

בג"ץ חוק ההסדרה כקטליזטור לפסקת ההתגברות

מאת

חיים זנדברג*

סיפור הרקע: על דרך הים בחיפה

מי שעולה במעלה דרך הים בוודאי נתקל במה שנקרא כיום בית הורים בן יהודה, בעבר מלון בן יהודה. מעטים יודעים את סיפורו המשפטי המיוחד של המלון. החלקה עליה נבנה נרכשה בשנת 1928 על ידי יהודי מגרמניה ששמו לזר (קרי אליעזר) טאובה. הוא נרשם בטאבו כבעליה בשנת 1936. בשנת 1953 התיימרה גברת ששמה טאובה לזר, שאין ולא היה לה כל קשר לאותו לזר, למכור את החלקה למשה בן־יהודה. בן־יהודה נרשם כבעל החלקה בטאבו והקים על החלקה בית מגורים גדול מידות אשר הפך לימים לחלק ממלון בן־יהודה. הסכומים שהשקיע בן־יהודה בבניית המבנה עלו, בשעת הקמתו, על שוויה של החלקה, ושוויו של המבנה עלה בכל הזמנים על שוויה של החלקה. בן־יהודה מכר את החלקה והמלון לחברה אחרת, חברת בישור בע"מ. רק לאחר מכן, בשנת 1964, גילה לזר (אליעזר) טאובה, מיודענו, את שהתרחש. הוא תבע להשיב לו את החלקה עם המלון ולרשום אותו מחדש כבעליה. לאחר שזכה בתביעתו ביקשה חברת בישור מבית המשפט שיורה ליורשותיו של לזר למכור לחברה את הקרקע במחיר שוויה ללא המחוברים, קרי ללא הבניין.¹

תביעתה התבססה על הוראות סעיף 23 לחוק המקרקעין, שלפיהן כאשר אדם בונה בתום לב מחוברים, קרי בניינים, על קרקע חברו, זכאי המקים לדרוש מן הבעלים להעביר לו את הבעלות בקרקע במחיר שוויה ללא המחוברים, אם שווי המחוברים עלה על שווי הקרקע ואם אין בכך כדי לגרום לבעל הקרקע נזק חמור שאין בתשלום שווין כדי לפצותו עליו.² הסעיף חל בישראל במקרקעין בלתי מוסדרים, קרי

* פרופסור חיים זנדברג מומחה לדיני מקרקעין ולדיני קניין. מלמד קורסים אלה בפקולטות למשפטים של המכללה למנהל, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת תל אביב. מאמר זה הוא עיבוד של הרצאה שהעביר בכנס חיפה למשפט ביום 15.12.2022. ניתן לצפות בהרצאה [כאן](#) (מדקה 1: 16: 41 עד דקה 1: 33: 28).

¹ ע"א 596/76 בישור בע"מ נ' טאובה, פ"ד לב (3) 713, 715-716 (1978) (להלן: פרשת בישור).

² סעיף 23 [בחוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969, ס"ח 259.

מקרקעין שאו שאינם רשומים בטאבו או שרישומם אינו מדויק מספיק ועשויים להיות בו פגמים, טעויות או ספקות לגבי הבעלות או הגבולות. זה סעיף שנועד לאזן בין הרצון למנוע פלישות – רצון שבא לידי ביטוי בדרישה לבניית המחברים בתום לב – דבר שיכול לקרות במקרקעין בלתי מוסדרים, לבין הרצון למנוע פגיעה חמורה במקום המחברים אשר השקיע בבנייתם סכום העולה על שווי הקרקע.

