



## בבית המשפט העליון

דנ"א 6364/20

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות  
כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) נ' הנדל  
כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופטת ע' ברון

המבקשים :

1. שר הביטחון
2. המינהל האזרחי ביהודה ושומרון
3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
4. מפקד משטרת מחוז ש"י

נ ג ד

המשיבים :

1. עבד אלפתאח סאלחה
2. דאוד אחמד עלי רביע
3. חאזם חסין מחמוד עג'אג'
- 39-4. אנגיל איציק ואח'
40. ההסתדרות הציונית העולמית - החטיבה להתיישבות

המבקשים להצטרף כ"ידידי  
בית המשפט" :

1. שלום עכשיו ש.ע.ל מפעלים חינוכיים
2. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

דיון נוסף בפסק הדין של בית המשפט העליון (כב' הנשיאה  
א' חיות, המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופט נ' הנדל) בע"א  
7668/18 מיום 27.8.2020

תאריך הישיבה : כ"ז בתשרי התשפ"ב (3.10.2021)

בשם המבקשים : עו"ד אפי יגל

בשם המשיבים 3-1 : עו"ד חוסאם יונס

בשם המשיבים 4-23 : עו"ד ירון קוסטליץ ; עו"ד אביעד שאולזון

בשם המשיבים 24-39 : עו"ד הראל ארנון ; עו"ד גלי פרלמן

בשם המשיבה 40 : עו"ד אהוד עינבר

בשם המבקשת להצטרף 1  
כ"ידיד בית המשפט" : עו"ד מיכאל ספרד

בשם המבקשים להצטרף 2-3  
כ"ידידי בית המשפט" : עו"ד שלומי זכריה ; עו"ד רוני פלי ; עו"ד ליאור צור

## פסק-דין

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

דיון נוסף בעקבות פסק דינו של בית משפט זה בע"א 7668/17 סאלחה נ' אנג'ל מיום 27.8.2020 (הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופט (כתוארו אז) נ' הנדל). במוקד הדיון השאלה אם החלקות שעליהן ממוקם היישוב מצפה כרמים הוקצו על ידי רשויות האזור להסתדרות הציונית, ואם התושבים הישראליים שמחזיקים במקרקעין לצרכי מגורים (להלן: המחזיקים), רשאים להמשיך לעשות כן. הדיון הנוסף תחום לשאלת אמות המידה המשפטיות לבחינת עקרון תום הלב בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו בדבר רכוש ממשלתי או הצו), יישומן, ויישום יתר תנאי הסעיף האמור במקרה דנן.

רקע עובדתי – כוכב השחר ומצפה כרמים

1. את הרקע העובדתי שנוגע לענייננו יש לפתוח בהליכי הקמת היישוב הסמוך למצפה כרמים – כוכב השחר. בחודש מאי 1973 יזם הממונה על הרכוש הממשלתי (להלן: הממונה) את הקמת היישוב "כוכב השחר", וזאת בהמשך לסקר בעלויות שביצע משרדו, ולאחר סיור שהתקיים בשטח בהשתתפות גורמי צבא והמחלקה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית (פירוט הרקע העובדתי מבוסס בעיקרו על המסמכים שצירפה המדינה לתצהירו של סא"ל אביעד כספי בבית המשפט המחוזי; להלן: תצהיר כספי). ביום 3.2.1975 הורה המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (להלן: האזור), בהתאם להוראות סעיף 90 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970 (להלן: הצו בדבר הוראות בטחון), על סגירת שטח לצרכי אימונים (צו בדבר שטחים סגורים (שטח כ"ד) (יהודה והשומרון) (מס' 576), התשל"ה-1975 (להלן: צו הסגירה או צו 576)). לצו הסגירה צורפה מפה בקנה מידה 1:50,000 וגבולותיו סומנו במפה בקו שחור. סגירת השטח בצו הפכה את הכניסה אליו ואת היציאה ממנו בלא היתר

לעבירה בהתאם לצו בדבר הוראות בטחון (סעיף 3 לצו הסגירה). במסמך מיום 18.2.1975 שכותרתו "צו סגירת שטח בכוכב השחר" צוין כי הצו מלווה במפה לסגירת שטח של 1,000 דונם בכוכב השחר (למען שלמות התמונה יוער כי צו הסגירה בוטל בשנת 2009; ראו צו סגירת שטחים "כוכב השחר" מס' 576/75 ס', התשל"ה-1975 (ביטול) התשס"ט-2009). לאחר הוצאת הצו הוחלט לסמן את גבולות השטח הסגור בחביות (ראו נספח 4 לתצהיר כספי; כן ראו: סעיף 5 ל"מיקום המאחז מצפה כרמים-כוכב השחר" חוות דעת של קמ"ט מדידות איו"ש, אבי פטיק, ואת העולה בחקירתו של פטיק בבית המשפט המחוזי, בעמ' 242, ש' 27-32, ובעמ' 243, ש' 1-23 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). ביום 29.12.1975 דיווח הממונה לסגן מפקד האזור על סגירת השטח (בהיקף של כ-1,070 דונם) ופירט את הבעלות בקרקעות: 665 דונם הוגדרו כ"אדמות נוכחים"; 269 דונם כ"אדמות נפקדים" ו-136 דונם כאדמות מדינה. באותו דיווח ציין הממונה כי "מוצע למקם המאחז באדמות מדינה שהן טרשיות" (נספח 5 לתצהיר כספי).

2. בשנת 1976 התקבלה החלטה הת/12 של הוועדה לעניני התיישבות המשותפת לממשלה ולהסתדרות הציונית "היאחזויות נח"ל" ולפיה מאחז כוכב השחר א' יהיה להיאחזות נח"ל (במסמך מזכירות הממשלה צוין כי "ההחלטה לא נרשמה בפרוטוקול הוועדה להתיישבות מפאת אופיה הסודי"). בשנת 1979 החליטה ועדה זו על אזרוח היאחזות הנח"ל בכוכב השחר (החלטה הת/19 "ההתיישבות החדשה – איזרוח היאחזויות נח"ל"). בהמשך לכך, במכתבו של ראש ענף נכו"מ (נכסים ומחנות) במפקדת האזור מיום 8.7.1980, צוין כי "בכוונת המטכ"ל לבחון אפשרות לשנות את צו הסגירה לצו תפיסה"; כי הכוונה היא "לאפשר להסתדרות הציונית העולמית להוסיף מבנים בכוכב השחר כדי לאזרח ולאכלס הישוב"; כי הקמת המבנים תתאפשר "אך ורק" בתחום שטח הסגירה; וכי ההסתדרות הציונית העולמית (היא המשיבה 40 בדיון נוסף זה; להלן: ההסתדרות הציונית) "תוודא אי חריגה מתחומי השטח הסגור" על פי מפת צו הסגירה. ביום 29.7.1980 חתם מפקד האזור על צו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 18/80 (יהודה והשומרון), התש"ם-1980 (להלן: צו התפיסה); יוער כי מספר חודשים קודם לכן ניתן פסק הדין בבג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: עניין אלון מורה) והתקבלה החלטה 145 של הממשלה ה-18 (11.11.1979) שלאחריהם נפסקה כמעט לחלוטין הפרקטיקה של הקמת יישובים על שטח שנתפס לצרכים צבאיים). בצו צוין כי השטח שנתפס נועד לצרכים צבאיים והוא סומן במפה שצורפה לצו (בקנה מידה 1:20,000). כעולה מהמכתב הנלווה לצו התפיסה מיום 30.7.1980, הוא "נמצא בתחום" צו הסגירה; הוא אינו חופף אותו במלואו; והוא קטן יותר וגודלו 850 דונם. עוד צוין

במכתב הנלווה כי ההסתדרות הציונית "תוודא אי חריגה" מהצו בעבודות המימוש וכן תוודא העברת תכניות מתאר לאישור לשכת התכנון העליונה.

3. בחודש אוגוסט 1980 אוזרחה היאחזות הנח"ל על ידי גרעין מ"גוש אמונים". ביום 23.2.1981 נחתם בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית "הסכם הרשאה" לפרק זמן של כ-5 שנים (להלן: הסכם ההרשאה הראשון). כעולה מהסכם זה, ההסתדרות הציונית "מעוניינת לקבל מהממונה את החזקה בשטח הנמצא ב-האחזות נחל כוכב השחר והכולל 1071 דונם המסומן בקו אדום על גבי המפה המצורפת להסכם זה [...] לצורך הקמת ישוב ובסוסו". במסגרת ההסכם הצהירו הצדדים כי "ידוע להם כי גבולות המשבצת טרם נמדדו וגבולותיה המדוייקים טרם נקבעו סופית, ולממונה הזכות לשנותם" (סעיף 2.2 להסכם). המפה שצורפה להסכם הייתה מפת צו הסגירה ועל גביה נכתב "כוכב השחר צו תפיסה: 576 כד' שטח כ-1071 ד'". יושם אל לב כבר עתה כי הגם שנכתב על המפה המונח "צו תפיסה", היקף השטחים בהסכם ההרשאה דומה להיקף השטחים שדווח שנסגרו בצו הסגירה; ועל המפה הנלווית להסכם צוינו נתונים שתואמים את צו הסגירה (היקף השטח והמספר 576 כד', מספר צו הסגירה). על המפה האמורה חתומים הצדדים ובהם יהודה נהרי, הממונה בשעתו (להלן גם: נהרי). כעולה מהמסמכים שהובאו בהליכים שיתוארו להלן, הסכם ההרשאה חודש בשנים 1990, 1995 ו-1997 (תוקפו של ההסכם האחרון הוא ל-49 שנים; יוער כי הסכם הרשאה משנת 1985 לא צורף), ככולם צוין היקף השטח שצוין בהסכם ההרשאה הראשון, אך במפות שמצורפות לכל ההסכמים המאוחרים נמחקה המילה "תפיסה" (כך שכתוב עליהם "צו [מחוק – ע' פ' 576 כד'").

4. בכל הנוגע למישור התכנוני, ביום 17.1.1982 אושרה להפקדה תכנית מתאר מפורטת 223 "ישוב קהילתי כוכב השחר" (1982) (להלן: תכנית 223; ראו גם הגדרת המונח "מערכת הנחיות", בתקנה 1 לתקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון), התשמ"ה-1985)). התכנית הוכנה על ידי ההסתדרות הציונית (כפי שנקבע במסגרת צו התפיסה) ועל התכנית (כפי שצורפה) חתום הממונה מכוח הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982 (להלן: הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים או צו 997; ו-הממונה מכוח צו 997, בהתאמה). יוער כי לא ברורה נקודת הזמן שבה חתם הממונה מכוח צו 997 על התכנית, וברי כי הדבר לא נעשה במועד אישורה להפקדה (מאחר שבשלב זה טרם נחקק צו 997). במשבצת "בעל הקרקע" חתום הממונה דאז, נהרי. כעולה מהתכנית, היא נערכה על ידי "הסוכנות היהודית – המחלקה להתיישבות" ושטחה 1,416 דונם (דהיינו, שטחה גדול במאות דונמים משטח צו הסגירה ומשטח צו התפיסה). כעולה מפרק ג' של התכנית, רק 423 דונם משטח התכנית אושרו

לבינוי ולפיתוח (שטחים אלה נמצאים בתחום צו התפיסה; ראו סיכומי המדינה בהליך בבית המשפט המחוזי שיתואר להלן, סעיף 15). יתר 993 דונמים משטח התכנית סווגו כ"שטח שייעודו ייקבע בעתיד", וצוין לגביו כי הייעוד ייקבע לאחר שיתבהרו "אפשרויות הרחבת גבולות היישוב" וכי "כל בניה לא תותר בשטח עד לאישור תוכנית מפורטת שתקבע ייעודו" (סעיף 10 לתכנית). יוער כבר עתה שבשטח זה, נמצאים המקרקעין נושא ההליך (שבהם ממוקם היישוב מצפה כרמים), מחוץ לצו הסגירה ומחוץ לצו התפיסה. הודעה על הפקדת התכנית נמסרה ביום 28.6.1983 (נספח 16 לתצהיר כספי).

5. ביום 17.5.1990 שלח שלמה מושקוביץ, הממונה על מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (הוא הממונה מכוח צו 997; להלן: מושקוביץ), מכתב למשרד הבינוי והשיכון ובו התריע כי חלק מהמגרשים בתכנית 223 "נמצאים מחוץ לגבולות התפיסה בפועל (מחוץ לגדר היישוב)" וכי לפיכך "יש להימנע מלקחת בחשבון מגרשים אלה וכל שטח אחר שמחוץ לגבול התפיסה הצבאית בפועל בתהליך התיכנון והבינוי כל עוד לא אושרו ע"י המנהל האזרחי גבולות שונים". כחודש לאחר מכן התריע גם ע' רע"ן תשתית במנהל האזרחי, רב סרן יאיר בלומנטל (להלן: בלומנטל), כי "אין כל בסיס משפטי" שיכול לאשר בינוי במגרשים שמחוץ "לגדר המקורית של צו התפיסה" וכי צו התפיסה "עפ"י מימושו בפועל לא חל על מגרשים אלו" (ההדגשה במקור – ע' פ'; ראו גם מכתב מראש מדור תכנון ומדידות במינהל האזרחי מיום 8.11.1994 שממנו עולה שיש צורך לערוך שינוי במפת הסכם ההרשאה "תוך הכנת מיפוי מתאים של היישוב עפ"י גבול התפיסה בפועל קרי הגידור הקיים"; נספח 22 לתצהיר כספי). חרף הצפת קשיים אלה בעניין גבול היישוב, אושרה בשנת 1995 תכנית מתאר מפורטת 223/1 "שינוי לתכנית מתאר מפורטת מס' 223 ליישוב קהילת כוכב השחר" (1995) (להלן: תכנית 223/1) שלא שינתה באורח ממשי את גבולות תכנית 223 (ביחס לשטח תכנית 223 נוספו לתכנית 4 דונם, כך ששטחה הכולל 1,420 דונם). לענייננו, רלוונטי בעיקר שינוי יעוד המקרקעין שבהם ממוקם היום היישוב מצפה כרמים לייעוד חקלאי. במכתב נוסף מאת ראש מדור תכנון ומדידות מיום 7.12.1995 – לאחר אישור תכנית 223/1 – צוין כי למרות האמור במכתבה, אושרה התכנית על בסיס הגבולות הישנים (גבולות תכנית 223).

6. עד כה עמדתי על הליכי הקמת היישוב כוכב השחר, אך כאמור עניינו של הדיון הנוסף במצפה כרמים, ועל כן נפנה לבחון כיצד הוקם היישוב מצפה כרמים. עובר לשנת 1999 היה ממוקם מדרום מערב לכוכב השחר היישוב "מעלה שלמה" (שכונה אף הוא "מצפה כרמים"; להלן: מצפה כרמים הישן). ביום 28.10.1999 ניתן תוקף של החלטת ממשלה להחלטה הח/2 של ועדת השרים לעניין התיישבות ביהודה, שומרון וחבל עזה

(יש"ע) מיום 10.10.1999 (החלטה 471 (הת/2) של הממשלה ה-28). במסגרת ההחלטה נקבע כי ראש הממשלה ושר הביטחון יוסמך 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 הבטחוניים והמשפטיים הרלבנטיים". בהמשך להחלטה זו, התקיימה ביום 12.10.1999 ישיבה בין ראש הממשלה ושר הביטחון (דאז), אהוד ברק, לבין ראשי מועצת יש"ע. במסגרת אותה פגישה הוצגה רשימה של 42 ישובים ("נקודות") שחלקם יפוננו, בחלקם יוקפא התכנון ואחרים "יוסרו" – במסגרת גיבוש "הסכם המאחזים". בעניין מצפה כרמים הישן הוחלט על פינויו והדרג המדיני החליט "לאשר לקדם הליכי תכנון לתב"ע שתוגש בתחום שיפוט כוכב השחר, עבור 10 קרוואנים בתחום קו כחול של תב"ע מס' 223/1 שבתוקף. כן מאושר לבצע עבודות הכנה לקליטת הקרוואנים בתחום תב"ע זו במקביל להליכי התכנון" (מכתבו של בלומנטל מיום 21.10.1999, נספח 38 לתצהיר כספי). במכתב מיום 22.10.1999 עדכן עוזר המזכיר הצבאי לשר הביטחון שהקרוונים מ"מאחז כרמים" יפוננו לתחום "תוכנית המתאר של כוכב השחר שבתוקף. יש להשלים את אישור תוכנית ההצבה עבור הקרוונים".

7. ואכן, מספר ימים לאחר מכן, ביום 25.10.1999, יזמה הוועדה המיוחדת לתכנון ובניה מועצה אזורית מטה בנימין את תכנית מתאר מפורטת 223/1/5 שתכליתה שינוי ייעוד של 14.4 דונם בשטח תכנית 223/1 מייעוד חקלאי למגורים (להלן: תכנית 223/1/5). הקרוואנים יועדו לעבור לשטח זה. בדיון בוועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה בשבתה כוועדה מייעצת לממונה, הועלה כי התכנית מצויה בתחום צו סגירה של שטח אש 906 (צו סגירת שטח מס': 4/99 ס', התשנ"ט 1999; להלן: צו סגירת שטח אש 906) ונקבע כי "התכנית שהוגשה אינה בשלה לחתימתו של הממונה" (פרוטוקול מס' 14/99 מיום 27.10.1999; נספח 42 לתצהיר כספי). בהמשך, ביום 7.11.1999, נערך דיון בראשות אלוף פיקוד המרכז דאז, משה יעלון (להלן: יעלון), בעניין תכנית 223/1/5. במסגרת הדיון התברר כי המיקום שמוצע לקרוואנים מצוי בשולי "משפך בטיחות" של אזור מטווחי טנקים. כעולה מסיכום הדיון, עמדת יעלון הייתה כי עבודת המטה בעניין העברת מצפה כרמים הישן הייתה לקויה; כי מיקום הקרוואנים פוגע בשטח אש; וכי יש לערוך בדיקה "מדוקדקת" להשפעת מיקום הקרוואנים על משפכי הבטיחות עובר להעברתם. בדיון שנערך ביום 17.1.2000 הוחלט כי המינהל האזרחי יעצור את ההליך התכנוני ובכלל זאת את תכנית 223/1/5.

8. ביום 27.1.2000 דיווחה היחידה המרכזית לפיקוח באזור יהודה על עליית מצפה כרמים לשטח. דווח כי "באתר יש 15 קראוונים ועוד 2 יבילים קטנים, 9 מאוכלסים [...]

כל הקראוונים מחוברים לתשתיות ולאחר נסללה דרך ביום 26 ינו' 2000". אעיר כבר בשלב זה שאין מסמך שמבהיר מדוע מוקמו הקרוואנים היכן שמוקמו, ואם נוהל הליך מסודר לבחירת מיקום זה. כמו כן, אין תיעוד להעברת הקרוואנים, כך שאין אנו יודעים באיזה תאריך בוצעה ההעברה. במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי (שיתואר להלן), ציין אלוף הפיקוד דאז, יעלון, שהוא ליווה את עליית תושבי מצפה כרמים למקום (אך בהמשך דבריו בבית המשפט המחוזי שינה מדבריו; להרחבה, ראו בהמשך דבריי). הקרוואנים מוקמו על מקרקעין מוסדרים בבעלות פרטית פלסטינית, בשטח שאינו שטח תכנית 223/1/5, ובתוך צו סגירת שטח אש 906. לימים, ניתנה למצפה כרמים הכרה כישוב עצמאי (מכתב עוזר שר הביטחון להתיישבות מיום 9.2.2003). במכתב מאת רכזת תכנון מיפוי ומדידות מיום 11.5.2003 התבקשה עמדת היועץ המשפטי לאזור בבקשה ליתן חוות דעת לכך שגבול תכנית 223/1 חורג מצו התפיסה. עוד עולה מהמכתב שבשנת 2001 "תוקן" במסגרת תכנית 223/4 (שלא צורפה בהליך דנן) גבול התכנית לגבול צו התפיסה.

9. אם נסכם את הדברים עד לנקודה זו: במסגרת הסכם המאחזים הוחלט על העברת המבנים בישוב מצפה כרמים הישן ממיקומם. כחלק מקידום העברת היישוב התנהל הליך תכנוני שתכליתו העברת הקרוואנים לשטח תכנית 223, אך הליך זה לא נשא פרי (תכנית 223/1/5). בראשית שנת 2000 – ובנסיבות שלא התבררו עד תום – עלה על הקרקע מצפה כרמים במיקומו הנוכחי, מחוץ לשטח צו הסגירה, מחוץ לשטח צו התפיסה, בתוך שטח תכניות 223 ו-223/1 (בשטח שסווג בתכנית 223 כ"שטח שיעודו ייקבע בעתיד" ובתכנית 223/1 כשטח חקלאי) ובתוך שטח צו סגירת שטח אש 906. היישוב הוצב במקרקעין מוסדרים ורובו ניצב על חלקות בבעלות גורמים פלסטיניים פרטיים שונים (כפי שיתואר להלן).

ההליכים המשפטיים

10. בשנת 2011 הגישו המשיבים 1-3 עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בטענה כי המשיבים 2-3 הם הבעלים החוקיים (שאינם רשומים) של חלקות 13 ו-23 בגוש 19 (הן שתיים מתוך החלקות שעליהן מצוי היישוב מצפה כרמים); כי הבנייה בחלקות אלו נעשתה שלא כדין; וכי משכך יש לפנות את הבינוי ולסלק את הפולשים (בג"ץ 953/11 טאלחה נ' שר הביטחון; להלן: בג"ץ 953/11 או העתירה). צו ביניים שאוסר על בנייה נוספת בחלקות ניתן ביום 11.3.2013. כחלק מגיבוש תגובת המדינה לעתירה התברר כי השטח שבו ממוקם היישוב מצפה כרמים כמו גם חלק מהשטח

בתכנית 223/1 אינו בתוך צו התפיסה. המדינה טענה אפוא כי הממונה לא יכול היה להקצות את חלקות 13 ו-23 להסתדרות הציונית.

11. בעקבות הגשת העתירה הגישה בחודש נובמבר 2013 קבוצת תושבי מצפה כרמים (להלן גם: התובעים) תובענה לבית המשפט המחוזי בירושלים, שבגדרה התבקש בית המשפט להצהיר כי הם בעלי הזכות הקניינית בשטח וכי המקרקעין הוקצו כדין על ידי הממונה (יוער כי התביעה נגעה תחילה רק לחלקות 13 ו-23, שאליהן כוונה גם העתירה, אך בהמשך הוגש כתב תביעה מתוקן שנוגע לחלקות 11-16 ו-23; כן יוער כי כעולה מטענות המדינה, חלקה 16 בגוש 19 רשומה כאדמת מדינה; הליך זה יכולה להלן: ההליך האזרחי). במוקדו של ההליך האזרחי הוצבה השאלה אם לתובעים זכויות במקרקעין שבמחלוקת מכוח סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, שקובע, בתמצית, שעסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה לבין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי (הסעיף עומד במוקד הדיון הנוסף ויובא כלשונו בהמשך). המינהל האזרחי היה המשיב 4 לתביעה זו, ותחילה עמדתו הייתה זהה לעמדה שהובאה לפני בית משפט זה במסגרת בג"ץ 953/11 (בהמשך, חל שינוי בעמדה זו, כפי שיתואר גם להלן).

12. בג"ץ 953/11 וההליך האזרחי התנהלו משך זמן מה במקביל, וביום 9.11.2014 ניתן צו על תנאי בעתירה ונקבע בו כי על המשיבים ליתן טעם:

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

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

ג. מדוע לא תבוטל מערכת ההנחיות 223/1.

לאחר שהוגשו תצהירי תשובה, התקיים דיון בבג"ץ 953/11 ולאחריו נקבע ביום 16.11.2015 כי "בנסיבות החריגות של פרשה זו יש להמתין זמן סביר להכרעה [בהליך האזרחי – ע' פ']" (ההדגשה במקור – ע' פ'). עוד באותה החלטה הוצא צו שהורה על הקפאת המצב הקיים ואסר על בניה בחלקות.

פסק הדין בהליך האזרחי

13. ביום 28.8.2018 קיבל בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט א' דראל) את תביעת המחזיקים. בית המשפט נתן פסק דין הצהרתי שלפיו חלקות 11-16 ו-23 בגוש 19 הוקצו להסתדרות הציונית על ידי המנהל האזרחי בהסכם ההרשאה; כי למחזיקים זכויות בר רשות במקרקעין האמורים; וכי למשיבים 1-3 אין זכות לסלק את ידם של חלק מהתובעים מחלקות 13 ו-23 (הן, כזכור, החלקות שבעניינן התנהל בג"ץ 953/11). תחילה, דחה בית המשפט את טענת התובעים שלפיה שטח צו התפיסה לא מוגבל לגבולות שנקבעו בו, אלא כולל את כלל השטחים שעליהם חלה תכנית 223 (ומשכך, גם את המקרקעין שבו נמצאת מצפה כרמים). נקבע כי לא הונחה תשתית ראייתית לקביעה כי הגדר בשטח הייתה ממוקמת באופן שכולל את כלל השטחים בתכנית 223. עוד ציין בית המשפט כי לא הוכח שבהוצאת צו התפיסה התכוון מפקד האזור לחרוג מתחומי צו הסגירה, ואף נהפוך הוא – הוכח שהכוונה בצו התפיסה הייתה לצמצם את היקף השטחים שיתפסו.

14. הגם שכך, מצא בית המשפט כי פרשנות הסכם ההרשאה מוליכה למסקנה כי הוא חל על כל השטח שעליו חלות תכניות 223 ו-223/1. בית המשפט קבע כי כוונת הצדדים בהסכם ההרשאה הייתה להותיר את שטח ההקצאה "לקביעה עתידית", וזאת בהישען בין היתר על סעיף בהסכם שמפנה לאפשרות לשנות בעתיד את גבולות המשבצת ועל העובדה שהשרטוט שצורף להסכם נעדר קנה מידה, ושורטט בטוש עבה, מבלי לציין קואורדינטות או "כל מידע ברור אחר באשר לשטח שאותו הממונה מקצה" (סעיף 131 לפסק הדין). מסקנה זו נתמכת, קבע בית המשפט המחוזי, גם באישור תכנית 223 כשנה לאחר הסכם ההרשאה הראשון, תכנית שאושרה על יסוד הנחה (גם אם מוטעית) שהשטח המאושר הוא שטח שנתפס מכוח צו תפיסה. עוד ציין בית המשפט כי מתוך הראיות עלתה כוונה אמיתית להסדיר את המאחזים באופן קבוע לאחר העתקתם, ולכן העברת מצפה כרמים לא הייתה מאושרת אלמלא חשבו הגורמים המיישבים כי השטח האמור מצוי בתוך שטח התפיסה ובתוך השטח שעליו חל הסכם ההרשאה. עוד נקבע כי גם התנהגות הצדדים במשך השנים, תומכת במסקנה זו. בית המשפט המחוזי לא סבר שניתן ללמוד על אומד דעת הצדדים מכך שמכתבים מאוחרים להסכם ההרשאה לימדו שקיימים מגרשים שלא נמצאים בשטח צו התפיסה; מכך שבהסכמי ההרשאה הנוספים לא "תוקן הליקוי" ביחס להיקף השטח שהוקצה; מכך שהשטח שעליו ממוקמת מצפה כרמים אינו מיועד למגורים; ומכך שניסיון להסדרת הייעוד בתכנית 223/1/5 לא צלח.

15. נוכח הכרעתו כי המקרקעין שעליהם מוקם היישוב מצפה כרמים נכללים בשטח שהוקצה להסתדרות הציונית, פנה בית המשפט לדון בסוגיה שניצבת (בחלקה) בליבו של הדיון הנוסף שלפנינו והיא – האם יש בענייננו תחולה לסעיף 5 לצו בדבר רכוש

ממשלתית. בית המשפט קבע כי סעיף 5 קובע הסדר של תקנת שוק במקרקעין באזור יהודה ושומרון, שבאמצעותו ניתן להכשיר עסקאות שנעשו עם הממונה להעברתו של רכוש שבשעתו חשב הממונה שהוא בניהולו. בדומה להסדרי תקנת שוק אחרים, נקבע כי ההסדר מעדיף את הקונה המאוחר על בעל הרכוש, בכפוף להתקיימותם של שלושה יסודות: קיומה של עסקה במקרקעין; תום לב; וסיווגם של המקרקעין כרכוש ממשלתי.

אשר ליסוד העסקה, קבע בית המשפט כי הסכם ההרשאה הוא עסקה לכל דבר, וכי יש לראות בהסדרות הציונית "אדם אחר" כלשון הסעיף. מדובר, כך נקבע, בעסקה למתן זכות "בר רשות" במקרקעין שעליהם חלה תכנית 223. אשר לאופן בחינת יסוד תום הלב, קבע בית המשפט כי יש לבחון את אמונתו הסובייקטיבית של בעל הסמכות, כי אמונתו תהיה "כנה והגיונית" גם אם מוטעית וגם אם הטעות נבעה מרשלנות. בקביעה זו, הקיש בית המשפט מהסדר תקנת השוק שקיים בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 (להלן: חוק נכסי נפקדים) ומהפסיקה שפירשה אותו. בית המשפט קבע כי לא הונח בסיס לפקפק בתום לבו של הממונה בהתקשרותו עם ההסדרות הציונית ובהקצאת השטח. זאת, מאחר שהוא סבר, גם אם בטעות, כי צו התפיסה חל על מלוא השטח. לבסוף, קבע בית המשפט כי המונח "רכוש ממשלתי" יכול לחול, לצרכי סעיף 5, גם על מקרקעין שהחזקה בהם הושגה באמצעות צו תפיסה (שלא מפקיע את הבעלות אך מפקיע זכויות שנובעות מהבעלות).

16. ביום 28.10.2018 הגישו המשיבים 1-3 ערעור על פסק הדין (להלן: הערעור), וביום 16.12.2018 הוחלט כי הערעור ישמע בצוותא חדא עם בג"ץ 953/11. ההכרעה בשני התיקים עוכבה עד להכרעה בעתירות שכוונו לחוקיותו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (בג"ץ 1308/17 עיריית טלואד נ' הכנסת; להלן: חוק ההסדרה ועניין טלואד), וזאת מאחר שמצפה כרמים נמנתה על היישובים שנקבעו בתוספת לחוק זה. ביום 9.6.2020 ניתן פסק הדין בעניין טלואד ובו הוכרזה בטלותו של חוק ההסדרה, וביום 27.8.2020 ניתן פסק הדין נושא הדיון הנוסף.

פסק הדין נושא הדיון הנוסף

17. פסק הדין נושא הדיון הנוסף קבע (בדעת רוב) שסעיף 5 לא חל בנסיבות המקרה דנן. בהמשך להכרעה בסוגיה זו, נקבע בכל הנוגע לבג"ץ 953/11 כי המבנים בחלקות 13 ו-23 יפוננו לאחר שיימצא למחזיקים מענה חלופי ראוי והולם בדרך של הקצאת קרקע ומבנים חליפיים או העתקת המבנים הקיימים, וזאת בתוך 36 חודשים. דעות השופטים

נחלקו בעיקרם של דברים בשאלת ניתוחו של סעיף 5 לצו ויישומו בנסיבות המקרה דנן. אפרט עמדות אלו כעת.

18. בפתח פסק דינה, דנה הנשיאה א' חיות בשאלת נפקותו המשפטית של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. נקבע, כי לשונו של סעיף 5 משמיעה, על פני הדברים, הסדר מסוג תקנת שוק שבהתקיים התנאים שקבועים בו עסקה לא תיפסל ותעמוד בתוקפה גם כאשר המקרקעין אינם בבחינת רכוש ממשלתי, תוך השוואה להסדרי תקנת שוק בחוקים אחרים: בסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים; ובסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978 (להלן: חוק האפוטרופוס הכללי). זאת, הגם שבשונה מהסדרים אלה, בסעיף 5 לא קיימת הגנה דיונית (בדמות ביקורת חיצונית) על בעל הזכות המקורית (כפי שיפורט להלן). בהיבט תכלית החקיקה, עמדה הנשיאה חיות על כך שהסעיף נועד לאפשר לממונה לנהל את הנכסים שהוכרזו כרכוש ממשלתי תוך הגנה על אינטרס ההסתמכות של הצדדים שהתקשרו עמו. נקבע כי תכלית זו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הבינלאומי שחלות על המפקד הצבאי. עם זאת, צוין כי בחינת הקצאת השטחים שהוכרזו "רכוש ממשלתי" בפועל מלמדת כי הרוב המכריע הוקצה לטובת התיישבות ישראלית באזור. משכך, רוב מכריע של מי שיוכל ליהנות מהמנגנון שקבוע בסעיף 5 הם תושבי האזור הישראליים, תוך פגיעה בזכות לקניין של התושבים הפלסטיניים, תושבים מוגנים על פי דיני התפיסה הלוחמתית. בכך, נקבע, מעוררת ההתייחסות לסעיף 5 כהסדר תקנת שוק שאלות מורכבות בכל הנוגע להתאמה בין הדין שחל באזור לבין כללי המשפט הבינלאומי. הגם שכך, נפסק כי אין בקשיים אלה כדי להצדיק את ריקונו מתוכן של הסעיף ולכן יש לראות בסעיף 5 "הסדר של מעין תקנת שוק, בהבדלים המתחייבים מן המצב המשפטי הייחודי באזור [...]". אחד ההבדלים הבולטים בהקשר זה נובע מן העובדה שסעיף 5 לצו אינו מעביר את זכות הבעלות בנכסים, אלא זכויות פחותות מכך" (פסקה 37 לפסק דינה; ההדגשה במקור – ע' פ').

בנקודה זו פנתה הנשיאה ליישום תנאי סעיף 5 בענייננו. אשר ליסוד העסקה, נקבע כי אף מבלי להכריע בשאלות המשפטיות שמתעוררות בשאלה אם במקרה דנן מדובר בעסקה עם "אדם אחר", די בקשיים אחרים שמעוררת העסקה כדי להביא למסקנה שאין לסעיף תחולה בענייננו. צוין כי יש קושי באימוץ הטענה שהסכם ההרשאה הראשון היה מסוים דיו ושניתן להשלימו באמצעות תכנית 223. חרף קושי זה, פנתה הנשיאה לתנאי השני בסעיף 5 – תנאי תום הלב. בנוגע לתנאי זה קבעה הנשיאה שבית המשפט המחוזי שגה באמות המידה המשפטיות לבחינתו. נקבע כי את תום הלב יש לבחון באמת מידה קפדנית, נוכח הפגיעה בזכויות הקניין ובשל העובדה שמדובר במקרקעין המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. עוד נקבע כי מקום שבו התקיימו סימני אזהרה מחשידיים

ובעל הסמכות עצם את עיניו מלראותם, לא ניתן לומר שהוא צלח את מבחן תום הלב. בענייננו, עמדה הנשיאה חיות על כך שהממונה נהרי עצם את עיניו מלראות את סימני האזהרה המרובים שהיו לפניו בעת חתימת הסכם ההרשאה הראשון ובכלל זאת חוסר ההתאמה הבולט בין שטח צו התפיסה לבין שטח תכנית 223. משכך, נקבע כי הממונה לא צלח את דרישת תום הלב. אשר לרוכשת הזכויות, ההסתדרות הציונית, נקבע כי אף היא לא עמדה בדרישת תום הלב של הסעיף.

בבחינת למעלה מן הצורך, התייחסה הנשיאה גם לתנאי השלישי של הסעיף. נקבע כי הגם שאין מקום להתערב בקביעה העובדתית שהגורמים המיישבים סברו שהשטח במקרה דנן מצוי בתחום התפיסה, אין המונח "רכוש ממשלתי" מתפרס גם על שטח שנתפס בצו תפיסה לצרכים צבאיים. נפסק שאין לראות בתפיסת מקרקעין בצו תפיסה משום רכישה לצרכי ציבור (החלופה שקבועה בסעיף 1(2) לצו בדבר רכוש ממשלתי) או כרכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו (החלופה שקבועה בסעיף 1(3) לצו בדבר רכוש ממשלתי). נוכח האמור לעיל, ובהעדר תחולה להוראות סעיף 5 לצו בנסיבות המקרה, קבעה הנשיאה כי יש לקבל את הערעור, ולהורות על ביטול קביעותיו של בית המשפט המחוזי שלפיהן למחזיקים זכויות "בני רשות במקרקעין".

אשר לבג"ץ 953/11, ציינה הנשיאה כי הבנייה בחלקות 13 ו-23 היא בלתי חוקית ובקרקע פרטית, ומשכך "במצב הדברים הרגיל", ניתן היה להורות על סילוק יד ופינוי הבנייה הבלתי חוקית בהקדם. עם זאת, הוסף כי בענייננו מתקיימות נסיבות חריגות. בכלל זאת, עמדה הנשיאה על התנהלות המדינה הרשלנית בפרשה (התנהלות שאעמוד עליה בהרחבה בהמשך), בין היתר בניסיון להעביר את מצפה כרמים למיקום חלופי. התנהלות רשלנית זו, כך נקבע, לא עולה בקנה אחד עם חובתן של רשויות האזור לפעול בהתאם לכללי המשפט המינהלי. לכך הוסיפה הנשיאה את התנהלות משיבי המדינה בהליכים שתוארו, שדיברו ב"שני קולות" בהליכים שהתנהלו כאמור במקביל. התנהלות המדינה מוליכה למסקנה כי "מוטלת על המדינה החובה למצוא למתיישיבי מצפה כרמים פתרון חלופי" (פסקה 66 לפסק דינה). משכך, הציעה הנשיאה ליתן צו מוחלט שיורה על הפסקת כל פעילות בניה והכשרת קרקעות בחלקות 13 ו-23; שיורה שהמבנים בחלקות אלו יפוננו לאחר שיימצא למחזיקים בתוך 36 חודשים מענה חלופי ראוי והולם; וכי על המדינה לפעול בתוך 6 חודשים לקידום אישורה של מערכת הנחיות חדשה במקום תכניות 223 ו-223/1 (בגין חריגתן משטח צו התפיסה).

19. המשנה לנשיאה ח' מלצר הצטרף לפסק דינה של הנשיאה, והוסיף כי עמדתם הראשונית של משיבי הממשלה הייתה כי הממונה לא יכול היה להקצות את החלקות

להסתדרות הציונית והיא בתורה לא יכלה להתקשר עם המחזיקים בהסכמי בר רשות ביחס לחלקות אלו. המשנה לנשיאה ציין כי לשינוי שחל בעמדת המדינה בהמשך לא ניתן הסבר שעומד במבחני הפסיקה, במישור המשפטי או העובדתי.

20. בדעת המיעוט, קבע השופט (כתוארו אז) נ' הנדל כי דין הערעור להידחות ודין העתירה להימחק. תחילה, נקבע כי הסכם ההרשאה חל גם על המקרקעין שעליהם מצוי מצפה כרמים היום. לעמדתו, אין מדובר במקרה טיפוסי של פרשנות חוזה, מאחר שבשלב הדיוני הנוכחי הצדדים שניהם מסכימים על דרך פרשנותו. נקבע כי יש לבחון אפוא אם בכוח הראיות שהוצגו לסתור את עמדת הצדדים לחוזה בשלב הנוכחי. נקבע בהקשר זה שבשנת 1997, בעת חתימת הסכם ההרשאה שעומד בתוקף גם היום, סברו הצדדים כי המקרקעין שנכללו בתכנית 223 נתפסו בידי המפקד הצבאי והתכוונו לכלול גם אותם בהסכם ההרשאה. מכאן, פנה השופט (כתוארו אז) הנדל לבחינת התקיימות תנאי סעיף 5 לצו. ביחס לתנאי שעניינו עסקה בין הממונה לבין אדם אחר, נקבע כי בשים לב להסתמכות המחזיקים על הסכם ההרשאה ולמעורבות גורמי המדינה בהליכי העברת היישוב מצפה כרמים למקומו, ניתן לקבוע שבוצעה עסקה בין הממונה לאדם אחר, ואין צורך להכריע בשאלה אם הסכם "ערטילאי" בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית (שאינו כולל גורם שלישי שהתקשר עם ההסתדרות הציונית) עונה על תנאי זה. נקבע בנוסף כי התנאי בדבר היות המקרקעין "רכוש ממשלתי" מתקיים, מאחר שאת הגדרת מונח זה בסעיף 5, יש לבחון בנפרד מהגדרת המונח בצו. צוין כי השאלה שיש לבחון היא אם הממונה חשב שמדובר ברכוש ממשלתי, "ולא במעמדו של הרכוש מבחינת האמת המשפטית" (פסקה 10 לפסק דינו). נוכח תכליות סעיף 5 ובהן הצורך להקל על ביצוע עסקאות עם הממונה וליצור ודאות, יש לראות גם במקרקעין תפוסים שהועברו מהמפקד הצבאי לניהולו של הממונה לשם עריכת עסקאות כ"רכוש ממשלתי" לצורך סעיף 5.

אשר לדרישת תום הלב, נקבע כי תקנת השוק מאפשרת לרוכש הזכות להסתמך ככלל על עמדת הממונה מבלי לערוך חקירות מורכבות. לצד זאת נקבע כי אין די באמונה כנה של רוכש הזכות וכי במקרים מסוימים נתונים מחשידים והימנעות מבירורם יוליכו למסקנה שיסוד תום הלב לא מתקיים. בדומה, נפסק בכל הנוגע לתום הלב הנדרש מהממונה כי זה "יקפיד בבדיקותיו", ויברר כראוי נתונים מחשידים. בשאלת היקף הבדיקות שבהן מחויב הממונה, צוין כי הטלת נטל בירור כבד מדי תפגע ביכולתו של רוכש הזכות להסתמך על עמדת הממונה. בכל הנוגע ליישום הדברים בענייננו, ציין השופט (כתוארו אז) הנדל כי הצדדים לא התעלמו מהפער שבין המפות שצורפו להסכם ההרשאה לבין תכנית המתאר, אלא סברו כי המקרקעין בתכנית נתפסו בפועל, גם אם אין חפיפה למפות. כן צוין כי כעולה מעדות בלומנטל בבית המשפט המחוזי, בשטח היו

סימונים שמעידים על כך שהתפיסה בפועל כוללת את המקרקעין נושא המחלוקת. כמו כן, הישענות גורמי המדינה על תכנית 223 כמעידה על כך שמדובר בשטח תפוס, מלמדת ש"לא ניתן לומר שלא נערך בירור של הנתון החשוד" (פסקה 20). נקבע כי בירורים אלה מסירים את עננת עצימת העיניים מעל הצדדים להסכם. עוד נפסק כי הממונה פעל מתוך מודעות לתפקיד ורצון לפעול במסגרת גבולות המקרקעין התפוסים.

נוכח עמדתו שיש לדחות את הערעור האזרחי, נקבע גם כי אין מקום לקבל את העתירה בבג"ץ 953/11 כפי שהוגשה. זאת, מאחר שהיא התבססה בחלקה על ההנחה שהחלקות לא נתפסו בצו תפיסה וכי לא נעשתה לגביהם עסקה בת תוקף וכאמור להשקפתו לא אלה הם פני הדברים. משכך, קבע השופט (כתוארו אז) הנדל כי לו הייתה נשמעת דעתו העתירה הייתה נמחקת אך לא היה בכך כדי למנוע הגשת עתירה אחרת שכפופה למסקנות הדיון בהליך.

21. הנה כי כן, בפסק הדין נושא הדיון הנוסף נקבע, פה אחד, כי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע הסדר משפטי של "מעין תקנת שוק". דעות השופטים נחלקו אפוא בכל הנוגע לניתוח תנאי סעיף 5 וליישומם במקרה דנן. ביום 13.9.2020 הגישו המבקשים (להלן גם: המדינה) בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין ב"שני נושאים בלבד": הראשון, אמות המידה המשפטיות לבחינת תום לבו של הממונה; השני, הפרשנות שלפיה מקרקעין שנתפסו בצו תפיסה אינם בגדר "רכוש ממשלתי" (כהגדרת סעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי). בתגובתם לבקשה לדיון נוסף ציינו המשיבים 1-3 כי אף הם סבורים כי יש לקיים דיון נוסף בפסק הדין, אך לא בסוגיות שהועלו בבקשת המדינה, כי אם בקביעה כי בסעיף 5 יש הסדר של מעין תקנת שוק. ביום 24.11.2020 הורה השופט י' עמית (שלפי החלטת הנשיאה הובאה הבקשה לפניו) על דיון נוסף ש"יתקיים בשאלה מהן אמות המידה המשפטיות לבחינת עקרון תום הלב המעוגן בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967, ובאופן יישומן ויישום יתר תנאי הסעיף במקרה דנן".

אעיר כבר עתה כי הן בדיון לפנינו, הן בכתבי הטענות, ביקשו חלק מן הצדדים לסטות מגבולות הדיון שהותוו בהחלטת השופט עמית, אך בהקשר זה יש להזכיר את סעיף 30(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 שקובע במפורש כי בהחלטה לקיים דיון נוסף "רשאי בית המשפט או השופט לקבוע את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ומשעשה כן, לא יקויים הדיון הנוסף אלא באותה בעיה" (ההדגשה הוספה – ע' פ'). משכך, ככלל, אין לחרוג בדיון הנוסף מהבעיה שהוגדרה בחלטה על עריכתו (ראו והשוו: דנ"א 1595/06 עיזבון ארידור נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד סו(2) 58, 147-148

(2013); דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, 628-624, 637-634 (2004); ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 704 (1983); יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" 190 דורית ביניש 181, 259-263 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים 2018)). איני סבור כי בנסיבות המקרה דנן, ישנה הצדקה לחרוג מן הכלל ולסטות מגבולות הדיון הנוסף שהותוו בהחלטת השופט עמית.

#### טענות הצדדים

22. המדינה טוענת כי בפסק הדין נקבעה אמת מידה מחמירה לבחינת תום ליבו של הממונה, שייבחן באמת מידה קפדנית ובאופן סובייקטיבי ב"רף הגבוה". לטענתה, קביעה זו לא מתחייבת מהפסיקה הקיימת ביחס לתום ליבו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים. בנוסף, עמדת המדינה היא כי קביעת אמת מידה מעין זו שנקבעה עלולה לעקר את תכלית סעיף 5, שמבקש בעיקרו להקנות הגנה לצדדים שלישיים שהתקשרו בעסקאות עם הממונה. לשיטתה, דברים אלה נכונים ביתר שאת בנסיבות המקרה דנן, שבו לא מתחרים רוכשי הזכות מול הבעלים המקורי של הנכס. המדינה סבורה כי החלת מבחן סובייקטיבי ו"היעדר עצימת עיניים", כפי שנקבע בפסיקה, תוביל למסקנה כי הצדדים להסכם ההרשאה היו תמי לב. לדברי המדינה, הממונה והגורמים שהיו מעורבים בהעתקת מצפה כרמים שגו וסברו כי שטח התפיסה בפועל הוא השטח הרלוונטי, ולא מפת צו התפיסה, טעות זו היא טעות ביישום הדין שלא נגרמה בשל עצימת עיניים. המדינה ציינה כי בכל הנוגע ליסוד "רכוש ממשלתי" סומכת היא ידיה על עמדתו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל. מבלי לגרוע מכך, טוענת המדינה כי יש לראות ברכוש שנתפס בצו תפיסה כ"רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו" (לפי החלופה שקבועה בסעיף 1(3) לצו).

23. המשיבים 1-3 סומכים ידיהם על אמת המידה המשפטית שנקבעה ליישום עקרון תום הלב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף. לשיטתם, המחלוקת בין דעת המיעוט לבין דעת הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף נוגעת בעיקרה ליישום הדין, ולשאלה אם הבירורים שנערכו מקימים תום לב לממונה. לטענתם, אין כל יסוד עובדתי לטענה שבהעתקת מצפה כרמים למיקומו הנוכחי סברו גורמים רלוונטיים כי הוא מצוי בתחום צו התפיסה.

24. המחזיקים הצטרפו לטענות המדינה (יוער שהגם שהמחזיקים יוצגו בהליכים הקודמים במאוחד, הם מיוצגים במסגרת הדיון הנוסף במפוצל כפי שיפורט להלן). המשיבים 4-23 טענו כי אמות המידה המשפטיות לבחינת עקרון תום הלב צריכות להיות

זהות לאלו שנקבעו בסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים ובסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי. לשיטתם, עמדה זו לא הייתה במחלוקת בין השופטים בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, והמחלוקת נעוצה ביישום הדין. בכל הנוגע ליישום עקרון זה במקרה דנן, טוענים משיבים אלה כי דרישת תום הלב התקיימה גם לפי סטנדרט אובייקטיבי (ומקל וחומר לפי הסטנדרט הסובייקטיבי הקפדני שנקבע בדעת הרוב). המשיבים 24-39 ציינו בטענותיהם כי מדובר במקרה של "תחרות מדומה" מאחר שהמשיבים 1-3 אינם בעלי זכות בקרקע, ולכן לא היה צורך להידרש לשאלות שעל הפרק. בנוסף, לעובדה ש"אף לא אחד תובע זכות בנכס" יש השלכות ישירות על השאלות בדיון הנוסף. מחומר הראיות בתיק דנן עולה לשיטת המשיבים כי לא יכולה להיות מחלוקת בדבר היסוד הנפשי המוסדי הסובייקטיבי של הממונה. לטענת המשיבים, דעת הרוב בפסק הדין קבעה אמת מידה שקשה להבין כיצד יש לפרשה ושנשענת על ממדים אובייקטיביים. קבוצות המחזיקים (בשתי השלמות הטיעון) סבורות כי גם יתר תנאי הסעיף מתקיימים במקרה דנן.

25. בתגובתה לבקשה לדיון נוסף, הצטרפה ההסתדרות הציונית (החטיבה להתיישבות) לעמדת המדינה. לטענתה, דעת הרוב סותרת את חזקת התקינות המינהלית וחרגה מהמבחן "המקובל" במקרקעין לעניין תקנת השוק, וזאת חרף הפגיעה המובהקת במתיישרי מצפה כרמים.

בקשות ההצטרפות

26. בהליך דנן הוגשו שתי בקשות להצטרף כ"ידידי בית משפט". הבקשה הראשונה הוגשה מטעם שלום עכשיו ש.ע.ל מפעלים חינוכיים (להלן: שלום עכשיו). בחוות דעתה, מתארת שלום עכשיו את השלכות הרוחב הפוטנציאליות של דוקטרינת "תקנת השוק" על הזכויות הקנייניות בגדה; טוענת כי התנהלות החטיבה להתיישבות מעידה על חוסר תום לבה, בין היתר במקרה דנן שבו נתנה למחזיקים חוזי בר רשות גם אחרי הגשת העתירה ולאחר שניתן בה צו ארעי; וכי התנהלות הממונה בהקצאת קרקעות באופן כללי מעידה על חוסר תום ליבו. בקשת ההצטרפות השנייה הוגשה מטעם יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם והאגודה לזכויות האזרח בישראל. בבקשה זו, נטען בעיקרם של דברים, שפסק הדין נושא הדיון הנוסף נמנע מליתן משקל, במסגרת הדיון בסעיף 5 וביישומו, לחובות הרשויות כלפי התושבים המוגנים. לשיטתם, תום הלב של הממונה צריך להיבחן באופן אובייקטיבי ככל הניתן, וזאת כמתחייב מהחובות הקבועות במשפט הבינלאומי ההומניטרי.

החומר שהגישו המבקשות להצטרף וטיעונן המפורט הובא לעיונו. החלטנו להסתפק בכתובים ככל שהדבר נוגע לשאלה שהותוותה בהחלטה לקיים דיון נוסף בפסק הדין. על בסיס מכלול הנתונים והטענות שהוצגו לפנינו – הגיעה העת להכריע.

#### דיון והכרעה

27. השאלה שניצבת לפנינו היא אם לגבי המקרקעין שבו מצוי הישוב מצפה כרמים נעשה הסכם הרשאה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית, ואם בנסיבותיו של הסכם זה יש להחיל את הוראות סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. הדיון הנוסף יתמקד בשאלה המשפטית בדבר אמות המידה לבחינת תום לבם של הצדדים בעסקה שעליה חל סעיף 5, ביישומן, וביישום יתר התנאים שקבועים בסעיף בנסיבות העובדתיות המורכבות של המקרה דנן.

28. לפני מעבר לדיון בגופן של הטענות, אבקש להתייחס בקצרה לטענת המחזיקים שלפיה בגדר ההליך דנן "לא היה כל מקום להידרש למנגנון תקנת השוק" וכי "הדיון סביב תחולתו של סעיף 5 לצו כלל לא היה צריך להתחיל", מכיוון שמול המחזיקים לא ניצבו בעלי הזכויות בקרקע (סעיף 3 להשלמת הטיעון מטעם המשיבים 24-39). טענה זו אינה ברורה. המחזיקים הם שביקשו לבדוק את התקיימות תנאי סעיף 5 במסגרת ההליך האזרחי שהגישו. כך, ציינו במפורש בכתב התביעה שלהם, כי יש לקבוע כי בנסיבות המקרה דנן חל סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (ראו סעיפים 18-19, שם); וזו גם הטענה שניצבה בלב טיעונם המשפטי במסגרת הסיכומים שהגישו לבית המשפט המחוזי (ראו החל מסעיף 17 שם). דהיינו, היו אלה המחזיקים שביקשו בתביעתם את הכרעת בית המשפט בשאלת תחולתו של סעיף 5. משכך, לשאלה זו נפנה עתה.

29. נקודת המוצא לדיון הנוסף היא כאמור כי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע הסדר של "מעין תקנת שוק" במקרקעין. גם לשיטתי, וכפי שציינה הנשיאה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף (פסקאות 32-35 לפסק דינה), קביעה זו אינה נקייה מקשיים. כאמור, נוכח גבולות הדיון הנוסף שהובהרו לעיל, אין מקום לפתוח מחדש את הדיון בשאלה זו, שממילא לא נפרשו לפנינו מלוא טענות הצדדים בעניינה. על רקע נקודת המוצא האמורה, ניתוחו ופרשנותו של סעיף 5 כ"מעין תקנת שוק" צריכים להיעשות בשים לב לשלושה "קווים מנחים", שיש בהם כדי ללמדנו על גבולותיו. הקו המנחה הראשון עניינו בהשלכות הנובעות מכך שסעיף 5 – מופעל בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית; הקו המנחה השני נוגע לכך שאת ההסדר בסעיף 5, כיתר הסדרי תקנת השוק, יש לפרש בצמצום נוכח

פגיעתו בזכויות הקניין של הבעלים החוקי; והקו המנחה השלישי נוגע לדומה ולשונה בין ההסדר בסעיף 5 לבין הסדרים אחרים של תקנת שוק בדין הישראלי.

קו מנחה ראשון: "מעין תקנת שוק" בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית

30. תחילה, נפנה להבין את הסביבה הנורמטיבית שבה מצוי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. באזור חלים כידוע דיני ה"תפיסה הלוחמתית" שלפיהם המפקד הצבאי עומד בראש ממשל צבאי, ומשמש כ"זרועה הארוכה של המדינה" (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 492, 477 (2005); כן ראו באופן כללי: עניין סלואד, פסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 331, 353 (2009) (להלן: עניין אבו צפיה); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 514-516 (2005) (להלן: עניין חוף עזה); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 827 (2004); בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאוניה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4), 785, 792 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן)). במנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967 נקבע, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית, כי "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור" (סעיף 2 למנשר זה; להלן: מנשר מס' 2). לצד זאת, מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, מסורה למפקד הצבאי הסמכות לשנות את הדין המקומי, ומכוח סמכות זו הותקנה באזור תחיקת ביטחון מקיפה (תקנה 43 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 (להלן: תקנות האג); ראו למשל: עניין חוף עזה, בעמ' 519).

הווה אומר, מערכת הדינים שחלה באזור מורכבת רבדים רבדים, אשר משקפים את גלגוליו ההיסטוריים: רובד הדינים שחל באזור עם כניסת כוחות צה"ל בשנת 1967 (רובד זה אף הוא מורכב מהדין העות'מאני, הדין המנדטורי והדין הירדני); רובד המשפט הבינלאומי הפומבי, ובעיקר דיני התפיסה הלוחמתית; רובד תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי; ועקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי (ראו: עניין סלואד, פסקה 6 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; בג"ץ 5324/10 מלכה נ' המינהל האזורי ביהודה ושומרון, פסקה 12 (28.12.2011) (להלן: עניין מלכה)).

31. הצו בדבר רכוש ממשלתי הינו חלק מרובד תחיקת הביטחון המקיפה שהותקנה באזור על ידי המפקד הצבאי. הצו, שחוקק בשנת 1967, מגדיר מהו רכוש ממשלתי (סעיף 1 לצו קובע כי מדובר, בין היתר, ברכוש שהיה שייך למדינת אויב, במקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור או ברכוש שבעליו ביקש מהממונה לנהל אותו); מסמיך את הממונה ליטול חזקה ברכוש ולנקוט בצעדים שנראים לו דרושים לכך (סעיף 2 לצו); ומסמיך את הממונה לנהל את הרכוש ולבצע בו עסקאות (בתנאים ובהתאם לסעיף 3 לצו). סעיף 5 לצו, שמצוי בלב ענייננו, קובע כך:

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

כשרות  
עיסקות

בהתאם לקביעות בפסק הדין נושא הדיון הנוסף סעיף 5 קובע מנגנון שבכוחו להעדיף את המתקשר עם הממונה על בעליו של המקרקעין. זאת, על אף שכפי שנקבע בפסק הדין, הדין המהותי באזור עובר לכניסת כוחות צה"ל לא כלל מנגנון כאמור ועל פיו, להוציא מספר חריגים, זכותו של הבעלים הרשום הוכרה כעדיפה על זכותו של רוכש בתמורה ובתום לב (ראו פסקה 33 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; רונית לוי-שנור "ללא תקנה" על 'תקנת השוק' במקרקעין באזור יהודה והשומרון" משפטים נ(2) 307, 330-337 (2020) (להלן: לוי-שנור, ללא תקנה); בהקשר זה ראו והשוו לקביעות פסק הדין בעניין אל נאזר שכעולה מהן אין לראות בצו בדבר רכוש ממשלתי ככזה שמשנה את הדין המקומי המהותי; בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701, 706-705 (1982) (להלן: עניין אל נאזר)). אכן, כפי שנפסק, למפקד הצבאי נתונה סמכות לשנות את הדין הקיים ככל שהדבר נדרש לשם השגת תכליות שהן בגדר סמכויותיו. ואולם, סמכות זו צריכה להיות מופעלת בהתאם למגבלות שמציבים כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית ובכפוף לעקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי (בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 230-231 (1983); כן ראו למשל: בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45, 51-52 (1991)).

32. בהקשר שבו עסקינן, מקרקעין באזור, קובעת תקנה 55 לתקנות האג כי "המדינה הכובשת תיחשב רק כמנהל וכבעל טובת-הנאה בבניינים הציבוריים, נכסי דלא נידי, יערות ונחלות חקלאיות השייכים למדינה האויבת והנמצאים בארץ הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה". תקנה 46 לתקנות קובעת

כי "יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי" (ההדגשה הוספה – ע' פ'). לכך יש להוסיף שבפסיקתנו נקבע לא אחת כי המפקד הצבאי אינו מוסמך לקבוע הסדר שמיטיב באופן בלעדי עם התושבים הישראלים באזור, או עם צרכיה של המדינה שמחזיקה בשטח, תוך פגיעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים (עניין אבו צפיייה, בעמ' 364-365; בג"ץ 281/11 דאש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון, פסקאות 26-27 (6.9.2011); עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 794-795).

33. ההסדר בסעיף 5 עניינו במי שהתקשר עם הממונה ביחס לנכסים שהממונה חשבם בשעתו לרכוש ממשלתי. על פני הדברים, נוסחו של סעיף זה לא מבחין בין התקשרויות תושבים פלסטינים עם הממונה לבין התקשרויות של תושבים ישראליים. משכך, ניתן לטעון כי על פניו הוא עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הבינלאומי. עם זאת, כעולה מנתונים עדכניים לשנת 2018, שבריר מסך השטחים שהקצה הממונה הוקצו לטובת תושבים פלסטיניים (1,624 דונם לטובת תושבים פלסטיניים לעומת 674,459 דונם שהוקצו לטובת התיישבות ישראלית; פחות מרבע אחוז; ראו פסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה; עניין סלואד, פסקה 49 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). הצדדים ניסו לתת הסברים לפער זה, שנובע לגישתם מכך שלמתיישבים יהודיים אין דרך אחרת לקבל מקרקעין לצורך התיישבות (סעיף 21 להשלמת הטיעון מטעם המשיבים 24-39) – אך בכך אין כדי ליתן מענה לכך שבמישור התוצאתי מי שיהנה מההסדר, שעשוי להוליד פגיעה בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין, הוא כמעט באופן בלעדי המתיישבים היהודים (השוו: עניין אבו צפיייה, בעמ' 364; כן השוו בכל הנוגע להשלכותיה החלוקתיות של תקנת השוק בחוק נכסי נפקדים, חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 287-286 (2005)). חרף האמור לעיל נקבע בפסק הדין שסעיף 5 קובע הסדר של "מעין תקנת שוק" (פסקה 37 לפסק דינה של הנשיאה) וזאת בין היתר מאחר שפרשנות אחרת עשויה להוליך לריקונו של הסעיף מתוכן, עד כדי איונו (שם, בפסקה 36).

34. אף בהינתן קביעות אלו, שניצבות כאמור מחוץ לגדרי הדיון הנוסף, ברי כי פרשנותו של ההסדר שקבוע בסעיף 5 צריכה להיעשות בהתחשב בסביבה המשפטית שבה הוא פועל. פרשנות תנאי הסעיף צריכה להיעשות כשלנגד עינינו החובות המוטלות על המפקד הצבאי, ובהן חובתו להגן על זכות הקניין של התושבים המוגנים. הגנה זו, כבר נקבע, נושאת עמה חובה כפולה: חובה שלילית, להימנע מפגיעה בקניינם של התושבים המוגנים (ולהימנע מלפעול באופן שירוקן את הזכויות בנכסים מתוכנן); וחובה חיובית לבצע פעולות שמבטיחות שקניינם לא יפגע על ידי אחרים (עניין סלואד, פסקה 40 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון, פסקה 12 (8.2.2015);

בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון, פסקה 15 (25.12.2014); בג"ץ 5665/11 כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון, פסקה 14 (10.10.2012); בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית שלפי צו בדבר ועדות עררים מחנה עופר, פסקה 11 (20.3.2012)). סעיף 5 עניינו בעסקאות שערך הממונה ביחס לרכוש שלא היה רכוש ממשלתי. משכך, עלינו לתת את הדעת לכך שהרחבתו הפרשנית משמעה הרחבת מעגל העסקאות הלא כשרות שערך הממונה שיינתן להן תוקף משפטי. הרחבה זו היא בה כדי להעצים את הקשיים שמעורר סעיף 5, בהיותו הסדר שמיטיב באופן מובהק עם האוכלוסייה הישראלית באזור ושפוגע בזכות הקניין של התושבים המוגנים.

קו מנחה שני: הסדרי תקנת שוק יש לפרש בצמצום

35. הערה שניה, שנובעת אף היא מהקביעה שסעיף 5 קובע מנגנון של "מעין תקנת שוק" נוגעת לאופן שבו יש לפרש הסדרים מעין אלה באופן כללי. כידוע, עקרון יסודי דיני קניין הוא כי אין אדם יכול להקנות לזולתו יותר זכויות מאלו שיש לו (ובלטינית: *Nemo Dat Quod Non Habet*; וראו בהקשר זה הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595, בסעיף 507: "אין אדם יכול להקנות זכות בנכס העולה על זכותו שלו באותו נכס, אלא אם כן נקבע אחרת בחיקוק"). עקרון יסודי זה מכתוב לנו כי אדם אינו יכול להיות בעל זכות קניינית אם קנה את הזכות ממי שאינו בעליה, ואדם שנגזל ממנו קניינו ימשיך להיות הבעלים של הקניין גם אם התגלגל לימים לידיו של אדם שרכש אותו בתום לב (דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632, 658 (2003) (להלן: עניין כנען)); עדה בר-שירה "תקנת השוק – כפי ששונתה על-ידי חוק המכר, תשכ"ח-1968" הפרקליט כה 717, 718 (1969)). ואולם, לעקרון יסודי זה נקבעו חריגים, ובהם שורת הסדרים שמכונים "תקנות שוק". באופן כללי, תקנת שוק קובעת שרוכש של נכס יזכה בבעלות "נקייה" אף אם הנכס נרכש ממי שלא הייתה לו בעלות כזו, בהתקיים תנאים ברורים שנקבעו בדין.

36. תוצאת החלתן של תקנות השוק השונות היא, ככלל, הפקעת הבעלות בנכס מידי בעליו המקוריים. תוצאה קשה זו מחייבת כי פרשנות תנאי הסעיף תיעשה בצורה זהירה ודקדקנית. כך, כבר בימיה הראשונים של המדינה, התייחס בית משפט זה לתקנת השוק שקבועה בחוק נכסי נפקדים וציין בכל הנוגע לפרשנות הסעיף: "שומה עלינו לצמצם את גבולי תחולתו של הסעיף ככל האפשר. היינו: עד כמה שהדבר ניתן להיעשות בלי לעקם את הכתוב מפורש בנוסחו של החוק" (ע"א 131/53 מירזה נ' בינקובסקי, פ"ד ח 1461, 1468 (1954) (להלן: עניין מירזה)); כן ראו ע"א 7793/19 מדינת ישראל – רשות הפיתוח נ' עזבון עקל, פסקה 49 לפסק דינו של השופט ג' קרא (8.5.2022) (להלן: עניין עקל)).

בדומה, בכל הנוגע לתקנת השוק שקבועה בסעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) ציינה השופטת (כתוארה אז) א' חיות:

"ההגנה על רוכשים שהסתמכו על המרשם מוגבלת על פי הוראת סעיף 10 למקרקעין מוסדרים בלבד בשל ההבדל הקיים בינם ובין מקרקעין בלתי מוסדרים עליו עמדנו לעיל. כמו כן מותנית הגנה זו בתנאים נוספים המפורטים באותו הסעיף ונפסק כי בהינתן השלכותיה מרחיקות הלכת כהגנה המאפשרת את הפקעת הזכויות במקרקעין מידי בעליהם האמיתי, על בית המשפט להקפיד ולדקדק עם הרוכש הטוען לזכות מכוח הוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין כי יוכיח שהתנאים הנדרשים לצורך תחולתה אכן מתקיימים. ובלשון בית המשפט: 'אופייה המפליג של ההוראה... מחייב זהירות כפולה ומכופלת והחמרה יתרה בקיו[מ]ם' (ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 848, 832 (2002))" (ע"א 2046/06 אלג'אבר נ' חליל, פסקה 13 (11.3.2013) (להלן: עניין אלג'אבר)).

דברים אלה נכונים גם נוכח מעמדה החוקתי של זכות הקניין (שמעוגנת כיום בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו); ובפרט נכונים הם כאשר עסקינן בזכויות קניין במקרקעין, בשל ערכם, ייחודם, כמותם המוגבלת והעובדה שמדובר בכס שאינו מתכלה (ע"א 7261/15 מועדי נ' שוקחה, פסקה 34 (5.9.2018); ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ, פסקה יז (4.8.2014) (להלן: עניין מורדכיוב); ע"א 767/11 להיגי נ' עזורי, פ"ד סו(2) 870, 853 (2013) (להלן: עניין להיגי); ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 849-848, 832 (2002) (להלן: עניין סונדרס); ע"א 599/77 קורצפלד נ' אדלר, פ"ד לד(2) 33, 29 (1979); כן ראו באופן כללי: רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 240-241 (1999); יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 116-110 (1993)).

37. אמת מידה קפדנית זו יושמה בפרשנות שנתן בית המשפט ליסודות של תקנות השוק השונות. כך למשל, בנוגע לפרשנות תקנת השוק בסעיף 10 לחוק המקרקעין, שנועדה לבצר את שיטת המרשם, ציינה בעבר השופטת (כתוארה אז) א' חיות כי נוכח התוצאה הקשה של החלטה:

"הקפידה הפסיקה לתחום את ההגנה הניתנת על-פי סעיף 10 לחוק ולהחילה רק לגבי מקרים מובהקים של הסתמכות על הרישום, דהיינו כאשר מי שרשום כבעל הזכות שנרכשה איננו בעליה לאמיתו של דבר בשל רישום שאינו נכון. לעומת זאת, לא הכירה הפסיקה בתחולתה של

תקנת השוק במקרקעין במקרים אחרים, אשר בהם התחזה המוכר לבעל הזכות הרשומה, למשל באמצעות ייפוי כוח מזויף, שכן במקרה כזה ההסתמכות היא על ייפוי הכוח ולא על הרישום [...]. עוד נפסק כי על מנת שיוכל הרוכש לחסות תחת הגנתה של תקנת השוק יש צורך כי הרכישה תושלם ברישום הזכות הנרכשת על שמו ואין די בהתחייבות אובליגטורית בלא הקניה [...] הפסיקה הוסיפה וקבעה כי לצורך הגנת תקנת השוק נדרש קיום מתמשך של תום הלב עד למועד רישום הזכות במרשם המקרקעין על שם הרוכש [...]” (עניין להיגי, בעמ’ 871-870).

כך בתקנת השוק במקרקעין, ובדומה גם בתקנות שוק אחרות (ראו למשל בנוגע לתקנת השוק במיטלטלין בסעיף 34 לחוק המכר, התשכ”ח-1968 (להלן: חוק המכר) את ההכרעה בעניין כנען; וביחס לסעיף 17 בחוק נכסי נפקדים בעניין מירזח, בעמ’ 1467). דברים אלה יפים בעיני גם בכל הנוגע ל”מעין תקנת השוק” שקבועה בסעיף 5, בפרט בשים לב לאמור לעיל בקו המנחה הראשון.

קו מנחה שלישי: הסדרי תקנת שוק אחרים – האם ומה ניתן ללמוד מהם?

38. הקו המנחה האחרון נוגע לשאלה באיזו מידה ניתן ללמוד – במישרין או בהיקש – מהסדרי תקנת שוק אחרים, מהפסיקה הקיימת בעניינם ומספרות מלומדים שנוגעת אליהם. עמדות הצדדים בהקשר זה היו שונות בתכלית – כשהמחזיקים טוענים שאין מקום להבחין בין ההסדר בסעיף 5 לבין תקנות שוק שנקבעו בחוקים אחרים (ראו למשל, סעיף 6 להשלמת הטיעון של המשיבים 4-23; סעיף 11 להשלמת הטיעון של המשיבים 24-39); ואילו המשיבים 1-3 (כמו גם המבקשים להצטרף) טוענים שסעיף 5 אינו הסדר תקנת שוק, וככל שייקבע שכן – אין הוא דומה לראיה להסדרים שבחוקים אחרים (וראו בהקשר זה גם את גישותיהם של חגי ויניצקי ורונית לוי-שנור, כפי שהובאו במאמריהם: חגי ויניצקי “תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון” משפטים נ(2) 359 (2020) (להלן: ויניצקי, תקנת השוק); לוי-שנור, ללא תקנה).

39. בבסיס ההסדר שקבוע בסעיף 5 שלושה יסודות: הראשון, קיומה של עסקה בנכס בין הממונה לבין אדם אחר; השני, כי העסקה תיעשה בתום לב; והשלישי, כי מדובר בנכס “שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי”. אכן, אין לכחד, יסודות סעיף 5 “מזכירים” יסודות שמאפיינים הסדרים חוקיים אחרים של תקנת שוק (וראו את הסקירה אצל אבי וינרוט דיני קניין מעמ’ 231 (2020); מיגל דויטש קניין כרך ג, 183 (2006) (להלן: דויטש, כרך ג)). זאת ועוד, הסעיף מסדיר, כהסדרים אחרים של תקנת שוק, עימות משפטי בין שני צדדים זרים (הבעלים המקורי וצד “רחוק”) שמתחרים על השימוש באותו

משאב משפטי, כשהטוען המאוחר לזכות מתנגש בזכות קניין מלאה (דגן, בעמ' 201-200, 263; כן ראו באופן כללי: Menachem Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties, 90 MICH. L. REV. 95 (1991)). כמו כן, לשונו של סעיף 5 דומה עד מאוד ללשונו של תקנות שוק, ובפרט, דומה היא להסדר שקבוע בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים ולהסדר שקבוע בסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי (אציין כבר עתה כי סעיפים 10-11 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950 וסעיף 70 לחוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006 קובעים אף הם הסדרים דומים, אך אתיחס בדיון בעיקר לסעיפים שהובאו לעיל, שבהם הדיון בפסיקה ובספרות נרחב יותר).

40. לא בכדי מוקדו טענות הצדדים בהסדר הקבוע בחוק נכסי נפקדים (בסעיפים 17(א)-18) – בדמיונו לסעיף 5 ובשוני ממנו. נביא אפוא את ההסדר כלשונו:

17. (א) 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.

כשרותן של  
עסקאות

[...]

18. (א) החליט בית משפט מוסמך שנכס שהאפוטרופוס חשבו לנכס מוקנה אינו נכס מוקנה, ימסור האפוטרופוס, בהתחשב עם הוראות סעיף 17, את הנכס או את התמורה שקיבל בעדו, הכל לפי הענין, לאדם שהורה עליו בית המשפט בהחלטתו, ואם לא הורה בית המשפט – לאדם שמידיו קיבל האפוטרופוס את הנכס, ואם אין האדם ידוע לו, יפנה האפוטרופוס לבית משפט מוסמך לשם קבלת הוראות.

(ב) מצא האפוטרופוס שנכס שהוא חשבו לנכס מוקנה אינו נכס מוקנה, רשאי הוא, בהתחשב עם הוראות סעיף 17, למסור את הנכס או את התמורה שקיבל בעדו, הכל לפי הענין, לאדם הזכאי, לדעת האפוטרופוס, להחזיק בנכס או בתמורה.

החזרת נכסים  
שנחשבו  
בטעות  
לנכסים  
מוקנים

בסעיף 17, כפי שנפסק לא אחת בפסיקת בית משפט זה, קבועה תקנת שוק מיוחדת שעניינה במקרה שבו נרכש נכס שהוקנה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים באמצעות הכרזה על אדם כנפקד, אך מתברר לימים שההכרזה הייתה מוטעית (ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מז(5) 1, 16-18 (1993) (להלן: עניין חוות מקורה)). ניתן להצביע בנקל על שני רבדי דמיון בין סעיף 17 לבין סעיף 5: הראשון, הרובד הלשוני, נוכח נוסחם

הדומה עד מאוד של שני הסעיפים; השני, הרובד המהותי – שני הסעיפים עניינם בעסקאות שנעשות בין אדם לבין רשות שלטונית שניתנה לה הסמכות לבצע עסקאות ברכוש מסוים.

