

# ללא תקנה: על "תקנת השוק" במקרקעין באזור יהודה והשומרון

מאת

רונית לוי-שנור\*

מאמר זה עוסק בסוגיה שנמצאת כיום על סדר היום המשפטי-פוליטי – שאלת קיומו של הסדר מסוג "תקנת שוק" בנוגע לעסקאות שהממונה על הרכוש הממשלתי הפועל באזור יהודה והשומרון הוא צד להן. לפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה מן העת האחרונה, בעסקאות שערך הממונה בקרקע שחשב כי היא רכוש ממשלתי אך למעשה הייתה רכוש פרטי, מוקנית לו הגנה מפני חובת השבת הקרקע לבעליה. לשיטתו של היועץ, מנגנון זה עשוי להכשיר כ-3,000 מבנים לא חוקיים ולייתר את הצורך בחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017, שהוא מתנגד לחוקיותו. גישת היועץ שימשה בסיס לפסק דין שניתן בבית המשפט המחוזי בירושלים, בתיק אנג'ל נ' סאלחה, שם הפסידו בעלי הקרקע למתיישבים ב"מצפה כרמים". התיק מצוי כיום בערעור בבית המשפט בעליון. במאמר נטען כי היועץ המשפטי לממשלה, כמו גם בית המשפט המחוזי בירושלים, הגיעו למסקנה בדבר קיומה של תקנת שוק כאמור על בסיס טעות בהבנת דין המקרקעין המהותי השורר באזור, ובייחוד הצו בדבר רכוש ממשלתי שעליו הם מסתמכים. הפרשנות שאומצה אינה מסתברת אף בשל ניגודה המוחלט לחובת השמירה על הקניין הפרטי המוטלת על המפקד הצבאי. המאמר מפתח את הטיעון המשפטי על בסיס טיפולוגיה של הסדרי נטילת זכות במקרקעין, על יסוד ניתוח דין המקרקעין השורר באזור, ממקורותיו העות'מאניים, המנדטוריים והירדניים, כמו גם על בסיס ניתוח לשוני, תכליתי והשוואתי להסדרים של תקנות שוק בישראל. אם יאומץ הטיעון המוצג במאמר, יהיה הדבר בעל משמעות מרחיקת לכת מבחינת אופק ה"הסדרה" של הבנייה הלא-חוקית על קרקע פרטית באזור. ואם לא יאומץ, יוכל לעמוד כביקורת על היקף ההגנה המוענקת בפועל לקניין הפרטי של האוכלוסייה המוגנת.

מבוא. א. מצבי תחרות קניינית במקרקעין: על נטילה פרטית ונטילה שלטונית. ב. סעיף 5 לצו כתקנת שוק – בחינת עמדת היועץ המשפטי לממשלה. 1. הצגת טעמי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה; 2. בחינת הטעם העיקרי: דמיון להסדרים אחרים בחקיקה הישראלית. ג. תקנת השוק במקרקעין לפי הדין החל באזור. 1. המסגרת הנורמטיבית; 2. תקנת השוק: הדין החל באזור; 3. הסדרים נוספים; 4. סיכום הדין המקומי. ד. הקניינית משמעות לסעיף 5 לצו: שיקולים בגיבוש פרשנות ראויה. 1. חיובים מהמשפט הבין-לאומי;

\* ד"ר רונית לוי-שנור, מרצה בכירה, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי נתונה לבת אור מקורי על עזרה מועילה במחקר ולמערכת כתב העת משפטים ועורכות כתב העת דניאל בן דור ונועה צוקר, על הערותיהן המעולות. המאמר זכה בפרס צגלה ע"ש מיכאל בירון-צגלה למאמר המצטיין בעברית של חברי סגל צעירים לשנת התשע"ט. גרסתו הסופית של המאמר הושלמה בחודש אפריל 2020 והיא ממילא אינה כוללת התפתחויות שאירעו לאחר מכן.

2. התאמה לדין הישראלי; 3. תקדימים קודמים; 4. היעדר התייחסות לשונית בצו לצד שלישי; 5. שיקול ההסתמכות של המתקשרים; 6. תוצאות במישור הכלכלי. ה. פרשנותו הראויה של סעיף 5 לצו. 1. הצגת הפרשנות; 2. תנאים לתחולתו של סעיף 5 לצו. ו. סיכום.

## מבוא

לסוגיית מעמדן של קרקעות פרטיות של פלסטינים באזור יהודה והשומרון אשר הוקמו עליהן מבנים ומאחזים יהודיים שלא על דעת בעליהן, חשיבות ציבורית רבה בעת הזו. הממשלה נדרשת לעוד ועוד עתירות לפינוי תפיסת ההחזקה בקרקע פרטית-פלסטינית ולהרסת המבנים או השימושים שנעשים בה.<sup>1</sup> לצד זאת במסגרת עבודתו של צוות מנהלי-פנימי לדיוק תחום היישובים הישראליים באזור, נחשף היקפה המלא של תופעה שהייתה מוכרת אך לא מתועדת.<sup>2</sup> מתברר כי במשך שנים רבות נהג הממונה על הרכוש הממשלתי, המופקד על ניהול הרכוש הציבורי באזור, להקצות קרקע למטרת יישובה בידי יהודים אף מבלי שהיו בידי מפות בעלות מדויקות.<sup>3</sup> לפיכך מצא צוות הבדיקה (המכונה "צוות קו כחול") כי יש כ-3,000 מבנים שהוקמו על קרקע פרטית שהוקצתה בהסכמי הרשאה, מיעוטם ליחידים, ורובם לגופים מיישבים (בדרך כלל להסתדרות הציונית).<sup>4</sup> על רקע זה, ובייחוד אגב פרשת פינוי המאחז הלא חוקי "עמונה"<sup>5</sup> וההתדיינות המשפטית בנוגע ל"מצפה כרמים",<sup>6</sup> פעלה המדינה בשני אפיקים עיקריים: ראשית, הכנסת

- 1 ראו לדוגמה בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 2.8.2011); בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 1.9.2016); בג"ץ 8395/14 ראש מועצת הכפר תורמוסעיא נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 1.1.2018); בג"ץ 2242/17 כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 24.5.2018).
- 2 ראו מבקר המדינה דוח שנתי 266 109–113 (2016); בג"ץ 8815/10 בשאראת נ' ועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה (פורסם בנבו, 5.5.2011); תגובה מטעם המדינה בבג"ץ 7986/14 במקום – מתכננים למען זכויות תכנון נ' ראש המנהל האזרחי (29.4.2015).
- 3 הממונה על הרכוש הממשלתי (להלן: הממונה) פועל לפי הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז–1967, מכווח מסורות לידי סמכויות ניהול של הרכוש הציבורי באזור יהודה והשומרון. הממונה פועל כנאמן קרקעות הציבור לפי תק' 55 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (The Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 1 U.S.T 631, 653 18 Oct. 1907 (להלן: תקנות האג)). ראו בג"ץ 285/81 אל נאור נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701 (1982); בג"ץ 277/84 אע'רייב נ' ועדת העררים לפי צו בדבר רכוש ממשלתי, פ"ד מ(2) 57 (1986). כפיפותו המינהלית של הממונה היא כפולה: מחד גיסא, הוא קצין מטה במפקדת ראש המנהל האזרחי באזור; מאידך גיסא, הוא נחשב כבעל סמכות מקבילה למנהל מחוז ברשות מקרקעי ישראל. ראו מבקר המדינה דוח שנתי 203 א56 (2005) (להלן: מבקר המדינה דוח 203 א56); "חברי הנהלה ובעלי תפקידים" אתר רשות מקרקעי ישראל <https://tinyurl.com/y8taksge> (ביקור אחרון 28.4.2020).
- 4 ראו תגובה מקדמית מטעם ממשלת ישראל בבג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת, פס' 66 (21.8.2017); דברי יו"ר צוות הסדרת מאחזים ובתים ביו"ש, פנחס ולרשטיין, בישיבה מס' 714 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-20, 3 (15.10.2018).
- 5 ראו בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 25.12.2014).

אשרה את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, אשר מורה למנהל האזרחי הפועל באזור להפקיע כל קרקע פרטית אם היא משמשת בפועל להתיישבות (בתנאים מסוימים).<sup>7</sup> בהמשך לזה הוגש לממשלה דין וחשבון של הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת הבנייה באזור יהודה והשומרון, ובו המלצות שונות להתמודדות הממשלה עם סוגיה זו, ובכלל זה כפי המתואר להלן.<sup>8</sup>

השאלה העיקרית שבמחלוקת היא אם משהתברר בדיעבד כי קרקע שהוקצתה למטרות התיישבות איננה רכוש ממשלתי המצוי בניהול הממונה, מוטלת עליו החובה להשיב קרקע זו לידי בעליה הנכון, או שמא לממונה ולמי שהתקשר עימו נתון הכוח להוסיף ולהחזיק בקרקע לפי תנאי ההקצאה. שאלה זו מתעוררת הן במקרים שבהם בעל הקרקע הוא שתובע את השבתה לידיו<sup>9</sup> והן במקרים שבהם בעל הקרקע איננו בנמצא, אך בהיעדרו התבררה הטעות בנוגע להקצאת הקרקע.<sup>10</sup> התשובה הישירה לשאלה זו היא שבשני המקרים על הקרקע לחזור לידי בעליה החוקיים, שכן אין בכוחו של חוזה בין הממונה למי שהתקשר עימו להכות קניין, היינו לפגוע או לפגום בזכות הקניין הפרטית של מי שלא היה צד לעסקה ברכוש.<sup>11</sup> זוהי המשמעות של הגנה על קניינו של אדם: הגנה אשר תקפה בכל פגיעה או שלילה של הזכות אלא אם נקבע בחוק אחרת, גם אם הפוגע לא ידע ולא היה יכול לדעת על זכותו של הפרט.<sup>12</sup> מכאן שיש לבחון אם החוק קובע הסדר אחר.<sup>13</sup> כאן מכרעת היא הפרשנות שתינתן להוראה המצויה בתחיקת הביטחון, בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

- 6 ת"א (מחוזי י-ם) 29754-11-13 אנג'ל נ' סאלחה (פורסם בנבו, 28.8.2018) (להלן: עניין אנג'ל); ע"א 7668/18 סאלחה נ' אנג'ל (להלן: עניין סאלחה); בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון (להלן תכונה ההתיישבות כולה: פרשת מצפה כרמים). על פרשה זו ראו רונית לוי-שנור "אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת מצפה כרמים" בעקבות ת"א (מחוזי י-ם) 29754-11-13 אנג'ל נ' סאלחה "המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 86, 4 (2018) (להלן: לוי-שנור "אין אתונות").
- 7 החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017 (להלן: חוק ההסדרה). הליכים בעניין חוקיות וחוקתיות החוק מתבררים בבג"ץ 1308/17 עיריית טילוואד נ' הכנסת.
- 8 הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת הבנייה באזור יהודה והשומרון דו"ח מסכם (2018) (להלן: דוח זנדברג).
- 9 זהו, במידת מה, המקרה שבפרשת מצפה כרמים, לעיל ה"ש 6. למעשה, ההליך התנהל רק כנגד מקצת מבעלי החלקות שנדונו (ראו עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 6, פס' 8, 198).
- 10 כפי שהוא המצב בת"א (מחוזי י-ם) 41998-04-16 קציר נ' הרי זהב בע"מ; ובת"א (מחוזי י-ם) 5493-01-17 אשכנזי נ' משרד הביטחון (פורסם בנבו, 10.9.2019). ראו לשכת היועץ המשפטי לממשלה "יישום סיכום היועץ המשפטי לממשלה בנושא ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) – חוות דעת משלימה" (13.12.2018) (להלן: סיכום משלים של היועץ).
- 11 רע"א 2267/95 האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854, 870–868 (1995); כך למשל, ציין השופט חשין "רק קניין יכה קניין, ואילו זכות חיובים אין בכוחה להכות קניין" (שם, בעמ' 869–870).
- 12 ראו Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 773 (2001).
- 13 ראו ע"א 6894/15 זלצר נ' אבירם, פס' 9 (ב) לחוות דעתו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 7.9.2017); רע"א 8301/13 טל טריידינג קורפ' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 25 לחוות דעתו של השופט הנדל (ברעת הרוב) (פורסם בנבו, 24.11.2015).

(יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו או הצו בדבר רכוש ממשלתי), שלפיה עסקה שערך הממונה בשוגג ברכוש פרטי "לא תיפסל ותעמוד בתקפה"<sup>14</sup>. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שגובשה לאחרונה, הוראה זו מקנה מעמד של "תקנת שוק" לעסקאות של הממונה.<sup>15</sup> כך היא מחסנת את הממונה ואת המתקשרים עימו מחובת השבת המקרקעין לבעליהם הנכון גם כאשר התברר שהממונה לא היה רשאי למסור את השטח לאחר. דהיינו: למתקשר עם הממונה תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין, לפי זו שנמסרה לו מכוח הסכם ההקצאה, והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי.<sup>16</sup> לשיטתו של היועץ, מטרת ההוראה שבסעיף 5 לצו, אשר לא נעשה בה שימוש עד לאחרונה,<sup>17</sup> היא הגנה על "אינטרס ההסתמכות של הפרט שנקט בתום לב פעולות על בסיס אותן העסקאות, והקניית מעמד ראוי לממונה כדי להקנות יציבות וביטחון למתקשרים מולו בתום לב".<sup>18</sup>

לאור גישה זו סבור היועץ כי לסעיף 5 לצו משקל מרכזי בבחינת חוקיותו של חוק ההסדרה. לטעמו, יש בפרשנותו להוראה זו להוות פתרון מידתי וראוי מזה שנקבע בחוק ההסדרה שלשיטתו אינו ברה-הגנה.<sup>19</sup> מלבד תפקידה האפשרי של פרשנות זו בהליכי תקיפת חוקיותו של חוק ההסדרה, שאלת הפעלתו הקונקרטי של סעיף 5 לצו תלויה ועומדת בימים אלה בכמה הליכים משפטיים.<sup>20</sup> היועץ אף הורה על הצורך בנקיטת "פעולה ממשלתית יזומה לבחינה ולאישור מהירים של תאי השטח בהם מתקיימות ראיות מנהליות לתחולתו של סעיף 5" על מנת שבשטחים אלה יהיה אפשר "להסדיר את חוקיות הבניה" גם מבלי שיתקיים הליך משפטי למול בעל הקרקע.<sup>21</sup>

- 14 לשון ס' 5 לצו: "כל עסקה 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".
- 15 לשכת היועץ המשפטי לממשלה "סיכום דיון – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון)" (7.12.2016) (להלן: סיכום הדיון הראשון של היועץ). סיכום הדיון צורף לתגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בבג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת (22.11.2017) (להלן: תגובת היועץ הראשונה בעניין חוק ההסדרה).
- 16 שם; סיכום הדיון הראשון של היועץ, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1.
- 17 תגובת היועץ הראשונה בעניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 15, פס' 150.
- 18 שם. העמדה אומצה כאמור בבית המשפט המחוזי בעניין אנגיל, לעיל ה"ש 6. כן ראו חוות דעת שערך חבר ועדת זנדברג, ד"ר חגי ויניצקי, בנוגע לס' 5 לצו, אשר צורפה לדוח זנדברג, לעיל ה"ש 8, בעמ' 128 (להלן: ויניצקי "חוות דעת"); וכן חגי ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון" משפטים נ 359 (2020) (להלן: ויניצקי "תקנת השוק").
- 19 ראו תגובת היועץ הראשונה בעניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 15; תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בבג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת (24.12.2018) (להלן: תגובת היועץ השנייה בעניין חוק ההסדרה).
- 20 כגון פרשת מצפה כרמים, לעיל ה"ש 6; עניין קציר, לעיל ה"ש 10. בעניין אשכנזי, לעיל ה"ש 10, הושג הסכם בין הצדדים להחלת ס' 5 לצו כך שעסקת המקרקעין בנוגע למגרש הנדון תעמוד בתוקפה, ולמתקשרים הזכות לעשות בנכס כל פעולה ובכלל זה העברת זכותם. ראו שלמה פיוטרקובסקי "ביהמ"ש אישר הסדרת בית שנגרע מקו כחול" ערוץ 7 (12.9.2019) <https://tinyurl.com/rt836b2>. בשני תיקים אחרונים אלה, הסכסוך אינו למול בעלי הקרקע. בבג"ץ 419/14 עיריית סילוואד נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 6.1.2020) נמנע בית המשפט מלדון בטענות בעניין זה (שם, פס' 11).
- 21 ראו סיכום משלים של היועץ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 4.

מן הבחינה המעשית, במרבית המקרים – אם לא כולם – מדובר במצב שבו הממונה העניק להסדרות הציונית – החטיבה להתיישבות (ההסתצ"י) הסכם הרשאה לתכנון ולפיתוח של הקמת יישוב ל-49 שנים, והמשך החזקתה של הקרקע בידי ההסתצ"י ובידי מי שניתנה לו הרשאה מטעמה הוא אשר מוטל על הכף.<sup>22</sup> במילים אחרות, המחלוקת באשר לפרשנות סעיף 5 לצו היא בעלת משמעות חלוקתית מובהקת: "הכשרה" (או "הסדרה") שיטתית של היקף עצום של מבנים וקרקעות, והכול בכיוון אחד: מבעלים פלסטינים למחזיקים יהודים. לסוגיית החלת דין של "תקנת שוק" בתנאים אלה יש לפיכך היבטים מוסריים ופוליטיים כבדי משקל אשר מחייבים כי הדיון בשאלה הפרשנית הנוגעת לסעיף 5 לצו ייעשה גם בשים לב לתוצאות הצפויות של אימוץ פרשנות זו או אחרת, בדיוק כפי המצב בנוגע לחוק ההסדרה.<sup>23</sup>

בחינת התאמתו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי לפי פרשנות היועץ המשפטי לממשלה לכללי המשפט הבין-לאומי, לדין המקומי החל באזור ולעקרונות היסוד של המשפט הישראלי, הפרטי, המנהלי והחוקתי, כמו גם להסדרים מקבילים בחקיקה הישראלית בנוגע לעסקאות של ממונים על רכוש, מעלה כי פרשנותו אינה יכולה לעמוד, ויש עימה פגיעה גורפת וקשה בקניין הפרטי של האוכלוסייה הפלסטינית המצויה במשטר של כיבוש צבאי. לצד זאת אראה כי יש פרשנות חלופית מתקבלת על הדעת המאפשרת להקנות מובן בעל ערך לסעיף 5 לצו. אטען כי אין לראות בסעיף 5 לצו בעל כוח קנייני כפי שמבקשים לשוות לו. סעיף 5 לצו איננו הסדר של תקנת שוק, אלא הוא עוסק במערכת היחסים שבין הממונה למתקשר עימו בלבד ואיננו מקים זכויות וחובות לבעלים הנכון של הנכס. אין בו אלא קביעה כי ביחסים שבין הממונה לבין מי שהתקשר עימו העסקה לא תיפסל גם אם יתברר בדיעבד כי המקרקעין אינם רכוש ממשלתי. לפיכך אף על פי שהמשך ביצוע העסקה ואכיפתה הפכו לבלתי אפשריים בשל היעדר זכות לממונה במקרקעין, תוטל על הממונה החובה לפצות את המתקשר עימו לפי תנאי החוזה המוסכם ביניהם.

מבנה המאמר הוא כדלקמן: חלק א מציג מבט כללי על מצבי תחרות קניינית, ובכללם תקנת השוק, ומאפיין את המתח שבין מצבי תחרות שהם נטילה פרטית או נטילה שלטונית הכפופה, או שאינה כפופה, לחובת פיזיו. חלק ב מציג את הפרשנות שהעניק היועץ המשפטי לממשלה לסעיף 5 לצו ואת טעמיה. הוא מוקדש לניתוח הטעם המרכזי שהציג היועץ לפרשנותו והוא על דרך היקש בין סעיף 5 לצו להסדרים אחרים בחקיקה הישראלית הנוגעים לעסקאות של ממונים על רכוש. חלק ג עוסק בשאלה אם הפרשנות שלפיה סעיף 5

22 לפי מבקר המדינה בדוח 56א (לעיל ה"ש 3, בעמ' 216), חלק ניכר מאדמות המדינה שהקצה הממונה על הרכוש הממשלתי נמסרו להסדרות הציונית – החטיבה להתיישבות. מדובר בהיקף של מאות אלפי דונמים. מנתונים נוספים עולה כי משנת 1967 הקצה הממונה על הרכוש הממשלתי 674,459 דונמים לטובת האוכלוסייה היהודית וכ-1,625 דונמים (0.24% מסך כל השטחים שהוקצו) לצורכי האוכלוסייה הפלסטינית. לתשובת המנהל האזרחי לבקשה לפי חוק חופש המידע שהגישו התנועה לחופש המידע ושלוש עכשיו, ראו "אדמות המדינה בשטחים מוקצות ליהודים בלבד" שלום עכשיו (18.7.2018) <https://tinyurl.com/w4utgep>.

23 ראו עמיחי כהן "דין עמונה כדין תל אביב? התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים: בעקבות בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון והחוק ההסדרת התיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 61, 6, 28–29, 35 (2017) (להלן: כהן "חוק ההסדרה").

לצו הוא תקנת שוק קניינית, עולה בקנה אחד עם דיני הקניין המהותיים החלים באזור, ובייחוד תקנת השוק לפי הדין המקומי, לפי הכללים הקבועים במג'לה, בחוק הקרקעות העות'מאני, בחקיקה הירדנית החלה ובפסיקה שפירשה אותם. חלק ד מציג כמה אילוצים בפרשנות סעיף 5 לצו, ובכלל זה כאלה הנובעים מהדין הבין-לאומי, מהתאמה לדין הישראלי, כפיפות לתקדימים קודמים ועוד. לאור כל אלה מציע חלק ה פרשנות ראויה לסעיף 5 לצו ולמרכיביו השונים.

### א. מצבי תחרות קניינית במקרקעין: על נטילה פרטית ונטילה שלטונית

מנקודת המבט של דיני הקניין, כלל היסוד הוא כי משהתברר שאדם מחזיק בקרקע של אחר, אף אם קרקע זו הועברה לידיו בידי מי שהוא חשבו לבעל הזכות בה, עליו ועל מי שמסר לידיו את הקרקע להשיבה לידי בעליה הנכון. זהו ביטוי לשתי תכונות מרכזיות של זכות הקניין: הזכות לעקוב אחר הנכס ולהשיבו לידי בעליו אם הוצא מידיו שלא ברצונו; וזכות העדיפות המעניקה לבעלים עדיפות על מי שירכוש אחריו זכויות קניין בנכס.<sup>24</sup> בלימתה של זכות הקניין תיעשה אך ורק אם יקבע הדין תוצאה אחרת בתחרות שבין המחזיק לבעלים הנכון.

בתחרות שבין קונה תם לב לבעלים, כלל קנייני המגן הגנה מלאה על הראשון מכונה תקנת השוק, ועל פיו בהתקיים תנאים מוגדרים זכותו של הקונה תקפה כלפי הבעלים הנכון של הנכס אף על פי שמי שמכר לקונה לא קיבל לידיו את הנכס מידי הבעלים. כפי שציין השופט הנדל: "תקנת השוק היא מעין 'ג'וקר', הגובר גם על ה'אס' של חבילת הקלפים המשפטית, הלא היא זכות הבעלות".<sup>25</sup> דיני הקניין כוללים כמה סוגים נוספים של כללים המאפשרים ביחסים שבין פרטים ליטול או לכונן זכות טובה בקרקע שלא על דעת בעליה. עם אלה יש למנות את הגנת ההתיישנות, העשויה לקום במצב שבו הטוען לתחולתה של הגנה זו מחזיק בקרקע החזקה נוגדת בהתרסה כנגד הבעלים במשך תקופת זמן הקבועה בדין; את הגנת הבונה והנוטע במקרקעי הזולת, העשויה להעניק למקים זכות בקרקע אם שווי המחוברים שהוקמו עולה על שווי הקרקע; ואת המשקל המתפתח שיש לחובה לנהוג בתום לב בשימוש בזכות קניינית, העשויה להביא להגנת מחזיק בפני פינוי אף שהוא חסר זכות, אם עמידה על זכות הבעלים תיחשב ללא מוצדקת בנסיבות העניין.<sup>26</sup>

שיקולים מרכזיים בעיצוב הדין בהקשרים אלה הם תום ליבו של הרוכש או המחזיק הטוען להגנה והפגם שנפל בהתנהגותו של הבעלים; הסתמכות על מרשם המקרקעין או התנהלות בדרכי מסחר רגילות, ובכלל זה המידה שבה התמורה משקפת את ערכי השוק של הנכס; קיומה של החזקה בידי הטוען להגנה או השלמתו של רישום במרשם המקרקעין;

24 יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 49–50 (1993) (להלן: ויסמן דיני קניין).

25 עניין זלצר, לעיל ה"ש 13, פס' 9 (ב) לחוות דעתו של השופט הנדל.

26 בדיני הקניין במקרקעין בישראל הגנות אלה באות לידי ביטוי למשל, בס' 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 (המעגן את תקנת השוק); בס' 14 לחוק (העוסק בשימוש לרעה בזכות); בס' 21–23 לחוק (העוסקים בבנייה ונטיעה במקרקעי הזולת); בס' 94 לחוק (לעניין זיקת הנאה מכוח שנים, שהיא סוג של התיישנות רוכשת); ובס' 51 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט–1969 (לעניין התיישנות רוכשת במקרקעין).

המידה שבה החזקת הקרקע מעידה על ערכה הגבוהה יותר של הקרקע בידי המחזיק ומאזן הנזק בין הצדדים – העלות והתועלת היחסיים לכל צד מהמשך המצב הקיים לעומת השבת הזכות לידי הבעלים; והשפעת הכלל על עלויות ההתדיינות כמו גם שיקולים ערכיים וחלוקתיים נוספים.<sup>27</sup> נוכל לכנות מצבים אלה כ"נטילה פרטית", ותאפיין אותם הכרעה קניינית השוללת מבעלים (לחלוטין או חלקית) את זכותו בקרקע בשל התקיימותם של תנאים שנקבעו בחוק ההופכים את ההכרה במעמדו של חסר הזכות לראויה.

בחלק ממצבי התחרות תהא ההכרעה בינארית, מסוג של כלל הקצאה, ולצד המפסיד לא תינתן כל תרופה מידי הזוכה בנכס (כך למשל בתקנת השוק ובהתיישנות רוכשת).<sup>28</sup> ניתן לראות מצבים אלה כנטילה פרטית ללא פיצוי.<sup>29</sup> באחרים תהיה ההכרעה מרוככת, מסוג של כלל חלוקה: צד אחד יזכה בקרקע והאחר בפיצוי כספי המשקף את ערך השוק של הנכס (כך למשל בבנייה ונטיעה במקרקעי הזולת ובשימוש שלא בתום לב בזכות).<sup>30</sup> גם בהקשר זה ספרות רבה עוסקת בשאלת המודל הראוי והשלכותיו.<sup>31</sup>

27 ראו לדוגמה (הספרות בתחום היא עצומה. כאן מוזכר רק מדגם קטן מאוד): Douglas Baird & Thomas Jackson, *Information, Uncertainty, and the Transfer of Property*, 13 J. LEGAL STUD. 299 (1984); Menachem Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": *Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties*, 90 MICH. L. REV. 95 (1991); Thomas Miceli, C.F. Sirmans & Geoffrey Turnbull, *Title Assurance and Incentives for Efficient Land Use*, 6 EUR. J.L. & ECON. 305 (1998); William Swadling, *Property: General Principles*, in 1 ENGLISH PRIVATE LAW 203, 343–344 (Peter Birks ed., 2000); Barak Medina, *Augmenting the Value of Ownership by Protecting it Only Partially: The "Market-Overt" Rule Revisited*, 19 J. L. ECON. ORG. 343 (2003); STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW ch. 1 (2004); THOMAS J. MICELI, THE ECONOMIC APPROACH TO LAW 186–187 (2004); Giuseppe Dari-Mattiacci, Carmine Guerriero & Zhenxing Huang, *The Property-Contract Balance* (Amsterdam Law Sch., Research Paper No. 2012-70; Amsterdam Ctr. for Law & Econ., Working Paper No. 2012-01, 2015), <https://tinyurl.com/rm4w9tr>; איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח–1968 679–690 (גר טרסקי עורך, 2002) (להלן: זמיר חוק המכר); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 202–216, 263–268 (2005) (להלן: דגן פרשת דרכים).

