



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 953/11

ע"א 7668/18

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

העותרים בבג"ץ 953/11
והמערערים בע"א 7668/18:

1. עבד אלפתאח סאלחה
2. דאוד אחמד עלי רביע
3. חאזם חסין מחמוד עג'אג'

נגד

המשיבים בבג"ץ 953/11:

1. שר הביטחון
2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
3. ראש המינהל האזרחי
4. מפקד משטרת מחוז ש"י
5. ועד המאחז כוכב השחר
6. תנועת אמנה
7. נגה אנגל
8. איציק אנגל
9. דור לשם
10. יעל לשם
11. אדרת קופ
12. בנימין קופ
13. מיכאל אלקיים
14. מרווה אלקיים
15. גדעון מרמלשטיין
16. רווית מרמלשטיין
17. אביתר כהן
18. כהן מירב
19. אבינועם ברוכים
20. יעל ברוכים
21. רעות אלמליח
22. אלעד אלמליח
23. הילה עמיצור
24. יואב עמיצור
25. גילת סלע
26. אלעד סלע
27. נדב אלישיב
28. הודיה אלישיב
29. יהודית גואטה
30. מעוז גואטה

- 31. עודד חד
- 32. נדיביה חדד
- 33. שמחה חפץ
- 34. נתנאל חפץ
- 35. ברקת סבן
- 36. שלומי סבן
- 37. הדס לוי
- 38. אליאל לוי
- 39. שירה ברוכים
- 40. אביחי ברוכים
- 41. רבקה ארנטל
- 42. נתנאל ארנטל
- 43. רננה רחמים
- 44. יאיר רחמים
- 45. אילה רוזנברג
- 46. צביקי רוזנברג
- 47. מוריה שמעון
- 48. מנחם שמעון
- 49. אלישיב שרעבי
- 50. הודיה שרעבי
- 51. נתנאל בן הראש
- 52. שני בן הראש
- 53. ההסתדרות הציונית העולמית – החטיבה להתיישבות

המשיבים בע"א 7668/18 :

- 1. איציק אנגל
- 2. דור לשם
- 3. יעל לשם
- 4. אדרת קופ
- 5. בנימין קופ
- 6. מיכאל אלקיים
- 7. מרווה אלקיים
- 8. אבידע בן יוסף
- 9. לירז בן יוסף
- 10. שרון כהן
- 11. תמימה כהן
- 12. ינון עטיה
- 13. לאה עטיה
- 14. יעקב גור אריה
- 15. בת שיר גור אריה
- 16. חיים ימין
- 17. חנה ימין
- 18. חיים בר גבע
- 19. נעה בר גבע
- 20. דן גור אריה
- 21. חיה גור אריה
- 22. ישראל פוזס
- 23. נטע פוזס
- 24. רפי שלו
- 25. יפית שלו
- 26. יהונתן מואטי

27. טל עידית מואטי
28. ניר דוד
29. רות דוד
30. רותם אוחיון
31. עדי אוחיון
32. רבקה ארנטל
33. נתנאל ארנטל
34. אבינעם ברוכים
35. יעל ברוכים
36. העמותה לפיתוח מצפה כרמים
37. המנהל האזרחי ביהודה ושומרון
38. ההסתדרות הציונית העולמית – החטיבה להתיישבות

המבקשים להצטרף כידידי
בית משפט בע"א 7668/18:

1. שלום עכשיו ש.ע.ל מפעלים חינוכיים
2. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
4. פרופ' אלכסנדר (סנדי) קדר

התנגדות למתן צו על תנאי; ערעור על פסק דינו של
בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט א' דדאל)
מיום 28.8.2018 בת"א 29754-11-13

י"ב באדר ב התשע"ט (19.03.19)

תאריך הישיבה:

בשם העותרים בבג"ץ 953/11
והמעוררים בע"א 7668/18:

עו"ד חוסאם יונס

בשם המשיבים 4-1 בבג"ץ
953/11:

עו"ד נחי בן אור

בשם המשיב 5 בבג"ץ 953/11:

עו"ד עקיבא סילבצקי

בשם המשיבים 52-7 בבג"ץ
953/11 והמשיבים 36-1 בע"א
7668/18:

עו"ד (ד"ר) הראל ארנון; עו"ד שרה פרידמן

בשם המשיבה 53 בבג"ץ
953/11 והמשיבה 38 בע"א
7668/18:

עו"ד גלעד חן

בשם המשיב 37 בע"א
7668/18:

עו"ד אפי יגל

בשם המבקשים להצטרף
כדידי בית משפט 1 ו-4 בע"א
7668/18:

עו"ד מיכאל ספרד; עו"ד הייא אבו ורדה

בשם המבקשות להצטרף
 כידידות בית משפט 2-3 בע"א
 7668/18:

עו"ד שלומי זכריה; עו"ד רוני פלי

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

1. שני ההליכים דנן נוגעים לבנייה בהתיישבות הישראלית "מצפה כרמים" (להלן: מצפה כרמים), הסמוכה לשוב "כוכב השחר" (להלן: כוכב השחר), באזור יהודה ושומרון (להלן: האזור). ההתיישבות ממוקמת על חלקות 12-15 ו-23 בגוש 19 (להלן: המקרקעין או החלקות) שהינן מקרקעין מוסדרים הרשומים על שם בעלים פלסטינים פרטיים. העתירה בבג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון הוגשה עוד בשנת 2011, והוצא בה צו על תנאי המורה למשיבים לנמק מדוע לא תופסק פעילות הבנייה והכשרת הקרקע המתבצעת בחלק מן החלקות הנזכרות, וכן מדוע לא תפונה הבנייה הבלתי חוקית ותבוטל מערכת ההנחיות האזוריות החלה על השטח (להלן: העתירה). ההליך הנוסף בע"א 7668/18 סאלחה נ' אנג'ל (להלן: ההליך האזרחי) הוא ערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט א' דראל) מיום 28.8.2018 בת"א 13-11-29754, בו נקבע כי החלקות הוקצו על ידי רשויות האזור להסדרות הציונית בהסכם הרשאה לצורך הקמת התיישבות אזרחית, וכי התושבים הישראלים המחזיקים במקרקעין אלה (להלן: המחזיקים) רשאים להמשיך ולעשות בהם שימוש לצורכי מגורים (העותרים בעתירה הנ"ל, שהם גם המערערים בערעור, יכוננו להלן: העותרים או המערערים).

ההכרעה בשאלות המתעוררות בהליך האזרחי משליכה על ההכרעה בסוגיות שהועלו בעתירה ולפיכך אוחד הדיון בערעור עם הדיון בעתירה. למעשה, בשל הקשר הקיים בין הסוגיות העולות בעתירה ובהליך האזרחי, הוצא עוד ביום 16.11.2015 – בעת שההליך האזרחי התנהל בבית המשפט המחוזי – צו ארעי בעתירה המורה על הקפאת המצב הקיים והאוסר על בנייה בחלקות.

העובדות הצריכות לעניין

2. העותרים-מערערים הם תושבי הרשות הפלסטינית ולטענתם הם הבעלים החוקיים – הגם שאינם רשומים – של חלקות 13 ו-23. המשיבים 1-37 – המחזיקים – הם אזרחי ישראל המתגוררים במצפה כרמים. תחילתה של הפרשה בהחלטה להעתיק 10 מבנים יבילים ממאחז בלתי מורשה אשר בשנת 1999 שכן מדרום מערב ליישוב "כוכב

השחר" ומחוץ לתחום היישוב, לתוך תחום תוכנית המתאר של כוכב השחר. בסופו של יום, בשל השתלשלות אירועים מצערת שעליה נעמוד בהמשך הדברים, הוקמה נקודת ההתיישבות על מקרקעין מוסדרים בבעלות פרטית פלסטינית.

סיפור הקמתו של היישוב "כוכב השחר" יש לו חשיבות להבנת הפרשה ולפיכך נעמוד על תמצית הדברים להלן.

3. בסמוך לאחר כניסת כוחות צה"ל לאזור ביוני 1967, החלה פעילות ממשלתית ופרטית לקידום התיישבות ישראלית בו. בשנת 1973 יזם הממונה על הרכוש הממשלתי (להלן: הממונה) הקמת יישוב ישראלי באזור שבו מצוי כיום היישוב "כוכב השחר". זאת, מתוקף הסמכויות שהוקנו לו בצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו בדבר רכוש ממשלתי או הצו) והצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58), תשכ"ז-1967 (להלן: צו בדבר נכסים נטושים)). סקר בעלויות שנערך על בסיס רישומי המקרקעין המוסדרים באזור, העלה שבחזקת הממונה מצויים כ-7,000 דונם במעמד של "אדמות מדינה", שניהולן הופקד בידי בעקבות התפיסה הלוחמתית (מוצג 24 למוצגי המערערים). ביום 3.2.1975 הורה המפקד הצבאי על סגירת שטח של 1,070 דונם באזור כוכב השחר לצרכים צבאיים (צו בדבר שטחים סגורים (שטח כ"ד) (יהודה והשומרון) (מס' 576) (התשל"ה-197) (להלן: צו 576 או צו הסגירה)). בצו 576 צוין כי השטח הוא "שטח סגור לצרכי הצו בדבר הוראות בטחון", גבולותיו סומנו בקו שחור על גבי מפה בקנה מידה של 1:50,000 שצורפה לו והוא סומן באמצעות הצבת חביות בשטח. לאחר הוצאת הצו דיווח הממונה לסגן מפקד האזור על היקפו המדויק של השטח שנסגר וכן פירט את הבעלויות בשטח: 136 דונם מתוך המקרקעין שנסגרו הוגדרו כ"אדמות מדינה", 269 דונם הוגדרו כאדמות נפקדים ו-665 דונמים – בבעלות פרטית של "נוכחים". הממונה ציין כי עד לסגירת השטח, שימשו המקרקעין לחקלאות, והוא הציע כי היישוב המיועד יוקם על אדמות המדינה (ראו מכתב הממונה מיום 29.12.1975, נספח 27 לנספחי המערערים).

4. ביום 29.6.1976, החליטה הוועדה לענייני התיישבות המשותפת לממשלה ולהסתדרות הציונית העולמית (להלן: הוועדה לענייני התיישבות), על הקמת היאחזות נח"ל במקום. במסמך של מזכירות הממשלה צוין כי "ההחלטה לא נרשמה בפרוטוקול הוועדה להתיישבות מפאת אופייה הסודי" (ראו נספח 1 לנספחי המנהל האזרחי). כשלוש שנים מאוחר יותר, בשנת 1979, קיבלה הוועדה לענייני התיישבות החלטה על אזור היאחזות בכוכב השחר. כחלק מעבודת המטה לקראת אזור היאחזות, דיווח ראש ענף נכסים ומחנות במפקדת האזור כי נבחנת האפשרות לשנות את צו הסגירה – שמטרתו

למנוע כניסתם של מי שלא הורשו לכך לאזור – לצו תפיסה שמטרתו לתפוס חזקה בשטח, וזאת עד החלטה אחרת של המפקד הצבאי או עד סיום מצב התפיסה הלוחמתית (סעיף 8 לתצהיר עדות ראשית של סא"ל אביעד כספי, מש/2 (להלן: תצהיר כספי)). ביום 29.7.1980 חתם המפקד הצבאי באזור על הצו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 18/80/ת (יהודה והשומרון), התש"ם-1980 (להלן: צו התפיסה). השטח שנכלל בצו התפיסה מצומצם מן השטח שנכלל בצו הסגירה ועומד על 850 דונמים ל"צרכים צבאיים" (למען שלמות התמונה יוער כי צו הסגירה המשיך לעמוד בתוקפו לצד צו התפיסה עד שבוטל ביום 5.2.2009). לצו התפיסה צורפה מפה בקנה מידה של 1:20,000 ועליה סומן בטוש השטח התפוס. בסמוך לאחר מכן הפיצה מפקדת האזור הנחיות לביצוע הצו בהן צוין כי השטח שנתפס "נמצא בתחום צו הסגירה [...] אולם שטח התפיסה אינו חופף את שטח הסגירה והוא קטן יותר" (מוצג 29 למוצגי המערערים, סעיף 2; פסקה 100 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי). כ-220 הדונמים שנגרעו משטח צו הסגירה היו אדמות פרטיות מעובדות או ניתנות לעיבוד אשר לא הוחזקו בפועל על-ידי היאחזות הנח"ל. כמו כן צוין בהנחיות כי יש להודיע מידית למוכתרים של הכפרים הסמוכים על הוצאתו של הצו וליידע את בעלי הקרקעות בדבר זכאותם לפיצויים ולדמי שימוש ראויים (מוצג 29 למוצגי המערערים, סעיף 7.א. ו-7.ה.). עוד צוין כי ההסתדרות הציונית העולמית (המשיבה 38 בהליך שבפנינו) נדרשת לוודא כי לא תהא חריגה מתחומי צו התפיסה בעת ביצוע העבודות למימושו, וכי היא תפעל להכנת תכנית מתאר שתוגש לאישור לשכת התכנון העליונה (שס, סעיף 8.ב. ו-8.ג.). תפיסת השטח, שאף גודר, מומשה עם עליית גרעין מ"גוש אמונים" על הקרקע באוגוסט 1980 (סעיף 18 לחוות דעתה של המומחית מטעם המערערים, רס"ן (במיל') ד"ר רונית לויין-שנור; מוצגים 12, 17 ו-18 למוצגי המערערים בהליך בבית המשפט המחוזי).

5. ביום 23.2.1981 חתמה ההסתדרות הציונית על "הסכם הרשאה" עם הממונה (להלן: הסכם ההרשאה הראשון) לתקופה בת חמש שנים (מיום 1.10.1980 ועד ליום 30.9.1985) שמטרתו הקמת ישוב וביסוסו. לפי הסכם ההרשאה קיבלה ההסתדרות הציונית לחזקתה שטח בן 1,071 דונמים שסומן בקו אדום על גבי מפה שצורפה כנספח להסכם ההרשאה. מסיבה שאינה ידועה המפה שצורפה להסכם ההרשאה היא מפת צו הסגירה שעליה נכתב "כוכב השחר צו תפיסה 576 כד' שטח כ-1071 ד", וזאת חלף מפת צו התפיסה המתייחס, כאמור, לשטח קטן מזה של צו הסגירה (ראו תצהיר כספי, בסעיף 10). בסעיף 2 להסכם ההרשאה נכתב: "הצדדים מצהירים כי ידוע להם כי גבולות המשבצת טרם נמדדו וגבולותיה המדויקים טרם נקבעו סופית, ולממונה הזכות לשנותם". הסכם ההרשאה חודש מעת לעת בשנים 1985, 1990, 1995 ו-1997 (תוקף ההסכם

האחרון הוא ל-49 שנים), ובכולם צוין השטח הנקוב בהסכם ההרשאה הראשון – 1,071 דונמים.

6. בהתאם להנחיות צו התפיסה, הכינה ההסתדרות הציונית תכנית מתאר לכוכב השחר ובשנת 1982 החליטה מועצת התכנון העליונה על הפקדתה ("תכנית מתאר מפורטת לשנת תשמ"ב 1982 223 לישוב קהילתי כוכב השחר", להלן: תכנית 223). מתקנון תכנית 223 עולה כי היא כוללת שטח של 1,416 דונמים (כלומר, 566 דונמים מעבר לשטח הכלול בצו התפיסה). 993 דונמים מתוך שטח התכנית סווגו כשטחים שייעודם ייקבע בעתיד "לאחר שיתבהרו אפשרויות הרחבת גבולות הישוב [כוכב השחר]".

המקרקעין נושא ההליכים דנן הנוגעים להתיישבות מצפה כרמים מצויים בתחומה של תכנית 223, אך מחוץ לשטח שנכלל במפת צו הסגירה ואף מחוץ לשטח שנכלל במפת צו התפיסה.

7. בשנת 1990 התגלו קשיים בקידום התכנון והבינוי בישוב כוכב השחר לאחר שהתברר כי תכנית 223 חלה בפועל גם על מגרשים המצויים מחוץ לצו התפיסה, ועל כן – בהתאם לדין המקומי – לא ניתן לתכנן בהם (ראו סעיפים 1-2 לצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982 (להלן: הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים או צו 997); ראו עוד מכתב הממונה מכוח צו זה למשרד הבינוי והשיכון מיום 17.5.1990 – נספח 10 לנספחי המערערים). מכתבים שונים מאותה תקופה מלמדים כי רשויות האזור היו מודעות לכך שהתכנון בשטח חורג מגבולות צו התפיסה, ואף הוצע לתקן את תכנית המתאר לישוב כוכב השחר (ראו מוצגים 10-12 לנספחי המערערים). חרף זאת, בשנת 1995 אושרה תכנית מפורטת 223/1 (להלן: מערכת הנחיות 223/1) שלא שינתה באופן משמעותי את גודל השטח שעליו חלה תכנית 223, אלא עסקה בעיקר בשינוי הייעוד של חטיבות קרקע בתחום התכנית 223, ולפיה שונה ייעוד השטח נושא העתירה לייעוד חקלאי.

8. כאמור, מצפה כרמים הוקם תחילה כמאחז מדרום-מערב לכוכב השחר. בשנת 1999 החליטה ועדת השרים לענייני התיישבות באזור להסמיך את ראש הממשלה ושר הביטחון "לפעול על פי סמכותו ושיקול דעתו בכל הקשור לנקודות התיישבות/מאחזים מבודדים שלא ברצף לשטח מבונה של ישובים קיימים ביהודה ושומרון, בהתחשב ובהתבסס, בין היתר, על ההיבטים הביטחוניים והמשפטיים הרלבנטיים" (החלטה מס' 1000/99).

הת/2 של ועדת שרים לעניין ההתיישבות ביהודה, שומרון וחבל עזה (יש"ע) מיום 10.10.1999, אשר קיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 28.10.1999).

9. בעקבות החלטה זו גובש "הסכם המאחזים" בין ראשי מועצת יש"ע ובין ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, אהוד ברק, שבו הוסכם על פינוי והקפאת מאחזים מסוימים ועל העתקתם של אחרים. על רקע זה אושרה העתקת המאחז מצפה כרמים לשטח בתחום שיפוט כוכב השחר ובגבולות מערכת ההנחיות מס' 223/1. לשם כך אותר שטח בגודל 14.4 דונם ממזרח לשוב כוכב השחר, והוכנה תוכנית מתאר מפורטת (223/1/5) לוועדת המשנה להתיישבות במועצת התכנון העליונה. כמו כן, הוגשה בקשה לשינוי ייעוד הקרקע מקרקע חקלאית לקרקע לבנייה. אישור התוכנית נתקל בקשיים משום שהמיקום שנבחר היה בתחום של צו סגירת שטחי אש משנת 1999, אשר נועד לאימונים של כוחות הביטחון (צו סגירת שטח מס': 4/99 ס', התשנ"ט-1999 (להלן: צו סגירת שטח אש)). אלוף פיקוד המרכז דאז, רא"ל משה יעלון, ציין בעדותו בבית המשפט קמא כי בדיון שהתקיים אצלו בקשר להעתקת מצפה כרמים נטען שהמיקום המוצע מצוי בשוליו של משפך בטיחות של אזור מטוחי טנקים, ולכן פעל להזזת משפך הבטיחות. מן המסמכים בתיק עולה עוד כי ניתנה הוראה לעצור את התהליך התכנוני עד שתתבצע עבודת המטה הדרושה בנושא (ראו: מש/15; מוצג 36 למוצגי המערערים).

ביום 27.1.2000 התקבל דיווח ביחידת הפיקוח של המנהל האזרחי באזור (המשיב 37 בערעור האזרחי) כי ביום 26.1.2000 הועתקו 17 מבנים יבילים למתחם אחד במקרקעין המצוי צפונית למתחם שאותר לשם כך, וכי חוברו תשתיות ונסללה דרך (מוצג 37 לנספחי המערערים). מתחם זה כולל את חלקות 13 ו-23. עם זאת, בעדותו בבית משפט קמא, ציין אלוף הפיקוד דאז כי הוא עצמו ליווה את העלייה על הקרקע וראה שהמתיישבים מתמקמים במקום הנכון (עדות רא"ל יעלון, עמ' 39, שורות 4-7). בחלוף הזמן מצפה כרמים החל לתפקד כיישוב עצמאי, ואף הוכר ככזה (ראו למשל מכתב עוזר שר הביטחון להתיישבות מיום 9.2.2003, מש/16 למוצגי המשיב 2, המנהל האזרחי). מאז בוצעה במקום בנייה נוספת, ללא אישור תכנוני, וברבות השנים אף התרחבה הבניה במקום. נכון לשנת 2015, כפי שעולה מתצהיר התשובה המשלים מיום 14.4.2015 שהגישו המשיבים 1-4 בעתירה בבג"ץ 953/11 (להלן: תצהיר התשובה המשלים), התגוררו בחלקות 13 ו-23 עשרים ושבע משפחות המונות 135 נפשות. על החלקות קיימים 35 מבנים יבילים וארבעה מבני קבע, ובמצפה כרמים בכללותו ישנם 12 מבני קבע נוספים.

10. סיכומם של דברים – מצפה כרמים במיקומו הנוכחי עלה על הקרקע בראשית שנת 2000. הוא ממוקם מחוץ לתחום השיפוט של היישוב כוכב השחר וכן מחוץ לתחום צו הסגירה וצו התפיסה, אך בתוך השטח שעליו חלות תוכנית 223 ומערכת הנחיות 223/1.

ההליכים בתיק

11. בשנת 2011 הוגשה העתירה (אשר תוקנה ב-14.1.2013), ובה נטען כי העותרים 3-2 (המערערים 3-2 בע"א 7668/18) הם הבעלים החוקיים (הגם שאינם רשומים) של חלקות 13 ו-23, וכי הבנייה בחלקות אלו בוצעה שלא כדין ועל כן יש לפנות את הבנוי עליהם ולסלק את הפולשים. בתשובה לעתירה המתוקנת מיום 9.6.2014, טענה המדינה שמצפה כרמים אינו נכלל בשטח צו התפיסה ולפיכך הממונה לא יכול היה להקצות את חלקות 13 ו-23 להסתדרות הציונית, והיא מצידה לא הייתה יכולה להתקשר עם המשיבים בהסכמי בר רשות ביחס לחלקות אלה. ביום 9.11.2014 ניתן, כאמור, צו על תנאי בעתירה, המורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא תופסק כל פעילות בנייה והכשרת קרקע בחלקות 13 ו-23; מדוע לא תימנע הקמתם של מבנים בלתי חוקיים במקום; מדוע לא יפוננו המבנים המצויים בחלקות האמורות; ומדוע לא תבוטל מערכת הנחיות 223/1.

מתצהיר התשובה המשלים שהוגש על ידי המשיבים 4-1 – שר הביטחון, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, ראש המנהל האזרחי ומפקד משטרת מחוז ש"י (להלן: המשיבים 4-1) – עולה כי לאחר הגשת העתירה, בחודש מרץ 2011, נפתחו הליכי פיקוח נגד מבני הקבע במצפה כרמים, ובחודש ספטמבר 2013 נפתחו הליכי פיקוח נגד המבנים היבילים. כמו כן, הוסרו תוספות בנייה שונות שנבנו שלא כדין לאורך השנים גם לאחר שהחלו הליכי הפיקוח. נכון ליום 19.1.2015 לא הייתה פעילות בנייה והכשרת קרקע נוספת בחלקות 13 ו-23.

ביום 7.6.2017 הודיעה המדינה לבית המשפט במסגרת העתירה כי בכוונתה להשהות את החלטתה בעניין מערכת ההנחיות 223 ו-223/1, עד שתתקבל הכרעה בעתירות שהוגשו בעניין החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017 (להלן: חוק ההסדרה).

12. ביום 17.11.2013 הגישו המחזיקים – המתיישבים במצפה כרמים – תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים, ובה עתרו לסעדים הצהרתיים ביחס לחלקות. בתביעתם טענו המחזיקים כי החלקות הוקצו כדין להסתדרות הציונית וכי הן מצויות בשטח התפוס.

לחלופין, נטען כי אף אם החלקות אינן נכללות בשטח צו התפיסה, יש לקבוע שהמחזיקים הם בעלי זכויות בר רשות בהן ואין מקום להורות על סילוק ידם. זאת מכוח סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.

במסגרת הדיון בתביעה האזרחית, שינה המנהל האזרחי באיו"ש את העמדה שהציג בהקשר זה בעתירה לבג"ץ, ובסיכומיו טען כי קיימת אפשרות שהממונה אכן הקצה להסתדרות הציונית את כלל השטח המצוי בתוך גבולות תוכנית 223, שעליה חתם בשנת 1982.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

13. ביום 28.8.2018 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט א' דראל) אשר קיבל את התביעה שהגישו המחזיקים וקבע כי חלקות 11-16 ו-23 בגוש 19 הוקצו כדין להסתדרות הציונית על ידי המנהל האזרחי בהסכם הרשאה; כי למחזיקים זכויות בר רשות במקרקעין הנ"ל; וכי למערערים אין זכות לסלק את ידם של המחזיקים מחלקות 13 ו-23.

14. השאלה הראשונה שאליה נדרש בית המשפט קמא הייתה אם שטח צו התפיסה חופף לגבולות תכנית 223 ולמערכת הנחיות 223/1. זאת, חרף העובדה שלא הייתה מחלוקת שהשטח הכלול בתכנית ובמערכת ההנחיות הנ"ל גדול בכ-40% משטח צו התפיסה. טענת המחזיקים הייתה כי שטח צו התפיסה אינו מוגבל למה שנכתב בצו אלא הוא כולל, למצער באופן משתמע, את כל שטחה של תכנית 223 שעליו חלה מערכת הנחיות 223/1. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי אשר העדיף בהקשר זה את עמדתם של המנהל האזרחי והמערערים, ולפיה לא הונחה תשתית ראייתית מספקת לקביעה שצו התפיסה חל גם על שטחים אחרים שאינם כלולים בשטח שסומן במפת צו התפיסה, או כי כוונת המפקד הצבאי שהורה על התפיסה הייתה לחרוג מתחומי צו הסגירה, אלא להפך. נקבע כי המסמכים שצורפו לצו התפיסה מלמדים על כוונה לתפוס שטח קטן יותר. במילים אחרות, מסקנת בית המשפט הייתה כי המקרקעין נושא ההליך אינם כלולים בצו התפיסה, ולא היו כלולים בו בעת חתימת הסכם ההרשאה הראשון.

למרות האמור, קבע בית המשפט המחוזי כי השטח שאליו מתייחס הסכם ההרשאה הוא השטח המתוחם בתוכנית 223 ומערכת הנחיות 223/1, ולא שטח התפיסה או הסגירה, שהוא מצומצם יותר. זאת, בין היתר, לנוכח לשון הסכם ההרשאה ובשים לב לטיבו של השרטוט שצורף להסכם – ללא קנה מידה, בטוש עבה ובלי לציין קואורדינטות

או כל מידע ברור אחר התוחם את שטח ההקצאה. בית המשפט הוסיף וקבע כי אישור תכנית 223 על יסוד ההנחה שכל השטח המאושר הוא שטח תפוס כשנה לאחר חתימת הסכם ההרשאה, תומך בפרשנות זו. כמו כן קבע בית המשפט כי העדויות והראיות מלמדות כולן על "כוונה אמיתית וכנה להסדיר את המאחזים באופן קבוע לאחר העתקתם". מכך, למד בית המשפט המחוזי כי הגורמים המיישבים האמינו באמת ובתמים ששטח החלקות שאליו הועתק מצפה כרמים, מצוי בתחומי צו התפיסה ובתחומי הסכם ההרשאה. הוטעם כי מסקנה זו נתמכת גם בהתנהגות הצדדים, שבמשך שנים ארוכות – למעשה עד שנת 2011 – לא העלו כל טענה שמצפה כרמים מצוי מחוץ לצו התפיסה או לצו הסגירה. בית המשפט קמא לא ייחס חשיבות לעובדה שבהסכמי ההרשאה המאוחרים לא תוקן השטח ולא צורפה בהם מפת צו הסגירה. כמו כן לא ייחס בית המשפט המחוזי חשיבות לעובדה שהניסיון להסדרת ייעוד הקרקע למגורים לא צלח.

15. בהמשך לקביעה כי הסכם ההרשאה מתייחס לשטח החלקות כולן, נדרש בית המשפט המחוזי לטענה בדבר תחולתו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. בית המשפט עמד על כך שסעיף 5 קובע "הסדר של תקנת השוק במקרקעין באזור יהודה והשומרון באמצעותו ניתן להכשיר עסקאות שנעשו עם הממונה להעברת רכוש ממשלתי שאותו חשב כרכוש שבניהולו, אף אם מתברר כי טעה, ובלבד שהעסקאות נעשו בתום לב" (ההדגשה הוספה). בהיקש מהסדר תקנת השוק שבסעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), פסק בית המשפט כי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע מנגנון להעדפה של "הקונה המאוחר על בעל הרכוש" וזאת בהתקיים תנאים מצטברים בדבר (1) קיומה של עסקה במקרקעין; (2) תום לב; (3) וסיווגם של המקרקעין, לכאורה, כרכוש ממשלתי.

