

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

ע"י ב"כ עוה"ד חוסאם יונס ו/או כאמל נאטור ו/או חנין חוסין
מרחי סולטן סולימאן 7, ת.ד. 66171 ירושלים 9761185
טל': 02-6281419, פקס': 02-6284815.

המעוררים

נגד

1. אנג'ל איציק ואח'
ע"י ב"כ עוה"ד הראל ארנון ושות'
מרחוב הרטום 16 ת.ד. 45151 ירושלים 91450
טל': 02-6509100, פקס: 02-6509110
2. המנהל האזרחי ביהודה ושומרון
באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה
רח' קרית מדע 5, בניין B3, הר חוצבים, ירושלים
טל': 02-6362017; פקס: 02-6362050
3. ההסתדרות הציונית העולמית-החטיבה להתיישבות
באמצעות ב"כ עו"ד גלעד חן
רח' המלך ג'ורג'י 48 ת.ד. 92 ירושלים, 9100002
טל': 02-6202335; פקס: 02-6202694.

המשיבים

סיכומים מטעם המשיב 2

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, מתכבד המשיב 2 (להלן: "המנהל האזרחי", "הממונה" או "המדינה" לפי העניין) להגיש את כתב הסיכומים מטעמו במסגרת הדיון בערעור שבנדון.

יש לציין כי האמור בכתב סיכומים זה הינו על דעתו של היועץ המשפטי לממשלה.

1. עניינו של הערעור שבנדון בשאלת הזכויות ביחס לחלקות 11, 12, 13, 14, 15 ו-23 בגוש 19 (להלן יחד: **"המקרקעין"** או **"החלקות"**), המצויות באזור יהודה ושומרון (להלן: **"האזור"**) בסמוך ליישוב כוכב השחר.
2. החלקות הינן חלקות מוסדרות מסוג **"מירי"**, והן רשומות על שם בעלים פלסטיניים פרטיים שונים, שאינם צד להליך. כיום מצויה על החלקות התיישבות ששמה מצפה כרמים. מצפה כרמים ממוקמת אף על חלקה 16 בגוש 19, הרשומה כאדמת מדינה.
3. ביום 3.2.1975 הוציא המפקד הצבאי באזור צו **"בדבר שטחים סגורים (שטח כ"ד)"** שמספרו 576 (להלן: **"צו הסגירה"**). צו הסגירה התייחס לשטח של כ-1,070 דונם שימשו לצרכי ביטחון. לאחר הוצאת הצו סומן השטח בחביות (מע/26-25).
4. אין חולק כי מצפה כרמים אינה מצויה בשטח מפת צו הסגירה. יחד עם זאת, יש לציין עוד, כי ביום 1.8.1967 הוצא צו לסגירת שטח אש, שמספרו 906. גבולות צו זה כללו בעבר מקרקעין בתחום היישוב כוכב השחר. במהלך השנים תוקנו גבולות הצו מספר פעמים. מצפה כרמים מצויה בתוך גבולות צו זה.
5. ביום 29.6.1976 החליטה הועדה המשותפת לענייני התיישבות של הממשלה וההסתדרות הציונית על הקמת היאחזות נחל, בתחומי צו הסגירה, ובשלב מאוחר יותר, הוחלט על אזרוחה של היאחזות (מש/1-2).
6. ביום 29.7.1980 הוצא על ידי מפקד האזור צו בדבר תפיסת המקרקעין, שמס' 80/18 ת (להלן: **"צו התפיסה"**). לצו התפיסה צורפה מפה. במסמך הנלווה לצו התפיסה, מיום 30.7.1980, צוין כי השטח שנתפס הוא בן 859 דונם, והוא קטן משטח צו הסגירה אולם מצוי בתחומו (מע/30-29).
7. ביום 23.2.1981 נחתם **"הסכם הרשאה"** בין הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור (להלן: **"הממונה"**) לבין ההסתדרות הציונית, לתקופה בת 5 שנים, שמטרתו הקמת ישוב וביסוסו. לפי הסכם ההרשאה מקבלת ההסתדרות הציונית לחזקתה שטח בן **"1071 דונם המסומן בקו אדום על גבי המפה המצורפת כנספח להסכם זה"** (מע/6). המפה שצורפה להסכם ההרשאה היא מפת צו הסגירה, אולם נרשם על גבי מפה זו: **"כוכב השחר צו תפיסה 576 כד' שטח כ-1071 ד"**. במהלך השנים נכרתו 3 הסכמי הרשאה נוספים הדומים בתוכנם להסכם ההרשאה משנת 1981 (ר' הסכמי הרשאה מהשנים 1990, 1995 ו-1997 במע/7- מע/9).
8. ביום 17.1.1982 החליטה מועצת התכנון העליונה באזור להפקיד **"תכנית מתאר מפורטת לשנת תשמ"ב 1982 ליישוב קהילתי כוכב השחר"** (להלן: **"תכנית 223"** או **"מערכת הנחיות 223"**), תוך שצוין כי **"מדובר בתכנית מפורטת מורחבת מעבר לזו שהוצגה בעבר"** (מע/31, מע/33).
9. ביום 28.6.1983 פורסמה הודעה להפקיד את תכנית 223. תכנית 223 כללה שטחים נרחבים יותר משטח התפיסה, כאשר מצפה כרמים מצויה בתחומי תכנית זו, תחת הייעוד **"שטח שייעודו יקבע בעתיד"** (מש/3).

10. על מפת מערכת ההנחיות 223 חתם האדריכל שלמה מושקוביץ בתוארו כ"ממונה לפי צו 997 תשמ"ב" (להלן: "הממונה על ההיתרים"). צו 997 הינו צו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), תשמ"ב-1982, שהוצא ביום 2.8.1982. כמו כן חתמו על מפה זו נציגת ההסתדרות הציונית ומר יהודה נהרי, שכיהן אותה העת כממונה (מש/4). מצפה כרמים מצויה בתוך תחום מפת תכנית 223.
11. ביום 17.5.1990 כתב הממונה על ההיתרים למהנדס מחוז ירושלים במשרד השיכון כי מגרשים 178-182 המצויים בתכנית המתאר של כוכב השחר "נמצאים מחוץ לגבולות התפיסה בפועל (מחוץ לגדר הישוב). לאור זאת יש להימנע מלקחת בחשבון מגרשים אלה וכל שטח אחר שמחוץ לגבול התפיסה הצבאית בפועל בתהליך התכנון..." (מע/10).
12. ממכתב זה עולה כי הגורמים המנהליים השונים הבינו כי צו התפיסה מתפרש על כלל השטח המגודר ו"התפוס בפועל" (ר' גם מכתבו של רס"ן יאיר בלומנטל, ע' רע"ן תשתיות, לפיו המגרשים הנזכרים "ממוקמים מחוץ לגדר המקורית של צו התפיסה וע"כ אין כל בסיס משפטי היכול לאשר בניוי מגרשים אלו שכן צו התפיסה עפ"י מימושו בפועל לא חל על מגרשים אלה. לאור הנ"ל מוצע כי תכנית המתאר של היישוב תתוקן כך שמגרשים אלו ייגרעו מהתכנית" (מע/11); כן ר' מכתבי ראש מדור תכנון ומדידות, גב' אריאלה אריש מימים 8.11.1994 ו-7.12.1995 (מע/12, 14)).
13. בשנת 1995 אושרה תכנית מפורטת 223/1 (להלן: "תכנית 223/1" או "מערכת הנחיות 223/1"). מערכת הנחיות 223/1 תכליתה "שינוי לתכנית מתאר מפורטת מס' 223 ליישוב קהילתי כוכב השחר לשנת תשנ"ה-1995", והיא מתפרשת על שטח של 1420 דונם. היא ייעדה שטחים מסוימים הכלולים בצו התפיסה למטרות שונות. מצפה כרמים ממוקמת בתחום גבולות מפת מערכת הנחיות 223/1 (מע/13, מש/5), והיא מסומנת תחת הייעוד "אזור חקלאי".
14. על מפת מערכת הנחיות 223/1 חתם הממונה תוך שהוא מציין "במסגרת צו תפיסה צבאי". בדפוס החתימה של הממונה שהוטבע על המפה נאמר כי החתימה היא "לצרכי תכנון בלבד" ו"אין בה כדי להקנות כל זכות..." (מע/13).
- הליך העתקת מצפה כרמים
15. בתחילה הוקמה מצפה כרמים, כמאחז הנושא את שם זה, והמוכר כיום בתור המאחז "מעלה שלמה", שהוקם מדרום מערב לכוכב השחר, על אדמות מדינה רשומות, המצויות מחוץ לתחום מערכת ההנחיות 223/1 שחלה ביחס לכוכב השחר.
16. ביום 10.10.1999 החליטה ועדת שרים לענייני התיישבות ביהודה ושומרון "להסמיק את ראש הממשלה ושר הביטחון לפעול על פי סמכותו ושיקול דעתו בכל הקשור לנקודות התיישבות/מאחזים מבודדים שלא ברצף

לשטח מבונה של ישובים קיימים ביהודה ושומרון שהוקמו באזור יהודה ושומרון, בהתחשב ובהתבסס, בין היתר על ההיבטים הביטחוניים והמשפטיים הרלבנטיים" (מש/6).

17. בפגישה שנערכה ביום 12.10.1999 בין ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, מר אהוד ברק, לבין ראשי מועצת יש"ע, עמד ראש הממשלה על חשיבות המפעל ההתיישבותי בישי"ע לצד ההכרח לקיים מפעל זה בהתאם לחוק ועל פי מדיניות ממשלתית (מע/33).

18. בהמשך להחלטת הממשלה בעניינם של נקודות התיישבות לא מוסדרות (מש/32), גובש "הסכם המאחזים" בין ראש הממשלה ושר הביטחון מר ברק לבין ראשי מועצת יש"ע. בהסכם זה סוכם על פינוי והקפאת מאחזים מסוימים ועל העתקתם של אחרים. ביחס למצפה כרמים סוכם על פינויה והעתקתה, כאשר התכלית של העתקתה, הייתה הסדרתה (ר' סעיף 5 לתצהיר רב אלוף (בדימי) משה יעלון; ר' מש/7-9).

19. ביום 22.10.1999 אשרה לשכת שר הביטחון את פינוי הקרוונים של מצפה כרמים "לתחום תכנית המתאר של כוכב השחר שבתוקף" תוך שצוין "שיש להשלים את אישור תכנית ההצבה עבור הקרוונים" (מש/10; ר' גם מש/11, מש/12, מש/13, מש/14, מש/15).

20. מצפה כרמים הועתקה למיקומה הנוכחי והיא החלה לתפקד כיישוב עצמאי (ר' למשל דו"ח פיקוח מיום 27.1.2000 (מע/37; מע/1; מש/16). מאחר שהמיקום המיועד למצפה כרמים היה מצוי בתכנית 223/1 באזור חקלאי, מיד לאחר העתקתה, החלו הליכי תכנון תכניות שונות, שתכליתן לייעד את המקרקעין למגורים.