28 ראו נילי כהן "שניים או חושים: קניין, אחריות, חלוקה" משפט ועסקים יח 177, 179–180, 231–236 (2014).

29 לטעמי, הספרות חסרה תאוריה מספקת שתסביר מהו כלל ההגנה במצבים שבהם בעל הזכות (entitlement) מאבד את זכותו ללא הסכמתו וללא פיצוי.

30 ראו ס' 23 לחוק המקרקעין (המעגן פיצוי לבעלים אם מוכרת זכות המקיים); ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה, פסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 19.2.2012) (הענקת דמי שימוש לבעלים תוך שהפולש מוגן מפני פינוי מכוח ס' 14 לחוק המקרקעין).

31 לביקורת על הבינאריות של כללי הכרעה קנייניים, ראו למשל ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ (פורסם בנבו, 4.8.2014), שבו עולה קריאה לאמץ מודל גמיש יותר בהקשר של תקנת השוק. ראו גם דפנה לוינסון-זמיר "הקודפיקציה האזרחית – סוגיות נבחרות בתחרות זכויות" משפטים לו 663 (2006) (בהתייחס למנגנון זכות פדיון לבעלים במצבי תקנת שוק, כפי שהוצע בנוסח של הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות שהעמיד משרד המשפטים לעיון הציבור באפריל 2004); Gideon Parchomovksy, Peter Siegelman & Steve Thel, *Of Equal Wrongs and Half Rights*, 82 N.Y.U. L. REV. 738 (2007). להצעה שלפיה במצבי תקנת שוק במיטלטלין שבהם שני הצדדים שקולים מבחינת השקעתם במניעת התקלה, יקבל כל אחד מן הצדדים מחצית מערך הזכויות, וייערך מכרו פנימי ביניהם לרכישת האחד את זכויות האחר, ראו Yun-chien Chang, *247 Jurisdictions in the World Get the Good-Faith Purchase Problem Wrong: A New Economic Framework*, (N.Y.U. Law & Econ. Research Paper No. 19-25, 2019), <https://ssrn.com/abstract=3208458>.

לצד כללים אלה יש כללים משפטיים אחרים, המאפשרים ביחסים שבין המדינה לאזרחיה ליטול זכות בקרקע (או באפשרויות המימוש שלה) שלא ברצון בעליה על מנת להגשים תכלית ציבורית לשימוש ברכוש שניטל (או באפשרויות המימוש שלו).<sup>32</sup> מצבים אלה, המכונים "נטילה שלטונית", יחסו על פי רוב ברגולציה מסמכה, כגון דיני הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור, ויהיו כפופים בדרך כלל לחובת פיצוי.<sup>33</sup> במקרים אחרים תינתן למדינה הסמכות ליטול רכוש פרטי ללא פיצוי – למשל בחקיקת המיסים לפי חלק מהגישות,<sup>34</sup> בהלאמת רכוש אויב<sup>35</sup> ובמקרים שבהם הנטילה מתפזרת על פני קבוצה רחבה של נפגעים.<sup>36</sup> נוכל לסכם את המצבים שתוארו כך:

**טבלה 1. הסדרי נטילה ופיצויים**

נטילה שלטונית		נטילה פרטית		
שאינה בת-פיצוי <sup>40</sup>	בת-פיצוי <sup>39</sup>	שאינה בת-פיצוי <sup>38</sup>	בת-פיצוי <sup>37</sup>	
בינארי	חלוקתי	בינארי	חלוקתי	כלל ההכרעה
חקיקת מיסים; הלאמת רכוש אויב	הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור; פגיעה במקרקעין מכוח תוכנית	תקנת שוק; התיישנות רוכשת	בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת; שימוש לרעה בזכות קניינית	דוגמאות

שוויים, והגינה עולה בקנה אחד עם דין "גור או איגוד" של המשפט העברי (בבלי, בבא בתרא יג ע"א).  
 ראו בנימין פורת "תום לב: עיון מושגי והשוואתי" משפטים 603, 641, ה"ש 178 (2016).  
 32 ראו ס' 197 ו-200 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.  
 33 ראו שם, בס' 189; ס' 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943; ע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל נ' מסרי (פורסם בנבו, 24.5.2018). כן ראו חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא 491 (1998); שי שטרן "פיצוי נאות: על סעדים וצדק בדיני הנטילה השלטונית בישראל" עיוני משפט מא 141 (2018).  
 34 יש הסבורים כי דיני המס אינם פוגעים בקניין, שכן נטל המס אינו גורע מהרכוש, אלא הרכוש הפרטי הוא מה שנתר לאחר חיובי המס (וכך המס הוא חלק מה-baseline). יש גם דעות אחרות. ראו לדוגמה בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 65, פס' 29 לחוות דעתה של המשנה לנשיאה נאור (2012), המציגה עמדות שונות בהקשר זה; LIAM MURPHY & THOMAS NAGEL, THE MYTH OF OWNERSHIP: TAXES AND JUSTICE (2002).  
 35 ראו חוק נכסי נפקדים, התש"ו-1950.  
 36 ראו Amnon Lehavi, Brown v. Legal Foundation of Washington, 538 U.S. 216 (2003). כן ראו The Taking/Taxing Taxonomy, 88 TEX. L. REV. 1235, 1247-1248 (2010). גם במצב זה בעל הרכוש הנכון מאבד את ה-entitlement שלו, ללא כל הגנה, אך "קיצוץ" הזכות הוא רוחבי.  
 37 במונחים של קלברוי ומלמד, לבעל הרכוש הנכון יש entitlement protected by a liability rule – הזכות שלו מוגנת, אבל הצד השני יכול לרכוש אותה במחיר השוק. ראו Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 HARV. L. REV. 1089, 1116 (1972).  
 38 כאמור, במצב זה בעל הזכות מאבד אותה ללא כל הגנה.  
 39 גם כאן, לבעל הרכוש הנכון יש entitlement protected by a liability rule כאשר המדינה יכולה לרכוש את זכותו במחיר השוק.  
 40 כאן ייתכנו שני מצבים: (א) מעולם לא הייתה לטוען לזכות entitlement (כך לפי התאוריה שנטל המס אינו פוגע בקניין); (ב) הייתה לטוען לזכות entitlement (כך לפי התאוריה שנטל המס פוגע בקניין ובאשר לדוגמה של רכוש אויב), אך היא נתבטלה.



כעניין בסיסי קיימת הפרדה מובהקת בין מצבי נטילה פרטית והדוקטרינות הקנייניות החלות ביחסים שבין פרטים, באשר להם דין המדינה כדין כל אדם אחר, לבין מצבי נטילה שלטונית והדוקטרינות החלות ביחסים שבין המדינה לבין פרטים, שבנוגע אליהם למדינה – ולה בלבד – מסורות סמכויות נטילה שלטונית הכפופה למעמדה החוקתי של זכות הקניין.<sup>41</sup> עם זאת יש מקרים שבהם המדינה כבעלים או כמחזיק פרטי נהנית מהגנות עודפות (או סובלת מנטלים מוגברים), שכן שיקולים שלטוניים מתערבבים בתחום הנטילה הפרטית ומעצבים למדינה מעמד מיוחד; ומנגד – מקרים שבהם שיקולים פרטיים מתערבבים בתחום הנטילה השלטונית, והמדינה מפעילה את סמכויותיה השלטוניות למען אינטרסים פרטיים.

בהקשר של המקרה הראשון, של מעמד מיוחד למדינה כדיני הנטילה הפרטית, ניתן לראות כדוגמה את הסייג לתחולת הסדר הרכישה הכפויה בידי מקים במקרקעי הזולת כאשר במקרקעי ציבור עסקינן, ואת היעדרה של התיישנות במקרקעין כנגד המדינה.<sup>42</sup> בהקשר של המקרה השני, של חדירת שיקולים פרסונליים לדיני הנטילה השלטונית, תהא כדוגמה הפקעת המקרקעין על ידי המדינה על מנת לשרת תכלית, מסחרית למשל, של גוף שאיננו ציבורי, מתוך הגישה כי הדבר משרת אינטרס ציבורי אף אם השימוש המיועד לקרקע שהופקעה הוא פרטי בטיבו.<sup>43</sup> בשני המקרים עלול להתעורר חשש לשימוש לרעה בכוח העומד לרשות המדינה: קביעת כללי משחק או שימוש בסמכות המקנה למדינה מעמד מיוחד עשויים לפגוע בכלל שלפיו לבעלי הקניין צריכה לעמוד הגנה טובה כנגד כל ניסיון לשלול את זכותם שלא בהסכמתם כמו גם בחובת המדינה לנהוג בשוויון ובכבוד כלפי כל אדם ורכושו, ובכך שאין אדם (או רכושו) משמש אמצעי לקידום תועלתו הפרטית של אדם אחר ולא מטרה בפני עצמו.<sup>44</sup> כפי שציין יהושע ויסמן, ההסדרים המיוחדים בתחום הנטילה הפרטית כדיני המקרקעין בישראל מבוססים על ההנחה כי ההיקף הגדול של מקרקעי

41 ראו לדוגמה בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001).

42 ס' 112 ו-113 לחוק המקרקעין. לביקורת על הסדרים אלה, ראו ויסמן דיני קניין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 172–173, 266–269. לסוגיית "התיישנות רוכשת" במקרקעי המדינה והשפעתו של ס' 2 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל על דין זה, ראו יהושע ויסמן "ההתיישנות והמדינה" משפטים יד 3 (1984); ע"א 520/89 מדינת ישראל נ' שכלי, פ"ד מו(2) 81 (1992); טל חבקין התיישנות 307–309 (2014). ראו גם ה"ש 47 להלן והטקסט נלווה לה.

43 ל"הפקעה פרטית" במובן של מתן הרשאה ממשלתית להפקעה בידי גוף לא ממשלתי ראו Abraham Bell, *Private Takings*, 76 CHL. L. REV. 517 (2009). דוגמה בולטת להפקעה לצרכים פרטיים בהקשר הישראלי היא פרשת אתא נ' שוורץ, שבה הופקעה דירתו של שוורץ, ולכן התוצאה של ההגנה הקניינית שנקבעה בפסק הדין הניקי, שנסב על צו מניעה להפעלת מערכות במפעל שגרמו לרעש בדירתו של שוורץ, התהפכה. ראו בג"ץ 114/77 שוורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא(2) 800 (1977); ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976). השוו: ע"א 8880/13 וינשל נ' משרד הביטחון (פורסם בנבו, 30.8.2016). כן ראו דגן פרשת דרכים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 112–113; יובל פרוקציה, רוג'ית לוי-שנור ואסף יעקב "תרופות בגין נזק רכוש הנתון באי-ודאות – מבט תיאורטי ודוקטרינרי" משפט ועסקים כב 301 (2019). דוגמה נוספת היא דנג"ץ 4466/94 נוסיבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68 (1995). בהקשר האמריקאי, המקרה הראוי לציון הוא Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469 (2005). ראו Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *The Uselessness of Public Use*, 106 COLUM. L. REV. 1412 (2006).

44 ראו ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 106–86 (2009).

הציבור עשוי להקשות הגנה על מקרקעין אלה ועל הכלל בדבר איסור העברת הבעלות במקרקעי ישראל. ואולם, כך הוא מראה, יש שהסדרים אלה אינם חפים מביקורת וסובלים מבעייתיות רבה עד כדי אי-הנחת הדעת.<sup>45</sup>

בכל הנוגע לתקנת השוק במקרקעין, הקבועה בדין הישראלי בסעיף 10 לחוק המקרקעין, אין למדינה כל מעמד מיוחד כבעלת דין – בין כבעלים ובין כרוכשת או מתקשרת. אם ערכה רשות מקרקעי ישראל (רמ"י) עסקה שעה שחשבה כי המקרקעין הם מקרקעי ישראל או כי הם פנויים בידה להקצאה לאחר, והתברר כי לא היא, הרי שהעסקה אינה יכולה לעמוד, ותוצאות הפעולה הן במישור התרופתי בין רמ"י למי שהתקשרה עימו. נקבע כי אין בכוחו של הסכם חכירה לשנות זכויות, אין בכוחו לגבור על רישום, ואין בכוחו לפגוע בזכות של מי שאינו צד לו. בעניין וקנין למשל נמצא כי כאשר בחוזה חכירה של רמ"י נפלה טעות, והשטח שהוחכר אינו משקף את הרישום, העסקה נדחית מפני הרישום.<sup>46</sup>

נקודת המוצא צריכה להיות על כן כי בכל הנוגע להסדרי הנטילה הפרטית, דין המדינה כדין כל אדם. מערך השיקולים לעיצוב הסדרים מסוג תקנת שוק, התיישנות ובנייה ונטיעה במקרקעי הזולת אינו צריך להיות מושפע מזהות הבעלים.<sup>47</sup> כאשר מעוצב דין נטילה פרטית ייחודי למדינה כבעלים, כמוכרת או כבעלת עניין, יש לחשוך ולחשוש מחוקיותו וחוקיותו של דין זה ומהמידה שבה שיקולים המנחים דרך כלל את עיצוב דיני הנטילה הפרטית הם אכן אלה המוצבים בבסיסו. בדומה לזה יש לחשוש כאשר נעשה שימוש במנגנון הנטילה השלטונית כדי לקדם אינטרסים פרטיים-צרים של קבוצות אוכלוסייה מסוימות הנהנות

45 ויסמן דיני קניין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 173, 268.

46 ה"פ (מחוזי חי') 3958-07-15 וקנין נ' ליבוביץ (פורסם בנבו, 29.9.2015); פסק הדין אושר בע"א 7720/15 וקנין נ' ליבוביץ (פורסם בנבו, 16.1.2017). ראו גם מקרים נוספים שבהם, בדומה לזה, נקבע כי אין בכוחה של עסקת חכירה לגבור על הרישום ולהקנות זכות למתקשר מכוחה של אותה הטעות, וודאי שלא על חשבונם של צדדים שלישיים: ה"פ (מחוזי חי') 30321-12-10 קדוש נ' מנהל מקרקעי ישראל, פס' 10(ו)2 (פורסם בנבו, 30.4.2013) ("משהוכח כי המנהל החכיר למעשה לשני הצדדים ביחד יותר מ-100% מהשטח המשותף, ברי כי מדובר בטעות, המנוגדת לצו הרישום"); ת"א (מחוזי ת"א) 1268-08 הדרי נ' מנהל מקרקעי ישראל, פס' 20 (פורסם בנבו, 12.3.2012) ("האמור בהסכם זה אינו יכול לשנות מהיקף הזכויות הרשומות [...] מדובר בהסכם שמטרתו היתה להאריך את תקופת החכירה ולהוונה – לא לשנות את היקף הזכויות התובעים בקרקע. על אחת כמה וכמה, אין הסכם שכזה יכול להשפיע על זכויותיהם של ברהום, שאינם צד לו"). כן ראו ס' 4טו(ב) לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.

47 המקרה של התיישנות רוכשת במקרקעי המדינה הוא חריג שאינו מעיד על הכלל. זהו מצב דברים שבו קרקע יוצאת מאוצר המדינה ומועברת לידיים פרטיות בשל השימוש הנוגד, החקלאי והנמשך שעשה זה בקרקע, והוא מבוסס על ס' 78 לחוק הקרקעות העות'מאני, 1858, וס' 52 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין. במצב דברים זה, נכנסים לתמונה שיקולים חלוקתיים ושלטוניים מובהקים. דין התיישנות הרוכשת בקרקע שהוצאה זה מכבר מידי המדינה והוענקה לאדם פרטי, קבוע בס' 51 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין. לשאלה האם יש בדין התיישנות רוכשת בין פרטים משום פגיעה בזכות הקניין ראו AJ van der Walt & EJ Marais, *The Constitutionality of Adverse Possession under the European Convention 1950. JA Pye (Oxford) Ltd V United Kingdom (2008) 46 EHRR 45 (GC)*, 76 J. CONTEMP. ROMAN-DUTCH L. 261 (2013).

מעוצמה פוליטית בתוך כדי פגיעה בעקרונות היסוד של שוויון והגנה על קניין הפרט וכבודו.

\*\*\*

בתקופה האחרונה ניכרת בפעילות המשפטית של המדינה בנוגע למקרקעין באזור יהודה והשומרון נטייה הולכת וגוברת ליצור דין נטילה פרטית מיוחד למדינה ובד בבד לנקוט שימוש מוטא בכללי הנטילה השלטונית לקידום אינטרסים אשר תרומתם לכלל הציבור הרלוונטי מוטלת בספק. תחת חובת המדינה, שהיא אף חובה מוגברת באזור הנתון לתפיסה לוחמתית – לכבד את קניין האוכלוסייה המקומית ולהגן עליה<sup>48</sup> – מתפתחת מגמה מסוכנת של השתלטות מכוונת ושיטתית באמצעים חוקיים לכאורה על קניין מוגן זה. ניתן להצביע על שתי טקטיקות משפטיות בולטות ששימשו בתקופה האחרונה להחלת דין מיוחד על המדינה (הממונה על הרכוש הממשלתי), להרחבת תחומי הנטילה הפרטית והשלטונית לשם מטרת פוליטיות מוגדרות ולהתנערות מהצורך בעיצוב כללי קניין באופן בלתי תלוי בתוצאות משפטיות קונקרטיות שמבקשים להשיגן.

הדברים באים לידי ביטוי, בתחום הנטילה השלטונית, בחקיקת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, הקובע קביעה כוללת, אם כי בתנאים מגבילים מסויימים, כי כל קרקע המשמשת בפועל למטרות התיישבות תופקע לתכלית זו תוך דחיקה קטגורית של קניין הבעלים הפרטיים לטובת האינטרס של ציבור פרטים מסוג אוכלוסייה מסוים (כאשר יחסי הכוחות הפוליטיים בין שתי הקבוצות לחלוטין אינם שקולים).<sup>49</sup> בהמשך לכך אימץ היועץ המשפטי לממשלה מדיניות חדשה הסותרת פרקטיקה בת עשרות שנים שלפיה תיתכן הפקעה של קרקע לצורכי ציבור (למשל כביש) אף אם ציבור הנהנים נמנה בלעדית ובכירור עם אוכלוסיית המתיישבים היהודים באזור, ועליה בלבד.<sup>50</sup> בתחום הנטילה הפרטית<sup>51</sup>

48 תק' 43, 46 לתקנות האג, לעיל ה"ש 3; עניין אל-נאבות, לעיל ה"ש 1; בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים (פורסם בנבו, 20.3.2012). וראו עוד חלק ד.1 להלן.

49 ראו גם בקשת הצטרפות כ"ריד בית משפט" מטעם 28 מרצים ומרצות למשפטים, בבג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת.

50 פרשנות זו של היועץ המשפטי לממשלה נסמכה על פסק הדין בבג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 31.10.2017) (להלן: עניין זיאדה), והיא באה לידי ביטוי במכתב העוזר הבכיר ליועץ המשפטי לממשלה (מיום 8.11.2017), אשר צורף לתגובת היועץ הראשונה בעניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 15. בהמשך נתנה הנשיאה חיות החלטה ברנג"ץ 9367/17 זיאדה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם בנבו, 30.5.2018) (להלן: עניין דנג"ץ זיאדה), שבה צוין כי האמור בפסק הדין מושא הדיון הנוסף שלפיו "ניתן ליטול חזקה באדמות פרטיות של תושבים פלסטינים המהווים תושבים מוגנים לצורך התיישבות ישראלית בלבד, אפילו לא נועדה הקרקע המופקעת לשרת גם את האוכלוסייה המוגנת הנפקעת", נראה "סותר בהקשר זה הלכות קודמות ויש בו גם חידוש וגם קושי", ולפיכך ציינה כי "אילו ההכרעה בעתירה שהגישו המבקשים הייתה תלויה בשאלה זו בלבד די היה בכך על מנת להיעתר לבקשה ולהורות על דיון נוסף". עם זאת, הבקשה לדיון נוסף לא התקבלה הואיל והדיון שהתבקש היה תיאורטי (שם, פס' 7-9). בהמשך לכך, ניתנה חוות דעת משלימה של משרד המשפטים שלפיה יש לנקוט אפיק של הפקעת זכות החזקה ושימוש במקרקעין הדרושים לסלילת דרך גישה ולהקימה בדרך של "חפירה וכיסוי" כדי להביא לביצועה המהיר של הדרך כבקשת הדרג המדיני. ראו משרד המשפטים – ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי) "דרך גישה לחרשה – בחינת אפשרות הפקעת הקרקע" (מיום 5.12.2018). בתגובת היועץ השנייה בעניין חוק ההסדרה (לעיל ה"ש 19, פס' 15), הודגש

הטקטיקה המרכזית, שהיא בליבת מאמר זה, היא הניסיון ליצור דין תקנת שוק מיוחד לעסקאות שהממונה על הרכוש הממשלתי הוא צד להן כדי שעסקאות אלה ייהנו מהגנה אף כאשר מתברר כי לא בדין נערכו.<sup>52</sup>

## ב. סעיף 5 לצו כתקנת שוק – בחינת עמדת היועץ המשפטי לממשלה

אעמוד כעת על עמדתו הפרשנית של היועץ המשפטי לממשלה בעניין סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, הרואה בו מקור להכשיר עסקאות שערך הממונה בשוגג. אציג תחילה את טעמי היועץ לעמדתו, ואז אתמקד בטעם המרכזי שהציג הנוגע בדמיון בין לשון סעיף 5 לצו להסדרים אחרים בחקיקה הישראלית בנוגע לעסקאות עם ממונים על רכוש.

### 1. הצגת טעמי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה

לשיטתו של היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 5 לצו מקנה מעמד של "תקנת שוק" לעסקאות של הממונה ומחסן את הממונה ואת המחזיקים במקרקעין מכוח הסכם עימו מחובת השבת המקרקעין לבעליהם לפי תנאי העסקה שערך הממונה. עמדה זו נתקבלה בבית המשפט המחוזי בירושלים (השופט דראל) בעניין אנג'ל (הנדון כעת בערעור בפני בית המשפט העליון). לפי קביעתו של השופט דראל, סעיף 5 לצו קובע הסדר של תקנת שוק, המאפשר "להכשיר עסקאות שנעשו עם הממונה", ויש בו "העדפה של הקונה המאוחר על בעל הרכוש".<sup>53</sup>

שבחוות דעת זו נאמר כי "אין בכך כדי לשלול אפשרות של הפקעת זכות השימוש והחזקת הקרקע לצמיתות במקרים אחרים עתידיים, שייבחנו לפי נסיבותיהם". לביקורת על החלטת בית המשפט בעניין זיאדה, ראו עמיחי כהן "סופו של נשף המסכות? בעקבות בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 5, 73 (2018); רונית לוי-שנור "עמונה, ממונה ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 30, 73 (2018) (להלן: לוי-שנור "עמונה"). לביקורת על ההחלטה בדנג"ץ זיאדה, ראו אריאל ארליך "סותר הלכות קודמות, ויש בו חידוש וגם קושי": על הגנת הקניין של אנשים מוגנים' בעקבות ההחלטה בדנג"ץ 9367/17 זיאדה נ' מפקד כוחות הצבא" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 4, 84 (2018).

51 לשאלה האמנם זהו הסיווג הנכון, ראו חלק ב.2 להלן.

52 טקטיקה נוספת שעמדה על הפרק בעניין זיאדה (לעיל ה"ש 50) הייתה נטילה עצמאית-אוטונומית של החוקה ייחודית בנכס המצוי בבעלות משותפת של נוכחים ונעדרים שנכסיהם מנוהלים בידי הממונה על הרכוש הנטוש הפועל לפי הצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967 (להלן: צו רכוש נטוש). זאת, תוך כדי פגיעה ניכרת הנושאת "סממנים של הפקעה" בבעלים הנוכחים ואגב הפרת חובת השמירה והנאמנות של הממונה. ראו לוי-שנור "עמונה", לעיל ה"ש 50.

53 עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 6, פס' 142, 148.

אבן הפינה בטיעון המשפטי של היועץ, הרואה בסעיף 5 לצו מנגנון של תקנת שוק, היא הדמיון הלשוני בינו לבין הוראת סעיף 17 (א) לחוק נכסי נפקדים.<sup>54</sup> לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, כשם שהוראת סעיף 17 (א) לחוק זה מעמידה תקנת שוק שיש בכוחה להתגבר על בעל הקניין ה"אמיתי", כך גם סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.<sup>55</sup> לטעמו של היועץ, תכלית סעיף 17 (א) לחוק, תכלית ההוראה הדומה בלשונה שבסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי,<sup>56</sup> כמו גם תכלית סעיף 5 לצו, היא לאפשר להגן על עסקאות עם ממונים על רכוש של בעלים או של ריבון שאינם, או שהמידע הקיים בעניינם חלקי, ומשכך יש להגן על אינטרס ההסתמכות של המתקשרים עימם.<sup>57</sup>

היועץ סבור כי על מנת לשמור על הרכוש הממשלתי נדרש כי יהיה אפשר לסחור במקרקעין כדי שיהיה במקרקעין מחזיק שידאג לנכס וכך ימנעו "פלישות לא מוסדרות". טעמים נוספים שהציג היועץ לתמיכה בעמדתו בדבר אופייה הקנייני של הוראת סעיף 5 לצו הם קיומו של תקדים בהלכת מחצבות כפר גלעדי<sup>58</sup> וכן היעדרו של עיגון לשוני בסעיף 5 לצו למעמדם של צדדים שלישיים (היינו בעל הקניין), המחייב בחינת חוזקה של העסקה למול צד ג ולא הנחה כי העסקה אינה תקפה כלפיו.<sup>59</sup> נוסף על זה, טעם כללי שלפיו יש להקנות לסעיף 5 לצו מובן שאינו מיתר אותו מכול וכול.<sup>60</sup>

היועץ מציין עוד כי ייתכן שסעיף 5 לצו, כפי פרשנותו, קובע הוראה שאינה ראייתית בלבד, ולכן ייתכן שהוא משנה מהדין המהותי החל באזור.<sup>61</sup> הוא אף מכיר בכך שלפי כללי המשפט הבין-לאומי יש להותיר את החקיקה המקומית על עומדה זולת אם יש מניעה לכך בשל הצורך בהבטחת החיים הציבוריים.<sup>62</sup> אך היועץ אינו דן בשאלה אם אכן פרשנותו היא שינוי הדין המקומי-המהותי, ואם כן, אם השינוי הוא בלתי נמנע.

בפרק זה אדון בטעם הראשון, והמרכזי, הנוגע לדמיון הנטען להסדרים אחרים בחקיקה הישראלית. בפרקים הבאים אדון בשאר טעמי היועץ. בפרק ג אבחן את מידת התאמתו של סעיף 5 לצו כפרשנות היועץ לדין המקומי, על מנת לתת מענה לשאלה אם סעיף 5 לצו הוא שינוי של הדין; בפרק ד אבחן את האילוצים המתחייבים בעת אימוץ פרשנות ראויה לסעיף 5 לצו, ובכלל זה האפשרות לשנות את הדין החל באזור, התאמה לדין הישראלי, משקלו של

54 לפי ס' 17 (א) לחוק נכסי נפקדים, התש"ו-1950: "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".

