

הצוות המקצועי

לגיבוש מתווה להסדרת בנייה

באיו"ש

דו"ח מסכם

ירושלים, ל' בשבט התשע"ח, 15.2.18

הצוות המקצועי
לגיבוש מתווה
להסדרת בנייה באיו"ש

ירושלים, ל' בשבט התשע"ח

15.2.18

לכבוד

ראש הממשלה

מר בנימין נתניהו

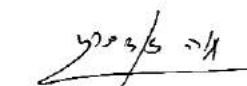
מכובדי,

הנדון: הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש – דו"ח מסכם

1. ביום ה באדר א התשע"ו (16.2.16) מונה על ידך "הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש".

2. בחלוף שנתיים מיום המינוי, הננו מתכבדים להגיש את הדו"ח המצורף, המסכם את עבודת הצוות עד היום.

בברכה,


ד"ר חיה זנדברג, עו"ד
יו"ר הצוות המקצועי

העתקים (לפי סדר הופעתם בכתב המינוי):
גב' איילת שקד, שרת המשפטים
מר אביגדור ליברמן, שר הביטחון
מר אורי אריאל, שר החקלאות
מר משה כחלון, שר האוצר

ד"ר אביחי מנדלבלוט, היועץ המשפטי לממשלה
חברי הצוות המקצועי

תוכן העניינים

5	תוכן העניינים.....
9	מבוא
12	פרק ראשון: התנאים להסדרה של יישוב או שכונה באי"ש
14	פרק שני: היבטים קניינים באי"ש
14	פרק 2.1: "קרקעות מוחזקות כדין".....
14	פרק 2.2: קרקעות בעלות המדינה במקרקעין – כללי.....
15	פרק 2.3: קרקעות רשומות על שם המדינה.....
15	(א) התליית ההסדר.....
15	(ב) "רישום ראשון".....
18	פרק 2.3 סיכום ביניים: מקרקעין הרשומים במרשמי המקרקעין על שם המדינה.....
19	פרק 2.4: קרקעות מוכרזות על שם המדינה
19	(א) החלטת ממשלה מס' 145.....
19	(ב) חוק הקרקעות העות'מאני.....
20	(ג) קרקע מירי.....
21	(ד) הפרקטיקה של הכרזה על "אדמות מדינה": חוות הדעת של עו"ד אלבק ז"ל.....
22	(ה) הממונה על הרכוש הממשלתי וסעיף 2ג לצו בדבר רכוש ממשלתי (צו 59).....
23	(ו) "אדמות סקר".....
23	(ז) צוות "קו כחול".....
25	פרק 2.4 סיכום ביניים: מקרקעין מוכרזים כ"אדמות מדינה".....
26	פרק 2.5: מרשמי המקרקעין והעיון בהם.....
26	(א) הצו בדבר עיון במרשמים.....
27	(ב) מרשם ההרשאות.....
27	(ג) רישומים פנימיים.....
28	פרק 2.5 סיכום ביניים: מרשמי מקרקעין באי"ש.....
28	פרק 2.6: קרקעות שהופקעו לטובת המדינה.....
28	(א) המשפט הבינלאומי.....
29	(ב) ההפקעות הירדניות.....
31	(ד) הפקעות על ידי המפקד הצבאי.....
34	פרק 2.6 סיכום ביניים: מקרקעין שהופקעו לטובת המדינה.....
35	פרק 2.7: קרקעות שהמדינה מחזיקה בהן כדין – כללי.....
36	פרק 2.8: קרקעות המוחזקות בתפיסה לצורכי צבא.....
36	(א) סמכות המפקד הצבאי להפקיע לצורכי צבא.....
36	(ב) משמעותה של "התפיסה הצבאית".....
37	(ג) הדרכים ליצירתה של "תפיסה צבאית".....
38	(ד) "תפיסה צבאית" וההתיישבות האזרחית באי"ש.....
38	(ה) פרשת דויקאט.....
39	(ו) הרחבתו של יישוב בשטח התפוס בתפיסה צבאית.....
41	פרק 2.8 סיכום ביניים: מקרקעין תפוסים בתפיסה צבאית.....
42	פרק 2.9: נכסי נפקדים.....
42	(א) "נכסי נפקדים" ו"נכסים נטושים" – צו 58.....

43	הקצאת נכסים נטושים	(ב)
43	נכסים נטושים וההתיישבות הישראלית	(ג)
44	פרק 2.9 סיכום ביניים: נכסי נפקדים	
44	פרק 2.10: "אדמות בניהול"	
46	פרק 2.10 סיכום ביניים: "אדמות בניהול"	
46	פרק 2.11: "אדמות היהודים" באיו"ש	
49	פרק 2.11 סיכום ביניים: "אדמות היהודים"	
49	פרק 2.12: ניהול מקרקעין על ידי הממונה – ההקצאות החוזיות	
51	פרק 2.12 סיכום ביניים: ניהול המקרקעין על ידי הממונה – ההקצאות החוזיות	
51	פרק 2.13: אדמות שנרכשו כדין על ידי אזורי ישראל – כללי	
52	פרק 2.14: רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזורי ישראל	
52	(א) רכישה מותרת לישראל – על ידי חברה בלבד	
53	(ב) היתר עסקה	
54	פרק 2.14 סיכום ביניים: רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזורי ישראל	
54	פרק 2.15: החזקה ועיבוד במשך תקופת ההתיישנות על ידי אזורי ישראל	
54	(א) חוק הקרקעות העות'מאני ו"טענת זכות"	
55	(ב) צו שימוש מפריע	
58	פרק 2.15 סיכום ביניים: החזקה ועיבוד במשך תקופת ההתיישנות על ידי אזורי ישראל	
59	פרק 2.16: סיכום הפרק השני – היבטים קנייניים באיו"ש	
61	פרק שלישי: היבטים תכנוניים באיו"ש	
61	פרק 3.1: חוק התכנון הירדני וצו 418	
62	פרק 3.2: מוסדות התכנון באיו"ש	
62	(א) מועצת התכנון העליונה (מת"ע)	
62	(ב) ביטול הוועדות המחוזיות והקמת ועדות המשנה למת"ע	
62	(ג) ועדת המשנה להתיישבות	
63	(ד) ועדת המשנה להתנגדויות	
63	(ה) ועדת המשנה לתכנון ורישוי	
64	(ו) הוועדות המיוחדות	
64	(ז) לשכת התכנון המרכזית	
66	פרק 3.2 סיכום ביניים: מוסדות התכנון באיו"ש	
67	פרק 3.3: התוכניות באיו"ש	
67	(א) מדרג התוכניות	
67	(ב) תוכנית אזורית (תמ"א)	
68	(ג) תוכנית מתארית	
68	(ד) תוכנית מפורטת	
69	(ה) הצורך באישור דרג מדיני לתוכניות באיו"ש: החלטות ממשלה 150 ו-360	
70	פרק 3.3 סיכום ביניים: התוכניות באיו"ש	
70	פרק 3.4: היתר בנייה באיו"ש	
71	פרק 3.4 סיכום ביניים: היתר בנייה באיו"ש	
71	פרק 3.5: היבטים תכנוניים בשטחים תפוסים בתפיסה צבאית	
71	(א) הייחוד התכנוני בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית	
71	(ב) צו 997	
72	(ג) תקנות בדבר מתן היתרים ו"מערכת הנחיות"	

73	פרק 3.5 סיכום ביניים: היבטים תכנוניים בשטחים תפוסים בתפיסה צבאית
73	פרק 3.6: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים התכנוניים באיו"ש
74	פרק 3.7: סיכום הפרק השלישי – היבטים תכנוניים באיו"ש
75	פרק רביעי: היבטים מוניציפליים באיו"ש
75	פרק 4.1: הזכות לקבל שירותים מוניציפליים והחובה להעניק את השירותים
75	פרק 4.2: מועצות אזוריות
75	(א) צו 783
75	(ב) תחום שיפוט של מועצה אזורית
76	(ג) תקנון המועצות האזוריות
77	פרק 4.2 סיכום ביניים: מועצות אזוריות באיו"ש
77	פרק 4.3: מועצות מקומיות
77	(א) צו 892
78	(ב) תחום שיפוט של מועצה מקומית
78	(ג) תקנון המועצות המקומיות
78	(ד) הרחבת סמכותה של מועצה מקומית: צו 1453
79	פרק 4.3 סיכום ביניים: מועצות מקומיות באיו"ש
79	פרק 4.4: תחום שיפוט ומרחב תכנון
80	פרק 4.4 סיכום ביניים: תחום שיפוט ומרחב תכנון באיו"ש
81	פרק 4.5: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש
82	פרק 4.5 סיכום ביניים: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש
82	פרק 4.6: סיכום הפרק הרביעי – היבטים מוניציפליים באיו"ש
83	פרק חמישי: אישור הדרג המדיני כתנאי להקמתו של יישוב באיו"ש
84	פרק 5. סיכום הפרק החמישי: אישור הדרג המדיני כתנאי להקמת יישוב באיו"ש
84	פרק שישי: בעיות והמלצות
84	פרק 6.1: מיפוי הקשיים
85	פרק 6.2: אב-טיפוס (א) – פגם שהתגלה בדיעבד
85	(א) ה"גרירות" של צוות "קו כחול"
85	(ב) הנחייתו של מר בלס
86	(ג) ה"גרירה" – לא בהכרח של אדמות פרטיות
86	(ד) היעדר פרסום של עבודת צוות "קו כחול"
87	(ה) תמצית ההמלצות
87	(ו) מבט אל העבר: "תקנת השוק" – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי
88	(ז) מבט אל העתיד: המתחם המתוכנן – הנחייתו של מר בלס
89	פרק 6.2 סיכום ביניים: אב-טיפוס (א) – פגם שהתגלה בדיעבד
90	פרק 6.3: אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים"
90	(א) היווצרות ה"איים התלויים"
91	(ב) תכנון "צמוד דופן"
91	תוכניות מתאר ארציות בישראל
91	המצב באיו"ש: התוכניות המנדטוריות
92	המצב באיו"ש: התמ"אות
93	המצב באיו"ש: אין תחולה לתמ"א 35
93	המצב באיו"ש: תחולה גמישה וזהירה לעקרון התכנון "צמוד הדופן"

94	דרכי גישה	(ג)
94	הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין סמכות ההפקעה	
95	גשר או מנהרה בקרקע מסוג מירי	
96	קרקע מסוג מתרוכה	
98	חוק הדרכים הירדני	
100	פרק 6.3 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים"	
101	פרק 6.4: אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה: כללי	
101	פרק 6.5: אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה: במה דברים אמורים?	
101	(א) התרחבות החורגת מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין"	
102	(ב) סיבות אפשריות להיווצרות ההרחבות ה"חורגות"	
103	(ג) יישובים שבהם הבנייה "הקדימה" את התכנון: המצב בישראל	
104	(ד) אי-פינוי מחמת שיהוי	
106	(ה) החייל יהודה הישראלי	
108	פרק 6.5 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב קיים – במה דברים אמורים?	
109	פרק 6.6: אב-טיפוס (ג) – הסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות"	
110	פרק 6.6 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב קיים – הסדרה מוניציפלית	
110	פרק 6.7: אב-טיפוס (ג) – הצגת הנושא של איחוד וחלוקה כפתרון קנייני ותכנוני – שאלה פתוחה	
113	פרק 6.7 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ג) – איחוד וחלוקה – הסדרה קניינית ותכנונית	
113	פרק 6.8: סיכום הפרק השישי – בעיות והמלצות	
116	סיכום ותמצית ההמלצות	
123	נספחים	
125	נספח א: כתב מינוי	
129	נספח ב: חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי – דיני המחלול לפי חוק הקרקעות העות'מאני	
133	נספח ג: חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי	
153	נספח ד: חוות דעת גב' בינת שוורץ-מילנר – תכנון צמוד דופן באיו"ש	
163	נספח ה: חוות דעת עו"ד אחז בן-ארי – איחוד וחלוקה באיו"ש	

§ 1 ביום 15.2.2016 מינה ראש הממשלה מר בנימין נתניהו את הצוות המקצועי "לצורך גיבוש מתווה להסדרת מבנים ושכונות ביישובים יהודיים ביהודה ושומרון שהוקמו תוך מעורבות של הרשויות". לחברי הצוות המקצועי מונו עו"ד ד"ר חיה זנדברג, מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה דאז – יו"ר; עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז; עו"ד רונן פרץ, מזכירות הממשלה; גב' בינת שוורץ, ראש מנהל התכנון דאז; ד"ר חגי ויניצקי, איש אקדמיה.¹

§ 2 כעולה מכתב המינוי, עבודת הצוות היא המשך לעבודת הצוות שהקים ראש הממשלה ביום 19.7.2015, צוות אשר בראשו עמד בזמנו ד"ר אביחי מנדלבליט, מזכיר הממשלה דאז והיועץ המשפטי לממשלה דהיום.

§ 3 עו"ד ערן בן-ארי ממונהל הביטחון מונה למזכיר הצוות המקצועי. הצוות הסתייע רבות וטובות במשפטים ובאנשי המקצוע המעולים והמסורים של שירות המדינה: המשפטן אבי מאיר ומר שריה דמסקי ממונהל החקלאות (עד לפרישתו של מר דמסקי); מר קובי אלירז ממונהל הביטחון; עו"ד אריאל שמואל ממונהל ראש הממשלה וגב' ענבר וייס ממנהל התכנון (עד לפרישתה).

§ 4 ביום 21.5.2017 התקבלה החלטה מספר ב/206 של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) בעניין "הקמת צוות משימה ייעודי להסדרת מעמדם של מבנים ושכונות ביהודה ושומרון". תכליתו של צוות המשימה שהוקם היא ליישם את המלצותיו של הצוות המקצועי.

§ 5 בהתאם לכך, ובחלוף שנתיים מעת המינוי, להלן הדו"ח המסכם מטעם הצוות המקצועי. דו"ח זה מסכם את עבודת הצוות עד כה, והוא נועד לסייע לצוות המשימה במילוי תפקידו וכן לסייע למי שיבואו אחריו וישלימו את עבודתו.

§ 6 להכנתו של הדו"ח הנוכחי קדמו ישיבות רבות, מפגשים עם אנשי המנהל האזרחי, סיורים בשטח ובעיקר עיון במסמכים רבים, בדברי החקיקה ובפסיקה הענפה הקיימת בתחום.

§ 7 העקרונות המנחים המהותיים אשר שימשו בכתיבתו של דו"ח זה הם שלושה:

ראשית, הקפדה על הגנה על זכויותיהם של התושבים המוגנים,² קלה כחמורה, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי.

שנית, ניסיון להביא להסדרתם של יישובים ושכונות ישראלים הקיימים באיו"ש, ואשר הוקמו בתמיכתן של רשויות המדינה. הכול, כפי שנצטוונו על ידי הדרג המדיני, שהוא הגורם המוסמך והמחייב בעניין, ובהתאם להוראות המחייבות הקבועות בדיון.

שלישית, פעולה לפי המסגרת המשפטית הקיימת באיו"ש במועד הוצאתו של דו"ח זה.³ אין אנו מביעים כל עמדה בשאלה מה בנוגע להיתכנות הסדרת ההתיישבות הישראלית באיו"ש באמצעות תיקוני חקיקה כאלו ואחרים.

¹ העתק כתב המינוי מצורף כנספח א לדו"ח זה. גב' בינת שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון במשרד האוצר, ומר אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון, פרשו מן הצוות בעקבות פרישתם משירות המדינה. תורת חברי הצוות נתונה להם על עבודתם המעולה.

² להגדרתם של "תושבים מוגנים", ראו § 14 להלן.

§ 8 חלק לא מבוטל מדו"ח זה יוקדש לסקירת המצב הנוהג באיו"ש. זאת, שכן הרושם הברור שלנו מהמצב באיו"ש הוא שאדם סביר מתקשה לעיתים למצוא את ידיו ואת רגליו בהבנת התחום. לטעמנו, ההבהרה והשקיפות הן ראשית הדרך להסדרה ולפעולה שהיא לטובת כלל התושבים באיו"ש, תושבים מוגנים ותושבים ישראלים כאחד.

§ 9 הערה נוספת לנו בפתח הדברים: עמדתה הרשמית של מדינת ישראל היא כי "למדינת ישראל, כמדינת העם היהודי, יש זכות ותביעה לאזורים שמעמדם שנוי במחלוקת בארץ ישראל" (החלטת ממשלה מס' 5251 מיום 2.12.2012).⁴ בית המשפט העליון פסק ושב ופסק כי סוגיית ההתיישבות הישראלית באיו"ש היא סוגיה שאינה שפיטה, בהיותה סוגיה השנויה במחלוקת ציבורית. כדברי כב' השופט גולדברג במסגרת עתירה שבה נתקפה חוקיית של ההתיישבות באיו"ש:

"זכותם של העותרים להניח 'מוקש משפטי' על ספו של בית המשפט, אולם אין על בית המשפט לדרוך על מוקש אשר עלול לקעקע את יסודותיו, שהם אמון הציבור בו" (ראו בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1983). כן ראו בג"ץ 6130/12 מועצה כפרית מח'מאס נ' שר הבטחון, פורסם בנבו (2012)).

§ 10 עוד נקבע בפסיקה כי בלי להידרש לסוגיה השנויה במחלוקת האמורה, לרצונה, מדינת ישראל קיבלה עליה לפעול באיו"ש בהתאם לדינים ההומניטריים הקבועים במשפט הבינלאומי באשר לשטחים המוחזקים ב"תפיסה לוחמתית". הכוונה, בעיקרם של דברים, לדינים הקבועים באמנת האג, 1907, שהיא אמנה מנהגית, ולהוראות ההומניטריות הכלולות באמנת ז'נבה הרביעית (ראו בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(2) 1 (1988); בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197 (1983)). כן ראו, למשל, דברי הנשיא לנדוי, המפנה לדברים שכתב הנשיא מאיר שמגר בתקופת כהונתו כיועץ משפטי לממשלה, ולפיהם:

"החלטתה של ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית (ראה מאמרו של M. Shamgar "The Observance of international law in the administered Territories" 1 Israel Yearbook on Human Rights (1971) 262 היא החלטה מדינית, שאינה נוגעת למישור המשפטי, שבו על בית-משפט זה לעסוק" (בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 628-627 (1980)).

§ 11 בהתאם לכך, בדו"ח זה פעלנו על פי פסיקתו האמורה של בית המשפט העליון הנכבד ולא הבענו כל עמדה בסוגיה שאינה שפיטה ואשר נוגעת להתיישבות באיו"ש, וכל העת הקפדנו הקפד היטב, בהתאם לפסיקה ולמדיניות המתוארים, על עקרון ההקפדה על הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי וההומניטרי והצבנו אותו כנר לרגלנו. הדברים יתחווירו מתוך העיון בדו"ח זה.

§ 12 הדו"ח יהיה בנוי כדלקמן:

³ יצוין כי ביני וביני ביום 6.2.2017 התקבל כנסת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017. כיום תלויות ועומדות בבית המשפט העליון כמה עתירות התוקפות את החוק (בג"ץ 1308/17, בג"ץ 2055/17), שבמסגרתן הוצא צו ביניים. אין אנו מביעים כל עמדה באשר לעתירות אלו.

⁴ לפירוט עמדתה הרשמית של מדינת ישראל, ראו באתר משרד החוץ:

בפרק הראשון נציג את ארבעת התנאים הנדרשים בדין לשם הסדרתם של יישוב או שכונה באיו"ש (התנאי הקנייני, התנאי התכנוני, התנאי המוניציפלי והתנאי שעניינו אישור הדרג המדיני בדבר הקמת יישוב).

בפרק השני, השלישי, הרביעי והחמישי נעמוד על ארבעת התנאים הללו מקרוב.

בפרק השני נעמוד על התנאי הקנייני ועל הדינים החלים באיו"ש בתחום המקרקעין;

בפרק השלישי נעמוד על הדינים החלים באיו"ש בתחום התכנון והבנייה;

בפרק הרביעי נעמוד על הדינים החלים באיו"ש בתחום המשפט המוניציפלי;

בפרק החמישי נעמוד על הדינים החלים באיו"ש מבחינת הדרישה לאישור הדרג המדיני להקמת יישוב באיו"ש.

כשהמסגרת המשפטית המתוארת, על ארבעת ראשיה (הראש הקנייני, הראש התכנוני, הראש המוניציפלי והראש שעניינו אישור הדרג המדיני) תהיה מונחת לפנינו, נוכל לגשת להצגת הבעיות, שניצבו לפתחנו, כמו גם להצגת המלצותינו לפתרוןן של בעיות אלו.

על כן, **בפרק השישי** נציג ונאפיין את השאלות שעלו בפנינו, ואת המלצותינו לפתרונן.

לבסוף, **נסכם** את הדברים, ונציג את תמצית ההמלצות.

פרק ראשון: התנאים להסדרה של יישוב או שכונה באיו"ש

§ 13 באיו"ש ארבעה תנאים צריכים להתקיים כדי שיישוב או שכונה ישראליים יהיו מוסדרים כדין (ראו למשל בג"ץ 5853/04 **אמנה נ' ראש הממשלה**, פ"ד נט(2) 289(2004)):

(א) **התנאי הקנייני** – היישוב או השכונה צריכים להיות מוקמים על קרקע שהיא בבעלות המדינה או שהמדינה זכאית להחזיק בה כדין או על קרקע שנרכשה כדין על ידי אזרח ישראלי (להלן – "אדמות מוחזקות כדין").

(ב) **התנאי התכנוני** – היישוב או השכונה צריכים להיות מוקמים בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים במקום.

(ג) **התנאי המוניציפלי** – היישוב או השכונה צריכים להשתייך לרשות מוניציפלית מוכרת ומוסדרת.

(ד) **התנאי בדבר אישור הדרג המדיני** – הקמת היישוב צריכה להיות על פי החלטת ממשלה.

§ 14 חלק מהתנאים שלעיל הם ייחודיים להתיישבות הישראלית באיו"ש. למשל, התנאי הקנייני ייחודי להתיישבות הישראלית באיו"ש. במדינת ישראל ובעולם הרחב אין כל קשר בין הקמתו של יישוב לבין הבעלות במקרקעי היישוב. יישוב יכול להיות מוקם על קרקע מדינה או על קרקע פרטית של מאן דהוא, וכך מקובל וטבעי. אך באיו"ש המצב שונה: יישוב ישראלי באיו"ש מוקם כדין אך ורק על אדמות מוחזקות כדין. בדרך זו מובטחת ההגנה על הקניין הפרטי שניתנת לתושבים המוגנים. "תושבים מוגנים" הוא ביטוי שיסודו במשפט הבינלאומי, והוא עוסק ב"תושבי הכפרים, אשר הינם בבחינת 'תושבים מוגנים' (Protected Persons)" (בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון**, פ"ד סג(3) 331, בפסקה 20 לפסק הדין (2009)).

§ 15 כמו כן, חלק מהתנאים הללו לובשים באיו"ש לבוש ייחודי. למשל, התנאי התכנוני. ברגיל, כדי שיישוב יהיה חוקי ומוסדר, היישוב צריך להיבנות בהתאם לדיני התכנון והבנייה, ועל דינים אלו חולשים שיקולים **תכנוניים**. באיו"ש – **נוסף על כך** – נוצר קשר בין תוקפה של התוכנית לבין התנאי הקנייני: במקום שתוכנית מיועדת לבניית שכונה או יישוב ישראליים, תאושר התוכנית באיו"ש רק אם היא משתרעת כולה על אדמות מוחזקות כדין. מצב תכנוני זה הוא ייחודי לאיו"ש. במדינת ישראל ובעולם הרחב תחום השתרעותה של תוכנית נקבע בעיקרו בהתאם לשיקולים תכנוניים ולא בהתאם לשיקולים קנייניים. שוב אנו רואים את ההגנה על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים, הפעם באמצעות דיני התכנון והבנייה.

§ 16 התנאי המוניציפלי אף הוא לובש לבוש ייחודי באיו"ש: כיום, תחום השיפוט של הרשות המוניציפלית נקבע באיו"ש תוך זיקה לתנאי הקנייני. כלומר, כיום תחום שיפוטן של הרשויות המוניציפליות החולשות על ההתיישבות הישראלית באיו"ש משתרע אך ורק על אדמות מוחזקות כדין (יצוין כי בעבר זה לא היה תמיד המצב, והמדיניות הנקוטה בעניין זה בעבר הייתה שונה). לבוש זה אף הוא ייחודי לאיו"ש. ברגיל, אין כל קשר בין קביעת תחום השיפוט של רשות מוניציפלית לבין הבעלות במקרקעין, אלא תחום שיפוט של רשות מוניציפלית נקבע לפי שיקולים מוניציפליים. לא כך הוא באיו"ש. שוב ניכרת ההגנה על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים בכל הנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש, הפעם באמצעות הדינים המוניציפליים.

§ 17 כמו כן לעיתים קיימים קשרי גומלין בין ארבעת התנאים דלעיל, הייחודיים לאיו"ש. למשל, משיקולים **תכנוניים** רשויות התכנון אינן מאשרות תוכנית ליישוב או לשכונה אם אין דרך גישה אליהם. באיו"ש

שיקול תכנוני זה כרוך בשיקול קנייני: כדי שהתוכנית תאושר על ידי רשויות התכנון, היא חייבת לכלול דרך גישה, ודרך הגישה צריכה לעבור כולה על אדמות מוחזקות כדין.⁵

§ 18 כללם של דברים, באיו"ש יש לבחון את התקיימותם של ארבעה תנאים כדי להביא להסדרת יישוב או שכונה ישראליים. על ארבעת התנאים הללו כולם חולש התנאי הקנייני, המחייב כי ההתיישבות הישראלית באיו"ש תוקם על אדמות מוחזקות כדין. הכול בשל ההגנה על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים.

§ 19 בהתאם לכך, נעמוד עתה מקרוב ובפירוט על ארבעת התנאים האמורים, ונתחיל בתנאי המרכזי, הוא התנאי הקנייני.

⁵ בהתאם לקביעת היועץ המשפטי לממשלה, במקרים מתאימים אפשר להפקיע קרקע לצורך הסדרת דרך גישה ליישוב. ראו § 120 להלן.

פרק שני: היבטים קניינים באיו"ש⁶

פרק 2.1: "קרקעות מוחזקות כדין"

§ 20 כאמור בפרק הקודם, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו יישובים מוסדרים כדין מן הבחינה הקניינית, היישוב או השכונה צריכים להיות בנויים על "אדמות מוחזקות כדין".

§ 21 "אדמות מוחזקות כדין" נחלקות לשלושה סוגים:⁷

- (א) קרקעות שהן *בבעלות המדינה* – ובהן נדון בפרק 2.3–2.6.
- (ב) קרקעות שהמדינה *מחזיקה* בהן כדין – ובהן נדון בפרק 2.7–2.10.
- (ג) קרקעות *שנרכשו* כדין על ידי אזרח ישראלי – ובהן נדון בפרק 2.13–2.15.

§ 22 נפרט את הדינים הנוגעים לכל אחד משלושת הסוגים הללו, ונתחיל בקרקעות שהן *בבעלות המדינה*. כמו כן נתייחס בהמשך (בפרק 2.11) גם לקטגוריה המיוחדת המכונה "אדמות היהודים".

פרק 2.2: קרקעות בבעלות המדינה במקרקעין – כללי

§ 23 קביעת הבעלות במקרקעין באיו"ש מורכבת וסבוכה עד מאוד. אדם סביר מתקשה לעיתים למצוא את ידיו ואת רגליו בהבנת התחום. אם נבקש לנסות להתיר את הסבך שנוצר בתחום נוכל לומר כי קרקעות שהן *בבעלות המדינה*⁸ כוללות את הקרקעות הללו:

- קרקעות *ששומות* במרשם המקרקעין על שם המדינה;

⁶ ראו בהרחבה חגי ויניצקי ודניאל קרמר "מרשמי המקרקעין ביהודה ושומרון" **ספר יהודה ושומרון** (הראל ארנון וחגי ויניצקי עורכים) 114.

⁷ הסוגיה של "אדמות מוחזקות כדין" קשורה פעמים רבות למה שמכונה "רכוש ממשלתי", שכן "אדמות מוחזקות כדין" כוללות בין היתר במידה רבה "רכוש ממשלתי". "רכוש ממשלתי" מוגדר בסעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז–1967 (להלן – צו 59) כך: "רכוש ממשלתי" –

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

(א) למדינת אויב [שמוגדרת כ"הממלכה הירדנית ההאשמית או כל מדינת אויב אחרת]...;

(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.

"הממונה על הרכוש הממשלתי" הוא מי שמינה המפקד הצבאי לפי צו 59 לנהל את הרכוש הממשלתי. למעשה, ובהכללה מסוימת, יישוב ישראלי מוקם באיו"ש כדין מן הבחינה הקניינית במקום שהמקרקעין שעליהם הוקם היישוב מנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי או במקום שהמקרקעין נרכשו על ידי אזרח ישראלי. הדברים יתחווירו מתוך העיון בדו"ח זה.

⁸ השימוש במונח "בעלות" בגוף הדברים נעשה בהתאם לכינוי המקובל. עם זאת יש לזכור כי לפי כללי המשפט הבינלאומי הממשל הצבאי אינו נחשב כמי שנהנה מזכות הבעלות ב"אדמות המדינה" אלא כמי שמנהל אותן בהיעדרו של "הריבון" בשטח, ואגב ניהול זה הוא רשאי להשתמש בשטח זה וליהנות מפירותיו. ראו תקנה 55 לתקנות האג. כן ראו בג"ץ 9717/03 **נעלה נ' מת"ע**, פ"ד נח(6) 97 (2004).

- קרקעות שעברו תהליך של בירור מעמדן *הוצאת תעודת הכרזה* שלפיה הן נחשבות בבעלות המדינה;
- קרקעות שהבעלות בהן *הופקעה* לטובת המדינה בהתאם לדיני ההפקעה הירדניים החלים במקום. כגון ההפקעות שעשו שלטונות ירדן באיו"ש בשנים 1948 עד 1967.

§ 24 כלומר, כשאנו מדברים על קרקעות בבעלות המדינה באיו"ש אנו מדברים למעשה על אדמות *רשומות*, אדמות *מוכרזות* ואדמות *מופקעות*. הדברים יובהרו כעת.

פרק 2.3: קרקעות רשומות על שם המדינה

(א) התליית ההסדר

§ 25 המורכבות בבירור סוגיית הבעלות באיו"ש נובעת בראש ובראשונה מהתליית הליכי ההסדר, התליה שמונעת קביעה חותכת וברורה של הבעלות. הליך הסדר המקרקעין הוא ההליך שיוצר את הוודאות בתחום המקרקעין. במסגרת הליך ההסדר נקבעות באופן חותך וסופי זכויות הקניין בחלקה (בעלות, שכירות, וכיוצא בזה), וכן נקבעים באופן חותך וסופי – והדבר חשוב לא פחות – גבולותיה של החלקה.

§ 26 בישראל הליך ההסדר מתבסס על פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט–1969, שהיא במקורה פקודה מנדטורית. הודות להליך ההסדר, שהחל בישראל כבר בתקופת המנדט הבריטי ונמשך על ידי מדינת ישראל לאחר הקמת המדינה, יותר מ-95% מהמקרקעין במדינה מוסדרים והגבולות של החלקות והבעלות בהם ברורים וידועים.

§ 27 באופן דומה, גם באיו"ש התחילו הבריטים בהליך של הסדר מקרקעין המסתמך על אותה פקודה מנדטורית, והירדנים המשיכו בהסדר המקרקעין בתקופה שבין 1948 ועד 1967 בהסתמך על חוק ירדני, שהירדנים חוקקו, הדומה עד מאוד בעיקריו לפקודת ההסדר המנדטורית: *חוק הסדר הקרקעות והמים, מס' 40 לשנת 1952* (להלן – חוק ההסדר הירדני).

§ 28 בהתאם לחקיקה זו, עד שנת 1967 הסתיימה הסדרתם של כשליש מהמקרקעין באיו"ש. ואולם משנת 1967 ואילך ועד ימינו אלה הופסקו למעשה הליכי הסדר המקרקעין באיו"ש. בדצמבר 1968 חוקק המפקד הצבאי את *הצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון) (מס' 291)*, *התשכ"ט–1968*. הצו קובע שכל הליכי הסדר המקרקעין באיו"ש יותלו. ואכן, מאז כל הליכי ההסדר באיו"ש מותלים ואין אפשרות לקדם.

§ 29 התוצאה היא שמבחינה מעשית נוצר באיו"ש מצב "קפוא", שבו בנוגע לשליש מהמקרקעין בלבד קיימת ודאות, ובעניין שני שלישים מהמקרקעין – שהם חלק הארי של המקרקעין באיו"ש – איננו יודעים בצורה חותכת מי הבעלים שלהם ומה הגבולות המדויקים והמוגדרים של החלקות. חוסר ודאות זה קשה מנשוא.

§ 30 על כל פנים, במסגרת הליכי ההסדר שערכו באיו"ש הבריטים והירדנים נרשמו מקרקעין מסוימים בבעלות המדינה (לרוב מדובר ברישום על שם הממלכה הירדנית ההאשמית, תאגיד בשליטתה או זרוע מזרועותיה). *מקרקעין שנרשמו במסגרת הליך ההסדר כמקרקעין שהם בבעלות המדינה, הם בוודאי מקרקעין רשומים שהם בבעלות המדינה.*

(ב) "רישום ראשון"

§ 31 מצב שבו הסדר המקרקעין מותלה, על חוסר הוודאות הנובע ממנו, הוא מצב קשה מנשוא. על כן התפתח באיו"ש בעוצמה מוסד ה"רישום הראשון" מתוך ניסיון לתת פתרון, ולו חלקי, למצב שנוצר בשל התליית ההסדר. הליך של "רישום ראשון" הוא הליך שבמסגרתו נרשמים בפנקסי המקרקעין בפעם

הראשונה מקרקעין שלא היו רשומים קודם לכן בפנקסי רישום המקרקעין, תוך שנקבעים גבולותיהם והבעלות בהם. נבחר במה דברים אמורים.

§ 32 קיימים שני סוגים של פנקסי מקרקעין: פנקס הזכויות ופנקס השטרות. מקרקעין שעברו הליך של הסדר נרשמים בפנקס הזכויות. לעומת זאת מקרקעין שעברו הליך של "רישום ראשון" נרשמים בפנקס השטרות. שני הפנקסים – פנקס הזכויות ופנקס השטרות – מנוהלים בישראל על ידי האגף לרישום מקרקעין, ובאיו"ש על ידי קמ"ט רישום מקרקעין. הרישום בפנקסים אלו מכונה בז'רגון "רישום בטאבו".

§ 33 פנקס הזכויות, כאמור, הוא הפנקס המתנהל לאחר הליך של הסדר מקרקעין. על כן, בהתאם לאופיו החותך של הליך ההסדר, מקרקעין שנרשמו בפנקס הזכויות הם מקרקעין שקביעת הבעלות בנוגע להם היא *חותכת* (ראו סעיף 16 לחוק ההסדר הירדני. כן השוו לסעיף 125(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, שלפיו "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראייה חותכת לתכנון").

§ 34 לעומת זאת רישומם של מקרקעין בפנקס השטרות לאחר הליך של "רישום ראשון" אינו רישום חותך, אם כי הרישום הוא בעל משקל נכבד בכל הנוגע להוכחת הבעלות. בישראל הליך ה"רישום הראשון" מביא למצב שבו רישום המקרקעין בפנקס השטרות הוא בבחינת "ראיה לכאורה" לנכונות האמור בו (ראו סעיף 125(ב) ו-139 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969). באיו"ש תוצאותיו של הליך ה"רישום הראשון" קרובות עד מאוד, מבחינת סופיותו של ההליך, להליך הסדר המקרקעין.

§ 35 הליך ה"רישום הראשון" באיו"ש מתבצע לפי חוק ירדני: *חוק נכסי דלא נידי שלא נרשמו קודם, מס' 6 לשנת 1964, כפי שתיקן המפקד הצבאי בצו בדבר תיקון חוק נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (יהודה והשומרון)(מס' 1621), התשס"ט–2008.*

§ 36 החוק הירדני המתוקן הוא שקובע את הליכי הבירור המפורטים המתקיימים במסגרת הליך של "רישום ראשון" באיו"ש, והוא שקובע כי רישומם של מקרקעין שנרשמו ב"רישום ראשון" הוא חותך וסופי כמעט לחלוטין, באופן המקרבם להליך הסדר של ממש. סעיף 8(ב) לחוק נכסי דלא נידי הירדני הנ"ל קובע:

"אם הנכס נרשם בספרי המקרקעין [ב"רישום ראשון"], ייחשב הרישום כסופי ולא ניתן לערער עליו בפני בתי המשפט; ואולם לנפקד, למשווע, ללקוי בשכלו או לקטין, תהיה זכות להגיש תביעה נגד הבעלים שנרשמו בספרי המקרקעין ונגד מי שהמקרקעין נרשמו בשמו לאחר מכן, מכוח ירושה, מכר או בדרך אחרת".

§ 37 כלומר, מקרקעין באיו"ש שנרשמו ב"רישום ראשון" קרובים עד מאוד להיות מקרקעין מוסדרים, ולכן יש המכנים את הליך ה"רישום הראשון" באיו"ש "הסדר בזעיר אנפין" או "מיני הסדר" (ראו והשוו, למשל, בג"ץ 189/99 **עאמר נ' אדם**, פ"ד נד(1) 498, 509 (2000); בג"ץ 1299/11 **צורים 2000 בע"מ נ' ראש המנהל האזרחי**, פורסם בנבו (2012), בפסקה 3 לפסק הדין).

§ 38 מהם, בכל זאת, ההבדלים העיקריים בין הליך של "רישום ראשון" באיו"ש לבין הסדר מקרקעין? ההבדל המהותי הוא שהליך של הסדר הוא פעולה **יזומה** של השלטון בנוגע לאזור נרחב, מתוך בירור מלא של מערך הזכויות בכל תא שטח, ושל **יחסי הגומלין ביניהם**. לעומת זאת "רישום ראשון" הוא יזומה של הפרט (או של המדינה בכובעה כבעלת זכויות במקרקעין), באשר ליחידת שטח שבה הוא טוען לזכויות, והוא כולל בירור זכויות של אותה יחידה בלבד, בלי לבחון את השתלבות הזכות במארג כלל הזכויות במקרקעין באותו אזור (למעט בחינת עמדת המחזיקים הגובלים).

§ 39 הבדל חשוב נוסף בין הסדר מקרקעין ל"רישום ראשון" נוגע להתיישנות. מקרקעין שעברו הליך של הסדר – אי אפשר לרכוש בהם זכויות נוגדות מכוח התיישנות (ראו סעיף 14–16 לחוק ההסדר הירדני, והשוו בישראל לסעיף 159(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969). לעומת זאת במקרקעין שעברו הליך של "רישום ראשון" חלים דיני ההתיישנות.

§ 40 עוד הבדל עניינו הנשיאה בעלויות. הליך הסדר המקרקעין והליך ה"רישום הראשון" באיו"ש הם הליכים שעלויותיהם גבוהות, והם אורכים זמן רב. בעלויותיו של הליך ההסדר נושאת המדינה. לעומת זאת עלויות הליך ה"רישום הראשון" נופלות על כתפי מבקש הרישום.

§ 41 הבדלים מהותיים אלה בין ההליכים מוביל להבדל מעשי נוסף: הגם שאין הכרח בדבר, מעשית הליכי ה"רישום הראשון" יתייחסו בדרך כלל לשטחי קרקע שאינם גדולים. מנגד, הליכי הסדר המקרקעין עוסקים באופן טיפוסי בשטחי קרקע גדולים. רק במקום שהמדינה – או גורם אחר בעל יכולת כלכלית – היא שפתחה בהליך הרישום הראשון כדי שהקרקע תירשם בבעלותה, והמדינה היא שנושאת בעלויותיו היקרות של ההליך, אזי בהחלט יכול שהליך ה"רישום הראשון" ישתרע על שטחי קרקע גדולים.

§ 42 לפיכך, ברור שהליכי ה"רישום הראשון" אינם יכולים למלא את החסר שיצרה התליית ההסדר. מדובר ב"טיפה בים" המקרקעין הבלתי מוסדרים.

§ 43 מכל מקום, מקרקעין שנרשמו בפנקס השטרות בעקבות הליך של "רישום ראשון" כמקרקעין שהם בבעלות המדינה הם בוודאי בבחינת מקרקעין רשומים, שהם בבעלות המדינה.

§ 44 הנה כי כן, ראינו ש"מקרקעין מוחזקים כדין" כוללים מקרקעין שהם בבעלות המדינה. עוד ראינו כי מקרקעין שהם בבעלות המדינה כוללים מקרקעין *השומים* בבעלות המדינה בפנקסי המקרקעין. הרישום יכול להיות בין שבפנקס הזכויות (לאחר הליך של הסדר), בין שבפנקס השטרות (לאחר הליך של "רישום ראשון").

§ 45 למען שלמות התמונה נציין כי קיימים אף סוגי מקרקעין הרשומים במרשמי המקרקעין השונים באיו"ש שלא עקב הליך "רישום ראשון". כך הוא המצב, למשל, בנוגע למקרקעין הרשומים על שם השליט בשיטת הרישום הקדומה בפנקסים העות'מאניים (על בסיס הוצאת שטר קניין – קושאן – על שם המדינה); מקרקעין הרשומים על שם המדינה בפנקסי שטרות מהתקופה הבריטית או הירדנית; מקרקעין שהליך ההסדר בהם לא הגיע לכלל סיום אלא נעצר בשלב ביניים כלשהו של ההסדר (כגון בשלב של "לוח תביעות" או "לוח זכויות", שגם בהם יכול להופיע רישום על שם המדינה) וכדומה.

§ 46 בין כך ובין כך, יישוב או שכונה ישראליים שיוקמו על קרקעות הרשומות במרשם המקרקעין כקרקעות שהן בבעלות המדינה, יהיו יישוב או שכונה שהוקמו כדין מן הבחינה הקניינית. אין בהקמתם כל פגיעה שהיא בקניין הפרטי של מאן דהוא.

§ 47 משהבהרנו עניין זה של "מקרקעין רשומים" ניתן כעת לפנות ולהבהיר מהם "מקרקעין מוכרזים", אך תחילה נסכם בקצרה את דברינו.

§ 48 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוגיית הבעלות במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין" על ידי המדינה או בקרקעות שנרכשו כדין על ידי ישראלים.

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" על ידי המדינה כוללות, בין היתר, אדמות שהן בבעלות המדינה.

(ג) אדמות שהן בבעלות המדינה כוללות, בין היתר, אדמות חדשומות בפנקסי המקרקעין על שם המדינה.

(ד) קיימים שני פנקסים שבהם רשומים מקרקעין: פנקס הזכויות ופנקס השטרות. באיו"ש שני הפנקסים מנוהלים על ידי קמ"ט רישום מקרקעין. הרישום בפנקסי המקרקעין מכונה בז'רגון "רישום בטאבו".

(ה) פנקס הזכויות הוא פנקס שבו נרשמים מקרקעין לאחר שהבעלות בהם התבררה בהליך מקיף, המכונה הליך "הסדר מקרקעין". קביעת הבעלות הנעשית במסגרת הליך כזה היא חותכת, וכמעט שאי אפשר לסתור אותה.

(ו) פנקס השטרות הוא פנקס שבו נרשמים מקרקעין לאחר שהבעלות בהם התבררה בהליך המכונה "רישום ראשון". באיו"ש הליך הרישום הראשון הוא הליך של "הסדר בזעיר אנפין". קביעת הבעלות על פיו היא מכרעת, אך היא אינה חותכת, ובמקרים מסוימים אפשר לסתור אותה.

(ז) רק כשליש מהמקרקעין באיו"ש עברו הליך של הסדר, והבעלות הקניינית בהם ברורה ורשומה בפנקס הזכויות. אין נתונים על היקף המקרקעין באיו"ש שעברו הליך של "רישום ראשון", אך עדיין ברור כי חלק הארי של המקרקעין באיו"ש אינו רשום בפנקסי המקרקעין, לא בפנקס הזכויות ולא בפנקס השטרות.

(ח) יישוב או שכונה ישראליים שנבנו באיו"ש על גבי מקרקעין חדשומים על שם המדינה בפנקסי המקרקעין – בין שבפנקס הזכויות בין שבפנקס השטרות ("רשומים בטאבו") – הם יישוב או שכונה שבנויים כדין מהבחינה הקניינית, שכן מקרקעין אלו הם מקרקעין המוחזקים כדין על ידי המדינה, ובנייה עליהם אינה פוגעת בקניין הפרטי של מאן דהוא.

פרק 2.4: קרקעות מוכרזות על שם המדינה

(א) החלטת ממשלה מס' 145

§ 49 ביום 11.11.1979 קיבלה הממשלה את החלטה מס' 145⁹, בה נאמר כך:

"מחליטים (פה אחד):

להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן, חבל עזה ורמת הגולן, על-ידי תוספת אוכלוסין ליישובים קיימים ועל-ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה..." (ההדגשה הוספה).

§ 50 בעקבות החלטת ממשלה זו התפתחה הפרקטיקה שזכתה לכינוי "הכרזה על אדמות מדינה", שעיקרה הוצאת תעודת הכרזה של הממונה על הרכוש הממשלתי במנהל האזרחי באשר למקרקעין שנמצאו ראויים להיחשב "אדמות מדינה" (הליך שברגיל לא היה מלווה ברישום פורמלי של המקרקעין על שם המדינה באחד מפנקסי המקרקעין), מתוך מתן אפשרות למי שרואה עצמו נפגע מכך להגיש ערר נגד הכרזה זו. בהתאם, פרקטיקה זו חלה אך ורק על קרקעות שאינן רשומות בפנקסי המקרקעין.

§ 51 הפרקטיקה האמורה נסמכת על דין הקרקעות המהותי החל באיו"ש, ועל פיו נערך בירור מקיף בסוגיית הזכויות במקרקעין. כאשר הבירור מעלה כי הקרקע הנבדקת היא בבעלות המדינה, הקרקע מוכרזת כ"אדמות מדינה". הפרקטיקה של הכרזה על "אדמות מדינה" היא הפרקטיקה המרכזית הנהוגה כיום לצורך הקמת יישובים ישראליים באיו"ש.

§ 52 יישוב ישראלי שהוקם באיו"ש על אדמות מדינה מוכרזות הוא יישוב שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן הוא הוקם על קרקע שבבעלות המדינה, ללא פגיעה בקניינו הפרטי של מאן דהוא. נפרט.

(ב) חוק הקרקעות העות'מאני

§ 53 כללי המשפט הבינלאומי הפומבי קובעים כי המפקד הצבאי ינהג "עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה" (תקנה 43 לתקנות האג). בהתאם לכך, בעקבות מלחמת ששת הימים, עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש, פרסם המפקד הצבאי ביום 7.6.1967 את מנשר מס' 1 ומס' 2. במנשר מס' 1 נאמר כי "צבא הגנה לישראל נכנס היום לאזור ונטל לידיה את השליטה וקיום הביטחון והסדר הציבורי באזור". במנשר מס' 2 נאמר 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 [מפקד כוחות צה"ל באזור], ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור".

§ 54 כלומר, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, המפקד הצבאי קבע כי ימשיכו לחול באיו"ש הדינים שחלו באזור לפני כניסת כוחות צה"ל. על כן, כדי לברר מהן הקרקעות שהן ב"בעלות המדינה" יש לפנות לדין הקרקעות המהותי שחל באיו"ש ולבחון מתי לפי דין זה עניין לנו בקרקעות שהן בבעלות המדינה.

§ 55 דין הקרקעות המהותי החל באיו"ש הוא חוק הקרקעות העות'מאני, 1858. חוק הקרקעות העות'מאני מוכר היטב למשפטן הישראלי, בהיותו החוק שנהג ערב תחילתו של חוק המקרקעין גם בישראל בעניין מקרקעין שאינם מוסדרים (סעיף 162(2) לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969).

§ 56 חוק הקרקעות העות'מאני קובע בסעיף 1 שהמקרקעין כולם נחלקים לחמישה סוגים:

⁹ ברקע החלטת ממשלה זו מצויה פסיקת בית המשפט העליון בפרשת דויקאט (בג"ץ 390/79, פ"ד לד(1) 1 (1979)). לפרשת דויקאט, ראו § 151 להלן.

(א) קרקע מולק, שהיא בהכללה המבנים, השטח המבונה של היישוב. קרקע מולק היא על פי רוב בבעלות פרטית;¹⁰

(ב) קרקע מידי, שהיא בהכללה קרקע חקלאית הסמוכה לתחום היישוב, והיא בבעלות המדינה (ה"אמיר", ומכאן שמה), אך הפרט יכול, אם מתקיימים תנאים מסוימים, לרכוש זכות להחזיק ולהשתמש בקרקע;

(ג) קרקע מתדוכה, שהיא קרקע המשמשת לצורכי ציבור, כגון דרכים. קרקע מתדוכה היא בבעלות הציבור, ואפשר לעשות בה שימוש רק לשם הצורך ציבורי שלו היא משמשת;

(ד) קרקע מוואת (קרקע מתה) – קרקע המרוחקת מתחום יישוב. קרקע מוואת היא בבעלות המדינה, והפרט ככלל אינו יכול לרכוש בה זכויות.¹¹

(ה) קרקע שהיא הקדש (ווקף) – קרקע שהייתה במקורה בבעלות הפרט, והפרט בחר להקדיש את הקרקע לצורכי ציבור או לקרובי משפחה מסוימים.

§ 57 הפרקטיקה הנוגעת ל"הכרזה על אדמות מדינה" התפתחה בעיקרה בנוגע למקרקעין מסוג "מירי" ולמקרקעין מסוג מוואת (ולעיתים בנוגע למקרקעין מסוג "מתדוכה"), מאחר שסוגי המקרקעין הללו הם בבעלות המדינה.

§ 58 מורכבות מסוימת בהכרזה על אדמות מדינה קיימת בנוגע לקרקע מסוג "מירי", שכן הגם שנקודת המוצא היא שקרקע "מירי" היא בבעלות המדינה, הרי בהתמלא תנאים מסוימים הפרט יכול לרכוש זכות חזקה ושימוש בקרקע. נעמוד על מורכבות זו.

(ג) קרקע מירי

§ 59 נקודת המוצא של חוק הקרקעות העות'מאני היא כי קרקע "מירי" היא קרקע בבעלות המדינה. אולם חוק הקרקעות העות'מאני מוסיף וקובע שבחלוף 10 שנים¹² בהן אדם מחזיק ומעבד קרקע "מירי" עיבוד חקלאי מלא ברציפות, אזי האדם הפרטי – שהחזיק בקרקע ועיבד אותה – זכאי לקבל את זכות השימוש והחזקה בקרקע (זכות השימוש והחזקה מכונה בחוק הקרקעות "תצרוף"). כלשון סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני:

"אדמת מירי [...] שעבד והחזיק בה אדם במשך עשר שנים באין מפריע, תיחשב זכות ההחזקה שלו כמוכחת".¹³

¹⁰ בעבר היה לעיתים פיצול בין הבעלות בקרקע לבעלות במחזורים. במקרה זה הקרקע הייתה יכולה להיות קרקע "מירי" בבעלות המדינה, והמחזורים היו מבנים מסוג "מולק" בבעלות פרטית. ההפרדה בין הבעלות בקרקע לבעלות במחזורים, שהייתה אפשרית בעבר לפי חוק הקרקעות העות'מאני, מכונה "אינשאאת". ראו ש' בן-שמש "על דרכו האחרונה של רישום נפרד למבנים ולנטיעות (אינשאאת) הפרקליט כו (תש"ל) 40.

¹¹ ראו דברי בית המשפט העליון בע"א 4220/12 אלעזקי ז"ל נ' מ"י, פורסם בנבו (2015), שלפיהם "לא ניתן לרכוש זכויות מכוח התיישנות במקרקעי מוואת" (שם, בפסקה 76 לפסק הדין).

¹² בישראל הוראה תקופת התיישנות והיא עומדת על 15 שנים באשר למקרקעין לא מוסדרים. ראו סעיף 22 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958.

¹³ למען שלמות התמונה ראוי להזכיר גם את סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני. לפי חוק הקרקעות העות'מאני, יש להבחין בין התיישנות בקרקע "מירי" בין שני גורמים פרטיים לבין התיישנות בקרקע "מירי" בין גורם פרטי למדינה. בהתיישנות שטוען גורם פרטי באשר לקרקע של המדינה חל סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני, שהבאנו בגוף הדברים. לעומת זאת בהתיישנות בין שני גורמים פרטיים חל סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני. סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני קובע אף הוא תקופת התיישנות של 10 שנים, אולם הסעיף – שכאמור חל בסכסוכי מקרקעין במקום ששני גורמים פרטיים טוענים לזכויות בקרקע – קובע התיישנות

§ 60 **הבעלות עצמה בקרקע "מירי" (המכונה "רקבה")** לעולם נותרת בידי המדינה, אך זכות החזקה והשימוש בה יכולה להפוך לרכוש הפרט, אם הפרט החזיק ועיבד אותה במשך 10 שנים רצופות. יצוין כי ההבחנה בין רובד הבעלות בקרקע ("רקבה") לרובד ההחזקה בקרקע ("תצרוף") היא אחד ממאפייניו הברורים של הדין העות'מאני. בעקבות ביטול סיווג המקרקעין העות'מאני בחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 (סעיף 152-159 לחוק), הבחנה זו אינה נהירה תמיד למשפטן הישראלי, אך היא שרירה וקיימת באיר"ש.

§ 61 לפי סעיף 68 לחוק הקרקעות העות'מאני, מי שהזניח את עיבוד הקרקע במשך 3 שנים (מה שמכונה "מחלול") – מאבד את זכותו להמשיך להחזיק בקרקע, ובכפוף לתנאים מסוימים הקרקע חוזרת להיות שוב בבעלות מלאה של המדינה.

§ 62 הגיונו של הדין העות'מאני המתואר נובע מכך שקרקע מעובדת היא קרקע שהמעבד שילם בגינה מס יבול לשלטון. על כן השלטון העניק לפרט את הזכות להחזיק בקרקע רק במקום שהפרט המשיך לעבד את הקרקע בפועל והמשיך להעביר בגינה מיסוי לשלטון (ראו משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל מהדורה שנייה, תשי"ג 79).

§ 63 סיכומו של דבר, לפי חוק הקרקעות העות'מאני, הבעלות בקרקע "מירי" נתונה למדינה, אך הפרט יכול לרכוש זכות חזקה ועיבוד בקרקע אם עיבד את הקרקע במשך 10 שנים רצופות ואם לא הזניח את העיבוד. הזכות שרוכש הפרט בקרקע "מירי" מכוח חזקה ועיבוד היא זכות ההחזקה והשימוש (תצרוף). זכות הבעלות עצמה בקרקע (רקבה) נותרת בידי המדינה.

§ 64 הפרקטיקה של הכרזה על אדמות מדינה היא פרקטיקה שכללה בירור מקיף של נושא החזקה והעיבוד בקרקע בהתאם לחוק הקרקעות העות'מאני, לפי הדינים המתוארים (וכן בירור שהקרקע אינה רשומה בפנקסי המקרקעין). בסופו של הבירור הוכרזו "אדמות מדינה" רק קרקעות "מירי" שלא נמצא מי שעיבד אותן בהתאם להוראות חוק אלו.

(ד) הפרקטיקה של הכרזה על "אדמות מדינה": חוות הדעת של עו"ד אלבק ז"ל

§ 65 הפרקטיקה של "הכרזה על אדמות מדינה" היא פרקטיקה שהחלה להתפתח, כאמור, החל מסוף שנת 1979, בעקבות החלטת ממשלה מס' 145. הפרקטיקה כללה בירור עובדתי מקיף, ולאחריו הוצאה תעודה בדבר "הכרזה על אדמות מדינה". וכך פעלה הפרקטיקה המתוארת:

§ 66 עו"ד פליאה אלבק ז"ל, ששימשה בזמנו מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה, הייתה עורכת בדיקות עובדתיות מקיפות ויסודיות ביותר עבור הממונה. הבדיקות שערכה עו"ד אלבק ז"ל כללו, בין היתר, סיורים בשטח, עיון בתצלומי אוויר, מפגש עם מוכתרי הכפרים, עיון בפנקסי המקרקעין ובפנקסי תשלומי המס (אם ישנם), פרסומים רבים וכל כיוצא בזה בדיקות המתחייבות מהדין המהותי ומהגיונם של דברים.

§ 67 בסיום בדיקתה המקיפה והיסודית, אשר כללה בחינה לחומרה של כל סוגיה, כתבה עו"ד אלבק ז"ל חוות דעת שבה הוגדרו השטחים שעל פי ממצאי בדיקתה הם בבעלות המדינה, בהתאם לחוק הקרקעות העות'מאני. לחוות הדעת צירפה עו"ד אלבק ז"ל מפה, ועליה סימנה את השטחים שהם "אדמות מדינה", בהתאם לחוות הדעת.

דיונית בלבד. לעומתו, סעיף 78 – שחל בסכסוכי מקרקעין בין הפרט למדינה – קובע התיישנות מהותית באשר לזכות החזקה והשימוש בקרקע "מירי". ראו א' בן-שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל (התשי"ג) 55.

§ 68 בהתאם לחוות הדעת האמורה ולמפה שצורפה אליה, הכריז הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש על השטחים, שסומנו במפה – "אדמות מדינה". מה פירוש "הכריז" ומיהו ה"ממונה"? נסביר מייד.

(ה) הממונה על הרכוש הממשלתי וסעיף 22 לצו בדבר רכוש ממשלתי (צו 59)

§ 69 הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש הוא אדם שמונה על ידי המפקד הצבאי לנהל את הרכוש הממשלתי באיו"ש, בדומה לרשות מקרקעי ישראל (בעבר – מנהל מקרקעי ישראל), שמנהלת את מקרקעי ישראל בישראל.

§ 70 הממונה על הרכוש הממשלתי פועל ומתמנה מכוחו של צו אלוף: צו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז–1967 (להלן – הצו בדבר רכוש ממשלתי).

§ 71 ההכרזות על "אדמות מדינה" שבהן אנו דנים מבוצעות על ידי הממונה מכוחו של סעיף 22 לצו בדבר רכוש ממשלתי. וזו לשונו של סעיף 22 לצו:

"אשר הממונה בתעודה בכתב חתומה בידו כי רכוש כלשהו הוא רכוש ממשלתי, יחשב אותו רכוש לרכוש ממשלתי כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר".

§ 72 משמעותו של הסעיף היא כי משאשר הממונה בתעודה בכתב כי רכוש מסוים הוא רכוש ממשלתי, קיימת חזקה (ניתנת לסתירה) כי הרכוש הוא אכן רכוש ממשלתי. תעודה זו של הממונה, שאליה מצורפים מפה או תיאור המקרקעין המוכרזים, זוכה בז'רגון לכינוי "הכרזה על אדמות מדינה". אומנם הכינוי המשפטי הרשמי של הכרזות אלו הוא "תעודה על רכוש ממשלתי", אולם משהנוג הנפוץ הוא לכנות הכרזות אלו "הכרזה על אדמות מדינה", נשתמש אף אנו בכינוי זה.

§ 73 נשוב לתיאור הפרקטיקה שנוצרה להכרזה על "אדמות מדינה": בהתבסס על חוות הדעת של עו"ד פליאה אלבק ז"ל, נהג הממונה להוציא תעודה, לצרף אליה את המפות שנכללו בחוות הדעת של עו"ד אלבק ז"ל ולהודיע בתעודה זו שהקרקעות המסומנות במפות הן "אדמות מדינה".

§ 74 הוכרזו מקרקעין כ"אדמות מדינה", אפשר לערור על ההכרזה בפני ועדת העררים שהוקמה ופועלת לפי הצו בדבר ועדות עררים (אזור הגדה המערבית) (מס' 172), התשכ"ח–1967. ראו סעיף 2 לתוספת לצו.

§ 75 בהתאם לפרקטיקה המתוארת, הוקמו החל משנות ה-80 של המאה שעברה היישובים הישראליים החדשים באיו"ש על גבי קרקעות שהוכרזו "אדמות מדינה". בכך התקיים בעניין יישובים אלו התנאי שלפיו כדי שיישוב באיו"ש יהיה מוסדר כדין נדרש כי היישוב ייבנה על גבי קרקע המוחזקת כדין על ידי המדינה. היישוב הוקם על גבי קרקעות שלפני הדין החל במקום הן בבעלות המדינה, ועל כן אין בהקמת היישוב פגיעה בקניינו הפרטי של מאן דהוא.

§ 76 אם נבקש להציג פרקטיקה זו בצורה גרפית, נציגה כך:

חוות דעת על הבעלות לאחר בדיקה מקיפה ויסודית



הכרזה פומבית על "אדמות מדינה"



זכות ערר



(ו) "אדמות סקר"

§ 77 הפרקטיקה המתוארת, שראשיתה כאמור בסוף שנת 1979, ואשר בוצעה בזמנו באמצעות חוות הדעת של עו"ד אלבק ז"ל, מבוצעת כיום על ידי אנשי המנהל האזרחי באיו"ש באמצעות הליך דומה במאפייניו המרכזיים, המכונה "סקר".¹⁴ המנהל האזרחי הוא גוף שהקים המפקד הצבאי ומטרתו לנהל "את העניינים האזרחיים באזור [...] לרווחתה ולטובתה של האוכלוסייה ולשם הספקת השירותים הציבוריים והפעלתם, ובהתחשב בצורך לקיים מינהל תקין וסדר ציבורי באזור" (סעיף 2 לצו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה והשומרון) (מס' 947), התשמ"ב-1981).

§ 78 בהתאם לכך, הביטוי "אדמות סקר", שבו נהוג להשתמש בהקשר זה, הוא ביטוי שמכוון לאדמות המצויות בהליך של בדיקה ובחינה ("סקירה") על ידי אנשי המנהל האזרחי (או שקיימת היתכנות לכך). זאת מתוך כוונה להכריז בעתיד על האדמות כ"אדמות מדינה" אם יתברר שהן אכן עונות להגדרה של "אדמות מדינה". כלומר, "אדמות סקר" הן אדמות שנבחנת האפשרות להכריז עליהן "אדמות מדינה" או שקיימת היתכנות כי הן "אדמות מדינה".

(ז) צוות "קו כחול"

§ 79 ההכרזות הוותיקות, שנעשו במהלך שנות ה-80 ובראשית שנות ה-90 של המאה שעברה, התבססו – מטבע הדברים – על הצידוד הטכנולוגי שהיה בנמצא באותם ימים. כיום מבוצעות ההכרזות מתוך הסתייעות במכשור מתקדם, הכולל מחשבים וכיוצא בזה.

§ 80 על כן ברבות השנים נוצר הצורך לדייק את ההכרזות הוותיקות ולהתאימן למציאות החיים הנוכחית. אחד הביטויים הידועים לצורך זה מכונה "עובי קו", לאמור: הקושי בהגדרת הקו שסומן על גבי המפות הוותיקות כגבול של השטח שהוכרז כ"אדמות מדינה". נבאר.

§ 81 המפות שנערכו במהלך שנות ה-80 ובראשית שנות ה-90 של המאה שעברה, ובהן סומנו בקו גבולותיהן של "אדמות המדינה", לא היו מפות ממוחשבות אלא מפות בקנה מידה של 1:20,000 או של 1:50,000. במפות אלו קשה לדעת היום מה בדיוק היה "עובי הקו" ומה היה בדיוק הגבול של השטח שהוכרז כ"אדמות מדינה", שכן קו שעובר במפה בקנה מידה שכזה משתרע במציאות על שטח לא קטן. במקרים מעין אלו עולה השאלה למה בדיוק הייתה הכוונה במסגרת ההכרזה על "אדמות מדינה" באשר לשטח זה.

§ 82 לשם כך הוקם בשנת 1999 במנהל האזרחי באיו"ש "הצוות לתיחום אדמות מדינה", שזכה לכינוי (בז'רגון) "צוות קו כחול". כיום שמו הרשמי של הצוות הוא "צוות סטטוס מקרקעין". תפקידו של הצוות הוא לדייק את מפות ההכרזה הוותיקות של עו"ד אלבק ז"ל בעזרת הצידוד המשוכלל העומד לרשותנו כיום ועל סמך מחקר משפטי ועובדתי שמטרתו להתחקות אחר כוונת העורכים של תעודת ההכרזה ההיסטורית. הכוונה היא שבכל פעם שרוצים לתכנן תוכנית לבנייה חדשה בשטח שהוכרז "אדמות מדינה", יהיו גבולותיה של התוכנית מדויקים וברורים ומתאימים לקנה המידה הנוהג בתכנון כיום. מכיוון שגבולותיה של תוכנית מכונים בז'רגון של המתכננים והאדריכלים "קו כחול" (או ה"קו הכחול של התוכנית"), מכונה הצוות "צוות קו כחול". לאמור: הצוות, שתפקידו לוודא שגבולותיה של תוכנית לבנייה חדשה (גבולות המכונים "קו כחול") יתאמו מבחינה מהותית לגבולות ההכרזה על "אדמות מדינה".

¹⁴ מאפייניו המרכזיים של ההליך, שהם הוצאת תעודת הכרזה לאחר הליך בירור ומתן זכות ערר עליה, נותרו, כאמור, ללא שינוי. עם זאת על רקע השינוי במציאות המדינית בשטח במהלך שנות ה-90 ועקב הפסקת שיתוף הפעולה מצד המוכתרים של הכפרים בנוגע להליך ההכרזה, התחייבו שינויים והתאמות של הליך הבירור.

§ 83 עם הקמתו, בסוף שנות ה-90 של המאה שעברה, לא הוגדרו בדיקות צוות "קו כחול" כחלק מהדרישות המתחייבות לנקיטת הליכי תכנון והקצאת מקרקעין באיו"ש, והועברו לבדיקת הצוות רק פרויקטים ספציפיים שבהם עלה קושי ממשי להתחקות אחר גבול אדמות המדינה המוכרזות. כיום הפכה בדיקת הצוות למאזי מקדמי לקידום מרבית הליכי התכנון והקצאת המקרקעין בהתיישבות הישראלית באיו"ש.

§ 84 במסגרת עתירה התלויה ועומדת בימים אלו בבית המשפט העליון (בג"ץ 7986/14), הודיעה המדינה כי מיום 1.1.16 ואילך בכוונתה לפרסם את תוצרי עבודת צוות "קו כחול" ולאפשר למעוניינים בכך להשיג על עבודת הצוות בפני ראש המנהל האזרחי.

§ 85 על כל פנים, יישוב או שכונה ישראליים שהוקמו על קרקעות שהוכרזו "אדמות מדינה", הם יישוב או שכונה שהוקמו כדין מן הבחינה הקניינית, שכן הוקמו על קרקעות שנחשבות כבעלות המדינה, בהתאם לדיני הקניין המהותיים החלים באזור. על כן אין בהקמתם כל פגיעה שהיא בקניין הפרטי של מאן דהוא.

§ 86 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוגיית הבעלות במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין" על ידי המדינה.

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" על ידי המדינה כוללות, בין היתר, אדמות שהן בבעלות המדינה.

(ג) אדמות שהן בבעלות המדינה כוללות, בין היתר, אדמות *השומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3) ואדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה".

(ד) לעניין אדמות מוכרזות: אדמות שהוכרזו "אדמות מדינה" הן אדמות אשר לגביהן הוציא הממונה על הרכוש הממשלתי תעודה המכריזה כי הן "אדמות מדינה".

(ה) הממונה הוא אדם שמינה המפקד הצבאי כדי לנהל את הרכוש הממשלתי באיו"ש. פעילות הממונה באיו"ש דומה לפעילותה של רשות מקרקעי ישראל, המנהלת את מקרקעי ישראל בשטח מדינת ישראל.

(ו) פירושה של ההכרזה שמוציא הממונה הוא כי קיימת חזקה שמדובר באדמות שהן בבעלות המדינה.

(ז) להכרזה קודם הליך מקיף מאוד של בירור הבעלות בהתאם לחוק המהותי החל במקום, הליך הכולל עיון במסמכים ובתצלומי אוויר, סיורים, פרסומים רבים, זכות ערר ועוד. הליך הבירור נעשה בזמנו בעבור הממונה על ידי עו"ד פליאה אלבק ז"ל, ששימשה מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה, וכיום הליך הבירור – המכונה "הליך סקר" – מבוצע בעבור הממונה על ידי המנהל האזרחי באיו"ש.

(ח) בשנת 1999 הוקם במנהל האזרחי צוות שתפקידו לדייק את גבולותיהן של ההכרזות הוותיקות על אדמות מדינה (הכרזות משנות ה-80 ומראשית שנות ה-90). הדיוק נעשה בעזרת ציור ממוחשב ומשוכלל שלא היה קיים בזמנו. הצוות מכונה "צוות קו כחול".

(ט) יישוב או שכונה ישראליים שנבנו באיו"ש על גבי מקרקעין *שהוכרזו* "אדמות מדינה" הם יישוב או שכונה שבנויים כדין מהבחינה הקניינית, שכן מקרקעין אלו הם מקרקעין שנחשבים בבעלות המדינה והם מוחזקים כדין על ידי המדינה. בנייה עליהם אינה פוגעת בקניין הפרטי של מאן דהוא.

פרק 2.5: מרשמי המקרקעין והעיון בהם

(א) הצו בדבר עיון במרשמים

§ 87 בפרק 2.3 הצגנו את עניינם של המקרקעין *הישומים* על שם המדינה בפנקסי המקרקעין. בפרק 2.4 הצגנו את עניינם של המקרקעין *המוכזים* אדמות שהן בבעלות המדינה. הצגה זו לא תהיה שלמה אם לא נידרש לסוגיית מרשמי המקרקעין, ואלה נפנה כעת.

§ 88 כל עורך דין העוסק בתחום המקרקעין בישראל יודע שהפעולה הבסיסית ביותר שכל עורך דין נדרש לעשות לצורך בירור הבעלות במקרקעין היא לעיין בעותק מפנקסי המקרקעין, העומדים לעיון הציבור במשרדי מרשם המקרקעין. מבחינה מעשית העיון בפנקסי המקרקעין נעשה באמצעות עיון ב"נסח הרישום" (המכונה בז'רגון "נסח טאבו"). "נסח רישום" פירושו "העתק מרישום בפנקסי המקרקעין המאושר על ידי לשכת רישום" (ראו סעיף 1, 92 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התשע"ב–2011). כלומר, כל אדם בישראל זכאי לעיין בפנקסי המקרקעין, בין שבפנקס הזכויות בין שבפנקס השטרות. זכות עיון זו נחשבת יסוד מוסד במרשם המקרקעין בישראל ובעולם, והפומביות של הפנקסים נועדה להבטיח את תקינותו של שוק המקרקעין ואת שקיפותו, וכן להיות כלי למניעת טעויות (משמדובר בזכויות חפצא in rem).

§ 89 באיו"ש המצב שונה לחלוטין, ומרשם המקרקעין באיו"ש חסוי. ההוראה בדבר חיסיון המרשם באיו"ש קבועה כיום בצו אלוף שהוצא בעניין: *הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (אזור יהודה והשומרון) (מס' 1737), התשע"ד–2014* (להלן – הצו בדבר עיון במרשמים).

§ 90 לפי האמור בצו בדבר עיון במרשמים, הזכות לעיון במרשם נתונה רק לבעל הזכות במקרקעין ולמי שהיה צד לעסקה במקרקעין (סעיף 2 לצו). הזכות *הפומבית* לעיון במרשם, הנתונה בישראל ובעולם לכל אדם, כמעט שאינה קיימת באיו"ש. סעיף 3 לצו בדבר עיון במרשמים קובע:

"הגיש אדם, שאינו בעל זכות במקרקעין, בקשה לעיון [ברישומי מקרקעין], יאפשר לו ראש המנהל האזרחי לעשות כן ובלבד שהתקיים אחד מאלה:
(א) *בעל זכות במקרקעין הסכים לעיון ברישום.*
(ב) *מגיש הבקשה פרסם את הבקשה לעיון בהתאם לתקנות¹⁵ ובעל זכות במקרקעין לא התנגד לבקשה, ובלבד שסבר ראש המנהל האזרחי כי מתקיימים כל אלה:*
(1) *התרת העיון לא תפגע בביטחון האזור, בסדר הציבורי, בשלום של אדם או בקניין הפרט.*
(2) *העיון דרוש להקמת תשתית ציבורית או לקיום חובה הקבועה בדין.*
(3) *ראש המנהל האזרחי מצא כי העיון משרת את טובת האזור."*

§ 91 תנאיו של סעיף 3 הנ"ל כמעט שאינם יכולים להתקיים בעולם המציאות. נמצא כי בניגוד לכלל המושרש והבסיסי בישראל – הוא הכלל בדבר פומביות מרשם המקרקעין כחלק מהרצון להביא לתקינות של עסקאות במקרקעין – באיו"ש הצו מתיר עיון במרשם המקרקעין, עקרונית, רק לבעל זכות במקרקעין. מי שאינו בעל זכות במקרקעין אינו רשאי לעיין במרשם, אפילו לא במקרה שהוא מעוניין לרכוש זכות במקרקעין.

§ 92 חוקתיותו של הצו בדבר עיון במרשמים עלתה אגב אורחא בפסיקת בית המשפט העליון בשני מקרים, ונותרה ללא הכרעה: עניין *אנג'ל* (רע"א 2505/16, פורסם בנבו (2016)) ועניין *דגבים* (בג"ץ 6870/14, פורסם בנבו (2017)). על כל פנים, בפועל נוהגים באיו"ש לפי הצו בדבר עיון במרשמים, שמשמעותו המעשית היא שמרשמי המקרקעין באיו"ש, המנוהלים על ידי קמ"ט רישום מקרקעין, חסויים מן הציבור.

¹⁵ הפרסום הוא בשני עיתונים יומיים בשפה הערבית, קבוע בתקנות המקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה והשומרון), תשע"ו–2016.

(ב) מרשם ההרשאות

§ 93 למען שלמות התמונה נזכיר כי לפני שנים רבות הייתה כוונה שהעסקאות במקרקעין שמבצע הממונה על הרכוש הממשלתי תירשמנה כולן בפנקס שיכונה "מרשם ההרשאות": ראו הצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים (יהודה והשומרון) (מס' 569), התשל"ה-1974.

§ 94 עם זאת הרישום בפנקס ההרשאות הוא חריג, ונכון למועד כתיבת שורות אלו כמעט לא נעשה בו שימוש.

(ג) רישומים פנימיים

§ 95 כדי להתמודד עם העמימות בשוק המקרקעין באיו"ש נוהגים הגורמים המקצים את קרקעות המדינה באיו"ש לנהל רישומים משלהם באשר לזכויות במקרקעין. כך נוהג הממונה על הרכוש הממשלתי, שהוא הגורם המוסמך לנהל את קרקעות המדינה באיו"ש, וכך נוהגים הגופים שלהם הקצה הממונה רכוש ממשלתי באיו"ש (ובהם ההסתדרות הציונית וחברות משכנות).

§ 96 בעלי הזכויות יכולים לקבל מן הגורמים המנהלים את הרישומים הפנימיים הללו אישור על הזכויות הנתונות להם לפי הרישומים הפנימיים.

פרק 2.5 סיכום ביניים: מרשמי מקרקעין באיו"ש

§ 97 להשלמת התמונה בסוגיית בירור הזכויות במקרקעין באיו"ש יש להידרש לנושא מרשמי המקרקעין:

(א) כפי שראינו בפרק 2.3, באיו"ש (כמו בישראל) מנוהלים פנקסים שבהם רשומות הזכויות במקרקעין רישום רשמי ומחייב.

(ב) בישראל ובעולם הרחב פנקסי המקרקעין עומדים לעיון הציבור כחלק מתפיסה רחבה שלפיה העיון הפומבי מבטיח את תקינותו של שוק המקרקעין ואת שקיפותו.

(ג) בניגוד למצב בישראל ובעולם, באיו"ש פנקסי המקרקעין חסויים ואינם עומדים לעיון הציבור מכוח צו של המפקד הצבאי.

(ד) כמו כן, כמפורט בפרק 2.3, חלק הארי של המקרקעין באיו"ש אינו רשום כלל בפנקסי המקרקעין.

(ה) בזמנו הייתה כוונה לכוון באיו"ש פנקס מיוחד לרישום עסקאות במקרקעין, פנקס שמכונה "מרשם ההרשאות". בפועל כמעט שלא נעשה שימוש בפנקס זה, ועסקאות מקרקעין באיו"ש כמעט שאינן נרשמות בו.

(ו) היעדר מרשמי מקרקעין רשמיים ומחייבים באיו"ש בנוגע לחלק הארי של המקרקעין לצד החיסיון של מרשמי המקרקעין הקיימים באיו"ש מוסיפים לעמימות ולמורכבות הקיימות ממילא בתחום המקרקעין באיו"ש.

(ז) מבחינה מעשית, באשר לקרקעות המוחזקות כדין על ידי המדינה אפשר לברר את הזכויות בקרקעות אלו: הגורמים המנהלים באיו"ש את המקרקעין המוחזקים כדין על ידי המדינה, ובראשם הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש, מנהלים רישומים פנימיים בנוגע לזכויות במקרקעין המנוהלים על ידם.

(ח) רישומים פנימיים אלו מסייעים בבירור הזכויות במקרקעין באיו"ש.

פרק 2.6: קרקעות שהופקעו לטובת המדינה

(א) המשפט הבינלאומי

§ 98 בפרק 2.2 ראינו שקרקעות *מבעלות* המדינה כוללות קרקעות *שדשומות* במרשם המקרקעין על שם המדינה, קרקעות *שהוכרזו* "אדמות מדינה" וקרקעות *שהופקעו* לטובת המדינה. בפרק 2.3 הבהרנו מהן קרקעות *הדשומות* על שם המדינה. בפרק 2.4 הבהרנו מהן קרקעות *שהוכרזו* "אדמות מדינה". בפרק 2.5 השלמנו את התמונה בעזרת דיון במרשמי המקרקעין, ובפרק הנוכחי נבהיר מהן קרקעות שהבעלות בהן הופקעה לטובת המדינה.

§ 99 בפתח דיוננו בנושא ההפקעות מתבקשת הידרשות למשפט הבינלאומי. במבוא לדו"ח זה עמדנו על כך שמדינת ישראל קיבלה עליה לפעול באיו"ש בהתאם לאמנת האג משנת 1907 ולחלקים ההומניטריים באמנת ז'נבה הרביעית. תקנה 46 לתקנות האג קובעת כי "אין להחרים רכוש פרטי". כלומר, המשפט הבינלאומי אוסר על החרמה – נטילה ללא פיצוי – של רכוש הפרט. עם זאת תקנה 43 לתקנות האג קובעת כי על המפקד הצבאי לנהוג "עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנהוגים במדינה". מכאן,

שלכאורה במקום שהפקעת הקרקע נעשתה לפי "החוקים הנוהגים במדינה" ההפקעה היא כדין לפי המשפט הבינלאומי. וראו גם מנשר מס' 2, שהתקין המפקד הצבאי מיד עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש, ולפיו "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 [מפקד כוחות צה"ל באזור], ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור".

100 § על כן יש לפנות ולעיין בחקיקה התקפה באיו"ש בתחום ההפקעות, ולראות תחילה כיצד נהגו הירדנים בעניין זה.

(ב) ההפקעות הירדניות

101 § סמכות ההפקעה לצורכי ציבור היא סמכות המוכרת בעולם כולו כסמכות חוקית וחוקתית, ובלבד שההפקעה נעשית אגב מתן פיצוי ראוי. ראו התיקון החמישי לחוקה האמריקאית, שקובע כי "לא יילקח קניינו הפרטי [של אדם] כלי פיצוי הוגן".

102 § כמו בכל מדינות העולם גם בירדן יש סמכות להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור, ובשנים 1948–1967 עשו הירדנים שימוש נרחב בסמכות ההפקעה האמורה.

103 § החוק המרכזי שבו השתמשו הירדנים כדי להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור הוא חוק הקרקעות רכישה לצורכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953 (להלן – חוק ההפקעה הירדני). חוק ההפקעה הירדני דומה לפקודה הבריטית שקדמה לו, היא פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943. פקודת הקרקעות הבריטית משנת 1943 מוכרת היטב למשפטן הישראלי, שכן היא חלה עד היום בישראל.

104 § חוק ההפקעה הירדני, בנוסחו נכון לשנת 1967, קבע הליך מדורג להפקעה:

(א) פרסום מודעה לתקופה של 15 יום – בשלב הראשון על הגורם המפקיע¹⁶ לפרסם מודעה בעיתון הרשמי לתקופה של 15 יום, ובה יודיע כי בכוונתו לפנות לממשלה ולבקש ממנה להחליט על רכישת הקרקע שפורטה בהודעה ועל היות הדבר לטובת הציבור (סעיף 3(1) לחוק ההפקעה הירדני).

(ב) פנייה לממשלה – בחלוף 15 יום על הגורם המפקיע לפנות לממשלה בבקשה בצירוף מפה של הקרקע העומדת להירכש (סעיף 3(3) לחוק ההפקעה הירדני).

(ג) החלטת הממשלה על הרכישה – הממשלה יכולה להחליט לרכוש את זכות הבעלות בקרקע או את זכות החזקה או השימוש בה (סעיף 4 לחוק ההפקעה הירדני).