21. ביום 11.5.2003, במסגרת הליכי תכנון תכנית 223/4, העלתה גבי אריאלה אריש, רכזת תכנון מיפוי ומדידות בממונה, לראשונה, את האפשרות לפיה חלק מהשטח המצוי בגדר תכנית 223/1 אינו נכלל בתוך שטח צו התפיסה ולפיכך בקשה חוות דעת בנדון (מש/17; ור' מע/38-מע/39).

22. בשלב כלשהו, החלו להיבנות בתי קבע במקרקעין ללא היתרי בנייה.

23. בשנת 2011 עתרו המערערים לבית המשפט הנכבד בבג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון (להלן: "העתירה"). במסגרת העתירה טענו המערערים, בין היתר, כי הם הבעלים של חלקות 13 ו-23 וכי הבנייה בחלקות אלה נבנתה שלא כדין ובניגוד לרצונם. במסגרת תשובתה לעתירה, טענה המדינה שמצפה כרמים אינה נכללת בשטח צו התפיסה, ולפיכך הממונה לא היה יכול להקצות את חלקות 13 ו-23 להסדרות הציונית (המשיבה 3), כך שהאחרונה לא הייתה יכולה להתקשר עם המשיבים בהסכמי בר רשות ביחס לחלקות אלה.

24. ביום 9.11.2014 ניתן צו על תנאי בעתירה, המורה למשיבים לתן טעם מדוע לא תופסק כל פעילות בנייה והכשרת קרקע בחלקות 13 ו-23; מדוע לא תימנע הקמתם של מבנים בלתי חוקיים במקום; מדוע לא יפונו המבנים המצויים בחלקות האמורות; ומדוע לא תבוטל מערכת ההנחיות 223/1 (מש/18).

התובענה שבנדון

25. בעקבות העתירה הגישו המשיבים 1 (להלן: "המשיבים") תובענה לבית המשפט המחוזי בירושלים שבגדרה בקשו סעדים הצהרתיים שונים ביחס לחלקות 13 ו-23 נשוא העתירה. בשלב מאוחר יותר הגישו המשיבים תובענה מתוקנת כך שתכלול את כלל החלקות שבנדון (להלן: "התובענה").

26. במסגרת התובענה בקשו המשיבים מבית המשפט המחוזי להצהיר כי החלקות הוקצו כדין על ידי המנהל האזרחי להסתדרות הציונית בהסכם ההרשאה, וכי המנהל האזרחי אינו רשאי לבטלו או להחריג את החלקות מההסכם. כן התבקש בית המשפט המחוזי להצהיר כי למשיבים זכויות של בר-רשות בחלקות ואין למערערים וכי זכות לסלק את ידי המשיבים מחלקות 13 ו-23.

27. במסגרת התובענה טענו המשיבים כי החלקות הוקצו כדין להסתדרות הציונית משום שהם נכללו בשטח צו התפיסה. לחילופין, טענו המשיבים כי אף אם המקרקעין אינם נכללים בשטח התפיסה, יש להחיל לגביהם את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: "סעיף 5").

עיקרי פסק הדין קמא

28. ביום 28.8.2018 קיבל בית המשפט קמא (כב' השופט ארנון דראל) את התובענה.

29. בית המשפט קמא קבע ש"אין למעשה מחלוקת על כך שמצפה כרמים ממוקמת בתוך השטח שעליו הוחלו תכניות המתאר 223 ו-223/1, אך היא אינה מצויה בתוך השטח שנכלל במפת צו התפיסה ובמפת צו הסגירה 18/80" (עמ' 26 בפס' 93).

30. בית המשפט קמא דחה את טענת המשיבים לפיה שטח התפיסה אינו מוגבל למפה שצורפה לצו התפיסה אלא משתרע על מלוא השטח שנתפס בפועל וכלול בתכנית 223 ובתכנית 223/1. "אף שעלה מתוך העדויות כי התפיסה אינה מצומצמת למפה שבצו אלא לתפיסה שבפועל, לא הונחה תשתית ראייתית מספיקה לקבוע כי אכן כך היה בפועל וכי הגדר הייתה ממוקמת באופן שכולל את מלוא השטחים שנכללים במערכת הנחיות 223 בתוך תחום התפיסה. בנוסף לכך, לא הוכח כי כוונת מפקד האזור שהורה על התפיסה הייתה לחרוג מתחומי צו הסגירה אלא ההיפך. המסמכים שצורפו לצו הסגירה מלמדים על כוונה לתפוס שטח קטן יותר" (עמ' 28 פס' 100 לפסק הדין קמא).

31. לאחר מכן, נדרש בית המשפט קמא לשאלה, האם החלקות נכללו בגדר השטח שהוקצה להסתדרות הציונית בהסכם ההרשאה. לשאלה זו, השיב בית המשפט קמא בחיוב וקבע שהשטח שנכלל בהסכם ההרשאה הוא מלוא השטח הכלול במפת מערכת ההנחיות 223 ומפת מערכת ההנחיות 223/1, הכולל את שטח מצפה כרמים.

32. על אף שלהסכם ההרשאה צורפה מפת צו הסגירה ונרשם בו מספר דונמים קטן משטח מפות מערכות ההנחיות, קבע בית המשפט קמא ש"במקום אחר בהסכם ההרשאה הוברר כי אין ללמוד מתוך התשריט שצורף לו, דבר לעניין השטח או המיקום וכי גודל השטח ייקבע בהמשך בהתאם למפות מדידה. דברים אלה נלמדים

מהוראת סעיף 2ג' להסכם המפנה לאפשרות שינוי עתידי של הגבולות ולכך שאין בתשריט ובשטח הנקוב בהסכם כדי לבטא קביעה סופית שלהם. דברים אלה עולים בקנה אחד עם טיבו של השרטוט, ששורטט ללא קנה מידה, בטוש עבה ומבלי לציין קואורדינטות אן כל מידע ברור אחר... (עמ' 37-38). כוונת הצדדים להסכם ההרשאה הייתה אפוא שלא ללמוד מהתשריט שצורף לו על שטח ההקצאה, אלא לקבעו בעתיד.

33. חתימת הממונה על ההיתרים מכוח צו 997 על תכנית 223 תומכת במסקנה זו, שכן אילולא סבר כי כלל שטח התכנית נכלל בשטח התפיסה, הוא לא היה רשאי לתן את אישורו לתכנית מכוח הצו למתן היתרים בשטחים תפוסים.

34. בית המשפט קבע על סמך עדותו של הממונה בזמנים הרלבנטיים, מר נהרי, כי לאחר החתימה על הסכם ההרשאה קבל את תשריט תכנית 223, עליו חתם, והוא שהגדיר את שטח ההקצאה. חתימת נהרי על התשריט, מבטאת הנחה, אף אם היא מוטעית, כי כלל השטח המופיע בה הוא תפוס (עמ' 38 – 39).

35. עוד נקבע כי התנהלות הצדדים להסכם לאחר כריתתו מלמדת על כוונתם בעת כריתתו, וכי בעת העתקת מצפה כרמים הייתה כוונה כנה מצד המדינה להסדיר את מאחז מצפה כרמים על ידי העתקתו לשטח אותו חשבה לשטח תפוס (עמ' 39).

36. אין ללמוד דבר מכך שהממונה ניסה לגרוע משטח מערכת ההנחיות 5 מגרשים שאינם נמצאים בשטח התפוס "בפועל", בין היתר, משום שמגרשים אלה היו "במובהק מחוץ לשטח התפיסה גם לשיטת גורמי המנהל האזרחי דאז, שכן הם היו מחוץ לגדר" (עמ' 39). העובדה שבהסכמים מאוחרים עדיין צורפה מפת צו הסגירה אינה משנה את המסקנה כי שטח מפת מערכת ההנחיות הוא שטח הסכם ההרשאה, שכן אין "בשכפול הסכם קודם וחתימה עליו מחדש" כדי להצביע "על משהו אחר מלבד טעות שבהיסח הדעת... (עמ' 40).

37. מאחר שהחלקות שבנדון הוקצו בהסכם ההרשאה להסתדרות הציונית, ממילא ניתן להחיל את סעיף 5 במקרה דנן, הקובע הסדר של "תקנת שוק", שבגדרה יכול קונה מאוחר לגבור על בעל הקניין, אף אם רכש את הזכות ממי שלא היה בעל הקניין בנכס הנמכר.

38. תקנת השוק נחקקה בסעיף 5 נוכח החשיבות להעניק וודאות עסקית ביחס לעסקאות שעורך הממונה באזור. אינטרס הוודאות מתעצם אף בשל כך ש"דווקא באזור בו ענייני רישום מקרקעין כל כך מורכבים ולוקים בחסר, יש צורך לאפשר וודאות כאשר צד ג' רוכש קרקע מהריבון... (עמ' 42).

39. בית המשפט קמא קבע כי התקיימו כלל התנאים הקבועים בסעיף 5 לשם החלתו (ר' עמ' 43 ואילך), ואשר על כן, נעתר לתובענה במלואה, תוך שהוא קובע ש"הסכם ההרשאה חל גם על החלקות הנזכרות בסעיף 20.1 לכתב התביעה המבוקש" (עמ' 53 לפסק הדין קמא). ביחס לטענת המדינה לפיה יש לצרף את בעלי החלקות הרשומים כצד להליך דנן, קבע בית המשפט קמא את "הברור מאליו, כי פסק הדין חל במערכת היחסים שבין הצדדים להליך זה וביניהם בלבד, ואין בו לחייב את מי שלא היה צד להליך" (עמ' 53). מכאן ערעור המערערים.

המארג הנורמטיבי החל באזור וסמכות החקיקה של המפקד הצבאי מכוח המשפט הבין-לאומי

40. עם כניסת כוחות צה"ל לאזור בשנת 1967, נטל צה"ל אחריות לניהולו של האזור, והוחלט להקים כונן ממשל צבאי בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי המסדירים את כללי ההתנהגות במשטר של תפיסה לוחמתית (ר' בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד לו(4) 785, 792 (1983)). בראש כללים אלה עומדות הוראותיהן של תקנות האג. מקובל לראות בהן ביטוי למשפט הבין-לאומי המנהגי החל בישראל גם בלא דבר חקיקה פנימי המאמצן.

41. הנורמה הבסיסית שנקבעה בסעיף 1 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967 (להלן: "המנשר") היא שהמפקד הצבאי הוא בעל הסמכות לחוקק ביחס לאזור הנתון לשליטתו הצבאית. עוד נקבע במנשר, בסעיף 2, כי המשפט שהיה קיים באזור בעת כניסת כוחות צה"ל לשטח ימשיך לעמוד בתוקפו, ככל שאינו סותר את צווי המפקד הצבאי ובשינויים הנובעים מכינונו של השלטון הצבאי באזור. כלומר, בנוסף לכללי המשפט הבין-לאומי, חלים באזור גם הדין המקומי שהיה בתוקף עובר לתפיסת האזור על ידי כוחות צה"ל, תחיקת הביטחון הצבאית, ועקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, המחייב את כוחות צה"ל בפעילותם (ר' בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל, בפס' 23, 33 (פורסם בנבו, 6.2.2011) (להלן: "הלכת ולירו")).

