

ע"א 2250/06
ע"א 5931/06
ע"א 6580/07
ע"א 2038/09

**המבקש להצטרף
כידיד בית המשפט:**

עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ע"י עוה"ד סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין ו/או אראם מחאמיד ו/או ארנה
כהן ו/או סאוסן זהר ו/או רימא איוב ו/או גילאל דקואר ו/או נדים שחאדה ו/או
פאדי ח'ורי
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת"ד 8921 חיפה 31090 טל: 04-9501610; פקס: 04-9503140

בעניין:

**האפוטרופוס לנכסי נפקדים
מדינת ישראל**

ע"י עו"ד משה גולן מפרקליטות המדינה
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29
ירושלים טל: 02-6466294; פקס: 02-6467615

המערערים בע"א 2250/06 ובע"א 6580/07
המשיבים בע"א 5931/06 ובע"א 2038/09

- נ ג ד -

דקאק נוהה ואח' (המשיבים 2-3)

ע"י עוה"ד מוהנד ג'בארה ואח'
מרחוב הלל 23, מגדל ירושלים
ת.ד 2485, ירושלים 91023
טל: 02-6244008; פקס: 02-6244101

יורשי המנוחה נעמה עטיה עדאווי נג'אר ואח' (המשיב 5)

ע"י עוה"ד סאמי ארשיד
מרחוב שלומציון המלכה 3
ת.ד 637, ירושלים 91000
טל: 02-6231244; פקס: 02-6240136

**יאסרה מחמד עלי קיאל מואקת
ירושלים**

המשיבים בע"א 2250/06

דאוד חטאב חסיין ואח'

ע"י עוה"ד אביגדור פלדמן ואח'
מרחוב הוברמן 10 תל-אביב
טל: 03-6852220; פקס: 03-6869775

המערערים בע"א 5931/06

שאול כהן

ע"י עוה"ד נובוגרוצקי
מרחוב יפו 38 ירושלים
טל: 02-6257976; פקס: 02-6249970

עו"ד עמי פולמן בתפקידו ככונס נכסים

מרח' קרן היסוד 83, ירושלים
טל: 02-6470000; פקס: 02-6470001

דן לויט ואח' (המשיבים 4-5)

ע"י עוה"ד שירלי פליישר-גבע
מרחוב נחום חפצדי 5 ירושלים
טל: 02-6595544; פקס: 02-6595545

שלמה אוחנה ואח' (המשיב 7)

ע"י עוה"ד דוד אוחנה
מרחוב דניאל פריש 3 תל-אביב

טל : 03-6961105 ; פקס : 03-6961161

משה בן ציון מזרחי

ע"י עוה"ד איתן גבע
מרחוב שמאי 12 ירושלים
טל : 02-6234631 ;

משיבים בע"א 5931/06

עזבון המנוח אבנו זוהרייה ואח' (המשיבים 9-2)

ע"י עוה"ד שמואל מצא
מרחוב המלך ג'ורג' 32 ירושלים 94262
טל : 02-6240532 ; פקס : 02-6251086

מוחמד יוסף אל חרוב

ע"י עוה"ד אלי תוסייה-כהן
שד' בן-מיימון 24 ירושלים
טל : 02-6231572 ; פקס : 02-6259977

המשיבים בע"א 6580/07

ד"ר וליד עבד אלהאדי עיאד ואח'

ע"י עוה"ד שלמה לקר
מרחוב הסורג 2 ירושלים
טל : 02-6233695 ; פקס : 02-6257546

המערערים בע"א 2038/09

חוות דעת מטעם ארגון עדאלה

המבקש להצטרף כידיד בית המשפט

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 21.5.2013 מתכבד ארגון עדאלה, המבקש להצטרף כידיד בית המשפט, להגיש את חוות דעתו כלהלן :

השאלה העקרונית הטעונה הכרעה:

1. השאלה העומדת במרכז הדיון בערעורים האזרחיים המאוחדים לעיל, עוסקת בסוגית תחולת חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 (להלן : **חוק נכסי נפקדים** או **החוק**) על נכסים במזרח ירושלים וכן על השטח אשר הוחל עליו החוק הישראלי מכוח צו סדרי השלטון והמשפט (מס 1), תשכ"ז-1967, שבבעלותם של תושבי הגדה המערבית המצויים מאז כיבוש 1967 תחת שלטון צבאי ישראלי.
2. כפי שנסביר בהמשך, הפרשנות התכליתית להגדרת "נפקד", בחלופה הרלבנטית לענייננו, מובילה למסקנה כי אין לחוק תחולה על תושבי הגדה ביחס לנכסיהם במזרח ירושלים. פרשנות זו אותה אנו מציעים היא יישום לכללי הפרשנות התכליתית שבית המשפט הנכבד אימץ לאחר חקיקת חוקי היסוד ולפיה גם חקיקה קודמת לחוקי היסוד חייבת להתפרש על פי עקרונות היסוד הכוללים בין היתר מתן משקל רציני למשפט הבינלאומי ההומניטארי. לצורך כך, נתייחס תחילה לעמדות היועצים המשפטיים הקודמים המחזקים את העמדה שניציע כאן, לתכליתו המקורית והייחודית של החוק הנדון, לעמדתה הרשמית של מדינת ישראל עת חקיקת החוק, ולנפקויות המשפטיות של תחולתו האתנית הפוטרת את תחולתו על חלק מהציבור ומוחלת דווקא על מי שמוגנים לפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ואשר מתגוררים באותה טריטוריה.

עמדות היועצים המשפטיים לממשלה:

3. סוגיה זו, נידונה לראשונה בשנת 1968 בסמוך להחלת החוק הישראלי על מזרח ירושלים, עת הנחה היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר את הרשויות המופקדות שלא להפעיל את החוק על נכסי תושבי הגדה המערבית בירושלים המזרחית. והוא הבהיר בזמנו, כי:

"...לא ראינו הצדק ענייני לתפיסת רכוש, שהפך לנכס נפקד בעת ובעונה אחת עם הפיכת בעליו של הרכוש - שהוא תושב יהודה ושומרון - למי שנתון תחת שליטת רשויות שלטוניות ישראליות. לשון אחרת, הואיל והרכוש לא היה נכס נפקד לפני יום כניסת כוחות צה"ל למזרח ירושלים, ולא היה הופך לנכס נפקד אילו מזרח ירושלים הייתה ממשיכה להיות חלק מיהודה ושומרון, לא ראינו הצדקה לכך שסיפוח מזרח ירושלים, והוא בלבד, יביא לנטילת רכושו של אדם, שאינו נפקד למעשה, אלא נמצא מאותו המועד בו הגיע רכושו לידינו, בתחום שלטון כוחות צה"ל" (צוטט בחוות דעת היועמ"ש מזוז. סעיף 4 לנספח 1/מ)

4. בשנת 2005, שבה הסוגיה לזירה המשפטית עת הוציא היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מנחם מזוז, הנחיה התואמת את עמדת קודמו היועמ"ש מר שמגר כתוארו אז תוך שהוא מטיל מגבלות משפטיות על הפעלת החוק במקרים חריגים בלבד.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מנחם מזוז, מיום 31.1.2005 מצורפת ומסומנת כנספח מ/1.

