

הצוות המקצועי

לגיבוש מתווה להסדרת בנייה

באיו"ש

דו"ח מסכם

ירושלים, ל' בשבט התשע"ח, 15.2.18

הצוות המקצועי
לגיבוש מתווה
להסדרת בנייה באיו"ש

ירושלים, ל' בשבט התשע"ח

15.2.18

לכבוד

ראש הממשלה

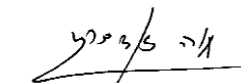
מר בנימין נתניהו

מכובדי,

הנדון: הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש – דו"ח מסכם

1. ביום ה באדר א התשע"ו (16.2.16) מונה על ידך "הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש".
2. בחלוף שנתיים מיום המינוי, הננו מתכבדים להגיש את הדו"ח המצורף, המסכם את עבודת הצוות עד היום.

בברכה,


ד"ר חיה זנדברג, עו"ד
יו"ר הצוות המקצועי

העתקים (לפי סדר הופעתם בכתב המינוי):
גב' איילת שקד, שרת המשפטים
מר אביגדור ליברמן, שר הביטחון
מר אורי אריאל, שר החקלאות
מר משה כחלון, שר האוצר
ד"ר אביחי מנדלבלית, היועץ המשפטי לממשלה
חברי הצוות המקצועי

תוכן העניינים

5תוכן העניינים
9 מבוא
12 פרק ראשון: התנאים להסדרה של יישוב או שכונה באו"ש
14 פרק שני: היבטים קניינים באו"ש
14 פרק 2.1: "קרקעות מוחזקות כדין"
14 פרק 2.2: קרקעות בעלות המדינה במקרקעין – כללי
15 פרק 2.3: קרקעות רשומות על שם המדינה
15 (א) התליית ההסדר
15 (ב) "רישום ראשון"
18 פרק 2.3 סיכום ביניים: מקרקעין הרשומים במרשמי המקרקעין על שם המדינה
19 פרק 2.4: קרקעות מוכרות על שם המדינה
19 (א) החלטת ממשלה מס' 145
19 (ב) חוק הקרקעות העות'מאני
20 (ג) קרקע מירי
21 (ד) הפרקטיקה של הכרזה על "אדמות מדינה": חוות הדעת של עו"ד אלבק ז"ל
22 (ה) הממונה על הרכוש הממשלתי וסעיף ג2 לצו בדבר רכוש ממשלתי (צו 59)
23 (ו) "אדמות סקר"
23 (ז) צוות "קו כחול"
25 פרק 2.4 סיכום ביניים: מקרקעין מוכרזים כ"אדמות מדינה"
26 פרק 2.5: מרשמי המקרקעין והעיון בהם
26 (א) הצו בדבר עיון במרשמים
27 (ב) מרשם ההרשאות
27 (ג) רישומים פנימיים
28 פרק 2.5 סיכום ביניים: מרשמי מקרקעין באו"ש
28 פרק 2.6: קרקעות שהופקעו לטובת המדינה
28 (א) המשפט הבינלאומי
29 (ב) ההפקעות הירדניות
31 (ד) הפקעות על ידי המפקד הצבאי
34 פרק 2.6 סיכום ביניים: מקרקעין שהופקעו לטובת המדינה
35 פרק 2.7: קרקעות שהמדינה מחזיקה בהן כדין – כללי
36 פרק 2.8: קרקעות המוחזקות בתפיסה לצורכי צבא
36 (א) סמכות המפקד הצבאי להפקיע לצורכי צבא
36 (ב) משמעותה של "התפיסה הצבאית"
37 (ג) הדרכים ליצירתה של "תפיסה צבאית"
38 (ד) "תפיסה צבאית" וההתיישבות האזרחית באו"ש
38 (ה) פרשת דויקאט
39 (ו) הרחבתו של יישוב בשטח התפוס בתפיסה צבאית
41 פרק 2.8 סיכום ביניים: מקרקעין תפוסים בתפיסה צבאית
42 פרק 2.9: נכסי נפקדים
42 (א) "נכסי נפקדים" ו"נכסים נטושים" – צו 58

43	הקצאת נכסים נטושים	(ב)
43	נכסים נטושים וההתיישבות הישראלית	(ג)
44	פרק 2.9 סיכום ביניים: נכסי נפקדים	
44	פרק 2.10: "אדמות בניהול"	
46	פרק 2.10 סיכום ביניים: "אדמות בניהול"	
46	פרק 2.11: "אדמות היהודים" באיו"ש	
49	פרק 2.11 סיכום ביניים: "אדמות היהודים"	
49	פרק 2.12: ניהול מקרקעין על ידי הממונה – ההקצאות החוזיות	
51	פרק 2.12 סיכום ביניים: ניהול המקרקעין על ידי הממונה – ההקצאות החוזיות	
51	פרק 2.13: אדמות שגורשו כדין על ידי אורח ישראלי – כללי	
52	פרק 2.14: רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אורח ישראלי	
52	(א) רכישה מותרת לישראלי – על ידי חברה בלבד	
53	(ב) היתר עסקה	
54	פרק 2.14 סיכום ביניים: רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אורח ישראלי	
54	פרק 2.15: החזקה ועיבוד במשך תקופת ההתיישנות על ידי אורח ישראלי	
54	(א) חוק הקרקעות העות'מאני ו"טענת זכות"	
55	(ב) צו שימוש מפריע	
58	פרק 2.15 סיכום ביניים: החזקה ועיבוד במשך תקופת ההתיישנות על ידי אורח ישראלי	
59	פרק 2.16: סיכום הפרק השני – היבטים קניינים באיו"ש	
61	פרק שלישי: היבטים תכנוניים באיו"ש	
61	פרק 3.1: חוק התכנון הירדני וצו 418	
62	פרק 3.2: מוסדות התכנון באיו"ש	
62	(א) מועצת התכנון העליונה (מת"ע)	
62	(ב) ביטול הוועדות המחוזיות והקמת ועדות המשנה למת"ע	
62	(ג) ועדת המשנה להתיישבות	
63	(ד) ועדת המשנה להתנגדויות	
63	(ה) ועדת המשנה לתכנון ורישוי	
64	(ו) הוועדות המיוחדות	
64	(ז) לשכת התכנון המרכזית	
66	פרק 3.2 סיכום ביניים: מוסדות התכנון באיו"ש	
67	פרק 3.3: התוכניות באיו"ש	
67	(א) מדרג התוכניות	
67	(ב) תוכנית אזורית (תמ"א)	
68	(ג) תוכנית מתארית	
68	(ד) תוכנית מפורטת	
69	(ה) הצורך באישור דרג מדיני לתוכניות באיו"ש: החלטות ממשלה 150 ו-360	
70	פרק 3.3 סיכום ביניים: התוכניות באיו"ש	
70	פרק 3.4: היתר בנייה באיו"ש	
71	פרק 3.4 סיכום ביניים: היתר בנייה באיו"ש	
71	פרק 3.5: היבטים תכנוניים בשטחים תפוסים בתפיסה צבאית	
71	(א) הייחוד התכנוני בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית	
71	(ב) צו 997	
72	(ג) תקנות בדבר מתן היתרים ו"מערכת הנחיות"	

73	פרק 3.5 סיכום ביניים : היבטים תכנוניים בשטחים תפוסים בתפיסה צבאית
73	פרק 3.6 : הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים התכנוניים באיו"ש
74	פרק 3.7 : סיכום הפרק השלישי – היבטים תכנוניים באיו"ש
75	פרק רביעי : היבטים מוניציפליים באיו"ש
75	פרק 4.1 : הזכות לקבל שירותים מוניציפליים והחובה להעניק את השירותים
75	פרק 4.2 : מועצות אזוריות
75	(א) צו 783
75	(ב) תחום שיפוט של מועצה אזורית
76	(ג) תקנון המועצות האזוריות
77	פרק 4.2 סיכום ביניים : מועצות אזוריות באיו"ש
77	פרק 4.3 : מועצות מקומיות
77	(א) צו 892
78	(ב) תחום שיפוט של מועצה מקומית
78	(ג) תקנון המועצות המקומיות
78	(ד) הרחבת סמכותה של מועצה מקומית : צו 1453
79	פרק 4.3 סיכום ביניים : מועצות מקומיות באיו"ש
79	פרק 4.4 : תחום שיפוט ומרחב תכנון
80	פרק 4.4 סיכום ביניים : תחום שיפוט ומרחב תכנון באיו"ש
81	פרק 4.5 : הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש
82	פרק 4.5 סיכום ביניים : הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש
82	פרק 4.6 : סיכום הפרק הרביעי – היבטים מוניציפליים באיו"ש
83	פרק חמישי : אישור הדרג המדיני כתנאי להקמתו של יישוב באיו"ש
84	פרק 5. סיכום הפרק החמישי : אישור הדרג המדיני כתנאי להקמת יישוב באיו"ש
84	פרק שישי : בעיות והמלצות
84	פרק 6.1 : מיפוי הקשיים
85	פרק 6.2 : אב-טיפוס (א) – פגם שהתגלה בדיעבד
85	(א) ה"גריעות" של צוות "קו כחול"
85	(ב) הנחייתו של מר בלס
86	(ג) ה"גריעה" – לא בהכרח של אדמות פרטיות
86	(ד) היעדר פרסום של עבודת צוות "קו כחול"
87	(ה) תמצית ההמלצות
87	(ו) מבט אל העבר : "תקנת השוק" – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי
88	(ז) מבט אל העתיד : המתחם המתוכנן – הנחייתו של מר בלס
89	פרק 6.2 סיכום ביניים : אב-טיפוס (א) – פגם שהתגלה בדיעבד
90	פרק 6.3 : אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים"
90	(א) היווצרות ה"איים התלויים"
91	(ב) תכנון "צמוד דופן"
91	תוכניות מתאר ארציות בישראל
91	המצב באיו"ש : התוכניות המנדטוריות
92	המצב באיו"ש : התמ"אות
93	המצב באיו"ש : אין תחולה לתמ"א 35
93	המצב באיו"ש : תחולה גמישה וזהירה לעקרון התכנון "צמוד הדופן"

94 דרכי גישה	(ג)
94 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין סמכות ההפקעה	
95 גשר או מנהרה בקרקע מסוג מירי	
96 קרקע מסוג מתרוכה	
98 חוק הדרכים הירדני	
100 פרק 6.3 סיכום ביניים : אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים"	
101 פרק 6.4 : אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה : כללי	
101 פרק 6.5 : אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה : במה דברים אמורים ?	
101 (א) התרחבות החורגת מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין"	
102 (ב) סיבות אפשריות להיווצרות ההרחבות ה"חורגות"	
103 (ג) יישובים שבהם הבנייה "הקדימה" את התכנון : המצב בישראל	
104 (ד) אי-פינוי מחמת שיהוי	
106 (ה) החייל יהודה הישראלי	
108 פרק 6.5 סיכום ביניים : אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב קיים – במה דברים אמורים ?	
109 פרק 6.6 : אב-טיפוס (ג) – הסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות"	
110 פרק 6.6 סיכום ביניים : אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב קיים – הסדרה מוניציפלית	
110 פרק 6.7 : אב-טיפוס (ג) – הצגת הנושא של איחוד וחלוקה כפתרון קנייני ותכנוני – שאלה פתוחה	
113 פרק 6.7 סיכום ביניים : אב-טיפוס (ג) – איחוד וחלוקה – הסדרה קניינית ותכנונית	
113 פרק 6.8 : סיכום הפרק השישי – בעיות והמלצות	
116 סיכום ותמצית ההמלצות	
123 נספחים	
125 נספח א : כתב מינוי	
129 נספח ב : חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי – דיני המחלול לפי חוק הקרקעות העות'מאני	
133 נספח ג : חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי	
153 נספח ד : חוות דעת גב' בינת שוורץ-מילנר – תכנון צמוד דופן באיו"ש	
163 נספח ה : חוות דעת עו"ד אחז בן-ארי – איחוד וחלוקה באיו"ש	

§ 1 ביום 15.2.2016 מינה ראש הממשלה מר בנימין נתניהו את הצוות המקצועי "לצורך גיבוש מתווה להסדרת מבנים ושכונות ביישובים יהודיים ביהודה ושומרון שהוקמו תוך מעורבות של הרשויות". לחברי הצוות המקצועי מונו עו"ד ד"ר חיה זנדברג, מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה דאז – יו"ר; עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז; עו"ד רונן פרץ, מזכירות הממשלה; גב' בינת שוורץ, ראש מנהל התכנון דאז; ד"ר חגי ויניצקי, איש אקדמיה.¹

§ 2 כעולה מכתב המינוי, עבודת הצוות היא המשך לעבודת הצוות שהקים ראש הממשלה ביום 19.7.2015, צוות אשר בראשו עמד בזמנו ד"ר אביחי מנדלבלט, מזכיר הממשלה דאז והיועץ המשפטי לממשלה דהיום.

