הבעלים הרשום של הנכס ערב יוני 1967, "היה אזרח ירדני, ולא נכח בישראל בתאריך הקובע". בפסק-הדין של בית-המשפט המחוזי נאמר אף בצורה מסויגת יותר כי הבעלים הרשום היה "לכאורה אזרח ירדני". ת"א (מחוזי י-ם) 56943-03-24 **גועבה נ' אגף נכסי נפקדים**, פס' 7 (נבו 21.4.2025).

180 ראו בג"ץ 282/88 **עוד נ' ראש הממשלה ושר הפנים**, פ"ד מב(2) 424 (1988); רונן "הלכת עוד", לעיל ה"ש 108.

על-פי רוב המקורות, המעשה של החלת המשפט הישראלי על מזרח ירושלים הוא בלתי-חוקי ונחשב סיפוח, ואין לו תוצאות חוקיות במשפט הבינ-לאומי.¹⁸¹ לפי דיני התפיסה הלוחמתית, על ישראל מוטלת החובה לשמור על נכסי הנעדרים עד שישובו.¹⁸² בנסיבות אלו הקניית הנכסים במזרח ירושלים לאפוסטרופוס לנכסי נפקדים (לגבי מי שלא מתקיימים לגבי התנאים הקבועים בחוק הסדרי משפט ומינהל) אינה עולה לכאורה בקנה אחד עם מעמדו של השטח במשפט הבינ-לאומי, שכן הטלת הסנקציה של אובדן הזכויות במקרקעין על מי שלא היה תושב השטח או לא נמצא בו מייד או סמוך לאחר תום המלחמה היא פסולה, והיא בבחינת החרמה אסורה של קניין הפרט. כך בכלל, וכך בפרט כאשר הטעם לאובדן הזכות הוא קיומה של אזורות ירדנית כפויה, אשר הוטלה כאמור על תושבי השטח על-ידי ירדן לא בהתאם לכללי המשפט הבינ-לאומי. אולם, כפי שהובהר, ישראל אינה סבורה כי דיני התפיסה הלוחמתית חלים לגבי מזרח ירושלים. אם כך, מדוע לא זכו תושבי המקום במעמד אזרחי מלא ושקול לזה של אחרים, ובאופן שאינו כופה עליהם את תוצאות המלחמה הקודמת שלא היו בשליטתם?

לפי חוק הסדרי משפט ומינהל, הוצאה של אדם מתחום התחולה של חוק נכסי נפקדים מותנית בתושבות במזרח ירושלים בעת החלת המשפט הישראלי (28.6.1967) וכן, באופן מצטבר, בהימצאות בה באותו מועד.¹⁸³ או במועד תחילתו של חוק הסדרי משפט ומינהל המקורי (23.8.1968) או במועד תחילתו של חוק הסדרי משפט ומינהל בנוסחו המשולב (13.8.1970). מי שמקיים תנאים אלו לא יראוהו מאותו יום כנפקד לגבי נכס הנמצא באותו שטח.¹⁸⁴ אולם כפי שציינתי, בהתחשב באי-החוקיות של מעשי סיפוח, כמקובל במשפט הבינ-לאומי, ובהתחשב בטענתי לגבי אי-החוקיות של האזורות הירדני הכפוי, אי-תחולתו של

181 ראו Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9); Moshe Hirsch, *The Legal Status of Jerusalem Following the ICJ Advisory Opinion on the Separation Barrier*, 38 ISR. L. REV. 298 (2005); Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, Advisory Opinion, I.C.J. (July 19, 2024).

182 ראו JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, VOL. I: RULES 173–82 (2005); כתב עתירה בבג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (23.1.2017) <https://katzt.net/143edb>; לוי-שנור "זיאדה", לעיל ה"ש 6. השוו צו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (אזור הגדה המערבית) (מס' 58), התשכ"ז–1967. כן ראו תק' 2 לתקנות רמת הגולן (הוראות מעבר) (מס' 3), התשמ"ב–1982.

יודגש כי הכרה בפעולות של הממונה הירדני על נכסי האויב שאינן עולות לכאורה בקנה אחד עם חובת השמירה שתוארה לעיל בה"ש 145 – דהיינו, הגנה על זכויות של צדדים שלישיים בנכסים שהיו צריכים להיות משוחררים לבעליהם המקוריים לפי ס' 5(ב) לחוק הסדרי משפט ומינהל, אף אם זכויות אלו הן בעלות או זכות להעברת בעלות – נובעת מהגנה על זכויות מוקנות, שהיא שיקול שהוכר בחילופי משטרים, כאמור לעיל בה"ש 145–147 ובטקסט המפנה אליהן. מנגנון נוסף של הכרה בפעולות הממונה הירדני על נכסי האויב הוא מתן הזכויות בנכסים שהופקעו (או שהחלו הליכים להפקעתם או שנעשה בהם שימוש לצורכי ציבור) למדינה, ולא לבעלים המקוריים, אך זאת בכפוף להמשך הצורך הציבורי במקרקעין ולחובת פיצוי. ראו שם, בס' 5(ד)–(י) לחוק הסדרי משפט ומינהל.

183 ס' 3(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל.

184 שם, בס' 28(א); ס' 21(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל בנוסחו המקורי. לא מצאתי בפסיקה אזכורים לשני סעיפים אלו.

חוק נכסי נפקדים לא הייתה צריכה להיות מותנית בהוכחת הימצאות בשטח או בתושבות בו במועד החלתו של החוק הישראלי או לאחריו, אלא לכל-המאוחר ערב מלחמת העצמאות. במילים אחרות, אין לזקוף לחובתם של בעלי הזכויות נכסים את היעדרותם מהאזור בעת מלחמת העצמאות או לאחריה ובזמן הסיפוח הירדני. על-כן ראייה לתושבות למעשה במקום ערב המלחמה, בשנת 1948 או 1949, היה אמור להיות בה די.

מכל מקום, חזרת התושב לאזור לאחר שוך הקרבות – בוודאי בתקופה שהחוק קבעה: עד ליום 13.8.1970 – הייתה אמורה להכניסו לתחום תחולתו של החוק, שאם לא כן לשם מה נקבע בו במפורש סעיף 28(א), הקובע מועד זה? אולם לא כך פעלה הפסיקה. מדוע? אין ביכולתי לומר. את דרישת התושבות היא פירשה כדרישה לרישיון לשיבת-קבע, אשר קיומו נלמד, כך קבעה, מהתפקדות במרשם האוכלוסין המיוחד שנערך במזרח ירושלים בחודש ספטמבר 1967.¹⁸⁵ זאת, אף-על-פי שמבחינה נורמטיבית עצם ההתפקדות למרשם האוכלוסין אינה מחוללת רישיון לשיבת-קבע.¹⁸⁶ יתר על כן, הסתמכות המדינה על הגדרת "תושב" בחוק מרשם האוכלוסין כ"מי שנמצא בישראל כאזרח ישראלי או על פי אשרת עולה או תעודת עולה, או על פי רישיון לשיבת קבע"¹⁸⁷ מתעלמת מהקביעה הנוספת בחוק מרשם האוכלוסין, שלפיה לעניין חוק זה תושב הוא גם מי שנמצא כחוק בישראל, למעט מי שנמצא בה על-פי רישיון לשיבת-מעבר או לשיבת-ביקור או על-פי דרכון דיפלומטי.¹⁸⁸ קביעה זו עולה בקנה אחד עם הדין שקדם לחוק מרשם האוכלוסין, שכן פקודת מרשם התושבים קבעה כי "תושב" הוא אדם שמקום מגוריו הקבוע הוא בשטח שעליו חל משפט של מדינת-ישראל, וכן אדם הנמצא בשטח שלושה חודשים רצופים.¹⁸⁹

עיקרו של דבר, בעוד אין קושי עם אי-תחולתו של חוק נכסי נפקדים מכוח החלתו של חוק הסדרי משפט ומינהל על מי שהתפקד במפקד של 1967, החלתו של חוק נכסי נפקדים ואי-החלתו של חוק הסדרי משפט ומינהל על מי שלא התפקד היא תוצאה מוקשה מאוד. לשם המחשה, ראו את המקרה של אדם אשר בעת המפקד בשנת 1967 היה בן חמש-עשרה והתגורר עם משפחתו ב"צד הישראלי" של בית-חנינה, אשר נחצית על-ידי צו החלת המשפט. אולם ביום המפקד עצמו שהה הקטין בבית בן-דודו, שכן הוא עסק באיסוף ירקות. בבית-המשפט הוא הסביר: "אני הייתי גר בירושלים. אבל כאשר היה המפקד אני אספתי ירקות, הייתי גר בבית בני דודי בכפר למטה, שגם שמו בית חנינה". הוא הבהיר כי לכל בני משפחתו הייתה תעודת זהות ישראלית: "אני היחיד שפקדו אותו למטה". בית-המשפט קבע את נפקדותו, שכן הוא לא הוכיח באופן חד-משמעי מגורים קבועים באזור ירושלים – הוכחה אשר בהעדר התפקדות לא היה אפשר להעמידה.¹⁹⁰ אומנם, לפי ההלכה, "...ניתן להרחיב מעט את המונח 'תושב'... ולכלול בו גם אותם מקרים בודדים של אלה שבשל טעות של

185 ע"א 4664/08 משעל נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 10 (נבו 11.7.2010); ת"א (מחוזי י-ם) 4293/02 משעל נ' אפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 32 (נבו 9.1.2008) (להלן: עניין משעל במחוזי). על המפקד(ים) ראו רמון ורונן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 68–78.

186 ראו בג"ץ עווד, לעיל ה"ש 180, בעמ' 431; רמון ורונן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 81–86.

187 ס' 1(א) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה–1965; עניין משעל במחוזי, לעיל ה"ש 185, בפס' 24.

188 ס' 1(ב) לחוק מרשם האוכלוסין. יצוין כי הדרישה כי ההימצאות בישראל תהיה "כחוק" נוספה בתיקון החוק מיום 7.2.1968 (חוק מרשם האוכלוסין (תיקון מס' 2), התשכ"ח–1968, ס"ח 28).

189 פקודת מרשם התושבים, התש"ט–1949 (בוטלה).

190 עניין הלאל, לעיל ה"ש 83, בפס' 415–416.

הרשויות לא התפקדו במפקד האוכלוסין שנערך בירושלים בשנת 1967 ולא נרשמו כתושבים, אך הוכח לגביהם באופן חד משמעי שהתגוררו בירושלים דרך קבע לפני שנת 1967, ושהמשיכו להתגורר בירושלים באופן רצוף מאז¹⁹¹, אולם עינינו הרואות כי גם כאשר מדובר בנער המתגורר בבית אמו ולומד בבית-הספר הסמוך לו, אי-התפקדותו האקראית במפקד פועלת לחובתו.

יש חוסר הלימה בין הנוקשות והגורפות של החלת החוק על מי שנחשב נפקד לבין הצמצום של אפשרות היציאה מתחולתו. כך, אותו שופט שקבע את נפקדותו של הנער בשל היעדרותו הנקודתית מהמפקד קבע בתיק אחר כי לצורך כניסה לחלופה השנייה של חוק נכסי נפקדים, שלפיה הימצאות במדינת אויב הופכת אדם לנפקד¹⁹², די בביקור במדינת אויב¹⁹³. בית-המשפט העליון אימץ (לא בהקשר של מזרח ירושלים) את העמדה כי די בשהייה קצרה בירדן להכניס אדם לגדרה של חלופה זו¹⁹⁴.

לא ציינתי עד כה כי בידיו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים מצוי כלי ראייתי רב עוצמה: הוצאת תעודת נפקד או תעודת נכס נפקד¹⁹⁵. עם הוצאתה של תעודה זו מוטלת על הטוען נגדה להוכיח את היפוכה. בנסיבות של היפוך הנטל, גם אם יתאפשר לתובע להוכיח את תושבתו במזרח ירושלים לא באמצעות התפקדות במפקד, סיכוייו להצליח בכך קלושים, בפרט בחלוף עשרות שנים¹⁹⁶. יודגש כי גם בהעדר תעודה קשה ער-מאוד מבחינה ראייתית להפריך טענת נפקדות. ברוב המקרים (הספורים כשלעצמם) שבהם קיבל בית-המשפט טענה של תובע לאי-נפקדות היה זה כאשר האפוטרופוס עצמו שינה את עמדתו לאורך ניהול התיק, הוציא תעודה מטעמים שהוכרו כפסולים, או הוציא תעודה במהלך ההתדיינות כדי ליהנות מהחזקה לטובתו.

נוסף על הקושי בהצגת דרישת ההתפקדות כלפי מי שהיו תושבים ונמצאו בשטח (לפני המלחמה או לפני 13.8.1970) אך לא התפקדו, שאלה נוספת היא אם מי שעזב לאחר-מכן את מזרח ירושלים מכניס את עצמו לתחולתו של חוק נכסי נפקדים אך בשל קיומה של אזרחות ירדנית (שנוצרה קודם לשנת 1967). בית-המשפט המחוזי השיב על כך בעקיפין בחיוב באחד המקרים¹⁹⁷, אך נראה לי שמסקנתו הייתה לא-נכונה. אם אדם מופטר מתחולת החוק בשל אזרחותו הירדנית בהיותו תושב מזרח ירושלים ונמצא בה, אותה אזרחות ירדנית אינה יכולה לפעול עוד לחובתו (גם אם לאחר 1967 הונפק מכותה דרכון) – למשל, כאשר עזב את השטח ולא נמצא לאחר-מכן באחת המדינות ההופכות אדם לנפקד. כך, בעניינו של אותו נער בן חמש-עשרה, אשר בשנת 1970 עזב את השטח לארצות-הברית, אין עילה לראות בו נפקד רק

191 עניין **משעל במחוזי**, לעיל ה"ש 185, בפס' 33. ראו להלן לגבי התנאי של המשך המגורים לאחר 1967.