אשר לתנאי בדבר קיומה של עסקה במקרקעין, בחן בית המשפט את הסכם ההרשאה הראשון בין ההסתדרות הציונית לממונה. בית המשפט אימץ את נימוקי המחזיקים במלואם וקבע כי מדובר בעסקה למתן זכות מסוג "בר רשות" בשטח שעליו חלה תוכנית 223 ומערכת הנחיות 223/1. ביחס לדרישת תום הלב, קבע בית המשפט בהיקש מחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 (להלן: חוק נכסי נפקדים), כי תום הלב הנדרש הוא תום ליבו הסובייקטיבי של הממונה, שאמונתו כי מדובר בשטח תפוס צריכה להיות "כנה והגיונית". זאת, אפילו היא מוטעית או שהטעות נובעת מתוך רשלנות. בנסיבות אלו נפסק כי לא הונח בסיס מספק לפקפק בתום ליבו של הממונה שסבר, גם אם בטעות, כי צו התפיסה חל על מלוא השטח וכפועל היוצא מכך הניח שהוא מקצה בהסכם ההרשאה שטח המצוי בניהולו כדין. לבסוף, ובאשר לדרישה כי המקרקעין נחשבו בשעת העסקה כרכוש ממשלתי, קבע בית המשפט כי הגדרת המונח "רכוש ממשלתי" לצורכי

תחולת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי היא רחבה ועשויה לחול גם על מקרקעין שהחזקה בהם הושגה באמצעות צו תפיסה, ולא רק על "אדמות מדינה".

16. על יסוד כל האמור, קיבל בית המשפט המחוזי את תביעת המחזיקים ונעתר לכלל הסעדים שהתבקשו במסגרתה. בית המשפט פסק כי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי חל על החלקות הרלוונטיות; כי החלקות הוקצו על ידי המנהל האזרחי להסדרות הציונית בהסכם ההרשאה הראשון; כי המנהל האזרחי אינו רשאי לבטל את ההסכם ביחס לחלקות או להחריג אותן ממנו; כי למחזיקים זכויות "בר רשות" בחלקות; וכי למערערים אין זכות לסלק את ידם של המחזיקים מחלקות 13 ו-23. בית המשפט נמנע מלהכריע בטענות נוספות שהעלו הצדדים, אך הוא הוסיף והעיר כי על פני הדברים, הראיות שהציגו המערערים רחוקות מלהספיק לביסוס טענות הבעלות שהעלו. לבסוף הדגיש בית המשפט כי פסק הדין חל במערכת היחסים שבין הצדדים להליך זה וביניהם בלבד, ואין בו כדי לחייב את מי שלא היה צד להליך. המערערים חויבו בהוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד למחזיקים בסכום של 15,000 ש"ח ואילו המנהל האזרחי חויב בסכום של 25,000 ש"ח שכר טרחת עורך דין ובהוצאות משפט.

מכאן הערעור האזרחי, אשר הוגש ביום 28.1.2019, והדיון בו אוחד, כאמור, עם הדיון בעתירה בשל הסוגיות המשותפות לשני ההליכים.

תמצית טענות הצדדים

17. המערערים סבורים כי בית המשפט המחוזי שגה בהחילו את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי על העסקאות ככל שהן נוגעות לחלקות נושא ההליכים דנן. בהקשר זה הציגו המערערים שתי טענות חלופיות: האחת נוגעת לנפקותו המשפטית של הסעיף ולאפשרות החוקית להחילו באזור; השנייה, נוגעת לתנאיו של הסעיף ולהתקיימותם במקרה הנוכחי, ככל שיוחלט שיש לו נפקות. באשר לנפקות המשפטית של הסעיף, טוענים המערערים כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי, מלשונו של סעיף 5 לצו לא עולה הסדר מסוג "תקנת שוק" המאפשר העדפה קניינית של הרוכש המאוחר בזמן על פני הבעלים המקורי, ולשיטתם נפקותו של הסעיף מצומצמת למערכת היחסים החוזית שבין הממונה לגורם המיישב שעמו נכרת ההסכם – במקרה זה ההסדרות הציונית. על כן, לגישת המערערים, לכל היותר אפשר שמתוקף הסעיף תקום לממונה חובת פיצוי כלפי הגורם המיישב, אך לטענתם לא ניתן לאפשר מכוח סעיף 5 לצו את המשך רשות השימוש במקרקעין על ידי מי שהגורם המיישב הקצה לו את הקרקע. לחלופין, העלו המערערים שורה של טענות המלמדות, לשיטתם, על כך שהתנאים לתחולת סעיף 5 לצו

לא התקיימו במקרה דנן וזאת גם אם ימצא כי הסעיף קובע הסדר מסוג "תקנת שוק". בין היתר, טענו המערערים כי שגה בית המשפט קמא בקובעו שהסכם ההרשאה חל על החלקות משום שהממונה סבר בתום לב שהשטח הכלול בתכנית 223 הוא השטח שחל עליו צו התפיסה. זאת, בהינתן הפער המשמעותי בין השטח שעליו חל צו התפיסה (850 דונם) לשטח הכלול בתכנית 223 (1,416 דונמים).

18. המחזיקים במקרקעין סבורים מנגד שיש לדחות את הערעור. לשיטתם, הממונה ערך עסקה בתום לב עם ההסתדרות הציונית במקרקעין הרלוונטיים, בסוברו כי מדובר ב"רכוש ממשלתי", ולפיכך יש לאמץ את קביעת בית המשפט קמא לפיה הסכם ההרשאה הוא הסכם תקף שנקשר כדין. מכך נגזרת לדעת המשיבים המסקנה כי גם אם יתברר שהמקרקעין אינם בגדר רכוש ממשלתי, לא ניתן לבטל את הסכם ההרשאה. המחזיקים מוסיפים וטוענים כי הפרשנות המוצעת על ידי המערערים באשר לתחולתו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי ובאשר לאופן יישומו, אינה עולה בקנה אחד עם לשון הסעיף ועם תכליתו כסעיף המיועד להגן על מי שהתקשר בתום לב עם הממונה בהסתמך על ההבנה שמדובר ברכוש ממשלתי. בהקשר זה טוענים המחזיקים כי יש מקום לקבוע ששטח התכנית חופף לשטח התפוס, וממילא הוא חופף לשטח שעליו חל הסכם ההרשאה. המחזיקים מוסיפים ומדגישים כי לאורך שנים הם נסמכו על מצגי המנהל ורשויות המדינה וביססו את חייהם במקום ולטענתם, קבלת הערעור תסב להם נזקים רבים למרות ההסתמכות הסבירה על המצגים הנ"ל. זאת, בעוד שהמערערים לא הוכיחו כל זיקה קניינית לקרקע.

19. עמדת המנהל האזרחי, שהוגשה על דעת היועץ המשפטי לממשלה, היא כי דין הערעור להידחות. המנהל האזרחי טוען כי לנוכח המצב העובדתי והמשפטי המורכב באזור בכל הנוגע לזכויות בנכסי מקרקעין, קיימת סבירות גבוהה יחסית להתרחשותה של טעות אשר בגינה תיחשב חלקת מקרקעין כרכוש ממשלתי אף שאינה כזו. על רקע זה, כך הטענה, ניתן להבין את הרציונל שעומד ביסוד סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי הקובע מנגנון של "תקנת שוק", המיועד להגן על אינטרס ההסתמכות של המתקשרים עם הממונה. המנהל האזרחי סבור כי בנסיבות העניין התקיימו התנאים לתחולת הסעיף ובדומה למחזיקים במקרקעין, ציין המנהל האזרחי כי המערערים עצמם אינם רשומים כבעלים של החלקות והם היו רחוקים מלהוכיח את הבעלות בהן.

20. ההסתדרות הציונית סבורה אף היא שיש לדחות את הערעור, ומציינת כי היא האמינה בכנות שהמקרקעין שעליהם הוקם מצפה כרמים נכללים בשטח שהוקצה לה במסגרת הסכם ההרשאה, וכי באמצעים הטכנולוגיים שהיו קיימים בשנות ה-80 של

המאה הקודמת לא ניתן היה לבצע בדיקה מדויקת יותר. באשר לשאלת החפיפה שבין השטח שצוין בהסכם ההרשאה לשטח צו התפיסה, וכן באשר לתחולת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, מעלה ההסתדרות הציונית טענות דומות לאלו של המנהל האזרחי. בפרט נטען על ידה כי הענקת זכויות של בני רשות למתיישבים לצורך הקמה ופיתוח מצפה כרמים נעשתה בתום לב מכוח הסכם ההרשאה שבינה ובין הממונה ומתוך אמונה כי השטח נכלל בהסכם ההרשאה. ההסתדרות הציונית מוסיפה ומדגישה כי לפי קביעתו של בית המשפט המחוזי, תכנית 223 אושרה על יסוד ההנחה שכל השטח הכלול בה הוא שטח שנתפס מכוח צו התפיסה.

21. בהליך דנן הוגשו בנוסף לעמדות הצדדים גם שלוש בקשות להצטרף להליך כ"דיד בית המשפט": (1) בקשה מטעם פרופ' אלכסנדר (סנדי) קדר, חוקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה בתחומי דיני קניין ומקרקעין מזה כ-25 שנים; (2) בקשה מטעם שלום עכשיו ש.ע.ל מפעלים חינוכיים; (3) בקשה מטעם יש דיין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם והאגודה לזכויות האזרח בישראל. בשלוש הבקשות נטען, בתמצית, כי בהליכים דנן מתעוררות סוגיות תקדימיות הנוגעות לדיני המקרקעין החלים באזור, אשר להן השלכות ציבוריות רחבות היקף ועל כן, יש לאפשר את צירופם. החומר שהוגש על ידי המבקשים להצטרף הובא לעיון המותב וראינו להסתפק בכך.

22. בטרם נפנה לפרק הדיון וההכרעה נוסיף ונציין כי ביום 9.6.2020 ניתן פסק הדין בעתירות הנוגעות לחוק ההסדרה (בג"ץ 1308/17 עיריית טילוואד נ' הכנסת ובג"ץ 2055/17 ראש מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת; להלן: עניין טילוואד) ובו נקבע ברוב דעות כי חוק זה אינו עומד באמות המידה החוקתיות של המשפט הישראלי ולפיכך דינו להתבטל. כפועל יוצא מביטול החוק, בוטלה גם התליית הליכי האכיפה והצווים המינהליים שנקבעה בסעיפים 7 ו-11 לחוק, הנוגעים לבנייה בישובים שנמנו בתוספת לחוק. בין ישובים אלה נמנה גם הישוב מצפה כרמים שנזכר בפרט (5) לתוספת. על כן עיכבנו את ההכרעה בהליכים דנן עד למתן פסק הדין בעתירות הנ"ל, אך משניתן פסק הדין האמור בשלה העת להכריע בהם.

ההכרעה בשאלה התכנונית המתעוררת בעתירה כרוכה בחלקה בהכרעה הקניינית המתעוררת בערעור האזרחי. על כן, נפנה ראשית דבר להכרעה בערעור.

23. הסוגיות המרכזיות הטעונות הכרעה בערעור עניינן בנפקותו המשפטית של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי ובתחולתו בנסיבות העניין שבפנינו.

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע כי:

<p>5. כל עיסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי.</p>	<p>כשרות עיסקות</p>
--	-------------------------

המחזיקים, המנהל האזרחי וההסתדרות הציונית סבורים כאמור שיש לאמץ את קביעותיו של בית המשפט קמא לפיהן סעיף 5 משמיע לנו מנגנון מסוג "תקנת שוק" החל על מקרקעין באזור, ועניינו הגנה על אינטרס ההסתמכות של מי שהתקשר עם הממונה בעסקאות. המערערים, מנגד, סבורים כי הנפקות המשפטית של סעיף 5 הנ"ל היא במישור היחסים החוזיים שבין הממונה למתקשר עמו ולא במישור הקנייני. כלומר, בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף, תוסיף העסקה לעמוד בתוקפה בין הצדדים הישירים לה, אך לגישתם לא ניתן לדרוש את אכיפתה בעין.

המסגרת הנורמטיבית

24. המנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967 (להלן: המנשר) שהוציא מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית עם כניסת הכוחות לאזור, קובע את דבר נטילת השלטון על-ידי צה"ל (סעיף 3(א) למנשר), והוא כולל, בין היתר, הוראות לעניין העברת רכוש השייך למדינת ירדן או ממשלתה המצוי באזור לחזקתו ולניהולו של המפקד הצבאי, וכלשון המנשר:

"רכוש דניידי ודלא נייד, לרבות כספים, חשבונות בנקים, נשק, תחמושת, כלי רכב, כלי תחבורה אחרים, וכל ציוד מלחמתי ואזרחי אחר, שהיה שייך או רשום בשם המדינה או הממשלה הירדנית ההאשמית או יחידה מיחידותיה או שלוחה משלוחותיה או חלק מכל אלה, המצויים באזור, יועברו לחזקתי הבלעדית ויהיו נתונים להנהלתי" (סעיף 4 למנשר).

עוד קובע המנשר – תוך מתן ביטוי לדיני התפיסה הלוחמתית במשפט הבינלאומי הפומבי – כי:

”המשפט שהיה קיים באזור ביום כ”ח באייר תשכ”ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור” (סעיף 2 למנשר).

במילים אחרות, הכללים המשפטיים החלים באזור, ובכלל זה גם דיני המקרקעין, מורכבים מרובדים של מקורות נורמטיביים ובהם: כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, ובעיקר דיני התפיסה הלוחמתית; הדין המקומי שהיה קיים באזור ערב כניסת כוחות צה”ל אליו – קרי, הדין העות’מאני, המנדטורי והירדני (סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922), והכל בכפוף לביטול, שינוי ועדכון דינים אלה בתחיקת הביטחון, ובכלל זה הצו בדבר רכוש ממשלתי (להרחבה ראו: עניין טילוואד, פסקאות 2-6; איל זמיר ואיל בנבנשתי ‘אדמות-היהודים’ ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 76-81 (1993)); וכן עקרונות היסוד של המשפט המנהלי הישראלי (ראו: בג”ץ 393/82 ג’מעית אסכאן נ’ מפקד כוחות צה”ל באזור יהודה והשומרון, פ”ד לז(4) 785, 792-793 (1983) (להלן: עניין ג’מעית אסכאן); בג”ץ 7957/04 מראעבה נ’ ראש ממשלת ישראל, פ”ד ס(2) 477, 492 (2005); בג”ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ’ כנסת ישראל, פ”ד נט(2) 481, 519-520 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)).

25. בעקבות המנשר ובהתאמה לאמור בו, הוצא על-ידי המפקד הצבאי באזור הצו בדבר רכוש ממשלתי המגדיר בסעיף 1 כ”רכוש ממשלתי”:

”(1) רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שייך, רשום על שם, או מוקנה לאחד מאלה:
 (א) למדינת אויב;
 (ב) לתאגיד אשר למדינת אויב זכות כלשהיא בו, בין במישרין ובין בעקיפין, בין שיש עימה שליטה ובין שאין עמה שליטה; או רכוש שאחד מהם היה שותף בו.
 (2) מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון, על ידי רשות מרשויות צה”ל ועבור רשות מרשויות צה”ל שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית לתכנון ולבניה.
 (3) רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו.”
 [...]

סעיף 2 לאותו הצו מסמיך את הממונה על רכוש ממשלתי ליטול חזקה ברכוש כאמור ולנקוט כל צעד הנראה לו דרוש לכך, ובסעיף 3 לצו הוסמך הממונה לנהל את הרכוש הממשלתי ולבצע בו עסקאות בהתאם לתנאים המפורטים בסעיף. ויודגש – הממונה מוסמך לנהל את הרכוש הממשלתי, לעשות בו שימוש ולהפיק ממנו פירות, אך הוא אינו הופך להיות בעליו. משכך, אף העסקאות שבהן מתקשר הממונה מוגבלות לזכויות שהוקנו לו ואין בידיו להעביר לצד המתקשר עימו את הבעלות ברכוש נושא העסקה.

26. החל מסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת, בעקבות פסק הדין בבג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) והחלטה 145 של הממשלה ה-18 (11.11.1979) (להלן: החלטת ממשלה מס' 145), הפך הליך ההכרזה על מקרקעין כ"רכוש ממשלתי" תנאי לנטילת חזקה במקרקעין על ידי הממונה ולהקצאתם עבור התיישבות ישראלית באזור (ראו גם עמ' 19-20 לחוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי-מורשים (2005); החלטה 3376 של הממשלה ה-30 "חוות-הדעת של עו"ד טליה ששון בנושא מאחזים בלתי-מורשים" (13.3.2005)). הליך ההכרזה נועד לברר את מעמדם של המקרקעין ולקבוע חזקה לכאורית בדבר היותם רכוש ממשלתי. מדובר בהליך מנהלי אשר אין בכוחו לשנות את הזכויות במקרקעין שכן אלו נקבעות על פי הדין המהותי החל. לפיכך, אין ההכרזה מונעת העלאת טענות בדבר קיומן של זכויות קניין מצד פרטים בכל הנוגע למקרקעין המוכרזים (בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701, 705-706 (1982); בג"ץ 3998/06 יאסין נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, פסקה 1 (9.11.2006); בג"ץ 5470/17 מוחמד נ' שר הביטחון, פסקה 4 (9.10.2018) (להלן: עניין עמיחי); ראו עוד רונית לויין שנור, דיני רישום מקרקעין – הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית, 42 (2012)).

בשנות ה-80 וה-90 של המאה הקודמת הוכרזו מקרקעין כ"רכוש ממשלתי" לפי המתכונת האמורה, אך בשל אי דיוקים שהתגלו בהקשר זה הוחלט במנהל האזרחי לבצע בחינה מחודשת של כלל ההכרזות כאמור. לשם כך הוקם "צוות סטטוס מקרקעין" (להלן: צוות קו כחול) ובעקבות פעילותו התברר כי לא מעט קרקעות אשר נחשבו לכתחילה כאדמות מדינה מוכרזות ועליהם הוקמו מבנים לצורכי התיישבות ישראלית באזור – לרבות על פי תכניות מתאר שאושרו כדין – מצויים למעשה מחוץ לתחומי ההכרזה (להרחבה על עבודת צוות קו כחול ראו עניין עמיחי, פסקה 4). בעקבות כך, נגרעו מקרקעין רבים מהכרזתם כ"רכוש ממשלתי" וחל שינוי בסטטוס הנורמטיבי של הבינוי שהוקם עליהם (ראו עניין טילואד, פסקה 14).

27. ההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו, שכותרתו "כשרות עיסקות", נועד להגן על מי שהתקשר בתום לב עם הממונה בהסתמך על הבנתם של הצדדים להתקשרות כי מדובר ברכוש ממשלתי. חרף מרכזיותו של הליך ההכרזה בהקצאת מקרקעין להתיישבות באזור וחרף היקף הטעויות שנתגלו בהקשר זה לאורך השנים, השימוש שנעשה עד כה בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי היה מועט ונדיר. נראה כי בשל כך אף לא זכה סעיף זה לפרשנות מקיפה בפסיקה (ראו לעניין זה סיכום דיון מיום 4.12.2016 בראשות היועץ המשפטי לממשלה; להלן: סיכום הדיון מיום 4.12.2016). בפרשה שלפנינו עולות, כאמור, שתי שאלות מרכזיות: האחת – האם על פי הכללים המשפטיים החלים באזור, יש לסעיף 5 של הצו בדבר רכוש ממשלתי נפקות קניינית כהסדר הקובע סוג של "תקנת שוק"? השנייה – ככל שכך הדבר, מהם תנאי ההסדר והאם הם מתקיימים במקרה דנן.

נדון בסוגיות אלו כסדרן.

נפקותו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

28. "תקנת השוק" היא מוסד משפטי המיועד להתמודד עם מצבים של תחרות זכויות המתקיימת לגבי נכס מסוים בין שני צדדים "רחוקים" – היינו צדדים שאין ביניהם קשר חוזי. הזכויות המתנגשות-המתחרות הן זכותו של הבעלים המקורי מצד אחד וזכותו של רוכש הנכס בתום לב מצד שני. ההכרעה בין הזכויות המתנגשות משמעותה העדפה של אינטרסים לגיטימיים של האחד על פני אינטרסים לגיטימיים של האחר. הכרעה זו מוצגת לעיתים כהכרעה בין הצורך להבטיח הגנה על זכויות הקניין (הביטחון הסטאטי), הפועל לטובת הבעלים המקורי, ובין הצורך להבטיח חיי מסחר תקינים (הביטחון הדינאמי), הפועל לטובת הקונה תם הלב (אייל זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 – פירוש לחוקי החוזים 681-682 (1987) (להלן: זמיר, חוק המכר); גד טדסקי "תקנת השוק במכירה על ידי שלוח" מסות נוספות במשפט 122, 125-126 (1992); ע"א 716/72 רוזנשטיין נ' חברה א"י לאוטומובילים, פ"ד כז(2) 709, 712-713). "תקנת השוק" קובעת את מנגנון ההכרעה בין הזכויות המתנגשות כאמור, וזאת תוך הצבת תנאים נוקשים למדי אשר בהתקיימם תגבר הזכות המאוחרת בזמן על זכות הקניין המלאה של בעל הזכויות הראשון בזמן (זמיר, חוק המכר, בעמ' 684; לתיאור מוסד "תקנת השוק" כסוג של מנגנון מעין ביטוחי, ראו: חנוך דגן "תקנת השוק כביטוח" ספר ויסמן 15, 16 (2002) (להלן: תקנת השוק כביטוח); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 263-264 (2005)).

29. "תקנת השוק" הנוגעת לזכויות במקרקעין מעוגנת בדין הישראלי בסעיף 10 לחוק המקרקעין. בטיעוניהם עמדו הצדדים בהרחבה על הדמיון והשוני בין סעיף 10 לחוק המקרקעין ובין סעיף 5 שלצו. אכן, כל "תקנת שוק" יש לה מאפיינים משלה בהתאמה ל"שוק" שאת התאונות המשפטיות הקורות בו היא מיועדת להסדיר. על כן, ובהינתן השוני בין האינטרסים הציבוריים שעליהם מיועדות התקנות השונות להגן, אין כל הכרח ש"תקנות שוק" תהיינה זהות זו לזו בלשונן או בתנאיהן (ראו ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 832, 848 (2002) (להלן: עניין סונדרס)). כך, למשל אחד מהתנאים לתחולתה של "תקנת השוק" במקרקעין היא ההסתמכות של הקונה על מרשם המקרקעין, שכן אינטרס ההסתמכות הוא האינטרס העיקרי שעליו מבקשת תקנה זו להגן, בעוד אשר "תקנת שוק" במסמכים סחירים המיועדת להגן על חיי מסחר רציפים ויעילים, קובעת תנאים שונים – הנגזרים מאינטרס זה – לצורך הקניית מעמד של "אוחז כשורה" בשטר (ראו סעיף 28 לפקודת השטרות [נוסח חדש]).

האם ניתן לומר כי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע הסדר מסוג "תקנת

שוק"?

30. מסע פרשני תחילתו בלשון ההוראה או המסמך שאותו מבקשים לפרש (ע"א 6455/19 ירוחמוביץ נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקה 9 (28.1.2020)). בענייננו, לשונו של סעיף 5 לצו משמיעה על פני הדברים הסדר מסוג תקנת שוק אשר, בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף, מובילה לכך ש"כל עסקה [...] לא תיפסל ותעמוד בתוקפה". מבלי לקבוע מסמרות בדבר הדימיון המהותי בין הסעיפים, לשון הסעיף מזכירה תקנות שוק אחרות הקבועות בחקיקה הישראלית והמתייחסות לעסקאות שעורך האפוטרופוס הכללי או האפוטרופוס לנכסי נפקדים. כך למשל, סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, שכותרתו "כשרותן של עסקאות", קובע: "כל עסקה שנעשתה בתום לבב בין האפוטרופוס ובין אדם אחר בכל נכס שהאפוטרופוס חשבו בשעת העסקה לנכס מוקנה לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה נכס מוקנה" (לקביעה כי סעיף זה עולה כדי הסדר מסוג "תקנת שוק" המתגברת על בעל הקניין המקורי והראשון בזמן, ראו: ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן פ"ד מז(5) 1, 17-18 (1993) (להלן: עניין חוות מקורה); ע"א 4636/07 מרעי נ' מרעי, פסקה 9 (21.12.2009). לביקורת שנמתחה על הסדר זה ראו ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן, פס' 20 (15.04.2015)). באופן דומה, סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח-1978 (להלן: חוק האפוטרופוס הכללי), שכותרתו "כשרות פעולות", קובע כי: "פעולה שנעשתה בתום לב בין האפוטרופוס הכללי לבין אדם אחר, מתוך הנחה שנכס פלוני הוא נכס עזוב, תעמוד בתקפה גם אם נתגלה לאחר מכן שהנכס

לא היה עזוב". עם זאת, ראוי לציין כי הסדרים אלה כוללים הגנות פרוצדורליות על בעל הזכות המקורי. כך למשל, סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים משלב מנגנון ביקורת שיפוטית הקבוע בסעיף 18(א) לאותו חוק (ראו בעניין זה עניין חוות מקורה, בעמ' 17; ע"א 11085/08 עזבון המנוח אברהים מחמד מראד נ' רשות הפיתוח, פסקה 6 (9.10.2011)). סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, לעומת זאת, אין בו מנגנון פרוצדורלי דומה המאפשר ביקורת חיצונית – שיפוטית או אחרת – הבוחנת את התקיימות התנאים להדיפת זכותו של הבעלים המקורי בנכס והקנייתה לרוכש המאוחר. על קשיים אלה עמד גם היועץ המשפטי לממשלה בדיונים שערך בנושא (ראו: סיכום דיון מיום 4.12.2016, וכן בחוות הדעת המשלימה מטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 13.12.2018). במסגרת דיונים אלה הועלו מספר הצעות, ובכללן קיום ביקורת שיפוטית על הפעלת הסעיף, ונקבע כי יש להביא הצעות אלו להכרעת הדרג המדיני.

31. ככל שהדבר נוגע לתכליתו של סעיף 5 לצו, עמד המנהל האזרחי על כך שהסעיף מיועד "לאפשר לממונה לנהל את הנכסים שעברו לניהולו, תוך הגנה על אינטרס ההסתמכות של הצדדים המתקשרים עימם ועל מנת שלא לפגוע בהתנהלות השוטפת עליה יוחלט ביחס לנכסים אלה" (סעיף 66 לתגובת המנהל האזרחי). זאת, בדומה לתכליות "תקנת השוק" בחוק האפוטרופוס הכללי ובחוק נכסי נפקדים אשר לגישת המנהל האזרחי, נועדו לאפשר ניהול נכסים באקלים של מידע שהוא חלקי מעצם טיבו וטבעו. בהקשר זה הדגיש המנהל האזרחי כי הוא אכן פועל בסביבה המאופיינת במידע חלקי: מרבית המקרקעין באזור אינם מוסדרים; הרישום הקיים אינו מדויק ולא תמיד ניתן להסיק ממנו מסקנות ברורות; קיימות הגבלות על העיון במרשמים השונים; היקף התיקונים הנרחב שביצע צוות קו כחול בהכרזות על רכוש ממשלתי; והעובדה שהממונה מנהל גם קרקעות שתפיסתן התבססה על צורך צבאי, בהתאם למה שמצא לנכון המפקד הצבאי לקבוע (ראו גם חגי ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון" פרק ד.2. (עתיד להתפרסם במשפטים נ 2020)).

בכל הנוגע לתיקונים בתחום ההכרזות שעורך צוות קו כחול, צוין בדו"ח מבקר המדינה כי המנהל האזרחי לא קבע אמות מידה סדורות באשר לאופן ביצוע הבירור על ידי צוות קו כחול, בפרט בכל הנוגע להוספת שטחים במפות ההכרזה המתוקנות (דו"ח שנתי 66 ב 114 (2016) (להלן: דו"ח 66)). על כן, כך צוין בדו"ח "כתוצאה מהפרשנות שניתנה על ידי צוות 'קו כחול', ייתכן שהורחב תחומן של אדמות המדינה מעבר לתחום ההכרה ההיסטורית, בלי שצוות 'קו כחול' ערך בירור מעמיק וממצה הנוגע לאפשרות קיומן של זכויות בעלים על הקרקע שנתווספה לגבול ההכרזה" (דו"ח 66, בעמ' 114). ביוני 2016 פרסם אומנם המנהל האזרחי מסמך שכותרתו: "צוות לתיחום אדמות מדינה

באיו"ש (צוות קו כחול) – נוהל עבודה", אך גם מסמך זה אינו קובע אמות מידה מדויקות.