§ 3 עו"ד ערן בן-ארי ממשרד הביטחון מונה למזכיר הצוות המקצועי. הצוות הסתייע רבות וטובות במשפטנים ובאנשי המקצוע המעולים והמסורים של שירות המדינה: המשפטן **אבי מאיר** ומר **שריה דמסקי** ממשרד החקלאות (עד לפרישתו של מר דמסקי); מר קובי אלירז ממשרד הביטחון; עו"ד **אריאל שמואל** ממשרד ראש הממשלה וגב' **ענבר וייס** ממנהל התכנון (עד לפרישתה).

§ 4 ביום 21.5.2017 התקבלה החלטה מספר ב/206 של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) בעניין "הקמת צוות משימה ייעודי להסדרת מעמדם של מבנים ושכונות ביהודה ושומרון". תכליתו של צוות המשימה שהוקם היא ליישם את המלצותיו של הצוות המקצועי.

§ 5 בהתאם לכך, ובחלוף שנתיים מעת המינוי, להלן הדו"ח המסכם מטעם הצוות המקצועי. דו"ח זה מסכם את עבודת הצוות עד כה, והוא נועד לסייע לצוות המשימה במילוי תפקידו וכן לסייע למי שיבואו אחריו וישלימו את עבודתו.

§ 6 להכנתו של הדו"ח הנוכחי קדמו ישיבות רבות, מפגשים עם אנשי המנהל האזרחי, סיוורים בשטח ובעיקר עיון במסמכים רבים, בדברי החקיקה ובפסיקה הענפה הקיימת בתחום.

§ 7 העקרונות המנחים המהותיים אשר שימשו בכתיבתו של דו"ח זה הם שלושה:

דאשית, הקפדה על הגנה על זכויותיהם של התושבים המוגנים,² קלה כחמורה, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי.

שנית, ניסיון להביא להסדרתם של יישובים ושכונות ישראלים הקיימים באיו"ש, ואשר הוקמו בתמיכתן של רשויות המדינה. הכול, כפי שנצטוונו על ידי הדרג המדיני, שהוא הגורם המוסמך והמחייב בעניין, ובהתאם להוראות המחייבות הקבועות בדין.

שלישית, פעולה לפי המסגרת המשפטית הקיימת באיו"ש במועד הוצאתו של דו"ח זה.³ אין אנו מביעים כל עמדה בשאלה מה בנוגע להיתכנות הסדרת ההתיישבות הישראלית באיו"ש באמצעות תיקוני חקיקה כאלו ואחרים.

¹ העתק כתב המינוי מצורף כנספח א לדו"ח זה. גב' בינת שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון במשרד האוצר, ומר אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון, פרשו מן הצוות בעקבות פרישתם משירות המדינה. תודת חברי הצוות נתונה להם על עבודתם המעולה.

² להגדרתם של "תושבים מוגנים", ראו § 14 להלן.

§ 8 חלק לא מבוטל מדו"ח זה יוקדש לסקירת המצב הנוהג באי"ש. זאת, שכן הרושם הברור שלנו מהמצב באי"ש הוא שאדם סביר מתקשה לעיתים למצוא את ידיו ואת רגליו בהבנת התחום. לטעמנו, ההבהרה והשקיפות הן ראשית הדרך להסדרה ולפעולה שהיא לטובת כלל התושבים באי"ש, תושבים מוגנים ותושבים ישראלים כאחד.

§ 9 הערה נוספת לנו בפתח הדברים: עמדתה הרשמית של מדינת ישראל היא כי "למדינת ישראל, כמדינת העם היהודי, יש זכות ותביעה לאזורים שמעמדם שנוי במחלוקת בארץ ישראל" (החלטת ממשלה מס' 5251 מיום 2.12.2012).⁴ בית המשפט העליון פסק ושב ופסק כי סוגיית ההתיישבות הישראלית באי"ש היא סוגיה שאינה שפיטה, בהיותה סוגיה השנויה במחלוקת ציבורית. כדברי כב' השופט גולדברג במסגרת עתירה שבה נתקפה חוקיותה של ההתיישבות באי"ש:

"זכותם של העותרים להניח 'מוקש משפטי' על ספו של בית המשפט, אולם אין על בית המשפט לדרוך על מוקש אשר עלול לקעקע את יסודותיו, שהם אמון הציבור בו" (ראו בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1983). כן ראו בג"ץ 6130/12 מועצה כפרית מח'מאס נ' שר הבטחון, פורסם בנבו (2012)).

§ 10 עוד נקבע בפסיקה כי בלי להידרש לסוגיה השנויה במחלוקת האמורה, לרצונה, מדינת ישראל קיבלה עליה לפעול באי"ש בהתאם לדינים ההומניטריים הקבועים במשפט הבינלאומי באשר לשטחים המוחזקים ב"תפיסה לוחמתית". הכוונה, בעיקרם של דברים, לדינים הקבועים באמנת האג, 1907, שהיא אמנה מנהגית, ולהוראות ההומניטריות הכלולות באמנת ז'נבה הרביעית (ראו בג"ץ 785/87 עפרו נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(2) 1 (1988); בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197 (1983)). כן ראו, למשל, דברי הנשיא לנדוי, המפנה לדברים שכתב הנשיא מאיר שמגר בתקופת כהונתו כיועץ משפטי לממשלה, ולפיהם:

"החלטתה של ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית (ראה מאמרו של *M. Shamgar "The Observance of international law in the administered Territories" 1 Israel Yearbook on Human Rights (1971) 262* היא החלטה מדינית, שאינה נוגעת למישור המשפטי, שבו על בית-משפט זה לעסוק" (בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 628-627 (1980)).

§ 11 בהתאם לכך, בדו"ח זה פעלנו על פי פסיקתו האמורה של בית המשפט העליון הנכבד ולא הבענו כל עמדה בסוגיה שאינה שפיטה ואשר נוגעת להתיישבות באי"ש, וכל העת הקפדנו הקפד היטב, בהתאם לפסיקה ולמדיניות המתוארים, על עקרון ההקפדה על הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי וההומניטרי והצבנו אותו כנר לרגלנו. הדברים יתחוורו מתוך העיון בדו"ח זה.

§ 12 הדו"ח יהיה בנוי כדלקמן:

³ יצוין כי ביני וביני ביום 6.2.2017 התקבל בכנסת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017. כיום תלויות ועומדות בבית המשפט העליון כמה עתירות התוקפות את החוק (בג"ץ 1308/17, בג"ץ 2055/17), שבמסגרתן הוצא צו ביניים. אין אנו מביעים כל עמדה באשר לעתירות אלו.

⁴ לפירוט עמדתה הרשמית של מדינת ישראל, ראו באתר משרד החוץ:

בפרק הראשון נציג את ארבעת התנאים הנדרשים כדין לשם הסדרתם של יישוב או שכונה באיו"ש (התנאי הקנייני, התנאי התכנוני, התנאי המוניציפלי והתנאי שעניינו אישור הדרג המדיני בדבר הקמת יישוב).

בפרק השני, השלישי, הרביעי והחמישי נעמוד על ארבעת התנאים הללו מקרוב.

בפרק השני נעמוד על התנאי הקנייני ועל הדינים החלים באיו"ש בתחום המקרקעין;

בפרק השלישי נעמוד על הדינים החלים באיו"ש בתחום התכנון והכנייה;

בפרק הרביעי נעמוד על הדינים החלים באיו"ש בתחום המשפט המוניציפלי;

בפרק החמישי נעמוד על הדינים החלים באיו"ש מבחינת הדרישה לאישור הדרג המדיני להקמת יישוב באיו"ש.

כשהמסגרת המשפטית המתוארת, על ארבעת ראשיה (הראש הקנייני, הראש התכנוני, הראש המוניציפלי והראש שעניינו אישור הדרג המדיני) תהיה מונחת לפנינו, נוכל לגשת להצגת הבעיות, שניצבו לפתחנו, כמו גם להצגת המלצותינו לפתרון של בעיות אלו.

על כן, בפרק השישי נציג ונאפיין את השאלות שעלו בפנינו, ואת המלצותינו לפתרון.

לבסוף, נסכם את הדברים, ונציג את תמצית ההמלצות.

פרק 2.3 סיכום ביניים: מקרקעין הרשומים במרשמי המקרקעין על שם המדינה

§ 48 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוגיית הבעלות במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין" על ידי המדינה או בקרקעות שנרכשו כדין על ידי ישראלים.

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" על ידי המדינה כוללות, בין היתר, אדמות שהן בבעלות המדינה.

(ג) אדמות שהן בבעלות המדינה כוללות, בין היתר, אדמות דישומות בפנקסי המקרקעין על שם המדינה.

(ד) קיימים שני פנקסים שבהם רשומים מקרקעין: פנקס הזכויות ופנקס השטרות. באיו"ש שני הפנקסים מנוהלים על ידי קמ"ט רישום מקרקעין. הרישום בפנקסי המקרקעין מכונה בז'רגון "רישום בטאבר".

(ה) פנקס הזכויות הוא פנקס שבו נרשמים מקרקעין לאחר שהבעלות בהם התבררה בהליך מקיף, המכונה הליך "הסדר מקרקעין". קביעת הבעלות הנעשית במסגרת הליך כזה היא חותכת, וכמעט שאי אפשר לסתור אותה.

(ו) פנקס השטרות הוא פנקס שבו נרשמים מקרקעין לאחר שהבעלות בהם התבררה בהליך המכונה "רישום ראשון". באיו"ש הליך הרישום הראשון הוא הליך של "הסדר בזעיר אנפין". קביעת הבעלות על פיו היא מכרעת, אך היא אינה חותכת, ובמקרים מסוימים אפשר לסתור אותה.

(ז) רק כשליש מהמקרקעין באיו"ש עברו הליך של הסדר, והבעלות הקניינית בהם ברורה ורשומה בפנקס הזכויות. אין נתונים על היקף המקרקעין באיו"ש שעברו הליך של "רישום ראשון", אך עדיין ברור כי חלק הארי של המקרקעין באיו"ש אינו רשום בפנקסי המקרקעין, לא בפנקס הזכויות ולא בפנקס השטרות.

(ח) יישוב או שכונה ישראליים שנבנו באיו"ש על גבי מקרקעין דישומים על שם המדינה בפנקסי המקרקעין – בין שבפנקס הזכויות בין שבפנקס השטרות ("רשומים בטאבר") – הם יישוב או שכונה שבנויים כדין מהבחינה הקניינית, שכן מקרקעין אלו הם מקרקעין המוחזקים כדין על ידי המדינה, ובנייה עליהם אינה פוגעת בקניין הפרטי של מאן דהוא.

§ 86 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוגיית הבעלות במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין נדרש שהם ימצאו על "אדמות המוחזקות כדין" על ידי המדינה.

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" על ידי המדינה כוללות, בין היתר, אדמות שהן *בבעלות* המדינה.

(ג) אדמות שהן בבעלות המדינה כוללות, בין היתר, אדמות *השומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3) ואדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה".

(ד) לעניין אדמות מוכרזות: אדמות שהוכרזו "אדמות מדינה" הן אדמות אשר לגביהן הוציא הממונה על הרכוש הממשלתי תעודה המכריזה כי הן "אדמות מדינה".

(ה) הממונה הוא אדם שמינה המפקד הצבאי כדי לנהל את הרכוש הממשלתי באיו"ש. פעילות הממונה באיו"ש דומה לפעילותה של רשות מקרקעי ישראל, המנהלת את מקרקעי ישראל בשטח מדינת ישראל.

(ו) פירושה של ההכרזה שמוציא הממונה הוא כי קיימת חזקה שמדובר באדמות שהן בבעלות המדינה.

(ז) להכרזה קודם הליך מקיף מאוד של בירור הבעלות בהתאם לחוק המהותי החל במקום, הליך הכולל עיון במסמכים ובתצלומי אוויר, סיורים, פרסומים רבים, זכות ערר ועוד. הליך הבירור נעשה בזמנו בעבור הממונה על ידי עו"ד פליאה אלבק ז"ל, ששימשה מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה, וכיום הליך הבירור – המכונה "הליך סקר" – מבוצע בעבור הממונה על ידי המנהל האזרחי באיו"ש.

(ח) בשנת 1999 הוקם במנהל האזרחי צוות שתפקידו לדייק את גבולותיהן של ההכרזות הוותיקות על אדמות מדינה (הכרזות משנות ה-80 ומראשית שנות ה-90). הדיוק נעשה בעזרת ציוד ממוחשב ומשוכלל שלא היה קיים בזמנו. הצוות מכונה "צוות קו כחול".

(ט) יישוב או שכונה ישראליים שנבנו באיו"ש על גבי מקרקעין *שהוכרזו* "אדמות מדינה" הם יישוב או שכונה שבנויים כדין מהבחינה הקניינית, שכן מקרקעין אלו הם מקרקעין שנחשבים בבעלות המדינה והם מוחזקים כדין על ידי המדינה. בנייה עליהם אינה פוגעת בקניין הפרטי של מאן דהוא.