סמכות המפקד הצבאי לחוקק ומגבלותיה

42. תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: "תקנה 43 ו"תקנות האג" בהתאמה) מתירה למדינה המחזיקה שטח תחת תפיסה לוחמתית (*Belligerent Occupation*) לשנות את המשפט הקיים באזור עובר לתפיסה הלוחמתית. תקנה 43 אמנם תובעת את כיבודו של הדין המקומי באזור הנתון תחת תפיסה לוחמתית, אולם בד-בבד מניחה אפשרות של מצבים בהם קיימת "מניעה מוחלטת לכך" (בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622, 629 (1981) (להלן: "הלכת טביב")). מהגבלת סמכות החקיקה משתמעת הסמכות עצמה (ר' Scwenk "Legislative Power of the Military Occupant under Article 43, Hague Regulations" 54 *YALE L. J.* 393 (1944-1945)). הקביעה במנשר כי הדין המקומי יוותר על עמדתו, אלא אם קיימת מניעה לעשות כן, מתיישבת אפוא עם הוראות המשפט הבין-לאומי ובפרט תקנה 43. כך נפסק ש"למעשה, אין ה"מניעה", הנזכרת בסיפא של סעיף 43, "מוחלטת" כלל ועיקר, והשאלה היא שאלה של עדיפויות ונוחיות דרכי הגשמת המטרה המפורשת ברישא, דהיינו "הבטחת החיים הציבוריים"... (הלכת טביב בעמ' 631-632).

43. בפסיקת בית המשפט הנכבד הוגדרה תקנה 43 לתקנות האג כ- "הוראת-על' נורמטיבית" המתווה את המסגרת להפעלת סמכויותיו של המפקד הצבאי ומעגנת את חובתו להפעיל סמכויותיו אלו לשם שמירה על הסדר והחיים הציבוריים באזור (הלכת ולירו, בפס' 36). היינו, סמכות החקיקה הנתונה למפקד הצבאי כפופה למסגרת המשפטית של דיני התפיסה הלוחמתית, המחייבת את המפקד הצבאי, לצד שיקולי הביטחון להעמיד לנגד עיניו את צרכי האוכלוסיה המקומית וטובתה. ביחס לשיקולים אשר מותר למפקד הצבאי לשקול בגדר תקנה 43, נקבע בפסיקה כי המפקד הצבאי מנוע מלשקול שיקולים המשקפים אינטרסים בלעדיים של מדינת ישראל, עד כמה שאלו אינם משליכים על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית (בג"ץ 2164/09 יש דין- ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (2011)). בהקשר זה יצוין כי לפי פסיקת בית המשפט העליון, גם האזרחים הישראלים המתגוררים בשטח המוחזק נמנים עם האוכלוסייה האזרחית באזור, ומשום כך מתפרשת חובתו של המפקד הצבאי גם כלפיהם (ראו למשל בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל (2004) בפסקה 14; בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון (2009) בפסקה 20; בג"ץ 794/17 זיאדה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (2017), בפסקה 26 לפסק דינו של השופט ג'ובראן, ויתר האסמכתאות המובאות שם).

הצו בדבר רכוש ממשלתי לאור המשפט הבין-לאומי

44. סעיף 4 למנשר קובע כי רכוש דלא-ניידי וניידי המצוי באזור, שהיה שייך או רשום בשם המדינה או הממשלה ההאשמית הירדנית, או יחידה או שלוחה שלה, הועבר לחזקתו הבלעדית של המפקד הצבאי ונקבע כי יהיה נתון להנהלתו. הוראה זו עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי ביחס לניהול רכוש ממשלתי בשטח המוחזק תחת תפיסה לוחמתית. החלק השלישי של תקנות האג, העוסק בתפיסה לוחמתית, קובע, בין היתר, כללים בנוגע לתפיסת רכוש אויב – פרטי וציבורי. תקנות 53 ו-55 עוסקות בתפיסת רכוש השייך למדינת האויב על ידי הכוח המחזיק באזור בתפיסה לוחמתית. בעוד שתקנה 53 עוסקת בתפיסת מיטלטלין ציבוריים, מתמקדת תקנה 55 בסמכות ביחס למקרקעין השייכים למדינת האויב (הלכת ולירו בפס' 37).

45. תקנה 55 לתקנות האג קובעת כי המדינה התופסת רשאית לנהל את הרכוש השייך למדינת האויב והנמצא בשטח התפוס, ואף ליהנות מפירותיו, אך מחובתה לשמור עליו ולהימנע מפגיעה בהם. הכלל לפיו מדינה כובשת נדרשת לנהל רכוש ציבורי שתפסה בהתאם לכללי טובת ההנאה מהווה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. מחובתה של המדינה לשמור על קרן הנכסים ולנהלם בהתאם לכללי הפקת טובת ההנאה. היא איננה רוכשת בעלות בנכסים אלה ועל כן היא מנועה, בהתאם לכך, מלמכור אותם או מלפעול באופן שירוקן את הזכויות בהם מתוכן, שהרי כתוצאה מכך תפגע קרן הרכוש. הואיל והמדינה המחזיקה אינה בעלת הרכוש הציבורי היא חסרה את הכוח המשפטי למכרו או להעביר את הבעלות בו בדרך אחרת לגורמים שלישיים (ר' הלכת ולירו בפס' 38-40 והאסמכתאות שם).

46. יחד עם זאת, המדינה המחזיקה רשאית להשכיר ולהחכיר את הרכוש הממשלתי המנוהל על-ידה. יצוין, כי תוקפם של החוזים שעורכת המדינה המחזיקה ביחס לרכוש הממשלתי מוגבל למשכה של תקופת התפיסה הלוחמתית, וזאת נוכח עקרון היסוד של דיני התפיסה הלוחמתית הקובע כי המשטר הצבאי בשטח מוחזק הינו זמני מעצם טיבו (ר' בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 520 (2005)).

47. עוד נפסק ביחס לסמכויות המסורות למפקד הצבאי, כי הוא נדרש, למצוא איזון בין צורכי הצבא לבין צורכי האוכלוסיה המקומית. עקרון-על זה, המעוגן בתקנה 43 לתקנות האג, חל גם בהתייחס להפעלת סמכותו של המפקד על פי תקנה 55 לתקנות האג (ר' הלכת **ולירו** בפס' 43 והאסמכתאות שם).

48. הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: "**הצו בדבר רכוש ממשלתי**") או "**צו 59**") הוא ביטוי לסמכותו ואחריותו של המפקד הצבאי על הרכוש הממשלתי באזור, בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי בכלל, ותקנה 55 לתקנות האג בפרט (ר' הלכת **ולירו** בפס' 24; בג"ץ 285/81 **אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון** פ"ד לו (1) 701, 704-706 (1982) (להלן: "**הלכת אל-נאזר**"); בג"ץ 2676/09 **אבו קמל נ' הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש באיזור יהודה ושומרון**, בפס' 8 (פורסם בנבו, 7.9.2014) (להלן: "**הלכת אבו קמל**").

49. בגדר צו 59 נוצר תפקיד הממונה על הרכוש הממשלתי באזור יהודה ושומרון (הלכת **אל נאזר** בעמ' 705), ושם גם הוסמך הממונה לבצע פעולות בשם המפקד הצבאי שעניינן חזקה וניהול של הרכוש הממשלתי המצוי באזור (סמכות המפקד הצבאי להאציל את סמכויותיו קבועה בסעיף 3 למנשר).

50. סעיף 2 לצו 59 קובע כי "**הממונה רשאי ליטול את החזקה ברכוש ממשלתי ולנקוט כל צעד הנראה לו דרוש לשם כך**" (הלכת **אל נאזר**, שם; ר' בג"ץ 5470/17 **באסמה אחמד סאלם חג' נ' שר הביטחון**, בפס' 4 (פורסם בנבו, 9.10.2018) (להלן: "**הלכת באסמה**") שם נפסק כי "**צו זה מאפשר למפקד הצבאי ליטול חזקה במקרקעין לאחר בחינה המעלה כי הם "רכוש ממשלתי", כהגדרתו בצו**").

51. סעיף 3 לצו 59 קובע כי "**הממונה ינהל את הרכוש הממשלתי בו נטל את החזקה, ומבלי לגרוע מכלליות האמור, יהא רשאי... לבצע כל עיסקה הכרוכה בניהול הרכוש הממשלתי**" (ס"ק 2(2)), וכך "**לעשות כל עיסקה או פעולה, או ליתן כל הוראה כדרוש לדעתו לביצוע צו זה**" (ס"ק 3(3)). הצו בדבר רכוש ממשלתי הותקן אפוא מכוח חובתו וסמכותו של המפקד הצבאי, לפי תקנה 55 לתקנות האג, לנהל את הרכוש הממשלתי באזור.

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

52. כפי שיפורט להלן, כמי שמופקד על ניהול הרכוש הממשלתי באזור, עלול הממונה לטעות ולסבור כי רכוש אותו חשב לרכוש ממשלתי אינו רכוש ממשלתי. טעות כאמור עלולה להיגרם בתדירות גבוהה יחסית לפעולות

אחרות, בשים לב לכך שהממונה בא בנעלי ריבון קודם, כך שמלוא התמונה העובדתית והמשפטית ביחס לזכויות בנכסים השונים, אינה מצויה תמיד במלואה לפניו. טעות כאמור עלולה להיגרם, ביתר שאת, ביחס למקרקעין, וזאת, בין היתר, לאור מורכבות דיני המקרקעין באזור, ולאור העובדה שמרבית הקרקעות אינן קרקעות רשומות. וכן במצב דברים בו, כפי שאירע במקרה דנן, מנהל הממונה גם שטחים המצויים בתפיסת צבאית לצרכי התיישבות.

53. יוער בהקשר זה, כי החל משלהי שנות ה-70 למאה הקודמת, פסקו רשויות האזור מלהקים יישובים חדשים על בסיס תפיסה צבאית. מדיניות זאת נעשתה בהתאם למגמה שהחלה בפסיקת בית המשפט העליון בעניין אלון מורה (ר' בג"ץ 390/79 **עזת מחמד מוסטפה דוויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1), 1**, ועוגנה בהחלטת הממשלה 145 מיום 79.11.11, והחלטות נוספות בהמשך, שבהתאם להן החלו לפעול רשויות האזור להקמת יישובים על בסיס אדמות מדינה, אשר רובן זכו למעמדן באמצעות הליכי הכרזה מכוח סעיף ג2 לצו 59.

