



מבזקי הארות פסיקה 86 | דצמבר 2018, 4

## אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים": בעקבות ת"א (מח' י-ם) 29754-11-13 אנג'ל נ' סאלחה

רונית לוי-שנור\*

"וַיִּפְתַּח ה' אֶת פִּי הָאֲתוֹן;  
וַתֵּאמֶר לְבַלְעָם, מָה עֲשִׂיתִי לָךְ,  
כִּי הִפִּיתִנִי, זֶה שֵׁלֶשׁ רְגָלִים"\*

א. מבוא. ב. הקמת הישוב; הקמת המאחז. 1. הקמת כוכב השחר על  
בסיס מפות ההסדר. 2. סגירת השטח והיאחזות הנח"ל. 3. החלטה  
על אזורות ועבודת המטה לקראתה. 4. תפיסה צבאית. 5. הסכמי  
הרשאה. 6. פרשנות ממצטת ופרשנות מרחיבה. 7. התוכנית  
המופקדת 223. 8. עדות הממונה דאז נהרי. 9. התנהגות הממונה  
ביחס לתוכנית המופקדת 223 ולהסכם ההרשאה. 10. הקמת המאחז  
מצפה כרמים. 11. צו סגירה 906. ג. פרשנות סעיף ג' להסכם  
ההרשאה. ד. סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. ה. סיכום.

\* דוקטור רונית לוי-שנור, מרצה בכירה בבית ספר הארי רדזינר למשפטים וחוקרת עמיתה  
במכון גזית-גלוב לחקר נדל"ן במרכז הבינתחומי הרצליה. משפטנית, מתכנתת עירונית  
ומומחית בתחום הקניין והתכנון והבנייה. הדברים האמורים כאן נכתבו בחלקם גם כחלק  
מחוות דעת מטעם בעלי הקרקע הנתבעים, שנערכה על ידי לבקשתם לאחר מתן פסק הדין  
מושא ההארה והוגשה בערעורם כנגד פסק הדין (ע"א 7668/18 סאלחה נ' אנג'ל [תלוי  
ועומד]). לא הייתה לי כל נגיעה אישית לתיק ולעניין מצפה כרמים עת שהתנהל בערכאה  
הדינית או בכל שלב קודם אחר. תודתי נתונה לטל עזריאל על עזרה מצוינת במחקר.  
\* במדבר כ"ב, כ"א-ל.



אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

## א. מבוא

בראשית שנת 2000 הוקם מאחז המכונה "מצפה כרמים", בסמוך לקובת א-נג'מה (כיפת הכוכבים) ול"כוכב השחר", בשטח C באזור יהודה והשומרון, בין רמאללה לבקעת הירדן. כלל המבנים במאחז נבנו שלא בהתאם לתוכנית תכנון תקפה וללא היתר בנייה כדין, וניתנו צווים סופיים להריסתם. המקרקעין עליהם הוקם המאחז הם מקרקעין פרטיים מוסדרים באדמות הכפר דיר ג'ריר. הואיל והמקרקעין פרטיים, ואין חולק כי לא ניתנה הסכמת בעליהם לשימוש בהם למטרת הקמת המאחז, וכי המקרקעין לא הופקעו או נתפסו לצרכים צבאיים, נקודת המוצא היא כי החזקתם בידי מי שאינו בעליהם היא הסגת גבול במקרקעין, המזכה את הבעלים בסעד של פינוי. כך בפרט כאשר, כפי שהיה בתיק זה, מסיג הגבול, לכאורה, תובע את הישארותו בקרקע כלפי הבעלים.

אף על פי כן, ביום 28.8.2018 ניתן על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים, מפי כב' השופט ארנון דראל, פסק דין בעניין אנג'ל,<sup>1</sup> שבו התקבלה התביעה. בפסק הדין ההצהרתי נקבע, כי המקרקעין הוקצו על ידי המנהל האזרחי להסדרות הציונית בהסכם הרשאה;<sup>2</sup> כי המנהל האזרחי אינו רשאי לבטל את הסכם ההרשאה הנוגע למקרקעין או להחריג את המקרקעין מהסכם ההרשאה;<sup>3</sup> כי התובעים הם בני רשות במקרקעין, וכי לבעלי הקרקע, הנתבעים, אין זכות לסלק את ידם של התובעים.

כיצד זה אירע שניתנו על ידי בית המשפט הסעדים אשר התבקשו על ידי מסיגי הגבול, לכאורה? בסיס טענת התובעים הוא כי הקרקע, המצויה לא הרחק ממקרקעין שנתפסו "לצרכים צבאיים" על ידי המפקד הצבאי, ולמעשה לצורך האזרחי של הקמת הישוב כוכב השחר, הגיעה לידיהם מההסדרות הציונית, אשר קיבלה אותה מהממונה על הרכוש הממשלתי, וזאת מכוח הסכם הרשאה. לפי הטענה, אף אם לממונה לא הייתה זכות לערוך עסקה במקרקעין, שכן הם אינם בתחום הצו לתפיסת מקרקעין, ככל שהממונה עשה עסקה הכוללת מקרקעין אלה, הרי שהיא תעמוד בתוקפה לפי סעיף 5

<sup>1</sup> ת"א (מח' י-ם) 29754-11-13 אנג'ל נ' סאלחה (פורסם בנבו, 28.8.2018).

<sup>2</sup> הצו ניתן ביחס למקרקעין הידועים כגוש 19, חלקות 11–16 ו-23, באדמות דיר ג'ריר. על חלקה 11 לא הוקמו מבנים למעשה. חלקה 16 היא אדמות מדינה. בעליהם של חלקות 12, 14 ו-15 לא היו מיוצגים כלל בהליך.

<sup>3</sup> בעניין זה, על אף קבלת הסעדים כמבוקש בכתב התביעה, צוין על ידי בית המשפט כי: "עוד נובעת מכאן המסקנה כי המנהל האזרחי אינו רשאי לבטל את הסכם ההרשאה ביחס למקרקעין או להחריג את המקרקעין מתוך הסכם ההרשאה, ככל שאפשרות זו לא הוגדרה בהסכם". ראו עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 197. כפי שאראה להלן, אפשרות זו הוגדרה בהסכם ומטעם זה בלבד הסעד שניתן אינו יכול לעמוד.



לצו בדבר רכוש ממשלתי,<sup>4</sup> אשר יש בכוחו להדוף את זכות הבעלים כל עוד עומד ההסכם בתוקפו.

האם בדין התקבלה התביעה וניתנו הסעדים האמורים? כפי שאראה כאן, פרשת הדברים העובדתית המשתקפת מתוך המסמכים והעדויות שהיו בפני בית המשפט כלל אינה מסתברת עם המסקנות אליהן הגיע. בית המשפט התעלם מראיות כתובות שנערכו בזמן אמת, הסותרות באופן שאינו משתמע לשתי פנים את הגרסה שהציגו התובעים והממונה על הרכוש לשעבר שהעיד מטעמם. יתר על כן, הסכם ההרשאה שערך הממונה בתיק זה היה, כאמור, עם ההסתדרות הציונית, הזרוע הביצועית של הממשלה לענייני התיישבות, אשר הייתה שותפה לכל מהלך הקמת הישוב כוכב השחר. בהסכם עמה נכללה התניה על הוראות הצו, והוענקה לממונה במפורש הזכות לסיים את ההרשאה בכל עת, על פי שיקול דעתו. מטעמים אלה בלבד היה מן ההכרח לדחות את התביעה. לא כל שכן, כאשר לאותו סעיף 5 לצו אין תחולה בנסיבות העניין אף משורה של טעמים נוספים, וגם לו הייתה לו תחולה, לא היה בו כדי לייצר את המסקנות הקנייניות שנתלו בו.<sup>5</sup>

המוציגים שהגישה המדינה בתיק המשפטי בעניין מצפה כרמים, מאפשרים הצצה נדירה להיסטוריה של הקמת ישוב בשטחי יהודה ושומרון. פרשת הדברים שאתאר כאן על בסיס המסמכים שהציגה המדינה בתיק, עוקבת, עקב בצד אגודל, אחר פרטי הפרטים הכרונוולוגיים של הקמת ישוב על מקרקעין שנתפסו לצרכים צבאיים. ניתן ללמוד ממנה על ההיעדר המובהק של מחשבה ביטחונית ברקע תפיסת הקרקע, אף כי הוצאת צו התפיסה נעשתה במוצהר לצורך שכזה. כל זאת, אף לאחר שניתן על ידי בית המשפט העליון פסק הדין בעניין **דוויקא**.<sup>6</sup> ניתן לראות דרכה גם את היפוך התפקידים שהתרחש בכל הנוגע להתיישבות בשטחים: אם בראשית הדרך, בשנות ה-70 וה-80 של המאה ה-20 המדינה היא שהובילה והגדירה את תכלית ואופן ההתיישבות בשטחים, הרי שבאמצע שנות ה-90 ולאחר מכן, וככל שהתרבו מאמצי הממשלה להגביל את ההתיישבות ולהסדיר את חריגותיה הבולטות במיוחד (המאחזים), כך התגבר למעשה כוחה של ההתיישבות, שכן הפרות החוק הבוטות והנמשכות מצידה לא נאכפו, ולא ניתנה להן כל תגובה שלטונית אפקטיבית ועקבית.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> צו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: "הצו").

<sup>5</sup> במקום אחר בכוונתי להציג ניתוח מלא של המשמעויות הקנייניות, שאינן, לסעיף 5 לצו.

<sup>6</sup> בג"ץ 390/79 **דוויקא נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) (1979).

<sup>7</sup> לתיאור כללי של מגמות אלה, ראו Ronit Levine-Schnur, *Private Property and Public Power in the Occupied West Bank*, 6 EUROPEAN PROPERTY LAW JOURNAL 122 (2017).



אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

## ב. הקמת הישוב; הקמת המאחז<sup>8</sup>

### 1. הקמת כוכב השחר על בסיס מפות ההסדר

בשנת 1980 הוקם באזור יהודה והשומרון ישוב בשם כוכב השחר. ברקע הקמת הישוב עמד הממונה על הרכוש הממשלתי, עת זיהה במקרקעין המוסדרים של אדמות הכפרים דיר ג'ריר וכפר מאלק, בין רמאללה לבקעת הירדן, נכסים בבעלות המדינה הירדנית העשויים להוות בסיס לישוב. הממונה פעל לקידום הקמת הישוב בצוותא חדא עם ההסתדרות הציונית – המחלקה להתיישבות, אשר הייתה שותפה מלאה לכל תהליכי קבלת החלטות ולמימושן. מראשית הדברים הייתה לממונה ידיעה מקיפה ומדויקת ביותר על אודות הבעלות במקרקעין. ידיעות אלה נמסרו על ידו לכלל הגורמים הנוגעים בדבר.

ראשית רעיון הקמתו של הישוב כוכב השחר מתועדת שש שנים לאחר כניסת כוחות צה"ל לאזור, במכתב הממונה על הרכוש הממשלתי מיום 10.5.1973. לפי מכתב זה, מסקר בעלויות שערך הממונה על בסיס רישומי המקרקעין המוסדרים בכפרים דיר ג'ריר וכפר מאלק עלה, כי יש בחזקת הממונה כ-7,000 דונם (אדמות מדינה) באיתור שסומן במפה. במכתב צוין כי השטח הוא מוסדר, ו"יש באפשרותנו להצביע על כל חלקה וחלקה". סומנו גם שטחים פרטיים בבעלות נעדרים<sup>9</sup> ונוכחים. עוד צוין, כי התקיים סיוור באתר בהשתתפות צה"ל והמחלקה להתיישבות (בהסתדרות הציונית), ובעקבותיו הועלתה הצעתו של הממונה לפעול להקמת הישוב. למכתב צורפה מפת איתור על גבי מפת גושים וחלקות (היינו, מפת הרישום לאחר הסדר זכויות במקרקעין), בקנה מידה 1:10,000, ועליה סומנו בצבעים שונים אדמות הנעדרים, המדינה, בעלים נוכחים, וכן סומן קבר שיח' הנקרא קובה א-נג'מה; צוינו היקף השטחים השונים בדונמים; צורפה גם מפה טופוגרפית בקנה מידה 1:50,000 לשם זיהוי השטח עם סביבתו הקרובה (המנהל האזרחי לא צירף את המפות לתיק המשפטי).

<sup>8</sup> פרטי המקרה מוצגים על בסיס תיק המוצגים שהציג המינהל האזרחי בהליך זה, שלא הוטל ספק לגבי תוכנם ועל עצם קיומם הסתמך בית המשפט. בכל מקום שבו הודגשו חלקים מטקסט, ההדגשות הן שלי.

<sup>9</sup> בנכסים בבעלות של "נעדרים" או "נפקדים", כפי שצוינו בחלק מן המסמכים, הכוונה היא לנכסים שבעליהם אינם באזור ומנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הנטוש לפי הצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967. על הממונה על הרכוש הנטוש הוטלה חובת שמירת הנכסים, עד לשוב הבעלים. ראו רוגנית לויין-שנור "עמונה, ממונה ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 73, 30 (2018).



## 2. סגירת השטח והיאחזות הנח"ל

כפי שנהגו אז, וללא כל קשר לצורך ביטחוני, להקמת הישוב כהצעתו של הממונה קדמה הקמת נקודת היאחזות נח"ל במקום. ביום 3.2.1975 ניתנה על ידי מפקד האזור הוראה לסגור שטח (לכאורה לצורכי אימונים, למעשה לצורכי התיישבות), בגודל של 1,000 דונם ב"כוכב השחר". צו הסגירה, מס' 576, סומן כ"שטח כ"ד" (להלן: "צו סגירה 576"). סגירת השטח, במועד הקבוע בצו סגירה 576, נעשתה לפי צו אשר קבע כי הכניסה לשטח ללא היתר היא עבירה עונשית.<sup>10</sup> במכתב הנחיות לביצוע צו הסגירה 576 מיום 18.2.1975 נקבע, כי מפקדי הנפות הנוגעים בדבר לא יאפשרו מתן רישיונות כניסה לשטח (למעט רישיון חד-פעמי לאיסוף יבול).

