

מדינת ישראל

משרד המשפטים

לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, ז' כסלו תשע"ז

7 דצמבר 2016

מס' מסמך: 004-99-2016-020272

אל: לוח תפוצה

הנדון: סיכום דיון - סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון)

ביום 4.12.2016, קיים היועץ המשפטי לממשלה דיון עקרוני בנושא שבנדון, בהשתתפות פרקליט המדינה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי), מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, היועצת המשפטית למשרד ראש הממשלה, עוזר שר הביטחון לענייני התיישבות, יועמ"ש איו"ש, יו"ר הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש ("צוות ההסדרה") וחברי הצוות, וכן נציגים נוספים מיחידת תיאום פעולות הממשלה בשטחים, מהלשכה המשפטית במשרד הביטחון, מהלשכה המשפטית במשרד החוץ, משרד החקלאות ופיתוח הכפר, ממחלקת ייעוץ וחקיקה, מפרקליטות המדינה וממשרד המשפטים.

כרקע לדיון שימשו המסמכים הבאים: חוות דעת יועמ"ש איו"ש בעניין "מעמד המשפטי של מבנים שנגרעו מאדמות מדינה לאחר בדיקות של הצוות לתיחום אדמות מדינה"; חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי בנושא "סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי-תקנת השוק"; חוות דעת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) בנושא "בחירת המלצת צוות ההסדרה בנושא סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי"; חוות דעת צוות ההסדרה בנושא "שמעה - קו כחול" - סעיף 5 לצו"; וחוות דעת צוות ההסדרה בנושא "עלי - השכונות נאות חן ונאות אילן - קו כחול - סעיף 5 לצו".

רקע:

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מספר 59), התשכ"ז - 1967 (להלן: "הצו בדבר רכוש ממשלתי"), מורה כדלקמן:

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

על אף שסעיף זה מהווה חלק מתחיקת הביטחון באיו"ש מזה כמעט חמישה עשורים, הרי שככלל לא נעשה בו שימוש, למעט במקרים נדירים וחריגים. בשנים האחרונות, שב ועלה הצורך לעשות שימוש בהוראת הסעיף, בעיקר נוכח עבודת הצוות לתיחום אדמות מדינה (להלן: "צוות קו

כחול"י), אשר הביאה לכך ששטחים מבוניים שמלכתחילה נחשבו לאדמות מדינה, נגרעו מתחומיהן של ההכרזות ההיסטוריות על אדמות מדינה.

להלן סיכום היועץ המשפטי לממשלה :