(ד) אישור המלך – החלטת הממשלה בדבר רכישת הקרקע תובא לאישור המלך (סעיף 4(2) לחוק ההפקעה הירדני).

(ה) פרסום החלטת הממשלה בעיתון הרשמי – לאחר קבלת החלטת הממשלה ואישור המלך תפורסם ההחלטה בעיתון הרשמי (סעיף 5 לחוק ההפקעה הירדני).

(ו) רישום הערה בפנקסי המקרקעין – לאחר הפרסום בעיתון הרשמי על הגורם המפקיע לפנות לפקיד רישום המקרקעין ולהציג לו את כל המסמכים הנוגעים לעניין. פקיד הרישום יעביר עותק מהמסמכים לכל בעלי הזכויות בקרקע, ולאחר מכן ירשום הערה בפנקסי המקרקעין על ההפקעה. ההערה מונעת עשיית כל עסקה סותרת במקרקעין (סעיף 5-7 לחוק ההפקעה הירדני).

¹⁶ הגורם המפקיע מכונה בחוק ההפקעה הירדני "המקים". "המקים" מוגדר בסעיף 1 כ"הממשלה, מועצה עירונית, מועצה מקומית וכל רשות מקומית אחרת, חברה, שותפות, תאגיד וכל אדם המבצע צורך ציבורי או עומד לבצעו, לרבות הממשלה כאשר היא ממלאת מקום אחד המקימים האמורים".

(ז) **פיצוי בעלי הזכויות בקרקע** – הגורם המפקיע ובעלי הזכויות בקרקע ינהלו משא ומתן לפיצוי בעבור הזכויות בקרקע. אם לא הגיעו להסכמה, יכול כל אחד מהם לפנות לבית המשפט כדי שבית המשפט יקבע את גובה הפיצויים (סעיף 8-10, 12-15, 20-21 לחוק ההפקעה הירדני).

(ח) **תפיסת חזקה מיידית במקרקעין** – במקרים דחופים יוכל הגורם המפקיע לתפוס חזקה בקרקע עוד לפני פרסום החלטת הממשלה על ההפקעה בעיתון הרשמי ועוד לפני תשלום הפיצויים לבעלי הזכויות במקרקעין. תנאי לתפיסת חזקה מיידית שכזו הוא קבלת החלטת ממשלה בעניין (סעיף 11 לחוק ההפקעה הירדני).

(ט) **רישום הקרקע על שם הגורם המפקיע** – לאחר תשלום הפיצויים שקבע בית המשפט תירשם הקרקע על שם הגורם המפקיע (סעיף 17 לחוק ההפקעה הירדני).

(י) **הסתלקות מההפקעה** – כל עוד הגורם המפקיע לא תפס חזקה במקרקעין, הוא מוסמך להסתלק מהחלטת הרכישה ובלבד שהחלטת ההסתלקות תפורסם בעיתון הרשמי. הסתלק הגורם המפקיע מהחלטת הרכישה, הוא יהיה פטור מתשלום פיצויים בגין הרכישה, אך יהיה חייב להחזיר לבעלי הזכויות במקרקעין את ההוצאות שנגרמו להם (סעיף 18 לחוק ההפקעה הירדני).

(יא) **ביטול הפקעה והשבת הקרקע לבעליה** – אם במשך 3 שנים לא החל הגורם המפקיע בעבודות הנחוצות לצורך מימוש ההפקעה, רשאי בעל הקרקע לפנות לבית המשפט בתביעה להשבת הקרקע. אם יתברר שהסיבות שבגינן העבודות לא התחילו במשך שלוש שנים אינן "מספיקות וסבירות", יורה בית המשפט על השבת הקרקע לבעליה. זאת ובלבד שהבעלים השיב את הפיצויים שקיבל. אם נגרמו לקרקע נזקים בתקופה האמורה, יפסוק בית המשפט את גובה הפיצוי שיש לשלם לבעלים בגין הנזק (סעיף 19 לחוק ההפקעה הירדני). האפשרות לבטל את ההפקעה שלא מומשה קיימת רק במקום שהגורם המפקיע אינו המדינה או רשות מקומית.

§ 105 כעולה מהתיאור שלעיל, מסלול ההפקעה לפי חוק ההפקעה הירדני הוא מסלול מובנה ומורכב הכולל פרוצדורה ממושכת, לרבות כמה אישורים של דרגים בכירים ביותר ופרסומים רבים, ובסופו עוברת הבעלות בקרקע לגורם המפקיע. כאשר הגורם המפקיע הוא המדינה, בעקבות ההפקעה הקרקע עוברת לבעלות המדינה.

§ 106 המשמעות המשפטית של הדברים היא כי מן הרגע שבו השתכללה ההפקעה הירדנית עברה לבעלות המדינה הקרקע שהופקעה על ידי המדינה גם אם לא היה עדיין סיפק בידי הירדנים להשלים את הליכי הרישום במרשם המקרקעין על שם המדינה (אם המקרקעין רשומים בפנקסי המקרקעין).

§ 107 הודעה ברוח זו, בדבר תוקפם של הליכי ההפקעה הירדניים והשתכללותם ובדבר הקניית הקרקע למדינה מכוחם של הליכי ההפקעה הללו, מסרה המדינה לבית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ 419/14.

§ 108 עוד הודיעה המדינה בבג"ץ 419/14 הנ"ל כי יישוב ישראלי שהוקם על גבי קרקעות שהופקעו על ידי הירדנים הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן הוא הוקם על אדמות שהן בבעלות המדינה.

§ 109 נמצא כי יישוב או שכונה ישראליים שנבנו באיו"ש על גבי מקרקעין שהופקעו על ידי הירדנים בהתאם לחקיקה התקפה בירדן, הם יישוב או שכונה שבנויים כדין מהבחינה הקניינית, שכן בעקבות ההפקעה המקרקעין הם בבעלות המדינה, והם מוחזקים כדין על ידי המדינה.

110 § למען שלמות התמונה נוסף ונציין כי באיו"ש יש הפקעות נוספות שהשתכללו כך שהבעלות במקרקעין עברה לידי המדינה גם אם ההפקעה לא נרשמה בפנקסי המקרקעין (בין משום שהמקרקעין אינם רשומים בפנקסים כלל ובין משום שההפקעה אינה טעונה רישום בפנקסים). בכלל זה נזכיר:

(א) את ההפקעות שהפקיעו הבריטים באיו"ש בתקופת המנדט לפי פקודת ההפקעה המנדטורית (פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943),¹⁷ הפקעות שלא תמיד נרשמו במרשם המקרקעין, בפרט במקום שהמקרקעין המופקעים לא היו רשומים בפנקסים;

(ב) את ההפקעות שהפקיעו הירדנים בשנים 1948-1967 לפי תקנות ההגנה הירדניות, הפקעות המפקיעות את זכות החזקה והשימוש בלבד ואינן טעונות רישום בפנקסי המקרקעין;¹⁸

(ג) את ההפקעות שהפקיעו הבריטים והירדנים לפי החקיקה הנוגעת לעתיקות.¹⁹

(ד) הפקעות על ידי המפקד הצבאי

111 § הירדנים נהגו כעניין שבשגרה וכמקובל בכל מדינה מתוקנת להפקיע קרקעות לצורכי ציבור, אגב מתן פיצוי לנפקעים, בהתאם לחקיקה התקפה בירדן.

112 § המשפט הבינלאומי מכיר ומעודד הכרה בתוקפה של החקיקה הפנימית התקפה. תקנה 43 לתקנות האג קובעת כי על המפקד הצבאי לנהוג "עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה". וראו גם מנשר מס' 2, שהתקין המפקד הצבאי מיד עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש, ולפיו "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 [מפקד כוחות צה"ל באזור], ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור".

113 § על כן אין חולק שהמפקד הצבאי גם הוא מוסמך להפקיע מקרקעין מכוחה של החקיקה הפנימית הירדנית התקפה ומכוחו של חוק ההפקעה הירדני. כך פסק בית המשפט העליון (ראו בג"ץ 393/82 ג'מעת אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד (4) 785 (1983)).

114 § עם זאת עלתה השאלה אם המפקד הצבאי רשאי להשתמש בסמכותו להפקיע מקרקעין בהתאם לחוק ההפקעה הירדני במקום שההפקעה נועדה לצורך ההתיישבות הישראלית באיו"ש.

115 § בזמן כהונתו של כב' הנשיא מאיר שמגר כיועץ משפטי לממשלה ניתנה, במקרים מתאימים, תשובה חיובית לשאלה זו, ומקרקעין הופקעו לפי חוק ההפקעה הירדני לצורך ההתיישבות הישראלית. בפרט במקום שנראה שההפקעה צפויה לשרת גם את התושבים המוגנים באיו"ש. במקרים מיוחדים נעשה שימוש בסמכות ההפקעה גם לביסוס ההתיישבות (כגון בעניין ייסוד העיר מעלה אדומים, אם כי ההקלה באשר לשימוש בסמכות ההפקעה ניתנה באותו מקרה בעיקר למראה האופי המדברי של השטח הנוגע בדבר, שהסיכוי לאתר בו עדות לבעלות פרטית בקרקע אינו גבוה). עמדת כב' הנשיא שמגר נסמכה על התפיסה המשפטית שלפיה יש אסמכתאות במשפט הבינלאומי המתירות למפקד הצבאי להשתמש בסמכויות

¹⁷ על פקודת ההפקעה המנדטורית, ראו 103 § לעיל.

¹⁸ תקנות ההגנה הירדניות (תקנות ההגנה מס' 2 לשנת 1939) מסמיכות את ראש הממשלה להפקיע לצורכי צבא וביטחון את זכות החזקה והשימוש במקרקעין. ההפקעה משתכללת לאחר קבלת החלטה של ראש הממשלה ותפיסת החזקה במקרקעין, והיא אינה טעונה רישום במרשם המקרקעין.

¹⁹ בתקופת המנדט הבריטי חלה באיו"ש בתחום העתיקות פקודת העתיקות, 1929, והיא חלה בזמנו גם בשטחה של מדינת ישראל של היום. הפקודה המנדטורית חלה באיו"ש עד שנת 1966, ואז הוחלפה בחוק ירדני, הדומה עד מאוד לפקודה המנדטורית: חוק העתיקות, חוק ארעי מס' 51 לשנת 1966. סעיף 11 לחוק העתיקות הירדני מסמך את מנהל רשות העתיקות להפקיע תמורת פיצוי מקרקעין, שהם אתר עתיקות, במקום שהמקרקעין רשומים בספרי המקרקעין על שם אדם פרטי. יצוין כי במקום שמקרקעין, שהם אתר עתיקות, אינם רשומים בפנקסי המקרקעין, לפי סעיף 14 לחוק העתיקות הירדני המקרקעין "יירשמו [...] בשם משרד האוצר לטובת מחלקת העתיקות". סמכויות דומות נקבעו בפקודת העתיקות המנדטורית, והשוו גם לסמכויות הדומות הקבועות בחוק העתיקות הישראלי, התשל"ח-1978.

הקבועות בדין המקומי, לרבות בסמכות ההפקעה המתוארת (חוות דעת מיום 12.9.1974, הנזכרת בבג"ץ 3240/15).

116 § ואולם יודגש: העובדה שמקרקעין הופקעו על ידי המפקד הצבאי מכוחו של חוק ההפקעה הירדני אין פירושה בהכרח שהקרקע שהופקעה היא קרקע פרטית. הליך ההפקעה נעשה מטעמים של צורך ציבורי. הצורך הציבורי הוא שמכתיב את היקפה של הקרקע המופקעת ואת מקומה. במסגרת מתחם המקרקעין הנחוץ לצורכי ציבור יכול שיהיו מקרקעין ציבוריים ויכול שיהיה מקרקעין פרטיים. מטעמי יעילות ופשטות הנוהג הוא להפקיע את המתחם כולו, לרבות את המקרקעין הכלולים במתחם ואשר הם בבעלות ציבורית. למעשה, יכול שהמתחם המופקע יהיה כולו מתחם שאינו פרטי.

117 § בזמן כהונתו של כב' השופט יצחק זמיר כיועץ המשפטי לממשלה השתנתה העמדה המשפטית. כב' השופט זמיר סבר כי קיימת שאלה משפטית אם ההתיישבות הישראלית באיו"ש יכולה להיחשב צורך ציבורי המצדיק הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור בהתאם לחוק ההפקעה הירדני. בלי להכריע בשאלה זו סבר כב' השופט זמיר כי מוטב להיזהר ככל האפשר ולהימנע מהפקעה לצורכי ציבור בהתאם לחוק ההפקעה הירדני במקום שהמקרקעין המופקעים נועדו לשמש את ההתיישבות הישראלית ואותה בלבד (ראו חוות דעתו של פרופ' זמיר מיום 12.5.1980, הנזכרת בבג"ץ 1308/17). עם זאת גם לפי עמדה זו אין כל מניעה להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור על פי חוק ההפקעה הירדני במקום שהמקרקעין המופקעים מיועדים לשמש הן את התושבים המוגנים הן את הציבור הישראלי. כמו כן מחוות הדעת נלמדה גם גישה מקילה יותר בנוגע להפקעה המיועדת לצרכים תשתיתיים של ההתיישבות, להבדיל מהפקעה המיועדת להקמת שכונה או יישוב ממש. בהתאם לכך נהגו.

118 § ההבהרה בסוגיה זו ניתנה בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל**, מתוך התבססות על פסיקה קודמת, הנסקרת בפסק הדין.²⁰ בפסק דין **זיאדה** הבהיר בית המשפט העליון כי ההתחשבות ברצונם של המתדיינים הישראלים "מהווה שיקול שבסמכותו של המפקד הצבאי ליטול בחשבון" (פסקה 25 לפסק הדין). עוד נקבע בפסק הדין כי "תושבי האזור הישראליים [...] אף הם נמנים עם האוכלוסייה האזרחית באזור, ומשום כך מתפרשת חובתו של המפקד הצבאי גם כלפיהם" (פסקה 26 לפסק הדין), וכי "המפקד הצבאי מחויב לפעול גם לרווחתם של תושבי האזור הישראליים [...] על פי הדין הבינלאומי, כפי שפורש בפסיקותיו של בית משפט זה, זהו שיקול שבסמכות המפקד הצבאי לשקול" (פסקה 27 לפסק הדין).

119 § בהתאם לכך נקבע בעניין **זיאדה** כי המפקד הצבאי **מוסמך** לפגוע בקניינם של בעלי חלקות מקרקעין (שהם תושבים מוגנים) במקום שהפגיעה נעשית לטובת המתדיינים הישראלים. כדברי בית המשפט: "נכון אני לקבל את טענותיה של המדינה ולקבוע כי הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הזכויות בחלקות נעשתה בסמכות על פי הדין הבינלאומי" (פסקה 33 לפסק הדין), אולם בכפוף לעמידה בדרישות של מידתיות וסבירות.

120 § לאחר פסק דין **זיאדה**, ולנוכח סקירת הפסיקה המקיפה הקודמת שנכללה שם, קבע היועץ המשפטי לממשלה היום ד"ר אביחי מנדלבליט כי המפקד הצבאי רשאי להפקיע מקרקעין בהתאם לחוק ההפקעה הירדני כדי להסדיר את דרך הגישה לשכונה ישראלית באיו"ש, שכן הדבר עומד בדרישות הסבירות והמידתיות (הדבר הודע בבג"ץ 1308/17).

121 § מכאן כי **יישוב** – או דרך גישה ליישוב – שהוקמו על קרקע שהופקעה כדין לפי חוק ההפקעה הירדני, הוא **יישוב** (או דרך גישה ליישוב) שהוקמו כדין מן הבחינה הקניינית. קרקע שהופקעה כדין היא קרקע שהבעלות בה עברה לידי המדינה. על כן היישוב (או דרך הגישה אליו) הוקמו על קרקע שהיא בבעלות המדינה כדין.

²⁰ על פסק דין **זיאדה** תלויה ועומדת בקשה לדין נוסף: דנג"ץ 9367/17.

§ 122 עד כאן המסגרת המשפטית הנוגעת למקרקעין באיו"ש שהם בבעלות המדינה. מכאן עלינו לעבור לתיאור המסגרת המשפטית הנוגעת למקרקעין באיו"ש המוחזקים כדין על ידי המדינה, אך תחילה נסכם את דברינו בפרק זה.

§ 123 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוגיית הבעלות במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בבעלות המדינה*, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן *בבעלות המדינה* כוללות אדמות *הדשומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה.

(ד) אשר לאדמות *שהופקעו* כדין: כדי שהפקעת מקרקעין תיעשה כדין, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, עליה להתבצע בהתאם לדין החל באיו"ש, שהוא דין ירדני.

(ה) הדין הירדני מאפשר להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור בכפוף לתשלום פיצויים לנפקע. דין הפקעה ירדני זה דומה לדיני ההפקעה החלים בעולם כולו וכן בישראל.

(ו) בתקופה שבין 1948-1967 הפקיעו הירדנים מקרקעין רבים באיו"ש לצורכי ציבור בהתאם לדין ההפקעה הירדני.

(ז) *קרקע שהופקעה כדין על ידי שלטונות ירדן היא קרקע שהבעלות בה עברה למדינה. על כן, יישוב ישראלי שהוקם על קרקע מופקעת זו יהיה יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית.*

(ח) לאחר שנת 1967 עלתה השאלה המשפטית אם המפקד הצבאי מוסמך להשתמש בסמכות ההפקעה הקבועה בחוק ההפקעה הירדני לצורך ההתיישבות הישראלית.

(ט) אין ולא הייתה מחלוקת כי המפקד הצבאי מוסמך להשתמש בסמכות ההפקעה שבדין ההפקעה הירדני בעבור צורך ציבורי של התושבים המוגנים או בעבור צורך ציבורי של התושבים המוגנים ושל התושבים הישראלים גם יחד.

(י) השאלה הייתה אם המפקד הצבאי מוסמך להשתמש בסמכות ההפקעה בעבור צורך ציבורי של ההתיישבות הישראלית בלבד. השאלה עלתה מאחר שנשמעה טענה ולפיה המפקד הצבאי אינו מוסמך לשקול במניין שיקוליו את צורכי ההתיישבות הישראלית באיו"ש.

(יא) היועץ המשפטי לממשלה קבע, לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 *זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל* ובהתאם לפסיקה הענפה הנסקרת בפסק הדין, כי בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, המפקד הצבאי מוסמך לשקול במניין שיקוליו את צורכי ההתיישבות הישראלית באיו"ש, ובלבד שהדבר נעשה בצורה מידתית וסבירה.

(יב) היועץ המשפטי לממשלה הוסיף וקבע באופן קונקרטי שהפקעתו – לפי חוק ההפקעה הירדני – של שטח מקרקעין לצורך סלילה של דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים, היא הפקעה הנעשית כדין.

(יג) קרקע שהופקעה כדין והבעלות בה עברה למדינה היא קרקע שהתקיים לגביה התנאי הקנייני הנדרש לצורך הסדרתו של יישוב ישראלי באיו"ש.

(יד) קרקע שהבעלות בה הופקעה לפי חוק ההפקעה הירדני אינה בהכרח קרקע שהייתה קרקע פרטית לפני ההפקעה. מטעמי יעילות ופשטות נהוג להפקיע מתחמי מקרקעין שלמים הנחוצים לצורכי ציבור, גם מקום שהקרקע המופקעת היא בבעלות ציבורית. המתחם כולו הוא שמופקע כמקשה אחת.

פרק 2.7: קרקעות שהמדינה מחזיקה בהן כדין – כללי

§ 124 בפרק 2.1 עמדנו על כך שכדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו יישובים מוסדרים כדין מן הבחינה הקניינית, היישוב או השכונה צריכים להיות בנויים על "אדמות מוחזקות כדין". עוד עמדנו על כך ש"אדמות מוחזקות כדין" נחלקות לשלושה סוגים:

(א) קרקעות שהן בבעלות המדינה.

(ב) קרקעות שהמדינה מחזיקה בהן כדין.

(ג) קרקעות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי.

§ 125 בפרק 2.2 עמדנו על כך שאדמות בבעלות המדינה כוללות אדמות הרשומות במרשם המקרקעין על שם המדינה, אדמות שהוכרזו "אדמות מדינה" ואדמות שהופקעו לטובת המדינה.

§ 126 בפרק 2.3 הבהרנו מהן אדמות הרשומות על שם המדינה. בפרק 2.4 הבהרנו מהן אדמות שהוכרזו "אדמות מדינה". בפרק 2.5 השלמנו את התמונה ודנו במרשמי המקרקעין באיו"ש. בפרק 2.6 הבהרנו מהן אדמות שהופקעו לטובת המדינה.

§ 127 כעת הגיעה העת להבהיר מהן קרקעות שהמדינה מחזיקה בהן כדין.

§ 128 קרקעות שהמדינה מחזיקה בהן כדין נחלקות לשלושה סוגים:

(א) קרקעות שתפסו על פי הוראת המפקד הצבאי.

(ב) נכסי נפקדים.

(ג) קרקעות בבעלות אדם פרטי שהעבירן לניהולה של המדינה ("אדמות בניהול").

§ 129 נציג את הדינים הנוגעים לכל אחד משלושת סוגי הקרקעות הללו, ונפתח במקרקעין המוחזקים ב"תפיסה לצורכי צבא".

פרק 2.8: קרקעות המוחזקות בתפיסה לצורכי צבא

(א) סמכות המפקד הצבאי להפקיע לצורכי צבא

130 § תקנה 52 לתקנות האג קובעת כי "אין להפקיע דברים שבעין אלא לצורכי צבא [...] בעד טובין שהופקעו יש לשלם". מכאן שהמשפט הבינלאומי מתיר הפקעה של מקרקעין פרטיים לצורכי צבא בכפוף לתשלום פיצוי בגין ההפקעה.

131 § בהתאם לכך, ועל פי הסמכות שהוענקה לו במשפט הבינלאומי, המפקד הצבאי באיו"ש מפקיע – לצורכי צבא – קרקעות באיו"ש, כגון הפקעת קרקע לצורך הקמת בסיס צבאי, לצורך סלילת שביל טשטוש וכיוצא באלו. הפקעה מעין זו מכונה "תפיסה לצורכי צבא".

132 § תוקפה של "התפיסה הצבאית" הוא עד לסיום המצב של "תפיסה לוחמתית" או עד להחלטת המפקד הצבאי בדבר ביטול "התפיסה הצבאית" בחלוף הצורך הצבאי.

133 § יודגש: תפיסת הקרקע שהמפקד הצבאי תפס לצורכי צבא אין פירושה בהכרח שהקרקע שנתפסה היא קרקע פרטית. הקרקע יכולה להיות קרקע ציבורית, קרקע פרטית או קרקע ציבורית ופרטית כאחת. הצורך הצבאי הוא שהכתיב את גודלו של המתחם שנתפס לצורכי צבא ואת צורתו, ובהתאם לכך פעלו. ואכן, בדיקות שנערכו בדיעבד באשר לצווי תפיסה שהוצאו בעבר העלו במקרים רבים כי דובר ב"אדמות מדינה" לכל דבר ועניין.

(ב) משמעותה של "התפיסה הצבאית"

134 § במקום שקרקע נתפסת לצורכי צבא, עניין לנו בתפיסה, שנחשבת זמנית באופייה,²¹ של זכות החזקה והשימוש בקרקע. זכות הבעלות בקרקע נותרת ללא שינוי. על כן, אם הקרקע הייתה רשומה בפנקסי המקרקעין קודם לתפיסתה בידי המפקד הצבאי, רישומי המקרקעין יישארו ללא שינוי חרף תפיסתה של הקרקע בידי המפקד הצבאי. בעלי הקרקע זכאים לדמי שימוש שנתיים.

135 § במקום שנתפסה קרקע לצורכי צבא, המפקד הצבאי רשאי לתפוס חזקה בקרקע ולהשתמש בה וכן להרשות לאחרים להחזיק בקרקע ולהשתמש בה מכוחו. עוד רשאי המפקד הצבאי להקים על הקרקע מבנים, תשתיות וכל כיוצא בזה שימושים, משל היה הוא בעל הקרקע.

136 § בשנת 1982 התקין המפקד הצבאי באיו"ש את הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב–1982 (להלן – צו 997). הצו קבע את המסגרת המשפטית בנוגע לביצוע עבודות בינוי בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית כמעין מסלול מקביל לדיני התכנון הירדניים החלים באיו"ש במקרקעין שאינם תפוסים לצרכים צבאיים.

137 § בשנת 1985 התקין ראש המנהל האזרחי את התקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון), התשמ"ה–1985. תקנות אלו הותקנו מכוחו של צו 997 והשלימו את המסגרת המשפטית הנוגעת לביצוע עבודות בינוי בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית. לצו 997 ולתקנות

²¹ אשר לזמניותה של התפיסה בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש, ראו פסיקת בית המשפט העליון בעניין איוב (בג"ץ 606/78, פ"ד לג(2) 130, 113 (1979)), ולפיה:

"שואל [העותר...] כיצד ניתן להקים ישוב של קבע על אדמה אשר נתפסה רק לשם שימוש זמני? זו שאלה נכבדה. אבל נראית לי תשובתו של מר בך שהישוב האזרחי יוכל להתקיים באותו מקום רק כל עוד מחזיק צה"ל בשטח בתוקף צו התפיסה. החזקה זו עצמה יכולה לבוא לידי גמר באחד הימים, כתוצאה ממשא ומתן בינלאומי העשוי להסתיים בהסדר חדש שיקבל תוקף לפי המשפט הבינלאומי והוא אשר יקבע את גורל הישוב הזה, כמו של ישובים אחרים הקיימים בשטחים המוחזקים".

שהותקנו מכוחו נשוב ונידרש ביתר הרחבה בפרק השלישי של דו"ח זה. כעת ביקשנו להבהיר כי קרקע שנתפסה לצורכי צבא היא קרקע שאפשר להשתמש בה ולהקים עליה מבנים, תשתיות וכיוצא בזה.

(ג) הדרכים ליצירתה של "תפיסה צבאית"

§ 138 תפיסה של קרקע על ידי המפקד הצבאי יכולה להתבצע מן הבחינה המעשית בדרכים מספר: האחת, באמצעות צו תפיסה כתוב שכתב המפקד הצבאי. השנייה, באמצעות הוראה בעל פה שנתן המפקד הצבאי. ראו בג"ץ 469/83 **חברת האוטובוסים חברון נ' שר הביטחון**, פורסם בנבו (1992).

§ 139 במקום שצו התפיסה ניתן בעל פה, תתלווה אליו בדרך כלל תפיסת חזקה, כגון באמצעות סימון השטח התפוס וגידורו, בניית מבנים על הקרקע, תכנון וכל כיוצא בזה דרכים התופסות חזקה בקרקע. תפיסה צבאית מעין זו מכונה לעיתים "תפיסה בפועל".

§ 140 נעיר כי בעבר חל לעיתים עירוב תחומים בין "צו תפיסה" לבין הצו המכונה "צו סגירה", לכן ראוי להרחיב קמעה בנוגע למשמעותו של "צו סגירה".

§ 141 הסמכות להוציא "צו סגירה" מוכרת למשפטן הישראלי: תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 החלה בישראל מעניקה סמכות למפקד הצבאי לצוות על סגירתו של שטח מטעמים צבאיים.²² מכוחה של תקנה 125 הנ"ל נסגרים בישראל שטחי האימונים של צה"ל.

§ 142 באיו"ש מוענקת סמכות דומה למפקד הצבאי לצוות על סגירתו של שטח. סמכות זו קבועה כיום בסעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009. קודם לכן נקבעה הסמכות בסעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970. ועוד קודם לכן, מאז כניסת צה"ל לאיו"ש, הייתה הסמכות קבועה בסעיף 70 לצו בדבר הוראות ביטחון (מס' 3), התשכ"ז-1967.

§ 143 עיקרה של הסמכות לצוות על סגירתו של שטח היא למנוע כניסתם לשטח של מי שלא הורשו לכך על ידי המפקד הצבאי. בה בעת המפקד הצבאי מוסמך ליתן היתרי כניסה ל"שטח הסגור" למי שהמפקד הצבאי ראה לנכון להתיר את כניסתו.

§ 144 בדומה ל"צו תפיסה" גם הוצאת "צו סגירה" אינה מחייבת צורה פורמלית. צו הסגירה יכול להינתן בכתב והוא יכול להינתן בעל פה. ראו לעניין זה סעיף 2(ג) לצו בדבר הוראות ביטחון משנת 2009, שלפיו "אפשר להוציא כל צו בעל פה, אם הרשות הנותנת או המוציאה אותו מוצאת לנכון לעשות כן". לעיתים הביטוי המעשי של "צו הסגירה" מתבטא בגידור השטח הסגור, בסלילת דרכים, בהטמנת מוקשים, בתכנון וכדומה.

§ 145 על עירוב התחומים בין "תפיסה בפועל" ל"צו סגירה", כפי שנתאשר על ידי בית המשפט העליון, ראו פרשת **איוב** (בג"ץ 606/78, פ"ד לג(2) 113, 130-131 (1979)). בפרשת **איוב** נדונו במאוחד שתי עתירות. האחת עסקה בחוקיותו של צו התפיסה²³ שהוציא המפקד הצבאי לצורך הקמת היישוב בית אל (בג"ץ 606/78). השנייה עסקה בחוקיותו של צו הסגירה²⁴ שהוציא המפקד הצבאי לצורך היישוב בקעות שבבקעת הירדן (בג"ץ 610/78). שני הצווים הוצאו מטעמי ביטחון. בית המשפט העליון אישר שם את שני

²² וזו לשון תקנה 125, בעניין "שטחים סגורים":

"מפקד צבאי רשאי להכריז בצו על כל שטח או מקום, כי הם שטח סגור לצרכיהן של התקנות האלה. כל אדם הנכנס לתוך כל שטח או מקום, או יוצא מתוכם, במשך כל תקופה, שבה עומד בתקפו צו כזה ביחס לשטח או למקום ההם, ללא תעודת-היתר בכתב שהוצאה בידי המפקד הצבאי או מטעמו, יאשם בעבירה על התקנות האלה".

²³ צו התפיסה שנדון שם הוא צו תפיסת מקרקעין (1/70) מיום 16.2.1970.

²⁴ צו הסגירה שנדון שם הוא צו בדבר שטחים סגורים (שטח כ"ב) (מס' 571), התשל"ה-1975.

הצווים וכן את השימוש הביטחוני שנעשה בשטחים הללו לצורך ההתיישבות הישראלית. מהעיון בפסק הדין נהיר כי בית המשפט העליון ראה את צו הסגירה שהוצא בנוגע לבקעות כמצב חוקי של תפיסה בפועל.²⁵

(ד) "תפיסה צבאית" וההתיישבות האזרחית באיו"ש

§ 146 כאמור לעיל, בהתאם למשפט הבינלאומי המפקד הצבאי מוסמך להפקיע מקרקעין לצורכי צבא בכפוף לתשלום פיצויים (תקנה 52 לתקנות האג). לפיכך נהגה בעבר העמדה שלפיה במקום שההתיישבות הישראלית באיו"ש תורמת לביטחון, המפקד הצבאי מוסמך להפקיע מקרקעין לצורך ההתיישבות הישראלית. בהתאם לעמדה זו היו יישובים ישראליים באיו"ש שהוקמו על גבי מקרקעין שנתפסו לצורכי צבא.

§ 147 עמדה זו התאשרה על ידי בית המשפט העליון בפרשת איוב (בג"ץ 606/78, פ"ד לג(2) 113, 118 (1979)), ושם נפסק כי:

"מבחינת השיקול הביטחוני הטהור אין לפקפק בכך שנוכחותם בשטח מוחזק של יישובים – אפילו 'אזרחיים' – של אזרחי המעצמה המחזיקה, תורמת תרומה נכבדה למצב הביטחוני שבאותו שטח ומקלה על הצבא את מילוי תפקידו" (שם, בעמ' 118).

§ 148 על כן, יישוב ישראלי שהוקם על גבי קרקע התפוסה בתפיסה צבאית לאחר שהמפקד הצבאי קבע כי היישוב תורם לביטחון, הוא יישוב שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית. הקרקע התפוסה מוחזקת כדין על ידי המפקד הצבאי, והוא מוסמך להקצותה ולהתיר עשיית שימוש בקרקע, בנייה עליה, תכנונה וכיוצא בזה. במקום שהקרקע התפוסה היא קרקע פרטית, משולם לבעל הקרקע תשלום בגין התפיסה.

§ 149 עם זאת נשוב ונדגיש: תפיסת קרקע בתפיסה צבאית אין פירושה כלל ועיקר שהקרקע הייתה דווקא קרקע בבעלות פרטית. הקרקע שנתפסה יכולה להיות קרקע ציבורית, קרקע פרטית או קרקע ציבורית ופרטית כאחת. הצורך הצבאי הוא שמכתיב את גודלו של המתחם שנתפס לצורכי צבא ואת צורתו. לפיכך מטעמי יעילות ופשטות הנוהג היה לתפוס בתפיסה צבאית את המתחם הדרוש כולו, לרבות מקרקעין ציבוריים.

(ה) פרשת דויקאט

§ 150 בפרשת איוב קבע בית המשפט העליון כי הוכח בפניו שהתפיסה הצבאית שנעשתה שם לצורך הקמתו של יישוב ישראלי נעשתה מטעמי ביטחון. על כן קבע בית המשפט העליון כי התפיסה הצבאית היא חוקית.

§ 151 זמן קצר לאחר פסק הדין בפרשת איוב ניתן פסק הדין בפרשת דויקאט (בג"ץ 390/79, פ"ד לד(1) 1 (1979)). בפרשה זו נדונה תפיסה צבאית של מקרקעין שנועדו לצורך הקמת יישוב ישראלי. בית המשפט העליון קבע שם שלא הוכח בפניו שצו התפיסה אכן נועד לצרכים צבאיים באותו מקרה, לכן העתירה שם התקבלה והצו על תנאי שהוצא הפך מוחלט.

²⁵ ראו דברי בית המשפט העליון, שם, ולפיהם:

"הם [העותרים] טענו בעתירתם שכלל לא ידעו על צו התפיסה שיצא מלפני מפקד האזור עוד בינואר 1975 (ראה צו בדבר שטחים סגורים (שטח כ"ב) (מס' 571), התשל"ה-1975), ושרק בקיץ 1978, עת כניסתם לצורכי עיבוד וזריעה, נוכחו שכבר השטח נחרש על-ידי מתנחלים, ואלה אף גרשו אותם משם" (שם, בעמ' 115. ההדגשות הוספו).
"בהקמת היישוב [בקעות] באותו שטח הובא בחשבון כי במקום זה יש ליצור חסימה ברכי המעבר של מחבלים ושהשטח מצוי על ציר העלול לשמש לתנועת כוחות צבא [...] סבורני שיש בעובדות אלה טעמים צבאיים של ממש המצדיקים את תפיסת השטח וסגירתו" (שם, בעמ' 130-131, ההדגשות הוספו).

§ 152 בעקבות פסק הדין בפרשת דויקאית התקבלה ביום 11.11.1979 החלטת ממשלה מס' 145. בהחלטה נאמר כי:

"מחליטים (פה אחד):

להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן, חבל עזה ורמת הגולן, על-ידי תוספת אוכלוסין ליישובים קיימים ועל-ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה [...]" (ההדגשה הוספה).

§ 153 החלטת ממשלה זו היא שהביאה להיווצרותה של הפרקטיקה של "הכרזה על אדמות מדינה", פרקטיקה שדנו בה בפרק 2.4 לעיל.

§ 154 החלטת ממשלה זו היא החלטה המבטאת מדיניות. ככל החלטת מדיניות ההחלטה צופה פני עתיד ואין לה תחולה רטרואקטיבית, וכוונה זו עולה גם מלשון ההחלטה עצמה. על שהחלטות מדיניות ככלל הן החלטות הצופות פני עתיד ראו בג"ץ 5060/96 קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד(3) 270 (2000). שם מוסבר כי "גם אם שינוי המדיניות כשלעצמו נעשה במסגרת הסמכות, על יסוד שיקולים ענייניים בלבד ובאופן סביר, עדיין החלטת השינוי למפרע על מי שכלכל את צעדיו לאור המדיניות הישנה נתפסת כבלתי צודקת ובלתי סבירה, ולעתים אף כנטולת סמכות" (שם, בעמ' 281). וראו גם בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר, פורסם בנבו (2012); בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, פורסם בנבו (2016) ועוד).

§ 155 על כן, החלטת ממשלה מס' 145 הנ"ל לא פגעה בחוקיותם של יישובים ישראליים שהוקמו על גבי קרקע שנתפסה כדין בתפיסה צבאית. הדבר הובהר בבג"ץ 329/86 אבו סוי נ' שר הביטחון. בית המשפט העליון אישר שם – בשנת 1986 ולאחר החלטת ממשלה מס' 145 – את חוקיותו של יישוב ישראלי שהוקם על גבי קרקע התפוסה בתפיסה צבאית, ואישר את חוקיותה של התפיסה הצבאית (צו התפיסה הצבאית שנדון שם הוצא בשנת 1969 והשתרע על שטח ניכר). בית המשפט העליון קיבל שם את עמדת המדינה ולפיה היישוב הישראלי הוקם כדין "לצרכים צבאיים וביטחוניים חיוניים".

(ו) הרחבתו של יישוב בשטח התפוס בתפיסה צבאית

§ 156 עדיין מתעוררת שאלת *הרחבתו* של יישוב שהוקם על מקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית. וזו השאלה:

יישוב ישראלי הוקם על קרקע התפוסה בתפיסה צבאית. הקרקע נתפסה לאחר שהמפקד הצבאי קבע שהקמתו של היישוב נדרשת לצורכי ביטחון. חלפו שנים. היישוב גדל והוא מעוניין להתרחב. האם היישוב יכול להתרחב כיום על גבי השטח התפוס עדיין בתפיסה צבאית, בהתאם למדיניות שנהגה בעת הקמת היישוב, או שמא הרחבת היישוב כיום צריכה להתבצע רק על אדמות שהן בבעלות המדינה, בהתאם למדיניות הנוהגת כיום בעקבות החלטת ממשלה מס' 145?

§ 157 שאלה זו מכונה לעיתים ה"שכלול של התפיסה הצבאית" או "ההקפאה של הצורך הצבאי".

§ 158 היועץ המשפטי לממשלה השיב על שאלה זו בחיוב, ובלבד שעניין לנו במקרקעין הנכללים ב"מתחם היישוב", מתחם שהוא "יחידת תפיסה" אחת, שמעליה "מרחפת" מטרה ביטחונית אחת. כלומר, כל אימת שהיישוב שהוקם בשטח התפוס בתפיסה צבאית יבקש להתרחב ולבנות מבנים חדשים בשטח התפוס, המצריכים תכנון חדש, הדבר יתאפשר ובלבד שהבנייה החדשה המבוקשת נמצאת ב"מתחם היישוב" (ראו תגובת המדינה בבג"ץ 5165/15).

§ 159 עמדתו זו של היועץ המשפטי לממשלה נסמכת על דעת היחיד של כב' הנשיאה נאור בבג"ץ 9669/10, ועימה הסכים המשנה לנשיאה כב' השופט רובינשטיין בבג"ץ 1217/15 (ראו בג"ץ 9669/10 קאסם נ' שר הביטחון; בג"ץ 1217/15 מ.ד. יהונתן בנייה ופיתוח בע"מ נ' שר הביטחון; בג"ץ 5165/15 קאסם נ' הממונה על מתן היתרים).

§ 160 הדברים האמורים מתכתבים במידה רבה עם הפסיקה שעסקה במימוש הפקעות, כגון פסק הדין המנחה בעניין **נוסייבה** (דנג"ץ 4466/94, פ"ד מט(4) 68 (1995)). דובר שם בהפקעה של חלקת קרקע שראיתה בשנת 1968, אך עד לשנות ה-90 לא ננקט כל צעד למימושה של ההפקעה ולא נתפסה בה חזקה. העותרים עתרו לבית המשפט הגבוה לצדק וביקשו שההפקעה תבוטל לנוכח השיהוי הרב במימוש מטרת ההפקעה כמו גם לנוכח טענתם לכתחילה לא היה מקום להפקעה.

§ 161 בית המשפט העליון דחה את העתירה בקובעו כי אין לבחון את חלקתם של העותרים במנותק מ"מתחם ההפקעה" כולו. חלקת העותרים הייתה אחת מחלקות רבות שהופקעו למטרה ציבורית אחת. במקרה כזה "יש לראות בשטח המופקע כולו 'יחידת הפקעה' אחת למטרה אחת" (שם, בעמ' 79). בעניין **נוסייבה** מומשה מטרת ההפקעה באשר לחלקות מקרקעין אחרות שנכללו ב"מתחם ההפקעה". נפסק שם כי מכיוון שמדובר ב"יחידת הפקעה אחת", די במימוש ההפקעה בחלק מ"יחידת ההפקעה" כדי לומר שמטרת ההפקעה מומשה ב"יחידת ההפקעה" כולה, ועל כן לא התקבלה טענת השיהוי במימוש ההפקעה באשר לחלקה **המסוימת** של נוסייבה. בית המשפט העליון הדגיש שם שהליכי המימוש של הפקעה, כמו הליכי תכנון ובנייה בכלל, הם הליכים שאורכים זמן ובאופן טבעי מתקדמים בשלבים ובהדרגה, בהתאם להתפתחויות התכנוניות (שם, בעמ' 79-80).

§ 162 הנה כי כן, המבחן הפסיקטי בעניין "יחידת ההפקעה האחת" או "מתחם ההפקעה האחד" מתיישב היטב עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה, הרואה ב"מתחם היישוב" מתחם הפקעה אחד. לפי עמדה זו, ה"תפיסה הצבאית" היא הפקעה (תמורת פיצוי) של זכות החזקה והשימוש במקרקעין. משמומשה ההפקעה ב"מתחם היישוב" אפשר לראות גם חלקות **מסוימות** שנכללו במתחם היישוב אך עדיין לא נתפסה בהן חזקה ועוד לא נבנו בהן מבנים כחלקות שאפשר לממשן כיום.

§ 163 עד כאן לעניין קרקעות התפוסות בתפיסה צבאית, וכעת נסכם את דברינו בעניין זה.

§ 164 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בעלות המדינה*, אדמות שהמדינה מחזיקה בהן כדין ואדמות שרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן *בעלות המדינה* כוללות אדמות *השומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *המוכרות* "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *הנפקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).

(ד) אדמות שהמדינה מחזיקה בהן כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית*, נכסי *נפקדים* ו"אדמות בניהול".

(ה) באשר לאדמות *תפוסות בתפיסה צבאית*: המפקד הצבאי מוסמך להפקיע מקרקעין לצורכי צבא בכפוף לתשלום פיצויים (תקנה 52 לתקנות האג). במקום שהמפקד הצבאי השתמש בסמכותו זו הקרקע היא "תפוסה בתפיסה צבאית". קרקע תפוסה בתפיסה צבאית היא קרקע שזכות החזקה והשימוש בה הופקעו אך זכות הבעלות נותרת ללא שינוי. המפקד הצבאי רשאי להחזיק בקרקע ולהשתמש בה בעצמו או להתיר לאחרים להחזיק בה ולהשתמש בה, לבנות עליה וכיוצא בזה.

(ו) הוראת המפקד הצבאי לתפוס קרקע בתפיסה צבאית יכולה להינתן בכתב ("צו תפיסה"), בעל פה או בדרך של מעשה (כגון גידור או תכנון) המבטא "תפיסת חזקה בפועל".

(ז) בהתאם לעמדה שלפיה ההתיישבות הישראלית באיו"ש תורמת לביטחון, היו יישובים ישראליים שהוקמו באיו"ש על גבי מקרקעין שהמפקד הצבאי תפס לצורכי ביטחון. עמדה זו התאשרה על ידי בית המשפט העליון בפרשת *איוב* (בג"ץ 606/78, פ"ד לג(2) 113, 118 (1979)).

(ח) יישוב ישראלי שהוקם על גבי קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית כמתואר הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן היישוב הוקם על קרקע התפוסה כדין ומוחזקת כדין על ידי המדינה.

(ט) יודגש: תפיסת קרקע בתפיסה צבאית אין פירושה בהכרח שהקרקע היא קרקע פרטית. הצורך הצבאי הוא שמכתיב את גודלו של המתחם שנתפס לצורכי צבא ואת צורתו. לפיכך מטעמי יעילות ופשטות היה הנוהג לתפוס בתפיסה צבאית את המתחם הדרוש כולו כמקשה אחת, בין שמדובר במקרקעין פרטיים בין שבמקרקעין ציבוריים בין שהמקרקעין פרטיים וציבוריים כאחד.

(י) כיום אין נוהגים עוד להקים יישובים ישראליים על גבי קרקעות התפוסות בתפיסה צבאית, אלא יישובים ישראליים מוקמים על גבי קרקעות הרשומות על שם המדינה או על גבי קרקעות המוכרות "אדמות מדינה" (ראו פרק 2.3, 2.4). על כן עלתה השאלה אם יישוב שהוקם על קרקע תפוסה יכול להתרחב כיום לקרקע שהיא תפוסה בתפיסה צבאית, או שמא התרחבות היישוב כיום אפשרית רק על גבי קרקע הרשומה על שם המדינה או על גבי קרקע המוכרות "אדמות מדינה".

(יא) עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי היישוב יכול להתרחב כיום גם על קרקע שנתפסה בזמנו בתפיסה צבאית, ובלבד שההתרחבות נעשית בתוך "מתחם היישוב".

(יב) עמדה זו נשענת, בין היתר, על פסיקת בית המשפט העליון שקובעת – בהקשר של מימוש הפקעה – כי יש לבחון את "מתחם ההפקעה" כ"יחידת הפקעה אחת".

פרק 2.9: נכסי נפקדים

(א) "נכסי נפקדים" ו"נכסים נטושים" – צו 58

165 § הביטוי "נכסי נפקדים" בהקשר של נכסים באיו"ש הוא ביטוי בז'רגון, השאול מן המשפט הישראלי.

166 § במשפט הישראלי "נכסי נפקדים" מוגדרים בחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 כנכסים המצויים בישראל בשעה שבעליהם נמצא מחוץ לישראל, בשטחן של מדינות המנויות בחוק.²⁶ בישראל "נכס נפקד" הוא נכס שהבעלות בו מוקנית לאפוטרופוס לנכסי נפקדים (סעיף 4 לחוק). האפוטרופוס לנכסי נפקדים הוא אורגן של מדינת ישראל, והוא ממונה על ידי שר האוצר (סעיף 2 לחוק). האפוטרופוס לנכסי נפקדים מוסמך למכור נכסי מקרקעין שהוקנו לו לרשות הפיתוח (סעיף 19 לחוק). רשות הפיתוח היא אורגן של מדינת ישראל שקרקעותיה מנוהלות על ידי רשות מקרקעי ישראל (ראו חוק רשות פיתוח (העברת נכסים), התש"י-1950; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל; חוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960).

167 § לעומת זאת באיו"ש אין נכסי נפקדים כמשמעותם בחוק הישראלי. כשמכנים באיו"ש נכסי מקרקעין בכינוי "נכסי נפקדים", הכוונה היא לאמיתו של דבר ל"נכסים נטושים". "נכסים נטושים" מוגדרים בצו שהתקין המפקד הצבאי באיו"ש: צו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967 (להלן – צו בדבר נכסים נטושים).

168 § "נכס נטוש" מוגדר בצו כנכס המצוי באיו"ש בשעה שבעליו נמצא מחוץ לאיו"ש (סעיף 1 לצו). "נכס נטוש" באיו"ש מוקנה ל"ממונה על הנכסים הנטושים" (סעיף 4(א) לצו). ה"ממונה על הנכסים הנטושים" הוא אדם שמינה המפקד הצבאי לשמש בתפקיד זה (סעיף 2 לצו). הממונה על הנכסים הנטושים הוא האורגן המוסמך לנהל את הנכסים הנטושים באיו"ש (סעיף 3-4, 8 לצו).

169 § מבחינה מעשית, הממונה על הנכסים הנטושים באיו"ש הוא האדם שמשמש באיו"ש גם ממונה על הרכוש הממשלתי (ראו 69 § - 70 § לעיל). כלומר, אדם אחד ממלא באיו"ש את שני התפקידים, התפקיד של ניהול הרכוש הממשלתי והתפקיד של ניהול הרכוש הנטוש. תוארו המלא של אדם זה הוא "הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש" או "הממונה".

170 § לנוכח הדמיון הרב בין "נכסי נפקדים" בישראל, שהם נכסיו בישראל של מי שנמצא מחוץ לישראל (במדינות המפורטות בחוק) ומוקנים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, ובין "נכסים נטושים", שהם נכסיו באיו"ש של מי שנמצא מחוץ לאיו"ש ומוקנים לממונה על הרכוש הנטוש, נהוג לכנות בז'רגון את הנכסים הנטושים באיו"ש "נכסי נפקדים". מאחר שהז'רגון נפוץ עד מאוד, נשתמש אף אנו בכינוי זה.

²⁶ ההגדרה המדויקת והמלאה של "נכס נפקד" בחוק נכסי נפקדים מופיעה בסעיף 1 לחוק. המדינות המנויות בחוק נכסי נפקדים כמדינות שהשוה בהן מוגדר נפקד, הן "לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר הירדן, עיראק או תימן".

171 § עם זאת יש לשים לב להבדלים החשובים בין "נכסי נפקדים" בישראל ל"נכסים נטושים" באיו"ש: האפוטרופוס לנכסי נפקדים בישראל מוסמך להעביר את הבעלות בנכסי המקרקעין הנפקדים (לרשות הפיתוח). לעומת זאת הממונה על הרכוש הנטוש באיו"ש אינו מוסמך להעביר את הבעלות בנכסי מקרקעין נטושים (הוא מוסמך להעביר את הבעלות אך ורק בנכסי מיטלטלין. ראו סעיף 3 סיפה וסעיף 9(א) לצו בדבר נכסים נטושים).

172 § כמו כן בישראל במקום שהנפקד שב לארץ, לאפוטרופוס לנכסי נפקדים נתון שיקול דעת רחב בשאלה אם להשיב לנפקד את נכסיו (סעיף 28 לחוק נכסי נפקדים). לעומת זאת באיו"ש במקום שבעליו של נכס נטוש שב לאיו"ש, הממונה ככלל חייב להשיב את הנכס לבעליו (סעיף 13(א) לצו. אבל ראו החרג המסוים הקבוע בסעיף 10(ב) לצו בדבר נכסים נטושים בעניין התקשרות בהסכם עם צד שלישי).

(ב) הקצאת נכסים נטושים

173 § הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש מנהל אלפי נכסי מקרקעין נטושים באיו"ש. הוא משכיר את הנכסים הללו, בעיקר לתושבים המוגנים באיו"ש, ואת דמי השכירות הוא אמור לשמור ולנהל בעבור בעל הנכס. בפועל, משנת 2000 ואילך אין הממונה גובה את דמי השכירות. על כך העיר מבקר המדינה:

"נכון למועד סיום הביקורת, יולי 2012, ניהל הממונה כ-4,500 נכסים נטושים – קרקעות ומבנים – שהושכרו, כאמור, לתושבים פלסטינים, בדרך כלל בחוזה שנתי הניתן לחידוש. עד אוקטובר 2000 העבירו הפלסטינים את התשלומים בגין שכירת הנכסים לנציגויות המנהל"ז בנפות שבאיו"ש. כספים אלה נשמרים בקרן מיוחדת לטובת הנפקדים.

בביקורת עלה כי החל מאוקטובר 2000, עם פריצת האינתיפאדה השנייה באיו"ש, חדלו כ-95% משוכרי הנכסים הנטושים לשלם לממונה את דמי השכירות תמורת הנכסים ששכרו. למרות זאת, הממונה לא פעל מאז ובמשך כ-12 שנים, עד מועד סיום הביקורת, יולי 2012, כדי לגבות מהם את דמי השכירות וכדי לחדש את החוזים בינו לבין השוכרים".²⁷

"משרד מבקר המדינה מעיר לממונה כי העובדה שלא חידש במשך כ-12 שנים את חוזה השכירות של שוכרי הנכסים הנטושים ולא גבה מהם דמי שכירות כנדרש בצו בדבר נכסים נטושים פוגעת בזכויות הנפקדים בנכסיהם ובהכנסות הנפקדים בעלי הנכסים. על-פי חוות הדעת המשפטית של יועמ"ש איו"ש, הדבר עלול לפגוע אף בחובת השמירה על שלמות הנכס עבור הנפקד. לפיכך, על הממונה לפעול ללא כל דיחוי נוסף לחידוש חוזה השכירות ולגביית דמי השכירות מהשוכרים".²⁸

(ג) נכסים נטושים וההתיישבות הישראלית

174 § סוגיית הקצאת נכסים נטושים להתיישבות הישראלית באיו"ש נידונה בבית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל. בפסק הדין נזכרת חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי משנת 1998 ושופט בית המשפט העליון דהיום כב' השופט א' שהם.²⁹ לפי האמור בחוות הדעת, במקרים מתאימים אפשר להקצות נכסים נטושים לצורך ההתיישבות הישראלית, ובלבד שהדבר נעשה בהתאם להוראות הצו בדבר נכסים נטושים ובהתאם לדרישת המידתיות והסבירות הקבועות במשפט המנהלי. כלומר, לפי האמור בחוות הדעת, ההקצאה אפשרית אם לא תכלול העברה של הבעלות במקרקעין; ההקצאה תהיה ארעית ויהיה אפשר להשיב את הקרקע לבעליה אם ישוב לאיו"ש, דמי השכירות בתקופת ההקצאה יישמרו בעבור בעל הנכס והליך ההקצאה יהיה סביר ומידתי.

²⁷ דו"ח מבקר המדינה, דו"ח ביקורת שנתי מספר 63 מיום 17.7.2013, בעמ' 174-175.

²⁸ מבקר המדינה, דו"ח 63 הנ"ל, בעמ' 175.

²⁹ פסקה 68 לפסק הדין.

§ 175 עדיין עולה מפסק הדין שהקמה של יישוב ישראלי חדש על גבי נכסים נטושים בוודאי אינה דרך המלך להקמת יישובים באיו"ש היום.

פרק 2.9 סיכום ביניים: נכסי נפקדים

§ 176 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בעלות המדינה*, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן *בעלות המדינה* כוללות אדמות *חדשומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).

(ד) אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית* (ובהן דנו בפרק 2.8), *נכסי נפקדים* ו"*אדמות בניהול*".

(ה) *באשר לנכסי נפקדים*: "נכסי נפקדים" באיו"ש הוא ביטוי בז'רגון שפירושו "נכסים נטושים", כלומר נכסים באיו"ש שבעליהם נמצאים מחוץ לאיו"ש. נכסים נטושים באיו"ש מנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הנטוש באיו"ש. הממונה מתמנה על ידי המפקד הצבאי, והוא רשאי להשכיר את הנכסים הנטושים ולבצע בהם עסקאות, אם כי הוא אינו רשאי להעביר את הבעלות בנכסי המקרקעין הנטושים.

(ו) הממונה משכיר אלפי נכסים נטושים בשנה, בעיקר לתושבים המוגנים באיו"ש.

(ז) נראה שכיום הקצאת נכסים נטושים לצורך הקמת יישוב ישראלי חדש בוודאי אינה דרך המלך להקמת יישובים חדשים באיו"ש.

פרק 2.10: "אדמות בניהול"

§ 177 הביטוי "אדמות בניהול" הוא ביטוי בז'רגון שעניינו אחת החלופות המגדירות "רכוש ממשלתי" בצו בדבר רכוש ממשלתי. נבאר.

§ 178 הצו בדבר רכוש ממשלתי קובע כי הממונה על הרכוש הממשלתי – שהוא אדם שמינה המפקד הצבאי לצורך כך – ינהל את הרכוש המוגדר בצו "רכוש ממשלתי". הגדרת "רכוש ממשלתי" בסעיף 1 לצו כוללת שלוש חלופות:³⁰

³⁰ להלן הנוסח המלא של ההגדרה של "רכוש ממשלתי" בסעיף 1 לצו:

"רכוש ממשלתי" –

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

(א) למדינת אויב [שמוגדרת כ'הממלכה הירדנית ההאשמית או כל מדינת אויב אחרת

; [...]

החלופה הראשונה עניינה רכוש שהיה בבעלות הממלכה הירדנית ביום כניסת צה"ל לאיו"ש (בחלופה זו דנו בפרק 2.3, 2.4, 2.6(ב)).

החלופה השנייה עניינה מקרקעין שהופקעו לצורכי ציבור בעבור צה"ל (בחלופה זו דנו בפרק 2.6(ג)).

החלופה השלישית עניינה "אדמות בניהול", ובה נדון כעת.

§ 179 "אדמות בניהול" כהגדרתן בצו בדבר רכוש ממשלתי הן "רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו". כלומר עניין לנו ברכוש, שהוא בבעלות פרטית ולא בבעלות המדינה. עם זאת בעליו הפרטי של הרכוש ביקש מהממונה על הרכוש הממשלתי לנהלו.

§ 180 מקרה טיפוסי של "אדמות בניהול" הוא המקרה של קרקע שנמכרה לישראלי [שיכול להיות תאגיד] על ידי בעליה הלא ישראלי. הבעלים הלא ישראלי, שמכר את הקרקע לישראלי, עלול לחשוש לחייו בשל מכירה זו, שכן "נשקפת סכנה לחייו של אדם המוכר קרקע לזר בכלל, וליהודי בפרט, בתחומי הרש"פ" (תא י-ם) 3329-09 **בקרי נ' חברת טל, פורסם בנבו** (2012)). על כן, כדי להגן על חייו של המוכר הלא ישראלי, הרוכש הישראלי מעביר את הקרקע לניהול הממונה על הרכוש הממשלתי. כנזכר, הממונה הוא אדם שמינה המפקד הצבאי לצורך ניהול הרכוש הממשלתי.

§ 181 הפרוצדורה הטיפוסית להעברת האדמות הייתה כזו: עו"ד פליאה אלבק ז"ל, מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה דאז, בחנה את עסקת המכר הנטענת בחינה קפדנית. אם הדברים צלחו את בדיקתה, פורסמה ברבים "הכרזה על אדמות מדינה". אם לא באו התנגדויות או עררים להכרזה, אושר ניהול הקרקע על ידי הממונה. משהועברה הקרקע לניהול הממונה הקצה הממונה את הקרקע לרוכש הקרקע הישראלי. ההקצאה לרוכש הישראלי נעשתה, באופן טיפוסי, בחוזה חכירה.

§ 182 **"ישוב ישראלי באיו"ש שנבנה על גבי "אדמות בניהול" הוא יישוב ישראלי שנבנה כדין מן הבחינה הקניינית.** הבעלים הישראלי של המקרקעין הוא שביקש מן הממונה לנהל בעבורו את המקרקעין לצורך הקמת יישוב ישראלי, ומשהבעלים הוא שביקש את הדבר אין בהקמת היישוב כל פגם מן הבחינה הקניינית.

§ 183 מבחינה מעשית, כיום לא נהוג עוד שבעלים ישראלי פרטי שרכש קרקע באיו"ש מבעליה הלא ישראלי יעבירה לניהול הממונה. על המדיניות הנהוגה כיום מקום שישראלי רוכש קרקע פרטית באיו"ש, ראו בפרק 2.13 להלן.

§ 184 ברי כי אין בשינוי המדיניות המתואר כדי להשפיע על תוקפם של יישובים ישראליים שהוקמו בעבר כדין על "אדמות בניהול". החלטות בדבר שינוי מדיניות הן החלטות הצופות פני העתיד ואין להן תחולה רטרואקטיבית. ראו § 154 לעיל.

(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".

185 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

- (א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".
- (ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בעלות המדינה*, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.
- (ג) אדמות שהן *בעלות המדינה* כוללות אדמות *השומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרוזו* "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).
- (ד) אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית* (ובהן דנו בפרק 2.8), *נכסי נפקדים* (ובהם דנו בפרק 2.9) ו"*אדמות בניהול*".
- (ה) באשר ל"*אדמות בניהול*": "אדמות בניהול" הוא ביטוי בז'רגון שפירושו אדמות שהן בבעלות אדם פרטי, ובעליהן הפרטי ביקש מהממונה על הרכוש הממשלתי שינהלן. הממונה הוא אדם שמינה המפקד הצבאי לצורך ניהול הרכוש הממשלתי באיו"ש.
- (ו) המקרה הטיפוסי של "אדמות בניהול" הוא מקרה שבו מקרקעין בבעלות לא ישראלי נמכרו לישראלי. עקב החשש לחייו של המוכר הלא ישראלי מועברים המקרקעין לניהולו של הממונה על הרכוש הממשלתי.
- (ז) *יישוב ישראלי באיו"ש שנבנה על גבי "אדמות בניהול"* הוא *יישוב ישראלי שנבנה כדין מן הבחינה הקניינית*. הבעלים הישראלי של המקרקעין הוא שביקש מן הממונה לנהל בעבורו את המקרקעין לצורך הקמת יישוב ישראלי, ומשהבעלים הוא שביקש את הדבר אין בהקמת היישוב כל פגם מן הבחינה הקניינית.
- (ח) כיום לא נהוג עוד שבעלים ישראלי פרטי שרכש קרקע באיו"ש מבעליה הלא ישראלי יעבירה לניהול הממונה.

פרק 2.11: "אדמות היהודים" באיו"ש

186 § להשלמת התמונה בדבר נכסים המנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, ראוי לדון בקצרה במה שמכונה "אדמות היהודים".³¹

187 § בתקופת המנדט הבריטי על ארץ ישראל רכשו יהודים רבים מקרקעין בהיקפים לא מבוטלים באיו"ש. הרכישות נעשו בין שעל ידי אנשים פרטיים בין שעל ידי גופים וארגונים. המנדט הבריטי השתרע הן על

³¹ הביטוי "אדמות היהודים" אינו מדויק. למעשה, עניין לנו באדמות שנרכשו באיו"ש לפני שנת 1948 על ידי מי שהירדנים הגדירו "אויב" בשנים 1948-1967, בין שהוא יהודי ובין שלא. משהביטוי "אדמות היהודים" הוא הביטוי שקנה לו שביתה, השתמשנו בו אף אנו. בהתאם לכך יש לקרוא את הביטוי "יהודים" בפרק זה כביטוי שמשמעו "כל מי שהירדנים הגדירו כ'אויב' בשנים 1948-1967".

השטח שבו מצויה כיום מדינת ישראל הן בשטחי איו"ש. כשם שיהודים רכשו מקרקעין בתקופת המנדט הבריטי בשטח שבו מצויה כיום מדינת ישראל כך הם רכשו מקרקעין בשטחי איו"ש.

§ 188 בשנים 1948-1967 שלטו הירדנים באיו"ש. הירדנים ראו "אויב" ביהודים אזרחי מדינת ישראל והחילו על נכסיהם שבאיו"ש את פקודת המסחר עם האויב, 1939. מכוחה של פקודה זו, לעיתים הוקנו "אדמות היהודים" הללו – כלומר האדמות באיו"ש, שרכשו יהודים לפני שנת 1948 – ל"אפוטרופוס הירדני על נכסי האויב". בשנת 1967, עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש, עלתה השאלה מה יהא דינם של מקרקעין אלו, המכונים, כאמור, "אדמות היהודים". נשיב על שאלה זו בעזרת הפסיקה המנחה.

§ 189 הסוגיה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בפעם הראשונה בעניין **עיצובן שכטר** (בג"ץ 1285/93, פורסם בנבו (1996)). מר שכטר ז"ל רכש בשנת 1937 חלקת קרקע באיו"ש, והיא נרשמה בבעלותו בספרי המקרקעין. בתקופת השליטה הירדנית נחשב מר שכטר ז"ל "אויב" בעיני הירדנים. על כן בתקופת השלטון הירדני באיו"ש בחלקה שלט האפוטרופוס הירדני על נכסי אויב. בשנת 1967, עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש, עברה השליטה בחלקה לממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש. הממונה על הרכוש הממשלתי הוא אדם שמינה המפקד הצבאי לנהל את הרכוש הממשלתי באיו"ש (ראו § 69 - § 70 לעיל). "רכוש ממשלתי" כולל, בין היתר, רכוש שהיה מוקנה למדינת ירדן.³² על כן, כאמור, השליטה בחלקה עברה בשנת 1967 מהאפוטרופוס הירדני על נכסי אויב אל הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש. יורשיו של מר שכטר ז"ל ביקשו כי הממונה ישחרר את החלקה אליהם. הממונה סירב, והדברים הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון.

§ 190 בית המשפט העליון קבע כי לנוכח הוראותיו הברורות של הדין, החלקה היא אכן "רכוש ממשלתי" שהוקנה כדין לממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש. מכיוון שכך, השאלה הנשאלת באשר ל"אדמות היהודים" היא אם לממונה על הרכוש הממשלתי נתונה הסמכות **לשחרר** את הנכס ולהקנותו לבעליו המקורי. בית המשפט העליון ראה לנכון להותיר שאלה זו בצריך עיון, בקובעו כי "ראש המינהל האזרחי **מוסמך** להחזיר רכוש שהחזקתו בו באה מכוח דיני המסחר עם האויב [...] עם זאת [...] אינה מוטלת עליו **חובה** לעשות כן" (שם, בפסקה 15 לפסק הדין).

§ 191 השאלה הנוספת שנשאלה בעניין **עיצובן שכטר** הייתה אם ראש המנהל האזרחי הפעיל את סמכותו כראוי בשעה שהחליט **שלא** להחזיר את הרכוש לידי בעליו המקורי. ראש המנהל האזרחי החליט כך מטעמים מדיניים: "עלולה השבת קרקעות של ישראלים לידי בעליהן לגרום לפגיעה ממשית בסדר הציבורי באזור" (שם, בפסקה 18 לפסק הדין). בית המשפט העליון קבע כי אין עילה להתערבות בשיקול **מדיניות** זה, ועל כן נדחתה העתירה. בית המשפט העליון ציין כי רשם לפניו את הצהרת המדינה ולפיה הציעה לעותרים קרקע חלופית סמוכה (שם, בפסקה 20 לפסק הדין).

§ 192 פסק דין מנחה נוסף ניתן על ידי בית המשפט העליון בפרשת **ולירו** (בג"ץ 3103/06, פורסם בנבו (2011)). המדינה הצהירה בדיון כי "עד אמצע שנות ה-90 היא נהגה במספר מקרים להחזיר לבעלים המקוריים את זכויותיהם במקרקעיהם, בין באופן ישיר ובין בזכויות בנייה. מאז 1997 עוצבה מדיניות ממשלתית המונעת שחרור קרקעות" (שם, בפסקה 12 לפסק הדין). בית המשפט העליון קבע שם כי כאשר הנכס הוקנה לאפוטרופוס הירדני על נכסי אויב נוצר "ניתוק הזיקה הקניינית של הבעלים המקורי לנכס המוקנה, והבעלות בהם הוקנתה" לאפוטרופוס הירדני, וכי "במצב הרגיל [...] הממונה הישראלי אינו אמור לשחררם לבעליהם המקוריים, אלא גורלם אמור להתברר במסגרת הסדרי שלום". בית המשפט העליון העיר כי שאלה היא מה הדין לנוכח הסכם השלום עם ירדן ונוכח הקמת הרש"פ.

§ 193 בית המשפט העליון הדגיש בעניין **ולירו** כי שאלת השחרור של "אדמות היהודים" לבעליהם המקוריים היא שאלה של **מדיניות**, ו"מדיניות הממונה הישראלית [...] השוללת שחרור הנכסים לבעליהם המקוריים [...] כל עוד לא הושג הסדר שלום אינה טעונה התערבות שיפוטית", זאת לנוכח הטעמים **מדיניים** שבבסיסה (שם, בפסקה 52-54 לפסק הדין). לפיכך העתירה שם נדחתה.

³² ראו הגדרת "רכוש ממשלתי" בצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967.

§ 194 פסק הדין הערכני ביותר בעניין "אדמות היהודים" הוא פסק דין הרן (רע"א 6684/13, פורסם בנבו (2014)). בפסק הדין אמר בית המשפט העליון את הדברים האלה:

"מדיניותה המוצהרת [של המדינה] היא כי אין ניתן להורות על שחרור קרקעות בבעלותם של יהודים, אשר נקבע לגביהם כי הם רכוש ממשלתי, מחמת שהוקנו לממונה הירדני או מחמת שנוהלו על-ידי. בדיון בפנינו עוררנו את השאלה האם אין מקום להקמת מנגנון לבחינתם של חריגים למדיניות זו [...] על דרך הכלל קיים קושי להלום יישומה של מדיניות ללא חריגים [...] והמקרה שלפנינו, בו מדובר על אדמות יהודים המצויות בישוב יהודי, גבעת זאב, עשוי להעיד. אנו סבורים, כי על הגורמים הרלבנטיים לתת דעתם לשאלה זו, ויפה שעה אחת קודם" (שם, בפסקה כז לפסק הדין).

§ 195 סיכמו של דבר, המצב המשפטי בנוגע ל"אדמות היהודים" באיו"ש הוא כדלקמן:

(א) "אדמות היהודים" הוקנו לעיתים לאפוטרופוס הירדני על נכסי האויב, ולאחר שנת 1967 הם בבחינת "רכוש ממשלתי" המנוהל על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש. הזיקה הקניינית בין הבעלים המקורי לרכושו נותקה.

(ב) השאלה אם יש מקום שהממונה יורה על שחרור הנכס לבעליו המקורי היא בעיקרה שאלה של מדיניות. עד אמצע שנות ה-90 של המאה שעברה היו מקרים שבהם הנכסים שוחררו לבעליהם. מאז שנות ה-90 המדיניות היא שלא לשחרר את "אדמות היהודים" לבעליהן. בית המשפט העליון אישר מדיניות זו משלא מצא עילה להתערב בה.

(ג) בעת האחרונה המליץ בית המשפט העליון לממונה לשוב ולשקול מדיניות זו ולקבוע לה חריגים, בפרט במקום ש"אדמות היהודים" מצויות ביישוב ישראלי.

(ד) יש מקומות שבהם מדיניות הממשלה היא להקצות להתיישבות הישראלית את "אדמות היהודים" (ראו למשל את החלטות הממשלה בעניין היישוב היהודי בחברון).

§ 196 נסכם את דברינו עד כה בעניין "אדמות היהודים":

(א) "אדמות היהודים" הן נכסי מקרקעין שנרכשו באיו"ש לפני שנת 1948 על ידי יהודים (בין שכפרטים בין שעל ידי גופים וארגונים). בזמן השליטה הירדנית באיו"ש, בשנים 1967-1948, ראו הירדנים ביהודים "אויב", ולכן נכסיהם הוקנו לעיתים לאפוטרופוס הירדני על נכסי אויב. "אדמות היהודים" הוקנו אפוא לידי הרשויות הירדניות. עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש בשנת 1967 הועברו הנכסים הללו לידי הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש, כשם שהועברו לידי כל הנכסים של הרשויות הירדניות.

(ב) בית המשפט העליון קבע כי "אדמות היהודים" הן בבחינת "רכוש ממשלתי" וכי נותקה הזיקה הקניינית בין הבעלים המקורי לרכושו.

(ג) בית המשפט העליון הוסיף וקבע כי השאלה אם יש מקום שהממונה יורה על שחרור הנכס לבעליו המקורי היא בעיקרה שאלה של **מדיניות**. עד אמצע שנות ה-90 של המאה שעברה היו מקרים שבהם הנכסים שוחררו לבעליהם. מאז שנות ה-90 **המדיניות** היא שלא לשחרר את "אדמות היהודים" לבעליהן. בית המשפט העליון אישר **מדיניות** זו משלא מצא עילה להתערב בה.

(ד) בעת האחרונה המליץ בית המשפט העליון לממונה לשוב ולשקול מדיניות זו ולקבוע לה חריגים, בפרט במקום ש"אדמות היהודים" מצויות ביישוב ישראלי.

פרק 2.12: ניהול מקרקעין על ידי הממונה – ההקצאות החוזיות

§ 197 עמדנו על כך שיישוב ישראלי שנבנה על קרקע המנוהלת על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש הוא יישוב ישראלי שנבנה כדין מן הבחינה הקניינית. ראינו כי הממונה הוא מי שמינה המפקד הצבאי לצורך ניהול הרכוש הממשלתי והנטוש.

§ 198 "רכוש ממשלתי ונטוש" כולל קרקעות שהן **בבעלות** המדינה וקרקעות **המוחזקות** כדין על ידי המדינה. קרקעות שהן **בבעלות** המדינה כוללות אדמות **השומות** על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות **השוכרות** "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות **שהופקעו כדין** לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6). קרקעות **המוחזקות** כדין על ידי המדינה כוללות אדמות **תפוסות בתפיסה צבאית** (ובהן דנו בפרק 2.8), **נכסי נפקדים** (ובהם דנו בפרק 2.9) ו"**אדמות בניהול**" (ובהן דנו בפרק 2.10).

§ 199 הקרקעות הללו **כולן** מנוהלות על ידי הממונה. ניהולו של הממונה באיו"ש דומה לניהול מקרקעי ישראל בישראל על ידי רשות מקרקעי ישראל (לשעבר מנהל מקרקעי ישראל). מבחינה מעשית הממונה מנהל את הקרקעות באמצעות הקצאות חוזיות. כלומר, הממונה כורת חוזים שבמסגרתם הוא מעניק זכות שימוש במקרקעין למתקשרים החוזיים.

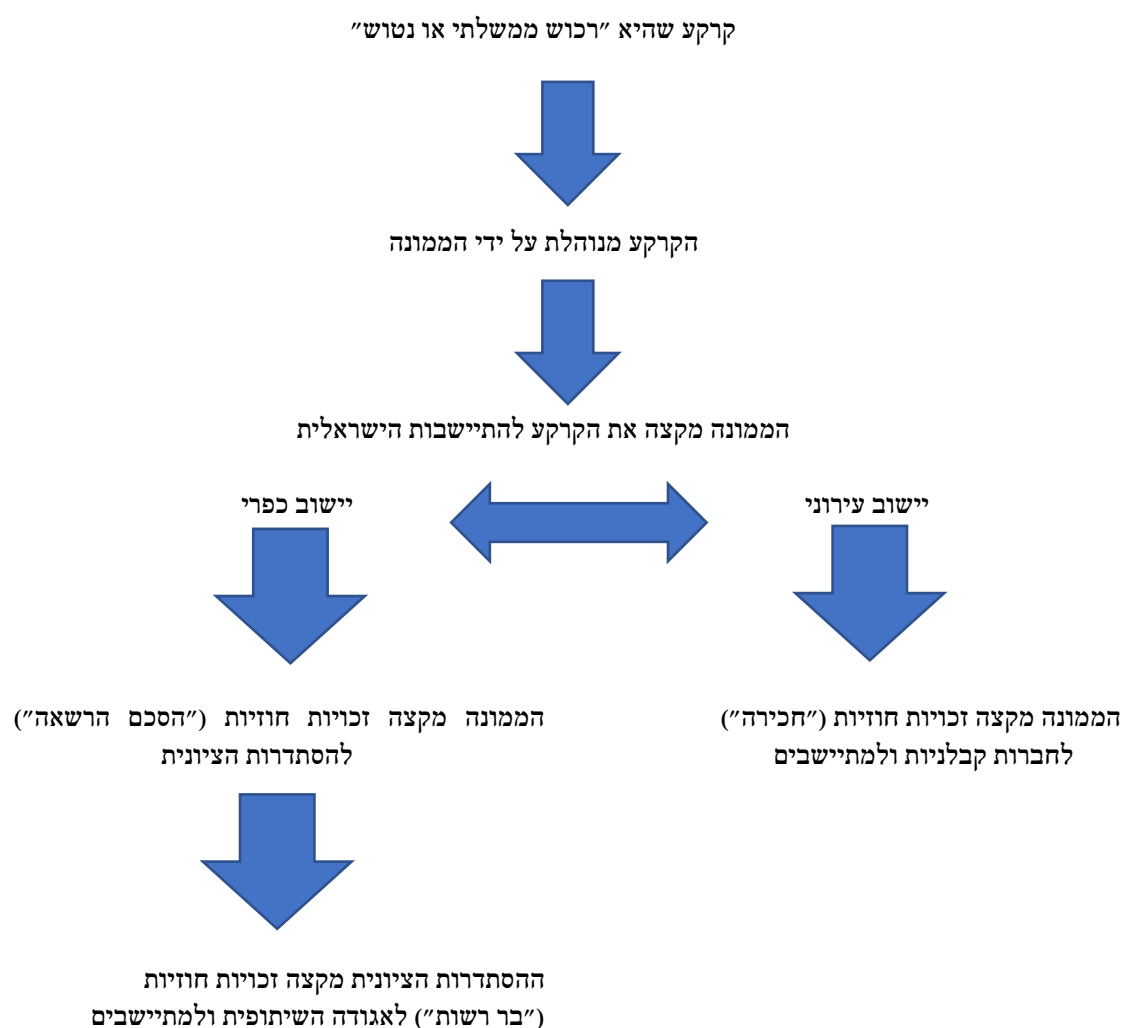
§ 200 כאשר הממונה מקצה מקרקעין להתיישבות הישראלית באיו"ש הוא אינו מקצה את זכות הבעלות במקרקעין הללו אלא אך זכות חכירה או זכות חזקה ושימוש.

§ 201 בנהלו את המקרקעין שהוקצו להתיישבות הישראלית מבחין הממונה בין יישוב **עידוני** ליישוב **כפרי**. יישוב **עידוני** מנוהל ישירות על ידי הממונה, כך שהממונה מקצה את המקרקעין **ישירות** למתיישב, ליזם או

לקבלן. בעבר הקצה הממונה קרקעות גם לחברות ממשלתיות (כגון 'שיכון ופיתוח' ו'עמידר'), וזאת במסגרת הבנייה התקציבית בשנות ה-80 וה-90 של המאה שעברה (עקב העלייה מברית המועצות לשעבר בתחילת שנות ה-90 נבנו בקרקעות הממונה קרוב ל-10,000 דירות בבנייה תקציבית). במסגרת הקצאות ביישובים העירוניים נותן הממונה חוזי חכירה הדומים לחוזים הניתנים ברשות מקרקעי ישראל.

§ 202 כאשר מדובר ביישוב כפרי, במרבית המקרים הסתייע הממונה בניהול המקרקעין בהסדרות הציונית (החטיבה להתיישבות). במקרה זה שרשרת ההקצאה החוזית כללה התקשרות חוזית בין הממונה לבין ההסדרות הציונית ("הסכם הרשאה"), שבמסגרתה הקצה הממונה חטיבת קרקע להסדרות הציונית ("שטח המשבצת") לצורך הקמת יישוב ישראלי. לאחר מכן התקשרה ההסדרות הציונית עם האגודה השיתופית שהוקמה לצורך הקמת היישוב, ולבסוף התקשרה ההסדרות הציונית בחוזה ("בר רשות") עם המתיישב הישראלי בהתאם להמלצת האגודה. תקופת הסכמי ההרשאה היא ל-49 שנים.

§ 203 אם נתאר בצורה גרפית את ניהול המקרקעין על ידי הממונה מקום שהמקרקעין משמשים לצורך ההתיישבות הישראלית, נקבל את התמונה הזאת:



§ 204 לנוכח מבנה הקצאה זה נקל להבין מדוע יש רישומים פנימיים אצל הממונה, בהסדרות הציוניות ובחברות הקבלניות באשר להקצאות החוזיות של המקרקעין שהקצו להתיישבות הישראלית. עוד בעניין הרישומים הפנימיים ועל חשיבותם לצורך בירור הזכויות במקרקעין באיו"ש, ראו § 95 - § 96 לעיל.

פרק 2.12 סיכום ביניים: ניהול המקרקעין על ידי הממונה – ההקצאות החוזיות

§ 205 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בעלות המדינה*, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן *בעלות המדינה* כוללות אדמות *השומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).

(ד) אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית* (ובהן דנו בפרק 2.8), *נכסי נפקדים* (ובהם דנו בפרק 2.9) ו"*אדמות בניהול*" (ובהן דנו בפרק 2.10).

(ה) אדמות שהן *בעלות המדינה* ואדמות *המוחזקות* כדין על ידי המדינה מנוהלות כולן על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש, אשר התמנה לצורך זה על ידי המפקד הצבאי.

(ו) במקום שהקרקעות הוקצו על ידי הממונה להתיישבות הישראלית, ההקצאה נעשית בדרך של התקשרות *חוזית* בין הממונה לבין הגורם שלו הוקצתה הקרקע. ביישובים עירוניים ההתקשרות החוזית היא בחוזה פיתוח וחקירה בין הממונה לחברה הקבלנית והמתיישבים. ביישובים כפריים במרבית המקרים ההתקשרות החוזית היא בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית. ההסתדרות הציונית מתקשרת בהמשך עם האגודה השיתופית של היישוב ועם המתיישבים עצמם. הממונה, ההסתדרות הציונית והחברות הקבלניות נוהגות לנהל רישום פנימי של הזכויות שהוקצו על ידם להתיישבות הישראלית, בדומה לנעשה ברשות מקרקעי ישראל.

(ז) הממונה מתקשר בחוזי חכירה או בחוזי הרשאה, אך הוא אינו מעביר בחוזים הללו את זכות ה*בעלות* במקרקעין, בהתאם לעמדת המשפט הבינלאומי.