41. לצד זאת, יש לעמוד על כך שהמנגנון בסעיף 17 לא עומד לכדו, ולצדו ניצבות הוראות משלימות – בסעיף 18 – שקובעות כיצד יש לפעול במקרים שבהם נמצא (בין אם על ידי האפוטרופוס, בין אם על ידי בית משפט) שנכס שחשבו אותו לנכס מוקנה אינו כזה (ע"א 170/66 עלא-אל-דין נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כ(4) 433, 436 (1966) (להלן: עניין עלא-אל-דין)). סעיף 18 משמר את האינטרס הכלכלי של בעל הזכות המקורי ומזכה אותו, למצער, בתמורה שקיבל האפוטרופוס (מיגל דויטש קניין כרך ד, 309-308 (2007) (להלן: דויטש, כרך ד)). הישענות על הדמיון שבין סעיף 5 לבין סעיף 17(א), תוך התעלמות מהעדרה של מקבילה לסעיף 18 בהסדר שקבוע בצו בדבר רכוש ממשלתי היא מוקשית (ראו והשוו לדעת המיעוט של השופט נ' סולברג ברע"א 2401/21 ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ, פסקה 78 (1.3.2022); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנ"א 2580/22 נחלת שמעון בע"מ נ' ג'אעוני (7.7.2022)). תוצאתה היא שההגנה על נכסי המקרקעין באזור פחותה מההגנה על נכסי נפקדים, ובעיני מדובר בתוצאה שקשה להצדיקה (גם בשים לב לקו המנחה הראשון שתיארתי לעיל בדבר הדין החל באזור וחובות המפקד הצבאי). שוני זה בין ההסדרים לא נעלם מעיניו של היועץ המשפטי לממשלה, שקיים ביום 4.12.2016 דיון עקרוני בנושא השימוש בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. כעולה מסיכום הדיון (להלן: סיכום הדיון מיום 7.12.2016), סבר היועץ המשפטי לממשלה כי "מן הראוי גם לפעול להסדרת אפשרות הפיצוי לבעלים שזכותו בקרקע נפגעה", וכי בהקשר זה יש ללמוד מהסדרים דומים שקיימים בדין הישראלי (שם, בעמ' 4). זאת ועוד, השוני בין ההסדרים נעוץ בהיקף ובטיב הזכויות שיש לממונה ולאפוטרופוס בנכסים. כך, הרכוש הממשלתי הועבר לחזקתו ולניהולו של הממונה (ראו סעיף 4 למנשר מס' 2; כן ראו למשל בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל, פסקאות 37-45 (6.2.2011); עניין אל נאזר, בעמ' 704; וראו גם בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה), וזאת בשונה מזכויות האפוטרופוס לנכסי נפקדים בנכסים מוקנים (סעיף 4(א)(2) לחוק נכסי נפקדים קובע כי "כל זכות שהיתה לנפקד בנכס עוברת מאליה לאפוטרופוס בשעת הקניית הנכס; ויד האפוטרופוס כיד בעל הנכס"; כן ראו בהקשר זה ע"א 54/82 לוי נ' עזבון מחמוד, פ"ד מ(1) 374, 386 (1986)). מכאן שההסדר שנקבע בצו בדבר רכוש ממשלתי – כשלעצמו – אינו זהה לזה שקבוע בחוק נכסי נפקדים, ומכאן הקושי לגזור גזירה שווה בין שניהם (כן ראו אצל לויין-שנור, ללא תקנה, בעמ' 325-327).

42. הסדר נוסף שנושא כאמור דמיון לשוני לסעיף 5 הוא זה שקבוע בסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי. לשונו של סעיף זה קובעת ש"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". אף בהקשר זה ניתן לשים לב כי מדובר בסיטואציה עובדתית דומה, של פעולה של רשות שלטונית בנכסים שבניהולה. ואולם, יש לתת את הדעת לכך שגם ביחס לסעיף זה קיימת מעטפת הסדרים שאין לה מקבילה בצו בדבר רכוש ממשלתי. כך, פעולות של האפוטרופוס הכללי שתוקפן תלוי ברישום בפנקס שמתנהל על פי דיין או פעולותיו בנכסים ששוים גבוה טעון אישור מראש של בית משפט (סעיף 9(ג)(1)-(2) לחוק האפוטרופוס הכללי). הליך מובנה זה של ביקורת שיפוטית אינו קיים ביחס לנכסים שלגביהם חל סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי – וברי כי אין מדובר בהבדל טכני או פרוצדוראלי (ואציין כי הפסיקה בנוגע להפעלת סעיף 16 מועטה, ראו בר"ע 7/81 האפוטרופוס הכללי נ' עיריית חולון, פ"ד לו(1) 484, 487 (1982); דויטש, כרך ד, בעמ' 311).

43. הסדר אחר שאליו התייחסו הצדדים הוא זה שקבוע בסעיף 10 לחוק המקרקעין. ואולם, ברי כי סעיף זה נבדל מהותית מזה שבסעיף 5, בראש ובראשונה בשל תכליתו המובהקת של סעיף 10 לבצר את מעמדו של מרשם המקרקעין. מתכלית זו נגזרת ומוכתבת פרשנות הסעיף ותנאיו (ראו גם פסקה 37 לעיל). סעיף 5 לא נועד להגן על תכלית מעין זו, ואף לא נטען כן על ידי מי מהצדדים. זאת ועוד, סעיף 10 לחוק המקרקעין כולל אף הוא דרישת תמורה שלא נזכרת בסעיף 5. מכאן שקיים קושי ממשי להישען בפרשנות סעיף 5 על תקנת השוק במקרקעין.

44. בנקודה זו, מצאתי להתייחס בתמצית לתכליתו של סעיף 5 לצו. כפי שנקבע בפסק הדין נושא הדיון הנוסף הסעיף "נועד לאפשר לממונה לנהל את הנכסים שהוכרוזו כרכוש ממשלתי, תוך הגנה על אינטרס ההסתמכות של הצדדים שהתקשרו עימו" (פסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה). קביעה זו מקובלת גם עלי (ואציין כי אף הפרשנות שמוצעת על ידי המשיבים 1-3 לסעיף 5 בכללותו לא חורגת במהותה מתכלית זו). ההצדקה להגן על אינטרס ההסתמכות של המתקשרים עם הממונה נובעת גם מכך שהם פועלים באקלים משפטי של מידע חלקי (ראו את האמור בהקשר זה בסעיף 23 להשלמת הטיעון מטעם המדינה; כן ראו פסקה 62 להלן). בכך קיימת נקודת השקה חשובה בין ההסדר שקבוע בסעיף 5 להסדרים אחרים שנוגעים להסתמכות רוכש על התנהלות רשות שלטונית ברכוש שעשוי להתעורר קושי בקביעת זהות בעליו (סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, ראו למשל בעניין על-אל-דין, בעמ' 436; כן ראו את האמור בעניין עיריית חולון, בעמ' 487 ביחס לסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי). לצד האמור, יש לציין כי בטענות הצדדים וכן

לאורך ההליך הובאה גם הטענה שהסעיף נועד להגן על חיי המסחר או להקל על "ההתנהלות השוטפת" בנכסים שבניהולו של הממונה (ראו למשל פסקה 144 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי בהליך האזרחי; כן ראו עמדת המדינה במסגרת הערעור האזרחי, סעיף 68 לסיכומיה; ויניצקי, תקנת השוק, בעמ' 368). לעמדה זו אין בידי להצטרף.

45. אכן, הסדרי תקנת שוק שונים נועדו, בחלק מן המקרים, להקל על תנאי המסחר ולהוריד עלויות עסקה (ראו ביחס לתקנת השוק במיטלטלין אצל דויטש, כרך ד, בעמ' 191, וביחס לתקנת השוק במקרקעין ראו שם, בעמ' 235; כן ראו האמור בהקשר זה בפסקה 15 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל בפסק הדין נושא הדיון הנוסף). תקנות השוק במקרקעין ובמיטלטלין (בסעיפים 10 לחוק המקרקעין ו-34 לחוק המכר) נוגעות לאינטראקציות מסחריות יומיומיות שנערכות אינספור פעמים מדי יום גם על ידי צדדים "פשוטים" (בין סוחר לבין קונה; בין מי שמוכר מקרקעין לבין מי שרוכש מקרקעין). העסקאות שבהן עוסק סעיף 5 הן עסקאות שנוגעות לקרקעות באזור, שצד להן הוא הממונה על הרכוש הממשלתי – שכזכור מונה על ידי המפקד הצבאי, שמוטלת עליו מכוח דיני התפיסה הלוחמתית החובה לשמור על רכוש זה. צדה השני של העסקה, הוא פעמים רבות גורם מיישב דוגמת ההסתדרות הציונית (ראו הנתונים בעניין סלואד, פסקה 49 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). מעבר לחובות שמוטלות על צדדים אלה, אפיוניהם שונים בתכלית מצדדים "פשוטים" לאינטראקציות מסחריות יומיומיות. זאת ועוד, "הכבדה" בנטל המוטל מכוח סעיף 5 משמעה פחות "טעויות" בעסקאות ברכוש זה. משכך ספק בעיני אם שיקול הגדלת "עלויות העסקה" (שעשוי להיות תוצאה של פרשנות מצמצמת של תנאי סעיף 5) הוא שיקול מכריע בפרשנות ההסדר ותנאיו. זאת ועוד, איני סבור כי "שוק הקרקעות" באזור, הוא שוק שבו העלאת עלויות העסקה בין הממונה לבין המתקשרים עמו משמעה בהכרח קושי בעריכת עסקאות עם הממונה בנוגע למקרקעין (וזאת בשים לב בין היתר לדברי המחזיקים שלפיהם אין כל חלופה להתקשרות בעסקאות עם הממונה להתיישבות באזור; ראו סעיף 21 להשלמת הטיועון מטעם המשיבים 24-39).

46. נוסף על הדומה והשונה בין תקנות השוק השונות שהובאו לעיל, יש לשים לב כי כפי שנקבע בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, אין בכוחו של סעיף 5 להעביר את זכות הבעלות בנכסים, אלא זכויות פחותות מכך, בהתאם לסוג העסקה הרלוונטית (זאת, להבדיל מתוצאת החלתן של תקנות שוק אחרות). זאת ועוד, הבדל נוסף נעוץ בכך שהזכות שמוקנית מכוח סעיף 5 היא זכות זמנית, שאמורה לפקוע לכל המאוחר עם סיום התפיסה הלוחמתית (פסקה 37 לפסק דינה של הנשיאה). סוגיה מורכבת נוספת שנובעת מהבדל זה היא מה הדין כאשר נקבע שעסקה חוסה תחת סעיף 5, אך יש לה מועד תפוגה

חוזי: האם בסוף תקופת העסקה, למחזיק בנכס נשארות זכויות כלשהן בו? האם רשאי הממונה להאריך עסקה כאמור, אף לאחר שהתברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי? (ראו והשוו בשינויים המחויבים לעניין מירחה, בעמ' 1467; כן ראו סעיף 17(ב) לחוק נכסי נפקדים). אעיר כי שאלות מורכבות אלו – שלא נפרסו בהן טענות הצדדים – אינן מחייבות הכרעה במקרה דנן, וזאת בשים לב למסקנתי שתובא בהמשך הדברים.

47. הערה אחרונה נוגעת לדרישת התמורה מצד הגורם לו מקצה הממונה את המקרקעין. סעיף 5 אינו כולל, כלשונו, דרישה כאמור. בדומה, גם ההסדרים שעליהם עמדנו לעיל, בחוק נכסי נפקדים ובחוק האפוטרופוס הכללי לא כוללים בלשונם דרישה כאמור (ראו אצל דויטש, כרך ד, בעמ' 309-310, 312). עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה הביע עמדתו כי יש לקרוא אותה לתוך הסעיף בדרך של פרשנות (סיכום הדיון מיום 7.12.2016, בעמ' 4). קריאה שכזו יכולה להיות ראויה נוכח הצורך בקוהרנטיות עם יתר תקנות השוק ועם דיני "תחרות הזכויות" בכללותם. כפי שמציין היועץ המשפטי לממשלה בסיכום הדיון שהובא לעיל "כאשר מדובר בהתקשרויות עם גופים מיישבים או משכנים, הפרקטיקה באזור בעבר הייתה שההתקשרות עצמה איננה כרוכה בתשלום תמורה כספית מצד הגורם המתקשר, כאשר התמורה שניתנת מצדו הינה קידום תכנית מתאר לשטח המוקצה, פיתוחו ושיווקו" (שם). בהקשר זה מציין דויטש בספרו, ביחס לתקנת השוק שבחוק נכסי נפקדים, כי ייתכן שדרישת תמורה לא מצויה בלשון סעיף 17 מאחר ש"קשה להעלות על הדעת מקרה שבו רשות על פי דין תבצע הקנייה במתנה" (דויטש, כרך ד, בעמ' 310). בין כך ובין אחרת, אף סוגיה זו לא מצריכה הכרעה בענייננו, ודי לנו בשלב זה במסקנה כי אף בגין היעדרה של דרישת התמורה, שונה ההסדר שקבוע בסעיף 5 מהסדרים אחרים בדין הישראלי שכוללים דרישה זו (ראו באופן כללי אצל דויטש, כרך ג, בעמ' 183).

48. רואים אנו אפוא כי הסדרי תקנת השוק שונים זה מזה, בלשונם, ביסודותיהם ובתכליתם. המשותף לכולם, הוא – כפי שצויין – הכוח המשמעותי שטמון בהם לשלול את זכות הבעלים ולהקנות זכויות בנכס לידי צד רחוק. הסדרים אלה נשענים על מבנה משפטי רגיש ומורכב, שכולל יסודות שונים שאך בהתקיימם מוצדקת הפעלת הכוח הרב שהם אוצרים. נוכח שונות זו בין ההסדרים ובסביבתם החקיקתית, קשה בעיני לגזור גזירה שווה מפרשנות שניתנה לתנאי כזה או אחר בתקנת שוק פלונית לצורך פרשנות תנאי סעיף 5. אין לכחד, היעדרה של התייחסות ממצה ביחס לסעיף 5, בספרות ובפסיקה, עשויה להצריך בחינה השוואתית של הסדרי תקנת שוק אחרים (זאת, בין היתר מאחר שמשך עשורים רבים לא נעשה שימוש משמעותי בסעיף זה; כעולה מהחומרים שלפנינו, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, בשנים האחרונות "שב ועלה הצורך לעשות שימוש בהוראות

הסעיף" נוכח עבודת הצוות לתיחום אדמות מדינה, "צוות קו כחול", שהביאה לכך ששטחים שנחשבו לאדמות מדינה נגרעו מתחומי ההכרזות, ראו בסיכום הדיון מיום 7.12.2016, בעמ' 1-2; כן ראו הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש ד"ח מסכם 88-89 (15.2.2018)). בצד האמור, עמדתי היא שההיקשים להסדרי תקנת שוק אחרים צריכה להיעשות בזהירות רבה, תוך מתן משקל לטיב הזכויות שעליהן חל סעיף 5; לסוג הנכסים שעליהם הוא חל; ולתכלית שניצבת בבסיסו.

49. עמדנו אפוא על שלושה קווים מנחים לדיון בפרשנות תנאי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי: ראשית, עלינו לתת את הדעת לכך שמדובר בהוראה המופעלת בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, ולכן בפרשנותה יש להתחשב בחובות שמוטלות על המפקד הצבאי ועל הממונה; שנית, מדובר בהסדר שהוא "מעין תקנת שוק" ומשכך הוא אוצר כוח משפטי רב וחריג לפגיעה בזכותו הקניינית הכשרה של בעל הנכס; שלישית, יש לנקוט משנה זהירות בביצוע היקשים מתקנות שוק אחרות, נוכח השוני שבין ההסדר שקבוע בסעיף 5 לבין הסדרים חוקיים אחרים. בנתון להערות אלה נפנה לדיון בתנאו של סעיף 5, ובמוקדם, חובת תום הלב.

אמות המידה המשפטיות לבחינת עקרון תום הלב בסעיף 5

50. סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי כולל כאמור שלושה יסודות: קיומה של עסקה במקרקעין; תום לב; וסיווגם של המקרקעין כרכוש ממשלתי. במוקד הדיון הנוסף ניצבת דרישת תום הלב, ואמות המידה המשפטיות לבחינת התקיימותה של דרישה זו. אציין כבר עתה כי עיקר המחלוקת בין הצדדים (ועיקר המחלוקת בפסק הדין נושא הדיון הנוסף) נוגעת לתום הלב שנדרש מהממונה בעסקה שנטען לגביה שהיא חוסה תחת סעיף 5. האם תום הלב שנדרש מכוחו של סעיף זה הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי; ואף אם סובייקטיבי – מה הם הסייגים לתום לב מעין זה.

51. במסגרת גלגוליו השונים של ההליך דנן הן בית המשפט המחוזי, הן בית משפט זה מצאו כי חובת תום הלב מוטלת על שני הצדדים לעסקה. עם זאת, הובעו דעות שונות בכל הנוגע לסטנדרט תום הלב שנדרש מהממונה. בית המשפט המחוזי מצא, בהיקש מחוק נכסי נפקדים, שתום הלב שנדרש לצורך הסעיף הוא תום לבו הסובייקטיבי של הממונה – אמונה "כנה והגיונית", וזאת אף אם היא מוטעית ואף אם הטעות נובעת מרשלנות. נקבע שם כי החלטת הממונה תחשב כחסרת תום לב רק אם ימצא שהוא ידע או חשד שלא מתקיימים תנאי החוק (ראו סעיפים 161-164 לפסק הדין). בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, קבעה הנשיאה (אליה הצטרף כאמור המשנה לנשיאה ח' מלצר) כי תום הלב

שנדרש מהממונה הוא תום לב סובייקטיבי, אך יש לבחון אותו באמת מידה קפדנית ו"ברף הגבוה", וזאת, בהישען על אמת המידה שנקבעה ביחס לתום הלב של האפוטרופוס לנכסי נפקדים בע"א 6783/98 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עיזבון מוסא, פ"ד נו(4) 161 (2002) (להלן: עניין עיזבון מוסא). נקבע כי קביעת אמת מידה זו מוצדקת בהינתן שמדובר במקרקעין שנמצאים בשטח שנתון לתפיסה לוחמתית. השופט (כתוארו אז) נ' הנדל ציין כי חובת תום הלב משמיעה שהממונה לא יוכל להתעלם מנתונים חריגים אך גם אין להטיל עליו "חובת זהירות". הודגש כי הטלת נטל בירור כבד מדי על הממונה יפגע ביכולתו של רוכש הזכות להסתמך על עמדת הממונה. לעמדת, הפער העיוני בין העמדות שהובאו בפסק הדין נושא הדיון הנוסף בעניין זה אינו גדול, ועיקרו בשאלת יישום אמת מידה זו בנסיבות ענייננו.

52. השאלה המקדמית – שכאמור הוכרעה פה אחד בפסק הדין נושא הדיון הנוסף – היא אפוא על מי מטיל סעיף 5 חובת תום לב. אין חולק כי על המתקשר עם הממונה מוטלת חובת תום לב – וחובה זו דומה לחובות שקיימות ביחס להסדרי תקנת שוק מקבילים רבים אחרים. זאת, מכיוון שברור שכאשר רוכש יודע על קיומן של זכויות קודמות בנכס, וגרם ל"תאונה המשפטית" ביודעין, אין לתת לו ליהנות מכוחה של תקנת השוק (ראו אצל דויטש, כרך ג, בעמ' 184). כך ככלל, וכך גם בכל הנוגע לסעיף 5 (להיקפה של חובת תום הלב של המתקשר עם הממונה ולאופן בחינתה אדרש בהמשך). עם זאת, בניתוח המוגבל שקיים ביחס לסעיף 5 נקבע כי הוא מטיל חובת תום לב גם על הממונה (פסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 44 לפסק דינה של הנשיאה; ערר (איו"ש) 121/15 צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש, סעיף 2 לחוות דעתה של השופטת סא"ל ד' קאופמן (28.2.2017) (להלן: הערר בעניין צלאח)).

53. כזכור, סעיף 5 חל על עסקאות שנעשו בתום לב בין הממונה לבין אדם אחר, ברכוש שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי. בחינת הלך רוחו ומחשבותיו של הממונה מובנית אפוא בלשון הסעיף. לשון זו דומה, כפי שכבר ציינתי לעיל, ללשונו של סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים אשר פורש בפסיקת בית משפט זה כך שחובת תום הלב מוטלת על האפוטרופוס לנכסי נפקדים (עניין עקל, פסקאות 59 ו-61 לפסק דינו של השופט ג' קרא ופסקה 14 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף; ע"א 1501/99 דריני נ' משרד האוצר, פסקה 4 (20.12.2004); עניין חוות מקורה, בעמ' 17-19; ע"א 3747/90 האפוטרופוס על נכסי נפקדים נ' עיזבון מוסא, פ"ד מו(4) 361, 366 (1992); עניין עלא-אל-דין, בעמ' 436-437; כן ראו אצל דויטש, כרך ד, בעמ' 310). אף מעבר ללשונו של הסעיף, ומהפסיקה שפירשה את סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, הטלת חובת תום הלב גם על

הממונה נגזרת מתכליתו של סעיף 5. ההצדקה להגן על אינטרס ההסתמכות של מי שמתקשר עם הממונה נובעת מהכרה בכך שמדובר בעסקאות שבהן הממונה עורך את הבדיקות הנדרשות ביחס למקרקעין שאותם הוא מקצה ולזכויות בהם (השוו: דויטש, כרך ד, בעמ' 311). מסקנה אחרת – שלפיה אין להידרש למחשבתו הסובייקטיבית של הממונה – עשויה להפוך את סעיף 5 למעין הסדר הפקעת מקרקעין, שבמסגרתו יכול הממונה להעביר מקרקעין מידי בעליו לידי רוכש מאוחר, וזאת באופן שעל פני הדברים לא עולה בקנה אחד עם חובותיו (וראו בהקשר זה גם האמור בפסקה 16 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל בפסק הדין נושא הדיון הנוסף).

54. המשיבים 24-39 טענו כי דרישה זו, לבחינת תום לבו של הממונה, "מוטלת בספק", וזאת בהפניה לדבריו של דויטש בספרו – שמתייחסים לדרישת תום הלב בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים. אף המדינה הפנתה לדברים אלה של דויטש לתמיכה בטענתה שאין לקבוע רף תום לב מוגבר בעניינו של הממונה. כעולה מהאמור בספרו של דויטש, בשים לב לכך שהרוכש זכאי להסתמך על תקינות פעולותיה של הרשות הציבורית, ראוי להשמיט מהחוק את הדרישה שמכפיפה את הרוכש ל"מצבו המנטלי של האפוטרופוס" (דויטש, כרך ד, בעמ' 310; כן ראו ויניצקי, תקנת השוק, בעמ' 391). כאמור לעיל, אני סבור שהן לשונו, הן תכליתו של סעיף 5 משמיעות לנו כי הממונה יהא תם לב בהתקשרותו בעסקה. אוסיף ואציין כי בספרו, מציין דויטש שכאשר עסקינן בעסקאות מקרקעין, יש לדרוש מהזכאי המאוחר (המתקשרים עם הממונה, בענייננו), לעמוד בחובת תום לב אובייקטיבית (דויטש, כרך ג, בעמ' 222-223; כן ראו בכרך ד, בעמ' 309, ה"ש 115). לשיטת דויטש, זכאי מאוחר – ובהקבלה לענייננו, המתקשר עם הממונה – שהתירשל בעריכת בדיקות ראויות ביחס למקרקעין לא יוכל לחסות תחת תקנת השוק. כאמור, בהינתן השיקולים שנדרשים לעניין, וכפי שאפרט גם להלן, איני סבור כי די בהטלת דרישה שכזו על רוכש הזכות כדי לענות על דרישת תום הלב שמשמיע הסעיף.

55. לפני שנפנה לדיון באמות המידה לבחינת תום לבם של הממונה ושל המתקשר עמו, מצאתי להידרש לסטנדרט תום הלב שנקבע ביחס לזכאי המאוחר בתקנות שוק באופן כללי (דרישת תום לב ביחס לגורם אחר, דוגמת זו שקבועה בחוק נכסי נפקדים היא, כאמור, חריגה). על הדברים עמד חברי השופט (כתוארו אז) נ' הנדל בפסק הדין נושא הדיון הנוסף (ראו פסקאות 13-15 לפסק דינו), ועל כן אסתפק בהתייחסות קצרה. סטנדרט תום הלב שבו נדרשים לעמוד המבקשים לחסות תחת תקנות שוק אחרות הוא, במרבית המקרים, תום לב סובייקטיבי. כך למשל, ביחס לתום הלב לפי סעיף 10 לחוק המקרקעין נקבע, מפי הנשיא א' ברק:

"תום-הלב' בהקשר הסובייקטיבי הוא מצב נפשי. משמעותו יושר הלב. [...] משמעותו אמונה, הלכה למעשה, של הקונה כי המוכר הוא בעל זכות במקרקעין כאמור במרשם, וכי הוא רשאי להעביר את זכותו זו נקייה מכל זכות של אדם אחר. אמונה כזו אינה קיימת אם הקונה יודע שלמוכר אין זכות במקרקעין או שזכותו מוטלת בספק. כמו כן אמונה זו אינה קיימת אם הקונה לא ידע שלמוכר אין זכות במקרקעין או שזכותו מוטלת בספק, אך הוא חשד באשר לזכותו של המוכר ובמודע נמנע מלברר הדבר. זהו מצב של עצימת עיניים. הוא שקול כנגד ידיעה והוא שולל תום-לב. לעומת זאת אמונתו של הקונה אינה נפגעת אם הוא לא ידע כי למוכר אין זכות במקרקעין או אם הוא לא חשד בזכותו זו, אך היה יודע או היה חושד אילו נקט אמצעים שקונה סביר היה נוקט. במצב דברים זה הקונה התרשל [...] אך אין בהתרשלותו כדי לשלול את תום-לבו. 'רשלנות ותום לב יכולים לדור בכפיפה אחת' (השופט ח' כהן בע"א 92/78 שטרית נ' קאר טורס (ישראל) בע"מ, חברה להשכרת רכב, בעמ' 333) "עניין טונדרס, בעמ' 852).

דברים דומים ניתן למצוא גם ביחס לתקנות שוק אחרות (וראו לגבי תום הלב הנדרש לפי סעיף 34 לחוק המכר: ע"א 716/72 רוזנשטרייך נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 709, 713 (1973) (להלן: עניין רוזנשטרייך); ראו באופן כללי אצל דויטש, כרך ג, בעמ' 219; והשוו למשל לאמור בע"א 7916/13 ג'אביט נ' רוזן רכב, פסקה 6 (18.6.2014), ביחס לתקנת השוק שקבועה בסעיף 5 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967). ניתן לומר כי ככלל אמת המידה הסובייקטיבית ביחס לרוכש הזכות משמיעה לו דרישה שיפעל ביושר ובאמונה, ובכלל זאת שלא יעצום עיניו מלראות עובדות גלויות ש"עשויות להעמידו על המשמר" (ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204, 212 (1981)). רעיונית, מדובר אפוא במצב ביניים: בין ידיעה בפועל לבין אי ידיעה רשלנית; כלומר כשאדם עצם את עיניו מלראות או אטם את אוזניו מלשמוע, נראה בו כמי שיודע את אשר חפץ לא לגלות (השוו: ע"א 7785/99 ארוך נ' פאריינטי, פ"ד נה(3) 85, 94 (2001)). נראה אפוא כי דרישת הבסיס לתום הלב הסובייקטיבי היא שהזכאי המאוחר לא יעצום את עיניו מלראות את האזהרות בדבר קיומו של בעלים שקדם לו בזמן, מאחר שבמצב דברים מעין זה קשה עד מאוד להצדיק את העדפתו על פני בעל הזכות.

56. בהקשר זה, כפי שצוין לא אחת – שאלת חשדו ועצימת עיניו של פלוני, עשויה להיות מוכרעת בסופו של דבר על בסיס נתונים אובייקטיביים. נתונים אלה מתוארים לא אחת בפסיקה במונחים ציוריים דוגמת "פעמוני אזהרה" ו-"נורות אדומות", ועניינם בפרטים שנודעו לפלוני אגב העסקה והעדר בדיקה ראויה שלהם תשלול ממנו את הגנת תום הלב (עניין עקל, פסקה 16 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף; עניין מורדכיוב,

פסקה מא; עניין סונדרט, בעמ' 840). יש לשוב ולהדגיש – אין מדובר בחוכמה שבדיעבד או בדרישת "חכמת שלמה" – אלא בהתקיימות נסיבות שבהן יתעורר חשד בראשו של אדם מן היישוב. וכפי שנקבע בעניין סונדרט ובעניין מורדכיוב שאוזכרו לעיל, כעוצמת צלצולי פעמון האזהרה – כן עוצמת הבדיקה הנדרשת (כן ראו עניין אלג'אבר, פסקה 15). מדובר אפוא בסטנדרט סובייקטיבי עם שוליים אובייקטיביים (ראו והשוו לאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף בעניין עקל, פסקאות 14-19; ראו גם בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל).

57. שאלה נוספת נוגעת לנקודה בזמן שבה יש לבחון את התקיימות תנאי סעיף 5, ובכלל זאת את תום הלב של הצדדים. אף בסוגיה זו לא הרחיבו הצדדים לפנינו, אך נראה כי סוגיה זו לא מחייבת הכרעה, שכן כפי שאראה בהמשך דבריי, במרבית נקודות הזמן שבהן ניתן היה לבחון את תום לבם של הצדדים בענייננו, לא ניתן לומר שהם עמדו בדרישת תום הלב.

(א) תום הלב של הממונה

58. בחינת תום לבו של הממונה היא למעשה בחינת תום לבו של הממונה על הרכוש הממשלתי כמוסד. כפי שצוין בכל הנוגע לבחינת תום לבו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים, עלינו לעמוד "על מכלול הפעולות שנעשות במשרדו – כבעל הסמכות החוקית – ואין כל הצדקה שלא להביט אל מעבר ל'מסך הסמכות' ולהסתפק בבחינת תום-לבו של האדם שביצע את הפעולה המסוימת בנכס. הפרדה בין הנפשות הפועלות במשרד האפוטרופוס והתבוננות מפרדת כאמור הן מלאכותיות, באשר אחריותו של האפוטרופוס – כבעל הסמכות החוקית – משתרעת על פעולותיהם של הפועלים מטעמו" (ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון אלעבסי, פ"ד נג(4) 730, 745 (1999)). בפסק הדין נושא הדיון הנוסף נפסק פה אחד כי תום הלב הנדרש מהממונה הוא תום לב סובייקטיבי, אך הובעו דעות שונות לעניין האפיון המדויק של תום לב זה. אף אני בדעה כי יש לבחון את תום לבו של הממונה באופן סובייקטיבי, אך לפני כן, אבקש להתייחס גם לגישה שסבורה שיש לבחון את תום לבו באופן אובייקטיבי (גישה שבה צידדו המשיבים 1-3). הגם שלא מצאתי להכריע שאלה הם פני הדברים, איני סבור כי עמדה זו משוללת כל יסוד.

59. ככלל, עסקה במקרקעין היא עסקה מורכבת ובעלת משמעויות ניכרות ומשכך נעשית לרוב בליווי משפטי צמוד. הדבר נכון ביתר שאת כאשר עסקינן במקרקעין באזור, שם קיים חוסר ודאות מובנה בשל מורכבותה של המציאות המשפטית והעובדתית. הטלת

חובת זהירות על הממונה בהתקשרותו עם צדדים שלישיים, עולה על פני הדברים, בקנה אחד עם חובתו לשמור על הקניין באזור (חובה שעליה כבר עמדתי לעיל). תוצאתה של הימנעות מחובה כאמור היא שעסקאות שעשה הממונה ברשלנות, ואף ברשלנות חריפה – עשויות להיות מוכשרות מכוח סעיף 5 (וראו והשוו לעמדה שרשלנות רבתי כשלעצמה יכולה להיות ראייה בדבר חוסר תום לב סובייקטיבי: ע"א 352/74 מ' דנקנר ובניו בע"מ נ' פסט את מטרני, פ"ד ל(2) 796, 804 (1976); עניין רזנשטרייך, בעמ' 715; ד"נ 15/70 קוד בע"מ נ' תל חנן, חברה לאחסנה ומסחר בע"מ, פ"ד כו(1) 36, 40 (1971); גואלטירו פרוקצ'יה "קווים לתורת תום-הלב" עיוני משפט יג(1) 41, 52-53 (1988)). מתן "הכשר" משפטי לפעולות שעשה הממונה ברשלנות בוטה במקרקעין באזור מתנגשת, על פני הדברים, בחובתו של המפקד הצבאי באזור. ודוק, עמדה זו אף הובעה בעבר על ידי ועדת ערר באזור, שמצאה שהשאלה הרלוונטית לבחינת תום ליבו של הממונה היא "כיצד ראה [הממונה על הרכוש הממשלתי – ע' פ'] את פני הדברים והאם ראייתו היתה סבירה בעינינו ובעיניו? שאם אין הדבר כן – לא ניתן לאמר שפעל בתום-לב" (ערר (איו"ש) 16/82 אלבינא נ' הממונה על הרכוש הממשלתי, בעמ' 5 (25.11.1983), כפי שמאוזכר ומצוטט אצל אייל זמיר אדמות המדינה ביהודה ושומרון: סקירה משפטית 31 (1985)). חרף האמור, הטלת נטל אובייקטיבי על הממונה עלולה לחתור, תחת הרציונל של הגנה על אינטרס ההסתמכות של המתקשר עם הממונה – שאין לו דרך לדעת ולוודא כי הממונה אכן עמד בסטנדרט ההתנהגות שמצופה ממנו. נקודת האיזון הראויה היא בעיני זו שנקבעה בפסק דינה של הנשיאה במסגרת פסק הדין נושא הדיון הנוסף, שמטילה חובת תום לב סובייקטיבית "ברף הגבוה" – אך כזו שעדיין לא מטילה על הממונה "חובת זהירות". דרישת תום לב מעין זו, כפי שאציג להלן, מאזנת נכונה בין השיקולים שפורטו לעיל.

60. ההגנה שלה זוכה המתקשר עם הממונה מכוחו של סעיף 5 היא, כפי שכבר ציינתי, הגנה חריגה שמאפשרת לממונה להעביר זכויות שלא נמצאות בידיו. הגנה זו חריגה במיוחד כשעסקינן בעסקאות במקרקעין באזור. מגבלות אלו מחייבות כי כאשר מתקשר הממונה בעסקאות במקרקעין באזור הוא יעשה זאת לאחר שנתן מענה מספק (לשיטתו) לכל נורה אדומה שראה ולכל צופר אזהרה ששמע. עמדה זו מבטאת איזון ראוי והולם בין ההגנה הראויה על אינטרס ההסתמכות של המתקשר עמו לבין חובותיו – כגורם מינהלי באופן כללי ובפרט כממונה על הרכוש הממשלתי באזור. עמדה זו הובעה, עוד קודם לפסק הדין נושא הדיון הנוסף בהחלטת ועדת העררים הצבאית באזור בערר בעניין צלאח, שעליו עמדו הצדדים בטיעוניהם. דעת הרוב בהקשר זה שם מצאה כי סעיף 5 "מהווה פגיעה חמורה בזכויות הקניין של בעל המקרקעין 'המקורי' ועל כן יש לדרוש מן הממונה על הרכוש הממשלתי, בהיותו נציג הריבון, רף גבוה של דרישת תום הלב"

(סעיף 3 לחוות דעתה של השופטת סא"ל ד' קאופמן). עמדה דומה לזו בוטאה בעבר גם ביחס לתום הלב שנדרש מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, כשנקבע שיש לבחון את תום לבו באמת מידה קפדנית, אמת מידה שאינה מקלה עם רשויות שמבקשות לחסות בצלה של הגנת תום הלב (ע"א 6858/99 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' טברי, פ"ד נח(4) 577, 581 (2004); עניין עיזבון מוטא, בעמ' 176). עמדה זו, מגלמת את המורכבות שיש בהתקשרות עמו ביחס לנכסים באזור. בדומה, ציין בעבר בית משפט זה בכל הנוגע לסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי:

"טיבם וטבעם של נכסים עזובים, שלא אחת קשה למצוא בעניינם ראיות רגילות ומקובלות להוכחת בעליו של הנכס, והצורך לדאוג לניהולם התקין והיעיל על ידי האפוטרופוס הכללי [...] מחייב, כי איתורם של הנכסים [...] 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) [...]. 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 [...]" (ההדגשות הוספו – ע' פ'; עניין עיריית חולון, בעמ' 489).

ובהקבלה לענייננו, ההגנה על ההסתמכות של המתקשר עם הממונה נשענת על רציונאל יסודי משולב: מדובר בנכסים שמצב הזכויות בהם מורכב (ועשוי להיות קשה לבירור עבור הצד שמתקשר עם הממונה); ובצד האמור הממונה עורך "טיפול ופיקוח נאותים" לפני התקשרויותיו שנוגעות לנכסים אלה. הבירור העובדתי והפיקוח המשפטי שעורך הממונה הם ההצדקה לכך שמי שמתקשר עמו יזכה לקבל זכות "נקייה" (הגם שכאמור, אין מדובר בזכות הבעלות בנכס). משכך, ברור בעיניי כי אין הממונה יכול לחסות תחת טענת תום הלב כאשר הוא מתעלם מנורות אזהרה או נותן להן מענה חלקי בלבד. לא ניתן ביד אחת להישען על הבדיקות שעורך הממונה כרציונל שעליו נסמך סעיף 5 וביד השנייה לטעון שיש להקל בסטנדרט שבו הוא נדרש לעמוד כדי להפעיל את העצמה הרבה הגלומה בסעיף. מקום שבו מתקיים חשד לאי סדר, או לחוסר התאמה – על הממונה לפעול לבירור, לתת מענה לחשד ולהעמיד את הדברים על דיוקם. לא יעשה כן, לא יוכל לחסות תחת הגנת תום הלב. רק כך ניתן לומר שהמפקד הצבאי יוצא ידי חובתו כמתחייב מניהולו את השטחים שנתונים לתפיסה לוחמתית.

61. הטענה המרכזית נגד העמדה שלפיה על הממונה לעמוד בתום לב סובייקטיבי ברף הגבוהה היא שקביעה מעין זו "עלולה לעקר את תכליתו של סעיף 5" להגן על הסתמכות המתקשרים עם הממונה (ראו סעיף 94 לבקשה לדיון נוסף). אין בידי לקבל את הטענה. ברי כי ככל שדרישת תום הלב גבוהה יותר, היקף פריסתו של סעיף 5 יצומצם. ואולם, בבחינת היקף תחולתו יש לתת את הדעת לקווים המנחים של דיוננו – ובהם חובתו של המפקד הצבאי באזור וחריגותו של מנגנון תקנת השוק ככלל. כפי שהראינו, האיזונים הראויים המתחייבים מהמאטריה בה עסקינן, הם אלה שמובילים לדרישת תום הלב ברף אותו הצענו, ורק בהינתן הרף האמור, ישנה הצדקה למתן ההגנה שמקנה סעיף 5 לאינטרס ההסתמכות של המתקשר עם הממונה.

(ב) תום הלב של המתקשר עם הממונה

62. בהינתן דברינו בהתייחס לתום לבו של הממונה, איני סבור כי יש לדרוש ממי שמתקשר עמו תום לב מוגבר, או תום לב שחורג מההגדרה המקובלת של תום לב סובייקטיבי. מדובר בסיטואציה שבה מתקשר "אדם אחר" עם הממונה בעסקה בקשר לרכוש ממשלתי. סעיף 5 מאפשר לאותו אדם להסתמך על פעולותיו של הממונה כרשות מינהלית שערכה את הבדיקות ההולמות בדבר כשרות העסקה. הסתמכות זו ראויה להגנה בין היתר מאחר שתום לבו של הממונה נבחן אף הוא כחלק מהפעלת סעיף 5. טעם נוסף שמצדיק לא להטיל חובה מוגברת על המתקשר עם הממונה נעוץ בקושי שניצב לפתחו באיסוף מידע רלוונטי בנוגע לבעלות במקרקעין באזור. קושי זה נובע הן מכך שרק מיעוט מהמקרקעין באזור מוסדרים, הן מכך שמרשם המקרקעין אינו פתוח לעיון (ראו: הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה והשומרון) (מס' 1737), התשע"ד-2014; בג"ץ 6870/14 רגבים נ' ראש המינהל האזרחי, פסקאות 11-13 (3.1.2017); רע"א 2505/16 אנג'ל נ' המינהל האזרחי ביהודה ושומרון, פסקאות 30-31 (22.12.2016); רונית לויין-שנור דיני רישום מקרקעין – הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל והגדה המערבית החל מעמ' 279 (2012)). כל שנדרש מהמתקשר עם הממונה הוא אפוא לא להיכנס ביודעין לתוך תאונה משפטית. וכפי שמקובל על הצדדים כולם להליך זה, נטל סובייקטיבי זה מחייב גם, מטבע הדברים, כי הרוכש לא יעצום את עיניו מלראות את התרחשות התאונה המשפטית, ולא יתנהל בהליך נפש של חוסר איכפתיות (ראו והשוו: עניין עלא-אל-דין, בעמ' 437).

63. בצד האמור אציין כי חלק ניכר מהעסקאות שמבצע הממונה הן עם "גורמים מיישבים", ובראשם החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית. שאלה היא אם לא ראוי להטיל על "שחקן מרכזי" שהוא גורם מתוחכם ובעל יכולות מקצועיות ומוסדיות כמו

ההסתדרות הציונית חובה מוגברת מזו שמוטלת על אדם פרטי שמתקשר בעסקה עם הממונה. מדובר בעיני בשאלה לא פשוטה, בהינתן האפיונים האמורים, ובהיותה של ההסתדרות הציונית "שחקנית חוזרת", שמודעת למלוא המורכבויות שמתעוררות אגב עסקאות באזור (ראו והשוו: ע"א 1256/13 הקדש טנוס ווהבא אל חאג' נ' אזורים בניין (1965) בע"מ, פסקה 26 (16.1.2020); ע"א 7750/10 בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ, פסקאות 22-23 לפסק דינו של השופט י' עמית, פסקה 5 לפסק דיני (11.8.2011)). ואולם, סוגיה זו אינה נדרשת להכרעה בנסיבות המקרה דנן שבהן, כפי שאבהיר להלן, לא עמדה ההסתדרות הציונית אף ברף ה"רגיל" של תום הלב הסובייקטיבי.

שאלות נוספות בדבר יתר תנאי סעיף 5

64. משסיימנו את הדיון בשאלת אמות המידה המשפטיות לבחינת עקרון תום הלב בסעיף 5, יכולנו לפנות ישירות ליישומן על המקרה דנן. עם זאת, כפי שהגדיר השופט י' עמית בהחלטתו להורות על קיום דיון נוסף, הדיון יתקיים גם ביישום יתר תנאי סעיף 5. תנאים אלה נוגעים לשאלת קיומה של עסקה בין הממונה לבין "אדם אחר"; ולכך שמדובר ברכוש שאותו חשב הממונה, בשעת העסקה, לרכוש ממשלתי. הנשיאה א' חיות התייחסה בפסק דינה לקשיים עקרוניים-משפטיים שמתעוררים אגב יישום הדין במקרה דנן בכל הנוגע לתנאים אלה: האם ניתן לראות בגורם מיישב דוגמת ההסתדרות הציונית "אדם אחר" לצורך הסעיף (השוו בהקשר זה לדעת המיעוט של השופט ג' קרא בעניין עקל, פסקאות 48-56); האם עסקה שלא הסתיימה ברישום היא עסקה לצורך סעיף 5 (בשתי שאלות אלו לא הכריעה הנשיאה, פסקה 40 לפסק דינה); והאם שטח שנתפס בצו תפיסה לצרכים צבאיים הוא בבחינת "רכוש ממשלתי". על שאלה אחרונה זו ענתה הנשיאה בשלילה (ראו פסקאות 49-52 לפסק דינה). איני רואה לטעת מסמרות בשתי השאלות שלא הוכרעו ולדון בשאלה הנוספת שלא עמדה במוקד הדיון לפנינו, משאין אלו נדרשות להכרעה נוכח התוצאה שאליה הגעתי כמפורט להלן, שלפיה אין העסקה שלפנינו צולחת את מבחן תום הלב.

65. סוגיה אחרונה שלגביה לא הובאה התייחסות הצדדים היא שאלת התמורה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי מדובר בדרישה שיש לקרוא אל תוך הסעיף בדרך של פרשנות. הגם שכך, עמדתו הייתה כי בשל הפרקטיקה באזור, שלפיה ההתקשרות עם הגורם המיישב לא כללה תשלום, יש לראות את התמורה כ"קידום תכנית מתאר לשטח המוקצה, פיתוחו ושיווקו" (סעיף 5.5 ד. לסיכום הדיון מיום 7.12.2016). בהקשר זה, ספק אם בפסק הדין נקבעה הלכה, וזאת מאחר שרק השופט (כתוארו אז) נ' הנדל התייחס לדרישה זו, וציין כי היא מתקיימת בנסיבות העניין, מאחר שנבנו מבנים בהתבסס על

ההסכם בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית, ודי בנתון זה כדי לענות "על יסוד ההסתמכות או התמורה" (פסקה 27). הגם שכך, ציין השופט הנדל כי אין צורך להידרש ולהכריע בסוגיה זו. משאלה הם פני הדברים, אף דיון נוסף זה אינו האכסניה המתאימה לבירור השאלה אם יש לקרוא אל תוך סעיף 5 דרישת תמורה (ואם הסתמכות יכולה להספיק כדי למלא דרישה זו).

66. סיכום ביניים: עמדנו על קווים מנחים לדיון בפרשנותו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. בנתון לקווים מנחים אלה, מצאתי כי דרישת תום הלב שבסעיף 5 מחייבת ששני הצדדים לעסקה – הממונה והמתקשר עמו – יהיו תמי לב בעסקה ביחס למקרקעין באזור. תום הלב שנדרש מן הממונה הוא תום לב סובייקטיבי ברף גבוה, ואילו תום הלב של המתקשר עם הממונה נדרש להיות סובייקטיבי "רגיל". עוד עמדתי על כך שיתר תנאי סעיף 5 מעלים שאלות משפטיות מורכבות, שאין הדיון הנוסף דנן מצדיק בירורן, וזאת בפרט נוכח התוצאה שאליה הגעתי. משכך, בפרק הבא, שבו אבחן את התקיימות תנאי סעיף 5 במקרה דנן, אתייחס רק לשתיים מדרישות הסעיף – דרישת העסקה ודרישת תום הלב.

מן הכלל אל הפרט

67. נפנה לבחון עתה את התקיימות תנאי סעיף 5 בנסיבות ענייננו. סדר הדברים יהא כדלקמן: אחזור בתמצית על הרקע העובדתי הצריך לענייננו ואפנה לבחון, בנתון לתשתית המשפטית שהנחתי, את התקיימות תנאי העסקה ותום הלב שבסעיף 5 במקרה דנן. אקדים אחרית לראשית ואבהיר שמסופקני אם ניתן לומר כי נרקמה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית עסקה שנוגעת למקרקעין שעליהם מוקם מצפה כרמים; וכי אני סבור שהצדדים עמדו בחובת תום הלב שמשמיע סעיף 5.

68. כאמור, על מנת להקל על הקורא, נחזור על עיקרי הרקע העובדתי שהוליד את "התאונה המשפטית" שלפנינו. לצורך הקמת היישוב כוכב השחר הורה המפקד הצבאי באזור, בשנת 1975 על סגירת שטח בגודל של כ-1,000 דונם, שטח הצו סומן בשטח. סגירת השטח התבססה על סקר בעלויות, ולאחר ביצוע הסגירה, דווח על סגירת 1,070 דונם בפועל. בשנת 1980, לצורך הקמת היישוב ובהמשך לעבודת המטה לקראת אזורח היאחזות הנח"ל במקום, הוחלט על הוצאת צו תפיסה, קטן מצו הסגירה, שהיקפו 850 דונם. בשנת 1981 נחתם הסכם ההרשאה הראשון בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית, שבו צוין במפורש כי האחרונה מעוניינת לקבל מהממונה את השטח בן 1,071 דונם בהתאם למפה שצורפה להסכם. המפה היא מפת צו הסגירה, אך נכתב בראשה כי מדובר

בצו תפיסה (הסכם זה חודש מעת לעת, בפעם האחרונה בשנת 1997; בכל ההסכמים צוין כי היקף השטחים הוא 1,071 דונם, ולכולם צורפה מפת צו הסגירה). ההסתדרות הציונית פעלה לאשר תכנית מתאר בשטח, היא תכנית 223, שהיקף השטחים בה הוא 1,416 דונם (התכנית גדולה במאות דונמים הן מצו הסגירה, הן מצו התפיסה). במסגרת הסדר המאחזים בשנת 1999 הוחלט להעביר את היישוב מצפה כרמים מהשטח שבו היה ממוקם לשטח השיפוט של כוכב השחר. ניסיון הסדרה תכנונית החל בחודש אוקטובר 1999, אך ניסיון זה נעצר ולא הושלם (תכנית 223/1/5). בנקודת זמן כלשהי, ככל הנראה בחודש ניואר 2000, הוצב היישוב מצפה כרמים במיקומו הנוכחי – על מקרקעין מוסדרים בבעלות פלסטינית, מחוץ לצו התפיסה, מחוץ לצו הסגירה ובתוך שטח תכנית 223 (במקרקעין בייעוד חקלאי, על פי תכנית 223/1). יודגש: אין בידינו, גם לאחר כל גלגוליו של ההליך דנן והמסמכים הרבים שצורפו לתיק בית המשפט, הסבר ממצה למועד שבו עבר היישוב מצפה כרמים למיקומו הנוכחי או לאופן שבו נבחר מיקום זה.

69. השתלשלות הדברים כפי שתוארה לעיל עשויה לעורר את השאלה – שאינה פשוטה כלל ועיקר – מהי נקודת הזמן שבה יש לבחון אם התקיימו תנאי סעיף 5? הנקודה הטבעית והברורה ביותר היא חתימת הסכם ההרשאה הראשון, שבו נקשר הממונה עם ההסתדרות הציונית לראשונה בהסכם לטובת פיתוח הקרקע, והסכם זה חודש מעת לעת (ראו והשוו: עניין עקל, פסקה 59 לפסק דינו של השופט ג' קרא; עניין חוות מקורה, בעמ' 17; יוער כי הסכם שנת 1997 שונה במעט מיתר ההסכמים, שזהים כמעט לחלוטין להסכם הראשון; ואולם, גם בהסכם שנת 1997 השטח המוקצה מתואר באותו האופן). זאת ועוד, כתוצאה מהסכם זה הוכנה ואושרה לימים תכנית 223, שהזיקה בינה לבין השטח בהסכם ההרשאה נמצאת במוקד ההליך דנן. ואולם, לאורך ההליכים נטענו טענות שונות ומגוונות ביחס לנקודת הזמן שבה יש לבחון את תנאי סעיף 5, ובראשם תום לבם של הצדדים. נקודות זמן ראויות לציון הן מועד אישור תכנית 223; הסכמי ההרשאה הנוספים שנחתמו בשנים 1985, 1990, 1995 ו-1997; והמועד שבו עלה מצפה כרמים למיקומו הנוכחי. בעיני, בחינת תנאי סעיף 5 במועד מאוחר מהסכם ההרשאה הראשון לוקה, במידה מסוימת, בהנחת המבוקש (וארחיב בהמשך דבריי) ולכן, כפי שציינתי, אני סבור כי נקודת הזמן המתאימה לבחינת התנאים היא מועד עריכת העסקה, בשנת 1981. עם זאת, אתיחס בהרחבה גם ליתר המועדים שנטען שיש להם רלוונטיות בהקשר זה.

(א) האם נרקמה עסקה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית ביחס למקרקעין?

70. שאלת קיומה של עסקה שנוגעת למקרקעין שעליהם ממוקם מצפה כרמים היא שאלה מורכבת, לפחות בשני מישורים: הראשון נוגע לכך שהסכם ההרשאה – למצער

כלשונו ובמפה שצורפה אליו – לא כלל מקרקעין אלה (כזכור, היה מדובר לכל היותר בשטח שנסגר בצו הסגירה); והשני הוא מישור המסוימות והשאלה אם הסכם ההרשאה מסוים דיו כדי לצלוח את דרישת קיומה של עסקה בכל שאמור בשטח נושא המחלוקת. עמדת המחזיקים כמו גם ההסתדרות הציונית היא שהסכם ההרשאה הראשון והמפה שצורפה אליו לא נועדו להיות מסוימים דיים במועד החתימה בנוגע להיקף השטח שנמסר, שכן כוונת הצדדים הייתה לקבוע היקף זה בהמשך. לשיטתם, השטח שלגביו חלה עסקה זו הוא מלוא השטח בתכנית 223 – שמאוחרת להסכם ההרשאה לפחות בכשנה. עמדה זו מבוססת על מספר טעמים, המרכזיים שבהם: המפה שצורפה להסכם ההרשאה (מפת צו הסגירה) שורטטה בטוש גס ובאיכות לקויה, ולא יכולה הייתה לשמש לקביעת גבולות ההקצאה; סעיפים בהסכם ההרשאה שמלמדים על חוסר דיוק בגבולות השטח שעליו חל ההסכם כלשונו; סברת הצדדים להסכם כי מדובר בשטח "תפוס בפועל"; פירוש ההסכם לאורך השנים מלמד כי הצדדים סברו שהמקרקעין שעליהם מוקם מצפה כרמים נמצאים בשטח שנכלל בהסכם (ובכלל זאת, עת אושרו תכניות 223 ו-223/1); ועדות נהרי, הממונה בשעתו, בבית המשפט המחוזי, שלפיה המפה שצורפה להסכם לא הייתה מדויקת והוא ביקש לקבל מפה אחרת, וכנטען קיבל את מפת תכנית 223. בעיני, אין בטעמים אלה כולם כדי להוביל למסקנה שהעסקה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית נוגעת למקרקעין האמורים.

71. תחילה, להסכם ההרשאה כלשונו: בחינת הסכם ההרשאה הראשון מלמדת כי מצוין בו במפורש כי ההסתדרות הציונית העולמית מעוניינת לקבל מהממונה את החזקה בשטח בהיקף 1,071 דונם שמסומן במפה שמצורפת להסכם. להסכם צורפה (ככל הנראה מחמת שגגה) מפת צו הסגירה (ולא צו התפיסה) בקנה מידה 1:50,000. כזכור, עמדת המחזיקים וההסתדרות הציונית נשענת על טענה שלפיה מדובר במפה לא ברורה, שלא ניתן היה להסיק ממנה על איזה תא שטח מדובר. מדובר בטענה מוקשית ביותר בשים לב לחומר הראיות שהובא במסגרת ההליכים דנן. צו הסגירה הוצא בפברואר 1975, התייחס לשטח של "1000 דונם" וצורפה לו מפה (שדומה עד מאוד למפה שצורפה להסכם ההרשאה הראשון). 10 חודשים לאחר הוצאת הצו, שלח הממונה דאז דיווח מפורט ביותר לסגן מפקד האזור על השטח שנסגר (על פני הדברים, השטח שנסגר בהתאם לפקודה שניתנה לתיחום השטח באמצעות הנחת חביות בכל 100 מטרים, ראו נספח 4 לתצהיר כספי). אם אכן מפת צו הסגירה הייתה לא ברורה, ספק בעיני אם יכול היה הממונה להעביר דיווח כה מפורט ומדוקדק על היקף השטח שנסגר ועל הבעלויות השונות בו. על מנת לסבר את העין, כך דיווח הממונה:

1. השטח הסגור נגזר משני כפרים-דיר ג'ריר וכפר מאליק. בשני הכפרים נעשה הסדר קרקעות וישנו רישום בספרי האחוזה. לפי כך פרטי הבעלות הינם:

דונם אדמות נוכחים	665
דונם אדמות נפקדים	269
דונם אדמות מדינה	136
----	
דונם.	1070

2. מספר בעלי הקרקע הנוכחים מדיר ג'ריר כ-90. מספר בעלי הקרקע הנוכחים מכפר מאליק כ-25. ראה רשימות מצורפות [הרשימות לא צורפו בהליך – ע' פ']

3. ל-88 בעלים מדיר ג'ריר ישנה קרקע נוספת בכפר בשטח של 3,150 דונם. שני בעלים חסרי קרקע נוספת. ל-23 בעלים מכפר מאליק ישנה קרקע נוספת בכפר בשטח כללי של 1,070 דונם. ל-2 בעלים ישנן חלקות של כ-1/2 דונם נוסף לאדמתם בשטח הסגור והן כנראה אדמות בניה ולא חקלאות" (נספח 5 לתצהיר כספי).

הפירוט לעיל מלמד עד כמה קשה להלום את הטענה שנוכח אי בהירות צו הסגירה או קו הסימון (שסומן "בטוש עבה"), או שבשל העדר טכנולוגיה מתאימה בשנות ה-80 לא ניתן היה לדעת מהו השטח שנסגר (ראו, למשל, עדות מושקוביץ, בעמ' 70, ש' 11-6, 27-31). טענות אלו לא מתיישבות עם תיאור (משנת 1975, כאמור) דקדקני ומפורט של היקף השטחים שנסגרו, הבעלות בהם, זהות בעלי השטחים והיקף השטחים שנותרו בבעלות מי ששטחם נסגר (לכך יש להוסיף כי כעולה מהמכתב צורפו לו 4 מפות, ובהן סימון קו הסגירה ביחס לכפרים). זאת ועוד, כפי שציינתי במסגרת הרקע העובדתי, המינהל האזרחי הגיש בבית המשפט המחוזי חוות דעת של מר אבי פטיק (קמ"ט מדידות יהודה ושומרון). בעדותו בבית המשפט המחוזי הבהיר פטיק, כי השטח שמסומן במפת צו הסגירה (שנטען כאמור שלא ניתן היה להבין ממנה את היקף השטח) הוכנס למחשב, והיקפו – 1,071 דונם, פער של דונם אחד בלבד מהיקף השטחים שדווח שנסגרו בשנת 1975 (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, בעמ' 247, ש' 18; ויוער כי מדובר בדיוק בהיקף השטח שקבוע בהסכם ההרשאה). זאת ועוד, כעולה מחוות דעתו של פטיק, עובי הקו שהגדיר את שטח צו הסגירה הוא בין 1 ל-1.5 מ"מ, שמשקפים בין 50 ל-75 מטרים בשטח (סעיף 4 לחוות דעתו). אף בכך יש כדי להקשות באורח ממשי על הטענה כי עובי הטוש ואופי השרטוט הובילו לחריגה בת מאות דונמים. כל מי שעשה שימוש במפה שקנה המידה שלה הוא 1:50,000 יוכל להבין בקלות את מופרכות הטענה. יש לשוב ולהדגיש, המכתב המפורט משנת 1975 מקורו בממונה, שכנטען, 6 שנים מאוחר יותר,

לא יכול היה לדעת את גבולותיו המדויקים של צו הסגירה נוכח אי בהירות המפה שצורפה.

72. ואולם, המחזיקים (כמו גם ההסתדרות הציונית ובמידה מסוימת גם המדינה) טוענים כי העסקה נגעה לשטח שהיה לדעת כלל הגורמים המעורבים בזמן אמת שטח "תפוס בפועל". כלומר, ש"בפועל" נתפס על ידי המפקד הצבאי שטח גדול הרבה יותר מזה שמתואר בצו התפיסה (או בצו הסגירה), וששטח זה חופף למעשה לשטח תכנית 223. כנטען, אישור תכנית 223 נתן גושפנקה לכך שהשטח עצמו תפוס (וזאת, בין היתר מאחר שצו 997, שגם מכוחו נמסרה הודעה על הפקדת התכנית, מאפשר תכנון רק בשטחים תפוסים; ראו למשל סעיף 2 לצו). אעיר כבר עתה כי בית המשפט המחוזי קבע שלא הוכח שמצפה כרמים מוקם בתוך שטח "גודר" ולכן נחשב כשטח ש"נתפס בפועל" ("לא הונחה תשתית ראייתית מספיקה לקבוע כי אכן כך היה בפועל וכי הגדר הייתה ממוקמת באופן שכולל את מלוא השטחים שנכללים במערכת ההנחיות 223 בתוך תחום התפיסה [...] הנה כי-כן לא שוכנעתי כי קיימת תשתית ראייתית מספיקה לקבוע כי צו התפיסה חל גם על שטח המקרקעין של מצפה כרמים", סעיפים 100-101 לפסק הדין).

73. טענת ה"תפיסה בפועל" נשענת על פסק הדין בבג"ץ 469/83 חברת האוטובוסים המאוחדת הלאומית חברון בע"מ נ' שר הביטחון (1.4.1992) (להלן: עניין חברת האוטובוסים; וזאת הגם שפסק הדין ניתן שנים רבות לאחר שנתפס השטח במקרה דנן). קריאת פסק דין קצר זה מלמדת שהגם שצו תפיסה יכול להינתן בעל פה, כאשר מתעורר צורך דחוף, דרך המלך היא שצו התפיסה יעשה בכתב (ראו והשוו: עניין אבו צפיייה, בעמ' 379; בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844, 868-869 (2006)). במקרה שלפנינו אין כל יסוד לטענה כי בשל צורך דחוף היה הכרח בתפיסה בלא צו. זאת ועוד, המדינה הבהירה במפורש (כפי שעולה גם מהצווים עצמם) שכוונת המפקד הצבאי בהוצאת צו התפיסה הייתה לצמצם את היקף השטחים לעומת צו הסגירה, ולא להרחיבו (ראו גם סעיפים 59-62 לסיכומי המדינה בבית המשפט המחוזי; בא כוח המדינה בדיון לפנינו הבהיר כי אין הוא חוזר מהאמור שם, ראו פרוטוקול הדיון, בעמ' 7). משמעות תזת התפיסה בפועל היא שבשנת 1980 ביקש מפקד האזור לצמצם את שטח צו הסגירה לטובת הקמת היישוב כוכב השחר, ובשנים 1982-1981 ביקש הממונה (אשר כפוף למפקד האזור) להקצות שטח שגדול במאות דונמים מצו הסגירה (לא כל שכן מצו התפיסה), וזאת חרף הלשון הברורה של הסכם ההרשאה. אין בידי לקבל טענות אלו.

74. לכך יש להוסיף כי הטענה לתפיסה בפועל אשר חורגת במאות דונמים מהתפיסה בצו התפיסה לא עולה בקנה אחד אף עם ההוראות הברורות שצורפו לצו התפיסה. כזכור, במכתב שנלווה לצו התפיסה (נספח 10 לתצהיר כספי) נכללו הוראות רבות, ובהן: הוראות פרסום; הודעה למוכתרים; הודעה על זכות בעלי הקרקעות לקבל פיצויים; צוין שם כי למוכתרים יוזכר "כי השטח נסגר בשנת 1975 והוקם עליו ישוב צבאי"; ונוסח הצו בערבית יפורסם בנפרד על ידי היועץ המשפטי. ההנחה כי שטח בן כ-500 דונם נתפס בלא שתחול עליו הוראה כלשהי מההוראות האלו, וזאת ב"תפיסה בפועל" – היא מוקשית ביותר. כמו כן, קשה להסביר הליך קבלת החלטות כה מסודר ביחס לתפיסת חלק מסוים במקרקעין והליך שאין לו תיעוד וזכר ביחס לחלק אחר במקרקעין. לבסוף אציין בהקשר זה שתזת התפיסה בפועל במקרה דנן אינה נשענת על תפיסה בעל פה אלא על תפיסה במשתמע (כלומר, שהצבת הגדר או עצם אישור תכנית 223 "תפסו בפועל" את השטח שעליו חלה התכנית). לכך, למיטב ידיעתי, אין אח ורע.

75. עולה מן המקובץ, כי לאחר הוצאת צו סגירה, נסגר בהתאם לאמור בו שטח בהיקף של כ-1,070 דונם. 6 שנים מאוחר יותר הממונה התקשר עם ההסתדרות הציונית בהסכם הרשאה ביחס לשטח של 1,070 דונם וצירף לה את מפת צו הסגירה. זאת ועוד, על גבי המפה שצורפה להסכם כתוב בכתב יד "שטח כ-1071 ד'". חרף כל האמור, מבקשים המחזיקים, ההסתדרות הציונית, והמדינה לטעון כי השטח בהסכם ההרשאה אינו מסוים דיו, והשטח שאליו התכוונו הצדדים הוא למעשה השטח שעליהן חלות תכניות 223 ו-223/1. ודוקו: מדובר בשטח שגדול במאות דונמים מהשטח שנסגר (לפער זה אתייחס בהמשך בהרחבה, בניתוח תום לבם של הצדדים). כאמור, קשה להלום טענה זו.

76. עמדת המחזיקים נשענת גם על האמור בעדותו של הממונה דאז, נהרי, שהעיד שהמפה שצורפה להסכם ההרשאה הראשון לא הייתה מדויקת (189 ש' 9-16) ושהוא ביקש לקבל מפה מדויקת יותר (שגבולותיה, כך הטענה, הן גבולות תכנית 223). בית המשפט המחוזי מצא להסתמך על עדות זו לאחר שהשתכנע ש"מר נהרי לא היה מרפה עד לקבלת מפה כזו ועל-כן, יש לקבל את גרסתו, כי המפה המאוחרת שקיבל היא תשריט לתכנית 223 ועל יסודה יש לקבוע את הקצאת השטח להסתדרות הציונית לפי הסכם ההרשאה, וגם אם עדותו ככלל לא הייתה נטולת קשיים" (סעיף 135 לפסק הדין). זאת, בין היתר מאחר שהתרשם מ"קפדנותו ודקדקנותו" של נהרי (סעיף 134 לפסק הדין). ואולם, אף בהינתן עדות זו של נהרי, ומעבר לקשיים שעליהם עמדתי לעיל, קושי נוסף בעמדה שלפיה הסכם ההרשאה הראשון לא היה מסוים דיו, והושלם, לימים, בתכנית 223, נעוץ בכך שלכל הסכמי ההרשאה הבאים שנחתמו צורפה שוב ושוב מפת צו

הסגירה. קשה להלום שצדדים שחותמים על הסכם "זמני", מתוך הנחה שהם יקבעו גבולות מדויקים בהמשך, לא מעמידים את הדברים על דיוקם לאחר ההשלמה המאוחרת (וראו גם דברי להלן בהקשר זה במישור תום הלב, פסקה 85). בסבך הטענות והטעויות בתיק דנן אין להתעלם מהעובדה הבסיסית – מדובר על חוזה להקצאת מקרקעין בהיקף של מאות רבות של דונמים, אין מדובר בחוזה פעוט, ועל סוגיה שניתן להגדירה זניחה. קשה לדמיין התנהלות דומה ביחס למקרקעין כלשהם. אפילו בהסכם ההרשאה משנת 1997, שאינו מתבסס במלואו על ההסכמים הקודמים – לא מצאו הצדדים לשנות את היקף השטח שנמסר או את המפה שצורפה – וזאת חרף העמדה שהסכם ההרשאה הראשון המתין להכרעה עתידית בדבר גבולות השטח המוקצה.

77. לבסוף, האם ניתן לראות בהתנהגות הצדדים, בפרט בעת העברת היישוב מצפה כרמים למיקומו הנוכחי ככזו שמלמדת על עמדתם שהשטח הוא חלק מהסכם ההרשאה? ייתכן שניתן היה לומר כן אם הייתה בידינו עדות כלשהי לעבודת מטה מסודרת שתוצאתה מיקומו של מצפה כרמים במיקומו הנוכחי, אך לא אלה הם פני הדברים. כזכור, בהמשך להסכם המאחזים התקיים הליך סדור וברור שתכליתו הייתה להעביר את מצפה כרמים הישן למקום אחר. הליך זה כלל את הניסיון לאשר את תכנית 223/1/5 – אך קידומה של תכנית זו הופסק מאחר שהמיקום שנבחר היה מצוי בשטח אש. בניגוד להליך המסודר (והמתועד) לאישור תכנית 223/1/5 אין בנמצא תיעוד כלשהו על האופן שבו מוקם מצפה כרמים במיקומו הנוכחי. המחזיקים מסתמכים בהקשר זה על דבריו של אלוף הפיקוד דאז, יעלון, כי הוא עצמו ליווה את העלייה על הקרקע וראה שהמחזיקים "מתמקמים במקום הנכון" (בעמ' 22, ש' 10-11; כן ראו דבריו בעמ' 39, ש' 4-7). ההפניה לאמירה זו לא עולה בקנה אחד עם המשך דבריו של יעלון, שבמסגרתם הבהיר במפורש שלא נכח בשטח "באירוע הראשון שעברו", והבהיר גם כי ליוויו נגע לליווי "התהליך" (בעמ' 28, ש' 25-30). זאת ועוד, אף אם אניח כי התנהלות אלוף הפיקוד יכולה להעיד על מה נכלל במסגרת הסכם ההרשאה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית, קיים קושי בהסתמכות על הצבת מצפה כרמים במיקומו הנוכחי – וזאת מבלי שקיים ולו מסמך אחד שמעיד על הטעם להצבתו שם. מדובר ב"חור שחור" של ממש והוא בולט בחריגותו למול יתר ההליכים המתועדים והמוסדרים בסוגיה שלפנינו, ובפרט נוכח התיעוד המקיף בניסיון להסדיר את מיקום מצפה כרמים במסגרת תכנית 223/1/5 (ראו את תצהיר התשובה מטעם המדינה בבית המשפט המחוזי שצורפו לו למעלה מ-65 נספחים ביחס לפרשה דנן שכוללים תכניות שונות שקודמו; צווים רלוונטיים; מכתבים מאותה תקופה; ופרוטוקולי דיונים). אף ראש תחום תשתית באותן השנים לא ידע להסביר בחקירתו הנגדית מדוע עלו היבילים למקום שבו הוצבו לבסוף (ראו בעמ' 255-256 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). מהחומרים שלפנינו כל שניתן לומר הוא שהתנהל הליך סדור ומתועד

להעברת מצפה כרמים – אך הליך זה לא נשא פרי; ומיקומו של מצפה כרמים בסופו של יום אינו נתמך במסמכים שיכולים להעיד על הליך סדור. משכך, מוצא אני קושי בהסתמכות על עצם מיקומו של היישוב במיקומו הנוכחי ככזה שמעיד שהצדדים להסכם ההרשאה סברו ששטח זה הוקצה.

78. עמדתי היא שאין בנמצא הסבר משכנע שמלמד כי בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית נחתם בשלב כלשהו הסכם שנוגע לשטח שבו ממוקם היישוב מצפה כרמים. זאת, בין אם מאחר שהסכם ההרשאה כלל לא היה מסוים דיו כדי לצלוח את משוכת העסקה; ובעיקר מאחר שהוא לא נגע לשטח שחורג מצו הסגירה. ואולם, במוקד הדיון הנוסף ניצבת שאלת תום לבם של הצדדים. על מנת לפנות לבדיקה זו מוכן אני להניח – וכך אעשה לצורך הדיון – כי העסקה והסכם ההרשאה התייחסו גם למקרקעין שעליהם ממוקם היישוב מצפה כרמים.

(ב) תום לבם של הצדדים

79. מכאן ליישומה של אמת המידה המשפטית שניצבת במוקד ההליך דנן ולשאלה האם ניתן לומר כי הצדדים לעסקה היו תמי לב. לשון אחר – האם כאשר התקשר הממונה עם ההסתדרות הציונית והקצה לה (כהנחתי לצורך הדין כאמור לעיל) את כל השטח שעליה חלה תכנית 223 – היו הצדדים לעסקה תמי לב. כפי שאראה להלן, איני סבור שיש יסוד לקביעה כזו.

תום לבו של הממונה

80. בשלב זה נפנה לבחון את תום לבו הסובייקטיבי של הממונה, על יסוד ההנחה העובדתית שעליה עמדתי לעיל, ושלפיה גבולות הסכם ההרשאה נקבעו למעשה לאחר החתימה על ההסכם, כשקיבל הממונה לידי את תשריט תכנית 223. כפי שאראה להלן, בחינת תום לבו של הממונה מעלה כי ניצבו לפניו לכל הפחות שלוש נורות אזהרה בוחקות. לא מצאתי כי בעניינן של נורות אלו נערכו בדיקות או בירורים, לא כל שכן כאלה שיכולים להניח את הדעת. בעיניי, בשים לב לנורות אזהרה אלו ולהיעדרה של בדיקה ראויה – ניתן לומר כי הממונה עצם את עיניו מלראות שהוא מקצה שטח שאינו רכוש ממשלתי.

נורת אזהרה ראשונה: פער בין תכנית 223 לבין צווי התפיסה והסגירה

81. מבלי לחזור על הדברים שלא לצורך, שכן הדברים פורטו כבר במסגרת השאלה אם הסכם ההרשאה מתייחס לשטח שעליו ממוקם היום היישוב מצפה כרמים, יש לתת את הדעת לפער הבלתי מוסבר בהיקפי תכנית 223, צו התפיסה וצו הסגירה. כשנסגר השטח לפי צו הסגירה בשנת 1975, העביר הממונה מכתב שציין את היקף השטחים שנסגרו, תוך פירוט הבעלויות בהם. כחמש שנים מאוחר יותר נבחנה האפשרות לשנות את צו הסגירה לצו תפיסה, ואכן צו תפיסה נחתם, ושטחו קטן משטח צו הסגירה. הסכם ההרשאה, כלשונו, העביר להסתדרות הציונית חזקה ב-1,071 דונם וצורפה לו מפת צו הסגירה (אף שעל גבי מפה זו נכתב "צו תפיסה"). הטענה היא שהממונה סבר אותה העת כי המפה שהובאה לחתימתו במסגרת הסכם ההרשאה לא מדויקת (כפי שנקבע בבית המשפט המחוזי), וביקש מפה חדשה והובאה לו מפת תכנית 223. תכנית 223 משתרעת, כלשונה, על שטח בהיקף 1,416 דונם. אף בהנחה (שלא התקבלה עובדתית בבית המשפט המחוזי שדחה את הטענה, סעיפים 100-101 לפסק הדין) כי בשטח "נתפסו בפועל" שטחים בהיקף האמור – אין נורת אזהרה מובהקת יותר מאשר בין הפער העצום בין היקף השטח עלי הסכם לבין היקפה של תכנית 223. החריגה של תכנית 223 מגבולות צו התפיסה אינה עניין של עשרות מטרים, של מאות מטרים או אפילו של עשרות דונמים. מדובר בסטייה של מאות דונמים – וכדברי אביעד כספי (ראש תחום תשתית בשנים 2012 עד 2017) – חריגה של 30-40 אחוז משטח צו התפיסה, אם לא יותר (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, בעמ' 208, ש' 30-32).

82. אין בחומר כל הסבר, והממונה לא נתן הבהרה בשאלה, אילו בדיקות ערך כאשר קיבל לידיו מפה שחורגת במאות דונמים מצווי הסגירה והתפיסה. אף בהנחה שהממונה חשב שמפת תכנית 223 משקפת תפיסה בפועל, נורה אדומה בוחקת מצויה בפער בין המסמך שעליו חתם (הסכם ההרשאה הראשון) לבין השטח שלגביו ניתנה הרשאה בפועל. פער זה לא תוקן גם ביתר ההסכמים שעליהם חתמו הצדדים. כזכור, המספר 1,071 דונם שצוין בהסכם ההרשאה הראשון דומה מאוד לשטח שדווח שנסגר במסגרת צו הסגירה – ואף בכך היה כדי להדליק נורת אזהרה לפני מי שעתיד להקצות מאות דונמים מעבר לאמור בהסכם.