54. הליך זה כידוע, ובהתאם להלכות לאורך השנים, זוכה למעמד דקלרטיבי בלבד, הניתן לסתירה באמצעות הבאת ראיות סותרות (ר' הלכת אל-נאזר בעמ' 701; בג"ץ 8815/10 **בשארות נ' ועדת המשנה להתיישבות של מת"ע** (פורסם בנבו 5.5.2011)). במצב דברים זה, נדרש הממונה לפעול בנסיבות מובהקות של מידע חסר, הן לעניין אדמות המצויות בקרקע התפוסה מכוח צווי תפיסה צבאיים, והן לעניין של קרקעות אשר הוכרזו כאדמות מדינה מכוח צו 59. יוער בהקשר זה, כי הממונה מחויב ופועל להקצאת שטחים לטובת כלל תושבי האזור, ובפועלו הוא מממש את חובותיו לניהול הקרקע במשמרת, בהתאם לדין הבין-לאומי.

55. על רקע זה, ניתן להבין את הצורך, שלאורו חוקק המפקד הצבאי את סעיף 5 בצו בדבר רכוש ממשלתי, הקובע ש"כל עיסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי".

56. החשש מפני טעויות בעבודת הממונה עלולה לפגוע בניהול הרכוש הממשלתי על ידו, ולפיכך נתקן סעיף 5 המגן על אינטרס ההסתמכות של אלו המתקשרים עמו בעסקאות. ההגנה על אינטרס ההסתמכות תורמת ליכולתו של הממונה לנהל את הרכוש הממשלתי באזור, באופן ראוי, שכן אלמלא יהיה למתקשרים עימו הבטחון בכך שהעסקה תעמוד גם אם תתגלה טעות כלשהי בעתיד, יהיה בכך כדי להצר את צעדיו של הממונה בביצוע עסקאות. אינטרס זה, העומד בבסיס הסעיף, איננו דומה בהכרח לסעיפים אחרים שמטרתם להגן על עסקאות שבוצעו. על כך נרחיב בהמשך.

האם סעיף 5 הוא סעיף הקובע "תקנת שוק"?

57. אליבא דהמערערים, סעיף 5 אינו סעיף של "תקנת שוק". המערערים מפרשים את סעיף 5 כך שהוא קובע שעסקה בין הממונה לאדם אחר "לא תיפסל ותעמוד בתוקפה", אך ורק ביחס לצדדים הישירים שהתקשרו בעסקה. כך למשל, במקרה בו התקשר הממונה בעסקת הרשאה שמכוחה חב בר הרשות לשלם לממונה דמים

כלשהם, ולאחר ההתקשרות מתברר כי המקרקעין נשוא העסקה אינם "רכוש ממשלתי", אין בר הרשות יכול לטעון להשבה של הכספים ששילם מחמת העובדה שהמקרקעין אינם רכוש ממשלתי. כמו כן, אין בר הרשות יכול לטעון כי הוא אינו חייב לשלם כספים כלשהם לממונה מהטעם שהזכות שהועברה לו על-ידי הממונה היא של צד שלישי אחר (טענת ius tertii). ביחס לבעלים החוקי של הנכס, אליבא דהמערערים, אין לסעיף 5 כל תוקף (ר' סעיף 17, ד, 33-35 לסיכומי הערעור). פרשנות זו של המערערים, אינה יכולה להתקבל, וזאת מחמת מספר טעמים.

58. ראשית, פרשנות המערערים עומדת בניגוד לפסיקת בית המשפט הנכבד לפיה-

"סעיף 5 שלצו שכותרתו "כשרות עסקות" קובע מעין "תקנת שוק" (ראו והשוו: סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950; ע"א 6858/99 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' טברי, פ"ד נח(4) 577, 581-582 (2004); ע"א 2576/03 וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פסקה 17 (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 21.2.2007)), ולפיו עסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בנכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתוקפה גם אם יתברר שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי, וזו לשונו... (ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי, בפס' 13 (פורסם בנבו, 15.2.2009)(להלן: "הלכת כפר גלעדי"); ר' גם בג"ץ 3998/06 יאסין נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, בפס' 3 (פורסם בנבו, 9.11.2006)).

59. שנית, לפרשנות המערערים אין עיגון לשוני בלשון הסעיף, הקובע, ללא כל התניה, כי עסקה כאמור "לא תיפסל ותעמוד בתוקפה". פשט של מילים ברור הוא – מעת שקובע המחוקק כי "עומדת עסקה בתוקפה", אין כל יסוד לטענה כי יש ליתן תוקף לחוזה רק בין הצדדים לו וכי צדדי ג' שונים יכולים לנהוג משל לא היה כלל, ואף, דרך הדוגמא, לגרום להפרתו מבלי שהדבר יחשב עוולה. השאלה המרכזית שצריכה להישאל היא מה מידת חוזקה של העסקה שבתוקף מול זכויות קנין של צד ג', ובאילו תנאים תוכל לגבור על זכות זו, ולא להניח את המבוקש כאילו אין לעסקה כל השלכות על צד ג'.

60. שלישית, לטענת המערערים, לשונו של סעיף 5 שונה מלשון שאר "תקנות השוק" הפזורות בחקיקה הישראלית. כך למשל, בעוד תקנת השוק במקרקעין המצויה בסעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 קובעת כי "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון", קובע סעיף 5 כי העסקה שערך הממונה "לא תיפסל ותעמוד בתוקפה".

61. אף בטיעונם זה שוגים המערערים, שכן לשונו של סעיף 5 דומה, ואף ניתן לומר זהה, לתקנות השוק הקבועות בחקיקה הישראלית ביחס לעסקאות שנערכות על ידי האפוטרופוס הכללי והאפוטרופוס לנכסי נפקדים. אף בית המשפט הנכבד, במסגרת הלכת כפר גלעדי, ערך את ההיקש בין סעיף 5 לתקנת השוק ביחס לעסקאות שנערכות על ידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים.

62. כך קובע סעיף 17(ב) לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, שכותרתו "כשרותן של עסקאות", כי "כל עסקה שנעשתה בתום לבב בין האפוטרופוס ובין אדם אחר בכל נכס שהאפוטרופוס חשבו בשעת העסקה לנכס מוקנה לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה נכס מוקנה". סעיף זה הוא סעיף הקובע

"תקנת שוק" שיש בה להתגבר על בעל הקניין "האמיתי" (ר' ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן פ"ד מז (5) 1, 17 (1993) (להלן: "הלכת חוות מקורה"); ע"א 4636/07 מרעי נ' מרעי, סעיף 9 (פורסם בנבו, 21.12.2009); ע"א 1501/99 דריני נ' משרד האוצר, פס' 4 (פורסם בנבו, 20.12.2004); ע"א 6783/98 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עיזבון תורייתא (סוריא) עבדאלעני מוסא פ"ד נו (4) 161, 169, 175-176 (2002) (להלן: "הלכת תורייתא").

63. סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח-1978, שכותרתו "כשרות פעולות", קובע כי "פעולה שנעשה בתום לב בין האפוטרופוס הכללי ובין אדם אחר, מתוך הנחה שנכס פלוני הוא נכס עזוב, תעמוד בתקפה גם אם נתגלה לאחר מכן שהנכס לא היה עזוב". אף סעיף זה הוא סעיף של תקנת שוק שיש בה להתגבר על קניינו של בעל הקניין (ר' בר"ע 7/81 האפוטרופוס הכללי נ' עיריית חולון פ"ד לו (1) 484, 487 (1982) (להלן: "הלכת האפוטרופוס הכללי").

64. כפי שפורט בסיכומי הערעור, בחקיקה הישראלית קבועים מספר "תקנות שוק". תקנות השוק אינן זהות אחת לשנייה, וכל אחת מהן קובעת תנאים שונים לתחולתה. בליבה של כל תקנת שוק מקופל אינטרס ציבורי משמעותי שעליו היא באה להגן, בהתאמה נקבעו בכל תקנת שוק תנאים שונים ליישומה.

65. כך למשל, סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 מבקש להגן, בין היתר, על אינטרס ההסתמכות על המרשם, בעוד שתקנת השוק במסמכים סחירים מבקשת להגן על סחירות השטרות, לשם הבטחת חיי המסחר הרציפים והיעילים בשטרות. אשר על כן, אחד מהתנאים לתחולת תקנת השוק בסעיף 10 לחוק המקרקעין תהא הסתמכות של הקונה על הרישום בפנקסי המקרקעין, בעוד תנאי לתחולת תקנת שוק בדיני שטרות יהא כי האדם המחזיק במסמך הסחיר ייחשב "אוהז כשורה" (ר' סעיף 28 לפקודת השטרות [נוסח חדש]). דוגמא נוספת היא תקנת השוק הקבועה בסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, שתכליתה להגן על חיי המסחר, קובעת כי תנאי לתחולתה של הוא שהנכס נמכר "על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו....".

66. לא בכדי תקנת השוק הקבועה בסעיף 5 זהה לתקנות השוק הקבועות ביחס לאפוטרופוס לנכסי נפקדים והאפוטרופוס הכללי. תקנות שוק אלה אין תכליתן מתמצה בהגנה על מי שהסתמך על מרשם כלשהו או הגנה על חיי המסחר השוטפים. המשותף לממונה על רכוש ממשלתי, האפוטרופוס הכללי והאפוטרופוס לנכסי נפקדים (להלן יחד: "ממונים") הוא, שעל שלושתם, ככלל, מוטל לנהל נכסים של בעלים או ריבון שאינם, או שהמידע הקיים בעניינם חלקי מעצם טיבו וטבעו, כך שמטבע הדברים מצב הזכויות הנחזה ביחס לאותם נכסים עלול להיות שגוי. האפשרות לפיה עלולים הממונים לפעול על סמך בסיס עובדתי שגוי היא המסד ליצירת תקנת השוק בעניינם, שתכליתה לאפשר לממונים לנהל את הנכסים שעברו לניהולם, תוך הגנה על אינטרס ההסתמכות של הצדדים המתקשרים עמם ועל מנת שלא לפגוע בהתנהלות השוטפת עליה יוחלט ביחס לנכסים אלו. כך נפסק בהלכת האפוטרופוס הכללי:

"כללו של דבר: טיבם וטבעם של נכסים עזובים, שלא אחת קשה למצוא בעניינם ראיות רגילות ומקובלות להוכחת בעליו של הנכס, והצורך לדאוג לניהולם התקין והיעיל של נכסים אלה על-ידי האפוטרופוס הכללי (ראה סעיף 9(א) לחוק) מחייב, כי איתורם של הנכסים וקביעתם ככלולים בעיזבון, שלגביו ניתן צו ניהול על-ידי בית המשפט, ייעשה על-פי דרכי הבדיקה והחקירה, העומדים לרשותו של האפוטרופוס הכללי, ולפי הנחת דעתו, ומתוך הנחה, כי חקירה זו של גוף ציבורי מוסמך אכן תקינה ויעילה היא. ומאחר שרק בהנחה עסקינן, מצא החוק לנכון לקבוע, כי "פעולה שנעשתה בתום לב בין האפוטרופוס הכללי לבין אדם אחר, מתוך הנחה שנכס פלוני הוא נכס עזוב תעמוד בתקפה גם אם נתגלה לאחר מכן שהנכס לא היה עזוב" (סעיף 16 לחוק), וכן קבע אחריותו של האפוטרופוס הכללי לנזיקין (סעיף 19 לחוק). מתוך כלל הוראות אלה עלה בידינו, מצד אחד, פיקוח וטיפול נאותים בנכסים עזובים על-ידי האפוטרופוס הכללי, ומצד אחר - הגנה מלאה וטובה על כל מי שבא במשא ומתן עם האפוטרופוס הכללי ועל כל מי שעלול להיות נפסד, משנמצא כי נכס אינו בבחינת נכס עזוב ולא צריך היה להיות בניהולו של האפוטרופוס הכללי".