5. היועמ"ש עו"ד מזוז ציין בסעיף 7 לחוות דעתו, כי "הפעלת סמכויות האפוטרופוס לנכסי נפקדים על נכסים במז' ירושלים של תושבי איו"ש מעוררת קשיים משפטיים רבים, הן כאלה הנוגעים לתחולת החוק ולסבירות החלתו בנסיבות אלה, והן בהיבטים של חובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבינ"ל המינהגי, שהם בעלי תוקף מחייב בדין הישראלי [...]" (סעיף 7 לנספח מ/1)

6. תמצית עמדתו המשפטית של היועמ"ש דאז, מנחם מזוז בהנחיותיו משנת 2005 היא כי:

"הנפקדות של נכסי תושבי איו"ש במזרח ירושלים היא טכנית באופיה, שכן הם הפכו לנפקדים בשל פעולה חד-צדדית שנקטה מדינת ישראל, וכאשר לא מתקיימת כאן, לכאורה, התכלית של החוק. מדובר למעשה ב"נפקידים נוכחים", שזכויותיהם ברכושם נשללו עקב ניסוחו הטכני הרחב של החוק." (סעיף 2 בנספח מ/1)

7. בסוף חוות דעתו מבקש מר מזוז באופן חד משמעי "להורות על הפסקה מיידית של הפעלת חוק נכסי נפקדים על נכסים במזרח ירושלים של תושבי איו"ש." (סעיף 9 לנספח מ/1)

8. בניגוד לחוות דעתם של קודמיו, היועמ"ש הנוכחי מר יהודה וינשטיין סבור כי חוק נכסי נפקדים חל וצריך להיות מיושם במזרח ירושלים, וכי יש לגלות זהירות בהפעלת החוק אשר מתבטאת בהפעלת שיקול הדעת בעת הדיון בשחרורם של הנכסים ממעמדם כנכסי נפקדים. בהתכתבויות אשר התנהלו בין ארגון עדאלה לבין עו"ד וינשטיין הבהיר האחרון באופן מפורש, וכנראה כפי שהבהיר לבית משפט נכבד זה כי "הזהירות שיש לגלות בהפעלת חוק נכסי נפקדים צריכה להתבטא בדרך הפעלת שיקול הדעת בעת הדיון בשחרורם של הנכסים ממעמדם כנכסי נפקדים, במסגרת הדיון בוועדה המיוחדת העוסקת בכך". דהיינו, חוק נכסי נפקדים יחול ויישום בפועל על נכסים במזרח ירושלים של תושבי הגדה המערבית. עמדתו זו של מר וינשטיין, הלכה למעשה משנה את הסטאטוס קוו המשפטי כפי שזה הותווה במשך עשרות שנים על-ידי היועצים המשפטיים הקודמים. **פניית ארגון עדאלה ליועץ המשפטי לממשלה, מר יהודה וינשטיין, מיום 24.8.2010 מצורפת ומסומנת כנספח מ/2.**

תגובת היועץ המשפטי לממשלה, מר יהודה וינשטיין, לפניית ארגון עדאלה מיום 15.9.2010 מצורפת ומסומנת כנספח מ/3.

9. עמדתו זו של מר וינשטיין הנה בעייתית מבחינה משפטית, כפי שיפורט להלן, אך גם מבחינה מעשית. שכן בפועל, נכסים המוקנים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים מועברים לרשות הפיתוח ולצדדים שלישיים, דבר השולל לעד את הזכויות הקנייניות של הבעלים המקוריים. כך, בתגובה לפניית ארגון עדאלה העקרונית ליועמ"ש, מיום 27.5.2009, בעניין אי חוקיות מכרזים למכירת נכסי נפקדים שהועברו לרשות הפיתוח בשטח הקו הירוק וללא קשר לירושלים, הוא טען, כי נכסי נפקדים מועברים לרשות הפיתוח מידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים על פי סעיף 19(א) לחוק. עוד הבהיר היועמ"ש אז מזוז, כי "בהתאם לחוק, העברת הנכסים מידי האפוטרופוס לרשות הפיתוח מעניקה לקונה בעלות מלאה בנכס, וזכותו של הנפקד חלה על תמורת הנכס, כפי שקובע סעיף 28(ג) לחוק [...] מכיוון שכך, אנו סבורים כי מעת שעבר הנכס מידי האפוטרופוס לבעלות המלאה של רשות הפיתוח ולנפקד קמה הזכות לקבלת תמורת הנכס בלבד, בכפוף לתנאים שבחוק, **הרי שניתקה הזיקה שבינו לבין הנכס.**" (ההדגשה לא במקור).

מכתב ארגון עדאלה אל היועמ"ש מיום 27.5.2009 מצורף בזה כנספח מ/4

תגובת היועץ המשפטי לממשלה, למכתב ארגון עדאלה מיום 27.5.2009 מצורפת כנספח מ/5.

10. קביעה זו של היועמ"ש באשר למכירת הנכסים ולניתוק הזיקה בין "הנפקד" ל"נכס הנפקד", מרוקנת מתוכן את עמדתו לפיה יש לגלות זהירות בעת הדיון בשחרור הנכסים, מאחר והלכה למעשה, משמעותה של העברת הבעלות לרשות הפיתוח ומכל מקום גם לצדדים שלישיים, בנכסי הנפקדים, הינה הפקעת כל זכות שהייתה קנויה לבעלים של נכסים אלה. יתירה מכך, העברות אלה אף נהנות בד"כ מהגנת תקנת השוק על פי סעיף 17(א) לחוק (ראו ע"א 5658/94 **עמותת א.ל.ע.ד אל עיר דוד נ' עיזבון המנוח אחמד חסין אלעבסי** פס"ד נג(4) 730, 744 (1999)), מלבד מקרים חריגים שניתן בוודאות להוכיח חוסר תום לב בפעולתו של האפוטרופוס (ראו למשל: ע"א 5658/94 **עמותת א.ל.ע.ד אל עיר דוד נ' עיזבון המנוח אחמד חסין אלעבסי** פס"ד נג(4) 730 (1999)).