83. בהקשר זה נטען כי במועד החתימה על ההסכם, היה ברור וידוע לצדדים כי גבולות המשבצת אינם ברורים. טענה זו נשענת על האמור בהסכם שלפיו "הצדדים מצהירים כי ידוע להם כי גבולות המשבצת טרם נמדדו וגבולותיה המדויקים טרם נקבעות סופית, ולממונה הזכות לשנותם" (סעיף 2.2 להסכם ההרשאה). ואולם, אין בידי לקבל כי סעיף זה משמעו שאין כל משמעות לאמור בהסכם (או כפי שסבר בית המשפט המחוזי,

כי משמעות סעיף זה ש"אין ללמוד מתוך התשריט שצורף לו [להסכם – ע' פ' דבר", סעיף 131 לפסק הדין]. חריגה של 400 דונם מהאמור בהסכם אינה בבחינת דיוק גבולות, או "קביעתם הסופית" כאמור בסעיף. מדובר בשוני מהותי של ההקצאה. קשה לחשוב על חוזה אחר שיעסוק במקרקעין שבו ישתנו, בעל פה, וללא כל עדות שאינה נסיבתית, 40% מהיקף העסקה.

84. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי נסמך גם על כך שהמפה שצורפה הייתה "שרטוט ללא קנה מידה, בטוש עבה ומבלי לציין קואורדינטות או כל מידע ברור אחר". לטענה זו כבר התייחסתי (ראו פסקה 71 לעיל), והבהרתי כי אין מדובר בשרטוט עלום וסתום, כי אם במפת צו הסגירה בקנה מידה המאפשר זיהוי ברור (שבהתאם לה נסגרו שטחים ודווחו, על ידי הממונה). ואוסיף ואעיר כי בחקירתו בבית המשפט הבהיר כספי כי לא אמורות להיות סטיות דרסטיות בתרגום מפת צו התפיסה לשטח (ראו פרוטוקול הדיון שם בעמ' 214, ש' 23-32; בעמ' 215, ש' 1-4; בעמ' 219, ש' 1-22); כי כוכב השחר ממוקם, באופן שאינו מפתיע, בתחום מפת צו התפיסה (הגם שגם מפת צו התפיסה לכאורה לא ברורה; בעמ' 221, ש' 10-18); וכי טוש עבה שכזה יכול להסביר חריגה של עשרות מטרים (בעמ' 219, ש' 4-8).

85. לסיכום נקודה זו אבהיר כי פער בן מאות דונמים בין הכתוב בהסכם לבין השטח שלגביו חלה הרשאה הוא נורה אדומה מובהקת. קשה לחשוב על תרחיש כלשהו שבו אדם מן היישוב חותם על הסכם שנוגע למקרקעין ולאחר שהוא מזהה חוסר התאמה כה קיצוני בין האמור בו לבין המצב לאשורו הוא לא פועל לתקנו. וכאמור, הצדדים לא פעלו לתיקון האמור במסגרת ההסכמים הנוספים שנחתמו בהמשך.

נורת אזהרה שנייה: מקרקעין מוסדרים

86. למורכבות שהובאה לעיל יש להוסיף כי המקרקעין שבהם מוקם לימים היישוב מצפה כרמים הם מקרקעין מוסדרים, שרשומים על שם בעלים פלסטיניים שונים. בשנים 1981-1982 (אגב חתימת הסכם ההרשאה ותכנון תכנית 223), לא ידע הממונה באיזו נקודה ימוקם היישוב, אך כבר אז הייתה בידיו תמונה מלאה של הבעלות במקרקעין השונים בשטחי צו הסגירה, צו התפיסה ותכנית 223 (זאת כעולה ממכתב ששלח הממונה דאז לסגן מנהל המינהל האזרחי בשנת 1973 – כחלק מהרקע להקמת כוכב השחר; ראו נספח 1 לתצהיר כספי). היועץ המשפטי לממשלה נדרש, במסגרת סיכום הדיון העקרוני שערך בנושא סעיף 5 לצו, לשאלה אם לעובדה שמדובר במקרקעין מוסדרים יש השפעה על תום הלב שנדרש מהממונה. וכך צוין בלשון סיכום הדיון:

"בהקשר זה התעוררה השאלה – כלום ייתכן קיומו של תום לב ביחס להקצאת מקרקעין מוסדרים הרשומים על שם אדם פרטי. במצב דברים מעין זה, הבחינה הסובייקטיבית תתקיים ברף גבוה יותר, ובמסגרת זו ייבחנו – בין היתר – בדיקות שערך הממונה ביחס למרשם המקרקעין והממצאים שעלו מהן. על פני הדברים, מקום בו מדובר במקרקעין פרטיים רשומים אשר הוקצו על ידי הממונה כרכוש ממשלתי, הדבר אינו מתיישב עם דרישת תום הלב ועם חובת הממונה לבדוק את המרשם, המצוי בהישג ידו, טרם ההקצאה. ואולם, מהבחינה העקרונית לא ניתן לשלול את קיומם של מצבים בהם על אף שמדובר במקרקעין מוסדרים יתברר כי הצדדים פעלו בתום לב, למשל (אך לא רק) מקום בו בירור הממונה טרם העסקה העלה כי מדובר בקרקע הרשומה על שם המדינה, אך נמצא בדיעבד כי מידע זה היה שגוי. מקרים מסוג זה, ככל שיתעוררו, יבחנו לגופם בהתאם לנסיבותיהם הקונקרטיות" (סעיף 5.5 לסיכום הדיון).

במסגרת הערר בעניין צלאח שתואר לעיל, הובעה עמדה דומה ביחס להשפעתם של הליכי הסדר על שאלת תום לבו של הממונה. באותו עניין נדונו מקרקעין שלגביהם לא הושלם הליך ההסדר, אך עצם קיומו של הליך כאמור לימד – בנסיבות שם – כי הממונה לא יכול להיחשב תם לב לצורך סעיף 5. וכך ציין שם כב' השופט רס"ן ר' עאמר:

"בדיקת קיומו של הסדר מקרקעין על כל שלביו (לוח תביעות, או לוח זכויות לא סופי) נדרשת בכל הליך של הכרזה על אדמות הריבון או הקצאה של מקרקעין באזור והייתה נדרשת גם בעסקה דנן עם המשיב 2. לדעתי, העובדה שלא נערך על ידי [הממונה על הרכוש הממשלתי – ע' פ' ניסיון כלשהו לבדוק אם המקרקעין רשומים בלוח תביעות, עלולה לעלות כדי עצימת עיניים ובוודאי שלא עולה בקנה אחד עם חובותיו כרשות מנהלית ועם חובותיו כנציג הריבון האמון על הסדר הציבור באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. מכאן, אף במבחן הסובייקטיבי, וללא הזדקקות למבחן אובייקטיבי, אין בידי לקבל במקרה דנן את תחולתו של סעיף 5 לצו" (סעיף 2 לפסק דינו).

87. בדיקות מעין אלו – שתוארו בסיכום הדיון של היועץ המשפטי לממשלה ובפסק הדין בערר בעניין צלאח – לא הוצגו בהליך דנן, ולא מן הנמנע שלא בוצעו. כאמור, לפי הטענה, לאחר שהממונה מצא שאין להסתפק במפה שצורפה להסכם ההרשאה, הוא ביקש שתובא לו מפה נוספת (היא מפת תכנית 223), ולכאורה אישר אותה. במכתב שאזכרתי לעיל, משנת 1973, שכתב הממונה דאז, צוין במפורש כי מדובר בשטח מוסדר, ו"יש באפשרותינו להצביע על כל חלקה וחלקה". דהיינו, היה זה בידיעת הממונה כי מדובר

במקרקעין שייטכנו להם בעלים וכי בדיקה פשוטה (במסמכים ובמפות שנדמה שהיו כבר אז בידי הממונה) יכולה לבאר את הבעלות בהם. גם בהקשר זה נראה שהממונה לא ערך בדיקה ולא בחן אם הגדלת היקף השטחים המוקצים כוללת גם שטחים בבעלות פרטית – וזאת הגם שבדיקה מעין זו הייתה קלה ופשוטה לביצוע.

נורת אזהרה שלישית: עדויות מאוחרות לאי התאמה בין תכנית 223 לבין הצווים

88. האמנם יש מקום לבחון את התנהלות הצדדים שמאוחרת להסכם ההרשאה הראשון במסגרת בחינת תום לבם? כפי שכבר ציינתי לעיל, בעיני אין מדובר בעניין מובן מאליו. עם זאת במקרה דנן נטען שהתנהלות הצדדים בשנים שלאחר חתימת ההסכם מלמדת על הלך רוחם בעת החתימה על ההסכמים. זאת ועוד, בנסיבות ענייננו, שבהן "הסכמי המשך" נחתמו בשנים 1990, 1995 ו-1997, ייתכן שיש טעם לבחון את התנהלות הצדדים בשנים אלו. אציין כבר עתה כי לשיטתי אף בחינת התנהלות הצדדים בשנים אלו מגלה קשיים בטענה שלפיה הממונה היה תם לב.

89. כבר בראשית שנות ה-90 (בחודש מאי 1990) כתב הממונה מכוח צו 997 (מושקוביץ) למשרד הבינוי והשיכון מכתב שבו ציין כי "תוך כדי בדיקה שבוצעה על ידינו בישוב כוכב השחר כתוצאה מחריגות בניה שהיו שם עולה כי המגרשים שבנדון [מגרשים 178-182 – ע' פ'] נמצאים מחוץ לגבולות התפיסה בפועל (מחוץ לגדר הישוב). לאור זאת יש להימנע מלקחת בחשבון מגרשים אלה וכל שטח אחר שמחוץ לגבול התפיסה הצבאית בפועל בהליך התיכנון והבינוי כל עוד לא אושרו ע"י המנהל האזרחי גבולות שונים" (נספח 17 לתצהיר כספי). במכתב נוסף מחודש יוני 1990 ציין בלומנטל כי "צו תפיסה נבחן ועומד במבחן החוקיות עפ"י התפיסה בפועל ובמקרה זה קרי הגידור" וכי המגרשים האמורים ממוקמים מחוץ "לגדר המקורית של צו התפיסה" ושאין כל בסיס משפטי שיכול לאשר בינוי על מגרשים אלה (נספח 18 לתצהיר כספי). שני הצדדים התייחסו בהרחבה למכתבים אלה כתומכים בעמדתם.

90. המחזיקים ראו במכתבים אלה עדות לכך שגורמי המינהל פעלו לתקן אי התאמה בין התפיסה בפועל לבין תכנית 223 – וביחס לשטחים שעליהם מוקם היישוב מצפה כרמים, לא הובעה הסתייגות כלשהי. איני סבור כי משמעות מכתבו של בלומנטל היא שהוא סבר שאי התאמה היחידה בין תכנית 223 לבין הצווים הוא המגרשים האמורים. כזכור, לפי תכנית 223 כלל לא ניתן היה לבנות בשטח נושא הדיון הנוסף (שהיה מצוי בתכנית 223 בשטח "שייעודו ייקבע בעתיד") ולכן ברי כי לא היה צפוי להתעורר חשש שיערך בהם בינוי בניגוד לתפיסה. משאלה הם פני הדברים העובדה שבלומנטל לא

התייחס לשטחים אחרים בתכנית 223 אין בה כדי ללמד שגדר התפיסה בפועל הוצבה בשטח על מלוא היקף שטחי התכנית, למעט מגרשים 178-182. למעשה, סביר יותר להבין את המכתבים האמורים כמכוונים לכך שיש קרקע שלכאורה ניתן לבנות עליה מכוח תכנית 223 (מגרשים 178-182) אך יש להימנע מלעשות כן מאחר שמגרשים אלה מחוץ לצו התפיסה ("בפועל"). ויוזכר, שהשטח הבנוי ביישוב כוכב השחר, ככלל, כן מצוי בתוך שטח צו התפיסה (ראו את העולה מעדות כספי, בפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, בעמ' 221, ש' 10-18). ממילא, כפי שקבע בית המשפט המחוזי – לא הוכח כי הגדר בשטח (שייצגה את גבולות התפיסה בפועל, כנטען) כללה את המקרקעין שעליהם מצפה כרמים. מן העבר השני, מכתבים אלה מוכיחים ללא כל צל של ספק שכבר בחודשים מאי ויוני 1990 היה בידיעת הממונה כי אין חפיפה בין גבולות תכנית 223 לצווי התפיסה והסגירה. חרף האמור, שלושה חודשים מאוחר יותר, חתם הממונה על חידוש הסכם ההרשאה, שכטענת המחזיקים, המדינה וההסתדרות הציונית, שב ומקצה את כל שטח תכנית 223. זאת, הגם שכאמור, גם בהסכם זה צוין במפורש כי היקף השטח הוא 1,071 דונם, וצורפה לו מפת צו הסגירה. אף אם נקודת הזמן לבדיקת תום לבו של הממונה הייתה הסכם זה, משנת 1990, הרי שמדובר במקרה דנן בעצימת עיניים מובהקת לאי סדרים בהיקף השטח המוקצה.

91. גם בשנת 1995, לקראת חתימה נוספת על הארכת ההרשאה, היו עדויות לאי סדרים. במכתב משנת 1994 מאת ראש מדור תכנון ומדידות במינהל האזרחי, היא מציינת במפורש כי בהנחיית רע"ן תשתיות במינהל האזרחי "עלינו לערוך שינוי במפת החוזה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית העולמית תוך הכנת מיפוי מתאים של הישוב עפ"י גבול התפיסה בפועל קרי הגידור הקיים". במכתב שוב חוזרת על הצורך לתקן את תכנית 223 ולגרוע את מגרשים 178-182. חרף האמור, בחודש אפריל 1995 – לא נעשה שינוי בהסכם ההרשאה, וצורפה לו, שוב, מפת צו הסגירה. בנוסף, בחודשים שלאחר החתימה על חידוש הסכם ההרשאה קודמה תכנית 223/1, שלא שינתה באורח משמעותי את גודל השטח בתכנית 223, ועסקה בעיקרה בשינוי ייעוד חטיבות קרקע בתחום התכנית (את השטח נושא הדיון הנוסף שינתה התכנית לייעוד חקלאי). גם במסגרת דיון באישורה של תכנית זו הובא דבר אי החפיפה בין התכנית לבין הצו לידיעת הגורמים הרלוונטיים, וחרף האמור, אושרה התכנית (ראו נספח 21 לתצהיר כספי). במכתב נוסף מאת ראש מדור תכנון ומדידות, לאחר אישור תכנית 223/1, צוין במפורש כי תכנית 223 אושרה "ע"פ גבולותיה הישנים למרות האמור במכתבי שבסימוכין" (בחקירתו ציין מושקוביץ, הממונה מכוח צו 997, כי אינו זוכר מדוע לא נעשה דבר בהקשר זה במסגרת תכנית 223/1, ראו בעמ' 81). נראה אפוא כי הן במסגרת הליכי התכנון, הן כחלק מהחתימה על הסכמי ההרשאה הנוספים (בשנים 1990 ו-1995) הוברר כי יש חוסר התאמה בין הצווים

לבין התכניות. ודוקו: אף מי שהחזיקו באותם ימים בתזת התפיסה בפועל, סברו שיש אי התאמה בין התפיסה בפועל לבין התכניות. נתון זה מחליש גם את הטענה שהושמעה כי גורמי המינהל סברו שעצם קיומה של תכנית מעידה על תפיסה בפועל. על יסוד המכלול, לא ניתן לקבל את הטענה כי הממונה סבר בתום לב שהשטח המוקצה הוא מלוא שטח תכנית 223.

בחינת תום הלב אגב עליית מצפה כרמים למקרקעין?

92. לפני סיום חלק זה, אדרש לאירועים סביב עליית היישוב מצפה כרמים למיקומו הנוכחי (וכן למספר התרחשויות עובדתיות מאוחר לכך). אבן הראשה לניתוח, שאותה יש לשוב ולהזכיר: לא הוצגה ראיה אחת שעניינה בחירת מיקומו הנוכחי של היישוב מצפה כרמים. לפני העברת היישוב התנהלה עבודת מטה סדורה וממוסמכת שלא הביאה לכדי פתרון תכנוני. עליית מצפה כרמים לקרקע נעשתה במועד שאינו ידוע, ואין אנו יודעים כיצד נבחרה הנקודה שבו מוקם לימים היישוב (בתוך שטח אש, כאמור). זאת ועוד, גם היום אין תכנית כלשהי שמאפשרת בנייה על הקרקע, ואין היתרי בניה למבנים שם. ומכאן לשאלה – מה נפקות תום לבם של הצדדים בשנת 1999 (וראשית שנת 2000), במועד העברת מצפה כרמים למיקומו הנוכחי. ראשית, ספק בעיני אם באותה נקודת זמן – שנת 1999 – ניתן לדבר על "עסקה" כלשהי (כדרישת סעיף 5 לצו), לא כל שכן עסקה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית. שנית, בשנת 1999, כמעט שני עשורים לאחר אישור תכנית 223, מובן שהאור האדום הבוהק שנשקף ממנה בעת אישורה (ושעליו עמדתי לעיל) – כבר עומעם. אין תימה כי בשלב זה היו גורמים שסברו כי עצם קיומה של תכניות מאושרות ביחס לקרקע (תכנית 223 ו-223/1) מלמד שמדובר בקרקע תפוסה. משכך, "דילוג" על הקשיים בראשית שנות ה-80, ומיקוד תשומת הלב בבדיקות שנערכו בסוף שנות ה-90 לוקים במידה מסוימת של הנחת המבוקש. זאת, אף בהתעלם מכך שלגורמים צבאיים בכירים ובהם הממונה היה ידוע – בסוף שנות ה-90 – שתכנית 223 בוודאות אינה חופפת לצו התפיסה ואינה חופפת אף ל"תפיסה בפועל".

93. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל מצא בפסק הדין נושא הדיון הנוסף כי הצדדים צולחים את משוכת תום הלב ומעיון בחוות דעתו נראה כי בקביעה זו הוא נשען, בין היתר, על הבדיקות שנערכו אגב בחירת המיקום הנוכחי של מצפה כרמים (ראו פסקה 20 לפסק דינו). כך, מפנה חברי לדבריו של בלומנטל בבית המשפט המחוזי שלפיהם במסגרת בחירת מיקומו של מצפה כרמים ירד לשטח, וראה שם גדר, שהעידה על התפיסה בפועל. איני סבור כי בדיקות אלו, שנעשו בשנת 1999, מעידות כי בעת החתימה על מי מהסכמי ההרשאה נערך "בירור של הנתון החשוד" כלשונו. זאת ועוד הבדיקות שנטען

שנערכו, נעשו ביחס למיקום שאליו ייעדו את מצפה כרמים, אך אין חולק כי מצפה כרמים אינו ממוקם במיקום שאליו התכוון בלומנטל, והוא אף אישר שלא נכח בהצבת מצפה כרמים במיקום הנוכחי (ראו פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, בעמ' 257, 260). אין די בכך שנעשו בדיקות על מקום "קרוב" למקום שבו הוצב מצפה כרמים כדי לקבוע שהצדדים לעסקה היו תמי לב והסירו את עננת החשדות (אף אם היה נכון לבחון את שאלת תום הלב בשנת 1999). זאת ועוד, בפסק דינו מציין חברי המשנה לנשיאה כי "אם כן, בשנת 1999 – וכך קודם לכן בסמוך, בשנת 1997 – היו סימונים בשטח שתומכים במסקנה שהתפיסה בפועל כוללת את המקרקעין מושא המחלוקת, כפי שעולה מתכנית המתאר" (פסקה 20). נראה לכאורה, כי אמירה זו חורגת מהתשתית העובדתית שנקבעה בבית המשפט המחוזי שלפיה לא הובאו נתונים כדי להצביע שהתפיסה בפועל, באמצעות גדר, חפפה לגבולות תכנית 223. בעיני, אין בחומרים שלפנינו (כמו גם בחומרים שניצבו לפני בית המשפט המחוזי) כדי להצביע על האמור (וראו קביעתו המפורשת של בית המשפט המחוזי בהקשר זה, סעיפים 100-101 לפסק הדין).

94. מכאן, שככל שאנו נסמכים על אירועים מאוחרים אלה, עלינו לבחון אם יש בהם כדי להאיר את תום לבם של הצדדים לעסקאות. הטענה המרכזית שנוגעת להתנהלות הצדדים בשנים אלו נובעת מכך שהתפיסה הרווחת הייתה שעצם קיומה של תכנית בשטח מלמדת כי מדובר בשטח תפוס (ראו למשל סעיף 7 לתצהיר בלומנטל). תפיסה רווחת זו – אף אם שגויה – לא מלמדת אותנו דבר על תום הלב בעת החתימה על הסכם ההרשאה הראשון. על נורות האזהרה באותו מועד כבר עמדתי לעיל. ויותר מזה, כעולה מן החומרים באותן שנים לא ניתן משקל מתאים להיקף צו התפיסה ואף להיקף התפיסה בפועל. כעולה מדבריו של מי שהיה אז היועץ המשפטי לאזור, אל"מ שלמה פוליטיס, בבית המשפט המחוזי:

"על פי המדיניות המשפטית שאני נקטתי שטח שתפוס לצרכים צבאיים זה לא רק השטח התפוס בפועל לכוכב השחר, [...] כי שטח של יישוב הוא לא חי אך ורק על השטח הקטן. יש לו שטחי פיתוח גם מסביב. זה בעצם ברגע שבעצם זה מופיע במסגרת התכנית, [...] זה שטח שבעצם הוא תפוס לצרכים צבאיים" (בעמ' 105, ש' 12-7).

מהדברים משתמעת עמדה מוקשית: לא התפיסה בפועל הכתיבה את גבולות התכנית – כי אם התכנית היא זו שהכתיבה את גבולות התפיסה. עמדה זו משקפת מדיניות שלפיה גבולות צו התפיסה אינם רלוונטיים לשאלה אם השטח תפוס או לא, אלא שטחה של התכנית המאושרת. בכך, יכול לבוא לידי ביטוי היפוך יוצרות – וזאת מאחר שכזכור,

תחומי התכנון המורשה אמורים להיגזר מגבולות צו התפיסה. כאן אולי יש מקום להזכיר שצו 997 (שגם מכוחו אושרה תכנית 223 להפקדה), בשמו המלא, הוא "צו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים" (ההדגשה הוספה – ע' פ'). מכאן, שבעוד שניתן להבין את התפיסה המונחת ביסוד עמדת פוליטיס שלפיה הניח שקיומה של תכנית 223 מלמדת על קיומו של שטח תפוס; עמדתו שלפיה גבולות התכנית מתווים את גבולות השטח התפוס (בפועל) מגלמת מורכבות ממשית. עמדה זו שלא מייחסת משקל להיקפו של צו התפיסה עולה מעדויות נוספות, בין היתר מעדותו של בלומנטל שציין ששרטוט צו התפיסה "לא מעניין" אותו (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, בעמ' 257, ש' 28-30). הלך רוח זה לא עולה בקנה אחד עם חובת תום הלב (השוו: עניין עלא-אל-דין, בעמ' 437), והוא אינו יכול לעלות בקנה אחד עם חובת המפקד הצבאי, והדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר במקרקעין שידוע כי יש להם בעלים פרטיים.

95. לכל האמור לעיל יש להוסיף את כישלון תכנית 223/1/5 כאינדיקטור נוסף שהיה יכול להצביע (ואף הצביע בפועל) על קשיים בנוגע לשטח בתכנית 223. כזכור, במהלך קידום התכנית התברר כי השטח המיועד נמצא בתוך תחום צו סגירה לשטח אש, ולכן התבקש אישורו של אלוף הפיקוד (נספח 44 לתצהיר כספי). בדיון שהתקיים ביום 7.11.1999 בנוגע לתכנית, ציין האלוף כי "עבודת המטה בנדון היתה לקויה" וכי לא נערכה בחינה ראויה לנושא על ידי כלל הגורמים שנוגעים לדבר, וכי מיקום הקרוואנים (לפי התכנית) פוגע בשטח אש (נספח 45 לתצהיר). בדיון שהתקיים ביום 17.1.2000 הוחלט לעצור את ההליך התכנוני ולבדוק את ההשלכות של פינוי מצפה כרמים. כשבועיים לאחר מכן, כבר הוצבו הקרוואנים בשטח שבו הם היום – שאינו השטח שנבחן בהליך התכנוני. זאת ועוד, השטח שבו הוצבו הקרוואנים אף הוא בשטח אש. אינו יודעים כאמור אילו בדיקות נעשו, וממילא, בשלב זה לא נעשתה "עסקה" שיש לבחון את תום לב הצדדים לגביה. אך נדמה כי יהא זה קשה לומר כי ביחס למיקום שאליו הועבר הישוב נערכו בדיקות ממצות. אחת הטענות שהושמעו היא שבבסיס הרצון להעברת מצפה כרמים ממיקומו הישן, עמד הרצון להסדיר את היישוב, ולכן קשה, עד בלתי אפשרי, להעלות על הדעת שנבחר מקום שסברו שאינו חוקי. עמדה זו אינה משוללת הגיון על פניה, ולכן לו ניתן היה להצביע על הליך מסודר כלשהו, שסופו בהצבת מצפה כרמים במיקומו הנוכחי, ייתכן שניתן היה לומר שהדבר מצביע על כך שבשנת 2000 (19 שנים לאחר חתימת הסכם ההרשאה) סבר הממונה כי השטח תפוס. אך עדויות לכך אין.

96. לבסוף, יש להצביע על ההתרחשויות לאחר העלייה לקרקע. בשנת 2003 – שלוש שנים לאחר שהוצב היישוב מצפה כרמים במיקומו הנוכחי – הוגשה תכנית מתאר מפורטת נוספת לכוכב השחר, תכנית 223/3. כעולה מתצהיר כספי, בדיקת הממונה העלתה אז שהתכנית חורגת מצו התפיסה ומאדמות המדינה (סעיף 38 לתצהיר). התכנית לא אושרה. ביום 11.5.2003 פנתה רכזת תכנון מיפוי ומדידות ליעוץ המשפטי לאזור – והצביעה על כך שגבולות תכנית חדשה שמקודמת (תכנית 223/4) חורג מצו התפיסה, וכי מבדיקה אף מתברר כי תכנית 223/1 חורגת מצו התפיסה. כלומר, הגם שלא מפורטות הבדיקות שנערכו, התגלה כי אין חפיפה בין צו התפיסה לבין התכניות המאושרות. מכתבים אלה מצביעים על הקושי בטענה שאי אפשר היה לדעת על היעדר החפיפה בזמן אמת (וממילא, כפי שהצבעתי לעיל, דבר אי החפיפה היה ידוע). מכתב זה נשלח בשנת 2003 – ואיננו יודעים אם נעשה דבר מה בהמשך לכך. נראה כי גם לאחר עליית מצפה כרמים למיקומו הנוכחי, פעילות גורמי המינהל לא הייתה מיטבית, בלשון המעטה.

תום ליבה של ההסתדרות הציונית

97. כזכור, בחינת תום הלב כנדרש בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי לא מתמצה בבחינת תום לבו של הממונה, והמתקשר עם הממונה נדרש לעמוד בדרישת תום לב סובייקטיבית "רגילה". המתקשרת עם הממונה בהקשר זה היא ההסתדרות הציונית, ובעניין תום לבה לא נפרשה לפנינו או לפני בית המשפט המחוזי תשתית עובדתית רחבה. בעיקרם של דברים, ההסתדרות הציונית התקשרה עם הממונה לקבלת השטח לצורך הקמת יישוב. בחינת החומר הראיתי במקרה דנן מגלה שקיים קושי לקבוע שההסתדרות הציונית לא עצמה את עיניה אף בהקשר צר זה. ההסתדרות הציונית קיבלה לידה בשנת 1980 את צו תפיסת השטח. במסגרת המכתב שנלווה לצו התפיסה (נספח 10 לתצהיר כספי) הובהר גודלו (קטן משטח צו הסגירה בלמעלה מ-150 דונם, כאמור), ונכתב במפורש ביחס להסתדרות הציונית כך:

**"ההסתדרות הציונית העולמית**

א. תתאם על עבודה למימוש הצו עם נפת ירדן והח"מ בהודעה מראש של שבוע ימים.

ב. תוודא אי חריגה מתחום הצו בעת עבודת המימוש.

ג. תוודא העברת תוכניות מתאר ללשכת תכנון עליונה לאישור.

ד. תוודא העברת תקציב לתשלום פיצויים דרך קמ"ט אפו" (ההדגשה במקור – ע' פ'; יוער כי עוד קודם להוצאת צו התפיסה, במסגרת קידום אזורי מאחז כוכב השחר הועברו הוראות דומות להסתדרות הציונית, ראו מכתב מיום 8.7.1980, נספח 8 לתצהיר כספי).

בהתאם לאמור לעיל, הגישה הסתדרות הציונית את תכנית 223. היא חתומה על התכנית והיא מוגדרת בתכנית כמי שהגישה אותה וכמי שערכה אותה. מתעוררת אפוא השאלה: כיצד מקבל גורם כלשהו לטיפולו שטח בן 850 דונם (תוך שהודגש שעליו לא לחרוג ממנו), חותם על הסכם שבו כתוב, ברחל בתך הקטנה, 1,071 דונם, ומגיש לאישור תכנית בת 1,416 דונם? עיון בתצהירים שהגישה ההסתדרות הציונית בכית המשפט המחוזי, מלמד כי לא ניתן הסבר ממשי לאי התאמה זו (המצהיר, מר יוסי שגב, שימש כסגן מנהל חטיבת חוזים בטחונות וקרקעות בהסתדרות הציונית משנת 1998, הגיש תצהיר הן מטעם ההסתדרות הציונית, הן מטעם המחזיקים). נטען כי הגבולות במפה שצורפו להסכם ההרשאה הראשון לא היו ברורים (שוב, כי שורטטו ב"טוש גס") וכי הגבולות הסופיים של ההקצאה נקבעו "פעמים רבות" במסגרת התכניות שאושרו על השטח (ראו למשל סעיפים 7-8 לתצהיר שגב שהוגש מטעם המחזיקים). האמור לא מסביר בעיני כיצד הגיעה ההסתדרות הציונית להגיש תכנית שחורגת במאות דונמים מהסכם ההרשאה (ומצו התפיסה שנמסר לה). אכן, הפגם בשלב אישור התכנית נוגע לתום לכו של הממונה (כפי שכבר תיארתי לעיל); אך לפגם היסודי בשלב הגשת התכנית, שרובץ לפתחה של ההסתדרות הציונית, לא ניתן הסבר. אף בהמשך הדרך, בשנת 1994 הבהרות שיש אי התאמה בין התכנית לבין "התפיסה בפועל" נשלחו להסתדרות הציונית (נספח 22 לתצהיר כספי), וחרף האמור תכנית 223/1, אף היא תכנית שהוגשה ונערכה על ידי ההסתדרות הציונית, מוגשת ללא שינוי בהיקף השטח (ואף בהוספת מספר דונמים).

98. בעיני קיים ספק של ממש בדבר האפשרות שבעל תפקיד כלשהו יכול היה, אף ברשלנות, לתכנן את תכנית 223 מבלי להבין שהיא חורגת חריגה רבתי מצו התפיסה (ואף מצו הסגירה). מדובר בעצימת עיניים מובהקת, שכן אף אם הייתה סברה שיש לתכנן לפי תפיסה בפועל, הרי שבידי המתכנן היו שני מסמכים ברורים בכתב שמתייחסים לשטחים בהיקף אחר (המכתב הנלווה לצו התפיסה והסכם ההרשאה הראשון). מדובר בחריגה של מאות דונמים, שמהווה נורה אדומה בוהקת, ולא הוצגה בדיקה שנעשתה כדי לברר ולהפיג את החשד.

99. אסכם: לא מצאתי כי בעסקה, ככל שהייתה כזו ביחס לשטחים נושא הדיון הנוסף, היו הצדדים תמי לב. לפני הממונה ניצבה שורת נורות אזהרה בוהקות שלא ניתן להן מענה (ולא כל שכן מענה מספק). זאת, הן במועד החתימה על הסכם ההרשאה הראשון, הן במועד החתימה על ההסכמים מהשנים 1990 ו-1995. בשלבים מסוימים אף הייתה ידיעה ברורה כי אין חפיפה בין התפיסה בפועל לבין תכנית 223, ודבר לא נעשה. קביעה כי במצב דברים זה היה הממונה תם לב תציב את רף תום הלב לפי סעיף 5 במקום

נמוך מתום הלב הסובייקטיבי שנדרש בתקנות שוק אחרות בדין הישראלי. לא זו אמת המידה שנדרשת מהממונה. לצד זאת, איני סבור כי ההסתדרות הציונית הייתה תמת לב במסגרת העסקה עם הממונה. זאת, בעיקר בשל עצימת העיניים בהתייחס לפער הבלתי מוסבר בין התכנית שהגישה לאישור (תכנית 223) לבין היקף השטחים שהתבקשה לתכנן לגביהם בצו התפיסה והיקף השטחים שקיבלה לידיה במסגרת הסכם ההרשאה.

אחר הדברים האלה

100. לאחר כתיבת הדברים הגיעו אליי חוות הדעת של חבריי וחברותיי, ובהן חוות דעתם של המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל ושל השופטים נ' סולברג וד' ברק-ארוז. ראשית, אבקש להתייחס בתמצית לחלק מקביעותיו של חברי השופט נ' סולברג בחוות דעתו.

א. בבחינת השאלה אם הקרקע שבו מוקם לימים מצפה כרמים נכללה בהסכם ההרשאה חברי מציין כי להסכם ההרשאה צורפה "מפה כלשהי, שדמתה לזו של צו הסגירה" (פסקה 72 לחוות דעתו). נראה כי חברי אינו רואה במפה ככזו שמשקפת את אומד דעת הצדדים להסכם ההרשאה. זאת על אף לשונו המפורשת של הסכם ההרשאה – הסכם שנוגע לשטח "הכולל 1071 דונם" (ראו ב"הואיל" הראשון להסכם). שטח זה, בן 1,071 דונם זהה – ואין מדובר ביד המקרה – לפירוט הדקדקני של השטח שדווח בשנת 1975 שנסגר בצו הסגירה (נספח 5 לתצהיר כספי; וראו בהקשר זה את עמדת חברי בדבר חוסר הדיוק של המפות באותה התקופה) ולהיקף השטח המדויק שנסגר בצו הסגירה כש"מזינים" אותו למערכות ממוחשבות בנות ימינו (ראו פסקה 71 לחוות דעתי). חרף לשונו הברורה של ההסכם שקובעת שהשטח המוקצה הוא בן 1,070 דונם; חרף העובדה כי צורפה להסכם מפה "דומה" לזו של צו הסגירה (ואעיר – דומה עד מאוד); חרף העובדה שכשנסגר השטח דווח בזמן אמת על סגירה בפועל של 1,070 דונם; וחרף העובדה כי צו הסגירה היקפו, במדידה עכשווית במחשב, הוא 1,071 דונם – קובע חברי כי הצדדים כולם, בשנת 1981 לא ייחסו למפה חשיבות, לא ראו בה "כתוחמת במדויק, אף לא באופן גס, את שטח ההרשאה" וכי הטעות בצירוף המפה היא בבחינת ליקוי טכני שלא חורג מטעות שבהיסח הדעת. בעיני קביעה זו מוקשית. וככל שהצדדים עשו בחירה מודעת לחרוג מלשונו של ההסכם ומהמפה שצורפה לו – אין כל הסבר מדוע טעות זו לא תוקנה בהסכמי ההרשאה האחרים שנחתמו. ואדגיש כי ההסכם משנת 1997 (שהוא, לשיטת חברי, ההסכם הרלוונטי לבדיקת התקיימות תנאי סעיף 5) אינו שכפול צילומי של הסכם ההרשאה הראשון (נתון שיכול היה להסביר את המחל באי תיקון ההסכם; ראו סעיף 139 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי). חרף האמור, באף אחד מן ההסכמים לא תוקנו הליקויים שהובאו לעיל.

ב. בבחינת תום הלב במקרה דנן, חברי מייחס חשיבות לכך שנהרי חתם על תכניות 223 ו-223/1, ובכך, לשיטת חברי "ביטא הממונה את הנחתו כי המקרקעין דנן נתפסו על-ידי המפקד הצבאי" (פסקה 94 לחוות דעתו). ואולם, ואולי בכך נעוץ עיקר השוני בין חוות דעתי לחוות דעתו של חברי, אין לשיטתי די בהנחות של הגורם המינהלי בדבר תפיסתה של קרקע, בפרט לא בנסיבות המורכבות של המקרה דנן. כאמור, במסגרת הוצאת צו התפיסה (בשטח בהיקף 850 דונם) ניתנו הנחיות ברורות להודיע על תפיסת השטח לבעלי הקרקעות ולמוכתרים – וזאת גם בשל העובדה שהיה בידי המפקד הצבאי באזור ובידי הממונה האפשרות להצביע על זהות הבעלים של "כל חלקה וחלקה" (נספח 1 לתצהיר כספי). כיצד יכול להניח מי שניתנו בידי הוראות שכאלו, לתפיסת 850 דונם, כי נתפסו בפועל 1,416 דונם (ללא הוראה מסודרת כלשהי, לא כל שכן הנחיות מפורטות; ואף בהתעלם מכך שצו התפיסה נועד, במפורש, לצמצם מגודלו של צו הסגירה)? ואף אם הניח כך הממונה, כיצד ניתן לומר כי הנחה זו עומדת בדרישת תום הלב שמשמיע סעיף 5? גורם מינהלי שפועל על פי הנחות, כאשר בידו אמצעי פשוט וזמין לבדיקת העובדות לאשורן – ולא ביצע בדיקות מעין אלה – לא יכול לחסות תחת הגנת סעיף 5. בכך מתקשר הדבר גם לנורה השנייה שעליה הצבעתי בחוות דעתי – היותם של המקרקעין מוסדרים. חברי ציין שלא ירד לסוף דעתי בהקשר זה, ועל כן ראיתי לבאר. בידי הממונה הייתה האפשרות להבין בנקל כי "עודף" הקרקעות מהחווזה שעליו חתם (ושלו, כדברי חברי, לא ייחס "משמעות רבה") כולל קרקעות בבעלות פרטית, ושאליהן לא התייחס צו התפיסה שקיבל לידי. לשיטתי, דווקא במצב דברים מעין זה, שבו הובאה לעיונו של הממונה מפה שמעידה על תפיסה של שטחים בבעלות פרטית מבלי שניתן לגביהם צו כלשהו של המפקד הצבאי – הייתה לפניו נורה אדומה בזהות. בהקשר זה אוסיף, בתמצית, בכל הנוגע לתום לבה של ההסתדרות הציונית (פסקה 99 לחוות דעתו של חברי), כי אין זה ברור לי כיצד ניתן לקבוע שמי שקיבל הוראה מפורשת ממפקדת האזור לתכנן על שטח בהיקף 850 דונם (ולא לחרוג ממנו) והגיש תכנית בשטח של כ-1,400 דונם עומד בחובת תום הלב (ראו בהרחבה פסקאות 97-98 לחוות דעתי). אשר להסתמכות חברי על חזקת התקינות המינהלית בהקשר זה, ראו הערתי בפסקה ד להלן.

ג. עוד אבקש להתייחס למספר נתונים עובדתיים שאליהם מייחס חברי חשיבות בקביעת תום הלב במקרה דנן: ראשית, אשר לעדותו של יעלון, חברי ציין כי יעלון אמר בעדותו שליווה את עליית מצפה כרמים לקרקע וכי ראה "שהם מתמקמים במקום הנכון", אך לא התייחס לכך שבהמשך חקירתו הבהיר שכלל לא נכח בשטח במועד עליית מצפה כרמים למיקום הנוכחי וכי כוונתו במילה "ליווי" הוא ליווי התהליך ולא ליווי במובנו הפיזי (ראו האמור בחוות דעתי, פסקה 77; פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, בעמ' 77).

28, ש' 25-30). שנית, מתייחס חברי לחריגה שעליה הצביעו בראשית שנות ה-90 משטח התפיסה בפועל, וטוען כי אילו סברו גורמי המינהל שגם ביחס למיקומו של מצפה כרמים יש חריגה, היו פועלים בצורה דומה והדבר מעיד על תום לבם. כפי שציינתי בחוות דעתי בהרחבה, במועד שבו נכתבו המכתבים לא ניתן היה לבנות בשטח שבו ממוקם היום מצפה כרמים (בתכנית 223 סווג השטח כ"שטח שייעודו ייקבע בעתיד") – ומשכך, לא ניתן ללמוד על תום לבו של הממונה מכך שלא נכתבו מכתבים ביחס לשטח זה (לפירוט בעניין זה ראו בפסקה 90 לחוות דעתי). ושלישית, חברי מייחס גם משקל רב לבדיקות שנערכו במסגרת הכנת תכנית 223/1/5 – אך מייחס חשיבות פחותה לכך שתכנית זו הגיעה למבוי סתום ולא אושרה מעולם. מוכן אני להניח – לטובת שיטתו של חברי – כי לו הייתה מאושרת תכנית 223/1/5, היה קל יותר לקבוע כי בשנת 1999 היו הגורמים הרלוונטיים תמי לב – אך לא אלה הם פני הדברים. חברי אף לא מייחס משקל לכך שאין ממצא שמעיד על עבודת מטה כלשהי שהובילה לבחירת מיקומו הנוכחי של מצפה כרמים. ואולם, בהקשר זה חברי מדגיש כי לאחר העתקת מצפה כרמים למיקומו הנוכחי "לא היה פוצה פה" בעניין זה משך עשר שנים. האמור לא עולה בקנה אחד עם החומרים שלפנינו, שלפיהם כבר בראשית שנות ה-2000, וסמוך לאחר עליית היישוב למקומו הנוכחי, הובהר, "שחור על גבי לבן" כי אין חפיפה בין צו התפיסה לבין התכניות המאושרות בשטח ואף נגרעו שטחים מתכניות אלו מטעם זה (ראו נספחים 55 ו-57 לתצהיר כספי; כן ראו סעיפים 49-52 לסיכומי המדינה בבית המשפט המחוזי).

ד. ואכן, לשאלה מדוע לא פעלו גורמי המדינה בהקשר זה כל אותן שנים אין תשובה. הדבר אינו יכול לתמוך בהישענותו של חברי על חזקת התקינות המינהלית. במקרה דנן, אף לשיטתו של חברי, התנהלות הממונה מעידה – ולו ביחס למפה שצורפה להסכמי ההרשאה – על "אי-סדר בעייתי" (סעיף 100 לחוות דעתי). בעיניי, התנהלות הצדדים להסכם ההרשאה במקרה דנן רחוקה מרחק רב מתקינות, וקיים משכך קושי להישען על חזקת התקינות המינהלית כחלק מבחינת התקיימות תנאי סעיף 5 (ראו גם בפסקה 99 לחוות דעתי של חברי). מדובר במקרה שבו חרף הוראות מפורשות וברורות לצמצום שטח צו הסגירה ולתפיסת 850 דונם, תוכננה ולימים אושרה תכנית שחורגת במאות דונמים מכל הצווים שהוציא המפקד הצבאי. הדבר מבטא, חריגה מובהקת מסמכות שלא יכולה ליהנות מחזקת תקינות. לכל האמור אוסיף גם כי הוצאת צו התפיסה בשנת 1980, אישורה של תכנית 223 בשנת 1983, והעתקת מצפה כרמים למקומו הנוכחי בשנת 2000 – כולם נעשו לאחר מתן פסק הדין בעניין אלון מודה, שהורתו כאמור בכך שאין להקים יישובים על קרקע שנתפסה בצו תפיסה, אלא על אדמות מדינה.

ה. הערה אחרונה נוגעת לטענת התפיסה בפועל, שעליה נשענת חוות דעתו של חברי. על הקושי בתזה זו עמדתי בהרחבה בחוות דעתי, ועל כן רק אזכיר: הטענה כי השטח שהיה תפוס "בפועל" חופף לשטח תכנית 223 ("בתוך הגדר") לא התקבלה עובדתית בבית המשפט המחוזי (סעיפים 100-101 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי) וממילא תפיסה בפועל של שטחים גדולים מצו הסגירה עומדת בניגוד מוחלט לכוונתו המפורשת של המפקד הצבאי בצו התפיסה. לכך אוסיף כי תפיסה בפועל בשנת 1980 – בהישען על פסק הדין בעניין חברת האוטובוסים – לוקה בשתיים: ראשית, התפיסה הלכאורית בפועל ארעה שנים רבות לפני פסק דין זה; ושנית, היא שגויה משפטית (ראו פסקה 73 לחוות דעתי). לבסוף, גם תפיסה בפועל, ככל שהייתה כזו, לא מתיישבת עם ההלכה שנקבעה בעניין אלון מורה שלפיה לא ניתן לעשות שימוש בקרקע תפוסה לצרכים צבאיים לצרכי התיישבות.

101. אשר לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל, מבקש אני להתייחס אך לנקודה אחת בחוות הדעת, שכן לנושאים האחרים קיים מענה בחוות דעתי. חברי שם דגש בחוות דעתו על ההגנה על הסתמכות של המתקשר עם הממונה, "שלעיתים אף משקיע מומן רב ומשנה את מסלול חייו תוך הסתמכות על כשרות העסקה" ושל מי שהסתמך על התקשרות שכזו (ראו בפסקאות 3, 4 ו-10 לחוות דעתו). מצאתי להדגיש תחילה כי המחזיקים הם לא צד ל"עסקה" שנמצאת במוקד הדיון הנוסף (אלא ההסתדרות הציונית והממונה). אך חשוב מכך, בחינת עובדות המקרה דנן מעלה סימני שאלה שמרחפים סביב הסתמכותם של המחזיקים. בסוגיה זו לא הרחבתי בחוות דעתי, אך אני רואה להתייחס אליה בתמצית בשלב זה, שכן האמור בחוות דעתו של חברי מחייב הבהרתם. תחילה אציין כי למיטב הבנתי לא הוגשו בהליכים דנן מסמכים שמעידים על הקניית זכויות "בר רשות" מאת ההסתדרות הציונית למי מהמחזיקים לפני או בסמוך למועד עליית מצפה כרמים למיקומו הנוכחי (בשנים 1999-2000). בהקשר זה ראו: ראשית, את התצהיר שהוגש מטעם ההסתדרות הציונית בבית המשפט המחוזי, שאליו לא צורף הסכם הרשאה כלשהו שנחתם עם המחזיקים (ואף לא צוין מתי נחתמו הסכמים כאמור; סעיף 10 לתצהיר ובעמ' 45-46 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי); שנית, את ה"דוגמה להסכם בר רשות" שצירפה ההסתדרות הציונית לסיכומיה בע"א 7668/18 – שנחתם ביום 15.6.2011, חודשים לאחר שניתן הצו הארעי בבג"ץ 953/11 – ושפרטים מרכזיים בו מושחרים (לרבות המשפט הבא: "הואיל: והמיישבת הורשתה על ידי הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי ביהודה ושומרון [...] להקים את היישוב [מושחר]"; נספח מ/ש/3 בתיק המוצגים מטעמה); שלישית, את אישורי בר הרשות שצורפו לתצהיר מטעם מר יעקב גור אריה (שמתגורר במצפה כרמים), שמהם עולה כי מרבית התובעים בהליך האזרחי הם בעלי זכויות "בר רשות" ממועד מאוחר להגשת

העתירה בבג"ץ 953/11 (נספח 4 לתצהיר; ראו בהקשר זה גם את האמור אצל רונית לויין-שנור "על מצפה כרמים ושייח' ג'ראח: תשובה לפרופ' שחר ליפשיץ" פורום עיוני משפט מו 3-5 (2022)).

102. זאת ועוד, ואולי חשוב מהאמור לעיל, יש לתת את הדעת גם לכך שהתובעים בהליך האזרחי – שלאינטרס ההסתמכות שלהם ניתן משקל בחוות דעתו של חברי – אינם אלה שעברו להתגורר במקום בשנת 2000, להוציא אחד מהם (ראו את האמור בחקירתו של יעקב גור אריה בבית המשפט המחוזי, בעמ' 122, ש' 11-32 ובעמ' 123, ש' 1-7; כן ראו בסיכומי המדינה בבית המשפט המחוזי, סעיפים 73-74). מטעמים אלה אני מוצא קושי במתן משקל נכבד לאינטרס ההסתמכות של מי שלא היה צד לעסקה עם הממונה; שעבר להתגורר במצפה כרמים במועד מאוחר לעלייה הראשונית לקרקע; ואשר חתם על חוזה "בר רשות" עם ההסתדרות הציונית לאחר גילוי "התאונה המשפטית".

103. לבסוף, אשר לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז. בחוות הדעת מנתחת חברתי את תחולת סעיף 5 על מערכת היחסים שבין הממונה לבין המחזיקים (כשההסתדרות הציונית היא בבחינת "גורם מתווך" בלבד, פסקה 18 לחוות דעתה). אף מבלי להביע עמדה בכל הנוגע לקביעתה של חברתי שההסתדרות הציונית אינה "אדם אחר" לצורך סעיף 5 (סוגיה שבה לא ראיתי להכריע, פסקה 64 לחוות דעתי), אני מתקשה להסכים לניתוח המוצע על ידה. תחילה, דומה שחוות דעתה של חברתי "מפרקת" את רכיב העסקה לשני רכיבים שונים: רכיב העסקה, שלשיטתה התקיים בשנת 1997 (הסכם ההרשאה האחרון בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית; פסקה 24 לחוות דעתה) ורכיב "עם אדם אחר", שלשיטתה התגבש רק עם עליית תושבי מצפה כרמים למיקומו הנוכחי, בראשית שנת 2000 (שם). אציין כי להשקפתי להפרדה זו אין עיגון ממשי בלשון הסעיף. זאת ועוד, היא מכניסה עמימות מובנית לבחינת יסודות סעיף 5; כך למשל, האם את תום הלב של הממונה יש לבחון בשנת 1997 (כשחתם על הסכם ההרשאה) או בשנת 2000 (שבה, כנטען, התקבלה ההחלטה להעביר את מצפה כרמים למיקומו הנוכחי). בהקשר זה מצאתי להצטרף גם לדבריה של חברתי הנשיאה א' חיות בחוות דעתה ביחס ליסוד תום הלב.

104. הקושי הנוסף נעוץ במישור העובדתי. כאמור, לאורך ההליך כולו מוקדו טענות הצדדים בשאלה אם ההסכם שנכרת בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית חוסה תחת סעיף 5 לצו (כפי שמציינת גם חברתי, בפסקאות 12 ו-31 לחוות דעתה; כן ראו, מני רבים, סעיף 39 לסיכומי המחזיקים בע"א 7668/18; סעיף 18 לסיכומי המחזיקים בבית המשפט המחוזי; סעיף 18 לסיכומי ההסתדרות הציונית בבית המשפט המחוזי). משכך, לא

התבררו במסגרת ההליך רכיבים עובדתיים שונים שנדרשים לצורך ההכרעה שאליה הגיעה חברתי. בכלל זאת, ניתוחה של חברתי נשען על הסתמכות מצד תושביו הראשונים של מצפה כרמים, הגם שאין חפיפה בינם לבין המחזיקים ולא נפרשה תשתית עובדתית מלאה בשאלה אימתי הגיעו המחזיקים למצפה כרמים ומה היחס ביניהם לבין "התושבים הראשונים" (ראו האמור בחוות דעתה של חברתי בהקשר זה, "יתר המחזיקים שבפנינו באו ככל הנראה בנעליהם" של התושבים הראשונים; ההדגשה הוספה – ע' פ'; פסקה 24). בדומה, מציינת חברתי כי היא סבורה שניתן לומר שהמחזיקים עמדו ברף תום הלב הנדרש הגם שלא בכך מוקדה ההתדיינות בתיק דנן (פסקאות 31-32 לפסק הדין). בהקשר זה אומר שניים: ראשית, אין לשכוח כי עסקינן בתקנת השוק שלתחולתה טענו המחזיקים במסגרת תביעה אזרחית – ועליהם נטל השכנוע (עניין מורדכיוב, פסקה יז; עניין אלג'אבר, פסקה 12; עניין חוות מקורה, בעמ' 17; דויטש, כרך ג, בעמ' 184-185). משכך, דומני כי קיים קושי בקביעה שחוסר בהירות עובדתי יפעל לטובת המחזיקים (התובעים) במקרה דנן. שנית, בהיעדר קביעות עובדתיות הנדרשות לתמיכה במסגרת המשפטית שקבעה חברתי (או טיעון מלא מטעם הצדדים בעניין זה), איני סבור כי יש מקום לקביעות עובדתיות חדשות במסגרת פסק הדין בדיון נוסף.

סוף דבר

105. במסגרתו של הדיון הנוסף התבקשנו להכריע אם ניתן להחיל בעניינו של היישוב מצפה כרמים את הוראות סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. כפי שפירטתי לעיל, דרישת תום הלב שבסעיף 5 משמיעה לממונה את חובתו לקיים בירור עובדתי ומשפטי מספק – כך שיהא זה מוצדק להגן על אינטרס ההסתמכות של המתקשר עמו. השאלה אם בירור שכזה נעשה נבחנת סובייקטיבית, דהיינו, אם הבדיקות שערך הממונה נתנו מענה לאי סדרים ואי ההתאמות שהתעוררו. עריכת בירור מעין זה מתחייבת גם נוכח השלכותיו המשמעותיות של סעיף 5 במישור הזכויות בנכסים וגם נוכח החובות שמוטלות על הממונה כמי שמנהל נכסי מקרקעין בשטח שנתון לתפיסה לוחמתית. במקום אחר כבר צוין כי "תקנת השוק נועדה לתמי לב ולעסקאות שאין בהן סירכה שאם לא כן לא ב'תקנה' עסקינן, אלא בעיוות" (ע"א 1134/06 רושרוש נ' מנסור, פסקה טו (10.11.2009)); עניין מורדכיוב, פסקה נא). בנסיבות ענייננו, בחינת מערכת היחסים החוזית ומערך ההסכמים שנערך בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית מעלה ספק של ממש בשאלה המקדמית והיא אם נערכה עסקה ביחס לשטח שעליו מוקם לימים היישוב מצפה כרמים. אך אף בהנחה כי נעשתה עסקה שכזו, לפני הצדדים לעסקה היו נורות אזהרה מובהקות וברורות – שבהתקיימן ומבלי שנערך בזמן אמת בירור שיכול לתת להן מענה, לא ניתן לקבוע כי העסקה נעשתה בתום לב. משכך, אין אני סבור כי ניתן להחיל בענייננו את הוראות סעיף

5, בהתייחס לשטח שעליו הוקם היישוב מצפה כרמים, וממילא לא ניתן לקבוע כי למחזיקים זכויות בשטח זה. אציע אפוא לחבריי להותיר את תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף על כנה.

106. כזכור, בפסק הדין נושא הדיון הנוסף הוכרעה העתירה בבג"ץ 953/11 בהתאם לתוצאת הניתוח האזרחית-קניינית. משמעות הדבר היא כי לשיטתי אין מקום להתערב גם בתוצאת העתירה. התוצאה האופרטיבית של הכרעה זו היא קשה וכואבת. תושבי מצפה כרמים הקימו במקום בית, משפחה וקהילה. בצד האמור יש לזכור כי מדובר בקרקע פרטית פלסטינית, כמו גם את חובתו של המפקד הצבאי להגן על קניינם של התושבים המוגנים. מכך נגזרת התוצאה שאליה הגעתי הן במישור הפרשני, הן במישור היישומי. איני סבור כי הדין ופרשנות סעיף 5 מאפשרים תוצאה אחרת בנסיבות העניין. התנהלותה הרשלנית של המדינה שתוארה לעיל בהרחבה, מחייבת, כפי שציינה הנשיאה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, כי יימצא למחזיקים פתרון חלופי, ראוי והולם, והנחתי כי כך אכן ייעשה.

בנסיבות העניין, אציע שלא יעשה צו להוצאות.

המשנה לנשיאה

השופט נ' סולברג:

1. בתחילת שנת 2000, הועתק המאחז מצפה כרמים ממקומו הקודם – דרומית מערבית ליישוב כוכב השחר שבחבל בנימין – אל מקומו הנוכחי, לצדו הדרומי-מזרחי של היישוב. ההעתקה בוצעה, כחלק מ'הסכם המאחזים', שנחתם בין ראש הממשלה דאז, אהוד ברק, לבין ראשי מועצת יש"ע. תכליתו של ההסכם היתה, להסדיר נקודות התיישבות באזור יהודה ושומרון, שלא הוקמו ברצף מבונה עם יישובים קיימים. חרף העובדה, כי המיקום הקודם של מצפה כרמים היה על אדמות מדינה, נדרשה העתקתו למיקומו החדש, משום שהמקרקעין שעליהם הוקם בתחילה, ללא אישור, נמצאו מחוץ לגבולות התכנית הסטטוטורית של כוכב השחר. העתקת מצפה כרמים נדרשה אפוא, לצורך הסדרת היישוב במישור התכנוני, ומתוך הנחה כי המיקום החדש יהא ראוי להתיישבות – הן מבחינה קניינית, הן מבחינה תכנונית.

2. בעת העתקת הישוב, סברו כלל הגורמים שליוו את המהלך – בעלי תפקידים בצבא ובמינהל האזרחי, גורמי ממשל בלשכת שר הביטחון, עובדי ההסתדרות הציונית, שעמה התקשר הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש (להלן: הממונה) בעסקת הרשאה לגבי המקרקעין, ומתיישבי מצפה כרמים עצמם – כי המיקום החדש שאליו הועתק הישוב, נכלל בתא שטח, אשר נתפס ב'תפיסה צבאית' על-ידי הממונה. הנחה זו התבססה, בין היתר, על כך שהשטח נכלל בתכניות הסטטוטוריות של כוכב השחר.

3. ואכן, הליך ההעסקה הושלם, הימים נקפו, ומתיישבי מצפה כרמים הכו שורש באדמה. בין היתר, נוסדה במקום קהילה פועמת, חלק מן המתיישבים בנו בתי-קבע; מצפה כרמים, קרם עור וגידים. בחלוף למעלה מעשור-שנים, בשנת 2011, בעתירה שהוגשה לבית משפט זה על-ידי המשיבים 1-3 (להלן: המשיבים), נטען לראשונה כי הקרקע שעליה הוקם הישוב, חורגת משטח התפיסה הצבאי, ועל כן, יש להורות על פינויה, בהיותה קרקע פלסטינית, פרטית ומוסדרת. מתיישבי מצפה כרמים (להלן: המחזיקים), הגישו מצדם תביעה אזרחית לבית המשפט המחוזי בירושלים, למתן שורה של סעדים הצהרתיים, נגד המשיבים ונגד גורמי המדינה השונים, ביחס למעמדם בקרקע. תביעה זו – התקבלה במלואה; אך ערעור שהוגש לבית משפט זה – התקבל בדעת רוב, והביא להיפוך התוצאה. השאלה שבה התחבטו שופטי ההרכב, ובהמשך גם נחלקו לגביה בדעותיהם (להלן: פסק הדין בערעור) היתה זו: האם יש מקום להחיל, בנסיבות המתוארות, את הוראת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו ו-סעיף 5 בהתאמה), הקובע הסדר של 'מעין תקנת שוק' במסגרת הדיון וההכרעה בסוגיה, נדרשו חברי ההרכב לפרשנות רכיבי סעיף 5 הנ"ל, ובפרט להגדרת אמת המידה הבוחנת את תום הלב הנדרש, על-פי הוראת הסעיף.

4. על פסק הדין בערעור הוגשה בקשה לדיון נוסף – הוא ההליך שלפנינו. הבקשה התקבלה, בהחלטת חברי השופט י' עמית, מיום 24.11.2020, והשאלה העומדת עתה לדיון, כפי שנקבע באותה החלטה, היא זו: "מהן אמות המידה המשפטיות לבחינת עקרון תום הלב המעוגן בסעיף 5 [צו], ואופן יישומו ויישום יתר תנאי הסעיף במקרה דנן".

5. עיינתי בחוות דעתו המקיפה של חברי המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, שבסופה הגיע לכלל מסקנה כי יש להותיר את תוצאת פסק הדין בערעור על כנה, אך אין בידי להצטרף אליה. במחלוקת שנפלה בין חברי ההרכב בפסק הדין בערעור – הן בנוגע לעיקר הפרשנות של סעיף 5, הן בנוגע ליישומו בנסיבות המקרה דנן – מצאתי עצמי שותף, בשינויים כאלה ואחרים, לעמדתו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל, אשר נותר בדעת מיעוט; מכאן מסקנתי, כי דין העתירה לדיון נוסף – להתקבל.

6. דרך הילוכי תהא כדלקמן: תחילה, אתייחס להצדקות לקיומו של הסדר (מעין) 'תקנת שוק' במקרקעין באיו"ש; בהמשך, אעיר הערה בנוגע לתחרות שבין הזכויות העומדות במוקד ענייננו; לאחר מכן, אבחן את תנאי סעיף 5, ואיישם על המקרה דנן, תוך תיאור העובדות הנדרשות; לבסוף, אתייחס לשאלת תום הלב, אשר עמדה בלב ליבו של פסק הדין בערעור.

סעיף 5 – תכליות והצדקות

7. חברי המשנה לנשיאה, העמיד בפתח הכרעתו שלושה קווים מנחים, לפרשנות סעיף 5: הראשון – חובת המפקד הצבאי להימנע מפגיעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים, המתגוררים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית; השני – מגמת הצמצום הכללית של הסדרי תקנת השוק, נוכח פגיעתם בזכויות הקניין של הבעלים המקורי; והשלישי – הסתייגות מהיקשים והשוואות להסדרי תקנת שוק אחרים, מחמת השוני בין הסדרים אלה, לבין המנגנון המעוגן בסעיף 5. שלושת הקווים המנחים שמנה חברי, מובילים אפוא לפרשנות מצמצמת וממעטת. יתרה מכך, בחוות דעתו, מעלה חברי ספקות מספקות שונים, לגבי עצם הקביעה כי סעיף 5 משתייך למשפחת תקנות השוק, וניכר כי אלמלא היתה שאלה זו מצויה מחוץ לגבולותיו של הדיון הנוסף, היה חברי קובע כי סעיף 5 כלל אינו בן-בית במשפחה זו. כשלעצמי סבורני, כי האלטרנטיבה הפרשנית שהציגו המשיבים, באשר למשמעותו של סעיף 5, דחוקה עד מאוד, בפרט נוכח הדמיון הלשוני והענייני, בין ההסדר שנקבע בסעיף זה, לבין הסדרי תקנת-השוק האחרים (ובעיקר אלה שבחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 (להלן: חוק נכסי נפקדים), ובחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978 (להלן: חוק האפוטרופוס הכללי)). מכל מקום, אינני סבור כי הקווים המנחים שאותם הציג חברי, לפחות בחלקם, הם שאמורים להנחותנו בפרשנות סעיף 5. לגישתי, ארחיב לגביה להלן, המגמה המצמצמת שהציע חברי, ביחס לפרשנות סעיף 5, מביאה לכרסום משמעותי, ואף למעלה מכך, באפשרות לעשות שימוש בהסדר שנקבע בו, מחטיאה את התכלית העומדת ביסודו, ומחמיצה את העובדה, כי הסדר זה נחקק, דווקא על רקע הנסיבות הייחודיות, הנוגעות להקצאת קרקע באיו"ש.

8. אין חולק, כי ההסדר שנקבע בסעיף 5, בין אם נכנהו בשם 'תקנת שוק', בין אם לאו, נועד בראש ובראשונה להגן על אינטרס ההסתמכות של המתקשר בעסקה עם הממונה. חברי המשנה לנשיאה סבור, כי לבד מתכלית מתוחמת זו, אין לקרוא לתוככי ההסדר כל תכלית נוספת, של הקלה על חיי מסחר שוטפים, ושל יעול שוק המקרקעין. לשיטתו, העסקאות הסטנדרטיות שבהן עוסק הסעיף, אינן נוגעות לאינטראקציות מסחריות בין 'צדדים רגילים', אלא לאלה החלות בין צדדים בעלי מאפיינים שלטוניים, בין אם מדובר בממונה ובהסתדרות הציונית, בין אם בכל גורם מיישב אחר (פסקה 45

לחוות דעתו). לגישתו זו של חברי – אינני יכול להסכים. להבנתי, התכלית שאותה נועד סעיף 5 לשרת, אינה תחומה אך ורק לעסקת המכר הראשונה, שנעשית בין הממונה, לבין הגורם השלטוני המתקשר עמו. מנגנון זה, נועד להגן גם על חוליות ההעברה הבאות, אשר נסמכות כולן על עסקת ההקצאה הראשונה שנחתמה עם הממונה. מבלעדי רשת ביטחון זו, המאפשרת להסתמך על כשרותן של ההקצאות הראשונות שביצע הממונה, יורתעו מתקשרים פוטנציאליים, לכל אורך שרשרת ההעברה, מביצוע עסקאות המשך. בהעדר הגנה כאמור, יקנן כל העת חשש בליבם, שמא מקור הזכויות של הממונה יוטל בשלב כלשהו בספק, וממילא רכושם ינטל, והם יצאו כשידיהם על ראשם. חשש זה, יבריא קונים פוטנציאליים, ולמעשה ישבית את שוק הנדל"ן ביחס לעסקאות מסוג זה. אם כן, תכליתו של סעיף 5 אינה מסתכמת בהגנה על אותה חוליה ראשונה – הסתמכות המתקשר הישיר עם הממונה. מטרתה הנוספת היא ליצור שוק מקרקעין בטוח, אשר יאפשר חיי מסחר תקינים. לכך אוסיף, כי תכליתו של סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, פורשה אף היא בפסיקה, ככזו שנועדה לאפשר חיי מסחר תקינים, וזאת אף שמדובר גם שם, ב'עסקה' הנעשית בין שני גורמים בעלי מאפיינים שלטוניים – האפוטרופוס ורשות הפיתוח (ראו למשל: ע"א 4636/07 מדעי נ' מדעי, פסקה 9 (21.12.2009) (להלן: עניין מדעי)). על רקע תכליות אלה, אציג להלן כמה הצדקות לקיומו של מנגנון תקנת שוק, גם בעסקאות מקרקעין הנעשות עם הממונה באיו"ש. הצדקות אלה, לגישתי, אינן תומכות ברוח המצמצמת, הנושבת מחוות הדעת של חברי.

9. ראשית, יש להתחשב במאפייני מרשם המקרקעין באיו"ש. אין זה סוד, שפנקסי המקרקעין באיו"ש, אינם זוכים לאותה רמת אמינות שלה זוכים מקביליהם, המתעדים את רישום המקרקעין שבשטחי ישראל. כידוע, בניגוד למרשם המקרקעין החל בתחומי 'הקו הירוק', מרשם המקרקעין באיו"ש איננו פומבי. כך, בעוד שמרשמי המקרקעין בתחומי ישראל (לבד מהמסמכים ששימשו יסוד לרישום), גלויים לעיני הציבור, ובהתאם, מצופה כי רוכש פוטנציאלי יעיין בהם, טרם ביצוע עסקה במקרקעין (ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1), 204, 213 (1981); יהושע ויסמן, קניין – חלק כללי, 302-303 (1993)); כלל זה, ביחס למקרקעין בתחומי איו"ש – הוא הפוך. מרשמי המקרקעין באיו"ש אינם פומביים, ואינם חשופים למי שאינו בעל זכות במקרקעין. עיון בהם מהווה חריג לכלל האמור, ולא ניתן לאפשרו, אלא בכפוף לעמידה בתנאים שקבע המפקד הצבאי באיו"ש, במסגרת הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה ושומרון) (מס' 1737), התשע"ד-2014 (לעניין זה, ראו: רע"א 2505/16 אנג'ל נ' המינהל האזרחי ביהודה ושומרון (22.12.2016); בג"ץ 6870/14 דגבים נ' ראש המינהל האזרחי (3.1.2017); רונית לוי-שנור, דיני רישום מקרקעין – הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל והגדה המערבית 279 (2012); דו"ח מסכם של הצוות המקצועי לגיבוש מתווה

להסדרת בנייה באיו"ש (15.2.2018) (להלן: דו"ח ונדברג)). מעבר לכך, מרשם המקרקעין באיו"ש איננו מקיף ומהימן די הצורך, ולא פעם נמצא כי קיימות בו שגיאות, וחסרה בו אינפורמציה. זאת, בין היתר, משום שאחוז המקרקעין המוסדרים אינו עולה על שליש מכלל שטחי איו"ש (איל זמיר אדמות היהודים ביהודה ושומרון – סקירה משפטית מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל, בעמ' 27 (1985) (להלן: זמיר)). נוסף לכך, ישובים רבים באיו"ש הוקמו תחת המשטר של צווי תפיסה צבאיים, כדוגמת המקרה שלפנינו, ומרשם המקרקעין אינו נותן מענה לגביהם. תחת אקלים משפטי זה, שבו פעל הממונה בשעה שהקצה זכויות חוזיות במקרקעין, התעצם החשש להיווצרותן של 'תאונות משפטיות'. בהתאם, התגבר הצורך לקבוע מנגנון הגנה, הן עבור המתקשרים עם הממונה, הן לצורך מניעת פגיעה בחיי המסחר התקינים במקרקעי איו"ש. סעיף 5 נועד אפוא בדיוק למטרה זו. מכאן, שפרשנות מצמצמת לסעיף – אינה עולה בקנה אחד עם כוונה זו.

10. שנית, יש לייחס משקל לכך שהכרעתנו לגבי הסדר (מעין) תקנת השוק, שאותו קובע סעיף 5, היא בעיקרו של דבר, צופה פני עבר. במה דברים אמורים? הצורך לעשות שימוש בהוראת הסעיף נולד, לא מעט, בשל שיטות מיפוי ישנות, מחמת מדידות לא מדויקות, ונוכח שגיאות שנפלו באיתור וזיהוי גבולות קרקע. אי-דיוקים אלה, תוקנו בחלקם, בעשורים האחרונים, על-ידי צוות סטטוס מקרקעין, המכונה גם 'צוות קו כחול'. לא פעם, פְּעָרָה עבודת הצוות תהום עמוקה בין המציאות שבה ישובים הוקמו ופרחו במשך שנים רבות על-גבי מקרקעין באיו"ש, באישור כלל הגורמים, ורק כדיעבד התברר כי נפלה טעות ביחס למעמד המשפטי, מחמת אי-דיוקים במלאכת המדידה המקורית, ומטעמים דומים, כמפורט לעיל (לתיאור עבודת צוות 'קו כחול', ראו בג"ץ 1308/17 עיריית טילוואד נ' הכנסת, פסקאות 14 ו-16 לחוות הדעת של חברתי הנשיאה א' חיות; פסקאות 19-20 לחוות דעתי (9.6.2020) (להלן: ענין חוק ההסדרה)). אמנם, לא ניתן לקבוע כי סעיף 5 חל על 'סל' מקרים מוגדר וברור, שכן הוא עשוי לחול גם בעתיד, על עסקאות חדשות, אם אכן ימצא כי נתקיימו תנאיו. ואולם, דומה כי בעקבות מלאכת המדידה העדכנית כיום, המבוצעת באמצעות מכשירי מדידה מתקדמים, טעויות בהיקפים דומים – אינן כה צפויות. הדברים נכונים ביתר שאת, בכל הקשור למקרקעין שגורמי המדינה סברו, בשגגה, לגביהם, כי הם נתפסו בתפיסה צבאית, וכפועל יוצא, התקשרו בהסכמי הרשאה לגביהם, עם צדדים שלישיים. זאת, שכן הפרקטיקה של הקמת ישובים אזרחיים על מקרקעין תפוסים, אינה נהוגה עוד כיום (ראו: בג"ץ 390/79 דוויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: עניין אלון מורה); החלטת ממשלה מספר 145, מיום 11.11.1979, על הרחבת מפעל ההתיישבות (בין היתר) ביהודה ושומרון, על קרקעות שהן 'בבעלות המדינה'; להרחבה, ראו: ענין חוק ההסדרה, פסקה 9-10 לחוות הדעת של חברתי הנשיאה א' חיות; בג"ץ 8452/19 עיריית חברון נ' מדינת ישראל

(28.2.2022). אם כן, עיקר תחולתו של סעיף 5 נוגעת בעיקרה, לעסקאות שבוצעו בעבר הרחוק. דומה, כי יש בכך כדי לרכז את הפגיעה הפוטנציאלית לעתיד לבוא. ממילא, פוחתת מידת הפגיעה שעליה הצביע חברי, בשני הקווים המנחים הראשונים שבחוות דעתו.

11. שלישיית, נתון בעל חשיבות לא מועטה בעיני, נעוץ בהכרעתו של בית משפט זה בעניין חוק ההסדרה. כידוע, נקבע שם בדעת רוב, כי חוק ההסדרה – החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 – איננו חוקתי, וכי יש להורות על בטלותו (עמדתי באותו עניין, בדעת מיעוט, היתה כי אין להורות על בטלות החוק כליל, וכי די בתיקון ההגדרות של כמה מונחים, כדי לקבוע כי החוק עומד במבחן החוקתי). בין היתר נקבע שם, בדעת הרוב, כי הגם שאין להורות על בטלות החוק, רק בשל קיומם של אמצעים פוגעניים פחות להגשמת תכליתו (מבחן המידתיות השני), הרי ש"קיומם של אמצעים חלופיים אף שהיקפם חלקי, יש לו משמעות לצורך מבחן המשנה השלישי הנוגע למידתיות במובן הצר" (פסקה 92 לחוות הדעת של חברתי הנשיאה א' חיות; וראו גם פסקה 8 לחוות הדעת של המשנה לנשיאה דאז, ח' מלצר). ואמנם, חוק ההסדרה בוטל, בסופו של דבר, מחמת אי-עמידתו במבחן המידתיות במובן הצר (מבחן המידתיות השלישי). סעיף 5 הוא החלופה המרכזית, מבין אותם 'אמצעים חלופיים', שעליהם דובר בעניין חוק ההסדרה, אשר היוו נדבך חשוב להכרעת הרוב שם. עניין זה, זכה למקום משמעותי גם בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אשר תמך בקבלת העתירות, לא מעט בשל הסתמכותו על מנגנון תקנת השוק שבסעיף 5. בהתייחס לפתרונות החלופיים, שכאמור – בראשם סעיף 5 דנן, צויין בדעת הרוב, כדברים האלה: "מבלי להידרש לטיבו של כל פתרון שהוצג על ידי היועץ המשפטי לממשלה ולפתרונות אפשריים אחרים וכן מבלי לקבוע מסמרות באשר לשאלת תחולת ההסדרים האמורים ואופן יישומם, ניתן לומר כי הכלים המשפטיים הקיימים בדין האזור עשויים ליתן במידה לא מבוטלת מענה לתכלית הראויה שביסוד חוק ההסדרה, תוך פגיעה פחותה בזכות הקניין ובזכות לשוויון" (שם, פסקה 106 לחוות הדעת של חברתי הנשיאה) (ההדגשה הוספה – נ' ס'). לטעמי, הכרעת בית משפט זה בעניין חוק ההסדרה, שבגדרה 'נקשרו כתרים לראשו' של סעיף 5, בשל אופיו הפרטני והבלתי-גורף, אינה תומכת עתה במתן פרשנות מצמצמת ודווקנית להוראה זו; אין לאחוז את החבל משני קצותיו.