פרק 2.5 סיכום ביניים: מרשמי מקרקעין באיו"ש

§ 97 להשלמת התמונה בסוגיית בירור הזכויות במקרקעין באיו"ש יש להידרש לנושא מרשמי המקרקעין:

(א) כפי שראינו בפרק 2.3, באיו"ש (כמו בישראל) מנוהלים פנקסים שבהם רשומות הזכויות במקרקעין רישום רשמי ומחייב.

(ב) בישראל ובעולם הרחב פנקסי המקרקעין עומדים לעיון הציבור כחלק מתפיסה רחבה שלפיה העיון הפומבי מבטיח את תקינותו של שוק המקרקעין ואת שקיפותו.

(ג) בניגוד למצב בישראל ובעולם, באיו"ש פנקסי המקרקעין חסויים ואינם עומדים לעיון הציבור מכוח צו של המפקד הצבאי.

(ד) כמו כן, כמפורט בפרק 2.3, חלק הארי של המקרקעין באיו"ש אינו רשום כלל בפנקסי המקרקעין.

(ה) בזמנו הייתה כוונה לכונן באיו"ש פנקס מיוחד לרישום עסקאות במקרקעין, פנקס שמכונה "מרשם ההרשאות". בפועל כמעט שלא נעשה שימוש בפנקס זה, ועסקאות מקרקעין באיו"ש כמעט שאינן נרשמות בו.

(ו) היעדר מרשמי מקרקעין רשמיים ומחייבים באיו"ש בנוגע לחלק הארי של המקרקעין לצד החיסיון של מרשמי המקרקעין הקיימים באיו"ש מוסיפים לעמימות ולמורכבות הקיימות ממילא בתחום המקרקעין באיו"ש.

(ז) מבחינה מעשית, באשר לקרקעות המוחזקות כדין על ידי המדינה אפשר לברר את הזכויות בקרקעות אלו: הגורמים המנהלים באיו"ש את המקרקעין המוחזקים כדין על ידי המדינה, ובראשם הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש, מנהלים רישומים פנימיים בנוגע לזכויות במקרקעין המנוהלים על ידם.

(ח) רישומים פנימיים אלו מסייעים בבירור הזכויות במקרקעין באיו"ש.

§ 123 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוגיית הבעלות במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין נדרש שהם ימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בבעלות* המדינה, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן *בבעלות* המדינה כוללות אדמות *הישומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה.

(ד) אשר לאדמות *שהופקעו* כדין: כדי שהפקעת מקרקעין תיעשה כדין, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, עליה להתבצע בהתאם לדין החל באיו"ש, שהוא דין ירדני.

(ה) הדין הירדני מאפשר להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור בכפוף לתשלום פיצויים לנפקע. דין הפקעה ירדני זה דומה לדיני ההפקעה החלים בעולם כולו וכן בישראל.

(ו) בתקופה שבין 1948-1967 הפקיעו הירדנים מקרקעין רבים באיו"ש לצורכי ציבור בהתאם לדין ההפקעה הירדני.

(ז) **קרקע שהופקעה כדין על ידי שלטונות ירדן היא קרקע שהבעלות בה עברה למדינה. על כן, יישוב ישראלי שהוקם על קרקע מופקעת זו יהיה יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית.**

(ח) לאחר שנת 1967 עלתה השאלה המשפטית אם המפקד הצבאי מוסמך להשתמש בסמכות ההפקעה הקבועה בחוק ההפקעה הירדני לצורך ההתיישבות הישראלית.

(ט) אין ולא הייתה מחלוקת כי המפקד הצבאי מוסמך להשתמש בסמכות ההפקעה שבדין ההפקעה הירדני בעבור צורך ציבורי של התושבים המוגנים או בעבור צורך ציבורי של התושבים המוגנים ושל התושבים הישראליים גם יחד.

(י) השאלה הייתה אם המפקד הצבאי מוסמך להשתמש בסמכות ההפקעה בעבור צורך ציבורי של ההתיישבות הישראלית בלבד. השאלה עלתה מאחר שנשמעה טענה ולפיה המפקד הצבאי אינו מוסמך לשקול במניין שיקוליו את צורכי ההתיישבות הישראלית באיו"ש.

(יא) היועץ המשפטי לממשלה קבע, לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל ובהתאם לפסיקה הענפה הנסקרת בפסק הדין, כי בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, המפקד הצבאי מוסמך לשקול במניין שיקוליו את צורכי ההתיישבות הישראלית באיו"ש, ובלבד שהדבר נעשה בצורה מידתית וסבירה.

(יב) היועץ המשפטי לממשלה הוסיף וקבע באופן קונקרטי שהפקעתו – לפי חוק ההפקעה הירדני – של שטח מקרקעין לצורך סלילה של דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים, היא הפקעה הנעשית כדין.

(יג) **קרקע שהופקעה כדין והבעלות בה עברה למדינה היא קרקע שהתקיים לגביה התנאי הקנייני הנדרש לצורך הסדרתו של יישוב ישראלי באיו"ש.**

(יד) קרקע שהבעלות בה הופקעה לפי חוק ההפקעה הירדני אינה בהכרח קרקע שהייתה קרקע פרטית לפני ההפקעה. מטעמי יעילות ופשטות נהוג להפקיע מתחמי מקרקעין שלמים הנחוצים לצורכי ציבור, גם מקום שהקרקע המופקעת היא בבעלות ציבורית. המתחם כולו הוא שמופקע כמקשה אחת.

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בעלות המדינה*, אדמות שהמדינה מחזיקה בהן כדין ואדמות שגורשו *על ידי אזרח ישראלי*.

(ג) אדמות שהן *בעלות המדינה* כוללות אדמות *השומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).

(ד) אדמות שהמדינה מחזיקה בהן כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית*, נכסי נפקדים ו"אדמות בניהול".

(ה) באשר לאדמות *תפוסות בתפיסה צבאית*: המפקד הצבאי מוסמך להפקיע מקרקעין לצורכי צבא בכפוף לתשלום פיצויים (תקנה 52 לתקנות האג). במקום שהמפקד הצבאי השתמש בסמכותו זו הקרקע היא "תפוסה בתפיסה צבאית". קרקע תפוסה בתפיסה צבאית היא קרקע שזכות החזקה והשימוש בה הופקעו אך זכות הבעלות נותרת ללא שינוי. המפקד הצבאי רשאי להחזיק בקרקע ולהשתמש בה בעצמו או להתיר לאחרים להחזיק בה ולהשתמש בה, לבנות עליה וכיוצא בזה.

(ו) הוראת המפקד הצבאי לתפוס קרקע בתפיסה צבאית יכולה להינתן בכתב ("צו תפיסה"), בעל פה או בדרך של מעשה (כגון גידור או תכנון) המבטא "תפיסת חזקה בפועל".

(ז) בהתאם לעמדה שלפיה ההתיישבות הישראלית באיו"ש תורמת לביטחון, היו יישובים ישראליים שהוקמו באיו"ש על גבי מקרקעין שהמפקד הצבאי תפס לצורכי ביטחון. עמדה זו התאשרה על ידי בית המשפט העליון בפרשת *איוב* (בג"ץ 606/78, פ"ד לג(2) 113, 118 (1979)).

(ח) *יישוב ישראלי שהוקם על גבי קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית כמתואר הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית*, שכן היישוב הוקם על קרקע התפוסה כדין ומוחזקת כדין על ידי המדינה.

(ט) יודגש: תפיסת קרקע בתפיסה צבאית אין פירושה בהכרח שהקרקע היא קרקע פרטית. הצורך הצבאי הוא שמכתיב את גודלו של המתחם שנתפס לצורכי צבא ואת צורתו. לפיכך מטעמי יעילות ופשטות היה הנוהג לתפוס בתפיסה צבאית את המתחם הדרוש כולו כמקשה אחת, בין שמדובר במקרקעין פרטיים בין שבמקרקעין ציבוריים בין שהמקרקעין פרטיים וציבוריים כאחד.

(י) כיום אין נוהגים עוד להקים יישובים ישראליים על גבי קרקעות התפוסות בתפיסה צבאית, אלא יישובים ישראליים מוקמים על גבי קרקעות הרשומות על שם המדינה או על גבי קרקעות המוכרזות "אדמות מדינה" (ראו פרק 2.3, 2.4). על כן עלתה השאלה אם יישוב שהוקם על קרקע תפוסה יכול להתרחב כיום לקרקע שהיא תפוסה בתפיסה צבאית, או שמא התרחבות היישוב כיום אפשרית רק על גבי קרקע הרשומה על שם המדינה או על גבי קרקע המוכרזת "אדמות מדינה".

(יא) עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי היישוב יכול להתרחב כיום גם על קרקע שנתפסה בזמנו בתפיסה צבאית, ובלבד שההתרחבות נעשית בתוך "מתחם היישוב".

(יב) עמדה זו נשענת, בין היתר, על פסיקת בית המשפט העליון שקובעת – בהקשר של מימוש הפקעה – כי יש לבחון את "מתחם ההפקעה" כ"יחידת הפקעה אחת".

§ 176 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בעלות המדינה*, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שגרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן *בעלות המדינה* כוללות אדמות *השומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו "אדמות מדינה"* (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).

(ד) אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית* (ובהן דנו בפרק 2.8), *נכסי נפקדים* ו"*אדמות בניהול*".

(ה) באשר *לנכסי נפקדים*: "נכסי נפקדים" באיו"ש הוא ביטוי בז'רגון שפירושו "נכסים נטושים", כלומר נכסים באיו"ש שבעליהם נמצאים מחוץ לאיו"ש. נכסים נטושים באיו"ש מנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הנטוש באיו"ש. הממונה מתמנה על ידי המפקד הצבאי, והוא רשאי להשכיר את הנכסים הנטושים ולבצע בהם עסקאות, אם כי הוא אינו רשאי להעביר את הבעלות בנכסי המקרקעין הנטושים.

(ו) הממונה משכיר אלפי נכסים נטושים בשנה, בעיקר לתושבים המוגנים באיו"ש.

(ז) נראה שכיום הקצאת נכסים נטושים לצורך הקמת יישוב ישראלי חדש בוודאי אינה דרך המלך להקמת יישובים חדשים באיו"ש.

§ 185 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

- (א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".
- (ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בבעלות המדינה*, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.
- (ג) אדמות שהן *בבעלות המדינה* כוללות אדמות *הישומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו "אדמות מדינה"* (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).
- (ד) אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית* (ובהן דנו בפרק 2.8), *נכסי נפקדים* (ובהם דנו בפרק 2.9) ו"*אדמות בניהול*".
- (ה) באשר ל"*אדמות בניהול*": "אדמות בניהול" הוא ביטוי בז'רגון שפירושו אדמות שהן בבעלות אדם פרטי, ובעליהן הפרטי ביקש מהממונה על הרכוש הממשלתי שינהלן. הממונה הוא אדם שמינה המפקד הצבאי לצורך ניהול הרכוש הממשלתי באיו"ש.
- (ו) המקרה הטיפוסי של "אדמות בניהול" הוא מקרה שבו מקרקעין בבעלות לא ישראלי נמכרו לישראלי. עקב החשש לחייו של המוכר הלא ישראלי מועברים המקרקעין לניהולו של הממונה על הרכוש הממשלתי.
- (ז) *יישוב ישראלי באיו"ש שנבנה על גבי "אדמות בניהול"* הוא *יישוב ישראלי שנבנה כדין מן הבחינה הקניינית*. הבעלים הישראלי של המקרקעין הוא שביקש מן הממונה לנהל בעבורו את המקרקעין לצורך הקמת יישוב ישראלי, ומשהבעלים הוא שביקש את הדבר אין בהקמת היישוב כל פגם מן הבחינה הקניינית.
- (ח) כיום לא נהוג עוד שבעלים ישראלי פרטי שרכש קרקע באיו"ש מבעליה הלא ישראלי יעבירה לניהול הממונה.