פרק 2.13: אדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי – כללי

§ 206 ראינו שכדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין". "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בעלות המדינה*, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

§ 207 בפרקים הקודמים הבהרנו מהן אדמות שהן *בעלות המדינה* ומהן אדמות *המוחזקות* כדין על ידי המדינה, וצינו כי אדמות אלו כולן מנוהלות על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש.

208 § כעת נעבור לדון באדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי.³³ יישוב ישראלי שהוקם על אדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן במקום שבעל הקרקע – שהוא הרוכש הישראלי – מעוניין שעל אדמתו יוקם יישוב ישראלי, הקמת היישוב אינה פוגעת בקניינו הפרטי של מאן דהוא.

209 § דרך המלך שבה יכול אזרח ישראלי לרכוש בעלות במקרקעין באיו"ש – כמו בישראל ובעולם – היא באמצעות רכישת הקרקע מבעליה. עם זאת באיו"ש – בשונה מישראל – הוטלו על דרך רכישה זו מגבלות שונות כאשר מדובר ברכישה לצורך ההתיישבות הישראלית. נדון להלן במגבלות אלו.

210 § עוד נדון בסוגיה שעלתה בפסיקה בנוגע לרכישת זכויות במקרקעין על ידי ההתיישבות הישראלית באיו"ש, והיא הסוגיה הנוגעת להחזקת מקרקעין ועיבודם על ידי מתיישב ישראלי במשך תקופת ההתיישבות הקבועה בחוק הקרקעות העות'מאני.

פרק 2.14: רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי

(א) רכישה מותרת לישראלי – על ידי חברה בלבד

211 § מי שאינם ירדנים, ובכלל זה ישראלים, מנועים עד היום מלרכוש מקרקעין באיו"ש. מקורו של האיסור בחקיקה ירדנית ותיקה שלא בוטלה עד היום. חוק השכרת ומכירת נכסי דלא נידי לזרים, חוק מס' 40 לשנת 1953, הוא החוק הירדני שקובע את האיסור האמור. סעיף 2 לחוק קובע כי "אדם שאיננו ירדני לא ישכור נכס דלא נידי בממלכה ההאשמית לתקופה [...] העולה על שלוש שנים בלתי אם השיג קודם היתר ממועצת השרים". סעיף 3 לחוק קובע כי "אדם שאיננו ירדני רשאי להיות בעלים של נכסי דלא נידי בממלכה ההאשמית בתנאי שבעלות זו תצטמצם" להקשרים המוגבלים המפורטים בחוק (שהם בעיקרם מגורים ועבודה וכן חקלאות לצורכי עצמו ולא למסחר), והכול בכפוף לאישור מועצת השרים.

212 § על כן, מעשית, רכישת קרקעות על ידי ישראלים באיו"ש מתאפשרת אך ורק על ידי חברות הרשומות באיו"ש. במקום שקרקע נרכשה על ידי חברה הרשומה באיו"ש, והחברה בוחרת להקצות את קרקעותיה לאזרחים ישראלים, כי אז המשמעות היא שאזרח ישראלי מחזיק במקרקעין באיו"ש כדין.

213 § האפשרות של תאגיד הרשום באיו"ש לרכוש קרקעות באיו"ש נובעת מחוק השימוש והחזקה בנכסי דלא נידי על ידי אישיות משפטית, מס' 61 לשנת 1953. לפי חוק ירדני זה, תאגידי שאינם ירדניים אך נרשמו בירדן זכאים להיות בעלים של נכסי מקרקעין באיו"ש בכפוף לאישור מועצת השרים, ובלבד שהבעלות במקרקעין לא תהיה לצורכי מסחר (סעיף 5, 8 לחוק).

214 § הצו בדבר חוק השימוש והחזקה (תצרוף) של האישיות המשפטית בנכסי דלא נידי (יהודה והשומרון) (מס' 419), התשל"א–1971 (להלן – צו 419), שהתקין המפקד הצבאי, משלים את התמונה המשפטית. צו 419 קובע כי סמכויות מועצת השרים לפי החוק הירדני הנ"ל יועברו לממונה, שהוא אדם שמינה המפקד הצבאי לצורך זה.³⁴ עוד קובע צו 419 כי ראש המנהל האזרחי מוסמך להתיר לחברות הרשומות באיו"ש לרכוש בעלות במקרקעין באיו"ש גם במקום שמדובר ברכישה לצורך מסחרי. מכאן שחברה ישראלית הרשומה במרשם החברות באיו"ש רשאית לרכוש מקרקעין באיו"ש בכפוף להיתר הניתן מאת ראש המנהל האזרחי ("היתר עסקה").

³³ למען הדיוק: מדובר לא רק באזרחים ישראלים אלא בכל אדם שרכש כדין מקרקעין באיו"ש, והוא מעוניין שמקרקעיו ישמשו את ההתיישבות הישראלית, תהא אזרחותו של אותו אדם אשר תהא. מטעמי נוחות הלשון, ומאחר שזהו בכל זאת המצב הטיפוסי, השתמשנו בגוף הדברים ובמהלך הדיו"ח בביטוי רכישה כדין על ידי "אזרח ישראלי". יש לקרוא את הדברים כאילו נכתב בהם "רכישה על ידי אזרח ישראלי או על ידי כל אזרח שמעוניין שמקרקעיו הפרטיים ישמשו את ההתיישבות הישראלית, תהא אזרחותו אשר תהא".

³⁴ הסמכויות הקבועות בצו 419 הוקנו לראש המנהל האזרחי. ראו צו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה והשומרון) (מס' 947), התשמ"ב–1981, תוספת שנייה, סעיף 94.

§ 215 סיכומו של דבר, רכישה של מקרקעין באיו"ש בעבור אזרחים ישראלים אפשרית רק באמצעות תאגיד שורשם באיו"ש.

(ב) היתר עסקה

§ 216 שלא כמו בישראל, כל עסקאות המקרקעין באיו"ש – בין אלו המבוצעות על ידי מי שאינם ישראלים ובין אלו המבוצעות על ידי ישראלים – טעונות רשות מאת קמ"ט רישום מקרקעין במנהל האזרחי, שמינה לצורך זה המפקד הצבאי. רשות זו מכונה "רישיון עסקה", והפרטים הנוגעים ל"רישיון עסקה" באיו"ש מפורטים בצו בדבר עסקאות במקרקעין (מס' 25) (יהודה והשומרון), התשכ"ז–1967.

§ 217 כמו כן עסקת מקרקעין שמבוצעת באיו"ש על ידי ישראלים – וכפי שראינו לעיל הדבר אפשרי רק על ידי חברה הרשומה באיו"ש – טעונה "היתר עסקה" מאת ראש המנהל האזרחי. הדרישה ל"היתר עסקה", החלה על עסקאות מקרקעין שמבוצעות על ידי ישראלים באיו"ש, קבועה בחוק השכרת ומכירת נכסי דלא נידי לזרים, מס' 40 לשנת 1953, חוק השימוש והחזקה בנכסי דלא נידי על ידי האישיות המשפטית, מס' 61 לשנת 1953 וצו 419, הכול כפי שראינו ב-§ 211 - § 214 לעיל.

§ 218 ראו גם את התקנות בדבר עסקאות במקרקעין (רישיון עסקה) (יהודה והשומרון), התשע"ה–2015. התקנות קובעות את הפרוצדורה הנוגעת לקבלת "רישיון עסקה" ו"היתר עסקה" באיו"ש. בתמצית, התקנות קובעות כי בקשה ל"רישיון עסקה" תשמך "אף כבקשה להיתר עסקה, במקום בו הוא נדרש".

§ 219 סיכומו של דבר, רכישה של מקרקעין באיו"ש בעבור אזרחים ישראלים אפשרית רק לאחר קבלת "רישיון עסקה" מאת קמ"ט רישום מקרקעין ורק לאחר קבלת "היתר עסקה" מאת ראש המנהל האזרחי. הדרישה האחרונה ייחודית להתיישבות הישראלית באיו"ש.

§ 220 יישוב ישראלי שהוקם באיו"ש על אדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית.

פרק 2.14 סיכום ביניים: רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי

221 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

- (א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".
- (ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בבעלות* המדינה (ראו הדיון בפרק 2.2–2.6), אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין (ראו הדיון בפרק 2.7–2.10) ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.
- (ג) כאשר לאדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי: דרך המלך לרכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי היא באמצעות *רכישת הקרקע מבעליה* בעסקה חוזית.
- (ד) באיו"ש יש שתי מגבלות לביצוע עסקאות מקרקעין שהן *ייחודיות להתיישבות הישראלית*, והן אינן חלות על תושב איו"ש שאינו ישראלי הרוכש מקרקעין באיו"ש.
- (ה) המגבלה האחת היא הדרישה שרכישת המקרקעין תיעשה על ידי חברה הרשומה באיו"ש. אדם פרטי ישראלי ותאגיד שאינו רשום באיו"ש אינם יכולים לבצע עסקת מקרקעין באיו"ש.
- (ו) המגבלה האחרת הייחודית להתיישבות הישראלית באיו"ש היא הדרישה ל"היתר עסקה" מאת ראש המנהל האזרחי.
- (ז) *יישוב ישראלי שהוקם על אדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן במקום שבעל הקרקע – שהוא הרוכש הישראלי – מעוניין שעל אדמתו יוקם יישוב ישראלי, הקמת היישוב אינה פוגעת בקניינו הפרטי של מאן דהוא.*

פרק 2.15: החזקה ועיבוד במשך תקופת ההתיישנות על ידי אזרח ישראלי

(א) חוק הקרקעות העות'מאני ו"טענת זכות"

222 § עמדנו לעיל³⁵ על כך שדין הקרקעות המהותי החל באיו"ש הוא חוק הקרקעות העות'מאני, 1858. ראינו שחוק זה קובע כי הבעלות בקרקע מסוג "מירי" (שהיא, בהכללה, קרקע חקלאית) שייכת למדינה. החוק מוסיף וקובע בסעיף 78 כי מי שהחזיק ועיבד קרקע "מירי" במשך 10 שנים רצופות (ולא הפסיק לעבדה לתקופה של 3 שנים או יותר) זכאי לקבל את זכות השימוש וההחזקה בקרקע (המכונה "תצרוף"). זכות הבעלות עצמה ("רקבה") לעולם נותרת בידי המדינה.³⁶

³⁵ ראו 55 § - 63 לעיל.

³⁶ למען שלמות התמונה ראוי להזכיר גם את סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני. לפי חוק הקרקעות העות'מאני, יש להבחין בין התיישנות בקרקע "מירי" בין שני גורמים פרטיים לבין התיישנות בקרקע "מירי" בין גורם פרטי למדינה. בהתיישנות שטוען גורם פרטי בנוגע לקרקע של המדינה חל סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני, שהזכרנו בגוף הדברים. לעומת זאת בהתיישנות בין שני גורמים פרטיים חל סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני. סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני קובע אף הוא תקופת התיישנות של 10 שנים, אולם הסעיף – שכאמור חל בסכסוכי מקרקעין במקום ששני גורמים פרטיים טוענים לזכויות בקרקע – קובע התיישנות

223 § עוד ראינו כי מכוחו של דין מהותי זה נוצרה הפרקטיקה של "הכרזה על אדמות מדינה". בהתאם לפרקטיקה זו, המדינה גורעת מתחומן של האדמות המוכרזות "אדמות מדינה" קרקעות חקלאיות שעובדו בעיבוד חקלאי במשך 10 שנים רצופות (ואשר עיבודן לא נזנח, בהתאם לקבוע בדין).

224 § לכאורה היה אפשר לסבור שדין מהותי זה צריך לחול ללא הבחנה הן על התושבים המוגנים הן על התושבים הישראליים באיו"ש, מכוח הכלל המשפטי הבסיסי שלפיו "הכול שווים בפני החוק". עמדת פרקליטות המדינה בעניין זה שונה, מתוך שהפרקליטות עומדת על ההבדל בין התושבים המוגנים באיו"ש לתושבים הישראליים באיו"ש.

225 § במסגרת עתירה שהתבררה בבית המשפט העליון בשנת 2009 טענה פרקליטות המדינה כי לא די שמתיישב ישראלי באיו"ש יחזיק בקרקע "מירי" ויעבדה במשך 10 שנים רצופות כדי להכיר בזכותו של המתיישב להמשיך להחזיק בקרקע ולעבדה בהתאם לסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני, אלא – טענה פרקליטות המדינה – נוסף על כך נדרש שהאדם יוכיח את מקור זכותו המשפטית להחזיק בקרקע.

226 § טענה זו נטענת על ידי פרקליטות המדינה בנוגע לפרשנותו של חוק הקרקעות העות'מאני רק באשר להתיישבות הישראלית באיו"ש. הטענה אינה מועלית על ידי המדינה באשר לתושבים המוגנים באיו"ש, כעולה מהפרקטיקה של הכרזה על "אדמות מדינה", פרקטיקה הבוחנת אך ורק את עצם העיבוד החקלאי של הקרקע ולא את מקור הזכות המשפטית של המעבד.

227 § כמו כן הטענה אינה מועלית על ידי המדינה בשטח מדינת ישראל במסגרת הליכי הסדר. כנזכר, חוק הקרקעות העות'מאני הוא החוק החל בישראל בנוגע למקרקעין שאינם מוסדרים. בישראל במקום שעולה במסגרת הליכי הסדר מקרקעין שאלת זכותו של אדם פרטי להמשיך ולעבד קרקע שעובדה על ידו במשך תקופת ההתיישנות הקבועה בסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני,³⁷ המדינה מכירה בזכותו של המחזיק להמשיך ולהחזיק בקרקע גם ללא "טענת זכות" (ראו למשל ע"א 158/89 מ"י נ' זועבי, פורסם בנבו (2004)).

228 § בית המשפט העליון לא הכריע בטענתה זו של פרקליטות המדינה, אם כי נראה שנטה לקבלה (בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים, פורסם בנבו (2012), בפסקה 21-22 לפסק הדין).

229 § עמדת פרקליטות המדינה בנוגע ל"טענת זכות" משתלבת עם העמדה הכללית של המדינה באשר לסוגיה של ההגנה על ההחזקה באיו"ש, כפי שהתבטאה בצו המכונה "צו שימוש מפריע".

(ב) צו שימוש מפריע

230 § בשנת 2007 התקין המפקד הצבאי את הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), התשס"ח–2007 (להלן – צו שימוש מפריע). צו שימוש מפריע עוסק במקרקעין שאינם רכוש ממשלתי. הצו קובע כי במקום שיש "חשד סביר" כי נעשה שימוש ללא זכות שבדין במקרקעין שאינם רכוש ממשלתי, רשאי ראש המנהל האזרחי או מי שהוסמך לכך מטעמו "להפסיק את השימוש" ו"לסלק כל דבר שיש בו שימוש", כאמור (סעיפים 1, 2 לצו שימוש מפריע).

231 § סמכותו זו של ראש המנהל האזרחי מוגבלת בזמן. הממונה אינו מוסמך להפעיל סמכויותיו לפי הצו אם חלפו חמש שנים ממועד תחילתו של השימוש. אם חל "שינוי מהותי באופי השימוש", מניין חמש השנים האמורות מתחיל מחדש מיום השינוי המהותי.

דיונית בלבד. לעומתו, סעיף 78 – שחל בסכסוכי מקרקעין בין הפרט למדינה – קובע התיישנות מהותית בנוגע לזכות החזקה השימוש בקרקע "מירי". ראו א' בן-שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל (החשי"ג) 55.
³⁷ בישראל תקופת ההתיישנות עומדת על 15 שנים באשר למקרקעין לא מוסדרים. ראו סעיף 22 לחוק ההתיישנות, התשי"ח–1958.

§ 232 בפועל, השימוש בסמכות זו נעשה כנגד ההתיישבות הישראלית באיו"ש בלבד. זאת, כך נראה, בשל הרצון להעניק הגנה מוגברת לזכויות התושבים המוגנים. לא נקבעו קריטריונים לשימוש בסמכות זו.

§ 233 מדובר בסמכות חריגה ביותר. הכלל הרגיל בעולם המשפט בישראל ובעולם הרחב הוא שבמקום שיש פלישה נטענת למקרקעין, הסמכות להורות על פינויו של הפולש הנטען נתונה לרשות השופטת בלבד ולא לרשות המבצעת, מתוך תפיסה שלפיה רק לרשות השופטת נתונים הכלים הסמכות לברר את השאלות העובדתיות והמשפטיות השנויות במחלוקת: "חשוב בעיניי עצם העיקרון של האיסור על עשיית דין לעצמו, עליו יש לשמור בכל חומרתו וקיצוניותו, כדי שבעלי ריב ייהפכו לבעלי דין" (ע"א 243/60 פסטרנק נ' מ"י, פ"ד יד 2284, 2293 (1960)).

§ 234 לתפיסה זו – בדבר סמכותה הייחודית של הרשות השופטת להורות על פינוי ממקרקעין – משקל נכבד במקום שמדובר בפלישה נטענת הנמשכת תקופה ארוכה, שכן המשפט מעניק חשיבות רבה לשמירה על ה"סטטוס קוו" בתחום המקרקעין, כך שכל חריגה ממנו יכולה להיעשות רק על פי צו של הרשות השופטת, ושלח בלבד. החשש הוא שחריגה מה"סטטוס קוו" לאחר החזקה ארוכת שנים במקרקעין תביא לידי פגיעה בסדר הציבורי. ראו יהושע ויסמן דיני קניין – החזקה ושימוש (חלק שלישי, התשס"ו) 50. לפיכך, הסמכות להורות על שינוי ה"סטטוס קוו" ועל ביטולה של החזקה ארוכת שנים במקרקעין נתונה לרשות השופטת בלבד, לאחר הליך שבו תישמענה טענות הצדדים ותוצגנה הראיות הצריכות לעניין כדת וכדין. הליך שיפוטי מלא ותקין הוא – ורק הוא – שמעניק את הלגיטימציה הציבורית והמשפטית לשינוי ה"סטטוס קוו".

§ 235 חריג לעיקרון הרחב שלפיו הרשות השופטת בלבד היא שמוסמכת לצוות על פינוי ממקרקעין קיים בנוגע ל"פלישה טרייה". באשר ל"פלישה טרייה" מותר לאדם לעשות דין לעצמו ולפנות את הפולשים, וחובה מוטלת על הרשות המבצעת – המשטרה – לסייע בידי האדם המסלק את הפולשים (ראו בג"ץ 2166/15 הרשקוביץ נ' מפקד תחנת מוריה, פורסם בנבו (2015); בג"ץ 8373/10 קדוש נ' משטרת ישראל, פורסם בנבו (2010); בג"ץ 477/81 בן ישראל נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד לו (4) 349 (1982)).

§ 236 ההצדקה לחריג ה"פלישה הטרייה" היא שחריג זה הוא בבחינת "תגובה אינסטינקטיבית, ספונטנית, שבמרבית המקרים תופעל על ידי מי שהוא בעל הזכויות האמיתיות של הנכס" (יהושע ויסמן, שם, בעמ' 81). לשון אחר: במקום שהפלישה "טרייה" אפשר להניח שהמתנגד לפלישה הוא הבעלים של המקרקעין גם לפני הברור השיפוטי. כמו כן במקום שהפלישה "טרייה" הודעתו של הבעלים האמיתי נגדה היא טבעית וספונטנית ויש להגן עליה.

§ 237 על כל פנים, המצב המשפטי בישראל ובעולם הרחב הוא כי הרשות השופטת והיא בלבד מוסמכת להורות על פינויו של אדם ממקרקעין לאחר הליך שיפוטי כדת וכדין. הרשות המבצעת (המשטרה) מוסמכת לסייע לפינויו של אדם ממקרקעין רק במקום שמדובר ב"פלישה טרייה".

§ 238 "פלישה טרייה" מוגדרת בישראל כפלישה שלא חלפו שלושים ימים מיום שאירעה (סעיף 18(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969). באשר למקרקעי ציבור בישראל, יש הוראה מיוחדת שלפיה הפלישה "טרייה" והרשות המבצעת (בעלת הקרקע) מוסמכת לפנות את הפולש אם לא חלפו שלושים ימים חודשים מיום הפלישה (סעיף 4 לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), תשמ"א–1981).

§ 239 לעומת זאת בצו שימוש מפריע, החל באיו"ש, מדובר בפרקי זמן ארוכים פי כמה וכמה שבמסגרתם מוענקת לרשות המבצעת סמכות לפנות אדם ממקרקעין ללא הליך שיפוטי. כנזכר, מדובר על חמש שנים ממועד תחילתה של הפלישה הנטענת, ומניין השנים מתחיל מחדש אם חל "שינוי מהותי באופי השימוש" במקרקעין.

§ 240 בית המשפט העליון ציין כי התקופה הארוכה הקבועה ב"צו שימוש מפריע" נובעת מה"מצב המיוחד השורר באזור יהודה ושומרון, בו לעתים לבעלי מקרקעין אין ידיעה על הנעשה באדמותיהם". עוד נובעת

התקופה הארוכה האמורה מהחובות המוטלות על המפקד הצבאי בהקשר זה (עניין **חושיה** (בג"ץ 1315/12, פורסם בנבו (2014). כן ראו עניין **אמנה** (בג"ץ 548/04, פ"ד נח(3) 373 (2004)).

§ 241 עם זאת בית המשפט העליון הוסיף והדגיש כי "גם בהתחשב בנסיבות המיוחדות השוררות באזור יהודה ושומרון, הסמכות לנקוט באמצעים מנהליים נגד פולש מוגבלת בזמן" (עניין **חושיה**, שם, בפסקה 4 לפסק הדין).

§ 242 על כן, במקום שלא התקיימו התנאים הקבועים בצו שימוש מפריע אין לרשות **המבצעת** סמכות לפעול לפינויו של המחזיק במקרקעין. הטוען לזכויות במקרקעין יוכל לפתוח בהליך **שיפוטי-אזרחי** נגד הפולש הנטען. בית המשפט האזרחי המוסמך (שהוא בית משפט השלום או בית המשפט המחוזי בירושלים) ישמע את טענות הצדדים, יבחן את ראיותיהם ויכריע במחלוקת בהתאם לדין (ראו בג"ץ 953/11 **סאלחה נ' שר הביטחון**, החלטה מיום 14.2.16).

§ 243 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

- (א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".
- (ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בעלות* המדינה (ראו הדיון בפרק 2.2–2.6), אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין (ראו הדיון בפרק 2.7–2.10) ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.
- (ג) באשר לאדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי: דרך המלך לרכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי היא באמצעות רכישת הקרקע מבעליה בעסקה חוזית (ראו הדיון בפרק 2.13).
- (ד) קיימת שאלה משפטית מורכבת והיא אם יש דרך נוספת לרכישת זכויות באיו"ש על ידי אזרח ישראלי: האם במקום שאזרח ישראלי מחזיק במקרקעין באיו"ש ומעבד אותם במשך תקופת ההתיישנות, רכש האזרח הישראלי זכויות במקרקעין מכוח החזקה והעיבוד ארוכי השנים?
- (ה) חוק הקרקעות העות'מאני, שהוא החוק המהותי החל באיו"ש, קובע כי שמקום שאדם החזיק בקרקע ועיבד אותה במשך 10 שנים – יהיה האדם זכאי להמשיך ולהחזיק בקרקע. כלומר, הדין המהותי באיו"ש קובע כי החזקה ועיבוד ארוכי שנים מעניקים זכויות קניין במקרקעין.
- (ו) בשנת 2009 הביעה פרקליטות המדינה עמדה באשר להתיישבות הישראלית באיו"ש, ולפיה אם האדם שהחזיק בקרקע ועיבד אותה במשך תקופת ההתיישנות הוא מתיישב ישראלי, לא יהיה די בהחזקה ועיבוד כדי להקנות למתיישב הישראלי זכויות במקרקעין. לעמדת פרקליטות המדינה, המתיישב הישראלי באיו"ש יצטרך בכל מקרה להוכיח את זכותו להחזיק במקרקעין ולעבדם. כלומר, האזרח הישראלי יצטרך להוכיח כי רכש את המקרקעין מבעליהם ב"דרך המלך" (טענה זו מכונה "טענת זכות").
- (ז) בית המשפט העליון לא הכריע בטענתה זו של המדינה, אך נראה כי נטה לקבלה (בג"ץ 5439/09 *עבדאלקאדר*).
- (ח) עמדה זו של פרקליטות המדינה, שראשיתה בשנת 2009, מתיישבת עם "צו שימוש מפריע" שהתקין המפקד הצבאי בשנת 2007. "צו שימוש מפריע" הוא צו המסמיך את ראש המנהל האזרחי להורות על פינוי של אדם שהחזיק קרקע לתקופה של עד 5 שנים. התקופה יכולה להיות ארוכה יותר אם המעבד שינה את אופי עיבוד המקרקעין "שינוי מהותי". "צו שימוש מפריע" מוחל אך ורק בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש.
- (ט) "צו שימוש מפריע" הוא צו חריג מבחינה משפטית. התפיסה המשפטית המקובלת בארץ ובעולם היא כי פינוי אדם ממקרקעין שהחזיק בהם תקופה ממושכת יכול להיעשות רק על פי צו של הרשות השופטת ולא על פי החלטה של הרשות המבצעת. ביסוד תפיסה זו מונחת הכרה בחשיבותה של הרשות השופטת ובלגיטימציה הציבורית הרחבה שיש להכרעותיה, הכרעות המתקבלות לאחר הליך שיפוטי שבו נשמעות טענות ומוצגות ראיות.

(י) אם חלפה התקופה הקבועה ב"צו שימוש מפריע", אין לרשות המבצעת סמכות לפעול לפינויו של המחזיק במקרקעין באיו"ש. מי שטוען כי מדובר במחזיק שפלש למקרקעין שלא כדין, יוכל לפתוח בהליך שיפוטי-אזרחי נגד הפולש הנטען. בית המשפט האזרחי המוסמך (שהוא בית משפט השלום או בית המשפט המחוזי בירושלים) ישמע את טענות הצדדים, יבחן את ראיותיהם ויכריע במחלוקת בהתאם לדין.

פרק 2.16: סיכום הפרק השני – היבטים קניינים באיו"ש

244 § תנאי לכך שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים הוא שהישוב או השכונה יימצאו על אדמות מוחזקות כדין. זהו תנאי מרכזי וייחודי להסדרת ההתיישבות באיו"ש. במדינת ישראל ובעולם הרחב אין כל קשר בין הקמתו של יישוב לבין הבעלות במקרקעי היישוב. יישוב יכול להיות מוקם על קרקע מדינה או על קרקע פרטית של מאן דהוא, וכך מקובל וטבעי.

245 § באיו"ש הדין שונה: יישוב ישראלי באיו"ש מוקם כדין אך ורק על אדמות מוחזקות כדין.

246 § אדמות הן "מוחזקות כדין" ואין מניעה קניינית להקים עליהן יישוב או שכונה ישראליים בשלושה מקרים: אם האדמות הן בבעלות המדינה, אם הן מוחזקות כדין על ידי המדינה או שהן נרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי.

247 § האדמות הן בבעלות המדינה במקרים האלה: האדמות רשומות במרשמי המקרקעין על שם המדינה; האדמות הוכרזו "אדמות מדינה" לאחר בירור מקיף בהתאם לדין הקרקעות המהות; האדמות הופקעו כדין לטובת המדינה בהתאם לחקיקת ההפקעה הירדנית התקפה.

248 § האדמות מוחזקות כדין על ידי המדינה במקרים האלה: הקרקע תפוסה בתפיסה צבאית; הקרקע היא בבחינת "נכסי נפקדים"; הקרקע היא "אדמות בניהול", כלומר קרקעות בבעלותו של אדם [או תאגיד] פרטי שהעבירן לניהול המדינה.

249 § המדיניות כיום היא להקים יישובים חדשים באיו"ש על אדמות שהן בבעלות המדינה. אין בכך כדי לפגוע בתוקפם של יישובים שהוקמו בעבר על אדמות המוחזקות כדין על ידי המדינה. כך מתחייב מהכלל המשפטי שלפיו מדיניות אינו בעל תחולה רטרואקטיבית כדי שלא לפגוע בציפיות ובהסתמכות סבירה של הפרט.

250 § באשר לקרקעות באיו"ש שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי:³⁸ אין מניעה להקים על קרקעות אלו יישוב ישראלי. הקמת יישוב כזה, הנעשית בהסכמתו של בעל המקרקעין הישראלי, אינה פוגעת בקניינו הפרטי של מאן דהוא.

251 § אזרח ישראלי יכול לרכוש קרקעות באיו"ש רק באמצעות תאגיד ולאחר קבלת היתר עסקה.

252 § יש שאלה משפטית מורכבת אם אזרח ישראלי יכול לרכוש זכויות קניין באיו"ש מכוח חזקה ועיבוד ארוכי שנים, בהתאם לדיני ההתיישנות החלים באיו"ש. עמדת פרקליטות המדינה היא כי התשובה לשאלה זו שלילית. בית המשפט העליון נטה לקבל עמדה זו אך לא הכריע בה.

³⁸ נשוב ונבהיר למען הדיוק: מדובר לא רק באזרחים ישראלים אלא בכל אדם שרכש כדין מקרקעין באיו"ש, והוא מעוניין שמקרקעיו ישמשו את ההתיישבות הישראלית, תהא אזרחותו של אותו אדם אשר תהא. ראו הערת שוליים 33 לעיל.

§ 253 עד כאן ההיבטים הקניינים הצריכים לעניין הסדרתם של יישובים ושכונות ישראלים באיו"ש. כעת נעבור לדון בתנאי השני הנדרש לצורך הסדרתו של יישוב באיו"ש, והוא התנאי התכנוני.

פרק שלישי: היבטים תכנוניים באיו"ש

פרק 3.1: חוק התכנון הירדני וצו 418

254 § כפי שראינו בפרק הראשון, כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין נדרש שהישוב או השכונה יוסדרו מן הבחינה התכנונית, כלומר יהיו בנויים בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים במקום.

255 § דין התכנון והבנייה החל באיו"ש הוא חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מס' 79), לשנת 1966 (להלן – חוק התכנון הירדני). חוק ירדני זה החליף את החוק הירדני שקדם לו (חוק תכנון ערים כפרים ובניינים (מס' 31), לשנת 1955). קודם לחקיקה הירדנית חלשה באיו"ש החקיקה הבריטית בתחום דיני התכנון והבנייה (פקודת בניין ערים, 1921, ולאחריה – פקודת בניין ערים, 1936).

256 § החקיקה הבריטית בתחום דיני התכנון והבנייה השפיעה גם על החקיקה הישראלית: חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה–1965, החל בישראל, החליף בישראל את החקיקה המנדטורית שקדמה לו ואשר השפיעה עליו (פקודת בניין ערים, 1921, ופקודת בניין ערים, 1936).

257 § יש דמיון רב בין חוק התכנון הירדני לחוק התכנון והבנייה הישראלי, וכן דמיון בין חוקים אלו לפקודות המנדטוריות שקדמו להן.

258 § הדמיון בין דברי החקיקה מתבטא בקיומם של שלושה עקרונות מרכזיים בדיני התכנון והבנייה החשובים לעניינו, והם: קיומם של **מוסדות תכנון** (ועדות מחוזיות, ועדות מקומיות וכו'); **התוכנית כתנאי לקיומם של הליכי תכנון ובנייה** ולקידומם; הצורך **בהיתר בנייה**³⁹ שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה.

259 § על רגל אחת אפשר לומר כי בנייה באיו"ש, כמו בישראל, היא חוקית אם היא תואמת **היתר בנייה** שהוצא כדין מכוחה של **תוכנית תקפה** שאושרה על ידי **מוסד תכנון** מוסמך.

260 § המפקד הצבאי הכניס תיקונים רבים בחוק התכנון הירדני באמצעות צו תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א–1971, והצווים שבאו בעקבותיו (להלן – צו 418). בית המשפט העליון אישר את חוקיותו של צו 418 (ראו בג"ץ 4154/91 **דודין נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד מו (1) 89 (1991)).

261 § עדיין, למרות התיקונים הרבים, העקרונות הכלליים הנ"ל נשמרו: **מוסד תכנון**; **תוכנית**; **היתר בנייה**.

262 § חרף הדמיון בעקרונות הכלליים, רבים ההבדלים בין דיני התכנון והבנייה באיו"ש לדינים בישראל, ונעמוד על כך עוד בהמשך הדברים.

263 § כעת נרחיב בעניין שלושת העקרונות הכלליים הנ"ל – מוסדות התכנון, התוכניות וההיתר – כפי שהם קבועים בדין באשר להתיישבות הישראלית באיו"ש.

³⁹ חוק התכנון הירדני משתמש בביטוי "רישיון בנייה" ולא בביטוי "היתר בנייה". משמעותו של "רישיון בנייה" לפי חוק התכנון הירדני זהה למשמעותו של "היתר בנייה" לפי חוק התכנון הישראלי. לפיכך, נהוג לכנות גם את "רישיונות הבנייה" באיו"ש "היתרי בנייה".

פרק 3.2: מוסדות התכנון באיו"ש

(א) מועצת התכנון העליונה (מת"ע)

264 § חוק התכנון הירדני, כפי שתוקן בצו 418, קובע כי באיו"ש פועלים למעשה שני מוסדות תכנון, ושניים בלבד: **מועצת התכנון העליונה**, המכונה מת"ע, וכן – בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש – **ועדות התכנון המיוחדות**, שהן "ועדות מקומיות" לתכנון ובנייה.

265 § בתמצית, מת"ע היא המוסד שמאשר **תוכניות באיו"ש**, והוועדות המקומיות הן המוסד שמוסמך להוציא **היתרי בנייה** מכוחה של תוכנית תקפה המאפשרת הוצאת היתרים. כמו כן הוועדות המקומיות הן גורם ממליץ בנוגע לתוכניות שמבקשים לקדם בתחומן.

266 § על כן ככלל, **כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהם יתאמו תוכנית בנייה שאושרה כדין על ידי מת"ע וכן היתר בנייה שהוצא על ידי הוועדה המקומית מכוחה של תוכנית המאפשרת הוצאת היתרים.**

(ב) ביטול הוועדות המחוזיות והקמת ועדות המשנה למת"ע

267 § בחוק התכנון הירדני במקורו היו שלושה מוסדות תכנון: מת"ע, ועדות מחוזיות וועדות מקומיות. במסגרת צו 418 ביטל המפקד הצבאי את הוועדות המחוזיות, וסמכויותיהן הוענקו למועצת התכנון העליונה (סעיף 2 לצו 418). על כן כיום פועלים באיו"ש, כאמור, שני מוסדות תכנון בלבד.

268 § סעיף 7א לצו 418 מסמיך את מועצת התכנון העליונה לאצול את סמכויותיה לוועדות משנה שתקים. בית המשפט העליון אישר את פעולתה של מת"ע באמצעות ועדות משנה, והיא אצלה להן את סמכויותיה. ראו בג"ץ 10408/06 **קבה נ' מת"ע**, פורסם בנבו (2007).

269 § מת"ע הקימה כמה ועדות משנה ואצלה להן מסמכויותיה: ועדת המשנה לתכנון ורישוי; **ועדת המשנה להתיישבות**; ועדת המשנה לדרכים, מסילות ברזל ושרות תעופה; ועדת המשנה לאיכות הסביבה; ועדת המשנה לכרייה וחציבה; ועדת המשנה להתנגדויות (ראו מינוי ואצילת סמכויות של מועצת התכנון העליונה (יהודה והשומרון), התשס"ט–2009).

(ג) ועדת המשנה להתיישבות

270 § לוועדת המשנה להתיישבות, שהקימה מת"ע, הואצלו הסמכויות האלה:

"לוועדת המשנה להתיישבות יהיו נתונות סמכויות מועצת התכנון העליונה וסמכויות ועדה מחוזית לגבי כל מקום הכלול בתחום מועצה אזורית, כהגדרתה בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט–1979, או בתחום מועצה מקומית, כהגדרתה בצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (מס' 892), התשמ"א–1981... ולגבי כל ענין הקשור באופן ישיר במקום כאמור" (סעיף 5(א) למינוי ואצילת סמכויות של מועצת התכנון העליונה (יהודה והשומרון), התשס"ט–2009).

271 § כמו כן הואצלה לוועדת המשנה להתיישבות הסמכות לדון במקומות שאינם כלולים בתחום מועצה אך יש לראותם כאילו הם כלולים בתחום מועצה, מאחר שהמקום הוא "בעל זיקה מכרעת לתחום מועצה" (סעיף 5(ב) למינוי הנ"ל).

§ 272 במילים אחרות: ועדת המשנה להתיישבות היא המוסד התכנוני המוסמך לדון באישור תוכניות בהתיישבות הישראלית באיו"ש.

§ 273 על כן, כדי להסדיר מן הבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש, נדרש שבנוגע ליישוב או לשכונה תאושר תוכנית על ידי ועדת המשנה להתיישבות.

(ד) ועדת המשנה להתנגדויות

§ 274 סמכויות ועדת המשנה להתיישבות אינן כוללות את הסמכות לדון בהתנגדויות, בדרכים, באיכות הסביבה ובכרייה וחציבה. סמכויות אלו נתונות לוועדות משנה אחרות שהקימה מת"ע (סעיף 5(ג) לכתב המינוי הנ"ל).

§ 275 ועדת המשנה להתנגדויות, שהקימה מת"ע, היא המוסד התכנוני המוסמך לדון בהתנגדויות לתוכניות באיו"ש, לרבות התנגדויות לתוכנית העוסקת בהתיישבות הישראלית באיו"ש (סעיף 13 לכתב המינוי הנ"ל).

§ 276 המבנה בנוגע למוסדות המוסמכים לאשר תוכנית העוסקת בהתיישבות הישראלית באיו"ש הוא אפוא המבנה הזה:

ועדת המשנה להתיישבות מאשרת הפקדת התוכנית לצורך שמיעת ההתנגדויות



ועדת המשנה להתנגדויות שומעת את ההתנגדויות לתוכנית



ועדת המשנה להתיישבות מאשרת התוכנית

§ 277 כלומר, כדי להסדיר מן הבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש נדרש שבנוגע ליישוב או לשכונה תאושר תוכנית על ידי ועדת המשנה להתיישבות לאחר שנשמעו התנגדויות לתוכנית (אם הוגשו התנגדויות) לפני ועדת המשנה להתנגדויות.

(ה) ועדת המשנה לתכנון ורישוי

§ 278 ראינו כי חלק הארי של התוכניות הנוגעות להתיישבות הישראלית באיו"ש מתאשרות על ידי ועדת המשנה להתיישבות. עם זאת יש תוכניות הנוגעות להתיישבות הישראלית באיו"ש אשר הגורם המוסמך לאשרן הוא ועדת המשנה לתכנון ורישוי.

§ 279 ועדת המשנה לתכנון ורישוי, שהקימה מת"ע, היא המוסד התכנוני באיו"ש אשר לו הואצלו הסמכויות השיוריות, שאינן נתונות לשום ועדת משנה אחרת של מת"ע (סעיף 3 לכתב המינוי הנ"ל). על כן, לוועדת המשנה לתכנון ורישוי נתונה הסמכות לאשר תוכניות הנוגעות להתיישבות הישראלית באיו"ש שאינן נתונות לסמכותה של ועדת המשנה להתיישבות.

280 § סמכותה של ועדת המשנה להתיישבות לדרון בתוכניות הנוגעות להתיישבות הישראלית באיו"ש מוגבלת, כנזכר, לתחומן של המועצות הישראליות באיו"ש (וכן לתחום של מקומות שהם "בעלי זיקה מכרעת לתחום מועצה").

281 § הלכך, במקום שההתיישבות הישראלית באיו"ש נדרשת לפרויקט בנייה שהוא מחוץ לתחומן של המועצות הישראליות, הסמכות לאשר את התוכנית הנוגעת לפרויקט זה נתונה לוועדת המשנה לתכנון ורישוי.

(ו) הוועדות המיוחדות

282 § חוק התכנון הירדני קבע כי בערים ובמועצות הכפריות יוקמו ועדות מקומיות לתכנון (סעיף 9(1) לחוק). חוק התכנון הירדני הוסיף וקבע כי הוועדות המקומיות הן הגוף התכנוני המוסמך להוציא היתרי בנייה, וכן הגוף המוסמך להכין תוכניות מתאר ותוכניות מפורטות ולפקח על עבודות הבינוי בתחומן (סעיף 9(2) לחוק).

283 § בצו 418 הקים המפקד הצבאי את "ועדות התכנון המיוחדות", שהן המקבילה לוועדות המקומיות בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש (סעיף 2א לצו 418). הרשויות המקומיות הישראליות באיו"ש⁴⁰ מונו ל"ועדות תכנון מיוחדות", והוקנו להן בתחומן הסמכויות של הוועדות המקומיות לתכנון ובנייה (צו בדבר הכרזת מרחבי תכנון (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות (יהודה והשומרון), התשס"ח–2008; מינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות), התשס"ח–2008).

284 § הסמכויות שניתנו ל"ועדות המיוחדות" אינן מלאה הסמכויות הנתונות לוועדות מקומיות לפי חוק התכנון הירדני. רשויות המנהל האזרחי באיו"ש יצרו הבחנה בין סמכויות הנוגעות לתחום שבו יש תוכנית שאושרה על ידי מת"ע לאחר מועד כניסת צה"ל לאיו"ש, לבין תחום שאין בו תוכנית כזו. ל"ועדות המיוחדות" – כלומר לוועדות המקומיות של ההתיישבות הישראלית באיו"ש – ניתנה סמכות להוציא היתרי בנייה בתחומן רק במקום שיש תוכנית שאושרה על ידי מת"ע לאחר מועד כניסת צה"ל לאיו"ש. ל"ועדות המיוחדות" ניתנה הסמכות להמליץ למת"ע בדבר תוכניות מוצעות וכן לקדם תוכניות בנוגע למלאה מרחב התכנון שלהן (מינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות), התשס"ח–2008).

285 § לפיכך, כדי להסדיר מן הבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש נדרש שהוועדות המקומיות ("הוועדות המיוחדות") תוצאנה היתר בנייה על פי תוכנית שאושרה מועצת התכנון העליונה לאחר יום כניסת צה"ל לאיו"ש. כמו כן הוועדה המקומית יכולה להכין את התוכנית האמורה ולהביאה לפני מועצת התכנון העליונה, אף שסמכות קידום התוכנית ואישורה יהיו בידי מועצת התכנון העליונה.

(ז) לשכת התכנון המרכזית

286 § לסיום הסקירה הנוגעת לגופי התכנון באיו"ש ראוי להזכיר את לשכת התכנון המרכזית. לשכת התכנון המרכזית באיו"ש היא הגוף המקביל למנהל התכנון בישראל. חוק התכנון הירדני הקים את "הלשכה המרכזית לתכנון הערים והכפרים". הלשכה הוסמכה להכין תוכניות אזוריות וכן תוכניות מתאר בעבור הערים שאין להם תוכניות כאלו. עוד הוסמכה הלשכה לסייע בתחומי התכנון לגורמים הזקוקים לכך (סעיף 7 לחוק התכנון הירדני).

287 § מנהל לשכת התכנון או נציגו עומדים כיום בראש מועצת התכנון העליונה (מת"ע). כמו כן מנהל לשכת התכנון או נציגו עומדים בראש כל אחת מוועדות המשנה של מועצת התכנון העליונה (ראו מינוי

⁴⁰ על הרשויות המקומיות הישראליות באיו"ש, ראו להלן בפרק הרביעי לדו"ח זה. בתמצית, הכוונה למועצות האזוריות ולמועצות המקומיות הישראליות באיו"ש.

חברי מועצת התכנון העליונה, התשע"ג–2013 ; מינוי ואצילת סמכויות של מועצת התכנון העליונה (יהודה והשומרון), התשס"ט–2009. לפעולתה של מת"ע באמצעות ועדות משנה, ראו § 267 - § 269 לעיל).

§ 288 על כן, כדי להסדיר מן הבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש, יכול שלשכת התכנון המרכזית תכין תוכנית מתאימה, במקום שאין תוכנית תקפה שכזו. התוכנית תובא בהמשך לאישורה של מועצת התכנון העליונה באמצעות ועדות המשנה שלה (ועדת המשנה להתיישבות).

§ 289 עד כאן מוסדות התכנון באיו"ש, ומכאן נעבור לסקור את סוגיית התוכניות באיו"ש. בטרם נעשה כן נסכם את דברינו.

§ 290 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו"ש :

(א) באיו"ש חל חוק התכנון הירדני, בהתאם לשינויים שהכניס בחוק זה המפקד הצבאי בצו 418.

(ב) בהתאם לדיני התכנון הנ"ל, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה אשר אושרה על ידי מוסד תכנון מוסמך.

(ג) מוסד התכנון המוסמך לאשר תוכניות באיו"ש הוא מועצת התכנון העליונה (מת"ע). מועצת התכנון העליונה פועלת באמצעות ועדות משנה שאצלה להן מסמכויותיה.

(ד) תוכנית שתבקש להסדיר את ההתיישבות הישראלית באיו"ש היא על פי רוב תוכנית שתופקד על ידי ועדת המשנה להתיישבות של מת"ע, תועבר לאחר מכן לשמיעת התנגדויות לוועדת המשנה להתנגדויות של מת"ע, ולבסוף תשוב התוכנית לוועדת המשנה להתיישבות ותאושר על ידה.

(ה) מוסד התכנון המוסמך להוציא היתרים מכוחה של תוכנית תקפה באיו"ש בנוגע להתיישבות הישראלית הוא ככלל "הוועדות המיוחדות". הרשויות המקומיות הישראליות באיו"ש הוסמכו לשמש "ועדות מיוחדות". ל"ועדות המיוחדות" הוענקו רבות מהסמכויות הנתונות בחוק התכנון הירדני לוועדות מקומיות.

(ו) סמכותן של הוועדות המיוחדות (הוועדות המקומיות) להוציא היתרי בנייה בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש קיימת רק במקום שההיתרים מוצאים מכוחה של תוכנית שאישרה מת"ע לאחר כניסת צה"ל לאיו"ש.

(ז) לשכת התכנון המרכזית, שהיא הגוף המקביל למנהל התכנון בישראל, מוסמכת, בין היתר, להכין תוכניות במקום שאין תוכנית תקפה באיו"ש.

(ח) לפיכך, כדי להסדיר מהבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש באופן טיפוסי :

נדרש כי תוכן תוכנית ליישוב (אם אין תוכנית) = <

התוכנית תאושר להפקדה על ידי ועדת המשנה להתיישבות של מת"ע = <

ההתנגדויות לתוכנית יישמעו על ידי ועדת המשנה להתנגדויות של מת"ע = <

התוכנית תאושר על ידי ועדת המשנה להתיישבות של מת"ע = <

הוועדה המקומית ("הוועדה המיוחדת") תוציא היתר מכוחה של התוכנית.

פרק 3.3: התוכניות באיו"ש

(א) מדרג התוכניות

§ 291 חוק התכנון הירדני קבע מדרג של תוכניות בדומה למדרג התוכניות בישראל:

תוכנית תכנון אזורית



תוכנית תכנון מתארית



תוכנית תכנון מפורטת

§ 292 "תוכנית אזורית" באיו"ש מכונה בז'רגון גם "תמ"א" (בדומה לתוכניות המתאר הארציות בישראל).

§ 293 מהלך האישור של כל אחת מהתוכניות הללו דומה ומקביל למצב בישראל: תחילה יש להכין את התוכנית ולהגישה למוסד תכנון מוסמך. אחר כך, אם התוכנית מקובלת על מוסד התכנון, מוסד התכנון מאשר את התוכנית להפקדה כדי לאפשר שמיעת התנגדויות לתוכנית בפני מוסד התכנון המוסמך. לאחר שמיעת ההתנגדויות ובהתאם לתוצאותיהן יכול מוסד התכנון להחליט על אישור התוכנית. ההליכים הללו כולם חייבים להיות מפורסמים.

§ 294 נציג את הדברים בצורה גרפית:

הגשת תוכנית למוסד תכנון



אישור התוכנית להפקדה על ידי מוסד תכנון



שמיעת התנגדויות לתוכנית על ידי מוסד תכנון



אישור התוכנית על ידי מוסד תכנון

§ 295 נפרט את הטעון פירוט באשר לסוגי התוכניות: תוכנית אזורית, תוכנית מתארית, תוכנית מפורטת.

(ב) תוכנית אזורית (תמ"א)

296 § תוכנית תכנון אזורית היא תוכנית החולשת על כל אזור⁴¹ יו"ש (בדומה, במידה מסוימת, לתוכנית מתאר ארצית בישראל). המוסד התכנוני המוסמך לאשרה הוא מועצת התכנון העליונה (מת"ע) (סעיף 18-15 לחוק התכנון הירדני).

297 § הגורם המכין את התוכניות האזוריות הוא לשכת התכנון המרכזית, לאחר הכנת סקר מתאים ומתוך היועצות בוועדות המקומיות (סעיף 14, 15 לחוק התכנון הירדני).

298 § מוסד התכנון הדן בהתנגדויות לתוכנית מתאר אזורית, לפי חוק התכנון הירדני, היה הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, והיא העבירה את תגובתה למת"ע (סעיף 17 לחוק התכנון הירדני). כיום מוסד התכנון השומע את ההתנגדויות הוא מועצת התכנון העליונה, בעקבות העברת סמכויות הוועדות המחוזיות למועצת התכנון העליונה.

299 § יודגש: מעשית, אישורה של תוכנית אזורית אינו תנאי לקידום תוכניות במדרגים הנמוכים יותר, ואין כיום באזור תכנון אזורי מקיף המכסה את כל שטח האזור (דוגמת תמ"א 35 במדינת ישראל).⁴² כך פסק בית המשפט העליון בבג"ץ 7590/15 במקום נ' ועדת המשנה, פורסם בנבו (2015).

(ג) תוכנית מתארית

300 § תוכנית מתארית היא תוכנית הקובעת את התכנון לגבי שטח מסוים (סעיף 19 לחוק התכנון הירדני).

301 § המוסד התכנוני המוסמך כיום⁴³ לאשר להפקדה ולאשר באופן סופי תוכנית מתארית בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש הוא ככלל ועדת המשנה להתיישבות, בהמלצת הוועדה המקומית. מוסד התכנון שמוסמך לדון בהתנגדויות לתוכנית מתארית הוא ועדת המשנה להתנגדויות, לאחר שהוועדה המקומית קיימה דיון בעניין ההתנגדויות וגיבשה המלצות בעניין.

302 § הגורם המכין את תוכניות המתאר יכול להיות לשכת התכנון המרכזית או – לפי החוק הירדני – הוועדה המקומית (סעיף 7(1)(ג), סעיף 9(2)(א) לחוק התכנון הירדני).

303 § הגישה המקובלת לפרשנות חוק התכנון הירדני היא שתכנון מתארי אינו תנאי מקדמי לקידום התכנון המפורטת. כתוצאה, במרבית היישובים הישראליים באיו"ש לא הוכנו תוכניות מתאריות, ולכל היותר התוכניות המפורטות שהוכנו ליישובים נשאו אופי משולב של תכנון מתארי ותכנון מפורט.

(ד) תוכנית מפורטת

304 § תוכנית מפורטת היא תוכנית המפרטת את הטעון פירוט מבחינה תכנונית. תוכנית מפורטת יכולה להכין הוועדה המקומית (סעיף 23(א) לחוק התכנון הירדני).

305 § המוסד התכנוני המוסמך לאשר תוכנית מפורטת בהתיישבות הישראלית הוא ככלל ועדת המשנה להתיישבות, לאחר שמיעת התנגדויות על ידי ועדת המשנה להתנגדויות.

⁴¹ תוכניות המתאר האזוריות הקיימות כיום באיו"ש חולשות למעשה על כל אזור יו"ש. נעיר כי בחוק התכנון הירדני "אזור" מוגדר בסעיף 2(8) כ"שטח אשר לו גבולות גאוגרפיים או טופוגרפיים טבעיים או שטח שחלה עליו תוכנית בינוי כלכלית משותפת המתייחסת לבעיות דומות בענייני שטח אכלוס, יישוב, תיעוש, השקיה, כוח חשמלי או עניינים אחרים דומים; כמו כן הוא כולל את האזורים הכפריים בעלי תוכנית אחידה לבינוי הכפר".

⁴² להרחבה בעניין תוכניות המתאר האזוריות (תמ"א) באיו"ש, ראו ב- 419 § - 437 § להלן.

⁴³ לפי חוק התכנון הירדני, המוסד התכנוני שהוסמך להפקיד להתנגדויות תוכנית מתארית היה הוועדה המחוזית, בהמלצת הוועדה המקומית (סעיף 20 לחוק התכנון הירדני). המוסד התכנוני שדן בהתנגדויות היה הוועדה המקומית, והיא שהעבירה המלצותיה לוועדה המחוזית. אף הוועדה המחוזית העבירה המלצותיה למת"ע (סעיף 21 לחוק התכנון הירדני). המוסד התכנוני שהוסמך לאשר תוכנית מתארית היה מועצת התכנון העליונה (סעיף 21(4) לחוק התכנון הירדני).

§ 306 שמקום שיש תוכנית מפורטת במרחב תכנון מקומי של ועדה מקומית מסוימת, מוסמכת הוועדה המקומית להוציא מכוחה היתרי בנייה. לרוב, כאמור, התוכנית המפורטת משולבת כבר בתוכנית המתארת. במקרה זה מוסמכת הוועדה המקומית להוציא היתר בנייה מכוח תוכנית משולבת שכזו.

§ 307 על כן, כדי להסדיר יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש מן הבחינה התכנונית נדרש כי ליישוב או לשכונה תהיה תוכנית מפורטת שאושרה כדין על ידי ועדת המשנה להתיישבות, ומכוחה של תוכנית זו הוציאה הוועדה המקומית היתרי בנייה.

(ה) הצורך באישור דרג מדיני לתוכניות באיו"ש: החלטות ממשלה 360 ו-150

§ 308 הצגנו את מדרג התוכניות ואת גופי התכנון המוסמכים לאשרם באיו"ש. נוסף על המדרג שעליו עמדנו נדרש באיו"ש אישורו של הדרג המדיני לצורך קידום תוכנית ואישורה.

§ 309 ביום 22.11.92 התקבלה החלטת ממשלה מס' 360, שבמסגרתה הוחלט להפסיק את "פעולות הבניה בישובים הישראליים באזור יהודה שומרון וחבל עזה, שנעשו מכוח החלטות הממשלה הקודמות". בעקבות החלטת ממשלה זו הוחק הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (הפסקת הליכי תכנון) (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1385), התשנ"ג-1993 (להלן – "צו ההקפאה"). צו ההקפאה קבע כי מוסד תכנון לא ידון ב"תוכנית" אשר טרם קיבלה תוקף כדין, ולא ייתן רישיון על פי תוכנית שכזו.

§ 310 ביום 2.8.96 התקבלה החלטת ממשלה מס' 150, שהחליפה את החלטה מס' 360 הנ"ל. לפי החלטה 150, במקום הקפאת הבנייה שנקבעה לפי החלטה 360, נקבע כי רשות תכנון "לא תדון בתוכנית מתאר אלא לאחר קבלת אישור שר הביטחון, ולא תיתן תוקף לתוכנית כזו אלא באישורו". עוד נקבע בהחלטה 150 כי עוד קודם לדיון במוסד התכנון נדרש אישורו של שר הביטחון ל"כל הרשאה חדשה לתכנון והקצאת קרקע לבניה". בעקבות החלטת ממשלה 150 הוחק הצו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (יהודה והשומרון) (מס' 1445), התשנ"ו-1996. הצו קבע כי רשות תכנון לא תדון ב"תוכנית" אשר טרם קיבלה תוקף כדין, אלא לאחר קבלת אישור ראש המנהל האזרחי.

§ 311 לפיכך, כדי להסדיר יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש מן הבחינה התכנונית נדרש שהתוכנית להסדרת היישוב או השכונה תקבל את אישור הדרג המדיני (אישור שר הביטחון).

§ 312 יובהר כי אישור הדרג המדיני נדרש למעשה כבר בשלבי התכנון המוקדמים ועד לפרסום התוכנית. כמו כן בהתיישבות העירונית נדרש אישור שר ביטחון גם בשלב ההקצאה של הקרקע להתיישבות הישראלית (בין שבהקצאה במכרז ובין שבהקצאה בפטור ממכרז). קרי, הדרישה לאישור שר הביטחון אינה מסתיימת בהליך התכנון אלא בהליך ההקצאה של הקרקע בהתאם לתוכנית. על הדרישה לאישור הדרג המדיני, ראו עוד דיוננו להלן בפרק החמישי.

§ 313 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו"ש:

(א) בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו"ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה אשר אושרה על ידי מוסד תכנון מוסמך (במוסדות התכנון עסקנו בפרק 3.2).

(ב) באשר לתוכניות באיו"ש: באיו"ש, בדומה לישראל, יש מדרג של תוכניות, והן תוכנית אזורית, תוכנית מתארית ותוכנית מפורטת. תוכנית אזורית היא תוכנית העוסקת בכל אזור יהודה ושומרון (תמ"א). תוכנית מתארית עוסקת בתכנון אב של שטח מסוים באיו"ש. תוכנית מפורטת מפרטת את הטעון פירוט מבחינה תכנונית.

(ג) הוועדה המקומית מוסמכת להוציא היתר בנייה אך ורק מכוחה של תוכנית מפורטת. במקום שהוכנה תוכנית שהיא תוכנית משולבת – תוכנית מתארית ומפורטת גם יחד – מוסמכת הוועדה להוציא היתר בנייה מכוח תוכנית משולבת שכזו.

(ד) מסלול האישור של כל תוכנית באיו"ש (בדומה לישראל) כולל הליך שלפיו תחילה מופקדת התוכנית להתנגדויות, ורק לאחר שמיעת ההתנגדויות וקיום דיון בהן יהיה אפשר לאשר את התוכנית.

(ה) מאפיין ייחודי לתוכניות באיו"ש הוא הצורך באישור הדרג המדיני. אי אפשר לקדם באיו"ש תוכנית בלי שקדם לכך אישור הדרג המדיני (החלטת ממשלה מס' 150).

(ו) לפיכך, כדי להסדיר יישוב או שכונה באיו"ש מן הבחינה התכנונית נדרש שלישוב או לשכונה תהיה תוכנית מפורטת שאושרה כדין על ידי ועדת המשנה להתיישבות, והתוכנית קיבלה את אישור הדרג המדיני. מכוחה של תוכנית כזו מוסמכת הוועדה המקומית להוציא היתר בנייה.

פרק 3.4: היתר בנייה באיו"ש

§ 314 ראינו שכדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה אשר אושרה על ידי מוסד תכנון מוסמך. במוסדות התכנון באיו"ש עסקנו בפרק 3.2. בתוכניות באיו"ש עסקנו בפרק 3.3. כעת נדון בהיתרי הבנייה באיו"ש.

§ 315 ככלל, במקום שיש בנוגע ליישוב או לשכונה ישראליים באיו"ש תוכנית מפורטת שאושרה כדין לאחר מועד כניסת צה"ל לאיו"ש, הוועדה המקומית מוסמכת להוציא מכוח התוכנית היתר בנייה התואם אותה

(סעיף 35 לחוק התכנון הירדני; סעיף 4(ב)(3) למינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות), התשס"ח–2008).⁴⁴

§ 316 כללם של דברים, כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהציאה הוועדה המקומית מכוח תוכנית תקפה.

פרק 3.4 סיכום ביניים: היתר בנייה באיו"ש

§ 317 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו"ש:

(א) בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו"ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה אשר אושרה על ידי מוסד תכנון מוסמך. במוסדות התכנון עסקנו בפרק 3.2. בתוכניות באיו"ש עסקנו בפרק 3.3.

(ב) לעניין היתרי בנייה באיו"ש: כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה התכנונית, נדרש ככלל כי הבנייה תתאם להיתר בנייה שהוציאה הוועדה המקומית מכוח תוכנית תקפה.

פרק 3.5: היבטים תכנוניים בשטחים תפוסים בתפיסה צבאית

(א) הייחוד התכנוני בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית

§ 318 עמדנו על דיני התכנון החלים באיו"ש מתוך התמקדות בשלושת העיקרים החשובים לענייננו: מוסד תכנון; תוכנית; היתר. לצידם של דיני תכנון "אזרחיים" אלו יש באיו"ש דיני תכנון ייחודיים במקום שהשטח המתוכנן הוא שטח תפוס בתפיסה צבאית.⁴⁵

§ 319 העמדה המשפטית המקובלת היא שבמקום ששטח נתפס ב"תפיסה צבאית" לא חלים על השטח דיני התכנון והבנייה; דיני התכנון והבנייה מתאימים לדרך הדברים הרגילה, ה"אזרחית", ולא לשטח שנתפס בתפיסה צבאית. על כן אין דיני התכנון והבנייה באיו"ש חלים "על רשות מרשויות צה"ל או על רשות הפועלת תחת פיקוד כוחות צה"ל באזור, הבונים בשטח תפוס לצרכי מילוי תפקידם". ראו סעיף 8 לצו 997, שנדון בו להלן. כן ראו סעיף 3(ב) לצו בדבר הכרזת מרחבי תכנון (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות (יהודה והשומרון), התשס"ח–2008. הסעיף קובע כי מרחב תכנון של רשות מקומית לא יכלול "בנין, מחנה, דרך או שטח המוחזק או נועד להיות מוחזק בידי מפקד כוחות צה"ל באזור או רשות הפועלת מטעם מפקד כוחות צה"ל באזור".

(ב) צו 997

§ 320 עם זאת במקום שהשטח, התפוס בתפיסה צבאית, משמש את ההתיישבות הישראלית באיו"ש, חלים במקום דיני תכנון ייחודיים המקבילים לדיני התכנון החלים בהקשר ה"אזרחי", כדי להבטיח "סדר תכנוני"

⁴⁴ אם עניינה של התוכנית הוא בדרכים, אזורים, כרייה וחציבה או איכות הסביבה, הסמכות לתת היתרים על פיה נתונה לוועדות המשנה של מת"ע, העוסקות בנושאים אלו. ראו סעיף 7, 9, 11 למינוי ואצילת סמכויות של מועצת התכנון העליונה (יהודה והשומרון), התשס"ט–2009.

⁴⁵ לדיון בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית, ראו בפרק 2.8 לעיל.

בשטחים אלו, ובה בעת לפעול בהתאם לעמדה המשפטית המקובלת, הקובעת כי דיני התכנון ה"אזרחיים" אינם חלים בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית.

§ 321 בהתאם לתפיסה זו התקין המפקד הצבאי את הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982 (להלן – צו 997). צו 997 מגדיר "שטח תפוס" כ"שטח שנתפס על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור לצרכים צבאיים" (סעיף 1 לצו).

§ 322 צו 997 אוסר על פעולות בינוי למיניהן במקרקעין אלא אם כן "הממונה" נתן היתר לכך (סעיף 2 לצו). ה"ממונה" הוא מי שהמפקד הצבאי מינה לצורך הצו (סעיף 1 לצו). המפקד הצבאי מינה את מנהל לשכת התכנון לשמש "ממונה" לצורך הצו.

§ 323 כלומר, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה התכנונית במקום שהיישוב או השכונה הוקמו על שטח התפוס בתפיסה צבאית, נדרש כי הבנייה תתאם היתר שנתן ה"ממונה" לפי צו 997.

(ג) תקנות בדבר מתן היתרים ו"מערכת הנחיות"

§ 324 מכוחו של צו 997 הנ"ל הותקנו תקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון), התשמ"ה-1985 (להלן – תקנות מתן היתרים). תקנה 1 לתקנות טבעה את המונח "מערכת הנחיות" כ"מערכת כללים להוצאת היתרים בשטח תפוס, הכוללת תשריט והוראות בדבר תחיתם שטחים ותנאי שימוש בקרקע ובבניינים בתוך כל שטח כאמור". כלומר, בשטח התפוס בתפיסה צבאית "מערכת הנחיות" היא המושג המקביל ל"תוכנית" בשטח "אזרחי".

§ 325 צו 997 והתקנות בדבר מתן היתרים קובעים כי ה"ממונה" יוציא היתר בנייה בשטח תפוס רק במקום שההיתר תואם את "מערכת ההנחיות" (המקבילה ל"תוכנית") התקפה בשטח (סעיף 6א לצו 997; תקנה 5 לתקנות מתן היתרים).

§ 326 עוד קובעות התקנות כי הגורם המוסמך לאשר "מערכת הנחיות" (המקבילה ל"תוכנית") הוא ה"ממונה", כלומר ראש לשכת התכנון (תקנה 5 לתקנות מתן היתרים). בפועל, ה"ממונה" אינו מפעיל כיום את סמכותו לאשר "מערכת הנחיות" לבדו. הליך אישור "מערכות ההנחיות" בנוי בצורה המשקפת באופן מדויק את הליך הקידום של תוכנית רגילה. קרי, בדיוק כמו תוכניות, "מערכות ההנחיות" מגיעות לדיון בוועדת המשנה להתיישבות של מת"ע; הן מפורסמות להתנגדויות אחרי החלטת הוועדה בדבר "הפקדת" מערכת ההנחיות; ועדת המשנה להתנגדויות שומעת את התנגדויות הציבור למערכת ההנחיות, ובמקרה של דחיית ההתנגדויות שבה "מערכת ההנחיה" לוועדת המשנה להתיישבות לשם דיון למתן תוקף. הממונה מאשר את מערכות ההנחיות שזוכות לאישור כאמור בוועדות הנוגעות בדבר. בהמשך ניתנת גם סמכות לתת היתרי בנייה לוועדה המיוחדת (המקומית) של הרשות המקומית שבתחומה קרקעות שנתפסו לצרכים צבאיים לצורך הקמת ההתיישבות, מכוח "מערכות ההנחיות" המאושרות.

§ 327 הדרישה שלפיה תנאי לקידומה של תוכנית הוא אישור הדרג המדיני קיימת גם בנוגע ל"מערכת הנחיות": הצו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (יהודה והשומרון) (מס' 1445), התשנ"ו-1996, שהותקן בעקבות החלטת ממשלה 360, קובע כי הממונה לא ידון ב"מערכת הנחיות" אלא לאחר קבלת אישור ראש המנהל האזרחי (סעיף 2 לצו).

§ 328 סיכומו של דבר, במקום שיישוב או שכונה באיו"ש הוקמו על שטח התפוס בתפיסה צבאית, כדי שהם יוסדרו כדין מן הבחינה התכנונית נדרש כי הבנייה תתאם "מערכת הנחיות" (המקבילה ל"תוכנית") שאישרו יו"ר מת"ע והדרג המדיני. עוד נדרש לצורך ההסדרה התכנונית כי מכוחה של "מערכת ההנחיות" האמורה יוצא היתר על ידי יו"ר מת"ע (ה"ממונה" לפי צו 997).

§ 329 למען שלמות התמונה נעיר כי קודם להתקנתו של צו 997 ולהתקנתן של תקנות מתן היתרים נוצרה לעתים פרקטיקה שלפיה גם בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית החילו – בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש – את דיני התכנון והבנייה ה"אזרחיים", כלומר תכנון "תוכנית" (ולא "מערכת הנחיות"), ומכוחה של "תוכנית" זו הוציאו היתרים. זאת חרף התפיסה – שנראה שלא תמיד היו מודעים לה – שלפיה בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית אין חלים דיני התכנון והבנייה ה"אזרחיים".⁴⁶

פרק 3.5 סיכום ביניים: היבטים תכנוניים בשטחים תפוסים בתפיסה צבאית

§ 330 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו"ש:

(א) בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו"ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה אשר אושרה על ידי מוסד תכנון מוסמך. במוסדות התכנון עסקנו בפרק 3.2. בתוכניות באיו"ש עסקנו בפרק 3.3. בהיתר הבנייה עסקנו בפרק 3.4.

(ב) דיני התכנון ה"אזרחיים" הנ"ל אינם חלים בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית.

(ג) מכוח צו שהתקין המפקד הצבאי (צו 997), חלים על ההתיישבות הישראלית באיו"ש דיני תכנון ובנייה המקבילים לדינים ה"אזרחיים". המוסד המקביל ל"תוכנית" בשטח תפוס מכונה "מערכת הנחיות", והגורם המוסמך לאשרו הוא יו"ר מת"ע. "היתר" בנייה בשטח תפוס מכונה אף הוא "היתר", והגורם המוסמך להוציאו הוא יו"ר מת"ע.

(ד) כדי לקדם "מערכת הנחיות" ולאשרה בעבור ההתיישבות הישראלית בשטח התפוס בתפיסה צבאית נדרש אישור הדרג המדיני.

(ה) במקום שיישוב או שכונה באיו"ש הוקמו על שטח תפוס בתפיסה צבאית, כדי שהם יוסדרו כדין מן הבחינה התכנונית נדרש כי הבנייה תתאם "מערכת הנחיות" (המקבילה ל"תוכנית"), שאישורו יו"ר מת"ע והדרג המדיני. עוד נדרש לצורך ההסדרה התכנונית כי מכוחה של "מערכת הנחיות" האמורה יוצא היתר בנייה.

פרק 3.6: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים התכנוניים באיו"ש

§ 331 ראינו כי דיני התכנון באיו"ש דומים, בעיקרם של דברים, לדיני התכנון בישראל, במובן זה שכדי שבנייה באיו"ש תהיה חוקית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא על פי תוכנית שאישר מוסד תכנון מוסמך.

⁴⁶ ראו תקנה 16 לתקנות מתן היתרים, הקובעת כי "הממונה רשאי לתת היתרים בשטח תפוס גם על פי בקשה להיתר שהוגשה למוסד תכנון [...] והועברה אליו, וכן רשאי הוא לקבוע [...] שתכנית שהוכנה לשטח תפוס לצורך מתן היתרים לפיה, או היתרים שניתנו על ידי מוסד תכנון כאמור עד תחילתן של תקנות אלה, יהיו תקפים ויראו אותם כאילו היו מערכת הנחיות או היתר שנקבעו או שאושרו על ידו".

§ 332 עוד ראינו כי דיני התכנון באיו"ש מתייחדים ושונים מהדין בישראל בכך שבנוגע לכל תוכנית באיו"ש נדרש **אישורו של הדרג המדיני**. כמו כן באיו"ש יש דיני תכנון ייחודיים הנוגעים לשטחים התפוסים בתפיסה צבאית.

§ 333 כעת נעמוד על היבט ייחודי נוסף לדיני התכנון באיו"ש, והוא הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים התכנוניים. ברגיל, בישראל ובעולם כולו אין קשר הכרחי בין הבעלות במקרקעין לבין שיקולים תכנוניים. קניין לחדר ושיקולים תכנוניים לחדר, באשר תכנון הוא מעשה שלטוני הקובע את השימוש האפשרי בשטח נתון, בעוד הקניין הוא הקובע את זהות הגורם שבידיו הרשות לממש את התכנון בפועל. לעומת זאת באיו"ש, בכל הנוגע להתיישבות הישראלית, התפתח במהלך השנים קשר הדוק בין שני היבטים אלו: אפשר לקדם תוכנית בעבור ההתיישבות הישראלית באיו"ש רק אם התוכנית משתרעת על אדמות שאפשר להקים עליהם יישוב ישראלי מבחינה קניינית.

§ 334 כפי שראינו בפרק השני, מן הבחינה הקניינית אפשר להשתמש בקרקעות באיו"ש בעבור ההתיישבות הישראלית רק אם הקרקעות הן **בבעלות המדינה, מוחזקות** כדין על ידי המדינה או בבעלותו של **אזרח ישראלי** ("אדמות מוחזקות כדין"). על כן, כדי שיהיה אפשר להסדיר מן הבחינה התכנונית יישוב או שכונה באיו"ש בעבור ההתיישבות הישראלית נדרש כי התוכנית של היישוב תשתרע אך ורק על "אדמות מוחזקות כדין".

§ 335 זאת ועוד, מכיוון שמבחינה **תכנונית** רשויות התכנון אינן נוהגות לאשר הקמה של יישוב או שכונה בלי שליישוב או לשכונה יש דרך גישה, הקשר שהתפתח במהלך השנים בין הדין התכנוני לדין הקנייני באיו"ש מוביל למסקנה הנוספת הזאת: כיום אפשר לקדם תוכנית בעבור ההתיישבות הישראלית באיו"ש רק אם ליישוב או לשכונה יש דרך גישה הנמצאת על אדמות שאפשר לסלול בהן דרך גישה מן הבחינה **הקניינית**. בהקשר זה קבע היועץ המשפטי לממשלה כי לצורך סלילת דרך ליישוב או לשכונה ישראליים באיו"ש אפשר, במקרים מתאימים, להפקיע קרקע בהתאם לחוק ההפקעה הירדני (ראו § 120 לעיל).

פרק 3.7: סיכום הפרק השלישי – היבטים תכנוניים באיו"ש

§ 336 בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו"ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם **להיתר בנייה** שהוצא מכוחה של **תוכנית** תקפה אשר אישר **מוסד תכנון מוסמך**.

§ 337 מבחינה מעשית, משמעות הדברים היא שנדרש כי ליישוב או לשכונה תהיה תוכנית מפורטת אשר אושרה כדין על ידי ועדת המשנה להתיישבות וקיבלה את אישור הדרג המדיני. מכוחה של תוכנית כזו מוסמכת הוועדה המקומית להוציא היתרי בנייה.

§ 338 עוד התפתחה מדיניות שלפיה התוכנית תשתרע אך ורק על "אדמות מוחזקות כדין", כלומר על אדמות שאפשר להקים עליהם יישוב ישראלי מן הבחינה הקניינית.

פרק רביעי: היבטים מוניציפליים באיו"ש

פרק 4.1: הזכות לקבל שירותים מוניציפליים והחובה להעניק את השירותים

§ 339 כל אדם זכאי לקבל שירותים מוניציפליים מהרשות המוניציפלית שהוא משתייך אליה. חיים תקינים וסדירים מחייבים כי אדם ייהנה משירותי ניקיון, חינוך, תברואה וכל כיוצא בזה. בהתאם לכך, כדי שיישוב יהיה מוסדר כדין נדרש שתושבי היישוב ישתייכו לרשות מוניציפלית, והיא תחויב להעניק את השירותים האמורים לתושבים. והשוו רע"פ 7861/03 מ"י נ' המועצה האזורית גליל תחתון, פורסם בנבו (2006); בג"ץ 416/77 ועד רמת רזיאל נ' בית-ספר ממלכתי אזורי "הרי יהודה", פ"ד לא (3) 794 (1977).

§ 340 היישובים הישראליים באיו"ש משתייכים לשני סוגים של רשויות מוניציפליות: מועצות אזוריות ומועצות מקומיות.⁴⁷ על כן, כדי להסדיר יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש מן הבחינה המוניציפלית נדרש כי הם ישויכו למועצה אזורית או למועצה מקומית. נפרט.

פרק 4.2: מועצות אזוריות

(א) צו 783

§ 341 בשנת 1979 התקין המפקד הצבאי את הצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט–1979 (להלן – צו 783 או צו המועצות האזוריות). בצו המועצות האזוריות מפורטות ומוכרות שש מועצות אזוריות: המועצה האזורית ערבות הירדן (מכונה גם המועצה האזורית בקעת הירדן); המועצה האזורית גוש עציון; המועצה האזורית הר חברון; המועצה האזורית מגילות ים המלח; המועצה האזורית מטה בנימין; המועצה האזורית שומרון.

§ 342 כל אחת משש המועצות האזוריות הללו כוללת יישובים מספר, ואף הם מפורטים בצו המועצות האזוריות. לדוגמה: למועצה האזורית מגילות ים המלח משויכים חמישה יישובים המפורטים בצו המועצות האזוריות: אלמוג, בית הערבה, ורד יריחו, מצפה שלם וקליה.

§ 343 באופן דומה: במועצה האזורית בקעת הירדן מנויים בצו 20 יישובים, במועצה האזורית גוש עציון מנויים בצו 14 יישובים, במועצה האזורית הר חברון מנויים בצו 15 יישובים, במועצה האזורית מטה בנימין מנויים בצו 26 יישובים ובמועצה האזורית שומרון מנויים בצו 28 יישובים. כלומר, בסך הכול יש באיו"ש שש מועצות אזוריות ובהן 108 יישובים.

(ב) תחום שיפוט של מועצה אזורית

§ 344 לכל אחת מהמועצות האזוריות הללו יש שטח שעליו היא חולשת. שטח זה מכונה "תחום שיפוט". "תחום השיפוט" של המועצה האזורית מוגדר בצו 783 בשתי דרכים:

האחת היא צירוף השטח של כל היישובים המנויים בצו כיישובים שנכללים בתחום המועצה האזורית. לדוגמה: בתחום המועצה האזורית מגילות מנויים, כנזכר, שישה יישובים: אלמוג, בית הערבה, ורד יריחו, מצפה שלם, קליה. בהתאם, "תחום השיפוט" של המועצה האזורית מגילות משתרע על שטחם של ששת היישובים הללו. "שטח יישוב" (המכונה גם "תחום יישוב") נקבע במפה שחתם עליה המפקד הצבאי.

⁴⁷ היישוב היהודי בחברון מקבל שירותים מוניציפליים מרשות מוניציפלית ייחודית בשל מאפייניו המיוחדים: צו בדבר מנהלת שירותים אזרחיים (יהודה והשומרון) (מס' 1789), התשע"ז–2017.

הדרך השנייה להגדרת תחום השיפוט של המועצה היא שטח המועצה האזורית כפי שנקבע במפה שחתם עליה המפקד הצבאי. בשטח שנכלל במפה אין כוללים שטחים צבאיים סגורים וכן קרקע בבעלות פרטית, אך נכללים בו שטחים תפוסים בתפיסה צבאית.⁴⁸

(ג) תקנון המועצות האזוריות

§ 345 לפי הקבוע בצו 783, בשטח השיפוט של המועצה האזורית חל "תקנון המועצות האזוריות" (יהודה והשומרון), התשל"ט-1979. תקנון המועצות האזוריות הוא מסמך רב היקף שהתקין המפקד הצבאי, ובו מפורטות הסמכויות הנתונות למועצה האזורית בתחומה, ובכלל זה סמכויות בתחום החינוך, רישוי העסקים, תאגידי מים וביוב, חוקי עזר, גבייה, בחירות למועצה וניהול המועצה ועוד. למעשה, "תקנון המועצות האזוריות" הוא המסמך הקובע את כל ההיבטים הצריכים לעניין בסוגיות המוניציפליות בתחום השיפוט של המועצה האזורית. מסמך זה מסדיר את ההתנהלות המוניציפלית התקינה בתחום המועצה האזורית.

§ 346 לפיכך, כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחד מ-108 היישובים הנ"ל, המנויים בצו 783, ויחול עליהם "תקנון המועצות האזוריות" (לחלופין נדרש שהיישוב או השכונה ישתייכו לאחת המועצות המקומיות שאליהן נידרש להלן).

§ 347 היישוב או השכונה יכולים להיות מוסדרים כדין גם אם לא ישתייכו לאחד מ-108 היישובים הנ"ל רק אם תתקבל החלטה כדין על הוספת יישוב לרשימת יישובים אלו. לעניין הוספת יישובים לרשימה ראו הדיון בפרק החמישי להלן בדבר הצורך באישור הדרג המדיני כתנאי להקמתו של יישוב.

⁴⁸ לפירוט ולהגדרה של "שטחים תפוסים בתפיסה צבאית" ושל "שטחים צבאיים סגורים", ראו פרק 2.8 לעיל.

פרק 4.2 סיכום ביניים : מועצות אזוריות באיו"ש

§ 348 נסכם את דברינו עד כה לגבי ההיבטים המוניציפליים באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות האזוריות או לאחת המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש.

(ב) אשר למועצות האזוריות: צו 783, שהתקין המפקד הצבאי, מכיר בשש מועצות אזוריות הכוללות 108 יישובים.

(ג) לכל מועצה אזורית "תחום שיפוט" הכולל את תחומי היישובים שבתחומה. "תחום השיפוט" של המועצה ו"תחום היישוב" של היישובים נקבעים במפות שנחתמות על ידי המפקד הצבאי.

(ד) ב"תחום השיפוט" של המועצה חל על התושבים "תקנון המועצות האזוריות". תקנון המועצות האזוריות כולל הסדרה מלאה של כלל ההיבטים הצריכים לעניין בתחום המוניציפלי.

(ה) ההחלה של "תקנון המועצות האזוריות" ב"תחום השיפוט" של המועצה האזורית מבטיחה את ההסדרה המוניציפלית המלאה של היישוב או השכונה.

פרק 4.3 : מועצות מקומיות

(א) צו 892

§ 349 בשנת 1981 התקין המפקד הצבאי את הצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), התשמ"א-1981 (להלן – צו 892 או צו המועצות המקומיות). צו 892 דומה לצו 783, אלא שהוא עוסק במועצות מקומיות, ואילו שצו 783 עוסק במועצות אזוריות.

§ 350 צו 892 מונה ומפרט 17 מועצות מקומיות באיו"ש: מעלה אדומים, ביתר עילית, מודיעין עילית, בית אל, אפרתה (=אפרת), הר אדר, גבעת זאב, אורנית, עמנואל, אלקנה, בית אריה, מעלה אפרים, קריית ארבע, אריאל, קדומים, קרני שומרון, אלפי מנשה.