32. המסקנה כי סעיף 5 לצו מעגן הסדר מסוג תקנת שוק אינה חפה מקשיים. החובה המוטלת על המפקד הצבאי ביחס לניהול הרכוש הממשלתי היא לשמור על שלמותו של הרכוש הציבורי בהתאם לתקנה 55 לתקנות האג, הקובעת (בתרגום חופשי לעברית) כי: "המדינה הכובשת תיחשב רק כמנהל וכבעל טובת-הנאה בכניינים הציבוריים, נכסי דלא ניידים, יערות ונחלות חקלאיות השייכים למדינה האויבת והנמצאים בארץ הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה" (ראו הילה אדלר, דיני הכיבוש, משפט בינלאומי 557, 569 (רובי סיבל עורך, 2010) (להלן: אדלר)). המפקד הצבאי משמש, אפוא, כמי שמנהל את הרכוש הממשלתי – באופן זמני, למשך תקופת התפיסה הלוחמתית – וכמי שרשאי להפיק ממנו טובת הנאה (usufructuary), אך הוא אינו הבעלים של הנכסים, ולכן הוא מנוע מלפעול באופן שירוקן את הזכויות בנכסים מתוכן (ראו עניין חוף עזה, בעמ' 584-585; אדלר, בעמ' 575-576). על חובה זו חל, כמובן, עיקרון העל המעוגן בתקנה 43 לתקנות האג ולפיו בהפעלת סמכויותיו, על המפקד הצבאי למצוא איזון בין צרכי הצבא לבין צרכי האוכלוסייה המקומית. בכל הנוגע לסמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 43 בהקשר של פגיעה בזכויות מקרקעין, נפסק כי סמכות זו אינה משתרעת עד כדי העדפת הסדר המיטיב באופן בלעדי עם התושבים הישראליים באזור או עם צרכי המדינה המחזיקה בשטח תוך פגיעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים (ראו בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 331, פסקה 26 לחוות הדעת של השופט ע' פוגלמן וכן עמדת הנשיאה ד' ביניש, פסקה 7 (2009); בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון, פסקאות 26-27 (6.9.2011) (להלן: עניין בית איכסא)).

33. מסקירה של הדין המהותי החל באזור עולה כי העיקרון המנחה טרם כניסת צה"ל לשטח היה שזכותו של הבעלים הרשום של המקרקעין עדיפה על זכותו של רוכש בתמורה ובתום לב (חוות דעתה של המומחית מטעם המערערים, פסקאות 126, 138; רות גורי, מכר בשוק פתוח עיוני משפט ב 92, 103 (1972)). זאת, למעט חריגים ספורים: (1) חריג הנוגע למניעות המקימה מחסום כלפי בעל הזכות המקורי מלהעלות את טענותיו (ע"א 87/51 ולירו נ' בראשי, פ"ד ח 1264, 1280 (1954)); (2) חריגים הנוגעים להסדר של בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת מקום שבו שווי המחברים עלה על שווי הקרקע (סעיפים 10 ו-12 לחוק ההחזקה (התצרוף) בנכסי דלא ניידים מס' 49 לשנת 1953; כמו כן ראו משה דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל 197-198 (1952); הראל ארנון "בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת" הדין החל ביהודה ושומרון", דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה

ושומרון 325, 334-342 (2013); אלעזר זליקסון "הקונה בתום לב" הפרקליט ב 100, 102 (1945); (3) חריג הנוגע לשריון הזכות הקניינית לראשון שנרשם לאחר שנעשה הסדר מקרקעין (ראו סעיפים 14-16 לחוק הסדר הקרקעות והמים, מס' 40 לשנת 1952).

34. דיני התפיסה הלוחמתית מקנים למפקד הצבאי את הסמכות לשנות את החקיקה החלה באזור (ראו תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: תקנות האג)), וברוח זו אף נפסק כי "מקום שכיבוש צבאי נמשך עת רבה, עד שהושג שלום, חובתו של המחזיק כלפי האוכלוסיה האזרחית אפילו מחייבת אותו לשנות מן החוקים, שכן צרכי החברה משתנים במרוצת הזמן, והחוק חייב לענות על אותם הצרכים המשתנים" (בג"ץ 337/71 אלמקדסה נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 574, 582 (1972) (להלן: עניין אלמקדסה)). ואלום, על שינוי הדין כאמור לעלות בקנה אחד עם החובות המוטלות על המפקד הצבאי לשמור על הסדר והחיים הציבוריים באזור ולהגן על זכויותיהם של התושבים המוגנים, ובפרט על זכות הקניין שלהם (ראו בהקשר זה סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949; J.S. Pictet, Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 199-202 (1958); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 392-394 (2004); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 836-835 (2004); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' משרד הביטחון, פ"ד נט(4) 736, 765-766 (2005); בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 33 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן (31.10.2017)).

35. סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי נועד לאפשר לממונה לנהל את הנכסים שהוכרוזו כרכוש ממשלתי, תוך הגנה על אינטרס ההסתמכות של הצדדים שהתקשרו עימו. על פני הדברים, תכלית זו עולה בקנה אחד עם הוראת תקנה 55 לתקנות האג. עם זאת, המציאות בשטח היא כי הרוב המכריע של המקרקעין שהוכרוזו כ"רכוש ממשלתי" הוקצו לטובת ההתיישבות הישראלית באזור. מנתונים שמסר הממונה לבקשת חופש מידע בשנת 2018 עולה כי מאז שנת 1967 הקצה הממונה 1,624 דונמים של מקרקעין לטובת תושבים פלסטינים, לעומת 674,459 דונמים שהוקצו לטובת התיישבות ישראלית. עוד עולה מנתונים אלה כי מאז שנות ה-70 של המאה הקודמת ועד אמצע שנות ה-2000 הקצה הממונה להסתדרות הציונית בלבד כ-450,000 דונמים של אדמות מדינה בשטח C לצורך יישובם. כ-3,500 דונמים נוספים הוקצו למשרד הביטחון לשימוש של צה"ל, ושטחים נוספים הוקצו לטובת חקלאים ישראלים, לאזורי תעשייה בניהול ישראלי ולתחנות דלק ישראליות (ראו עניין טילואד, פסקה 49 וההפניות שם). נתונים אלה מדברים בעד עצמם

ומעידים בבירור כי הרוב המכריע של התושבים שיוכלו ליהנות מקיומו של המנגנון הקבוע בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי הם תושבי האזור הישראליים, תוך פגיעה בזכות לקניין של התושבים הפלסטיניים, שהם תושבים מוגנים על פי דיני התפיסה הלוחמתית.

36. הנה כי כן, ההתייחסות אל סעיף 5 לצו כהסדר שעניינו תקנת שוק מעלה שאלות מורכבות באשר להתאמה בין הדין החל באזור לכללי המשפט הבינלאומי. עם זאת, לגישתי, קשיים אלה אינם מצדיקים את ריקונו של הסעיף מתוכן עד כדי איונו כליל (לביקורת השוו: רונית לויין-שנור "ללא תקנה: על 'תקנת השוק' במקרקעין באזור יהודה והשומרון" פרק ד (עמיד להתפרסם במשפטים נ 2020)). עמדת המערערים ולפיה נפקותו של סעיף 5 לצו היא במישור החוזי בלבד אינה ברורה. המערערים טוענים כי מתוקף סעיף 5 לצו לא ניתן להותיר את הקרקע בידי הצד שעומו התקשר הממונה (בענייננו ההסתדרות הציונית) ואף לא בידי צד שלישי שקיבל מתוקף התקשרות זו זכויות של בר רשות בקרקע (בענייננו המחזיקים). לגישתם, הסעד היחיד הרלוונטי בנסיבות אלה הוא חיוב הממונה בפיצוי כספי בשל חוסר יכולתו לקיים את התחייבויותיו. לתמיכה בעמדתם מפנים המערערים לפסק הדין שניתן בע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי-שותפות מוגבלת, פסקה 13 (15.2.2009) (להלן: עניין מחצבות כפר גלעדי)). אלא שההתייחסות לסעיף 5 הנ"ל בעניין מחצבות כפר גלעדי, אשר הייתה למעלה מן הצורך נוכח ההסדר הדיוני שהושג שם, נגזרה באופן הדוק מן הנסיבות שעמדו לדיון באותו מקרה (תביעת מחצבות כפר גלעדי להשבת דמי שימוש). לכן, לא ניתן להקיש ממנה פרשנות כוללת החובקת את כל מגוון המקרים שלגביהם חל סעיף 5 לצו ובהם, למשל, תביעת מחזיקים – כבענייננו – להצהיר עליהם כבעלי זכויות ממורקות של בר רשות.

37. בהתחשב בלשון הסעיף, בתכלית הצו ובמציאות באזור, מקובל עלי כי ההסדר הקבוע בסעיף 5 הוא הסדר של מעין תקנת שוק, בהבדלים המתחייבים מן המצב המשפטי הייחודי באזור (עניין מחצבות כפר גלעדי, פסקה 13)). אחד ההבדלים הבולטים בהקשר זה נובע מן העובדה שסעיף 5 לצו אינו מעביר את זכות הבעלות בנכסים, אלא זכויות פחותות מכך בהתאם לעסקה הרלוונטית. הבדל נוסף נוגע לעובדה שהזכות המוקנית מכוח סעיף 5 לצו היא זמנית, ואמורה לפקוע לכל המאוחר עם סיום התפיסה הלוחמתית.

משאמרנו זאת, נבחן עתה את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי ואת תנאיו וכן נבחן האם צדק בית המשפט קמא בקובעו כי ניתן ליישמו על עובדות המקרה שבפנינו. אך טרם שנפנה לבחינה הפרטנית מן הראוי לעמוד על עיקרון כללי שנקבע בפסיקה ולפיו

הפגיעה החמורה בקניין הגלומה בהסדר מסוג "תקנת שוק" מחייבת משנה זהירות (ראו והשוו לעניין סונדרס, עמ' 848-849). כך למשל נפסק לעניין סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים כי הסדר מסוג "תקנת שוק" יש לפרש "בדווקנות ולצמצם את תחולתו ולא להרחיבה" (ע"א 131/53 מירזה נ' בינקובסקי, פ"ד ח 1461, 1467 (1954)). גישה זו יפה – ואולי ביתר שאת – בכואנו לפרש את סעיף 5 ותנאיו וזאת בהינתן העובדה כי הוא חל על שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, אשר לגביו יש להוסיף ולהבטיח כי הפרשנות מתיישבת עם חובתו של המפקד הצבאי להגן על קניינה של האוכלוסייה המוגנת.

תנאי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי בנסיבות המקרה דנן

38. סעיף 5 לצו מונה שלושה תנאים לתחולתו: (1) קיומה של עסקה; (2) שנעשתה בתום לב; (3) בנכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי.

עסקה במקרקעין

39. התנאי הראשון לתחולתו של סעיף 5 לצו הוא קיומה של עסקה בין הממונה ובין "אדם אחר". בית המשפט המחוזי בחן בהקשר זה את הסכם ההרשאה בין הממונה וההסתדרות הציונית משנת 1981 וקבע כי ניתן לראות בהסתדרות הציונית "אדם אחר" לצורך סעיף 5 וכי "העסקה" שבה מדובר אינה חייבת להתייחס לזכות הבעלות ויכול שתתייחס לזכויות "בר-רשות". עוד קבע בית המשפט כי השטח שאליו מתייחס הסכם ההרשאה הוא השטח המתוחם בתוכנית 223 ומערכת הנחיות 223/1 – הכולל את השטח שאליו הועתק מצפה כרמים – ולא שטח צו התפיסה או צו הסגירה, שהינם מצומצמים יותר.

40. המונח "עסקה" לא זכה להגדרה מפורטת בצו ומשכך טענו הצדדים בהרחבה באשר לאפשרות לראות בחוזה שבין הממונה ובין ההסתדרות הציונית "עסקה" כדרישת סעיף 5 לצו. בהקשר זה נטען כי חוזה עם גוף מיישב דוגמת ההסתדרות הציונית אינו עסקה עם "אדם אחר", שכן אף שההסתדרות הציונית היא אישיות משפטית נפרדת מהמדינה, במקרים רבים היא פועלת כגורם ביצועי מטעם המדינה. לכן, כך הטענה, מדובר במערכת יחסים פנימית בין גופים ממשלתיים העוסקים בהקמת יישוב. עוד נטען כי לנוכח הוראות סעיף 4 לצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים (יהודה והשומרון) (מס' 569), התשל"ה-1974, עסקה שלא הסתיימה ברישום אינה אלא התחייבות לעשות עסקה, וכי יש לקרוא דרישת תמורה לתנאיו של סעיף 5 לצו (ביחס לדרישת התמורה במקרקעי המדינה בתחומי מדינת ישראל, ראו והשוו: דנ"א 3959/15 אבו אלקיעאן נ')

מדינת ישראל, פסקה 14 (17.1.2016)). בסיכומיו בערעור הסכים המנהל האזרחי כי מדובר בשאלות נכבדות אשר לפחות חלק מהן מעוררות קשיים גם במקרה זה.

ואולם, שאלות אלה אינן צריכות הכרעה בענייננו שכן גם אם לצורך הדיון נקבל בהיבט זה את קביעתו של בית המשפט המחוזי כי בפנינו עסקה כמשמעותה בסעיף 5 לצו, מתעורר בענייננו קושי לא מבוטל בהיבטים אחרים הנוגעים לדרישה בדבר קיומה של עסקה. זאת, בהינתן העובדה שבהסכם ההרשאה הראשון צוין כי תא השטח שבו מועברת החזקה להסתדרות הציונית כולל 1071 דונמים, וצורפה לו מפת צו הסגירה. אך שטח זה (הגדול, כאמור, מן השטח שנתפס בצו התפיסה – 850 דונם) אינו כולל את המקרקעין שעליהם הוקם בסופו של יום מצפה כרמים. עיון בהסכם ההרשאה הראשון, כמו גם בהסכמים מאוחרים יותר אשר חידשו את תוקף ההסכם, מעלה כי בסעיף 2(ג) להסכם ההרשאה נקבע ש"הצדדים מצהירים כי ידוע להם כי גבולות המשבצת טרם נמדדו וגבולותיה המדויקים טרם נקבעו סופית ולממונה הזכות לשנותם", ועוד נקבע כי "מסיבות הנראות לו כמסיבות מיוחדות המחייבות את הצורך לעשות זאת, רשאי הממונה לפי שיקול דעתו בלבד, להקדים את תאריך תום תקופת הסכם זה" (סעיף 15(ב) להסכם ההרשאה). כמו כן הוסכם כי במקרה של שינויים תכנוניים או שינויים בבעלות המקרקעין שבמסגרתם ישתנו גבולות המשבצת, ההסתדרות הציונית תפנה את השטח ותוותר על כל זכות תביעה נגד הממונה על נזק שסבלה (סעיף 17 להסכם ההרשאה).

הממונה דאז, מר יהודה נהרי (להלן: נהרי), ציין בעדותו בפני בית המשפט קמא שהמפה שצורפה להסכם ההרשאה הראשון לא הייתה מדויקת דיה (עמ' 185 לפרוטוקול, שורות 9-16), ולדבריו הוא ביקש לקבל מפה מדויקת יותר (עמ' 194 לפרוטוקול, שורות 12-20): "בהתחלה הקצתי את השטח על סמך מפה לא מדויקת, כללית, זה לא מכבודי להקצות שטח לא ברור אבל הייתי צריך לעשות איתם חוזה אז כתבתי בפירוש שהמפה הזאת היא לא מביעה את השטח האמיתי ואני מבקש שיתנו לי מפה מדויקת יותר". בהתבסס על עדות זו קבע בית המשפט המחוזי כי "ההסכם, כפי שנערך בשנת 1981, נעדר מסוימות ביחס לשטח שהוקצה להסתדרות הציונית" (פסקה 109 לפסק דינו של בית המשפט קמא).

41. המחזיקים מצידם טוענים כי הסכם ההרשאה הראשון צולח את דרישת המסוימות וכי אף שפרטי השטח שצוינו בו לא היו מסוימים דיים מדובר בפרטים הניתנים להשלמה. לטענתם, כוונת הצדדים להסכם ההרשאה הראשון הייתה לקבוע את שטח ההקצאה בעתיד, וזה אכן נקבע שנה מאוחר יותר, בעת שהממונה חתם על מערכת הנחיות 223 אשר חלה על משבצת קרקע בגודל של 1,416 דונמים. המחזיקים ביססו תיזה זו על

הטענה כי עד למועד הגשת העתירה לבג"ץ, הממונה וכן ההסתדרות הציונית ראו את גבולות מערכת ההנחיות 223 כמשקפת את גבולות ההקצאה. ואולם, עמדתם זו של המחזיקים אינה מתיישבת עם טיעוני המנהל האזרחי שהדגיש בפני בית המשפט המחוזי כי מערכת ההנחיות 223 כוללת סעיף חריג המתייחס לשטח שעל חלק ממנו הוקם מצפה כרמים, ולפיו: "ייעודו של שטח זה ייקבע לאחר שיתבהרו אפשרויות הרחבת גבולות הישוב. כל בניה לא תותר בשטח עד לאישור תוכנית מפורטת שתקבע ייעודו. ייעוד השטח יסוכם על ידי המוסדות המיישבים" (ראו סעיף 40 לסיכומי המנהל האזרחי בבית משפט קמא). עוד ציין המנהל האזרחי בטיעונו כי הממונה מעולם לא חתם על תוכנית שאישרה בניוי באזור זה, וכי קיימים מסמכים המעידים על כך שבסמוך להקמת מצפה כרמים במיקומו הנוכחי, נתן הממונה ביטוי לכך שהמקרקעין מצויים מחוץ לצו התפיסה (ראו סעיפים 49-52 לסיכומי המנהל האזרחי בבית המשפט המחוזי). עם זאת, המנהל האזרחי הוסיף וציין בסיכומיו בבית המשפט קמא כי נהרי, הממונה דאז אשר חתם על מערכת ההנחיות 223, העיד שסבר בתום לב שמדובר בדיוק של המפה שצורפה להסכם ההרשאה וכי המקרקעין בתחום התוכנית תפוסים. נוכח עדות זו ואף שמדובר בהנחה מוטעית, גרס המנהל האזרחי כי ככל שבית המשפט יקבל את עדותו של נהרי כמהימנה, ניתן להחיל במקרה זה את סעיף 5 לצו.

42. הטיעונים והמסמכים שהציג המנהל האזרחי בפני בית המשפט המחוזי ביחס לגבולות ההקצאה, יש בהם כדי ללמד על הקושי באימוץ טענת המחזיקים לפיה הסכם ההרשאה הראשון הוא מסוים דיו וכי ניתן להשלימו באמצעות מערכת ההנחיות. עם זאת, לצורך הדיון אניח לקושי זה ואדרש לתנאי השני המנוי בסעיף 5 לצו הנוגע לתום הלב של המתקשרים בעסקה.

תום לב

43. בית המשפט המחוזי מצא כי התנאי בדבר תום הלב מתקיים בנסיבות העניין. על אמת המידה אשר לפיה ייבחן תום הלב הנדרש בסעיף 5 לצו, למד בית המשפט בהיקש מההוראות הנוגעות לתוקפן של עסקאות שביצע האפוטרופוס לנכסי נפקדים. לגבי עסקאות אלה נפסק כי תום הלב הנדרש הוא סובייקטיבי (עניין חוות מקורה, בעמ' 18). מכך הסיק בית המשפט המחוזי בענייננו כי די להראות שאמנתו של בעל הסמכות הייתה "כנה והגיונית", אף אם הייתה מוטעית או שהטעות נבעה מרשלנות (פסקה 162 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי וההפניות שם). תימוכין לכך בדין האזור מצא בית המשפט המחוזי בדעת המיעוט בערר (איו"ש) 121/15 צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש (28.2.2017) (להלן: ערר צלאח). בהתבסס על אמות מידה אלו, קבע

בית המשפט המחוזי כי "לא הונח בסיס מספיק לפקפק בתום ליבו של הממונה" (פסקה 165 לפסק הדין המחוזי). בית המשפט המחוזי ציין כי נהרי, שהיה בן 93 בעת מתן העדות, התקשה אומנם במתן תשובות לחלק מהשאלות, אך קיבל כמהימנה את עדותו לפיה סבר כי מערכת ההנחיות 223 משקפת את השטח שהוקצה להסתדרות הציונית בהסכם ההרשאה הראשון. בערעור, טען המנהל האזרחי כי קביעתו זו של בית המשפט המחוזי מהווה ממצא עובדתי שאין מקום להתערב בו.

אכן, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאי עובדה ובקביעות מהימנות של הערכאה הדיונית (ע"א 4170/14 כהן נ' כהן, פסקה 7 (14.1.2016)), אך בענייננו ובכל הנוגע להתקיימות התנאי בדבר תום לב, אני סבורה כי השגיאה ששגה בית המשפט המחוזי אינה נוגעת לממצאי עובדה ומהימנות אלא לאמות המידה המשפטיות אשר לפיהן בחן את דרישת תום הלב שבסעיף 5 לצו.

44. "תקנת השוק" פוגעת פגיעה חמורה בזכות הקניין של הבעלים "המקורי" שזכויותיו ברכוש נסוגות מפני זכויותיו של הרוכש המאוחר בזמן, וזאת על לא עוול בכפו. דרישת תום הלב שבסעיף 5 לצו מחמירה עם המתקשרים בעסקה בהשוואה ל"תקנות שוק" אחרות, במובן זה שחובת תום הלב המוטלת לפיו חלה לא רק על רוכש הזכות אלא גם על המעביר אותה (ראו סיכומי המנהל האזרחי בערעור, סעיף 98). אשר לאמת המידה שלפיה יש לבחון את תום הלב הנדרש, נקבע בעבר בקשר לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים כי מדובר ב"אמת מידה קפדנית שאינה מקלה ראש עם הרשויות המעורבות המבקשות לחסות בצלה של הגנת תום הלב. בשל הפגיעה האפשרית בזכויות קניין הוצב הרף הסובייקטיבי בפסיקה במקום גבוה" (ע"א 6783/98 האפורטופוס לנכסי נפקדים נ' עזבון מוסא, פ"ד נו(4), 161, 176 (2002)). בענייננו, יש טעם נוסף לקבוע אמת מידה קפדנית בהינתן העובדה כי מדובר במקרקעין המצויים בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית אשר לגביו, כמצוין לעיל, נקבעו במשפט הבינלאומי חובות מיוחדות להגנה על זכויות הקניין (ראו והשוו: ע"א 7261/15 מועדי נ' שוקחה (5.9.2018)). כך סברה גם יו"ר ועדת העררים הצבאית (השופטת סא"ל ד' קאופמן) בדעת הרוב בערר צלאח בקובעה כי: "מדובר בסעיף המהווה פגיעה חמורה בזכויות הקניין של בעל המקרקעין 'המקורי' ועל כן יש לדרוש מן הממונה על הרכוש הממשלתי, בהיותו נציג הריבון, רף גבוה של דרישת תום הלב" (שם, פסקה 3 לחוות דעתה; ראו והשוו גם ערר (איו"ש) 16/82 אלבינא נ' הממונה על הרכוש הממשלתי (25.11.1983) הנזכר בחוות דעתה של המומחית מטעם המערערים). ממילא, דומה שאין מי שיחלוק כי מקום שבו קיימים סימני אזהרה משידיים ובעל הסמכות "עוצם את עיניו" מלראותם, לא ניתן לומר כי הוא צלח את מבחן תום הלב, לא על פי אמת המידה שנקבעה לעניין זה בפסיקה (ראו בעניין חוות מקורה, בעמ' 14).

18 וההפניות שם), ובוודאי שלא על פי אמת המידה הקפדנית והחובה המוגברת המוטלת עליו בהקשר זה.

45. בית המשפט המחוזי קבע כי בעת שחתם על מערכת הנחיות 223, סבר נהרי כי התיחום הכלול במערכת זו מהווה השלמה להסכם ההרשאה הראשון. ואולם, בכך עצם נהרי את עיניו מלראות את סימני האזהרה המרובים שהיו בפניו בעת חתימת הסכם ההרשאה הראשון, וכן בעת החתימה על מערכת הנחיות 223 ובמשך שנים רבות לאחר מכן. כזכור, במקרה דנן מדובר במקרקעין מוסדרים. משמעות הדבר היא כי בפני הממונה דאז היה סקר בעלויות שאיפשר לו להצביע על כל חלקה וחלקה המצויות בתחומי צו הסגירה וצו התפיסה ומחוצה להם (ראו למשל מכתב הממונה משנת 1975 ממנו עולה כי הממונה ידע כבר אז להצביע על היקף השטח המדויק שנסגר בצו הסגירה, וכן ראו נספח 27 למוצגי המערערים המלמד כי הייתה בידי רשימה של הבעלויות במקרקעין בתוך תחום צו הסגירה ומחוץ לו). בפסק דינו מתייחס בית המשפט המחוזי לעדותו של נהרי לפיה המפה שהוגשה לו בעת עריכת הסכם ההרשאה הראשון לא הייתה מדויקת "וקשה ואף בלתי אפשרי לתכנן או לתחום על פיה את גבולות המשבצת" (פסקה 38 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי). נהרי אף הוסיף והעיד כי הוא דרש לקבל לידי מפה מדויקת יותר, אך מעדותו לא עולה כי עשה בשלב כלשהו פעולות לצורך בירור המצב לאשורו. יפים לעניין זה דבריו של חבר ועדת העררים הצבאית בעניין צלאח (רס"ן ר' עאמר):

"העובדה שלא נערך על ידי [הממונה] ניסיון כלשהו לבדוק אם המקרקעין רשומים בלוח תביעות, עלולה לעלות כדי עצימת עיניים ובוודאי שלא עולה בקנה אחד עם חובותיו כרשות מנהלית ועם חובותיו כנציג הריבון האמון על הסדר הציבורי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. מכאן, אף במבחן הסובייקטיבי, ולא ההזדקקות למבחן אובייקטיבי, אין בידי לקבל במקרה דנן את תחולתו של סעיף 5 לצו" (שם, פסקה 2 לחוות דעת השופט עאמר).

בסופו של יום, חוסר ההתאמה בין שטח צו התפיסה ובין מערכת ההנחיות 223 עמד על כ-600 דונמים. אין מדובר במטרים בודדים אשר עלולים לחמוק מן העין אלא בשטח עצום אשר ההתעלמות ממנו מהווה ללא ספק "עצימת עיניים" הפוגמת בתום ליבו של בעל הסמכות.

על כל אלה יש להוסיף את העובדה שההסכמים חודשו מעת לעת (1981, 1990, 1995, 1997) ולכל ההסכמים האמורים צורפה מפת צו הסגירה ולא מפת צו התפיסה. בית משפט המחוזי קבע כי מדובר בטעות שנבעה מהיסח הדעת. ואולם, ברבות השנים,

עם שינוי נוהל העבודה במנהל האזרחי בעקבות עבודת צוות קו כחול ולאחר שנתגלו חמישה מגרשים אחרים במקרקעין שלא היו כלולים בשטח צו התפיסה, ניתן היה לצפות כי גורם כלשהו במנהל האזרחי יבדוק את הסוגיה. בהקשר זה לא למותר להזכיר את שכבר צוין לעיל כי ב-1999 – כעשרים שנים בקירוב לאחר חתימת הסכם ההרשאה הראשון – נעשה מאמץ מרוכז ומכוון להעביר את מצפה כרמים מן המקום שבו הוקם המאחז לכתחילה, לשטח הכלול במשבצת התכנונית של כוכב השחר במיקום שיאפשר לו אופק הסדרתי. מן המסמכים שהוצגו עולה כי תחילה נבחר מקום אחר להעתקת המאחז, אך משהוברר כי הוא מצוי בתוך שטח אש המשמש את הצבא לאימונים, הועתק המאחז בסופו של דבר לשטח שבו הוא ממוקם כיום. ניתן היה לצפות כי לפחות באותו השלב ובטרם העתקת המאחז ייבדקו הדברים לעומק ותבוצע עבודת מטה מסודרת, אך נראה כי בדיקה כזו לא נעשתה ותיעוד בדבר עבודת מטה כאמור לא הוצג.

46. המסקנה העולה מן האמור היא כי הממונה כמעביר הזכות לא צלח את מבחן תום הלב על פי אמות המידה שפורטו וזאת הן במועד ההתקשרות בהסכם ההרשאה הראשון והן בעת חידושו מעת לעת. כפי שצוין לעיל, נדרש גם רוכש הזכות לעמוד בדרישת תום הלב על פי סעיף 5 לצו. רוכשת הזכות בענייננו היא ההסתדרות הציונית אשר נטלה חלק בלתי נפרד בהליכי הקמת כוכב השחר ובאזרוחו. למעשה, ההסתדרות הציונית היא זו אשר הכינה את תוכנית 223, שאי ההתאמה בינה ובין השטח שנתפס בצו התפיסה עומדת על כ- 600 דונמים. ההסתדרות הציונית ציינה בהקשר זה כי הליכי תכנון ביהודה ושומרון מלווים מראשיתם בקבלת אישורים מטעם המנהל האזרחי וגם בעניין זה יש לתהות כיצד אירע שבשום שלב לאורך הדרך לא התעוררו אצל מי מהגורמים המעורבים שאלות ביחס לשטח ההקצאה נוכח אי ההתאמה הבולטת שבין שטח התוכנית לשטח צו התפיסה.

סיכום ביניים – בהינתן המתואר לעיל, אני סבורה כי שגה בית המשפט קמא בקובעו שהתנהלות הממונה עומדת בדרישת תום הלב כמשמעותה בסעיף 5 לצו. הוא הדין בהתנהלות ההסתדרות הציונית, אשר בנסיבות העניין לא עמדה אף היא בדרישת תום הלב שאותה מחיל הסעיף גם עליה.