192 ס' 1(ב)(1)(II) לחוק נכסי נפקדים.

193 ה"פ (מחוזי י-ם) 2270/03 **אבו דהים נ' חטאב** (נבו 28.4.2010). לגבי החלטה זו נקבע כי היא אינה מהווה מעשה בית-דין בתנאים שנקבעו ברע"א 4280/10 **יורשי חטאב נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים** (נבו 16.1.2012).

194 ע"א 518/16 **יונס נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, פס' 6 (נבו 7.6.2018). ראו, באופן דומה, ת"א (מחוזי י-ם) 1725-04-16 **רשות מקרקעי ישראל נ' רוק** (נבו 6.8.2020), אך ראו עניין **עואד**, לעיל ה"ש 178, בפס' 27.

195 ס' 30(א)–(ב) לחוק נכסי נפקדים.

196 ראו, לדוגמה, עניין **משעל במחוזי**, לעיל ה"ש 185.

197 עניין **הלאל**, לעיל ה"ש 83, בפס' 415.

משום אזרחותו הירדנית, אשר כוחה הנורמטיבי לקבוע נפקדות נשלל בעטיו של סעיף 3(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל.¹⁹⁸

נוסף על כך, אם במועד מאוחר ל-13.8.1970, שהוא המועד הקובע לעניין הימצאות לצורך סעיף 3(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל, אותו אדם נמצא במדינה שהימצאות בה הופכת אותו לנפקד, נניח בירדן, אזי באפשרותו להוכיח כי הוא נמצא בה לפי היתר חוקי, ואז, כאמור בסעיף 3(ב) לחוק, אין נפקא מנה לעובדת הימצאותו שם מבחינת הפטור מנפקדות.

כך, בעניין **עואד** נקבע כי אדם שגורש "בהסכמתו" מירושלים לירדן נחשב כמי שהיה בידו "היתר חוקי" ולכן אינו נחשב נפקד.¹⁹⁹ היתר חוקי, לפי קביעתו של בית-המשפט, הוא מצב שבו אין מדובר בהברחת גבול או ביציאה שנעשית בניגוד לדין. על-כן, למשל, יציאה למצרים דרך מעבר גבול אינה יכולה להיחשב יציאה "לא בהיתר", בהנחה שאין מניעה לעבור בין ישראל למצרים. כך גם לגבי יציאה לירדן או אפילו התאזרחות בה לאחר חתימת הסכם השלום עימה ב-10.11.1994.²⁰⁰ על-כן, אם יש ביכולתו של אדם שמופטר מתחולתו של חוק נכסי נפקדים בשל עמידתו בתנאי סעיף 3(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל להוכיח כי לאחר 10.11.1994 (או אף לפני כן) הוא עזב את האזור לירדן לא על-דרך הברחת גבול, אזי הוא ממשיך להיות משוחרר מתחולת החוק.

בפרשת **סומריין**²⁰¹ נטען לגבי בניו של מי שהתקיים לגביו האמור בסעיף 3(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל ולכן נקבע כמי שאינו נפקד²⁰² – אדם שהיה אזרח ישראלי ואשר התגורר בירושלים ולא עזבה עד ליום מותו – כי הם התגוררו לימים בירדן, ולפיכך עם מות אביהם נהפך הנכס שהורש להם לנכס נפקד.²⁰³ הפרשה המורכבת מאוד מעוררת שאלות רבות.²⁰⁴ אסב את תשומת-הלב לכך שלנוכח האמור לעיל, מהשילוב של סעיפים 3(א) ו-3(ב)

198 עניין **עואד**, לעיל ה"ש 178, בפס' 21.

199 שם, בפס' 20–23.

200 ס' 6(א) לחוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, התשנ"ה–1995. עם זאת, אין בכך כדי לשנות את מעמדו של נכס שהיה נכס נפקד לפני המועד האמור. שם, בס' 6(ב). כן ראו ע"א 4630/02 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' אבו חאטום**, פס' יא (נבו 18.9.2007); ע"א 1134/06 **רושרוש נ' מנסור**, פס' כא (נבו 10.11.2009).

201 רע"א 4936/20 **עזבון סומריין נ' הימנותא בע"מ** (נבו 3.4.2023) (להלן: רע"א **עזבון סומריין**). כן ראו בג"ץ 2096/21 **עזבון סומריין נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (נבו 28.10.2021) (להלן: בג"ץ **עזבון סומריין**) (אבהיר כי הליכים אלו עוסקים במה שמכונה "חלקה 75").

202 ת"א (שלום י-ם) 5980/91 **הימנותא בע"מ נ' סומריין** (26.12.1994) (להלן: עניין **סומריין נפקדות בשלום**). פסק-הדין בוטל בע"א (מחוזי י-ם) 21/95 **הימנותא בע"מ נ' סומריין**, פס' 5 (15.4.1996) (להלן: עניין **סומריין נפקדות במחוזי**), והתיק הוחזר לבית-משפט השלום – ראו להלן ה"ש 204.

203 שאלת נפקדותם של היורשים נבחנת במועד פטירתו של המוריש. ע"א 5685/94 **עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון אלעבסי**, פ"ד נג(4) 730, 744 (1999).

204 בעניין **סומריין נפקדות בשלום**, לעיל ה"ש 202, בעמ' 11, נקבע כי התעודה לפי ס' 30(א)–(ב) לחוק שהוצאה על-ידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים אינה כדין ולכן אין עומדת לזכותו החזקה הראייתית. אחד הבנים נפטר בכווית, ונסיבות נוספות בנוגע אליו ולירושיו לא נקבעו. עוד נקבע כי אין עומדת לזכות האפוטרופוס ההגנה שבס' 17(א) לחוק נכסי נפקדים, על רקע העדר תום-ליבו. שם, בעמ' 17. כאמור, פסק-דין זה בוטל בערעור, בעניין **סומריין נפקדות במחוזי**, לעיל ה"ש 202, בפס' 3. בפסק-דין קצר נקבע לעניין זה כי בהחלטת-ביניים של בית-משפט השלום הוא כבר "הקדים... וצמצם את המחלוקת לשאלות אם הנכס קם לקניין אביו של מחמד טרם

מותו של המנוח, ואם למחמד זכויות חזקה (בר-רשות או דייר מוגן) בנכס". על-כן נקבע כי יש להשיב את העניין לבית-משפט השלום, כדי שיכריע אם הוכח כי המנוח מכר בחייו את הנכס לבן משפחתו לפני מותו, ואם לא – אם עומדת למחזיק בנכס הגנה אחרת.

לאחר שהוחזר אליו התיק קבע בית-משפט השלום בפסק-דין נוסף – ת"א (שלום י-ם) 5980/91 **הימנותא בע"מ נ' סומרין** (11.2.1999) (להלן: עניין **סומרין תביעת פינני ראשונה**) – כי עסקת המכר הוכחה ומדובר בחוזה שאין בו פגם, כך שהנכס עבר מהמנוח לאבי המשיב בחיי שניהם. עוד נקבע כי "די לצורך הכרעה בהליך שבפני בקביעה שמדובר ברשות שלא ניתן לבטלה בלא תנאי", כמצוטט גם בע"א (מחוזי י-ם) 6196/99 **הימנותא בע"מ נ' סומרין**, פס' 6 (נבו) 3.9.2000 (להלן: עניין **סומרין מכר ורישיון**), אשר דחה את הערעור על כל ראשיו.

אולם בה"פ (מחוזי י-ם) 633/99 **סומרין נ' הימנותא בע"מ** (נבו) 26.7.2004 (להלן: עניין **סומרין בעלות**) נדחתה תביעה שהגישו סומרין ותובעים נוספים, על רקע בקשתם להפסקת התביעה. בפסק-הדין מצוין כי התובעים ביקשו, כחלופה להצהרה על בעלותם, "להצהיר, כי הנכס הנו בבעלות האפוטרופוס על נכסי נפקדים" (שם, בפס' 1), מה שנראה תמוה אך כך מצוין בפסק-הדין. ערעור שהגישו סומרין על פסק-הדין בתביעת הבעלות נדחה בשל אי-הפקדת ערבון (ע"א 9606/04 **סומרין נ' הימנותא בע"מ** (נבו) 23.3.2005). בבג"ץ **עזבון סומרין**, לעיל ה"ש 201, בפס' 12, נאמר כי הדרך הדינית הפתוחה לפני העותרים אם הם מבקשים לתקוף את תחולתו של חוק נכסי נפקדים היא הגשת בקשה לביטול פסק-הדין בעניין **סומרין בעלות**, שם, וזאת אף שבאותו עניין "לא התקיים בירור ממצה של טענות הצדדים" ו"לא נקבעו ממצאים פוזיטיביים" (ע"א (מחוזי י-ם) 42264-12-16 **הימנותא בע"מ נ' עזבון סומרין**, פס' 3 ו-1, בהתאמה (נבו) 5.3.2017).

ברע"א **עזבון סומרין**, לעיל ה"ש 201, בפס' 48 לחוות-הדעת של השופטת רונן, נפסק כי פסק-הדין בעניין **סומרין בעלות** יכול לשמש לכל-היותר מעשה בית-דין בשאלת הבעלות נגד הימנותא, וכי בין שההשתק הוא עילה או פלוגתא (לנוכח העובדה שפסק-הדין ניתן ללא קביעת ממצאים פוזיטיביים), הוא רלוונטי רק בכל הנוגע בשאלת הבעלות על הנכס.

לעניין הרישיון, בת"א (שלום י-ם) 12797-05 **הימנותא בע"מ נ' עזבון סומרין**, פס' 5 (נבו) 20.9.2019 (להלן: עניין **סומרין רישיון בשלום**) נקבע כי הרשות שניתנה הייתה בלתי-הדירה ביחס למקבלה, ולא ביחס ליורשיו, "באשר מדובר בזכות אישית ולא חפצית" (שם, בפס' 46). בית-המשפט המחוזי, בערעור על פסק-דין זה, לא התייחס כלל לנושא הרשות. ע"א (מחוזי י-ם) 32182-11-19 **עזבון סומרין נ' הימנותא בע"מ** (נבו) 30.6.2020).

ברע"א **עזבון סומרין**, לעיל ה"ש 201, בפס' 45 לחוות-הדעת של השופטת רונן, נקבע כי בעניין **סומרין תביעת פינני ראשונה**, שם, דחה בית-המשפט את התביעה בהתבסס על קיומה של רשות למוחמד, ולכן הימנותא "איננה יכולה לשוב ולהגיש תביעת פינני נוספת נגד אותם נתבעים או חליפיהם המבוססת בעיקרה על תשתית עובדתית זוהה, ועוסקת באותן סוגיות שכבר נידונו בתביעת הפינני הראשונה". עוד נקבע שם, בפס' 53, כי יש לראות את בני משפחתו של מוחמד, אף שהם לא היו צד להליכים, כבעלי "קרבה משפטית" המאפשרת להם ליהנות מהשתק העילה. השופטת ברק-ארז הוסיפה (שם, בפס' 5 לחוות דעתה), ולטעמי בצדק, כי בית-המשפט בעניין **סומרין רישיון בשלום**, שם, שגה בכך שאפיין את הרישיון כזכות אישית, ובכך שערבב בין שאלת ההורשה לשאלת החפציות של הרישיון. היא מציינת כי בנסיבות העניין "...יש בסיס איתן לקביעה שמוסא העניק למוחמד רישיון בלתי-הדיר להוסיף ולהתגורר בנכס, רישיון שהיה אף בר הורשה למשפחתו ואשר יש בו לחייב כעת את הימנותא כצד שלישי".

אכן, הרישיון הוא זכות מעין-קניינית, העשויה להיות תקפה כלפי צדדים שלישיים ועשויה להקנות למחזיק בה זכות להעבירה הלאה, לפי תנאי הרישיון. ראו עניין **ג'אעוני**, לעיל ה"ש 68, בפס' 91 ו-95 לחוות-הדעת של השופטת ברק-ארז. כן ראו ע"א 260/65 **חייקין נ' ממר**, פ"ד יט(4) 183, 189 (1965) ("...השאלה אם רישיון בתמורה ניתן להעברה אם לאו תלויה בראש ובראשונה בתנאי הרישיון ובכל נסיבות המקרה הנובעות מהתנהגות הצדדים"); ע"א 103/89 **אזולאי נ' אזולאי**, פ"ד מה(1) 477, 482 (1991) ("האם רשאי מי שבירד זכות של בר-רשות לעשות דיספוזיציה בזכותו – היינו, להעבירה לאחר בין בחיים ובין מחמת מיתה? התשובה לכך היא חיובית...").

לחוק הסדרי משפט ומינהל יחד עם פסק-הדין המחוזי בעניין **עואד** עולה כי הנכס לא היה אמור להיחשב נכס נפקד אם ניתן להראות כי בניו של המנוח עזבו לירדן לא תוך הברחת גבול.

