

## צבא ההגנה לישראל



ערר 17/09

ועדות העררים באזור יהודה והשומרון

בפני : השופטת סא"ל דליה קאופמן, נגידת ועדות העררים – יו"ר  
 השופט סא"ל אייל נון – חבר  
 השופט רס"ן אורי קידר – חבר

שם העוררים : 1. ארץ זית שמן מובחר בע"מ  
 2. בועז מלט  
 3. חן בן אליהו

העוררים על ידי ב"כ עו"ד משה גליק ו/או דורון ניר-צבי

שם המשיבים : 1. ראש המנהל האזרחי

המשיב 1 על ידי יועמ"ש איו"ש

2. עיזאת ג'בר עבדאלגני ח'טיב

המשיב 2 על ידי ב"כ עו"ד קמר משרקי - אסעד

חקיקה שאוזכרה:

[צו בדבר מקרקעין \(שימוש מפריע במקרקעין פרטיים\) \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1586\), תשס"ח-2007: סע' 2\(ב\), 2\(ה\)](#)

[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: סע' 8](#)

[צו בדבר עסקאות במקרקעין \(יהודה והשומרון\) \(מס' 25\), תשכ"ז-1967](#)

[חוק הקרקעות העותמני: סע' 20, 78](#)

[צו בדבר ועדות עררים \(מס' 172\), תשכ"ח-1967](#)

[צו בדבר רכוש ממשלתי \(יהודה והשומרון\) \(מס' 59\), תשכ"ז-1967: סע' 6ב](#)

[צו בדבר מקרקעין \(סילוק פולשים\) \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1472\), תש"ס-1999: סע' 2, 3](#)

[צו בדבר נכסים נטושים \(רכוש הפרט\) \(אזור הגדה המערבית\) \(מס' 58\), תשכ"ז-1967: סע' 1\(ח\), 15א](#)

[חוק מקרקעי ציבור \(פינוי קרקע\), תשמ"א-1981](#)

מיני-רציו:

\* ועדת הערר באזור יהודה ושומרון דחתה את הערר בעניינם של העוררים 1 - 2, וקיבלה אותו בעניינו של העורר 3. נפסק, כי לנוכח הוראותיו של הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, כפי שהן כיום, ואף כפי שהיו בעת שהוצא הצו בעת שהוצא הצו נשוא הערר, הצו הוצא כדין כלפי העוררים 1 - 2, ושלא כדין כלפי העורר 3.

\* משפט בינלאומי פרטי – שטחים מוחזקים – צו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים

העוררים הגישו ערר על צו שניתן על ידי המשיב הנוגע למקרקעין בעמק שילה, וזאת על פי הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון).

ועדת הערר קבעה כלהלן:

על פי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), שימוש מפריע במקרקעין פרטיים מוגדר ככל שימוש שהוא, בכל מקרקעין שאינם מקרקעי מדינה.

בנסיבות העניין, על מנת שתוכל העוררת 1 "ליהנות" מעיבוד המקרקעין על ידי העורר 2, היה עליה להראות שנים אלה: א. כי העורר 2 עבד את המקרקעין ברציפות עד שהעביר בהם את החזקה לידיה; ב. כי נערכה בין העורר 2 לעוררת 1 עסקת מקרקעין ביחס לאותם מקרקעין מסוימים. העוררת 1 לא עמדה בנטל זה.

בהעדר ראיה מצד העוררת 1 לנטען על ידם – עיבוד העולה על שלוש שנים, ועסקת רכישה של המקרקעין על ידי העוררת 1 מאת העורר 2 של המקרקעין נשוא הערר, המסקנה המתבקשת היא כי הצו נשוא הערר נגד העוררת 1 הוצא על ידי המשיב כדין.

בעניינו של העורר 3, עולה במלוא חריפותה שאלת הפער בין נוסחו המקורי של סעיף 2(ה) לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, שקבע כי הממונה על פי הצו לא יעשה שימוש בסמכויותיו אם עברו למעלה משלוש שנים מאז הוחל השימוש בקרקע, לבין הנוסח כפי שתוקן בשנת 2010 ואשר נטען כי יש להחילו בדיעבד (רטרואקטיווי), לפיו הממונה לא יעשה שימוש בסמכויותיו אם חלפו מעל חמש שנים מיום תחילת השימוש.

