דו"ח על מעמד הבניה
באזור יהודה
ושומרון

ירושלים, א' בתמוז התשע"ב – 21.6.2012

א' בתמוז התשע"ב

(21 יוני 2012)

לכבוד

מר בנימין נתניהו

ראש הממשלה

ירושלים

לכבוד

מר יעקב נאמן

שר המשפטים

ירושלים

א.מ.נ.,

אנו מתכבדים להגיש לכבודכם דו"ח זה המסכם את עבודתו של הצוות לבחינת הבניה באזור יהודה ושומרון, שעל הקמתו הוריתם ביום כ' שבט התשע"ב (13 פברואר 2012).

בכבוד רב,

א' א' לוי, שופט (בדימ')
של בית המשפט העליון - יו"ר

תחיה שפירא, שופטת (בדימ')
של בית המשפט המחוזי - חברה

שגריר אלן בייקר, עו"ד
חבר

תוכן עניינים

כתב המינוי	1
מעמד שטחי יהודה ושומרון מנקודת ההשקפה של המשפט הבינלאומי	2
מוסדות התכנון ביהודה ושומרון ועיקרים בדיני תכנון ובניה	13
ועדות המשנה של מועצת תכנון עליונה	15
התנגדויות	16
קבלת היתר	16
עבודות הטעונות היתר	17
עררים	18
הריסה מנהלית	18
הבטחה מנהלית	24
הקצאת קרקע ובניה ביהודה ושומרון	30
ישוב חדש או שכונה – הכרעה במחלוקת	45
תום לב וטענת השתק	57
הבטחה מנהלית והפרתה	59
זכות הקניין – בנייה על קרקע פרטית	62
רישום הזכויות במקרקעין כגורם לסכסוכי קרקעות	68
רכישת קרקעות ביהודה ושומרון על ידי ישראלים	69
הכרעה בסכסוכי קרקעות	70
דרכי גישה לישובים	79
דרישת ה"שכלול" בקרקע שבתפיסה צבאית	80
שמורות טבע ופארקים ביהודה ושומרון	81
סיכום	83
תרגום עיקרי ההמלצות לשפה האנגלית	90

כתב המינוי

1. בהליכים המתקיימים בפני בית המשפט העליון בסוגיית הבניה באזור יהודה ושומרון, הודיעה המדינה כי "ככלל, בניה בלתי חוקית אשר ממוקמת על קרקע פרטית – תוסר, ובמקביל הונחו הדרגים המקצועיים המתאימים לפעול להסדרת המעמד התכנוני של מבנים המצויים באדמת מדינה; וזאת באותם מקומות בהם יוחלט על הסדרה, והכל בהתאם לשיקולים רלוונטיים נוספים הקשורים לענייננו של כל מקום ומקום" (ראו לדוגמה את תשובת המדינה בבג"צ 9060/08, דאר-יאסין ואח' נ' שר הביטחון ואח'). בעקבות כך נתבקשנו על ידי ראש הממשלה ושר המשפטים ליתן המלצותינו בשלושה נושאים (ראו נספח 1):

א) פעולות שיש לנקוט להסדרת הבניה, אם ניתן הדבר; או הסרתה – הכל בהתאם למדיניות האמורה.

ב) הבטחת קיומו של הליך נאות לבירור סוגיות מקרקעין באזור, בהתאם לעקרונות הצדק וההגינות של שיטת המשפט והמינהל הישראלי, בהתחשב בדין החל באזור, לרבות בחינת השאלה אם נדרשים שינויים להבטחת שקיפות, שוויון, הסרת חסמים וייעול תהליכים ונהלים ככל שיידרשו.

כמו כן, ניתנה לנו הסמכות לדון וליתן המלצות, לפי שיקול דעתנו, בכל עניין אחר הקשור לנושאים דלעיל.

2. המטלות האמורות הן רחבות היקף, ולו היינו מחליטים לעסוק בכולן היו נדרשים לכך חודשים רבים. דא עקא, הסוגיה העומדת במרכזו של כתב המינוי – מעמדה של ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון, בכלל, והרחבתה, בפרט – מצויה במרכזה של מחלוקת קשה בקרב הציבור בישראל ומהווה עילה לביקורת

בינלאומית. על כן סברנו כי יהיה נכון להביא את המלצותינו בפני הגוף הממנה מוקדם ככל הניתן. לפיכך, נעסוק להלן בעיקר באותה סוגיה, ונקדים ונבהיר כי קבענו לעצמנו שלא לנקוט עמדה באשר לתבונה המדינית שבמעשה ההתיישבות, ככלל, אלא נפעל כמשפטנים שחובתם לפסוק את פסוקם בהתבסס על הדין בלבד.

לצורך כך, ובמטרה לאפשר השמעתן של דעות מגוונות, פרסמנו בעיתונות "קול קורא" בשפות עברית, ערבית ואנגלית (נספח 1ב), והזמנו בעלי עניין להתייצב בפנינו או להביע את עמדתם בכתב. כמו כן, יזמנו פניות ישירות לגופים שונים, ואת תוצאת כל אלה אנו מתכבדים להביא בדו"ח זה, שבמרכזו ניצבת סוגית הקמתן והמשך קיומן של נקודות ישוב שאחדים רואים בהן ישובים חדשים, בעוד שבפי אחרים הן מכונות "שכונות" של ישובים קיימים. נקודות אלו הוגדרו בעבר כ"לא מורשות", ככל הנראה, הואיל ולהקמת חלק מהן לא קדמה החלטת ממשלה. אולם חלקן לוקות גם באי-חוקיות, הואיל והן הוקמו גם ללא היתרים מרשויות התכנון. בכך, בעיקר, נעסוק להלן, אולם נוסיף ונידרש גם למספר סוגיות נוספות בהן ראינו חשיבות מיוחדת.

<u>מעמד שטחי יהודה ושומרון מנקודת ההשקפה של המשפט הבינלאומי</u>

3. לאור הגישות השונות ביחס למעמדה של מדינת ישראל ופעילותה ביהודה ושומרון, כל בחינה של סוגיות הקרקע וההתיישבות שם מחייבת, בראש וראשונה, ליבון סוגיית מעמדו של השטח על פי המשפט הבינלאומי.

יש מי שסבורים כי התשובה לסוגיית ההתיישבות הנה פשוטה, באשר היא אסורה על פי המשפט הבינלאומי. זו דעתם של הארגונים "שלום עכשיו" (ראו מכתבה של גב' חגית עופרן מיום 2 אפריל 2010), "בצלם" (ראו מכתבה של מנכ"ל הארגון גב' ג'סיקה מונטל מיום 29 מרץ 2012, והחוברת "גזל קרקעות"

מחודש מאי 2002), "יש דין" והאגודה לזכויות האזרח בישראל (מכתבה של עו"ד תמר פלדמן, מיום 19 באפריל 2012), ו"עדאלה" (ראו מכתבה של עו"ד פאטמה אלעג'ו מיום 12.6.12).

גישתם של ארגונים אלה משקפת למעשה את העמדה המושמעת על ידי ההנהגה הפלסטינית וחלקים מהקהילה הבינלאומית, הרואים את מעמדה של ישראל כ"כובש צבאי", ואת ההתיישבות כתופעה בלתי חוקית בכללותה והשוללת כל זכות ישראלית או יהודית לגבי שטחים אלה. בתמצית, נטען כי שטחי יהודה ושומרון הם בגדר "שטחים כבושים" על פי ההגדרות של המשפט הבינלאומי מאז נכבשו מממלכת ירדן בשנת 1967. על כן, חלות לפי גישתם על ישראל, ככובש צבאי, הוראות המשפט הבינלאומי בעניין כיבוש, קרי, תקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של לחימה ביבשה משנת 1907[1], המסדירות את יחסו של הכובש לשטח הכבוש, ואמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנה על אוכלוסייה אזרחית בזמן מלחמה (1949)[2].

על פי תקנות האג, מחויב הכובש לנהל את השטח ולשמור על הסדר תוך דאגה לצרכיו הביטחוניים ולצורכי האוכלוסייה האזרחית עד לסיום הכיבוש. על פי כללים אלה חל איסור עקרוני על פגיעה ברכוש הפרט, אך ניתן לנצל את רכוש המדינה הכבושה ורכוש ציבורי שאינו רכוש פרטי, ואף ליהנות מפירותיו מבלי לשנות את אופיו הקבוע. זאת ועוד, על פי גישתם, אוסר סעיף 49 של אמנת ז'נבה הרביעית על כובש להעביר חלקים מאוכלוסייתו להתיישב בשטח הכבוש[3]. לפיכך הקמתם של הישובים על ידי ישראל נעשתה, לגישתם, תוך הפרתו של סעיף זה, אף מבלי להידרש לסוג או מעמד הקרקע עליה הם בנויים.

---

[1] http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/195
[2] http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/380

בהקשר זה, הוצגה בפנינו גישה של חלק מאותם ארגונים, לפיה אין הם מקבלים את הנחת היסוד שאדמות שאינן בגדר רכוש פרטי הן אדמות מדינה. נטען, כי בהעדר רישום מסודר של רוב האדמות ביהודה ושומרון, ורישום מדויק של זכויות התושבים המקומיים, קיימת סבירות שגם קרקע שאינה מוגדרת או רשומה כקרקע פרטית, זכאית האוכלוסייה המקומית ליהנות ממנה. מכאן ששימוש בקרקעות לצורך הקמתם של ישובים ישראליים פוגע בזכויותיה של האוכלוסייה המקומית, שהיא אוכלוסייה מוגנת על פי האמנה, וחובתה של ישראל, כמעצמה כובשת, להגן על זכויות אלו ולא לשלול אותן על ידי ניצולן לטובת אוכלוסייתה-שלה[4].

Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.

Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons does demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased.

The Occupying Power undertaking such transfers or evacuations shall ensure, to the greatest practicable extent, that proper accommodation is provided to receive the protected persons, that the removals are effected in satisfactory conditions of hygiene, health, safety and nutrition, and that members of the same family are not separated.

The Protecting Power shall be informed of any transfers and evacuations as soon as they have taken place.

The Occupying Power shall not detain protected persons in an area particularly exposed to the dangers of war unless the security of the population or imperative military reasons so demand.

The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies.

[4] עמדת "שלום עכשיו". ראה גם בצלם "באצטלה של חוקיות – הכרזות על אדמות מדינה בגדה המערבית" פב' 2012

4. אם הגישה המשפטית הזאת נכונה, כי אז היינו מצווים לסיים את מלאכתנו על פי כתב המינוי, שהרי בנסיבות אלו לא נוכל להמליץ על דרך להסדרת מעמדם של הישובים. אדרבא, נהיה חייבים להמליץ בפני הרשויות המוסמכות לפעול להסרתם.

אולם, בפנינו הובעה גם עמדה משפטית שונה, בין היתר, על ידי תנועת רגבים (עו"ד בצלאל סמוטריץ ועו"ד עמיר פישר) ובחוות הדעת מטעם מועצה אזורית מטה בנימין (חוות הדעת של עו"ד דניאל רייזנר ועו"ד הראל ארנון). אלה סבורים כי ישראל אינה "מעצמה כובשת" על פי הגדרות המשפט הבינלאומי, בין היתר, נוכח העובדה ששטחי יהודה ושומרון מעולם לא היו חלק לגיטימי ממדינה ערבית כלשהי, לרבות ממלכת ירדן. לפיכך, אותן אמנות העוסקות בניהול השטח הכבוש והאוכלוסייה הכבושה, אינן רלבנטיות לנוכחותה של ישראל בשטחי איו"ש.

לגישתם, אפילו היתה אמנת ז'נבה חלה, לא נועד סעיף 49 לאמנה לחול בנסיבות של ההתיישבות הישראלית. סעיף זה גובש על ידי המעצמות לאחר מלחמת העולם השנייה, כדי למנוע תופעות של העברה כפויה של אוכלוסייה כפי שנעשתה משטחה של גרמניה הנאצית לתוך פולין, הונגריה וצ'כוסלובקיה, במטרה לשנות את המבנה הדמוגרפי והתרבותי של האוכלוסייה. נסיבות אלו אינן מתקיימות בעניינה של ההתיישבות הישראלית. למעט המחויבות העקרונית החלה כלפי כולי עלמא מכוח הנורמה ההומניטרית הבינלאומית לכבד זכויות קנייניות של הפרט, והמחויבות לקיים את הדין שחל בשטח טרם כניסת צה"ל לאזור, אין סייג עקרוני לזכותה של ישראל לנצל את הקרקע ולאפשר לתושביה להתיישב שם, כל עוד לא ייפגעו זכויותיהם הקנייניות של התושבים המקומיים, וכל עוד לא יוחלט אחרת על ידי ממשלת ישראל במסגרת תהליך המו"מ לקראת שלום באזור.

5. האמנם מעמדה של מדינת ישראל הוא כשל "כובש צבאי", על המשתמע מכך על פי המשפט הבינלאומי? לעמדתנו, התשובה לכך היא שלילית.

לאחר ששקלנו את הגישות שהוצגו בפנינו, נראה לנו כפרשנות סבירה של אותן הוראות של המשפט הבינלאומי, שהמושג המקובל של "כיבוש" על המחויבויות הנובעות ממנו, נועד לחול בתקופות קצרות של כיבוש שטח של מדינה ריבונית עד לסיום הסכסוך בין הצדדים והחזרת השטח או כל הסדר מוסכם אחר לגביו. והרי הנוכחות הישראלית ביהודה ושומרון שונה באופן מהותי: החזקת השטח נמשכת עשרות שנים, ואיש אינו מסוגל לחזות את סיומה, אם בכלל; השטח נכבש מידי מדינה (ממלכת ירדן) שריבונותה בשטח מעולם לא זכתה לביסוס משפטי מוצק, ובינתיים היא אף הסתלקה מתביעתה לריבונות; למדינת ישראל תביעה לזכויות של ריבון בשטח.

באשר לסעיף 49 לאמנת ג'נבה, רבים נדרשו לפרשנותו, ונראה כי הדעת השלטת היא שאותו סעיף אכן נועד לתת מענה למציאות קשה שנכפתה על ידי חלק מהמדינות במהלך מלחמת העולם השנייה, כאשר הגלו והעבירו בכפייה חלק מתושביהן לשטחים אותם כבשו, תהליך שהיה מלווה בהרעה ממשית במצבה של האוכלוסייה הכבושה (ראו בג"צ 785/87 עבד אלעזיז אלעפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור חבל עזה, פ"ד מב(2) 1; וכן את מאמרו של אלן בייקר: סילוף אמנת ז'נבה והסכמי אוסלו, מחודש ינואר 2011[5]).

---

[5] "The Settlements Issue: Distorting the Geneva Conventions and Oslo Accords" http://www.jcpa.org/JCPA/Templates/ShowPage.asp?DRIT=1&DBID=1&LNGID=1&TMID=111&FID=378&PID=0&IID=5603&TTL=The_Settlements_Issue:_Distorting_the_Geneva_Convention_and_the_Oslo_Accords

פרשנות זו נתמכת במספר מקורות: **הפרשנות המוסמכת של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום** (ICRC), המופקד על ביצוע אמנת ג'נבה הרביעית[6], בה צויין לגבי מטרת אותו הסעיף של האמנה:

> "It is intended to prevent a practice adopted during the Second World War by certain Powers, which transferred portions of their own population to occupied territory for political and racial reasons or in order, as they claimed, to colonize those territories. Such transfers worsened the economic situation of the native population and endangered their separate existence as a race."

המשפטנים, פרופ' יוג'ין רוסטאו, דיקן בית הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל שבארה"ב, ופרופ' יוליוס סטון אישרו שסעיף 49 נועד לאסור את אותם מעשים בלתי אנושיים שבוצעו על ידי הנאצים, קרי - העברה מאסיבית של אנשים אל תוך השטחים כבושים על ידם לצורכי השמדה, עבדות או קולוניזציה.[7][8]:

> "[T]he Convention prohibits many of the inhumane practices of the Nazis and the Soviet Union during and before the Second World War - the mass transfer of people into and out of occupied territories for purposes of extermination, slave labor or colonization, for example....The Jewish

---

[6] *ICRC Commentary to the Fourth Geneva Convention,* edited by Jean S. Pictet (1958), at pages 3-9.

[7] *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, p. 719

[8] Phillips, "The Illegal Settlements Myth," *Commentary*, 2010

settlers in the West Bank are most emphatically volunteers. They have not been "deported" or "transferred" to the area by the Government of Israel, and their movement involves none of the atrocious purposes or harmful effects on the existing population it is the goal of the Geneva Convention to prevent" (Rostow)

"Irony would...be pushed to the absurdity of claiming that Article 49(6), designed to prevent repetition of Nazi-type genocidal policies of rendering Nazi metropolitan territories *judenrein,* has now come to mean that...the West Bank...must be made *judenrein* and must be so maintained, if necessary by the use of force by the government of Israel against its own inhabitants. Common sense as well as correct historical and functional context excludes so tyrannical a reading of Article 49(6.)" .(Julius Stone)

6. איננו סבורים כי ניתן להקיש מהוראת דין זו ומטרותיה לעניינם של מי שביקשו להתיישב ביהודה ושומרון לא עקב כך ש"הוגלו" או "הועברו" לשם בכפייה, אלא מחמת השקפת עולמם – יישוב ארץ ישראל. לא נעלמה מעינינו השקפתם של אלה הסבורים כי יש לפרש את אמנת ז'נבה הרביעית, גם כאוסרת על המדינה הכובשת לעודד או לתמוך בהעברת חלקים מאוכלוסייתה לשטח הכבוש, אפילו אם היא לא יזמה אותה[9]. אולם גם אם פרשנות זו נכונה, לא היינו משנים ממסקנתנו לפיה אין להקיש דבר מסעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית לעניין ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון, נוכח מעמדו של האזור על פי המשפט הבינלאומי, ולעניין זה נקדים סקירה היסטורית קצרה.

---

[9] לעניין זה ראו מאמרו של אלן בייקר, המוזכר לעיל בהערת שוליים מס' 5, בעניין הרקע להוספת המילים "באופן ישיר או בלתי ישיר" בסעיף 8 לחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי.

7. ביום י"ז בחשון תרע"ח (2 בנובמבר 1917) פרסם הלורד ג'יימס בלפור, שר החוץ הבריטי, הכרזה לפיה "ממשלת הוד מלכותו רואה בעין יפה הקמת בית לאומי לעם היהודי בפלשתינה", ובלשון המסמך שהופנה ללורד רוטשילד:

> His Majesty's Government view with favor the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people, and will use their best endeavors to facilitate the achievement of this object, it being clearly understood that nothing shall be done which may prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine, or the rights and political status enjoyed by Jews in any other country.[10]

בהכרזה זו הכירה בריטניה בזכותו של העם היהודי בארץ ישראל, ואף הביעה את נכונותה לקדם תהליך שיוביל בסופו להקמתו של בית לאומי עבורו בחלק זה של העולם. הכרזה זו שבה והופיעה, בנוסח שונה, בהצהרת ועידת השלום בסן רמו,איטליה, שהניחה את יסודות המנדט על ארץ ישראל, ובה הכרה בקשר ההיסטורי של העם היהודי לפלשתינה (ראו פרק המבוא):

> The principal Allied powers have also agreed that the Mandatory should be responsible for putting into effect the declaration originally made on November 2nd, 1917, by the Government of His Britannic Majesty, and adopted by the said powers, in favor of the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people, it being clearly understood that nothing should be done which might prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine, or the rights and political status enjoyed by Jews in any other country ...
> Recognition has thereby been given to the historical connection of the Jewish people with Palestine and to the

[10] http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/The+Balfour+Declaration.htm

grounds for reconstituting their national home in that country.[11]

וכאן המקום להדגיש, כי בכתב המנדט (כמו גם בהצהרת בלפור) הוזכרו הזכויות "האזרחיות והדתיות" בלבד של תושבי פלשתינה אותן יש לשמר, ואין בו זכר להגשמתן של זכויות לאומיות של העם הערבי. ובאשר ליישום המעשי של הצהרה זו, נאמר בסעיף 2 של כתב המנדט[12]:

The Mandatory shall be responsible for placing the country under such political, administrative and economic conditions as will secure the establishment of the Jewish national home, as laid down in the preamble, and the development of self-governing institutions, and also for safeguarding the civil and religious rights of all the inhabitants of Palestine, irrespective of race and religion.

ובסעיף 6 של כתב המנדט נאמר:

The Administration of Palestine, while ensuring that the rights and position of other sections of the population are not prejudiced, shall facilitate Jewish immigration under suitable conditions and shall encourage, in co-operation with the Jewish agency referred to in Article 4, close settlement by Jews on the land, including State lands and waste lands not required for public purposes.

בחודש אוגוסט 1922 אישר חבר הלאומים את המנדט שנמסר לבריטניה, ובכך הוכרה, כנורמה המעוגנת במשפט הבינלאומי, זכותו של העם היהודי לקבוע את ביתו בארץ ישראל, מולדתו ההיסטורית, ולהקים בה את מדינתו.

---

[11] http://www.cfr.org/israel/san-remo-resolution/p15248

[12] http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/The+Mandate+for+Palestine.htm

להשלמת התמונה נוסיף, כי עם הקמת ארגון האומות המאוחדות ב-1945, נקבע בסעיף 80 למגילתו, העקרון של הכרה בהמשך תוקפן של זכויות קיימות של מדינות ועמים שנרכשו מכוח המנדטים למיניהם, כולל כמובן אותן זכויות של היהודים מכוח המסמכים המפורטים לעיל להתיישב בשטחי ארץ ישראל:

> "Except as may be agreed upon in individual trusteeship agreements.....nothing in this Chapter shall be construed in or of itself to alter in any manner the rights whatsoever of any states or any peoples or the terms of existing international instruments to which Members of the United Nations may respectively be parties" (Article 80, Paragraph 1, UN Charter).

8. בחודש נובמבר 1947 אימצה העצרת הכללית של האומות המאוחדות את המלצתה של ועדה שהקימה, לחלוקתה של ארץ ישראל שממערב לירדן לשתי מדינות: מדינה ערבית ומדינה יהודית[13]. אולם תוכנית זו לא מומשה, וממילא לא קנתה אחיזה במשפט הבינלאומי, הואיל ומדינות ערב דחו אותה ופתחו במלחמה כדי למנוע את יישומה והקמתה של המדינה היהודית. תוצאות המלחמה קבעו את המציאות המדינית מכאן ואילך: בקווים שהשיגה במלחמה קמה מדינה יהודית. מאידך, המדינה הערבית לא קמה, ובשטחים שנכבשו על ידי מצרים וירדן (חבל עזה, יהודה ושומרון) שלטו מדינות אלו. בהמשך, דרשו מדינות ערב, שלא הכירו בתוצאות המלחמה, לכלול בהסכם שביתת הנשק את ההצהרה כי אין לפרש משום בחינה את קו שביתת הנשק כגבול מדיני או טריטוריאלי[14]. חרף זאת, באפריל 1950 סיפחה ירדן את שטחי יהודה ושומרון[15],

---

13 www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/UN+General+Assembly+Resolution+181.htm

14 על פי סעיף II (2) להסכם שביתת הנשק עם ירדן:

בניגוד למצרים אשר לא תבעה ריבונות על רצועת עזה. אולם, הסיפוח של ירדן לא קיבל אחיזה משפטית, ואף רוב מדינות ערב התנגדו לו, עד שבשנת 1988 הכריזה ירדן שאינה רואה את עצמה כבעלת מעמד באותו אזור (לעניין זה ראו דבריו של הנשיא מ' לנדוי בבג"צ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595, 597; בג"צ 69/81, 493 אבו עיטה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד לז(2), 197, 227).

בכך הושב מעמדו החוקי של השטח למעמדו המקורי, לאמור, שטח שנועד לשמש בית לאומי לעם היהודי, אשר היה בימי השלטון הירדני בבחינת "בעל זכות חזקה" שנעדר מהשטח במשך מספר שנים מכורח מלחמה שנכפתה עליו, ועתה שב אליו.

9. לצד המחויבות הבינלאומית לנהל את השטח ולדאוג לזכויות האוכלוסייה המקומית ולסדר הציבורי, לישראל הייתה אפוא הזכות המלאה לטעון לריבונות על שטחים אלה, וכך סברו ממשלות ישראל לדורותיהן, אולם הן בחרו שלא לספחם, אלא לנקוט בגישה פרגמאטית כדי לאפשר את קיומו של משא ומתן לשלום עם נציגי העם הפלסטיני ומדינות ערב. ישראל לא ראתה איפוא את עצמה ככוח כובש במובן הקלאסי של הביטוי, ולכן מעולם לא התחייבה לקיים את אמנת ז'נבה הרביעית ביחס לשטחי איו"ש ועזה. כאן המקום להוסיף, כי

"……..no provision of this Agreement shall in any way prejudice the rights, claims and positions of either Party hereto in the ultimate peaceful settlement of the Palestine question, the provisions of this Agreement being dictated exclusively by military considerations"

על פי סעיף IV(9) להסכם:

"The Armistice Demarcation Lines defined in articles V and VI of this Agreement are agreed upon by the Parties without prejudice to future territorial settlements or boundary lines or to claims of either Party relating thereto.