§ 351 יצוין כי תחיקת הביטחון באיו"ש אינה מכוננת מעמד סטטוטורי מיוחד של "עירייה", בשונה מהמצב הנוהג על פי פקודת העיריות בישראל. הרשויות המקומיות הקרויות "עיריות" באיו"ש (אריאל, מודיעין עילית, ביתר עילית ומעלה אדומים), הן למעשה מועצות מקומיות הפועלות על פי צו 892 שהוכרוזו "עיריות" על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור לפי פרק יז לתקנון המועצות המקומיות (יהודה והשומרון), התשמ"א-1981.⁴⁹

⁴⁹ סעיף 140ג לתקנון המועצות המקומיות קובע כי "מפקד כוחות צה"ל באזור, רשאי, על פי המלצת הממונה, להכריז בצו, שמועצה מקומית פלונית תקרא "עירייה". סעיף 140ד(א) לתקנון מוסיף וקובע כי במקרה שמועצה מקומית הוכרזה כעירייה, "יחולו על אותה מועצה מקומית הוראות התקנון והתחיקה שהוצאה על-פיו".

(ב) תחום שיפוט של מועצה מקומית

§ 352 צו 892 קובע כי שטחה של מועצה מקומית – המכונה "תחום השיפוט" של המועצה – ישתרע על השטח המתוחם במפה שנחתמה על ידי המפקד הצבאי.

(ג) תקנון המועצות המקומיות

§ 353 לפי הקבוע בצו 892, בשטח השיפוט של המועצה המקומית חל "תקנון המועצות המקומיות" (יהודה והשומרון), התשמ"א-1981. תקנון המועצות המקומיות הוא מסמך רב היקף שהתקין המפקד הצבאי, והוא דומה מאוד ל"תקנון המועצות האזוריות". בתקנון המועצות המקומיות מפורטות הסמכויות הנתונות למועצה המקומית בתחומה, ובכלל זה סמכויות בתחום החינוך, רישוי העסקים, תאגידי מים וביוב, חוקי עזר, גבייה, בחירות למועצה וניהול המועצה ועוד. "תקנון המועצות המקומיות" הוא המסמך הקובע את כל ההיבטים הצריכים לעניין בסוגיות המוניציפליות בתחום השיפוט של המועצה המקומית. מסמך זה מסדיר את ההתנהלות המוניציפלית התקינה בתחום המועצה המקומית.

§ 354 לפיכך, כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחד מ-17 המועצות המקומיות הנ"ל, המנויות בצו 892, ויחול עליהם "תקנון המועצות המקומיות". לחלופין נדרש שהיישוב או השכונה ישתייכו לאחד מ-108 היישובים השייכים לאחת משש המועצות האזוריות שהזכרנו לעיל.

§ 355 היישוב או השכונה יכולים להיות מוסדרים כדין גם אם לא ישתייכו לאחת מ-17 המועצות המקומיות או לאחד מ-108 היישובים השייכים למועצות האזוריות רק אם תתקבל החלטה כדין על הוספת יישוב לרשימת יישובים אלו. לעניין הוספת יישובים לרשימה ראו הדיון בפרק החמישי להלן בדבר הצורך באישור הדרג המדיני כתנאי להקמתו של יישוב.

(ד) הרחבת סמכותה של מועצה מקומית: צו 1453

§ 356 למועצה מקומית נתונה סמכות לא רק בתחומה אלא גם בנוגע ל"בני אדם שבשטח המצוי בסמוך לתיחומה". זאת ובלבד שהמפקד הצבאי החליט על כך ופרסם הודעה מתאימה בעניין: סעיף 2א לצו המועצות המקומיות, כפי שתוקן בצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (תיקון מס' 4) (יהודה והשומרון) (צו מס' 1453), התשנ"ז-1997.

§ 357 המשמעות של הדברים היא זו: תושבים ישראלים המתגוררים מחוץ לשטחה של מועצה מקומית אך בסמוך לו יקבלו שירותים מוניציפליים מהמועצה המקומית וכן יחול עליהם תקנון המועצות המקומיות, ויראו אותם "כתושבי המועצה המקומית לכל דבר ועניין" (סעיף 2א(ב) לצו המועצות המקומיות). הכול בכפוף להודעה מתאימה שיוציא המפקד הצבאי.

§ 358 נסכם את דברינו עד כה לגבי ההיבטים המוניציפליים באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות האזוריות או לאחת המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש. במועצות האזוריות דנו בפרק 4.2.

(ב) באשר למועצות המקומיות: צו 892, שהתקין המפקד הצבאי, מכיר ב-17 מועצות מקומיות, שהם יישובים בעלי אופי עירוני.

(ג) לכל מועצה מקומית "תחום שיפוט", שנקבע במפה שנחתמת על ידי המפקד הצבאי.

(ד) נוסף על כך, מכוחו של צו 1453, למועצה מקומית יכולה להיות נתונה סמכות על תושבים המתגוררים בשטח סמוך ל"תחום השיפוט" של המועצה המקומית. תושבים אלו נחשבים תושבי המועצה המקומית לכל דבר ועניין אם המפקד הצבאי החליט על כך.

(ה) על כלל תושביה של המועצה המקומית חל "תקנון המועצות המקומיות". תקנון המועצות המקומיות כולל הסדרה מלאה של כלל ההיבטים הצריכים לעניין בתחום המוניציפלי.

(ו) ההחלה של "תקנון המועצות המקומיות" על כלל תושביה של המועצה המקומית מבטיחה את ההסדרה המוניציפלית המלאה של היישוב או השכונה השייכים למועצה המקומית.

פרק 4.4: תחום שיפוט ומרחב תכנון

§ 359 ראינו שכדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהיישוב ישתייך לאחת מהמועצות המקומיות או המועצות האזוריות באיו"ש. עוד ראינו שלכל מועצה אזורית ומועצה מקומית באיו"ש יש "תחום שיפוט", שהוא התחום הגאוגרפי שבו משתרעות סמכויותיה המוניציפליות. כעת נעמוד על הקשר בין "תחום השיפוט" של המועצה לבין "מרחב התכנון" של המועצה, ונבהיר שאין בהכרח חפיפה מלאה בין השניים.

§ 360 "תחום השיפוט" של המועצה הוא התחום הגאוגרפי שבו משתרעות סמכויותיה המוניציפליות של המועצה. "מרחב התכנון" של המועצה הוא התחום הגאוגרפי שבו משתרעות סמכויותיה התכנוניות של הוועדה המקומית (לסמכויות התכנוניות ראו בהרחבה הדיון בפרק השלישי לדו"ח זה).

§ 361 מעשית יש זהות בין הגוף המוניציפלי לגוף התכנוני, אולם אין בהכרח זהות בין התחומים הגאוגרפיים שבהם משתרעות סמכויותיהם של גופים אלו. ראש המנהל האזרחי מינה את המועצות האזוריות ואת המועצות המקומיות באיו"ש "לשמש כוועדת תכנון מיוחדת במרחב התכנון של אותה מועצה" (סעיף 2 למינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות), התשס"ח-2008). כלומר, המועצה משמשת גם ועדה מקומית לתכנון ובנייה, אך סמכויות התכנון נתונות לה ב"מרחב התכנון" שנקבע לה מן הבחינה התכנונית, ולא בהכרח ב"תחום השיפוט" שנקבע לה מן הבחינה המוניציפלית.

§ 362 "מרחב התכנון" של המועצה מוגדר בצו בדבר הכרזת מרחבי תכנון (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות (יהודה והשומרון), התשס"ח-2008. סעיף 2 לצו קובע כי מרחב התכנון של המועצה יהיה מורכב

מהשטחים האלה שבתחום שיפוט של המועצה: (א) שטח שלגביו אושרה תוכנית מפורטת על ידי מת"ע; (ב) מקרקעין שהם רכוש ממשלתי; (ג) מקרקעין שהם בבעלותו של ישראלי.

§ 363 סעיף 3 לצו קובע כי "מרחב תכנון" לא יכלול שטחים המשמשים את צה"ל, שטחים התפוסים בתפיסה צבאית ושטחים שהסמכות לתת היתרי בנייה בהם נתונה למת"ע בלבד. כלומר, בעוד ב"תחום השיפוט" של מועצה נכללים גם שטחים התפוסים בתפיסה צבאית, שטחים אלו אינם נכללים ב"מרחב התכנון" של המועצה.

§ 364 כמו כן בולט הקשר בין ההיבטים הקניינים באיו"ש להיבטים התכנוניים ולהיבטים המוניציפליים: "מרחב התכנון" של המועצה משתרע רק על המקרקעין שהם בתחום השיפוט של המועצה, והם מקיימים את התנאי הקנייני להסדרתו של יישוב באיו"ש: הם "רכוש ממשלתי" או שהם בבעלותו של ישראלי או שהם בשטח שאושרה בו תוכנית מפורטת על ידי מת"ע. ההנחה היא שתוכנית כזו מאשרת רק אם התקיים בעניינה התנאי הקנייני להסדרתו של יישוב באיו"ש.

§ 365 ועוד: לוועדה המקומית נתונה הסמכות התכנונית לתת היתר בנייה רק מכוחה של תוכנית שאושרה על ידי מת"ע לאחר מועד כניסת צה"ל לאיו"ש (סעיף 4 למינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות), התשס"ח-2008). כלומר, סמכויותיה התכנוניות של הוועדה המקומית אינן משתרעות באופן מלא על מלוא "מרחב התכנון" של הוועדה. הסמכויות מלאות וכוללות את הסמכות להוציא היתר בנייה רק בנוגע למקרקעין שאושרה בהם תוכנית על ידי מת"ע.

§ 366 לפיכך אין לערבב בין הסדרה מוניציפלית לבין הסדרה תכנונית של יישוב או שכונה באיו"ש. כדי להסדיר יישוב או שכונה באיו"ש נדרשות הן הסדרה מוניציפלית הן הסדרה תכנונית.

פרק 4.4 סיכום ביניים: תחום שיפוט ומרחב תכנון באיו"ש

§ 367 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים המוניציפליים באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות האזוריות או לאחת המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש. במועצות האזוריות דנו בפרק 4.2. במועצות המקומיות, הנושאות אופי עירוני, דנו בפרק 4.3.

(ב) יש קשר בין ההיבטים התכנוניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש: המועצות המקומיות והמועצות האזוריות משמשות באיו"ש ועדות מקומיות לתכנון ובנייה.

(ג) חרף הקשר האמור יש הבדלים בין הסמכויות המוניציפליות לסמכויות התכנוניות הנתונות למועצות: הסמכויות המוניציפליות משתרעות ב"תחום השיפוט" של המועצות. לעומת זאת הסמכויות התכנוניות הנתונות למועצות (בתפקידן כוועדות מקומיות לתכנון ובנייה) משתרעות על "מרחב התכנון" של הוועדות המקומיות. אין חפיפה הכרחית ומלאה בין התחומים הללו.

(ד) אין לערבב בין הסדרה מוניציפלית לבין הסדרה תכנונית של יישוב או שכונה באיו"ש. כדי להסדיר יישוב באיו"ש נדרשות הן הסדרה מוניציפלית הן הסדרה תכנונית.

פרק 4.5: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש

368 § עמדנו על התנאי להסדרה מוניציפלית באיו"ש: כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת מהמועצות המקומיות או המועצות האזוריות המוכרות באיו"ש. תנאי זה דומה למצב בישראל.

369 § נוסף על כך ההסדרה המוניציפלית לובשת לבוש ייחודי באיו"ש: תחום השיפוט של הרשות המוניציפלית נקבע באיו"ש מתוך זיקה לתנאי הקנייני.⁵⁰ כפי שראינו בפרק השני, מן הבחינה הקניינית אפשר להשתמש בקרקעות באיו"ש בעבור ההתיישבות הישראלית רק אם הקרקעות הן בבעלות המדינה, מוחזקות כדין על ידי המדינה או ש בבעלותו של אזרח ישראלי⁵¹ ("אדמות מוחזקות כדין").

370 § בהתאם, המדיניות הנוהגת כיום היא כי "תחום השיפוט" של הרשות המוניציפלית הישראלית ישתרע אך ורק על "אדמות מוחזקות כדין" (בעבר נהגה מדיניות שונה).

371 § לבוש זה ייחודי לאיו"ש. ברגיל, אין כל קשר בין קביעת תחום השיפוט של רשות מוניציפלית לבין הבעלות במקרקעין, אלא תחום שיפוט של רשות מוניציפלית נקבע לפי שיקולים מוניציפליים. לא כך הוא באיו"ש. באיו"ש כיום רק במקום שיש קניין ממשלתי או קניין של אזרח ישראלי תיתכן רשות מוניציפלית ישראלית.

372 § ההצמדה של גבולות תחומי השיפוט לתחום האדמות המוחזקות כדין מייצרת תוצאה נלווית, המביאה לידי שוני באופי תחומי השיפוט של היישובים הישראליים באיו"ש (בהשוואה למצב בישראל): כפי שאין לרוב רצף בין גבולות אדמות המדינה או החלקות שנרכשו כדין בידי ישראלים, כך גם תחומי השיפוט של הרשויות המקומיות הישראליות באיו"ש נראים במרבית המקרים כצירוף של חטיבות מקרקעין בעלות גבולות מפותלים ואינן בהכרח מחוברות זו לזו.

⁵⁰ וראו גם הצו בדבר מנהלת שירותים אזרחיים (יהודה והשומרון) (מס' 1789), התשע"ז-2017. הצו קובע כי ליישוב היהודי בחברון יוענקו שירותים מוניציפליים על ידי מנהלת למתן שירותים אזרחיים. "תחום הפעלת הסמכות" של המנהלת מוגדר בסעיף 1 לצו ככולל את "המתישבים והרכוש שבבעלות או בחזקת מתיישב באזור H-2 כהגדרתו בהסכם הביניים".
⁵¹ נשוב ונבהיר, למען הדיוק: מדובר לא רק באזרחים ישראליים אלא בכל אדם שרכש כדין מקרקעין באיו"ש והוא מעוניין שמקרקעיו יישמשו את ההתיישבות הישראלית, תהא אזרחותו של אותו אדם אשר תהא. ראו הערת שוליים 33 לעיל.

פרק 4.5 סיכום ביניים: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש

§ 373 נסכם את דברינו עד כה לגבי ההיבטים המוניציפליים באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות האזוריות או לאחת המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש. במועצות האזוריות דנו בפרק 4.2. במועצות המקומיות, הנושאות אופי עירוני, דנו בפרק 4.3.

(ב) ההסדרה המוניציפלית אינה ניצבת לבדה. בפרק 4.4 עמדנו על הקשר בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה התכנונית. בפרק הנוכחי עמדנו על הקשר בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה הקניינית.

(ג) יש קשר הדוק בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש: "תחום השיפוט" המוניציפלי נקבע באיו"ש מתוך זיקה לתנאי הקנייני. כלומר, "תחום השיפוט" משתרע אך ורק על "אדמות מוחזקות כדין", שהן אדמות שעליהן אפשר מבחינה קניינית להקים יישוב או שכונה ישראליים.

(ד) הקשר ההדוק בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים הוא ייחודי לאיו"ש. ברגיל, תחום שיפוט של רשות מוניציפלית נקבע לפי שיקולים מוניציפליים ולא לפי שיקולים קנייניים.

פרק 4.6: סיכום הפרק הרביעי – היבטים מוניציפליים באיו"ש

§ 374 כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת מ-17 המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש או לאחד מ-108 היישובים השייכים לאחת משש המועצות האזוריות המוכרות באיו"ש.

§ 375 השתייכות לאחת מהמועצות המקומיות או האזוריות פירושה שעל היישוב או השכונה חל "תקנון המועצות המקומיות" או "תקנון המועצות האזוריות", לפי העניין. תקנונים אלו כוללים הסדרה של כלל התחומים המוניציפליים הצריכים לעניין, והם מבטיחים את ההסדרה המוניציפלית הדרושה.

§ 376 יש זיקה בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה התכנונית, אך הזיקה אינה מלאה: המועצה המוניציפלית היא גם "ועדה מקומית לתכנון ובנייה". ואולם "תחום השיפוט" של המועצה, שעניינו סמכויותה המוניציפליות של המועצה, אינו חופף בהכרח ל"מרחב התכנון" של המועצה, שעניינו סמכויותה התכנוניות של המועצה.

§ 377 במהלך השנים התפתחה זיקה הדוקה בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה התכנונית באיו"ש: "תחום השיפוט" המוניציפלי משתרע אך ורק על אדמות שאפשר מבחינה קניינית להקים עליהן יישוב או שכונה ישראליים.

פרק חמישי: אישור הדרג המדיני כתנאי להקמתו של יישוב באיו"ש

§ 378 **הקמת יישוב אינה עניין של מה בכך.** היא נושאת השלכות על הציבור הרחב. על כן, החלטה בדבר הקמתו של יישוב טעונה החלטת ממשלה. זה הדין בישראל וזה הדין באיו"ש. ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1800 מיום 6.12.2004 בעניין "קבלת החלטה בנושא הקמת יישובים חדשים". באשר למצב באיו"ש ראו גם החלטת ממשלה מס' 150 מיום 2.8.1996, ולפיה "הצעות להקמת יישובים חדשים, יובאו לדיון ולהחלטת הממשלה".

§ 379 לעומת זאת **הרחבה של יישוב באיו"ש אינה טעונה החלטת ממשלה**, אך היא טעונה אישור של שר הביטחון על דעת ראש הממשלה. הדרישה לאישור שר הביטחון על דעת ראש הממשלה להרחבתו של יישוב היא דרישה ייחודית לאיו"ש לנוכח ההשלכות המדיניות שצער כזה נושא עימו. ראו החלטת ממשלה מס' 175 מיום 17.3.1999.

§ 380 הדרישה לאישור שר הביטחון על דעת ראש הממשלה **להרחבתו של יישוב באיו"ש** משתלבת עם הדרישה לאישור שר הביטחון לתוכנית באיו"ש. כפי שראינו לעיל ב-§ 310, החלטת ממשלה מס' 150 מיום 2.8.1996 קבעה כי רשויות התכנון מוסמכות לדון ולאשר תוכניות באיו"ש רק לאחר קבלת אישור שר הביטחון. עוד ציינו כי בהחלטה מס' 150 נקבעו מקרים נוספים שנדרש בהם אישור הדרג המדיני. כלשון ההחלטה:

"ב. כל הרשאה חדשה לתכנון והקצאת קרקע לבניה על אדמות מדינה באזורים תבוצע רק לאחר אישור של שר הביטחון.

ג. ועדת התכנון באזורים לא תדון בתוכנית מתאר, אלא לאחר קבלת אישור שר בטחון ולא תיתן תוקף לתוכנית כזו, אלא באישורו" (ההדגשה הוספה).

§ 381 ההבחנה בין **הקמתו של יישוב חדש** ובין **הרחבתו של היישוב** היא לעיתים מורכבת ותלויה בנסיבות כל מקרה לגופו.

§ 382 הדרישה המדינית צריכה להתיישב עם הדרישות האחרות להסדרתם של יישוב או שכונה. על כן המדיניות הנהוגה כיום היא כי הדרג המדיני ייתן את אישורו להקמת יישוב או שכונה באיו"ש רק במקום שיתקיים בנוגע אליהם התנאי הקנייני, כלומר שהיישוב או השכונה נמצאים על "אדמות מוחזקות כדין".

פרק 5. סיכום הפרק החמישי: אישור הדרג המדיני כתנאי להקמת יישוב באיו"ש

383 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים המדיניים הנוגעים להסדרתם של יישוב או שכונה באיו"ש:

(א) כדי שיישוב ישראלי באיו"ש יהיה מוסדר כדין מן הבחינה המדינית נדרשת החלטת ממשלה בדבר הקמת היישוב.

(ב) כדי ששכונה ישראלית באיו"ש תהיה מוסדרת כדין מן הבחינה המדינית נדרשת החלטה של שר הביטחון על דעת ראש הממשלה.

(ג) ההבחנה בין הקמתו של יישוב חדש ובין הרחבתו של היישוב היא לעיתים מורכבת ותלויה בנסיבות כל מקרה לגופו.

(ד) המדיניות כיום היא שאישור הדרג המדיני להקמתם של יישוב או שכונה באיו"ש יינתן רק במקום שהתקיים בנוגע אליהם התנאי הקנייני להסדרתם של יישוב או שכונה.

פרק שישי: בעיות והמלצות

פרק 6.1: מיפוי הקשיים

384 § בפרקים הקודמים של הדו"ח עמדנו על התנאים שצריכים להתקיים כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין. ראינו שהתנאים הם ארבעה: התנאי הקנייני (פרק 2 לדו"ח), התנאי התכנוני (פרק 3 לדו"ח), התנאי המוניציפלי (פרק 4 לדו"ח) והתנאי בעניין אישור המדיני (פרק 5 לדו"ח). בהתאם למתווה זה יש לפעול כאשר הדרג המדיני המוסמך מבקש להביא להסדרתם של יישובים ושכונות באיו"ש.

385 § ואולם לא תמיד הדברים פשוטים ליישום. המצב שהובא לפתחנו הוא מצב נתון ולפיו קיימים באיו"ש יישובים ושכונות רבים שהוקמו ופותחו בתמיכת רשויות המדינה, אולם לא בהכרח התקיימו בנוגע לכולם ארבעת התנאים הנ"ל, וכעת המדינה מבקשת להסדירם. ניסינו למפות את המקרים המורכבים הללו.

386 § העיון והלימוד העלה כי אפשר למפות את המקרים שאינם פשוטים להסדרה ולחלקם לשלושה טיפוסים של מקרים:

(א) **קושי שהתגלה בדיעבד** – הכוונה ליישובים או שכונות שבעת שהוקמו העמדה הייתה שהם מוקמים כדין מן הבחינה הקניינית, על "אדמות מוחזקות כדין". בדיעבד התברר שייתכן שנפלה בעניין זה שגגה. עניין זה קשור לעבודתו של צוות "קו כחול"⁵², כפי שנרחיב להלן.

(ב) **"איים תלויים"** – הכוונה ליישובים או שכונות שמצויים על "אדמות מוחזקות כדין", כך שמן הבחינה הקניינית-העקרונית אפשר להסדירם. ואולם לעתים יש קושי בהסדרת דרך הגישה ליישוב או לשכונה; לעיתים יש קושי בהסדרתם התכנונית (כאשר המרחק מיישוב האם גדול בשל עקרון התכנון "צמוד הדופן", כפי שנראה בהמשך), ולעיתים יש קושי הן בהסדרת דרך הגישה הן בהסדרה התכנונית.

⁵² על עבודת צוות "קו כחול", ראו לעיל § 79 - § 84.

(ג) **התרחבות של היישוב או השכונה** – הכוונה ליישובים או שכונות שבהם הוקם גרעין היישוב כדין מן הבחינה הקניינית, אך ברבות השנים התרחב היישוב והתרכו שכונותיו, והתרחבה חורגת – או נחזית כחורגת – מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין", כלומר ההרחבה עשויה לעורר קושי מבחינת ההיתכנות להסדרה הקניינית.

§ 387 נפרט להלן את טיפוס המקרים ואת המלצותינו להסדרה אפשרית שלהם.

§ 388 נאמר מייד כי **אין** אנו מציגים המלצות שתבאנה להסדרת **כל** טיפוס המקרים הללו לנוכח העקרונות שקיבלנו עלינו בכתביתו של דו"ח זה, ובכללם ההחלטה לפעול לפי המסגרת המשפטית הקיימת באיו"ש במועד הוצאת כתב המינוי לחברי הצוות המקצועי וההחלטה להותיר סוגיות מסוימות פתוחות.

פרק 6.2: אב-טיפוס (א) – פגם שהתגלה בדיעבד

(א) ה"גרעיות" של צוות "קו כחול"

§ 389 כיצד אירע שמבנים שנבנו לכתחילה כדין ונכללו בגדרה של ההכרזה על "אדמות מדינה" אינם מצויים עוד בגדר ההכרזות הללו? הדבר קשור לעבודת צוות "קו כחול" ולהחלטתו "לגרוע" אדמות מתחום האדמות שהוכרזו בעבר כדין "אדמות מדינה". נבאר.

§ 390 כפי שראינו בפרק 2.4 לעיל, בעקבות החלטת ממשלה מס' 145 משנת 1979 התפתחה הפרקטיקה של "הכרזה על אדמות מדינה". בהתאם לפרקטיקה זו נערכו בדיקות מקיפות ויסודיות ביותר של בירור הבעלות בהתאם לדין המהותי החל באיו"ש. הליך הבירור כלל עיון במסמכים ובתצלומי אוויר, סיורים, פרסומים רבים, זכות ערר ועוד. בסופו של התהליך המעמיק המתואר הוציא הממונה על הרכוש הממשלתי (שהוא אדם שמינה המפקד הצבאי לנהל את הרכוש הממשלתי באיו"ש) תעודה המכריזה כי האדמות הן "רכוש ממשלתי". משמעותה של ההכרזה היא כי יש חזקה שמדובר באדמות בבעלות המדינה.

§ 391 על רבות מהאדמות שהוכרזו "אדמות מדינה" הוקמו יישובים ושכונות ישראליים לאחר תהליך מסודר של הקצאות חוזיות, ובמסגרתו הקצה הממונה על הרכוש הממשלתי את האדמות להתיישבות. על ההקצאות החוזיות ראו פרק 2.11 לעיל.

§ 392 עוד ראינו בפרק 2.4 לעיל שבשנת 1999 הוקם במנהל האזרחי צוות שתפקידו לדייק את גבולותיהן של ההכרזות הוותיקות על אדמות מדינה (הכרזות משנות ה-80 ומראשית שנות ה-90) ולהתאימן למציאות היום. הדיוק נעשה בעזרת ציוד ממוחשב ומשוכלל שלא היה קיים בזמנו. הצוות מכונה "צוות קו כחול". במסגרת הדיוק שהצוות מדייק את ההכרזות יכול להיווצר מצב שהצוות "גורע" שטחים מתחום ההכרזה, שבוצעה כדין.

(ב) הנחייתו של מר בלס

§ 393 ביום 28.2.2011 הנחה מר מלכיאל (מייק) בלס, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, כי צוות קו כחול לא יבדוק את ההכרזות הוותיקות ולא ידייק את גבולותיהן במקום שמדובר במתחם מתוכנן שיש בו מבנים שהוקמו מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים (ראו הודעת המדינה בבג"ץ 2911/17). טעמה של הנחייה זו ברור. תוכנית תקפה שפעלו על פיה והסתמכו עליה – ללא כל מחאה או טענה – יוצרת מניעות מלטעון טענות נוגדות. כדברי מר בלס בהנחיה האמורה:

"ככל שמדובר בבנייה מסודרת, במגרשים שהוקצו על-ידי המדינה או משרד השיכון, אשר כבר קיימת בהם בנייה במשך עשרות שנים, לא נראה שיש צורך ממשי בבדיקת צוות 'קו כחול' אף אם הוחלט על שינוי מקיף בתב"ע. שכן, אף אם במקרה נכללה בתב"ע בטעות קרקע פרטית, הרי שכבר קמה מניעות

לבעליה שלא הלין על כך במשך כל השנים. יהיה קושי במקרה כזה להצדיק מדוע השינוי הגורף חל על כל היישוב, פרט לבתים בודדים בהם התגלה כי יש קרקע פרטית" (ההדגשה הוספה).

§ 394 מתברר שהנחיה זו לא חללה אל השטח ועל כן לא פעלו על פיה. התוצאה הייתה שצוות "קו כחול" בדק בנייה מסודרת שניצבת על תילה זה שנים רבות במקומות שהוכרזו "אדמות מדינה" כדין ויש בהם תוכנית תקפה ומאושרת כדין. תוצאת הבדיקה – שנעשתה (מבלי משים) בניגוד להנחייתו של מר בלס – הייתה שבתים רבים שלכתחילה נכללו בגדר ה"הכרזה על אדמות מדינה" נגרעו מההכרזה.

§ 395 כך נוצר המצב של מבנים שבעת שהוקמו העמדה הייתה שהם מוקמים כדין מן הבחינה הקניינית, אך כדיעבד – בחלוף שנים רבות – "נגרעו" על ידי צוות "קו כחול" מגדר המבנים שנחשבים מבנים שהוקמו כדין.

(ג) ה"גריעה" – לא בהכרח של אדמות פרטיות

§ 396 יודגש: גריעת המבנים שגרע צוות "קו כחול" מתחום ההכרזה על אדמות מדינה אין פירושה בהכרח שמדובר בקרקעות פרטיות. להלן דוגמאות מספר, שאינן ממצות.

(א) צוות "קו כחול" גורע לעיתים קרקעות מתחום ההכרזות, ובה בעת מציין כי הקרקעות המדוברות נחזות כאדמות הראויות להיחשב אדמות מדינה וכי ראוי לערוך סקר בנוגע אליהן. כלומר, לעיתים ה"גריעה" היא מטעמים פרוצדורליים גרידא (היינו, מבחינה מהותית האדמות הן אדמות מדינה, אך פרוצדורלית לא התקיים ההליך הנדרש להכרזתן ככאלו, שכן ההתחקות אחר כוונתם של מבצעי ההכרזה המקורית העלתה כי הם לא כללו את המקרקעין הללו בגדר ההכרזה).

(ב) צוות "קו כחול" גורע לעיתים מתחום ההכרזה קרקעות שהן "אדמות מדינה" לפי הדין המהותי, אך מטעמי זהירות הצוות סבור שלא ראוי עדיין לראותן ככאלו. כפי שראינו ב- § 61 לעיל, לפי חוק הקרקעות העות'מאני, הפרט יכול לרכוש זכות חזקה ועיבוד בקרקע "מירי" אם עיבד את הקרקע במשך 10 שנים רצופות ואם לא הפסיק את העיבוד לתקופה של 3 שנים. מטעמי זהירות צוות "קו כחול" פועל כך שרק קרקע שעובדה הופסק למשך 10 שנים נכללת בגדר ההכרזה על אדמות מדינה. מדיניות זהירה זו של הצוות הוחלה רטרואקטיבית: אדמות שהוכרזו כדין "אדמות מדינה" לאחר שהבדיקה העלתה כי עיבודן הופסק לתקופה של 3 שנים, נגרעו מגדר ההכרזה אם הפסקת העיבוד לא הגיעה לתקופה של 10 שנים.

§ 397 הסוגיה האחרונה – של הפסקת העיבוד – מורכבת. ראו לעניין זה בהרחבה את חוות דעתו של ד"ר חגי ויניצקי, חבר הצוות המקצועי, בנספח ב' לדו"ח זה.

§ 398 לדוגמאות שהבאנו לעיל, ולפיהן ה"גריעות" של צוות "קו כחול" אין פירושן בהכרח שמדובר בקרקעות פרטיות, יש להוסיף את דבריו הנכוחים של מר בלס ולפיהם מדובר בקרקעות שנבנו עליהן בתים לפני שנים רבות, בהתאם לתוכנית תקפה, בלי שאיש הביע כל מחאה בעניין. עוד יש לזכור שמדובר בקרקעות שהבעלות בהן מעיקר הדין נתונה למדינה. על כך שהבעלות בקרקעות המדוברות מעיקר הדין נתונה למדינה ראו § 59 - § 62 לעיל.

(ד) היעדר פרסום של עבודת צוות "קו כחול"

§ 399 דבר נוסף: ברוב המוחלט של המקרים הבדיקות של צוות "קו כחול" לא נעשו בעקבות פנייה של מאן שהוא שטען לזכויות בשטח אלא כיוזמה של המנהל האזרחי שתכליתה הייתה לדייק את גבולות ההכרזות

הוותיקות על אדמות מדינה לאחר פנייה של המועצות הישראליות באיו"ש, שביקשו לפתח את האזור, בין שבדרך של תכנון מתחם חדש בין שבדרך של שינוי תוכנית קיימת ואף בדרך של הקצאה ישירה של מבני ציבור ביישוב ותיק.

400 § כמו כן, מכיוון שעד ליום 1.1.16 לא פורסמו תוצרי עבודת צוות "קו כחול"⁵³, המשמעות היא שתושבים רבים בהתיישבות הישראלית באיו"ש עשויים שלא לדעת כלל – וכפי הנראה אינם מעלים בדעתם – שבתיהם, שנבנו על אדמות מדינה שהוכרזו כדין, "נגרעו" מגדר ההכרזה על אדמות מדינה על ידי צוות "קו כחול". הדבר צפוי להיוודע להם רק כאשר ירצו למכור את בתיהם או כאשר ירצו לתכנן תוכנית חדשה בנוגע לבתייהם (וראו המקרה של החייל יהודה הישראלי ב- 510 § - 512 § להלן).

(ה) תמצית ההמלצות

401 § מצב זה טעון הסדרה. להלן נפרט המלצותינו להסדרה. תמצית ההמלצות הן אלו:

(א) במבט אל העבר – כאשר למבנים שצוות "קו כחול" כבר "גרע" מגדר ההכרזה על אדמות מדינה, ההמלצה היא להסדירם בהתבסס על הוראת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף 5 קובע "תקנת שוק" כאשר לעסקאות שעשה הממונה על הרכוש הממשלתי.

(ב) במבט אל העתיד – כאשר למקומות שעדיין לא נבחנו על ידי צוות "קו כחול", ההמלצה היא לפעול בהתאם להנחייתו של מר בלס. יש לוודא כי ההנחיה תחלחל אל השטח.

(ו) מבט אל העבר: "תקנת השוק" – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

402 § סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע:

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

403 § סעיף זה מתיישב היטב עם המצב שתיארנו, שעניינו קרקעות שהוקצו להתיישבות הישראלית כדין על ידי הממונה לאחר הליך בירור מפורט ומעמיק שבסופו הוצאה תעודה המכריזה על המקרקעין "אדמות מדינה" ולאחר שתוכננה במקום תוכנית תקפה, והיא אושרה על ידי המוסדות המוסמכים ויצרה הסתמכות למי שפעל על פיה. בחלוף שנים רבות וללא כל פנייה ממאן דהוא שטען לזכויות בשטח גרע צוות "קו כחול" את האדמות האמורות מגדר ההכרזה על אדמות מדינה.

404 § מהוראת סעיף 5 עולה שבמקרים כדוגמת אלו, ההקצאה שהקצה הממונה "תעמוד בתוקפה". זהו הבסיס המשפטי להסדרתן של האדמות שנגרעו מגדר ההכרזה כ"אדמות מדינה".

405 § ואכן, היועץ המשפטי לממשלה קבע כי "סעיף 5 לצו מבטא הסדר של תקנת שוק, המקובל בהקשרים מקבילים, לרבות בדין הישראלי, וכשלעצמו אין הוא סותר את הדין הבינלאומי" (הודעת היועץ המשפטי לממשלה בבג"ץ 1308/17). עוד קבע היועץ המשפטי לממשלה כי בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף 5 "עסקה שנערכה בין הממונה לבין המתקשר עמו תעמוד בתוקפה, בהתאם למקובל בהסדרים של תקנת שוק. דהיינו, למתקשר תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין, בהתאם לזכות שהוקצתה לו במסגרת הסכם

⁵³ על שתוצרי צוות "קו כחול" החלו להתפרסם רק החל מיום 1.1.16, ראו לעיל 84 §.

ההקצאה, והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי" (ההודעה הנ"ל בבג"ץ 1308/17. ההדגשה במקור).

§ 406 היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי "מן הראוי להגביל את השימוש בסעיף 5 ככלל למתחם המגורים המבונה של היישוב ולבנייה בפועל שנעשתה בשטחו טרם שנודע לצדדים לעסקה על כך שמדובר למעשה ברכוש שאיננו ממשלתי [...] תהא בנסיבות מסוימות הצדקה לתחולת הסעיף אף ביחס למקרים נוספים (כגון, מתחמי בנייה המשמשים לצורכי תעשייה ותעסוקה, שטחים חקלאיים). מכל מקום, ההסדר הקבוע בסעיף 5 לא יחול ביחס לשטחים המצויים מחוץ למתחם המבונה של היישוב ושלא נעשה בהם שימוש בפועל, וזאת גם אם מדובר בשטחים הנמצאים בתחומה של תוכנית בנין עיר (תב"ע) בתוקף" (ההודעה הנ"ל בבג"ץ 1308/17. ההדגשה במקור).

§ 407 לנוכח חשיבות הדברים ומורכבותם מצ"ב חוות דעתו המפורטת של ד"ר חגי ויניצקי בעניין פרשנות סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. **חוות דעתו של ד"ר ויניצקי, חבר הצוות המקצועי, מצויה בנספח ג לדר"ח זה.**

(ז) מבט אל העתיד: המתחם המתוכנן – הנחייתו של מר בלס

§ 408 באשר לעתיד ולמקומות שעדיין לא נבחנו על ידי צוות "קו כחול": ההמלצה היא לפעול בהתאם להנחייתו של מר בלס מיום 28.2.2011. ואכן, המדינה הודיעה לבית המשפט העליון על מחויבותה להנחייתו הנ"ל של מר בלס (ראו הודעת המדינה בבג"ץ 2911/17).

§ 409 בהתאם להנחיה זו לא יבדוק צוות קו כחול את ההכרזות הוותיקות ולא ידייק את גבולותיהן במקום שמדובר במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים (ראו הודעת המדינה בבג"ץ 2911/17). טעמה של הנחיה זו ברור. תוכנית תקפה שפעלו על פיה והסתמכו עליה – ללא כל מחאה או טענה – יוצרת מניעות מלטעון טענות נוגדות.

§ 410 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג הראשון של המקרים שהתבקשה הסדרתם:

(א) קבוצה נכבדה של מבנים באיו"ש הוקמה על מקרקעין שהוכרזו כדין "אדמות מדינה" לאחר בדיקה מקיפה ומעמיקה ביותר של הדברים.

(ב) צוות "קו כחול" הוקם כדי לדייק את גבולות ההכרזות על "אדמות מדינה" ולהתאימן למכשור הטכנולוגי הקיים היום.

(ג) בשנת 2011 הנחה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז מר מלכיאל (מייק) בלס כי צוות "קו כחול" לא ידייק את גבולותיהן של הכרזות במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים. טעמה של ההנחיה ברור: תוכנית תקפה שפעלו על פיה והסתמכו עליה – ללא כל מחאה או טענה – יוצרת מניעות מלטעון טענות נוגדות.

(ד) ההנחיה הנ"ל לא חלחלה אל השטח. התוצאה הייתה שצוות "קו כחול" בדק גם מבנים ותיקים שהוקמו בהתאם לתוכניות תקפות ומאושרות. בעקבות זאת נוצר מצב של מבנים שבעת שהוקמו העמדה הייתה כי הם מוקמים כדין מן הבחינה הקניינית, אך בדיעבד – בחלוף שנים רבות – "נגרעו" על ידי צוות "קו כחול" מגדר המבנים שנחשבים מבנים שהוקמו כדין.

(ה) לא תמיד החלטתו של צוות "קו כחול" פירושה בהכרח כי מדובר בקרקעות פרטיות, ואף על פי כן הקרקעות נגרעו מגדר ההכרזה על אדמות מדינה.

(ו) לעניין המבנים שהקושי בהסדרתם נוצר בשל ה"גריעות" של צוות קו כחול, המלצתנו כפולה, לעבר ולעתיד.

(ז) במבט לעבר: ההמלצה היא להסדיר את המבנים שנגרעו על ידי צוות "קו כחול", בהתבססנו על סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף 5 קובע "תקנת שוק" למי שביצע עסקאות בתום לב עם הממונה על הרכוש הממשלתי. **חזות דעת מפורטת באשר לסעיף 5 מצויה בנספח ג לדר"ח זה.**

(ח) ואכן, היועץ המשפטי לממשלה הודיע לבית המשפט העליון בבג"ץ 1308/17 כי מכוחו של סעיף 5 הנ"ל, מבנים ש"נגרעו" על ידי צוות "קו כחול" והתקיימו בהם תנאי סעיף 5, לבעלי המבנים "תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין [...]" והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי, ובלבד שמדובר ככלל במתחם המגורים המבונה של היישוב.

(ט) במבט לעתיד: ההמלצה היא לנהוג בהתאם להנחייתו הנ"ל של מר בלס, ולפיה צוות "ק" כחול" לא ידייק את גבולותיהן של הכרזות במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים.

(י) המדינה הודיעה לבית המשפט העליון על מחויבותה להנחייתו הנ"ל של מר בלס (בג"ץ 2911/17).

פרק 6.3: אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים"

(א) היווצרות ה"איים התלויים"

§ 411 אחת העובדות שהתחווה לנו במהלך כתיבתו של דו"ח זה היא כי ההתיישבות הישראלית באיו"ש מתאפיינת בכך שהיא בנויה במידה רבה על ראשי ההרים והגבעות ולא בעמקים. מצב עובדתי ייחודי זה נוצר בשל דיני הקרקעות החלים באיו"ש. לפי דינים אלו, הקרקע שבראשי ההרים והגבעות היא על פי רוב אדמות מדינה, ולעומתה, לפי דיני הקרקעות החלים באיו"ש, העמקים הם לעיתים אדמות פרטיות. נסביר.

§ 412 חוק הקרקעות העות'מאני הוא החוק המהותי החל באיו"ש בתחום המקרקעין. באשר לקרקע חקלאית, המכונה קרקע "מירי", קובע חוק הקרקעות העות'מאני כי הבעלות בקרקע נתונה למדינה והבעלות נותרת בידי המדינה, אולם בחלוף 10 שנים שבהן האדם החזיק בקרקע "מירי" ועיבד אותה ברציפות, הפרט זכאי להמשיך ולעבד את הקרקע (ובלבד שלא הפסיק לעבדה). כלומר, הפרט יכול לרכוש את הזכות להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם, ובלבד שעיבד את המקרקעין ברצף בעיבוד חקלאי. הגיונו של הדין העות'מאני המתואר נובע מכך שקרקע מעובדת היא קרקע שהמעבד שילם בגינה מס יכול לשלטון. על כן העניק השלטון לפרט את הזכות להחזיק בקרקע רק במקום שהפרט המשיך לעבד את הקרקע בפועל והמשיך להעביר בגינה מיסוי לשלטון.⁵⁴

§ 413 טיבה של החקלאות הוא שהקרקעות הניתנות לעיבוד חקלאי נמצאות באופן טיפוסי בעמקים ובגיאיות, ואילו בראשי ההרים והגבעות הקרקעות אינן ניתנות לעיבוד חקלאי בנקל, ובאופן טיפוסי אינן מעובדות. כך קרה שהאדמות שאותו והוכרו "אדמות מדינה" כללו, באופן טיפוסי, את ראשי ההרים והגבעות, בשעה שהעמקים והגיאיות לא נכללו, פעמים רבות, בתחומי ההכרזות על "אדמות מדינה". ההכרזה הלכה בעקבות העיבוד החקלאי: אם זוהו עיבודים חקלאיים המקרקעין לא נכללו בגדר ההכרזה על "אדמות מדינה". אם לא זוהו עיבודים חקלאיים, המקרקעין נכללו בגדר ההכרזה על "אדמות מדינה". הכול בהתאם לחוק הקרקעות העות'מאני.

§ 414 מצב זה הביא ליצירתם של "איים תלויים". כלומר, היישובים והשכונות הישראליים באיו"ש בנויים פעמים רבות ובאופן טיפוסי בעיקר על ראשי ההרים והגבעות, ולא תמיד מצויה דרך גישה המובילה אליהם על "אדמות מדינה" מוכרזות, שכן דרך הגישה תעבור באופן טבעי, לפחות בחלקה, בעמקים ובגיאיות, שעשויים להיות רכוש פרטי של תושבים מוגנים.

§ 415 כדי להסדיר את היישובים והשכונות שהוקמו בתמיכת המדינה ב"איים התלויים" הללו נדרש ליתן מענה במיוחד להיבטים הייחודיים שלהלן (היבטים שעומדים לעיתים כל אחד לעצמו ולעיתים הם משלימים זה את זה ומשיקים זה לזה):

⁵⁴ לסקירה מפורטת על חוק הקרקעות העות'מאני בהקשרים הנוגעים לענייננו, ראו § 59 - § 63 לעיל.

(א) היבטים תכנוניים – נדרשת התייחסות תכנונית לעובדה שמדובר ביישובים ובשכונות שהם בבחינת "איים תלויים". סוגיה זו מתעוררת כאשר המרחק רב בין ה"אי התלוי" ליישוב האם, והיא מכונה "תכנון צמוד דופן".

(ב) הסדרת דרך גישה – היישוב או השכונה עצמם הוקמו על גבי "אדמות מדינה" מוכרזות כדין, אך נדרשת הסדרה של דרך הגישה ליישוב.

§ 416 נפרט את המלצותינו באשר לשני היבטים ייחודיים אלו.

(ב) תכנון "צמוד דופן"

תוכניות מתאר ארציות בישראל

§ 417 כדי להבין את פשרו של התכנון "צמוד הדופן" יש לפנות לדין החל בישראל. המשפטן הישראלי רגיל להידרש לכללים התכנוניים הקבועים בתוכניות המתאר הארציות הישראליות (המכונות בז'רגון "תמ"א"). בישראל 31 תוכניות מתאר ארציות,⁵⁵ העוסקות במגוון רחב של נושאים. רוב התוכניות הארציות עניינן תשתיות (דרכים, שדות תעופה, תחנות כוח, מים וביוב, כרייה וחציבה, תחנות תדלוק, מסילות ברזל, גז, סילוק אשפה, תקשורת מתקנים קטנים). חלק מן התוכניות הארציות עניינן סוגיות "ירוקות" (גנים לאומיים, יערות, חופים), וחלק אחר עוסק בפרויקטים לאומיים, היסטוריים, כלכליים ואחרים (אתרי מלחמת העצמאות, אתרי הנצחה, בתי סוהר).

§ 418 תוכנית המתאר הארצית החשובה ביותר בישראל כיום היא תמ"א 35. תמ"א 35 היא "תוכנית בניין ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולשימור". היא תוחמת את ייעודי הקרקע לבנייה ולפיתוח ומתווה את העקרונות לשמירת השטחים הפתוחים מפני התרחבות השטח הבנוי, ובה נקבע העיקרון של תכנון "צמוד דופן". נרחיב עוד בהמשך הדברים באשר לתמ"א 35.

המצב באיו"ש: התוכניות המנדטוריות

§ 419 המצב באיו"ש שונה לחלוטין. עמדנו על כך שמנשר מס' 2, שפרסם המפקד הצבאי ביום 7.6.1967, קובע 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 [מפקד כוחות צה"ל באזור], ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור". בהתאם לכך שמרו רשויות המנהל האזרחי באיו"ש על האיוון המתבקש מכללים אלו, ועל כן מיעטו ליצור שינויים תכנוניים מרחיקי לכת, כדוגמת השינויים שיצרו בישראל תוכניות המתאר הארציות. בה בעת התירו רשויות המנהל האזרחי את עריכתם של שינויים תכנוניים שהתבקשו מהצורך לאפשר חיים תקינים באיו"ש.

§ 420 בהתאם, באיו"ש ממשיכות לחול התוכניות שחלו במקום בתקופת המנדט הבריטי (כל עוד לא שונו על ידי תוכניות מאוחרות). בתקופת המנדט הבריטי חלו באיו"ש בעיקר שתי תוכניות שהכינו הבריטים:⁵⁶

⁵⁵ לתוכניות המתאר הארציות בישראל, ראו באתר מנהל התכנון: <http://www.iplan.gov.il/Pages/Professional%20Tools/GeographicInformation/TamamFrame.aspx>

⁵⁶ אפשר לעיין בתוכניות הבריטיות, ובהן התוכנית המרכזית RJ/5, באתר מנהל התכנון: <http://mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV4.aspx?tid=4>

RJ/5 (Regional Jerusalem/ 5); S/15 (Samaria/15). כמו כן על חלק קטן מאוד מאיו"ש חלה התוכנית הבריטית R/6 (מרחב לוד), ועל חלק קטנטן חלה התוכנית הבריטית R/1 (מחוז עזה).

§ 421 תוכניות בריטיות אלו מוכרות למשפטן הישראלי, שכן הבריטים החילו תוכניות דומות להן גם בשטח מדינת ישראל (במחוז הגליל – תוכנית RP/50/42; במחוז חיפה – תוכנית RP/25)⁵⁷. לפסיקה המנחה שעסקה בתוכניות הבריטיות שחלו במדינת ישראל, ראו דנ"א 9983/16 מ"י נ' דבאח, פורסם בנבו (2017).

§ 422 מבחינה מעשית בהיבטים הנוגעים לענייננו, עיקרן של תוכניות בריטיות אלו הוא בין היתר בקביעת אזורים המיועדים לחקלאות (Agricultural Zone). על פי התוכניות המנדטוריות, באזורים חקלאיים אלו רשאויות רשויות התכנון המוסמכות להוציא היתר לבניית בית מגורים אחד למגורי החקלאי על חלקה שגודלה אינו נופל מדונם, בשטח של עד 15% מהחלקה או בשטח מרבי של 180 מ"ר, לפי הנמוך מהשניים.

§ 423 בעניין ג'מעית אסכאן (בג"ץ 145/80, פ"ד לה (2) 285 (1980)) קבע בית המשפט העליון לעניין מתן היתר בנייה מכוחה של התוכנית RJ/5, כי "יש שוני מהותי ויסודי, מבחינת תכנון הערים, בין הקמתה של שכונה שלמה לבין הקמתו של בית בודד, ואלו המבקשים להקים שכונה שלמה אינם יכולים להיכנס לנעליהם של אלה הרוצים להקים בית בודד, והדברים מובנים" (שם, בעמ' 298-299). לפיכך נדחתה שם עתירה שבה ביקשו העותרים כי מכוחה של התוכנית המנדטורית יינתנו להם היתרי בנייה שיאפשרו הקמתה של שכונה שלמה.

§ 424 ראש המנהל האזרחי התקין בשנת 2012 תקנות שתכליתן לנסות להקל על מי שמבקשים – בהתבסס על התוכניות המנדטוריות – להקים מבנים חקלאיים יחידים (חממה, מחסן חקלאי ועוד), שאינם מיועדים למגורים: תקנות תכנון ערים, כפרים ובניינים (רישוי בניוי חקלאי) (יהודה והשומרון) (הוראת שעה), התשע"ב-2012.

§ 425 מלבד התוכניות המנדטוריות הנ"ל, כפי שהתפרשו בפסיקת בית המשפט העליון, אין באיו"ש כמעט תוכניות מתאר אזרחיות (תמ"א), בכפוף לדברים שנאמר להלן.

המצב באיו"ש: התמ"אות

§ 426 באיו"ש חלות כיום תוכניות מתאר אזרחיות אחדות, כולן עוסקות אך ורק בתשתיות:⁵⁸ תמ"א 50 (וכן תמ"א 50/1) עוסקת בדרכים; תמ"א 53 עוסקת בתחנות תדלוק; תמ"א 55/1 (וכן תמ"א 55/1/1 ותמ"א 55/1/2) עוסקת במתקנים פוטו-וולטאיים; תמ"א 56 עוסקת במתקני שידור קטנים וערים.

§ 427 מלבד תוכניות אלו אין באיו"ש תוכניות מתאר אזרחיות (תמ"א), ובוודאי שאין באיו"ש תוכניות מקיפות ומרחיקות לכת דוגמת תמ"א 35, החלה בישראל. וראו דברי בית המשפט העליון, שלפיהם "יש

⁵⁷ לקביעת אזורי התכנון בתקופת המנדט הבריטי וחלוקת ארץ ישראל המנדטורית מבחינה תכנונית למחוז ירושלים, מחוז לוד, מחוז חיפה, מחוז שומרון, מחוז הגליל, מחוז עזה, ראו צו מאת הנציב העליון על פי סעיף 10 לפקודת בנין ערים, 1936, בעניין "גבולות אזורים גליליים לבניין ערים", עיתון רשמי מס' 1129 – תוספת מס' 2, מיום 4.9.1941.

⁵⁸ אפשר לעיין בתמ"אות החלות באיו"ש באתר מנהל התכנון:

<http://mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV3.aspx?tid=3>

http://iplan.gov.il/Mechozi/yosh/Pages/yosh/National_programs.aspx ;

לפרש את חוק התכנון הירדני, כמכיר באפשרות לקדם תכנון מקומי להקמת יישוב חדש או להרחבתו אף בהיעדר תוכנית אזורית"; "בנקודת הזמן הנוכחית קיים קושי לקדם תכנון אזורי ארוך טווח, הנובע בעיקרו מאי הבהירות המתעוררת באזור תדיר כאשר לשאלת הבעלות בקרקע" (בג"ץ 7590/15 במקום נ' ועדת המשנה, פורסם בנבו (2015), בפסקה 16, 14 לפסק הדין).

המצב באיו"ש: אין תחולה לתמ"א 35

§ 428 תמ"א 35, שהיא תוכנית המתאר הארצית הישראלית החשובה ביותר, לא נקלטה באיו"ש. המשמעות המשפטית של הדברים היא שאין באיו"ש תחולה לתמ"א 35. ואכן, תמ"א 35 עצמה קובעת כי "תוכנית זו חלה בכל שטחי מדינת ישראל שבהם חל החוק הישראלי".

§ 429 חרף מצב משפטי חד-משמעי זה עולה השאלה אם אין מקום להחלתו של עקרון התכנון "צמוד הדופן" שקבוע בתמ"א 35 גם באיו"ש מטעמים של היגיון וסבירות.

§ 430 החלתו של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש עלולה להציב קושי בפני ההסדרה התכנונית של היישובים והשכונות הישראליים באיו"ש, מפני שהיישובים והשכונות הללו בנויים, כאמור, באופן טיפוסי, במתכונת של "איים תלויים", על ראשי ההרים והגבעות ולא בעמקים. לעומת זאת עקרון התכנון "צמוד הדופן" מוביל לתכנון "צמוד" ורציף. נידרש לסוגיה זו להלן.

המצב באיו"ש: תחולה גמישה וזהירה לעקרון התכנון "צמוד הדופן"

§ 431 תמ"א 35 היא תוכנית מתאר ארצית ישראלית שנכנסה לתוקף בשנת 2005. תמ"א 35 שינתה מן הקצה אל הקצה את התפיסה התכנונית ששלטה בישראל. בעוד בראשית ימיה של המדינה העדיפה המדיניות התכנונית השלטת פיזור של האוכלוסייה בשטחים נרחבים ככל האפשר, אגב הקמת יישובים רבים בפריסה רחבה בכל שטחה של ישראל, בחלוף השנים, לנוכח המחסור ההולך וגובר בקרקעות בישראל, החליטו קובעי המדיניות לשנות את מדיניות התכנון הנוהגת ולהתאימה לצרכים העדכניים של מדינת ישראל.

§ 432 כחלק ממדיניות זו נקבע בתמ"א 35 עקרון התכנון "צמוד הדופן". לפי עיקרון זה, "יש להימנע מנקודות פיתוח חדשות במרחב ולהתמקד בעיבוי וחיוזוק מוקדי פיתוח ויישובים קיימים". לפיכך נקבע בתמ"א 35 כי "ככלל, תכנית מתאר מחוזית חדשה חייבת להיות צמודת דופן לתכנית מתאר מחוזית קודמת, ובמקרים מסויימים גם תכנית מקומית או מפורטת צריכה להיות צמודת דופן לתכנית מקומית או מפורטת קודמת" (ראו **נספח ד לדו"ח זה**). לפרשנותו של עקרון התכנון "צמוד הדופן" בישראל, ראו ע"מ 6944/11 **המועצה הארצית לתכנון ובניה נ' זלצר**, פורסם בנבו (2015).

§ 433 אם כן, השאלה הנשאלת היא האם ועד כמה יש מקום להחיל גם באיו"ש את עקרון התכנון "צמוד הדופן", שהוא עקרון תכנוני שחל בישראל ותואם את צרכיה של ישראל. שאלה זו היא שאלה תכנונית מובהקת.

§ 434 לנוכח חשיבות הדברים מצ"ב חוות דעתה המקיפה של גב' בינת שוורץ-מילנר בשאלת תחולתו של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש. **חוות דעתה של גב' שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון דאז וחברת הצוות המקצועי, מצויה בנספח ד לדו"ח זה.**

"עקרון 'תכנון צמוד דופן' חיוני בחלקים העירוניים ביהודה ושומרון אך הישימות, התועלת והחשיבות שבו אינם מובהקים באזור הכפרי של המרחב. מסיבה זו בתכנון מעשי ופרקטי (להבדיל מתכנון תיאורטי), יש לשאוף לקיים ביהודה ושומרון את עקרון 'תכנון צמוד דופן' כקו-מנחה ומראה דרך, אך יש הצדקה מלאה לבחון אותו בכל מקרה לגופו תוך מתן משקל לתנאים המקומיים הייחודיים, טובת האוכלוסייה, השפעתו על קבוצות מוחלשות ומדיניות הממשלה".

§ 436 על סמך המלצה זו יש לבחון כל יישוב ושכונה באיו"ש בהתאם למתכונת הגמישה של עקרון התכנון "צמוד הדופן", מתוך הסתייגות באמות המידה המפורטות בהרחבה בחוות הדעת. בכך יינתן מענה לקושי התכנוני שהיה עלול להיווצר מהחלה דוגמטית ונוקשה – שאין לה מקום – של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש.

§ 437 מהודעה שהודיעה פרקליטות המדינה לבית המשפט העליון בבג"ץ 5300/13 אפשר ללמוד על מחויבותה של המדינה למתכונת הגמישה של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש, בהתאם לאמור בחוות דעתה הנ"ל של גב' שורץ-מילנר. נוסף על כך בתיקים מספר הודיעה המדינה כי בכוונת רשויות התכנון באזור לקיים דיון עקרוני בתחולת העיקרון של התכנון "צמוד הדופן" ביהודה ושומרון (בג"ץ 2733/14, בג"ץ 1420/14).

§ 438 יובהר כי בכל מקרה, גם לפי תמ"א 35, אין צורך להחיל את עקרון התכנון "צמוד הדופן" במקום שמדובר ביישוב חדש. לכן במקרים מתאימים המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.

(ג) דרכי גישה

הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין סמכות ההפקעה

§ 439 כדי להביא להסדרתם של היישובים והשכונות הישראליות באיו"ש הבנויים כ"איים תלויים", על גבי ראשי ההרים והגבעות, נדרשת הסדרה של דרך הגישה למקום. עניין לנו ביישובים או שכונות שהוקמו על גבי "אדמות מדינה" מוכרזות כדן, אך דרך הגישה אליהם אינה מוסדרת. רשויות התכנון אינן מאשרות תוכנית ליישוב או לשכונה בלי שהתוכנית תכלול דרך גישה מוסדרת למקום. על כן, כדי להביא להסדרת התכנונית של המקום, נדרש להסדיר את דרך הגישה אליו.

§ 440 כפי שראינו ב- § 118 - § 121 לעיל, לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל ולנוכח הפסיקה הענפה שנסקרה שם, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי המפקד הצבאי רשאי להפקיע מקרקעין, בהתאם לחוק ההפקעה הירדני, כדי להסדיר את דרך הגישה לשכונה או ליישוב ישראליים באיו"ש, בכפוף לעמידה בדרישות הסבירות והמידתיות (הדבר הודע בבג"ץ 1308/17).

§ 441 קביעתו זו של היועץ המשפטי לממשלה יש בה כדי ליתן מענה מלא לסוגיית הסדרת דרך הגישה ליישובים ולשכונות הישראליות באיו"ש הבנויים במתכונת של "איים תלויים", מתוך עמידה בדרישות של סבירות ומידתיות.

§ 442 כאן ראינו לנכון להציג שני הקשרים שיכולים לסייע, במקרים המתאימים, בעמידה בדרישות אלו, בין שלבדם ובין שבמשולב עם סמכות ההפקעה שקבעה היועץ המשפטי לממשלה. במה דברים אמורים?

§ 443 דרך המלך הנקוטה כיום להביא לידי הסדרה של דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראלים היא באמצעות איתור "אדמות מדינה" הרשומות במרשם המקרקעין בבעלות המדינה או אדמות שעברו הליך של "הכרזה על אדמות מדינה" (או ב"אדמות סקר", כדי לקדם עליהן הליך של הכרזה). ראו לעניין זה פרק 2.3-2.4 לעיל. ואולם באיו"ש יש אדמות נוספות שהן בבעלות המדינה ויכולות לשמש לדרך. ההסתייעות באדמות נוספות אלו יכולה להביא להסדרת דרך הגישה ליישובים ולשכונות הישראלים באיו"ש, ובה בעת היא תתיישב היטב עם ההגנה על קניינם הפרטי של התושבים המוגנים.

§ 444 נציג שני הקשרים שיש בהם "אדמות מדינה" נוספות שאף הן יכולות לשמש דרך, בין שכשלעצמן ובין שבמשולב עם סמכות ההפקעה שקבע היועץ המשפטי לממשלה:

(א) גשר או מנהרה בקרקע מסוג "מירי".

(ב) קרקע מסוג "מתרוכה".

§ 445 נפרט הדברים להלן.

גשר או מנהרה בקרקע מסוג מירי

§ 446 כבר הזכרנו את תקנה 43 לתקנות האג, 1907, אשר קובעת כי על המפקד הצבאי לנהוג ככל האפשר "מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה". החוק הנוהג באיו"ש בתחום קביעת הבעלות במקרקעין הוא חוק הקרקעות העות'מאני, 1858, ובהתאם לחוק זה יש לפעול (ראו דיונונו ב- § 53 - § 56 לעיל).

§ 447 חוק הקרקעות העות'מאני קובע שהקרקעות נחלקות לחמישה סוגים: קרקע מולק (השטח המבונה של היישוב); קרקע "מירי" (אדמות חקלאיות); קרקע "מתרוכה", המשמשת לצורכי ציבור; קרקע "מוואת" (קרקע המרוחקת מתחום יישוב); קרקע "ווקף" (קרקע שהפרט הקדיש לצורכי ציבור או לקרובי משפחה מסוימים).

§ 448 חלק ניכר מהמקרקעין באיו"ש הם מסוג "מירי". כפי שנפרט, הבעלות בתת-הקרקע וברום האוויר בקרקע "מירי" לעולם נותרת בידי המדינה. הלכך אפשר לסלול דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראלים אגב הסתייעות בגשרים או במנהרות, שכן גשרים או מנהרות העוברים בקרקע "מירי" עוברים ב"אדמות מדינה" ואין בהם כדי לפגוע בקניין הפרט.

§ 449 קרקע מסוג "מירי" היא קרקע חקלאית, וחוק הקרקעות העות'מאני קובע שהבעלות בה נתונה למדינה (ה"אמיר", ומכאן שמה). חוק הקרקעות מוסיף וקובע שבהתקיים תנאים מסוימים הפרט יכול לרכוש זכות להחזיק בקרקע ולהשתמש בה. התנאים שבהם יכול הפרט לרכוש את זכות החזקה והשימוש הם: עיבוד הקרקע והחזקתה במשך 10 שנים רצופות (בלי להזניח את העיבוד). הגיונו של הדין העות'מאני המתואר נובע מכך שקרקע מעובדת היא קרקע שהמעבד שילם בגינה מס יבול לשלטון. על כן השלטון העניק לפרט את הזכות להחזיק בקרקע של השלטון רק במקום שהפרט המשיך לעבד את הקרקע בפועל והמשיך להעביר בגינה מיסוי לשלטון (ראו דיונונו ב- § 59 - § 63 לעיל).

§ 450 עם זאת חוק הקרקעות העות'מאני קובע כי הבעלות בקרקע "מירי" (המכונה "רקבה") לעולם נותרת בידי המדינה. הזכות היחידה שהפרט יכול לרכוש מכוח עיבוד והחזקה ארוכי שנים היא זכות השימוש

והחזקה (המכונה "תצרוף"). מכאן שעל פי חוק הקרקעות העות'מאני הבעלות בחלל הרום ובתת-הקרקע לעולם נותרת בידי המדינה.

§ 451 לשונו של סעיף 3 לחוק הקרקעות העות'מאני בעניין זה ברורה וחד-משמעית: "הקבה על קרקעות מירי [...] שייכת לבית האוצר". הדברים מתבהרים מהגדרתו של משה דוכן בנוגע לקרקע "מירי":

"מה היא קרקע מירי? ההגדרה הכללית ביחס אל מין זה היא: קרקעות מירי הן אותן הקרקעות, שזכות קנין הבעלות עליהן שייכת לממשלה, וזכות השימוש ואכילת פירותיהן שייכת לעובד אותן [...] שהקבה בקרקעות מירי [...] היא בידי הממשלה, שהיא בעלת גוף הקרקע, והשימוש ואכילת הפירות שייכים לעובד אותה" (משה דוכן דיני הקרקעות במדינת ישראל (התשי"ג), בעמ' 46).

§ 452 המדינה הודיעה לבית המשפט על עמדתה, ולפיה הבעלות בחלל הרום ובתת-הקרקע בקרקע מסוג "מירי" נותרת בידי המדינה (ראו ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הממשלתי נ' מחצבות כפר גלעדי, פורסם בנבו (2009)).

§ 453 מכאן, כפי שצינו, אפשר לסלול דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים מתוך הסתייעות בגשרים או במנהרות, שכן גשרים או מנהרות העוברים בקרקע "מירי" עוברים ב"אדמות מדינה" – ב"קבה" – ואין בהם כדי לפגוע בקניין הפרט (ב"תצרוף").

§ 454 אף על פי כן ניתנת האמת להיאמר: הפתרון של חציבת מנהרה או הקמת גשר בקרקע "מירי" הוא פעמים רבות פתרון שאינו מעשי ואינו סביר או מידתי, בין שבשל עלויותיו הגבוהות בין שבשל הקשיים ההנדסיים שעלולים להיווצר בשל חציבת מנהרה או הקמת גשר. ועדיין ראינו חשיבות בדיון בפתרון זה, שכן יש מקרים שבהם בכל זאת הוא יכול לסייע מן הבחינה המעשית, בעיקר כשעסקינן בפרויקטים רבי היקף.

קרקע מסוג מתרוכה

§ 455 הזכרנו שחוק הקרקעות העות'מאני קובע שהקרקעות נחלקות לחמישה סוגים, ובהם **קרקע מסוג "מתרוכה"**. כעת נעמוד על כך שהבעלות בקרקע מסוג "מתרוכה" נתונה למדינה ועל כך שקרקע מסוג "מתרוכה" נועדה לשמש דרך לפי חוק הקרקעות העות'מאני. הלכך, בהחלט אפשר להשתמש בקרקעות אלו לצורך דרך גישה. הדבר יתיישב עם כללי המשפט הבינלאומי, הקובעים כי על המפקד הצבאי לנהוג ככל האפשר "מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה" (תקנה 43 לתקנות האג, 1907). כמו כן הדבר מתיישב עם הרצון להגן על הקניין הפרטי, שכן, כאמור, מדובר בקרקע שהבעלות בה נתונה למדינה. נפרט.

§ 456 המילה "מתרוכה" באה מן השורש הערבי ת-ר-כ, שפירושו "להשאיר", ופירוש המילה "מתרוכה" הוא "קרקעות שהשאירן והוקצו לצרכי ציבור ורשות הרבים" (אהרן בן-שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל (התשי"ג) 36). סעיף 5 לחוק הקרקעות העות'מאני מגדיר מהי קרקע מסוג "מתרוכה" בזו הלשון:

"קרקע שברשות הרבים (מתרוכה) היא של שני מינים:

(א) זו שהניחיה לשימוש כללי של הציבור, כגון דרכים ציבוריות;

(ב) זו שהוקצתה בשביל בני כפר או עיר או כמה כפרים וערים המרוכזים בסביבה אחת, כגון האפרים המיוחדים לבני כפרים וערים (מועה)" (תרגום: משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל (התשי"ג). ההדגשה הוספה).

§ 457 כעולה מלשון הסעיף, שני סוגים של קרקעות מוגדרים "מתרוכה":

הסוג הראשון, המנוי בסעיף קטן (א), עניינו קרקע השייכת לציבור כולו. קרקע זו מכונה **"מחאמיה"**, כלומר מוגנת, לאמור: שזכות הציבור בה מוגנת ואין מקום להסיג את גבולה והיא נועדה לשמש את הציבור בכללו (ראו דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 54, 57; בן-שמש, בספרו הנ"ל, בעמ' 36).

הסוג השני, המנוי בסעיף קטן (ב), עניינו קרקעות השייכות לציבור מסוים, כגון תושבי עיר או כפר מסוימים. סוג זה של **"מתרוכה"** מכונה **"מורפקה"**, כלומר משועבדת, לאמור: מצורפת או משועבדת למקום היישוב (ראו דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 55; בן-שמש, בספרו הנ"ל, בעמ' 36).

§ 458 ענייננו כעת הוא בדרכים, על כן נתמקד להלן בחלופה המנויה בסעיף 5(א) לחוק הקרקעות העות'מאני, היא החלופה המכונה **"מחאמיה"**, ולא נעסוק בחלופה המנויה בסעיף 5(ב) לחוק הקרקעות העות'מאני, המכונה **"מורפקה"**.

§ 459 הדינים החלים על מקרקעי מתרוכה מפורטים בעיקרם בפרק השני, סימן א, לחוק הקרקעות העות'מאני, סעיף 91-102 לחוק. נפנה ונעיין בסעיפים העוסקים ב**"מחאמיה"**, ובפרט בסעיפים העוסקים בדרכים ציבוריות. שני סעיפים עיקריים עוסקים בדרכים ציבוריות, והם סעיף 93 וסעיף 102 לחוק הקרקעות העות'מאני. סעיף 93 קובע כי:

"אין בונים בניינים ואין נוטעים נטיעות בדרך הרבים, ואם עבר אדם ובנה ונטע – הבניינים ייהרסו והנטיעות יעקרו. זה הכלל: דרך הרבים אין בה חזקה, ואם החזיק בה אדם מסלקים אותו" (בתרגומו של דוכן, בספרו הנ"ל).

§ 460 סעיף 102 לחוק הקרקעות העות'מאני קובע הוראה דומה. וזו לשון הסעיף:

"כל נכסי רשות הרבים, כגון: מקומות החורשות והיערות, שהוקצו לבני הכפרים, ודרך הרבים והשווקים ומקומות הכנוס לתגרנים ומקומות הגרנות והמרעה, בין של קיץ ובין של חורף – אין בהם דין חזקה ליחידים אפילו לאחר כמה שנים" (בתרגומו של דוכן, בספרו הנ"ל. ההדגשה הוספה).

§ 461 העיון בלשון החוק לימדנו כי אחד המאפיינים החשובים של קרקע מסוג **"מתרוכה"**, בפרט קרקע המשמשת דרך, הוא כי השימוש הציבורי בקרקע נשמר מכל משמר ואדם פרטי אינו יכול לרכוש בקרקע זכויות מכוח חזקה, אפילו אם מדובר בחזקה ממושכת. אין לטעת, לבנות או להחזיק בקרקע **"מתרוכה"** המשמשת דרך, ומי שמחזיק בקרקע, נוטע בה או בונה בה – יסולק מן הקרקע. הכול כדי להבטיח את השימוש הציבורי בקרקע. כך סוכם הדין על ידי דוכן בספרו הנ"ל:

"ביחס לקרקעות ממין מתרוכה נוהג כלל, שאין בונים בניינים ואין נוטעים נטיעות על קרקע ממין זה. ואם עבר אדם ובנה ונטע – ייהרסו הבניינים, והנטיעות יעקרו. מלבד זה ביחס לקרקעות מתרוכה אין נוהג דין חזקה, כלומר – הכלל של חזקה על יסוד החזקה (usucapio) אינו חל על קרקעות אלו" (שם, בעמ' 58).

§ 462 **"מתרוכה"** נוצרת בשתי דרכים: הדרך האחת היא הקצאה (assignment) ורישום בספרי האחוזה. הדרך השנייה היא שימוש רב שנים, **"מימים קדמונים"** (ab antiquo). על שתי הדרכים ליצירתה של **"מתרוכה"**, ראו דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 55. על השימוש רב שנים, **"מימים קדמונים"** (ab antiquo), כדרך ליצירת **"מתרוכה"**, ראו גם סעיף 91, 95-100 לחוק הקרקעות העות'מאני.

§ 463 מהו משך הזמן הדרוש כדי ששימוש **"רב שנים"** יהפוך את הקרקע ל**"מתרוכה"**? דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 56, מציין כי הדין העות'מאני לא קבע פרק זמן מוגדר ונוקשה, ונראה כי ההכרעה בעניין תיעשה מקרה-מקרה לפי נסיבותיו. דוכן מעיר שם כי היקש לסעיף 1675 למג'לה ילמד כי לכאורה התקופה צריכה לעלות על 50 שנה.⁵⁹ נעיר כי היקש לסעיף 94 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, החל בישראל, יעלה כי

⁵⁹ סעיף 1675 למג'לה קבע כך:

התקופה שבה נרכשת זיקת הנאה, ובכלל זה זיקת הנאה לצורך שימוש במקרקעין כדרך, עומדת על 30 שנה. וראו גם סעיף 92 לחוק המקרקעין, הקובע כי זיקת הנאה יכול שתהא "לטובת הציבור".

464 § **קרקע שהיא "מתרוכה" – הבעלות בה נתונה למדינה.** "הרקבה [=הבעלות] של מתרוכה היא בידי המדינה" (דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 55). זכות השימוש ("תצרוף") בקרקע "מתרוכה" נתונה לציבור, וב"מתרוכה" מסוג "מחאמיה", המשמשת דרך, היא נתונה לציבור כולו לצורך שימוש כדרך. כדבריו של דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 38:

"קרקעות שהמלכות מסרה אותן לשימוש ציבורי, כמו: דרכים, מרעה וכדומה. סוג זה אנו מוצאים בחוק הקרקעות הנוכחי בשם קרקעות מתרוכה. זכות הבעלות על גוף הקרקע נשארה בידי המלכות ורק זכות השימוש בקרקע נמסרה לציבור."

465 § הינה כי כן, לפי חוק הקרקעות העות'מאני, דרכים המשמשות בפועל דרכים מ"מים קדמונים" וכן דרכים הרשומות כדרכים במרשם המקרקעין הן בבעלות המדינה. מכאן כי במקום שיש "מתרוכות" המשמשות דרך "מים קדמונים" או שהן רשומות במרשם המקרקעין, במקרים מתאימים יהיה אפשר לעשות בהן שימוש כדרכים על ידי קביעתן בתוכנית המבקשת להביא להסדרה של יישוב או שכונה באיו"ש. כך עולה מחוק הקרקעות העות'מאני, והדברים מתיישבים היטב עם ההגנה על הקניין הפרטי.

466 § למען שלמות התמונה באשר לדין החל באיו"ש לעניין דרכי גישה ליישובים ושכונות, ראוי להידרש בקצרה לחוק הדרכים הירדני.

חוק הדרכים הירדני

467 § חוק הפיקוח על הדרכים והשמירה עליהן, חוק מס' 51 משנת 1938, כפי שתוקן בחוק תיקון לחוק הפיקוח על הדרכים והשמירה עליהן, חוק מס' 29 לשנת 1957 (להלן – חוק הדרכים הירדני) הוא החוק החל באיו"ש בעניין השמירה על הדרכים. החוק מגדיר "דרך" בסעיף 2 לחוק הגדרה רחבה, הכוללת אף את שוליה של הדרך, אגב הבהרה שהכוונה הן לדרך סלולה הן לדרך שאינה סלולה. וזו לשונה של ההגדרה בסעיף 2 לחוק:

"(א) במילה (דרך) כוללת כל חלק מדרך שיועדה לתעבורה בין אם הייתה סלולה ובין שלא הייתה סלולה.
(ב) החלק הבלתי סלול משני צדדי הדרך (באנקיט).
(ג) התעלות הגובלות בדרך.
(ד) כל הגשרים והמעברים ומה ששייך להם כגון עמודים, יסודות, קירות תומכים וכדומה.
(ה) שני צדדי הדרך בין אם היו קיימים על שטח המילוי אם החצוב.
(ו) הקרקע המשתרעת עד לשבעים וחמש סנטימטרים מהגבול החיצוני של תעלת הדרך, במידה והייתה הדרך גובלת בתעלה; במידה ולא הייתה גובלת בתעלה, תימדד משולי בסיס המילוי התחתון או מהצד העליון של החתך ותכלול גם אותם חלקים מהדרכים שהופנתה מהן התעבורה באופן תמידי, מלבד אם היו באופן חלקי בבעלות בני אדם כלשהם".

468 § חוק הדרכים הירדני קובע כי בדרכים – כהגדרתם הרחבה, הכוללת כאמור גם את שולי הדרך – חל איסור חמור על פלישה ועל הסגת גבול, וההגדרה של הסגת גבול בסעיף 2 לחוק אף היא רחבה וכוללת הבהרה שלפיה הסגת גבול לפי החוק כוללת "כל מעשה [...] ההופך אותה [את הדרך] לבלתי מתאימה לשמש את המטרה שלשמה נסללה, או המשחית את הדרך [...] כמו כן, סיפוח כל חלק מהדרך לכל קרקע סמוכה או השימוש בה לכל מטרה שלא לשמה נסללה הדרך [...]".

"אין התיישנות בקרקעות ציבור"

תביעת קרקעות שהנאתן לציבור, כגון דרך הרבים, הנהר ואדמת המרעה, אין בה התיישנות. כיצד? מי שתפס אדמת מרעה השייך לכפר והחזיק בה בתוך חמישים שנה באין מפריע, ולאחר מכאן באו בני הכפר לתבוע את אדמת המרעה — נזקקים לחביעתם" (ההדגשה הוספה).

§ 469 עוד עולה מחוק הדרכים הירדני תפיסה מקובלת באשר לרוחבה הטיפוסי והנוהג של דרך לפי הדין הירדני, שהוא הדין החל במקום. וכך קובע סעיף 8(1) לחוק הדרכים הירדני:

“דרכי הממלכה יחולקו לשלושת הסוגים הבאים:

(א) דרכי הממלכה הציבוריות (הראשיות) שלא יעלה רוחבן על 40 מטר מחוץ לערים [...]

(ב) דרכי המחוזות (המשניות) שלא יעלה רוחבן על 30 מטר מחוץ לערים [...]

(ג) דרכי הכפרים (חקלאיות) אשר לא יעלה רוחבן על 20 מטר מחוץ לכפרים”.

§ 470 העיון בחוק הדרכים הירדני השלים לנו את התמונה המשפטית הנחוצה לצורך הידרשות להסדרתן של דרכי הגישה באיו”ש.

§ 471 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השני של המקרים שהתבקשה הסדרתם, הוא הסוג שעניינו "איים תלויים":

(א) באיו"ש יש מציאות ייחודית ולפיה היישובים והשכונות הישראליות בנויים באופן טיפוסי על גבי ההרים והגבעות, והעמקים המחברים ביניהם אינם מהווים חלק מההתיישבות הישראלית. מציאות ייחודית זו נובעת מהדין המהותי החל באיו"ש, ולפיו "אדמות מדינה" נמצאות בדרך כלל בראשי ההרים והגבעות, ואילו העמקים יכולים להיות מעובדים בעיבודים חקלאיים פרטיים. כך נוצרת מציאות של "איים תלויים".

(ב) כדי להסדיר את ה"איים התלויים" נדרשת פעולה בשני היבטים עיקריים: האחד הוא ההיבט התכנוני, המכונה "תכנון צמוד דופן". השני הוא ההיבט הקנייני, שעניינו הסדרת דרך גישה ליישוב או לשכונה.

(ג) באשר להיבט התכנוני ולסוגיה של "תכנון צמוד דופן": הדרישה כי התכנון של יישובים או שכונות יהיה "צמוד דופן" לתוכניות קיימות היא דרישה תכנונית שקיימת מן הבחינה המשפטית אך ורק בשטח מדינת ישראל, מכוחה של תמ"א 35, שהיא תוכנית החלה רק בישראל. החלה דוגמטית ונוקשה של עיקרון תכנוני-ישראלי זה באיו"ש הייתה עלולה להציב קושי מבחינת ההיתכנות להסדרה התכנונית של ה"איים התלויים".

(ד) המלצתנו בהקשר זה היא להחיל, מטעמים שבהיגיון, את עקרון התכנון "צמוד הדופן" גם באיו"ש, אך בצורה גמישה המאפשרת שקילה של כלל השיקולים הצריכים לעניין. המלצה זו נתמכת בחוות דעתה המפורטת של גב' בינת שוורץ-מילגר, ראש מנהל התכנון דאז **וחברת הצוות המקצועי, המצויה בנספח ד לדר"ח זה**. הודעת המדינה בבג"ץ 5300/13 מלמדת על מחויבותה של המדינה למתכונת הגמישה האמורה של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש.

(ה) יובהר כי בכל מקרה, גם לפי תמ"א 35, אין צורך להחיל את עקרון התכנון "צמוד הדופן" במקום שמדובר ביישוב חדש. לכן, במקרים מתאימים, המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש, אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.

(ו) באשר להיבט הקנייני ולסוגיה של הסדרת דרכי הגישה: עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אפשר להפקיע מקרקעין בעבור דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראלית, ובלבד שהדבר עומד בעקרונות של מידתיות וסבירות (הודעת היועץ בבג"ץ 1308/17). עמדה זו, הנסמכת על פסיקת בית המשפט העליון, יש בה כדי ליתן מענה לצורך בהסדרת דרכי הגישה ל"איים התלויים".

(ז) למען שלמות התמונה, ובלי שיהיה בכך כדי למעט מעמדתו זו של היועץ המשפטי לממשלה, ראינו לנכון להסב את תשומת הלב לשתי אפשרויות משלימות שיש בהן כדי להביא לידי הסדרה של דרכי הגישה ליישובים ולשכונות הישראליות. ביישומן של אפשרויות אלו אין משום פגיעה בקניין הפרט.