לצו הסגירה צורפה מפה טופוגרפית, בקנה מידה של 1:50,000, עליה סומן השטח הסגור בטוש. על אף "הנחיתות" היחסית מבחינה טכנית שבה נערכה מפת צו הסגירה, מעולם לא הייתה מחלוקת על גבולותיו: לצד מפת צו הסגירה שהובאה בפומבי, היה בידי הממונה, ההסתדרות הציונית, ומפקדת הפיקוד, מיפוי מדויק שהתבסס על מפת גושים וחלקות כאמור. בהתאם לכך, הוטל על מפקד נפת רמאללה, בתיאום ובנוכחות נציג הממונה, לסמן את השטח בחביות, כאשר החביות הוצבו בכל 100 מטרים. המקרקעין אינם בתחום צו הסגירה,<sup>11</sup> ואינם גובלים בו. הצו עמד בתוקפו עד ליום 5.2.2009.

לאחר סגירת השטח, ביום 29.12.1975, דיווח הממונה לסגן מפקד האזור על ההיקף המדויק של השטח שנסגר – 1,070 דונם, ופירט את הבעלויות במקרקעין שנסגרו: 665 דונם אדמות נוכחים; 269 דונם אדמות נפקדים; 136 דונם אדמות מדינה, ומסר פרטים נוספים על אודות הבעלים ונכסים אחרים שיש להם. הממונה הציע למקם את המאחז באדמות המדינה, שהן טרשיות, וציין כי עד לסגירת השטח שימשו הקרקעות לחקלאות. צורפו למכתב מפות הרישום של הכפרים דיר ג'ריר וכפר מאליק, עליהם סומן צו הסגירה. צורפו גם רשימות של שמות הבעלים ופירוט נכסיהם בתחום הסגירה ומחוצה לה (מפות ורשימות אלה לא הוצגו על ידי המנהל האזרחי). נוכח חשיבותו, מובא מכתב זה כאן בשלמותו.

<sup>10</sup> ס' 90 (א) לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970; בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2), 169, 178-179 (1973).

<sup>11</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 93. בפסקה זו נפלה טעות סופר: מצוין כי מצפה כרמים "אינה מצויה בתוך השטח שנכלל במפת צו התפיסה ובמפת צו הסגירה 18/80", כאשר הכוונה היא, ככל הנראה, כי "במפת צו הסגירה ובמפת צו התפיסה 18/80".



אינן אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

מפקדת איזור יהודה ושומרון  
הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי

מינהל מקצועי ישראל

המשרד הראשי

סימוכין 28-106/א  
תאריך 29.12.75

רח' כורש 14  
בנייה ד'  
טל. 226401  
ירושלים

מבן מפקד איו"ש, אל"ם מ. מלרמן  
א. ביידיץ, סמנכ"ל טמ"י

הסניפים

חברון  
טל. 02-972536

הנדון: - בוכב השחר, שטח שנפגז לצרכים צבאיים

בית לחם  
טל. 02-942593

א. בפברואר 1975 נסגר שטח של כ-1,070 דונם לפי צו סגירה.

יריחו  
טל. 02-922612

ב. בעלות הקרקע

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

רמאללה  
טל. 02-952747

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

שכם  
טל. 053-9411631

2. מספר בעלי הקרקע הנוכחים מדיר ג'ריר כ-90.  
מספר בעלי הקרקע הנוכחים מכפר מאליק כ-25.  
ראה רשימות מצורפות.

טול כרם  
טל. 053-98378100

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

ג'נין  
טל. 065-2387416

ג. סימוני קרקע

עד לסגירה שימשה הקרקע לחקלאות בעל. יתכן שמספר חלקות הושקו באביב מנחל זלקה ומזאדי אל - ק"ט שטח נחלי אכזב.

ד. מיקום המאחז

מוצע למקם המאחז באדמות מדינה שהן טרסיות.

לוסה: 2 מפות כפר דיר ג'ריר וסימון הסגירה.

2 מפות כפר מאליק וסימון הסגירה.

כ"כ מצורפות רשימות הבעלים ופירוט שטחיהם כהחום הסגירה ומחוז לסגירה.

בברכה  
ד. רוזנבלט  
הממונה



### 3. החלטה על אזור ועבודת המטה לקראתה

זמן קצר לאחר סגירת השטח לצרכים צבאיים, ב-29.6.1976, החליטה הוועדה לענייני התיישבות המשותפת לממשלה ולהסתדרות הציונית, על הקמת היאחזות נח"ל במקום. החלטה זו נשמרה בסודיות ו"לא נרשמה בפרוטוקול הוועדה להתיישבות מפאת אופייה הסודי". כמה שנים פעל הנח"ל במקום, עד שב-10.4.1979 החליטה הוועדה "לאזרח" את כוכב השחר ולהקים ישוב חדש במקום.

לקראת אזור כוכב השחר, נערכה עבודת מטה, עליה דיווח רע"ן נכו"ם (ראש ענף נכסים ומחנות), סא"ל מנוח זהבי, במכתבו מיום 8.7.1980. צוין שם כי בכוונת המטכ"ל לבחון אפשרות לשנות את צו הסגירה לצו תפיסה. הוזכר, כי השטח הוא מוסדר (במקור צוין "אינו מוסדר", אך הדבר תוקן במכתב נוסף), ועל פי הרישומים, הבעלויות בשטח הסגור הן, כפי שציין הממונה בהתכתבות קודמת, היינו 665 דונם אדמות פרטיות; 269 דונם אדמות מדינה (ככל הנראה זו טעות דפוס, הכוונה לנעדרים); ו-136 דונם אדמות מדינה. בהנחיות לביצוע, הוטל על הממונה לאשר להסתדרות הציונית להקים מבנים אך ורק בתחום שטח הסגירה. על ההסתדרות הציונית הוטל על ידי רע"ן נכו"ם לוודא אי-חריגה מתחומי השטח הסגור על פי תצלום המפה שצורפה.

### 4. תפיסה צבאית

ביום 29.7.1980 נחתם צו תפיסה מספר 18/80 לתפיסת 850 דונם מקרקעין "לצרכים צבאיים", ולמעשה לצורכי הקמת הישוב. לצו התפיסה צורפה מפה (להלן: "צו התפיסה")<sup>12</sup>. המפה שצורפה היא מפה טופוגרפית בקנה מידה של 1:20,000, שבה סומן שטח התפיסה בטוש. בעת הוצאת צו התפיסה הוקטן במכוון שטחו למול שטח צו הסגירה.<sup>13</sup>

למחרת החתימה על צו התפיסה, הפיץ רע"ן נכו"ם נוהל למימוש הצו (להלן: "נוהל התפיסה"). בנוהל התפיסה צוין שינוי יחיד בהיקפי השטחים לעומת אלה שצוינו בעבודות המטה: עם הוצאת צו התפיסה נגרעו 225 דונם משטח האדמות הפרטיות שנכללו בצו הסגירה. היינו, מפת התפיסה נגזרה מתוך מפת הסגירה שסומנה על גבי מפת הבעלויות (מפת הרישום), שצורפה למכתבו של הממונה מיום 29.12.1975.

<sup>12</sup> הוצאת צו התפיסה עמדה, לכאורה, בניגוד להחלטת ממשלה הת/145 מיום 11.11.1979, שניתנה בעקבות פסק הדין בעניין **דוויקאת**, לעיל ה"ש 6, שבה הוחלט על הפסקת השימוש בצווי תפיסה צבאיים לצורך הקמת ישובים, ותחת זאת "להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן, חבל עזה ורמת הגולן, על-ידי תוספת אוכלוסין לישובים קיימים ועל-ידי הקמת ישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה".

<sup>13</sup> עניין **אנג'ל**, לעיל ה"ש 1, פס' 100.



## אינן אתונות מדברות ואינן מלאכים בכרמים : על פרשת "מצפה כרמים"

האדמות שנגרעו היו מעובדות או ניתנות לעיבוד, אשר לא הוחזקו בפועל על ידי הנח"ל. מידע על הקטנה מכוונת זו של שטח התפיסה לעומת שטח הסגירה נמסר לנציג בעלי הקרקעות המתנגדים, עו"ד חורי, בידי רע"ן נכו"ם עצמו. העובדה כי היה בידי רע"ן נכו"ם מידע על אודות הבעלות במקרקעין שנתפסו, והעובדה כי נגרעו רק מקרקעין בבעלות פרטית, מעידה כי היו בנמצא סימונים מדויקים על מפת הגושים והחלקות. אלה לא הוצגו על ידי המנהל האזרחי.

הנוהל מפנה הוראות ביצוע הן לממונה והן להסתדרות הציונית. הממונה נדרש, בין השאר, להעביר הודעות רשומות לבעלי הקרקעות בצו, ולהודיעם על זכותם לקבל פיצוי ודמי שימוש. ההסתדרות הציונית נדרשה לוודא אי-חריגה מתחום הצו בעת עבודות המימוש, לתקצב את דמי השימוש והפיצויים לבעלים, ולהכין תכניות מתאר ללשכת התכנון העליונה לאישור.

כיוון שכל שטח צו התפיסה מצוי בתחומי צו הסגירה, ממילא המקרקעין הנדונים אינם בתחום צו התפיסה,<sup>14</sup> ואף אינם גובלים עמו.

תפיסת השטח להתיישבות מומשה באמצעות גרעין מ"גוש אמונים", שעלה על הקרקע באוגוסט 1980. שטח התפיסה גודר בהתאם לצו התפיסה.

התברר כי ישנה תאימות רבה בין השטח הנקוב בדונמים בצו התפיסה לבין היקף השטח המסומן במפת הצו – פער של שלושה דונמים בלבד. ולא בכדי. כפי שעלה בברור מהמסמכים, כאמור, ההחלטה על סגירת השטח כמו גם על תפיסת השטח נעשתה על בסיס מסמכי הסדר המקרקעין והמיפויים המדויקים שנערכו במסגרתם.

ישנה אף תאימות רבה בין השטח שנתפס לפי צו התפיסה לבין מימוש התפיסה בפועל במשך השנים, כך שצו התפיסה תורגם במשך עשרות שנים בדומה למפת הצו שצורפה לו. המנהל האזרחי עמד במסגרת תיק זה על כך שאין לראות בכל שטח שהוא, שאינו כלול בתחום צו התפיסה 18/80, כשטח "התפוס בפועל". לשיטתו, תחומי הצו ברורים מכוח מפת הצו שצורפה לו. בסיכומי המנהל (המשקפים גם את עמדת המפקד הצבאי), נטען כי יש לדחות את הטענה לקיומו של צו בעל-פה המרחיב את גבולות התפיסה, טענה שהתבססה על עניין **חברת האוטובוסים**:<sup>15</sup>

"אין הנדון דומה לראיה. שכן בענייננו הטענה אינה לצו שניתן בעל פה, אלא צו תפיסה בכתב, ששטחו הוגדל (לכאורה, בעל פה) ב-40% בפועל, מבלי שהובאה כל ראיה לכך שהמפקד הצבאי ביקש להגדיל את

<sup>14</sup> שם, פס' 93.

<sup>15</sup> בג"ץ 469/83 חברת האוטובוסים המאוחדת הלאומית חברון בע"מ נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 1.4.1992).





הצו ו/או הגדילו הפועל, ובעוד האינדיקציות מצביעות על תמונה עובדתית שונה. ממסמכים מתקופת הוצאת צו התפיסה ניתן ללמוד על כוונה לגרוע מצו התפיסה שטחים שנכללו בו, ולצמצם את שטח התפיסה".

בית המשפט קיבל את עמדת המנהל האזרחי, וקבע כי "לא הונח בסיס מספיק לקבוע כעובדה שצו התפיסה חל גם על השטחים האחרים שאינם נכללים בתוך השטח שנקבע או סומן בגדרה של מפת צו התפיסה",<sup>16</sup> וכן נקבע כי:<sup>17</sup>

"אף שעלה מתוך העדויות כי התפיסה אינה מצומצמת למפה שבצו אלא לתפיסה שבפועל, לא הונחה תשתית ראייתית מספיקה לקבוע כי אכן כך היה בפועל וכי הגדר הייתה ממוקמת באופן שכולל את מלוא השטחים שנכללים במערכת ההנחיות 223 בתוך תחום התפיסה.<sup>[18]</sup> בנוסף לכך, לא הוכח כי כוונת מפקד האזור שהורה על התפיסה הייתה לחרוג מתחומי צו הסגירה אלא ההיפך. המסמכים שצורפו לצו התפיסה מלמדים על כוונה לתפוס שטח קטן יותר".

## 5. הסכמי הרשאה

כפי שראינו, ההסתדרות הציונית הייתה שותפה מלאה לתהליך הקמת הישוב עוד מראשיתו. היא הייתה אורגן מרכזי בייזום הקמת הישוב, בהחלטות על יישובו, אזרוחו, ובמימוש התפיסה הצבאית. לאחר שהושלמה מלאכת הקמת הבסיס המשפטי לישוב, נדרשה ההסתדרות הציונית לפעול לביסוסו הפיזי. לשם כך ערך עמה הממונה על הרכוש הממשלתי הסכם הרשאה.

כידוע, ההסתדרות הציונית היא הזרוע הביצועית של הממשלה לעניין התיישבות באזור יהודה והשומרון. היא "הוקמה לאחר מלחמת ששת הימים, בעקבות פניית ראש הממשלה המנוח לוי אשכול להסתדרות הציונית, לסייע לממשלה בקידום ההתיישבות בשטחים המוחזקים".<sup>19</sup> כפי שציין בית המשפט העליון בעניין גלאון:<sup>20</sup> "החטיבה להתיישבות היא חלק מן המוסדות הלאומיים – ההסתדרות הציונית – ומעוגנת מוסדית

<sup>16</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 99.

<sup>17</sup> שם, פס' 100.

<sup>18</sup> על מערכת ההנחיות ראו להלן, טקסט סמוך לה"ש 30.