החלתו בדיעבד של התיקון פוגעת בציפיות הסבירות של המתדיינים בסוגית ההחזקה והשימוש במקרקעין, ובהסתמכותו של העורר 3 עצמו, והיא איננה ראויה – בלא קשר לשאלה האם הוא מחזיק במקרקעין כדין אם לאו.

## החלטה

**השופט סא"ל אייל נון – חבר :**

1. לפנינו ערר על צו שניתן על ידי המשיב ביום 11/6/08 הנוגע למקרקעין בעמק שילה, בסמוך לישוב שבות רחל, וזאת על פי הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), התשס"ז – 2007.
2. לאחר שהתקבצו לתיק הערר סיכומי הצדדים, באה העת למתן החלטתנו בערר זה.
3. וזה יהיה סדר ההחלטה: ראשית נפרט את סדרי ההתדינות בערר, לאחריהם נביא את טענות הצדדים, ובעקבותיהן נביא את ראיות הצדדים וניתוחן, ולאחר מכן את המסגרת המשפטית; ומשיועמדו הראיות בתוך המסגרת המשפטית הראויה להם - נבוא לכלל דיון והכרעה, ראשון - ראשון ואחרון - אחרון.

**השתלשלות הדיונית**

4. כאמור, ראשית חכמה נעמוד על השתלשלות הטיפול הדיוני בתיק.
  5. הערר הוגש ביום 16/7/08; יחד עם הערר הוגשה בקשה למתן סעד זמני שימנע את מימוש הצו ואת פינוי העוררים מן המקרקעין נשוא הערר.
  6. יצוין, כי עם הגשת הערר נכלל בו רק המשיב 1, והמשיב 2 צורף מאוחר יותר.
  7. ביום 24/9/08 הגיש המשיב 1 את תגובתו לערר, במסגרתה עמד על הרקע להתדינות בערר, ובקש לדחות את הערר תוך חיוב העוררים בהוצאות.
  8. ביום 9/6/09 הורה השופט סא"ל ע' פרייז, נגיד ועדות העוררים דאז, כי המשיב 1 יגיב לבקשה למתן סעד זמני עד ליום 16/6/09, וכי דיון בבקשה למתן סעד זמני יתקיים בפני, ביום 23/7/09.
  9. ביום 15/6/09 הגיש המשיב 1 את תגובתו לבקשה למתן סעד זמני, במסגרתה הודיע, כי אינו מתנגד למתן סעד זמני לפיו תמנע הפסקת השימוש המפריע על ידי העוררים.
  10. בעקבות בקשת בא כוח העוררים לדחות את מועד הדיון שנקבע ליום 23/6/09, החליט נגיד ועדות העוררים, ביום 21/6/09, כדלקמן:
- "בפני מונחת בקשת ב"כ העוררים לדחות את הדיון הקבוע ליום 23/6/09, עקב דיון הקבוע לו בפני ערכאה אחרת באותו מועד. בבקשה מצוין כי ניסוח צו המניעה הזמני שצוין בתגובת

המשיב לבקשה לסעד זה, מקובל על העורר, ושכך נותר אך לקיים דיון מקדמי, וזאת במועד אחר.

על רקע האמור, בקשת העוררים לצו מניעה זמני מתקבלת, אך בניסוח שצויין בתגובת המשיב, משמע שהמשיב ימנע מלסלק את מה שמוגדר על ידו כשימוש מפריע מצד העוררים בחלקה נשוא הערר, וזאת עד למתן החלטה לגופו של הערר.

כמו כן, דיון מקדמי לגופו של הערר יתקיים ביום 2/7/09, החל מהשעה 13:00.

11. ביום 2/7/09 התקיים בפני דיון מקדמי בערר.