55 ראו סיכום הדיון הראשון של היועץ, לעיל ה"ש 15, בעמ' 2; תגובת היועץ הראשונה בעניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 15, פס' 28; ויניצקי "חוות דעת", לעיל ה"ש 18, בעמ' 136; עניין אנגיל, לעיל ה"ש 6, פס' 146-147, 162-163.

56 חוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978.

57 סיכומים מטעם המנהל האזרחי ביהודה ושומרון בע"א 7668/18 סאלחה נ' אנגיל, פס' 61-69 (העתק בידי המחברת) (להלן: סיכומי המנהל בסאלחה).

58 ראו ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי – שותפות מוגבלת, פס' 13 (פורסם בנוב, 15.2.2009).

59 סיכומי המנהל בסאלחה, לעיל ה"ש 57, פס' 59.

60 שם, פס' 70-71.

61 שם, פס' 72.

62 שם, פס' 42.

פסק הדין בעניין מחצבות כפר גלעדי והטענה בדבר היעדר עיגון לשוני בסעיף 5 לצו בנוגע למעמד צד ג. בפרק ה אציג משמעות לסעיף אשר אינה מרוקנת אותו מכל תוכן אף כי היא שונה מאוד מפרשנות היועץ.

## 2. בחינת הטעם העיקרי: דמיון להסדרים אחרים בחקיקה הישראלית

הטעם העיקרי לגישת תקנת השוק שבה דוגל היועץ המשפטי לממשלה נוגע כאמור לדמיון בין הוראת סעיף 5 לצו להסדרים אחרים בחקיקה הישראלית בעניין עסקאות של ממונים על רכוש. טענה זו ראויה לעיון מעמיק. ראשית, אומנם בכל הנוגע להסדרים שונים של המשפט הישראלי יש שמפרשים אותם פירוש הרמוני, וכך ניתן ללמוד מפרשנות שניתנה להסדר אחד על הפרשנות שיש ליתן להסדר אחר בעל ניסוח דומה אם תכליתו דומה. אולם כאן אין מדובר במערכת חוקים אחת. הצו בדבר רכוש ממשלתי והסדרי חקיקה במשפט הישראלי אינם חוסים תחת אותו מקור סמכות אשר יצר אותם ואינם כפופים להנחה בדבר כוונה משותפת של מחוקק הרמוני, ואף אין להניח כי יש להם תכלית דומה. ההפך הוא הנכון: חקיקת הצו בדבר רכוש ממשלתי נעשתה מתוך ראייה חקיקתית שונה מאוד מזו שליוותה את החקיקה האזרחית הישראלית. במקרה הראשון דובר בהקמת מנגנון למימוש תפקידי המפקד הצבאי שמונה לאזור לפי חיובי המשפט הבין-לאומי החלים עליו וברוח מנשרי כינון סמכותו שהוא הוציא,<sup>63</sup> ובמקרה השני דובר במחוקק אזרחי במדינה דמוקרטית אשר מקיימת מערכת נורמות שלמה ועצמאית.

לגופם של דברים, אכן יש תאימות לשונית מסוימת בין נוסח סעיף 5 לצו לכמה הסדרי חקיקה ישראליים הנוגעים לממונים על רכוש. איתרתי ארבעה הסדרים שכאלה, כשבין כל צמד שלהם יש דמיון: הצמד הראשון הוא סעיפים 17 (א) ו-18 לחוק נכסי נפקדים (להלן: חנ"ג), ועימו סעיפים 10 ו-11 לחוק נכסי גרמנים (להלן: חנ"ג).<sup>64</sup> הצמד השני הוא סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי (להלן: חאפו"כ), ועימו סעיף 70 לחוק נכסים של נספי השואה (להלן: חוק נכסי הנספים).<sup>65</sup> אדון עתה בכל אחד מצמדי הסדרים אלה ובמה שיש ללמוד מהם על סעיף 5 לצו.

63 ס' 1 למנשר בדבר נטילת השלטון על ידי צה"ל (מס' 1), התשכ"ז-1967; ס' 4 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), התשכ"ז-1967 (להלן: מנשר מס' 2). הצו בדבר רכוש ממשלתי, כולל ס' 5 לו, הותקן ביום 31.7.1967, כחודשיים לאחר נטילת השטח בידי המפקד הצבאי, ולפני שנעשתה כל פעולה התיישבותית באזור.

64 חוק נכסי גרמנים, התש"ל-1950.

65 חוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006. על החוק, ראו ע"א 5580/13 מאיר נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסי נספי השואה (פורסם בנבו, 24.11.2014); יוסי כץ "היסטוריה משפטית כמחקר יישומי: הדוגמה של 'פקודת המסחר עם האויב 1939' מחקרי משפט כה 327, 328-334, 341-343 (2009). החברה שהוקמה על פי החוק החלה בהליכי פירוק ביום 31.12.2017, כפי שנקבע בחוק (בס' 60). עם פירוקה הועברו נכסים שניהלה לידי האפוטרופוס הכללי. ראו גם ע"א 4797/17 הכשרת הישוב בישראל בע"מ נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה בע"מ (פורסם בנבו, 16.7.2017).

**צמד א: חוק נכסי נפקדים וחוק נכסי גרמנים**

חוק נכסי נפקדים כמו גם חוק נכסי גרמנים, אשר נחקק כמה חודשים אחריו, כוללים הוראה זהה שכותרת השוליים שלה היא "כשרותן של עסקות".<sup>66</sup> לפי הוראה זו, עסקה שערך הממונה בשוגג אך בתום לב תעמוד בתוקפה גם כאשר תתברר הטעות ויתגלה כי הנכס איננו מוקנה לממונה (בסעיפים 17(א) ו-10 לחוקים אלה, בהתאמה). הוראה זו דומה במידה מסוימת בנוסחה לזו שבסעיף 5 לצו.

לצד הוראות אלה מצוי, בכל אחד מן החוקים הללו, הסדר הקובע את משמעותן (בסעיפים 18 ו-11 לחנ"נ ולחנ"ג, בהתאמה).<sup>67</sup> כותרת השוליים של ההסדר היא "החזרת נכסים שנחשבו בטעות לנכסים מוקנים". מכאן שעקרון היסוד הוא השבת נכס שנחשב בטעות למוקנה לידי בעליו. ואכן, בהוראות אלה נאמר כי בהתברר הטעות יורה בית המשפט או האפוטרופוס על השבת הנכס לאדם הזכאי לו, או על השבת תמורתו, בהתחשב בהוראות סעיף 17 לחוק. מתן האפשרות שבהוראות אלה להחליף את הנכס בתמורתו הוא אשר מקנה לסעיפים 17(א) לחנ"נ ו-10 לחנ"ג את המשקל שלהם כלפי בעלי הנכס.<sup>68</sup>

בפסיקה מוקדמת ציין בית המשפט העליון כי המשך החזקת נכס שנחשב בשל טעות לנכס נפקד היא לא חוקית מבלי שיוחסה לסעיפים 17 ו-18 לחוק חשיבות.<sup>69</sup> באותו המקרה, בעניין יורשי דור, משהתברר לשלטונות כי שגו ונכס הנחוץ להם איננו מוקנה, הם פעלו לתקן זאת באמצעות רכישת המקרקעין בתמורה בהסכמת בעליהם (ככל שהסכימו), ונוסף על זה, הפקיעו את המקרקעין, פעולה שבה לא מצא בית המשפט לנכון להתערב.<sup>70</sup>

באותה תקופת זמן פעלה מדינת ישראל ליצירת מחסום מפני השבת נכסי הנפקדים והגרמנים ונכסים שנחשבו בטעות לנכסים מוקנים באמצעות מכר גורף של נכסים אלה לרשות ממשלתית, רשות הפיתוח, שהוקמה לתכלית זו.<sup>71</sup> לפי הסכם שנכרת בשנת 1953 בין

66 מעניין לציין כי על אף שחוק נכסי גרמנים, כמו חוק נכסי נפקדים, מאפשר הלאמה של רכוש האויב (האמיתי, לא זה שנחשב כך עקב שגגה) ללא פיצוי, שילמה עם השנים ממשלת ישראל סכום של 54 מיליון מארקים גרמניים בגין נכסים אלה. ראו בג"ץ 3198/05 למלה נ' עיריית תל אביב, פס" 3, 43-48 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2011). כץ (לעיל ה"ש 65, בעמ' 346-347), מתאר כי הדבר היה נוכח לחצים רבים שהפעילו הטמפלרים אגב המשא ומתן לכריתת הסכם השילומים.

67 ס' 17(א) לחנ"ג היה במקור ס' 17 ועל כן רציף לס' 18. הוא סומן כס' קטן (א) בעקבות פסיקה שעסקה בתחולת דיני הגנת הדייר, אשר הובילה להוספת ס' קטן (ב). ראו ע"א 131/53 מירזה נ' בינקובסקי, פ"ד ח 1461 (1954). חוק נכסי נפקדים (תיקון), התשט"ז-1956, ס"ח 198; הצעת חוק נכסי נפקדים (תיקון), התשט"ז-1956, ה"ח 254.

68 ראו עניין מירזה, שם; ע"א 170/66 על-אל-דין נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כ(4) 433, 436 (1966). בעוד שההסדר שבחוק נכסי נפקדים היה בסיס להתדיינות רבות, הוראות סעיפים 10 ו-11 של חוק נכסי גרמנים לא הועמדו למבחן עד היום.

69 בג"ץ 180/52 יורשי דור נ' שר האוצר, פ"ד ו 908, 1911 (1952). כן ראו יפעת הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 73, 96 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002).

70 עניין יורשי דור, שם, בעמ' 909ה.

71 זאת בהתאם לס' 19(א)(1) לחנ"ג, וס' 12(א)(1) לחנ"ג. רשות הפיתוח הוקמה לפי חוק רשות פיתוח (העברת נכסים), התש"י-1950.

האפורופוס לנכסי נפקדים לבין הרשות, נמכרו לה כלל מקרקעי הנפקדים שהוקנו או יוקנו בעתיד לאפורופוס.<sup>72</sup> גם נכסי הגרמנים נמכרו לרשות הפיתוח.<sup>73</sup> בעסקאות מכר כוללניות אלה – שהטעמים להן היו כמובן במישור הלאומי-פוליטי – ביקשה הממשלה להעמיק את הנתק המשפטי שבין הנפקדים לנכסיהם ולמנוע אפשרות מעשית לשיבת הפליטים.<sup>74</sup> בשל עסקאות אלה מקרקעי רשות הפיתוח כוללים כ-11.5% משטח מדינת ישראל.<sup>75</sup> ואולם, בעקבות המכר הייתה עשויה להתעורר בעיה אם יתברר בדיעבד כי הנכס לא היה נכס נפקד, או אם הנפקדות הייתה טכנית בטיבה, שכן הנפקד נותר נוכח למעשה בשטח מדינת ישראל, אך החוק הוחל עליו בשל נוסחו הרחב.<sup>76</sup> השבת הנכס למי שנחשב בטעות לנפקד במצב זה הייתה עשויה להיות בעלת ערך סמלי שלילי מבחינת המדינה<sup>77</sup> בשל רגישות הסוגיה של זכות השיבה ובשל הצורך הביטחוני וההתיישבותי באותה שעה.

על כן, בעקבות עסקאות המכר ופסק הדין בעניין יורשי דור הוחלט על הסדרת נושא השימוש בנכסים שנחשבו בשוגג לנכסי נפקדים באמצעות חקיקת חוק הפקעה מיוחד, חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים) (להלן: "ח"מ").<sup>78</sup> בדברי ההסבר לחוק מוסבר כי "כאשר השלטונות החלו לקבל לידם רכוש קרקעי של נפקדים אשר הוקדש לצרכי ביטחון או לצרכי פיתוח חיוניים, נתפסו למען אותן המטרות עצמן שטחי קרקע שונים, בעיקר באזורים חקלאיים, שזכויות הקניין בהם לא הובררו אז די צרכן". תכלית החוק, כעולה מדברי ההסבר, היא להתמודד עם קיומם של "טעמים שבביטחון המדינה ובביצוע תכניות פיתוח חיוניות" אשר "מונעים את החזרת הקרקעות הללו לבעליהן; לעומת זאת יש בדעת השלטונות לפצות בעלים אלה פיצוי הוגן בממון או בקרקע אחרת או בשתי הדרכים האלה גם יחד". מכאן נובע כי "מטרתו של החוק המוצע בזה, היא איפוא, כפולה: מתן יסוד חוקי לרכישת הקרקעות הנידונות, מזה, והענקת זכות פיצויים לבעליהן, מזה".<sup>79</sup> מכוח החוק הופקעו נכסי נפקדים, ובכלל זה נכסי נפקדים נוכחים, בהיקפים גדולים, בשמשו מקור משלים לזכות המדינה במקרקעין אלה ובאפשרו הענקת פיצוי כספי וקרקעי לנפקעים.<sup>80</sup> המחוקק של החר"מ לא היה מוטרד מ"השחתת מילים לריק" בשל קיומו של ההסדר שבחוק נכסי נפקדים עצמו, בין משום שלא ראה בהסדר שבחוק נכסי נפקדים משום פתרון קנייני, אפשרות המתיישבת עם אופן טיפולו בפרשה שבעניין יורשי דור, ובין משום שרצה להיטיב

- 72 חיים זנדברג חוק יסוד: מקרקעי ישראל 172 (יצחק זמיר עורך, 2016) (להלן: זנדברג חוק יסוד).  
 73 שם, בעמ' 173, 178.  
 74 שם, בעמ' 177-178.  
 75 שם, בעמ' 171.  
 76 בייחוד לפי ס' 1(ב)(1)(III)(ב) לחנ"ג.  
 77 ראו זנדברג חוק יסוד, לעיל ה"ש 72, בעמ' 185.  
 78 חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953. ראו גם חוק נכסי נפקדים (פיצויים), התשל"ג-1973; איל זמיר ואיל בנבנשתי 'אדמות-היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 29, 91 (1993) (להלן: זמיר ובנבנשתי אדמות היהודים).  
 79 דברי ההסבר להצעת חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ב-1952, ה"ח הממשלה 232, 234.  
 80 ראו זנדברג חוק יסוד, לעיל ה"ש 72, בעמ' 173; חיים זנדברג מקרקעי ישראל – ציונות ופוסט ציונות 78 (2007).



את הפיזיו שנקבע בחנ"נ, וייתכן גם שלא היה מוטטרד כלל מהשיקול האסתטי של חקיקה שאריתית, מיותרת.

אם כך, מהתנהגות האפוטרופוס בעניין יורשי דור, פסק הדין שניתן שם, ומחקיקת החר"מ, עולה כי באותם הימים לא נתפס חוק נכסי נפקדים כמקור להכשרת תוקף של עסקאות שנערכו בשוגג. כך גם היה בעניין מירזה שנדון אותה עת, שם נבחנה שאלת תחולתם של דיני הגנת הדייר על שוכר נכס שנחשב בשגגה לנכס נפקד. בית המשפט העליון סבר כי אין תחולה לדינים אלה, בניגוד לדעתו של בית המשפט המחוזי בחיפה, מפי השופט משה לנדוי.<sup>81</sup> השופט גויטיין מציין כי הכלל הרחב הוא שמי שאין לו זכויות אינו יכול להעביר זכויות. אשר לטענה כי במצב דברים זה חל סעיף 17 לחוק (בנוסחו המקורי), אמר השופט כי זהו סעיף יוצא מן הכלל ויוצא דופן "מעקרונות החוק השוררים בכל ארץ תרבותית", וכי "אי אפשר להאמין כי המחוקק חשב לתת תוקף לעסקאות בלתי כשרות ונטולות יסוד חוקי כל שהוא, בקשר לנכסיהם של תושבים או של זרים שאינם נפקדים".<sup>82</sup> השופט זילברג הוסיף כי ההוראה שבסעיף 17 לחוק היא "הוראה בלתי רגילה, אשר הורתה ולידתה במסיבות שהזמן גרמן". על כן אף הוא היה סבור שיש לפרש את ההוראה בצמצום, ואין לשוות לעסקה "אופי כשר ממש".<sup>83</sup> גם לאחר פסק דין זה נעשה תיקון לחוק, והוסף סעיף 17(ב) לו המסדיר את הסוגיה שנידונה שם של דיירות מוגנת.<sup>84</sup>

חקיקתן והפעלתן של הסמכויות הנרחבות של החר"מ הביאו כך נראה להתאינות, זמנית לפחות, של בעיית השימוש בנכסים שבשל שגגה נחשבו לנכסי נפקדים. אך עשור לאחר מכן, בעניין עלא-א-דין, התברר כי הבעיה לא נעלמה לחלוטין. בתיק זה נדון לראשונה גורלה של עסקת מכר שעשה האפוטרופוס לנכסי נפקדים. אישה תושבת רמלה פנתה בבקשה להשיב לה בעין את זכויותיה בנכסים שנחשבו לנכס נפקד ונמכרו לרשות הפיתוח וממנה לקק"ל, אף שהיא נשארה בעירה במשך כל השנים מאז מלחמת העצמאות. השופט לנדוי, עתה בבית המשפט העליון, דחה את טענתה ועמד על תכליתו של ההסדר שבחוק:

חוק נכסי נפקדים כולו בא לענות על תהפוכות שהזמן גרמן, עם נטישת נכסים בקנה מידה גדול והצורך להשתמש בנכסים אלה למטרות דחופות של שיכון עולים ועבודות פיתוח. במצב דברים זה קשה היה להמנע מטעויות עקב אינפורמציה לקויה – והמקרה שלפנינו יוכיח, ולא תמיד קל להחזיר את גלגל הפעולות שנעשו.<sup>85</sup>

81 עמדתו של השופט לנדוי מוצגת בהרחבה בעניין מירזה, לעיל ה"ש 67, בעמ' 1464.

82 שם, בעמ' 1465ה-ו (השופט גויטיין).

83 שם, בעמ' 1467, 1469 (השופט זילברג).

84 ראו ה"ש 67 לעיל.

85 עניין עלא-אל-דין, לעיל ה"ש 68, בעמ' 436. לפיכך, שגויה בעיני טענתו של ויניצקי ("תקנת השוק", לעיל ה"ש 18, טקסט ליד ה"ש 56) שלפיה בהשוואה להסדרים שבחנ"נ ובדוגמאות הנוספות, קל יותר להצדיק את ס' 5 לצו כהסדר של תקנת שוק, שכן לעומת נכסי נפקדים, בנכסים עזובים, בנכסי גרמנים או בנכסי נספי שואה, שבעניינם "ידוע שקיימת זכות לאדם מסוים, ובדרך כלל זהותו גם היא ידועה, ולכן קל יותר לברר אם מדובר בנפקד, במי שנשט את רכושו [...] במקרים הכלולים בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי לממונה לא היה ידוע בדרך כלל על זכות קודמת למאן דהוא". מהפסיקה המכוננת של בית

על יסוד זה קבע לראשונה כי אין להשיב קרקע לבעליה אף אם העסקה בנכסו נעשתה בשוגג. לשיטתו של בית המשפט, סעיף 18 לחוק הוא המאפשר לראות בסעיף 17(א) לחוק מחסום מפני זכויות הבעלים הנכון. רק סעיף זה "מסלק כליל" את הספק שהוראות סעיף 17(א) לחוק חלות על זכות שכירות בלבד, שכן נאמר בו שעל האפוטרופוס להחזיר לבעלים את "הנכס או את התמורה שקיבל בעדו".<sup>86</sup> סעיפים 17(א) ו-18 לחנ"ג, וסעיפים 10 ו-11 לחנ"ג, הם לכן ככלים שלובים. רק מנגנון ההחלטה שבסעיף 18 לחנ"ג ובסעיף 11 לחנ"ג מאפשר את הדיפתו של הבעלים מפני קבלת זכותו בעין בנכס ומתן תמורה תחתיה. על בית המשפט הדין בבקשתו של הבעלים להכריע קונקרטי בעניין, בהתחשב במכלול הנסיבות ובכלל זה בהתנהגות הצדדים.<sup>87</sup> על כן סעיף 18 לחנ"ג (וסעיף 11 לחנ"ג), אשר עניינו הוא "גורלם של נכסים שנחשבו בטעות לנכסים מוקנים",<sup>88</sup> הוא אשר קובע את הנפקות הקניינית של הגילוי כי הנכס לא היה מוקנה בשעת העסקה, ורק הוא מאפשר, במקרים המתאימים לכך, את שלילת זכותו של הבעלים להשבה בעין אף כאשר מתברר כי העסקה נערכה בשל טעות, בד בבד עם החלפתה בזכות לפיצוי כספי.

לפי סעיף 18 לחנ"ג, זכותו של הבעלים אינה נמחית מעל פני האדמה כפי שהיא נמחית לפי הסדרי תקנת שוק כסעיף 10 לחוק המקרקעין, או יוצא הבעלים הנכון ללא כלום. לפיכך המנגנון שבחוק איננו מנגנון בינארי השולל את הזכות שהייתה לבעלים,<sup>89</sup> אלא מנגנון של הגנה על הזכות באמצעות כלל אחריות. את הזכות לנכס בעין מחליפים בזכות לערך הנכס.<sup>90</sup> כפי שאמר בית המשפט בעניין מירזה, המחוקק לא התכוון לייחס לעסקאות שנערכו בשוגג "אופי כשר ממש",<sup>91</sup> אלא שבנסיבות קונקרטיות כאמור תינתן לבעלים

המשפט בעניין החנ"ג עולה ברורות כי ההצדקה שניתנה הייתה הצורך הלאומי הרחוף בשימוש במקרקעין, אשר לא אפשר לברר כדבעי את הזכויות בהם. לעומת זאת, בהקשר של שימוש ברכוש ממשלתי לא ידוע על צורך לאומי דוחק ורחוף בהקצאתם הנרחבת למתיישבים יהודים ללא שיש די זמן לברר את העובדות כהלכה.

86 עניין על-אל-דין, לעיל ה"ש 68, בעמ' 436.

87 ע"א 4636/07 מרעי נ' מרעי, פס' 9 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 21.12.2009). יש לציין כי לעומת זאת, בע"א 11085/08 עיזבון מראד נ' רשות הפיתוח, פס' 6(ד) לחוות דעתו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 9.10.2011), צוין כי אם התקיימו הנסיבות שבס' 17 לחוק, העסקה בין האפוטרופוס לצד ג אשר לו נמכר הנכס תקפה, ואין אפשרות להשבת המקרקעין בעין. השופט מפנה שם לע"א 6783/98 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עיזבון מוסא, פ"ד נו(4) 161, 174 (2002), אך שם כל שנאמר הוא שבמקרה של השבה כספית תימסר התמורה שנתקבלה בפועל בעת ביצוע העסקה, בערכים ריאליים, ולא כשווי של הנכס. כן הוא מפנה לע"א 2686/02 שיבלי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 10.3.2004), אך כל שנאמר שם הוא שבשל מעשה בית דין המערערים אינם יכולים להעלות טענות באשר לאפשרות כי המקרקעין יושבו לידיהם בעין, שכן לא ערערו על פסיקת המחוזי בעניין זה.

88 ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מז(5) 1, פס' 25 (1993).

89 ראו לעיל טבלה 1: הסדרי נטילה ופיצויים.

90 ראו בדומה ס' 28(ג) לחנ"ג (לגבי תמורת נכס ששוחזר).

91 עניין מירזה, לעיל ה"ש 67, בעמ' 1469 לפסק דינו של השופט זילברג.

תמורת המכירה ולא הנכס גופו. ההסדר שבחנ"נ ובחנ"ג הוא לפיכך הסדר הדומה להפקעת מקרקעין.<sup>92</sup> בעל הנכס מאבד את הנכס גופו ומקבל רק את ערך השוק שלו.<sup>93</sup>

מצמד הסדרים ישראלי זה, חזרה אל סעיף 5 לצו.

ראשית, בצו בדבר רכוש ממשלתי ובייחוד בסעיף 5 לו, אין כל מנגנון הדומה לסעיף 18 לחנ"נ או לסעיף 11 לחנ"ג. ההשמטה איננה מקרית, והיעדרה מעיד על היעדר נפקות קניינית לסעיף 5 לצו. אין להניח כי המחוקק הצבאי ביקש להחמיר בפגיעה שבקניין הפרטי של התושבים המוגנים יותר מאשר הפגיעה בקניין הפרטי של מי שנחשבו בשוגג לנפקדים או לגרמנים, שם הפקעת הזכות מזכה בתמורת הנכס. התוצאה של פרשנות היועץ ושל פסק הדין בעניין אנג'ל היא פוגענית וקשה יותר מבחינת הפרט וזכות הקניין ועולה אף על התוצאה החמורה והקשה של חוק נכסי נפקדים וללא כל בסיס חוקי לכך. היועץ המשפטי לממשלה מודע לקושי זה, ולכן הוא מציע "לפעול להסדרת אפשרות הפיצוי לבעלים שזכותו בקרקע נפגעה", וכי "לעניין זה ניתן ללמוד מהסדרים דומים שקיימים בדין הישראלי".<sup>94</sup> אולם אם חסר פיצוי, משמע שאין מדובר בהסדר זהה אלא בהסדר שונה אשר לא ניתן להסיק מפרשנותו של הראשון לפרשנותו של השני. אם היועץ שוקל לפעול להסדרת מנגנון פיצוי, הרי שהוא מבקש ליצור דין חדש, שונה מהקיים, ולא לפרש את הדין הקיים.

אך לא רק היעדרה של הוראה דומה לזו של סעיף 18 לחנ"נ הופך את ההקבלה בין סעיף 5 לצו לסעיף 17 (א) לחנ"נ לשגויה. יש עוד הבדלים ניכרים ודרמטיים בין דיני נכסי נפקדים לדיני רכוש ממשלתי באזור.<sup>95</sup> מכוח החנ"נ הנפקדות הופכת את זכותו של הנפקד בנכס ל"שארית של זכות, זכות שנתרוקנה מכל תוכנה ושרק הקליפה נשארה ממנה".<sup>96</sup> על כן היה

92 אף על פי שהנהנה מהדיפת הבעלים הנכון הוא רוכש פרטי, נראה לי נכון לסווג את ההסדרים שבחנ"נ ובחנ"ג כהסדרים של נטילה שלטונית בת-פיצוי, הן משום שההסדר נועד להגן על עניין ציבורי (עסקאות של האפורטרופוס) והן משום שהעסקאות שביצע האפורטרופוס היו אך ורק עם גוף ציבורי – רשות הפיתוח. יש לזכור שנכסי רשות הפיתוח נחשבים למקרקעי ישראל, לפי ס' 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל. על מקרקעי רשות הפיתוח, ראו זנדברג חוק יסוד, לעיל ה"ש 72, בעמ' 171.

93 ראו בהקשר זה ס' 19 (א) לחנ"נ. כן ראו עניין עיזבון מוסא, לעיל ה"ש 87, בעמ' 168–171.

94 סיכום הדיון הראשון של היועץ, לעיל ה"ש 15, בעמ' 4.