<sup>19</sup> בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, בפסקה ב' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 5.9.2017).

<sup>20</sup> בג"ץ 3301/15 גלאון נ' סיעת הליכוד בכנסת ה-20, בפסקאות טז ו-כא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 29.6.2015).



אינן אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

בהיסטוריה חשובה ומשמעותית של הציונות ובניין הארץ [...] קשה מאוד להתייחס אליה כ'קבלן שירותים' גרידא [...] כך, שאם היא משמשת לעניין כלשהו 'ידה הארוכה של הממשלה', לא יתכן הבל ממשי מאשר אילו עשתה הממשלה עצמה את הפעולה".<sup>21</sup>

זהות, ולמעשה אחדות אינטרסים כללית זו, הבאה לידי ביטוי מלא בנסיבות המקרה הקונקרטי של הרקע להקמת הישוב, ובפרט האמור בנוהל התפיסה, צריכה להיות הבסיס לפרשנות הסכמי ההרשאה ולהסקת מסקנות מנסיבות הכריתה. בדיוק כשם שאין בכוונת הממונה על הרכוש הממשלתי להקצות שטח שלא מצוי בניהולו, כך אף אין זו כוונת ההסתדרות הציונית כגורם מיישב. בדיוק כשם שאין בכוונת הממונה להוסיף ולהקצות שטח אם התברר כי אין הוא בניהולו (בין שהיה וחדל ובין שלא היה להלכה מעולם), כך אף אין זו כוונת ההסתדרות הציונית להחזיק בשטח כזה. בדיוק כשם שכוונת הממונה היא להקצות את השטח שנתפס בצו התפיסה, הא ותו לאו, כך היא אף כוונת ההסתדרות הציונית. כך על כל פנים צריך להיות מן הבחינה הנורמטיבית.

ביום 23.2.1981 נערך "הסכם הרשאה" בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית, הסכם אשר מטרתו המוצהרת היא הקמת ישוב וביסוסו. תוקף ההרשאה נקבע רטרואקטיבית ליום 1.10.1980. ההסכם הראשון נערך לתקופה בת חמש שנים; לאחר מכן הוארך לשתי תקופות נוספות של חמש שנים (בשנים 1990 ו-1995); ולבסוף, טרם פקעה ההרשאה האחרונה, נערך בשנת 1997 הסכם הרשאה ל-49 שנים.

אף על פי שבעבודת המטה קודם לאזרוח הישוב הוחלט על צמצום שטחו למול צו הסגירה, ועל "שחרור" כ-220 דונם קרקע פרטית לבעליה, בכל הסכמי ההרשאה צוין כי היקף השטח הוא 1,071 דונם, וצורפה להם מפת צו סגירה 576. על המפה צוינו המילים הבאות:

"כוכב השחר"

**צו תפיסה: 576 כ"ד**

שטח כ-1,071 ד"ד".

היינו, בהסכם ההרשאה נוצר למעשה, וככל הנראה עקב טעות גרידא, בלבול ואולי "המזגה" בין שטח ומפת צו סגירה 576 (שטח כ"ד), להחלטה הנורמטיבית על התפיסה

<sup>21</sup> ראו גם ס' 6ב לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952, אשר תוקן בס"ח התשע"ו 2518 (29.12.2005).



המאפשרת החזקה במקרקעין.<sup>22</sup> לא הונחה כל תשתית משפטית המקנה כוח לתפוס את ההחזקה באותם 220 דונמים שבתוך צו הסגירה ומחוץ לצו התפיסה. אין חולק, כאמור, כי צו סגירה אינו מקנה את הכוח לתפוס החזקה במקרקעין, ועל כן, אין בסיס לתפיסת ההחזקה באותו שטח הכלול בתחום הסכם ההרשאה ושאינו בתחום צו התפיסה. צו הסגירה אינו מקנה למפקד הצבאי זכות או כוח לתפוס החזקה במקרקעין, ממילא אין הוא מקנה כוח להתיר לאדם אחר לעשות בהם שימוש כזה. כל הצדקתו של צו הסגירה היא צבאית-ביטחונית במובן הצר והמובהק של העניין. הגבלת הגישה למקרקעין לצורך שימוש בהם כשטח אש, אינה מתיישבת עם ישובם והחזקתם בידי פרטים, יהיו מוצאם וטיבם אשר יהיו. לבעלי המקרקעין שמקרקעיהם נסגרו מכוח הצו לא מוענקים פיצויים.<sup>23</sup>

## 6. פרשנות ממצטת ופרשנות מרחיבה

לשון ההסכם אם כן אינה עקבית. מצד אחד המילים "צו תפיסה", מהצד האחר צורפה לו מפת צו הסגירה וציון השטח בדונמים המאפיין את צו הסגירה. הפרשנות הממצטת האפשרית לפי הלשון: שטח ההרשאה הוא שטח התפיסה (850 דונם). הפרשנות המרחיבה: שטח ההרשאה הוא שטח הסגירה (1,070 דונם).

נוכח חוסר העקביות שבלשון, יש ללמוד על כוונת הצדדים מאומד דעתם במועד הכריתה כפי שהיא נלמדת גם מן הנסיבות – המשתקפות בעל פה, בכתוב, ובהתנהגות – לפני הכריתה ולאחריה.<sup>24</sup> אם הכוונה אינה ברורה, נבקש לאתר את התכלית האובייקטיבית (הסבירה) של ההסכם.<sup>25</sup>

מנסיבות הכריתה – המסמכים וההתנהגות – עולה תמונה ברורה לפיה כוונת החוזה הייתה להקצות את השטח שנתפס מכוח צו התפיסה. ההסתדרות הציונית והממונה, שניהם, קיבלו הנחיות לביצוע ממפקדת האזור, וספציפית מרע"ן נכו"ם. בהנחיות אלה, נוהל התפיסה, הוטל על ההסתדרות הציונית לוודא אי-חריגה מתחום צו התפיסה בעת

<sup>22</sup> במכתב רכות תכנון מיפוי ומדידות ביחידת הממונה לעוזר היועץ המשפטי מיום 11.5.2003, צוין כי המפה שצורפה להסכם ההרשאה בשנת 1981 היא של צו הסגירה, שעליה נרשם "כנראה בטעות" צו תפיסה 18/80.

<sup>23</sup> ראו ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.4.2010).

<sup>24</sup> גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 416, 420 (2005). מכלל אוקיינוס הכתיבה והפסיקה על פרשנות אפנה רק לפסק דין עדכני בנסיבות הקרובות לענייננו: ע"א 8300/15 רשות הפיתוח נ' לבניין מוצרי מלט בע"מ (פורסם בנבו, 29.8.2017).

<sup>25</sup> על הסכם ההרשאה חלים דיני מדינת ישראל, לפי סעיף 21 להסכם.



אינן אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

עבודות המימוש. באותו הנוהל הודגש גם כי תחום התפיסה קטן מתחום הסגירה, וצוין השטח המדויק של התפיסה. הדברים היו ידועים וברורים וצוינו באותיות קידוש לבנה. בית המשפט קבע אכן, כי כוונת הצדדים להסכם הייתה להקצות את תחום התפיסה לפי צו התפיסה.<sup>26</sup> בית המשפט מוסיף וקובע, כאמור, כי שטח התפיסה מומש וגודר בפועל.<sup>27</sup>

אף על פי שבית המשפט קובע כי תחום התפיסה הוא 850 דונם, ואף כי הוא קובע שהשטח שנתפס אינו עולה על היקף השטח שבמפת צו התפיסה,<sup>28</sup> הוא מאמץ תזה שהעלו התובעים, לפיה חתימת הממונה על תשריט תכנוני (לכאורה, שנה לאחר הסכם ההרשאה) "מעדכנת" למעשה את תחום התפיסה כפי שהבינו אותו הצדדים להסכם מתחום הצו לתשריט התוכנית, לכאורה, שכן תחום הצו היה עמום ולא מדויק ואילו התשריט היווה מדידה מדויקת.<sup>29</sup> קביעה זו אינה יכולה לעמוד.

## 7. התוכנית המופקדת 223

כאמור, לפי נוהל התפיסה, ההסתדרות הציונית נדרשה להכין תוכנית מתאר לישוב, ולהעבירה למועצת התכנון העליונה לאישור. ההסתדרות הציונית אכן ערכה תוכנית, אותה הגישה למועצת התכנון העליונה הפועלת לפי חוק התכנון הירדני,<sup>30</sup> וזו החליטה על הפקדתה ביום 17.1.1982. אולם, שאלה היא אם החלטה זו קיבלה תוקף. בתיק המסמכים ישנה הודעה מיום 28.5.1983 (שנה וחצי לאחר מכן), על הפקדת תוכנית מתאר מפורטת לכוכב השחר, אשר לא ברור ממנה היכן ובאיזה אופן פורסמה, אם בכלל.

לא הוצגו ראיות על כי החלטת ההפקדה פורסמה להתנגדויות בעיתונות, כפי הדרוש בחוק התכנון, דרישה שהיא תנאי לתקפותה של החלטת ההפקדה.<sup>31</sup> לא הובאו כל ראיות לכך שהתוכנית נדונה ואושרה לתוקף, ולא הוצגו ראיות לכך שדבר אישורה של

<sup>26</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 135.

<sup>27</sup> שם, פס' 99.

<sup>28</sup> שם, פס' 100.

<sup>29</sup> שם, פס' 134.

<sup>30</sup> חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים מס' 79 לשנת 1966 (להלן: "חוק התכנון").

<sup>31</sup> ס' 20 ו-24(1) לחוק התכנון. החוק הירדני נותר בתוקף, ושונה מעת לעת בתחיקת הביטחון. במועד הקובע לענייננו, היה בתוקף צו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א-1971, כפי שתוקן גם בצווים מס' 577 (17.12.1974); מס' 778 (7.2.1979); ומס' 814 (11.12.1979). אין בצווים אלה כל התייחסות לנושא הפרסום.



התוכנית פורסם כנדרש בחוק, דרישה שהיא תנאי לתקופתה של התוכנית. תוכנית שלא קיימה תנאים אלה, איננה בתוקף.<sup>32</sup>

הממונה לא חתם על תקנון התוכנית, ובתוכנית לא מצוין שמו. לא מצוין בתוכנית דבר צו התפיסה. לא מצוינים פרטים על אודות הבעלות. לא מצוין כי המקרקעין מוסדרים. התוכנית מציינת את יוזמת התוכנית (הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה); את מגישת התוכנית – ההסתדרות הציונית; את עורכת התוכנית – הסוכנות היהודית, ואת מבצע התוכנית – משרד השיכון.

לפי התוכנית, היא כוללת שטח של 1,416 דונם, היינו 566 דונמים מעבר לשטח שנתפס. מתוך שטח התוכנית, 933 דונמים הם "שטח שייעודו ייקבע בעתיד", כאשר "ייעודו של שטח זה ייקבע לאחר שיתבהרו אפשרויות הרחבת גבולות הישוב. כל בניה לא תותר בשטח עד לאישור תכנית מפורטת שתקבע יעודו" (סעיף 10 לתוכנית). החלק הארי של שטח זה מצוי מחוץ לצו התפיסה, ואף מחוץ לצו הסגירה. **המקרקעין הנדונים בפסק הדין מצויים בתחום שטח זה.**

ההסתדרות הציונית ידעה היטב כיצד הוקם הישוב. היא הייתה שותפה מלאה להקמתו. אם רצתה לחרוג מתחום צו התפיסה, לא הייתה לה כל סמכות לעשות כן. מפקד האזור הנחה אותה במפורש, בנוהל התפיסה, להימנע מלחרוג מצו התפיסה בעת המימוש. לפיכך, אחת משתיים: או שההסתדרות הציונית בחרה ביודעין להפר את הוראות מפקד האזור ולהשתלט על שטח פרטי שאינו תפוס, או, וחזקת התקינות המנהלית תעמוד לה בעניין זה, לא הייתה לה כל כוונה להשתלט על שטח פרטי שאינו תפוס. לפי פרשנות זו, הכללתו בתחום התוכנית של שטח שייעודו ייקבע בעתיד, כאשר אין לגביו צו תפיסה, לא נועדה אלא לבטא את האפשרות לפתח את הישוב בעתיד באזור זה, לאחר שיתבהרו אפשרויות ההרחבה. כך, ההסתדרות הציונית רצתה לאותת על כיווני ההתפתחות המתאימים בראייתה התכנונית. אולם, אין זה אלא מסתבר כי היא לא ייחסה לתוכנית כל משקל נורמטיבי לגבי הזכויות בקרקע. איש לא עשה כן. ולא יכול היה לעשות כן.<sup>33</sup>

על תשריטת התוכנית המופקדת 223 שבתיק לא מופיעה חתימת מועצת התכנון העליונה עם החלטתה על הפקדה, או כל צעד תכנוני אחר, כפי שמקובל בתשריטים

<sup>32</sup> ס' 24(4)–(6) לחוק התכנון.

<sup>33</sup> במסמך מיום 11.5.2003 כותבת רכזת תכנון מיפוי ומדידות ביחידת הממונה מכתב לעוזר היועץ המשפטי תיאור של עיקרי העובדות הנוגעות לכוכב השחר, ואינה מציינת את תוכנית 223 כתוכנית שנחתמה על ידי הממונה. כמו כן, מצוין שם כי תוכנית 223/1, שתואר להלן, היא בגבול מפת צו הסגירה, בהתאם להסכם ההרשאה. לא מצוין דבר לגבי חריגה מתחום זה.



## איך אתונות מדברות ואיך מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

שאושרו להפקדה או לתוקף. מופיעה עליו חתימה של ההסתדרות הציונית כ"יוזם", של הממונה על הרכוש הממשלתי ברובריקת "בעלי הקרקע", ושל המתכנן. כמו כן, מופיעה חתימתו של אדריכל שלמה מושקוביץ "הממונה לפי צו [לא ברור] תשמ"ב" (עליה אעמוד להלן). לחתימות לא נלווה תאריך.