12. בראשית הדיון, הגיעו הצדדים להסכמה דיונית, לפיה לאור ההתדינות בבית המשפט הגבוה לצדק בענין [בג"ץ 5349/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית](#), שהוא בעל השלכות ונפקויות להתדינות בערר שכותרת, תדחה המשך ההתדינות בערר עד ליום 31/8/09, המשיב 1 יגיש הודעה משלימה עד 1/9/09, והעוררים יהיו רשאים להגיב להודעה עד 15/9/09.

13. המשיב 1 בקש ביום 1/9/09 לדחות את מועד מתן ההודעה המשלימה, ונגיד ועדות העררים נעתר לבקשה זו בהחלטתו מיום 2/9/09.

14. לאחר שלא הוגשה הודעה משלימה עד למועד שנקבע (1/11/09), הוריתי ביום 2/11/09 כי המשיב 1 יגיש הודעה משלימה עד ליום 9/11/09, והעוררים יגיבו להודעה עד ליום 16/11/09; עוד קבעתי כי בהעדר טעם טוב להורות אחרת, יקבע התיק להוכחות.

15. המשיב 1 בקש להאריך את המועד לגשת הודעה משלימה, ובהסכמת הצדדים נעתרתי לבקשה בהחלטתי מיום 19/11/09, בה קבעתי כי המשיב 1 יגיש הודעה משלימה עד ליום 1/12/09, והעוררים יגיבו להודעה עד ליום 15/12/09; בהחלטתי זו שבתי וקבעתי, כי בהעדר טעם טוב להורות אחרת, יקבע התיק להוכחות.

16. המשיב הגיש ביום 2/12/09 הודעה משלימה מטעמו, ובהתאם להסכמת הצדדים, אפשרתי לעוררים, בהחלטתי מיום 6/12/09, להגיב להודעה עד ליום 21/12/09.

17. מאחר ועלתה האפשרות והצורך לצרף משיבים נוספים לערר - תושבים פלסטיניים שטענו כי הם בעלי ענין בקרקע - הוריתי כי אם מבקשים העוררים לצרף תושבים מקומיים פלסטיניים הנוגעים בדבר, יגישו בקשה גם כן עד ליום 21/12/09, תוך המצאת בקשתם למשבי 1 ולמבוקשים לצירוף, והמשיב 1, כמו גם המבוקשים לצירוף, יגיבו לבקשה עד ליום 31/12/09.

18. עוד הוריתי, בהחלטתי האמורה מיום 6/12/09, כי הצדדים ימציאו לועדה את כתבי בית הדין והחלטות בית המשפט הגבוה לצדק במסגרת [בג"ץ 5439/09](#), [פורסם נבנו] ויעבירו ששה מועדים מתואמים לקיום דיוני הוכחות לחודשים פברואר 2010 - אפריל 2010.

19. העוררים אכן הגישו, ביום 8/9/09, בקשה לצירוף תושבים פלסטינים מסויימים כמשיבים בערר, והמשיב 1 הודיע, ביום 16/12/09, כי אינו מתנגד לכך.
20. עם זאת, הצדדים בקשו כי דיון בענין זה יתקיים במעמד הצדדים, ועל כן קבעתי, בהחלטתי מיום 5/1/10, כי יתקיים דיון מקדמי נוסף בערר ביום 23/2/10.
21. ביום 23/2/10 התקיים דיון מקדמי בערר בנוכחות באי כוח כל הצדדים, וכן נציג העוררת 1.
22. בתום הדיון, ובהסכמת הצדדים, הוריתי כי המשיב 2 יצורף כצד לערר, ויגיש את תגובתו לערר עד ליום 30/3/10, והצדדים האחרים יוכלו להגיב לתגובת המשיב 2 עד ליום 20/4/10.
23. עוד קבעתי, כי המשיב 2 יהיה רשאי להגיש בקשה לביטול הסעד הזמני שניתן במסגרת הערר, גם זאת באותה מסגרת זמנים.
24. בהחלטתי בתום הדיון נקבעו גם מועדים להגשת תצהירים, וכן נקבע מועד להוכחות בפני הרכב ליום 6/7/10.
25. ביום 24/5/10 הודיעו העוררים, כי התצהירים שצורפו על ידם לערר יהיו גם תצהירי העדות הראשית מטעמם.
26. המשיב 1 הגיש תצהיר עדות ראשית מטעמו ביום 30/6/10.
27. ביום 29/3/10 הוגשה תגובת המשיב 2 לערר, ועמה בקשה לביטול הסעד הזמני שניתן בערר, ולחלופין לחיוב העוררים בהפקדת ערובה.
28. ביום 28/4/10 הגישו העוררים את תגובתם לבקשה לביטול הסעד הזמני; תגובה לתגובה זו הוגשה על ידי המשיב 2 ביום 13/7/10.
29. המשיב 2 הגיש תצהירים מטעמו ביום 5/7/10, יחד עם בקשה (שהוגשה באותו היום) להורות על הזמנת עדים שונים מטעמו; כן הוגשה על ידי המשיב 2 ביום 5/7/10 בקשה להזמנת מתורגמן.
30. ביום 5/7/10 הוגשה בקשה מטעם בא כוח העוררים לדחית מועד דיון ההוכחות; נגידת ועדות העררים דחתה את הבקשה, וכך גם הורתה באשר לבקשות שהוגשו על ידי המשיב 1 ביום 4/7/10 וביום 5/7/10, לדחות את מועד העדתו של העד מטעמו, משום שזה האחרון לא יוכל להתיצב לדיון.

