



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7446/17

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט י' אלרון

העותרים: מאהר סרחאן ו- 103 אח'

נגד

המשיבים: 1. האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי
2. מדינת ישראל
3. יצחק רלביג
4. מרדכי זרביב
5. אבי שפרמן

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: כ"ז בסיון התשע"ח (10.06.2018)

בשם העותרים: עו"ד יזיד קעואר, עו"ד זיאד קעואר, עו"ד עלאא מחאגינה, עו"ד מחמד דחלה
בשם המשיבים 1-2: עו"ד נטע אורן
בשם המשיבים 3-5: עו"ד אברהם סגל

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם יש מקום לקבל עתירה שהוגשה נגד תוקפה של תעודת שחרור שהוצאה על-ידי האפוטרופוס הכללי לפי חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970 (להלן: חוק הסדרי משפט) ונסבה על מקרקעין המצויים באזור הכפר סילוואן במזרח ירושלים? זו השאלה שבה התבקשנו להכריע במקרה זה. לאמיתו של דבר, כרוכות ושלובות בה שאלות רבות נוספות, שהתעוררו אף הן בפנינו, ובכללן: האם המועד שבו הוגשה העתירה מאפשר להידרש אליה? האם חלק מן השאלות שהתעוררו בה הוכרעו באופן מחייב בהליכים קודמים? הדיון בשאלות אלה מפורט להלן, תוך

התייחסות – במידה הנדרשת – גם להיסטוריה המורכבת של האזור במשך עשרות רבות של שנים.

המסגרת הנורמטיבית

2. הדיון המשפטי במקרה זה נטוע בכללים המיוחדים החלים על נכסים שהיו בבעלות יהודית לפני מלחמת העצמאות, הוחזקו על-ידי שלטונות ירדן כרכוש אויב, ובהמשך הועברו לטיפולו של האפוטרופוס הכללי על-פי חקיקה מיוחדת שהוחלה עליהם, היא חוק הסדרי משפט שנזכר בפתח הדברים.

3. בשנת 1939, לרקעה של מלחמת העולם השנייה, נחקקה על-ידי השלטון הבריטי פקודת המסחר עם האויב (להלן: הפקודה), אשר קבעה בין היתר את אופן הטיפול במה שהוגדר בה כ"נכסי אויב". בתום תקופת המנדט, נקלטה פקודה זו אל המשפט הישראלי, וכן אל המשפט הירדני, בהתאמה. לאחר הקמתה של מדינת ישראל הוכרזו תושביה כנתינים של מדינת אויב בירדן. בהתאם לכך הוחלה הפקודה על נכסים רבים שהיו בבעלות יהודית ובעקבות מלחמת העצמאות נכללו בשטח שנשלט על-ידי ירדן. נכסים אלה נתפסו על-ידי הממונה הירדני על רכוש האויב לצורך ניהולם ושימורם (להרחבה, ראו: איל זמיר ואיל בנבנישתי 'אדמות-היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 47-54 (1993)). בתום מלחמת ששת הימים הוחל המשפט הישראלי על מזרח ירושלים, בתוקף צו שהוצא לפי סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. בהמשך נחקק חוק הסדרי משפט שנזכר לעיל, אשר קבע בסעיף 5 לו כי אותם נכסים שהוקנו לממונה הירדני על רכוש האויב יועברו לניהולו של האפוטרופוס הכללי, בהתאם לסמכויותיו המוגדרות בסעיף 2(ב) לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978 (להלן: חוק האפוטרופוס הכללי).

4. לענייננו, חשוב לבחון את נוסחו של סעיף 5(ב) לחוק הסדרי משפט הקובע את ההסדרים שעניינם שחרור הנכסים על-ידי האפוטרופוס הכללי לידיהם של הבעלים המקוריים או חליפיהם. וכך הוא מורה:

"האפוטרופוס הכללי ישחרר, בתעודה חתומה בידו, את המקרקעין למי שהיה בעלם לפני שהוקנו לאדם כאמור בסעיף קטן (א) או לפני שאותו אדם התחיל להחזיק בהם או לנהלם, לפי הענין, או לחליפו של אותו בעל, לפי בקשתם; כל עוד לא שוחררו המקרקעין, יעשה בהם האפוטרופוס הכללי כפי שהוא רשאי לעשות בנכס עזוב שלגביו ניתן לו צו ניהול לפי סעיף 6(א) לחוק

האפוטרופוס הכללי, תשל"ח-1978, והוראות סעיף 15(ג) ו-(ד) לחוק האמור יחולו".

5. כאמור בפתח הדברים, העתירה שבפנינו נסבה על תעודת שחרור שהוצאה ביום 30.9.2002 מכוח סמכות זו ביחס למקרקעין המצויים באזור הכפר סילוואן שבמזרח ירושלים (להלן: תעודת השחרור).

התשתית העובדתית בתמצית

6. תעודת השחרור מושא העתירה מתייחסת, על-פי האמור בה, למקרקעין שנרכשו על-ידי יהודים בסוף המאה התשע עשרה. המדובר במקרקעין שאינם מוסדרים, הרשומים בפנקס השטרות התורכי (שטר מס' 4 משנת 1881, ספר תורכי 3, דף 6) ומתפרסים על פני כ-5,000 מ"ר בכפר סילוואן (להלן: המקרקעין). על-פי הנטען, ביחס למקרקעין נוצר בשנת 1899 הקדש, הידוע בכינוי "הקדש בנבנשתי" (להלן: ההקדש). בשטר ההקדש נכתב כי ההקדש כולל את "כל 72 החדרים ובאר מים מיועד לאיסוף מי הגשם. (הנכסים) עומדים על תילם ובנויים בחלקת האדמה הנמצאת מחוץ לירושלים ושיכת לאדמות הכפר סילוואן והנקראת אדמת אלחבאיל וגבולותיו על כל מה שכלול בו הם: מדרום – אדמה לפאטמה בת מוסטפא אלסלואני, ממזרח – דרך ציבורית, מצפון אדמת מוסא בועת, ממערב – בית עודה אלחליסי אלסלואני והגרנות". כמו כן, נכתב בשטר ההקדש כי הנאמנים על ההקדש יהיו שלושה: מי שיהיה הרב הראשי של "העדה היהודית" בירושלים; מי שיהיה הרב של העדה האשכנזית בירושלים; ומי שיהיה מנהל בית הספר היהודי למלאכה "אליאנס" בירושלים.

7. כפי שיפורט להלן, הדיון בנכסי ההקדש ובהיסטוריה של הטיפול בהם הוסבר בהליכים קודמים שהתקיימו בין נאמני ההקדש לבין חלק מן המחזיקים בנכסים במקרקעין. מבלי לנקוט בשלב זה עמדה באשר למשמעותם של הליכים קודמים אלה מבחינת מחזיקים במקרקעין שלא היו צד להם – ניתן להפנות לפסק דינו של בית משפט זה באחד ההליכים לצורך תיאור הנושא – ע"א 5522/12 דוויק נ' הרב יצחק דלב"ג (27.7.2014) (להלן: עניין דוויק).

8. כפי שמוסבר בעניין דוויק, בשנת 1946 – עשרות שנים לאחר שנוצר ההקדש, ועל רקע ההסלמה במערכת היחסים בין יהודים וערבים באזור – השכירו נאמני ההקדש את הנכסים שעמדו במקרקעין לאדם בשם קאיד רשח מוחמד ג'לאג'ל (להלן: ג'לאג'ל), במטרה שישמור עליהם, וזאת באישורה של רבנות העיר ירושלים. בחלוף השנים, לאחר שעברו המקרקעין לשליטת ירדן, מכרו ג'לאג'ל ואשתו חלקים מהמתחם לצדדים

שלישיים (ראו: עניין דוויק, בפסקאות 2-3). הלכה למעשה, על רקע ההתפתחויות המתוארות, בתקופה הארוכה שחלפה מאז, שטחם של הנכסים נתפס על-ידי אנשים ומשפחות רבות, תושבי הכפר סילוואן.