האם יש משקל כלשהו לחתימה זו של הממונה על הרכוש הממשלתי? ככלל, חתימה על תכניות אינה מעידה על בעלות במקרקעין, ואישור תכניות אינו מקנה זכויות קניין.<sup>34</sup> מעבר לטעמים כלליים אלה, בענייננו ידוע היטב להסתדרות הציונית כי לממונה חלק מסוים בלבד מן המקרקעין בתחום התוכנית (אדמות המדינה). של חלק אחר הממונה אינו אלא המנהל של המקרקעין כתפוסים מטעמו של מפקד האזור. חלק אחר מן השטח, כידוע להסתדרות הציונית, לא היה מעולם תחת ידיו של הממונה. מפקד האזור אסר על ההסתדרות הציונית להיכנס לשטח זה. זהו השטח עליו נאמר כי ייעודו יקבע לאחר שיתבהרו אפשרויות השימוש בו. זהו השטח נושא תיק זה.

לפי קביעת בית המשפט "מכוח צו 997 שעוסק בהסדרת התכנון והבנייה בשטחים תפוסים, אושרה להפקדה ביום 17.1.1982 תוכנית מתאר מפורטת מס' 223 בכוכב השחר".<sup>35</sup> אולם, צו מס' 997 כלל לא היה בתוקף ב-17.1.1982. צו זה נחתם על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור רק ביום 2.8.1982,<sup>36</sup> ופורסם בקובץ מנשרים צווים ומינויים רק ביום 5.5.1983. היינו, בעת שנדונה התוכנית להפקדה, לא בא הצו לעולם. יתר על כן, כל שצו מס' 997 (בנוסחו המקורי) קבע, הוא כי עבודות ושימושים בקרקע בשטחים תפוסים חייבים בהיתר מאת הממונה לפי צו זה, ואת תוצאות הפרת חובה זו. הצו לא קבע דבר בנוגע למערכת הנחיות או להליכים תכנוניים. רק ביום 29.5.1985 קבע ראש המנהל האזרחי תקנות, שבהן נקבע כי "הממונה יהיה רשאי לקבוע מערכת הנחיות להוצאת היתרים במקום פלוני וכללים להכנת מערכת הנחיות כאמור". "מערכת הנחיות" הוגדרה כ"מערכת כללים להוצאת היתרים בשטח תפוס, הכוללת תשריט והוראות בדבר תחיתת שטחים ותנאי שימוש בקרקע ובבנינים בתוך כל שטח כאמור".<sup>37</sup>

<sup>34</sup> דנ"א 2415/01 פליצה ראוהן בע"מ נ' סופיוב (פורסם בבנו, 30.5.2001).

<sup>35</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 22.

<sup>36</sup> צו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982.

<sup>37</sup> תק' 1 ו-5 (א) לתקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון), התשמ"ה-1985.



באשר לחתימתו על התשריט של אדריכל שלמה מושקוביץ "הממונה לפי צו [לא ברור] תשמ"ב", הרי שככל שהכוונה למינויו כממונה לפי צו מס' 997 משנת התשמ"ב, היא לא הייתה יכולה לבוא לעולם בעת הכנת התוכנית או ההחלטה על הפקדת התשריט, שכן במועד זה כאמור צו מס' 997 לא היה בתוקף, ובשנת 1982 לא היו בנמצא התקנות מכוחן נקבע שניתן לערוך מערכת הנחיות, אלא רק בשנת 1985. כך, אף אין לדעת מתי נחתם התשריט על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי. על כן לא יכולה לעמוד הקביעה העובדתית שלפיה תוכנית 223 אושרה להפקדה ביום 17.1.1982 לפי צו מס' 997, וכל הנובע ממנה.

בנוסף, אף אם תוכנית 223 אושרה להפקדה לפי צו מס' 997, מה משמעות הדברים? מערכת ההנחיות היא למעשה כללים להוצאת היתרים. אין במערכת ההנחיות כדי להעיד דבר או חצי דבר על היות המקרקעין תפוסים. הסדר הנכון הוא בדיוק הפוך: אין למערכת הנחיות תוקף, אלא אם השטח הוא תפוס. כאמור בסעיף 2 לצו מס' 997: "לא יעשה אדם אחד מאלה ולא יתחיל לעשותו בשטח תפוס". מהו "שטח תפוס"? לפי סעיף 1 לצו: "שטח שנתפס על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור לצרכים צבאיים". לא נתפס שטח, לא יחול עליו צו מס' 997. ואם אושרה לגביו מערכת הנחיות, אין היא בתוקף. ואם לא אושרה מערכת הנחיות? שאני. על כן, קביעת בית המשפט כי "תכנית 223 אושרה על יסוד הנחה, גם אם בדיעבד מוטעית, כי כל השטח המאושר הוא שטח שנתפס מכוחו של צו תפיסה, שאם לא כן לא ניתן היה לאשרה לפי צו 997"<sup>38</sup>, היא שגויה: תוכנית 223 לא אושרה; הנחה נטענת כאמור לא בוססה ואינה מסתברת; אם התוכנית הייתה מאושרת אין זה אומר שהקרקע היא תפוסה, ההיפך הוא הנכון: אם הקרקע אינה תפוסה אישור התכנון לפי צו מס' 997 הוא חסר תוקף.

זאת ועוד. מערכת ההנחיות אינה מעידה על זכויות בקרקע ולא על זכויות תכנון. כאמור, היא אינה מקנה זכויות בקרקע ולא זכויות תכנון. היא אינה מהווה בסיס לקביעות קנייניות. כל שיש בה הוא מנגנון לפיו יוצאו היתרי בנייה, כל היתר ובחינתו הפרטנית. אין בכוחה של מערכת הנחיות אלא להנחות כיצד יוצאו היתרי בנייה. כפי שצוין לאחרונה בפסק דין אחר שניתן בהליך נגד הממונה על הרכוש הממשלתי: "מקובלת עליי עמדתו העקרונית של המשיב, לפיה מסמך תכנוני שאינו כולל תוכנית איחוד וחלוקה, אינו מקנה בהכרח זכויות קנייניות במיוחד כך, לנוכח שבמקרה הנדון

<sup>38</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 133.



אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

מדובר במסמך תכנוני מאוחר לחוזה הכולל ציון מפורש כי אין בו כדי להקנות כל זכות קניינית.<sup>39</sup>

יש לזכור כי דיני התכנון והבנייה באזור קובעים מנגנון מורכב לקבלת החלטות, שיש בו כדי להבטיח את איכות ההליך התכנוני ואת שמיעת מכלול האינטרסים הנוגעים בדבר קודם קבלת החלטה. ראשית, התכנון נגזר ממערכת היררכית של תוכנית אזורית, כללית ומפורטת. שנית, כל תוכנית מלווה בפרוצדורה של דיון להפקדה, הפקדה פומבית ופרסום בעיתונות וברבים להתנגדויות למשך 60 יום, שמיעת התנגדויות, דיון בהתנגדויות, החלטה על אישור התוכנית, ופרסום אישור התוכנית בעיתונות וברבים. הליכים אלה מאפשרים לברר את מכלול ההיבטים התכנוניים והאחרים, ובכללם נתוני הבעלות הרלבנטיים, תוך שילוב הדדי בין פועלם של מוסדות הציבור התכנוניים לאינטרסים פרטיים שישמעו בפניהם. כך, למשל, החוק קובע כי כל בעלי הזכויות בנכסים בתחום התוכנית זכאים להגיש את התנגדויותיהם לתוכנית, וכל התנגדות תידון ותיענה. בנוסף, החוק קובע כי טרם הכנת תוכנית תכנון כלשהי יש לערוך דין וחשבון על האזור, ובכלל זה על הבעלויות בקרקע.<sup>40</sup> ויש לזכור, כי הבעלויות בקרקע במקרה זה ידועות היטב, שכן המקרקעין הם מוסדרים ורשימות הבעלים מצויות בידי לשכת רישום המקרקעין.

כאשר דבר מכל אלה לא נעשה בקביעתה של מערכת הנחיות לפי צו מס' 997, ככלל, וכאשר דבר מכל אלה לא נעשה בנוגע לתוכנית המופקדת 223 דכאן, אדרבא ואדרבא שלא צריך להינתן למערכת ההנחיות כל משקל שיש בו כדי לשלול את או לפגוע בזכויות הקניין של בעלי הקרקע. ואכן, אין מערכת ההנחיות יונקת את כוחה (המוגבל ממילא) אלא מקיומה של תפיסה צבאית. רק תפיסה זו, בשל מאפייניה הצבאיים, מצדיקה (אם בכלל) פגיעה בנורמות תכנוניות ובעניינם של בעלי הזכויות. אולם, כאשר אין תפיסה בנמצא, למערכת ההנחיות אין אלא משקל אפס.

## 8. עדות הממונה דאז נהרי

בית המשפט לא קובע כי למערכת ההנחיות יש תוקף נורמטיבי מבחינת קביעת זכויות קנייניות או אובליגטוריות. הוא קובע כי הסכם ההרשאה נוגע לשטח התפוס. על אף זאת, בית המשפט מקבל את עדותו של מר נהרי, בן ה-93, שהיה הממונה דאז, כדלקמן.

<sup>39</sup> ה"פ (מח' ת"א) 361/86; ה"פ (מח' ת"א) 4016-06-18 נופים מפעלים כלכליים בע"מ נ' הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי (פורסם בנבו, 17.9.2018) (השופט ארו יקואל). תודתי לסטודנטית יובל מירנדה על הפניה זו.

<sup>40</sup> ס' 24 ו-14(1) לחוק התכנון, בהתאמה.





לפי עדות זאת, המפה שצורפה להסכם ההרשאה לא הייתה מדויקת, והיה קשה עד בלתי-אפשרי לתכנן על פיה; לכן, הוא התעקש על כך שיוכנו לו, על ידי קצין מטה מדידות (קמ"ט מדידות), מפות מדויקות של תחום ההרשאה;<sup>41</sup> בחתימתו על תשריט התוכנית המופקדת 223 התבסס על מפות שהוכנו על ידי קמ"ט מדידות, ואשר לפיהן גבולות התוכנית הם גבולות המשבצת; חתימתו מבטאת את ידיעתו והנחתו כי שטח התוכנית הוא השטח התפוס; אף אם הנחה זו מוטעית, עולה ממנה המסקנה כי זה השטח שהוקצה להסתדרות הציונית.<sup>42</sup> דבר מטענות אלה לא יכול לעמוד.

המפה שצורפה להסכם ההרשאה הייתה ביטוי פומבי של צו סגירת השטח, אשר בעת הכנתו עמדו בפני הממונה על הרכוש הממשלתי נתונים מלאים, מדויקים, וממופים של הזכויות במקרקעין. כאמור מהמכתב שתוכנו הובא לעיל, ביום 29.12.1975 דיווח הממונה על היקף השטח המדויק שנסגר, פירט את הבעלויות שבו, וצירף למכתבו את מפות הרישום של הכפרים עליהם סומן צו הסגירה.

על כן, אין אמת בטענה כי לא ניתן היה לתכנן את השטח לפי מפת צו הסגירה, שכן מפת צו הסגירה מופתה על רקע מפות הרישום המדויקות של הכפרים, על ידי הממונה עצמו.

לא יכולה לעמוד הקביעה כי מפת צו הסגירה או הסכם ההרשאה הם שרטוט "ששורטט ללא קנה מידה, בטוש עבה וכלי לציין קואורדינטות או כל מידע ברור אחר באשר לשטח שאותו הממונה מקצה להסתדרות הציונית".<sup>43</sup> תחומי צו הסגירה ומיקומו וזיהויו של השטח היו ברורים ביותר. הם אף תוחמו בחביות בכל 100 מטרים. אם לממונה או להסתדרות הציונית היה ספק בדבר מיקומם המדויק, כל שהיה עליה לעשות הוא לבחון את סימוני החביות.

טענת הממונה כי פנה לקמ"ט מדידות להכנת מפות, אינה מגובה בכל מסמך שהוא והיא אינה מתיישבת עם התיעוד הכתוב מזמן אמת.

טענת אחרת שהעלה הממונה היא, כי תשריט התוכנית המופקדת 223 הוא המפה שקיבל לבקשתו. אף טענה זו אינה מגובה בכל מסמך שהוא, ואינה מתיישבת עם השתלשלות הדברים העובדתית. יתר על כן, את תשריט התוכנית המופקדת 223 הכינה ההסתדרות הציונית. האם ההסתדרות הציונית קובעת את גבולות המשבצת או שמא צו התפיסה קובע את גבולותיה? אם קבע בית המשפט כי הסכם ההרשאה הוא בגבולות התפיסה, כל חריגה ממנה לא יכולה לעמוד. אם קבע בית המשפט כי תחום התפיסה תואם למפת צו התפיסה, לא תתכן כל כוונה להקצות שטח בחריגה משטח זה.

<sup>41</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 40.

<sup>42</sup> שם, פס' 134–135.

<sup>43</sup> שם, פס' 131.



## איך אתונות מדברות ואיך מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

חתימתו של הממונה על התוכנית אינה מעידה על דבר. אף לא הגיוני כי היא מעידה על כוונתו של הממונה לחרוג מגדר סמכותו ולראות במקרקעין שאינם תפוסים כתפוסים, חזקת התקינות המנהלית תביא למסקנה שלא כך. העובדה כי ישנו פער כה גדול בשטח המקרקעין התפוסים לעומת אלה הכלולים בתשריט, מדברת בעד עצמה. העובדה כי הממונה היה שותף לכל עבודת המטה בנוגע להקמת הישוב ואף יזם אותו למעשה, ידע על הבעלויות במקרקעין ועל פרטי המיפוי והמדידה המלאים, אינה מתיישבת ולו כנימה עם הטענה לפיה יש משקל נורמטיבי לחתימתו.