לבסוף, לצורך הדוגמה, תושב מזרח ירושלים שהוא גם אזרח ישראלי, אשר לאחר שהתפקד במרשם האוכלוסין של 1967 עזב את מזרח העיר והשתקע בשטחים,²⁰⁵ משמע בשטחי ארץ-ישראל שאינם חלק ממדינת-ישראל, לא יוכל להיחשב נפקד בנוגע לנכסו לפי החלופה השלישית של חוק נכסי נפקדים²⁰⁶ מבלי שתוצאה דומה תחול על כל אזרח ישראלי המשתקע בשטחים. מובן שתוצאה כזו אינה מתקבלת על הדעת, ולו מבחינה פוליטית. כפי שהאפוטרופוס עצמו הסביר, "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".²⁰⁷

בפסק-הדין בעניין **חסיין** נקבע כי החלת חוק נכסי נפקדים על תושבי השטחים היא תוצאה בלתי-נמנעת של לשון החוק, אך תוקפה צריך להצטמצם ככל האפשר מבחינה נורמטיבית. יצוין כי לשון החוק הרלוונטית שעליה הסתמך האפוטרופוס נגעה בחלופת התושבות החיצונית, דהיינו הימצאות ב"חלק של ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל",²⁰⁸ והמערערים טענו כי אין לראות בשטח של ארץ-ישראל שבשליטת מדינת-ישראל כשטח שהוא מחוץ לשטח ישראל.²⁰⁹ אולם במסגרת הדיון ציין האפוטרופוס – וגם בית-המשפט התייחס לכך – כי רבים מתושבי יהודה והשומרון הם אזרחי ירדן, ולכן גם אם לא יחול עליהם החוק מכוח החלופה השנייה, הוא עשוי לחול עליהם מכוחה של חלופת אזרחות האויב.²¹⁰ על-כן, אם עד למועד מתן פסק-הדין טרם עשו הרשויות המוסמכות פעולות לפי החוק,²¹¹ אזי אין מקום ל"עשיית שימוש בסמכויות מכוחו של החוק" אלא במצבים "נדירים שבנדירים",²¹² תוך קבלת אישור מוקדם לכך מהיועץ המשפטי לממשלה וכן החלטה של הממשלה או של ועדת שרים מטעמה המאשרת זאת.²¹³ עוד נקבע כי במקרים שבהם כבר נקט האפוטרופוס פעולה לגבי הנכס, יש להביא לידי שחרורו, תוך מתן עדיפות לשחרורו

205 אם הוא התפקד במקביל בשטחים ובירושלים, לא ישלול הדבר את כניסתו לגדר ס' 3(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל. ראו עניין **האלל**, לעיל ה"ש 83, בפס' 393.

206 ס' 1(ב)(1)(III) לחוק נכסי נפקדים.

207 עניין **חסיין**, לעיל ה"ש 13, בפס' 29 לחוות-הדעת של הנשיא (בדימ') גרוניס.

208 ס' 1(ב)(1)(II) סיפא לחוק נכסי נפקדים.

209 עניין **חסיין**, לעיל ה"ש 13, בפס' 9 לחוות-הדעת (בדימ') של הנשיא גרוניס.

210 שם, בפס' 11 ו-26 לחוות-הדעת (בדימ') של הנשיא גרוניס.

211 שם, בפס' 41 לחוות-הדעת (בדימ') של הנשיא גרוניס. למחלוקת בשאלה אם רישום הערת הקנייה נחשב פעולה לצורך זה ראו ע"א 33470-10-24 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' אבו הדבה** (תלוי ועומד). ראו גם החלטה בתיק זה מיום 5.12.2024. כן ראו עניין **קוגל 2 במחוזי**, לעיל ה"ש 150, בפס' 31–33 (נקבע כי מכתב מאת האפוטרופוס שבו נאמר כי פלונית היא נפקדת ומכאן שגם הנכס שהיא מכרה לכאורה הוא נכס נפקד, וכי פתוחה הדרך להגיש בקשת שחרור לנכס, אינה בבחינת "הפעלת סמכות בנכס" כדרישת פסק-הדין בעניין **חסיין**).

212 עניין **חסיין**, לעיל ה"ש 13, בפס' 41 לחוות-הדעת (בדימ') של הנשיא גרוניס. לדעת חלק מהשופטים בפסק-הדין, אף מצבים "נדירים שבנדירים" אינם קיימים. ראו שם, בפס' 1 לחוות-הדעת של הנשיא נאור ופס' 1 לחוות-הדעת של השופטת חיות.

213 שם, בפס' 32 ו-41 לחוות-הדעת של הנשיא (בדימ') גרוניס.

בעין.²¹⁴ בהמשך אבחן אם "עשיית שימוש בסמכויות מכוחו של החוק" כוללת גם רישומו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים כבעלי נכס במסגרת הליך הסדר זכויות במקרקעין.

3. עניין של זמן

לסיכום, בחלק זה ערכתי ניתוח ביקורתי של התבחינים להגדרת נפקד במזרח ירושלים, שבמרכזו עמדה הטענה החדשה שהעליתי בדבר האזרחות הירדנית הכפויה כמנוגדת למשפט הבין-לאומי. הדגמתי כיצד הפרשנויות המחמירות של בתי-המשפט ומדיניות האפוטרופוס הובילו לתוצאות קשות מבחינה קניינית. כן הראיתי את הפער הבולט בין הנוקשות בקביעת נפקדות לבין הצמצום הניכר באפשרויות היציאה מתחולת החוק. בעיקר, כפי שהראיתי, קיים פער בלתי-ניתן לגישור בין המועדים הקובעים לשאלת הכניסה לדין הנפקדות לבין אלה הקובעים לשאלת היציאה מדין זה.

טבלה 1 מסכמת שורה של מצבים לעניין מעמדו האישי של הטוען לזכות וההסדרים החלים לגביהם,²¹⁵ תוך הבחנה בין נקודת הזמן הנוכחית לנקודת הזמן במועד הקובע להחלת החוק על מזרח ירושלים.

טבלה 1: הכרעה בשאלת נפקדות ועילות תקיפה אפשריות להכרזת נפקדות

הטוען לזכות הוא כיום	במועד הקובע	המצב המשפטי
תושב מזרח ירושלים, בין שהיה (או הינו) אזרח ירדן ובין שלא	היה תושב מזרח ירושלים + נמצא בה (ב-28.6.1967, ב-23.8.1968 או ב-13.8.1970), גם אם התפקד במקביל במפקד איו"ש, ונחשב אזרח ירדן	אין נפקדות, לפי סעיף 3(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל. דוגמה למקרים שבהם נקבע כך: פס"ד אלעבאסי, ²¹⁶ פס"ד הלאל. ²¹⁷
אינו תושב מזרח ירושלים, שכן הוא השתקע או נמצא במדינה זרה שאינה מנויה בחוק כאחת ממדינות האויב	היה תושב מזרח ירושלים + נמצא בה (ב-28.6.1967, ב-23.8.1968 או ב-13.8.1970), ונחשב אזרח ירדן	אין נפקדות, לפי סעיף 3(א) לחוק הסדרי משפט ומינהל, ואין הפיכה לנפקד אם התאזרח או השתקע במדינה שאינה מנויה בחוק, והאזרחות הירדנית לא תעמוד לו לרועץ. אין דוגמה למקרה שבו נקבע כך, אך יש דוגמה הפוכה שגויה. ²¹⁸

²¹⁴ שם, בפס' 39 לחוות-הדעת של הנשיא (בדימ') גרוניס.

²¹⁵ איני מתייחסת במאמר זה לכל הנושא של נכסי הווקף והמקומות הקדושים למיניהם, בשל מורכבות הדברים והצורך לפתחם בנפרד.

²¹⁶ ת"א (מחוזי י-ם) 895/91 עזבון אלעבאסי נ' רשות הפיתוח (24.9.1996). ערעור נדחה בעניין עיזבון אלעבסי, לעיל ה"ש 203.

²¹⁷ עניין הלאל, לעיל ה"ש 83, בפס' 451.

²¹⁸ שם, בפס' 416.

אינו תושב מזרח ירושלים, שכן הוא השתקע או נמצא במדינה המנויה בחוק	היה תושב מזרח ירושלים + נמצא בה (ב-28.6.1967, ב-23.8.1968 או ב-13.8.1970), ונחשב אזרח ירדן	אין נפקדות אם מדובר במדינה שכבר יש עימה שלום והוא השתקע בה לאחר כריתת השלום (לגבי ירדן הדבר נאמר במפורש בחוק, לגבי מצרים בהיקש²¹⁹). אם הוא השתקע או נמצא בירדן או במצרים לפני הסכם השלום, אך יציאתו הייתה לא בהכרח גבול ולא ביציאה שנעשית בניגוד לדין, הוא אינו נהפך לנפקד. דוגמה: פס"ד עואד.²²⁰
תושב השטחים	היה תושב מזרח ירושלים + נמצא בה (ב-28.6.1967, ב-23.8.1968 או ב-13.8.1970)	גם אם הוא נחשב אזרח ארץ-ישראל, אין נפקדות מכוח החלופה השנייה של הימצאות בחלק של ארץ-ישראל שאינו חלק ממדינת-ישראל, בהתאם לפס"ד חסיין.²²¹
תושב השטחים	לא התקיים התנאי הכפול של היה תושב מזרח ירושלים + נמצא בה (ב-28.6.1967, ב-23.8.1968 או ב-13.8.1970), אך היה תושב השטחים	בהתאם לפס"ד חסיין, יש נפקדות, אך יש לשחרר לו את הנכס, ועדיף בעין, למעט בנסיבות חריגות, אם בכלל.
תושב השטחים	לא התקיים התנאי הכפול של היה תושב מזרח ירושלים + נמצא בה (ב-28.6.1967, ב-23.8.1968 או ב-13.8.1970), ולא היה תושב השטחים באותו מועד	יש לבחון אם פס"ד חסיין חל, ומהם הטעמים שבעטיים נטען כי הוא נפקד. אם ייקבע כי פס"ד חסיין אינו חל, ואם פועלת לחובתו רק האזרחות הכפויה, ניתן להציג את הטענה כי היא בניגוד למשפט הבין-לאומי.
תושב מזרח ירושלים, ולא מתקיימים לגבי טעמים להכרזת נפקדות למעט טענה לאזרחות ירדנית שלו מלפני 1967	לא התקיים התנאי הכפול של היה תושב מזרח ירושלים + נמצא בה (ב-28.6.1967, ב-23.8.1968 או ב-13.8.1970), ונחשב אזרח ירדן	אם פועלת לחובתו רק האזרחות הכפויה, ניתן להציג את הטענה כי היא בניגוד למשפט הבין-לאומי.

219 אך ראו עניין חסיין, לעיל ה"ש 13, בפס' 18 לחוות-הדעת של הנשיא (בדימ') גרוניס.

220 עניין עואד, לעיל ה"ש 178.

221 עניין חסיין, לעיל ה"ש 13, בפס' 29 לחוות-הדעת של הנשיא (בדימ') גרוניס. כן ראו בהקשר זה את הפשרה שאלה הגיע האפוסטרופוס בע"א 3849/06 מנסור נ' חאסקייה (נבו) (16.12.2009), שבמסגרתה הוא ויתר על כל טענה לגבי החלק הרשום במרשם המקרקעין על שמה של אזרחית ישראלית שהוא הגדיר לפני כן כנפקדת אך ורק משום שבעת מות מורשה היא התגוררה בשטחים.

תושב זר	לא התקיים התנאי הכפול של היה תושב מזרח ירושלים + נמצא בה (ב-28.6.1967, ב-23.8.1968 או ב-13.8.1970), ולא היה תושב השטחים	אם פועלת לחיבתו רק האזרחות הכפויה, ניתן להציג את הטענה כי היא בניגוד למשפט הבין-לאומי או לשכנע כי הוא לא היה אזרח ירדן. ²²² במקרה אחד, עניין יורשי פתיחה , לא הוצגה טענת התאזרחות כפויה כלפי תושבת ירושלים שעזבה את העיר ב-1956. ²²³ אם נטען כי הוא נמצא או התאזרח באחת המדינות המנויות בחוק, ניתן לתקוף קביעה זו עובדתית אם אין די ראיות לה. ²²⁴
---------	---	---

ג. עילות חוקיות ומעשיות להיחלצות מתחולת החוק או לריכוך תוצאותיו

מן הפרק הקודם עולה כי השאלה הראשונה שיש לשאול בעת התמודדות עם תחולתו של חוק נכסי נפקדים היא אם אכן עסקינן בנפקד. סקרתי לעיל מגוון טענות שנוגעות בשאלת היותו של בעל הזכויות נפקד, ואשר עשויות להיות רלוונטיות לשלילת הטענה כי מדובר בנכס נפקד. אלה מהוות סוג אחד של טענות. בחלק זה אציג סוגים נוספים של טענות שעשויות לשלול את מעמדו של הנכס כנכס נפקד או להקנות זכות לפיצוי או לתמורה תחת הנכס. סוג שני של טענות עוסק בשאלה אם הנכס היה בבעלותו, בהחזקתו או נתון להנאתו של מי שהוכרז כנפקד, כלומר, אם מתקיים התנאי להגדרתו כנכס נפקד.²²⁵ במקרים אחדים נקבע כי הנכס שנטען כי הוא רכושו של הנפקד אינו בבעלותו, ומכאן שהוא אינו נכס נפקד.²²⁶

²²² עניין **עזבון אבוזהרייה**, לעיל ה"ש 150.