שופט בית המשפט העליון חיים כהן שאליו הצטרפו השופטים יצחק כהן ומנחם אלון חייבו את בעלות החלקה, יורשותיו של אליעזר טאובה, למכור לחברת ביטוח את הקרקע. על טענתן של יורשותיו של לזר (אליעזר) כי מכירת החלקה תגרום להן "נזק חמור" שכן "עז חפצן של המשיבות לבנות ולהיבנות על חלקה זו מכל החלקות" קבע בית המשפט כי "טענה זו לא הייתה ראויה להישמע: שום נזק לא ייגרם למשיבות אם ירכשו להן, במחיר פדיונה של החלקה, חלקה אחרת באותה הסביבה".³

"טעויות קורות": בין חוק המקרקעין לבין חוק ההסדרה

האם טעות, כגון זו שהתרחשה במערב הפרוע של דרך הים בחיפה, יכולה להתרחש גם כמה עשרות קילומטרים מזרחה ודרומה מחיפה – באזור יהודה ושומרון? בוודאי וביתר שאת. דאשית, רוב מקרקעי יהודה ושומרון אינם מוסדרים ואינם רשומים כלל בטאבו.⁴ כדי להוכיח בעלות פרטית בהם יש צורך במקרים רבים להצביע על עיבוד מקרקעין חקלאיים באמצעות צילומי אוויר. יכולות בהחלט לקרות טעויות בפענוח התצלומים בשרטוט ממצאיהם ובהסקת המסקנות מהם. שנית, בהעדר רישום – בעלים של קרקע לא תמיד יכול להוכיח כי רכש אותה מן הבעלים הקודם שלה. קרקע שנרכשה מזייפן או מתחזה או קרקע שנרכשה מפלוני לאחר שכבר חדל להיות בעליה – לא שייכת למי שסבור שרכש אותה. שלישי, מי שחשוד בניסיון למכירת קרקע לישראלי או למי שפועל מטעם ישראלי, אגב לא רק ביהודה ושומרון אלא גם בירושלים, צפוי להעמדה לדין בגין עבירות שעונשן יכול להגיע לשנים רבות ומי שהצליח במכירה כזו צפוי למאסר עולם. הוא צפוי לחקירות ופגיעה בגוף ואולי אף לסכנת מוות.⁵ לישראלי שרכש כך קרקע קשה מאוד להוכיח את הרכישה. ולסיום, עם כל הכבוד לרשויות המדינה רבות הזרועות – אין זה מן הנמנע שרשות אחת אינה יודעת את מה שיודעת חברתה והתנהלות פקידים בסבך הבירוקרטיה עשויה להוביל לטעויות בזיהוי מעמד הקרקע גם בישראל וגם ביהודה ושומרון. לכך ניתן להוסיף את העמימות המשפטית בנוגע לסוגיות שונות כגון הצורך להוכיח טענת זכות, מיקום גבולות צווי תפיסה ומעמד או שאלת החפיפה בין תכנון לבין בעלות.

אם כך – הבה נניח לרגע שטעות "פעוטה" כמו זו שארעה במקרקעיו של לזר טאובה בדרך הים בחיפה הייתה מתרחשת במקרקעין בלתי מוסדרים בשכם, בכרמי צור או במצפה כרמים. האם יכול היה מי שבנה בתום לב על חלקת מקרקעין, שסבר בטעות שהיא שלו או שהוא זכאי לבנות עליה, האם יכול היה לתבוע בבית משפט

³ פרשת ביטוח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 716 (פסקה 3 לפסק דינו של השופט חיים כהן).
⁴ כדי להתרשם מהיקף המקרקעין המוסדרים ביהודה ושומרון לחצו על [הקישור](#) וסמנו בשכבות: גושים.

⁵ ראו חיים זנדברג "[האיסור הפלילי על מכירת מקרקעין לישראלים ברשות הפלסטינית](#)" משפטים על אתר כ (עתיד להתפרסם, 2023). לתמצית המאמר ראו: חיים זנדברג "[האיסור הפלילי על מכירת מקרקעין לישראלים ברשות הפלסטינית](#)" בלוג רשות הרבים (12.1.2023).

מוסמך כי יחייב את בעל המקרקעין למכור לו את הקרקע תמורת שווייה ללא המחוכרים? התשובה לשאלה הזו משתנה בהתאם למקום בו מתבצעת הטעות ולזהות הטועה.