פרק 2.11 סיכום ביניים: "אדמות היהודים"

§ 196 נסכם את דברינו עד כה בעניין "אדמות היהודים":

- (א) "אדמות היהודים" הן נכסי מקרקעין שנרכשו באיו"ש לפני שנת 1948 על ידי יהודים (בין שכפרטים בין שעל ידי גופים וארגונים). בזמן השליטה הירדנית באיו"ש, בשנים 1967-1948, ראו הירדנים ביהודים "אויב", ולכן נכסיהם הוקנו לעיתים לאפוטרופוס הירדני על נכסי אויב. "אדמות היהודים" הוקנו אפוא לידי הרשויות הירדניות. עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש בשנת 1967 הועברו הנכסים הללו לידי הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש, כשם שהועברו לידי כל הנכסים של הרשויות הירדניות.
- (ב) בית המשפט העליון קבע כי "אדמות היהודים" הן בבחינת "רכוש ממשלתי" וכי נותקה הזיקה הקניינית בין הבעלים המקורי לרכושו.
- (ג) בית המשפט העליון הוסיף וקבע כי השאלה אם יש מקום שהממונה יורה על שחרור הנכס לבעליו המקורי היא בעיקרה שאלה של *מדיניות*. עד אמצע שנות ה-90 של המאה שעברה היו מקרים שבהם הנכסים שוחררו לבעליהם. מאז שנות ה-90 *המדיניות* היא שלא לשחרר את "אדמות היהודים" לבעליהן. בית המשפט העליון אישר *מדיניות* זו משלא מצא עילה להתערב בה.
- (ד) בעת האחרונה המליץ בית המשפט העליון לממונה לשוב ולשקול מדיניות זו ולקבוע לה חריגים, בפרט במקום ש"אדמות היהודים" מצויות ביישוב ישראלי.

§ 221 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

- (א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".
- (ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בבעלות* המדינה (ראו הדיון בפרק 2.2–2.6), אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין (ראו הדיון בפרק 2.7–2.10) ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.
- (ג) באשר לאדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי: דרך המלך לרכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי היא באמצעות *רכישת הקרקע מבעליה* בעסקה חוזית.
- (ד) באיו"ש יש שתי מגבלות לביצוע עסקאות מקרקעין שהן *ייחודיות להתיישבות הישראלית*, והן אינן חלות על תושב איו"ש שאינו ישראלי הרוכש מקרקעין באיו"ש.
- (ה) המגבלה האחת היא הדרישה שרכישת המקרקעין תיעשה על ידי חברה הרשומה באיו"ש. אדם פרטי ישראלי ותאגיד שאינו רשום באיו"ש אינם יכולים לבצע עסקת מקרקעין באיו"ש.
- (ו) המגבלה האחרת הייחודית להתיישבות הישראלית באיו"ש היא הדרישה ל"היתר עסקה" מאת ראש המנהל האזרחי.
- (ז) **יישוב ישראלי שהוקם על אדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן במקום שבעל הקרקע – שהוא הרוכש הישראלי – מעוניין שעל אדמתו יוקם יישוב ישראלי, הקמת היישוב אינה פוגעת בקניינו הפרטי של מאן דהוא.**

§ 243 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

- (א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".
- (ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בבעלות* המדינה (ראו הדיון בפרק 2.2–2.6), אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין (ראו הדיון בפרק 2.7–2.10) ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.
- (ג) באשר לאדמות שנרכשו *כדין* על ידי אזרח ישראלי: דרך המלך לרכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי היא באמצעות רכישת הקרקע מבעליה בעסקה חוזית (ראו הדיון בפרק 2.13).
- (ד) קיימת שאלה משפטית מורכבת והיא אם יש דרך נוספת לרכישת זכויות באיו"ש על ידי אזרח ישראלי: האם במקום שאזרח ישראלי מחזיק במקרקעין באיו"ש ומעבד אותם במשך תקופת ההתיישנות, רכש האזרח הישראלי זכויות במקרקעין מכוח החזקה והעיבוד ארוכי השנים?
- (ה) חוק הקרקעות העות'מאני, שהוא החוק המהותי החל באיו"ש, קובע כי שמקום שאדם החזיק בקרקע ועיבד אותה במשך **10 שנים** – יהיה האדם זכאי להמשיך ולהחזיק בקרקע. כלומר, הדין המהותי באיו"ש קובע כי החזקה ועיבוד ארוכי שנים מעניקים זכויות קניין במקרקעין.
- (ו) בשנת 2009 הביעה פרקליטות המדינה עמדה באשר להתיישבות הישראלית באיו"ש, ולפיה אם האדם שהחזיק בקרקע ועיבד אותה במשך תקופת ההתיישנות הוא מתיישב ישראלי, לא יהיה די בהחזקה ובעיבוד כדי להקנות למתיישב הישראלי זכויות במקרקעין. לעמדת פרקליטות המדינה, המתיישב הישראלי באיו"ש יצטרך בכל מקרה להוכיח את זכותו להחזיק במקרקעין ולעבדם. כלומר, האזרח הישראלי יצטרך להוכיח כי רכש את המקרקעין מבעליהם ב"דרך המלך" (טענה זו מכונה "טענת זכות").
- (ז) בית המשפט העליון לא הכריע בטענתה זו של המדינה, אך נראה כי נטה לקבלה (בג"ץ 5439/09 **עבדאלקאדר**).
- (ח) עמדה זו של פרקליטות המדינה, שראשיתה בשנת 2009, מתיישבת עם "צו שימוש מפריע" שהתקין המפקד הצבאי בשנת 2007. "צו שימוש מפריע" הוא צו המסמיך את ראש המנהל האזרחי להורות על פינוי של אדם שהחזיק קרקע לתקופה של עד **5 שנים**. התקופה יכולה להיות ארוכה יותר אם המעבד שינה את אופי עיבוד המקרקעין "שינוי מהותי". "צו שימוש מפריע" מוחל אך ורק בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש.
- (ט) "צו שימוש מפריע" הוא צו חריג מבחינה משפטית. התפיסה המשפטית המקובלת בארץ ובעולם היא כי פינוי אדם ממקרקעין שהחזיק בהם תקופה ממושכת יכול להיעשות רק על פי צו של הרשות השופטת ולא על פי החלטה של הרשות המבצעת. ביסוד תפיסה זו מונחת הכרה בחשיבותה של הרשות השופטת ובלגיטימציה הציבורית הרחבה שיש להכרעותיה, הכרעות המתקבלות לאחר הליך שיפוטי שבו נשמעות טענות ומוצגות ראיות.
- (י) אם חלפה התקופה הקבועה ב"צו שימוש מפריע", אין לרשות המבצעת סמכות לפעול לפינויו של המחזיק במקרקעין באיו"ש. מי שטוען כי מדובר במחזיק שפלש למקרקעין שלא כדין, יוכל לפתוח בהליך **שיפוטי-אזרחי** נגד הפולש הנטען. בית המשפט האזרחי המוסמך (שהוא בית משפט השלום או בית המשפט המחוזי בירושלים) ישמע את טענות הצדדים, יבחן את ראיותיהם וכריע במחלוקת בהתאם לדין.

פרק 2.16: סיכום הפרק השני – היבטים קניינים באיו"ש

§ 244 תנאי לכך שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים הוא שהישוב או השכונה יימצאו על אדמות מוחזקות כדין. זהו תנאי מרכזי וייחודי להסדרת ההתיישבות באיו"ש. במדינת ישראל ובעולם הרחב אין כל קשר בין הקמתו של יישוב לבין הבעלות במקרקעי היישוב. יישוב יכול להיות מוקם על קרקע מדינה או על קרקע פרטית של מאן דהוא, וכך מקובל וטבעי.

§ 245 באיו"ש הדין שונה: יישוב ישראלי באיו"ש מוקם כדין אך ורק על אדמות מוחזקות כדין.

§ 246 אדמות הן "מוחזקות כדין" ואין מניעה קניינית להקים עליהן יישוב או שכונה ישראליים בשלושה מקרים: אם האדמות הן *בעלות המדינה*, אם הן *מוחזקות* כדין על ידי המדינה או שהן *נרכשו* כדין על ידי אזרח ישראלי.

§ 247 האדמות הן *בעלות המדינה* במקרים האלה: האדמות *רשומות* במרשמי המקרקעין על שם המדינה; האדמות *הוכרזו* "אדמות מדינה" לאחר בירור מקיף בהתאם לדין הקרקעות המהותי; האדמות *הופקעו* כדין לטובת המדינה בהתאם לחקיקת ההפקעה הירדנית התקפה.

§ 248 האדמות *מוחזקות* כדין על ידי המדינה במקרים האלה: הקרקע תפוסה *בתפיסה צבאית*; הקרקע היא בבחינת "נכסי נפקדים"; הקרקע היא "אדמות בניהול", כלומר קרקעות בבעלותו של אדם [או תאגיד] פרטי שהעביר לניהול המדינה.

§ 249 המדיניות כיום היא להקים יישובים חדשים באיו"ש על אדמות שהן *בעלות המדינה*. אין בכך כדי לפגוע בתוקפם של יישובים שהוקמו בעבר על אדמות המוחזקות כדין על ידי המדינה. כך מתחייב מהכלל המשפטי שלפיו שינוי מדיניות אינו בעל תחולה רטרואקטיבית כדי שלא לפגוע בציפיות ובהסתמכות סבירה של הפרט.

§ 250 באשר לקרקעות באיו"ש שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי:³⁸ אין מניעה להקים על קרקעות אלו יישוב ישראלי. הקמת יישוב כזה, הנעשית בהסכמתו של בעל המקרקעין הישראלי, אינה פוגעת בקניינו הפרטי של מאן דהוא.

§ 251 אזרח ישראלי יכול לרכוש קרקעות באיו"ש רק באמצעות תאגיד ולאחר קבלת היתר עסקה.

§ 252 יש שאלה משפטית מורכבת אם אזרח ישראלי יכול לרכוש זכויות קניין באיו"ש מכוח חזקה ועיבוד ארוכי שנים, בהתאם לדיני ההתיישנות החלים באיו"ש. עמדת פרקליטות המדינה היא כי התשובה לשאלה זו שלילית. בית המשפט העליון נטה לקבל עמדה זו אך לא הכריע בה.

§ 253 עד כאן ההיבטים הקניינים הצריכים לעניין הסדרתם של יישובים ושכונות ישראליים באיו"ש. כעת נעבור לדון בתנאי השני הנדרש לצורך הסדרתו של יישוב באיו"ש, והוא התנאי התכנוני.

³⁸ נשוב ונבהיר למען הדיוק: מדובר לא רק באזרחים **ישראלים** אלא בכל אדם שרכש כדין מקרקעין באיו"ש, והוא מעוניין שמקרקעיו ישמשו את ההתיישבות הישראלית, תהא אזרחותו של אותו אדם אשר תהא. ראו הערת שוליים 33 לעיל.

§ 290 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו"ש :

- (א) באיו"ש חל חוק התכנון הירדני, בהתאם לשינויים שהכניס בחוק זה המפקד הצבאי בצו 418.
- (ב) בהתאם לדיני התכנון הנ"ל, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה אשר אושרה על ידי מוסד תכנון מוסמך.
- (ג) מוסד התכנון המוסמך לאשר תוכניות באיו"ש הוא מועצת התכנון העליונה (מת"ע). מועצת התכנון העליונה פועלת באמצעות ועדות משנה שאצלה להן מסמכויותיה.
- (ד) תוכנית שתבקש להסדיר את ההתיישבות הישראלית באיו"ש היא על פי רוב תוכנית שתופקד על ידי ועדת המשנה להתיישבות של מת"ע, תועבר לאחר מכן לשמיעת התנגדויות לוועדת המשנה להתנגדויות של מת"ע, ולבסוף תשוב התוכנית לוועדת המשנה להתיישבות תאושר על ידה.
- (ה) מוסד התכנון המוסמך להוציא היתרים מכוחה של תוכנית תקפה באיו"ש בנוגע להתיישבות הישראלית הוא ככלל "הוועדות המיוחדות". הרשויות המקומיות הישראליות באיו"ש הוסמכו לשמש "ועדות מיוחדות". ל"ועדות המיוחדות" הוענקו רבות מהסמכויות הנתונות בחוק התכנון הירדני לוועדות מקומיות.
- (ו) סמכותן של הוועדות המיוחדות (הוועדות המקומיות) להוציא היתרי בנייה בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש קיימת רק במקום שההיתרים מוצאים מכוחה של תוכנית שאישרה מת"ע לאחר כניסת צה"ל לאיו"ש.
- (ז) לשכת התכנון המרכזית, שהיא הגוף המקביל למנהל התכנון בישראל, מוסמכת, בין היתר, להכין תוכניות במקום שאין תוכנית תקפה באיו"ש.
- (ח) לפיכך, כדי להסדיר מהבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש באופן טיפוסי:

נדרש כי תוכן תוכנית ליישוב (אם אין תוכנית) = <

התוכנית תאושר להפקדה על ידי ועדת המשנה להתיישבות של מת"ע = <

ההתנגדויות לתוכנית יישמעו על ידי ועדת המשנה להתנגדויות של מת"ע = <

התוכנית תאושר על ידי ועדת המשנה להתיישבות של מת"ע = <

הוועדה המקומית ("הוועדה המיוחדת") תוציא היתר מכוחה של התוכנית.

§ 313 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו"ש:

(א) בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו"ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה אשר אושרה על ידי מוסד תכנון מוסמך (במוסדות התכנון עסקנו בפרק 3.2).