95 נקודה נוספת ראויה לציון נוגעת לטיב העסקאות שעורך הממונה. בפסיקה בעניין ס' 17 ו-18 לחנ"נ, בנוסחם המקורי, נקבע ש"אין ספק כי ס' 17 של החוק אינו מייפה את כוחו של האפורטרופוס לחתום על כל חוזה שכירות כשר. העיסקה אמנם אינה נפסלת, אולם היא אינה יוצרת חוזה שכירות. עם תום התקופה [שם החוזה היה לשנה אחת – רל"ש] באה העיסקה לקיצה ולמחזיק בנכס לא נשארות כל זכויות שהן" (עניין מירזה, לעיל ה"ש 67, בעמ' 1467 ב (ההדגשה הוספה – רל"ש)). כאמור, בעקבות פסק הדין תוקן החוק (ראו ה"ש 67 לעיל). כשנקבע ס' 5 לצו היה תיקון זה בן-תוקף, ובכל זאת לא נקבע כך בו (ראף הוראה דומה לס' 18 לחוק לא נקבעה בו). על כן ס' 5 לצו, אפילו היה לו הכוח של ס' 17 (א) לחנ"נ, לא היה בו כדי לייפות את כוחו של הממונה לחתום על חוזה הרשאה כשר. לכן עם התברר העובדות באה העסקה לקיצה, על הממונה להבהיר למיישבת את גבולות הרשאה, ולמחזיק בנכס לא נשארות כל זכויות שהן.

96 ע"א 263/60 קליינר נ' מנהל מס עיזבון, פ"ד יד 2521, 2546 (1960); ראו גם עניין למלה, לעיל ה"ש 66, פס' 39. אך ראו ע"א 54/82 לוי נ' עיזבון מחמוד, פ"ד מ(1) 374, 383, 386 (1986); דגן פרשת דרכים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 285–286.

בית המשפט נכון לומר על החנ"נ כי "לא פחות משהוא מכוון לשרת את צורכי השמירה על הנכסים, הוא נועד להגשים אינטרסים של המדינה בנכסים אלה: לנצלם לקידום פיתוח הארץ; למנוע את ניצולם על ידי מי שהינו נפקד; ולהחזיק בנכסים, או בשוויים, עד לגיבוש הסדרים פוליטיים בין ישראל לשכנותיה, שבהם יוכרע גורלם של הנכסים על בסיס של הדדיות בין המדינות".<sup>97</sup> ההסדר שנקבע בחוק בנוגע להקצאות שגויות, לצד החר"מ, משתלב עם עמדה זו ונגזר ממנה.

תכליתו של ההסדר שבחנ"נ היא לפיכך למנוע החזרת נכסים לבעליהם מטעמים ביטחוניים ולאומיים שהיו נכונים לשעת כינונה של מדינת ישראל – לא טעמי הסתמכות על החלטות רשויות אלא הגנה על פעולות בניית הבית הלאומי לאחר הקמת מדינת ישראל. לעומת זאת השימוש ברכוש הממשלתי כפוף לכללי ה-usufruct שבתקנה 55 לתקנות האג ולחובה המקבילה להגן על קניין הפרט לפי תקנה 46.<sup>98</sup> לכן בחושובו שהרכוש הוא נכס נפקד, האפוטרופוס רשאי לסחור במלוא הזכויות בנכס ולמוכרן ללא מגבלה, ואילו בחושובו שהרכוש הוא ממשלתי, על הממונה להבטיח שהשימוש בו יעלה בקנה אחד עם מחויבותו לשמור על גוף הנכס ועם זמניות החזקתו בשטח, זמניות שהיא בבסיס חוקיות פעולתו.<sup>99</sup> כמו כן החזרת קרקע שנחשבה בטעות לנכס נפקד היא סוגיה רגישה פוליטית בהקשר של זכות השיבה. היבטים אלה אינם רלוונטיים כלל לאזור.

כאמור, תכלית סעיפים 17(א) ו-18 לחנ"נ היא הגנה על טעמים שבביטחון המדינה, בביצוע תוכניות פיתוח חיוניות ובערך הסמלי השלילי של השבת קרקעות לנפקדים (גם אם למי שאינם למעשה נפקדים) על רקע תפיסת נכסים בעת חירום שלאחר הקמת מדינת ישראל. כשטעמים ייחודיים אלה אינם רלוונטיים להקשר של השימוש ברכוש הממשלתי באזור לצורך הקמת התיישבויות יהודיות, אין ללמוד מהסדר אחד על טיבו של האחר. היועץ המשפטי לממשלה טוען כי תכלית ההסדר שבחנ"נ היא "היכולת להסתמך על החלטות של רשויות ציבוריות", וכי בדומה לזה, אם לא יהיה למתקשרים עם הממונה על הרכוש הממשלתי הביטחון בכך שהעסקה תעמוד גם אם תתגלה טעות בעתיד, יהיה בכך כדי להצר את צעדיו של הממונה בביצוע עסקאות.<sup>100</sup> אבחן בהמשך אם טעם זה מצדיק את פרשנות היועץ לסעיף 5 לצו. לעת עתה די לומר כי אין זו תכלית ההסדר שבחנ"נ כלל וכלל, ואין זה הטעם שבשלו נקבע.

סעיף 18 לחנ"נ וסעיף 11 לחנ"ג, כמו גם החר"מ, מהווים אם כן הסדר של נטילה שלטונית והענקת פיצוי כספי לבעלים בנסיבות של צורך ציבורי במקרקעין וצורך ציבורי להימנע מהשבת קרקע לבעליה מטעמים סמליים. לעומת זאת פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה לסעיף 5 לצו הופכת אותו למנגנון לנטילת מקרקעין המופעל לטובת הקניית זכות לפרטים מבלי שקיימים לכך טעמים ברמה הלאומית – וזאת כמובן – מנקודת המבט של

97 בג"ץ 3103/06 ולידו נ' מדינת ישראל, פס' 30 (פורסם בנבו, 6.2.2011).

98 תק' 46, 55 לתקנות האג, לעיל ה"ש 3.

99 DORIS A. GRABER, THE DEVELOPMENT OF THE LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 99 (1949) 37 (1863-1914 – A HISTORICAL SURVEY).

100 סיכומי המנהל בסאלחה, לעיל ה"ש 57, פס' 56.

האזור ולא של האינטרסים הפוליטיים של ממשלת ישראל;<sup>101</sup> מבלי שניתנת לכך הסמכה מפורשת בחוק (היעדר מקבילה לסעיף 18 לחנ"נ וסעיף 11 לחנ"ג); מבלי להעניק כל פיצוי לבעלים; מבלי שהשימוש הפרטי למגורים של המתדיישים היהודים נושא בהכרח אופי ציבורי; ומבלי לקיים הליכי שקילה ואיזון קונקרטיים הכוללים את שמיעת הבעלים, שהם תנאי למידתיותו של ההסדר. כל אלה הופכים את הישענותו של היועץ על דמיון מסוים, חלקי מאוד, להסדר משפטי שהוא "זר" למשפט האזור, למשענת קנה רצון. לכן אין בדמיון הלשוני החלקי להסדר שבחוק נכסי נפקדים כדי להצדיק את הפרשנות שמבקש היועץ להעניק לסעיף 5 לצו.

### צמד ב: חוק האפוטרופוס הכללי וחוק נכסי הנספים

נפנה עתה לצמד השני של הסדרי חוק ישראליים שיש בינם לבין לשון סעיף 5 לצו דמיון מסוים. חוק האפוטרופוס הכללי וחוק נכסי הנספים קובעים הסדרים הנוגעים ל"כשרות פעולות" (ולא עסקאות כפי שבצו) בסעיפים 16 ו-70 בהתאמה.

בראשית הדברים יש להדגיש כי צמד הסדרים זה לא שימש עד היום בסיס לשלילת זכותו של בעל נכס נכון.<sup>102</sup> ההוראות אף לא זכו לפסיקה מנחה שניתן להסיק ממנה כי מסעיפים אלה ניתן לגזור תוצאות קנייניות בעניין הבעלים הנכון.<sup>103</sup> בפסק דין אחד נאמר כהערת אגב על סעיף 16 לחאפו"כ כי יחד עם הוראה אחרת בחוק הקובעת את אחריותו של האפוטרופוס הכללי בנוזיקין,<sup>104</sup> ניתנת "הגנה מלאה וטובה על כל מי שבא במשא ומתן עם האפוטרופוס הכללי ועל כל מי שעלול להיות נפסד, משנמצא כי נכס אינו בבחינת נכס עוזב ולא צריך היה להיות בניהולו של האפוטרופוס הכללי".<sup>105</sup> הענקת הגנה מלאה וטובה למי שעלול לצאת נפסד אין משמעה בהכרח הענקת הזכות בנכס בעין, אלא היא יכולה לבוא לידי ביטוי בפיצוי כספי למתקשר, בדומה לפרשנות שאציע בהמשך לסעיף 5 לצו.<sup>106</sup>

101 לכן, גם למי שסבור כי ס' 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי אינו מוגבל לערך הלאומי של התיישבות יהודית במדינת ישראל – כעולה ומתחייב מס' 1(ב) לחוק היסוד – ניתן להשיב כי תכליתו של הצו בדבר רכוש ממשלתי, וס' 5 לו בכלל זה, חייבת להיות מרוכזת בהגשמת האינטרסים של כיבוד זכויות התושבים המקומיים, ובכלל זה זכותם להגדרה עצמית.

102 לא איתרתי כל פסיקה העוסקת בס' 70 לחוק נכסי הנספים. כאמור בה"ש 65 לעיל, החברה שהוקמה מכוחו מצויה כיום בהליכי פירוק.

103 ויניצקי "תקנת השוק" (לעיל ה"ש 18, בה"ש 69), מפנה בעניין אופיו הנטען של ס' 70 לחוק נכסי הנספים כתקנת שוק, לדברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה עו"ד ארו קמיניץ, בפרוטוקול ישיבה מס' 10 של ועדת המשנה (של ועדת החוקה, חוק ומשפט) לעניין הצעת חוק נכסים של נספי שואה, 37 (5.12.2005). עיינתי שם, ואין בכך תמיכה בדברים. הדיון עוסק בשאלת ההגדרה של "נכס של נספה השואה" בס' 2 לחוק נכסי הנספים, הכוללת חלופה של תמורת נכס נספה שנעשתה בו עסקה, אשר על החברה לפעול ולטפל בה כפי שהיא מונחית בחוק לעשות בנכסי המקור של הנספים. כך היה למשל בעניין מאיר, לעיל ה"ש 65. כאשר עסקינן בתמורה בשל מימוש נכס בידי החברה, היינו מכירת הנכס, הריהי מוסדרת בס' 32(2) לחוק נכסי הנספים ואינה נמנית עם כלל נכסי הנספים שבסעיף.

104 ס' 19 לחאפו"כ.

105 בר"ע 7/81 האפוטרופוס הכללי נ' עיריית חולון, פ"ד לו(1) 484, 489 (1982).

106 ראו בפרק ה להלן.

לצד הסדרי צמד זה לא קבועות הוראות הנוגעות להחזרת נכסים שנחשבו בטעות לנכסים מוקנים, כפי המצב בצמד ההסדרים הקודם. אולם יש שוני מהותי בין שני הצמדים בסמכות למכור נכסים. כאמור, מכירת נכס נפקד ונכס גרמני, שהוא מקרקעין, מותרת היא ללא צורך באישור בית משפט, אך המכר הוא לרשות הפיתוח הממשלתית בלבד. לעומת זאת מכר מקרקעין בידי האפוטרופוס הכללי והחברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה מוגבל מכוח החוקים המסמיכים בשל היותו מחייב אישור בית משפט<sup>107</sup> או קיום הליך ממצה ביותר לבידור הזכויות בנכס וקבלת החלטת דירקטוריון החברה.<sup>108</sup>

השאלה הנשאלת היא אם סעיף 16 לחאפו"כ מאפשר לחסן את מי שקנה מהאפוטרופוס הכללי מפני טענה של הבעלים המקורי, כאשר אין לצידו של סעיף זה הוראה כאמור בסעיף 18 לחנ"נ. לטעמי התשובה לשאלה זו היא בשלילה. אין בלשונו של הסעיף ("הפעולה תעמוד בתוקפה") כדי להקים מחסום בפני בעל הזכות הנכון, אשר אינו מוזכר בסעיף, ואין בו כדי לחסן את הרוכש אשר לשון הסעיף אינה מנקה את זכותו מכל טענה נוגדת. מסקנה זו לא היתה מתיישבת עם המשקל הפרשני שהוענק לסעיף 18 לחנ"נ כבסיס לאי-השבת הנכס לבעליו הנכון.

עם זאת מכירה הנעשית באישור בית המשפט חוסה תחת כנפי סעיף 34 לחוק המכר, שהוא הסדר של תקנת שוק למכר בידי רשות.<sup>109</sup> כך, במכר שהושלם מהאפוטרופוס הכללי<sup>110</sup> – ובמקרקעין השלמת עסקה היא ברישום<sup>111</sup> – לפי הוראת בית המשפט, כאשר המכר נעשה בתום לב<sup>112</sup> ובתמורה,<sup>113</sup> ותום הלב נמשך עד להשלמת העסקה, תקום לזכות הקונה הגנה של תקנת השוק.<sup>114</sup> ייחודיותו של הסדר זה היא שבניגוד לתקנת השוק של חוק

107 ס' 9(ג)1–(2) לחאפו"כ; ס' 37 לחוק נכסי הנספים.

108 שם, ס' 37.

109 עניין זלצר, לעיל ה"ש 13, פס' 8–9. פסק הדין מכריע במחלוקת ארוכת שנים בדבר טיבו של ס' 34 לחוק המכר, התשכ"ח–1968. לדעה (שנדחתה) שלפיה אין בו כשלעצמו הסדר של תקנת שוק, ראו זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 719–740.

110 לדרישת הרישום ראו שם, בעמ' 736–737. בעניין זלצר (לעיל ה"ש 13), הנכס נרשם קודם שהתעוררה המחלוקת בעניינו. במקרה אחד, שנדון בו עניינו של ס' 16 לחאפו"כ לפני הערכאה הדיונית, נרשמה העסקה במרשם קודם לספק שהתעורר בעניינה. ראו ה"פ (מחוזי י-ם) 11-12-19829 יצחקי נ' יורשי בדרייה, פס' 15, 32 (פורסם בנבו, 10.10.2013), שם ציין בית המשפט כי בנוגע לחלוקת שרכישתן נעשתה על פי הסכם שקיבל תוקף של פסק דין והושלמה ברישום (בפנקס השטרות), עומדת לרוכשים הגנה לפי ס' 16 לחאפו"כ. בעניין בש"א (מחוזי י-ם) 2409/05 רשם המקרקעין נ' האפוטרופוס הכללי (פורסם בנבו, 27.9.2006), צוין כי לעמדת רשם המקרקעין, השלמת העסקה ברישום היא הכרחית.

111 ס' 7 לחוק המקרקעין.

112 כדרישת ס' 16 לחאפו"כ.

113 כדרישת ס' 34 לחוק המכר, כפי פרשנותו בעניין זלצר, לעיל ה"ש 13, פס' 9(ג) לפסק דינו של השופט הנדל.

114 ה"פ (מחוזי חי') 226/96 וולפרט נ' האפוטרופוס הכללי, פ"מ התשנ"ו(2) 453, 461–462 (1996) ("בעלות במקרקעין מוקנית אך ורק ברישום. נכון, שלפני הרישום יש לזוכים זכות אבליגטורית, אך לא רק שהיא מותנית בתנאי מתלה (אישור ביהמ"ש), אלא שלדעתי הדיבור 'תוקפה של פעולה' בס' 16 מתייחס לעיסקה המושלמת שאליה התכוונו הצדדים (במקרה הנדון העברת הבעלות), ולא 'לשלב הביניים' ולזכויות הכרוכות בהם").

המקרקעין הקונה זוכה ב"שריון מידי" של הזכות כל עוד העסקה הושלמה ברישום.<sup>115</sup> כך, לעומת תקנת השוק של חוק המקרקעין, המגינה רק על מי שקנה בהסתמך על המרשם (שהיה שגוי), ובכך מאפשרת להתגבר רק על פגמים במרשם, תקנת השוק של סעיף 34א לחוק המכר מאפשרת לרוכש ליהנות מהגנה כנגד הבעלים הנכון מייד עם השלמת הרישום בשמו, גם אם הפגם שנפל לא היה במרשם.

מכירה שנעשית שלא באישור בית המשפט – כפי שהיה אפשר לבצע לפי סעיף 37 לחוק נכסי הנספים – לא הייתה נהנית מתקנת שוק מכוח סעיף 70 לחוק זה, אך הייתה כמובן נהנית מתקנת שוק של סעיף 10 לחוק המקרקעין ככל עסקת מקרקעין אחרת. לכן, סעיף 34א לחוק המכר מייתר את הצורך בסעיף 16 לחאפו"כ לצורך יצירת מנגנון של תקנת שוק. מכאן שלסעיף 16 לחאפו"כ, כמו גם לסעיף 70 לחוק נכסי הנספים, תפקיד אחר, שאינו הגנת הסתמכות המתקשר כנגד הבעלים הנכון. התפקיד הוא להבטיח כי האפורטרופוס או החברה לאיתור נכסים יישאו באחריות כלפי מי שהתקשרו עימם גם אם פעולתם נעשתה עקב שגיאה ובתנאי שנעשתה בתום לב. הנשיאה באחריות משמעותה פיצוי כספי לפי ציפיות המתקשר עימם כפי שבאו לידי ביטוי בעסקה. האפורטרופוס או החברה אינם פטורים מאחריות כלפי המתקשרים עימם. כך, אין בצמד הסדרים זה לא שלילת זכות הבעלים הנכון מזה ולא השתחררות מחיוב חוזי מזה.

מסקנה זו מוצאת חיזוק גם בתיקון לחוק האפורטרופוס הכללי מ-2009.<sup>116</sup> במשך שנים רבות נמנע האפורטרופוס הכללי מלעשות עסקאות לסיום ניהול נכסים עזובים אף אם ניהולם נמשך עשרות שנים. רק מעטים מהנכסים עברו לקניין המדינה.<sup>117</sup> לפי התיקון, אשר בא להסדיר מצב זה בנוגע לניהולו של נכס מקרקעין אשר נמשך 25 שנים, נקבע בהוראת שעה כי הנכס יוקנה למדינה, ובלבד שבטרם יעביר לה האפורטרופוס הכללי את הנכס, יבצע פעולות רבות לשם איתור בעלי זכויות בנכס במשך תקופה של שנה וחצי לפחות.<sup>118</sup> בחוק נקבע כי אם הועבר הנכס לקניין המדינה, יוחזר הנכס לבעליו אם אותר או הופיע לאחר מכן, אם הנכס "עדיין בידי המדינה", או תמורתו אם לאו.<sup>119</sup> אם הנכס איננו עוד בידי המדינה (במשמע – נמכר לאחר והמכר הושלם ברישום, שכן כך כאמור מושלמת עסקה

115 ואף אם הרישום היה בפנקס השטרות ולא בפנקס הזכויות, כפי שנדרש בתקנת השוק של ס' 10 לחוק המקרקעין.

116 התיקון בוצע כהוראת שעה לפי ס' 125, 127–128 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט–2009 (תיקון ס' 15 לחוק האפורטרופוס הכללי, התשל"ח–1978). להארכת הוראת השעה, ראו צו ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010) (הארכת תוקף סעיפים בחוק האפורטרופוס הכללי, ובחוק הסדרי משפט ומנהל) (הוראת שעה), התשע"ח–2018, ק"ת 2550, 2559.

117 דברי הסבר להצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט–2009, ה"ח הממשלה 348, 639, 641 (להלן בתת-פרק זה: הצעת החוק).

118 ס' 15(ג) לחאפו"כ. בכלל זה יש לפרסם הודעה בשני עיתונים נפוצים ובאינטרנט; ייזום הליך של חקירה ובריקה וכן פעולה בשקידה סבירה לאיתור בעלי הזכויות בנכס כולל כמובן בדיקת מרשם המקרקעין כדי להשיב את הנכס לבעלי הזכויות בו.

119 ס' 15(1ג), 15(2), 15(3ג), 15(ד) לחאפו"כ.

במקרקעין),<sup>120</sup> תיתן המדינה לבעלי הנכס את תמורתו. המדינה לא הייתה נדרשת לייצר מנגנון מרובה הגנות זה – ניהול של 25 שנה, פעולות איתור במשך שנה וחצי, ביקורת שיפוטית, שימור זכות ההשבה בעניין – אם ממילא סעיף 16 לחאופ"כ מגן על הקונה ומסיר ממנה אחריות. רק הואיל ולא כך הוא הדבר נדרשה היא לקביעה מפורשת בחוק בדבר שלילת זכות הבעלים הנכון. על כן נכון לומר כי עסקה במקרקעין שערך האפוטרופוס הכללי חוסמת את דרכו של הבעלים הנכון מלרדוף אחר הנכס רק אם התקיימו בעניינה התנאים האמורים בסעיף 34 לחוק המכר ובכלל זה השלמת העסקה ברישום, או אם הוקנה הנכס למדינה והוא אינו עוד בידה לפי התיקון לחוק האפוכ"ל ובתנאים המחמירים שנקבעו שם (ובכלל זה הזכות לתמורה).

הדיון בצמד זה של הסדרים בעלי דמיון מסוים לסעיף 5 לצו מעלה כי לא ניתן להסיק מהם כי לסעיף 5 לצו כוח לייצר הגנה קניינית כנגד בעל הנכס המקורי רק מעצם קיומה של עסקה. אם למכר שגוי שביצעו האפוטרופוס הכללי או החברה לאיתור נכסים יש כוח קנייני כלפי הבעלים הנכון, הוא שאוב מתוך היותה של עסקת המקרקעין כפופה לאישור בית המשפט. אישורו של בית המשפט וקיום התנאים הנדרשים (השלמה ברישום, תום לב ותמורה) הם המעניקים הגנה של תקנת שוק לעסקה לפי חוק המכר. נוסף על זה, העברת נכס מידי האפוטרופוס למדינה מבוטלת אם התבררה זהות הבעלים הנכון, שאז מוחזר אליו הנכס, או שתמורתה נתונה לבעלים הנכון אם הנכס נמכר מהמדינה לצד שלישי והמכירה הושלמה כדרך השלמת עסקאות במקרקעין. מכאן שגם הישענות על ההסדר שבחאופ"כ כבסיס לפרשנות היועץ לסעיף 5 לצו לא תוכל לעמוד.

הראיתי כי הטענה שפרשנות סעיף 5 לצו כתקנת שוק יכולה להתבסס על ההנמקה ש"כללים דומים ביותר קיימים גם במשפט הישראלי",<sup>121</sup> היא שגויה. המשפט הישראלי כולל הסדרים אחדים, שונים מאוד בתכליתם, בלשונם, בטיבם ובכוחם הקנייני מזה שבסעיף 5 לצו.

### ג. תקנת השוק במקרקעין לפי הדין החל באזור

עד כה דנתי בטעם הראשון שהעניק היועץ המשפטי לממשלה לפרשנות הקניינית שהוא מבקש לשוות לסעיף 5 לצו, היינו הדמיון בין סעיף זה להסדרים אחרים בחקיקה הישראלית. כאמור לעיל, היועץ ציין כי ייתכן שסעיף 5 לצו, כפי פרשנותו, קובע הוראה מהותית ולא הוראה ראייתית בלבד, ולכן ייתכן שהוא משנה מהדין המהותי החל באזור.<sup>122</sup> אפנה כעת לדון בשאלה אם אומנם פרשנותו של היועץ משנה את הדין המהותי. הואיל והתשובה לזה היא חיובית, אבחן בהמשך אם שינוי הדין כנדרש מפרשנותו עולה בקנה אחד עם מחויבותיו של המפקד הצבאי לכבד את הדין הקיים.

120 ראו דברי ההסבר לס' 15(ג) להצעת החוק, לעיל ה"ש 117, בעמ' 642.

121 ויניצקי "תקנת השוק", לעיל ה"ש 18, טקסט ליד ה"ש 50.

122 סיכומי המנהל בסאלחה, לעיל ה"ש 57, פס' 72.



**1. המסגרת הנורמטיבית**

דיני המקרקעין המהותיים באזור יהודה והשומרון, אשר לפיהם תוכרע זכות במקרקעין בהתדיינות משפטית באזור (למשל בפני הוועדה לרישום ראשון)<sup>123</sup> כמו גם בדיון בבית משפט בישראל,<sup>124</sup> מבוססים על רציפות הדינים מהתקופה העות'מאנית למנדטורית,<sup>125</sup> ומהתקופה המנדטורית לירדנית,<sup>126</sup> ומהתקופה הירדנית לדינים הנובעים מתפיסת צה"ל את האזור (תחיקת הביטחון ודיני התפיסה הלוחמתית של המשפט הבין-לאומי).<sup>127</sup> הגישה שלפיה רואים במעשי השלטון הקודם כאילו נעשו כשורה, השתרשה היטב בפסיקה.<sup>128</sup> לפי החוקה הירדנית, חקיקה שהייתה בתוקף תישאר בת-פועל תחיקתי כל עוד לא שונתה.<sup>129</sup> החוקה אף ביטלה את דבר המלך במועצתו על ארץ ישראל, 1922, בשמרה את חוקיותם של כל חוק או הוראות שיצאו מכוחם וכל דבר שנעשה מכוחם לפני שהוראות החוקה נכנסו לתוקף.<sup>130</sup>

משמעות הדברים היא בין השאר שדין מנדטורי שנקבע בפסיקה מחייבת, כהלכה, לא בוטל אלא נותר שריר ותקף אף לאחר ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו, כפי שנפסק

123 הוועדה פועלת לפי חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו, חוק מס' 6 לשנת 1964, כפי שתוקן בצו בדבר תיקון חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (יהודה והשומרון) (מס' 1621), התשס"ט-2008 (להלן: צו תיקון חוק רישום).

124 כלל ברירת הדין בקניין שאומץ בישראל, בדומה לרוב מדינות העולם, הוא ש"זכות קניין בקרקע תוכף תמיד לדין מקום הימצאה של הקרקע". ראו סיליה וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי 1003 (2013). וכן ע"א 4726/01 ג.א.ל. בע"מ נ' הימנותא בע"מ, פ"ד (נז) 617, 621-622 (2003).

125 ס"י 46 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922.

126 תחילה הוצאה על ידי המפקד הצבאי של הלגיון הירדני, ביום 19.5.1948, הכרזה ולפיה "כל החוקים והתקנות שהיו בתוקף בפלשתינה בעת סיום המנדט, ביום 15 במאי 1948, יעמדו בתוקפם בכל האזורים שבהם מצוי הצבא הערבי הירדני או שבהם ממונה הוא על שמירת הביטחון והסדר הציבורי, למעט אלה הסותרים הוראה מהוראות חוק ההגנה על עבר הירדן מ-1935 או תקנות וצווים שהוצאו על פיו". לאחר החלטת ממשלת ירדן לספח את הגדה המערבית, חוקק החוק בדבר חוקים ותקנות התקפים בשתי הגדות בממלכה הירדנית, מס' 28 לשנת 1950, אשר קבע כי "החוקים והתקנות הנוהגים בכל אחת מן הגדות (המזרחית והמערבית) ימשיכו להיות בני פועל תחיקתי, עד אשר יצאו חוקים מאוחדים המקיפים את שתי הגדות". עקרון זה קיבל ביטוי נוסף בחוקה, ראו THE CONSTITUTION OF THE HASHEMITE KINGDOM OF JORDAN Jan. 1, 1952, art. 128, 129 (להלן: החוקה הירדנית). ראו זמיר ובנבנשתי אדמות היהודים, לעיל ה"ש 78, בעמ' 47-48; שמעון שטרית "זכויות האזרח במשפט הירדני" משפטים א 113, 114, ה"ש 9 (1969). השוו: ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

127 ראו מנשר מס' 2, לעיל ה"ש 63; תק' 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 3. כן ראו בג"ץ 3240/15 ראש מועצת ענאתא נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 7.1.2019); זמיר ובנבנשתי אדמות היהודים, לעיל ה"ש 78, בעמ' 76-77. על מעמד האזור, ראו יעל רונן "המשפט הבין-לאומי ושאלת זכותם של מתנחלים להישאר בשטח לאחר העברת השליטה בו: מתנחלים בגדה המערבית, בצפון קפריסין, ובמדינות הבלטיות" משפט וממשל יג 49, 54 (2011).