²²³ ת"א (מחוזי י-ם) 1870/96 **יורשי פתיחה נ' הימנותא** 5 (21.7.1999) (להלן: עניין **יורשי פתיחה**). ערעור נדחה בהסכמה בע"א 6754/99 **הימנותא נ' יורשי פתיחה** (אר"ש 17.12.2000). בפרשת **הוליגר**, לעיל ה"ש 177, נישא הבעלים, תושב מזרח ירושלים, לאזרחית שווייץ בשנת 1966, והתגורר עימה לאחר מועד זה בניגריה ובשווייץ. בהמשך הוא העביר את זכויותיו לבתו ולאשתו, שהיו שתיהן אזרחיות שווייץ. נסיון היורשים לתקוף את נפקדות האב לא צלח. בהמשך הוגשה בקשה לשחרור הנכס, אשר ככל הנראה נדחתה. בעקבות עתירת היורשים נגד החלטת השחרור, הוציא בית-המשפט העליון צו על-תנאי המורה לוועדה ליתן טעם מדוע לא תפעיל את סמכותה לפי החוק "תוך מתן משקל לעובדות המיוחדות של המקרה ולהיסטוריה הדיונית". בג"ץ 120/21 **הוליגר נ' האפורופוס לנכסי נפקדים** (נבו 31.3.2022). התיק הסתיים בפשרה (פסק-דין מיום 13.3.2023) (בקשתי לחשוף את הפשרה סורבה על-ידי העותרים).

²²⁴ ת"א (מחוזי נצ') 245/07 **אמארה נ' האפורופוס לנכסי נפקדים** 39–40 (נבו 27.11.2016). ערעור נדחה עקב משיכתו על-ידי המערער בע"א 379/17 **אמארה נ' האפורופוס לנכסי נפקדים** (נבו 23.5.2018).

²²⁵ ס' 1 (ה) לחוק נכסי נפקדים.

²²⁶ ת"א (מחוזי י-ם) 1053/95 **רווידי נ' הקרן הקיימת לישראל** (נבו 2.5.2012). ערעור על פסק-דין זה נמחק בע"א 4924/12 **עמותת אלעד נ' רווידי** (נבו 12.3.2015). לא הוכרה תקפותן של הקניות מכוח ס' 17 (א) לחוק נכסי נפקדים. כן ראו עניין **יורשי פתיחה**, לעיל ה"ש 223.

סוג שלישי של טענות הוא כי קודם להיותו נפקד נוצרו ביחס לנכס זכויות של צדדים שלישיים, כקונים, כשוכרים, כבני-רשות או כבעלי מעמד אחר מדיני הקניין והיושר. בהתאם לחוק נכסי נפקדים, על האפוטרופוס לקיים חיובים אלו אם הם הוכחו "להנחת דעתו המלאה", אך בית-משפט רשאי לסלקם אם הם לא הוכחו "מעל לכל ספק המתקבל על הדעת".²²⁷ שוב אנו נוכחים בפער בין התנאים המקילים החלים על האפוטרופוס, אשר רשאי ליהנות מהיפוך נטל ההוכחה על-ידי הוצאת תעודה חתומה בידו, לבין התנאים המחמירים החלים על הפרט המבקש להיחלץ מתחולתו של החוק עליו. פער זה אף התעצם לאחר שבית-המשפט פירש את הוראת החוק שלפיה "בית המשפט... יהא רשאי... לדחות את התביעה, אם היא לא הוכחה מעל לכל ספק המתקבל על הדעת" כקובעת למעשה שבית המשפט יהא **חייב** במצב זה לדחות את התביעה, שכן "נטל [ה] הוכחה לפי קנה המידה שנקבע בסעיף זה... אינו נתון לשיקול-דעתו של בית המשפט".²²⁸

עם זאת, בפסיקה מאוחרת יותר נדחתה עמדה זו, ונקבע כי יש לאפשר לבית-המשפט גמישות מתאימה בבואו לקבוע אם התובע עמד בנטל, תוך התייחסות לאיכות הראיות ולמשקלן המצטבר.²²⁹ אכן, במקרים שונים התקבלו תביעות של מי שרכשו זכויות בטרם התגבשה נפקדותו של המוכר.²³⁰ לפי נהלים בלתי-כתובים של האפוטרופוס, כך לטענת המדינה, על הטוען להמציא לאפוטרופוס את הסכם המכר המקורי, המועבר לבדיקת אותנטיות במעבדה לזיהוי פלילי של משטרת ישראל. ככל שההסכם מאושר על-ידי המעבדה, נערכות בדיקות נוספות – אם עסקת המכר על-פיו הושלמה, ואם מתמלאים שאר תנאי החוק להכרת האפוטרופוס בעסקה. על-פי עמדת האפוטרופוס, ללא אישור אותנטיות של הסכם מכר מקורי, לא תיתכן הוכחה ברמה הנדרשת בחוק. אולם בית-המשפט קבע לאחרונה כי תנאים אלו אינם הכרחיים, וכי ניתן להכיר בתקפותה של עסקה אף אם מסמכי המקור אינם **בנמצא**.²³¹

לגבי זכויות הפחותות מבעלות, החוק קובע כי הפיכת הנכס לנפקד אינה מפקיעה אותו מכל שעבוד או מכל זכות חזקה או שימוש שנוצרו באופן חוקי לפני כן.²³² אכן, קיימות

227 ס' 20(א) ו-20(ב) לחוק נכסי נפקדים.

228 ע"א 74/88 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' חג'אג'רה**, פ"ד מג(4) 280, 284 (1989). כן ראו ע"א 7716/00 **קיסרי נ' רשות הפיתוח**, פס" 6 (נבו) 29.9.2005.

229 ע"א 3166/05 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עזובן נעמה** (נבו) 12.7.2007. אך ראו רגרסיה בהקשר זה בבג"ץ **חדיג'ה**, לעיל ה"ש 39, בפס" 17.

230 עניין **עזובן נעמה**, לעיל ה"ש 229, בפס" 16; ת"א (מחוזי חי') 16-06-19494 **ברוי נ' עזובן סעדי** (נבו) 5.12.2019. פסק-הדין נהפך לחלוט לאחר מחיקת הערעור בע"א 512/20 **חזבון נ' רשות מקרקעי ישראל** (נבו) 24.3.2022. בה"פ (מחוזי י-ם) 6215/07 **עזובן זגייר נ' אגף רישום והסדר מקרקעין – מחוז ירושלים** (נבו) 22.10.2008 הוכר תוקפו של פסק-דין ירדני המסתמך על הסכם מכר, וזאת על-פי ס' 20(ב) לחוק נכסי נפקדים יחד עם תק' 19 לתקנות הסדרי משפט ומינהל. אולם אני סבורה כי היה על בית-המשפט לפנות לס' 20(א)(3) לחוק נכסי נפקדים, העוסק באופן ספציפי בפסק-דין של בית-משפט מוסמך, כמורגם לתק' 11 לתקנות הסדרי משפט ומינהל, העוסקת באכיפתו של פסק-דין שניתן על-ידי בית-משפט מוסמך, ולא לפנות לתק' 19, אשר אינה נדרשת מקום שמדובר בפסק-דין.

231 עניין **ברוי**, לעיל ה"ש 230.

232 ס' 15(א) לחוק נכסי נפקדים.

דוגמאות להכרה בזכויות שכירות (ובפרט דיירות מוגנת²³³) או ברישיון²³⁴ שנוצרו לפני הנפקדות. זכויות-משנה אלו תקפות גם כלפי רוכש של הנכס מידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים, ואין רואים בעסקת מכר שעשה האפוטרופוס בנוגע לנכס כאילו היא פוגעת בתוקפן.²³⁵

סוג רביעי של טענות מתייחס למקרים שבהם הנכס נחשב נפקד עקב טעות, שכן הבעלים לא היה נפקד או הנכס לא היה בבעלותו של הנפקד, אך להגנתו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים ולהגנתו של מי שרכש ממנו את הנכס עשויה לקום הוראתו של סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים. סעיף זה מעגן, יחד עם סעיף 18, מנגנון שהוכר כ"תקנת שוק מיוחדת"²³⁶ הקובע כי עסקה שנעשתה בנכס שהאפוטרופוס הגדיר כנכס נפקד אף-על-פי שהוא לא היה כן בשעת העסקה תעמוד בתוקפה ולא תיפסל אם היא נעשתה בתום-לב.²³⁷ כך, במצב שבו האפוטרופוס כבר מכר זכויות לצדדים שלישיים יהיה על הטוען לזכות לנסות לסתור את התקיימות התנאים שבסעיף 17(א) לחוק, למשל על-דרך הוכחה כי לא התקיימה עסקה עם "אחר" או כי האפוטרופוס לא היה תם-לב.²³⁸ אם דרך זו לא תועיל, ניתן לתבוע את הנכס או תמורתו לפי סעיף 18 לחוק.²³⁹

כאשר הנכס נמכר על-ידי הנפקד לאחר שהתקיים תנאי נפקדותו, הדבר עומד לכאורה בניגוד לאיסור שבחוק.²⁴⁰ עם זאת, במשך עשרות שנים נוהגים בירושלים לבצע עסקאות בנכסים אשר בדרך-כלל אין כל ידיעה מגובשת לגביהם כי הם נחשבים נכסי נפקדים, שכן

233 להכרה בדיירות מוגנת ראו ת"א (שלום י-ם) 5981/91 **הימנותא בע"מ נ' ג'עברי** (30.8.1995) (פסק-דין של השופטת אילה פרוקצ'יה). פסק-הדין לא נהפך בנקודה זו בעניין **סומרינ נפקדות במחוזי**, לעיל ה"ש 202, בפס' 5 ו-6 (הליכים אלו עוסקים במה שמכונה "חלקה 27").

234 ראו עניין **סומרינ מכר ורישיון**, לעיל ה"ש 204.

235 ראו ס' 12 לחוק נכסי נפקדים. להכרה בשכירות שנעשתה לפי דיני הדיירות המוגנת הירדניים כאילו היא נעשתה לפי דיני הדיירות המוגנת המוזכרים בחוק, ראו ע"א 687/69 **אבו גזאלה נ' אבו טאעה**, פ"ד כד(2) 460 (1970). בשני המקרים של **סומרינ** שהוזכרו לעיל (בנוגע לחלקה 27, לעיל ה"ש 233, ובנוגע לחלקה 75, לעיל ה"ש 201) מכר האפוטרופוס לנכסי נפקדים זכויות בנכס לצדדים שלישיים (חברת הימנותא, באמצעות שרשרת מקק"ל ומרשות הפיתוח), אך מכירה זו הותנתה בקיומן של הזכויות המשניות. השוו ס' 21(א) לחוק השכירות והשאיילה, התשל"א-1971.

236 ראו עניין **גועבה**, לעיל ה"ש 179, בפס' 10.

237 ראו לוין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 6; לוין-שנור "הליכי הכרה", לעיל ה"ש 18.

238 ראו עניין **עזובון אלעבסי**, לעיל ה"ש 203; עניין **עזובון עקל**, לעיל ה"ש 42.

239 ע"א 6783/98 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עזובון מוסא**, פ"ד נו(4) 161 (2002); ת"א (מחוזי י-ם) 58/94 **הנדל נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים** (נבו 13.1.1998). בת"א (מחוזי ת"א) 627/97 **סיקסיק נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים** (נבו 24.2.2004) נקבע כי הרשות בידי האפוטרופוס להחליט אם יחזיר את הנכס בעין או את תמורתו. בשים לב להנחיות המדיניות שנקבעו בעניין **חסיין**, לעיל ה"ש 13, בפס' 39 לחוות-הדעת של הנשיא (בדימ') גרוניס, המורות כי שחרור נכסים לפי ס' 28 לחוק ראוי שיעשה בעין, נראה כי הקביעה שהרשות היא בידי האפוטרופוס אינה חייבת לעמוד. אם כך נקבע כאשר החוק אכן חל אך משיקולי מדיניות מבקשים למנוע את השלכותיו המעשיות, כך ביתר שאת כאשר החוק אינו חל ונכס נחשב נפקד עקב טעות בלבד.

240 ס' 22(א)-(ב) לחוק נכסי נפקדים. נטל ההוכחה רובץ על הטוען שהפעולה נעשתה לגבי אדם לפני שנהיה לנפקד או לגבי נכס לפני שנהיה למוקנה. שם, בס' 22(ה).

האפוטרופוס לא ביצע כל פעולה ביחס לנכס או לנפקד.²⁴¹ בפרט כך כאשר תמונת המצב העובדתית והמשפטית הייתה (ועודנה) בלתי-ברורה במקרים רבים. על רקע זה רווחת הגישה כי ככל שיתברר לימים שמדובר בנכס נפקד, יהיה הרוכש לבעל-דברו של האפוטרופוס מבחינת היכולת לתקוף את טענת נפקדות המוכר או מבחינת היכולת לקבל סעד אחר. נוסף על כך, האפוטרופוס נוהג במשך שנים לאשר העברת זכויות בכפוף לקיומה של הערה שאין בכך כדי לפגוע במעמדו.²⁴² גם בהתדיינות מן העת האחרונה לא הוצבה מניעה לתקיפה של טענת נפקדות המוכר על-ידי רוכשי זכויות.²⁴³ אני סבורה כי לנוכח נסיבות אלו, ולנוכח ריבוי ורווחן של הפרקטיקות הקיימות, אין להציב בפני טוענים לזכויות מחסום דיוני בשל העובדה שהם אינם הנפקדים הנטענים או יורשיהם. עניין זה עשוי להיות בעל ערך לא רק לשאלת עצם הנפקדות, אלא גם לאפשרות לעשות שימוש בטענות המשפטיות המפורטות להלן.

