

בעניין:

אנג'ל איציק ו- 36 אחרים
ע"י ב"כ עוה"ד הראל ארנון ושות'
מרחי הרטום 16 ת.ד. 45151 ירושלים 91450
טל': 02-6509100 פקס': 02-6468053

הנתבעים

-נגד-

1. עבד אלפתאח סאלחה
2. דאוד אחמד עלי רביע
3. חאזם חסין מחמוד עג'אגי
ע"י ב"כ עוה"ד ת. יונס
מרחוב אצפהאני 17 ירושלים
טל': 02-6281419 פקס': 02-6284815
4. המנהל האזרחי באיו"ש
ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
מח"ל 7, ירושלים, ת.ד. 49333, 97763
טל': 02-5419569; פקס': 02-5419581
5. ההסתדרות הציונית – החטיבה להתיישבות
ע"י ב"כ עוה"ד בשמת שלוש
מרחי המלך ג'ורג' 48
טל': 02-6202335 פקס': 02-6202694

הנתבעים

סיכומים מטעם הנתבע 4

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 9.4.2018 מתכבד המינהל האזרחי באיו"ש
(להלן: "המינהל") להגיש את סיכומיו:

עינב גיא הרמן, עו"ד

ממונה בפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

פתח דבר

1. עניינה של התובענה במקרקעין מוסדרים ורשומים מסוג "מירי", בבעלות פרטית פלסטינית (אדמות הכפר דיר ג'ריר גוש 19 חלקות 12, 13, 14, 15 ו- 23) וחלקה 16 שרשומה כ"אדמות מדינה" (להלן: "המקרקעין"), אליהם הועתקה נקודת התיישבות באישור הדרג המדיני, באזור הישוב כוכב השחר.
2. במסגרת התובענה בקשו התובעים להצהיר, כי יש להם זכויות בר רשות במקרקעין, וכי המקרקעין הוקצו במסגרת הסכם הרשאה בין הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי (להלן: "הממונה") לבין החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית (להלן: "ההסתצ"י"), וכי לא ניתן להחריג את המקרקעין מהסכם ההרשאה. כן בקשו התובעים לקבוע כי לנתבעים 1-3 אין זכות לסלק את ידם של התובעים 1-8 ואת העמותה (תובעת 37) מהחלקות המוחזקות על ידם.
3. בשנת 1980 הוצא צו תפיסה על שטח של כ- 850 דונם. לעומת זאת, במסגרת הסכמי ההרשאה בין הממונה להסתצ"י הוקצו לה כ- 1070 דונם (בהתאם לצו סגירה שקדם לצו התפיסה).
4. בשנים 1982 ו- 1995 אושרו שתי מערכות הנחיות בשטח היקפי של כ- 1420 דונם. בסוף 1999 סברו הגורמים שהיו מעורבים בהערכת נקודת התיישבות לתחום מערכת ההנחיות, ששטח מערכת ההנחיות תואם את שטח התפיסה הצבאית, עובדה שהתבררה בדיעבד כשגויה, כפי שיפורט להלן.
5. ביום 3.2.2011 הוגשה על ידי הנתבעים 1-3 עתירה, בג"ץ 953/11 סאלחה ואח' נ' שר הביטחון ואח', במסגרתה ביקשו העותרים כי תבוטל תכנית מתאר 223/1 החלה על הישוב כוכב השחר, וכי ינקטו צעדי אכיפה לשם הפסקת פעולות בניה בחלקות 13 ו-23 בגוש מספר 19 מאדמות הכפר דיר ג'ריר. במסגרת העתירה הודיעה המדינה כי היא פועלת לצמצום מערכת ההנחיות בחלק החורג מצו התפיסה, כך שזו לא תחול, בין היתר, על המקרקעין. בהמשך לכך, ביום 17.11.2013, הוגשה התובענה ביחס לחלקות מושא העתירה לבג"ץ (גוש 19 חלקות 13 ו- 23).
6. ביום 29.10.2014 הוגש כתב תביעה מתוקן בגין מספר גדול יותר של חלקות, ביחס לכתב התביעה המקורי, כפי שתואר לעיל. כתב התביעה המתוקן הוגש בשם 37 תובעים, כאשר 42 תובעים מהתובענה המקורית כלל לא נכללו בו.
7. יצוין, כי לאחר הגשת התובענה הודיעה המדינה לבג"ץ כי בכוונתה להשהות את מתן החלטה הסופית בנושא מערכת ההנחיות החדשה (ר' סעיף 5 לעיל), בין היתר, עד שיתבהר המצב המשפטי ביחס לחוק להסדרת התיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017.
8. לטענת התובעים, הממונה הקצה להסתצ"י את המקרקעין עליהם הוקם המאחז ואין לו זכות לבטל הקצאה זו. יצוין כי הטענה נסמכת, בעיקרה, על סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), תשכ"ז – 1967 (להלן: "הצו" או "צו 59").
9. נקדים ונציין כי טענת התובעים בהסתמך על סעיף 5 לצו היא לזכות שימוש ממורקת במקרקעין. בנסיבות אלה, ולאחר שמיעת הראיות בהליך, מתחדדת ביתר שאת העובדה שאין זה ראוי להכריע בגורל המקרקעין מבלי לתת הזדמנות לבעלי המקרקעין הרשומים להתגונן מפני התביעה (כפי שצוין בכתבי הטענות מטעם המינהל).

רקע עובדתי

10. נסקור בקצרה את הצווים שהוצאו על ידי מפקדי כוחות צה"ל באזור ביחס למשבצת הישוב כוכב השחר או בסמוך לה, ואת המסגרת החוזית והתכנונית של הישוב כוכב השחר וסביבתו.

הצווים

11. בעת ההחלטה על העתקת נקודת ההתיישבות, מצפה כרמים, היו בתוקף הצווים הבאים¹:
- א. צו לסגירת שטח אש 906 מיום 1.8.1967. גבולו המערבי של הצו עבר בשטח הישוב כוכב השחר דהיום, אולם במהלך השנים גבולותיו תוקנו מספר פעמים (בתאריכים 25.12.1972, 30.6.1991 ו- 5.5.1999), כך שגבולו המערבי התרחק מהישוב כוכב השחר. המקרקעין מצויים בתחומו².
- ב. צו סגירה מסי 576 לשטח אש כ"ד מיום 3.2.1975. בשטח של כ- 1070 דונם (מוצג 2) (להלן: "צו הסגירה"); בוטל ביום 5.2.2009 (מוצג 3). המקרקעין אינם בתחומו.
- ג. צו תפיסה מסי 18/80 עבור כוכב השחר מיום 29.7.1980. בשטח של 850 דונם (להלן "צו התפיסה") (מוצגים 9 ו- 10). המקרקעין אינם בתחומו.
12. ברקע להוצאת צו הסגירה וצו התפיסה נעשתה עבודת מטה מפורטת, שעל בסיסה נקבע שטחם ומיקומם (רי מוצגים 5, 8-12). כמו כן, ר' סימון הצווים בחוות דעת פטיק (סעיפים 3, 6, 14 ו- 15).