12. פרט לאמור, אבקש להתמקד בשני כלי-עזר נוספים, שעשויים גם הם לסייע במלאכת הפרשנות.

ראשית, כידוע, במלאכת הפרשנות יש להתחשב בהסדרים חוקיים בעלי קרבה עניינית. כלל פרשני זה, נגזר מנטייתו הכללית של המשפט לשאוף להרמוניה נורמטיבית,

מתוך הבנה כי דבר חקיקה מסוים אינו חי לבדו, והוא חלק ממארג רחב יותר, הכולל את קודקס החקיקה כולו (אהרן ברק, פרשנות במשפט – כרך שני פרשנות החקיקה, 327 (1994)). מכאן, שיש לבחון את סעיף 5, על רקע הסדרים דומים המצויים בהוראות הדין. ההסדר המקביל לסעיף 5 בחקיקה הישראלית, הוא סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, אשר זכה להתייחסות מקיפה בפסיקה (לצדו קיימים גם הסדרים נוספים; להרחבה, ראו: חגי ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון" משפטים נ 359, 369-370 (להלן: ויניצקי)). אמנם, אין מדובר, באופן פורמלי, בחוקים שיצאו מאותו בית יוצר, שכן על פני הדברים, לפנינו שני מחוקקים שונים: המחוקק הצבאי והמחוקק הישראלי. ועדיין, בעיני, הדמיון הרב שבין שני דברי החקיקה, הן בלשון (הכמעט זהה), הן בתכלית, אינו מותיר מקום לספק, מה היווה מקור ההשראה לחקיקת סעיף 5. לפיכך, חרף הבדלים מסויימים בפרטי ההסדרים, דומה כי היקש והשוואה ביניהם הוא דבר טבעי ומתבקש. בהמשך אוסיף ואתייחס לנקודה זו, בכמה היבטים.

13. שנית, יש להתחשב בעקרון-העל, החולש על כלל פעולותיהן של רשויות המינהל, באשר הן – הוא עקרון תקינות המעשה המינהלי. כידוע, עיקרון זה קובע חזקה משפטית, שלפיה, כל עוד לא נסתרה, פעולותיהן והחלטותיהן של רשויות מינהליות – נתקבלו כדין. לעניין זה, נטל הראיה לסתור חזקה זו, מוטל על המבקש לסטות ממנה (יצחק זמיר, חזקת החוקיות במשפט המינהלי, ספר אור, 741, 742 (2013) (להלן: זמיר – חזקת החוקיות)). חזקה זו הולכת ומתעצמת ככל שחולף הזמן מאז קבלת ההחלטה המינהלית, ובהתאמה מתגברת גם ההצדקה להסתמך עליה (דפנה ברק ארז, משפט מנהלי – כרך ד, 34 (2017) (להלן: ברק ארז – משפט מנהלי)). כוחה של חזקה זו, יפה גם לגבי פעולותיו של הממונה באיו"ש. לענייננו, נקודת המוצא צריכה להיות – קיומו של תום לב מצד הממונה. כך קבע בית משפט זה, בין היתר גם ביחס לדרישת תום הלב שבסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים: "האפורופוס נהנה מן ההגנה על תוקפה של העיסקה לגבי נכסים שסבר שהם נכסים מוקנים כל עוד לא הוכח כי העיסקה נגועה בחוסר תום-לב, והעברה זו של נטל השכנוע נובעת מחזקת תקינותו של המעשה המינהלי" (ע"א 6858/99 האפורופוס לנכסי נפקדים נ' טברי, פ"ד נח(4) 577, 581 (2004) (להלן: עניין טברי); וראו גם מן העת האחרונה: ע"א 7793/19 מדינת ישראל – רשות הפיתוח נ' עקל, פסקה 20 לחוות הדעת של השופט ע' גרוסקופף (8.5.2022) (להלן: עניין עקל)). יתרה מכך, דברים מעין אלה נקבעו גם ביחס לפעולותיו של הממונה על נכסי האויב הירדני (ע"א 51/89 האפורופוס הכללי נ' אבו חמדה, פ"ד מו(1), 491, 502 (1992); רע"א 2401/21 ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ, פסקה 91 לחוות הדעת של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, פסקה 61 לחוות דעתי, פסקה 13 לחוות הדעת של חברי השופט י' עמית (01.03.2022) (להלן: עניין ג'אעוני)).

יש לציין, כי חזקה זו, עשויה לפעול לעתים גם נגד הרשות עצמה. כך, כאשר הרשות מבקשת להתנער בדיעבד מהחלטה שקיבלה או מפעולה שביצעה, חזקה זו תעמוד לה לרוועץ, ויוטל עליה הנטל להוכיח כי פעלה בניגוד לדין (ע"א 1188/92 הועדה המקומית לתכנון ובניה נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 472 (1992); זמיר – חזקת חוקיות, 752; ברק ארז – משפט מינהלי, 25). בנדון דידן, העמדה הראשונית שהציגה המדינה, היתה כי העתקת מצפה כרמים למקומו הנוכחי, בעידוד ותמיכה של מספר רשויות שלטוניות – יסודה בטעות, וכי לא ניתן להחיל על פעולה זו את הוראות סעיף 5. עמדה זו הוצגה על-ידי פרקליטות המדינה, בניגוד לתצהיריהם ועדויותיהם של אלו שכיחנו בתפקידים הרלבנטיים בזמן ההתרחשויות. אותם בעלי תפקידים, אנשי צבא ועובדי מדינה, תמכו דווקא בגרסת המשיבים, ואף נחקרו חקירה נגדית על-ידי ב"כ המדינה. בנסיבות אלה, הנטל להוכחת העדר תום לב מצד הממונה (כמוסד), בעסקה שביצע עם ההסתדרות הציונית, ובהקמת הישוב במקומו הנוכחי, מוטל לפתחה של המדינה. לא הבאתי נתון זה, אלא כדי להרהר אחר המשקל הרב שנתנה דעת הרוב בפסק הדין בערעור, לעמדתה הראשונית של המדינה, חרף העיקרון האמור (ראו: פסקה 41 לחוות הדעת של חברתי הנשיאה חיות; חוות הדעת של המשנה לנשיאה דאז, ח' מלצר). מכל מקום, משעמדת המדינה קיבלה תפנית מסוימת, לאחר שמיעת העדויות בתיק, ועמדתה הנוכחית היא כי יש להחיל את סעיף 5 על מסכת העובדות שלפנינו, ממילא שבה חזקת תקינות המעשה המינהלי לתוקפה, בין אם כך, בין אם אחרת.

14. הערה אחרונה לסיום חלק זה: חברי המשנה לנשיאה מייחס חשיבות רבה לכך שסעיף 5 חל בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, שבו, כידוע, מוטלת על המפקד הצבאי חובה להגן על קניינם של 'תושבים מוגנים'. אמנם, אין עוררין על קיומה של חובה זו, ואולם, במקרה זה שלפנינו, היחס לתושבים המוגנים באי"ש, אינו 'גרוע' מזה שניתן לאזרחים ישראלים, בתוך תחומי 'הקו הירוק', הנהנים מהגנה חוקתית על זכותם לקניין. חרף ההגנה החוקתית הנתונה לאזרחים ישראלים, ניתן למצוא כי גם בדין הישראלי קיימים מנגנוני תקנת שוק, המגנים על המתקשרים בעסקה עם הרשות. בהקשר זה, צוין בספרות, כי "הקריטריון המרכזי לבחינת השאלה האם חקיקה היא באמת לטובת האוכלוסיה המקומית הוא, האם קיים חוק דומה בארצו של הכובש. כאשר התשובה היא חיובית, תוכשר לרוב גם החקיקה בשטח הכבוש" (זמיר, בעמ' 7). במובן זה, סעיף 5 אינו דומה לפתרון שהותווה בחוק ההסדרה, שהיה ברור לכל כי הוא 'חוק חריג' (ראו ענין חוק ההסדרה שם, פסקה 1 לחוות דעתי). סעיף 5 קובע מנגנון הכרעה מוכר – תקנת שוק – שאותו ניתן למצוא גם בהסדרי חקיקה נוספים. תכליתם של ההסדרים הללו, איננה העדפת קבוצה מסוימת על פני קבוצה אחרת. מטרתם איננה פגיעה בקניינו של האזרח המתגורר בישראל, או של 'התושב המוגן' באי"ש; תכליתם אינה אלא להעניק פתרון הולם

ל'תאונות משפטיות'. עוד מוסיף חברי, כי הגם שסעיף 5 עשוי לחול גם בעסקאות שביצע הממונה עם תושבים פלסטינים, משום שהוא אדיש לזהות הלאומית של הבעלים המקורי של הקרקע, הרי שבפועל מביא ההסדר לתוצאה מפלה, בהיותו מיטיב בעיקר עם האוכלוסיה הישראלית באיו"ש, וזאת, בדרך-כלל, על חשבון זכויות הקניין של התושבים המוגנים. אין לכחד: משמרבית הקצאות הקרקע מאת הממונה נעשו עבור ההתיישבות הישראלית, מובן כי מוטביו העיקריים של ההסדר יהיו מתיישבים ישראליים. ברם, טענה זו, להפליה במבחן התוצאה, נובעת, בסופו של דבר, מחוסר השוויון בהיקף הקצאות הקרקע באיו"ש, בין ההתיישבות הישראלית לבין זו הפלסטינית. במובן זה, ההסדר שבסעיף 5 אינו מקור ה'בעיה' לאי-השוויון החלוקתי – עניין שלא התברר במסגרת ההליכים שלפנינו. אשר לעצם ה'בעיה', לכך התייחסתי בעניין חוק ההסדרה, שם פירטתי על אודות הפשל המובנה בשוק הקרקעות ביהודה ושומרון, שבעקבותיו, הדרך הכמעט יחידה שבאמצעותה יכולים מתיישבים ישראליים, בניגוד לתושבים פלסטינים, לרכוש זכויות באיו"ש, היא הקצאה מאת הממונה: "בשונה משוק הקרקעות הישראלי בתחומי הקו הירוק, ולמעשה בשונה מכל שוק קרקעות 'נורמלי' ברחבי העולם, שוק הקרקעות ביהודה ושומרון, איננו שוק חופשי. סכנת מאסר ממושך ועבודות פרך (במקרה הטוב), וסכנת מוות (במקרה הרע), מרחפות מעל ראשיהם של פלסטינים המבקשים למכור את קרקעותיהם ליהודים, ולפיכך מוגבלת גם אפשרות העיון במרשם המקרקעין באזור. מטבע הדברים, כאמור, לא ניתן להציג נתונים ברורים באשר להיקף התופעה. אך מן המקורות השונים המובאים לעיל – ואלו היו רק מעט מזעיר – ברי כי אין מדובר בתופעה שולית כלל ועיקר. עוצמת המאבק במכירת קרקעות ליהודים, גם בעת האחרונה ממש, היא כשלעצמה מלמדת משהו על שכיחותה של התופעה" (שם, פסקה 18 לפסק דיני). לא אחזור על הדוגמאות שהובאו שם; הרוצה להעמיק – יעיין שם.

15. עוד אעיר, כי גם סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, שאף הוא, לפי נוסחו, מעניק הגנה לכל מי שהתקשר עם האפוטרופוס, מבלי להבחין בזהותו הלאומית, מביא, בפועל, לתוצאות חלוקתיות שאינן שוויוניות. כמו כן, גם עסקאות שביצע הממונה הירדני על רכוש האויב, בנכסי יהודים שהוקנו לו בשנות השליטה הירדנית באיו"ש, הוכרו כתקפים במשפט הישראלי, הגם שברי כי הוקצו באופן בלתי שוויוני (עניין ג'אעוני, פסקאות 13-15 לפסק הדין של חברי השופט עמית). הצד השווה בהסדרים הללו, הוא שהם באים "לענות על תהפוכות שהזמן גרמן", ולהתמודד עם מצבים שבהם "קשה היה להימנע מטעויות עקב אינפורמציה לקויה" (ע"א 170/66 פיאד נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, 433, 436 (1966) (להלן: עניין פיאד)). כך או כך, כאמור, אינני סבור כי יש להעניק לסעיף 5 פרשנות אחרת, מחמירה או מקילה, מזו שניתנה בהלכה הפסוקה לסעיף 17(א) הנ"ל.

16. בטרם נצלול למלאכת הפרשנות – הערה מקדימה, המתייחסת למה שנדמה בעיני כְּסֵר בולט בחוות דעתו של חברי. כאמור, נקודת המוצא היא שסעיף 5 קובע הסדר של "מעין תקנת שוק". לפיכך, יש להקדים ולומר כמה מילים, לגבי המקרה הטיפוסי שבו עוסקות תקנות השוק למיניהן, של 'תחרות זכויות' בין צדדים שונים. אבהיר כבר עתה, כי דברי שלהלן אינם תחליף לצורך לבחון את ההסדר שבסעיף 5, על כל פרטיו ודקדוקיו, באופן יסודי. אם אכן הייתי מגיע למסקנה, כי תנאי סעיף 5 אינם מתקיימים בענייננו, לא היה מנוס מדחיית העתירה לדיון נוסף. ברם, משסבור אני כי תקנת השוק אכן מתקיימת בנדון דידן, כפי שאפרט בהמשך, ראיתי להקדים ולהצביע על כך שמערכת השיקולים, העומדת בבסיס תקנות השוק למיניהן, תומכת אף היא בתוצאה זו. לפיכך, התוצאה שאליה הגעתי, לא זו בלבד שהיא נכונה לדעתי במישור המשפטי, היא גם צודקת במישור המעשי.

17. הסדרי תקנת שוק, ממינים שונים, פזורים על פני החקיקה הישראלית. כל תקנה, תכליתה עמה; לכל אחת מהן, הסדרים משל עצמה: "משפט ישראל בירך אותנו בתקנות שוק רבות. אלו נקבעו בחוקים שונים, והשוני בין ההסדרים אינו מועט" (ע"א 2267/95 היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854, 869 (1995) (להלן: עניין הרטפלד)). ישנן תקנות שוק שנועדו לקדם את שטף המסחר התקין (סעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר); ראו גם: איל זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 – פירוש לחוקי החוזים, 681-682 (1987); סעיף 28(א) לפקודת השטרות [נוסח חדש]; רע"א 8301/13 טל טריידינג קורפ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 6 (24.11.2015)). תקנות שוק אחרות, מטרתן חיזוק מעמדם ואמינותם של מרשמים המסדירים זכויות קנייניות, שלא להרתיע רוכשים מביצוע עסקאות כגון דא, אם לא יוכלו להסתמך על נכונותם (סעיף 10 לחוק המקרקעין; סעיף 93 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969; סעיף 83 לחוק הספנות (כלי שיט), התש"ך-1960; ראו גם: ע"א 767/11 להיגי נ' עזורי, פ"ד סו(2) 853, 871 (2013); ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מיניץ, פסקה י"ט (4.8.2014); יהושע ויסמן – חלק כללי, 319-320; מיגל דויטש – כרך ד, 235-239 (2007) (להלן: דויטש); אבי וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד, 199 (2020) (להלן: וינרוט)). בנוסף, ישנן תקנות שוק, שעיקר תכליתן היא להגן על הסתמכות הפרט על עסקאות שבוצעו עם רשויות שלטוניות, על החלטות שניתנו על-ידי רשויות אלה, וכן על דברים שנקבעו בהחלטות שיפוטיות (סעיף 5 שבמוקד ענייננו; סעיף 34 לחוק המכר; סעיף 73 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים; סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978; סעיף 10 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950; סעיף 70 לחוק נכסים של נספי שואה (השבה ליורשים והקדשה

למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006; סעיף 10 לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967; וראו גם: דויטש – כרך ד, 308-312).

18. הנה כי כן, קודקס החקיקה, מכיל בתוכו תקנות שוק שונות, תכליות שונות והסדרים שונים; הכול בהתאם לאיזון שקבע המחוקק הישראלי, ובאיו"ש – המחוקק הצבאי, בהתאם לצורך, ולפי נסיבות כל מקרה ומקרה. ואולם, חרף השוני האמור, כלל הסדרי תקנת השוק, מכל המינים ומכל הסוגים, לא נועדו אלא להתמודד עם מה שנהוג לכנותו 'תאונה משפטית'. דהיינו, מציאות שבה על בית המשפט להכריע בין שני בעלי דין, ששניהם אוזחים באינטרסים לגיטימיים, הראויים להגנה (Menachem Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties, 90 MICH. L. REV. 95 (1991)). הסדרי תקנת שוק נועדו אפוא, להסדיר מצבים של 'תחרות זכויות' בין שני צדדים 'רחוקים', שאין ביניהם קשר משפטי, חוזי או אחר, ביחס לנכס הנתון במחלוקת:

”כידוע באות תקנות השוק לאזן בין טובתו של בעלים של נכס לבין טובתו של אחר הטוען אף הוא לזכות בנכס” (ע”א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע”מ נ’ סונדורט, פ”ד נו(6) 847, 832 (2002)).

19. הפתרון המוצע בגדרי תקנות השוק השונות, מבחין בין כמה סוגי שיקולים: שיקולי Ex-ante, שיקולי Ex-post, ושיקולים הנוגעים לטיב הזכות הרכושית העומדת להכרעה. במסגרת סט השיקולים הראשון, Ex-ante, מובאים בחשבון שיקולים הנוגעים להתנהגות הצדדים המתחרים על הזכות, עובר לתאונה המשפטית. ההנחה שביסוד שיקולים אלה, דורשת התחשבות באשמתם היחסית של שני הצדדים, וביכולתם למנוע את התאונה המדוברת. שיקולי Ex-post לעומת זאת, נותנים דגש למצבם של הצדדים המתמודדים על הזכות, לאחר האירוע התאונתי. במסגרתם, על בית המשפט לבחון, למשל, את מידת ההסתמכות של הצדדים, הבאה לידי ביטוי, בין היתר, בשאלת התמורה שניתנה על-ידי כל אחד מהם. מערך שיקולים נוסף, קשור בטיב הזכות הרכושית הנטענת של כל אחד מן הצדדים המתחרים, ומהדבקת 'תווית' – קניינית או אובליגטורית – על זכות זו (להרחבה, ראו: מיגל דויטש "הקניין כ'תווית'? על תחרות זכויות ופורמליזם" הפרקליט מג 302, 303-302 (1996) (להלן: דויטש – קניין כתווית)). אם ניישם זאת על עניינינו-אנו, נמצא כי בכל אחד משלושת סוגי השיקולים הללו, ידם של המחזיקים – על העליונה.

20. אתחיל דווקא במערך השיקולים השלישי. המקרה דנן, אינו עוסק בתחרות זכויות בין הבעלים המקוריים לבין רוכש זכויות תם לב. אין לפנינו תחרות בין בעל זכויות

קנייניות לבין בעל זכויות אובליגטוריות. המשיבים אמנם טוענים, כי רכשו זכויות מאת הבעלים המקורי, אך לא נטען כי הזכויות השתכללו לכדי מעמד קנייני. מעבר לכך, ואולי זה עיקר – הטענה לרכישת זכויות לא הוכחה כלל וכלל, והבעלים המקורי, ככל שישנו – אינו ניצב כאן לפנינו: "על פני הדברים הראיות שהובאו רחוקות מלהספיק למטרה זו, ומכל מקום אין חולק כי הנתבעים לא נרשמו כבעלים של החלקות במקרקעין" (פסק הדין של בית המשפט המחוזי, פסקה 190). קביעה זו נותרה על מכונה, גם במסגרת פסק הדין בערעור.

21. אשר להתנהגות הצדדים (שיקולי Ex-ante) – המשיבים, גם לשיטתם-שלהם, רכשו את הזכויות במקרקעין רק בשנים 2001 ו-2010, לאחר שהישוב מצפה כרמים הכה שורשים בקרקע (בפרט המשיב 3 – אשר ביצע את עסקת הרכישה הנטענת בחלוף למעלה מעשור-שנים לאחר ישוב הקרקע), ושנים רבות לאחר שאושרה תכנית 223, בשנת 1982, שבשטחה נכללו המקרקעין הנתונים במחלוקת (גם אם בשגגה). לפיכך, ההנחה המתבקשת היא, שהמשיבים-הרוכשים, היו מודעים היטב לקיומו של הישוב, במועד שבו התקשרו, ככל שהתקשרו, בעסקה לרכישת זכויות בקרקע. לא זו אף זו: המשיבים גם לא פעלו, למעשה עד עצם היום הזה (למצער לא הוכח אחרת), לרישום זכויותיהם הנטענות. לעובדות אלו, עשויה להיות משמעות, בעת שבוחנים אם ניתן היה למנוע באופן אפקטיבי, כבר מלכתחילה, את 'התאונה המשפטית', במישור היחסים שביניהם לבין המחזיקים (ראו, על דרך ההיקש, את שנקבע בע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003) (להלן: עניין גנז)). בנוסף אציין, כי התחשבות במעשיו, וליתר דיוק במחדליו, של מי שטען כי רכש זכויות מבעל הזכות המקורי, הנפקד, נעשתה גם ביחס להסדר תקנת השוק, המעוגן בסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים (ראו למשל: ע"א 6912/98 רבאח נ' האפורופוס לנכסי נפקדים, פ"ד נח(2) 870, 878-877 (2004) (להלן: עניין רבאח); עניין מרעי, פסקה 9; ת"א (מרכז) 1794-08-07 אג'מיל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 170 (12.4.2010) (ערעור שהוגש על פסק הדין נדחה בע"א 6355/11 אג'מיל נ' מינהל מקרקעי ישראל (4.2.2013)). לעומת זאת, בהתייחס למחזיקים, מחומר הראיות שנפרש בבית המשפט המחוזי עולה, כי אלה עלו לקרקע בליווי ותמיכת גורמי ממשל שונים. הלכה למעשה, לא הועלתה לפנינו טענה של ממש, לקיומו של חוסר תום לב, בהקשר הקנייני, מצד המחזיקים. דבר זה נלמד, בין היתר, גם מתוצאת פסק הדין בערעור – המטילה על המדינה חובה למצוא פתרון למצב שאליו נקלעו המחזיקים. כפי שנקבע שם: "מצב הדברים [...] רובק לפתחה של המדינה ושל ההסתדרות הציונית"; זאת, מבלי שנקבע דבר לגבי חוסר תום לב מצד המחזיקים, בכל הקשור לעלייתם לקרקע. מובן, כי אין בדברים אלה משום הקלת ראש בבנייה הבלתי-חוקית שנעשתה במקום, על-ידי מי מהמחזיקים, בניגוד לדיני התכנון

והבניה. תופעה זו, של בניה שלא כחוק, יש לשרש בכל חלקי הארץ; הן בתוככי ה'קו הירוק', הן מחוצה לו. ואולם, בכל הקשור להיבטים הקנייניים של המקרקעין, ולמעמד המשפטי, לא נפל כל דופי בתום ליבם של המחזיקים. ניתוח התנהגות הצדדים מלמדנו אפוא, כי הכף נוטה לטובת המחזיקים.

22. לבסוף, גם בכל הנוגע לשיקולי ההסתמכות, והשפעת ההכרעה המשפטית על הצדדים (שיקולי Ex-post), נדמה כי הכף נוטה בבירור לצד המחזיקים. כאמור, המחזיקים עלו לקרקע בעידוד ובתמיכת הרשויות. בחלוף השנים, חלקם אף כרתו הסכמי 'בר-רשות', ונרשמו במרשמי ההסתדרות הציונית כבעלי זכויות במקרקעין, כפי המקובל באיו"ש. חלקם בנו בתי-קבע, ונטלו לשם כך הלוואות. אכן, "התושבים השתקעו במצפה כרמים והקימו בו בית, משפחה וקהילה" (דברי חברתי הנשיאה א' חיות בפסק הדין בערעור, פסקה 71). אין חולק אפוא, כי המחזיקים מוחזקים בקרקע מזה מספר שנים, חלקם למעלה משני עשורים, והיא משמשת עבורם בית מגורים, להם ולקהילתם (על ההגנה שמעניק המשפט לזכות החזקה, בין היתר בהתייחס למקרקעין באיו"ש, ראו: בג"ץ 10302/07 טל בניה והשקעות קרני שומרון נ' שר הביטחון, פסקאות 23-27 (2008); לגבי ההגנה הנפרשת על זכויות המשמשות קורת גג, ראו: עניין ג'אעוני, פסקה 82 לחוות הדעת של חברתי השופטת ד' ברק ארז). מנגד, טענת המשיבים, אשר נקבע שהיתה רחוקה מהוכחה, היא לרכישת זכויות בקרקע חקלאית מאת הבעלים המקוריים, שזיקתם לקרקע נותקה לפני למעלה מ-40 שנה (נכון למועד הגשת העתירה).

23. סבורני אפוא, כי שיקולים אלה אינם נטולי משמעות לענייננו, בבואנו להכריע ב'תחרות הזכויות' שבין הצדדים, ובדרכנו לקבוע אם הסדר (מעין) תקנת השוק מתקיים בנסיבות העניין דנן (וראו גם: שחר ליפשיץ "שייח' ג'ראח פינת מצפה כרמים" פורום עיוני משפט (תגוביות משפט) מו, 8 (16.4.2022); מנגד, ראו רונית לוי-שנור "על מצפה כרמים ושייח' ג'ראח: תשובה לפרופ' שחר ליפשיץ" פורום עיוני משפט (תגוביות משפט) מו (9.5.2022)).

24. חברי המשנה לנשיאה, קובע בחוות דעתו, כי העובדה שהמשיבים לא הוכיחו את זכויותיהם בקרקע, אינה מובילה בהכרח למסקנה, כי בית המשפט פטור מלהפעיל את מנגנון תקנת השוק, בדרכו לקבל את תביעת המחזיקים (פסקה 28 לחוות דעתו). לקביעה זו אני מסכים. משביקשו המחזיקים סעד המבוסס על ההסדר שבסעיף 5, 'מעין תקנת שוק', שומה על בית המשפט לקבוע אם סעיף זה מתקיים בנסיבות העניין, ככל משפטו וחוקתו. ואולם, אין בכך כדי להשמיע, כי אין לייחס משמעות לטיב הזכויות של

הצדדים, ולהתנהגותם הסובייקטיבית. מדובר בשאלה נפרדת, אשר נבחנת במנותק מן השאלה הקודמת. לגבי דידי, משעה שלפנינו סכסוך קנייני בין שני פרטים, שבמוקדו טענה לזכויות מכוח תקנת השוק, איננו יכולים להתעלם מ'סלסלת' הזכויות, שכל אחד מן הצדדים לסכסוך נושא עמו. מסקנה זו מתחזקת, לטעמי, נוכח תכליתו של הסדר תקנת השוק המעוגן בסעיף 5 – הגנה על אינטרס ההסתמכות של מי שרכש זכויות בתום לב מאת הממונה. על מנת לפגוע בהסתמכות זו, נדרש להצביע על אינטרס ממשי, ועל פגיעה בזכות קיימת. סבורני אפוא, כי בגדרי 'מאזן הנוחות' שבין הצדדים, יש ממש בטענה כי הבעלים המקורי של הזכות 'ישן' על זכותו משך שנים; ובכל מקרה – הוא איננו לפנינו, ומי שמבקש לבוא בנעליו – הטוען לזכויות במקרקעין – לא הוכיח זכות שכזו.

25. לכך אוסיף, כי במובן מסוים, תוצאת פסק דינו של חברי המשנה לנשיאה – בהקשר הצר של הפקת תועלת מהמקרקעין שבמוקד המחלוקת – אינה מועילה, ואינה משרתת אף לא אחד מן הצדדים. המחזיקים מצדם יפנו, בתיים יהרסו, בעוד שהמשיבים לא יוכלו, כך או כך, לממש את זכותם הנטענת, בהעדר הוכחת זיקה לקרקע. תוצאה זו תביא לפנינו מצפה כרמים מן המקום, ובכך יתקבל הסעד שהתבקש בעתירה, אך זאת מבלי שיהיה מאן-דהוא, אף לא המשיבים עצמם, שיהנה מפירות פסיקה שכזו; בבחינת "גם-לי גם-לך לא יהיה – גָזְרוּ" (מלכים – א ג, כו). חיזוק למסקנה זו, מוצא אני בהסכמת המשיבים לקיום דיון נוסף בסוגיה. באופן מפתיע למדי, שלא לומר תקדימי, עמדת המשיבים – שזכו בדינם במסגרת פסק הדין בערעור – לא היתה לדחות את הבקשה לדיון נוסף, כי אם לקיים דיון עקרוני במשמעותו של סעיף 5, תוך העמדת זכויותיהם הנטענות בסכנה, שמא בדיון הנוסף תתהפך התוצאה. אמנם, בית המשפט אינו צריך להתחקות אחר מניעיו של בעל דין, והוא אינו בוחן כליות ולב. משימתו אחת היא: הכרעה שיפוטית במחלוקת שלפניו. יחד עם זאת, במישור התוצאה, בית המשפט רשאי להתחשב בכך שהכרעתו מביאה למצב שבו קרקע המריבה הופכת שוממה, "כמצודה שאין בה דגן, [...]" כמצולה שאין בה דגים" (בבלי, ברכות ט, ע"ב) (והשוו לאמור בפסקה 54 לחוות דעתי, בעניין חוק ההסדרה).

26. אמנם כן, הלכה פסוקה של בית משפט זה קובעת, כי "מקום שמדובר בבנייה בלתי חוקית שנעשתה על מקרקעין פרטיים, אין להתנות את האכיפה בקיומו של עותר קונקרטי בעל זכויות במקרקעין הנדונים" (בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון, פסקה 12 (8.2.2015)). אחדד אפוא, כי בדברי עד כה לא באתי לחלוק על הלכה זו, שנועדה למנוע פגיעה בשלטון החוק, ופגיעה בזכויות הקניין של הפרט. אלא מאי? עיקרו של ההליך שלפנינו איננו במישור המינהלי, באכיפת דיני התכנון והבניה. שאלה זו, אינה אלא שאלה משנית בנסיבות העניין, ואיננו עוסקים בה בשלב זה. ענייננו כאן בשאלה

קניינית, לגבי 'תחרות הזכויות' המתקיימת כאן, לפי הדין החל באזור (ובכלל זה גם התחיקה הצבאית). הקרקע אמנם רשומה על-שם בעלים פרטיים, אך אלו לא באו לפנינו. ממילא, 'התאונה המשפטית' במקרה זה, אינה מחייבת לכפות על המחזיקים לשלם את מחירה, כאן ועכשיו, ולצוות עליהם להתפנות מבתיהם בכל מחיר. אילו היו מתייצבים בעלי הקרקע, ומבקשים בעצמם סעד כאמור, יתכן שנקודת האיזון היתה שונה, אם אכן היה נמצא כי הדבר כרוך בפגיעה בקניין הפרטי (אציין, כי גם במקרה כזה, לא מן הנמנע שהיה על המבקשים הללו לעבור משוכה משמעותית, טרם קבלת הזכויות לידיהם, נוכח חלוף הזמן). כך או כך, לא זהו המקרה הנדון כאן. המקרה שלפנינו, הוא בעל מאפיינים מיוחדים, גם בהיבט הפגיעה בשלטון החוק, שכן מתיישבי מצפה כרמים הגיעו למקום באישור, לכל הפחות באישור בדיעבד, של גורמי ממשל שונים, ושל אנשי המינהל האזרחי, מבלי שהיו מודעים לקושי המשפטי-קנייני ביחס למקרקעין. גם אם המקרה שלפנינו הוא גבולי, 'כמעט' תקנת שוק, ולא תקנת שוק כהלכתה, הרי שעובדה זו משליכה, לדעתי, על מידת הפגיעה בשלטון החוק.

27. אבהיר, כי הדברים שלעיל נכתבו ללא קשר לעמדתי העקרונית, לגבי פרשנותו הראויה של סעיף 5, שעל אודותיה אפרט מיד; אולם, לגישתי, לדברים האמורים משמעות רבה, בכל הנוגע למציאת פתרון ראוי וצודק, בנסיבות העניין, לסכסוך הקונקרטי שהובא להכרעתנו.

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

28. כאמור, סעיף 5 קובע הסדר של 'מעין תקנת שוק'; זו לשונו:

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

סעיף זה מציב לצורך תחולתו 3 תנאים מצטברים: (1) נדרש שתקיים "עסקה" בין הממונה לבין "אדם אחר"; (2) נדרש שהעסקה תערך "בתום לב"; (3) נדרש שהעסקה תעשה ביחס לנכס ש"הממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי". חברי המשנה לנשיאה, מיקד את חוות דעתו בתנאי תום הלב, ובתוך כך, פרש יריעה רחבה ומקיפה באשר לאמת המידה המשפטית לבחינת רכיב זה – הן לגבי הממונה, הן לגבי המתקשר עמו בעסקה. אשר ליתר תנאי הסעיף, קבע חברי, נוכח מסקנתו כי רכיב תום הלב אינו מתקיים בענייננו, כי אין לטעת מסמרות בסוגיות נוספות המתעוררות ביחס לתנאים אלה. משעה שלגישתי רכיב תום הלב מתקיים בנסיבות ענייננו – כפי שסבר חברי השופט

(כתוארו אז) נ' הנדל בפסק הדין בערעור, וכפי שקבע גם בית המשפט המחוזי – אינני בן-חורין להיבטל מדיון בהתקיימות יתר תנאי סעיף 5, ובשאלות המתעוררות לגביהם. על כן, טרם דיון בשאלת תום הלב, אציג את עמדתי ביחס לשאר תנאי הסעיף, תוך ישומם על נסיבות המקרה שלפנינו.

קיומה של 'עסקה'

29. תחת כותרת זו, אבקש להתייחס ל-4 שאלות; 3 מהן – שאלות משפטיות-עקרוניות, ואחת נוספת – שאלה ספציפית, המתעוררת על רקע נסיבות המקרה דנן. ראשית, יש להידרש לשאלה אם לצורך התקיימות סעיף 5, על העסקה המאוחרת להשתכלל לכדי זכות קניינית, ולהסתיים ברישום כלשהו, אם בפנקסי המקרקעין, אם במרשם ההרשאות, כמפורט להלן; שנית, יש להידרש לשאלה אם עסקה שביצע הממונה עם "אדם אחר", כוללת גם עסקאות שנערכו בין הממונה לבין גורמים מיישבים, דוגמת ההסתדרות הציונית ודומותיה, או שמא יש להחריג עסקאות מסוג זה מתחולת הסעיף, משום שהוא נועד לחול רק בעסקאות בין הממונה לאדם פרטי, ולא בעסקאות בין הממונה לבין גורמים ביצועיים של הרשויות; שלישית, יש לבחון גם את שאלת התמורה, קרי: האם 'העסקה' שבה מדבר סעיף 5, כוללת בתוכה גם דרישה לתמורה, ואם כן – האם תמורה זו צריכה להיות כספית, או שמא ניתן להכיר בקידום תכניות על-ידי הגורם המתקשר עם הממונה כתמורה, כפי המקובל בשטחי איו"ש; שאלה רביעית שאלה יש להתייחס, נובעת מן הנסיבות הקונקרטיות של ההליך דנן, והיא: אם הסכמי ההרשאה שנכרתו בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית, ביחס למקרקעי כוכב השחר, התייחסו גם למקרקעין שעליהם הוקם מצפה כרמים, שאז, בהנחה שיתר תנאי סעיף 5 מתקיימים, ניתן לקבוע כי חלה תקנת השוק. האפשרות השניה היא, שהמקרקעין לא נכללו בהסכמי ההרשאה, וממילא – אין תחולה לסעיף 5, כך שלא ניתן לקבוע כי הסכמי ההרשאה מירקו את המקרקעין מזכויותיהם של בעלי הקרקע המקוריים.

30. בפסק הדין בערעור קבעה חברתי הנשיאה חיות, כי השאלות שהוצגו לעיל אינן טעונות הכרעה. זאת, שכן לשיטתה, ממילא תנאי תום הלב איננו מתקיים בענייננו. לצד זאת, הוסיפה חברתי הנשיאה וציינה, כי מתעורר קושי לא מבוטל בכל הנוגע לקביעת בית המשפט המחוזי, כי השטח שלגביו ניתנה ההרשאה, פלל גם את תא השטח שעליו הוקם מצפה כרמים, נוכח העובדה כי המפה שצורפה להסכמי ההרשאה, לא כללה שטח זה; לעמדת חברתי הנשיאה, קיים קושי לאמץ את הקביעה, כי הסכמי ההרשאה הושלמו באמצעות מערכות ההנחיות, שלימים אושרו לגבי המקרקעין – תכניות 223 ו-223/1 (ראו: פסקאות 40-42 לחוות דעתה). חברי המשנה לנשיאה, בחר אף הוא להותיר לעת מצוא את השאלות העקרוניות המתעוררות ביחס לסעיף 5, אך בכל הנוגע לשאלה

הרביעית, הוא נחרץ בדעתו, אף יותר מחברתי הנשיאה. לדעתו, כלל לא נרקמה 'עסקה' בין הממונה להסתדרות הציונית, ביחס לשטח שעליו הוקם מצפה כרמים.

31. מנגד, חברי השופט (כתוארו אז) נ' הנדל, ראה את הדברים אחרת, למצער ביחס לחלק מן השאלות שהוצגו לעיל. תחילה ציין השופט הנדל, כי הסכם ההרשאה שנחתם בין הממונה להסתדרות הציונית, כלל גם את השטח שעליו הוקם מצפה כרמים. בהקשר זה קבע, כי ההסכם הרלבנטי לבחינת קיומה של 'עסקה', לעניין סעיף 5, הוא ההסכם האחרון שנכרת בין הצדדים, במהלך שנת 1997, התקף למעשה גם כיום (פסקאות 2-7 לחוות דעתו). בהמשך, בהתייחס לשאלה העקרונית הראשונה – בדבר הצורך ברישום העסקה במרשם ההרשאות, לשם תחולת סעיף 5 – סבר השופט הנדל כי יש לקבל את עמדת המדינה, שלפיה במקרה שבו הממונה הוא שערך את העסקה, אין צורך שהעסקה תסתיים ברישום במרשם ההרשאות (שם, פסקה 10 לחוות דעתו). את שתי השאלות העקרוניות הנוספות, לעומת זאת, הותיר השופט הנדל בצריך עיון, משמצא כי אף מבלי להכריע בהן, ניתן לקבוע כי סעיף 5 חל בנסיבות ענייננו. כך, ביחס לשאלה אם הפרשנות הנכונה לתיבות "אדם אחר", כוללת גם גורמים מיישבים כמו ההסתדרות הציונית, בהיותם גוף ביצועי מטעם המדינה – קבע השופט הנדל, כי שאלה זו אמנם עשויה להתעורר כאשר בוצעה עסקה בין הממונה לבין גוף מיישב, מבלי שצדדים שלישיים רכשו זכויות בהסתמך על אותה עסקה. ואולם, לשיטתו, שאלה זו אינה טעונה הכרעה בענייננו, משאין חולק כי במקרה דנן הסתמכו המחזיקים, שהם צדדים שלישיים, על הסכמי ההרשאה, וכתוצאה מכך העתיקו את מגוריהם למקום, כאשר חלקם אף התקשרו עם ההסתדרות הציונית בהסכמי בר-רשות (שם, פסקה 9 לחוות דעתו). אשר לשאלה אם נדרשת תמורה כתנאי להחלת ההסדר שבסעיף 5, סבר השופט הנדל כי גם אותה ניתן להותיר לעת מצוא, שכן "אצלנו נבנו מבנים בהתבסס על ההסכם בין הממונה להסתדרות הציונית, מכוחו, ודי בנתון זה כדי לענות על יסוד ההסתמכות או התמורה" (שם, פסקה 26).

32. עד כאן, בתמצית, העמדות השונות שהובעו ביחס לשאלת התקיימות רכיב ה'עסקה במקרקעין'. אעבור עתה להציג את גישתי ביחס לשאלות אלה, כסדרן.

שאלה ראשונה: האם נדרש שה'עסקה' לפי סעיף 5 לצו תסתיים ברישום?

33. כאמור, הצדדים נחלקו בשאלה, אם לצורך התקיימות סעיף 5, יש צורך שהעסקה תשתכלל ברישום. המשיבים השליכו ייבם, בעיקרו של דבר, על תחיקת הביטחון, כפי שבאה לידי ביטוי בצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים (מס' 569), התשל"ה-1974 (להלן: צו הרישום). סעיף 3 לצו זה, מכונן את 'מרשם העסקאות', שהוא פנקס לרישום עסקאות נדל"ן המבוצעות באיו"ש. סעיף 4(ב) לצו הרישום קובע, כי עסקה שלא

נגמרה ברישום, אינה אלא "התחייבות לעשות עסקה". משכך, טענו המשיבים, כי הסכמי ההרשאה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית אינם באים בגדר 'עסקה' לצורך תקנת השוק שבסעיף 5, שהרי הסכמים אלה לא נרשמו במרשם ההרשאות, בהתאם לצו הרישום. עוד טענו המשיבים, כי אף בהתעלם מצו הרישום, יש לדרוש את רישום העסקה במרשם המקרקעין ('טאבו'), לצורך החלת סעיף 5 לצו. זאת, בהתאם לחקיקה הירדנית המקומית – חוק הסדר הקרקעות והמים (חוק מס' 40 לשנת 1952) (להלן: חוק הסדר הקרקעות והמים) – שלפיה עסקה במקרקעין נגמרת ברישום. המדינה סבורה מנגד, כי לצורך תחולת סעיף 5, אין צורך כי העסקה תיגמר ברישום.

34. עמדת-שלי היא, כי אין צורך שהעסקה תיגמר ברישום לצורך התקיימות רכיב ה'עסקה' שבסעיף 5 לצו; לא במרשם ההרשאות ולא במרשם המקרקעין. תחילה אתיחס למרשם ההרשאות, אשר הונהג על-פי תחיקת הביטחון שחוקק המפקד הצבאי באיו"ש, שהוא כאמור עומד במוקד טענות המשיבים. סעיף 4 לצו הרישום קובע כך:

"(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".

35. סעיף 2 לצו הרישום קובע, כי "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 הוספה – נ' ס'). המדינה והמשיבים נחלקו בשאלה האם המקרקעין דנן, הוגדרו על-ידי המפקד הצבאי ככאלה שצו הרישום חל עליהם, אך לגבי דידי – לא בכך העיקר. אפרט מדוע.

36. ראשית, כטענת המדינה, וכפי שקבע השופט הנדל בפסק הדין בערעור (שם, פסקה 9), אף אני סבור כי פרשנותו הנכונה של סעיף 4(ב) לצו הרישום, מביאה למסקנה כי הוא עוסק בעסקאות הנעשות בין שני גורמים פרטיים, ולא בעסקאות שהממונה צד להן. מסקנה זו נגזרת, בראש ובראשונה, מנוסחו הפנימי של הסעיף, הקובע בסופו, כי לעסקה שלא נגמרה ברישום – "לא יהיה תוקף כלפי הממונה". לשון זו מורה, כי הסעיף מתייחס לעסקאות שנערכו בין גורמים פרטיים, דהיינו, כאשר פרט א' ממחה את זכותו לפרט ב'. בעסקאות מעין אלו, קובע סעיף 4(ב) לצו הרישום, כי עד שתושלם העסקה, בדרך של רישום במרשם ההרשאות, מעמדה הוא כשל 'התחייבות' בלבד. ברם, התחייבות זו, כוחה אינו עומד לה ביחס לממונה, שלא היה צד לעסקה. אילו מדובר היה בעסקה שהממונה צד לה, קשה להלום את לשון הסעיף, השולל כל תוקף לעסקה כלפי הממונה.

לא יעלה על הדעת, כי הממונה יחתום על עסקה מחייבת במקרקעין, ומיד לאחריה יהא רשאי להשתחרר מתוקפה המחייב, רק מחמת העובדה שזו לא נגמרה ברישום במרשם ההרשאות. לזאת אוסיף, כי לשון הסעיף, השוללת "כל תוקף" מהעסקה כלפי הממונה, אף אינה מתיישבת עם הרישום של סעיף 4(ב) לצו הרישום, שלפיו, עסקה שלא נגמרה ברישום – תזכה לכל הפחות לתוקף של "התחייבות". פרשנות המשיבים, מובילה אפוא לסתירה פנימית בלשון סעיף 4(ב) לצו הרישום, והיא אינה יכולה לעמוד.

37. שנית, פרשנות המדינה נכונה גם מתוך עיון בתכלית צו הרישום – תכלית הנלמדת גם מיתר הוראות צו זה. לעניין זה אציין, כי על פני הדברים, תכלית צו הרישום היא לכוון מרשם הרשאות, שבו יערוך הממונה פיקוח ובקרה על שרשרת העסקאות המבוצעות בין גורמים פרטיים, במקרקעין שהוקצו על-ידו. במסגרת זו, ניתנו לממונה סמכויות שונות, לרבות סירוב לרשום עסקה שנערכה בין גורמים פרטיים במרשם ההרשאות. כך למשל, סעיף 11(ב) לצו הרישום קובע, כי "לא תירשם עסקה במקרקעין שהוראות סעיף 2 חלות עליהם במירשם המתנהל על פי הדין, אלא בהסכמת הממונה". בנוסף, סעיף 6 לצו הרישום מאפשר לממונה "להתנות את הרישום במרשם ההרשאות בהוכחת כשרות העסקה וזכויות הצדדים לעסקה". הוראות אלו מלמדות על תכלית צו הרישום – מתן אפשרות של פיקוח ובקרה על עסקאות בין גורמים פרטיים, במקרקעין שהוקצו לראשונה על-ידי הממונה. תכלית זו, מחזקת את המסקנה כי הוראות צו הרישום לא נועדו לחול על עסקאות שערך הממונה בעצמו (זאת גם אם בפועל נרשמות במרשם זה, ביחס למקרקעין המסוימים שלגביהם חל צו הרישום, גם עסקאות שערך הממונה עצמו).

38. שלישית, במרבית המקרקעין שבניהול הממונה, לא מופעל מרשם הרשאות. דברים אלו באו לידי ביטוי בדו"ח ועדת זנדברג, שבו נכתב: "הרישום בפקט ההרשאות הוא חריג, ונכון למועד כתיבת שורות אלו כמעט ולא נעשה בו שימוש" (שם, עמ' 27; וראו גם: חגי ויניצקי ודניאל קרמר "מרשמי המקרקעין ביהודה ושומרון" דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 113, 181-185 (2013)). נכון להיום, כעולה מעמדת המדינה, מנוהל מרשם הרשאות רק בקרית-ארבע ובאורנית. לפיכך, פרשנות המשיבים, שלפיה ה'עסקה' שבסעיף 5 מחייבת רישום במרשם ההרשאות, תצמצם את תחולתו של הסעיף, כלפי 'נתח' קטן ביותר של שטחי קרקע, וזאת אך מחמת מחדלו של הממונה, לפרוש את כנפי מרשם ההרשאות על כלל ההתיישבות הישראלית באיו"ש. תוצאה זו, אינה מתיישבת עם תכליתו של סעיף 5, שהיא להגן על הסתמכותם של מתקשרים עם הממונה, בשל מעמדו השלטוני, ללא קשר לשאלה אם הפעיל הממונה מרשם הרשאות ביחס למקרקעין אלה, אם לאו. בנדון דנן – אם נאמץ את פרשנות המשיבים, יהפוך

ההסדר שבסעיף 5 כמעט ל'אות מתה'. תוצאה זו, אין לקבל (השוו: עניין עקל, פסקה 12).

39. נפנה עתה לטענת המשיבים, כי 'עסקה' לפי סעיף 5 צריכה להסתיים ברישום במרשם המקרקעין. טענתם זו נשענת, הלכה למעשה, על העיקרון שנקבע בפסיקת בית משפט זה, ביחס לתקנת השוק במקרקעין, שלפיו "רק קנין יכה קנין, ואילו זכות חיובים אין בכוחה להכות זכות קניין" (עניין הרטפלד, עמ' 869). משמעותו של עיקרון זה היא, כי תנאי מוקדם להיווצרותה של תקנת שוק במקרקעין (ולעיתים – גם תקנות שוק אחרות), הוא שכלול קנייני של הטוען לזכות כלפי הבעלים המקורי. במקרקעין, כידוע, שכלול הזכות הקניינית נעשה בדרך של רישום בפנקסי המקרקעין. כך למשל, סעיף 7 לחוק המקרקעין קובע, כי "עסקה נגמרת ברישום". לטענת המשיבים, כך קובע גם סעיף 16(3) לחוק הסדר הקרקעות והמים – החל באיו"ש – לגבי עסקאות מכר של מקרקעין מוסדרים. עיקרון זה, אף שספג ביקורת מצד מלומדים (דויטש – כרך ג, עמ' 186-205), הלך והשתרש בפסיקה; כך הוא תואר על-ידי השופט (כתוארו אז) מ' חשין, בעניין הרטפלד:

"אשר למקרקעין: בפירושה של הוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין נמצא לנו, כי רק עם רישומו של הרוכש במרשם עשוי הוא לזכות בזכות שלא הייתה בידי מי שהיה רשום כבעל הזכות. האדם הרשום כבעל זכות במרשם המקרקעין יכול שיעביר לרוכש-ממנו זכות שלא הייתה לו כלל – *dat quod non habet* – אך תנאי מוקדם לכך הוא שהזכות נרשמה במרשם על שם הרוכש. הרישום במרשם המקרקעין הוא מעשה הקניין, ורק עם מעשה הקניין נרכשת הזכות" (שם, עמ' 872).

40. האם יש להחיל עיקרון זה על ההסדר המעוגן בסעיף 5? לדעתי, התשובה לכך היא בשלילה. עיון מעמיק בסעיף 5 הביאני לכלל מסקנה, כי אין מקום לקרוא לתוכו תנאי שכזה, כי העסקה תשתכלל רק באמצעות רישום במרשם המקרקעין. כמה טעמים בדבר. תחילה, ברובד הלשוני, אין הכרח לקבוע כי סעיף 5 כולל דרישה שכזו. הפרשנות שאומצה בעניין הרטפלד, בדעת רוב, נסמכה על התיבות "מי שרכש זכות במקרקעין", המופיעות בסעיף 10 לחוק המקרקעין. זאת, בהתאם לפרשנות המקובלת בפסיקה, ביחס לביטוי 'זכות במקרקעין', המבטא זכות 'חפצית' דווקא (*in rem*), להבדיל מזכות אובליגטורית (*in personam*) (ראו: עניין הרטפלד, עמ' 863; כן ראו: ע"א 513/82 רייזמן נ' וושצ'ין, 813, 824 (1983); אעיר, כי בעניין הרטפלד אימץ בית המשפט את הפרשנות האמורה, גם ביחס לסעיף 73 לחוק הירושה, הנוקט אף הוא לשון דומה: "מי שרכש זכות"; שם, עמ' 864-865). מכל מקום, תיבות אלה אינן קיימות בסעיף 5, המתייחס ל'עסקה' בלבד. לא מן הנמנע, כי המונח 'עסקה' אינו כולל בהכרח יסוד קנייני, ותחת כנפיו יחסו

גם התחייבויות אובליגטוריות להקניית זכות במקרקעין (לעניין זה, ראו הגדרת המונח 'עסקה' בסעיף 1 לצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה ושומרון) (מס' 25), התשכ"ז-1967, הכוללת מגוון רחב של עסקאות, לרבות עסקאות בעלות אופי אובליגטורי: "פעולה כלכלית, או אחרת, במזומנים או בכל דרך אחרת, בתמורה או שלא בתמורה, לרבות הסכם בדבר עשיית עסקה ועסקת שכירות בבתי עסק ובבתי מגורים בתחום העיריות או המועצות המקומיות" (ההדגשה הוספה – נ' ס'); וראו והשוו: דויטש – קניין כתווית, עמ' 307; דויטש – כרך א, בעמ' 505).

41. מעבר לכך – וזה עיקר, מסקנתי האמורה נגזרת מן התכלית שבגינה הותקנה תקנת השוק שבסעיף 5, תכלית שונה מזו העומדת ביסוד תקנת השוק שבסעיף 10 לחוק המקרקעין. על תכליות שונות אלה עמדתי לעיל. כאמור, תכליתו של סעיף 10 לחוק המקרקעין היא ביצור מעמדו של המרשם, והגנה על המסתמכים עליו. בהינתן תכלית זו, מובן מדוע "מגמה זו לחיזוק המרשם ולביצור מעמדו של פנקסי המקרקעין, העומדת ביסוד סעיף 10, מחייבת כי יריעתו תתפרס רק על זכויות שנרשמו. פריסת ההגנה שבסעיף זה גם על זכויות אובליגטוריות שאינן רשומות במרשם, חותרת תחת מהימנות המרשם" (עניין הרטפלד, עמ' 863). לעומת זאת, תכליתו של סעיף 5 איננה להגן על אמינות המרשם באיו"ש, שממילא אינו חשוף לעין הציבור. ההיפך הוא הנכון: "דווקא באזור בו ענייני רישום מקרקעין כל כך מורכבים ולוקים בחסר, יש צורך לאפשר ודאות כאשר צד ג' רוכש קרקע מהריבון" (ערר (איו"ש) 121/15 צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש, פסקה 19 (28.2.2017) (להלן: עניין צלאח); וינרוט, עמ' 211). דומני, על רקע מאפייניו ה"לוקים בחסר" של מרשם המקרקעין באיו"ש, כי הכפפת סעיף 5 לרישום העסקה במרשם המקרקעין, תחטיא את מטרתו העיקרית. מסקנה זו, זוכה למשנה תוקף, משידענו כי רק כשליש מהמקרקעין באיו"ש עברו הליכי הסדר מקרקעין עד שנת 1967, ומני אז הותלו הליכים אלה, על-פי תחיקת הביטחון החלה במקום (ראו: צו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה ושומרון) (מס' 291), התשכ"ט-1968; דו"ח ועדת זנדברג, עמ' 15). לשם ההשוואה: בשטחי ישראל, יותר מ-95% מהקרקעות עברו עד כה הליכי הסדר.

42. מסקנה זו יציבה ונכונה, גם כאשר מדובר במקרקעין רשומים ומוסדרים באיו"ש. כאמור, גם ביחס למקרקעין אלה המרשם באיו"ש אינו פומבי, כך שהאפשרות להסתמך עליו אינה אלא חלקית בלבד, אם בכלל. לפיכך, התכלית שנועדה להגן על הסתמכות רוכש הזכות, על פעולות הממונה ויתר גורמי המדינה – נותרה עומדת על מכונה, גם כאשר מדובר במקרקעין רשומים ומוסדרים. הדברים מקבלים משנה תוקף, מקום שבו הממונה הקצה קרקע שסבר כי נתפסה בתפיסה צבאית, אך לאחר מעשה התברר, כי יתכן שהקצאה נעשתה בטעות – כפי שלכאורה אירע בעניין שלפנינו. במצב דברים זה, ברי כי המתקשר עם הממונה לא בירר, ואף לא היה עליו לערוך בירור, לגבי אמיתות הרישום.

ודוק, תפיסת הקרקע בתפיסה צבאית, כנהוג בעבר, נעשתה ללא בדיקת בעלויות, היא מעולם לא הוכתבה על-פי זכויות הקניין הרשומות, ושיקול הדעת היה מסור למפקד הצבאי בלבד, בהתאם לצורך הצבאי הדרוש, לפי ראייתו (בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979) (להלן: עניין איוב); בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90 (1979)). לפיכך, כאשר בקרקע שנתפסה בתפיסה צבאית עסקינן, אין מקום לייחס חשיבות רבה לעיון במרשם טרם רכישת הזכות. על אחת כמה וכמה, שאין לקרוא לתוך סעיף 5 לצו, תנאי שלפיו רישום הזכות יהיה תנאי מקדים לתחולתו – שכן בקרקע הנתונה לתפיסה צבאית, זכות הבעלות כלל לא הועברה למפקד הצבאי, והבעלים המקורי נותר רשום במרשם המקרקעין.

43. בהקשר זה יש להוסיף, כי נראה שגם סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים אינו דורש את רישום העסקה, כתנאי לתחולתו. בפסיקתו הענפה של בית משפט זה, לגבי יישום סעיף 17 הנ"ל, כלל לא נדרש, ואף לא נבחן, אם מתקיים תנאי שכזה, בדבר סיום העסקה ברישום (ראו עמדתו של דויטש בעניין: דויטש – כרך ג, עמ' 202-203; דויטש – קניין כתווית, עמ' 307; והשוו: ה"פ (מחוזי חיפה) 226/96 וולפרט נ' האפורופוס הכללי, פ"מ התשנ"ו (2), 453, 461 (1996), ובש"א (מחוזי י-ם) 2409/05 רשם המקרקעין נ' האפורופוס הכללי, פסקה 12 (27.9.2006) – שעסקו שניהם בדרישת רישום העסקה, לפי סעיף 16 לחוק האפורופוס הכללי). באחת הפרשיות שעסקו בסעיף 17(א) הנ"ל, אף צוין: "לעניין זה [תקנת השוק שבסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים – נ' ס' אין נפקא מינה אם העיסקה נעשתה שעה שהנכס היה רשום על שם האפורופוס אם לאו, שכן ההקניה לאפורופוס של נכס שאושר על ידו כנכס נפקד אינה תלויה ברישום הנכס על שם האפורופוס" (ע"א 1397/90 דיאב נ' האפורופוס על נכסי נפקדים, פ"ד מ"ו(5), 789, 796 (1992) (להלן: עניין דיאב); ראו גם: עניין רבאח, עמ' 876). דומני, כי התכליות הדומות של שני ההסדרים – הגנה על הסתמכותם של צדדים שלישיים – מצדיקות תחולה דומה ביחס להיקף פרישתם, כך שבשני ההסדרים תיכללנה גם עסקאות שלא הסתיימו ברישום.

44. סיכומה של נקודה זו: לעמדתי, יש לקבוע כי לשם החלת סעיף 5, אין לדרוש כי עסקה שנערכה עם הממונה, תסתיים בדרך של רישום בפנקסי המקרקעין או במרשם ההרשאות. דרישה שכזו, אינה מתיישבת עם תכלית הסעיף, ואף תביא לעיקורו באופן כמעט מוחלט.

שאלה שניה: האם סעיף 5 חל בעסקאות שבין הממונה לבין ההסתדרות הציונית?

45. כזכור, המשיבים טוענים כי ההסתדרות הציונית אינה ממלאת אחר הגדרת "אדם אחר", לגבי ההסדר המעוגן בסעיף 5, שכן במרבית המקרים היא פועלת כגוף ביצועי מטעם המדינה. ממילא, אין לראות את הסכמי ההרשאה שנכרתו עמה, כעסקאות שנעשו עם "אדם אחר".

#### אין בידי לקבל טענה זו.

46. סעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי מגדיר את המונח "אדם" כך: "אדם – לרבות תאגיד, או חבר בני אדם שאינו מאוגד" (ראו גם הגדרה זהה למונח "אדם", בצו בדבר פרשנות [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1729), התשע"ד-2013). מאחר שההסתדרות הציונית היא גוף עצמאי, בעל אישיות משפטית נפרדת מהמדינה, היא באה בגדרי "אדם", ומכאן שסעיף 5 חל גם ביחס לעסקאות שערך עמה הממונה (ראו: סעיף 1 לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית והעולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשי"ג-1952, הקובע כי "ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית לארץ ישראל, כל אחת מהן היא אישיות משפטית והיא רשאית להתקשר בחוזים, לרכוש נכסים, להחזיק בהם ולהוציאם מרשותה, ולהיות צד בכל משא ומתן משפטי ואחר"; בכל הנוגע למעמדה של ההסתדרות הציונית, ולמעמדה של החטיבה להתיישבות המשמשת זרוע ביצועית שלה – ראו: בג"ץ 9518/16 הדאל נ' כנסת ישראל, פסקה מ"ג (5.9.2017); בג"ץ 3301/15 גלאון נ' סיעת הליכוד בכנסת ה-20, פסקאות ט"ז ו-כ"א (29.6.2015); אס"ף הראל גופי ונושאי משרה דו-מהותיים, 69 (2019)).

47. זאת ועוד. הפרשנות שניתנה בפסיקה לביטוי "אדם אחר" שבסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, היא כזו הכוללת גם רשות סטטוטורית של ממש, המשמשת אורגן של המדינה, דוגמת רשות הפיתוח. לגבי זו האחרונה כבר נפסק, כי "אין בכך שהאפוטרופוס ורשות הפיתוח שניהם בגדר 'רשות מינהלית' כדי לשנות את המסקנה. האפוטרופוס העביר את המקרקעין לידי רשות הפיתוח. האחרונה הינה בגדר 'אדם אחר' ביחס לנכס כהגדרת סעיף 17, ועל כן 'העסקה לא תיפסל ותעמוד בתוקפה' אף אם טעה האפוטרופוס בחשבו כי הנכס מוקנה" (ע"א 11085/08 מראד נ' רשות הפיתוח, פסקה 6 (9.10.2011)). רק לאחרונה בוצרה הלכה זו כהלכה מחייבת (ראו: דעת הרוב בעניין עקל). דברים אלה, כוחם יפה מקל וחומר, לגבי ההסתדרות הציונית, שאמנם משמשת לעיתים כגורם ביצועי מטעם המדינה, אך אינה משמשת כרשות מינהלית (להבדיל למשל מרשות הפיתוח). כאמור לעיל, נוכח זהות התכליות, אני מוצא טעם של ממש להשוות בין הפרשנות הראויה לסעיף 5, לזו שניתנה לסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים.

48. עוד אציין, כי פרשנות המשיבים, גם בהקשר זה, עלולה לרוקן את סעיף 5 מתוכן. הפרקטיקה המקובלת, שבאמצעותה מנהל הממונה את המקרקעין ביישובים הכפריים באיו"ש, היא הקצאת חוזיות לגורם מיישב, דוגמת ההסתדרות הציונית או משרד הבינוי והשיכון (באמצעות 'הסכמי הרשאה'), כאשר זה בתורו, מתקשר עם אגודות שיתופיות ועם מתיישבים פרטיים, בהסכמי 'בר-רשות' (דו"ח ועדת זנדברג, עמ' 50; הסדרה דומה, חלה גם באשר להתיישבות החקלאית-שיתופית בשטחי ישראל – לעניין זה, ראו למשל: בע"מ 1813/18 פלוני נ' פלוני, פסקה 12 (23.6.2019)). החרגת מקרקעין שהוקצו להסתדרות הציונית, מתחולת ההסדר שבסעיף 5, תביא לצמצומו באופן דרמטי, עד כדי איונו כליל. כפי שצינתי לעיל, עלינו להעניק לסעיף 5 פרשנות מקיימת, ולא פרשנות מאינת, שתהפוך את ההסדר החוקי לסעיף חסר תוחלת, ל"כְּלִי אֵין תַּפָּץ בּו" (ירמיהו כב, כח) (להנמקה דומה, ראו: עניין עקל, פסקה 12).

שאלה שלישית: האם סעיף 5 כולל רכיב של תמורה לצורך תחולתו?

49. עיון בסעיף 5 מלמדנו, כי אינו כולל התייחסות מפורשת לקיומה של תמורה לצורך תחולתו. זאת, בשונה מן הדרישה ביחס לתחולת תקנת השוק שבסעיף 10 לחוק המקרקעין. עמדת המדינה, כפי שבאה לידי ביטוי גם במסמך "סיכום דיון – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון)", מיום 7.12.2016 (להלן: "חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 7.12.2016"), היא שיש לקרוא לתוככי סעיף 5 דרישת תמורה, בדרך של פרשנות (שם, סעיפים 5 א ו-75). לצד זאת גורסת המדינה, כי אין הכרח להצביע על העברת תמורה כספית מאת המתקשר לממונה – פעולה שממילא אינה משקפת את הפרקטיקה המקובלת בהקצאות מקרקעין באיו"ש; לשיטתה, ניתן לראות ב"קידום תכנית מתאר לשטח המוקצה, פיתוחו ושיווקו", על-ידי המתקשר עם הממונה, משום מענה לדרישת התמורה. כאמור לעיל, חברי השופט הנדל, הותיר את שאלת התמורה בצריך עיון, כשקבע כי בענייננו די בכניית המכנים במקרקעין על מנת "לענות על יסוד ההסתמכות או התמורה".

50. גם ביחס לסעיף המקביל בחקיקה הישראלית – סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים – נותרה שאלת התמורה בצריך עיון (ראו: ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מז(5) 1, 25 (1993) (להלן: עניין חוות מקורה)). הלכה למעשה, בפסקי הדין שבהם התקבלה טענה להתקיימות הסדר תקנת השוק שבסעיף 17(א) הנ"ל, לא הוצבה דרישת התמורה כתנאי לתחולת הסעיף. כך למשל, בעניין מראד נטען, נוכח האמור בסעיף 19(א) לחוק נכסי נפקדים – הקובע כי האפוטרופוס רשאי למכור נכס מקרקעין אך ורק לרשות הפיתוח, "במחיר שאינו נמוך משוויו הרשמי של הנכס" – כי ניתן להסיק קיומה של דרישה

לתמורה, לשם התקיימות ההסדר שבתקנת השוק שבסעיף 17(א), בעת ביצוע עסקה למכירת זכות בעלות במקרקעין. אמנם, באותו עניין, נדחתה הטענה להעדר תמורה, משום שהועלתה ללא "מסד עובדתי משמעותי", ומשכך, בפועל, שאלת התמורה לא הוכרעה בצורה פוזיטיבית. גם בספרות מצינו, כי יש לקרוא בסעיף 17(א) הנ"ל דרישת תמורה, הגם שלא צוינה בו במפורש (דויטש – כרך ד, עמ' 309-310). כך או אחרת, לגבי סעיף 5 לצו, נכון גם אני להותיר שאלה זו לעת מצוא, מאחר שתמים-דעים אני עם עמדתו של חברי השופט הנדל, כי בענייננו – דרישת התמורה מתקיימת במלואה. אסביר.

51. בפסיקה ובספרות קיימת התייחסות מקיפה למשמעות המושג 'תמורה', וממנה עולה כי מושג זה נושא בחובו משמעויות שונות, בהקשרים שונים: "מושג התמורה מופיע בדין הישראלי בהקשרים שונים, ותוכנו של מושג זה – אף הוא משתנה לאור ההקשר. ההקשרים השונים הובחנו זה מזה בפסיקה, וביתר חדות על ידי המלומדים" (עניין חוות מקורה, עמ' 22; דניאל פרידמן ואלרן בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט – כרך ב, 1338 (2017) (להלן: פרידמן ובר-אור)). בהקשר של הסדרי תקנת השוק, נועדה דרישת התמורה להעיד על קיומה של הסתמכות מצד רוכש הזכות, ועל שינוי מצבו לרעה בעקבות ביצוע העסקה: "הצידוק להטלתה של דרישת התמורה על הזכאי המאוחר הוא בכך שמתן תמורה מצדו מצביע על הסתמכות משמעותית שלו על העסקה" (דויטש – כרך ג, 232). מטעם זה, סבור פרופ' דויטש, כי את דרישת התמורה יש לפרש בצורה רחבה, באופן שיביא למימוש הרציונל שבבסיסה – הגנה על הסתמכותו של רוכש הזכות:

"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" (דויטש – כרך ג, עמ' 222-223).

גישה זו עולה גם מדברי המלומדים פרידמן ובר אור:

"אם רכש הצד השלישי, בתום לב, קניין בנכס, תמורת התחייבות לשלם עבורו, ועל סמך זה שינה מצבו לרעה, ראוי, לדעתנו, להכיר בכך שעמד בדרישת התמורה, ולהקנות לו עדיפות" (פרידמן ובר-אור, עמ' 1341; ההדגשה הוספה – נ' ס').

52. בפרשת כנען המפורסמת, אשר עסקה בדרישת התמורה בהקשר של תקנת השוק במיטלטלין (לפי סעיף 34 לחוק המכר), נאמר כך:

"[...] דרישת התמורה לצורך תקנת השוק באה להעיד על תום-לבו של הקונה. כמו כן מיועדת היא לאזן בין האינטרסים העלולים להיפגע ולסייע בהעדפת האינטרס הראוי להגנה, על פני האחרים" (ע"א 5664/93 כנען נ' United States of America, פ"ד נא(1) 114, 129 (1997); וראו גם: דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2) 632, 645 (המשנה לנשיא ש' לוי), 680 (השופט (כתוארו אז) ת' אור), 717 (השופט ט' שטרסברג-כהן), והשוו שם, לדעת השופט י' טירקל (שם, עמוד 707) (2003)).

רכיב התמורה שבהסדרי תקנת השוק, מסייע אפוא להגשים שתי מטרות המשלימות זו את זו: הוא משמש אינדיקציה להסתמכותו תמת-הלב של רוכש הזכות; והוא מסייע ב'מזעור הנזק', בדרך של העדפת מי שנושא בנזק רב יותר – בעל הזכות המקורית או רוכש הזכות – ובאיזון Ex-post, בין האינטרסים העלולים להיפגע כתוצאה מהחלת התקנה. עוד יש להסיק מכך, כי את דרישת התמורה אין לקרוא באופן דווקני – כתמורה כספית גרידא, ולשם כך, ניתן להסתפק גם בהוכחה להוצאת הוצאות או התקשרות בעסקה עם צד שלישי (ואגב כך, הסתכנות בתביעה מצד אותו צד ג', ככל שהעסקה תבטל), מכוח הסתמכותו תמת-הלב של רוכש הזכות.

53. ומהתם להכא. לגישתי, האופן שבו עוצבה דרישת התמורה, כמפורט לעיל, הביאני לכלל מסקנה כי במקרה שלפנינו (ובמקרים דומים), דרישה זו מתקיימת – הגם שלא הועברה תמורה כספית מאת ההסתדרות הציונית לממונה. בהקשר זה, אביא מחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 7.12.2016, שם נכתב: "כאשר מדובר בהתקשרויות בין גופים מיישבים או משכנים, הפרקטיקה באזור בעבר הייתה שההתקשרות עצמה איננה כרוכה בתשלום תמורה כספית מצד הגורם המתקשר, כאשר התמורה שניתנה מצדו הינה קידום תכנית מתאר לשטח המוקצה, פיתוחו ושיווקו". סבורני אפוא, כי בנדון דידן, די בהשקעות שביצעה ההסתדרות הציונית, בדרך של קידום תכניות סטוטוריות, שיווק המקרקעין, וביצוע עבודות תשתית ופיתוח, כדי להצביע על הסתמכות זו, וכדי לעמוד בדרישת התמורה (ככל שהיא קיימת ביחס להסדר שבסעיף 5). כך, השטח שעליו הוקם מצפה כרמים תוכנן על-ידי ההסתדרות הציונית, כמה פעמים; חלק מהמגרשים שווקו על-ידה; ובהמשך הוסיפה ההסתדרות הציונית לפתח את הקרקע, כאשר בחלקה הוצבו יבילים ובחלקה הוקמו בתי-קבע. כל זאת עשתה ההסתדרות הציונית – בהסתמך על ההרשאה שניתנה לה מאת הממונה, ובהסתמך על מצגים שונים מצד גורמים במדינה.

אשר למחזיקים – הדברים פשוטים אף יותר. אלו הקימו קהילה במקום, "וּבְנוּ בְּתֵימ וַיִּשְׁבּוּ וַנְטַעוּ כְרָמִים וְאָכְלוּ פְרִיָם" (ישעיהו סה, כא). ברי אפוא, כי המחזיקים הסתמכו אף הם על הסכמי ההרשאה, ופעלו פעולות שונות, אשר שינו את מצבם לרעה – באופן מובהק ומשמעותי.

54. בכל הקשור לשיקול של 'מזעור הנזק', ולשאלה מי נושא בנזק גדול יותר, הרי שכבר ציינתי לעיל, כי בענייננו בתחרות זכויות 'מלאכותית' עסקינן, במובן זה שבעל הזכויות המקורי איננו לפנינו – לא הוא ולא נזקו. השיקול האמור תומך ללא ספק בהעדפת רוכשי הזכות מאת הממונה (ההסתדרות הציונית והמחזיקים), ולא במי שטוען, מבלי שהוכיח כנדרש, כי רכש את זכותו של בעל הזכויות המקורי.

55. עמדתי היא אפוא, כי דרישת התמורה התקיימה בענייננו, ולפיכך אינני מוצא טעם להכריע עתה בשאלה אם דרישה זו אכן מתחייבת, כחלק מתנאי ההסדר המעוגן בסעיף 5.

שאלה רביעית: האם הסכמי ההרשאה התייחסו למקרקעין שעליהם הוקם מצפה כרמים?

56. כאמור, שאלה זו מתעוררת אגב נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה שלפנינו, ועל-כן אפתח בהצגת הרקע העובדתי הדרוש לעניין.

57. הקמת הישוב כוכב השחר, עלתה במחשבה לפני המפקד הצבאי, כבר בשנת 1973. מחשבה זו קרמה עור וגידים ביום 3.2.1975, אז חתם המפקד הצבאי על צו בדבר שטחים סגורים (שטח כ"ד) (יהודה ושומרון) (מס' 576), התשל"ה-1975, שבגדרו הוצא צו סגירה, ביחס לשטח של כ-1,070 דונם באזור כוכב השחר (להלן: צו הסגירה). במסגרת הצו צוין, כי המקרקעין שנסגרו, סומנו במפה שצורפה לצו – בקנה מידה של 1:50,000, וכי גבולות המקרקעין סומנו בשטח, באמצעות חביות. במכתב דיווח שנשלח ביום 29.12.1975, מהממונה דאז, אל סגן מפקד איו"ש, צוין היקף השטח הסגור, וכן פרטי הבעלויות במקרקעין (665 דונם – אדמות 'נוכחים'; 269 דונם – אדמות 'נפקדים'; 136 דונם – אדמות מדינה). במכתב זה הוצע, כי המאחז המתוכנן, כוכב השחר, יוקם על אדמות מדינה טרשיות. לשלמות התמונה יצוין, כי צו הסגירה בוטל בפועל רק בשנת 2009.

58. ביום 29.6.1976, החליטה ועדת השרים לענייני התיישבות (החלטה מס' הת/12), כי המאחז כוכב השחר יחשב להיאחזות נח"ל. בחלוף כ-3 שנים, ביום 10.4.1979, החליטה ועדת השרים לענייני התיישבות כי היאחזות כוכב השחר תהפוך לאזרחית (החלטה מס' הת/19).