(ח) האפשרות האחת היא **לחצוב מנהרה או לסלול גשר** שיביאו להסדרת דרך הגישה ליישוב או לשכונה הישראלית. דרך זו אפשרית משום שלפי דין הקרקעות המהותי החל באיו"ש, הבעלות בתת-הקרקע ובחלל הרום נותרת לעולם בידי המדינה (בקרע מסוג "מירי", שהיא

קרקע חקלאית, והיא נפוצה ביותר באיו"ש). חסרונה של מתכונת זו נעוץ בעלויותיה הגבוהות, ובשל כך לעיתים פתרון זה אינו מעשי ואינו סביר. לכן אפשר להשתמש בו מעשית בעיקר בפרויקטים רבי היקף.

(ט) האפשרות השנייה היא להשתמש ב"מתרוכות". "מתרוכות" הן דרכים המשמשות ככאלו זה שנים רבות. לפי דין המקרקעין המהותי, הבעלות ב"מתרוכות" נתונה למדינה. על כן אפשר להשתמש בהן כדרכים שימוסדו בתוכנית.

פרק 6.4: אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה: כללי

§ 472 עמדנו על כך שהקשיים האפשריים בהסדרתם של יישובים או שכונות באיו"ש ניתנים למיפוי ולחלוקה לשלושה טיפוסים:

(א) אב-טיפוס (א) – קושי שהתגלה בדיעבד. בעניין זה עסקנו בפרק 6.2.

(ב) אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים". בעניין זה עסקנו בפרק 6.3.

(ג) אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה. בכך נעסוק עתה.

§ 473 נאמר מייד כי אב-טיפוס זה של מקרים הוא המורכב ביותר מבחינת הסדרה. לנוכח מורכבות זו נחלק את דיוננו לפרקים האלה:

(א) הצגת אב-הטיפוס ומאפייניו – בכך נעסוק בפרק 6.5.

(ב) הסדרה מוניציפלית – בכך נעסוק בפרק 6.6.

(ג) הסדרה קניינית ותכנונית: איחוד וחלוקה – אפשרות זו, שהוצגה בפנינו, נותר פתוחה לדיון עתידי ונידרש אליה בקצרה בפרק 6.7.

(ד) הסדרה קניינית ותכנונית: הפקעה לפי חוק התכנון הירדני – אפשרות זו הועלתה בפנינו לאחרונה ולא היה סיפק בידינו להידרש לה. נזכירה בתמצית בשולי פרק 6.7.

פרק 6.5: אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה: כמה דברים אמורים?

(א) התרחבות החורגת מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין"

§ 474 יש באיו"ש יישובים ותיקים, הקיימים שנים רבות, לעיתים עשרות שנים. יישובים ותיקים אלו הוקמו על פי החלטת ממשלה כדין כשגרעין היישוב הוקם כדין מן הבחינה הקניינית. ברבות השנים, בעקבות התרחבותו הטבעית של היישוב, התרבו שכונותיו ובתו. התרחבות זו עשויה לעורר קושי מבחינת ההיתכנות להסדרה קניינית, שכן לא תמיד הייתה ההתרחבות לתחום ה"אדמות המוחזקות כדין".

§ 475 לדוגמה: יישוב הוקם בתחום אדמות שהוכרזו כדין "אדמות מדינה" (על ההכרזה על "אדמות מדינה", ראו פרק 2.4 לעיל). ברבות השנים התרחב היישוב ויכול שההרחבה חרגה מתחום ההכרזה.

476 § עוד דוגמה: יישוב הוקם במקרקעין התפוסים כדין בתפיסה צבאית (על תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים, ראו פרק 2.8 לעיל). ברבות השנים התרחב היישוב, ויכול שההרחבה חרגה מתחומם של המקרקעין התפוסים בתפיסה צבאית.

477 § דוגמה נוספת: יישוב הוקם במקרקעין שהופקעו כדין על ידי הרשויות הירדניות (על ההפקעות הירדניות, ראו 101 § - 109 § לעיל). ברבות השנים התרחב היישוב, ויכול שההרחבה חרגה מתחומם של המקרקעין שהופקעו על ידי הרשויות הירדניות.

478 § בכל המקרים הללו כולם יכול להתעורר קושי מן הבחינה ההסדרתית במקום שה"הרחבות החורגות" הללו לא הוקמו על "אדמות המוחזקות כדין" מהבחינה הקניינית.

479 § יודגש: אין אנו עוסקים ביישובים חדשים או בכאלה שזכו לכינוי "מאחזים". אין אנו מדברים ביישובים או בשכונות שהוקמו ללא החלטת ממשלה. אנו עוסקים כאמור ביישובים ותיקים שהוקמו על פי החלטת ממשלה רשמית ובתמיכה רשמית של הממשלה.

480 § ועוד: בהרחבות הללו פעמים רבות נעשו עבודות הפיתוח על ידי מדינת ישראל. יש יישובים שבהם התכנון של ההרחבות אף הוא נעשה על ידי מדינת ישראל, ויש גם יישובים שבהם הבנייה עצמה של ההרחבות נעשתה על ידי מדינת ישראל. עניין לנו בהרחבות החורגות מתחומן של ה"אדמות המוחזקות כדין" ואשר בוצעו לפני שנים רבות.

481 § התוצאה המעשית של מצב זה היא שנכון להיום המבנים שנבנו באדמות אלו אינם מוסדרים כדין מן הבחינה הקניינית. היעדר ההסדרה הקניינית מוביל אף להיעדר הסדרה תכנונית. על הקשר שנוצר באיו"ש בין ההסדרה הקניינית להסדרה התכנונית, ראו פרק 3.6 לעיל.

(ב) סיבות אפשריות להיווצרות ההרחבות ה"חורגות"

482 § כיצד קרה הדבר? כיצד נוצרו הרחבות ה"חורגות" מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין"? הועלו כמה השערות בעניין זה, אך נראה שבחלוף שנים כה רבות מאז אירעו הדברים קשה לדעת בבירור כיצד אירע הדבר.

483 § עם זאת נעיר כי התופעה שלפיה "הקדימה" הבנייה את הליכי התכנון והרישוי הרשמיים של יישובים ושכונות לא הייתה ייחודית לאיו"ש בתקופה הנוגעת לענייננו. אולי "אוירה" זו היא שגרמה להיווצרות התופעה. כמו כן ייתכן שבאיו"ש הייתה "אוירה" זו בעלת משקל, שכן יכול שהדרג המדיני סבר – מטעמים מדיניים כאלו ואחרים – שיהיה נכון לנהוג כך במקרים שנראו לדרג המדיני מתאימים.

484 § על כל פנים, כאמור, לא מדובר ב"אוירה" ייחודית לאיו"ש. נזכיר דוגמאות ידועות בישראל:

קיבוץ להבות חביבה, השוכן כ-10 ק"מ מזרחית לחדרה, הוקם בשנת 1949 ואחר כך שינה את מקומו ועבר בשנת 1951 לגבעה סמוכה ליישוב המקורי, למקום שבו הוא נמצא כיום. התוכנית להסדרתו התכנונית של הקיבוץ אושרה רק בשנת 1980 (תוכנית מ/70).⁶⁰

נמרוד הוא יישוב השוכן למרגלות החרמון, בסמוך למצודת נמרוד. היישוב הוקם בשנת 1982. היישוב הוסדר בעיקרו מן הבחינה התכנונית רק בשנת 2016 (תוכנית ג/20579).⁶¹ וראו גם עפ"א (נצ') 359/08 הוועדה המחוזית נ' גולדפארב, פורסם בנבו (2009).

⁶⁰ אפשר לעיין בתוכנית באתר מנהל התכנון: <http://mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV4.aspx?tid=4>
⁶¹ אפשר לעיין בתוכנית באתר מנהל התכנון: <http://mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV4.aspx?tid=4>

כליל הוא יישוב קהילתי אקולוגי השוכן בגליל המערבי כ-10 ק"מ ממזרח לנהרייה. היישוב הוקם בשנת 1979. היישוב הוסדר בעיקרו מן הבחינה התכנונית רק בשנת 2009. וראו גם בג"ץ 5137/08 אלבו נ' הוועדה לנושאים תכנוניים, פורסם בנבו (2010).

§ 485 לשון אחר: אנו עוסקים בתקופה שבה הן בישראל הן באיו"ש הבנייה של יישובים נעשתה לעיתים בברכת הרשויות לפני ההסדרה התכנונית המלאה של היישובים. הכוונה הייתה שהבנייה תוסדר תכנונית בהמשך הדברים. היום, כך יש לקוות, הדברים מתנהלים אחרת.

§ 486 על כל פנים, בישראל ההסדרה התכנונית של היישובים שבנייתם "הקדימה" את תכנונם התאפשרה בדרך כלל, גם אם בחלוף שנים רבות, כמו בדוגמאות שהבאנו לעיל. באיו"ש הדברים מורכבים יותר, ועוד נעמוד על כך.

(ג) יישובים שבהם הבנייה "הקדימה" את התכנון: המצב בישראל

§ 487 עמדנו על כך שבתקופה המדוברת הייתה בישראל ובאיו"ש אווירה שאפשרה את המצב שלפני יישובים נבנו לפני שתכנונם הושלם, בברכת רשויות המדינה. במצב זה, רק לאחר מכן, לעיתים בחלוף שנים רבות, הושלמו הליכי התכנון והבנייה של היישובים הללו. נתעכב קמעא על הפסיקה הנוגעת לעניין בישראל.

§ 488 נעיין לדוגמה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת, שעסק בכתבי אישום שהוגשו נגד תושבי היישוב נמרוד בשל הבינוי שביצעו ביישוב ללא היתר (עפ"א (נצ') 359/08 הוועדה המחוזית נ' גולדפארב, פורסם בנבו (2009)). התושבים טענו שהיישוב כולו בנוי ללא היתר, וכי "הם התיישבו ביישובם ברמת הגולן ביוזמת החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית, ובשליחותה, ובידיעה ועידוד של המועצה האזורית גולן, הכול מתוך מניעים אידיאולוגיים וציוניים מובהקים. הם טענו כי הם [...] פעלו על יסוד הבטחה שלטונית מפורשת של החטיבה להתיישבות, שלפיה היישוב על אדמותיו עתיד להיות מוסדר ומוכר על ידי הגופים המיישבים, זאת באחריותם המלאה תוך שאותם גופים ממליצים, מאשרים, ואף מעניקים הלוואות מתאימות לצורך הקמת המבנים נשוא כתב האישום".

§ 489 בית המשפט המחוזי בנצרת ביטל את כתבי האישום שהוגשו נגד תושבי נמרוד מטעמים של "הגנה מן הצדק". בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות המקרה, שבהן המדינה עודדה את הקמת היישוב ותמכה בו, הגשת כתבי האישום נגד התושבים יוצרת "מצב בלתי נסבל", העולה "כדי התעמרות" בתושבים. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי "הפגיעה בנסיבות אלה בתחושת הצדק וההגינות היא כה חריפה, עד שהיא מצדיקה ביטול כתבי האישום ממש" (פסק דינו של כב' השופט אברהם).

§ 490 עוד אמר בית המשפט המחוזי כי:

"גזירה שלפיה אזרחים העוברים לגור בהאחזות מסויימת בעידוד המדינה ובעזרתה התקציבית, ימצאו עצמם עומדים במקום AS IS – מבחינת היעדר אפשרות לפיתוח המקום, היא גזירה בלתי סבירה ובלתי צודקת בעליל, בייחוד כאשר הקפאת המצב הזו נמשכת שנים ארוכות" (פסק דינו של כב' השופט עיילבוני).

§ 491 בעת האחרונה, בשנת 2016, הוסדר כאמור היישוב נמרוד מן הבחינה התכנונית.

§ 492 כעת נעיין בפסק דינו של בית המשפט העליון בנוגע לבנייה של בני שבט אבו קייר, שנעשתה בעידוד המדינה (ע"מ 2847/13 איסמעילוף נ' ראש הממשלה, פורסם בנבו (2016)). דובר שם על בנייה בניגוד לדיני התכנון והבנייה שעשו בני השבט באזור נבטים שבנגב. הבנייה נעשתה גם על קרקע פרטית של

המערערים, והמדינה עצמה בנתה במקום שלא כדין בית ספר וגן ילדים. המערערים ביקשו כי בית המשפט יורה למדינה לפעול להוצאת צווי הריסה לכלל המבנים הבלתי חוקיים שנבנו על גבי אדמתם.

493 § בית המשפט העליון דחה את בקשתם של המערערים בקובעו כי אין מקום להתערב בשיקול דעתה של המדינה בעניין זה. בית המשפט העליון מבהיר כי:

"לצד חובתה של המדינה להגן על קניינם של המערערים, חלות על המדינה חובות נוספות, לרבות מתן מענה לצרכי בני השבט, ועל רשויות האכיפה לאזן בין החובות המוטלות עליה [...] לצד זכותם החשובה של המערערים לקניין, על המדינה לקחת בחשבון במסגרת סדרי העדיפויות לאכיפה גם את זכותם של בני השבט לכבוד, לתנאי קיום מינימלי, לחינוך וכיוצא באלו [...] הדברים נכונים במיוחד בהינתן העובדה שהם יושבים על הקרקע עשרות שנים ללא מחאה מצד המערערים, כך שנדרש איזון בין זכות הקניין של המערערים לבין זכויות שונות העומדות לבני השבט" (שם, בפסקה 11 לפסק הדין).

494 § כללם של דברים, גם בישראל מוכרים היטב המקרים של בנייה בלתי חוקית שנעשתה בעידוד המדינה ולעיתים על ידי המדינה עצמה, לרבות על גבי קרקע פרטית. במקום שיש טעמים אנושיים חזקים או התנהגות בלתי ראויה של המדינה, הנטייה הברורה היא לפעול להסדרתם של יישובים אלו.

495 § ומה הדין באיו"ש? מהו אפוא מצבם של התושבים ב"הרחבות" של היישובים הוותיקים באיו"ש, הרחבות שנעשו לפני שנים בתמיכת המדינה ובעידודה על גבי אדמות שאינן "אדמות מוחזקות כדין"? נראה מייד כי באשר למבנים שהוקמו ללא מחאה לפני שנים רבות, משמעות הדברים היא שהסיכוי שיינתנו נגד מבנים אלו צווי הריסה ופינוי אפסי, ונראה כי יש מניעה משפטית מפני פינוי. עדיין, אין פירוש הדבר כלל ועיקר כי מדובר במבנים מוסדרים.

(ד) אי-פינוי מחמת שיהוי

496 § ראינו שביישובים הוותיקים באיו"ש שהוקמו על פי החלטות ממשלה וזכו לתמיכה רשמית מהמדינה, יש מקרים שבהם היישובים התרחבו מעבר לתחומן של ה"אדמות המוחזקות כדין". התרחבות זו נעשתה לפני שנים רבות. ברוב המוחלט של המקרים שנתקלנו בהם מדובר במבנים שנבנו לפני יותר מעשור, ללא כל מחאה. במקרים רבים מדובר במבנים שנבנו לפני שנים רבות עוד יותר, לעיתים עשרות שנים. באופן טיפוסי, עבודות הפיתוח להקמתן של "הרחבות חורגות" אלו נעשו על ידי המדינה או בעידוד הרשויות. יש שהתכנון עצמו של הבנייה ב"הרחבות החורגות" נעשה על ידי המדינה, ולפעמים גם הבנייה עצמה של ה"הרחבות החורגות" נעשתה על ידי המדינה.

497 § לנוכח חלוף הזמן ולמראה התמיכה הממשלתית, כפי שנפרט להלן, משמעות הדברים מבחינה משפטית היא כי ההיתכנות לכך שמי מן התושבים המתגוררים ב"הרחבות החורגות" הללו יפונה מביתו וכי הבית ייהרס אפסית, ונראה שיש מניעה משפטית מפני פינוי והריסה. ואכן, מעולם לא התקבלה עתירה הנוגעת להריסה ולפינוי של מי שמתגוררים בבתיים באיו"ש שנים רבות וארוכות ללא מחאה. נעדין בפסיקה המנחה.⁶²

498 § הפסיקה המנחה, שבמסגרתה ניתנו צווים להריסה של יישובים או שכונות ישראלים באיו"ש, עסקה בעיקרה בחמישה יישובים או שכונות כאלו: מגרון; עמונה; "תשעת הבתים" בעפרה; בתי האולפנה בבית אל; בתי דרינוף בבית אל. כנגד שכונה נוספת – נתבי האבות – תלוי ועומד פסק דין חלוט נוסף להריסה.

⁶² למען שלמות התמונה נזכיר שבימים אלו תלויה ועומדת בבית המשפט העליון עתירה נגד שכונת מצפה כרמים ביישוב כוכב השחר (בג"ץ 953/11). נעיר כי בית המשפט העליון ציין כי "קשה להתעלם מכך שהקרקע שבמחלוקת מעובדת [על ידי תושבי כוכב השחר] מזה 27 שנים". המדינה הבהירה והעמידה דברים על דיוקם כי "החלקות שבמחלוקת מצויות בסמיכות בלבד לחלקות שעובדו מזה שנים על-ידי תושבי כוכב השחר. לצד זאת, הזכירה המדינה כי כבר בסמוך לאחר חתימת הסכם המאחזים בשנת 1999 הועברו 17 מבנים יבילים לחלקות שבמחלוקת; כי בהמשך התווספו מבנים יבילים נוספים לחלקות אלה; וכי בניית מבני הקבע באחת מהחלקות שבמחלוקת החלה במחצית השנייה של שנת 2010".

העיון בפסיקה מנחה זו מעלה כי בכל המקרים הללו דובר בעתירות שהוגשו באופן מיידי, בסמוך לתחילת הבנייה, וללא שיהוי. נעמוד על הדברים מקרוב.

§ 499 **מגרון** נהרסה בשנת 2012. מגרון הוקמה על קרקע פרטית מוסדרת. העתירה נגד היישוב הוגשה בשנת 2006 (בג"ץ 8887/06), במהלך ביצוע עבודות בינוי ביישוב. כמו כן בסמוך לאחר הקמת מגרון נקטו רשויות המנהל האזרחי הליכי אכיפה לפי חוק התכנון הירדני, ובכלל זה הוצאו מיידית צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה נגד הבנייה. כלומר, ההליכים המשפטיים נגד הקמתה של מגרון התנהלו **מיידית וללא כל שיהוי שהוא** על ידי מי שהיו בעלי זכויות במקרקעין.

§ 500 **עמונה** הוקמה על קרקע פרטית מוסדרת. בשנת 2000 גילו פקחי המנהל האזרחי עבודות להכשרת קרקע באזור, הוציאו מיידית צווי הפסקת עבודה והעבודות אכן הופסקו. בשנת 2004 גילו הפקחים כי העבודות חודשו, ושוב הוצאו מיידית צווי הפסקת עבודה. עתירות לבג"ץ הוגשו מיידית בסמוך לאחר מכן. לבסוף נהרסה עמונה על פי צו בית המשפט. בשנת 2006 נהרסו תשעה מבנים בעמונה. בשנת 2017 נהרס היישוב כולו (בג"ץ 851/06, בג"ץ 9949/08). שוב אנו רואים כי מדובר ביישוב שמראשית הקמתו התנהלו נגדו **מיידית וללא שיהוי** הליכים להריסה לפי דיני התכנון והבנייה, והוגשו עתירות לבג"ץ.

§ 501 **תשעת הבתים בעפרה** החלו להיבנות בשנת 2006 ובשנת 2007 על שטח של כ-12 דונם ביישוב עפרה. הם נבנו על קרקע פרטית מוסדרת. מייד כשהחלה הבנייה הוציא המנהל האזרחי נגד המבנים צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה. בסמוך לאחר מכן, בשנת 2008, הוגשה העתירה נגד הבנייה. הבתים אוכלסו בשנת 2008, בשעה שבקשה לצו ביניים נגד האכלוס הייתה תלויה ועומדת בפני בית המשפט העליון. הבתים פונו, על פי צו בית המשפט, בשנת 2017 (בג"ץ 5023/08). שוב אנו רואים שמדובר בפינוי שנעשה בעקבות עתירה שהוגשה באופן מיידי **וללא כל שיהוי שהוא**, והאכלוס נעשה **לאחר** הגשת העתירה.

§ 502 **שכונת האולפנה בבית אל** עניינה חמישה מבני קבע וחמישה מבנים יבילים שנבנו באתר המכונה "גבעת האולפנה" בבית אל על קרקע פרטית מוסדרת. בסמוך לאחר שהחלו הליכי הבנייה הוציא המנהל האזרחי צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה נגד הבנייה, ומייד לאחר מכן הוגשה העתירה לבג"ץ. בשנת 2008 הוציא בית המשפט העליון צו ביניים נגד המשך ביצוע הבנייה ונגד המשך אכלוס הבתים. המבנים נהרסו, על פי פסק דין של בית המשפט, בשנת 2012 (בג"ץ 9060/08). אם כן, הדפוס המשפטי אחיד, חוקי וקבוע: עתירות שהוגשו **ללא שיהוי**, בסמוך לאחר תחילת הליכי הבנייה, נגד בנייה בלתי חוקית, ובאופן מיידי ננקטו הליכים מנהליים נגד הבנייה.

§ 503 **בתי דריינוף** הם שני שלדים של מבנים שנבנו בחלקו המערבי של היישוב בית אל על קרקע פרטית מוסדרת בשטחו של צו תפיסה. עתירה נגד הבנייה הוגשה בשנת 2010, לאחר שנגד הבנייה הוצאו על ידי המנהל האזרחי צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה. העתירה התבררה בשעה שהמבנים היו בתהליכים של בנייה. המבנים פונו, על פי צו שיפוטי, בשנת 2015 (בג"ץ 9669/10). שוב, העתירה שהתקבלה הוגשה ללא שיהוי, במהלך הבנייה עצמה.

§ 504 **נתיב האבות** הוא שכונה של היישוב אלעזר שבגוש עציון. בשנת 2002 הוחל בהקמתה של השכונה על קרקע בלתי מוסדרת. בסמוך לאחר שהחלה הקמת השכונה הוצאו נגדה על ידי המנהל האזרחי צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה. בשנת 2002 הגישו תושבים מוגנים, שטענו לזכויות בקרקע, את העתירה הראשונה נגד הקמת בתי השכונה, ולמעשה מראשית הקמתה של השכונה כל העת הוגשו בעניין הקמתה, ללא כל שיהוי, כמה עתירות לבית המשפט. כיום תלוי ועומד נגד בתי השכונה צו שיפוטי חלוט להריסה, וחלקם כבר נהרסו (בג"ץ 5083/02, בג"ץ 8255/08, בג"ץ 7292/14).

§ 505 **כללם של דברים**, המצב המשפטי בעניינו הוא כדלקמן: מבנים שהעתירות נגד בנייתם הוגשו **ללא שיהוי** – העתירות בעניינם התקבלו. לעומת זאת מבנים שהוקמו לפני שנים רבות, ללא כל מחאה, עתירות נגד הקמתם – אם תוגשנה – צפויות להידחות מחמת **שיהוי**. ואכן, מעולם לא התקבלה עתירה נגד מבנים שהוקמו בהתיישבות הישראלית באיו"ש לפני שנים רבות וללא כל מחאה.

506 § עוד על משמעותו של השיהוי, ראו בהרחבה בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית אכסא נ' שר הביטחון, פורסם בנבו (2011), והאסמכתאות הרבות המובאות שם. בבג"ץ 281/11 הנ"ל דחה בית המשפט העליון עתירה נגד הפקעת מקרקעין באיו"ש, הפקעה שנועדה לצורך מסילת הרכבת החדשה המתוכננת בין תל אביב לירושלים. העתירה נדחתה מחמת השיהוי, ובית המשפט העליון עומד שם בהרחבה על עיקריה של דוקטרינת השיהוי. ואלו עיקרי הדברים:

"פרט המבקש להביא את טענותיו לביקורת שיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק, צריך להגיש עתירה בעניין ללא שיהוי. הוגשה העתירה באיחור – עשוי בית המשפט לדחותה על הסף אם מצא כי הדבר גרם נזק או הביא לשינוי במערך האינטרסים של היחיד או של הכלל [...]. נהוג לפרק את השיהוי לשלושה יסודות: שיהוי סובייקטיבי, שיהוי אובייקטיבי ומידת הפגיעה בעקרונות שלטון החוק. בחינת השיהוי הסובייקטיבי – הוא ההיבט הראייתי של השיהוי – מתמקדת בהתנהגות העותר בפועל. השאלה הנשאלת היא אם יש באיחור הניכר בהגשת העתירה כדי ליצור חזקה ראייתית לוויתור מצד העותר על זכותו לפנות לערכאות [...] לעומת השיהוי הסובייקטיבי, מתמקדת בחינתו של השיהוי האובייקטיבי באפשרות הפגיעה באינטרסים של הרשות המינהלית ושל צדדים שלישיים הנוגעים בדבר כתוצאה מהתערבות שיפוטית, שעה שחלף פרק זמן ניכר ממועד קבלת ההחלטה המינהלית, וכן כשינוי שחל במצב בשטח. אם שני יסודותיו של הראשוני של השיהוי התקיימו, יש להעמיד כנגדם את מידת הפגיעה הנטענת בשלטון החוק ובאינטרס הציבורי בשל דחיית העתירה בגין שיהוי. יסוד זה נותן ביטוי, בין היתר לעיקרון שלפיו בית המשפט לא ייתן ידו לפגיעה קשה בשלטון החוק, אפילו הוגשה העתירה בשיהוי שפגע באינטרסים מוגנים" (שם, בפסקה 12, 14 לפסק הדין).

507 § הוא הדין בעניין ה"הרחבות החורגות": מדובר במבנים שהוקמו לפני זמן רב מאוד, ללא כל מחאה, ואגב שינוי ניכר והסתמכות כבדת משקל של צדדים שלישיים. כלומר, באשר ל"הרחבות החורגות" התקיימו הן שיהוי סובייקטיבי והן שיהוי אובייקטיבי. אשר להגנה על שלטון החוק, ראו דברי בית המשפט העליון בבג"ץ 281/11 הנ"ל, אשר חלים אף בנוגע ל"הרחבות החורגות". בית המשפט העליון ראה לדחות את העתירה שם מחמת השיהוי, חרף הטענה האפשרית לפגיעה בשלטון החוק:

"אפילו היינו מניחים לצורך הדיון כי פעולת הרכבת אינה עולה בקנה אחד עם הדין החל באזור במלוא היבטיו, הרי שבנסיבות העניין, הפגיעה בשלטון החוק אינה בעוצמה העולה על הנזק שייגרם לאינטרסים של הרכבת, של צדדים שלישיים וכן לאינטרס הציבורי אם תתקבל העתירה חרף הגשתה בשיהוי" (שם, בפסקה 28 לפסק הדין).

508 § על כן, כאמור, הסיכוי שהמבנים המדוברים ייהרסו בחלוף שנים כה רבות אפסי, ונראה שיש מניעה משפטית מפני פינוי והריסה, בשל השיהוי שידבק בכל עתירה, שתוגש – אם תוגש – בנוגע למבנים אלו.

509 § עם זאת נדגיש: אי-פינוי המבנים, שנבנו לפני שנים רבות ללא כל מחאה, מחמת השיהוי, אין פירושו שהמבנים מוסדרים. המחשה חדה וברורה לכך אפשר לראות במקרה של החייל יהודה הישראלי.

(ה) החייל יהודה הישראלי

510 § יהודה הישראלי הוא חייל צה"ל שנפגע אנושות במבצע "צוק איתן". בקיץ 2016 לערך הובהר כי לצורך שיקומו של החייל יש לערוך שיפוצים מקיפים בבית הוריו, שאליו התעתד החייל לשוב. בית הוריו של החייל נמצא באחת ההתרחבויות של היישוב עפרה. הבית נבנה בהתרחבות האמורה לפני שנים רבות מאוד, על פי תכנון שביצעה מדינת ישראל ובהסתייעות בעבודות פיתוח שביצעה המדינה במקום. אלא שהברור העלה כי הבית מצוי מחוץ ל"תחום האדמות המוחזקות כדין".

511 § מעולם לא הוגשה עתירה נגד בניית בית ההורים (שנעשתה לפני שנים רבות), וברי כי לו הייתה מוגשת עתירה – היא הייתה נדחתה מחמת השיהוי כבד.

§ 512 מאחר שהבית אינו מוסדר (שכן הוא נמצא מחוץ לתחום "האדמות המוחזקות כדין"), סירב משרד הביטחון לשאת בעלויות מימון השיפוץ של בית ההורים. אילו היה הבית מוסדר, היה משרד הביטחון נושא בעלויות השיפוץ. לבסוף התנדב הציבור לשאת בעלויות השיפוץ במיזם גיוס כספים המוני מהציבור באתר headstart.⁶³

§ 513 סיכמו של דבר, המצב המשפטי בעניין המבנים שנבנו לפני שנים רבות ללא מחאה ב"הרחבות" של היישובים הוותיקים באיו"ש, הרחבות החורגות מתחום ה"אדמות המוכרזות כדין", הוא זה:

(א) **אי-פינוי** – הסיכוי שהמבנים הוותיקים יפנו אפסי, ונראה שיש **מניעה משפטית** מפני פינוי, בשל השיהוי שיהיה כרוך בכל עתירה שתוגש בעניינם (אם תוגש).

(ב) **היעדר הסדרה** – אי-פינוי המבנים אין משמעו הסדרה כלל ועיקר, כפי שיוכיח המקרה של החייל יהודה הישראלי, שנמנע ממנו המימון הממשלתי הנחוץ לצורך שיפוץ ביתו.

§ 514 האם יש היתכנות להסדרה מקיפה יותר של מבנים ותיקים אלו? שאלה כבדה זו נותר לאלו שיבואו אחרינו. המלצותינו בהקשר זה מצטמצמות להקשרים האלה:

(א) **הסדרה מוניציפלית** של ה"הרחבות החורגות" – בכך נדון בפרק 6.6.

(ב) **הסדרה קניינית ותכנונית** באמצעות איחוד וחלוקה – אפשרות זו נותר פתוחה לדיון עתידי, ונציגה בפרק 6.7.

⁶³ ראו <https://www.headstart.co.il/project.aspx?id=19329>.

§ 515 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השלישי של המקרים שהתבקשה הסדרתם, והוא הסוג שעניינו התרחבות של שכונה או יישוב קיימים:

(א) באיו"ש כמו בישראל הייתה בזמנו "אווירה" שהביאה להקמת יישובים ושכונות לפני שהסתיימו ההליכים התכנוניים שנגעו להקמתם, והכול בברכת רשויות המדינה. יש לקוות שכיום הדברים מתנהלים אחרת.

(ב) בישראל בחלוף השנים נעשה מאמץ להביא להסדרתם של יישובים ושכונות אלו, ועל פי רוב הדברים צלחו.

(ג) לעומת זאת באיו"ש, במקום שהתברר שהבנייה נעשתה שלא בגדרן של "אדמות מוחזקות כדין", נוצר קושי בהסדרת הבנייה, בשל הקישור – הייחודי לאיו"ש – בין הבעלות במקרקעין לבין היכולת להביא להסדרתם של המבנים.

(ד) כך נוצר באיו"ש אב-טיפוס (ג): מדובר ביישוב ישראלי שהוקם לפני שנים רבות על פי החלטת ממשלה כדין (לא מדובר במה שזכה לכינוי "מאחז"). ברבות השנים התרחב היישוב, והתרחבות התרחקו מגרעין היישוב המקורי. לעיתים התברר שהתרחבות חרגה מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין".

(ה) המבנים הבנויים על "התרחבות חורגות" אלו נבנו באופן טיפוסי לפני שנים רבות. על פי רוב, מדובר במבנים שנבנו לפני יותר מעשור, ולעיתים מדובר בהתרחבות שנבנו לפני עשרות שנים, והכול בתמיכת המדינה.

(ו) מבחינה משפטית, מצבם של המבנים ב"התרחבות החורגות" הללו מורכב.

(ז) מן הצד האחד, הסיכוי שיוצאו צווי פינוי נגד מי שמתגוררים במבנים הללו אפסי, ונראה שיש מניעה משפטית מפני פינוי והריסה. אם תוגשנה עתירות נגד המבנים הללו, הן צפויות להידחות מחמת שיהוי.

(ח) מן הצד השני, אי-פינוי מחמת שיהוי אין פירושו הסדרה כלל ועיקר. המקרה של החייל יהודה הישראלי הוא דוגמה מובהקת לכך. משרד הביטחון סירב לממן את השיפוץ שנדרש בבית הוריו של החייל כדי לאפשר את שיקומו של החייל, אך ורק משום שהבית – שנבנה לפני שנים רבות מאוד – אינו מוסדר.

(ט) מה דינן של "התרחבות חורגות" אלו מבחינה הסדרתית? סוגיה מורכבת זו נותר לאלו שיבואו אחרינו. אנו נמליץ בעניין זה המלצות חלקיות ומוגבלות ביותר.

פרק 6.6: אב-טיפוס (ג) – הסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות"

§ 516 המצב שנוצר ב"הרחבות החורגות" הוא שמתגוררים בהן תושבים במשך פרקי זמן ממושכים ביותר, אך התושבים אינם נמצאים על "אדמות מוחזקות כדין". מצב זה יכול להיווצר הן במועצות האזוריות הן במועצות המקומיות באיו"ש.

§ 517 המפקד הצבאי נדרש למצב זה במועצות המקומיות, והוא יצר את האיוון הזה: המפקד הצבאי הקפיד שלא לכלול את ה"הרחבות החורגות" בתחום השיפוט של המועצה המקומית, בהתאם למדיניות שלפיה תחום שיפוט של מועצה כולל אך ורק "אדמות מוחזקות כדין" (על מדיניות זו, ראו פרק 4.5 לעיל). בה בעת היה המפקד הצבאי מודע לחובה המוטלת עליו – לרבות לפי המשפט הבינלאומי – לפעול למתן שירותים מוניציפליים לתושבים המתגוררים באיו"ש.

§ 518 על כן קבע המפקד הצבאי כי למועצה מקומית נתונה סמכות ליתן שירותים מוניציפליים לא רק בתחומה אלא גם ל"בני אדם שבשטח המצוי בסמוך לתיחומה", ובלבד שהמפקד הצבאי החליט על כך ופרסם הודעה מתאימה בעניין: סעיף 2א לצו המועצות המקומיות, כפי שתוקן בצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (תיקון מס' 4) (יהודה והשומרון) (צו מס' 1453), התשנ"ז-1997 (להלן – צו 1453). הינה כי כן, צו 1453 מאפשר הענקת סמכויות מוניציפליות באשר לאנשים, במובחן מסמכויות מוניציפליות הניתנות באשר לתחום יישוב גאוגרפי.

§ 519 המשמעות של הדברים היא זו: תושבים ישראלים המתגוררים מחוץ לשטחה של מועצה מקומית אך בסמוך לו יקבלו שירותים מוניציפליים מהמועצה המקומית, וכן יחול עליהם תקנון המועצות המקומיות ויראו אותם "כתושבי המועצה המקומית לכל דבר ועניין" (סעיף 2א(ב) לצו המועצות המקומיות), הכול בכפוף להודעה מתאימה שיוציא המפקד הצבאי.⁶⁴

§ 520 כלומר, המפקד הצבאי פעל להסדרה המוניציפלית של ה"הרחבות החורגות" הסמוכות למועצות המקומיות.

§ 521 מטעמים היסטוריים, נקט המפקד הצבאי דרך זו באשר למועצות מקומיות. נראה כי מן הנכון לנקוט דרך מאוזנת זו גם באשר ליישובים שבמועצות האזוריות, שכן אין כל הבדל בהקשר זה בין מועצה מקומית לבין יישוב במועצה אזורית. זכות התושבים לקבל שירותים מוניציפליים וחובת המפקד הצבאי לפעול למתן שירותים מוניציפליים היא אחת, בין שבמועצות מקומיות ובין שבמועצות אזוריות.

§ 522 על כן המלצתנו היא שהמפקד הצבאי ישלים את מלאכתו ויתקין צו דומה לצו 1453 הנ"ל באשר ליישובים שבמועצות האזוריות.

§ 523 המלצה זו תביא לידי הסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות" ביישובים שבמועצות האזוריות. עם זאת אין בה משום הסדרה קניינית ותכנונית של "ההרחבות החורגות".

⁶⁴ עוד על צו 1453, ראו ב- 356 § - 357 § לעיל.

פרק 6.6 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב קיים – הסדרה מוניציפלית

§ 524 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השלישי של המקרים שהתבקשה הסדרתם, והוא הסוג שעניינו התרחבות של שכונה או יישוב קיימים:

(א) באיו"ש נוצר לפני שנים רבות מצב שבו התרחבו יישובים שהוקמו לפי החלטות ממשלה כדין, וההרחבות התרחקו מגרעין היישוב המקורי. לעיתים התברר כי ההרחבות הללו חרגו מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין".

(ב) המבנים הבנויים על "הרחבות חורגות" אלו נבנו, באופן טיפוסי, לפני שנים רבות. על פי רוב מדובר במבנים שנבנו לפני יותר מעשור, ולעיתים מדובר בהרחבות שנבנו לפני עשרות שנים.

(ג) בנסיבות שנוצרו פעל המפקד הצבאי להסדרה מוניציפלית מאוזנת באשר לתושבים המתגוררים ב"הרחבות החורגות" במועצות המקומיות. המפקד הצבאי קבע כי התושבים ב"הרחבות החורגות", שאינן נכללות בתחום השיפוט של המועצה המקומית, יזכו לקבל שירותים מוניציפליים מהמועצות המקומיות הסמוכות להן.

(ד) המלצתנו היא להחיל דין מוניציפלי דומה באשר ליישובים שבמועצות האזוריות. אין כל הבדל בהקשר זה בין מועצה מקומית לבין יישוב במועצה אזורית. הזכות של התושבים לקבל שירותים מוניציפליים וחובת המפקד הצבאי לפעול למתן שירותים מוניציפליים היא אחת, בין שבמועצות מקומיות ובין שבמועצות אזוריות.

(ה) המלצה זו תביא לידי הסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות" ביישובים שבמועצות האזוריות, ועם זאת אין בה משום הסדרה קניינית ותכנונית של "ההרחבות החורגות".

פרק 6.7: אב-טיפוס (ג) – הצגת הנושא של איחוד וחלוקה כפתרון קנייני ותכנוני – שאלה פתוחה

§ 525 השאלה אם אפשר להביא לידי הסדרה קניינית ותכנונית מלאה או חלקית של ה"הרחבות החורגות" היא שאלה מורכבת וכבדת משקל, ונותיר אותה לאלו שיבואו אחרינו.

§ 526 עם זאת ראינו חובה לעצמנו לעדכן על הצעה לפתרון מסוים שהועלתה ונותרה בצריך עיון, והיא ההצעה הנוגעת ל"איחוד וחלוקה". נפרט.

§ 527 כפי שראינו במבוא לדו"ח זה,⁶⁵ עבודתנו היא המשך לעבודת הצוות שהקים ראש הממשלה ביום 19.7.2015, צוות אשר בראשו עמד בזמנו ד"ר אביחי מנדלבליט, מזכיר הממשלה דאז והיועץ המשפטי לממשלה היום.

§ 528 במסגרת עבודתו של הצוות הקודם הוכנה חוות דעת מפורטת ומעמיקה ביותר באשר למתווה של "איחוד וחלוקה" באיו"ש כפתרון הסדרתי קנייני ותכנוני אפשרי. מצ"ב חוות דעתו המפורטת של עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, בעניין "איחוד וחלוקה" באיו"ש. **חוות דעתו של עו"ד אחז בן-ארי מצויה כנספח ה לדו"ח זה.**

⁶⁵ ראו 1 § לעיל.

529 § חוות הדעת מציעה, בתמצית, להשתמש במתווה של "איחוד וחלוקה" כדי להביא לידי הסדרה במקרים מתאימים באיו"ש. "איחוד וחלוקה" הוא הליך תכנוני שקיים בחוק התכנון הירדני, בדומה להליך הקיים בחוק התכנון והבנייה הישראלי (על הדמיון בין חוק התכנון הירדני לחוק התכנון והבנייה הישראלי, ראו ב- 255 § - 261 § לעיל).

530 § מבחינה תכנונית, הליך של איחוד וחלוקה מאפשר להתאים את אופן חלוקת הזכויות באזור מסוים לתוכנית חדשה. במסגרת הליך ה"איחוד וחלוקה" תחילה מאוחדת הקרקע באזור מסוים לכדי יחידה קניינית אחת (זהו שלב ה"איחוד"). בהמשך מחולקת הקרקע מחדש בין כלל בעלי הזכויות במגרשים המקוריים, וצורת המגרשים החדשים ומקומם מותאמים לתכנון החדש.

531 § הפסיקה קבעה כי הליך של "איחוד וחלוקה" אינו בבחינת הפקעה אם במסגרת ההליך לא נכללה נטילה לצורכי ציבור (ע"א 455/06 חלקה 21 בגוש 6539 נ' עיריית הרצליה, פורסם בנבו (2009), בפסקה 20 לפסק דינו של השופט דנציגר. נעיר כי כב' השופט דנציגר היה במיעוט מבחינת תוצאת פסק הדין, אך נראה כי דבריו בעניין זה, הנסמכים על פסיקה קודמת, לא היו שנויים במחלוקת). הדברים נכונים גם אם יש בהליך ממד של כפייה (כאשר הוא נעשה ללא הסכמת בעלי החלקות).

532 § לנוכח פסיקה זו מובעת בחוות הדעת **נספח ה** העמדה שלפיה אין מניעה, במקרים מתאימים, להשתמש במתווה של "איחוד וחלוקה" כדי להביא לידי הסדרה קניינית ותכנונית של יישובים ושכונות ישראלים באיו"ש.

533 § חוות הדעת **נספח ה** התקבלה בזמנו על דעתו של מזכיר הממשלה דאז והיועץ המשפטי לממשלה היום ד"ר אביחי מנדלבליט.

534 § חוות הדעת **נספח ה** הובאה לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה הקודם מר יהודה וינשטיין, בנוגע לשכונת נתיב האבות ביישוב אלעזר. מר וינשטיין סבר כי אין מקום לקבל את חוות הדעת באופן קונקרטי באשר לשכונת נתיב האבות. נראה שבבסיס עמדה זו עמדה הגישה שלפיה ההיתכנות התכנונית של המתווה באשר לשכונת נתיב האבות היא מוקשית. על כל פנים, מר וינשטיין לא נדרש לחוות את עמדתו באשר להיתכנות המתווה של "איחוד וחלוקה" בהקשרים אחרים ובנוגע ליישובים אחרים ולשכונות אחרות. במובן זה נותרה השאלה פתוחה.

535 § עם זאת בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין נתיב האבות (בג"ץ 7292/14), ראה לנכון בית המשפט העליון להעיר באמרת אגב את ההערה שלהלן באשר להחלת המתווה של "איחוד וחלוקה" באיו"ש:

"אע"פ, מבלי לקבוע מסמרות, כי איחוד וחלוקה המשנה את מערך הזכויות הקנייניות בקרקע עשוי לעורר קושי כאשר מדובר בקרקע פרטית כבעלות פלסטינית באזור (לעניין הפגיעה האפשרית בזכויות קניין כתוצאה מאיחוד וחלוקה ראו: ע"מ 5839/06 בראון נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז, פסקה 13 (25.9.2008); והשוו לע"א 455/06 חלקה 21 בגוש 6539 בע"מ נ' עיריית הרצליה, פסקה 20 (11.6.2009) ולבג"ץ 407/83 ברוק נ' עיריית חולון, פ"ד לח(1) 829, 832 (1984); כן ראו: דנה וזינגר, בעמוד 1113; לעניין חובת המפקד הצבאי להגן על התושבים המוגנים באזור ראו: בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (26.6.2006); עניין עבדאלקאדר" (שם, בפסקה 32).

536 § שאלה נכבדה היא מה משמעותם של דברים אלו, שאמר באמרת אגב בית המשפט העליון.

537 § שאלה נכבדה נוספת היא כיצד משפיעה על שאלה זו פסיקתו המאוחרת של בית המשפט העליון בעניין זיאדה (בג"ץ 794/17). בפסק דין זיאדה קבע בית המשפט העליון, מתוך התבססות על פסיקה

קודמת, כי "המפקד הצבאי מחויב לפעול גם לרווחתם של תושבי האזור הישראליים [...] על פי הדין הבינלאומי, כפי שפורש בפסיקותיו של בית משפט זה, זהו שיקול שבסמכות המפקד הצבאי לשקול" (פסקה 27 לפסק הדין). עוד נקבע בפסק דין **זיאדה** כי המפקד הצבאי **מוסמך** לפגוע בקניינם של בעלי חלקות מקרקעין (שהם תושבים מוגנים) במקום שהפגיעה נעשית לטובת המתיישבים הישראליים. כדברי בית המשפט: "נכון אני לקבל את טענותיה של המדינה ולקבוע כי הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הזכויות בחלקות נעשתה בסמכות על פי הדין הבינלאומי" (פסקה 33 לפסק הדין). זאת, בכפוף לעמידה בדרישות של מידתיות וסבירות. עוד על פסק דין **זיאדה**, ראו דיונו ב- § 118 - § 120 לעיל.

§ 538 שאלות נכבדות אלו נותרו, כאמור, לאלו שיבואו אחרינו. אנו ראינו חובה לעצמנו להציגן בלי להכריע בהן.

§ 539 עוד נותר לאלו שיבואו אחרינו לבחון את האפשרות שהובאה בפנינו לאחרונה להסדרה קניינית ותכנונית של ה"הרחבות החורגות" הללו בהתבסס על חוק ההפקעה הירדני. לא היה סיפק בדינו להידרש לאפשרות זו, ולכן ראינו לנכון להציגה בתמצית.

§ 540 המתווה העירוני לאפשרות זו, כפי שהובאה בפנינו, הוא המתווה הזה:

(א) **סמכות הפקעה לפי חוק ההפקעה הירדני.** כפי שראינו ב- § 118 - § 120 לעיל, לאחר פסק דינו של בית-המשפט העליון בעניין **זיאדה** (בג"ץ 794/17) ולנוכח סקירת הפסיקה המקיפה הקודמת שנכללה שם, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי המפקד הצבאי רשאי להפקיע מקרקעין בהתאם לחוק ההפקעה הירדני, לצורך ההתיישבות הישראלית במקום שהדבר עומד בדרישות של סבירות ומידתיות.

(ב) **היישום.** היועץ המשפטי לממשלה ראה לנכון ליישם את הדברים בעניין דרך גישה לשכונה ישראלית במקום שההפקעה עמדה בדרישת הסבירות והמידתיות.

(ג) **הטענה.** הטענה היא כי יש מקום ליישם מתווה זה גם ב"הרחבות החורגות", ובלבד שהדברים יעמדו בדרישת המידתיות והסבירות. כלומר, לפי טענה זו, יהיה מקום לבחינה של המבנים שנבנו ב"הרחבות החורגות". כל אימת שתתקיים דרישת תום הלב בנוגע לתושב הישראלי המתגורר במבנים שב"הרחבות החורגות", והמבנה – שהוקם בשיהוי – הוא כזה שממילא קיימת מניעה משפטית מלפנותו ולהורסו, הפתרון המידתי והסביר למצב שנוצר הוא בשימוש בחוק ההפקעה הירדני, כך שהקרקע תופקע וינתן פיצוי ראוי לבעליה.

§ 541 לא היה סיפק בדינו להידרש למתווה האמור, ואנו מותירים אותו לאלו שיבואו אחרינו.

542 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השלישי של המקרים שהתבקשה הסדרתם, והוא הסוג שעניינו התרחבות של שכונה או יישוב קיימים:

(א) הובאה לפנינו ההצעה להביא לידי הסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית באיו"ש באמצעות ההליך של "איחוד וחלוקה". חוות דעתו של עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, המפרטת את הסוגיה, מצויה בנספח ה לדו"ח זה.

(ב) "איחוד וחלוקה" הוא הליך תכנוני שמאפשר להתאים את אופן חלוקת הזכויות באזור מסוים לתוכנית חדשה. במסגרת הליך ה"איחוד והחלוקה", תחילה מאוחדת הקרקע באזור מסוים לכדי יחידה קניינית אחת, ובהמשך היא מחולקת מחדש בין כלל בעלי הזכויות במגרשים המקוריים. צורת המגרשים החדשים ומקומם מותאמים לתכנון החדש.

(ג) הפסיקה קבעה כי הליך של "איחוד וחלוקה", גם אם יש בו ממד של כפייה, אינו בבחינת הפקעה אם במסגרת ההליך לא נכללה נטילה לצורכי ציבור.

(ד) השאלה אם הליך של "איחוד וחלוקה" יכול לשמש להסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית הועלתה אגב אורחא בפסיקה, ונותרה ללא הכרעה.

(ה) אנו מתירים שאלה זו פתוחה לאלו שיבואו אחרינו, אך ראינו חובה לעצמנו להציגה.

(ו) שאלה נוספת שאנו מותירים פתוחה משום שלא היה סיפק בידנו להידרש לה היא האפשרות להסתייע בחוק ההפקעה הירדני ובכך להביא להסדרה קניינית ותכנונית של "התרחבות החורגות".

פרק 6.8: סיכום הפרק השישי – בעיות והמלצות

543 § כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין, נדרש שהם יעמדו בארבעה תנאים: התנאי הקנייני (הפרק השני לדו"ח זה); התנאי התכנוני (הפרק השלישי לדו"ח זה); התנאי המוניציפלי (הפרק הרביעי לדו"ח זה); התנאי של אישור הדרג המדיני (הפרק החמישי לדו"ח זה).

544 § אפשר למפות את הקשיים בתחום ההסדרה המתעוררים בנוגע ליישובים ולשכונות הקיימים כיום באיו"ש, ולחלקם לשלושה טיפוסים של מקרים:

אב-טיפוס (א) – עניינו פגמים שהתגלו בדיעבד כתוצאה מעבודת צוות "קו כחול".

אב-טיפוס (ב) – עניינו מצב של יישובים ושכונות שהם בבחינת "איים תלויים", כלומר היישוב או השכונה נמצאים על גבי "אדמות המוחזקות כדין", אך יכול שיהיה קושי בהסדרה של ההיבטים התכנוניים או בהסדרת דרך הגישה למקום.

אב-טיפוס (ג) – עניינו התרחבות של יישוב או שכונה, והתרחבה חורגת מ"תחום האדמות המוכרזות כדין".

§ 545 באשר לאב-טיפוס (א), שעניינו פגמים שהתגלו בדיעבד, המלצותינו הן:

ראשית, בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש להסתייע ב"תקנת השוק", הקבועה בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. "תקנת השוק" משמעה שעסקאות שבוצעו בתום לב עם הממונה לא תיפסלנה ותעמודנה בתוקפן גם אם יתברר בדיעבד שהנכס אינו רכוש ממשלתי. **חוות דעתו של ד"ר ויניצקי, חבר הצוות המקצועי, בעניין פרשנות סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי מצויה בנספח ג' לדו"ח זה.**

שנית, יש לפעול בהתאם להנחייתו של מר מייק בלס, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לשעבר. בהתאם להנחיה זו, צוות "קו כחול" ידייק את גבולותיהן של ההכרזות על "אדמות מדינה" רק במקום שהבחינה אינה כוללת את המתחם המתוכנן של תוכניות תקפות אשר על פיהן נבנו בתים.

כך הודיעה המדינה לבית המשפט העליון.

§ 546 באשר לאב-טיפוס (ב), שעניינו "האיים התלויים", הסוגיה באה למעשה על פתרונה בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה ד"ר אביחי מנדלבליט, ולפיה למפקד הצבאי נתונה הסמכות להפקיע מקרקעין לפי חוק ההפקעה הירדני לצורך סלילת דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים, והכול בכפוף לדרישת המידתיות והסבירות.

§ 547 המלצותינו המשלימות באשר לאב-טיפוס (ב) הן אלו:

ראשית, מבחינת תכנונית המלצתנו היא לפעול באיו"ש בהתאם לעיקרון התכנוני של "תכנון צמוד דופן", אך במתכונת **גמישה** המעניקה לרשויות התכנון את שיקול הדעת הרחב הנדרש והמתבקש. הודעה שהודיעה המדינה לבית המשפט העליון בעניין, יש בה כדי ללמד על מחויבותה של המדינה למתכונת התכנונית הגמישה האמורה. **חוות דעתה המקיפה של גב' בינת שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון דאז וחברת הצוות המקצועי, בשאלת תחולתו של עיקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש מצויה בנספח ד לדו"ח זה.** כמו כן במקרים מתאימים המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש, אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.

שנית, באשר לצורך להסדיר את דרך הגישה למקום: הסבנו את תשומת הלב לשני מקורות נוספים של "אדמות מדינה" היכולים לשמש דרך גישה ליישוב או לשכונה באיו"ש. המקור האחד הוא הקמת גשר או חציבת מנהרה בקרקע "מירי" (קרקע חקלאית), שכן בקרקע "מירי" תת-הקרקע וחלל הרום הם לעולם בבעלות המדינה. מקור אפשרי נוסף הוא המתרכה. מתרכה היא דרך, המשמשת מזה שנים רבות. דיני המקרקעין קובעים כי הבעלות במתרכה נתונה למדינה.

§ 548 באשר לאב-טיפוס (ג), שעניינו **התרחבות של יישוב קיים**, החורגת מתחום ה"אדמות המוכרזות כדין": עמדנו על המורכבות של המצב המשפטי, בנוגע לאב-טיפוס זה של מקרים. המדובר במבנים, שהוקמו לפני שנים רבות, על-פי רוב לפני למעלה מעשור שנים, ולעתים לפני עשרות שנים, והכול בתמיכת רשויות המדינה. הסיכוי שיושביהם של מבנים אלו יפנו על-פי צו שיפוטי הוא אפסי, ונראה כי קיימת **מניעה משפטית** מפני פינוי והריסה. זאת, נוכח השיהוי הרב שידבק בכול עתירה שתוגש ביחס למבנים אלו (אם תוגש). אולם, אי-פינוי מחמת שיהוי אינן פירושו הסדרה.

§ 549 ביחס לאב-טיפוס (ג), המלצתנו עסקה בהסדרה **מוניציפלית** בלבד של ה"הרחבות החורגות" הללו. לפי המלצה זו, תושבי המבנים הוותיקים האמורים יקבלו שירותים מוניציפליים מהיישובים אליהם הם סמוכים. המפקד הצבאי נהג כך ביחס למועצות **מקומיות**. המלצתנו היא לילך באותה דרך גם ביחס ליישובים שבמועצות **האזוריות**.

§ 550 לעניין ההיתכנות להסדרה קניינית ותכנונית של אב-טיפוס (ג): הותרנו שאלה זו לאלו שיבואו אחרינו. עם זאת, הצגנו את חוות דעתו המקיפה של עו"ד בן-ארי, במסגרת הועלתה האפשרות להסתייע בהליך של "איחוד וחלוקה" לצורך הסדרה אפשרית כזו. חוות דעתו של עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, מצויה בנספח ה לדו"ח זה.

סיכום ותמצית ההמלצות

§ 551 נצטוונו על-ידי הדרג המדיני למצוא מתווה להסדרת ההתיישבות הישראלית באיו"ש, שהוקמה בתמיכת הרשויות.

§ 552 פסענו בתלם שהתווה בית-המשפט העליון, לאמור: סוגיית ההתיישבות הישראלית באיו"ש היא סוגיה שאינה שפיטה, בהיותה סוגיה, השנויה במחלוקת ציבורית. עוד נקבע בפסיקה כי לרצונה, ומבלי להידרש לסוגיה השנויה במחלוקת האמורה, מדינת ישראל קיבלה על עצמה לפעול באיו"ש בהתאם לדינים ההומניטריים, הקבועים במשפט הבינלאומי ביחס לשטחים המוחזקים ב"תפיסה לוחמתית".

§ 553 את מסענו התחלנו בניסיון להתיר את הסבך, ולהציג את שלל הדינים המורכבים, הנוגעים להסדרת ההתיישבות הישראלית באיו"ש.

§ 554 עמדנו על כך שקיימים ארבעה תנאים, שצריכים להתקיים כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין: התנאי הקנייני, התנאי התכנוני, התנאי המוניציפלי והתנאי שעניינו אישור הדרג המדיני.

§ 555 **התנאי הראשון** הוא החשוב ביותר, והוא התנאי הקנייני. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי באיו"ש יהיה מוסדר כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהיישוב ימצא על "אדמות מוחזקות כדין". "אדמות מוחזקות כדין" הן אדמות שהן בבעלות המדינה, או שהמדינה מחזיקה בהן כדין או שהן נרכשו כדין על-ידי אזרח ישראלי. לפירוט בעניין התנאי הקנייני, ראו הפרק השני לדו"ח זה.

§ 556 **התנאי השני** הוא התנאי התכנוני. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי באיו"ש יהיה מוסדר כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהיישוב יהיה בנוי בהתאם לדיני התכנון והבנייה. בנייה בהתאם לדיני התכנון והבנייה פירושה, שהבנייה תואמת היתר בנייה, שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה, תוכנית שאושרה על ידי מוסדות התכנון המוסמכים. לפירוט בעניין התנאי התכנוני, ראו הפרק השלישי לדו"ח זה.

§ 557 **התנאי השלישי** הוא התנאי המוניציפלי. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי יהיה מוסדר כדין מהבחינה המוניציפלית, היישוב יהיה מועצה מקומית או יישוב המשתייך למועצה אזורית מוכרת. לפירוט התנאי המוניציפלי, ראו הפרק הרביעי לדו"ח זה.

§ 558 **התנאי הרביעי** הוא התנאי שעניינו אישור הדרג המדיני. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי יהיה מוסדר כדין, נדרש שהיישוב יוקם על פי החלטת ממשלה. לפירוט התנאי הנוגע לאישור הדרג המדיני, ראו הפרק החמישי לדו"ח זה.

§ 559 משסיימנו את המסע והתרנו מקצתו של הסבך יכולנו להידרש למיפוי הקשיים שיכולים לעלות בניסיון להסדיר את היישובים והשכונות שהוקמו באיו"ש בתמיכת הרשויות.

§ 560 המיפוי העלה כי אפשר לאפיין את המקרים המעוררים קושי באמצעות **שלושה אבות-טיפוס**:

אב-טיפוס (א) – פגמים שהתגלו בדיעבד. לפירוט ראו פרק 6.2 לדו"ח זה.

אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים". לפירוט ראו פרק 6.3 לדו"ח זה.

אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב קיים. לפירוט ראו פרקים 6.4-6.7 לדו"ח זה.

נציג את תמצית המלצותינו לעניין הסדרת אבות-הטיפוס הנ"ל.

§ 561 באשר ל**אב-טיפוס (א)**, שעניינו פגמים שהתגלו בדיעבד, להלן תמצית המלצותינו:

- (א) קבוצה נכבדה של מבנים באיו"ש הוקמה על מקרקעין שהוכרזו כדין "אדמות מדינה" לאחר בדיקה מקיפה ומעמיקה ביותר של הדברים בבדיקה שנערכה בעיקר בשנות ה-80 וה-90 של המאה שעברה.
- (ב) צוות "קו כחול" הוקם בשנת 1999 כדי לדייק את גבולות ההכרזות הוותיקות על "אדמות מדינה" ולהתאימן למכשור הטכנולוגי הקיים היום.
- (ג) בשנת 2011 הנחה היועץ המשפטי לממשלה דאז מר מלכיאל (מייק) בלס כי צוות "קו כחול" לא ידייק ולא יבדוק את גבולותיהן של הכרזות במקום שמדובר במתחם מתוכנן, שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים.
- (ד) טעמה של ההנחיה ברורה: תוכנית תקפה שפעלו על פיה והסתמכו עליה – ללא כל מחאה או טענה – יוצרת מניעות מלטעון טענות נוגדות.
- (ה) ההנחיה הנ"ל לא חלחלה אל השטח. התוצאה הייתה שצוות "קו כחול" בדק גם מבנים ותיקים שהוקמו בהתאם לתוכניות תקפות ומאושרות. בעקבות זאת נוצר מצב של מבנים שבעת שהוקמו הייתה העמדה שהם מוקמים כדין מן הבחינה הקניינית, אך בדיעבד – בחלוף שנים רבות – הם "נגרעו" על ידי צוות "קו כחול" מגדר המבנים שנחשבים מבנים שהוקמו כדין.
- (ו) לא תמיד החלטתו של צוות "קו כחול" פירושה בהכרח שמדובר בקרקעות פרטיות. אף על פי כן הקרקעות נגרעו מגדר ההכרזה על אדמות מדינה.
- (ז) כך נוצר אב-טיפוס (א): מבנים שבעת הקמתם העמדה המשפטית המחייבת הייתה כי הם מוקמים כדין מהבחינה הקניינית, אך בעקבות בדיקה של צוות "קו כחול" "נגרעו" המבנים מגדר ההכרזה על "אדמות מדינה", ונמצא כי התנאי הקנייני להסדרתם נשמט.
- (ח) לעניין אב-טיפוס (א) והצורך בהסדרתם של מבנים ש"נגרעו" כאמור על-ידי צוות קו כחול, המלצתנו כפולה, לעבר ולעתיד.
- (ט) במבט לעבר: בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ההמלצה היא להסדיר את המבנים שנגרעו על-ידי צוות "קו כחול" ולהתבסס על סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף 5 קובע "תקנת שוק" למי שביצע עסקאות בתום לב עם הממונה על הרכוש הממשלתי. חוות דעת מפורטת של ד"ר חגי ויניצקי, חבר הצוות המקצועי, באשר לסעיף 5, מצויה בנספח ג לדו"ח זה.
- (י) ואכן, היועץ המשפטי לממשלה הודיע לבית המשפט העליון בבג"ץ 1308/17 כי מכוחו של סעיף 5 הנ"ל, מבנים ש"נגרעו" על-ידי צוות "קו כחול" והתקיימו בהם תנאי סעיף 5, לבעלי המבנים "תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין [...] והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי".
- (יא) במבט לעתיד: ההמלצה היא לנהוג בהתאם להנחייתו הנ"ל של מר בלס, ולפיה לא ידייק צוות "קו כחול" את גבולותיהן של הכרזות במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים. המדינה הודיעה לבית המשפט העליון על מחויבותה להנחייתו הנ"ל של מר בלס (בג"ץ 2911/17).

אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים" – תמצית ההמלצות

(א) באיו"ש קיימת מציאות ייחודית ולפיה היישובים והשכונות הישראליות בנויים באופן טיפוסי על גבי ההרים והגבעות, והעמקים המחברים ביניהם אינם מהווים חלק מההתיישבות הישראלית. מציאות ייחודית זו נובעת מהדין המהותי החל באיו"ש, ולפיו "אדמות מדינה" נמצאות בדרך כלל בראשי ההרים והגבעות, ואילו העמקים מעובדים בעיבודים חקלאיים פרטיים. כך נוצרת מציאות של "איים תלויים".

(ב) כדי להסדיר את ה"איים התלויים" נדרשת פעולה בשני היבטים עיקריים: האחד הוא ההיבט התכנוני, המכונה "תכנון צמוד דופן". השני, ההיבט הקנייני, עניינו הסדרת דרך גישה ליישוב או לשכונה.

(ג) באשר להיבט התכנוני ולסוגיה של "תכנון צמוד דופן": בישראל יש דרישה שתכנון יישובים או שכונות יהיה "צמוד דופן" לתוכניות קיימות, מכוחה של תמ"א 35. דרישה זו חלה אך ורק בשטח מדינת ישראל, שכן תמ"א 35 חלה רק בישראל.

(ד) החלה דוגמטית ונוקשה של עיקרון תכנוני-ישראלי זה באיו"ש הייתה עלולה להציב קושי מבחינת ההיתכנות להסדרה התכנונית של ה"איים התלויים", שכן ה"איים התלויים" לא תמיד יכולים לקיים את עקרון התכנון "צמוד הדופן": בעמקים הצמודים ל"איים" הללו יכול שתימצא קרקע פרטית של תושבים מוגנים. בהתאם למדיניות הנקוטה, קיימת הקפדה שלא לתכנן יישובים ישראלים על גבי קרקע פרטית זו.

(ה) המלצתנו בהקשר זה היא להחיל, מטעמים שבהיגיון, את עקרון התכנון "צמוד הדופן" גם באיו"ש, אך זאת בצורה גמישה, המאפשרת שקילה של כלל השיקולים הצריכים לעניין. המלצה זו נתמכת בחוות דעתה המפורטת של גב' בינת שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון דאז וחברת הצוות המקצועי, המצויה בנספח ד לדר"ח זה. הודעת המדינה בבג"ץ 5300/13 מלמדת על מחויבותה של המדינה למתכונת הגמישה האמורה של עיקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש.

(ו) במקרים מתאימים המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש, אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.

(ז) באשר להיבט הקנייני ולסוגיה של הסדרת דרכי הגישה: עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שאפשר להפקיע מקרקעין בעבור דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראלים, ובלבד שהדבר עומד בעקרונות של מידתיות וסבירות (הודעת היועץ בבג"ץ 1308/17). עמדה זו, הנסמכת על פסיקת בית המשפט העליון, יש בה כדי ליתן מענה לצורך בהסדרת דרכי הגישה ל"איים התלויים".

(ח) למען שלמות התמונה ראינו לנכון להסב את תשומת הלב לשתי אפשרויות משלימות שיש בהן כדי להביא לידי הסדרה של דרכי הגישה ליישובים ולשכונות הישראליות במקרים מתאימים, והכול בלי שתהיה בכך משום פגיעה בקניין הפרט.

(ט) האפשרות האחת היא לחצוב מנהרה או לסלול גשר שיביאו להסדרת דרך הגישה ליישוב או לשכונה הישראלים. דרך זו אפשרית מאחר שלפי דין הקרקעות המהותי החל באיו"ש, הבעלות בתת-הקרקע ובחלל הרום נותרת לעולם בידי המדינה (בקרקע מסוג "מירי", שהיא קרקע חקלאית, והיא נפוצה ביותר באיו"ש). חסרונה של מתכונת זו נעוץ בעלויותיה הגבוהות, לכן אפשר להשתמש בה מעשית, בעיקר בפרויקטים רבי היקף. האפשרות השנייה היא להשתמש ב"מתרוככות". "מתרוככות" הן דרכים, המשמשות ככאלו זה שנים רבות. לפי דין המקרקעין המהותי,

הבעלות ב"מתרוכות" נתונה למדינה. על כן, אפשר להשתמש במתרוכות כבדרכים שימוסדו בתוכנית, והכול בלי לפגוע בקניין הפרטי. במקרים מתאימים, יכול שאפשרויות אלו תתאמנה להסדרה בין שכלעצמן בין שבמשולב עם סמכות ההפקעה שקבע היועץ המשפטי לממשלה.

§ 563 באשר לאב-טיפוס (ג), שעניינו מצב של התרחבות של יישוב או שכונה, להלן תמצית המלצותינו:

אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה – תמצית ההמלצות

(א) באיו"ש, כמו בישראל, הייתה בזמנו "אוירה" שהביאה לכך שיישובים ושכונות הוקמו לפני שהסתיימו ההליכים התכנוניים שנגעו להקמתם, והכול בברכת רשויות המדינה. יש לקוות שכיום הדברים מתנהלים אחרת.

(ב) בישראל בחלוף השנים נעשה מאמץ להביא להסדרתם של יישובים ושכונות אלו, ועל פי רוב הדברים צלחו.

(ג) לעומת זאת באיו"ש, במקום שהתברר שהבנייה נעשתה שלא בגדרן של "אדמות מוחזקות כדין", נוצר קושי בהסדרת הבנייה, בשל הקישור – הייחודי לאיו"ש – בין הבעלות במקרקעין לבין היכולת להביא להסדרתם של המבנים.

(ד) כך נוצר באיו"ש אב-טיפוס (ג): מדובר ביישוב ישראלי שהוקם לפני שנים רבות על פי החלטת ממשלה כדין (לא מדובר במה שזכה לכינוי "מאחז"). ברבות השנים התרחב היישוב, וההרחבות התרחקו מגרעין היישוב המקורי. לעיתים התברר שההרחבות חרגו מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין".

(ה) המבנים הבנויים על "הרחבות חורגות" אלו נבנו, באופן טיפוסי, לפני שנים רבות. על פי רוב מדובר במבנים שנבנו לפני יותר מעשור, ולעיתים מדובר בהרחבות שנבנו לפני עשרות שנים, ללא כל מחאה, והכול בתמיכת המדינה.

(ו) מבחינה משפטית, מצבם של המבנים ב"הרחבות החורגות" הללו מורכב. מן הצד האחד, הסיכוי שיוצאו צווי פינוי נגד מי שמתגוררים במבנים הללו אפסי, ונראה שיש מניעה משפטית מפני פינוי והריסה. אם תוגשנה עתירות נגד המבנים הללו, הן צפויות להידחות מחמת שיהיו. מן הצד השני, אי-פינוי מחמת שיהיו אין פירושו הסדרה כלל ועיקר. המקרה של החייל יהודה הישראלי הוא דוגמה מובהקת לכך. משרד הביטחון סירב לממן את השיפוץ שנדרש בבית ההורים כדי לאפשר את שיקומו של החייל, משום שהבית – שנבנה לפני שנים רבות מאוד – אינו מוסדר.

(ז) מה דינן של "הרחבות חורגות" אלו מבחינה הסדרתית? סוגיה מורכבת זו נותר לאלו שיבואו אחרינו. המלצתנו בעניין זה היא המלצה חלקית ומוגבלת ביותר.

(ח) המלצתנו היא המלצה להסדרה מוניציפלית של ההרחבות החורגות. המפקד הצבאי כבר פעל להסדרה מוניציפלית במועצות המקומיות. המפקד הצבאי קבע כי התושבים ב"הרחבות החורגות", שאינן נכללות בתחום השיפוט של המועצה המקומית, יזכו לקבל שירותים מוניציפליים מהמועצות המקומיות הסמוכות להן.

(ט) המלצתנו היא להחיל דין מוניציפלי דומה באשר ליישובים שבמועצות האזוריות. אין כל הבדל בהקשר זה בין מועצה מקומית לבין יישוב במועצה אזורית. הזכות של התושבים לקבל שירותים מוניציפליים והחובה של המפקד הצבאי לפעול למתן שירותים מוניציפליים היא אחת, בין שבמועצות מקומיות ובין שבמועצות אזוריות.

(י) המלצה זו תביא להסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות" ביישובים שבמועצות האזוריות. עם זאת אין בה משום הסדרה קניינית ותכנונית של "ההרחבות החורגות".

(יא) באשר להסדרה קניינית ותכנונית של ה"הרחבות החורגות": הובאה לפנינו ההצעה להביא להסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית באיו"ש באמצעות ההליך של "איחוד וחלוקה". חוות דעתו של עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, המפרטת את הסוגיה, מצויה בנספח ה' לדר"ח זה.

(יב) "איחוד וחלוקה" הוא הליך תכנוני, שמאפשר להתאים את אופן חלוקת הזכויות באזור מסוים לתוכנית חדשה. במסגרת הליך ה"איחוד והחלוקה" תחילה מאוחדת הקרקע באזור מסוים לכדי יחידה קניינית אחת, ובהמשך היא מחולקת מחדש בין כלל בעלי הזכויות במגרשים המקוריים, וצורת המגרשים החדשים ומקומם מותאמים לתכנון החדש.

(יג) הפסיקה קבעה כי הליך של "איחוד וחלוקה", גם אם יש בו ממד של כפייה, אינו בבחינת הפקעה אם במסגרת ההליך לא נכללה נטילה לצורכי ציבור.

(יד) השאלה אם הליך של "איחוד וחלוקה" יכול לשמש להסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית הועלתה אגב אורחא בפסיקה, ונותרה ללא הכרעה.

(טו) אנו מתירים שאלה זו פתוחה לאלו שיבואו אחרינו, אך ראינו חובה לעצמנו להציגה.

§ 564 במקום סיום ראינו להביא מדברים שאמר לאחרונה כב' המשנה לנשיאה (בדימ') כב' השופט א' רובינשטיין, והסכימה עימו כב' הנשיאה א' חיות:

"המציאות המורכבת, זו שביסוד התיק וזו שבנסיבות הכלליות באיזור, מצדיקה גישה פרגמטית של שכל ישר, תחת [...] 'משפטית נטו' [...] אילו חיינו במציאות נורמלית, היו העותרים – במישור המעשי – מוכרים או מקבלים קרקע חלופית, מקום שהקרקע נמצאת בלב ישוב, ללא אפשרות שימוש ממשי מצדם; ואוסיף – בוודאי בחלוף זמן רב כל כך [...] אך [...] איננו מצויים במצב נורמלי. מתבקש איפוא, תוך שמירת הטיעון המשפטי, מבט רחב יותר – פרגמטי – לפתרון, תחת 'ייקוב הדין' " (בג"ץ 5165/15 קאסם נ' הממונה על מתן היתרים, פורסם בנבו (2017)).

§ 565 תם ולא נשלם.

§ 566 **שלמי תודות** ליועץ המשפטי לממשלה ד"ר אביחי מנדלבלית ולצוותו; למתאם הפעולות בשטחים, האלוף יואב (פולי) מרדכי ולאנשיו; למשפטנים ולאנשי המקצוע המעולים של שירות המדינה, שסייעו, תרמו ופעלו כל העת במסירות אין קץ:

מר קובי אלירז ממשרד הביטחון ועו"ד ערן בן-ארי – מזכיר הצוות; המשפטן אבי מאיר ומר שריה דמסקי ממשרד החקלאות (עד לפרישתו של מר דמסקי); גב' ענבר וייס ממנהל התכנון (עד לפרישתה); עו"ד אריאל שמואל ממשרד ראש הממשלה; עו"ד דוד עטר ממשרד החוץ; עו"ד ספיר דיין ממשרדי הממונה.

תודה מיוחדת לעו"ד עמיר פישר, יועץ משרד המשפטים, ולדריכל שלמה מושקוביץ, לשעבר (ובמשך שנים רבות) יו"ר מועצת התכנון העליונה באיו"ש.

§ 567 ולבסוף אנו שבים ומודים לגב' בינת שוורץ-מילנר, לשעבר ראש מנהל התכנון, ולעו"ד אחז בן-ארי, לשעבר היועץ המשפטי למערכת הביטחון, אשר שימשו חברי הצוות עד לפרישתם משירות המדינה. חוות הדעת המאלפות והמעמיקות שכתבו מצורפות כנספחים לדו"ח זה ומהוות חלק בלתי נפרד ממנו.

נספחים

נספח א : כתב מינוי

נספח ב : חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי – דיני המחלול לפי חוק הקרקעות העות'מאני

נספח ג : חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

נספח ד : חוות דעת גב' בינת שוורץ-מילנר – תכנון צמוד דופן

נספח ה : חוות דעת עו"ד אחז בן-ארי – איחוד וחלוקה באיו"ש

נספח א: כתב מינוי

ראו התייחסות ב- 1 § לדו"ח זה



ראש הממשלה

ירושלים, ה' באדר א' תשע"ו

15 פברואר 2016

לכבוד

עו"ד חיה זנדברג, משרד המשפטים
עו"ד אחז בן ארי, משרד הביטחון
עו"ד רונן פרץ, מזכירות הממשלה
הגב' בינת שוורץ, מנהל התכנון
ד"ר חגי וינצקי, נציג משרד החקלאות

הנדון: צוות מקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה ביו"ש

אני ממנה אתכם בזאת כצוות מקצועי לצורך גיבוש מתווה להסדרת מבנים ושכונות ביישובים יהודיים ביהודה ושומרון שהוקמו תוך מוערבות של הרשויות.
עו"ד חיה זנדברג תשמש כיו"ר הצוות, שעבודתו תהיה המשך לעבודת הצוות שהוקם על ידי בהתאם לכתב המינוי מיום 19 ליולי 2015.
הצוות יגיש את מסקנותיו לממשלה בהתאם לצורך והממשלה תפעל ליישומן, כאשר עובר לכך יובאו ההמלצות לבחינת היועץ המשפטי לממשלה.

בברכה,
בנימין נתניהו

העתקים:

איילת שקד, שרת המשפטים
משה יעלון, שר הביטחון
אורי אריאל, שר החקלאות
משה כחלון, שר האוצר
ד"ר אביחי מנדלבליט, היועץ המשפטי לממשלה

נספח ב: חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי – דיני המחלול לפי חוק הקרקעות העות'מאני

ראו ההתייחסות ב- § 396 - § 397 לדו"ח זה

הנדון: תקופת ההוברה

להלן התייחסותי ביחס להכרזה לאחר תקופת ההוברה.⁶⁶

1. סעיף 68 לחוק הקרקעות העות'מאני הקובע תקופת הוברה של שלוש שנים, בכפוף למספר חריגים⁶⁷, וכן בכפוף לזכותו של המוביר לרכוש את המקרקעין בתשלום דמי הטאבו, אינו מציין מהי התקופה שיש להמתין עד שיבוא המוביר ויבקש לממש את זכותו זו.⁶⁸ חוות הדעת של עו"ד פליאה אלבק, אינן קובעות דבר בעניין זה, שכן התייחסותה בכל מקרה לתקופה מסוימת היא לא בגדר קריטריון אלא בגדר התייחסותה לתקופת ההוברה שהתרחשה בפועל באותו מקרה.⁶⁹

2. בעניין זה נטען שיש להקיש לדיני ההתיישנות העות'מאניים ולהמתין עשר שנים מתחילת ההוברה. טענה זו נסמכת על חוות דעתו של פרופ' איל זמיר שהקיש בעניין זה לסעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני שעוסק בהתיישנות דיונית של מחזיק במקרקעין (עשר שנים): "אם הוברה הקרקע למשך עשר שנים לפחות, רואים זאת כהתיישנות לטובת המדינה".⁷⁰ ויש המקישים אף לסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני שעוסק בהתיישנות רוכשת (עשר שנים), ולסעיף 1662 למג'לה שעוסק בהתיישנות בעניין זכויות דרך במקרקעי "מירי" וזכויות מים (עשר שנים).

3. היקשים אלו עוסקים בענייני התיישנות כלליים במקרקעין. לדעתנו, קיימים היקשים קרובים יותר לנושא דנא. השאלה הנדונה כעת היא עד מתי יש להמתין לאדם שיבוא לממש את זכות הקדימה שלו ולשלם לרשויות את דמי הטאבו. הדינים העות'מאניים מתייחסים בכמה מקרים קרובים בדיוק לשאלה זו.

4. סעיף 59 לחוק הקרקעות העות'מאני עוסק במקרה בו מחזיק במקרקעי מירי שנפטר ולא הותיר יורשים לגבי המקרקעין. במקרה זה אמר:

- א. קיימים יורשים לגבי עצי מולק או בניינים הנמצאים על מקרקעין אלו⁷¹ יש להם זכות לשלם דמי טאבו ולקבל את המקרקעין במשך עשר שנים.
- ב. אם למנוח היו שותפים, יש להם זכות לשלם דמי טאבו ולקבל את המקרקעין במשך חמש שנים.
- ג. לבני הכפר של המנוח ישנה זכות לשלם דמי טאבו ולקבל את המקרקעין במשך שנה אחת.

⁶⁶ חוות הדעת דנא היא תמצית חוות הדעת שהוגשה ליועץ המשפטי לממשלה בתאריך 10.7.17.

⁶⁷ החריגים המנויים בסעיף הם: הוברה לצורך חקלאי, שיטפון, נפילה בשבי.

⁶⁸ הפסיקה בישראל הסתמכה על סעיף זה פעמים מספר, ראו: ע"א 8117/14, **עבדאלולי תופיק חוסין נ' מינהל מקרקעי ישראל** פס' 32 (2016); וראו ערר (איו"ש) 54/11, **יורשי המנוח עבדאללה אחמד סלוס נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש** פס' 27 (2016): לאחר אזכור מס' אמירות אגב הנוגדות את דין ההוברה (אמירות אלו צוטטו מערר 9/06 – 14/06 **הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש נ' חברת אהוד קהתי 3000 בע"מ**, החלטות נבחרות של ועדות עררים באיו"ש ב' תשמ"ז–תש"ע 336 (2008), בסופו של דבר קבעה ועדת הערר: "על פי ההלכה הנוהגת, בלא בסיס רישומי כלשהו, אין מקום לקבל טענה כי הוברה הקרקע איננה מאיינת זכויות בכוח (Potential) שנצמחו בעבר הרחוק מעיבוד חקלאי רצוף בן עשר שנים, גם אם הוכח עיבוד כראוי [...]". וראו גם: ערר (איו"ש) 123/12 **מוחמד ג'מיל אל ג'עברי נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש** פס' 35 (2014). יתרה מכך, בספרם של פליאה אלבק ורן פליישר, **דיני מקרקעין בישראל** (2005), הם מבחינים בין אדמות שהוקצו בשטר טאבו והוברו לבין אלו שלא הוקצו בשטר טאבו והוברו. לגבי האחרונים נקבע "שהמדינה רשאית לקחתן חזרה אם הופסק העיבוד בהן למעלה משלוש שנים", שם בעמ' 66.

⁶⁹ ראו חוות דעתה בעניין "נגוהות", בעניין מרחב "שילה-קציף" ובעניין "עלי".