(ב) כאשר לתוכניות באיו"ש: באיו"ש, בדומה לישראל, יש מדרג של תוכניות, והן תוכנית אזורית, תוכנית מתארית ותוכנית מפורטת. תוכנית אזורית היא תוכנית העוסקת בכל אזור יהודה ושומרון (תמ"א). תוכנית מתארית עוסקת בתכנון אב של שטח מסוים באיו"ש. תוכנית מפורטת מפרטת את הטעון פירוט מבחינה תכנונית.

(ג) הוועדה המקומית מוסמכת להוציא היתר בנייה אך ורק מכוחה של תוכנית מפורטת. במקום שהוכנה תוכנית שהיא תוכנית משולבת – תוכנית מתארית ומפורטת גם יחד – מוסמכת הוועדה להוציא היתר בנייה מכוח תוכנית משולבת שכזו.

(ד) מסלול האישור של כל תוכנית באיו"ש (בדומה לישראל) כולל הליך שלפיו תחילה מופקדת התוכנית להתנגדויות, ורק לאחר שמיעת ההתנגדויות וקיום דיון בהן יהיה אפשר לאשר את התוכנית.

(ה) מאפיין ייחודי לתוכניות באיו"ש הוא הצורך באישור הדרג המדיני. אי אפשר לקדם באיו"ש תוכנית בלי שקדם לכך אישור הדרג המדיני (החלטת ממשלה מס' 150).

(1) לפיכך, כדי להסדיר יישוב או שכונה באיו"ש מן הבחינה התכנונית נדרש שלישוב או לשכונה תהיה תוכנית מפורטת שאושרה כדין על ידי ועדת המשנה להתיישבות, והתוכנית קיבלה את אישור הדרג המדיני. מכוחה של תוכנית כזו מוסמכת הוועדה המקומית להוציא היתר בנייה.

§ 317 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו"ש:

(א) בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו"ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה אשר אושרה על ידי מוסד תכנון מוסמך. במוסדות התכנון עסקנו בפרק 3.2. בתוכניות באיו"ש עסקנו בפרק 3.3.

(ב) לעניין היתרי בנייה באיו"ש: כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה התכנונית, נדרש ככלל כי הבנייה תתאם להיתר בנייה שהוציאה הוועדה המקומית מכוח תוכנית תקפה.

§ 330 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו"ש:

(א) בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו"ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה אשר אושרה על ידי מוסד תכנון מוסמך. במוסדות התכנון עסקנו בפרק 3.2. בתוכניות באיו"ש עסקנו בפרק 3.3. בהיתר הבנייה עסקנו בפרק 3.4.

(ב) דיני התכנון ה"אזרחיים" הנ"ל אינם חלים בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית.

(ג) מכוח צו שהתקין המפקד הצבאי (צו 997), חלים על ההתיישבות הישראלית באיו"ש דיני תכנון ובנייה המקבילים לדינים ה"אזרחיים". המוסד המקביל ל"תוכנית" בשטח תפוס מכונה "מערכת הנחיות", והגורם המוסמך לאשרו הוא יו"ר מת"ע. "היתר" בנייה בשטח תפוס מכונה אף הוא "היתר", והגורם המוסמך להוציאו הוא יו"ר מת"ע.

(ד) כדי לקדם "מערכת הנחיות" ולאשרה בעבור ההתיישבות הישראלית בשטח התפוס בתפיסה צבאית נדרש אישור הדרג המדיני.

(ה) במקום שיישוב או שכונה באיו"ש הוקמו על שטח התפוס בתפיסה צבאית, כדי שהם יוסדרו כדין מן הבחינה התכנונית נדרש כי הבנייה תתאם "מערכת הנחיות" (המקבילה ל"תוכנית"), שאישורו יו"ר מת"ע והדרג המדיני. עוד נדרש לצורך ההסדרה התכנונית כי מכוחה של "מערכת ההנחיות" האמורה יוצא היתר בנייה.

פרק 3.7: סיכום הפרק השלישי – היבטים תכנוניים באיו"ש

§ 336 בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו"ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה אשר אישר מוסד תכנון מוסמך.

§ 337 מבחינה מעשית, משמעות הדברים היא שנדרש כי ליישוב או לשכונה תהיה תוכנית מפורטת אשר אושרה כדין על ידי ועדת המשנה להתיישבות וקיבלה את אישור הדרג המדיני. מכוחה של תוכנית כזו מוסמכת הוועדה המקומית להוציא היתרי בנייה.

§ 338 עוד התפתחה מדיניות שלפיה התוכנית תשתרע אך ורק על "אדמות מוחזקות כדין", כלומר על אדמות שאפשר להקים עליהם יישוב ישראלי מן הבחינה הקניינית.

פרק 4.2 סיכום ביניים : מועצות אזוריות באיו"ש

§ 348 נסכם את דברינו עד כה לגבי ההיבטים המוניציפליים באיו"ש :

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות האזוריות או לאחת המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש.

(ב) אשר למועצות האזוריות: צו 783, שהתקין המפקד הצבאי, מכיר בשש מועצות אזוריות הכוללות 108 יישובים.

(ג) לכל מועצה אזורית "תחום שיפוט" הכולל את תחומי היישובים שבתחומה. "תחום השיפוט" של המועצה ו"תחום היישוב" של היישובים נקבעים במפות שנחתמות על ידי המפקד הצבאי.

(ד) ב"תחום השיפוט" של המועצה חל על התושבים "תקנון המועצות האזוריות". תקנון המועצות האזוריות כולל הסדרה מלאה של כלל ההיבטים הצריכים לעניין בתחום המוניציפלי.

(ה) ההחלה של "תקנון המועצות האזוריות" ב"תחום השיפוט" של המועצה האזורית מבטיחה את ההסדרה המוניציפלית המלאה של היישוב או השכונה.

פרק 4.3 סיכום ביניים : מועצות מקומיות באיו"ש

§ 358 נסכם את דברינו עד כה לגבי ההיבטים המוניציפליים באיו"ש :

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות האזוריות או לאחת המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש. במועצות האזוריות דנו בפרק 4.2.

(ב) באשר למועצות המקומיות: צו 892, שהתקין המפקד הצבאי, מכיר ב-17 מועצות מקומיות, שהם יישובים בעלי אופי עירוני.

(ג) לכל מועצה מקומית "תחום שיפוט", שנקבע במפה שנחתמת על ידי המפקד הצבאי.

(ד) נוסף על כך, מכוחו של צו 1453, למועצה מקומית יכולה להיות נתונה סמכות על תושבים המתגוררים בשטח סמוך ל"תחום השיפוט" של המועצה המקומית. תושבים אלו נחשבים תושבי המועצה המקומית לכל דבר ועניין אם המפקד הצבאי החליט על כך.

(ה) על כלל תושביה של המועצה המקומית חל "תקנון המועצות המקומיות". תקנון המועצות המקומיות כולל הסדרה מלאה של כלל ההיבטים הצריכים לעניין בתחום המוניציפלי.

(ו) ההחלה של "תקנון המועצות המקומיות" על כלל תושביה של המועצה המקומית מבטיחה את ההסדרה המוניציפלית המלאה של היישוב או השכונה השייכים למועצה המקומית.

§ 367 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים המוניציפליים באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות האזוריות או לאחת המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש. במועצות האזוריות דנו בפרק 4.2. במועצות המקומיות, הנושאות אופי עירוני, דנו בפרק 4.3.

(ב) יש קשר בין ההיבטים התכנוניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש: המועצות המקומיות והמועצות האזוריות משמשות באיו"ש ועדות מקומיות לתכנון ובנייה.

(ג) חרף הקשר האמור יש הבדלים בין הסמכויות המוניציפליות לסמכויות התכנוניות הנתונות למועצות: הסמכויות המוניציפליות משתרעות ב"תחום השיפוט" של המועצות. לעומת זאת הסמכויות התכנוניות הנתונות למועצות (בתפקידן כוועדות מקומיות לתכנון ובנייה) משתרעות על "מרחב התכנון" של הוועדות המקומיות. אין חפיפה הכרחית ומלאה בין התחומים הללו.

(ד) אין לערבב בין הסדרה מוניציפלית לבין הסדרה תכנונית של יישוב או שכונה באיו"ש. כדי להסדיר יישוב באיו"ש נדרשות הן הסדרה מוניציפלית הן הסדרה תכנונית.

פרק 4.5 סיכום ביניים: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש

§ 373 נסכם את דברינו עד כה לגבי ההיבטים המוניציפליים באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות האזוריות או לאחת המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש. במועצות האזוריות דנו בפרק 4.2. במועצות המקומיות, הנושאות אופי עירוני, דנו בפרק 4.3.

(ב) ההסדרה המוניציפלית אינה ניצבת לבדה. בפרק 4.4 עמדנו על הקשר בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה התכנונית. בפרק הנוכחי עמדנו על הקשר בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה הקניינית.

(ג) יש קשר הדוק בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש: "תחום השיפוט" המוניציפלי נקבע באיו"ש מתוך זיקה לתנאי הקנייני. כלומר, "תחום השיפוט" משתרע אך ורק על "אדמות מוחזקות כדין", שהן אדמות שעליהן אפשר מבחינה קניינית להקים יישוב או שכונה ישראליים.

(ד) הקשר ההדוק בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים הוא ייחודי לאיו"ש. ברגיל, תחום שיפוטה של רשות מוניציפלית נקבע לפי שיקולים מוניציפליים ולא לפי שיקולים קנייניים.

פרק 4.6: סיכום הפרק הרביעי – היבטים מוניציפליים באיו"ש

§ 374 כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת מ-17 המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש או לאחד מ-108 היישובים השייכים לאחת משש המועצות האזוריות המוכרות באיו"ש.

§ 375 השתייכות לאחת מהמועצות המקומיות או האזוריות פירושה שעל היישוב או השכונה חל "תקנון המועצות המקומיות" או "תקנון המועצות האזוריות", לפי העניין. תקנונים אלו כוללים הסדרה של כלל התחומים המוניציפליים הצריכים לעניין, והם מבטיחים את ההסדרה המוניציפלית הדרושה.

§ 376 יש זיקה בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה התכנונית, אך הזיקה אינה מלאה: המועצה המוניציפלית היא גם "ועדה מקומית לתכנון ובנייה". ואולם "תחום השיפוט" של המועצה, שעניינו סמכויותיה **המוניציפליות** של המועצה, אינו חופף בהכרח ל"מרחב התכנון" של המועצה, שעניינו סמכויותיה התכנוניות של המועצה.

§ 377 במהלך השנים התפתחה זיקה הדוקה בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה התכנונית באיו"ש: "תחום השיפוט" המוניציפלי משתרע אך ורק על אדמות שאפשר מבחינה קניינית להקים עליהן יישוב או שכונה ישראליים.

פרק 5. סיכום הפרק החמישי: אישור הדרג המדיני כתנאי להקמת יישוב באיו"ש

§ 383 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים המדיניים הנוגעים להסדרתם של יישוב או שכונה באיו"ש:

(א) כדי שיישוב ישראלי באיו"ש יהיה מוסדר כדין מן הבחינה המדינית נדרשת החלטת ממשלה בדבר הקמת היישוב.

(ב) כדי ששכונה ישראלית באיו"ש תהיה מוסדרת כדין מן הבחינה המדינית נדרשת החלטה של שר הביטחון על דעת ראש הממשלה.

(ג) ההבחנה בין הקמתו של יישוב חדש ובין הרחבתו של היישוב היא לעיתים מורכבת ותלויה בנסיבות כל מקרה לגופו.

(ד) המדיניות כיום היא שאישור הדרג המדיני להקמתם של יישוב או שכונה באיו"ש יינתן רק במקום שהתקיים בנוגע אליהם התנאי הקנייני להסדרתם של יישוב או שכונה.

§ 410 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג הראשון של המקרים שהתבקשה הסדרתם:

(א) קבוצה נכבדה של מבנים באיו"ש הוקמה על מקרקעין שהוכרזו כדין "אדמות מדינה" לאחר בדיקה מקיפה ומעמיקה ביותר של הדברים.

(ב) צוות "קו כחול" הוקם כדי לדייק את גבולות ההכרזות על "אדמות מדינה" ולהתאימן למכשור הטכנולוגי הקיים היום.

(ג) בשנת 2011 הנחה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז מר מלכיאל (מייק) בלס כי צוות "קו כחול" לא ידייק את גבולותיהן של הכרזות במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים. טעמה של ההנחיה ברור: תוכנית תקפה שפעלו על פיה והסתמכו עליה – ללא כל מחאה או טענה – יוצרת מניעות מלטעון טענות נוגדות.