59. ביום 29.7.1980, חתם תת-אלוף בנימין בן אליעזר, ששימש באותה תקופה כמפקד הצבאי, על הצו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 18/80 (יהודה ושומרון), התש"ס-1980 (להלן: צו התפיסה). בצו התפיסה צוין, כי השטח נתפס "לצרכים צבאיים", וצורפה לו מפה, בקנה מידה של 1:20,000, שעל-גביה סומן במצב (טוש) השטח התפוס. במכתב הנלווה לצו התפיסה צוין, כי השטח התפוס יהיה מצומצם מזה שנקבע בשטח הסגירה – 850 דונם, ופורטו בו נתוני הבעלויות (400 דונם – אדמות פרטיות; 270 דונם – אדמות 'נפקדים'; 136 דונם – אדמות מדינה). בנוסף צוין במכתב הנלווה, כי יש להודיע למוכתרי הכפרים הסמוכים על אודות התפיסה, וכד בבד להודיע גם לבעלי המקרקעין על זכאותם לפיצוי, ככל שיוכיחו את בעלותם. במכתב הנלווה צוין עוד, כי על ההסתדרות הציונית "לוודא אי חריגה בשטח הצו בעת עבודות המימוש", ולפעול להעברת תכנית מתאר, לאישורה של לשכת התכנון העליונה. צו התפיסה מומש בפועל בחודש אוגוסט 1980, אז עלו מתיישבים מגרעין 'גוש אמונים' על הקרקע.

60. ביום 23.2.1981, כרת הממונה 'הסכם הרשאה' עם ההסתדרות הציונית, לתקופה בת 5 שנים, לגבי שטח בהיקף של 1,071 דונם. השטח סומן במצב על-גבי מפה שצורפה כנספח להסכם (להלן: הסכם ההרשאה הראשון). במפה, שנחתמה על-ידי הממונה דאז, מר יהודה נהרי (להלן: נהרי) – מפה בקנה מידה של 1:50,000, ללא קואורדינטות – נכתב במצב עבה: "כוכב השחר. צו תפיסה: 576 כד'. שטח כ-1071 ד'". כמו כן, במסגרת ההסכם הצהירו הצדדים, כי "ידוע להם כי גבולות המשבצת טרם נמדדו וגבולותיה המדוייקים טרם נקבעו סופית, ולממונה הזכות לשנותם" (סעיף 2.ג. להסכם ההרשאה הראשון). הסכמי הרשאה דומים נכרתו גם בשנים 1990, 1995 ו-1997. לכולם צורפה אותה מפה, שצורפה להסכם ההרשאה הראשון, ובכולם גם צוין, כי השטח מושא ההסכם עומד על 1,071 דונם. הסכם ההרשאה האחרון, משנת 1997, נחתם לתקופה בת 49 שנים, עד יום 31.3.2044.

61. ביום 17.1.1982, אישרה מועצת התכנון העליונה את ההפקדה של תכנית המתאר המפורטת 223, ביחס לשוב כוכב השחר (להלן: תכנית 223). בתקנון תכנית 223 צוין, כי שטח התכנית מתפרס על פני 1,416 דונמים. על התכנית חתום הממונה לפי הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה ושומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982 (להלן: צו 997), מר שלמה מושקוביץ, שכיהן בתפקיד זה בין השנים 1982-2012 (להלן: מושקוביץ). אעיר כבר כאן, כי סמכויות הממונה לפי צו 997, מתפרשות אך ורק ב"שטח שנתפס על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור לצרכים צבאיים" (ראו הגדרת "שטח תפוס", בסעיף 1 לצו 997). על מפת תכנית 223 – מפה בקנה מידה של

1:2,500, עם קואורדינטות – חתומים הממונה, מר נהרי, תחת הכותרת "בעל הקרקע"; הממונה לפי צו 997, מר מושקוביץ, ונציג ההסתדרות הציונית – מגישת התכנית.

62. השטח שעליו הוקם מצפה כרמים, נכלל גם הוא בשטחה של תכנית 223. לפי התשריט שצורף לתכנית, שטח זה סווג כ"שטח שייעודו ייקבע בעתיד", ולגביו צוין בתקנון כי "ייעודו של שטח זה ייקבע לאחר שיתבהרו אפשרויות הרחבת גבולות הישוב", וכי "יעוד השטח יסוכם ע"י המוסדות המיישבים".

63. במכתב מיום 17.5.1990, שנשלח מאת מושקוביץ למהנדס מחוז ירושלים במשרד הבינוי והשיכון, נכתב, כי לאחר בדיקה נמצא כי מגרשים מסויימים שתוכננו בצדו הצפוני של כוכב השחר, מצויים "מחוץ לגבולות התפיסה בפועל (מחוץ לגדר הישוב)". על כן, יש להימנע מחישוב מגרשים אלה, בגדרי הליך התכנון והבינוי, כל עוד לא שונו הגבולות על-ידי המינהל האזרחי (להלן: המכתב מיום 17.5.1990). במכתב נוסף, מיום 10.6.1990, מאת ראש ענף תשתית, רס"ן יאיר בלומנטל (להלן: בלומנטל), אל משרד הבינוי והשיכון, נכתב כי המגרשים הללו מצויים "מחוץ לגדר המקורית של צו התפיסה וע"כ אין כל בסיס משפטי היכול לאשר בינוי מגרשים אלו שכן צו התפיסה עפ"י מימושו בפועל לא חל על מגרשים אלו" (ההדגשות במקור – נ' ס'). משכך, הוצע לגרוע מגרשים אלה מתכנית 223. במכתב זה צוין עוד, כי "צו התפיסה נבחן ועומד במבחן החוקיות עפ"י התפיסה בפועל ובמקרה זה קרי הגידור" (להלן: המכתב מיום 10.6.1990). עניין זה, התעורר גם במכתב מיום 8.11.1994, מאת ראש מדור תכנון ומדידות במינהל האזרחי, גב' אריאלה אריש, אל החטיבה להתיישבות, שבו נכתב כי נדרש לתקן את תכנית 223, בדרך של גריעת המגרשים האמורים, ולבצע בהתאמה גם שינויים במפת החוזה שבין הממונה לבין ההסתדרות הציונית, "תוך הכנת מיפוי מתאים של הישוב עפ"י גבול התפיסה בפועל קרי הגידור הקיים".

64. חרף המכתבים הנ"ל, ביום 2.10.1995 אושרה תכנית מתאר מפורטת 223/1, והיא כללה בתוכה גם את המגרשים האמורים (להלן: תכנית 223/1). בעיקרו של דבר, שינתה חלק מיעודי הקרקע שנקבעו בתכנית 223, ובנוסף נקבע בה, כי יתווספו 4 דונמים נוספים, אל תוך שטח התכנית (תכנית 223/1 התייחסה לשטח של 1,420 דונם, בעוד שתכנית 223 התייחסה לשטח של 1,416 דונם). אציין, כי במסגרת תכנית זו, שונה השטח שעליו הוקם לימים מצפה כרמים – ליעוד חקלאי. מכל מקום, גם לאחר אישור התכנית, שבה הגב' אריש והתריעה, במכתב מיום 7.12.1995, כי אין לקדם בניה במגרשים החורגים מהשטח שנתפס בפועל.

65. הורתו של הישוב מצפה כרמים, במאחז 'מעלה שלמה', אשר הוקם ללא אישור, עובר לשנת 1999, דרומית-מערבית לכוכב השחר. המאחז הוקם אמנם על אדמות מדינה, אך מחוץ לתחום תכניות המתאר 223 ו-223/1. מאחז זה פונה כבר אז 'מצפה כרמים' (להלן: מצפה כרמים הישן). יצוין, כי בחודש אפריל 1999, נחתם הסכם הרשאה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית, לטובת הקמת מוסד חינוכי בשטח זה, ולשם כך אף הופקדה תכנית מתאר מפורטת (תכנית 223/3), אך זו מעולם לא קודמה מעבר לכך.

66. ביום 10.10.1999, התקבלה החלטה הח/2 של ועדת השרים לענייני התיישבות (כמה ימים לאחר מכן, ביום 28.10.1999, ניתן להחלטה זו תוקף של החלטת ממשלה), שבמסגרתה הוחלט להסמיך את ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, אהוד ברק, "לפעול על פי סמכותו ושיקול דעתו בכל הקשור לנקודות התיישבות/מאחזים מבודדים שלא ברצף לשטח מבונה של ישובים קיימים ביהודה ושומרון [...] בהתחשב ובהתבסס, בין היתר, על ההיבטים הבטחוניים והמשפטיים הרלבנטיים". החלטה זו שימשה פלטפורמה, למה שנודע לימים כ"הסכם המאחזים"; הסכם בין ראש הממשלה דאז, אהוד ברק, לראשי מועצת יש"ע, שבו נקבע מעמדן של מספר נקודות התיישבות. באותה תקופה, ועל יסוד הסכם המאחזים, אושרה העתקתו של מצפה כרמים, ממיקומו הישן, "לתחום תכנית המתאר של כוכב השחר שבתוקף", תוך קידום הליכי תכנון במקום (זאת, כעולה משורה של מכתבים, משלהי חודש אוקטובר 1999, שצורפו כנספחים 37-39 לתצהירו של סא"ל אביעד כספי, המכהן כראש תחום תשתית במינהל האזרחי, החל משנת 2012, ואשר התייצב מטעם המדינה בהליך שהתקיים בבית המשפט המחוזי (להלן: כספי)). לשם כך, אותר שטח המשתרע על פני כ-14.4 דונם, ממזרח לכוכב השחר, והוכנה עבורו תכנית מתאר מפורטת 223/1/5, שתכליתה – שינוי יעוד הקרקע מחקלאות למגורים (להלן: תכנית 223/1/5). אדגיש, כי תא השטח שאליו תוכנן להעתיק את מצפה כרמים, במסגרת תכנית 223/1/5, נמצא מחוץ לגבולות צו התפיסה וצו הסגירה, אך בתוך תכניות 223 ו-223/1. תכנית העתקה זו לא קודמה, משהתברר כי המיקום החדש שנבחר, נכלל בשטחו של צו סגירה לשטח אש ("צו סגירת שטח מס': 4/99, התשנ"ט-1999" (להלן: שטח האש)). בהמשך, התקיימה ישיבה בראשות אלוף פיקוד המרכז דאז, משה יעלון (להלן: אלוף פיקוד המרכז יעלון), ובה הובהר כי המיקום שהוצע בתכנית 223/1/5 – 'נופל' בתחומי שטח אש, בתוככי "משפך הירי" של מטווחי הטנקים באזור. בישיבה זו, הביע אלוף פיקוד המרכז יעלון אי-שביעות רצון מעבודת הדרג המקצועי, שבחר את המיקום, מבלי להתחשב בקיומו של שטח אש במקום. אי לכך, בדיון מיום 17.1.2000, סוכם כי ההליך התכנוני לגבי המיקום החדש – לא יקודם. אעיר, כי בישיבות האמורות לא הועלתה כל אפשרות, כי השטח שאותר חורג מתחומי צו התפיסה הצבאית.

67. החיווי הראשון בחומר הראיות, לעליית מצפה כרמים למיקומו הנוכחי – דרומית-מזרחית לכוכב השחר, בתוך גבולות תכניות 223 ו-223/1, ובתוך גבולות שטח האש (ככל הנראה, מבלי לקבוע מסמרות, צפונה מעט לשטח שאותר לפי תכנית 223/1/5) – הוא דיווח של יחידת הפיקוח במינהל האזרחי, מיום 27.1.2000. באותו דיווח צוין, כי במקום נצפו 17 מבנים יבילים (15 קרוואנים ו-2 יבילים קטנים), אשר 9 מתוכם מאוכלסים, על-ידי 25 נפשות (7 משפחות ו-4 רווקים). עוד דווח, כי היבילים מחוברים לתשתיות, וכי נסללה דרך למאחז. כעולה מעדותו של אלוף פיקוד המרכז יעלון, העתקת מצפה כרמים למקומו הנוכחי, נעשתה בליווי אישי שלו. אציין, כי בית המשפט המחוזי לא הבחין, לפחות לא במפורש, בין המיקום הנוכחי של מצפה כרמים לבין המיקום הסמוך, שאותר מלכתחילה להעתקת המאחז, במסגרת תכנית 223/1/5; בעוד שחברי המשנה לנשיאה ראה להדגיש עובדה זו בחוות דעתו. כמדומני ששאלה עובדתית זו לא זכתה לליבון ממצה, אך מכל מקום, כפי שאפרט, אינני סבור כי נודעת לה משמעות רבה, לצורך הכרעה בהליך שלפנינו.

68. כך או אחרת, מחומר הראיות שהוגש בהליך דנן מתברר, כי סמוך לאחר עליית מצפה כרמים על הקרקע, החל המאחז לתפקד כישוב עצמאי, מבלי שעלה ספק כלשהו אצל הגורמים השונים במינהל האזרחי ובדרג המדיני, ביחס ל'כשרותו' של המיקום הנוכחי. העדר ספק כאמור משמיענו, כי גורמי המדינה השונים סברו שהשטח שעליו הוקם מצפה כרמים – נתפס בתפיסה צבאית, ונכלל בהסכמי ההרשאה של הממונה עם ההסתדרות הציונית. נתון זה, עולה גם מעדויותיהם של כל בעלי התפקידים שהיו שותפים להעתקת מצפה כרמים למיקומו הנוכחי: אלוף הפיקוד דאז (יעלון); הממונה דאז (נהרי); ראש תחום תשתית דאז במינהל האזרחי (בלומנטל); היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון דאז, עו"ד שלמה פוליטיס (להלן: פוליטיס); הממונה לפי צו 997 (מושקוביץ); וסגן מנהל חטיבת חוזים בחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית, מר יוסי שגב (להלן: שגב). נתון זה, מתיישב גם עם יתר חומרי הראיות המצויים בתיק. כך למשל, במכתבו של עוזר שר הביטחון לענייני התיישבות, מיום 6.10.2002, שעניינו סקירת 'סטטוס' של כ-100 מאחזים באיו"ש, נכלל מצפה כרמים תחת הכותרת "מאחזים שאושרו במהלך השנים ע"י הדרג המדיני והסכמים, להמשך הליכי תכנון" (נספח 52 לתצהיר כספי). כך גם, במסמך לשכת שר הביטחון, מחודש דצמבר 2002, שעניינו ריכוז נתונים בנושא מאחזים באיו"ש, סומן מצפה כרמים כמאחז שכבר אושר בעבר. בהמשך, במכתב מיום 9.2.2003, אישר עוזר שר הביטחון כי מצפה כרמים, וכמוהו גם ישובים נוספים, "מתפקדים כישובים עצמאיים לכל דבר ויש לנהוג בהם ככאלה לכל דבר ועניין כולל נושא תקציב וסימול הישוב". בנוסף, במסמך סקירה על מאחזים באיו"ש, משנת 2003, שגובש על-ידי לשכת יועמ"ש איו"ש, נכתב תחת הכותרת "הסטטוס הקרקעי", כי מצפה כרמים

הוקם על קרקע התפוסה ב"תפיסה לצרכים צבאיים", בשטח שהוגדר כ"הרשאה לתכנון הסתצ"י". לצד זאת צוין באותו מכתב, כי השטח חורג מהתחום המוניציפאלי של כוכב השחר, בהיותו מצוי בתחומי שטח אש, ואף הוצעו פתרונות חלופיים למצב זה.

69. עתה משהעובדות פרושות לפנינו, אציג שוב את השאלה הטעונה הכרעה בשלב זה: האם המקרקעין שעליהם הוקם מצפה כרמים נכללו בהסכמי ההרשאה? בית המשפט המחוזי השיב על שאלה זו בחיוב. הוא אמנם קבע, כי לא הוכח ששטח זה נכלל בפועל בקרקע שנתפסה על-ידי המפקד הצבאי – דבר שהיה בו כדי לייתר את הצורך לבחון את התקיימותה של תקנת שוק (פסקה 100 לפסק דינו), אך באותה נשימה הוסיף, כי הצדדים להסכם ההרשאה סברו שהמקרקעין נכללו בשטח התפיסה. דהיינו, ש"הסכם ההרשאה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית חל על המקרקעין שעליהם הוקמה מצפה כרמים" (שם, פסקה 141), ומכאן הצורך לבחון את התקיימותו של ההסדר המעוגן בסעיף 5. כאמור, דעת הרוב בפסק הדין בערעור לא הכריעה בשאלה זו, וחברי המשנה לנשיאה, מטיל עתה ספק רב יותר בקביעה זו. בשונה מחברי, עמדתי היא, נוכח אמת המידה הנקוטה בידינו על-פי ההלכה הפסוקה בהליכי ערעור, כי אין מקום להתערב בקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי בעניין זה. סבורני אפוא, כי בחינת מכלול הראיות מביאה למסקנה, שלפיה שטחו הנוכחי של מצפה כרמים נכלל בהסכמי ההרשאה, למן הראשון ועד לאחרון שבהם. זאת, על יסוד הטעמים שיפורטו להלן.

70. תחילה, בית המשפט המחוזי מצא את עדותו של נהרי בהקשר זה – מהימנה וכנה. אזכיר, כי נהרי שימש באותה עת כ'ממונה' – הגורם המוסמך להקצות מקרקעין באיו"ש – והוא הגורם הספציפי שחתם על הסכם ההרשאה מול ההסתדרות הציונית. לפיכך, עדותו אינה שולית בהקשר זה; היא בליבת ההכרעה. נהרי העיד כך:

"מנסיוני גבולות המשבצת לא נקבעו באופן סופי על פי המפה שצורפה להסכמי ההרשאה אשר שורטטה על פי רוב ידנית ובטוש גס [...] ברור כי המפה שצורפה להסכם ההרשאה איננה מדוייקת דיה וקשה ואפילו בלתי אפשרי לתכנן או לתחום את גבולות המשבצת על פיה [...] העובדה כי גבולות מערכות התכנון שהוחלו על כוכב השחר (223 ו-223/1) כללו גם את כל שכונת מצפה כרמים מלמדת על כך כי הממונה ראה בגבולות אלו את גבולות שטח המשבצת. בחתימתי על תכניות אלו התבססתי על מפות שהוכנו על ידי קמ"ט מדידות ואשר לפיהן גבולות התכניות הן גבולות המשבצת" (סעיפים 5-6 לתצהירו של נהרי; וראו גם עמ' 185 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, שורות 14-9).

בהתייחס לאמור בעדותו של נהרי, ולחקירתו על גבי דוכן העדים, ציין בית המשפט המחוזי כדברים האלה:

“עדותו בליבת המחלוקת הייתה קוהרנטית, עניינית ותואמת את הראיות האחרות. התרשמתי מקפדנותו ודקדקנותו, שתומכות לדעתי, בגרסתו כי לא היה מוכן להסתפק בתשריט שצורף להסכם ולכן עמד על הכנת מדידה אחרת. עוד שוכנעתי כי מר נהרי לא היה מרפה עד לקבלת מפה כזו ועל-כן, יש לקבל את גרסתו, כי המפה המאוחרת שקיבל היא תשריט לתכנית 223 ועל יסודה יש לקבוע את הקצאת השטח להסתדרות הציונית לפי הסכם ההרשאה, וגם אם עדותו ככלל לא הייתה נטולת קשיים” (פסקה 134 לפסק הדין).

71. עדותו של נהרי מתיישבת היטב עם האמור בסעיף 2.ג. להסכמי ההרשאה, הקובע כי גבולות שטח ההקצאה עשויים להשתנות בעתיד (“גבולות המשבצת טרם נמדדו וגבולותיה המדויקים טרם נקבעו סופית”). מלבד נהרי, העידו גם גורמים נוספים, שהיו מעורבים כולם בהעתקת מצפה כרמים, ובאישור תכניות 223 ו-223/1. גם מעדויות אלה עולה, כי הקונספציה שהיתה מקובלת על כלל הגורמים, היא ששטחו של מצפה כרמים נכלל בשטח שהוקצה בהסכם ההרשאה, אשר הוא בתורו – נכלל בשטח התפיסה (בפועל). שאם לא כן, כך לפי עדויות העדים, לא ניתן היה לאשר את התכניות הסטטוטוריות, ולא היה עולה בדעתו של מאן-דהוא להעתיק את מצפה כרמים למיקום זה. בהקשר זה, שותף אני לעמדה שהביע חברי השופט הנדל, בפסק הדין בערעור (שם, פסקה 2), כי אין מקום להתערב בממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי – ממצאים שנשמכו על שמיעת עדויות ישירות, באופן בלתי-אמצעי, והערכת מהימנותן (יש לציין: חברתי הנשיאה חיות לא קבעה, בפסק הדין בערעור, כי יש להתערב בעניין זה בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, ואף חברי, המשנה לנשיאה פוגלמן, אמנם נחרץ יותר בחוות דעתו, אך קבע לבסוף כי הוא “מוכן להניח” שהסכמי ההרשאה התייחסו גם למקרקעין דנן).

72. נקודה נוספת – בחוות דעתו, דוחה חברי המשנה לנשיאה את הטענה, כי מפת צו הסגירה, שצורפה להסכמי ההרשאה לא היתה ברורה דיה. זאת, לדבריו, נוכח התיאור המדויק של היקף השטח שנסגר, ושל פירוט הבעלויות בו, במכתב הדיווח על אודות צו הסגירה, מיום 29.12.1975 (פסקה 71 לחוות דעתו). דא עקא, לדידי, השאלה איננה אם בעת שנסגר השטח, בפברואר 1975 (או במועד הדיווח על כך – בדצמבר 1975), היקפו המדויק או המשוער היה ידוע לממונה. השאלה שעלינו לשאול היא, אם בעת כריתת הסכם ההרשאה הראשון, במהלך שנת 1981, ובמועדי כריתת הסכמי ההרשאה שבאו אחריו, שיקפה המפה שצורפה להסכמים אלה, את כוונת הצדדים לגבי השטח שהוקצה

להסתדרות הציונית, אם לאו. ודוק, להסכמי ההרשאה לא צורך צו הסגירה עצמו או מכתב הדיווח המפורט על אודותיו. אמנם, צורפה לו מפה כלשהי, שדמתה לזו של צו הסגירה (דומה, אך לא זהה), אך מפה זו נערכה ללא קנה מידה, מבלעדי סימון קואורדינטות, והשרטוט על גביה נעשה במצב גס (על כך שמפות הסגירה והתפיסה היו "מאוד לא מדויקות" העיד גם כספי, מטעם המדינה – עמ' 214, שורה 30; ועמ' 217, שורה 4-5, לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי).

73. על כך יש להוסיף, כי מחומר הראיות שבתיק עולה, כי באותה עת שלטה התפיסה (המחשבתית) שלפיה התפיסה (הפיסית) אינה תחומה לגבולות השטח שסומן במפת התפיסה (או הסגירה), כי אם לשטח שנתפס בפועל. חברי דוחה אמנם את טענת התפיסה בפועל, משום שלגישתו, לא היה כל "צורך דחוף" בתפיסה ללא צו. מכאן, שאין להניח כי שטח של מאות דונמים נתפס, מבלי שכל ההוראות שצורפו לצו התפיסה קוימו כהלכתן (פרסום התפיסה, הודעה לבעלי הזכויות, הודעה למוכתרים, וכיוצא באלה). ברם, לגישתי, תורף העניין איננו בכך, כלל ועיקר. השאלה איננה אם נפלו פגמים בדרך התפיסה, וכיצד היה ראוי לפעול. השאלה שאותה עלינו לשאול עצמנו עתה, היא מה סברו הנפשות הפועלות בזמן אמת, לגבי היקף השטח שנתפס. התשובה לשאלה זו, כעולה בבירור מחומר הראיות, היא כי סברת כל הגורמים היתה, לאורך השנים, ששטח התפיסה הצבאית הוא זה שנתפס בפועל, ולא דווקא תא השטח המסוים שסומן במפות. כך, במכתב מיום 17.5.1990, ציין הממונה לפי צו 997 (מושקוביץ) כי קיים קושי בכך שמגרשים מסוימים, בצפון כוכב השחר, נמצאים "מחוץ לגבולות התפיסה בפועל" (מחוץ לגדר הישוב); במכתב אחר מיום 10.6.1990, ציין בלומנטל, כי "אין כל בסיס משפטי היכול לאשר בינוי מגרשים אלו שכן צו התפיסה עפ"י מימושו בפועל לא חל על מגרשים אלו", וכן כי: "צו התפיסה נבחן ועומד במבחן החוקיות עפ"י התפיסה בפועל ובמקרה זה קרי הגידור"; כך גם עולה ממכתב מיום 8.11.1994, של ראש תחום מדידות (גב' אריאלה ארוש), שבו נכתב כי נדרש לערוך התאמות במפת הסכם ההרשאה, "עפ"י גבול התפיסה בפועל קרי הגידור הקיים". כאמור, הדברים עולים גם מן העדויות שנשמעו בבית המשפט המחוזי, מפי בעלי התפקידים הרלבנטיים במועדי ההתרחשויות (ראו, למשל: עדות מושקוביץ, בעמ' 75, שורות 20-27 לפרוטוקול הדיון). על רקע האמור, אינני שותף למשקל הרב שאותו מייחס חברי, לעובדה כי מפת צו הסגירה צורפה להסכמי ההרשאה, שנכרתו מעת לעת (פסקה 76 לחוות דעתו). זאת, שכן הצדדים להסכם ההרשאה ממילא, בשום שלב, לא ראו מפה זו, כתוחמת במדויק, אף לא באופן גס, את שטח ההרשאה; למפה זו, כך נראה, לא יוחסה חשיבות של ממש בשום שלב, וניתן ללמוד זאת גם מכך שהמפה שצורפה היתה של צו הסגירה ולא של צו התפיסה (שביניהן קיים פער שלמעלה מ-200 דונם). מכל מקום, גם אם ניתן היה להכין ולצרף מפה חדשה ומדויקת, למצער

להסכמי ההרשאה שנכרתו ברבות השנים, אינני סבור כי "ליקוי טכני כזה, בשכפול הסכם קודם וחתימה עליו מחדש, מצביע על משהו אחר מלבד טעות שבהיסח הדעת" (פסקה 139 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי).

74. עוד אציין, כי העמדה שלפיה סמכותו של המפקד הצבאי לתפוס שטח, יפה גם ללא צו או מפה – אינה חדשה עמנו, ואף שנמתחה עליה ביקורת, ניתן לראות כי יושמה גם במקרים אחרים (ראו למשל: בג"ץ 469/83 חברת האוטובוסים המאוחדת הלאומית חברון בע"מ נ' שר הביטחון (1.4.1992)). חברי מציין, כי קשה להלום תוצאה שלפיה הממונה ביקש להרחיב את שטח התפיסה בדרך של הקצאת שטח להסדרות הציונית – החורג במאות דונמים ממפת צו התפיסה, בעוד שעולה בבירור, כי כוונת המפקד הצבאי בהוצאת צו התפיסה, היתה להביא דווקא לצמצום השטח התפוס, מ-1,070 דונם ל-850 דונם. ואולם, גישה זו אינה מתיישבת עם העובדה, כי תכניות 223 ו-223/1, אושרו על-ידי כלל הגורמים במינהל האזרחי – כולל הממונה עצמו – ולכך אתייחס עתה.

75. אישור תכנית 223 בשנת 1983, ואישור תכנית 223/1 בשנת 1995, מהווים ראייה מובהקת, ולטעמי אף חותכת, לאומד דעתם אז, של הגורמים שחתמו במו-ידיהם על תכניות אלה – נהרי, מושקוביץ ונציגי ההסתדרות הציונית – לגבי היקף השטח שנתפס בתפיסה צבאית, ואף לא ניתן לסבור אחרת. כידוע, צו 997, עוסק אך ורק בשטח הנתון לתפיסה צבאית. ממילא, אלמלא ההנחה כי השטח האמור נתפס על-ידי המפקד הצבאי, לא היו הגורמים האמורים מאשרים את התכניות הנ"ל, על-פי צו זה. באחת הפרשות צוין, כי "מעצם הכללת השטח בתחומי מערכת ההנחיות האמורה, ניתן ללמוד כי מתכנני היישוב ראו בקרקע שבמחלוקת כחלק מהיישוב" (בג"ץ 9669/10 קאסס נ' שר הביטחון, פסקה 10 לפסק הדין של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור (בדעת מיעוט) (8.9.2014)). דברים אלה יפים גם לענייננו – וביתר שאת, שכן הם עולים בקנה אחד עם עדויותיהם של הגורמים שקידמו את המהלכים התכנוניים. כך הצהיר מושקוביץ בהקשר זה: "באותה שעה, כל הגורמים המקצועיים הרלוונטיים סברו כי מדובר בקרקע תפוסה בתפיסה צבאית – אחרת לא היו נדונות תכניות על הקרקע מכוח צו 997; לא היה ניתן לתכנית אישור הממונה על הרכוש הממשלתי על בסיס עמדת תחום תשתית (באותה עת – ענף תשתית); לא הייתי חותם על התכנית; וממילא היא לא היתה מאושרת" (סעיף 8 לתצהירו; כך העיד גם פוליטיס, בסעיף 11 לתצהירו; וכך העיד גם בלומנטל, בסעיף 7 לתצהירו). ודוק: אין עוררין על כך שלתכניות 223 ו-223/1, צורפו מפות מדויקות, דהיינו, שבעת החתימה על תכניות אלה – לא היה מקום לספק מהו השטח שנכלל בהן, וזאת בניגוד למפה שצורפה להסכם ההרשאה (כשלמצער שאלת ה'דיוק' של מפה זו – שנויה במחלוקת). נראה אפוא, כי האישור שניתן לתכניות 223 ו-223/1, ובפרט חתימת

הממונים השונים ונציגי ההסתדרות הציונית, מכרסמים בעמדתו ההחלטית של חברי המשנה לנשיאה.

76. זאת ועוד, התנהגות הצדדים עד לשנת 2011 – מועד הגשת העתירה – מסייעת גם היא לחשוף את כוונתם המקורית של הצדדים להסכמי ההרשאה (רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 33 (26.2.2012)). כאמור לעיל, העתקת מצפה כרמים ממקומו הישן למקומו הנוכחי, נועדה למטרה אחת ברורה – להביא להסדרתו. באותו שלב, ואף קודם לכן, הפרשי השטח שבין מפות התפיסה והסגירה, לבין מפות התכניות – היו גלויים וידועים. ועדיין, אף על-פי כן, הועתק הישוב למקומו הנוכחי. הא למדנו, שבעת העתקת הישוב, לא היה ספק בלב גורמי המינהל האזרחי ונציגי ההסתדרות הציונית, כי המקרקעין נכללים בשטח שהוקצה כדת וכדין. התנהגות זו מעידה, לדידי, על כוונתם המקורית של הצדדים בהסכמי ההרשאה, ובפרט בהסכם האחרון, שנכרת שנתיים קודם לכן – במהלך שנת 1997.

77. לעניין זה אוסיף, כי אני שותף לגישתו של חברי השופט הנדל בפסק הדין בערעור, שלפיה, הסכם ההרשאה הרלבנטי לבחינת השאלה אם המקרקעין נכללו ב'עסקה', הוא זה שנחתם בשנת 1997. זאת, שכן הסכם זה, הוא שחל בעת העתקת מצפה כרמים למקומו הנוכחי (שם, פסקאות 3-7 לחוות דעתו). במועד כריתת הסכם זה, כבר הוחלו שתי תכניות סטטוטוריות על המקרקעין, שבהן נכללו גם המקרקעין דנן. בנוסף, החתימה על הסכם 1997, אף היתה סמוכה בזמן למועד שבו הועתק מצפה כרמים בשנת 1999 למקומו הנוכחי – מועד שבו נעלה מכל ספק כי גורמי המדינה לא סברו שהשטח חורג מגבולות התפיסה. כאמור, העתקת הישוב נעשתה לשם הסדרתו (כך למשל, אלוף פיקוד מרכז דאז, מ' יעלון, העיד, כי בדיונים בראשותו, לא הועלתה כל טענה כי המקרקעין מצויים מחוץ לגבולות התפיסה – עמ' 20, שורה 1-2 לפרוטוקול הדיון). כל זאת, מבלי שבפרק הזמן שבין הסכם 1997, לבין העתקת הישוב בשנת 1999, אירע 'מהפך תפיסתי' כלשהו לגבי מעמד הקרקע.

78. לבסוף, כפי שציין חברי השופט הנדל בפסק הדין בערעור, הצדדים להסכם ההרשאה – הממונה מזה, וההסתדרות הציונית מזה – לא היו חלוקים בשאלת פרשנותו; לדעת שניהם, הסכמי ההרשאה כללו גם את מקרקעי מצפה כרמים. זו גם עמדתה העדכנית של המדינה בהליך שלפנינו. השאלה היא אפוא, אם ניתן לסתור את עמדתם המשותפת של הצדדים לחוזה, המקבלת חיזוק משמעותי מעדויותיהם של הנוגעים בדבר, המעידים על אשר אירע 'בזמן אמת', ושאיננותן נקבעה זה מכבר, על-ידי בית המשפט ששמע את הראיות מכלי ראשון, באופן בלתי-אמצעי, וזאת רק בשל האופן שבו צוין

היקף השטח בחוזה, ובמפה שצורפה אליו. סבורני, לאחר שקילת מכלול הנתונים – כי כזאת אין לעשות.

79. סיכומה של נקודה זו – שני הצדדים להסכם ההרשאה סברו, במועדי ההתרחשויות, כי השטח שנכלל בהסכמי ההרשאה הוא זה שנתפס בפועל, ולא זה שסומן במפה שצורפה להסכם. עוד עולה, כי הצדדים הנ"ל סברו, גם אם בדיעבד התברר שטעו, כי השטח שנתפס בפועל כלל גם את מיקומו הנוכחי של מצפה כרמים. עובדה זו נלמדת מהעדר המסוימות של המפה שצורפה להסכמי ההרשאה; מהוראות הסכמי ההרשאה המאפשרות שינוי של גבולות המשבצת; מחתימת הגורמים השונים במינהל האזרחי על התכניות הסטטוטוריות שכללו שטח זה; ומעצם התנהגותם של כלל הגורמים הנוגעים בדבר, לאורך השנים, ובפרט העתקתו של מצפה כרמים, לצורך הסדרתו – למקומו הנוכחי. עובדה זו נתמכת גם בעדויות שנשמעו בבית המשפט המחוזי. מסקנת הדברים היא אפוא, כי המקרקעין שעליהם הוקם מצפה כרמים, נכללו בהסכמי ההרשאה, ומשכך, ה'עסקה' התייחסה גם לשטח זה.

רכוש ממשלתי'

80. ההסדר שבסעיף 5, מתייחס לעסקה שנעשתה בנכס אשר הממונה "חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי". בעניינינו-אנו, דעתי היא כי הסכמי ההרשאה – הלוא הם ה'עסקה' בנדון דידן – התייחסו גם לקרקע שעליה הוקם מצפה כרמים, משום שהממונה 'חשב' כי קרקע זו נתפסה על-ידי המפקד הצבאי. מכאן עולה השאלה, אם קרקע מסוג זה חוסה תחת ההסדר המעוגן בסעיף 5. כפי שציינתי לעיל, הקצאת קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית, לטובת הקמת ישוב אזרחי, היתה פרקטיקה מקובלת בשנים הראשונות שלאחר מלחמת ששת הימים (עד בג"ץ 'אלון מורה', והחלטות הממשלה שבאו בעקבותיו). משמעות הדבר היא, שיש לבחון אם קיים טעם טוב להבחין בין סוגי הקרקעות, לעניין תחולת סעיף 5, ועל כן – בהמשך. אפתח אפוא בהצגת ההגדרות שנקבעו בצו, ומשם אפנה להוראות רלבנטיות נוספות. סעיף 1 לצו מגדיר מהו "רכוש" ומהו "רכוש ממשלתי":

'רכוש' – רכוש דניידי או דלא-ניידי, לרבות כספים, חשבונות בנקים, כלי-רכב, כלי תחבורה, ציוד אזרחי, מחצבים, זכויות במחצבים, זכויות בתאגיד, הכנסה, תמלוג, זכויות להגנה או לתמלוג, או כל זכות אחרת, מוחזקת או ראויה.

רכוש ממשלתי' –

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

(א) למדינת אויב;

(ב) לתאגיד אשר למדינת אויב זכות כלשהיא בו, בין במישרין ובין בעקיפין, בין שיש 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".

81. הגדרת "רכוש" רחבה דיה, ויש בה כדי לכלול גם זכויות שהוקצו בקרקע שנתפסה בתפיסה צבאית. כידוע, צו תפיסה לצרכים צבאיים מקנה למפקד הצבאי, באופן זמני, את זכויות השימוש והחזקה במקרקעין שנתפסו על-ידו (ראו: עניין איוב, עמוד 130; בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701, 704 (1982)). זכויות אלה נכללות גם הן, כאמור, בהגדרת "רכוש", המשתרעת על פני "כל זכות אחרת, מוחזקת או ראויה".

82. כאן המקום לציין, כי בחוות דעתו, עמד חברי המשנה לנשיאה על הבדלים מסוימים בין הסדרי תקנת השוק בדין הישראלי, לבין ההסדר שבסעיף 5, אשר נובעים מהמצב המשפטי המיוחד שלגביו חל ההסדר האחרון – שטח הנתון לתפיסה לוחמתית. חברי ציין, כי בניגוד להסדרים האחרים, סעיף 5 חל בשטח שהזכויות בו, מעצם טיבן, הן זמניות, עד לסיום התפיסה הלוחמתית בלבד; כפועל יוצא מכך, אין בכוחו של סעיף 5 להעביר זכויות בעלות, כי אם זכויות פחותות מכך – בהתאם לסוג העסקה שערך הממונה (פסקה 46 לחוות דעתו). בהקשר זה אציין, כי גם בשטחי ישראל, תקנת השוק עשויה לחול ביחס לזכויות שאינן מסוג בעלות, ואשר אופיין – זמני בלבד (ראו: סעיף 17(ב) לחוק נכסי נפקדים; עניין פיאד, עמ' 436; עניין חוות מקורה, עמ' 23, שם נפסק כי "סעיף 10 עוסק ברכישת זכות במקרקעין, ותחולתו איננה מוגבלת להעברת זכות הבעלות המלאה. הסעיף חל גם ביחס לזכויות קנייניות פחותות, כגון חכירה או שכירות, ובהתאם לכך מתאפשרים סוגים שונים של תמורה. סעיף 17 עניינו 'עסקה' בנכס; גם זה מונח שאיננו מוגבל להעברת זכות הבעלות, כי אם מקיף זכויות קנייניות שונות"). אשר לשאלה שמעורר חברי: אם בעסקה החוסה תחת סעיף 5, רשאי הממונה להאריך את תוקפה בהמשך, או להוסיף ולהתקשר על-פיה בהסכמי הרשאה נוספים, בתום תקופת ההתקשרות, אף לאחר שהובהר כי זו נעשתה בשוגג, ביחס לקרקע פלסטינית פרטית – סבורני ששאלה זו אינה טעונה הכרעה בנסיבות ענייננו (כזכור, בעניין דנן 'מועד התפוגה' של הסכם ההרשאה האחרון, משנת 1997, חל רק בשנת 2044), והצדדים אף לא התייחסו לעניין זה באופן מסודר וממצה. כשלעצמי, אני נוטה לדעה כי על שאלה זו יש להשיב – בחיוב. הסיווג המשפטי של ההקצאות החוזיות באיו"ש, נגזר מאופי ההחזקה בשטח זה. הקושי שעליו מצביע

חברי, איננו מיוחד להסדר הפרטני שבסעיף 5; הוא נגזר משאלה רחבה וכללית יותר, הקשורה לעצם הקמת ישובי-קבע ביהודה ושומרון. על כגון דא כבר נפסק:

“שואל מר חורי: כיצד ניתן להקים ישוב של קבע על אדמה אשר נתפסה רק לשם שימוש זמני? זו שאלה נכבדה. אבל נראית לי תשובתו של מר בך שהישוב האזרחי יוכל להתקיים באותו מקום רק כל עוד מחזיק צה"ל בשטח בתוקף צו התפיסה. החזקה זו עצמה יכולה לבוא לידי גמר באחד הימים, כתוצאה ממשא ומתן בינלאומי העשוי להסתיים בהסדר חדש שיקבל תוקף לפי המשפט הבינלאומי והוא אשר יקבע את גורל הישוב הזה, כמו של ישובים אחרים הקיימים בשטחים המוחזקים” (עניין איוב, עמ' 129).

[ביחס לשאלה זו, אוסיף במאמר מוסגר, כי ניתן לתהות במידה שווה, מה יהיה הדין בכל הנוגע לעסקאות חכירה המבוצעות על-ידי רשות מקרקעי ישראל, בתוך שטח ישראל, אשר הוכשרו באמצעות הסדרי תקנת השוק (למשל, ההסדר המעוגן בסעיף 10 לחוק המקרקעין, או זה שבסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים): האם במצב זה נאמר, כי העסקאות תבואנה לקיצן בתום תקופת החכירה, ותשוב הבעלות לבעליהן המקוריים (כאשר, נניח, החוכר בנה את ביתו על הקרקע), או שמא תקנת השוק מירקה את זכות הבעלות, חרף העובדה שלעסקה קיים 'מועד תפוגה', גם אם ברבות הימים, כדוגמת עסקת חכירה לדורות? סבורני כי על שאלה זו יש להשיב בשלילה. זאת, נוכח העובדה כי זכות החכירה, היא הזכות המקסימלית שניתן להעביר, במצבים מסוימים, במקרה שבו נעשית עסקה במקרקעי ישראל (ראו ההוראות שבחוק-יסוד: מקרקעי ישראל). ממילא, אותה אמת מידה יש להחיל גם לגבי זכויות החזקה ושימוש, שהן הזכויות המקסימליות שניתן להקנות במקרקעין באיו"ש, נוכח טיבם ואופינם].

83. נשוב עתה לשאלה, אם קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית באה בגדר 'רכוש ממשלתי'. בעניין זה קיימות כמה אפשרויות. בית המשפט המחוזי קבע, כי ההגדרה המעוגנת בסעיף 1(2) לצו – "מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון" – רחבה דיה, כדי לכלול גם קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית, ואשר זכויות החזקה והשימוש בה הופקעו באמצעות צו כאמור. היועץ המשפטי לממשלה סבר, כי ענייננו בא בגדר סעיף 1(3) לצו – "רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו" – שכן המפקד הצבאי, אשר הפך ל'בעל' זכויות השימוש והחזקה לאחר תפיסת הרכוש, בחר להעביר את ניהול הקרקע לממונה. חברי השופט הנדל, היה בדעה כי לצורך החלת ההסדר שבסעיף 5, כלל לא נדרש לבחון את התיבות 'רכוש ממשלתי', לפי הגדרתן בצו, משום שהשאלה המתעוררת, איננה מהו מעמדו האובייקטיבי של הנכס, אלא מה 'חשב' הממונה ביחס למעמדו, בעת שהתקשר לגביו בעסקה. לעומתם, חברתי הנשיאה חיות, הכריעה בפסק הדין בערעור, כי קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית, אינה

חוסה תחת הגדרת 'רכוש ממשלתי', ומשכך, רוכשי זכויות מאת הממונה בקרקעות מסוג זה, אינם חוסים תחת ההסדר שנקבע בסעיף 5.

84. כשלעצמי, שתי החלופות האמורות, הן זו שבסעיף 1(2), הן זו שבסעיף 1(3), נראות אפשריות בעיני, מבחינה לשונית. שתיהן 'סובלות' את הפרשנות המציעה לכלול בהן גם קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית, וזאת גם אם בדוחק מסוים (לעניין זה, ראו: ויניצקי, עמ' 399-400, 407). מכל מקום, העיקר הוא, שלעניין אופן הקצאת מקרקעין באיו"ש ודרך ניהולם – שהם הנתונים החשובים בעיני לגבי סעיף 5 – אינני מוצא הבדל מהותי בין קרקעות מדינה, לבין קרקעות שנתפסו בתפיסה צבאית. בשני המקרים, המפקד הצבאי הוא בעל הזכויות בקרקע, וזאת בין אם בזכויות בעלות בקרקע מדינה עסקינה, בין אם בזכויות החזקה ושימוש בקרקע תפוסה עסקינה; בשני המקרים ניהול המקרקעין הועבר על-ידי המפקד הצבאי לאותו גורם – הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש; ובשני המקרים הממונה משמש כגורם המקצה את הזכויות הללו למתקשרים עמו, והוא אף הגורם המשלם פיצוי לבעלי זכויות מוכחות, שמקרקעיהם נתפסו בתפיסה צבאית (ראו למשל: ע"א 10557/07 חברת ג.א.ל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (28.2.2012)).

לכך אוסיף, כי בשני המקרים, ללא הבחנה ביניהם, נדרשת חתימת 'הממונה על הרכוש הממשלתי' על תכניות סטטוטוריות לשם אישורן. כלומר, גם כאשר מדובר בקרקע תפוסה בתפיסה צבאית (ראו: סעיף 8(ד) לתקנות תכנון ערים כפרים ובניינים (בקשה להיתר ותנאים) (יהודה והשומרון), התשפ"א-2020, וסעיף 3 לתקנות שקדמו להן – תקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון), התשמ"ה-1985). צא ולמד, כי המחוקק הצבאי באזור, לא ראה לנכון לערוך הבחנה, לגבי אופן ניהול המקרקעין באיו"ש, בין מקרקעין שבאו לידי מכוח היותם קרקעות בבעלות המדינה, לבין מקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית. לפיכך, איני מוצא מקום להבחין בין השניים, אף לא בהקשר של תחולת ההסדר שבסעיף 5. גם באספקלריה של אינטרס ההסתמכות מצד רוכש הזכות, העומד ביסוד סעיף 5 – אין מקום להבחנה זו. בשני המקרים, רוכש הזכות, בדרך כלל בדרך של חתימת הסכם 'בר-רשות', כלל אינו מודע לדרך שבה הגיעו המקרקעין לידי הממונה. זאת, שכן ככלל, נתון זה אינו מוזכר בהסכמים הללו; הלכה למעשה, כך אירע גם במקרה דנן. נוסף לכך, החלת תקנת השוק, בשני המצבים, תשרת את התכלית של קיום חיי מסחר שוטפים, בהתאם לכוונתו של מתקין הצו.

85. זאת ועוד, תוצאה שלפיה הסדר (מעין) תקנת השוק יחול רק באדמות מדינה, אך לא בקרקעות שנתפסו בתפיסה צבאית, טומן בחובו אנומליה מסוימת, שלפיה, דווקא מתיישבים 'צעירים', יקבלו הגנה על זכויותיהם על-ידי סעיף 5, בעוד שוותיקי

ההתיישבות, שהסתמכו בתום לב (ובהתקיים יתר תנאי הסעיף), על עסקה שביצע הממונה בקרקע תפוסה, בהתאם לפרקטיקה שהיתה נהוגה בעבר – לא יזכו ליהנות מפירותיו. מטבע הדברים, חלוף הזמן מגביר את הצורך להגן על אינטרס ההסתמכות; לא להפך.

לאור כלל האמור, עמדתי היא שיש לכלול קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית בגדרי ההסדר המעוגן בסעיף 5.

אמת המידה לבחינת תום-הלב

86. תום-הלב הוא עיקרון כללי, החולש על שיטתנו המשפטית, לאורכה ולרוחבה; לית אתר פנוי מיניה. עיקרון זה משמש אבן יסוד גם בדיני הקניין (רע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, 250 (1999); עניין גנז, עמ' 400). כדרכם של עקרונות-על, הביטוי המעשי שלהם, ב'חיי המעשה', משתנה ממקרה למקרה, ומהסדר להסדר: "הביטוי תום-לב מופיע בחקיקה הישראלית בהקשרים שונים. לדעתי אין ליתן לו משמעות אחת ויחידה בכל ההקשרים הללו" (בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 834 (1981)). קווי המתאר של תום-הלב, גבולות הגזרה, ישורטטו על-פי התכלית שאותה הוא נועד לשרת. על זו הדרך, גם את חובת תום-הלב שנקבעה בסעיף 5, יש לעצב באופן שישרת את תכלית הסעיף – הגנה על הסתמכות המתקשר עם הממונה, וקידום חיי מסחר תקינים בקרקעות איו"ש.

87. תחילה אציין, כי אני מסכים עם חברי המשנה לנשיאה, כי הדרישה לתום-לב שלפי סעיף 5, מתייחסת להלך רוחם של שני הצדדים לעסקה – הממונה והמתקשר עמו ברכישת הזכות. מסקנה זו נגזרת הן מלשון הסעיף – שכן התיבה 'תום לב' מוסבת על ביצוע ה'עסקה' כולה, ולא דווקא על פעולותיו של מי מהצדדים לה; הן מתכליתו – המבוססת על ההנחה שהממונה – כמוסד שלטוני, ולא כדמות כזאת או אחרת – פועל כדין ובתום לב. מסקנה זו גם עולה בקנה אחד עם האופן שבו פורש סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים (ראו למשל: עניין פיאד, עמ' 437). עם זאת, ראוי להבהיר, כפי שחידדה המדינה בבקשתה לדיון נוסף, כי הטלת חובת תום לב על הממונה, שהוא 'מוכר הזכות' בנסיבות, מהווה חריג בנוף תקנות השוק, שכן ככלל, חובה זו מוטלת על רוכש הזכות בלבד, ולא על המוכר. אמנם, מחד גיסא, הטלת חובת תום לב על הממונה – הגיונה בצדה, שכן מטרת ההסדר היא 'לטפל' ב'תאונות משפטיות', ולא להכשיר, בדיעבד, הקצאת זכויות שביצע הממונה ביודעין, תוך פגיעה אסורה בקניין פרטי. ברם, מאידך גיסא, יש לזכור כי תכליתו העיקרית של סעיף 5, היא להגן על ההסתמכות של המתקשר עם הממונה (שאלה נפרדת, שאין צורך להכריע בה, היא אם סעיף 5 נועד גם להגן על הממונה, מפני גל תביעות, עקב ביטול זכויותיהם של מי שהתקשרו עימו – לעניין זה,

ראו ויניצקי, עמ' 371). אך מובן הוא, כי הכפפת זכויות המתקשרים למצבו המנטלי של הממונה, מבלי שבכוחם לדעת או לברר אם פעל בתום לב, ומבלי שיש בכוחם להשפיע על עמידתו בחובה האמורה, פוגעת במידה לא מבוטלת בהגנה על הסתמכותם; בבחינת "טוביה חטא וזיגוד מינגיד?" ('טוביה חטא וזיגוד לוקה?'; בבלי, פסחים ק"ג, ע"ב). בכל הנוגע לדרישה זו שבסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, ציין פרופ' דויטש: "דרישה זו נוגדת את המדיניות שמאחורי סעיף 17. צידוק בסיסי להגנה על-פי סעיף 17, כפי שצוין לעיל, הוא בכך שהנעבר זכאי לסמוך על תקינות פעולותיה של הרשות הציבורית – האפוסטרופוס לנכסי נפקדים. ראוי אם כן להשמיט דרישה זו מהחוק. מובן, כי אם יסתבר שהאפוסטרופוס לנכסי נפקדים נהג שלא כשורה, פתוחה הדרך בפני הנפקד, אשר ההכרזה לגביו בוטלה, לתבוע בנויקין את המדינה" (דויטש – כרך ד, עמ' 310; וראו גם ויניצקי, עמ' 391). גם אם לא נבוא עד כדי השמטת דרישת תום הלב מצד הממונה, סבורני, כי יש באמור כדי להשפיע על בחינת אמת המידה הראויה ליישום חובה זו; לקולא, לא לחומרא.

88. דיון נרחב הוקדש לשאלת אמת המידה הראויה לבחינת 'תום הלב' של הצדדים לעסקה, לפי סעיף 5, ובעיקר ביחס לשאלת תום ליבו של הממונה. חברי המשנה לנשיאה, סקר באופן ממצה את הדעות השונות שנשמעו בהקשר זה לאורך ההליך, ואסתפק בהפנייה לדבריו (פסקה 51 לחוות דעתו). אחר זאת, ולמעשה כבר בראשית דבריו, בא חברי לכלל מסקנה כי "הפער העיוני בין העמדות שהובאו בפסק הדין נושא הדיון הנוסף אינו גדול, ועיקרו בשאלת יישום אמת מידה זו בנסיבות ענייננו" (שם). אמנם כן, הפער התיאורטי בין העמדות השונות – אינו גדול. ברם, פער מסוים, שלטעמי משתקף גם ביישום אמת המידה לבחינת תום ליבו של הממונה בנסיבות ענייננו – שריר וקיים. במחלוקת שנפלה בעניין זה – בין אם בפן המשפטי, בין אם בפן היישומי – מצרף אני את דעתי, לדעתו של השופט הנדל בפסק הדין בערעור. על כך אפרט להלן.

89. חברי המשנה לנשיאה אימץ בחוות דעתו, את עמדת חברתי הנשיאה בפסק הדין בערעור, שלפיה תום הלב הנדרש, בין מהממונה ובין מהמתקשר עמו הוא סובייקטיבי. ברם, נוכח מאפייניהם הייחודיים של המקרקעין באיו"ש, תום לבו של הממונה יבחן באמצעות אמת מידה "קפדנית", ואילו תום ליבו של זה המתקשר עמו, יבחן באמת מידה רגילה, לא קפדנית, השוללת אך מצבים של חשד ו'עצימת עיניים'. זאת בניגוד לדעת המדינה, שטענה כי גישה זו יוצרת "מבחן מחמיר" יתר על המידה, בנוגע לבחינת תום ליבו של הממונה.

90. כפי שכבר ציינתי ביחס לרכיבים אחרים של סעיף 5, גם בעניין זה סבורני כי אין צורך 'להמציא את הגלגל'. רשאים אנו ליטול מן המוכן, וללמוד היקש מאמת המידה שנקבעה ביחס לסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים. בכל הנוגע ל'תום הלב' המעוגן בסעיף

זה נפסק, לא פעם ולא פעמיים, כי "תום-לב הוא הלך רוח טובייקטיבי ויש להבדיל בינו לבין מידת הזהירות האובייקטיבית שהעדרה כמוה כרשלנות" (עניין פיאד, עמ' 436-437). עוד נפסק, כי 'עצימת עיניים' מהווה חוסר תום לב: "כאשר העוצם את עיניו במתכוון מלראות את האמת, מתוך הלך רוח של 'לא אכפתיות', רואים אותו כאילו פעל בחוסר תום-לב" (שם, עמ' 437). במקום אחר נקבע:

"השאלה אותה יש לבחון הינה האם האפוטרופוס ידע או חשד כי לא מתקיימים תנאי החוק לעניין הגדרת הנכס הנדון כנפקד. בכדי שיישאל תום ליבו של האפוטרופוס אין די ברשלנות מצידו, ולפיכך אין רלוונטיות לשאלה מה היה עליו לדעת או במה היה עליו לחשוד" (ע"א 1501/99 דריני נ' משרד האוצר, פסקה 4 (2004) (ההדגשה הוספה – נ' ס').

91. על אמת מידה זו, שב וחזר בית משפט זה, כל אימת שפרשנות סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים נקרתה בדרכו (ראו למשל: עניין חוות מקורה, עמ' 18; ע"א 3747/90 האפוטרופוס על נכסי נפקדים נ' עיזבון מוסא, פ"ד מו(4) 361, 366 (1992); עניין דיאב, עמ' 796; עניין רבאח, עמ' 376-378; ע"א 2576/03 וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פסקה 15 (21.2.2007); עניין מרעי, פסקה 9). באחד מפסקי הדין אף נקבע, כי הקניית נכסים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, "אינה מגבשת כשלעצמה עצימת עיניים מכוונת, אף אם לא לוותה בבירורים נוספים וב'ירידה לשטח'" (עניין חוות מקורה, עמ' 20; אציין כבר עתה, כפי שאפרט בהמשך, כי בענייננו היתה גם היתה 'ירידה לשטח'). חברתי, הנשיאה חיות, בפסק הדין בערעור, קבעה כי אמת המידה צריכה להיות "קפדנית", בדומה לזו שנקבעה לגבי סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים (שם, פסקה 44). בעיקר, נסמכה חברתי הנשיאה חיות, על עניין טברי, שם צוין כי "הרף הסובייקטיבי הוצב בפסיקה במקום גבוה" (שם, עמ' 581); ועל האמור בע"א 6783/98 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עיזבון מוסא, פ"ד נו(4) 161 (2002), שבו צוין כי "אמת-המידה שננקטה בבחינת התקיימותו של תום-הלב, בהקשר הנדון, היא אמת-מידה קפדנית שאינה מקלה עם הרשויות המעורבות המבקשות לחסות בצלה של הגנת תום-הלב". לאחרונה ממש, אף הובעה הדעה שלפיה "יש להביא בחשבון גם רכיבים אובייקטיביים מסוימים בהתנהלותן של הרשויות המעורבות", לצורך החלת סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים (עניין עקל, פסקה 18 לפסק הדין של השופט ע' גרוסקופף); אולם, קביעה זו לא התגבשה לכדי הלכה מחייבת (ראו שם, בפסק הדין של השופט ד' מינץ).

92. אינני משוכנע כי הפסיקה שהובאה, מובילה בהכרח למסקנה, כי יש לבחון את תום ליבו של האפוטרופוס לנכסי נפקדים, וכמוהו גם את תום ליבו של הממונה דנו, בצורה כה קפדנית. יגעת וחיפשתי אותם מקרים שבהם נפסק, על-ידי בית משפט זה, כי

האפוטרופוס לא עמד בחובת תום הלב, ובתִּפְתִּי העליתי מקרים בודדים בלבד; מתי מעט. גם מקרים אלו, ברובם, היו בנסיבות ש'זעקו' חוסר תום לב סובייקטיבי מצד הממונה, גם ללא דקדוקים קפדניים. כך, בע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד נ' אלעבטי, פ"ד נג(4) 730 (1999), הוכח בערכאה הדיונית כי האפוטרופוס לנכסי נפקדים מכר נכס שהכריז עליו 'נפקד', על אף שידע כי חלק ממנו שייך לבעלי זכויות שאינם נפקדים. לא בכדי נכתב שם, כי מדובר במקרה המלמד על קיומו של "חוסר תום לב קיצוני" (שם, עמ' 745-746); כך גם בעניין חוות מקורה (עמ' 21-22), שבו נקבע כי הוכחה "ידיעה בפועל של נציגי הרשויות השונות [...] על מציאות המשיבים בשטח" (ההדגשה הוספה – נ' ס'), וכי מדובר ב"עצימת עיניים מכוונת". אמנם, בעניין עקל, שניתן אך לאחרונה, נקבע כי האפוטרופוס ורשות הפיתוח לא יוכלו לחסות תחת כנפי סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, משלא עמדו בחובת תום הלב, אך הדבר נקבע, רק מחמת העובדה כי הרשויות המעורבות לא "ביצעו בדיקות כלשהן", ולא ערכו "בדיקות ובירורים בסיסיים", בטרם רשמו את הקרקע על שמן (שם, פסקאות 24-25 לפסק הדין של השופט ע' גרוסקופף; ומכל מקום, כאמור – לא נקבעה בעניין זה הלכה). כפי שאראה להלן, לגישתי, נסיבות ענייננו – שונות הן, משבית המשפט המחוזי קבע, כממצא עובדתי, כי הצדדים להסכם האמינו באמונה כנה כי הקרקע נכללת בשטח התפוס בפועל, וכי בטרם הועתק מצפה כרמים למקומו הנוכחי, נערכו בדיקות ובירורים על-ידי גורמי המינהל האזרחי, על מנת לאמת זאת. בנוסף, בעניין עקל, המקרקעין לא נמכרו לצדדים שלישיים, כך שמידת ההסתמכות על ה'עסקה' שביצע האפוטרופוס, ומידת הפגיעה בצדדים השלישיים – היתה פחותה לאין ערוך מזו שבענייננו-אנו; גם מטעם זה אין מקום להשוות בין המקרים. כך או כך, לשיטתי, בין אם נטושה מחלוקת מסוימת באשר לאמת המידה הראויה לבחינת תום הלב של הממונה, בין אם לאו, סבורני כי אופן ישומה בנסיבות העניין – בין אם כבית הלל, ובין אם כבית שמאי – מוביל למסקנה ברורה, כי הממונה עמד בחובתו זו.

93. כאן המקום להזכיר, כי קיימות במקרה זה הצדקות קונקרטיות, התומכות דווקא בהרחבת ההגנה על המתקשר עם הממונה בעסקאות מקרקעין באיו"ש. העובדה כי מרבית המקרקעין באיו"ש אינם מוסדרים, וחלקם אף לא רשומים; כי המרשם לוקה באינפורמציה חסרה ובהעדר פומביות; כי קיימים אי-דיוקים במדידות ובמפות בשנים עברו; כי עיקר פועלו של ההסדר החוקי תחום להכשרת עסקאות 'ישנות', שבוצעו בעבר הרחוק, נתון המפיג גם את חששו של חברי המשנה לנשיאה, מפני "הרחבת מעגל העסקאות הלא כשרות"; כי בית משפט זה הכריע בעניין חוק ההסדרה, שיש להעדיף הסדרים פרטניים, שבראשם סעיף 5, על פני חקיקה גורפת – כל אלו הביאוני לכלל מסקנה, כי אין מקום להחמיר את דרישת תום הלב; שמא להפך. לאחר שהקדמתי כמה

מילים לגבי אמת המידה לבחינת תום הלב, אעבור עתה ליישום הדברים, על רקע נסיבות המקרה שלפנינו.

דרישת תום הלב בנסיבות הענין דנן

94. העובדות הרלבנטיות, הוצגו בפרק שעסק בקיומה של 'עסקה', ולכן אוכל עתה לקצר. על מנת למקד את הדברים, אציג בקצרה, באופן טלגרפי, את האינדיקציות המבססות לטעמי קיומו של תום לב בנסיבות העניין, ולאחר מכן אעיר כמה הערות, לגבי אותם 'פעמוני אזהרה', אשר חברי המשנה לנשיאה סבור כי הממונה התעלם מצלצוליהם. כאמור, נקודת המוצא העובדתית, היא שהצדדים להסכם ההרשאה – הממונה וההסתדרות הציונית – האמינו, באופן סובייקטיבי, לכל אורך הדרך, ולמעשה עד למועד הגשת העתירה בשנת 2011, גם אם בשוגג, כי הקרקע שעליה הוקם לימים מצפה כרמים – נכללה בשטח שנתפס בפועל, וכי שטח זה הוקצה להסתדרות הציונית בהסכמי ההרשאה (דברי חברתי הנשיאה חיות, בפסקה 48 לפסק הדין בערעור). עוד יש לזכור, כי נקודת המוצא המשפטית לבחינת תום ליבו של הממונה, היא חזקת התקינות המינהלית. על רקע זה, יש להצביע על הנתונים הבאים:

- חתימת הממונה (נהרי) על תכנית 223 ו-223/1. כזכור, בשנת 1983, חתם הממונה על תכנית 223, הכוללת בתוכה גם את מיקומו הנוכחי של מצפה כרמים. בכך, ביטא הממונה את הנחתו, כי המקרקעין דנן נתפסו על-ידי המפקד הצבאי, והועברו לניהולו. כאמור לעיל, גם עדותו של נהרי תומכת במסקנה זו. אמנם, הסכם ההרשאה הראשון נחתם כשנה קודם לכן, אלא שגרסת נהרי, הטוען כי המתין לקבלת מפה מדויקת שתשקף את התפיסה בפועל, וכי מעולם לא העניק משמעות רבה למפה שצורפה להסכם, כמו גם למפות הסגירה או התפיסה, בכל הנוגע לשטח התפיסה – נמצאה מהימנה בבית המשפט המחוזי. היא אף מתיישבת עם עדויות נוספות, לגבי חוסר הדיוק של המפות באותן שנים. בהמשך, בשנת 1995, חתם ממונה אחר (שכיהן בתפקיד באותה עת), על תכנית 223/1, ובכך שב הממונה (כמוסד), וגילה דעתו באשר לגבולות השטח שנתפס.

- חתימת הממונה לפי צו 997 (מושקוביץ) על תכנית 223 ועל תכנית 223/1. בחתימתו זו, ביטא גם הממונה מושקוביץ את דעתו, כי שטח התפיסה מתפרש גם למיקום הנוכחי של מצפה כרמים, שהרי צו 997 – ממנו הוא יונק את סמכותו – אינו חל על שטח שאינו תפוס בתפיסה צבאית. גם הנחה זו, אומתה במסגרת תצהירו ועדותו של מושקוביץ (סעיפים 5-8 לתצהירו; עמ' 72, שורות 30-31 לפרוטוקול הדיון).

- עדויות מראשית שנות ה-90, לגבי קיומו של שטח החורג מתחומי התפיסה בפועל. מחומר הראיות עולה, כי בתחילת שנות ה-90, עלה אצל גורמים במינהל האזרחי חשד, כי מגרשים מסוימים בחלקו הצפוני של כוכב השחר, חורגים מגבולות התפיסה בפועל. עקב כך, נערכו בדיקות, והומלץ שלא לאשר בניה במגרשים אלו, ואף להחריגם משטח התכנית. התנהלות זו מלמדת, לדעתי, על תום ליבם הסובייקטיבי של גורמי המינהל האזרחי, ועל כך שסברו, באמונה כנה, כי שטחו של מצפה כרמים נכלל בשטח התפיסה, שאחרת היו פועלים באופן דומה – גם לגביו.

- העתקת מצפה כרמים למקומו הנוכחי. כפי שכבר צוין, העתקת הישוב למקומו הנוכחי – בליווי גורמי ממשל רבים – מעידה כאלף עדים על הלך מחשבתם של אנשי המינהל השונים, ועל תום ליבם. אלה, ביקשו להסדיר את מעמד הישוב, ולא להמיר אי-חוקיות קלה (מחוץ לתחומי התכנית) באי-חוקיות חמורה (מחוץ לשטח התפיסה); "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי" ('לתקן שכרתיך, לא לקלקל'; בבלי, כתובות צט, ע"ב). העתקת הישוב לא נעשתה אפוא כלאחר-יד. קדמה לה מחשבה, עבודת מטה מסודרת, בדיקות בשטח ודיונים מרובים. מסקנה זו מתחזקת, נוכח העדויות שנשמעו בבית המשפט המחוזי, שעיקריהן יצוינו להלן. כאן המקום לציין, כי חברי המשנה לנשיאה, נותן דגש לכך שהמיקום שנקבע בתחילה, ואשר אליו תוכננה ההעתקה, איננו המיקום הנוכחי המדויק של מצפה כרמים. מכך מסיק חברי, כי אותה עבודת מטה מסודרת, לא נעשתה ביחס למקרקעין דנן. אומר מיד, כי אין בכוונתי לקבוע מסמרות בעניין עובדתי זה. יתכן שהכוונה הראשונית היתה להעתיק את המאחז למיקום אחר, דרומה מעט למיקום הנוכחי, לפי תכנית 223/1/5 שהוכנה לשם כך (אעיר שוב, כי הדבר לא נקבע, במישור העובדתי, על-ידי בית המשפט המחוזי, ואף לא עולה מפורשות מעמדת המדינה, כפי שזו הוצגה לפנינו. בהקשר זה אפנה לעדות יעקב גור אריה, המתגורר בישוב, אשר ציין כי הוא זוכר שעוזרו של ראש הממשלה "היה איתנו בשטח, ירדנו בגי'פ למקום, אמר לנו זה המקום, יוסי ורדי עוזר ראש הממשלה. עוד גורמים, [...] של החטיבה להתיישבות המנהל האזרחי [...] " (עמ' 128, שורות 4-7 לפרוטוקול הדיון); אך ראו, מנגד, סיכומי המדינה בבית המשפט המחוזי, בסעיף 67). מכל מקום, איני רואה משמעות רבה לכך, למצער בכל הנוגע לעבודת המטה שנעשתה, עובר להעתקת הישוב. מעמדו המשפטי של תא השטח המדויק, שאליו מתייחסת תכנית 223/1/5 – זהה למעמדם של המקרקעין דנן. שניהם נמצאים מחוץ לגבולות מפות התפיסה והסגירה, אך בתוך שטח תכנית 223 (ובתוך שטח האש). ודוק, אין טענה כי תא השטח בתכנית 223/1/5 נמצא על אדמות מדינה. לפיכך, נותרה על כנה המסקנה, כי גורמי המדינה השונים סברו, בעת העתקת הישוב, כי השטח התפוס בתפיסה צבאית (בפועל), הוא השטח שנכלל בתכניות 223 ו-223/1, שאחרת לא היו מורים, או מתכננים, להעתיק את הישוב לנקודה זו. כך או כך, ברי כי

לאחר העתקת הישוב – הכול השלימו עם מיקומו הנוכחי, ולא היה פוצה פה ומצפצף בעניין זה, משך למעלה מעשור-שנים. ודוק: אמנם המועד לבחינת תום הלב הוא בעת כריתת הסכמי ההרשאה (כאמור, לגבי דידי, המועד המדויק לבדיקה הוא הסכם ההרשאה משנת 1997), אך כאמור, לא נטען ובוודאי שלא הוכח, כי מעת החתימה על ההסכמים, בפרט ההסכם משנת 1997, ועד להעתקת היישוב, חל 'שינוי מחשבתי' כלשהו ביחס להיקף השטח התפוס.

- עדות יעלון. כמפקד האזור, היה יעלון מעורב בהעתקת מצפה כרמים לקרקע. הוא הצהיר כי "לא היה לי ספק שמדובר בקרקע תפוסה", וכי האיתור נבחר לאחר ש"אושר על ידי כלל הגורמים הרלוונטיים לרבות היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון [...] זכור לי שראיתי גם חוות דעת כתובה של עו"ד פוליטיס בנושא". בעדותו הוסיף, כי ליווה את העתקת הישוב וראה "שהם מתמקמים במקום הנכון" (עמ' 22, שורה 10 לפרוטוקול הדיון), וכי בדיונים שנערכו אצלו, לא הועלתה כל בעיה קניינית עם המקרקעין, אלא רק בעיה הנוגעת לסיווגם כשטח אש (עמ' 20, שורות 1-6 לפרוטוקול הדיון). בית המשפט המחוזי סמך ידיו גם על עדות זו.

- עדות בלומנטל. גם בלומנטל היה מעורב בבחירת המיקום שאליו הוחלט להעתיק את מצפה כרמים. לפי עדותו, טרם בחירת מיקומו החדש של הישוב, ירד לשטח על מנת לבצע "בדיקה מקדמית", יחד עם "קציני מטה המינהל האזרחי", ובא לכלל מסקנה שהקרקע "תפוסה בתפיסה צבאית" (סעיפים 5-6 לתצהירו). בעדותו אישר את הדברים: "יצאנו לשטח, ראיתי את הגידור שקיים בפועל שהיה אז, את הגידור הישן. לפני זה הגעתי למסקנה שזה בתוך השטח שתפוס בפועל ומבחינתי זה הספיק לי וכך הצעתי גם ליועמ"ש" (עמ' 258, שורות 1-5). עדות זו, שנמצאה מהימנה על-ידי בית המשפט המחוזי, מלמדת כי בטרם הוחלט על העתקת הישוב, נערכו בדיקות ובידורים מצד גורמי המינהל האזרחי. בדיקות אלו מסלקות את 'סימן השאלה' שריחף, ככל שריחף, מעל תום ליבם של גורמי המינהל האזרחי. והוא מפיג את החשש שמא נהגו אנשי המינהל האזרחי ב'עצימת עיניים', אף לפי הגישות המחמירות לגבי מידת תום הלב של הממונה (השוו: עניין עקל, פסקאות 18-19).

- עדות פוליטיס. פוליטיס ציין בתצהירו, כי "כל העתקה או טיפול בנקודת יישוב ביהודה ושומרון חייב את אישוריי"; כי אישר את ההעתקה על יסוד ההנחה שמדובר בקרקע תפוסה; וכי "בוודאי ערכתי גם חוות דעת כתובה בנושא, לפי נוהל העבודה הרגיל, אך זו אינה בידי" (סעיפים 9-10 לתצהירו). אעיר, כי במכתב מיום 31.10.1999, אכן מוזכרת חוות דעת כתובה שערך פוליטיס, בנושא העתקת הישוב, אך זו לא נמצאה ולא הוגשה

כראיה בתיק (נספח 44 לתצהיר כספי). בעדותו הבהיר מה היתה תפיסתו המשפטית: "גם אם לא היה מימוש בפועל בשטח בנושא של כוכב השחר באותה תקופה, הרי לפחות על פי המדיניות המשפטית שאני נקטתי, שטח שתפוס לצרכים צבאיים זה לא רק השטח התפוס בפועל לכוכב השחר [...] זו היתה המדיניות שלי, כי שטח של יישוב הוא לא חי אך ורק על השטח הקטן. יש לו שטחי פיתוח גם מסביב וזה בעצם ברגע שבעצם זה מופיע במסגרת התכנית, אז בעצם זה שטח פיתוח, זה שטח שבעצם הוא תפוס לצרכים צבאיים, בהחלט כן" (עמ' 105, שורות 6-12, לפרוטוקול הדיון). בהקשר זה מציין חברי, כי דבריו אלה של פוליטיס משקפים מדיניות מרחיקת לכת, שלפיה "התכנית היא זו שהכתיבה את גבולות התפיסה". עובדה זו כשלעצמה, נתפסת בעיני חברי כחוסר תום לב (פסקה 94 לחוות דעתו). אינני רואה את הדברים עין בעין עם חברי. להבנתי, פוליטיס העיד, כפי שניתן להבין גם מעדויות נוספות, כי גבולות התכנית שיקפו את גבולות התפיסה בפועל, כפי שהובנו על ידם. אין להבין מכך כי התכנית, היא שהתוותה או יצרה גבולות אלה (כך גם עולה מתצהירו, בפסקה 11). כך או אחרת, לכל היותר, מדובר בטעות משפטית (ואזכיר, מדובר ביועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, שעמדתו המשפטית מחייבת את הממונה ואת יתר גורמי המינהל האזרחי). מכאן ועד המסקנה בדבר חוסר תום לב – המרחק גדול ורב.

95. סבורני אפוא, כי הנתונים שמניתי עולים כדי 'מסה קריטית', המלמדת על תום-לב סובייקטיבי "ברף הגבוה", אף אם תום-הלב יבחן לפי אמת מידה קפדנית, מצד אנשי המינהל האזרחי (הממונה כמוסד). מנגד, חברי המשנה לנשיאה סבור, כי בענייננו ישנן כמה 'נורות אזהרה', שהיו צריכות להידלק אצל הצדדים להסכם, ולעורר אותם לערוך בדיקות נוספות, ובירורים מקיפים אף יותר, ביחס לשטח שעליו הוקם מצפה כרמים. התעלמות הצדדים מאזהרות אלו, שוללת לדעתו את תום ליבם. אין בידי להצטרף למסקנה זו.