⁷⁰ איל זמיר, **אדמות המדינה ביהודה ושומרון – סקירה משפטית, מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל**, מס' 12 (תשמ"ה) עמ' 20, וכן ה"ש 127. פרופ' זמיר הפנה למאמרה של עו"ד פליאה אלבק, P. Albek, "The Use of State Owned Land in Judea and Samaria for Jewish Settlement", 15 LAW AND LEGISLATION IN ISRAEL (New York, 1984) 1. אינו קיים בספריות בישראל או במאגרי המידע ולכן לא נחשפנו לאמור בו.

⁷¹ במשפט העות'מאני ניתן היה להפריד בין הבעלות בקרקע לבין הבעלות במבנים ובעצים. ביחס לבעל בניינים ונטיעות שאינו בעל הקרקע ראו גם סעיף 66 לחוק הקרקעות העות'מאני.

עם זאת לאור סעיף 4 (3) לפק' חוק הקרקעות (תיקון) למנהל מחלקת הקרקעות ישנה אפשרות לקצר את התקופה ל – 30 יום לאחר שקבלו פניה לממש את זכותם.⁷²

5. כאשר מקרקעין לא רשומים עברו הוברה של יותר משלוש שנים, קשה עד בלתי אפשרי במקרים רבים לדעת מי עיבד את המקרקעין בעבר. לפיכך, בהיקש לסעיפים הנ"ל הליך ההכרזה, שכלל סיור בשטח עם המוכתרים, כמוהו כפניה לכל מי שיש לו טענה שיבא לממש את זכותו. ולכן נראה כי לאחר 30 יום פקעה זכותם.

6. יתרה מכך, בהתאם לסעיף 4 להוראות לחוק הטאבו אם אדם נפטר ואין לו יורשים, ואדם הנחשב לגואל (גואלים הם אלו הזכאים לקבל את הקרקע בתשלום דמי טאבו), נכנס בחשאי למקרקעין והחזיק בהם, יש לו זכות לשלם את דמי הטאבו ולקבל את המקרקעין, אך הוא חייב להתייבב בפני המועצה המקומית **תוך חצי שנה** מיום שהגיעו ספרי המקרקעין למקומותיהם. מאחר שספרי המקרקעין חלים על כל אזורי יהודה ושומרון (ניתן לבצע רישום ראשון בפנקס השטרות בכל מקום ביהודה ושומרון) לזכאי ישנה חצי שנה בלבד לממש את זכותו. במקרה זה אין גם צורך בפניה.

7. היקש לסעיפים אלו שעוסקים בשאלה דומה – התקופה שבה יש להגיע ולשלם את דמי הטאבו – מראה שהתקופה אמורה להיות קצרה בהרבה מעשר שנים, ולכן לדעתנו, הוברה לאחר שלוש וחצי שנים הופכת למחלול מוחלט (בכפוף לחריגי סעיף 68), והכרזות שנעשו לאחר יותר משלוש שנים מתחילת תקופת ההוברה היו כשרות ע"פ הדין.

בברכה,



ד"ר חגי ויניצקי

⁷² א. בן שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל 12 (תשי"ג).

נספח ג: חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

ראו ההתייחסות ב- § 402 - § 407 לדו"ח זה

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי - תקנת השוק

התבקשתי ע"י צוות ההסדרה לסכם את התייחסותי ביחס לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59) תשכ"ז – 1967, ואת המלצותיי ביחס לאפשרות להסתמך על סעיף זה כפתרון לבעיה של מבנים שננטעו שנבנו על מקרקעין שקיים חשש שיש לאנשים פרטיים מקומיים זכויות ביחס אליהם.⁷³

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע כדלהלן:

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

א. ההצדקה לקיום הכלל:

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי דומה לכללים רבים שקיימים בשיטות משפט רבות, במשפט הישראלי ובמשפט הקיים באזור, שנועדו להסדיר תחרות של זכויות מתנגשות, והם כלולים במונח תקנת שוק או "מעין תקנת שוק". כללים אלו מהווים חריג לכללים שזכות קניינית קודמת בזמן גוברת על זכות קניינית מאוחרת ושאינן אדם יכול להקנות לאחר יותר זכויות מאשר יש לו עצמו "Nemo dat quod non habet"⁷⁴ ההצדקה להעדפת הזכות המאוחרת נובעת מאינטרס חברתי שהמשפט מעוניין לקדם. כך למשל קיימות תקנות שוק שנועדו לקדם את שטף המסחר,⁷⁵ לחזק את האמון במרשמים שמסדירים זכויות,⁷⁶ להסתמך על אמיתות חוזים,⁷⁷ להסתמך על עסקאות בזכויות,⁷⁸ להסתמך על החזקה במיטלטלין,⁷⁹ ולהסתמך על החלטות שיפוטיות והחלטות של רשויות ציבוריות.⁸⁰

⁷³ חוות הדעת דנא הינה תמצית חוות הדעת שהוגשה ליועץ המשפטי לממשלה בחודש אוגוסט 2016.

⁷⁴ מיגל דויטש, קניין 105 (כרך ג', 2006). ראו גם: סעיף 500 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א – 2011: "זכות בנכס כוחה יפה כלפי כל אדם" וכן סעיף 507 להצעה לפיו: "אין אדם יכול להקנות זכות בנכס העולה על זכותו שלו באותו נכס, אלא אם נקבע אחרת בחיקוק."

⁷⁵ סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968.

⁷⁶ סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיפים 81, 93 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969; סעיפים 15 (3), 16 (2) לחוק הסדר הקרקעות והמים, מס' 40 לשנת 1952; סעיף 8 (ב) לחוק רישום נכסי דלא נידיי שלא נרשמו, מס' 6 לשנת 1964; סעיף 83 לחוק הספנות (כלי שיט), תש"ך – 1960.

⁷⁷ סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

⁷⁸ סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969.

⁷⁹ סעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967. עם זאת, תקנת שוק זו תחבטל כאשר תתקבל הצעת חוק דיני ממונות, תשע"א – 2011, בשל ירידת החשיבות שהמשפט הישראלי מקנה להסתמכות על החזקה.

⁸⁰ סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 73 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965; סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950; סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח – 1978; סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) מס' 59, תשכ"ז – 1967; סעיף 10 לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967. להשוואת ההצדקה של סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים להצדקה של סעיף 34 א' לחוק המכר לפיה שני הסעיפים עוסקים במתן יכולת לציבור להסתמך על רכישה מרשות ציבורית ראו: מיגל דויטש, קניין 309 (כרך ד' 2007).

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי גם הוא תקנת שוק או "מעין תקנת שוק",⁸¹ שנועדה לאפשר לציבור להסתמך על החלטות הממונה על הרכוש הממשלתי בדבר היות נכס מסוים רכוש ממשלתי ולכרות עמו חוזים בהסתמך על החלטה זו. בהעדר סעיף כאמור פרטים בציבור עלולים היו להירתע מלהתקשר עם הממונה שמא נפלה טעות בהחלטתו, ולאחר שיבנו את ביתם יסתבר להם שזכותם נסוגה בפני זכות קודמת, וכל רכושם יאבד באחת. קיומו של הסעיף מאפשר לכל פרט להתקשר עם הממונה בבטחה ובהעדר חשש שמא נפלה טעות בהחלטותיו, שכן גם אם יסתבר שהממונה טעה והרכוש אינו רכוש ממשלתי זכותו של המתקשר לא תיפגע. לשון אחר, מטרת הסעיף היא להגן על ההסתמכות של המתקשר עם הממונה. מטרה נוספת היא הגשמת שיקולי יעילות, שהרי בהעדר הגנה שכזו יתקשה הממונה להתקשר בעסקאות.⁸²

ההצדקה לקיומו של הסעיף מתחזקת שבעתיים באזור שבו מרבית המקרקעין אינם רשומים,⁸³ והזכות הקודמת בזמן מסתמכת על עיבוד והחזקה במקרקעי מירי במשך 10 שנים (זכות התצ'רוף),⁸⁴ כאשר העיבוד וההחזקה הסתיימו לפני שנים רבות, כך שהסיכוי לטעות בהחלטת הממונה אכן משמעותי. יתרה מכך, בעל הזכות הפוטנציאלי אינו ידוע במקרים רבים, כך שאין דרך פשוטה לברר קיומן של זכויות קודמות. לאור זאת, הממונה נקט כלפי עצמו בגישה מחמירה ובכל מקום שרק היה חשש לקיומה של זכות לאדם כלשהו, הממונה לא ראה בכך רכוש ממשלתי. עם זאת, גם כאשר נוקטים בגישה מחמירה עשויות להיות טעויות, והמתקשרים עם הממונה זכאים לביטחון ביחס לרכושם כך שטעות של הממונה לא תפגע בהם.

כללים דומים ביותר קיימים גם במשפט הישראלי ביחס לעסקאות של האפוטרופוס על נכסי נפקדים⁸⁵ וביחס לעסקאות של האפוטרופוס הכללי.⁸⁶ מאחר שהפסיקה ביחס לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי מועטה ביותר, ניתן להסתמך על הפרשנות שניתנה לאותם כללים לצורך פרשנות רכיבי סעיף 5 לצו. יתרה מכך, סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי ניתן להצדקה ביתר קלות ביחס לאותם כללים. כאשר מדובר בנכסי נפקדים או בנכסים עזובים ידוע שקיימת זכות לאדם מסוים ובדרך כלל זהותו גם היא ידועה, כך שקל יותר לברר האם מדובר בנפקד או במי שנטש את רכושו, ובכל זאת המחוקק כלל תקנות שוק במקרה של טעות של האפוטרופוס. לעומת זאת, במקרים הכלולים בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי לממונה כלל לא ידוע בדרך כלל על זכות קודמת למאן דהוא.

⁸¹ להגדרת סעיף 5 כתקנת שוק ראו: השופט לוי ערר (איו"ש) 121/15 נצרי מחמוד יעקוב צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש פס' 19 (2017). להגדרת סעיף 5 כ"מעין תקנת שוק" ראו: ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הממשלתי נ' מחצבות כפר גלעדי (2009); השופטת קאופמן, עניין נצרי, שם, פס' 2. להגדרתו כתקנת שוק ראו גם חגי ויניצקי ודניאל קרמר "מרשמי המקרקעין ביהודה ושומרון", "דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון" (הראל ארגון וחגי ויניצקי עורכים, תשע"ד), עמ' 186 - 187.

⁸² להצדקות אלו ביחס לסעיפים דומים: סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, וסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, ראו, דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 308 - 310. ראו גם: ע"א 109/87 חוות מקורה נ' חסן פ"ד מז (5) 1, 21; ע"א 4636/07 מרעי נ' מרעי (2009) סע' 9; ת"א 1794-08-07 אג'מיל ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל (2010) פס' 170; ע"א 170/66 פיאד נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים פ"ד כ (4) 433; (ת"א) 1502/09 חסונה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים פס' 24 (2016); בר"ע 7/81, האפוטרופוס הכללי נ' עיריית חולון פ"ד לו (1) 484, 489 (1982).

⁸³ שיעור המקרקעין המוסדרים ביו"ש הוא כ- 33%, ראו: ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 81, בעמ' 167. לכך יש להוסיף את שיעור המקרקעין שרשומים בפנקס השטרות. ראו בעניין זה השופט לוי בעניין נצרי, לעיל ה"ש 77, פס' 19.

⁸⁴ סעיף 178 לחוק הקרקעות העותומני.

⁸⁵ סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950.

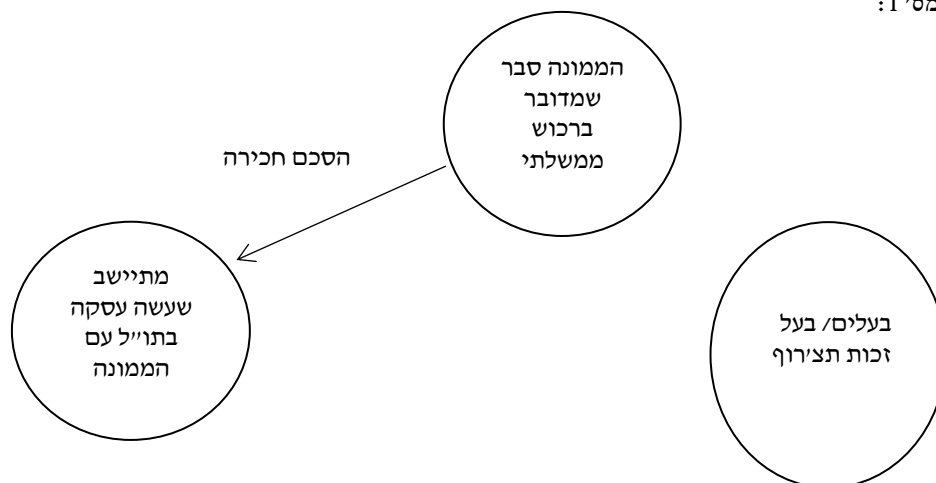
⁸⁶ סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח - 1978.

הצדקה נוספת שנטענה ביחס להפעלת סעיף 5 לצו היא שמאחר שמדובר במקרקעין שהוקצו ע"י הממונה ונבנו עליהם מבנים, ביטול זכויות המתקשרים יגרור "תביעות ענק" נגד הממונה.⁸⁷ עיקרון הקטנת הנזק מחייב את המשך ניהולם ע"י הממונה, דהיינו להפעיל את סעיף 5 לצו. בנוסף לשיקול ציבורי זה ניתן להוסיף הצדקה נוספת. הפעלת סעיף 5 לצו משרתת גם את בעל הזכויות המקורי המקומי. הריסת בית ביישוב בשל גריעתו מגבולות ההכרזה המתקנת לא תועיל גם לבעל הזכויות המקומי, אם יאותר, ואם יוכיח את זכויותיו. הוא לא יוכל לבנות את ביתו על מגרש זה בשל הבעיה הבטחונית, והוא גם לא יוכל למכור את המגרש ליהודים בשל החשש לגזר דין מוות על פי החוק ברשות במקרים אלו.⁸⁸ לפיכך מדובר בתוצאה שהיא "lose lose situation".⁸⁹ לעומת זאת הפעלת סעיף 5 לצו תותיר את הבית על כנו ובעקבות זאת יינתן פיצוי כספי לבעל הזכויות, וכך יוצר "win situation". מי שחפץ להגן על בעל הזכויות המקורי המקומי אמור לתמוך בהפעלת סעיף 5 לצו במקרים שרכיבי הסעיף מתקיימים.

ב. קיומה של עסקה

סעיף 5 לצו דורש קיומה של "עסקה". הממונה על הרכוש הממשלתי מתקשר בעסקאות ביחס לרכוש זה בכמה אופנים. לעתים הממונה מתקשר ישירות עם המתיישבים בהסכם חכירה, שבוודאי עונה על הדרישה לקיום "עסקה".

שרטוט מס' 1:



בנוסף לעסקאות אלו מתקשר הממונה במקרים רבים עם ההסתדרות הציונית ומקצה לה מקרקעין לצורך הקמת ישובים ופיתוחם, וזו בתורה מתקשרת בעסקאות של בר רשות עם המתיישבים. גם אם עסקאות אלו מוגדרות כבר רשות, בפועל מדובר בעסקת חכירה.⁹⁰ ביחס לסוג התקשרות זה קיימות איפה שתי עסקאות "גב אל גב" שביחס לכל אחת מהן ניתן להחיל את סעיף 5 לצו בנפרד. דהיינו ניתן להחיל את סעיף 5 גם ביחס למתקשר הסופי ("המתיישב").

⁸⁷ ראו למשל כתב התביעה בת"א 15-1683-03 נופי כרמים נ' המינהל האזרחי ביהודה ושומרון על סך של למעלה מ- 34 מיליון ₪ בגין גריעת שטחים מהרכוש הממשלתי בשל שינוי תוואי הקו הכחול שהובילה לביטול פרויקט בניה.

⁸⁸ ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 81, בעמ' 196; ראו: Ownership of Real Estate in Palestine by Foreigners. בהתאם לחוק חל איסור על עסקאות עם כובשים או זרים. ההגדרה של "כובשים" כוללת את ממשלת ישראל ומוסדותיה וההתנחלויות. עבירה על פי חוק זה שתבוצע על ידי תושב מקומי תיחשב כבגידה, והוא ייענש על פי החוק הפלילי. עבירה על בגידה דינה מוות. לאזכור קיום חוק כאמור ראו: בש"א (י-9340/09 פאיז מחמד זאיד רג'בי נ' טל בנייה והשקעות קרני שומרון פסקה 12 לפסה"ד (2010); ת"פ (י-427/97 מדינת ישראל נ' גלאל סביחאן, פסקה 3 לפסה"ד (1997).

⁸⁹ ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 81, בעמ' 164 – 167.

⁹⁰ ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 81, בעמ' 191 – 192.

אמנם בפסה"ד בעניין חוות מקורה, נאמר ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, כי "סעיף 17 לחוק מהווה מעין "תקנת שוק" ספציפית לעניין נכסים, שהוכרוזו בטעות כנכסי נפקדים. התנאים שמציב הסעיף וכוח ההכשרה הגלום בו מתייחסים רק לעסקה שהאפוטרופוס הוא צד לה (בדרך כלל - העסקה הראשונה שבוצעה בנכס לאחר קביעת הנפקדות המוטעית)".⁹¹ ההדגשה של "בדרך כלל" היא חשובה, שכן לעתים יש להפעיל את הסעיף גם על עסקת שרשרת. כמובן שבמקרים בהם תקנת השוק מתקיימת לגבי החוליה הראשונה, החוליות שלאחריה אינן זקוקות לעמידה בתנאי תקנת השוק שכן הן נהנות מההגנה שקיימת בחוליה הראשונה. כך למשל, בעניין פחמאוי בית המשפט הפעיל את סעיף 17 על רכישה של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, שלאחר מכן נמכרו המקרקעין לקק"ל. בית המשפט הכיר בתוקפה של העסקה עם קק"ל, למרות שהיא לא רכשה את המקרקעין ישירות מהאפוטרופוס אלא מרשות הפיתוח שעמדה בתנאי תקנת השוק ברכישת המקרקעין מהאפוטרופוס.⁹²

ברם, גם אם תנאי תקנת השוק לא מתקיימים בחוליה הראשונה הם יכולים להתקיים בחוליה השנייה. כך נפסק ע"י בית המשפט העליון בעניין להיגי ביחס לתקנת השוק הקיימת בסעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969, שקובעת שמי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתום לב ובתמורה ושכלל את זכותו ברישום, זכותו לא תפגע גם אם יתברר שהרישום לא היה נכון. בית המשפט קבע שתקנת השוק תחול גם במקרה שהרכש (ב) ממי שהרישום על שמו לא היה נכון (א) טרם שכלל את זכותו ברישום, והוא (ב) התקשר בחוזה להעברת זכויותיו עם צד שלישי (ג) ששכלל את זכותו ברישום בתום לב ובתמורה. במקרה זה מאחר שתנאי תקנת השוק התקיימו בחוליה השנייה (בין ב' לג', על אף שהם לא התקיימו בחוליה הראשונה (בין א' לב') בהעדר שכלול של ב') תקנת השוק תחול על הצד השלישי (ג), שכן אותו רציונל של הסתמכות על הרישום הלא נכון (של א') מתקיים גם במקרה זה (ג' הסתמך על הרישום הלא נכון של א' ועל החוזה בין א' לב').⁹³

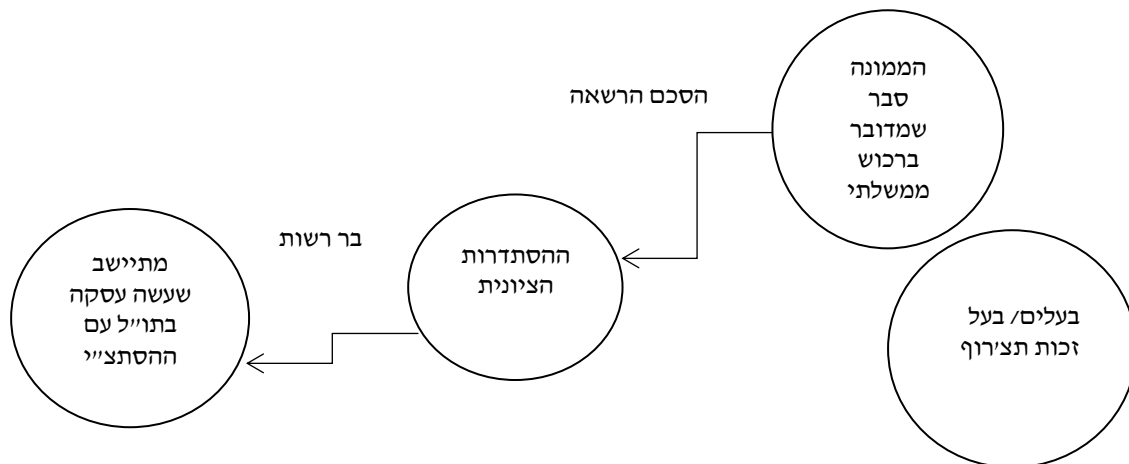
לפיכך, גם המתיישב סומך למעשה על ההקצאה של הממונה על הרכוש הממשלתי להסתדרות הציונית, והדבר בא לידי ביטוי בחוזה שלו עם ההסתדרות הציונית. במסגרת חוזה זה מוצהר שההסתדרות הציונית הורשתה על ידי הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי ביהודה ושומרון להקים את הישוב, המתיישבים מצהירים כי ידוע להם שהממונה יכול וידרוש מהם לחתום על חוזה פיתוח או על חוזה חכירה או על כל חוזה אחר, וכן שידוע להם שהממונה יכול וידרוש מהם לשלם תשלומים כל שהם עבור זכויותיהם, לרבות דמי חכירה מהוונים או כל תשלום אחר, והם מתחייבים לפעול על פי הוראות הממונה. לפיכך, אין ספק שסעיף 5 לצו חל גם על העסקה עם המתיישב (אם יתקיימו שאר הרכיבים הנדרשים), וזאת גם אם לא התקיימו כל רכיבי סעיף 5 ביחס לעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית (אם התקיימו כל רכיבי סעיף 5 ביחס לעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית, המתיישב כלל ללא נדרש לעמוד בתנאי סעיף 5, שכן הוא בא מכוחה של ההסתדרות הציונית שהעסקה שלה מוגנת).

⁹¹ עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 20, 21, 28.

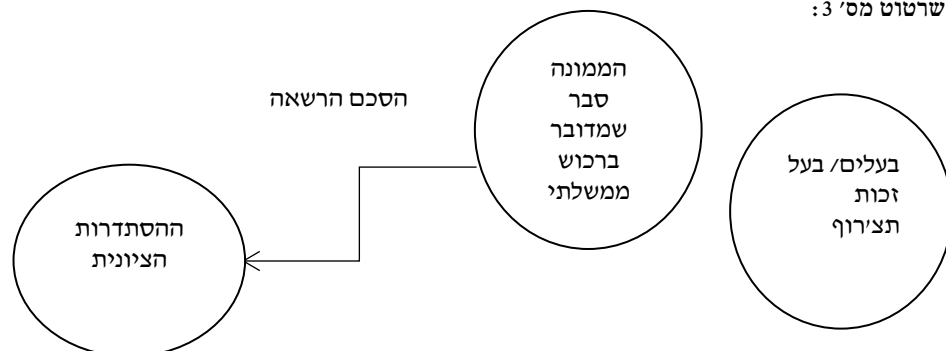
⁹² ת"א (חי') 607/03, פחמאוי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (2008) פס' 12. למקרה נוסף ראו: ת"א 42302-03-10 חוסייני נ' c&m.

⁹³ partnership properties פס' 15 (2010).

ע"א 767/11, להיגי נ' עזורי (2013).



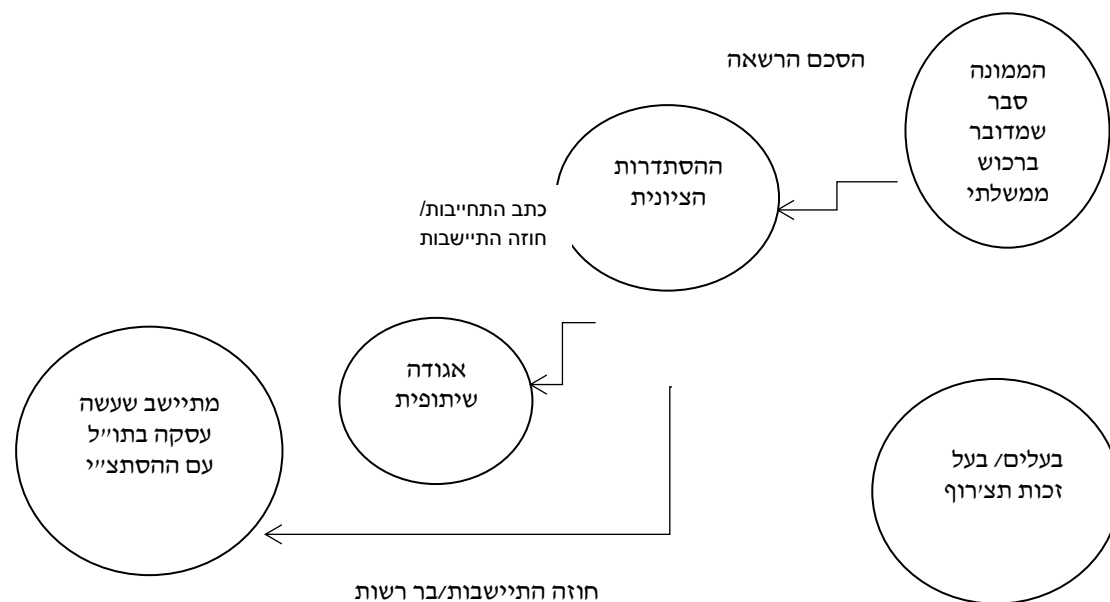
כאמור, סעיף 5 לצו יחול גם כאשר טרם נכרתה עסקה עם המתיישבים הסופיים, שכן ההקצאה של הממונה להסדרות הציונית (הסכם בר הרשות) גם היא יכולה להיכנס בגדר המונח "עסקה". ואכן התפיסה המשפטית הרווחת מכירה בתחולת סעיף 5 לצו ביחס למקרקעין שהוקצו ע"י הממונה להסדרות הציונית, והתברר לאחר מכן שהם אינם רכוש ממשלתי (ובתנאי שיתקיימו שאר רכיבי סעיף 5).⁹⁴



⁹⁴ כך למשל, ראו ערר 16/82, **אלבינה נ' הממונה על הרכוש הממשלתי** (1983), בו הכירה ועדת הערר בתחולת סעיף 5 לצו ביחס למקרקעין שהתברר שאינם רכוש ממשלתי, ועסקת ההקצאה בין הממונה לבין ההסדרות הציונית נותרה בתוקפה. עם זאת יש לציין כי החלטת זו לא אומצה על ידי רמ"א מעולם, שכן הוגשה עתירה לבית המשפט העליון, בה הוסכם בין המדינה לעותרים כי החלטת ועדת העררים תתבטל (שהיא המלצה בטרם אושרה ע"י רמ"א), ועררו של העותר יוחזר לדיון מחדש בפני הרכב אחר. ערר נוסף לא הוגש בסופו של דבר. ראו גם: חוות הדעת לעיל ה"ש 73, בעמ' 15. כן ראו: ערר 37/08 **אטרש נ' הממונה** (2012) שבו טענה המדינה כי סעיף 5 לצו חל גם על העסקה של הממונה עם ההסדרות הציונית העולמית. וכן ראו פס"ד ע"א 11085/08 **מראד נ' רשות הפיתוח** (2011) סע' 7, לפיו כאשר מדובר בהפעלת סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, העובדה שהעסקה נעשתה עם רשות הפיתוח, שמהווה "רשות מנהלית" אינה משנה דבר שכן היא בגדר "אדם אחר". לדוגמה נוספת להפעלת סעיף 17 על רכישה של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, שלאחר מכן נמכרו המקרקעין לקק"ל ראו: עניין פחמאוי, לעיל ה"ש 92, פס' 12. לדוגמאות שהחילו את סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים על רכישה של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, כאשר הבעלות נותרה בידי רשות הפיתוח, ראו: ת"א 6375/03 **רשות הפיתוח נ' דוקי**, פס' 11 (2007); המ' 281/98 **שיבלי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** פ"מ תשס"א (1) 300 (2002). ולכן סעיף 5 לצו חל גם על עסקאות עם ההסדרות הציונית העולמית.

לעתים הממונה מתקשר עם ההסתדרות הציונית בהסכם הרשאה, וההסתדרות הציונית מתקשרת בחוזה עם אגודה שיתופית שמקימה את היישוב. במסגרת זו נחתם בין ההסתדרות הציונית לאגודה השיתופית כתב התחייבות.⁹⁵ כאשר מדובר בקיבוצים ובמושבים ההסתדרות הציונית מתקשרת עם האגודה השיתופית גם בחוזה התיישבות.⁹⁶ יתרה מכך, במושבים גם המתיישבים חותמים על חוזה התיישבות עם ההסתדרות, וכן חותמים גם על הצהרה כלפי ההסתדרות שהם ברי רשות. ובמושבים הקהילתיים ההסתדרות מתקשרת עם המתיישבים בחוזה ברשות. בקיבוצים ובמושבים השיתופיים ההתקשרות החוזית של ההסתדרות הציונית היא רק עם האגודה השיתופית, אלא אם כן קיים בקיבוץ או במושב השיתופי הליך של שיוך דירות. במקרה זה ההסתדרות הציונית מתקשרת בחוזה ברשות גם עם המתיישב.⁹⁷ מכאן נובע שקיימת שרשרת עסקאות בין הממונה עד לאגודה השיתופית ולמתיישב או בקיבוצים ובמושבים השיתופיים שאין בהם שיוך דירות עד לאגודה השיתופית, ובכל שרשראות החוזים הללו המתיישב או האגודה השיתופית מסתמכים למעשה על הקצאת הרכוש הממשלתי ע"י הממונה, ולכן ניתן להחיל את סעיף 5 גם ביחס למתיישב או לאגודה השיתופית בתנאי שהתקיימו לגביהם שאר רכיבי סעיף 5 (וזאת גם אם לא התקיימו כל רכיבי סעיף 5 בחוליות הקודמות. אם רכיבי סעיף 5 התקיימו בחוליות הקודמות, המתיישב או האגודה השיתופית כלל לא נדרשים לעמוד בתנאי סעיף 5, שכן הם באים מכוחן של החוליות הקודמות שהעסקה שלהן מוגנת).

שרטוט מס' 4:



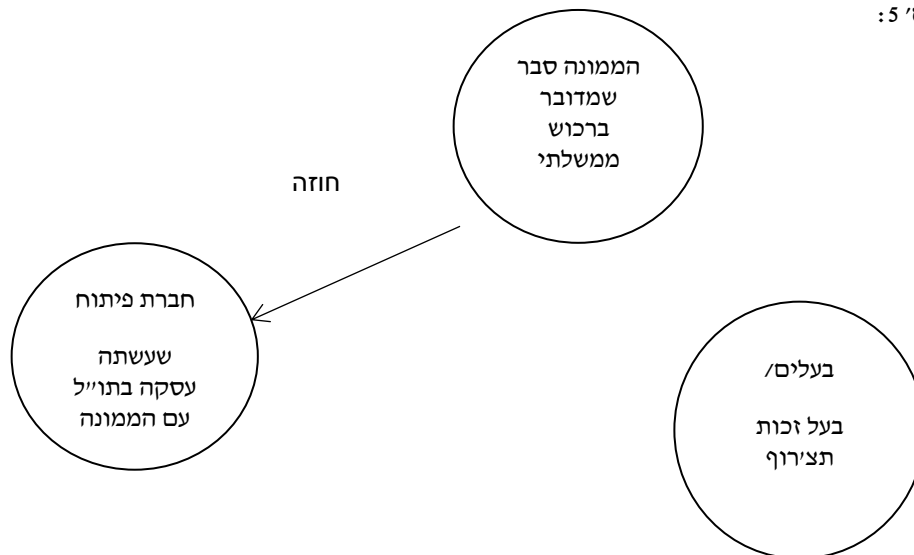
לעתים הממונה מתקשר עם חברה שאמורה לפתח את המקרקעין לצורך בנייה, ולאחר מכן הממונה אמור לכרות חוזים עם חוכרי הדירות הפוטנציאליים. בעניין זה התעורר ספק האם חוזה הפיתוח עונה על הדרישה לקיומה של עסקה. לדעתי, גם במקרים אלו ניתן לראות בחוזה הפיתוח כעונה על הדרישה לקיומה של עסקה, שכן ניתן לראות בסעיף הקיים בחוזה

⁹⁵ כתב ההתחייבות מקנה לאגודה את האחריות לשמור על כל המיטלטלין, הרכוש והציוד שהושאל לה מידי החטיבה לרבות המקרקעין שבתחום הסכם ברשות. לכתב ההתחייבות מצורף נספח בעניין ההלוואות שקיבלה האגודה. יצוין כי החטיבה מלווה גם את תהליך הקמת האגודה השיתופית, וחלק ממסמכי ההקמה כוללים איגרת חוב לטובת ההסתדרות הציונית, שמכוחה מוטלים שעבודים ספציפיים על מיטלטלין שנמסרו לאגודה, וכן שיעבוד צף על כל נכסי האגודה, הנרשמים אצל רשם האגודות השיתופיות (חלק משעבודי המיטלטלין נרשמים גם אצל רשם המשכונות).

⁹⁶ חוזה ההתיישבות מתייחס בחלקו הראשון למטרות ההתיישבות – קיום יישוב, וכן לאיסור העברת זכויות ו/או שעבודים בניגוד להסכמת ההסתדרות. בחלקו השני מתייחס החוזה לתנאי החזר ההלוואות לסוגיהן. על פי חוזה זה האגודה היא בת רשות.
⁹⁷ פרטים אלו נמסרו ע"י מר יובל פונק, סמנכ"ל החטיבה להתיישבות.

הפיתוח שכולל התחייבות של הממונה לכרות חוזים עם החוכרים הפוטנציאליים, כחווה לטובת צד ג' שמקנה לחוכרים הפוטנציאליים עצמם זכות ישירה מול הממונה או שניתן לראות בחווה הפיתוח עצמו התחייבות כלפי חברת הפיתוח לחתום על החוזים עם החוכרים הפוטנציאליים, שהרי כל התכלית הכלכלית של חווה הפיתוח היא להיות שלב ראשון בעסקה כוללת שבה הממונה מחכיר את הדירות למתיישרים.

שרטוט מס' 5:



כאמור, המונח "עסקה" כולל לא רק עסקאות להעברת בעלות אלא גם עסקאות שכירות,⁹⁸ ובר רשות. לעתים הכירה הפסיקה ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים שהמונח "עסקה" יכול אף להיות שונה מהמונח "חווה", ויכול להיות סוג של "טרנסקציה" אם כי מונח זה לא זכה לפירוט.⁹⁹

שאלה נוספת שהתעוררה היא אם המונח "עסקה" דורש לא רק התחייבות להקנות זכות במקרקעין אלא גם את השלמת העסקה הקניינית? וכאשר מדובר במקרקעין השכלול נעשה כידוע ברישום במרשם המקרקעין.¹⁰⁰ אכן תפיסת הפסיקה בישראל בדרך כלל ביחס לתקנת השוק היא שנדרשת גם השלמת העסקה, שכן "רק קניין יכה קניין, ואילו זכות חיובים אין בכוחה להכות זכות קניין".¹⁰¹ אמנם, בדרך כלל זכות קניינית מאוחרת בזמן אינה גוברת על זכות קניינית קודמת בזמן, אך בשל האינטרס החברתי הגלום בתקנת השוק הזכות המאוחרת גוברת על הקודמת, ובתנאי שהזכות המאוחרת תהא בהתאם לפסיקה הנ"ל זכות קניינית. הפסיקה בישראל נסמכה על המונח "מי שרכש זכות" ככולל דרישה לשכלול.¹⁰² ברם, גם פסיקה זו סברה שייטכנו חריגים שיסתרו את החזקה שנדרש שכלול.¹⁰³ יתרה מכך, קיימת ביקורת בספרות על עצם הדרישה לשכלול. פרופ' מיגל דויטש סבור שדרישה זו מיותרת כל עוד מתקיימים רכיבי תום הלב והתמורה, שבהם

⁹⁸ עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 24. וכן ראו התייחסות מפורשת לכך בסעיף 17 (ב) לחוק נכסי נפקדים.

⁹⁹ ע"א 131/53, **מירוזה נ' בינקובסקי**, פ"ד ח 1461, 1466.

¹⁰⁰ סעיפים 2, 4, 11, 12 לפק' העברת קרקעות, 1920, ובמקרקעין מוסדרים, סעיף 16 (3) לחוק הסדר הקרקעות והמים, מס' 40 לשנת 1952.

¹⁰¹ השופט חשין כחלק מדעת הרוב בפס"ד ע"א 2267/95, **האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד**, פ"ד מט (3) 854. פס"ד קבע כך גם ביחס לתקנת השוק ע"פ סעיף 10 לחוק המקרקעין, וגם ביחס לתקנת השוק בירושה ע"פ סעיף 73 לחוק הירושה. ביחס לתקנת השוק במקרקעין ראו גם: ע"א 4609/99, **בעלי מקצוע נכסים (1997) נ' סונדרס**, פ"ד נו (6) 832. עם זאת דעת המיעוט של השופט קדמי בפס"ד בעניין הרטפלד לא דרשה שכלול והסתפקה בתום לב ותשלום עיקר התמורה.

¹⁰² ראו לעיל ה"ש 101.

¹⁰³ ראו עניין הרטפלד, לעיל ה"ש 101, בעמ' 872: "יחד עם זאת, ועל-אף השוני בין הסדרי תקנות השוק השונות, ראוי להצביע על יסוד עיקרי אחד העובר כבריח התיכון בכל תקנות השוק - לביטחון יתר נאמור: ברובן המכריע של תקנות השוק - והוא, קיומו של יסוד קנייני כיסוד-בלעדיו-אין (non-qua-sine) וכתנאי מוקדם להיווצרותה של הגנת תקנת השוק. יסוד מעשה הקניין (לעתים: יסוד החזקה) משמש יסוד מאחד לכל (או לרוב) תקנות השוק, עד שנוכל להסיק כי יוצר הוא דוקטרינה במשפט ישראל. פירוש: בהיעדר אינדיקציה אחרת תיצוק הדוקטרינה עצמה אל "מושגי מסגרת", ו"נטל הפירוש" יהיה על מי שיבקש להפריך את קיומה של הדוקטרינה בנסיבות אלו ואחרות של תקנת השוק. הבו נבחן את הדברים מקרוב."

מגולמת ההסתמכות התמימה, והשכלול הוא אך תווית. פרופ' דויטש אף מדגיש ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, שדי שהמתקשר עם האפוטרופוס על נכסי נפקדים ייתן תמורה בתום לב על מנת להתגבר על הזכות הקודמת, שכן לצדו של המתקשר ניצבים ערכים ציבוריים בעלי חשיבות רבה היוצרים משקל גבוה.¹⁰⁴

סעיף 5 לצו, בדומה לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, אינו כולל את הדרישה ל"רכישת זכות" אלא ל"עסקה", ולכן גם מבחינה פרשנית אין הכרח לדרוש לשכלל את העסקה ברישום, וניתן לומר שהמונח "עסקה" כולל בחובו גם את המונח "התחייבות לעשות עסקה".¹⁰⁵ הדברים נכונים שבעתיים ביחס לסעיף 5 לצו, שכן במרבית המקרים מדובר בעסקאות ביחס למקרקעין לא רשומים, שאין כל כוונה גם מצד הממונה לרשום את עסקאות החכירה במרשם המקרקעין. גם חוזה החכירה מתייחסים לרישום שיתקיים בסופו של דבר במרשם ההרשאות ולא במרשם המקרקעין. ברם, מרשם ההרשאות קיים כיום רק בקרית ארבע ובעתיד יתקיים גם בירושלם אורנית. הוזה אומר, שדרישת רישום במרשם המקרקעין כחלק מהמונח "עסקה" תהפוך את סעיף 5 לצו לאות מתה, וכך תסוכל תכלית החקיקה.¹⁰⁶

עם זאת, התעורר ספק האם ביחס למקרקעין שהיו רשומים במרשם המקרקעין יש לרשום את העסקה לצורך קיום המונח "עסקה".¹⁰⁷ בהקשר זה התעורר ספק גם ביחס לשאלה אם סעיף 5 לצו חל על מקרה שבו המקרקעין היו רשומים והמונח טעה לחשוב שמדובר ברכוש ממשלתי או שהסעיף חל רק אם המקרקעין הללו אכן הוכרו בעבר כרכוש ממשלתי, והתברר לאחר מכן שהייתה טעות בהכרזה. ספק זה הובהר על ידי בית המשפט העליון, שקבע שסעיף 5 לצו רלוונטי גם ביחס למקרקעין שלא הוכרו כרכוש ממשלתי ושאינם רכוש ממשלתי אף לפי הדין המהותי.¹⁰⁸

בעניין זה חשוב להבהיר: סעיף 5 לצו עוסק "בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי". אין הגבלה בסעיף זה רק למקרקעין שהוכרו כרכוש ממשלתי, והסתבר שהייתה טעות בהכרזה (הן ביחס למקרקעין לא רשומים והן ביחס למקרקעין רשומים). שהרי גם אם מדובר במקרקעין רשומים על שם אדם פרטי שלא נעשתה לגביהם הכרזה כלל, והממונה טעה ביחס לאיתור המקרקעין, כך שלא ידע שמדובר במקרקעין רשומים על שם אדם פרטי וסבר שמדובר ברכוש ממשלתי והקצה אותו למתקשר עימו, אזי גם במקרים אלו מתקיימות ההצדקות של סעיף 5 לצו. כאשר הממונה מציג בפני המתקשר שמדובר ברכוש ממשלתי אין בידי המתקשר עימו דרך לברר האם במקרה מדובר במקרקעין הרשומים על שם אדם אחר, שכן לפי הדין באזור לא ניתן לציבור לעיין במרשמי המקרקעין.¹⁰⁹ ולכן יש להגן על ההסתמכות של המתקשר עם הממונה, שסומך על החלטות הממונה, וזאת כדי שהציבור לא יירתע מלהתקשר עם הממונה. לפיכך סעיף 5 צריך לחול גם במקרים אלו, שכן גם במקרה זה מדובר ב"נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי". בית המשפט העליון בהתייחסו לסעיף 5 לצו קבע כי לצורך סעיף זה: "לא היה צורך לטרוח ולברר כלל את שאלת היותם של המקרקעין רכוש ממשלתי (בין מתוקף הכרזתם ככאלה ובין מתוקף הדין המהותי הרלוונטי). אכן, ככל

¹⁰⁴ דויטש, לעיל ה"ש 74, בעמ' 186 - 205; מיגל דויטש, "הקניין כ"תווית" ? על תחרות זכויות ופורמליזם "הפרקליט מ"ג (תשנ"ז) 302, 307 ה"ש 29; מיגל דויטש קניין (כרך א, תשנ"ז) 505.

¹⁰⁵ עם זאת, יש לציין שהתעורר ספק ביחס לויתור על דרישת השכלול, וזאת על בסיס פסה"ד ה"פ (ח"י) 226/96 וולפרט נ' האפוטרופוס הכללי פ"ד תשנ"ו (ב) 453, שניתן ביחס לסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי הכולל נוסח דומה של תקנת שוק (סעיף 16 לחוק נוקט במילה "פעולה" ולא "עסקה"). שם נקבע שנדרש שכלול, אך הדבר נסמך על כוונת הצדדים לעסקה. עם זאת, בבש"א (י-ם) 2409/05, רשם המקרקעין נ' האפוטרופוס הכללי (2006) פס' 12, דרישת השכלול נותרה בצריך עיון. בהקשר זה נטען שמאחר שאין כוונה לצדדים בעסקאות עם הממונה לרשום את העסקה מדובר במקרה שונה. ברם, העובדה שבאותו מקרה דובר על זכות קודמת בזמן שהייתה רשומה בפנקס הזכויות עוררה ספק האם במקרה זה ניתן לוותר על דרישת השכלול.

¹⁰⁶ בוודאי שאין צורך גם שהממונה יירשם תחילה כבעלים, וכך נפסק גם ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים. אין צורך שהאפוטרופוס יירשם תחילה כבעלים. ע"א 1397/90 חוסין עלי דיאב נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד מ"ו (5) 789; ת"א 1499/99 עינין נ' רשם המקרקעין (2003) פס' 12.

¹⁰⁷ ראו גם לעיל ה"ש 105.

¹⁰⁸ פס"ד מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 81, פס' 13. עם זאת, במקרה שם לא הפעילו את סעיף 5 לצו שכן היה הסדר דיוני שמנע זאת.

¹⁰⁹ הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (אזור יהודה והשומרון) (מס' 1737) תשע"ד - 2014. בטרם חוקק הצו היה קיים "נוהל לקביעת היקף זכויות עיון בתיקי בקשות לרישום ראשון, השתתפות בדיוני ועדת הרישום הראשון ועיון ברישומי המקרקעין". לביקורת על הנוהל הקודם, ראו: ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 81, בעמ' 192 - 197. לביקורת על הצו החדש ראו: חגי ויניצקי "זכות העיון במרשמי המקרקעין ביהודה ושומרון לאור הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (אזור יהודה והשומרון) (מס' 1737) תשע"ד - 2014" (טרם פורסם).

שסעיף זה יש לו נפקות ביחסים שבין המערער למשיבים די היה למערער כי יראה שהעסקאות בינו ובין המשיבים נעשו בתום לב וכי בעת שנעשו סבר כי המקרקעין שבמחלוקת הם רכוש ממשלתי.¹¹⁰ בנוסף, כאשר מפעילים את סעיף 5 לצו הנחת המוצא של הממונה היא שמדובר ברכוש ממשלתי, שבמרבית המקרים איננו רשום. גם המתקשר סבור שכך הדבר, ולכן הם לא יפעלו לרישום העסקה. אדרבה, כאשר מדובר במקרקעין רשומים אם הממונה או המתקשר היו פונים לרישום העסקה הם היו מגלים את טעותם, וזהו בדיוק המועד שבו יש להפעיל את סעיף 5 לצו, ולכן אני סבור שלא נדרשת דרישה לרישום העסקה בכל מקרה, גם במקרים שהמקרקעין רשומים.

ג. תום הלב:

הפסיקה סברה שרכיב תום הלב הנדרש ביחס לסעיף המקביל, סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, חל הן ביחס למתקשר עם הממונה והן ביחס לממונה עצמו. כאשר מדובר בתום הלב הנדרש מהמתקשר הפסיקה פירשה את תום הלב של הרוכש כסובייקטיבי הכולל גם עצימת עיניים (חשד סובייקטיבי בקיומה של עובדה מסוימת שהחושד נמנע מלבדוק את קיומה).¹¹¹ הדגשה זו מיותרת שכן תום הלב הסובייקטיבי כולל כעניין שבשגרה גם מצב של העדר עצימת עיניים.¹¹² פסיקה נוספת הדגישה שתום הלב הנדרש הוא סובייקטיבי, אם כי יש הגורסים כי נוכח הפגיעה בזכות הקניין יש לדרוש רמה יותר גבוהה של תום לב.¹¹³ בכל מקרה תום לב סובייקטיבי לא כולל "ירידה לשטח".¹¹⁴ הספרות גם היא הביעה את עמדתה בנושא זה. למרות שפרופ' דויטש בעד להרחיב את דרישת תום הלב כאשר מדובר בתחרות זכויות ביחס למקרקעין לתום לב אובייקטיבי, רמת תום הלב הנדרשת לדעתו ביחס לסעיף 17 הנ"ל צריכה להיות אובייקטיבית אך מתונה במיוחד, שכן הרוכש זכאי להסתמך על טוהר זכויותיו של האפוטרופוס.¹¹⁵ בהתאם לעמדה זו נראה כי מאחר שתום לב אובייקטיבי מלא דורש מעבר לבדיקת מרשם המקרקעין גם בדיקת ההחזקה במקרקעין, רמה נמוכה כזו של תום לב אובייקטיבי לא תדרוש את בדיקת ההחזקה במקרקעין ותסתפק בבדיקת מרשם המקרקעין. לעומת זאת, פרופ' דגן שסבור שיש לכלול בפרשנות רכיבי תום הלב והתמורה גם התחשבות בצדדים לסכסוך, בעל זכות מקורי ערבי מול רוכש זכויות יהודי. תום הלב לדידו עשוי לכלול גם דרישה לירידה לשטח.¹¹⁶

בחינת האפשרות לאמץ עמדות אלו ביחס לפרשנות רכיב תום הלב בסעיף 5 לצו דורשת עמידה על ההבדלים בין שני המצבים. כאשר מדובר בסיטואציה שבה עוסק סעיף 5 לצו ראוי להדגיש כי ירידה לשטח במרבית המקרים לא תסייע. ראשית, לעתים קרובות המתקשר נפגש לראשונה עם השטח (המגרש) לאחר שהוא כבר עבר פיתוח, ולכן אין סיכוי שיידע על העיבוד וההחזקה שהיו קיימים קודם לכן, שעשויים היו להקנות זכות למאן דהוא.¹¹⁷ שנית, גם אם השטח טרם עבר פיתוח, אזי המתקשר ועורך דינו בדרך כלל לא יחשדו כלל שישנה זכות מכוח עיבוד והחזקה שכן, המסקנה שקיימות זכויות קודמות דורשות בדרך כלל בדיקות סבוכות שנערכות עם עזרים מתקדמים (תצלומי אוויר ומכשירי מדידה מדויקים) ונמשכות תקופות ארוכות (ראו עבודת "צוות קו כחול") - בדיקות שהמתקשר ועורך דינו לא מסוגלים לבצען. בדיקות אלו לא כלולות אף בתום לב אובייקטיבי מלא, ובוודאי שאינן כלולות בתום לב אובייקטיבי מתון במיוחד לשיטת פרופ' דויטש. ניתן להניח בבטחה שגם פרופ' דגן לא היה דורש בדיקות שכאלו מהמתקשר ועורך דינו. דרישה שכזו מנוגדת להצדקות לקיום הסעיף – היכולת להסתמך על החלטות הממונה והיכולת להתקשר עימו ביעילות.

¹¹⁰ פס"ד מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 81, פס' 13.

¹¹¹ עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 21 - 23; עניין פיאר, לעיל ה"ש 82; ע"א 3747/90 האפוטרופוס על נכסי נפקדים נ' עובון המנוחה מוסא, פ"ד מו (4) 311. וכן ראו: ת"א 1212-03-09 המועצה המקומית ערערה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (2011).

¹¹² דויטש, לעיל ה"ש 74, בעמ' 219.

¹¹³ ראו: ע"א 2576/03 וע"א 6858/99, האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' טברי, פ"ד נח (4) 577.

¹¹⁴ עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 23.

¹¹⁵ דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 309.

¹¹⁶ הנוך דגן, "קניין על פרשת דרכים" (2005) 284 - 289.

¹¹⁷ ראו סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומני.

יתרה מכך, במקרים רבים שיטתו צורך לעשות שימוש בסעיף 5 לצו, מדובר במקרקעין שהיו בגבולות ההכרזה ונגרעו עקב עובדת צוות קו כחול. הוזה אומר, שגם מי שערך את ההכרזה הראשונה, שסייר בשטח ועשה מדידות כאלו ואחרות, לא איתר שהיו זכויות קודמות למאן שהוא, ואף הממונה על הרכוש הממשלתי לא מצא או חשד בקיומן. אם כך, ברור שאין צפייה מהמתקשר ועורך דינו לגלות את קיום הזכויות הנ"ל, והם עומדים בדרישת תום הלב גם אם הייתה נדרשת ירידה לשטח. מאחר שמדובר בבדיקות מורכבות אין צפייה שגם בחוזים בין הממונה להסתדרות הציונית, האחרונה תאתר את קיום הזכויות הקודמות.

למעשה הפער בין תום לב אובייקטיבי מתון במיוחד לבין תום לב סובייקטיבי מוגבר אינו משמעותי, והוא למעשה סמנטי. מאחר שתום לב אובייקטיבי מתון במיוחד נראה ככולל רק את בדיקת מרשם המקרקעין, משמעותו לא תהא רלוונטית כאשר ינסו ליישמו ביחס לסעיף 5 לצו. מרבית המקרקעין ביהודה ושומרון כלל אינם רשומים,¹¹⁸ ולכן בדיקת מרשם המקרקעין לא תועיל לגביהם. יתרה מכך, גם אם קיים סיכוי שהמקרקעין כן רשומים במרשם המקרקעין, הדין הקיים באזור לא מאפשר לציבור לעיין במרשמי המקרקעין,¹¹⁹ ולכן גם אם המתקשר ירצה הוא לא יוכל להיעזר במרשם המקרקעין כדי לבדוק האם בכל זאת קיימת במרשמים אלו אינדיקציה לזכויות קודמות של פרט כלשהו. ירידה לשטח לא תסייע כאמור במרבית המקרים ואיני סבור כאמור שהיא כלולה בדרישת תום הלב של סעיף 5 לצו. כפי שנראה להלן, יש הטוענים שרמת תום הלב הנדרשת מהממונה אמורה להיות גבוהה יותר משל המתקשר, שכן הממונה מחזיק במידע הרלוונטי לבדיקת הזכויות השונות ולמתקשר אין כל יכולת בדיקה שכזו. אין לצפות מרוכש סביר לבצע בדיקות קרקעיות מקיפות כאשר הוא מבקש לרכוש זכויות מהממונה על הרכוש הממשלתי. לאור זאת, רצוי לדעת לדרוש מהמתקשר תום לב סובייקטיבי בלבד שכולל כאמור עצימת עיניים ותו לא. חוסר תום לב יתקיים למשל כאשר המתיישב פגש במקרקעין טרם רכישתם אדם הטוען לזכויות במקרקעין או אדם שמוסק זיתים במקרקעין. התעלמות מכך תחשב עצימת עיניים וחוסר תום לב. לאור האמור לעיל, ניתן להניח בבטחון רב שבמרבית המקרים שתחולת סעיף 5 לצו תיבחן, המסקנה תהיה שהמתקשר וכן ההסתדרות הציונית עמדו בדרישת תום הלב.

ביחס לתום הלב הנדרש מהאפוטרופוס, במסגרת סעיף 17 הנ"ל, סבור פרופ' מיגל דויטש בצדק, שהיה צריך להשמיט דרישה זו, שכן תחרות הזכויות היא בין המתקשר עם האפוטרופוס לבין בעל זכות קודמת, ולכן תום הלב של האפוטרופוס, שהוא חוליית האמצע אינו רלוונטי, ולא ראוי שנתון זה, שהוא לא בדיעת או בשליטת המתקשר עם האפוטרופוס, ישפיע על הגנתו.¹²⁰ ברם, הפסיקה סברה שנדרש תום לב מצד האפוטרופוס, אך הוא צריך להתפרש כתום לב סובייקטיבי בלבד (הכולל עצימת עיניים) ברף הגבוה. לפיכך, רשלנות וחוסר זהירות מצדו של האפוטרופוס, לא יהוו ראייה לחוסר תום לב,¹²¹ ואין אף דרישה לירידה לשטח.¹²² נוכח חוקת תקינות המעשה המינהלי, נטל ההוכחה לחוסר תום לב מוטל על התובע.¹²³

¹¹⁸ ראו לעיל ה"ש 83.

¹¹⁹ ראו לעיל ה"ש 109.

¹²⁰ דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 310. לפס"ד שקבע שלא נדרש תום לב מצד האפוטרופוס לנכסי נפקדים ושסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים יחול גם אם האפוטרופוס פעל שלא בתום לב, ראו: עניין דסוקי לעיל ה"ש 94, פס' 11.

¹²¹ עניין פיאר, לעיל ה"ש 82; ע"א 5685/94, **עמותת אלעד נ' אלעבסי**, פ"ד נג (4) 730, 745 – 746; עניין טברי, לעיל ה"ש 113; עניין ערערה לעיל ה"ש 111 פס' 25; ע"א 1501/99 **דריני ואח' נ' יורשי המנוח עבד אלקאדר** (2004); עניין מוסא, לעיל ה"ש 111, בעמ' 366; עניין פחמארי, לעיל ה"ש 92, פס' 12; עניין חסונה, לעיל ה"ש 82, פס' 24; עניין חוסייני, לעיל ה"ש 92, פס' 15. ת"א 319/03 **עזבון המנוח חוש נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** פס' 12 (2006). לדרישה של תום לב סובייקטיבי בלבד הכוללת גם מצבי חשד, עניין מרעי, לעיל ה"ש 82, סע' 9; עניין אג'מיל, לעיל ה"ש 82, פס' 170; ת"א 7844-03-11 **סובחי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (2014) פס' 60.

¹²² עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 23. עם זאת, מפסה"ד: אלעד, לעיל ה"ש 121, בעמ' 746; עניין חסונה, לעיל ה"ש 82, פס' 28, עולה שכאשר נוצר חשד אצל האפוטרופוס מצופה ממנו לבדוק את מצב הזכויות בנכס באמצעות ירידה לשטח.
¹²³ ע"א 2576/03 **וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** פס' 17 (2007); עניין טברי, לעיל ה"ש 113, בעמ' 581 – 582; עניין פחמארי, לעיל ה"ש 92, פס' 12; ת"א 1125/92 **החברה לפיתוח עכו העתיקה נ' סלואה** בעמ' 9 (2005); עניין דסוקי לעיל ה"ש 94, פס' 11; עניין חסונה, לעיל ה"ש 82, פס' 24. קל וחומר כאשר נעשה שיהוי רב, שם, בפס' 29.

ביחס לתום הלב הנדרש מהממונה בסעיף 5 לצו סברה הפסיקה בעבר שיש להפעיל את מבחן הסבירות.¹²⁴ דהיינו תום לב אובייקטיבי. ברם, פסיקה זו בוטלה.¹²⁵ לאחרונה סוגיה זו נדונה בפסיקה והובעו דעות שונות. יש הסוברים שפרשנות אופיה של דרישת תום הלב בסעיף 5 לצו יכולה להתבסס בהקשר זה על המילה "חשבו", שמשמיעה תום לב סובייקטיבי בלבד,¹²⁶ ויש הסוברים שתום הלב הנדרש מהממונה אמור להיות גבוה יותר משל המתקשר לאור המידע המצוי אצלו ויכולתו לברר על קיומן של זכויות קודמות.¹²⁷ ביחס לרף הנדרש, יש הסוברים שנדרש תום לב סובייקטיבי בלבד (שכולל העדר עצימת עיניים), שמתקיים גם אם יתברר שהבדיקות המקצועיות של הממונה וצוותו נעשו ברשלנות, שכן דרישה להעדר רשלנות קיימת רק בתום לב אובייקטיבי. לעומת זאת, יש הסוברים שאם יימצא שהממונה נהג ברשלנות רבתי, בהעדר ראיה לסתור, הוא ייחשב כמי שעצם את עיניו, ולכן כמי שלא קיים את דרישת תום הלב. כדוגמה לרשלנות רבתי, נטען שאם הממונה הקצה מקרקעין מוסדרים, בין אם הכריז עליהם כרכוש ממשלתי ובין לאו, ולא בדק את מרשם המקרקעין עובר להקצאה, אזי מדובר ברשלנות חמורה במיוחד, שתהווה אינדיקציה לעצימת עיניים מצד הממונה. ויש הסוברים שיש אף להחמיר כלל זה גם למצבי רשלנות. בכל מקרה, אין להפעיל את עקרון הידיעה הקונסטורקטיבית, דהיינו שמייחסים, במקרה זה לממונה, כפיקציה, את הידיעה בדבר הרשום במרשם, ביחס לסעיף 5 לצו.

מאחר שהמסקנה שקיימות זכויות קודמות דורשת בדרך כלל בדיקות סבוכות שנערכות עם עוזרים מתקדמים, ונמשכות תקופות ארוכות (ראו עבודת "צוות קו כחול") הן לא כלולות אף בתום לב אובייקטיבי, ובוודאי שאינן כלולות בתום הלב הסובייקטיבי הנדרש מהממונה. בעניין זה ראוי לציין את הנאמר ע"י בית המשפט העליון ביחס לדרישת תום הלב מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים ביחס לסעיף 17 לחוק שלא גילה לטענת המערערים את עובדת החזקתם במקרקעין ועיבודם: "לא ניתן לבחון את תום ליבו של האפוטרופוס בהקשר זה, כאילו חלה עליו אחריות אבסולוטית לגלות בכל מקרה ובכל מצב את זהות המחזיק במקרקעין אותם מבקש האפוטרופוס להקנות לרשות הפיתוח. אף את הטענה בדבר הרישום בספרי המועצה (המועצה המקומית מנדא, ח.ו.1) יש לדחות לפי הנטען, המסמך אינו מעיד על בעלות בחלקה כי אם על החזקה בלבד. בל נשכח, כי לא קיימת חובה חוקית המורה לאפוטרופוס הכללי לבדוק את כל ספרי המועצה טרם ביצוע העסקה, שעה שהסתמך על הרישום בטאבו. סבורני, וזה העיקר בענייננו, כי אין לראות בפעולתו של האפוטרופוס ככזו המשוללת תום לב. בחינת תום ליבו של האפוטרופוס חייבת להעניק את המשקל הראוי לבדיקת מצב המקרקעין בטאבו, והסתמכותו על המרשם".¹²⁸ בהקשר זה אף נאמר לאחרונה, בדעת רוב, כי כאשר קיים ביחס למקרקעין מסויימים הליך של הסדר שהותלה, אף בשלב לוח התביעות, הממונה לא יוכל להסתמך על סעיף 5 לצו,¹²⁹ או שמחדל מבדיקת תוצריו, לרבות לוח תביעות, משול לעצימת עיניים.¹³⁰ דעת המיעוט סברה שאין זה סביר להטיל על הממונה לבדוק את לוח התביעות בכל עסקה, ללא שידונו ההיבטים המעשיים והטכנולוגיים הנוגעים לעניין.¹³¹ מאחר שבאותו המקרה לוח התביעות הנטען הגיע ממקורות חיצוניים למערכת,¹³² יתכן שיש לראות באמירות אלו אמירת אגב. לדעת, צדקה דעת המיעוט שראוי לבחון תחילה את המשמעות המעשית בהטלת נטל לבדוק כל לוח תביעות ביחס לכל עסקה ולאור נתון זה לחוות דעה האם ראוי לחייב את הממונה לבדוק זאת. מכל מקום, לאור האמור לעיל, ניתן להניח בבטחון רב שבמרבית המקרים שתחולת סעיף 5 לצו תיבחן, המסקנה תהיה שהממונה פעל בתום לב.

בכל מקרה, דרישת תום הלב מתייחסת רק להעדר ידיעה או העדר חשד ביחס לעובדה שהנכס אינו רכוש ממשלתי. לפיכך, אין רלוונטיות לשאלות האם קיימת ביחס לאותם מקרקעין תב"ע בתוקף? האם ניתנו היתרי בנייה? והאם המבנה נבנה

¹²⁴ הערר בעניין אלבינה, לעיל ה"ש 94. ראו גם אייל זמיר, **אדמות המדינה ביהודה שומרון – סקירה משפטית** (תשמ"ה) 31.

¹²⁵ ראו לעיל ה"ש 94.

¹²⁶ ראו השופט לוי בעניין נצרי, לעיל ה"ש 77, פס' 26 לפסק דינו.

¹²⁷ ראו דברי השופטת קאופמן בעניין נצרי לעיל ה"ש 77, פס' 3 לפסק דינה. ראו גם דברי השופט עמאר בפס' 2 לפסק דינו.

¹²⁸ עניין מראד, לעיל ה"ש 94, פס' ג.

¹²⁹ השופטת קאופמן בעניין נצרי, לעיל ה"ש 77, פס' 1 – 4 לפסק דינה.

¹³⁰ השופט עמאר, עניין נצרי, לעיל ה"ש 77, פס' 2 לפסק דינו.

¹³¹ השופט לוי, עניין נצרי, לעיל ה"ש 77, פס' 26 – 31 לפסק דינו.

¹³² עניין נצרי, לעיל ה"ש 77, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמאר.

בתמיכת ובהשקעת רשויות המדינה? ביחס לדרישת תום הלב. דרישה זו מתייחסת רק ביחס לנתון של היות הנכס רכוש ממשלתי. הראייה שאם מבנה לא היה נגרע מגבולות הרכוש הממשלתי (במקרה של שינוי הקו הכחול), לא היו מיושמות לגבי ההגבלות של מכירה או קבלת משכנתא, רק בשל העדר תב"ע בתוקף או העדר היתר בנייה. בהקשר זה ראוי לציין ש"ההאשמה" בהעדר קיומה של תב"ע בתוקף בישובים ביהודה ושומרון רובצת לעתים לפתחן של הרשויות והמתקשר אינו צריך לשלם את המחיר על כך. גם בתקנת השוק במקרקעין הקיימת בישראל (סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969) אין דרישות ממי שטוען לקיום תקנת השוק לאחר שבנה את ביתו, להוכיח שקיימת תב"ע בתוקף, קיים היתר בניה או סיוע של הרשויות. כאשר התמורה היא ההשקעה בבניה (כפי שיפורט בהמשך) היא אינה הופכת להיות תמורה שהושקעה בחוסר תום לב רק בגלל היעדר תב"ע והיתר בניה, ומסקנה זו נכונה גם במקרים שהייתה בחוזה התייחסות לצורך לבנות על פי תוכנית מאושרת והיתר בניה. היעדר תב"ע והיתר בניה נובעים לעתים כאמור ממחדל של הרשויות שלא קידמו את שלבי התכנון של היישוב מחד, אך הרשויות (קרי הממונה) או שלוחתו (ההסתדרות הציונית) חתמו חוזה עם המשתכן לפיו הוא אמור לבנות את ביתו בפרק זמן מסוים כאשר הסיכוי לאישור תב"ע לאותו יישוב אינו נראה באופק, ולכן הוא לא פעל בחוסר תום לב בבניית ביתו. בנוסף, ברור שהשאלה האם המבנה נבנה באמצעות הרשויות אם לא אינה רלוונטית כלל לנושא זה. האם העובדה שאדם בנה את ביתו בעצמו או באמצעות חברה פרטית גורעת כי הוא זה מתום ליבו ביחס להיות הנכס רכוש ממשלתי שהוקצה לו בשרשרת חוזית? תום הלב שאליו מתייחס סעיף 5 רלוונטי כאמור רק לגבי השאלה האם המתקשר לא ידע ולא חשד שמדובר ברכוש שאינו רכוש ממשלתי, שזהו המקרה שסעיף 5 לצו מגן על המתקשר מפניו. סעיף 5 לצו, בדומה לכללי תחרות זכויות אחרים, הוא כלל בתחום דיני הקניין ואין לקרוא לתוכו רכיבים מדיני התכנון והבניה. תום הלב ישלל איפוא רק אם המסתמך על סעיף 5 לצו ידע או חשד שמדובר ברכוש שאינו רכוש ממשלתי. ולכן ניתן להחיל את סעיף 5 לצו בכל מקרה שהמתקשר או ההסתדרות הציונית עומדים בכללי.

לסיום פרק זה יש לציין שמדובר במרבית המקרים בשטחים שעברו הכרזה, והטוען כיום לזכויות של עיבוד והחזקה (אם קיים טוען כלל) יכול היה בשעתו להגיש ערר על ההכרזה. יתרה מכך, במרבית המקרים הטוען לזכות לא פנה כלל במשך שנים רבות גם כאשר ראה שינוי בנייה על המקרקעין. הווה אומר, שהטוען לזכות יכול היה למנוע את התאונה המשפטית אם היה פונה לכתחילה ולא בדיעבד לאחר שנים ארוכות. בית המשפט העליון קבע בהלכת גנו ביחס לעסקאות נוגדות במקרקעין שאם בעל הזכות הראשון בזמן לא הזהיר באמצעות הערת אזהרה ביחס לקיום זכויותיו הוא עלול לאבד את עדיפותו.¹³³ הלכה זו אומצה גם בדין הקיים באזור ביחס להערת התנגדות.¹³⁴ הפסיקה בישראל הרחיבה את ההלכה הנ"ל גם למכשירי פומביות נוספים שניתן ונהוג להשתמש בהם כדי להזהיר צדדים שלישיים, ובעל הזכות המקורי חדל מכך.¹³⁵ הלכת גנו דורשת אף פנייה לערכאות משפטיות לצורך היכולת להזהיר צדדים שלישיים.¹³⁶ פרופ' מיגל דויטש סבור שניתן להפעיל הלכה זו גם ביחס לזכויות קנייניות. למרות שהייתה התנגדות לכך בפסיקה בתחילה, קיימת פסיקה מאוחרת שתומכת בכך.¹³⁷ שיקול זה יושם גם ביחס לתביעה נגד האפוטרופוס לנכסי נפקדים ביחס לעסקה שבוצעה על ידו. בית המשפט העליון קבע כי הימנעות של הרוכש מהנפקד לעמוד על זכויותיו באמצעות מסמכיו במשך עשרות שנים, כך ש"יכול היה למנוע את הסבך שאליו נקלעו הצדדים כבר לפני זמן רב, ובקלות יחסית" תוביל להעדפת החלטת

¹³³ ע"א 2643/97, גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז (2) 385.

¹³⁴ ה"פ (ים) 1254/02 בית רחל בע"מ נ' קמ"ט רישום מקרקעין איו"ש, פס"מ תשס"ג (1) 350, 382, 385-386. אם כי נראה שבית המשפט הכריע את הסוגיה בלי להידרש להפעלת הלכה זו, אך בית המשפט בהחלט הכיר בתקפותה, שם. יש לציין שבית המשפט פסק במקרה זה לפי הדין הישראלי על בסיס חזקת שוויון הדינים, שם, בעמ' 366, אך החלת הלכת גנו על הערת התנגדות בהחלט אינה משאירה ספק שבית המשפט מחילה גם באיו"ש. למקרה נוסף שהחיל את הלכת גנו באמצעות חזקת שוויון הדינים על מקרה של עסקאות נוגדות באיו"ש, לאור התרשלות הזכאי הראשון ברישום העסקה ובטיפול בהליכי המשפט שנדרשו, ראו ת"א (י-ם) 6272/04, הקן ליד מדרשת א"י בע"מ נ' אמרויאן פס' 30 - 35 (2006). אם כי גם במקרה זה מאחר שהזכאי השני שכלל בתום לב ובתמורה ההסתמכות על הלכת גנו לא נדרשה למעשה. ראו גם ויניצקי וקרמר, לעיל, ה"ש 81 בעמ' 150 - 151.

¹³⁵ ה"פ 331/01, סידי נ' שטמר, (טרם פורסם); ה"פ (י-ם) 3407/04, ורנאי נ' מ.ש. זגורי בע"מ, (טרם פורסם).

¹³⁶ ע"א 8881/07, לב נ' טובי (2012). שם נעשתה פניה לבית משפט עקב סירוב לרישום הערת אזהרה. אך השוו ע"א (ב"ש) 1099/02, פורנס נ' שיפמן, (מקרקעין ב' 4 (2003) 187).

¹³⁷ דויטש, לעיל ה"ש 74, בעמ' 478 - 479. להתנגדות ראו: ה"פ (חי') 202/03, האפוטרופוס הכללי נ' בנק דיסקונט (2005); ה"פ (נצ') 223/02, רושרוש נ' מנסור, תק-מח 2005 (4) 4470. להותרת סוגיה זו בצ"ע ראו: ע"א 1134/06, רושרוש נ' מנסור, (ניתן ביום 2009). לתמיכה ראו: ת"א (ת"א) 42149/11/11, פרייברגר נ' ברוידה, (2012).

האפוטרופוס.¹³⁸ לפיכך, כאשר בעל הזכות המקורי לא הגיש ערר על ההכרזה ולא עמד על זכויותיו למרות שידע על הבנייה במקרקעיו קיימת הצדקה לאיבוד זכויותיו. ואכן, נטען שניתן להחיל את הלכת גנז נגד בעל הזכות המקורי שלא הגיש ערר על ההכרזה ולא פעל על מנת לעמוד על זכויותיו.

ד. התמורה:

סעיף התמורה שמקובל בכללי תחרות זכויות אינו מופיע בסעיף 5 לצו. התשובה לשאלה האם רכיב התמורה הכרחי אינה מוחלטת.¹³⁹ רכיב זה גם לא מצוי בסעיף המקביל לסעיף 5 לצו – סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים. אחד מפסח"ד המנחים ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים קבע כי יש להשאיר את השאלה בצ"ע.¹⁴⁰ פסח"ד בעניין מראד הניח שקיים יסוד כאמור לאור סעיף 19(א) לחוק נכסי נפקדים הקובע שעל האפוטרופוס חובה למכור המקרקעין "במחיר שאינו פחות משווי הרשמי של הנכס".¹⁴¹ עם זאת, לאחרונה קבע בית המשפט המחוזי שלא נדרש להוכיח תמורה.¹⁴² בכל מקרה, לדעת פרופ' דויטש נדרשת תמורה מתוך קוהרנטיות לכללי תחרות הזכויות. יתכן שהעדרה נובע מכך שחוק נכסי נפקדים הוא חוק ישן שאינו חלק מהחקיקה האזרחית. בכל מקרה רשות ציבורית לא מבצעת בדרך כלל עסקה ללא תמורה.¹⁴³ ראו גם סעיף 18 שמחייב את האפוטרופוס למסור את הנכס או את התמורה שקיבל בעדו.

כאשר נדרשת תמורה היא צריכה להיות מבוצעת ולא עתידית, ממשית ולא סמלית,¹⁴⁴ שכן מטרת התמורה היא לבחון למי מהצדדים נגרם נזק גדול יותר אם יפסיד. דרישת התמורה מסתפקת במתן תמורה בהיקף מהותי. העברת תמורה בשיעור של מעל 50% נתפסה כמספקת,¹⁴⁵ במיוחד שהצטרפה אליה השקעה שמהווה שינוי לרעה בהסתמך על החווה שנחשבת גם היא כתמורה, ולכן במסגרת התמורה יכללו כל ההוצאות או ההתחייבויות שהמתקשר התחייב בהן.¹⁴⁶ כך למשל, נטען שיש להתחשב בעבודות תשתית ופיתוח, הקמת מבנים, שימוש במקרקעין למגורים, התקשרות עם צד ג' בעקבות ההתקשרות עם הממונה, למשל בלקיחת הלוואה שמובטחת במשכנתא.

רכיב התמורה נועד לבדוק כאמור למי ייגרם נזק גדול יותר אם יפסיד, בעל הזכות המקורי או המתקשר הנוכחי.¹⁴⁷ הנחת המוצא היא שבעל הזכות המקורי נתן תמורה, ולכן בוחנים האם התמורה של המתקשר החדש שקולה לערך שקיבל.¹⁴⁸ נושא זה מקבל משקל רב ביחס להפעלת סעיף 5 לצו. במקרים רבים, כאשר מתברר שהרכוש הממשלתי שהוקצה למתקשר אינו רכוש ממשלתי, אין בנמצא בעל זכות מקורי שטוען לזכות. במקרים אלו יש להעדיף בבירור את המתקשר עם

¹³⁸ עניין מרעי, לעיל ה"ש 82, סע' 9. ראו גם עניין אג'מיל, לעיל ה"ש 82, פס' 170: "תכלית זו מובילה להעדפת הצדדים השלישיים שקיבלו לידיהם, זכות בקרקע, על-פני התובעים שנמנעו מלדרוש זכותם במשך למעלה מיוכל שנים (משנת 1956). יתר על כן, תוצאה זו רצויה גם משום שהמחזיק במסמך הוא אשר יכול היה למנוע את הסבך שאליו נקלעו הצדדים כבר לפני זמן רב, ובקלות יחסית. לפיכך, גם אם היה החווה תקף ועומד בעינו לא היה בכך כדי לאיין את העברת הקרקע לצדדים שלישיים".

¹³⁹ ראו דברי השופט עמאר בעניין נצרי, לעיל ה"ש 77, פס' 20, שם נאמר שבסעיף 5 לא נדרשת תמורה אם כי יתכן והיא מהווה חלק מתום הלב.

¹⁴⁰ עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 28.

¹⁴¹ עניין מראד, לעיל ה"ש 94, פס' ג'.

¹⁴² עניין חסונה, לעיל ה"ש 82, פס' 27.

¹⁴³ דויטש לעיל ה"ש 80, בעמ' 309 – 310.

¹⁴⁴ עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 24 – 27; דויטש, לעיל ה"ש 74, בעמ' 233 – 236.

¹⁴⁵ דויטש, לעיל ה"ש 74, בעמ' 235; עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 25 – 28.

¹⁴⁶ עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 28; דויטש, לעיל ה"ש 144, בעמ' 232 – 233.

¹⁴⁷ עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 23.

¹⁴⁸ דויטש, לעיל ה"ש 74, בעמ' 201 – 204.

הממונה. גם כאשר ישנו בעל זכות, יש להשוות את התמורות, דהיינו את הנזק שייגרם לכל אחד מהצדדים אם יפסיד בעימות. ברור מאליו שעלות רכישת המגרש ובניית בית עולה לאין ערוך על זכות החזקה ושימוש במקרקעין חקלאיים. ולכן התמורה הנדרשת מהמתקשר עם הממונה מספיק שתהא מינימלית. כך למשל, נטען כי תשלום 5% משווי מקרקעין לבנייה הם בגדר חלק משמעותי הרבה יותר משווה של קרקע חקלאית.

לפיכך, ניתן לומר שמתקיים רכיב התמורה גם בעסקאות ההקצאה להסתדרות הציונית. אמנם, ההסתדרות הציונית לא שילמה תמורה כספית לממונה עבור ערך המקרקעין. אך במקרים רבים בוצעו פעולות הכרוכות בעלויות כספיות ניכרות כגון: הקמת מחנה זמני, מבני ציבור, החזקת מזכירי יישוב ורכזי קליטה, הכשרת קרקע, השאלת ציוד, תכנון ועוד. יתרה מכך, גם אם הרכיבים הנ"ל טרם התקיימו, עצם ההשקעה בתוכניות שערכה ההסתדרות הציונית ביחס למקרקעין נחשבת תמורה.¹⁴⁹ העובדה שמדובר בהוצאות של ההסתדרות שהגיעו מתקציב המדינה אינה משנה דבר. כפי שצינו, סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים חל גם על רכישות של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, וזאת למרות שרשות הפיתוח היא רשות מנהלית של מדינת ישראל.¹⁵⁰ הוצאות אלו עולות לאין שיעור על שווי זכותו של בעל הזכות המקורי, אם יתברר כלל שישנו בעל זכות. יתרה מכך, אין כל הצדקה להקנות לבעל הזכויות המקורי שהייתה בידו זכות של שימוש והחזקה בקרקע חקלאית מגרש שנועד לבניה למגורים, שערכו השביח עשרות מונים, עקב הקמת היישוב. כאמור, גם אם לא נכיר במקרים מסוימים בתמורה מספקת בעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית, מספיק שתקיים תמורה בעסקה בין ההסתדרות הציונית למתיישב. התמורה כאמור יכולה להיות עלות רכישת המגרש ועלות הבנייה. בכל מקרה, לצורך רכיב התמורה יש להתחשב רק בתמורה שניתנה, בהשקעה שנעשתה בבניה וכן בהתחייבויות שנוצרו למתיישב כל עוד לא נודע לו על האפשרות שהמקרקעין אינם רכוש ממשלתי, שכן התמורה שנלקחת בחשבון היא רק תמורה שנעשתה בתום לב.¹⁵¹ כאמור בתת הפרק הקודם, תמורה שמגולמת בהשקעה בבניה אינה חסרת תום לב גם אם לא הייתה תב"ע בתוקף או היתר בניה.

ה. תוצאת הפעלת הסעיף

כללי תחרות הזכויות מקנים לעומד בהם זכות שמטוהרת מזכויות קודמות.¹⁵² האם זו התוצאה לגבי סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, ולגבי סעיף 5 לצו? ביחס לשאלה זו התעוררה שאלה האם מדובר בתקנות שוק שכן כותרות הסעיפים הנ"ל הן כשרות עסקאות. ביחס לטיעון זה ניתן לומר שהפסיקה בבית המשפט העליון ראתה גם בסעיף 5 לצו "מעין תקנת שוק",¹⁵³ וזו התפיסה גם ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים שכותרתו גם היא "כשרות של עסקאות", שמשמש תקנת שוק לכל דבר,¹⁵⁴ וכן ביחס לסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי שכותרתו "כשרות פעולות", שגם הוא מתפקד כתקנת שוק.¹⁵⁵ אמנם, מדובר בעסקאות להחכרת המקרקעין או מתן זכות של בר רשות שאמורות להסתיים לאחר שנים רבות, ולכאורה

¹⁴⁹ פרטים אלו נמסרו ע"י מר יובל פונק, סמנכ"ל החטיבה להתיישבות.

¹⁵⁰ ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 92, וה"ש 94.

¹⁵¹ השופט לוי בעניין נצרי, לעיל ה"ש 77, פס' 28.

¹⁵² לגבי תקנת השוק במכר, סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח – 1968 ראו: דויטש, לעיל ה"ש 146, בעמ' 229.

¹⁵³ פס"ד מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 81, פס' 13.