החוזים

13. הממונה הקצה את המשבצת של כוכב השחר להסתצ"י במספר חוזים מתחדשים. לבית המשפט הוגשו 4 הסכמי הרשאה המתייחסים לשטח צו הסגירה. המפה שצורפה להסכמים אלה היא מפת צו הסגירה, שכאמור אינה כוללת את המקרקעין. ואלו ההסכמים שהוצגו:
- א. הסכם הרשאה שנחתם בשנת 1981 ל- 5 שנים (צורף כנספת 1 לתצהיר נהרי) (להלן: "הסכם ההרשאה הראשון")
- ב. הסכם הרשאה שנחתם בשנת 1990 ל- 5 שנים (מוצג 19)
- ג. הסכם הרשאה שנחתם בשנת 1995 ל- 5 שנים (מוצג 25)
- ד. הסכם הרשאה שנחתם בשנת 1997 ל- 49 שנים (מוצג 27)

התכניות

14. הממונה על עבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים מוסמך לאשר מערכות הנחיות (המהוות תחליף לתוכנית) בשטחים שנתפסו בצווי תפיסה. זאת, מכוח הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה ושומרון) (מספר 997), תשמ"ב-1982 (להלן: "צו 997") ומכוח סעיף 5(א) לתקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה ושומרון), התשמ"ב-1982 (להלן: "התקנות").
15. בעניינו, מכוח צו 997 והתקנות אושרו שתי מערכות הנחיות. ביום 17.1.82 אושרה להפקדה תכנית מתאר מפורטת 223 בכוכב השחר (להלן: "מערכת ההנחיות 223"), החלה על שטח של 1416 דונם בחריגה מצו התפיסה ומצו הסגירה גם יחד. מתוך אותם 1416 דונם של מערכת ההנחיות, רק 423 דונם אושרו לבינוי ולפיתוח ואלו נכללים בשטח צו התפיסה. השטח הנותר הוגדר כ- "שטח שיעודו ייקבע בעתיד" ושם מצויים המקרקעין. הממונה חתם על התכנית "חתימת בעלים" ברובריקה "בעל הקרקע" (סי 14 לתצהיר כספי).
16. ביום 8.1.95 אושרה תכנית מתאר מפורטת 223/1, כשינוי למערכת ההנחיות 223 (להלן: "מערכת ההנחיות 223/1"). מערכת ההנחיות 223/1 לא שינתה באופן משמעותי את תא השטח עליו חלה

¹ לאחר הקמת המאחז הוצאו בתחומו צווי תפיסה, סגירה ואיסור בניה מיום 24.7.2005 (סי 44 לתצהיר כספי).
² ר' בקשה להוספת ראייה מיום 4.12.2017 ופרוטוקול ע' 110.

מערכת ההנחיות 223, ועיקר השינויים בה התבטאו בשינויי ייעוד חטיבות קרקע שונות בתחום התכנון. במערכת ההנחיות 223/1 עיקר השטח שתוכנן לבינוי ולפיתוח כלול בתחומי צו התפיסה, והשטח שמצוי מחוץ לצו התפיסה – שכולל את המקרקעין – נקבע כ"אזור תקלאי" (כספי סי' 17 לתצהיר; פרוטוקול עמ' 221, שורות 10 – 18).

הענקת נקודת ההתיישבות מצפה כרמים

17. תחילתה של הפרשה הנדונה בהחלטה להעתיק 10 מבנים יבילים מהמאחז "מצפה כרמים הישן"/מעלה שלמה", שהיה ממוקם בשנת 1999 באדמות מדינה מדרום מערב ליישוב כוכב השחר, מחוץ לתחום הישוב וללא תכנית מתאר, לתוך תחום תכנית המתאר של הישוב כוכב השחר.

18. ההחלטה התגבשה על רקע מה שכונה "הסכם המאחזים" מאוקטובר 1999, בעקבות החלטת ועדת השרים לענייני התיישבות בישי"ע מיום 10.10.1999³, והחלטת רה"מ ושר הביטחון מיום 14.10.1999 ביחס ל – 42 נקודות התיישבות, במסגרתה הוחלט על פינוי מלא של מצפה כרמים הישן (סי' 26 לתצהיר כספי).

19. יישום ההחלטה היה באחריות סא"ל בלומנטל, ראש תחום תשתית באותו המועד (להלן: "בלומנטל") (פרוטוקול עמ' 256, שורות 20 – 21; עמ' 36, שורות 18 – 27). בין התאריכים 20 – 22 באוקטובר 1999 הועלו על הכתב הנחיות לביצוע על ידי בלומנטל ואישורי הדרג המדיני למהלך⁴.

20. על-פי עדות בלומנטל, במועד לא ידוע בסמוך לכך, הוא סייר בשטח עם גורמים נוספים, ולאחריו הציג לאישור אל"מ פוליטיס, יועמ"ש איז"ש דאז (להלן: "פוליטיס") ולאישור אלוף הפיקוד, יעלון, בישיבה שהתקיימה בראשותו, "רובריקה שבה ניתן להקים את המאחז" (פרוטוקול עמ' 256, שורות 20 – 21; עמ' 260, שורות 19 – 32).

21. על-פי עדויות בלומנטל ופוליטיס, שהעידו מטעם התובעים, בלומנטל הציע להעתיק את המאחז לתחום מערכת ההנחיות של כוכב השחר, מתוך הנחה שמדובר במקרקעין תפוסים בתפיסה צבאית ופוליטיס אישר זאת מבחינה משפטית (פרוטוקול עמ' 87, שורות 19 – 30; פרוטוקול עמ' 257, שורות 23 – 30).

22. בהתאם להנחיות לביצוע, אמורה הייתה להיות מקודמת תכנית מתאר זמנית להצבת 10 מבנים יבילים בשטח ירוק בתחום תכנית 223/1 שבתוקף, ובמקביל להליכי התכנון אמורות היו להתבצע עבודות הכנה לקליטת היבילים.

23. ביום 24.10.1999 הוגשה על-ידי הוועדה המיוחדת לתו"ב מועצה אזורית מטה בנימין תכנית מפורטת מס' 223/1/5; תכנית זו ביקשה להסדיר את הצבתם של עשרה מבנים יבילים **מדרום למקום בו הם נמצאים כעת**⁵. במהלך הדיון בתכנית ביקש בלומנטל לאשרה בכפוף לאישור מפקד כוחות צה"ל באזור, שכן היא מצויה בתחום צו סגירה לשטח אש (מוצג 42). ואולם תכנית זו לא נחתמה ע"י הממונה ואף לא התקדמה לקראת אישור מעולם.

24. מאז הענקת המבנים היבילים לנקודת ההתיישבות, בוצעה במקום בנייה נוספת, ללא אישור תכנוני. אולם, יחידת הפיקוח של המנהל האזרחי לא פעלה לאכוף את דיני התכנון והבנייה באותה נקודה, מתוך הבנה כי מדובר בשטח המצוי בתחום מערכת הנחיות בתוקף.

³ החלטת ועדת השרים לענייני התיישבות. קבלה תוקף של החלטת ממשלה בהחלטת מס' 471 (הת/2) ביום 28.10.1999 (מוצגים 32 – 33).

⁴ מוצגים 36 [סי' 1(ו)], 37 [סי' 7], 38 [סי' 2(ו)], 39 [סי' 2(ג)].

⁵ סעיף 31 לתצהיר כספי; סעיף 11 לחו"ד פטיק ומוצגים 40 – 41; עדות מושקוביץ: פרוטוקול עמ' 83, שורות 5 – 20.

נעבור לשאלות המשפטיות הנוגעות לתובענה -

תחולת סעיף 5 לצו - "תקנת השוק"

25. טענה מרכזית ראשונה נוגעת לתחולתו של סעיף 5 לצו על נסיבות המקרה המתוארות לעיל. נוכח מרכזיותו של הסעיף, יובאו הוראותיו במפורש. סי' 5 לצו 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".

26. השאלה המרכזית שיש להידרש אליה היא האם מתקיים בענייננו התנאי של ביצוע עסקה בתום לב ביחס למקרקעין, כנדרש בסעיף 5 לצו. העסקה הרלוונטית לצורך בחינת תקנת השוק היא העסקה הראשונה בשרשרת (ר' בהיקש מפסק הדין ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסון, פד"י מ"ז (5) 1, 28 (פורסם, 1993) שדן בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, תשי"י - 1950, שהינו סעיף תקנת שוק).

27. בכתב ההגנה טען המינהל, שלא נעשתה כל עסקה במקרקעין נושא התביעה בין הממונה לבין ההסתצ"י, שכן שטח ההקצאה ומפת ההקצאה, שצורפה להסכמי ההרשאה, לא כללו את המקרקעין, ולא ניתן לטעות בפרשנותם, כאילו הם כוללים את המקרקעין, לפיכך נטען שסעיף 5 לא חל. כן נטען, שהממונה לא חשב בשעת העסקה, בתום לב, שהוא מקנה להסתצ"י את המקרקעין, ושמדובר ברכוש ממשלתי.