11. ואכן, ב"דו"ח הוועדה לבדיקת מבנים במזרח ירושלים", הידועה כועדת קלוגמן אשר מונתה על ידי שר המשפטים ושר האוצר באוגוסט 1992, כצוות בינמשרדי "שיבדוק וירכז את כל הנתונים המתייחסים לבתים שהוחכרו, הושכרו או נקנו במזרח ירושלים, עבור גופים פרטיים עמותות או יחידים, מתקציבי המדינה, או בכל סיוע אחר של המדינה ורשויותיה" (להלן: "דו"ח ועדת קלוגמן"), צויין לעניין זה, כי "האפוטרופוס לנכסי נפקדים לא סיפק נתון כלשהו [לועדה], בטענה כי הנכסים נשוא הדרישה נמכרו לרשות הפיתוח." עוד ממשיכה הוועדה ומציינת, כי "חלק ניכר מהנכסים נושא הבדיקה הינם תולדה של הכרזת האפוטרופוס על בעליהם המקוריים כנפקדים, ומכח הכרזתו זו נמכרו לרשות הפיתוח." (דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנים במזרח ירושלים 2 (ועדת קלוגמן, 1992))

מצ"ב דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנים במזרח ירושלים (ועדת קלוגמן, 1992) כנספח מ/6

12. הנה כי כן, בין הפרשנויות של היועצים המשפטיים השונים לממשלה, אנו בדעה כי עמדתו של היועמ"ש הנוכחי אינה מתיישבת עם עמדת קודמיו, וכפי שיוסבר בהמשך, עמדת קודמיו מתיישבת יותר עם עקרונות חוקתיים לעומת העמדה הנוכחית השוללת באופן גורף את הזכות הקניינית וכן מתנגשת עם הפרשנות התכליתית של החוק הנדון אשר מקבלת משנה תוקף לאחר חקיקת חוקי היסוד ושינוי הנסיבות של סיפוח מזרח ירושלים וכן מעמדה המיוחדת של הגדה המערבית.

הפרשנות הראויה להגדרת "נפקד" בחוק נכסי נפקדים:

א. אודות אמות המידה הפרשניות:

13. לפני שנפנה לפרשנות התכליתית של החוק הנדון, חשוב לציין כי נראה שהצדדים מסכימים שאם חוק נכסי נפקדים היה נחקק לאחר חוקי היסוד, לרוב הוא לא היה עובר את פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותו חוק שרירותי הפוגע מעל הנדרש בזכויות יסוד.

14. מרוצת השנים, ועם התפתחות תורת הפרשנות בדין הישראלי, פנה בית המשפט למקורות נוספים, מלבד זו העולה מלשונו, בניסיונו להגיע אל הפרשנות התכליתית של החוק ואשר מתיישבת עם עקרונות היסוד ושינויי העתים. בית משפט נכבד זה קבע כי גם חוקים שנחקקו לפני חוקי היסוד פרשנותם חייבת להתיישב ככל שניתן עם עקרונות היסוד. כך נקבע כי לנוכח חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חובה היא לפרש לאורם חוקים קיימים ושרירים (לעניין פרשנותם התכליתית של חוקים לאחר חקיקת חוקי היסוד ראה: דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589; ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (פסק דין מיום 4.5.2006).

15. לא זו אף זו, עוד טרם חקיקת חוקי היסוד נקבע, כי בהינתן שתי משמעויות שלשון החוק סובלת, כשהאחת נובעת מקריאתו הרגילה אך בצידה "אי-נוחות אבסורדית", והשנייה, שאף היא נסבלת, אך יש בה כדי לאיין את העוול העלול להיווצר ממובנה הרגיל של הלשון, הרי שמן הדין לבחור בפרשנות האחרונה, וזאת גם אם הבחירה בה מחייבת נקיטה בגמישות מסוימת. בהקשר זה, יפים לענייננו דברים שהביע כבוד השופט צ' ברנזון בפסק דין שניתן לפני כיובל שנים בזו הלשון:

"ודאי שאת ההגדרות בחוק הגנת הדייר יש לקרוא באופן דווקני, אך מה לעשות אם קריאה דווקנית מביאה לתוצאה שהדעת אינה סובלתה, וברור כי המחוקק לא היה יכול להתכוון לה? על-כרחך אתה סוטה מפירוש כזה והותר לפירוש המבוסס על מובנה הרגיל של המלה הנדונה כפי שגישה מעשית ומציאותית מכתובה" (ע"א 444/61 גוש 6374 חלקה 127 בע"מ נ' עזבון המנוח יוסף אליאס, פ"ד טז 284 (1962); עוד לעניין זה ראו את דעות הרוב בבג"ץ 328/60 מוסא נ' שר הפנים, פ"ד טז 69 (1962) ובדנג"ץ 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טז 2467 (1962)).

ב. תכלית חוק נכסי נפקדים:

16. חוק נכסי נפקדים חוקק על מנת להעביר לידי מדינת ישראל את נכסיהם של הפלסטינים אשר הפכו לפליטים בעקבות המלחמה בשנת 1948. הוראות החוק נוסחו באופן רחב ביותר מה שהוביל לכך שהחוק נחשב לגורף ודרקוני ביותר. תכליתו של החוק כפי שזו משתקפת בנאומוי הכנסת עובר לקבלתו וכן מפסיקה ענפה בעניין, קשורה בטבורה למלחמה ולמציאות שנוצרה בעקבותיה: הימצאות נכסים רבים בשטח המדינה לאחר המלחמה אשר היו שייכים לפליטים הפלסטינים אשר שהו באותה עת במדינות אשר היו מוגדרות כמדינות אויב.

17. לכן, הנסיבות הייחודיות שאפפו את קבלתו של חוק נכסי נפקדים ומטרות שלשמן הוא חוקק, מחייבים את קריאתו מבעד לפריזמה ההיסטורית, תוך ניסיון לפרשו בהתאם למציאות שהתקיימה בעת חקיקתו. לדידנו, כל עוד חוק נכסי נפקדים נמצא בתוקף, אין לראות בו, ולמצער להגדרות שבו, כדבר חקיקה מתפתח שתחולתו משתנה בהתאם לשינויים הגאו-פוליטיים באזור, אלא שהוא חל על מציאות מוקפאת.