96. 'נורת האזהרה' הראשונה שעליה מצביע חברי, נעוצה בפער שבין השטח הכלול במפות צווי הסגירה והתפיסה, לבין זה שנכלל בתכנית 223; פער שעולה כדי כמה מאות דונמים. חברי רואה בחוסר ההתאמה האמור "נורה אדומה בזהירות", ומוצא פגם בכך שהממונה לא ביצע בדיקות נוספות, ובירורים מקיפים, כדי לנסות ליתן מענה לפער זה. דא עקא, 'נורת אזהרה' זו לוקה לטעמי, במידה מסוימת, בהנחת המבוקש. כיום, בדיעבד, הפער בין מאות הדונמים, מצלצל לחברי כ'פעמון אזהרה'. ואולם, בזמן אמת, כפי שחזרו והעידו כל בעלי התפקידים שפעלו בתקופה הרלבנטית, גורמי המינהל השונים לא ראו בפער זה כל קושי, ולמעשה – כלל לא התייחסו אליו כ'פער'. זאת, שכן הסברה המקובלת היתה, כפי שהוסבר לעיל, שהשטח שנתפס בפועל, הוא שחופף לשטחה של תכנית 223, ואילו המפות שצורפו לצווי הסגירה והתפיסה – אינן משקפות את השטח התפוס. אחרת,

לא היה עולה על הדעת לאשר את תכניות 223 ו-223/1. מכאן, שגם אם למפרע התברר כי נפלה טעות בהיקף השטח שנתפס בפועל, אין בכך כדי ללמד כי במועד אישור תכנית 223, הצדדים להסכם ההרשאה, כמו גם הממונה לפי צו 997, סברו שקיים פער כאמור. אזכיר שוב, בית המשפט המחוזי קיבל את עדותו של בלומנטל, שלפיה הוא ירד לשטח ואיתר סימונים ("הגידור הישן"), שמהם הסיק כי השטח נכלל בתחום התפיסה הצבאית (וזאת גם אם בדיעבד התברר שטעה), ובהקשר זה קבע כדברים האלה:

"איני מקבל את טענת הנתבעים לכך שהדברים נעשו בחיפזון ולכן הונחו הקרוואנים ללא בדיקה. שוכנעתי כי נערכה בדיקה ואף אם יתכן ונפלה טעות במהלך הבדיקה אין הדבר מלמד אלא על כך שהקצאת השטח להסתדרות הציונית כללה את מלוא השטח שבתכנית לרבות המקרקעין שעליהם ממוקמת מצפה כרמים" (שם, פסקה 136).

למעשה, גם אין כל ראייה המצביעה על התעלמות, או על חשד 'שטואטא מתחת לשטיח', מצד אנשי המינהל האזרחי – לכל אורך השנים. כאמור, כאשר התעורר חשד ביחס למגרשים אחרים – הנושא טופל; אין סיבה להניח כי אם היה מתעורר חשד דומה, ביחס למקרקעין דגן, לא היה נעשה לגביו טיפול דומה. יפים לעניין זה הדברים הבאים: "אמנם נכון הדבר, ש'עצימת עיניים' עשויה לשלול תום-לב, אולם כדי להוביל למסקנה זו צריך הטוען להוכיח כי 'עוצם העיניים' עשה כן בשל החשש, שבעיניים פקוחות ילמד עובדות, שעשויות להיות להן השלכות שליליות לגבי זכויותיו" (ע"א 318/83 אגוזי שפע בע"מ (בפירוק מרצון) נ' שיבר, פ"ד לט(4) 322, 329-330 (1985)).

97. אשר ל'נורת האזהרה' השניה – סיווג הקרקע כמקרקעין מוסדרים – עלי להודות, כי לא ירדתי לסוף דעתו של חברי. עסקינן במקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית. במקרקעין מסוג זה, היקף השטח שנתפס מוכתב על-ידי הצורך הצבאי, ולא על-ידי זכויות הקניין הפרטיות (זאת כמובן, מבלי לגרוע מזכותו של בעל הקרקע לקבלת דמי שימוש), ועל כך כבר עמדתי לעיל. לפיכך, הידיעה כי מדובר בקרקע מוסדרת פרטית – אינה רלבנטית. למעשה, אין צורך להרחיק עדותנו לעניין זה. בלומנטל העיד במפורש, כי מאחר שהקרקע נתפסה בתפיסה צבאית – כפי שהאמינו הצדדים בזמן אמת – שאלת הבעלות הפרטית לא היתה פרמטר, לטוב או לרע, לגבי בחירת המיקום שאליו יועתק הישוב (עמ' 269, שורות 4-21 לפרוטוקול הדיון). לפיכך, קביעתו של חברי, כי "היה זה בידיעת הממונה כי מדובר במקרקעין שייכתנו להם בעלים וכי בדיקה פשוטה [...] יכולה לבאר את הבעלות בהם" (פסקה 87 לחוות דעתו) – אינה ברורה לי. עוד אעיר, כי ההתייחסות בחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 7.12.2016 (שם, בסעיף ג5), שאליה מפנה חברי, אינה

מתייחסת, להבנת, להחלת תקנת השוק בשטח שנתפס בתפיסה צבאית (כשים לב לכך שהיועץ סבור כי סעיף 5 חל גם בקרקע מסוג זה), אלא רק להקצאות שנעשו בקרקעות מדינה. מטעם דומה, גם ההשוואה לדברים שנקבעו בעניין צלאח – אינה יכולה לעמוד.

98. 'נורת האזהרה' השלישית שעליה מצביע חברי, נוגעת לתחלופת המכתבים, מהחודשים מאי-יוני 1990, שהתנהלה לגבי מגרשים מסוימים בחלקו הצפוני של כוכב השחר, ובמכתבים נוספים שנשלחו ביחס למגרשים אלה, במהלך השנים 1994-1995. חברי לומד מתכתובות אלו, כי כבר בשנת 1990, ידע הממונה כי גבולות תכנית 223, אינם חופפים את הגבולות שנקבעו במפות הסגירה והתפיסה, וכי "חוסר התאמה" זה היה צריך להדליק אצל גורמי המינהל האזרחי נורה אדומה. כשלעצמי, וכפי שצינתי לעיל, אני סבור שמכתבים אלה מוליכים דווקא למסקנה אחרת. ראשית, כאמור, המכתבים הנ"ל אך מחזקים את תום הלב של הגורמים המעורבים בדבר: כאשר עלה חשד – הוא טופל, ואילו במקרים שבהם לא עלה חשד, דוגמת המקרקעין דנן – כלל לא נדלקה 'נורה'. שנית, המגרשים שחליפת המכתבים נוגעת אליהם, היו לכל הדעות מחוץ "לגדר המקורית של התפיסה" (מכתבו של בלומנטל מיום 6.10.1990), וזאת בניגוד למקרקעין דנן – שהסברה לגביהם היתה כי נכללו בשטח התפוס (כך כאמור הסיק בלומנטל מסויר בשטח). כפי שצינתי בהתייחסותי ל'נורת האזהרה' הראשונה, "ידיעת הממונה" ביחס לפער בין מפות התפיסה והסגירה, לבין מפת תכנית 223 – אין בה כל רבותא לגבי תום ליבו. זאת, נוכח אמונתו הכנה באשר לשטח התפיסה בפועל, ולגבי חוסר הנפקות של מפות אלה.

99. לבסוף, בכל הנוגע לתום ליבה של ההסתדרות הציונית, אף כאן איני שותף למסקנתו של חברי. כאמור, נקודת המוצא העובדתית היא, שהצדדים להסכם ההרשאה האמינו, אמונה כנה ואמתית, כי היקף השטח של תכנית 223 שיקף, הלכה למעשה, את השטח שנתפס בפועל בתפיסה צבאית. על יסוד הלך מחשבה זה, הוגשה תכנית 223, ולימים גם אושרה. בית המשפט המחוזי לא פקפק בעדותו של מר יוסי שגב, שהעיד מטעם ההסתדרות הציונית, כי הקרקע לא היתה מוקצית למחזיקים, "אלמלא היינו בטוחים כי מדובר בקרקעות שהוקצו לנו כדין מאת הממונה" (סעיף 9 לתצהירו). לטעמי, די בכך כדי להסיק כי ההסתדרות הציונית עמדה בחובת תום הלב הסובייקטיבית המוטלת עליה. עוד אוסיף בהקשר זה, כי אין בידינו די ראיות כדי לקבוע מה הוביל את ההסתדרות הציונית לשרטט את תכנית 223, בהיקף שבו תוכננה (כאמור, עמדת ההסתדרות הציונית היא ששטח זה הוא השטח שהמפקד הצבאי תפס בפועל, ולכל הפחות – זו היתה הבנתה במועדים הרלבנטיים; כך גם הבין בלומנטל, שכאמור ערך סיור בשטח, ערב העתקת מצפה כרמים אל מיקומו הנוכחי). במצב של אי-בהירות ראייתי, דומני כי יש לחזור לכלל

חזקת תקינות המעשה המינהלי, ולכך שנטל הראיה להוכיח חוסר תום לב, מוטל על הטוען לאי-תחולתו של סעיף 5 (ראו והשוו: עניין עקל, פסקה 20). לגישתי, חובת תום הלב שחברי מטיל על ההסתדרות הציונית, חורגת מ'עצימת עיניים' גרידא, ועולה כדי סטנדרט של חובת זהירות. דא עקא, חובה שכזו אינה תנאי לקיומה של תקנת השוק, שאף צוין לגביה: "ראוי כי החובה האובייקטיבית המוטלת בנדון על הרוכש תהיה מתונה במיוחד" (דויטש – כרך ד, בעמ' 309). לזאת אוסיף, כי בגדרי ההליך שלפנינו, אין חולק על כך שהמחזיקים היו תמי לב (ראו פסקאות 21-22 לעיל). החמרה בעת בחינת תום ליבה של ההסתדרות הציונית, תביא, דה פקטו, לפגיעה במחזיקים, שהם 'הצד האמיתי' בהתנגשות הזכויות שלפנינו. גם בנתון זה עלינו להתחשב.

100. סיכומו של דבר: אינני סבור כי יש להעניק 'פרס' לממונה, או לפקידי המינהל האזרחי, על התנהלותם לאורך השנים. אינני סבור גם כי התנהלותם היתה ללא כל רבב. רק לשם הדוגמה: צירוף מפה הדומה למפת הסגירה להסכמי ההרשאה, תוך ציון המילים "צו תפיסה" על-גביה, מעידה על אי-סדר בעייתי. היה גם מקום לצרף מפות מדויקות ועדכניות להסכמים אלה. אין ספק, ניתן היה להתנהל טוב יותר. ואולם, אי-הסדרים שנפלו בהתנהלות גורמי המדינה, חלקם נוכח מכשירי מדידה בלתי-מדויקים, חלקם מחמת נהלים ישנים והנחות לא מבוססות, אינה מביאה לכלל מסקנה כי הממונה, או ההסתדרות הציונית, לא עמדו בדרישת תום הלב שבסעיף 5, כפי פרשנותו הראויה בעיני. לגבי דידי, מסקנה זו היא מרחיקת לכת בנסיבות ענייננו, בפרט נוכח הפגיעה האנושה בזכויותיהם של המחזיקים, שאין חולק על תום ליבם (בהקשר הקנייני), למצער של מי שהתיישבו בקרקע, עוד בטרם נודעו הבעיות המשפטיות.

101. אשר על כן, לו תישמע דעתי, נורה על קבלת העתירה לדיון נוסף, כך שיקבע כי סעיף 5 חל בנסיבות העניין. המשמעות האופרטיבית של הדברים היא שהערעור בע"א 7668/18 ידחה; פסק הדין של בית המשפט המחוזי בת"א 29754-11-13 יוותר על כנו; והעתירה בבג"ץ 953/11 – הנגזרת אחר תוצאת ההליך האזרחי – תימחק.

סוף דבר

102. אסכם בקצרה את עמדתי. המקרה שלפנינו עוסק ב'תאונה משפטית', שבמוקדה 'תחרות זכויות' בין שני צדדים רחוקים, כאשר תקנת השוק שבסעיף 5 נועדה ליתן מענה לסיטואציה שכזו. לגישתי, קיימות הצדקות לא מבוטלות, ואף יחודיות, לקיומו של הסדר תקנת שוק בעסקאות שערך הממונה במקרקעין המנוהלים על-ידו באיו"ש. על כן, איני סבור כי אמת המידה הפרשנית שאותה עלינו לאמץ, נדרש שתהיה קמוצה ומצמצמת.

במקרה הספציפי שלפנינו, קיימת הצדקה קונקרטית נוספת, הנעוצה בכך שהעימות אינו בין בעלי זכויות במעמד שווה, בעוצמתן ובמידת הוכחתן.

103. בפן העקרוני, אני סבור כי הפרשנות הנכונה לסעיף 5 אינה כוללת דרישה שה'עסקה' תסתיים ברישום; לא במרשם ההרשאות ולא במרשם המקרקעין. עוד סבור אני, כי סעיף 5 חל גם בנסיבות שבהן ההתקשרות נעשתה בין הממונה לבין גורם מיישב, דוגמת ההסתדרות הציונית או משרד השיכון. על רקע מסקנתי כי דרישת התמורה התקיימה בענייננו באופן מובהק, ומשלא נשמע טיעון מסודר ומלא בעניין, לא ראיתי מקום להכריע בשאלה זו. לבסוף, לגישתי-שלי, סעיף 5 עשוי לחול גם כאשר עסקינן במקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית.

104. בפן היישומי, באתי לכלל מסקנה, כי הקרקע שעליה הוקם מצפה כרמים נכללה בשטח שהוקצה מאת הממונה להסתדרות הציונית, במסגרת הסכמי ההרשאה, וכי שני הצדדים להסכמים הללו, האמינו אמונה כנה ואמתית – והעיקר, בתום לב – כי שטח זה הוא חלק מהשטח שנתפס (בפועל) בתפיסה צבאית. לפיכך, בהתקיים תנאי תום הלב, ויתר תנאי סעיף 5, אני סבור כי ניתן, ואף צריך, להחיל הסדר זה בנסיבות העניין.

105. אין לכחד: הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הקרקע המקוריים (שאינם לפנינו) – עשויה להיות קשה. גם פיצוי כספי לא תמיד יקהה את הפגיעה (אשר לשאלת הפיצוי הכספי בנסיבות של סעיף 5, הצדדים לא מיצו את הטיעון בעניין זה, וממילא איני מכריע בכך. ואולם, דומני כי עמדה המחייבת פיצוי למי שיוכיח זכויות בקרקע, שהיא גם עמדת היועץ המשפטי לממשלה (ראו: סעיף 6 לחוות דעתו, מיום 7.12.2016), היא טבעית ומתבקשת בנסיבות העניין, בפרט נוכח קיומם של הסדרים מקבילים, בעניינים אחרים, ואני נוטה לקבלה (זאת חרף דברים שאמרתי בעניין חוק ההסדרה (בפסקה 54 לחוות דעתי)). יחד עם זאת, פרשנותו הראויה של ההסדר החוקי, והתעמקות בחומר הראיות, הביאוני לכלל מסקנה כי זו התוצאה הנכונה והמתחייבת בנדרון דידן.

אחר הדברים האלה

106. אחר הדברים האלה, עיינתי בחוות הדעת של חברי, השופט י' עמית, והשופטת ד' ברק-ארוז. בדומה לדעתי, ולדעת חברי המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל, סבורים חברי, כי יש להחיל את סעיף 5 על המקרקעין מושא ענייננו, אף שלמסקנתם זו הם מגיעים בדרך שונה; זה בדרכו וזו בדרכה. עד כאן מסקנתנו אחת.

107. ברם, במישור היישומי, קיימים בינינו חילוקי דעות מסוימים. כמפורט בהרחבה לעיל, לשיטתי יש להחיל את סעיף 5 על העסקה שנחתמה בין הממונה לבין ההסתדרות

הציונית. בהתאם, תקנת השוק חלה על כלל השטח שהצדדים להסכם ההרשאה האמינו, באמונה שלמה, כי נתפס (בפועל) בתפיסה צבאית, ומשכך, אין מקום להגביל עתה את פעולות המחזיקים בתחומי שטח זה כולו; לא בחלקות שלגביהן נטען על-ידי המשיבים, מבלי שהוכח, כי נתונות להם בהן זכויות קנייניות (חלקות 13 ו-23), ולא ביתר החלקות (12, 14 ו-15), שלגביהן כלל לא ניצב לפנינו בעל-דין הטוען לזכויות בהן. תוצאה זו היא פועל יוצא של חוות דעתי, ואליה שותף גם חברי המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל.

108. לעומת זאת, חברי השופטים עמית ו-ברק-ארוז מסייגים את האופן שבו יוחל סעיף 5 בעניינינו, כך ש"התנאים יחולו, לכל היותר ביחס לחלקות הקונקרטיות בבעלות פרטית שצוינו בכתב התביעה כפי שהוגש בבית המשפט המחוזי, שנמצאות בשימוש ולגביהן התבקש סעד". לעניין זה הבהירו חברי, כי "עיקר השטח הבנוי בפועל ביישוב מצוי על גבי חלקות 12, 13 ו-23, שבהן קיימת בנייה צפופה של מבנים ותשתיות. על כן, בהיבט היישומי ההסדר בסעיף 5 לצו יחול על שטח חלקות אלו בשלמותו. שונים פני הדברים ביחס לחלקות 14 ו-15 (ששטחן הכולל הוא כ-38 דונם) ואשר חלקים נרחבים מהן (ולמעשה רובן המכריע) הם פנויים, ללא בינוי בפועל. לפיכך, לשיטתי, הסדר תקנת השוק יחול אך על חלק מצומצם מתוך שטחן הכולל של חלקות אלה – הוא רק אותו שטח שבו עומדים כיום הבתים והחצרות על מכוונם" (פסקה 57 לחוות הדעת של חברתי השופטת ברק-ארוז, שאליה הצטרף חברי השופט עמית, בפסקה 20 סיפא לחוות דעתו).

109. במקביל לשתי הדעות הללו, קיימת גם דעה שלישית, שבאה לידי ביטוי בחוות הדעת של חברי, הנשיאה חיות, המשנה לנשיאה פוגלמן, והשופטת ברון. לפי גישתם, סעיף 5 כלל אינו חל בעניינינו, כך שיש להותיר את תוצאת פסק הדין מושא הדיון הנוסף על כנה. תוצאה זו, משמעה פינוי הישוב כולו.

110. במצב דברים זה, משלא התגבש רוב לדעה אחת באשר לגורלו של מצפה כרמים; משנחלקנו, 7 שופטי המותב, ל-3 דעות שונות; ובנסיבות הקונקרטיות של 'התאונה המשפטית' שלפנינו, ראיתי לנכון לצרף את דעתי לדעתם של חברי השופטים עמית ו-ברק-ארוז, במישור הישומי. מכורח הנסיבות, עדיפה בעיני התוצאה שאליה הגיעו חברי השופטים עמית ו-ברק-ארוז בעניין זה, מן התוצאה שאליה הגיעו חברי הנשיאה חיות, המשנה לנשיאה פוגלמן, והשופטת ברון.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל:

1. את עמדתי בהליך זה, לפיה דין הערעור להידחות ודין העתירה להימחק, פרשתי בהרחבה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. מעמדה זו לא שיניתי גם לאחר ששמעתי את טענות הצדדים, בדיון שהתקיים בהרכב מורחב, וקראתי את חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה ע' פוגלמן.

הסוגיה המרכזית שמתעוררת בהליך זה עניינה דרישת תום הלב הקבועה בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967, שקובע מעין תקנת שוק ביהודה ושומרון. הסעיף קובע כי "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". כפי שפורט בחוות דעתי בפסק הדין, סעיף זה שייך למשפחת דברי החקיקה שמסדירים את תוצאותיהן של "תאונות משפטיות", שבהן גורם מסוים רוכש בתום לב ותמורה זכויות ממי שלא אחז בהן. המפתח להכרעה כשמתרחשת תאונה מעין זו מצוי, כרגיל, בקיומו של תום לב, כפי שהסעיף הרלוונטי מעצבו באותו הקשר.

האם בעת שנחתם הסכם ההרשאה בין הממונה על הרכוש הממשלתי להסתדרות הציונית, בשנת 1997, אמנתם של הצדדים כי המקרקעין נתפסו בידי המפקד הצבאי עמדה במבחן "תום הלב" לעניין סעיף 5? אם התשובה לכך חיובית, הרי שבאותה עת (ולמצער בשנת 1999, בעת שהוקם היישוב מצפה כרמים במיקומו הנוכחי תוך הסתמכות על הסכם ההרשאה) רכשו הסוכנות היהודית ומי שהתקשר עמה זכויות טובות במקרקעין. אם, לעומת זאת, אחד מן הצדדים להסכם ההרשאה לא סבר בתום לב כי הממונה הוא בעל הזכויות במקרקעין שהועברו לסוכנות היהודית – אין בכוחו של הסכם ההרשאה לפגוע בזכות הקניין של בעלי המקרקעין.

2. להלן אביא את עיקרי חוות דעתי בפסק הדין, ולאחר מכן אתיחס למספר נקודות בעקבות דבריו של חברי, המשנה לנשיאה. אך קודם לכן, כבר בפתח הדברים, אחדד את נקודת המחלוקת המרכזית ביני ובין חברי. להבנתי, עמדתו של חברי מבטאת גישה שלפיה במסגרת סעיף 5 יש לבחון האם הממונה מילא את חובותיו על פי המשפט המינהלי והבינלאומי. בכובעו כגורם מינהלי שאחראי גם על תושבים מוגנים, יש להטיל עליו סטנדרט גבוה ולקבוע אמת מידה מחמירה לבחינת התנהלותו. אם לא עמד הממונה בדרישות אלה, לא תיכון הגנת סעיף 5 על העסקה. בשונה מכך, לשיטתי סעיף 5 אינו מתמקד רק בממונה ובחובתו המינהלית, אלא גם בצד השני לעסקה. חובת תום הלב שמוטלת על הממונה במסגרת הסעיף אינה סטנדרט "מינהלי" שחל עליו, אלא סטנדרט "אזרחי" שמתחשב בעסקה ונסיבותיה. הסעיף יוצר פער בין החובה שמוטלת על הממונה

ככזה, ובין הערכת התנהלותו לעניין מתן תוקף לעסקה מכוח תקנת השוק. לא בכדי נקבע בפסיקה קודמת, כפי שהזכירו כל חבריי, כי הסטנדרט שמטיל סעיף 5 אינו סטנדרט של העדר רשלנות. האם פירוש הדבר כי לממונה מותר להתרשל? ברי כי התשובה לכך שלילית. משמעות הפסיקה היא כי יש להבחין בין הסטנדרט שחל על הממונה כגורם מינהלי – שכולל, למשל, גם חובה שלא להתרשל – והסטנדרט שחל על אופן בחינת התנהלותו במסגרת עסקה שבה יש צדדים נוספים, דהיינו השאלה האם פעל "בתום לב". במסגרת סעיף 5 המיקוד אינו רק בממונה, אלא גם בצדדים נוספים ובהגנה עליהם. מן הפסיקה הענפה עולה בבירור כי תהא חובת "תום הלב" אשר תהא – אין היא זהה לחובה המוטלת על הממונה ככזה. התוצאה היא שהמבחן אינו האם הממונה פעל כמצופה ממנו, אלא האם פעולתו הייתה כזו שניתן להסתמך עליה במסגרת עסקה קניינית. אין לבחון רק את השאלה האם הממונה קיים את כל חובותיו, אלא יש לתת משקל במסגרת המבחן גם להסתמכותם של צדדים נוספים על העסקה.

אוסף כי נכון אני להסכים עם חברי שבכובעו של הממונה כגורם מינהלי, ובמשפטי המשפט המינהלי והבינלאומי, אפשר ונכון להטיל עליו סטנדרט בירור מחמיר, בפרט כאשר עסקינן בזכויות קניין של תושבים מוגנים ביהודה ושומרון. אפשר לדרוש ממנו שלא להתרשל, ואף יותר מכך. ככל שעסקינן באופן ביצוע תפקידו של הממונה, אין מניעה לנקוט גישה קפדנית ולהציב רף גבוה. כך, למשל, מסכים אני עם ביקורתו של חברי ביחס להעדרה של עבודת מטה מסודרת (לפחות לפי החומר שלפנינו) לשם בחירת המיקום הנוכחי של היישוב מצפה כרמים. כך בגדרי המשפט המינהלי וחובתו של הממונה. אך ברגע שהממונה מבצע עסקה ונוצרת הסתמכות של גורמים אחרים – יוצאים אנו מתחומי המשפט המינהלי ונכנסים אל תחומי המשפט האזרחי החל על עסקאות בין מספר גורמים. מנקודת מבטם של הצדדים האחרים, המבחן המשפטי אינו השאלה האם הממונה עמד בסטנדרט המינהלי המצופה ממנו, אלא אם "הממונה חשב [את הנכס] בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי", כלשון סעיף 5. זוהי דרישה הנטועה בדין האזרחי, שתכליתיה אזרחית – הגנה על מבצעי עסקאות תוך איזון ביניהם ובין בעל הקניין. אם נאמר למתקשר "זכויותיך מוגנות, ובלבד שהממונה עמד בסטנדרט המינהלי המחמיר המצופה ממנו", עלולים אנו לפגוע קשות בתכלית האזרחית של תקנת השוק, שהרי אין זה נדיר כי נופל פגם בפעולתו של גורם מינהלי. זאת בשונה מעסקה שתלויה בכך שהגורם המינהלי סבור בזמן אמת – ולו מחמת שגגה או הפרה של כלל במשפט המינהלי – כי עמדתו נכונה. אכן, המתקשר עדיין חשוף לסיכון שהממונה אינו סבור – חרף המצג שיצר – כי מדובר ברכוש ממשלתי, או שהוא חושד בכך ואינו מנסה לברר את הדברים; אך זהו סיכון קטן בהרבה מהסיכון שנפל פגם בהתנהלות הממונה לפי הדינים החלים עליו. סיכון קטן כזה יכול להיחשב כסביר מבחינת התכלית האזרחית של תקנת השוק, ולכן אין הוא חותר

תחתיה. לפיכך הניתוח התכליתי של הסעיף מוביל לקביעה שזהו הנטל הרלוונטי. לא בכדי תלויה העסקה ב"תום לב" של הממונה, ולא ב"העדר רשלנות" או בביצוע של בדיקות מקיפות ונשנות. מטרת סעיף 5 אינה רק להכווין את התנהגותו של הממונה, אלא גם להגן על מי שהתקשר עמו.

לאחר הקדמה זו, אביא בקצרה את עיקרי דבריי בפסק הדין.

3. מענה לשאלת תום הלב דורש להגדיר תחילה את הסטנדרט המשפטי שמטיל סעיף 5, ולאחר מכן ליישם את הדברים על נסיבות העניין. אשר לסטנדרט המשפטי, קבעתי בחוות דעתי כי המפתח לעיצובו מצוי בתכלית הוראת הדין. בכל הנוגע לסעיף 5, על המבחן המשפטי לבטא באופן מאוזן וראוי את שתי התכליות המרכזיות של הסעיף: מצד אחד הגנה על הקניין של בעל המקרקעין, ומצד שני הגנה על מי שמבצע עסקאות עם הממונה, מסתמך עליהן, ולעיתים אף משקיע ממון רב ומשנה את מסלול חייו תוך הסתמכות על כשרות העסקה. הגנה כזו דרושה גם כדי לעודד עסקאות ולהעניק למתקשרים עם הממונה ודאות ואפשרות להסתמך על העסקה – תוצאה שהייתה נמנעת אם היה הדין בוחר להעדיף תמיד את בעל המקרקעין במסגרת תחרות הזכויות בין שני הצדדים תמי הלב. כפי שפורט בחוות דעתי, סטנדרט שמחמיר מדי עם הממונה – במסגרת דרישת "תום הלב" האזרחית – פוגע, לשיטתי, בתכליתו של סעיף 5. מי שמתקשר עמו חשוף לסיכון ממשי שיתברר בדיעבד כי מדובר ברכוש פרטי וכי תקנת השוק אינה חלה – תוצאה שמשמעותה עלולה להיות, כבמקרו, הריסת בית המגורים של מי שהתקשר בתום לב עם הממונה או הסתמך על התקשרות זו. קושי מרכזי הוא בכך שבשונה מתקנות שוק אחרות, שבהן תום הלב של הנהנה מתקנת השוק תלוי בהתנהגותו שלו, באופן שמאפשר לו מידת ודאות גבוהה יחסית – במסגרת סעיף 5 חשוף המתקשר לסיכון שאינו תלוי בהתנהגותו אלא בהתנהגותו של גורם אחר, הממונה. כפי שהסברתי בחוות דעתי, בנסיבות של עסקה עם הממונה יש לכך הצדקה, אולם מכיוון שעיצוב ההסדר באופן זה יוצר מתח עם התכלית של הגנה על מי שהתקשר עם הממונה – ראוי שלא להטיל על הממונה נטל שיאיין בפועל את פעולתו של סעיף 5.

אשר לנסיבות המקרה, הבהרתי בחוות דעתי כי מחומר הראיות עולה – במידה הנדרשת בהליך אזרחי, ועסקינן בערעור אזרחי – שכל הצדדים להסכם, הן הממונה והן ההסתדרות הציונית, סברו כי המקרקעין הרלוונטיים נתפסו בידי המפקד הצבאי. אלמלא כן, קשה להבין מדוע הוחלט, אם כבר "הזיזו" את מיקומו של היישוב לצורך האפשרות של הסדרה עתידית, להזיזו לנקודה שאינה מאפשרת הסדרה כזו. כל זאת, כאשר ברקע הוכח כי העמדה המשפטית שרווחה בשנת 1997, בעת החתימה על הסכם ההרשאה,

הייתה שהנתון הקובע הוא התפיסה בפועל ולא המפה שצורפה בשנת 1980 לצו התפיסה. בנוסף לכך הוכח כי הצדדים גרסו כי אכן נתפס בפועל שטח שחורג ממפת צו הסגירה, וכי ישנה התאמה טובה בין שטח תכנית המתאר לשטח שנתפס בפועל (גם אם החפיפה לא הייתה מלאה – כפי שעולה מתכתובות ביחס למגרשים אחרים שנכללו בתכנית). אף הוצגו ראיות לכך שעמדה זו, שלפיה הייתה תפיסה בפועל שחרגה ממפת צו התפיסה, נתמכה בסימונים שונים בשטח שחרגו מגבולות מפת צו התפיסה. אין לכחד כי מבחינת החובה החלה על הממונה, בכובעו כגורם מינהלי, נראה שראוי היה לבצע בירורים נוספים וטובים יותר; ברם, וכפי שהובהר, בתיק זה אין עסקינן בחובתו של הממונה – שעליו ניתן להטיל, כאמור, סטנדרט התנהגות מחמיר – אלא בשאלת תום לבו לצורך סעיף 5. במובן זה הוכח כי הגורמים השונים הגיעו למסקנה שנראתה סבירה בזמן אמת, ולפיה בפועל נתפס שטח גדול משטח מפת צו התפיסה, וכי ככלל יש התאמה בין השטח שנתפס לשטח תכנית המתאר. הדגש הושם בשילוב בין שניים: המשקל הראייתי שנתנו גורמי המקצוע ונציגי הצדדים לכך שהשטח נכלל בתכנית שאושרה בידי גורמי התכנון; לצד העמדה העקבית לאורך שנות התשעים של הגורמים המשפטיים, לפיה יש לבחון את השטח שנתפס בפועל וסומן, שאינו חופף לשטח שצוין במפת צו התפיסה.

למען שלמות התמונה, התייחסתי בחוות דעתי למספר נקודות נוספות. קבעתי כי מן החומר עולה שהמקרקעין שעליהם הוקם היישוב מצפה כרמים נכללו ב"הסכם ההרשאה" שנערך בשנת 1997 בין הממונה על הרכוש הממשלתי להסתדרות הציונית: זו הייתה כוונתם המשותפת של הצדדים, לנוכח העמדה שמקרקעין אלה נתפסו בפועל בידי המפקד הצבאי, וכוונתם לערוך עסקה בכל השטח התפוס שנכלל בתכנית המתאר של היישוב כוכב השחר. כל הצדדים להסכם העידו שזו הייתה כוונתם, והגורם השלישי ה"מתערב" – משיבים 1-3 – לא הניח תשתית לקבוע ששני הצדדים אינם מעידים על כוונתם האמיתית באותה עת. כן קבעתי כי סעיף 5 חל על המקרקעין מושא המחלוקת, וזאת מבלי שיש הכרח לקבוע מסמרות בשאלת פרשנות המונח "רכוש ממשלתי" בסעיף 1 לצו מספר 59. לבסוף, קבעתי כי לעניין סעיף 5 עסקינן ב"עסקה" ולא רק בהתחייבות לעשות עסקה, כי אין בסיס לטענה שיש לממונה זכות חוזית להשתחרר באופן חד צדדי מהסכם ההרשאה בנסיבות העניין, וכי אין צורך להכריע במקרה זה מה דינה של עסקה שנערכה ללא תמורה או הסתמכות מטעם מי שהתקשר עם הממונה. הואיל ושאלות אלה אינן מצויות במרכז הבקשה לדיון נוסף, אסתפק בדברים שנאמרו בהקשר זה בחוות דעתי בפסק הדין.

לצד האמור, ולשם חידוד עמדתו, ברצוני להוסיף ולהתייחס לשני עניינים שעולים מחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה: ראשון, הפן העיוני של חובת תום הלב שמוטלת על הממונה. שני, הפן היישומי של חובה זו בנסיבות העניין.

4. תום לבו של הממונה – הפן העיוני. חברי המשנה לנשיאה סבור כי המחלוקת בין גישתי לגישת הרוב בפסק הדין – שאותה אימץ חברי בחוות דעתו – נעוצה בעיקר באופן יישום חובת תום הלב המוטלת על הממונה על נסיבות העניין, ולא בפן העיוני שלה (פסקה 51 לחוות הדעת). דעתי שונה. אני סבור כי המחלוקת שנוצרה בין השופטים בהליך קמא ובהליך זה אינה נובעת רק מיישום שונה של אותה נורמה, אלא מהבדל השקפה עקרוני ביחס לחובת תום הלב של הממונה במסגרת סעיף 5 לצו.

קו המנחה את חברי בחוות דעתו הוא כי יש לפרש את סעיף 5 בצמצום, הן מכוח עקרון כללי לפיו יש לפרש תקנות שוק בצמצום, והן על רקע חובתו של המפקד הצבאי להגן על זכויות הקניין של התושבים המוגנים ביהודה ושומרון (פסקאות 34-37 לחוות דעתו של חברי). כפי שהובהר, לעמדתי הניתוח של הסוגיה צריך להיות תכליתי. הנטל המוטל על הממונה צריך לשרת את תכליתו של סעיף 5. הנטל אינו גבוה כשם שאינו נמוך, אין הוא מרחיב כשם שאין הוא מצמצם. הוא מכוון מטרה. המטרה היא להגן על שני גורמים (בעל המקרקעין ומי שהתקשר עם הממונה), תוך התחשבות גם בפעולתו של גורם שלישי (הממונה). הסעיף יוצר איזון משולש, גם אם לא משולש שווה צלעות. כשם שסטנדרט שמקל מדי עם הממונה פוגע באופן בלתי ראוי בבעל המקרקעין, סטנדרט מחמיר מדי פוגע באופן בלתי ראוי במי שהתקשר עם הממונה בתום לב ובתמורה, או הסתמך על התקשרות כזו. כך גם נפגעת האפשרות להסתמך על עסקאות עם הממונה ולפתח את נכסי הרכוש הממשלתי. כאן, כאמור, נקודת המחלוקת העיקרית ביני ובין חברי. מעמדתו עולה כי יש לראות את דרישת תום הלב לפי סעיף 5 לצו כזוהי לחובה שחלה על הממונה כגורם מינהלי, באופן שסטייה מחובה זו עולה גם לכדי חוסר תום לב לעניין הסעיף. לשיטתי, לעומת זאת, קו כזה אינו נותן משקל מספיק למי שמונח על הכף השנייה – מי שהתקשר בתום לב ובתמורה עם הממונה. במקום איזון בין שני צדדים, נוצר מבחן שמטה את הכף לצד אחד. זוהי תוצאה מתבקשת של בחינת סעיף 5 תחת קו מנחה של "צמצום". בשונה מכך, מההסדר שקבוע בסעיף 5 לא עולה "צמצום", אלא איזון. יש להעניק את המשקל הראוי לשתי כפות המאזניים.

לפי הבנתי, גישתו של חברי מתאימה למצבים שבהם, למשל, ניצב התושב המוגן מול הממונה. לו היה סכסוך בין שניהם בלבד, ללא מעורבות של גורם שלישי, נכון היה להטיל על הממונה נטל מחמיר. אך לא זהו המצב במסגרת סעיף 5. אין עסקינן, למשל,

במעין "הפקעה" של מקרקעין בידי הממונה לצרכי ציבור על יסוד הנחה מוטעית, שאז רשאי היה בעל המקרקעין לטעון כי אין להגן ולהנציח טעויות, ולו כאלה שנגרמו בתום לב. יש צד נוסף בסיפור – מי שהתקשר עם הממונה. צד זה, ככל שהוא תם לב ואף הוציא הוצאות ניכרות תוך הסתמכות על כשרות העסקה, זכאי גם הוא לפי הסעיף להגנה. סיפורו של סעיף 5 הוא גם הסיפור שלו, ולא רק הסיפור של הממונה ובעל המקרקעין.

5. תום ליבו של הממונה – הפן היישומי. בחוות דעתי בפסק הדין קבעתי כי חומר הראיות מלמד – במידה הדרושה בהליך אזרחי – כי בסוף שנות התשעים הייתה סברת הצדדים להסכם ההרשאה כי המקרקעין מושא המחלוקת נתפסו בידי המפקד הצבאי. בנוסף לכך, קבעתי כי אין להכתיר עמדה זו כחוסר תום הלב, למרות חוסר התאמה בין תכנית המתאר למפה שצורפה לצו התפיסה, או חוסר ההתאמה בין המפה שצורפה להסכם ההרשאה ומיקום המקרקעין. חרף נתונים אלה, העמדה שמדובר במקרקעין תפוסים הייתה בעלת יסוד. היא לא התעלמה מהנתון ה"חשוד" – הפער בין המפות למצב בשטח – אלא נתנה עליו את הדעת במפורש. העמדה לא הייתה כי יש להתעלם מהפערים, אלא כי יש לתת עדיפות למצב בשטח על פני המפות – לבחון את התפיסה בפועל ולא את המפה שצורפה לצו התפיסה (כך עולה, למשל, מהמכתבים השונים שאליהם מתייחס חברי המשנה לנשיאה בפסקה 5 לחוות דעתו, מראשית ואמצע שנות התשעים). למעשה, וכפי שצינתי בפסק הדין, אפילו המומחית מטעם משיבים 1-3 – ד"ר רונית לוי-שנור – סברה כי העמדה שמדובר במקרקעין תפוסים היא עמדה "טובה יחסית", וכי זו העמדה שהיה על המדינה להציג בערכאות השיפוטיות: "משהוגשה העתירה לבג"ץ כנגד החזקת השטח בידי המתיישבים, צריכה היתה המדינה להשיב את התשובה הטובה (יחסית) הבאה: אף כי אין השטח כלול בתחום צו התפיסה הרשמי, הריהו שטח תפוס... תשובה טובה זו היתה מאפשרת להימנע מתשובה רעה לעתירה, לפחות בעיניהם של תומכי השארת השכונה על כנה: כי יש הכרח בפינוי המקום נוכח פלישתו לקרקע פרטית" (רונית לוי-שנור "הטוב, הרע והמכוער בפרשת 'מצפה כרמים'" (30.8.2018), <https://tinyurl.com/y4q32xhs>). בסופו של דבר קבע בית המשפט המחוזי כי "לא שוכנעתי כי קיימת תשתית ראייתית מספיקה לקבוע כי צו התפיסה חל גם על שטח המקרקעין של מצפה כרמים" (פסקה 101 לפסק דינו של כב' השופט א' דדאל בבית המשפט המחוזי); ברם, לא מדובר בעמדה חסרת יסוד, אלא בעמדה שרק לאחר בירור משפטי ארוך ומורכב נקבע כי היא לא הוכחה בתשתית מספקת. אין לומר אפוא כי אחיזה בעמדה זו, בזמן אמת, עולה לכדי חוסר תום לב.

הדברים פורטו בהרחבה בפסק הדין, וחברי השופט נ' סולברג הוסיף והתייחס אליהם בהרחבה בהליך זה. בשלב זה אין אפוא צורך כי אשוב על מלוא הטענות, הראיות, ראיות הנגד, וההסברים שניתן להציע לכל אלה. אסתפק כעת בהתייחסות לארבע נקודות שעולות מתוך חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה בהקשר זה: אחת, משמעות סימני התפיסה שנמצאו בשטח. שנייה, מעמד המפה שצורפה להסכם ההרשאה. שלישית, מעמדה ומשקלה של תכנית המתאר. רביעית, המועד הרלוונטי לבחינת תום הלב.

6. משמעות סימני התפיסה שנמצאו בשטח. אחד הנדבכים בהערכת תום הלב של הצדדים להסכם ההרשאה, בסברם כי יש לתת עדיפות לתפיסה בפועל על פני מפת צו התפיסה, הוא השאלה האם היה בסיס בשטח שמעיד על תפיסה שחורגת מגבולות מפת צו התפיסה. בחוות דעתי בפסק הדין ניתן משקל לעדותו של מר יאיר בלומנטל – שבית המשפט המחוזי מצאה כמהימנה – לפיה היו בשטח סימונים (גדר תלתלית) שהעידו על תפיסה בפועל של מקרקעין, מעבר לגבולות המפה שצורפה לצו התפיסה שהוציא המפקד הצבאי (פסקאות 6-7, 20 לחוות דעתי). חברי המשנה לנשיאה סבור שעדות זו אינה תומכת במסקנה שהמקרקעין שעליהם הוקמה מצפה כרמים נתפסו בתפיסה צבאית, שכן היישוב לא הוקם בסופו של דבר במקום שאליו התייחס בלומנטל בעדותו, ולא הוצגה ראיה לפיה גם המקרקעין שעליהם הוקם היישוב היו מגודרים בגדר (פסקה 93 לחוות דעתו של חברי). אבהיר אפוא את עמדתי בנקודה זו.

כפי שעולה מהעדויות שבית המשפט המחוזי מצאן כמהימנות, עמדת הגורמים השונים לאורך שנות התשעים הייתה כי בפועל תפס המפקד הצבאי שטח גדול משטח המפה שצורפה לצו התפיסה. עוד סברו – לפחות מבחינה סובייקטיבית, לפי קביעות המהימנות של בית המשפט המחוזי – כי באופן עקרוני חופף שטח תכנית המתאר לשטח שנתפס. במקום שבו נתגלע בכל זאת פער מסוים בין העדויות על תפיסה בפועל לגבולות התכנית שהופקדה – לפחות קודם לאישורה – אף נשלחו מכתבים שונים בעניין (פער זה בין גבולות התכנית לשטח שנתפס בפועל אינו מתייחס למקרקעין מושא המחלוקת). המסקנה שהמקרקעין תפוסים נבעה, אם כן, מהשילוב בין שתי "ראיות נסיבתיות" לקיומה של תפיסה בפועל: גבולות התכנית שנחתמה בידי הממונה ואושרה בידי גורמי התכנון, וקיומה של גדר בשטח. אכן, לא הוצגה ראיה – לכאן או לכאן – ביחס לשאלה האם גם המקרקעין שעליהם נבנתה מצפה כרמים היו בתחומי הגידור (בלומנטל ציין בעדותו כי הוא לא היה בשטח, אך "נאמר לי, נאמר לי בזמנו שזה בתחום התכנית שטח הקצאה של הממונה שהיא בגדול תאמה את הגדר" (עמוד 262 לפרוטוקול). וכן ראו את עדותו של האלוף משה (בוגי) יעלון, שהעיד כי במסגרת הדיון שנערך אצלו בנושא לא עלתה טענה – מצד ההסתדרות או מצד גורמי המינהל האזרחי – כי לא מדובר במקרקעין

תפוסים, וכי ליווה בעצמו (גם אם לא באופן פיזי) את עליית התושבים לקרקע, ווידא כי הם מתיישבים במקום "הנכון" (עמודים 20, 22 לפרוטוקול)). ברם, ובראי יריעת המחלוקת – האם התפיסה הייתה רק בגבולות המפה, או שבפועל נתפס השטח שעליו מבוססת התכנית שאושרה – קיומה של גדר גם בחלק מהתוואי תומך באפשרות השנייה יותר מאשר בראשונה, וזאת גם אם הגדר לא הקיפה מאה אחוזים מהשטח אלא רק את חלקו. לשון אחר, איני מסכים עם חברי כי אין די בכך שהייתה גדר במקום "קרוב" למקום שבו הוקם היישוב, וכי יש חשיבות רק לשאלה האם הוכח באופן ספציפי כי הגדר הקיפה את המיקום המדויק של היישוב. בעיני, הגדר במקרקעין סמוכים היא ראייה נסיבתית התומכת בסבירות התיזה של "תפיסה בפועל שעליה מבוססת התכנית" (גם אם החפיפה בין התפיסה לתכנית לא הייתה מושלמת) על פני התיזה של "לא הייתה תפיסה בפועל מעבר לגבולות המפה". ושוב: אין עסקינן כעת בשאלה האם המפקד הצבאי תפס את המקרקעין בפועל – בית המשפט המחוזי קבע שלא הונחה תשתית מתאימה לכך – אלא האם ניתן היה לסבור בתום לב בזמן אמת כי זה המצב, על סמך הגידור שהיה קיים בשילוב תכנית המתאר שאושרה.

7. מעמד המפה שצורפה להסכם ההרשאה. חברי המשנה לנשיאה מנה מספר "נורות אזהרה" שמעידות, לשיטתו, על כך שהממונה חשד, לכל הפחות, שהסכם ההרשאה (על בסיס גבולות תכנית המתאר) כולל מקרקעין שאינם תפוסים, ו"עצם את עיניו" מבלי לברר את החשד. חברי השופט סולברג התייחס לטענות אלה בחוות דעתו ונתן להן מענה (פסקאות 97-99 לחוות דעתו), ולפיכך ברצוני להתמקד כעת בנקודה אחת, שחברי המשנה לנשיאה ראה בה "נורה אדומה מובהקת" – קיומו של פער גדול מאוד בין המפה שצורפה להסכם ההרשאה (שכללה כ-1071 דונם) והשטח שבו סבר הממונה כי ניתן להקים את היישוב (שכלל כ-1416 דונם) (פסקה 85 לחוות דעתו). לשיטתי, מחומר הראיות לא עולה כי המפה שצורפה להסכם ההרשאה עוררה חשד כלשהו מצד הממונה בכל הנוגע לזכויות הקניין במקרקעין שנכללו בתכנית המתאר. ממילא אין לומר כי הוא "נמנע מלברר" חשד כזה. מבחנים אלה עומדים בלב מבחן תום הלב, ובבחינת קיומו של חוסר תום לב.

כפי שפרטתי בחוות דעתי בפסק הדין, מהעדויות שאותן אימץ בית המשפט המחוזי עלה כי למפות שצורפו להסכמי ההרשאה לא הייתה חשיבות רבה בעיני הצדדים באותה התקופה. ודאי כי מבחינת המינהל התקין מדובר בהתנהלות פגומה, אך כאמור – "תום הלב" לפי סעיף 5 לצו אינו נשלל בכל פעם שהממונה סוטה מכללי המינהל התקין. השאלה אינה אם התנהלות הצדדים הייתה תקינה, אלא האם חוסר תקינות זה שולל בנסיבות העניין את תום ליבם, במובן זה שהוא מעיד כי חשדו שחוסר התקינות מלמד

על טעות בכל הנוגע לזכויות במקרקעין. התשובה השלילית לשאלה זו נתמכת לא רק בעדויות שנשמעו ובנוסח ההסכם, שאינו דבק בגבולות המפה שצורפה לו, אלא גם בהתנהלות הצדדים בענייננו לאורך השנים. כדי להבהיר את הנקודה, נזכיר כי לפי כוונת הצדדים, הסכם ההרשאה נועד לחול על כל שטחו של השטח ש"נתפס" בידי המפקד הצבאי (שתאם פחות או יותר, לפי עמדה זו, לגבולות תכנית המתאר). ניתן היה לצפות אפוא שהמפה שתצורף להסכם תהיה זו שצורפה לצו התפיסה או, לחלופין, של גבולות "התפיסה בפועל", דהיינו גבולות תכנית המתאר (850 דונם או 1416 דונם). למרות זאת, לאורך השנים צורפה להסכמים הרבים שנחתמו שוב ושוב מפה שצורפה לצו סגירה משנות השבעים, שחל על 1,071 דונם מן המקרקעין. אין כל הסבר להתנהלות זו. המפה שצורפה לא תומכת לא בעמדת המבקשים ולא בעמדת המשיבים, שכן עסקינן במפה שגויה בין אם נועד הסכם ההרשאה לחול על שטח מפת צו התפיסה (850 דונם) ובין אם הוא נועד לחול על שטח התפיסה בפועל לפי סברת הצדדים (1416 דונם). אף אין הסבר מדוע לאורך השנים וההסכמים אין תיעוד של תמיהה על עניין זה אלא להפך – פעם אחר פעם המשיכו הצדדים לצרף להסכמי ההרשאה מפה בלתי רלוונטית. התנהלות כזו תומכת בעדויות שנשמעו, לפיהן לא יוחסה למפה חשיבות באותה עת.

בנסיבות כאלה, הפער בין המפה שצורפה להסכם להתנהלות בפועל אינו בגדר "נורת אזהרה". אמנם הפער הוא בגדר נתון "חשוד", דהיינו התנהלות שיש להסבירה, אולם ניתן הסבר שנתמך בחומר הראיות. בנסיבות אלה, ובהעדר ראיות אחרות שמעידות על כך שהמפה הבלתי מוסכרת שצורפה להסכם ההרשאה הטרידה גורם כלשהו, אין לומר כי מדובר ב"נורת אזהרה" שמעידה על חשד ועצימת עיניים. לא מדובר, למשל, על מצב שבו המפה עוררה אצל הממונה חשד בפועל כי המקרקעין לא נתפסו בידי המפקד הצבאי, והוא הסתפק בקיומו של גידור במקרקעין סמוכים מבלי להוסיף ולבצע בירורים נוספים. לשון אחר, עסקינן לא בנורת אזהרה אלא בנורמה פגומה שנהגה בעבר; ברם, מבחן תום הלב לפי סעיף 5 לא בוחן את תקינות התנהלות הממונה אלא את תום לבו. בנסיבות העניין ההתעלמות מהמפה אינה מעידה על חוסר תום לב מעין זה. לשם הבהרה נוספת, יתכן שאילו היו גורמים שונים מתעלמים מהמפה כיום – כאשר ההקפדה על הכללים טובה יותר מאשר בעבר – הייתה זו אינדיקציה טובה גם לחוסר תום לב. ברם, את התנהלות הצדדים יש להעריך על פי הנוהג בזמן אמת, ולא לפי חכמה או נוהל שבדיעבד.

8. מעמדה ומשקלה של תכנית המתאר. חברי, המשנה לנשיאה, סבור כי מן החומר עולה ש"לא התפיסה בפועל הכתיבה את גבולות התכנית – כי אם התכנית היא זו שהכתיבה את גבולות התפיסה. עמדה זו משקפת עמדה שלפיה גבולות צו התפיסה אינם

רלוונטיים לשאלה אם השטח תפוס או לא, אלא שטחה של התכנית המאושרת" (פסקה 94 לחוות דעתו של חברי). להבנת, עמדה כזו אינה עולה מחומר הראיות.

חברי סבור שהעמדה של "רק התכנית" עולה משתי עדויות. ראשית, דבריו של היועץ המשפטי לאזור דאז, אל"מ שלמה פוליטיס, לפיהם "שטח שתפוס לצרכים צבאיים זה לא רק השטח התפוס בפועל... ברגע שבעצם זה מופיע במסגרת התכנית... זה שטח שבעצם הוא תפוס לצרכים צבאיים". דא עקא, בהמשך עמוד הפרוטוקול שציטט חברי נשאל אל"מ פוליטיס ישירות האם כוונתו לכך שהתכנית – ולא הצו או התפיסה בפועל – היא שמכתיבה את גבולות התפיסה, ובתשובה לכך הובהר כי גם לשיטתו חייבים להיות צו או תפיסה בפועל, ואין די בתכנית המתאר: "ש. כלומר שאם התכנית חורגת מצו התפיסה, עצם קיומה תופס מקרקעין פרטיים והופך אותם לשטח תפוס מבחינה קניינית?" "ת. מבחינה קניינית, אם השטח היה תפוס בתפיסה ממשית. כלומר שני דברים, אם יש לי תכנית של יישוב והוא נמצא באותו, השטח המסויים לא מומש אבל הוא נמצא בתחום התכנית ועל פי החלטת הממשלה, השטח תפוס לצרכים צבאיים" [...]

"המפקד הצבאי הוא מוציא בפועל בעצם... מי שבעצם בסופו של דבר מוציא את הצו ואת הצורך הצבאי, והוא נותן ביטוי לצורך הצבאי, זה המפקד הצבאי כמובן, וזה לא ראש הממשלה ולא הממשלה, וזה המפקד הצבאי" (עמודים 105-106 לפרוטוקול הדיון). ההדגשה נוספה). במילים אחרות, אל"מ פוליטיס הבהיר שגם לשיטתו אין די בתכנית, ולא התכנית היא שקבעה באופן בלעדי את גבולות התפיסה.

שנית, חברי ביסס את מסקנתו על עדותו של בלומנטל, שהוזכרה לעיל, לפיה "שרטוט צו התפיסה 'לא מעניין' אותו" (פסקה 94 לחוות הדעת). ברם, מתצהירו ומעדויותו של בלומנטל לא עולה כלל העמדה לפיה גבולות התפיסה נקבעים על יסוד התכנית. מעדותו עולה כי הגישה דאז הייתה כי המפקד הצבאי תפס בפועל מקרקעין מעבר לגבולות "שרטוט צו התפיסה" (דהיינו המפה שצורפה לצו התפיסה). גישה זו לא נסמכה באופן בלעדי על קיומה של תכנית, אלא ניתן משקל רב לעדויות בשטח לתפיסה כזו. הנתון המכונן לא היה התכנית כשלעצמה, אלא התפיסה כשלעצמה, והמפה "נדחתה" מפני התפיסה בפועל ולא מפני התכנית. במסגרת בחינה זו יש חשיבות ראייתית גם לגבולות התכנית – לא כשלעצמה אלא לאור ההנחה ש"אלמלא היתה הקרקע תפוסה, לא היו לגביה תכניות בנות תוקף, שקיבלו את אישור כל הגורמים המקצועיים (ובהם הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, מנהלת לשכת התכנון והממונה מכוח צו 997)" (סעיף 6 לתצהיר בלומנטל). זוהי אפוא אינדיקציה ראייתית, אולם יש חשיבות גם לנתונים אחרים, כגון סימני התפיסה בשטח (ראו למשל עמוד 261 לפרוטוקול הדיון).

גישה זו, הרואה באישור התכנית אינדיקציה לכך שהגורמים המאשרים עיינו בחומר שהניח את דעתם, אינה מלמדת על חוסר תום לב אלא מתיישבת עם דרישה זו.

9. המועד הרלוונטי לבחינת תום הלב. בפסק הדין קבעתי כי המועד הרלוונטי לבחינת תום הלב הוא המועד שבו נחתם ההסכם ההרשאה האחרון והתקף כיום – בשנת 1997. כך – ולא רק הסכמי הרשאה קודמים. כמובן, לו היה נקבע כי "תקנת השוק" התגבשה עוד קודם לכן ניתן היה להסתפק בזאת, אולם בחוות דעתי הודגש כי גם אם זה אינו המצב – יש להוסיף ולבדוק האם התגבשה תקנת השוק במועד מאוחר יותר. הטעם לכך הוא שגם אם נניח כי בשנים עברו, לא חל סעיף 5 על הסכמי ההרשאה (ויוזכר כי בית המשפט המחוזי קבע כי הסעיף חל כבר על הסכם ההרשאה הראשון, בתחילת שנות השמונים) – אין לשלול את האפשרות שתקנת השוק לא תחול על עסקה מסוימת אך כן תחול על עסקה אחרת ומאוחרת באותם מקרקעין, לאחר חלוף שנים ושינוי הנפשות הפועלות והנסיבות. גם חברי המשנה לנשיאה מסכים כי בחלוף השנים ה"אור האדום" שנשקף, לדעתו, מתכנית המתאר – "עומעם" ו"אין תימה כי בשלב זה היו גורמים שסברו כי עצם קיומן של תכניות מאושרות ביחס לקרקע... מלמד שמדובר בקרקע תפוסה" (פסקה 92 לחוות דעתו). בנוסף לכך, קבעתי בחוות דעתי כי נכון אני להניח שתקנת השוק לא השתכללה באופן סופי עד למועד שבו מוקם היישוב מצפה כרמים במיקומו הנוכחי – ככל הנראה בסוף שנת 1999 או תחילת שנת 2000. זאת, לנוכח שאלות משפטיות ועובדתיות שונות ביחס לתחולת סעיף 5 לצו על הסכם ההרשאה בין הסוכנות היהודית לממונה קודם שהסתמכו תושבי מצפה כרמים על ההסכם. ביחס לקביעה אחרונה זו העלה חברי המשנה לנשיאה מספר סימני שאלה. אבהיר אפוא גם נקודה זו.

חברי העלה ספק האם במועד מאוחר זה ניתן היה לדבר על "עסקה" (שם). התשובה לשאלה זו היא שהעסקה הרלוונטית לסעיף 5 היא הסכם ההרשאה משנת 1997. ברם, לא תמיד חלה תקנת השוק במועד ביצוע העסקה. כך, למשל, במקרה שבו בוצעה עסקת מקרקעין בישראל, תוך הסתמכות על מרשם המקרקעין בתום לב, אולם נקבע כי התמורה תשולם בתוך שנתיים. אם התברר קודם לתשלום התמורה כי הרישום שגוי – יש אחיזה לעמדה שהרוכש – שטרם שילם – לא יגבר על בעל המקרקעין. באופן דומה, אפשר לטעון שתקנת השוק מכוח סעיף 5 טרם "התגבשה" ביחס למקרקעין מושא המחלוקת עד להסתמכות התושבים על ההסכם – זאת הגם שההסכם עצמו נחתם בשנת 1997.

תמיהות נוספות של חברי נגעו למעמד הביורורים שבוצעו בשנת 1999 ביחס למיקום הגדר בשטח (פסקאות 93-94 לחוות דעתו). כפי שכתבתי בחוות דעתי בפסק

הדין, הברורים שבוצעו רלוונטיים בשתי צורות. ראשית, יש בהתנהלות הצדדים בשנת 1999 כדי לשפוך אור על תום לבם גם בשנת 1997, באותו אופן שבו ניתן ללמוד מהתנהגות צדדים לחוזה לאחר כריתתו מה היה אומד דעתם בעת הכריתה. כך, למשל, ביצוע הבדיקות בשנת 1999 מלמד כי "גישת התפיסה בפועל" לא נסמכה רק על עצם קיומה של תכנית אלא גם על המצב בשטח, ומציאת הסימון בשטח מלמדת על כך שהיה יסוד בשטח לעמדה – לאורך כל שנות התשעים – לפיה התפיסה בפועל חרגה מגבולות המפה שצורפה לצו התפיסה. שנית, ככל שתקנת השוק לא התגבשה עד למועד העברת היישוב למיקומו הנוכחי, הרי שתום הלב נבחן עד למועד זה. אם היה מתברר – כפי שאכן נטען – שחומר הראיות מלמד על חוסר תום לב סביב העברת מיקום היישוב, היה בכך (במסגרת קו זה) לשלול את תחולת סעיף 5. מכאן שיש לבחון גם את התנהלות הצדדים במועד המאוחר. לשון אחר, בחינת ההתנהלות בשנת 1999 אינה מתוך הנחה שתום לב במועד זה היה יכול "לרפא" חוסר תום לב שנלווה לכריתת הסכם ההרשאה בשנת 1997, אלא להפך – כדי לבחון האם במועד המאוחר פעלו הצדדים בחוסר תום לב ששולל את תחולת סעיף 5 על המקרה (בהנחה שקודם לכן לא התגבשה תקנת השוק). לגוף העניין, קבעתי בחוות דעתי כי ההתנהלות המאוחרת מעידה גם היא על תום הלב של הצדדים, הן בשנת 1997 והן בשנת 1999.

10. סוף דבר, תיק זה עוסק בתאונה משפטית. סעיף 5 לצו קובע כי ההכרעה בדבר תוצאות התאונה נגזרת, בין היתר, מדרישת תום הלב – לא רק של מי שרכש את הזכויות מאת הממונה, אלא גם של הממונה עצמו. לאחרון תפקיד כפול: גורם מינהלי וצד לעסקה. כפל התפקידים מתבטא גם בחובות שונות במסגרת כל תפקיד. כגורם מינהלי, עליו לפעול לפי כללי המשפט המינהלי, לרבות החובה שלא להתרשל. כמתקשר בעסקה עליו לפעול "בתום לב", כלשון סעיף 5. תום לב לחוד ורשלנות לחוד. ודוקו, בכל הנוגע לסוגיות של רשלנות יש להעריך את פעולתו של מזיק בשעת המעשה. הדרישה מבית חולים כיום, במסגרת חובתו על פי דיני הנזיקין, אינה זהה לדרישה מבית החולים לפני עשרים שנה. אם כך ברשלנות, על אחת כמה וכמה בכל הנוגע להערכת תום הלב, שבגדרו יש מקום רב יותר לנקודת המבט הסובייקטיבית של הצדדים לעסקה.

לשיטתי חובת תום הלב המוטלת על הצדדים צריכה להיקבע בהתאם לתכלית הסעיף המטיל אותה. סעיף 5 לצו – בדומה לתקנות שוק אחרות – אינו מורה לבחון את "מאזן הנזק" בין הצדדים לתאונה המשפטית. ברם, תכליתו – שלאורה יש לפרש את הסעיף – היא גם להגן על מי שהתקשר עם הממונה. תכלית זו מודעת להשלכות המעשיות שיכולות להיות, כבמקורנו, לקביעה שתקנת השוק אינה חלה על ההתקשרות. פעמים רבות, אם לא תמיד, ההתקשרות עם הממונה אינה אלא שלב בדרך להתקשרות נוספת עם

גורם שלישי שמסתמך על ההתקשרות עם הממונה. כאן, הצדדים הישירים להסכם ההרשאה – הממונה וההסתדרות הציונית – הם גורמים שפועלים בספירה הציבורית. אולם ניתן לצפות, ולו ברמה העובדתית, שהתאונה המשפטית תשפיע על צדדים נוספים שהם אנשים פרטיים, שאף עלולים לאבד את ביתם. כאמור, עמדתי היא כי יש לבחון את סעיף 5 על פי תכליתו, שמתייחסת לצדדים לעסקה. ואכן, מיקוד בצדדים הישירים להסכם ההרשאה על פי מצוות סעיף 5, מוביל – מבחינת הנסיבות, הפרשנות התכליתית, ויישום של תום לב – למסקנה שסעיף 5 חל על נסיבות העניין.

11. לאחר הדברים האלה: בתגובתו לחוות דעת זו סבור חברי, המשנה לנשיאה, כי בכל מקרה לא הוכחה "הסתמכות" של צד שלישי על הסכם ההרשאה בשנת 1999 או 2000. שלוש תשובות לכך. האחת במישור העובדתי. בעניין זה די להפנות את הקורא לממצאים העובדתיים שנקבעו בבית המשפט המחוזי, לרבות הקמת היישוב מצפה כרמים במועד זה בליווי וסיוע של גורמים מטעם המפקד הצבאי ומטעם ההסתדרות. השנייה, במישור העיוני המובהק. כפי שצינתי, עמדתי היא כי יש לפרש את סעיף 5 פרשנות תכליתית, ולא פרשנות מצמצמת. זה הבסיס למבחן בחוק, ומשקיים מבחן בחוק – לא בוחנים אותו מחדש בכל פעם על פי עובדות המקרה הקונקרטיות. עמדה זו משייכת את סעיף 5 למשפחה של מקרים בהם התרחשה תאונה משפטית ויש צורך לדון בתקנת השוק או מעין תקנת השוק. השלישית היא עיונית קונקרטית. הדגשתי כי מבחן תום הלב ייעשה בפריזמה של הצדדים הישירים לחוזה, שהם הממונה וההסתדרות. כך נהגתי בהגיעי למסקנה אליה הגעתי, לפיה הצדדים פעלו בתום לב. ואולם ניתן גם ניתן שלא להתעלם מעובדות המקרה. תאונה משפטית, כמו כל תאונה, בכוחה לפגוע גם במי שאינו הצד הישיר לתאונה – ובמקרה זה הצדדים שחתמו על הסכם ההרשאה. גם אם יסבור מי שיסבור כי תושבי מצפה כרמים מצויים ברקע, עדיין הם בתמונה. וארחיב מה.

הייתי נכון להניח כי תקנת השוק התגבשה באופן סופי – מבחינת היבט ה"תמורה" או ההסתמכות – רק עם הסתמכותם של צדדים שלישיים על הסכם ההרשאה, בעת העברת היישוב למיקומו הנוכחי; אולם אותה הסתמכות (בסוף שנת 1999 או תחילת שנת 2000) אינה תלויה בזהות של כל אחד ואחד מיושבי מצפה כרמים כיום. ההסתמכות של התושבים באותן שנים – שהתבטאה בהקמת היישוב בליווי גורמים מטעם המפקד הצבאי וההסתדרות – גרמה להשתכללות הזכויות של ההסתדרות מכוח הסכם ההרשאה, ככל שאלה לא השתכללו קודם לכן, והעובדה שתושבי היישוב התחלפו עם השנים אינה פוגעת בזכויות ההסתדרות מתוקף הסכם ההרשאה. פועלו של סעיף 5 לצו, בדומה לפעולתם של סעיפים דומים בחקיקה בישראל, לצו הוא "קנייני". כך במובן זה שהוא

אינו יוצר אך ורק זכות אישית שאינה ניתנת להעברה, כפי אפשר להבין מעמדתו של חברי.

12. לאחר כתיבת חוות דעתי עיינתי בחוות הדעת של חבריי, הנשיאה א' חיות, השופט י' עמית והשופטת ד' ברק-ארז, ובעקבותיהן ראיתי להוסיף ולהבהיר בקצרה נקודות שעלו בחוות הדעת. תחילה אתייחס לדברי חברתי הנשיאה, ולאחר מכן לדברי חברתי, השופטת ד' ברק-ארז.

חברתי הנשיאה ציינה את דברי השופטת ברק-ארז, כי "ראתה השופטת ברק-ארז להסתייג – ולכך אין לי אלא להצטרף – מעמדתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל המבקש לנתק בין סטנדרט הבחינה 'האזרחי' המוטל על הממונה בסעיף 5 לצו ובין החובות המוטלות עליו מכוח המשפט המנהלי והמשפט הבינלאומי". אבקש להבהיר את עמדתי בנדון.

איני סבור כי קיים "נתק" בין הסטנדרט שחל על הממונה בכובעו המינהלי לסטנדרט הבחינה האזרחי שמחיל סעיף 5, אלא כי "הסעיף יוצר פער בין החובה שמוטלת על הממונה ככזה, ובין הערכת התנהלותו לעניין מתן תוקף לעסקה מכוח תקנת השוק" (פסקה 2 לחוות דעתי בהליך זה). לאמור, עדיין יש חשיבות לכך שעסקינן בממונה ולחובותיו מכוח המשפט המינהלי והבינלאומי, ונתון זה אינו בלתי רלוונטי, אולם החובות האמורות מקבלות משקל חלקי – ולא מוחלט – בעת הערכת תחולת סעיף 5: "במסגרת סעיף 5 המיקוד אינו רק בממונה, אלא גם בצדדים נוספים ובהגנה עליהם... אין לבחון רק את השאלה האם הממונה קיים את כל חובותיו, אלא יש לתת משקל במסגרת המבחן גם להסתמכותם של צדדים נוספים על העסקה" (שם. ההדגשות נוספו). פער – שנובע מן הצורך לאזן בין מספר גורמים – אך לא נתק. כפי שהבהרתי בחוות דעתי בערעור האזרחי, "אמנם המשפט המינהלי מטיל על הממונה חובות שונות בעת עריכת העסקה, אך בשונה מתקנות שוק אחרות – כאן הממונה אינו 'נייטרלי' אלא צד לעסקה. התנאת ההגנה על הרוכש בתום לבה של הרשות מונעת מצב שבו הרשות הרלוונטית הופכת, בחסות תקנת השוק, למעין רשות מפקיעה הלכה למעשה, ובפרט כאשר מדובר בנכסים שמועדים יותר לטעויות ולתאונות משפטיות. האחריות המוטלת על הרשות חובשת לראשה כובע נוסף – לא רק צד לעסקה, אלא גם גורם מפקח... דרישה זו נועדה להוסיף שכבת הגנה על בעליו של הנכס" (שם, פסקה 16).

13. חברתי, השופטת ברק-ארז, מסכימה כי סעיף 5 לצו חל בענייננו על החלק הבנוי בגבולות היישוב מצפה כרמים, אך לא על כל שטחו, והכל כמפורט בפסקה 57 לחוות

דעתה. לתוצאה זו הצטרף גם חברי, השופט עמית. עמדתי המשפטית שונה בשל שני היבטים. ראשית, מבחינה דיונית הצדדים לא התייחסו לסוגיה זו, שמעוררת שאלות משפטיות ועובדתיות שונות. מכאן הקושי להידרש לעניין זה במסגרת ההליך דנן. שנית, מבחינת הדין החל. אני סבור כי גם אם נניח שה"תמורה" הנדרשת לעניין סעיף 5 היא הבינוי הקיים בפועל במקרקעין, "תמורה" זו מחילה את תקנת השוק הקבועה בסעיף 5 על הסכם ההרשאה כולו, ולכל הפחות על שטח היישוב כולו, שלגביו הייתה הסתמכות על ההסכם. לאמור, סעיף 5 מתייחס לעסקה ולהסכם מסוימים, ואם הסעיף חל – הוא חל על כל השטח שנכלל בעסקה.

לסיכום, לא מצאתי לשנות מעמדתי ב"גלגול הראשון" של תיק זה, בו קבעתי בדעת מיעוט כי סעיף 5 חל על כל שטח היישוב מצפה כרמים. אלא, הכרעת השופט לחוד והכרעת רוב חברי ההרכב לחוד. אשר לראשון, השופט חייב להחליט על פי הבנתו, תוך התייחסות לעובדות המקרה והדין החל. אשר לשני, התוצאה כאשר שופט הוא חלק מהרכב תלויה ברוב, בהתאם לכלל ההכרעה שנקבע בדין. כל שופט אחראי להחלטתו, ואם נוצרה מחלוקת בהרכב יש כללי הכרעה עצמאיים. בענייננו ישנן שלוש דעות. חברי, השופט סולברג, סבור – כפי שסברתי בהליך קמא – כי סעיף 5 חל על כל שטח היישוב. חברתי הנשיאה חיות, וחבריי המשנה לנשיאה פוגלמן והשופט ע' ברון סבורים כי דין הבקשה לדיון נוסף להידחות, ובכך הצטרפו לדעת הרוב בהליך קמא – מפי הנשיאה חיות ובהסכמת המשנה לנשיאה ח' מלצר. לעומת מחלוקת זו, חבריי, השופטת ברק-ארוך והשופט עמית דוגלים בגישה שלישית, לפיה סעיף 5 חל על החלק הבנוי בגבולות היישוב, ולא על כולו, וכן קבעו מנגנון פיצוי לבעלים הרשומים או למי שיוכחו את בעלותם במקרקעין.

בצומת משולש זה, השאלה היא מה דעת הרוב בשורה התחתונה. לדעתי יש עמדת רוב לקבלת הבקשה באופן חלקי כאמור בחוות דעתה של השופטת ברק-ארוך, שעמה הסכים השופט עמית, אך למען הסר ספק – ואף משיקולים מעשיים – אציין כי אני מצטרף לדעתם. יצוין כי גם חברי השופט סולברג הצטרף לדעתם במישור היישומי ומטעמים מעשיים (ראו סעיפים 106-110 לחוות דעתו).

14. סוף דבר, לו הייתה דעתי נשמעת, היינו מקבלים את הבקשה לדיון נוסף, ומורים על דחיית הערעור שהגישו משיבים 1-3 על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ומחיקת העתירה שנדונה יחד עם הערעור, תוך ביטול החיוב בהוצאות שהוטל בפסק הדין בערעור, והוראה לפיה כל צד יישא בהוצאותיו במסגרת ההליכים בבית משפט זה. ברם,

משלא התקבלה דעתי, וגם מטעמים מעשיים ולמען הבהירות, מצטרף אני, מבחינת התוצאה האופרטיבית, לעמדת חבריי, השופט עמית והשופטת ברק-ארוך, כמפורט בסעיף 57 לחוות דעתה, וכן למנגנון הפיצוי שנקבע על ידה.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט י' עמית:

1. תקנת שוק היא סוג אחד מני מספר סוגים של מקרים שבהם נוצרת תחרות בין זכויות. למשל, תחרות בין קונה מוקדם לקונה מאוחר או תחרות בין נמחה מוקדם לנמחה מאוחר (ראו סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין)), סעיף 4 לחוק המחאת זכויות, התשכ"ט-1969); תחרות בין צד שלישי לבין הבעלים המקורי שביטל את ההסכם בינו לבין רוכש הנכס (ראו, לדוגמה, ע"א 248/77 בנק הפועלים בע"מ נ' גרבורג, פ"ד לב(1) 253 (1977), ע"א 459/78 חברת בני פיפשוקי בע"מ נ' חברת אבני יצחק בע"מ, פ"ד לה(3) 169 (1981)); תחרות בין רוכש מוקדם לנושה מאוחר (ראו, לדוגמה, ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999)); תחרות בין בעל משכנתא לבין בן זוג הטוען לחזקת שיתוף (ראו, לדוגמה, ע"א 3002/93 בן-צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5, 16 (1995)).

גם תקנת שוק באה להסדיר תחרות בין זכויות, ורבות הן תקנות השוק במשפט הישראלי. המשותף כמעט לכל תקנות השוק למיניהן ולסוגיהן השונים, שהן באו להסדיר מצב עניינים שבו נגזל נכס והועבר לצד שלישי, כך שנוצר משולש: בעלים מקורי – גזלן – צד שלישי, כאשר התחרות היא בין זכותו של הבעלים המקורי לבין זכותו של הצד השלישי. כך, לדוגמה, שמעון שרכש מגזלן מכשיר טלוויזיה שנגנב מראובן, יזכה להגנת תקנת השוק רק אם עמד בתנאי סעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר). מי שרכש מקרקעין מוסדרים מגזלן שנרשם שלא כדין כבעלים של המקרקעין, יזכה להגנת תקנת השוק רק אם עמד בתנאי סעיף 10 לחוק המקרקעין, הכוללים תום לב ותמורה והשלמת הרישום על שם הצד השלישי (רע"א 2267/95 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854 (1995)), כאשר תום הלב של הצד השלישי אף צריך להימשך עד לסיום הליכי הרישום (ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 832 (2002)).