67. כך גם נפסק ביחס לאפוטרופוס לנכסי נפקדים כי "חוק נכסי נפקדים כלו בא לענות על תהפוכות שהזמן גרמן, עם נטישת נכסים בקנה מידה גדול והצורך להשתמש בנכסים אלה למטרות דחופות של שיכון עולים ועבודות פיתוח. במצב דברים זה קשה היה להמנע מטעויות עקב אינפורמציה לקויה- והמקרה שלפנינו יוכיח..." (ע"א 170/66 אל-דין נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים פ"ד כ (4) 433, 435 (1966)). עוד נפסק ש"תכליתו של הסדר מסוג "תקנת שוק" היא להגן על רוכשי הנכסים, לצמצם את הסיכון שאליו הם חשופים ובכך לאפשר מסחר תקין ושוטף" (הלכת דריני בפס' 4; כן ר' תכליותיו הכלליות של חוק נכסי נפקדים בבג"ץ 4713/93 גולן נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים פ"ד מח (2) 638, 644-645 (1994); הלכת ולירו בפס' 30; ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן פס' 16 (נבו, 15.4.2015)).

68. אף הממונה פועל באזור, באקלים שאינו נקי מטעויות ו"אינפורמציה לקויה". מרבית המקרקעין באזור אינם מקרקעין מוסדרים. אף ביחס למקרקעין הרשומים במרשם כלשהו לא ניתן תמיד להסיק בנקל מסקנות מהרישום, ויש לזכור עוד כי קיימות הגבלות על העיון במרשמים השונים. הממונה אף מנהל מקרקעין תפוסים שהרישום אינו נותן להם מענה, בהיותו מבוסס על שכבה ביטחונית, שאינה כפופה לגבולות הקרקע המוסדרת, אלא לגבולות הצורך הצבאי, כפי שחשבו המפקד הצבאי. לאור כל אלה, תכליתו של סעיף 5 היא לאפשר לממונה לנהל את הרכוש הממשלתי כראוי, כאשר ברור כי על מנת לשמור על הנכסים יש לאפשר סחירות בהם על מנת שיהא בהם מחזיק שידאג לנכס, ובין היתר למנוע פלישות לא מוסדרות אליהם. על מנת לקדם אינטרס ציבורי זה של ניהול ראוי של הרכוש הממשלתי, יש לחזק את ההגנה על אינטרס ההסתמכות של אלו המתקשרים עם הממונה, תוך מתן חסינות מפני טעויות העלולות להיגרם במהלך תפקודו.

69. מאחר שאין תקנת השוק שבסעיף 5 באה לקדם הגנה על ההסתמכות על המרשם, ממילא אין לצפות, כפי שמצפים המערערים, כי התנאים להחלת תקנת השוק שבסעיף 5 יהיו דומים לתנאי תקנת השוק הקבועים בחוק המקרקעין, ועל כן רישום העסקה איננו מהווה תנאי לתחולת הסעיף. תנאי תקנת השוק שבסעיף 5 מחילים תנאים דומים לאלו הנדרשים בתקנת השוק שבסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים ובסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי.

70. יצוין עוד כי לא בהכרח כל התנאים הקבועים בסעיף 5 הם תנאים מקלים. כך למשל, סעיף 5, לשם החלתו, מחמיר ודורש כי לא רק רוכש הזכות ירכוש אותה בתום לב, אלא אף הממונה, מקנה הזכות, יפעל בתום לב. זאת, בניגוד לתקנת השוק הקבועה בסעיף 10 לחוק המקרקעין, שאינה דורשת כתנאי לתחולתה את תום ליבו של המוכר. מנגד, סעיף 5 מקל ואינו דורש כי העסקה תשוכלל ברישום, וזאת לאור סוגי המקרקעין השונים באזור אותם נדרש הממונה לנהל, ולאור אי הוודאות ביחס למצב הזכויות במקרקעי האזור. מעבר לכל אלו מובן כי ככל שתחול חובת רישום ביחס לעסקאות שנעשו עם הממונה הדבר יצמצם עד מאוד את קשת המקרים בהם ניתן להחיל את הוראות הסעיף, עד כדי הפיכתו לאות מתה. ברגיל עסקאות הנעשות באיזור אינן נרשמות בפנקסים, ועל פניו, על סעיפי החוק, לרבות הסדר תקנת השוק, לשקף באופן נאמן את הדרך בה השוק פועל.

71. פרשנות תכליתית של ההוראה החוקית מביאה לכלל מסקנה שמקום בו ניתן לפרש הוראה חוקית במספר דרכים, יש לילך בדרך שמאפשרת תחולה סבירה של הדין, על פני הדרך שמאיינת את התחולה של ההוראה החוקית. גם מטעם זה יש לפרש את הוראות הסעיף ככאלו שאינן מחייבות רישום כתנאי לתחולה.

72. המערערים מסתמכים על הלכת **אל-נזאר** שם נקבע שצו 59 אינו משנה מהדין המהותי הנוהג באזור, ומסיקים הימנה כי סעיף 5 אינו משנה מהדין המהותי באזור. מסקנה זו שגויה, שכן הלכת **אל-נזאר** עסקה ספציפית בהוראה ראייתית, המצויה בסעיף 2 לצו 59, והקובעת שאם אישר הממונה שרכוש כלשהו הוא רכוש ממשלתי, אזי "ייחשב אותו רכוש לרכוש ממשלתי כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר". ביחס לסעיף 2 אכן נקבע כי אין בו משום שינוי מהדין המהותי (ר' אף הלכת **אבו קמל** בפס' 8), אולם אין להסיק מהלכת אל-נזאר שסעיף 5 אינו קובע הוראה מהותית.

73. מכל מקום ייאמר כי לאור העובדה שהממונה מנהל את הנכסים ואיננו הבעלים של נכסי המקרקעין, ממילא העסקה עימו לא מעבירה לקונה את הבעלות בנכס אלא רק את הזכות נשוא העסקה, שממילא נחותה מזכות הבעלות. בהקשר זה הוראת תקנת השוק במקרים אלו מהווה מעין קביעה ביחס לזכויות בקרקע ש"מתלבשת" על הזכויות הקיימות ועל שכבת הבעלויות.

74. לאור הכרעת בית המשפט, שהמדינה אינה חולקת עליה, עמדת המדינה היא שיש להחיל את תקנת השוק על מצפה כרמים.

"עסקה"

75. לטענת המערערים לא נערכה ביחס לחלקות שבנדון "עסקה" בין הממונה להסתדרות הציונית, שכן הסכם ההרשאה נערך אך ורק ביחס לשטח צו התפיסה שאינו כולל את החלקות הנדונות.

76. בית המשפט קמא מצא את עדותו של מר נהרי כמהימנה ביחס לשאלה זו, וקבע כממצא עובדתי כי הסכם ההרשאה מתייחס למלוא שטח מערכת הנחיות 223. לאור ממצאי העובדה שקבע בית המשפט קמא, המבוססים,

בין היתר, על ממצאי מהימנות של עדים והתרשמותו הבלתי אמצעית מעדותם, עמדת המדינה היא שאין להתערב בממצאי העובדה שקבע בית המשפט קמא, ויש לקבוע כי הסכם ההרשאה אכן מתייחס למלוא שטח תכנית 223.

77. עוד טענו המערערים כי "בר-רשות" אינה זכות שחל לגביה סעיף 5. טענה זו יש לדחות שכן, ככלל, אין הכרח לפרש את המונח "עסקה" בהתאם למשמעות מונח זה בחוק המקרקעין הישראלי, אלא על סמך משמעותו של המונח בדיני האזור בכלל, הצו בדבר רכוש ממשלתי בפרט, ולאור עקרונות המשפט הכלליים הקובעים כי הממונה מקבל אך את החזקה ברכוש הממשלתי, **באופן זמני**, ולא את הבעלות בו. יצויין כי זכות השימוש מהווה אף היא זכות לגבי מקרקעין, ולמעשה מהווה לעיתים קרובות נשוא עסקאות הנעשות עם הממונה.

78. לפי סעיף 3 לצו "הממונה ינהל את הרכוש הממשלתי בו נטל את החזקה..." סעיף 3(2) קובע אלו "עסקאות" רשאי הממונה לערוך: הממונה רשאי "לבצע כל עסקה הכרוכה בניהול הרכוש הממשלתי". העסקאות בהן עוסק הצו, אפוא, הן עסקאות הכרוכות בתפקידו של הממונה לנהל את הרכוש הממשלתי. המונח "ניהול", מוגדר בסעיף 1 לצו 59, באופן רחב ביותר: "לרבות שימוש, ייצור, הפעלה, הפקה, עיבוד, קניה, מכירה, מסירה, הובלה, החכרה, השכרה או כל פעולה הקשורה באחד מאלה; או בשמירה על רכוש, בתפעולו או בתחזוקתו". ניהול הרכוש הממשלתי כולל "שימוש" בו, ומכאן ש"עסקה" בה עוסק סעיף 5 כוללת בתוכה גם עסקה שבגדרה ניתנה הרשות להשתמש במקרקעין.

79. המסקנה לפיה כולל המונח "עסקה" אף עסקאות "זמניות" במקרקעין, כדוגמת עסקת הרשאה, מתחייב אף מכך שהממונה לפי כללי המשפט הבין-לאומי ממילא אינו יכול למכור רכוש ממשלתי "מכר עולמי", שכן נמסרו בידו אך ורק זכויות החזקה, הניהול ואכילת הפירות, ואף זאת באופן זמני, עד לקביעתם של הסדרים מדיניים ביחס לאזור. לעמדת המדינה, אפוא, המונח "עסקה" כולל בחובו את כלל העסקאות שאותן מוסמך הממונה לבצע ברכוש ממשלתי באזור, ובפרט עסקת הרשאה המבטאת מתן חזקה למוטב בר הרשות.

סעיף 5 אינו כולל בחובו דרישת רישום\ צו בדבר רישום עסקאות

80. עוד טוענים המערערים, כי אף אם סעיף 5 קובע בחובו "תקנת שוק", אין להחיל את הסעיף במקרה דנן, וזאת משום שהסכם ההרשאה שנכרת עם ההסתדרות הציונית, ועם המשיבים לאחר מכן, לא נגמר ברישום. המערערים תומכים יתדותיהם בהוראות צו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים (יהודה והשומרון) (מס' 569), התשל"ה-1974 (להלן: "צו הרישום" או "צו 569").