47. לנוכח המסקנה שאליה הגעתי בדבר אי התקיימות דרישת תום הלב, ניתן היה לסיים את הדיון כאן ולקבוע כי המחזיקים בענייננו אינם יכולים להיבנות מהוראת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. זאת גם בהנחה כי אכן מדובר ב"תקנת שוק" אשר בהתקיים התנאים הקבועים בה יש בכוחה למרק את זכויות בר הרשות שהוקנו למחזיקים על ידי ההסתדרות הציונית.

למעלה מן הצורך ראיתי להוסיף ולהתייחס גם לתנאי השלישי הקבוע בסעיף 5 לצו, הנוגע להיות המקרקעין רכוש ש"הממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי".

רכוש ממשלתי

48. בית המשפט קמא התמקד בשאלה אם במקרה דנן מדובר בשטח מצוי בתחומי התפיסה בפועל, וקבע כי אף שהשטח אינו מצוי בתחומי התפיסה בפועל ואף לא בתחום שצו התפיסה חל עליו, הגורמים המיישבים סברו שהשטח מצוי בתחומי התפיסה. בקביעה עובדתית זו לא מצאתי מקום להתערב. לעומת זאת, אין בידי לקבל את קביעתו הנוספת של בית המשפט קמא לפיה לצורך תחולת סעיף 5 לצו, המונח "רכוש ממשלתי" מתפרס גם על שטח שנתפס בצו תפיסה לצרכים צבאיים. על כן, לגישתי, אף אם סברו הגורמים המיישבים שהשטח מצוי בתחומי צו התפיסה אין בכך כדי להועיל להם מששטח כזה אינו בא לכתחילה בגדר "רכוש ממשלתי".

49. על מנת לקבוע אם רכוש מסוים הוא אכן רכוש ממשלתי, יש לבחון ראשית אם הוא נכלל בהגדרתו של מונח זה בסעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי. לשם הנוחות, נביא סעיף זה בשנית, כלשונו:

(1) רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שייך, רשום על שם, או מוקנה לאחד מאלה:

(א) למדינת אויב;

(ב) לתאגיד אשר למדינת אויב זכות כלשהיא בו, בין במישרין ובין בעקיפין, בין שיש עמה שליטה ובין שאין עמה שליטה;

או רכוש שאחד מהם היה שותף בו;

(2) מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון, על ידי רשות מרשויות צה"ל ועבור רשות מרשויות צה"ל שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית לתכנון ולבניה;

(3) רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו.

הגדרה זו מהווה נקודת מוצא הכרחית אך לא תמיד היא מהווה גם נקודת הסיום. כך, למשל, על מנת לבחון אם מקרקעין מסוימים הם רכוש ממשלתי משום שביום הקובע היו שייכים או מוקנים למדינת אויב (סעיף 1(א) שלהגדרה), יש צורך לבחון את שאלת הבעלות בהם על-פי הדין המהותי שהיה קיים באזור ביום 7 ביוני 1967 (כאמור בסעיף 2 של המנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט ובכפוף לסייגים המפורטים באותו סעיף).

50. בית המשפט המחוזי קבע כי החלקות נושא ההליכים דגן עונות להגדרה שבס"ק (2), בהיותן לגישתו מקרקעין ש"נרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת ביטחון". בית המשפט ציין בהקשר זה כי ההגדרה בסעיף זה "רחבה דיה" וכוללת גם מקרקעין שנתפסו בצו תפיסה לצרכים צבאיים.

דעתי שונה.

החלופה בדבר "מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון" משמעה – במילים פשוטות – הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור. אכן, הוראות הדין הבינלאומי החל באזור אינן שוללות את האפשרות להפקיע נכסי מקרקעין פרטיים לצורכי ציבור, אך זאת בתנאי שהפקעה כאמור נעשית בהתאם להוראות הדין המקומי החל באזור (עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 808; Yutaka Arai-Takahashi, The Law of Occupation; 236-238 (2009) (להלן: Arai-Takahashi); יורם דינשטיין דיני מלחמה 229-232). כפי שפורט בהרחבה בעניין טילואד, המקור החוקי בדיני האזור לביצוע הפקעה לצורכי ציבור של זכויות פרטיות במקרקעין, מצוי בחוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), מס' 2 לשנת 1953 (להלן: חוק הרכישה הירדני) שתוקן בצו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (יהודה ושומרון) (מס' 321), התשכ"ט-1969 (עניין טילואד, בעמ' 68-70). חוק הרכישה הירדני קובע כי ניתן לבצע "רכישה" כפויה של מקרקעין תמורת פיצויים רק בהתקיים "צורך ציבורי", המוגדר כ"כל צורך שהחליטה לגביו הממשלה בהסכמתו של המלך כצורך ציבורי". פסיקתו של בית משפט זה הוסיפה וקבעה כי כדי שיוכל המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו מכוח חוק הרכישה הירדני, על ההפקעה לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: (1) התקיימות התנאים הקבועים בחוק הרכישה הירדני כפי שזה עודכן ושונה בתחיקת הביטחון; (2) הפעלת הסמכות היא לטובת "האוכלוסייה המקומית" כנדרש על פי תקנה 43 לתקנות האג; (3) הסמכות מופעלת על פי כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי, כגון מתן זכות שמיעה לפני ההפקעה או התפיסה (להרחבה ראו עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 809; ראו גם אצל Arai Takahashi, בעמ' 237-238; וראו גם הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש ד"ח מסכמ 29-30 (15.2.2018) (להלן: ד"ח זנדברג); איל זמיר אדמות המדינה ביהודה ושומרון 36-35 (1985)).

51. האם תפיסת מקרקעין בצו תפיסה לצרכים צבאיים יכולה להיחשב כרכישה לצרכי ציבור בהתאם לחלופה הקבועה בס"ק (2)? בהינתן התנאים המצטברים שנקבעו לעניין זה בפסיקה, נראה לי כי התשובה לכך היא בשלילה הן משום שתפיסה לצרכים צבאיים

אינה תפיסה ל"צרכי ציבור" במובן הרגיל, והן משום שתפיסתם אינה מיועדת לשרת את טובת "האוכלוסיה המקומית". אכן, בשנותיה הראשונות של ההתיישבות הישראלית באזור נעשה שימוש בצווי תפיסה לצרכים צבאיים שהוציא המפקד הצבאי לשם הקמת יישובים ישראלים, לרבות על אדמה פלסטינית פרטית, מתוך תפיסה כי הקמת היישובים בשטח משרתת צורך צבאי (בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979); בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90 (1979); איל זמיר ואיל בנבנשתי "הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 577, 606 (1999)). ואולם, בשנת 1979, בפסק הדין בעניין דויקאת, בוטלה תפיסת מקרקעין שנועדה להקמת התיישבות אזרחית כאלון מורה במבואות העיר שכס ובית המשפט מפי מ"מ הנשיא (כתוארו אז) לנדוי פסק כי בנסיבות אותו עניין לא הוכח שהצורך הצבאי הנטען אכן היה השיקול הדומיננטי בהחלטה להקים את היישוב על מקרקעין בבעלות פרטית. לאחר החלטה זו חל שינוי במדיניות הממשלה והוחלט כי התיישבות ישראלית חדשה באזור תוקם רק על אדמות שהוכרו כ"רכוש ממשלתי", בהתאם לצו בדבר רכוש ממשלתי (ראו: החלטת ממשלה מס' 145; עמיחי כהן "סופו של נשף המסכות? בעקבות בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" מבזקי הארות פסיקה 73, 5, 8-9 (2018); רונית לוי-שנור "עמונה, ממונה ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" מבזקי הארות פסיקה 73, 30, 39-40 (2018)). עוד יצוין כי צו תפיסה לצרכים צבאיים יכול להינתן בעל פה או על ידי תפיסת חזקה בשטח (בג"ץ 469/83 חברת האוטובוסים המאוחדת הלאומית חברון בע"מ נ' שר הביטחון (1.4.1992)); דו"ח זנדברג, בעמ' 37). זאת, בשונה מהפקעת מקרקעין לצורכי ציבור – ההופכת אותם לרכוש ממשלתי – הטעונה עמידה בדרישות הקבועות לעניין זה בחקיקה הרלוונטית. תפיסה צבאית אינה עומדת, אפוא, באף אחד מן התנאים שנקבעו בפסיקה לצורך "רכישה" כפויה של מקרקעין תמורת פיצויים.

52. בכתב ההגנה שהגיש המנהל האזרחי במסגרת ההליך בבית המשפט קמא נטען כי הצו בדבר רכוש ממשלתי אינו חל בנסיבות העניין, שכן מדובר ברכוש תפוס שאינו נופל בגדר הצו. ואולם, לאחר שהתקבלה חוות דעת מעודכנת מטעם היועץ המשפטי לממשלה, שינה המנהל האזרחי את טעמו בהקשר זה וטען כי החלופה הרלוונטית לענייננו היא זו הקבועה בס"ק (3), קרי "רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו". לגישת המנהל האזרחי, לנוכח ההגדרה הרחבה של המונח "רכוש" בצו ניתן לכלול בו גם זכויות חזקה ושימוש. לפיכך, לשיטת המנהל, ניתן לומר כי צו התפיסה מקנה את השימוש והחזקה במקרקעין התפוסים למפקד הצבאי, וזה מעבירו לניהולו של הממונה. המנהל הוסיף ועמד על כך שפרשנות לפיה "רכוש תפוס" איננו "רכוש ממשלתי" כהגדרתו בצו בדבר רכוש ממשלתי, אינה הולמת את המארג

החקיקתי והפרקטיקה באזור. בהקשר זה ציין המנהל האזרחי כי בפועל הממונה כורת הסכמי הרשאה עם מתיישבים ביחס לשטחים תפוסים שנמסרו לניהולו, הוא זה אשר משלם את דמי השימוש לבעלי הקרקעות שנתפסו (ע"א 10558/07 חברת ג.א.ל. נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (28.2.2012)), וחתימתו נדרשת על מערכת ההנחיות המוגשת ללשכת התכנון מכוח הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים (תקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים (יהודה והשומרון), התשמ"ה-1985).

לגישתי, חלופה זו אף היא מוקשית ונראה לכאורה כי הפירוש המוצע אינו עולה בקנה אחד עם לשון הסעיף ועם פשוטם של דברים. בענייננו, מדובר ביישוב מצפה כרמים שהוקם על מקרקעין מוסדרים הרשומים בבעלות פרטית של פלסטינים ומשאין טענה כי בעלים אלה ביקשו מהממונה לנהל את המקרקעין, קשה לקבל את טענת המנהל האזרחי בדבר תחולתה של החלופה שבסעיף 1(3) לצו. חתימת הממונה על מערכת הנחיות – הקובעת, למעשה, מנגנון של כללים להוצאת היתרי בניה – אין בה כדי להועיל בהקשר זה ועמד על כך נציג ההסתדרות הציונית בעדותו בציינו כי חותמת הממונה על התוכנית אינה יכולה להוות תחליף להקצאה (עמ' 48, שורות 30-32); וראו גם ה"פ (מח' ת"א) 4016-06-18 נופים מפעלים כלכליים בע"מ נ' הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי (17.9.2018); ביחס לדין החל בישראל, ראו והשוו דנ"א 2415/01 פליצ'ה ראובן בע"מ נ' סופיוב (30.5.2001). יתרה מכך, ככל שהכוונה הייתה לאפשר למצפה כרמים אופק הסדרתי כיישוב עצמאי, מתעורר קושי נוסף בהינתן החלטת ממשלה מס' 145, לפיה הקמתו של יישוב חדש צריך שתעשה על אדמות "בבעלות המדינה" (ראו גם סעיפים 53-54 לסיכומי המנהל האזרחי).

ע"א 7668/18 – סיכום

53. אינני סבורה כי במקרה דנן חל סעיף 5 לצו. זאת, נוכח הקשיים שעליהם עמדתי באשר להתקיימות התנאים הקבועים בו. כך באשר לקיומה של "עסקה", כך באשר לדרישת תום הלב וכך באשר להיות המקרקעין "רכוש ממשלתי". קשיים אלה, לא כל שכן משקלם המצטבר, מוליכים למסקנה כי לא היה בידי ההסתדרות הציונית להקנות למחזיקים מתוקף סעיף 5 הנ"ל זכויות שימוש וחזקה ממורקות במקרקעין אלה. לפיכך, אציע לחבריי לקבל את הערעור ולהורות כי תבוטלנה קביעותיו של בית המשפט קמא לפיהן יש למחזיקים זכויות של "בני רשות" במקרקעין ולפיהן אין המערערים רשאים לסלק את ידם מחלקות 13 ו-23 מטעם זה. הוא הדין באשר לחיוב המערערים בהוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין.

בג"ץ 953/11 – השתלשלות ההליכים

54. העתירה בבג"ץ 953/11 הוגשה כאמור בטרם שהוגש ונדון ההליך האזרחי. בעתירתם ביקשו העותרים להורות למחזיקים בחלקות 13 ו-23 להפסיק כל פעילות לבנייה או להכשרת הקרקע וחיבורה לתשתיות מים, ביוב וחשמל. כמו כן, ביקשו העותרים להורות על הריסה ופינוי של כל הבינוי הבלתי חוקי במקרקעין אלה ועל סילוק ידם של המחזיקים מהם. עוד ביקשו העותרים להורות על ביטול מערכת הנחיות 223/1 בטענה כי היא חורגת מתחומי צו התפיסה.

55. לאחר שהתקיימו בעתירה שלושה דיונים הוצא ביום 9.11.2014 צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא תופסק כל פעילות בנייה והכשרת הקרקע בחלקות 13 ו-23 בגוש מס' 19 באדמות הכפר דיר ג'ריר, ומדוע לא תימנע הקמתם של מבנים בלתי חוקיים במקום.

ב. מדוע לא יפוננו המבנים המצויים בחלקות האמורות, שנבנו בהן שלא כדין.

ג. מדוע לא תבוטל מערכת ההנחיות 223/1.

בתום הדיון שהתקיים ביום 2.11.2015 בהתנגדות למתן צו מוחלט הורה המותב ביום 16.11.2015 על השהיית הטיפול בעתירה עד להכרעה בהליך האזרחי, וכן על הוצאת צו ארעי "המורה על הקפאת המצב הקיים דהיינו אוסר על כל בניה בחלקות כדי למנוע את שינוי המצב". כאמור לעיל, פסק הדין בהליך האזרחי ניתן ביום 28.8.2018, ובהמשך הוגש ערעור על פסק הדין, שאוחד עם הדיון בעתירה.

תמצית טענות הצדדים בעתירה

56. העותרים טענו שהבנייה שהתבצעה במקרקעין נעשתה בניגוד לדין ותוך הפרה של כללי המשפט הבינלאומי החלים באזור והרלוונטיים לענייננו. עוד נטען כי פלישת המשיבים למקרקעין פוגעת בזכותם לקניין כבעלי הקרקע, וכי העובדה שרשויות המנהל באזור לא מנעו את הפלישה ודאגו לסילוקה עולה כדי הפרה של חובות הקבועות במשפט הבינלאומי, שעוגנו בפסיקתו של בית משפט זה וחלות על המפקד הצבאי.

57. עמדת המשיבים 4-1 – שר הביטחון, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, ראש המנהל האזרחי ומפקד משטרת מחוז ש"י – הייתה כי דין העתירה, ככל שהיא נוגעת לפינוי המבנים על המקרקעין, להידחות על הסף, ולחלופין לגופה. המשיבים 4-1 טענו כי העותרים לא ביססו זיקה מספקת למקרקעין וכי אין מקום להתערב בסדרי העבודה הפנימיים של המשיבים בעניין אכיפת בנייה בלתי חוקית. עם זאת, ביחס להיקפן של מערכת ההנחיות 223 ו-223/1 ציינו המשיבים 4-1 כי אכן קיים טעם לפגם בפריסת מערכת ההנחיות על אותו חלק החורג מגבולות צו התפיסה. על כן, צוין כי המנהל האזרחי יפעל לקיום הליך תכנוני כנדרש לצמצומן, כך שתוכניות אלה לא יחולו על השטח החורג מגבולותיו של צו התפיסה (בהמשך הודיע היועץ המשפטי לממשלה שהוחלט על הקפאת המהלך התכנוני האמור וזאת עד להכרעה בעתירות הנוגעות לחוק ההסדרה).

58. המחזיקים (המשיבים 7-52) טענו כי יש לדחות את העתירה על הסף בהיעדר זכות עמידה לעותרים שלא הוכיחו זיקה קניינית לקרקע; בשל שיהוי כבד שנפל בהגשתה שכן מצפה כרמים הוקם בשנת 2000; בשל העובדה שהקמת מצפה כרמים היא מעשה עשוי; ובשל קיומו של סעד חלופי בדמות הגשת תביעה לסילוק יד בבית משפט אזרחי. לגופם של דברים, המחזיקים טענו כי דין העתירה להידחות שכן מדובר במקרקעין אשר הוקצו כדין בהסכם ההרשאה וכי נוכח מצגיה לאורך השנים, המדינה מושתקת מלטעון נגד חוקיות ההחזקה של המשיבים במקרקעין. עוד הוטעם כי סילוק ידם של המשיבים יוביל לפגיעה קשה בזכותם לקניין, במיוחד בשים לב לאינטרס ההסתמכות החזק שקם להם בנסיבות העניין.

טענות ט

59. טרם שנידרש לטענות לגופו של עניין, יש להידרש לטענות הסף שהעלו המחזיקים. אין חולק כי העתירה הוגשה כעשר שנים ויותר לאחר הקמת מצפה כרמים על החלקות. ואולם, השתהות בהגשת העתירה אין בה כשלעצמה כדי להביא מניה וביה לדחייתה. כל מקרה יש לבחון לגופו, בהתאם לנסיבות המשתנות, תוך איזון בין מידת הפגיעה באינטרסים של בעלי הדין אם תתקבל העתירה או תידחה בנקודת הזמן הנבחנת (עניין בית איכטא, פסקה 12). שאלת השיהוי נבחנת בשלושה שלבים: תחילה נבחן השיהוי הסובייקטיבי, המתמקד בהתנהגות העותר בפועל ובשאלה אם התנהלותו זו יש בה כדי להקים חזקה ראייתית בדבר ויתור מצידו על הזכות לפנות לערכאות. בשלב הבא נבחן השיהוי האובייקטיבי, במסגרתו נבחנת הפגיעה הצפויה באינטרסים של הרשות המנהלית ושל צדדים שלישיים רלוונטיים בעטייה של התערבות שיפוטית בנקודת הזמן

הנתונה. זאת, בשים לב לאינטרס ההסתמכות של גורמים אלה ולשינוי המצב בשטח. לבסוף, וככל שנמצא כי מתקיימים יסודות השיהוי הסובייקטיבי והאובייקטיבי, תיבחן מידת הפגיעה שתיגרם לעיקרון שלטון החוק ולאינטרס הציבורי בגין דחיית העתירה על הסף בשל שיהוי (עניין בית איכסא, פסקה 14; בג"ץ 3937/07 עיריית בית סאחור נ' ראש המחשלה, פסקה 8 (4.1.2010); וראו בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678 (1988)).

העותרים טוענים בהקשר זה כי אף שהבנייה בחלקות נושא העתירה החלה בשנת 2006, ההתפתחות המשמעותית בבינוי שבוצע בחלקות אלה חלה רק בשנים 2009-2010, והם מוסיפים כי כבר בתחילת שנת 2011 נעשתה פנייה למשיבים 1-4 בעניין זה. באשר לשיהוי האובייקטיבי, אין לכחד כי לאורך השנים שחלפו מאז הוקם מצפה כרמים ביססו תושביו את חייהם במקום, ורשויות האזור השונות השקיעו בו תקציבים לצורך הקמת תשתיות. עם זאת, למול הפגיעה במתיישבים ובאינטרס ההסתמכות שלהם ניצבים שיקולים כבדי משקל הנוגעים לשלטון החוק המובילים לדעתי למסקנה כי אין מקום לדחות את העתירה על הסף מחמת שיהוי. בהקשר זה יש לציין כי נוכח המסקנה שאליה הגעתי בערעור האזרחי ובשים לב לכך שמדובר במקרקעין פרטיים מוסדרים, ההימנעות מדיון בעתירה מטעמי שיהוי קשה עוד יותר בהיבט של הפגיעה בשלטון החוק. משכך, באיזון בין האינטרסים השונים, אין מקום לדעתי לדחות את העתירה על הסף מחמת שיהוי.

60. המשיבים הוסיפו וטענו כי יש לדחות את העתירה על הסף משום שהעותרים לא הוכיחו את זיקתם הקניינית לחלקות האמורות. טענה זו דינה להידחות. כבר נפסק לא אחת כי "מקום שמדובר בבנייה בלתי חוקית שנעשתה על מקרקעין פרטיים, אין להתנות את האכיפה בקיומו של עותר קונקרטי בעל זכויות במקרקעין הנדונים. כאשר עסקינן בבנייה על קרקע פרטית על ידי מי שאינו הבעלים, ובלא הסכמה של הבעלים, הרי שמדובר אף בהפרה של דיני התכנון והבנייה. על כן האכיפה מצויה בעדיפות גבוהה מבחינת סדרי העדיפויות שקבעו רשויות המדינה" (בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון, פסקה 12 (8.2.2015) (להלן: עניין שחאדה) וכן ראו בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון, פסקה 15 (25.12.2014) (להלן: עניין חמאד)). במקרה דנן, אין למעשה מחלוקת כי חלקות 13 ו-23 הן מקרקעין פרטיים מוסדרים וכי הבנייה בהן נעשתה באופן בלתי חוקי, בניגוד למערכת ההנחיות החלה, תוך חריגה מהיעוד שנקבע במסגרת התוכנית החלה ומבלי שהוצאו היתרי בנייה למבנים שנבנו בהן.

המסקנה מן האמור לעיל היא כי אין לדחות את העתירה על הסף, ויש להוסיף ולבחון את טענות הצדדים לגופם של דברים. אך יודגש – אין בקביעה זו משום הכרעה בסוגית זכויות הקניין של העותרים-המעוררים במקרקעין וזו תצטרך להתברר בהליכים המתאימים.

דיון והכרעה

61. דיני התכנון והבנייה נועדו לקדם תכליות מהותיות של איכות הסביבה, שימור הקרקע והגנה על הזכויות הקנייניות של הפרט, תוך הקפדה על שלטון החוק והסדר הציבורי (עניין חמאד, פסקה 14). אכיפה אפקטיבית היא חיונית להגנה על שלטון החוק ולמניעת מצב שבו איש הישר בעיניו יעשה (בג"ץ 5377/09 רגבים נ' שר הבטחון, פסקה ז (10.8.2011)). על חומרת הפגיעה בשלטון החוק הנגרמת כתוצאה מבנייה בלתי חוקית ומהכשרתה בדיעבד עמד בית משפט זה אך לאחרונה בעתירות חוק ההסדרה (עניין טילוואד, פסקה 64). אכן, "נדבך מרכזי של שלטון החוק טמון בידיעתו של כל מפר חוק כי בעשותו כן הוא צפוי לסנקציה עונשית מאורגנת מטעם החברה. הגנה על שלטון החוק מחייבת אכיפה שוויונית ובלתי שרירותית, שאחרת ייעשה החוק פלסתר, ייפגע אמון הציבור ברשויות השלטון ויישחק גורם ההרתעה מפני הפרת החוק" (בג"ץ 8171/09 יוסף נ' מועצת התכנון העליונה במנהל האזרחי, פסקה 27 (20.11.2011)).

62. בענייננו, העותרים-המעוררים הצביעו על כך שמבנים רבים בחלקות נבנו באופן לא חוקי, ולגבי חלקם אף ננקטו הליכים שונים לאחר הגשת העתירה. המשיבים 1-4 הטעו כי לראשונה ננקטו הליכי פיקוח כנגד הבנייה הבלתי חוקית רק לאחר הגשת העתירה משום שגורמי הפיקוח באזור סברו, בטעות, שהמבנים האמורים מצויים בתחומי מערכת ההנחיות התקפה, שהסמכות לאכוף את דיני התכנון והבנייה לגביה נתונה לרשות המקומית. בתצהיר המשלים ציינו המשיבים 1-4 כי תפיסה זו "התבררה בדיעבד כשגויה לנוכח העובדה שחלק זה של מערכת ההנחיות חורג משטח צו התפיסה ושהמקרקעין מושא העתירה מצויים בעיקרם מחוץ לתחום השיפוט של המועצה האזורית מטה בנימין בשל היותם מצויים מחוץ לתחום הישוב כוכב השחר". לטענת המשיבים 1-4, סמוך לאחר הגשת העתירה התגלתה השגגה והיא תוקנה באמצעות נקיטת הליכי פיקוח, אך באותו שלב ביקשו המשיבים להשהות את הטיפול בעתירה ואת השלמת הליכי הפיקוח ופינוי הבנייה הבלתי חוקית, עד להכרעה בהליך האזרחי. עתה, משהגענו למסקנה כי למחזיקים אין זכויות שימוש וחזקה בחלקות 13 ו-23 נושא העתירה, יש לכאורה לפעול לסילוק ידם מן החלקות האמורות ולפינוי הבנייה הבלתי חוקית בהן. בהליכים שונים

שהתנהלו בפני בית משפט זה לאורך השנים הציגה פרקליטות המדינה את סדרי העדיפויות שגיבשה לעניין אכיפת הפרות של דיני התכנון והבנייה באזור. כפי שצוין, אכיפת הדין על בנייה בלתי חוקית על קרקע בבעלות פרטית כבענייננו הוגדרה כאכיפה בעדיפות גבוהה (בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון, פסקה 10 (20.08.2014)). לפיכך, במצב הדברים הרגיל היינו מורים כי יש לבצע פעולות אלו בהקדם. עם זאת, בענייננו קיימות נסיבות חריגות הנוגעות להתנהלותה של המדינה לאורך השנים הן ביחס להקצאת השטח ליישוב מצפה כרמים והן ביחס לניהול ההליכים דנן, שלא ניתן להתעלם מהן.

63. כפי שציין המנהל האזרחי בבית משפט קמא, עסקינן בסוגיה מורכבת מבחינה ראייתית-עובדתית (סעיף 96 לסיכומי המנהל האזרחי בבית המשפט המחוזי). גם כעת לא נתבררה עד תום השתלשלות האירועים המדויקת שהובילה למיקומו של מצפה כרמים בחלקות שבהן הוא הוקם לבסוף בשנת 2000. מה שעולה בבירור מהחומר המצוי בפנינו הוא שלמשיבים 1-4 הייתה כוונה מפורשת להעביר את מצפה כרמים לאדמות מדינה או לקרקעות תפוסות שיהיו בתחום התוכנית המאושרת של היישוב כוכב השחר (ראו למשל עדות יאיר בלומנטל, עמ' 268, שורה 9 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי); שנעשו בדיקות בשטח על-ידי הגורמים המוסמכים במנהל האזרחי (עדות בלומנטל, עמ' 258, שורה 12); וכן התקיימו ישיבות מטה בהקשר זה, בדרגים הבכירים ביותר ובכלל זה עם אלוף הפיקוד דאז, רא"ל משה יעלון, שאף העיד שהוא עצמו ליווה את העלייה על הקרקע וראה שהמתיישבים מתמקמים במקום הנכון (עדות רא"ל יעלון, עמ' 39, שורות 4-7).

חרף כל זאת, בסופו של יום, מוקם היישוב במקרקעין פרטיים מוסדרים ולא במתחם שנדון במסגרת דיוני המטה (סיכומי המנהל בבית המשפט המחוזי, סעיפים 23, 67). מר יאיר בלומנטל, מי ששירת כראש תחום תשתית במנהל האזרחי בשנים 1993 – 2005, נשאל על ידי בא-כוח העותרים-מעוררים האם ידע שהקרקע בה מוקם מצפה כרמים היא קרקע פרטית מוסדרת ו"שיש שמה גושים וחלקות שיש להם בעלים", והשיב "בוודאי", והוסיף "לא מעניין אותי" (עמ' 269, שורות 6 – 14). לגישתו, ברגע שהקרקע תפוסה – היא בחזקתו של המפקד הצבאי, ובעליה זכאי לקבל עבודה פיצויים. בהקשר זה הוסיף בלומנטל וציין כי במינהל האזרחי ידעו "שזה מחוץ לצו בגדול" אך הסתפקו בכך שהמיקום היה "בתוך השטח התפוס בפועל, בתחום צו התפיסה, זה לא המפה של הצו, אלא זה בתחום צו התפיסה בפועל" (עדות בלומנטל, עמ' 259, שורות 21-22). פרקטיקה בעייתית זו של חוסר הלימה בין צווי התפיסה והמפות שצורפו אליהם ובין מה שהתרחש בשטח מבחינת התפיסה בפועל, אושרה על ידי גורמים נוספים מטעם המנהל האזרחי שהעידו בבית המשפט המחוזי (ראו למשל עדותו של שלמה מושקוביץ, מנהל

לשכת התכנון המרכזית במנהל האזרחי בין השנים 1980-2012, ולפיה עד אמצע שנות ה-80 בערך לא היה קשר בין הצו ובין המיקום שנתפס בפועל, ראו עמ' 78 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, שורה 27 – עמ' 79, שורה 2). עם זאת, יש לזכור כי בענייננו מדובר בחריגה של מאות דונמים ולא בפער זעיר שניתן להסבירו בקשיים טכניים (דוגמת סימון בטוש עבה על גבי מפה בקנה מידה גדול).