כאמור, תקנות השוק למיניהן באו להסדיר תחרות בין הבעלים המקורי לבין צד שלישי שרכש מגזלן. כפי שהודגם לעיל, מצב טיפוסי שבו תחול תקנת השוק הוא כאשר מדובר בנכס שנגנב במזיד מבעליו ונמכר לצד שלישי. אך לצורך תחולת תקנת השוק, גזל הנכס מהבעלים המקורי יכול להיות גם שלא מדעת, קרי, שלא מתוך מחשבת זדון. כך, סעיף 10 לחוק המקרקעין יחול גם אם ראובן שמכר מקרקעין לשמעון, נרשם כבעלים של המקרקעין מתוך טעות כנה בסברו שהוא הזכאי להירשם כיוורש של המקרקעין. גזל, במובן המשפטי, אינו מצריך אפוא יסוד נפשי של זדון או כוונה, וענייננו בכל שלילה שלא כדין של נכס, וזאת בדומה לעוולות של הסגת גבול במקרקעין ובמיטלטלין (סעיפים 29 ו-31 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: הפקודה) (ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1197 (2012)); עם זאת, יוער כי עוולת הגזל, כלשונה בסעיף 54 לפקודה, עניינה במיטלטלין בלבד).

במאמר מוסגר: המשפט העברי מכיר בתקנת שוק במיטלטלין (ראו בהרחבה ישראל ציגנלאוב "תקנת השוק התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין" משפטים לא 837 (תשס"א)), אך אינו מכיר כלל בתקנת שוק במקרקעין ולכן "קרקע אינה נגזלת" (בבלי סוכה ל', ב'); "הקרקע אינה נקנית לגזלן לעולם, אלא ברשות בעליה עומדת. ואפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתיאשו הבעלים, הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים" (רמב"ם גזילה ואבידה ג', י"ד; למקורות נוספים במשפט העברי ראו פסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ, פסקה יז (2.8.2014)).

2. במקרה דנן, אין חולק שעסקינן במקרקעין מוסדרים שבבעלות בעלים פרטיים פלסטטיניים. השאלה שעומדת לפנינו היא אם המחזיקים, תושבי היישוב מצפה כרמים, יכולים להמשיך להחזיק ולהשתמש במקרקעין שעליהם בנו את בתיהם, ולהתגבר על זכותם של הבעלים, וזאת מכוח תקנת שוק מיוחדת שהותקנה בשטחי איו"ש, שטחים שנמצאים תחת משטר משפטי של תפיסה לוחמתית.

תקנת השוק המיוחדת שעליה נסב דיוננו מעוגנת בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו) הקובע כלהלן:

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

נוסח הצו זהה, בשינויים המחוייבים, ללשונו של סעיף 10(א) לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (אזור הגדה המערבית) (מס' 58), התשכ"ז-1967 הקובע כלהלן:

כשרות ותוקף של עסקות  
10. (א) כל עסקה שנעשתה בתום לבב בין הממונה ובין אדם אחר, בכל נכס, שהממונה חשבו בשעת העסקה לנכס מוקנה, לא תיפסל, ותעמוד בתוקפה, גם אם יוכח, שהנכס לא היה אותה שעה מוקנה.

נוסח הצו זהה, בשינויים המחוייבים, גם ללשונו של סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 (להלן: חוק נכסי נפקדים) הקובע כלהלן:

כשרותן של עסקאות  
17. (א) 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.

נוסח הצו זהה, בשינויים המחוייבים, גם ללשונו של סעיף 10 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950 הקובע כלהלן:

כשרותן של עסקות  
10. 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.

נוסח הצו זהה, בשינויים המחוייבים, גם ללשונו של סעיף 70 לחוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006 הקובע כלהלן:

כשרות פעולות  
70. פעולה שנעשתה בתום לבב בין החברה לבין אדם אחר, מתוך הנחה שנכס פלוני הוא נכס של נספה השואה, תעמוד בתוקפה גם אם נתגלה לאחר מכן שהנכס לא היה נכס של נספה השואה.

וראו, בדומה, גם סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978 הקובע כלהלן:

## כשרות פעולות

16. 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.

להבדיל מתקנות השוק "הרגילות", בתקנות שוק מיוחדות אלה (להלן: תקנות השוק המיוחדות) אין מדובר כמובן בגזל בזדון, אלא בעסקה שנעשתה שעה שהממונה על הרכוש הנטוש או האפוטרופוס על נכסי נפקדים חשבו בטעות בשעת עשיית העסקה כי הנכס מושא העסקה הוא רכוש ממשלתי או נכס מוקנה.

3. ככלל, "תקנת השוק נועדה לתמי לב ולעסקות שאין בהן סירכה, שאם לא כן לא ב'תקנה' עסקינן אלא בעיוות" (ע"א 1134/06 רושרוש נ' מנסור, פסקה ט"ו (10.11.2009)). ברובן-ככולן של תקנות השוק "הרגילות", דרישת תום הלב מוטלת על הקונה-הצד השלישי בלבד ואינה מופנית כלפי המוכר, שהרי ברי כי איננו דורשים תום לב ממוכר שהוא גזלן זדוני. לכן, לדוגמה, סעיף 10 לחוק המקרקעין וסעיף 34 לחוק המכר לא כוללים דרישה שהמוכר יהיה תם לב. לעומת זאת, לנוכח ייחודה של תקנת השוק בענייננו שעניינה בטעות של הממונה-מעביר הנכס, ולנוכח מעמדו של הממונה וחזקת התקינות שאנו מייחסים למעשיו, יש לדרוש תום לב גם מהממונה. כך נעשה בפסיקה הנוגעת לסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, ולפיה נדרש כי האפוטרופוס על נכסי נפקדים יפעל בתום לב בעת ההכרזה על נפקדות (ראו, לדוגמה, ע"א 4636/07 מדעי נ' מדעי, פסקה 9 (21.12.2009) (להלן: עניין מדעי)). בדומה, גם במסגרת סעיף 5 לצו יש לבחון את תום ליבו של הממונה, וזו המסקנה אליה הגיע חברי, השופט ע' פוגלמן, שאליה הצטרף גם חברי השופט נ' סולברג.

ודוק: העובדה שחובת תום הלב חלה גם על הממונה-מעביר הנכס, אין בה כשלעצמה כדי ללמד על טיב הרף של תום הלב הנדרש מהממונה. כמוסבר לעיל, בתקנת שוק "רגילה" המוכר עשוי להיות גזלן זדוני, וממילא הגיונה של תקנת השוק אינו מאפשר להחיל עליו חובת תום לב. לעומת זאת, ענייננו בתקנת שוק מיוחדת שאינה עוסקת בגזל במזיד, מה שמסביר מדוע לא נפקד מקומה של חובת תום הלב מבין תנאיה. במילים אחרות, הכפפתו של הממונה לחובת תום הלב (כפי שזו מוטלת ברגיל על כל צד לעסקת מכר שגרתית), היא המבדילה בין תקנת שוק זו לבין תקנת שוק "רגילה". משכך, אין בעצם קיומה של חובה זו כדי להעיד על טיב הרף הנדרש, לא לקולא ולא לחומרא. דברים אלו כמובן אינם גורעים מאומה מהיקפה של חובת תום הלב החלה על הממונה (שאליה

אתייחס להלן), ואין באמור אלא כדי להבהיר כי עצם הכפפת הממונה לחובת תום הלב, אין בה כשלעצמה כדי ללמד על טיב החובה והיקפה.

4. ומכאן למאפייני חובת תום הלב. סעיף 5 לצו נוקט במילים "בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי", מה שרומז לתום לב סובייקטיבי. עמדנו לעיל על הדמיון עד כדי זהות שבין סעיף זה לבין סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, ואכן גם לגבי האחרון נקבע כי עניינו בתום לב סובייקטיבי (ע"א 170/66 פיאד נ' האפורטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כ(4) 433, 436 (1966); ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מז(5) 1, 18-19 (1993) (להלן: עניין חוות מקורה)). אין תימה אפוא כי שלושת חבריי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף הסכימו כי אמת המידה לבחינת תום לבו של הממונה היא סובייקטיבית, ואף חברי השופט פוגלמן סבור כך (פסקה 58 לחוות דעתו).

5. אכן, מאז ומתמיד תום הלב שנדרש במסגרת תקנות השוק למיניהן היה תום לב סובייקטיבי. ברם, מאחר שבית המשפט אינו בוחן כליות ולב, הרי שאחת הדרכים לבחינת תום הלב היא בחינה של רכיבים אובייקטיביים. כך לדוגמה, בהיקש לסוג אחר של תחרות בין זכויות, תחרות בין רוכש מוקדם לרוכש מאוחר (סעיף 9 לחוק המקרקעין), לא נאפשר לרוכש המאוחר לטעון לתום לב סובייקטיבי, אם לא בדק את מצב ההחזקה במקרקעין ואם המקרקעין תפוסים על ידי אחר (ראו, לדוגמה, ע"א 8609/15 מוסטפא נ' המועצה המקומית דלית אל כרמל, פסקה 9 (3.5.2017); ע"א 1117/06 חברת אלקודס קורפוריישן נ' יורשי המנוח עבד אלרחמן, פסקה 32 (4.4.2010)).

בכל תקנות השוק למיניהן, בהינתן הפגיעה בבעלים המקורי, אנו נדרשים לבחינה מדוקדקת של תנאי תקנת השוק, ויש בסיס לסברה כי רשלנות רבתי עשויה לשלול תום לב סובייקטיבי, כך שלמצער יש להוסיף שוליים אובייקטיביים לתום הלב הנדרש. עמד על כך לאחרונה השופט ע' גרוסקופף בע"א 7793/19 מדינת ישראל – רשות הפיתוח נ' עקל (8.5.2022) (להלן: עניין עקל), ואביא מקצת הדברים בלשונו:

"בהינתן המגמה הכללית במשפט הישראלי המאופיינת באובייקטיביזציה של סטנדרט תום הלב בהקשר של דיני הקניין בכלל, והסדרי תקנות השוק בפרט, מן הראוי לקבוע כי לצד הבחינה הסובייקטיבית של סטנדרט תום הלב לצורך תחולת סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, יש להביא בחשבון גם רכיבים אובייקטיביים מסוימים בהתנהלותן של הרשויות המעורבות. [...] הרציונל לכך זהה לרציונל העומד ביסוד דרישת תום הלב בהקשר של הסדרי תקנות שוק, אשר כמתואר לעיל, נעוץ בכך שלתוצאה הקשה הנובעת מהחלתם של הסדרים אלו –

שלילת זכות קניין מבעלי אותה הזכות, ראוי להגיע רק לטובת מי שעשו מצדם את הנדרש על מנת למנוע את התאונה המשפטית. המבקש לגבור על זכות קניינית או מעין קניינית של אחר, ולהביא לשלילתה, נדרש לעמוד בסטנדרט התנהגות אשר יש בו מבחינה אובייקטיבית כדי להצדיק זאת, ולא די בכך שהוא היה תם לב מבחינה סובייקטיבית. עניין זה מתחייב אף משיקולי יעילות, על מנת לתמרץ את הטוען לעדיפות על פני זכות קניינית או מעין קניינית לבצע פעולות שעלותן מבחינתו נמוכה, ותועלתן למניעת הנזק מזולתו גבוהה [...]” (שם, פסקה 18).

ודוק: אמת המידה לבחינת תום הלב בהקשר של תקנת השוק אינה אובייקטיבית גרידא, ויש להישמר מפני טשטוש ההבחנה בין רשלנות לבין חוסר תום לב. מכל מקום, בין אם תהא זו בחינה סובייקטיבית “טהורה” ובין אם ראוי לשלב בה היבטים אובייקטיביים, אין חולק כי אמת המידה לבחינת תום הלב במסגרת תקנת השוק היא מדוקדקת. כך הובהר לגבי תקנת השוק שבסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, עת נקבע כי דרישת תום הלב תיבחן על פי “אמת-מידה קפדנית שאינה מקלה עם הרשויות המעורבות המבקשות לחסות בצלה של הגנת תום-הלב” (ע”א 6783/98 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ’ עיזבון מוסא, פ”ד נו(4) 161, 176 (2002)), ודברים אלה יפים גם לתקנת השוק במקרה שלפנינו. אכן, ככל תקנת שוק, בחינת תום הלב צריכה להיעשות בקפדנות בשל נקודת המוצא לפיה אין אדם מעביר יותר ממה שיש לו, וכך לנוכח התוצאה הנובעת מכל תקנות השוק למיניהן ולסוגיהן – שלילת הקניין מהבעלים המקורי והעברתו לצד שלישי. כך בתקנות שוק “רגילות”, כך בתקנת השוק לפי סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים, וכך בזו שבסעיף 5 לצו.

6. חובת תום הלב אינה מוטלת על הממונה לבדו, אלא מופנית גם כלפי הצד השלישי שהתקשר עמו בעסקה. כפי שציין חברי השופט נ’ סולברג, מסקנה זו נגזרת הן מלשונו של סעיף 5 לצו הן מתכליתו (פסקה 88 לחוות דעתו).

הצד השלישי שקיבל לידיו את הנכס מידי הממונה במקרה דנן, הוא בראש ובראשונה ההסתדרות הציונית. יכולה להישמע הטענה כי אין לראות את ההסתדרות הציונית, כגוף ביצועי של הממשלה, כצד שלישי של ממש. הד ותימוכין לטענה זו ניתן למצוא בדברים הבאים:

“החטיבה להתישבות היא חלק מן המוסדות הלאומיים – ההסתדרות הציונית – ומעוגנת מוסדית בהיסטוריה חשובה ומשמעותית של הציונות ובניין הארץ, דבר שעליו

כשלעצמו אין המשנה ליועץ המשפטי חולקת, ואדרבה. קשה מאוד להתייחס אליה כ'קבלן שירותים' גרידא [...].

[...] עיקר העיקרים הוא, כי עם שאין להתייחס לחטיבה להתישבות של ההסתדרות הציונית כ'עוד קבלן נותן שירותים', כל המוטל עליה צריך להיות מעוגן באופן ברור וחד משמעי כך, שאם היא משמשת לעניין כלשהו 'ידה הארוכה של הממשלה', לא יתכן הבדל ממשי מאשר אילו עשתה הממשלה עצמה את הפעולה; והכל כדי לאפשר פיקוח ושקיפות מלאים" (דברי השופט (כתוארו אז) רובינשטיין בבג"ץ 3301/15 גלאון נ' טיענת הליכוד בכנסת ה-20, פסקאות טז ו-כ"א (29.6.2015)).

למרות זאת, אני נכון להניח כי יש לראות את ההסתדרות הציונית כ"אדם אחר" וכצד שלישי, בהיקש למעמדה של רשות הפיתוח כצד שלישי, כפי שהתפרש בפסיקה הנוגעת לסעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים. זאת, על אף מעמדה המיוחד של רשות הפיתוח כתאגיד סטטוטורי המשמש למעשה כ"ידה הארוכה" של רשות מקרקעי ישראל וכמבצעת של מדיניות הממשלה (וראו לאחרונה בדעת הרוב בעניין עקל, פסקה 11 לחוות הדעת של השופט גרוסקופף והאסמכתאות שם). בדומה, על אף מעמדה המיוחד של ההסתדרות הציונית כ"ידה הארוכה" של הרשות המבצעת, אני נכון לראות את ההסתדרות הציונית כצד שלישי. כאן המקום להקדים ולהבהיר כי ההסתדרות הציונית אינה ניצבת לבדה בתור הצד השלישי במקרה דנן, שכן מלבדה נכנס למשוואה צד שלישי נוסף (ליתר דיוק צד רביעי) בדמות המחזיקים במקרקעין, שהתקשרו עם ההסתדרות הציונית בהסכמי ברשות. כפי שיוסבר להלן, נקודה זו היא בעלת חשיבות להכרעה במקרה שלפנינו.

7. ומכאן לתשתית העובדתית הרלוונטית. צו הסגירה 576 במקרה דנן עמד על 1071 מ"ר והשטח סומן בחביות. צו התפיסה מיום 29.7.1980 עמד על 850 דונם, וכפי שקבע בית המשפט המחוזי, כוונת הצדדים להסכם ההרשאה הייתה להקצות את שטח התפיסה: "לא הוכח כי כוונת מפקד האזור שהורה על התפיסה הייתה לחרוג מתחומי צו הסגירה אלא ההיפך. המסמכים שצורפו לצו התפיסה מלמדים על כוונה לתפוס שטח קטן יותר" (שם, פסקה 100). מאחר שניתן להקנות חזקה ושימוש רק במקרקעין שנתפסו, הרי שהטעות שלפנינו מתבטאת בשטח "הצנוע" של 566 דונם (= 850 - 1,416). למצער מדובר בטעות המתבטאת בשטח של 345 דונם, המשקף את הפער בין שטח התכנית לבין שטח צו הסגירה והשטח שנכלל בהסכם ההרשאה (1,071 דונם).

אני נכון להניח לצורך העניין כי הטעות-רבתי של מאות דונמים נעשתה ברשלנות רבתי ולא במתכוון חלילה, לאור חזקת התקינות העומדת לממונה, ולא למותר לציין כי בית המשפט המחוזי דחה לחלוטין את הטענה כי דבק חוסר תום לב אישי או מוסדי

בהתנהלותו של הממונה בהתקשרות עם ההסתדרות הציונית, טענה אותה מצא חסרת כל יסוד (פסקה 165 לפסק דינו). אלא שמקורה של טעות זו לא נתברר עד תום בגדרי ההליך דנן. כך, מחד גיסא, תכנית 223 – שבמסגרתה בא לידי ביטוי הגידול בהיקף השטח ל-1,416 דונם – הוגשה על ידי לא אחרת מאשר ההסתדרות הציונית, שהיא זו שהתקשרה בעסקה עם הממונה לגבי המקרקעין. מכאן ניתן לתהות שמא ההסתדרות הציונית היתה זו שגרמה בפועל להסתמכות שגויה של הממונה, שהובילה בהמשך לטעות נגררת ולהנחה של כלל הגורמים כי מלוא שטח התכנית הוא שטח תפוס. כשלעצמי איני מכיר אף מקרה של תקנת שוק, שבו הצד השלישי-הרוכש הוא מי שגרם לטעותו של המוכר, ולאחר מכן ביקש להסתמך על כך בטענה לתום-ליבו שלו. אילו אלו היו פני הדברים במקרה דנן, היה בכך כדי להעמיד סימן שאלה לגבי תום לבה של ההסתדרות הציונית, שהרי קשה להלום כי במצב דברים זה, ההסתדרות הציונית, הזרוע הביצועית שטעתה ובכך הובילה לטעותו של הממונה, היא שתעלה טענה לתום לב ותיבנה מטעותה-שלה.

מנגד, הממונה בשעתו, נהרי, העיד כי חתימתו על תכנית 223 (בשנת 1983) ו-223/1 (בשנת 1995) התבססה על מפות שהוכנו על ידי קמ"ט מדידות (פרוטוקול מיום 5.3.2018 עמ' 184). בית משפט קמא קבע כי עדות נהרי היתה מהימנה וכי התרשם מקפדנותו ודקדקנותו, ומכך שלא היה מוכן להסתפק בתשריט שצורף להסכם ההרשאה אלא עמד על הכנת מדידה אחרת, הגם שבית המשפט קבע כי המפה המאוחרת שקיבל היתה תשריט לתכנית 223 (פסקה 134 לפסק דינו). כפי שציין חברי, השופט סולברג, אין חולק כי לתכניות אלו צורפו מפות מדויקות, כך שהן עמדו לנגד עיני הממונה, ומכאן ניתן להסיק כי אישורו של הממונה ניתן על בסיס הבנתו כי אמנם מדובר בשטח תפוס. מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם עמדת הממונה מכוח צו 997, מושקוביץ, לפיה הגורמים הרלוונטיים סברו באותה העת כי מדובר בשטח תפוס, שאם לא כן לא היה חותם על התכנית. דברים אלה עשויים לשמש אינדיקציה לכך שלא התכנית היא שהובילה לטעות. אילו אלו היו פני הדברים, הרי שניתן היה לקבוע כי הממונה וההסתדרות עמדו בדרישת תום הלב המוטלת עליהם, כמסקנתם של בית המשפט המחוזי ושל חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל והשופט סולברג.

כאמור, מצב הדברים העובדתי באשר למקור הטעות שהובילה להיקף תכנית 223, לא נתברר עד תום, וברי כי המסגרת הדיונית שבה אנו נתונים – בגדרו של דיון נוסף על פסק דינו של בית משפט זה – אינה המקום לקבוע ממצאי עובדה חדשים בעניין זה.

8. הנה כי כן, אילו עצרנו הילוכנו בנקודה זו, הרי שככל שמדובר במישור היחסים שבין ההסתדרות הציונית לממונה, דומה כי נותרו אי-אלו סימני שאלה לא פתורים לגבי

מקור הטעות שהובילה לאישור התכנית במתכונת שאושרה, שהתשובות עליהם עשויות היו להשליך, לכאן או לכאן, על שאלת עמידת ההסתדרות הציונית ברף תום הלב הנדרש לצורך תחולתה של תקנת השוק. כשלעצמי, לנוכח ממצאי העובדה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ועדויותיהם של הגורמים הרלוונטיים, איני סבור כי בוססה הטענה בדבר "עצימת עיניים" של הממונה בעת אישור התכנית, ודומני כי הכף נוטה אל עבר הקביעה כי הצדדים עמדו בדרישת תום הלב המוטלת עליהם, וזאת לנוכח שורת העדויות המלמדות כי כך סברו כלל הגורמים הנוגעים בדבר, למצער במועד כריתת הסכמי ההרשאה, ולא אשוב על הדברים. כך או כך, כפי שהקדמנו ואמרנו, הממונה וההסתדרות הציונית אינם ניצבים לבדם, באשר אליהם מתווסף גורם נוסף בדמות המחזיקים, אלו שהתיישבו מלכתחילה במצפה כרמים ואלו שנכנסו בנעליהם. לפיכך, אף אילו הייתי מגיע למסקנה כי במישור היחסים שבין הממונה להסתדרות הציונית נפל פגם כלשהו בעסקה, הרי שבנסיבות המקרה דנן לא היה בכך כדי לשנות מן התוצאה. אסביר.

9. בניגוד לתקנות השוק הרגילות, סעיף 5 לצו – כמו גם תקנות השוק המיוחדות שצוטטו לעיל – אינו מתייחס במפורש לצד שלישי שאינו צד להתקשרות בין הממונה לבין "אדם אחר". לכאורה, הצו נועד להסדיר אך ורק את החוליה הראשונה בשרשרת, וברי כי ככל שהעסקה בחוליה הראשונה נותרת בתוקפה, הרי שהנכס "ממורק" בדרכו לצד שלישי אמיתי. לשיטה זו, מטרת הצו, כמו גם תקנות השוק המיוחדות, היא להותיר בתוקפה את העסקה בין שני הצדדים הקרובים והם הממונה ומי שהתקשר עמו (ההסתדרות הציונית). כך ניתן להסיק לכאורה מפסק הדין בעניין חוות מקורה, שם נאמר בהתייחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים:

"סעיף 17 לחוק מהווה מעין 'תקנת שוק' ספציפית לעניין נכסים, שהוכרוזו בטעות כנכסי נפקדים. התנאים שמציב הסעיף וכוח ההכשרה הגלום בו מתייחסים רק לעסקה שהאפטרופוס הוא צד לה (בדרך כלל - העסקה הראשונה שבוצעה בנכס לאחר קביעת הנפקדות המוטעית)... (שם, בעמ' 17, הדגשה הוספה – י"ע).

ודוק: בדרך כלל, אך לא בהכרח (וראו חגי ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון" משפטים נ 359, 379 (תש"ף)). אדרבה, הגיונם של דברים והגיונה של תקנת שוק שהיא תחול ביתר שאת ככל שהחוליות בשרשרת רבות יותר, ובלבד שהצד השלישי או הרביעי והחמישי יפעלו בתום לב. לכן, גם אם נפל פגם בעסקה בין הממונה ובין מי שהתקשר עמו, אין בכך כדי למנוע החלת תקנת השוק לטובת צד שלישי אמיתי. התכלית שבבסיס כל תקנות השוק המיוחדות היא

להגן על הסתמכות צד שלישי על פעולת הרשות הציבורית, כך שסעיף 5 לצו יכול לפעול כתקנת שוק של ממש אף בהתייחס לצד השלישי שלא היה צד לעסקה עם הממונה. הסעיף לא בא להגן על הממונה שטעה, אלא על מי שרכש מהממונה (חוליה ראשונה) או מי שרכש ממי שרכש מהממונה (חוליה שניה ואילך בשרשרת).

במקרה דנן, הצד השלישי האמיתי הם המחזיקים, תושבי מצפה כרמים, כמי שהסתמכו לכאורה על הממונה ועל ההסתדרות הציבורית, וגם אותם ניתן לראות כ"אדם אחר" לצורך סעיף 5 לצו. ככלל, חדירת צד שלישי "אמיתי" לתמונה עשויה לשנות את התוצאה לא רק במקרים של תקנת השוק (ראו, לדוגמה, דנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 314, 346 (1996)). תחרות הזכויות האמיתית במקרה שלפנינו היא אפוא בין המחזיקים תושבי מצפה כרמים לבין המשיבים 1-3 (להלן: המשיבים) הטוענים לזכויות בעלות במקרקעין.

10. ככלל, במסגרת תקנת השוק, תחרות הזכויות היא בין צד ג' שרכש את הנכס בתום לב מידי צד ב', לבין הבעלים המקורי של הנכס. ברגיל, מאחר שבסיטואציות שבהן חלה תקנת השוק קניינו של אדם מופקע ממנו על לא עוול בכפו, הנטל הוא על הטוען לתחולתה של תקנת השוק, לרבות רכיב תום הלב שנכלל בה (ראו, בין היתר, ע"א 81/73 יוסף נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 716, 717 (1973) לגבי תקנת השוק במיטלטלין; ע"א 2046/06 אלג'אבר נ' חליל, פסקה 12 (11.3.2013) לגבי תקנת השוק במקרקעין). לכן, להבדיל מהממונה או האפוטרופוס על נכסי נפקדים ורשות הפיתוח אשר נהנים מחזקת תקינות המעשה המינהלי, הרי שהנטל להוכחת תום הלב מוטל במקרה דנן על המחזיקים.

עם זאת, בהינתן שתקנת השוק עוסקת במישור הקנייני (להבדיל לדוגמה מהמישור התכנוני), אזי על מנת להסיג את זכותו של הרוכש תם הלב לאחור, על הצד שכנגד לאחוז בזכות קודמת בנכס. כפי שהוסבר לגבי תקנת השוק במקרקעין, "כדי לתת לרוכש עדיפות על הבעלים המקורי, מן ההכרח שתהיה בידו זכות קניינית, שכן – בלשון השופט חשין [בעניין הרטפלד]: 'רק קניין יכה קניין, ואילו זכות חיובים אין בכוחה להכות זכות קניין'". כך ככלל, וכך לגבי תקנת השוק המיוחדת שבסעיף 5 לצו "המעניקה עדיפות לקונה המאוחר על בעל הרכוש" (אבי וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד 209, 211 (מהדורה שניה, 2020) (חלק מההדגשות הוספו – י"ע)).

11. על רקע דברים אלו, נפנה לבחון את תחרות הזכויות בין הצדדים במקרה שלפנינו. כפי שניווכח, התמונה המתקבלת במקרה דנן אינה בלתי מורכבת.

מן העבר האחד ניצבים המשיבים, הטוענים לזכות בעלות במקרקעין. דא עקא, שלפי האמור בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, הראיות שהובאו על ידי המשיבים להוכחת בעלותם "רחוקות מלהספיק למטרה זו" (פסקה 190 לפסק דינו). אם לא די בכך, הרי שאף לשיטת המשיבים עצמם, המקרקעין נרכשו על ידם שנים לאחר שמצפה כרמים הועתק למיקומו דהיום, ושנים לאחר שתכנית 223 הוחלה על המקרקעין (שם). עיון בפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מלמד כי המשיב 3 רכש את הקרקע מדודו בשנת 2001 תמורת 2,000 דינר בלבד, המהווה לדבריו סכום הנמוך באופן משמעותי משווי המקרקעין, וזאת לאחר שהדוד סבר כי לא יוכל לקבל דבר מהמקרקעין וכי לא תהיה לו תועלת מהם (פרוטוקול מיום 5.3.2018, עמ' 201). המשיב 2 העיד כי רכש את הזכויות במקרקעין בשנת 2010 מבתו המנוחה של הבעלים הרשום, אך נמנע מלהציג את ההסכם ואת יפוי הכוח הנוטריוני (שם, עמ' 205-206; פסקאות 91-92 לפסק דינו של בית משפט קמא).

12. עולה מהאמור, כי הסיטואציה שלפנינו אינה סיטואציה קלאסית של תקנת שוק, שבה הרוכש ניצב מול בעל הזכויות המקורי המוכח. לפנינו תחרות של רוכש מול צד אשר אף לשיטתו-שלו רכש את הזכויות שנים לאחר הקמת מצפה כרמים במיקומו דהיום, קרי בידיעה כי המקרקעין תפוסים על ידי אחר ואינם נמצאים ברשותו של המוכר.

אמנם, ככלל, בתקנות השוק למיניהן איננו דורשים מהבעלים להוכיח תום לב, ומי שנדרש להוכיח תום לב הוא הצד השלישי-הרוכש המבקש לטרוף את הזכויות מהבעלים. אף לא מצינו בפסיקה כי יש ברשלנות הבעלים המקורי כדי לשלול את קניינו ולשמש כתחליף לתקנת השוק לפי סעיף 10 לחוק המקרקעין (השוו לפסק דיני בה"פ (מחוזי חי') 202/03 האפורופוס הכללי נ' בנק דיסקונט למשכנתאות, פסקה 26 (26.11.2005)). ברם, אלו הם פני הדברים כאשר אל מול הרוכש ניצב הבעלים המקורי המוכח; וכפי שנודמן לי לומר אך לאחרונה, הצורך להקפיד הקפדה יתרה על התמלאות יסודותיה של תקנת השוק, נובע מהזהירות הנדרשת מבית המשפט בטרם יכריז כי זכותו של הבעלים המקורי המוכח נסוגה מפני זכותו של צד שלישי (ע"א 1479/18 דדוש נ' סלס, פסקה 47 (25.7.2022)), שם נסב הדיון על תקנת השוק במכירה על ידי רשות לפי סעיף 34א לחוק המכר).

בנוסף לכך, נדירים המקרים שבהם מאן דהו, למעט יורש, ייכנס לנעלי הבעלים המקורי כאשר הנכס כלל אינו ברשותו של הבעלים המקורי או שכבר אינו רשום על שמו. לטעמי, בתחרות בין הזכויות, יש ליתן משקל לכך שאין מדובר בתחרות בין הבעלים המקורי לצד השלישי, אלא בחליף שנכנס (לטענתו) בנעלי הבעלים המקורי ביודעין

לאחר שהנכס כבר נמצא בחזקתו של הצד השלישי, כמו במקרה דנן. אף איני מוציא מכלל אפשרות כי בתקנות השוק המיוחדות, יינתן משקל לכך שהבעלים המקורי או חליפו יכולים היו למנוע את התאונה המשפטית (השוו עניין מרעי, בפסקה 9).

דברים אלה כמובן אינם פוטרים אותנו מן הצורך להידרש לרכיב תום הלב ביחס לצד השלישי העומד מנגד. ואולם, יש באמור כדי לחדד את תמונת המצב במקרה דנן, שאינה משקפת מצב טיפוסי של תחרות זכויות במסגרת תקנת השוק.

13. מצפה כרמים הישן, במיקומו המקורי, הוקם על אדמות מדינה. העתקת המאחז נעשתה במסגרת הסכם המאחזים מול ראש הממשלה ושר הבטחון דאז, אהוד ברק, ונועדה מלכתחילה להכשיר את המאחז. קשה אפוא להלום כי למאן דהו הייתה כוונה להחמיר את המצב. בהליך ההעסקה היו מעורבים הגורמים הרלוונטיים – סא"ל בלומנטל ראש תחום תשתית, אל"מ פוליטיס היועץ המשפטי של איו"ש, ואלוף פיקוד מרכז דאז יעלון. כל אלה האמינו בכנות כי בהעסקת המאחז הבלתי חוקי יש כדי לפתור את הבעיה, ובוודאי שלא העלו בדעתם כי בכך הם יוצרים בעיה חמורה יותר. התנהלותו של המינהל האזרחי כלפי מגרשים אחרים שהיו מצויים מחוץ לגדר הישוב ובשל כך נחשבו כנמצאים מחוץ לשטח התפיסה, אך מעידה על כך שהגורמים הרלוונטיים סברו באמת ובתמים כי לעומת מגרשים אלה, השטח מושא דיונו נמצא בתחומי צו התפיסה. כפי שהסביר אל"מ פוליטיס בעדותו, זו הסיבה שבגינה לא נתן משקל לכך שהשטח כולל גם מקרקעין מוסדרים פרטיים.

מכאן, שלמחזיקים הייתה סיבה טובה להאמין כי הרשויות דאגו לפתרון הולם, ולא הייתה להם סיבה לחשוד שמא פתרון זה חורג מהשטח על פי צו התפיסה המקורי. בסיפא לפסק דינה של הנשיאה בעתירה בבג"ץ 953/11, הורתה הנשיאה למצוא למחזיקים בתוך 36 חודשים מיום מתן פסק הדין "מענה חלופי ראוי והולם בדרך של הקצאת קרקע חלופית ומבנים חליפיים או העסקת המבנים הקיימים אליה" (שם, פסקה 70). המשנה לנשיאה מלצר הוסיף אף הוא כי "נוכח מעורבותם של משיבי הממשלה והגורמים המיישבים בשיכון תושבי 'מצפה כרמים' במקום בו הם מתגוררים כעת – מוטלת עליהם חובה למצוא למתיישבים, במסגרת הזמן שנקצב ע"י הנשיאה, חלופות מגורים הולמות ו/או פיצויים, וראוי להתחיל לפעול בנושא זה מיידית" (ההדגשות במקור). דומה כי בהוראה זו טמונה ההנחה שהמחזיקים הסתמכו בתום לב על המצגים שהוצגו בפניהם, שאם לא כן, לא היה מקום "לפצות" אותם בדרך של הקצאת קרקע ומבנה חלופי.

14. חברי המשנה לנשיאה, השופט ע' פוגלמן, מציין כי אין ממצא המעיד על עבודת מטה שהובילה לבחירת מיקומו הנוכחי של מצפה כרמים. אכן, דומה כי קיים חלל ראייתי מסוים לגבי תהליך קבלת ההחלטות שבסיומו נבחר המיקום שאליו הועתק בפועל מצפה כרמים. ברם, לצד האמור, ישנן עדויות המלמדות כי בחירת המיקום הנוכחי נעשתה על ידי הגורמים המוסמכים באופן מודע. כך, לדוגמה, האלוף יעלון העיד כי הוא זוכר שאישר את הנקודה הנוכחית; כי הוא עצמו ביקר בנקודה; כי תחום שטח האש שונה מיד לאחר הדיון שהתקיים אצלו, כשהבין שניתן למקם את מצפה כרמים בנקודה הזו; וכי אנשי המינהל האזרחי הם שהציעו את המיקום הנוכחי (פרוטוקול מיום 11.12.2017, עמ' 31-36).

גור-אריה, הנמנה כאמור על המחזיקים המקוריים והמחזיקים דהיום, העיד כי הם ירדו בג'יפ לשטח עם יוסי ורדי, עוזרו של שר הביטחון דאז לענייני התיישבות, ביחד עם גורמים של החטיבה להתיישבות והמינהל האזרחי, שהצביעו להם על המיקום הנוכחי (פרוטוקול, עמ' 128). דברים אלה עולים בקנה אחד עם עדותו של יוסי שגב מההסתדרות הציונית, כי משרד הביטחון הוא שנתן את ההנחיה להעתיק את מצפה כרמים למיקומו הנוכחי (פרוטוקול, עמ' 51). הדברים מתיישבים כאמור גם עם דבריו של האלוף דאז יעלון, ששב והבהיר את הדברים בסיום עדותו בבית המשפט המחוזי, ונביא את הדברים כלשונם:

“אם אני יכול רק להגיד משהו, אני באופן חריג חתמתי על טפסים וזה מתוך תחושה שבמקרה הזה של מצפה כרמים, יש אחריות שלטונית. ראש ממשלה ושר בטחון ואז אלוף פיקוד, למעשה אישרנו את הנקודה, וכשנחשפתי לעתירה כבר כשר, כחבר בצוות השרים שעוסק בנושא הזה, ואני מקפיד מאד על שלטון החוק ביהודה ושומרון, מקפיד מאד שההתיישבות תהיה כחוק, גיליתי פה מקרה שבו בעצם גם אם נעשתה טעות ונמצא, זה המקרה שבו צריך ללכת לקראת מצפה כרמים, ולא ללכת להחלטות אחרות שקיבלנו במקומות אחרים שנתתי להם גם גיבוי. במקרה שנעשה משהו שלא כדין, הרסנו. המקרה הזה הממשלה שלחה אותם לשם, ולכן בחרתי גם לתת את התצהיר הזה” (פרוטוקול, עמ' 40-41).

דברים אלה מחזקים עד מאד את המסקנה כי דרישת תום הלב נתמלאה ביחס למחזיקים. בהינתן שהמחזיקים הם הצד השלישי “האמיתי” בגדרי תקנת השוק במקרה דנן, הרי שמדובר בקביעה קרדינאלית, שבמכלול נסיבות העניין מכריעה את הכף לטובתם.

15. התנהלות הצדדים לאחר העתקת מצפה כרמים למיקומו הנוכחי תומכת גם היא במסקנה כי הצדדים הניחו שמדובר בשטח תפוס. אכן, מטבע הדברים, ביטחונם העצמי של המחזיקים גבר במהלך השנים, לאחר שמשך כ-11 שנים אף אחד לא כיהה בעדם, לא הועלתה טענה לגבי החזקתם במקרקעין פרטיים, וגורמים ממשלתיים השקיעו וסייעו במימון פיתוח חלק מהמגרשים. כפי שציין עו"ד פוליטיס בעדותו, הוא אף כתב חוות דעת משפטית, שצורפה לתצהירו, לגבי שורה של מאחזים ונקודות יישוב ישראליים, שמצפה כרמים נזכר בה כמצוי בקרקע התפוסה לצרכים צבאיים (פסקה 72 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

בכל הנוגע למעמדם של המחזיקים כבני רשות, בית המשפט המחוזי אימץ את עמדתם של המחזיקים וההסתדרות הציונית בדבר קיומם של הסכמי הרשאה, לאחר שאלו הביעו הסכמתם להציג את ההסכמים במהלך שמיעת הראיות (פסקה 191 לפסק דינו). באשר לאי הבהירות הנטענת לגבי מועד כריתת הסכמי ההרשאה מול חלק מהמחזיקים שככל הנראה נכנסו בנעלי קודמיהם, הרי שסוגיה זו לא לובנה בגדרו של ההליך, וברי כי מסגרת דיונית של דיון נוסף אינה המקום לעשות כן. למעלה מן הצורך, ובדומה לדברי חברי המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל (פסקה 11 לחוות דעתו), אף אני סבור כי בהינתן פועלה הקנייני של תקנת השוק שבסעיף 5 לצו, אזי אין בהתחלפותם של חלק מהמחזיקים כדי להשליך על טיב הזכות שבידיהם, שהרי אין מדובר בזכות אישית בלתי עבירה (ראו והשוו רע"א 2401/21 ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ, פסקה 16 סיפא לפסק דיני, פסקאות 95-96 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (1.3.2022)). מכל מקום, אשוב ואפנה לדברי הנשיאה חיות והמשנה לנשיאה מלצר שהובאו לעיל מתוך פסק הדין מושא הדיון נוסף, המשקפים כאמור הנחה עובדתית בדבר תום לבם של מתיישבי מצפה כרמים דהיום.

16. כאן המקום להדגיש: אין להקל ראש בעובדה שהבנייה במצפה כרמים לוקה באי חוקיות בהיבט התכנוני, בהיות השטח בעל ייעוד חקלאי, ובהינתן שבתכנית 223 נקבע כי ייעוד השטח ייקבע בעתיד וכל בניה בשטח לא תותר עד לאישור תכנית מפורטת. אך לאחרונה ציין חברי השופט סולברג כי "את הנוהג שלפיו 'תחילה פונים, ורק אחר כך פונים', יש לשרש מן היסוד, נוכח פגיעתו בשלטון החוק, בבעלי הזכויות האחרות במקום, ובאינטרס הציבורי, המחייב לפעול בהתאם לדיני התכנון והבנייה" (בג"ץ 5318/21 עיריית רעננה נ' משטרת ישראל, פסקה 78 (18.5.2022)), והדברים יפים ביתר שאת כאשר מתברר כי אותה בנייה בלתי חוקית נעשית על מקרקעי הזולת וחלק מבתי הקבע אף נבנו ככל הנראה תוך הפרה של צווי הפסקת עבודה שהוצאו בחודש מרץ 2011.

עם זאת, מחומר הראיות ניתן להסיק כי ההחלטה לשנע את הקרוואנים ולהעתיק את מצפה כרמים למיקומו הנוכחי נעשתה על ידי הדרג המדיני מתוך מודעות לכך שמדובר בשטח חקלאי, וכי היתה בקשה של עוזר שר הביטחון לקדם באופן מיידי תב"ע זמנית להצבת קרוואנים ושינועם (ראו עדותו של סא"ל כספי, פרוטוקול בעמ' 240). מכל מקום, הגם שיש לראות בחומרה את הבנייה הבלתי חוקית, הרי שאין ענייננו בתחום התכנון והבניה, אלא בשאלת התחרות בין הזכויות בנוגע למקרקעין; והגם שאיני שולל את האפשרות כי ייתכנו מקרים שבהם בניה בלתי חוקית תיתפש כנתון אשר נוגס או מפחית ממשקל תום הלב שיש לייחס לצד שלישי בתחרות בין זכויות, הרי שבנסיבות דנן, לא זה המקרה לעשות כן.

17. שתי הערות לסיום, בהיבט העקרוני ובהיבט המעשי.

המקרה שלפנינו הוא פתולוגי לנוכח החריגה של מאות דונמים מצו התפיסה. הפתולוגיה של המקרה עלולה ליצור תקדים שיש בו כדי לכרסם בהסדר שנקבע בסעיף 5 לצו, הסדר שצופה בעיקרו פני עבר, שהצורך בו מתחדד לנוכח מיפוי בלתי מדוייק שבוצע בשנים עברו, שהתברר אך בדיעבד כתוצאה מעבודת 'צוות קו כחול'. במצב הדברים הרגיל, הדעת נותנת כי חריגות אינן אמורות לעלות על עשרות עד מאות מ"ר, ובמישור העקרוני, הנחיצות של תקנת שוק מיוחדת זו מובנת ואין לרוקן אותה מתוכן. זאת, במיוחד בהינתן שתקנת השוק בסעיף 5 לצו היא מידתית יותר מחוק ההסדרה הגורף, ולא למותר להזכיר כי חוק זה נפסל על ידי בית משפט זה בבג"ץ 1308/17 עיריית טילוואד נ' הכנסת (9.6.2020) בין היתר לנוכח קיומם של אמצעים חלופיים שסעיף 5 לצו מהווה אחד מהם.

18. בהיבט המעשי, אני סבור כי עדיף להימנע ממצב של "גם לי גם לך לא יהיה". גם אם תוצאת פסק הדין מושא הדיון הנוסף היתה נותרת על כנה, ספק רב אם היה בכך כדי לאפשר למשיבים לחזור ולעבד את המקרקעין, עשרות שנים לאחר שהבעלים המקוריים לא עשו זאת בשל צו הסגירה. מנגד, בצד השני של כפות המאזניים המדובר בפינוי המחזיקים מבתיים:

"פינוי אנשים שישבו על הקרקע במשך עשרות שנים – חלקם אף מבלי לדעת כי המקרקעין שייכים לאחרים – מעורר קושי אנושי, בעיקר כאשר הוא נעשה ללא פיצוי או פתרון אחר. דומה שטוב תעשה המדינה אם תשקול במקרים המתאימים מתן מענה למי שפוננו מבתיים. זכות הקניין היא חשובה, אך יש חשיבות גם להגנה על קורת ביתם של אנשים ולהיבטים של הסתמכות על מצב דברים, (דברי השופטת ברק-ארז בבג"ץ 7446/17 טרחאן נ')

האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי, פסקה 61 (21.11.2018), ההדגשות הוספו – י"ע).

אכן, הזכות הקניינית מאפשרת לבעלים לעשות ברכושו ככל שברצונו, לרבות פעולה שרירותית כמו השמדת החפץ (במיטלטלין) או אי ניצול של הנכס. ברם, במצבים של תחרות, והגם שככלל דיני הקניין הם בינאריים, גם לשיקולים מעשיים של "מאזן נוחות" עשוי להיות מקום. ודוק: לא נעלמה מעיני הסכנה של "נגיסה" בזכויות הקניין של בעלים פלסטיניים פרטיים, אך כאמור, כוחו וגבורתו של סעיף 5 לצו הוא בעיקר צופה פני עבר לצורך תיקון משגים שנעשו בעבר.

19. לא בנקל הגעתי לתוצאה לפיה יש לבכר את זכות המחזיקים על פני המשיבים. במבט-על, המקרה שלפנינו הוא כאמור פתולוגי במיוחד, וזאת בשל מספר סיבות שחלקן צוינו לעיל: ראשית, היקף הסטייה של מאות דונמים. שנית, דומה כי לפחות חלק מהמבקשים אם לא כולם, עשו דין לעצמם ובנו את בתי הקבע ללא היתר בנייה, ובכך קלעו את הסיטואציה שלפנינו על קרני הדילמה. שלישית, מצפה כרמים הוקם בתוך שטח אש 906, ואך לאחרונה נטען בפנינו בבג"ץ 413/13 אבו עראם נ' שר הבטחון (4.5.2022), כי צרכי הביטחון של מדינת ישראל מחייבים לשמור על שטחי אש. רביעית, במקרה דנן צו התפיסה הוצא ל"צרכים צבאיים", על פי הפרקטיקה שהייתה נהוגה עוד קודם לפסק הדין בבג"ץ 390/79 דוויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: עניין אלון מורה). פסק הדין בעניין אלון מורה ניתן ביום 22.10.1979 בעוד צו התפיסה לצרכים צבאיים מס' 18/80 הוצא בעניינינו ביום 29.7.1980, כתשעה חודשים לאחר פסק הדין התקדימי בעניין אלון מורה, שלאחריו נפסקה כמעט לחלוטין הפרקטיקה של הקמת יישוב אזרחי על שטח שנתפס לצרכים צבאיים. הסכם ההרשאה האחרון נחתם בשנת 1997 לתקופה של 49 שנה, וחבריי, השופט נ' סולברג והשופט נ' הנדל הגיעו למסקנה, כי זה הסכם ההרשאה הרלבנטי לבחינת השאלה אם המקרקעין נכללו ב'עסקה' (פסקה 78 לפסק דינו של השופט סולברג). המדובר בהסכם הרשאה שנסמך על צו תפיסה שהוצא לאחר הלכת אלון מורה, הסכם שנחתם שנים רבות לאחר שהופסקה פרקטיקה זו (אציין כי אף אחד מהצדדים לא התייחס לעננה זו המרחפת ממעל צו התפיסה ששימש בסיס להסכמי ההרשאה).

על רקע האמור לעיל, המקרה שלפנינו אכן מעורר קשיים וההכרעה בו היא על 'חוט השערה'.

20. א. המשיבים חויבו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בהוצאות. לטעמי, לא רק שאין מקום לחייב את המשיבים בהוצאות ויש להורות על ביטולן, אלא שיש לפסוק הוצאות לזכותם. אשר על כן, אציע לחברי לחייב את ההסדרות הציונית (המשיבה 40), שנראה כי הטעות נפלה לפתחה – ולמצער, כי הייתה לה תרומה של ממש ביצירת הטעות כמי שהכינה את תכנית 223 – בהוצאות המשיבים 1-3 בסך 25,000 ₪ לכל אחד (סה"כ – 75,000 ₪).

ב. המקרה הפתולוגי שלפנינו כמתואר לעיל, מצריך פתרון בלתי שגרתי.

חברי, השופט סולברג, הביע דעתו כי פיצוי למשיבים שיוכיחו זכויותיהם בקרקע הוא מתבקש וטבעי. לדידי, בנסיבות המיוחדות של המקרה דנן, משהוכח כי הממונה טעה לגבי הנכס בכך ש"חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי", אזי ראוי כי הממונה גם ישלם עבור טעותו. לדידי, בגדר סמכותנו להורות כי הממונה יקצה לבעלים הרשומים או למשיבים שיוכיחו זכויותיהם בקרקע, מקרקעין חלופיים מתוך מקרקעי המדינה, בשטח שלא יפחת מהשטח התפוס כיום על ידי המחזיקים. זאת, כפיצוי הולם, להבדיל מפיצוי כספי ובגדר פרשנותו של סעיף 5 לצו בדרך שמצמצמת את פגיעתו בקניין. כך, חלף הריסת בתי הקבע והקצאת קרקע חלופית וחלופות מגורים הולמות למחזיקים, הקצאת קרקע חלופית לבעלים הרשומים או למשיבים שיוכיחו זכויותיהם בקרקע נחזית לכאורה פתרון עדיף. בדרך זו, ניתן להקחות במידת מה את הפגיעה הקניינית במקרה הפתולוגי שלפנינו ולרכך את הפגיעה ב"גרעין הקשה" של איסור תפיסה ובנייה על מקרקעין פרטיים פלסטיניים. כידוע, איסור זה נמצא בראש סדר העדיפויות באכיפת דיני התכנון והבנייה, ויש בו כדי להגן, ולו במעט, על קניינם של תושבים מוגנים הנמצאים במשטר של תפיסה לוחמתית.

ולבסוף, ולמען הסר ספק. כפי שהדגשנו, תקנת השוק צופה פני עבר ונועדה להגן על טעויות עבר, ופשיטא שאין המחזיקים או אחרים רשאים לתפוס בעתיד שטחים החורגים מצו התפיסה המקורי (של 850 דונם). לאחר שעיינתי בפסק דינה של חברתי השופטת ד' ברק-ארוך, הרי שהאמור בפסקה 57 לפסק דינה, משקף באופן מפורט את האמור לעיל לגבי התוצאה האופרטיבית.

21. סוף דבר, שאני סבור כי דין העתירה לדיון נוסף להתקבל כמפורט לעיל.

השופטת ע' ברון:

1. אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתו המקיפה והמנומקת של המשנה לנשיאה ע' פוגלמן ולתוצאה שאליה הגיע, גם לדרך הילוכו, ולפיה בנסיבות המקרה הייחודיות שלפנינו לא התקיימו יסודות סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו בדבר רכוש ממשלתי או הצו) ואין לכן לשנות מתוצאת פסק הדין נושא הדיון נוסף. לנוכח חילוקי הדעות שהתגלעו בין חבריי, ראיתי לנכון להוסיף התייחסות קצרה משלי.

2. השאלה שעומדת במוקד הדיון הנוסף היא מהן אמות המידה המשפטיות לבחינת דרישת תום הלב המעוגנת בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, ואופן יישומה. סעיף 5 מורה כדלקמן:

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

דומה כי הכל מסכימים כי הן הממונה על הרכוש הממשלתי (להלן: הממונה) הן "האדם האחר" שעמו הוא מתקשר בעסקה, נדרשים לעמוד בסטנדרט תום לב סובייקטיבי. המחלוקת בין חבריי נסבה בעיקרה על רף הסטנדרט הנדרש. חברי המשנה לנשיאה ע' פוגלמן אימץ בחוות דעתו את עמדת חברתי הנשיאה א' חיות כפי שזו הובעה בפסק הדין נושא הדיון נוסף, שלפיה יש לערוך הבחנה בין סטנדרט תום הלב הסובייקטיבי שבו נדרש לעמוד הממונה, ובין סטנדרט תום הלב שבו נדרש לעמוד הגורם שעימו התקשר בעסקה. לגישתם, לצורך תחולת אותה "מעין תקנת שוק" שבסעיף 5 לצו, יש לבחון את תום ליבו הסובייקטיבי של הממונה באמת מידה קפדנית – תום לב סובייקטיבי מוגבר; ואילו את תום ליבו הסובייקטיבי של המתקשר עם הממונה בעסקה יש לבחון באמת מידה "רגילה" (פסקאות 60-62 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ע' פוגלמן; פסקה 44 לחוות דעתה של הנשיאה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף). לעומת זאת, חבריי המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל והשופט נ' סולברג סבורים כי אין מקום להחמיר בדרישת תום הלב של הממונה (פסקה 3 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל; פסקה 93 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג).

3. כאמור, במחלוקת שנפלה בין חבריי דעתי כדעת המשנה לנשיאה ע' פוגלמן כי לצורך השתכללות תקנת השוק שבסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, הממונה נדרש לעמוד בסטנדרט תום לב סובייקטיבי ברף הגבוה. כך בהינתן העובדה כי מדובר במקרקעין המצויים בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, הכפוף לחובות שונות מכוח המשפט הבינלאומי; כך משום החובה המוטלת על המפקד הצבאי להגן על זכות הקניין של האוכלוסייה באזור יהודה והשומרון, הם "התושבים המוגנים"; וכך בשים לב לפגיעה הקשה המגולמת בזכות הבעלים "המקורי" בעקבות הכרה בתוקף העסקה שערך הממונה עם אותו גורם אחר. יפים בהקשר לסעיף 5 לצו דבריה של יו"ר ועדת העררים הצבאית, השופטת סא"ל ד' קאופמן כי "מדובר בסעיף המהווה פגיעה חמורה בזכויות הקניין של בעל המקרקעין 'המקורי' ועל כן יש לדרוש מן הממונה על הרכוש הממשלתי, בהיותו נציג הריבון, רף גבוה של דרישת תום הלב" (ערר (איו"ש) 121/15 צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש, פסקה 3 (28.2.2017)). וכפי שהיטיב המשנה לנשיאה לבאר, הממונה אינו יכול לחסות תחת טענת תום לב מקום שבו היו בפניו סימני אזהרה מחדשים וזה "עצם את עיניו" מלראותם או כאשר העניק להם מענה חלקי (פסקה 60 לחוות דעתו).

לנוכח העובדה שעלינו לבחון את תום ליבו הסובייקטיבי של הממונה ברף הגבוה, אין מנוס מלקבוע כי בנסיבות המקרה הממונה לא עמד בדרישת תום הלב המצופה ממנו לצורך סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. כך משום סימני האזהרה השונים שהופיעו בפני הממונה לאורך השנים, ובהם חוסר ההתאמה בין שטח צו התפיסה ובין תוכנית מתאר מפורטת 223 "ישוב קהילתי כוכב השחר" (1982) (להלן: תוכנית 223). כפי שהוברר, חוסר ההתאמה בין תוכנית 223 ובין צו התפיסה אינו שולי ומדובר בחריגה של 566 דונם. בתוך כך, לא ניתן להתעלם מהעובדה שלהסכמי ההרשאה השונים שנחתמו בין הממונה ובין רוכשת הזכות, המשיבה 40, ההסתדרות הציונית העולמית – החטיבה להתיישבות (להלן: ההסתדרות הציונית) צורפה מפת צו הסגירה חלף מפת צו התפיסה. בנסיבות אלה, איני סבורה כי ניתן להכשיר את עסקת היסוד בין הממונה ובין ההסתדרות הציונית.

הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העובדה שדרישת תום הלב שבסעיף 5 לצו חלה על שני הצדדים לעסקה, הן על הממונה הן על רוכש הזכות. אמנם שאלת תום ליבה של רוכשת הזכות, ההסתדרות הציונית, לא הובררה די צרכה במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי, ואולם התנהלותה לאורך השנים אף היא מעוררת תהיות (השוו: ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 832, 851 (2002)). כך בין אם נבחן את העסקה שנערכה בין ההסתדרות הציונית ובין הממונה בראי הסכם

ההרשאה משנת 1981, כעמדת המשנה לנשיאה ע' פוגלמן (פסקה 69 לחוות דעתו); ובין אם נבחן את תום ליבה בראי הסכם ההרשאה משנת 1997 כדעת המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל (פסקה 9 לחוות דעתו) והשופט נ' סולברג (פסקה 77 לחוות דעתו). זאת בשים לב לכך שהסכם ההרשאה משנת 1997 אינו עומד בפני עצמו, אלא מהווה חוליה בשרשרת ההתקשרויות שבין ההסתדרות הציונית ובין הממונה. ובמילים אחרות, הסכם ההרשאה משנת 1997 נסמך גם על הנסיבות שהובילו להתקשרות בהסכמי ההרשאה שקדמו לו, בהן פעולותיה של ההסתדרות הציונית.

4. ומשאמרתי את שאמרתי, אבקש לייחד מספר מילים בעניין המשיבים 4-39 (להלן: המחזיקים). אין ספק כי תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף מגלמת פגיעה קשה במחזיקים, ואינני מקילה ראש בפגיעה זו. המחזיקים שהשתקעו במצפה כרמים הקימו בתי קבע, משפחה וקהילה, וככל הנראה עשו כן בהסתמך על מצגים שונים שניתנו מצד ההסתדרות הציונית והמדינה. לא בכדי ציינה הנשיאה א' חיות בפסק הדין נושא הדיון הנוסף כי ראוי שיימצא להם פתרון חלופי, כך גם המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, ואני מצטרפת לקריאתם. אולם עם כל הרצון וההבנה, אין חולק כי המקרקעין נושא ההליך שלפנינו הם מקרקעין שבבעלות בעלים פרטיים פלסטיניים, ומענה למצב שנוצר מבקשים המחזיקים למצוא ב"מעין תקנת השוק" שבסעיף 5. אלא שעל פי סעיף זה יש לבחון את תוקפה של העסקה שערך הממונה עם אותו "אדם אחר", והוא נעדר התייחסות למעמדו של הצד השלישי שהסתמך על אותה עסקת יסוד (להרחבה ראו: רונית לוי-שנור "ללא תקנה על 'תקנת השוק' במקרקעין באזור יהודה והשומרון" משפטים נ 307, 346-347 (2020)). ומשכך, הפגיעה בזכותם של המחזיקים והנזק העתידי שייגרם להם, אף תום ליבם, אינם יכולים "להטות את הכף" להכרה בתוקפה של עסקת היסוד שבין הממונה להסתדרות הציונית (השוו לעמדת חברי השופט י' עמית בפסקה 14 לחוות דעתו).

זכותם של המחזיקים מותנית בכשרות העסקה שבין הממונה ובין ההסתדרות הציונית, ותנאי לתחולת סעיף 5 לצו הוא תום ליבם של הצדדים לעסקה הנבחנת. בהיעדר תום לב של מי מהצדדים לעסקה אין תחולה לתקנת השוק שבסעיף, והמשמעות היא שההסתדרות הציונית לא יכלה להעביר לידי המחזיקים את הזכויות ולא עומדת להם זכות במקרקעין. עוד יוער כי בהתאם לקו מנחה זה, גם התועלת שהמחזיקים יכולים להפיק מהמקרקעין בהשוואה לבעלים אין בה כדי להוביל להכרה בכשרות העסקה הנבחנת לפי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (השוו לדברי חברי השופט נ' סולברג בפסקה 25 לחוות דעתו); ובכל מקרה, קשה להלום "הפקעת" רכוש של אדם פרטי לצורך העברתו לגורם פרטי אחר, רק משום שהאחרון עשוי לעשות שימוש "מועיל" יותר ברכוש.

## שׁוֹפֵט ת

השופטת ד' ברק-ארז:

1. לפתחנו הוצבה "תאונה משפטית" רבת גלגולים. ניתן למצוא בה פנים לכאן ולכאן ביחס להסתייגויות המלוות את השלבים השונים שקדמו להקמת היישוב מצפה כרמים במיקומו הנוכחי. אולם, בסופו של דבר אלה מתכנסות לשאלה שבה נדרשת הכרעה חדה: האם הפגמים שנפלו בתהליכי קבלת ההחלטות מחייבים את פינוי המשפחות המתגוררות ביישוב.

2. מלכתחילה, הניתוח המשפטי ששימש בסיס לפסק הדין מושא הדיון הנוסף (להלן: פסק הדין הקודם) בחן, בעיקרו של דבר, את רף תום הלב שנדרש מן הממונה על הרכוש הממשלתי (להלן גם: הממונה) בגדרו של ההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (אזור יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו). זאת, על מנת לקבוע אם עסקה שעשה בנכס, שהתברר בדיעבד כי אינו רכוש ממשלתי, תעמוד בתוקפה בכל זאת. אולם, כפי שאסביר בהמשך, אני סבורה כי לא ניתן להתוות את אמות המידה הנוגעות לתום לבו של הממונה, מבלי להתייחס לתנאים נוספים לתחולתו של סעיף 5 לצו, ועל כן, אדרש אף אליהם. הכל, כמפורט בהמשך.

3. חבריי לפניי נחלקו ביניהם באשר לגישה הפרשנית הראויה ביחס להסדר המעוגן בסעיף 5 לצו, כמו גם באשר לשיקולים השונים הנוגעים להכרעה בענייננו ולמשקל שיש לייחס להם בנסיבות העובדתיות הנדונות. עמדותיהם נבדלות זו מזו גם ביחס לאמות המידה שלפיהן ראוי לבחון את דרישת תום הלב הקבועה בסעיף ו גם בנוגע לאופן יישומן. בין כל אלה אני מפלסת את דרכי, נוטלת קצת מזה וקצת מזה, מקבלת ומסתייגת. בהתאם לכך, בסופו של דבר וכמפורט בהמשך, המסקנה האופרטיבית שאליה הגעתי היא שדין העתירה לדיון נוסף להתקבל, כמפורט בפסקאות 57 ו-59 להלן.

4. המקרה שבפנינו הוא "מקרה קשה" בכל מובן. מצד אחד, כל החלטה שעניינה אי-פינוי של קרקע בבעלות פרטית מעוררת קושי עצום מבחינת ההגבלות החלות על פגיעה בזכויות קניין של תושבים מוגנים. מצד אחר, כל החלטה המורה על פינוי תפגע בקורת הגג של משפחות המתגוררות במקום לאורך תקופה ארוכה ובהסתמך על התנהלות המדינה, על כלל המשמעויות, האנושיות והמשפטיות של פגיעה במגורים ממושכים

בבית, שעליה עמדתי בהזדמנויות שונות בעבר. בהתאם, פתרון שייתן את מלוא המשקל הראוי רק לאחד מצדי המשוואה יעורר קושי. אכן, נקודת המוצא לדיון היא שכאשר מדובר באזור יהודה ושומרון (להלן: האזור) חייבת להיות הקפדה יתירה על זכויותיהם של תושבים מוגנים. אולם, משהתבקשנו להכריע במקרה דנן באשר להיקף תחולתו של סעיף 5 לצו, משמעות הדברים היא הגנה חזקה, אך לא מוחלטת, על זכויות הקניין שלהם. הרי נקודת המוצא של ההסדר שנקבע בסעיף 5 לצו היא שכאשר מתקיימים התנאים לתחולתו ניתנת עדיפות לצדדים שלישיים על פני הבעלים המקוריים. אם כן, השאלה איננה עוד האם יש אפשרות לפגיעה בזכויות קניין, אלא האם התקיימו התנאים לתחולתו של ההסדר שבפנינו, הנחשב למעין תקנת שוק. זוהי, אם כן, נקודת המוצא לדיון נוסף זה.

5. אתחיל בכך שאציין כי במישור העקרוני-פרשני, אני מסכימה לעיקרי עמדתו של חברי המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, המבוססת מצדה על עמדתה של חברתי הנשיאה א' חיות בפסק הדין הקודם. עמדה זו משרטטת שלושה קווים מנחים מרכזיים המשליכים על גבולות פרשנותו של סעיף 5 לצו: קיומם של מאפיינים מיוחדים המתחייבים מן העובדה שההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו מופעל בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית; הנטייה הכללית לפרשנות מצמצמת של הסדרים משפטיים הקובעים תקנות שוק; וכן משנה הזהירות הנדרש בענייננו בעריכת היקשים מהסדרים אחרים הקובעים תקנות שוק (פסקאות 29-49 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן). בהתאם לכך, וכנקודת מוצא לדיון בענייננו, אף אני סבורה כי פרשנותו של סעיף 5 לצו צריכה להיעשות ככלל מתוך מגמה זהירה.

6. בהתאמה, מצאתי להסכים בעיקרון אף לאמות המידה העקרוניות שעליהן עמד חברי המשנה לנשיאה פוגלמן ביחס לפרשנותה של דרישת תום הלב הקבועה בסעיף 5 לצו. בדומה לגישתו, וככל שהדברים אמורים ביחס לממונה על הרכוש הממשלתי, אף אני סבורה כי ההסדר הנדון מחייב עמידה על דרישת תום לב סובייקטיבית "ברף גבוה", אם כי, כפי שצוין, כזו שאינה מטילה על הממונה "חובת זהירות" הנבחנת לפי סטנדרט אובייקטיבי טהור. זאת, בעיקרו של דבר, וכפי שציינה גם חברתי הנשיאה חיות בדעת הרוב בפסק הדין הקודם, בהתחשב במאפייניו החריגים של ההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו ובפרט בחובות המיוחדות החלות על המפקד הצבאי באזור ועל הממונה מכוח כללי המשפט הבינלאומי.

7. במובן זה, אין בידי לקבל את גישתו העקרונית של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל, המבקש לנתק בין סטנדרט הבחינה "האזרחי" המוטל על הממונה בגדרי סעיף 5

לצו, לבין החובות המוטלות עליו מכוח המשפט המינהלי והמשפט הבינלאומי (פסקה 2 לפסק דינו בדיון הנוסף). לטעמי, היבטים אלה אינם ניתנים להפרדה, וזאת לאורו של עקרון "הדואליות הנורמטיבית" (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – משפט מינהלי כלכלי כרך ג 12-23 (2013)). בהתאם לכך, והגם שבפנינו לכאורה סוגיה אזרחית-קניינית, זו אינה מוכרעת אך-על-ידי המשפט הפרטי, אלא היא כפופה אף לכללי המשפט הציבורי, ובהם כללי המשפט הבינלאומי, אשר מוסיפים לחול על הממונה. הדברים אמורים ביתר שאת אף בהינתן שאין מדובר בעסקה בעלת אופי מסחרי רגיל, כי אם בהסדר החל מלכתחילה במצבים שבהם פעל הממונה מכוח הסמכויות המוקנות לו ובהתאם לתפקידו באזור. בנסיבות אלו, אני סבורה כי פרשנותו הראויה של סטנדרט תום הלב החל על הממונה מחייבת לתת משקל של ממש למאפייניו הציבוריים. מתוקף כך, אין בידי אף להסכים לגישתו של חברי השופט נ' סולברג, הנוטה להניח כי אין לבחון את תום ליבו של הממונה "בצורה כה קפדנית" (פסקה 92 לפסק דינו).

8. אולם בנקודה זו לא תם הדיון. מבלי לגרוע מהאמור, ועל אף שאני צועדת כאמור כברת דרך ארוכה במתווה העקרוני שסלל חברי המשנה לנשיאה פוגלמן, אין בידי להצטרף אליו לכל אורכו. כשם שאינני שותפה לעמדתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל הבוחנת את הדברים תוך מיקוד במשפט הפרטי, כך אינני סבורה שניתן לבחון את הנושא שבפנינו תוך מיקוד ב"חוליה הראשונה" בלבד של ההתקשרות בין הממונה להסתדרות הציונית (להלן גם: ההסתדרות), בהתאם לגישה שהנחתה את חברי המשנה לנשיאה פוגלמן. למעשה, כפי שאסביר בהמשך, מרכז הכובד בעניינינו טמון לטעמי דווקא בחוליית ההסתמכות הבאה, קרי במישור היחסים שבין הממונה וההסתדרות למי שהתיישבו בפועל במצפה כרמים. בכך עמדתי קרובה במידה רבה לעמדתו של חברי השופט י' עמית, שמושתתת בעיקרה על שיקול ההסתמכות של המחזיקים במקרקעין, תושבי מצפה כרמים. לצד זאת, היא נבדלת ממנה במספר היבטים הנוגעים לפרטי פרשנותו של סעיף 5 לצו.

9. אפנה אפוא כעת להצגת גישתי, המבוססת על הגדרה שונה למונח "עסקה" בצו, הגדרה הבוחנת גם את יתר חוליות ההסתמכות שנובעות אף הן מההתקשרות הראשונית מול הממונה. בהתאמה, וכפי שיוסבר, יש לדברים השלכה גם על יישום יתר תנאיו של סעיף 5 לצו. על רקע זה, אציין כבר עתה כי בסופו של יום, מצאתי לקבוע כי בנסיבות המורכבות של המקרה דנן התקיימו היסודות הדרושים לתחולתו של סעיף 5 לצו.

10. בעיקרו של דבר, כפי שאסביר, מנקודת מבטי, התכלית העיקרית של סעיף 5 לצו היא הגנה על הסתמכות ממשית וקונקרטית על עסקה שנעשתה בטעות תמת-לב, כאשר

הדגש מושם בבחינת עניינם של מי שמצויים בקצה חוליית ההתקשרות. זאת, בהתאם ל"כוכב הצפון" של מוסד תקנת השוק בכללותו. בהקשר זה אדגיש כי נקודת המוצא הכללית לדיון הנוסף דנן נסבה על סיווגו של ההסדר המעוגן בסעיף 5 לצו כ"מעין תקנת שוק". סוגיה זו כשלעצמה לא עמדה בפנינו כעת, וממילא איני נדרשת אליה. אולם, כאשר זוהי נקודת המוצא, יש לה נפקות חשובה בכל הנוגע להבנתם של תנאי הסעיף, ובפרט אלו הנוגעים לעסקה עם אדם אחר; לתום הלב של הצדדים; וכן לקיומה של תמורה. אדרש להלן לדברים בהתאם לסדרם. עוד קודם לכן אדגיש כבר עתה כי עמדתי בהקשרים אלו עולה בקנה אחד עם הגישה הפרשנית המצמצמת ביחס לסעיף 5 לצו שלה אני שותפה. זאת, מתוך ההכרה בהקפדה הנדרשת ביחס להיקף תחולתו של הסדר תקנת השוק בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית.

11. עוד אבקש להבהיר כבר עתה כי ביחס להיבטים אלה מסקנתי שונה בחלקה מעמדתם של יתר חבריי התומכים בקבלת העתירה לדיון נוסף. שוני זה אינו משליך על התוצאות האופרטיביות של המקרה דנן, אך צפוי להשפיע על מקרים אחרים, ובכללם שטחים נוספים שחרגו מגבולות צו התפיסה המקורי בענייננו ולא נדונו בהליך דנן. הכל כמפורט בהמשך.

סוגיה ראשונה: הגדרת "עסקה" עם "אדם אחר"

12. אחת הסוגיות המקדמיות שאליהן אני מבקשת להתייחס נוגעת לזהות הצדדים ל"עסקה" שבפנינו. הדברים אמורים בהינתן דרישתו הבסיסית של סעיף 5 לצו לקיומה של עסקה בין הממונה לבין "אדם אחר". למעשה, ההתייחסות לזהות הצדדים שלובה אף ביתר דרישות הסעיף, במובן זה שיש בה כדי להשליך על השאלה מי הם הגורמים שביחס אליהם יש לבחון את התקיימותן. על רקע זה, יש להדגיש כי לאורך כל שלבי ההתדיינות בתיק דנן, החל מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, עובר בפסק הדין הקודם, ולמעשה גם עתה במסגרת עמדתו של חברי המשנה לנשיאה פוגלמן בגדרי דיון נוסף זה, רובו ככולו של הדיון התמקד במערכת היחסים שבין הממונה להסתדרות הציונית בלבד. במובן זה, הלכה למעשה, הדיון המשפטי נמנע מלתת כל ביטוי למי שמהווים בעיניי שחקן משמעותי בהשתלשלות האירועים בענייננו – המחזיקים בפועל, תושבי מצפה כרמים אשר פעלו בהסתמך על התנהלותם של הממונה, המפקד הצבאי וההסתדרות. הדברים הובהרו אף בהדגשתו של חברי המשנה לנשיאה בשולי פסק דינו כי "המחזיקים הם לא צד ל'עסקה' שנמצאת במוקד הדיון הנוסף (אלא ההסתדרות הציונית והממונה)" (פסקה 101 לפסק דינו. ראו גם: פסקה 4 לפסק דינה של חברתי השופטת ע' ברון).

13. מנקודת מבטי, גישה פרשנית זו אינה מבטאת נכונה את תכליתו של ההסדר שבפנינו. לשיטתי, קיים קושי ממשי בהכרה בהסתדרות הציונית, כשלעצמה, כמי שמהווה "אדם אחר" כדרישת סעיף 5 לצו. לצורך בחינת קיומה של עסקה לעניין סעיף זה, כמו גם בהקשר של יתר התנאים המנויים בו, לא ניתן להסתפק בבחינה של מערכת היחסים בין הממונה לגוף המיישב לבדו, אלא יש הכרח לבחון במיוחד דווקא את חוליות ההסתמכות הבאות. במובן זה, אני מסכימה להטעמתו של חברי השופט סולברג, כי יש להתייחס אל המחזיקים כאל "הצד האמיתי" בהתנגשות הזכויות שלפנינו" (פסקה 99 לפסק דינו) – עמדה אשר קיבלה הדגשה משמעותית אף על-ידי חברי השופט עמית (פסקה 9 לפסק דינו).

14. במקרה שבפנינו, בפסק הדין הקודם סברו כל השופטים כי אין צורך להכריע בשאלה העקרונית שעניינה פרשנות התיבה "אדם אחר". לעומת זאת, חברי השופט סולברג דן כעת בשאלה, ואף מכריע בה. בעיקרו של דבר, לשיטתו, מאחר שההסתדרות הציונית היא גוף עצמאי ובעל אישיות משפטית נפרדת מהמדינה אין מניעה לראות בה "אדם אחר" לצורכי סעיף 5 לצו (פסקה 46 לפסק דינו). לתוצאה דומה הגיע עתה גם חברי השופט עמית, הגם שציין כי היא אינה חפה מקשיים נוכח מאפייניה של ההסתדרות הציונית (פסקה 6 לפסק דינו), ואף הדגיש כי לשיטתו ניתן לראות גם בחוליות ההתקשרות הבאות, ובאופן קונקרטי במחזיקים, כמי שמהווים "אדם אחר" לצורך ההסדר שבפנינו (פסקה 9 לפסק דינו).

15. עמדתי שונה. לגיشتי, אין מקום להכיר ברגיל בהסכם "ערטילאי" בין הממונה לבין גורם מיישב כמו ההסתדרות הציונית כממלא את דרישותיו של סעיף 5 לצו, כל עוד לא קיים גורם שלישי אחר נוסף שפעל בהסתמך על אותו הסכם. על דרך הכלל, עמידה בתנאי של עסקה עם אדם אחר לצורך סעיף 5 לצו דורשת קיומו של צד שלישי "ממשי", וזאת בשונה ממי שניתן לראותו כ"צד קרוב" לממונה. מסקנה זו מתבקשת לטעמי בשים לב לתכלית שעליה נועד ההסדר להגן, כמו גם למאפיינים נוספים של הסדר תקנת השוק שבפנינו. יתר על כן, כפי שאסביר בהמשך, מסקנתי זו משליכה אף על פרשנותם של התנאים האחרים שאליהם אדרש – "תמורה" ו"תום לב".