28. במענה לטענה זו, עמדת התובעים היא שלא ניתן לקבוע גבולות מדויקים מן המפה שצורפה להסכם, ולכן על מנת לקבוע את גבולות ההקצאה המדויקים, יש להתחקות אחר אומד דעת הצדדים, ואחר האופן בו ההסתצ"י והממונה פרשו את היקף שטח ההקצאה. לטענת התובעים, עד למועד הגשת העתירה לבג"ץ פירשו הצדדים את ההקצאה ככוללת את המקרקעין. קביעה זו נשענת, בין היתר, על אישור הממונה של שתי מערכות הנחיות הכוללות את המקרקעין; צירוף אותה המפה להסכמים לאורך השנים מבלי להתחשב באישור של מערכות הנחיות, כראיה לכך שלא ניתן לה משקל משמעותי; העתקת מצפה כרמים למקרקעין בהתאם לחוות דעת משפטית נטענת, ועוד.

29. המינהל טען במסגרת כתב ההגנה, שצו 59 אינו יכול לחול כיוון שהוא עוסק ברכוש ממשלתי ולא ברכוש תפוס. יחד עם זאת, נבקש לציין כעת, כי בהתאם לחוות דעתו העדכנית של היועץ המשפטי לממשלה, לשון הצו סובלת את הפרשנות לפיה הצו יכול לחול על מקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית שכן מדובר בזכות אחרת (כאמור בהגדרת "רכוש") שהמפקד הצבאי באזור ביקש מהממונה לנהל אותה (כאמור בסעיף 3 להגדרת "רכוש ממשלתי"). ביחס לשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים לצורך הקמת יישובים ישראלים באיו"ש, זהו המצב העובדתי והמשפטי. לפיכך, לא יעמוד המינהל על טענה זו.

30. לאור מכלול הראיות שהוצגו לבית המשפט, ניתן לקבוע כי קיימת אפשרות שהממונה הקצה להסתצ"י את כלל השטח הנכלל בגבולות מערכת הנחיות 223, עליה הוא חתם בשנת 1982. לפיכך, ניתן בנסיבות החריגות של המקרה הנדון, לקבוע שסעיף 5 לצו 59 חל בשטח זה, אך עמדה זו אינה חפה מקשיים.

31. בהסכם ההרשאה הראשון (מיום 23.2.1981) צוין כי תא השטח בו מועברת החזקה להסתצ"י כולל 1071 דונמים, ולהסכם צורפה מפת צו הסגירה. עוד צוין כי הממונה מסר להסתצ"י את החזקה לתקופה של 5 שנים עד ליום 30.9.1985. בסעיף 2 להסכם נכתב כי: "אין הסכם זה חל על השטחים..."

ולא על שטחים בתוך המשבצת שעוד לא הובררה בעלותם עד היום, מסיבה כל שהיא", וכן נכתב בסעיף כי הצדדים מצהירים כי ידוע להם שבבולות המשבצת טרם נמדדו וגבולותיה המדויקים טרם נקבעו סופית, ולממונה זכות לשנותם.

32. עיון בהסכם מלמד כי שטח ההקצאה היה ידוע לממונה – 1071 דונמים – ואינו כולל את המקרקעין. נראה היה אפוא, לכאורה, כי יש בהסכם כדי לשלול את תחולת סעיף 5. עם זאת, נהרי, ששימש בשנת 1981 כממונה וחתם על הסכם ההרשאה הראשון, טען בעדותו שהמפה שצורפה להסכם זה לא הייתה מדויקת מספיק (פרוטוקול עמ' 185 שורות 9 – 16). לפיכך, הוא ביקש, לדבריו, לקבל מפה מדויקת יותר (פרוטוקול עמ' 194, שורות 12 – 20). עדות זו, בשילוב עם סעיף 2 להסכם, כאמור לעיל, מלמדת שההסכם חסר מסויימות ביחס לשטח שהוקצה להסתצ"י.

33. לצורך קביעה כי תנאי סעיף 5 מתקיימים בעניינו, מתחייבת, ראשית, קביעה כי ההסכם משנת 81 היה מסויים מספיק כדי להיחשב כ"עסקה", וכן כי הושלמה המסויימות (לגבי המקרקעין) מבחינת גבולות העסקה בשנת 1982. זאת בהנחה שהמפה המדויקת, שלטענתו של נהרי הוא ביקש וקיבל מקמ"ט מדידות, היא תשריט מערכת הנחיות 223 או תואמת אותו. במקרה כזה, ניתן לראות בחתימתו של נהרי על מערכת הנחיות 223, שהוגשה על ידי ההסתדרות הציונית, משום השלמה להסכם ההרשאה הראשון משנת 1981, מבחינת גודל ומיקום שטח ההקצאה.

34. דהיינו, בהתאם לתנאי סעיף 5, ככל שנהרי סבר בתום לב, בעת חתימתו על מערכת הנחיות 223, שהיא תואמת את צו התפיסה, ניתן יהיה לקבוע שהממונה חשב בשעת העסקה, שהמקרקעין שבתחום התכנית הם רכוש ממשלתי, וניתן יהיה להיכנס לגדרו של סעיף 5 לצו.

35. התובעים ניסו להראות בסיכומיהם כי פרשנות הסכם ההקצאה לפי אומד דעת הצדדים, מלמדת בהכרח, כי כוונתו ותכליתו של ההסכם היא הקצאה של כל שטח מערכת ההנחיות, כאשר הגורמים הרלוונטיים סברו כי היא מהווה את שטח התפיסה.

36. כאמור, תזה זו של התובעים – שהיא תנאי לקבלת התביעה – הינה אפשרית, אולם היא אינה חפה מקשיים. קשיים אלו נוגעים לטענה שמערכת ההנחיות השלימה את הסכם ההרשאה, וכן לטענה לפיה הממונה סבר שמערכת ההנחיות תואמת את צו התפיסה, כפי שיפורטו להלן:

האם מערכת ההנחיות יכולה להוות השלמה להסכם ההרשאה?

37. כאמור בסעיף 13 לעיל, לאורך השנים נחתמו עם ההסתצ"י הסכמי הרשאה מתחדשים, שהשינויים היחידים ביניהם מופיעים בכתב יד: תאריך, מיקום, שטח בדונמים, צבע סימון המשבצת במפה המצורפת והמפה שצורפה, הנושאת חותמת נוספת בכל הסכם. לפיכך, עמדת המינהל היא שבהתאם להסכמים אלה, כשלעצמם, המקרקעין מעולם לא הוקצו (פרוטוקול עמ' 216 שורות 13 – 30; עמ' 217 שורות 8 – 14).

38. לכאורה, ככל שאומד דעת הצדדים, בשנים שלאחר חתימת הסכם ההרשאה הראשון, היה שמערכת ההנחיות המאוחרת להסכם, נועדה להוות הרחבה של שטח ההקצאה, היה מקום לצפות שבהסכמים מאוחרים, יתעדכנו גודל המשבצת ומפת המשבצת. אלא שבכל אחד מן ההסכמים נכתב בכתב יד גודל השטח של צו הסגירה (1071 דונם) וצורפה מפת צו הסגירה, חתומה על ידי הממונה באותה עת או מי מטעמו.

39. זאת ועוד – המכתבים (מוצגים 17, 18, 22, 26) מבהירים כי מגרשים בצפון היישוב כוכב השחר, שמצויים בתחום מערכת ההנחיות, מצויים מחוץ לגדר התפיסה ולפיכך אינם כלולים בהקצאה. משכך קיים קושי נוסף להסתמך על מערכת ההנחיות כבסיס לתפיסה ולהקצאה. (אם כי יש לזכור

שמכתבים אלה נכתבו מספר שנים לאחר החתימה על מערכת ההנחיות ולא בהכרח משקפים את מה שסבר הממונה בעת החתימה).