128 ראו לדוגמה ע"א 459/79 הוועד הכללי לכנסת ישראל נ' אל איובי, פ"ד לה (4) 188, 194 (1981); ע"א 602/82 יורשי אבר-ניע נ' מנדלבאום, פ"ד לז (3) 281, 290 (1983).

129 ס' 128 לחוקה הירדנית, לעיל ה"ש 126.

130 שם, בס' 129. ראו בג"ץ 97/79 עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג (3) 309, 312-313 (1979); איל זמיר אדמות המדינה ביהודה והשומרון 5 (1985) (להלן זמיר אדמות המדינה); זמיר ובנבנשתי אדמות היהודים, לעיל ה"ש 78, בעמ' 48.

בישראל לפי "מבחן ההתאזרחות" – האם ההלכה (של המשפט המקובל) נקלטה בשיטת המשפט קודם לביטול צינור השאיבה של סימן 46 לדבר המלך? <sup>131</sup> לפי זה, בהזדמנויות רבות פסק בית המשפט העליון בנוגע לדין החל באזור בהסתמכו על פסיקה מנדטורית מבלי לבחון את שורשה של פסיקה זו. <sup>132</sup>

## 2. תקנת השוק: הדין החל באזור

הכלל הבסיסי שלפיו אין אדם מוכר יותר ממה שיש לו (Nemo dat quod non habet) מופיע במגילה כעיקרון של המשפט המוסלמי. כך, מה שנבנה על דבר בטל, בטל אף הוא. היינו, מי שקיבל לידיו (במכר או בדרך אחרת) נכס ממי שלא היה בעליו איננו יכול לעמוד כנגד הבעלים האמיתיים שהנכס הוצא מידיהם שלא בידעתו. ביטוי כללי לעיקרון זה מצוי במגילה: "נפל העיקר נופל גם הענף עמו". <sup>133</sup>

משמעות כלל זה היא כי לגזול נכס אין כל זכות בו. ככלל, כלל זה עומד גם בעניינו של כל מי שלידי העביר הגזול את הנכס, ואפילו כנגד הרוכש בתמורה ובתום לב וללא ידיעה על הפגם בזכות. להשוואה, במשפט העברי הוכרה תקנת שוק במכר מיטלטלין מטעמי שימור חיי מסחר, ואילו במקרקעין – תקנת שוק אין. <sup>134</sup>

לא רק במשפט המוסלמי ובמשפט העברי אין תקדים לתקנת שוק במקרקעין. גם במשפט העות'מאני והמנדטורי וגם במשפט הישראלי עד לחקיקת חוק המקרקעין, לא קמה תקנת שוק במקרקעין ולא הייתה. כפי שנאמר, בסעיף 10 לחוק המקרקעין "חידש המחוקק הלכה חשובה", <sup>135</sup> ו"הנהיג המחוקק חידוש, לגבי זכויות מוסדרות בלבד, בסותו מן הכלל, שבמקרקעין אין 'תקנת השוק' נוהגת". <sup>136</sup> אכן, סעיף 10 לחוק המקנה תקנת שוק במכר מקרקעין הוא נטע זר במשפט הארץ-ישראלי.

כאמור, ככלל מכירה שנעשתה שלא בהרשאת בעל הזכות היא חסרת תוקף והיא – וכל התלוי בה – מתבטל. כך, המגילה מבחינה בין שני סוגים של מכר: מכר תקף ומכר מותלה. המכר המותלה הוא "המכר שתלויה בו זכות של הזולת כמו מכר על ידי מתערב" (סעיף 111). המתערב הוא "מי שעושה קניין בזכותו של אחר ללא רשות כדין" (סעיף 112). כך

131 חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. ראו למשל רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 50 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 18.7.2011).

132 ראו למשל בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 183-184 (1973); עניין אערייב, לעיל ה"ש 3; עניין עבדאלקאדר, לעיל ה"ש 48; ת"א (מחוזי י-ם) 2425-08 עלא א-דין נ' חברת הימנותא (פורסם בנבו, 8.1.2017).

133 ס' 50 למגילה או מגילת אחכאם אל עדליה (קבץ-דיני-הצדק) (גר פרומקין מתרגם, הוצ' שלישית, התשי"ב) (להלן: המגילה).

134 ראו דבריו של הרמב"ם כי "הקרקע אינה נקנית לגזולן לעולם אלא ברשות בעליה קיימת ואפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתייאשו הבעלים, הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים" (משנה תורה, גזילה ואבידה, פרק ת, הלכה יד). עוד על המשפט העברי בהקשר זה, ראו בע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1977) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 832, 849 (2002); ע"א 596/76 בישור בע"מ נ' טאוכה, פ"ד לב(3) 713, 720 (1978).

135 ע"א 599/77 קורצפלד נ' אדלר, פ"ד לד(2) 29, 33 (1979).

136 ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 218, 204 (1981); יהושע ויסמן חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 – גממות והישגים 85, ה"ש 275 (1970) (להלן: ויסמן חוק המקרקעין).

למשל מי שמתיימר לפעול בשמו של אדם אף שאינו פועל בהרשאתו. על פי המג'לה, "נעשה מכר על ידי מתערב, וניתן לו אחר כך אישור מאת בעל הנכסים, או מורשהו, או אפוטרופסו, הרי הוא תקף. לא ניתן האישור, המכר בטל" (סעיף 378). עם זאת אין מקום לאישור בדיעבד כאשר מדובר במרמה.<sup>137</sup> כך, משמתברר כי נעשתה תרמית כגון הצגת מסמך, נופל הבניין כולו, ואין מנוס מן הקביעה כי העברת הזכויות שנעשתה על סמך זה היא חסרת תוקף.<sup>138</sup>

עוד יצוין, כי לפי סעיף 1659 למג'לה, מי שעמד ושתק למול העברת נכס לאחר, כאשר ראה כי האחר עושה בנכסיו כבשלו, אין נזקקים עוד לתביעתו. אין מדובר בהשתק ובמניעות בלבד, שעקרונותיהם משתקפים בהוראה זו,<sup>139</sup> אלא בנסיבות שבהן בעל הזכות ראה את מעשיו של האחר ברכושו וידע עליהם, וכאשר התנהגותו זו היא אשר גרמה שצד שלישי תם לב רכש זכות בנכס. בכל מקרה אחר, הזכות של מי שקנה ממי שהקרקע הגיעה אליו ללא זכות נופלת עם התגלות הפגם.<sup>140</sup>

חוק הקרקעות העות'מאני, אשר ייסד לראשונה באזור מרשם מקרקעין, איננו מחריג את כללי המג'לה בהוראה של תקנת שוק. לפיכך נקבע כי ערך שטר הרישום (הקושאן) יוכר כראיה, לבד מבמקרה של זיוף.<sup>141</sup> יתר על כן, חוק הקרקעות משמר את העיקרון האמור גם במצב שבו עלה בידי המתערב לקבל את רישיון הפקיד (היינו רישום) בנוגע להעברה, ואדם אחר נרשם על סמך רישום זה. כך, לפי סעיף 43 לחוק הקרקעות (בתרגומו של בן שמש):

העביר אדם כמתערב, קרקעות של אחר או של שותפו, ברישיון הפקיד, אך ללא הרשאה מאת המחזיק, שלא אישר אחר כך את ההעברה, זכאי המחזיק לקבל את קרקעותיו חזרה, באמצעות הפקיד, מידי זה שקיבל את ההעברה והחזיק בקרקע שלא כדין.<sup>142</sup>

סעיף 43 לחוק הקרקעות קובע אם כן הסדר הופכי לתקנת השוק. כך, אף אם נרשמה הזכות במרשם, לבעלים הנכון הזכות לקבל את הקרקע בחזרה. עם הטלת המנדט הבריטי על ארץ ישראל קבע הנציב העליון את פקודת העברת קרקעות, 1920, שלפיה הייתה לפקיד הרישום הסמכות לרשום עסקה במקרקעין שטרם נרשמו, לבקשת הצדדים, ותוך הוכחת זכותם. הזכות שנרשמה לא הייתה סופית, והיה אפשר לתקוף אותה בטענת טעות או מרמה:<sup>143</sup>

137 Goldstein v. Zeidan, 2 A.L.R 702 (1944).

138 עניין הימנותא, לעיל ה"ש 132, פס' 24.

139 אביגדור לבונטין "על המחזיק-שלא-כדין במשפטנו האזרחי" הפרקליט ט 373, 377, ה"ש 61 ו-91 (1952).

140 עניין Goldstein, לעיל ה"ש 137; אהרן בן שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל 98 (1953).

141 משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 379-380 (מהדורה שניה, 1952).

142 המתערב כאן הוא כמשמעותו במג'לה, כאמור לעיל (ראו בן שמש, לעיל ה"ש 140, בעמ' 98).

143 דוכן, לעיל ה"ש 141, בעמ' 382-383.

The registered title is not indefeasible, but until it is shown to have been obtained by mistake or fraud it holds good, [...] an action must be entered to set aside the registered title.<sup>144</sup>

בפסיקה המנדטורית נקבע כי האפשרות לתקוף את הרישום שנפל בו פגם משמעה כי הרוכש נהדף מפני הבעלים אף אם רכישתו הושלמה. עם זאת אומץ לכלל של סעיף 43 לחוק הקרקעות סייג של השתק, וכך יש נסיבות שבהן הקונה בתום לב ובתמורה שנרשם במרשם – ולא על רקע מעשה רמאות – עשוי להיות זכאי להעלות טענת מניעות כנגד הבעל החוקי, אשר בשל התרשלותו ברישום זכותו או בהתנגדות לרישום זכותו של אחר, שהובילה לתקלה, מושחק הוא כנגד הרוכש.<sup>145</sup>

בעניין ולירו נ' בראשי הבהיר בית המשפט העליון את הדין שחל באזור עם סיום המנדט הבריטי: "כללו של חוק הקניין המקומי הוא כי העברת הבעלות במקרקעין תופסת אם – ואך אם – הועברו על ידי הבעל החוקי או בהסכמתו או באישורו [...]"; וכן אם – ואך אם – הועברו דרך משרד ספרי האחוזה".<sup>146</sup> וזאת גם אם הרכישה הושלמה ברישום ממי שהיה רשום (עקב תקלה) כבעלים; וכן כי: "לא תועיל כל טענה של קניית מקרקעים בתמורה ובתום לב ממאן שהוא כלפי מי שבירו הבעלות החוקית בהם, ומכל שכן אם בעלות זו גם רשומה בשמו של זה בספרי האחוזה".<sup>147</sup> זאת ועוד: "העובדה כי המשיב קנה ממי שהיה רשום בספרי האחוזה כבעלים של החלקה [...] וזה האחרון קנה, אף הוא, מ'בעל' רשום [...] אין בה כדי להשפיע על מסקנתנו".<sup>148</sup> ולבסוף: "בסיכום הדברים יש לומר, איפוא, שלא בחוק המקרקעין המקומי ולא בדיני היושר, ואף לא ביודיקטורה המנדטורית קיימת תמיכה או אחיזה להשקפת הפקיד המסדר, כי 'עד כמה שזה נוגע לרכישת זכויות בנכסי דלא נייד בתוקף קניה בתום לב... אפשרי' (מקום שיש רישום כפול בספרי האחוזה) 'לרכוש קניין כלפי בעל הקניין החוקי'. כאמור, השקפה זו יסודותיה רעועים הם".<sup>149</sup> החריג היחיד לכך הוא נסיבות המקנות לקונה בתום לב זכות לעורר טענה של מניעה נגד הבעל החוקי, המחייבות הוכחה כי הבעל החוקי נקט שתיקה והתנהגות פסיבית שהביאה לאותה קניה שבתום לב.<sup>150</sup> בפסק דין הימנותא אומצה הלכה זו להקשר של הדין החל באזור, והודגשה

144 Tibi v. Fahmawi, 13 P.L.R 406, 410 (1946).

145 ראו Fridman v. Abdul Karim, 5 C.O.J 1740 (1928); Jada Ltd. v. The Palestine Land Development Co., 3 C.O.J 1087 (1929); Beidas v. Kharputli, 755 S.C.J (vol. 2) (1942); Ma'mur Awqaf of Jerusalem v. El Turk, 1 A.L.R 166, 173–174 (1943).

ה"ש 140, בעמ' 98–99, וכן פרשנותו לס' 119 לחוק הקרקעות העות'מאני (שם, בעמ' 164).

146 ע"א 87/51 ולירו נ' בראשי, פ"ד ח 1264, 1268 (1954) (להלן: עניין ולירו). לאימוץ גישה זו, ראו עניין נס, לעיל ה"ש 136, בעמ' 219–220; ת"א (מחוזי חי') 1018/64 טאובה נ' בישור בע"מ, פ"מ ע 91, 102 (1969).

147 עניין ולירו, לעיל ה"ש 146, בעמ' 1270.

148 שם, בעמ' 1271.

149 שם, בעמ' 1279. ראו גם לבונטין, לעיל ה"ש 139, בעמ' 366; ויסמן חוק המקרקעין, לעיל ה"ש 136, בעמ' 85, ה"ש 275; ויסמן דיני קניין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 306.

150 עניין ולירו, לעיל ה"ש 146, בעמ' 1280.

החשיבות של קשר סיבתי בין מחדלו של הבעלים הנכון לבין הרישום שלא כדין על שם הטוען לתחולת דין של השתק.<sup>151</sup>

### 3. הסדרים נוספים

עוד הסדרים חשובים לענייננו:

לפי חוק ההסדר הירדני, "לאחר שנסתיימה עסקת הרישום באופן הנ"ל, לא יהיה זכאי שום בית משפט בממלכה הירדנית ההאשמית לשמוע ערר כלשהו על אמיתות הרישומים באותו פנקס, אלא במקרים הנזכרים בחוק זה".<sup>152</sup> נוסף על זה נקבע שם, בסעיף 14(4), כי לבעלים שנפגע בשל רישום שהושג במרמה בהסדר לא עומדת התרופה של תיקון הרישום גם בנוגע לרישום הראשון שלאחר ההסדר. כאמור שם ובסעיף 14(5) לחוק, לנפגע עומדת תרופת פיצויים.<sup>153</sup> בסעיף 14(4) לחוק ההסדר ביטא המחוקק הירדני את רצונו בחיזוק ביצורו של מרשם המקרקעין המוסדרים בהענקת "שריון מיידי" בנוגע לרישום המוסדר. הפסיקה הירדנית שפירשה סעיף זה ראתה בו חידוש ויצירה של החוק.<sup>154</sup> אולם מנגד בסעיף 15 לחוק ההסדר נקבע דין מיוחד בנוגע לנעדר, לקטין ולנבצר, המאפשר להם להגיש ערר על לוח זכויות סופי לבית הדין להסדר אף שנים ארוכות (בחלק מהמקרים) לאחר שהושלמו הליכי הרישום. במצבים אלה נקבע כי בית הדין רשאי להורות על תיקון הלוח, ואם עברו המקרקעין לצד שלישי, קמה זכות לפיצויים.<sup>155</sup>

בחוק ההחזקה (התצרוף) בנכסי דלא נידי<sup>156</sup> נקבע בעניין בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת כי בתחרות בין הבונה והנוטע המחזיק בזכות רשומה לזכאי לקרקע, אין למחזיק שנרשם זכות נקייה כנגד הבעלים הנכון, היינו אין הוא זוכה בקרקע מכוח תקנת השוק. עם זאת אם עלה שווי המחוברים על שווי הקרקע, ישלם המחזיק לזכאי את ערך הקרקע והוא יהיה רשאי להחזיק בה; עלה שווי הקרקע על שווי המחוברים, ישלם הזכאי למחזיק את ערך המחוברים והוא יהיה בעליהם.<sup>157</sup> כלל ההכרעה בין בעלי זכות טובה של סעיף 10 לחוק

151 עניין הימנותא, לעיל ה"ש 132, פס' 47: "אף אם פעל מאן דהוא באופן פסול, אך לא פעולתו היא שגרמה נזק לחברו, ברור שאין מקום לחייבו או להשתיקו מחמת כך".

152 ס' 16(2) לחוק הסדר הקרקעות והמים, מס' 40 לשנת 1952, לקט של חוקים ירדניים קובץ ט 78 (בהוצאת מפקדת פצ"ר, 1974) (להלן: חוק ההסדר).

153 ראו ערעור זכויות 339/59 חג'אב נ' חמד, בטאון אגודת עורכי הדין 1959 (17.12.1959). הסמכות לבירור תביעת הפיצויים הוענקה לבית הדין להסדר כמקרה יחיד שבו הוא הוסמך לדרון בתביעות פיצויים. ערעור זכויות 287/60 קאקיש נ' אלסחום, בטאון אגודת עורכי הדין 1961 (17.1.1961).

154 עניין חג'אב, שם.

155 לכך שתורפתו היחידה של הנעדר בהסדר לפי פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין), 1928, היא לפי ס' 65 לפקודה, ראו עניין Kaplan v. Maisnik, 5 P.L.R 464, 465 (1938); חיים ונדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל 313–314 (2000).

156 חוק ההחזקה (התצרוף) בנכסי דלא נידי, מס' 49 לשנת 1953 לקט של חוקים ירדניים קובץ צא 33 (בהוצאת מפקדת פצ"ר, 1974) (להלן: חוק ההחזקה).

157 שם, בס' 10. ראו גם ס' 12 שם, החל לגבי מצב בו אין הבונה והנוטע בעל זכות רשומה, שאז הוא נדחה לחלוטין בפני הבעלים. בהתאם להוראת הביטול של דינים קודמים העומדים בניגוד להוראות חוק ההחזקה, הקבועה שם בס' 18, יש לראות בכללים שונים של המג'לה בעניין זה, ובכלל זה ס' 906, כבטלים ככל שהדברים אמורים בקרקע מסוג מירי או מוקופה. יצויין כי חוק הקרקעות והפסיקה

ההחזקה מותנה אם כן בתנאים האלה: הקרקע רשומה על שם המחזיק; המחזיק בנה בניינים או נטע עצים; שווי המחברים עלה על שווי הקרקע.

כן יש להוסיף כי בכל הנוגע למקרקעין מוסדרים יש חובת רישום של עסקאות מכר וחכירה של מקרקעין מוסדרים, ואי-קיומה של חובה זו שולל את תוקפה המשפטי של העסקה.<sup>158</sup> אך אף משנרשמה העסקה, אין בהשלמת העסקה ברישום כשלעצמה כדי להקנות למי שנרשם חסינות בפני הבעלים הנכון לבד מהמקרה החריג של הבעלים הראשון שנרשם לאחר ההסדר שלו שריון מידי, ותרופת הנגזל בפיצוי בלבד. עם זאת משנרשמה העסקה ונעשתה בנייה או הקמת מחברים העולים על שווי הקרקע, כי אז עשוי המחזיק הרשום לגבור על הבעלים הנכון בתנאי סעיף 10 לחוק ההחזקה.

לבסוף, חקיקה ירדנית העוסקת בניהול נכסי הממלכה שלא בוטלה בתחיקת הביטחון אינה קובעת כל הוראה בנוגע לתוקפה של עסקה בנכס אשר התברר בעניינו בדיעבד כי הוא איננו רכוש המדינה.<sup>159</sup>

#### 4. סיכום הדין המקומי

העולה מכל האמור: תקנת שוק במקרקעין היא הסדר משפטי חריג שנולד לראשונה במשפט הארץ-ישראלי עם חקיקתו של חוק המקרקעין. זהו הסדר משפטי שאיננו מתיישב עם יסודות המשפט הארץ-ישראלי כפי שהם משתקפים בהוראות המג'לה, חוק הקרקעות העות'מאני והפסיקה המנדטורית. אם כן, אין הסדר מקביל לתקנת השוק של סעיף 10 לחוק המקרקעין בדין האזורי. לפי הדין הקיים באזור, לבעל מקרקעין שנעשתה עסקה שנרשמה בנכס שלו, עמדה זכות להשבת הנכס בעין לידי אף אם נרשמה העסקה. כך לפי סעיף 43 לחוק הקרקעות. אף הפסיקה הישראלית, ובייחוד בעניין ולירו נ' בראשי, הדגישה את הכלל הגדול: אפילו כנגד רוכש בתמורה, בתום לב, שהשלים את רכישתו ברישום, הבעלים הנכון גובר.

רק נסיבות של התנהגות פסולה של הבעלים הנכון עשויה להקים מחסום של מניעות כלפיו כאשר התנהגות זו גרמה או תרמה לרכישתו ולרישומה של הנכס בידי רוכש תם לב. חריגים נוספים לכך לפי הדין הקיים באזור הם החסינות למי שנרשם ראשון לאחר ההסדר, לפי סעיף 14(4) לחוק ההסדר, בכפוף לאמור בסעיף 15 לחוק, והאפשרות להדוף את זכותו של הבעלים הזכאי רק מול מחזיק רשום שבנה בניינים או נטע עצים במקרקעין אשר שוויים עולה על שווי המקרקעין, כך לפי סעיף 10 לחוק ההחזקה. זאת ועוד, לפי הדין הקיים

המנדטורית וכן חוק ההסדר וחוק ההחזקה לא שוננו בתחיקת הביטחון. השוו עניין הימנותא, לעיל ה"ש 132, פס' 34-37.

158 ס' 16(3), (4) לחוק ההסדר. הצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון) (מס' 291), התשכ"ט-1969 (להלן: צו ההסדר) לא התלה את תוקפו של ס' 16 לחוק ההסדר. במשקפיים "ישראלים", ניתן לומר כי עסקה במקרקעין מוסדרים מושלמת ברישום, בדומה לאמור בס' 7 לחוק המקרקעין לגבי עסקאות במקרקעין.

159 חוק הנהלת נכסי הממלכה, מס' 32 לשנת 1965 לקט של חוקים ירדניים קובץ פב 11 (בהוצאת מפקדת פצ"ר, 1974) (להלן: חוק הניהול) ותקנות הקניה והשכרת נכסי המדינה משנת 1964 לקט של חוקים ירדניים קובץ ב 156 (בהוצאת מפקדת פצ"ר, 1977). השוו לעסקאות של רשות מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 46.

באזור, לא עומדת למדינה הגנה מיוחדת לתוקפן של עסקאות שהיא ערכה, כך לפי חוק הניהול. על רקע מסקנות אלה נוכל לפנות לשאלת פרשנותו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.

#### ד. הקניית משמעות לסעיף 5 לצו: שיקולים בגיבוש פרשנות ראויה

הראיתי עד כה כי אין מקום לאמץ לפרשנות סעיף 5 לצו את הפרשנות שהוענקה להסדר שבחוק נכסי נפקדים, וכי אין מקום לומר שתכלית ההסדר שבחוק נכסי נפקדים ותכלית ההסדר שבחוק האפוטרופוס הכללי הן הגנה על המסתמך על פעולת ממונה על רכוש על מנת לעודד עסקאות עימו. הראיתי כי יש שינויים רבים – הן בלשון, הן בתכלית, הן במקור הסמכות החקיקתי – בין ההסדרים הישראליים לבין סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. עוד הראיתי כי בדין המקומי אין הכרה בתקנת שוק שהיא נטע זר וחריג למשפט הנוהג. על בסיס אלה אגש עתה לבחינת השיקולים המנחים בגיבוש הפרשנות הראויה לסעיף 5 לצו.

ראשית יש להדגיש כי השיקול הפרשני הכללי שלפיו יש לתת מובן "מחיה" לסעיף 5 לצו על מנת שלא יעמוד כאבן שאין לה הופכין, הוא חלש ביותר. סעיף 5 לצו היה ל"אות מתה" במשך 50 השנים מאז שהותקן. עד לתקופה האחרונה היה ידוע רק על מקרה אחד שבו העלה הממונה בהליך משפטי טענה המבוססת על סעיף 5 לצו בנסיבות אשר יוסברו להלן (פרשת מחצבות כפר גלעדי).<sup>160</sup> יתר על כן, החשש מפני השחתת מילים לריק אינו יכול להצדיק, כעניין נורמטיבי, את הפגיעה בקניין הפרטי. במשך עשרות שנים של התעלמות מסעיף 5 לצו לא נגרם נזק לאיש. לעומת זאת הפרשנות שבאה להציל את ההוראה משקיעתה כרוכה דווקא בגרימת נזק, ולכן כלל של "אל תגרור נזק" גובר על כלל של "אל תניח ללא שימוש". כמו כן כפי שנאמר בהקשרים אחרים, אין מקום להנחה בדבר איכות חקיקתית המחייבת פרשנות ראויה לכל חוק וחקיקה,<sup>161</sup> בייחוד כאשר אנו זוכרים את הנסיבות שבהן נחקק הצו בדבר רכוש ממשלתי כחלק מ"חקיקת מרף" שהופעלה עם כניסת כוחות צה"ל לאזור. עם זאת אנסה כעת לפרוס את מכלול האילוצים שיש לשקול בעת גיבוש פרשנותו הראויה של הסעיף, ואראה בפרק הבא כי משיקולים אלה ניתן להסיק פרשנות סבירה וראויה אשר מתיישבת טוב יותר עם לשון הצו ותכליתו ועם מחויבותיה של ישראל במישור הבין-לאומי, החוקתי והמנהלי, מאשר הפרשנות שדבק בה היועץ לאחרונה.

160 עניין מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 58. פרשה נוספת שבה התעוררה הפעלת ס' 5 לצו הייתה בראשית שנות השמונים בערר לוועדת העררים הצבאית אשר החלטתה, שלא אושרה בידי ראש המנהל האזרחי, בוטלה מכוח הסכמה בין הצדדים במסגרת עתירה שהוגשה לבית המשפט העליון. ערר (איו"ש) 16/82 אלבינא נ' הממונה על הרכוש הממשלתי (לא פורסם, 25.11.1983) (פסק הדין אינו מצוי בידי המחברת, הוא מוזכר אצל זמיר אדמות המדינה, לעיל ה"ש 130, בעמ' 31, ה"ש 191). במקרה זה, דובר על חלקה ששימשה בסיס ירדני, ובשל כך סבר הממונה כי הוא יכול לנהלה. החלקה הייתה רשומה על שם פרטים בלוח זכויות לא סופי. למעמד הממליץ של החלטות ועדת העררים, ראו ס' 6 לצו בדבר ועדות עררים (יהודה והשומרון) (מס' 172), התשכ"ז-1967.

161 ראו דניאל פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד 245, 257-258 (1975).

## 1. חיובים מהמשפט הבין-לאומי

המחוקק הצבאי, מפקד כוחות צה"ל באזור, איננו מחוקק רגיל. כוחות החקיקה שלו מוגבלים בדיני הכיבוש מן המשפט הבין-לאומי.<sup>162</sup> לפי תקנה 43 לתקנות האג, על המחוקק הצבאי לשמר את המשפט הקיים זולת אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.<sup>163</sup> בפסיקת בית המשפט העליון פורשה הוראה זו כגורסת כי אינטרסים צבאיים או טובת האוכלוסייה המוגנת עשויים להצדיק את שינוי הדין.<sup>164</sup> בהצדקות שהובאו בפסיקה לשינוי דין אזרחי-מסחרי החל באזור דובר במצב שבו "באמת ובתמים מן ההכרח להתאים את כלכלת השטח לתנאים המשתנים ולמנוע פגיעה במשק, ביציבותו ובחוסנו, פגיעה שהייתה צפויה אלמלא הונהגה".<sup>165</sup> על כן חקיקה הסוטה מהדין החל צריכה להיות מבוססת על תכלית ראויה המגשימה את גדר הסמכות של המפקד הצבאי לפי המשפט הבין-לאומי ולפי עקרונות דיני זכויות האדם. שיקולים של תפיסה לוחמתית נמשכת אינם רלוונטיים לשאלת תקינות חקיקת הצו בדבר רכוש ממשלתי אשר נחקק סמוך לאחר כניסת כוחות צה"ל לאזור ולא שנים רבות לאחר מכן.