81. סעיף 3(א) לצו הרישום קובע כי "הרשם ינהל מרשם לרישום עסקות במקרקעין שהוראות סעיף 2 חלות עליהן (להלן-מרשם הרשאות) ובו יתנהל פנקס לרישום עסקות".

82. סעיף 4 לצו הרישום קובע:

- (א) כל עסקה במקרקעין שהוראות סעיף 2 חלות עליהם טעונה רישום במרשם ההרשאות.
 (ב) עסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה ואולם לא יהיה לה כל תוקף לגבי הממונה.
 (ג) התחייבות לעשות עסקה טעונה מסמך בכתב.
 (ד) ".....".

83. מסעיף 4 מסיקים המערערים כי הסכם ההרשאה שבנדון אינו "קנייני" אלא אך התחייבות לעשות עסקה, וממילא לא יכולה להתקיים לגבי תקנת השוק הקבועה בסעיף 5. טענה זו יש לדחות, וזאת מחמת מספר טעמים.

84. ראשית, סעיפים 3-4 שצוטטו לעיל חלים על מקרקעין "שהוראות סעיף 2 חלות עליהם". לפי סעיף 2: "הוראות צו זה יחולו רק על אותם מקרקעין עליהם חל הצו בדבר רכוש ממשלתי ומקרקעין שנתפסו לצרכים צבאיים או שנרכשו לצרכי ציבור שיוגדרו בצו על ידי מפקד האזור" (ההדגשה אינה במקור-א"י).

85. ואכן, בעקבות צו הרישום, ניתנו צווים נוספים על ידי מפקד האזור, המגדירים מקרקעין שונים שעליהם יחול צו הרישום. הצו הרלבנטי לעניינינו הוא צו שניתן על ידי מפקד האזור ביום 9.12.1979, הקובע כדלהלן:

"מתוקף סמכותי לפי סעיף 2 לצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסויימים...הנני קובע בזאת כי הוראות הצו יחולו על מקרקעין מן הסוגים המפורטים בסעיף 2 לצו והנמצאים בישוב שתחומיו נקבעו או ייקבעו בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות...וכן בצו בדבר ניהול מעלה אדומים..." (ר' קמצ"מ מס' 46, עמ' 350).

86. אין חולק כי שטח מצפה כרמים אמנם מצוי בסמוך לכוכב השחר, השייך למועצה אזורית מטה בנימין, אולם רובו המכריע של השטח שעליו ממוקמת מצפה כרמים מצוי מחוץ לשטח המועצה האזורית (ר' סעיף 13 לחוות דעת קמ"ט מדידות יו"ש, מר אבי פטיק (מש/20)). לאור האמור, הצו בדבר רישום כלל אינו חל על שטח מצפה כרמים ולא חלה כלל ועיקר בענייננו ההוראה לפיה "עסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה...".

87. שנית, אף אם נניח כי החלקות שבנדון היו מצויות בתחומי המועצה האזורית, לא ניתן לפרש את סעיף 4(ב) כחל על עסקה שנכרתה על ידי הממונה, אלא יש לפרש את הוראת סעיף 4(ב) כחלה אך ורק על עסקה שנכרתה בין פרטיים.

88. לשונו של סעיף קטן 4(ב) מחייבת פרשנות זו. כאמור, קובע סעיף 4(ב) כי "עסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה ואולם לא יהיה לה כל תוקף לגבי הממונה" (ההדגשה אינה במקור-א.י.). סעיף 4(ב) מקבל משמעות והיגיון כאשר עסקינן בעסקה בין פרטיים. בין פרטיים, עסקה שלא נגמרה ברישום כמורה "כהתחייבות לעשות עסקה", תוך שנקבע בהמשך הסעיף כי לגבי הממונה לא יהיה לה כל תוקף, דהיינו, לא יהא לה תוקף של "קנייני", ואף לא תוקף של "חיוב". לא ניתן להחיל את הסעיף על עסקה שהממונה הוא צד לה, שכן החלה של הסעיף על הממונה מובילה לסתירה פנימית ולתוצאה לא הגיונית, לפיה, יהא לעסקה שערך הממונה, כל עוד לא נגמרה ברישום, תוקף של "התחייבות" לפי הרישא, ובד בבד, לפי הסיפא, "לא יהיה לה כל תוקף לגבי הממונה".

89. דומה שתכליתו של צו הרישום היא לכוון מרשם זכויות בו תירשמונה "שרשרת הזכויות" של עסקאות הרשאה שנעשו במקרקעין שונים באזור, כהגדרתם בסעיף 2. לצד תכלית זו, מבקש צו הרישום להקנות לממונה מעין "סמכויות פיקוח" בגדרן הוא רשאי שלא לאשר עסקאות שנערכו בין פרטיים במקרקעין שעליהם חל משטר "מרשם ההרשאות".

90. כך, קובע סעיף 11(ב) לצו הרישום כי "לא תירשם עסקה במקרקעין שהוראות סעיף 2 חלות עליהם במרשם המתנהל על פי דין, אלא בהסכמת הממונה". על רקע הוראת סעיף 11(ב) יש להבין את הוראת סעיף 4(ב) הקובעת, כאמור, כי עסקה שנערכה בין שני צדדים, ולא נגמרה ברישום, "רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה ואולם לא יהיה לה כל תוקף לגבי הממונה", שכן לפי סעיף 11 לא ניתן לרשום עסקה במרשם ההרשאות "אלא בהסכמת הממונה" (ר' גם הוראה דומה המצויה בסעיף 8(א)), הקובע כי לא יחזיק אדם במקרקעין אלא אם הוא מחזיק בהם על פי הסכם עם הממונה והעסקה נרשמה בפנקס ההרשאות).

91. הנה כי כן, מצו הרישום בכללותו, ומהוראותיו הפרטניות, עולה כי ההוראה הקבועה בסעיף 4(ב) מתפרשת אך ורק על עסקאות המתבצעות בין פרטיים, שכן תכליתה היא להותיר בידי הממונה שיקול דעת שלא לאפשר למאן דהו לרכוש הרשאה במקרקעין עליהם חל הצו. מכך נובע, שעסקה שלא נרשמה, הרי היא כ"התחייבות לעשות עסקה" בין הצדדים לה, ואין לה כל תוקף לגבי הממונה כל עוד לא נרשמה.

92. **שלישית**, סעיף 5 אינו מתנה את תחולתו ברישום. פרשנות זו, עולה בקנה אחד עם סעיף 10 לצו הרישום, שממנו עולה כי צו הרישום לא בא לגרוע מהוראות הצו בדבר רכוש ממשלתי. זו היא לשונו: "מבלי לגרוע מכלליות הוראותיו של הצו בדבר רכוש ממשלתי, יהיה הממונה רשאי לנקוט לגבי המקרקעין שהוראות סעיף 2 חלות עליהם בכל הצעדים הדרושים לצורך ניהולם והפקת פירות מהם.... ולהקנות בהם זכויות לכל אדם, הכל בכפוף לתנאים שנקבעו על ידו". סעיף 10 לצו הרישום, קובע, למעשה, כי אף ביחס למקרקעין שחלים עליהם הוראות סעיף 2, הממונה עצמו לא יהא מוגבל על ידי הוראות הצו, בניהולם, ובהפקת הפירות מהם, והוא יהא רשאי להמשיך לנהלם, ואף "להקנות בהם זכויות לכל אדם", "בכפוף לתנאים שנקבעו על ידו".

93. **רביעית**, תקנת השוק ביחס לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, פורשה בהלכה הפסוקה כמתפרשת אף על עסקות שנערכו בין האפוטרופוס לנכסי נפקדים לאדם אחר, שעה שהמקרקעין עוד לא היו רשומים על שם האפוטרופוס לנכסי נפקדים. כך למשל, נפסק ש".... אין נפקא מינה אם העיסקה נעשתה שעה שהנכס היה רשום על שם האפוטרופוס אם לאו, שכן ההקניה לאפוטרופוס של נכס שאושר על ידו כנכס נפקד אינה תלויה ברישום הנכס על שם האפוטרופוס" (ע"א 1397/90 דיאב נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים פ"ד מו (5) 789, 796 (1992); ע"א 6912/98 רבאח נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים פ"ד נח (2) 870, 876 (2004)). תקנת השוק שבסעיף 5 דומה לתקנת השוק הקבועה בעניינו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים. הן אינן באות להגן על הסתמכות על המרשם אלא להגן על הסתמכות על "אורגן", החשוף לטעויות מעצם טיבו וטבעו של התפקיד שאותו הוא ממלא.

הדמיון בין 2 תקנות שוק אלה, מוליך אף הוא אל המסקנה, כי תקנת השוק בעניינו של הממונה אינה דורשת את רישומה של העסקה לשם "שכלולה". ודוקו, לעמדת המדינה, בעניינו העובדה כי העסקה לא נרשמה במרשם אינה פוגעת בשכלולה, והיא הושלמה גם ללא רישום.

"אדם אחר"

94. לטענת המערערים, עסקה עם ההסתדרות הציונית אינה עסקה עם אדם אחר "שכן אין המדובר אלא במערכת יחסים פנימית בין גופים ממשלתיים העוסקים בהקמת יישוב" (ר' סעיף 72 לסיכומי הערעור).

95. סעיף 5 עוסק בעסקה "שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר...". בסעיף 1 הוגדר המונח "אדם" – לרבות תאגיד, או חבר בני אדם שאינו מאוגד". בהקשר זה נציין כי ההסתדרות הציונית היא אישיות משפטית נפרדת מהמדינה, אולם יחד עם זאת ייתכנו מקרים בהם תהיה זהות אינטרסים בין ההסתדרות הציונית למדינה בהקשרים שונים, או אף שההסתדרות הציונית תפעל כמעין גורם ביצוע מטעם המדינה. מערכת היחסים שבין המדינה להסתדרות הציונית היא מורכבת על רקע מספר היבטים ומשכך השאלה ביחס לתחולת סעיף 5 בעסקאות של הממונה על ההסתדרות הציונית עשויה להיות רלוונטית במקרים שונים (במאמר מוסגר יש לציין שתקנת השוק שבסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, ביחס למקרקעין, יש לה תחולה על עסקאות מכר בעלות שבין האפוטרופוס לנכסי נפקדים לבין רשות הפיתוח, שכן האפוטרופוס לנכסי נפקדים יכול למכור נכס מסוג מקרקעין אך ורק לרשות הפיתוח (ר' סעיף 19(א)(1) לחוק נכסי נפקדים)).

96. **מכל מקום, לעמדת המדינה, אין צורך להכריע בשאלה זו במסגרת ההליך שבנדון.**

97. מבלי להכריע בשאלת מעמדה של ההסתדרות הציונית לעניין תחולתו של סעיף 5 בהקשר הכללי, תבהיר המדינה כי היא אינה עומדת על כך שבכל מצב ועניין, יעמוד הממונה על קיום העסקה, רק מעצם קיומו של חוזה בין הממונה להסתדרות הציונית. לגופו של ענין, במקרה זה, מובן כי העסקה הגיעה לכלל "שכלול" ואף מומשה, שכן הזכויות של ההסתדרות הציונית הועברו לצד השלישי, הם התובעים בפני הערכאה דלמטה. על כן, דין טענות המערערים במישור זה להידחות.