40. מערכת הנחיות 223 מתייחסת לשטח שעל חלק ממנו הוקמה מצפה כרמים, כישטח שייעודו יקבע בעתיד. יש בהקשר זה לטעמנו, לשים דגש מיוחד על הוראת סעיף 10 בהוראות מערכת ההנחיות. לפי האמור בסעיף זה: "ייעודו של שטח זה ייקבע לאחר שיתבהרו אפשרויות הרחבת גבולות הישוב. כל בניה לא תותר בשטח עד לאישור תכנית מפורטת שתקבע ייעודו. ייעוד השטח יסוכם על ידי המוסדות המיישבים." (מוצג 13).

41. סעיף חריג זה בתקנון מערכת ההנחיות פוגע בסברה הרואה במערכת ההנחיות השלמה לשטח התפיסה ולגבולותיו. ודוק- ככלל, תכניות אינן עוסקות בתוצרים קנייניים, ואינן מסמנות גבולות מחייבים של הקצאות חוזיות או חלוקות מוניציפליות. הסכם ההרשאה אמור היה לעשות כן (ולמעשה הוא עשה כן, כי צורפה אליו מפה, אלא שהממונה אמר בעדותו שאינה מדוייקת).

42. ככלל, חותמת הממונה על התכנית היא "חותמת בעלים" בלבד, ואינה יכולה להוות תחליף להקצאה (ראו עדותו של נציג ההסתצ"י: פרוטוקול עמ' 48, שורות 30 – 32). אמנם בחותמת הממונה משנות ה-80 לא מופיעה הסתייגות זו, אך יתכן שזה נובע מכך שבתקופה זו לא נדרשו לחידוד זה במפורש. עם השנים שונתה חותמת הממונה, ואכן בחותמת על מערכת הנחיות 223/1 נכתב כי החתימה היא לצורכי תכנון בלבד ואין בה כדי להקנות כל זכות בשטח התכנית כל עוד לא הוקצה השטח ונחתם עמנו הסכם מתאים בנינו, ואין חתימתנו זו באה במקום הסכמת כל בעל זכות בשטח הנדון ו/או כל רשות מוסמכת, לפי כל חוזה ועפ"י כל דין..." (מוצג 24).

43. דא עקא, שבענייננו, ביחס למערכת ההנחיות 223 משנת 1982, יתכן שהמצב שונה. הממונה התייחס בעדותו לכך, שהוא ביקש להמתין עד ליצירת מפה מדוייקת, שתדייק את ההקצאה הקניינית, שהחל בה כשנה לפני אישור מערכת ההנחיות.

44. על אף האמור, יצוין כי לצד החתימה על מערכת ההנחיות משנת 1995, צוינו המילים "במסגרת צו תפיסה צבאי", שיכול שבאות לרמז על כך שחתימת הממונה מתייחסת רק למה שכלול בצו התפיסה (מוצג 24).

האם הממונה סבר שגבולות מערכת ההנחיות תואמים את צו התפיסה, כלומר מדובר ברכוש ממשלתי?

45. אין זה ברור מעדותו של נהרי אם הוא אכן סבר בזמן אמת שמערכת הנחיות 223 תואמת את צו התפיסה, והאם כאשר התייחס לכך שהמפה לא היתה מדוייקת, סבר כי מדובר בדיוק של עשרות מטרים או שהוא היה ער להבדל של כ- 400 דונמים בין שתי המפות (פרוטוקול עמ' 193 שורות 16 – 31; עמ' 194 שורות 1 – 5). עניין זה מתבקש לצורך הוכחת יסוד הסברה שמדובר ברכוש ממשלתי, ויסוד תום הלב בסעיף 5 לצו.

46. בהקשר זה יוער, כי סמכות התכנון בשטחים בבעלות פרטית פלסטינית אפשרית, מכוח צו 997 והתקנות שזכרו לעיל (ר' סעיף 14 לעיל) רק אם הם נתפסו לצרכים צבאיים. משום כך, יש בחלק של מערכת ההנחיות, תחורג מצו התפיסה, משום חריגה מסמכות מינהלית (מאידך, אישור מערכת ההנחיות יכול להעיד על כך שגופי התכנון סברו כי מדובר בשטח בתפיסה צבאית, שכן חזקה כי ביקשו לפעול במסגרת סמכותם).

47. לטענת התובעים יש ללמוד על אומד דעת הצדדים להסכם ההרשאה הראשון מכך ש"בשום שלב עד למועד הגשת העתירה לא נתן הממונה ביטוי לעמדה כי מדובר במיקום המעורר קושי קנייני" (סי' 21

- לסיכומי התובעים). בהקשר זה יש לציין שעל אף שהממונה אישר בזמנו מערכות הנחיות שגבולותיהם כללו את המקרקעין, הוא מעולם לא חתם על תכנית שאישרה בינוי באזור זה (ס' 19 לתצהיר כספי).
48. בכלל זה, הממונה לא חתם על תכנית 223/1/5, שנדונה מיד לאחר "הסכם המאחזים" ביום 27.10.99 שנגעה להצבת יבילים מדרום למיקום בו הם הוצבו בסוף שנת 1999 (ס' 31 לתצהיר כספי). יצוין כי התכנית לא קודמה ולא אושרה, אולם לא ברור מאיזו סיבה היא לא נחתמה על ידי הממונה.
49. כמו כן, קיימים מסמכים לפיהם סמוך לאחר הקמת המאחז במקרקעין נתן הממונה ביטוי לכך שהמקרקעין מצויים מחוץ לצו התפיסה;
50. כחצי שנה לאחר הקמת המאחז על המקרקעין הוגשה לאישור הממונה תכנית 223/3, שלא נדונה. הממונה חתם על התכנית תוך ציון העובדה שחתימתו מתייחסת לשטח צו התפיסה ואדמות המדינה (ס' 38 לתצהיר כספי), ותוך סימון גבולותיהם על גבי התשריט, **גבולות שאינם כוללים את המקרקעין** (מוצג 51 שהוגש בהגדלה בנפרד – עמ' 179 לפרוטוקול).
51. בהמשך לכך ביום 11.5.2003 התבקשה בנושא זה חו"ד יועמ"ש (מוצג 55) והדבר אף היה ידוע למועצה אזורית מטה בנימין (מוצג 57).
52. יוער, כי התיעוד שהוצג על העברת כספים מטעם משרד הבינוי והשיכון קדם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 13.4.2004 לעניין איסור העברת כספים מבלי לבדוק את חוקיות הפרוייקט (פרוטוקול עמ' 142 שורות 17 – 23; מוצג נ/6).

סיכום ביניים

53. כאמור לעיל, עמדת המינהל היא, שככל שתתקבל עדותו של נהרי כי סבר בתום לב – בעת חתימתו על מערכת הנחיות 223 – שמדובר בדיוק של המפה שצורפה להסכם ההרשאה, ושהמקרקעין שבתחום התכנית תפוסים, ניתן לומר כי במקרה דנן חל סעיף 5 לצו. אך, כפי שפורט לעיל, עמדה זו סובלת מקשיים רבים.
54. לקשיים אלו מצטרף קושי מהותי לפיו לא ראוי לפסוק ביחס לתחולת סעיף 5 לצו על המקרה הנדון, מבלי ליתן הזדמנות לבעלי המקרקעין הרשומים להתגונן, הואיל ומדובר בטענה לזכות שימוש ממורקת במקרקעין. לפיכך, כאמור בכתב ההגנה מטעם המינהל, בנסיבות אלה, לא ראוי ליתן לתובעים את הסעד המבוקש על-ידם.
55. וכך נכתב במבוא לכתב ההגנה המתוקן מיום 14.4.2015:
- "הבעלים הרשומים (או חליפיהם, במידה שהם נפטרו), הם צד נדרש בהליך, משום שהסעד אותו מבקשים התובעים עלול לפגוע במי שזכות הבעלות נתונה לו, וזאת מבלי שניתן לו יומו להשמיע דבריו בפני בית המשפט הנכבד. אשר על כן, ככל שהבעלים הרשומים או חליפיהם לא יצורפו לכתב התביעה, אין מקום ליתן לתובעים את הסעד המבוקש על ידם."
56. יצוין, כי ביום 23.6.2015 הגישו התובעים בקשה לקבל את פרטי הרשומים כבעלים במקרקעין על מנת שיוכלו לתקן את כתב התביעה, כך שיכלול גם סעד המופנה כלפי הבעלים הרשומים.
57. בעקבות הבקשה ניתנו מספר החלטות הנוגעות לתחולת הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה והשומרון) (מס' 1737), תשע"ד – 2014 על המקרה הנדון, ובכלל זה החלטת בית המשפט הנכבד מיום 25.2.2016 (החלטת בית המשפט העליון ברע"א 2505/16 מיום 22.12.2016).