אם למשל שני הניצים הם פלסטינים באזור A (שטח A) ליד שכם ויכל המקיים לתבוע את חברו לרכוש את הקרקע שבנה עליה בטעות בבית משפט בשכם. במערכת המשפט ברשות הפלסטינית, מערכת משפט רבת ערכאות הפועלת באזור A, חלים דינים עותומאניים וירדנים, שיש בהם הסדרים מסוימים שמאפשרים למקיים לתבוע לרכוש את הקרקע.⁶ הסדרים אלה צרים מן ההסדר של ס' 23 לחוק המקרקעין הישראלי. כך למשל ס' **906 למג'לה** מעניק למקיים זכות דומה דווקא בקרקע עירונית מסוג מולכ. בקרקע חקלאית קיימים שני **סעיפים 10 ו-12 לחוק התצרוף הירדני משנת 1953** שרק אחד מהם מאפשר רכישה כזו במקרה שהמקיים בנה בטעות על סמך שטר טאבו שהתברר בדיעבד כשגוי.

אם לעומת זאת שני הניצים הם מתיישב/מתנחל (ההגדרה – בהתאם לעמדה הפוליטית של המגדיר) ישראלי מצד אחד ובעל קרקע פלסטיני מהצד השני – לישראלי (וייתכן שגם לפלסטיני) יהיו מספר בעיות. הראשונה היא שהדין הנוהג באזור לגבי זכות המקיים בקרקע חקלאית (ורוב ההתנחלויות הן בקרקע שהייתה כזו ערב הקמתן) צר יותר מן הדין הישראלי ומאפשר רכישת הקרקע על ידי המקיים רק אם המקיים בנה על סמך שטר שגוי. ספק אם יש התנחלות כזו. כלומר הדין אינו רלוונטי. הבעיה השנייה לא פחות חמורה היא שאין בית משפט שבו ניתן יהיה לתבוע זאת. אין כיום ביהודה ושומרון מערכת משפט אזרחית שתברר את השאלות העובדתיות והמשפטיות שמעורר סכסוך כזה. המערכת של הרש"פ אינה מוסמכת לדון בכך ופשיטא שישראלי לא יהיה לדרוך בה. סמכותו השירותית של בית המשפט המחוזי בירושלים תלויה בהסכמת הצדדים. צד שחושש מהתוצאה עשוי שלא להסכים לכך. גם המערכת הצבאית אינה מוסמכת לדון בתביעות אזרחיות וכל עיסוקה הוא בתחום תביעות לרישום ראשון של מקרקעין וערעורים מנהליים. אם כך – מה שניתן לעשות בחיפה ובירושלים לא ניתן לעשות ביהודה ושומרון.

החלת המשפט הישראלי באזורי C (שטח C) – תוביל לשינוי מצב זה וזה אחד הרציונלים המרכזיים של התביעה המדינית לעשות כן. בינתיים הסכסוכים בין צדדים ניצים מוכרעים ברוב המכריע של המקיים על ידי הרשות המבצעת – קרי הממשל באזור, יועציו המשפטיים ומי שמנחה אותם, קרי היועץ המשפטי לממשלת ישראל. חסרון זה רלוונטי לא רק לתביעה של מקיים לרכוש קרקע שבנה עליה בטעות אלא גם לתביעה של מי שרכש מקרקעין ורוצה ליהנות מהגנה שנקראת תקנת השוק שהתעוררה בבג"ץ מצפה כרמים, אם כי שם דווקא הפלסטינים יזמו עתירה לבג"ץ בעידוד עמותות ישראליות ובחסות עתירה זו גם לא התכחשו לסמכות בית המשפט המחוזי.⁷ אם היה ניתן כבדרך שגרה להגיש תביעות אזרחיות בנוגע לבעלות במקרקעין ביהודה ושומרון סביר להניח שהטענות המשפטיות והעובדתיות של כל צד היו מתבררות כפי שנהוגים לברר תביעות בבית

