

מדינת ישראל

משרד המשפטים

לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, ה' טבת תשע"ט
13 דצמבר 2018

מס' מסמך: 004992018013100

הנדון: יישום סיכום היועץ המשפטי לממשלה בנושא סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) - חוות דעת משלימה

סמך: סיכום דיון בנושא "סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) מיום 7.12.2016; סיכום דיון בנושא "צוות קו כחול" מיום 27.9.2017; סיכום דיון בנושא "יישום סיכום היועץ המשפטי לממשלה בנושא סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי" מיום 28.1.2018

בסיכום הדיון שבסמך, מיום 28.1.2018 (להלן: **הסיכום הקודם**), עמד היועץ המשפטי לממשלה על שני "מסלולי פעולה" אפשריים ביחס ליישום הוראת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: **סעיף 5**): המסלול השיפוטי והמסלול המנהלי.

במסגרת הסיכום הקודם, התבקשו הגורמים הרלוונטיים להתייחס לשתי סוגיות שהתעוררו בקשר זה: ביחס למסלול השיפוטי – זהות הערכאה המוסמכת לדון בתביעות וליתן סעד; וביחס למסלול המנהלי – הגדרת התוצאות המשפטיות של נקיטה בו.

לאחר בחינת חוות הדעת שהוגשו בנושאים אלו למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), עו"ד ארז קמיניץ, והמלצתו של עו"ד קמיניץ ביחס אליהן, סיכם היועץ המשפטי לממשלה כדלקמן:

1. יישומו של סעיף 5 מהווה מרכיב משמעותי במדיניות ממשלת ישראל להסדרת בנייה בלתי חוקית באיו"ש, שהוקמה בתום לב ובמעורבות של רשויות המדינה. לפיכך, יש מקום לכך שמשרדי הממשלה הרלוונטיים ינקטו **בפעולה יזומה** לקידום המהלכים הנדרשים לשם יישום הסעיף.¹ פעולה יזומה זו צריכה לכלול תכנית עבודה מתאימה, והקצאת המשאבים הנדרשים.

2. זהות הערכאה המוסמכת במסלול השיפוטי –

א. בסיכום הדיון הקודם, הוצגו שלוש חלופות אפשריות: ערכאה שיפוטית קיימת במדינת ישראל – בנסיבות העניין, בית המשפט המחוזי; ערכאה שיפוטית קיימת שתוסמך לצורך כך לפי דיני האזור – בנסיבות העניין, ועדת הערר; או ערכאה שיפוטית או מעין-שיפוטית ייעודית שתוקם לצורך זה באזור.

ב. מהבחינה העקרונית, קיימת עדיפות להקמתה באזור של ערכאה ייעודית, וזאת משתי סיבות עיקריות: ראשית, ערכאה שכזו תעסוק בנושא באופן ייחודי ותתפתח בה מומחיות לעניין, דבר אשר יקדם את היעילות שבטיפול בבקשות המובאות לפתחה;

¹ ראו: ת"א 29754-11-13 אנג'ל ואח' נ' אלפתאח סאלחה ואח' (פורסם ביום 28.8.2018; להלן: "פסק דין מצפה כרמים"), פסקאות 9-10.

ושנית, ערכאה כאמור תאפשר נגישות רבה יותר לתושבי האזור. מימוש חלופה זו מחייב קיום עבודת מטה לצורך גיבוש החקיקה הנדרשת, וכן הקצאת משאבים מתאימים.

ג. גם החלופה של **הסמכת ערכאה שיפוטית קיימת באזור**, וספציפית – ועדת הערר הצבאית, הינה חלופה טובה. זאת, כיוון שמדובר בערכאה קיימת, בקיאה ומנוסה בדיני האזור, ובדיני מקרקעין בפרט. גם כאן נדרשת השקעת משאבים לנוכח הרחבת היקף פעילות הוועדה.

ד. החלופה של הבאת התביעות בפני **בית המשפט המחוזי בירושלים**, מיושמת כבר היום בפועל, אולם היא איננה חפה מקשיים, נוכח קשיי נגישות אפשריים לתושבי האזור, והעובדה שמדובר בערכאה אשר איננה מחזיקה במומחיות לדיני המקרקעין החלים באזור.

ה. **הבחירה בין החלופות נתונה להכרעת הדרג המדיני**, ומוצע לקיים דיון ייעודי לנושא זה, בהשתתפות השרים הנוגעים בדבר. כל עוד לא ייקבע אחרת, הערכאה הזמינה להליכים המשפטיים האמורים הינה בית המשפט המחוזי בירושלים, כפי שנעשה לאחרונה ביחס לבנייה ביישובים ניל"י,² עלי זהב (לשם)³ ומצפה כרמים,⁴ תוך הכללת הגורמים הנוגעים בדבר כצד לתביעה.⁵

3. המשמעויות המשפטיות של נקיטה במסלול המנהלי –

א. עניינו של המסלול המנהלי בפעולה יזומה של מערכת הביטחון לבחינת תאי שטח בהם מתקיימים לכאורה, לפי הראיות המנהליות, תנאי סעיף 5, ופרסום מידע זה ברבים.

ב. השאלה המרכזית המתעוררת בהקשר זה נוגעת למשמעויות המשפטיות הנובעות מקביעה מנהלית כאמור ביחס לתא שטח מסוים. שאלה זו עודנה נמצאת בבירור משפטי, וטרם נבחנה באופן מלא, המאפשר הכרעה בכל היבטיה;

ג. אולם, כבר עתה ניתן להצביע על התוצאות המשפטיות הבאות, אשר נובעות בוודאות מהמסקנה העובדתית, אף אם תתקבל ברמה המנהלית בלבד, כי מתקיימים תנאי סעיף 5 ביחס לתא שטח מסוים, והכל כמפורט להלן:

1. נמצא כי ביחס לתא שטח מסוים – שבו בוצעו בעבר השקעות בדרך של בינוי, פיתוח או קיומה של תכנית מתאר מפורטת בתוקף – מתקיימות ראיות מנהליות לקיומם

² וראו את עמדת המדינה המובאת בפרוטוקול הדיון מיום 22.5.2018 בת"א 5493-01-17 **אשכנזי נ' המנהל האזרחי באיו"ש**.