31. ביום 6/7/10 לא התייצב לדיון איש מטעם העוררים, לרבות לא בא כוחם.
32. בתום הדיון, נתנה החלטה (בהרכב מלא) לפיה העוררים יפקידו 50,000 ₪ כערובה לנוקי המשיב 2 בגין הסעד הזמני; כן קבענו, לאור בקשה מטעם המשיב 2 בענין זה, כי בא כוח העוררים ימסור הודעה בכתב מדוע לא יחויב בהוצאות בגין ביטול זמנם של הועדה ושל המשיב 2.
33. במקביל, נקבע התיק לדיון הוכחות ליום 31/8/10.
34. ביום 22/7/10 קבענו, לאחר שהערובה הופקדה ולאחר שבא כוח העוררים מסר (ביום 11/7/10) הסברים בכתב, כי הצו הזמני ישאר על כנו, וכי לפני משורת הדין לא יוטלו הוצאות על בא כוח העוררים.
35. ביום 31/8/10 התקיים דיון הוכחות בערר שבכותרת; דיון זה התקיים במאוחד עם דיון הוכחות בערר מקביל - ערר 35/08.
36. בהתאם להסכמתם הדיונית של הצדדים, נקבע כי עד העוררים הראל חירוני יעיד עדות משותפת בשני העררים המפורטים לעיל, וכך גם לענין עדותו של עד המשיב 1 – סא"ל יוסף שטרן; ואכן, כך היה.
37. בתום הדיון, נקבע הערר לדיון נוסף, לשם סיום שמיעת הראיות, ליום 3/10/10.
38. ביום 21/9/10 הורתה נגידת ועדות העררים על ביטול מועד ההוכחות שנקבע ליום 3/10/10, וזאת בשל אילוצי יומן הועדה.
39. בעקבות כך, נקבע הערר לדיון הוכחות ליום 23/2/11.
40. ביום 23/2/11 אכן התקיים דיון הוכחות, שבו העיד עד המשיב 2 – אחמד סלימאן ג'בר חטיב, ונחקר בחקירה נגדית.
41. עדים נוספים מטעם המשיב 2 – מוחמד אחמד שחאדה מקבל והמשיב 2 עצמו - לא נחקרו, הראשון לאחר שהעוררים והמשיב 1 ותררו על חקירתם והסכימו כי תצהירו יוגש בלא חקירה נגדית, והשני לאחר שבאת כוח המשיב 2 ותררה על העדתו לאור טענתה כי נפל למשכב.
42. בתום הדיון קבענו, בהחלטת ההרכב, מועדים להגשת סיכומי הצדדים, אשר התארכו מעט בשל שהית באות כוח המשיב 2 בחופשת לידה.