18. נזכיר, כי החוק, הלכה למעשה נשען על קונספציה של מצב חירום, שכן הוא עיגן בחקיקה ראשית של הכנסת את תקנות שעת חירום בדבר נכסי נפקדים, תש"ט-1948 (ע"ר מס' 37, תוספת ב', 12.12.1948) אשר כללו קטגוריות זהות לאלה של החוק, ושלפיהן נכסי הפליטים הפלסטינים הם נכסי אויב. גם לשון החוק נקשרה למצב החירום אשר הוכרז בהתאם לסעיף 9(ד) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 ביום 19.5.1948 (ראו הגדרת נפקד בסעיף 1(ב) לחוק). במצב דברים זה, אין אלא לפרש את החוק באופן מצומצם גם לעניין נסיבות חקיקתו והעת בה הוא חוקק, והכוונה למלחמת 1948 ותוצאותיה הרלבנטיות לענייננו. דהיינו, המונחים שבחוק צריכים להתפרש באופן שיתאים למצב דאז. כך "שטח ישראל" שבסעיף 1 לחוק צריך להתפרש במצבו בעת חקיקת החוק (1950). שאם לא נאמר כן, נמצא עצמנו בפני מציאות שאינה מתיישבת אפילו עם השכל הישר.

19. חשוב מאוד לציין כי עמדתה הרשמית של מדינת ישראל לאחר חקיקת החוק היא שחוק זה הינו חוק חירום כתוצאה ישירה של המלחמה והיא אכן מודעת להיותו חריג וכי אין בכוונתה להפקיע לעד את הנכסים. עמדה זו ביקשה ליתן תשובה להתפתחות המשפט הבינלאומי לאחר מלחמת העולם השנייה כשהתברר שהפקעת נכסי נתיני אויב לאחר סיום המלחמה מהווה הפרה בוטה לדיני המלחמה. מכאן הבהירה מדינת ישראל כי החוק הינו חריג, יחול באופן דווקני ושייך אך ורק למלחמת 1948 (ראו לעניין זה את מאמרו המקיף של המומחה מיכאל קגן על ההתפתחות ההיסטורית של החוק ועמדת המשפט הבינלאומי וכן עמדתה אז של מדינת ישראל, Kagan, Michael, "Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the Legal Enabling of Ethnic Conflict in the Middle East" (2007). Scholarly Works.Paper 635. <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/635>

20. לכן, כל פרשנות של חוק זה חייבת ליתן לו פרשנות דווקנית ביותר הקשור למלחמת 1948 וכי אין מקום להפוך אותו לחקיקה רגילה ככל חוק אחר השייך לדיני הקניין. כאמור, לדידו של היועמ"ש וינשטיין, החוק, חל על תושבי הגדה, הנחשבת כחלק של "ארץ-ישראל" (הנמצא עתה תחת שליטתו האפקטיבית של הצבא הישראלי), שמחזיקים בנכסים במזרח ירושלים, ששטחה סופח ונהפך לחלק משטח ישראל. על נסיבות העניין מחיל היועמ"ש את החלופה שבסעיף 1(ב) III שבחוק, ולפיה נחשב כנפקד "אדם אשר – בכל עת בתוך התקופה שבין יום ט"ז בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947) ובין היום בו תפורסם אכרזה, בהתאם לסעיף 9(ד) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, כי מצב החירום שהוכרז על ידי מועצת המדינה הזמנית ביום י' באייר תש"ח (19 במאי 1948) חדל מהתקיים - היה בעל חוקי של נכס שבשטח ישראל או נהנה ממנו או החזיק בו, בעצמו או ע"י אחר, ובכל עת בתוך התקופה האמורה – [...] (II) נמצא באחת הארצות האלה או בכל חלק של ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל [...]". (ההדגשה לא במקור).

21. על פי אותה פרשנות, גם אדם הנמנה על אזרחי ישראל ותושביה הנמצא בגדה המערבית, בין כדרך קבע ובין אם לאו, לרבות בהתנחלויות הישראליות ומחזיק בנכסים שבמדינת ישראל (קרי ש"בשטח ישראל"), אמור להיכנס להגדרה של נפקד לפי החוק. זאת נדגיש, כי בחלקיה הרלבנטיים, ההגדרה שבחוק אינה מבחינה בין אזרחי המדינה לאלו שאינם אזרחיה, והרי נוקטת היא בלשון "אדם", קרי כל אדם שברשותו נכס בשטח ישראל, שמיום קבלת תכנית החלוקה באו"ם ועד ליומנו זה, נמצא בכל חלק של "ארץ-ישראל" שאינו נמנה על שטחיה. נזכיר עוד כי, הדיבור "נכס" בחוק הינו אגד של זכויות שאינו מתמצה בבעלות על נכסי נדל"ן, והרי הוא "כולל מקרקעים ומטלטלים, כספים, זכות בנכס, מוחזקת או ראויה, מוניטין, וכל זכות בחבר בני אדם או בניהולו". יטען הטוען כי, כספים המחזיק ישראלי המתגורר דרך קבע בהתנחלות בבנק המצוי בשטח ישראל, נחשבים לנכס נפקד על פי לשונו של החוק. עוד ניתן לטעון כי, בכל עת שבה נכנס אזרח ישראלי המתגורר

בשטחי הגדה אל תוך שטחי המדינה ברכבו (נכס מטלטלין), ניתן יהיה להכריז על רכבו כנכס נפקד, מתוקף "נפקדות" בעליו, ולהקנותו לאפוטרופוס. אין טעם להרחיב את הדיבור על אודות התוצאות האבסורדיות שיכולות לעלות ממובנה הרגיל והמילולי של הגדרת "נפקד" כפי שזו עוגנה בסעיף 1 לחוק, וברי כי ניתן להעלות נוספות ואחרות שאין השכל הישר סובלן.

22. בהקשר זה נחזור ונדגיש כי, וכאמור לעיל, אין די בהצבעה על השוני במעמד האזרחי של "האדם" שאליו מתייחסת ההגדרה של נפקד כדי להביא לכדי פיתרון הבעייתיות העולות ממנה. במילים האחרות, ההבחנה בין אזרח ישראלי לתושבי הגדה, לעניין תחולת החוק אינה רלבנטית, וזאת בין היתר, כהבחנה זו לא גויסה כשדובר בעבר על אזרחים ערבים שהחוק הוחל בעניינם אף על פי מעמדם האזרחי. מבלי להביע עמדה ביחס לגיטימיות של החלת החוק במקרים קודמים, ניתן להבחין שהשוני במעמד האזרחי מעולם לא היווה בסיס בשאלת תחולתו של החוק, שהרי גם אזרחי המדינה הערבים ספגו את נחת זרועו של החוק שעה שנתפסו בהגדרותיו הרחבות.