58. במסגרת הליכים אלה נשלח ביום 7.9.2016 מכתב לב"כ התובעים, המאפשר עיון בפרטי המרשם בנוגע לחלקות 11, 12, 15 ו-23 לצורך הליך זה, אולם כתב התביעה לא תוקן בהתאם.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן 1

נפנה כעת לניתוח יתר טענות התובעים:

האם צו התפיסה חופף לגבולות מערכת ההנחיות?

59. התובעים טוענים טענה עובדתית חלופית, לפיה, אין צורך ב"תקנת השוק" כיוון שכלל שטח מערכת ההנחיות (שלכאורה הוקצה על ידי הממונה) חופף לצו התפיסה, ומכאן שהיה מאז ומתמיד רכוש ממשלתי. מדובר בהרחבת חזית אסורה.

60. לטענת התובעים, תחיקת הביטחון מאפשרת תפיסה צבאית גם ללא פרסום קודם בכתב. לראיה הציגו התובעים את פסק הדין בבג"ץ 469/83 חברת האוטובוסים המאוחדת הלאומית חברון בע"מ נ' שר הביטחון לעניין צו תפיסה בע"פ. אין חולק שבהתאם לפסק הדין צו תפיסה יכול להינתן בע"פ, אולם דרך המלך היא ליתן צו בכתב, וביהמ"ש הורה למעשה למפקד הצבאי להמיר צו שניתן באופן דחוף בע"פ לצו בכתב:

"צו יכול שיהא בע"פ. עם זאת ברצוננו לציין כי סדרי מינהל תקינים מורים כי אף שיש היתר ליתן צו בע"פ, עם עבור הדחיפות, ובמקום שהדבר מוצדק, יש ליתן צו בכתב."

61. מכל מקום, אין הנדון דומה לראיה, שכן בענייננו הטענה אינה לצו שניתן בעל פה, אלא לצו תפיסה בכתב, ששטחו הוגדל (לכאורה בעל-פה) ב - 40% "בפועל", מבלי שהובאה כל ראיה לכך שהמפקד הצבאי ביקש להגדיל את הצו ו/או הגדילו בפועל, ובעוד האינדיקציות להלן מצביעות על תמונה עובדתית שונה.

62. ממסמכים מתקופת הוצאת צו התפיסה ניתן ללמוד על כוונה לגרוע מצו הסגירה שטחים שנכללו בו, ולצמצם את שטח התפיסה (מוצג 12).

63. העד מטעם המינהל, כספי, העיד כי קיימים מקרים שמפת צו התפיסה תורגמה באופן שונה בשטח, אולם הוא ציין ש"משתדלים ללכת לאורך הקו"י ושהסטיות לא אמורות להיות דרסטיות (פרוטוקול עמ' 214, שורות 23 – 32; עמ' 215, שורות 1 – 4; עמ' 219, שורות 1 – 22). במקרה הנדון, היישוב כוכב השחר, להבדיל ממצפה כרמים, אכן בנוי בתחום מפת צו התפיסה (כספי, פרוטוקול עמ' 221, שורות 10 – 18; מוצג 2/), ומכאן שצו התפיסה תורגם במשך עשרות שנים בדומה למפה שצורפה לו.

64. עוד יודגש כי המודד פטיק בדק את תרשים צו התפיסה 18/80 ביחס לתרשים הממוחשב המופיע על האורתופוטו (צילום האויר המיושר), ומצא כי שטחו של צו התפיסה מדויק - 847 דונם לעומת כ - 850 הנקובים בצו התפיסה, דבר המקשה על ביסוס הטענה ל"חוסר דיוק" בכל הנוגע לענייננו (סעיף 7 לחוות הדעת; פרוטוקול עמ' 247, שורות 19 – 27).

האם מצפה כרמים הועתקה במודע מחוץ לגבולות מפת צו התפיסה?

65. לטענת התובעים, המקרקעין מצויים בתחום צו התפיסה, וגורמי המינהל סברו כך, אף שהיו מודעים לכך שהמקרקעין אינם כלולים במפת צו התפיסה.

66. אין לקבל את הטענה שהמינהל ידע במשך שנים, ועד להעתקת נקודת ההתיישבות, שהמקרקעין מצויים מחוץ למפת צו התפיסה. בלומנטל התחמק מהשאלה האם עדכן את פוליטיס בכך שהמיקום שהוצע מצוי מחוץ למפת צו התפיסה (פרוטוקול עמ' 260, שורות 9 – 11) ופוליטיס העיד שהוא לא

בדק את תשריט צו התפיסה (זאת, בניגוד לנטען בסעיף 13 לסיכומי התובעים: פרוטוקול עמ' 87, שורות 18 – 19; עמ' 104, שורות 24 – 28).

67. כמו כן, התובעים לא הצליחו להוכיח כי מיקומה של מצפה כרמים בפועל הוא המיקום אליו ביקשו הגורמים הרלוונטיים להעתיק את המאחז, שכן תכנית 223/1/5 התייחסה למיקום אחר, ובלומנטל, שהציע את המיקום, לא ידע ליתן תשובה ברורה בעניין:

68. כך, כאשר נשאל בלומנטל על הפער בין התכנית לבין המיקום בפועל, השיב כי הוא לא יודע (פרוטוקול עמ' 255, שורות 2 – 6) וכי פער זה אינו מענינו (פרוטוקול עמ' 256, שורות 3 – 5). לצד זאת, ציין בלומנטל, כי לא היה בשטח בעת הצבת המבנים - פרוטוקול עמ' 257, שורה 9: "ת: לא הייתי בהצבה בשטח, לא הייתי. למיטב זכרוני לא הייתי", ואף לא לאחר מכן - פרוטוקול עמ' 276, שורות 10 – 18: "... למיטב זכרוני מאז שהוקם מצפה כרמים לא הייתי שמה אפילו פעם אחת" (שם, שורה 17).

69. יתרה מכך, מתצהירו ומעדותו של בלומנטל עולה, שכוונתו הייתה למקם את המאחז בתחום צו סגירה 576 לשטח אש כ"ד (כלומר בתחום המשבצת אליה כיוון הסכם ההרשאה עם ההסתצ"ל), כיוון שהוא הבחין בגדר המסמנת את מתחם צו הסגירה האמור, וראה בכך "תפיסה בפועל". אולם המאחז לא הוקם בתחום צו סגירה זה:

פרוטוקול עמ' 260, שורות 18 – 19: "ש. אתה אמרת שאתה זוכר שהגדר היתה על צו סגירה 576. ת. נכון. בהמשך, זה בבדיקות בהמשך..."; וכן פרוטוקול עמ' 261, שורה 32 ועמ' 262 שורות 1 – 9: "ש. ואתה יכול להגיד לי היום שבשנת 99 המקום שהוקם בו מצפה כרמים, נמצא בתחום הגדר הזאת. ת. אני מעיד על מה שאני דנתי ואני אישרתי. אני לא נכנס למאחז אם הוא השתנה מהמיקום שאנחנו אישרנו. אני לא יודע. אני לא הלכתי לבדוק היום. אני אישית לא ראיתי. נאמר לי, נאמר לי בזמנו שזה בתחום התכנית שטח הקצאה של הממונה שהיא בגדול טעמה (צ"ל: תאמה) את הגדר. ש. שטח ההקצאה של הממונה זה צו סגירה נכון? ת. כן. ש. צו סגירה 576 לשטח. ת. שהוא גודר בפועל. ש. זה שטח של כ 1070 דונם. נכון? ת. משהו כזה. ש. כתבת את זה בתצהיר שלך. כן, כתבתי על הנספח זה קיבלנו מהממונה מאריאל(ה) אריש." ר' גם סעיף 9 לתצהיר בלומנטל.