⁶ Haim Sandberg *The Struggle for the Independence of the Judiciary in The Palestinian Authority*, in JUDICIAL INDEPENDENCE: CORNERSTONE OF DEMOCRACY (Shetreet & Chodosh eds., Brill, Forthcoming). <https://ssrn.com/abstract=4273891>

⁷ תא (מחוזי י-ם) 29754-11-13 **אנג'ל נ' סאלחה** פס' 10-4, 117-122 לפסק דינו של השופט דראל (נבו, 28.8.2018); בג"ץ 953/11 **סאלחה נ' שר הביטחון**, פס' 12 לפסק דינה של השופטת חיות (27.8.2020) (להלן: בג"ץ **מצפה כרמים**); דנ"א 6364/20 **שר הביטחון נ' סאלחה**, פס' 11-12 לפסק דינו של השופט פוגלמן (27.7.2022).

משפט – תצהירים, ראיות וחקירות. בתי משפט בערכאות דיוניות היו מכריעים לאחר בירור עובדתי מדויק ומגיעים להכרעה. כיום מי שמכריע בדרך כלל אינו שופט ששומע ראיות אלא פקיד, מפקד או מנהל.⁸ הכרעתו עומדת לביקורת שיפוטית – אך לא של ערכאה שיפוטית ששומעת ראיות אלא כערכאת ערעור. בג"ץ, שגם הוא ערכאה שאינה שומעת ראיות, מכריע במקרים רבים מבלי שערכאה כלשהי בחנה את הראיות בבחינה הנהוגה בערכאה ראשונה ששומעת ראיות.

החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, שכונה "חוק ההסדרה" ביקש לתקן עניין זה באופן נקודתי.⁹ הוא אומנם לא אפשר למתיישבים להגיש תביעות בבתי משפט אזרחיים אך יצר מנגנון שמאפשר להפקיע בצו את זכות ההחזקה (לא הבעלות) במקרקעי התיישבות שנבנתה בתום לב או נתנה הסכמת המדינה לבנייתה (בדומה לתנאי תום הלב בדיני הבנייה במקרקעי הזולת) ובלבד ש"הסכום שהושקע בבניית ההתיישבות עלה, בשעת הבנייה, על שווי של המקרקעין בלי ההתיישבות באותה שעה" (תנאי זה דומה גם הוא לתנאי המוכר מדיני הבנייה במקרקעי הזולת).¹⁰ בתמורה יקבל הבעלים לפי בחירתו פיצוי נדיב הרבה יותר משווי הקרקע ללא המחברים בעת ההקמה קרי "דמי שימוש שנתיים בשיעור של 125% מערכם הראוי של דמי השימוש, או דמי שימוש מהוונים לתקופות של 20 שנה כל פעם בשיעור של 125% מערכם הראוי, או לקרקע חלופית ככל שהדבר אפשרי בנסיבות העניין, לפי בחירתו".¹¹ החוק נועד אפוא להחיל שם הסדר שדומה מאוד להסדר המקובל בחוק המקרקעין ואשר יושם בדרך היס בחיפה – בתנאים משופרים. הוא נועד להכשיר כך התנחלויות רבות וותיקות שהוקמו באישור ממשלתי לרבות עפרה, עלי, אלון מורה, קדומים, בית אל, נוקדים ומצפה כרמים.

נימוקי בג"ץ חוק ההסדרה – והתמיהות עליהם

כידוע בית המשפט העליון ביטל את חוק ההסדרה ברוב של שמונה נגד אחד (השופט סולברג בדעת מיעוט).¹² הטענה המרכזית הייתה שהפגיעה בקניינם של הפלסטינים אינה מידתית. מדוע אינה מידתית? הרי הפגיעה אינה שונה מהפגיעה שנפגעו יורשותיו של לזר טאובה המנוח.