9. ביום 15.11.2001 נתן בית המשפט המחוזי החלטה בדבר מינוי המשיבים 3-5 – יצחק רלב"ג, מרדכי זרביב ואברהם שפרמן – לתפקיד נאמני ההקדש (להלן: הנאמנים או נאמני ההקדש). בהחלטה נקבע כי מי שמשמשים כנאמני ההקדש מכוח תפקידם כרבנים הראשיים של ירושלים, הרב שלום משאש והרב יצחק קוליץ, הצהירו כי אינם מסוגלים כיום למלא את תפקידם כנאמנים. עוד צוין בהחלטה כי רשם ההקדשות נתן הסכמתו למינוי הנאמנים החדשים המוצעים (ה"פ 750/01 הרב שלום משאש נ' רשם ההקדשות (15.11.2001)). עם זאת, בהחלטה לא פורט כיצד נבחרו דווקא אלה לשמש כנאמנים במקום נאמני ההקדש הקודמים ומה היו השיקולים למינויים (עניין זה לא התברר עד תום בטענות הצדדים, בשים לב גם לשנים שחלפו מאז ניתנה ההחלטה). בהמשך, נרשם ההקדש ביום 28.3.2004 בפנקס ההקדשות הציבוריים, תוך שנכתב כי הוא נועד "לטובת העניים של העדה היהודית בירושלים הספרדים והאשכנזים בחלקים שווים". בין לבין, בסמוך למועד שבו התמנו נאמני ההקדש לתפקידם, הם פנו לאפוטרופוס הכללי וביקשו כי המקרקעין יועברו לידיהם וכי תוצא תעודת שחרור המעידה על כך. תעודה זו הוצאה, כאמור לעיל, ביום 30.9.2002.

10. מאחר שמדובר במקרקעין שאינם מוסדרים, תעודת השחרור מתייחסת להעברת זכות השימוש והבנייה במקרקעין לידי נאמני ההקדש. בהתאם לכך, נקבע בתעודת השחרור כי היא "אינה מהווה הוכחה לבעלות לגבי המקרקעין", וכי שחרור הנכסים "ניתן בכפיפות לזכות צד שלישי אם קיימת זכות כזו".

11. ביום 18.1.2015 תוקנה תעודת השחרור לבקשת נאמני ההקדש. בתעודה המתוקנת צוין כי היא מתייחסת גם לחלקות 95 ו-96 בגוש שומה 29986.

12. כמפורט להלן, הוצאת תעודת השחרור הובילה לניהולם של הליכים אזרחיים בין נאמני ההקדש לבין המחזיקים בנכסים. מקצת מן ההליכים הגיעו לכלל מיצוי בפסקי דין שניתנו בבית משפט זה, ובהם פסק הדין שניתן בעניין דוויק (כן ראו: רע"א 1889/15 אבו נאב נ' הרב יצחק רלב"ג (31.5.2015), וההליכים שקדמו לו). חלק גדול מהם עודנו מתנהל.

13. מאחר שפסק הדין בעניין דוויק עמד במידה רבה במוקד טענותיהם של הצדדים, נביא את עיקריו בקצרה. ראשיתו של ההליך האמור בתביעה שהגישו נאמני ההקדש כנגד בני משפחת דוויק (שאינם נמנים על העותרים שבפנינו) לבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א 9403/07). הנאמנים עתרו לכך שבני המשפחה יהרסו את תוספות הבניה שנבנו על ידם בבית מגוריהם – אשר נרכש מג'לאג'ל בתום לב ובתמורה על-ידי מורישם בשנת 1964 – וכן יימנעו מביצוען של עבודות בנייה ופיתוח כלשהן בנכס. התביעה התבססה על עילה של הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

14. בית המשפט המחוזי (סגן הנשיאה (כתוארו אז) א' פרקש) קיבל את התביעה. בפסק דינו הוא ציין כי המחלוקת הממוקדת בין הצדדים נגעה לשאלה האם הנכס של בני המשפחה, המצוי בחלקה 96, נכלל בתוך השטח שהקנה האפוטרופוס הכללי לנאמני ההקדש בתעודת השחרור. בהקשר זה אימץ בית המשפט המחוזי את העמדה שהובעה בחוות דעת מטעם נציגה של לשכת רישום המקרקעין בירושלים, שהשיבה לשאלה זו בחיוב, וקבע כי הנתבעים, בני משפחת דוויק, לא הצליחו לסתור את המסקנה האמורה. על כן, בית המשפט המחוזי קבע כי נאמני ההקדש הוכיחו כי הם בעלי הזכויות בנכס. בית המשפט המחוזי דחה את טענת ההתיישנות שהעלו בני משפחת דוויק, בקבעו כי לא חלף פרק הזמן הנדרש – 30 שנים – עד ליום 1.1.1970 (יום כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין)). לבסוף, בית המשפט המחוזי קבע כי התקיימו יסודות העוולה של הפרת חובה חקוקה, ועל כן הורה לבני המשפחה להרוס את תוספות הבניה שנבנו על ידם וכן להימנע מביצוע של עבודות בניה ופיתוח בנכס.

15. ערעור שהגישו בני משפחת דוויק לבית משפט זה התקבל (המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור, השופט י' עמית ואנוכי). באשר לזיהוי מיקומו של הנכס נקבע בפסק הדין כי אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה "הנכס שבו מתגוררים המערערים [בני משפחת דוויק – ד' ב' א'] שייך להקדש" (שם, בפסקה 6). בצד זאת, נקבע כי לא מתקיימים היסודות הדרושים להגשת תביעה נגד המחזיקים בעילה של הפרת חובה חקוקה. עוד נקבע כי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נפלה טעות בכל הנוגע לבחינתה של טענת החזקה הנוגדת (הנבחנת במסגרת טענת התיישנות), בשים לב לכך שבמסגרת הדיון צוין כי מדובר במקרקעין מוסדרים, הגם שאין מחלוקת כי מדובר במקרקעין שאינם מוסדרים. בסיכומו של דבר, נקבע כי יש

לבטל את הסעד שניתן על-ידי בית המשפט המחוזי, וכי אין בכך כדי לפגוע בזכויות של נאמני ההקדש מכוח דינים אחרים, כמו גם בטענות אפשריות אחרות שעשויות לעמוד לבני משפחת דוויק, כגון טענת התיישנות.

16. על רקע זה הגישו נאמני ההקדש תביעה לפינוי וסילוק ידם של בני משפחת דוויק מהנכס שבו הם מתגוררים, תביעה שעודה מתנהלת כיום בבית משפט השלום בירושלים (ת"א 3681-10-14). בהחלטות שניתנו בבקשות רשות ערעור שהוגשו על החלטות ביניים שניתנו בהליך זה נקבע כי על עובדת בעלותו של ההקדש במקרקעין מושא ההליך בעניין דוויק חל מעשה בית דין בין הצדדים (ראו החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים ברע"א 1606-05-16 מיום 27.9.2016 (השופט ע' שחם), וכן רע"א 8798/16 דוויק נ' מרדכי, פסקאות 4-6 (26.3.2017) (השופט נ' הנדל)). יצוין כי בעקבות הגשת העתירה דנן ולבקשת הנתבעים עוכבו הדיונים בהליך עד להכרעה בעתירה העומדת בפנינו (ראו החלטת השופטת א' סנדלר-איתן מיום 20.6.2018).

17. לאחר שניתן פסק הדין בערעור בעניין דוויק, נקטו נאמני ההקדש בהליכי פינוי נגד מחזיקים נוספים ביחס לנכסים הכלולים, על-פי הנטען, בשטח ההקדש. הליכים אלו, כמו גם הליכי פינוי שהחלו קודם לכן, מתנהלים בבית משפט השלום בירושלים (בטענות שהועלו בפנינו אוזכרו בהקשר זה ההליכים הבאים: ת"א 60182-10-13 זרביב נ' בצבוך (נגד העותרים 102-96); ת"א 1496-03-15 שפרמן נ' אבו נאב (נגד העותרים 104-103); ת"א 37827-05-15 שפרמן נ' רג'בי (נגד העותרים 95-85); תא"ק 40939-06-15 שפרמן נ' בוצבוך (נגד העותרים 75-66); ת"א 27537-09-15 סרחאן נ' שפרמן (תביעה שכנגד שהוגשה על-ידי העותרים 17-1); תא"ק 11330-12-15 שפרמן נ' בורקאן (נגד העותרים 55-47); ת"א 55978-12-15 שפרמן נ' רג'בי (נגד העותרים 84-76); תא"ק 67449-12-15 שפרמן נ' רג'בי (נגד העותרים 65-56); ת"א 41560-02-16 שפרמן נ' גית (נגד העותרים 35-29); תא"ק 44060-02-16 רלב"ג נ' רג'בי (נגד העותרים 46-36); תא"ק 11184-03-16 רלב"ג נ' שחאדה (נגד העותרים 28-18)). גם חלק מההליכים הללו עוכבו לאחרונה עד להכרעה בעתירה דנן, אך חלק מהם מוסיפים להתנהל במקביל לבירורה. להשלמת התמונה יצוין כי טענות העותרים העומדות במרכז עתירה זו, ביחס לאי-חוקיותה של תעודת השחרור, הועלו גם בתקיפה עקיפה בחלק מההליכים המנויים לעיל, אך טרם הוכרעו במסגרתם. לטענות אלו נידרש כעת.

18. העתירה שבפנינו מכוונת כנגד תוקפה של תעודת השחרור שהוצאה על-ידי האפוטרופוס הכללי לידיהם של נאמני ההקדש. העותרים, שהם כאמור תושבי הכפר סילוואן המתגוררים במקרקעין, העלו בעניין זה שלל טענות – חלקן כאלה שמבוססות על דיני הקרקעות העותומניים שחלו על יצירת ההקדש וחלקן כאלה שכוונו כנגד התנהלותו והחלטותיו של האפוטרופוס הכללי, הוא המשיב 1. לצדו, צוינו כמשיבים אף מדינת ישראל, ונאמני ההקדש.

19. ראשית, נטען כי מלשון שטר ההקדש עולה כי מה שהוקדש הם המחוברים למקרקעין ("72 חדרים ובאר מים"), ולא המקרקעין עצמם. מחוברים אלה, כך נטען, אינם בנויים עוד במקרקעין. העותרים טענו עוד כי בהתחשב בכך שמדובר בקרקע מסוג "מירי", אשר בתקופה העותומנית לא ניתן היה להקדישה אלא בצו מאת הסולטאן העותומני, כלל לא ניתן לומר כי ההקדש רכש בעלות במקרקעין עצמם. הם מוסיפים כי לפי סעיף 89 לחוק הקרקעות העותומני הזכויות בקרקע מירי מוקדשת פוקעות כאשר הבניינים שהיו בנויים עליה "נהרסו בלי להשאיר להם סימן", ולשיטתם אלה הם פני הדברים בשטח.

20. בהקשר זה יצוין כבר עתה כי העותרים הדגישו במספר הזדמנויות לאורך הדיון בעתירה כי לשיטתם לא חל מעשה בית דין ביחס אליהם בכל הנוגע לשאלת הבעלות במקרקעין, שכן הם – בשונה ממחזיקים אחרים – לא היו צדדים להליכים השונים שהכריעו בסוגיה זו כנדרש.

21. שנית, העותרים מעלים טענות הנוגעות לזיהויו הנכון של הנכס שעליו חל ההקדש. לטענתם, לא ניתן למקם את המקרקעין המתוארים בשטר ההקדש ועל כן לא ניתן לקשור בין שטר ההקדש לבין המקרקעין מושא העתירה. בהקשר זה נטען כי נאמני ההקדש לא הציגו את הנסח התורכי שעל בסיסו נרשמו המקרקעין בפנקס השטרות.

22. שלישית, ועל רקע האמור לעיל, טוענים העותרים כי ההחלטה בדבר הוצאתה של תעודת השחרור לקתה בפגמים שונים, הן במישור הסמכות – לנוכח הטענה כי המקרקעין שוחררו למי שאינם בעליו – והן במישור ההליך המינהלי שקדם להחלטת השחרור. העותרים סבורים כי ההחלטה לא התבססה על תשתית עובדתית ראויה וכי לא ניתנה להם זכות טיעון נגדה בהתחשב בפגיעה הפוטנציאלית בהם – לא בטרם הוצאה תעודת השחרור ואף לא בטרם הוצא התיקון לה. עוד טוענים העותרים, כי האפוטרופוס

הכללי לא נתן דעתו על זכויותיהם כמחזיקים במקרקעין לא מוסדרים, ובעיקר להסדרים רלוונטיים של התיישנות. עוד מפנים העותרים לסעיף 23 לחוק המקרקעין, הקובע כי מי שהקים מחוברים על מקרקעין בלתי מוסדרים יהיה זכאי לרכוש את המקרקעין בהתקיים התנאים המנויים באותו סעיף. לטענת העותרים, להסדרים אלה יש רלוונטיות במקרה דנן, אולם תחולתם לא נבחנה על-ידי האפוטרופוס הכללי טרם מתן תעודת השחרור.

23. רביעית, ולבסוף, העותרים טוענים כי במתן תעודת השחרור פעל האפוטרופוס הכללי בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות, בהתחשב בכך שבמקרקעין מתגוררים תושבים רבים במשך שנים ארוכות, ובהשלכות הקשות שיש להחלטה זו עליהם.

24. מנגד, המשיבים כולם טענו כי דין העתירה להידחות – על הסף ולגופה. טענות המשיבים בעניין עילות הסף היו דומות בעיקרן ועל כן יוצגו להלן במאוחד. כאשר תוצג טענה שהועלתה באופן בלעדי על-ידי נאמני ההקדש או המדינה, הדבר יצוין במפורש. לגוף הדברים הציגה המדינה טיעון מפורט בכתב, ונאמני ההקדש ביקשו להצטרף לכל האמור בו.

25. בכל הנוגע לטענות הדחייה על הסף, טענו המשיבים כי העתירה הוגשה בשיהוי ניכר ביחס למועד שבו הוצאה תעודת השחרור המקורית. נאמני ההקדש אף הוסיפו וטענו, ביתר פירוט, כי לשיטתם ניתן לקבוע שכמחצית מהעותרים ידעו על קיומה של תעודת השחרור עוד משנת 2009, בין היתר בשל קרבתם המשפחתית לתובעים ולנתבעים בהליכים שנוהלו בעניינם של המקרקעין מושא העתירה בעשור האחרון, ובהם הוצגה תעודת השחרור. נאמני ההקדש הדגישו כי השיהוי שבו לקו לשיטתם העותרים הוביל לשינוי מצבם לרעה, בשל הוצאות רבות שהוציאו למימון הליכים משפטיים ולתפיסת חזקה במבנים שפוננו.

26. כמו כן, המשיבים טענו כי מוצדק לדחות את העתירה על הסף משום שלשיטתם השאלה של תחולת תעודת השחרור על המקרקעין הוכרעה כבר בהליכים אזרחיים, דוגמת עניין דוויק הנזכר לעיל, ולכן חל בעניינה מעשה בית דין. ממילא, כך נטען, בית משפט זה אינו יושב כערכאת ערעור על הכרעות שקיבלו בתי משפט מוסמכים, לרבות בערעורים אזרחיים שנידונו בבית המשפט העליון. נאמני ההקדש, שנטלו חלק ישיר בהליכים האמורים, טענו שההחלטות שניתנו בהם כללו קביעות מפורשות גם בדבר תקינותה של תעודת השחרור, וכי אין לאפשר לעותרים "למחזר" טענותיהם ב"מסלול עוקף" שבו לא נשמעות ראיות. בעניין זה טענו נאמני ההקדש כי

חלק גדול מהעותרים הם אף חליפיהם או קרובי משפחתם של מי שניתנו נגדם פסקי דין חלוטים. בסיכומו של דבר, המשיבים כולם טענו כי על-פי מבחני ההלכה הפסוקה יש להחיל על כלל העותרים מעשה בית דין בנוגע לשאלת הבעלות במקרקעין.

27. לבסוף, טענו המשיבים כי יש לדחות את העתירה על הסף גם מפאת צירוף עותרים רבים (104 במספרם) ללא פירוט עובדתי מספק בדבר זיקתו של כל אחד מהם לזכויות במקרקעין מושא העתירה, וכן נוכח אי-צירופם של משיבים רלוונטיים דוגמת רשם ההקדשות והרבנות הראשית.

28. נאמני ההקדש הרחיבו בנוגע להיבטים נוספים המחייבים לשיטתם את דחייתה על הסף של העתירה. בין היתר, הם טענו שהעתירה הוגשה בחוסר תום-לב קיצוני, תוך שהעותרים, לטענתם, מסתירים עובדות רבות הנוגעות לתעודת השחרור ולהליכים שהתנהלו או שעודם מתנהלים בבתי המשפט השונים, וכן לא מדייקים ביחס לעובדות רבות נוספות. נאמני ההקדש אף טענו כי גם אם היה מקום לאפשר לעותרים לתקוף בתקיפה ישירה את חוקיות תעודת השחרור – בית משפט זה אינו הפורום הראוי לדון בטענותיהם, אלא בית המשפט המחוזי, המוסמך לדון בפעולותיו של האפוטרופוס הכללי לפי חוק האפוטרופוס הכללי.

29. לגוף הדברים, טענה המדינה כי ההחלטה להוציא את תעודת השחרור היא עניינית, סבירה ומידתית, ואף נסמכת על תשתית עובדתית ראויה. ביתר פירוט, נטען כי הליך הוצאתה של תעודת השחרור התבסס על בחינתם של תעודות ומסמכים היסטוריים שונים, וביניהם: שטר ההקדש משנת 1899; מסמכי ועד העדה הספרדית מהשנים 1945-1946, אשר נמצאו בתיק ההקדש של בית הדין הרבני והכוללים מכתב לרבנות הראשית שבו ביקש נשיא ועד העדה הספרדית בירושלים להשכיר את רכוש ההקדש; העתקי רישום מהנסח התורכי; רישומי מס רכוש מנדטורי; מסמכי הממונה על רכוש האויב בירדן, הכוללים דו"ח המפרט את המבנים שנמצאו בשעתו בחלקות 95 ו-96 בגוש 29986; וכן חוות דעת מודד שניתנה בהסתמך על מכלול הנתונים, לצד תצלומי אוויר ומפות. המדינה הדגישה כי בהליך שהתנהל בעניין דוויק קבע בית המשפט המחוזי, כממצא עובדתי, את זכויותיהם של נאמני ההקדש במקרקעין שעניינם נדון שם (ואשר הוכרו כחלק מן החלקה המסוימת שהוקדשה עבור ההקדש).

30. באשר לתוקפו של ההקדש, המדינה ציינה כי אכן המקרקעין המדוברים מצויים על קרקעות מסוג מירי, שהן בבעלות הריבון, כך שלא ניתן להקדיש את המקרקעין עצמם בהקדש "אמיתי" (ווקף סחיחה) בהיעדר צו סולטאן המשנה את סיווגן לקרקעות

מסוג "מולכ". אולם, כך נטען, הקרקעות הוקדשו בדרך של הקדש "לא אמיתי" (ווקף ע"ר סחיחה), החל על השימוש במקרקעין ועל הפירות הנובעים מהם. המדינה מדגישה כי במקרה דנן שחרור המקרקעין נעשה בהתאם לעמדה זו, כך שתעודת השחרור מקנה לבעלי ההקדש את הזכות לעשות שימוש בנכס. לצד זאת, הוטעם כי "אין ההחלטה לשחרר משנה את מצב הבעלות במקרקעין, אלא מדובר בהחלטה על העברת האחריות, אשר הייתה מצויה בידי האפוטרופוס על זכות מסוימת במקרקעין, לידי הזכאי להחזיק בה".

31. באשר לטענה כי נאמני ההקדש אינם בעלי המקרקעין ועל כן לא ניתן היה להעביר אותם לידיהם, טוענת המדינה כי לפי סעיף 5(ב) לחוק הסדרי משפט, ניתן לשחרר מקרקעין ל"מי שהיה בעלם... או לחליפו של אותו בעל". לטענת המדינה, יש לראות בנאמני ההקדש חליפיו של הבעלים, הפועלים לפי בקשתו המתבטאת בשטר ההקדש.

32. עוד טענה המדינה, כי הערכאות השונות שדנו בסוגיה בהליכים אזרחיים קבעו כי לעותרים אין כל זכות קניינית במקרקעין. בצד זאת הבהירה המדינה כי ככל שרכשו העותרים זכויות כלשהן במקרקעין, אין בתעודת השחרור כדי לפגוע בהן, כך שאם העותרים סבורים שעומדות להם זכויות כאלה ביכולתם לפעול למימושן. אולם, כך נטען, בית משפט זה אינו הערכאה המוסמכת לדון בכך.

הדיון בעתירה והטיעונים המשלימים שהוגשו בעקבותיו

33. ביום 10.6.2018 קיימנו דיון בתיק במעמד הצדדים, ובו שמענו את טיעוני הצדדים בהרחבה. בהמשך לכך, ביום 14.6.2018 ניתנה החלטה שבה התבקשו הצדדים כולם להשלים פרטים בשאלות שונות שהתעוררו במהלך הדיון, ובכלל זה שאלות הנוגעות להליכים האזרחיים שבהם מעורבים הצדדים ונוגעים למקרקעין, לפסקי דין שכבר ניתנו, להיבטים של דיני המקרקעין הנוגעים לדיני הקרקעות העותומניים ועוד.

34. בהמשך להחלטה זו, הגישו הצדדים את עמדותיהם והתייחסויותיהם. השלמת טיעון מטעם נאמני ההקדש הוגשה ביום 15.7.2018, השלמות טיעון מטעם המדינה הוגשו בימים 12.8.2018 ו-3.9.2018, והשלמת טיעון מטעם העותרים הוגשה ביום 22.8.2018. כמו כן, תגובת העותרים להשלמות הטיעון מטעם המשיבים הוגשה לבקשתם ביום 2.10.2018. במסגרת מסמכים אלו חזרו והדגישו הצדדים את טיעוניהם העיקריים וכן הוסיפו עליהם, בהתאם להוראותינו.

35. השלמת הטיעון מטעם המדינה – המדינה הבהירה בהשלמת הטיעון שהוגשה מטעמה כי מצב המחוברים במקרקעין לא הובא בחשבון טרם מתן תעודת השחרור. בצד זאת, היא הדגישה כי לשיטתה מידע זה לא היה דרוש לצורך קבלת ההחלטה בעניין שחרור המקרקעין לידי נאמני ההקדש. המדינה טענה כי מקריאתם של שטר ההקדש וייפוי הכוח שמכוחו נחתם, עולה שבעלי ההקדש ביקשו להקדיש את מלוא זכויותיהם במקרקעין, קרי את זכות השימוש בהם והפירות הנובעים מהם – המכונה גם "תצרוף" – ולא רק את המחוברים שעמדו עליהם באותה עת. לשיטת המדינה, במישור הרעיוני, מדובר בזכות "דומה לזכות חכירה לדורות במקרקעין בישראל – אומנם הבעלות נשארת בידי המדינה, אולם לאדם יש זכות קניינית בקרקע, הקרובה מאד לזכות הבעלות" (סעיף 4 להשלמת הטיעון מיום 12.8.2018). יתר על כן, נטען כי לפי סעיף 89 לחוק הקרקעות העותומני גם במקרה של הרס מוחלט של מבנים הבנויים על קרקע מסוג מירי לא מופקעות מההקדש זכויותיו באופן אוטומטי, אלא נדרשת פעולה אקטיבית מצד הריבון על מנת להפקיע את הזכות, מה שלא נעשה במקרה דנן.

36. המדינה הוסיפה והבהירה, בהתאם לשאלות שהופנו אליה, כי אין לאפוטרופוס הכללי מדיניות סדורה ספציפית הנוגעת לשחרור מקרקעין מסוג מירי, משום שלשיטתו אין כל שוני בין שחרור מקרקעין מסוג זה לבין שחרור מקרקעין מסוג אחר. ההבדל היחיד, כך נטען, הוא בחינת השאלה אילו מן הזכויות בנכס הוקדשו. מכל מקום, המדינה ציינה, למען שלמות התמונה, כי למיטב ידיעתו של האפוטרופוס הכללי – המקרקעין מושא העתירה הם היחידים מסוג מירי ששחררו על-ידו.

37. נוסף על כך, הבהירה המדינה כי לפני שניתנה תעודת השחרור, ואף לאחר מכן, לא נמסרה הודעה לתושבים המתגוררים במקרקעין ולא בוצע כל פרסום אחר בנושא באזור מגוריהם. המדינה הוסיפה וטענה כי היא לא הייתה מחויבת למסור הודעה כאמור, מאחר שלשיטתה חובה כזו חלה אך במקרים שבהם קיימת מערכת יחסים מוסדרת – דוגמת שכירות – בין המחזיק במקרקעין לאפוטרופוס הכללי, להבדיל מן העותרים, אשר לפי הנטען מחזיקים בנכס שלא כדין.

38. מכל מקום, בהשלמת הטיעון הנוספת שהוגשה כשלושה שבועות לאחר השלמת הטיעון הראשונה שנזכרה לעיל שינתה המדינה את עמדתה לעניין סיווג המקרקעין. כך, נטען על ידה כי בהתאם לחוות דעת שהתקבלה מעו"ד משה גולן, לדבריה פרקליט בכיר לשעבר במחלקה האזרחית ובעל מומחיות בדיני הקרקעות העותומניים, המקרקעין מושא העתירה סווגו מחדש בראשית שנות ה-50 למאה

הקודמת כמקרקעין מסוג מולכ, במסגרת חוק מס' 41 של הממלכה הירדנית משנת 1953, המכונה "חוק הפיכת הקרקעות מסוג מירי למולכ" (להלן: חוק הסיווג הירדני). אמנם, כך נטען, החוק האמור לא נקלט אל המשפט הישראלי, אולם תוצאותיו במישור הזכויות והחובות במקרקעין מוסיפות להתקיים בהתאם לעקרונות המשפט הבינלאומי הפומבי. לגישת המדינה, השינוי האמור בא ללמד כי הזכויות שהועברו מהאפוטרופוס הכללי לידי נאמני ההקדש כוללות אף זכות בעלות בגוף המקרקעין, ללא קשר למחוברים. לצד זאת, הודגש על ידי המדינה כי לעניין שחרור המקרקעין ממילא אין נפקות לסיווג המקרקעין – שכן משמעות השחרור היא "שחרור הזכויות אשר היו מצויות בידי המשחרר, קרי, האפוטרופוס הכללי, לידי מי שמוכיח כי הוא הבעלים של הזכויות במקרקעין או נאמן ההקדש שלו הוקדשו המקרקעין". זאת, גם אם מדובר בזכויות הפחותות מבעלות מלאה (בהנחה שמדובר בקרקע מסוג מירי) וגם אם מדובר בזכות בעלות לכל דבר ועניין (בהנחה שמדובר בקרקע מסוג מולכ).

39. השלמת הטיעון מטעם נאמני ההקדש – הטיעון המשלים מטעם נאמני ההקדש היה נרחב מאד וכלל נספחים רבים. הדברים יובאו כאן בתמצית בלבד. בעיקרו של דבר, אף נאמני ההקדש תמכו בטענה כי לפי חוק הסיווג הירדני המקרקעין סווגו מחדש כקרקעות מסוג מולכ. נאמני ההקדש הוסיפו וטענו כי לפי ההלכה הפסוקה כבר בעת שהועברו המקרקעין לממונה הירדני על רכוש האויב לאחר מלחמת העצמאות, התמזגו הזכויות שהיו בידי נאמני ההקדש עם זכות הבעלות במקרקעין שהייתה בידי הריבון. זכויות מלאות אלו במקרקעין, לפי הנטען, הן שהוקנו בהמשך לאפוטרופוס הכללי והן גם אלו ששחררו ממנו לידי נאמני ההקדש. נאמני ההקדש הבהירו בטענותיהם כי הם מתנגדים לצמצום משמעותו של ההקדש לעשיית שימוש בפירות הנובעים מהמקרקעין בלבד.

40. נאמני ההקדש הוסיפו וטענו, כי לשיטתם מעשה בית הדין בעניין הבעלות במקרקעין מחייב את העותרים כולם. הם הדגישו, כי לטענתם לרבים מבין העותרים נודע על קיומה של תעודת השחרור עקב ההליכים המשפטיים השונים שנסבו על המקרקעין בשנים שקדמו להגשת עתירה זו. כמו כן טענו נאמני ההקדש כי השאלה של חוקיות תעודת השחרור, בין היתר לנוכח המגבלות החלות על יצירת הקדש בקרקע מסוג מירי, התעוררה בהליכים האזרחיים שהתנהלו ביחס למקרקעין. נאמני ההקדש הפנו בהקשר זה להחלטות רבות שניתנו במסגרת ההליכים האמורים וכן להודעות שהוגשו במסגרתם, שבהן הועלו על-פי הנטען טענות מפורשות בנוגע לחוקיות תעודת השחרור והתנהלות האפוטרופוס הכללי.

41. השלמת הטיעון מטעם העותרים – העותרים טענו מנגד, כי יש לדחות את הטענות לעניין שינוי סיווג המקרקעין. לטענתם, המקרקעין שעליהם נסבה העתירה לא נכללו בתקופת השלטון הירדני בגבולות "ירושלים הירדנית" (ואף צירפו מפות מראשית שנות ה-50 ומהעת הנוכחית, המעידות על כך לדבריהם). על כן, לטענתם, חוק הסיווג הירדני אינו חל על המקרקעין. בנוסף, טענו העותרים כי הוראות חוק זה דורשות שבעל הזכות במקרקעין יפנה בבקשה לקבלת צו להמרת סיווגם, דבר אשר ניכר שלא נעשה. ברקע, טענו העותרים גם כי פרשנות הדין הירדני עליה ביקשה המדינה להתבסס לא הוכחה באמצעות מומחה לדין הירדני. העותרים ביקשו אף שנכיר בכך שהמומחה מטעם המדינה – הגם שעסק בעבר במסגרת עבודתו בסוגיות מהמשפט העותומני – נעדר הכשרה מיוחדת או מומחיות בתחום הדין העותומני.

42. העותרים הוסיפו וטענו כי העמדה שהוצגה על-ידי המדינה בנוגע לתחולת ההקדש על קרקע מסוג מירי סותרת עמדה שהוצגה על-ידה בעבר במסגרת הליך אחר (ע"א 8954/06 ווקף מוחמד ואברהים עבדלרבו מעו נ' האפוטורפוס הכללי (26.09.2010)), שאף נתמכה בשעתו בחוות דעת מומחה. באותו הליך, כך הצביעו העותרים, טען האפוטורפוס הכללי בין השאר כי היות שמדובר בקרקע מסוג מירי, שאותה כאמור לא ניתן להקדיש בהקדש "אמיתי", אין להכיר בבעלות ההקדש – שהיה המערער בהליך המדובר – על אותה הקרקע.

43. כמו כן, העותרים חזרו על טענתם לפיה הם אינם מוגבלים מכוח העיקרון של מעשה בית דין במקרה זה, שכן לטענתם מעשה בית דין יכול לחייב אך ורק צדדים לאותו הליך, והם לא היו צד להליך כלשהו שבמסגרתו הוכרעה שאלת הבעלות במקרקעין. ממילא טוענים העותרים כי אותם פסקי דין שהתקבלו בהליכים קודמים נסמכו על תעודת השחרור שבה נמסר כי המקרקעין עצמם (ולא המחוברים או הזכות לעשות שימוש בפירות המקרקעין) שוחררו לטובת נאמני ההקדש. מאחר שלטענתם נפלו פגמים רבים בתעודת השחרור האמורה, כך גם קיים קושי בהסתמכות על פסקי הדין הקודמים והקביעות שנקבעו במסגרתם.

דיון והכרעה

44. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים בכובד ראש, אנו סבורים כי דין העתירה להידחות. הכרעתנו זו נוגעת אך לטענות שעניינן תקיפתה של תעודת השחרור במישור המשפט המינהלי – היינו בכל הנוגע לסמכות ולתשתית העובדתית שעליהן נסמכה ההחלטה להוציא את תעודת השחרור, כמו גם לטענות בדבר פגם בשיקול הדעת

המינהלי. לצד זאת, אנו סבורים שכל הטענות האחרות – שלהן היבטים עובדתיים מובהקים – צריכות להתברר במסגרת ההליכים האזרחיים המתנהלים מול כל אחד ואחד מן העותרים או כל מחזיק אחר במקרקעין. נסביר את עמדתנו זו.

טענות הסף

45. נקדים ונאמר כי לא ראינו לדחות את העתירה מטעמי הסף שהועלו על-ידי המשיבים. כאמור, המשיבים – ובפרט נאמני ההקדש – פרסו יריעה רחבה באשר לעילות סף רבות שלשיטתם מצדיקות את דחייתה של העתירה על הסף. עם זאת, דומה כי מרכז הכובד הוקדש לטענות בדבר שיהוי ומעשה בית דין. נידרש אפוא תחילה לשתי טענות אלה.

46. טענת השיהוי – אכן, העתירה הוגשה בשנת 2017 – כ-15 שנים לאחר שהוצאה תעודת השחרור המקורית ביחס למקרקעין. במישור האובייקטיבי, מדובר בהשתהות ממשית. זאת, בפרט כאשר נלקחת בחשבון העובדה כי בינתיים נפתחו הליכים אזרחיים כנגד המחזיקים במקרקעין (או למצער חלקם) המתבססים על תעודת השחרור אשר העתירה מבקשת לתקוף. יחד עם זאת, ובמישור הסובייקטיבי, יש להצביע על כך שאין מחלוקת כי לא נמסרה הודעה מסודרת על הוצאת תעודת השחרור למחזיקים במקרקעין. דומה שבנסיבות מיוחדות אלה, ולא כל שכן בהתחשב בשנים הארוכות שבהן העותרים מחזיקים במקרקעין ובכך שהם גרים בהם, אין מקום להשית על העותרים את דין השיהוי במלוא חומרתו. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מביאים בחשבון את היסוד השלישי של מבחן השיהוי – הנדרש לאיזון בין הנזק שנגרם בעקבות חלוף הזמן לבין האינטרס הציבורי בשמיעת העתירה (ראו: בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית שלפני צו בדבר וועדות עררים מחנה עופר, פסקה 30 (20.3.2012); בג"ץ 3514/07 מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פיורסט, פסקה 26 (13.5.2012); עע"ם 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ, פסקאות 23-30 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (28.12.2014)). אין משמעות הדברים כי לסוגיית חלוף הזמן לא יינתן כל משקל במסגרת הדיון – אלא רק כי עניין זה כשלעצמו אינו מצדיק, במכלול הנסיבות, את דחייתה של העתירה על הסף (ראו: בג"ץ 9831/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 64 (16.10.2018)).

47. לאמיתו של דבר, לא נוכל להמשיך מבלי להביע תמיהה על הנחתה של המדינה כי החלטה כה משמעותית לחייהם של מאות אנשים – "שחרור" נכס שבו הם מתגוררים

שנים ארוכות לידיים אחרות – אינה מסוג הדברים שהיה נכון לפרסם, באמצעים סבירים. אפילו זהותם המדויקת של המתגוררים בנכסים לא הייתה ידועה, וזאת ההנחה המיטיבה עם המדינה, לא היה קושי לבצע פרסום באמצעי מתאים בסביבת הנכס, בעיתונות או בכל דרך אחרת (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 342-341 (2010) (להלן: ברק-ארז, כרך א)). למעשה, זהו אחד מאותם מקרים שבהם שיקולים של יעילות ושל הגינות נפגשים. מתן הודעה מתאימה היא הוגנת וראויה, וכך יכולה לתרום לבירורן של שאלות שעשויות להתעורר בסמיכות לקבלת ההחלטות הרלוונטיות.

48. הטענה בדבר מעשה בית דין – איננו סבורים שיש מקום להכריע במקרה זה בטענה של מעשה בית דין, ובהמשך לכך, איננו רואים לדחות את העתירה על הסף מטעם זה. אכן, בעניין דוויק קבע בית משפט זה כי הנכס של בעלי הדין באותו מקרה, משפחת דוויק, "שייך להקדש", וכי "זהו ממצא שבעובדה המעוגן היטב בראיות שהיו בפני בית המשפט המחוזי" (שם, בפסקה 6). אולם, ההכרעה בשאלת קיומו של מעשה בית דין ביחס לקביעה זו המחייב את העותרים כאן אינה כה פשוטה. ראשית, יש לציין בזהירות כי הקביעה בעניין דוויק הייתה מכוונת לנכס שבו התגוררו בני משפחת דוויק, אשר מצוי בחלקה 96, ומתעוררת השאלה מה הנפקות שלה ביחס למקרקעין כולם. שנית, כידוע, תנאי נוסף לקיומו של השתק פלוגתא – מלבד קביעתו של ממצא פוזיטיבי באותה פלוגתא – הוא זהות בעלי הדין בהתדיינות הראשונה שהוכרעה ובהתדיינות המאוחרת, או היות הצדדים בהתדיינות המאוחרת "קרובים משפטית" לבעלי הדין שהתדיינו במקרה הראשון (ראו: ע"א 2576/03 וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פסקה 23 (21.2.2007)); ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (12.10.2009); נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 368, 369 (1991) (להלן: זלצמן)). אף אם נניח כי כל יתר התנאים לקיומו של ההשתק מתקיימים בענייננו (ואיננו קובעים כך), בנסיבות העניין לא התבררו כלל העובדות המאפשרות לקבוע אם העותרים או מי מהם היו במצב של "קרבה" למי שהיו בעלי הדין בעניין דוויק. בהקשר זה יש לבחון את טיב הקשר שיש לעותרים עם אותם בעלי הדין, וגם להביא בחשבון שיקולי צדק רלוונטיים (ראו: זלצמן, בעמ' 369). אחד מהשיקולים הרלוונטיים לענייננו הוא העובדה שההליך בעניין דוויק מקורו, כמפורט לעיל, בתביעה נזיקית שהתבססה על טענה לבניה לא חוקית בנכס הקונקרטי של בני משפחת דוויק, להבדיל מתביעת פינוי. דומה כי בנסיבות אלה הציפיה לקיומה של "זיקה" המצדיקה החלה של מעשה בית דין בין הנתבעים בעניין דוויק לבין אחרים המתגוררים במקרקעין היא חלשה יחסית. על כך יש להוסיף כי, כפי שאף עולה מעניין דוויק, אחת השאלות המרכזיות לדיון בתביעות הפינוי היא השאלה של חזקה נוגדת (כחלק מהדיון בטענת ההתיישנות), והתשובה לה משתנה בהתאם למאפייניו של כל מחזיק ומחזיק – בפרט,

מתי החלה החזקה הנוגדת שלו. יש לציין גם כי בכל הנוגע לסוגיה של חזקה נוגדת קביעותיו של בית המשפט המחוזי בוטלו למעשה בפסק דינו של בית משפט זה, שציין במפורש כי הנושא נבחן בטעות תוך התייחסות למקרקעין כאל מקרקעין מוסדרים, על אף שאין מחלוקת כי מדובר במקרקעין שאינם מוסדרים.

49. אם כן, את הטענות באשר לקיומו של מעשה בית דין או היעדרו על נאמני ההקדש להעלות במסגרת ההליכים הפרטיקולריים שאותם הם מנהלים בבתי המשפט האזרחיים נגד העותרים השונים. אין הן מצדיקות – במסגרת ההליך שבפנינו ונסיבותיו – את דחייתה של העתירה על הסף.

50. לא נוכל לסיים את ההתייחסות לנקודה זו מבלי להוסיף הערה נוספת. המשיבים ניסו להשליך את יהבם על הטענה של מעשה בית דין בהסתמך על עניין דוויק. בד בבד, כאמור, בשלב מאוחר יחסית של ההליך דנן שינו המשיבים (המדינה – ובעקבות זאת אף נאמני ההקדש) את עמדתם ביחס לסוגית סיווג המקרקעין – כך שנטען כי מדובר בקרקע מסוג מולכ, ולא מסוג מירי. זאת, אף שפסק הדין בעניין דוויק – כמו גם חלק ניכר מהדיון בתיק דנן – התקיים על יסוד ההנחה שמדובר בקרקע מסוג מירי. בנסיבות אלה, "פתיחתה" של סוגיה זו נמצאת במידה לא מבוטלת במתח עם הרציונל של העלאת טענה של מעשה בית דין מצד המשיבים.

לגוף הדברים

51. ניגש אפוא לעניין עצמו. טענות הצדדים השתרעו על גבי יריעה רחבה ביותר. בעיקרו של דבר, מצאנו כי בית משפט זה אינו המקום המתאים לברר את רוב הטענות שהעלו העותרים, אשר לצורך הכרעה בהן נדרש בירור עובדתי. תפקידנו בשלב זה הוא לבחון את הטענות שהועלו במישור המשפט המינהלי, כמפורט להלן.

52. במישור הסמכות, העלו העותרים שלל טענות. הטענה ה"טהורה" ביותר הייתה זו שלפיה כלל לא ניתן היה לשחרר את המקרקעין לידי נאמני ההקדש שכן שחרור המקרקעין הוא אפשרי לפי חוק הסדרי משפט לידי "בעלם" של המקרקעין בלבד. אולם, כאמור, סעיף 5 לחוק הסדרי משפט קובע כי ניתן לשחרר את המקרקעין שהוקנו לאפוטרופוס "למי שהיה בעלם... או לחליפו של אותו בעל". בהקשר זה אנו סבורים כי הדין עם המדינה, שטענה כי נאמני ההקדש הם "חליפיו" של בעלי ההקדש. אכן, בית משפט זה כבר קבע בפסיקתו, גם אם בהקשרים אחרים, כי "חליף" הוא מי שהוסבה אליו זכותו או חבותו של בעל הזכות או החבות המקורי, מכוח חוק (כגון מנהל עצבון,

יורש, נאמן בפשיטת רגל ועוד) או בנסיבות אחרות, רצונית. מדובר אפוא ב"אדם 'המחליף' את חברו לענין זכות או חבות פלונית", כך שהוא נכנס באופן מוחלט בנעלי בעל הזכות המקורי, כשהאחרון "נעלם ואיננו" (ראו בהקשר של חליף לעניין התיישנות: ע"א 242/66 יעקובסון נ' אוסקר גז ומוזיאון תל אביב, פ"ד כא(1) 85 (1967); ע"א 700/88 אסטרחאן נ' בן-חורין, פ"ד מה(3) 720 (1991); ובאשר לחליף לעניין בוררות, ראו: ע"א 10892/02 נאות ואזיס מלונות בע"מ נ' זיטר, פסקה 16 וההפניות שם (6.6.2005); רע"א 3925/12 דונן נ' כהן, פסקה 13 (17.6.2013)). הדברים יפים גם לענייננו. משהתמנו נאמני ההקדש לתפקידם על-ידי בית המשפט המחוזי, אין ספק כי הם הגורמים היחידים הפועלים בשמו של ההקדש, והם "מחליפים" את נאמני ההקדש הקודמים לחלוטין בכל הנוגע לניהול ההקדש, לזכויותיו ולחובותיו (בשים לב לכך שהקדש הוא למעשה מקרה פרטי של נאמנות. ראו: פרקים ב' ו-ג' לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות); רע"א 46/94 אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין, פ"ד נ(2) 202 (1996); ע"א 8168/09 ועד חברת עולי משהד (אירן) ירושלים נ' הועד המרכזי לעולי (אנוסי) משהד אירן בישראל, פסקה 18 (23.10.2012); אברהם טננבוים ואברהם קפלן "הקדשות בישראל – הדין הרצוי והמצוי" שערי משפט א 67 (1997)). בשולי הדברים, נציין בהקשר זה כי ההחלטה על מינוי הנאמנים, שהתקבלה לפני יותר מ-15 שנים, אינה בפנינו. עם זאת, לא למותר להעיר – גם אם למעלה מן הצורך – כי לכאורה לפי סעיף 21(א) לחוק הנאמנות מינויים של נאמנים חלף הנאמנים המקוריים שצוינו בשטר ההקדש במקרה של "נבצרות" אמור להיעשות לתקופה ובתנאים (לדיון במונח "נבצרות" בהקשר אחר, ראו והשוו: רע"א 6753/15 כהנמן נ' מרקוביץ (22.6.2017)). עניין זה עורר אצלנו שאלות, אולם כאמור אלה אינן מצויות בפנינו במישרין.

53. טענות נוספות רבות שהועלו מצד העותרים נגעו, בדרך זו או אחרת, לסוגיה של התשתית העובדתית. כך למשל, הטענות שנסבו על זיהויים של המקרקעין, היינו האם המקרקעין שתוארו בכתב ההקדש הם אותם מקרקעין שסומנו בתעודת השחרור. בעניין זה עומדת לאפוטרופוס הכללי, כמו לכלל רשויות המינהל, חזקת תקינות המינהל. בהתאם לחזקה זו, הרשות אינה נדרשת להראות שפעולתה היא תקינה, אלא לכאורה עומדת לה החזקה שאלה הם פני הדברים ועל הפרט הטוען לאי-תקינות להרים את הנטל לשם סתירת החזקה (ראו: ע"א 3901/11 מחקשווילי נ' רשות המיסים בישראל, פסקה 22 לפסק דיני (7.8.2012)). בהתאם לכך, הנטל מוטל על העותרים להביא ראיות הסותרות את החזקה, ובכלל זה לסתור את המסמכים שפירטה המדינה, שלטענתה מעידים על זהות בין המקרקעין ששוחררו לבין המקרקעין שהוקדשו (ראו לעיל בפסקה 29). זאת ועוד: כידוע, חלוף הזמן הוא פרמטר המשפיע על העוצמה הנדרשת של

הראיות המשמשות לסתירת החזקה (ראו: ע"מ 4072/11 עיריית בת-ים נ' לוי, פסקה 31 (6.11.2012); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 34-35 (2017)). הנטל שהוטל על העותרים היה אפוא לא קל. בעיקרו של דבר, אנו סבורים כי העותרים לא הצביעו על ראיות שהיה בהן כדי לסדוק את חזקת התקינות בכל הנוגע לשאלת זיהויים של המקרקעין (השוו: ע"א 1171/02 עיריית חולון נ' ארגון הקבלנים והבונים חולון, פ"ד נח(5) 933 (2004)).

54. טענה קשה יותר שהעלו העותרים נסבה על השאלה האם זכויות ההקדש לא פקעו. הטענה בעניין זה התבססה על כך שסיווג המקורי של המקרקעין היה כמקרקעין מסוג מירי, אשר זכותו של הפרט בה הייתה רק זכות לחזקה ושימוש (להרחבה, ראו: ע"א 8954/06 עבדלרבו מעו נ' האפטרופוס הכללי, פסקאות 106-114 (26.9.2010)). על-פי הנטען, זכויות ההקדש חלו על המחוברים לקרקע ולא על המקרקעין, ולנוכח העובדה שהמחוברים המקוריים נהרסו – שוב על-פי הנטען – אין עוד זכויות שניתן היה לשחרר. התשובות שניתנו לטענות אלה היו, כאמור, במספר מישורים. תחילה טענה המדינה כי גם אם המקרקעין היו מסוג מירי הרי שזכויות ההקדש עודן תקפות, מאחר שמדובר בזכויות שהן "קרובות מאוד" לזכות הבעלות, להבדיל מבעלות ממש. בהודעה מעדכנת מאוחרת טענה כאמור המדינה (כמפורט גם בפסקה 38 לעיל) כי חוק הסיווג הירדני שינה את סיווגם של המקרקעין לסוג מולכ, כך שממילא להקדש בעלות מלאה במקרקעין. נאמני ההקדש התבססו אף הם על שתי הטענות גם יחד – דהיינו הן על תוקפו של ההקדש גם בהינתן סיווג המקרקעין כמירי והן על החוק הירדני אשר לפי הנטען שינה את סיווג המקרקעין לסוג מולכ. איננו נדרשים להכריע אף בטענות אלה. מעבר לקושי שעליו הצבענו בכל הנוגע לשינוי העמדה בסוגיה, אלה הן טענות המצריכות בירור עובדתי (למשל, לגבי מיקום המקרקעין בתחומי סילוואן בזמנים הרלוונטיים) שאף אולי יצריך מינוי מומחים וחקירתם. יוזכר כי המדינה עצמה הסתמכה בעניין זה על חוות דעת מקצועית מטעמה שהוגשה רק בשלב מאוחר של ההליך, בעוד העותרים חלקו על האמור בה. אם כן, אף היבטים אלה של הנושא אינם מתאימים לדיון בבית משפט זה.

55. לבסוף, העותרים העלו שלל טענות במישור שיקול הדעת, ובכלל זה ביחס להפעלת סמכותו של האפטרופוס הכללי באופן לא מידתי. בהקשר זה ראוי לעמוד על טיבה ואופייה של אותה סמכות. כפי שהוסבר, תעודת השחרור של המקרקעין הוצאה לפי חוק הסדרי משפט. חוק זה מורה כי האפטרופוס הכללי "ישחרר" נכסים שהוקנו לו לידי הבעלים או חליפיהם, לפי בקשתם. היינו, לפי לשון החוק, מדובר בסמכות חובה, שלכאורה לא נלווה להפעלתה ממד של שיקול דעת (ראו: בג"ץ 939/05 ברבי נ')

שר התמ"ת, פסקה 14 (18.6.2007); ע"א 8622/07 דוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 40 (14.5.2012); בג"ץ 8735/13 שטנגר נ' שרת המשפטים, פסקה 13 (14.12.2017); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 319-320 (מהדורה שניה מורחבת, 2010); ברק-ארוז, כרך א, בעמ' 216-224)). אכן, גם כאשר סמכות מנוסחת בלשון חובה יש לבחון האם נכון להכיר ביסוד של שיקול דעת בהפעלתה. אולם, בחירה בחלופה פרשנית זו היא בעייתית במקרה כמו זה שבפנינו, שבו הפעלת שיקול דעת ביחס לשחרור המקרקעין היא בעלת השלכה על זכויות הקניין של הבעלים (ראו: ברק-ארוז, כרך א, בעמ' 227. השוו: בג"ץ 6446/85 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד נה(1) 769, 809 (1998)).

56. אופיו ההחלטי של ההסדר הקבוע בחוק הסדרי משפט מתחדד כאשר הוא מושווה למצבם של נכסים המצויים באזור והוחזקו בעבר על-ידי הממונה הירדני על רכוש האויב. נכסים אלה הועברו לידי המפקד הצבאי, וההחלטה על שחרורם מתקבלת בשים לב למכלול הנסיבות והשיקולים (ראו: בג"ץ 3103/06 ולידו נ' מדינת ישראל (6.2.2011)). אולם, לא כך בעניינם של נכסים המצויים בירושלים ושעליהם חל חוק הסדרי משפט.

57. אכן, החלטת שחרור מקרקעין מסוג זה, ללא יסוד של שיקול דעת, עשויה לעורר קשיים של ממש מבחינת מי שמחזיקים בפועל בנכסים ששחרורו. אלה עשויים להיות – מבלי לקבוע מסמרות במקרה דנן – מי שרכשו במהלך השנים זכויות שונות במקרקעין. על כך יש להוסיף, כי חלוף הזמן אף מעצים את ההשלכות הנובעות מהוצאתה של תעודת השחרור לפי חוק הסדרי משפט על מי שמחזיקים בפועל בנכסים במשך שנים רבות. חוק הסדרי משפט נחקק בשנת 1970 ובאותה עת נכסים הוחזקו על-ידי הממונה הירדני על רכוש האויב במשך מעט יותר מעשרים שנה. כיום, חלפו עשרות שנים נוספות, שבהן אנשים החזיקו במקרקעין. בשים לב לכך שמדובר במקרקעין שאינם מוסדרים, ישיבתם של אנשים על גבי המקרקעין הייתה עשויה להיות פרי של הסתמכות על רכישת זכויות ממחזיקים קודמים או הסתמכות על רשות נמשכת לשבת בהם (באופן כללי, ראו: נינה זלצמן "רשות חינוך" במקרקעין כ'השאלת מקרקעין' – גישת הסיווג והלכות ה'רישיון במקרקעין'" עיוני משפט לה 265, 270-272 (2012)). יתר על כן, עשויה להיות רלוונטיות רבה, כפי שנטען על-ידי העותרים, להסדרים של התיישנות. אכן, גם בעניין דוויק הועלו טענות מסוג זה, אולם ראוי להזכיר כי הדיון בטענת ההתיישנות שם היה מבוסס על קביעה שגויה כי המקרקעין מוסדרים (כאמור בפסקה 48 לעיל), ומעבר לכך – הכרעה בטענת ההתיישנות מצריכה הכרעה בשאלת החזקה הנוגדת (ראו: ע"א 2510/98 למד שין בע"מ נ' חסיד, פ"ד נג(5) 721, 728

(1999); ע"א 693/04 אל קימרי נ' אל קימרי, פסקה 24 (28.9.2007); טל חבקיין התיישנות 311-314 (2014)), אשר כפי שכבר צוין, צפויה להשתנות ממקרה למקרה ביחס לכל מחזיק. כמו כן, יתכן כי עשויה להיות הבחנה רלוונטית בין מי שהיו להם חוזים עם ג'לאג'ל, השוכר משנות הארבעים (ככל שהיו כאלה) לבין אחרים. לפחות מבחינה מסוימת בפנינו מקרה המזכיר את המודל של "המשולש הנצחי" של תחרות במקרקעין – כאשר ההתמודדות על זכויות בקרקע נעשית בין שני צדדים שנפגעו מפעילותה של חוליית ביניים, אדם נוסף שיצא מן התמונה (ראו: Menachem Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": Toward a Theory of Priorities (in Conflicts Involving Remote Parties, 90 MICH L. REV. 95 (1991)).

58. מטעמים אלה, תעודת השחרור אינה בהכרח סוף הדרך. הקשיים שהודגשו לעיל טבועים בהסדר הסטטוטורי, ואינם תולדה של טיב שיקול הדעת שהפעיל האפוסטרופוס הכללי. בנסיבות אלה, ובגדרה של הסמכות הקבועה בחוק הסדרי משפט, איננו סבורים כי יש הצדקה להתערבותנו (ראו והשוו: ע"א 5931/06 חטיין נ' כהן (15.4.2015)). בשלב זה, נאמני ההקדש נדרשים לנהל הליכים אזרחיים מול מי שמחזיקים בנכס או תובעים זכויות בו. תעודת השחרור כשלעצמה אינה משליכה במישרין על מכלול זכויותיהם, ושאלות אלה מקומן להיבחן בהליכים פרטניים. מסקנה זו נלמדת בבירור מטענות המדינה, ואף מקבלת ביטוי בתעודת השחרור עצמה, שבה נכתב כי "שחרור זה ניתן בכפיפות לזכות צד שלישי אם קיימת זכות כזו".

59. לא למותר להוסיף כי לשאלת סיווג המקרקעין – שהיא כאמור שאלה עובדתית שאין אנו נדרשים אליה במסגרת הדיון בעתירה – עשויה להיות השלכה על הדיונים שיתקיימו בהליכים האזרחיים במישור הקנייני. כפי שהמדינה עצמה ציינה, ככל שמדובר בקרקע מסוג מירי, הזכות שבה מחזיקים נאמני ההקדש אמנם "קרובה" לבעלות, אך אינה זהה לה. סוגיה זו לא הועלתה וממילא לא נדונה בעניין דוויק, שהתבסס על ההנחה לפיה אין כלל מחלוקת לעניין סיווג המקרקעין וכי מדובר בקרקע מסוג מירי. סימני השאלה הרבים שהתעוררו בהקשר זה עוד יצטרכו להתברר במסגרת ההליכים העתידיים שיתנהלו, והדברים אמורים גם בהקשר של הקושי הנוגע לשינוי הגרסה כשלעצמו (כאמור בפסקה 50 לעיל), וגם בהקשר של ההשלכה המעשית של ההכרעה בשאלות אלו.

טיכום

60. יש אפוא לומר כך: ככל שהעתירה ביקשה לסדוק בתוקפה של תעודת השחרור באשר לסמכות להוציאה בנסיבות המקרה, לזיהויים של המקרקעין ולהיבטים אחרים

של התשתית העובדתית שעליה היא נסמכה, דומה שהעותרים לא הצליחו להרים את הנטל. במובן זה שחרור המקרקעין עומד בתוקפו – והכול בכפוף להערותינו, ולשאלות מתחום המשפט האזרחי, שיוכלו להתברר בהליכים הרלוונטיים, כאמור לעיל בפסקאות 59-57. בהקשר זה יש להוסיף, כי יתכן שלטובת יעילותם של המשך ההליכים המתנהלים בבית משפט השלום בירושלים, כשים לב לשאלות המשותפות המתעוררות בהם, עשוי להיות טעם באיחודם בהתאם לתקנה 520 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (ראו: רע"א 368/13 הרשות הפלסטינית נ' ליטבק נוד"יק, פסקאות 16-15 (23.4.2013); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 510-511 (מהדורה שתיים עשרה, 2015)). אולם, איננו קובעים מסמרות בעניין זה המסור לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית (בהתחשב גם בשלבים שבהם מצויות התביעות השונות, ובנסיבותיהן הקונקרטיות).

61. בצד האמור, לא נוכל לסיים מבלי לחזור ולהצביע על הקושי שתיקים מסוג זה מציבים בפנינו. שאלת השחרור של המקרקעין מוכרעת באופן ישיר על-ידי סעיף 5 לחוק הסדרי משפט משנת 1970 (ובלבד שזיהוי המקרקעין נעשה כדין ואותרו בעליהם או חליפיהם). עם זאת, פינוי אנשים שישבו על הקרקע במשך עשרות שנים – חלקם אף מבלי לדעת כי המקרקעין שייכים לאחרים – מעורר קושי אנושי, בעיקר כאשר הוא נעשה ללא פיצוי או פתרון אחר. דומה שטוב תעשה המדינה אם תשקול במקרים המתאימים מתן מענה למי שפוננו מבתייהם. זכות הקניין היא חשובה, אך יש חשיבות גם להגנה על קורת ביתם של אנשים ולהיבטים של הסתמכות על מצב דברים.

62. סוף דבר: העתירה נדחית. בשים לב למכלול הנסיבות אין צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ברון :

אני מצרפת את הסכמתי לחוות הדעת היסודית של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, לתוצאה שאליה הגיעה ומנימוקיה, ואף להערותיה.

ש ו פ ט ת

אני מסכים לתוצאה אליה הגיעה השופטת ד' ברק-ארז בחוות דעתה המנומקת.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינה של כבוד השופטת ד' ברק ארז.

ניתן היום, י"ג בכסלו התשע"ט (21.11.2018).

שופט

שופטת

שופטת