¹⁵⁴ מיגל דויטש, קניין (כרך ד', 2007) בעמ' 308. עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 20, 24, 29; רע"א 1096/97, אבו ג'ובה נ' פיימן בע"מ, פ"ד נג (1) 481; עניין דסוקי לעיל ה"ש 94, פס' 11. יש המכנים סעיף זה מעין "תקנת שוק" ראו: עניין מראד, לעיל ה"ש 94, פס' ג'; עניין מרעי, לעיל ה"ש 82, סע' 9; עניין וינברג, לעיל ה"ש 123, פס' 17; עניין ערערה, לעיל ה"ש 111; ע"א 1501/99, פאטמה דריני נ' משרד האוצר (2004); עניין אגמיל, לעיל ה"ש 82, פס' 170. עניין אלעד, לעיל ה"ש 121, בעמ' 744; עניין פחמארי, לעיל ה"ש 92, פס' 11; עניין חסונה, לעיל ה"ש 82, פס' 24. ואכן סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים לא מאפשר את השבת הנכס לנפקד שאמור לקבל פיצויים בלבד, ראו עניין מוסא, לעיל ה"ש 111, בעמ' 174.

¹⁵⁵ ב"ש"א (י-ם) 2409/05, רשם המקרקעין נ' האפוטרופוס הכללי (2006) פס' 12; ה"פ 11-12-19829 יצחקי נ' יורשי המנוח בדרייה פס' 32 (2013).

בסיום העסקה אין בעיה להשיב את המקרקעין לבעל הזכות המקורי. ברם, מסקנה זו מוטעית. 93% ממקרקעי מדינת ישראל נמצאים בבעלות המדינה, רשות הפיתוח וקק"ל. העסקה השכיחה שנעשית ביחס למקרקעין אלו היא חוזה חכירה. בהתאם לחוזה זה החוכר בונה את ביתו. האם החוכר צפוי לקבל דרישה לפנות את ביתו בתום תקופת החכירה? לכאורה התשובה חיובית. ברם, ברור שתוצאה זו לא תתקיים, וחווה החכירה יוארך. החוכר שבונה את ביתו לא צופה דרישה לפינוי בתום תקופת החכירה והמדינה אכן לא פועלת כך אלא מאריכה את חוזהו לתקופה ארוכה נוספת. העיגון לזכות להאריך את התקופה עשוי להיות בסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, הרואה בנוהג כללי אמצעי להשלמת לקונות. לפיכך, אם זכות החכירה של אדם מוגנת ע"י תקנת השוק במקרקעין בישראל (סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969), החוכר לא צריך לחשוש שזכותו מוגנת רק עד תום תקופת החכירה, וככל חוכר הוא זכאי לצפות להארכת חוזהו. זו התוצאה לדעתי שצריכה להתקיים גם בסיום תקופת העסקה כאשר מפעילים את סעיף 5 לצו.¹⁵⁶ בסיום תקופת הסכם החכירה או בר הרשות יש להאריך את חוזה החכירה או בר הרשות לתקופה ארוכה נוספת בדומה לשאר החוכרים או ברי הרשות.

מעניין לציין בהקשר זה שגם פרופ' דגן שצידד בהפעלת סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים תוך שקילת האינטרס של בעל הזכויות המקומי סבור בדומה לפרופ' אייל זמיר ולפרופ' בנבנישתי שהפיתרון לעוולות הסטוריות שנעשו לפני זמן רב הוא בפיצוי ולא בהשבה בעין, וזאת לאור שיקולי מדיניות כבדי משקל, למשל שהשבה בעין תיצור חיכוכים אתניים ופגיעה באינטרסים של המחזיקים הנוכחיים. ולכן לדעת פרופ' דגן לעתים שינוי הנסיבות עשוי להפוך בעלות שהייתה בלתי צודקת לצודקת. עם זאת יש לפצות כמובן את בעל הזכות המקורי שאיבד את זכותו.¹⁵⁷ אמנם נראה כי כתיבתם התייחסה לנפקדים שרכושם נותר במדינת ישראל, אך לטעמי הדברים יפים גם ביחס לזכויות שהתקיימו לפני זמן רב לעותרים מקומיים ביהודה ושומרון. נימוקים אלו רק מחזקים את ההצדקה לקיומו של סעיף 5 לצו. יתרה מכך, כפי שצינתי בתחילת חוות הדעת הריסת בית ביישוב בשל גריעתו מגבולות ההכרזה המתוקנת לא תועיל גם לבעל הזכויות המקומי. הוא לא יוכל לבנות על מגרש זה ולא יוכל למוכרו ליהודים. לעומת זאת הפעלת סעיף 5 לצו תותיר את הבית על כנו ובעקבות זאת יינתן פיצוי כספי לבעל הזכויות. לפיכך, מי שחפץ להגן על בעל הזכויות המקומי אמור לתמוך בהפעלת סעיף 5 לצו במקרים שרכיבי הסעיף מתקיימים.

הערה אחרונה ביחס לתוצאות הפעלת הסעיף היא שסעיף 5 לצו מקנה כאמור למתקשר שעומד בכל רכיבי הסעיף זכות שמטוהרת מזכויות קודמות. זכות זו יכולה לשמש הן כמגן עבורו מפני תביעתו של בעל הזכות המקורי או כל רשות אחרת והן כטענת חרב כנגד מי שיפגע בזכותו או לצורך הסדרת זכותו מול הרשויות השונות באופן דומה למצב בו היה מדובר ברכוש ממשלתי.¹⁵⁸

1. פיצויים

סעיף 5 במתכונתו הנוכחית חסר התייחסות לסעד הפיצויים לו זכאי בעל הזכות המקורי מאת הממונה. בעניין זה ראוי לציין שכללי תחרות הזכויות בכלל ותקנות השוק בפרט אינם כוללים סעיף בצד המורה על זכותו של המפסיד בתחרות לתבוע פיצויים מהגורם שגרם לאובדן הזכות. הזכות לפיצויים קיימת אם יוכיח בעל הזכות המקורי עוולה בנוזקין כגון

¹⁵⁶ בעניין חוות מקורה צוין שלמרות ששולמה תמורה של קצת יותר מ – 50% מתקופת השכירות הראשונה נקבע שיש לבצע גם את תקופת ההארכה שנקבעה בחוזה, חוות מקורה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 28. בית המשפט לא התייחס לתוצאה שתתרחש לאחר סיום ההארכה.

¹⁵⁷ דגן, לעיל ה"ש 116 (והאמסכתאות שם ביחס לכתיבתו של Prof. Jeremy Waldron); איל בנבנישתי ואיל זמיר "הקניין הפרטי בהסדר שלום הישראלי – פלשתיני", **מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי** (חנוך דגן עורך, תש"ס) 577.

¹⁵⁸ ראו למשל ביחס לתקנת השוק ע"פ סעיף 34 לחוק המכר תשכ"ח – 1968: ע"א 167/75 **קיבוץ גליל-ים נ' שעתל**, פ"ד לא (1) 236, 239-240; דג"א 2568/97 **כנען נ' ממשלת ארצות-הברית**, נז (2) 632 (2003), פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא ש' לוין (חוות דעת של שופט מיעוט, שלא נסתרה בדעת הרוב); ה"פ (י-ם) 15114-11-12 **אלבחירי נ' בנק ירושלים בע"מ**, פס' 1 ו-17 (2013).

רשלנות וכד' מצד הממונה.¹⁵⁹ עם זאת, ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים קיים בצדו סעיף 18 לחוק המאפשר לבעל הזכות המקורי שאיבד את זכותו לקבל את התמורה שקיבל האפוטרופוס בעד הנכס, ללא כל צורך להוכיח קיומה של עוולה.¹⁶⁰ אכן ראוי לאפשר זאת גם למי שאיבד את זכותו בעקבות הפעלת סעיף 5 לצו. עם זאת, אין צורך לקבוע את הסעד הכספי דווקא בחקיקה, וניתן לעשות זאת גם בהנחיה מנהלית שתאפשר העברת התמורה למי שיוכיח שלא היה מדובר ברכוש ממשלתי ושיש לו זכויות במקרקעין. בהקשר זה, יתכן שיש להתחשב בשאלה האם ערך המקרקעין עלה בעקבות השבחת הממונה, ובמקרה זה יש להשיב לבעל הזכות המקורי את הסכום של שווי המקרקעין בעת שניטלו ממנו.

ז. התייחסות המשפט הבינלאומי

העובדה שסעיף 5 לצו יופעל בדרך כלל ביחס לזכויות של תושבים מקומיים אינה בעייתית מבחינת המשפט הבינלאומי, שכן הכלל נחוץ לפעולתו התקינה של הממונה, שאחרת לא ניתן יהיה להתקשר עמו בבטחה בהעדר הגנה במקרים שהממונה טעה. יתרה מכך, אם נשווה את הכלל המצוי בסעיף 5 לצו לחקיקה שקיימת במקרה דומה בצפון קפריסין ניווכח שסעיף 5 לצו תקף גם מבחינת המשפט הבינלאומי.¹⁶¹

בעקבות הפיכה צבאית שביצעו קפריסאים-יוונים בעידודו של השלטון הצבאי ששלט באותה העת ביוון שנועדה לאחד את קפריסין עם יוון, פלש צבא טורקיה בשנת 1974 לצפון קפריסין ויצר חיץ בין האזור שבו הייתה מרוכזת האוכלוסייה הטורקית ליתר חלקי האי. 200 אלף קפריסאים-יוונים שהתגוררו בצפון האי נמלטו או גורשו אל דרום האי, לאזור שעדיין נשלט בידי הממשלה הקפריסאית-היוונית, ובמקביל נמלטו או גורשו 60 אלף קפריסאים-טורקים אל צפון האי. בשנת 1983 הכריזו מנהיגי הקהילה הקפריסאית-הטורקית על עצמאות מלאה ועל ריבונות בשטח שנכבש בידי הצבא הטורקי ב-1974 (37% מהאי). בשנת 1985 חוקקה חוקת המדינה. הכרזת העצמאות קבעה את שם המדינה ל"רפובליקה הטורקית של צפון קפריסין". ההכרזה זכתה להכרה של טורקיה ואזרבייג'ן בלבד, ויתר מדינות העולם והארגונים הבינלאומיים הוסיפו לראות בצפון קפריסין שטח כבוש, שהריבונות עליו אמורה לחזור לרפובליקת קפריסין השולטת בדרום האי. אוכלוסיית הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין כוללת כ-50,000 מתנחלים¹⁶² שהיגרו מטורקיה בעידוד ממשלת טורקיה. עיר הבירה ניקוסיה מחולקת בין הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין לבין רפובליקת קפריסין, ומשמשת בפועל בירה לשתייהן. הגבול בין שני חלקי האי, שנוצר ב-1975, מכונה "הקו הירוק", והוא למעשה שטח הפרדה מפורז הנשלט בידי כוחות האו"ם וכוחות בריטיים.

בשנת 2003 חוקק חוק שתוקן לאחר מכן בשנת 2005 ע"י הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין¹⁶³ שמטרתו לאפשר לקפריסאים יוונים שגורשו/נטשו את בתיהם בחלק הצפוני להגיש תביעה לוועדה שיפוטית (Immovable Property Commission) לקבלת פיצוי כספי, החלפת מקרקעין או השבה בעין, וזאת בעקבות פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Xenides-Arestis v. Turkey*.¹⁶⁴ הפונה צריך להוכיח את תביעתו בראיות מעבר לכל ספק סביר שיוכיחו שהיה רשום כבעלים של המקרקעין או כיורש של מי שהיה רשום ושאינן גורם אחר שרשום כטוען לזכויות במקרקעין, ובמקרה זה ייבחן הפרמטר - האם עליית ערך המקרקעין משנת 1974 ועד היום עלתה על שווי המקרקעין בשנת 1974. אם

¹⁵⁹ דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 310. התביעה אפשרית כמובן רק נגד הממונה ולא כפי שנאמר בערר 37/08 **אטוש נ' הממונה על הרכוש הממשלתי** (2012) שהתביעה אפשרית גם נגד המתקשר וחליפיו. רכישה בתקנת שוק מטוהרת מזכויות קודמות וכן מסעד הפיצויים. ראו בהקשר זה סעיף 53 לפק' הנזיקין (נוסח חדש). לביקורת על פסה"ד ראו ויניצקי וקרמר לעיל ה"ש 81 בעמ' 186.

¹⁶⁰ ראו עניין מראד, לעיל ה"ש 94, פס' 7, 10.

¹⁶¹ יובהר כי במסגרת עבודתו, הצוות המקצועי לא נדרש לסוגיות משפטיות כלליות, לרבות שאלת המעמד המשפטי של אזורי יהודה ושומרון.

¹⁶² לפי קפריסין היוונית 100,000 לפי תוכנית אנאן 45,000.

¹⁶³ LAW FOR THE COMPENSATION, EXCHANGE AND RESTITUTION OF IMMOVABLE PROPERTIES WHICH ARE WITHIN THE SCOPE OF SUB-PARAGRAPH (B) OF PARAGRAPH 1 OF ARTICLE 159 OF THE CONSTITUTION (LAW 67/2005).
¹⁶⁴ *Xenides-Arestis v. Turkey* (2005).

התשובה חיובית יינתן פיצוי או החלפת מקרקעין, אם התשובה שלילית תינתן השבה בעין ובתנאי שאין פגיעה בביטחון הלאומי, בסדר הציבורי ובשטחים צבאיים. מאחר שכרוב המכריע של המקרים שווי המקרקעין משנת 1974 ועד היום עלה על שווי המקרקעין בשנת 1974, ניתן כמעט בכל המקרים פיצוי כספי שכולל את שווי המקרקעין בשנת 1974, עליית ערך המקרקעין מאז ועד היום, דמי שימוש וכן פיצוי על עגמת נפש. הנתבע הוא שר השיכון של הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין. תקופת עבודת הוועדה הוארכה מעת לעת. החוק חוקק בתחילה לארבע שנים והוארך לאחר מכן לשש שנים, ושוב הוארך לעשר שנים, ובתחילת שנת 2016 הוארך שוב עד לתאריך 21.12.17 (סעיף 4 לחוק). עד התאריך 7.2.18 הוגשו 6404 בקשות, 878 הסתיימו בהסדר פשרה, 27 הסתיימו בדיון רשמי. שולמו עד כה 268,644,501 ל"ש כפיצויים. בשני מקרים הוחלט על החלפת רכוש ופיצויים, השבה ללא פיצוי בשלושה מקרים, השבה ופיצויים נוספים בשישה מקרים, במקרה אחד ניתנה החלטה להשבה לאחר ההסדר בקפריסין והשבה חלקית במקרה אחד (השבה כ- 1.25%, החלפת מקרקעין כ- 0.22%, פיצויים בכ- 98.5%).¹⁶⁵ לאור סעיף 19 לחוק מי שלא יפנה לוועדה לא יאבד את זכויותיו, אם ישנן, והוא יאלץ להמתין להסדר מדיני בעתיד אם אכן יתקיים הסדר כזה. החוק אינו מתייחס כלל לסיבה מדוע מי שמתגורר בבית שננטש או שתושביו גורשו אכן גר שם. בוועדה יושבים שלושה משפטנים בינלאומיים.

חוקיות ההסדר נבחנה בבית הדין האירופי לזכויות אדם שדחה תביעה של קפריסאים יוונים בעניין Demopoulos v. Turkey, שבחרו לא לפנות לוועדה השיפוטית ולהגיש תביעה לבית הדין האירופי לזכויות אדם בטענה לכשלים שונים בקיומה, לרבות היות סעד הפיצויים הסעד העיקרי ולא השבה (שניתנה במספר בודד של מקרים), וכן טענות ביחס להלימות הפיצוי. בית הדין קבע שההסדר לאחר התיקון של שנת 2005 הוא עקרונית סביר וראוי. עדיף שהדיון יעשה בידי ערכאה מקומית שיש לה נגישות עובדתית טובה יותר. הטיעון שזה משפיל מבחינה הקפריסאים היוונים להתדיין מול גוף שגירש אותם לא התקבלה. כך קורה בכל התדיינות מול מדינה שפגעה באדם מסוים. הכרה בהסדר אינה מהווה הכרה בכיבוש לא חוקי. למרות שהשלטון לא חוקי יש למצות את ההליכים במסגרתו. זה יהיה שרירותי ולא נכון לחייב השבה ללא התחשבות בנסיבות שהתרחשו ובשימוש שנעשה בנכסים – 35 השנים האחרונות. לא סביר לפנות בכוח גברים, נשים וילדים שגרים בבתים במשך 35 שנים, ולכן פיצוי במקרים אלו הוא סביר. אם הפיצוי סביר או שמבצעים החלפת מקרקעין נשמר איזון הוגן. בית הדין מותיר את הבחירה של יישום הפיצוי למדינה עצמה שנמצאת בעמדה הטובה ביותר להעריך את סדרי העדיפויות והאינטרסים המנוגדים ברמה המקומית, וזה נכון גם לצפון קפריסין. ולכן אין בעיה עם שיקול הדעת הקיים בחוק של ה-IPC ביחס לאפשרות ההשבה. הטענה שרק חלק קטן מהרכוש תחת כיבוש יזכה להשבה במסגרת המנגנון החדש לא מערערת את היעילות של ה-IPC. בהחלטה בעניין Xenides-Arestis צוין כי חוסר אפשרות להשבה כלל הוא פגם. זה מספיק שישנה אפשרות וכבר התרחשו מספר מקרים כאלו. והחוק המתוקן תיקן זאת. בית הדין קבע שמדובר במנגנון אובייקטיבי שכולל 5 – 7 חברי וועדה, ששניים מהם בינלאומיים. אף אחד מהשופטים לא יושב ברכוש של קפריסאי יווני. הטענה הכללית שכל אחד שגר בצפון קפריסין מושפע מהוועדה אינה מספיקה כדי להטיל ספק בהרכב הוועדה. גם העובדה שהם מונו ע"י השלטון הצפון קפריסאי הלא חוקי שכולל נוכחות של צבא טורקי אינה פוגעת באובייקטיביות או בעצמאות של הוועדה. אין כל ראייה לחוסר אובייקטיביות של חברי הוועדה. בית הדין גם מקבל את רף ההוכחה הנדרש, מעבר לכל ספק סביר שנתמך בראיות כתובות. בית הדין מצא כי החוק מספק מסגרת נגישה ויעילה של פיצוי בגין תלונות על נטילת נכס שבבעלות קפריסאית יוונית. התובעים במקרים הנוכחיים לא עשו שימוש במנגנון זה ותלונותיהם צריכות להידחות בשל אי-מיצוי הליכים ברמה המקומית. הדבר נכון גם לפיצוי בגין נזק לא ממוני. בית הדין מרוצה שהחוק הופך הוראה מציאותית לפיצוי במצב הנוכחי של כיבוש שהוא מעבר

¹⁶⁵ הנתונים הם על פי אתר הוועדה: <http://www.tamk.gov.ct.tr> הנתונים עודכנו בחוות הדעת על פי המצב העדכני.

ליכולתו של בית המשפט לפתור. אין חובה לפנות ל – IPC ואפשר לחכות לפתרון מדיני. בית הדין דחה את תביעתם והפנה אותם לוועדה.¹⁶⁶

כזכור לפי החוק הצפון קפריסאי, אין התייחסות כלל לשאלה איך פלש אותו "מתנחל" טורקי לביתו של הקפריסאי היווני. אם כך, סעיף 5 לצו שדורש מהמחזיק הנוכחי להוכיח שהתקשר בעסקה עם הממונה, וכן שעמד בתנאי תום הלב והתמורה, בוודאי שהיה זוכה להכרת בית הדין האירופי לזכויות אדם, ולכן סביר להניח שבתי המשפט בישראל יכירו בסעיף 5 לצו כעומד בכללי המשפט הבינלאומי. לחיזוק הסעיף יש כאמור ליצור הנחיה מנהלית למתן פיצויים. בנוסף, התקדים הנ"ל מוכיח כי גם האפשרות של איחוד וחלוקה שמאפשרת החלפת מקרקעין במקרים מתאימים עומדת בכללי המשפט הבינלאומי.

ת. המלצות

1. ניתן להסתמך על סעיף 5 לצו בכל מקרה שבו נעשתה עסקה עם הממונה או עם ההסתצ"י (שהתקשרה עם הממונה) בתום לב ובתמורה.
2. סעיף 5 לצו חל לא רק במקרים שהייתה טעות בהכרזה (בין אם המקרקעין לא רשומים ובין אם הם רשומים) אלא גם במקרים שמדובר במקרקעין הרשומים על שם אדם פרטי ולא הייתה לגביהם הכרזה, אך הממונה סבר בטעות שהם רכוש ממשלתי בשל טעות באיתור המיקום שלהם.
3. לא נדרש שכלול העסקה ברישום במרשם המקרקעין גם כאשר בעל הזכות המקורי היה רשום במרשם המקרקעין.
4. דרישת תום הלב מתייחסת רק להעדר ידיעה והעדר חשד ביחס לעובדה שלא מדובר ברכוש ממשלתי. ולכן אין זה משנה האם קיימת ביחס לאותם מקרקעין תב"ע בתוקף? האם ניתנו היתרי בניה? האם המבנה נבנה בתמיכת ובהשקעת רשויות המדינה? כל עוד מתקיימים התנאים של סעיף 5 לצו.
5. כאשר בעל הזכות המקורי לא הגיש ערר על ההכרזה ולא עמד על זכויותיו למרות שידע על הבנייה במקרקעיו קיימת הצדקה לאיבוד זכויותיו.
6. בסוף תקופת העסקה יש לחדש את החכירה/הרשאה לתקופה נוספת באופן רגיל.
7. במקרים של הפעלת סעיף 5 רצוי ליצור הנחיה מנהלית שתאפשר לבעל הזכויות המקורי לקבל פיצויים או לקבל את התמורה שהתקבלה אצל הממונה, וזאת מבלי להוכיח קיומה של עוולה.

בברכה,

ד"ר חגי ויניצקי

¹⁶⁶ Demopoulos and others v. Turkey, Cases 46113/99, 3843/02, 13751/02, 21819/04, 19993/04, 10200/04, 13466/03, 14163/04 (European Court of Human Rights, 2010); [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-Asproftas v. Turkey \(2010\); Petrakidou v. Turkey \(2010\); Meleagrou v. Turkey \(2013\).](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-Asproftas v. Turkey (2010); Petrakidou v. Turkey (2010); Meleagrou v. Turkey (2013).) לפסיקה נוספת באותו הכיוון ראו: [97649#\"itemid\": \"001-97649\"](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97649#\) Turkey (2010); Meleagrou v. Turkey (2013). בפסה"ד האחרון מדובר במקרה שהתובעים פנו ל-IPC רק בתביעת השבה ולא בתביעת פיצויים. התובעים קבלו השבה של נכס אחד, וביחס לשאר הנכסים לא היו זכאים להשבה אך הם גם לא תבעו פיצויים, ולכן לא קיבלו. בית הדין האירופי לזכויות אדם דחה את תביעתם, שכן הם לא תבעו את סעד הפיצויים במסגרת ה-IPC. בית הדין גם דחה טענות לקשיי שפה ולעצמאות ה-IPC. כן ראו: את הקישורים למאמרים שמדגישים את החשיבות של מנגנון, דמוי המנגנון של צפון קפריסין, במקרים של סכסוכים בלתי פתורים, לצורך בניית האמון בין הצדדים המעורבים. Remedying Displacement in Frozen Conflicts: Lessons From the Case of Cyprus, [https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/remedying-displacement-in-frozen-conflicts-lessons-from-the-case-of-cyprus/A8C2AAC4F706983CEC371B66BD2E824B/core-reader;https://ehrac.org.uk/news/sargsyan-v-azerbaijan-chiragov-and-others-Nagorno-Karabakh, Abkhazia, South Ossetia and Transnistria, Eastern Ukraine Presidency of Immovable Property Commission Issue, Monthly Bulletin \(31/5/16\).](https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/remedying-displacement-in-frozen-conflicts-lessons-from-the-case-of-cyprus/A8C2AAC4F706983CEC371B66BD2E824B/core-reader;https://ehrac.org.uk/news/sargsyan-v-azerbaijan-chiragov-and-others-Nagorno-Karabakh, Abkhazia, South Ossetia and Transnistria, Eastern Ukraine Presidency of Immovable Property Commission Issue, Monthly Bulletin (31/5/16).) וכן ראו: [cyprus/A8C2AAC4F706983CEC371B66BD2E824B/core-reader;https://ehrac.org.uk/news/sargsyan-v-azerbaijan-chiragov-and-others-Nagorno-Karabakh, Abkhazia, South Ossetia and Transnistria, Eastern Ukraine Presidency of Immovable Property Commission Issue, Monthly Bulletin \(31/5/16\).](https://ehrac.org.uk/news/sargsyan-v-azerbaijan-chiragov-and-others-Nagorno-Karabakh, Abkhazia, South Ossetia and Transnistria, Eastern Ukraine Presidency of Immovable Property Commission Issue, Monthly Bulletin (31/5/16).) *Sargsyan v Azerbaijan & Chiragov and others v Armenia*, [https://ehrac.org.uk/news/sargsyan-v-azerbaijan-chiragov-and-others-Nagorno-Karabakh, Abkhazia, South Ossetia and Transnistria, Eastern Ukraine Presidency of Immovable Property Commission Issue, Monthly Bulletin \(31/5/16\).](https://ehrac.org.uk/news/sargsyan-v-azerbaijan-chiragov-and-others-Nagorno-Karabakh, Abkhazia, South Ossetia and Transnistria, Eastern Ukraine Presidency of Immovable Property Commission Issue, Monthly Bulletin (31/5/16).) *Sargsyan v Azerbaijan* וממליצים על הקמת מנגנון דומה למנגנון של צפון קפריסין. וכן ראו: *Property Commission Issue, Monthly Bulletin (31/5/16)*. *IPC – ביחס לחוק ולפסה"ד בעניין Demopoulos* ראו גם טליה אינהורן, "מעמדם של שטחי יהודה ושומרון וההתיישבות בהם במשפט הבינלאומי", *"דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון"* (הראל ארגון וחגי ויניצקי עורכים, תשע"ד) עמ' 52 – 54; דו"ח על מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון (דו"ח ועדת לוי) פס' 58.

נספח ד: חוות דעת גב' בינת שוורץ-מילנר – תכנון צמוד דופן באיר"ש

ראו ההתייחסות ב- § 431 - § 437 לדר"ח זה

ג' באדר ב' התשע"ו
13 במרץ 2016
למח. 2016-726

תכנון "צמוד דופן"

התבקשתי על ידי הצוות המקצועי לגיבוש מתווה הסדרת בניה באיו"ש לחוות דעתי בעניין תכנון "צמוד דופן"; מקורותיו, מטרותיו, השימוש בו בתחומי מדינת ישראל והתאמתו לשמש עקרון תכנוני מוביל בשטחי יהודה ושומרון.

תמצית

1. עקרון תכנון "צמוד דופן" הוא עקרון תכנוני מרכזי וראוי, הדיון איננו נסוב על חשיבותו וחיוניותו, אלא עוסק במידת התאמתו לשמש בעת הזו עקרון מוביל ונוקשה לתכנון שימושי הקרקע במרחב יהודה ושומרון ובהצדקה ל"אימוצו" מתמ"א 35.
2. אימוץ של עקרונות תכנון ממקום למקום נדונה בספרות המקצועית בהיבט ביקורתי. החוקרים מדגישים את החובה המקצועית של מתכנן להתאים פתרון תכנוני להיבט המקומי-ייחודי של קהילות ומצבים, ומציינים כי ריבוי פרקטיקות תכנון הוא המענה הבריא למורכבות המאפיינת את בעיות התכנון.
3. המטרות העיקריות אותן נועד לשרת עקרון פיתוח "צמוד דופן" הן (1) יצירת פיתוח עירוני אינטנסיבי וקומפקטי עם יתרונות לגודל, ו-(2) שמירת רצף שטחים פתוחים. ספק אם אלה הוגדרו כמטרות תכנון מרכזיות ביהודה ושומרון, מרחב שרובו כפרי ופתוח המתמודד עם תנאים מקומיים ייחודיים גיאוגרפיים, חברתיים ופוליטיים.
4. המסקנה העקרית של חוות הדעת היא כי עקרון "תכנון צמוד דופן" חיוני בחלקים העירוניים ביהודה ושומרון אך הישימות, התועלת והחשיבות שבו אינם מובחנים באזור הכפרי של המרחב. מסיבה זו בתכנון מעשי ופרקטי (להבדיל מתכנון תיאורטי), יש לשאוף לקיים ביהודה ושומרון את עקרון "תכנון צמוד דופן" כקו-מנחה ומראה דרך, אך יש הצדקה מלאה לבחון אותו בכל מקרה לגופו תוך מתן משקל לתנאים המקומיים הייחודיים, טובת האוכלוסייה, השפעתו על קבוצות מוחלשות ומדיניות הממשלה.
5. מסקנה זו נכונה לכלל התכניות, לרבות אלה המוגשות על ידי או עבור האוכלוסייה הפלשתינית. ככל שחוות דעת זו תאומץ, עקרון השוויון יחול על שתי קבוצות האוכלוסייה המתגוררות במרחב, ועל מועצת התכנון תחול החובה לשקול בלא משוא פנים את התנאים, הנימוקים והשיקולים שיתמכו בעמידה על עקרון "תכנון צמוד דופן" או יובילו לחריגה ממנו, בכל מקרה לגופו. סדרת נימוקים ושיקולים מוצעת בנייר זה.
6. כמו כל תפיסה תכנונית הרלוונטית למקום ולזמן, יש לבחון את הגישה המוצעת בנייר זה אחת לפרק זמן ולעדכנה בהתאם להקשר החברתי-כלכלי-גיאוגרפי-פוליטי הרחב.

מבוא – תיאוריות תכנון ועקרונות תכנון

7. תיאוריות תכנון פוסט מודרניסטיות מצביעות על מורכבות הבעיות התכנוניות במרחב, הסקאלה הרחבה של פתרונות אפשריים והטבע הכאוטי של החברה בת-זמננו; פרגמטציה, תופעת ה"שבטיות" והרב-תרבותיות, ריבוי אינטרסים מתנגשים, ומסיקות שאין עקרון תכנוני אחיד הראוי להנחיל למרחב ולא קיים פתרון מוצלח אחד לבעיות¹.
8. מתכננים פוסט מודרניסטים סבורים שהתכנון המודרני נכשל בנסיון לייצר עקרונות תכנון זהים רציונאליים ואוניברסאליים, עבור מרחב מגוון משתנה ורב-תרבותי, המאופיין בכלכלה גלובלית ושינויים טכנולוגיים המהירים. הפוסט מודרניסטים נוקטים בגישה של ריבוי פרקטיקות תכנוניות ומדגישים את ההיבט המקומי והייחודי שאליו יש להתאים פרדיגמה תכנונית שאף תאפשר להתמודד עם אי הודאות הנוכחת תמיד².
9. ג'ון פורסטר במאמרו על "סינגור תכנוני" מחדד את הקונפליקט שבין פתרונות תכנון אחידים לבין צורכי החברה המגוונים³:
 We should stop looking for a unified field :
 theory, a single common measure of excellence...and we should instead explore the real possibilities to improve planning practices so that they serve the human need".
10. גם ביחס לעקרון התכנוני הרווח והמקובל לפיו יש למקד את התכנון ב"טובת הציבור", מתקיים דיון נרחב בספרות המקצועית העוסק בשאלות כגון, מי מגדיר מה היא 'טובת הציבור', מי הוא הציבור, כיצד מזהים את עמדתו, מה הוא הגבול בין טובתם של פרטים רבים לבין טובת הציבור, אלו חלקים של הציבור יהנו מהפעולה המתוכננת, האם הם יהנו באופן שוויוני, מי ייפגע ומהי מידת הפגיעה, מהו המודל לבחינת עלות תועלת של פעולה לטובת הציבור, ועוד⁴.
11. לא לחינם הוגדרו סוגיות תכנוניות על ידי הורסט וובר⁵ כ"בעיות זדוניות" (Wicked Problems) שהרי אין הסכמה על הגדרתן, על הגורמים להן, בוודאי לא על הפתרונות אך גם לא על הקריטריונים לבחינת פתרונות אפשריים. סוגיות חמקמקות שאין להן פתרונות ברורים, אין קשר ישיר בין הפעולה התכנונית לבין התוצאה, והן תמיד מעורבות עם בעיות חיצוניות שאינן יכולות להפתר באמצעות התכנון.

¹ Geoge Hermmens, "The Postmodernists Are Coming", **Planning**, vol. 58 No. 7 (July 1992)

² Judith E. Iness, "The Planners' Century", **Jurnal of Planning Education and Research**, Vol. 16, No. 3, (spring 1997)

³ John Forester, "Bridging Interests and Community: Advocacy Planning and the Challenges of Deliberative Democracy," **Journal of the American Planning Association**, Vol. 60, No. 2 (Spring 1994).

⁴ Michael Brooks, **Planning Theory for Practioners**, APA, Washington DC, 2002, chapter 4

⁵ Horst W. J. Rittel and Melvin M. Webber, "Dilemmas in a General Theory of Planning," **Policy Sciences**, Vol. 4 (1973)

12. בהמשך לאופיין ה"זדוני" של בעיות תכנון, טוען ברוקס⁶ שתכנון הוא משימה פוליטית בפרופיל גבוה, במובן הרחב של המילה – התכנון נוגע בחיי היום-יום של הציבור והוא זוכה למעורבות גבוהה וחשיפה מתמשכת בקרב אותו ציבור, קבוצות לחץ, תקשורת, נבחרי ציבור, פקידות בכירה, בעלי הון ובעלי קרקע. בספרו הוא מציין שחוקרים רבים מתייחסים לקשר שבין תכנון לפוליטיקה וחלקם מגדירים את הליך התכנון כהליך פוליטי שכדי להצליח על המתכנן ללמוד את העולם הפוליטי על מורכבויותו, ערכיו ומטרותיו, ולרתום אותו לטובת הליך התכנון ויישומו: "No strategy or model of planning will be effective if its user is politically inept"⁷.

13. לסיכום נושא זה, ניתן לומר בקצרה כי (1) עקרונות תכנון נועדו לשרת מטרה (או מספר מטרות), ולכן הם עשויים להיות שונים ממקום למקום ומתקופה לתקופה. (2) תכנון הוא חלק מהקשר רחב יותר, שהתעלמות ממנו איננה מקצועית ותייצר תכנית יפה למגירה.

14. בהמשך לאמור לעיל, להלן ניתוח ביחס לגופם של דברים.

עקרון "תכנון צמוד דופן" לפי תמ"א 35

15. עקרון תכנון "צמוד דופן" הוא עקרון תכנוני מרכזי וראוי, הדיון איננו נסוב על חשיבותו וחיוניותו, אלא במידת התאמתו לשמש עקרון תכנוני מוביל וקריטריון נוקשה לתכנון שימושי הקרקע במרחב יהודה ושומרון בעת הזו.

16. עקרון "תכנון צמוד דופן" התגבש לראשונה בתכנית האב "ישראל 2020" שהוכנה בתחילת שנות ה-90. התכנית בחנה את עקרונות התכנון ששלטו במדינה בעשורים הראשונים להקמתה ובטאו את מדיניות הממשלה ליישב את הארץ בדגש על הקמת יישובים חדשים קטנים ומפוזרים, יצירת רוב לאוכלוסיה שאיננה מתגוררת בערים, וחיזוק החקלאות והייצור החקלאי.

17. "ישראל 2020", על רקע גל העליה הגדול של שנות ה-90, הצביעה על המחסור הצפוי בקרקע ועל חוסר היעילות שבפיזור מוקדי התיישבות והציעה עקרונות תכנון חלופיים לאלו ששלטו בכיפה. הבולט שבהם היה עקרון "הפיזור המרוכז": פיזור האוכלוסיה מהמרכז לפריפריה במוקדי פיתוח עירוניים ממוקדים וקומפקטים.

18. תמ"א 35 שהוכנה בין סוף שנות ה-90 לאמצע שנות האלפיים, המשיכה את דרכה של "ישראל 2020" וטבעה את המונח "צמוד דופן" המתאר את העקרון על פיו יש להמנע מנקודות פיתוח חדשות במרחב ולהתמקד בעיבוי וחיזוק מוקדי פיתוח ויישובים קיימים.

19. עם זאת, תמ"א 35 התייחסה להקשר הרחב של התכנית בישראל ולמדיניות הממשלה ולכן, למשל, לא מנעה הקמת יישובים חדשים על אף שיישוב חדש בהגדרה סותר את עקרון "תכנון צמוד דופן".

⁶ ראו הפניה 4 פרק 1 "Planning Practice and Political Power"
⁷ ראו הפניה 4 עמ' 272.

20. המטרות העיקריות אותן נועד לשרת עקרון פיתוח "צמוד דופן" הן יצירת פיתוח עירוני אינטנסיבי וקומפקטי עם יתרונות לגודל, ושמירת רצף שטחים פתוחים:

פיתוח עירוני אינטנסיבי וקומפקטי עם יתרונות לגודל - ישובים הגדלים באמצעות פיתוח צמוד דופן יעילים יותר מן הבחינה הכלכלית, ריכוז מירב האוכלוסיה במוקדים יאפשר לספק שירותי ציבור איכותיים ומגוונים יותר מאשר בישובים קטנים ומפוזרים, הפיתוח הקומפקטי תומך בהקמה של הסעת המונים ותחבורה ציבורית, ההוצאות המוניציפאליות קטנות יותר, ניתן לפתח תעסוקה במקום ולצמצם את תופעת הפירבור.

שמירת רצף שטחים פתוחים – לצורך שימור המגוון האקולוגי, אתרי טבע ומורשת, יצירת חיץ בין מוקדי פיתוח, מרחבים פתוחים לטובת הציבור בהיבטי ספורט, בריאות, פנאי ונופש, ויצירת "דמות הארץ" המושתתת על פאזל משולב של שטחים פתוחים ושטחים בנויים.

21. הכללים שקבעה תמ"א 35 לעניין "צמוד דופן" מתייחסים **לצמידות דופן בין תכניות**, ולא לצמידות דופן בין שטח בנוי בפועל לבין תכנית.

22. ככלל, תמ"א 35 קובעת שתכנית מתאר מחוזית חדשה חייבת להיות צמודת דופן לתכנית מתאר מחוזית קודמת, ובמקרים מסויימים גם תכנית מקומית או מפורטת צריכה להיות צמודת דופן לתכנית מקומית או מפורטת קודמת. תמ"א 35 קבעה כללים וחריגים לעקרון זה כמפורט להלן:

(א) חריגים לתכניות מתאר מחוזיות שכלל חייבות בתכנון צמוד דופן –

- בתחומי **מרקם עירוני** (שטח הכולל מספר ישובים עירוניים ואת השטחים והישובים הכפריים שביניהם) שאיננו במחוז מרכז, אין חובה לתכנון צמוד דופן, אם השטח בין המתחמים מתאים להיות גם הוא מתוכנן בעתיד לפיתוח.
- בתחומי **מרקם כפרי** (שטח חקלאי מישורי או גבעי באופיו המעובד ברובו בגידולי בעל או שלחין ומשובץ בישובים חקלאיים וכפריים), אין חובה לתכנון צמוד דופן, אם השטח בין המתחמים מתאים להיות גם הוא מתוכנן בעתיד לפיתוח.
- בתחומי **מרקם שמור ארצי** (מזרח רמת הגולן והנגב מדרום לבאר שבע) אין חובה לתכנון צמוד דופן עבור תעסוקה מלונאות ותיירות או לשימושים המחייבים מיקום בשטח פתוח.
- **בכל שטח הארץ** אין חובה לתכנון צמוד דופן עבור הרחבת מוסד ציבורי, מערכות תשתית, שירותי תיירות.

(ב) כללים לתכניות מתאר מקומיות לעניין תכנון צמוד דופן:

- בתחומי **מרקם עירוני**, **מרקם כפרי ומרקם שמור ארצי** – אין חובה שתכנית מתאר מקומית או מפורטת תהיה צמודת דופן לתכנית קודמת.
- בתחומי **מרקם שמור משולב ומרקם חופי** חובה שתכנית מקומית או מפורטת חדשה תהיה צמודה לתכנית מקומית או מפורטת קודמת, **למעט**: תכנית שיש הצדקה למיקומה בשטח פתוח, היא משתלבת בסביבה, איננה פוגעת ברציפות השטח הפתוח, עונה על מספר קריטריונים נוספים המפורטים בתמ"א והובאה לאישור המועצה הארצית.

23. תמ"א 35 שרטטה בקיום עדינים ומורכבים את עקרון "תכנון צמוד דופן", תוך שהיא מבחינה בין סוגי תאי השטח השונים בתוך המרחב, מתייחסת לשכבות התכנון השונות (מחוזיות מקומיות ומפורטות), ומאפשרת גמישות מעקרון זה במקרים אותם הגדירה.
24. תמ"א 35 לא בחנה את מטרות התכנון במרחב יהודה ושומרון, לא אפיינה את תכונותיו הייחודיות של השטח, לא בחנה את ההקשר הרחב שלו ולא נתנה דעתה למידת ההתאמה והיישומות של עקרון "תכנון צמוד דופן" באזור זה ולמידת הגמישות הנדרשת ביחס אליו, ולכן אין להעתיק ממנה, Copy Exactly, את עקרונות התכנון שהותאמו באופן ספציפי לישראל ולאזורים שונים בתוכה.
25. בסעיפים הבאים נבחן את ההקשר הרחב ומדיניות הממשלה ביהודה ושומרון אל מול עקרון "תכנון צמוד דופן".

עקרון "תכנון צמוד דופן" בשטחי יהודה ושומרון

26. עקרון "תכנון צמוד דופן" הוא עקרון תכנוני ראוי חשוב ומוצדק לכלל שטחי מדינת ישראל ובכללם לשטחי יהודה ושומרון. אלא שבבחינת ההקשר הרחב של שטחי יהודה ושומרון נראה כי מאפיינו והתנאים המקומיים הייחודיים לו (המפורטים להלן) מחייבים התייחסות לעקרון "תכנון צמוד דופן" כאל עקרון מנחה, קו כללי אליו יש לשאוף, ובהחלט לא עקרון נוקשה ומחייב המתעלם ממגבלות המרחב, ייחודיותו ומורכבותו.
27. השלכה של עקרון "תכנון צמוד דופן" באופן נוקשה ומוחלט על מרחב יהודה ושומרון, איננו תואם את עקרונותיה של תמ"א 35, אשר טרחה והתאימה את העקרון התכנוני לגוונים של המרחב הישראלי.
- התמ"א שרטטה את עקרון "תכנון צמוד דופן" כך שיתאם, באמצעות הקשחה או הגמשה, לסוגי האזורים השונים בארץ בהתחשב באופי ומטרותיו של כל מרחב, ומרחב יהודה ושומרון לא נכלל ביניהם.
28. מרחב יהודה ושומרון מתאפיין בעיקר באופי כפרי וחקלאי, יש בו מיעוט ישובים עירוניים ואלו מצויים בעיקר בשוליו, קיים בו פיזור נרחב של מקבצי מגורים לא גדולים (בחלקם קטנים מאוד ובחלקם אינם מוסדרים). מרבית השטח אינו מרחב מעוייר או מטרופוליני (כיום ובעתיד הנראה לעין), ולכן אחת המטרות העקריות של עקרון "תכנון צמוד דופן" – פיתוח עירוני אינטנסיבי וקומפקטי עם יתרונות לגודל – איננה מתקיימת באופן מובהק במרחב זה.
- המבנה הגיאוגרפי של המרחב מאופיין בטופוגרפיה הררית קשה המבותרת בואדיות ובשטחים פתוחים נרחבים ורציפים מאופק לאופק שאינם מאוימים על ידי בינוי אינטנסיבי, ולכן המטרה העקרית השניה של עקרון "תכנון צמוד דופן" – שמירה על חייצים ורצף שטחים פתוחים בין אזורים בנויים – איננה מתקיימת בכל מקום.

המרחב נתון תחת החלטת מדיניות שלא לתכנן מקומות ישוב לאוכלוסיה היהודית בשטחים שאינם שטחי מדינה, אולם אלה אינם נמצאים ברצף אחד לשני ומקשים על הרחבת ישובים באופן רציף. לצד הקושי בהרחבת ישובים ברצף ("תכנון צמוד דופן"), מדיניות הממשלה היא שלא להקים ישובים חדשים במרחב (שעל פי עקרונות תמ"א 35 ניתן להקיםם שלא ב"תכנון צמוד דופן") אך כן לפעול ככל הניתן להסדרת המקבצים הקיימים שלא בדרך של ישוב חדש.

29. על רקע התנאים הייחודיים של המרחב נראה כי:

הישימות של "תכנון צמוד דופן" נמוכה בשל מאפייני טופוגרפיה שאינם מאפשרים פיתוח רציף, בעלויות קרקע שאינן רציפות, מקבצי מגורים נפרדים (הנשענים תיפקודית על ישוב סמוך) אותם מבקשת הממשלה להסדיר שלא בדרך של ישוב חדש.

התועלת מ"תכנון צמוד דופן" המעודד בניית מרחב מעוייר וקומפקטי עם יתרונות לגודל (שירותי ציבור בעלי סף כניסה גבוה כגון בית חולים, אוניברסיטה, תיאטרון, מערכת הסעת המונים) איננה גבוהה בשל אופיו הכפרי הנוכחי והעתידי של המרחב.

החשיבות ב"תכנון צמוד דופן" לצורך שמירה על רצף שטחים פתוחים איננה מובהקת בשל אופיו הפתוח של המרחב שאיננו מאויים על ידי תופעת העיור האינטנסיבי.

30. המסקנה המתבקשת מתיאור ההקשר הרחב של יהודה ושומרון היא כי הישימות, התועלת והחשיבות שבעקרון "תכנון צמוד דופן" אינם מובהקים במרחב זה ולכן בהיבט הפרקטי של התכנון יש לשאוף לקיים את עקרון "תכנון צמוד דופן" כקו-מנחה, מגדלור ומראה דרך, אך יש הצדקה מלאה, בעיקר במרחב הכפרי רחב הידיים, לבחון כל מקרה לגופו ולהפעיל שיקול דעת ביחס לצורך ביישום העקרון תוך הכרה בתנאים המקומיים הייחודיים, טובת האוכלוסיה ומדיניות הריבון.

31. מסקנה זו נכונה לכלל הישובים, האוכלוסיות והפעילות הכלכלית בשטחי יהודה ושומרון, לרבות האוכלוסיה הפלשתינית. ככל שחוות דעת זו תאומץ, עקרון השוויון יחול על שתי קבוצות האוכלוסיה המתגוררות במרחב, ועל מועצת התכנון תחול החובה לשקול בלא משוא פנים את התנאים והשיקולים לאחר הגהה מעקרון "תכנון צמוד דופן" בכל מקרה לגופו.

32. השיקולים אותם ניתן לשקול בתכנית שאיננה עונה באופן מלא על עקרון "תכנון צמוד דופן", יכולים להיות:

- האם התכנית עונה על עקרונות מדיניות הממשלה?
- האם אופי הישוב ואורח החיים של האוכלוסיה מצדיק חריגה מ"תכנון צמוד דופן"?
- למשל, ישוב המשלב חקלאות ומגורים במערב, מצדיק אישור מגורים שאינם צמודי דופן, בשל טלאים של קרקע חקלאית מעובדת המפרידה בין שטחי בינוי.
- האם המבנה הטופוגרפי, מבנה הבעלויות או זמינות הקרקע מצדיקים הרחבת ישוב שאיננה צמודת דופן?
- האם יכול להתקיים קשר תיפקודי חזק ומלא בין הישוב לבין שכונת ההרחבה גם אם אינם צמודי דופן?

- האם התשתיות האזוריות קיימות במרחב וניתן להתחבר אליהן או שיש צורך בפריסת תשתיות יש מאין? (דרכים אזוריות, פתרון קצה לביוב, רשת מים וחשמל).
- האם ישנה פגיעה מהותית בפרוזדור אקולוגי או ברצף שטחים פתוחים במיקום המוצע? האם יש יתרון בהרחבה שאיננה צמודת דופן בשל פרוזדור אקולוגי העובר בינה ובין הישוב?
- האם קיים פוטנציאל תכנוני עתידי לחבר בין הישוב והשכונה ברצף?
- האם השימוש המבוקש מתאים להיות דווקא בשטח שאיננו צמוד דופן? כמו תירות, תעסוקה, מחצבה
- האם הרחבת הישוב במיקום שאיננו צמוד דופן יכולה לאפיין אותה כ"מרכז גוש" ליישובי הסביבה?
- האם התכנית משפרת את מצבן של אוכלוסיות מוחלשות ובשל התועלת החברתית שבה מוצדקת חריגה מעקרון "תכנון צמוד דופן"?
- האם יש מי שנפגע מהתכנית שאיננה עונה על עקרון "תכנון צמוד דופן"?
- האם צפויה פגיעה בתכניות עתידיות כתוצאה ממיקום שאיננו צמוד דופן?
- במקרה של תכנית להסדרת בינוי קיים ניתן לבחון האם הבניה נעשתה ביזמת רשויות או ביוזמה פרטית? האם היא תוצאה ממצוקה והעדר אלטרנטיבות למגורים במרחב החיים של אותה אוכלוסייה? כמה זמן היא קיימת? האם ישנה הפרה של צוים שיפוטיים?

33. לסיכום, מורכבות הבעיות התכנוניות במרחב יהודה ושומרון נובעת מהתנאים הייחודיים של המרחב, החברה והממשל באזור. יש קושי באימוץ סטרילי של עקרונות תכנון בכלל ועקרון "תכנון צמוד דופן" בפרט, בלא לערוך להם אדפטציה והתאמה לתנאים הייחודיים של יהודה ושומרון.

בנייר זה הוצע לאמץ את עקרון "תכנון צמוד דופן" ליהודה ושומרון כקו מנחה שאיננו מחייב, תוך שישקלו התנאים הייחודיים בכל מקרה לגופו (ניתן להעזר בשאלות שהוצעו לעיל) ויימצא הפתרון התכנוני השלם ביותר האפשרי לאוכלוסייה בהתאם לקונטקסט המאפיין את המרחב, גם אם הפתרון איננו עונה על עקרון "תכנון צמוד דופן" במלואו.

כמו כל תפיסה תכנונית הרלוונטית למקום ולזמן, יש לבחון את הגישה המוצעת בנייר זה אחת לפרק זמן ולעדכנה בהתאם להקשר החברתי-כלכלי-גיאוגרפי-פוליטי הרחב.

בינת שורץ-מילנר
מנהלת מנהל התכנון

נספח ה: חוות דעת עו"ד אחז בן-ארי – איחוד וחלוקה באיו"ש
(הקטעים בחוות הדעת, שכללו התייחסות לשיבות פנימיות, הושמטו)

ראו ההתייחסות ב- § 527 - § 538 לדו"ח זה



מדינת ישראל
משרד הביטחון
בלמ"ס



היועץ המשפטי למערכת הביטחון

תאריך: כ"ח תמוז תשע"ה
15 יולי 2015
סימוכין: נ-יועמש-150715-005388

אל: דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יועץ)

הנדון: שימוש באיחוד וחלוקה באיו"ש

רקע

1. בעקבות הדיון שנערך ביום 7.11.2014 בראשות, נבחן להלן את האפשרות ליישם במקומות מסוימים באזור יהודה ושומרון (להלן: "האזור") הליך של איחוד וחלוקה, כמשמעותו בסעיף 31 לחוק תכנון ערים כפרים ובניינים (חוק זמני מסי' 79 לשנת 1966) (להלן: "חוק התכנון הירדני").
2. מדובר בהליך, אשר עתיד להתבצע במקרקעין בעלי מאפיינים מיוחדים. חלק מהחלקות, אשר ייכללו בהליך של איחוד וחלוקה מוחזקות על ידי מתיישבים ישראלים. ככלל, מצויות חלקות אלה בתחומם של היישובים הישראליים באזור. חלקם האחר של המקרקעין נמצא בבעלות תושבי האזור הפלסטינים או שיש יסוד להניח, שמדובר במקרקעין פרטיים (להלן: "חלקות פרטיות").¹ לעתים מצויות החלקות הפרטיות בסמוך ליישוב, אך מחוץ לתחומם ולעתים מדובר ב"מובלעת פרטית" בתחום אדמות המדינה,² בהן ניצבים בתי היישוב.

¹ בהמשך חוות דעתנו נעמוד על מאפייני זכויות הקנין המוקנות לתושבי האזור הפלסטינים במקרקעין נושא חוות דעתנו. נאמר כבר עתה, כי זכויות אלה במקרה הנפוץ אינן עולות כדי בעלות של ממש והן מסתכמות בזכות מצומצמת יותר, אשר מקנה לתושב את האפשרות להחזיק ולעבד את המקרקעין (זכות המכונה "תצ'רוף"), כאשר בידי הריבון נשארת זכות הבעלות הערטילאית בקרקע (המכונה "רקאבה"). חסדר זה, אשר נקבע בחוק הקרקעות העות'מאני משנת 1858 (להלן: "חוק הקרקעות העות'מאני"), עומד על כנו גם כיום.

² בהמשך חוות דעתנו נעמוד על משמעות המונח "אדמות מדינה". בשלב זה נאמר, כי מדובר ככלל, במקרקעין שאינם רשומים במרשם סדור והם נתונים לריבון - הוא השלטון המרכזי - מכוח חוראות דיני המקרקעין המחוקקים - בהם חוק הקרקעות העות'מאני. במקרה הנפוץ ידובר במקרקעין שמעולם לא הוקצו לפרט (במקרה כזה זכויותיו של הריבון בהם גזרות מתפיסתו כבעלים השיורי של כלל המקרקעין באזור) או במקרקעין שזכויותיו של הפרט בהם התפוגגו, בהתקיים אחד האירועים הקבועים בחוק (דוגמת זניחת מקרקעין הראויים לעיבוד או מותו של בעל הזכויות במקרקעין בלא שאירים חוקיים); להרחבה ראו - א' בן-שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל - 1953, ע' 30.

3. מיקומם היחסי של המקרקעין המוחזקים על ידי המתיישבים הישראלים ושל החלקות הפרטיות, יוצר לא אחת אתגר של ממש בכל הנוגע לאפשרות העומדת לבעלי הזכויות לנצל את רכושם; האתגרים האמורים מתעוררים בהקשרים שונים, שאין ביניהם קשר פנימי. כך, לא אחת נשללת גישתו של תושב פלסטיני לקרקעותיו מסיבות הקשורות בביטחון היישוב הישראלי - או לכל הפחות נשללת גישתו החופשית לאדמות אלה. מנגד, קיומן של חלקות פרטיות בלב היישוב מכתיב לא אחת את צורת פיתוחו של היישוב ובמקרים רבים מהווה מכשול תכנוני ממשי לפיתוחו הרציף.³

4. עם אתגרים מרכזיים אלה מוצע להתמודד באמצעות נקיטת הליך של איחוד וחלוקה. נזכיר, כי מדובר בהליך, המתבצע אגב תכנון של אזור מסוים, והוא כולל שני שלבים: בשלב הראשון כלל הזכויות במקרקעין באזור ממוזגות למעין "בנק זכויות" אחד;⁴ במסגרת זו ניטלות הזכויות של בעל המקרקעין המסוימים (המגרשים המקוריים); בעלי המקרקעין הופכים ל"מעין שותפים" בכלל האדמות בתחום התכנית. בשלב השני, מתוכנן המרחב מחדש ובמסגרת זו מוקצים לבעלי הזכויות מגרשים במיקום ובצורה, אשר תואמים את התכנית החדשה.⁵

5. במסגרת ההליך של איחוד וחלוקה, מתבצעת לא אחת הפרשת שטחים לשימושים ציבוריים שונים (יצירת שטחים פתוחים, ייעוד מקרקעין לצורך הקמת מבני ציבור, התווית דרכים וכו'). כפועל יוצא מהפרשה זו, קטן שטחן של סך כל המקרקעין ב"בנק" והמגרשים החדשים, שמוקצים לבעלי הזכויות, עשויים להיות קטנים יותר מהמגרשים ב"מצב הנכנס". עם זאת, הפרשת שטחים לצורכי הציבור, כמו עצם תכנונו של האזור מחדש, בדרך כלל מעלה את ערכם של המקרקעין במרחב ועל כן בעלי הזכויות לא ניזוקים מהמהלך. אם בכל זאת ישנה פגיעה בבעל זכות כלשהו, כולל ההליך מנגנון פיצוי בעל הזכות הניזוק, באמצעות ביצוע תשלום כספי.⁶

³ ראו דוגמאות, המובאות בחוברת "דיני התכנון והבנייה ביחודה והשומרון", משרד הפנים, מפעם-2008 (ע' 50 וכן בנספחים 13, 14).

⁴ נהוג להתייחס לשלב זה כאל "פולינג" (מלשון "POOLING") - ראו את חיבורה של פרופ' רחל אלטרמן - Rachel Alterman, Much More Than Land Assembly - Land Readjustment for the Supply of Urban Public Services, Analyzing Land Readjustment: Economics, Law and Collective Action, Lincoln Institute for Land Policy, 2007 (אלטרמן) וכן בבג"ץ 4914/91 איראני נ' שר הפנים, פ"ד מו(4), 749, 767 (1992) (להלן: "פרשת איראני").

⁵ לתיאור עיקרי הליך איחוד וחלוקה בפרשת איראני בספרו של פרופ' א' נמדר "פגיעה במקרקעין (פיצויים בגין נזקי תכנית)", מהדורה שנייה, התשס"ח-2008 (נמדר) (ע' 246).

⁶ ראו בסעיף 122(3) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"א-1965 (להלן: "חוק התכנון והבנייה" או "חוק התכנון הישראלי").

6. הליך של איחוד וחלוקה קיים בשיטות משפט שונות ברחבי העולם; מקורו של ההליך בארץ - **בפקודת בנין ערים (1936)** המנדטורית.⁷ לאחר קום המדינה וסיפוחו של האזור על ידי ממלכת ירדן, התפתחו דיני התכנון והבנייה בישראל ובאזור באופן עצמאי ואולם המוסד של איחוד וחלוקה מצא את דרכו לחוקי התכנון הן בישראל והן בירדן. בישראל, מופיעים הכללים בעניין בסימן ז' לפרק ג' לחוק התכנון והבנייה - סעיפים 120 עד 128. באזור, כלולות ההוראות המסדירות את נקיטת ההליך בסעיף 31 לחוק התכנון הירדני. יש לציין, כי הן באזור והן בישראל, על אף השוני בעיצובו החקיקתי של ההליך, שמרו המחוקקים על שלביו העיקריים, כפי שהם תוארו לעיל.

7. ניתן לראות, כי במסגרת ההליך עשויות להתעורר שאלות בתחום דיני התכנון והבנייה (בכל הנוגע לזהות הגורם, אשר רשאי ליזום את התכנית, רמת הפירוט של התכנית, שיקולים שעניינם שיעור המקרקעין שיוקצו לצורכי הציבור וכן השאלה, האם הקצאה כזו מתחייבת מהוראות הדין, הפיצוי בגינה ועוד) והן בתחום דיני הקניין. נוכח אופי ההליך של איחוד וחלוקה, ניתן לומר, כי השאלות בתחום דיני הקניין - הן השאלות המרכזיות, אשר עשויות להתעורר במסגרתו. ברור, כי הסוגיה אשר עומדת במוקד ההליך של איחוד וחלוקה, ענינה העברה מרצון או שלא מרצון של זכות הבעלות במקרקעין מסוימים מאדם לחברו או הקצאת חלק ממקרקעין לשימושים ציבוריים.

8. בענייננו, לשאלות אלה יש להוסיף רובד משפטי נוסף, הוא הוראות המשפט הבין לאומי, אשר עוסק בדיני התפיסה הלוחמתית. הוראות המשפט הבין לאומי, כפי שפורשו על ידי בית המשפט העליון, מציבות דרישות מיוחדות ומוגברות כלפי רשויות האזור, בכל הנוגע לשמירה על זכות הקניין של תושבי האזור.

9. בחוות דעתנו נתייחס בעיקר להיבט ה"קנייני" של הליך; מובן, שבחינתנו לא תוכל להיות מנותקת מההקשרים הקונקרטיים של המציאות המורכבת באזור. כידוע, כיום עומדים על הפרק המקרים רבים, בהם מתבקשת בחינת האפשרות להסדיר את מעמדם של מקרקעין מסוימים הנמצאים ביישובים הישראליים באזור - לעתים במסגרת גיבוש עמדת המדינה בהליכים המתנהלים בפני בית המשפט העליון או בבתי משפט אחרים. בעבר הוגשו עתירות, בהן הועלו שאלות בעניין מעמד המקרקעין ביישובים ומאחזים, דוגמת עלי, נתיב האבות, בית אל, עופרה ועוד. יישובים ומאחזים האמורים שונים אלה מאלה הן במאפייניהם

⁷ סעיפים קטנים 14 (2) (א) ו-14 (2) (ב) לפקודה קובעים כך: "תכנית לבנין ערים, שהוכנה או נתקבלה עפ"י סעיף זה ... תטפל אף בעניינים הבאים: ... סידור מגרשים מחדש ע"י שינוי תחומיהם או ע"י צירופם של שני מגרשים או יותר למגרש אחד בבעלות משותפת וזאת בהסכמתם של הבעלים... הקצאת מגרשים לכל בעל קרקע שנושל מן הקרקע לצורך גישומה של התכנית".

הפיסיים והן מבחינת מעמדם הסטטוטורי: חלקם הוקם לאחר הליך סדור של הכרזה על אדמות מדינה והקצאת המקרקעין בתחומם לתושביהם; חלקם האחר נבנה ללא נקיטת הליך כלשהו של הכרזה ומבלי לקיים הליך תכנון סטטוטורי. השוני במקרים הקונקרטיים, אשר עומדים על הפרק (ואף כאלה שעשויים לעלות על הפרק בעתיד), מוסיף קושי לבחינת אפשרות השימוש בהליך של איחוד וחלוקה בעניינם.

10. בחוות דעתנו שלהלן לא נתייחס לכל המקרים הקונקרטיים, הנמצאים כעת על הפרק ואף לא לכל רובדי הדין, אשר יכולים לכלול נורמה משפטית ביחס לאפשרות להיעזר בהליך של איחוד וחלוקה לשם הסדרת מעמדם של מקרקעין מסוימים בכלל יישובים באזור. כמו כן, לא נקיף את השיקולים הרחביים, אשר יכולים להשליך על אפשרות זו; לא נוכל למצות את הדיון בכל הנוגע לנורמה של המשפט הבינלאומי, לה מחויבת מדינת ישראל. בחוות דעתנו נתמקד בדיון באותו רובד קנייני, שהעיסוק בו מתחייב בהליך של איחוד וחלוקה. במסגרת הדין ניגע בהיבטים המצוינים לעיל, ככל שיש להם זיקה לענייננו.

11. נקדים את המאוחר ונציין, כי מסקנתנו המרכזית היא, כי **אין פסול בשימוש בהליך של איחוד וחלוקה לשם תכנונם של מקרקעין באזור**. לזהותם של בעלי הזכויות במקרקעין אין חשיבות מכרעת בכל הנוגע לעצם האפשרות להשתמש במכשיר איחוד וחלוקה; כך, אין פסול בכך, שמקצת בעלי הזכויות יהיו תושבי האזור הפלסטינים ומקצת מתיישבים ישראלים או הממונה על הרכוש הממשלתי. מסקנה זו נסמכת על ניתוח של הנורמה המשפטית המחייבת את רשויות האזור והיא אפשרית ככל שבבסיס התכנית עומדים **שיקולים תכנוניים ענייניים**. מכאן שנקיטת ההליך של איחוד וחלוקה בכל מקרה קונקרטי מחייבת הפעלת שיקול דעת והתייחסות לנסיבותיה הפרטניות של התכנית המוצעת; מטבע הדברים, התייחסות כזו חורגת מהבחינה, שתבוצע במסגרת חוות דעתנו שלהלן.

12. להלן פירוט חוות דעתנו.

איחוד וחלוקה - מבט כללי

13. תכנית לאיחוד וחלוקה היא אחד המכשירים התכנוניים, המאפשרים למתכנן מרחבי, לרשות מקומית או לבעלי המקרקעין, להתאים את אופן חלוקת הזכויות באזור מסוים לתכנית חדשה. נהוג לקשור את היווצרות ההליך של איחוד וחלוקה להליכי העיור ברחבי העולם.⁸ מדינות רבות קלטו את ההליך של

⁸ ראו במאמרה של אלתרמן, ע' 57, 62.

איחוד וחלוקה לדין המקומי. ה"משתמשות הבולטות" של המכשיר כוללות את המדינות המפותחות והמתפתחות, בהן יפן וגרמניה, תורכיה, ועוד.⁹ ישראל היא אחת המדינות, בהן הפך ההליך של איחוד וחלוקה למכשיר מרכזי בארגז הכלים העומד לרשותו של המתכנן. יש הטוענים, כי ישראל נמנית עם המדינות, שבהן קיימת הפרקטיקה המבוססת והמקיפה ביותר של השימוש בהליך של איחוד וחלוקה תוך פיתוחו של בסיס עיוני, מעשי וסטטוטורי לביצוע ההליך באופן המיטיב עם מטרות התכנון הכלליות ועם בעלי המקרקעין המשתתפים בהסדר.¹⁰

14. כאמור, בכל הנוגע להיבטיו הקנייניים, מורכב ההליך של איחוד וחלוקה משני שלבים עיקריים: **איחוד** המקרקעין הנמצאים במרחב לכדי יחידה קניינית אחת¹¹ ובשלב מאוחר יותר - **חלוקתם** של המקרקעין מחדש בין כלל בעלי הזכויות במגרשים המקוריים, כאשר צורתם ומיקומם של המגרשים החדשים מותאמים לתכנון החדש. במסגרת ההליך של איחוד וחלוקה, ככלל מופרש חלק מהשטח לשימושים ציבוריים, שיכולים לכלול הקמת מוסדות ציבור שונים, לשמש להנחת תשתיות ועוד.¹² חלוקת הבעלויות מחדש באמצעות ההליך של איחוד וחלוקה מתבצעת במסגרת תכנית ואיננו יכול להתקיים במנותק מקידומה. בישראל (וכן, על פני הדברים, באזור) אין צורך בעריכת תכנית נפרדת לאיחוד וחלוקה; ההליך נכלל בתכנון מתארי או מפורט ומהווה חלק מהוראות התכנית.¹³

15. השימוש במכשיר של איחוד וחלוקה נועד להביא את צורת ההחזקה במקרקעין במרחב מסוים, אשר ככלל מהווה תוצאה של מסחר בקרקע ושל החזקה "היסטורית" בחלקות אדמה שונות לאופן, אשר תואם את התפיסה התכנונית העשווית. כאמור לעיל, השימושים הבולטים במכשיר הם בסביבה אורבנית ונחיצותו נקשרת לא אחד לצורך בתכנון מרחב צפוף אוכלוסין; עם זאת כמובן,

⁹ ראו במאמרו של Yu-Hung Hong and Isabel Brain, Land Readjustment for Urban Development and Post-Disaster Reconstruction Lincoln Institute of Land Policy, Land Lines, 01.2012.

¹⁰ ראו במאמרה של אלתרמן, שם.

¹¹ יוער, למען הסדר הטוב, כי בישראל נהוג "לדלג" על יצירת יחידה קניינית אחת בפועל. "איסוף המקרקעין" מתבצע בד בבד עם התקדמות הליכי התכנון - מבלי שהבעלות המשותפת שנוצרת כאמור נרשמת בספרי המקרקעין, כך שהאיחוד נושא אופי "וירטואלי" בלבד. עם זאת, אין עובדה זו משנה את מהותו של השלב ובוודאי שאין כל מניעה שהדבר (אשר מקורו בחיי המעשה, ניתן לייחס, על פני הדברים, לשיקולי החיסכון במשאבי הזמן ולמבנה הזכויות במקרקעין, הקיים בישראל) יתבצע בפועל וממילא אין בו כדי לשנות את טיבו של ההליך בכללותו.

¹² הפסיקה הישראלית הכירה בכך שאין הכרח בדבר וכי הליך איחוד וחלוקה יכול שיתבצע ללא יצירת שימושים ציבוריים חדשים במרחב שבו חלה התכנית החדשה (ראו בע"א 455/06 חלקה 21 בגוש 6539 נ' עיריית הרצליה (פורסם בנבו) בסעיף 20 לחו"ד של השופט דנציגר, להלן: "פרשת חלקה 21").

¹³ לשון סעיף 121 לחוק התכנון והבנייה היא זו: "בתכנית מיתאר מקומית ובתכנית מפורטת מותר לקבוע גם הוראות..."; סעיף 31 לחוק התכנון והבנייה קובע הוראה דומה, לפיה "הוועדה מקומית רשאית... להחליט על תכנון מחדש של אזור כלשהו... [והיא] תכין תכנית לאזור האזור הקובעת - בין היתר - הוראות בדבר הקצאת חלקות קרקע לכל בעלי הקרקעות באזור...".

אין כל מניעה - לא בדין ולא ברציונל התכנוני של המכשיר - לעשות בו שימוש אף בסביבה כפרית.¹⁴

16. ההליך של איחוד וחלוקה נתפס כמכשיר, שפגיעתו בזכויות הפרט פחותה ממכשירים מקבילים, שמאפשרים הסדרה מחודשת של אזור פלוני תוך יצירת מרחבים ציבוריים, הפרשת שטחים לצרכי הנחת תשתיות או לטיוב פני המרחב - הם הפקעה וייעוד שטחים לצרכים ציבוריים. בספרות ובפסיקה הובעה דעה, אשר יש לה תימוכין אף בחיי המעשה, כי בעלי החלקות במקרים רבים מבקשים להיכלל בהסדר איחוד וחלוקה וזאת מתוך הבנה, כי ערך זכויותיהם יעלה לאחר השלמת ההליך או מתוך הבנה, כי מדובר בהליך שמסב פגיעה פחותה לזכויותיהם, בהשוואה למכשירים המקבילים הנ"ל.¹⁵

17. עליית ערכן של זכויות בעלי המקרקעין, אשר כאמור, יכולה לנבוע מטיוב פני המרחב במובן הרחב (וכן - משימוש ברגולציה תכנונית דוגמת הגדלת אחוזי בנייה מותרת במגרשים החדשים) והעובדה, כי בסופו של התהליך מקבלים בעלי המגרשים המקוריים מגרשים חדשים באותו מרחב ממש בשווי יחסי זהה - היא זו שמאפשרת לראות במכשיר איחוד וחלוקה אף כאלטרנטיבה ראויה להפקעת וייעוד מקרקעין פרטיים לצורכי הציבור, אשר מבחינתם של בעלי הזכויות כרוכות בויתור על זכויותיהם בקרקע כנגד תשלום פיצוי כספי.¹⁶

18. מעבר לתועלת, אשר בדרך כלל עולה מביצוע ההליך של איחוד וחלוקה בעבור בעלי המקרקעין (או לכל הפחות, מעבר לפגיעתם המצומצמת, בהשוואה למכשירים תכנוניים וקנייניים אחרים), נתפס המכשיר של איחוד וחלוקה אף ככלי יעיל לפיתוח אזורי, אשר מאפשר לרשויות חסכון במשאבים, אשר נובע מהיעדרו של הצורך ברכישת מקרקעין לצורכי הציבור במסגרת הפקעה.¹⁷

19. היותו של מכשיר איחוד וחלוקה אלטרנטיבה להפקעה, מאפשרת לרשויות אף לא ליצור מתווים לא יעילים או מלאכותיים לשם שיפוט המרחב וזאת, מאחר שעצם ביצועו של ההליך אינו דורש קיומה של מטרה ציבורית, בשונה מהליך הפקעת המקרקעין. יש להזכיר, כי פיתוח מקרקעין, במיוחד (אך לא רק)

¹⁴ מיקומו ה"טבעי" של הליך איחוד וחלוקה בסביבה העירונית אינו מייחד אותו מיתר הכלים התכנוניים של עצם התפתחות דיני התכנון מיוחסת ככלל לתהליכי העיור בעולם (ראו בין היתר במאמרה של אלתרמן, שם) ראו בעמ' 9316/05 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ' בכור (פורסם בגבו).

¹⁵ יש להזכיר, כי בישראל - מוסדר הליך קבלת הפיצויים בגין פגיעה מתכנית (דוגמת ייעוד מקרקעין ל"שטח פתוח", שבו אסורה בנייה כלשהי) בסעיף 197 לחוק התכנון והבנייה; הפיצוי בגין הפקעת מקרקעין מוסדר באמצעות הפנייה למקדית הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943. ראו אף במאמרו של עו"ד משה רז כהן, הפרשת קרקע לצורכי ציבור במסגרת חלוקה חדשה בעקבות פרשת בראון, מקרקעין ח/4 (2009) (משה רז כהן).

¹⁷ שיקולים אלה הוכרו כשיקולים לגיטימיים - ראו בבג"ץ 26/70 בר נ' שר הפנים פ"ד כד(1) 645, 647-648 (1970). נציין, כי תפיסת המרחב הראוי שבו יכולים שיקולים אלה להתקיים חשתנתה לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך העיקרון ביסוד התפיסה לא בוטל.

בסביבה צפופה מתבצע ככלל על ידי זכיינים - הם גופים פרטיים, אשר פועלים למטרות רווח. מסירת מקרקעין מופקעים לגופים אלה וכן השימושים הקונקרטיים, להם מיועדים המקרקעין לאחר ההפקעה, מעוררים לא אחת מחלוקת בדבר "צביונם הציבורי".¹⁸ מנגד, הרשויות אינן יכולות לעמוד בנטל פיתוח המרחב באופן עצמאי ובלעדי, ללא היזקקות לגורמים מפתחים פרטיים, וזאת נוכח היעדרם של משאבים ציבוריים זמינים ומספקים.

20. ההליך של איחוד וחלוקה מאפשר כאמור להימנע מקשיים אלה. תפיסה אפשרית על ההליך במקרים רבים היא בכך שניתן לראות בהליכים המתבצעים במסגרתו כמעין התארגנות של בעלי המקרקעין במרחב מסוים במטרה לשפר את סביבתם; הרשות משמשת כרגולטור, אשר מאפשר לבעלי הקבוצה להתגבר על תופעות ידועות של "הולד-אאוט" (holdout), ו"פרי-ריידר" (free riders).¹⁹ במילים אחרות, לפי השקפה כאמור, משמשת הרשות כגורם, אשר מונע את היווצרותו של כשל שוק ומאפשר לבעלי המקרקעין לנהל את אדמותיהם באופן יעיל.

21. הפרשנות לרציונל ההליך של איחוד וחלוקה היא כמובן עניין של תפיסה כללית ואיננו יכול להקיף ולתת הסבר תיאורטי לכלל המצבים, שבהם ניתן לעשות בו שימוש. בחיי המעשה, הרשויות הן אלה שיוזמות את ההליך של איחוד וחלוקה - זאת על אף שההליך יכול להיות מותנע ביוזמה פרטית.²⁰ עם זאת, פרשנות כאמור מציעה הסבר כולל לאופי ההליך ולהבחנתו מהליך הפקעה במובנו הרגיל; הפגיעה הפחותה הנגרמת לבעלי הזכויות במקרקעין כמו גם הצורך בפיתוח מכשירים משפטיים, אשר נועדו ליצור רגולציה לרצון הבעלים להיכלל בהסדר מעידים על קיומו של בסיס טוב לפרשנות זו.²¹

22. לסיכום פרק זה, משלב ההליך של איחוד וחלוקה אלמנטים תכנוניים וכן - ואולי אף בעיקר - אלמנטים קניינים, שעניינם חלוקה מדש של בעלויות במרחב מסוים באופן התואם את תכנונו החדש של האזור הרלוונטי. עתה נפנה לפירוט המסגרת הנורמטיבית שקובעת את היחס בין האלמנטים האמורים לעיל ומגדירה את פרטי הפרוצדורה של ההליך בישראל ובאזור.

¹⁸ ראוי להזכיר בעניין זה את המחלוקת הרחבה, אשר עוררה פסיקתו של בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת קלו (Kelo vs City of New London, 545 US, 469 (2005)), במסגרתה הוחלט למסור מקרקעין פרטיים לגוף פרטי עסקי לשם פיתוחו של האזור; פיתוח זה, עפ"י דעת הרוב בפרשה היווה מטרה ציבורית ראויה. בעקבות הפסיקה נחקקו במדינות רבות בארה"ב סטטוטים, המגבילים את השימוש בהפקעה בנסיבות מעין אלה.

¹⁹ ראו בין היתר, Lloyd Cohen, Holdouts and Free Riders, Journal of Legal Studies, vol. XX, July, 1991, וכן במאמרה של אלתרמן, ע' 69; המחוקק הישראלי נתן דעתו לבעיה זו במסגרת חוק פינוי בינוי (פיצויים), תשס"ב-2006 (ראו את החוראות המטילות אחריות על בעל נכס, אשר מסרב להתפנות - בסעיף 2 לחוק).

²⁰ ראו בסעיף 27 להלן.

²¹ ראו בפרשת בכור - ה"ש 15 לעיל.

איחוד וחלוקה - המסגרת הנורמטיבית

23. להלן נפרט בקצרה את עיקרי הוראות החוק, אשר מאפשרת את ביצוע ההליך של איחוד וחלוקה בישראל ובאזור.

בישראל

24. ההוראות המסדירות את ההליך של איחוד וחלוקה כלולות בסימן ז' לפרק ג' בחוק התכנון והבנייה. הוראות הסעיפים 120 עד 128, המרכיבים את הסימן, יוצרות מסגרת שמקיפה את מרבית הסוגיות אשר עשויות לעלות במסגרת ההליך. החוק קובע, כי ההליך של איחוד וחלוקה יכול להתבצע בהסכמת בעלי החלקות או שלא בהסמכתם והוא ננקט אגב תכנון מתארי או מפורט, ברמה מקומית.

25. החוק קובע את עקרונותיו המרכזיים של ההליך: המגרשים החדשים אמורים להימצא בקרבה האפשרית למיקומם של המגרשים ב"מצב הנכנס" ולשמור על שווים היחסי (סעיף 122).

בעניין השווי היחסי - הוא מושג היסוד בהליך - קובע הסעיף, כי "שווי של המגרש שיוקצה כאמור ביחס לשוויים של סך כל המגרשים החדשים שנוצרו על ידי החלוקה, יהיה, ככל האפשר, כשווי של המגרש הקודם של מקבל ההקצאה ביחס לשוויים של סך כל המגרשים הקודמים".²² הסעיף 122 ממשיך וקובע הוראות למקרים, בהם בשל אילוצים שונים, לא ניתן להגיע לשמירה על שווי המגרשים; בעניין זה נקבעו הוראות שעניינן ביצוע תשלום איזון, אשר מבטא את הפרשי ערכם של המגרשים החדשים באופן יחסי למרחב, במצב ה"יוצא".

26. יתר הסעיפים בסימן אינם רלוונטיים לסוגיה שבה עסקינן והם עוסקים במנגנון הערר והבוררות ביחס להחלטות הוועדה, רישום הערות ובעלויות במרחב לאחר הפקדת התכנית ואישורה, ביצירת בעלויות משותפות בהסכמה או שלא בהסכמה ועוד. עם זאת, השאלות שעניינן זהות הגורם שרשאי ליזום את התכנית וכן סמכותה של הרשות להפריש שטחים לצורכי הציבור אינן נידונות בהוראות הסימן. לשם השלמת התמונה, נתייחס לשאלות אלה בקצרה.

²² סעיף 122(2) לחוק.

27. כאמור, חוק התכנון והבנייה אינו מייחס להליך איחוד וחלוקה מעמד מיוחד והוא מאפשר את ביצוע ההליך במסגרת תכנית מתאר מקומית או תכנית מפורטת. מכאן ששאלת הגורם, הרשאי ליזום את התכנית, כפופה להוראות, שבסעיף 61א לחוק. לענייננו, קובע הסעיף בין היתר, כך:

**"משרד ממשלתי, רשות שהוקמה לפי חוק, חברה ממשלתית
שעיקר עיסוקה הוא בפיתוח מבנים ותשתיות, ועדה מקומית
או רשות מקומית, כל אחת בתחום מרחבה, וכן בעל קרקע או
מי שיש לו ענין בקרקע ... , רשאים להכין תכנית מיתאר
מקומית או תכנית מפורטת ולהגיש לועדה המקומית"**

28. בהקשר הרלוונטי לבחינתנו, מגדיר סעיף קטן 61א(ב1)(1) את בעל עניין כ"מי שיש לו זכות בחלק מסוים מהקרקע הנכללת בתכנית בשיעור של 75% או יותר ואין בתכנית שהוא מבקש להגיש פגיעה בחלק מסוים אחר של הקרקע הנכללת בתכנית, שהוא אינו בעל זכות בה".

29. באשר למסגרת הנורמטיבית, המאפשרת להפריש שטחים לטובת הציבור שאף היא אינה מצויה בהוראות סימן ז' לחוק התכנון והבנייה, התגבשה התפיסה, לפיה מהוות הוראות סעיף 26א(א) לחוק, אשר קובע, כי **"מקרקעין שהופקעו על-ידי הועדה המקומית או שיש להקנותם לה בדרך אחרת מכוח חוק זה או על פיו יירשמו בפנקסי המקרקעין על שם הרשות המקומית שבתחומה נמצאים המקרקעין, או על שם המדינה..."** המקור הנורמטיבי לנטילה לצורכי הציבור במסגרת ההליך. פסיקת בתי המשפט הכירה בכך שהקניית המקרקעין לצורכי הציבור בהליך איחוד וחלוקה יכולה לנבוע מ"הקנייה בדרך אחרת"; מנגד - הושמעה ביקורת על פרשנות זו;²³ ביקורת זו נמתחה בעיקר על רקע היעדרו של הסדר מפורש באשר לחובת תשלום הפיצויים בגין הפרשת המקרקעין במסגרת הליך איחוד וחלוקה לבעלי המגרשים. בסופו של דבר נקבע, בפרשת בראון, כי יש לראות בנטילת המקרקעין לצרכים ציבוריים במסגרת ההליך - כהפקעה.²⁴ מאחר שבהמשך חוות דעתנו לא נעמוד על שאלת ההפרשה לצורכי הציבור דווקא בדין הישראלי או על המקור הנורמטיבי המסדיר אותה, לא נרחיב בעניין (ולו בשל העובדה, כי קיים הסדר מפורש בעניין זה בדין האזור ונוכח קיומן של

²³ ראו דיון בעניין זה ב"ע"מ 5839/06 בראון נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז מרכז (פרשת בראון) ובמאמרו של משה רו כהן (ה"ש 16 לעיל).