1. הצו בדבר רכוש ממשלתי מבטא את החובה המוטלת על מפקד כוחות צה"ל באיו"ש לנהל את הרכוש הממשלתי באזור, בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית, לפיהם הוא פועל. סעיף 5 לצו מבטא הסדר של תקנת שוק, המקובל בהקשרים מקבילים, לרבות בדין הישראלי, וכשלעצמו אין הוא סותר את הדין הבינלאומי.
2. הסדר זה מיועד להגן על מי שהתקשר בתום לב עם הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (להלן: "הממונה"), בהסתמך על ההבנה של שני הצדדים להתקשרות כי מדובר ברכוש ממשלתי. תכליתו של ההסדר היא הגנה על אינטרס ההסתמכות של הפרט שנקט פעולות על בסיס אותן עסקאות, כאשר ביטול ההסכם כעת יביא לפגיעה בו, כמו גם הקניית מעמד ראוי לממונה, על מנת שניתן יהיה להבטיח כי עסקאות עמו יעמדו בתוקפן.
3. בו בזמן, בהגנה על המתקשר תם הלב יכולה להיות מגולמת פגיעה ברכוש הפרט, שאדמתו הוכרזה בטעות כרכוש ממשלתי. נוכח זאת – כבכל תקנת שוק, וביתר שאת מתוקף חובתו של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש להגן על רכוש הפרט בשטח המוחזק, נדרשת בחינה קפדנית של דרישות הסעיף.
4. בהקשר זה, מן הראוי להגביל את השימוש בסעיף 5 ככלל למתחם המגורים המבונה של היישוב, ולבנייה בפועל שנעשתה בשטחו טרם שנודע לצדדים לעסקה על כך שמדובר למעשה ברכוש שאיננו ממשלתי. זאת, בהתחשב באינטרס ההסתמכות של התושבים המתגוררים במקום ובהשלכות המורכבות הכרוכות בביטולה בדיעבד של העסקה ביחס לשטח כאמור. בתוך כך, תהא, בנסיבות מסוימות, הצדקה לתחולת הסעיף אף ביחס למקרים נוספים (כגון: מתחמי בנייה המשמשים לצורכי תעשייה ותעסוקה, שטחים חקלאיים). מכל מקום, ההסדר הקבוע בסעיף 5 לא יחול ביחס לשטחים המצויים מחוץ למתחם המבונה של היישוב ושלא נעשה בהם שימוש בפועל, וזאת גם אם מדובר בשטחים הנמצאים בתחומה של תכנית בניין עיר (תב"ע) בתוקף.
5. להלן יפורטו העקרונות על פיהם יש לפעול במסגרת יישום הוראת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (עקרונות אלה נלמדים, בין היתר, מהסדרים דומים שקיימים בדין הישראלי, המופיעים בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, התשי"ו-1950, ובסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978, ומהפסיקה המתייחסת להם):
 - א. כפי שעולה מהוראת סעיף 5, ההגנה המוקנית במסגרתו מותנית בקיומה של עסקה בתום לב. תנאי נוסף לכך הינו קיומה של תמורה בגין העסקה. הגם שדרישת התמורה איננה מצוינת מפורשות בסעיף, הרי שמדובר בדרישה מקובלת ביחס להסדרי תקנת שוק, והיא מהווה חלק מהרציונל להעדפת זכותו של המתקשר על פני הבעלים המקורי.

ב. **תנאי מרכזי לצורך התקיימות דרישת העסקה היא קיומו של הסכם להקצאת מקרקעין בין הממונה לבין מתקשר כלשהו.** לרוב, מדובר בגורם מיישב או משכן – ההסתדרות הציונית העולמית, משרד הבינוי והשיכון, וכיו"ב, אך במקרים מסוימים ההתקשרות היא ישירות בין הממונה לבין המתיישב שמחזיק בקרקע. מדובר בעסקה קונקרטית אשר מתייחסת למקרקעין המסוימים לגביהם מתבקש יישום הסעיף.

לעניין זה, לא ניתן להסתפק אך ורק בהתקשרות ישירה בין גורם משכן או מיישב לבין המתיישב המחזיק בקרקע, שכן הסעיף עוסק בעסקה בין הממונה ובין צד אחר ולא בין גורמים אחרים שאינם הממונה.

במסגרת הדיונים בנושא, נטען כי בנסיבות מסוימות, גם בהעדר הסכם הקצאה, ניתן לראות בתביעה עליה חתומים הן הממונה והן הגורם המשכן, ושעל בסיסה פעלו צדדים אלו לפיתוח השטח ולשיווקו כאילו היו צד להסכם הקצאה תקף, בגדר עסקה. ככלל, נראה כי עצם קיומה של תביעה אינו מקיים את דרישת עסקה. אולם, ייתכנו מקרים בהם ממכלול נסיבות העניין יילמד כי אכן מדובר בעסקה, למשל – אם יתברר כי התביעה החתומה מייצגת בפועל התקשרות המבוססת על גמירות זעת ומסוימות מספקת, כאשר בצירוף מכלול נסיבות העניין, הדבר מלמד על קיומה של עסקה קונקרטית. ככל שמקרים מעין אלו יתעוררו, יהיה מקום לבחון אותם לגופם.