אף אם הממונה טעה לחשוב כי התשריט מבטא את תחום השטח התפוס כאשר חתם עליו, ההסתדרות הציונית לא טעתה. ההסתדרות הציונית ידעה, בדיוק כפי שהממונה ידע, כי שטח התפיסה הוא 850 דונם, כי המקרקעין מוסדרים ובבעלות פרטים אשר על מנת למזער את הפגיעה בהם צומצם שטחו של צו התפיסה למול צו הסגירה, וכי הוטל עליה, על ההסתדרות הציונית, הדרישה להימנע מחריגה מתחום השטח התפוס.

מסקנתו של בית המשפט כי "בחתימתו ביטא מר נהרי את ידיעתו והנחתו כי שטח התוכנית הוא השטח התפוס. אף אם אניח כי הנחתו זו מוטעית, עדיין עולה ממנה המסקנה כי השטח שהוקצה להסתדרות הציונית, כפי שנקבע לאחר חתימת הסכם ההרשאה, כלל את מלוא השטח הכלול בתכנית 223",<sup>44</sup> אינה יכולה לעמוד. מר נהרי לא ביטא דבר בחתימתו שלא יכול היה לבטא מבחינה נורמטיבית. אם שטח התפיסה הוא 850 דונם, אין בחתימתו כדי לומר דבר אחר. מר נהרי לא יכול היה (כממונה סביר) לסבור כי שטח התוכנית הוא שטח התפיסה, נוכח מעורבותו (המוסדית) בעבודת המטה המקדימה לתפיסה, היות המקרקעין מוסדרים וממופים, והפערים העצומים בהיקפי השטחים. אין כל סבירות בטענה כי מר נהרי התעקש על מדידה, שכן מדידה שכזו כבר הייתה בידיו. אם התעקש על מדידה, מה בינה ובין התוכנית שהוכנה. מר נהרי לא קיבל כל תוכנית מקמ"ט מדידות, שלא ערך את התוכנית או היה מעורב בה בכל אופן שהוא. אין "שטח הכלול בתכנית 223", כיוון שתוכנית זו כלל איננה בתוקף. השטח שנכלל בהסכם ההרשאה הוא, בפרשנות המרחיבה, שטח הסגירה – 1,070 דונם, פרשנות אותה דחה בית המשפט, שכן קבע כי ההסכם הוא להיקף השטח התפוס (850 דונם).

בית המשפט ציין כי חרף מגבלות זכרונו הרבות של העד נהרי, וחרף הפגמים הניכרים בעדותו, הוא התרשם "מקפדנותו ודקדקנותו" של הממונה נהרי, שלא היה מוכן להסתפק בתשריט שצורף להסכם ועמד על הכנת מדידה אחרת.<sup>45</sup> הקביעה כי הוא קפדן ודקדקן מסתמכת על הצהרתו בלבד בנוגע למפה, ובכך ישנו כשל לוגי מסוג הנחת

<sup>44</sup> שם, פס' 135.

<sup>45</sup> שם, פס' 134.



המבוקש. יתר על כן. אם אומנם היה הממונה נהרי כה קפדן ודייקן (אך גם סתם כממונה סביר), כיצד זה יעלה על הדעת כי הוא סבר לראות בתשריט תוכנית 223, הכולל שטח של 1,416 דונם, ביטוי לשטח התפוס, בלי שערך ולו בדיקה מינימלית בנוגע לגבולות התפיסה? שטח שנתפס לצרכים צבאיים יש לראותו, לכל היותר, כשטח שנמסר לניהולו של הממונה, כיוון שאין הוא "רכוש ממשלתי" של ממש. בעל זכות השימוש בו הוא המפקד הצבאי, אשר תפס את ההחזקה בקרקע. יש לדרוש אצל המפקד הצבאי, האומנם את צו התפיסה בן 850 הדונמים יש "לתרגם" לשטח בן 1,416 דונמים? הרי בית המשפט פסק כי היה ברצונו של המפקד הצבאי לצמצם את תחום התפיסה למול צו הסגירה, ודאי לא להרחיבו.<sup>46</sup> זאת, כאמור, היה ידוע לממונה. היש סימנים לקיומן של בדיקות כאמור? יש הכרח להודיע לבעלי המקרקעין על שינוי כה משמעותי בתחום השטח התפוס (כנדרש, למשל, בסעיף 5 לצו התפיסה). האומנם התקיימו הליכים פומביים המאפשרים הרחבה אדירה שכזו של שטח התפיסה? הממונה, כקפדן ודקדקן (אך גם סתם כממונה סביר), מן ההכרח שהיה מתעד את כוונותיו לראות את שטח התשריט כשטח התפיסה, מתעד את היועצותיותיו, פועל ליצירת מזכר בתיק לעדכון עמדתו, מעדכן את הסכם ההרשאה, ופועל מול המפקד הצבאי לפרסום תיקון לצו התפיסה. דבר מכל אלה לא נעשה. כמו כן, לפי נוהל התפיסה, היה על הממונה לשלוח הודעות לבעלי הקרקע בשטח שנתפס. לא הוכח כי נשלחו על ידי הממונה הודעות לבעלי קרקע בשטח שמחוץ לתחום צו התפיסה ובתחום מערכת ההנחיות. כיצד מתיישבת גישה קפדנית ודקדקנית נטענת זו עם סטייה רבתי מכל סדרי מנהל תקין? אין כל עדות כתובה לטענתו של הממונה על אי-הסתפקותו האמורה ועל התעקשותו לקבלת מפה אחרת. המנהל האזרחי ציין בסיכומיו כי התנהגות נטענת זו היא "חריגה". אין אח ורע לטענות כאלה מצידו של הממונה על הרכוש הממשלתי. המפה האחרת, לכאורה תשריט תוכנית 223, אף לא היוותה בסיס להסכמי ההרשאה שנערכו לאחר החתימה עליה לכאורה, לא בשנת 1990, לא בשנת 1995 ולא בשנת 1997. היא לא היוותה בסיס לקבלת החלטות מצד הממונה בשנים שלאחר מכן, כאשר כפי שאפרט להלן, הממונה חזר והתעקש כי גבולות ההרשאה הם גבולות השטח התפוס לפי צו התפיסה. בהתכתבויות אלה "נלחם" הממונה על כל מגרש שמחוץ לצו התפיסה אף אם רק גבל עמו. כיצד זה היה בידי ממונה כלשהו, לסבור כי מאות דונמים שאינם בתחום התפיסה, ואינם אף בתחום הסגירה שהמפקד הצבאי ביקש שלא לתפוס, תפוסים הם וראויים להקצאה?

<sup>46</sup> שם, פס' 100.



אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

הסתמכותו של בית המשפט על עדויות בעל פה שהושמעו בפניו עשרות שנים לאחר האירועים, בפי בעלי עניין, העומדות בניגוד חריף למסמכים הרבים העומדים בפניו, אינה יכולה לעמוד. אף הדברים הבאים תומכים בכך.

### 9. התנהגות הממונה ביחס לתוכנית המופקדת 223 ולהסכם ההרשאה

הישוב כוכב השחר הוקם וגודר בהתאם לתחומי צו התפיסה. תחום השיפוט של הישוב נקבע בהתאם לתחום צו סגירה 576. לקו התחום של התוכנית המופקדת 223 לא היה כל כוח נורמטיבי לגבי שטח שנכלל בה ולא נתפס לפי צו התפיסה, ולכן לא ניתן לקו תחום זה כל ביטוי פיזי ולא יוחסה לו כל משמעות אובליגטורית או קניינית. הממונה, ראש לשכת התכנון, וראש ענף תשתית במנהל האזרחי, הקפידו על כך מאוד, והודיעו והבהירו זאת לכל הגורמים העוסקים בהקמת ובפיתוח כוכב השחר.

כאשר התברר לממונה כי ישנם מגרשים המיועדים בתוכנית לבנייה, אשר אינם בתחום השטח התפוס, הוא עמד בפני ההסתדרות הציונית ואחרים על כך שלא ייבנו מבנים במקום, אף כאשר המגרשים גבלו בתחום התפיסה. כך עלה משורה של מכתבים המצויה בתיק. בנוגע לעניינם של שטחים בתוכנית שלא היו מיועדים לבנייה, כמו השטח מושא הדיון, לא היה צורך לחדד זאת, שכן במסמכי התוכנית המופקדת (ותוכנית שאושרה לאחר מכן) נקבע לגביהם כי לא תותר בהם כל בנייה. על כן, בעניין המקרקעין מושא רשימה זו, לא הוצאו או התבקשו היתרים מעולם.

קביעתו של בית המשפט כי אין ללמוד מהטיפול במגרשים האמורים לענייננו משום ש"המגרשים [היו] במובהק מחוץ לשטח התפיסה גם לשיטת גורמי המנהל האזרחי דאז, שכן הם היו מחוץ לגדר",<sup>47</sup> אינה מתיישבת עם קביעתו כי גם המקרקעין מושא ענייננו הם מחוץ לשטח התפיסה ומחוץ לגדר.<sup>48</sup> מכאן, אין מנוס מן הקביעה כי הואיל והמקרקעין הם מחוץ לתפיסה ולגדר, אזי האמור במכתבים לגבי הטיפול במגרשים הנ"ל חל גם עליהם. וביתר שאת: שכן המגרשים היו בסמוך לגבול התפיסה ויועדו בתוכנית לבנייה, ואילו המקרקעין מרוחקים מהם הרבה (מובילה אליהם דרך באורך כקילומטר) ואינם מיועדים לבנייה.

כמו כן, מהכתובים עולה כי הממונה הודיע להסתדרות הציונית, כבר בחודש נובמבר 1994, כי יש להתאים את הסכמי ההרשאה לתחום התפיסה. היינו, לא רק שהממונה לא העיד בהתנהגותו על פרשנות המאמצת את הגבולות המורחבים וחסרי הבסיס של התוכנית שהופקדה, אלא שהוא אף הודיע על הצורך בתיקון הסכם ההרשאה

<sup>47</sup> שם, פס' 138.

<sup>48</sup> שם, פס' 100–101.



והתוכנית כך שיכללו רק את השטח התפוס על פי גבולות התפיסה בפועל, היינו הגידור, בהתאם לפרשנות הממעטת. כך לפי אחד המכתבים: "בהנחייתו של רע"ג תשתית במנא"ז, **עלינו לערוך שינוי במפת החוזה** בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית העולמית תוך הכנת מיפוי מתאים של הישוב ע"פ גבולות התפיסה בפועל קרי הגידור הקיים. כמו"כ יש לתקן את תכנית המתאר של הישוב בהתאם". בשנת 1995 קודמה מערכת הנחיות מס' 223/1. תהליך קבלת ההחלטות לגבי מערכת הנחיות זו לא הוצג. מכל מקום, הממונה חתם על התשריט תוך שהוא מדגיש כי **החתימה מתייחסת רק למה שכולל בצו התפיסה**. בהמשך לכך מסרה נציגת הממונה למיישבת, כי על אף האמור במכתב דלעיל משנת 1994 תוכנית המתאר של כוכב השחר מס' 223/1 אושרה על פי גבולותיה הישנים, אך נוכח העובדה שגבול הישוב אינו ברור בצידו הצפוני אין להקצות מגרשים לבנייה, בשלב זה, עד להבהרת הנושא. גם בתוכנית 223/1 לא יועדו המקרקעין לבנייה. ראוי להדגיש כי לשיטת הממונה גם ב-2003, גבול התוכנית הוא גבול צו הסגירה. הממונה כלל לא סבר כי גבול התוכנית חורג מהיקף הפרשנות המרחיבה.<sup>49</sup> ניתן להיווכח כי אף אם היה ספק קל שבקלים לגבי כוחה של התוכנית המופקדת 223 או של תוכנית 223/1 מעבר לגבולות השטח התפוס, ספק זה הוסר ונמחק במכתבי הממונה בשנים 1994 ו-1995. ניתנה התראה ברורה להסתדרות הציונית כי אין תוכנית 223/1 מחייבת אלא לגבי השטח התפוס והמגודר, אשר לכל היה ברור כי הוא מצומצם בהרבה משטח התוכנית. בשנים שיבואו לאחר מכן, יוסיף הממונה בכל הזדמנות שיעלו הדברים בפניו כי אין בידו לאשר תכנון מחוץ לשטח התפוס.

#### 10. הקמת המאחז מצפה כרמים

בית המשפט תומך את מסקנתו הפרשנית, שאינה עולה עם האמור לעיל, אף בכך ששוכנע "שהייתה כוונה אמיתית וכנה להסדיר את המאחזים באופן קבוע על ידי העתקתם". על רקע זה קיבל את העדויות "לפיהן לא הייתה מאושרת הסדרה כזו אלמלא חשבו הגורמים המיישבים כי השטח האמור מצוי בתוך שטח התפיסה ובתוך הסכם ההרשאה להסתדרות הציונית".<sup>50</sup> כן נקבע כי הצדדים ראו את מצפה כרמים כשכונה בתחום הסכם ההרשאה, ולא העלו טענות בעניין זה. גם קביעות אלה אינן יכולות לעמוד.

אין בנמצא כל עדות לפיה הקמת מצפה כרמים הייתה אכן מסודרת, ואין כל עדות לכך שהגורמים המיישבים חשבו ששטח המקרקעין בתחום שטח התפיסה ובתוך הסכם

<sup>49</sup> במכתב מיום 11.5.2003, ציינה רכזת תכנון מיפוי ומדידות ביחידת הממונה בפני עוזר היועץ המשפטי כי גבול תוכנית 223/1 הוא גבול צו הסגירה.

<sup>50</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 136.



אינן אתונות מדברות ואינן מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

ההרשאה. נהפוך הוא, העדויות שבפני בית המשפט מצביעות כולן על המסקנה ההפוכה. אין גם כל עדות לגבי מחשבת הצדדים בנוגע למצפה כרמים לאחר הקמתו. בשנת 1999 החליטה הממשלה על פינוי מאחזים מבודדים וישובם, "בהתחשב ובהתבסס בין היתר על ההיבטים הבטחוניים והמשפטיים הרלבנטיים".<sup>51</sup> בכלל זה נדרש טיפול במאחז בלתי-מורשה בשם "מצפה כרמים" (כעת ידוע כ"מצפה כרמים הישנה"), אשר כלל עשרה מבנים יבילים.