²⁴ כך לשון פסק הדין: **"לדעתי נכון יותר, ובפרט לאור עליית קרנה של זכות הקניין, לראות בנטילת קרקעות במסגרת תכנית איחוד וחלוקה כהפקעה. כזכור, המקום היחיד בחוק התכנון והבניה המאפשר נטילה לצרכי ציבור וקובע הוראות בעניין זה, הוא הפרק ה' בהפקעה, פרק ח'. בלא שימוש בהוראותיו של פרק זה לא ניתן לדעתי להפקיע או להקצות קרקעות וזאת גם לא במסגרת של איחוד וחלוקה..."** (ההדגשה הוספה).

הוראות מחמירות בעניין במשפט הבין לאומי, עליהן נעמוד בהמשך). נציין, כי בכל מקרה מדובר בנטילה מהפרט לטובת שימוש ציבורי.

באזור

30. המסגרת הנורמטיבית המסדירה את ההליך באזור מצומצמת בהרבה והיא נמצאת בסעיף 31 לחוק התכנון הירדני. זו לשונו:

"הוועדה המקומית רשאית, מעת לעת, ולאחר קבלת אישורה של הוועדה המחוזית, להחליט לתכנן מחדש אזור כלשהו, שלא תוכנן בהתאם לתוכנית מאושרת שחלה עליו, או לתכנן מחדש אזור כלשהו שבמקור תוכנן בהתאם לתוכנית מאושרת, אך תכנונו לא תואם לתיקון כלשהו שהוכנס על אזור הבינוי הנ"ל, או בהתאם לתוכנית שחלה במקומה. במידה והוועדה המקומית קבלה החלטה כאמור, עליה להכין תכנית תכנונית לאזור האמור, שתכלול, בין יתר הדברים שאמורה להכיל, הקצאת חלקות אדמה (להלן: "החלקות החדשות"), לכל אלו שבבעלותם אדמות באזור התכנון, בין בבעלות נפרדת ובין בבעלות משותפת (להלן: "החלקות המקוריות"), אשר בשל צורתן, מקומן, שטחן, או מכל סיבה אחרת תואמת לתוכנית המאושרת הנ"ל, לתיקון שהוכנס או לתוכנית המאושרת שבאה במקומה, לפי העניין ותהיינה צמודות, ככל שניתן, לחלקות המקוריות של הבעלים שהוקצו להן החלקות טרם נטילת חלק מהן בתנאי שאחוז הנטילה לא יעלה על 30% משטחן, לכל מטרה מהמטרות קבועות בחוקי החלוקה ונטילת החזקה (ההפקעה), וסך שטחן קרוב, ככל האפשר, לסך החלקות החדשות השייכות לבעלים שהוקצו להם חלקות חדשות (בשם בעל או בשם בעלי החלקות המקוריות שהוקצו להם ורישומן על שמם ברישומי המקרקעין בנוסף לנטילה האמורה באופן שיאפשר תכנון האזור מחדש). ההליכים הקבועים בסעיף 24 לחוק זה יחולו גם בעניין הגשת העררים והדיון באישור התוכנית והוצאתה לפועל"²⁵

31. ניתן לראות, כי ההסדר שבחוק התכנון הירדני דומה להסדר בחוק התכנון והבנייה בכל הנקודות המרכזיות. סעיף 31 קובע, כבישראל, כי יש לשאוף לכך שהחלקות החדשות יהיו צמודות ככל הניתן לחלקות המקוריות, ניתן לכלול

²⁵ התרגום של הסעיף שהובא לעיל מהשפה הערבית טוב וזהו שונה במעט מהתרגום המצוי בקובץ החקיקה שהוצאה בשעתו על ידי רשויות האזור, אך איננו שונה ממנו בנקודות העיקריות. בהמשך חוות דעתנו נתייחס לתרגום המצוטט כאל "לשון החוק".

בהסדר חלקות בבעלות נפרדת וכן - בבעלות משותפת, החלוקה והאיחוד מתבצעים במסגרת תכנון ברמה המקומית; מלשון הסעיף עולה בבירור, כי ניתן לנקוט את ההליך הן בהסכמה והן שלא מהסכמה של בעלי החלקות.

32. הוראות הסעיף אינן כוללות הסדר מפורט בכל הנוגע לרישום הזכויות החדשות בספרי רישום המקרקעין.²⁶ עם זאת, הסעיף קובע הסדר ש"נעדר" מההסדר הישראלי - והוא אף קובע את שיעור השטח שניתן להפריש לצורכי הציבור. הסעיף מעמיד שיעור זה על 30 אחוזים מכלל השטח, שבו חלה התכנית.

33. החוק קובע, כי ה"נטילה" כאמור תשמש את המטרות הקבועות ב"חוקי החלוקה ונטילת החזקה (ההפקעה)". הסעיף אינו קובע הוראות מיוחדות בכל הנוגע לזהותו של הגורם, אשר רשאי ליזום את התכנון ומכאן שעל פני הדברים, יחולו, כמו בישראל, הוראות החוק הכלליות.

34. בחזרה ל"נטילת החזקה", יש להעיר, כי המסגרת הנורמטיבית, המסדירה את הליכי ההפקעה באזור כלולה בחוק הקרקעות, רכישה לצורכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953 (להלן: "חוק ההפקעה הירדני"), כפי שהוא תוקן בתחיקת הביטחון.²⁷ יש לציין, כי הצורך הציבורי מוגדר בחוק ההפקעה הירדני באופן טכני כ"כל צורך שהחליטה לגביו הממשלה בהסכמתו של המלך כצורך ציבורי".²⁸ בשלב זה לא נדון במאפייני הצורך הציבורי במציאות המשפטית המורכבת באזור ונרחיב את הדיבור בסוגיה בהמשך חוות דעתנו.

35. כאן המקום לחזור ולציין כי, הליך של איחוד וחלוקה לא בהכרח יכול הפרשה לצורכי הציבור והוא יכול להסתיים בהתאמת הבעלויות במרחב לתכנית החדשה, תוך חלוקת המגרשים שנוצרו בין הבעלים המקוריים. העניין נדון הן בפרשת בראון וכן בפרשת חלקה 21, שם נקבע כך (מפי כב' השופט דנציגר):²⁹

"אשר לתוכניות איחוד וחלוקה במסגרתן אין מופרשים מקרקעין פרטיים לצורכי ציבור, הלכה היא כי תוכניות כאמור שנערכו ללא הסכמת בעלי המגרשים המשתתפים בתוכנית, אינן מהוות הליך של הפקעה"

²⁶ דומה, כי לנקודה אחרונה זו רלוונטיות פחותה לעניינו, שכן רוב הקרקעות באזור ממילא אינן מוסדרות או רשומות במרשם סדור. לפי ההערות כשני שלישים של כלל המקרקעין באזור לא עברו את הליך ההסדר (ראו בעניין זה בחיבורו של פרופ' אייל זמיר, אדמות מדינה ביהודה ושומרון, סקירה משפטית, י-ס, 1993, בעמוד 27). מובן, כי בכל הנוגע להליך של איחוד וחלוקה, בהיעדר מרשם המקרקעין במצב ה"נכנס" קיים קושי מעשי (אם כי לא בלתי עביר) לרשום את הבעלויות במצב ה"יוצא".

²⁷ המפקד הצבאי תיקן את הוראות החוק בצו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (יהודה ושומרון) (מס' 321), התשכ"ט-1969.

²⁸ סעיף 2 לחוק ההפקעה הירדני.

²⁹ נזכיר, כי על אף שהייתה דעתו של השופט דנציגר דעת מיעוט, לנקודה זו - הנוגעת לאפשרות לנקוט הליך של איחוד וחלוקה שלא מסתיים בהפרשה לצורכי הציבור - הסכימו כל שופטי ההרכב (ראו בסעיף 6 לחוות דעתה של כב' השופטת פרוקצ'ה).

כאמור לעיל, בפרשת בראון נקבע, כי ככל שמופרשים שטחים לצורכי הציבור במסגרת ההליך של איחוד וחלוקה - יחולו בעניין כללים שחלים על הפקעת מקרקעין - לכל הפחות בנוגע לחובת פיצוי בעלי הקרקע. מכך נובע אף, כי ביצוע ההליך ללא הפרשה לצורכי הציבור לא יהיה כפוף לתנאים המחמירים אשר מחייבים את הרשות בבואה לבצע הפקעה. לנקודה זו - האפשרות לנקוט את ההליך של איחוד וחלוקה מבלי להיזקק לבחינת ההצדקה הציבורית בנקיטתו ולמידת תחולתם של דיני ההפקעה על "החלפת הקרקעות" המתבצעת במסגרתו, נחזור בהמשך.

סיכום ביניים

36. נסכם את הדברים עד כה: הן בישראל והן באזור קיים מוסד של איחוד וחלוקה. בשתי מערכת הדינים מדובר בהליך, אשר ננקט אגב קידומה של תכנית חדשה, ברמת התכנון המקומית. עיצוב המוסד של איחוד וחלוקה בישראל ובאזור דומה והוא כולל את האפשרות לאחד את החלקות למעין "חלקה משותפת" (ולו ברמה רעיונית) ולחלק את הבעלויות במרחב תחולת התכנית בין אותם הבעלים, תוך הפרשת שטחים לצורכי הציבור, במידת הצורך. בשני המקרים מדובר בהסדר, שמקורו הנורמטיבי, ככל הנראה, משותף והוא פקודת בנין הערים המנדטורית, בשינויים שהוכנסו על ידי המחוקק הירדני והמחוקק הישראלי. המכשיר של איחוד וחלוקה זוכה להתייחסות בספרות ובפסיקה כמכשיר תכנוני, בעל יתרונות רבים בכל הקשור לעיצוב פני המרחב ופוגעני פחות כלפי בעלי המקרקעין, בהשוואה למכשירים מקבילים - הם הפקעה לצורכי ציבור וייעוד שטחים למטרות ציבוריות.

37. על פני הדברים, אילו היינו נותרים במישור "אזרחי" טהור, לא היה מנוס ממשקנה, כי דיני האזור מאפשרים את נקיטת ההליך ללא כל סייג, מלבד הצורך "למלא" את ההסדרים החסרים בדין האזור (דוגמת היעדרו של הליך ערר מסודר וכו') בנהלים ובפרשנות התואמים את חובות הממשל, בראי תפיסת חובות ממשל סביר במשפט של היום.

38. אלא שאילו היינו מגיעים למסקנה זו כבר עתה, היינו מתעלמים מרובד משפטי נוסף, אשר יש בהוראותיו, כדי להכריע בשאלת האפשרות להשתמש במוסד של איחוד וחלוקה באזור, בנסיבות שעומדות על הפרק. נזכיר, כי המהלך המתוכנן כולל סידור מחדש של מקרקעין, שבעלי הזכויות בהם - המתגוררים הישראלים ותושבי האזור הפלסטינים. השאלה היא אפוא, האם יש בזהותם של בעלי הזכויות, כדי להשליך על אפשרותם להשתתף בהליך - הן בשלב איחוד

מגרשיהם ב"מצב הנכנס" והן בשלב חלוקת המקרקעין למגרשים חדשים ב"מצב היוצא".

הגנה על זכויות הפרט בדיני האזור

42. ביסוד הגישה שסוכמה בדיון עומדת קביעה מרכזית, לפיה נקיטת ההליך של איחוד וחלוקה עלול לסכל את מימוש חובותיו של המפקד הצבאי, המוטלות עליו מכוח המשפט הבינלאומי, כלפי אוכלוסיית האזור המוגנת.

43. נזכיר, כנקודת מוצא לדיונו, כי לפי פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון, האזור מוחזק על ידי שלטונות צה"ל בתפיסה לוחמתית ומכאן שחלות על החזקה זו נורמות המשפט הבינלאומי בתחום זה.³⁰ להלן נפרט את היקף ההגנה הניתנת לרכוש הפרט במשפט הבינלאומי ונעמוד על הפרשנות שניתנה להוראות אלה על ידי בית המשפט העליון.³¹ הנורמה המרכזית, שקובעת את ההגנה הניתנת לרכוש הפרט באזור, כלולה בתקנה 46 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, משנת 1907, (להלן: "תקנות האג"), לפיה חל איסור על הממשל הצבאי להחרים רכוש פרטי. זו לשון התקנה:

"Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated."

44. ניתן לראות, כי הנורמה המחייבת מנוסחת בתקנה באופן רחב והיא נוקטת לשון "החרמה" - "confiscation" כדי לתאר את המעשה האסור. מטבע הדברים, לאורך השנים זכתה התקנה לפרשנויות מרובות, ששרטטו באופן שונה את גבולותיה המדויקים. מבלי להתעמק בעניין יתר על המידה נציין, כי בפרקטיקה בינלאומית, ניתנה לתקנה פרשנות, אשר תואמת מצבים של תפיסה צבאית של שטח אויב לזמן קצר ובמובן מסוים קיים דמיון בין פרשנות הנורמה האמורה לבין האיסור הקיים בעניינה של ביזה בזירת הלחימה ובמועדים הסמוכים להתקיימותה.³²

³⁰ ראו בפסקי דין רבים, בהם בג"ץ 1665/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל וכלל הפרשות המוזכרות בהמשך חוות דעתו (פרשת אסכאן, פרשת מראעבה ועוד).

³¹ נציין, למען הסדר הטוב, כי בבחינת הוראות המשפט הבין לאומי בכל הנוגע לאפשרות לבצע את ההליך של איחוד וחלוקה באזור, נתייחס בעיקר לעמדה אפשרית של בית המשפט העליון בישראל ולא נתייחס לדעות המלומדים הזרים; זאת מכיוון שכידוע, הדעה הרווחת בקרבם היא, כי עצם קיומה של ההתיישבות הישראלית באיו"ש מנוגד להוראות הדין הבינלאומי. מכאן שכל מהלך הכרוך בפגיעה בקניין הפרט המוגן ל"טובת ההתיישבות" איננו חוקי. הטענה, כי ההתיישבות הישראלית באיו"ש מנוגדת לדין הבינלאומי נסמכת בעיקר על הוראות סעיף 6(49) לאמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949, בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה; ראו סקירה בעניין בספרם של א' זמיר וא' בנבנישתי הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני (1998); ראו אף בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו) (להלן: "פרשת מראעבה").

³² ראו בין היתר במדריכים צבאיים בקנדה ובבריטניה (Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level, Office of the Judge Advocate General, 1999, The Law of War on Land being Part III of

45. מובן, כי במציאות המיוחדת באזור לא יכלה הפרשנות שעיקרה - איסור לפגוע ברכוש הפרט בסמוך למועד הקרבות להישאר על כנה וזאת במיוחד נוכח קיומה של נורמה אחרת, אשר מחייבת את המעצמה הכובשת לשמר את שגרת החיים ולאשר את תפקודם של המוסדות הציבוריים הקיימים באזור התפוס, אלא אם ישנה מניעה לעשות כן - הנורמה הכלולה בתקנה 43 לתקנות האג.³³

46. לימים עבר מוקד הדיון בעצם חוקיות הפגיעה ברכוש הפרט באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, בכל הנוגע להקשריה האזרחיים, למישור של דיון בחוקיות הפקעת מקרקעין בבעלות פרטית. יש להזכיר, כי בשנים הראשונות של תפיסת האזור - עד ראשית שנות השמונים של המאה הקודמת, נהגו שלטונות האזור לתפוס רכוש פרטי לצורך הקמת יישובים ישראלים חדשים, שבאותה עת נחשבו לחלק אינטגרלי של המערך המשרת בעיקר את האינטרס הביטחוני של מדינת ישראל.³⁴ נוסף על כך, נהגו רשויות האזור לבצע הפקעות לצרכים הקשורים להקמת היישובים הישראלים ולפחות במקרה אחד בוסס יישוב חדש בכללותו (מעלה אדומים) על צו הפקעה רחב היקף.

47. פרקטיקה זו של ביצוע תפיסות והפקעות לשימושים המשרתים בעיקר (או אף באופן בלעדי) את ההתיישבות הישראלית צומצמה בעקבות פסיקת בית המשפט בפרשת דויקאט והחלטת הממשלה מס' 145 וכן בעקבות החלטות בית המשפט העליון, שיפורטו להלן.

48. בשנת 1980 ניתנה חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה (פרופ' יצחק זמיר), בה נידונה שאלת מעמדה של ההתיישבות הישראלית באזור בהקשר של חוקיות ההפקעה לשם ביסוסה. בחוות הדעת גרס פרופ' זמיר, כי המפקד הצבאי רשאי (ואף חייב) להפעיל את סמכויותיו למען אוכלוסיית האזור ולמען ההתיישבות הישראלית. לאחר שסייג את קביעתו במספר היבטים, הגיע פרופ' זמיר למסקנה, לפיה לא ניתן לעשות שימוש בהפקעה לצורך הקמת יישובים ישראלים חדשים. עוד צוין, כי יש להבחין "...בין הפקעה של קרקע פרטית לצרכי קו חשמל, אספקת מים, דרך ציבורית וכיוצא בזה, במיוחד כשהם באים לשמש את כלל האוכלוסייה באזור, לבין הפקעה של קרקע פרטית לצרכים של הרחבת ישוב ישראלי".

287, #287 (the Manual of Military Law, The War Office, HMSO, 1958, #287) (פורסם באתר האינטרנט של הצלב האדום).

³³ ראו בה"ש 47 להלן.

³⁴ פרקטיקה זו הופסקה בעקבות החלטתו של בית המשפט בבג"ץ 390/79, עזת מחמד מוסטפא דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' פד ל"ד (1) (להלן: "פרשת דויקאט") וכן בעקבות החלטת הממשלה מס' 145 (11.11.79), במסגרתה הוחלט להמשיך ולפתח את מפעל ההתיישבות באזור על בסיס אדמות מדינה.

49. מכאן נעבור לסקירת קביעותיו של בית המשפט העליון בעניין חוקיות ההפקעה באזור.

50. פסק הדין המרכזי בעניין חובות השלטון בכל הנוגע לרכוש הפרט בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, תוך איזון בין האיסור הכלול בסעיף 46 לתקנות האג לבין הצורך בהתפתחותו הטבעית של האזור במצב של תפיסה מתמשכת, ניתן במסגרת פרשת אסכאן.³⁵ נזכיר, כי בפסק הדין עמד בית המשפט על שאלת קיומה של סמכות המפקד הצבאי באזור להפקיע מקרקעין לסלילת כביש 443. בית המשפט קבע, כי על המפקד הצבאי להפעיל את סמכויותיו בהתאם לתכתיביו של המשפט הבינלאומי הפומבי ובהתאם לעקרונות המשפט המנהלי החל בישראל, בכל הנוגע לאופן הפעלת סמכות שלטונית על ידי גורם רשות.³⁶

51. נקבע, כי במצב שבו קיים ממשל צבאי "ארוך-טווח", ניתן לבצע שינוי קבע במערך הזכויות הקניין, ככל ששינויים אלה נדרשים לטובת האוכלוסייה המקומית. בכלל זה אפשר בית המשפט לבצע הפקעת רכוש הפרט, ככל שזו עומדת בתנאים שקבע. זו לשון פסק הדין:

"...גישה זו יש בה כדי לאזן בצורה ראויה בין צרכיו של ממשל תקין, הדואג לאוכלוסייה המקומית והמבטיח את האינטרסים שלה לא רק לטווח הקצר אלא גם לטווח הארוך, תוך שאינו מקפיד את התפתחותה אלא מתחשב ב"דינאמיקה של החיים", לבין המגבלה הטבעית, המוטלת על ממשל צבאי שהוא זמני ושואב כוחותיו מדיני המלחמה... סמכותו של המפקד הצבאי מתגבשת בדרך של איזון עדין בין צרכיו של ממשל תקין מזה לבין מגבלותיו של ממשל זמני מזה".³⁷

³⁵ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(4) 785 (1983).

³⁶ פרשת אסכאן, עמ' 792-793.

³⁷ שם, עמ' 806.

52. בית המשפט קבע, בכל הנוגע לסמכותו של המפקד הצבאי להפקיע רכוש פרטי והיחס בין סמכותו זו לבין הוראות תקנה 46, כי ניתן לבצע את ההפקעה בהתאם להוראות הדין המקומי - אף בתקופת התפיסה הלוחמתית. בית המשפט קבע שלושה תנאים מצטברים בעניין: (1) מפעיל הסמכות פועל על-פי הדרישות הקבועות בחוק המקומי; (2) הסמכות מופעלת לטובת האוכלוסייה המקומית; (3) הסמכות מופעלת בהתאם נורמות היסוד שבמשפט המנהלי הישראלי.³⁸

53. בפרשת איסכאן כזכור, אישר בית המשפט העליון את ההפקעה שנועדה לסלילתו של כביש 443, תוך שאיפשר להפקיע מקרקעין בבעלות תושבי האזור הפלסטינים לשימושים שמשלבים את טובתם עם טובתה של מדינת ישראל. לאחרונה, חזר בית המשפט העליון לדיון בהפקעת המקרקעין במקום וקבע בפרשת אבו צפיה כך:³⁹

"כביש 443 – בקטע הרלבנטי – נועד, לפי תקנון התכנית שעל-פיה נסלל ... "לשפר את הקשר התחבורתי בין כפרים בציר בית סירא-ביתוניא ולהעלות את רמת הבטיחות בתנועה". הכביש, שלצורך הרחבתו הופקעו קרקעות מתושבי האזור, נועד, אפוא ... להבטיח את צרכי האוכלוסייה המקומית. ... בצד האמור, תכנונו של כביש 443 לטובת האוכלוסייה המקומית הניח כי הכביש ישרת גם את תושבי ישראל, ואת צרכי התנועה בין האזור לבין ישראל (השוו: עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 790). כפי שהובהר, זה היה המצב עד לשנת 2000..."

54. מהסתכלות כוללת בהתפתחות הפסיקה בעניין סמכותו של הממשל הישראלי הצבאי לבצע הפקעות וכן בפסיקה נוספת שנוגעת להתיישבות הישראלית באזור ניתן לגזור מספר מגמות, שעשויות להיות רלוונטיות לענייננו.

55. המגמה הראשונה - עניינה יחסו הזהיר של בית המשפט לפרויקטים שעניינם הקמת תשתית ציבורית המבוצעים באזור, אף כאשר הם בעלי "צביון ישראלי" מובהק. באופן כללי ניתן לומר, כי בית המשפט העליון לא בנקל יתערב

³⁸ שם, בעמ' 809.

³⁹ ראו בה"ש 46 להלן. נקדים ונציין, כי מדובר בפרשה שעסקה אף היא בכביש 443 ובאיסור שהוטל על ידי המפקד הצבאי לכלי רכב פלסטיניים לנוע בכביש. בית המשפט קבע באותה פרשה, כי האיסור שהוטל מעלה סימן שאלה סביב עצם הסמכות להפקיע. יש לציין, כי הפקעה לשימושים משולבים אושרה במקרים נוספים - לדוגמה בפרשת מטי"ש עפרה שלהלן.

בהחלטתו של השלטון להקים תשתית קבע באזור. דוגמא מובהקת לכך היא פסיקתו של בית המשפט בפרשת רכבת ת"א-ירושלים.⁴⁰

56. במוקד הפרשה עמדה עתירתם של תושבי הכפר בית איכסא להורות למדינה להפסיק את עבודות הפיתוח הקשורות להקמת תשתית הרכבת, אשר עתידה הייתה לחבר בין מרכז הארץ לבירה ולבטל את צו ההפקעה שניתן לשם הנחת המסילה.

57. באותה פרשה החליט בית המשפט העליון לדחות את העתירה בשל השיהוי שחל בהגשתה - ובכך נמנע מלדון בשאלה העקרונית של קיום סמכותה של המדינה להפקיע מקרקעין באזור לשם הקמת תשתית תחבורה שעתידה הייתה לשמש (בטווח הקצר) רק את מדינת ישראל.⁴¹

58. מגמה זו ניכרת אף בקריאת החלטות בית המשפט בפרשות נוספות, דוגמת **פרשת מט"ש עפרה**,⁴² **פרשת המחצבות הישראליות**,⁴³ **פרשת נעלה**,⁴⁴ שאלה נתייחס בהמשך, ועוד. אף בפרשת אסכאן עצמה ניתן לזהות ראשיתה של מגמה זו, שכן כאמור, הקמתו של כביש 443 במסגרתו - אושרה על אף קיומה של זיקה ברורה של הכבוש לישראל.

59. **המגמה השנייה** - עניינה התייחסות של בית המשפט למתיישבים הישראלית בהקשרים מסוימים, אזרחיים וביטחוניים, כאל תושבי האזור. נבהיר: פסק הדין בפרשת אסכאן עסק בדילמה של בניית התשתיות לטובת **המעצמה הכובשת** וכלל לא עמד על היחס שבין התושבים הישראלים לאזור. אף בפסיקה מאוחרת יותר, סוגיה זו לא עלתה על הפרק באופן מובהק, כשאלה **עיקרית** של הליך כלשהו. עם זאת, בהסתכלות על קביעותיו של בית המשפט העליון לאורך השנים, ניתן לזהות מגמה, אשר מבקשת להטיל על המפקד חובה לספק שירותים חיוניים להתיישבות הישראלית באזור כחלק מחובותיו של שלטון סביר.

⁴⁰ בג"ץ 281/11 **ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו).

⁴¹ יש לציין, כי עמדתה של המדינה בכל הנוגע להקמת תשתית הרכבת הסתמכה על קיומו של תכנון עתידי של קו רכבת שעתידי היה להגיע לעיר רמאללה וכן על סיווג מרבית המקרקעין בטווח המסילה שמקרקעין מסוג מירי, אשר הזכות בעם ממילא פחותה מזכות הבעלות ואינה משתרעת למעמקים; מכאן שתשתית הקו, אשר עתיד להיות מונח בתוך מנהרות בעומק רב, אינה צפויה לפגוע בזכויות הפרט. כאמור, בית המשפט דחה את העתירה על הסף מבלי לקיים דיון לגופן של טענות העותרים.

⁴² בג"ץ 4457/09 **מנאע נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו). יצוין, כי במסגרת פסק הדין בעתירה, אשר ביקשה לאכוף צווי חריסה נגד המתקן שחוקם על מקרקעין פרטיים בסמוך ליישוב עפרה, ניתן צו מוחלט, המורה למדינה להימנע מהפעלת המתקן עד הסדרתו. במסגרת פסק הדין לא הורה בית המשפט להרוס את המתקן.

⁴³ בג"ץ 2164/09 - ראו בה"ש 49 לחלק.

⁴⁴ בג"ץ 9717/03 **נעלה נ' המנהל האזרחי ליהודה ושומרון ואח'** (פורסם בנבו).

60. למגמה זו, שמוצאת ביטוי מובהק בפרשות שעניינן חובות המפקד הצבאי במישור הביטחון והגנה על התושבים הישראלים באזור, ישנן ביטויים אף בהקשרים ה"אזרחיים", הרלוונטיים לענייננו. לא אחת הכיר בית המשפט בכך, שעל רשויות האזור לספק את צרכיה של ההתיישבות הישראלית באזור במנותק ממעמדה הסטטוטורי של נקודת התיישבות זו או אחרת.⁴⁵ להלן כמה דוגמאות לפסיקה כאמור.

61. בפרשת קרית ארבע,⁴⁶ היא אחת העתירות ראשונות שהוגשו נגד הקמת תשתיות, שעתידות היו לשמש את האוכלוסייה הישראלית באזור, דן בית המשפט בגבולות סמכותו של המפקד הצבאי לנקוט לפעול לשם סיפוק צרכיה של ההתיישבות וקבע, כי הוא מוסמך ומחויב להקים רשת חשמל לעיר חברון וקרית ארבע. כך לשון פסק הדין:

"אספקת חשמל הדרוש לצרכי האוכלוסייה המקומית שייכת ללא ספק לתפקידים המוטלים על השלטון הצבאי, כדי להבטיח את חייה התקינים של האוכלוסייה. ראינו לעיל, כי אספקת החשמל הנוכחית לעיר חברון עומדת על יסוד רעוע והיא טעונה שיפור בהקדם, וכי אין חולקין על כך ששיפור זה יכול לבוא רק בדרך חיבור העיר אל אחת הרשתות שמחוץ לאזור. צורך זה קיים בהווה ויש למלאו. ... אין יודע כיום כמה זמן יימשך המצב הקיים באזור זה ואילו הם ההסדרים הסופיים שיבואו מקץ השלטון הצבאי. אם יהיה צורך בכך, יוכלו הסדרים כאלה לכלול תנאים מוסכמים להתאמת העובדות הנוצרות עתה אל המצב שישרור לבסוף, אם בדרך רכישה תמורת פיצויים ואם בדרך אחרת. אין איפוא בפעילות הממשל הצבאי לגבי נשוא העתירה הזאת משום הפרה של הסעיף 43 לכללי האג. אדרבא, פעילות זו באה למלא את חובת הממשל לדאוג לרווחתה הכלכלית של אוכלוסיית האזור. לעניין זה יש לראות את תושבי קרית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסייה המקומית וגם הם זכאים לקבל אספקה סדירה של חשמל."
(ההדגשה הוספה)

62. בפרשת נעלה הפנה בית המשפט העליון לקביעה כאמור וקבע קביעות נוספות, אשר יש בהן כדי להצביע על קיומן של חובות שלטוניות של המפקד הצבאי כלפי אוכלוסיית המתישבים באזור, כדלקמן:

⁴⁵ ראו בבג"ץ 6982/02 וחידי נ' מפקד כוחות צה"ל בריצועת עזה (לא פורסם, 16.8.02).

⁴⁶ בג"ץ 256/72 חברת חשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון ואח', פד כ"ז (1), 124. העתירה עסקה בהפרת תנאי הזיכיון שהיה ניתן לעותרת עוד בימי השלטון הירדני באזור.

"...לגירסת העותרים, על-פי הכללים של המשפט הבינלאומי, אין מדינה הנמצאת בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית רשאית לנצל את המשאבים המקומיים לטובתה שלה. טענה זו מתבססת על תקנה 55 לתקנות האג...אין האיסור חל מקום שמדובר בפעולה הנעשית לתועלתה של האוכלוסיה המקומית או לצרכים מקומיים. כך למשל סלילה של כבישים בתחומו של השטח הנתון לתפיסה לוחמתית מותרת היא כאשר המשתמשים בהם הינם גם תושבים מקומיים ... יצוין כי כבר נפסק שבגדר אוכלוסיה מקומית יכול שיבואו אף המתיישבים (במקרה אחד נזכרו תושבי קריית ארבע כאשר התעוררה שאלה בדבר אספקת חשמל לאוכלוסיה המקומית: בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון [8], בעמ' 138). נתון נוסף שיש בו כדי להשליך על כל ההתייחסות והתחולה של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי הינו אורכה של התקופה שבגדרה נמצא השטח בתפיסה לוחמתית...כאשר עסקינן בתקופות ארוכות מאוד דומה שקיימת הצדקה להכיר בכך שהמדינה המחזיקה רשאית לנקוט מהלכים שיש בהם כדי להשפיע לאורך זמן על השטח שבתפיסה לוחמתית (עניין אסכאן [7]; וכן ראו בג"ץ 337/71 אלג'מעיה אלמסיחיה ללאראצ'י אלמקדסה נ' שר הבטחון [9], בעמ' 582; ... מן ההחלטה של ועדת ההתנגדויות ומן החומר שהוצג על-ידי שפיר עולה כי התוצרת של המחצבה תשמש אף לעבודות בתחומי יהודה ושומרון, על-כן אין לקבל את טענת העותרים הנסמכת על המשפט הבינלאומי" (ההדגשה הוספה).

63. בפרשת אבו צפייה,⁴⁷ שעסקה באיסור שהוטל על ידי המפקד הצבאי על תושבי האזור על נסיעה בכביש 443, ציין בית המשפט כך:

"... תושבים המתגוררים בהתיישבות הישראלית באזור (על מעמדה של התיישבות זו ראו עניין חוף עזה, בעמ' 524-527). תושבים אלה נמנים עם האוכלוסייה המקומית באזור (ראו עניין הס, בעמ' 455), הגם שאינם בבחינת "תושבים מוגנים" (ההדגשה הוספה).

⁴⁷ בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון (פורסם בנבו).

64. לפסיקה בעניינים אזרחיים אלה יש כמובן להוסיף את שלל פסקי הדין שניתנו על ידי בית המשפט העליון בעניין חובותיו של המפקד הצבאי במישורים הביטחוניים וחובתו הכללית המוטלת עליו לשמור על הסדר הציבורי באזור⁴⁸ ולהגן על חיי אדם.⁴⁹

65. המגמה השלישית - במקרים מסוימים התמקד בית המשפט באותם פנים של הפרשה שהובאה בפניו, שעניינם **הפגיעה המעשית ברכוש הפרט**, אשר נגרמת על ידי הפקעה או פעולה שלטונית אחרת שעשויה לפגוע בפרט או ברכוש ציבורי כלשהו. ניתן לראות, כי במקרים מסוימים בית המשפט נוטה להעדיף פתרון פרקטי ככל שהפגיעה ברכוש הפרט, אשר נגרמת על ידי פעולה שלטונית הלכה למעשה - איננה רבה או כזאת שעצם גרימתה לעותר הקונקרטי מוטל בספק. ראוי להזכיר בהקשר זה פסק דינו של בג"ץ בפרשת **התחנה המרכזית הישנה בעיר חברון (בג"ץ 6492/08 עמותת ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית האלוף גדי שמני**, בו נדחתה העתירה נגד בנייה ישראלית בפלוגת המתקנים בעיר חברון בין היתר בשל היותו של העותר ציבור) וכן **פרשת מט"ש עפרה**, שאוזכרה לעיל.

66. יש להדגיש, כי מגמה זו אינה נושאת בשום פנים ואופן אופי של יחס מתירני מצד בית המשפט ואין לפרש את פסיקתו כנותנת למפקד הצבאי יד חופשית לעשות כרצונו ברכוש הפרט. במקרים רבים חזר בית המשפט על עקרונות היסוד המחייבים את המפקד הצבאי בכל הנוגע לחובותיו לשמור על רכוש הפרט. כך למשל, בפרשת אבו צפיה, קבע בית המשפט, כך:

"סגירת הכביש לכלי רכב פלסטיניים מביאה לכך שהכביש משמש בעיקר לתנועת כלי רכב "פנימית" בישראל ... [ו] לתנועתם של תושבי יישובים ישראליים הממוקמים באזור... מצב הדברים הנובע מאיסור התנועה הגורף על תושבי הכפרים הינו כי אין מדובר עוד בכביש המשרת את טובתה של האוכלוסייה המקומית, כי אם ב"דרך שירות" של המדינה המחזיקה. הסדר שזו תוצאתו חורג מסמכותו של המפקד

⁴⁸ תקנה 43 לתקנות האג, שבדרך כלל משמשת בסיס לקביעת כללים שעניינם שימור המצב המשפטי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית על כנו, מדברת על שמירה על הסדר הציבורי בשטח. לימים קיבלה התקנה מעמד של מעין "נורמת העל" (ראו בפרשת אסכאן ובפסקי דין רבים נוספים). כזכור, תקנה 43 קובעת כך:
The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country
⁴⁹ ראו בפרשת מראעבה וכן בפרשת חס (בג"ץ 10356/02 יואב חס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 112004 (1)2007, בעמ' 2081), בו נקבע, כי "במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האזור, על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום, במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקימות. הגנה כזו חלה על כל סוגי האוכלוסייה המתגוררת במקום - יהודים וערבים כאחד".

הצבאי ואינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית. הפועל היוצא של דברינו עד כה הוא כי מגבלות התנועה שאותן הטיל המפקד הצבאי אינן יכולות לעמוד במתכונתן הנוכחית ודין להתבטל".

67. עם זאת, כאמור, עת מדובר בפגיעה שלתפיסת בית המשפט איננה רבה והנזק הנגרם בפעולה השלטונית העומדת לביקורת איננו נחלתו של עותר מסוים, יטה בית המשפט לפסוק באופן זהיר ומחושב, תוך שהוא מאזן בפסיקתו בין אינטרסים שונים, כל עוד כאמור, אין מדובר בפגיעה בעיקרון הצדק המנחה את הפסיקה בעניין האזור בכללותה. גישה זו של בית המשפט בהכרח מתחשבת במאפייני תפיסת האזור.⁵⁰

68. מהאמור לעיל ניתן לזקק כמה מסקנות ביניים:

- א. הפקעת המקרקעין באזור על ידי המפקד הצבאי איננה **אסורה כשלעצמה**, כל עוד היא מקיימת יחס ראוי בין פגיעה ברכוש הפרט לבין מטרותיה ועומדת בתנאים שנקבעו על ידי בית המשפט בפרשת אסכאן;
- ב. ביהמ"ש העליון **הסתייג מהפקעת מקרקעין לטובת המעצמה הכובשת**, אך התיר שימושים, המשלבים את הנאתם של תושבי האזור ותושבי מדינת ישראל;
- ג. ביהמ"ש העליון קבע באופן מפורש, כי מותר למפקד הצבאי לפגוע בזכות הקניין של תושבי האזור באמצעות נקיטת הליך ההפקעה (בתנאים כאמור לעיל), **נוכח היותה של התפיסה הלוחמתית באזור - ארוכת הטווח**; נקבע, כי אין בהפקעה כזו, כדי להפר את חובות המפקד המוטלות עליו מכוח תקנה 46 לתקנות האג;
- ד. ביהמ"ש **לא דן באופן ממוקד בשאלה**, האם ההתיישבות היא חלק מאוכלוסיית האזור במובן "האזרחי", אך קבע כי **התשובה היא בחיוב בכל הנוגע להיבטים הביטחוניים**. עם זאת, הכיר בית המשפט בלגיטימיות של **הצרכים ה"נלווים"** להקמת היישובים - למשל הקמת תשתיות שונות שישרתו את היישובים (חשמל בפרשת קרית ארבע, כבישים בפרשת נעלה, מט"ש בעניין עפרה ועוד).

⁵⁰ ראו בבג"ץ 2164/09 יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור (פורסם בנבו), שם נקבע בין היתר כך: "כפי שכבר נקבע פעמים רבות בפסיקתנו, התפיסה הלוחמתית של ישראל באזור היא בעלת מאפיינים ייחודיים, שהעיקרי בהם הוא משך תקופת החזקה המחייבת התאמת הדינים למציאות בשטח, המטילה על ישראל חובה לניהול חיים תקינים לתקופה שגם אם מבחינה משפטית היא זמנית, היא בודאי ארוכת טווח. לפיכך, דיני הכיבוש המסורתיים מחייבים התאמה להתמשכות ההחזקה, להמשך החיים הסדירים באזור ולקיום היחסים הכלכליים בין שתי הרשויות - המחזקה והמוחזקת".

69. לאמור לעיל יש להוסיף, כי ברבות השנים התפתחה ברשויות האזור פרקטיקה של יישום הכללים שנקבעו בפרשות שהובאו בפני בית המשפט העליון. רשויות האזור מבצעות, כדבר שבשגרה, הפקעות מקרקעין פרטיים באזור, תוך בחינת נחיצות ההפקעה לאוכלוסיית האזור ובמקרה הצורך, תוך בחינת היחס בין השימושים, אשר עתידים להתבצע בתשתית המוקמת במקרקעין והתועלת שתצמח ממנה לתושבי האזור ובין התועלת שתצמח להתיישבות הישראלית או למדינת ישראל. כיום לא קיים רף מוגדר של היחס הראוי בין התועלת שבהפקעה לתושבי האזור המקומיים לבין התועלת מהמהלך למדינת ישראל או להתיישבות הישראלית באזור, אך ברור, כי לא ניתן לאשר הפקעה שלא מקיימת את דרישות הפסיקה או כזאת שמקיימת אותן באופן פורמלי בלבד.

70. מכאן נמשיך ונדון ביחס בין הכללים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון בעניין חוקיות הפגיעה בזכויות הקניין של תושבי האזור באמצעות הפקעת רכושם לבין הפגיעה, אשר עשויה להיגרם להם כתוצאה מביצוע הליך של איחוד וחלוקה, במתאר האמור לעיל.

מן הכלל אל הפרט - איחוד וחלוקה

71. הליך של איחוד וחלוקה כולל איחוד מקרקעין באזור מסוים ליחידה קניינית אחת (ולו ליחידה וירטואלית, שאינה נרשמת בספרים כחלקה בבעלות משותפת) והקצאת מרגשים בגבולות חדשים, בהתאם לתכנית, לכלל הבעלים המקוריים. מהלך כאמור יכול להתבצע הן בהסכמת בעלי המגרשים והן - שלא בהסכמתם. במקרה האחרון כופה מוסד התכנון על בעלי המגרשים להיכנס להסדר ולהשתתף בהליך איחוד מגרשיהם וחלוקתם מחדש.

72. המקרים שעומדים על הפרק, עניינם איחוד בין מגרשים בהחזקת המתיישבים הישראלים ומקרקעין פרטיים ("החלקות הפרטיות") של תושבי האזור. על פני הדברים, במקרים הרלוונטיים לבחינתנו יתבצע ההליך שלא בהסכמת בעלי המגרשים, תוך שרשות אזורית כלשהי תכפה עליהם להשתתף בו.

73. כפי שראינו לעיל, בית המשפט התיר לרשויות האזור להפקיע מקרקעין (ובכך לפגוע בזכות הקניין המוקנית לתושבי האזור) בתנאים מסוימים. אם כן, השאלה העומדת על הפרק היא, האם המהלך הקנייני המתבצע במסגרת הליך איחוד וחלוקה, יש בו כדי להוות פגיעה בזכות הקניין של תושבי האזור באופן, אשר דומה לפגיעה הנגרמת על ידי הפקעת המקרקעין ואם כן - מתי תותר "מעין הפקעה" זו לפי הכללים, שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון?

74. **במילים אחרות, האם בהכרח יש בכל הליך של איחוד וחלוקה, בהשתתפות תושבי האזור והמתיישבים הישראלים, כדי להפר את הכלל שנוצר בפסיקה? נראה, כי במסגרת דיונו בשאלה זו נוכל אף לעמוד על מאפייני אותם מקרים "מיוחדים וחריגים", בהם ניתן יהיה לשקול את נקיטת ההליך של איחוד וחלוקה.**

75. כפי שצינו בתחילת חוות דעתנו, אנו סבורים, כי נוכח אופיו המיוחד של ההליך, שכאמור נתפס כהליך פוגעני פחות מהפקעה "רגילה" וכן נוכח קביעותיו של בית המשפט העליון, לפיהן ניתן להפקיע מקרקעין פרטיים, בתנאים מסוימים, בהחלט ייתכנו מקרים, בהם ניתן לשקול לנקוט את ההליך של איחוד וחלוקה במתאר העומד לדיון. להלן פירוט עמדתנו.

אופיו המיוחד של ההליך

76. כפי שפירטנו לעיל, להליך של איחוד וחלוקה מאפיינים ייחודיים, שמבדילים את אקט הנטילה הקיים בתוכו מהפקעה "רגילה". נזכיר, כי ההליך של איחוד וחלוקה נולד כניסיון לתת מענה לאילוצי התפתחות אזורית, אשר נתקל במכשול של צורת ההחזקה של מקרקעין, שאינה עולה עוד בקנה אחד עם צורכי התכנון. ההליך של איחוד וחלוקה מהווה "מסלול חלופי" למסלול של רכישת מקרקעין כפויה, במסגרת ההפקעה.

77. אף "יעדיו" הקנייניים של ההליך צנועים בהרבה ביחס להפקעה והוא אינו מתיימר לשנות את הרכב הבעלות באזור שבו הוא מתבצע. ההליך יכול להסתיים מבלי שמקרקעין בשיעור זה או אחר עוברים מבעלות הפרט לבעלותה של רשות ציבורית. ייתכנו מקרים, בהם יסתכם ההליך בשינוי צורתם הפיסית של המגרשים, מיקומם וייעודם.

78. אחת מאבני הייסוד של הליך ייחוד וחלוקה, אשר מבדילות בינו לבין מכשירים שלטוניים מקבילים הוא היעדר "החלפת צורות הקניין" ושמירת הכלל "קרקע תמורת קרקע". נזכיר, כי רק במקרה קיצוני (במונחים של איחוד וחלוקה) משתלמים לאדם, שערך אדמתו פחת כתוצאה מביצוע ההליך תשלומי האיזון. במובן זה קיים הבדל מהותי בין איחוד וחלוקה לבין ההליך של הפקעה, שבמהלכו משמש תשלום הפיצוי לבעל הזכות המופקעת כברירת מחדל.⁵¹

79. כל אלה מצביעים על כך, שהליך האיחוד והחלוקה, על אף שהוא יכול לשאת מאפיינים של נטילה שלטונית (והוא בוודאי בעל מאפיינים של כפייה שלטונית), אינו עולה, לפחות במקרים הטיפוסיים, כדי פגיעה ממשית בזכות הקניין בדמות שלילתה המוחלטת של זכות זו, תוך מתן פיצוי כספי - הוא ההליך העומד בליבה של ההפקעה.

80. כך אף גרס בית המשפט העליון בפרשת חלקה 21, שם כזכור נקבע, כי "אשר לתוכניות איחוד וחלוקה במסגרתן אין מופרשים מקרקעין פרטיים לצורכי ציבור, הלכה היא כי תוכניות כאמור שנערכו ללא הסכמת בעלי המגרשים המשתתפים בתוכנית, אין מהוות הליך של הפקעה" (ההדגשה במקור).

81. כפי שראינו לעיל, האיסור על ביצוע ההפקעה לטובת המעצמה הכובשת, כפי שמאפייניו התגבשו בפסיקת בית המשפט העליון, מתבסס על לשון תקנה 46, שאוסרת על פגיעה ברכוש הפרט וכי התקנה אינה נוקטת לשון "הפקעה" אלא בלשון "החרמה"; התקנה מדברת על פגיעה חמורה בזכות הקניין. עוד ראינו, כי בית המשפט אפשר להפקיע מקרקעין פרטיים אף לשימושים משותפים של תושבי האזור ושל המתיישבים הישראלים או של תושבי מדינת ישראל - ולא פסל את עצם האפשרות לנקוט הליך של הפקעה על ידי המפקד הצבאי, תוך קביעה, כי איננו מוסמך לעשות כן.

מכאן שניתן לומר בביטחון, כי נקיטת ההליך של איחוד וחלוקה הכוללת פגיעה ברכוש הפרט, שמעצם טיבה פחותה מהפגיעה, שבה כרוך הליך ההפקעה איננה אסורה כשלעצמה וניתן לדון לגופה ולא לשלול אותה על הסף בשל אי חוקיותה.

⁵¹ הן בישראל והן באזור יכולים פיצויי הפקעה להינתן בדמות של קרקע חליפית (ראו לעניין זה סעיף 114 לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943 וכן על פני הדברים, אין מניעה לפצות את בעל המקרקעין באזור בהענקת זכות במקרקעין חלופיים). עם זאת, בחיי המעשה, קיים שימוש מועט בתשלום הפיצוי בצורה זו, מסיבות הקשורות למיעוט קרקעות פנויות, הן בעלות מאפיינים, התואמים את ציפיית הנפקע.

82. כאן המקום להתייחס לטענה אפשרית נוספת: ניתן לחשוב על טיעון, לפיו הפגיעה האסורה בתושבי האזור היא בעצם העברת המקרקעין בבעלותם - להחזקת המתיישבים הישראלים; החלפה זו - ולא ההפרשה (או אי הפרשה) של מקרקעין במרחב לשימושים ציבוריים - היא ההפקעה האסורה. יש לדחות טענה זו, שכן אינה נתמכת בתפיסה שהתגבשה בעניין זה בספרות ובפסיקה. יש לזכור, כי במסגרת ההליך של איחוד וחלוקה לא מתבצעת "החלפת קרקעות" ישירה בין בעלי המגרשים המשתתפים בהליך; הוויתור הראשוני על הזכות הוא לטובת "בנק" הקרקעות המשותף שנוצר. ניתן לומר, כי ברמה העיונית, מדובר בהחלפת זכות במקרקעין מסוימים בזכויות בחלק בלי מסוים בחלקה שכוללת כלל המקרקעין בתחום התכנית.

83. היטיב לתאר את ההליך עו"ד רז כהן במאמרו:⁵² "התמונה העולה היא אחת: תכנית איחוד חלוקה קובעת מנגנון ייחודי להפרשת קרקעות לצורכי ציבור. המנגנון הוא בעל מאפיינים דוקטרינריים ייחודיים, שאינם דומים להפקעה המסורתית. השדה המשפטי של כללי האיחוד והחלוקה צומח על בסיס המודל התאגידי: של יצירת פרויקט משותף לכל בעלי הזכויות בתחום על בסיס חלקם היחסי. על הדוקטרינות המשפטיות המתפתחות להתאים עצמן לשדה המשפטי החדש. ההלכות המשפטיות החלות על נטילת הקרקע במסגרת תכניות לאיחוד וחלוקה צריכות להשתלב בהיגיון השזור בהליך".⁵³

84. במילים אחרות, העובדה, כי בגבולות הפיסיים של המקרקעין ייעשה שימוש בעל צביון ישראלי, אין בה כשלעצמה להעיד על "החלפה ישירה" שכן המגרשים החדשים ממילא מוקצים מה"מסה המשותפת" שנוצרת במסגרת ההליך. למותר לציין, כי תוצאה מעשית זו יכולה לנבוע אף מנקיטת הליכי ההפקעה הרגילים (שכאמור לעיל, אינם אסורים כשלעצמם).

"ניוד" הזכויות במרחב

85. ניוד של זכויות הבעלות, תוך שמירה על ההרכב הכמותי והאיכותי של הרכוש, אינו ייחודית להליך של איחוד וחלוקה והוא מתקיים אף במסגרת הליכים שלטוניים אחרים. כך, פעולה כפויה מעין זו, שנועדה להסדיר את המרחב ולהביא את מפת הבעלות בו להתאמה לדרישות המציאות העכשווית, מתבצע אף במהלך הליכי ההסדר במקרקעין.

⁵² ראו בח"ש 16 לעיל.

⁵³ ראו אף במאמרה של אלתרמן, ע' 67; ראו את תיאור ההליך אף בפרשת איראני, בראון וחלקה 21 הנ"ל.

86. סעיף 9 לחוק הסדר הקרקעות והמים מס' 40 לשנת 1952 (להלן: "חוק ההסדר הירדני"), מאפשר למנהל או למי מטעמו לטייב את גבולות המגרשים ולשנות אותם, להתוות דרכים ציבוריות ואף לבצע מעין החלפת מקרקעין, ככל שהדבר דרוש לדעתו להסדרת פני המרחב. הרציונל לסמכותו זו של מנהל ההסדר ברור והוא כאמור, בהבאת מפת הבעלויות במקרקעין, שבהם הוחל ההסדר ואשר נוצרו במהלך השנים, מבלי להתחשב בצורכי המרחב, להתאמה לדרישות החיים המודרניים.

כזכור, הליכי ההסדר לפי חוק ההסדר הירדני הוטלו בצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון) (מס' 291), התשכ"ט-1968 (להלן: "צו ההתליה"). ביסוד ההתליה עמדו שיקולים הקשורים לזמניות תפיסת האזור, לפגיעה אפשרית בזכויות הנפקדים ממנו ועלויותיו הגבוהות של המשך הליכי ההסדר.⁵⁴ מדובר בהחלטה שספק אם ניתן לייחס אותה לשיקולים משפטיים גרידא וחלק לא מבוטל ממנו נבע משיקולי המדיניות.

כך או כך, אין ספק, כי אילו היו מתחדשים הליכי ההסדר, לא היה מנוס מלהפקיד בידי המנהל את הסמכויות שהיו מוקנות בידי בחוק ההסדר הירדני, לרבות הסמכות שניתנה לו בסעיף 9 הנ"ל. בכלל זה, אין כל ספק, כי היה המנהל רשאי לעשות שימוש בסמכותו זו אף ביחס למקרקעין המוחזקים על ידי המתישבים ישראלים ותושבי האזור מבלי לייחס משקל מכריע לזהותם של בעלי הזכויות (ככל שמדובר בזכויות בנות רישום).

87. אי אפשר שלא לשים לב לדמיון הרב בין "סידור מפת הבעלות" במסגרת זו לבין "סידור המפה" במסגרת הליך של איחוד וחלוקה. ניכר, כי בשני המקרים מדובר בהליך שלא נועד לפגוע בקניין פרטי והיא מתבצעת (במובן זה שבמסגרת הליכים כאמור "משונעות" זכויות ההחזקה מחלקה לחלקה אחרת) כתוצר אגבי של הסדרת המרחב, רישום הזכויות בצורה בהירה ותואמת את אופי המרחב וכד'.⁵⁵

⁵⁴ ראו בדו"ח "ועדת זמיר" - ועדת מומחים בראשותו של פרופ' א' זמיר שמונתה על ידי היועמ"ש לממשלה לשם בדיקת מערך רישום המקרקעין באזור (הוגש בשנת 2005 - לתיאור המדובר ראו בפרק ב' בדו"ח).
⁵⁵ לחשלמת התמונה נוסף, כי בחקיקת האזור ישנם מקרים נוספים, שבהם מוסמכות רשויות האזור להתערב בקביעת גבולות המגרשים ואף לכפות את "צורת הקניין" בקרקע. כך, הממונה על הרכוש הממשלתי מוסמך לבצע "פירוק שיתוף מנהלי" ולהפריד חלק בחלקה המוחזקת על ידו ועל ידי בעלי הזכויות הפרטיים "במושע" באופן המשקף את שיעור זכותו במקרקעין (סעיף 2א לצו בדבר רכוש ממשלתי - ראו בה"ש 60 להלן); יודגש, כי מדובר בסמכות חריגה והשימוש המעשי בה מוגבל למקרים יוצאי דופן בלבד. לפי הנוהל הקיים, המגרשים הנוצרים כתוצאה מפירוק השיתוף לפי חוק חלוקת נכסי דלא נידי משותפים מס' 48 לשנת 1953 צריכה להיות מאושרת על ידי לשכת התכנון במנהל האזורי - בדומה להליך הקיים בישראל.

תרומתו של הליך התכנון בהסדרת המרחב

88. ההליך של איחוד וחלוקה כזכור, מתבצע אגב תכנונו המחודש של אזור מסוים. כאן המקום להתייחס לתפקידו המיוחד של הליך תכנוני באופן כללי.

89. כידוע, הליכי התכנון מספקים לקובע המדיניות (בכלל זה - קובע המדיניות המרחבית או החברתית) כלים מעשיים להשגת מטרות כלכליות וחברתיות שונות. הליך התכנון עצמו, אשר כולל קיום דיון פתוח, בו משתלבים בעלי מומחיות מתחומים שונים (איכות הסביבה, תחבורה, אדריכלות ועוד), פרסום התכניות לעיון הציבור, התחשבות בהתנגדויות המוגשות נגד התכנית וכיו"ב, מהווה מלאכת איזונים שלמה. במסגרת איזונים אלה, לעתים נסוג אינטרס מסוים (חשוב ככל שיהיה) מפני אינטרס מתחרה, לו מיוחסת חשיבות רבה יותר בנסיבות הקונקרטיות, העומדות על הפרק.

90. ניתן להתייחס למספר דוגמאות מייצגות בעניין. בישראל, מאפשרת תמ"א 38 מסלול תכנון מיוחד, והיא "מקריבה" שיקול ציפוף האוכלוסין לטובת שיקול שנתפס כחשוב יותר - מיגון בניינים ישנים מפני רעידות אדמה. כך אף תכנון, המתבצע במסגרת "פינוי בינוי", שבו ככלל מתאפשר ציפוף אוכלוסין שלא היה מתאפשר אלמלא קיים הצורך בפינוי בניינים, שאינם מתאימים למרחב מפאת גילם, מצבם הפיסי או צורתם או מסיבות נוספות, העומדות ביסוד ביצוע הפינוי.

91. המציאות המורכבת השוררת באזור, בנוסף להיבטים נוספים הגלומים בה (כגון היבטי הביטחון או היבטי המדיניות, אליהם לא נתייחס בחוות דעתנו זו), יכולה להוות מכשול להתפתחותו; התכנון עשוי לתת כלים להתמודדות עם כמה מהמכשולים הקונקרטיים, המונחים לפתחן של רשויות האזור.

92. כפי שצינו לעיל, באזור לא הושלמו הליכי ההסדר ורוב הקרקעות בו אינן רשומות במרשם מסודר, אשר משקף נכונה את מצב הזכויות בהן. לכך יש להוסיף, כי ככל הידוע לנו, במקרים רבים מתבצעות עסקאות ביחס למקרקעין, אף שהם כשלעצמם רשומים, "מחוץ למרשם". כל אלה מוסיפים על חוסר היציבות הביטחונית הידועה באזור.

93. הנסיבות המתוארות לעיל יוצרות תנאים מורכבים לפיתוח האזור ותכנונו - שכזכור, מותר שכשלעצמו ואף מתחייב הנסיבות של תפיסה לוחמתית ארוכת-טווח. כדי להדגים את הקושי שבו לעתים כרוך פיתוח כאמור, ניקח דוגמא של יישוב ישראלי, שתוכנן סביב "מובלעת" פרטית. נזכור בהקשר זה, כי חוקיות עצם קיומו של היישוב עם מובלעות הוכרה בפסיקה ולא פעם יישובים כאלה נדונו בבית המשפט אגב מגבלות השימוש במקרקעין שבמובלעת, בעקבות הגשת בקשות של תושבי האזור להיכנס לאדמותיהם ה"כלואות" במסגרת מסיק זיתים, וכדומה.
94. קיומה של מובלעת במרכז היישוב (או קיומן של אדמות מדינה, בהם הוקם היישוב סביב המובלעת) יוצר מציאות מורכבת: תושבי האזור, שבבעלותם המקרקעין האמורים, נחשפים לקושי משמעותי, כשהם מנסים להביא לידי ביטוי את זכויותיהם בקרקע שכן לא אחת נתונים המקרקעין למגבלות גישה ביטחוניות לגיטימיות.
95. במקרים רבים, יישאו האתגרים העומדים בפני תושבי האזור אופי אזרחי וייתבטאו בהיעדרן של דרכי גישה סבירות לאדמתם, חוסר יכולתם של התושבים לתכנן את המובלעות כדי להפיק מהמקרקעין רווחים, לסחור בהם וכיו"ב. את אתגרי התכנון בלא רצף קרקעי הזכרנו בתחילת דברינו ולא נחזור על כך - בין היתר מכיוון שעל פני הדברים, לא יכול טעם זה לעמוד לבדו.
96. ניתן להעלות על הדעת מצב היפותטי, שבו יבקשו בעלי החלקה הפרטית למכור את החלקה שבמובלעת לגורם פלוני, ללא כל התערבות שלטונית.⁵⁶ במקרה כזה - שאינו אסור בהוראה חוקית כלשהי, עתידים הצדדים לעסקה העתידית להיתקל בקשיים מרובים:

⁵⁶ בחוות דעתנו זו לא נעמוד על המגבלות הסטטוטוריות, החלות על הסחר במקרקעין באזור; מגבלות אלה הבאות לידי ביטוי בין היתר בצורך לקבל רישיון עסקה ולעתים - היתר עסקה כתנאי להשלמתה (ראו בהוראות הצו בדבר מקרקעין (יהודה והשומרון) (מס' 25), התשכ"ז-1967).

ראשית, הזכויות בחלקות קרקע רבות אינן מוסדרות והעברת זכות הבעלות, שאמורה להתבצע בלשכת רישום מקרקעין עוברת דרך הליך של רישום ראשון.⁵⁷

שנית, קיימת תופעה של פיצול הבעלות בין גורמים שונים ויצירת "מושע" (קרי - שיתוף) במקרקעין רבים (לכך תורמים אף הסדרי ההורשה הקוגנטיים באזור והרגלי ביצוע העסקאות מחוץ למרשם, שהוזכרו קודם), דבר שבסופו של יום מוביל ליצירת חלקות רבות בבעלות משותפת של אנשים רבים. העברת זכות הבעלות בקרקע כזו מצריכה את הסכמת כולם - דבר שבמקרים רבים איננו אפשרי לביצוע, נוכח קשיים, הקשורים לאיתור כלל בעלי הזכויות.

שלישית, "ריבוי התחנות" שבהן יש צורך לעבור בדרך להשלמת העסקה, כמו אף היעדר מרשם סדור של זכויות במקרקעין גורם לריבוי תופעת פסולות של מעשי זיוף - הן זיוף ביחס לזהות הבעלים, הן זיוף ביחס למסמכי הבעלות.

פשיטא, כי בנסיבות אלה, השלמת עסקה מהסוג האמור כרוכה ב"עלויות עסקה" גבוהות במיוחד.⁵⁸

97. לכל אלה יש להוסיף, כי במקרים רבים יוצרת מכירת מקרקעין למתיישבים ישראלים או לגורם המזוהה עימם מצב של סכנת חיים בעבור מוכר הקרקע.

98. אין ספק, כי במציאות במתוארת, התארגנות תושבי האזור (ישראלים או פלסטיניים) לשם "הסדרת מרחב המחיה" שלהם באופן עצמאי, בלא התערבות שלטונית נדונה לקשיים רבים ובמרבית המקרים - כלל איננה אפשרית. מציאות זו יכולה להיות מתוארת כמעין "כשל שוק" שאינו מאפשר להביא את הבעיה הקונקרטית המתוארת לעיל לפתרון קנייני סביר.

99. במצב שכזה יכולה רגולציה תכנונית - ובתוכה אף שימוש בהליך של איחוד וחלוקה לשחק תפקיד משמעותי או אף מכריע, שכן בכוחה לאפשר התייחסות למרחב מסוים כאל מושא לתכנון כולל ובתוך כך - לאפשר ליצור הוראות לחלוקת הבעלויות ב"מצב היוצא" באופן המשקף את השימושים בהם ב"מצב הנכנס", תוך שמירה על עקרונות הצדק, אך מבלי להידרש לשלב להעברת הזכויות מיד ליד באופן פורמאלי - ואף לייתר שלב זה.

⁵⁷ הליך של רישום ראשון של מקרקעין שלא נרשמו קודם מוסדר באזור **בחוק נכסי דלא נידיי שלא נרשמו קודם (מס' 6) לשנת 1964**; הליך של רישום ראשון הוא הליך פומבי המתבצע בפני ועדה מיוחדת. מדובר ככלל, בהליך ממושך שכולל סיור במקרקעין, שמיעת התנגדויות וכיו"ב.
⁵⁸ ראו כדוגמא את התיאור העובדתי שבפסק דינו של ביהמ"ש העליון בע"א 8012/12 רג'ב נ' ל בנייה והשקעות קרני שומרות (פורסם בנבו).

הזכויות במקרקעין

100. קבוצת טיעונים זו, עניינה בשניים: בזכויות המהותיות המוקנות לתושבי האזור במקרקעין מסוג מירי ובמדיניות רשויות האזור בכל הקשור ליצירת הדיכטומיה בין מקרקעין פרטיים לאדמות מדינה.

101. ראשית - ויש להדגיש זאת, דיני המקרקעין המהותיים באזור אינם מכירים בדיכטומיה האמורה לעיל בזכויות הקניין; ההבחנה הנפוצה (שנעשה בה שימוש אף בחוות דעתנו זו) בין מקרקעין פרטיים לבין אדמות מדינה משקפת את הדין החל באזור אך בקירוב; היא ננקטת לצורכי הנוחות וכן לצורך ההבחנה בין השימושים המותרים והאסורים לפי הרגולציה, שמקורה במשפט הבין לאומי.

102. טיב הזכויות המוקנות לתושבי האזור במרחב הרלוונטי ברוב המקרים, מוגדר בהוראות חוק הקרקעות העות'מאני, אשר מחלק את כלל הזכויות במקרקעין לסוגים הנגזרים מהבעלות הערטילאית, הניתנת בדרך כלל לריבון לבין הזכות להחזיק במקרקעין ולעשות בהם שימוש למטרות מסוימות ובתנאים מסוימים.

103. המקרקעין המצויים במרחב הכפרי הם ככלל מקרקעין, אשר מוגדרים בחוק הקרקעות העות'מאני כמקרקעין מסוג מירי, בהם יכול הפרט להחזיק בתנאי, שהוא עושה בהם שימוש חקלאי.⁵⁹ הפסקת השימושים ונטישת המקרקעין למשך תקופה מסוימת עשויה להביא לאבדן הזכויות בהם (הליך המוכר ככניסת המקרקעין ל"דין המחלול").⁶⁰

104. ודוק - על אף שבמרוצת השנים ההבדלים בין מקרקעין מסוג מירי, בהם לפרט מוקנית רק זכות התצ'רוף, הפחותה מזכות הבעלות המלאה, לבין מקרקעין מסוג מולכ, בהם מוקנית לפרט בעלות מלאה, הפכו לזעירים, הפרקטיקה של שימוש במוסדות מסוימים הקשורים במוסד - כגון רכישת הזכויות מכוח עיבוד וחזקה (סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני), חזרת המקרקעין לבעלות המלאה של הריבון (דיני המחלול - שעל בסיס השימוש בדינים אלה מתבצעות לא מעט מהכרזות על אדמות מדינה באזור) נשמרה והם משמשים את רשויות האזור.

⁵⁹ בדיונונו בפרק זה לא נמצא את הדיון בכלל מאפייני המקרקעין לפי דיני האזור ונתמקד אך בצדדים הרלוונטיים לדיון. נעיר, למען הסדר הטוב, כי דרישת עשיית שימוש חקלאי דווקא כתנאי להמשך ההחזקה במקרקעין בוטלה באזור, נוכח הוראות **חוק התצ'רוף העות'מאני** והביטול "אושר" אף בחקיקה מאוחרת יותר, **בחוק ההחזקה (התצ'רוף) בנכסי דלא נידי מס' 49 לשנת 1953** (ראו בסעיף 6 לחוק).
⁶⁰ ראו בסעיף 68 לחוק הקרקעות העות'מאני. ראו אף בבן שמש בח"ש 2 לעיל, בע' 125.

105. יש להדגיש, כי בהיעדר מרשם הזכויות במקרקעין, רואים בשימוש והחזקה בקרקע כעדות (לעיתים אף כעדות יחידה) לקיומה של זכות הפרט בה. מקור זכותו של הפרט להחזיק ולהשתמש במקרקעין ככלל אינו נחקר (לפחות לא כבדיקה שמתבצעת בטרם רישום הזכות במרשם) אגב ביצוע פעולות שלטוניות רבות: מתן היתרי בנייה לתושבי האזור, מתן זכות גישה לאזורים מסוימים, שהגישה אליהם מותנית בקיומה של הזכות (לדוגמא, נכיסה למרחב ה"תפר", שנוצר לאחר הקמתה של גדר הביטחון).

106. לפרקטיקה זו קיימות סיבות והצדקות רבות ומבוססות היטב - ולא נתעכב על העניין. עם זאת, לענייננו חשוב להדגיש, כי מקור הזכות להחזיק במקרקעין אינו נבחן ככלל במהלך ביצוע הליכי ההכרזה על אדמות מדינה. מבלי למצות את הבסיס העיוני והסטטוטורי לביצוע הליכי ההכרזה נזכיר, כי במסגרת פעולות ההכנה לקראת ביצועה, נסקרים השימושים במקרקעין הנמצאים במרחב מסוים וככל שנמצא, כי מקרקעין מסוימים אינם מעובדים ואינם מוחזקים, הם מוכרזים כאדמות מדינה,⁶¹ ואילו חלקות מעובדות או כאלה שהעיבוד בהן הופסק זה לא מכבר - מוחרגות מתחום אדמות המדינה והן נשארות בחזקת אדמה פרטית.

107. הליך ההכרזה אינו כולל (ואף אינו יכול לכלול) שלב של חקירת זכויות הפרטים במקרקעין והוא כולו נושא אופי הצהרתי מובהק. מהותו של ההליך - להודיע לציבור על כוונת הרשות ליטול חזקה במקרקעין מסוימים, אשר ממילא שייכים לריבון.⁶² במסגרת הליך ההכרזה מעביר הממונה על הרכוש הממשלתי את נטל ההוכחה לקיומה של הזכות על כתפיו של הטוען לה.

108. המובלעות שנוצרות ברצף של אדמות מדינה הן לעיתים התוצאה של הימנעות יזומה של הרשות לתפוס חזקה בשטח פלוני - מסיבות שונות ולעיתים משיקולי הזהירות והרצון להימנע מהגשת עררים שיעכבו את השלמת ההליכים.⁶³

⁶¹ ההכרזה מתבצעת באמצעות פרסום תעודת הממונה על הרכוש הממשלתי באזור - ראו את הוראות הסעיף 22 בצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967.

⁶² ראו בבג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701, וכן בע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי (פורסם בנבו).

⁶³ ראו בהודעת המדינה בבג"ץ 248/13 גאנס נ' ועדת המשנה למיקוח ואח', שם נדונה השאלה של מעמד המקרקעין הנמצאים בסמוך לתחום ההכרזה, והסיבות שבגינן לא נכללו בתעודת הממונה. החליף בעתירה לא הסתיים בהכרעה של ביתה משפט בעניין.

109. מכאן שייתכנו מצבים, בהם ביצוע ההליך של איחוד וחלוקה, שבו ייכללו מובלעות "פרטיות" ביישובים מסוימים לא תסב כל פגיעה ברכוש פרטי - שכן באותם מקרים לא הוכרזו מובלעות מסוימות כאדמות מדינה מטעמי הזהירות ומבלי שנבחנו זכויות הפרט בקרקע באופן ממצה. מובן, כי קביעה כאמור בכל מקרה ומקרה תדרוש בחינת נסיבותיה הקונקרטיות של היווצרות ה"מובלעת".

110. להשלמת התמונה נתייחס אף לאפשרות פרשנית, לפיה יראו ב"החלפת הקרקעות" במסגרת ההליך כהחלפה שבין תושבי האזור לחליפו של הריבון - לעניין זה, הממונה על הרכוש הממשלתי. נזכיר, כי רוב המקרקעין המוחזקים על ידי המתדיישים הישראלים באזור הם אדמות מדינה, אשר מוכרות למתדיישים באופן הדומה לחכירת מקרקעין בישראל, על ידי רשות מקרקעין ישראל.

111. בהקשר זה עולות שתי שאלות: האחת היא, האם אין איסור לבצע את ההליך של איחוד וחלוקה במצב שבו אחד מבעלי הזכויות הוא רשות שלטונית? והשנייה - האם אין בהחלפת קרקע כאמור משום פגיעה בחובות הממשל הצבאי לשמור על רכושו של הריבון הקודם?⁶⁴

112. לשתי שאלות אלה יש להשיב בשלילה. בכל הנוגע לשאלה הראשונה, הפסיקה קבעה, כי אין פסול בכך שאחד מבעלי הזכויות, המשתתפים בהליך יהיה ישות שלטונית. בפרשת חלקה 21 נאמר בעניין זה, כך:

"אין קיום למבנה רעיוני זה של "הפקעה מוסווית" בהליך של תכנית האיחוד והחלוקה בנסיבות המקרה שלפנינו, שכן פרטי התכנית אליהם מתייחסת המערכת בתביעתה לפיצוי נעדרים את המאפיינים העיקריים המתלווים למוסד ההפקעה לצרכי ציבור, אלא עניינם באיחוד וחלוקה בין בעלי זכויות בקרקע, שהעירייה נמנית עליהם בכשירותה כבעלת זכויות נכסי מקרקעין. ממילא, לא ניתן באופן אמיתי לשתול אל תוך הליך האיחוד והחלוקה בענייננו את תיאורית ההפקעה המוסווית ביחס לאותם חלקים שאוחדו וחולקו ואשר בהם יש למשיבה חלק בכשירותה כבעלת זכויות בנכסים, ואשר לא יועדו לצרכים ציבוריים." (ההדגשה הוספה)

⁶⁴ תקנה 55 לתקנות האג.

בענייננו, אין מקום להניח, כי הממונה על הרכוש הממשלתי נענה מפחות זכויות מעיריית הרצליה, בכל הנוגע לאפשרות לנהל את המקרקעין הנתונים לו.

113. בכל הנוגע לטענה השנייה, הרי שמוכן, כי ההליך של איחוד וחלוקה אינו יוצר זכות חדשה למי מהמשתתפים בו ואף אינו גורע מזכותם. סך כל הבעלויות במצב היוצא בהכרח יהיה שווה לזכויות במצב הנכנס. על כן, הממונה על הרכוש הממשלתי אינו מוותר על זכויותיו במקרקעין הנמצאים במרחב אלא משנה את מיקומם היחסי; יש לציין, כי הוא אף אינו רוכש כל זכות חדשה (אלא אם כן יופרשו מקרקעין מסוימים בתחום התכנית לטובת הציבור).

מעמד התושבים הישראלים באזור

114. על אף כל האמור לעיל וחרף ההצדקות הרבות לשימוש בהליך של איחוד וחלוקה לשם "הסדרת מרחב מחיה" באופן, התואם את המציאות שהתגבשה באזורים מסוימים, תיתכן טענה, לפיה יש לראות בכפייה השלטונית המופעלת במסגרתו כנושאת מאפייניה של הפקעה. האם "הפקעה" זו, אמנם "פחות הערך" ביחס להפקעה ה"רגילה" בהכרח פסולה בראי המשטר הנורמטיבי החל באזור ככל שהיא מצמיחה תועלת ליישובים ישראלים באזור או שייתכנו מקרים, בהם ניתן לעשות בה שימוש?

115. כפי שפירטנו לעיל, תשובה לשאלה זו איננה חד משמעית והסיבה לכך היא שכאמור, בית המשפט העליון טרם נדרש לשאלת מעמד התושבים הישראלים כתושבי האזור בכל הקשור להכרה בצורכיהם הקולקטיביים כצרכים ציבוריים.⁶⁵

116. עם זאת, אף ללא הכרעה בשאלה זו על ידי בית המשפט, אם נניח, כי יש להתייחס להליך של איחוד וחלוקה כאל הפקעה לכל דבר ועניין,⁶⁶ הרי שהוא לא ייפסל על ידי בית המשפט רק נוכח היותו "מעין הפקעה" אלא כל מקרה קונקרטי שיובא בפני בית המשפט יידון לגופו, כפי שנדון לגופו כל מקרה של הפקעה באזור.

⁶⁵ ראו את הדיון לעיל בפרשת קרית ארבע, פרשת נעלה, פרשת מראעבה, פרשת הס ועוד.
⁶⁶ וכאמור, עמדתנו היא, כי מדובר בהליך, בעל מאפיינים משפטיים ייחודיים, אשר נבדל מהליך של הפקעה.

117. במסגרת גישה זהירה זו ניתן להניח (ותהיה זו הנחה ראויה), כי ככל שיינקט ההליך של איחוד וחלוקה אך לשם יצירת תועלת ליישוב ישראלי או לקבוצת תושבים שאינם בעלי זיקה לאזור, כשהפגיעה בתושבי האזור הפלסטינים משמעותית וממשית, יטה בית המשפט לפסול את ההליך, ולו בגין פגמיו הכלליים (דוגמת חוסר המידתיות שבו).

מנגד, ככל השימוש בהליך של איחוד וחלוקה ייעשה על סמך שיקולי תכנון ענייניים, בשקיפות המצופה מגורם שלטוני בכלל וממוסדות התכנון בפרט, תוך התחשבות בכלל נסיבות המקרה העומד לבחינה ובכלל זה תיווצר תועלת ברורה וניתנת למדידה לכלל בעלי המקרקעין - ניתן להניח, כי אף אם יידרש בית המשפט להליך, תוך התייחסות אליו כאל הפקעה, לא מן הנמנע, כי מאפייני ה"שימוש המשולב", המותר במסגרת הליכי הפקעה רגילים באזור, יצדיקו אף את נקיטת ההליך של איחוד וחלוקה, בנסיבות שיעמדו לבחינה בכל מקרה קונקרטי.

118. עד כאן הנימוקים לעמדתנו. לפני שנחתום, נחזור למבחנים שנקבעו בפרשת אסכאן בכל הנוגע לאפשרות לפגוע בזכות הקניין של הפרט באזור. בכל הנוגע למבחן הראשון - עיגון המוסד של איחוד וחלוקה בדיני האזור, הרי שאין ספק, כי הוראות סעיף 31 מספקות פלטפורמה טובה לעיגון ההליך, והן אף כוללות הוראות בעניין שיעור השטח שניתן להפריש לשימושים ציבוריים שונים. באשר למבחן השני - חובתה של הרשות ה"פוגעת" לפעול לפי כללי מנהל תקין נראה, כי אין חולק, כי הליך תכנוני ככלל מקיים דרישה זו בהיותו הליך פומבי, שקוף ומקצועי.

119. המבחן השלישי - הוא התועלת הצומחת לאזור; ראינו, כי בית המשפט העליון טרם נדרש לשאלת מעמדם של המתיישבים הישראלים בהקשר של האפשרות לראות בצרכיה ה"אזרחיים" של ההתיישבות כצורך ציבורי - וזאת להבדיל מהצורך לספק הגנה ליישובים ישראלים באזור.

עם זאת, דעתנו היא, כי נוכח מאפייניה המיוחדים של ההתיישבות הישראלית באזור והמגמה המסתמנת בפסיקת בית המשפט העליון, כמו גם התמשכות התפיסה הלוחמתית של האזור, אשר מחייבת מתן פרשנות מתאימה להוראות המשפט הבינלאומי וכן נוכח אופיו ה"מתון" של הליך איחוד וחלוקה, יש מקום להניח, כי במקרים רבים לא יתערב בית המשפט בהחלטת רשויות האזור לנקוט את ההליך ביחס למקרקעין מסוימים.

מסקנות וסיכום

120. בחוות דעתנו שלעיל עמדנו על האפשרות לעשות שימוש בהליך של איחוד וחלוקה באזור יהודה ושומרון, ביחס לחלקות המוחזקות על ידי מתיישבים ישראלים וכן ביחס לחלקות בבעלות תושבי האזור הפלסטינים.

121. מסקנתנו היא, כי אין פסול בשימוש במכשיר של איחוד וחלוקה לשם תכנון מחדש של מקרקעין מסוימים באזור. לזהות של בעלי הזכויות במקרקעין אין חשיבות מכרעת בכל הנוגע לעצם האפשרות להשתמש בהליך של איחוד וחלוקה. כך, אין פסול בכך, שחלק מבעלי הזכויות במרחב יהיו תושבי האזור הפלסטינים וחלק - מתיישבים ישראלים או הממונה על הרכוש הממשלתי. מסקנתנו זו נסמכת על ניתוחה של הנורמה המשפטית המחייבת את רשויות האזור בראי פסיקת בית המשפט העליון.

122. מסקנתנו זו מבוססת על מספר אדנים: עיגון ההליך של איחוד וחלוקה בדיני האזור, אופיו המיוחד של ההליך, אשר נתפס כחלופה אשר פוגענית פחות מהפקעה "רגילה" מבחינתם של בעלי המקרקעין, הנכללים בהליך, פסיקתו של בית המשפט, אשר מתיר את השימוש במכשיר של הפקעת מקרקעין באזור לצרכים שמשרתים את האוכלוסייה המקומית וכן על הנחה, לפיה יש מקום לצפות, שלפחות בחלק מהמקרים תהיה השפעת ההליך של איחוד וחלוקה על זכויות הפרט - לא רבה.

123. אנו סבורים, כי יהיו מקרים, בהם לא יתערב בית המשפט העליון בהליך של איחוד וחלוקה - זאת ככל שיתבצע בהתאם לנורמה, שמחייבת רשות ציבורית סבירה.

124. נדמה, כי מן הראוי לייחד את השימוש בהליך, לפחות בשלב זה למקרים בהם מדובר ביישוב קיים, תוך שקילת נסיבותיו הקונקרטיות וההצדקות מתקיימות בכל מקרה ומקרה, כמו גם התועלת אשר צפויה לצמוח מהמהלך עבור כלל בעלי הזכויות במרחב. ייתכן, כי ניתן להסתמך על המבחנים שנקבעו בחוק התכנון והבנייה הישראלי באשר לזהות הגורם אשר רשאי להגיש את התכנית (בהם מבחן שיעור הזכויות) כעל כלל מנחה, לשם הערכת סבירות נקיטת ההליך. מובן, כי שקילת שיקולים אלה היא פררוגטיבה של קובעי המדיניות, בהם קובעי המדיניות המשפטית. מכל מקום, נזכיר את המובן מאליו - בבסיס ההליך של איחוד וחלוקה חייבת לעמוד תכנית, אשר נסמכת על שיקולים תכנוניים ענייניים.

18. דברכה,
אחז בן-ארי
היועץ המשפטי

עותקים : שר הביטחון
מתפ"ש
יועמ"ש איו"ש