שתי טענות אפשריות נוספות (חמישית ושישית) נגד הכרזת נפקדות הן שהתקיים אחד המצבים הקבועים בסעיפים 27(א) או 27(ב) לחוק נכסי נפקדים. סעיף 27(א) לחוק מחייב את האפוטרופוס לאשר לאדם שהוא אינו נפקד אף שמתקיימת לגביו החלופה השלישית לנפקדות – דהיינו, שכאזרח ארץ-ישראל הוא יצא ממקום מגוריו הקבוע בארץ-ישראל למקום אחר מחוץ לארץ-ישראל או למקום בארץ-ישראל שהוחזק באותה שעה על-ידי כוחות שניסו למנוע את הקמתה של מדינת-ישראל – אם הוא יצא כאמור ממקום מגוריו מחשש שאויבי ישראל יגרמו לו נזק או לחלופין לא בגלל פעולות צבאיות או מחשש להן. סעיף זה אינו רלוונטי באופן מעשי לנכסים במזרח ירושלים שעליהם הוחל החוק בשנת 1967. לפי סעיף 27(ב) לחוק, אשר משמעותו לענייננו חשובה, האפוטרופוס רשאי, בהמלצת הוועדה המיוחדת שתמונה על-ידי הממשלה לפי סעיף 29 לחוק, לאשר שאדם "הנמצא אותה שעה כחוק בשטח ישראל, אינו נפקד, אף על פי שאפשר להגדירו כנפקד, אם האפוטרופוס סבור שיש לאל ידו לנהל את נכסיו ביעילות וכי בעשותו כן לא יסייע בידי אויבי ישראל". כבר סמוך לאחר החלת המשפט על מזרח ירושלים נקבע כי סעיף זה עשוי לשמש תרופה למי שהוא בעל נכסים במזרח ירושלים אך אינו תושב קבוע בה, אף אם הוא תושב ירדן.²⁴⁴ באחרונה ביקש בית-המשפט המחוזי להורות לוועדה המיוחדת לפי סעיף 29 לדון בעניינם של נפקדים מסוימים לפי סעיף 27(ב) (וסעיף 28) לחוק,²⁴⁵ וזאת לנוכח שתי טענות שהעלה האפוטרופוס. הראשונה היא כי סעיף 27(ב) חל רק על החלופה השלישית להגדרת נפקדות –

241 לעיתים גם כאשר סברו כי מדובר בנכס נפקד, נתנו לבני משפחה את הכוח לנהל את הנכס. ראו, לדוגמה, ת"א (שלום י-ם) 9161/01 **אלקאק נ' אבו גוש** (נבו) 2.10.2003.

242 להודאת האפוטרופוס במדיניות זו, ולטענה כי היא נפסלה בפסיקה, ראו ת"א (מחוזי י-ם) 30982-10-13 **נחשון נ' רשות מקרקעי ישראל**, פס' 16 (נבו) 17.6.2019.

243 ראו, לדוגמה, עניין **קוגל 1 במחוזי**, לעיל ה"ש לעיל ה"ש 87; עניין **מנסור**, לעיל ה"ש 221 ופסק-הדין המחוזי באותו מקרה – ה"פ (מחוזי ת"א) 723/03 **מנסור נ' חאסקייה** (נבו) 27.3.2006. כן ראו ת"א (מחוזי חי') 24929-03-16 **טבר נ' רשות מקרקעי ישראל** (נבו) 17.10.2021 (בירור טענת נפקדות על-ידי נכדתו של המנוח, אשר זכותה בנכס באה לה, לפי הטענה, לא בירושה, אלא בהעברה מהסב אל בעלה); עניין **שמאי**, לעיל ה"ש 83; עניין **סול כהן**, לעיל ה"ש 82.

244 עניין **חדד**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 255.

245 עניין **קוגל 1 במחוזי**, לעיל ה"ש 87.

טענה שבית-המשפט דחה בהסתמך על פסיקה קודמת.²⁴⁶ השנייה היא כי הוועדה המיוחדת, לפי מדיניותה, לא תדון אלא בבקשות המוגשות על-ידי הנפקדים או יורשיהם או מיופי-כוחם.²⁴⁷ בית-המשפט המחוזי סבר כי עמדה זו אינה מבוססת בהלכה, אינה מתיישבת עם פסקי-דין קודמים, ואף אינה מוצדקת מקום שהתובעים מחזיקים בייפוי-כוח בלתי-חוזרים מהנפקדים בעוד הנפקדים עצמם אינם יכולים מבחינה מעשית להתייצב (מפאת גילם או פטירתם או התכחשותם המאוחרת לעסקה).²⁴⁸ בית-המשפט העליון דחה אומנם את ההנחיה לוועדה לדון בעניינם של הנפקדים, מפאת העדר סמכות לעשות כן, אך לא התייחס בפסק-דינו לשתי הטענות האמורות.²⁴⁹ בנוגע לטענה הראשונה, אני סבורה כי בית-המשפט המחוזי צדק וטענת האפוטרופוס כי סעיף 27(ב) חל רק על החלופה השלישית היא שגויה. בנוגע למדיניותה של הוועדה להגביל את דיוניה רק לבקשות המוגשות על-ידי הנפקדים או יורשיהם או מיופי-כוחם, גם כאן אני מצטרפת לדבריו של בית-המשפט המחוזי. העובדה שהחוק מכניס לתוכו גם נפקדים שיש טעמים ראויים מאוד לשלול את נפקדותם, כפי שראינו, מחייבת הפעלת מנגנון ריכוך מעשי ואפקטיבי, ולא כזה המכביר תנאי-סף בלתי-עבירים במצבים שבהם במשך שנים נהג הציבור בנכסים כבשלו והמדינה מצידה נהגה באדישות או מכל מקום לא הביעה עניין פרואקטיבי בנכסים האלה. האמור להלן בנוגע לטענה השביעית יהיה רלוונטי גם לעניין זה.

הטענה האפשרית השביעית והאחרונה נובעת מסעיף 28(א) לחוק נכסי נפקדים, הקובע כי האפוטרופוס רשאי לפי שיקול-דעתו, אך תוך היוועצות בוועדה לפי סעיף 29 לחוק, לשחרר נכס מוקנה באמצעות תעודה חתומה בידו. משעשה כן, כל זכות שהייתה לאדם באותו נכס ערב הקנייתו לאפוטרופוס תחזור אל אותו אדם "או אל מי שבא תחתיו". האפוטרופוס רשאי להעמיד תחת שחרור הנכס בעין את התמורה של מכירתו או ביטולו, ככל שמכר את הנכס או ויתר על הזכות שהייתה לו בו (סעיף 28(ג) לחוק). בעניין **חדיג'ה** התעוררה השאלה אם בהליך שחרור נכס מוקנה לפי סעיף 28 לחוק הוועדה או האפוטרופוס רשאים למנוע את ההתדיינות לפני הוועדה ממי שאינו אחד מאלה: הנפקד עצמו, יורשיו או מיופי-כוחם.²⁵⁰ בית-המשפט השיב על כך בחיוב,²⁵¹ שכן לפי קביעתו התקדימית,²⁵² הליך השחרור לפי סעיף 28 לחוק נעשה "לפנים משורת הדין", וזאת לנוכח האמור בחוק נכסי נפקדים (פיצויים).

246 שם, בפס' 37. בית-המשפט מסתמך על עניין **חדד**, לעיל ה"ש 52, ועל בג"ץ 99/52 **פלמוני נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, פ"ד ז 836, 838 (1953).

247 מלשון ההנחיה, כפי שהיא מצוטטת בפסיקה, ניתן להסיק כי מיופה-הכוח עשוי להיות של הנפקד או של יורשיו: "...רק לנפקד עצמו וכן ליורשיו ולמיופה כוחם". ראו בג"ץ **חדיג'ה**, לעיל ה"ש 39, בפס' 16.

248 עניין **קוגל 1 במחוזי**, לעיל ה"ש 87, בפס' 38–42.

249 עניין **קוגל 1 בעליון**, לעיל ה"ש 87, בפס' 14.

250 בג"ץ **חדיג'ה**, לעיל ה"ש 39, בפס' 7.

251 שם, בפס' 16.

252 בדנג"ץ 933/22 **חדיג'ה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (נבו) (29.9.2022) (להלן: **דנג"ץ חדיג'ה**) לא התעוררה השאלה אם מדובר בקביעה תקדימית בנקודה זו של היחס בין ס' 28 לחוק נכסי נפקדים לס' 18 לחוק נכסי נפקדים (פיצויים). להעדר הכרעה בנקודה זו בתיק קודם ראו ע"א 8481/05 **לולו נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים**, פס' 9 (נבו) (28.2.2007). כן ראו עניין **עזבון עזאם נוסראללה**, לעיל ה"ש 39, אך בהמשך נקבע כי פסק-דין זה ניתן בהעדר סמכות שיפוט עניינית ולכן בוטל: ע"א 7281/21 **רשות הפיתוח נ' יורשי עזאם נוסראללה** (נבו) (24.10.2022).

יובהר כי אם מדובר במי שנרשם במרשם המקרקעין כבעל זכות בנכס, מגבלה זו אינה חלה עליו.²⁵³

חוק אחרון זה קובע כי הזכות לזכות בנכס או לתמורתו במקרה של שחרור לפי סעיף 28 לחוק נכסי נפקדים מוחלפת מכוחו בזכות לפיצוי לפי הוראותיו של חוק נכסי נפקדים (פיצויים) (להלן: חוק הפיצויים).²⁵⁴ לחוק זה יש כמה השלכות אפשריות: ראשית, אם עומד הכלל הקבוע בו, אזי אין עוד מקום להפעלת הסמכות לשחרור הנכס לפי סעיף 28 לחוק נכסי נפקדים.²⁵⁵ שנית, התביעה לפיו מוגבלת בזמן.²⁵⁶ שלישית, הפיצוי הקבוע במסגרתו הוא כספי, ולא בעין, ולפי תבחינים מסוימים שנקבעו בו.²⁵⁷ רביעית, כך טענה המדינה, יש בו כדי להציב מגבלת פיצוי עליונה וממצה.²⁵⁸ בצילה של הוראת החוק האמורה קבע בית המשפט בעניין חדיג'ה כי "...רשאי האפוטרופוס לדחות על הסף את תביעתו לפי חוק נכסי נפקדים של כל טוען לזכות, אולם הוא בחר שלא לעשות כן..."²⁵⁹ לפי קביעתו, לנוכח העובדה שפעולת האפוטרופוס בהסכימו לבחון טענה לפי סעיף 28 לחוק נכסי נפקדים היא לפני משורת הדין, התערבות בית המשפט בהחלטות האפוטרופוס ובהחלטות הוועדה היא מצומצמת במיוחד. אולם כוחה של אמירה זו צומצם עד-מאוד. תחילה, בהחלטה בבקשה לדיון נוסף, קבעה הנשיאה חיות כי פסק-הדין לא קבע הלכה כלשהי;²⁶⁰ ולאחר-מכן, בעניין יורשי סליבא, קבע ממלא-מקום הנשיא פוגלמן כי קיים קושי בענינו בטענה שסעיף 18 לחוק הפיצויים חוסם את המשיבים מלממש את זכותם לתבוע פיצויי הפקעה, שכן האפוטרופוס עצמו סטה מן ההוראה האמורה כאשר דן בבקשות לשחרור תמורת ההפקעה והנפיק את תעודות השחרור שבעקבותיהן הוקנתה זכות התביעה למשיבים.²⁶¹ גם אני סבורה כי המסקנה שפעולת האפוטרופוס היא לפני משורת הדין אינה נקייה מספקות. בשעה שהאפוטרופוס פועל, הוא עושה כן לפי הוראות החוק, ולא לפני מהן. לכן אין לקבל את טענתו שהוא אינו חייב לפעול כך.

מכל מקום, יש לזכור כי חוק הפיצויים חל אך ורק על תושבי ישראל.²⁶² לכן ניתן להבין מדוע בעניין חסיין לא הביא בית המשפט בחשבון כלל את חוק הפיצויים ואת הטענה בדבר

253 ראו בג"ץ חדיג'ה, לעיל ה"ש 39, בפס' 3; בג"ץ 6148/21 חדיג'ה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (נבו 6.1.2022); וכן דנג"ץ חדיג'ה, לעיל ה"ש 252, בפס' 12.

254 ס' 18 לחוק נכסי נפקדים (פיצויים). לכך שסעיף זה חל אך ורק על תביעות שחרור לפי ס' 28 לחוק נכסי נפקדים, ראו את דברי ההסבר להצעת חוק נכסי נפקדים (פיצויים) התשל"ג-1972, ה"ח 116, 122 ("סעיף זה שולל איפוא את הזכות לתבוע את האפוטרופוס בכל הנוגע לנכס ששחרר על פי סעיף 28 לחוק נכסי נפקדים"). על חישוב זכות הפיצויים ראו ע"א 8753/07 עזבון בהיג' נ' האפוטרופוס הכללי לנכסי נפקדים, פס' ו (נבו 16.11.2010).

255 ס' 18 לחוק נכסי נפקדים (פיצויים).

256 שם, בס' 4.

257 שם, בס' 6.

258 דנ"א 3473/24 רשות הפיתוח נ' יורשי סליבא (נבו 28.8.2024).

259 בג"ץ חדיג'ה, לעיל ה"ש 39, בפס' 18.

260 דנג"ץ חדיג'ה, לעיל ה"ש 252, בפס' 13.

261 עניין יורשי סליבא, לעיל ה"ש 258.