אתמקד בשני נימוקים מפורשים של שופטי הרוב. ראשית, בית המשפט קיבל את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, שכזכור סרב להגן על החוק, כי קיימים אמצעים חלופיים להסדרת ההתיישבות.¹³ בין אמצעים אלה מנו היועץ ובעקבותיו בית המשפט את החקיקה הנוהגת באזור בנוגע לבנייה במקרקעי הזולת – חקיקה שתארת לעיל, ואת תקנת השוק במקרקעין, ששאלת תום הלב הנדרש לשם יישומה נדונה בבג"ץ מצפה כרמים.¹⁴ שנית, נטען כי החוק קובע הסדר כוללני שחל על כל היישובים בעוד שהאמצעים החלופיים "והוא עיקר" כפי שציינה נשיאה חיות "מחייבים בחינה פרטנית של כל מקרה לפי נסיבותיו, תוך מתן משקל

⁸ למגבלות הסמכות לדון בישראל בתביעות הנוגעות למקרקעין ביהודה ושומרון ראו ס' 2(ב)(2) לחוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה ושומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ד-1967.

⁹ חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ד-2017, ס"ח 410.

¹⁰ שם, בס' 3(2)(ב).

¹¹ שם, בס' 8(א).

¹² בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו 9.6.2020).

¹³ לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ראו שם, בפסקה 23 בפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁴ שם, בפס' 94-90.

למעמד המיוחד של הפלסטינים תושבי האזור, לזכות הקניין שלהם ולחובתו של המפקד הצבאי על פי דיני התפיסה הלוחמתית להגן על זכות זו.¹⁵
הנמקות אלה מעוררות שלוש תמיהות:

ראשית, כפי שצינתי לעיל דיני הבנייה במקרקעי הזולת באזור כמעט אינם רלוונטיים להתנחלויות שהוקמו על קרקע חקלאית באזור שכן זכות הרכישה בהן מותנית בכך שהבנייה תהיה לפי שטר קניין בעוד שהשטחים כלל לא רשומים. האם כאשר היועץ המשפטי ובעקבותיו בית המשפט העליון תלו את ביטול חוק ההסדרה בקיומו לכאורה של אמצעי חלופי זה – האם הם ידעו שהוא לא רלוונטי כלל להשגת המטרה של הסדרת ההתיישבות?

שנית, בבג"ץ מצפה כרמים, שכבר הייתה בחלקה תלויה ועומדת בפני הנשיאה בעת שפסקה בבג"ץ חוק ההסדרה, קבעה הנשיאה חיות אמת מידה מחמירה מאוד בעלת היבטים אובייקטיביים לבחינת תום הלב הנדרש לשם הכשרת התיישבות.¹⁶ האם כאשר קבעה כי תקנת השוק עשויה להיות אמצעי חלופי לחוק ההסדרה כבר ידעה כי אמת המידה שתקבע תסכל את השימוש באמצעי חלופי זה ברוב המקרים שבהם יעשה שימוש בתקנה?

שלישית, כאשר הנשיאה פסלה את החוק משום שאין בו בחינה פרטנית, האם ידעה כי האפשרות להביא את הכלים הפרטניים לבחינה פרטנית תלויה בחסדי הסכמת הצדדים לסמכות בית המשפט המחוזי בירושלים וכי בכל אותם מקרים בהם לא תהיה הסכמה כזו לא תהיה כל דרך להביא את הבחינה הפרטנית למבחן שיפוטי בפני ערכאה שומעת ראיות?

משפט ופוליטיקה: מדיסוננס קוגניטיבי שיפוטי ועד

פסקת ההתגברות

את התשובה לשלוש השאלות אולי נשמע באחת מהרצאותיהם הפומביות של היועץ המשפטי דאז או של הנשיאה חיות או בספרי הזיכרונות שלהם. אפשר שאיש מהם לא ידע שהאמצעים החלופיים שהם ממליצים עליהם חסרי כל ערך להסדרת ההתיישבות שאותה ביקש להסדיר חוק ההסדרה. אבל אם אכן ידעו שהם חסרי ערך ותחת זאת נפנו בדגל האמצעים החלופיים כדי לנמק כביכול את פסילתו של חוק ההסדרה – מעניינת מאוד השאלה מדוע חשו צורך לנמק את הביטול בהצדקות סרק. אפשר שזו דוגמה למצוקה הפנימית, לדיסוננס הקוגניטיבי, שאליהם נקלעים שופטים ומשפטים שצריכים לנמק החלטות שאינם מזדהים עם תוצאותיהן המדיניות או שהם מזדהים עם תוצאותיהן המדיניות אך רוצים להצניע את הזדהותם זו.¹⁷

מאחר והיועץ המשפטי או השופטים טרם חשפו את פשר הדיסוננס הפנימי שמאפיין את החלטותיהם, וגם ספק אם ניתן לצפות להודאה בקיומו נוכח האתוס

¹⁵ שם, פס' 93.