יתרה מכך וכאמור לעיל, העתקת מצפה כרמים (להבדיל מביצוע העסקה המקורית בתחילת שנות ה-80), בוצעה בשנת 2000 ולאחר שכבר בשנות ה-90 התברר כי קביעת גבולות אדמות המדינה באזור לא התבססה על סימון בשטח ועל מיפוי מדויק בסמוך למועד ההכרזה, וכן התברר היקף חוסר ההתאמה בין המפות ההיסטוריות ובין השטח. בשל כך אף הוקם בשנת 1999 צוות שזכה לכינוי "צוות קו כחול" אשר נדרש לפרש וליישם את ההכרזות המקוריות באמצעות זיהוי הגבול המדויק שלהן ותחומי המובלעות שבהן. כאמור לעיל, בעקבות פעילות צוות קו כחול התברר כי לא מעט מקרקעין אשר נחשבו לכתחילה כאדמות מדינה מוכרזות ועליהם הוקמו מבנים לצורכי התיישבות ישראלית באזור – לרבות על פי תכניות מתאר שאושרו כדין – מצויים למעשה מחוץ לתחומי ההכרזה (ומנגד, גם נוספו שטחים לאדמות המדינה המוכרזות, ראו למשל: בג"ץ 1953/19 מועצת הכפר קריות נ' ראש המנהל האזרחי (18.2.2020)).

במילים אחרות, בעת שמצפה כרמים הועתק למיקומו החדש היו הגורמים המוסמכים במנהל האזרחי מודעים לכך שיש אי דיוקים במפות הקיימות. זאת ועוד, באופן ספציפי, במהלך שנות ה-90 של המאה הקודמת התקיימו מגעים בין הממונה ובין ההסתדרות הציונית שמהם עולה כי הממונה היה ער לחריגה מסוימת של תחומי התכנון ומערכת ההנחיות 223 מתחומי צו התפיסה ולבעייתיות המתעוררת עקב כך (מוצג 10-12 למוצגי המערערים). בנסיבות אלה ניתן היה לצפות שרשויות האזור ינקטו משנה זהירות כדי להבטיח שהמיקום שאליו מועבר המאחז אכן מאפשר את הסדרתו.

64. אולם, התמונה המצטיירת מהמסמכים בתיק ומעדויות הגורמים השונים בבית המשפט המחוזי היא של הנחות על גבי הנחות שלא נבדקו כלל (ראו למשל מוצג 34 למוצגי המערערים, סיכום דיון בנושא "כוכב השחר תב"ע 223/1/5" אצל אלוף פיקוד מרכז מיום 7.11.1999 בו צוין: "האלוף הבהיר כי עבודת המטה בנדון היתה לקויה והציבה אותנו במצב בו עלינו לקבל את המצב החדש של העתקת מגורי ההאחזות מצפה כרמים לכוכב השחר, מבלי שנערכה בחינה ראויה לנושא ע"י כלל הגורמים הנוגעים לדבר"). לא זו אף זו. קיימים מסמכים המעידים על כך שלכל הפחות בשנת 2003 – עת הוכר היישוב מצפה כרמים כיישוב עצמאי על ידי רשויות האזור – ידעו גורמים במנהל

האזרחי כי יש קשיים ביחס לשטח שעליו ממוקם מצפה כרמים באותה עת (תצהיר עדות ראשית של עו"ד שלמה פוליטיס, היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון בשנים 1994-2004; מוצג מ/ש/17 למוצגי המשיב 2, מכתב מגב' אריאלה אריש, רכזת תכנון מיפוי ומדידות במנהל האזרחי מיום 11.5.2003, בו צוין כי ביום 1.1.2001 "חתמתי ע"ג התב"ע החדשה 223/4 אך בה 'תיקנתי' את חתימתנו לגבול צו התפיסה"). חרף זאת, נמנעו המשיבים 1-4 מנקיטת פעולות כלשהן בעניין זה עד להגשת העתירה.

התנהלות זו של המשיבים 1-4 אינה עולה בקנה אחד עם חובתן של רשויות האזור לפעול באופן סביר ועל פי כללי המשפט המנהלי החלים עליהן.

65. לכך יש להוסיף את דרך הילוכם של המשיבים 1-4 במסגרת ההליכים דנן. עמדתם הראשונית של המשיבים 1-4 כפי שהוצגה בעתירה הייתה כי היישוב מצפה כרמים מצוי מחוץ לשטח התפיסה וכי אין מנוס מאכיפת הדין ופינוי החלקות. לימים, ואף זאת רק בשלב הסיכומים בפני בית המשפט המחוזי, שינו המשיבים 1-4 את עמדתם ותמכו בגרסת המחזיקים וההסתדרות הציונית לפיה המקרקעין הוקצו כדין במסגרת הסכם ההרשאה. התנהלותם זו של המשיבים אינה ראויה, בלשון המעטה. הלכה למעשה, המשיבים 1-4 דיברו ב"שני קולות" בשני הליכים מקבילים שנגעו למקרקעין נושא העתירה והציגו בהם עמדות הפוכות. המשיבים 1-4 טענו כי עמדתם, כפי שהוצגה במסגרת העתירה וכן לאורך ההליך האזרחי עד שלב הסיכומים, השתנתה לאחר שמיעת העדויות בבית משפט קמא, משום שאז התברר להם כי עדים שהיו בעלי תפקידים ברשויות האזור בתקופות הרלוונטיות מסרו גרסה התומכת בעמדת המחזיקים בחלקות. הסבר זה אינו מניח את הדעת. חזקה על המדינה כשהיא מתבקשת להציג עמדה בפני בית המשפט, כי תערוך טרם הגשתה את כל הברורים הנדרשים. הטענה כי למדה את העובדות רק בעקבות הליך אזרחי שהתנהל ורק לאחר שהגישה את תשובתה בעתירה ואת כתבי הטענות בהליך האזרחי, מעוררת קושי רב.

66. המעט שניתן לומר על התנהלותם זו של המשיבים 1-4 הוא שהיא נגועה ברשלנות של ממש ואף שמן הטעמים שפירטנו לעיל אין די בכך כדי להחיל על המקרה שבפנינו את הוראות סעיף 5 לצו, לא ניתן להשלים עם התנהלות המדינה בפרשה זו ועם התוצאה הקשה שאליה היא מובילה מבחינת המחזיקים. בנסיבות אלה אני סבורה כי, למצער, מוטלת על המדינה החובה למצוא למתיישבי מצפה כרמים פתרון חלופי, שיהיה ראוי והולם בנסיבות העניין. לצורך כך אציע לחבריי להורות כי על המדינה למצוא פתרון כאמור בתוך 36 חודשים וזאת טרם נקיטת כל פעולות אכיפה בחלקות 13 ו-23 (ראו והשוו בהקשר זה: עניין חמאד, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס וכן הערות

השופט ח' מלצר בחוות דעתו; עניין טילוואד, חוות דעתו של השופט ח' מלצר). זאת, מבלי להביע עמדה באשר לכל סעד או זכות אחרת העומדים למחזיקים כלפי המדינה או כלפי ההסתדרות הציונית בנסיבות העניין.

67. באשר לסעד שהתבקש בעניין מערכת ההנחיות 223 החלה על החלקות. כאמור, המשיבים 4-1 הודיעו עוד ביום 19.1.2015 כי לגישתם "קיים טעם לפגם בפריסתן של שתי מערכות ההנחיות 223 ו-223/1 על אותו תא שטח החורג מצו התפיסה [...] שלגביו לא ניתן היה לתכנן מכוח צו 997 והתקנות שהותקנו מכוחו. משכך, נמסר כי המנהל האזרחי יפעל לקיום ההליך התכנוני הנדרש לשם צמצומן של מערכות ההנחיות האמורות, כך שאלו לא תחולנה על השטח החורג". עוד צוין באותה הודעה כי המשיבים 4-1 השלימו את מלאכת הכנתה של מערכת הנחיות חדשה המצמצמת את תחולתן של מערכות ההנחיות החלות על השטח החורג וכי "מערכת ההנחיות החדשה חלה רק בשטחים אשר נתפסו בצו תפיסה מס' 18/80/ת". הוטעם כי מערכת ההנחיות החדשה תובא למוסדות התכנון השונים לבחינה ואישור. ביום 29.10.2015 הוסיפו המשיבים 4-1 ועדכנו כי מספרה של מערכת ההנחיות החדשה שתוכנה הוא 223/5 והיא עתידה ליצור התאמה מלאה בין היקף צו התפיסה למערכת ההנחיות. כמו כן צוין כי ביום 21.10.2015 דנה מועצת התכנון העליונה במערכת ההנחיות הנ"ל ובתום הדיון הוחלט לאשר את הפקדתה להתנגדויות, בכפוף למספר בדיקות ותיקונים. כשנה לאחר מכן, ביום 22.9.2016, הודיעו המשיבים 4-1 כי בטרם תכריע ועדת המשנה להתנגדויות סופית בהתנגדויות שהוגשו לה נדרשות שלוש השלמות בתכנית. העותרים מצדם הודיעו כי אין להם עניין ישיר בשלוש הסוגיות בהן נדרשה השלמה, וכי ככל שיהיו להם השגות בעניינים אלה הם יעלו אותן בפני מוסדות התכנון והבנייה.

68. ביום 7.6.2017 הודיעו המשיבים 4-1 כי גורמי המקצוע במנהל האזרחי השלימו את העבודה המקצועית לשם אישורה של מערכת ההנחיות החדשה. עם זאת צוין שם כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי בשלב זה ועד להכרעה בעתירות בעניין טילוואד אין מקום לקבל החלטה סופית לגבי מערכת ההנחיות. במסגרת הבהרה שהתבקשו להגיש, הודיעו המשיבים 4-1 כי לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, ככל שחוק ההסדרה יוסיף לעמוד בתוקפו, תחול על המדינה חובה להשלים את הליכי התכנון לגבי המקרקעין שעליהם הוקם מצפה כרמים. על כן, כך לשיטתו, מוטב להימנע בשלב זה מביצוע בפועל של צמצום מערכת ההנחיות ביחס לשטח. וכך צוין בהודעת המשיבים 4-1 בהקשר זה:

"מבחינה משפטית לכאורה ניתן היה לצמצם את מערכת ההנחיות ולאחר מכן, בכפוף להשלמת הבדיקה ביחס

ליישוב וההכרעה בעתירה כנגד חוקיותו של החוק, לפעול להסדרה תכנונית. לדעת היועץ המשפטי לממשלה לא יהיה נכון לפעול בדרך זו משום שצמצום מערכת ההנחיות בשלב הזה תעמוד במגמה הפוכה להסדרה התכנונית הנדרש בהתאם להוראות החוק, וזאת בטרם הוכרעה שאלת חוקתיותו. אכן, צמצום מערכת הנחיות כעת, בטרם התבררה חוקתיותו של חוק ההסדרה, עלולה ליצור מצב שבו רשויות האזור מצמצמות את מערכת ההנחיות מחד גיסא ומיד לאחר מכן נדרשות לנקוט פעולות שונות לבחינה, בין היתר, של ההסדרה התכנונית של הבינוי במקום".

69. כפי שכבר צוין לעיל, בצו 997 נקבע כי תכנון מכוחו יתבצע אך ורק בשטח התפוס בצו תפיסה לצרכים צבאיים. מערכת ההנחיות אינה מקנה זכויות בקרקע, היא אינה מהווה בסיס לקביעות קנייניות, ואין בכוחה אלא לקבוע מנגנון המנחה כיצד יוצאו היתרי בנייה (ראו תקנה 5(א) לתקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון), התשמ"ה-1985). לפיכך, בלא צו תפיסה בתוקף – אין לתכנון בשטחו כל תוקף ודינו בטלות, כפי שלמעשה טענו אף המשיבים 1-4 לאורך ניהול ההליך בעתירה. עתה משהעתירות בעניין סילואד הוכרעו יש לאפשר לגורמי התכנון באזור להשלים את הפעולות הדרושות לשם אישורה של מערכת ההנחיות החדשה, ככל שלא עשו כן עד כה. לפיכך, אציע לקבוע כי על המדינה לפעול בתוך שישה חודשים מיום מתן פסק דין זה לקידום אישורה של מערכת הנחיות חדשה.

בג"ץ 953/11 – סיכום

70. אציע לחבריי כי יינתן על ידינו צו מוחלט המורה כי תופסק כל פעילות בנייה והכשרת הקרקע בחלקות 13 ו-23 בגוש מס' 19 באדמות הכפר דיר ג'ריר ותימנע הקמתם של מבנים בלתי חוקיים במקום. כמו כן אציע כי יינתן צו מוחלט המורה שהמבנים המצויים בחלקות האמורות שנבנו שלא כדין יפוננו, אך זאת לאחר שיימצא למחזיקים בתוך 36 חודשים מיום מתן פסק הדין מענה חלופי ראוי והולם בדרך של הקצאת קרקע חלופית ומבנים חליפיים או העתקת המבנים הקיימים אליה. עוד אציע לקבוע כי על המדינה לפעול בתוך שישה חודשים מיום מתן פסק דין זה לקידום אישורה של מערכת הנחיות חדשה.

71. אין להקל ראש במשמעות הקשה והכואבת של החלטה זו עבור התושבים שהשתקעו במצפה כרמים והקימו בו בית, משפחה וקהילה. כבר נפסק כי "סביבת המגורים של אדם היא כמובנים רבים ההקשר המשפיע והמעצב ביותר את חייו ואת ההזדמנויות שייקרו בדרכו. [...] השכונה בה מתגורר אדם והקהילה במסגרתה הוא מבלה את חייו משפיעות גם על עיצוב זהותו" (רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 28 לחוות הדעת של השופט מ' מזוז (19.8.2019)). במידה רבה, מצב הדברים שנוצר במקרה זה רובץ לפתחה של המדינה ושל ההסתדרות הציונית, ובהינתן המסקנה כי לא ניתן להחיל במקרה זה את הוראות סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, אין מנוס מן התוצאה שאליה הגענו.

72. סיכומם של דברים: אציע לחבריי לקבל את העתירה בבג"ץ 953/11 כמפורט בפסקה 70 לעיל וכן לקבל את הערעור בע"א 7668/18 ולבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא כמפורט בפסקה 53 לעיל. עוד אציע לחייב את המשיבים 1-4 בבג"ץ 953/11 וכן את המשיבה 38 בערעור (המשיבה 53 בבג"ץ) בהוצאות משפט ושכר טרחת המערערים-עותרים בסכום של 25,000 ש"ח.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לאמור בחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה, ולתוצאות המוצעות על ידה בעתירה ובערעור.

אחרי שעיינתי בחוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל – לא ראיתי לשנות מעמדתי, בשים לב לכך שמשיבי הממשלה גרסו בעמדתם הראשונית, בתשובה לעתירה המתוקנת, כי מצפה כרמים איננו נכלל בשטח צו התפיסה ולפיכך הממונה לא יכול היה להקצות את חלקות 13 ו-23 להסתדרות הציונית, והיא מצידה ממילא לא היתה יכולה לאפשר התקשרות עם המתישבים בהסכמי בר-רשות ביחס לחלקות אלו, הכל כמפורט בחוות דעתה של חברתי הנשיאה (וראו במיוחד – פסקה 11 שם). השינוי שחל יותר מאוחר בגישת המינהל האזרחי – לא ניתן לו הסבר במישור העובדתי והמשפטי, העומד במבחני הפסיקה.

מבלי לגרוע מהאמור לעיל ובהמשך לדברי ב-בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (25.12.2014) וב-בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (09.06.2020), דומה

עלי כי נוכח מעורבותם של משיבי הממשלה והגורמים המיישבים בשיכון תושבי "מצפה כרמים" במקום בו הם מתגוררים כעת – מוטלת עליהם חובה למצוא למתיישבים, במסגרת הזמן שנקצב ע"י הנשיאה, חלופות מגורים הולמות ו/או פיצויים, וראוי להתחיל לפעול בנושא זה מיידית.

בהקשר זה יש גם לבחון מחדש באם המחשבה המקורית שהניעה בשעתו את הנוגעים בדבר – לנסות ולישב את "מצפה כרמים" על קרקעות מדינה, במשבצת התכנונית של כוכב השחר במיקום שיאפשר למיתחם אופק של פיתוח והסדרה – עדיין בת-ביצוע. בדרך זו – אם תימצא לה היתכנות – תישמר אף המסגרת הקהילתית והקירבה לישוב הסמוך. כך יושגו גם כל האיזונים המתחייבים בנסיבות – התקפים ואמורים לנהוג מאז הלכת בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979).

המשנה לנשיאה

השופט נ' הנדל:

1. חברתי, הנשיאה א' חיות, פרשה יריעה רחבה ומלומדת. ברם, דעתי שונה במספר סוגיות, וכך גם התוצאה שאליה הגעתי. דעתי היא כי דין הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי להידחות, ודין העתירה שהוגשה לבית המשפט הגבוה לצדק להימחק. חברתי הציגה תמונה מפורטת של הרקע הנדרש, ולכן אתמקד בנתונים הרלוונטיים לשם הצגת עמדתי.

תיק זה עוסק ב"תאונה משפטית". ההסתדרות הציונית התקשרה עם הממונה מכוח הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הממונה והצו) בהסכם הרשאה הנוגע למקרקעין מסוימים. בשלב מסוים התקשרה בהסכם המקנה זכויות במקרקעין לגורם שלישי – תושבי ההתיישבות "מצפה כרמים" (להלן: התושבים) – שאף הציב או בנה בתים במקרקעין. בהליך קמא טענו התושבים כי המקרקעין מושא המחלוקת נתפסו בידי המפקד הצבאי, שהעבירם לניהול הממונה. לפי קו זה, כלל לא מדובר בתאונה משפטית, שכן הממונה העביר כדין את החזקה במקרקעין לידי ההסתדרות הציונית, וזו הייתה רשאית להעביר זכויות לידי התושבים. קו זה לא התקבל בבית המשפט המחוזי (ת"א (י-ם) 13-11-29754, כב' השופט א' דראל), שקבע כי לא הוצגה תשתית ראייתית מספיקה המבססת את הטענה שהמקרקעין נתפסו בידי המפקד הצבאי. מכאן שמדובר במקרקעין שלא נתפסו, והעברת הזכויות בהם לידי גורמים שונים נעשתה בניגוד לדין. נגד קביעה עובדתית זו לא נשמעו

טענות בהליך זה ואין מקום להתערב בה. ועדיין – פתחנו בכך שמדובר בתאונה משפטית, ולא ב"מחטף משפטי", שכן נקבע בבית המשפט המחוזי שהעברת הזכויות נעשתה מתוך אמונה שגויה של הצדדים לחוזה כי המקרקעין אכן נתפסו בידי המפקד הצבאי, ולא מתוך קנוניה או כוונה להשתלט על זכויות שלא כדין. נוצר פער בין המצב (העובדתי והמשפטי) הנכון למצב שהיה בתודעתם של הגורמים השונים. כך הוצגו הדברים לתושבים. אכן, יש תאונה ויש תאונה. לעיתים צד לתאונה אינו נושא בכל אחריות להתרחשותה, ולפעמים תאונה נגרמת בגלל כשל קשה של אחד הצדדים לה. בתווך מצויים מקרים רבים ומגוונים. התאונה המשפטית אצלנו מעוררת את השאלה מה צריכות להיות תוצאותיה. האם מידת האחריות של הצדדים להסכם לתאונה שנוצרה מובילה להותרת העסקה בתוקף, או שיש לקבוע כי אין כל תוקף לעסקה שנערכה ואין לצדדים לה כל זכויות במקרקעין.

הניסוח המשפטי הקונקרטי של השאלה האחרונה הוא האם חל סעיף 5 לצו. מסכים אני עם חברתי הנשיאה כי הסעיף קובע "מעין תקנת שוק" החלה ביהודה ושומרון. מכוחה של תקנת שוק זו ניתן, לעיתים, לתת תוקף לעסקה גם במקרים שמתברר כי מדובר בתאונה משפטית וכי לממונה לא היו כל זכויות במקרקעין. השאלה שבמרכז הליך זה היא האם רכשה ההסתדרות הציונית, על יסוד (מעין) תקנת שוק זו, זכויות כלשהן במקרקעין מושא המחלוקת. התשובה לשאלה זו משליכה, כמובן, על זכויותיהם של התושבים. שאלה מקדמית במסגרת סעיף 5, שבה יש לדון לפני השאלה המרכזית, היא האם בכלל נערכה עסקה ביחס למקרקעין. המערערים טענו, בהליך קמא ובהליך זה, כי העסקה שבוצעה בין הממונה להסתדרות הציונית לא כללה גם את המקרקעין שעליהם הוקמה מצפה כרמים, אלא רק מקרקעין אחרים. לפי גישה זו, מצפה כרמים הוקמה על מקרקעין שכלל לא בוצעה עסקה לגביהם, וממילא אין כל צורך או אפשרות לבחון את יתר תנאי תקנת השוק בנסיבות העניין. לכן יש לבחון תחילה האם העסקה כללה גם את המקרקעין שעליהם הוקמה מצפה כרמים.

סדר הילוכנו יהיה אפוא כך: בפתח הדברים נדרש לשאלה המקדמית בדבר תחולת העסקה על המקרקעין שעליהם מצויה כיום מצפה כרמים. לאחר מכן, ובכפוף למסקנה, נעבור לדון בשאר תנאי תקנת השוק הקבועה בסעיף 5 לצו והתקיימותם במקרנו: קיומה של עסקה עם "אדם אחר", מחשבה של הממונה כי מדובר ברכוש ממשלתי, תום לב מצד הצדדים לעסקה וטענות נוספות שהועלו ביחס לתחולת הסעיף על מקרנו. לבסוף נדון בעתירה שהוגשה לבג"ץ, שתוצאתה קשורה להכרעה בערעור האזרחי.

א. האם המקרקעין נכללו בעסקה

2. השאלה המקדמית היא, למעשה, מה היו פרטי ההסכם בין הממונה להסתדרות הציונית – האם נכללו בו, לצד מקרקעין אחרים, גם המקרקעין דנן? תוכנו של ההסכם תלוי בכוונת הצדדים לו, ומטעם זה ממצאי העובדה בהליך קמא נשענו גם על עדויות גורמים השונים שהיו מעורבים בביצוע העסקה. ודוק, קביעת פרטי העסקה ואומד דעת הצדדים לה ייחודיים במקרה זה. על פי רוב, פירושו של חוזה כבית המשפט נדרש במקום שבו הצדדים חלוקים בשאלת הפרשנות, ויש להכריע לטובת אחד מהם. במקרה כזה יש לקבוע את אומד דעת הצדדים בעת כריתת החוזה בהתאם לתורת הפרשנות הנוהגת בדין הישראלי, תוך בחינת לשון החוזה, נסיבות כריתתו, תכליתו, התנהגות הצדדים ועוד. שונה הוא המצב כאשר אין מחלוקת בין הצדדים לחוזה. במקרה כזה הדגש אינו מונח דווקא בלשון החוזה או בנתונים אחרים, אלא בכוונתם המוסכמת של שני הצדדים. אם לצדדים ישנה "שפה פרטית", או שלא כל פרטי החוזה שנכרת באו לידי ביטוי בנוסחו החתום, ככלל כוונתם המשותפת היא הקובעת: "טול את ראובן האומר לשמעון: אני מציע למכור לך סוס שבבעלותי במחיר פלוני. שמעון משיב כי הוא רוצה לקנות את סוסו של ראובן באותו מחיר. שני הצדדים התכוונו למכונה ישנה שבידי ראובן, אשר בלקסיקון של שניהם מכונה 'סוס'... מלשוננו הברורה של החוזה – שעניינו קנייה ומכירה של סוס – עולה כי אומד דעתם של הצדדים הוא במכירתה של חיה ההולכת על ארבע המכונה בעברית 'סוס'... מה טעם יש להכיר בחוזה בעל תוכן זה, כאשר שני הצדדים גמרו בדעתם למכור מכונה ישנה, אשר הנסיבות החיצוניות מלמדות כי הם כינו אותה 'סוס'? כלל הוא כי 'בקביעת מיתחם המשמעויות הלשוניות של הטקסט החוזי... פועל הפרשן כבלשן. הוא שואל עצמו, מהן המשמעויות שניתן ליתן, בשפה שבה נכרת החוזה – אם לצדדים לקסיקון משלהם, במסגרת לקסיקון זה – ללשונו" (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא א' ברק (1995). וכן ראו רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ, פסקה ה' לחוות דעתי, פ"ד סה(2) 563 (2012)). לאמור, אם שני הצדדים מסכימים כי למרות שבחוזה כתוב "סוס" הכוונה היא למכונה כלשהי – הסכמת הצדדים היא המפתח לקביעת אומד דעתם, חרף לשונו המפורשת של החוזה.

כאן, כפי שיובהר, יש כיום – בניגוד לשלבים קודמים של ההליכים – הסכמה בין צדדי העסקה ביחס לפירושו של החוזה שנחתם ופרטיו. כפי שנראה להלן, הסכמה זו הייתה קיימת גם בין העדים שהיו מעורבים ביחסים בין הצדדים "בזמן אמת" – הן מטעם המינהל האזרחי והן מטעם ההסתדרות הציונית. הקושי בתיק זה לא נובע ממחלוקת בין הצדדים להסכם, אלא מטענתו של גורם שלישי – בעלי המקרקעין – כי עמדת הצדדים כיום ועמדת העדים שפעלו מטעמם בעבר אינה משקפת את העסקה שנערכה בזמן אמת. לפיכך אין לפנינו שאלה של "פרשנות חוזה", לפחות לא במובן הרגיל של כותרת זו או

במובן של סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. לסיכום נקודה זו, השאלה אינה כיצד יש לפרש את החוזה בין הצדדים בהתאם לתורת הפרשנות הנוהגת בדין הישראלי, לצורך הכרעה בין שני צדדים נצים, אלא האם בכוח הראיות שהוצגו – וכיניהם לשון החוזה והמפות שצורפו לו – לסתור את עמדת הצדדים לחוזה כיום ואת עדויות הגורמים השונים שפעלו מטעמם בעבר. לשון החוזה אצלנו אינה אלא ראייה נסיבתית שנועדה להעריך את ההסכמה הנוכחית בין הצדדים – האם ניתן ליישבה עם החוזה שנחתם בפועל? זוהי המסגרת לדיון העובדתי.

בית המשפט המחוזי קיבל בהקשר זה את העמדה שהציגו הצדדים לחוזה – ההסתדרות הציונית באופן נחרץ ונציגי הממונה באופן מסויג יותר – וקבע את פרטי העסקה ואת אומד דעת הצדדים על יסוד העדויות שנשמעו ונתונים נוספים. חברתי ציינה כי יש קושי באימוץ עמדתו של בית המשפט המחוזי, אולם לא קבעה מסמרות בסוגיה זו, שלא נדרשה להכרעה לצורך מסקנתה. לצורך מסקנתי ההכרעה נדרשת, ולדעתי אין להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו בהליך קמא ביחס לאומד דעת הצדדים ופרטי העסקה בין הממונה להסתדרות הציונית, הגם שקיים שוני מסוים בין עמדתי לניתוח של בית המשפט המחוזי. לשם הבהרת שוני זה, ובטרם נציג את העדויות ויתר הראיות, יש להציג את לוחות הזמנים הרלוונטיים להכרעה. כאמור בפתח חוות דעתי, על רקע התמונה העובדתית המפורטת שפרשה חברתי הנשיאה אסתפק בהתייחסות תמציתית הממוקדת בהכרעה.

3. בשנת 1981 נערך הסכם הרשאה בין הממונה להסתדרות הציונית, שבו נמסר לידי ההסתדרות הציונית שטח מקרקעין מסוים, שלגביו יצא צו בדבר תפיסת מקרקעין. לפי ההסכם, השטח נמסר לידי ההסתדרות לשם הקמת יישוב ופיתוחו. ההסכם נחתם לתקופה של חמש שנים, ובפועל נחתמו הסכמי הרשאה נוספים בשנים 1985, 1990, 1995 ו-1997, שאז נחתם הסכם הרשאה למשך 49 שנים. על חלק מן המקרקעין הוקם היישוב כוכב השחר. בשנת 1982 אושרה להפקדה תכנית מתאר מפורטת (שמספרה 223) ובשנת 1995 אושרה תכנית מתאר מפורטת ליישוב כוכב השחר (שמספרה 223/1) (להלן: תכנית המתאר). שתי התוכניות כללו גם את המקרקעין מושא המחלוקת, הגם שבמסגרתה הם אינם מיועדים למגורים. בשנת 1999 הועתקו מבני מצפה כרמים ממיקום אחר, שלא נכלל בהסכם בין הממונה לסוכנות, למיקומם הנוכחי במקרקעין מושא המחלוקת. הרקע להעתקת מיקום ההתיישבות היה "הסכם המאחזים" ויוזמתו של ראש הממשלה ושר הבטחון אהוד ברק, לתת מענה לסוגיית המאחזים. ביחס למצפה כרמים הוחלט כי המאחז יועתק למיקום אחר, שיפתח פתח להסדרה עתידית שלו. מסיבה זו הוחלט על העברה

לשטח שעליו חלה תכנית המתאר, במקביל לשינוי הייעוד של המקרקעין הספציפיים במסגרת תכנית המתאר למגורים.