262 ס' 2 לחוק נכסי נפקדים (פיצויים). כן ראו ס' 4 לחוק זה. לגבי התיישנות התביעה ראו ת"א (מחוזי מר') 29158-06-11 אבו קשק נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים (נבו 4.8.2015). ערעור התובעת נמחק בע"א 7229/15 אבו קשק נ' האפוטרופוס הממונה על נכסי נפקדים (נבו

היותה של פעולת הוועדה לאחריו בבחינת "לפנים משורת הדין", ואף המדינה לא טענה כך. במילים אחרות, כאשר אין מדובר בתושב ישראל, בין שהוא תושב השטחים ובין שהוא תושב זר, קיום הליך שחרור לפי סעיף 28 לחוק נכסי נפקדים אינו לפנים משורת הדין, אף לא לכאורה. עוד יש להדגיש כי המחסום שחוק הפיצויים מקים, ככל שהוא אכן מוקם, הוא רק בנוגע לתביעות לפי סעיף 28 לחוק. כל תביעה מסוג אחר אינה מושפעת מחוק הפיצויים.²⁶³ טבלה 2 מציגה סיכום של טענות התקיפה האפשריות בנוגע לתחולתו של חוק נכסי נפקדים. יש לציין כי הפסיקה מקפידה מאוד על קיומו של ההליך המשפטי הנכון ועל מסגרת הסמכות המדויקת.²⁶⁴

טבלה 2: טענות תקיפה אפשריות בנוגע לתחולתו של חוק נכסי נפקדים²⁶⁵

טענה	מקור חוקי	איך תוקפים ²⁶⁶	דוגמאות שהוכרו
1. בעל הזכויות אינו נפקד	ראו טבלה 1	תביעה לבית-המשפט המחוזי, ²⁶⁷ אך אם האפוטרופוס נוקט פעולות נגד המחזיק ללא הוצאת תעודת נפקד, ניתן לפנות לבג"ץ כדי לעוצרו ²⁶⁸	ראו טבלה 1
2. הנכס היה בבעלות של אדם אחר מזה שהוכרו כנפקד		תביעה לבית-המשפט המחוזי	עניין רויד; ²⁶⁹ עניין יורשי פתיחה ²⁷⁰

- 15.2.2017). ראו גם ה"פ (מחוזי מר') 11-06-17765 סביוני רשל להשקעות ופיננסים בע"מ נ' הממונה על ביצוע חוק נכסי נפקדים (פיצויים), התשל"ג-1973, פס' 35 (נבו 18.4.2016); ע"א 4723/16 סביוני רשל להשקעות ופיננסים בע"מ נ' הממונה לפי חוק נכסי נפקדים (נבו 26.4.2018).
- 263 ראו לעיל ה"ש 254; בג"ץ 721/79 מיכאל נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד לד' (4) 201, 205 (1980).
- 264 ראו, לדוגמה, רע"א 47399-01-25 איגוד הבניה מזרח ירושלים נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים (נבו 28.5.2025); עניין יורשי עזאם נסראללה, לעיל ה"ש 252.
- 265 כאמור לעיל, לא נבחנות כאן טענות הנוגעות בנכסי הקדש ובמקומות קדושים.
- 266 להשפעת קיומו של הליך הסדר על סמכויות תקיפה ראו להלן פרק ד.
- 267 ע"א 9575/02 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' בהאי (אזל) (נבו 7.7.2010). לגבי התיישנות, מה"פ (מחוזי י-ם) 7236-08 SANDRINGHAM GARDENS נ' קרן קימת לישראל (נבו 15.7.2010) עולה כי המדינה טענה להתיישנות תביעה לביטול הכרזה כנפקד בחלוף עשרים וחמש שנים מהמועד שבו בוטלה זכות החכירה של הנפקד לכאורה, לפי הסכם בין בעלת הקרקע (קק"ל) לבין האפוטרופוס לנכסי נפקדים, כלומר, מהמועד שבו בוצעה פעולה קניינית/חוזית המערבת צדדים שלישיים, שהיה מאוחר למועד שבו הוצאה תעודת נפקדות. טענת ההתיישנות התקבלה. בערעור לא התערב בית-המשפט בהחלטה: ע"א 7675/10 SANDRINGHAM GARDENS נ' קרן קימת לישראל (נבו 30.5.2012).
- 268 בג"ץ 91/50 אל-יוסף נ' המפקח על נכסי נפקדים, ת"א-יפו, פ"ד ה' 154 (1951).
- 269 עניין רויד, לעיל ה"ש 226.
- 270 עניין יורשי פתיחה, לעיל ה"ש 223.

3. הנכס היה בבעלות הנפקד אך נוצרו לגביו זכויות של אחרים לפני שהתגבשה נפקדותו	סעיפים 15(א) או 20(א)(2) לחוק נכסי נפקדים	בעניין מכר – תביעה לבית-המשפט המחוזי; לגבי זכויות החזקה ושימוש – תביעה לבית-משפט השלום; תיתכן תביעה כאמור גם אגב דרישת פינוי (גם אם האפוטרופוס לנכסי נפקדים אינו צד לדרישה) ²⁷¹	מכר – עניין עזבון נעמה ²⁷² ועניין בדוי ²⁷³ ; שכירות – עניין ג'עברי ²⁷⁴ ; רישיון – עניין סומריין מכר ורישיון ²⁷⁵
4. נחשב בטעות נפקד ונעשתה עסקה – שחרור נכס או תמורה	סעיף 18 לחוק נכסי נפקדים	תביעה לבית-המשפט המחוזי	עניין עזבון מוסא ועניין הנדל ²⁷⁶ ; ניתן לטעון לשחרור בעין בהיקש מעניין חסיין ²⁷⁷
5. נפקד לפי סעיף 1(ב)(1)(III) לחוק ²⁷⁸ אבל יצא ממקום מגוריו מחשש שאויב ישראל יגרום לו נזק או לא בשל פעולות צבאיות ²⁷⁹	סעיף 27(א) לחוק נכסי נפקדים	את סמכות האפוטרופוס, אשר אינה מותנית בהחלטת ועדה מייעצת, ניתן לתקוף בעתירה לבג"ץ ²⁸⁰	עניין מיכאיל ²⁸¹
6. נפקד הנמצא בישראל, אם יש לאל ידו לנהל את נכסיו ביעילות, ובתנאי שהוא לא יסייע בכך לאויבי ישראל – כפוף להמלצות ועדה	סעיף 27(ב) לחוק נכסי נפקדים	עתירה לבג"ץ ²⁸²	עניין קוגל 1 במחוזי ²⁸³

- 271 כך היה בעניין ג'עברי, לעיל ה"ש 233.
- 272 עניין עזבון נעמה, לעיל ה"ש 229.
- 273 עניין בדוי, לעיל ה"ש 230.
- 274 עניין ג'עברי, לעיל ה"ש 233.
- 275 עניין סומריין מכר ורישיון, לעיל ה"ש 204.
- 276 לעיל ה"ש 239.
- 277 עניין חסיין, לעיל ה"ש 13.
- 278 לא-הבהירות בנוגע לתחולת הסעיף מקום שיש יותר מטעם אחד לנפקדות ראו עניין יונס, לעיל ה"ש 194, בפס' 7.
- 279 כך נוסח החוק. ראו גם בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, נצרת, פ"ד ה 1480, 1484 (1951) ("המשיב עצמו אחראי לכך שהמבקשים גורשו מהכפר ושלא ניתן להם לגור בו").
- 280 עניין מיכאיל, לעיל ה"ש 263, בעמ' 203.
- 281 שם, בעמ' 206.
- 282 עניין קוגל 1 במחוזי, לעיל ה"ש 87, בפס' 20.
- 283 שם.

7. שחרור נכס לפי סעיף 28 – כפוף להמלצת הוועדה	סעיף 28 לחוק נכסי נפקדים	עתירה לבג"ץ (בכפוף לחוק הפיצויים)
---	--------------------------	-----------------------------------

בחלק זה מיפיתי באופן מקיף את העילות החוקיות והמעשיות להימלטות מתחולתו של חוק נכסי נפקדים או לריכוך תוצאותיו. סקרתי שבעה סוגי טענות שונים, החל בתקיפת ההכרזה כנפקד, דרך הכרה בזכויות של צדדים שלישיים ועד לטענות השחרור הנוגעות במדיניות. טבלה 2, הפורטת את הטענות השונות ואת דרכי ניהולן, מדגימה את המורכבות הרבה הגלומה בדרכים אלו. בחלק הבא אבחן את משמעותם של ההליכים החדשים של הסדר הזכויות במקרקעין לנושא זה. אתייחס לשתי שאלות מרכזיות: האם ניתן להציג את טענות התקיפה במסגרת הליכי ההסדר? ומהן התוצאות של השלמת ההסדר על האפשרות להציג טענות אלו בעתיד?

ד. משמעותו של הליך הסדר הזכויות במקרקעין

כפי שצוין במבוא, לאחר החלת המשפט הישראלי על מזרח ירושלים הוקפאו הליכי הסדר המקרקעות בחלק זה של העיר ולא חודשו – לא במקומות שבהם החלו לפני כן הליכי הסדר ירדניים ולא במקומות שלא הוסדרו לפני כן. עם זאת, הליכי ההסדר הירדניים, ובכלל זה הליכי-הביניים, זכו בהכרה.²⁸⁴ בשנים האחרונות הוחל בביצועו של הליך הסדר זכויות במקרקעין במזרח ירושלים, דהיינו בשטחים שסופחו לעיר באופן חד-צדדי על-ידי ישראל ביוני 1967, וזאת בהתאם להחלטת ממשלת ישראל מחודש מאי 2018.²⁸⁵ זאת, לאחר שבמשך יותר מחמישים שנים נמנעה ישראל מלעשות כן מטעמים "מעשיים ומדיניים", אשר לא פורטו ונמנו במפורש.²⁸⁶

לפי נתונים של עמותת "במקום",²⁸⁷ עד סוף 2024 הוסדרו ההליכים בארבעים וארבעה גושים, בשטח כולל של כ-1,984 דונם, המהווים קרוב ל-5% מהשטח שלא היה מוסדר ורשום

284 ס' 25(3) לחוק הסדרי משפט ומינהל; תק' 19 לתקנות הסדרי משפט ומינהל. ראו עניין אבו ניע, לעיל ה"ש 173.

285 החלטות הממשלה בעניין הסדר זכויות המקרקעין, לעיל ה"ש 8. ראו בהקשר זה גם החלטה 3882 של הממשלה ה-37 "חידוש ביצוע הסדר מקרקעין בשטחי C באזור יהודה ושומרון ותיקון החלטת ממשלה" (15.2.2026). בעניין ההסדר בשטחי C ראו לוין-שנור "הליכי הכרה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 375–382.

286 עניין חגאזי, לעיל ה"ש 17. לניתוח טעמים אלו ראו לוין-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה", לעיל ה"ש 17. למקרים שבהם הושלמו הליכי ההסדר הירדניים עוד לפני ההחלטה על שינוי המדיניות ראו רע"א 23017-09-24 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' טוויל, פס' 1 (נבו 17.11.2024); בג"ץ 2996/21 העמותה לרווחת שייך ג'ראח נ' פקיד הסדר מקרקעין ירושלים (נבו 30.6.2021).

287 במקום הסדר מקרקעין בשירות מדינת המתנחלים: ניתוח תוצאות ביניים של חידוש הסדר המקרקעין בירושלים המזרחית 2018–2024 (יולי 2025) <https://katr.net/68ff2d>. ראו גם פרויקט אזורי מתעדכן של מיפוי הליכי ההסדר בירושלים על-ידי עמותת "במקום" בשיתוף עם עמותת "עיר עמים": "קרקע בהליך הסדר", <https://katr.net/a56c93>.

במזרח ירושלים ולא הופקע להקמת שכונות ישראליות.²⁸⁸ בשנת 2025 הוסדרו שלושה גושים נוספים. כלל השטח שהוסדר מתחלק לשני חלקים: 42% מהשטח הם גושים המצויים בתחום שכונות ישראליות קיימות (כך לפי התיאור שניתן להן על-ידי "במקום") וכן בתחום תשתיות (כגון כביש בגין), ו-58% מהשטח הם גושים המצויים בתחומי שכונות פלסטיניות או שטחים פתוחים. בתוך אותו חלק שני של השטח המוסדר, רק 1% (20 דונם) נרשמו על שם תושבים ערבים, 23% נרשמו על שם מדינת-ישראל (לרבות האפוסטרופוס לנכסי נפקדים), 13% על שם קק"ל, 2% על שם עיריית ירושלים, 5% על שם בעלים יהודים (חברות או יחידים), 4% על שם כנסיות, ו-10% קרקע במחלוקת. תוצאות אלו מלמדות כי למעשה כמעט כל השטח המוסדר באזור שמבחינה פוטנציאלית היה יכול להגיע לידי בעלים פלסטינים עבר לידיים יהודיות או ציבוריות ישראליות, בעוד הפלסטינים, המהווים כ-40% מאוכלוסיית העיר, הצליחו לרשום על שמם רק חלק זעיר מהקרקע.

הליך ההסדר הוא הליך ציבורי – היזום על-ידי המדינה – לרישום ראשון של מקרקעין אשר לא נרשמו קודם לכן.²⁸⁹ הליך זה מתייחד בשני מאפיינים סינגולריים: ראשית, עם סיומו הוא מציב ככלל מחסום ממשי, שקשה מאוד לעוברו, מפני הצגת טענות לזכויות שלא הוכרו במסגרתו;²⁹⁰ שנית, לאחר סיומו הוא מונע היווצרות של זכויות חדשות שאינן מבוססות על העברה במכר, מתנה או ירושה.²⁹¹ על רקע מאפיינים כלליים אלו של ההסדר, ביצועו של ההליך במזרח ירושלים מעורר שאלות מורכבות במיוחד.²⁹² חידוש ההליכים הוצדק על-ידי הממשלה כחלק ממהלך כולל של שיפור איכות החיים והמצב החברתי-הכלכלי במזרח ירושלים,²⁹³ אך הנתונים מלמדים כי קשה להבין כך את אופן ביצוע ההסדר.²⁹⁴

288 סך כל השטח שנוסף לתחום החלת המשפט בירושלים הוא 72,000 דונם, מהם 23,000 דונם הופקעו לטובת הקמת שכונות, ומהנותר (49,000 דונם) 8,000 דונם הם שטח מוסדר. ראו Levine-Schnur, *Political Divide*, לעיל ה"ש 14. כן ראו ניר חסון "המדינה מזרזת מהלך שיקל השתלטות על קרקעות של פלסטינים במזרח ירושלים" **הארץ** (3.2.2026) <https://katzt.net/e5be79>.