תום לב

98. בשונה מתקנות שוק אחרות המטילות את חובת תום הלב על רוכש הזכות, סעיף 5 מחמיר יותר, במובן זה שהוא מטיל חובת תום לב אף על מעביר הזכות, וזאת בדומה לתקנות השוק הקבועות בחוק נכסי נפקדים ובחוק האפוטרופוס הכללי.

99. דרישת תום הלב בסעיף 5 היא, ככלל, דרישה לתום לב סובייקטיבי ועל פניו איננה דרישה לתום לב אובייקטיבי, כך שהתרשלות מצד הממונה, לא תשלול את דרישת תום הלב. יחד עם זאת לא ניתן לשלול לעולם

את האפשרות כי במצבים מסוימים ייקבע כי הממונה לא עמד בדרישת תום הלב גם אם מבחינה סובייקטיבית הוא היה תם לב. יש לשים לב לכך שהדרישה להתקיימות תום לב אצל מעביר הזכות היא דרישה מחמירה, שאין אותה בתקנות שוק אחרות, ויש בה כדי לפגוע שלא כראוי ברוכשי זכויות מאוחרים, שלא היה בידיהם למנוע את התאונה המשפטית. מכל מקום בעניינו לא נידרש להיכנס לעובי הקורה של היבט זה לאור הכרעות בית המשפט קמא. כמו כן, כך נפסק בתקנת השוק הדומה, הקבועה בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, כי דרישת תום הלב היא סובייקטיבית. כך נפסק ש"דרישת תום הלב פורשה בפסיקה כדרישה סובייקטיבית בעיקרה, כאשר נבחנת השאלה האם האפוטרופוס ידע או חשד כי לא מתקיימים תנאי החוק לעניין הגדרת הנכס כנפקד...". עוד נפסק, ש"בכדי שיישלל תום ליבו של האפוטרופוס אין די ברשלנות מצידו ולפיכך אין רלוונטיות לשאלה מה היה עליו לדעת או במה היה לחשוד" (הלכת דריני, בפס' 4 - 5; ע"א 3747/90 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עיזבון המנוחה תורייתא פ"ד מו (4) 366, 361 (1992); הלכת חוות מקורה בסעיף 18; ע"א 6858/99 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' טברי פ"ד נח (4) 577, 581 (2004); ור' החלטות ועדות הערר הנזכרות בסעיף 164 לפסק הדין קמא).

100. בית המשפט קמא קבע כממצא עובדתי כי הממונה פעל בתום לב במקרה דנן, וזאת בין היתר, לאור סברתו של הממונה כי צו התפיסה חל על מלוא שטח מפת מערכת ההנחיות 223. בהתאם לכך, סבר הממונה כי שטח מערכת ההנחיות הוא שטח התפיסה, ואך בשל כך, הועתקה מצפה כרמים למיקומה הנוכחי, מתוך כוונה להסדירה ולהסמיכה לשטח היישוב כוכב השחר.

101. יש אף לדחות את טענת המערערים לפיה דרישת תום הלב נדרשת בכל שלבי גלגולה של העסקה, מעת כריתתה ועד לרישומה, וזאת בדומה לתקנת השוק הקבועה בסעיף 10 לחוק המקרקעין. תקנת השוק שבסעיף 5 אינה דומה לתקנת השוק שבסעיף 10, כפי שפורט לעיל בהרחבה. בין היתר, סעיף 5 אינו דורש את רישום העסקה שערך הממונה והוא חל באזור בו מרבית הקרקעות אינן מוסדרות, כך שלא ניתן לערוך היקש, בין סעיף 10 לחוק המקרקעין לבין סעיף 5 שבנדון. יצוין, כי אין המדינה טוענת כי דרישת תום הלב לא צריכה להתקיים אצל הממונה ואצל ההסתדרות הציונית עד לשכלולה של העסקה, אך אין הכרח כי תתקיים עד לרישום הזכות במרשם ההרשאות, וממילא הדבר לא נבחן בבית המשפט קמא.

תמורה

102. הדרישה למתן תמורה אינה חלק מהתנאים הנזכרים בסעיף 5 לשם החלתה של תקנת השוק. יחד עם זאת, ניתן לעורר את השאלה, האם יש להכניס את יסוד התמורה לסעיף. מטענת המערערים כי לא הוכח ששולמה תמורה בגין הסכם ההרשאה (ר' סעיף 76 להסכם ההרשאה), ניתן להסיק כי תשובתם לשאלה זו היא חיובית.

103. תכלית דרישת התמורה בתקנות השוק השונות היא בכך שהיא מהווה אינדיקציה למידת ההסתמכות של רוכש הזכות: **"הצידוק להטלתה של דרישת התמורה על הזכאי המאוחר הוא בכך שמתן תמורה מצדו מצביע על הסתמכות משמעותית שלו על העסקה"** (ר' מ' דויטש, קניין, 232 (כרך ג') (התשס"ו-2006) (להלן: "קניין").

104. תכלית זו עולה בקנה אחד עם תכלית סעיף 5 בדבר הגנה על אינטרס ההסתמכות של מי שמתקשר עם הממונה בעסקה ביחס לרכוש ממשלתי. אשר על כן, לעמדת המדינה, יהיה זה ראוי לבחון במסגרת סעיף 5, את יסוד "התמורה" כחלק מבחינה כוללת ביחס למידת הסתמכותו של מי שהתקשר בעסקה עם הממונה. יש לבחון את יסוד התמורה במובן זה שתשאל השאלה, האם רוכש הזכות, בהסתמכו על העסקה, שינה את מצבו לרעה, כך שבמידה שהעסקה תתבטל ייגרם לו נזק שאינו מבוטל.

105. הגיונם של דברים מחייב שמאחר שהשיקול המנחה להחלת תקנת השוק, במקרה דנן, היא הפגיעה ברוכש הזכות, ממילא לא צריכה להיות כל נפקא מינה לשאלה, האם רוכש הזכות שינה את מצבו לרעה עקב תשלום למוכר הזכות, או ששינה את מצבו לרעה מחמת כל סיבה משמעותית אחרת. כך גם כותב פרופ' מיגל דויטש:

"מושג התמורה בהקשר זה הוא צר מדי. על פי הרציונל לדרישה הנדונה, מן-הראוי להתחשב גם בגורמי הסתמכות נוספים, שאינם דווקא מתן תמורה לצד שכנגד לעסקה, אלא נוגעים לשינוי מצב כתוצאה מהעסקה. הכוונה היא להתקשרויות עם צדדים שלישיים בהסתמך על העסקה, או הוצאת הוצאות שונות בהסתמך על כך. עוצמת השינוי לרעה כתוצאה מכך יכולה להיות משמעותית ביותר. גורם ההסתמכות, במובנו הרחב האמור (שלאו דווקא בהקשר תמורה לצד שכנגד) הוא גורם אשר הדין מגן עליו בהקשרים שונים. ואכן, הפסיקה קבעה כי יש לפרש את מושג התמורה, בענייננו, ככולל כל סוג של שינוי מצב לרעה בהסתמך על העסקה"

(קניין בעמ' 232-233; ור' עמדה דומה בד' פרידמן וא' בר-אור, דיני עשיית עושר ולא במשפט, 1341 (התשע"ח-2017)).

106. בדומה לקביעות אלה, פסק בית המשפט הנכבד בהלכת חוות מקורה (בעמ' 25) פסיקה היפה לענייננו:

"מדובר בהשקעות לטווח ארוך, המהוות שינוי לרעה בהסתמך על החוזה, שהבטיח, כאמור, למערערת, אפשרות ניצול לתקופה ארוכה. מבחינת הסדר התשלומים הגיעו אמנם הצדדים להסדר המבוסס על תשלום שנתי, אך מבחינה מהותית לא ניתן לומר שכל תשלום שנתי עומד כנגד החכירה לאותה שנה. נראה כי בנסיבות אלה, למרות החלק העתידי שבתשלומים, ניתן לומר שהתקיים יסוד התמורה".

107. לאור הקביעה בהלכת חוות מקורה כי התקיימה דרישת "התמורה" המשקפת שינוי מצב לרעה, נמנע בית המשפט הנכבד מלדון בשאלה, האם תקנת השוק הקבועה בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, שאף הוא אינו דורש תמורה כתנאי לתחולתו, כלל מצריכה "תמורה" לשם שכלולה (ר' הלכת חוות מקורה בעמ' 25).

108. עיון בנסיבות במקרה שבפנינו, מגלה כי הן ההסתדרות הציונית והן המשיבים שינו את מצבם לרעה באופן מובהק שעה שהסתמכו על הסכם ההרשאה. כך למשל, במקרה דנן, על סמך הסכם ההרשאה, הסתמכו המשיבים על הממונה והמדינה והעתיקו את מרכז חייהם למצפה כרמים; המשיבים, אף צירפו מסמכים לפיהם הם העבירו תשלומי דמי שימוש להסתדרות הציונית ונטלו הלוואות המובטחות בשעבוד, כך שהן המשיבים שינו

את מצבם לרעה באופן משמעותי והן ההסתדרות הציונית שינתה את מצבה לרעה באופן משמעותי במובן זה, שבין היתר, היא מחויבת בחיובים חוזיים כלפי צד ג'. דהיינו אם תבוטל ההרשאה ביחס לחלקות שבנדון, היא עלולה להיות חשופה לדרישות כספיות מצד המשיבים כמפרת חוזה.

"רכוש ממשלתי"

109. סעיף 5 דורש כי העסקה שנעשתה על ידי הממונה תהא ביחס ל"נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי". במקרה דנן, בעת עריכת העסקה סבר הממונה כי החלקות הן שטח תפוס מחמת צו תפיסה שניתן בעניינן. האם שטח התפוס בצו תפיסה הוא "רכוש ממשלתי" לפי צו 59:

110. לפי סעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי, "רכוש ממשלתי" הוא-

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

(א) למדינת אויב;

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

או רכוש שאחד מהם היה שותף בו;

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

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

111. המונח "רכוש הוגדר בהרחבה כך שהוא כולל, בין היתר, "...רכוש דניידי או דלא-ניידי, לרבות כספים.... או כל זכות אחרת, מוחזקת או ראויה".

112. בית המשפט קמא קבע כי רכוש תפוס נכלל ב"הגדרת "רכוש ממשלתי", הכוללת לפי סעיף קטן (2), "מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון, על ידי רשות מרשויות צה"ל ועבור רשות מרשויות צה"ל....". במסגרת צו התפיסה, קבע בית המשפט קמא, לא הופקעה זכות הבעלות אלא זכויות השימוש והחזקה במקרקעין, הנכללים בהגדרת "רכוש" (ר' פס' 175-178 לפסק הדין קמא).