יובהר כי לצורך קיום הדרישה של עסקה על-פי סעיף 5, לא נדרש שהסכם ההקצאה בין הממונה לבין המתקשר יסתיים ברישום. כמו כן, אף קיומה של תביעה בתוקף איננו מהווה תנאי הכרחי לקיום דרישת העסקה (ההשפעה האפשרית של העדר תביעה בתוקף על קיומה של דרישת תום הלב תידון להלן).

ג. **אשר לדרישת תום הלב, הרי שמדובר בתום ליבם של הצדדים לעסקה, דהיינו, הממונה והגורם המתקשר עמו.** בהתאם לתכלית העומדת בבסיס ההסדר הנידון, נראה כי מדובר בדרישת תום לב סובייקטיבי. כאשר הקצאת מקרקעין ניתנה, שעה שהצדדים לה הסתמכו על הכרזה על רכוש ממשלתי שנעשתה כדון, ניתן לקבוע כי קיימת חזקה בדבר תום ליבם בהתקשרות. במקרים אחרים, יהיה מקום לבחון את נסיבותיהם לגופם.

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

בדומה, התעוררה שאלת ההשפעה האפשרית של בנייה בהעדר תביעה בתוקף על קיומו של תום לב בעסקה. בהקשר זה יצוין כי ככלל, קידומה של תביעה הינו מאוחר להסכם ההקצאה. על כן, בהחלט ניתן לומר כי בשעת העסקה, יכולה הייתה להתקיים דרישת תום הלב בין הצדדים לה, אף אם בהמשך לכך, הוקמו מבנים בשטח המוקצה מבלי שקודמו ההליכים הדרושים לצורך אישורה של תביעה לתוקף במקום.

ד. לעניין דרישת התמורה, הרי שכאמור לעיל מדובר בדרישה אותה יש לקרוא לתוך הסעיף בדרך של פרשנות. בהתאם, יש מקום לפרשה בשים לב למאפיינים המיוחדים של התקשרויות בין הממונה לבין גורמים שונים באזור. כאשר מדובר בהתקשרויות עם גופים מיישבים או משכנים, הפרקטיקה באזור בעבר הייתה שההתקשרות עצמה איננה כרוכה בתשלום תמורה כספית מצד הגורם המתקשר, כאשר התמורה שניתנת מצדו הינה קידום תכנית מתאר לשטח המוקצה, פיתוחו ושיווקו. לאור זאת, ניתן לראות בפעולות האמורות משום תמורה לצורך תחולת ההגנה הקבועה בסעיף 5. ביחס להתקשרויות עם הממונה שבהן ניתנה תמורה כספית מצד המתקשר הישיר, הרי שהדבר יקיים את יסוד התמורה, גם בהעדר פעולות לפיתוח השטח ולהקמת מבנים במקום.

ה. בהתקיים הדרישות המפורטות לעיל, הרי שעל פי סעיף 5, עסקה שנערכה בין הממונה לבין המתקשר עמו תעמוד בתוקפה, בהתאם למקובל בהסדרים של תקנת שוק. דהיינו, למתקשר תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין, בהתאם לזכות שהוקנתה לו במסגרת הסכם ההקצאה, והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש שאינו ממשלתי.

6. העקרונות המפורטים לעיל ישמשו כאמור את הגורמים הנוגעים בדבר, שעה שיתעורר הצורך ביישומו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי על ידם במקרים קונקרטיים. מדובר הן במקרים בהם הגורם המתקשר או המחזיק בקרקע מבקש לבצע פעולה תכנונית או העברה קניינית, והן במקרים בהם הבעלים המקורי מבקש כי השטח יושב לחזקתו. בהתקיים פניות מהסוג האחרון, מן הראוי גם לפעול להסדרת אפשרות הפיצוי לבעלים שזכותו בקרקע נפגעה בשל טעותו בתום לב של הממונה, כאשר הוחלט כי תקנת השוק גוברת. גם לעניין זה ניתן ללמוד מהסדרים דומים שקיימים בדין הישראלי.

בברכה,
ד"ר איל לימון, עו"ד
עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה