

- 1. אדמונד לוי
- 2. זאב גולן

א

נגד

- 1. עיובון המנוח עפאנה מחמוד מחמוד (אבו-שריף)
 - 2. עיובון המנוח עותמאן אחמד שריף
 - 3. האפוטרופוס לנכסי נפקדים
 - 4. מדינת ישראל
 - 5. רשם המקרקעין
 - 6. האשם חליל אלסייד
- וערעור שכנגד מטעם המשיבים 1--2

ב

ג

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[19.2.86]

לפני המשנה לנשיא מ' בן-פורת והשופטים א' ברק, א' חלימה

ד

פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט--1969, ג"ח 292 — חוק נכסי נפקדים, תש"י--1950, ס"ח 86, סעיפים 1, I(ב)1, I(ב)1, II(1)1, I(ג)1, I(ה)1, I(ט)1, 4, 19, 22(א)3, 22(ג)1, 28, 30(ב)30, 30(ה)31 — פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א--1971, ג"ח 421, סעיף 442 — פקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח--1948, ע"ר תוס' א 61, סעיף 1 — מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 1) 3, סעיף 1 — חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תשל"ל--1970, ס"ה 138 — צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז--1967, ק"ת 2690 — חוק המקרקעין, תשכ"ט--1969, ס"ח 259, סעיף 10 — מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), תשכ"ז--1967, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 1) 3.

ה

ו

המערערים ביקשו בבית המשפט המחוזי רישום על שמם של מקרקעין, שהיו רשומים על שם שני תושבים מכפר עאקב, שעזיבונוחיהם הם המשיבים 1 ו-2. כפר עאקב נמצא, מאז מלחמת ששת הימים, בשליטתו של צה"ל, אך לא הוחל עליו המשפט הישראלי. חלקית המקרקעין שבהן מדובר נמצאות בשטח עליו הוחל המשפט של מדינת ישראל בשנת 1967. הבקשה הושתתה על טענה של רכישת המקרקעין על-פי ייפוי-כוח למכירתם, החתום עלידי השניים. בית המשפט נעתר לבקשה. המערערים העבירו את המקרקעין למדינה. המשיבים 1 ו-2 עתרו בבית המשפט המחוזי לביטול הצווים ופעולות הרישום שנעשו בעקבותיהם בטענה, שהמסמכים, שהתיימרו לשאת את חתימתם, היו מנויפים. בית המשפט המחוזי קיבל את תובענתם וקבע, כי המקרקעין יירשמו בשמות הבעלים הקודמים, תוך רישום הערה שהם מוקנים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים. מכאן הערעור והערעור שכנגד.

ז

בית המשפט העליון פסק :

- א. אם אין בעל דין מעלה בסיכומי טענותיו טענה מסוימת, משמעות הדבר היא, שאף אם הועלתה טענה זו עלידיו קודם לכן, הרי הוא נחשב כמי שונחה.
- ב. (1) די בכך, שצוים הושגו בנידומה ובידומים, כדי להצדיק פנייתו של צד, שנפגע מצוים כאלה, לבית המשפט המוסמך בבקשה לביטולם.
- (2) בית המשפט רשאי, אפילו מיוזמתו שלו, לבטל צוים שניתנו, כאשר הרכה לפניו שהוטעה בהוצאת אותם על יסוד מעשי רמיה ואגב ביצוע עבירה פלילית.
- ג. (1) המחיקק לא אסר על מי שהאפוטרופוס מתייחס אליו כאל נפקד לפנות לבית המשפט ולהוכיח, שהגדרה זו אינה חלה עליו.
- (2) מעת שקבע האפוטרופוס, שהנכס הוא נפקד במובן חוק נכסי נפקדים, תשי"א—1950, יש לצאת מההנחה, שכל עוד הקביעה הנ"ל לא נסתרה, עברה הבעלות באותו הנכס לאפוטרופוס, וכי זכויותיו של הנפקד בנכס הומקצו מידיו. בכל זאת נשארה לבעלים זכות כלשהי או אינטרס מסוים בנכס עצמו, שמאפשרים לנפקד לפנות לבית המשפט כדי לשמור עליהם.
- (3) כידי הנפקד נשארת הציפייה לשמור הנכס עלידיו האפוטרופוס וקבלת הזכויות שהיו לו בנכס ערב הקנייתו לאפוטרופוס בחזרה.
- ד. עלידי ההגנה שהניחו המערערים, שהסכם המכר ויפוי הכוח היו אותנטיים, נטלו על עצמם סיכון מיוחד. במקרה כזה לא תעמוד להם ההגנה שבסעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969.
- ה. (1) הגורם המוסמך — עליפי סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות, תשי"ח—1948 — להביא להחלת חוקי מדינת ישראל על אזור, שהוא חלק מארץ-ישראל אך אינו בתחומי מדינת ישראל, הינו שר הביטחון, וזאת בדרך של הוצאת מנשר, שבו מגדר האזור כמותחוק עלידי צה"ל, ואין המפקד הצבאי, שלא הוסמך לכך, יכול לפעול במקומו.
- (2) לא ייתכן לראות במנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל, שפורסם עלידי המפקד הצבאי כיהודה ושומרון, פעולה בגדר סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות. מנשר זה הוצא מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שלפיו נוטל לידי המפקד הצבאי את השליטה ואת קיום הביטחון והסדר הציבורי באזור, והוא בבחינת אקט דקלרטיבי.
- (3) סמכות שר הביטחון מכוח סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות היא סמכות גבולת ושונה מבחינת מקורה ומהותה. מקור הסמכות בחוק ישראלי, ומטרתה החלת המשפט הישראלי על אזורים המוחזקים עלידי צה"ל.
- (4) בעוד הכרות המפקד הצבאי במנשרים שפורסמו עלידיו מטרתה להבחין ולהבדיל בין מעמד המשפטי של אזור יהודה ושומרון, שבו שורר שלטון של ממשל צבאי, לבין המצב המשפטי בתחומי מדינת ישראל, נועד סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות ליצור שוויון זהות בהחלת אותו משפט על שטח המדינה, כמו גם על השטח המוחזק עלידי צה"ל.

פסקידין של בית המשפט העליון שאוחרו :

[1] ע"א 401/66 ברוריה מרוס נ' בן-ציון מרוס, פ"ד כא (1) 673.

השופט א' חלימה

- [2] ע"א 254/58, המ' 194/58 אינגסטער נ' לנגפוס וערער נגדי, פ"ד יג 449; פ"ע לח 103.
 [3] ע"א 263/60 אסתר קליינר ואח' נ' מנהל מס עזבו, פ"ד יד 2521; פ"ע נא 118.
 א [4] ע"א 58/54 הבאב נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד י 912; פ"ע כג 413.
 [5] בג"צ 43/49 אשקר נ' המפקח נול נכסי נפקדים, מחוז הצפון, ואח', פ"ד ב 926;
 פ"ע ה 242.
 [6] בג"צ 390/79 דויקאט ואח' נ' חמשלת ישראל ואח', פ"ד לד(1) 1.
 [7] בג"צ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לד(3) 595.
 ב [8] בג"צ 69/81, 493 אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח'; קנויל ואח'
 נ' הממונה על המכס, מפקדת אזור הבל עזה, ואח', פ"ד לז(2) 197.

ערער וערער שכנגד מטעם המשיבים 1-2 על פסק-דין של בית המשפט המחוזי
 בירושלים (השופט ד' בייך) מיום 24.11.81 בה"פ 1401/76 (המ' 630/76, 664), הנרשרים
 ג נדחו.

- ח' סיטון -- בשם המערערים (המשיבים בערער שכנגד);
 ה' שטראוס -- בשם המשיבים 1-2 (המערערים בערער שכנגד);
 ע' חסון, מנהל המחלקה הפיסקאלית בפרקליטות המדינה -- בשם המשיב 3;
 ד מ' טילקין -- בשם המשיבה 4;
 מ' גדות -- בשם המשיב 6.

פסק-דין

- ה השופט א' חלימה: 1. העובדות הרלוואנטיות לערער עלפנינו הן אלה:
 החלקות 20 ו-21 שבגוש 29505 (להלן - החלקות), עברו הליכי הסדר קרקעות
 במובן פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, שבסיומם נרשמו
 החלקות בשמותיהם של --
 ו עפאנה מחמוד (להלן - עפאנה).
 עותמאן אחמד שריף (להלן - שריף).
 ז שני בעלים אלה הינם חושבי ממלכת ירדן, שגרו בכפר עאקב. לאחר מלחמת ששת
 הימים נכללו שתי החלקות בתחומה של מדינת ישראל, מכוחו של צו החלת המשפט
 הישראלי משנת 1967 על האזור שבו נמצאות החלקות, ואילו הבעלים, ששמותיהם
 ציינתי לעיל, המשיכו להימנות עם תושביו של כפר עאקב.

מוסכם, שכפר עאקב נמצא בשליטתו של צה"ל, אך לגביו לא החל המשפט הישראלי.

השופט א' ח'לימה

2. ההליכים, שהביאו להגשתו של הערעור הנוכחי, התחילו עם פנייתם של —

א. האשם ח'ליל אלסייד (להלן — אלסייד).

ב. אדמונד לוי (להלן — לוי)

ג. זאב גולן (להלן — גולן)

לבית המשפט המחוזי ירושלים (ה"פ 630/76, 664).

במסגרת המרצות אלה נתבקש בית המשפט לתת צווים נגד המשיבים שבשהי
המרצות, שלפיהם יוצהר, כי לוי וגולן רשאים לעשות כל פעולה, על־מנת ששתי
החלקות שבהן מדובר תירשמה בשמותיהם של שניים אלה (לוי וגולן) במשרד רישום
המקרקעין.

המשיבים בשתי המרצות הנזכרות היו אלה המנויים להלן:

1. שריף ועפאנה הנזכרים, שלצד שמותיהם הופיעה הערה, שהם מיוצגים על־ידי
האפוטרופוס לנכסי נפקדים (להלן — האפוטרופוס).

2. האפוטרופוס.

3. רשם המקרקעין.

נימוקי העתירה שבשתי המרצות, כפי שנימוקים אלה מוצאים את ביטויים בתצהירו
של אלסייד שצורף להודעות ההמרצה, מסתכמים באלה:

הבעלים הרשומים (שריף ועפאנה) מכרו ביום 19.11.65 את שתי החלקות לאלסייד
ושניהם התמו, לצורך אישור העסקה, על ייפוי־כוח בלתי חוזר, בפני הנוטריון הציבורי
שבעמאן־ירדן. על־פי ייפוי־הכוח הנ"ל, הנושא תאריך 26.7.75, הוטמך אלסייד לעשות
בשתי החלקות כראות עיניו.

יצוין, שלפנייה לבית המשפט קדמה קבלת היתר מאת האפוטרופוס (להלן —
ההיתר) מכוח סעיף 22(א)(3) לחוק נכסי נפקדים, תש"י—1950, שלפיו הותרה הפעלתו
של ייפוי־הכוח מיום 26.7.75, וכן הותר במסגרתו רישום ההעברה בשמו של אלסייד.
האפוטרופוס העמיד תנאי באותו האישור, שלפיו החלקות לא תישארנה רשומות בשמו של
אלסייד, כי אם עליו להעביר את הבעלות בהן לשמותיהם של גולן ולוי, וכי כל הפעולות
שהתיר תבוצענה ברזמנית.

בית המשפט קמא נתן את הצווים המבוקשים (בהסכמת כל הצדדים, ששמותיהם
מופיעים בהודעות ההמרצות) ובהתאם לכך בוצעו העיסקאות שבהן מדובר במשרד
הרישום, בישיבה מיום 20.10.77 הודע לבית המשפט על העברת הבעלות, בשתי החלקות,
בשלמותה לשמה של מדינת ישראל.

השופט א' חלימה

3. התובענה, שעליה סב הערעור שלפנינו, הוגשה בתחילה בתור המרצת־פתיחה (1401/76) על־ידי יורשיהם של הבעלים הקודמים (עפאנה ושריף), ועתירתם הייתה, שבית המשפט יבטל את הצווים, שניתנו ביום 1.6.76 בשתי ההמרצות (664, 630/76). כן נתבקש בית המשפט לבטל את כל הפעולות, שנעשו על יסוד צווים אלה ובעקבותיהם, ולהחזיר את הרישום בשתי החלקות לקדמותו.

המשיבים בהמרצת הפתיחה הנזכרת היו אלה המנויים להלן:

1. אלסייד, 2. לוי, 3. גולן, 4. האפוטרופוס, 5. רשם המקרקעין, 6. מדינת ישראל. היה משיב נוסף בשם „ברדריאן“, אך הבקשה לגביו נדחתה עוד בתחילת הדיון.

בית המשפט ציווה על העברת הדיון בהמרצת הפתיחה לאפיק של תובענה רגילה. מדינת ישראל מצדה שלחה הודעת צד ג' לנתבעים לוי וגולן ותבעה מהשניים, במקרה שהיא (המדינה) תחויב בדין, להחזיר את הסכומים שקיבלו עקב העברת החלקות לשמה של המדינה.

הדיון בתובענה הסתיים בפסק־דין מיום 24.11.81, שבו החליט בית המשפט קמא כלהלן:

א. לבטל את הצווים, שניתנו בהמ' 664, 630/76 הנזכרות;

ב. לבטל את רישום הבעלות בשמותיהם של גולן ולוי, ועקב כך גם ביטול הרישום בשמה של המדינה;

ג. שתי החלקות תירשמה בשמותיהם של הבעלים הקודמים (עפאנה ושריף) תוך רישום הערה, ששתי החלקות מוקנות לאפוטרופוס;

ד. לוי, גולן והמדינה חויבו בהוצאות לטובת יורשי הבעלים (התובעים).

ה. אשר להודעת צד ג' ששלחה המדינה, ציווה בית המשפט, שהתיק יועבר לכבוד נשיא בית המשפט המחוזי, על־מנת שההודעה תידון בנפרד לפני שופט אחר, כפי שיקבע כבוד הנשיא.

4. לפני בית־משפט זה הוגשו ערעור וערעור שכנגד על פסק־דינה של הערכאה הראשונה. הערעור המקורי הוגש על־ידי לוי וגולן (מערערים) נגד כל שאר הצדדים שהופיעו לפני הערכאה הראשונה, שבמסגרתו נתבקש בית־משפט זה לבטל את פסק הדיון על כל היבטיו ולהחזיר את הרישום לקדמותו, דהיינו, כפי שהיה לפני מתן פסק הדיון שעליו סב הערעור.

הערעור שכנגד הוגש על־ידי עיזבונותיהם של עפאנה ושריף המנוחים. העתירה העולה ממנו היא: לבטל את קביעתו של בית המשפט קמא, האומרת, ששתי החלקות

השופט א' חלימה

היגון נכס נפקד במונן חוק נכסי נפקדים; ובהתאם לכך לבטל את רישום ההערה, שביט המשפט קמא ציווה לרשמה בפנקסים ברוח קביעתו זו.

הטענות בערעור וכן בערעור שכנגד הועלו לפנינו על־פי סיכומים בכתב.

מחמת העובדה, שהטענות וההשגות שהועלו לפנינו שלובות אלה באלה ולא ניתנות להפרדה, לא אדון בכל ערעור בנפרד, כי אם אדון בטענות עצמן, כשהמסקנות שאליהן אגיע תשמשנה את שני הערעורים.

5. נקודת המוצא בערעור שלפנינו הינה בקביעתו של בית המשפט קמא, לפיה המסמכים, אשר יוחסו לבעלים הרשומים, ואשר על־פיהם ניתנו שני הצווים בהמ' 630/76, 664, היו מזויפים, וכי הטענה, שהועלתה לפני בית המשפט, כאילו הבעלים המקוריים (עפאנה ושריף) הם שחתמו על הסכם המכר ועל ייפוי־הכוח, אין לה בסיס במציאות.

קביעתו של בית המשפט בנושא הזיוף אינה משמשת יסוד, בין שאר היסודות, לא בערעור המקורי ולא בערעור שכנגד. לפיכך יש לצאת מההנחה, שקביעתו של בית המשפט לגבי עובדת הזיוף הייתה לקביעה סופית.

אולם, גם אם אתיחס לדיבור, המופיע בפריט 15 של הודעת הערעור המקורי, כאל ערעור על נושא הזיוף (הגם בנושא הזיוף לא התעורר במפורש בסיכומים שבכתב שהוגשו מטעם המערערים), אף או יש לתמוך במסקנתה של הערכאה הראשונה שבפיסקה ח' של פסק־דינה, תחת הכותרת „הפגמים בצווים שאת ביטולם מבקשים התובעים“, על־פי האמור. שם מסתבר, כי עובדת הזיוף שימשה יסוד להליך פלילי, שהסתיים בבית המשפט המחוזי ירושלים (ת"פ 230/78), שבגדרו הורשע אלסייד בגין זיוף מסמכים שבהם עסקינן. בית המשפט קמא הסתמך על פסק הדין, שניתן בהליך הפלילי, מכוח ההוראה שבסעיף 42 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א—1971, ומקובלים עלי דבריו של השופט המכובד, שגם בסיכומיהם לפני בית המשפט קמא זנחו שני המערערים (לוי וגולן) כל טענה, שמשמעותה כפירה בעובדת הזיוף, ואכן, כלל גדול, הנקוט בידי בית־משפט זה, הוא, שאם אין בעל דין מעלה בסיכומי טענותיו טענה מסוימת, משמעות הדבר היא, שאף אם הועלתה טענה זו על־ידי קודם לכן, הרי הוא נחשב כמי שזנחה (ע"א 401/66 (1)).

הוא שאמרת, המערערים (לוי וגולן) לא התייחסו בסיכומיהם לנושא הזיוף, ובהתאם לאמור לעיל יש לאשר את עמדתו של בית המשפט קמא בנושא הזיוף.

בהגיעי למסקנה זו איני מוצא מקום או צורך להכריע בשאלת תוקפה של חתימה שחתם „נפקד“, כמוגדר בחוק נכסי נפקדים, מבחינת ההוראה שבסעיף 22(ג) לחוק

השופט א' חלי'וזה

א

הנוכח, על מסמכים הנוגעים לבעלות בנוכס, שהיה אף הוא, בעת החתימה, בגדר „נוכס נפקד“. גם איני רואה מקום לדון בפעולות שבוצעו בקשר לתיק הנוכחי מבהינת סעיף 19 לאותו החוק. אסתפק אך באמרי, שהערכאה הראשונה צדקה בקביעתה, שהצווים, שניתנו בהמ' 630/76, 664, הושגו במירמה, תוך הסתייעות במסמכים מזויפים. לפחות לגבי אלסייד יש טעם וגם יסוד לומר, שהוא הטעה את בית המשפט במזיד ומתוך רוע הלב, ואף הניע את בית המשפט להאמין לו, שהחלקות, שעליהן סב הערעור, נמכרו לו על-ידי הבעלים הרשומים הקודמים (עפאנה ושריף), מה שאין כך למעשה (ראה עמוד 13 המודפס של פסק הדין).

ב

נוכח מצב עניינים זה תישאל השאלה: כלום מנועים הבעלים הרשומים מלפנות לבית המשפט ולבקש ביטול הצווים, שבעקבותיהם נשללה מהם בעלותם בחלקות תוך הטעייתו של בית המשפט ותוך שימוש במסמכים מזויפים?

ג

6. שאלה זו לא הייתה מתעוררת במקרה רגיל: הן די בכך שהצווים הושגו במירמה ובוויפים כדי להצדיק פנייתו של צד, שנפגע מצווים כאלה (כדוגמת המשיבים בערעור המקורי). לבית המשפט המוסמך בבקשת ביטולם, שהרי המדובר הוא ברמאות שבעילה עצמה, ומן הצדק הוא לתזקק לתביעתו של הנפגע ממצעים אלה (ע"א 254/58; הס' 194/58 (2), בעמ' 456 מול' אות השוליים א).

ד

הקושי במקרה אשר לפנינו נעוץ בעובדה, שבית המשפט קמא הגיע לידי המסקנה, שהמשיבים בערעור שלפנינו (התובעים בבית המשפט קמא) הינם „נפקדים“ במובן חוק נכסי נפקדים. קביעה זו מעלה שתי שאלות:

ה

א. כלום היו המשיבים „נפקדים“?

ב. תשובה חיובית על שאלה א מן ההכרח שתוביל לשאלה השנייה, והיא: כלום רשאים הם, כנפקדים במובן הנוכח, להופיע לפני בית המשפט בזכות עצמם ושלא באמצעותו של האפוטרופוס?

ו

אדון בשאלות אלה לפי הסדר:

7. נושא הנפקדות:

ז

הערכאה הראשונה קבעה כעובדה, שהמשיבים (התובעים בבית המשפט קמא) הינם מבהינת „נפקדים“ במובן חוק נכסי נפקדים. על קביעה זו חילקים ממשטיחים של המשיבים, והמחלוקת שיצרו היא לב לבו של הערעור שכנגד.

ואכן, מוטכם על כולנו, שהאפוטרופוס הוציא אישור נפקדות (להלן — האישור), מכוח סמכותו שבסעיף 30(ב) לחוק נכסי נפקדים, שבגדרו קבע האפוטרופוס, ששתי

השופט א' חלי'נוו

החלקות הינן בבחינת „נכס נפקד“ במובן החוק, אישור זה מהווה (כמתבקש מסעיף 30(ה) של אותו החוק) „הוכחה לכאורה של העובדות המפורטות באישור אלא אם הורה בית המשפט הוראה אחרת“. השאלה עתה, כלום נסתרה הוכחה לכאורית זו?

„נכס נפקד“ כהגדרתו בסעיף 1(ה) לחוק נכסי נפקדים, פירושו: נכס, אשר „בכל עת בתוך התקופה שבין יום ט"ו בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947) ובין היום בו תפורסם אכרזה, בהתאם לסעיף 9(ד) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח—1948, כי מצב החירום שהוכרז על ידי מועצת המדינה הזמנית ביום י' באייר תש"ח (19 במאי 1948), חדל מהתקיים — נפקד היה בעליו החוקי או נהנה ממנו או החזיק בו, בעצמו או על ידי אחר...“.

משמעותם של הדברים: אם יסתבר, שהבעלים הרשומים של החלקות (המנוחים: עפאנה ושריף) היו „נפקדים“ בתאריך הרלוואנטי, מן הדין הוא להשאיר את האישור שהוציא האפוטרופוס על כנו, על כל המשתמע ממנו.

חוק נכסי נפקדים קובע מפורשות (סעיף 1(ב)(1)), שהגדרה „נפקד“ מובנה:

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

(I) ...

(II) נמצא באחת הארצות האלה או בכל חלק של ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל, או

(III) ...“.

התיבה „שטח ישראל“, שמופיעה בהגדרה לעיל, פירושה (סעיף 1(ט)):

„השטח בו חל משפט מדינת ישראל“.

עתה, לאחר שכל ההגדרות הרלוואנטיות מונחות לפנינו, ניתן לבדוק את מצב המשפטי של עזבונות המנוחים (המערערים שכנגד) ושל החלקות עצמן, כדלהלן:

8. מצינו, ששני המנוחים היו בתקופה הרלוואנטית לסעיף 1 של חוק נכסי נפקדים תושבים קבועים של הכפר עאקב שבאזור יהודה ושומרון. הרי אין מחלוקת, שאזור זה מהווה חלק מארץ ישראל במובן סעיף 1(ב)(1) (II) לחוק הנזכר.

השופט א' חלימה

השאלה, שבה עסקה הערכאה הראשונה, הייתה, אם על אזור זה חל משפט של מדינת ישראל, ואם נחשב הוא ל"שטח ישראלי"; או לא — ואז אין האזור נחשב לכוה. המערערים שנגד (המשיבים 1, 2) תומכים באפשרות הראשונה, ואילו המערערים (המשיבים שנגד) תומכים באפשרות השנייה. בית המשפט קמא קבע, שאין משפטה של המדינה חל על האזור, שבו נמצא הכפר עאקב, ומכאן מסקנתו שהמשיבים הם "נפקדים", ושהחלקות עצמן בבחינת "נכס נפקד". על קביעה זו משיגים המערערים שנגד מהנימוקים הבאים:

מוסכם על כולנו, שהכפר עאקב מוחזק בפועל על-ידי כוחות צה"ל, המערערים שנגד מסתמכים על עובדה זו וטוענים, שיש לראות בו שטח מוחזק בהתאם לפקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח—1948, ובהתאם לכך לראות באזור כולו שטח, שבו חל משפט של המדינה. אם יתקבל פירוש זה, לא יתפוש סעיף 1 לחוק נכסי נפקדים, בגדר תוראותיו, את שני המנוחים, ולא תהיה אפשרות לראות בהם "נפקדים".

טענה זו נשענת על ההוראה שבסעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות שהזכרתי, המנוסח בזה הלשון:

"כל חוק החל על מדינת ישראל כולה ייראה כחל על כל השטח הכולל גם את שטח מדינת ישראל וגם כל חלק מארץ־ישראל אשר שר הבטחון הגדיר אותו במגשר כמוחזק על ידי צבא הגנה לישראל".

טענה זו לא יכולה לעמוד, אם מביאים בחשבון את המצב העובדתי כפי שהוכח לפנינו. אמנם נכון הדבר, שמפקד צה"ל פירסם מנשר מיום 7.6.67 לגבי האזור שבו נמצא הכפר הנזכר, שבו נקבע האזור כמוחזק על-ידי צה"ל (הכוונה למנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל). אולם אין במנשר זה כדי להועיל למערערים שנגד מהטעם, שהמנשר לא פורסם על-ידי שר הביטחון כמצוות סעיף 1 המצוטט לעיל.

הטענה, שיש לראות במפקדת כוחות צה"ל, שפירסמה את המנשר שבו עסקינו, כפועלת מטעם שר הביטחון ומכוחו, אף היא לא יכולה להתקבל. לו היה כך המצב, היינו מוצאים ביטוי כלשהו בכיוון זה בגוף המנשר עצמו, מה שאין כך בפועל.

9. ראוי בהקשר זה להקדיש מספר מלים לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל—1970, ולומר, כי חוק זה בא להוציא מכלל נכסי נפקדים את הנכסים שבשטח המסופח (מזרח ירושלים), רק אם בעליהם של נכסים אלה נמצאו והיו תושבים של השטח המסופח בתאריך צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז—1967, מיום 28.6.67.

המתבקש מזה: בני־אדם, שלא היו בתאריך הרלוואנטי (28.6.67) תושבים בשטח המסופח או לא נמצאו בשטח באותו התאריך, ימשיכו להיחשב לנפקדים במובן חוק נכסי נפקדים, ונכסיהם של אלה יהיו ל"נכס נפקד".

בנתונים אלה לא תועיל להם העובדה, שהחלקות שבהן עסקינו נמצאות בגדר השטח

השופט א' חל"מה

המטופח, שהרי מעמדן המשפטי של החלקות נקבע לפי מעמדם של הבעלים (המשיבים 1, 2), שהיו ועדיין נמנים עם תושביו של כפר עאקב, שעליו לא חל משפטה של ישראל. לפיכך אני מצדיק, בכל הכבוד, את מסקנתה של הערכאה הראשונה בנקודה זו, שאותה ביטאה בסוף עמוד 8 של פסק הדין במקום שנאמר:

"יצוין כי עמדת ב"כ התובעים, באשר לפירוש המושג, שטח ישראל' שבחוק נכסי נפקדים היתה מביאה לתוצאות מרחיקות לכת ובלתי סבירות, שלפיהן היה חל חוק נכסי נפקדים על כל שטחי יהודה ושומרון ובלבד שבעליהם מילאו אחר יסודות הגדרת, נפקד'. כזכור אחת האלטרנטיבות בהגדרה זו היא היותו של הבעל החוקי אורח ירדן, ומאחר וחלק ניכר של תושבי יהודה ושומרון היו ועדיין הינם אזרחי ירדן היה קבלת פירושו של ב"כ התובעים הופך את כולם לנפקדים ואת נכסיהם לרכוש נפקד'.

האמור בפסקה זו מקובל גם עלי, ולפיכך מתערער היסוד, שעליו מבוסס הערעור שכנגד, שדינו להידחות, ואני ממליץ לפני חבריי המכובדים לדחות.

10. אעבור עתה לשאלה ב' שהצבתי לעיל, דהיינו: מניין קמה למשיבים זכות העמידה במשפט זה?

לאור המסקנות שאליהן הגעתי עד כה תבקש כמאליה המסקנה, ששתי החלקות, שעליהן סב הערעור שלפנינו, היו בכל המועדים הרלוואנטיים בבחינת נכס מוקנה במובן סעיף 1(ג) לחוק נכסי נפקדים (ראה גם סעיף 4 של אותו החוק).

המתח "הקניה" במובן הנזכר הובהר על-ידי בית־משפט זה בנ"א 263/60 (3), בעמ' 2527 מול אותיות השוליים ד-ה, כדלהלן:

"...בתקופה שהנכס היה מוקנה לאפוטרופוס הבעלות היתה בידו וכשהאפוטרופוס משחרר את הנכס המוקנה לפי הסעיפים 27 או 28 לחוק נכסי נפקדים אין הבעלות חוזרת בכוח למפרע אלא שנוצרת בעלות חדשה העוברת לבעלים הקודם או למי שבא תחתיו ביום השחרור".

הלכה זו נפסקה בעקבות ההלכה שבנ"א 58/54 (4).

הערכאה הראשונה קבעה, שלבעלים הקודמים (המשיבים 1, 2) הייתה זכות עמידה במשפט זה מהנימוקים, שפורטו בעמדים 10--12 של פסק־דינה, שמשמעותה, כי חרף העובדה, שמדובר בנכס מוקנה, היה לבעלים הנפקדים אינטרס מסוים, שהקנה להם את זכות העמידה בדין, שעליו סב הערעור שלפנינו. הערכאה הראשונה קבעה, שאינטרס זה יוכל להתבטא בכך, שאם ביום מן הימים תקום סיבה לשהירו של הנכס בהתאם לסעיף 28 של החוק, כי אז ימצאו המשיבים 1, 2, שרכושם (שתי החלקות) נגזל מהם בשל מעשים בלתי חוקיים.

השופט א' חלימה

11. איני מתעלם מהבעייתיות שבסוגיה שלפנינו. אולם קודם שאענה על השאלה שהתעוררה כאמור אומר:

א

אם אתיחס לשני הצווים, שניתנו במסגרת החמ' 630/76, 664, כאל צווי ביניים בלבד, נוח יהיה להגיע לידי המסקנה, שבית המשפט רשאי, אפילו מיוזמתו שלו, לבטל את הצווים שניתנו כאמור, כאשר הוכח לפניו באותות ובמופתים, שהוא הוטעה כאשר הוציא אותם על יסוד מעשי רמייה ואגב ביצוע עבירה פלילית מצדו של אלסייד. כך ניתן ללמוד מהדברים הברורים שאמר כבוד הנשיא זוטמן ז"ל בספרו סדרי הדין האזרחי (בורסי — פרץ את טובים, מהדורה 4, תשל"ז) 597—598, במקום שנאמר:

ב

„צורביניים אשר יצא במהלך הדיון, ניתן לביטול לא על דרך של ערעור בלבד, אלא אותו בית משפט שנתן את הצו, רשאי בעצמו לבטלו על פי בקשת בעל דין, או מיוזמתו הוא, שכן לעולם אין אדם רוכש לו זכות קנויה בצו כזה. ביוחד תהא הפניה אל אותו בית משפט הדרך הנאותה, כאשר בעל דין מבקש ביטול צורביניים עקב אירוע חדש שאירע אחרי הינתן הצו... (ההדגשה שלי — א' ח').“

ג

אולם מחמת אופיים של הצווים שבהם עסקינן, ומחמת הספק אם אכן היו אלה צווי ביניים או צווים שהכריעו סופית את גורלן של הבקשות שעל יסודן ניתנו הצווים, לא אלך בדרך זו, כי אם אנסה למצוא את הפתרון בדרך אחרת, כדלהלן.

ד

12. הסעיף הרלוואנטי לנושא זכות יצמירתו של נפקד בדיון משפטי בקשר לנכס מוקנה הינו סעיף 31 לחוק נכסי נפקדים, שבכותרת השוליים שלו נאמר: „טענת נכס נפקד שמורה לאפוטרופוס“. הסעיף עצמו מנוסח בוו הלשון:

ה

„לא יזדקק בית משפט בכל פעוליו משפטית אורחית לטענה שזכס פלוני העומד לדין הוא נכס נפקד, אלא אם היה האפוטרופוס בעל דין בפעולה המשפטית. לא היה האפוטרופוס בעל דין, ונטענה הטענה הזאת, ומצא בית המשפט שיש לת רגלים, יזמין בית המשפט את האפוטרופוס להצטרף כבעל דין. הצטרף האפוטרופוס, ידון בית המשפט בטענה; לא הצטרף — יראה בית המשפט את הטענה בטלה.“

ו

ומה אירע במקרה שלפנינו?

ז

מלכתחילה הוזמן האפוטרופוס בתור צד נתבע בתובענה, שעליה סב הערעור, והוא העלה את טענתו האומרת, שמדובר בנכס נפקד, ואכן הצליח האפוטרופוס להוכיח טענתו זו, אך בד בבד הצליח התובע להוכיח את היסוד הרעוע, שעליו מבוססים שני הצווים שמעשים פליליים נרמו לנתינתם.

השופט א' חלימה

תישאל איפוא השאלה, כלום חייב בית המשפט להנציח צו שניתן עקב מעשה פלילי, שהיה בו כדי להטעות את בית המשפט?

בא-כוחו המלומד של האפוטרופוס התייחס לנקודה זו בכתב ההגנה, שהוגש מטעמו לבית המשפט קמא, אשר בסעיף 3(ב) ממנו נאמר:

„הנתבע יוסיף ויטען כי אם יפוי-הכח נשוא התביעה הינו תקין אזי כל פעולה שנעשתה על פיו כדיון נעשתה. היה ויהברר כי יפוי הכוח אינו תקין הרי אם יחליט בית המשפט כי כל הפעולות שבוצעו על פי יפוי-הכח ו/או בעקבות בטלות, אזי ממשיך הנכס נשוא התביעה להיות נכס נפקד“.

מעשית — מראה מצב הטיעונים שבתיק, כי מסקנתו של בית המשפט בנושא הזיוף וההטעיה מקובלת על האפוטרופוס עצמו. כך משתמע מהדברים הברורים, שנאמרו מטעמו בעמוד 4 של הסיכומים שבכתב, שהוגשו על-ידי בא-כוחו המלומד של האפוטרופוס לבית המשפט קמא, וכה נאמר שם:

„בניח שכל טיעוניו של ב"כ התובעים יתקבלו על ידי בית המשפט הנכבד, ואם יקבע (דבר שהוא סביר לנוכח הראיות שהובאו) שיפוי-הכח הוא מזויף, ונניח שיקבע עוד כי ארמונד לוי וזאב גולן לא קנו כלום ולמדינת ישראל לא עומדת הגנת סעיף 10 לחוק המקרקעין תשכ"ט—1969, גם אז התוצאה היא שהקרע חייבת לחזור לאפוטרופוס. (ההדגשה שלי — א' ח'“.

ולא עוד אלא שהאפוטרופוס לא ערער על עובדת הזיוף וההטעיה, ומבחינתו, בדיון קבע בית המשפט מה שקבע בנושא זה, כל בקשתו של האפוטרופוס מתרכזת בנקודה אחת, שהנכס יחזור להיות לנכס נפקד.

בנתונים אלה אין להימלט מהמסקנה, שהאפוטרופוס אימץ למעשה את עמדתם של התובעים בבית המשפט קמא בנושא הזיוף וההטעיה, וגם אינו מעוניין, שתוצאות הזיוף ומעשי הרמייה תונצחנה, ואם כי עמדתו זו הובעה במסגרת ההגנה שהגיש ולא עקב הצטרפותו כצד תובע לצדום של המשיבים 1, 2, אין להשיג בכך, כאילו שוני זה משליך על התוצאה. במלים אחרות, גם המשיבים 1, 2 (התובעים) וגם האפוטרופוס נמצאים בחזית אחת בנושא הזיוף וההטעיה.

לאור הנסיבות, כפי שהוכחו עד כה, הבה אבדוק, אם נכונה הייתה מסקנתה של הערכאה הראשונה, אשר לא פסלה את זכות עמידתם של המשיבים בדיון שלפנינו?

13. כדי להשיב על שאלה זו אקדים ואומר, שהמחוקק לא אסר על מי שהאפוטרופוס מתייחס אליו כאל נפקד לפנות לבית המשפט ולהוכיח, שהגדרה זו אינה חלה עליו, אם לא תאמר כך, עלולים אנו להפקד את האפוטרופוס לפוסק יחידי ואחרון בנושא הנפקדות, ולכך בוודאי שלא התכוון המחוקק.

השופט א' חז'ימה

בבג"צ 43/49 (5) נאמר על-ידי ביה"משפט זה, בענ"ו 935 מול אות השוליים ג —

א "... כי לא ברור לגמרי שאסור לעורך-דין לפעול על-סמך ייפוי-כוח כזה במשפט שבו האפוטרופוס בעצמו הוא צד ובייחוד כאשר השאלה העומדת לבירור היא אם ניתן ייפוי-הכוח הוא נפקד או לא".

ב בשוותו את ההלכה הזאת לנגד עיניו, קבע בית המשפט קמא, שהמשיבים היו בישראל בעת שחתמו על ייפוי-הכוח לעורך הדין, שייצג אותם בתיק זה. בכך נתקיימה התורה שבסעיף 22(א)(3) של חוק נכסי נפקדים. צדק איפוא השופט המכובד, כאשר לא פסל את עצם הגשת התובענה ואת הופעתו של עורך הדין מטעמם של המשיבים.

14. אשר לנושא המהותי הכרוך בתובענה שהוגשה כאמור ייאמר:

ג מעת שקבע האפוטרופוס, שהנכס הוא נפקד במונח חוק נכסי נפקדים, יש לצאת מההנחה, שכל עוד שהקביעה הנ"ל לא נסתרה, עברה הבעלות באותו הנכס לאפוטרופוס, וכי זכויותיו של הנפקד בנכס הופקעו מידיו (הלכת ע"א 263/60 (3), המצוטטת לעיל, בענ"ו 2521). אולם כמו השופט המכובד כן גם אני סבור, שבכל זאת נשארו לבעלים זכות כלשהי או אינטרס מסוים בנכס עצמו שמאפשרים לנפקד לפנות לבית המשפט כדי לשמור עליהם. באותו בבג"צ 43/49 (6), הנזכר אומר ביה"משפט זה, בענ"ו 933 מול אות השוליים ג:

"אנחנו נוטים לחשוב כי על-ידי עצם העובדה שאדם הוא נפקד אין ידיו מסולקות. לגמרי מנכסיה, אלא שהזכויות בהם עוברות או מוקנות לאפוטרופוס...".

ה עתה אני מגיע לשאלה המכריעה את גורלה של שאלה ב', שהועלתה כאמור, ויש לבדוק, מה האינטרס שנשאר למשיבים 1-2 בשתי החלקות? על שאלה זו השיבה הערכאה הראשונה (עמ' 10 של פסק הדין) באמרה:

ו "התשובה לכך היא שבידי הנפקד נשאר, הסיכוי או, הצפיות' כי האפוטרופוס ישתרר ביום מן הימים את הנכס לפי הוראות סעיף 28(א) לחוק ותוצאה משתרר כזה תהיה כי כל זכות שהיתה לאדם באותו נכס ערב הקנייתו לאפוטרופוס תחזור אל אותו אדם או אל מי שבא תחתיו' — כלשון אותו סעיף".

ז קביעה זו לא רק מתבקשת בתוקף הגיונם של הדברים, כי אם אנו מוצאים לה יסוד בהוראותיו של החוק, שלגבי חלק מהן התייחס בית המשפט קמא במפורש.

עתה נצא ונראה: כאשר נודע למשיבים 1-2, כי רכושם (שאוילי יצליחו לשחררו בעתיד) עומד להישלל מהם לעולמים על-פי מסמכים מזויפים שיחסו להם אישית, מדוע

השופט א' חלימה

לשלול מנפגעים אלה את הזכות לפנות לבית המשפט, על-מנת שיעמיד עובדות על דיוקן? שהרי בית המשפט עצמו הוטעה על-פי מסמכים אלה, וקשה להעלות על הדעת, שבית המשפט ידחה פנייתו של נפקד בנושא כה חמור, כאשר האפוסטרופוס עצמו מופיע כצד בדיון (אמנם כצד נתבע), והוא (האפוסטרופוס) תומך בטענתו של הנפקד, בין במפורש ובין כמשתמע מהקו הכללי של הגנתו. וכפי שראינו, התפרסה תביעתם של המשיבים על שני נושאים:

א. הנפקדות;

ב. הויופים וההטעייה.

אמנם, יצאו המשיבים 1-2 בסופו של דבר וידם על התחתונה בנושא הנפקדות, אך בנושא הויופים הייתה הצלחתם מלאה, עד שהאפוסטרופוס עצמו אימץ, בסופו של דבר, את עמדתם ואף תמך בה.

בנתונים אלה לא הייתי פוטל את ההליך מדעיקרו כבקשת המערערים. ברוח זו פעלה הערכאה הראשונה, ויש טעם וגם יסוד לדחות את הערעור בקשר לקביעתה.

15. ועדיין אין זה הכול: נטען לפני הערכאה הראשונה, שהמדינה קנתה את החלקות מהמערערים לוי וגולן בידעה מראש על הטענות שבפי המשיבים 1-2 (כולל טענת הויוף ומעשה הרמייה), שהיו ביסוד העברת החלקות למערערים. שהרי המדינה קנתה מהני"ל את החלקות במהלך הדיון, והודעה מתאימה נמסרה לבית המשפט בישיבה מיום 20.10.77. בית המשפט שלל מהמערערים ומהמדינה את ההגנה על-פי סעיף 10 של חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ועל כך משיגים המערערים לפנינו (פריט 9 של הודעת הערעור).

ייאמר לאלתר, שהמדינה לא ערערה על החלטתו של בית המשפט קמא, ולגביה נהייתה ההחלטה לסופית.

אשר למערערים: הערכאה הראשונה התייחסה לטענתם בנושא זה (עמ' 15 לפסק-הדין) בקבעה:

"ה' גולן ולוי לא הסתמכו כלל על הרישום אלא על יפוי-כח והסכם המכר שהציג בפניהם אלסייד".

קביעה זו נכונה בעיקרה, ודי בה כדי לשלול מהמערערים את ההגנה שבסעיף 10 הנזכר. שכן, על-ידי ההנחה שהניחו המערערים, שהסכם המכר וגם יפוי-הכוח היו אותנטיים, נטל על עצמם סיכון מחושב. משהסתבר שהייתה זו הגנת-שווא, אין להם להלין על החלטתו של בית המשפט. במקרה כזה לא תעמוד להם ההגנה שבסעיף 10 של חוק המקרקעין, וריגה של הטענה להידחות.

השופט א' חליטה, המושגת לנשיא מ' בן-פורת

סיכומם של הדברים: אילו הייתה דעתי נשמעת, הייתי דוחה גם את הערעור וגם את הערעור שכנגד על כל היבטיהם. ולאור מצב זה לא הייתי מטיל הוצאות על אף צד.

המושגה לנשיא מ' בן-פורת: מסכימה אני לפסק-דינו של חברי הנכבד, השופט חליטה, וברצוני אך להוסיף שתי הערות:

(א) אין יסוד לטענתם של המערערים שכנגד, שיש לראות בכפר עאקב שטח, שבו חל משפט מדינת ישראל ועל-כן הוא בבחינת „שטח ישראל“. וכי מכאן שאין לראות במנוחים „נפקדים“ במובן סעיף 1(ב) (1) לחוק נכסי נפקדים. טענתם בעיקרה היא. שיש לראות במנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (להלן — מנשר מס' 1), שפורסם על-ידי המפקד הצבאי ביהודה ושומרון ביום 7.6.67, משום הפעלת הסמכות על-ידי שר הביטחון, כמוגדר בסעיף 1 סיפא לפקודת שטח השיפוט והסמכויות. דין הטענה להידחות, וזאת משלושה טעמים:

(1) כפי שנאמר בפסק-דינו של חברי, השופט חליטה, הגורם המוסמך — על-פי סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות — להביא להחלת חוקי מדינת ישראל על אזור, שהוא חלק מארץ-ישראל אך אינו בתחומי מדינת ישראל, הינו שר הביטחון, וזאת בדרך של הוצאת מנשר, שבו מוגדר האזור כמחוזק על-ידי צה"ל, ואין המפקד הצבאי, שלא הוסמך לכך, יכול לפעול במקומו. מכאן, כי לא ייתכן כלל לראות במנשר מס' 1, שהוצא על-ידי המפקד הצבאי, פעולה בגדר סעיף 1 סיפא לפקודת שטח השיפוט והסמכויות.

(2) המפקד הצבאי, שהוציא את המנשרים ביהודה ושומרון ובכלל זה את מנשר מס' 1, הקובע, בסעיף 1, כי צה"ל „נטל לידי את השליטה וקיום הבטחון והסדר הציבורי באזור“, לא התיימר כלל לפעול מכוח סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות. מנשרי המפקד הצבאי הוצאו מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, ומנשר מס' 1, שעליו מבקשים המערערים שכנגד להסתמך, הוא, לפי כללים אלה, בבחינת אקט דקלראטיבי, שלפיו נוהג המפקד הצבאי להכריז, לאחר שנתפס האזור, כי הצבא נטל לידי את השליטה ואת קיום הביטחון והסדר הציבורי באזור. עמד על כך M. Shamgar במאמרו „Legal Stage“, שפורסם בספרו Concepts and Problems of the Israeli Military Government — The Initial Military Government in the Territories Administred by בספרו : Israel 1967—1980 (Jerusalem, ed. by M. Shamgar, 1982) 13, 14

„...it is customary — although not obligatory — for the occupying military force to proclaim and make known its authority, and it is to this end that pro-

המשנה לנשיא מ' בן-פורת

clamation No. 1 was issued. In other words, the pro-
clamation was not constitutive but only declaratory."

סמכותו של שר הביטחון מכות סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות היא סמכות
גבולת ושונה מבחינת מקורה ומהותה. מדובר בסמכות שמקורה בחוק ישראלי, ומטרתה
החלת המשפט הישראלי על אזורים, המחזקים על-ידי צה"ל. כלומר, בעוד הכרות המפקד
הצבאי במגשרים שפורסמו על-ידיה, ובהם מנשר מס' 1 האמור, מטרתה להבחין ולהבדיל
בין מעמדו המשפטי של אזור יהודה ושומרון, שבו שורר שלטון של ממשל צבאי, לבין
המצב המשפטי בתחומי מדינת ישראל, גועד סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות
ליצור שוויון והות בהחלת אוחו מספס על שטח המדינה, כמו גם על השטח המוחזק
על-ידי צה"ל. כך, למשל, לאחר מלחמת העצמאות נעשה שימוש על-ידי שר הביטחון
בסמכות הקבועה בסעיף 1 סיפא לפקודת שטח השיפוט והסמכויות לגבי אזור מערב
ירושלים.

למסקנה דומה בנוגע ליחס בין סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות לדין, החל
בשטחי יהודה ושומרון, הגיע מ"מ הנושיא לנדוי (כתוארו אז) בבג"צ 390/79 (6),
בעמ' 13:

„עובדה היא ששר הביטחון לא נתן צו על יסוד סמכותו לפי סעיף 1 של
אותה פקודה (היא פקודת שטח השיפוט והסמכויות—מ' ב"פ) ביחס לאזור
יהודה ושומרון (וממשלת ישראל אף לא החילה את משפט מדינת ישראל
על אותו אזור, כדרך שעשתה ביחס למזרח ירושלים, בצו על יסוד סעיף 11
לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח—1948). כאשר ביסודות המשפטיים
של השלטון הישראלי ביהודה ושומרון אנו עוסקים, ענין לנו בגורמות
משפטיות הקיימות בפרעל ולא רק בכוח, והנורמה הבסיסית שעליה הוקם
מבנה השלטון הישראלי ביהודה ושומרון בפרעל היא, כאמור, עד היום,
נורמה של ממשל צבאי, ולא החלת המשפט הישראלי שיש עמו ריבונות
ישראלית.”

(כן ראה: בג"צ 61/80 (7), בעמ' 599).

(3) טעם שלישי, ואולי אף עיקרי, הוא, שכונת המפקד הצבאי, אשר פירסם את
המגשרים, והפועל היוצא מהם מבחינה משפטית היו אי ההחלה של חוקי מדינת ישראל
בשטחי יהודה ושומרון. כיונתו הייתה לחשיג תוצאה הפוכה מזו העולה מסעיף 1 לפקודת
שטח השיפוט והסמכויות, כעולה ממגשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה ושומרון)
(מס' 2), תשכ"ז—1967 (להלן — מגשר מס' 2), אשר פורסם בצמוד ובמקביל למגשר
מס' 1, שעליו מבקשים המערערים שכנגד להסתמך.

במגשר מס' 2 נאמר:

המשנה לנשיא מ' בן־פורת, השופט א' ברק

2. תוקף המשפט הקיים.

- א המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ה באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו משום סתירה למגשר זה או לכל מגשר או צו. עונתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור.
- ב משמע, כוונתו של המפקד הצבאי הייתה לפעול כמתחייב על־פי סימן 43 לאמנת האג בקשר לדינייה ולמנהגיה של המלחמה ביבשה, 1907, ולקבוע, כי המשפט, שהיה קיים באזור, יעמוד בתוקפו ככפוף לסייגים האמורים (וראה בג"צ 61/80 (7) ה"ל, בעמ' 598). מכאן ברור הוא, שהגורמה הבסיסית, עליה הוקם המבנה של השלטון הישראלי ביהודה ושומרון... היא גורמה של ממשל צבאי. במלים אחרות, משפט מדינת ישראל לא הוחל על האזורים האמורים... (דברי מ"מ הנשיא שוגר (כתוארו אז) בבג"צ 69/81, 493 (8), בעמ' 228). ובכלל זה לא הוחל משפט מדינת ישראל אף על כפר עאקב, ועל־כן אין בסיס לטענה, כאילו מכוח מגשר מס' 1 הפכו שטחי יהודה ושומרון, ובמסגרתם אף כפר עאקב, לשטה, שבו חל משפט מדינת ישראל במובן חוקי נכסי נפקדים.
- ב) בשולי הדברים ברצוני להעיר, כי אף שניתן לראות במערערים שכנגד, "נפקדים" במובן סעיף 1(ב) (1) לחוק נכסי נפקדים, ועל־כן רשאי היה האפוטרופוס על נכסי נפקדים ליטול לידיי את אדמותיהם שנמצאו בתחומי מדינת ישראל בעקבות צו החלת המשפט הישראלי על ירושלים מיוני 1967, עשויה לעלות השאלה, אם ראוי היה להפעיל את הסמכות בנסיבות מקרה זה.
- ה המדובר בתושבי כפר עאקב, שהיו בעת ההיא תושבי יהודה ושומרון תחת שלטון צה"ל. אין ספק, שהם לא היו נחשבים לנפקדים, לולא צורפו אדמותיהם לירושלים המאוחדת, ומן החומר שלפנינו אין להכין, אם בנסיבותיו המיוחדות של המקרה אכן היה מקום לתפוס את רכושם בעקבות איחוד ירושלים, כאשר הם נוכחים במקום וחיים תחת שלטון ישראל.
- ו שאלת אופן הפעלת הסמכות על־ידי האפוטרופוס לגבי חלקת הקרקע הנדונות אינה מן השאלות, העולות בערעור דנן, ועל־כן אין בהערתו כדי לשנות מהכרעתנו, כמובהר בפסק־דינו של חברי, השופט חלימה.
- ז השופט א' ברק: אני מסכים לפסק־דינו של חברי, השופט חלימה, ולחוספת של חברתי, המשנה לנשיא, השופטת בן־פורת.
- הוחלט כאמור בפסק־דינו של השופט חלימה ובתוספת של המשנה לנשיא.
- ניתן ביום, י' באדר א' תשמ"ו (19.2.86), במעמד עו"ד סיטון ועו"ד נחלקיר וכן ש' פרקרון.