113. לעמדת המדינה, "רכוש" תפוס שנמסר על ידי המפקד הצבאי לניהול הממונה, הרי הוא בכלל "רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו" (ס"ק (3)). כאמור, "רכוש" כולל גם זכויות חזקה ושימוש. צו התפיסה מקנה את השימוש והחזקה במקרקעין התפוסים למפקד הצבאי, והלה מעבירו לניהולו של הממונה, כך שההגדרה בסעיף קטן (3) מתקיימת לגבי מקרקעין תפוסים שהועברו לניהול הממונה.

114. פרשנות המערערים אינה עולה בקנה אחד עם הגדרת "רכוש ממשלתי" כאמור, והיא אף אינה הולמת את המארג החקיקתי והפרקטיקה באזור. כך למשל, במידה שמקרקעין תפוסים אינם יכולים להיכלל בגדר "רכוש ממשלתי" אין זה מובן מדוע נדרשת חתימת הממונה על מערכות הנחיות המוגשות ללשכת התכנון מכוח הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים (ר' תקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ה-1984 הקובעות שלבקשה להיתר יש לצרף תעודה או אישור מאת הממונה).

115. זאת ועוד: בפרקטיקה נכרתים על ידי הממונה הסכמי הרשאה עם המתיישבים ביחס לשטחים תפוסים שנמסרו לניהולו. כמו כן, הממונה הוא שמשלם את דמי השימוש לבעלי הקרקעות שנתפסו (ר' ע"א 10558/07 **חברת ג.א.ל. נ' מדינת ישראל**, בפס' 3 (פורסם בנבו, 28.2.2012)).

116. עוד יצוין כי העובדה שהגדרת "רכוש ממשלתי", כנוסחה היום, נתקנה אך במסגרת התיקון לצו בדבר רכוש ממשלתי (קובץ מנשרים מס' 66 מיום 17.9.1984 (להלן: "**הצו המתקן**")), אינה מעלה או מורידה לעניין מקרה דנן, שכן הסכמי הרשאה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית, ביחס לכוכב השחר, נכרתו אף לאחר התיקון, והאחרון מביניהם, התקף כיום, נכרת בשנת 1997. בנוסף לכך, יש לציין עוד כי סעיף 2 לצו המתקן, שכותרתו "תשריר", קבע ש"פעולות שעשה הממונה, לפני תחילתו של צו זה, ברכוש ממשלתי כהגדרתו בפסקאות (2) ו-(3) להגדרת "רכוש ממשלתי", יראו אותן כאילו נעשו על פי צו זה".

טענות חוזיות שהעלו המערערים

117. בסיכומי הערעור, העלו המערערים טענה חדשה לפיה על הממונה לגרוע משטחי המשבצת של כוכב השחר את החלקות שבנדון, וזאת לאור סעיפים שונים בהסכם ההרשאה, הקובעים שהממונה יכול לשנות באופן חד-צדדי את שטח המשבצת ולגרוע ממנה שטחים (ר' סעיף ג' ו-17 להסכם ההרשאה (מע/7-מע/9) (להלן: "**סעיפי השינוי**")).

118. המערערים אינם צד להסכם ההרשאה ולפיכך הם אינם יכולים לדרוש מכוח דיני החוזים את הפעלת סעיפי השינוי. זאת ועוד: המערערים אף אינם יכולים לדרוש מהממונה, להפעיל את שיקול דעתו המנהלי-חוזי, ולהשתמש במקרה דנן בסעיפי השינוי נגד המשיבים, וזאת לאור האמור להלן.

119. מבחינה חוזית, עולה הספק, האם סעיפי השינוי בהסכמי הרשאה חלים במקרה דנן, בו טעה הממונה והקצה מקרקעין שלא היו רכוש ממשלתי. כך למשל, סעיף 17 המאפשר שינויים בשטח המשבצת חל "**במקרה וכתוצאה מהשינויים בתכנון בנין עיר, הסדר קרקעות וכיוצא באלה, ישתנו גבולותיה של המשבצת וכתוצאה מכך ישתנה שטחה**". סעיף 17 עוסק "בשינויים", קרי לא במצבים של "טעות" ביחס לעבר, אלא במצבים של "שינויים" עתידיים. כך גם סעיף ג' להסכם ההרשאה, קובע שלממונה זכות לשנות את גבולות המשבצת, וזאת אך מאחר שגבולותיה המדויקים של המשבצת "**טרם נמדדו וגבולותיה המדויקים טרם נקבעו סופית**". סעיף ג' אינו עוסק במקרה בו הממונה הקצה מקרקעין שלא היו רכוש ממשלתי. מאחר שסעיפי השינוי אינם חלים במקרה דנן, ממילא הדין שחל, ושאותו יש ליישם, הוא סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.

120. מבלי לגרוע מהאמור, מבחינה נורמטיבית, קבלת טענה לפיה על הממונה להפעיל את סעיפי השינוי בהסכמי הרשאה השונים, כל אימת שהוברר לו כי רכוש ממשלתי שהקצה אינו רכוש ממשלתי, משמעה איונו

של סעיף 5 שהוא דבר החקיקה החל במקרים אלה. יש להדגיש, כי אין המדינה טוענת כי בכל מקרה בו הוקצו בתום לב על ידי הממונה מקרקעין במסגרת הסכמי הרשאה שיש בהם סעיפי שינוי שונים, תהא התוצאה המשפטית כי אין להפעיל את סעיפי השינוי אלא אך ורק את סעיף 5. טענת המדינה גדורה למקרה דנן ונסיבותיו.

121. בנסיבות המקרה דנן, נראה כי ההסתדרות הציונית והמשיבים הסתמכו על המצג לפיו החלקות הן שטח תפוס ורכוש ממשלתי, וזאת לאור התנהלות הממונה, שכאמור בית המשפט קמא הכריע לגביה כי נעשתה בתום לב. מאחר ומדובר בהעתקת נקודת ההתיישבות לחלקות שבנדון, והשקעה של תשומות כספיות ואנושיות, מובן כי יש בכך שינוי לרעה מבחינתם, בשל ההסתמכות על העסקה. בהקשר זה, ומאחר שהטענות עולות לאחר שכבר בוצעו השקעות אלו, קשה לטעון כי יש על הממונה להפעיל כעת את סעיפי השינוי ולהביא לפינוי מכח הדין החוזי החל, בעוד שקיימת למסתמכים ההגנה של סעיף 5.

122. לא למותר לציין כי מדובר בהעלאת טענות ביחס להסתמכות של המתיישבים בחלוף תקופה ארוכה של כ 11 שנים. מובן כי בפרק זמן זה, ובפרט נוכח העובדה כי גורמים שלטוניים שונים היו מעורבים בהעתקת המקום ובפיתוחו, נוצרה טענת הסתמכות חזקה אצל המתיישבים שיש לה חשיבות בכל הנוגע לתחולת הוראות הסעיף.

123. יש לדחות אף את טענת המערערים לפיה יש להחיל על המקרה שבנדון את דיני תקנת השוק בישראל, וזאת לאור הוראת סעיף 21 להסכם ההרשאה הקובעת ש"הדין החל בישראל, כפי שיהיה בתוקף מפעם לפעם, יחול על כל האמור בהסכם זה..." (ר' מע/9). טענת המערערים אמנם מעוררת שאלה נכבדה, האם יכול הממונה, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, המשפט המנהלי ודיני האזור, להתנות על הדין הנוהג באזור ולהחיל על עצמו כללי משפט אחרים באופן המשפיע על זכויותיהם של צדדים שלישיים. כך למשל, ההליך שבנדון עוסק במחלוקת בין צדדים, המערערים מזה והמשיבים מזה, אשר אינם צד להסכם ההרשאה בו כלולה הוראת סעיף 21 שבנדון, ולפיכך יש לכאורה להחיל לגביהם אך ורק את הדין המקומי, את דין האזור.

124. לעמדת המדינה, אין צורך להכריע בשאלה זו במקרה דנן, שכן הוראת סעיף 21 הנ"ל מחילה את "הדין החל בישראל" אך ביחס ל"אמור בהסכם זה". מאחר ששאלת החלת תקנת השוק אינה נושא המוסדר במסגרת הסכם ההרשאה, ממילא לא חלה הוראת סעיף 21 במקרה דנן.

השתק ומניעות, היעדר זכויות, ופיצויים

125. אליבא דהמערערים סעיף 5 אינו קובע תקנת שוק, ויש להחיל בנידון דידן את הדין שחל באזור ערב כיבושו. לטענתם, הדין החל באזור מנוגד לדין תקנת השוק, ועל החלקות לחזור לבעליהן. לצד טיעון זה, הוסיפו המערערים בקצרה כי לפי הדין באזור ייתכן שבעלים של מקרקעין יהא מנוע ומושתק מלטעון לבעלותו במקרקעין המוחזקים על ידי מחזיק שלא כדין, כך שהמחזיק יוכל לגבור על הבעלים (ר' הדיון בטענה זו בע"א 87/51 ולירו נ'...

בראשי פ"ד ח 1264 (1954); כן ר' ת"א (י-ם) 2425-08 **עלא א-דין נ' חברת הימנותא** (פורסם בנבו, 8.1.2017) שם נזכרה חוות דעת בנדון, שהוגשה מטעם הימנותא בע"מ, ונערכה על ידי ד"ר לוי-שנור).

126. הגם שניתן לטעון כי בנסיבות מן הסוג המפורט על ידי המערערים, יהיו דווקא הם אלו המושתקים מלטעון טענות, הרי שבענייננו, בנסיבות ההליך, צעדנו בשעלי ההסדר של סעיף 5, אשר אינו דורש נסיבות של השתק כאמור. למעלה מכך, אף יתכנו נסיבות שבהן על בסיס החשיבות שמייחסות רשויות האזור לשמירה על קניין הפרט, ייוחס משקל נמוך לנסיבות של שיהוי ניכר בהעלאת טענות בעלי זכויות בקרקע, בוודאי במקרים בהם יש נסיבות מקלות המצדיקות את שיהוי זה, ולא תטען המדינה להשתק ומניעות.

127. מעבר לנדרש, אין לקבל הערעור, אף משום שהמערערים אינם רשומים כבעלי חלקות 13 ו-23 והם היו רחוקים מלהוכיח את בעלותם בחלקות אלה, וזאת כפי שקבע בית המשפט קמא (פס' 190 לפסק הדין קמא).

128. עוד יש לציין כי ככל שתתקבל עמדת המדינה בערעור שבנדון, וייקבע שיש להחיל את סעיף 5 על החלקות שבנדון, תיאות המדינה לשלם דמי שימוש לבעלי החלקות, אשר יוכיחו את זכויותיהם בחלקות.

סיכום

129. לאור כלל הנטען בכתב סיכומים אלה יש לדחות את ערעור המערערים. כמו כן, וכפי שציין בית המשפט קמא, "פסק הדין חל במערכת היחסים שבין הצדדים להליך זה וביניהם בלבד, ואין בו כדי לחייב את מי שלא היה צד להליך".

אפי יגל, עו"ד
ממונה במחלקה האזרחית
בפרקליטות המדינה

היום, ג' אדר ב', תשע"ט (10 במרץ 2019).