¹⁶ בג"ץ מצפה כרמים, לעיל ה"ש 7, בפס' 44 – 45 לפסק דינה של הנשיאה חיות; חיים זנדרבג "תום לב בתקנת השוק – מגמות סותרות בפסיקת בית המשפט העליון אגב הבקשה לדיון נוסף בפרשת מצפה כרמים", בלוג אישי (7.8.2022).

¹⁷ לעמדה התומכת בפירוט והנמקת עמדות פוליטיות של שופטים במסגרת פסקי הדין שלהם ראו שאל שארף "שופט פוליטי בחברה דמוקרטית" מאזני משפט יד 171 (תשפ"א).

המקצועי נטול הפניות של רשויות אלה, לא פלא שמי שמציעים כיום לחוקק את פסקת ההתגברות חושדים כי ביטול חוק ההסדרה לא נעשה בשל חומרת האמצעים שנקט בו למול חומרתם של האמצעים החלופיים שבית המשפט והיועץ המליצו עליהם, אלא משום שרוב השופטים והיועץ לא היו מעוניינים באמת להסדיר את ההתיישבות. לדידם זו הוכחה נוספת לכך שעמדה פוליטית, שגם אם היא לגיטימית לחלוטין כעמדה פוליטית, מנחה את המשפטנים. ההכרעה בה היא ענין לפתחו של הבוחר ולא לפתחו של המשפטן. על כן – עד שהדברים יובהרו – ברור כי יש קו ישיר בין ההצעות לחוקק פסקת התגברות או לחילופין לשנות את הרכבו של בית המשפט לבין החשד כי שופטי בית המשפט מקדמים עמדה מדינית והרצון לאפשר הסדרה של ההתיישבות.

הדברים עולים בבירור מן התגובה שפרסם מי שכיהן באותה עת כיושב ראש הכנסת, שר המשפטים היום, יריב לויין לביטולו של חוק ההסדרה:

“הכנסת לא תחריש עוד נוכח הפגיעה המתמשכת בסמכויותיה ובמעמדה. בית המשפט העליון רמס היום שוב, כמנהגו הפסול, את הדמוקרטיה הישראלית ואת זכויות האדם הבסיסיות של רבים מאזרחי ישראל. הפסיקה שניתנה, על פניה בחוסר סמכות, קורעת קרע נוסף בחברה הישראלית ותפגע עוד יותר באמון הציבור בבית המשפט העליון ובשופטיו. בית המשפט העליון צועד בצעדי ענק אל עבר משבר חוקתי שלא היה כמותו בישראל. הכנסת לא תחריש עוד נוכח הפגיעה המתמשכת בסמכויותיה ובמעמדה”¹⁸.

בית המשפט הפך מרצונו או שלא מרצונו לכלי משחק פוליטי ואין לו כל דרך לצאת מן המיצר. רק הכרעה מדינית ברורה של הרשות המחוקקת לכאן (סיפוח) או לכאן (פינוי) תחלצו ממיצר זה וזו ככל הנראה תבושש לבוא.

ציטוט מוצע: חיים זנדברג “בג”ץ חוק ההסדרה כקטליזטור לפסקת ההתגברות” **בלוג רשות הרבים** (16.2.2023).

¹⁸ אבישי גרינצייג “חוק ההסדרה אינו חוקתי: בג”ץ ביטל את חוק ההסדרה ברוב של שמונה שופטים מול אחד” **גלובס** (9.6.2020).