לפי המפות שצורפו להסכמים שנחתמו לאורך השנים בין הממונה להסתדרות הציונית, ולכאורה גם לפי לשונם, המקרקעין שעל גביהם מצויה מצפה כרמים כיום אינם נכללים במקרקעין שהוקצו לסוכנות היהודית. זה היסוד לטענת המערערים, לפיה כלל לא נערכה עסקה ביחס למקרקעין שעליהם שוכן היישוב, וממילא אין מקום לקבוע כי עומדת להם מעין תקנת שוק. בשונה מכך, בית המשפט המחוזי סבר כי למרות האמור בחוזה – בפועל הוקצו המקרקעין לסוכנות עוד בתחילת שנות השמונים. לאמור, נוצר פער בין המפות שצורפו להסכמים לעסקה שנערכה בין הצדדים בפועל. הבסיס המרכזי לקביעה זו היה האפשרות שנקבעה בהסכם ההרשאה לכך שגבולות ההרשאה ישתנו בעתיד, בשילוב הראיות הבאות: הפקדתה בשנת 1982 של תכנית המתאר, שהממונה חתם על גביה ושכללה שטח גדול יותר מזה שנכלל במפה שצורפה להסכם בשנת 1981 – שטח שבו נכללים המקרקעין מושא המחלוקת. לצד זאת ניתן משקל לעדויותיהם של מספר גורמים: הממונה דאז, מר יהודה נהרי, וכן גורמים נוספים שהיו מעורבים באישורה של התכנית, והעידו שהסברה הייתה כי שטח התכנית משקף את השטח שנתפס בידי המפקד הצבאי ושהוקצה להסתדרות הציונית.

ביחס לראיות אלה טענו המערערים כי קיים קושי להתבסס על הפקדת תכנית המתאר משנת 1982 ועל עדותו של מר נהרי. אשר לעדות זו, עולה כי מר נהרי עצמו לא זכר את העסקה ואת פרטיה. עדותו הייתה כי לא היה חותם על התכנית משנת 1982 אלמלא היו מוצגות לו מפות מעודכנות, השונות מאלה שצורפו להסכם עם הסוכנות. אם כן, עדות זו אינה מבוססת על נתונים שקלט העד בחושיו ושמר בזכרונו, אלא על הנחה שאף אחד מן הגורמים המעורבים בעסקאות בראשית שנות השמונים – לרבות הממונה עצמו – לא התרשל במלאכתו. ברם, לשיטתי אין הכרח להידרש בפירוט לטענות אלה, המתיימרות לקבוע את כוונת הצדדים בתחילת שנות השמונים, שכן העיקר מצוי דווקא בראיה אחרת שלה נתן בית המשפט המחוזי משקל בהקשר זה – התנהלותם של הגורמים מטעם הממונה והמינהל האזרחי, ההסתדרות הציונית וגורמים נוספים ביחס לאירועים שהתרחשו לקראת סוף שנות התשעים, בסמוך למועד שבו הוקמה מצפה כרמים במיקומה הנוכחי. אבהיר את עמדתי.

4. בית המשפט המחוזי דן בשתי שאלות חופפות – האם סברו הצדדים במועדים הרלוונטיים כי המקרקעין נתפסו בידי המפקד הצבאי, והאם הקצה הממונה להסתדרות הציונית את המקרקעין במסגרת הסכם ההרשאה. החפיפה בין השאלות עולה מכל

העדויות והמסמכים: הממונה התכוון להקצות להסדרות את כל המקרקעין שנתפסו, לדעתו, בידי המפקד הצבאי, אך לא מעבר לכך. מדובר בשאלה "חד-חד-ערכית". לאמור, אם המקרקעין נתפסו, לדעת הממונה, הם גם הוקצו להסדרות, ואילו אם סבר הממונה כי המקרקעין לא נתפסו – הם גם לא הוקצו להסדרות. כך מצד הממונה וכך גם מצד ההסדרות – לא נטען כי היא ביקשה או קיבלה זכויות גם במקרקעין שלא נתפסו בידי המפקד הצבאי, אלא נטען כי שני הצדדים להסכם סברו כי המקרקעין מושא המחלוקת נתפסו בידי המפקד, ולאור עמדה זו נכללו בהסכם ההרשאה. לכן הראיות שהוצגו ונשמעו בבית המשפט התמקדו בשאלה האם הגורמים השונים סברו, בתקופות שונות, כי המקרקעין נתפסו בפועל. חשוב להדגיש כבר עתה כי כעת עוסקים אנו באומד דעתם של הצדדים להסכם – האם חשבו, תהא הסיבה לכך אשר תהא, כי המקרקעין אכן נתפסו. המיקוד באומד הדעת נובע מהשאלה שעל הפרק – מה נכלל בחוזה, שתוכנו תלוי בכוונת הצדדים. אין אנו עוסקים כרגע בשאלה האם הייתה הצדקה לעמדת הצדדים לעומת המצב בשטח. בשאלה זו נעסוק בהמשך – בעת הדיון בסוגיית תום הלב.

5. בית המשפט המחוזי קיבל את העדויות שנשמעו בפניו בהקשר זה, לפיהן בשנת 1999 הייתה כוונה כנה להסדיר את מצפה כרמים באופן קבוע, על אדמות שנתפסו בידי המפקד הצבאי, ועל רקע זה נבחר מיקומה החדש. עוד התקבלו העדויות לפיהן סברו כל הצדדים להסכם ההרשאה – וכך גם היועץ המשפטי ליהודה ושומרון במינהל האזרחי – כי המקרקעין נכללים בהסכם ההרשאה שהיה תקף במועד זה, גם לפי בדיקה שנעשתה בנושא (פסקה 136 לפסק הדין קמא). המרכזיות מבין עדויות אלה יפורטו כעת, מפאת חשיבות הדברים לדיון הנוכחי ולדיון בסוגיית תום הלב בהמשך.

6. מספר עדים שהיו מעורבים בהקמת מצפה כרמים בשנת 1999 העידו בפני בית המשפט המחוזי. חלק מן העדים פעל גם מטעם הממונה או האיר את נקודת מבטם של גורמי המינהל האזרחי. מר יאיר בלומנטל, ששימש בין השנים 1993-2005 כראש תחום תשתית במנהל האזרחי, העיד כי היה זה שהמליץ על בחירת המיקום של מצפה כרמים בשנת 1999. לפי עדותו הגיע למסקנה זו יחד עם גורמי מקצוע נוספים, ולאחר שהתייעץ בנושא גם עם הממונה ועל יסוד הסכם ההרשאה בין הממונה להסדרות (סעיפים 5-6 לתצהירו, עמודים 262, 270 לפרוטוקול). במסגרת עדותו הציג ראיות שתומכות בעמדתו ושהובילו אותו אליה מלכתחילה: ראשית, הוא טען כי התבסס על סימונים שראה בשטח – כגון גדר "תלתלית" – ושלפי נהלי העבודה והעמדה המשפטית באותה העת סבר כי הם עדיפים על פני הסימונים השונים במפות. שנית, נטען כי השטח נכלל בתוכנית המתאר, ואישורה של התכנית מהווה ראיה לכך שמדובר בשטח שנתפס על ידי המפקד הצבאי, ובהמשך לכך הוקצה לסוכנות במסגרת הסכם ההרשאה: "עצם קיומן של

התכניות מעיד על כך שעסקינן בקרקע תפוסה שכן אין כל אפשרות לתכנן בקרקע פרטית שאינה תפוסה. אלמלא היתה הקרקע תפוסה, לא היו לגביה תכניות בנות תוקף, שקיבלו את אישור כל הגורמים המקצועיים (ובהם הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, מנהלת לשכת התכנון והממונה מכוח צו 997) (פסקה 7 לתצהיר).

שני עדים נוספים הציגו את נקודת מבטם של גורמי המינהל האזרחי לאורך השנים. אמנם גורמים אלה לא היו מעורבים ישירות בעריכת ההסכמים בין הממונה לסוכנות, אולם הם העידו על נושאים קשורים שזורים אור על העמדה שרווחה אצל גורמי המינהל האזרחי גם בסוף שנות התשעים. הראשון הוא מר שלמה מושקוביץ, שהיה מנהל לשכת התכנון המרכזית במנהל האזרחי בין השנים 1980-2012 והיה אחראי על אישור תכניות המתאר בשטחים שנתפסו בתפיסה צבאית; והשני הוא מר שלמה פוליטיס, שהיה היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון. מר מושקוביץ העיד כי בעת החתימה על הסכם ההרשאה הראשון, הממונה לא ידע מהו המיקום המדויק ומהם הגבולות המדויקים של השטח, שלא תאמו בהכרח למפות שצורפו להסכם (עמודים 78-79 לפרוטוקול). הוא ציין בעדותו גם כי עמדתו ועמדת כל גורמי המקצוע הרלוונטיים הייתה, בעת הליכי אישור תכנית המתאר משנת 1982, כי הקרקע שעליה ממוקמת מצפה כרמים הייתה תפוסה בתפיסה צבאית. מר פוליטיס העיד כי המיקום של מצפה כרמים נבחר, בשנת 1999, לנוכח תחולתה של תכנית המתאר עליו, וכי ההנחה הייתה שמדובר במקרקעין תפוסים שהוקצו לצורך הקמת היישוב כוכב השחר, כמעין שטח פיתוח עתידי ליישוב (עמודים 104-105 לפרוטוקול).

מטעם ההסתדרות הציונית העיד מר יוסי שגב, סגן מנהל חטיבת חוזים, בטחונות וקרקעות בחטיבה להתיישבות, שהיה מעורב בחתימה על הסכמי ההרשאה. לפי תצהירו, הנוהג דאז היה כי גבולות ה"משבצת" הסופיים לא היו נקבעים בהסכם ההרשאה עצמו, אלא בתוכנית המתאר (שמכונה גם "הנחיות") שהייתה מאושרת בסופו של דבר ביחס למקרקעין. עוד העיד כי תפיסה זו הייתה משותפת לממונה ולהסתדרות, וכך היה גם במקרה דנן, שבו שיתף הממונה פעולה עם ההסתדרות וחתם על התכנית שאותה יזמה (סעיפים 7-9 לתצהיר). תכנית המתאר שאושרה כללה גם את המקרקעין שעליהם הוקמה בשנת 1999 מצפה כרמים, לנוכח הנחת כל הצדדים להסכם ההרשאה כי מקרקעין אלה, שנכללו בתכנית המתאר, נכללים גם בהסכם ההרשאה. הוא הוסיף כי ההסתדרות לא הייתה מקצה את השטח למתיישבים אלמלא הייתה בטוחה כי השטח הוקצה לה כדין מאת הממונה (שם, סעיף 9).

עדות נוספת שיכולה לשפוך אור על עמדתם של הצדדים "בזמן אמת" היא עדותו של רב אלוף במילואים משה יעלון, שהיה בשנת 1999 אלוף פיקוד המרכז. לפי עדותו, בשנת 1999 ועל רקע "הסכם המאחזים", בחרו אנשי המינהל האזרחי – ובאישור היועץ המשפטי ליהודה ושומרון – מיקום חלופי למצפה כרמים, הוא המיקום שעליו נבנתה ההתיישבות בפועל (פסקאות 7-8 לתצהיר). האלוף יעלון העיד כי במסגרת הדיון שנערך אצלנו בנושא לא עלתה טענה – מצד ההסתדרות או מצד גורמי המינהל האזרחי – כי לא מדובר במקרקעין תפוסים אלא במקרקעין שמצויים בבעלות פרטית בלתי מסוייגת (עמוד 20 לפרוטוקול). הוא הוסיף כי ליווה בעצמו את עליית התושבים לקרקע, ווידא בעצמו כי הם מתיישבים במקום הנכון לפי הדיונים שנערכו (עמוד 22 לפרוטוקול).

7. מעדויות אלה, שערכאה קמא מצאה אותן מהימנות וביססה חלק מהכרעתה עליהן, ניתן ללמוד כי בשנת 1999, בעת שמוקמה מצפה כרמים במיקומה הנוכחי, סברו הממונה, גורמים שונים במינהל האזרחי וההסתדרות הציונית כי המקרקעין מושא המחלוקת נתפסו בידי המפקד הצבאי. כתוצאה מכך כללו אותם בהסכם ההרשאה, שהתייחס לכל המקרקעין שנתפסו. מעבר לכך שהעדויות מחזקות זו את זו לעניין כוונת הצדדים באותה העת, הוצג גם הסבר לעמדה זו – הכללת המקרקעין בתכנית המתאר שאושרה בשנת 1995 ובתכנית שהופקדה בשנת 1982. נתון נוסף שתומך בעדויות אלה הוא הרקע להקמת מצפה כרמים במיקומה הנוכחי – העתקה ממיקומה הקודם למיקום שיאפשר את הסדרתה מבחינה תכנונית. הדבר מעיד על סברה כי המקרקעין נתפסו בידי המפקד הצבאי. אמנם הסכם ההרשאה שעמד באותה העת בתוקף לא נחתם בשנת 1999, אלא בשנת 1997, אולם לפי העדויות שנשמעו לא ארע בשנת 1999 מהפך תפיסתי, אלא דובר על עמדות ידועות שהתבססו על סימונים בשטח ועל תכנית המתאר התקפה. יש אפוא בסיס לקבוע כי בעת החתימה על הסכם ההרשאה הרלוונטי, בשנת 1997, סברו הצדדים להסכם כי המקרקעין מושא המחלוקת הם מקרקעין תפוסים, וממילא התכוונו לכלול אותם בהסכם ההרשאה. מסקנה זו עומדת גם אם נניח כי קיים קושי לקבוע ממצאים עובדתיים ביחס לעמדת הצדדים בתחילת שנות השמונים. יתכן כי במועד זה הייתה הכוונה שונה, ומתוך רשלנות הוכנה תכנית מתאר שלא תאמה את הסכמתם הראשונית של הצדדים, והממונה אף חתם עליה בפועל. אולם בשנים הרבות שחלפו מאז נמצא סימון המעיד, לכאורה, על תפיסה בשטח, ואף אושרה תכנית מתאר חדשה בשנת 1995. בנסיבות אלה הנתון הקובע הוא שבשנת 1997, בעת חתימת החוזה שעומד בתוקף כיום, סברו הצדדים – מסיבה זו או אחרת – כי המקרקעין שנכללו בתכנית המתאר נתפסו בידי המפקד הצבאי, והתכוונו לכלול גם אותם בהסכם ההרשאה. לא זו אף זו, כוונתם זו קיבלה גושפנקא מעשית בשנת 1999, שאז – ועל יסוד ההסכם שנחתם בשנת 1997 – הועתקו התושבים למקרקעין בליווי גורמים שונים מטעם הרשויות.

הנה כי כן, אני סבור כי אין להתערב בממצאי העובדה שנקבעו בערכאה קמא, לפיהם המקרקעין מושא המחלוקת נכללו בהסכם ההרשאה בין הצדדים. כאמור, זוהי העמדה כיום של כל הצדדים להסכם, וכך הבינו אותו גם העדים שפעלו מטעם הצדדים בתקופה הסמוכה לחתימתו. הוצגו גם מספר נתונים חיצוניים שמסבירים עמדה זו, ומדוע סברו כך הצדדים חרף הסתירה למפות שצורפו להסכם ההרשאה. אגב, המעיין בהסכם משנת 1997 יגלה כי הוא עומד בפני עצמו ואינו מתבסס על ההסכמים הקודמים. בנוסף לכך, אמנם צורפה לחוזה מפה של השטח, אך מוסכם על הצדדים כי המפה שצורפה הייתה בכל מקרה מפה שגויה, שלא הייתה זו שצורפה לצו התפיסה. גם אם חלק מן הגורמים התרשלו בבדיקות שהיה עליהם לערוך, או שעמדתם הייתה שגויה הלכה למעשה, לא זו השאלה כעת. בכך נעסוק, כאמור, בעת בחינת תום לבם של הצדדים.

לסיכום החלק המקדמי, יש לקבוע כי הצדדים להסכם סברו כי מדובר בשטח תפוס, ולאור נתון זה התכוונו לכלול גם אותם בהסכם ההרשאה הרלוונטי. כעת, לאחר המעבר בשער, הגענו לשאלה המרכזית שמתעוררת בתיק זה – תחולת יתר תנאי תקנת השוק על העסקה, בראי הקביעה כי הצדדים להסכם ההרשאה טעו, והמקרקעין מושא המחלוקת לא נתפסו בידי המפקד הצבאי.

ב.1. תקנת השוק – כללי

8. זו לשונו של סעיף 5 לצו, הקובע מעין תקנת שוק:

”כל עיסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי.”

הסעיף קובע כי בהתקיים התנאים שנקבעו בו, שעליהם נעמוד כעת, יש לראות את המקרקעין לצורך העסקה כאילו היו כפי שחשבם הממונה. ואצלנו, אם ייקבע כי יש תחולה לסעיף, יש לראות את המקרקעין לצורך העסקה כאילו הם מקרקעין תפוסים, הגם שבבית המשפט המחוזי נקבע כי הם לא נתפסו בידי המפקד הצבאי. לשם הבנה מלאה של הסעיף, יש להבהיר כי תכליתה של תקנת שוק מעין זו אינה לגבור על כל פגם שהוא שנפל בעסקה, כגון עסקה שהיא בלתי חוקית מטעמים אחרים, או להקנות לרוכש זכויות מעבר לזכויות שנכללו בעסקה. את המילים ”לא תיפסל [העיסקה] ותעמוד בתוקפה” יש לקרוא על רקע הסיפא של הסעיף – ”גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי”. כלומר, הפגם שאותו נועד הסעיף להכשיר הוא העובדה שהמקרקעין אינם

רכוש ממשלתי. הסעיף קובע כי למרות גילוי מאוחר זה, ימשיכו לראות את המקרקעין באותו האופן שבו ראה אותם הממונה, בהיבט זה, לצורך העסקה שנכרתה.

סעיף 5 מונה מספר תנאים לתחולתו: עסקה בין הממונה לאדם אחר; תום לב של הצדדים לעסקה; נכס שהממונה חשבו לרכוש ממשלתי גם אם אינו כזה. נפנה לבחון תנאים אלה.

2.2. עסקה בין הממונה לאדם אחר

9. הסכם ההרשאה נערך בין הממונה ובין ההסתדרות הציונית. לאחר מכן העניקה האחרונה זכות של בר-רשות לתושבים. הטענה המרכזית של המערערים בהקשר זה נוגעת למעמדה של ההסתדרות הציונית ביחס לממונה. על פי הנטען, ההסתדרות הציונית פועלת, לעיתים, כגורם ביצועי מטעם המדינה, וכי לא לעסקאות עם גוף כזה תוקנה תקנת השוק. אכן, שאלה היא האם סעיף 5 חל גם על עסקה שנערכה בין הממונה להסתדרות הציונית, מבלי שגורם שלישי התקשר עם ההסתדרות על סמך אותה עסקה. אך בנסיבות תיק זה אפשר להתיר את השאלה לעת מצוא, שכן אצלנו ישנו גורם שלישי – התושבים – שכרת הסכם עם ההסתדרות הציונית בהתבסס על ההסכם שכרתה ההסתדרות עם הממונה. התושבים הסתמכו על ההסכם בין הממונה להסתדרות הציונית בעת כריתת ההסכמים עם ההסתדרות הציונית, ואף עברו למצפה כרמים על יסוד ההנחה שההסתדרות רכשה זכויות שונות מאת הממונה. זאת ועוד, על פי העדויות שנשמעו בבית המשפט המחוזי, ההליכים להעברת מצפה כרמים למיקומה הנוכחי כללו מעורבות של גורמי המינהל האזרחי והצבא, התושבים וההסתדרות הציונית גם יחד. בנסיבות אלה ניתן לקבוע כי בוצעה עסקה בין הממונה לאדם אחר, וניתן להתיר את השאלה מה דינו של הסכם "ערטילאי" בין הממונה להסתדרות הציונית – תמיד או בנסיבות מסוימות – לעת מצוא.

טענה נוספת שהעלו המערערים היא כי כאן לא התרחשה "עסקה", כדרישת סעיף 5 לצו, שכן העסקה לא הסתיימה ברישום במרשם ההרשאות. הבסיס לטענה הוא הוראת סעיף 4(ב) לצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים (יהודה והשומרון) (מס' 569), התשל"ה-1974, הקובע כך: "עסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה ואולם לא יהיה לה כל תוקף לגבי הממונה". המינהל האזרחי והתושבים הציגו מספר תשובות לטענה זו של המערערים, אך נראה לי כי העיקר הוא בכך שהוראה זו לא נועדה לחול על מצב כמו זה שלפנינו, שבו הממונה הוא זה שערך את העסקה, ובוודאי כאשר העסקה יצאה אל הפועל הלכה למעשה תוך יצירת הסתמכות ניכרת עליה. האם ניתן לומר, במקרה כזה, כי לעסקה "לא יהיה כל תוקף" לגבי הממונה? ניסוח הסעיף

באופן השולל את תוקף העסקה לגבי הממונה מלמד, כטענת המינהל האזרחי, כי סעיף 4(ב) לצו בדבר רישום עסקאות נועד לחול בין שני פרטים, אך לא ביחס לעסקאות שהממונה הוא צד להן, ועל אחת כמה וכמה כאשר העסקה הושלמה ובוצעה הלכה למעשה.

3. ב. רכוש ממשלתי

10. תנאי לתחולת סעיף 5 הוא שבשעת העסקה הממונה חשב כי נכס מסוים הוא "רכוש ממשלתי". אצלנו הממונה סבר בשעת העסקה, לפי קביעת בית המשפט המחוזי, כי המקרקעין נתפסו בידי המפקד הצבאי, שהחליט להעבירם לניהולו. השאלה היא מה היחס בין המחשבה כי המקרקעין תפוסים, ובין התנאי של מחשבה כי מדובר ב"רכוש ממשלתי". ביחס לשאלה זו הוצעו שלוש תשובות, המבוססות כולן על החלופות השונות המופיעות בהגדרת "רכוש ממשלתי" בסעיף 1 לצו. ראשית, בית המשפט המחוזי קבע כי מקרקעין התפוסים מכוח צו תפיסה עונים להגדרה של "מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון" (חלופה (2) להגדרה). המינהל האזרחי והתושבים, לעומת זאת, סבורים כי מקרקעין כאלה עונים גם להגדרה הבאה: "רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו" (שם, חלופה (3)). לעומת שתי גישות אלה, טענת המערערים היא כי קיים קושי להגדיר מקרקעין תפוסים לפי כל אחת מהחלופות שהוצעו. כל אחת משלוש העמדות אף זכתה לתמיכה בספרות (ראו למשל חגי ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון" פרק ד.2. (עתיד להתפרסם במשפטים נ (2020) (להלן: ויניצקי). ומנגד ראו רונית לוין-שנור "ללא תקנה: על 'תקנת השוק' במקרקעין באיזור יהודה ושומרון" פרק ה.2. (עתיד להתפרסם במשפטים נ (2020)).

להשקפתי, ההכרעה בין העמדות השונות שהוצגו אינה נדרשת בתיק זה. השאלה שלפנינו אינה האם מקרקעין שנתפסו בידי המפקד הצבאי הם "באמת" רכוש ממשלתי (דהיינו כך יש לראותם מבחינה משפטית); אלא האם תקנת השוק חלה על מצב שבו הממונה סבר בטעות כי מדובר במקרקעין מעין אלה. קרי, איננו עוסקים בהגדרה משפטית אובייקטיבית של "רכוש ממשלתי", אלא רק בפירושו של מונח זה לצורך סעיף 5 לצו. כמובן, הכלל הוא שפרק ההגדרות בדבר חקיקה חל על סעיפיו השונים, אך לכלל זה יש חריג, במקום שבו תכליתו של הסדר ספציפי בחוק מלמדת כי יש לפרשו באופן שונה (ראו למשל סעיף 2 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; ע"פ 250/84 הוכשטט נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 813, 822 (1986); יניב רוזנאי "כשהמחוקק אומר 'דג' – למה הוא מתכוון? על חשיבותן של ההגדרות בחקיקה" עיונים בשפה וחברה 5, 106, 117-115 (2012)). גם אם אניח שהגדרות סעיף 1 לצו אינן חלות על מקרקעין תפוסים –

ולעניין זה פנים לכאן ולכאן, כפי שעולה משלוש העמדות שהוצגו וממחלוקת המלומדים בנושא – עדיין נכון לדון בנפרד בהגדרת "רכוש ממשלתי" במסגרת סעיף 5. בשונה מיתר סעיפי הצו, סעיף 5 אינו בוחן את מעמדם האמיתי של הנכסים שבהם נעשתה עסקה. יכולים הם להיות נכסים תפוסים, נכסים גנובים או נכסים פרטיים לחלוטין, ואין בכל אלה כדי להוציאם מתחולת סעיף 5. השאלה לפי הסעיף היא מה חשב הממונה. הדגש בהיבט זה הוא במחשבתו הסובייקטיבית של הממונה, ולא במעמדו של הרכוש מבחינת האמת המשפטית. מטעם זה יש מקום לבחון את הגדרת "רכוש ממשלתי" ביחס לסעיף 5 גם במנותק מההגדרה ה"נכונה" של רכוש ממשלתי והדינים החלים עליו.

11. ולגופה של הגדרה: בדומה לתקנות שוק אחרות, וכפי שיורחב להלן, תכלית מרכזית של סעיף 5 היא להקל על ביצוע עסקאות עם הממונה וליצור ודאות שתורמת ליציבות השוק. הטכניקה שנבחרה להגשמת התכלית היא פטור של רוכשי הזכויות בנכסים מעריכת בדיקות נרחבות ויזומות, ויכולתם להסתמך – ככלל – על עמדתו של הממונה. אף ניתנת הגנה לאינטרס ההסתמכות שלהם, באופן שמאפשר להם להשתמש בנכסים ללא חשש מפני גילויים מאוחרים. תכליות אלה פורשות כנפיהן על עסקאות שעורך הממונה בנכסים שונים מתוקף תפקידו כמנהלם, לפחות ככל שאין מאפיין ייחודי לסוג מסוים של נכסים או עסקאות שמצדיק את הוצאתם מן הכלל. מהחומר עולה כי בתקופה הרלוונטית הייתה המדיניות של הממונה לערוך עסקאות מן הסוג שנעשה כאן במקרקעין התפוסים שהועברו לניהולו, מבלי שממונה הבחין בין מקרקעין תפוסים למקרקעין שהם רכוש ממשלתי עקב סיבות אחרות. כך, למשל, הוקמו היישוב כוכב השחר, שמצפה כרמים נועדה להיות מעין הרחבה שלו, וכך הוקם לדוגמא היישוב בית אל (ראו למשל בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג 113 (2) (1979)). העסקאות במקרקעין תפוסים, כגון אלה שהובילו להקמת כוכב השחר או בית אל, נערכו במתכונת של העסקאות שנערכו ברכוש ממשלתי אחר: הסכם עם "גורם מיישב" כגון ההסתדרות הציונית, ומתן זכות של בר-רשות לתושבים. ההבחנה בין עסקאות זהות במהותן שביצע הממונה, על סמך השאלה באיזה אופן הגיע הנכס לניהולו של הממונה, מחטיאה להבנת את תכלית ההסדר. הממונה נהג במקרקעין כאלה כב"רכוש ממשלתי" אחר, וכך גם המתקשרים עמו, ואלה הנתונים שמדגיש סעיף 5.

לפיכך מסקנתי היא כי לצורך סעיף 5, "רכוש ממשלתי" הוא גם מקרקעין תפוסים שהועברו מהמפקד הצבאי לניהולו של הממונה לשם עריכת עסקאות שונות, במתכונת דומה לעסקאות שנערכו ברכוש אחר שנמסר לניהולו של הממונה. לכן אין מקום להורות על ביטול העסקה שנערכה בין הממונה להסתדרות הציונית בשל תנאי זה.