[15] http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/arabs/jordanresolution.html

ממשלת ישראל אמנם אשררה בשנת 1951 את האמנה, אולם זו לא נקלטה בדין הפנימי על ידי חקיקה של כנסת ישראל (לעניין זה ראו ע"פ 131/76 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 97; בג"צ 393/82 ג'מעת איסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785), והסתפקה בהצהרה על קיום וולונטרי של ההוראות ההומניטאריות של האמנה (בג"צ 337/71 האגודה הנוצרית למקומות הקדושים נ' שר הביטחון, פ"ד כו(1) 574; בג"צ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כז(1) 124; בג"צ 698/80, קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה(1) 617; בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נט(2) 481). בעקבות כך נקטה ישראל במדיניות המאפשרת לישראלים להתגורר מרצונם החופשי בשטח בהתאם לכללים שנקבעו על ידי השלטון הישראלי ובפיקוח המערכת המשפטית הישראלית, תוך שנוכחותם המתמשכת כפופה לתוצאתו של תהליך המשא ומתן המדיני.

נוכח האמור, שוב אין לנו ספק כי מנקודת מבטו של המשפט הבינלאומי, הקמתם של ישובים יהודיים באזור יהודה ושומרון אינה לוקה באי-חוקיות, ועל כן ניתן לגשת לדון בשאלה זו מנקודת השקפתו של הדין הפנימי. נפתח בסקירה של דיני התכנון והבניה הצריכים לעניין.

<u>מוסדות התכנון ביהודה ושומרון ועיקרים בדיני תכנון ובניה</u>

10. מכוח סעיף 2 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), התשכ"ז – 1967, הוחל באותו אזור המשפט שהיה תקף בחודש יוני 1967, ומכאן ואילך הוא נשען על מספר נדבכים: החוק הירדני, חקיקה מנדטורית ועותומאנית שהייתה תקפה עד לחודש יוני 1967, תחיקת ביטחון על תיקוניה השונים, ופסיקת בתי המשפט. החוק בענייני תכנון ובנייה, שהיה קיים באזור ביום

7.6.1967 הינו חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים, מס' 79 לשנת 1966 (להלן גם "חוק התכנון הירדני"). נוכח הצורך לקיים פעולות תכנון ובנייה בשטח המוחזק, ובהתאם למחויבות הבינלאומית של ישראל לשמור על הסדר הציבורי, הוצא הצו בדבר תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א – 1971 (להלן: צו 418), אשר תיקן את הוראות חוק התכנון הירדני, והתאים את דיני התכנון והבנייה למציאות הקיימת באזור. לעניין זה נוסיף, כי החוק הישראלי על רבדיו השונים מתקדם יותר מזה החל באיו"ש, אולם הוא משמש מקור להשוואה אך לא כנורמה מחייבת.

11. חוק התכנון הירדני יצר מדרג של שלוש רמות תכנון עיקריות: **מועצת התכנון העליונה, הוועדה המחוזית והוועדה המקומית לתכנון.** הקמתם של מוסדות אלה והסמכויות המסורות להם מוסדרות בסעיפים 5, 6, ו-9 של החוק. נוסף על המוסדות התכנוניים שפורטו לעיל, מורה חוק התכנון הירדני גם על הקמתה של לשכה מרכזית לתכנון, שסמכויותיה מוגדרות בסעיף 7 לחוק. בין היתר, נדרשת לשכת התכנון ליתן סיוע טכני ומקצועי למוסדות התכנון, להכין תוכניות תכנון למחוזות ולערים עבור הוועדה המחוזית ולהכין תקנונים לדוגמא.

מכוח סעיף 2(2) לצו 418, שונה מבנה מוסדות התכנון באזור, כך שיתאימו למשטר הנורמטיבי המתקיים שם. בין השאר, הועברו כל סמכויות הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה למועצת התכנון העליונה (להלן: גם מת"ע). כתוצאה מכך, סמכויותיה של מת"ע כוללות הן את הסמכויות שהוקנו לה בסעיף 6 לחוק התכנון הירדני (המגדיר את סמכויות מועצת התכנון העליונה), והן את סמכויות הוועדות המחוזיות המנויות בסעיף 8 לחוק הנ"ל. מכוח הוראות סעיף 8(4), אוחזת מועצת התכנון העליונה, בכובעה כוועדה המחוזית, גם בכל "הסמכויות והתפקידים של הוועדה המקומית - בקשר למרחב התכנון האזורי והכפרים הנמצאים במחוז בו הוקמה הוועדה המחוזית הנדונה" (סמכות מקבילה). עם זאת, לתפיסת מת"ע,

הבכורה לטיפול בנושאים המצויים תחת שרביטן של הוועדות המקומיות נתונה לוועדות אלו, ועל כן ההתערבות בענייני הבנייה במישור המקומי, בדרך של כניסה לנעליה של ועדה מקומית מוסמכת, מהווה חריג, המופעל, ככלל, בהתקיים שני תנאים מצטברים: מחדל של הרשות המקומית במילוי חובתה על פי דין או שיתוף פעולה עם פעילות המהווה הפרת חובות אלה, ופגיעה של ממש באינטרסים הציבוריים או הפרטיים.

<u>ועדות המשנה של מת"ע</u>

12. מכוח הוראות צו 418 נקבע עוד, כי מועצת התכנון העליונה מוסמכת להקים וועדות משנה ולאצול להן מסמכויותיה. בהתאם לכך הוחלט להקים וועדות משנה להן הועברו הסמכויות של הוועדות המחוזיות. כך אצלה מועצת התכנון העליונה מסמכויותיה לוועדת משנה לפיקוח, וועדת משנה להתיישבות, וועדת משנה להתנגדויות, וועדת משנה לדרכים, וועדת משנה לאיכות הסביבה, וועדת משנה לכרייה וחציבה, מסילות ברזל ושדות תעופה ו-וועדת משנה לתכנון ורישוי.

13. לצד הרשויות המקומיות הישראליות באיו"ש הוקמו וועדות תכנון מיוחדות אשר הוסמכו להפעיל חלק מסמכויות הוועדה המקומית במרחב התכנון שלהן. הענקת הסמכות התכנונית לוועדות התכנון המיוחדות מתבצעת, על פי החקיקה התקפה, במהלך סטטוטורי תלת שלבי: הכרזת מרחב התכנון, קרי, הגדרת המרחב הגיאוגרפי התוחם את השטח שבו יכונן מוסד התכנון המקומי, וזאת בהתאם לסעיף 13 לחוק התכנון הירדני; כינון וועדת תכנון מיוחדת לאותו מרחב והגדרת סמכויותיה של וועדה זו, בהתאם לסעיף 2א לצו 418; עם השלמת שני השלבים האמורים, נדרשת הסמכה של וועדת תכנון המיוחדת, מכוח סעיף 2א לצו 418, כדי שזו תוכל להפעיל את סמכויותיה, כפי שהוגדרו בכתב המינוי, ביחס למרחב הגיאוגרפי כפי שהוגדר בהכרזת מרחב התכנון. ביום 15.4.08 חתם ראש המנהל

האזרחי על הצו בדבר הכרזת מרחבי תכנון (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות) (יהודה והשומרון) (התשס"ח-2008), אשר מהווה את ההכרזה העדכנית על מרחבי התכנון של הרשויות המקומיות הישראליות באיו"ש. באותו יום חתם ראש המינהל האזרחי גם על מינוי וועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות) (יהודה והשומרון) התשס"ח-2008, במסגרתו מונו המועצות המקומיות והמועצות האזוריות לשמש וועדת תכנון מיוחדת במרחב התכנון שלהן. בכתב המינוי נקבע כי חברי הוועדות המיוחדות הם כלל חברי המועצה ברשות המקומית הנוגעת בדבר.

<u>התנגדויות</u>

14. על פי סעיף 21(1) לחוק התכנון הירדני, כל אדם, רשות או מוסד רשמי או פרטי שיש להם עניין בכך, רשאים להגיש הצעותיהם או התנגדויותיהם בנוגע לתכנית התכנון המתארית כשהן מופנות ליו"ר ועדת התכנון המקומית. ועדת התכנון המקומית דנה בכל התנגדות שמוגשת אליה ומעבירה את המלצותיה לוועדת התכנון המחוזית. הוועדה המחוזית דנה בהתנגדויות על פי ההמלצות ומעבירה את הנושאים להחלטה הסופית של מת"ע. זו האחרונה רשאית לאשר את התכנית ולתת לה תוקף כמות שהיא, והיא רשאית לתקנה בהתאם לשיקול דעתה. ככל שהתכנית תוקנה, ניתן להורות על הפקדתה מחדש למשך חודש ימים, אם כתוצאה מהתיקון עלול להיפגע גורם שלא היה נפגע אלמלא התיקון. על פי צו 418 ההתנגדויות נדונות ומוכרעות בוועדת משנה של מת"ע, היא ועדת משנה להתנגדויות.

<u>קבלת היתר</u>

15. אחד התפקידים העיקריים של הוועדה המקומית הוא לדון בבקשות להיתרי

בנייה. הכלל הרחב בעניין זה נקבע בסעיף 34(1) לחוק, ולפיו אין להתחיל בעבודה כלשהי או בשימוש כלשהו בקרקע הדורשים היתר, אלא לאחר קבלתו. היתרי הבנייה כפופים להוראות החוק, התקנות, תכניות התכנון המתאריות והמפורטות ותכנית החלוקה, וכן עליהם לעמוד בדרישות ועדת התכנון המיוחדת (או רשות הרישוי) על פי המקרה. סעיף 34(2) קובע כי באזור שהוכרז כאזור תכנון אך טרם אושרה עבורו תכנית אין להוציא היתרי בנייה, אלא בפיקוח זמני של הוועדה המחוזית, וזאת כדי להבטיח כי הבינוי או הקמת הבניין לא יסתרו את הוראות תכנית התכנון העומדת להיות מוחלת או שתוחל בעתיד ומטרתה.

<u>עבודות הטעונות היתר</u>

16. סעיף 34(4) לחוק התכנון הירדני מונה את רשימת העבודות שביצוען מחייב קבלתו של היתר, ובכלל זה הקמת בניין או הכנסת שינויים בו, הרחבתו, תיקונו או הריסתו, עבודות עפר וכרייה בבטן האדמה או מעליה, התקנת אביזרי סניטציה ומעליות בבתים קיימים וגם שימוש בקרקע או בחלק חיצוני של בניין לצורכי פרסום. בצד פירוט העבודות הטעונות היתר, מפורטים בסיפא של סעיף 34(4) גם סוגי עבודות שאינן טעונות היתר, ובכלל זה ביצוע עבודות על ידי השלטונות לשיפור דרך בתחום הדרך, ביצוע עבודות תשתית תת קרקעיות, וכן שימוש בקרקע למטרה חקלאית באזורים המיועדים לכך.

בחוק התכנון הירדני אין דרישה ל"תעודת גמר" במובן סעיף 21 לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר תנאיו ואגרות), תש"ל-1970. עם זאת, כדי להסדיר את הנושא הוצא ביום 25 בינואר 2007 צו מס' 1584, ומכוחו תוקנו תקנות תכנון ערים כפרים ובניינים (חיבור בניינים לחשמל מים וטלפון). הצו והתקנות מאפשרים לוועדה המקומית לתכנון ובנייה ללוות את הבנייה משלב התחלת ביצוע לאחר קבלת היתר הבנייה ועד לסיומה. הדבר נעשה תוך כדי אימות התאמת ביצוע

בשטח להיתר הבנייה ולתנאיו, ובאמצעות התניית חיבור מערכות התשתית הציבורית (חשמל, מים וטלפון) אל אתר הבנייה לשלב ביצוע העבודות ולבניין לאחר סיום העבודה.

<u>עררים</u>

17. סעיף 36 לחוק התכנון הירדני קובע כי כל אדם שנגרם לו נזק כתוצאה ממתן רישיון לאחר, או מסירוב הוועדה המקומית להוציא רישיון בינוי או תכנון קרקע או ביצוע עבודת בנייה או אישור הדרוש על פי צו, תקנות, הוראות או תנאים כלשהם שנקבעו על פי חוק זה, או ממתן אישור שסויג בתנאים מסוימים, ולדעת המבקש או כל אדם אחר שנגרם לו נזק, יש בהחלטת הוועדה משום פגיעה בזכויותיו – יהא רשאי לבקש מהוועדה המקומית להעביר את הדיון בבקשתו לוועדת התכנון המחוזית וזאת תוך חודש ימים מיום קבלת הודעת הסירוב.

<u>הריסה מנהלית</u>

18. מכוח סעיף 38(7) לחוק התכנון הירדני ניתן להיכנס למקרקעין ולבצע הריסה מנהלית ללא צו שיפוטי. על פי החוק הירדני, צו הריסה יכול לכלול גם הוראה להפסקת העבודות וגם הוראה להחזרת המצב לקדמותו. ועוד נוסיף, כי על פי החוק הירדני עצם הבנייה ללא היתר אינה מהווה עבירה פלילית, וזו מתגבשת רק לאחר שהעבריין הפר צו הפסקת עבודה. אולם, בצו מס' 1585 שהוציא המפקד הצבאי של האזור, ביום ו' בשבט התשס"ז 2007 (צו בדבר תכנון ערים, כפרים ובניינים (תיקון מס' 19) (יהודה ושומרון), נקבע כי מבצע של עבודה או בינוי הטעונים רישיון לפי הוראות החוק, ללא קבלת רישיון כאמור, דינו קנס או מאסר שנתיים, ובעבירה נמשכת – קנס נוסף או מאסר נוסף. כמו כן, נכללו הוראות עונשיות למי שבונה בסטייה מרישיון שניתן לו. עוד נקבע, כי בית המשפט יהיה

רשאי להורות על הריסה של מה שנבנה ללא רישיון או בסטייה ממנו, וכן שניתן לפתוח בהליך פלילי נוסף נגד מי שלא מציית לצו זה.

19. **התמונה המצטיירת מהאמור עד כה היא כי באזור יהודה ושומרון פועלים מוסדות תכנון להם מסורה הסמכות ליזום ולדון בתוכניות בניה מפורטות, ולאחר שאלו תעמודנה בדרישות הדין, גם ליתן להן תוקף. אותם מוסדות הוסמכו אף לדון בהתנגדויות, ליתן היתרי בניה ולפעול כדי למנוע בניה שלא כחוק.**

20. בניה שלא כחוק היא, כידוע, זו המבוצעת ללא היתר שניתן על ידי רשויות התכנון. כדי שלאדם או לתאגיד יוענק היתר מסוג זה, עליהם להציע תכנית, וזו תיבחן לגופה על ידי רשויות התכנון לאחר שהמבקש הוכיח כי הוא בעל זכות בקרקע, ושהתכנית אינה נוגדת תכנית מפורטת החלה על המקרקעין. כך הוא הדין בישראל וכך הוא (כמעט) הדין החל באיו"ש. השוני העיקרי מקורו בעובדה שמדינת ישראל מחזיקה באותו איזור מאז מלחמת ששת הימים, ונוכח הרצון של חלקים באוכלוסיתה להתיישב שם, ומאידך רצונה וחובתה של מדינת ישראל לקיים פיקוח על הבניה, הוקמו הישובים עד לשנת 1979 **כצורך ביטחוני**, כאשר הקרקע המיועדת לכך נתפסה ב"תפיסה צבאית", ללא אבחנה אם היא אדמת מדינה או אדמה פרטית. כך לדוגמה, נמנע בית המשפט הגבוה לצדק מלהושיט סעד לעותרים, בעלי זכויות קניין בקרקע, שהתנגדו לתפיסת אדמותיהם לצורך הקמתו של ישוב יהודי, הואיל ונמצא כי אף שמדובר בהתיישבות אזרחית, הקמתה נובעת מצורך צבאי (בג"צ 606/78 סלימאן תאופיק איוב ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לג(2) 113). בסוף שנות ה-70 השתנתה התפיסה ההתיישבותית בסוגיה זו בעקבות פסק הדין בפרשת "אלון מורה" (בג"צ 390/79 עזת מחמד מוסטפה דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד(1) 1), בו נקבע, כי אין לתפוס קרקעות בבעלות פרטית של פלסטינים לצורך הקמתם של ישובים יהודיים, אלא אם הדבר נובע מצורכי ביטחון, ובלשון בית המשפט: "בפסיקתו (בבג"צ 606/78) לא נתן בית משפט זה גושפנקא משפטית מראש לכל תפיסה של אדמה

פרטית למען התיישבות אזרחית ביהודה ושומרון, אלא יש צורך לבדוק בכל מקרה אם אמנם הצדיקו צרכי הצבא, כפי שמושג זה חייב להתפרש, את תפיסת האדמה הפרטית".

<u>החלטות הממשלה הנוגעות להתיישבות ביהודה ושומרון החשובות לענייננו</u>

21. נוכח מורכבותה של סוגיית ההתיישבות היהודית באיו"ש, ובעקבות פסק הדין בפרשת "אלון מורה", קיבלה הממשלה, בחודש נובמבר 1979, החלטה בה נאמר: "להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן חבל עזה ורמת הגולן, על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים ועל ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה" (ראו החלטה מס' 145, נספח 2). להשלמת התמונה נוסיף, כי בסוגיית ההתיישבות היהודית באיו"ש קיבלה הממשלה במשך השנים החלטות נוספות שאת חלקן נביא להלן:

א) בחודש מאי 1984 קבעה ועדת השרים לענייני התיישבות כי "הרחבה בשטח רצוף של ישוב אשר הוקם או מוקם על פי אישור של הועדה להתיישבות אינה טעונה החלטה מיוחדת של הועדה, והיא מותנית באישורים המקצועיים של משרד המשפטים בכל הנוגע לבעלות על הקרקע, של משרדי הבינוי והשיכון, הביטחון והגורמים המיישבים של ההסתדרות הציונית העולמית בנושאים של בינוי (התיישבות ושל מועצת התכנון העליונה)". (ההדגשה הוספה) (ראו החלטה מס' 640, נספח 3).

ב) בהחלטה מחודש יולי 1992 (מס' 13) (נספח 4) נקבע כי "ביצוען של החלטות קודמות בדבר הקמת ישובים שטרם מומשו, יהא טעון אישור מחדש על ידי הממשלה".

ג) בחודש נובמבר 1992 הוחלט על הפסקת פעולות הבניה בישובים היהודים,

למעט בניה פרטית למגורים בישובים הקיימים על יסוד תכנית מתאר מפורטת, ובלבד שהתשתית והבניה לא תהיינה כרוכות בהוצאה מתקציב המדינה, ובלשון החלטה מספר 360 (נספח 5):

> "א. לאשר את החלטת שר הבינוי והשיכון ושר האוצר... בדבר הפסקת הבניה לפי המפורט בנספח א' המצורף ואת החלטת השרים בדבר המרת מענקי מקום בהלוואות כמפורט בנספח...המצורף...
>
> ב. לאשר את הפסקת פעולות הבניה בישובים הישראלים באזור יהודה, שומרון וחבל עזה, שנעשו מכוח החלטות הממשלה הקודמות והשמורות במזכירות הממשלה, בהתאם להחלטת השרים האמורה...
>
> ...
>
> ד. תותר בניה פרטית למגורים בתחומי הישובים הישראלים הקיימים באזור יהודה, שומרון וחבל עזה, על יסוד תכניות מתאר מפורטות שקיבלו תוקף כדין, ובלבד שהתשתית והבניה לא תהיינה כרוכות בהוצאה מתקציב המדינה.
>
> ה(1). ההליכים הנוגעים לתוכניות מיתאר שטרם קיבלו תוקף עד ליום מתן החלטה זו לגבי ישובים ישראליים באזור יהודה, שומרון וחבל עזה – יופסקו, זולת אם ועדת חריגים המליצה אחרת...
>
> ו. כל הרשאה חדשה לתכנון (והקצאת קרקע לבניה על אדמות מדינה) באזורים תהיה טעונה אשור של ועדת החריגים האמורה.
>
> ז. האמור לעיל יעוגן בהתאמה בתחיקת הביטחון באזורי יהודה שומרון וחבל עזה.
>
> ח. אכיפת המדיניות הנ"ל תיעשה על ידי יחידות פיקוח".

ד) מכח החלטה מחודש ינואר 1995 (מספר 4757) הוקמה ועדת שרים לפיקוח על הבניה והפקעת הקרקעות באזור יהודה ושומרון וחבל עזה. בהחלטה

מחודש אוגוסט 1996 (מספר 150) (נספח 6) נקבע כי כל בניה והקצאת קרקע תיעשה באישורו של שר הביטחון, ואישורו דרוש גם לדיון בתכנית מתאר ומתן תוקף, ובלשון המקור:

> א. בתחום ההתיישבות באזורי יהודה שומרון וחבל עזה... יפעלו משרדי הממשלה כלהלן ובכפוף לסמכויות הנתונות למערכת הביטחון ושר הביטחון בתחום זה, ובמסגרת תקציב המדינה המאושר לסעיפיו - וכל אלה בהתאם להנחיות ראש הממשלה.
>
> ב. כל הרשאה חדשה לתכנון והקצאת קרקע לבניה על אדמות מדינה באזורים תבוצע רק לאחר אישורו של שר הביטחון.
>
> ג. ועדת התכנון באזורים לא תדון בתכנית מתאר, אלא לאחר קבלת אישור שר הביטחון ולא תיתן תוקף לתוכנית כזו, אלא באישורו.
>
> ...
>
> ז. בהמשך לנ"ל נושאים של מדיניות כוללת בנושאי ההתיישבות, סלילת כבישים והצעות להקמת ישובים חדשים, יובאו לדיון ולהחלטת הממשלה".

ה) בחודש מרץ 1999 התקבלה החלטה מס' 175, שהחליפה את החלטה מס' 640, ובה נקבע כי הרחבתו של ישוב שהוקם או יוקם על פי החלטת ממשלה, או של ישוב המוכר על פי דין, אינה טעונה החלטת ממשלה (נספח 7). עם זאת, נקבע כי הרחבה כאמור של ישוב באזור יהודה ושומרון וחבל עזה טעונה אישור של שר הביטחון, על דעת ראש הממשלה. מהחלטה זו אמנם הושמטו המלים "הרחבה בשטח רצוף" שנכללו בהחלטה 640, אולם בפועל היא החמירה עם ההתיישבות, הואיל ומכאן ואילך נדרש אישורם של שר הביטחון וראש הממשלה לכל הרחבה, בין אם היא מתוכננת על שטח קרקעי רצוף ובין אם לאו.

ו) בתאריך 25.5.03 החליטה הממשלה לאשר את הודעת ראש הממשלה כי ישראל תפעל ברוח "מפת הדרכים" - The Road Map, ולעניין ההתיישבות

נקבע: "לא יהיה כל עיסוק בסוגיות הקשורות בהסדר הקבע, בין היתר לא תידון ההתיישבות באיו"ש (למעט הקפאת התנחלויות והמאחזים הבלתי חוקיים); מעמד הרש"פ ומוסדותיה בירושלים או כל סוגיה אחרת אשר במהותה היא עניין להסדר הקבע" (ראו החלטה 292, נספח 8).

22. בעקבות בג"צ 390/79 (פרשת אלון מורה) בו, כזכור, נאסרה תפיסת קרקע בבעלות פרטית לצורך הקמתם של ישובים יהודיים שלא ממניע ביטחוני, נדרש היה לאתר את הקרקעות עליהן ניתן להכריז כאדמות מדינה, ומלאכה זו לא היתה קשה מקום שהיה מדובר בקרקעות שעברו הליכי הסדר, והזכויות הקנייניות בהן תועדו בספרי רישום המקרקעין. המלאכה היתה קשה שבעתיים בקרקעות שלא עברו הליכי הסדר, וכך הוא המצב במרבית השטחים ביהודה ושומרון. כדי להתגבר על מכשול זה נקטו רשויות המדינה במה שמכונה "תהליך סקר", אשר כלל בחינה של תצלומי אוויר כדי לאמת או להפריך טענות בדבר עיבוד הקרקע על ידי תושבים פלסטיניים (שהיא אחת הדרכים לרכישת זכויות בקרקע), סיור באזורים המיועדים להכרזה ביחד עם מוכתריהם של הכפרים הסמוכים, וכן נעשה פרסום ונקבע מועד להגשתן של התנגדויות. תהליך הסקר לא הושלם עד היום וזוהי אחת מנקודות התורפה של חלק ניכר מהמאחזים העומדים לבחינה.

עם זאת, יש להדגיש כי גם לאחר שנמצאה דרך להתגבר על הסוגיה הקניינית בקרקע עליה עתיד לקום ישוב יהודי באיו"ש, נותרו בפני היזמים אותן משוכות עליהן הצביע הנשיא ברק בבג"צ 5853/04 אמנה תנועה להתיישבות גוש אמונים ואח' נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נט(2) 289, לאמור: "... הכשרת המאחז מחייבת השלמתם של הליכים במישור המדיני (החלטת ממשלה על הקמת יישוב או שכונה חדשים), המוניציפאלי (הוצאת צו של המפקד הצבאי בדבר שיוכו המוניציפאלי של היישוב) והתכנוני (הפקדת תוכנית מתאר ואישורה וקבלת היתרי בנייה מרשויות התכנון הרלבנטיות)".

בבניה אליה נתבקשנו להתייחס על פי כתב המינוי לא מתקיימים, לכאורה, כל התנאים האלה, ובמקרים מסוימים לא מתקיים אף לא אחד מהתנאים, ועל כן המסקנה האפשרית היא שהבניה נעשתה ללא אישור או שלא כדין. האם ניתן להכשיר בניה זו בדיעבד? על כך נשתדל להשיב בהמשך, ובראש ובראשונה להשיב על הטענה כי לא ניתן להתגבר על העובדה כי לבניה בה עסקינן, לא קדמה החלטת ממשלה או מי מטעמה. קודם שנעשה זאת נפנה לסוגיה משפטית לה עשויה להיות בהמשך זיקה לעניין שבפנינו, והכוונה ל"הבטחה מנהלית", כפי שזו פורשה בפסיקה.

<u>הבטחה מנהלית</u>

23. ההלכה הנוהגת היא כי הבטחה מנהלית שניתנה על ידי בעל סמכות, מתוך כוונה שיהא לה תוקף משפטי מחייב, וכך הובנה על ידי מי שניתנה לו, ושהיא מפורטת וברת ביצוע, עשויה לשמש בסיס לחיובה של הרשות ועילה להתערבות בג"צ לקיימה. זאת, ללא קשר עם השתק עקב הסתמכות על ההבטחה, ואף ללא שינוי המצב לרעה של מקבל ההבטחה (ראו אליעד שרגא ורועי שחר - "המשפט המינהלי", ספר שלשי, עמ' 313; בג"צ 5081/91 תעשיות פטרוכימיות בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(2) 773, 779; בג"צ 298/70 פולק נ. שר המסחר והתעשיה פד"י כ"ה (2) 3, 8; בג"צ 250/78 אביוב נ. שר החקלאות פד"י ל"ב (3) 742, 749; בג"צ 534/75 התאחדות בתי מלון בישראל נ. שר התיירות פד"י ל"ו (1) 357; בג"צ 580/83 אטלנטיק נ. שר התעשיה והמסחר פד"י ל"ט (1) 29, 35; בג"צ 4225/91 גודוביץ נ. ממשלת ישראל, פד"י מ"ה (5) 781; בג"צ 142/86 דישון נ. שר החקלאות פד"י מ' (4) 523, 528; בג"צ 4383/91 שפקמן נ. עירית הרצליה פד"י מ' (1) 447; ע"א

9073/07 מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, טרם פורסם).

בבג"צ 135/75, 321 סאיטקס נ. שר המסחר והתעשיה פד"י ל' (1) 673, נאמר באותו עניין, כי כלל גדול הוא שרשות ציבורית חייבת לכלכל את מעשיה בתום-לב, כלומר לנהוג ביושר ובהגינות ביחסיה עם האזרח. ואם במישור הפרטי, לפי סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, חייב אדם, במשא-ומתן לקראת כריתת חוזה ובקיום של חיוב הנובע מחוזה, לנהוג בתום-לב, רשות ציבורית בעניינים שבינה לבין האזרח לא-כל-שכן. הבטחה שניתנה על-ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקוים הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה. אמינות הממשל בעיני הציבור חשובה לאין ערוך מן האפשרות שיינתן לו לחזור בו או לסגת, במקרה זה או אחר, מהבטחה שנתן או מהתחייבות שקיבל על עצמו כלפי האזרח, בגדר סמכותו החוקית ואפשרות הביצוע המעשית.

בבג"צ 715/89 אהרון ויהודית שריג ואח' נ' שר החינוך והתרבות, המנהל הכללי של משרד החינוך והתרבות והמועצה האזורית מטה יהודה הבהיר בית המשפט: "ביטולה של הבטחה שלטונית מעמיד, זה מול זה, שני אינטרסים מנוגדים, וכוחה של הרשות לחזור בה מהחלטה או מעשה, תוך הסתלקות מהבטחתה לפרט או לציבור, מותנה, בכל מקרה נתון, באיזונם הראוי של שני האינטרסים המנוגדים הללו. מחד, ניצב הצורך לקיים את סמכות הרשות לתקן שגגה או עיוות שדבקו בפעולה שלה, שהנחתם בעינם איננה ראויה, או אף פוגעת בציבור; ומאידך, ניצב הצורך להקפיד על יציבות פעולתו של המינהל הציבורי, בהיותה אחד התנאים לתקינותם של סדרי המינהל וכן ערובה חשובה לשמירת אמונו של האזרח

ברשויות השלטון (בג"צ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק היריה, תש"ט-194, מינהל נפת פתח-תקוה, משרד הפנים, פ"ד לו(1) 317, דברי השופט ברק, בעמ' 331; ובג"צ 787/86 אלגרבלי ואח' נ' ראש עיריית רחובות ואח', פ"ד מא(1) 236, דברי הנשיא שמגר, בעמ' 240). אכן, רשות המשנה את טעמה, תוך הפרת הבטחתה כלפי פרט או כלפי הציבור, מעידה על עצמה שלא שקלה כיאות, מבעוד מועד, את התוכן והמשמעות של החלטתה הראשונה. ורשות הפכפכת, הממהרת להבטיח ונחפזת לסגת מהבטחתה, איננה עומדת בחובה המוטלת עליה להפעיל את סמכותה השלטונית בסבירות ובתום לב ומערערת במו-מעשיה לא רק את אמונו של הנבטח הנפגע אלא גם את אמונו של הציבור בכללו".

24. הוכחת קיומה של הבטחה שלטונית צריכה להיות ברורה וחד משמעית, והתנאים לכך הם אלה:

א) **נותן ההבטחה היה בעל סמכות לתיתה** – בפסיקה הובעה הדעה ש"בבואנו לבחון את רשויות המדינה בפעולתן כלפי הפרט, יש לתת משקל רב לכך שכאשר מדובר בממשלה, התנהגותה ופעולותיה באמצעות אחת מזרועותיה, או באמצעות גורם הפועל מטעמה, עשויה ליצור מצג שיחייב את גורמי הממשל באשר הם. קיימות נסיבות בהן אין להטיל על הפרט העומד אל מול המנגנון הממשלתי, הבירוקראטי, להתמודד עם חלוקת הסמכויות הפנימית של נושאי המשרה השונים, והמדינה תהא מנועה מלהתכחש לפעולותיהם והבטחותיהם של עובדיה, גם אם ניתנו בחוסר סמכות" (ע"א 2054/98 אחים רויכמן שומרון בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ו(2) 433, 455).

ב) **הכוונה ליתן תוקף משפטי מחייב להבטחה** - הפסיקה שהכירה בתוקפה של ההבטחה המנהלית, התנתה זאת בתנאים הדומים בעיקרם לאלה שעומדים ביסוד תוקפו של החוזה – "גמירות דעת" ו"מסוימות" (ע"א

6620/93 עיריית רמת גן נ' גולומב פ"ד נ"א(3) 363, 370; בג"צ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל פ"ד נ"ד (5) 451, 477). ובמלים אחרות, כדי שהבטחה מנהלית תהא מחייבת, נדרש כי המבטיח התכוון ליתן לה תוקף משפטי, וכי היא מפורשת די צורכה (וכן ראו פרשת סאי-טקס הנ"ל; א' שטיין, "הבטחה מנהלית" משפטים יד 255 (תשמ"ה)).

ג) **נותן ההבטחה מסוגל למלא אחריה** - תנאי לחיוב הרשות המנהלית למלא הבטחה שניתנה על ידה, היא האפשרות לקיים את ההבטחה (ע"א 2019/92 משרד הבינוי והשיכון נ' זיסר, פ"ד נב(3) 208, 223). מכאן, שהבטחה שניתנה תוך חריגה מסמכות או לוקה באי-חוקיות, אין לחייב את הרשות המנהלית למלא אחריה (פרשת "אומן מפעלי סריגה בע"מ; ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 221, 366). לעניין זה נוסיף ונבהיר, כי הרשות אינה יכולה להבטיח שלא למלא את חובתה הציבורית ולא להשתמש בסמכויותיה השלטוניות, ואין היא יכולה לוותר על סמכויות שהוענקו לה בחוק או להצר אותן.

25. דוגמה ליישום העקרונות אותם מנינו מצויה בבג"צ 5853/04 האמור, שם נדונה עתירה נגד הכרזת מפקד כוחות צה"ל באיו"ש על מאחז "גבעת אפיריון" כ"שטח מתוחם". העותרים טענו כי הובטח להם להוציא את המאחז מרשימת המאחזים המיועדים לפינוי מיידי, וכן שנערך הליך של סקר לצורך בדיקת המעמד המשפטי של השטח עליו ניצב המאחז. נקבע כי "על הטוען לה (להבטחה מנהלית) להוכיח כי הבטחה זו ניתנה והיא מפורשת, ברורה ולא מוטלת בספק, כנדרש מהתחייבות משפטית שאינה בגדר הצהרת כוונות (בג"צ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, רב אלוף שאול מופז, פ"ד נח(1) 694, 706). כמו כן, עליה להינתן על ידי האורגן המוסמך לתיתה (פרשת סאי-טקס בעמ' 676; פרשת אומן, מפעלי סריגה בע"מ, בעמ' 474). בעתירה שלפנינו...

אכן, המשיבים 2-1 החליטו (ביום 27.10.04) להוציא את המאחז מרשימת המאחזים שיש לפנותם באופן מיידי. עם זאת, החלטה זו, כשלעצמה, אין משמעה התחייבות שלטונית להימנע מפינויו של המאחז. המשיבים ציינו, בעניין זה, כי הטעם העומד מאחורי הוצאת המאחז מרשימת המאחזים המיועדים לפינוי הוא הרצון להגיע להסכמה עם העותרים על פינויו מרצון. לא שוכנענו כי עצם הוצאת המאחז מרשימה זו מהווה, כטענת העותרים, הבטחה שלטונית לפיה המשיבים ימנעו בעתיד מלפנותו ולא-כל-שכן להכשירו כהתיישבות חוקית... (באשר ל)התחייבות המשיבים 2-1 לקדם הליכי תכנון שמטרתם היא הקמת התיישבות חוקית בשטח המאחז. על קיומה של הבטחה זו לומדים העותרים מהתחלת ביצועו של הליך סקר אדמות ומהבטחות המשיבים 2-1 ועובדיהם לפעול להכשרת המאחז כהתיישבות חוקית. המסמכים אותם צירפו העותרים לעתירה מגלים, כי המשיב 2 החליט (ביום 19.2.03) לפתוח בנוהל של סקר אדמה. עם זאת, התשתית העובדתית שהונחה בפנינו לא מצביעה על קיומה של התחייבות שלטונית לבצע הליך של סקר אדמה. ההחלטה על הליך זה נעשתה כחלק משיקולי המדיניות של המשיב 2 ולא כחלק מהסכם או הבטחה שניתנה למי מבין העותרים... מכל מקום, אף בקיומה של התחייבות לפתוח בהליך של סקר אדמה, אין כדי להצביע על הבטחה שלטונית לפעול להקמת התיישבות חוקית בשטח המאחז... אכן, סקירת אדמת המאחז אינה שקולה להכשרת המאחז (ראו והשוו: בג"ץ 9195/03 וינשטוק נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בחבל עזה (לא פורסם)). הכשרתו של המאחז מותנית, אמנם, בתוצאות בדיקת מעמדו המשפטי של שטח המאחז במסגרת סקר האדמה. עם זאת, אף אם מבדיקה זו עולה כי אדמת המאחז בבעלות המדינה או בבעלותם של ישראלים, אין בכך כדי להפוך את המאחז להתיישבות חוקית... משכך הם פני הדברים, לא שוכנענו כי ההבטחות להן טענו העותרים אכן מבססות התחייבות שלטונית המונעת מהמשיב 3 להכריז על שטח המאחז כשטח מתוחם (ראו והשוו: בג"צ 5245/03 לאוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם))".

26. אולם גם אם התקיימו בהבטחה המנהלית כל הדרישות הללו כולן (היא ניתנה על ידי בעל הסמכות ליתן אותה, היתה כוונה להקנות להבטחה תוקף משפטי, נותן ההבטחה מסוגל למלא אחריה), עדיין יש לבחון את השאלה אם היה לרשות צידוק חוקי לסגת מהבטחתה, כי אז גובר הוא על היסוד ה"חוזי" בהבטחה השלטונית (ראו בג"צ 15/75 הנ"ל, בעמ' 321; 594/78 אומן נ. שר התעשייה, המסחר והתיירות פד"י ל"ב (3) 469; בג"צ 480/83 הנ"ל; בג"צ 142/86 הנ"ל; בג"צ 636/86 נחלת ז'בוטינסקי נ. שר החקלאות פד"י מ"א (2) 700; בג"צ 5941/91 החברה האמריקאית לגז בע"מ נ. משרד האנרגיה והתשתית פד"י מ"ו (2) 806; בג"צ 4383/91 הנ"ל).

חזרה מהבטחה שנתנה רשות מנהלית כרוכים בה אינטרסים מנוגדים: מחד, העניין הציבורי בתיקון שגגה או עיוות בפעילות הרשות כפי שהיא משתקפת בהבטחה המנהלית; ועניין הציבור בגמישות הרשות והרצון שלא לכבול את ידיה מלפעול. מאידך, ניצבים האינטרס הציבורי ביציבות ובוודאות פעילותו של המינהל (ע"א 2019/92 משרד הבינוי והשיכון נ' זיסר פ"ד נב(3) 208, 220); האינטרס בהגינות ציבורית ובשמירת אמון הציבור ברשויות השלטון (בג"צ 5178/04 מכללת מרכז הגליל למדע וטכנולוגיה נ' משרד החינוך, התרבות והספורט, לא פורסם); אינטרס הצפייה הפרטי של מקבל ההבטחה והפגיעה בו, ובמקרים שבהם הסתמך הפרט על ההבטחה – גם אינטרס ההסתמכות.

27. היקפו וגבולותיו המדויקים של הסייג בדבר יכולתה של הרשות לחזור בה מהבטחה שנתנה, לא הוגדרו (ע"א 433/80 נכסי י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, תל-אביב, פ"ד לז (337) 1). עם זאת, נראה כי ניתן להעלות מן הפסיקה עקרונות מנחים אחדים, שיסודם בהיגיון ובשכל-ישר. אחד מאלה מקורו, כאמור, באינטרס הציבורי "המחייב שלא לכבול את ידיה של הרשות עד בלי יכולת למלא את תפקידיה לטובת הכלל עם שינוי העתים,

הנסיבות והצרכים" (בג"צ 580/83 הנ"ל; בג"צ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 8703, 813; בג"צ 4383/91 שפקמן נ' עיריית הרצליה, פ"ד מו(1) 447, בע' 454). עקרון אחר הוא שלא תמיד יהיה די בביסוס טענת טעות כדי להצדיק את ביטול ההחלטה שהרשות מבקשת לסגת ממנה או לתקנה (ע"א 417/74 מס שבח מקרקעין נתניה נ' פאליי, פ"ד כט(1) 681; ובבג"צ פרשת שללם הנ"ל); עקרון נוסף הוא שסיכויי הרשות להישמע בטענת טעות משרדית שנעשתה בהיסח הדעת, גדולים לאין ערוך מסיכוייה להישמע בטענה "שהפקיד יישם בצורה בלתי נבונה או בלתי נכונה את המדיניות של משרדו או השתמש בשיקול-דעתו באופן בלתי סביר" (ע"א 433/80 הנ"ל, בעמ' 351).

נשוב עתה לשאלה אותה הצגנו בסעיף 22 של הדו"ח - אם ניתן להכשיר את הבניה הבלתי חוקית בדיעבד - ולצורך כך נפנה תחילה לעסוק בתהליך הקצאת הקרקע לישובים ובנייתם.

<u>הקצאת קרקע ובניה ביהודה ושומרון</u>

28. לרוב, קרקע להקמתו של יישוב קהילתי או כפרי באיו"ש מוקצית על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש לגוף מיישב. ההקצאות נעשו בעיקרן להסתדרות הציונית העולמית, שהיא "מוסד מיישב" כהגדרתו בסעיף 1 לחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, התשי"ג-1973, שבאמצעות החטיבה להתיישבות שלה היא מקצה את הקרקע למועצות האזוריות או למועצות המקומיות באיו"ש או לישובים כפריים שבתחום המועצות האזוריות. קיימים גופים מיישבים נוספים, אולם ההסתדרות הציונית היא הגוף המיישב המרכזי בכל הנוגע להתיישבות הכפרית באיו"ש. הגוף המיישב אחראי על הקמת היישוב מבחינה פיזית, גיבוש הגרעין המיישב, הכנת תוכניות, הכנת תשתיות, בניית המחנה הזמני, קרי, המבנים הראשונים למגורים ומתן אמצעי ייצור

למתיישבים. לגבי ישובים עירוניים, מקצה הממונה את הקרקע למשרד הבינוי והשיכון. בצד הקצאות עיקריות אלו קיימים מקרים אחרים בהם נעשו הקצאות לגוף מיישב אחר, על פי החלטת ממשלה או לגוף שרכש קרקע וזו הוכרזה כרכוש ממשלתי.

29. לא הכל ראו ורואים עין בעין את היקף הסמכות שנמסרה לגוף המיישב בכל הנוגע להרחבתם של ישובים ביהודה ושומרון, שלהקמתם קדמה החלטת ממשלה. הגישה האחת אומרת, כי הרחבת ישוב קיים בדרך של בניית שכונות חדשות, אינה טעונה החלטה נוספת של הממשלה, ובלבד שאותה הרחבה נעשית על אדמת מדינה, ונמצאת בתחום שטח השיפוט של ישוב-האם ומשבצת השטח שהוקצתה על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש. הגישה האחרת, זו שהובעה, בין היתר, בדו"ח שהגישה עו"ד טליה ששון לראש הממשלה אריאל שרון בשנת 2005, על מה שהוגדר כ"מאחזים בלתי מורשים", אומרת כי הבניה הנוספת בישובים קיימים לא נועדה, בחלקה, להרחבה בדרך של הקמת שכונות, ולמעשה נעשה בה שימוש לצורך הקמתם של ישובים חדשים ועצמאיים תוך עקיפת הצורך לשוב לממשלה ולקבל את אישורה. בדו"ח ששון תוארה בהרחבה מעורבותם של גופים מיישבים ומשרדי ממשלה בהרחבת הישובים, ללא החלטת הדרג המדיני וללא הסדר תכנוני. טרם הכרעה בין שתי הגישות הנ"ל ולצורך הבהרת התמונה העובדתית, נביא להלן קטעים מתוך אותו דו"ח, ולצידם את דבריהם של המבוקרים.

30. **באשר לחטיבה להתיישבות**, נמצא על פי הדו"ח כי ההסתדרות הציונית "נוטלת חלק אינטנסיבי בגיבוש גרעיני התיישבות לשטחים, בתכנון השטח להתיישבות, בהקמת המחנה הזמני של היישוב, ביצירת אמצעי ייצור, ובטיפול בנושאים חברתיים הקשורים לקיומו של היישוב... **החטיבה להתיישבות ממומנת כולה על ידי מדינת ישראל**, באופן פורמאלי מקבלת את תקציביה דרך תקציב משרד החקלאות. החטיבה סייגה את מעורבותה כגוף

מיישב בשטחים להתיישבות הכפרית בלבד ופועלת כל השנים בשיתוף עם המנהל האזרחי באיו"ש ומשרד הבינוי והשיכון" (עמ' 120 לדו"ח).

עוד נקבע בדו"ח, כי "החטיבה נטלה חלק מרכזי בהקמת המאחזים הבלתי מורשים, על אף שלא התקבלה החלטה על הקמתם על ידי הדרג המדיני (עמ' 121)... הקצתה את הקרקע ללא אישור הממונה (עמ' 122)... והקצתה את הקרקע לאחרים בניגוד להרשאה (עמ' 123)... החטיבה להתיישבות היא שמימנה בעיקר את המחנה הזמני, הראשוני שעלה על הקרקע. מבני הקבע נבנו על ידי מספר גורמים. ככל הידוע... גם על ידי משרד השיכון (עמ' 123)... חלק מהקרקעות שהוקצו לחטיבה, היו קרקעות סקר או קרקעות פרטיות של פלסטינים וזאת מחמת השיבוש בנתוני המינהל האזרחי... החטיבה לא ידעה על כך וסברה כי היא מקבלת הקצאת קרקעות שהן אדמות מדינה בלבד" (עמ' 124).

31. על אלה הדוגלים בהשקפה האחרת נמנה מר יובל פונק, סמנכ"ל בחטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית, ומנהל חטיבת חוזים, ביטחונות וקרקעות במרחב מרכז. עמדתו, בתמצית, היא כי בהתנהלות החטיבה בנושא הבנייה ביהודה ושומרון לא נפל פגם, וכל שנעשה היה ברשות ובסמכות. במכתב ששיגר ביום י"א בחשון תשס"ה (26.10.04) לעו"ד טליה ששון (ראו נספח 9), הסביר כי החטיבה שהוא עומד בראשה מטפלת בהקצאת קרקע להתיישבות הכפרית שבטיפול ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית (שייקראו להלן גם: "המיישבת"), משני צדדיו של הקו הירוק. לדבריו, "המיישבת אוחזת בהסכמי הרשאה, מאת הממונה על הרכוש הנטוש הממשלתי ביהודה ושומרון... לכל האתרים המצוינים במכתבה של הגב' ששון... למעט שלושה..." (ראו סעיף 2). נטען, כי כל הקרקעות אותן קיבלה המיישבת מהממונה על הרכוש הנטוש לצורכי תכנון, פיתוח, הקמה וביסוס היישובים הנן קרקעות בבעלות המדינה, על פי מרשם המקרקעין ו/או קרקעות שהליך 'ההכרזה' עליהן כאדמות מדינה הושלם על ידי המינהל האזרחי, בהתאם

לכללים הנוהגים אצלו ו/או קרקעות שנתפסו בתפיסה צבאית ו/או קרקעות סקר (ראו סעיף 3 של המכתב). הכותב הוסיף בסעיף 4(א) כי "הקמת כל הישובים ביהודה ושומרון נעשתה בהתאם להחלטות הממשלה, על פי המלצת וועדת השרים לענייני התיישבות המשותפת לממשלה ולמיישבת. בהחלטות אלו הטילה הממשלה על המיישבת, הן בהתיישבות החדשה בתחומי ה'קו הירוק' והן בהתיישבות בתחומי יהודה ושומרון לתכנן, להקים, לפתח ולבסס את הישובים. מכוח החלטות אלו הוקצו למיישבת קרקעות, לפיתוח ההתיישבות, על ידי מינהל מקרקעי ישראל, בתחומי ה'קו הירוק' ועל ידי הממונה, בתחומי יהודה ושומרון. המיישבת פעלה לקבלן ולהעביר זכויות למתיישבים ולאגודות לשימושים מגוונים במקרקעין שהוקצו, הכוללים: מגורים, שטחי ומבני ציבור, שטחי ומבני מלאכה ותעשיה ואמצעי יצור חקלאיים, הכל בהתאם לאופיו של הישוב... כפי שהוחלט עליו בהחלטת הממשלה הרלוונטית".

עוד טען מר פונק (ראו סעיף 4(ד) וסעיף 4(ה)(1) למכתבו), כי החל משנת 1977 השתנתה מדיניות הקמת הישובים במובן זה שהוחלט כי אלה יוקמו על אדמות בבעלות המדינה בלבד, וכי "כל ההסכמים שנחתמו עבור יישובים ספציפיים ששמם נקבע בהחלטות הממשלה, הקצאת הקרקע הינה לטיפול כולל בכל שטח הקצאה, ונועדה לתכנון ופיתוח כל פעילות התיישבותית בתחום החוזה אשר תסייע לתכנון, הקמה, פיתוח וביסוס הישוב".

בסעיף 4(ה)(2) נאמר כי "השטחים שהוקצו עבור כל אותם ישובים חבקו בתוכם, לעתים קרובות, מאות ואלפי דונמים. המדיניות היתה להקצות את כל אדמות המדינה שהיו בסמוך לאותו ישוב כדי ליעדן להתיישבות. בהסכמי ההרשאה הוגדרו קרקעות אלו – בדומה להגדרה המקובלת בהתיישבות הכפרית החקלאית בתחומי הקו הירוק – כשטחי 'משבצת' היישוב וכפי שמקובל לגבי משבצות היישובים החקלאיים בתחום ה'קו הירוק', בהם משבצת ישוב הינה בהיקף של כ-3000 – 8000 דונם, לעתים אף ללא רצף קרקעי, כך גם תוחמו

השטחים לישובים הכפריים ביהודה ושומרון והכל בכפוף למגבלת מצאי אדמות המדינה הניתנות להקצאה". בסעיף 4(ה)(3) הוסבר המניע למדיניות זו: "...בצד הצורך הכלכלי, חברתי ודמוגרפי שקיבל ביטוי בפריסת ההתיישבות, בהתאם להחלטות הממשלה, נלקח בחשבון, על ידי קובעי המדיניות ומקבלי ההחלטות, גם הצורך לשמירת אדמות המדינה, הקמת מוסדות חברה וחינוך, פיתוח אזורי תעסוקה וכיוצא בזה". (לעניין זה ראו גם את דבריו של מר פונק בשיחה שקיימנו עמו ביום כ' באדר התשע"ב - 14.3.2012, עמ' 5 ואילך של הפרוטוקול).

32. על הרחבת הישובים במסגרת ה"משבצת" שהוקצתה, הוסיף מר פונק: "בהסכמי ההרשאה שנכרתו, בין המיישבת לבין הממונה, בכל הישובים בהם נקבעה, בהחלטת ממשלה, אחריותה של המיישבת, רשאית זו לתת לאגודה, או למתיישבים להתגורר במשבצת, ו/או למוסדות, מפעלים, יזמים שיפעלו לטובת הישוב 'בהתאם לתנאים המקובלים ו/או שיהיו מקובלים אצלה' (המיישבת), במסגרתם ניתן לבצע פעולות לתכנון, הקמה פיתוח וביסוס הישובים, בסיועה של המיישבת וגורמים ממשלתיים נוספים. כללים ותנאים אלו נוהגים אצל המיישבת גם בהתיישבות הכפרית שבתחומי ה'קו הירוק'. על פי תנאים אלה, הוקנו על ידי המיישבת, עד היום, לאגודות ולמתיישבים, בהתיישבות הכפרית, החקלאית והקהילתית, בתחומי ה'קו הירוק' וביהודה ושומרון, זכויות 'בר רשות' בלבד. הכללים והתנאים, כאמור לעיל, מוכרים על ידי כלל גורמי הממשלה ואלו לא הגבילו את המיישבת לפעול על פיהם. לעניין זה נכתב על ידי היועץ המשפטי של הממונה, כדלקמן: הממונה מסכים שההסתדרות הציונית העולמית תחתום על חוזי בר-רשות עם יזמים לכל סוגי הבנייה בתוך המשבצת שהוקצתה להסתדרות לפי חוזי ההרשאה". על רקע כל אלה מסקנתו של מר פונק היתה ש"בכל ישוב אליו מתייחס הסכם ההרשאה ואשר נמצאת בו שכונה, כמצוין במכתבה של הגב' ששון, המיישבת אוחזת בחוזים ובכתבי התחייבות,

כאמור לעיל, התחייבויות אלו תקפות לגבי כלל השטחים הנמצאים בתחום ההקצאה ושכונות אלו הנן חלק בלתי נפרד מן היישוב".

33. באשר לעובדה שהקמת היישובים קדמה למלאכת התכנון, טען מר פונק ש"בכל ההתיישבות הכפרית, מעת הקמת המדינה ועד לעת הנוכחית, הקדימה מלאכת ההתיישבות הפיזית את סיום הליכי התכנון המאושרים. בדרך זו נכבשה הקרקע על ידי ההתיישבות, במרבית שנות קיומה של המדינה. כך הוקמו, בשלהי שנות ה-70 ובמהלך שנות ה-80, היישובים שלחלקם דבק הכינוי 'מצפים' בגוש שגב ובגליל, דוגמת: מורשת, עדי, עצמון, אלון הגליל, הושעיה, מעלה צביה, יובלים, יעד, שכניה ואחרים שהוקמו ללא תכנית מתאר בתוקף. כך הוקם לאחרונה הישוב מרחבעם בנגב וכך הוקמו בראשית שנות ה-50 ישובי 'חבל עדולם' אשר לחלקם אין גם כיום תכנית מתאר בתוקף, דוגמת: צפרירים, עג'ור ואחרים... בדרך זו פעלה המיישבת וגורמים ממשלתיים נוספים בכל חלקי הארץ, כל הישובים החדשים 'עלו' על הקרקע עוד בטרם הושלמו הליכי התכנון הסטטוטורי ובדרך זו נהגו כל הגורמים הממשלתיים שהיו מעורבים בהקמת הישובים, לרבות המינהל האזרחי...

... למעשה ההתיישבות, לרבות ביישובי יהודה ושומרון, היו שותפים משרדי הממשלה השונים, כמו: משרד הבינוי והשיכון, משרד החקלאות, משרד הביטחון, משרד הפנים, משרד התשתיות הלאומיות, משרד ראש הממשלה ואחרים. בהתאם לכך, הוקמו כיעדי ההתיישבות שאושרו בהחלטות הממשלה, מוקדי מגורים זמניים ומבני ציבור, לפי "תכנית העמדה" בלבד. רק אחר כך הוחל בשלבי התכנון המתארי ובהקמת מבני הקבע אולם, מבני הקבע, במרבית היישובים, תוכניות המתאר עודן חסרות תוקף סטטוטורי, מסיבות שונות...

... בהכנת התוכניות פעלו בשיתוף, עם המיישבת, משרדי הממשלה השונים. כך למשל, על פי נוהלי העבודה התקפים, גם כיום, מממן משרד הבינוי והשיכון את

התכנון המפורט והיועצים לתכניות המתאר שהוכנו על ידי גורמי תכנון שהועסקו על ידי המיישבת. חלק לא מבוטל מהיישובים ביהודה ושומרון הוקמו כהיאחזויות נח"ל אשר אוזרחו לאחר תקופה מסוימת והפכו ליישובי קבע, בהתאם להחלטות הממשלה, עוד מבלי שתוכניות המתאר שלהם היו בתוקף. לפיכך, כאשר הוקמו השכונות נשוא מכתבה של הגב' ששון, כמו גם ישובי האם ומאות שכונות אחרות, לא תמיד היתה תכנית מתאר בת תוקף והיתרי הבניה ניתנו, בתנאים, על ידי הוועדות המקומיות לתכנון ובניה, כפי שהם ניתנים ביישוב האם...

... יתר על כן, מבחינת הפעלת תקציבים, לא זו בלבד ששכונות אלו הוכרו על ידי כל הגורמים, אלא שגם לעניין הקצאת משאבים כספיים, מתקציביה, הונחתה המיישבת, כי על החטיבה להתיישבות, לטפל בשכונות אלו כביישובים עצמאיים. לעניין זה הנחה משרד ראש הממשלה, בכתב, באמצעות מנכ"ל המשרד, לפעול כדלקמן: 'במספר ישובים ביהודה ושומרון הוקמו שכונות במשבצות ישובים קיימים... אבקש לאשר מסגרת נפרדת לכל שכונה קהילתית המתפקדת בנפרד מישוב האם, כולל חישוב נפרד של מכסת ביסוסים שקיים בכל שכונה...'. במסגרת זו נכללו הישובים הבאים: אלון, נופי פרת, שבות רחל, טל מנשה, כפר אלדד, תל קטיפה, טלמון צפון, חרשה (טלמון), מבואות יריחו (ייטב), פני קדם (מיצד), נגוהות, מצפה יאיר, שירת הים (כפר ים) שלו, רותם, משכיות, רחלים, ברוכים, מצפה חגית, פני קדם איבי הנחל, נווה ארז, מיגרון, מצפה כרמים, מצפה יאיר, עשהאל, אשתמוע".

"בכל החלקות (מגרשים) המיועדות למגורים ובמתחמי המגורים של הישובים, לרבות בשכונות, נשוא מכתבה של הגב' ששון, בוצעו פעולות תשתית ופיתוח, במימון משרדי הממשלה השונים ובידיעת כל גורמי המנהל האזרחי. יתר על כן, המנהל האזרחי העניק אישורי תנועה למבנים, בכל ישובי האם, כאשר היה נהיר וברור לו, שביישובים אלו לא קיימת תכנית מתאר בתוקף. גם עבודת התשתית

למערכות החשמל, המים והביוב, בוצעו בידיעת ובהסכמת המנהל האזרחי... כאמור לעיל ולמען הסר ספק, אבהיר ואדגיש, כי בדרך זו פעלו כל ראשי המשרדים הממשלתיים, שרי השיכון והביטחון וממשלות ישראל לדורותיהם...".

34. דברים ברוח דומה נכללו במכתבו של עו"ד שלמה בן אליהו, מנכ"ל החטיבה להתיישבות בסוכנות היהודית, מיום כ"ד בכסלו תשס"ה (7.12.04), לעו"ד טליה ששון (ראו נספח 10). במכתב זה נאמר: "על פי המבנה המשפטי השריר וקיים, זה יותר מ-20 שנה, מקבלת המיישבת מאת הממונה, בהסכם הרשאה, את החזקה במקרקעין לצורך הקמה ו/או פיתוח וביסוס ישוב. להסכם זה מצורף תשריט המהווה חלק בלתי נפרד הימנו, המגדיר ותוחם את גבולות המקרקעין שבשטחם יוקם ישוב אחד אשר שמו מצוין בהחלטת הממשלה הרלבנטית. מקרקעין אלו מוגדרים בהסכם כ'משבצת היישוב'... ההרשאות הנן לתקופה ארוכה של עד 49 שנה. כל זאת מאחר שלא ניתן להקים ישוב אחד על שטח המשבצת בפרק זמן קצר... שטח המשבצת הוגדר בהסכם ההרשאה כשטח היישוב. לפיכך, כל שנבנה ומפותח בשטח המשבצת הינו חלק מהישוב. אין חולק על כך, שתקופת ההרשאה הממושכת וההתחייבות להקים ולהמשיך בהקמה, בביסוס, ובאכלוס של כל שטח המשבצת מקבלים ביטויים בהקמת והרחבת הישובים, באמצעות אותן שכונות מגורים, בכל ישוב לפי שטח המשבצת שנמסר לצורך הקמתו... יתר על כן, ב"צו אלוף" – שהינו הריבון בשטח, הוגדר שטח המשבצת כשטח המונציפלי של ישוב אחד בלבד, כך שבשטח המשבצת לא היתה כוונה להקים ישובים נוספים...

... בעקבות הסכמי אוסלו הונחתה המיישבת, על ידי גורמי מערכת הביטחון, לתכנן את שימושי/ייעודי הקרקע לכל אותן משבצות קרקע – תכנון מתארי, כיישוב אחד לכל שטח המשבצת. בתכנון זה הושקעו לא מעט כספים... יתר על כן, המיישבת הונחתה אף לטפל בחלק משכונות אלו כביישובים עצמאיים,

<u>מבחינה תקציבית בלבד</u>, קרי: ליצור להן מסגרת תקציבית נפרדת, למרות שהן שכונות של ישוב אחד". לעניין זה הפנה עו"ד בן אליהו למכתבו של מר סלי מרידור, יו"ר החטיבה להתיישבות, מחודש פברואר 1997, לאמור:

> "במספר ישובים ביהודה ושומרון הוקמו שכונות במשבצות ישובים קיימים. במספר מקומות הוקמו השכונות על ידי אגודות נפרדות וכתוצאה מאילוצים טופוגרפיים וארגוניים נבנו במרחק לא קטן, שלא מאפשר בשלב זה של חייהם קשר בין השכונה לישוב האם. אגודות אלו מקיימות למעשה אורח חיים עצמאי כולל ועדות קליטה, מיסי חבר, מזכירות נפרדת וכדו'. אבקש לאשר מסגרת נפרדת לכל שכונה קהילתית המתפקדת בנפרד מישוב האם, כולל חישוב נפרד של מכסת ביסוסים שקיים לכל שכונה".

עו"ד בן אליהו הוסיף וכתב לעו"ד ששון: "...גורמי הממשלה ראו ב'ישובים החדשים' או ב'מאחזים' כמוגדר במכתביך, שכונות השייכות לישובים קיימים ומהוות חלק ממשבצותיהם". והוא חזר והדגיש כי "כל השכונות, המכונות על ידך ישובים חדשים או מאחזים בלתי מורשים, אושרו על פי המסמכים וההרשאות שצוינו לעיל... בידינו מאות מסמכים אחרים המבטאים את ידיעת הגורמים המוסמכים לפיהם הפעולות וקידום התכנון באיו"ש היו בידיעה ובסמכות. כידוע לך כי כמעט בכל המאחזים שפורטו במכתבך ישנה חתימת שר הביטחון ו/או ראש המינהל האזרחי לקידום הליכי תיכנון".

עו"ד בן אליהו סיכם ואמר: "על פי החלטות הממשלה ההרשאות, האישורים והמסמכים הן ממשרד ראש הממשלה והן ממשרד הביטחון עולה כי <u>כל השכונות</u>, ובלשונך: 'מאחזים בלתי מורשים', הינם מורשים <u>אושרו והוכרו</u>. (ההדגשה במקור). על פי הנחיות הדרג המדיני והמינהל האזרחי נדרשנו לתכנן, להקים, לפתח ולבסס את הישובים ולמעשה זה היו שותפים כמעט כל הגופים של הממשלה, אם בביצוע ואם בפיקוח ובקרה... ישנם עוד עשרות שכונות במעמדן ואם הגדרתן כ'בלתי מורשים' הינה בשל העובדה שההליך התכנוני

טרם הסתיים, הרי שמצבם הסטטוטורי של שכונות אלו זהה למצבם של עשרות ישובים באיו"ש ואף זהה למצבם הסטטוטורי של מאות ישובים ושכונות בתחומי הקו הירוק... כמו כן, ראוי להמליץ כי הגורמים הממונים יורו לרשויות התכנון למלא את תפקידן ולשוב ולפעול, לפחות בכך שידונו בכל מאות התכניות שהוגשו להן, בין אם יאשרו ובין אם ידחו. בכך, יעמדו הם בהתחייבות שנטלה הממשלה על עצמה ב'הסכם המאחזים' לקדם את הליכי התכנון של אותם מאחזים שהוחלט שלא לפנותם".

35. במסמך נוסף שהוגש לועדת השרים אשר דנה בדו"ח ששון (ראו נספח 11), הוסיפה החטיבה להתיישבות וטענה כי להקמת הישובים באיו"ש קדמה הכנה של תוכניות אב אזוריות, שבהכנתן נטלו חלק צוותי היגוי מקרב משרדי הממשלה השונים, המנהל האזרחי והרשויות המוניציפליות (ראו עמ' 2 של המסמך). באשר להרחבת הישובים באמצעות הקמתן של שכונות, נאמר כי אלו "הוקמו כחלק בלתי נפרד מיישובים קיימים אשר הקמתם אושרה בהחלטות הממשלה... השכונות הוקמו על קרקעות שהוקצו לחטיבה בהסכמי הרשאה מאת בעל הסמכות במנהל האזרחי – הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש... כל אותן שכונות מצויות בתחום המוניציפאלי של 'ישוב האם', התחום ב'צווי אלוף'... ההרחבות הן שכונות בתוך תחום השיפוט של היישוב הקיים, בתחום ההרשאה שניתנה לחטיבה לצורכי תכנון, הקמה, פתוח וביסוס היישוב ובתחום ה'קו הכחול' המהווה את גדרי התכנון של 'ישוב האם'" (עמ' 2 ו-3). החטיבה היתה ערה להחלטת הממשלה מס' 175 מחודש מרץ 1999 (הרחבה של ישוב באזור יהודה ושומרון טעונה אישור של שר הביטחון, על דעת ראש הממשלה). אולם החטיבה טענה (ראו עמ' 3 ו-4) כי "פרשנותנו ופרשנות כל הרשויות היתה, כי החלטה זו מתייחסת להרחבת 'תחום השיפוט' של ישוב... 'צו אלוף' מגדיר ותוחם את שטח השיפוט המונציפלי של ישוב אחד. לא יתכן שבשטח של ישוב אחד יהיו מספר ישובים. לכן, כל השכונות-מאחזים הנמצאים בתחומי

'צווי האלוף', הנן בתחום ישוב אחד ולפיכך, אינם ישובים חדשים הטעונים החלטה נוספת של הדרג המדיני" (ההדגשה הוספה).

כאן המקום לציין, כי עמדה זהה הביע בפנינו הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, מר יוסי סגל, באומרו: "ברגע שהוחלט על הקמת ישוב, והוא רוצה להתרחב על ידי בניית שכונה בתחום השיפוט שנקבע בצו האלוף – הוא אינו בבחינת ישוב חדש וממילא אינו טעון החלטת ממשלה נוספת" (פרוטוקול מיום 7.5.12)

36. באשר **למשרד השיכון** נאמר בדו"ח ששון, כי "הזרוע המרכזית (אך לא היחידה) למעורבות המשרד במאחזים בלתי מורשים היא המינהל לבניה כפרית, שהתמקד מזה שנים... בהקמת ישובים חדשים באיו"ש והרחבות של ישובים ותיקים" (עמ' 139). בדו"ח (החל מעמ' 141) מצוטטים דבריו של מבקר המדינה (דו"ח מספר 54ב לשנת 2003), לאמור: "משרד הבינוי והשיכון... מסייע ביהודה ושומרון בחבל עזה ובגולן לרשויות מקומיות יהודיות בתקצוב פרויקטים בפעולות תכנון, בניה ופיתוח. המשרד פועל באזור יהודה ושומרון... הן באמצעות מחוזות המנהל לבניה כפרית, ובעיקר באמצעות מחוז ירושלים, הן באמצעות מחוזות הבנייה העירונית... בביקורת נמצא כי בתקופה ינואר 00 עד יוני 03 כרת מחוז ירושלים של המינהל לבניה כפרית עם רשויות מקומיות 77 חוזים לבניה ופיתוח ב-33 מקומות באיו"ש, שעל פי נתוני המנהל האזרחי, העבודות בהם נעשו שלא כחוק, אם בשל היעדר אישור הממשלה או שר הביטחון, אם מחמת היעדר תוכניות מתאר תקפות, ואם מסיבות הקשורות לבעלות בקרקע. היקפם של חוזים אלה הסתכם ב-29 מיליוני ₪. החוזים כללו עבודות מסוגים שונים: תשתיות ליחידות דיור, דרכי ביטחון, כבישי גישה לישוב, שטח ציבורי פתוח, חיבור לחשמל, הקמת מגדל מים והנחת קו מים, והקמת מוסדות ציבור. על פי נתוני המנהל האזרחי, מבין 33 המקומות האמורים, 18 לא נמצאו בתחומו של יישוב כלשהו שעליו החליטה הממשלה.

היקף החוזים בין משרד השיכון לרשויות המקומיות ב-18 המקומות הללו מגיע לכ-18.4 מליון ...

...משרד הבינוי והשיכון אינו דורש שיומצאו לו רישיונות הבניה, כתנאי למימון הפרויקטים. גם רשויות ממשלתיות אחרות אינן דורשות שימציאו להן רישיונות בניה. משרד השיכון מסייע לרשויות מקומיות באיו"ש במימון פרויקטים ועליו לקבוע נוהלי הפעלה, אשר תואמים את נהליו של המינהל האזרחי. הועלה, שהוא לא עשה כך. משרד השיכון מימן פרויקטים בלי שהוא תיאם אותם עם המנהל האזרחי. בשני מקרים מימן המשרד עבודות של סלילת כביש והקמת מבנה, במקומות שלגביהם הוציא המינהל האזרחי צו הריסה. היוצא מכאן, כי שעה שזרוע שלטונית אחת - משרד השיכון – משקיעה ממשאביה בעבודות בינוי ופיתוח בנקודות ישוב באיו"ש שאין להן רישיונות בניה כדין, זרוע שלטונית אחרת – המינהל האזרחי – משקיעה ממשאביה כדי לאתר בניה בלתי חוקית, ולהרסה".

ועוד נקבע בדו"ח ששון (ראו עמ' 143) "**חלק ניכר מההשקעות התקציביות של משרד השיכון נעשו במינהל לבניה כפרית; המנהל לבניה כפרית השקיע חלק ניכר ממשאביו, אם לא את רובם, בבניה בלתי חוקית במאחזים ובשכונות בלתי חוקיות...**". בהמשך מפורטות דרכי הסיוע של המינהל לבניה כפרית בהקמת המאחזים: מימון תשתיות ומימון הקמת מוסדות ציבור, הרחבות יישובים ותיקים – ללא החלטת ממשלה או הדרג המדיני, ללא בדיקת טיב הזכויות בקרקע ולעיתים שלא על אדמות מדינה, וללא תכנית מפורטת כדין (עמ' 145). סיוע עקיף באמצעות המועצות האזוריות (עמ' 149), מימון תשתיות למאחזים מתוך מה שהוגדר בתקציב המשרד כ"פתוח כללי שונות" (בשנת 2002 עמד על 34 מיליון ₪) (עמ' 150). משרד הבינוי והשיכון העסיק אדריכלים חיצוניים, וכן אדריכלים בתוך המשרד, לצורך תכנון מאחזים, תשתיות ואף

העסיק לצורך זה יועצים לעניין חשמל ומים (עמ' 156). עוד נמצא כי משרד השיכון רכש מאות קרוונים שחלקם הוצבו במאחזים לא מורשים (עמ' 164), ללא קבלת תמורה.

37. גב' שרה אהרון, ראש המינהל לבניה כפרית במשרד הבינוי והשיכון, במכתבה מיום ג' בחשון התשס"ה (13.10.2004) לעו"ד טליה ששון (נספח 12), חלקה על ממצאיו של "דו"ח המאחזים" ומסקנותיו. באשר למדיניות הממשלות לדורותיהן ביחס להתיישבות ביו"ש, היא כתבה כי זו "לא השתנתה לאורך השנים וכאשר מסיבות של יחסים בינלאומיים לא ניתן היה להקים ישובים חדשים בשטחי יו"ש, החליטו קובעי המדיניות כי לא יוקמו ישובים חדשים אלא יורחבו ישובים קיימים גם אם ההרחבה לא תהיה צמודת דופן לישוב הקיים. מאחר ובבסיס פיזור ההתיישבות עומדת עילה מדינית ולא שיקולים תכנוניים מקצועיים, כיווני ההתרחבות של הישובים לא נקבעו בדרך כלל ע"י גורמים פקידותיים מקצועיים אלא ע"י גורמים בשטח, קרי המועצות האזוריות ותנועת אמנה, ובגיבוי שרי השיכון לדורותיהם... המשרד מסתמך על ההרשאות לתכנון שניתנו ע"י הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש, כאשר הרשאה זו ניתנה לאחר שנבדקה ע"י הממונה הבעלות על הקרקע... משרד הבינוי והשיכון מתכנן רק על קרקע שהוכרזה כקרקע מדינה וכן על אדמות סקר. ההתייחסות לאדמות סקר הינה כאל אדמה לקראת הכרזה ולפיכך המדיניות השלטונית הייתה שאין מניעה מלתכנן על קרקע כזו".

38. במכתב נוסף של גב' שרה אהרון לעו"ד טליה ששון, מיום ז' בטבת התשס"ה (19.12.2004) (נספח 13) נאמר: "...על פי המסמכים המצויים בידינו ועל פי האישורים שניתנו לגורמים שונים העומדים עמנו בקשרי עבודה שוטפים, עולה כי **'המאחזים הבלתי מורשים' הינם מאושרים, מוכרים ומורשים** הן על פי החלטות הממשלה והן על דעת הגורמים הבכירים והמוסמכים במשרד ראש הממשלה ומשרד הביטחון. ההסתדרות הציונית קבלה מהממונה על הרכוש

הנטוש הרשאה לתכנון ולפיתוח לרוב רובם של האתרים ברשימה הנ"ל, למעט מספר קטן של שכונות להן ניתנה בשלב זה הרשאה לתכנון בלבד. ל-3 נקודות בלבד לא ניתנה הרשאה כלשהי. עוד יובהר כי כל 'המאחזים' הוקמו בתוך שטח המשבצת עבורה ניתנה ההרשאה לתכנון ופיתוח להסתדרות הציונית. שטח המשבצת הינו השטח המוניציפאלי של ישוב אחד גם אם הוקמו בו מספר שכונות, כאשר קיימת הפרדה פיזית בין שכונה לשכונה. יצוין כי מתן סמל ישוב נפרד לשכונות שונות בתוך שטח המשבצת ניתן לצרכים אדמיניסטרטיביים ואינו מהווה אישור להקמת ישוב נפרד...

לסיכום, כל 'המאחזים הבלתי מורשים' כהגדרתך ברשימה שהעברת להתייחסותנו, הינם אתרים מאושרים על פי החלטת ממשלה ו/או על דעת הגורמים הבכירים והמוסמכים במשרדי ראש הממשלה והביטחון. ברוב רובם ניתנה הרשאה לתכנון ופיתוח או הרשאה לתכנון והן הוקמו בתוך המשבצת בגינה ניתנה ההרשאה".

39. מדו"ח ששון עולה כי **המינהל האזרחי** היה אחראי על אלה: מתן אישור לשינוע יבילים (קרוונים) לשטחים; אישור נוהל אדמות סקר; מתן הנחיות בדבר אישור חיבור מאחזים לרשת החשמל; הרשאה לתכנון ולדיון בתכנית מוצעת במוסדות התכנון; מתן הרשאה להקצאת קרקע על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי; הרשאה לתכנון ואישור הרחבה לישוב; מתן צווים לביצוע הריסה; אחראי (בתאום עם ראש הממשלה) על הנחיית מפקד האזור בהוצאת צווי תיחום לפינוי מאחזים ומתן הוראות לביצוע פינוי מאחזים בפועל.

בדו"ח נקבע (ראו עמ' 178), כי בדיקת המינהל האזרחי בדבר טיב הזכויות בקרקע עליהן הוקמו מאחזים, מעלה כי אלה הוקמו בחלקם על קרקעות שהוקצו להסתדרות הציונית, וברבות השנים התברר כי בחלקן הן אדמות סקר

או אדמות בבעלות פלסטינית. מצב זה נגרם, בין היתר, עקב רישום לקוי במפות. עוד נמצא כי המאחזים, גם לא מורשים, חוברו לרשת החשמל מכוח אישור שניתן על ידי קמ"ט חשמל במינהל האזרחי (עמ' 202), ובעקבות מכתב ששיגר עוזר שר הביטחון ביום 4.5.04, שנוסחו הובא בעמ' 205 לדו"ח:

> "תאורה היקפית במקומות יישוב, במקומות מאוימים היא מרכיב ביטחון ראשון במעלה. גם במקומות שיש עליהם השגות והליכים לקראת פינוי, כל זמן שגרים בהם וחיים בהם, יש להגן על הנפש וכמו שהצבא מקיים שמירה וסיורים במקומות אלה כך יש לאפשר אספקת חשמל לתאורה כמרכיב חיוני לשמירה עד שיוכרע מעמדם".

40. באשר **למשרד הביטחון** נטען בדו"ח ששון (ראו עמ' 243), כי עוזר שר הביטחון להתיישבות (מר רון שכנר) נהג להתערב בעניינים שאינם בתחום סמכותו, ולצורך זה צוטטו דברים מתוך מכתב שהופנה אל החטיבה להתיישבות בחודש פברואר 2003 (ראו עמ' 243):

> "הריני מאשר שהישובים שיפורטו להלן מתפקדים כישובים עצמאיים לכל דבר ויש לנהוג בהם ככאלה לכל דבר ועניין כולל נושא תקציב וסימול הישוב. פני קדם; איבי נחל; חרשה; נווה ארז; מיגרון; מצפה כרמים; מבואות יריחו". (נספח 14, וכן מכתבים נוספים מאותו סוג – נספח 15).