289 להרחבה על ההליך ומאפייניו ראו חיים זנדברג **הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל** (2000). כן ראו רונית לוי-שנור **דיני רישום מקרקעין: הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית** (2012).

290 ס' 81 לפקודת ההסדר. לחריגים לעקרון הסופיות ראו שם, בס' 93–97. לחריגים נוספים ראו ע"א 492/83 **דיאב נ' דיאב** (נבו 9.5.1988); ד"נ 28/84 **זיידאן נ' ע'דיר**, פ"ד מה(4) 661 (1988); ע"א 8484/17 **עזבון חג'אזי נ' עזבון חטיב** (נבו 3.3.2019); ע"א 8954/06 **מעו נ' האפוסטרופוס הכללי** (נבו 26.9.2010); ע"א 371/85 **פיליפ נ' רוזנברג**, פ"ד מב(1) 584 (1988); ע"א 1256/13 **הקדש טנוס ווהבא אל חאג' נ' אזורים בנין** (1965) **בע"מ** (נבו 16.1.2020) (להלן: **עניין הקדש טנוס**); ע"א 3733/16 **אברהם נ' שנלר** (נבו 24.7.2018); ע"א 7261/15 **מועדי נ' שוקחה**, חוות-הדעת של השופטת דפנה ברק-ארו (נבו 5.9.2018).

291 ובכך נשללת האפשרות ליצור זכות במקרקעין מכוח התיישנות רוכשת, לפי ס' 51 ו-52 לפקודת ההסדר; וכן ליצירת זכות מכוח בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת, לפי ס' 23 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. עם זאת, בנוגע למקרקעין מוסדרים תיתכן רכישת זכות מכוח מכר פגום בהתאם להסדר תקנת השוק הקבוע בס' 10 לחוק המקרקעין – אפשרות שאינה קיימת בנוגע למקרקעין שלא הוסדרו.

292 ראו לוי-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה", לעיל ה"ש 17.

293 ראו החלטת ממשלה 3790, לעיל ה"ש 8.

294 ראו לעיל ליד ואחרי ה"ש 287–288.

כפי שציינתי במבוא, חשיבות היקפה ותיחומה של תחולת חוק נכסי נפקדים על נכסים במזרח ירושלים מתחדדת בעת הזו על רקע חידושם של הליכי הסדר הזכויות במקרקעין.²⁹⁵ במסגרת זו לא אבחן את ההחלטה על חידוש ההליכים, ולא את האופן שבו יש לקיימם. עם זאת, מובן מאליו שאם לא מתקיימים התנאים הבסיסיים של שקיפות ופומביות בהליך, ובכלל זה אפשרות מעשית טובה למי שעלולים להיפגע מתוצאותיו לדעת על קיום ההליך ולממש את זכות התביעה שלהם, אין ההליך מקיים את דרישות החובה שלו. לשם הדוגמה, אי-פרסום מפה של שטח ההסדר – שלגביו על הטוען לזכות להגיש תביעות – הוא מצב פגום שאי-אפשר לשאת, אך מצטברות ראיות שזה אכן המצב, ולו בחלק מן המקרים.²⁹⁶ אתייחס כאן רק לשתי שאלות: (1) האם ניתן להציג את טענות התקיפה המפורטות בטבלה 2 במסגרת הליכי ההסדר? (2) האם בהעדר מיצוי של טענות התקיפה, רישומו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים (או של מי שבא במקומו על-פי מכירה או הפקעה) מקים מחסום מפני תקיפה מאוחרת מכוחן של טענות אלו?

נניח, לדוגמה, כי פלוני מגיש תזכיר תביעה במסגרת הליך הסדר, שבו הוא טוען לבעלות על הקרקע. מנגד, גם האפוטרופוס לנכסי נפקדים או רשות הפיתוח (שקנתה ממנו את הנכס) מתייצבים וטוענים לזכות בקרקע.²⁹⁷ פלוני סבור כי קביעתו של האפוטרופוס שהוא (או מורישו) נפקד אינה נכונה. האם ניתן לברר מחלוקת זו במסגרת הליך ההסדר? כקבוע בפקודת ההסדר, בעת הצגתן של "תביעות סותרות" בנוגע לנכס המצוי בהסדר, יתבררו אלה לפני בית-המשפט המחוזי.²⁹⁸ ניתן לראות בפסיקה מקרים שבהם שאלת נפקדותו של בעל הנכס או השאלה אם אדם שהוכרז נפקד היה מנהלו של הקדש, למשל, מתבררות כתביעה סותרת במסגרת הליכי ההסדר.²⁹⁹ כך גם לגבי טענה כי הנפקד התחייב כלפי התובע, קודם למועד שבו נהפך לנפקד, למכור לו את זכויותיו בנכס.³⁰⁰ אף אם אין עסקינן ב"תביעות סותרות", להלכה בית-המשפט המוסמך לדון "בכל סכסוך בנוגע למקרקעין שבאזור הסדר" הוא בית-המשפט המחוזי.³⁰¹ ייתכן, עם זאת, כי חרף העובדה שמדובר באותו בית-משפט, לשאלה אם מדובר בתקיפה ישירה או עקיפה תהיה נפקות. כך, בפרשה אחת נקבע כי אם האפוטרופוס

295 Oren Shlomo & Michal Braier, *Threats and Ambivalence in Land Formalization: The Case of Settler-Colonial Land Regime in East Jerusalem/al-Quds*, 43 ENV'T & PLAN. D: Soc'y & SPACE 991, 1000 (2025).

296 ראו במקום, לעיל ה"ש 287; שרון קרני-כהן, שרי קרוניש ואפרת כהן-בר זכויות תושבים וחובות המדינה בהליך הסדר קרקע (במקום 2022) <https://katrz.net/1f0dd3>.

297 אם האפוטרופוס אינו מתייצב והמקרקעין לא נמכרו לרשות הפיתוח, להלכה לא מתקיים לגביהם האמור בס' 22 לפקודת ההסדר, שכן האפוטרופוס אינו בבחינת "המדינה". כך נובע מדעת הרויב לגבי סוגיה זו בעניין עזבון עקל, לעיל ה"ש 42, בפס' 12 לחוות-הדעת של השופט גרוסקופף, אשר רואה ברשות הפיתוח "אדם אחר" ביחס לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, וזאת לצורך ס' 17 לחוק נכסי נפקדים.

298 ס' 43 לפקודת ההסדר.

299 לדוגמה, ע"א 1432/18 רשות הפיתוח נ' יו"ר ועד ההקדש (ווקף) (נבו 18.1.2022).

300 לדוגמה, ע"א 3296/19 עזבון ג'אבר נ' רשות הפיתוח (נבו 26.12.2021). לביקורת על פסק-הדין (בהקשר של זכות מכוח התיישנות, לא מכוח מכר) ראו רונית לוי-שנור "יפקת אלהים ליפת וישפן באהלי שם" – בעקבות ע"א 3296/19 ג'אבר נ' רשות הפיתוח "בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטת רייכמן" (28.12.2021) <https://katrz.net/e0e970>. עוד על נושא ההתיישנות ראו עניין דרויק, לעיל ה"ש 68.

301 ס' 43 לפקודת ההסדר. ראו רע"א 3899/20 אסעד נ' סמום (נבו 27.8.2020).

לנכסי נפקדים סבור שיש לבטל פסק-דין שניתן על-דרך הפשרה ונרשם בלוח זכויות לא-סופי, עליו להגיש תביעה נפרדת לביטול פסק-הדין, ואי-אפשר לבטל את פסק-הדין (או להתעלם מתוצאתו) אגב הדיון בהליך ההסדר.³⁰² על-כן אין קושי לקבוע כי את טענות תקיפה 1–4 (בעל הזכויות אינו נפקד, הנכס היה בבעלות של אדם אחר מזה שהוכרז כנפקד, הנכס היה בבעלות הנפקד אך נוצרו לגביו זכויות של אחרים לפני שהוקנה, והנכס נמכר על-ידי האפוטרופוס בעקבות טעות בייחוס נפקדות) ניתן להציג במסגרת הליכי ההסדר, ולדעתי אין זה משנה אם מציג הטענות הוא הבעלים המקורי, יורשו או חליפו.

השאלה היא מה דינן אם הן לא הוצגו במסגרת ההסדר. נניח כי הסתיים לו הליך הסדר והקרקע נרשמה על שם האפוטרופוס לנכסי נפקדים (או רשות הפיתוח הקונה ממנו או רשות המפקיעה ממנו). האם הדבר שולל את אפשרות הצגתן של תביעות מסוגים 1–4 לאחר-מכן, אם הן לא הוצגו במסגרת ההסדר? אפשר שטענות אלו לא יוכלו להיות מוצגות בשל עילות שיהוי, השתק או התיישנות, אשר עשויות – בשנים לב לנסיבות העניין – להיות בנות-תחולה. אולם פרט לכך אני סבורה כי סעיף 81 לפקודת ההסדר (להלן: כלל החסימה), הקובע כי "הרישום של מקרקעין בפנקס החדש יבטל כל זכות הסותרת אותו רישום, אם אין בפקודה זו הוראה אחרת לענין זה", אינו צריך לעמוד כנגד מי שטוען לטענה מסוג 1 (בעל הזכויות אינו נפקד). זאת, מכיוון שזכותו של הבעלים, הטוען לאי-נפקדות, אינה סותרת את זכותו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים, אלא מתיישבת עימה, שהרי האפוטרופוס פועל מכוחה כפי שהוא סובר שהיא קיימת.³⁰³ יודגש כי השלמתו של הליך ההסדר אינה משמיעה שאי-אפשר לתקוף את תוצריו אם הם אינם נכונים.³⁰⁴ אם חרף אי-הנפקדות, שהתבררה לאחר השלמת ההסדר, כבר נעשתה על-ידי האפוטרופוס עסקה בתום-לב, תחול על כך טענה 4, דהיינו, יהיה צורך לבחון, לפי סעיף 18 לחוק, מהן תוצאות העסקה שנעשתה בטעות, ואת זאת ניתן לעשות לאחר שייקבע כי הכרזת הנפקדות הייתה שגויה. הפעלת סעיף 18 לחוק תושפע כמובן משאלת היווצרותן של זכויות לצדדים שלישיים, שנוצרו בתנאי תקנת השוק של סעיף 10 לחוק המקרקעין. אם יתברר כי האמור בסעיף 17(א) לחוק אינו מתקיים (דהיינו, נעשתה עסקה לא בתום-לב) אך בינתיים כבר הושלם ההסדר, לא יעמוד הדבר לחובת מי שנחשב

302 רע"א 9498-01-25 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' האפוטרופוס הכללי, פס' 24–25 (נבו 11.2.2025).

303 השוו עניין הקדש טנוס, לעיל ה"ש 290, בפס' 22; עניין דיאב, לעיל ה"ש 290. אך ראו את טענת המדינה בת"א (מחוזי חי') 47863-11-17 נסראווי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 5 (נבו 8.11.2018) (השאלה לא הוכרעה). כן ראו עניין גועבה, לעיל ה"ש 179, בפס' 10, שם סולקה על הסף תביעה לזכות מכוח הסכם מכר משנת 1971 הנוגדת רישום שנעשה בשנת 1974 בפנקס הזכויות [מקרקעין מוסדרים] לטובת רשות הפיתוח לאחר שהבעלים הרשום הוכרז כנפקד. הנשיא עמית מציין כי "...למעלה מן הצורך אוסיף כי דומה שהתביעה חסרת תוחלת על פניה, לאור הוראות סעיף 81 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט–1969 וסעיף 125 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969".

304 ראו עניין פיליפ, לעיל ה"ש 290, בעמ' 596 ("...סעיפים 93–97 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש] עוסקים במצב דברים מסוים ומוגדר, ואין להם כל שייכות לענייננו. עם זאת, גם רישום, שבוצע על-פי הצהרה שאינה תואמת את הנתונים המהותיים בחוזה, או שבוצע במירמה ואפילו בטעות בתום-לב וכיוצא באלה מקרים, יכול הבעלים האמיתי לתקוף אותו בתביעה משפטית"). בעניין יונס, לעיל ה"ש 194, בפס' 12, לא נבחנה טענה זו, וממילא הדברים הם בהערת-אגב.

נפקד בטעות, אלא אם כן נוצרו זכויות הנהנות מאותה תקנת שוק ובתנאים של סעיף 10 לחוק המקרקעין. במובן זה, ביצוע ההסדר מגן טוב יותר על קונים של האפוטרופוס מאשר סעיף 18, המתיר שיקול-דעת אם לשחרר את הנכס או את תמורתו, שכן תחולתו של סעיף 18 מותנית בתוס-לב של האפוטרופוס, ואילו עם השלמת ההסדר גם תוס-לב אינו דרוש מצד האפוטרופוס, ככל שהקונה ממנו הוא תוס-לב. מכיוון שחוסר תוס-ליבו של האפוטרופוס יכול להשפיע גם על חוסר תוס-ליבה של רשות הפיתוח, אשר רק לה רשאי האפוטרופוס למכור, ההגנה העיקרית עשויה להיות לקונים של רשות הפיתוח.