70. לאור האמור, לא הוכח כי היתה כוונה של כלל הגורמים הרלוונטיים למקם את נקודת ההתיישבות מחוץ למפת צו התפיסה.

טענת השתק:

71. יש לדחות את טענת התובעים לפיה המינהל מושתק מלטעון כי המקרקעין מצויים מחוץ לצו התפיסה, ושדוקטרינת השתק מקימה להם סעד בדמות אכיפת המצג, שלכאורה הוצג להם.

72. הגורמים שעסקו בהערכת נקודת ההתיישבות סברו אמנם שהמקרקעין מצויים בתחום מערכת הנחיות תקפה, ובשטח תפוס לצרכים צבאיים, אולם התובעים לא הוכיחו שגורם מטעם המינהל, הציג בפניהם מצג, לפיו המקרקעין נתפסו בתפיסה צבאית. יצוין, שייעוד המקרקעין נותר חקלאי, ולאורך השנים לא אושרה כל תכנית המייעדת את המקרקעין לבניה.

73. יתרה מכך התובע, גור אריה, שהוא היחיד מבין תושבי מצפה כרמים הישנה שמתגורר במקום מאז הקמת נקודת ההתיישבות (פרוטוקול עמ' 122, שורות 11 – 32; עמ' 123, שורות 1 – 7). העיד כי ההנחיה אותה הזכיר בסעיף 7 לתצהירו הייתה הנחיה בע"פ מאת הגורמים הרלוונטיים שלשונה היה: "נמצא לכם פתרון" (פרוטוקול עמ' 137, שורות 7 – 13) וכוונה כלפי תושבי מצפה כרמים

הישנה. כמו כן, בעת הקמת המאחז עברו אליו גם מתיישבים שכלל לא היו במצפה כרמים הישנה (פרוטוקול עמ' 129, שורות 13 – 25).

74. לא למותר לציין, כי התובעים שבנו בתיהם במקרקעין, עשו כן ללא היתר בניה כדין (פרוטוקול עמ' 123, שורות 8 – 21; עמ' 131, שורות 10 – 15; עמ' 139, שורות 10 – 11; עמ' 139, שורות 21 – 24), לא הוצגו על ידיהם הסכמי בר רשות עם ההסתצ"י, ואף לא הוכח, שהם החזיקו באישורי בר רשות בתוקף, מהמועד בו התיישבו במאחז ועד למועד שקדם להגשת העתירה לבג"ץ, ומתן הצו הארעי.⁶ (פרוטוקול עמ' 132, שורות 14 – 23; עמ' 138, שורות 29 – 31; עמ' 140, שורות 2 – 12; עמ' 144, שורות 13 – 22).

75. כמו כן, התובעים לא הרימו את הנטל להוכיח, כי עומדת להם טענת השתק, בהתאם לדין החל באזור, ולא הוכיחו, כי דוקטרינת ההשתק, אכן מתקיימת בדין החל באזור. לפיכך, הם מנועים מלהתבסס עליה. כמו כן, דיני ההשתק נבדלים ביניהם בדינים השונים במשפט המשווה (ר' ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד מט(1) 485, 520 (1995) (להלן: "נחמני"); גבריאלה שלו "הבטחה, השתק ותוס-לב" משפטים טז 295, 297-298 (התשמ"ו)).

76. גם אילו היו התובעים מראים כי הדוקטרינה קיימת בדיני האזור, הם לא הוכיחו כי יש בכך כדי להקנות להם את הסעד הנדרש על-ידם; קל וחומר כאשר, כפי שיפורט להלן, על פי הדין הישראלי, המאמץ את הגישה המרחיבה ביחס לדיני ההשתק (נחמני, עמ' 520), אין התובעים זכאים לסעד הנטען.

77. בהתאם להלכה הפסוקה בדין הישראלי, במצבים שבהם מועלית טענת השתק כנגד רשות מנהלית, יש לאזן בין עקרון חוקיות המנהל לבין האינטרסים של הפרט המסתמך (רע"א 6996/97 א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מנהל מקרקעי ישראל ואח', פס' 9 (פורסם בנבו, 2.8.99) (להלן: "עבאדה"). זאת, משום שקבלת טענת השתק פוגעת בעיקרון לפיו אין לרשות סמכויות מעבר לאלה המוקנות לה על-פי הדין (ע"א 831/76 לוי נ' פקיד השומה, חיפה, פ"ד לב(1) 421, 434-435 (1977); עבאדה, פס' 8)).

78. בגדרו של איזון זה יש להביא בחשבון, בין היתר, את מידת הפגיעה בתקנת הציבור, שעלולה לגרום אכיפת מצג של הרשות; שוויו של השינוי לרעה שחל במצבו של המסתמך לעומת שווי אכיפת המצג; והפגיעה באינטרסים של צדדים שלישיים, שעשויה להיגרם כתוצאה מהאכיפה. אם איזון זה מוביל למסקנה לפיה אין לאכוף על הרשות את המצג, יש לבחון את אפשרות המרת האכיפה בתשלום פיצויים כספיים לפרט המסתמך (עבאדה, פס' 9). ככל שתתקבל הטענה למצג שווא של המינהל כלפי התובעים, לא ברור כי איזון בין אינטרס ההסתמכות הנטען של התובעים לבין עקרון חוקיות המינהל והפגיעה בצדדים שלישיים מביא בהכרח למסקנה, כי יש לאכוף את מצג הרשות. בהקשר זה נשוב ונזכיר כי הצדדים השלישיים, בעלי המקרקעין, לא צורפו להליך, ולא ניתן לתת סעד נגדם בהליך שלא צורפו לו.

79. מכל מקום, כל מצג שעשה המינהל כלפי התובעים לא יכול להפקיע או לפגוע בזכויות, ודאי שלא בזכות בעלות של צדדים שלישיים. מצג שווא כאמור יכול, לכל היותר, לזכות את התובעים בסעדים במערכת היחסים בין הצדדים. כלל משפטי ידוע הוא ש"אין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו" (NEMO DAT QUOD NON HABET). הואיל והבעלות או זכות השימוש במקרקעין לא הייתה של הממונה, וככל שייקבע שתקנת השוק אינה חלה, אין אפשרות לאכוף תוזה שיחייב את המינהל להעניק זכויות

⁶ ביום 16.2.2011 (מוצג 60).

של צדדים שלישיים (רי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות), התשל"א-1970). ויודגש, בהתאם להלכה הפסוקה, הסעד הרגיל על-פי דוקטרינת ההשתק הוא פיצויי הסתמכות ולא אכיפה, וממילא הדוקטרינה לא יכולה להעניק יותר מדיני החוזים (נחמני, עמ' 520).

80. הנה כי כן, ומבלי לגרוע מהטענה שיש להחיל על המקרה הנדון את הדין החל באזור ולא את הדין הישראלי (רי ע"א 4726/01 ג.א.ל בע"מ נ' הימנותא בע"מ, נז (5) 617), דיני החוזים אינם מאפשרים את מתן הסעד הנדרש על-ידי התובעים, ומכאן שדוקטרינת ההשתק, כפי שפורשה בדין הישראלי, לא מאפשרת סעד זה.