23. המקרים שבהם מתבקשת עתה החלתו של החוק ממחישים ביתר שאת את כוללניותה של ההגדרה האמורה ואת היעדרו של קשר רציונאלי בין התכלית שלשמה הוא חוק, כפי שפורטה לעיל, לבין האמצעים שעוגנו בו לשם השגתה. על רקע האמור, ולנוכח התוצאות הפוגעניות המתחייבות מפרשנותה הרחבה של ההגדרה של "נפקד" בחוק נכסי נפקדים, מן הדין הוא לפרשה תוך התחשבות בעקרונות היסוד של השיטה, כפי שאלה עוגנו בחקיקת היסוד, בעקרונות המשפט ההומניטארי הבינלאומי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי, ומתוך ניסיון ליצור זיקה הדוקה יותר בין תכליתו לבין קשת המקרים שעליהם הוא חל. לפיכך, יש לתור אחר פרשנות מצמצמת חלף זו שבה דוגל היועמ"ש הנוכחי.

ג. היקף הפגיעה בזכות לקניין:

24. אין חולק כי תחולתו של החוק במקרים מושא חוות דעת זו מהווה פגיעה חמורה ביותר בזכות בעלי הנכסים, תושבי הגדה המערבית, לקניין. שהרי מדובר בהעברת בעלות בנכסים אלה מידי בעליהם לידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים. זאת כשלרוב העברה זו היא בכוון אחד ללא כל אפשרות להחזרת המצב לקדמותו, בייחוד לאחר העברת הנכסים דן לידי רשות הפיתוח. משכך, דומה כי אין זה מרחיק לכת יהא לומר כי החלת החוק ויישומו בפועל כעמדת היועמ"ש וינשטיין כיום, תביא להפקעת נכסים בהיקף גדול ביותר של תושבי הגדה המערבית לידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים.

25. כלשונו של חוק נכסי נפקדים והפרשנות שניתנה לו על ידי בתי המשפט, תחולת החוק הינה אוטומטית, דהיינו בעצם התקיימותם של תנאי הנפקדות לפי החוק, הנכס נהפך באופן אוטומטי ל"נכס נפקד" ומוקנה לאפוטרופוס, ללא צורך בפעולה משפטית כלשהי מצד האפוטרופוס לנכסי נפקדים. על פי הגישה הרווחת, הוצאת תעודת נפקדות על ידי האפוטרופוס מהווה אקט דקלרטיבי בלבד. "משמתמלאים תנאים אלה [תנאי סעיף 1(ה) לחוק] מוקנה הנכס הנפקד לאפוטרופוס על פי סעיף 4 לחוק." (ע"א 415/89 דרויש נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד מז(5) 521, 526 (1993). ראו לעניין זה גם: בג"ץ 4713/93 גולן נ' הוועדה המיוחדת לפי סעיף 29, פ"ד מח(2), 638, פסקה 9 לפסק דינו של השופט מצא (1994); ת"א (י-ם) 6497-04 עג'אג' עלי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פסקה 98 לפסק דינו של השופט משה דרורי (23.7.2012); תא (י-ם) 4293/02 סעיד אברהים משעל נ' אפוטרופוס לנכסי נפקדים, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי (9.1.2008)). על כך עמד גם היועמ"ש וינשטיין בעיקרי הטיעון מטעמו מינואר 2010 ולפיהם הוא מבהיר, כי "החוק חל מעת שנחקק, ועל פיו נעשה אדם נפקד, ונכסיו נכסי נפקד המוקנה לאפוטרופוס, מעת שהתקיימו התנאים העובדתיים הקבועים בסעיף 1 לחוק" (סעיף 20 לעיקרי הטיעון). יחד עם זאת היועמ"ש מבהיר כי

הפעלת החוק נוגעת אך להפעלת האפוטרופוס את סמכויותיו על פיו (שם). באותה נשימה, טוען היועמ"ש כי אין לעשות שימוש בסמכויות אלה כשמדובר באזרחי המדינה או תושביה, זאת גם כאשר אלה נכנסים אל תחומי הגדרותיו (שם, פסקה 33).

26. הלכה למעשה, לגישתו של היועמ"ש, ההקניה האוטומטית בהתמלא תנאי החוק אינה מופעלת דרך קבע, וזאת מאחר ואינה מתיישבת עם תכליתו. וכך מסביר היוע"ש למשל מדוע אין נכסי אזרחי ישראל המתגוררים בהתנחלויות אינן מוקנים לאפוטרופוס על פי החוק. מכאן, שהאוטומטיות של ההקניה, במבחן התוצאה, אינה כך למעשה, והיא נתונה לשיקול דעת הנסמך על מגוון שיקולים, שעליהם נעמוד להלן. בהערה אגבית נציין כי אם עמדה זו הינה עקבית אזי צריך להשיב את הנכסים שהופקעו מאזרחיה הערבים של המדינה.

27. בנוסף, לעמדה זו השלכות ישירות כתוצאה מהשינויים המשפטיים, הגאוגרפיים והפוליטיים שנוצרו בעקבות בניית גדר ההפרדה, כאשר רבים מתושבי הגדה המערבית, בעלי נכסים בירושלים המזרחית, הוכרזו כנפקדים מכוח החוק ונשללה הלכה למעשה זכותם להשתמש בנכסיהם. שכן חלק מקטעי הגדר הפרידו בעלי קרקעות תושבי הגדה המערבית לבין קרקעותיהם הנופלים בשטחים אשר סופחו לעיריית ירושלים. וכפי שתיאר זאת היועמ"ש לשעבר מני מזוז כי להחלת החוק ויישומו "עלולות להיות השלכות בינ"ל חמורות גם בנוגע לגדר ההפרדה, בהיבטים שונים בגינם זכתה מדינת ישראל לביקורת קשה מבית הדין הבינלאומי בהאג [...] אציון, כי חלקים של גדר ההפרדה מוקמים על אותם נכסים, והקמתה מפרידה ועומדת להפריד בין הנכסים ובין תושבי איו"ש ("הנפקדים") שהחזיקו ועיבדו את הקרקע. מפניות שהגיעו למשרדנו עולה, כי היו לאחרונה מקרים בהם בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר לשם עיבוד האדמות ומסיק זיתים בשטחים אלה נענו בשלילה בטענה שהקרקע אינה שייכת עוד ל"נפקד". (ראו סעיף 8 לנספח מ/1)

28. לפיכך, השאלה הרלבנטית כעת היא, האם ישנה תחולה לחוק, למצער, לאור חקיקת חוקי היסוד, ובהינתן הנסיבות הייחודיות האופפות את הסוגיה העקרונית המונחת לפני בית המשפט הנכבד. וזאת, על רקע המשפט הבינלאומי ההומניטארי, שאף הוא משליך על ענייננו והתכלית של החוק, שכפי שייבואר להלן, אינה מוגשמת במקרה דנן.