12. ועתה הגענו ללב העניין. בתחילת הדברים צוין כי תיק זה עוסק בתאונה משפטית ובתוצאותיה הקנייניות. המסגרת לדיון היא סעיף 5 לצו, וקביעתו כי תנאי למתן תוקף לעסקה הוא עשייתה "בתום לב... בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי". לשאלת תום הלב במקרנו שני שלבים. ראשון, יש לקבוע מהי חובת הבירור שמטיל תום הלב על הצדדים לעסקה. שני, יישום דרישת תום הלב על עובדות ההליך. בית המשפט המחוזי קבע כי תום הלב הנדרש הוא סובייקטיבי, ודי באמונה כנה והגייונית בדבר תקינות העסקה, ואפילו אם אמונה זו מוטעית היא מתוך התנהלות רשלנית. עוד נקבע כי בנסיבות מקרנו הייתה אמונה כזו, ולפיכך מתקיים תנאי תום הלב. חברתי הנשיאה מסתייגת מהניתוח המשפטי שנערך בהליך קמא. לתפיסתה, סעיף 5 לצו קובע אמנם רף סובייקטיבי, אולם מדובר ברף גבוה, המציב אמת מידה קפדנית ביחס לתנאי תום הלב. זאת לנוכח הפגיעה האפשרית בזכויות הקניין, ובפרט כאשר מדובר במקרקעין התפוסים בתפיסה לוחמתית (פסקה 44 לחוות דעתה). נקבע כי יישום כלל זה על נסיבות העניין שולל את תום הלב מהצדדים לעסקה, בעיקר לנוכח קיומם של סימני אזהרה בדבר היותם של המקרקעין בלתי תפוסים, וההזדמנויות השונות לאורך השנים לבדיקת העניין או לעריכת עבודת מטה מסודרת בשטח – שלא נעשתה.

לשם הצגת עמדתי בסוגיה זו, אציג תחילה דרישות תום לב הקבועות בהקשרים אחרים במשפט האזרחי.

13. המונח "תום לב" נזכר בהקשרים שונים במשפט האזרחי. סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 מחילים אותו על דיני החוזים, וסעיף 61 לחוק מחיל אותו, בשינויים המחויבים, גם על "פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". בפסיקת בית משפט זה נקבע – לאחר תקופת מחלוקת – כי חובת תום הלב מטילה על צד לחוזה להתחשב גם באינטרס המשותף לו ולחברו – ולא רק באינטרס שלו – וכי מדובר בסטנדרט "אובייקטיבי": השאלה אינה מה סבר צד לחוזה מבחינה סובייקטיבית, אלא אילו פעולות דורש הדין מצד סביר לחוזה לבצע בסיטואציה הנתונה: "על כל הצדדים לחוזה מוטלת החובה לשתף פעולה זה עם זה ולפעול תוך התחשבות באינטרס המשותף להם בחוזה... אין זה מתקבל על הדעת ואין זה צודק, כי רמת ההתנהגות הנדרשת תהא שונה לכל בעל חוזה, והיא תהא פונקציה של אמונתו הסובייקטיבית שלו בדבר הישר וההוגן. המטען הערכי, הניתן ליושר, אמון והגינות, אינו יכול להיות תלוי בשיקולים סובייקטיביים אלה, אלא הוא נקבע על-ידי סטנדרדים הערכיים הראויים של החברה הישראלית, כפי שבית המשפט מבין אותם מעת לעת"

((בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (1) 828, פסקה 5 (1980) (להלן: עניין שירותי תחבורה). וראו גם רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה (1) 199, פסקאות 5-8 לחוות דעתו של השופט מ' חשין, ולעומתן פסקאות 13-18 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (1999)). גם אם צד לחוזה סבר בכנות כי אין כל פגם בפעולותיו, וכי הוא פועל להגן גם על האינטרס של הצד השני לחוזה – עדיין ניתן לקבוע כי פעולותיו אינן עומדת באמות המידה הנדרשות, באופן שעולה לכדי חוסר תום לב. יחד עם זאת, נקבע כי בחובת תום הלב האובייקטיבית המצויה בדיני החוזים "יש מידה מסוימת של סובייקטיבזציה, שהרי עניין לנו באדם סביר, שהוא צד לחוזה ספציפי, בנסיבות מיוחדות" (עניין שירותי תחבורה, עמוד 836).

לעומת תום הלב החוזי, נקבע בפסיקה כי דרישת תום הלב הקבועה ביחס לרוכש הזכות במרבית תקנות השוק היא "סובייקטיבית", דהיינו "ביושר ובאמונה – ללא ערמה או עצימת עיניים... מעשה שנעשה ביושר לב, בין שנעשה ברשלנות ובין שלא ברשלנות" (ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו (1) 204, 212-213 (1981), תוך התייחסות לתקנות השוק במקרקעין, מיטלטלין ושטרות. וכן ראו עניין שירותי תחבורה, עמודים 835-836. ואולם השוו לתקנת השוק ביחס למשכונות: ע"א 7916/13 ג'אביט נ' רוזן רכב, פסקה 6 (18.6.2014)). יחד עם זאת, גם בתום הלב הסובייקטיבי יש שיעור מסוים של "אובייקטיבזציה", ולעיתים נתונים חיצוניים עשויים להכשיל את תחולת תקנת השוק חרף תום לב סובייקטיבי ואף העדר רשלנות מצד רוכש הזכות. ראשית, בתקנות שוק שונות יש עוד יסודות מעבר ליסוד תום הלב, ואי-קיום של יסודות אלה מכשיל את תחולת תקנת השוק, גם אם רוכש הזכות טעה לחשוב באופן סביר שהיסודות מתקיימים (ראו למשל דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז (2) 632, פסקה 6 (ג) לחוות דעתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן (2003) לעניין רכישה מסוחר כתנאי לתחולת תקנת השוק במיטלטלין; איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח – 1968 695 (פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, 1987)). שנית, וכפי שצוטט, גם הגישה ה"סובייקטיבית" מכילה חריג של חשד ועצימת עיניים. מבחינה ראיתית, השאלה האם רוכש הזכות חשד (מבחינה סובייקטיבית) או רק היה צריך לחשוד (מבחינה אובייקטיבית) מוכרעת פעמים רבות על סמך ראיות אובייקטיביות: עד כמה "זעקו" נתונים מסוימים כי יש לערוך בירורים שונים. ניתן לסבור כי בפועל הסטנדרט עבר אובייקטיבזציה מסוימת, ולו ככלי עזר ראיתי לבחינת המצב הסובייקטיבי של רוכש הזכות.

14. ומה בנוגע לסעיף 5 לצו? כשלעצמי, סבורני כי התמקדות רק בשאלה של אובייקטיביות או סובייקטיביות אינה מסייעת עד תום להבהיר את הכלל המשפטי, לפחות במקרים שאינם מצויים באחד מקצוות ההכרעה. נכון יותר לפרש כל תקנת שוק

גם בהתאם לתכליתה, ולקבוע את סטנדרט ההתנהגות המצופה מן הצדדים לעסקה בשים לב לתכלית זו. לא מדובר בשינוי של הדוקטרינה או של גישת הפסיקה בנושא זה, שככלל מסווגת את המונח תום לב כעניין סובייקטיבי, אלא בהצעת זווית ראייה רחבה יותר, שמאפשרת להבהיר טוב יותר את הכלל המשפטי. ודוק, סעיף 5 קובע דרישה לתום לב – מונח רחב וגמיש. למונח זה יש להקנות את המשמעות הקונקרטית בהקשר של סעיף 5 ושל עסקה עם הממונה. מדובר בהסכם ייחודי. הממונה אינו גורם פרטי שמתקשר בעסקה פרטית, אלא בעל תפקיד. נתונים אלה עומדים ברקע הפרשנות התכליתית הנדרשת.

15. תקנת שוק (או מעין תקנת שוק) כשמה כן תכליתה – לתקן פן מסוים של השוק הרלוונטי. תקנת השוק במקרקעין מוסדרים, למשל, הקבועה בסעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, נועדה לתקן את שוק המקרקעין המוסדרים, כך שניתן יהיה לבצע עסקאות מבלי לערוך בכל פעם בירור יקר ומסורבל של כל שרשרת הזכויות במקרקעין מסוימים. הכלי לכך הוא ביצור מעמדו של מרשם המקרקעין והקביעה כי הוא משקף את מצב הזכויות במקרקעין (ע"א 767/11 להיג' נ' עזזורי, פ"ד סו(2) 853, 871 (2013)). לפיכך קובע החוק כי בכוחה של הסתמכות על מרשם המקרקעין, תוך מילוי יתר התנאים הנדרשים, לרכוש זכות טובה במקרקעין, גם אם יתברר בדיעבד כי בעל הזכות המקורית מעולם לא העבירה לאחר. תקנת השוק במיטלטלין, הקבועה בסעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, תלויה בכך שנכס נרכש מסוחר – "על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו". זאת כדי לעודד את המסחר בשוק הרלוונטי ולמנוע את הצורך בבירור מורכב ויקר של החוליה המסחרית שקדמה לסוחר. באופן דומה, ישנה מעין תקנת שוק ביחס לנכסים שנרכשו במסגרת הליכי הוצאה לפועל. תכליתה של תקנת שוק זו היא לעודד את ביצוען של עסקאות המתבצעות במערכת ההוצאה לפועל, מתוך הכרה בחשיבותן למהלכו התקין של השוק ולקשיים שונים שעלולים להתעורר בעסקאות כאלה אם הרוכש יהיה חשוף לסיכון של תאונה משפטית (ע"א 6894/15 זלצר נ' אבירם, פסקאות 8-9 (07.09.2017)). עוד דוגמא היא תקנת השוק הקיימת בדיני השטרות – "אחיזה כשורה" – שנועדה לעודד את שוק המסחר ואת השימוש בשטרות, באמצעות קביעת כשרותו של השטר, שפוטרת את הרוכש מהצורך לברר את שרשרת העסקאות הקודמות (רע"א 8301/13 טל טריידינג קורפ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 6 לחוות דעתי (24.11.2015)). בתקנות שוק אלה, כמו בסעיף 5 לצו, תכלית ההסדר מוגשמת באמצעות פטור של רוכש הזכות מעריכת בדיקות שונות ביחס לטיב הזכויות. די לו להסתמך בתום לב ובכפוף ליתר התנאים – למשל תמורה – על גורם אחר, כגון מרשם המקרקעין, הסוחר, תקינות השטר, או רשם ההוצאה לפועל.

התוכן הקונקרטי שניתן למונח "תום לב" בכל ההסדרים שתוארו לעיל משרת את תכליתם. בדיני החוזים החובה לפעול בתום לב נובעת מגישה אובייקטיבית ביחס לדיני החוזים עצמם, המשקפת את העובדה שחווה כולל שני צדדים, המסתמכים זה על מצגיו ועל התנהגותו של זה. העיקר אינו דברים שבלב אחד הצדדים, אלא כביטוי החיצוני של הדברים – כיצד משפיעה התנהגותו של צד ליחסים החוזיים על רעהו. מתוך נורמות אלה של הדדיות נקבע גם סטנדרט תום הלב (ראו גם עניין שירותי תחבורה, עמוד 836). ההתחשבות באינטרס של הצד השני לחוזה מצדיקה להטיל חובות התנהגות שונות, ולא להסתפק בכוונות טובות בלבד. בהקשר של תקנות שוק, לעומת זאת, התכלית היא הקטנת סיכון, ויצירת ודאות, יציבות ויכולת הסתמכות על עסקאות שונות. זאת באמצעות מתן פטור לרוכש הזכות מבדיקת שרשרת הזכויות בנכס, גם במחיר פגיעה אפשרית בזכות הקניין של גורם שלישי. ישנה הכרה בדינמיות של חיי המסחר ובמציאות בשטח – אך זאת בכפוף לתנאים שמשקפים אינטרס ציבורי רחב. בעולם המעשה יש טעויות שהדין מכיר בהן ונותן להן תוקף. אך זאת רק במצבים שמצדיקים זאת, על פי תנאים שמתאימים לסוג השוק הרלוונטי. התאמה זו משתנה משוק לשוק. השיקולים ביחס למיטלטלין אינם כשיקולים הנוגעים למקרקעין, ולא הרי שטרות כהרי הליכי הוצאה לפועל. האינטרס הציבורי הרחב משתלב עם התחשבות בבעליו של נכס שהחזיק בזכויות בו על פי דין, ועלול לאבדן לא בגין מעשיו הוא. התחשבות זו מחייבת קביעת אמות מידה הולמות לשם העדפתו של שחקן חדש ומאוחר.

השאלה, אם כן, אינה מתמצית בבדיקת תום לב אובייקטיבי או סובייקטיבי, אלא גם בבדיקה האם הטלת נטל מסוים על רוכש הזכות תסכל את התכלית של תקנת השוק. חובה לערוך בירורים יזומים ומקיפים, לדוגמא, עלולה לפגוע בתכלית זו. מן הצד השני, הניתוח התכליתי מוביל למסקנה שאם נטל תום הלב לא פוגע במידה משמעותית בתכלית תקנת השוק, וככלל אין בו כדי להרתיע מפני עריכת עסקאות עם הממונה – אין הצדקה שלא להטיל נטל כזה, לנוכח הפגיעה בקניינו של בעל הזכות. כך, למשל, במקום שבו רוכש הזכות חושד, על יסוד נתונים חריגים, כי מעביר הזכות פועל שלא כדין ומעביר זכות לא לו, או במקום שבו ניתן לבצע מראש בדיקה שגרתית ופשוטה של נתונים מסוימים.

הניתוח האחרון יפה גם לסעיף 5 לצו. כבתקנות שוק אחרות, גם במקרים של עסקה עם הממונה קיימים אלמנטים בולטים של חוסר ודאות, כתוצאה מהמצב העובדתי והמשפטי ביהודה ושומרון. המפקד הצבאי סבר כי מדובר בכשל שוק המצריך תיקון שיקטין את הסיכון ויגדיל את הוודאות והיציבות (וכן ראו ויניצקי, שמונה בפרק א למאמרו שיקולי מדיניות נוספים המצדיקים את ההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו). לאורך

השנים אף הסתמכו תושבים שונים על עמדת הממונה והשקיעו משאבים רבים על יסוד עסקאות שנעשו עמו. אכן, העניין אינו פשוט. כך בהינתן אחריות המפקד הצבאי כלפי האוכלוסיה ביהודה ושומרון. ואולם מבוצעות עסקאות שונות במקרקעין בין הממונה וגורמים אחרים, וסעיף 5 הכיר במעין תקנת שוק החלה על עסקאות אלה. המטרה היא לדון בתאונות משפטיות. כמו בתקנות שוק אחרות, לעיתים הדין עומד, בסופו של דבר, לצד רוכש הזכות על יסוד טעות. בהמשך לכך, נכון לקרוא את דרישת תום הלב שבסעיף 5 בצורה תכליתית: תום הלב מטיל על הצדדים נטל שמאפשר לרוכש הזכות להסתמך, ככלל ובאופן עקרוני, על עמדת הממונה מבלי לערוך חקירות ובדיקות מורכבות, אלא אם קיימים נתונים שמטילים ספק בעמדת הממונה או שישנה הימנעות מביצוע בדיקות פשוטות שניתן לבצען בנקל. משמעות הדבר היא כי לא תמיד די ב"אמונה כנה" של רוכש הזכות, וכי במקרים מסוימים נתונים מחשידים והימנעות מלבררם יסללו את הדרך למסקנה שנשלל תום הלב. נטל כזה, שאינו כבד ותלוי בקיומם של נתונים חריגים, אינו פוגע בתכליות תקנת השוק במידה משמעותית; מצד שני, הוא כן מטיל על רוכש הזכות חובת התנהגות מסוימת. אסור להתעלם מקיומו של צד שלישי, שעלול לאבד נכס שהיה ברשותו על לא אשם בכפו. המתקשר בעסקה עם הממונה אינו רשאי להסתגר בתוך עולמו והשקפותיו, ולפרוק ממנו כל אחריות לברר נתונים חשודים. כך נוצר איזון ראוי בין תכלית תקנת השוק ובין ההגנה על הקניין, שמחייבת לא לתת לרוכש הזכות תמריץ יתר בלתי מידתי.

עד עתה עסקנו בנטל המוטל על רוכש הזכות. בטרם נפנה ליישום הדברים, נידרש לצדו השני של המטבע – הנטל המוטל על הממונה במסגרת סעיף 5 לצו.

16. סעיף 5 לצו כולל רכיב מצמצם, שמקטין את היקף התחולה של תקנת השוק הקבועה בו – דרישה לתום לב מצד הממונה, ובפרט מחשבה מוטעית שלו כי הנכס הוא רכוש ממשלתי. יושם אל לב שבכל הדוגמאות לתקנות שוק אחרות שהובאו לעיל קיים משקל מכריע לפעולות שביצע רוכש הזכות, כגון פעולה בתום לב, תשלום תמורה, או הסתמכות על המרשם. אין דרישות המופנות כלפי גורמים אחרים, כמו פקידי מרשם המקרקעין או הסוחר בשוק. הסיבה לכך היא שתנאים שאינם בשליטת או בידיעת רוכש הזכות פוגעים במידת הוודאות וההגנה שניתנת לו. תקנת השוק נועדה לכוון התנהגות של הרוכש, ולבשר לו מה עליו לבצע כדי לזכות להגנת הדין. בנקודה זו בא התנאי ה"חיצוני" של התנהגות הרשות, בדמות תום לב, שיש בו לצנן את האפקט המעודד של תקנת השוק. הרוכש לא יכול להיות בטוח שדי בפעולות שביצע בתום לב כדי להימנע מסיכונים משפטיים. בזאת שונה סעיף 5 לצו מיתר הדוגמאות שהובאו, ודומה לסעיפים הקובעים תקנות שוק בהקשרים קרובים, שגם בהם גורם מטעם הרשות הוא צד לעסקה,

כגון רכישת נכסים מהאפורופוס לנכסי נפקדים או מהאפורופוס הכללי (ראו סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950; סעיף 16 לחוק האפורופוס הכללי, תשל"ח-1978. וכן ראו תקנות שוק דומות בסעיף 70 לחוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006, ובסעיף 10 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950). בדוגמאות אחרונות אלה, תקנת השוק כוללת תנאי של תום לב "חיצוני" – לא רק של רוכש הזכות אלא גם של הגורם מטעם הרשות שמעביר את הזכות. יש שאף סברו בהקשר דומה – תקנת השוק ביחס לעסקאות עם האפורופוס לנכסי נפקדים – כי לנוכח המתח הקיים בין דרישת תום הלב מצידו של האפורופוס לתכלית תקנת השוק, ראוי להשמיט כליל דרישה זו מן הדין. התרופה של בעל הזכות המקורי, במקרה שבו יתברר כי האפורופוס נהג בחוסר תום לב, תהיה הגשת תביעת נזיקין נגד המדינה (מיגל דויטש קניין כרך ד 310 (2007)).

ראוי אפוא לשאול מדוע נוספה בכל זאת בסעיף 5 ובתקנות שוק דומות דרישה חריגה יחסית בנוף תקנות השוק, המופנית כלפי גורם ממלא תפקיד. נראה כי התשובה לכך טמונה בקושי הכרוך בתקנת שוק שחלה על עסקאות שבהן רשות, בכובעה השלטוני, מעבירה זכויות בנכסים שיש קושי יחסי לברר את טיב הזכויות בהם. בתקנות שוק "רגילות" ישנו גורם מתווך, שיש לו תמריץ וכלים להקטין את ההסתברות להתרחשותה של תאונה משפטית או להתמודד איתה מלכתחילה. כך למשל מרשם המקרקעין – גורם בלתי תלוי שאמור למנוע טעויות במרשם המקרקעין; כך רשם ההוצאה לפועל, שאמור לפעול לבחינת טיב הזכויות בנכס לפני מכירתו; וכך, אגב, מושך שיק, שמשקלל את האפשרות לקיום תקנת השוק בעסקה הראשונית שבה נמשך השיק, ופועל להקטנת הסיכון (למשל באמצעות הוספת הכיתוב "למוטב בלבד" על גבי השיק) או לשיקוף הסיכון בסכום העסקה. לעומת אלה, בתקנת שוק החלה על עסקה עם הרשות אין כל גורם "מונע" בלתי תלוי. אמנם המשפט המינהלי מטיל על הממונה חובות שונות בעת עריכת העסקה, אך בשונה מתקנות שוק אחרות – כאן הממונה אינו "נייטרלי" אלא צד לעסקה. התנאת ההגנה על הרוכש בתום לבה של הרשות מונעת מצב שבו הרשות הרלוונטית הופכת, בחסות תקנת השוק, למעין רשות מפקיעה הלכה למעשה, ובפרט כאשר מדובר בנכסים שמועדים יותר לטעויות ולתאונות משפטיות. האחריות המוטלת על הרשות חובשת לראשה כובע נוסף – לא רק צד לעסקה, אלא גם גורם מפקח שתפקידו לברר, ולו במידה מסוימת, את טיב הזכויות בנכס, ולהקטין מראש את ההסתברות להתרחשותה של התאונה המשפטית. דרישה זו נועדה להוסיף שכבת הגנה על בעליו של הנכס.

17. מהי נפקות חובת תום הלב המוטלת על הממונה? מהו הנטל המוטל עליו, שדי בו כדי להפעיל את מנגנון תקנת השוק? הכבד הוא אם קל, המחמיר הוא אם מקל? האם

די בטעות כנה, גם אם קיימות נסיבות מחשדות, או שמא קיומם של נתונים חריגים או הימנעות מביצוע בדיקות פשוטות עשויים, כשלעצמם, לשלול את תום לבו של הממונה? אם בזמן אמת לא היה כל נתון חריג שעשוי להעיד על טעות ולא הייתה הימנעות מבדיקת הנתונים הבסיסיים, קל יחסית לקבוע כי הממונה פעל בתום לב. לעומת זאת, אם הממונה חשד בפועל בכך שלא מדובר ברכוש ממשלתי (או במקרקעין תפוסים), ונמנע לגמרי מהתמודדות עם חשדו – התנהגותו אינה תמת לב. השאלה היא – כרגיל בתיקים מעין אלה – מה הדין במקרי הביניים. באלה אין תשתית ברורה ביחס לשאלת החשד בפועל, אולם בזמן אמת היה נתון שאמר דרשני. האם די בנתון זה – כשלעצמו או ככלי ראיתי לחשד סובייקטיבי – כדי לשלול את תום הלב של הממונה?

ברומה לניתוח שנערך לעיל ביחס לתום לבו של רוכש הזכות, גם כאן יש לגזור את התשובה מתכליתה של תקנת השוק. בראייה זו, אם הנטל שיוטל על הממונה במסגרת סעיף 5 יהיה כבד מדי או קל מדי, הסעיף עלול שלא למלא את תכליתו ולא לאזן כראוי בין הצורך בתיקון השוק להגנה על זכות הקניין. מצד אחד, הסעיף מאפשר לממונה לטעות. טעותו לא תביא בהכרח לשלילת קיומה של מעין תקנת השוק. הדינמיקה של חיי המעשה והשוק בעסקאות מעין אלה, מחייבת שקלול של יכולת רוכש הזכות להסתמך על עמדת הממונה. מצד שני, אין לפטור את הממונה מעריכת בירורים מסוימים, לא רק לנוכח חובתו המינהלית הרגילה, אלא גם מתוך הכרה בכך שהוא צד לעסקה ונדרש גורם "מפקח" בעסקאות מעין אלה. זהו כפל הפנים של אחריות הממונה. מחד גיסא, חובה כבדה מדי עלולה לסכל את תכלית ההסדר, שכן אי-עמידה של הממונה בחובתו פוגעת דווקא ברוכש הזכות, שעלול להימנע עקב כך מעריכת עסקאות עם הממונה. מאידך גיסא, ישנה הכרה בכך שבשונה מתקנות שוק אחרות – אי אפשר לתלות את חובת תום הלב ברוכש הזכות בלבד, שכן נדרש גורם ממצע, שאמור להקטין את ההסתברות להתרחשותה של תאונה משפטית. נקודת האיזון של הדין המחייב היא "תום לב". לא דרישה ל"שלמות" אך גם לא מתן "חסינות" לכל פעולה. תום לב, בהקשר של מילוי התפקיד על ידי הממונה. בתור ממלא תפקיד עליו להקפיד בבדיקותיו. אחריותו דורשת לברר כראוי נתונים מחשידיים. פשיטא כי אסור לממונה לפעול במכוון ולהעביר זכויות שהוא יודע כי אינן בידיו. ברם, לא בהיעדר זדון עסקינן אלא בתום לב. ההגנה על זכויות הקניין דורשת אפוא מהממונה לא להתעלם מנתונים חריגים, אך גם אין להטיל עליו מעין "חובת זהירות והעדר התרשלות" כבדיני הנזיקין – שכרוכה כידוע בחוסר וודאות לא מבוטל.

18. קומה נוספת היא מהו היקף הבדיקות הנדרש, גם במקום שבו ישנם נתונים המצריכים בדיקה. גם כאן עלינו לשוות לנגד התשובה את תכלית ההסדר. החשש הוא שנטל בירור כבד מדי יפגע ביכולתו של רוכש הזכות להסתמך על עמדת הממונה. בל

נשכח כי במוקד תקנת השוק מצוי רוכש הזכות, ולא הממונה. הגם שעל שני הצדדים מוטלת חובת תום לב, התכלית מתרכזת ברוכש הזכות ובפעולותיו. החשיפה של הרוכש למחדלים של גורם אחר, שאין לו שליטה עליו, מגדילה בשיעור ניכר את מתחם אי-הוודאות של העסקה – מתחם שתקנת השוק נועדה לצמצם. יש להיזהר, לטעמי, מהעמסת עיקר משקלו של סעיף 5 על הממונה, בשונה מרוכש הזכות. לא בכדי ישנה קונקרטיזציה של חובת תום הלב המוטלת על הממונה – מחשבה (תמת לב) כי מדובר ברכוש ממשלתי. זאת בשונה מתום הלב החל על רוכש הזכות, המנוסח בלשון כללית. באותה מידה, יש להיזהר גם מפרשנות מקלה מדי של תום הלב של הממונה. לא די באמונה כנה. אין הממונה רשאי להתעלם מפרטי העסקה ונסיבותיה. תפקידו מחייב. תום הלב מצד הממונה דורש ערנות וזהירות. אין להתעלם מנתונים בעייתיים, כאילו הם "רעשי רקע". כבעל תפקיד, הממונה חייב להידרש לסימני שאלה שמדברים בעד עצמם. התעלמות והפניית המבט הצידה אינן עונות על דרישת תום הלב. לא בכדי התנאי הקבוע בסעיף 5 הוא כי "הממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי". הממונה אינו יכול להיות בגדר "מתעלם", אלא חייב לערוך בירור שיתן מענה לסימני השאלה שלהם הוא מודע, ומסקנתו ומחשבתו הן שניתן לבצע את העסקה. המבחן בהקשר זה אינו רק סובייקטיבי. הוא בעל ממד אובייקטיבי, וזאת לשני הכיוונים. מכיוון אחד, הנתונים עשויים להצריך בירור. מכיוון שני, מענה סביר שמתקבל בעקבות הבירור, די בו כדי לקבוע כי הממונה פעל בתום לב. זהו הסטנדרט שנגזר מלשונו של סעיף 5, מתכליתו ומהקשרו.

מסקנה דומה עולה גם מסקירת הפסיקה בהקשר דומה שניתן להקיש ממנו – תקנת השוק החלה ביחס לעסקאות שעורך האפוטרופוס לנכסי נפקדים. לשון סעיפי החקיקה דומה מאוד, ויש קווי דמיון גם במאטריה המשפטית והמעשית שעליהן חלות תקנות השוק השונות: "כל עסקה שנעשתה בתום לב בין האפוטרופוס ובין אדם אחר בכל נכס שהאפוטרופוס חשבו בשעת העסקה לנכס מוקנה לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה נכס מוקנה" (סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים). הפסיקה ביחס לתקנת השוק החלה על עסקאות שעורך האפוטרופוס לנכסי נפקדים היא בעלת פנים כפולים. מן הצד האחד, ישנה הדגשה כי רף הבירור החל על האפוטרופוס הינו "סובייקטיבי", ולא רף אובייקטיבי של העדר רשלנות. הוא תלוי באמונתו ולא דווקא בנתונים החיצוניים: "תום הלב הוא הלך רוח סובייקטיבי ויש להבדיל בינו ובין מידת הזהירות האובייקטיבית שהעדרה כמוה כרשלנות" (ע"א 170/66 על-א-אל-ד'ין נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כ(4) 433, 436 (1966) (להלן: עניין על-א-אל-ד'ין)). מן הצד השני, נקבע כי מדובר בסטנדרט סובייקטיביות מחמיר יחסית: "אמת-המידה שננקטה בבחינת התקיימותו של תום-הלב, בהקשר הנדון, היא אמת-מידה קפדנית שאינה מקלה עם הרשויות המעורבות המבקשות לחסות בצלה של הגנת תום-הלב. בשל הפגיעה

האפשרות בזכויות קניין הוצב הרף הסובייקטיבי בפסיקה במקום גבוה" (ע"א 6783/98 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עזבון מוסא, פ"ד נו(4) 161, 176 (2002)). ניתן לראות כי אין קביעה המחייבת, במסגרת דרישת תום הלב, לערוך בדיקות שונות כרף מוחלט התלוי רק בנסיבות החיצוניות. מצד שני ניתן משקל רב לקיומם של נתונים חריגים שהאפוטרופוס נמנע מלבררם, ומודגש כי לא ניתן להסתפק בסובייקטיביות "נמוכה" ומוחלטת. והדברים יפים גם לממונה ולסעיף 5 לצו (במאמר מוסגר נעיר כי סעיף 18 לחוק נכסי נפקדים מרכז במידה מסוימת את תקנת השוק שקבועה בסעיף 17, באמצעות חיוב האפוטרופוס להשיב את תמורת הנכס שלגביו העביר בטעות זכויות. יחד עם זאת, הסעיף אינו מתנה את תוקף תקנת השוק בקביעה שיפוטית ואינו מאפשר לסטות מהתוצאות הקנייניות אם מתקיימים כל התנאים הנדרשים. ראו למשל ע"א 6783/98 הנ"ל, עמודים 176-175; ע"א 11085/08 עזבון מראד נ' רשות הפיתוח, פסקה 6.ד. ((09.10.2011)). לא למותר לציין גם כי המינהל האזרחי הסכים בהליך זה להחיל הסדר מקביל להסדר הקבוע בסעיף 18 גם על מקרנו, דהיינו כי הממונה ישלם לבעלי המקרקעין דמי שימוש בגין תחולת תקנת השוק על מקרקעיהם).