בדו"ח ששון נאמר עוד, כי "מר שכנר התערב לטובת המאחזים הבלתי מורשים (עמ' 246), ביקש מהחטיבה להתיישבות להתייחס אליהם כאל יישוב לכל דבר ועניין, כולל מתן סמל יישוב ותקצוב. הדבר נעשה בלי ליידע את שר הביטחון (שאף איננו מכותב למכתב) ובניגוד לעמדת שר הביטחון לפיה לפחות חלק מהמאחזים המנויים ברשימה שבמכתב שכנר הם מאחזים בלתי מורשים. לכאורה, מתוך נוסח הכתוב במכתב, נראה כי הוא נכתב כדי לטעת בלב הרשות אליה נשלח... את הרושם כי מדובר ביישוב חוקי, שהרי זה פשוטו של

הכתוב בו. המקבל ודאי יתקשה להניח כי דרג רם מעלה כמו ע' שר הביטחון להתיישבות איננו משקף את עמדת הממשלה, וכותב מכתב כזה בניגוד למדיניותה".

בתגובה בכתב לאותה ביקורת הסביר ע' שר הביטחון בהתייחסו לישובים אשר נטען כי הם בלתי מורשים (נספח 16): "במקומות האלה גרים אנשים. כל זמן שהם במקום הם זכאים לשירותים בסיסיים, בעיקר לאלה הקשורים לביטחון. כשכתבתי שאני מבקש להתייחס לנקודות אלה כמו בישובים עצמאיים אני מתכוון בעיקר לנושא הקשור למרכיבי ביטחון. לא אמרתי שהם חוקיים או לא. לא הבעתי שום דעה שהם חוקיים ולא נתתי שום אישור לסטאטוס שלהם אלא קבעתי שיש להתייחס אליהם בהיותם שם ואנשים חיים בשטח ולכן צריכים לדאוג לדברים בסיסיים הקשורים בביטחון... אם הם מנועים לטפל בישוב שאין לו סמל – ביקשתי שידאגו לטפל בישוב. אני הנחתי שהישוב הזה צריך לקבל את הנדרש בכל מה שקשור לביטחון שלו". לשאלה שנשאל מר שכנר בהופעתו בפנינו, האם ניתן להסיק כי בניית ישובים אלה היתה גלויה לדרג המדיני, ענה: "בוודאי, לא עוברים יותר מיומיים עד שבניה כזאת מובאת לידיעת הדרג המדיני הבכיר" (פרוטוקול ממיום 2.5.2012).

<u>ישוב חדש או שכונה – הכרעה במחלוקת</u>

41. כאמור, החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית סבורה כי המנדט שניתן לה בהסכם ההרשאה עם הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, הוא לבנות ישוב אחד בלבד בכל שטח של "משבצת" נתונה. עוד היא סבורה, כי מכוח אותו מנדט היתה רשאית לתכנן את הישוב, להקימו ולבססו על ידי יצירת מקורות פרנסה ובנייתם של מוסדות ציבור. נוכח פרשנות זו היא דבקה בהשקפתה שבנייה בתחום "המשבצת", אף אם היא מרוחקת מרחק ניכר מישוב-האם, היא בגדר הרחבה על ידי הוספה של "שכונה" ולא הקמתו של ישוב חדש.

החטיבה הוסיפה וטענה כי פרשנותה אינה סותרת את החלטת הממשלה מס' 640, מחודש מאי 1984, הואיל וכוונתו של המונח "שטח רצוף" אינה לבניה צמודת דופן לישוב האם, אלא לשטח שאינו חורג מתחום "המשבצת" שנקבעה בהסכם ההרשאה ומתחום השיפוט של ישוב-האם על פי צו האלוף. ברוח זו היא מפרשת את החלטת הממשלה מס' 175, לאמור, הרחבתו של ישוב באיו"ש אמנם טעונה אישור שר הביטחון, אולם כאן הכוונה להרחבה **מחוץ** לתחום ה"משבצת" והשטח המוניציפלי שנקבע בצו האלוף.

42. החלטת הממשלה מס' 640, אשר טבעה את מטבע הלשון "הרחבה בשטח רצוף" של ישוב, לא הגדירה מונח זה בדרך שתמנע בהמשך פרשנויות שונות וסותרות. עם זאת, שוב אין ספק כי הכוונה היתה למנוע את הקמתם של ישובים חדשים במסווה של "שכונות" ללא החלטת ממשלה, ולכך קיימת ראיה. בשנת התשנ"ח – 1998 ביקש שר הפנים להשמיט מתוך החלטת הממשלה מס' 640 את המלים "שטח רצוף", כך שייאמר בה "הרחבה של ישוב... אינה טעונה החלטה מיוחדת של הממשלה". **נראה שהשר התכוון להרחבה בתחום "משבצת ההקצאה" בלבד**, וחרף זאת נתקלה בקשתו בהתנגדות של מר מני מזוז, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז), תוך שהוא מתריע מפני תוצאותיו האפשריות של מהלך זה, ובלשונו:

> "בעוד החלטה 640... משנת 1984 פטרה מהצורך בהחלטה מיוחדת "הרחבה בשטח רצוף של ישוב", מבקשים כאן, ללא הסבר, לפטור הרחבה גם שלא משטח רצוף. ממשלות ישראל לדורותיהן שמרו בידן את סמכות ההחלטה בדבר הקמה של ישובים חדשים בשל המשמעויות וההשלכות שיש להחלטה כזו בהיבטים שונים, ובמיוחד כאשר מדובר בהקמת ישובים בשטחי יש"ע, והדברים ידועים... "הרחבה" של ישוב, <u>שלא בשטח רצוף</u>, דומה במהותה ובהשלכותיה, במובנים רבים, להקמת ישוב חדש, ועלולה גם לשמש בפועל להקמת ישובים חדשים במסווה של "הרחבות". אשר על כן, ככל שהצעת ההחלטה מטעם שר הפנים אכן מכוונת רק לישובים בתחומי מדינת ישראל

(הקו הירוק), יש לציין זאת במפורש בהחלטה, וכן מן הראוי לדעתנו להותיר על כנו את הסייג לגבי הרחבה שלא בשטח רצוף". (ההדגשה במקור). (ראו נספח 17 וכן את מכתבו של מר מזוז באותו עניין מיום כ"א בחשוון התשנ"ט-10.11.1998, נספח 18).

בהעדר הגדרה למלים "הרחבה בשטח רצוף", שוב אין מנוס מלפנות להגיון ולשכל הישר במטרה להשלים את החסר. כבר בשלב זה נבהיר, כי אין ספק שהחלטה 640 לא חייבה כי ההרחבה תהיה "צמודת דופן" לישוב קיים, הואיל ולא זו בלבד שמונח זה לא נכלל בה, אלא שלעתים בניה זו אינה אפשרית עקב המבנה הטופוגרפי של ישוב, וחרף זאת תהווה השכונה החדשה חלק ממנו. כך לדוגמה מקום שאת הישוב חוצה ואדי עמוק, ויהיה רוחבו אשר יהיה, בניה בצדו האחר של הוואדי עשויה לענות על הדרישה ל"שטח רצוף". דוגמה למקרה כזה ראינו במהלך סיור שערכנו בסמוך לכפר אלדד, הנמצא בתוך תחום השיפוט של הישוב נוקדים אך במרחק ניכר ביותר מישוב האם, ולו אושרה התב"ע אך לאחרונה. ועוד קיימים מקרים נוספים שאושרו בשנים האחרונה. דוגמה נוספת היא הישוב הוותיק כפר אדומים ושכונותיו נופי פרת ושכונת אלון (ראו דברי מר פונק בפרוטוקול מיום 14.3.12, בעמ' 6). נוכח זאת, נדמה כי יש היגיון בהשקפתה של החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית, לפיה "שטח רצוף" כוונתו לקשר קרקעי הנמצא בתחום "משבצת" ההקצאה של הממונה ותחום השיפוט המוניציפלי של ישוב האם. אולם, את ההשקפה הזו ניתן היה ליישם, החל מחודש אוגוסט 1996, רק במקרים שתכנית בנין עיר המקורית שאושרה על ידי מוסדות התכנון לישוב האם, כללה גם את השטח המיועד להרחבה. כל תרחיש אחר, ובכלל זה הרחבה בשטח שלא נכלל בתכנית בנין עיר המאושרת של ישוב-האם, חלה עליו החלטת הממשלה מס' 150 שקבעה, בין היתר, "כל הרשאה חדשה לתכנון והקצאת קרקע לבניה על אדמות מדינה באזורים תבוצע רק לאחר אישורו של שר הביטחון".

זאת ועוד, גם אם נאמץ את השקפתה של החטיבה להתיישבות בסוגית ה"הרחבות", הרי שככל שהמרחק בין "ההרחבה" לישוב-האם בתחום השיפוט גדול יותר, עשוי הדבר להצביע על הקמתו של ישוב עצמאי. במיוחד כך מקום שמתגלה כי "השכונה" החדשה הוקמה על ידי אגודה נפרדת אשר מקיימת אורח חיים עצמאי, יש לה מזכירות משלה והיא גובה מסים מחבריה, ובוודאי כאשר ההרחבה נמצאת מחוץ לתחום השיפוט של ישוב האם.

בין כך ובין כך, החלטת הממשלה מס' 175, אשר בחודש מרץ 1999 באה במקומה של החלטה 640 קבעה הוראה כללית. החלטה זו פטרה הרחבה של ישוב קיים או שיוקם מהצורך בקבלת החלטה ממשלה, אולם באשר לישובים ביהודה ושומרון, ללא התייחסות לרצף קרקעי נדרש או למיקומם בתוך או מחוץ לתחום השיפוט, נקבע כי הרחבתם "טעונה אישור שר הביטחון, על דעת ראש הממשלה". ובמלים אחרות, מאותו מועד ואילך חייבה כל הרחבה לקבל את אישורו של הדרג המדיני (שר הביטחון על דעת ראש הממשלה) קודם להקמה. (ראו בהמשך לכך סמכותו של רוה"מ ושהב"ט על פי החלטה 471 מיום 28.10.99, לפעול "בכל הקשור לנקודות התיישבות/מאחזים מבודדים שלא ברצף לשטח מבונה של ישובים קיימים ביהודה ושומרון").

חרף האמור, הוקמו בהמשך, ללא אישור הממשלה, עשרות "שכונות" חדשות, חלקן במרחק ניכר ולעתים ללא קיומו של קשר קרקעי רצוף עם ישוב האם, ואף מחוץ לתחום השיפוט שנקבע לו. תופעה זו היתה נרחבת ונדרש לה ממון רב, וככזו אנו מתקשים להאמין כי נעלמה מעיניהם של שרי הממשלה ואלה שעמדו בראשה, שהרי לא זו בלבד שהמשרדים של חלק מהם עסקו בכך ישירות, אלא שהרחבת ההתיישבות היתה נושא עליו התריעו גורמים מבית, ובהם מבקר המדינה, וגם במישור הבינלאומי שימשה אותה בנייה כלי לניגוח מדינת ישראל. ואם חרף כל אלה הוסיפו החטיבה להתיישבות

ומשרד השיכון לבנות את אותן "שכונות", שוב אין מנוס מלקבוע כי פרשנותה של החטיבה את החלטות הממשלה, תאמה את מאווייהם האמיתיים של רבים מאלה הנמנים עם "הדרג המדיני" הבכיר.

43. להתנהלות זו נודעת נפקות במישור המשפטי, והכוונה לדרך בה היתה אמורה להיות מובנת על ידי המתיישבים ביהודה ושומרון. להשקפתנו, אלה היו רשאים להניח כי הרחבתו של מפעל ההתיישבות, ותהא הגדרתו אשר תהא ("שכונה" או "ישוב חדש"), הוא עניין בו הממשלה חפצה ואותו היא מעודדת, ולראייה פעולותיה של החטיבה להתיישבות שפעלה (מכוח הסכמי ההרשאה עם הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש), בסיועם של משרדי ממשלה שונים. ברם, עקב הריחוק מישוב-האם והצרכים המשתנים של המתיישבים החדשים, קשה היה להתמיד לאורך זמן בהגדרתם של חלק מאותם מקומות ישוב כ"שכונות", ועל רקע זה הגיעה בשלב מסוים השעה לתאר את המצב כהווייתו, כפי שהדבר מצא ביטוי בהתכתבויות רבות בהן עיינו, וביניהן מכתבו של מר אביגדור ליברמן, מנכ"ל משרד ראש הממשלה (כתוארו אז), מיום ג' באדר א' התשנ"ז (10.2.1997) (נספח 19) בו נאמר בהאי לישנא:

> "במספר ישובים ביהודה ושומרון הוקמו שכונות במשבצות הישובים הקיימים. במספר מקומות הוקמו השכונות ע"י אגודות נפרדות וכתוצאה מאילוצים טופוגרפיים וארגוניים נבנו במרחק לא קטן, שלא מאפשר בשלב זה של חייהם קשר בין השכונה לישוב האם. נקודות אלו מקיימות למעשה אורח חיים עצמאי כולל ועדות קליטה, מיסי חבר, מזכירות נפרדת וכד'. אבקש לאשר מסגרת נפרדת לכל שכונה קהילתית המתפקדת בנפרד מישוב האם, כולל חישוב נפרד של מכסת ביסוסים שקיים לכל שכונה".

מכתב שני מאותו סוג, הוא מכתבו של מי שכיהן גם הוא בתפקיד מנכ"ל משרד ראש הממשלה, מר אביגדור יצחקי, מחודש סיון התשס"ב (יוני 2004), בו ביקש מהחטיבה להתיישבות לטפל באתרי ההתיישבות – חרשה (טלמון), מבואות יריחו

(ייטב), פני קדם (מיצד), נגוהות, מצפה יאיר, שירת הים ושלו – "כפי שהנכם מטפלים בכל היישובים שבתחום אחריותכם" (נספח 20).

מכתב שלישי הוא מכתבו של מר רון שכנר, בעת ששימש כעוזר שר הביטחון להתיישבות, בחודש אדר התשס"ג (פברואר 2003) לחטיבה להתיישבות. כזכור, במכתב זה הוא אישר כי הישובים פני קדם, איבי הנחל, חרשה, נווה ארז, מיגרון, מצפה כרמים ומבואות יריחו, "מתפקדים כישובים עצמאיים לכל דבר ויש לנהוג בהם בכאלה לכל דבר ועניין כולל נושא תקציב וסימול הישוב" (ראו נספח 14).

44. ההבחנה בין "הרחבה" של ישוב על ידי הקמתן של שכונות חדשות, לבין הקמתו של ישוב חדש, היא כמובן חשובה, אולם, כפי שכבר רמזנו, חשובה ממנה שבעתיים הדרך בה הבינו אנשיו של הגוף המיישב את הסמכות שנמסרה להם, והדרך בה הוצגו הדברים בפני המתיישבים ביהודה ושומרון. "המיישבת" עצמה היתה רשאית להניח כי הממונה לא היה מקצה לה קרקע שאינה קרקע מדינה או כזו שעמדה להיות מוכרזת כקרקע מדינה. ואם כך הדין ביחס אליה, מקל וחומר שמסקנה זו מתחייבת ביחס למתיישבים. יתרה מכך, המתיישבים היו גם רשאים להניח כי המיישבת לא היתה ניגשת לביצוע התכנון והקמתן של תשתיות, לולא הקדימה וקיבלה לכך את האישורים הנדרשים, ובכלל אלה את אישורה של הממשלה. זאת ועוד, גם אם נניח לחובת המתיישבים כי נהגו בדרך של עצימת עיניים (הנחה תיאורטית שלא הוכחה בפנינו), לא יהיה בכך כדי לשנות את התוצאה, הואיל ונכון יהיה להוסיף ולהניח כי אם היו טורחים להפנות למיישבת שאלות בדבר זכויות הקניין והסמכות להרחיב את הישובים, היתה האחרונה משיבה להם כי היא פועלת בסמכות וברשות נוכח הבנתה את נושא "ההקצאה" של הקרקע, וכי אין כל צורך לקבל אישורים נוספים לפיתוח והרחבה בתוך שטח השיפוט, השקפה לה היא נאמנה גם היום. ולבסוף, גם העובדה שהישובים הוקמו ללא אישור של מוסדות התכנון, לא היתה צריכה להדליק נורה אדומה, הואיל והתנהלות זו, הלקויה כשלעצמה, של המיישבת ורשויות המדינה, אפיינה את מעשיהן ביהודה ושומרון, וכתאורה של גב' אסנת קמחי, מנהלת האגף לענייני הכפר במשרד

הבינוי והשיכון (ראו פרוטוקול יום כ"ז באדר התשע"ב - 21.3.2012): "אני הייתי במשרד כאשר כל ה"שמחה" פרצה, כלומר הקמת השכונות במאחזים. הייתה תורה שבעל פה באותה תקופה, בשנים 1990 עד 1995, לפיה לא הקפידה המדינה - משרד השיכון וגם החטיבה להתיישבות - על תוכנית סטטוטורית, לא בתחומי יישובים קיימים ולא מחוץ לקו הכחול, בהקמת שכונות חדשות... היה נוהג שלא צריך לבדוק שום דבר סטטוטורי – 'רצים ועולים על הגבעות'".

מפיו של עו"ד אחז בן ארי, היועץ המשפטי של משרד הביטחון (ראו פרוטוקול יום כ"ג בניסן התשע"ב - 18.4.2012, עמ' 2), שמענו דברים דומים:

> "בשנות ה-80 הייתה תנופת בניה, לא הקפידו על דיני התכנון והבניה כמעט מאידיאולוגיה. כשהממשלה אישרה את רבבה כבר עמדו שם צריפים. ההקפדה כמו בישראל עצמה הייתה שייכת לשלב אחר. גם היום בארץ יש המון ישובים ללא תוכנית מתאר. כשהתחלתי להיות יועמ"ש איו"ש נתקלתי בבעיות פרקטיות כמו בקשות לתוספת בניה, הפרוגראמה של משרד השיכון שעליה נבנה הישוב באופן מקורי כבר לא ענתה לזה. הכנסנו את כל ההתיישבות למהלך של הכנת תוכניות מתאר. ישנה החלטת ממשלה שמונעים הענקת היתרים. יש מדיניות שמסתתרת מאחורי זה. השאלה היא מה בדיוק מעוכב". (ההדגשה הוספה).

ובעמ' 7 הוסיף עו"ד בן ארי, ברוב הגינותו:

> "מדובר בנקודה כואבת, והדבר מצביע על אנרכיה. ישנם שרים שהיו קרובים להתיישבות, שלא הקפידו על דברים אלה. הדברים נעשו ללא היתר. העובדה הזאת מעמידה במבוכה את הממשלה. מיגרון לא יכלה לקום ללא עזרת הרשויות אולם זה לא אומר שזה בסדר". (ההדגשה הוספה).

ובעמ' 8 נאמר:

> "בסוף היום, זה לא שאנחנו מתנגדים להקמה של ישוב. אחרי שרואים מעורבות, שאנשים באו והתיישבו זה לא שאי-אפשר להכשיר התנהגות זאת בדיעבד. אולם מדובר בשאלה

פוליטית – הממשלה לא רוצה או יכולה מדינית להכריז על הקמת יישובים חדשים. אנשים שגרים שם משלמים מחיר שבו למרות שניתן לפעול להסדרת המקום, כבר לא ניתן לעשות זאת".

תאור נוסף להתנהלות באותה תקופה שעמנו מפיו של חבר הכנסת יעקב כץ (כצלה), אשר שימש בתחילת שנות ה-90 כעוזרו לענייני התיישבות של אריאל שרון, בעת שכיהן כשר השיכון. ח"כ כץ מסר לנו כי מכוח תפקידו היה מעורה לפני ולפנים בהקמת הישובים ביהודה שומרון, ומכאן חשיבותם של הדברים ששמענו מפיו, שחלקם יובאו להלן:

"כשהתחילה יציאת רוסיה והצלחנו להעביר החלטה בממשלה שהבניה תהיה תקציבית בכל הארץ כולל יהודה ושומרון ובמזרחה של ירושלם, בנינו 120,000 יחידות דיור במשך שנתיים בכל הארץ, 60,000 ביהודה ושומרון ובמזרחה של ירושלים... אריק שרון במשך שנתיים בנה 120,000 יח"ד בלי אישורי ממשלה, בלי תכנון בלי כלום, רק רצינו להתקדם. קודם פעלנו בשטח ואז באו האישורים, כך ביהודה ושומרון וכך בכל הארץ... עבדנו... סביב השעון ובמשך שנתיים את כל הקרוואנים שהגיעו לארץ כדי לקלוט עליה מרוסיה, מכל הארץ, הובלנו ליהודה ושומרון... ההליכה לגבעות היא הליכה נקודתית ובטלה בשישים לעומת הכמות שנבנית בישובים. ההליכה לגבעות היא גישה של שרון והוא חזר עליה עד שלימים הוא שינה את הגישה... אני רוצה לומר שבבניה היו מעורבות כל הממשלות... לאנשים שנכנסו לשטח לא היה להם ספק, ככה בונים את כל הארץ, זה היה דפוס בניה, עד איפה שמגיעה הגדר לשם מגיע הישוב" (ראו פרוטוקול יום 14.5.2012).

45. לא נעלמה מעינינו העובדה כי בחלוף השנים, ונוכח הביקורת שנשמעה מבית ומחוץ על מעשה ההתיישבות באיו"ש, מיהרו אחדים מאלה הנמנים על "הדרג המדיני" הבכיר להתנער ממנו. אולם, מהנתונים שהצטברו בפנינו, ונוכח הדברים שציטטנו, שוב אין ספק כי ההתיישבות נעשתה בידיעת הכל – החל בשרי הממשלה ומי משעמד בראשם, ועד אחרון דרגי הביצוע, וההתכחשות לה מטרתה היתה אחת – להדוף את הביקורת שהשמיעו גורמים שונים, בעיקר בינלאומיים. לעניין זה נראה כי אין טוב יותר מאשר לצטט מתוך הדו"ח שערכה עו"ד ששון (ממנו אנו מסתייגים ככל שהוא מייחס אשמה למתיישבים), כדי לתאר את האווירה ששררה באותם ימים:

> "מדינת ישראל מממנת, לפחות חלק מהקמת המאחזים הבלתי חוקיים; המינהל האזרחי מעלים עין זה שנים מהרחבות של שכונות שלמות בסמוך ושלא בסמוך ליישובים, ללא תוכנית מפורטת כדין; לא מקיים פיקוח על הבניה שם; לא מדווח כאשר נדרש לדווח על המאחזים בתואנות של הגדרות מהו מאחז, וטוען להעדר מידע על מאחזים, בין השאר מחמת הגבלות הפיקוח שהחיל על עצמו בתחום היישובים; קרוונים מקבלים לעיתים ממשרד הביטחון היתר כניסה לאיו"ש גם אם אין בסיס משפטי תכנוני ליעד המבוקש להצבתם; עוזר שר הביטחון להתיישבות מאשר לרשויות המדינה כי מאחזים בלתי מורשים הם יישובים לכל דבר ועניין בעוד שר הביטחון מצהיר עליהם פומבית שהם בלתי מורשים; צווי הריסה שהוצאו לאלפים משך השנים לא בוצעו; המאחזים הלכו והתרבו ולא מוציאים צווי תיחום שטח, אף לא לגבי אותם מאחזים המצויים ברשימת מרץ 2001 לגביהם יש התחייבות מדינית ישראלית - לפנות; צווי תיחום שכבר הוצאו ואושרו בבג"צ לא מומשו... **הפועל היוצא מכל אלה הוא העברת מסר שתפיסת הקרקעות**

להקמת מאחזים, והקמתם, על אף שאינם חוקיים וזאת יודעים הכול - הם מעשים חיוביים, ולכל הפחות - אינם נוראיים. אין זו עבירה 'רגילה'... במלים אחרות – הפרת החוק הפכה ממוסדת ומוסדית. אין לנו עניין עם עבריין או קבוצת עברייניים הפועלים בניגוד לחוק. התמונה הנגלית לעין המתבונן היא הפרת חוק בוטה <u>על ידי משרדי ממשלה, רשויות ציבוריות, מועצות אזוריות באיו"ש ומתנחלים, הכל תוך הצגת מראית עין כאילו יש כאן מערכת מוסדית מסודרת הפועלת כחוק</u>" (ההדגשה במקור).

46. לאותה התנהלות של הממשלה ושלוחיה נודעו מספר תוצאות: אותם ישובים/שכונות שהוקמו הוגדרו כ"בלתי מורשים"; היכולת להתפתח ולו כדי לענות על הריבוי הטבעי, כמו גם האפשרות לפתור בעיות בסיסיות בתחומי התשתיות והשירותים השונים, נמנעה מהם; ותושביהם הפכו על-כורחם ל"עברייני בניה" ו"משיגי גבול" בקרקע שאת תמורת הזכויות בה מימנו רבים מהם מכיסם, ובאמצעות הלוואות שנטלו מבנקים לאחר שהתקבל אישור המדינה לכך. לאותה התנהלות בעייתית והשלכותיה בחרנו להביא מספר דוגמאות:

א) הישוב קרני שומרון הוקם בשנת 1977 על פי החלטת ממשלה, ו"תחום השיפוט" שלו הוגדר ב"צו אלוף". לימים ביקשו אנשי הישוב להקים שכונה חדשה שתיקרא "אלוני שילה" (על שם סמ"ר שילה לוי שנפל באסון המסוקים). בשנת 1999 ביקר בישוב שר הביטחון דאז, מר משה ארנס, ולדברי ראש המועצה דהיום נתן השר את ברכתו להקמת השכונה. למען הסר ספק אנו טורחים להבהיר כי הטענה בדבר אותה הסכמה של השר אינה קלוטה מן האוויר, באשר היא עולה ממסמכים אחדים שהונחו בפנינו. וכך לדוגמה אישר סא"ל בלומנטל, ראש תחום תשתיות במינהל האזרחי, בתאריך 14.9.99, כי

השכונה החדשה (שבעבר נקראה "נוף קנה") נמצאת בתחום השיפוט של קרני שומרון, ונתקבל אישור משר הביטחון לקדם את תהליכי התכנון והרישוי. דברים דומים עולים ממכתבו של סא"ל בלומנטל מחודש אב התשס"א (אוגוסט 2001), מכתבו של עוזר קצין הגמ"ר איו"ש משנת 2003, ופרוטוקול הדיונים שנערכו בשנת 2008 בנוכחות עוזר שר הביטחון להתיישבות. בתמצית ייאמר, כי דעת הכל היתה שלא קיימת מניעה תכנונית או משפטית כדי ליתן תוקף לתכנית המתאר המוצעת לשכונה, ואם הדבר לא הסתייע היה זה עקב החלטת שר הביטחון שלא לקדם את התכנית (נספחים 21, 22).