(ד) ההנחיה הנ"ל לא חלחלה אל השטח. התוצאה הייתה שצוות "קו כחול" בדק גם מבנים ותיקים שהוקמו בהתאם לתוכניות תקפות ומאושרות. בעקבות זאת נוצר מצב של מבנים שבעת שהוקמו העמדה הייתה כי הם מוקמים כדין מן הבחינה הקניינית, אך בדיעבד – בחלוף שנים רבות – "נגרעו" על ידי צוות "קו כחול" מגדר המבנים שנחשבים מבנים שהוקמו כדין.

(ה) לא תמיד החלטתו של צוות "קו כחול" פירושה בהכרח כי מדובר בקרקעות פרטיות, ואף על פי כן הקרקעות נגרעו מגדר ההכרזה על אדמות מדינה.

(ו) לעניין המבנים שהקושי בהסדרתם נוצר בשל ה"גריעות" של צוות קו כחול, המלצתנו כפולה, לעבר ולעתיד.

(ז) במבט לעבר: ההמלצה היא להסדיר את המבנים שנגרעו על ידי צוות "קו כחול", בהתבססו על סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף 5 קובע "תקנת שוק" למי שביצע עסקאות בתום לב עם הממונה על הרכוש הממשלתי. **חיות דעת מפורטת באשר לסעיף 5 מצויה בנספח ג לדו"ח זה.**

(ח) ואכן, היועץ המשפטי לממשלה הודיע לבית המשפט העליון בבג"ץ 1308/17 כי מכוחו של סעיף 5 הנ"ל, מבנים ש"נגרעו" על ידי צוות "קו כחול" והתקיימו בהם תנאי סעיף 5, לבעלי המבנים "תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין [...]" והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי, ובלבד שמדובר ככלל במתחם המגורים המבונה של היישוב.

(ט) במבט לעתיד: ההמלצה היא לנהוג בהתאם להנחייתו הנ"ל של מר בלס, ולפיה צוות "קו כחול" לא ידייק את גבולותיהן של הכרזות במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים.

(י) המדינה הודיעה לבית המשפט העליון על מחויבותה להנחייתו הנ"ל של מר בלס (בג"ץ 2911/17).

§ 471 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השני של המקרים שהתבקשה הסדרתם, הוא הסוג שעניינו "איים תלויים":

(א) באיו"ש יש מציאות ייחודית ולפיה היישובים והשכונות הישראליות בנויים באופן טיפוסי על גבי ההרים והגבעות, והעמקים המתברים ביניהם אינם מהווים חלק מההתיישבות הישראלית. מציאות ייחודית זו נובעת מהדין המהותי החל באיו"ש, ולפיו "אדמות מדינה" נמצאות בדרך כלל בראשי ההרים והגבעות, ואילו העמקים יכולים להיות מעובדים בעיבודים חקלאיים פרטיים. כך נוצרת מציאות של "איים תלויים".

(ב) כדי להסדיר את ה"איים התלויים" נדרשת פעולה בשני היבטים עיקריים: האחד הוא ההיבט התכנוני, המכונה "תכנון צמוד דופן". השני הוא ההיבט הקנייני, שעניינו הסדרת דרך גישה ליישוב או לשכונה.

(ג) כאשר להיבט התכנוני ולסוגיה של "תכנון צמוד דופן": הדרישה כי התכנון של יישובים או שכונות יהיה "צמוד דופן" לתוכניות קיימות היא דרישה תכנונית שקיימת מן הבחינה המשפטית אך ורק בשטח מדינת ישראל, מכוחה של תמ"א 35, שהיא תוכנית החלה רק בישראל. החלה דוגמטית ונוקשה של עיקרון תכנוני-ישראלי זה באיו"ש הייתה עלולה להציב קושי מבחינת ההיתכנות להסדרה התכנונית של ה"איים התלויים".

(ד) המלצתנו בהקשר זה היא להחיל, מטעמים שבהיגיון, את עקרון התכנון "צמוד הדופן" גם באיו"ש, אך בצורה גמישה המאפשרת שקילה של כלל השיקולים הצריכים לעניין. המלצה זו נתמכת בחוות דעתה המפורטת של גב' בינת שוורץ-מילגר, ראש מנהל התכנון דאז **וחברת הצוות המקצועי, המצויה בנספח ד לדר"ח זה**. הודעת המדינה בבג"ץ 5300/13 מלמדת על מחויבותה של המדינה למתכונת הגמישה האמורה של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש.

(ה) יובהר כי בכל מקרה, גם לפי תמ"א 35, אין צורך להחיל את עקרון התכנון "צמוד הדופן" במקום שמדובר ביישוב חדש. לכן, במקרים מתאימים, המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש, אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.

(ו) כאשר להיבט הקנייני ולסוגיה של הסדרת דרכי הגישה: עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אפשר להפקיע מקרקעין בעבור דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראלים, ובלבד שהדבר עומד בעקרונות של מידתיות וסבירות (הודעת היועץ בבג"ץ 1308/17). עמדה זו, הנסמכת על פסיקת בית המשפט העליון, יש בה כדי ליתן מענה לצורך בהסדרת דרכי הגישה ל"איים התלויים".

(ז) למען שלמות התמונה, ובלי שיהיה בכך כדי למעט מעמדתו זו של היועץ המשפטי לממשלה, ראינו לנכון להסב את תשומת הלב לשתי אפשרויות משלימות שיש בהן כדי להביא לידי הסדרה של דרכי הגישה ליישובים ולשכונות הישראלים. ביישומן של אפשרויות אלו אין משום פגיעה בקניין הפרט.

(ח) האפשרות האחת היא לחצוב מנהרה או לסלול גשר שיביאו להסדרת דרך הגישה ליישוב או לשכונה הישראלים. דרך זו אפשרית משום שלפי דין הקרקעות המהותי החל באיו"ש, הבעלות בתת-הקרקע ובחלל הרום נותרת לעולם בידי המדינה (בקרע מסוג "מירי", שהיא

קרקע חקלאית, והיא נפוצה ביותר באי"ש). חסרונה של מתכונת זו נעוץ בעלויותיה הגבוהות, ובשל כך לעיתים פתרון זה אינו מעשי ואינו סביר. לכן אפשר להשתמש בו מעשית בעיקר בפרויקטים רבי היקף.

(ט) האפשרות השנייה היא להשתמש ב"מתרוכות". "מתרוכות" הן דרכים המשמשות ככאלו זה שנים רבות. לפי דין המקרקעין המהותי, הבעלות ב"מתרוכות" נתונה למדינה. על כן אפשר להשתמש בהן כדרכים שימוסדו בתוכנית.

פרק 6.5 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב קיים – כמה דברים אמורים?

§ 515 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השלישי של המקרים שהתבקשה הסדרתם, והוא הסוג שעניינו התרחבות של שכונה או יישוב קיימים:

(א) באי"ש כמו בישראל הייתה בזמנו "אווירה" שהביאה להקמת יישובים ושכונות לפני שהסתיימו ההליכים התכנוניים שנגעו להקמתם, והכול בברכת רשויות המדינה. יש לקוות שכיום הדברים מתנהלים אחרת.

(ב) בישראל בחלוף השנים נעשה מאמץ להביא להסדרתם של יישובים ושכונות אלו, ועל פי רוב הדברים צלחו.

(ג) לעומת זאת באי"ש, במקום שהתברר שהבנייה נעשתה שלא בגדרן של "אדמות מוחזקות כדין", נוצר קושי בהסדרת הבנייה, בשל הקישור – הייחודי לאי"ש – בין הבעלות במקרקעין לבין היכולת להביא להסדרתם של המבנים.

(ד) כך נוצר באי"ש אב-טיפוס (ג): מדובר ביישוב ישראלי שהוקם לפני שנים רבות על פי החלטת ממשלה כדין (לא מדובר במה שזכה לכינוי "מאחז"). ברבות השנים התרחב היישוב, וההרחבות התרחקו מגרעין היישוב המקורי. לעיתים התברר שההרחבות חרגו מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין".

(ה) המבנים הבנויים על "הרחבות חורגות" אלו נבנו באופן טיפוסי לפני שנים רבות. על פי רוב, מדובר במבנים שנבנו לפני יותר מעשור, ולעיתים מדובר בהרחבות שנבנו לפני עשרות שנים, והכול בתמיכת המדינה.

(1) מבחינה משפטית, מצבם של המבנים ב"הרחבות החורגות" הללו מורכב.

(ז) מן הצד האחד, הסיכוי שיוצאו צווי פינוי נגד מי שמתגוררים במבנים הללו אפסי, ונראה שיש מניעה משפטית מפני פינוי והריסה. אם תוגשנה עתירות נגד המבנים הללו, הן צפויות להידחות מחמת שיהוי.

(ח) מן הצד השני, אי-פינוי מחמת שיהוי אין פירושו הסדרה כלל ועיקר. המקרה של החייל יהודה הישראלי הוא דוגמה מובהקת לכך. משרד הביטחון סירב לממן את השיפוץ שנדרש בבית הוריו של החייל כדי לאפשר את שיקומו של החייל, אך ורק משום שהבית – שנבנה לפני שנים רבות מאוד – אינו מוסדר.

(ט) מה דינן של "הרחבות חורגות" אלו מבחינה הסדרתית? סוגיה מורכבת זו נותר לאלו שיבואו אחרינו. אנו נמליץ בעניין זה המלצות חלקיות ומוגבלות ביותר.

§ 524 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השלישי של המקרים שהתבקשה הסדרתם, והוא הסוג שעניינו התרחבות של שכונה או יישוב קיימים:

(א) באיו"ש נוצר לפני שנים רבות מצב שבו התרחבו יישובים שהוקמו לפי החלטות ממשלה כדין, וההרחבות התרחקו מגרעין היישוב המקורי. לעיתים התברר כי ההרחבות הללו חרגו מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין".

(ב) המבנים הבנויים על "הרחבות חורגות" אלו נבנו, באופן טיפוסי, לפני שנים רבות. על פי רוב מדובר במבנים שנבנו לפני יותר מעשור, ולעיתים מדובר בהרחבות שנבנו לפני עשרות שנים.

(ג) בנסיבות שנוצרו פעל המפקד הצבאי להסדרה מוניציפלית מאוזנת באשר לתושבים המתגוררים ב"הרחבות החורגות" במועצות המקומיות. המפקד הצבאי קבע כי התושבים ב"הרחבות החורגות", שאינן נכללות בתחום השיפוט של המועצה המקומית, יזכו לקבל שירותים מוניציפליים מהמועצות המקומיות הסמוכות להן.

(ד) המלצתנו היא להחיל דין מוניציפלי דומה באשר ליישובים שבמועצות האזוריות. אין כל הבדל בהקשר זה בין מועצה מקומית לבין יישוב במועצה אזורית. הזכות של התושבים לקבל שירותים מוניציפליים וחובת המפקד הצבאי לפעול למתן שירותים מוניציפליים היא אחת, בין שבמועצות מקומיות ובין שבמועצות אזוריות.

(ה) המלצה זו תביא לידי הסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות" ביישובים שבמועצות האזוריות, ועם זאת אין בה משום הסדרה קניינית ותכנונית של "ההרחבות החורגות".

§ 542 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השלישי של המקרים שהתבקשה הסדרתם, והוא הסוג שעניינו התרחבות של שכונה או יישוב קיימים:

(א) הובאה לפנינו ההצעה להביא לידי הסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית באיו"ש באמצעות ההליך של "איחוד וחלוקה". חוות דעתו של עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, המפרטת את הסוגיה, מצויה בנספח ה לדו"ח זה.

(ב) "איחוד וחלוקה" הוא הליך תכנוני שמאפשר להתאים את אופן חלוקת הזכויות באזור מסוים לתוכנית חדשה. במסגרת הליך ה"איחוד והחלוקה", תחילה מאוחדת הקרקע באזור מסוים לכדי יחידה קניינית אחת, ובהמשך היא מחולקת מחדש בין כלל בעלי הזכויות במגרשים המקוריים. צורת המגרשים החדשים ומקומם מותאמים לתכנון החדש.

(ג) הפסיקה קבעה כי הליך של "איחוד וחלוקה", גם אם יש בו ממד של כפייה, אינו בבחינת הפקעה אם במסגרת ההליך לא נכללה נטילה לצורכי ציבור.

(ד) השאלה אם הליך של "איחוד וחלוקה" יכול לשמש להסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית הועלתה אגב אורחא בפסיקה, ונותרה ללא הכרעה.

(ה) אנו מתירים שאלה זו פתוחה לאלו שיבואו אחרינו, אך ראינו חובה לעצמנו להציגה.

(ו) שאלה נוספת שאנו מותירים פתוחה משום שלא היה סיפק בדינו להידרש לה היא האפשרות להסתייע בחוק ההפקעה הירדני ובכך להביא להסדרה קניינית ותכנונית של "ההרחבות החורגות".