העיקר לענייננו הוא כי מבחן תום הלב אינו חופף למבחן הרשלנות בניזקין. התפקיד דורש זהירות וקפדנות, שנותנות את ביטוין בחובה לברר נתונים מחשידים. בירור זה יש לערוך בתום לב, כחלק מתפקיד הממונה, וכתנאי לקיומה של מעין תקנת שוק. עד כאן הדין. ומכאן ליישומו.

19. במסגרת הדיון בסוגיה המקדמית – אומד דעת הצדדים לעסקה – עמדתי על כך שאין מקום להתערב בממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו בבית המשפט המחוזי. לפי התשתית שהוכחה, הצדדים אכן סברו (לפחות במועד חתימת ההסכם בשנת 1997 ובמהלך העתקת מצפה כרמים בשנת 1999) כי המקרקעין מושא המחלוקת הם מקרקעין תפוסים. לו די היה ברף שאותו ציין בית המשפט המחוזי – אמונה כנה, ולו רשלנית – ניתן היה להסתפק בכך ולקבוע את תום לבם של הצדדים. ברם, וכפי שהוצג לעיל, הפרשנות התכליתית של דרישת תום הלב מצדיקה להטיל על הצדדים חובת בירור כאשר הם יודעים על קיומם של נתונים חריגים ביחס לעסקה – באופן מהותי או לנוכח ההנחה הראייתית שנתונים אלה עוררו חשד מסוים אצל הצדדים מבחינה סובייקטיבית.

20. במקרה זה, ישנו הבדל בין נוסח החוזה והמפות שצורפו לו, לשטח שנכלל בתכנית המתאר ושלגביו בוצעה העסקה בין הצדדים. המקרקעין אינם מופיעים במפות שצורפו להסכם ההרשאה, וקיים פער בין גודל השטח הנקוב בו לגודל השטח המסומן בתכנית המתאר. יתכן שאם הצדדים היו מתעלמים מפער זה, ניתן היה לראות בכך חוסר

תום לב מצדם, גם אם היו טוענים שהאמינו בכנות שתכנית המתאר נכונה וגוברת על מפת צו התפיסה. אך לא כך קרה בענייננו. כפי שהעידו עדים רבים שהיו מעורבים בהעתקת מצפה כרמים למקומה הנוכחי, הגורמים הרלוונטיים סברו באותה העת כי המקרקעין שנכללו בתכנית המתאר נתפסו בפועל בידי המפקד הצבאי. הם העידו כי היו מודעים לפער בין המפות שצורפו להסכם ולשטח שנכלל בהסכם ובתכנית המתאר, אולם הציגו הסבר לפער זה: הסברה כי המקרקעין שנתפסו בפועל אינם חופפים למקרקעין שהוצגו במפה, לנוכח סמכותו של המפקד הצבאי לתפוס מקרקעין גם ללא צו או מפה נלווית. אפשרות זו הוכרה בתקופה הרלוונטית בדין ואף יושמה במקרים אחרים בפועל, אף כי אינה ראויה (ראו למשל בג"ץ 469/83 חברת האוטובוסים המאוחדת הלאומית חברון בע"מ נ' שר הבטחון (01.04.1992)).

מן החומר עולה עוד שהצדדים לא הסתפקו בעמדה שהפער בין תכנית המתאר למפות מבוסס על תפיסה בפועל. בית המשפט המחוזי קיבל את עדותו של מר בלומנטל, ששימש במועדים הרלוונטיים ראש תחום תשתית במנהל האזרחי ושעל סמך עבודת המטה שלו וההמלצה שלו סומנו המקרקעין (או מקרקעין סמוכים שמעמדם זהה) כנקודה שאליה יש להעביר את מצפה כרמים. לפי עדותו, הוא ירד אל השטח כדי לוודא את הגבולות המדויקים של המשבצת, וראה סימונים שסומנו לכאורה בידי המפקד הצבאי, כגון גדר תיל. אם כן, בשנת 1999 – וכך קודם לכן בסמוך, בשנת 1997 – היו סימונים בשטח שתומכים במסקנה שהתפיסה בפועל כוללת את המקרקעין מושא המחלוקת, כפי שעולה מתכנית המתאר. העד בלומנטל הוסיף כי לא פעל לבד, אלא עבד והתייעץ עם גורמי מקצוע נוספים, ואף עם הממונה עצמו, ותוך בחינה של הסכם ההרשאה עם ההסתדרות הציונית (סעיפים 5-6 לתצהירו, עמודים 262, 270 לפרוטוקול). הנתון החשוד – הפער בין המפה ותכנית המתאר – הוסבר בהסבר בעל תוקף מבחינת הדין, ואומת, לכאורה, בנתונים התומכים בו. אם מצרפים לכך את העמדה המתבטאת בתכנית המתאר עצמה – אשר כדברי מר בלומנטל "אין כל אפשרות לתכנן בקרקע פרטית שאינה תפוסה. אלמלא היתה הקרקע תפוסה, לא היו לגביה תכניות בנות תוקף, שקיבלו את אישור כל הגורמים המקצועיים" – לא ניתן לומר שלא נערך בירור של הנתון החשוד (לרלוונטיות האפשרית של נתונים אלה ראו למשל בג"ץ 9669/10 קאסם נ' שר הביטחון, פסקה 10 לחוות דעתה של המשנה לנשיא מ' נאור (בדעת מיעוט) (08.09.2014)). במילים אחרות, אין המדובר במצב שבו היו קיימים נתונים מחשידים שהצדדים לא טרחו לבררם. ניתן מענה לנתונים הללו, ואף נערך בירור בפועל. זו התשתית שדרכה יש לבחון האם הצדדים פעלו בתום לב. ושוב, טעותם אינה סותרת קיומו של תום לב מצידם.

21. לא למותר לציין כי בפסקי הדין שקבעו בעבר כי האפוטרופוס לנכסי נפקדים ביצע עסקה שגויה בחוסר תום לב הודגש כי היסוד של הימנעות מלנקוט כל פעולת בירור ביחס לנתון חשוד שהוצג: "ההימנעות מבדיקת המצב החוקי לאשורו גובלת, בנסיבות המקרה דנן, בעצימת עיניים. אם כי כל הצדדים המעורבים בהעברות ידעו הן על מציאותם של המשיבים בשטח והן על נסיבות ההעברות הראשונות (בעקבות קביעת הנפקדות וההקניה הלכאורית לאפוטרופוס), הם נמנעו מלברר את סוגיית הנפקדות לאשורה" (ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסון, פ"ד מז(5) 1, 22 (1993) (להלן: עניין חוות מקורה); "פעולות האפוטרופוס היו נגועות בחוסר תום-לב קיצוני... בתצהיר שהונח לפני האפוטרופוס טרם ההכרזה, שלפיו רק 5/8 מהחלקים בנכס הם נכס נפקד. תצהיר זה היה הראיה היחידה לנפקדות, ולמרות האמור בו, החליט האפוטרופוס למכור את כל הנכס כולו, בלי שאימת את האמור בתצהיר ובלי שהפריכו" (ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון אלעבטי, פ"ד נג(4) 730, 745-746 (1999) (להלן: עניין א.ל.ע.ד.)).

22. אמרנו כי לא עסקינן במצב שבו הצדדים לעסקה נמנעו מלברר את סימני האזהרה, אלא נעשו בדיקות ובירורים משפטיים. אך בכך לא די בהכרח. השאלה כעת היא האם הפעולות שבוצעו, על רקע מערכת הנסיבות הספציפית, מספיקות על מנת לצאת ידי חובת תום הלב המוטלת על הצדדים. האם גם לאחר פעולות הבירור שנערכו – לפי העדויות שבית המשפט המחוזי מצאן מהימנות – עדיין נותר חשד המחייב לראות את ההסתדרות הציונית ואת הממונה כמי שעצמו את עיניהם? נזכיר את קביעתנו לעיל כי גם היקף חובת הבירור צריך להלום את תכליתו של סעיף 5, דהיינו לא ליצור אפקט מרתיע יתר על המידה מבחינתו של רוכש הזכות – ואצלנו ההסתדרות הציונית. כך בפרט כאשר עיקר הבירור נעשה בפועל בידי הממונה, וההסתדרות הסתמכה על עמדתו. נראה כי הקריטריון להערכת הבירור שנעשה תלוי בשאלה עד כמה תרמו פעולות הבירור למתן מענה מניח את הדעת לנתונים יוצאי הדופן שהצריכו לערוך את הבירור מלכתחילה. ככל שממצאי הבירור מובילים להסבר סביר יותר של הנתונים, כך תהיה נטייה רבה יותר לקבוע שתום הלב לא נשלל בנסיבות העניין. כך מבחינת סעיף 5 לצו, אף כי כפי שיובהר – אין בכך כדי לומר שבפעולות הממונה לא נפלו פגמים כאלה ואחרים מנקודת מבטן של מערכות דינים אחרות. הבירור הוביל למסקנה שהמקרקעין מושא המחלוקת נתפסו בפועל. כך עלה מבדיקות שנערכו בידי גורמים מקצועיים, ותוך התייעצות עם הממונה. זה האופן שבו הבינו את המצב. ובלשון סעיף 5: כך חשב הממונה.

23. כאן, כזכור, עמדתם של התושבים בהליך קמא הייתה כי כלל לא נפלה שגגה תחת ידי הממונה, אלא מדובר במקרקעין שאכן נתפסו בפועל. טענה זו לא נטענה

בעלמא, ולתמיכה בה הוצגו חתימתו של הממונה דאז על גבי תכנית המתאר שאושרה להפקדה בשנת 1982, עדותו של הממונה עצמו, ואישורן של התכניות, לרבות אישור התכנית משנת 1995. אף נשמעה עדות בבית המשפט המחוזי לפיה היו סימונים שונים של תפיסה בשטח בשנת 1999. אכן, בית המשפט המחוזי קבע כי תשתית ראייתית זו אין די בה כדי לקבוע כי המקרקעין נתפסו בפועל, וכי כוונת המפקד הצבאי הייתה לחרוג מתחומי המפה שצורפה לצו שהוציא. בקביעה זו של בית המשפט המחוזי אין מקום להתערב. אך יש לזכור כי המסקנה שהמפקד הצבאי לא תפס את המקרקעין בפועל הוסקה בסוף ההליך המשפטי. לא מדובר במסקנה שמעידה על עצמה בכל בירור ובירור. היא מצויה במתח עם העדויות שנשמעו בבית המשפט המחוזי, של נציגי מספר גורמים שעסקו בהעתקת מצפה כרמים בשנת 1999, ושמען ניתן ללמוד גם על העמדות שרווחו בעת חתימת ההסכם בשנת 1997. עדים מטעם גורמים שונים העידו, כאמור, כי הייתה הסכמה בקרב כל הצדדים כי המקרקעין נתפסו בידי המפקד הצבאי בפועל (ראו למשל עדויותיהם של אלוף פיקוד המרכז משה יעלון, עדויותיהם של מר יאיר בלומנטל ומר שלמה פוליטיס מטעם גורמי המינהל או הייעוץ המשפטי שלו, ועדותו של מר יוסי שגב מטעם ההסתדרות הציונית). גם אם עמדה זו התבררה בסופו של דבר כשגויה, ההסכמה של הגורמים האמורים תומכת בסבירות היחסית של המסקנה בתום הבירור, ומסייעת להבין כיצד נראו הדברים בזמן אמת. ויודגש כי אינני קובע שהטענה כי המקרקעין נתפסו בפועל בידי המפקד הצבאי נכונה, אלא כי החושב כך – למצער בסוף שנות התשעים – פעל בתום לב (ואף ראה בעניין זה דברי המומחית מטעם המערערים: רונית לוי-שנור "הטוב, הרע והמכוער בפרשת 'מצפה כרמים'" (30.8.2018), הקובעת כי הטענה שהמקרקעין אכן נתפסו בפועל בידי המפקד הצבאי היא טענה טובה (יחסית), שהיה על המדינה להשיבה לעתירה לבג"ץ, תוך התייחסות למצב ששרר בשטח בתקופה הרלוונטית (ניתן לצפייה: <https://tinyurl.com/y4q32xhs>). כאמור, הדגש שלי כאן הוא על ממד תום הלב, ולא על השאלה האם הייתה תפיסה בפועל).

24. על רקע זה, הבירור שנעשה בפועל ביחס לסטטוס של המקרקעין כתפוסים – בחינת הסימונים והסתמכות על אישורה של תכנית המתאר ועל הבירורים שנעשו במסגרת זאת – מסיר את עננת עצימת העיניים מעל לצדדים להסכם. בכך שונה מקרה זה ממקרים אחרים שבהם נקבע בפסיקה חוסר תום לב מצד הרשות בהקשרים דומים: התעלמות גמורה מתצהיר מפורש בדבר העדרן של זכויות (כבעניין א.7.ת.ו.7.) או ידיעה בפועל על כך שתושבים מתגוררים במקרקעין, באופן שעלול לשלול את ההנחה בדבר נפקדותם, מבלי שנעשתה כל פעולה לברר את פשר הימצאותם במקרקעין (כבעניין חוות מקורה). אצלנו לא הייתה התעלמות אלא נעשו בירורים, ואמונת הצדדים בזמן אמת לא הייתה חסרת בסיס. הפער בין המפה לתכנית המתאר הובן דרך בחינת התפיסה בפועל,

שנתמכה גם בסימונים שנצפו בשטח. בירור זה כלל בדיקה בשטח. לצד זאת, וכפי שעלה מהעדויות של הגורמים השונים, מעמדן של המפות עצמן נתפס כמשני, לנוכח חוסר הדיוק שלהן והאפשרות של שינוי הגבולות הסופיים. רק לשם המחשת נקודה זו, לאורך השנים צורפה להסכם ההרשאה, פעם אחר פעם, מפה שגויה. במקום לצרף את מפת צו התפיסה להסכם – המבוסס על צו התפיסה – צורפה לתיק מפה הכוללת שטח של צו סגירה שהוציא המפקד הצבאי קודם לצו התפיסה, ששטחו שונה משטח צו התפיסה. ניכר מהתנהלות זו כי לפי הנהלים שנהגו באותה העת, לא ניתנה למפות החשיבות הראויה להן.

חשוב להעיר בנקודה זו כי במסקנתי אין כדי להעניק גושפנקא לנהלים שונים של הגורמים מטעם הממונה, שנחשפו בהליך זה. עולה כי נורמות ההתנהלות שהיו בעבר דורשות תיקון. ואכן, נדמה כי בזמן שחלף מזמן האירועים מושא ההליך חל שינוי משמעותי בנהלים אלה, וכך נכון. בראייה זו, אכן לא מדובר במקרה "קל", שבו ניתן לקבוע את תום הלב ללא התחשבות בתמונה הכוללת. נראה שלאורך השנים והשתלשלות הדברים, התנהגותם של חלק מן הגורמים הייתה רשלנית או בלתי ראויה, באופן שהוביל בסופו של דבר לתאונה המשפטית שהתרחשה. אכן היו סימנים לקושי לאורך השנים (לאו דווקא ביחס למקרקעין מושא המחלוקת), ולמרות זאת לא בוצעה עבודת מטה מקיפה עד לפתיחת ההליכים דנן. יש יסוד לטענה שגורמי המינהל האזרחי התנהלו באופן רשלני. אך להשקפתי לא זהו העיקר ביחס לתקנת השוק, שבגדרה "יש להבדיל בין [תום הלב] ובין מידת הזהירות האובייקטיבית שהעדרה כמוה כרשלנות" (עניין עלא-אל-דיו, עמוד 436).

סבורני כי הנימוקים והבירורים שהוצגו חוצים את הרף הנדרש. אין זה מקרה בו לא נעשה בירור כלל של הנתונים החשודים. לו כך היה, נכון היה לקבוע כי העסקה לא נעשתה בתום לב. לעומת זאת, אף ניתן היה לערוך בירורים נוספים, שלא נערכו. כמוכן, לא כל בירור, יהיה היקפו אשר יהיה, מספיק כדי לקיים את דרישת תום הלב. בסופו של דבר זהו עניין של שיעור ביחס לנסיבות המקרה. כאן, הבירור אינו חד ממדי או פעולה בודדת כדי לצאת ידי חובה. קמה תשתית מצטברת, שמלמדת כי גורמי המינהל האזרחי שקלו את העניין, לא כגורם בודד בשטח אלא דווקא בשיתוף פעולה עם גורמים מקצועיים אחרים. המפות לא היו מדויקות ולא הייתה דרך פשוטה לדעת את גבולותיהן המוחלטות. לעומת זאת, התפיסה אז הייתה כי יש משמעות לתפיסה בפועל בהתאם לסימונים של המפקד הצבאי ולתכניות מתאר שאושרו. אלה אינן בהכרח התפיסות של היום. הניסיון בשטח מהווה גורם מלמד ומשפר את ההתנהלות של הרשויות. ואולם – וזה עיקר – הממונה נתן דעתו לצדדים השונים של העסקה, תרתי משמע. כידוע, מאפיין

בולט של תום לב הוא השאיפה והנסיון לצאת מ-ד' אמותיך ולהתבונן החוצה, מנקודת מבטם של צדדים אחרים. הממונה פעל מתוך מודעות לתפקיד ורצון לפעול במסגרת גבולות המקרקעין התפוסים. לכן, נכון לאותה תקופה המסקנה היא כי בנסיבות המקרה הנוכחי הממונה פעל בתום לב. יתכן מאוד כי התנהלות דומה של גורמי המינהל לא תזכה כיום להגנת תקנת השוק, לנוכח הנהלים המחמירים הרבה יותר שנוהגים ברשויות הרלוונטיות. תאמר האמת, יתכן שכיום התאונה אף לא הייתה נוצרת, שכן הגורמים מטעם המינהל האזרחי היו חושפים מראש את הפער בין הסימון לבין המפה ואת ההשלכות האפשריות של הדבר. לשם הדיוק, איני מביע עמדה ברורה ונחרצת לגבי התנהלותו של המינהל האזרחי כיום. סוגיה זו לא נדונה בהרחבה, ואינה נדרשת להכרעה. אפשר שיש מקום לשפר את התנהלות הרשות כיום, תוך התחשבות באיזונים במלואם. לא בכך עסקינן. הנקודה החשובה היא שכנראה התנהלות הממונה באותה תקופה משקפת את התנהלותו דאז. כפי שצוין לעיל – לומדים מהנסיון. מבחינה זו אין בתוצאה שאליה הגעתי משום הכוונת התנהגות במבט צופה פני עתיד, אלא בהערכתם של אירועי העבר במועד התרחשותם.

ג. סוגיות נוספות וסיכום

25. בשולי הדיון בתקנת השוק יש להידרש לשתי נקודות נוספות: טענת המערערים כי תקנת השוק אינה חלה לנוכח נוסח הסכם ההרשאה, והתייחסות לסוגיית התמורה.

26. טענה אחת של המערערים הייתה כי גם אם נניח שסעיף 5 קובע תקנת שוק ומתקיימים תנאיו בנסיבות העניין, יש לשלול את תחולתו לנוכח נוסח ההסכם בין הממונה להסתדרות הציונית. ההסכם כולל סעיפים המאפשרים לממונה לשנות את גבולות השטח שעליו חל ההסכם או את תקופתו. כך, למשל, נקבע בהסכם: "הצדדים מצהירים כי ידוע להם כי גבולות המשבצת טרם נמדדו וגבולותיה המדויקים טרם נקבעו סופית ולממונה הזכות לשנותם" (סעיף 2(ג) להסכם). המערערים טוענים כי הוראה זו והוראות דומות מאפשרות לממונה להחריג את המקרקעין מושא המחלוקת מהסכם ההרשאה, לנוכח הקביעה שמדובר במקרקעין שלא נתפסו, וממילא אין צורך ואין הצדקה להחיל את תקנת השוק עליהם. אין בידי לקבל את הטענה לפיה הממונה רשאי כיום לבטל באופן חד צדדי את ההסכם ביחס למקרקעין מושא המחלוקת, בדמות שינוי השטח או סיום ההסכם. שני הצדדים להסכם מסכימים כי יש לפרשו באופן שאינו מאפשר זאת כיום לממונה, וכבר עמדנו לעיל על המשקל הפרשני הכבד שיש לתת לפרשנות המוסכמת על שני הצדדים לחוזה. זאת ועוד, מדובר בחוזה אחיד שניסחה רשות שלטונית, ואין מקום לתת תוקף – ולו מכוח כלים פרשניים – לתניה המאפשרת לממונה לשלול זכויות החזקה במקרקעין באופן חד צדדי גם בנסיבות כמו אלה שלפנינו. ההסתדרות הציונית העבירה

חלק מן הזכויות שקיבלה מן הממונה לגורם שלישי – התושבים – בידיעת הממונה, שפעלו בהסתמך על ההסכם. יתר על כן, פרשנות לפיה הממונה רשאי לשנות את גבולות המשבצת בכל עת וללא תלות בנסיבות העניין, תרוקן מתוכן את סעיף 5 לצו, שכן מן החומר עולה שמדובר בנוסח הסטנדרטי של ההסכמים שעורך הממונה.

נקודה שנייה נוגעת לדרישת התמורה. סעיף 5 לצו אינו קובע כתנאי לתחולתו תשלום תמורה או הסתמכות של רוכש הזכות על ההסכם. המערערים והמינהל האזרחי הציגו עמדה לפיה יש לקרוא לתוך הסעיף דרישה כזו, גם בהיקש מתקנות שוק אחרות. כאמור, תכליתה של תקנת השוק לאפשר ודאות והסתמכות, ובמקום שבו לא שולמה תמורה ולא בוצעה הסתמכות על ההסכם – שלילת התוקף מן העסקה אינו פוגעת בתכליות אלה. כך או אחרת, אצלנו נבנו מבנים בהתבסס על ההסכם בין הממונה להסתדרות הציונית, ומכוחו, ודי בנתון זה כדי לענות על יסוד ההסתמכות או התמורה. בנסיבות אלה אין צורך להידרש ולהכריע בסוגיה זו.

27. לסיכום הדיון בערעור האזרחי, לו הייתה דעתי נשמעת, היינו קובעים כי אין להתערב בפסק הדין קמא, לפיו סעיף 5 לצו חל בנסיבות העניין. מדובר, כאמור, בתאונה משפטית. בשנת 1999 הוקמה מצפה כרמים במיקומה הנוכחי, מתוך מחשבה מוטעית כי מדובר במקרקעין שנתפסו. היו אמנם לאורך השנים סימני אזהרה, אולם הצדדים להסכם ההרשאה הציגו ביסוס לעמדתם השגויה. זו התבססה, בין היתר, על סימונים שכנראה היו באותה העת בשטח, ועל כך שהמקרקעין נכללים בשטחה של תכנית מתאר תקפה, שתנאי לאישורה הוא היותם של המקרקעין תפוסים. כיום ידוע כי המקרקעין אינם תפוסים, וכי הכללתם בתכנית המתאר נבעה ככל הנראה ממספר טעויות ואף התרשליות של גורמים שונים בתחילת שנות השמונים. עוד יש לזכור כי מלכתחילה הועברה מצפה כרמים ממיקומה הקודם, על אדמות מדינה (לפי טענות המינהל האזרחי), למיקומה הנוכחי, וזאת על מנת לאפשר את הסדרתה בעתיד. כך הגענו למצב שבו אנו עומדים כיום. ודאי, לא מדובר במצב רצוי, אלא בשאלה כיצד לחלק את הנזק שנוצר. זוהי הכרעתה של תקנת השוק.

28. וברמה מופשטת יותר: עסקינן בתאונה משפטית. יש סוגים שונים של תאונות משפטיות. למשל, נאשם שהורשע, נדון למאסר, ריצה את עונשו, ורק אז מתברר כי אחר ביצע לבדו את העבירה הנדונה. תאונה משפטית כזו מצויה על הקו של נפגע בודד. הנזק נגרם לנאשם שהורשע. העוול התרחש ואי אפשר לשנות את התוצאה. הסעדים הם ביטול ההרשעה ואולי תשלום של פיצוי כספי, אך לא ניתן להשיב בעין את הזמן האבוד. תקנת שוק במקרקעין היא תאונה מסוג אחר. יש תחרות בין שניים. אפשר לשלול את הזיקה של

הגורם המאוחר בזמן ואפשר לאשרה. נדרשת הכרעה ביחס לתוצאות התאונה, ולא רק הכרה בה. הכרעה זו דורשת קביעת כללים. מבחינה דיונית, מקרנו מעניין שכן צד שלישי הוא המצוי במקרקעין. הוא מעוניין להכשיר את העסקה והוא שפתח בהליך האזרחי. נתון חריג נוסף, לעומת סוגים אחרים של תקנת שוק, הוא בחינת תום הלב לא רק של רוכש הזכות – ההסדרות הציונית – אלא גם של הממונה, הממלא תפקיד על פי דין. מכאן שיש לבחון, מצד אחד, את המונח "תום לב" על פי משמעותו הרגילה ובדרך המקובלת. מצד שני, תוכן הפרשנות חייב לקחת בחשבון כי הממונה ממלא תפקיד. אך עסקינן במקרה קונקרטי, קרי, הדין נגזר מן העובדות. תום לב הוא סטנדרט התנהגות החייב לקחת בחשבון, לעיתים, את שעת המעשה. כך ביחס לתום הלב בתקנת השוק במקרקעין, וכך גם בתחומים משפטיים אחרים, למשל הגדרת "רשלנות" בדיני הנזיקין. לא הרי הדרישה מבית חולים כיום כדרישה מבית חולים לפני שלושים שנה. והעיקר הוא קיומו של סעיף 5 לצו – מעין תקנת שוק. סעיף זה הוא הכללי לבדיקת המקרה. הקורא את סעיף 5 יגלה כי הוא נכתב מנקודת מבטו של מי שביצע עסקה עם הממונה. היה והתנאים מתקיימים, הסעיף קובע קטגורית כי העסקה "לא תיפסל ותעמוד בתקפה". אכן, התוצאה של שלילת זכות הקניין של אדם – ולו תוך פיצוי כספי – קשה היא. עליו לשאת בחלק ממחיר התאונה שביצעו שני גורמים אחרים. אך זוהי ההכרעה של תקנת השוק, שהדין מכיר בנחיצותה ובתועלתה. כפי שצינתי לעיל, המינהל האזרחי הסכים, בסיכומיו, להעביר לידי בעלי המקרקעין דמי שימוש גם מבלי שיהיה צורך בבירור אחריות נזיקית כזו או אחרת.

29. לנוכח דחיית הערעור האזרחי, אין מקום לקבל את העתירה שהוגשה לבג"ץ. עתירה זו התמקדה בשני ראשים מרכזיים – בנייתם של המבנים במצפה כרמים בניגוד לדין – ללא תכנית והיתרים – ושינוי גבולות תכנית המתאר. יסוד מרכזי בעתירה הוא הטענה כי המקרקעין שעליהם מצויה מצפה כרמים לא נתפסו בידי המפקד הצבאי, וכי לא נעשתה לגביהם עסקה בת תוקף. מסקנת הדיון האזרחי משנה אפוא את התשתית שביסוד העתירה, ומטעם זה אין מקום לקבלה כפי שהוגשה. יחד עם זאת, יתכן שהתוצאה בהליך האזרחי אינה מחייבת את דחיית העתירה באופן מלא, ולא נשמעו טענות מפורטות ביחס לכלל המשמעויות של תוצאת ההליך האזרחי על העתירה לבג"ץ. בנסיבות אלה, וכנגזר מהחלטתי כי יש לדחות את הערעור, הייתי מורה על מחיקת העתירה, שהתשתית שביסודה אינה רלוונטית עוד. לעמדתי, אין בכך למנוע מן העותרים להגיש עתירה אחרת, הכפופה למסקנות הדיון בהליך זה, וזאת כמובן מבלי להביע כל עמדה לכאן או לכאן.

30. סוף דבר, לו הייתה דעתי נשמעת, דין הערעור האזרחי להידחות ודין העתירה להימחק. בנסיבות העניין לא הייתי עושה צו להוצאות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות, בניגוד לדעתו החולקת של
השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ז' באלול התש"ף (27.8.2020).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י אה

מרכז מידע, טל' 2703333-077, *3852 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il> גק 11009530_V107.docx