

תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון

מאת

חגי ויניצקי*

בדין החל ביהודה ושומרון קיימת תקנת שוק שמגינה על מי שעשה עסקה בתום לב עם הממונה על הרכוש הממשלתי בנוגע לרכוש ממשלתי (אדמות מדינה), אך התברר לאחר מכן שאין מדובר ברכוש ממשלתי אלא ברכוש שעלולות להיות בו זכויות של אנשים פרטיים. לתקנת שוק זו חשיבות מרובה, שכן היא אמורה לחול על יותר מאלף בתים שנקלעו, או קיים חשש שנקלעו, לסיטואציה זו. המאמר בוחן את התכליות לתקנת שוק זו ואת הביקורות על תכליות אלו ומציע מענה לביקורות אלו. המאמר דן ברכיבי תקנת השוק: קיומה של עסקה, תום הלב, תמורה ורכוש ממשלתי וכן עומד על משמעות תוצאות החלטה, לרבות הענקת סעד של פיצויים למי שייפגע מהפעלתה. לאחר מכן סוקר המאמר שלושה מקרי בוחן שניתן ליישם בעניינם את תקנת השוק: גריעה מקו כחול, גריעה מצו תפיסה וגריעה מהפקעה. בכל המקרים הללו קיימים מקרים שנדונו או נידונים כיום בבתי המשפט, ובשל מספר המקרים שרלוונטיים לתחולתה קיים צפי שתקנת שוק זו תהיה במקור השיח המשפטי בשנים הקרובות. לאור הנחה זו המאמר בוחן גם את האפשרות שנדונה בימים אלו ליצור מסלול מנהלי לבחינת תקנת השוק חלף המסלול המשפטי. בסיום המאמר נערכת השוואה למקרים שנדונו בבית הדין האירופי לזכויות אדם בנוגע לצפון קפריסין ולחבל נגורונו קרבאך שיש בהם התנגשות בין בעלי זכויות מקוריים לבין מתיישבים קיימים או השלטון הנוכחי.

מבוא. א. ההצדקות לקיום תקנת שוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי.
ב. הביקורת על קיומה של תקנת שוק ותכליותיה והמענה לביקורת זו. 1. פרשנות הסעיף;
2. השתלבות עם הדין הקיים באזור ועם המשפט הבין-לאומי; 3. היעדר הצדקה לקיומה של תקנת שוק בהשוואה למשפט הישראלי; 4. מאזן זכויות. ג. יסודות תקנת השוק. 1. קיומה

* ד"ר חגי ויניצקי היה חבר ב"צוות לגיבוש מתווה להסדרת מבנים ושכונות בישובים היהודיים ביהודה ושומרון אשר הוקמו תוך מעורבות של הרשויות" בראשות ד"ר חיה זנדרברג, במיניו ראש הממשלה. המאמר מתבסס בחלקו על חוות הדעת בנוגע לתקנת השוק שהגיש ד"ר חגי ויניצקי ליועץ המשפטי לממשלה בחודש אוגוסט 2016, ושעיקר המלצותיה אומצו בידי היועץ המשפטי לממשלה ב"סיכום הדיון בראשות היועץ המשפטי לממשלה בעניין ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי" (7.12.2016). ד"ר ויניצקי הוא מרצה בכיר לדיני קניין, דיני חוזים, דיני יהודה ושומרון ודיני רישום זכויות ביחס לנכסים ומנהל הקליניקות המשפטיות במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, מרצה מן החוץ לדיני חוזים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים וראש מכון בגין למשפט וציונות. ברצוני להודות לשופטים האנונימיים, לחברי מערכת כתב העת "משפטים" ולעורכות כתב העת נועה צוקר ודניאל בן דור על הערותיהם המעולות, ולגלעד אייזקס, לדניאל מרגולין, לאוהד רויסבלט ולעדי שימן על הסיוע המעולה למחקר. המאמר הוצג בכנס האגודה למשפט פרטי באוניברסיטת חיפה, ביוני 2019. גרסתו הסופית של המאמר הושלמה בחודש יולי 2020 והיא ממילא אינה כוללת התפתחויות שאירעו לאחר מכן.

של עסקה; 2. תום הלב; 3. התמורה; 4. רכוש ממשלתי; 5. תוצאות קיומה של תקנת השוק; 6. פיצויים לנפגעים מתקנת השוק. ד. מקרי בוחן. 1. גריעה מקו כחול – פרשת קציר ואשכנזי; 2. גריעה מצו תפיסה – פרשת מצפה כרמים; 3. גריעה מהפקעה – פרשת עפרה. ה. ערוצי בחינת תקנת השוק: שיפוטי או מנהלי. 1. פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם. 1. צפון קפריסין; 2. נגורנו קרבאך; 3. השוואה בין הפסיקה בנוגע לצפון קפריסין ולנגורנו קרבאך לתקנת השוק. ז. סיכום.

מבוא

מדינת ישראל טרם החילה את המשפט הישראלי בכללותו ביהודה ושומרון.¹ באזורים אלו המשפט מורכב מארבעה רובדי דין: המשפט העות'מאני (עד שנת 1917), המשפט

1 עם זאת, קיימות כמה דרכים שבהן חלקים מהמשפט הישראלי מוחלים ביהודה ושומרון: (א) חקיקת הכנסת שחלה ישירות ביהודה ושומרון: ס' 3 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; ס' 16 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963; ס' 378 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; ס' 2, 5 לחוק שירות אזרחי, התשע"ז-2017; ס' 2 לחוק אומנה לילדים, התשע"ז-2016; ס' 2(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (החוק האחרון נועד לחול כולו רק ביהודה ושומרון. החוק בוטל במסגרת עתירה בפני בית המשפט העליון, בבג"ץ 1308/17 עירית סילוואד נ' הכנסת (פורסם בנבו, 9.6.2020), אך לא מן הטעם של חוסר סמכות לחוקק. הנשיאה חיות עמדה על הקשיים הקיימים בכך אך לא הכריעה (שם, פס' 31-32). לעומת זאת, השופט סולברג הביע דעה נחרצת שלכנסת יש סמכות לחוקק כאמור (שם, פס' 4); (ב) החלת חוקים ישראליים באמצעות החוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967, שמאפשר להפעיל ביהודה ושומרון (להלן: יר"ש) סמכויות של שיטור, הוצאה לפועל, פיקוח של רשם האגודות השיתופיות ורשם העמותות ומחיל חקיקה ישראלית על אזרחי ישראל שגרים ביר"ש (בנושאים של שירות צבאי, מיסוי, לשכת עורכי הדין, ביטוח לאומי, פק' התעבורה, חוק הירושה, חוק האימוץ, כשרות משפטיות, פונדקאות וחטיפת ילדים). שר המשפטים רשאי, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לשנות בצו את התוספת שכוללת את החקיקה הנ"ל; (ג) צו של מפקד האזור (יהודה ושומרון) שחל על כל האזור: כך למשל, צו בדבר פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (יהודה ושומרון) (מס' 677), התשל"ז-1976 (צו הדומה לחוק הפלח"ד הישראלי), צו בדבר עבודת נשים (יהודה ושומרון) (מס' 1730), התשע"ד-2013 (צו שהחיל את חוק עבודת נשים – כפי שהוא מתוקן מעת לעת – גם מחוץ לתחומי המועצות אך רק אצל מעסיק ישראלי או תאגיד כהגדרתו בצו באזור C); (ד) צו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה ושומרון) (מס' 892), התשמ"א-1981, שחל רק על שטחי המועצות המקומיות והאזוריות (ראו ס' 121א לצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה ושומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979), שכולל תקנון עם נספחים שמחילים חקיקה ישראלית מסוימת כפי שהיא מתוקנת בישראל מעת לעת בתחומים אלה: דיני רווחה ואנשים עם צרכים מיוחדים, דיני סטטיסטיקה, דיני משפחה, דיני חינוך, דיני בריאות, דיני עבודה, דיני חקלאות, דיני בתים משותפים, דיני איכות הסביבה, דיני צרכנות תעשייה ומסחר, דיני תקשורת ודיני דתות. בשונה מהאמור על יהודה ושומרון, מדינת ישראל כן החילה את המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים במזרח ירושלים וברמת הגולן, ראו צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967; חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981. אשר למונח "יהודה ושומרון" ראוי לציין כי זה המונח שהתקבל כמונח רשמי בוועדת השמות הממשלתית, ראו מכתב מראובן אלקלעי, רכז ועדת השמות הממשלתית ליעל עוזאי, מזכירת הממשלה (22.7.1968), <https://bit.ly/2C6x7PN>. יתרה מזאת, מפקד האזור קבע בצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 3), התשכ"ח-1968, קמצ"מ 9, 367, כי: המונח "אזור יהודה ושומרון" יהיה זהה במשמעותו לכל צורך, לרבות כל דין או תחיקת ביטחון, למונח "אזור הגדה המערבית". מטרת צו זה הייתה לשנות את השימוש במונח "הגדה המערבית" למונח

המנדטורי, המשפט הירדני (1948–1967) ותחיקת מפקד אזור יהודה ושומרון משנת 1967 ועד היום.² בנוסף, לדינים אלו פועלת מדינת ישראל על פי כללי המשפט המנהלי וכללי המשפט הבין-לאומי.

ביחס לתחולת המשפט הבין-לאומי קיימות שתי גישות עיקריות: לפי גישה אחת, אזורי יהודה ושומרון אינם שטחים כבושים אלא "שטחים שבמחלוקת" או "שטחי מריבה".³ עמדה זו נשענת בעיקרה על הטיעונים האלה: 1. כתב המנדט שהוציא חבר הלאומים, שהתבסס על הצהרת בלפור וועידת סן רמו, קבע שאזורים אלו מיועדים כחלק מכל שטח המנדט לכינון מחדש של בית לאומי לעם היהודי. כתב המנדט אושר באו"ם בסעיף 80 למגילת האו"ם בשנת 1945;⁴ 2. החלטת העצרת הכללית של האו"ם על תוכנית החלוקה בשנת 1947 לא הייתה החלטה מחייבת, והיא מותנית בקבלתה על ידי הצדדים. ברם ההחלטה נדחתה מצד מדינות ערב והתושבים הערבים בארץ ישראל, ודחייה זו הובילה לתקיפת מדינות ערב וערביי ארץ ישראל במלחמת העצמאות;⁵ 3. הסכמי הפסקת האש בסוף המלחמה קבעו שהם אינם קובעים גבול רשמי, ואין הם פוגעים בתביעות של כל צד באשר ליישוב הסופי של שאלת ארץ ישראל.⁶ החלטות מועצת הביטחון של האו"ם 242 ו-338 שניתנו לאחר מלחמות ששת הימים ויום הכיפורים, בהתאמה, הדגישו את חובתה של מדינת ישראל לסגת משטחים, ולא מהשטחים, כשהכוונה היא שאין חובה למדינת ישראל

"יהודה ושומרון". מאוחר יותר, במסגרת תיקון לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז–1967 נמחק המונח "שטחים מחוזקים", ובמקומו הוגדר המונח "יהודה ושומרון". לדיון בתהליך זה, ראו אמנון רובינשטיין "מעמד המשטחה של 'השטחים': מפקודון מוחזק ליצור כלאים משפטיים" עיוני משפט יא 439, 440–442 (1986). אומנם יש המעדיפים לכנות אזורים אלו בשם "הגדה המערבית" או "השטחים". בדרך כלל יש התאמה בין העדפה זו לבין אלו הסוברים שאזורים אלו אינם צריכים להיות בשליטת מדינת ישראל, שכן קשה להתכחש לזכויות מדינת הלאום של העם היהודי ב"יהודה ושומרון", ברם כאמור זה המונח הרשמי שהתקבל בחקיקת מדינת ישראל ובחקיקת האזור.

2 ראו חגי ויניצקי ודניאל קרמר "מרשמי המקרקעין ביהודה ושומרון" דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 113 (הראל ארנון וחגי ויניצקי עורכים, התשע"ד).

3 העמדה הרשמית של מדינת ישראל ביחס לאזורי יהודה ושומרון היא שאזורים אלו לא נכבשו מריבון מוכר על פי המשפט הבין-לאומי, ולכן אין מדובר בשטחים כבושים אלא ב"שטחי מריבה" (disputed territories). ראו טליה איינהורן "מעמד של שטחי יהודה ושומרון וההתיישבות בהם במשפט הבינלאומי" דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 11, 33 (הראל ארנון וחגי ויניצקי עורכים, התשע"ד).

4 ראו Mandate for Palestine, intro. & art. 5, July 24, 1922, L.N.T.S. Doc. ; U.N Charter art. 80 C.529M.314 1922 VI (להלן: כתב המנדט). ראוי לציין שהכרה בינלאומית זו בזכותו של העם היהודי להקים בית לאומי בכל שטחי ארץ ישראל (לרבות עבר הירדן המזרחי) נשענה בראש ובראשונה על זכויותיו ההיסטוריות והדתיות של העם היהודי בארץ ישראל. לרקע ההיסטורי, ראו במבוא לכתב המנדט. לרקע הדתי של הצהרת בלפור שנשענה על מקורות תנ"כיים והאמונה שהציונות מממשת את ההבטחה האלוקית ליישב מחדש את העם היהודי בארץ אבותיו ראו *Walter Rothschild and the Balfour Declaration*, THE ROTHSCHILD ARCHIVE, <https://bit.ly/303uBSk> (last visited July 13, 2020).

5 איינהורן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19. יתרה מכך שטחים אלו שוחררו במלחמת מגן.

6 הסכם ממלכת-הירדן-האשמית – ישראל על שבינת נשק כללית, כ"א 1, 35, 2 (נחתמה ב-1949), <https://bit.ly/2Wgz4jp>.

לסגת מכל השטחים שהיא שחררה במלחמת ששת הימים. בנסיגה מחצי האי סיני ומרצועת עזה עמדה מדינת ישראל במחויבות זו. יתרה מזאת, החלטות אלו התקבלו על פי פרק vi למגילת האו"ם, שהן בגדר החלטות לא מחייבות;⁷ 4. בהסכמים עם הרשות הפלסטינית נקבע שהם אינם קובעים דבר באשר להסכמי הקבע;⁸ 5. אזורי יהודה ושומרון היו לפני מלחמת ששת הימים בשליטת ירדן. הניסיון של ירדן לספח שטחים אלו לא הוכר בכל מדינות העולם, לרבות הליגה הערבית, לבד מפקיסטן ומבריטניה (בריטניה לא הכירה בסיפוח מזרח ירושלים).⁹ מאחר שאמנת ז'נבה הרביעית מתייחסת במפורש לתחולתה על שטחים שנכבשו מצד שהריבונות שלו מוכרת באותו השטח במשפט הבין-לאומי, היא לא חלה על אזורי יהודה ושומרון. גם תקנות האג אינן רלוונטיות, שכן אין מדובר בשטח שנכבש ממדינה שהריבונות שלה מוכרת באותו השטח. ולכן העמדה הרשמית של מדינת ישראל מאז שנת 1967 ועד היום היא שאין מדובר בשטחים כבושים, אך מדינת ישראל תפעל בהם מרצונה על פי ההוראות ההומניטריות הכלולות באמנת ז'נבה הרביעית.¹⁰ בהקשר זה ראוי לציין שאמנת ז'נבה, כאמנה הסכמית, לא נקלטה כלל במשפט הישראלי.¹¹ מכל מקום, למדינת ישראל יש עדיפות בהכרה בריבונותה על אזורים אלו.¹²

- 7 איינהורן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 22–25.
- 8 הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני, כ"א, 6 (נחתם ב-1995). כן ראו איינהורן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 26–27.
- 9 ראו שם, בעמ' 32; Yehuda Z. Blum, *The Missing Reversioner: Reflections on the Status of* ; 32
- 10 *Judea and Samaria*, 3 ISR. L. REV. 279, 288 (1968); אליאב שוחטמן "זכות ההתיישבות היהודית בחבלי יש"ע" העלייה אל ההר: ההתיישבות היהודית המתחדשת ביהודה ושומרון 207, 210 (אברהם שבות עורך, 2002), המסתמך גם על JULIUS STONE, ISRAEL AND PALESTINE: ASSAULT ON THE LAW OF NATIONS 51–52 (1981). ראו גם דו"ח על "מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון – דו"ח ועדת לוי" דו"ח הוועדה, פס' 8 (2012), <https://bit.ly/2WeiW27>, (להלן: "דו"ח ועדת לוי"); בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד (2) 197, 227–228 (1983).
- 11 ראו Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, Art. 2, Oct. 18, 1907, and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, Art. 43, 205 CTS 277, 36 Stat. 2277; Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Art. 2, Aug. 12 1949, 75 U.N.T.S. 287, entered into force Oct. 21, 1950. כן ראו איינהורן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 33–39; Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 ISR. Y.B. HUM. RTS. 262, 263, 266 (1971); עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומסריים 457–461 (2004); אמנון סטרשנוב צדק תחת אש 37–38 (1994); בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364 (2002). בעניין זה ראו גם משה דרורי "סמכות שיפוט פלילית מקבילה בשטחים המוחזקים" הפרקליט לב 386 (1978); בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד (ד1) 1, 29 (1979); "דו"ח ועדת לוי, לעיל ה"ש 9, פס' 4–5. ביחס לתקנות האג ראו גם את עמדתו של בבנישתי בספרו EYAL BENVENISTI, *THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION* 207 (2nd ed. 2012).
- 12 בעניין זה ראו בג"ץ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד (4) 785, 793–794 (1983). כן ראו איל זמיר אדמות המדינה ביהודה ושומרון: סקירה משפטית 10 (התשמ"ה). עם זאת, פרופ' זמיר סוקר גם את הביקורת לעמדת המדינה, כאמור לעיל, ומדגיש שבתי המשפט ורשויות המדינה נוהגים ככל האפשר בהתאמה למשפט הבין-לאומי המנהגי וההסכמי כאחד (שם, בעמ' 11). והשוו רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 442–446.
- 12 איינהורן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 32 והאסמכתאות המצוטטות שם; Stephen Schwebel, *What Weight to Conquest?*, 64 AM. J. INT'L L. 344 (1970), reprinted in STEPHEN SCHWEBEL, JUSTICE IN

לפי הגישה השנייה, שטח מסוים נחשב לשטח "כבוש" כאשר הוא מוחזק על ידי מדינה שאינה ריבונית, בין שמי שהחזיק בו קודם לכן היה ריבון לגיטימי ובין שלא, ולכן אזורי יהודה ושומרון הם שטחים כבושים שחלות עליהם אמנת ז'נבה הרביעית ותקנות האג.¹³ המסקנה שמדובר בשטח כבוש נכללת גם בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי בהאג בעניין גדר הביטחון.¹⁴ כמענה לטענה זו ניתן לטעון כי החלטת בית הדין ניתנה על יסודות רעועים מבחינה עובדתית ומשפטית ובחוסר סמכות, ומכל מקום מעמדה של חוות הדעת הוא בגדר חוות דעת מייעצת בלבד ואין לה כל תוקף משפטי מחייב.¹⁵ יתרה מזאת, גם לדעת אלו הסוברים שמדובר בשטח כבוש, לא ניתן לטעון זאת לאחר שירדן ויתרה על זיקתה לאזורים אלו בשנת 1988, ובמיוחד לאחר הסכם השלום עימה, שהרי השטח אם נכבש הרי שנכבש מירדן, ולא ניתן להמשיך לטעון לשטח כבוש לאחר שנחתם עם ירדן הסכם שלום.¹⁶ מאחר שמדינת ישראל הסכימה מרצונה לפעול לפי ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה, לא נדרשו בתי המשפט בישראל להכריע בסוגיה זו.¹⁷

בין שתי העמדות מקובלת על ידי העמדה שאין מדובר בשטחים כבושים, אך כאמור בשל החלטת מדינת ישראל לנהוג לפי ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה אדון במאמר זה בהשפעתן על נושא המאמר. יתרה מזאת, אם בעקבות תוכנית המאה של ממשלת ארצות הברית, שמכירה בריבונות מדינת ישראל על בקעת הירדן ועל אזורי היישובים הישראליים ביהודה ושומרון, תחיל מדינת ישראל את המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים על אזורים אלו,¹⁸ אזי מבחינת הדין הפנימי לא יהיה מקום לדון בכללים שחלים על שטח כבוש, בדומה למצב הקיים במזרח ירושלים וברמת הגולן.

בשל ההחלטה לנהוג לפי ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה היו שטענו שההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון מפירה את סעיף 49 לאמנה שאוסר על העברת

INTERNATIONAL LAW: SELECTED WRITINGS 521 (1994); ELIHU LAUTERPACHT, JERUSALEM AND THE HOLY PLACES 51–53 (1968); Julius Stone, *The Middle East under Cease-Fire, in THE ARAB-ISRAELI CONFLICT* vol. II: READINGS 47, 68–71 (John N. Moore ed., 1974); JULIUS STONE, NO PEACE-NO WAR IN THE MIDDLE EAST 38–41 (Maitland Pubs., 1969) אראו Abraham Bell & Eugene Kontorovich, *Palestine, Uti Possidetis Juris, and the Borders of* גם *Israel*, 58 ARIZ. L. REV. 633 (2016); דו"ח ועדת לוי, לעיל ה"ש 9, פס' 5.

13 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). בהקשר זה ראו גם הילה אדלר "דיני כיבוש" משפט בינלאומי 411–414 (מהדורה שלישית, רובי סייבל ויעל רונן עורכים, 2016); זמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 10.

14 Legal Consequences of the Constructions of the wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, 95 (להלן: השלכות משפטיות של בניית החומה).

15 להסבר על היסודות הרעועים של חוות הדעת (שם), ולהתנגדות מדינות רבות לסמכות לתת אותה, ראו איינהורן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40–46.

16 שם, בעמ' 35. ראו בהקשר זה Yoram Dinstein, *The International Legal Status of the West Bank and Gaza Strip*, 28 ISR. Y.B. HUM. RTS. 37, 41–42 (1998).

17 איינהורן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 49.

18 לתוכנית המאה של הממשל בארצות הברית ראו PEACE TO PROSPERITY: A VISION TO IMPROVE THE LIVES OF THE PALESTINIAN AND ISRAELI PEOPLE (2020), <https://bit.ly/3jch7MW>

אוכלוסייה של המעצמה הכובשת לשטח הכבוש.¹⁹ אי-חוקיות ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון נתמכת בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינ-לאומי בהאג בעניין גדר הביטחון,²⁰ וכן בהחלטה 2334 של מועצת הביטחון של האו"ם.²¹ המענה לטענה זו הוא שהכוונה של הסעיף הזה, שנכנס לאמנה לאחר מלחמת העולם השנייה, היא להעברה כפויה של אוכלוסייה, ומאחר שההתיישבות הישראלית לא נעשתה בהעברה כפויה אלא ברצון של המתישבים, אזי ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון אינה מפרה את סעיף 49 לאמנה.²² כאמור לעיל, חוות הדעת של בית הדין בהאג היא בגדר חוות דעת מייעצת בלבד ואין לה כל תוקף משפטי מחייב,²³ והחלטה 2334 אף היא התקבלה על פי פרק vi למגילת האו"ם, שהיא כאמור בגדר החלטה לא מחייבת. יתרה מזאת, אך לאחרונה הצהיר מזכיר המדינה של ארצות הברית מייק פומפאו לאחר לימוד הסוגיה שעקרונית ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון אינה נוגדת את המשפט הבינ-לאומי.²⁴ המסקנה בדבר חוקיות ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון התקבלה גם בדוח ועדת לוי על מעמד הבנייה באזור יהודה ושומרון.²⁵ בין שתי העמדות מקובלת על ידי העמדה שההתיישבות הישראלית חוקית על פי כללי המשפט הבינ-לאומי. במאמר נעסוק במקרים שבהם הייתה בנייה להתיישבות הישראלית על מקרקעין שיש או עשויות להיות בעניינם טענות לזכויות של אנשים פרטיים, ונדון גם בהשפעת המשפט הבינ-לאומי על סוגיה זו.

בהקשר זה ראוי לציין כי אם יוחל המשפט הישראלי על כלל היישובים ביהודה ושומרון ובבקעת הירדן, בעקבות תוכנית המאה של ממשלת ארצות הברית, לא יהיה מקום לדון כאמור בכללים של שטח כבוש מבחינת הדין הפנימי הישראלי. עם זאת גם אם יוחל המשפט הישראלי, אין ספק שהדין שיחול על התאונות המשפטיות, מושא המאמר, יהיה זה שהיה קיים בעת שהתרחשו. לפיכך תקנת השוק על פי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי,

19 רונן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 55–56.

20 שם, בעמ' 56; השלכות משפטיות של בניית החומה, לעיל ה"ש 14, פס' 120–121.

21 S.C. Res. 2334 (Dec. 23, 2016), <https://bit.ly/2CIMZYG>

22 לנייר עמדה של משרד החוץ הישראלי ראו MFA, *Israeli Settlements and International Law* (Nov. 30, 2015), <https://bit.ly/393SNbk> של הצלב האדום (ICRC), שמופקד על ביצוע אמנת ז'נבה הרביעית. ראו Geneva Convention ICRC (Jean S. Pictet ed., 1958) Commentary of the Fourth 3–9 (Nicholas Rostow, *Wall of Reason: Alan Dershowitz v. The International Court of Justice*, 71 ALB. L. REV. 953 (2008); ALLAN GERSON, ISRAEL, THE WEST BANK AND INTERNATIONAL LAW 173 (1978); Alan Baker, *The Settlements Issue: Distorting the Geneva Convention and the Oslo Accords*, 23 *JEW. POL. STU. REV.* 32 (2011), <https://bit.ly/30hv5Vb>; דו"ח ועדת לוי, לעיל ה"ש 9, פס' 5–6; איינהורן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 46–50.

23 שם, בעמ' 40–46.

24 ראו KOHELET POL'Y F. & SHILOH POL'Y F., THE POMPEO DOCTRINE REGARDING THE LEGALITY OF ISRAELI SETTLEMENTS IN JUDEA & SAMARIA NOV. 18, 2019 (2020), <https://bit.ly/30ieTCV>.

25 דו"ח ועדת לוי, לעיל ה"ש 9, פס' 5–9. בהקשר זה ראוי לציין גם את סעיף 6 לכתב המנדט (לעיל ה"ש 4), שהטיל על רשויות המנדט ליצור התיישבות יהודית צפופה על אדמות המדינה ואדמות בור.

נושא המאמר, תחול בעניינן. יתרה מזאת, אין ספק שהחלטה שתקבל ביתר קלות במקרה שיחול המשפט הישראלי גם לדעת אלו שסוברים שמדובר בשטח כבוש. בשנים האחרונות התברר לרשויות המדינה כי לחלק מהבתים ביהודה ושומרון יש בעיות משפטיות מסוגים שונים. אחת הבעיות המשפטיות המרכזיות ביהודה ושומרון היא גריעת מקרקעין משטח שנחשב לאדמות המדינה (ובעגה המקצועית: גריעת המקרקעין מתחום "הקו הכחול"). גריעת מקרקעין אלו התרחשה בשל הנסיבות האלה: בהחלטת הממשלה מס' 145 מיום 11.11.1979 הוחלט כי מעתה והלאה ייבנו יישובים ישראליים ביהודה ושומרון על אדמות המדינה.²⁶ מאחר שכשני שלישים מהמקרקעין ביהודה ושומרון אינם רשומים בפנקסי המקרקעין,²⁷ פעלה עו"ד פליאה אלבק ז"ל בתפקידה כמנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה לאתר את השטחים שנחשבים לאדמות מדינה באזורים שבהם המקרקעין אינם רשומים. לפי הדין הקיים, זכויות במקרקעין של אנשים פרטיים יכולות להיווצר בעיקר על פי סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני, שלפיו אם אדם החזיק במקרקעין ועיבד אותם במשך עשר שנים הוא זכאי לזכות תצ'רוף, שהיא שקולה לזכות שכירות לא מוגבלת בזמן.²⁸ לפיכך בדקה עו"ד אלבק באשר לשטחים מסוימים אם עשויה להתקיים טענה לזכויות של אנשים פרטים, תוך עיון בפנקסי המקרקעין ובפנקסי תשלומי המס (אם ישנם), עיון במסמכים ובתצלומי אוויר, סיורים בשטח, פרסומים רבים ומפגש עם מוכתרי הכפרים בסביבה. רק לאחר שהשתכנעה מעל לכל ספק באשר לשטח מסוים, שלא נוצרו בעניינו זכויות של אנשים פרטיים, היא כתבה חוות דעת, ולפיה מדובר באדמות מדינה. לחוות הדעת צורפה מפה (בקנה מידה של 1:20,000 או 1:50,000) שבה סימנה עו"ד אלבק את שטח אדמות המדינה לפי חוות הדעת.²⁹ על שטחים אלו, שעליהם הכריז הממונה על הרכוש הממשלתי שהם רכוש ממשלתי (אדמות מדינה),³⁰ הוקמו ברבות השנים חלק ניכר מהיישובים ביהודה ושומרון.³¹

לאחר שנים רבות החלו בעלי תפקידים שונים במנהל האזרחי לטעון שיש לבדוק את הדיוק של הקו הכחול באמצעות ציוד שלא היה בעבר, כגון מכשירי GPS וכדומה, שכן עובי הסימון בטוש על מפות של 1:50,000 או 1:20,000 יכול לכלול שטח לא קטן. בעקבות זאת הוקם "הצוות לתיחום אדמות המדינה", או בשמו הנוכחי "צוות סטטוס מקרקעין", ובעגה המקצועית "צוות קו כחול", שתפקידו לדייק את הקו של אדמות המדינה באמצעים

26 "מחליטים (פה אחד): להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן, חבל עזה ורמת הגולן, על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים קיימים ועל-ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה [...]". לנוסח ההחלטה ראו משרד המשפטים דוח המסכם של הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש, ס' 49 (15.2.2018) (להלן: דו"ח ועדת זנדברג – ועדת ההסדרה).

27 ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 167.

28 דו"ח ועדת זנדברג – ועדת ההסדרה, לעיל ה"ש 26, בס' 59–64. עם זאת יש לציין שזכות התצ'רוף חלה רק על הקרקע עצמה ואינה חלה על תת-הקרקע או על חלל הרום, וניתן אפוא לבנות מנהרה או גשר מעל שטח שיש בעניינו זכות תצ'רוף מבלי לפגוע בה כלל (שם, ס' 450).

29 שם, ס' 65–67, 390.

30 ס' 32 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז–1967 (להלן: צו הרכוש הממשלתי). ראו גם דו"ח ועדת זנדברג – ועדת ההסדרה, לעיל ה"ש 26, ס' 69–76, 390.

31 שם, ס' 51, 75, 391.

משוכללים.³² בעקבות בדיקות אלו נגרעו יותר מאלף מבנים משטח אדמות המדינה. גריעת מקרקעין אלו נעשתה גם משטחים שנבנו בהם בתים לפי עסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון, שהוא המופקד מטעם מפקד האזור על ניהול אדמות המדינה, ושמרביתם אף נבנו לפי תוכנית בניין עיר (תב"ע) מאושרת ובהיתרי בנייה.³³ התוצאה המשפטית של גריעתם מהקו הכחול היא מניעת האפשרות למכור אותם, לתכנן תוכנית חדשה או לשעבדם במשכנתה לצורך קבלת הלוואות.³⁴ לפיכך מדינת ישראל צפויה להיתבע בסכומי עתק בידי המשפחות שבנו את ביתן לפי עסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי.³⁵

אחד הפתרונות המרכזיים לבעיה זו שאימצו היועץ המשפטי לממשלה ד"ר אביחי מנדבליט³⁶ ופסיקת בתי המשפט,³⁷ הוא שימוש בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967, הקובע כדלהלן: "כל עסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי" (ההדגשה הוספה – ח"ו). סעיף זה עשוי לסייע גם במקרים אחרים, שאינם קשורים דווקא לגריעה מקו כחול בשל דיוק הכרזות המדינה.³⁸ בשל הצפי לקיום הליכים משפטיים רבים שיתבססו על

32 שם, ס' 79–85.

33 נכון לשנת 2016, 1,048 מבנים נגרעו מן ההכרזות כתוצאה מעבודת צוות קו כחול. ראו עניין סילוואד, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות. ראו גם דו"ח ועדת זנדברג – ועדת ההסדרה, לעיל ה"ש 26, ס' 389–398.

34 שם, בס' 400.

35 ראו למשל ת"א (מחוזי י-ם) 41998-04-16 קציר נ' הרי זהב בע"מ (פורסם בנבו, 14.5.2019); ת"א (מחוזי י-ם) 5493-01-17 אשכנזי נ' המנהל האזרחי ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 10.9.2019). שני פסקי הדין יידונו להלן בתת-פרק ד.1 כן ראו כתב התביעה בת"א (מחוזי מר") 15-03-1683 נופי כרמים בע"מ נ' המינהל האזרחי ביהודה ושומרון, על סך של יותר מ-34 מיליון ש"ח בגין גריעת שטחים מהרכוש הממשלתי בשל שינוי תוואי הקו הכחול שהוביל לביטול פרויקט בנייה; כתב התביעה בת"א 43405-07-18 אושרוביץ נ' מועצה מקומית מטה בנימין, שלפיו בית המשפט מתבקש לחייב את הנתבעים לפצות את התובעים בסך של 3,664,752 ש"ח בגין הנוקים שנגרמו לתובעים מגריעת ביתם מתחום הקו הכחול (אדמות המדינה).

36 נספח מש/2 "סיכום הדיון בראשות היועץ המשפטי לממשלה בעניין סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי" (7.12.2016), לתגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בבג"ץ 1308/17 עירית סילוואד נ' הכנסת (מיום 22.11.2017) (להלן: עמדת היועץ המשפטי לממשלה).

37 ראו הדיון בפרשות קציר ואשכנזי (לעיל ה"ש 35), להלן בתת-פרק ד.1.

38 כך למשל ראו הדיון בפרשת מצפה כרמים להלן בתת-פרק ד.2, והדיון בפרשת עפרה, להלן בתת-פרק ד.3. נוסף על זה ראו ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי – שותפות מוגבלת (פורסם בנבו, 15.2.2009), שבו דן בית המשפט העליון בערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי שקבע שיש להשיב לתובעים סך של 4,126,489 ש"ח בגין החכרת שטח בידי הממונה שלא הוכרו רכוש ממשלתי. החוכרים שלא היו מעוניינים בשטח הזה שהוקצה להם טענו שהעובדה שהשטח לא הוכרו רכוש ממשלתי יוצרת עבורם זכות להשבת הכספים ששילמו בגין חלק זה. בית המשפט פסק שהעובדה ששטח לא הוכרו רכוש ממשלתי אינה מוכיחה שאין מדובר ברכוש ממשלתי, ולכן התקבל הערעור ונדחתה התביעה. ברם מפסק הדין עולה שאם השטח אכן לא היה רכוש ממשלתי, אך הייתה טעות בהקצאה של הממונה, ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי היה יכול להכשיר את העסקה (בהתקיים כל רכיביו). דהיינו, ס' 5 לצו יכול לסייע לא רק כאשר מדובר בגריעה מקו כחול

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, שלא זכה עד כה לניתוח אקדמי, אבחן את התאמתו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, על רכיביו השונים לפתרון בעיות אלו.