ד. המשפט ההומניטארי וההבחנה על רקע אתני :

29. עניין תחולתו של החוק על נכנים במזרח ירושלים שבבעלות תושבי הגדה המערבית מחייב התייחסות למשפט הבינלאומי ההומניטארי. בהקשר זה ולפי הפסיקה העליונה פרשנותו של חוק חייבת להתיישב עם עקרונות המשפט הבינלאומי. כאן עולים שני טיעונים: על תושבי הגדה המערבית חל המשפט הבינלאומי ההומניטארי המחייב את המעצמה הכובשת לא לפגוע ברכוש של האוכלוסייה האזרחית אלא במקרה של צורך צבאי מיידי, שלכל הדעות אינו מתקיים כאן. החרמת רכושם הפרטי של תושבי הגדה הנמצא במזרח ירושלים על ידי חוק ישראלי, מהווה על כן הפרה בוטה לחובות המוטלות על מדינת ישראל. זאת הן בשל מעמדם של תושבי הגדה המערבית במשפט הבינלאומי ההומניטארי, והן על רקע עמדתו של המשפט הבינלאומי בעניין מעמד מזרח ירושלים כשטח כבוש החלים עליו חובות המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

30. לכן וכפי שנפרט בהמשך, יישום חוק נכסי נפקדים על מזרח ירושלים ו/או על נכסי תושבי הגדה המערבית הנמצאים במזרח ירושלים לא רק אינו מתיישב עם חוקי היסוד אלא גם עם הפרשנות התכליתית אשר נותנת משקל לעקרונות המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

31. ולכן כללי הפרשנות מחייבים כי פרשנות המונח "נפקדות" שבחוק לא תכלול מקרים כגון המקרים דנן ומטילים חובות מיוחדות על מדינת ישראל.

32. ההגנה על רכוש פרטי בשטח כבוש מעוגנת היא במשפט ההומניטרי הבינלאומי, בין השאר בתקנה 46 לתקנות האג הקובעת את החובה לכבד רכוש פרטי בשטח כבוש ואת איסור החרמתו. כמו כן, לפי בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, קיים איסור על המעצמה הכובשת החרבת נכסי מקרקעין אלא אם היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה. אין חולק, כי העברת הבעלות בנכסים במזרח ירושלים השייכים לתושבי הגדה המערבית אינה נופלת בגדר החרג של צורך צבאי כאמור.

33. נוסף על כן, סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 קובע, כי נטילה נרחבת של הנכסים של האוכלוסייה המוגנת (Extensive Appropriation) מהווה הפרה בוטה לאמנת ג'נבה הרביעית. כאמור, אין ספק כי הפעלת חוק נכסי נפקדים בירושלים המזרחית נטילה כאמור של נכסים רבים של תושבים פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית, זאת כאשר ההכרזה על נפקדותם תתאפשר כתוצאה ישירה מפעולות חד צדדיות של מדינת ישראל ובאופן שרירותי ביותר.

34. בהקשר זה, ובהינתן המציאות הגאו-פוליטית השוררת ברחבי הגדה, מתעוררות שאלות בדבר החלתו של החוק על הפלסטינים תושבי הגדה המערבית לעומת אי החלתו על תושבי ההתנחלויות בגדה המערבית כלפי נכסיהם במזרח ירושלים או שטחי ישראל. בעניין זה, עמדת היועמ"ש, כי אין החוק מופעל על תושבי ההתנחלויות לגבי נכסיהם בשטח מדינת ישראל, וזאת על אף טענותיו הסותרות בדבר האוטומטיות של תחולת המנגנונים המשפטיים הקבועים בו, שדומה כי הן רלבנטיות אך לתושביה הפלסטינים של הגדה המערבית. עמדה זו כפי שיפורט להלן, מהווה הפרה גם לנורמות של המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם האוסר על הפליה מעין זו. המדיניות השונה כלפי תושבי הגדה המערבית הפלסטינים לעומת תושבי ההתנחלויות, הבלתי חוקיות, מהווה היא הפרה בוטה לעקרונות השוויון כפי שאלה מתבטאים באמנה הבינלאומית לביעור כל הצורות של אפליה גזעית. זאת, כפי שיפורט להלן, כאשר הבחנה כאמור אינה נובעת, ואף אינה מתיישבת, עם התכלית של החוק.

35. בהקשר זה ראוי להסב את תשומת הלב לחוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) של בית הדין הבינלאומי לצדק, מיום 9.7.2004 בעניין חומת ההפרדה שנבנית על ידי ממשלת ישראל. שם התייחס בית הדין, בין היתר, למעמד מזרח ירושלים במשפט הבינלאומי. והוא קבע באופן חד משמעי, כי המעמד של מזרח ירושלים, כמו מעמד הגדה המערבית ורצועת עזה, הוא של שטח כבוש, כלומר מקום שבו הצבא הישראלי שולט באופן ממשי ואפקטיבי (ראו פסקה 78, פסקאות 89 ו-101 לחוות הדעת) ומשפט זכויות האדם (ראו פסקאות 106, 111-113 לחוות דעת בית הדין הבינלאומי).¹ יצויין בהקשר זה, כי בית משפט נכבד זה קבע, כי "חוות-דעת של בית-הדין הבינלאומי מהווה פרשנות של המשפט הבינלאומי, הנעשית על-ידי הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי", ועל כן "יש ליתן לפירוש שנותן בית-הדין למשפט הבינלאומי את מלוא המשקל הראוי." (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (פסק דין מיום 15.9.2005, סעיף 56 לפסק דינו של הנשיא ברק, ורי גם סעיפים 73 ו-74 לפסק הדין).

¹ שאלת תחולת משפט זכויות האדם בשטח כבוש, הובהרה גם בהערה כללית 31 של הוועדת זכויות האדם, העוקבת אחר אכיפת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כי על מדינות חברות לכבד ולהבטיח את הזכויות על פי האמנה הנ"ל גם בשטחים הנמצאים תחת סמכותה או שליטתה, גם אם אלה אינם נמצאים בתוך שטח המדינה החברה (Human Rights Committee, General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, par. 10. גם הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, העוקבת אחר יישום האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, הגיעה לאותה המסקנה ב"סיכום רשמיה מ"ישראל" בשנת 2003 (Concluding Observations of the) Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel, E/C.12/1/Add.90, 23 May 2003, par. 31. בנוסף, גם הוועדה לביעור כל צורות האפליה הבהירה בישיבתה ממרץ 2007 כי האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית חלה גם על שטחים כבושים בשליטתה של מדינת ישראל.