לצורך הטיפול במצפה כרמים הישנה נשקלה העתקתו לאיתור אחר, שאינו בתחום המקרקעין. נבחר איתור שהוצע על ידי ראש תחום תשתית, סא"ל בלומנטל, אשר הסביר בעדותו מטעם התובעים את עקרונות בחירת המיקום.<sup>52</sup> לפי תצהירו, תחום התוכנית הוא תחום המשבצת (הסכס ההרשאה) והוא תחום השטח שגודר בפועל, תחום זה לטענתו הוא שטח צו הסגירה 576. בתחום זה היה בכוונתו להמליץ על הקמת המאחז מצפה כרמים. כך השיב בחקירתו בבית המשפט:

"ת. נאמר לי בזמנו שזה [המיקום למאחז] בתחום התכנית שטח הקצאה

של הממונה שהיא בגדול תאמה את הגדר.

ש. שטח ההקצאה של הממונה זה צו הסגירה נכון?

ת. כן.

ש. צו סגירה 576 לשטח.

ת. שהוא גודר בפועל.

ש. זה שטח של כ-1,070 דונם. נכון?

ת. משהו כזה".

על בסיס כך חיפש שטח בתחום השטח המגודר:<sup>53</sup>

"ההחלטה שלי נובעת מהמיקום של הגדר בפועל, שזו התפיסה בפועל

[...] אני ידעתי שהמקום נמצא בתוך הגידון] בפועל בשטח תפוס בפועל,

זה מה שחשוב [...] כשאני יצאתי לשטח, ראיתי את הגדר".

יש לזכור, כפי שקבע בית המשפט, כי שטח ההקצאה הוא השטח התפוס, וכי

השטח התפוס גודר בהתאם לגבולות צו התפיסה.<sup>54</sup> מכל מקום, מדבריו של סא"ל

<sup>51</sup> החלטה מס' הת/2 ועדת שרים לענייני התיישבות (יש"ע) 10.10.1999. ההחלטה צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 28.10.1999 (החלטה מס' 471).

<sup>52</sup> עניין אנגיל, לעיל ה"ש 1, פס' 57-60.

<sup>53</sup> שם, פס' 58.

<sup>54</sup> שם, פס' 100-101.



בלומנטל עולה כי לשיטתו, לכל היותר, תחום התוכנית ותחום ההסכם הוא בהתאם לפרשנות המרחיבה.

בהמשך לכך הוכנה ביום 22.10.1999 תוכנית על ידי המועצה האזורית (מס' 223/1/5), אשר נדונה בפני ועדת המשנה להתיישבות בשבתה כוועדה מייצעת לממונה לפי צו מס' 997. סוכם על ידי הוועדה, בהתנגדות היועץ המשפטי, להמליץ לממונה לפי צו מס' 997 על האיתור המוצע, אך לא לחתום על התוכנית בטרם יתקבל אישור לכך ממפקדת פיקוד מרכז. צוין בפרוטוקול הדיון כי הבקשה התקבלה יומיים לפני הדיון ועל כן לא היה זמן לבדוק אותה. נציג היועץ המשפטי התבטא בחריפות כנגד התוכנית. יש לציין כי מפרוטוקול הדיון עולה כי נציג הממונה על הרכוש הממשלתי לא נכח בדיון.

כמו כן, כיוון שהתוכנית נכללה בשטח אש, הסגור בצו סגירה מס' 906,<sup>55</sup> נדרש אלוף הפיקוד לסוגיה. ביום 7.11.1999 קיים מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון דיון בנושא, שבו הבהיר כי הכוונה להציב יבילים בתחום שטח אש ללא עבודת מטה מסודרת פוגעת בשטח האש, וכי נדרשת בדיקת מומחי ברק טרם קבלת ההחלטה. סוכם כי הנושא יוצג לאחר בחינה זאת בדיון תכנית מתאר. בהמשך לכך, ביום 17.1.2000, קיים ראש מטה מפקד כוחות צה"ל באזור דיון בנושא, שבו סוכמו הדברים כך: "באחריות מנא"ז לעצור תהליך תכנוני. הנושא יעלה במסגרת פ"ע אלוף – רמ"ט במטרה לגבש עמדה להמשך עבודה. באחריות קה"ד ואוג' 162 לתת חוות דעת איך פותרים את הבעיה ומה המשמעות של מיקום כרמים. יש לבדוק את ההשלכות לגבי פינוי מצפה כרמים. אחריות: קה"ד, 162. דיווח: 1.2.2000". לא עלה מדברי האלוף כי בכוונתו להגדיל את שטח התפיסה. מי שהיה אז מפקד כוחות צה"ל באזור, הרמטכ"ל ושר הביטחון לשעבר, רב-אלוף משה יעלון, העיד בבית המשפט, מטעם התובעים, כי תמונת המצב שהונחה לפניו הייתה שמצפה כרמים תמוקם על שטח שכלול בצו התפיסה של כוכב השחר, ולכן ניתן להכשיר את התפיסה.<sup>56</sup> לאור סיכום הדיון בפני מפקד האזור, ניתנה ביום 23.1.2000 הוראה להקפיא את הטיפול בתוכנית 223/1/5 עד לקבלת תוצאות הבדיקה.

מכל האמור לעיל ניתן לסכם כך: הייתה כוונה של הדרג המדיני לפנות את מצפה כרמים הישנה בכפוף לשיקולים ביטחוניים ומשפטיים. נבחנה אפשרות העתקתו למיקום אחר, תוך הקמת מחנה קרוואנים זמני בתחום השטח המגודר והתפוס. נבחר איתור אשר לפי הגורמים שבחרו ואישרו אותו היה לכאורה בתחום זה. הוכנה תוכנית התוכנית נבדקה על ידי ועדה תכנונית, אשר קיימה דיון. אותרה התנגשות עם צו לסגירת

<sup>55</sup> ודוק, אין הכוונה לצו סגירה 576. על צו סגירה 906 ראו להלן טקסט סמוך לה"ש 58.

<sup>56</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 84.



#### אינן אתונות מדברות ואינן מלאכים בכרמים : על פרשת "מצפה כרמים"

שטח 906, הנושא הוצג בפני אלוף הפיקוד. האלוף ביקש כי תערך עבודת מטה מסודרת. ניתנה הוראה לעצור הליכים. עבודת המטה לא הסתיימה ומעולם לא הושלמה. התוכנית להקמת המאחז לא אושרה.

משנודע למי שנודע על ההחלטה להקפיא את הטיפול בתוכנית, עשו מי שעשו דין לעצמם, וביום 27.1.2000 התקבל דיווח יחידת הפיקוח לפיו הועברו שבעה עשר יבילים למתחם במקרקעין, חוברו תשתיות ונסללה דרך ביום 26.1.2000. המתחם שבו נעשתה הקמת היבילים לא היה המתחם שנדון במסגרת תוכנית 223/1/5 הנ"ל. מתחם זה הוא מיקומה של מצפה כרמים. לא הובאה כל עדות או ראיה בנוגע לזיקה בין האיתור שנבחן בתוכנית 223/1/5 למיקום שבו הוצבו היבילים, מחוץ לשטח התפוס והמגודר. המנהל האזרחי לא הציג כל פרטים נוספים על נסיבות ההקמה. לא נמסרו כל פרטים על מהלכים שנעשו בדיעבד, לאחר הקמת הנקודה, להסדרתה. ראש תחום תשתית העיד כי לא ביקר במקום.

לא הוצגה כל ראיה לכך שהבנייה שנעשה במקרקעין בשנת 2000 כמו גם בכל מועד לאחר מכן, נעשתה כחוק. לא נתבקשו ולא ניתנו לגביה היתרי בנייה. הממונה על היתרים בשטחים תפוסים מעולם לא חתם על היתר לגביה ולא דן במערכת הנחיות לגביה. אף לא תוקנה מערכת ההנחיות הקיימת כך שתאפשר ייעוד השטח לבנייה. כפי הידוע, עד לראשית שנת 2011 או סמוך לכך, לא חלו התפתחויות משמעותיות לגבי השימוש במקרקעין, אשר היו עליהם מבנים יבילים בלבד.

בתקופה זו נעשו על ידי מי מהתובעים או מי מטעמם עבודות להקמה של 14 בתי קבע, מבני אבן בני 150 מ"ר, במבנה של חצי ירח ממזרח למאחז. צווי הפסקת עבודה ניתנו ביום 22.3.2011, וצווי הריסה סופיים ביום 2.5.2011. קודם להקמת מבנים אלה לא התבקשו ולא ניתנו אישורים כלשהם. לא אישור תכנוני, לא אישור קנייני, לא אישור ביטחוני נוכח קיומו של שטח אש במקום. לא נערכו הסכמים עם המתיישבים – לא על ידי הממונה ולא על ידי ההסתדרות הציונית. רק לאחר ההקמה, ולאחר שהוגשה העתירה בעניין **סאלחה**,<sup>57</sup> וניתן הצו הארעי במסגרתה, ערכה ההסתדרות הציונית עם מי מהתובעים הסכמים, והוגשה על ידי המועצה האזורית בקשה לאישור תכנוני, אשר נדחתה.

<sup>57</sup> בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון (תלוי ועומד).





## 11. צו סגירה 906

יש להוסיף כי המקרקעין מצויים בתחומו של צו סגירה מס' 906 מיום 1.8.1967 (אשר תוקן שלוש פעמים, בשנים 1972, 1991, ולאחרונה ביום 5.5.1999) (להלן: "צו סגירה 906"). מכוח צו זה הוגבלה הכניסה והיציאה מהשטח לכל אדם. על פי הצו בדבר הוראות בטחון, כניסה לשטח סגור מהווה עבירה.<sup>58</sup> היינו, בעלי המקרקעין היו מנועי גישה למקרקעין במשך מעל 50 שנה, ועד היום. לא ניתן להלין על הבעלים אשר במשך השנים (משנת 2000 ועד להגשת העתירה בעניין סאלחה, שבאה עם תחילת הקמת בתי הקבע במקום בשנת 2011) לא פעלו כנגד השימוש במקרקעין, נוכח תחום תחולתו של צו הסגירה והאיסורים הנורמטיביים שבו. לא ניתן לטעון כלפיהם להתיישנות,<sup>59</sup> השתק או שיהוי, בפרט כך אם אין ראיות חיצוניות לידיעה פוזיטיבית שלהם שיש בה כדי ללמד על "שתיקה רועמת".

לכאורה, לפי הגיונם של הדברים, מניעת גישה זו מכוח צו סגירה 906 צריכה לחול על כל אדם, שכן טעמה הוא סגירת שטח לצורך קיומו של שטח אש. קיומה של היאחזות כלשהי במקום, אינו מתיישב עם צו הסגירה.

## ג. פרשנות סעיף ג' להסכם ההרשאה

לפי סעיף ג' להסכם ההרשאה:

"הצדדים מצהירים כי ידוע להם כי גבולות המשבצת טרם נמדדו וגבולותיה המדויקים טרם נקבעו סופית ולממונה הזכות לשנותם".  
לשיטתו של בית המשפט פרשנות הוראה זו היא כדלקמן:<sup>60</sup>  
"בהסכם ההרשאה הוברר כי אין ללמוד מתוך התשריט שצורף לו, דבר לעניין השטח או המיקום וכי גודל השטח ייקבע בהמשך בהתאם למפות מדידה. דברים אלה נלמדים מהוראת סעיף ג' 2 להסכם המפנה לאפשרות שינוי עתידי של הגבולות ולכך שאין בתשריט ובשטח הנקוב בהסכם כדי לבטא קביעה סופית שלהם. דברים אלה אף עולים בקנה

<sup>58</sup> במועד התקנתו של צו סגירה 906 היה בתוקף ס' 70 לצו בדבר הוראות בטחון (אזור בגדה המערבית) (מס' 3), התשכ"ז-1967. ראו גם לעיל ה"ש 10.

<sup>59</sup> אין התיישנות במקרקעין מוסדרים. ס' 5 לחוק (תיקון) להוראות הקשורות בנכסי דלא נידי, מס' 51 לשנת 1958. כיוון שכך איני רואה צורך לעמוד כאן על היבטים נוספים בעטיים אין התיישנות.

<sup>60</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 136.



אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

אחד עם טיבו של השרטוט, ששרטט ללא קנה מידה, בטוש עבה ומבלי לציין קואורדינטות או כל מידע ברור אחר באשר לשטח שאותו הממונה מקצה להסתדרות הציונית".

כפי שהסברתי לעיל, אין הקביעה כי טיבו של השרטוט נחות יכולה לעמוד, בנסיבות שבהן סימון שטח הסגירה נעשה על בסיס מפות מדידה לרישום, סומן בשטח בחביות, ושטח התפיסה הקטן ממנו מומש בפועל וגודר. הקביעה כי תשריט התוכנית המופקדת 223 מהווה את השטח שנתפס בראייתו של הממונה, ובהתאם לכך את השטח שבהסכם, אינה יכולה לעמוד. זאת, בנסיבות שבהן לתשריט זה לא היה אפס קצהו של מעמד סטטוטורי, שהוא לא נערך לפי צו מס' 997 שלא היה בתוקף, וכאשר אין במערכת הנחיות גם לו הייתה כדי לבטא זכויות קנייניות או אובליגטוריות או את תחום התפיסה. ועוד. זאת כאשר ההסתדרות הציונית נדרשה ישירות על ידי מפקד האזור שלא לסטות מהשטח התפוס לפי מפת צו התפיסה של 850 הדונם, שהוקטנה במכוון ובאופן מדויק למול שטח צו הסגירה.