א. ההצדקות לקיום תקנת שוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי דומה לכללים רבים שקיימים בשיטות משפט רבות, במשפט הישראלי ובמשפט הקיים באזור שנועדו להסדיר תחרות של זכויות שמתנגשות עם זכות קניינית קודמת בזמן באותו נכס, והם כלולים במונח "תקנת שוק" או "מעין תקנת שוק". כללים אלו חריגים לכללים שזכות קניינית קודמת בזמן גוברת על זכות קניינית מאוחרת, ושאין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו "Nemo dat quod non habet"³⁹. ההצדקה להעדפת הזכות המאוחרת נובעת מאינטרס חברתי שהמשפט מעוניין לקדם. למשל, קיימות תקנות שוק שנועדו לקדם את שטף המסחר,⁴⁰ לחזק את האמון במרשמים שמסדירים זכויות,⁴¹ להסתמך על אמיתות חוזים,⁴² להסתמך על עסקאות בזכויות,⁴³ להסתמך על החזקה במיטלטלין⁴⁴ ולהסתמך על החלטות שיפוטיות ועל החלטות של רשויות ציבוריות.⁴⁵

בהכרזה קיימת אלא גם במקרים שבהם הקצה הממונה בטעות שטח שלא הוכרו כלל ואף לא היה רכוש ממשלתי.

39 מיגל דויטש קניין כרך ג 105 (2006) (להלן: דויטש כרך ג). ראו גם ס' 500 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 ("זכות בנכס כוחה יפה כלפי כל אדם"), וכן שם, ס' 507, שלפיו: "אין אדם יכול להקנות זכות בנכס העולה על זכותו שלו באותו נכס, אלא אם נקבע אחרת בחיקוק". לפסק הדין שדן בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי בהקשר זה, ראו ת"א (מחוזי-ים) 29754-11-13 אנג'ל נ' סאלחה, פס' 143 לפסק דינו של השופט דראל (פורסם בנבו, 28.8.2018) (להלן: עניין אנג'ל מחוזי). ביום 28.10.2018 הוגש ערעור על פסק הדין לבית המשפט העליון, ראו ע"א 7668/18 סאלחה נ' אנג'ל. להלן בתת-פרק ד.2 ארון בהרחבה בפרשה זו.

40 ס' 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968.

41 ס' 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969; ס' 81, 93 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969; ס' 15(3), 16(2) לחוק הסדר הקרקעות והמים (מס' 40 לשנת 1952); ס' 8(ב) לחוק רישום נכסי דלא נידי שלא נרשמו (מס' 6 לשנת 1964); ס' 83 לחוק הספנות (כלי שיט), התש"ך-1960.

42 ס' 13 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

43 ס' 4 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969.

44 ס' 5 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967. עם זאת תקנת שוק זו תתבטל כאשר תתקבל הצעת חוק דיני ממונות, בשל ירידת החשיבות שהמשפט הישראלי מקנה להסתמכות על החזקה.

45 ס' 34 לחוק המכר; ס' 73 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; ס' 70 לחוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006; ס' 17 לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950; ס' 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978; ס' 10 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950; ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי; ס' 10 לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967. להשוואת ההצדקה של ס' 17 לחוק נכסי נפקדים להצדקה של ס' 34 לחוק המכר – שלפיה שני הסעיפים עוסקים במתן יכולת לציבור להסתמך על רכישה מרשות ציבורית, ראו מיגל דויטש קניין כרך ד 309 (2007) (להלן: דויטש כרך ד).

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי הוגדר אף הוא בפסיקת בתי המשפט ועל ידי היועץ המשפטי לממשלה "תקנת שוק" או "מעין תקנת שוק",⁴⁶ שנועדה לאפשר לציבור להסתמך על החלטות הממונה על הרכוש הממשלתי בדבר היות נכס מסוים רכוש ממשלתי ולכרות עימו חוזים בהסתמך על החלטה זו. בהיעדר סעיף כאמור היו פרטים בציבור עלולים להירתע מלהתקשר עם הממונה שמא נפלה טעות בהחלטתו, ויתברר בדיעבד שאין מדובר ברכוש ממשלתי, ולאחר שיבנו את ביתם תיסוג זכותם בפני זכות קודמת, וכל רכושם יאבד באחת. קיומו של הסעיף מאפשר לכל פרט להתקשר עם הממונה בבטחה ובהיעדר חשש שמא נפלה טעות בהחלטותיו, שכן גם אם יתברר שהממונה טעה והרכוש אינו רכוש ממשלתי, זכותו של המתקשר לא תיפגע. לשון אחר, מטרת הסעיף היא להגן על ההסתמכות של המתקשר עם הממונה. מטרה נוספת היא הגשמת שיקולי יעילות, שהרי בהיעדר הגנה שכזו יתקשה הממונה להתקשר בעסקאות.⁴⁷

ההצדקה לקיומו של הסעיף מתחזקת שבעתיים באזור שבו מרבית המקרקעין אינם רשומים,⁴⁸ והזכות הקודמת בזמן מסתמכת על החזקה במקרקעי מירי ועיבודם במשך עשר שנים (זכות התצ'רוף),⁴⁹ כאשר העיבוד והחזקה הסתיימו לפני מספר שנים, ולכן הסיכוי לטעות בהחלטת הממונה אכן רב. יתרה מזאת, בעל הזכות הפוטנציאלי אינו ידוע במקרים רבים, ואין אפוא דרך פשוטה לברר קיומן של זכויות קודמות. לפיכך נקט הממונה כלפי עצמו גישה מחמירה, ובכל מקום שרק היה חשש לקיומה של זכות לאדם כלשהו, לא ראה

46 להגדרת ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי כתקנת שוק, ראו עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 39, בעמ' 24, 36; עניין קציר, לעיל ה"ש 35, פס' 4 לפסק דינו של השופט מוסק; ערר (ערעורים איו"ש) 121/15 צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש, פס' 19 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 28.2.2017); עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 1; פס' 47 לתגובה מעדכנת מטעם המשיבים 4-1 בבג"ץ 419/14 עירית סלואד, נפת רמאללה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 6.1.2020) (התגובה להלן: תגובת המדינה בעתירה ביחס ליישוב עפרה; הבג"ץ להלן: עניין סלואד). להגדרת ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי כ"מעין תקנת שוק" ראו עניין מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 38; ת"א (שלום י-10) 22626-08 גולן נ' אדורה – אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית של משקי חירות-בית"ר בע"מ פס' 20 לפסק דינו של השופט שמעוני (26.5.2013); עניין צאלח, שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת קאופמן. להגדרתו כתקנת שוק ראו גם ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 186-187.

47 להצדקות אלו באשר לס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי ראו עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 39, פס' 143. בהקשר זה ראו גם עניין סילוואד, לעיל ה"ש 1, פס' 85, 98, 108 לפסק דינה של הנשיאה חיות. הצדקה זו אימץ גם היועץ המשפטי לממשלה. ראו עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 2. כן ראו תגובת המדינה בעתירה בנוגע ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, פס' 47. להצדקות אלו ביחס לסעיפים דומים (ס' 17 לחוק נכסי נפקדים, וס' 16 לחוק האפורופוס הכללי) ראו דויטש כרך ד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 308-310; ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מז(5) 1, 21 (1993); ע"א 4636/07 מרעי נ' מרעי, פס' 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 21.12.2009); ת"א 1794-08-07 (מחוזי מר') יורשי אג'מיל נ' מנהל מקרקעי ישראל, פס' 170 לפסק דינו של השופט סטולר (פורסם בנבו, 12.4.2010); ע"א 170/66 פיאד נ' האפורופוס על נכסי נפקדים, פ"ד כ(4) 433 (1966); ה"פ (מחוזי ת"א) 1502/09 חסונה נ' האפורופוס לנכסי נפקדים, פס' 24 לפסק דינו של השופט טובי (פורסם בנבו, 19.2.2016); בר"ע 7/81 האפורופוס הכללי נ' עיריית חולון, פ"ד לו(1) 489, 484 (1982).

48 שיעור המקרקעין המוסדרים ביו"ש הוא כ-33%. ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 167. על זה יש להוסיף את שיעור המקרקעין שרשומים בפנקס השטרות. לדיון ראו עניין צלאח, לעיל ה"ש 46, פס' 19 לפסק דינו של השופט לוי; עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 39, פס' 148 לפסק דינו של השופט דראל.

49 ס' 78 לחוק הקרקעות העותומני.

בכך הממונה רכוש ממשלתי. עם זאת גם כאשר נוקטים גישה מחמירה אפשר שתהיינה טעויות, והמתקשרים עם הממונה זכאים לביטחון באשר לרכושם, כדי שטעות של הממונה לא תפגע בהם.

כללים דומים ביותר קיימים גם במשפט הישראלי בנוגע לעסקאות של האפוטרופוס על נכסי נפקדים,⁵⁰ לעסקאות של האפוטרופוס הכללי,⁵¹ לאפוטרופוס לנכסי גרמנים⁵² ולעסקאות של החברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה בע"מ.⁵³ המכנה המשותף של תקנות שוק אלו הוא שקיים גוף ממשלתי, אפוטרופוס או חברה ממשלתית, שהוקנו להם סמכויות על פי חוק בנוגע לסוג מסוים של רכוש: נכסי נפקדים, נכסים עזובים, נכסי גרמנים או להבדיל נכסים של נספי שואה. אחת הסמכויות היא לבצע עסקאות או פעולות משפטיות בנוגע לרכוש הזה, אך קיים חשש שהם יטעו בהחלטותיהם, דהיינו יתברר שאין מדובר בנכס של נפקד, בנכס עזוב, בנכס של גרמני או בנכס של נספה שואה. בהיעדר תקנת שוק שתגן על כשרות העסקה, מי שיעשה עסקה עם האפוטרופוסים לסוגיהם השונים או עם החברה הנ"ל ייפגע. כדי להגן על הסתמכותו של המתקשר עם בעל תפקיד ציבורי שקיימת חזקה לתקינות מנהלית של החלטותיו, החוק קובע שהעסקה תעמוד בתוקפה גם אם יתברר שבעל התפקיד הציבורי טעה.

50 ס' 17 לחוק נכסי נפקדים ("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"). נפקדים הם בעיקר אזרחים או נתינים של לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר הירדן, עיראק או תימן, או מי שנמצא באחת הארצות האלה או בכל חלק של ארץ ישראל שמחוץ לשטח ישראל. על פי ס' 4 לחוק זה, נכסי הנפקדים מוקנים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים והוא רשאי לעשות עסקאות בהם לפי תנאי החוק.

51 ס' 16 לחוק האפוטרופוס הכללי ("פעולה שנעשתה בתום לב בין האפוטרופוס הכללי לבין אדם אחר, מתוך הנחה שנכס פלוני הוא נכס עזוב, תעמוד בתקפה גם אם נתגלה לאחר מכן שהנכס לא היה עזוב"). "נכס עזוב" הוא נכס שלא נמצא מי שרשאי ומסוגל לנהוג בו מנהג בעלים או לנהלו, או שבעלו אינו ידוע והנכס נמצא בארץ או שמדובר בנכס של אזרח ישראלי, של תושב ישראל, או של תאגיד הרשום בישראל או שהוקם בה ושנמצא בחוץ לארץ. האפוטרופוס הכללי מופקד על פי החוק על ניהול הנכסים העזובים, והוא רשאי לבצע פעולות משפטיות בעניינם לפי תנאי החוק.

52 ס' 10 לחוק נכסי גרמנים ("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"). על פי ס' 1 לחוק, מטרת החוק היא לכנס את נכסי הגרמנים ולממשם כדי שנכסים אלה, או תמורתם, יוכלו לשמש ביטחון לסילוק תביעות של אנשים היושבים בישראל כיום או בעתיד מאת גרמניה לרבות מוסדותיה ורשויותיה או מאת גרמנים או תושבי גרמניה. על פי ס' 5 לחוק, נכסי הגרמנים מוקנים לאפוטרופוס לנכסי גרמנים. האפוטרופוס מוסמך לעשות בהם עסקאות לפי תנאי החוק.

53 ס' 70 לחוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו–2006 ("פעולה שנעשתה בתום לב בין החברה לבין אדם אחר, מתוך הנחה שנכס פלוני הוא נכס של נספה שואה, תעמוד בתוקפה גם אם נתגלה לאחר מכן שהנכס לא היה נכס של נספה שואה"). מטרת החוק הן לאתר נכסים הנמצאים בישראל שיש יסוד להניח כי בעליהם נספו בשואה, לאתר את יורשיהם ולהשיב אותם ליורשים. אשר לנכסים שירשיהם לא אותרו הם ישמשו למטרות סיוע לניצולי שואה ולהנצחת זכר השואה וזכרם של נספי השואה. בעקבות החוק הוקמה חברה שפועלת לקידום מטרות החוק. החברה מוסמכת לעשות פעולות משפטיות בנוגע לנכסים אלו לפי תנאי החוק.

ניסוחו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי כמעט זהה לזה של הסעיפים הללו, שכן מדובר בסיטואציה דומה. מפקד האזור מינה את הממונה על הרכוש הממשלתי לנהל אותו וכן לעשות עסקאות בנוגע לרכוש זה. גם בהקשר זה קיים חשש שמא יטעה הממונה בסיווג הרכוש, ויתברר שאין מדובר ברכוש ממשלתי. בא מחוקק האזור והקנה הגנה דומה למתקשר עם הממונה על הרכוש הממשלתי בדומה להגנה שהמחוקק הישראלי הקנה למי שהתקשר עם האפוטרופוסים לסוגיהם השונים או עם החברה הנ"ל. יתרה מזאת, מחוקק האזור הקנה הגנה דומה גם למי שעשה עסקה עם הממונה על הנכסים הנטושים.⁵⁴ מאחר שמדובר בסיטואציות ובתכליות דומות, קרי הגנה על מי שעשה עסקה עם בעל תפקיד ציבורי שהתברר בדיעבד שבעל התפקיד הציבורי טעה בסיווג הרכוש, וכן בניסוח כמעט זהה לסעיפים הללו, ניתן להסתמך על ההצדקות לאותם סעיפים דומים וללמוד מפרשנותם כאשר דנים בהצדקות ובפרשנות של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. העובדה שמדובר בסעיפים שניסח המחוקק הישראלי, ובמקרה דנא מדובר בסעיף שחוקק מפקד האזור, אינה חשובה, שכן מפקד האזור מונחה בסופו של דבר בידי אלה שמייצעים לניסוח החקיקה בישראל, ולא בכדי מדובר בניסוח כמעט זהה, כאשר ההבדלים המעטים נובעים בעיקר מזהות בעלי התפקידים וסוג הרכוש המדובר. לפיכך מאחר שהפסיקה בנוגע לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי מועטה ביותר, ניתן להסתמך על הפרשנות שניתנה לאותם סעיפים בפסיקת בתי המשפט לצורך פרשנות רכיבי סעיף 5 לצו.⁵⁵ היועץ המשפטי לממשלה אימץ במפורש עמדה זו בנוגע לתקנות השוק של האפוטרופוס לנכסי נפקדים ושל האפוטרופוס הכללי.⁵⁶

יתרה מזאת, סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי ניתן להצדקה ביתר קלות ביחס לאותם סעיפים. כאשר מדובר בנכסי נפקדים, בנכסים עזובים, בנכסי גרמנים או בנכסי נספי שואה ידוע שקיימת זכות לאדם מסוים, ובדרך כלל זהותו גם היא ידועה, ולכן קל יותר לברר אם מדובר בנפקד, במי שנטש את רכושו, בגרמני או להבדיל בנספה שואה, ובכל זאת המחוקק כלל תקנות שוק במקרה של טעות של האפוטרופוס לסוגיו השונים או של החברה הנ"ל. לעומת זאת במקרים הכלולים בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי לממונה לא היה ידוע כלל בדרך כלל על זכות קודמת למאן דהוא. כאמור לעיל, המקרה השכיח לשימוש בתקנת השוק הוא במקרים שבהם הממונה השתכנע בעבר שמדובר במקרקעין שלא עובדו בעיבוד שמקנה זכויות במקרקעין, אגב עיון בפנקסי המקרקעין, בפנקסי תשלומי המס, בתצלומי אוויר, וכן לאחר סיוורים בשטח ומפגש עם מוכתרי הכפרים בסביבה. לאחר בדיקה זו אף הייתה הכרזה כרכוש ממשלתי שכוללת סימון בשטח ופרסום וכן מתן אפשרות להגשת ערר.⁵⁷ אם

54 ס' 10 לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58) ("כל עסקה שנעשתה בתום לבב בין הממונה ובין אדם אחר, בכל נכס, שהממונה חשבו בשעת העסקה לנכס מוקנה, לא תיפסל, ותעמוד בתוקפה, גם אם יוכח, שהנכס לא היה אותה שעה מוקנה"). נכס נטוש הוא נכס שבעליו עזב את אזור יהודה ושומרון. על פי ס' 4 לצו הנכסים הנטושים מוקנים לממונה על הרכוש הנטוש. על פי ס' 3 לצו, הממונה על הרכוש הנטוש מוסמך לבצע עסקאות בנוגע לנכסים אלו לפי תנאי הצו.

55 ביחס לס' 17 לחוק נכסי נפקדים וס' 16 לחוק האפוטרופוס הכללי ראו עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 39, בעמ' 37, 40–42.

56 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 5.

57 עניין סילוואד, לעיל ה"ש 1, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

התעורר ספק בדבר קיומן האפשרי של זכויות של אנשים פרטיים, המקרקעין לא הוכרוזו רכוש ממשלתי. לפיכך באשר למקרקעין שהוכרוזו רכוש ממשלתי לא היה בנמצא מי שטען שיש לו זכויות בהם או שהיה ניתן לברר עימו על אודותיהן. ההתנגשות הפוטנציאלית עם בעל זכויות עלום קודם נובעת אך ורק ממדידה מדויקת יותר של הקו שעד אליו היה עיבוד קודם, ורק מעבר לו המקרקעין הם אדמות מדינה, ולא מטענה של בעל זכות קודם. לכן גם כיום לא ברור כלל במרבית המקרים מי יוכל לטעון ולהוכיח שהיה לו עיבוד שחרג אל מעבר לקו אדמות המדינה והיה עשוי להקנות לו זכות כלשהי.⁵⁸ ואכן, במקרים הראשונים שהפסיקה החילה את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, עובר להחלטה נעשה פרסום בעניין זה בעיתונות בעברית ובערבית, נתלו מודעות במקומות הנחוצים, נשלחה הודעה למוכתרים בכפרים הסמוכים או לנציג הקישור הפלסטינאי וניתנו 30 יום להגשת התנגדויות, אך אף התנגדות לא התקבלה.⁵⁹ עם זאת קיימים מקרים שבהם סעיף 5 לצו יחול על מקרקעין שרשומים במרשם המקרקעין על שם אנשים פרטיים, אך הדבר נובע מטעות של הממונה בשאלה אם מדובר במקרקעין שהופקעו או נתפסו בתפיסה צבאית. במקרים אלו זהותו של בעל המקרקעין הקודם אינה מועילה ואינה מורידה מבחינת הטעות של הממונה, שכן הנחת המוצא היא שהופקעה או נתפסה קרקע פרטית, אך הטעות היא באשר לגבול ההפקעה או התפיסה. אשר לטעות זו זהות הבעלים הקודם והיכולת לפנות אליו אינה משנה דבר.⁶⁰

הצדקה נוספת להפעלת סעיף 5 לצו מתבססת על טיעון כלכלי בדבר הקטנת הנזק. מאחר שמדובר במקרקעין שהקצה הממונה ושנבנו עליהם מבנים, ביטול זכויות המתקשרים יגרום "תביעות ענק" נגד הממונה.⁶¹ לממונה לא תהיה כל הגנה חוזית או נזיקית, שכן הוא הקצה את הקרקע לרוכש תם לב, וכעת הרוכש לא יוכל למכור את ביתו, לשעבדו או להרחיבו. עקרון הקטנת הנזק מחייב את המשך ניהולם בידי הממונה, דהיינו להפעיל את סעיף 5 לצו ולפצות את הבעלים המקורי אם יוכיח את זכותו. כאמור, במרבית המקרים לא צפוי כלל שתוכח בפועל זכות של בעלים קודם, ולכן שיעור הפיצויים הכללי שיינתן יהיה נמוך בהרבה מסכומי העתק שהמדינה תידרש לשלם לכל מי שעשה עסקה עימה ובנה את ביתו וכעת מתברר שאין מדובר ברכוש ממשלתי. תשלום סכומי העתק במרבית המקרים ללא כל תועלת ממשית מקופת המדינה הוא שיקול כלכלי-ציבורי שמצדיק אף הוא את תחולת תקנת השוק על מקרים אלו. החלת תקנת השוק לא תעודד בעתיד התרשלות של הממונה, שכן הקצאות עתידיות מראש ייעשו במדידות מדויקות הכוללות מכשור מודרני.

על שיקול ציבורי זה ניתן להוסיף עוד הצדקה. הפעלת סעיף 5 לצו משרתת גם את בעל הזכויות המקורי המקומי. הריסת בית ביישוב בשל גריעתו מגבולות ההכרזה המתוקנת לא תועיל גם לבעל הזכויות המקומי, אם יאותר, וגם אם יוכיח את זכויותיו.⁶² הוא לא יוכל לבנות את ביתו על מגרש זה בשל הבעיה הביטחונית, והוא גם לא יוכל למכור את המגרש

58 ראו שם, פס' 45 לפסק דינו של השופט סולברג. כן ראו לעיל ה"ש 29–31 והאסמכתאות שם.

59 ראו להלן תת-פרק ד.1.

60 מקרים אלו יידונו להלן בתתי-פרקים ד.2, ד.3.

61 ראו לעיל ה"ש 35.

62 ביחס לסיכון להריסת הבתים יש לזכור שקיימות טענות נוספות בנוסף לתקנת השוק כנגד תביעה להריסה כגון שיהוי, השתק והתיישנות. לטענת השיהוי ראו דו"ח ועדת זנדרג – ועדת ההסדרה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 104–106, לפיו לאור השיהוי והתמיכה הממשלתית בהקמת הישובים, ההיתכנות להריסה היא אפסית, ויש מניעה משפטית מפני פינוי והריסה.

ליהודים בשל החשש לגזר דין מוות על פי המצב המשפטי ברשות הפלסטינית במקרים אלו.⁶³ גם האפשרות של עיבוד הקרקע בגבול היישוב יוצרת לעיתים קשיים ביטחוניים לא מבוטלים בשל סכסוכים על רקע לאומי.⁶⁴ לפיכך מדובר בתוצאה שהיא הפסד לכל (lose-lose situation).⁶⁵ לעומת זאת הפעלת סעיף 5 לצו תותיר את הבית על כנו, ובעקבות זאת יינתן פיצוי כספי לבעל הזכויות, וכך ייווצר מצב של רווח לכול (win-win situation). מי שחפץ להגן על בעל הזכויות המקורי המקומי אמור לתמוך בהפעלת סעיף 5 לצו במקרים שרכיבי הסעיף מתקיימים. טענה זו מתחזקת לאור העובדה שבמרבית המקרים לא יימצא כלל בעל זכות שיוכיח את זכותו.

ב. הביקורת על קיומה של תקנת שוק ותכליותיה והמענה לביקורת זו

כביקורת לגישה במאמר דנא, שלפיה סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי הוא סעיף של תקנת שוק, כפי שהתקבלה כאמור אצל היועץ המשפטי לממשלה ובפסיקת בתי המשפט, הובעה

63 לאחרונה, נושא זה נזכר בבית המשפט העליון בעניין סילוואד (לעיל ה"ש 1, פס' 14-16, 45 לפסק דינו של השופט סולברג), שם מובאים מספר מקורות בעניין זה: ראשית, בשנת 1997 המועצה המחוקקת הפלסטינית דנה בטיוטת חוק העוסק בקביעת כללים לגבי מכירת קרקעות ובהטלת עונשים על מי שמעורב במכירת קרקעות לישראלים (להצעת החוק שרואה בכך בגידה ראו: Ownership of Real Estate in Palestine by Foreigners. במקביל, הודיע התובע הכללי הפלסטיני, כי מכירת קרקעות פלסטיניות מהווה בגידה שעונשה מוות. שנית, בשנת 2010 פורסם, כי בית משפט ברשות הפלסטינית קבע שמכירת קרקעות בבעלות פלסטינית לישראלים, דינה מוות. בהצהרה שפרסם התובע הכללי הפלסטיני בעקבות פסיקה זו נאמר, כי מטרתה להגן על הפרויקט הלאומי הפלסטיני. ראו: *PA Court: Sale of Palestinian Land to Israelis is Punishable by Death*, HAARETZ (20.9.2010), www.haaretz.com/1.5115464. שלישיית, בדצמבר 2018, הורשע תושב מזרח ירושלים בבית המשפט הגבוה לעניינים פליליים ברמאללה במכירת קרקעות ליהודים, ונגזר עליו עונש של מאסר עולם ועבודות פרך (ראו ג'קי חורי "הרשות הפלסטינית גזרה מאסר עולם על תושב מזרח ירושלים שמכר קרקעות ליהודים" הארץ (31.12.2018) <https://bit.ly/3eENXCH>). הרשעה זו באה על רקע הסלמה ב"מלחמת קרקעות", שבמסגרתה עצרו הפלסטינים 44 אנשים שהואשמו במכירת קרקעות בבעלות פלסטינית ליהודים. מבין העצורים, כך דווח, שלושה כבר נשפטו ונשלחו למאסר של 15 שנים עם עבודות פרך (שם). רביעית, אחת ההנמקות לאיסור העיון במרשמי המקרקעין הוא חשש לסיכון חיי מוכרים פלסטינים שמכרו מקרקעין ליהודים. בהקשרים אלו ראו גם ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 194-196. לאזכור המצב המשפטי כאמור ראו גם בש"א (מחוזי י-ם) 9340/09 רג'בי נ' טל בנייה והשקעות קרני שומרון, פס' 12 לפסק דינו של השופט ענבר (פורסם בנבו, 3.1.2010); ת"פ (מחוזי י-ם) 427/97 מדינת ישראל נ' סביתאן, פס' 3 לפסק דינו של השופט סגל (פורסם בנבו, 30.10.1997). למקרה שבו נרצח סוחר קרקעות שמכר מקרקעין ליהודים, ראו "3 עשורים אחרי אביו: נרצח גם הבן שמכר קרקעות ליהודים" Ynet (9.12.2018) <https://bit.ly/3j7iWuB>. כן ראו עקיבא ביגמן "מוות, כליאה ממושכת ועינויים: גורלם המר של סוחר קרקעות פלסטינים" מידה (12.1.2016) mida.org.il/2016/01/12; עמית כהן "היחידה הסודית של הרשות הפלסטינית" NRG (5.9.2009) <https://bit.ly/3ezEmgt>; "דיווח: עונש מוות לפלסטיני על מכירת קרקעות ליהודים" ערוץ 7 <https://tinyurl.com/yy9sk6lr> (28.4.2009).

64 כך למשל, ראו איתמר פליישמן "קרב מתנחלים – פלסטינים: מי כרת את עצי הזית?" Ynet <https://bit.ly/2CJwITv> (16.10.2012).

65 ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 164-167.

דעה שונה מפי ד"ר רונית לויין-שנור, שלפיה אין מדובר בתקנת שוק. בהתאם לגישתה, המשמעות של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי היא רק ביחסים שבין הממונה למתקשר עימו, ולכן בקיום רכיבי הסעיף הזה, לא יזכה המתקשר לסעד האכיפה ואף לא לסעד ההשבה אלא לפיצויי קיום בלבד.⁶⁶ הסיבות לפרשנות זו הן כדלהלן:

1. פרשנות הסעיף

נטען כי לפי עניין אל נאזר קבע בית המשפט העליון שהצו בדבר רכוש ממשלתי אינו משנה את הדין המקומי ואינו קובע את הדין שעל פיו מוכרעת הבעלות במקרקעין, לפיכך לא ניתן ליצור תקנת שוק שמשנה את הדין המקומי במונח הקנייני. יתרה מזאת, לשון סעיף 5 לצו אינה מתייחסת לרוכש או לזכותו אלא לתוקף העסקה, ולעומת זאת לשון תקנות שוק אחרות בדין הישראלי מתייחסות לרוכש ולזכותו, ולכן תוקף הסעיף הוא בין הממונה למתקשר בלבד.⁶⁷

כמענה לביקורת זו ניתן לומר שאכן הצו בדבר רכוש ממשלתי אינו קובע כללים בנוגע לשאלה איך נקבעת הבעלות במקרקעין בדין המקומי. סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי עוסק במקרים שמתברר שהממונה הקצה בעסקת חכירה או הרשאה נכס מסוים, ומתברר שלמאן שהוא יש או עשויות להיות זכויות באותם מקרקעין. הפרשנות שלפיה סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי מתפקד כתקנת שוק משמעה שעסקת החכירה או ההרשאה עומדת בתוקפה, ומקביעה זו נגזרת כמונח זכותו של החוכר או בר-הרשות גם כלפי בעל הזכויות האמיתית. הממונה אינו מוכר את המקרקעין, ולכן סעיף 5 לצו אינו עוסק בדרכים לקביעת בעלות אלא בהגנה על זכות החכירה או ההרשאה שהוקנתה לחוכר או לבר-הרשות כלפי בעל הזכויות האמיתית. לכן האמירות בפסק הדין אל נאזר הנ"ל אינן נוגדות את הפרשנות שמדובר בתקנת שוק.

אשר לטענה הלשונית, ניתן להשיב שסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי דומה כאמור עד מאוד לארבעה סעיפים אחרים בדין הישראלי: סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, סעיף 10 לחוק נכסי גרמנים ולהבדיל סעיף 70 לחוק נכסים של נספי השואה,⁶⁸ שנחשבים על פי הפסיקה, היועץ המשפטי לממשלה והספרות ל"תקנות שוק" או "מעין תקנות שוק",⁶⁹ ולכן לא נראה שיש חשיבות לדרך ניסוחה של תקנת השוק. יתרה

66 רונית לויין-שנור "ללא תקנה: על תקנת השוק במקרקעין באזור יהודה ושומרון" משפטים נ 312, 355-358 (2020) (להלן: לויין-שנור "ללא תקנה"). לדעה כי אין מדובר בתקנת שוק, ראו חוות דעת מטעם פרופסור אלכסנדר (סנדי) קדר, שהוגשה במסגרת בקשה להצטרף להליך בע"א 7668/18 סאלחה נ' אנגיל, במעמד ידיד בית המשפט, בעמ' 7.

67 לויין-שנור, לעיל ה"ש 66, בעמ' 338, 346-347.

68 ראו לעיל ה"ש 50-53.

69 אשר לס' 17 לחוק נכסי נפקדים ראו מספר מקורות מני רבים: עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 20, 24, 27, 29, 30; עניין מרעי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 7; ע"א 6783/98 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עיזבון מוסא, פ"ד נו(4) 161, 175 (2002); עניין אנגיל, לעיל ה"ש 47, בעמ' 49; עניין חסונה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 10; עניין אנגיל, לעיל ה"ש 39, פס' 146; דויטש כרך ד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 308-311. אשר לס' 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, ראו בש"א (מחוזי י-ם) 2409/05 רשם המקרקעין נ' האפוטרופוס הכללי (פורסם בנבו, 27.9.2006) (להלן: עניין רשם המקרקעין); עניין אנגיל, שם, פס'

מזאת, ד"ר רונית לויין-שנור מסתמכת גם על סעיף 5 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, שכותרתו היא "תקנת השוק", אך הוא אינו מתייחס כלל לזכותו של המסתמך על תקנת השוק אלא לכך שכוחו של המשכון יפה לכל דבר. המשכון הוא העסקה, בהשוואה לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. אף שאין התייחסות מפורשת לזכותו של בעל המשכון, מדובר בתקנת שוק על פי הכותרת המפורשת של הסעיף.⁷⁰

נוסף על ההיבט הלשוני, אין ספק שתכלית סעיף זה היא לא להגן על הממונה שטעה, שלמרות טעותו הוא יוכל למנוע מהמתקשר עימו לא רק את סעד האכיפה אלא אף את סעד ההשבה כאמור לעיל. קשה לדמיין הצדקה לכך שהממונה לא ישיב למתקשר עימו את התמורה שנתן, לכן ברור שזו אינה הפרשנות המתאימה לסעיף 5 לצו הדבר רכוש ממשלתי, והפרשנות היחידה האפשרית היא, שבדומה לסעיפים הדומים מאוד כאמור לעיל בדין הישראלי, מדובר בתקנת שוק לכל דבר ועניין.⁷¹

2. השתלבות עם הדין הקיים באזור ועם המשפט הבין-לאומי

ד"ר לויין-שנור סבורה שלבד מבמקרים מסוימים הדין באזור יהודה ושומרון אינו מכיר ביכולת להתגבר על זכויות קנייניות קודמות, ולכן אין לתת לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי פרשנות המאפשרת להתגבר על זכויות קנייניות קודמות, בייחוד בשל השפעת כללי המשפט הבין-לאומי המחייב להגן על האוכלוסייה המוגנת, ובייחוד משום שתקנת השוק תיושם בדרך כלל כדי להגן על זכויות שרכשו יהודים אגב פגיעה בזכויות של האוכלוסייה המוגנת.⁷² עוד נטען שהחוזים שעורך הממונה חייבים להיות כפופים לאפשרות לסיימם לפי הימשכות מצב התפיסה הלוחמתית, ולכן כל המתקשר עם הממונה חייב לקחת על עצמו את הסיכון לסיומו של החוזה בכל עת, בנסיבות שאינן בשליטתם של הצדדים.⁷³

כמענה לביקורת זו ראוי לציין שאכן המקרים המוגדרים כתקנות שוק שהמשפט הישראלי מכיר בהם רבים מאלה שהדין באזור מכיר בהם.⁷⁴ עם זאת גם בדין הקיים באזור קיימים מקרים שבעל זכות מאוחרת גובר על בעל זכות קניינית קודמת בזמן.⁷⁵ לא זו אף זו,

146; דויטש כרך ד, שם, בעמ' 311-312. אשר לס' 70 לחוק נכסים של נספי שואה, ראו דברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר ארוז קמיניץ, בפרוטוקול ישיבה מס' 10 של ועדת המשנה (של ועדת החוקה, חוק ומשפט) לעניין הצעת חוק נכסים של נספי שואה, הכנסת ה-16, 37 (5.12.2005).

70 ס' 5 לחוק המשכון.

71 בעניין מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 38 (שעליו מסתמכת לויין-שנור, לעיל ה"ש 66, בעמ' 351) אכן תחולת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי מנעה מחוכר שלא חפץ בחלק מסוים מהשטח שחכר לקבל את התמורה שנתן אף שהתברר כי חלק מסוים מהמקרקעין לא הוכרו אדמת מדינה. ברם, במקרה המיוחד שם לא הייתה התנגשות בין מי שהתקשר עם הממונה לבין בעל זכויות קודם אלא ביחסים שבין חוכר לבין מחכיר, כאשר החוכר מנסה להתחמק מחובתו לשלם על חלק מסוים מהשטח שחכר. עם זאת מקרה מיוחד זה אינו משקף את התכלית המרכזית של ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי – קיום תקנת שוק.

72 שם, בעמ' 340-345; קדר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 12.

73 שם, בעמ' 29.

74 ראו לעיל ה"ש 40-45.

75 ראו ס' 12-16 לחוק הסדר הקרקעות והמים. לדיון באילו מקרים בהסדר זכויות במקרקעין גובר בעל זכות מאוחרת על בעל זכות קודמת מהמקרים הכלולים בסעיפים אלו ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2,

קיימת תקנת שוק נוספת שתכליתה הגנה על המסתמך על החלטות של רשות ציבורית, שזו התכלית המרכזית של תקנת השוק על פי סעיף 5 לצו.⁷⁶ אשר להשפעת המשפט הביין-לאומי על פרשנות סעיף 5 בצו בדבר רכוש ממשלתי נדון להלן בפרק ו. העובדה שהממונה מקצה ברוב המכריע של המקרים מקרקעין להתיישבות ישראלית ומעט מאוד להתיישבות של תושבים מקומיים פלסטינים⁷⁷ נובעת בין היתר מכך שלתושבים הפלסטינים יש זכויות במקרקעין רבים מכוח עיבוד והחזקה,⁷⁸ ואילו להתיישבות הישראלית לא היה מצאי של מקרקעין שהיה אפשר להתיישב בהם, ולכן מטבע הדברים הקצה הממונה מקרקעין בעיקר להתיישבות ישראלית. עם זאת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי אדיש לזהות הלאומית של הבעלים המקורי או של הרוכש. היות שהיו הקצאות גם לפלסטינים, אם יתברר שיחולו בעניין הקצאות אלו רכיבי סעיף 5 לצו, הוא יגן גם עליהן. יתרה מזאת, השימוש הנרחב שנדרש כיום בתקנת שוק זו נובע מטעויות העבר, שנגלו ברובן כיום בזכות שימוש במכשור מדידה מתקדם. אומנם תקנת השוק תחול גם על מקרים שייווצרו בעתיד, ברם הלקחים שנלמדו מטעויות העבר והשימוש במכשור מתקדם יגרמו שהשימוש בתקנת השוק במקרים שייווצרו בעתיד יהיה ככל הנראה מועט יחסית, והשימוש הנרחב יהיה ברובו לשם תיקון של טעויות העבר. נוסף על זה ראוי לציין כי הטענה שהמצב המשפטי של האזור צריך לגרום לכך שכל המתקשר עם הממונה חייב לקחת על עצמו את הסיכון לסיומו של החוזה בכל עת, אינה הולמת את המציאות שלפיה על פי החוזים עם הממונה המתיישבים בונים את ביתם, ולכן ברור שאין מדובר בחוזים זמניים לתקופות קצרות.

3. היעדר הצדקה לקיומה של תקנת שוק בהשוואה למשפט הישראלי

ד"ר לוי-שנור מדגישה שתקנת השוק במקרקעין בדין הישראלי,⁷⁹ שאינה קיימת בדין באזור,⁸⁰ נועדה להגן על אמינות רישום המקרקעין המוסדרים, ולכן אין להקיש ממנה לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, שכן סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי אינו ממוקד במקרים של הסתמכות על טעות במרשם אלא על עסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי.⁸¹ יתרה מזאת, אם נקיש לדין הישראלי, אזי אין בדין זה תקנת שוק למי

בעמ' 162–163. נוסף על זה, קיים השריון בהליך של רישום ראשון מושא סעיף 8(ב) לחוק רישום נכסי דלא נידי שלא נרשמו. לדיון במשמעותו של סעיף זה ראו שם, בעמ' 140–143. כן ראו בנוגע לדיני בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת, ס' 906 למג'לה וס' 10 לחוק ההחזקה (התצורף) בנכסי דלא נידי (מס' 49 לשנת 1953). לדיון במשמעות סעיפים אלו ראו שם, בעמ' 164–167; הראל ארנון "בניה ונטיעה במקרקעי הזולת בדין החל ביהודה ושומרון" דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון (הראל ארנון וחגי ויניצקי עורכים, התשע"ד).

76 ס' 10 לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס' 58).

77 ראו לוי-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 66, בעמ' 310, ה"ש 15.

78 ראו לעיל ה"ש 28 והטקסט הסמוך לה.

79 ס' 10 לחוק המקרקעין.

80 עם זאת ראו ע"א 2046/06 אלג'אבר נ' חליל (פורסם בנבו, 11.3.2013), שבו דן בית המשפט בתקנת השוק באשר למקרקעין שנמצאים ביהודה ושומרון. ברם, בית המשפט אינו מציין ואינו דן בשאלה מהו המקור לתחולתה באזור זה. לדעת ד"ר לוי-שנור, מדובר בסוג של הסכמה דיונית (ראו לוי-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 66, בעמ' 347).

81 שם, בעמ' 346–347. בעניין זה ראו גם קדר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 7, 13, 17–18, 32.

שהתקשר עם רשות מקרקעי ישראל (המקבילה בישראל לממונה על הרכוש הממשלתי), והתברר שאין מדובר במקרקעי המדינה, רשות הפיתוח או קרן קיימת לישראל שבניהולה של רשות מקרקעי ישראל.⁸² בנוסף, לדעתה אין להשוות להסדרים שצוינו לעיל באשר לנכסי נפקדים, נכסי גרמנים, נכסים עזובים ולהבדיל לנכסי הנספים,⁸³ שניסוחם דומה עד מאוד לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. שהרי המטרות של שני החוקים הראשונים הייתה לשלול את הבעלות על נכסי נפקדים ונכסי גרמנים מסיבות לאומיות-פוליטיות ולמוכרם לרשות הפיתוח, לרבות נכסים שנעשתה טעות בסיווגם, ורק העובדה שקיימים בחוקים אלו הסדרים הקובעים שאם נעשתה טעות תושב לבעלים האמיתי התמורה שקיבלו האפוטרופוסים בהתאמה, מאפשרת את הדיפת הבעלים האמיתי מפני קבלת זכותו בעין.⁸⁴ אשר לשני הכללים האחרונים טוענת ד"ר לויין-שנור שאין מדובר בכללים שמונעים את החזרת הקניין לבעלים האמיתי בשל היעדר כלל שמשיב לבעלים האמיתי את התמורה שקיבלו האפוטרופוס או החברה לנכסי נספים, והיות שכשמדובר בנכסים עזובים, אם הנכס נמכר למדינה והוא עדיין בבעלותה, יש להשיבו לבעלים האמיתי.⁸⁵

כמענה לביקורות אלו ראוי לציין שאכן אין להשוות כלל את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי לתקנת השוק במקרקעין בדין הישראלי, שכן מדובר בתקנות שוק שיש להן הצדקות שונות בתכלית. תקנת השוק במקרקעין בדין הישראלי נועדה לייצר אמינות לרישום המקרקעין המוסדרים,⁸⁶ ואילו סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי נועד לאפשר לציבור להסתמך על החלטות של רשות ציבורית – הממונה על הרכוש הממשלתי. לאור הצדקה זו ברור מדוע ההשוואה הנכונה היא אכן לארבע תקנות השוק במשפט הישראלי: סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, סעיף 10 לחוק נכסי גרמנים ולהבדיל סעיף 70 לחוק נכסים של נספי השואה, שתכליתן היכולת להסתמך על החלטות של רשויות ציבוריות.⁸⁷ ההשוואה איננה למצב הספציפי שבו כל תקנה עוסקת אלא להצדקה הכללית, לכן אין פלא שלכל תקנות השוק הללו ולסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי יש ניסוח דומה מאוד. אשר לטענה שמטרת תקנות השוק בנכסי נפקדים ונכסי גרמנים הייתה לשלול את הבעלות גם כאשר מדובר בטעות, יש לומר שטענה זו אינה מתיישבת עם התכלית של שלילת הבעלות של נכסי נפקדים וגרמנים. אם יתברר בדיעבד שאין מדובר בנכסי נפקדים או בנכסי גרמנים, החזרת הנכסים לבעליהם אינה פוגעת בתכלית חוקים אלו. לכן המטרה היא להגן על המתקשר עם רשות ציבורית כאמור לעיל, וכך נקבע בפסיקה שנתמכת גם בספרות.⁸⁸ אשר לטענה בנוגע לתקנות השוק בנכסים עזובים ובנכסים של נספי שואה, יש להשיב שבמרבית כללי תחרות הזכויות בכלל ותקנות השוק בפרט

82 שם, בעמ' 35; רונית לויין-שנור "אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת 'מצפה כרמים': בעקבות ת"א (מח' י-ם) 13-11-29754 אנג'ל נ' סאלחה" מבזקי הארות פסיקה 86, 4, 33 (2018) (להלן: לויין-שנור "מצפה כרמים").

83 ראו לעיל ה"ש 50-53.

84 קדר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 44-45; לויין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 66, בעמ' 323-329.

85 שם, בעמ' 327-330.

86 דויטש כרך ד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 235.

87 שם, בעמ' 309, 311; עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 39, פס' 146.

88 ראו לעיל ה"ש 47.

במשפט הישראלי ובדין ביהודה ושומרון אין הסדר המורה על זכותו של המפסיד בתחרות לתבוע פיצויים או השבת התמורה מזה שגרם לאובדן הזכות, ועדיין מדובר בתקנות שוק.⁸⁹ אפשרויות אלו קיימות אם יוכיח בעל הזכות המקורי עילה מתאימה. בתת-פרק ג.6 אדון בנושא זה ואציע ליצור באשר לתקנת השוק על פי סעיף 5 לצו הסדר דומה להסדר שקיים בחוק נכסי נפקדים ובחוק נכסי גרמנים.

אומנם בדין הישראלי אין תקנת שוק דומה במקרים של הסתמכות על החלטות של רשות ציבורית – רשות מקרקעי ישראל – בדומה לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, אך הדבר מובן מאליו. בישראל 95% מהמקרקעין רשומים ומוסדרים,⁹⁰ ונוסף עליהם קיימים מקרקעין רשומים ולא מוסדרים,⁹¹ ושיעור המקרקעין שאינם רשומים כלל הוא אפוא מזערי. לעומת זאת ביהודה ושומרון כשני שלישים מהמקרקעין אינם רשומים כלל,⁹² ומכאן שהסיכון לטעות מצד הממונה על הרכוש הממשלתי הוא גבוה מהסיכון לטעות של רשות מקרקעי ישראל, ולכן כדי שהציבור יוכל לסמוך על החלטותיו ועל עסקאותיו של הממונה יש הצדקה לקיומה של תקנת שוק – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.

4. מאזן זכויות

ביקורת נוספת קיימת על הטיעון שהפעלת תקנת השוק מובילה למצב של רווח לכול: לפי ביקורת זו, העובדה שבאיה-הפעלת תקנת השוק בעל הזכויות הפלסטיני לא יקבל דבר, שכן הוא לא יוכל לבנות בחלקתו או למוכרה,⁹³ אין להצדיק את קיומה של תקנת השוק, שכן ייתכן שבעל הזכויות הפלסטיני מעוניין כחלק מהמאבק הלאומי לגרום להריסת ביתו של המתישב היהודי, אף במחיר שלא יזכה ליהנות מחלקתו ואף לא יזכה לסעד של פיצוי. מלבד העובדה שברוב המקרים שבתים נגרעו מהקו הכחול אין בנמצא בעל זכויות פלסטיני, ניתן לטעון כמענה לביקורת זו, שאם יימצא בעל זכויות פלסטיני, זכות הקניין ככל זכות היא זכות יחסית, ושיטת המשפט צריכה לבחור אימתי היא אינה מאפשרת לשרירות בעלים לגרום לאחר נזק, כשכל המטרה היא לגרום נזק ללא כל תועלת.⁹⁴ תקנת השוק בסעיף 5 לצו מונעת תוצאה לא רצויה זו שכל מטרתה לפגוע בהתיישבות היהודית.⁹⁵

89 ראו ה"ש 215 להלן. אשר לטענתה של ד"ר לויין-שנור (לעיל ה"ש 66, בעמ' 328–329) בדבר האפשרויות בחוק האפורטופוס הכללי שנכס שהועבר לקניין המדינה יוחזר לבעליו וכן בצורך באישור בית משפט, הרי שהסדרים אלו אינם רלוונטיים לתקנת השוק מושא סעיף 16 לחוק שעוסק בעסקאות שעשה האפורטופוס עם צדדים שלישיים.

90 מקרקעין אלו רשומים בפנקס הזכויות ובחלק ניכר מפנקס הבתים המשותפים. ראו אתר הרשות לרישום והסדר זכויות מקרקעין, <https://bit.ly/2ZA5uaJ> (ביקור אחרון 16.7.2020).

91 מקרקעין אלו רשומים בפנקס השטרות ובחלק קטן מפנקס הבתים המשותפים (שם).

92 רק כשליש מהמקרקעין ביהודה ושומרון הם רשומים ומוסדרים בפנקס הזכויות. ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 167. ישנם כמובן מקרקעין שרשומים בפנקס השטרות אך לא מדובר בשיעור ניכר.

93 ראו לעיל ה"ש 63.

94 בהקשר זה ראו בהיקש (שכן חוק המקרקעין אינו חל ביהודה ושומרון) את ס' 14 לחוק המקרקעין ("בעלות זכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר"). סעיף זה פורש בפסיקת בית המשפט העליון כסעיף שעשוי, בנסיבות מסוימות, להגן גם על פולש למקרקעין כנגד תביעת הבעלים. ראו דעתו של השופט כהן בע"א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן, פ"ד כה (2) 523 (1971). וכן ראו את דעת השופט אנגלרד בע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה (1)

ג. יסודות תקנת השוק

תקנת השוק כוללת כמה יסודות: היסוד הראשון הוא קיומה של עסקה עם הממונה על הרכוש הממשלתי. במסגרת זו אדון בשאלה אם מדובר רק בעסקה ישירה עם הממונה על הרכוש הממשלתי, או שניתן להכיר גם בעסקאות שרשרת. עוד אדון בסוגי עסקאות שונים, וכן בשאלה אם קיימת דרישה להשלמת העסקה ברישום במרשם המקרקעין ("שכלול

199, 221 (1999), שלפיה יש להפעיל את ס' 14 לחוק המקרקעין כאשר המניע להפעלת הזכות נבע ממניע פסול, וכאשר קיים "חוסר איזון אובייקטיבי בין התועלת המופקת לבעל הזכות לבין הנוק שנגרם לזולת". ואכן באופי העימות דנא, לבעל המקרקעין לא יצא דבר מהרס הבתים, ואילו הנוק לבעלי הבתים יהיה עצום. אומנם מדובר בדעת מיעוט, אך שופטים נוספים סברו שסעיף 14 לחוק המקרקעין שמשותף כיום בעקרון תום הלב עשוי להגן גם על פולשים בנסיבות מסוימות. השופט ברק סבר כי: "זכות הקניין, ככל זכות אחרת, אינה מוחלטת. כל הזכויות כולן הן יחסיות. זכות הקניין אינה הזכות לנהוג שלא בתום-לב. על-כן נתון תמיד שיקול-דעת שיפוטי – בגדרי עקרון תום-הלב – בהענקת סעדים בגין פגיעה בזכות הקניינית [...] עקרון תום-הלב קובע כי השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר [...] סוג שני של שיקולים סובב סביב מהות היחס עם הזולת וסביב מידת ציפיותיו והסתמכותו [...] בעניין זה יש להתחשב בשאלה אם מתן פיצוי עשוי להוות תרופה מספיקה בגין הפגיעה בקניין. סוג שלישי של שיקולים נוגע למידת הפגיעה באינטרס העצמי" (שם, בעמ' 275–279). לגישת השופט ברק, הצטרפו השופטים לויין ושטרסברג-כהן (שם, בעמ' 288–289). עם זאת, בשל רגישות היחסים הקיימים בבתי משופטים הם לא פסקו לטובת הפולש (שם, בעמ' 281–282).

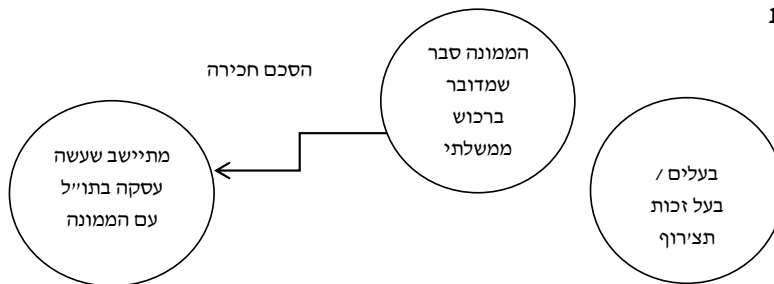
95 בהקשר זה ראוי לציין שבניגוד למסקנה של ד"ר לויין-שנור, שלפיה ס' 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שענין את הערך של קידום התיישבות יהודית, חל רק בתחום מדינת ישראל, ערך חוקתי זה חל על כל אזורי ארץ ישראל. מחבר מאמר זה (ועימו עו"ד שמחה רוטמן) הציע את הנוסח לסעיף הנ"ל בוועדה המיוחדת שדנה בחוק-יסוד: הלאום. הנוסח שהצענו היה זה: "מדינת ישראל רואה את עצמה מחויבת להקמה וביסוסה של התיישבות יהודית צפופה בשטחי ארץ ישראל הנתונים לשליטתה". פרוטוקול ישיבה מס' 15 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 28–30 (10.7.2018), שהתכנסה לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. אומנם הנוסח שהתקבל בסופו של דבר לא כלל את המילים "בשטחי ארץ ישראל הנתונים לשליטתה", אך בישיבה נוספת ציין מחבר המאמר: "אומנם אנחנו הצענו גם שייכתב במפורש שזה יחול בכל שטחי ארץ ישראל שנתונים לשליטת מדינת ישראל, אבל צריך לזכור, שגם כשהמילים האלה לא נמצאות, יש הרי גישה שאומרת שכל חוקי היסוד, כולל כבוד האדם, חלים ביהודה ושומרון, אין סיבה שגם החוק הזה לא יחול שם". פרוטוקול ישיבה מס' 19 של ועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 92 (16.7.2018), שהתכנסה לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. יתרה מזאת, גם הסתייגות שהוצעה לתחיימת כל סעיפי חוק היסוד לשטחי מדינת ישראל לא התקבלה. ראו הסתייגות מס' 133 ("לאחר סעיף 11 יבוא: תחולה 12. הוראות חוק-יסוד זה יחולו על שטחי מדינת ישראל ביום קבלת חוק-יסוד זה"). עם זאת, באותה מידה לא התקבלה הסתייגות הפוכה שביקשה להוסיף לס' 7 את המילים "בארץ ישראל" (הסתייגות מס' 106), ראו הסתייגות ובקשות רשות דיבור להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, נספח מס' כ-768/א (1989/20/פ), ולכן שאלה זו נותרה פתוחה. אך כאמור, כשם שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל על רשויות המדינה שפועלות באזור יהודה ושומרון (ראו בג"ץ 5488/04 מועצת מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל, פס' 46 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 13.12.2006); עניין סילוואד, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות), חל גם חוק-יסוד: הלאום. לכן, לטענה שתקנת השוק מושא המאמר מסייעת למנוע פגיעה בהתיישבות היהודית, ישנה תמיכה גם בס' 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

העסקה"). היסוד השני הוא קיומו של תום לב. במסגרת זו אדון בשאלה אם תום הלב הנדרש מהממונה על הרכוש הממשלתי ומהרוכש הוא תום לב סובייקטיבי בלבד או אף תום לב אובייקטיבי. היסוד השלישי הוא רכיב התמורה. מאחר שרכיב זה אינו מופיע בסעיף, אדון בשאלה אם הוא נדרש, ומהם המאפיינים של התמורה הנדרשת. היסוד הרביעי הוא סיווגו של רכוש כ"רכוש ממשלתי". עוד אדון בתוצאות קיומה של תקנת השוק וכן בסעד הפיצויים המגיע לנפגעים מתקנת השוק.

1. קיומה של עסקה

סעיף 5 לצו דורש קיומה של "עסקה". הממונה על הרכוש הממשלתי מתקשר בעסקאות בנוגע לרכוש זה בכמה אופנים. לעיתים הממונה מתקשר ישירות עם המתיישבים בהסכם חכירה, שבוודאי עונה על הדרישה לקיום "עסקה"⁹⁶.

שרטוט 1



נוסף על עסקאות אלו מתקשר הממונה במקרים רבים עם גופים מיישבים או משכנים. למשל, הממונה מתקשר לעיתים רבות עם ההסתדרות הציונית ומקצה לה מקרקעין לצורך הקמת יישובים ופיתוחם, וזו בתורה מתקשרת בעסקאות של בר-רשות עם המתיישבים. גם אם עסקאות אלו מוגדרות בר-רשות, בפועל מדובר בעסקת חכירה.⁹⁷ מכל מקום, הפסיקה הכירה בהסכמי הרשאה כעסקה לכל דבר.⁹⁸ גוף משכן שכיח הוא משרד הבינוי והשיכון.⁹⁹ אשר לסוג התקשרות עם גוף מיישב או משכן קיימות אפוא שתי עסקאות "גב אל גב" שעל כל אחת מהן ניתן להחיל את סעיף 5 לצו בנפרד, דהיינו: ניתן להחיל את סעיף 5 גם על המתקשר הסופי ("המתיישב").

אומנם בפסק הדין בעניין חוות מקורה נאמר על סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, כי "סעיף 17 לחוק מהווה מעין 'תקנת שוק' ספציפית לעניין נכסים, שהוכרזו בטעות כנכסי נפקדים. התנאים שמציב הסעיף וכוח ההכשרה הגלום בו מתייחסים רק לעסקה שהאפוטרופוס הוא צד לה (בדרך כלל – העסקה הראשונה שבוצעה בנכס לאחר קביעת הנפקדות

96 ראו עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 35.

97 ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 191–192.

98 עניין אנגיל, לעיל ה"ש 39, פס' 154.

99 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 35.

המוטעית)¹⁰⁰. ההדגשה של "בדרך כלל" היא חשובה, שכן לעיתים יש להפעיל את הסעיף גם על עסקת שרשרת. מובן שבמקרים שבהם תקנת השוק מתקיימת בחולייה הראשונה, החוליות שלאחריה אינן זקוקות לעמידה בתנאי תקנת השוק, שכן הן נהנות מההגנה שקיימת בחולייה הראשונה. למשל, בעניין פחמאוי בית המשפט הפעיל את סעיף 17 על רכישה של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, שלאחר מכן נמכרו המקרקעין לקק"ל. בית המשפט הכיר בתוקפה של העסקה עם קק"ל אף שהיא לא רכשה את המקרקעין ישירות מהאפוטרופוס אלא מרשות הפיתוח שעמדה בתנאי תקנת השוק ברכישת המקרקעין מהאפוטרופוס.¹⁰¹

ברם גם אם תנאי תקנת השוק אינם מתקיימים בחולייה הראשונה, הם יכולים להתקיים בחולייה השנייה. כך נפסק בבית המשפט העליון בעניין להיגי בנוגע לתקנת השוק הקיימת בסעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, שקובעת שמי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתום לב ובתמורה ושכלל את זכותו ברישום, לא תיפגע זכותו גם אם יתברר שהרישום לא היה נכון. בית המשפט קבע שתקנת השוק תחול גם במקרה שהרוכש (ב) ממי שהרישום על שמו לא היה נכון (א) טרם שכלל את זכותו ברישום, והוא (ב) התקשר בחוזה להעברת זכויותיו עם צד שלישי (ג) ששכלל את זכותו ברישום בתום לב ובתמורה. במקרה זה מאחר שתנאי תקנת השוק התקיימו בחולייה השנייה (בין ב ל-ג), אף שהם לא התקיימו בחולייה הראשונה (בין א ל-ב) בהיעדר שכלול של (ב) תקנת השוק תחול על הצד השלישי (ג), שכן אותו רציונל של הסתמכות על הרישום הלא נכון (של א) מתקיים גם במקרה זה (ג) הסתמך על הרישום הלא נכון של א ועל החוזה בין א ל-ב).¹⁰²

אומנם פסק הדין עסק בתקנת השוק במקרקעין שהתכלית שלה שונה מהתכלית של תקנת השוק על פי סעיף 5 לצו, ברם מדובר בעיקרון שהולם את תקנות השוק בכללן. אם המתקשר בחולייה השנייה מקיים את כל רכיבי תקנת השוק, וקיומה של תקנת השוק באותו מקרה מקדם את תכליתה, היא צריכה לחול. באופן דומה להסתמכות המתקשר בחולייה השנייה בעניין להיגי על אמינות המרשם (התכלית של תקנת השוק מקרקעין) גם המתקשר שבסומך למעשה על ההקצאה של הממונה על הרכוש הממשלתי להסתדרות הציונית (התכלית של תקנת השוק ע"פ סעיף 5 לצו). הדבר אף בא לידי ביטוי בחוזה של המתיישב עם ההסתדרות הציונית. בחוזה זה מוצהר שההסתדרות הציונית קיבלה רשות מן הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי ביהודה ושומרון להקים את היישוב, המתיישבים מצהירים כי ידוע להם שיכול שהממונה ידרוש מהם לחתום על חוזה פיתוח או על חוזה חכירה או על כל חוזה אחר, וכן שידוע להם שיכול שהממונה ידרוש מהם לשלם תשלומים כל שהם עבור זכויותיהם, לרבות דמי חכירה מהוונים או כל תשלום אחר, והם מתחייבים לפעול על פי הוראות הממונה. לפיכך אין ספק שסעיף 5 לצו חל גם על העסקה עם המתיישב (אם יתקיימו

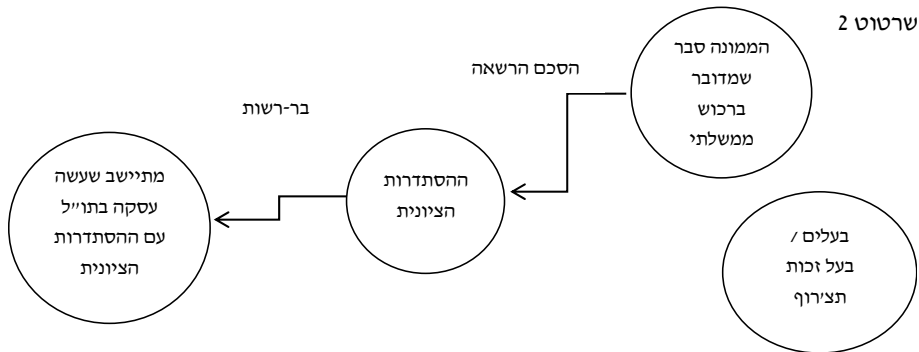
100 עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 20, 21, 28.

101 ת"א (מחוזי חי') 607/03 פחמאוי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 24.8.2008). למקרה נוסף ראו ת"א (שלום י-ם) 42302-03-10 חוסייני נ' c&m

properties partnership, פס' 15 לפסק דינה של השופטת קסלסי (פורסם בנבו, 7.11.2017).

102 ע"א 767/11 להיגי נ' עזורי, פ"ד סו(2) 853 (2013).

שאר הרכיבים הנדרשים), גם אם לא התקיימו כל רכיבי סעיף 5 בעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית. אם התקיימו כל רכיבי סעיף 5 בעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית, המתיישב כלל ללא נדרש לעמוד בתנאי סעיף 5, שכן הוא בא מכוחה של ההסתדרות הציונית שהעסקה שלה מוגנת.¹⁰³



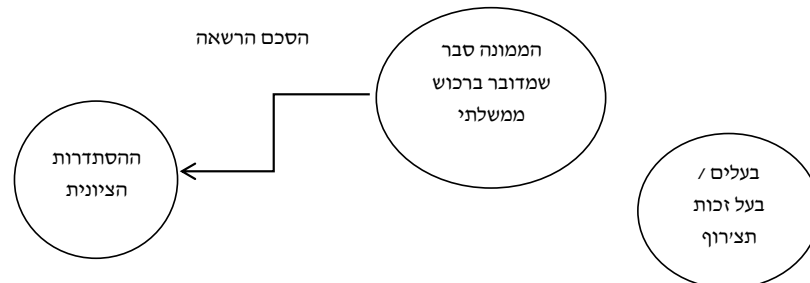
כאמור, סעיף 5 לצו יחול גם כאשר טרם נכרתה עסקה עם המתיישבים הסופיים, שכן ההקצאה של הממונה להסתדרות הציונית (הסכם בר-רשות או הסכם ההרשאה) גם היא יכולה להיכנס בגדר המונח "עסקה". ואכן הפסיקה הכירה בתחולת סעיף 5 לצו על מקרקעין שהקצה הממונה להסתדרות הציונית, והתברר לאחר מכן שהם אינם רכוש ממשלתי (ובתנאי שיתקיימו שאר רכיבי סעיף 5).¹⁰⁴ בהקשר זה ההסתדרות הציונית יכולה להיחשב "אדם אחר" שעשה עסקה עם הממונה.¹⁰⁵

103 עניין אנגיל, לעיל ה"ש 39, פס' 150. למקרה שהפסיקה החילה את ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי על עסקה של בר-רשות, שהחלה בעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית והמשיכה לעסקה בין המתיישבים להסתדרות הציונית, ראו עניין קציר, לעיל ה"ש 35. למקרה נוסף שבו החיל בית המשפט סעיף זה על עסקה בין הממונה להסתדרות הציונית, וכך עסקה זו תעמוד בתוקפה, ולכן תעמודנה בתוקפן גם העסקאות בין ההסתדרות הציונית למתיישבים, ראו עניין אשכנזי, לעיל ה"ש 35.

104 עניין אנגיל, לעיל ה"ש 39, פס' 154. בנוסף ראו ערר (ערעורים איו"ש) 16/82 אלבינה נ' הממונה על הרכוש הממשלתי (לא פורסם) (להלן: ערר בעניין אלבינה), שבו הכירה ועדת הערר בתחולת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי על מקרקעין שהתברר שאינם רכוש ממשלתי, ועסקת ההקצאה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית נותרה בתוקפה. עם זאת יש לציין כי החלטה זו לא אומצה בידי רמ"א (ראש המינהל האזרחי) מעולם, שכן הוגשה עתירה לבית המשפט העליון, שבה הוסכם בין המדינה לעותרים כי החלטת ועדת העררים תחבטל (שהיא המלצה בטרם אושרה בידי רמ"א), ועררו של העותר יוחזר לדין מחדש לפני הרכב אחר. ערר נוסף לא הוגש בסופו של דבר. כן ראו ערר (ערעורים איו"ש) 37/08 אטרש נ' הממונה על הרכוש הממשלתי (פורסם בנבו, 13.9.2012), שבו טענה המדינה כי ס' 5 לצו חל גם על העסקה של הממונה עם ההסתדרות הציונית העולמית.

105 ראו עניין אנגיל, לעיל ה"ש 39, פס' 154. וכן ראו ס' 17 לסיכומים מטעם המשיב 2 בע"א 7668/18 סאלחה נ' אנגיל (להלן: עמדת המדינה בעניין אנגיל בבית המשפט העליון), העומדים על ההגדרה בסעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי למילה "אדם" – לרבות תאגיד או חבר בני אדם שאינו מואגד". וכן ראו ע"א 11085/08 עזבון מראד נ' רשות הפיתוח, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו,

שרטוט 3



לעיתים הממונה מתקשר עם ההסתדרות הציונית בהסכם הרשאה, וההסתדרות הציונית מתקשרת בחוזה עם אגודה שיתופית שמקימה את היישוב. במסגרת זו נחתם בין ההסתדרות הציונית לאגודה השיתופית כתב התחייבות.¹⁰⁶ כאשר מדובר בקיבוצים ובמושבים, ההסתדרות הציונית מתקשרת עם האגודה השיתופית גם בחוזה התיישבות.¹⁰⁷ יתרה מזאת, במושבים גם המתיישבים חותמים על חוזה התיישבות עם ההסתדרות הציונית, וחותרים גם על הצהרה כלפי ההסתדרות הציונית שהם ברי-רשות. וביישובים הקהילתיים ההסתדרות הציונית מתקשרת עם המתיישבים בחוזה ברי-רשות. בקיבוצים ובמושבים השיתופיים ההתקשרות החוזית של ההסתדרות הציונית היא רק עם האגודה השיתופית, אלא אם קיים בקיבוץ או במושב השיתופי הליך של שיוך דירות. במקרה זה ההסתדרות הציונית מתקשרת בחוזה ברי-רשות גם עם המתיישב.¹⁰⁸ מכאן נובע שקיימת שרשרת עסקאות מהממונה עד

9.10.2011), שלפיו כאשר מדובר בהפעלת ס' 17 לחוק נכסי נפקדים, העובדה שהעסקה נעשתה עם רשות הפיתוח, שהיא "רשות מנהלית", אינה משנה דבר, שכן היא בגדר "אדם אחר". לדוגמה נוספת להפעלת סעיף זה על רכישה של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, שלאחר מכן נמכרו המקרקעין לקק"ל, ראו עניין פחמאוי, לעיל ה"ש 101, פס' 12. לדוגמאות שהחילו את ס' 17 לחוק נכסי נפקדים על רכישה של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, כאשר הבעלות נותרה אצל רשות הפיתוח, ראו ת"א (שלום נת) 6375/03 רשות הפיתוח, מנהל מקרקעי ישראל נ' דסוקי, פס' 11 (פורסם בנבו, 23.9.2007); ה"פ (מחוזי נצ') 281/98 שיבלי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"מ התשס"א(1) 300 (2002). לכן ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי חל גם על עסקאות עם ההסתדרות הציונית העולמית כ"אדם אחר".

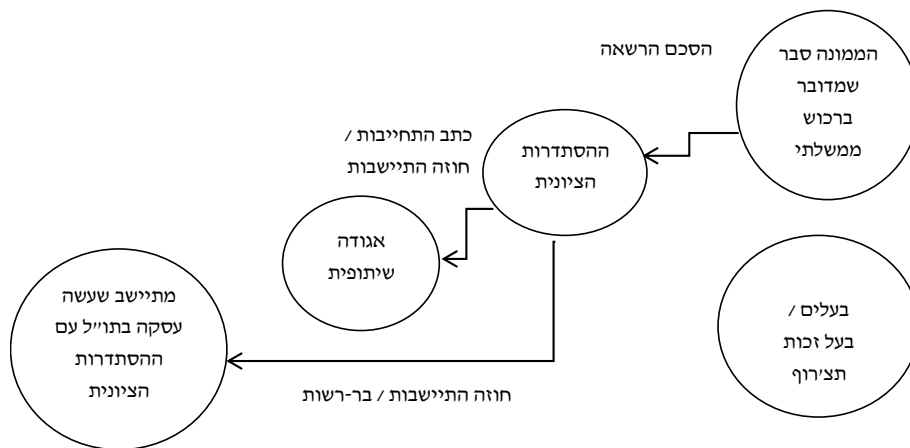
106 כתב ההתחייבות מקנה לאגודה את האחריות לשמור על כל המיטלטלין, הרכוש והציוד שהושאל לה מידי החטיבה, לרבות המקרקעין שבתחום הסכם ברי-רשות. לכתב ההתחייבות מצורף נספח בעניין ההלוואות שקיבלה האגודה. יצוין כי החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית מלווה גם את תהליך הקמת האגודה השיתופית, וחלק ממסמכי ההקמה כוללים איגרת חוב לטובת ההסתדרות הציונית, שמכוחה מוטלים שעבודים ספציפיים על מיטלטלין שנמסרו לאגודה, וכן שעבוד צף על כל נכסי האגודה, הנרשמים אצל רשם האגודות השיתופיות (חלק משעבורי המיטלטלין נרשמים גם אצל רשם המשכונות).

107 חוזה ההתיישבות מתייחס בחלקו הראשון למטרות ההתיישבות – קיום יישוב – וכן לאיסור העברת זכויות או שעבודים בניגוד להסכמת ההסתדרות הציונית. בחלקו השני מתייחס החוזה לתנאי החזר ההלוואות לסוגיהן. על פי חוזה זה האגודה היא בת-רשות.

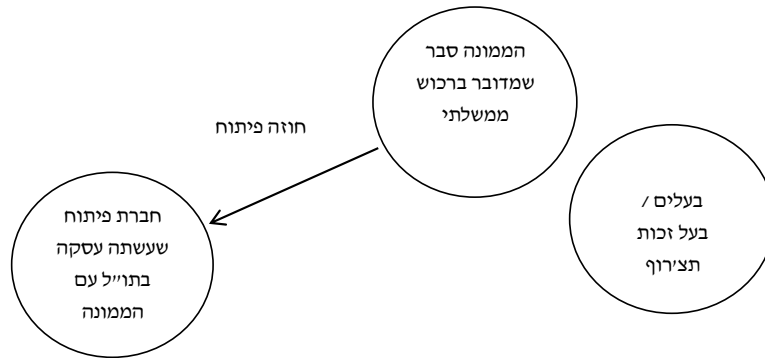
108 פרטים אלו נמסרו מאת מר יובל פונק, סמנכ"ל החטיבה להתיישבות.

לאגודה השיתופית ולמתיישב או בקיבוצים ובמושבים השיתופיים שאין בהם שיוך דירות עד לאגודה השיתופית, ובכלל שרשראות החוזים הללו המתיישב או האגודה השיתופית מסתמכים למעשה על הקצאת הרכוש הממשלתי בידי הממונה, ולכן ניתן להחיל את סעיף 5 גם על המתיישב או על האגודה השיתופית בתנאי שהתקיימו אצלם שאר רכיבי סעיף 5 (גם אם לא התקיימו כל רכיבי סעיף 5 בחוליות הקודמות. אם רכיבי סעיף 5 התקיימו בחוליות הקודמות, המתיישב או האגודה השיתופית אינם נדרשים כלל לעמוד בתנאי סעיף 5, שכן הם באים מכוון של החוליות הקודמות שהעסקה שלהן מוגנת).

שרטוט 4



לעיתים הממונה מתקשר עם חברה שאמורה לפתח את המקרקעין לצורך בנייה, ולאחר מכן הוא אמור לכרות חוזים עם חוכרי הדירות הפוטנציאליים. בעניין זה קיים ספק אם חוזה הפיתוח עומד בדרישה לקיומה של עסקה. לדעתי, גם במקרים אלו ניתן לראות בחוזה הפיתוח כעומד בדרישה לקיומה של עסקה, שכן ניתן לראות בסעיף הקיים בחוזה הפיתוח שכולל התחייבות של הממונה לכרות חוזים עם החוכרים הפוטנציאליים, חוזה לטובת צד ג שמקנה לחוכרים הפוטנציאליים עצמם זכות ישירה מול הממונה, או שניתן לראות בחוזה הפיתוח עצמו התחייבות כלפי חברת הפיתוח לחתום על החוזים עם החוכרים הפוטנציאליים, שהרי כל התכלית הכלכלית של חוזה הפיתוח היא להיות שלב ראשון בעסקה כוללת שבה הממונה מחכיר את הדירות למתיישבים.



כאמור, המונח "עסקה" כולל לא רק עסקאות להעברת בעלות אלא, בין היתר, גם עסקאות שכירות/חכירה¹⁰⁹ ובר-רשות.¹¹⁰ לעיתים הכירה הפסיקה באשר לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים שהמונח "עסקה" יכול אף להיות שונה מהמונח "חוזה", ויכול להיות סוג של "טרנסקציה", אם כי מונח זה לא זכה לפירוט.¹¹¹

בהקשר זה ראוי לציין שלפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה, "בנסיבות מסוימות, גם בהעדר הקצאה, ניתן לראות בתב"ע עליה חתומים הן הממונה והן הגורם המשכן, ושעל בסיסה פעלו צדדים אלו לפיתוח השטח ולשיווקו כאילו היו צד להסכם הקצאה תקף, בגדר עסקה". היועץ מדגיש שעצם קיומה של תב"ע (תכנית בניין עיר) איננו עסקה, אך אם ממכלול נסיבות העניין ניתן ללמוד שמדובר בעסקה, שכן התב"ע החתומה מייצגת בפועל התקשרות המבוססת על גמירת דעת ומסוימות מספקת, דבר המלמד על קיומה של עסקה קונקרטי, יהיה אפשר לבחון מקרים אלו לגופם.¹¹² עמדה זו הולמת את דיני החוזים בישראל, שאינם דורשים שדרישת הכתב תהיה דווקא בחוזה מסודר אלא בכל כתב שהוא.¹¹³ מכל מקום, היועץ המשפטי לממשלה מדגיש כי קיומה של תב"ע בתוקף אינו תנאי הכרחי לקיום דרישת העסקה.¹¹⁴

109 עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 24. וכן ראו התייחסות מפורשת לכך בס' 17(ב) לחוק נכסי נפקדים.

110 מטבע הדברים, העסקאות שהממונה עורך הן עסקאות חכירה או הרשאה. ההתייחסות הספציפית בחוק נכסי נפקדים לעסקת השכירות נובעת מהחלת דיני הגנת הדייר על מי ששכר נכס מהאפוטרופוס במסגרת תקנת השוק. אפשרות זו לא רלוונטית לממונה, שכן ס' 2 לצו בדבר אי-החלת תחיקה להגנת דיירים במקרים מסוימים (יהודה ושומרון) (מס' 293), התשכ"ט-1967 קובע כי: "התחיקה להגנת דיירים לא תחול על חוזה שכירות או שימוש בנכס אשר הושכר או נמסר לשימוש ע"י הממונה".

111 ע"א 131/53 מירזה נ' בינקובסקי, פ"ד ח 1461, 1466 (1954).

112 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 5ב.

113 גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 267 (מהדורה רביעית, 2019).

114 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 5ב.

שאלה נוספת שהתעוררה היא אם המונח "עסקה" דורש לא רק התחייבות להקנות זכות במקרקעין אלא גם את השלמת העסקה הקניינית, וכאשר מדובר במקרקעין השכלול נעשה כידוע ברישום במרשם המקרקעין.¹¹⁵ אכן תפיסת הפסיקה בישראל בנוגע לתקנת השוק היא בדרך כלל שנדרשת גם השלמת העסקה, שכן "רק קניין יכה קניין, ואילו זכות חיובים אין בכוחה להכות זכות קניין".¹¹⁶ אומנם בדרך כלל זכות קניינית מאוחרת בזמן אינה גוברת על זכות קניינית קודמת בזמן, אך בשל האינטרס החברתי הגלום בתקנת השוק הזכות המאוחרת גוברת על הקודמת, ובתנאי שהזכות המאוחרת תהא לפי הפסיקה הזאת זכות קניינית. הפסיקה בישראל נסמכה על המונח "מי שרכש זכות" ככולל דרישה לשכלול.¹¹⁷ ברם גם פסיקה זו סברה שייתכנו חריגים שיסתרו את החזקה שנדרש שכלול.¹¹⁸ יתרה מזאת, קיימת ביקורת בספרות על עצם הדרישה לשכלול. פרופ' מיגל דויטש סבור שדרישה זו מיותרת כל עוד מתקיימים רכיבי תום הלב והתמורה, שבהם מגולמת ההסתמכות התמימה, והשכלול הוא אך תווית. פרופ' דויטש אף מדגיש בענין סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, שדי שהמתקשר עם האפוטרופוס על נכסי נפקדים ייתן תמורה בתום לב על מנת להתגבר על הזכות הקודמת, שכן לצידו של המתקשר ניצבים ערכים ציבוריים בעלי חשיבות רבה היוצרים משקל רב.¹¹⁹ סעיף 5 לצו, בדומה לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, אינו כולל את הדרישה ל"רכישת זכות" אלא ל"עסקה", ולכן גם מבחינה פרשנית אין הכרח לדרוש לשכלל את העסקה ברישום, וניתן לומר שהמונח "עסקה" כולל בחובו גם את המונח "התחייבות לעשות עסקה".¹²⁰ בהקשר זה ניתן להשוות את המונח "עסקה" שבסעיף 5 לצו להגדרת "עסקה"

115 ראו ס' 2, 4, 11, 12 לפקודת העברת קרקעות, 1920. למקרקעין מוסדרים ראו ס' 16(3) לחוק הסדר הקרקעות והמים.

116 השופט (כתוארו אז) חשין כחלק מדעת הרוב בפסק הדין בע"א 2267/95 היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854 (1995). פסק הדין קבע כך גם כאשר לתקנת השוק על פי ס' 10 לחוק המקרקעין, וגם כאשר לתקנת השוק בירושה על פי ס' 73 לחוק הירושה. לתקנת השוק במקרקעין ראו גם ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 832 (2002). עם זאת, דעת המיעוט של השופט קדמי בפסק הדין בעניין הרטפלד (שם) לא דרשה שכלול, והסתפקה בתום לב ובתשלום עיקר התמורה.

117 ראו עניין סונדרס, שם; דעת הרוב בעניין הרטפלד, שם.

118 ראו עניין הרטפלד, שם, בעמ' 872: "יחד עם זאת, ועל-אף השוני בין הסדרי תקנות השוק השונות, ראוי להצביע על יסוד עיקרי אחד העובר כברית התיכון בכל תקנות השוק – לביטחון יתר נאמר: ברובן המכריע של תקנות השוק – והוא, קיומו של יסוד קנייני כיסוד-בלעדיו-אין (non-qua-sine) וכתנאי מוקדם להיווצרותה של הגנת תקנת השוק. יסוד מעשה הקניין (לעתים: יסוד החזקה) משמש יסוד מאחד לכל (או לרוב) תקנות השוק, עד שנוכל להסיק כי יוצר הוא דוקטרינה במשפט ישראל. פירוש: בהיעדר אינדיקציה אחרת תיצוק הדוקטרינה עצמה אל 'מושגי מסגרת', רנטל הפירוש' יהיה על מי שיבקש להפריך את קיומה של הדוקטרינה בנסיבות אלו ואחרות של תקנת השוק. הבו נבחן את הדברים מקרוב".

119 דויטש כרך ג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 186–205; מיגל דויטש "הקניין כ'תווית'? על תחרות זכויות ופורמליזם" הפרקליט מג 302, 307 ה"ש 29 (1997); מיגל דויטש קניין כרך א 505 (התשנ"ז).

120 עם זאת יש לציין שהתעורר ספק בדבר הוויתור על דרישת השכלול, על בסיס פסק הדין בה"פ (מחוזי חי') 226/96 וולפרט נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד התשנ"ו(2) 453 (1996), שניתן בעניין ס' 16 לחוק האפוטרופוס הכללי הכולל נוסח דומה של תקנת שוק (ס' 16 לחוק נוקט את המילה "פעולה" ולא "עסקה"). בפסק דין זה נקבע שנדרש שכלול, אך הדבר נסמך על כוונת הצדדים לעסקה. עם זאת בעניין רשם המקרקעין (לעיל ה"ש 69, פס' 12) דרישת השכלול נותרה בצריך עיון. מכל מקום, אשר לסי' 5 לצו

כפי שמופיעה בסעיף 1 לצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה והשומרון) (מס' 25), התשכ"ז-1967: "פעולה כלכלית, או אחרת, במזומנים או בכל דרך אחרת, בתמורה או שלא בתמורה, לרבות הסכם בדבר עשיית עסקה ועסקת שכירות בבתי עסק ובבתי מגורים בתחום העירונית או המועצות המקומיות" (ההדגשה הוספה – ח"ו).¹²¹ הדברים נכונים שבעתיים כשמדובר בסעיף 5 לצו, שכן במרבית המקרים מדובר בעסקאות על מקרקעין לא רשומים, שאין כל כוונה גם מצד הממונה לרשום את עסקאות החכירה במרשם המקרקעין. גם חוזי החכירה מתייחסים לרישום שייעשה בסופו של דבר במרשם ההרשאות ולא במרשם המקרקעין. ברם מרשם ההרשאות קיים כיום רק בקריית ארבע, ובעתיד יתקיים גם ביישוב אורנית.¹²² הווה אומר, שדרישת רישום במרשם המקרקעין או במרשם ההרשאות כחלק מהמונח "עסקה" תהפוך את סעיף 5 לצו לאות מתה, וכך תסוכל תכלית החקיקה.¹²³ האם מסקנה זו אמורה להשתנות כשמדובר במקרקעין שהיו רשומים במרשם המקרקעין, ויש אפוא לרשום את העסקה לצורך קיום המונח "עסקה"?¹²⁴ תחולת סעיף 5 לצו רלוונטית גם למקרקעין שרשומים על שם אנשים פרטיים, אך הייתה טעות באיתור החלקה, או שהממונה סבר שמדובר במקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית או שהופקעו, והתברר בדיעבד שהם לא נתפסו או לא הופקעו (שני המקרים האחרונים התרחשו בפרשות של מצפה כרמים ועפרה, שיידונו בפרק ד).

כאשר הממונה מציג לפני המתקשר שמדובר ברכוש ממשלתי, אין בידי המתקשר עימו דרך לברר שמא מדובר במקרקעין הרשומים על שם אדם אחר, שכן לפי הדין באזור לא ניתן לציבור לעיין במרשמי המקרקעין.¹²⁵ לכן יש להגן על הסתמכותו של המתקשר עם הממונה, שסומך על החלטות הממונה, כדי שהציבור לא יירתע מלהתקשר עם הממונה. לפיכך סעיף 5 צריך לחול גם במקרים אלו, שכן גם במקרה זה מדובר ב"נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי". בהתייחס בית המשפט העליון לסעיף 5 לצו קבע כי לצורך סעיף זה: "לא היה צורך לטרוח ולברר כלל את שאלת היותם של המקרקעין רכוש ממשלתי (בין מתוקף הכרזתם ככאלה ובין מתוקף הדין המהותי הרלוונטי). אכן, ככל

בדבר רכוש ממשלתי, מאחר שאין כוונה לצדדים בעסקאות עם הממונה לרשום את העסקה, מדובר במקרה שונה.

121 ראו בעניין זה את תגובת המדינה באשר ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, פס' 54.

122 למרשם ההרשאות ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 181-185.

123 ודאי שאין צורך גם שהממונה יירשם תחילה כבעלים, וכך נפסק גם בנוגע לס' 17 לחוק נכסי נפקדים, אין צורך שהאפוטרופוס יירשם תחילה כבעלים. ראו ע"א 1397/90 דיאב נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד מו(5) 789 (1992); ת"א (מחוזי חי') 1499/99 עינין נ' רשם המקרקעין – בנין לב העסקים, פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.9.2003).

124 ראו גם לעיל ה"ש 120.

125 צו בדבר מקרקעין (עיין במרשמים) (אזור יהודה והשומרון) (מס' 1737), התשע"ד-2014. בטרם חוקק הצו, היה קיים "נוהל לקביעת היקף זכויות עיון בתיקי בקשות לרישום ראשון, השתתפות בדיוני ועדת הרישום הראשון ועיון ברישומי המקרקעין". לביקורת על הנוהל הקודם שנשען על הצדקות דומות ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 192-197. בעניין זה ראו רע"א 2505/16 אנגיל נ' המינהל האזרחי ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 25.2.2016), שבו נקבע שאף במקרה של תביעה בבית המשפט בנושא סכסוך מקרקעין, התובע אינו זכאי לדעת מי הבעלים הרשומים באותם מקרקעין אף לא באמצעות הליך של גילוי מסמכים לפי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

שסעיף זה יש לו נפקות ביחסים שבין המערער למשיבים די היה למערער כי יראה שהעסקאות בינו ובין המשיבים נעשו בתום לב וכי בעת שנעשו סבר כי המקרקעין שבמחלוקת הם רכוש ממשלתי.¹²⁶

כאשר מפעילים את סעיף 5 לצו, הנחת המוצא של הממונה היא שמדובר ברכוש ממשלתי, שבמרבית המקרים איננו רשום. גם המתקשר סבור שכך הדבר, ולכן הם לא יפעלו לרישום העסקה. אדרבה, כאשר מדובר במקרקעין רשומים שהוקצו בטעות כאמור לעיל, והדבר התגלה בדיעבד, זהו בדיוק המועד שבו יש להפעיל את סעיף 5 לצו, ולכן לא נדרשת דרישה לרישום העסקה גם לא במקרים שהמקרקעין רשומים. מסקנה זו נכונה גם כאשר הממונה סבר שמדובר במקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית או שהופקעו והוא הקצה אותם. במקרים אלו הממונה ודאי שלא יפעל לרישום העסקה במרשם המקרקעין, שבו רשומים בעלי המקרקעין הפרטיים שאינם צד להקצאה. לכן לא נדרשת דרישה לרישום העסקה לצורך רכיב ה"עסקה" גם במקרה שהמקרקעין היו רשומים. את העמדה שרכיב ה"עסקה" אינו דורש שההסכם בין הממונה ובין המתקשר יסתיים ברישום אימץ היועץ המשפטי לממשלה.¹²⁷

בהקשר זה טוענים ד"ר רונית לוי-שנור ופרופ' סנדי קדר כי כל עסקה במקרקעין שעליהם חל הצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים טעונה רישום במרשם ההרשאות. לא זו אף זו, לפי צו זה עסקה שלא נגמרה ברישום רואים בה התחייבות לעשות עסקה, ואולם לא יהיה לה תוקף כלפי הממונה.¹²⁸ מאחר שהצו חל על יישובים בשטחי המועצות האזוריות ומעלה אדומים, אזי אשר לעסקאות במקרקעין הקיימים ביישובים אלו, שהצו חל עליהן, אם הן לא נרשמו במרשם ההרשאות, הן בלאו הכי אינן תקפות כלפי הממונה, ולכן אין תחולה לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.¹²⁹

כמענה לביקורת זו יש לציין שמרשם ההרשאות קיים כיום כאמור רק באשר ליישוב קריית ארבע, ויש החלטה להפעילו גם ביישוב אורנית. משמע, אם תתקבל פרשנות זו, סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי יהיה רלוונטי בעת הזו רק לשני יישובים אלו, שבהם הרישום יתאפשר, ובשטחי המועצות המקומיות שעליהם הצו לא חל. מכל מקום, לפי עמדת המדינה על דעת היועץ המשפטי לממשלה, חוסר התקפות כלפי הממונה אינו רלוונטי לעסקאות ישירות עם הממונה אלא רק בעסקות בין פרטים. דהיינו, שפרט מסוים המחזה את הזכות שרכש מהממונה לפרט אחר. סעיף 4(ב) לצו הנ"ל קובע כי "עסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה ואולם לא יהיה לה כל תוקף לגבי הממונה". אם מדובר בעסקאות עם הממונה, אזי קיימת סתירה פנימית. היאך עסקה שלא נרשמה יכולה בעת ובעונה אחת להיות "התחייבות לעשות עסקה" ומצד אחר חסרת תוקף כלפי אחד

126 עניין מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 38, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

127 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 5ב.

128 ס' 4 לצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים (יהודה ושומרון) (מס' 569), התשל"ה-1974.

129 לוי-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 66, בעמ' 354-354; קדר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 9, 33. ראו גם צו מפקד אזור יהודה ושומרון מיום 9.12.1979, שהחיל את הצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים, על מקרקעין שמפורטים בס' 2 לצו זה והנמצאים ביישוב שתחומיו נקבעו או ייקבעו בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות, וכן בצו בדבר ניהול מעלה אדומים; ראו עמדת המדינה בעניין אנגיל בבית המשפט העליון, לעיל ה"ש 105, בעמ' 15.

הצדדים לעסקה – הממונה? מטרת סעיף 4(ב) הנ"ל צריכה להילמד לאור סעיף 11(ב) לצו הנ"ל – לאפשר לממונה בקרה ופיקוח על רוכשי הזכויות בהמשך שרשרת הזכויות שהחלה בעסקה עימו, ולכן הוא רשאי שלא לאשר עסקאות שנערכו בין פרטים.¹³⁰

יתרה מזאת, לדעתי הממונה אינו יכול להשתחרר מעסקאות שערך רק בשל מחדלו לקיים את מרשם ההרשאות בכל היישובים שהוא אמור לחול בהם. גם כשמדובר בעסקאות בין פרטים הכוונה היא שביחסים בין הפרטים העסקה תקפה, אלא שבהיעדר רישום היא אינה תקפה כלפי הממונה. מובן שאם הממונה אישר את העסקה עם הפרט שרכש את זכותו מפרט אחר, שוב הממונה מחויב לעסקה זו גם אם היא לא נרשמה במרשם ההרשאות. מסקנה זו נכונה לדעתי גם באשר לעסקאות שנערכו בין ההסתדרות הציונית למתיישבים על מקרקעין שההסתדרות הציונית קיבלה מהממונה, שהרי ההסתדרות הציונית מקצה את המקרקעין למתיישבים על דעת הממונה, ומבחינה זו אין הוא יכול להתכחש להן גם אם הן לא נרשמו במרשם ההרשאות, שכאמור לא קיים בשום יישוב לבד מהיישוב קריית ארבע, ובעתיד גם באורנית.

2. תום הלב

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי דורש להוכיח כי העסקה נעשתה ב"תום לב". במסגרת זו אדון בשאלה אם תום הלב נדרש רק מצד המתקשר עם הממונה או גם מהממונה עצמו. נוסף על כך תבחן השאלה אם נדרש תום לב סובייקטיבי בלבד, או שראוי לדרוש גם תום לב אובייקטיבי.

(א) תום הלב מצד המתקשר עם הממונה

הפסיקה סברה שרכיב תום הלב הנדרש בסעיף המקביל, סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, חל הן על המתקשר עם האפוטרופוס והן על האפוטרופוס עצמו. כאשר מדובר בתום הלב הנדרש מהמתקשר פירשה הפסיקה את תום הלב של הרוכש כסובייקטיבי כולל גם היעדר עצימת עיניים (היעדר חשד סובייקטיבי בקיומה של עובדה מסוימת שהחושד נמנע מלבדוק את קיומה).¹³¹ הדגשה זו מיותרת, שכן תום הלב הסובייקטיבי כולל כעניין שבשגרה גם מצב של היעדר עצימת עיניים.¹³² פסיקה נוספת הדגישה שתום הלב הנדרש הוא סובייקטיבי, אם כי יש הגורסים כי נוכח הפגיעה בזכות הקניין יש לדרוש רמה גבוהה יותר של תום לב.¹³³ מכל מקום, תום לב סובייקטיבי אינו כולל "ירידה לשטח".¹³⁴ גם הספרות הביעה את עמדתה בנושא זה. אף שפרופ' מיגל דויטש בעד הרחבת הדרישה לתום הלב כאשר מדובר בתחרות זכויות במקרקעין לתום לב אובייקטיבי, רמת תום הלב הנדרשת לדעתו בסעיף 17

130 שם, בעמ' 14–16.

131 עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 21–23; עניין פיאד, לעיל ה"ש 47; ע"א 3747/90 האפוטרופוס על נכסי נפקדים נ' עזבון מוסא, פ"ד מו(4) 361 (1992). כן ראו ת"א (מחוזי חי) 1212-03-09 המועצה המקומית ערערה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (פורסם בנבו, 1.8.2011).

132 דויטש כרך ג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 219.

133 ע"א 6858/99 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' טברי, פ"ד נח(4) 577 (2004).

134 עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 23.

הנ"ל צריכה להיות אובייקטיבית אך מתונה במיוחד, שכן הרוכש זכאי להסתמך על טוהר זכויותיו של האפוטרופוס.¹³⁵ לפי עמדה זו נראה כי מאחר שתום לב אובייקטיבי מלא דורש נוסף על בדיקת מרשם המקרקעין גם בדיקת ההחזקה במקרקעין, רמה נמוכה כזו של תום לב אובייקטיבי לא תדרוש את בדיקת ההחזקה במקרקעין ותסתפק בבדיקת מרשם המקרקעין. לעומת זאת פרופ' חנוך דגן סבור שיש לכלול בפרשנות רכיבי תום הלב והתמורה גם התחשבות בצדדים לסכסוך, בעל זכות מקורי ערבי כנגד רוכש זכויות יהודי. תום הלב לדידו עשוי לכלול גם דרישה לירידה לשטח.¹³⁶

בחינת האפשרות לאמץ עמדות אלו בפרשנות רכיב תום הלב בסעיף 5 לצו דורשת עמידה על ההבדלים בין שני המצבים. כאשר מדובר בסיטואציה שבה עוסק סעיף 5 לצו, ראוי להדגיש כי ירידה לשטח במרבית המקרים לא תסייע. ראשית, לעיתים קרובות המתקשר נפגש עם השטח (המגרש) לראשונה לאחר שהוא כבר עבר פיתוח, ולכן אין סיכוי שידע על העיבוד וההחזקה שהיו קיימים קודם לכן, שהיו עשויים להקנות זכות למאן שהוא.¹³⁷ שנית, גם אם המקרקעין טרם עברו פיתוח, אזי המתקשר ועורך דינו בדרך כלל לא יחדו כלל שיש זכות מכוח עיבוד והחזקה קודמים, שכן המסקנה שקיימות זכויות קודמות דורשת בדרך כלל בדיקות סבוכות המבוצעות בעזרים מתקדמים (תצלומי אוויר ומכשירי מדידה מדויקים) ונמשכות תקופות ארוכות (ראו עבודת "צוות קו כחול"¹³⁸) – בדיקות שהמתקשר ועורך דינו אינם מסוגלים לבצען. בדיקות אלו אינן כלולות אף בתום לב אובייקטיבי מלא, וודאי שאינן כלולות בתום לב אובייקטיבי מתון במיוחד, לשיטת פרופ' דויטש. ניתן להניח שגם לפי הרף של הגישה המחמירה של פרופ' דגן לא ניתן לדרוש בדיקות שכאלו מהמתקשר ועורך דינו. דרישה שכזו מנוגדת להצדקות לקיום הסעיף – היכולת להסתמך על החלטות הממונה והיכולת להתקשר עימו בייעילות.

יתרה מזאת, במקרים רבים כשעולה הצורך להשתמש בסעיף 5 לצו, מדובר במקרקעין שהיו בגבולות ההכרזה ונגרעו בשל עבודת צוות קו כחול. הווה אומר, שגם מי שערך את ההכרזה הראשונה, שסייר בשטח ועשה מדידות ובדיקות כאלו ואחרות, לא איתר שהיו זכויות קודמות למאן שהוא, ואף הממונה על הרכוש הממשלתי לא איתר אותן או חשד בקיומן. אם כך, ברור שאין ציפייה מהמתקשר ומעורך דינו לגלות את קיום הזכויות הללו, והם עומדים בדרישת תום הלב גם אם הייתה נדרשת ירידה לשטח. מאחר שמדובר בבדיקות מורכבות, אין ציפייה שגם בחוזים בין הממונה להסתדרות הציונית, תאטר ההסתדרות הציונית את קיום הזכויות הקודמות.

הפער בין תום לב אובייקטיבי מתון במיוחד לבין תום לב סובייקטיבי מוגבר אינו גדול, והוא למעשה סמנטי. מאחר שתום לב אובייקטיבי מתון במיוחד נראה ככולל רק את בדיקת מרשם המקרקעין, משמעותו לא תהא רלוונטית כאשר ינסו ליישמו ביחס לסעיף 5 לצו. מרבית המקרקעין ביהודה ושומרון אינם רשומים כלל,¹³⁹ ולכן בדיקת מרשם המקרקעין לא

135 דויטש כרך ד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 309.

136 חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 284–289 (2005).

137 ראו ס' 78 לחוק הקרקעות העותומני.

138 ראו לעיל ה"ש 32 והטקסט הסמוך לה.

139 ראו לעיל ה"ש 48.

תועיל בעניינם. יתרה מזאת, גם אם קיים סיכוי שהמקרקעין כן רשומים במרשם המקרקעין, הדין הקיים באזור אינו מאפשר לציבור לעיין במרשמי המקרקעין,¹⁴⁰ ולכן גם אם המתקשר ירצה הוא לא יוכל להיעזר במרשם המקרקעין כדי לבדוק אם בכל זאת קיימת במרשמים אלו אינדיקציה לזכויות קודמות של פרט כלשהו. ירידה לשטח לא תסייע כאמור במרבית המקרים, ואיני סבור כאמור שהיא כלולה בדרישת תום הלב של סעיף 5 לצו. כפי שנראה להלן, יש הטוענים שרמת תום הלב הנדרשת מהממונה אמורה להיות גבוהה מזו של המתקשר, שכן הממונה מחזיק במידע הרלוונטי לבדיקת הזכויות השונות, ולמתקשר אין כל יכולת בדיקה שכזו. אין לצפות מרוכש סביר לבצע בדיקות קרקעיות מקיפות כאשר הוא מבקש לרכוש זכויות מהממונה על הרכוש הממשלתי. לפיכך רצוי לדעתי לדרוש מהמתקשר תום לב סובייקטיבי בלבד, שכולל כאמור היעדר עצימת עיניים ותו לא. עמדה זו אימץ היועץ המשפטי לממשלה, שסבור שהרף הנדרש מהמתקשר עם הממונה הוא תום לב סובייקטיבי בלבד.¹⁴¹ חוסר תום לב יתקיים למשל כאשר המתיישב פגש במקרקעין טרם רכישתם אדם הטוען לזכויות במקרקעין או אדם שמוסק זיתים במקרקעין. התעלמות מכך תיחשב עצימת עיניים וחוסר תום לב.

מכל מקום, דרישת תום הלב מתייחסת רק להיעדר ידיעה או היעדר חשד באשר לעובדה שהנכס אינו רכוש ממשלתי. לפיכך אין רלוונטיות לשאלות אם קיימת לאותם מקרקעין תב"ע בתוקף, אם ניתנו היתרי בנייה, ואם המבנה נבנה בתמיכתן ובהשקעתן של רשויות המדינה. אשר לדרישת תום הלב, זו מתייחסת רק לנתון של היות הנכס רכוש ממשלתי. הא ראייה שאם מבנה לא היה נגרע מגבולות הרכוש הממשלתי (במקרה של שינוי הקו הכחול), לא היו מיושמות בעניינו ההגבלות של מכירה או קבלת הלוואה מגובה במשכנתה רק בשל היעדר תב"ע בתוקף או היעדר היתר בנייה. בהקשר זה ראוי לציין שה"אשמה" בהיעדר קיומה של תב"ע בתוקף ביישובים ביהודה ושומרון רובצת לעיתים לפתחן של הרשויות, והמתקשר אינו צריך לשלם את המחיר על כך. יתרה מזאת, גם בתקנת השוק במקרקעין הקיימת בישראל,¹⁴² אין דרישות ממי שטוען לקיום תקנת השוק לאחר שבנה את ביתו להוכיח שקיימת תב"ע בתוקף, קיים היתר בנייה או סיוע של הרשויות. כאשר התמורה היא ההשקעה בבנייה (כפי שיפורט בהמשך) היא אינה הופכת להיות תמורה שהושקעה בחוסר תום לב רק בגלל היעדר תב"ע והיתר בנייה, ומסקנה זו נכונה גם במקרים שהייתה בחוזה התייחסות לצורך לבנות על פי תוכנית מאושרת והיתר בנייה. היעדר תב"ע והיתר בנייה נובע לעיתים כאמור ממחדל של הרשויות שלא קידמו את שלבי התכנון של היישוב מחד, והרשויות (קרי הממונה) או שלוחתן (ההסדרות הציונית) חתמו חוזה עם המשתכן שלפיו הוא אמור לבנות את ביתו בפרק זמן מסוים כאשר הסיכוי לאישור תב"ע לאותו יישוב אינו נראה באופן, ולכן הוא לא פעל בחוסר תום לב בבניית ביתו. נוסף על זה, ברור שהשאלה אם המבנה נבנה באמצעות הרשויות אם לאו אינה רלוונטית כלל לנושא זה. האם העובדה שאדם בנה את ביתו בעצמו או באמצעות חברה פרטית גורעת כהוא זה מתום ליבו באשר להיות הנכס רכוש ממשלתי שהוקצה לו בשרשרת חוזית?

140 ראו לעיל ה"ש 125.

141 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' ג5.

142 ס' 10 לחוק המקרקעין.

תום הלב שאליו מתייחס סעיף 5 רלוונטי כאמור רק לשאלה אם המתקשר לא ידע ולא חשד שמדובר ברכוש שאינו רכוש ממשלתי, שזהו המקרה שסעיף 5 לצו מגן על המתקשר מפניו. סעיף 5 לצו, בדומה לכללי תחרות זכויות אחרים, הוא כלל בתחום דיני הקניין, ואין לקרוא לתוכו רכיבים מדיני התכנון והבנייה. תום הלב יישלל אפוא רק אם המסתמך על סעיף 5 לצו ידע או חשד שמדובר ברכוש שאינו רכוש ממשלתי. לכן ניתן להחיל את סעיף 5 לצו בכל מקרה שהמתקשר או ההסתדרות הציונית עומדים בכלליו. עמדה זו אימץ היועץ המשפטי לממשלה.¹⁴³ לפי עמדת היועץ, דרישת תום הלב יכולה להתקיים גם כאשר לא הייתה תב"ע בתוקף, שכן קידומה בדרך כלל מאוחר להסכם ההקצאה, אף אם הוקמו מבנים בשטח המוקצה מבלי שקודמו ההליכים הדרושים לצורך אישורה של תב"ע בתוקף למקרקעין אלו.¹⁴⁴ לאור האמור לעיל ניתן להניח בביטחון רב שבמרבית המקרים שבהם תחולת סעיף 5 לצו תיבחן, המסקנה תהיה שהמתקשר וכן ההסתדרות הציונית עמדו בדרישת תום הלב.¹⁴⁵

(ב) תום הלב מצד הממונה

האם נדרש תום לב גם מצד הממונה? השוואה לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים מראה כי אכן נדרש בפסיקה תום לב גם מצד האפוטרופוס לנכסי נפקדים. אומנם פרופ' מיגל דויטש סבור, בצדק, שהיה צריך להשמיט דרישה זו, שכן תחרות הזכויות היא בין המתקשר עם האפוטרופוס לבין בעל זכות קודמת, ולכן תום הלב של האפוטרופוס, שהוא חוליית האמצע, אינו רלוונטי, ולא ראוי שנתון זה, שהוא לא בידעתו או בשליטתו של המתקשר עם האפוטרופוס, ישפיע על הגנתו.¹⁴⁶ ברם הפסיקה סברה שנדרש תום לב מצד האפוטרופוס, אך הוא צריך להתפרש כתום לב סובייקטיבי בלבד (הכולל היעדר עצימת עיניים) ברף הגבוה. לפיכך רשלנות וחוסר זהירות מצידו של האפוטרופוס לא יהיו ראיה לחוסר תום לב,¹⁴⁷ ואין אף דרישה לירידה לשטח.¹⁴⁸ בשל חזקת תקינות המעשה המנהלי נטל ההוכחה

143 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 5.

144 שם. יישום של קביעה זו קיים בתגובת המדינה באשר ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, שידון בתת-פרק ד.3 להלן.

145 יתרה מזאת, כאשר העסקה עם הממונה הסתמכה על בסיס הכרזה כדין קיימת בדבר היות המקרקעין רכוש ממשלתי, קיימת חזקה בדבר תום ליבם של הצדדים לה. ואילו במקרים אחרים יהיה מקום לבחון את נסיבותיהם לגופם, עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 35. ראו בעניין זה גם את תגובת המדינה באשר ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, פס' 56, שלפיה: "כאשר הקצאת מקרקעין ניתנה שעה שהצדדים הסתמכו על קביעת צוות קו כחול בדבר גבולות הרכוש הממשלתי – קיימת חזקה בדבר תום ליבם של הצדדים להתקשרות".

146 דויטש כרך ד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 310. לפסק דין שקבע שלא נדרש תום לב מצד האפוטרופוס לנכסי נפקדים ושם 17 לחוק נכסי נפקדים יחול גם אם האפוטרופוס פעל שלא בתום לב ראו עניין דוקי, לעיל ה"ש 105, פס' 11.

147 עניין פיאר, לעיל ה"ש 47; ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד אל עיר דוד נ' עיזבון אלעבסי, פ"ד נג(4) 730, 745–746 (1999) (להלן: עניין אלעד); עניין טברי, לעיל ה"ש 133; עניין ערעה, לעיל ה"ש 131, פס' 25; ע"א 1501/99 דריני נ' משרד האוצר (פורסם בנבו, 20.12.2004); עניין מוסא, לעיל ה"ש 131, בעמ' 366; עניין פחמאוי, לעיל ה"ש 101, פס' 12; עניין חסונה, לעיל ה"ש 47, פס' 24; עניין חוסייני, לעיל ה"ש 101, פס' 15; עניין עזבון מוסא, לעיל ה"ש 69, בעמ' 175; ת"א (מחוזי חי') 319/03 עזבון חוש נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.5.2006). לדרישה של תום לב

לחוסר תום לב מוטל על התובע הטוען נגד תחולת הסעיף.¹⁴⁹ עם זאת נקבע בפסיקה שאם יוכח "שהטיפול בנכס נעשה בהעדר תשומת-לב, שמשרדו של האפוטרופוס התנהל בחוסר סדר ובהיעדר תיאום בקבלת ההחלטות או כאשר הגורמים המוסמכים עצמו עיניהם לתצהיר שהונח בפניהם – הדבר יוביל לביטול הכרזת הנפקדות והעסקה כולה".¹⁵⁰ אשר לתום הלב הנדרש מהממונה בסעיף 5 לצו, ניתן לבססו על המילה "חשבו". סעיף 5 לצו דורש באשר לנכס הרלוונטי "שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי". המילה "חשבו" משמעה תום לב סובייקטיבי בלבד (שכולל היעדר עצימת עיניים), שמתקיים גם אם יתברר שהבדיקות המקצועיות של הממונה וצוותו נעשו ברשלנות, שכן דרישה להיעדר רשלנות קיימת רק בתום לב אובייקטיבי. עמדה זו אימץ היועץ המשפטי לממשלה, שסבור שהרף הנדרש מהממונה הוא תום לב סובייקטיבי בלבד.¹⁵¹ ברם אם ימצא שהממונה נהג ברשלנות רבתי, בהיעדר ראיה לסתור הוא עלול להיחשב כמי שעצם את עיניו, ולכן כמי שלא קיים את דרישת תום הלב. דוגמה לרשלנות רבתי היא מקרה שבו הקצה הממונה מקרקעין מוסדרים, בין שהכריז עליהם כרכוש ממשלתי ובין שלא, ולא בדק את מרשם המקרקעין עובר להקצאה, אזי מדובר ברשלנות חמורה במיוחד, שעלולה להיות אינדיקציה לעצימת עיניים מצד הממונה. שונים הם פני הדברים אם העובדה שמדובר במקרקעין מוסדרים על שם אדם פרטי אינה רלוונטית, שכן מדובר בשטח שהממונה סבר שהוא תפוס בצו תפיסה צבאי או שהופקע. מכל מקום, אין להפעיל את עקרון הידיעה הקונסטרוקטיבית, דהיינו שמייחסים, במקרה זה לממונה, כפיקציה, את הידיעה בדבר הרישום במרשם, בנוגע לסעיף 5 לצו.

סובייקטיבי בלבד, הכוללת גם מצבי חשד, ראו עניין **מרעי**, לעיל ה"ש 47, פס' 9; עניין **אג'מיל**, לעיל ה"ש 47, פס' 170; עניין **חוות מקורה**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 21; ת"א (מחוזי נצ') 7844-03-11 **סובחי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, פס' 60 להחלטה (פורסם בנבו, 28.7.2014).

148 עניין **חוות מקורה**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 23. עם זאת, מפסקי הדין בעניין **אלעד** (לעיל ה"ש 147, בעמ' 746) ובעניין **חסונה** (לעיל ה"ש 47, פס' 28), עולה שכאשר נוצר חשד אצל האפוטרופוס מצופה ממנו לבדוק את מצב הזכויות בנכס באמצעות ירידה לשטח.

149 ע"א 2576/03 **וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 21.2.2007); עניין **טברי**, לעיל ה"ש 133, בעמ' 581–582; עניין **פחמאוי**, לעיל ה"ש 101, פס' 12; ת"א (שלום עכו) 1125/92 **החברה לפיתוח עכו העתיקה בע"מ נ' סלואה** (פורסם בנבו, 29.9.2005); עניין **דסוקי**, לעיל ה"ש 105, פס' 11; עניין **חסונה**, לעיל ה"ש 47, פס' 24. קל וחומר כאשר חל שהיוי רב (שם, פס' 29). עם זאת ראו עניין **חוות מקורה** (לעיל ה"ש 47, בעמ' 20), הקובע שנטל השכנוע הוא על הטוען לתקנת השוק, ומדגיש שחזקת התקינות (שניתנת לסתירה בקלות) מעבירה רק את נטל הבאת הראיות ואינה מעבירה את נטל השכנוע.

150 עניין **אנגיל**, לעיל ה"ש 39, פס' 163. פסק הדין מפנה לעניין **אלעד**, לעיל ה"ש 147, בעמ' 744–745, שדן ביישום תקנת השוק הדומה בס' 17 לחוק נכסי נפקדים. בית המשפט העליון הדגיש כי: "לשם בחינת תום-הלב, יישם בית המשפט אמות-מידה סובייקטיביות, וקבע כי היעדר תום-הלב התבטא בחוסר תשומת-לב שניתנה לטיפול בנכס, בחוסר הסדר ואי-התיאום במשרדו של האפוטרופוס ובעצימת העיניים לסתירה הבוטה – כלשונו של השופט קמא – בתצהיר שהונח לפני האפוטרופוס טרם ההכרזה, שלפיו רק 5/8 מהחלקים בנכס הם נכס נפקד. תצהיר זה היה הראיה היחידה לנפקדות, ולמרות האמור בו, החליט האפוטרופוס למכור את כל הנכס כולו, בלי שאימת את האמור בתצהיר ובלו שהפריכו. הלכה היא כי עצימת עיניים מראות מצב דברים לאשורו עולה כדי חוסר תום-לב".

151 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' ג5.

מאחר שהמסקנה שקיימות זכויות קודמות דורשת בדרך כלל בדיקות סבוכות המבוצעות בעזרים מתקדמים ונמשכות תקופות ארוכות (ראו עבודת "צוות קו כחול"¹⁵²), הן אינן כלולות אף בתום לב אובייקטיבי, וודאי שאינן כלולות בתום הלב הסובייקטיבי הנדרש מהממונה. בעניין זה ראוי לציין את שאמר בית המשפט העליון על דרישת תום הלב מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים על פי סעיף 17 לחוק שלא גילה לטענת המערערים את עובדת החזקתם במקרקעין ועיבודם:

לא ניתן לבחון את תום ליבו של האפוטרופוס בהקשר זה, כאילו חלה עליו אחריות אבסולוטית לגלות בכל מקרה ובכל מצב את זהות המחזיק במקרקעין אותם מבקש האפוטרופוס להקנות לרשות הפיתוח. אף את הטענה בדבר הרישום בספרי המועצה יש לדחות [...] לפי הנטען, המסמך אינו מעיד על בעלות בחלקה כי אם על החזקה בלבד. בל נשכח, כי לא קיימת חובה חוקית המורה לאפוטרופוס הכללי לבדוק את כל ספרי המועצה טרם ביצוע העסקה, שעה שהסתמך על הרישום בטאבו. סבורני, וזה העיקר בענייננו, כי אין לראות בפעולתו של האפוטרופוס ככזו המשוללת תום לב. בחינת תום ליבו של האפוטרופוס חייבת להעניק את המשקל הראוי לבדיקת מצב המקרקעין בטאבו, והסתמכותו על המרשם.¹⁵³

אכן, כשקיים מרשם מקרקעין בנוגע לחלקה שהממונה מתעתד להקצותה, מצופה ממנו לבדוק את המרשם אלא אם הבדיקה אינה רלוונטית להיות הנכס רכוש ממשלתי, כגון סברה של הממונה שקיים בעניין החלקה צו תפיסה צבאי או הפקעה.¹⁵⁴ בהקשר זה מדגיש היועץ המשפטי לממשלה שכאשר מדובר בהקצאה של מקרקעין מוסדרים הרשומים על שם אדם פרטי, הבחינה הסובייקטיבית תהיה ברף גבוה יותר, ותיבחנה הבדיקות שביצע הממונה בנוגע למקרקעין והממצאים שעלו מהן, שכן הקצאת מקרקעין שכאלו אינה מתיישבת עם דרישת תום הלב מצד הממונה, בשל חובתו לבדוק את המרשם המצוי בידו. ברם ייתכנו מקרים שהקצאת מקרקעין מוסדרים תיחשב בכל זאת פעולה בתום לב, למשל כשהבירור העלה כי מדובר במקרקעין הרשומים על שם המדינה, אך התברר כי מידע זה היה שגוי. מקרים כגון זה ומקרים נוספים אחרים ייבחנו לגופם לאור הנסיבות הקונקרטיות.¹⁵⁵ מכל

152 ראו לעיל ה"ש 32, והטקסט הסמוך לה.

153 עניין מראד, לעיל ה"ש 105, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

154 כך למשל נהוג גם בתקנת השוק במכר מיטלטלין (ס' 34 לחוק המכר) שתום הלב מתפרש בה כסובייקטיבי בלבד. כאשר הניס בתקנת השוק הזו בנוגע לכלי רכב, מצופה לבדוק את מרשם כלי הרכב בלבד. ראו ע"א 716/72 רוזנשטרייך נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד (2) 709, 712–715 (1973). פרופ' דויטש מכנה את הדרישה לבדוק את המרשם שמסדיר את הנכס בלבד "פס צר אובייקטיבי" (ראו דויטש כרך ג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 367, 373).

155 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 5. לא ברור מעמדת היועץ אם הכוונה היא שהרישום היה שגוי או הבדיקה הייתה שגויה. אשר לאפשרות הראשונה ראוי לציין שהיועץ מתייחס למקרקעין מוסדרים, ואם הרישום היה שגוי, עומדת לטובת הרוכש תקנת שוק שמגינה על הרישום על פי ההסדר (ראו ס' 14–16 לחוק הסדר הקרקעות והמים; ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 161–164), אלא אם השגיאה במרשם נוצרה לאחר ההסדר, ובמקרה שכזה לא קיימת תקנת שוק סטטוטורית, שכן בדין החל ביהודה ושומרון אין תקנת שוק הדומה לתקנת השוק המצויה בסעיף 10 לחוק המקרקעין (שם),

מקום, בשל חזקת תקינות המעשה המנהלי, נטל ההוכחה לחוסר תום לב מוטל על התובע הטוען נגד תחולת הסעיף.¹⁵⁶

הרף הנדרש לתום הלב של הממונה עמד לבחינת הפסיקה. הפסיקה סברה בעבר שיש להפעיל את מבחן הסבירות,¹⁵⁷ דהיינו תום לב אובייקטיבי. ברם פסיקה זו בוטלה.¹⁵⁸ סוגיה זו נדונה בפסיקת ועדת העררים והובעו דעות שונות. יש הסוברים שפרשנות אופייה של דרישת תום הלב בסעיף 5 לצו יכולה להתבסס בהקשר זה על המילה "חשבו", שמשמיעה תום לב סובייקטיבי בלבד,¹⁵⁹ ויש הסוברים שרף תום הלב הנדרש מהממונה אמור להיות גבוה יותר מזה של המתקשר בשל המידע המצוי אצלו ובשל יכולתו לברר על קיומן של זכויות קודמות.¹⁶⁰ עם זאת בפסיקת בתי המשפט אוזכרה הדעה הראשונה שמדובר בתום לב סובייקטיבי בלבד.¹⁶¹ בהקשר זה אף נאמר בדעת רוב, כי כאשר קיים בנוגע למקרקעין מסוימים הליך של הסדר שהותלה, אף בשלב לוח התביעות, לא יוכל הממונה להסתמך על סעיף 5 לצו,¹⁶² או שמחדל מבדיקת תוצריו, לרבות לוח תביעות, משול לעצימת עיניים.¹⁶³ דעת המיעוט סברה שלא סביר להטיל על הממונה לבדוק את לוח התביעות בכל עסקה, בלא שיידונו ההיבטים המעשיים והטכנולוגיים הנוגעים לעניין.¹⁶⁴ מאחר שבאותו המקרה הגיע לוח התביעות הנטען ממקורות חיצוניים למערכת,¹⁶⁵ ייתכן שיש לדאוג באמירות אלו אמירת אגב. לדעתי, צדקה דעת המיעוט שראוי לבחון תחילה את המשמעות המעשית בהטלת נטל לבדוק אפשרות קיומו של לוח תביעות לכל עסקה, ולפי נתון זה לחוות דעה אם ראוי לחייב את הממונה לבדוק זאת.

הרף הסובייקטיבי הנדרש מהממונה לפי הפסיקה הזאת זכה לביקורת של ד"ר רונית לויין-שנור. לשיטתה, גם אם מסתפקים בתום לב סובייקטיבי, אמת המידה צריכה להיות קפדנית, והבחינה תבדוק את תום ליבו של הממונה כמוסד ולא אך של הממונה כאדם שחתם על העסקה.¹⁶⁶ מאחר שתום הלב מתייחס למחשבתו של הממונה כי מדובר ברכוש ממשלתי, עליו לבדוק לשיטתה בדיקה סבירה כי הרכוש עומד באחת הקטגוריות להגדרת

בעמ' 164). אם כי בית המשפט העליון דן במקרה מסוים על מקרקעין ביהודה ושומרון לפי תקנת השוק במקרקעין, ראו עניין אלג'אבר, לעיל ה"ש 80. מקרה שבו הרישום היה שגוי התרחש בפרשת עפרה ראו להלן תת-פרק ד.3.

- 156 ראו עניין אנגיל, לעיל ה"ש 39, פס' 163. ראו גם תגובת המדינה ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, פס' 58.
- 157 הערר בעניין אלבינה, לעיל ה"ש 104. ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 31.
- 158 ראו לעיל ה"ש 104.
- 159 עניין צאלח, לעיל ה"ש 46, פס' 26 לפסק דינו של השופט לוי. ראו גם דברי השופט עמאר (שם, פס' 2), שם התייחס לאי-בדיקת לוח תביעות כעצימת עיניים במישור הסובייקטיבי.
- 160 ראו דברי השופטת קאופמן, שם, פס' 3.
- 161 עניין אנגיל, לעיל ה"ש 39, פס' 164.
- 162 עניין צאלח, לעיל ה"ש 46, פס' 1-4 לפסק דינה של השופטת קאופמן.
- 163 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמאר.
- 164 שם, פס' 26-31 לפסק דינו של השופט לוי.
- 165 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמאר.
- 166 לויין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 66, בעמ' 355-356; עניין אלעד, לעיל ה"ש 147, בעמ' 745. לדעה שתום הלב בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי צריך להיות אובייקטיבי ראו קדר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 8-9.

רכוש ממשלתי. אם הרף אכן עומד על תום לב סובייקטיבי, הממונה אמור לבדוק את תיק הממונה ואת מרשם המקרקעין, ואם מדובר ברכוש ממשלתי על פי צו רכישה לצורכי ציבור, נדרש לבחון את מידת התאמתו של הצו למקרקעין שעליהם נעשית העסקה.¹⁶⁷ כמענה לעמדה זו ניתן לומר שאכן תום הלב של הממונה אמור להיבדק כמוסד. עם זאת בשל עמדת הפסיקה הראויה שנדרש תום לב סובייקטיבי בלבד, הכולל היעדר עצימת עיניים, אך לא נדרש תום לב אובייקטיבי, יש לעמוד על הגבול הדק שבין אי־סדרים ניכרים שעלולים להיחשב עצימת עיניים, שדורשת קיום חשד סובייקטיבי שנמנעים מלבדוק אותו, לבין התרשלות שאינה שוללת את תום הלב הסובייקטיבי, שכן היא נדרשת רק בתום לב אובייקטיבי, שכאמור אינו נדרש בתקנת השוק על פי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. מכל מקום, לאור האמור לעיל ניתן להניח בביטחון רב שבמרבית המקרים שתחולת סעיף 5 לצו תיבחן, המסקנה תהיה שהממונה פעל בתום לב.

לסיום פרק זה יש לציין שבמרבית המקרים מדובר בשטחים שעברו הכרזה שכוללת פרסום ההכרזה וזכות ערר, והטוען כיום לזכויות של עיבוד והחזקה (אם קיים מי שיטען) היה יכול בשעתו להגיש ערר על ההכרזה.¹⁶⁸ יתרה מזאת, במרבית המקרים הטוען לזכות לא פנה כלל במשך שנים רבות, גם כאשר ראה שיש בנייה על המקרקעין. הווה אומר, שהטוען לזכות היה יכול למנוע את התאונה המשפטית לו היה פונה לכתחילה ולא בדיעבד לאחר שנים ארוכות. בית המשפט העליון קבע בהלכת גנו באשר לעסקאות נוגדות במקרקעין שאם בעל הזכות הראשון בזמן לא הזהיר באמצעות הערת אזהרה על קיום זכויותיו, הוא עלול לאבד את עדיפותו.¹⁶⁹ הלכה זו אומצה גם בדין הקיים באזור בנוגע להערת התנגדות.¹⁷⁰ הפסיקה בישראל הרחיבה את ההלכה הזאת גם למכשירי פומביות

167 ש.ם.

168 כאמור בעקבות חוות הדעת של עו"ד פליאה אלבק ז"ל, מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה (ראו לעיל הטקסט בסמוך לה"ש 28–29), נהג הממונה להוציא תעודה על ההכרזה, לצרף אליה את המפות שנכללו בחוות הדעת של עו"ד אלבק ולהודיע בתעודה זו שהקרקעות המסומנות במפות הן "אדמות מדינה". לאחר ההכרזה על מקרקעין מסוימים "אדמות מדינה", היה אפשר לערור על ההכרזה לפני ועדת העררים שהוקמה והפועלת לפי הצו בדבר ועדות עררים (אזור הגדה המערבית) (מס' 172), התשכ"ח–1967. ראו ס' 2 לתוספת לצו; דו"ח ועדת זנדברג – ועדת ההסדרה, לעיל ה"ש 26, פס' 73–74. לעובדה שחלק גדול מבעלי הזכויות ישנים על זכויותיהם ראו עניין סילוואד, לעיל ה"ש 1, פס' 45 לפסק דינו של השופט סולברג.

169 ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נו(2) 385 (2003).

170 ה"פ (מחוזי ים) 1254/02 בית רחל בע"מ נ' קמ"ט רישום מקרקעין איו"ש, פ"מ התשס"ג(1) 350, 382, 385–386 (2003). אם כי נראה שבית המשפט הכריע את הסוגיה בלי להידרש להפעלת הלכה זו, אך בית המשפט הכיר בהחלט בתקפותה. יש לציין, שבית המשפט פסק במקרה זה לפי הדין הישראלי על בסיס חזקת שוויון הדינים (שם, בעמ' 366), אך החלת הלכת גנו (שם) על הערת התנגדות אינה משאירה ספק שבית המשפט מחילה גם באיו"ש. במקרה נוסף שהחיל את הלכת גנו באמצעות חזקת שוויון הדינים על מקרה של עסקאות נוגדות באיו"ש, בשל התרשלות הזכאי הראשון ברישום העסקה ובטיפול בהליכי המשפט שנדרשו, ראו ת"א (מחוזי ים) 6272/04 הקרן ליד מדרשת א"י בע"מ נ' אמרוזיאן, פס' 30–35 לפסק הדין (פורסם בנוב, 27.7.2006). אם כי גם במקרה זה מאחר שהזכאי השני שכלל בתום לב ובתמורה, ההסתמכות על הלכת גנו לא נדרשה למעשה. ראו גם ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 150–151. ראוי לציין כי בעקבות הצעת צו של מחבר מאמר זה ועו"ד דניאל קרמר (שם, בעמ' 152, 201,

נוספים שניתן ונהוג להשתמש בהם כדי להזהיר צדדים שלישיים, ובעל הזכות המקורי חדל מכך.¹⁷¹ הלכת גנו דורשת אף פנייה לערכאות משפטיות לצורך היכולת להזהיר צדדים שלישיים.¹⁷² פרופ' מיגל דויטש סבור שניתן להפעיל הלכה זו גם כשמדובר בהתגברות על זכויות קנייניות. אף שהייתה התנגדות לכך בפסיקה בתחילה, קיימת פסיקה מאוחרת שתומכת בכך.¹⁷³ שיקול זה יושם גם בתביעה נגד האפוטרופוס לנכסי נפקדים בנוגע לעסקה שביצע. בית המשפט העליון קבע כי הימנעות הרוכש מהנפקד לעמוד על זכויותיו באמצעות מסמכי במשך עשרות שנים, וכך "יכול היה למנוע את הסבך שאליו נקלעו הצדדים כבר לפני זמן רב, ובקלות יחסית", תוביל להעדפת החלטת האפוטרופוס.¹⁷⁴ לפיכך לפי הלכת גנו, כאשר בעל הזכות המקורי לא הגיש ערר על ההכרזה ולא עמד על זכויותיו אף שידע על הבנייה במקרקעיו, קיימת הצדקה לאיבוד זכויותיו.

מכל מקום, גם אם בעל הזכויות לא היה מודע להכרזה ולבנייה, יוכפפו זכויותיו לרוכש שעמד בתנאי תקנת השוק, ולפי פסיקת בית המשפט העליון, תקנת השוק תחול גם אם לא הייתה הכרזה.¹⁷⁵ בהקשר זה מדגיש היועץ המשפטי לממשלה כי במקרה שמדובר במקרקעין שנמצאים בתחומי הכרזה על רכוש ממשלתי שנעשתה כדין, חזקה כי הצדדים פעלו בתום לב בהתקשרות, וכאשר לא הייתה הכרזה יהיה מקום לבחון את נסיבות ההתקשרות לגופן.¹⁷⁶ עמדה זו הולמת את גישת בית המשפט העליון שלפיה תקנת השוק

- 206, 202), החיל מפקד האזור בצו את המוסד של הערת אזהרה, שהחליף את המוסד של הערת ההתנגדות. ראו צו בדבר מקרקעין (הערת אזהרה) (יהודה והשומרון) (מס' 1795), התשע"ח-2018.
- 171 ה"פ (מחוזי ת"א) 331/01 סידי נ' שטמר, כונס נכסים (פורסם בנבו, 7.7.2004); ה"פ (מחוזי י-ם) 3407/04 ורנאי נ' מ.ש. זגורי חברה לבניין ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 6.3.2006).
- 172 ראו ע"א 8881/07 לב נ' טובי (פורסם בנבו, 28.8.2012), שם נעשתה פנייה לבית משפט עקב סירוב לרשום הערת אזהרה. אך השוו ע"א (מחוזי ב"ש) 1099/02 פרנסו נ' שיפמן, כונס נכסים, פ"מ התשס"ג(1) 187, 145 (2003).
- 173 דויטש כרך ג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 478-479. להתנגדות ראו ה"פ (מחוזי חי') 202/03 האפוטרופוס הכללי נ' בנק דיסקונט למשכנתאות (פורסם בנבו, 20.11.2005); ה"פ (מחוזי נצ') 223/02 רושרוש נ' מנסור (פורסם בנבו, 6.12.2005). להותרת סוגיה זו בצריך עיון ראו ע"א 1134/06 רושרוש נ' מנסור (פורסם בנבו, 10.11.2009). לתמיכה ראו ת"א (מחוזי ת"א) 42149-11-11 פרייברגר נ' ברוידה (פורסם בנבו, 14.1.2012).
- 174 עניין מרעי, לעיל ה"ש 47, פס' 9. ראו גם עניין אג'מיל, לעיל ה"ש 47, פס' 170 ("תכלית זו מובילה להעדפת הצדדים השלישיים שקיבלו לידיהם, זכות בקרקע, על-פני התובעים שנמנעו מלדרוש זכותם במשך למעלה מיובל שנים (משנת 1956). יתר על כן, תוצאה זו רצויה גם משום שהמחזיק במסמך הוא אשר יכול היה למנוע את הסבך שאליו נקלעו הצדדים כבר לפני זמן רב, ובקלות יחסית. לפיכך, גם אם היה החוזה תקף ועומד בעינו לא היה בכך כדי לאיין את העברת הקרקע לצדדים שלישיים"). ראו בהקשר זה גם את ערר 113/88 אבו חמוד נ' מורשת בנימין למסחר ובניה (קרני שומרון) בע"מ פס' 30-42 לפסק דינו של ראש המוטב ד"ר דניאל מור (1989), שבו התחשבה ועדת העררים בעימות בין בעל מקרקעין לבין מי שטען לדיני הבניה והנטיעה במקרקעי הזולת, כי בעל המקרקעין לא הזהיר את הבונה ביחס לזכותו, ורק לאחר שהבנייה נעשתה נזכר לפנות ולחבוע את זכותו.
- 175 ראו לעיל ה"ש 126.
- 176 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' ג. ראו בעניין זה גם את תגובת המדינה לעתירה בנוגע ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, פס' 56, שלפיה: "כאשר הקצאת מקרקעין ניתנה שעה שהצדדים הסתמכו על קביעת צוות קו כחול בדבר גבולות הרכוש הממשלתי – קיימת חזקה בדבר תום ליבם של הצדדים להתקשרות". ראו גם לעיל הטקסט בסמוך לה"ש 137-145.

רלוונטית לא רק במקרה של טעות בהכרזה אלא גם במקרה שהמקרקעין לא הוכרוזו אך הצדדים סברו שמדובר ברכוש ממשלתי. כידוע, ההכרזה אינה יוצרת את הבעלות למדינה על פי הדין הקיים אלא רק מצהירה עליה, ולכן הממונה יכול לסבור שמדובר ברכוש ממשלתי גם ללא הכרזה. למשל, אם הממונה סבר שמדובר במקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית או שהופקעו אך התברר שהמקרקעין לא נתפסו או לא הופקעו.¹⁷⁷

3. התמורה

סעיף התמורה שמקובל בכללי תחרות זכויות אינו מופיע בסעיף 5 לצו, והתשובה לשאלה אם רכיב התמורה הכרחי אינה מוחלטת.¹⁷⁸ רכיב זה גם אינו מצוי בסעיף המקביל לסעיף 5 לצו – סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים. אחד מפסקי הדין המנחים בנוגע לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, עניין חוות מקורה, קבע כי יש להשאיר את השאלה בצריך עיון.¹⁷⁹ פסק הדין בעניין מראד הניח שקיים יסוד כאמור לפי סעיף 19(א) לחוק נכסי נפקדים, הקובע שחובה על האפוטרופוס למכור המקרקעין "במחיר שאינו פחות משוויו הרשמי של הנכס".¹⁸⁰ עם זאת לאחרונה קבע בית המשפט המחוזי שלא נדרש להוכיח תמורה.¹⁸¹ מכל מקום, לדעת פרופ' מיגל דויטש נדרשת תמורה מתוך קוהרנטיות לכללי תחרות הזכויות. ייתכן שהיעדרה נובע מכך שחוק נכסי נפקדים הוא חוק ישר שאינו חלק מהחקיקה האזרחית. בכל אופן, רשות ציבורית אינה מבצעת בדרך כלל עסקה ללא תמורה.¹⁸² עמדה זו מתחזקת גם נוכח סעיף 18 שמחייב את האפוטרופוס למסור את הנכס או את התמורה שקיבל בערו. לפיכך נראה שרכיב התמורה רלוונטי גם לפי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, וזו גם עמדת היועץ המשפטי לממשלה.¹⁸³

כאשר נדרשת תמורה היא צריכה להיות מבוצעת ולא עתידית, דהיינו שהתמורה שולמה ולא רק קיימת התחייבות לשלם, וממשית ולא סמלית,¹⁸⁴ שכן מטרת התמורה היא לבחון למי מהצדדים נגרם נזק גדול יותר אם יפסיד. דרישת התמורה מסתפקת במתן תמורה בהיקף מהותי. העברת תמורה בשיעור של יותר מ-50% נתפסה כמספקת,¹⁸⁵ במיוחד כשהצטרפה אליה השקעה שמהווה שינוי לרעה בהסתמך על החוזה, שנחשבת גם היא כתמורה, ולכן במסגרת התמורה ייכללו כל ההוצאות או ההתחייבויות שהמתקשר התחייב בהן.¹⁸⁶ למשל, יש להתחשב בעבודות תשתית ופיתוח, בהקמת מבנים או תשתיות למגורים, בהתקשרות עם

177 במקרים אלו אדון בתת-פרקים ד.2, ד.3 להלן.

178 ראו עניין צאלח, לעיל ה"ש 46, פס' 20 לפסק דינו של השופט עמאר (שם נאמר שבס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי לא נדרשת תמורה אם כי ייתכן שהיא חלק מדרישת תום הלב).

179 עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 28.

180 עניין מראד, לעיל ה"ש 105, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

181 עניין חסונה, לעיל ה"ש 47, פס' 27.

182 דויטש כרך ד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 309–310. ראו גם דגן, לעיל ה"ש 136, בעמ' 204.

183 ראו עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 5 א ו-ד; תגובת המדינה בנוגע ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, פס' 51.

184 עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 24–27; דויטש כרך ג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 233–236.

185 שם, בעמ' 235; עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 25–28.

186 שם, בעמ' 28; דויטש כרך ג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 232–233.

צד שלישי בעקבות ההתקשרות עם הממונה, כגון התקשרות בחוזה הלוואה עם בנק שמובטחת במשכנתה.

רכיב התמורה נועד לבדוק כאמור למי ייגרם נזק גדול יותר אם יפסיד, לבעל הזכות המקורי או למתקשר הנוכחי.¹⁸⁷ הנחת המוצא היא שבעל הזכות המקורי נתן תמורה, ולכן בוחנים אם התמורה של המתקשר החדש שקולה לערך שקיבל.¹⁸⁸ נושא זה מקבל משקל רב בהחלט סעיף 5 לצו. במקרים רבים, כאשר מתברר שהרכוש הממשלתי שהוקצה למתקשר אינו רכוש ממשלתי, אין בנמצא בעל זכות מקורי שטוען לזכות. במקרים אלו יש להעדיף בכירור את המתקשר עם הממונה. גם כאשר יש בעל זכות, יש להשוות את התמורות, דהיינו את הנזק שייגרם לכל אחד מהצדדים אם יפסיד בעימות. ברור מאליו שעלות רכישת המגרש ובניית בית עולה לאין ערוך על זכות החזקה ושימוש במקרקעין חקלאיים. לכן התמורה הנדרשת מהמתקשר עם הממונה מספיק שתהא מינימלית. למשל, תשלום 5% משווי מקרקעין לבנייה הם בגדר חלק גדול הרבה יותר משווייה של קרקע חקלאית.

לפיכך ניתן לומר שמתקיים רכיב התמורה גם בעסקאות ההקצאה להסדרות הציונית. אומנם ההסדרות הציונית לא שילמה בד"כ תמורה כספית לממונה עבור ערך המקרקעין, אך במקרים רבים בוצעו פעולות הכרוכות בעלויות כספיות ניכרות, כגון הקמת מחנה זמני, מבני ציבור, החזקת מזכירי יישוב ורכזי קליטה, הכשרת קרקע, השאלת ציוד, תכנון, פיתוח, שיווק ועוד. יתרה מזאת, גם אם הרכיבים הללו טרם התקיימו, עצם ההשקעה בתוכניות שערכה ההסדרות הציונית למקרקעין נחשבת תמורה.¹⁸⁹ כאמור, תמורה כוללת גם הוצאות שהוצאו והתחייבויות שניתנו ולא רק תמורה ששולמה. עמדה זו אימץ היועץ המשפטי לממשלה, ולפיה כאשר מדובר בהתקשרות עם גופים מיישבים או משכנים שלא נגבתה מהם תמורה בגין העסקה עצמה, דרישת התמורה מתקיימת בקידום תוכנית מתאר לשטח המוקצה, פיתוח השטח ושיווקו.¹⁹⁰

נוסף על זה, העובדה שמדובר בהוצאות של ההסדרות הציונית שהגיעו מתקציב המדינה אינה משנה דבר. כפי שצינו, סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים חל גם על רכישות של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים אף שרשות הפיתוח היא רשות מנהלית של מדינת ישראל.¹⁹¹ הוצאות אלו עולות לאין שיעור על שווי זכותו של בעל הזכות המקורי אם בכלל יתברר שיש בעל זכות. יתרה מזאת, אין כל הצדקה להקנות לבעל הזכויות המקורי שהייתה בידו זכות שימוש והחזקה בקרקע חקלאית מגרש שנועד לבנייה למגורים שערכו השביח עשרות מונים בשל הקמת היישוב.

יתרה מזאת, גם אם לא נכיר במקרים מסוימים בתמורה מספקת בעסקה בין הממונה להסדרות הציונית, מספיק שתתקיים תמורה בעסקה בין ההסדרות הציונית למתיישב.¹⁹² התמורה כאמור יכולה להיות עלות רכישת המגרש ופיתוחו ועלות הבנייה. מכל מקום,

187 עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 23.

188 דויטש כרך ג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 201–204.

189 את הפרטים האלה מסר מר יובל פונק, סמנכ"ל החטיבה להתיישבות.

190 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' ד5.

191 ראו לעיל הטקסט בסמוך לה"ש 101, 104.

192 ראו לעיל ה"ש 102 והטקסט הסמוך לה.

לצורך רכיב התמורה יש להתחשב רק בתמורה שניתנה, בהשקעה שנעשתה בכנייה וכן בהתחייבויות שנוצרו למתיישב כל עוד לא נודע לו על האפשרות שהמקרקעין אינם רכוש ממשלתי, שכן התמורה שמובאת בחשבון היא רק תמורה שנעשתה בתום לב.¹⁹³ כאמור בתת-פרק הקודם, תמורה שמגולמת בהשקעה בכנייה אינה חסרת תום לב משום שלא היו תב"ע בתוקף או היתר בנייה.¹⁹⁴ בהקשר זה מדגיש היועץ המשפטי לממשלה כי במקרים שבהם המתקשר הישיר שילם תמורה כספית בגין העסקה, יסוד התמורה מתקיים גם בהיעדר פעולות לפיתוח השטח או בנייה במקום.¹⁹⁵

4. רכוש ממשלתי

ההצדקה לקיום תקנת השוק נעוצה כאמור בהגנה שהדין מעניק להסתמכות הרוכש על מסקנתו של הממונה שסבר בתום לב שהוא מקצה "רכוש ממשלתי", אך התברר בדיעבד שאין מדובר ברכוש ממשלתי. לצורך כך יש לבחון אילו נכסים נחשבים "רכוש ממשלתי". סעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי מגדיר שלוש חלופות ל"רכוש ממשלתי", כדלהלן:

1. רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שייך, רשום על שם, או מוקנה לאחד מאלה: א. למדינת אויב; ב. לתאגיד אשר למדינת אויב זכות כלשהי בו, בין במישרין ובין בעקיפין, בין שיש עמה שליטה ובין שאין עמה שליטה; או רכוש שאחד מהם היה שותף בו. 2. מקרקעין שנרכשו לצורכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון, על ידי רשות מרשויות צה"ל ועבור רשות מרשויות צה"ל שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית לתכנון ולבניה. 3. רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו.

החלופה הראשונה חלה על כל הנכסים שהיו למעשה בבעלות ממשלת ירדן, שהיא מדינת האויב ששלטה בשטח עד ה-7.6.67.¹⁹⁶ כאשר מדובר במקרקעין, אזי אם הם היו רשומים במרשם המקרקעין על שם ממשלת ירדן או שממשלת ירדן הייתה הבעלים של המקרקעין מכוח תפיסת הבעלות השיורית בדין הקיים באזור, אף אם המקרקעין אינם רשומים במרשם המקרקעין,¹⁹⁷ אזי מדובר ברכוש ממשלתי.

החלופה השנייה עניינה מקרקעין שהפקיע צה"ל עבור צה"ל.¹⁹⁸ בעניין זה התעוררה השאלה אם צו תפיסה צבאית או צו סגירה צבאית יכולים להיחשב סוג של הפקעה.¹⁹⁹

193 עניין צאלח, לעיל ה"ש 46, פס' 28 לפסק דינו של השופט לוי.

194 ראו לעיל ה"ש 142-144 והטקסט הסמוך להן.

195 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, בפס' 75.

196 לפי ס' 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי, "היום הקובע" הוא ה-7 ביוני 1967.

197 ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 134-135.

198 המונח "רכישה לצורכי ציבור על פי דין" כוונתו הפקעה. אחד מחוקי ההפקעה המרכזיים בדין החל באזור נקרא חוק הקרקעות רכישה לצרכי ציבור (מס' 2 לשנת 1953). וכך גם בדין החל בישראל – פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. אומנם ניתן לטעון שהחלופה יכולה לחול גם על עסקה רצונית שבה רכש צה"ל מקרקעין עבור צה"ל, אך התוספת שהרכישה נעשתה על פי דין או תחיקת ביטחון מחלישה את האפשרות הפרשנית הזו, אם כי אינה שוללת אותה, שכן גם עסקה רצונית נעשית על פי דין. עם זאת סיטואציה מעין זו בוודאי תהא נדירה ביותר. שאלה נוספת עשויה להתעורר כאשר הממונה רכש את המקרקעין בעסקה רצונית שלא עבור צה"ל. במקרה זה אפשרות זו אינה כלולה אף באחת מהחלופות. עם זאת ניתן לטעון שאפשרות זו כלולה בהגדרת רכוש ממשלתי מקל וחומר.

אומנם אין מדובר במקרים אלו בהפקעת זכות הבעלות, אך מופקעות זכויות ההחזקה והשימוש בידי המפקד הצבאי. בעניין זה אדון בהרחבה בתת-פרק ד.2., שעוסק בפרשת מצפה כרמים, שבה נדונה סוגיה זו והוכרעה בחיוב.

החלופה השלישית עניינה רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו, והממונה קיבל עליו את ניהולו. חלופה זו כוללת מקרים שבהם בעלים פרטי מעוניין שהממונה ינהל את הרכוש. באפשרות זו נעשה בעבר שימוש כאשר היה מדובר ברכישת מקרקעין בידי יהודי מבעל זכות ערבי, ופרוצדורה זו נעשתה כדי להגן על המוכר, או כאשר הדבר נבע מדרישה של בנק שהעניק ליווי פיננסי לפרויקטים של בנייה.²⁰⁰

שאלה נוספת בנוגע לרכיב זה היא אם סעיף 5 לצו חל רק על מקרה שבו המקרקעין הוכרוזו בעבר רכוש ממשלתי והתברר לאחר מכן שהייתה טעות בהכרזה. בעניין זה חשוב להבהיר: סעיף 5 לצו עוסק "בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי". אין הגבלה בסעיף זה רק למקרקעין שהוכרוזו רכוש ממשלתי והתברר שהייתה טעות בהכרזה. שהרי גם אם מדובר במקרקעין רשומים על שם אדם פרטי שלא נעשתה בעניינם הכרזה כלל, והממונה טעה בנוגע לאיתור המקרקעין, ולכן לא ידע שמדובר במקרקעין רשומים על שם אדם פרטי וסבר שמדובר ברכוש ממשלתי והקצה אותו למתקשר עימו – גם במקרים אלו מתקיימות ההצדקות של סעיף 5 לצו. שאלה זו הובהרה בבית המשפט העליון, שקבע שסעיף 5 לצו רלוונטי גם למקרקעין שלא הוכרוזו רכוש ממשלתי ושאינם רכוש ממשלתי אף לפי הדין המהותי.²⁰¹ אפשרויות אלו קיימות למשל כאשר הממונה סבר בטעות שחל צו תפיסה צבאית על מקרקעין רשומים או שהם הופקעו כדין אך התברר שהמקרקעין לא נתפסו בתפיסה צבאית או שלא הופקעו. מקרים אלו הם מושא הפרשות בעניין מצפה כרמים ועפרה, שאדון בהן להלן בפרק ד.

5. תוצאות קיומה של תקנת השוק

כללי תחרות הזכויות מקנים לעומד בהם זכות שמטוהרת מזכויות קודמות.²⁰² האם זו התוצאה כשמדובר בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים ובסעיף 5 לצו? בנוגע לשאלה זו התעוררה השאלה אם מדובר בתקנות שוק, שכן כותרות הסעיפים הללו הן כשרות עסקאות. על טיעון זה ניתן לומר שהפסיקה ראתה גם בסעיף 5 לצו "תקנת שוק" או "מעין תקנת שוק",²⁰³ וזו התפיסה גם של סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, שכותרתו גם היא "כשרותן של עסקאות",

199 צו תפיסה הוא הפקעה של זכות ההחזקה והשימוש לצורכי הצבא בידי המפקד הצבאי, כנגד תשלום דיני שימוש שנתיים לבעלים, כאשר זכות הבעלות נותרת ללא שינוי. צו סגירה הוא צו של המפקד הצבאי שמצווה על מניעת כניסתם של מי שלא הורשתה כניסתם לשטח הסגור (ראו דו"ח ועדת זנדברג – ועדת ההסדרה, לעיל ה"ש 26, בס' 130–145).

200 לפירוט הסיבות למהלכים אלו ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 189–190.

201 עניין מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 38, פס' 13. עם זאת במקרה זה לא הפעילו את ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, שכן היה הסדר דיוני שמגע זאת.

202 אשר לתקנת השוק במכר, ראו ס' 34 לחוק המכר; דויטש כרך ג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 229.

203 ראו לעיל ה"ש 46.

שמשמש תקנת שוק לכל דבר,²⁰⁴ וכן של סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, שכותרתו "כשרות פעולות", שגם הוא מתפקד כתקנת שוק.²⁰⁵ אומנם מדובר בעסקאות להחכרת המקרקעין או במתן זכות של בררשות שאמורות להסתיים לאחר שנים רבות, ולכאורה בסיום העסקה אין בעיה להשיב את המקרקעין לבעל הזכות המקורי, ברם מסקנה זו מוטעית. כ-93% ממקרקעי מדינת ישראל נמצאים בבעלות המדינה, רשות הפיתוח וקק"ל. העסקה השכיחה שנעשית על מקרקעין אלו היא חוזה חכירה. לפי חוזה זה החוכר בונה את ביתו. האם החוכר צפוי לקבל דרישה לפנות את ביתו בתום תקופת החכירה? לכאורה התשובה חיובית. ברם ברור שתוצאה זו לא תתקיים, וחוזה החכירה יוארך. החוכר שבונה את ביתו אינו צופה דרישה לפינוי בתום תקופת החכירה, ואכן המדינה אינה פועלת כך אלא מאריכה את חוזהו לתקופה ארוכה נוספת. העיגון לזכות להאריך את התקופה עשוי להיות בסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הרואה בנוהג כללי אמצעי להשלמת לאקוונות. לפיכך אם זכות החכירה של אדם מוגנת בתקנת השוק במקרקעין בישראל,²⁰⁶ החוכר אינו צריך לחשוש שזכותו מוגנת רק עד תום תקופת החכירה, וככל חוכר הוא זכאי לצפות להארכת חוזהו. זו התוצאה שצריכה להתקיים גם בסיום תקופת העסקה כאשר מפעילים את תקנת השוק על פי סעיף 5 לצו.²⁰⁷ בסיום תקופת הסכם החכירה או בררשות יש להאריך את חוזה החכירה או בררשות לתקופה ארוכה נוספת בדומה לשאר החוכרים או ברי הרשות. בהקשר זה ראוי לציין כי גם אם קיים בחוזה מסוים סעיף המאפשר לממונה לבטל חוזים עם המתקשרים עימו, סעיף זה אינו ממומש בדרך כלל, וודאי שאינו ממומש לאחר שהמתקשר בנה את ביתו. מאחר שלעומד בתנאי תקנת השוק יש זכות הדומה למי שלא נוצרה כלל כל טענה באשר לזכותו, הוא זכאי לתוצאה דומה שלפיה הממונה אינו יכול לבטל את החוזה שנכרת עימו, שזו הרי מהות ההגנה שניתנה לו.

סעיף 5 לצו מקנה כאמור למתקשר שעומד בכל רכיבי הסעיף זכות שמטוהרת מזכויות קודמות. לפיכך מי שרוכש את זכויותיו ממי שעמד בתנאי תקנת השוק אינו צריך בעצמו לעמוד בתנאי תקנת השוק. יתרה מזאת, זכותו של העומד בתנאי תקנת השוק יכולה לשמש הן מגן עבורו מפני תביעתו של בעל הזכות המקורי או של כל רשות אחרת והן טענת חרב כנגד מי שיפגע בזכותו או לצורך הסדרת זכותו אצל הרשויות השונות בדומה למצב שבו

204 דויטש כרך ד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 308. עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 20, 24, 29; רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פיימן בע"מ, פ"ד נג(1) 481 (1999); עניין דסוקי, לעיל ה"ש 105, פס' 11. יש המכנים סעיף זה מעין "תקנת שוק". ראו עניין מראד, לעיל ה"ש 105, פס' ג; עניין מרעי, לעיל ה"ש 47, פס' 9; עניין וינברג, לעיל ה"ש 149, פס' 17; עניין ערערה, לעיל ה"ש 131; עניין דריני, לעיל ה"ש 147; עניין אג'מיל, לעיל ה"ש 47, פס' 170. עניין אלעד, לעיל ה"ש 147, בעמ' 744; עניין פחמאוי, לעיל ה"ש 101, פס' 11; עניין חסונה, לעיל ה"ש 47, פס' 24. ואכן ס' 17 לחוק נכסי נפקדים לא מאפשר את השבת הנכס לנפקד שאמור לקבל פיצויים בלבד. ראו עניין מוסא, לעיל ה"ש 131, בעמ' 174.

205 עניין רשם המקרקעין, לעיל ה"ש 69, פס' 12; ה"פ (מחוזי ים) 19829-12-11 יצחקי נ' יורשי בדרייה, פס' 32 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.10.2013).

206 ס' 10 לחוק המקרקעין.

207 בעניין חוות מקורה (לעיל ה"ש 47, בעמ' 28), צוין שאף ששולמה תמורה של קצת יותר מ-50% מתקופת השכירות הראשונה נקבע שיש לבצע גם את תקופת ההארכה שנקבעה בחוזה. בית המשפט לא התייחס לתוצאה שתרחש לאחר סיום ההארכה.

הרכוש היה ממשלתי.²⁰⁸ היועץ המשפטי לממשלה מאמץ את העמדה שלמתקשר עם הממונה עומדת זכות ממורקת מזכויות קודמות לכל דבר ועניין, והוא יוכל לנהוג במקרקעין שהוקצו לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי מדובר ברכוש שאינו רכוש ממשלתי.²⁰⁹ היועץ מדגיש שתקנת השוק תאפשר למתקשר שעומד בתנאיה הן לבצע פעולות תכנוניות או העברות קנייניות, דהיינו להעביר את זכותו לרכוש שיבוא במקומו, והן להתגונן מפני תביעתו של הבעלים המקורי אם ימצא בעלים כאמור.²¹⁰

היבט נוסף לתוצאות הפעלת הסעיף שראוי לציון הוא עמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה יש להגביל את תחולת הסעיף בדרך כלל למתחם המגורים המובנה של היישוב ולבנייה בפועל שנעשתה בשטח בטרם נודע לצדדים שאין מדובר ברכוש ממשלתי. אם כי בנסיבות מסוימות תהא הצדקה לתחולת הסעיף אף במקרים נוספים, כגון מתחמי בנייה המשמשים לתעשייה ולתעסוקה וכן שטחים חקלאיים, אך הסעיף לא יחול על שטחים מחוץ למתחם המובנה של היישוב ושלא נעשה בהם שימוש בפועל גם אם מדובר בשטחים שהם בתוך תב"ע בתוקף.²¹¹ אשר לעמדה זו ראוי להעיר שאם נעשו פעולות של תכנון או פיתוח והתקיימו כל רכיבי סעיף 5 לצו, מתקיימות ההצדקות לתחולתו, ואין הצדקה להחריג מקרה זה, בייחוד כשיש להביא בחשבון את העובדה שלעיתים שטחים אלו הם העתודות לפיתוח היישוב, והמתיישבים הסתמכו עליהם בבואם לגור ביישוב בעל היקף אוכלוסייה מסוים.

היבט אחרון של תוצאות הפעלת הסעיף הוא הצורך בתיקון הקו הכחול ותוכניות המתאר. כאשר מקרקעין נגרעו מהקו הכחול, אך התברר שמתקיימת תקנת השוק על פי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי באשר למקרקעין אלו, הרשויות צריכות לתקן את הקו הכחול מחדש ולכלול את המקרקעין הללו בתוך תחומי הקו הכחול וכן לתקן את תוכנית המתאר. ואכן כך קבעה הפסיקה בעניין קציר.²¹²

בהקשר זה מעניין שגם פרופ' חנוך דגן, שצידד בהפעלת סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים אגב שקילת האינטרס של בעל הזכויות המקורי, סבור בדומה לפרופ' איל זמיר ולפרופ' איל בנבנישתי שהפתרון לעוולות היסטוריות שנעשו לפני זמן רב הוא בפיצוי ולא בהשבה בעין, בשל שיקולי מדיניות כבדי משקל, למשל שהשבה בעין תיצור חיכוכים אתניים ופגיעה באינטרסים של המחזיקים הנוכחיים. לכן לדעת פרופ' דגן לעיתים שינוי הנסיבות עשוי להפוך בעלות שהייתה לא צודקת לצודקת. עם זאת יש לפצות כמובן את בעל הזכות המקורי

208 ראו למשל תקנת השוק על פי ס' 34 לחוק המכר, בע"א 167/75 קיבוץ גליליים נ' שעתל, פ"ד לא(1) 236, 239–240 (1976); דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא לוינ (2003) (זוהי חוות דעת של שופט מיעוט, שלא נסתרה בדעת הרוב); ה"פ (שלום י-ם) 15114-11-12 אלבחירי נ' בנק ירושלים בע"מ, פס' 1, 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.5.2013).

209 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 57. לרבות מכירתם, ראו תגובת המדינה באשר ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, פס' 62.

210 שם, פס' 6.

211 שם, פס' 4.

212 עניין קציר, לעיל ה"ש 35, פס' 18 ("הקו הכחול יתוקן בהתאם למצב שהיה קיים בזמן חתימת ההסכמים עם התובעים. כמו כן, נקבע בזה כי על הנתבעים לתקן בהתאם את כל הטעון תיקון, לרבות תכנית המתאר והתב"ע כך שיתאפשר לתובעים לממש את מלוא זכויותיהם במגרשים שרכשו, בהתאם למצב המשפטי ולקו הכחול שהיה קיים בעת שרכשו את המגרשים").

שאיבד את זכותו.²¹³ אומנם כתיבתם התייחסה לנפקדים שרכושם נותר במדינת ישראל, אך לטעמי הדברים יפים מקל וחומר גם לזכויות שהתקיימו לפני זמן רב לעותרים מקומיים ביהודה ושומרון. ביהודה ושומרון לא מדובר בבתיים שנעזבו אלא במקרקעין שנעשתה טעות בהקצאתם. גם כאן השבת המקרקעין עלולה ליצור חיכוכים אתניים ואף ביטחוניים וכן פגיעה באינטרסים של הנוכחים. נימוקים אלו רק מחזקים את ההצדקה לקיומו של סעיף 5 לצו. יתרה מזאת, כאמור בפרק על התכליות של תקנת השוק, הריסת בית ביישוב בשל גריעתו מגבולות ההכרזה המתוקנת לא תועיל גם לבעל הזכויות המקומי. הוא לא יוכל לבנות על מגרש זה ולא יוכל למוכרו ליהודים. לעומת זאת הפעלת סעיף 5 לצו תותיר את הבית על כנו, ובעקבות זאת יינתן פיצוי כספי לבעל הזכויות. לפיכך מי שחפץ להגן על בעל הזכויות המקומי אמור לתמוך בהפעלת סעיף 5 לצו במקרים שרכיבי הסעיף מתקיימים.

6. פיצויים לנפגעים מתקנת השוק

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי חסר במתכונתו הנוכחית התייחסות לסעד הפיצויים שבעל הזכות המקורי זכאי לו מאת הממונה. בעניין זה ראוי לציין שכללי תחרות הזכויות בכלל ותקנות השוק בפרט אינם כוללים ברובם סעיף בצידם המורה על זכותו של המפסיד בתחרות לתבוע פיצויים או השבת התמורה מזה שגרם לאובדן הזכות הן בדין בישראל והן בדין ביהודה ושומרון.²¹⁴ הזכות לפיצויים קיימת אם יוכיח בעל הזכות המקורי עוולה בנזיקין כגון רשלנות וכדומה מצד הממונה.²¹⁵ עם זאת אשר לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, התש"י–1950, קיים בצידו סעיף 18 לחוק המאפשר לבעל הזכות המקורי שאיבד את זכותו לקבל את התמורה שקיבל האפוטרופוס בעד הנכס, ללא כל צורך להוכיח קיומה של עוולה.²¹⁶ הסדר דומה קיים בסעיף 11 לחוק נכסי גרמנים, התש"י–1950. אכן, ראוי לאפשר גם למי שאיבד את זכותו בעקבות הפעלת סעיף 5 לצו לקבל את התמורה שקיבל הממונה או סעד של פיצויים. עם זאת אין צורך לקבוע את הסעד הכספי דווקא בחקיקה, וניתן לעשות זאת גם בהנחיה מנהלית שתאפשר העברת התמורה שהתקבלה מהמתקשר למי שיוכיח שלא היה מדובר ברכוש ממשלתי ושיש לו זכויות במקרקעין. קיימת אפשרות נוספת – מאחר שבפועל העסקאות של הממונה הן עסקאות חכירה או הרשאה ולא עסקאות להעברת בעלות, אזי הבעלים המקורי שיוכיח את זכותו במקרקעין יהיה זכאי לפיצוי בגין ההחזקה

213 דגן, לעיל ה"ש 136 (והאסמכתאות שם ביחס לכתיבתו של Prof. Waldron); איל בבנישתי ואיל זמיר "הקניין הפרטי בהסדר שלום הישראלי-פלשתיני" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 577 (חנוך דגן עורך, התש"ס).

214 במשפט הישראלי: ס' 10 לחוק המקרקעין; ס' 83 לחוק הספנות (כלי שיט); ס' 13 לחוק החוזים (חלק כללי); ס' 4 לחוק המחאת חיובים; ס' 5 לחוק המשכון; ס' 73 לחוק הירושה. בדין ביהודה ושומרון: ס' 10 לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס' 58); ס' 8(ב) לחוק רישום נכסי דלא נידי שלא נרשמו.

215 דויטש כרך ד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 310. התביעה אפשרית כמוכן רק נגד הממונה ולא כפי שנאמר בעניין אטרש (לעיל ה"ש 104, פס' 266) שהתביעה אפשרית גם נגד המתקשר וחליפיו. רכישה בתקנת שוק מטוהרת מזכויות קודמות וכן מסעד הפיצויים. ראו בהקשר זה ס' 53 לפקודת הנזיקין. לביקורת על פסק הדין ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 186.

216 ראו עניין מראד, לעיל ה"ש 105, פס' 7, 10 לפסק דינו של השופט הנדל.

והשימוש. ואכן היועץ המשפטי קבע כי במקרים שבהם בעל הזכויות המקורי יפנה בבקשה להשבת המקרקעין, אך מתקיימת תקנת השוק, יש לפעול להסדרת פיצוי עבורו, בדומה להסדרים דומים בדין הישראלי.²¹⁷

ד. מקרי בוחן

בתת-פרק זה אבחן שלוש סיטואציות שבהן נבחנת תקנת השוק על פי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. הסיטואציה הראשונה היא השכיחה מכולן והיא מקרים של גריעה מקו כחול. כאמור יש יותר מאלף בתים שנגרעו מקו כחול. שני פסקי דין שניתנו בסיטואציה זו הן פרשות קציר ואשכנזי, שמהן ניתן ללמוד את עמדת המדינה ואת גישת בית המשפט להפעלת תקנת השוק במקרים אלו. הסיטואציה השנייה עוסקת במקרה שהממונה סבר שמדובר בנכס שהוא רכוש ממשלתי בשל קיומו של צו תפיסה, אך התברר שהבנייה נעשתה מחוץ לצו התפיסה – פרשת מצפה כרמים. פרשה זו נדונה בימים אלו בבית המשפט העליון. הסיטואציה השלישית עוסקת במקרה שהממונה סבר שמדובר בנכס שהוא רכוש ממשלתי בשל קיומה של הפקעה, אך התברר שחלק מהשטח שבו נבנו בתים לא הופקע – פרשת עפרה. בית המשפט העליון דחה לאחרונה עתירה נגד קבלת תב"ע ליישוב, אך הותיר בידי העותרים את האפשרות לעתור בעניין השאלה הקניינית, לרבות אפשרות תחולתה של תקנת השוק, בעתירה נפרדת.

1. גריעה מקו כחול – פרשות קציר ואשכנזי

בפרק המבוא מתואר תהליך הבירור מהן אדמות המדינה שכלל בדיקות מקיפות. בעקבות בדיקות אלו וחוות דעת משפטיות הוכרזו שטחים רבים כאדמות מדינה. על הכרזות אלו נבנו חלק ניכר מהיישובים ביהודה ושומרון. לאחר תהליך של בדיקה מחדש של גבולות ההכרזה באמצעים משוכללים שקיימים כיום, נגרעו יותר מאלף בתים "מהקו הכחול". התוצאה המשפטית של גריעתם מהקו הכחול היא מניעת האפשרות למכור אותם, לתכנן תוכנית חדשה או לשעבדם במשכנתה לצורך קבלת הלוואות. בעקבות גריעות אלו החלו הליכים משפטיים נגד המדינה, שהם בבחינת ניצנים ראשונים לפני גל תביעות נרחב שצפוי להגיע אם לא תוסדר בעיה זו.²¹⁸ שתיים מהפרשות שכבר הסתיימו ומהן ניתן ללמוד על ההליכים הצפויים בתביעות הבאות הן פרשות קציר ואשכנזי.

פרשת קציר עסקה בהרחבה של היישוב "עלי זהב". במקרקעין אלו נעשתה עסקת רישור בין הממונה להסתדרות הציונית, ולאחר מכן נחתמו הסכמי בר-רשות בין ההסתדרות הציונית לארבע משפחות, שתכליתם בניית בתים פרטיים לפי תוכנית המתאר שאושרה במועצת התכנון העליונה ביהודה ושומרון. בשלב מאוחר יותר הודיע הממונה כי חלקים מחלקות המקרקעין אינם נכללים בתחומי "הקו הכחול", ומכאן שהם מנועים

217 עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 6. על הסדר זה ניתן ללמוד גם מחוק נכסי נפקדים (פיצויים), התשל"ג-1973.

218 ראו לעיל הטקסט בסמוך לה"ש 28-35.

מלעשות שימוש בחלקים אלה. משפחות אלו הגישו תביעה נגד הרשויות השונות, ובה ביקשו לקבל סעדים של פיצויים בגין נטילת החלקים מהמגרשים שרכשו או קבלת בית חלופי וכן פיצויים נוספים, בגין נזקים והוצאות שנגרמו להם. בעקבות תביעה זו הודיעה המדינה שהיא שוקלת להמליץ לבית המשפט להחיל את תקנת השוק. עם זאת עובר להמלצה זו סברה המדינה שיש לבצע כמה מהלכים שתכליתם לברר אם יש התנגדויות אפשריות למהלך: א. פרסום לכוונה זו בעיתונות בעברית ובערבית; ב. תליית מודעות במקומות הנחוצים; ג. הודעה למוכתרים בכפרים הסמוכים. הודעות אלו העניקו 30 יום להגשת התנגדויות. לאחר שחלפו 30 יום ולא הוגשה אף התנגדות אחת, ביקשה המדינה מבית המשפט ליתן פסק דין המחיל את תקנת השוק על החלקות מושא התביעה. בית המשפט פסק שתקנת השוק תחול על החלקות מושא התביעה, הקן הכחול יתוקן ויוחזר למצב שבו היה בזמן חתימת ההסכמים עם התובעים, וכן יתוקנו תוכנית המתאר והתב"ע כדי שהתובעים יוכלו לממש את מלוא זכויותיהם. עם זאת בכך לא תמה פרשה זו, והוחלט על המשך הדיון על הנזקים שנגרמו לתושבים בשל גריעת ביתם מהקו הכחול עד לתיקונו מחדש לפי פסק הדין.²¹⁹

פרשת אשכנזי עסקה במשפחה שהתקשרה בחוזה בר־רשות עם ההסתדרות הציונית לאחר שהאחרונה התקשרה קודם לכן בהסכם הקצאה עם הממונה על הרכוש הממשלתי. בניית בית המשפחה הייתה לפי תב"ע והיתר בנייה כדין. לאחר סיום הבנייה התברר למשפחה שהמגרש שלהם הוצא בידי צוות קו כחול אל מחוץ לגבולות אדמות המדינה. בעקבות הודעה זו הוגשה תביעה להכיר בתוקפה של העסקה מכוח תקנת השוק או לחלופין לחייב את המנהל האזרחי ואת ההסתדרות הציונית לפצות את התובעים בסך של מיליון ש"ח בגין ירידת ערך ביתם וכן נזקים נוספים שנגרמו להם מהוצאת ביתם מתחום הקו הכחול. במהלך המשפט הודיעה המדינה שהיא סבורה שיש להחיל את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי על המקרקעין מושא התביעה, כדי שהעסקה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית תעמוד על כנה, ולכן גם עסקאות ההמשך בין ההסתדרות הציונית למתיישבים תעמודנה על כנן, בכפוף לביצוע פרסום על הודעה בדבר הכוונה להחיל את תקנת השוק על המקרקעין מושא התביעה ומתן אפשרות להגשת התנגדויות. הפרסום נעשה בכמה אמצעים: א. הודעה בשפה הערבית על לוח המודעות במת"ק רמאללה, כאשר הודעה זו הועברה גם לנציג הקישור הפלסטיני; ב. פרסום המודעה באתר הפרסומים הרשמי של המנהל האזרחי; ג. פרסום המודעה בעיתונים "מעריב" ו"אלקודס". לאחר שחלפו 30 הימים ממועד הפרסומים הללו להגשת התנגדויות ולא התקבלו התנגדויות, הודיעה המדינה שאין לה התנגדות למתן פסק דין אשר יחיל את תקנת השוק על המקרקעין כדי "שזכותם של התובעים דכאן במקרקעין תעמוד, באותו אופן שהוקנתה להם הזכות בראשית הדברים. הינו, עסקת ההרשאה בין הממונה וההסתדרות הציונית עומדת על כנה. מכאן שגם עסקאות

219 עניין קציר, לעיל ה"ש 35, פס' 18.

שנעשו בהמשך בעניין מתן זכויות בר רשות המקרקעין עומדות אף הן על כנן.²²⁰ וכך אכן נעשה.²²¹

לפי שתי פרשות אלו מתברר שהמדינה דורשת לצורך הכרה בתחולת תקנת השוק פרסום בעניין זה באופנים שונים, כגון פרסום בעיתונות בעברית ובערבית, תליית מודעות במקומות הנחוצים והודעה למוכתרים בכפרים הסמוכים או לנציג הקישור הפלסטיני ומתן 30 יום להגשת התנגדויות. רק אם לא תתקבלנה התנגדויות ניתן להכיר בתחולת תקנת השוק אם כל רכיביה התקיימו. ניתן להניח כי במקרים שבהם תתקבלנה התנגדויות הן יידונו בבית המשפט. דרישה זו נובעת מהעובדה שבמרבית המקרים שבהם נגרעו מקרקעין מהקו הכחול אין בנמצא בעל זכויות פלסטיני הטוען לזכויותיו, שכן הבעיה המשפטית נוצרה בשל פעולת הרשויות ולא בשל טענה של בעל הזכות המקורי. יתרה מזאת, שתי פרשות אלו מעידות שגם כאשר נעשה פרסום מסיבי, לא נמצא מי שיטען שהוא בעל הזכות המקורי, אף שנעשים מצד הרשות הפלסטינית במקרים אלו מאמצים רבים למצוא מי שיטען לכך.²²² אומנם שתי פרשות אינן יכולות לשמש מדגם מספק שיכול לנבא מה יקרה בפעמים הבאות, אך נראה שהתהליך יחזור על עצמו. רק כאשר תוגש תביעה נגד המדינה היא תפעל לברר אם ניתן להחיל את תקנת השוק. בעקבות הפרסום להתנגדויות לא יופיעו בעלי זכויות כלשהם. תקנת השוק תוחל על המקרקעין, והמדינה תתבע לשלם פיצויים על הנזקים שנגרמו. לפיכך חיוני לקדם חלף מסלול שיפוטי זה את המסלול המנהלי שיידון בפרק ה.

2. גריעה מצו תפיסה – פרשת מצפה כרמים

פרשת מצפה כרמים עניינה במאחז שהועבר בשנת 1999 במסגרת הסכם המאחזים בין ממשלת ישראל לבין ראשי ההתיישבות לתחומי צו התפיסה של היישוב כוכב השחר. לאחר כמה שנים התברר שהמקרקעין שעליהם הוקם מצפה כרמים, הרשומים על שם אנשים פרטיים, אינם בתחומי צו התפיסה ואף לא בתחומי צו הסגירה שקדם לו, אך הם היו במסגרת מערכת ההנחיות²²³ שעליה חתם הממונה בחושבו שהשטח של מערכת ההנחיות מייצג את התפיסה בפועל.²²⁴ מכאן התעוררה השאלה אם תקנת השוק חלה במקרה זה, שכן גם אם מתברר בדיעבד שהשטח אינו כלול בצו התפיסה, הממונה הקצה אותו "בחושבו" שמדובר בשטח שכלול בצו התפיסה, ולכן נחשב רכוש ממשלתי. למעשה, מקרה זה מיישם את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה במקרים מסוימים גם הקצאת מקרקעין שרשומים על שם אנשים פרטיים יכולה להיות הקצאה בתום לב.²²⁵ שתי השאלות המרכזיות שפרשה זו עוררה הן אם צו תפיסה נחשב ל"רכוש ממשלתי", ואם חתימה על

220 הודעה מערכנת מטעם המדינה ומתן בקשה לפסק דין בת"א 5493-01-17 (מחוזי י-ם) אשכנזי נ' המנהל האזרחי ביהודה ושומרון.

221 עניין אשכנזי, לעיל ה"ש 35.

222 ראו בעניין זה כהן, לעיל ה"ש 63.

223 "מערכת הנחיות" היא למעשה "תכנית" לשטחים תפוסים. ראו דו"ח ועדת זנדברג – ועדת ההסדרה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 71–73.

224 עניין אנגיל, לעיל ה"ש 39, פס' 49, 93.

225 ראו לעיל ה"ש 155.

מערכת ההנחיות יכולה להשלים את הנתון של גודל השטח שהוקצה בעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית, שכן בהסכם המקורי צוין שטח קטן יותר שאינו כולל את שטח היישוב מצפה כרמים.

אשר לשאלה הראשונה – אם צו תפיסה הוא בגדר "רכוש ממשלתי" – בית המשפט סבר שתפיסה צבאית כלולה בגדר החלופה השנייה להגדרת "רכוש ממשלתי" על פי סעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי: "מקרקעין שנרכשו לצורכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון, על ידי רשות מרשויות צה"ל ועבור רשות מרשויות צה"ל שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית לתכנון ולבניה".²²⁶ בית המשפט אף מזכיר את האפשרות להתבסס על החלופה השלישית: "רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו", שכן הבעלים של זכויות החזקה והשימוש שהופקעו במסגרת צו זה הוא המפקד הצבאי, והוא מסר את הזכויות הללו לניהולו של הממונה. בית המשפט הדגיש עוד שהמונח "רכוש מוגדר בסעיף 1 לצו הנ"ל ככולל גם "זכות אחרת", דהיינו אין מדובר רק בזכות הבעלות אלא גם בזכויות של החזקה ושימוש.²²⁷

למעשה שתי החלופות (השנייה והשלישית) מתאימות מבחינה פרשנית למקרים של צווי תפיסה או סגירה צבאיים, וקיימת ההצדקה להפעיל את תקנת השוק במקרים אלו, שכן המתקשר עם הממונה מסתמך על היותם רכוש ממשלתי. עיון בהסכמי ההרשאה בעניין מצפה כרמים מראה שהממונה לא ציין מדוע מדובר ברכוש ממשלתי אלא רק מציין שהחזקה נתפסה "בהתאם לסמכויותיו [של הממונה] הרשות המוסמכת במנהל האזרחי". לפיכך טענו המתיישבים בצדק "שההסתדרות הציונית והמתיישבים הסתמכו על הצהרות אלה, ועל כן אין משמעות לכך שהקרקע נתפסה בתפיסה צבאית או שהייתה בבעלות מלאה של המדינה".²²⁸ יתרה מזאת, גם אם היה כתוב בחוזי ההרשאה שמדובר בשטחים שנתפסו בתפיסה צבאית, אין כל קושי בכך, שהרי מדובר כאמור ברכוש ממשלתי שהקצה הממונה, וקיימים יישובים שהוקמו בחלקם על צווי תפיסה צבאיים.²²⁹

אשר להגדרת "רכוש ממשלתי" טוענת ד"ר רוגית לויין-שנור כי מקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית אינם חלק מההגדרה של "רכוש ממשלתי", הא ראייה שבצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים, שמאוחר לצו בדבר רכוש ממשלתי, קובע סעיף 2 לצו: הוראות צו זה יחולו רק על אותם מקרקעין שעליהם חל הצו בדבר רכוש ממשלתי ומקרקעין שנתפסו לצרכים צבאיים או שנרכשו לצורכי ציבור שמפקד האזור יגדירם בצו. מכאן שמקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית הם קטגוריה עצמאית שאינה כלולה במונח "רכוש ממשלתי", שאם לא כן, לא היה טעם לציין קטגוריה זו בנפרד.²³⁰

226 עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 39, פס' 166–178. עם זאת, אף שביט המשפט דן בסופו של דבר בחלופה זו ומקבל אותה, הוא מפנה למספרו של ס"ק שדן בחלופה השלישית (ראו שם, פס' 178 סיפא).

227 שם, פס' 166–178. זו היא החלופה שעליה הסתמך היועץ המשפטי לממשלה במקרה של מצפה כרמים, בתומכו בהחלת תקנת השוק על אותו מקרה (שם, פס' 172). בית המשפט אומנם דן בחלופה זו ואף הפנה למספר הס"ק של חלופה זו בהכרעה שמדובר ברכוש ממשלתי, אך נראה מנוסח הדברים שביט המשפט הסתמך בסופו של דבר על החלופה השנייה (ראו לעיל ה"ש 226).

228 עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 39, פס' 171.

229 ראו דו"ח ועדת זנדברג – ועדת ההסדרה, לעיל ה"ש 26, פס' 130–163.

230 לויין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 66, בעמ' 356–357.

כמענה לביקורת זו יש לציין כי הטיעון הזה נשען על החזקה שהמחוקק אינו משחית מילותיו לריק. ברם חזקה זו אינה נכונה.²³¹ יתרה מזאת, המחוקק הישראלי אף אינו מקפיד תמיד שלא ליצור כפילויות מעין זו הנזכרת לעיל. למשל, אין חולק כי עצימת עיניים כלולה בחוסר תום הלב הסובייקטיבי,²³² שבא לידי ביטוי בחקיקה הישראלית פעמים רבות בפועל "ידע".²³³ עם זאת קיימות דוגמאות שבהן המחוקק הישראלי מתייחס בצמוד למילה "ידע" גם לעצימת עיניים בנפרד. המונח "עצימת עיניים" בא לידי ביטוי בחקיקה הישראלית במונח "הדבר גלוי על פניו" או "התיאור כוזב על פניו", ובשני מקרים לפחות המחוקק התייחס למצב שבו אדם ידע או שנכלל בהגדרות הללו של עצימת עיניים.²³⁴ האם מכאן ניתן ללמוד שעצימת עיניים איננה כלולה במילה "ידע" כאשר אין התייחסות נפרדת לעצימת עיניים? התשובה של הפסיקה הישראלית היא ודאי שלא. הפועל "ידע" כולל גם עצימת עיניים.²³⁵ דוגמה נוספת היא השאלה אם סעד ההשבה בביטול בגין פגם בכריתה או בגין הפרה כפוף לשיקולי צדק אף שאפשרות זו אינה מוזכרת בחקיקה. הפסיקה הישראלית השיבה בחיוב. לפי פסיקה זו סעד ההשבה שמקורו בדיני עשיית עושר ולא במשפט כולל בחובו פטור משיקולי צדק. דעת המיעוט של השופט ריבלין אתגרה מסקנה זו בעובדה שסעד ההשבה בחוזה פסול, שנסמך על סעד ההשבה בשל ביטול בגין פגם, מציין במפורש שהוא כפוף לשיקולי צדק, משמע סעד ההשבה בשל ביטול בגין פגם אינו כולל אפשרות זו.²³⁶ מסקנה זו נובעת מכך שאם לא תתקבל פרשנות זו, תהיה בכך כפילות כשמדובר בחוזה פסול, שהרי אם סעד ההשבה כבר כולל שיקולי צדק, אין צורך לציין זאת במפורש בחוזה פסול. ברם דעת הרוב סברה אחרת כאמור. לכן העובדה שהצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים מתייחס בנפרד הן למונח רכוש ממשלתי והן למונח תפיסה צבאית, אין בה שלילה של הפרשנות שלפיה רכוש ממשלתי כולל גם תפיסה צבאית.

231 דניאל פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד 459, 463 (1989).
232 ראו לעיל ה"ש 131 והטקסט הסמוך לה; ע"א 7785/99 ארוך נ' פרייאנטי, פ"ד נה(3) 85, 92-94 (2001).

233 ראו ס' 14 לחוק החוזים (חלק כללי); ס' 12, 16 לחוק המכר.

234 ראו ס' 2(ב) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 ("המפיץ פרסום של עוסק אחר או מטעמו הכולל תיאור כוזב, או מי שהחליט בפועל על פרסום תיאור כוזב כאמור, לא יישא באחריות לפי סעיף זה, אלא אם כן ידע שהתיאור כוזב, או שהתיאור כוזב על פניו"). למסקנה שהמונח "תיאור כוזב על פניו" הוא עצימת העיניים ראו מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 62 ה"ש 71 (2002). ראו גם ס' 6(ב)(3) לחוק עוולות מסחריות ("קבלת סוד מסחרי או שימוש בו ללא הסכמת בעליו, כאשר המקבל או המשתמש יודע או שהדבר גלוי על פניו, בעת הקבלה או השימוש, כי הסוד הועבר אליו באופן האסור המשתמש יודע או שהדבר גלוי על פניו, בעת הקבלה או השימוש, כי הסוד הועבר אליו באופן האסור [...]"). למסקנה שהמונח "הדבר גלוי על פניו" הוא עצימת עיניים, ראו שם, בעמ' 352-353. פרופ' דויטש אף מציין שהוא התנגד בהליכי החקיקה לנוסח זה, שכן תיבה זו מיותרת: "משמעותו של הביטוי האמור היא הטלת אחריות במצב של עצימת עיניים. אולם עצימת עיניים כמוה כידיעה, על פי תורת המשפט. אין צורך באמירה כלשהי בנדרון" (שם, בעמ' 253 ה"ש 269).

235 עניין ארוך, לעיל ה"ש 232. כן בנוגע למילה "ביודעין" שבס' 62 לפקודת הנוזיקין, שכוללת אף עצימת עיניים, ראו שם, בעמ' 92-93; ע"א 628/77 חסיד נ' קנופף, פ"ד לר(2) 225, 232-233 (1979).

236 אשר לביטול בגין הפרה ראו ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540 (1993). אשר לביטול בגין פגם ראו דעתו של השופט (כתוארו אז) ריבלין בדנ"א 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד סה(1) 350, 412-413 (2011).

אשר לשאלה השנייה – אם חתימה על מערכת הנחיות יכולה להשלים את הנתון של גודל השטח שהוקצה בעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית – בית המשפט השיב בחיוב. אומנם נכרת הסכם הרשאה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית בנוגע לגודל שטח שהיה כלול בהסכם, שהיה קטן משטח מערכת ההנחיות, אך בית המשפט ראה בחתימת הממונה על הרכוש הממשלתי על מערכת ההנחיות ראייה לשטח המקרקעין הכלול בעסקה, שכן בהסכם המקורי נקבע שגבולות שטח ההסכם טרם נקבעו והממונה זכאי לשנותם.²³⁷ הקצאה זו נעשתה על פי סברת הממונה שכל שטח התוכנית תפוס בצו תפיסה צבאית, ולכן נחשב לרכוש ממשלתי, אך התברר בדיעבד שחלק מסוים משטח התוכנית אינו כלול בצו התפיסה. עם זאת מאחר שהעסקה נעשתה בתום לב כאשר הצדדים סברו שמדובר ברכוש ממשלתי, חל סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, ולכן העסקה לא תיפגע. עם זאת בית המשפט הבהיר שפסק הדין חל במערכת היחסים שבין הצדדים להליך בלבד.²³⁸ בהקשר זה ראוי לציין את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שחתימה על תוכנית שמשקפת גמירת דעת ומסוימות יכולה להיחשב בנסיבות מסוימות לעסקה,²³⁹ ולכן מקל וחומר שהיא יכולה להשלים את הנתון של גודל השטח, וכך מקובל בדיני החוזים בישראל.²⁴⁰

פסק הדין בעניין מצפה כרמים זכה לביקורות נוספות. ד"ר רונית לוי-שנור ופרופ' סנדי קדר עמדו על העובדה שבחווה בין הממונה להסתדרות הציונית נקבע שלממונה זכות לשנות את השטח, ולכן לאחר שהתברר שחלק מההקצאה החוזית הוא מחוץ לצו התפיסה, מצופה מהממונה להקטין את השטח ולהתאימו לצו התפיסה. יתרה מזאת, בחווה נקבע שיחול הדין הישראלי, ולכן אין תחולה לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, שהוא חלק מדין אזור יהודה ושומרון בלבד.²⁴¹ המענה לטענה הראשונה הוא שקבלתה מעקרת למעשה מכל תוכן את המשמעות של תקנת השוק. תקנת השוק נועדה להגן על המתקשר עם הממונה במקרים שהממונה טעה, ולכן מתן אפשרות לממונה גם במקרים שבהם תקנת השוק חלה להקטין את השטח לשטח שבעניינו הוא לא טעה, בייחוד, אך לא רק, אם נבנו מבנים על אותו שטח, תעקר את תקנת השוק מכל תוכן.²⁴² המענה לטענה השנייה מצוי בכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי שלפיהם כאשר מדובר בסכסוך על מקרקעין חל דין מקום המקרקעין, ולכן חלה תקנת השוק שהיא חלק מהדין המקומי.²⁴³

237 עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 39, פס' 110, 112, 113, 123, 134–136, 141.

238 שם, פס' 106–141, 197–198. לקביעה שהסכם ההרשאה עם ההסתדרות הציונית הוא "עסקה" עם "אדם אחר" ראו שם, פס' 154. לקביעה שלא הונח בסיס לפקפק בתום ליבו של הממונה ראו שם, פס' 165.

239 ראו לעיל ה"ש 112 והטקסט הסמוך לה.

240 ניתן להשלים פרט חסר, אף פרט חיוני כגון התמורה, באמצעות מסמך נוסף בכתב מאוחר לכריתה, המשלים את החסר הקיים בהסכם המקורי, ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 113, בעמ' 269; ע"א 475/87 אהרונוב נ' אהרונוב, פ"ד מג(3) 165, 171 (1989).

241 לוי-שנור "מצפה כרמים", לעיל ה"ש 82, בעמ' 33–34; קדר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 10, 11 ה"ש 12, 43.

242 ראו עמדת המדינה בעניין אנג'ל בבית המשפט העליון, לעיל ה"ש 105, בעמ' 21–22. עם זאת המדינה גודרת את הטעון הזה למקרה דנן ונסיבותיו.

243 סיליה וסרשטיין-פסברג משפט בינלאומי פרטי כרך א 1001 (2013). כן ראו עמדת המדינה בעניין אנג'ל בבית המשפט העליון, לעיל ה"ש 105, בעמ' 22, שלפיה ההתנאה על הדין באזור היא ממילא רק על האמור בהסכם זה, ומאחר שתקנת השוק אינה מוסדרת בהסכם אין רלוונטיות להתנאה. בכל מקרה

ביקורות נוספות של ד"ר לוי-שנור מתייחסות לכמה היבטים נוספים: הטיעון הראשון מתייחס לסעיף בהסכם שממנו ניתן ללמוד כי ההסכם לא יחול על שטחים פרטיים, ומאחר שמדובר במקרקעין שצו התפיסה לא חל עליהם, אזי מדובר בשטח פרטי שההסכם אינו חל עליו.²⁴⁴ אכן ההסכם לא יחול על שטח פרטי אלא אם תקנת השוק תחול עליו, שהרי זו כל מהותה. הממונה הקצה בטעות שטח פרטי בחושו שהוא רכוש ממשלתי, ובקיום רכיבי תקנת השוק העסקה תחול גם על השטח הפרטי. הטיעון השני מתייחס לתום ליבו של הממונה. לטענתה, אי-בדיקת הממונה אם מדובר בשטח תפוס היא עצימת עיניים ושקולה לאי-בדיקת מרשם המקרקעין. יתרה מזאת, החתימה על מערכת ההנחיות אינה יכולה להשלים את תום הלב בעסקה.²⁴⁵ כמענה לטענה זו ראוי לציין שהממונה קיבל תחילה מפה לא מדויקת של שטח צו התפיסה, ולכן דרש לקבל מפה מדויקת, שעל פי עדותו (שהתקבלה בבית המשפט) הניחה את דעתו ששטח התפיסה מתאים לשטח התוכנית.²⁴⁶ מכאן שהממונה לא עצם את עיניו אלא פעל לדייק את הבסיס העובדתי. יתרה מזאת, בית המשפט קבע שהחתימה על מערכת ההנחיות משלימה את גודל החלקה.²⁴⁷ תום הלב נובע מכך שהממונה לא ידע ולא חשד שאין מדובר ברכוש ממשלתי. הטיעון השלישי מתייחס לכך שההסדרות הציונית איננה רוכש רגיל והייתה מעורבת בתכנון התוכנית עם הממונה.²⁴⁸ כזכור, הפסיקה קיבלה את האפשרות שההסדרות הציונית יכולה להיחשב "אדם אחר" שעשה עסקה עם הממונה.²⁴⁹ מאחר שהממונה הוא הגורם שמחזיק את המידע על המקרקעין ההסדרות הציונית הסתמכה על חתימת הממונה על מערכת ההנחיות.

3. גריעה מהפקעה – פרשת עפרה

הממונה על הרכוש הממשלתי הקצה שטח שהפקיעה ממשלת ירדן לצורך הקמת היישוב עפרה. שטח ההפקעה נבדק בשנת 2011 בידי צוות קו כחול. אומנם אין מדובר בהכרזה, אך הצוות התבקש בבקשה חריגה לבדוק את גבולות ההפקעה. בעקבות הבדיקה צומצם שטח ההפקעה במידה ניכרת. לפי זה תוקן חוזה ההקצאה בין הממונה על הרכוש הממשלתי לבין ההסדרות הציונית, ושטח ההקצאה הותאם לתחום החדש. נוסף על זה, תוכננו ואושרו תוכניות בניין עיר ליישוב עפרה לפי התחום החדש בשנת 2014. בעקבות עתירה שהוגשה נגד התוכניות התברר שחלק מהחלקות שהופקעו, הופקעו רק בחלקן, אך במרשם המקרקעין ההערות על ההפקעה התייחסו לחלקות בשלמותן. מאחר שצוות קו כחול התייחס למרשם ולא להודעת ההפקעה, הוא אישר את החלקות בשלמותן כרכוש ממשלתי.

הצדדים לסכסוך – בעלי הזכויות הרשומים והמתיישבים אינם צד להסכם, ולכן גם מסיבה זו להתנאה אין רלוונטיות.

244 לוי-שנור "מצפה כרמים", לעיל ה"ש 82, בעמ' 32.

245 שם, בעמ' 32, 35-36.

246 עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 39, פס' 38-49, 134-135, 165.

247 ראו לעיל ה"ש 237, והטקסט הסמוך לה.

248 שם, בעמ' 35.

249 ראו לעיל ה"ש 105.

לפי תגובת המדינה לעתירה, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, נטען שיש להותיר את התוכניות על כנן, ואין לשנותן לאור תחולת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.²⁵⁰ למעשה מקרה זה מיישם את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה במקרים מסוימים גם הקצאת מקרקעין שרשומים על שם אנשים פרטיים יכולה להיות בתום לב.²⁵¹ מאחר שההפקעות נרשמו במרשם המקרקעין על חלקות מסוימות בשלמותן אף שהן הופקעו רק בחלקן, סבר הממונה בתום לב שמדובר ברכוש ממשלתי. הממונה הסתמך במקרה זה לא רק על ההפקעות שנרשמו על החלקות בשלמותן אלא גם על עבודת צוות קו כחול והליווי המשפטי שניתן לה, ולכן סבר היועץ המשפטי לממשלה שיש להחיל את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי על חלקי החלקות שלא הופקעו אך נרשמה בעניינן הפקעה במרשם המקרקעין.²⁵²

מקרה זה מיישם גם את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה בנייה על פי הקצאה נעשתה בתום לב גם בהיעדר תב"ע.²⁵³ לפי תגובת המדינה לעתירה בעניין עפרה נטען שיש להחיל את סעיף 5 לצו על הקצאה של הממונה ועל בנייה שנעשתה בעקבות הקצאה זו. אומנם שטח ההקצאה צומצם בשנת 2011, אך הבנייה שבתוך שטח זה נעשתה בעקבות הקצאה שתחולתה נקבעה לשנת 1978, גם כאשר התוכניות ליישוב עפרה אושרו שנים רבות לאחר מכן בשנת 2014.²⁵⁴ בסופו של דבר העתירה נדחתה, שכן בית המשפט סבר, בין היתר, שאין להכריע בשאלה הקניינית בדבר חלקי החלקות שלא הופקעו, לרבות אפשרות תחולת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, כאשר מדובר בעתירה תכנונית.²⁵⁵ לכן קיימת אפשרות ששאלות אלו יידונו בעתיד. לפי הניתוח של רכיבי תקנת השוק אכן עמדת המדינה מוצדקת. הממונה הקצה את חלקי החלקות במסגרת חלקות שלמות שסבר בתום לב שהן הופקעו בשלמותן בשל רישום ההפקעה במרשם המקרקעין על החלקות במלואן ולאור עבודת צוות קו כחול, שקבע שמדובר בחלקות שהופקעו בשלמותן. לפיכך הממונה סבר בתום לב שהוא מקצה רכוש ממשלתי, והמתקשרים עם הממונה סברו בתום לב גם הם שמדובר ברכוש ממשלתי. התמורה כוללת כאמור גם את הוצאות הבנייה, ולכן חלה תקנת השוק על חלקי החלקות שלא הופקעו.

ה. ערוצי בחינת תקנת השוק: שיפוטי או מנהלי

בפרק המבוא ובתת-פרק ד.1 נדונה התופעה של גריעה מקו כחול, שרלוונטית כאמור ליותר מאלף בתים שנגרעו מהקו הכחול, וכעת בעליהם אינם יכולים למכור את בתים, לשעבדו במשכנתה או לשנות את תוכנית הבנייה. לפיכך יש לבחון אם תקנת שוק תחול על מקרים

250 ראו תגובה המדינה בעתירה בנוגע ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, פס' 62–64.

251 ראו לעיל ה"ש 155.

252 תגובת המדינה בעתירה בנוגע ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, פס' 53–59.

253 ראו לעיל ה"ש 144.

254 ראו עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 35; תגובת המדינה בעתירה ביחס ליישוב עפרה, לעיל ה"ש 46, פס' 25–39.

255 עניין סלואד, לעיל ה"ש 46, פס' 8–10 לפסק דינו של השופט הנדל, פסק דינה של השופטת ברק-ארז.

רבים אלו. הבחינה יכולה להיות בשני מסלולים: א. המסלול השיפוטי – במסלול זה תוגש תביעה בידי בעלי הבתים נגד המדינה, שכן כאמור אין בנמצא מי שטוען לזכותו במקרקעין שקדמה להקצאה של הממונה, ובית המשפט יכריע בתחולת תקנת השוק. במסלול זה נעשה שימוש בפרשות קציר ואשכנזי שנדונו בתת-פרק ד.1, וכן קיימות תביעות נוספות שטרם הוכרעו,²⁵⁶ ומטבע הדברים צפויות תביעות רבות נוספות; ב. המסלול המנהלי – במסלול זה המדינה תיזום הליך מנהלי שבו תיבדק תחולת תקנת השוק על תאי שטח מסוימים. לפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה, המסלול השיפוטי יעניק למסתמך על תקנת השוק שהוכחו כל רכיביה זכות מהותית ממורקת מזכויות קודמות. הערכאה הרלוונטית היחידה כיום היא בית המשפט המחוזי בירושלים שבו כבר מתנהלים והתנהלו כמה הליכים.²⁵⁷ מעמדת המדינה בעניין קציר ובעניין אשכנזי התברר שהמדינה דורשת לצורך הכרה בתחולת תקנת השוק פרסום במגוון ערוצים ומתן 30 יום להגשת התנגדויות. רק לאחר שלא התקבלו התנגדויות הומלץ להכיר בתחולת תקנת השוק וכך אכן נעשה.²⁵⁸ דרישה זו נובעת כאמור מהיעדר בעלי זכויות פלסטינים הטוענים לזכויותיהם. מכל מקום, אם יימצא בעל זכויות כאמור שיתנגד לתחולת תקנת השוק, התנגדותו תידון בבית המשפט.²⁵⁹ לכאורה, במקרים שבהם מדובר במקרקעין שרשומים על שם פלסטינים,²⁶⁰ היה אפשר לפנות אליהם, ברם מאחר שמדובר ברישומים של אנשים שחלקם נפטרו, וקשה לאתר את יורשיהם, וחלקם מכרו את זכויותיהם מבלי לעדכן את המרשם, אפשרות זו אינה ריאלית, בייחוד כשהמרשם חסוי גם בפני הליכים משפטיים.²⁶¹ לכן גם במקרים אלו ניתן להניח שישתמשו במנגנון של פרסום הודעות ומתן אפשרות להתנגדויות. מכל מקום, כאשר משתמשים במנגנון פרסום זה, התוצאה צריכה להיות מעשה בית דין לאפשרות של בעלי הזכויות המקוריים לנהל הליך נוסף בנוגע לתחולת תקנת השוק, לבד מחריגים כגון קטינים, בעלי מוגבלויות רלוונטיות או נפקדים שלא היה באפשרותם להצטרף להליך ולהתנגד לתחולת תקנת השוק.²⁶² כאשר

256 ראו לעיל ה"ש 35.

257 לעניין ההליכים המתנהלים ראו שם; לעיל תת-פרק ד.1. הערכאות האפשריות האחרות הן להסמיך את ועדת הערר לדון גם בנושא זה או להקים ערכאה ייחודית. ראו ס' 2 ל"יישום סיכום היועץ המשפטי לממשלה בנושא סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) חוות דעת משלימה (13.12.2018) (להלן: "סיכום היועץ המשפטי לממשלה – חוות דעת משלימה"). אפשרות נוספת שמתקיימת כיום היא לטעון לתחולת תקנת השוק בהליך מנהלי, כפי שנעשה בפרשת עפרה (ראו לעיל תת-פרק ד.3), שבה בעלי הזכויות הפרטיים הם צד לעתירה. לנוסח המלא של חוות הדעת, ראו "היועץ המשפטי לממשלה מתחיל במימוש חוק ההפקעה" שלום עכשיו (14.12.2018) <https://bit.ly/32nTgUy>.

258 ראו לעיל תת-פרק ד.1.

259 שם.

260 ראו פרשת מצפה כרמים ופרשת עפרה, לעיל בתתי-פרקים ד.2, ד.3.

261 ראו לעיל ה"ש 125.

262 אלו הם החריגים בדיון באזור לשריון של הרישום הראשון בפנקס השטרות, ראו ס' 8(ב) לחוק רישום נכסי דלא נידיי שלא נרשמו.

ההליך אינו כולל פרסום כאמור, תוצאת פסק הדין צריכה לחול על הצדדים להליך בלבד.²⁶³

באשר למסלול המנהלי, הציע היועץ המשפטי לממשלה שהמדינה תיזום הליך מנהלי שבו תיבדק תחולת תקנת השוק על תאי שטח מסוימים שהיו בהם השקעות של בינוי, פיתוח או קיומה של תוכנית מתאר מפורטת בתוקף. אם בהליך המנהלי תימצאנה ראיות מנהליות לקיום רכיבי תקנת השוק, תקום חזקה מנהלית מבחינת הרשויות שהעסקאות שנעשו בתא השטח שנבדק חוסות בתקנת השוק. התוצאה של חזקה זו תהיה שתוכניות המתאר שאושרו לשטחים אלו תעמודנה בתוקפן. נוסף על זה אף יהיה אפשר לקדם הליכי תכנון נקודתיים חדשים שאין בהם צפי להוספת בעלי זכויות חדשים במקרקעין. דהיינו, יהיה אפשר לשדרג ולהוסיף זכויות בנייה לצורכי ציבור לטובת יחידות הדיור הקיימות בתא השטח, וכן לאשר בנייה פרטית עבור התושבים המתגוררים בשטח, כגון היתר בנייה להרחבת מבנה קיים. נוסף על זה, מבחינה מוניציפלית קיום החזקה ימנע את גריעת תא השטח מתחום השיפוט של היישוב.²⁶⁴

היועץ הותיר בחוות דעתו להחלטה עתידית מה תהיה המשמעות של הקביעה המנהלית לקיום תקנת השוק בכמה נושאים: א. כשמדובר בשטחים שלא היו בהם השקעות של בינוי, פיתוח או קיומה של תוכנית מתאר מפורטת בתוקף; ב. קידום בנייה חדשה בשטחים אלו למגורים או לשימושים אחרים, לרבות במקרים שבהם קיימת הקצאה לגוף מיישב ותוכנית מתאר מפורטת בתוקף אולם טרם בוצעה הקצאת משנה לרוכשים פרטיים או שטרם ניתנו היתרי בנייה; ג. העברת זכויות שמחייבת התקשרות של הממונה עם הרוכש החדש או את אישור הממונה, בשונה מהתקשרויות שהממונה אינו צד להן ואיננו מאשרן.²⁶⁵

באשר לשני המסלולים ראוי לעשות את ההבחנה הזאת: כאשר מתקיים הליך שיפוטי יש להעניק מעמד של מעשה בית דין בתוך כדי הבחנה כאמור בין הליך שכלל פרסום להתנגדויות לבין הליך שלא כלל פרסום כאמור. כאשר מדובר בהליך המנהלי, אם מדובר במקרקעין שנגרעו בהליך מנהלי מהקו הכחול, אזי קביעה מנהלית שחלה תקנת השוק צריכה לאפשר את כל היכולות שהיועץ המשפטי כבר אישר בחוות דעתו וכן את כל היכולות שהיועץ הותיר להחלטה עתידית. מאחר שהמנגנון שגרע את המקרקעין הוא מנהלי (ההליכים של "צוות קו כחול"), אזי מנגנון מנהלי יכול להשיב את המצב לקדמותו בהתקיים רכיבי תקנת השוק, בבחינת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". השבת המצב לקדמותו רלוונטית לכל הפעולות שכיום נמנעות ממתיישבים שביתם נגרע מתחום הקו הכחול, לרבות מכירת זכויותיהם ואישור הממונה למכירה זו, קבלת הלוואה שמובטחת במשכנתה וקבלת היתר בנייה לתכנון נוסף. תוצאת ההליך המנהלי תחול רק בין המתיישבים לרשויות ולא כלפי בעלי הזכויות המקוריים. אשר לאחרונים, דרכם פתוחה לפתוח בהליך משפטי. מאחר שבמקרים של גריעה מקו כחול אין בנמצא בדרך כלל בעל זכויות פלסטיני,

263 כך למשל נפסק בעניין אנגיל, לעיל ה"ש 39, פס' 193–198 (שם נקבע כי פסק הדין חל רק בין הצדדים להליך בלבד, שכן באותו המקרה בשל חיסיון המרשם לא היה אפשר ליידע את בעלי המקרקעין, ולא נדרש לבצע פרסום להתנגדויות).

264 סיכום היועץ המשפטי לממשלה – חוות דעת משלימה, לעיל ה"ש 257, בס' 3.

265 שם.

לא צפויים הליכים מטעם בעלי הזכויות המקוריים. כאשר מדובר במקרקעין רשומים כגון בפרשות של מצפה כרמים ועפרה, הנושא יידון מטבע הדברים בלאו הכי במסלול השיפוטי כפי שאכן קרה במקרים אלו.²⁶⁶ לסיום פרק זה ראוי לציין שאין ספק שהמדינה צריכה לקיים את המסלול המנהלי. אין כל הצדקה שבעלי הבתים שנגרעו יאלצו לקיים הליכים שיפוטיים שאורכים שנים ארוכות, לרבות נשיאה בהוצאות משפט שאינן מכוסות, גם כאשר נפסקים הוצאות עבור התובעים.²⁶⁷

ו. פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם

העובדה שסעיף 5 לצו יופעל בדרך כלל על זכויות של תושבים שאינם אזרחי מדינת ישראל אינה בעייתית מבחינת המשפט הבין-לאומי, שכן הכלל נחוץ לפעולתו התקינה של הממונה, שאם לא כן, לא יהיה אפשר להתקשר עימו בבטחה בהיעדר הגנה במקרים שהממונה טעה.²⁶⁸ יתר על כן, אם נשווה את הכלל המצוי בסעיף 5 לצו לפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם באשר לחקיקה ברפובליקה הטורקית של צפון קפריסין, שנועדה להסדיר את תביעותיהם של בעלי מקרקעין בנוגע לרכושם, ובנוגע לתביעות של בעלי מקרקעין בחבל נגורנו קראבך, ניווכח שסעיף 5 לצו תקף גם מבחינת המשפט הבין-לאומי.²⁶⁹ בית הדין האירופי לזכויות אדם פוסק על פי האמנה האירופית לזכויות אדם.²⁷⁰ סעיף 8 לאמנה קובע כי לכל אדם יש זכות לכיבוד חייו וחי משפחתו ולכיבוד ביתו, בכפוף לחריגים מסוימים, כאשר אחד מהחריגים הוא התערבות של רשות ציבורית על פי חוק, כאשר ההתערבות

266 ראו לעיל תתי-פרקים ד.2, ד.3.

267 ראו ת"א (מחוזי י-ם) 5493-01-17 אשכנזי נ' המנהל האזרחי ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 16.12.2019), שבו ביקשו התובעים לאחר ההחלטה להחיל את תקנת השוק, לקבל נוסף על אגרת בית המשפט ששילמו גם את שכר הטרחה שבו יישאו בסך של 50,000 ש"ח, אך בית המשפט פסק סכום של 20,000 ש"ח בלבד.

268 ראו עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 1 ("הצו בדבר רכוש ממשלתי מבטא את החובה המוטלת על מפקד כוחות צה"ל באיו"ש לנהל את הרכוש הממשלתי באזור, בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית, לפיהם הוא פועל. סעיף 5 לצו מבטא הסדר של תקנת שוק, המקובל בהקשרים מקבילים, לרבות בדין הישראלי, וכשלעצמו אין הוא סותר את הדין הבינלאומי"). בהקשר זה ראוי להזכיר גם את פסיקת הנשיא ברק שלפיה כאשר תקופת התפיסה הלוחמתית של ישראל התארכה, אזי אמצעים חקיקתיים של המפקד הצבאי עבור האוכלוסייה המקומית להסדרת החיים הציבוריים, שהיו עלולים להיחשב לא ראויים בתקופה קצרת מועד, ייחשבו ראויים בתקופה ארוכת מועד, ראו עניין אסכאן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 800-802. פרופ' יפה זילברשץ אף מדגישה שמדובר בפעולות שיכולות להביא גם לידי שינויי קבע שיימשכו אחרי סיום הממשל הצבאי. ראו יפה זילברשץ "שליטת צה"ל ביהודה, שומרון ועזה: תפיסה לוחמתית או כיבוש קולוניאלי" מחקרי משפט כ 547, 557 (2004). בהקשר זה יש לציין שעניין אסכאן (שם) ניתן לאחר 16 שנים ממלחמת ששת הימים, וכיום עברו כבר 53 שנים. נוסף על זה ראוי לציין את עמדת המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן שלפיה האוכלוסייה המקומית כוללת גם את ההתיישבות הישראלית, ראו בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערב, פס' 111-112 לפסק דינו (פורסם בנבו, 31.10.2017).

269 אשר למשפט הבין-לאומי ראו לעיל בפרק המבוא.

270 The European Convention on Human Rights (ECHR), 4 November 1950, ETS 5, available at <https://bit.ly/2WzEZQU>.

נחוצה לשמירה על זכויותיהם של אחרים. סעיף נוסף רלוונטי הוא סעיף 1 לפרוטוקול הראשון לאמנה, הקובע כי לכל אדם זכות להנאה מנכסיו שבהחזקתו. גם לכלל זה קיים חריג שלפיו זכותה של המדינה לאכוף חוקים לפי שיקול דעתה כדי לנהל את השימוש ברכוש לפי האינטרס הכללי. עיקר הדיונים בבית הדין היה בטענות להפרת הסעיפים הללו. אומנם אמנה זו לא חלה על יהודה ושומרון, אך בשל הדמיון בין סעיפים אלו לסעיף 46 לתקנות האג (לדעת אלו שסוברים שהן חלות ביהודה ושומרון),²⁷¹ שלפיו יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי וכן אין להחרים רכוש פרטי, ניתן ללמוד מפסקי הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם על פרשנות סעיף 46 הנ"ל.²⁷² נוסף על זה ההשוואה תיעשה לדומה ולשונה מהבחינה העובדתית ולסוג הסעדים שנפסקו.

1. צפון קפריסין

בעקבות הפיכה צבאית שביצעו קפריסאים-יוונים בעידודו של השלטון הצבאי ששלט באותה העת ביוון שנועדה לאחד את קפריסין עם יוון, פלש צבא טורקיה בשנת 1974 לצפון קפריסין ויצר חיץ בין האזור שבו הייתה מרוכזת האוכלוסייה הקפריסאית-טורקית ליתר חלקי האי. כ-200 אלף קפריסאים-יוונים שהתגוררו בצפון האי נמלטו או גורשו אל דרום האי, לאזור שעדיין שלטה בו הממשלה הקפריסאית-היוונית, ובד בבד נמלטו או גורשו כ-60 אלף קפריסאים-טורקים אל צפון האי. בשנת 1983 הכריזו מנהיגי הקהילה הקפריסאית-הטורקית על עצמאות מלאה ועל ריבונות בשטח שנכבש בידי הצבא הטורקי ב-1974 (37% מהאי). הכרזת העצמאות קבעה את שם המדינה ל"רפובליקה הטורקית של צפון קפריסין". ההכרזה זכתה להכרה של טורקיה ושל אזרבייג'ן בלבד, ויתר מדינות העולם והארגונים הבין-לאומיים הוסיפו לראות בצפון קפריסין שטח כבוש, שהריבונות עליו אמורה לחזור לרפובליקת קפריסין השולטת בדרום האי. בשנת 1985 חוקקה חוקת המדינה. סעיף 159 לחוקה קבע כי כל הרכוש הנטוש הוא רכוש הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין, דהיינו הרכוש של הקפריסאים-היוונים שברחו או גורשו מצפון האי הולאם.²⁷³ אוכלוסיית הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין כוללת כ-50,000 מתחילים²⁷⁴ שהיגרו מטורקיה בעידוד ממשלת טורקיה. עיר הבירה ניקוסייה מחולקת בין הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין לבין רפובליקת קפריסין, ומשמשת בפועל בירה לשתייהן. הגבול בין שני חלקי האי, שנוצר בשנת 1975, מכונה "הקו הירוק", והוא למעשה שטח הפרדה מפורז הנשלט בידי כוחות האו"ם וכוחות בריטיים.

271 ראו המחלוקת בשאלה זו לעיל בפרק המבוא.

272 בעניין סילוואד (לעיל ה"ש 1, פס' 107), מציינת הנשיאה חיות שבית הדין האירופי דן על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי, ולא על פי דיני התפיסה הלוחמתית. ברם, לאור הדמיון בכללים ניתן לדעת להשוות בין שתי המערכות וללמוד ממערכת אחת לשנייה.

273 The Constitution of the Turkish Republic of Northern Cyprus, Nov. 15, 1983 (TRNC).

274 לפי קפריסין היוונית 100,000; לפי תוכנית אנאן 45,000.

בשנת 2003 חוקק חוק שתיקנה אותו לאחר מכן בשנת 2005 הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין,²⁷⁵ שמטרתו לאפשר לקפריסאים-יוונים שגורשו מבתיהם / נטשו את בתיהם בחלק הצפוני להגיש תביעה לוועדה שיפוטית (Immovable Property Commission – IPC) לקבלת פיצוי כספי, החלפת מקרקעין או השבה בעין. הפונה צריך להוכיח את תביעתו בראיות מעבר לכל ספק סביר שיוכיחו שהיה רשום כבעלים של המקרקעין או כיורש של מי שהיה רשום, ושאינן אחר שרשום כטוען לזכויות במקרקעין, ובמקרה זה ייבחן הפרמטר אם עליית ערך המקרקעין משנת 1974 ועד היום עלתה על שווי המקרקעין בשנת 1974. אם התשובה חיובית, יינתן פיצוי או החלפת מקרקעין, ואם התשובה שלילית, תינתן השבה בעין, ובתנאי שאין פגיעה בביטחון הלאומי, בסדר הציבורי ובשטחים צבאיים. מאחר שברוב המקרים של המקרים עליית שווי המקרקעין משנת 1974 ועד היום עלתה על שווי המקרקעין בשנת 1974, ניתן כמעט בכל המקרים פיצוי כספי שכולל את שווי המקרקעין בשנת 1974, עליית ערך המקרקעין מאז ועד היום, דמי שימוש וכן פיצוי על עוגמת נפש. הנתבע הוא שר השיכון של הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין. תקופת החוק ועבודת הוועדה הווארכה מעת לעת.²⁷⁶ עד התאריך 10.7.2020 הוגשו 6,688 בקשות, 1,193 הסתיימו בהסדר פשרה, ו-33 הסתיימו בדיון רשמי. שולמו עד כה 310,205,532 ל"ש כפיצויים. בשני מקרים הוחלט על החלפת רכוש ופיצויים, השבה ללא פיצוי בשלושה מקרים, השבה ופיצויים נוספים בשבעה מקרים, במקרה אחד ניתנה החלטה להשבה לאחר ההסדר בקפריסין והשבה חלקית במקרה אחד (השבה כ-1%, החלפת מקרקעין כ-0.16%, פיצויים בכ-98.8%).²⁷⁷ לפי סעיף 19 לחוק, מי שלא יפנה לוועדה לא יאבד את זכויותיו, אם ישנן, והוא ייאלץ להמתין להסדר מדיני בעתיד אם אכן יהיה הסדר כזה. החוק אינו מתייחס כלל לסיבה מדוע מי שמתגורר בבית שננטש או שתושביו גורשו אכן גר שם. בוועדה יושבים שלושה משפטנים בין-לאומיים.

חוקיות ההסדר נבחנה בבית הדין האירופי לזכויות אדם, שדחה תביעה של קפריסאים-יוונים בעניין *Demopoulos v. Turkey*, שבחרו לא לפנות לוועדה השיפוטית ולהגיש תביעה לבית הדין האירופי לזכויות אדם בטענה להפרת סעיף 8 לאמנה וסעיף 1 לפרוטוקול מס' 1. נוסף על זה העותרים טענו לכשלים שונים בקיום ה-IPC, לרבות היות סעד הפיצויים הסעד העיקרי ולא השבה (שניתנה במספר קטן של מקרים), וכן טענות על הלימות הפיצוי. בית הדין קבע שההסדר לאחר התיקון של שנת 2005 הוא עקרונית סביר וראוי. מוטב שהדיון ייערך בערכאה מקומית שיש לה נגישות עובדתית טובה יותר. הטיעון שקיימת השפלה מבחינה הקפריסאים-היוונים להתדיין בפני ועדה של גוף שגירש אותם לא התקבלה. כך קורה בכל התדיינות עם מדינה שפגעה באדם מסוים. הכרה בהסדר אינה הכרה

275 Law No. 67/2005, Law for the Compensation, Exchange and Restitution of Immovable Properties Which are within the Scope of Sub-paragraph (B) of Paragraph 1 of Article 159 of the Constitution (TRNC). החוק תוקן בעקבות פסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם, שדרש להעמיד את ההשבה כתרופה אפשרית. ראו Xenides-Arestis v. Turkey, App. No. 46347/99, 52 Eur. Ct. H.R. Rep. 16, 490 (2005).

276 תוקף החוק הווארך מעת לעת, ובמהלך שנת 2019 הווארך שוב בשנתיים עד לתאריך 21.12.2021 (שם, בס' 4 לחוק).

277 הנתונים הם על פי אתר הוועדה IPC website, www.tamk.gov.ct.tr, (ביקור אחרון ביום 10.7.2020).

בכיבוש לא חוקי. אף שהשלטון לא חוקי יש למצות את ההליכים במסגרתו. זה יהיה שרירותי ולא נכון לחייב השבה ללא התחשבות בנסיבות שהתרחשו ובשימוש שנעשה בנכסים ב-35 השנים האחרונות. לא סביר לפנות בכוח גברים, נשים וילדים שגרים בבתיים במשך 35 שנים, ולכן פיצוי במקרים אלו הוא סביר. אם הפיצוי סביר או שמבצעים החלפת מקרקעין, נשמר איזון הוגן. בית הדין מותיר את הבחירה של יישום הפיצוי למדינה עצמה שנמצאת בעמדה הטובה ביותר להעריך את סדרי העדיפויות והאינטרסים המנוגדים ברמה המקומית, וזה נכון גם לצפון קפריסין. לכן אין בעיה בשיקול הדעת הקיים בחוק של ה-IPC בנוגע לאפשרות ההשבה. הטענה שרק חלק קטן מהרכוש שבכיבוש יזכה להשבה לפי המנגנון החדש אינה מערערת את היעילות של ה-IPC. מספיק שיש אפשרות להשבה, וכבר התרחשו כמה מקרים כאלו. בית הדין קבע שמדובר במנגנון אובייקטיבי שכולל חמישה עד שבעה חברי ועדה, ששניים מהם בין-לאומיים. אף אחד מהשופטים אינו יושב ברכוש של קפריסאי-יווני. הטענה הכללית שכל אדם שגר בצפון קפריסין מושפע מהוועדה אינה מספיקה כדי להטיל ספק בהרכב הוועדה. גם העובדה שאת השופטים מינה השלטון הצפון-קפריסאי הלא חוקי, שכולל נוכחות של צבא טורקי, אינה פוגעת באובייקטיביות או בעצמאות של הוועדה. אין כל ראיה לחוסר אובייקטיביות של חברי הוועדה. בית הדין גם מקבל את רף ההוכחה הנדרש מעבר לכל ספק סביר שנתמך בראיות כתובות. בית הדין מצא כי החוק מספק מסגרת נגישה ויעילה של פיצוי בגין תלונות על נטילת נכס שבבעלות קפריסאית-יוונית. התובעים במקרים האלה לא השתמשו במנגנון זה, ותלונותיהם צריכות להידחות בשל אי-מיצוי הליכים ברמה המקומית. הדבר נכון גם לפיצוי בגין נזק לא ממוני. בית הדין מרוצה שהחוק הופך הוראה מציאותית לפיצוי במצב הנוכחי של כיבוש שהוא למעלה מיכולתו של בית המשפט לפותרו. אין חובה לפנות ל-IPC, ואפשר לחכות לפתרון מדיני. בית הדין דחה את תביעתם והפנה אותם לוועדה.²⁷⁸

278 ראו Demopoulos v. Turkey, App. No. 46113/99, 50 Eur. Ct. H.R. Rep. SE14 (2010). התביעות לפני פסק הדין הזה ולאחריו התנהלו נגד טורקיה. בית הדין מצא כי קיימת סמכות שיפוטית להטיל אחריות על טורקיה בגין פעולות הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין, שכן יש לטורקיה שליטה אפקטיבית בשטח, ועל כן היא נושאת באחריות. ראו Loizidou v. Turkey, App. No. 15318/89, 23 Eur. Ct. H.R. Rep. 513 (1997). באותו מקרה נפסק פיצוי לתובעת בגין נזקה הממונייה הכוללים אובדן שימוש במקרקעין ואובדן הזדמנות להפיק רווח מהנכס בצפון קפריסין, שנגרמו מהפרת ס' 1 לפרוטוקול הראשון. מקרה נוסף שנפסק בו פיצוי בגין הפרת ס' 8 לאמנה וס' 1 לפרוטוקול הראשון הוא Demades v. Turkey, App. No. 16219/90, Eur. Ct. H.R. (2008). התובע לא תבע פיצויים בגין הפקעה, מכיוון שאין הכרה בהלאמה של רכשו. תביעתו הוגבלה אפוא לאובדן השימוש וההנאה בקרקע ובאובדן ההזדמנויות בעקבות זאת. בית המשפט פסק 785,000 אירו עבור ראש הנזק הממוני ו-45,000 אירו בגין ראש הנזק הלא ממוני (שם). מקרה נוסף שהליכים בו החלו בבית הדין לפני שייסדו את ה-IPC, ולכן נדון במסגרתו, הוא פסק הדין בעניין Solomonides v. Turkey, App. No. 16161/90, Eur. Ct. H.R. (2010), שם בית הדין פסק את הפיצוי שהציע ה-IPC (שהציגה המשיבה) בסך 1.4 מיליון אירו בעבור הנזקים הממוניים והלא ממוניים, שנגרמו מהפרת ס' 1 לפרוטוקול הראשון. מקרה נוסף הוא Asproftas v. Turkey, App. No. 16079/90, Eur. Ct. H.R. (2010), שנדון אף הוא בבית הדין האירופי בשל העובדה שהטענה לאי-מיצוי זכויות ב-IPC עלתה בשלב מאוחר מדי. בית הדין קבע כי במקרים שבהם התובע מעולם לא החזיק בפועל בנכס או שהחזיק בו לזמן מועט בלבד, ייתכן כי אותו הקשר הדרוש נחלש, ולכן הוא אינו יכול לטעון להפרה של ס' 8 לאמנה. מאחר שלא הייתה הפרה לא נפסק

לאור פסק הדין בעניין *Demopoulos* נדחו כל העתירות לבית הדין, ואושרו רק עתירות שהוגשו קודם ל-IPC והמבקש טוען שלא זכה בסעד הולם.²⁷⁹ פסק הדין הראשון שבחן מקרה שנדון קודם לכן ב-IPC הוא *Meleagrou v. Turkey*.²⁸⁰ העותרים טענו לבעלות על 18 חלקות אדמה בצפון קפריסין הכבושה. העותרים הגישו ל-IPC בקשה להשבה. הוועדה קבעה שב-14 מתוך 18 החלקות הבעלות היא של חברה רשומה. אומנם העותרים הם בעלי מניות בחברה, אך אין הם נחשבים לבעלי החלקות. אשר לשלוש מהחלקות הנותרות, האפשרות להשבה נדחתה משום שמתגוררים בהן אנשים, או שקיימת בהן נוכחות צבאית באזור. הוועדה פסקה השבה באשר לחלקה אחת בלבד. העותרים הגישו ערעור לבית המשפט העליון לעניינים מנהליים של הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין, וזה פסק שהתנהלות הוועדה ויישומה את החוק היו תקינים. העותרים פנו לבית הדין האירופי לזכויות אדם וטענו להפרת זכויותיהם המעוגנות באמנה האירופית לזכויות אדם, ולהפרת הזכות למשפט הוגן, בשל קשיי שפה והיעדר עצמאות שיפוטית של ה-IPC. בית הדין האירופי לזכויות אדם קיבל את עמדת ה-IPC שלפיה העותרים אינם בעלי זכויות בחלקות אשר בבעלות חברה קיימת. באשר לטענות נגד התנהלות הוועדה, בית הדין ביקר את העותרים שתבעו סעד השבה בלבד. על העותרים היה לתבוע סעדים חלופיים כמו החלפת קרקע או פיצויים בגין הבעלות במקרקעין, כאשר הפיצויים היו מזכים אותם גם בתשלום עבור אובדן שימוש ונוזק לא ממוני בשל אי-קבלת השבה. לפי הלכת *Demopoulos*, אין חובת השבה בכל מקרה המגיע לפני הוועדה, ומגוון התרופות האפשרי הוא יעיל בנסיבות הקיימות. העותרים לא מיצו כנדרש את הסעדים הנגישים להם בשל העובדה שסירבו לבקש סעד שאינו השבה. בית הדין דחה גם הטענות לקשיי שפה והיעדר עצמאות שיפוטית, ולכן נדחתה גם הטענה להפרת הזכות להליך הוגן.

אומנם מרבית התביעות הן נגד טורקיה כמי ששולטת ברפובליקה הטורקית של צפון קפריסין, ברם קיימות תביעות גם נגד הצד השני – קפריסין. בעניין *Kazali v. Cyprus* נדונה עתירה לפני בית הדין האירופי לזכויות אדם של טורקים-קפריסאים שהתגוררו בעבר בכפר בדרום קפריסין. הם נאלצו לנטוש בשנת 1964 את אדמותיהם בעקבות פעולות תוקפניות

פיצוי. גם בפסק הדין בעניין *Petrakidou v. Turkey*, App. No. 16081/90, Eur. Ct. H.R. (2010) נפסק כי מאחר שהעותרת גרה בבית בצפון קפריסין עד גיל 10 והוא היה אמור לעבור אליה בירושה מאימה, לא קמה חזקה, ועל כן נפסק כי לא הייתה הפרה של ס' 8 לאמנה. כן ראו Presidency of IPC Issue 78, *Monthly Bulletin*, IPC website (May 31, 2016), available at <https://bit.ly/3hjzQ1> (הכולל סטטיסטיקות של התיקים שבטיפול ה-IPC לחוק ולפסק הדין בעניין *Demopoulos*, שם). ראו גם איינהורן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 52–54; דו"ח ועדת לוי, לעיל ה"ש 9, פס' 58. בהקשר זה, ישנה אמירה לא מדויקת בעניין סילוואד (לעיל ה"ש 1, פס' 107 לפסק דינה של הנשיאה חיות) לפיה השופטים אינם נמנים עם מי מאזרחי המדינות שבסכסוך. כאמור רוב השופטים הם צפון קפריסאים.

279 ראו *Nasia Hadjigeorgiou, Going Back to the Basics: Re-examining the Usefulness of Judicially Protecting the Right to Property in Cyprus* (London S. Econ., The 6th Biennial Hellenic Observatory PhD Symposium on Contemporary Greece & Cyprus, June 2013), available at <https://tinyurl.com/y9t49qlu>.

280 *Meleagrou v. Turkey*, App. No. 14434/09, Eur. Ct. H.R. Rep (2013) ראו גם *Panagiota Emmanouilidou, Revisiting Human Rights in Occupation: the European Court of Human Rights in Cyprus* (2013), available at <https://tinyurl.com/y9t49qlu>.

מצד האוכלוסייה היוונית-קפריסאית. בשנת 2004 פנו העותרים לשר הפנים הקפריסאי בבקשה להשיב את הקרקעות לידיהם ולפצותם. השר השיב כי לפי ה-Turkish-Cypriot Properties Laws of 1991 כל הקרקעות בשטח הרפובליקה שהיו שייכות לטורקים-קפריסאים והם נטשו אותן עברו לניהול האפוטרופוס, שינהל את הקרקעות עד תום "המצב החריג" שנוצר בעקבות הפלישה והכיבוש הטורקי בשנת 1974. בשנת 2010 תוקן חוק האפוטרופוס ונוספו שתי הוראות: האחת מקנה לאפוטרופוס סמכות להסיר את חסותו מקרקע מסוימת, לפי שיקול דעתו ובהתחשב בנסיבות המנויות בחוק. השנייה מתירה לאלו החשים שזכותם על פי האמנה האירופית לזכויות אדם נפגעה מפעולה של האפוטרופוס, לפנות לערכאות השיפוטיות. ממשלת קפריסין טענה שהתובעים לא פעלו למיצוי ההליכים המשפטיים המקומיים בטרם פנו לבית הדין, כפי שנפסק בעניין Demopoulos. בית הדין הסכים עם טענת העותרים כי על פי הממצאים שהובאו לפניו, אכן הסיכוי שהאפוטרופוס היה משיב לתובעים את אדמותיהם הוא נמוך. עם זאת אין לראות בסיכוי זה כשולל את יעילות הסעדים האפשריים, שהרי התיקון לחוק מאפשר לתובעים שהאפוטרופוס סירב להם לערער לבית המשפט המחוזי. בנוגע לסעד ההשבה, חוזר בית הדין על קביעתו בעניין Demopoulos שלפיה למרות הקשר החזק בין בעלות להחזקה יש להכיר בכך שבחלוף זמן רב, משמעותה של אחת מהן עשויה להתרוקן מתוכן. כאשר אופי ההפרה מאפשר סעד השבה, על המדינה ליישם זאת, אך אם אין אפשרות מעשית להשבה, על המדינה לשלם פיצויים עבור ערך הנכס. התיקון לחוק האפוטרופוס הקפריסאי מאפשר לתובעים מכוחו סעד השבת הקרקע או סעד פיצויים בגין נזקים ממונים ולא ממוניים. בית הדין לא מצא כי החוק שולל קבלת תרופה נגישה ויעילה מטורקים-קפריסאים שנפגעו. התובעים לא השתמשו במנגנון זה, ולכן לא עמדו בעקרון מיצוי הערכאות המקומיות, ולכן העתירה נדחתה.²⁸¹

2. נגורנו קרבאך

נגורנו קרבאך היא ישות מדינית עצמאית שהתנתקה מאזרבייג'ן, ואין מדינה בעולם שמכירה בה. כ-95% מתושביה הם ארמנים נוצרים, אך קיים בה מיעוט אזרי מוסלמי לא קטן. הסכסוך על חבל ארץ זה בין ארמניה לאזרבייג'ן הוביל למלחמה בין שתי המדינות ולמתח צבאי מתמיד. במהלך הסכסוך ארוך השנים נהרגו כ-30,000 בני אדם, ומספר העקורים נאמד ביותר ממיליון איש. כיום שולטת ארמניה בנעשה בחבל ארץ זה. יותר מאלף בקשות פרטניות שעדיין תלויות ועומדות הוגשו לבית הדין האירופי לזכויות אדם בידי אנשים שנעקרו מבתיהם במהלך הסכסוך. מעט יותר ממחציתן מופנות נגד ארמניה, והשאר – נגד אזרבייג'ן. המבקשים במקרים אלה מייצגים רק חלק קטן מהאנשים, המוערך כאמור ביותר ממיליון איש שנאלצו לברוח במהלך הסכסוך ומאז לא יכלו לחזור לבתיהם ולא קיבלו פיצוי כלשהו בגין נזקיהם.²⁸² כיום פתרון פוליטי לא נראה באופק.²⁸³

²⁸¹ Kazali v. Cyprus, App. No. 49247/08, Eur. Ct. H.R. (2012).

²⁸² Chiragov v. Armenia, App. No. 13216/05, 46 Eur. Ct. H.R. (2015).

²⁸³ Sargsyan v. Azerbaijan, App. No. 40167/06, 28-30 Eur. Ct. H.R. (2015).

בעניינו של סכסוך זה קיימים שני פסקי דין מרכזיים: אחד נגד ארמניה ואחד נגד אזרבייג'ן. בית הדין האירופי לזכויות אדם דן בכמה תביעות לזכויות קנייניות של אזרחים אזרים מנגורנו קרבאך נגד ארמניה. בעניין *Chiragov v. Armenia* העותרים הם אזרחים אזרים שטענו שנמנעה מהם הגישה לאדמותיהם בחבל לצי'ן, הנמצא בנגורנו קרבאך. נוסף על זה הם טענו שממשלת ארמניה איננה משלמת להם כל פיצוי על הנזקים שנגרמו להם. בכך לטענתם מפירה ארמניה את האמנה בדבר זכויות אדם וחירויות יסוד. כתמיכה לתביעתם הם המציאו כמה מסמכים שמוכיחים כי ארמניה נחשבת למדינה כובשת בחבל ארץ זה. כמענה לתביעה זו טענה ארמניה במגוון דרכים כי רפובליקת "ארצח" (השם המקובל על ארמניה בנוגע לרפובליקת נגורנו קרבאך) היא מדינה עצמאית, והיא ראויה, המטבע הרשמי שם אינו המטבע של ארמניה. נפסק כי ארמניה אכן מפעילה כוח אפקטיבי באזור, כולל בעיר לצי'ן, ולכן הטענות של ארמניה נדחו. בית הדין קבע שאם אופי הפרה מאפשר לבצע השבה, המדינה אמורה לעשות כן. לבית הדין אין הסמכות או האפשרות המעשית לעשות זאת בעצמו, אך אם החוק הלאומי אינו מאפשר לעשות השבה, יש להעניק פיצוי כספי ראוי. יתרה מזאת, בנסיבות השוררות כיום סעד ההשבה אינו רלוונטי, ולכן סעד הפיצויים הוא הראוי במקרה הנוכחי. עם זאת בית המשפט מודע לעובדה שבמצבים מסוימים, במיוחד כאלה הכרוכים בסכסוכים ארוכי שנים, לא מציאותי לתת פיצוי מלא. הפיצוי יכול להיות בגין נזק ממוני ושאינו ממוני על פי שיקול דעתו של בית המשפט, לאחר שהתובעים מוכיחים את זכויותיהם. בסופו של דבר בשל הקושי בחישוב הפיצויים בגין הנזקים הממוניים והלא ממוניים, במיוחד בשל חלוף הזמן, ארמניה נדרשה לשלם לכל תובע סך של 5,000 אירו.²⁸⁴

התביעה נגד אזרבייג'ן נדונה בעניין *Sargsyan v. Azerbaijan*.²⁸⁵ העותר טען כי הוא נולד בכפר באזור שחומיאן שברפובליקת "ארצח" (נגורנו קרבאך). במהלך המלחמה בין אזרבייג'ן לארמניה גורש העותר מביתו לארמניה בידי האזרים. לטענתו, האזור מסוכן מדי מכדי לחזור משום שהוא בדיוק בגבול שבין אזרבייג'ן לארצח, ולכן הלכה למעשה נפגעה לו זכות הקניין, ועל כן הוא תבע פיצויים. האזרים טענו לאי-מיצוי הליכים, אך הטענה נדחתה, הן משום שלא סביר לבקש מארמני לחפש סעד במערכת המשפט האזרית, והן משום שאין לאזרים הוכחה כי אכן יש איזו נורמה שהיא לטיפול בסיטואציה מעין זו. מאחר שהאזרים לא הוכיחו כי יש ריבון אחר בכפר, הרי שהם כברירת מחדל הריבון. עם זאת, כפי שנפסק בעניין *Assanidze v. Georgia*,²⁸⁶ ככלל קשיים בהחלת ריבונות הם שיקול בבחינת טענותיהם של עותרים כלפי מדינות. מבחינה מהותית פסק בית הדין כי הייתה הפרה של זכות הקניין של העותר, שכן הוא לא קיבל שום פיצוי. בית הדין שוכנע מבחינה ראייתית בזכויותיו הקנייניות בנכס, ועל כן אין ספק שהתבצעה הפרה של סעיף 1 לפרוטוקול הראשון לאמנה האירופית לזכויות אדם.

284 עניין *Armenia*, לעיל ה"ש 282, פס' 53–60, 79–80 (בתיק זה ניתן גם פסק דין ראשוני בתאריך 16.6.2015).

285 עניין *Azerbaijan*, לעיל ה"ש 283 (בתיק זה ניתן גם פסק דין ראשוני בתאריך 16.6.2015).
286 *Assanidze v. Georgia*, App. No. 71503/01, 39 Eur. Ct. H.R. Rep. 653 (2004).

אומנם בית המשפט קיבל את טענת האזרים כי מניעת הכניסה לאזור מטעמי בטיחות היא סבירה, אך היה עליה לנקוט אמצעים אחרים כדי להגן על זכויותיו. לפיכך אין משמעות אם אזרבייג'ן הייתה אחראית לעקירתו מביתו בעצמה או מאי-תשלום פיצויים. בית הדין חזר על קביעתו שאם אופי ההפרה מאפשר לבצע השבה, המדינה אמורה לעשות כן. לבית הדין אין הסמכות או האפשרות המעשית לעשות זאת בעצמו. אך אם החוק הלאומי אינו מאפשר לעשות השבה יש להעניק פיצוי כספי ראוי. עם זאת בית הדין מודע לעובדה שבמצבים מסוימים, במיוחד באלו הכרוכים בסכסוכים ארוכי שנים, לא מציאותי להעניק פיצוי מלא. בית הדין הביע תמיכה עקרונית לסעד הפיצויים, משום שכך ניתן לתת מענה הולם לכל מי שיש לו טענה דומה לעותר. בית הדין פסק שהייתה הפרה מתמשכת של סעיף 8 לאמנה להגנת זכויות האדם. נפסק שגם היעדרותו מביתו למשך זמן ממושך אינה גורעת מהקשר לביתו. היקף הפיצוי בגין הנזק הממוני והלא ממוני הוא בשיקול דעתו של בית המשפט. מאחר שלא נשלל קניינו של העותר, הפיצוי שנפסק לו הוא רק בגין אובדן השימוש ברכושו. בית הדין פיצה בגין שני ראשי נזק: אובדן הכנסות מאדמותיו של המבקש וכן הוצאות שכירות ומחיה נוספות. בשל הנסיבות בית הדין אינו יכול לספק הערכה מדויקת לנזקים. בית הדין מדגיש את הזמן הרב שחלף (25 שנים) מאז שנעקר מביתו ואת הפיחות בקשר שבין ההפרה לנזק. בית הדין פסק בגין כל ראשי הנזק (הנזק הממוני והלא ממוני) סך של 5,000 אירו.²⁸⁷

3. השוואה בין הפסיקה בנוגע לצפון קפריסין ולנגורנו קרבאך לתקנת השוק

השוואה מפורטת רלוונטית בעיקר של החוק הצפון-קפריסאי והפסיקה בעניינו לתקנת השוק, שכן בנגורנו קרבאך אין חוק סדור. עם זאת פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם בנוגע לאזור זה תומכת בכך שהסעד המרכזי במצבים של אזורי סכסוך צריך להיות סעד הפיצוי. השוואה בין החוק הצפון-קפריסאי לתקנת השוק מראה שקיימים כמה הבדלים בין שני המקרים: מצד אחד, הפלישות לבתים בצפון קפריסין התרחשו כ-35 שנים לפני שהסדר הצפון-קפריסאי נבחן בבית הדין האירופי לזכויות אדם וזכה לגיבויו. נתון זה אף הודגש בבית הדין.²⁸⁸ לעומת זאת המקרים שבהם נבנו בתים ושכונות של יהודים על מקרקעין ביהודה ושומרון שלפלטנינים יש או עשויה להיות טענת זכות בהם, התרחשו בחלקם בטווח שנים קצר לעומת ההתרחשות בצפון קפריסין. מבחינה זו המקרה של צפון קפריסין קל יותר; מצד אחר, צפון קפריסין נחשבת לשטח כבוש, ואילו העמדה הרשמית של מדינת ישראל היא שיהודה ושומרון אינם שטחים כבושים, ולמדינת ישראל יש טענות לזכויות בשטחי יהודה ושומרון ועדיפות להכרה בריבונותה, אך ישראל החליטה לפעול מרצונה על פי ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה הרביעית.²⁸⁹ יתרה מזאת, לאחרונה הכירה ארצות הברית בריבונות מדינת ישראל על בקעת הירדן ועל אזורי היישובים הישראליים ביהודה ושומרון.²⁹⁰ נוסף על זה, במקרה של צפון קפריסין מדובר בפלישה

287 עניין Azerbaijan, לעיל ה"ש 283, פס' 35, 38, 40, 41, 43, 50, 57.

288 עניין Demopoulos, לעיל ה"ש 278 והטקסט הסמוך לה.

289 ראו לעיל ה"ש 10.

290 ראו לעיל ה"ש 18.

מכוונת לבתים קיימים של קפריסאים-יוונים שגורשו מצפון קפריסין, והבתים הולאמו. לעומת זאת ביהודה ושומרון אין מדובר כלל בפלישה לבתים אלא בבנייה על מקרקעין על סמך עסקה עם הממונה בתום לב ובתמורה, שהתברר בדיעבד שקיימת אפשרות לטענת זכות מצד פלסטינים במקרקעין אלו, והזכויות במקרקעין לא הולאמו. מבחינה זו המקרים ביהודה ושומרון הם קלים בהרבה.

מלבד הבדלים אלו קיימים גם קווי דמיון לא מבוטלים. מדובר בשטחי מריבה. מדובר במקרים שהמחזיקים הנוכחיים גרים בבתים תקופות ארוכות. לפיכך הוצאת המחזיקים הנוכחיים אינה פעולה מידתית, יעילה וראויה. לכן הסדר שמקנה אפשרות להשבה (במקרים המתאימים), להחלפת מקרקעין או לפיצויים הוא ראוי ביותר, גם אם פיצויים הוא הסעד העיקרי והשבה נעשתה במקרים מעטים, כפי שהדגיש בית הדין האירופי לזכויות אדם.²⁹¹ אין ספק שתקנת השוק היא הסדר מאוזן יותר מההסדר בצפון קפריסין (שאף הוא הסדר מאוזן דיו), ולכן מקל וחומר שהייתה זוכה להכרת בית הדין האירופי לזכויות אדם. אם היינו בוחנים את תקנת השוק לאור סעיף 8 לאמנה, הקובע כי זכותו של אדם לכיבוד ביתו כפופה לחריג המאפשר התערבות של רשות ציבורית על פי חוק, כאשר ההתערבות נחוצה לשמירה על זכויותיהם של אחרים, אזי ניתן לומר שהפעלת תקנת השוק, שמוסדרת בחוק על ידי רשות ציבורית שיפוטית/מנהלית כדי לשמור על זכויותיהם של אחרים – אלו שבנו את ביתם בתום לב – היא הולמת את הסעיף, בייחוד כשאין מדובר בפגיעה בביתו של בעל הזכות המקורי אלא במקרקעין שלא נבנה עליהם דבר, ולא היו כלל בהחזקה פעילה של בעל הזכויות המקורי.²⁹² מסקנה זו נכונה גם לפי סעיף 1 לפרוטוקול מס' 1, הקובע כי לכל אדם זכות להנאה מנכסיו שבהחזקתו, בכפוף לזכותה של המדינה לאכונן חוקים לפי שיקול דעתה, כדי לנהל את השימוש ברכוש לפי האינטרס הכללי. האינטרס הכללי בהקשר זה הוא מניעת הריסת יותר מאלף בתים, כאשר בעלי המקרקעין המקוריים בלאו הכי לא יוכלו ליהנות מהמקרקעין.

לאור זאת סביר להניח שבתי המשפט בישראל יכירו בסעיף 5 לצו כעומד בכללי המשפט הבין-לאומי, וזו אף עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.²⁹³ לחיזוק הסעיף יש כאמור ליצור הנחיה מנהלית למתן פיצוי מוגבר. נוסף על זה התקדים של צפון קפריסין מוכיח כי גם האפשרות של איחוד וחלוקה שמאפשרת החלפת מקרקעין במקרים מתאימים עומדת בכללי המשפט הבין-לאומי.²⁹⁴ יתרה מזאת, אשר לבתים שסעיף 5 לצו בדבר רכוש

291 עניין *Demopoulos*, לעיל ה"ש 278 והטקסט הסמוך לה.

292 כאשר רכיבי תקנת השוק מתקיימים, לרבות סעיף תום הלב, המשמעות היא שבעל הזכויות המקורי לא החזיק החזקה פעילה את המקרקעין, שאם לא כן, לא היה רכיב תום הלב מתקיים ככל הנראה. אמנם רכיב תום הלב לא דורש ירידה לשטח, אך הצדדים לעסקה מגיעים בדרך כלל לשטח.

293 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי אינו סותר כשלעצמו את הדין הבין-לאומי ראו עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 36, פס' 1.

294 לפתרון של איחוד וחלוקה כפתרון להסדרת בנייה ביהודה ושומרון ראו דו"ח ועדת זנדברג – ועדת ההסדרה, לעיל ה"ש 26, פס' 525–538 ונספח ה' לדו"ח זה (חוות דעתו של עו"ד אחז בן ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון). עם זאת כאשר עושים איחוד וחלוקה, יש לברר מראש את מעמד המקרקעין המוצעים. למשל, בפסק הדין בעניין *Tymvios v. Turkey*, App. No. 16163/90, Eur. Ct. H.R. Rep. (2008) קיבל התובע עבור המקרקעין שלו בצפון חלקת מקרקעין של טורקיה בדרום, אך התברר שעל

ממשלתי אינו נותן להם מענה בשל היעדר עסקה עם הממונה, ניתן ליצור ביהודה ושומרון הסדר דומה למודל הצפון הקפריסאי, שאושר כאמור בבית הדין האירופי לזכויות אדם.²⁹⁵

ז. סיכום

בהתאם להצדקות ולפי ניתוח יסודות תקנת השוק, אני סבור שניתן להסתמך על סעיף 5 לצו בכל מקרה שבו נעשתה עסקה עם הממונה או עם ההסתדרות הציונית (שהתקשרה עם הממונה) בתום לב ובתמורה. סעיף 5 לצו חל לא רק במקרים שהייתה טעות בהכרזה אלא גם במקרים שמדובר במקרקעין הרשומים על שם אדם פרטי ולא הייתה בעניינם הכרזה, אך הממונה סבר בטעות שהם רכוש ממשלתי, למשל בשל טעות באיתור המיקום שלהם או בשל טעות באשר להיקף השטח שנתפס בתפיסה צבאית או הופקע. נוסף על זה, לא נדרש שכלול העסקה ברישום במרשם המקרקעין גם כאשר בעל הזכות המקורי היה רשום במרשם המקרקעין, וגם אין דרישה לרישום במרשם ההרשאות. אשר לדרישת תום הלב, דרישה זו מתייחסת רק להיעדר ידיעה ולהיעדר חשד באשר לעובדה שאין מדובר ברכוש ממשלתי. לכן אין זה משנה אם קיימת לאותם מקרקעין תב"ע בתוקף, אם ניתנו היתרי בנייה, ואם המבנה נבנה בתמיכתן ובהשקעתן של רשויות המדינה אם לאו, כל עוד מתקיימים התנאים

המקרקעין בדרום נבנו שני בתי ספר. המהלך הזה למעשה כפה על מדינת קפריסין לרכוש את הקרקע מ-Tymvios. מקרה זה הצביע על הבעייתיות שבהענקת הסעד מבלי לברר עם רפובליקת קפריסין אילו מקרקעין יכולים להיות מוחלפים (Hadjigeorgiou, לעיל ה"ש 279). לביקורת דומה ראו Nasia Hadjigeorgiou, *Remedying Displacement in Frozen Conflicts: Lessons from the Case of Cyprus*, 18 CAMBRIDGE Y.B. EUR. LEGAL STUD. 152, pt. B III (2016).

295 קיימת ספרות המדגישה את חשיבותו של מנגנון דמוי המנגנון של צפון קפריסין לצורך בניית האמון בין הצדדים המעורבים במקרים של סכסוכים לא פתורים (ראו שם). כן ראו Sargsyan v. Azerbaijan & Chiragov v. Armenia, EURO. CT. H.R. ADVOCACY CENTER (May 25, 2016), <https://bit.ly/3he9kMF>. המאמר הראשון מציין סכסוכים לא פתורים אף במקומות נוספים על צפון קפריסין ונגורנו קרבאך, כגון Abkhazia, South Ossetia and Transnistria, Eastern Ukraine. שני המאמרים ממליצים על הקמת מנגנון דומה למנגנון של צפון קפריסין, שעשוי לקדם פתרון מדיני. עם זאת, המאמר הראשון מציג כמה הצעות לשיפור המנגנון הצפון-קפריסאי כדי שאכן יוכל לקדם את פתרון הסכסוך. לגישה שונה ראו Emmanouilidou (לעיל ה"ש 280), שלפיה המהלך של בית הדין להכרה במנגנונים של הגורם שמחזיק בשטח עלול להוביל לפרשנות לא נכונה של האמנה ולספק הגנה פחותה לנפגעים. כמענה לביקורת זו יש לציין שבית הדין האירופי מבין שלא ניתן להשיב את המצב לקדמותו באזורי סכסוך שבהם מספר גדול כל כך של בעלי זכויות שנפגעו, ולכן סעד של פיצוי מאת ערכאה מקומית שמכירה טוב יותר את הנסיבות העובדתיות ראוי יותר. מכל מקום, בית הדין פוסק גם הוא רק סעד של פיצויים ומקבל את צורת החישוב של ה-IPC (ראו עניין *Solomonides*, לעיל ה"ש 278), שכן לבית הדין אין הסמכות או האפשרות המעשית לבצע השבה בעצמו (ראו עניין *Armenia*, לעיל ה"ש 284, והתקסט הסמוך לה). עוד ראו Hadjigeorgiou. לעיל ה"ש 279, שמבקרת את המסקנה שמנגנונים כאלו מקדמים הסדר שלום. לדעתי, פיצוי לאנשים שזכויותיהם נפגעו עדיף מהיעדר פיצוי, בייחוד כשסעד ההשבה אינו אפשרי, ולכן עשוי לקדם הסדר. מעניין לציין שבכתיבה מאוחרת יותר הכותבת תומכת בטענה שהמנגנון של צפון קפריסין יכול לקדם הסדר מדיני, אך יש לשפר אותו כדי שאכן יוכל לעשות זאת. ראו המקור הראשון בתחילת הערה זו. למאמר נוסף שמציע פתרונות משפטיים לשכלול המנגנון והסעדים עבור שני הצדדים ראו *Cyprus: Bridging the Property Divide*, INT'L CRSIS GROUP (Dec. 9, 2010), <https://bit.ly/3jjCHPC>.

של סעיף 5 לצו. יתרה מזאת, כאשר בעל הזכות המקורי לא הגיש ערר על ההכרזה ולא עמד על זכויותיו אף שידע על הבנייה במקרקעיו, קיימת הצדקה לאיבוד זכויותיו. אשר לרכיב התמורה הוא כולל גם הוצאות שהוציא המתקשר עם הממונה וכן התחייבויות שהתחייב בהן. אשר לתוצאת הפעלת תקנת השוק, זכותו של הרוכש ממורקת מזכויות קודמות, ולכן בסוף תקופת העסקה יש לחדש את החכירה/הרשאה לתקופה נוספת בדומה לחכירות/הרשאות רגילות. נוסף על זה הרוכש מהעומד בתנאי תקנת השוק אינו אמור לעמוד בתנאיה. עם זאת כאשר תנאי תקנת השוק לא התקיימו בחולייה הראשונה שהתקשרה עם הממונה, הם יכולים להתקיים גם בחוליות שלאחר מכן. בשל הפגיעה האפשרית בבעל הזכויות המקורי, במקרים של הפעלת תקנת השוק רצוי ליצור הנחיה מנהלית שתאפשר לבעל הזכויות המקורי לקבל פיצוי מוגבר או לקבל את התמורה שהתקבלה אצל הממונה, מבלי להוכיח קיומה של עוולה.