ב) הקמתה של "חרשה", שהוגדרה כ"שכונה חדשה" של טלמון, מעולם לא קיבלה את אישור הממשלה. חרף זאת, אישר המינהל לבניה כפרית של משרד השיכון, בחודש יולי 1999, סכום של 600 אלף ₪ לצורך הקמתה של תשתית לשכונה (נספח 23). בחודש דצמבר 2001 אישר אותו משרד השתתפות בסכום של 200 אלף ₪ לבנייתו של מועדון (נספח 24), ולאחר ימים ספורים אושרה השתתפות בסכום של 300 אלף ₪ להקמתו של מעון יום (נספח 25). סכומים אלה לא היו היחידים שהושקעו באותו מקום שהוגדר "לא מורשה", וכך לדוגמה הגדיל משרד השיכון, בחודש אפריל 2002, את השתתפותו בהקמתן של תשתיות בסכום נוסף של 300 אלף ₪ (נספח 26); בחודש דצמבר 2003 החליט אותו משרד להשתתף בהקמן של עשר יחידות דיור בסכום של 2.27 מיליון ₪ ששולם מתקציבו (נספח 27). ברבות הימים, וככל הנראה כאשר ביקשו אנשים נוספים לקבוע באותו ישוב את מגוריהם, חתמה חברת עמידר, בשם מדינת ישראל, על הסכם לפיו היא תמכור לחרשה 11 מבנים יבילים (נספח 28).

ג) הישוב נגוהות (45 משפחות, 22 בתי קבע) הוקם בשנת 1998 כהיאחזות נח"ל ובהמשך אוזרח. הוא יושב על אדמות מדינה, ולמוסדות התכנון הוגשה זה מכבר תכנית בנין עיר לדיון, הפקדה ואישור. ברם, הדיון בתכנית אינו מקודם מאחר וטרם נקבע תחום השיפוט של הישוב. נסיבות אלו תמוהות נוכח העובדה

כי בחודש יוני 2001 אישר משרד השיכון השתתפות בסכום של 4 מיליון ₪ מתוך תקציבו להקמתן של 10 יחידות דיור (נספח 29), ובחודש אוגוסט 2002 אושר סכום נוסף (1.6 מיליון ₪) להקמתן של 4 יחידות מגורים נוספות (נספח 30). העולה מכך הוא שבעוד משרד השיכון מסייע בהקמת הישוב בכספים מתוך הקופה הציבורית, בהימנעותו של המפקד הצבאי מלקבוע את תחום השיפוט (המונע הליכי תכנון), הוא הפך את מעשה ההקמה לעבירה.

ד) בחודש יולי 1977 החליטה ממשלת ישראל להכיר בישוב עפרה כישוב קבע (ראו נספח 31). בחודש אוגוסט 1979 חתמו נציגי הישוב עם ההסתדרות הציונית העולמית על הסכם מכוחו נקבע מעמדם כברי רשות (נספח 32). בהמשך (1981 ו-1997) נחתמו שני הסכמים נוספים, הפעם עם הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, ובגדרם הורחב שטחו של הישוב ל-370 דונם (נספחים 33, 34). אף שתוקפם של אותם הסכמים נקבע ל-49 שנים, מעולם לא נקבע ב"צו אלוף" תחום השיפוט של הישוב, והדיון בתכנית בנין עיר שהוגשה למוסדות התכנון, מתעכב בהוראת הדרג המדיני. חרף זאת, וללא תכנית מאושרת, הרחיב הישוב את תחומו על ידי בנייתן של שכונות חדשות (גבעת צור ונווה דוד), ואף שלכאורה הוא פעל שלא כדין, מימן המינהל לבניה כפרית במשרד הבינוי והשיכון את שכרם של המתכננים (נספח 35), את הקמת התשתיות, ככלל (נספח 36), תשתיות ליחידות מגורים, בפרט (נספחים 37, 38), ועבודות עפר להכשרת מגרשים נוספים למגורים (נספחים 39, 40). בנוסף, אישר המשרד לאחד הבנקים ליתן לישוב הלוואה במטרה להקים יחידות מגורים, כנגד שעבוד היחידות (נספח 41). להשלמת התמונה נוסיף, כי כיום, 36 שנים לאחר ההקמה, מתגוררות בעפרה כ-700 משפחות (3500 נפש), ועל אף הצורך ליתן מענה לריבוי הטבעי, הדבר נמנע עקב העדרה של תכנית בניה מאושרת.

סוגיה נוספת הנוגעת לענייננו היא עקרון תום הלב וטענת "השתק" כלפי הרשויות.

תום לב וטענת השתק

47. כידוע, על רשות מנהלית מוטלת חובה מוגברת לנהוג בתום לב, ולכך שני טעמים: האחד, שהיא פועלת כנאמן של הציבור, והאחר מקורו ב"חוסר השוויון המובנה בין הרשות המנהלית לבין האזרח או הציבור הפועל מולה. במערכת יחסים זו הרשות המנהלית היא בעלת יתרונות של ממש: היא גם בעלת המידע, וגם בעלת כוח ההחלטה שתשפיע על זכויותיו וחובותיו של האזרח. על מנת לאזן יתרונות בולטים וחשובים אלה, במערכת יחסים שבין הרשות לאזרח, יש להטיל על הרשות חובת תום-לב חזקה מזו המוטלת על האזרח" (אליעד שרגא ורועי שחר, המשפט המינהלי עילות התערבות, עמ' 179; וכן ראו בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729). לענייננו, **המתיישבים בישובים שבמחלוקת היו רשאים להניח כי הממשלה פועלת כדין בעניינם, ולפיכך הטענה הנשמעת מפיה - שהקמת הישובים נעשתה שלא כחוק אף שהיא עצמה עודדה את הבניה, מחד, ו"הקפיאה" את תהליכי התכנון, מאידך - היא התנהגות הלוקה בחוסר תום-לב שאין חמור ממנו.** יתרה מכך, אותה התנהלות של הממשלה באמצעות שלוחיה (החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית, משרד השיכון, משרד הביטחון ואח'), **חוסמת את דרכה מכוח "השתק"** לטעון כי אחיזתם של המתיישבים בקרקע נעשתה שלא כדין. לכך יפים דברים שאמר בית המשפט העליון בפסק דינו בעע"מ 7275/10 הועדה המיוחדת לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 נ' עמירם שקד ואח' (טרם פורסם), מפיו של כב' השופט א' רובינשטיין (ראו סעיף כ"ד):

> "עקרון ההשתק חל במקום שבו אדם יצר מצג כלפי אדם אחר, וזה הסתמך עליו ושינה את מצבו לרעה. בנסיבות אלה, ההסתמכות מונעת מיוצר המצג מהתכחשות לתוכנו (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 153 (2010); רע"א 4928/92 עזרא נ'

המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז(5) 94, 100 (1993)). אלא שהחלתו של השתק כנגד רשויות מינהליות מעוררת קשיים מיוחדים, וזאת בשל החשש כי השתקת הרשויות תאפשר להן להפר נורמות של המשפט המינהלי, אשר להן אופי קוגנטי ואינן ניתנות להתניה. עמד על כך השופט (כתארו אז) יצחק כהן בע"א 831/76 לוי נ' פקיד השומה, חיפה, פ"ד לב(1) 421, 434-435 (1977)...: "הנימוק העיקרי נגד קבלת טענת השתק הוא - שקבלתה עלולה להרוס את העיקרון, שאין תוקף למעשה הרשות שהוא מחוץ לסמכותה ולאפשר לרשות להרחיב את סמכויותיה מעבר למה שהותר לה על-פי החוק". אך הוסיף השופט כהן והדגיש כי: "מאידך קשה להשלים עם מצב, שאזרח הסומך בתום-לב על הבטחת הרשות יהיה ניזוק בלי כל אפשרות לקבל סעד מבית-המשפט". הקשיים שמעוררת החלתו של עקרון ההשתק במשפט המינהלי אינם מחייבים אפוא את המסקנה, כי יש לדחות על הסף טענת השתק הנטענת על-ידי פרט כנגד רשות מינהלית; זאת שכן, קיימים טיעונים בעלי משקל ניכר, התומכים בהחלת עיקרון זה גם במשפט המינהלי. אכן, תפיסת הצדק העומדת ביסוד תורת ההשתק הכללית יפה גם למצבים שבהם פרט מסתמך בסבירות ובתום לב – ואטעים את תום הלב – על מצג של רשות מנהלית ומשנה את מצבו לרעה) (ע"א 6996/97 חברת א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על ידי מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נג(4) 117 (1999) (להלן ענין עבאדה); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי ג' 332-335 (2008) (להלן המשפט המינהלי). מקור טענת השתק נגד רשות מינהלית הוא עקרון תום הלב, שהרי מטרת השניים, ההשתק ותום הלב, היא מניעת התנהגות שאינה הוגנת. ברי, כמובן, כי ככל שמצג של רשות מינהלית נעשה בקנוניה ולמראית עין, וה"מסתמך" ידע על כך, אין כל מקום להשתק; אך אין זה המקרה בנידון דידן".

<u>הבטחה מנהלית – והפרתה</u>

48. אותה התנהלות של הממשלה באמצעות שלוחיה, היא גם בגדר הפרת "הבטחה מנהלית" שניתנה למתיישבים. כאמור, אלה היו רשאים להניח כי הממשלה פועלת כמתחייב מהדין, ואינה סותרת את החלטותיה-שלה בנושא ההתיישבות ביהודה ושומרון. הם היו רשאים להוסיף ולהבין כי הממשלה מיישבת אותם על קרקע שבבעלותה, ושבהמשך היא תסדיר גם את מעמד הישוב

במישור התכנוני. יתרה מכך, אין ספק כי ההבטחה ברוח זו ניתנה על ידי מי שהיתה לו הסמכות לתיתה, מתוך כוונה ליתן לה תוקף משפטי, ונותני ההבטחה (ממשלת ישראל באמצעות שלוחיה) מסוגלים למלא אחריה. שאלה נוספת היא אם בידי הממשלה עילה לחזור בה מאותה הבטחה, ונדמה כי התשובה השלילית כמו מתבקשת מאליה. ראשית, מתוך כתב המינוי שנמסר לידינו עולה, כי לא זו בלבד שהממשלה המכהנת אינה מבקשת לחזור בה מהבטחות שנתנו קודמותיה למתיישבים, אלא שהיא אף תרה אחר דרך שתסייע בידה ליתן לכך צביון חוקי. אותה מסקנה מתחייבת גם מדברים שאמר ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, בישיבת הממשלה ביום י"ב בניסן התשע"ב (4.4.2012): "העיקרון שמנחה אותי הוא לחזק את היישוב היהודי ביהודה ושומרון... אנחנו מחזקים את היישוב היהודי ביהודה ושומרון ואנחנו מחזקים את היישוב היהודי בחברון, עיר האבות. אבל יש עיקרון אחד שאנחנו שומרים עליו – אנחנו עושים את כל זה תוך שמירה על החוק, ונמשיך לעשות זאת" (ראו אתר משרד ראש הממשלה, מזכירות הממשלה).

שנית, גם לגופה של ההבטחה לא מצאנו כי בידי הממשלה עילה לחזור בה מהבטחתה. כאמור, מנקודת השקפתו של המשפט הבינלאומי אין מניעה להתיישבות ישראלית ביהודה ושומרון, וגורלה של זו ייקבע בעתיד בגדרו של משא ומתן מדיני; גם אם לא קדמו החלטות ממשלה רשמיות להקמתם של "השכונות" או "הישובים" החדשים, שוב אין ספק כי הם הוקמו בידיעת הממשלה ובהסכמתה שבשתיקה, שלוותה בהשקעה כספית ניכרת מקופת אוצר המדינה; ולבסוף, העדרו של אישור בניה מטעם מוסדות התכנון, מקורו בהחלטה של הדרג המדיני להקפיא את ההליכים, אף שבידי אותם מוסדות הכלים המתאימים לדון ולהכריע בתוכניות הרבות המונחות על שולחנם מזה שנים כאבן שאין לה הופכין.

49. נוכח האמור, טוב תעשה הממשלה אם תבהיר את מדיניותה בשאלת ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון, מתוך כוונה למנוע בעתיד פרשנות שגויה או "יצירתית" של החלטותיה. אנו מציעים כי החלטתה תכלול את העקרונות הבאים:

א) ישוב חדש ביהודה ושומרון יוקם רק לאחר שהממשלה או וועדת שרים שהסמיכה החליטו על כך.

ב) בניה בתוך ישוב קיים או שיוקם אינה טעונה החלטת ממשלה או אחד משריה, ובלבד שלבניה ניתן היתר על ידי מוסדות התכנון לאחר שנמצא כי היא אינה נוגדת תכנית בנין עיר מאושרת החלה על הקרקע.

ג) הרחבתו של ישוב קיים או שיוקם אל מחוץ לתחום השיפוט או מעבר לתכנית בנין עיר קיימת, טעונה החלטה של שר הביטחון בידיעת ראש הממשלה או וועדת השרים להתיישבות לפני כל אחד מהשלבים הבאים: תחילת התכנון וראשית הביצוע בפועל.

באשר לישובים שהוקמו ביהודה ושומרון על אדמות מדינה או אדמות שנרכשו על ידי ישראלים, בסיועם של גורמים ממלכתיים דוגמת החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית ומשרד השיכון, והוגדרו כ"לא מורשים" או "בלתי חוקיים" מחמת כך שלא קדמה להקמתם החלטת ממשלה רשמית - מסקנתנו היא כי הקמת ישובים אלה נעשתה בידיעתו, ובעידודו של הדרג המדיני הבכיר ביותר – שרי הממשלה והעומדים בראשה, ועל כן יש לראות בהתנהלות זו הסכמה מכללא. לפיכך, לדעתנו, ניתן לגשת להסדרת

מעמדם של ישובים אלה מבלי שתידרש החלטה נוספת של הממשלה או אחד משריה. הדרך שאנו ממליצים ללכת בה היא, אפוא, זו:

א) לקבוע בצו את שטח שיפוטו המוניציפלי של כל ישוב, אם טרם נקבע, תוך מתן מענה הולם לריבוי הטבעי בעתיד.

ב) לסלק את המחסום המנהלי שהוצב בפני מוסדות התכנון, ולאפשר להם למלא את ייעודם – דיון בתוכניות שהוגשו או יוגשו על ידי הישובים לגופן (לעניין הכשרת הבניה בדיעבד, ראו בג"צ 419/88 פאיז מוסא ואח' מועצת התכנון העליונה – לא פורסם), ללא דיחוי וללא צורך לשוב ולבקש אישור חוזר של הדרג המדיני.

ג) עד אשר יסתיימו אותם הליכים ובדיקת האפשרות ליתן היתרי בניה כדין, טוב תעשה המדינה אם תימנע מביצועם של צווי הריסה, שהרי היא במו ידיה גרמה למצב זה.

ד) כדי למנוע כל ספק, יובהר כי כלל הישובים, ובכללם אלה שאושררו על פי המתווה המוצע על ידינו, יוכלו בעתיד להרחיב את גבולם במטרה לענות על צרכיהם, וביניהם הגידול הטבעי, מבלי להידרש להחלטה נוספת של הממשלה או של אחד משריה; ובלבד שההרחבה המוצעת מצויה בתחום השיפוט של הישוב, בגבולותיה של תכנית בנין עיר מאושרת וקיבלה היתר כדין ממוסדות התכנון.

ה) ישובים שהוקמו בחלקם או במלואם על אדמות סקר, הם בבחינת ישובים שהסטטוס המשפטי של הקרקע עליה הוקמו טרם התברר. המדובר בישובים אשר רובם הוקמו לפני שנים לא מעטות, ועל כן יש להאיץ ולסיים את תהליכי הסקר, המתנהל היום

בעצלתיים, בכל יהודה ושומרון, ואף לשקול להסתייע לצורך זה בגורמים חיצוניים. משיושלם אותו תהליך יש להמשיך את הטיפול בכל ישוב, בהתאם לתוצאות הסקר וקביעת סוג הקרקע, על פי המתווים המומלצים על ידינו.

<u>זכות הקניין – בניה על קרקע פרטית</u>

50. נכון נהגה המדינה כאשר הבהירה בהצגת עמדתה בפני בית המשפט הגבוה לצדק, כי היא אינה מתכוונת להכשיר ישובים יהודיים שהוקמו על קרקע פרטית פלסטינאית. זכות האדם לקניינו מעוגנת במשפט הבינלאומי, וכך לדוגמה נקבע בסעיף 17 ל- Universal Declaration of Human Rights[16] משנת 1948:

> "Everyone has the right to own property alone as well as in association with others",
>
> וכן-
>
> "No one shall be arbitrarily deprived of his property".

הוראה ברוח זו נכללה גם ב- European Convention on Human Rights, לאמור:

> "Every Natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions

[16] http://www.un.org/en/documents/udhr/

provided for by law and by the general principles of international law" [17].

בשורה של הלכות שיצאו מבית המשפט העליון, עוד לפני חקיקת חוקי היסוד, הוכרה זכות הקניין כזכות יסוד בשיטתנו המשפטית (ע"א 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, פ"ד לה(3) 645, 656; בג"צ 67/79 שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 281, 285; בג"צ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141, 147). בעקבות חקיקת חוקי היסוד, חל שינוי מהותי במעמדה המשפטי של זכות הקניין במשפט הישראלי. סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". מקובל לראות בחוק היסוד ככזה שהעלה את זכות הקניין במדרגות הפירמידה של הנורמות המשפטיות, והציב אותה בפסגה. הוא עשה אותה לא רק זכות יסוד, אלא גם זכות חוקתית (בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, 698).

להיותה של זכות הקניין זכות יסוד חוקתית חשיבות כפולה: ראשית, חוק היסוד נותן בידי בית-המשפט את הסמכות לקבוע בטלותם של דברי חקיקה חדשים, ככל שאינם מתיישבים עם הוראות חוקי היסוד (פרשת בנק המזרחי; פרשת לשכת מנהלי השקעות; בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241). שנית, מעמדה החוקתי של הזכות לקניין מחייבנו לפרש חיקוקים שיצאו תחת יד המחוקק עוד בטרם היות חוק היסוד, באופן שיהלום את המציאות הנורמטיבית החדשה שנוצרה עם קבלתו (ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 922), ובלשונו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז):

> "מהן ההשלכות הפרשניות של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על פרשנותו של הדין הישן? נראה לי כי ניתן להצביע - בלי

[17] http://www.hri.org/docs/ECHR50.html

> למצות את היקף ההשפעה - על שתי השלכות חשובות של חוק היסוד: ראשית, בקביעת התכלית החקיקתית המונחת ביסוד דבר חקיקה (ישן) יש ליתן משקל חדש ומוגבר לזכויות היסוד הקבועות בחוק היסוד. שנית, בהפעלת שיקול-דעת שלטוני, המעוגן בדין הישן, יש לתת משקל חדש ומוגבר לאופי החוקתי של זכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד. שתי השלכות אלה קשורות ושזורות זו בזו. הן שני צדדיו של הרעיון הבא: עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הותוו יחסי גומלין חדשים בין הפרט לבין הפרטים האחרים, ובין הפרט לבין הכלל. נוצר איזון חדש בין הפרט לבין השלטון" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 412).

והוסיף השופט מ' חשין בפסק הדין בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 643):

> "נוסיף את המובן מאליו, שראוי הוא חוק היסוד כי יזכה אותנו בהשראת פרשנות. ערוגת-ורדים שתל המחוקק בגן המשפט, וניחוחם יעלה באפנו. נפרש חוקים שלעבר ובושמו של חוק היסוד ישרה עלינו. ואולם לעולם ננוע באותם מעגלות שהוצבו בדין הקודם".

בשורה ארוכה של פסקי דין, עמד בית המשפט העליון על כך שפירושם של דברי חקיקה צריך שייעשה באופן המצמצם את הפגיעה בזכות הקניין. ברוח זו כתבה השופטת ד' דורנר, בעת שדנה ביחס שבין פקודת הקרקעות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

> "אכן, פקודת הקרקעות קדמה לחוק-היסוד, ועל-כן, אין בהוראותיו כדי לפגוע בתוקפה (סעיף 10 לחוק-היסוד). עם זאת, על-פירושה ועל הפעלת שיקול-דעת מכוחה חל סעיף 11 לחוק-היסוד. על-פי סעיף זה, מחויבות כל רשויות השלטון - לרבות בית-המשפט - לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים התקפים שעל-יסודם הן פועלות. חובה זו על בית-המשפט למלא על-ידי פרשנות דווקנית של הוראות חוק המתירות לפגוע בזכות הקניין, שתיתן ביטוי למעמדה של זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית על-חוקית.

> ממעמד זה מתחייב איזון חדש בין האינטרס הציבורי לבין זכות היסוד. מחובה זו, הנגזרת מסעיף 11 לחוק היסוד, עולה גם כי יש לשוב ולבחון אם הפסיקה הקיימת, המתייחסת לתחיקה שתוקפה נשמר, הולמת את הוראות חוק היסוד" (דנג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 85).

דברים דומים כתב השופט י' זמיר בע"א 1188/92 הועדה המקומית לתכנון ולבניה נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483):

> "...אכן, חוק-היסוד אינו פוגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד (סעיף 10), ובכלל זה חוק התכנון והבניה. אולם הוא בהחלט עשוי להשפיע על-פירוש הדין. הפירוש, כיום יותר מאשר בעבר, צריך לפעול בכיוון של צמצום הפגיעה בזכות הקניין".

ואכן, תחומי משפט רבים הושפעו ממעמדה החדש של הזכות לקניין, וביניהם דיני הפקעת הקרקעות, בהם נקבע כי על סמכות ההפקעה להתפרש באופן שיחזק את ההגנה על זכות הקניין (פרשת קרסיק, עמ' 699-698); דיני התכנון והבניה (בג"צ 7250/97 סולימני נ' שר הפנים, פ"ד נד(3) 783); ואף עניינים שבסדר-דין פלילי, כגון חילוט רכוש (בש"פ 3159/00 רבין נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). הנה כי כן, העלאתה במדרג הנורמטיבי של הזכות לקניין, חלחלה לתוך שדות משפט רבים ומגוונים, והשפיעה הן על האופן בו יש לגשת לפירוש דברי חקיקה, והן על נקודת המוצא הנורמטיבית ככל שדברים אמורים באיזון בין זכויות הקניין לאינטרסים אחרים.

51. עם זאת, אך מובן הוא כי זכותו של אדם לקניינו אינה זכות מוחלטת אלא יחסית, ועל כן היא חשופה לפגיעה, בכפוף לסייגים הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד (הפגיעה מכוח חוק, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש). וכך, לדוגמה, נקבע בצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), תשכ"ז-1976, כי

"כל עיסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי" (סעיף 5). ובסעיף 10(א) נקבע: "כל עיסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ואדם אחר, בכל נכס, שהממונה חשבו בשעת העיסקה לנכס מוקנה, לא תיפסל, ותעמוד בתוקפה, גם אם יוכח, שהנכס לא היה אותה שעה מוקנה".

סעיף 3 לחוק הירדני מס' 51 לשנת 1958 – חוק לתיקון הכללים הקשורים בנכסי דלא ניידי – קובע: "כל המכירות שנהוג לעשותן במסמך והנעשות באדמות מירי או בקרקע מולכ הנמצאים באזורים אשר לא הוכרז בהם הסדר או אשר הוצאו מתחום ההסדר ייחשבו בעלות תוקף אם היו בהחזקת הקונה בפועל במשך 10 שנים ביחס לאדמות מירי ו-15 שנים ביחס לקרקע מולכ".

הוראות חוק מסוג דומה קיימות בחוק הקרקעות העותומני, ביחס למי שנמצא מחזיק ועושה שימוש במקרקעי הזולת. סעיף 20 לחוק מקים לטובת אדם שהחזיק במקרקעין חזקה נוגדת במשך 10 שנים, מחסום דיוני, המונע מתובע, בעלים רשום, לדרוש את פינויו. זאת, בשני תנאים: על הנתבע להוכיח שחזקתו אינה נובעת מזכותו של הבעלים, אלא נוגדת אותה; ועל החזקה לבוא מכוח טענת זכות בעלות של המחזיק, הגם שאין מוטל עליו נטל להוכיח כיצד נהיה בעליהם. רק אם הודה המחזיק שחזקתו אינה מכוח בעלות – עליו להשיבה לבעלים הרשום, והגנת סעיף 20 לא תסייע בידיו. הרציונל שבבסיס טענה זו הוא התיישנות, ומקורה במה שנראה כויתור או מחילה על זכות הקנין. מכאן, שאם הבעלים הרשום לא ידע אודות הפלישה למקרקעיו, אין ללמוד מהתנהגותו על מחילה או ויתור. יש לייחס לדברים אלה משנה תוקף כאשר מדובר בקרקעות המדינה שלגביהם אין המדינה מוחזקת כמודעת למצבם במשך השנים.

סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומני קובע כי "אדמת מירי, או מוקופה, שעיבד והחזיק בה אדם במשך עשר שנים באין מפריע, תחשב זכות ההחזקה שלו כמוכחת, בין אם היה ובין אם לא היה בידו מסמך בר תוקף ואין רואים אדמה כזו כנטושה אלא נותנים לו בחינם שטר טאבו חדש. אך אם הכיר המחזיק והודה בעצמו, שתפס אדמה נטושה בלא זכות, אין מתחשבים בתקופת הזמן שעברה ומציעים לו לקבל את הקרקע בשווי הטאבו; ואם סירב, תימסר פומבית לדורש".

52. הוראות דין מאותו סוג נכללו גם בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הנוהג בישראל. בסעיף 10 נאמר, מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון. סעיף 23 עוסק בזכותו של הבונה במקרקעי הזולת: "הוקמו המחוברים במקרקעין לא-מוסדרים, זכאי המקים לרכוש את המקרקעין במחיר שוויים בלי המחוברים, בשעת תשלום המחיר, אם נתמלאו שלושה אלה: המקים סבר בתום לב בשעת הקמת המחוברים כי הוא בעל המקרקעין; הסכום שהשקיע המקים במחוברים עלה, בשעת הקמתם, על שוויים של המקרקעין בלי המחוברים באותה שעה; רכישת המקרקעין על ידי המקים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שוויים כדי לפצותו עליו".

53. עינינו הרואות, חרף מעמדה המיוחד של הזכות לקניין, לא כל מי שמחזיק בקרקע הזולת דינו פינוי והריסה של מה שבנה, הואיל ואפשר כי עומדות לו טענות הגנה ראויות, ואפשר אף כי עומדת לו הזכות להירשם כבעלים של הקרקע. אפשרות נוספת היא כאשר נוצרה מציאות חדשה בה שלובים החזקה ממושכת ובניה מסיבית בקרקע שבמחלוקת, ועל כן תוצאה של פינוי אינה ישימה. לעניין אחרון זה היו ערים גם נציגי המדינה בת.א. 8787/07 של בית משפט השלום בירושלים, חברת הר וגיא בע"מ נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ביהודה ושומרון ואח', שם טענו כנגד תביעה לסילוק יד

בזו הלשון: "**...מזה למעלה מעשור מבוצע שימוש במקרקעין אשר לכאורה התובעת הינה בעלת הזכויות בהם כאשר במהלך תקופה זו נבנו עשרות יחידות דיור בשטח זה המהווה כיום מרכז חייהם של עשרות משפחות... ברי כי הסעד המבוקש של סילוק יד איננו ישים... לאור אופי התביעה וזהות התובעת הסעד העיקרי במקרה דנן הוא תשלום דמי שימוש ופיצויים**" (נספח 42).

<u>רישום הזכויות במקרקעין כגורם לסכסוכי קרקעות</u>

54. מרביתם של סכסוכי הקרקעות ביהודה ושומרון מקורם בעובדה כי לא מתקיים רישום מסודר ונגיש של הזכויות בנכסי דלא ניידי. יתרה מכך, אף בחלק מן הרישומים הקיימים – פנקס השטרות, פנקס הזכויות, מרשם ההרשאות, המרשם המנוהל על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, והמרשם המנוהל על ידי החטיבה להתיישבות – לא קיימת לציבור זכות עיון בנימוק, כך נטען בפנינו, החשש מפני מעשי תרמית.

לא שוכנענו כי בהסבר זה יש ממש, אדרבא, מניעת העיון במרשמים היא מתכון בטוח למעשי תרמית, הואיל ומי שמעונין ברכישת הקרקע יתקשה לברר אם המוכר הוא הבעלים ואם רובצים על הקרקע שעבודים. לכאורה, היה ניתן לסלק מכשולים אלה אם המנהל האזרחי היה משלים את תהליך הסדר הקרקעות שהחל בתקופת השלטון הירדני. אולם, מאחר ונטען בפנינו כי קיים קושי לעשות זאת, נראה כי המעט שניתן לעשות הוא לקבוע זכות עיון באותם מרשמים לציבור הרחב. **בנוסף, מתוך מגמה לקדם את היציבות ולמנוע אי וודאות, אנו סבורים כי נכון לדרבן את התושבים ביהודה ושומרון, פלסטינים וישראלים כאחד, לרשום את זכויותיהם בקרקע בתוך תקופת זמן מוגדרת (נראה כי 4 עד 5 שנים היא תקופה סבירה), שבסופה מי שלא יבצע את הרישום יאבד את הזכויות, ככל שהיו לו.**

כמו כן, ובמקביל, ממליצים אנו לנקוט בכל הנדרש כדי להאיץ את ההליכים הנדרשים לשם ביצוע "רישום ראשון", הנמשכים כיום חודשים רבים ואף שנים (ראו הערות השופטים בבג"צ 1299/11 צורים 2000 בע"מ נ' ראש המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, טרם פורסם). בעניין זה נפנה לכך שישראלי המבקש לרכוש קרקע ביהודה ושומרון נאלץ להמתין לא רק לסיומו של ההלך המייגע של רישום ראשון, אלא גם לדלג מעל משוכות רבות, וביניהן הדרישה לקבל מראש המינהל האזרחי "היתר עיסקא". נראה כי דרישה זו מקורה ברצון למנוע רכישה של קרקע להתיישבות במקומות אשר עלולים להיות כרוכים בקשיים מדיניים או ביטחוניים. **ברם, נקודת המוצא לעמדתנו היא, כאמור, שעל פי הדין הקיים זכותו של יהודי להתיישב בכל יהודה ושומרון, ולמצער, בשטחים הנתונים לשליטתה של ישראל מכוח ההסכמים עם הרשות הפלסטינית.** בנסיבות אלו נראה כי בדרישה כי כל עסקה לרכישת קרקע תתבצע רק לאחר קבלת אשורו של ראש המינהל האזרחי או הועדה שהסמיך לכך הנה מיותרת ומכבידה, שהרי את מטרתה – פיקוח על ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון – ניתן להשיג ממילא מכוח הדרישה שלהקמתו של ישוב באותו איזור יש להקדים ולקבל החלטת הדרג המדיני, המוסמך גם לפקח על קידום הליכי התכנון.

<u>רכישת קרקעות ביהודה ושומרון על ידי ישראלים</u>

55. הערה נוספת מאותו תחום מתייחסת לכך שישראלים אינם רשאים לרכוש בעצמם קרקע ביהודה ושומרון, והם נאלצים לעשות זאת באמצעות תאגיד שנרשם באותו אזור (ראו החוק (הירדני) בעניין השכרה ומכירה של נכסי דלא ניידי לזרים, מס' 40, לשנת 1953, וכן צו המפקד הצבאי מס' 419, משנת 1979). החוק הירדני קובע שרק מי שהינו אזרח או תושב של הממלכה ההאשמית רשאי לרכוש קרקע ביהודה ושומרון. איסור זה אינו חל על

פלסטינים תושבי איו"ש, וככזה לא זו בלבד שהוא פוגע בזכות יסוד המוכרת זה מכבר בשיטתנו המשפטית, אלא גם לוקה באפליה ממניע פסול. מטעמים אלה אנו סבורים כי אין להשלים עם קיומו של איסור זה, ונכון לעשות זאת גם מן הטעם שהוא נוגד את גישתנו הבסיסית לפיה זכותו של יהודי להתיישב בכל יהודה ושומרון. לפיכך, אנו מציעים לפעול לביטולו של אותו איסור באמצעות תחיקת ביטחון מתאימה.

<u>הכרעה בסכסוכי קרקעות</u>

56. לרוב, סכסוכי קרקע מובאים בשיטות משפט מתוקנות להכרעתו של בית משפט, אולם באזור יהודה ושומרון המצב שונה. מתוך התיעוד הרב שהוצג לנו ועדויות שהובאו בפנינו, התרשמנו כי נקודת המוצא של גופי האכיפה במינהל האזרחי, היא שקיימת נטייה של המתיישבים הישראליים להשיג את גבולם של שכניהם הפלסטיניים, ועל כן נדרשים המתיישבים להוכיח כי הם מחזיקים בקרקע כדין, ולא - דינם פינוי (לעניין זה ראו מאמרה של רונית לוין-שנור, "סכסוכי קרקעות בגדה המערבית – בין פרטי לציבורי"). לו נדרשה אותה הוכחה להיות מוצגת בפני ערכאה שיפוטית, במטרה להתמודד עם תביעה שהגיש מי שטוען לבעלות, ניחא. ברם, בשנים האחרונות נדרשים המתיישבים הישראליים להציג ראיות להוכחת חזקתם כדין בפני רשות מינהלית (ראש המינהל האזרחי (להלן – רמ"א) או מי שהסמיך לכך), אשר מכריעה בשאלת הבעלות על הקרקע ואף נוקטת באמצעים להפסקת החזקה בהמשך להחלטתה.

חמורה לא פחות היא העובדה שלא נוהגת אמת מידה זהה בכל הנוגע לטיב הראיה שעל המחזיק בקרקע להציג, ולעניין זה נפנה לדבריו של ראש המנהל האזרחי הנוכחי תא"ל מוטי אלמוז בעת שהופיע בפנינו (ראו פרוטוקול יום ט' בסיון התשע"ב – 30.5.2012), לאמור: "**המצב הנוכחי לטובת הפלסטיני שכן הנוהל הוא שכל פלסטיני יכול להציג כל ראיה שהיא,**

אם הישראלי אינו מראה נייר (קרי חוזה)**, הישראלי יוצא מן השטח. ברירת המחדל היא יתרון לצד הפלסטיני. הפלסטיני צריך להראות רק ראשית ראיה, קבלה כלשהי – תשלום מס על חלקה רחוקה וכו'... השאלה הגדולה היא האם היהודי הביא חוזה, אם לא הוא יעוף מהשטח. הפלסטיני יכול להביא לי קבלה שנחשבת ראשית ראיה ויועץ משפטי איו"ש יאמר שזה מספיק**". בנוסף לעובדה כי דברים אלה מצביעים על חוסר שוויון בפני הגורם המחליט בסכסוך על קרקע, מתברר גם כי על אף שהסמכות מכוח הדין נמסרה לרמ"א, בפועל ההחלטות בסוגיות של זכויות בקרקע אינן מתקבלות על ידו אלא על ידי אנשי הייעוץ המשפטי (שאינם כפופים לו מבחינה פיקודית), ובמילותיו: "**המצב הוא שבסכסוכי קרקע ביו"ש אני נדרש על ידי היועץ המשפטי לאמץ את השקפתם של המשפטנים אפילו במקרים בהם ההתלבטות היא קשה ואני איני שלם עם החלטתם ומתלבט לאחר בדיקה אישית שלי של הנתונים ושל השטח**".

דוגמה לאותה גישה מוטה הוא השימוש שנעשה בצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (צו מס' 1586), בו הוגדרו "מקרקעין פרטיים" כ"מקרקעין שאינם אדמות ונכסי מדינה". "שימוש מפריע" הוגדר כתפיסת החזקה במקרקעין, הצבת מיטלטלין, גידור נטיעת עצים, עיבוד, הפרעה לעיבוד, עבודות חפירה וחשוף המקרקעין ורעיית בעלי חיים. מכוח צו זה רשאי רמ"א לנקוט בהליכים גם ללא תביעת בעלות של תושב מקומי, ובלבד שהיה לו חשד סביר כי נעשה בהם שימוש מפריע, ובלשון המקור: "נעשה שימוש במקרקעין פרטיים, והיה לממונה חשד סביר כי יש בו משום שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, רשאי הממונה לדרוש כי יוגש לו בתוך 15 ימים ממועד מסירת דרישתו, תצהיר הנתמך במסמכים, המפרט מדוע אין לראות במקרקעין הפרטיים משום שימוש מפריע..." (ראו סעיף 2).

בצו המקורי נקבע כי רמ"א לא יהיה רשאי לעשות שימוש בסמכותו על פי הצו, אם חלפו שלוש שנים מיום תחילת השימוש המפריע. אולם, בתיקון מחודש ניסן התש"ע (מרץ 2010), הועמדה תקופה זו על חמש שנים. יתרה מכך, גדרו של הצו הורחב במידה ניכרת כאשר נקבע בו כי מניינה של תקופת "ההתיישנות" שנקבעה בסעיף 2(ה) המקורי, יחל מחדש בכל פעם שבוצע שינוי ממשי באופי השימוש בקרקע, אם היתה הרחבה של שטח השימוש או אם היה מעבר משימוש חד פעמי לשימוש נמשך. אכן, בצו נקבע (ראו סעיף 2(ד)) כי המתיישב נגדו התנהלו ההליכים רשאי להביא את השגותיו כנגד החלטת רמ"א בפני וועדת ערר, אולם החלטתה של ועדת הערר היא בגדר המלצה בלבד, אותה רשאי רמ"א לאמץ, אולם גם לדחות (ראו סעיף 28(א) לצו בדבר ועדות עררים יהודה והשומרון (מס' 172), תשכ"ח-1967).

57. על פי השקפתנו, צו זה הנו דרקוני ושיטת משפט מתוקנת אסור לה שתשלים עם קיומו, גם אם הוא מנומק בצורך לשמור על הסדר הציבורי. ראשית, הואיל והדיבר "שימוש מפריע" עצמו הנו בעייתי, באשר לא ברור כיצד, לדוגמה, עיבוד חקלאי של קרקע שאינה קרקע מדינה ואין לה דורש (וממילא אין בנמצא מתלונן), מעורר חשש להפרה של הסדר הציבורי. וכאן המקום להדגיש כי מדובר בהחזקה בקרקע שנמשכת זמן ניכר, לעתים מספר שנים, ואתה תוהה כיצד אותו סיכון נטען להפרה של הסדר הציבורי לא התממש עד כה. יתר על כן, גם אם קיים מי שטוען לזכויות בקרקע - ולעניין זה אין הבדל בין קרקע מוסדרת לקרקע שלא עברה הליכי הסדר – אינך יכול שלא לתהות מדוע לא טרח אותו אדם להסתייע בהליכים בדבר סילוק פלישה טרייה. נראה אפוא כי הוגי הצו שמו לעצמם מטרה - למנוע מההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון להרחיב את גבולה, ונדמה כי המרצע יצא מן השק בעת שהצו תוקן בחודש ניסן התש"ע, כאשר הורחבה הסמכות לדרוש פינוי של מי שלהחזקתו בקרקע טרם מלאו חמש שנים. אם תוסיף לכך את ההגדרה הרחבה של "שימוש מפריע", ואת האפשרויות המגוונות הקבועות בסעיף 2(ה) למניינה מחדש של

תקופת ההתיישנות, שוב אין ספק כי מטרת הצו היתה לסכל כמעט כליל את האפשרות שמתיישבים ישראליים יעלו טענות הגנה מסוג של התיישנות הנובעת מהחזקה ועיבוד ממושכים בסכסוכי קרקע באותו אזור, ומקל וחומר, טענה בדבר "החזקה רוכשת".

שנית, סכסוכי קרקעות הם מתחום המשפט הפרטי, ואל להן לרשויות להתערב בהם, במיוחד כאשר הנחת היסוד על פיה הן פועלות היא שהמשתמש בקרקע עושה זאת שלא כדין, עד אשר יוכיח אחרת. בנסיבות אלו נראה לנו כי ראוי להם לסכסוכי קרקעות שיהיו מוכרעים על ידי רשות שיפוטית ולא על ידי רשות מנהלית, בוודאי כזו שלכאורה נחזית כמחזיקה בדעה מוטה לחובת המתיישב הישראלי. הכרעה בסכסוכים מסוג זה מחייבת שמיעתן של ראיות וליבון סוגיות של עובדה ומשפט, והפורום הראוי לה הוא בפני שופטים מקצועיים שזו מלאכתם. מסקנה זו מתחייבת ביתר שאת מכך שהתושב המקומי הטוען לבעלות על הקרקע, ככל שהוא קיים, היה רשאי לפנות לרשויות בבקשה לבצע "רישום ראשון" (ראו החוק (הירדני) מס' 6 לשנת 1964, חוק רישום נכסי דלא ניידי שלא נרשמו קודם; וכן הצו בדבר תיקון חוק רישום נכסי דלא ניידי אשר טרם נרשמו (יהודה והשומרון) (מס' 448), תשל"ב-1971). לחלופין, עמדה לו האפשרות לפנות לבית המשפט כדי שיצהיר על זכויותיו בקרקע ויורה על פינוי הפולשים. לחלופי חילופין, עמדה לו, כאמור, הזכות לפנות לרשויות ולבקש את סיוען בפינוי הפולשים, זאת מכוח הצו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) (יהודה ושומרון) (מס' 1472), התש"ס-1999. לעובדה שאותו תושב לא נקט באף אחד מהליכים אלה עשויים להיות הסברים שונים, אולם מלווה אותה גם חשד כי בטענתו לזכויות בקרקע אין ממש, ועל כן אין היא ראויה להיות נדונה בפני רשות מנהלית אלא בפני רשות שיפוטית.

דוגמה נוספת להכרעות בסכסוכי קרקעות שלא על ידי רשות שיפוטית, הוא נוהל אשר נכנס לתוקף לפני חודשים ספורים. נוהל זה הקרוי "**נוהל**

לטיפול בסכסוכי קרקעות במקרקעין פרטיים", נכתב על ידי היועץ המשפטי למינהל האזרחי באיו"ש, ומסמיך אותו עצמו או נציגו להכריע בדבר זכויות החזקה בקרקע שלגביה התעורר סכסוך. סמכותו על פי נוהל זה אף להורות על מניעת כניסה לקרקע, כמו גם להפעיל סמכויות נוספות הקיימות בתחיקת הביטחון ומפורטות בנוהל, וזאת ללא כל דיון אלא רק על פי טענות ומסמכים שהוגשו לו – אם הוגשו, ואם לא הוגשו – רק על פי הדיווח הראשוני שקיבל מקצין התשתית הרלבנטי (ראו נספח 43). יש להדגיש כי נוהל זה אינו קובע, כפי שקיים למשל בנוגע לצו בדבר שימוש מפריע, דרך לערער על הכרעות אלה של היועץ המשפטי.

לא למותר לציין, כי להחלטות מסוג זה השלכות מעשיות ומשפטיות מרחיקות לכת, ועלולות הן לפגוע ואף לעמוד בסתירה לטענות משפטיות לגיטימיות שמקומן להישמע בפני ערכאה שיפוטית.

58. הצורך בהכרעה שיפוטית מוקדמת בסכסוכי קרקעות באזור יהודה ושומרון, עולה גם בהקשר אחר – הליכים המתקיימים בפני בית המשפט הגבוה לצדק. גם כאן נשוב ונאמר, כי מדובר בסוגיה שבעיקרה היא מתחום המשפט הפרטי שדינה להתברר בפני רשות שיפוטית, אולם בפועל היא מוכרעת על ידי רשות מנהלית. כוונת הדברים לכך, שסוגית הקניין נטענת לא אחת על ידי עותרים פלסטינים תושבי יהודה ושומרון, המבקשים מבית המשפט הגבוה לצדק להורות לכוחות הביטחון למלא את חובתם לסלק בניה או נטיעות שנעשו בקרקע בה הם טוענים לבעלות. בהעדר כלים לבירורן של שאלות שבעובדה, נסמך בית המשפט לרוב על הצהרות המדינה בעקבות בדיקה שנעשתה על ידי גופים צבאיים הפועלים באותו איזור (וכך לדוגמה נעשה בעניינה של הבנייה בגבעת האולפנה בבית אל, על אף קיומה של טענה בדבר רכישת הקרקע מבעליה). **אנו סבורים כי לא ניתן להסתפק בבדיקה מסוג זה, הואיל, וכפי שכבר אמרנו, גם אם מוכחת בעלות פרטית בקרקע עליה הוקם**

ישוב יהודי, יש לתת את הדעת לטענות הגנה אפשריות של המחזיק ולפתרונות נוספים העדיפים על פינוי והריסה, לדוגמה: תשלום פיצוי לבעלים, במיוחד כאשר המתיישבים באותו מקום פעלו בתום לב. בפתרון מסוג זה נקט בית הדין האירופי לזכויות אדם (**European Court of Human Rights**) בפסק דין מיום 1 למרץ 2010 בעניין סכסוך קרקעות בקפריסין **Demopoulos and Others v.Turkey**[18]. כאמור, לדברים אלה נודעת חשיבות נוכח קיומן של הוראות סטטוטוריות אשר נועדו לתת מענה לנסיבות דומות. באחת מהן עוסק סעיף 906 למג'לה (השווה לסעיף 23 לחוק המקרקעין, התשי"ט-1969), הדן בבניה ונטיעה במקרקעי הזולת מסוג "מולכ" כתוצאה מ"גזלה". במקרה זה נדרש הגזלן לסלק את המבנים או הנטיעות, אולם מקום שהדבר עלול להיות כרוך בנזק לקרקע, רשאי הבעלים להותיר את הבניה או הנטיעה בידיו ולשלם את תמורתם ל"גזלן". דין מיוחד נקבע למי שפעל בתום לב (מתוך "זכות משוערת מדומה"), ושווי הבניינים והעצים עולה על שווי הקרקע. במקרה זה נתונה הרשות ל"בונה" או ל"נוטע" לשלם לבעלים את תמורת הקרקע ולהפך לבעליה.

באשר לקרקע מסוג "מירי", נקבע בסעיף 10 לחוק ההחזקה (תצרוף) בנכסי דלא ניידי, מס' 49 לשנת 1953, כדלקמן: "הקים אדם בניינים או נטע עצים על קרקע מסוג 'מירי' או 'מוקופה' המוחזקת על פי שטר רישום, ולאחר מכן הופיע זכאי לאותה קרקע והוכיח את תביעתו ינהגו כדלקמן: עלה שווי הבניינים או העצים, כשהם קיימים, על שווי הקרקע, ישלם אותו אדם לזכאי את שווי הקרקע ויהא רשאי להחזיק בה יחד עם הבניינים או העצים; עלה שווי הקרקע על שווי הבניינים והעצים, כשהם קיימים, ישלם הזכאי לבעל הבניינים והעצים את שוויים והוא יהיה בעליהם". העולה מהאמור הוא, כי לא זו בלבד ששאלת קיומה של זכות קניינית של אחר בקרקע ראויה להתברר בהליך אזרחי

[18] http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=46113/99&sessionid=99838752&skin=hudoc-pr-en

בפני ערכאה דיונית, אלא שאין זה ברור כלל שדינה של הבניה להריסה בלבד, הואיל ובנסיבות מסוימות מחייבים את הבעלים לשלם את שוויה למי שהקים אותה, ולעתים עומדת לזה האחרון הזכות לרכוש את הקרקע לעצמו לאחר שתלובן שאלת השווי.

59. תרחיש נוסף העולה באותו הקשר, מקורו בעובדה שבהכרזות שנעשו בעבר על "אדמות מדינה" נפלו, ככל הנראה, טעויות. כתוצאה מכך, הוקמו ישובים על קרקע שהוקצתה כדין על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, עד שבחלוף שנים התברר כי מדובר בקרקע בבעלות פרטית. **בנסיבות אלו, וככל שמדובר במתיישבים שפעלו בתום לב ושינו את מצבם נוכח המצג שהוצג להם על ידי הרשויות, נראה, על פני הדברים, כי סעד של פינוי אינו מעשי ויש לתור אחר פתרון אחר, לדוגמה, תשלום פיצוי או הצעת קרקע חלופה** (לעניין זה נשוב ונפנה לעמדת המדינה ב ת.א. 8787/07 של בית משפט השלום בירושלים, חברת הר וגיא בע"מ נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ביהודה ושומרון ואח', שם היא טענה כנגד תביעה לסילוק יד בזו הלשון: "...מזה למעלה מעשור מבוצע שימוש במקרקעין אשר לכאורה התובעת הינה בעלת הזכויות בהם כאשר במהלך תקופה זו נבנו עשרות יחידות דיור בשטח זה המהווה כיום מרכז חייהם של עשרות משפחות... ברי כי הסעד המבוקש של סילוק יד איננו ישים... לאור אופי התביעה וזהות התובעת הסעד העיקרי במקרה דנן הוא תשלום דמי שימוש ופיצויים"). והרי גם תרחיש זה על נסיבותיו ראוי לו כי ידון בפני בית המשפט ובידי שופטים שזה עיסוקם, ולא בפני רשות מינהלית שנקודת המוצא שלה היא, לכאורה, שהמתיישב היהודי מחזיק בקרקע שלא בזכות, עד שיוכיח אחרת.