ה. הפרשנות המוצעת:

36. הפרשנות של "נפקד" לפי עקרונות השיטה לא יכולה לחול היום על מצב של נפקדות בשטח שלא היה חלק ממדינת ישראל עת חקיקת החוק בשנת 1950, וגם לא יכולה לחול על "נפקדות" כתוצאה מפעולות חד צדדיות כאשר ל"נפקד" לא היתה שליטה עליהם כלל וכאשר הוא לא שנה מאומה במעמדו או במקומו. חומת ההפרדה לדוגמה היא מקרה המעיד כי בני האדם עלולים להיות מוכרזים כנפקדים כאשר אין להם שליטה על השינויים הגאו-משפטיים המתחוללים סביבם ובעודם נמצאים באותו מקום. כנ"ל אי מתן אפשרות לתושבי הגדה המערבית להיכנס לשטחים אשר סופחו לשטח המוניציפאלי של ירושלים (מזרח ירושלים) אינה עניין שבשליטת התושבים. שני המקרים האלה הם בשליטתה הבלעדית של מדינת ישראל ולא התושבים עצמם.
37. ההכרזה היום על נפקדותו של אדם, בנסיבות נשוא חוות דעתנו זו, אינה דומה למצב של ההכרזה עת חקיקתו של החוק. והפרשנות התכליתית, המצמצמת והתואמת על עקרונות השיטה המשפטית מחייבת שנפקדות אינה חלה על שטח שנפל תחת השליטה הישראלית לאחר יותר מ- 27 שנים מעת חקיקתו, בהיותו לפי העמדה הרשמית של מדינת ישראל "חקיקת חירום". הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה שנפקדותם של תושבי הגדה המערבית אינה דומה לא בנסיבותיה ולא במהותה ל"נפקדות" אליה התכוון החוק וכאשר אותם תושבים נשארו בנכסיהם.
38. לדידו של היועמ"ש, המונח "ארץ-ישראל" שבחוק כולל את אזורי הגדה המערבית ורצועת עזה (סעיף 4 לעיקרי טיעון מטעם האפוטרופוס לנכסי נפקדים מינואר 2010). ומכאן, ועל פי החלופה שבסעיף 1(ב) III לחוק, תושבי הגדה המערבית נופלים בהגדרת "נפקד", בשל היותם נמצאים "ב[חלק של ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל]".
39. לדעתנו, המונח "ארץ ישראל" שבחוק מהווה הלכה למעשה שטחה של מדינת ישראל בגבולותיה אחרי מלחמת 1948. הכוונה בהכללת מונח זה בחלופה בסעיף 1(ב) III להגדרת נפקד שבחוק, היתה ללכוד ברשת את הפליטים הפנימיים אשר בעקבות ובמהלך מאורעות המלחמה עזבו את בתיהם ועברו לשטחים אחרים שבאותה עת טרם נכבשו במלחמה ושנחשבו אז כתפוסים "בידי כוחות שביקשו למנוע הקמתה של מדינת ישראל" ושביתום המלחמה הפכו להיות שטח של מדינת ישראל. ולראיה, סעיף 30(ג) לחוק קובע:
- "תעודה מאת שר הבטחון שמקום בארץ-ישראל היה מוחזק בזמן פלוני בידי כוחות שביקשו למנוע הקמתה של מדינת ישראל או שנלחמו בה לאחר הקמתה, תשמש ראיה חותכת לתכנה."
40. יתירה מכך, צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967, קובע בסעיף 1 את "השטח של ארץ-ישראל" כ"שטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה" (מבלי שישתמע מדברינו הסכמה למעמד מזרח ירושלים על פי הצו). דהיינו, מכל מקום, אין יכול להיחשב כ"ארץ-ישראל" לצורכי הגדרות החוק, שטח שאין חלים עליו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. והמסקנה היא כי, מכל מקום, אין הגדה המערבית יכולה להיחשב כחלק מ"ארץ ישראל" ותושביה כנפקדים לפי החלופה בסעיף 1(ב) III שבחוק. פרשנות זו של המונח גם פותרת את הסתירה בעמדת היועמ"ש לגבי אי תחולת/מדיניות אי"ישומו" של החוק כלפי תושבי ההתנחלויות בגדה המערבית.
41. פרשנות מוצעת זו תוביל להרמוניה בין סעיפי החוק השונים, להרמוניה בין החוקים והדינים השונים במדינה, תעמיד את המדיניות בהרמוניה עם המשפט הבינלאומי ההומניטרי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי באשר

לתושבי הגדה המערבית המחייב הגנה על רכושם הפרטי של תושבי שטח כבוש ותשמור על זכויותיהם החוקתיות של אותם תושבים.

42. לחילופין, ובמידה ויוכרע בניגוד לעמדתנו העקרונית הנ"ל וייקבע כי המונח "ארץ-ישראל" שבחוק כולל את השטחים הנכבשו בשנת 1967, כולל הגדה המערבית, נציע כי יש ליתן משמעות מצרה להגדרה של "נפקד", באופן שתגביל אותה, למצב ששרר בעת קבלת החוק, ויש לפרש את המונחים "שטח ישראל" ו"ארץ-ישראל" בהתאם. נזכיר כי, לפי סעיף 1 לחוק נכסי נפקדים, בחלופה הרלבנטית לענייננו, נפקד הוא, בין היתר, אדם אשר – בכל עת בתוך התקופה שבין יום ט"ז בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947) ובין היום בו תפורסם אכרזה, בהתאם לסעיף 9(ד) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, כי מצב החירום שהוכרז על ידי מועצת המדינה הזמנית ביום י' באייר תש"ח (19 במאי 1948) חדל מהתקיים - היה בעל חוקי של נכס שבשטח ישראל או נהנה ממנו או החזיק בו, בעצמו או ע"י אחר, ובכל עת בתוך התקופה האמורה [...] נמצא באחת הארצות האלה [לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר הירדן, עיראק או תימן, ס' ב"ו] או בכל חלק של ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל".

43. האפוטרופוס על נכסי נפקדים מבקש להחיל את ההגדרה האמורה על תושבי הגדה שמחזיקים בנכסים בירושלים המזרחית, וזאת, כך לטענתו, מאחר והחוק קובע מנגנון יישום אוטומטי. אך באותה נשימה, ממשיך הוא וטוען כי אין החוק מיושם בכל המקרים שבהם מתחייבת הפעלתו לכאורה על פי פרשנותו המרחיבה. כאמור לעיל, החוק על פי לשונו אמור לחול גם על אדם הנמנה על אזרחי ישראל ותושביה הנמצא בגדה המערבית. הבחירה שלא להחילו במקרים כגון אלה מעידה כאלף עדים על כך שהמנגנונים שנקבעו בו, גם לשיטת מיישמו, אינם מהודקים דים, וכי ה"אוטומטיות" שלהם אינה גזרה שאין מנוס ממנה. כך שבהינתן מקרים שבהם התוצאות הנובעות ממנו עולות כדי אבסורד של ממש, באופן שחורג מהתכלית שלשמה הוא נועד, החוק לא הוחל.

44. בהקשר זה, התוצאות האבסורדיות של החלת ויישום החוק על תושבי הגדה המערבית ביחס לנכסיהם במזרח ירושלים (ראו לעניין זה גם דעתם של היועצים המשפטיים לשעבר שמגר ומזוז כפי שהובאו לעיל), אינן מתמצות בהשתקפותן ביחס למעמדם האזרחי של "הנפקדים" לדידו של היועמ"ש וינשטיין, שכן רבים מאזרחי המדינה הנם בסטטוס של "נפקדים" על פי החוק, כאמור מכוח כך כי הם שהו בזמן נתון בתקופת המלחמה, בשטחים שטרם נכבשו אך בתום המלחמה ב-1948 הפכו לחלק משטח ישראל. לדידנו ומכל מקום, אין הצדקה להשלים עם האוטומטיות הנטענת, אך על סמך ההבחנה, שאינה רלבנטית כלל לענייננו, בדבר מעמדם האזרחי של הסובייקטים שהחוק לכאורה חל עליהם. ההכרזה על תושב הגדה שברשותו נכסים בשטחי מזרח ירושלים שסופחו לאחר שנת 1967 כנפקד, מהווה כשלעצמה תוצאה אבסורדית של הפעלת החוק, שאינה עולה בקנה אחד עם השכל הישר, עם התכלית של החוק ועם משמעותה של הנפקדות. זוהי נפקדות פסיבית ופיקטיבית שנוצרה עקב מתיחה שרירותית של גבולות שאין לומר כי המחוקק נתכוון לה כשגיבש את ההגדרה, הבעייתית כשלעצמה, של מיהו נפקד עת חקיקת החוק. אין לשער שהמחוקק צפה את השינוי במציאות הגאו-משפטית שנוצר לאחר כיבוש הגדה בעת ניסוחו את החוק, ויש מקום להגמיש, ברוח הדברים והכללים הפרשניים שהובאו לעיל, את ההגדרה באופן שתמנע גרימתו של עוול המתחייב ממובנה הרגיל. זאת במיוחד הואיל וניתן למנוע את העוול האמור באמצעות בחירה בפרשנות מצמצמת ודווקנית הנסמכת בין היתר, גם על התחשבות בזכות הקניין של בעלי הנכסים, בזכותם לשוויון, על המשפט הבינלאומי ההומניטארי ועל תכלית החוק.

45. לנוכח כל האמור, בתורינו אחר הפרשנות הראויה, מובילים השיקולים שנמנו לעיל למסקנה כי יש ליתן משמעות מצרה להגדרה של "נפקד", באופן שתגביל אותה, למצב ששרר בעת קבלת החוק. במילים אחרות, על

הפרשן לקרוא את החוק כשבידו "תצלום מוקפא" של המציאות הגאו-פוליטית שבה חוקק ויש לפרש את המונחים "שטח ישראלי" ו"ארץ-ישראלי" בהתאם. קרי, כמובנם בעת חקיקת חוק נכסי נפקדים (ראו והשוו: ת"א (י-ם) 1532/99 **עזבון המנוח טאלב עלי עבדאללה נ' ברטה חמדן**, עמ' 15 (28.5.2007)). נוסף על כן, יש היגיון רב בגישה הפרשנית שבה נקט כבוד השופט **ב' אוקון** בה"פ (י-ם) 3080/04 **דקאק נ' יורשי המנוחה נעמה עטיה עדווי נג'אר** (23.1.2006). במסגרת פסק דינו, קבע השופט **אוקון** כי הן תכלית החוק, הן ההשפעה של חוקי היסוד על החקיקה שקדמה לו, מחייבות קריאת סעיף 1(ב)(1)(II) לחוק נכסי נפקדים (החלופה הרלבנטית לענייננו בהגדרת נפקד), שאחד מיסודותיה הימצאות בעלי הנכס ב"בכל חלק של ארץ ישראל שמחוץ לשטח ישראלי", ככזה שאינו חל על תושב שטחים הנתונים בפועל לשליטה צבאית של ישראל. כלומר, כבוד השופט אוקון קורא אל תוך התיבה "שמחוץ לשטח ישראלי" שטחים שבשליטתן הצבאית, אך לא בהכרח הנמנים על שטחן, של המדינות המופיעות בסעיף הקטן הקודם, קרי לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר הירדן, עיראק או תימן. לדידנו, הצרת תחולתה של ההגדרה האמורה, בהתאם למשמעות המונחים המרכיבים אותה לזמן ולמקום שבהם היא גובשה, ובד בבד, כדרישה מסתברת, פירוש התיבה "שמחוץ לשטח ישראלי" בהתאם לגישתו של כבוד השופט אוקון, יהא בה ולו פיתרון חלקי אך מתבקש לבעיות שהפרשנות הרחבה מייצרת. ברי כי, אין בכך כדי לרפא את כל הלקויים שעולים מן ההגדרה הדרקונית והמרחיבה של נפקד, שכן כל ביקור של אדם בעל נכסים בשטחי ישראל באחת מן המדינות המנויות בהגדרה, לרבות אדם שהוא אזרח ישראלי, תהא סיבת הביקור אשר תהא, יש בו כדי להכניסו אל תוך תחומי ההגדרה. ברם, יהא בגישה מצמצמת זו די כדי להפיג עד מאוד את העוול שנגרם עקב ההיצמדות לפרשנות הדווקנית והמרחיבה. והרי, בנסיבות המקרה ובהינתן לשון החוק, אין ענייננו בחיפוש אחר הפרשנות הטובה ביותר, אלא בפרשנות האפשרית שהיא בבחינת הרע במיעוטו.

סוהאד בשארה, עו"ד

ב"כ עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי
בישראל

חיפה, 4.7.2013