שאלת מהותו של הצו בדבר רכוש ממשלתי נבחנה כבר לפני כמה עשורים. בעניין אל נאזר הועמדה למבחן שאלת חוקיות הצו בדבר רכוש ממשלתי. בית המשפט העליון קבע אז כי "אין בצו הנ"ל כדי לשנות את הדין המהותי" ואין בו "משום שינוי של הדין המקומי".<sup>166</sup> עוד נקבע כי הצו "אינו קובע את הדין שעל-פיו מוכרעת שאלת הבעלות במקרקעים".<sup>167</sup> יש לזכור כי הנשיא שמגר שנתן את פסק הדין הוא מי שבתפקידו כפרקליט הצבאי הראשי ניסח והתקין את הצו.<sup>168</sup> לא נראה על כן כי מטרת סעיף 5 לצו הייתה לסטות מהדין שהיה קיים באזור אשר לא הכיר בתקנת שוק במקרקעין.

סעיף 5 לצו צריך להיקרא על רקע המארג החקיקתי של הדין החל באזור, השולל כאמור את תחולתה של תקנת שוק במקרקעין. זאת ועוד, אם היה בצו כדי ליצור דין חדש במשפט האזור, דין הקובע מנגנון של תקנת שוק, היה צריך הדבר להיעשות במפורש וחד-משמעית. מכאן, ולפי המסקנה הנובעת גם מפסק דין אל נאזר, לא ניתן לסבור כי סעיף 5 לצו מעגן מנגנון של תקנת שוק במקרקעין הסוטה מדין האזור.

162 ראו הילה אדלר "דיני כיבוש" משפט בינלאומי 383, 390–391 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016); עמיחי כהן וגיא הרפו "על קיבעון ודינמיות: עיון מחודש בהוריסות בתים בפסיקות בית המשפט העליון" מחקרי משפט לא 973, 986–988 (2018). כן ראו המקורות בה"ש 127 לעיל והטקסט גלויה להן.

163 ראו תק' 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 3. יורם דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב 506, 505 (1972).

164 ראו AEYAL GROSS, THE WRITING ON THE WALL: RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 256–337 (2017).

165 בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד האזור, פ"ד לז(2) 197, 310 (1983).

166 עניין אל נאזר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 705–706.

167 שם, בעמ' 706; בג"ץ 2164/09 יש דין – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 26.12.2011).

168 ראו צבי ענבר "הפרקליטות הצבאית והשטחים המוחזקים" משפט וצבא 16, 149 (2002).



אם הצו בדבר רכוש ממשלתי, וסעיף 5 לו בכלל זה, מבקשים לבטא את מחויבותיו של המפקד הצבאי לפי דיני התפיסה הלוחמתית, כוונת הדברים היא לתקנה 55 לתקנות האג המקנה למפקד הצבאי את הכוח להפיק פירות מהרכוש הממשלתי. הסמכות שבידיו היא סמכות רשות ולא חובה, והיא כפופה למגבלות רבות. המפקד הצבאי אינו מוסמך למכור את הרכוש, וכמנהל או מפיק פירות אסור לו להשתמש בכוחותיו ברשלנות. משך התקופה של החוזים שהוא עורך אסור לו שיימשך לאחר סיום המלחמה,<sup>169</sup> ואסור לו להכפיף את הרכוש שבניהולו להתחייבויות הנמשכות לאחר זמן הכיבוש.<sup>170</sup>

לפיכך אם הממונה מוגבל ביכולתו להתקשר בחוזים, החוזים שהוא עורך אינם יכולים להיות בלתי מוגבלים בזמן, והם חייבים להיות כפופים לאפשרות לסיימם לפי הימשכות מצב התפיסה הלוחמתית. כל המתקשר עם הממונה חייב לקבל עליו את הסיכון לסיומו של החוזה בכל עת בנסיבות שאינן בשליטתם של הצדדים. ההתקשרויות עם הממונה הן לפיכך מעצם טיבן מוגבלות ותחומות בזמן כששיקול הדעת בעניין זה מסור לממונה. כך אכן נהג הממונה משך כל השנים להקצות מקרקעין בהסכמי הרשאה וחכירה כשסעיף שנקבע בכל החוזים שערך מגדיר את סמכותו לסיים את תקופת ההקצאה. כפי שטענה המדינה בעבר בהקשר של חוק יישום תוכנית ההתנתקות,<sup>171</sup> "האפשרות לבטל את הזכויות שהוקנו במקרקעין טבועה באופי הזכויות עצמן מעצם התפיסה הלוחמתית, שהיא זמנית וכפופה לתהליכים מדיניים".<sup>172</sup> בית המשפט קיבל את הטענה במובן זה שקבע כי "דרכי ההקצאה השונות אין בהן להעניק לישראלי שבנה בית והקים עסק יותר זכויות משהיו לממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש", וכן כי גם אם הוראה מפורשת בעניין זה לא נקבעה בחוזה או בהסדר משפטי אחר, "היא נגזרת מארעיותה של התפיסה הלוחמתית ומארעיות מעמדו של המפקד הצבאי".<sup>173</sup> המדינה סברה כי לכן אין בביטול זכויות הישראלים במקרקעין באזור המפונה לפי סעיף 28 לחוק יישום תכנית ההתנתקות משום הפרת חוזה, ואף אין בו משום מעשה נזיקי או הפקעת. בית המשפט סבר כי עמדה זו אינה משקפת את המצב המשפטי הקיים הגם שציינן שהמסגרת המשפטית הכללית בעניין טרם הגיעה לגיבוש מלא. מכל מקום, העניין לא הוכרע, שכן בית המשפט בחן את חוקיות ההסדר כפי שגובש בחוק הנ"ל.<sup>174</sup>

169 ראו את המדריך האמריקני: DEP'T OF THE ARMY FM 27-10: THE LAW OF LAND WARFARE ch. 6 (1956).

170 ראו U.K MINISTRY OF DEF., THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT 303 (2004). כן ראו CANADA, OFFICE OF THE JUDGE ADVOCATE GENERAL, THE LAW OF ARMED CONFLICT AT THE OPERATIONAL AND TACTICAL LEVELS §1243 (2001). ראו גם עניין יש דין, לעיל ה"ש 167, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

171 חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.

172 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 535 (2005). עמדה זו מנוגדת להסדר שבחוק נכסי נפקדים, המנתק את זיקת הבעלים לנכס לחלוטין. ראו לעיל ה"ש 97 והטקסט הנלווה לה.

173 עניין המועצה האזורית חוף עזה, שם, בעמ' 585.

174 שם, בעמ' 590-591.

בית המשפט קבע גם כי המפקד הצבאי או מי שפועלים מטעמו "אינם בעלי הרכוש, ואין הם יכולים להעביר יותר זכויות משיש להם. עד כמה שהישראלים בנו בתייהם ונכסיהם על קרקע שאינה פרטית ('קרקע מדינה'), זו אינה בבעלותו של המפקד הצבאי".<sup>175</sup> בית המשפט לא ראה בסעיף 5 לצו משום מקור המעניק הגנה למי שהתקשר עם הממונה בעוד המקרקעין הם פרטיים.

כשם שהממונה אינו יכול להתקשר בחוזים שאינם מוגבלים בזמן, כך הוא אינו יכול להתקשר בחוזים בנוגע לקרקע פרטית. השיקול של ניצול מיטבי של הקרקע לצד העשרת קופת נכסי הציבור הוא אולי שיקול אשר יכול להצדיק הקצאת מקרקעין שהם רכוש ממשלתי, אך הוא אינו יכול להצדיק פגיעה בקניין הפרטי. הממונה אינו חייב לנצל את הרכוש הממשלתי, אך הוא כן חייב להגן על הקניין הפרטי. מכאן שאף כי התקשרות בעסקאות בידי הממונה אפשרית לפי תקנה 55 לתקנות האג, אין להצדיק פגיעה בקניין הפרטי המוגן לפי תקנה 46 לתקנות האג על מנת להפיק פירות מן הרכוש הממשלתי. היינו, ככל שיש לעשות שימוש בכוח כדי להפיק פירות לפי תקנה 55 לתקנות האג, אין לעשות זאת בדרך של פגיעה בקניין הפרטי המוגן. בדומה לזה, ניתן לזכור כי האפוטרופוס הכללי נמנע משך עשרות שנים מלמכור נכסי מקרקעין שבניהולו רק מהחשש שישוב הבעלים ויבקש את הנכס.<sup>176</sup> ראוי להדגיש כי התנהלות הממונה משך השנים לא הייתה מונחת משיקולים כלכליים כלל. הרקע הפוליטי להקצאת הממונה להתיישבות היהודית ברי לכול. למעשה, עד כדי כך הממונה אינו מונחה משיקולים אלה, עד כי במרבית המקרים הוא לא קיבל כלל תמורה על הקצאת המקרקעין ולא טרח לחתום על חוזה חכירה עם המתדיישים.<sup>177</sup>

בנוגע להפעלת סמכויות החקיקה באזור נקבע מבחן נוסף והוא קיומם של שיקולים זרים. שיקולים כאלה בבסיס חקיקה באזור עשויים להביא לפסילתה.<sup>178</sup> הפרשנות שאימץ היועץ המשפטי לממשלה לסעיף 5 לצו איננה יכולה להיות מוצדקת מטעמים של טובת האוכלוסייה המוגנת ואולי אף טובת האוכלוסייה בכללותה. ואולם, קביעה כי סעיף 5 לצו מעגן מנגנון של תקנת שוק בעסקאות של הממונה על מנת להבטיח חיי מסחר תקינים, קביעה המבקשת לשוות לעצמה דמות של תחולה כללית ושוויוניות, אינה יכולה לעמוד כלל. כעולה מעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בכוונתו להשתמש בסעיף 5 לצו על מנת להכשיר בשיטתיות היקף עצום של מבנים וקרקעות, והכול מבעלים ערבים למחזיקים יהודים.<sup>179</sup>

175 שם, בעמ' 584.

176 ראו לעיל ה"ש 116 והטקסט הנלווה לה.

177 ראו מבקר המדינה דוח שנתי 63, 160, 165 (2013) (שממנו עולה כי הממונה לא החתים על חוזה חכירה את המתדיישים המתגוררים ביישובים שהקימה באזור החטיבה להתיישבות מאז הקמתם, אף שהדבר מתחייב מהצד רכוש ממשלתי ולא גבה דמי חכירה אגב גרימת הפסד כספי של מאות מיליוני ש"ח). ראו גם בקשת שלום עכשיו ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים, להצטרף להליך במעמד "ידיד בית המשפט" בעניין סאלחה (לעיל ה"ש 6), <https://tinyurl.com/wyanysn>.

178 ראו בג"ץ 358/18 עיריית חברון נ' מדינת ישראל, פס' 27 לחוות דעתו של השופט מינץ (פורסם בנבו, 30.6.2019); עניין זיאדה, לעיל ה"ש 50.

179 תגובת היועץ השנייה בעניין חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 19.

תיקון הדין באזור אך ורק על מנת להיטיב עם קבוצת אוכלוסייה אחת על חשבונה של קבוצה אחרת כאשר הקבוצה הנפגעת היא תושבי האזור המוגנים,<sup>180</sup> אינו עולה בקנה אחד עם סמכות החקיקה של מפקד האזור לפי תקנה 43 לתקנות האג. אם מתברר כי עסקאות שעורך הממונה על הרכוש הממשלתי אינן עם האוכלוסייה המוגנת, ואילו הרכוש הפרטי העשוי להיפגע ממתן פרשנות קניינית לסעיף 5 לצו הוא של האוכלוסייה המוגנת, הדבר מעורר קושי עמוק.

אף לפי כללי היסוד של המשפט הישראלי החלים על פעולות הממונה כחלק מהחלת כללי המשפט המנהלי על פעולות מפקד האזור,<sup>181</sup> יש לחשוף את טיבו המפלה של מנגנון שכזה ולהיווכח כי אפליה מובנית ושיטתית שאינה בגדר העדפה מתקנת אינה יכולה לעמוד אף אם היא מוצגת בלשון ניטרלית או כבעלת תחולה רחבה.<sup>182</sup>

הפרשנות של היועץ המשפטי לממשלה לסעיף 5 לצו מבקשת למצוא בו לכאורה הסדר נטילה פרטית מסוג תקנת שוק, הייחודי לעסקאות של הממונה על הרכוש הממשלתי. אולם למעשה פרשנות זו הופכת את סעיף 5 לצו להסדר של נטילה שלטונית לטובת אינטרסים של קבוצת אינטרס בעלת כוח פוליטי יחסי רב ללא כל פיצוי לבעלים ובתוך כדי פגיעה בשוויון במובנו העמוק ביותר.

כאמור, בעניין אל נאזר לעיל,<sup>183</sup> הצו בדבר רכוש ממשלתי לא בא לפגוע בדין המהותי ולא בא לאפשר או להצדיק פגיעה בקניין הפרטי. אין לאפשר על כן להליבש בכפייה על סעיף 5 לצו פרשנות שתאפשר להפוך אותו למנגנון להשתלטות עצומת היקף על רכוש פרטי של התושבים המוגנים לטובת האינטרסים של המעצמה הכובשת ואזרחיה. במילים אחרות, אפילו אם היה לסעיף 5 לצו כוח קנייני כלפי הבעלים, לא היה ראוי להשתמש בו בשל התוצאות החלוקתיות הקשות שהוא מעורר.<sup>184</sup>

## 2. התאמה לדין הישראלי

אחד המבחנים לבחינת התאמתו של שינוי חקיקה לדיני הכיבוש, ובייחוד תקנה 43 לתקנות האג, הוא קיומה של חקיקה דומה במשפט הפנימי של המדינה הכובשת ("מבחן הכנות").<sup>185</sup>

180 ראו כהן "חוק ההסדרה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 36.

181 ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלחעאוניה אלמחודרה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 811 (1983); בג"ץ 5667/11 מועצת הכפר דיראת רפעה נ' שר הביטחון, פס' טז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.6.2015).

182 השוו ע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאוה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006). ראו בדומה, דגן פרשת דרכים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 286–287.

183 עניין אל נאזר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 706.

184 זהו גם אחד הטעמים לשלילת הטענה לפיה פרשנות היועץ לס' 5 לצו מקנה לו משמעות דומה לחקיקה שקיימת בעניין צפון קפריסין, וכשם שחקיקה זו הוכרה כתקפה, כך נדרש גם לעניין ס' 5 לצו. לטענה זו, ראו ויניצקי "תקנת השוק", לעיל ה"ש 18. לטעמים לדחייתה, ראו כהן "חוק ההסדרה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 36–37.

185 Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* 133 (2<sup>nd</sup> ed. ראו (2019); אדלר, לעיל ה"ש 162, בעמ' 391.

בהקשר זה הודגש בעניין אבו עיטה כי חקיקה חדשה "לא תיפסל אך ורק בשל כך שהיא גם משתלבת בו-זמנית עם המדיניות הפיסקאלית של השלטון הצבאי ושל ארץ האם שלו, שאין בה ולא כלום עם אינטרס התעשרות או הרצון לפגוע בכלכלתו של השטח. הצורך לשמור על איזון והתאמה בין מערכות הכלכלה כדי לקיים חיי כלכלה תקינים בשטח הוא על כן לגיטימי, גם אם הוא מחייב שינוי של החוק הקיים".<sup>186</sup> ניתן לבחון על כן, כתרגיל מחשבתי, אם היה יכול להיות תוקף להסדר המחיל באזור דין דומה לזה שהוחל בישראל לפי סעיף 10 לחוק המקרקעין לצורך איזון והתאמה בין דיני הקניין החלים בישראל לאלה החלים באזור.<sup>187</sup>

ברוח זה הוכרעה פרשה אחת בשאלת תקנת השוק בנוגע למקרקעין באזור כאילו חל על מקרקעין אלה סעיף 10 לחוק המקרקעין.<sup>188</sup> ודוק, בתיק זה היו הצדדים מוכנים להניח כי מתקיים התנאי בדבר היות המקרקעין מוסדרים. היינו, היה אפשרי לסבור כי הצדדים הם שבחרו לקיים את ההתדיינות ביניהם על פי סעיף 10 לחוק המקרקעין שאיננו חל ואיננו מחייב באזור, ועל כן כל שהציבו בבסיס ההסכמה תקף הוא.<sup>189</sup> אולם בית המשפט דחה עמדה זו וקבע כי אף אם הצדדים לא חלקו בסיכומיהם על שאלת היות המקרקעין מוסדרים, "בהינתן השלכותיה מרחיקות הלכת" של הגנת תקנת השוק של סעיף 10 לחוק המקרקעין, "כהגנה המאפשרת את הפקעת הזכויות במקרקעין מידי בעליהם האמיתיים", יש להקפיד ולדקדק עם הרוכש הטוען לזכות מכוח סעיף 10 לחוק המקרקעין כי יוכיח שהתנאים הנדרשים לתחולתו אכן מתקיימים: "אופייה המפליג של ההוראה [...] מחייב זהירות כפולה ומכופלת והחמרה יתרה בקיומן".<sup>190</sup>

אך אין איזון והתאמה בין סעיף 10 לחוק המקרקעין לבין הקריאה הקניינית שלסעיף 5 לצו. תנאיו היסודיים של סעיף 10 לחוק המקרקעין הם היות המקרקעין מוסדרים; רכישה בתמורה, בתום לב, ובהסתמך על הרישום וקיומם של תנאים אלה עד להשלמת העסקה ברישום. סעיף 10 לחוק המקרקעין מגן על פגם במרשם המקרקעין המוסדרים. הרציונל המונח ביסודו, "עיקרו בשאיפה לבצר את אמינות המרשם של המקרקעין המוסדרים לאחר שעברו הליך של הסדר, הכרוך בבירור וחקירה של הזכויות בהם".<sup>191</sup> כפי שציין ויסמן, תקנת השוק במקרקעין מוגבלת בכך שהיא נותנת ערובה לרישום, אך לא למה שמחוצה לו. תכליתה היא מתן אפשרות להסתמך על הרישום. תקנת השוק אינה מרפאת פגמים אחרים

186 עניין אבו עיטה, לעיל ה"ש 165, בעמ' 311.

187 לפסיקה המבטאת שאיפה להרמוניה בין דין ישראל לדין האזור, ראו גם עניין ג.א.ל, לעיל ה"ש 124, בעמ' 622; בג"ץ 3713/06 טל השקעות ובנין בע"מ נ' מפקד פיקוד מרכז (פורסם בנבו, 30.8.2006). כך, בפרט כדי להביא לידי ביטוי בדין האזור את המגמה של התחזקות מעמדה של זכות הקניין במשפט הישראלי, ראו עניין ראש מועצת ענאתא, לעיל ה"ש 127, פס' 24–25 לפסק דינה של השופטת ברון.

188 ע"א 2046/06 אלג'אבר נ' חליל (פורסם בנבו, 11.3.2013).

189 השו"ע"א 39/75 שמחון נ' רדינגר, פ"ד כט(2) 610 (1975).

190 עניין אלג'אבר, לעיל ה"ש 188, פס' 13–14; עניין בעלי מקצוע נכסים, לעיל ה"ש 134, בעמ' 848. ראו גם עניין קורצפלד, לעיל ה"ש 135, בעמ' 33.

191 עניין אלג'אבר, לעיל ה"ש 188, פס' 13.

שאינם נעוצים ברישום לא נכון, למשל כאשר המוכר מציג ייפוי כוח מזויף או מתחזה לאחר. תקנת השוק של סעיף 10 פועלת על כן בשיטת השריון הדחוי.<sup>192</sup> סעיף 5 לצו אינו יכול להיות מוצדק בשאיפה לבצר את אמינות מרשם המקרקעין המוסדרים, שכן הוא אינו חל על מקרקעין מוסדרים והוא אינו מותנה, לפי לשונו, בהסתמכות על רישום ובהשלמת רכישה ברישום. הוא אינו עוסק בהגנה על עסקאות במקרקעין מוסדרים שהושלם בעניינן הרישום, ומתברר כי הרישום שהסתמכו עליו היה שגוי. זאת ועוד, סעיף 5 לצו אינו קובע מנגנון של שריון דחוי, אלא לפי פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה ולשיטת בית המשפט המחוזי בעניין אנגיל,<sup>193</sup> הוא מעניק שריון מיידי לעסקה. אין טעם שמה שלא נעשה בישראל ייעשה בדין האזור, אשר כשלעצמו אינו מכיר בתקנת השוק במקרקעין כלל. לפיכך אף אם היה אפשר לכאורה להחיל בדין האזור הוראה הדומה לסעיף לחוק המקרקעין, אין בין קריאתו הקניינית של סעיף 5 לצו לבין החלת סעיף 10 לחוק המקרקעין דבר.

בדין הישראלי אין כל הגנה מיוחדת לעסקאות שעושה רשות מקרקעי ישראל.<sup>194</sup> אף על פי כן מתקיימים בישראל חיי מסחר תקינים ושוטפים. חיוניותם של חיי המסחר באזור – ואך ורק אלה שהממונה הוא צד להן – אינה שיקול כה כבד משקל עד שיש בו כדי להדוף את עקרון היסוד, הכלל הגדול, שלפיו זכותו של הבעלים עומדת לו כלפי כל אדם זולת אם העביר לידי את הנכס. כפי שנאמר בהקשר אחר, אף אם תקנת שוק כזו היה בה כדי לאפשר קידום מסוים של המסחר, קידום המסחר הפגום – בקניין פרטי ולא ציבורי – אינו מגשים את תכלית סמכותו של הממונה על הרכוש הממשלתי, בוודאי לא במידה המצדיקה סטייה מדיני הקניין.<sup>195</sup>

לא ייתכן לקבוע בדין האזור, במסגרת הפעלת סמכויות המפקד הצבאי, הסדר של תקנת שוק שאיננו מיועד לבצר את מרשם המקרקעין המוסדרים ואינו תואם לדין החל בישראל, ואשר אף אינו מיועד לקיום חיי מסחר תקינים ככלל אלא רק לצורך "תקינות" חיי המסחר שהממונה הוא צד להם. שיקולי תחרות זכויות וודאות עסקית רלוונטיים פחות בהקשר של הדין המקומי. ההגנה על זכות הקניין במצבים של תחרות זכויות נקבעה בדין המקומי כמעניקה מעמד מכריע לזכותו של הבעלים הנכון, למעט המצב החריג הקבוע בסעיף 10 לחוק ההחזקה (ובסעיף 14(4) לחוק ההסדר). פירוש אחר לסעיף 5 לצו אינו מתיישב עם

192 ויסמן דיני קניין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 312–313. ראו בהקשר זה, לדוגמה: ע"א 767/11 להיג' נ' עזורי, פס' 14 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 27.8.2013) ("אין די בהתחייבות אובליגטורית"); עניין מורדכיוב, לעיל ה"ש 31, פסק דינו של השופט מלצר; עניין הרטפלד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 868–869; ע"א 2680/90 ס.מ. יצירה השקעות ופיתוח בע"מ נ' מוזאפאר, פ"ד מט(1) 649, 659 (1995); דגן פרשת דרכים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 263, 278–281.

193 עניין אנגיל, לעיל ה"ש 6.

194 ראו ה"ש 46 לעיל והטקסט הנלווה לה. לטענת ויניצקי ("תקנת השוק", לעיל ה"ש 18, טקסט ליד ה"ש 90), ניתן להבין היעדר זה בכך ששיעור המקרקעין שאינם רשומים כלל הוא מזער, ולכן הסיכון לטעות קטן. אולם ראשית, בעת חקיקת חוק מקרקעי ישראל, התש"ך–1960, חלק ניכר מהמקרקעין לא היו רשומים. שנית, באותה העת לא היה חוק המקרקעין, ובכללו ס' 10, בתוקף. כמו כן גם כיום יש מאות אלפי יחידות דיור שלא נרשמו בשל היעדר פרצלציה, ועל כן אפשרות השלמת העסקה ברישום מוגבלת (כתוצאה מכך עלה קרנה של הערת האזהרה).

195 ראו עניין טל טרידינג קורפ, לעיל ה"ש 13, פס' 25 לחוות דעתו של השופט הנדל.

הוראות אלה של הדין המקומי. יתר על כן, המשקל של האפשרות להתקשרות עם הממונה על הרכוש הממשלתי בעסקאות אינו גובר על המשקל של הימנעות מפגיעה בקניין הפרט. זאת ככלל, ובפרט נוכח מאפייני העסקאות הנדונות.

כמה מאפיינים לחיי המסחר באזור בעסקאות אשר הממונה על הרכוש הממשלתי הוא צד להן, המקנים טעמים נוספים ומיוחדים שלא לקרוא אל עסקאות אלה תוקף קנייני. ראשית, כפי שציין בית המשפט בעניין אנג'ל, יש שרישומי המקרקעין באזור הם מורכבים או "לוקים בחסר", היינו אינם קיימים. זאת, בעיקר בשל התלייתם של הליכי הסדר הזכויות במקרקעין בידי המפקד הצבאי מאז כניסת כוחות צה"ל לאזור ועד לימינו, מכוח צו ההסדר. על כן לכאורה אפילו אם ינקוט הממונה את כל הכלים שלרשותו (והדבר הוא תנאי לתום ליבו), מוגבל הוא ביכולת ברור הזכויות בנכס עובר לקבלת החלטה על עסקה כשאינן מדובר במקרקעין מוסדרים. אין מסקנת הדברים היא כי יש לכוון במצב דברים זה תקנת שוק. ההפך הוא הנכון, כשאינן אפשרות להגיע לרמת ודאות גבוהה ביותר באשר לטיב הזכויות בעסקה שכורת הממונה, הרי שעל הממונה להבטיח בפני מי שהוא מתקשר עימו את חלוקת האחריות אם יתברר בדיעבד כי הקרקע לא הייתה לממונה בעת העסקה ועליו להשיבה לידי הבעלים.

זהו בדיוק הטעם שבשלו לא נקבע בדין הישראלי הסדר של תקנת שוק במקרקעין שאינם מוסדרים.<sup>196</sup> זוהי תוצאה מוצדקת גם בניתוח מנקודת המבט של תחרות זכויות. כפי שמציין חנוך דגן: "נראית בעיני ההלכה הפסוקה הנזוהרת מאוד לא להרחיב את תחולת סעיף 10 לחוק המקרקעין מעבר לתחום הזכויות הרשומות בפנקסי המקרקעין [...] שכן האיזון הראוי בתחרויות עם רישום מדינתי שונה מזה שראוי כי יחול בלעדי רישום כזה".<sup>197</sup> זהו מצב הדברים אף כאשר הרישומים בפנקס השטרות נעשים לאחר הליכי רישום מקרקעין שטרם נרשמו לפי סעיף 134 לחוק המקרקעין ועל בסיס הליך ראוי ומקיף.