³ ראו את הודעת המדינה מיום 10.12.18 בת"א 41998-04-16 **שי קציר נ' הרי זהב בע"מ**.

⁴ ראו את פסק דין מצפה כרמים, **לעיל** בהערה 1.

⁵ לעניין זה, ראו את פסק דין מצפה כרמים, **לעיל** בהערה 1, פסקאות 193-198. יצוין, כי קיימת אפשרות מסוימת לטעון לתחולת סעיף 5 גם בהליכים מנהליים, כפי שנעשה בתשובת המדינה לבג"ץ 419/14 **עיריית סלואד, נפת רמאללה נ' שר הביטחון** בעניין עפרה, שם החליט היועץ המשפטי לממשלה לטעון לתחולת סעיף 5, הגם שאין מדובר בהליך אזרחי ייעודי מתאים. במקרה זה מדובר היה בשטח מוסדר ובעלי הזכויות הפרטיים במקרקעין היו צד לעתירה.

של התנאים השונים לתחולת סעיף 5, תקום מבחינת רשויות האזור חזקה מנהלית לכך שעסקאות שנערכו ביחס לשטח זה חוסות תחת הוראת הסעיף (להלן: **השטח המזוהה**).

2. בהתקיים קביעה כאמור, **מהבחינה התכנונית**, משמעות הדבר תהיה כי תכניות מתאר שאושרו בעבר בשטח המזוהה יעמדו בתוקפן.

כמו כן, ניתן יהיה לקדם הליכי תכנון נקודתיים חדשים שאין בקיומם משום צפי להוספת בעלי זכויות חדשים במקרקעין. דהיינו, ניתן יהיה לאשר שדרוג והוספת זכויות בניה לצרכי ציבור לטובת יחידות הדירור הקיימות בתא השטח, וכן לאשר בנייה פרטית עבור התושבים המתגוררים בשטח – כגון: היתר בניה להרחבת מבנה קיים.

3. **מהבחינה המוניציפאלית**, משמעות הדבר היא שאין עילה לגרוע מתחום השיפוט של היישוב את השטח המזוהה.

ד. יובהר כי תוצאות משפטיות אלו אינן ממצות את התוצאות המשפטיות האפשריות הנוספות של קביעה מנהלית בדבר תחולת סעיף 5, אשר עודן מצויות בבחינה, וזאת, בין היתר, בשים לב לפסק הדין שניתן לאחרונה בבית המשפט המחוזי בירושלים בעניין מצפה כרמים,⁶ עליו הוגש ערעור.⁷

כך, למשל, נדרשת הכרעה בנוגע למשמעות תחולתו המנהלית של הסעיף בשטחים שלא בוצעו בהם השקעות כאמור.

כן נדרשת בחינת האפשרות לקדם בניה חדשה בשטחים שבהם חלה הוראת סעיף 5, למגורים או לשימושים אחרים, לרבות במצבים בהם קיימת הקצאה לגורם מיישב ותכנית מתאר מפורטת בתוקף, אולם טרם בוצעה הקצאת משנה לרוכשים פרטיים או שטרם ניתנו היתרי בניה.

סוגיה נוספת שטרם הוכרעה בקשר למסלול המנהלי נוגעת להעברת זכויות בשטח המזוהה. הכוונה היא להעברת זכויות שמחייבת התקשרות בין הרוכש החדש לבין הממונה או את אישורו של הממונה, להבדיל מהתקשרויות שהממונה איננו צד להן ואיננו מאשרן.

עם גיבוש העמדה המשפטית הכוללת ביחס למשמעויות המשפטיות הנובעות מתחולת סעיף 5 דרך המסלול המנהלי, יופץ סיכום משלים נוסף בנושאים אלו.

ה. עוד יובהר כי עד להפצת הסיכום המשלים, פתוחה הדרך בפני כל צד המעוניין בכך להשיג את התוצאות הקנייניות הנוספות, שעודן נמצאות בבחינה כאמור בקשר למסלול המנהלי, באמצעות פעולה בהליך השיפוט.

⁶ ראו הי"ש 1.

⁷ ראו ע"א 7668/18 עבד אלפתאח סאלחה נ' איציק אנג'ל.

1. כפי שצוין בראשית הדברים, נדרשת כעת פעולה ממשלתית יזומה לבחינה ולאישור מהירים של תאי השטח בהם מתקיימות ראיות מנהליות לתחולתו של סעיף 5, על רכיביו השונים. זאת, על מנת שבשטחים אלו ניתן יהיה להשיג באופן מיידי את התוצאות שפורטו לעיל, בראשן – האפשרות להסדיר את חוקיות הבנייה הקיימת בהם. על שר הביטחון להסדיר את תהליך הבחינה של ראיות כאמור, במעורבות של כלל הגורמים הנוגעים בדבר. זאת, על מנת שניתן יהיה להביא את תוצריו הפרטניים של התהליך לאישורו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), עו"ד ארז קמיניץ, אשר במידת הצורך אף יביא את הדברים לאישור היועץ המשפטי לממשלה.

בכבוד רב,
 ד"ר גיל לימון, עו"ד
 עוזר בכור ליועץ המשפטי לממשלה