הטענה כי לתובעים זכויות קנייניות עדיפות על הנתבעים 1 – 3:

81. התובעים צירפו את הנתבעים 1 – 3, שאינם בעלי זכויות רשומות במקרקעין, ולא צירפו את בעלי הזכויות הרשומים או את חליפיהם. טענת התובעים כי הנתבעים 1 – 3 לא הוכיחו זכויות במקרקעין, אינה הופכת את זכותם הנטענת לעדיפה על זכויות הבעלים הרשומים של המקרקעין או חליפיהם, שלא צורפו להליך (רי לעניין זה את הודאת התובעים בסעיף 40 לסיכומיהם). מכאן שבחירת הנתבעים בהליך זה הינה מלאכותית, ואין מקום לאפשר לתובעים ליצור לעצמם יתרון דיוני באמצעות בחירת נתבעים שזכויותיהם אינן רשומות ואי צירופם להליך של בעלי הזכויות הרשומות.

82. הטענה לפיה התובעים מחזיקים במקרקעין כדין מכח הסכמי בר רשות עם ההסתצ"י היא טענה המניחה את המבוקש, שכן ככל שלא תתקבל הטענה שסעיף 5 לצו 59 חל במקרה הנדון, לא ניתן יהיה לקבוע שיש להסתצ"י זכויות בר רשות במקרקעין שהיא רשאית לשרשר. מעבר לעובדה כי בהיעדר תחולה לסעיף 5 לא ניתן לבסס את מעמדה של ההסתצ"י כבת רשות, התובעים לא הציגו הסכמי בר רשות עם ההסתצ"י, על אף שנדרשו לכך בבקשה לגילוי מסמכים, וממילא לא עמדו בנטל להוכיח שהם מחזיקים במקרקעין כדין מכוח זכותה הנטענת של ההסתצ"י.

83. בהקשר זה, נציג ההסתצ"י, שגב, שהעיד שהיה מעורב באופן ישיר בהסכמים מול המתישבים במצפה כרמים (פרוטוקול ע' 53 שורות 18 – 22) טען שביחס למבנים היבילים לא נחתמו הסכמי בר רשות (פרוטוקול ע' 51 שורות 9 – 10).

טענת בניה ונטיעה במקרקעי הזולת:

84. בדין החל באזור, לא קיימת הבחנה בין מקרקעין מוסדרים לבין מקרקעין לא מוסדרים. חלף זאת, קיימת הבחנה בין קרקעות מולכ לקרקעות מירי (רי משה זוכן דיני קרקעות בישראל 195 (מהדורה שנייה, התשנ"ג) (להלן: "דוכן").

85. בקרקעות מסוג מירי – כגון הקרקע מושא ההליך דנן – חל כיום סעיף 10 בחוק ההחזקה (תצרוף) בכנסי דלא נידי, מסי' 49 לשנת 1953 (להלן: "חוק התצרוף"). בהתאם לסעיף זה, אם אדם הקים בניינים או נטע עצים על קרקע מסוג "מירי", המוחזקת על-ידו על-פי שטר רישום, ועלה שווי הבניינים או העצים על שווי הקרקע, ישלם אותו אדם לזכאי לאותה קרקע (הבעלים) את שווי הקרקע, ויהא רשאי להחזיק בה ביחד עם המחזברים. שטר הרישום הנדרש בהתאם לסעיף זה הוא, ככל הנראה, קושאן (דוכן, עמ' 198).

86. אשר על כן, מקום בו אין לאדם שטר רישום חל לגביו הסדר שונה – לא בוחנים עוד את שווי המחזברים, ובעל הזכות בקרקע רשאי להחליט אם להרוס או לעקור את התוספות או לשלם למקים את שוויים (ראו סעיף 12 לחוק התצרוף).

87. ויודגש, טענת התובעים ולפיה היסוד המרכזי המצוי בבסיס סעיף 10 לחוק התצרוף הוא יסוד תום הלב, לא עולה מן החקיקה ומן הספרות. בדין החל על קרקעות מולכ (ר' סעיף 906 למגילה) צוינה במפורש דרישת תום הלב ולא צוינה כלל דרישת שטר הרישום, ואילו בדין החל על קרקעות מירי המצב הוא הפוך – צוינה במפורש דרישת שטר הרישום ולא צוינה כלל דרישת תום הלב. כפי שציין המלומד דוכן, ובהתבסס על פסיקה, הבדל זה הוא מהותי וגם בתי המשפט עמדו עליו (דוכן, עמ' 198).

88. התובעים מנסים לטעון כי הסכם בר הרשות שיש בידם (אך לא הוצג במסגרת ההליך) מהווה שטר רישום. לפיכך, לא עמדו התובעים בנטל ההוכחה לעניין זה (ר' סעיף 82 לעיל). כמו כן, לא סביר כי אישור בר רשות מהווה שטר רישום, שכן הסכם זה אינו מייצר זכות קניינית שניתנת לרישום במרשם המקרקעין. בהקשר זה אין מקום לטענה לפיה על-פי דיני מיסוי מקרקעין הישראליים מוגדרת זכות במקרקעין, בין היתר, כהרשאה להשתמש במקרקעין, שניתן לראות בה מבחינת תכנה בעלות או חכירה.

89. למעלה מן הצורך, גם אם נקבל את טענת התובעים ולפיה הם עומדים בתנאי סעיף 10 לחוק התצרוף, ממילא הם לא הצליחו להרים את הנטל להוכיח כי שווי המחוברים גדול משווי הקרקע.

90. חוות הדעת השמאית מטעם התובעים לא שקללה את העובדה שיש צווי הריסה תקפים על המבנים, על אף שהשמאית הסכימה ששווי הנכס משתנה במקרה כזה (פרוטוקול עמ' 154 שורות 11-20). למעלה מכך, השמאית העידה כי כלל לא ידעה שישנם צווי הריסה על המבנים במצפה כרמים (פרוטוקול עמ' 153, שורות 28 – 31). בהקשר זה, השמאית אף מציינת כי הטרימינולוגיה בה השתמשה בחוות דעתה – "שטח לרישוי" – אינה תואמת למציאות בה מדובר במבנה ללא היתר בנייה שהוצא נגדו צו הריסה, כמו בענייננו (פרוטוקול עמ' 163, שורה 31; עמ' 164 שורות 1 – 4; שורות 11 – 14).

91. השמאית אף מציינת כי יכול להיות שווי שלילי למבנים ללא היתר בנייה עם צו הריסה (פרוטוקול עמ' 164, שורות 22 – 32). וכך נאמר: "ש: האם יכול להיות מצב שיש מבנה ללא היתר בנייה מיועד עם צו הריסה. האם אפשר לטעון שמבחינה כלכלית יש לו שווי שלילי? ... ש: מחר בבוקר יהרסו את המבנה הזה, יקנסו את מחזיק המבנה בקנסות גבוהים, יבקשו ממנו עלויות של ההריסה ופינוי כל מה היה שם, זה בעצם שווי של מינוס נכון? ת: אה... כן. אולי כן. ברגע שזה על פי היתר. ברגע שזה ללא היתר."

92. הנה כי כן, מהאמור עולה כי חוות דעתה של השמאית אינה מתבססת על העובדות לאשורן, ולא ניתן להסתמך עליה לצורך קביעת שוויים של המחוברים לעומת שוויים של המקרקעין.

93. לצד זאת, עדות השמאית חשפה ספקות באשר למהימנות חוות הדעת. לדוגמא, השמאית התבססה על עסקאות השוואה בכוכב השחר שהן עסקאות שע"פ הנחתה נוגעות למבנים שנבנו בהתאם להיתר בנייה בקרקע המיועדת למגורים (פרוטוקול עמ' 169, שורות 26 – 29); השמאית לא בחנה את מלוא הנתונים, ולכן הגיעה לתוצאות שגויות (פרוטוקול עמ' 171, שורות 7 – 12); ערכי הקרקע אליהם הגיעה השמאית אינם תואמים את הנתונים עליהם היא התבססה (פרוטוקול עמ' 174, שורות 24 – 27).

94. מאחר שניתן למצוא בחוות הדעת פערים המעידים על מידת מקצועיותה, ובפרט הנתון ביחס לשווי שלילי של מבנים, שהוצאו ביחס אליהם צווי הריסה, הרי שהתובעים לא עמדו בנטל להוכיח כי שווי המחוברים עולה על שווי הקרקע.