60. נשוב ונזכיר את אשר זקף דו"ח ששון לחובת הישובים "הלא מורשים" ביהודה ושומרון, היינו, שהם הוקמו ללא החלטת ממשלה וללא אישור של מוסדות התכנון. את עמדתנו ביחס לצורך בהחלטת ממשלה נימקנו בפירוט רב,

ומסקנתנו היתה שהקמת הישובים נעשתה בידיעתו, בעידודו ובהסכמתו של הדרג המדיני הבכיר ביותר – שרי הממשלה והעומדים בראשה, ועל כן קבענו כי נכון לראות בהתנהלות זו הסכמה מכללא. באשר לעובדה שאותם ישובים הוקמו ללא אישור של מוסדות התכנון, אף כאן מסקנתנו היתה שהגורם לכך היא הגישה שהיתה מקובלת על משרד השיכון והחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית (וככל הנראה לא רק הם!), שהיתרי בניה הם עניין אליו אפשר להידרש גם לאחר הקמת הישובים בפועל. ברם, גם כשלבסוף הוכנו תוכניות ואלה הוגשו למוסדות התכנון, החליט הדרג המדיני שלא לקדם את הדיון בהן. בנסיבות אלו, בהן האשם ל"אי-חוקיות" שבהקמת הישובים ללא היתר רובץ לפתחה של הממשלה, אנו מתקשים לראות כיצד היא יכולה להתייצב ולטעון בניקיון כפיים כי המתיישבים פעלו שלא כדין, וכי יש להגיב על כך בהריסה של מה שנבנה ללא היתר.

61. בנסיבות אלו כל שנותר הוא להכריע במחלוקת, מקום שהיא קיימת אנו סבורים כי נכון לאמץ מדיניות לפיה קודם שתקבע המדינה את עמדתה בעתירות לביצוע פינוי או הריסה, תעמוד על כך שיתקיים בירור ממצה בין הצדדים היריבים בפני ערכאה שיפוטית, דיונית, בדבר הזכויות בקרקע. במיוחד נכון לנהוג כך במקרים בהם עולה טענת רכישה או התיישנות והמחזיק פעל בתום לב. עד לאותה הכרעה אנו סבורים כי יש להורות לגורמים הפועלים מטעם המדינה להימנע מקביעת עמדה בסכסוכי קרקעות, ומנקיטתם של צעדים בלתי הפיכים, כגון פינוי והריסה.

לצורך כך, ובמטרה להקל על הנגישות של התושבים המקומיים לערכאות, מוצע לשקול הקמתם ביהודה ושומרון של בתי משפט לדיון בסכסוכי קרקעות. לחלופין, מוצע להרחיב את סמכותם של שופטים

של בית המשפט המחוזי לקיים דיונים שבתחום סמכותם המהותית והנוגעים לסכסוכי קרקעות ביהודה ושומרון, גם בתחומי האזור.

באשר לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין – אנו סבורים כי יש לבטלו, וככל שיוחלט להותירו על כנו, אנו מציעים להורות על תיקונו במובן זה שהחלטתה של וועדת הערר לא תהיה בגדר המלצה בלבד, אלא תחייב את ראש המינהל האזרחי לפעול על פיה. רמ"א ובעלי עניין אחרים יהיו רשאים להשיג על החלטת ועדת הערר בפני בית משפט לענייניים מנהליים, והחלטתו של זה תהיה סופית. אנו מציעים להחיל הסדר זה גם על החלטות אחרות של וועדת הערר, וביניהן, בסוגיות של "רישום ראשון" של מקרקעין ביהודה ושומרון.

עניין נוסף אותו אנו מציעים הוא לשנות את הרכבה של ועדת הערר. זו מאוישת כיום על ידי משפטנים, קצינים במילואים, ומטבע היותם לובשי מדים הם נחזים ככפופים, למצער פיקודית, לראש המינהל האזרחי או לפרקליט הצבאי הראשי, שהוא סמכות-העל בתחום הייעוץ המשפטי לראש המינהל האזרחי. אנו סבורים כי מצב זה אינו תקין, ועל כן המלצתנו היא שאת וועדות הערר יאיישו משפטנים שאינם לובשי מדים, דבר שעשוי לתרום לדימויה של ועדת הערר כבעלת שיקול דעת עצמאי גם בעיני האוכלוסייה הפלסטינית.

כן אנו סבורים כי יש לבטל את נוהל הטיפול בסכסוכים במקרקעין פרטיים. סכסוכים שיתגלעו, אם יתגלעו, בתחום זה יישמעו ויוכרעו בפני ערכאה שיפוטית.

דרכי גישה לישובים

62. אחדים מנציגי המתיישבים היהודיים שהופיעו בפנינו הלינו על העדר דרכי גישה ליישוביהם, הואיל ואותן דרכים או חלקן אמורות לעבור בקרקע פרטית פלסטינית. מצב זה גרר בעקבותיו תוצאה נוספת, והכוונה לטענתם של גורמי התכנון כי בהעדר הצעה לדרכי גישה העוברת שלא בקרקע פרטית, אין בידם לקדם את הדיון בתוכניות של אותם ישובים, אף שאלה הוקמו בתחום המשבצת של ישוב האם, בידיעת הכול ובמימון, לפחות חלקי, של המדינה.

המתיישבים היהודים ביהודה ושומרון אמנם לא הוגדרו כ"תושבים מוגנים", אולם כפי שהבהרנו שהייתם באותו אזור נובעת מזכותם הבסיסית להתיישב באותו חבל ארץ, זכות העומדת, כמוסבר לעיל, גם במבחנו של המשפט הבינלאומי. מכאן השקפתנו כי על המפקד הצבאי של האזור מוטלת החובה לדאוג לביטחונם של המתיישבים, כפי שהדבר מצא ביטוי בדבריו של השופט פוגלמן בבג"צ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה ואח' נ' שר הביטחון ואח', (סעיף 21), לאמור: "חובתו של המפקד הצבאי לשמור על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים בתחום הנתון לתפיסה לוחמתית נובעת לא רק מחובתו לפי תקנה 43 לתקנות האג, אלא, כאמור, גם מן המשפט הישראלי הפנימי. כפי שנפסק (באותו מקרה – בהקשר לחוקיות הקמתו של מקטע מגדר הביטחון): 'סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה כוללת גם סמכות להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים בישובים ישראלים באזור יהודה והשומרון. זאת, אף שהישראלים הגרים באזור אינם בגדר 'אנשים מוגנים' (Protected Persons), כמשמעות ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית... סמכות זו נובעת משני מקורות. האחד, סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 43 לתקנות האג להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים... השני, חובתה של מדינת ישראל, המעוגנת במשפט

הישראלי הפנימי, להגן על חייהם, ביטחונם ושלומם של האזרחים הישראלים המתגוררים באזור".

הצורך לדאוג לביטחונם של המתיישבים היהודיים נובע מהסכנה המתמדת של פגיעה בהם, ועל כן קיומן של דרכי גישה סדירות אל הישובים, במיוחד בשעת חרום, הוא להשקפתנו צורך בטחוני מובהק שעשוי להצדיק בנסיבות המתאימות גם תפיסה או הפקעה של אדמה בבעלות פרטית (בג"צ 202/81 סעיד מחמוד טביש ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לו(2) 622). עם זאת, יודגש כי בהליך זה יש להשתמש כאמצעי אחרון ובאין פתרון אחר, ואז יהיה נכון לאפשר לבעלים לבחור בין קרקע-חלופית לפיצוי. (על סמכותו הכללית של המפקד הצבאי להסדיר את השימוש בדרך או לקבוע מסלולים לתנועה, ראו סעיף 88(א)(1) לצו בדבר הוראות ביטחון).

<u>דרישת ה"שכלול" בקרקע שבתפיסה צבאית</u>

63. ישובים רבים ביהודה ושומרון הוקמו על קרקע שנתפסה ב"תפיסה צבאית", לאחר שנמצא כי הם משתלבים בהגנה המרחבית של האזור. כדרכו של כל ישוב, תחילה הוא נבנה כדי לענות על צרכיהם של תושביו עובר להקמה, אולם מטבע הדברים מגיע השלב בו הוא נדרש להתרחב כדי ליתן מענה לריבוי הטבעי או להקמתם של מוסדות ציבור חיוניים, כמו, גני ילדים נוספים ובתי ספר לשכבות הגיל השונות, בהם לא היה צורך בעת ההקמה. דא עקא, בקשות להרחבת ישובים אלה, ואפילו בקשות לבניה בתחומי הישובים, נדחות על ידי המינהל האזרחי בטענה שהחלטת הממשלה לייעד את השטח שנתפס בתפיסה צבאית לשימוש אזרחי, נועדה להכשיר את הבניה שבוצעה עובר להחלטה או בסמוך לה בלבד, ולא בניה אותה מבקשים לבצע בחלוף שנים.

גישה זו של המינהל האזרחי אינה מקובלת עלינו. הקמתו של ישוב אזרחי על קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית, התבססה, כאמור, על הערכתם של גורמי הביטחון שאותו ישוב משתלב בהגנה המרחבית של האזור. אם נתון בסיסי זה שוב אינו תקף, היה נדרש המינהל האזרחי להשיב את הקרקע לבעלים ממנו נלקחה, ולמצער, את אותם חלקים של הקרקע שלא נעשה בהם עד כה שימוש לצרכים אזרחיים. העובדה שהמינהל האזרחי לא נהג כך, יש בה ללמד שרכיב הביטחון בהקמת הישוב לא חלף מן העולם ונותר שריר וקיים. כאמור, ישוב כזה אינו יכול לשקוט על שמריו, ובמוקדם או מאוחר הוא נדרש לתת מענה ולו לגידול הטבעי של אוכלוסייתו. והרי הרחבתם של הישובים ביהודה ושומרון היא גם יעד ששמה הממשלה לנגד עיניה בהחלטה מס' 145 ("להרחיב את ההתנחלויות ביהודה, שומרון... על ידי הוספת אוכלוסייה לישובים הקיימים...). בנייה בתחומו של ישוב על קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית, כאשר רכיב הביטחון מוסיף להתקיים, משתלבת היטב עם החלטה מס' 145 וממילא אין עילה לאסור אותה. לטעמנו, המצב שונה בבקשות להרחבת הישוב מחוץ לתחום השיפוט המקורי שנקבע לו. בנסיבות אלו על גורמי הביטחון להביע את דעתם בשאלת חיוניות הבניה הנוספת, קודם לבחינת הבקשה במישור התכנוני.

אי-לכך, אנו ממליצים להנחות את המינהל האזרחי כי לא חל איסור ואין מניעה כלשהי לאשר בנייה נוספת בתחומו של ישוב שהוקם על קרקע בתפיסה צבאית, ויש אפוא לבחון בקשות מסוג זה במישור התכנוני בלבד.

<u>שמורות טבע ופארקים ביהודה ושומרון</u>

64. לרשות הטבע והגנים, שנציגיה הופיעו בפנינו, יש עניין רב כי הטבע באזור יהודה ושומרון ישמר. לדבריה, במצב הקיים רווחות באזור תופעות כגון הזרמת מי שופכין, פיזור רעלים, הרס של בתי-גידול, חסימת מסדרונות אקולוגיים וכיו"ב,

שהשלכותיהן הרסניות לחי ולצומח ושאי הטיפול בהן גורם לתוצאות שהן בבחינת "בכייה לדורות".

כדי למנוע תופעות קשות אלו ולהגן על ערכי הטבע והמורשת בצורה אופטימלית, רואה הרשות חשיבות עליונה ביכולת להכריז על שמורות טבע ופארקים בתחומי יהודה ושומרון שבשליטת ישראל. ההכרזה מחילה על השטחים המוכרזים שורה של כללי התנהגות שנועדו להגן עליהם, ומעניקה בידי הגורמים המוסמכים כלי אכיפה יעילים מכוח החוק (ראו כללי התנהגות בשמורות טבע (יהודה והשומרון), תשל"ג- 1973 וכללים בדבר התנהגות בפארקים (יהודה והשומרון), תשל"ד-1974).

על פי הנטען בפנינו, תוכניות המתאר באזור מייעדות כ-51 אתרים לשימוש כשמורות טבע ו-8 אתרים לפארקים, אלא שעד היום, הוסדרו כ-18 אתרים בלבד (14 שמורות ו-4 פארקים), לאחר שעברו תהליך של תכנון מפורט והכרזה כנדרש. תהליך זה של תכנון והכרזה של שמורות טבע ופארקים החל בסוף שנות השמונים של המאה הקודמת ופסק בשנת 1995. משנת 1995 ועד היום לא הושלם התכנון ולא הוכרזו שמורות נוספות, על אף ניסיונותיה החוזרים ונשנים של רשות הטבע והגנים לקדם את העניין.

על פי עמדת רשות הטבע והגנים, הסיבה לכך שתהליך התכנון וההכרזה על שמורות טבע פסק, נעוצה בכך שעל פי עמדת המנהל האזרחי, הסכם "אוסלו" אינו מאפשר להכריז על שמורות טבע ופארקים באזור C, המצויים מחוץ לישובים הישראלים ולאתרים צבאיים, מבלי לתאם זאת עם הצד הפלסטיני ("**הצד הישראלי יתאם עם הצד הפלסטיני פעילויות באזור C, מחוץ ליישובים הישראלים ולאתרים הצבאיים, אשר עשויות לשנות את המעמד הנוכחי של תחום זה**"). נטען, כי ישראל אינה זוכה לשיתוף פעולה, ועל כן אין בידי המנהל האזרחי לקדם את הטיפול בנושא.

אנו סבורים כי ההגנה על ערכי טבע ומורשת בנוסף לחשיבותה האוניברסאלית, היא גם טובה ומועילה לשני הצדדים באזור, ישראלים ופלסטינים כאחד. מכאן דעתנו שאין בהכרזה על השמורות והפארקים כדי לשנות את מעמדו של השטח אלא לשבחו לרווחת הציבור כולו, ועל כן איננו רואים הצדקה בדין לעצירת תהליך ההסדרה של השמורות באזורי C בכלל, ובתחומי הישובים הישראלים והאתרים הצבאיים בפרט. אשר על כן רואים אנו להמליץ על קידום הליכי התכנון וההכרזה של כלל השטחים המיועדים לשמורות טבע ולפארקים בשטחי C.

סיכום

65. בתום בחינתן של המטלות על פי כתב המינוי, ובהתחשב בדברים שנשמעו בפנינו והחומר הרב שהוגש לנו על ידי קשת רחבה של גורמים, נשוב ונפרט את מסקנתנו והמלצותינו:

מסקנתנו הבסיסית היא כי מנקודת מבטו של המשפט הבינלאומי אין דיני ה"כיבוש", כפי שבאים לידי ביטוי באמנות הבינלאומיות הרלבנטיות, חלים בנסיבות ההיסטוריות והמשפטיות המיוחדות במינן של הנוכחות הישראלית ביהודה ושומרון במשך עשרות שנים. כמו כן, הוראות אמנת ג'נבה הרביעית בעניין העברת אוכלוסייה אינן חלות, ולא נועדו לחול לגבי התיישבות דוגמת זו של ישראל ביו"ש.

לאור זאת, ועל פי המשפט הבינלאומי, עומדת לישראלים זכות שבדין להתיישב ביהודה ושומרון, ועל כן ההקמה של הישובים בפני עצמה אינה לוקה באי-חוקיות.

בכל הנוגע ליתר הסוגיות בהן עסקנו לעיל, להלן המלצותינו:

ראשית, טוב תעשה הממשלה אם תבהיר את מדיניותה בשאלת ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון, מתוך כוונה למנוע בעתיד פרשנות שגויה או "יצירתית" של החלטותיה. אנו מציעים כי החלטתה תכלול את העקרונות הבאים:

א) ישוב חדש ביהודה ושומרון יוקם רק לאחר שהממשלה או וועדת שרים שהסמיכה החליטו על כך.

ב) בניה בתוך תחום ישוב קיים או שיוקם אינה טעונה החלטת ממשלה או אחד משריה, ובלבד שלבניה ניתן היתר על ידי מוסדות התכנון לאחר שנמצא כי היא אינה נוגדת תכנית בנין עיר מאושרת החלה על הקרקע.

ג) הרחבתו של ישוב קיים או שיוקם אל מחוץ לתחום השיפוט או מעבר לתכנית בנין עיר קיימת, טעונה החלטה של שר הביטחון או של וועדת השרים לענייני התיישבות, בידיעת ראש הממשלה, לפני כל אחד מהשלבים הבאים: תחילת התכנון וראשית הביצוע בפועל.

שנית, באשר לישובים שהוקמו ביהודה ושומרון על אדמות מדינה או אדמות שנרכשו על ידי ישראלים, בסיועם של גורמים ממלכתיים דוגמת החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית ומשרד השיכון, והוגדרו כ"לא מורשים" או "לא חוקיים" מחמת כך שלא קדמה להקמתם החלטת ממשלה רשמית - מסקנתנו היא כי הקמת ישובים אלה נעשתה לאורך השנים בידיעתו, עידודו

והסכמתו של הדרג המדיני הבכיר ביותר – שרי הממשלה והעומדים בראשה, ועל כן יש לראות בהתנהלות זו הסכמה מכללא. באשר לישובים אלה כמו גם הישובים שקדמה להקמתם החלטת ממשלה אולם לא הוגדר שטח השיפוט המוניציפאלי שלהם או שהליכי התכנון בעניינם לא הושלמו ועקב כך הוגדרו כ"בלתי מורשים" ו"בלתי חוקיים", יש לפעול לקידום התהליכים החסרים כפי שיפורט להלן:

א) לקבוע בצו את שטח שיפוטו המוניציפלי של כל ישוב, אם טרם נקבע, תוך מתן מענה הולם לריבוי הטבעי בעתיד.

ב) לסלק את המחסום המנהלי שהוצב בפני מוסדות התכנון, ולאפשר להם למלא את ייעודם – דיון בתוכניות שהוגשו או יוגשו על ידי הישובים לגופן (לעניין הכשרת הבניה בדיעבד, ראו בג"צ 419/88 פאיז מוסא ואח' מועצת התכנון העליונה – לא פורסם), ללא דיחוי, וללא צורך לשוב ולבקש אישור חוזר של הדרג המדיני.

ג) עד אשר יסתיימו אותם הליכים ובדיקת האפשרות ליתן היתרי בניה כדין, טוב תעשה המדינה אם תימנע מביצועם של צווי הריסה, שהרי היא במו ידיה גרמה למצב זה.

ד) כדי למנוע כל ספק, יובהר כי כלל הישובים, ובכללם אלה שאושררו על פי המתווה המוצע על ידינו, יוכלו בעתיד להרחיב את גבולם במטרה לענות על צרכיהם, וביניהם הגידול הטבעי, מבלי להידרש להחלטה נוספת של הממשלה או של אחד משריה; ובלבד שההרחבה המוצעת מצויה בתחום השיפוט של הישוב, בגבולותיה של תכנית בנין עיר מאושרת וקיבלה היתר כדין ממוסדות התכנון.

ה) ישובים שהוקמו בחלקם או במלואם על אדמות סקר, הם בבחינת ישובים שהסטטוס המשפטי של הקרקע עליה הוקמו טרם התברר. מדובר בישובים אשר רובם הוקמו לפני שנים לא מעטות, ועל כן יש להאיץ ולהשלים את תהליך הסקר בכל אזור יהודה ושומרון, המתנהל היום בעצלתיים, <u>תוך זמן קצוב</u>, ואף לשקול להסתייע לצורך זה בגורמים חיצוניים. משיושלם תהליך זה, יימשך הטיפול בכל ישוב על פי תוצאות הסקר וקביעת סוג הקרקע, וברוח המתווים המומלצים על ידינו.

ו) מקום שקיימת מחלוקת בין טוענים שונים לזכויות בקרקע, נכון לאמץ מדיניות לפיה קודם שתקבע המדינה את עמדתה בעתירות לביצוע פינוי או הריסה, תעמוד על כך שיתקיים בירור ממצה בין הצדדים היריבים בפני ערכאה שיפוטית, דיונית, בדבר הזכויות בקרקע. במיוחד נכון לנהוג כך במקרים בהם עולה טענת רכישה או התיישנות והמחזיק פעל בתום לב. עד לאותה הכרעה אנו סבורים כי יש להורות לגורמים הפועלים מטעם המדינה להימנע מקביעת עמדה בסכסוכי קרקעות, ומנקיטתם של צעדים בלתי הפיכים, כגון פינוי והריסה.

ז) לצורך כך, ובמטרה להקל על הנגישות של התושבים המקומיים לערכאות, מוצע לשקול הקמתם ביהודה ושומרון של בתי משפט לדיון בסכסוכי קרקעות, ולחלופין, להרחיב את סמכותם של שופטים של בית המשפט המחוזי לקיים דיונים שבתחום סמכותם והנוגעים לסכסוכי קרקעות ביהודה ושומרון, גם בתחומי האזור.

ח) תיקבע בתחיקת ביטחון זכותו של הציבור לעיין במאגרים המנוהלים כיום על ידי גופים שונים, וביניהם המינהל האזרחי, בדבר זכויות בקרקע ביהודה ושומרון.

ט) מתוך מגמה לקדם את היציבות ולמנוע אי וודאות בתחום הזכויות במקרקעין, אנו סבורים כי נכון לדרבן את התושבים ביהודה ושומרון, פלסטינים וישראלים כאחד, לרשום את זכויותיהם בקרקע בתוך תקופת זמן מוגדרת (נראה כי 4 עד 5 שנים היא תקופה סבירה), שבסופה מי שלא יבצע את הרישום יאבד את הזכויות, ככל שהיו לו.

י) באשר לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין – אנו סבורים כי יש לבטלו, וככל שיוחלט להותירו על כנו, אנו מציעים להורות על תיקונו במובן זה שהחלטתה של וועדת הערר לא תהיה בגדר המלצה בלבד, אלא תחייב את ראש המינהל האזרחי לפעול על פיה. רמ"א ובעלי עניין אחרים יהיו רשאים להשיג על החלטת ועדת הערר בפני בית משפט לענייניים מנהליים, והחלטתו של זה תהיה סופית. אנו מציעים להחיל הסדר זה גם על החלטות אחרות של וועדת הערר, וביניהן, בסוגית "רישום ראשון" של מקרקעין ביהודה ושומרון.

יא) יש לשנות את הרכבה של ועדת הערר. זו מאוישת כיום על ידי משפטנים, קצינים במילואים, ומטבע היותם לובשי מדים הם נחזים ככפופים, למצער פיקודית, לראש המינהל האזרחי. אנו סבורים כי מצב זה אינו תקין, ועל כן המלצתנו היא שאת וועדות הערר יאיישו משפטנים שאינם לובשי מדים, דבר שעשוי לתרום לדימויה של ועדת הערר כבעלת שיקול דעת עצמאי בעיני כולי עלמא.

יב) לבטל את נוהל הטיפול בסכסוכים במקרקעין פרטיים. סכסוכים שיתגלעו בתחום זה יישמעו ויוכרעו על ידי ערכאה שיפוטית בלבד.

יג) לקבוע בתחיקת ביטחון, כי ישראלי רשאי לרכוש קרקע ביהודה ושומרון גם בעצמו ולא רק במסגרת תאגיד שנרשם באזור. אנו מוסיפים וממליצים להאיץ את התהליכים ל"רישום ראשון" של הזכויות במקרקעין ולסיימם תוך זמן קצוב וסביר.

יד) אנו ממליצים להנחות את המינהל האזרחי כי לא חל איסור ואין מניעה כלשהי לאשר בנייה נוספת בתחומו של ישוב שהוקם על קרקע בתפיסה צבאית, ויש אפוא לבחון בקשות מסוג זה במישור התכנוני בלבד.

טו) כמו כן, אנו ממליצים לקדם את הליכי התכנון וההכרזה של כלל השטחים המיועדים לשמורות טבע ולפארקים בשטחי יהודה ושומרון שבאחריות ישראל.

לבסוף, נדגיש כי התופעה שנגלתה לעינינו בנושא ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון, אינה הולמת התנהגות של מדינה שחרתה על דגלה את שלטון החוק כיעד שאליו יש לשאוף ואותו חובה ליישם. ואם מהדו"ח הזה יצא מסר שיבהיר לכל, כי "ימי חומה ומגדל" שהיו יפים לתקופה בה שלט בארץ ישראל שלטון זר, חלפו זה מכבר, דיינו. לחסידי ההתיישבות, גם אלה הנמנים על הדרג המדיני, צריך להיות ברור כי מכאן ואילך הם מצווים לפעול במסגרת החוק בלבד, ועל מוסדות המדינה מוטלת החובה לפעול בעתיד במהירות ובנחישות במילוי תפקידיהם לאכיפת החוק.

66. כאמור בסעיף 2 של הדו"ח, הסוגיות העיקריות שהועלו בפנינו על ידי בעלי עניין, היו רבות וחלקן אף מורכבות ביותר. לו היינו נדרשים לעסוק בכולן, וכין היתר, בסוגיית החכרת קרקע של נפקדים על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, ונושא מעמד הקרקע שנרכשה ביהודה ושומרון על ידי יהודים לפני קום המדינה - היה הדבר מצריך חודשים רבים של בחינה ועיון, וממילא עיכוב בגיבוש ההמלצות. בנסיבות אלו החלטנו להתרכז בהצעתם של עקרונות מנחים לדרכי פעולה בעניינים המרכזיים בהם נתבקשנו להביע את דעתנו, וככל שהממשלה תחליט לאמץ את המלצותינו יחייב הדבר יישום פרטני של אותם עקרונות.

לסיום, אנו מבקשים להביע תודה והערכה רבה למזכיר הוועדה, עו"ד עדן בן-ארי, אשר בנועם הליכותיו, עבודתו המסורה, יעילותו ומקצועיותו, סייע לנו רבות בביצוען של המטלות שעל פי כתב המינוי.

ירושלים, א' תמוז התשע"ב (21 יוני 2012),

א' א' לוי, שופט (בדימ')	תחיה שפירא, שופטת (בדימ')	שגריר אלן בייקר, עו"ד
של בית המשפט העליון - יו"ר	של בית המשפט המחוזי - חברה	חבר