פרק 6.8: סיכום הפרק השישי – בעיות והמלצות

§ 543 כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין, נדרש שהם יעמדו בארבעה תנאים: התנאי הקנייני (הפרק השני לדו"ח זה); התנאי התכנוני (הפרק השלישי לדו"ח זה); התנאי המוניציפלי (הפרק הרביעי לדו"ח זה); התנאי של אישור הדרג המדיני (הפרק החמישי לדו"ח זה).

§ 544 אפשר למפות את הקשיים בתחום ההסדרה המתעוררים בנוגע ליישובים ולשכונות הקיימים כיום באיו"ש, ולחלקם לשלושה טיפוסים של מקרים:

אב-טיפוס (א) – עניינו פגמים שהתגלו בדיעבד כתוצאה מעבודת צוות "קו כחול".

אב-טיפוס (ב) – עניינו מצב של יישובים ושכונות שהם בבחינת "איים תלויים", כלומר היישוב או השכונה נמצאים על גבי "אדמות המוחזקות כדין", אך יכול שיהיה קושי בהסדרה של ההיבטים התכנוניים או בהסדרת דרך הגישה למקום.

אב-טיפוס (ג) – עניינו התרחבות של יישוב או שכונה, וההרחבה חורגת מ"תחום האדמות המוכרזות כדין".

ראשית, בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש להסתייע ב"תקנת השוק", הקבועה בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. "תקנת השוק" משמעה שעסקאות שבוצעו בתום לב עם הממונה לא תיפסלנה ותעמודנה בתוקפן גם אם יתברר בדיעבד שהנכס אינו רכוש ממשלתי. **חוות דעתו של ד"ר ויניצקי, חבר הצוות המקצועי, בעניין פרשנות סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי מצויה בנספח ג' לדו"ח זה.**

שנית, יש לפעול בהתאם להנחייתו של מר מייק בלס, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לשעבר. בהתאם להנחיה זו, צוות "קו כחול" ידויק את גבולותיהן של ההכרזות על "אדמות מדינה" רק במקום שהבחינה אינה כוללת את המתחם המתוכנן של תוכניות תקפות אשר על פיהן נבנו בתים.

כך הודיעה המדינה לבית המשפט העליון.

§ 546 באשר לאב-טיפוס (ב), שעניינו "האיים התלויים", הסוגיה באה למעשה על פתרונה בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה ד"ר אביחי מנדלבלטי, ולפיה למפקד הצבאי נתונה הסמכות להפקיע מקרקעין לפי חוק ההפקעה הירדני לצורך סלילת דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים, והכול בכפוף לדרישת המידתיות והסבירות.

§ 547 המלצותינו המשלימות באשר לאב-טיפוס (ב) הן אלו:

ראשית, מבחינת תכנונית המלצתנו היא לפעול באי"ש בהתאם לעיקרון התכנוני של "תכנון צמוד דופן", אך במתכונת **גמישה** המעניקה לרשויות התכנון את שיקול הדעת הרחב הנדרש והמתבקש. הודעה שהודיעה המדינה לבית המשפט העליון בעניין, יש בה כדי ללמד על מחויבותה של המדינה למתכונת התכנונית הגמישה האמורה. **חוות דעתה המקיפה של גב' בינת שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון דאז וחברת הצוות המקצועי, בשאלת תחולתו של עיקרון התכנון "צמוד הדופן" באי"ש מצויה בנספח ד לדו"ח זה.** כמו כן במקרים מתאימים המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש, אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.

שנית, באשר לצורך להסדיר את דרך הגישה למקום: הסבנו את תשומת הלב לשני מקורות נוספים של "אדמות מדינה" היכולים לשמש דרך גישה ליישוב או לשכונה באי"ש. המקור האחד הוא הקמת גשר או חציבת מנהרה בקרקע "מירי" (קרקע חקלאית), שכן בקרקע "מירי" תת-הקרקע וחלל הרום הם לעולם בבעלות המדינה. מקור אפשרי נוסף הוא המתרוכה. מתרוכה היא דרך, המשמשת מזה שנים רבות. דיני המקרקעין קובעים כי הבעלות במתרוכה נתונה למדינה.

§ 548 באשר לאב-טיפוס (ג), שעניינו **התרחבות של יישוב קיים**, החורגת מתחום ה"אדמות המוכרות כדין": עמדנו על המורכבות של המצב המשפטי, בנוגע לאב-טיפוס זה של מקרים. המדובר במבנים, שהוקמו לפני שנים רבות, על-פי רוב לפני למעלה מעשור שנים, ולעתים לפני עשרות שנים, והכול בתמיכת רשויות המדינה. הסיכוי שיושביהם של מבנים אלו יפוגו על-פי צו שיפוטי הוא אפסי, ונראה כי קיימת **מניעה משפטית** מפני פינוי והריסה. זאת, נוכח השיהוי הרב שידבק בכול עתירה שתוגש ביחס למבנים אלו (אם תוגש). אולם, אי-פינוי מחמת שיהוי אין פירושו הסדרה.

§ 549 ביחס לאב-טיפוס (ג), המלצתנו עסקה בהסדרה **מוניציפלית** בלבד של ה"הרחבות החורגות" הללו. לפי המלצה זו, תושבי המבנים הוותיקים האמורים יקבלו שירותים מוניציפליים מהיישובים אליהם הם סמוכים. המפקד הצבאי נהג כך ביחס למועצות **מקומיות**. המלצתנו היא לילך באותה דרך גם ביחס ליישובים שבמועצות **האזוריות**.

§ 550 לעניין ההיתכנות להסדרה **קניינית ותכנונית** של אב-טיפוס (ג): הותרנו שאלה זו לאלו שיבואו אחרינו. עם זאת, הצגנו את חוות דעתו המקיפה של עו"ד בן-ארי, במסגרת הועלתה האפשרות להסתייע בהליך של "איחוד וחלוקה" לצורך הסדרה אפשרית כזו. **חוות דעתו של עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, מצויה בנספח ה לדו"ח זה.**

סיכום ותמצית ההמלצות

- § 551 נצטוונו על-ידי הדרג המדיני למצוא מתווה להסדרת ההתיישבות הישראלית באיו"ש, שהוקמה בתמיכת הרשויות.
- § 552 פסענו בתלם שהתווה בית-המשפט העליון, לאמור: סוגיית ההתיישבות הישראלית באיו"ש היא סוגיה שאינה שפיטה, בהיותה סוגיה, השנויה במחלוקת ציבורית. עוד נקבע בפסיקה כי לרצונה, ומבלי להידרש לסוגיה השנויה במחלוקת האמורה, מדינת ישראל קיבלה על עצמה לפעול באיו"ש בהתאם לדינים ההומניטריים, הקבועים במשפט הבינלאומי ביחס לשטחים המוחזקים ב"תפיסה לוחמתית".
- § 553 את מסענו התחלנו בניסיון להתיר את הסבך, ולהציג את שלל הדינים המורכבים, הנוגעים להסדרת ההתיישבות הישראלית באיו"ש.
- § 554 עמדנו על כך שקיימים ארבעה תנאים, שצריכים להתקיים כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין: התנאי הקנייני, התנאי התכנוני, התנאי המוניציפלי והתנאי שעניינו אישור הדרג המדיני.
- § 555 **התנאי הראשון** הוא החשוב ביותר, והוא התנאי הקנייני. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי באיו"ש יהיה מוסדר כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהיישוב ימצא על "אדמות מוחזקות כדין". "אדמות מוחזקות כדין" הן אדמות שהן בבעלות המדינה, או שהמדינה מחזיקה בהן כדין או שהן נרכשו כדין על-ידי אזרח ישראלי. לפירוט בעניין התנאי הקנייני, ראו הפרק השני לדו"ח זה.
- § 556 **התנאי השני** הוא התנאי התכנוני. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי באיו"ש יהיה מוסדר כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהיישוב יהיה בנוי בהתאם לדיני התכנון והבנייה. בנייה בהתאם לדיני התכנון והבנייה פירושה, שהבנייה תואמת היתר בנייה, שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה, תוכנית שאושרה על ידי מוסדות התכנון המוסמכים. לפירוט בעניין התנאי התכנוני, ראו הפרק השלישי לדו"ח זה.
- § 557 **התנאי השלישי** הוא התנאי המוניציפלי. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי יהיה מוסדר כדין מהבחינה המוניציפלית, היישוב יהיה מועצה מקומית או יישוב המשתייך למועצה אזורית מוכרת. לפירוט התנאי המוניציפלי, ראו הפרק הרביעי לדו"ח זה.
- § 558 **התנאי הרביעי** הוא התנאי שעניינו אישור הדרג המדיני. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי יהיה מוסדר כדין, נדרש שהיישוב יוקם על פי החלטת ממשלה. לפירוט התנאי הנוגע לאישור הדרג המדיני, ראו הפרק החמישי לדו"ח זה.
- § 559 משסיימנו את המסע והתרנו מקצתו של הסבך יכולנו להידרש למיפוי הקשיים שיכולים לעלות בניסיון להסדיר את היישובים והשכונות שהוקמו באיו"ש בתמיכת הרשויות.
- § 560 המיפוי העלה כי אפשר לאפיין את המקרים המעוררים קושי באמצעות **שלושה אבות-טיפוס**:
- אב-טיפוס (א) – פגמים שהתגלו בדיעבד.** לפירוט ראו פרק 6.2 לדו"ח זה.
- אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים".** לפירוט ראו פרק 6.3 לדו"ח זה.
- אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב קיים.** לפירוט ראו פרקים 6.4-6.7 לדו"ח זה.
- נציג את תמצית המלצותינו לעניין הסדרת אבות-הטיפוס הנ"ל.
- § 561 באשר ל**אב-טיפוס (א)**, שעניינו **פגמים שהתגלו בדיעבד**, להלן תמצית המלצותינו:

- (א) קבוצה נכבדה של מבנים באיו"ש הוקמה על מקרקעין שהוכרזו כדין "אדמות מדינה" לאחר בדיקה מקיפה ומעמיקה ביותר של הדברים בבדיקה שנערכה בעיקר בשנות ה-80 וה-90 של המאה שעברה.
- (ב) צוות "קו כחול" הוקם בשנת 1999 כדי לדייק את גבולות ההכרזות הוותיקות על "אדמות מדינה" ולהתאימן למכשור הטכנולוגי הקיים היום.
- (ג) בשנת 2011 הנחה היועץ המשפטי לממשלה דאז מר מלכיאל (מייק) בלס כי צוות "קו כחול" לא ידייק ולא יבדוק את גבולותיהן של הכרזות במקום שמדובר במתחם מתוכנן, שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים.
- (ד) טעמה של ההנחיה ברור: תוכנית תקפה שפעלו על פיה והסתמכו עליה – ללא כל מחאה או טענה – יוצרת מניעות מלטעון טענות נוגדות.
- (ה) ההנחיה הנ"ל לא חלחלה אל השטח. התוצאה הייתה שצוות "קו כחול" בדק גם מבנים ותיקים שהוקמו בהתאם לתוכניות תקפות ומאושרות. בעקבות זאת נוצר מצב של מבנים שבעת שהוקמו הייתה העמדה שהם מוקמים כדין מן הבחינה הקניינית, אך בדיעבד – בחלוף שנים רבות – הם "נגרעו" על ידי צוות "קו כחול" מגדר המבנים שנחשבים מבנים שהוקמו כדין.
- (ו) לא תמיד החלטתו של צוות "קו כחול" פירושה בהכרח שמדובר בקרקעות פרטיות. אף על פי כן הקרקעות נגרעו מגדר ההכרזה על אדמות מדינה.
- (ז) כך נוצר אב-טיפוס (א): מבנים שבעת הקמתם העמדה המשפטית המחייבת הייתה כי הם מוקמים כדין מהבחינה הקניינית, אך בעקבות בדיקה של צוות "קו כחול" "נגרעו" המבנים מגדר ההכרזה על "אדמות מדינה", ונמצא כי התנאי הקנייני להסדרתם נשמט.
- (ח) לעניין אב-טיפוס (א) והצורך בהסדרתם של מבנים ש"נגרעו" כאמור על-ידי צוות קו כחול, המלצתנו כפולה, לעבר ולעתיד.
- (ט) במבט לעבר: בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ההמלצה היא להסדיר את המבנים שנגרעו על-ידי צוות "קו כחול" ולהתבסס על סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף 5 קובע "תקנת שוק" למי שביצע עסקאות בתום לב עם הממונה על הרכוש הממשלתי. חוות דעת מפורטת של ד"ר חגי ויניצקי, חבר הצוות המקצועי, באשר לסעיף 5, מצויה בנספח ג לדר"ח זה.
- (י) ואכן, היועץ המשפטי לממשלה הודיע לבית המשפט העליון בבג"ץ 1308/17 כי מכוחו של סעיף 5 הנ"ל, מבנים ש"נגרעו" על-ידי צוות "קו כחול" והתקיימו בהם תנאי סעיף 5, לבעלי המבנים "תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין [...] והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי".
- (יא) במבט לעתיד: ההמלצה היא לנהוג בהתאם להנחייתו הנ"ל של מר בלס, ולפיה לא ידייק צוות "קו כחול" את גבולותיהן של הכרזות במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים. המדינה הודיעה לבית המשפט העליון על מחויבותה להנחייתו הנ"ל של מר בלס (בג"ץ 2911/17).

אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים" – תמצית ההמלצות

- (א) באיו"ש קיימת מציאות ייחודית ולפיה היישובים והשכונות הישראלים בנויים באופן טיפוסי על גבי ההרים והגבעות, והעמקים המחברים ביניהם אינם מהווים חלק מההתיישבות הישראלית. מציאות ייחודית זו נובעת מהדין המהותי החל באיו"ש, ולפיו "אדמות מדינה" נמצאות בדרך כלל בראשי ההרים והגבעות, ואילו העמקים מעובדים בעיבודים חקלאיים פרטיים. כך נוצרת מציאות של "איים תלויים".
- (ב) כדי להסדיר את ה"איים התלויים" נדרשת פעולה בשני היבטים עיקריים: האחד הוא ההיבט התכנוני, המכונה "תכנון צמוד דופן". השני, ההיבט הקנייני, עניינו הסדרת דרך גישה ליישוב או לשכונה.
- (ג) באשר להיבט התכנוני ולסוגיה של "תכנון צמוד דופן": בישראל יש דרישה שתכנון יישובים או שכונות יהיה "צמוד דופן" לתוכניות קיימות, מכוחה של תמ"א 35. דרישה זו חלה אך ורק בשטח מדינת ישראל, שכן תמ"א 35 חלה רק בישראל.
- (ד) החלה דוגמטית ונוקשה של עיקרון תכנוני-ישראלי זה באיו"ש הייתה עלולה להציב קושי מבחינת ההיתכנות להסדרה התכנונית של ה"איים התלויים", שכן ה"איים התלויים" לא תמיד יכולים לקיים את עקרון התכנון "צמוד הדופן": בעמקים הצמודים ל"איים" הללו יכול שתימצא קרקע פרטית של תושבים מוגנים. בהתאם למדיניות הנקוטה, קיימת הקפדה שלא לתכנן יישובים ישראלים על גבי קרקע פרטית זו.
- (ה) המלצתנו בהקשר זה היא להחיל, מטעמים שבהיגיון, את עקרון התכנון "צמוד הדופן" גם באיו"ש, אך זאת בצורה גמישה, המאפשרת שקילה של כלל השיקולים הצריכים לעניין. המלצה זו נתמכת בחוות דעתה המפורטת של גב' בינת שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון דאז וחברת הצוות המקצועי, המצויה בנספח ד לדר"ח זה. הודעת המדינה בבג"ץ 5300/13 מלמדת על מחויבותה של המדינה למתכונת הגמישה האמורה של עיקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש.
- (ו) במקרים מתאימים המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש, אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.
- (ז) באשר להיבט הקנייני ולסוגיה של הסדרת דרכי הגישה: עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שאפשר להפקיע מקרקעין בעבור דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראלים, ובלבד שהדבר עומד בעקרונות של מידתיות וסבירות (הודעת היועץ בבג"ץ 1308/17). עמדה זו, הנסמכת על פסיקת בית המשפט העליון, יש בה כדי ליתן מענה לצורך בהסדרת דרכי הגישה ל"איים התלויים".
- (ח) למען שלמות התמונה ראינו לנכון להסב את תשומת הלב לשתי אפשרויות משלימות שיש בהן כדי להביא לידי הסדרה של דרכי הגישה ליישובים ולשכונות הישראלים במקרים מתאימים, והכול בלי שתהיה בכך משום פגיעה בקניין הפרט.
- (ט) האפשרות האחת היא לחצוב מנהרה או לסלול גשר שיביאו להסדרת דרך הגישה ליישוב או לשכונה הישראלים. דרך זו אפשרית מאחר שלפי דין הקרקעות המהותי החל באיו"ש, הבעלות בתת-הקרקע ובחלל הרום נותרת לעולם בידי המדינה (בקרקע מסוג "מירי", שהיא קרקע חקלאית, והיא נפוצה ביותר באיו"ש). חסרונה של מתכונת זו נעוץ בעלויותיה הגבוהות, לכן אפשר להשתמש בה מעשית, בעיקר בפרויקטים רבי היקף. האפשרות השנייה היא להשתמש ב"מתרוכות". "מתרוכות" הן דרכים, המשמשות ככאלו זה שנים רבות. לפי דין המקרקעין המהותי,

הבעלות ב"מתרוכות" נתונה למדינה. על כן, אפשר להשתמש במתרוכות כבדרכים שימוסדר בתוכנית, והכול בלי לפגוע בקניין הפרטי. במקרים מתאימים, יכול שאפשרויות אלו תתאמנה להסדרה בין שכלעצמן בין שבמשולב עם סמכות ההפקעה שקבע היועץ המשפטי לממשלה.

§ 563 באשר לאב-טיפוס (ג), שעניינו מצב של התרחבות של יישוב או שכונה, להלן תמצית המלצותינו:

אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה – תמצית המלצות

(א) באיו"ש, כמו בישראל, הייתה בזמנו "אווירה" שהביאה לכך שיישובים ושכונות הוקמו לפני שהסתיימו ההליכים התכנוניים שנגעו להקמתם, והכול בברכת רשויות המדינה. יש לקוות שכיום הדברים מתנהלים אחרת.

(ב) בישראל בחלוף השנים נעשה מאמץ להביא להסדרתם של יישובים ושכונות אלו, ועל פי רוב הדברים צלחו.

(ג) לעומת זאת באיו"ש, במקום שהתברר שהבנייה נעשתה שלא בגדרן של "אדמות מוחזקות כדין", נוצר קושי בהסדרת הבנייה, בשל הקישור – הייחודי לאיו"ש – בין הבעלות במקרקעין לבין היכולת להביא להסדרתם של המבנים.

(ד) כך נוצר באיו"ש אב-טיפוס (ג): מדובר ביישוב ישראלי שהוקם לפני שנים רבות על פי החלטת ממשלה כדין (לא מדובר כמה שזכה לכינוי "מאחז"). ברבות השנים התרחב היישוב, וההרחבות התרחקו מגרעין היישוב המקורי. לעיתים התברר שההרחבות חרגו מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין".

(ה) המבנים הבנויים על "הרחבות חורגות" אלו נבנו, באופן טיפוסי, לפני שנים רבות. על פי רוב מדובר במבנים שנבנו לפני יותר מעשור, ולעיתים מדובר בהרחבות שנבנו לפני עשרות שנים, ללא כל מחאה, והכול בתמיכת המדינה.

(ו) מבחינה משפטית, מצבם של המבנים ב"הרחבות החורגות" הללו מורכב. מן הצד האחד, הסיכוי שיוצאו צווי פינוי נגד מי שמתגוררים במבנים הללו אפסי, ונראה שיש מניעה משפטית מפני פינוי והריסה. אם תוגשנה עתירות נגד המבנים הללו, הן צפויות להידחות מחמת שיהוי. מן הצד השני, אי-פינוי מחמת שיהוי אין פירושו הסדרה כלל ועיקר. המקרה של החייל יהודה הישראלי הוא דוגמה מובהקת לכך. משרד הביטחון סירב לממן את השיפוץ שנדרש בבית ההורים כדי לאפשר את שיקומו של החייל, משום שהבית – שנבנה לפני שנים רבות מאוד – אינו מוסדר.

(ז) מה דינן של "הרחבות חורגות" אלו מבחינה הסדרתית? סוגיה מורכבת זו נותר לאלו שיבואו אחרינו. המלצתנו בעניין זה היא המלצה חלקית ומגובלת ביותר.

(ח) המלצתנו היא המלצה להסדרה מוניציפלית של ההרחבות החורגות. המפקד הצבאי כבר פעל להסדרה מוניציפלית במועצות המקומיות. המפקד הצבאי קבע כי התושבים ב"הרחבות החורגות", שאינן נכללות בתחום השיפוט של המועצה המקומית, יזכו לקבל שירותים מוניציפליים מהמועצות המקומיות הסמוכות להן.

(ט) המלצתנו היא להחיל דין מוניציפלי דומה באשר ליישובים שבמועצות האזוריות. אין כל הבדל בהקשר זה בין מועצה מקומית לבין יישוב במועצה אזורית. הזכות של התושבים לקבל שירותים מוניציפליים והחובה של המפקד הצבאי לפעול למתן שירותים מוניציפליים היא אחת, בין שבמועצות מקומיות ובין שבמועצות אזוריות.

(י) המלצה זו תביא להסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות" ביישובים שבמועצות האזוריות. עם זאת אין בה משום הסדרה קניינית ותכנונית של "ההרחבות החורגות".

(יא) באשר להסדרה קניינית ותכנונית של ה"הרחבות החורגות": הובאה לפנינו ההצעה להביא להסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית באיו"ש באמצעות ההליך של "איחוד וחלוקה". חוות דעתו של עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, המפרטת את הסוגיה, מצויה בנספח ה לדר"ח זה.

(יב) "איחוד וחלוקה" הוא הליך תכנוני, שמאפשר להתאים את אופן חלוקת הזכויות באזור מסוים לתוכנית חדשה. במסגרת הליך ה"איחוד והחלוקה" תחילה מאוחדת הקרקע באזור מסוים לכדי יחידה קניינית אחת, ובהמשך היא מחולקת מחדש בין כלל בעלי הזכויות במגרשים המקוריים, וצורת המגרשים החדשים ומקומם מותאמים לתכנון החדש.

(יג) הפסיקה קבעה כי הליך של "איחוד וחלוקה", גם אם יש בו ממד של כפייה, אינו בבחינת הפקעה אם במסגרת ההליך לא נכללה נטילה לצורכי ציבור.

(יד) השאלה אם הליך של "איחוד וחלוקה" יכול לשמש להסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית הועלתה אגב אורחא בפסיקה, ונותרה ללא הכרעה.

(טו) אנו מתירים שאלה זו פתוחה לאלו שיבואו אחרינו, אך ראינו חובה לעצמנו להציגה.

§ 564 במקום סיום ראינו להביא מדברים שאמר לאחרונה כב' המשנה לנשיאה (בדימ') כב' השופט א' רובינשטיין, והסכימה עימו כב' הנשיאה א' חיות:

"המציאות המורכבת, זו שביסוד התיק וזו שבנסיבות הכלליות באיזור, מצדיקה גישה פרגמטית של שכל ישר, תחת [...] 'משפטית נטו' [...] אילו חיינו במציאות נורמלית, היו העותרים – במישור המעשי – מוכרים או מקבלים קרקע חלופית, מקום שהקרקע נמצאת בלב ישוב, ללא אפשרות שימוש ממשי מצדם; ואוסיף – בוודאי בחלוף זמן רב כל כך [...] אך [...] איננו מצויים במצב נורמלי. מתבקש איפוא, תוך שמירת הטיעון המשפטי, מבט רחב יותר – פרגמטי – לפתרון, תחת 'ייקוב הדין' " (בג"ץ 5165/15 קאסם נ' הממונה על מתן היתרים, פורסם בנבו (2017)).

§ 565 תם ולא נשלם.

§ 566 **שלמי תודות** ליועץ המשפטי לממשלה ד"ר אביחי מנדלבלית ולצוותו; למתאם הפעולות בשטחים, האלוף יואב (פולי) מרדכי ולאנשיו; למשפטנים ולאנשי המקצוע המעולים של שירות המדינה, שסייעו, תרמו ופעלו כל העת במסירות אין קץ:

מר קובי אלירז ממושרד הביטחון ועו"ד ערן בן-ארי – מזכיר הצוות; המשפטן אבי מאיר ומר שריה דמסקי ממושרד החקלאות (עד לפרישתו של מר דמסקי); גב' ענבר וייס ממנהל התכנון (עד לפרישתה); עו"ד אריאל שמואל ממושרד ראש הממשלה; עו"ד דוד עטר ממושרד החוץ; עו"ד ספיר דיין ממושרדי הממונה.

תודה מיוחדת לעו"ד עמיר פישר, יועץ משרד המשפטים, ולאדריכל שלמה מושקוביץ, לשעבר (ובמשך שנים רבות) יו"ר מועצת התכנון העליונה באיו"ש.

§ 567 ולבסוף אנו שבים ומודים לגב' בינת שוורץ-מילנר, לשעבר ראש מנהל התכנון, ולעו"ד אחז בן-ארי, לשעבר היועץ המשפטי למערכת הביטחון, אשר שימשו חברי הצוות עד לפרישתם משירות המדינה. חוות הדעת המאלפות והמעמיקות שכתבו מצורפות כנספחים לדר"ח זה ומהוות חלק בלתי נפרד ממנו.