16. על מנת להסביר את גישתי אני מבקשת לשוב ולעמוד על התכלית המרכזית הניצבת ביסודו של סעיף 5 לצו. בליבו של הסדר זה עומד הצורך להגן על אינטרס ההסתמכות של גורמים חיצוניים המתקשרים עם הממונה, נוכח קיומו של קושי מעשי להטיל עליהם חובות בירור משמעותיות. זאת, בין היתר, בשל מציאות עובדתית ומשפטית שבה מרבית שטחי המקרקעין באזור אינם מוסדרים, ובהינתן המגבלות

המוטלות על האפשרות לעיון במרשמי המקרקעין באזור, בשונה מהדין הנוהג בישראל (ראו: צו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה ושומרון) (מס' 1737), התשע"ד-2014; רע"א 2505/16 אנג'ל נ' המינהל האזרחי ביהודה ושומרון, פסקאות 30-31 לפסק דינו של השופט א' שהם (22.12.2016)). כן ראו: רונית לויין-שנור דיני רישום מקרקעין – הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית 279 (2012)). כמוכן זה, ההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו נועד לקדם ודאות ויציבות משפטית, באופן שיש בו לתת מענה לקשיים המאפיינים את הפעילות המורכבת באזור ובפרט לנגישותו המוגבלת למידע של אדם מן הישוב המבקש להסתמך על המידע שהוצג לו על-ידי הממונה. רציונל זה עולה בקנה אחד, בשינויים המחויבים, עם ההצדקה העקרונית הניצבת ביסודן של מספר תקנות שוק ספציפיות בדין הישראלי שעניינן "כשרות עסקאות", ונועדו לאפשר לפרטים להסתמך על פעולותיה של הרשות המוסמכת בהתאם לנסיבות העניין (ראו: סעיף 10 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950 (להלן: חוק נכסי גרמנים); סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 (להלן: חוק נכסי נפקדים); סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978 (להלן: חוק האפוטרופוס); סעיף 70 לחוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006).

17. חשיבות ההגנה על אינטרס ההסתמכות של המתקשר אינה מתמצה לטעמי בהתקשרות הראשונית שנעשית עם הממונה. לאמיתו של דבר, כפי שהטעימו למעשה גם חבריי השופטים סולברג ו-עמית, מטרתו של ההסדר להגן אף על החוליות הבאות בשרשרת ההתקשרויות – כל עוד אלו פעלו בתום לב, ובהסתמך על ההסכם המקורי שערך הממונה. הדברים אמורים בשים לב לעובדה כי בפועל דווקא הסתמכותם של מי שמצויים בקצה השרשרת – ולענייננו המחזיקים בפועל – על הממונה ועל התנהלותו לאורך הדרך, היא רבה במיוחד, ובהתאמה הפגיעה הממשית בהם עלולה להיות חמורה ביותר. למעשה, ברגיל, שאלת ההסתמכות של חוליית קצה זו היא החשובה ביותר, מאחר שעל הסתמכותו של הגורם המיישב, ככל שהייתה, קל יחסית לפצות בכסף. לעומת זאת, המשמעות של פינוי מבית מגורים היא כזו, שחרף הכללים המשפטיים החלים עליה, אין ספק שהיא חורגת מן התחום הכלכלי-ממוני בלבד.

18. מנקודת ראות זו, אני סבורה כי לא ניתן לראות בהסדרות הציונית גורם עצמאי שחוסה תחת תכליתו של ההסדר שבפנינו. בהקשר זה נתתי דעתי לכך שאף כי מבחינה פורמלית ההסדרות הציונית היא אישיות משפטית נפרדת מהמדינה, במקרים רבים היא פועלת כגורם ביצועי מטעמה וכשותף מרכזי חשוב בהליכי הפיתוח והתכנון. כמוכן זה, ובאופן מהותי, ההסדרות הציונית משמשת במידה רבה כ"זרועו הארוכה" של הממונה (ראו בהקשר זה את דברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בבג"ץ 3301/15 גלאון נ' סיעת

הליכוד בכנסת ה-20, פסקאות ט"ז וכ"א (29.6.2015), שאליהם הפנה חברי השופט עמית. עוד על זיקתן של ההסתדרות הציונית והחטיבה להתיישבות למדינה ראו גם: בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פסקאות מ"ג ו-ע"ב (5.9.2017). כן ראו: סעיף 6 לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשי"ג-1952). הדברים אמורים בשים לב לפרקטיקה הנוהגת באזור, בהינתן העובדה כי בפועל חלק משמעותי מן העסקאות שמבצע הממונה נעשות עם גורמים מיישבים ובפרט עם ההסתדרות הציונית (ראו: חגי ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון" משפטים נ 359, 379 (2020) (להלן: ויניצקי). כן ראו: בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 48 לפסק דינה של הנשיאה חיות (9.6.2020)). זאת ועוד: כפי שציין חברי המשנה לנשיאה פוגלמן (פסקה 63 לפסק דינו), ההסתדרות הציונית היא במידה רבה "שחקן חוזר" ומרכזי השונה במאפייניו מאדם פרטי "פשוט" המתקשר בעסקה עם הממונה. על רקע כלל האמור, ניכר כי מערכת היחסים שבין הממונה להסתדרות הציונית משקפת קרבה של ממש ושיתוף פעולה הדוק, ומבטאת במידה רבה דמיון אינטרסים. בהתאם לכך, דומה כי תפקידה של ההסתדרות הציונית במקרה דנן ובדומים לו קרוב במהותו לזה של "גורם מתווך", וזאת טרם מימוש ההתקשרות עם גורמים קונקרטיים אחרים.

19. נוכח האמור, קיים קושי לטעמי בקביעה שקם להסתדרות הציונית, בעמדה לבדה, אינטרס הסתמכות לגיטימי ועצמאי מן הסוג שעליו ביקש סעיף 5 לצו להגן, המצדיק העדפה על פני זכות הקניין של בעלי הנכס המקוריים. קביעה כזו אינה נותנת לטעמי די משקל לזיקתה החזקה של ההסתדרות הציונית לממונה ולמעורבותה בקידום הליכי התכנון, שאליהן נוספות יכולותיה המקצועיות הגבוהות ומשאביה המוסדיים. ברי כי בנסיבות אלו נחלשת משמעותית תכליתו של ההסדר, אשר נועד להגן על יכולתם של צדדים אחרים להסתמך על הממונה. למעשה, הזהירות הנדרשת בהכרה במעמדה העצמאי של ההסתדרות הציונית משתקפת, גם אם באופן חלקי בלבד, בעמדתה של המדינה לאורך ההליך. כך, הגם שהדגישה כי אין צורך להכריע בסוגיה עקרונית זו, ציינה המדינה כי "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" (ראו סעיף 29 להשלמת טיעון מטעם המדינה מיום 31.5.2021).

20. המסקנה כי לצורך תחולתו של ההסדר יש להצביע על צד שלישי ממשי, בשונה מגורם מיישב כשלעצמו, מתחייבת אף מן הגישה המצמצמת הכללית עליה עמדת. לשיטתי, קביעה כי די בגורם המיישב לבדו כדי לקיים את התנאי של "אדם אחר" אינה מאזנת כראוי בין תועלתו של ההסדר לבין הפגיעה הקשה בזכויותיהם של הבעלים

המקוריים. עמדה זו משקפת את מידת הרצינות שיש לייחס לחובות המוטלות על המפקד הצבאי באזור ועל הממונה מכוח המשפט הבינלאומי. זאת, בפרט ביחס להגנה על זכויות הקניין של האוכלוסייה המוגנת (ראו האסמכתאות בפסקאות 31-34 לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה פוגלמן). הדברים אמורים, בין השאר, על רקע הקושי הרב המתחייב מן העובדה כי במישור התוצאתי הפעלתו של ההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו צפויה להיטיב באופן כמעט בלעדי עם התושבים הישראלים באזור (ראו פסקה 33 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן וכן פסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה חיות בפסק הדין הקודם).

21. לא נעלם מעיניי כי בהקשרן של תקנות שוק אחרות שחלות במשפט הישראלי ננקטה גישה שונה ביחס לפירוש התיבה "אדם אחר". נקודה זו זכתה להדגשה על-ידי חברי השופט סולברג (פסקה 47 לפסק דינו) וכן על-ידי חברי השופט עמית (פסקה 6 לפסק דינו). כך, בהקשרו של סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, נקבע בעבר כי יש לראות את רשות הפיתוח כממלאת תנאי זה וכי "אין בכך שהאפוטרופוס ורשות הפיתוח שניהם בגדר 'רשות מינהלית' כדי לשנות את המסקנה" (ע"א 11085/08 עזבון המנוח אברהים מחמד מראד נ' רשות הפיתוח, פסקה 7 (9.10.2011)). כן ראו: רע"א 2401/21 ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ, פסקה 14 לפסק דינו של השופט עמית (1.3.2022) (להלן: עניין ג'אעוני). כמו כן, ראו: ע"א 7793/19 מדינת ישראל – רשות הפיתוח נ' עזבון עקל, פסקאות 10-12 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (8.5.2022), ומנגד עמדתו החולקת (בדעת מיעוט) של השופט ג' קרא, בפסקאות 51-56 לפסק דינו (להלן: עניין עקל).

22. אולם, מנקודת מבטי, אין הנדון דומה לראיה, בהתחשב בכך שמדובר בחקיקה החלה באזור. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה פוגלמן, יש לנקוט בענייננו משנה זהירות בביצוע היקשים מתקנות שוק אחרות, נוכח השוני המהותי שבין סעיף 5 לצו לבין הסדרים אחרים בדין הישראלי. על כך ניתן להוסיף, במישור הפורמאלי, כי חוק נכסי נפקדים מתייחס במפורש למעמדה של רשות הפיתוח וליכולתה להתקשר עם האפוטרופוס. למעשה, בהתאם לחוק זה, האפוטרופוס כלל אינו מוסמך למכור נכסי מקרקעין מוקנים לגורמים אחרים מלבד לרשות הפיתוח (ראו: סעיף 19 לחוק זה). מצב דברים זה הוכר כשיקול פרשני מרכזי התומך בהכרה ברשות הפיתוח כ"אדם אחר" לעניין חוק נכסי נפקדים, וזאת בשל החשש כי פרשנות אחרת תוביל לריקונה מתוכן של תקנת השוק הקבועה בו (ראו: עניין עקל, פסקה 12 לפסק דינו של השופט גרוסקופף). במובן זה, שונים למדי פני הדברים בהקשרו של סעיף 5 לצו, שבניגוד לחוק נכסי נפקדים, אינו כולל מגבלה או התייחסות מפורשת מן הסוג האמור. בהתאם, איני סבורה כי אי-הכרה בהסתדרות הציונית (כאשר היא עומדת לבדה, ללא צד שלישי אחר נוסף), במתכונת המוצעת על-ידי, תוביל להפיכתו של ההסדר לאות מתה. זאת, בין היתר, בהתחשב בכך

שניתן לצפות כי במקרים לא מעטים שבהם ייושם סעיף 5 לצו, תימצא בפועל חוליית הסתמכות נוספת מלבד הגורם המיישב. כל זאת בהצטרף להבדלים המתחייבים מן הייחוד הנובע מכך שסעיף 5 לצו חל בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. משכך, אני סבורה כי אין לאמץ מסקנה דומה בענייננו.

23. אם כן, לסיכום נקודה זו, אני סבורה כי אדם אחד לעניין סעיף 5 לצו יכול להיות רק צד שלישי "חיצוני" לממונה. על כן, לצורך התקיימות תנאיו של סעיף 5 לצו במקרה זה לא יהיה די להשקיף אך על ההתקשרות הראשונית שנעשתה בין הממונה לבין הגורם המיישב, שבו יש לראות "גורם מתווך" ביצועי בלבד. חלף זאת, במקרים מסוג זה, יש מקום להרחיב את נקודת המבט ולהתבונן על העסקה אף בראי החוליות הנוספות שנוצרו בהסתמך על הסכם ההרשאה המקורי וכמימוש שלו, לרבות פעולות או הסכמים קונקרטיים עם צדדים שלישיים, שהם אנשים פרטיים. דהיינו, לשיטתי, הדרישה לקיומה של "עסקה" עם "אדם אחר", כמובנה לצורך סעיף 5 לצו, תגיע לכדי שכלול וגיבוש רק בנקודה שבה ניתן להצביע על פעולות ממשיות של גורמים אחרים שהסתמכו על ההתקשרות הראשונית – קרי הצטרפותם של אותם גורמים לעסקה. במובן זה, מעורבותם והסתמכותם של אותם צדדים שלישיים "ממשיים" היא שתוחמת את גבולות הדרישה לקיומה של עסקה עם "אדם אחר" ובהתאמה גם את היקף תחולתו של סעיף 5 לצו.

24. בהתאם לכך, וככל שהדברים אמורים בנסיבות העניין שבפנינו, איני סבורה כי העסקה שבפנינו נוגעת אך למישור שבין הממונה לבין ההסתדרות הציונית. למעשה, ככל שמישור זה היה עומד לבדו, עמדתי הייתה כי כלל לא היה ניתן לראות בכך "עסקה עם אדם אחר" לצורך סעיף 5 לצו. אולם, בנסיבות ענייננו – שמשקפות תאונה משפטית רבת שלבים – הדברים אינם מתמצים כאמור בכך. בהתאם, אני סבורה כי יש לבחון את הדרישה לקיומה של עסקה שבמרכזה המקרקעין מושא דיוננו באופן רחב יותר, הכולל גם חוליה נוספת ומשמעותית יותר: מערכת היחסים שבין הממונה (וההסתדרות הציונית כגורם מתווך) מצד אחד לבין המחזיקים מצד אחר. במישור זה, יש משמעות לקביעות העובדתיות הנוגעות לליווי שהעניקו נציגי המפקד הצבאי באזור וכן ההסתדרות הציונית סמוך להקמת מצפה כרמים במיקומו הנוכחי ולמצג שעל בסיסו החלה התיישבות במקום בתחילת שנת 2000. כל זאת, בהסתמך על הבנתם של הצדדים את הסכם ההרשאה בין הממונה להסתדרות, ובמידה רבה כיישום שלו. בהקשר זה אציין כי לטעמי, וכפי שצינו יתר חבריי התומכים בקבלת העתירה לדיון נוסף – הסכם ההרשאה הרלוונטי הוא הסכם ההרשאה האחרון שנחתם בשנת 1997 ועודנו בתוקף (וזאת הגם שקיימים סימני שאלה מסוימים ביחס אליו, כמפורט בפסקה 19 לפסק דינו של חברי השופט עמית). במובן זה, אני סבורה כי בענייננו הרכיב של עסקה עם "אדם אחר" קרם עור וגידים באופן ממשי

רק עם נקיטת פעולות קונקרטיות להקמת הישוב מצפה כרמים באופן שכלל פעילות של הגורמים המוסמכים מול מחזיקים קונקרטיים שאינם ההסתדרות הציונית, ובשלב מאוחר יותר גם כריתתם של הסכמי בר-רשות כפי שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי. בנקודה אחרונה זו – אציין כי איני נדרשת בשלב דיוני זה לשאלת מועד כריתתם של הסכמי בר-הרשות עם המחזיקים השונים בהליך שבפנינו. כפי שציין חברי השופט עמית, סוגיה זו אינה מתאימה לבירור במגבלות החלות על הליך של דיון נוסף. די לי אפוא בהסתמכותם של תושביו הראשונים של מצפה כרמים, שיתר המחזיקים שבפנינו באו ככל הנראה בנעליהם, ובבנייה שנעשתה במקום. בהדגיש את יסוד ההסתמכות של התושבים במצפה כרמים אני מוצאת תימוכין גם בהערותיו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל (פסקה 11 לפסק דינו בדיון הנוסף). עם זאת, כפי שהסברתי, אני סבורה שהיבט זה אינו רלוונטי רק לדיון ביסוד התמורה (שאליו אדרש בהמשך דבריי), כי אם גם להגדרתו של יסוד העסקה שבפנינו.

25. איני רואה מקום להידרש בהרחבה למספר היבטים נוספים הנוגעים ליסוד העסקה, שביחס אליהם יש בידי להצטרף לעמדותיהם של חבריי התומכים בקבלת העתירה לדיון נוסף. בתמצית, אסתפק בקביעה כי מקובלת עלי העמדה לפיה סעיף 5 לצו חל גם ביחס לעסקה שלא הסתיימה ברישום. כמו כן, מקובלת עלי אף הקביעה העובדתית כי הסכמי ההרשאה בענייננו חלים ביחס למקרקעין שעליהם הוקם הישוב מצפה כרמים. קביעה זו אף משתלבת עם עמדתי לעיל לפיה העסקה שבפנינו הפכה לכזו הנעשית עם "אדם אחר" אך עם נקיטתן של פעולות ממשיות ליישובו של מצפה כרמים במיקומו הנוכחי. ההכרעה באשר לכך נטועה בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה שבפנינו ואיני סבורה כי קמה הצדקה לחרוג מהכלל הרגיל של אי-התערבות בממצאי הערכאה הדיונית, בפרט בהתחשב במסגרת הדיונית הנוכחית שבה אנו עומדים.

26. בשלב זה, אבקש להבהיר כיצד פרשנותי ביחס לדרישה לקיומה של עסקה עם "אדם אחר", המעמידה במוקד של ההסדר המשפטי את הסתמכותם של צדדים שלישיים "בשר ודם", משליכה אף על פרשנות התנאים הנוגעים ל"תום הלב" ול"תמורה". לכך אפנה כעת.

סוגיה שנייה: דרישת תום הלב ויישומה במקרה שבפנינו

27. בשלב זה אבקש לחזור לנקודה שעמדה בלב הדיון הנוסף – שאלת תום ליבם של הצדדים והשלכותיה בנסיבות העניין. נקודת המוצא, שדומה כי אין לגביה מחלוקת בשלב זה, היא כי את חובת תום הלב הקבועה בסעיף 5 לצו יש להבין ככזו המתייחסת

להתנהלותם של כלל מרכיבי העסקה גם יחד – קרי הממונה מצד אחד והמתקשר עמו מצד אחר. על רקע זה, עשויה להתעורר השאלה מיהו המתקשר בעסקה שביחס אליו צריכה להיבחן שאלת תום הלב. כמו כן, קיימת חשיבות בהיבט זה אף לעיתוי שביחס אליו תיבחן שאלת תום הלב. בקשר לכך, אני מוצאת לחדד כי ישנה זיקה ישירה בין קביעותי באשר לדרישה לקיומו של "אדם אחר" לבין פרשנותי לסוגיית תום הלב.

28. אפתח בכך שאבהיר כי לאופן שבו אני מפרשת את יסוד העסקה קיימת השלכה ביחס לעיתוי שבו יש לבחון את התקיימותו של יסוד תום הלב. כפי שציינתי, אף אני מצאתי כי קיימת רלוונטיות מיוחדת להסכם ההרשאה האחרון משנת 1997. על כך יש להוסיף כי לגישתי, בעת בחינת תום הלב, יש לתת משקל מיוחד, גם אם לא בלעדי, דווקא לפעולות שנלוו לחוליית ההתקשרות הנוספת – קרי מועד התווספותם של גורמים שלישיים ממשיים שפעלו בהסתמך על הסכם ההרשאה. בהתאם לכך, במקרה שבפנינו, אני סבורה כי יש לשים דגש בבחינת תום ליבם של הצדדים בשלב שבו עלה היישוב מצפה כרמים על הקרקע במיקומו הנוכחי, קרי לפעולות ולבדיקות שנעשו בשנים 1999-2000, ולהלך הרוח העולה מהן. נקודת זמן זו היא הראשונה שבה הפכה העסקה שבפנינו לכזו הכוללת "אדם אחר".

29. אדרש תחילה לבחינת תום לבו של הממונה, הסוגיה שבה התמקדה כאמור המחלוקת גם בפסק הדין הקודם. בהקשר זה, והגם שאני שותפה כאמור לעמדה העקרונית הנוטה להחיל אמת מידה סובייקטיבית מחמירה ביחס להתנהלות הממונה, הגעתי, ולא בלי התלבטות, למסקנה כי סטנדרט בחינה זה התקיים בנסיבותיו המורכבות של המקרה שבפנינו.

30. אכן, אין לכחד כי מהיבטה של דרישת תום הלב, השתלשלות האירועים במקרה דנן מעלה תהיות לא פשוטות ביחס להתנהלותו של הממונה על הרכוש הממשלתי, ואולי עוד יותר מכך ביחס להתנהלותה של ההסתדרות הציונית. לצד זאת, ואף שקיים חוסר בהירות ביחס לחלק מהאירועים שליוו את בחירת מיקומו הנוכחי של היישוב, אני סבורה כי מכלל החומר שהוצג לאורך ההליך, ובכלל זה העדויות השונות שנשמעו בבית המשפט המחוזי, עולה כי אין מדובר במקרה שבו נמנעו הגורמים הנוגעים בדבר מלנקוט כל פעולות בירור ובדיקה ביחס לסימני האזהרה שהתעוררו לאורך הדרך. הדברים אמורים, בין היתר, בשים לב לסברה שליוותה את עליית מצפה כרמים על הקרקע (אף אם כזו שהתבררה כשגויה בדיעבד) בדבר האפשרות שהמקרקעין מושא המחלוקת נתפסו בפועל, ובהינתן הצעדים והבדיקות שנערכו באותה עת בשטח ושעליהם עמדו בהרחבה חבריי המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל, והשופטים סולברג ו-עמית. זאת בשים לב לנקודת

המוצא שלפיה מלכתחילה העברת מצפה כרמים למיקומו הנוכחי נעשתה מתוך כוונה ברורה להכשיר את הישוב. התמונה המצטיירת ממכלול העובדות שהוצגו בבית המשפט המחוזי ושנפרשו גם בפנינו, אינה של חוסר תום לב מובהק מצד הממונה, אלא של תאונה משפטית "מתגלגלת" וארוכת שלבים. אחד הביטויים המרכזיים לכך הוא ההשלכות של חלוף הזמן על הלך מחשבתם של בעלי התפקידים בתקופות הרלוונטיות ונטייתם לסמוך על צעדים שננקטו בעבר. בנסיבות אלו ניתן לומר, כי הגם שיש יסוד של ממש לקביעה כי התנהלותו של הממונה הייתה רשלנית (ומהיבט זה אף בלתי תקינה), אין מדובר במקרה טיפוסי של עצימת עיניים. במובן זה, המקרה שבפנינו צולח, ולו בדוחק, את הרף הסובייקטיבי הנדרש.

31. אפנה כעת לצדו השני של המטבע – המתקשרים עם הממונה. בהתאם לגישתי העקרונית לעיל ביחס להסתכלות על ה"עסקה" על כלל מרכיביה, אני מבקשת להדגיש כי אף בהקשרה של דרישת תום הלב אין מקום להתעלם ממכלול הצדדים המעורבים בה (ולמעשה יש אף צורך לעשות כן). מאחר שלטעמי לא ניתן לראות במערכת היחסים שבין הממונה לבין ההסתדרות לבדה כממלאת את תנאי סעיף 5 לצו, אין אף מקום להגביל את ניתוחה של דרישת תום הלב לצדדים אלו בלבד. במילים אחרות, דעתי היא כי ברגיל כאשר מדובר במקרה הנסב על התקשרות ראשונית בין הממונה לגורם מיישב, בחינת תום הלב צריכה לתת את הדעת גם לדרך התנהלותם של "מתקשרי הקצה", ובענייננו – מי שבנו את ביתם במצפה כרמים בהסתמך על ההתקשרות בין הממונה לבין ההסתדרות. על רקע זה, אני מוצאת קושי בכך שהניתוח המשפטי לכלל אורכה של ההתדיינות המשפטית רבת השנים בענייננו לא כלל התייחסות משמעותית להיבטים אלו. כך, הלכה למעשה, הדיון התמקד ברובו בשאלת התנהלותם והלך רוחם של גורמי הממונה וההסתדרות בתקופות הרלוונטיות.

32. על רקע זה, בהינתן הקשיים הברורים הנובעים מן השלב הדיוני המתקדם שבו אנו מצויים, ובשים לב לתשתית העובדתית שנפרסה בפנינו (חרף מגבלותיה), אני סבורה כי ניתן לומר שאף המחזיקים עמדתם ברף תום הלב הנדרש מהם. למעשה, וכפי שציין השופט עמית (כמפורט גם בפסקאות 13-15 לפסק דינו) דומה ששאלת תום ליבם של המחזיקים היוותה את נקודת המוצא לדיון הנוסף המתקיים בפנינו. הדברים אמורים גם בהינתן קביעותיה של דעת הרוב בפסק הדין הקודם באשר לחובה המוטלת על המדינה למצוא לתושבי מצפה כרמים "מענה חלופי ראוי והולם בדרך של הקצאת קרקע חלופית ומבנים חליפיים או העתקת המבנים הקיימים אליה" (ראו: פסקה 70 לפסק דינה של הנשיאה חיות בפסק הדין הקודם). נדמה כי ביסוד ההכרה בזכאותם של המחזיקים לחלופה הולמת עמדה ההנחה כי אלו פעלו בתום לב בהסתמך על התנהלות המדינה (ראו

לעניין זה גם את דברי חברתי השופטת ברוך בפסקה 4 לפסק דינה). ואדגיש – הדברים אמורים מבלי למעט שהוא זה מהקשיים הנוגעים להתנהלותם של המחזיקים במישור התכנוני, בשונה מהמישור הקנייני של תחרות הזכויות.

33. כאן המקום לשוב ולהדגיש, כפי שהובהר אף בפסק הדין הקודם, כי יש להבחין בענייננו בין החובות המוטלות על הממונה, לבין אלו החלות על המתקשרים עמו. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה פוגלמן, אף אני סבורה כי אין מקום להחיל אותה אמת מידה מחמירה גם ביחס למתקשר עם הממונה (כאמור בפסקה 62 לפסק דינו). גישה זו מתחייבת נוכח התפיסה כי יש לאפשר למי שהתקשר עם הממונה להסתמך על הממונה כגורם השלטוני אשר ביצע את הבדיקות הנדרשות, וכל זאת בשים לב לנגישותו המוגבלת של המתקשר עם הממונה לכלל המידע הרלוונטי. בהתאם לכך, תום ליבו של המתקשר עם הממונה יישלל אך במצב של כניסה ביודעין לתוך תאונה משפטית, לרבות במקרה של חשד המלווה בעצימת עיניים.

34. לקראת סיום הדיון בסוגית תום הלב בענייננו אני מבקשת להדגיש: אין ללמוד מהדברים כי התנהלותם של הצדדים, ובפרט של הממונה, הייתה חפה מקשיים. להפך. דומה כי לאורך השנים התנהלותם של הגורמים המוסמכים הייתה נגועה באי-סדרים לא מבוטלים וכי מרחפים מעליה סימני שאלה שונים. עם זאת, יש להבהיר כי לצורך הכרעה בשאלות שבפנינו יש לבחון את תום הלב הסובייקטיבי של הממונה וזאת גם בשים לב למועדים שבהם ננקטו הפעולות הרלוונטיות. מובן כי במבט הצופה פני עתיד ובהקשרים אחרים, אין בקביעה זו כדי לחייב מסקנה דומה.

סוגיה שלישית: דרישת התמורה ויישומה במקרה שבפנינו

35. בנקודה זו אני מבקשת לעמוד על מסקנה פרשנית נוספת המתחייבת מגישתי, וזאת בכל הנוגע לדרישה לתמורה כחלק מתנאי סעיף 5 לצו.

36. אכן, לשונו של סעיף 5 לצו אינה כוללת דרישה מפורשת לתמורה מצדו של המתקשר עם הממונה. זאת, בשונה מאופן ניסוחן של תקנות שוק אחרות בדין הישראלי (ראו למשל: סעיף 83 לחוק הספנות (כלי שיט), התש"ך-1960; סעיף 73 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; סעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969). לצד זאת, עמדת היועץ המשפטי לממשלה לאורך ההליך הייתה כי יש מקום לקרוא לתוך הסעיף דרישה מעין זו. עמדתו האמורה התבססה, בעיקרו של דבר, על פרשנות תכליתית של תקנת השוק

הקבועה בסעיף 5 לצו ועל היקש מהסדרי תקנות שוק אחרים. יחד עם זאת, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הדגישה כי יש לפרש את דרישת התמורה בשים לב לפרקטיקה המקובלת בעסקאות בין הממונה לגורמים מיישבים באזור. בהתאם לכך, נטען כי בהתקשרויות בין הממונה לבין גורם מיישב יש לראות כתמורה את "קידום תכנית מתאר לשטח המוקצה, פיתוחו ושיווקו" (ראו סעיף 5 ד לסיוע דיון שערך היועץ המשפטי לממשלה בנושא "סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון)" מיום 7.12.2016 (להלן: חוות דעת היועמ"ש 2016). כן ראו: ויניצקי, בעמ' 398).

37. במקרה דנן, דעת הרוב בפסק הדין הקודם לא נדרשה לסוגיה זו בהתחשב בתוצאה שאליה הגיעה, וכך נהג גם חברי המשנה לנשיאה פוגלמן. לעומת זאת, בפסק הדין הקודם חברי המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל (באותה עת כשופט) מצא להתייחס לדברים בקצרה (פסקה 26 לפסק דינו), בקבעו כי בנסיבות העניין שלפנינו די בעובדה כי נבנו בפועל מבנים בהתבסס על ההסכם בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית כדי לקיים דרישה זו. על רקע זה, אף הוא סבר כי אין הכרח להכריע בעניין. בהקשר זה, עמדתו של חברי השופט סולברג במסגרת דיון נוסף זה צועדת צעד נוסף קדימה. הגם שמבחינה פורמלית מציין חברי כי הוא נכון "להותיר שאלה זו לעת מצוא" (פסקה 50 לפסק דינו), הלכה למעשה, הוא מבהיר כי לגישתו – בדומה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה – די ברמה העקרונית בפעולות שעניינן קידום תכניות סטטוטוריות, שיווק המקרקעין ועבודות תשתית ופיתוח כדי לקיים את דרישת התמורה (ככל שזו קיימת). בהתאם לכך, לעמדתו, דרישת התמורה התקיימה בנסיבות העניין עם ביצוע הפעולות השונות שבהן נקטה ההסתדרות הציונית בהסתמך על הסכם ההרשאה (פסקה 53 לפסק דינו).

38. עמדתי שונה. מנקודת מבטי, הדרישה לתמורה היא תנאי הכרחי לתחולתו של סעיף 5 לצו. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם התפיסה הכללית ביחס לרעיון של תקנת השוק כמוסד משפטי המכוון להגנה על הסתמכות של קונים. היא אף מתחייבת ביתר שאת נוכח מאפייניו הייחודיים של סעיף 5 לצו כהסדר שחל בשטח המצוי תחת תפיסה לוחמתית. היבטים אלה אף מצדיקים עמידה על פרשנות דווקנית ביחס לדרישה זו. כעת אפנה להצגת מלוא הטעמים למסקנתי זו.

39. ראשית, במישור הלשוני, אני סבורה כי יש טעם בטענה שהדרישה לקיומה של עסקה כתנאי לתחולתו של הסעיף משמיעה, במובנה הפשוט, כוונה להעברה של זכות כנגד מתן תמורה (ראו: רונית לוין-שנור "ללא תקנה: על 'תקנת השוק' במקרקעין באזור יהודה והשומרון" משפטים נ 307, 355 (2020)).

40. שנית, הדרישה לתמורה נלמדת מן השאיפה להגשמתה של התכלית המונחת ביסודו של סעיף 5 לצו. כפי שכבר ציינתי, מטרתו העיקרית של ההסדר שבפנינו היא להגן על גורמים חיצוניים שהסתמכו בתום לב על פעולותיו של הממונה, כגוף שלטוני. על רקע זה, ברי כי בנסיבות שבהן לא ניתנה תמורה ובטרם שינה המתקשר עם הממונה את מצבו לרעה – נחלש משמעותית הרציונל המרכזי שביסוד סעיף 5 לצו. במילים אחרות, שלילת תוקפה של העסקה במצבים אלו לא תפגע, בוודאי שלא באופן ניכר, בתכליתו של ההסדר: להגן על אינטרס ההסתמכות של המתקשרים עם הממונה (כמוסבר גם בפסקה 26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל (באותה עת כשופט) בפסק הדין הקודם. כן ראו: ויניצקי, בעמ' 397-399). מנקודת מבט זו, זה אני סבורה כי יש להתבונן על יסוד התמורה כחלק בלתי נפרד ממאפייניו של סעיף 5 לצו.

41. שלישית, מסקנה דומה מתבקשת אף מטעמים של שאיפה ל"קוהרנטיות משפטית" בכללי תחרות הזכויות (ראו והשוו: ראו גם: מיגל דויטש קניין כרך ד 309-310 (2007) (להלן: דויטש כרך ד). כן ראו: רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן בע"מ, פ"ד נג(1) 481, 500 (1999)). במבט רחב ניתן לומר, כי באופן טיפוסי יסוד התמורה מהווה נדבך חשוב בהצדקה הכללית לקיומן של תקנות שוק כמוסד משפטי שנועד להסדיר כללי הכרעה במצבים של תחרות זכויות. במסגרת זו, העמידה על דרישת התמורה מושתתת הן על טעמים של צדק והן על שיקולי יעילות, מתוך רצון לאתר את הצד שהפגיעה בו היא הגדולה יותר. במובן זה, מהווה התמורה אינדיקציה למידת ההסתמכות של צד שלישי על העסקה שביצע בתום לב. כך מובטח כי הפגיעה החמורה בזכותו הקניינית של הבעלים המקורי תיעשה בצמצום, אך בנסיבות שבהן הרוכש המאוחר אכן שינה את מצבו לרעה (באופן כללי, ראו: איל זמיר "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד" משפטים 359, 365-366 (1995); חנוך דגן "תקנת השוק כביטוח" ספר ויטמן 15, 18-19 (2002)).

42. אכן, בדומה לסעיף 5 לצו, גם הסדרי תקנות השוק הקרובות לענייננו בסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי ובסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים אינן מזכירות במפורש דרישה לתמורה. בהתאמה, שאלת קיומה של דרישה כאמור בגדרי הסדרים אלו נותרה בעבר ב"צריך עיון" (ראו: ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מז(5) 1, 25 (1993) (להלן: עניין חוות מקורה). כן ראו: דויטש כרך ד, בעמ' 309). אולם, אינני סבורה שבמקרה דנן יש מקום להיסוס. למעשה, בהתייחס לחוק נכסי נפקדים דרישת התמורה כבר נלמדה מן החובה המוטלת על האפוטרופוס למכור נכס מקרקעין "במחיר שאינו פחות משוויו הרשמי" (ראו: סעיף 19(א) לחוק נכסי נפקדים. כן ראו: ע"א 11085/08 עזבון מראד נ' רשות הפיתוח, פסקה 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) הנדל

(9.10.2011)). הדברים עולים בקנה אחד אף עם סעיף 18 לחוק נכסי נפקדים, הנוגע לחובתו של האפוטרופוס להשיב נכס שנחשב בטעות לנכס מוקנה או את התמורה שקיבל בעדו. בהתאם לכך, בספרות המשפטית הועלתה הסברה כי היעדרה של דרישה מפורשת לתמורה בסעיפים אלו נובע מן ההנחה הבסיסית לפיה רשות הפועלת על-פי דין תימנע מהקניית נכס ללא תמורה ראויה ולא כל שכן ללא תמורה כלל. זאת, בנוסף לטעמים היסטוריים, בהינתן שמדובר בהסדרים חקיקתיים מיושנים, שאינם חלק ממפעל החקיקה האזרחית המודרני (ראו: דויטש כרך ד, בעמ' 309-310; ויניצקי, בעמ' 397). לטעמי, שיקולים אחרונים אלו רלוונטיים, בשינויים המתחייבים, אף בהתייחס להסדר הקבוע בסעיף 5 לצו.

43. למעשה, מכלול השיקולים שתוארו לעיל מחייב לקבוע כי יסוד התמורה הנדרש לצורך תחולתו של סעיף 5 לצו הוא כזה שמגלם הסתמכות ממשית מצד המתקשר עם הממונה, שאף בוצעה בפועל. במישור העיוני, דרישה שכזו עולה בקנה אחד אף עם פרשנותה המקובלת של דרישת התמורה בהסדרי תקנות שוק רבים אחרים (ראו והשוו: עניין חוות מקורה, בעמ' 23-24; דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632, 716 (2003). כן ראו: דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב 1338-1345 (מהדורה 3, 2017) (להלן: פרידמן ובר-אור)). כאמור אף היועץ המשפטי לממשלה לא חולק על כך.

44. על כך אוסיף, וזה העיקר, כי בהקשרו של סעיף 5 לצו, מאחר שמדובר כאמור בהסדר של מעין תקנת שוק, ובשים לב להבדלים המתחייבים מן המצב המשפטי הייחודי באזור, קיימת הצדקה לדרישת תמורה קפדנית עוד יותר, כזו שאינה מסתפקת בתמורה כספית גרידא, אלא מחייבת דבר מה נוסף. בהקשר זה אני מייחסת חשיבות רבה במיוחד לכך שהדרישה לתמורה משמעותית משקפת את המחויבות לתיחומו של ההסדר שבפנינו בהתאם למאפייניו המיוחדים ולסביבה הנורמטיבית שבגדרה הוא מוחל, קרי חובותיהם של הממונה והמפקד הצבאי באזור מכוח המשפט הבינלאומי. בכך שונה ההסדר שבפנינו מתקנות שוק אחרות בדין הישראלי. במובן זה, העמידה על הצורך בהסתמכות שתורגת מהשקעה כספית בלבד משקפת לטעמי את התפיסה כי בנסיבות הייחודיות הללו יש צורך להצביע על הצדקה מיוחדת כדי להטות את כף המאזניים לפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הנכסים המקוריים. דרישה זו עולה בקנה אחד עם הרצון להבטיח כי פרשנותו של סעיף 5 לצו תצמצם, ככל הניתן, את מעגל העסקאות הלא כשרות שביצע הממונה אשר יוכשרו בפועל בדיעבד. קביעת רף נמוך בהקשר זה – במובן של היעדר צורך בתמורה כלל או אפילו הסתפקות בתמורה כספית בלבד – אינה נותנת לטעמי די משקל לחריגותו של ההסדר שבפנינו החל בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.

45. אני סבורה אפוא כי על דרך הכלל, לא יהיה די בתמורה המתבטאת בהתחייבויות כספיות או בקיומן של פעולות תכנון ערטילאיות. חלף זאת, לצורך עמידה בתנאי ההסדר שבפנינו יש להצביע על פעולות ממשיכות וביצועיות בשטח, אשר הובילו לשינוי משמעותי לרעה. כאלו הן הקמת בית מגורים וישיבה בו, השתקעות בקרקע ופיתוח חיי קהילה.

46. לדרישת התמורה בפרשנות שהוצגה לעיל יש השלכה מעשית ברורה, וגם בכך חשיבותה. היא יוצרת גבולות ברורים באשר להיקף השטחים שלגביהם יוחל ההסדר שבפנינו, כך שאלו יכללו רק מקרקעין שבהם בוצעה בנייה בפועל וזאת בטרם התגלה הפגם שנפל בעסקה. ביטוי לכך נמצא בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה "מן הראוי להגביל את השימוש בסעיף 5 ככלל למתחם המגורים המבונה של היישוב, ולבנייה בפועל שנעשתה בשטחו טרם שנודע לצדדים לעסקה על כך שמדובר למעשה ברכוש שאיננו ממשלתי" (ראו: סעיף 4 לחוות דעת היועמ"ש 2016; ההדגשה במקור). במובן זה אף לשיטת היועץ המשפטי לממשלה מרכז הכובד של השימוש בסעיף 5 לצו אמור להיות הגנה על קורת גג קיימת. הגם שלא הלכתי בדרכו הפרשנית לכל אורכה, בנקודה זו אני סבורה שהצדק עימו. לצד זאת, להשקפתי, פרשנות היסוד "תמורה" אמורה לתת ביטוי מובנה לכך. במילים אחרות, בהתאם לפרשנות שבה אני מצדדת, הדרישה להסתמכות בדמות בינוי ומגורים בפועל היא תנאי אינהרנטי והכרחי המגביל את תחולתו של ההסדר שבפנינו, ולא רק שיקול חשוב המבטא מדיניות ראויה ביחס לשימוש בסעיף 5 לצו.

47. חשוב להדגיש: במצבים האמורים, אף בראי הפרשנות המצמצמת לסעיף 5 לצו שבה אני דוגלת, ישנה הצדקה מיוחדת להגן על אינטרס ההסתמכות של מי שרכש זכויות בתום לב, וכעת עלול בדיעבד למצוא עצמו ללא קורת גג מעל ראשו. כך בהיבט המשפטי, ולא פחות מכך, בהיבט האנושי. מנקודת מבטי, הגנה על קורת גג, בפרט בנסיבות של מגורים לאורך זמן ממושך ובהסתמך על גורמים שלטוניים, היא שיקול מנחה רב ערך בחיפוש אחר הפתרון המשפטי הראוי למצבים שנוצרו על רקע היסטוריה מורכבת, הגם שאף פעם אינו שיקול העומד לבדו. בהתאם לכך, יש לבחון כל מקרה לגופו על נסיבותיו ומאפייניו המיוחדים (ראו והשוו: בג"ץ 7446/17 סרחאן נ' האפוטורפוס הכללי והכונס הרשמי, פסקה 61 (21.11.2018); רע"א 8885/20 חאמד נ' חאמד, פסקאות 20-21 (12.8.2021); עניין ג'אעוני, פסקה 82 לפסק דיני; רע"א 8694/20 דוויק נ' זרביב, פסקה 43 (21.7.2022). כן ראו: רע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל, פסקאות 8-10 לפסק דיני (5.5.2015), באותו מקרה בדעת מיעוט באשר לפתרון הראוי בנסיבות העניין).

אף במקרה דנן, ההליך נסב על מי שגרים בבתיהם במשך תקופה לא מבוטלת, תוך הסתמכות בתום לב, ובנו את חייהם במקום.

48. שונים הם פני הדברים כאשר עסקינן בתמורה כספית גרידא, אשר מטבעה ניתנת לפיצוי מלא בקלות רבה יותר. זאת, בפרט בשים לב ליכולתו של המתקשר להיפרע במקרים המתאימים מן הממונה. הדברים אמורים מקל וחומר בעת שמדובר אך בתמורה המסתכמת בפעולות פיתוח ותכנון וזאת מטעמו של גורם מיישב, שהינו כאמור שחקן חוזר וצד קרוב לממונה. במובן זה, לטעמי, אין בהסתמכות שכזו להצדיק את התוצאה הקשה הנובעת מתחולתו של ההסדר. בהקשר זה יש להדגיש כי האמור לעיל ביחס ליסוד התמורה משלים במידה רבה את עמדתי באשר לקושי להכיר בגורם המיישב לבדו כממלא את דרישות סעיף 5 לצו. מבחינה זו, פרשנות דווקנית המחייבת להצביע על שינוי לרעה מן הסוג שעליו עמדתי "מתכתבת" עם הדרישה לקיומו של צד שלישי "בשר ודם".

49. אכן, פרשנות מצמצמת שכזו משמעה כי הגנת סעיף 5 לצו לא תחול בכל המקרים שבהם תוכח הסתמכות בעלת משמעות ממונית. כמו כן, יש להודות כי מדובר בפרשנות החורגת מעבר למקובל ביחס לדרישת התמורה בהשוואה להסדרי תקנות שוק אחרים. לצד זאת, אני סבורה כי אין מנוס מאימוצה של פרשנות זו על מנת לאזן בין הגשמת תכליתו של ההסדר לבין הסביבה המשפטית שבה הוא פועל, ובכלל זה החובות החלות מכוח המשפט הבינלאומי.

50. לבסוף, יש אף מקום לשוב ולהזכיר בקצרה כי לצורך בחינת קיומה של דרישת התמורה יש לקחת בחשבון אך את ההשקעה והפעולות שנעשו עובר לגילוי הפגם שנפל בעסקה, כלומר טרם גילוי העובדה כי זו נסבה על נכס שאינו רכוש ממשלתי. במילים אחרות, יש להתחשב רק בתמורה שניתנה בעת שהמתקשר עודו תם לב (ראו: פרידמן ובר-אור, בעמ' 1341. ראו גם: ויניצקי, בעמ' 399).

סוף דבר

51. יש לומר בפה מלא: התוצאה במקרה דנן אינה פשוטה כלל ועיקר. אסור להקל ראש בפגיעה הקשה בזכויות הקניין הכרוכה בהחלתו של ההסדר שבפנינו, גם כאשר זהותם הקונקרטי של בעלי המקרקעין נשוא ההליך דנן טרם התבררה די צרכה. ההכרעה שהועמדה לפתחנו כרוכה במורכבות מיוחדת ומחייבת מטבעה איזון עדין בין שיקולים סותרים. ברקע הדברים עמדה ההכרה בחריגותו הרבה של סעיף 5 לצו אשר חל בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, ובצדה השאיפה להגשמת תכליתו של ההסדר. כל זאת על רקע

חוסר בהירות עובדתית ובהינתן הקושי הרב הנובע ממרחק הזמן. אף על פי כן – אין מנוס מהכרעה.

52. לצד זאת, ובמישור המעשי, אבקש להדגיש היבט חשוב נוסף שיש בו, ולו במידה חלקית, להקל על התוצאה המורכבת הכרוכה בהחלתו של ההסדר שבפנינו. הגם שסוגיה זו לא עמדה במרכז הדיון בפנינו, אני מוצאת לנכון להבהיר כי לאורך ההליך עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי יש לפעול להסדרת מנגנון פיצוי למי שיוכיח כי הוא בעל זכויות במקרקעין שלגביהם הוחל ההסדר הקבוע בסעיף (ראו סעיף 6 לחוות דעת היועץ"ש 2016). זאת, באופן דומה להסדרים המקבילים המעוגנים בחוק נכסי נפקדים ובחוק נכסי גרמנים. בהקשר זה חברי השופט סולברג ציין כי פרשנות שכזו "היא טבעית ומתבקשת בנסיבות העניין" (פסקה 105 לפסק דינו). אין לי אלא להצטרף לעמדה זו, ולהדגיש כי מבחינתי מדובר בהיבט שהוא חלק בלתי נפרד מפרשנותו הכוללת של סעיף 5 לצו. למעשה, כשלעצמי, אעיר עוד, ואף בכך אני מצטרפת לחברי השופט עמית, כי בהתחשב בחריגותו של ההסדר שבפנינו, ובפרט בנסיבות המורכבות במיוחד של המקרה דנן, על הגורמים הנוגעים בדבר לתת פיצוי בעין בדמות קרקע חלופית הולמת לבעלים הרשומים או למי שיוכיחו זכויותיהם במקרקעין. למותר לציין כי מדובר בפיצוי בעין אשר ישקף את גודל המקרקעין בפועל שביחס אליו מתקיימים תנאיו של ההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו (בהתאם לגבולות הגזרה המפורטים בפסקה 57 להלן). לשיטתי, דרך זו עולה בקנה אחד, ולו במידת מה, עם החובות המיוחדות החלות באזור מכוח המשפט הבינלאומי ועם החתירה לצמצום הפגיעה הכרוכה בהסדר דנן.

53. נוכח מורכבותם של הדברים, אני מבקשת לחזור בקצרה על עיקרי גישתי, שהובילוני עד הלום, תוך הבחנה בין הפן העקרוני לבין הפן היישומי, כמפורט להלן.

54. במישור העקרוני אני סבורה כי נוכח מאפייניו המיוחדים של סעיף 5 לצו כהסדר המעגן "מעין" תקנת שוק, יש לשאוף ככלל לפרשנות מצמצמת של תנאיו. בהתאם לכך, בסוגיה העקרונית שהועמדה לפתחנו, מצאתי להצטרף לקביעה כי פרשנותו הראויה של הסעיף מחייבת את הממונה על הרכוש הממשלתי לעמוד בדרישת תום לב סובייקטיבית "ברף גבוה" (ואולם כזו שאינו עולה לרף בחינה אובייקטיבי). זאת ועוד, מצאתי להבהיר כי גישתי הפרשנית מחייבת הקפדה יתרה אף ביחס לתנאים נוספים הדרושים לצורך התקיימותו של סעיף 5 לצו, ואשר משליכים על היקף תחולתו.

55. באופן קונקרטי, וזהו היבט מרכזי של גישתי, אני סבורה כי אין להכיר בהתקשרות הראשונית שנעשתה בין הממונה ובין גורם מיישב כדוגמת ההסתדרות הציונית כממלאת

אחר דרישות סעיף 5 לצו. זאת, כל עוד לא ניתן להצביע על גורם שלישי "ממשי", כחולייה נוספת של העסקה שפעלה בהסתמך על אותה ההתקשרות. בהתאם לכך, מצאתי להסביר כי עמדה זו משליכה אף על אופן יישומו של יסוד תום הלב. כך, וככל שהדברים מתייחסים למי שהתקשר עם הממונה, הדגשתי כי יש מקום לבחון את התקיימותו של יסוד תום הלב אף ביחס לאותם גורמים שלישיים נוספים. כמו כן, הבהרתי כי יש לטעמי לתת משקל משמעותי לפעולות הנוגעות לחוליית ההתקשרות הנוספת, וזאת בכל הנוגע לעיתוי לבחינתו של יסוד תום הלב. זאת ועוד, מצאתי להדגיש כי לשיטתי דרישת התמורה מהווה נדבך חשוב המעוגן בתכליתו של סעיף 5 לצו. בהקשר זה עמדתי על כך שיש לאמץ בענייננו אמת מידה קפדנית, כזו שאינה מסתפקת בתמורה כספית בלבד, אלא מתבטאת בפעולות ממשיות וביצועיות, במובן של הקמת בתים וישיבה בהם. לבסוף, הדגשתי את החשיבות שבהסדרת מנגנון פיצוי הולם, לרבות האפשרות, במקרים המתאימים, למתן קרקע חלופית למי שצפויים להיפגע מההסדר.

56. במישור היישומי, מצאתי להצטרף לקביעה כי בנסיבות העניין, ובין היתר בהתחשב בפעולות ובבדיקות שנערכו בנקודת הזמן הרלוונטית להקמת הישוב מצפה כרמים במיקומו הנוכחי, ניתן לומר כי הצדדים להליך עמדו בדרישת תום הלב שבה הם חבים. זאת, אף בשים לב לכך שעסקינן בבחינת פרקטיקות ופעולות שהתרחשו לפני שנים רבות. בהמשך לכך, באתי לכלל מסקנה כי גם יתר תנאי סעיף 5 לצו התקיימו בנסיבות המקרה שבפנינו. בפרט, נתתי משקל לבחינת ההתקשרות עם החוליה האחרונה בשרשרת – הם המחזיקים – וזאת הן בהיבט של תום הלב והן בהיבט התמורה.

57. למען הסר ספק, אדגיש כי לשיטתי תנאיו של סעיף 5 לצו מתמלאים בענייננו בכפוף לשני סייגים.

ראשית, התנאים יחולו, לכל היותר, ביחס לחלקות הקונקרטיות בבעלות פרטית שצוינו בכתב התביעה כפי שהוגש בבית המשפט המחוזי, שנמצאות בשימוש ולגביהן התבקש סעד. באופן מעשי, המדובר בחלקות 12, 13, 14, 15 ו-23 בגוש 19, ששטחן הכולל, כעולה מהנתונים שהוצגו בהליך, עומד על כ-70 דונמים (ראו: חוות דעת מומחית בעניין "הערכת שווי מקרקעין" מתודש יולי 2016 שהוצגה בבית המשפט המחוזי והמפות שצורפו לה (להלן: חוות הדעת השמאית)). בהקשר זה יצוין כי ביחס לחלקה 16, שאף היא הוזכרה בכתב התביעה, הובהר במסגרת ההליך כי מדובר באדמת מדינה להבדיל מקרקע בבעלות פרטית. עוד יוער כי אמנם התבקש סעד גם לגבי חלקה 11, אך עיון במפות שצורפו מעלה לכאורה כי בחלקה זו לא נבנו מבנים כלשהם ואף בכתב התביעה לא נטען כי מי מהמחזיקים שבפנינו מתגורר שם (סעיף 7 לכתב התביעה).

שנית, מתוך חלקות אלה ההסדר יחול רק ביחס למתחם המגורים הבנוי הקיים של היישוב מצפה כרמים, כלומר מבני המגורים והחצרות שעומדים על מכונם, וכן מבני הציבור והתשתיות שכבר הוקמו בשטח החלקות. זאת, בשונה מבנייה עתידית חדשה בשטחים החורגים מכך. אולם, אין באמור כדי למנוע (בכפוף לכל דין) תוספות בנייה למבנים הקיימים, כמו גם בניית מבני קבע תחת מבנים יבילים הנמצאים בשימוש – אך זאת כאמור ללא חריגה מגבולות מתחם הבינוי הקיים והחצרות הסמוכות לו. בנקודה זו, ולשם הבהרת הדברים, אני מוצאת לציין כי מכלל החומר שהובא לפתחנו, לרבות תצלומי האוויר שצורפו לחוות הדעת השמאית (בסעיף 8), עולה כי עיקר השטח הבנוי בפועל ביישוב מצוי על גבי חלקות 12, 13 ו-23, שבהן קיימת בנייה צפופה של מבנים ותשתיות. על כן, בהיבט היישומי ההסדר בסעיף 5 לצו יחול על שטח חלקות אלו בשלמותו. שונים פני הדברים ביחס לחלקות 14 ו-15 (ששטחן הכולל הוא כ-38 דונם) ואשר חלקים נרחבים מהן (ולמעשה רובן המכריע) הם פנויים, ללא בינוי בפועל. לפיכך, לשיטתי, הסדר תקנת השוק יחול אך על חלק מצומצם מתוך שטחן הכולל של חלקות אלה – הוא רק אותו שטח שבו עומדים כיום הבתים והחצרות על מכונם.

58. הגיון הדברים ברור: מאחר שהסתמכות בתום לב היא מבחינתי תנאי בלעדיו אין לתחולתו של ההסדר, משמעות הדברים היא, שכל שאר השטח שלגביו נעשתה התקשרות שלא כדין בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית ולא הוקצה ל"משמש קצה", לא יוכל ליהנות מתחולתה של תקנת השוק. זאת במבט הצופה פני עבר, להבדיל מהרחבת השימוש העתידי בקרקע שהוקצתה למעשה, כך אנו יודעים היום, שלא כדין. כל זאת, בראי העיקרון של הקפדה על פגיעה מצומצמת ככל האפשר בזכויות קניין. ויודגש, אין בתוצאה זו להשליך על שטחים אחרים שהוקצו בחריגה מגבולות צו התפיסה המקורי, וזאת בהיקף של מאות דונמים, אלא בהגנה על אותן חלקות בודדות שבהן הוקמו בתים, לרבות מבני הציבור והתשתיות המשרתים אותם, בתחומי היישוב. חשוב להוסיף ולהבהיר: מסגרת הדין שבפנינו היא זו של דיני תקנת השוק. ממילא הכרעתנו אמורה להיות ממוקדת בהגנה על צדדים קונקרטיים ועל הסתמכותם, להבדיל מציפיות או תכניות ביחס לעתיד. עם זאת, מובן כי אינני נוקטת כל עמדה ביחס לשאלות שעניינן פיתוח נוסף של היישוב מצפה כרמים ותשתיותיו, תוך מתן מענה לצרכי המתגוררים בו, וזאת על גבי אדמות מדינה. עיון במפות מצביע כאמור על קיומן של אלו בתחומי היישוב (חלקה 16), גם אם לא בהיקף רב, כמו גם ביישוב כוכב השחר הסמוך לו. והכל – במגבלות הדין.

59. אשר על כן, ובנתון לתנאים שהגדרתי בפסקה 57 לעיל, אני מצטרפת בנסיבות העניין לתוצאה של קבלת העתירה לדיון נוסף, תוך הסכמה לעמדתו של חברי השופט עמית בנושא החיוב בהוצאות, כמו גם בעניין מתן פיצוי בדמות מקרקעין חלופיים לבעלים הרשומים או למי שיוכיחו כי הם בעלי זכויות בקרקע מושא ההליך דנן, כמפורט בפסקה 20 לפסק דינו.

60. לקראת סיום אחזור לראשית הדברים: אין במסקנה האופרטיבית שאליה הגעתי כדי לגרוע מהקשיים שצפו ועלו ביחס להתנהלותם של גורמים שונים. בחלוף הזמן, רבים מן העוסקים במלאכה בזמנים הרלוונטיים אינם מכהנים עוד בתפקידיהם. אולם, חובה היא – כעניין נורמטיבי ממש, ולא רק בבחינת הבעת עמדה ביחס ל"ראוי" – לוודא שכאשר מבוצעת הקצאת קרקעות, זו תיעשה תוך הקפדה מלאה על קלה כחמורה.

ש ו פ ט ת

הנשיאה א' חיות:

1. עיינתי בחוות הדעת של חבריי, ולא מצאתי לשנות מן העמדה שהבעתי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, ואותה אימץ חברי המשנה לנשיאה ע' פוגלמן בהליך דנן. אני מצטרפת, על כן, בהסכמה לחוות דעתו ואוסיף אך הערות אחדות.

2. הסוגיות לבירור בדיון הנוסף הוגדרו בהחלטת השופט י' עמית מיום 24.11.2020 כך: "מהן אמות המידה המשפטיות לבחינת עקרון תום הלב המעוגן בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967, ואופן יישומן ויישום יתר תנאי הסעיף במקרה דנן".

3. סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו), קובע "מעין תקנת שוק" וזו לשונו:

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

ההסדר הקבוע בסעיף 5 הנ"ל מציב שלושה תנאים לתחולתו: (1) קיומה של עסקה בין הממונה על הרכוש הממשלתי (להלן: הממונה) ובין "אדם אחר"; (2) שנעשתה בתום לב; (3) בנוגע לנכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף עמדתי על כך ש"דרישת תום הלב שבסעיף 5 לצו מחמירה עם המתקשרים בעסקה בהשוואה ל'תקנות שוק' אחרות, כמובן זה שחובת תום הלב לפיו חלה לא רק על רוכש הזכות אלא גם על המעביר אותה" (פסקה 44 לחוות דעתי) – קרי על הממונה. בעניין זה יש תמימות דעים בין כל חבריי. המחלוקת בינינו נעוצה, בין היתר, בשאלה מהי אמת המידה אשר לפיה יש לבחון את תום הלב שמחויב בו הממונה.

בפסק הדין נושא הדיון הנוסף ציינתי כי להשקפתי יש להחיל על הממונה אמת מידה קפדנית המטילה עליו חובת תום לב סובייקטיבית מוגברת. זאת מן הטעם שהממונה פועל בהקשר זה על פי הסמכויות שהוקנו לו מתוקף תפקידו באזור כידו הארוכה של הריבון, וכן מן הטעם שמדובר באזור הנתון בתפיסה לוחמתית, אשר לגביו נקבעו במשפט הבינלאומי חובות מיוחדות הנוגעות להגנה על קניינם של התושבים המוגנים. עוד ציינתי כי מקום שבו התקיימו סימני אזהרה מחשידים ובעל הסמכות עצם את עיניו מלראותם, לא ניתן לומר כי הוא צלח את מבחן תום הלב (פסקה 44 לחוות דעתי). חברי המשנה לנשיאה פוגלמן אימץ אף הוא עמדה זו, וציין כי נקודת האיזון הראויה בעיניו היא זו "שמטילה חובת תום לב סובייקטיבית 'ברף הגבוה' – אך כזו שעדיין לא מטילה על הממונה 'חובת זהירות'" (בפסקה 59 לחוות דעתי). חברתי השופטת ברון הצטרפה לעמדה האמורה (פסקה 3 לחוות דעתה), וכך גם חברתי השופטת ברק-ארז, אשר ציינה כי עמדה זו מקובלת עליה במישור העקרוני-פרשני "בהתחשב במאפייניו החריגים של ההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו ובפרט בחובות המיוחדות החלות על המפקד הצבאי באזור ועל הממונה מכוח כללי המשפט הבינלאומי". באותו הקשר אף ראתה השופטת ברק-ארז להסתייג – ולכך אין לי אלא להצטרף – מעמדתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל המבקש לנתק בין סטנדרט הבחינה "האזרחי" המוטל על הממונה בסעיף 5 לצו ובין החובות המוטלות עליו מכוח המשפט המנהלי והמשפט הבינלאומי, וכן הסתייגה מגישתו של חברי השופט נ' סולברג, הנוטה להניח כי אין לבחון את תום ליבו של הממונה בצורה כה קפדנית (פסקה 7 לחוות דעתה).

אלא שבבואה ליישם את אמת המידה הקפדנית האמורה על התנהלותו של הממונה במקרה דנן, הגיעה חברתי השופטת ברק-ארז למסקנה כי אף שהתנהלותו של הממונה הייתה, כדבריה, "רשלנית (ומהיבט זה אף בלתי תקינה)", אין מדובר במקרה טיפוסי של עצימת עיניים" (פסקה 30 לחוות דעתה). על כן סברה כי "במובן זה המקרה שבפנינו צולח, ולו בדוחק, את הרף הסובייקטיבי הנדרש" (שם).

דעתי בעניין זה שונה.

בניגוד לחברתי הסבורה כי "התמונה המצטיירת ממכלול העובדות שהוצגו בבית המשפט המחוזי ושנפרשו גם בפנינו אינה של חוסר תום לב מובהק מצד הממונה, אלא של תאונה משפטית 'מתגלגלת' וארוכת שלבים" (שם), אני סבורה כי לאורך כל הדרך הממונה התעלם משורה של סימני אזהרה מובהקים שניצבו ממש לנגד עיניו, אך הוא בחר לעצום אותן ולא לראות. זאת, החל מן ההתקשרות הראשונה שבין הממונה ובין ההסתדרות הציונית העולמית בהסכם ההרשאה משנת 1981; עבור בחידושו מעת לעת בשנים 1985, 1990, 1995 ו-1997; וכלה בהתנהלות הממונה ונציגיו בעת העתקת מצפה כרמים למיקומו הנוכחי (ואף לאחר מכן, כמפורט בחוות דעתו של המשנה לנשיאה פוגלמן בפסקה 96).

4. מהי עצימת עיניים? בפסיקה שעליה עמד המשנה לנשיאה פוגלמן נקבע בהקשר זה כי צד המחויב לפעול בתום לב אינו רשאי לעצום את עיניו מלראות עובדות גלויות המקימות סימני אזהרה והעשויות "להעמידו על המשמר". משנוצרו נסיבות כאלה, העדר בדיקה ראויה של אותן העובדות מהווה "עצימת עיניים", אשר יש בה כדי לשלול את הגנת תום הלב (פסקאות 55-56 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה פוגלמן והאסמכתאות (שם)).

5. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף פירטתי את העובדות והראיות שהוצגו בהקשר זה, אשר היוו לגישתי סימני אזהרה מובהקים ושמהם התעלם הממונה (בפסקאות 45-46 לחוות דעתי). כך, מהחומר עולה כי כבר בשנת 1975 העביר הממונה עצמו מכתב שציין את היקף השטח המדויק שנסגר בצו הסגירה – 1070 דונמים – וכן את פירוט הבעלויות בשטח שנסגר. בשנת 1980 הוצא צו תפיסה לצרכים צבאיים על שטח מצומצם מזה שנסגר בצו הסגירה – 850 דונמים. בשנת 1981 נחתם הסכם ההרשאה הראשון בין הממונה להסתדרות הציונית העולמית ולפיו קיבלה ההסתדרות הציונית לחזקתה שטח של 1,071 דונמים, שסומן על גבי מפה שצורפה כנספח להסכם ההרשאה (המפה שצורפה היא למעשה מפת צו הסגירה אף שנכתב על גביה "צו תפיסה"). לגבי מפה זו ציין הממונה דאז נהרי בעדותו בבית המשפט המחוזי כי היא לא הייתה מדויקת וכי "קשה ואף בלתי אפשרי לתכנן או לתחום על פיה את גבולות המשבצת" (פסקה 38 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי). עוד ציין הממונה בעדותו בבית המשפט המחוזי כי הוא דרש, אך לא קיבל, מפה מדויקת יותר עם הסכם ההרשאה: "בהתחלה הקצתי את השטח על סמך מפה לא מדויקת, כללית, זה לא מכבודי להקצות שטח לא ברור אבל הייתי צריך לעשות איתם

חווה אז כתבתי בפירוש שהמפה הזאת היא לא מביעה את השטח האמיתי ואני מבקש שיתנו לי מפה מדויקת יותר" (עמ' 194 לפרוטוקול, שורות 12-20). בהמשך, הובאה בפניו מפת מערכת ההנחיות 223 אשר השתרעה על שטח בהיקף של 1,416 דונמים.

כלומר, לא רק שהממונה לא עמד על כך שתוצג לו מפה מדויקת של תא השטח שהוגדר בהסכם ההרשאה אלא שהמפה הנוספת שהוצגה בפניו חרגה בלא פחות ממאות דונמים מצו התפיסה, מצו הסגירה ומהשטח שצוין בהסכם ההרשאה. חרף עובדות אלה, שהיו בידיעתו של הממונה, לא הוצגו כל בדיקות שנערכו לצורך בירור המצב לאשורו, וזאת אף שכאמור, מדובר במקרקעין מוסדרים שלגביהם היה בידי הממונה סקר בעלויות שאיפשר להצביע על כל חלקה וחלקה, ושעיון פשוט בו יכול היה להבהיר כי השטח שבו ממוקם כיום מצפה כרמים, הוא שטח של מקרקעין פרטיים מוסדרים אשר חורג הן מצו התפיסה והן מצו הסגירה.

6. הסכם ההרשאה הוארך מספר פעמים, וזאת חרף העובדה שבמהלך השנים התגלה כי חמישה מגרשים ביישוב כוכב השחר נמצאים מחוץ לגבולות התפיסה בפועל (ראו גם בחוות דעתו של המשנה לנשיאה פוגלמן בפסקאות 89-91). במילים אחרות, גם כאשר התגלה כי בפועל קיים חוסר התאמה משמעותי בין המצב בשטח ובין צווי התפיסה והסגירה, הוארך ההסכם עם ההסתדרות הציונית על בסיס המפה הקיימת ומבלי שהוצגו בדיקות שנעשו ביחס לשטח שעליו חלה תוכנית 223, ובכלל זאת השטח שבו ממוקם כיום מצפה כרמים.

7. לגישתי, עצימת עיניים זו שנמשכה לאורך השנים נושאת משקל משמעותי בבואנו לבחון את תום ליבו של הממונה בענייננו וזאת גם בהנחה – שאינה מקובלת עלי – ולפיה, כעמדת כמה מחבריי, מועד השתכללות "העסקה" לעניין סעיף 5 לצו הוא בשלב מאוחר יותר (הסכם ההרשאה האחרון משנת 1997 או מועד כניסת התושבים הראשונים של מצפה כרמים לתמונה בשנים 1999-2000). המסקנה המתבקשת בעיניי מן העובדות המפורטות לעיל היא כי הממונה לא עמד בדרישת תום הלב ברף הגבוה משום שבאותו שלב הוא ידע כי קיימים קשיים כאלה ואחרים ביחס לתא השטח שבו ממוקם היישוב כוכב השחר ושבו ישב "מצפה כרמים הישן". לכן, משהתעורר הצורך להעתיק את מיקומו של מצפה כרמים ממיקומו המקורי למיקום חדש במסגרת "הסכם המאחזים", ניתן היה לצפות שכדי להפיג את החשש לחריגה מצו התפיסה, תיעשה בדיקה מעמיקה ויסודית בטרם יועתק היישוב. זאת, במיוחד בהינתן העובדה שבשנת 1999 הוקם "צוות סטטוס מקרקעין" (המכונה גם צוות קו כחול), לאחר שהוחלט במנהל האזרחי שיש לקבוע מתכונת עבודה מסודרת ולבצע בחינה מחודשת של כל התעודות בדבר הכרזה על

אדמות מדינה, על רקע אי דיוקים בתרשימים הרלוונטיים (בג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת, פסקה 14 לחוות דעתי (9.6.2020)).

בפני הממונה ניצבו, אפוא, סימני אזהרה ברורים שחייבו אותו לקיים בדיקה ראויה במועד העתקת מצפה כרמים למיקומו החדש. אך עדויות לקיומה של בדיקה כזו לא הוצגו (ראו גם פסקה 77 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה פוגלמן). לפיכך, אין בעיני מנוס מן המסקנה כי אין מדובר ברשלנות אלא בעצימת עיניים של ממש.

8. ע' רע"ן תשתית במנהל האזרחי בשנים 1993-2005, רב סרן יאיר בלומנטל, טען אומנם בעדותו בבית המשפט המחוזי כי לפני העתקת המאחז הוא ירד לשטח וראה גדר שהעידה מבחינתו על תפיסה בפועל. ואולם, השטח שבו נעשתה הבדיקה כלל אינו חופף למיקום הנוכחי של מצפה כרמים, שכן הקרוואנים של המחזיקים הוצבו לבסוף בשטח שונה מזה שנבחן במסגרת תכנית 223/1/5 ובלומנטל עצמו אישר בעדותו שלא נכח בעת העלייה על הקרקע במיקום הנוכחי של מצפה כרמים. במענה לשאלה האם ידע שהקרקע שבה מוקם מצפה כרמים היא קרקע פרטית מוסדרת, ציין בלומנטל "בוודאי", והוסיף "לא מעניין אותי" (עמ' 269, שורות 6-14). הוא הוסיף וציין כי במינהל האזרחי ידעו "שזה מחוץ לצו בגדול", אך הסתפקו בכך שהמיקום היה "בתוך השטח התפוס בפועל" (עדות בלומנטל, עמ' 259, שורות 21-22). אם דבריו אלה של בלומנטל אינם מלמדים על עצימת עיניים, לא אדע עצימת עיניים מהי.

המחזיקים מבקשים להסתמך על דבריו של אלוף הפיקוד דאז, יעלון, לפיהם הוא עצמו ליווה את העלייה על הקרקע, ואולם מהמסמכים שהוצגו עולה כי יעלון ציין בדיון פנימי בפיקוד ביום 7.11.1999 שעבודת המטה שנעשתה ביחס להעתקת מצפה כרמים "הייתה לקויה", וכי בסיכום ישיבה מיום 17.1.2000 הוחלט לעצור את ההליך התכנוני ולבדוק את ההשלכות של פינוי מצפה כרמים (ראו גם בפסקה 95 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה פוגלמן). שבועיים לאחר ישיבה זו התקבל דיווח ביחידת הפיקוח שקרוואנים הוצבו בשטח שבו נמצא מצפה כרמים היום – השונה, כאמור, מזה שנבחן על ידי אלוף הפיקוד באותן הישיבות. זאת, מבלי שהוצגה ראיה כי התבצע תהליך בחינה כלשהו שהיה בו כדי להפיג את מכלול החששות שהתעוררו באשר למיקום מצפה כרמים.

9. אמת המידה הנדרשת לבחינת תום ליבו של הממונה היא, כאמור, אמת מידה סובייקטיבית קפדנית ברף גבוה. בנסיבות שתוארו – בהינתן סימני האזהרה המובהקים ביחס לתא השטח האמור לכל אורך הדרך, וגם בעת שהישוב הוקם מחדש; בהינתן החשש לפגיעה קשה בזכויות הקניין של תושבים מוגנים בשטח הנתון בתפיסה

לוחמתית; ובהינתן שהמטרה שנקבעה ב"הסכם המאחזים" הייתה להעתיק את היישוב לאדמות מדינה – לא ניתן לראות בצעדים שננקטו על ידי הממונה משום בדיקה מספקת של גורם שלטוני אשר יש בה מענה לסימני האזהרה שהיו לנגד עיניו לאורך כל הדרך. על כן, לגישתי גם בשלב שבו נכנסו המחזיקים לתמונה, לא עמד הממונה בדרישת תום הלב הקבועה בסעיף 5 לצו, בהתאם לאמת המידה הקפדנית המוטלת עליו.

10. משנשלל יסוד תום הלב בהתנהלות הממונה, נשללת לגישתי ולו מטעם זה בלבד תחולתו של סעיף 5 לצו. לפיכך, לא ראיתי צורך להוסיף ולהתייחס לסוגיות הנכבדות שהעלו חבריי בחוות דעתם, בין היתר, בעניין זהותו של "האדם האחר" שעומו נקשרה העסקה במקרה דנן או בעניין יסוד התמורה שיש לקרוא אל תוך הסעיף ומשמעותו.

אילו נשמעה דעתי היה המענה להסתמכותם של המחזיקים בנסיבות דנן, מוצא את ביטויו, כאמור בפסקה 66 לחוות דעתי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, בכך שנטיל על המדינה את "החובה למצוא למתיישבי מצפה כרמים פתרון חלופי, שיהיה ראוי והולם בנסיבות העניין", וזאת לנוכח הפגמים שנפלו בהתנהלות נציגיה.

ה נ ש י א ה

במישור העקרוני, הוחלט ברוב דעות (הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ע' פוגלמן והשופטים י' עמית, ד' ברק-ארז ו-ע' ברון) כי תום הלב שנדרש מהממונה על הרכוש הממשלתי (להלן: הממונה) לפי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו בדבר רכוש ממשלתי) הוא תום לב סובייקטיבי "ברף הגבוה", שיש לבחון אותו באמת מידה קפדנית.

במישור היישומי, הוחלט בדעת רוב השופטים (המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל; השופט י' עמית; השופט נ' סולברג והשופטת ד' ברק-ארז) כי העתירה לדיון נוסף מתקבלת כלהלן: השופטים י' עמית ו-ד' ברק-ארז סברו כי סעיף 5 חל רק ביחס לגבולות היישוב הקיים (חלקות 12, 13 ו-23 בגוש 19 במלואן וחלקות 14 ו-15 בשטחן הבנוי) כמפורט בפסקה 57 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז, ותוך מתן פיצוי בעין לבעלים הרשומים או למי שיוכיחו בעלותם. המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל והשופט נ' סולברג סברו כי סעיף 5 חל גם על יתרת השטח שבחלקות 14 ו-15, אך לצורך גיבוש רוב דעות במצב שבו יש שלוש דעות בקרב שופטי ההרכב ומטעמים מעשיים, החליטו להצטרף לדעתם של השופטים י' עמית ו-ד' ברק-ארז.

זאת, כנגד דעתם החולקת של הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ע' פוגלמן והשופטת ע' ברון שסברו כי יש להותיר את תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף על כנה.

אשר להוצאות משפט, הוחלט בדעת רוב כי ההוצאות שהוטלו על המשיבים 3-1 בבית המשפט המחוזי יבוטלו וכי ההסתדרות הציונית תישא בהוצאותיהם ביחס לכל ההליכים בבית משפט זה בסך כולל של 25,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ח בתמוז התשפ"ב (27.7.2022).

המשנה לנשיאה

המשנה לנשיאה (בדימ')

הנשיאה

שופטת

שופט

שופט

שופטת