95. התייחסנו לעיל לטענותיהם החלופיות של התובעים, שלטעמנו אין מקום לקבלן. יחד עם זאת, ככל שתתקבל הטענה ביחס לסעיף 5 לצו 59, טענות אלה מתייתרות, ואין צורך להידרש אליהן.

סיכום

96. במסגרת הסכם המאחזים מסוף שנת 1999 הוקמה נקודת התיישבות, מתוך כוונה של הדרג המדיני להעתיק את המאחז למקום ראוי יותר, וליתן אופק בר מימוש לתושבים. עקב טעות מצערת הוקמה נקודת התיישבות במקרקעין מוסדרים, בבעלות פלסטינית פרטית, שלא בתחום צו תפיסה לצרכים צבאיים. מדובר במקרה קשה הן בהיבט המשפטי והן בהיבט הראייתי, שכן כפי שניתן לראות מהעדויות, נוכח חלוף הזמן התקשו העדים לזכור פרטים רבים מהאירוע.

97. בעת הגשת כתבי ההגנה בתיק סבר המינהל שאין כל ממש בטענות התובעים. עם זאת, לאחר שנשמעו העדויות מטעם התובעים, ובעיקר עדותו של נהרי כאמור לעיל, ולפיה הייתה לו כוונה להקצות להסתצ"י את כלל השטח הנכלל בגבולות מערכת הנחיות 223, סבור המינהל שקיימת אפשרות לקבוע שסעיף 5 לצו 59 תל. יחד עם זאת, כפי שפורט לעיל, מדובר בעמדה שאינה תפה מקשיים, כמפורט לאורך סיכומים אלה.

98. החלת סעיף 5 לצו 59 יוצרת זכות החזקה ושימוש ממורקת **כלפי כולי עלמא**, וכלשון התובעים: "רוצה לומר, אפילו היה ממש בטענה המטילה כיום ספק בזכויות הממונה בקרקע, הרי שלא רק שאין בה כדי לאיין את העסקה, אלא שהוראות הדין מחייבות את שריון הזכויות שהוענקו במסגרת העסקה. זו בדיוק המשמעות של ההסדר הקבוע בסעיף 5: הגנה על צדדים שלישיים שהסתמכו על הקצאת זכויות שנעשתה בתוו"ל. מכאן שהממונה אינו רשאי לאיין את חוזה ההקצאה. ולכן, זכויות החטיבה, בכל תחום המשבצת – קרי תחום מערכת ההנחיות הכולל את מצפה כרמים – בעיני עומדות כפי שהיו עובר להגשת העתירה. החטיבה חופשית לתכנן במקרקעין, להקצות ולבסס את השכונה בדיוק כפי שנהגה עד כה." (סי' 29 לסיכומי התובעים).

99. באופן דומה, קבלת אחת מן הדוקטרינות האחרות, המוצעות על ידי התובעים, ובהן העילות מדיני החיובים הכלליים ודיני הקניין, עלולה לפגוע בזכות הבעלות של צדדים שלישיים שלא צורפו לתובענה, שכן הם יאבדו, למעשה, את זכות השימוש במקרקעין. לפיכך, עמדת המינהל היא שלא ניתן ולא ראוי ליתן את הסעד האמור בהליך זה, מבלי שצורפו אליו כל הבעלים הרשומים של המקרקעין או חליפיהם.

נספח 1



לישראל	הגנה	צבא
איו"ש	אזרחי	מנהל
הציבור		פניות
38939	חופש המידע -	חוק
התשע"ו	באלול	ד'
2016	בספטמבר	7

לכבוד,

עו"ד ד"ר הראל ארנון

באמצעות פקס: 02-6509110

הנדון: בקשה לעיון במרשם המקרקעין מכוח הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (אזור יהודה והשומרון) (מס' 1737), התשע"ד-2014

1. הריני לאשר קבלת פנייתך בנושא שבנדון.
2. בהתאם להחלטת בית המשפט העליון מיום 9.5.16 ברע"א 2505/16 אנגיל נ' המינהל האזרחי, הוגשה ביום 30.5.16 בקשת מרשיך לעיין במרשם המקרקעין ביחס למקרקעין באדמות הכפר דיר ג'ריר, גוש 19 חלקות 11-16 וחלקה 23.
3. ביום 27.5.16 פורסמה בקשתכם לעיון בשני עיתונים יומיים המפורסמים באזור בשפה הערבית, בהתאם להוראות תקנות המקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה והשומרון), התשע"ו-2016.
4. המועד להגשת התנגדויות הוארך, לאחר פנייה של ראש מועצת הכפר דיר ג'ריר לאור העובדה שהפרסום נעשה בחודש הרמדאן, וכפי שאושר בהחלטתו של בית המשפט העליון ב-רע"א 2505/16 מיום 11.8.16, ובעקבות כך הוגשה התנגדות לעיון במרשם הנוגע לכל המקרקעין הנ"ל מטעם בעלי זכויות בחלקות 13 ו-14.
5. בהמשך לאמור, בחן ראש המנהל האזרחי את בקשת מרשיכם לעיון בהתאם להוראות סעיף 3.ב. לצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה והשומרון) (מס' 1737), התשע"ד-2014 הקובע את התנאים המצטברים, בהתקיימם יותר העיון במרשם המקרקעין למבקש שאינו בעל זכות במקרקעין, כהגדרת הצו.
6. בהחלטת בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שהב"ט, מיום 16.11.15, הודגש מספר פעמים כי המדובר הוא בנסיבות חריגות, וכי יש להכריע תחילה בטענות הצדדים בהליך האזרחי שהוגש ע"י

המבקשים (ת.א. 13-11-29754) ורק לאחר מכן להמשיך בהליך בפני בג"ץ. יתרה מזאת, בג"ץ אף הדגיש כי על כל הצדדים לפעול לקידומו המהיר של ההליך האזרחי.

7. בית המשפט העליון התייחס לנסיבות הייחודיות של המקרה בהחלטתו ברע"א 6833/15 אנגיל נ' המינהל האזרחי מיום 28.1.16.

8. לנוכח האמור, הגיע ראש המינהל האזרחי למסקנות כלהלן:

א. באשר לחלקות 13 ו-14, במכלול נסיבות העניין אין בבקשת מרשיכם כדי להתגבר על התנגדות בעלי הזכויות לעיון, ועל כן הבקשה לעיון נדחית בכל הנוגע לחלקות אלה.

ב. חלקה 16 הינה אדמות מדינה ועל כן הצורך בעיון במרשם ביחס אליה מתייתר.

ג. באשר לחלקות 11, 12, 15 ו-23: על אף שמרשיך אינם עומדים בתנאים המצטברים הקבועים בדרישות סעיף 3.ב. לצו במלואן, הרי בשים לב להעדר ההתנגדויות לבקשה בנוגע לחלקות אלה מטעם בעלי זכויות בהן, ולנוכח הנסיבות המיוחדות והחריגות המתקיימות במקרה דנן, החליט ראש המינהל האזרחי, לפני משורת הדיון, להתיר למרשיך לעיין במרשם המקרקעין הנוגע לחלקות 11, 12, 15 ו-23 בלבד, בתנאים שלהלן:

1) העיון יתבצע באמצעות בא כוח בלבד, ולצורך ההליכים המשפטיים התלויים ועומדים היום ב-ת.א. 13-11-29754 בבית המשפט המחוזי בירושלים וב-בג"ץ 953/11 בבית המשפט העליון, והליכים הנובעים מהליכים אלו, בלבד.

2) מעבר לאמור, לא יעשה כל שימוש במידע העולה מן המרשם, בין בהעברתו לצדדי ג' ובין בדרך אחרת.

3) ככל שייעשה שימוש במידע האמור בהליכים המפורטים, לרבות לצורך תיקון כתב התביעה, יבקשו הצדדים מבתי המשפט כי פרטי הבעלים הרשומים של המקרקעין לא יפורסמו.

9. לידיעתך.

בברכה,

אלירן ששון, סרו
קצין פניות הציבור
לשכת ראש המנהל האזרחי