אף פרשנותו של בית המשפט לסעיף ג'2 להסכם ההרשאה אינה יכולה לעמוד. מפת הסכם ההרשאה, היא מפת צו הסגירה, כמו גם מפת צו התפיסה, נערכו כמקובל באותם הימים, על גבי מפה טופוגרפית, תוך סימון באמצעות טוש. אין הדבר אומר כי תחומי הצווים הם בלתי-מסוימים. אף אין זה אומר כי תחומי עסקאות שנערכו על בסיס מפות שנערכו באופן דומה הם בלתי-מסוימים. המציאות האמורה לעיל בדבר התאימות הרבה שבין תחומי השטח המצוין לתחומי המפה, ובין תחום המפה לתחום המימוש, אינה מתיישבת עם מסקנה כזו. אף מקביעת בית המשפט כי תחום התפיסה בפועל הוא כתחום מפת צו התפיסה, על אף לקותה הטכנית, עולה כי היקף המוגבלות הטכנית הוא מצומצם ביותר (כשלושה דונמים בלבד). מה יותר מכך כדי לדחות את הטענה כי מפת הסכם ההרשאה וצו הסגירה איננה מדויקת עד כדי פער של מאות דונמים? בנסיבות תיק זה ישנו עוד הרבה יותר מכך: קיומה של מפת צו הסגירה על גבי מפות הרישום של הכפרים, מפות מדויקות להפליא.

במבט רחב יותר, משמעות הקביעה כי ניתן לקרוא אל הסכמי הרשאה היקפים עצומים שאינם מצויים היא מרחיקת לכת; היא עשויה להביא לפגיעה עצומה בבעלי קניין ובשלטון החוק. היא אינה מתיישבת עם עמדת המנהל האזרחי לאורך השנים ובתיקים אחרים המתנהלים בעת הזו; היא אינה יכולה לעמוד.

בסעיף א'2 להסכם ההרשאה נקבע כי:

"אין הסכם זה חל על [...] שטחים בתוך המשבצת שעוד לא הובררה בעלותם עד היום, מסיבה כל שהיא".

בהתאם לכך, קובע סעיף ג'2 את סמכותו החד-צדדית של הממונה לשנות את גבול המשבצת.



אין בסעיף ג' להסכם ההרשאה כדי לומר כי הסכמי ההרשאה הם חסרי מסוימות. אין בסעיף זה כדי לומר כי כוונת הצדדים להסכם הייתה "שלא ללמוד ממנו על שטח ההקצאה אלא להותירו לקביעה עתידית".<sup>61</sup> מסקנה זו בלתי-מסתברת לחלוטין. אם שטח ההקצאה לא נקבע, הרי שההסכם חסר מסוימות ואין הוא אלא הצעה או משא ומתן שלא הבשיל. אם שטח ההקצאה נקבע, הרי שבכפוף לאפשרות הממונה לשנות לדייק את גבולותיו, אין קביעתו ממתינה לעתיד.

אכן, הגבולות המדויקים של המשבצת עשויים להיות נתונים לפרשנות של הממונה. תרגומם המדויק תלוי בעדכון לפי המדידה המדויקת אם וכאשר תתבצע. הפרקטיקה רבת השנים של הממונה מעידה על דחיית פרשנותו של בית המשפט המעניקה לסעיף ג' משקל שאין, ולא יכול להיות, בו.

במשך עשרות שנים לא פעל הממונה לעדכוני של הסכמי משבצת ושל מפות להכרזה על מקרקעין כרכוש ממשלתי, אף כי פעל על פיהם בהקמת עשרות רבות של ישובים ובישובם. בשנת 1999 החל הממונה לפעול לעדכון גבולות ההכרזות על אדמות מדינה (וגבולות המשבצות), במסגרת נוהל שכונה "קו כחול":

"בסוף שנות ה-70 ועד ראשית שנות ה-90 חתם הממונה על תעודות הכרזה על אדמות מדינה, שלהן צורפו מפות (להלן – מפות ההכרזה ההיסטוריות). בשנות ה-90 התברר, כי קביעת הגבולות של אדמות המדינה לא התבססה על סימון בשטח ועל מיפוי מדויק בסמוך למועד ההכרזה, ועובדה זו יצרה פערים ניכרים וחוסר התאמה בין מפות ההכרזה ההיסטוריות לבין השטח. בהסתמך על מפות הכרזה ותעודות ההכרזה ההיסטוריות אישר המנהל<sup>62</sup> תכניות מתאר אשר על בסיסן ניתנו היתרי בנייה ונבנו מבנים בתחומי ההתיישבות הישראלית באי"ש, והממונה הקצה את המקרקעין הנמצאים בתחומי מפות ההכרזה ההיסטוריות, לרבות מקרקעין פרטיים שנכללו בהם, בין היתר לגופים העוסקים בהתיישבות באי"ש".<sup>62</sup>

בתגובה לעתירה מן העת האחרונה, בג"ץ במקום,<sup>63</sup> ציינה המדינה כי תעודות הממונה על הרכוש הממשלתי נעשו על גבי מפות טופוגרפיות ובכלי כתיבה עבה. וכן, כי על מנת

<sup>61</sup> שם, פס' 132.

<sup>62</sup> מבקר המדינה דוח שנתי 66ב: אזור יהודה והשומרון – פעילות יחידת הפיקוח והאכיפה והיבטים בהסדרת מקרקעין 69 (2016).

<sup>63</sup> בג"ץ 7986/14 במקום – מתכננים למען זכויות תכנון נ' ראש המינהל האזרחי (תלוי ועומד, תגובה מטעם המדינה מיום 29.4.2015) (להלן: בג"ץ במקום [תלוי ועומד]). התגובה



אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

לתרגם את ההכרזות למיפוי גיאוגרפי מדויק, הוקם בסוף שנות ה-90 צוות ייעודי לנושא זה (צוות "קו כחול"), אשר מטרתו "לפרש וליישם את ההכרזה המקורית על פי הגיונה האמיתי", היינו לזהות את גבולה המדויק ואת תחומי המובלעות שבתוכה.<sup>64</sup> בדרך זו נבחנו מאז 1999 ועד 2015 – 262 מקרים.<sup>65</sup> בהתאם לנוהל קו כחול, שינוי גבולות ההכרזה על "רכוש ממשלתי" נעשה באופן שקול ויסודי, בהליך היוועצות מרובה משתתפים. הנוהל עצמו עודכן בשנים 2011 ו-2015, והליכים בעניינו מתנהלים בעת הזו.<sup>66</sup>

מן האמור לעיל ניתן לגזור שתי מסקנות. ראשית, כי עד לסוף שנות ה-90 הרשויות באזור לפחות הסתמכו על אותן מפות טופוגרפיות "בלתי-מדויקות" כעניין שבשגרה. הן נתפסו כבסיס לעשרות רבות (אם לא מאות) של הכרזות על אדמות מדינה ותפיסת מקרקעין, אשר הוקצו בהסכמי משבצת להסדרות הציונית וכבסיס להליכי תכנון של ישובים רבים שהוקמו מכוחם. טענת הממונה נהרי, כי עמד על קבלת מפת מדידה מדויקת, כלל אינה מסתברת עם מדיניות עקבית, מוצהרת וידועה זו של המנהל האזרחי והממונה על הרכוש הממשלתי משך עשרות שנים ובמאות מקרים. כאשר נטענת טענה לסטייה מן הנורמה המקובלת, בהתבסס על עדות בעל פה לאחר עשרות שנים, ללא כל תיעוד בכתב, מפי עד אשר מוטל ספק במהימנות זיכרונו, כאשר עדותו סותרת את המסמכים בכתב, אין בה כדי להרים את נטל הבאת הראיות. הטענה כי ההסכם לא היה מסוים בעת כריתתו אינה יכולה לעמוד. שנית, הסטיות שבסימונים הסכמתיים נוגעות לקווי הגבול המדויקים ולמובלעות. אין, לא הייתה, ולא יכולה הייתה להיות כוונה לפרש במסגרת נוהל קו כחול את ההכרזה המקורית – או מסמך אחר, כגון תחום צו סגירה או צו תפיסה – כך שתכלול לתוכה תחומי ענק של מאות רבות של דונמים שלא עברו כל הליך פומבי המתיר ליטול בהם חזקה. אם כך לגבי הנוהל, ודאי וודאי, כאשר אין הנוהל מתקיים.

כפי שציינה המדינה בתיק זה בהקשר להרחבה של צו התפיסה, אין כל בסיס לסברה כי ההסכם מחזיק יותר מאשר הנקוב בו.<sup>67</sup> בית המשפט קיבל דברים אלה בהקשר של צו

נדלחה מהקישור הבא: <https://bit.ly/2PoRQE4>. ראו גם תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בבג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת (תלוי ועומד, 22.11.2017).

<sup>64</sup> כך, לדוגמה, בבג"ץ 8815/10 בשאראת נ' ועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה, פס' 5 (פורסם בנבו, 5.5.2011), צוין כי נערכה בדיקה קרקעית בעקבותיה עודכן סימון גבולות התוכנית, וכי הבדיקה הקרקעית אך "תרגמה את ההכרזות הישנות על אדמות מדינה לרמת הדיוק המתאפשרת באמצעים הטכנולוגיים הקיימים היום".

<sup>65</sup> תגובה מטעם המדינה מיום 29.4.2015 בבג"ץ במקום (תלוי ועומד), לעיל ה"ש 63.

<sup>66</sup> בג"ץ במקום (תלוי ועומד).

<sup>67</sup> ראו לעיל, טקסט סמוך לה"ש 15.



התפיסה, כאמור, ופסק כי "לא הוכח כי כוונת מפקד האזור שהורה על התפיסה היתה לחרוג מתחומי צו הסגירה אלא ההיפך, המסמכים שצורפו לצו התפיסה מלמדים על כוונה לתפוס שטח קטן יותר".<sup>68</sup> כיצד ניתן שלא לקבל את אותם הדברים בדיוק בהקשר של טענת הממונה דאז, בן ה-93, ללא כל סימוכין בכתב, כי התעקש על קבלת מפה אחרת והמפה שקיבל שלא אומצה ולא אושרה בכתובים כתיחום לצו התפיסה או להסכם ההרשאה, נחשבה על ידו, בתום לב, כמגדילה את שטח המשבצת (והתפיסה) בעשרות אחוזים? אחת משתיים: או שהדברים לא היו מעולם. או, אם היו, הרי שהיו בחוסר תום לב גמור, שכן לא נעשתה כל בדיקה שהיא מטעמו של הממונה לבחון האם אומנם השטח שבתשריט התוכנית הוא שטח תפוס.

קביעת בית המשפט כי יש בכוחה של חתימה תכנונית של הממונה כדי להכשיר סטייה בת מאות דונמים משטח ההסכם ומתחום המפה מכוח סעיף 2' להסכם כלל אינה יכולה לעמוד. היא אינה מתיישבת עם הפרקטיקה שבה נוהגת המדינה ונוהג הממונה מזה עשרות שנים. היא אף אינה מתיישבת עם סעיף 2' להסכם ממנו ניתן ללמוד כי בכל מקרה שבו נכללו מקרקעין פרטיים בתחום ההרשאה – ומקרקעין שלא נתפסו הם מקרקעין פרטיים אם אינם בבעלות המדינה – רואים אותם כאילו ההסכם אינו חל עליהם.

#### סיכום עד כאן

אלה הן העובדות אשר אינן מצויות במחלוקת. המסקנה הנורמטיבית הנובעת מהן פשוטה וחדה ואינה מותירה כל מקום לספק: על מקרקעין פרטיים, המצויים בתחומי של שטח סגור לצרכי שטחי אש (צו סגירה 906), הוקמה נקודת היאחזות בראשית שנת 2000, אשר נבנו בה בתי קבע בשנת 2011. הקמת מחנה היבילים כמו גם בתי הקבע לא נשענה על כל בסיס משפטי כלשהו. אין בנמצא צו תפיסה, אין בנמצא הסכם הרשאה. אף לפי הפרשנות המרחיבה להסכם ההרשאה (אותה דחה בית המשפט), אין גבולותיו יכולים לחרוג מעבר לתחום צו סגירה 576 שהמאחז אינו בתחומו. מכאן, יש לפעול להשבת החזקה במקרקעין לבעליהם. יש אף לפעול לביטול צו סגירה 906 ככל הנוגע לשטח המקרקעין, נוכח כך שמתברר כי המקרקעין אינם נחוצים עוד לצורכי שטח אש.

<sup>68</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 100.



אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

## ד. סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי<sup>69</sup>

לפי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי:

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

לשיטתו של בית המשפט, בסעיף 5 לצו נקבעה העדפה של הקונה המאוחר על בעל הרכוש, וזאת נוכח החשיבות להעניק ודאות עסקית באזור על ידי קביעת תקנת שוק, אשר חשיבותה מתעצמת בהתחשב בכך שרישומי המקרקעין באזור מורכבים ולוקים בחסר לכאורה.<sup>70</sup> לפי פסק הדין, תנאי הסעיף מתקיימים במקרה זה, ועל כן נקבעו סעדים קניינים כנגד בעלי הרכוש.

קביעות אלה שגויות בתכלית. אין בסעיף 5 לצו כדי לקבוע את עדיפותו של קונה מאוחר על בעל הרכוש, ואין תנאי הסעיף מתקיימים במקרה שבפנינו. סעיף 5 לצו לא קובע כי כוחה של העסקה יפה כלפי כל אדם, היינו כלפי מי שרכש מבעל העסקה עם הממונה. סעיף 5 לצו לא קובע כי הוא מגן על הרכוש. כל פועלו של סעיף 5 לצו הוא להותיר את העסקה תקפה ביחסים שבין הממונה למי שהתקשר עמו, אף אם התברר כי המקרקעין אינם רכוש ממשלתי. אין בסעיף 5 לצו כדי לשלול את זכויותיו של בעליו הנכון של הנכס. אלה בדיוק היו הנסיבות של התיק היחיד שבו טען הממונה על הרכוש הממשלתי לתחולתו של סעיף 5 לצו (עד לאחרונה).<sup>71</sup> כאמור, אעמוד על הדברים ביתר פירוט במקום אחר.