השלמת ההסדר עשויה לפגוע אף בטענותיו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים לזכות בנכס שהוא לא עמד עליה במסגרת ההסדר, בפרט אם מי שנרשם בסיום ההסדר כבר מכר את הנכס לקונה תוס-לב בתמורה ובתנאי סעיף 10 לחוק המקרקעין. אומנם, הכרה בכך מתנגשת לכאורה עם הכלל שבחוק נכסי נפקדים המורה על מחיקת רישומים בנכסים מוקנים שנעשו ללא היתר של האפוטרופוס,³⁰⁵ אולם נדמה שסעיף 10 לחוק המקרקעין הוא הסדר מיוחד הגובר על זכות האפוטרופוס במקרה זה.³⁰⁶

סעיף 81 לפקודת ההסדר אף אינו צריך לעמוד כנגד מי שמחזיק בטענה מסוג 3 ולא תבעה במסגרת ההסדר, ככל שעניינה בזכות שאינה טענה רישום (ואשר אולי אף אי-אפשר לרושמה), כגון דיירות מוגנת או רישיון. זכויות אלו אינן סותרות את זכותו של הבעלים שנרשם, אלא מכפיפות אותו אליהן, ולכן העדרן מן הרישום אינו טעות.

לעומת זאת, לגבי טענה מסוג 2, שהנכס היה בבעלות של אדם אחר מזה שהוכרז כנפקד,³⁰⁷ וכן טענה מסוג 3 לעניין מכר שעשה הנפקד לפני נפקדותו,³⁰⁸ טענות אלו אכן עשויות להיחסם לפי כלל החסימה עם השלמת הליך ההסדר, ולהתאפשר רק בכפוף לחריגים לעקרון הסופיות, ובפרט לחריג המרמה שבסעיף 93 לפקודת ההסדר.³⁰⁹

עוד יש לומר כי נראה שלבית-המשפט המחוזי אין הסמכות לדון, במסגרת הליכי ההסדר, בטענות תקיפה 5–6, שהן טענות תקיפה "מנהליות", דהיינו, לפי סעיפים 27(א) ו-27(ב) לחוק.³¹⁰ לכן, גם מן הטעם שהוצג לעיל לגבי אי-תחולתו של סעיף 81 לפקודה ביחסים שבין הנפקד לכאורה לבין האפוטרופוס, וגם בשל העדר סמכות לבית-המשפט המחוזי, אי-אפשר לומר שחלף המועד להצגת טענות כאלה שלא נשמעו במסגרת ההסדר, ואי-אפשר לומר

305 ס' 22(ד) לחוק נכסי נפקדים.

306 קביעותיו של פסק-דין שעסק בשאלה זו – ת"א (מחוזי מר') 32904-10-17 **קשקוש נ' מדינת ישראל** (נבו 30.8.2020) – התבטלו מכוח הסכמה בין הצדדים אשר הוגשה במסגרת ע"א 7716/20 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' קשקוש** (נבו 2.1.2023) (הנוסח של הסכמת הצדדים מצוי בידי המחברת). כן ראו בהקשר זה ת"א (מחוזי נצ') 42610-12-14 **עאדי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (נבו 26.6.2018). חלופה אחרת לפתרון העניין היא באמצעות תביעה נזיקית נגד האפוטרופוס שלא עמד על זכויותיו. ראו בג"ץ 3544/19 **גאבר נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (נבו 16.3.2020).

307 ראו ע"א 4563/18 **קיים נ' האפוטרופוס לכונס הנפקדים** (נבו 30.12.2019).

308 ראו ה"פ (מחוזי י-ם) 44419-02-11 **שבירו נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (נבו 10.3.2014). ערעור נמחק בע"א 3095/14 **שבירו נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים** (נבו 26.4.2015) ("רשמנו בפנינו כי המערערים רשאים לפנות למשיבים בבקשת שחרור על פי חוק נכסי נפקדים") (להלן: **שבירו בעליון**).

309 לחריגיו של כלל זה ראו לעיל ה"ש 290.

310 אך השווה דנ"א 1099/13 **מדינת ישראל נ' אבו פריח** (נבו 12.4.2015).

שההסדר חוסם את הדרך בפניהן. עם זאת, שוב, ככל שהאפוטרופוס עשה עסקה, עשויה לקום לזכות מי שהתברר כי יש לבטל את נפקדותו תביעה לפי סעיף 18 לחוק נכסי נפקדים, בתנאיו. לגבי טענת תקיפה מסוג 7, דהיינו שחרור הנכס לנפקד מטעמי מדיניות לפי סעיף 28 לחוק, תביעה זו אינה נשללת כלל כתוצאה מהשלמת ההסדר.³¹¹ אולם, לנוכח קביעת בית-המשפט העליון בעניין חסיין כי יש לדאוג להבטחת זכותם בעין של תושבי השטחים במקרקעין ככל שהדבר אינו בלתי-אפשרי עקב פעולות שבוצעו לפני מתן פסק-הדין (בשנת 2015), השלמת ההסדר עשויה ליצור תחרות בין תושב השטחים שטרם תבע את זכותו לשחרור הנכס לבין רוכש של האפוטרופוס לנכסי נפקדים או (ובפרט) רוכש של רשות הפיתוח, שכן האחרון יוכל להיבנות עתה מסעיף 10 לחוק המקרקעין. לנוכח סכנה זו, חובה על האפוטרופוס לנכסי נפקדים לברר באופן מדויק את זהותם של בעלי הזכויות בנכסים שהוא תובע לעצמו במסגרת ההסדר, כדי לא להימצא חותר תחת קביעתו הברורה של בית-המשפט בעניין חסיין. חובה זו של האפוטרופוס אינה מותנית בהגשת תביעה מצד הטוענים לזכויות, שכן היא מיועדת לאפשר לו לקיים את חובותיו כבעל תפקיד ציבורי. מכל מקום, לפי פקודת ההסדר, גם בהעדר תביעה מוטלת על פקיד ההסדר החובה לברר את זכותו של אדם שלא תבעה.³¹²

לא דנתי כאן בטענות של אדם לזכות בנכס מכוח התיישנות (בין שההתיישנות היא לפני הנפקדות ובין שהיא לאחריה) בשל מורכבות הסוגיה, אך חשוב להדגיש כי ככל שטענות אלו לא יוכרו במסגרת ההסדר, הן ייחסמו על-ידי כלל החסימה. לאחר השלמת ההסדר מתארכת תקופת ההתיישנות (מחמש-עשרה שנים לעשרים וחמש שנה),³¹³ ואף מצטמצמת האפשרות לרכוש זכות המכונה "התיישנות מהותית", להבדיל מהתיישנות דיונית.³¹⁴ לסיכום, בחלק זה בחנתי את המשמעות של הליכי הסדר זכויות במקרקעין לגבי תחולתו של חוק נכסי נפקדים. הראיתי כי טענות מסוגים 1–4 (הסותרות את הנפקדות או את היות הנכס בבעלות הנפקד) ניתן להציג במסגרת הליכי ההסדר, אך השאלה הקריטית היא מה דינן לאחר השלמת הליכי ההסדר אם הן לא הוצגו במסגרתם. הדגשתי כי סעיף 81 לפקודת ההסדר ("כלל החסימה") משפיע באופן שונה על סוגי טענות שונים. בעוד טענות לגבי זכויות שאינן טענות רישום (כגון דיירות מוגנת) אינן נחסמות, טענות לבעלות חלופית עלולות להיחסם. עמדתי על החובה המוטלת על האפוטרופוס לנכסי נפקדים לברר באופן מדויק את זהותם של בעלי הזכויות במסגרת ההסדר, במיוחד לנוכח הנחיותיו של בית-המשפט בעניין חסיין לגבי תושבי השטחים. הדגמתי כיצד השלמת ההסדר יוצרת מצב מורכב שבו הגנת תקנת השוק עלולה לפגוע בטענותיהם של מי שהתברר כי נחשבו נפקדים בטעות, ובמקביל עשויה להגן על האפוטרופוס מפני טענות שלא הוצגו במועד.

311 השוו עניין שבירו בעליון, לעיל ה"ש 308.

312 ס' 24 לפקודת ההסדר.

313 ס' 5(2) לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958. כן ראו שם, בס' 22.

314 ס' 159(ב) לחוק המקרקעין.

ה. סיכום

בשנים האחרונות החלה מדינת ישראל בחיזוק או חידוש של החלת ריבונותה במזרח ירושלים. מהלך זה מתבטא, בין השאר, ביצירת מרחבי לאום. מרחבי לאום, טענתי, הם מרחבים פיזיים ואזרחיים שבהם המדינה מבקשת לבסס את זהותה הלאומית באמצעות פינויים מנוכחות פיזית ורכושית של לאומים מתחרים ומהיסטוריות מתחרות לזו של המדינה, וכל זאת תוך הפגנה רחבה של כוחה הבונה והמקים של המדינה. בעוד המהלכים של יצירת מרחבי הלאום בראשית ימיה של המדינה הם עניין אחד, אימוצם של מהלכים אלו בעת הזו הוא עניין אחר. אם הוא בעייתי או דווקא רצוי – זוהי שאלה פוליטית. אולם גם שאלות משפטיות כבדות-משקל מתעוררות. בפרט, במרכז מאמר זה העמדתי את השאלה אם ההישענות על אזרחותם הירדנית הכפויה של הפלסטינים תושבי ירושלים והגדה המערבית כבסיס להלאמת רכושם כיום היא חוקית.

כפי שהראיתי, הטלת האזרחות הירדנית הכפויה על תושבי הגדה הייתה בלתי-חוקית מצידה של ירדן. על רקע זה, ההישענות הישראלית על הירדניזציה של ערביי מזרח ירושלים (והגדה המערבית) לצורך יצירת מרחבי לאום מעוררת, כפי שטענתי, סכך מורכב של פרדוקסים. אם ירדן היא ריבון חוקי במזרח ירושלים, ובשל כך הייתה רשאית לאזרח את תושביה למדינתה, כיצד זה חוברה לה העיר יחדיו במלחמת ששת-הימים? אם ירדן אינה ריבון חוקי במזרח ירושלים, מדוע שפעולותיה הבלתי-חוקיות יהיו בנות-תוקף בישראל של ימינו? אם נאמנותם של תושבי מזרח ירושלים נתונה לירדנים, מדוע ישראל מחילה על השטח את חוקיה, ובאופן ספציפי בעת הזו – את הליכי הסדר הזכויות במקרקעין? אם ירדן כבר אינה מדינת אויב זה שלושים שנה ויותר, ואם נוסף על כך היא עצמה ביטלה את אזרחותם הירדנית של הפלסטינים לפני כארבעים שנה, מדוע שבהליכים המתקיימים כיום יאבדו מי שהם תושבי-קבע בארץ שכבר אינה ארץ אויב את נכסיהם במזרח ירושלים?

עמדתי על כך שביחס לנפקדותם של בעלי הנכסים במזרח ירושלים מתקיים יחס הפוך בין רוחבה של רשת התפיסה לבין צרותו של פתח החילוף. יחס הפוך זה מתבטא גם בהחלתם של מישורי בחירה וזמנים שונים. בעוד האזרחות הירדנית, שהיא העילה להחלתו של חוק נכסי נפקדים על בעלי נכסים במזרח ירושלים, אינה מוקפאת בזמן ואינה ניתנת לשחרור, התושבות בירושלים, שהיא הדרך להשתחרר מתחולת החוק, מוקפאת בזמן ואינה ניתנת לאימוץ. כך, האזרחות, הבלתי-רצונית, נשארת; ואילו התושבות, הרצויה והנמשכת, חולפת. החלת חוק נכסי נפקדים על נכסים במזרח ירושלים בעת ביצוע הליכי ההסדר באזור זה עלולה ליצור התנגשויות מרובות בין תושבים וטוענים לזכויות לבין שלטונות ישראל. התנגשויות אלו הן פועל יוצא מחוק שנחקק על רקע הקמתה של מדינת-ישראל והאילווצים והחייבים שנבעו מכך אז. הפעלתו במזרח ירושלים – שטח שישראל צירפה לשטחה, סיפחה, על דעתה, ולא בשלבי קימומה – מעוררת קושי רב. יש לזכור קושי זה כאשר בוחנים כיצד יוכרעו ההתנגשויות האמורות. במאמר זה הצגתי, בצורה מפורטת ככל האפשר, שורה ארוכה של טענות תקיפה אפשריות הנוגעות בהכרזת הנפקדות, בזכויות של צדדים שלישיים ובתוצאותיהן של תקלות בהקשרים אלו. בחלק מן הנקודות הוצגו כאן טענות שמעולם לא נטענו, כגון הטענה בנוגע לאזרחות הירדנית הכפויה. כן הצבעתי על הצורך לבחון במסגרת הליכי ההסדר – באופן יזום על-ידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים או על-ידי פקיד ההסדר –

את זכויותיהם של טוענים אפשריים לזכויות, אף אם הם עצמם אינם טוענים להן. טענתי גם כי זכויות משניות לבעלות, כגון דיירות מוגנת, אינן טעונות רישום ולכן אין הכרח שייתבעו במסגרת ההסדר. עמדתי על חריגים לכלל המפורסם של סופיות ההסדר, גם כאלה שאינם עולים בדרך-כלל על הדעת. בנסיבות העניין, על האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פקיד ההסדר ובתי-המשפט מוטלת חובה לנהוג בזהירות יתרה בבירור קיומן של טענות אלו או אחרות, ולהבטיח כי תוצאתה של החלת החוק תהיה רגישה למורכבות העצומה של עצם החלתו.