בית המשפט העליון סירב להרחיב את תקנת השוק של סעיף 10 לחוק המקרקעין במצב שבו הקונה לא השלים את רישום הזכות על שמו.<sup>198</sup> בית המשפט סירב להרחיב את הגנת סעיף 10 למצב שבו הקונה לא הסתמך על רישום בשמו של המעביב.<sup>199</sup> בית המשפט קבע כי בשל חומרת התוצאה של תקנת השוק, כשמתעורר ספק כלשהו, על הקונה לערוך בדיקה ראויה של מצב הזכויות בטרם יקדם את העסקה.<sup>200</sup> כפי שציין דגן, הדרישה לבדיקה ראויה מצידו של הקונה מוצדקת גם מטעמי יעילות שכן הקונה הוא המונע הזול ביותר. כך, הענקת כיסוי ביטוחי לקונה בתנאי תקנת שוק מוגבלת לעסקאות שנרשמו שלהן מעניקה המדינה הגנה.<sup>201</sup>

196 ויסמן חוק המקרקעין, לעיל ה"ש 136, בעמ' 86-87.

197 דגן פרשת דרכים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 268, ה"ש 191.

198 למשל, עניין הרטפלד, לעיל ה"ש 11.

199 וראו החריג המצומצם בעניין להיגי, לעיל ה"ש 192, פס' 16; ראו בעניין מורדכיוב, לעיל ה"ש 31, פס' לב-לג לפסק דינו של השופט רובינשטיין, לתיחום החריג לכלל.

200 שם, פס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין בעלי מקצוע נכסים, לעיל ה"ש 134, בעמ' 840.

201 דגן פרשת דרכים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 279.

תקנת השוק של חוק המקרקעין הופכת אם כן את המדינה למבטחת את תקינות הרישום כמי שאחראית לניהול התקין של המרשם. אך כשאין מדובר בתקלה במרשם אלא בתקלה החיצונית למרשם, "הדין מטיל על הקונה – ולא על המדינה – את נטל הבדיקה ואת התוצאות של אי-עמידה נאותה בו".<sup>202</sup> הקריאה הקניינית של סעיף 5 לצו הופכת את הקערה על פיה: בעלי הנכסים הופכים למבטחיה של המדינה. אם התקשר הממונה בעסקה בעניין קרקע פרטית בשל תקלה שנפלה בפניו, תהיה התוצאה כי העסקה תקפה כלפי הבעלים. והרי כל כולה של תקנת השוק של סעיף 10 לחוק המקרקעין הוא להבהיר כי זהו אף פעם לא יהיה הכלל שהבעלים הנכון נהרף מפני המתקשר, ואפילו המתקשר תם הלב ובתמורה, אלא רק כאשר הפגם הוא במרשם שלו ערבה המדינה מתוך שאיפתה להביא לביצור הרישומים. בהתחשב בכך שבדין האזור אין אף תקנת שוק הדומה לסעיף 10 לחוק המקרקעין: שאני. כל זאת מחייב את דחיית תזת הערך הקנייני של סעיף 5 לצו.

### 3. תקדימים קודמים

כפי שציינתי לעיל, אחד מטעמי היועץ לפרשנותו הוא קיומו של תקדים מחייב בעניין מחצבות כפר גלעדי.<sup>203</sup> היועץ סבור כי בפסק הדין נקבע שסעיף 5 לצו קובע הסדר של מעין תקנת שוק, המתיישב עם פרשנותו לסעיף 5 לצו.<sup>204</sup> אולם בתיק זה לא התעוררה כלל שאלת זכות המתקשרים למול הבעלים הנכון. המשיבים, מחצבות כפר גלעדי, ביקשו להתנער מחובותיהם הכספיות כלפי הממונה בגין שימוש במקרקעין לצורכי חציבה על פי הסכם הרשאה בטענה כי המקרקעין אינם רכוש ממשלתי. הממונה טען כי אם ייתבעו המשיבים בידי הבעלים לפיצוי כספי בגין שימושם בקרקע, סעיף 5 לצו יעמוד להגנתם, היינו ביחסים שבינם לבין הממונה (בבחינת אפשרות להגיש הודעת צד ג כנגדו). לכן תביעתם להשבת הסכומים ששילמו מתוקף ההסכם אינה אלא ניסיון פסול להתעשר שלא כדין, אשר ניתן לחוסמו באמצעות סעיף 5 לצו.

בסיכומי הממונה בתיק זה נכתב כך: "ונוכח: אם אכן כפר גלעדי ובר-צור ייתבעו על ידי אותו צד שלישי הם יזכו להגנתו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי [...] כלומר, כפר גלעדי ובר-צור מבקשים להתעשר שלא כדין על חשבוננו של אותו צד שלישי נטען מבלי לצרף את אותו צד שלישי נטען [...] למעשה, כפר גלעדי ובר-צור מעלים נגד המדינה את הטענה המכונה 'יוס טרצי' (זכות צד שלישי). אולם, כידוע, דינה של טענת יוס טרצי – בוודאי במקרקעין – להידחות".<sup>205</sup> זוהי בדיוק הפרשנות הנכונה לסעיף 5 לצו, כפי שאראה בהמשך. בית המשפט קיבל בפסק הדין את עמדת הממונה וקבע כי אם סעיף זה יש לו נפקות ביחסים שבין הממונה למי שהתקשר עימו, די היה לממונה כי יראה שהעסקאות בינו ובין המתקשרים נעשו בתום לב, וכי בעת שנעשו סבר כי המקרקעין שבמחלוקת הם רכוש

202 שם, בעמ' 278.

203 עניין מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 58, פס' 13.

204 סיכומי המנהל בסאלחה, לעיל ה"ש 57, פס' 58.

205 סיכומים מטעם המערער בע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה והשומרון נ' מחצבות כפר גלעדי (הוגשו על ידי ד"ר חיה זנדברג, 24.12.2006) (העתק בידי המחברת) (להלן: סיכומי הממונה במחצבות כפר גלעדי).

ממשלתית.<sup>206</sup> תיק זה איננו המקרה החריג אלא בדיוק מסוג המערכות הנסיבתיות של שמן בא סעיף 5 לצו. המתקשר עם הממונה אינו יכול לפטור את עצמו מתשלום לממונה לאחר שרדה מדבש העסקה בטענה שהממונה איננו בעל הנכס. הממונה ישמר את תמורת העסקה בידו על מנת שיוכל לפצות את הבעלים הנכון. השבת התמורה למי שכבר התעשר מן ההסכם, כאשר יכולת החזרה של הבעלים הנכון אליו תהיה נחותה מחזרה אל הממונה, איננה ראויה. הממונה פטור מכוח סעיף 5 לצו מחובת השבה למתקשר עימו, שכן הוא עשוי להיתבע בידי הבעלים הנכון על שימוש בנכס, ואין הצדקה שהצד השלישי (המתקשר) ייהנה והוא יחסר. כיוון שהוא רשות ציבורית, ראוי יותר שהנפגע (הבעלים הנכון) יוכל לשוב אליו.

#### 4. היעדר התייחסות לשונית בצו לצד שלישי

לטעמו של היועץ המשפטי לממשלה, שתיקת סעיף 5 לצו בדבר מעמדם של צדדים שלישיים מחייבת בחינה של השאלה מהי מידת חוזקה של העסקה אל מול זכויות קניין של צדדים שלישיים.<sup>207</sup> אבחן עתה שאלה זו.

סעיף 5 לצו אינו עוסק בקונה, אינו עוסק בזכותו ואף אינו עוסק במעמדו של הבעלים הנכון. הסעיף עוסק בתוקפה של "עסקה" שעשה הממונה עם אדם אחר וקובע כי היא "תעמוד בתוקפה", היינו בין הממונה לאדם האחר. לפיכך אין הוא מקנה הגנה קניינית לרוכש או למתקשר. לעומת זאת בהסדרי תקנת שוק שיש עימם כוח קנייני להדוף את הבעלים הנכון כלפי הרוכש, מעמדו של הרוכש נקבע במפורש במסגרת ההוראה, ומובהר כי יש הגנה על זכותו כלפי כל העולם. ראו והשוו סעיפים 378 ו-1659 למג'לה, סעיף 14(4) לחוק ההסדר וסעיף 10 לחוק ההחזקה שעליהם עמדתי לעיל.<sup>208</sup> בהקשר של המשפט הישראלי ניתן להזכיר את ההוראות הבאות (ההדגשות הוספו – רל"ש):

- סעיף 10 לחוק המקרקעין: "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון".
- סעיף 5 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967: "נכסים נדים שמושכנו כשהיו בהחזקתו של הממשכן [...] יהיה כוחו של המישכון יפה לכל דבר, אף אם הממשכן לא היה בעל הנכסים או לא היה זכאי למשכנם, ובלבד שהנושה פעל בתום לב".
- סעיף 34 לחוק המכר: "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום לב".

206 ראו בדומה רע"א 9860/08 שני נ' המנהל האזרחי – הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש בא"י (פורסם בנבו, 18.6.2009); ע"א (מחוזי י-ם) 2108/08 הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור יו"ש נ' שני (פורסם בנבו, 6.10.2008); ע"א (מחוזי י-ם) 34172/02 ברק נ' פידלר (לא פורסם, 3.4.2003).

207 סיכומי המנהל בסאלחה, לעיל ה"ש 57, פס' 59.

208 ראו בתת-פרק 3.3 לעיל.



- סעיף 34 לחוק המכר (העוסק גם במקרקעין): "נמכר נכס על ידי בית משפט, לשכת הוצאה לפועל או רשות אחרת על פי דין, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בנכס, חוץ מזכות שלפי תנאי המכירה אינה מתבטלת ומזכות שאינה משמשת ערובה לחיוב כספי".
- סעיף 73 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965: "מי שרכש זכות בתום לב ובתמורה בסמכו על צו ירושה או על צו קיום שהיה בר-תוקף אותה שעה, או מי שקיים חיוב בתום לב בסמכו כאמור, אין לבטל זכותו או לחייבו שנית אף אם הצו תוקן או בוטל לאחר מכן".
- סעיף 83 לחוק הספנות (כלי שיט), התש"ך-1960: "רישום בפנקס הרישום אין בו משום ערובה לזכות קנין; אולם אם רכש אדם, בתום לב בתמורה, כלי שיט רשום או חלק ממנו או זכות רשומה בפנקס או זכות הנרשמת בפנקס ממי שהיה, לפי הרשום בפנקס, רשאי להעביר את כלי השיט או את החלק האמור או את הזכות או להעניק את הזכות, לא תיפסל הרכישה מחמת זה בלבד, שלמעביר או למעניק לא היתה, למעשה, הזכות להעביר או להעניק".
- סעיף 37(2) לפקודת השטרות [נוסח חדש]: "היה אוהז כשורה, הריהו אוהז השטר כשהוא נקי מכל פגם".

בכל הוראות אלה של תקנת שוק נקבע במפורש, במובהק ובבירור, כי לקונה המקיים את התנאים זכות יפה כלפי כל אדם אף אם המוכר היה חסר זכות. זכות שהיא נקייה וממורקת מכל זכות אחרת. זוהי דרישה אין בלתה מן המחוקק על מנת להפוך את הכלל הבסיסי שלפיו אין הבעלות עוברת מידי של הבעלים בשל מעשה מרמה או טעות. סעיף 5 לצו לא קובע כי כוחה של העסקה יפה כלפי כל אדם, היינו כלפי הבעלים הנכון. סעיף 5 לצו אינו קובע כי הוא מגן על הרוכש.

## 5. שיקול ההסתמכות של המתקשרים

כשהממונה קובע בחוזים שהוא עורך עם מתקשרים כי הדין שיחול על ההסכם הוא הדין הישראלי, או כי ההסכם יבוא לקיצו לפי קביעת הממונה, או כי ההסכם אינו חל על שטחים פרטיים הכלולים בו בגלל טעות, כפי שהוא נוהג לעשות,<sup>209</sup> הרי שתניות אלה מעצבות את מידתה, סוגה והיקפה של הסתמכות המתקשרים עימו. על כן טענות נוספות על האמור בחוזה אין להן על מה שיעמדו:<sup>210</sup> הזכויות החוזיות נקבעות לפי "מערכת הנורמות הפורמאלית המסדירה אותן".<sup>211</sup>

כפי שהצהיר הממונה פעמים רבות לפני בית המשפט, החוזים שערך, ובייחוד הסכמי ההרשאה עם ההסתצ"י, סובלים מפגמים מרובים בדיוקם, ויש שהם כוללים שטחים

209 ראו לדוגמה עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 172, בעמ' 585; לוי-שנור "אין אתונות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 28-29, 33; סיכומי הממונה במחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 205, פס' 35.

210 ע"א 2149/15 צפריה – מושב עובדים להתיישבות דתית שיתופית בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 15.8.2017); ע"א 8378/11 יגל – מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פס' 41 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 27.10.2016).

211 ע"א 463/18 קיבוץ חפציבה קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 5.3.2019).

פרטיים. אם חוסר דיוק עמוק ומקיף מאפיין את החוזים שעורך הממונה, הרי שלא ראוי שחוזים אלה יהוו בסיס חריג להחלת דין של תקנת שוק. כפי שאף ויניצקי מציין, נוכח היעדר רישום מקרקעין במקרים רבים, "הסיכוי לטעות בהחלטת הממונה אכן רב".<sup>212</sup> סיכון הטעות, סיכון האילוץ המדיני-בטחוני, ו"סיכון" החלת הדין הישראלי הם חלק ממערך ההסתמכות של המתקשרים עם הממונה שכן אלה הם סיכונים שהמתקשרים נוטלים על עצמם.

בהקשר זה, יש לזכור כי במרבית המקרים חוזי הממונה הם הסכמי הרשאה עם גורמים מיישבים ועם יחידים וחברות יהודיים. בפרט, הכוונה היא לעסקאות עם החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית. החטיבה היא הזרוע הביצועית של הממשלה לעניין התיישבות באזור יהודה והשומרון, היא "הוקמה לאחר מלחמת ששת הימים, בעקבות פניית ראש הממשלה המנוח לוי אשכול להסתדרות הציונית, לסייע לממשלה בקידום ההתיישבות בשטחים המוחזקים".<sup>213</sup> כפי שציין בית המשפט העליון בעניין גלאון:<sup>214</sup> "לא יתכן הברל ממשי מאשר אילו עשתה הממשלה עצמה את הפעולה".<sup>215</sup> זהות, ולמעשה אחדות אינטרסים כללית זו, משמעה כי מידת ההסתמכות של ההסתדרות הציונית על ההסכמים עימה מוגבלת ביותר, שכן בסופו של דבר היא משמשת זרוע לביצוע השליחות שנקבעה לממונה – ניהול רכוש ממשלתי בהקפדה על הגנת הקניין הפרטי.

## 6. תוצאות במישור הכלכלי

הועלתה טענה נוספת בעד פרשנות היועץ לסעיף 5 לצו, שלפיה ביטול זכויות המתקשרים יגרור "תביעות ענק" נגד הממונה. כמו כן נטען כי פרשנות היועץ היא לטובת בעלי הזכויות המקומיים, שכן הריסת בית ביישוב בשל גריעתו מגבולות ההכרזה המתוקנת לא תועיל לבעל הזכויות המקומי שלא יוכל לבנות על הקרקע או למכור אותה ליהודים (מצב הפסד כפול), ואילו הפעלת סעיף 5 כפרשנות היועץ תותיר את הבית על כנו ותזכה את בעל הזכויות בפיצוי (מצב רווח כפול).<sup>216</sup> לא בכדי לא הציג היועץ טעמים אלה.

הטענה בדבר תביעות ענק נטענת בעלמא. לממונה עומדות הגנות חוזיות נגד תביעות שכאלה. מכל מקום, עליו לשאת באחריות לתוצאות מעשיו, אם שגה, ולא להטיל אותן על בעל הקרקע שלא חטא בדבר ולא תרם להיווצרות התקלה. אחריותו כמנהל הרכוש הממשלתי היא לנהוג בזהירות ושלא ברשלנות. אם נהג, וכידוע כך נהג, להקצות מקרקעין ללא בירור ממצה של הזכויות בקרקע, הרי שהוא סיכן בודעין קרקע פרטית, ואם התממש

212 ויניצקי "תקנת השוק", לעיל ה"ש 18, טקסט ליד ה"ש 49.

213 בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.9.2017).

214 בג"ץ 3301/15 גלאון נ' סיעת הליכוד בכנסת ה-20 (פורסם בנבו, 29.6.2015).

215 שם, פס' טז, כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם ס' 6 לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952, אשר תוקן בחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ו-2015, ס"ח 312.

216 ויניצקי "תקנת השוק", לעיל ה"ש 18, טקסט ליד ה"ש 65.

הסיכון, עליו לשאת בו (או על המתקשר עימו אם נטל על עצמו את הסיכון הזה) ולא להטיל את תוצאותיו על מי שלא הסתכן בבחינת לא מדובשו ולא מעוקצו. הטענה בדבר הגנה על בעל הזכויות היא צינית. לבעל הנכס הזכות לבחור מה יעשה ברכושו. הפקת פירות מרבית אינה בהכרח מימוש רצונו של הבעלים, שאולי יעדיף להעמיד את הקרקע ריקה ולא שתשמש למטרה שהוא מתנגד לה או באופן שאינו משמר את הקרקע לצרכיו. אם כפי הטענה תימנע מהבעלים אפשרות הבנייה על הקרקע (הכוונה כנראה בשל סמיכות ליישוב יהודי), הרי שמניעה זו חייבת להיות מעוגנת בחוק ובפיצוי כשלעצמה. שהרי אם הקרקע משמשת לבנייה או לכל שימוש אחר, מדוע ששימוש זה לא יהיה נתון גם לבעלים הנכון? יש עוד להוסיף כי בשימוש בסעיף 5 לצו לא מוענק לבעלים כל פיצוי, ולכן הטענה גם אינה נכונה.

## ה. פרשנותו הראויה של סעיף 5 לצו

### 1. הצגת הפרשנות

סעיף 5 לצו קובע כי ביחסים שבין הצדדים הישירים לעסקה היא תעמוד בתוקפה אף אם התברר כי המקרקעין אינם רכוש ממשלתי. מאי נובע מכאן? כי "כאשר המוכר לא היה רשאי להקנות בעלות, הוא הפר בכך את חיובו כלפי הקונה", אמרו בהקשר של יחסי קונה ומוכר דניאל פרידמן ונינה זלצמן.<sup>217</sup> במצב דברים זה עומדת לקונה האפשרות לבטל את החוזה משום הפרתו היסודית ולדרוש פיצויים בגין ההפרה. מנגד, הקונה רשאי לשמור את החוזה בתוקפו, אך גם במצב זה עיקר השאלה יהיה בתחום הפיצויים. מעמידתה של העסקה בתוקפה אין נובע כי היא ניתנת לאכיפה, שהרי אכיפתה אינה אפשרית אם הנכס אינו בידי הממונה. מה שכן נובע הוא כי בכפוף להוראות החוזה, תהיה למתקשר עם הממונה זכות לפיצויים אף על פי שהחוזה, ביסודו, הוא לא חוקי.<sup>218</sup>

ודוק, בעת חקיקת הצו לא היה בנמצא ההסדר של תוצאות החוזה הלא חוקי הקבוע בחוק החוזים (חלק כללי),<sup>219</sup> והיה צריך להבהיר כי אף על פי שלממונה לא הייתה זכות בנכס, אם פעל בתום לב הרי שהחוזה הלא חוקי יכול לשמש מקור להטיל עליו חיובי פיצויים או השבה כלפי מי שהתקשר עימו (בניגוד לכלל *ex turpi causa non oritur action*, מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה). על כן לפי סעיף 5 לצו, ייתכן כי לא תחול על הממונה חובת השבה של התקבולים שקיבל בגין הקצאת הנכס למתקשר עימו אף על פי שלא הייתה לו למעשה הזכות לגבותם, אך כן ייתכן כי תחול עליו חובת פיצוי למתקשר. כך

217 דניאל פרידמן ונינה זלצמן "תקנת השוק והשפעתה על יחסי מוכר-קונה" עיוני משפט ה' 122, 126 (1976). ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 161. כן ראו מנחם מאוטנר "תחרות זכויות": השפעת החוק, נפתולי הפסיקה ויחסי האקדמיה ובית המשפט" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 331 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

218 שכן לממונה אין הכוח להתקשר בחוזים בעניין מקרקעין פרטיים. כיוון שמדובר בממונה שפעל בתום לב, אי-החוקיות אינה מטרת החוזה. האמור כאן נכון גם לעניין ס' 10(א) לצו רכוש נטוש. ראו עוד להלן, טקסט סמוך לה"ש 236.

219 ס' 30, 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

בדיוק היה בעניין מחצבות כפר גלעדי. ממונה שנהג בתום לב אינו צריך להשיב למתקשר עימו את התמורה שנתן. שני שיקולים לכך: מחד גיסא למתקשר עם הממונה אין זכות להתעשר ולהשתמש בנכס ללא תמורה, ומאידך גיסא ממונה שלא נהג בתום לב אינו רשאי לטעון כלפי המתקשר עימו כי הוא פטור מחובת השבה בשל הפסול שנפל בהתנהגותו. דומים הדברים למצב שבו התקשרה רשות מקומית עם יזם פרטי אגב פרויקט פיתוח. לימים התברר כי הסכמים ממין זה אינם חוקיים. כעת מבקש היזם את השבת התמורות שהעניק לרשות. אמר על מצב דברים זה בית המשפט: "קשה להלום כי לאחר שהמערערת רדתה את כל הדבש מהסכם הפיתוח [...] היא תחזור לקופה הציבורית בתביעת השבה".<sup>220</sup> בהקשר שלנו השיקול הדומיננטי כאן איננו צדק בין הצדדים, שכן לממונה אין הזכות להפיק פירות מהקרקע שאינה בידו. השיקול הוא כאמור שיש חשש שהתעשרות המתקשר תבוא על חשבון הממונה אשר לימים ייתבע בידי הבעלים לפיצוי, ולא יהיה לו מקור להיפרע מכך אף על פי שלא נהנה מהרכוש, או על חשבון הבעלים, אשר המתקשר עם הממונה השתמש ברכושו ללא רשותו.

פועלו של סעיף 5 לצו נועד להביא לדחיית טענות מצד מי שהתקשר עם הממונה ומבקש להתנער מחובות העבר שלו כאשר התברר בדיעבד כי המקרקעין אינם רכוש ממשלתי. משכך, סעיף 5 לצו פועל לדחיית טענת יוס טרצי (ius tertii).<sup>221</sup> זאת ועוד, לפי כללי המשפט המקובל, "שוכר, אשר נאלץ למסור את המושכר לשלישי, שהוא בעל הזכות העליונה בנכס (eviction under title paramount), פטור מחובותיו כלפי בעל הנכס. טענה זו בפי השוכר מהווה אף היא חריג למניעות הקיימת בין שוכר-משכיר בדבר זכותו של המשכיר בנכס".<sup>222</sup> כפי שנפסק, לפי הכללים האנגליים "טענת פינוי על-ידי בעל הזכות העילית מהווה הגנה בפני התחייבויות הקשורות לתשלומי השכירות או להפעלתו הרגילה של הסכם השכירות".<sup>223</sup> מסעיף 5 לצו עולה כי חריג זה מפני תוקפם של חיובי השוכר אינו מביא לידי איון הזכויות והחובות בין המשכיר לשוכר אף על פי שחלה חובת פינוי בידי בעל הזכות העילית.

מהי אם כן המשמעות של סעיף 5 לצו שלפיו העסקה "תעמוד בתוקפה"? משמעות הדברים היא כי הממונה אשר אינו יכול עוד להותיר את הקרקע בידי המורשה חייב לפצותו על חוסר היכולת לקיים ולאכוף בעין את התחייבויותיו.<sup>224</sup> במילים אחרות, אין בסעיף 5 לצו כדי לשמש בסיס לאכיפת החוזה. עם גילוי העובדה כי הנכס איננו רכוש ממשלתי הפכה

220 ע"א 974/13 רמת נילי בע"מ נ' מועצה מקומית זכרון יעקב, פס' 16 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2.4.2015), בעקבות ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה (פורסם בנבו, 27.6.2011).

221 לעניין דחיית טענות יוס טרצי במשפט הישראלי, ראו רע"א 5518/98 יוסף נ' עוקשי, פ"ד נה(3) 294 (2001). כן ראו ס' 54 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש].

222 פרידמן וזלצמן, לעיל ה"ש 217, בעמ' 132, ה"ש 50 (ההדגשה הוספה – רל"ש).

223 ע"א 497/71 גוטשלק נ' שורץ, פ"ד כו(2) 687, 692 (1972) (ההדגשה הוספה – רל"ש).

224 שאלה שצריכה להתעורר היא אם החיוב הזה מוטל על הממונה מקופת האזור או על מדינת ישראל. התשובה לשאלה זו טמונה בין השאר בשאלה אם הממונה נהג לפי כללי המשפט הבין-לאומי כאשר ביצע את העסקה, ואם התקבלה בגין העסקה תמורה ריאלית ששימשה לצורכי האזור. מכל מקום, הדיון בשאלה הוא מחוץ לתחומי מאמר זה.

אכיפת החוזה לבלתי אפשרית בנסיבות העניין. כיוון שיש צד הנפגע מכך, מי שהתקשר עימו, חלה על הממונה חובת פיצוי לפי סעיף 5 לצו או לפי ההסדר שנקבע ביניהם. סעיף 5 לצו קובע כי בנסיבות אלה אין בעצם היות מקרקעין פרטיים כדי להוות nullification של חיובי הממונה לפי החוזה אם כי אכיפתו בעין הפכה לבלתי אפשרית. על כן חלה על הממונה החובה לפצות את מי שהתקשר עימו, לפי תנאי החוזה. לטעמי אם התנה הממונה על סעיף 5 לצו בחוזה, ונקבע כי אם יתברר שהקרקע היא פרטית לא תחול עליו חובת פיצוי, ההתניה עומדת, שכן המתקשר עם הממונה היה מודע לסיכון והסכים לו.

כמו כן, כפי שגם נטען בעניין מחצבות כפר גלעדי, מכוח סעיף 5 לצו המתקשר עם הממונה אינו זכאי להשבת התשלום ששילם לו בגין השימוש בקרקע. תשלום זה צריך לשמש את הממונה לפיצוי הבעלים הנכון.<sup>225</sup> לפיכך אם הבעלים הנכון תובע את המתקשר לפיצוי על השימוש שעשה בנכס, המתקשר רשאי לבקש להפנות את התביעה אל הממונה, שכן מנקודת מבטו של המתקשר החזקתו בקרקע הייתה כשורה, על פי הסכמה של מי שנחזה להיות בעל הזכות.<sup>226</sup> כך, ביחסים שבין הצדדים לעסקה קובע סעיף 5 לצו (אם לא הותנה עליו) את תוצאת הגילוי כי המקרקעין אינם למעשה רכוש ממשלתי.

אם התברר לממונה כי המקרקעין אינם רכוש ממשלתי, וכי התקשר בעניינם בשל שגגה, אין משמעות הדברים היא כי יש בידו להוסיף ולהמשיך במתן הרשות לאחר להשתמש בה. זהו מיסודות שלטון החוק, ומחובת הכיבוד של קניין הפרט מצד הרשות השלטונית, ודאי הרשות הפועלת לפי כללי המשפט הבין-לאומי, ובכללם תקנות האג 43 ו-46, כי על הממונה לפעול לאלתר להפסקת הרשות להשתמש בקרקע. דומה הדבר, שוב, למצב שבו נודע לרשות השלטונית כי הסכמים שערכה עם יזמים אינם חוקיים.<sup>227</sup> אף אם היזם עצמו אינו טוען נגד ההסכם, על רשות המחויבת לשלטון החוק להביא לסיומו של ההסכם. ניתן גם לקרוא אל החוזה תנאי מכללא המחייב את הממונה שלא לקיים את חיובו כלפי המתקשר אם מתברר כי המקרקעין הם פרטיים, שכן הקצאתה של קרקע פרטית היא כמובן לא חוקית. אין בחוזה כדי לגבור על הוראות החוק.<sup>228</sup> קריאת תנאי מכללא כאמור נדרשת על מנת להבטיח כי הרשות השלטונית תקיים את חובותיה לפי דין, בהינתן שהאינטרס הנפגע הוא שלטון החוק והוא לבדו. אולם בהקשרנו לא רק שלטון החוק נפגע מהמשך ההחזקה, ובייחוד הפיתוח, של מקרקעין שהתברר שבעניינם כי אין הם רכוש ממשלתי: גם האינטרס של בעל הנכס עצמו נפגע, אשר כפי הנראה יש מניעה המעכבת בעדו מלטעון נגד תפיסת נכסו. אי-התנגדותו של הבעלים להמשך תוקפו של ההסכם הלא חוקי אין בה כדי להצדיק את פעולתו של הממונה: חובתו של הממונה לחדול. כפי שנאמר, "אין בהתחייבות חוזית

225 ראו בתת-פרק ד.3 לעיל.