מכל מקום, בסעיף 21 להסכם ההרשאה נקבע כי יחול דין ישראל. היינו, סעיף 5 לצו איננו חל על הסכם ההרשאה. במשפט הישראלי אין הוראה דומה לסעיף 5 לצו לגבי עסקאות של מנהל או רשות מקרקעי ישראל או בכלל.

יתר על כן, כמקובל בהסכמי הרשאה, נקבעו בו סעיפים המאפשרים את שינויו או ביטולו של ההסכם באופן חד-צדדי על ידי הממונה. בהסכמי ההרשאה נקבע כי הממונה יקבע, ויעדכן ויקבע, את גבולות המשבצת. נקבע כי שטחים שהבעלות בהם לא הובררה, אף אם הם בתחום המשבצת, אין ההסכם חל עליהם; כן נקבע כי הממונה רשאי לסיים את ההסכם מכל סיבה שהיא; ועוד נקבע כי לממונה הסמכות לשנות את

<sup>69</sup> הניתוח המובא כאן כולל חלקים בלבד מכלל הטיעון הנוגע לסעיף 5 לצו, לחוקיותו, לתוקפו, למשמעות התניות שבו, ולמידת יישומו למקרה דנן. לאלה ישמר מקום נפרד.

<sup>70</sup> עניין אנגיל, לעיל ה"ש 1, פס' 148.

<sup>71</sup> ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי, פס' 13 (פורסם בנבו, 15.2.2009).



גבולות המשבצת מטעמים תכנוניים וקניינים לפי שיקול דעתו המלא. כך נקבע בסעיף 2א' להסכם לעניין בעלות פרטית, כך נקבע בסעיף 2ג' לגבי דיוק גבולות, וכך נקבע גם בסעיפים 15 ו-17 להסכם ההרשאה:

"15.ב. במסיבות הנראות לו כמסיבות מיוחדות, המחייבות את הצורך לעשות זאת, רשאי הממונה לפי שיקול דעתו בלבד, להקדים את תאריך תום תקופת הסכם זה, אך עליו להודיע על כך למיישבת לא יאוחר מ-30 יום לפני תאריך מוקדם זה".

סעיף 15.ג. להסכם מוסיף וקובע הסדרי פינוי ופיצוי אם הופעל סעיף 15.ב. להסכם: "15.ג. עם סיום ההסכם כאמור לעיל, תהא המיישבת זכאית לקבל בחזרה מאת הממונה כל סכום ששילמה בתור דמי הרשאה לאותה שנה וכן לפרק ולהוציא כל מתקן, שיפור עבודה, סידור והשבחה שהכניסה למשבצת ושאינם דבר הצמוד לקרקע ולקבל עבור עבודתה והשקעותיה במשבצת כל פיצוי כפי ששר החקלאות, או מי שימונה על ידו, יקבע כמתאים במסיבות העניין".

"17. מוסכם במפורש בין הצדדים, כי במקרה וכתוצאה משינויים בתכנון בנין עיר, הסדר קרקעות וכיוצא באלה, ישתנו גבולותיה של המשבצת וכתוצאה מכך ישתנה שטחה, מתחייבת המיישבת:

א. להסכים לכל השינויים הנ"ל כפי שיווצרו כתוצאה מפעולות הנ"ל, ולפנות את שטח המשבצת, תוך מתן פיצויים למיישבת לפי האמור בסעיף 13 [כך במקור] דלעיל.

ב. לראות במשבצת בגבולותיה החדשים כנשוא הסכם זה.

ג. לוותר על כל זכות תביעה נגד הממונה על נזק או הפסד שסבלה המיישבת, אם תסבול, כתוצאה משינויים הנ"ל, פרט לאמור בפסקה א' דלעיל."

מסעיפים אלה עולה כי כל מי שמתקשר עם הממונה בהסכם הרשאה מסכים מראש לשינוי הסכם ההרשאה ולביטולו על ידי הממונה, לפי שיקול דעתו, כאשר כל שתעמוד לו היא זכות לפיצוי כספי.

לפיכך, בנוגע לדבריו של בית המשפט כי "המנהל האזרחי אינו רשאי לבטל את הסכם ההרשאה ביחס למקרקעין או להחריג את המקרקעין מתוך הסכם ההרשאה, ככל שאפשרות זו לא הוגדרה בהסכם",<sup>72</sup> יש לראות כי הסכם ההרשאה קובע במפורש את האפשרות לבטל את הסכם ההרשאה (סעיף 15 להסכם) או להחריג מקרקעין מתחומם מטעמים קניינים (סעיף 17 להסכם).

<sup>72</sup> עניין אנג'ל, לעיל ה"ש 1, פס' 197.



## אינ אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים : על פרשת "מצפה כרמים"

הוראות אלה מעידות אף הן על אי-תחולתו של סעיף 5 לצו, שכן אם מוקנית לממונה הסמכות החד-צדדית לקבוע את סופיות הסכם ההרשאה, בכפוף לפיצוי כספי בלבד למיישבת, אין תחולה לסעיף 5 לצו.

כאמור לעיל, ההסדרות הציונית הייתה חלק בלתי-נפרד מהוועדה לענייני התיישבות המשותפת לממשלה ולהסדרות הציונית, שעסקה בהקמת הישוב, ראשית כמאחז נח"ל לפי צו סגירה, ובהמשך באזרחו על בסיס צו תפיסה. ההסדרות הציונית נדרשה בכתובים, בנוהל התפיסה, להימנע מלחרוג משטח צו התפיסה. אין היא בבחינת מתקשר פרטי המקבל הקצאה מהרשות הממשלתית שאין עליו לפקפק עליה. ההסדרות הציונית היא אשר הכינה את תוכנית 223, והיא אשר הטמינה את זרע הפורענות עליו היא מבקשת עתה לבנות ולהיבנות.

העסקה שבפנינו איננה עסקה שנערכה בתנאי שוק פתוח, אשר מבקשים לחזקו. הממונה וההסדרות הציונית פעלו כגוף אחד לממש את צו התפיסה. לא משיקולים עסקיים אלא משיקולי מימוש החלטת הממשלה. חשיבות או התקיימות של ודאות עסקית ודאי אין כאן, שכן אף לשיטתו של בית המשפט הנסמך על החתימה על התוכנית המופקדת 223, לא הייתה ודאות או בהירות באשר לתוקפה שכן לא היה כל ביטוי נורמטיבי לכוונה המשתמעת לפרש את תחום ההרשאה בדרך המביאה לשינוי הגבולות והרחבתם. יתר על כן, הממונה פעל בעקביות להבהיר להסדרות הציונית כי אין במערכת ההנחיות כדי להכשיר סטייה מתחום השטח התפוס והמגודר. כמו כן, אין כל התנהגות נטענת שהיה על בעלי הקרקע לעשותה ולא עשוה. זכותם של הבעלים בקרקע רשומה היא, שכן המדובר במקרקעין מוסדרים. כשיצא צו התפיסה הם התנגדו לו והוסבר להם כי שטח הצו צומצם למול צו סגירה 576. בכל זמן מן הזמנים היה השטח סגור בפניהם לצרכים צבאיים, ולא הותרה כניסתם לשם. משנודע להם על בניית קבע במקום פעלו מייד לעצירתה. מנגד, למתיישבים עצמם לא ניתנה כל זכות במקרקעין. עשיית הדין העצמית שלהם ללא כל הקצאה או הרשאה הייתה תוך התעלמות מופגנת מההיבטים החוקיים של פעולתם.

העסקה הנטענת כאן היא הסכם הרשאה. הסכם זה כפוף לזכות חד-צדדית של הממונה להביא לביטולו או לשינוי תחום תחולתו (סעיפים 15 ו-17 להסכם). דמי הרשאה צריכים היו להיות משולמים על בסיס שנתי (למיטב הידיעה, כלל לא שולמו). על כן, סעיף 5 לצו, אפילו היה לו כוח קנייני שאין לו, לא היה בו כדי לייפות את כוחו של הממונה לחתום על חוזה הרשאה כשר. לכן, עם התברר העובדות, באה העסקה לקיצה, ככל שכללה את השטח במחלוקת, ועל הממונה להבהיר למיישבת את גבולות ההרשאה, ולמחזיק בפועל בנכס לא נתונות כל זכויות שהן.

לא ניתן לקבל את הטענה כי בחינת תום הלב בשעת העסקה תשתרע על התנהגותו של הממונה לאחר כריתת העסקה, היינו שחתימתו על מערכת הנחיות 223, זמן רב לאחר כריתת העסקה, "תשלים" את תום לבו בעת העסקה, וזאת ללא שנלוותה לכך כל





פעולה מצידו לתיקון גבולות ההרשאה ומבלי שחתימתו על התוכנית נעשתה באופן המעיד על בדיקה סבירה של תחום התוכנית והתאמתה לצו התפיסה. בעת החתימה על העסקה שכללה את השטח התפוס (או הסגור) חשב הממונה כי השטח שנתפס אכן נתפס. וזה אכן נכון. אך השטח שנתפס הוא השטח שבצו התפיסה, 850 דונם, כפי שמומש בפועל. לא כל שטח אחר.

קיומן של אי-התאמות גלויות על פני הדברים, למשל, בהתעלמות ממסמכים ומפות מדויקות שבתיק הממונה, בהימצאם של פערים בלתי-סבירים בין גודל המקרקעין לגביהם נעשית העסקה לבין גודל המקרקעין לפי צו התפיסה, שוללים את תום הלב. שקול הדבר לאי-בדיקת רישומי המקרקעין, המצויים כבר בידי הממונה.<sup>73</sup> כאשר כל מקור המחשבה כי המדובר ב"רכוש ממשלתי" הוא בצו התפיסה, אי-התאמות גסות בין צו התפיסה לבין תחום העסקה שוללות את תום ליבו של הממונה. עולה הדבר לכדי "עצימת עיניים לסתירה הבוטה" שבין צו התפיסה להיקף העסקה.<sup>74</sup>

הממונה ידע על כך שהמקרקעין במקום הם מקרקעין מוסדרים, והיה בפניו סקר בעלויות אשר אפשר לו להצביע על הבעלות בכל חלקה וחלקה, הן בתחום צו הסגירה והן מחוצה לו. כך עולה במפורט ובמפורש ממכתביו של הממונה מהשנים 1973 ו-1975, ומהמפות שצורפו למכתבים אלה שנעשו על בסיס מפות רישום מדויקות.

במקרה זה, אם אכן – מה שלא מתקבל על הדעת – עמד הממונה דאז על קבלת מפת מדידה, וראה במפת התוכנית 223 כגבולות ההרשאה – לא נעשה הדבר בתום לב. לא נעשתה כל התייחסות לתיק הממונה הכולל נתונים ומיפויים מדויקים על אודות הסגירה; לא נעשתה בדיקה של התאמת תוכנית 223 לצו התפיסה; לא נעשתה כל פנייה למפקד הצבאי אשר תפס את המקרקעין והנחה את הממונה לפעול בשמו; הייתה התעלמות רבתי מעמדתו שנמסר לממונה עליה, לפיה צו התפיסה פעל לצמצום השטח להקמת הישוב אל מול צו הסגירה, כאשר תחום התוכנית עולה במאות דונמים על צו הסגירה; לא נעשתה כל פנייה לאחר החתימה על תשריט תוכנית 223 לגורמים הרלוונטיים, ובפרט לרע"ן נכו"ם במפקדת מפקד כוחות צה"ל באזור לוודא כי צו התפיסה התכוון לתחום התשריט. וזו רק רשימה חלקית. מכל מקום, כבר בשנת 1990 הובהר לכל בר-בי-רב כי אין ההרשאה חורגת משטח התפיסה לפי הצו. כל טענה אחרת על תום לב אינה יכולה להישמע בתום לב.

<sup>73</sup> ע"א 11085/08 **עזבון מראד נ' רשות הפיתוח**, פס' 6(ג) לחוות דעתו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 9.10.2011): "בחינת תום ליבו של האפוטרופוס חייבת להעניק את המשקל הראוי לבדיקת מצב המקרקעין בטאבו, והסתמכותו על המרשם".

<sup>74</sup> ע"א 5685/94 **עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עזבון אלעבסי**, פ"ד נג(4) 730, פס' 22 (1999).



אין אתונות מדברות ואין מלאכים בכרמים: על פרשת "מצפה כרמים"

## 1. סיכום

מהאמור ברשימה זו עולה כי פסק הדין וכל הסעדים שניתנו בו אינם יכולים לעמוד. הגנה על זכות הקניין של בעלי הקרקע התובעים, כמו גם הגנה על האינטרסים של מי שלא היו צד להליך – בעלי הקרקעות הפרטיים שבתחום המקרקעין אך לא יוצגו בו – מחייבות את ביטולו של פסק הדין, כמו גם את השבת ההחזקה בקרקע לבעליה ביחס לכלל המקרקעין המצויים מחוץ לצו התפיסה לצרכים צבאיים.

בסיפור המופלא על אתונו של בלעם, מופיע בדרכו של בלעם, ההולך לקלל את ישראל, מלאך במשעולי הכרמים, ודוחק את אתונו מדרכה. בלעם מכה באתון פעם אחר פעם, עד שה' פותח את פיה והיא מלינה בפני בלעם: "ויפתח ה' את פי האתון; ותאמר לבלעם, מה עשיתי לך, פי הפיתני, זה שלש רגלים".<sup>75</sup> שלוש מכות הונחתו על בעלי הקרקע בפרשת מצפה כרמים: ראשונה, נסגר בפניהם השטח מחמת צרכי שטחי אימונים לכאורה ונמנעה מהם הגישה אליו. שנייה, נעשתה על אדמתם בנייה פרטית למטרות מגורים שלא כדין. שלישית, בית המשפט המחוזי קבע כי השימוש בקרקעותיהם יימשך, וכי זכותם בקרקע לא תושב להם. אף כי אין אתונות מדברות, וכפי שראינו בעניין אנגיל, אף אין מלאכים בכרמים, בית המשפט העליון יכול, ומוכרח, לפתוח את פיו ולתקן את העוולות שנעשו.

<sup>75</sup> במדבר כ"ב, כ"א-ל.