226 ראו גם Felice Morgenstern, *Validity of the Acts of the Belligerent Occupant*, 28 BRIT. Y. B. INT'L L. 291, 309 (1951).

227 כפי שהיה, למשל, לאחר פסק דין בעניין דירות יוקרה, לעיל ה"ש 220.

228 ראו בג"ץ 341/80 דוויק נ' מנהל שירותי הדואר, פ"ד לה (2) 197 (1980).

כדי לפטור את הרשות מקיום חובותיה על-פי דין,<sup>229</sup> וכן התחייבות שנוטלת הרשות לאי-מילוי חובה סטטוטורית "מנוגדת לטובת הציבור והיא בטלה מעיקרה".<sup>230</sup> בדומה לזה עורר השופט רובינשטיין את הקושי להישען על הכלל בדבר דחיית טענת יוס טרצי כבסיס להמשך השכרת המקרקעין בידי המחזיק שלא כדין או כבסיס לתביעת פיצוי בגין אובדן דמי שכירות מפולש מאוחר,<sup>231</sup> בהתבססו על עמדתו של יהושע ויסמן שלפיה "הפולש לנכס מחזיק בנכס בהחזקה צרופה, שאין מתלויים לה יסודות אחרים מעין אלה המצויים, דרך משל, בשכירות או במציאה".<sup>232</sup> בהקשרנו יש להוסיף עוד כי בניגוד להסדר שבחנ"ג ובחנ"ג, אין מסורה לממונה הסמכות שיש לאפטרופוס לפי חוקים אלה בסעיף 18(א) או 11(א), בהתאמה.

\*\*\*

ביום 13.12.2018 הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי בכוונתו לפעול במסלול מנהלי לשם מתן הכשר מעשי להשתמש בקרקע שהתברר כי אין היא רכוש ממשלתי, אם אין לה תובעים. פעולה זו מצדיק היועץ בסעיף 5 לצו.<sup>233</sup> עמדתו זו נובעת בהכרח מתפיסתו בדבר המשמעות הקניינית של סעיף 5 לצו. משנפלה אבן ראשה זו, נפל הבניין כולו. קביעתו של היועץ כי תוכניות מתאר בשטח כזה יעמדו בתוקפן, ויהיה אפשר לקדם בהן תכנון חדש שאין בו צפי להוספת בעלי זכויות חדשים במקרקעין, ואולי גם, בכפוף לבחינה, קידום בנייה חדשה והקצאה חדשה – אינה יכולה להיות בתוקף.<sup>234</sup> עמדה משפטית זו היא חתירה תחת כלל היסוד של הגנה על זכות הקניין הפרטית באזור. בשל עמדה זו הופך סעיף 5 לצו לפי הפרשנות שנתן לו היועץ לתיקון בדין האזור המיועד להביא להתעשרות שיטתית של השלטון הצבאי וארץ האם שלו על חשבון תושבי האזור. תוצאה זו סותרת את פסקי הדין אבו עיטה ואל נאזר כמו גם את החובה החוקית המוטלת על הממשלה ובייחוד על השלטון הצבאי.

הדברים אמורים ביתר שאת כאשר זוכרים אנו את חובתו המקבילה של מי שמשמש ממונה על רכוש ממשלתי: היותו גם הממונה על הרכוש הנטוש.<sup>235</sup> בהערת אגב: יש כאן ניגוד אינטרסים פסול – כיצד ייתכן כי מי שנדרש לשמור על רכוש הפרט הוא גם המבקש להשתלט עליו לאחר שנודע לו כי הוא פרטי?!

טלו לדוגמה את מצב הדברים הזה: בעלים של קרקע אינו מצוי באזור בהיותו נעדר ממנו. על הממונה על הרכוש הנטוש מוטלת החובה לשמור עבורו על הנכס עד שישוב.

229 ע"א 394/82 מיזלר נ' המועצה המקומית נשר, פ"ד לז(4) 42, 48 (1983).

230 בג"ץ 30/51 בלבן נ' עיריית תל אביב, פ"ד ו 257, 260 (1952).

231 בע"מ 523/14 פלוני נ' פלוני, פס"י לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.3.2014); כן ראו

ע"א 4438/15 סלמה נ' משטרת ישראל, פס" 27 (פורסם בנבו, 26.2.2017).

232 יהושע ויסמן דיני קניין – החזקה ושימוש 126 (2005).

233 סיכום משלים של היועץ, לעיל ה"ש 10.

234 מחוות דעת היועץ לא ברור אם יש בכוונתו לקיים שימוע לבעלים, אך מודגש שם הצורך בקיום הליך מנהלי מהיר. אימתן הזדמנות ראויה להישמע פוגע בתוקפו ובמידתיותו של ההסדר. ראו בג"ץ זיאדה,

לעיל ה"ש 50.

235 לפי צו רכוש נטוש.

חובת השמירה היא משמורנית בטיבה ומחייבת גם פיקוח על שלום הנכס וגם על הימנעות משימוש בו אלא לטובת האינטרסים של בעל הרכוש ללא שקילה של כל אינטרס זר.<sup>236</sup> כעת, לפי הודעת היועץ, אף כאשר יהיה לממונה על הרכוש הממשלתי ברור כי המקרקעין אינם רכוש ממשלתי אלא רכוש פרטי, ייגש הוא להכשיר את המשך ההשתלטות הלא חוקית על נכס זה? שהרי, אם הבעלים אינם ידועים, היינו לאחר שנעשה מאמץ לברר את זהותם ומאמץ זה כשל, הנכס הוא בחסות ובאחריות של הממונה על הרכוש הנטוש. אם מורה היועץ לממונה להעמיק את אחיזתו בנכס זה, הרי הוא מטיל עליו את החובה להפר באופן החמור ביותר את חובותיו כממונה על רכוש נטוש.

עולה מכאן המסקנה כי לא רק שעל הפרשנות הקניינית לסעיף 5 לצו ליפול, אלא יש גם לסגת מן ההחלטה לנקוט "פעולה ממשלתית יזומה לבחינה ולאישור מהירים של תאי השטח בהם מתקיימות ראיות מנהליות לתחולתו של סעיף 5 לצו".<sup>237</sup>

## 2. תנאים לתחולתו של סעיף 5 לצו

כאמור לעיל, לסעיף 5 לצו יש לייחס משמעות התקפה ביחסים שבין הממונה למתקשר, וביניהם בלבד. אין בו ואין לו כוח קנייני כלפי הבעלים הנכון. על מנת להשיג את תוצאותיו ביחסים שבין הממונה למתקשר צריכים להתקיים התנאים הנקובים בו: עסקה; שנערכה בתום לב; במקרקעין שהממונה חשבם לרכוש ממשלתי. כמה הערות קצרות על כך.

### עסקה

על מנת לעמוד על המונח "עסקה" המצוי בסעיף 5 לצו אך אינו מפורש בו, יש להשיב על השאלות האלה:

1. עם מי העסקה?
2. האם עסקה שלא הסתיימה ברישום אינה אלא התחייבות לעשיית עסקה?
3. האם עסקה היא בנוגע לזכות קניינית בלבד (מכר, שכירות, זיקת הנאה, משכנתה או זכות קדימה)?
4. האם עסקה מחייבת תמורה?

אשר לשאלה "עם מי העסקה": מלשונו של סעיף 5 לצו עולה כי כוחה, ככל שהוא עומד לה, נוגע לעסקה שבין הממונה על הרכוש הממשלתי לאדם אחר.<sup>238</sup> חוזה בין גוף מיישב לבין מתיישב איננו עסקה. הסתמכות של צד ג על החוזה עם הממונה חייבת להתבסס על קיומו של חוזה בינו לבין הממונה.

אשר ליסוד הרישום: כאמור לעיל, רישום עסקה בקרקע מוסדרת הוא תנאי לתוקפה. אף משנרשמה העסקה, אין בהשלמת העסקה ברישום כשלעצמה כדי להקנות למי שנרשם

236 ראו עניין דג"ץ זיאדה, לעיל ה"ש 50; עמיר ליכט "נאמנים פצעי אוהב – ניגוד עניינים תום לב ושיקולים זרים בהפרת חובת אמון" נקודה בסוף משפט (26.11.2017). <https://tinyurl.com/w2pdmf9>.

237 סיכום משלים של היועץ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 4.

238 השוו לעניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 88, בעמ' 20.

חסינות כנגד הבעלים הנכון. עם זאת משנרשמה העסקה ונעשתה בנייה או הקמת מחוברים העולים על שווי הקרקע, כי אז עשוי המחזיק הרשום לגבור על הבעלים הנכון. עסקת מכר או חכירה במקרקעין מוסדרים היא אם כן פעולה המושלמת ברישום.<sup>239</sup> כל עוד לא נרשמה, אין היא אלא התחייבות לעריכת עסקה שהאמור בסעיף 5 לצו אינו חל עליה.

לפי תחיקת הביטחון, כל עסקה במקרקעין מסוימים, היינו מקרקעין שחל עליהם הצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים, טעונה רישום במרשם ההרשאות.<sup>240</sup> זאת ועוד: "עסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה ואולם לא יהיה לה כל תוקף לגבי הממונה".<sup>241</sup> המקרקעין שבעניינם חל צו הרישום הם מקרקעין שחל עליהם הצו בדבר רכוש ממשלתי ומקרקעין שנתפסו לצרכים צבאיים או שנרכשו לצורכי ציבור שיוגדרו בצו בידי מפקד האזור. לפי צו מפקד האזור,<sup>242</sup> הוראות צו הרישום חלות על המקרקעין מן הסוגים המפורטים והנמצאים בתחומו של יישוב ישראלי.<sup>243</sup>

היוצא מן האמור לכאורה שכשעסקינן בעסקה, ובכלל זה בהרשאה, בדבר מקרקעין אשר ביישוב ישראלי, הרי עד שלא נרשמה היא אינה אלא התחייבות לעריכת עסקה, ומכל מקום היא אינה תקפה כלפי הממונה אם לא נרשמה.<sup>244</sup>

על כן הן מצו הרישום אשר למקרקעין מסוימים והן מחוק ההסדר אשר למקרקעין מוסדרים, עולה כי עסקה מושלמת ברישום. כך, אף לפי סעיף 10 לחוק ההחזקה העוסק במצב של תחרות זכויות של מחזיק שנרשם (וכך אף לפי סעיף 14(4) לחוק ההסדר). מכאן שעסקה שלא הסתיימה ברישום אינה אלא התחייבות לעשיית עסקה, והאמור בסעיף 5 לצו אינו חל עליה.<sup>245</sup>

היועץ טען במענה לטענה זו כי הטלת חובת רישום תצמצם מאוד את קשת המקרים שבהם ניתן להחיל את הסעיף עד כדי הפיכתו ל"אות מתה", שכן ברגיל עסקאות באזור אינן מסתיימות ברישום, ועל סעיפי החוק "לשקף באופן נאמן את הדרך בה השוק פועל".<sup>246</sup>

239 ראו בתת-פרק 3.ג לעיל.

240 ס' 4(א) לצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים (יהודה והשומרון) (מס' 569), התשל"ה-1974 (להלן: צו הרישום).

241 שם, בס' 4(ב). לפי ס' 4(ג) לצו הרישום, התחייבות לעשות עסקה טעונה מסמך בכתב. "עסקה", לפי האמור בס' 1 לצו, היא "הקנייה של זכות במקרקעין לפי רצון המקנה, לרבות הרשאה"; "הרשאה" היא "הרשאה להשתמש במקרקעין הניתנת על ידי הממונה מכוח הסכם הרשאה". היינו, על מנת שהמונה "עסקה" יכלול הרשאה, יש לעשות כן במפורש.

242 צו מפקד האזור יהודה והשומרון מיום 9.12.1979.

243 יישוב שתחומיו נקבעו או ייקבעו בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979, או בתקנות שהוצאו או יוצאו על פיו (וכן בצו בדבר ניהול מעלה אדומים).

244 אשר ל"מקרקעין מסוימים" יש לפרש את האמור בס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי בכפוף לדין המאוחר יותר, של צו הרישום. כך, אשר למקרקעין מסוימים, עסקה שהושלמה ברישום במרשם ההרשאות תקפה כלפי הממונה, ומכוח ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, היא תקפה גם אם יתברר שהמקרקעין לא היו רכוש ממשלתי. גם ההפך הוא הנכון: עסקה שלא הושלמה ברישום במרשם ההרשאות אינה אלא התחייבות לעריכת עסקה, והיא אינה תקפה כלפי הממונה. ממילא לא יחול עליה ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.

245 השוו עניין הרטפלד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 868-869; עניין להיגי, לעיל ה"ש 192; עניין מורדכיוב, לעיל ה"ש 31.

246 סיכומי המנהל בסאלחה, לעיל ה"ש 57, פס' 70.



כבר הסתייגתי מהטיעון החוזר בדבר החשש מפני "אות מתה". עוד יש לומר כי לא על סעיפי החוק לשקף נאמנה את הדרך שבה השוק פועל, אלא על הממונה לפעול נאמנה לפי סעיפי החוק. אם קובע החוק כי הוא חל על עסקה, ועסקה שלא הסתיימה ברישום היא התחייבות לעשיית עסקה, על הממונה להתאים את עצמו. קיומו של מרשם הרשאות במקומות אחדים בלבד עומד לפתחו של הממונה; הוא אינו יכול להיבנות מהיעדרו על גבו של בעל הרכוש.

אשר לשאלת טיב העסקה: לפי צו הרישום נקבע במפורש כי במקרקעין מסוימים עסקה כוללת הרשאה להשתמש (אך כאמור מותנית ברישום). על כן כשמדובר בהרשאה להשתמש במקרקעין מסוימים, הריהי התחייבות לעריכת עסקה כל עוד לא נרשמה. בצו בדבר רכוש ממשלתי לא הוגדרה עסקה ככוללת הרשאה. אם מדובר בהרשאה לשימוש, שהיא למעשה זכות חכירה, הריהי כפופה במקרקעין מוסדרים לחובת הרישום. אם מדובר בהרשאה להקמת היישוב וביסוסו במובן של תכנון ושיווק, הרי שאין היא עסקה במקרקעין במובן הקנייני, ואין היא מקנה זכות שימוש בקרקע.<sup>247</sup>

אשר לשאלת התמורה: הצו אינו קובע כך או אחרת. אך לכל הפחות ראוי להתייחס למונח "עסקה" כפשוטו – העברה, טרנסקציה, של זכות בתמורה. הממונה על הרכוש הממשלתי אינו מוסמך להעניק קרקעות ללא תמורה או ללא תמורה הולמת. פעולה שכזו תהיה בחריגה מחובתו לשמור על הרכוש הציבורי לתועלת התושבים. עסקה שאינה כוללת תמורה ראוייה איננה יכולה להיחשב לעסקה.<sup>248</sup>

### שנערכה בתום לב

היסוד הבא בסעיף 5 לצו הוא יסוד תום הלב. כאמור, על העסקה להיעשות כאשר הממונה פועל בתום לב. המועד הרלוונטי לתום הלב הוא במועד עריכת העסקה. תום הלב צריך להתמשך עד להשלמת העסקה, ובכלל זה עד להשלמת רישומה במרשם על שם צד ג אם רישום נדרש כאמור לעיל. דרישת תום הלב חלה על שני הצדדים לעסקה, היינו תום לב כפול.

מהו המבחן לתום הלב? השאלה היא שאלה פרשנית. ייתכן שהיא מעידה על רף גבוה ואובייקטיבי.<sup>249</sup> רף נמוך יותר דורש מן הממונה לנהוג בתום לב סובייקטיבי, היינו הבחינה

247 השוו עניין יגל, לעיל ה"ש 210. ראו גם ע"א 513/82 רייזמן נ' ורשצ'ין, פ"ד לז(2) 813 (1983).  
248 השוו עניין עיזבון מראד (לעיל ה"ש 87, פס' 6ג) לפסק דינו של השופט הנדל), שם צוין בהקשר של ס' 17 לחנ"ג, כי "אמנם, תקנת השוק הקבועה בסעיף אינה דורשת קיומה של תמורה בעסקת מכירת המקרקעין, אולם ס' 19(א)(1) לחנ"ג קובע שעל האפוטרופוס חובה למכור המקרקעין ב'מחיר שאינו פחות משווי הרשמי של הנכס'". ראו גם עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 88, בעמ' 25; רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן, פ"ד נג(1) 481, 500 (1999); דגן פרשת דרכים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 204, ה"ש 18; איל זמיר "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד (ת"א (ת"א) 339/90 United States of America נ' כנען)" משפטים כו 359 (1996).

249 ראו ערר (איר"ש) 121/15 צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש, פס' 3 לפסק דינה של השופטת קאופמן (פורסם בנבו, 28.2.2017). בתיק זה הממונה לא טען לתחולתו של ס' 5 לצו ("חשוב להדגיש כי ב"כ הממונה לא ביקש כלל להסתמך על ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי לצורך ההכרעה בערר" (ראו שם, פס' 4)). כן ראו עניין אלבינא, לעיל ה"ש 160; זמיר אדמות המדינה, לעיל ה"ש 130, בעמ' 31.

היא של אמונתו של בעל הסמכות. אולם אף אם תום הלב הוא סובייקטיבי, אמת המידה הנדרשת צריכה להיות קפדנית.<sup>250</sup> אף לפי הסטנדרט הנמוך יותר התעלמות מסימני אזהרה מחשידים, ועצימת עיניים שוללת את תום הלב.<sup>251</sup> כך גם באשר לאי-קיום הוראות החוק.<sup>252</sup>

על הממונה המבקש לטעון לתום לב להראות את ההליכים שקדמו לעסקה: עליו להצביע על תרשומת, על זיכרון דברים או על מסמכים אחרים המפרטים את הנימוקים להתייחסותו אל הנכס כאל רכוש ממשלתי.<sup>253</sup> תום הלב שיש לבחון הוא תום ליבו של הממונה כמוסד ולא תום ליבו של האדם שביצע את הפעולה המסוימת בנכס.<sup>254</sup> על הממונה להראות כי פעל לבטל, או לכל הפחות לצמצם, את הסכנה שהנכס מושא העסקה איננו רכוש ממשלתי.<sup>255</sup>

לפי הצו בדבר רכוש ממשלתי, רכוש ממשלתי נמנה עם אחת משלוש קטגוריות: (א) רכוש השייך, רשום על שם, או מוקנה למדינת אויב או לתאגיד שלמדינת אויב זכות בו; (ב) מקרקעין שנרכשו לצורכי ציבור; (ג) רכוש שבעליו ביקש מהממונה לנהלו והממונה הסכים לכך. על מנת שיוכל הממונה לחשוב בתום לב כי רכוש שנעשית על ידו עסקה או התחייבות לעשיית עסקה הוא אכן רכוש ממשלתי, עליו לבדוק בדיקה סבירה כי הרכוש הנדון נופל באחת מהקטגוריות המנויות לעיל. לצורך כך בחינה מינימלית שתהיה בסיס לתום לב (סובייקטיבי) תהיה בדיקת תיק הממונה ובדיקת מרשם המקרקעין.<sup>256</sup> כמו כן אם בקטגוריה השנייה של רכוש ממשלתי עסקינן, נדרשת נוסף עליה בחינת מידת התאמתו של צו הרכישה למקרקעין שבעניינם נעשית העסקה, כאשר צו הרכישה הוא הראיה היחידה להיות המקרקעין רכוש ממשלתי. אם לא לפני אז אחרי: לאחר ביצוע העסקה על הממונה לבדוק את מצבת הזכויות בנכס על מנת לעמוד בדרישת תום הלב.<sup>257</sup>

### חשבו לרכוש ממשלתי

אשר ליסוד "רכוש ממשלתי" יש להדגיש כי כאמור בצו בדבר רכוש ממשלתי לא הוגדרו מקרקעין שנתפסו לצרכים צבאיים שלא מכוח דיני הרכישה בכלל הרכוש הממשלתי. אך כך נעשה במפורש בצו הרישום (נעשה שימוש בווי"ו החיבור בין שתי הקטגוריות). ניתן ללמוד אם כן, שמקרקעין שנתפסו לצרכים צבאיים אינם בכלל "רכוש ממשלתי" לצורך סעיף 5

250 השוו עניין עיזבון מוסא, לעיל ה"ש 87, בעמ' 176; ע"א 6858/99 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' טברי, פ"ד נח(4) 577, 581 (2004). ראו גם דגן פרשת דרכים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 268.

251 ראו עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 88, בעמ' 21.

252 השוו ע"א 1501/99 דיני נ' משרד האוצר, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 20.12.2004).

253 ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון אלעבסי, פ"ד נג(4) 730, 745–746 (1999).

254 שם, בעמ' 745.

255 שם, בעמ' 745–746.

256 ראו גם עניין צלאח, לעיל ה"ש 249, פס' 2 לפסק דינו של השופט עאמר. מעניין כי בעניין אנג'ל (לעיל ה"ש 6, פס' 164), בחר בית המשפט להביא דווקא מדבריו של שופט המיעוט בעניין צלאח (שם) שהסטנדרט הנדרש הוא סובייקטיבי.

257 עניין א.ל.ע.ד, לעיל ה"ש 253, פס' 24 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

לצו. סוגיה זו הייתה רלוונטית לעניין אנג'ל, שם המקרקעין נחשבו לרכוש ממשלתי משום שנחשבו בעיני בית המשפט לתפוסים בתפיסה צבאית.<sup>258</sup> מכל מקום, אשר למקרקעין שהם רכוש ממשלתי, על המתקשר עם הממונה לדעת כי מעמדו הזמני של הממונה מחייב את זמניותה של ההרשאה שניתנה לו. קשה, בלתי אפשרי למעשה, להלום כיצד מתיישבת זמניות התפיסה הלוחמתית של האזור, שזמניותה היא בבסיס חוקיותה, עם שלילת זכויות הקניין הפרטיות מכוח סעיף 5 לצו לפי פרשנות היועץ. כאמור, הקצאה של קרקע בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית חייבת להיות כפופה לזכות ביטול חד-צדדית של הממונה, שאם לא כן זמניות התפיסה תושם לאל.<sup>259</sup>

## 1. סיכום

השאלה הפוליטית הרחבה הנוגעת למעמדו של האזור ולשאלה אם ובאיזה אופן על זמניות התפיסה להסתיים, היא מחוץ לגדרי דיונונו כאן. ייתכן כי במבט היסטורי של יישוב כולל של הסכסוך, לחלוף הזמן ולהשתנות הנסיבות ולאופן שבו מוחזקת הקרקע בפועל, יש לתת משקל הגובר על שיקולים קנייניים רגילים.<sup>260</sup> אולם אם לשאלות גדולות אלה אין תפקיד בעת הנוכחית, ההתפתחויות האחרונות בדיני הנטילה הפרטית והשלטונית באזור הם מדאיגים ובעייתיים ביותר כאשר הם מבקשים ליצור למדינה דין מיוחד ובלעדי, הסוטה מכללי היסוד של ההגנה על זכות הקניין.

במאמר זה הראיתי כי לא ניתן למצוא כל בסיס לפרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה שלפיה יש בתחיקת הביטחון מקור להקניית מעמד מחסן של תקנת שוק לעסקאות שהממונה על הרכוש הממשלתי הוא צד להן. נהפוך הוא, מדיני הקניין המהותיים השוררים באזור עולה ברורות כי אין בו דין של תקנת שוק כלל. נוסף על זה, אין בין ההסדר של תקנת השוק הישראלית לבין הפרשנות שניתנה לתחיקת הביטחון כל קשר. תקנת השוק בישראל מגינה על רוכשים תמי לב ובתמורה במקרקעין מוסדרים, אשר הסתמכו על הרישום והשלימו את רכישת זכותם בעודם בתום לב. תקנת שוק זו מבקשת לבצר את מעמדו של מרשם המקרקעין ולהקנות מנגנון של ביטוח למי שמסתמך עליו. לעומת זאת תקנת השוק שמבקש היועץ המשפטי לממשלה לקרוא לדין האזור נוגעת למצבים שבהם נעשתה עסקה ללא כל רישום, והמבקש להסתמך עליה הוא עורך העסקה עצמו ולא רוכש תם לב ובתמורה. יתר על כן, עולה ברורות כי היועץ המשפטי לממשלה מבקש לקרוא לתחיקת

258 לא היה חולק כי המקרקעין לא היו תפוסים לפי דין. ראו לויין-שנור "אין אתונות", לעיל ה"ש 6.

259 ראו גם עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 172, בעמ' 585.

260 ראו לדוגמה ELAZAR BARKAN, THE GUILT OF NATIONS: RESTITUTION AND NEGOTIATING HISTORICAL INJUSTICES (2000); Thomas W. Pogge, *Historical Wrongs. The Two Other Domains*, in JUSTICE IN TIME: RESPONDING TO HISTORICAL INJUSTICE 117 (Lukas H. Meyer, ed., 2004); Jeremy Waldron, *Superseding Historic Injustice*, 103 ETHICS 4 (1992); Anna Stilz, *Occupancy Rights and the Wrong of Removal*, 41 PHIL. & PUB. AFF. 324 (2013) ; איל זמיר ואיל בנבנשתי "הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני" *מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי* 650-644 (חנוך דגן עורך, 1999); דגן פרשת דרכים, לעיל ה"ש 27, בעמ' 284-289.

הביטחון דין שהוא מפלה באופן שיטתי וגורף, המתעדף לקסיקלית את המתיישבים חסרי הזכות על פני בעלי הקניין המוגנים בעלי הזכות.

קריאה זו איננה מתיישבת עם נורמות יסוד של הגנה על כבוד האדם וזכות הקניין ואינה עולה בקנה אחד עם חובותיו של שלטון המחזיק באזור בתפיסה לוחמתית. אפילו ההסדרים הנוקשים שאומצו במדינת ישראל לאחר הקמתה באשר לשימוש בנכסי הנפקדים אינם משתווים בחומרתם לפגיעה החד-צדדית, הקשה והכוללת שמבקש היועץ המשפטי לממשלה לאמץ. יתר על כן, היועץ קבע לעשות כן בהליך מנהלי, מהיר, ללא פיקוח שיפוטי, ללא שנעשה מאמץ לשמוע את הבעלים תחילה, מתוך כוונה ברורה להסיר כל מגבלה על הסדרה מלאה ושיטתית של כל הפלישות שנעשו למקרקעין פרטיים, ללא כל איזון או מידתיות. מהטעמים המפורטים כאן, לפעולות אלה יש להתנגד. היות שתוצאת פרשנות זו של היועץ קשה הרבה יותר מהתוצאות של חוק ההסדרה, מתעוררת השאלה מדוע מצא לנכון לקבל את הראשונה ולדחות את האחרונה.