43. סיכומי העוררים הוגשו ביום 11/4/10; סיכומי המשיב 1 הוגשו ביום 22/5/11; סיכומי תגובה מטעם העוררים הוגשו ביום 19/9/11.
44. ביום 14/7/11 קבעה נגידת ועדות העררים כי המשיב 1 יגיב לבקשת המשיב 2 להארכת המועד להגשת הסיכומים מטעמו; בהחלטה נוספת, מיום 18/7/11, האריכה נגידת ועדות העררים את המועד להגשת סיכומי המשיב 2, וזאת לבקשת באות כוחו, עד ליום 31/8/11.
45. הלכה למעשה הוגשו סיכומי המשיב 2 ביום 22/8/11.
46. ביום 11/9/11 הגישו העוררים בקשה לעריכת סיור של הועדה במקרקעין נשוא הערר.
47. המשיב 2 הודיע ביום 13/9/11 כי הוא מתנגד לבקשה; המשיב 1 הודיע ביום 14/9/11 כי גם הוא מתנגד לבקשה.
48. העוררים הגישו, בו ביום, 14/9/11, תגובה להתנגדות המשיב 1 לקיום סיור של הועדה במקרקעין נשוא הערר, ושב וחזרו על בקשתם לקיים סיור כאמור.
49. ביום 18/12/11 שלחה באת כוח המשיב 2 הודעה לתיק הועדה בדבר פסק הדין שניתן בענין [בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית](#), [פורסם בנבו] הודעה שבה ציינה כי נשלח הודעה דומה כבר סמוך לאחר מתן פסק הדין, ביום 21/3/11.

### טענות הצדדים

50. בכתב הערר, טענו העוררים מספר טענות הנוגעות לשימוש במקרקעין נשוא הערר, כדלקמן.
51. לטענת העוררים, המקרקעין נשוא הערר עובדו עוד לפני שנת 1998, על ידי העורר 2, אשר גדל בחלקות חיטה, חמניות וגידולי שדה שונים.
52. לטענת העוררים, ביום 12/1/07 נמכרו המקרקעין נשוא הערר על ידי העורר 2, יחד עם מקרקעין אחרים, לעוררת 1, וזאת בהתאם להסכם מכר (שלא צורף לערר) ויפוי כוח בלתי חוזר מאת העורר 2 לעוררת 1 (שצורף כנספח ב' לערר ללא חלקיו הישימים (אופרטיוויים) – תצלומי אוויר ומפה).

53. העורר 3 הציג, במהלך עדותו בערר ביום 21/2/10, הסכם מכר בינו לבין העורר 2, הנוגע למקרקעין בהיקף של ששה דונם (ע/1).
54. העוררים טענו, כי מאז רכישת הקרקע מעבדת העוררת 1 את הקרקע ומשביחה אותה, ופעלה לנטוע בה כרם, תוך השקעת התשומות המתאימות, וכך גם נטען לענין חלקתו של המשיב 3.
55. עוד פרטו העוררים את ההליכים שקדמו להוצאת הצו נשוא הערר, אל מול המשיב.
56. העוררים תקפו בערר את נימוקי המשיב למתן הצו נשוא הערר (סעיף 11 ואילך לערר).
57. העוררים טענו, כי לא יכלו לצרף תצהיר מטעמו של העורר 2 משום שעזב את האזור, ואילו העוררת 1, המעבדת את השטח תקופה קצרה, לא יכולה היתה להביא ראיה ישירה לעיבוד הקרקע מן התקופה שלפני עיבוד הקרקע, ולכן הביאה את תצהירו של מר הראל חצרוני בלבד.
58. עוד טענו העוררים, כי לא היו חייבים לצרף את הסכם הרכישה, שכן צרפו את יפוי הכוח הבלתי חוזר שעליו חתם המשיב 2 (העוררים 1 – 2 טענו לצירוף חזקות בין העורר 2 לבין העוררת 1).
59. עוד תקפו העוררים את גישת המשיב, לפיה שינוי של אופי עיבוד הקרקע "מאתחל" את מנין התקופות לענין השימוש המפריע על פי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), ושלוש השנים (בעת הגשת הערר; כיום - חמש שנים) שבהן רשאי המשיב לפעול להפסקת השימוש המפריע לשיטתו, מתחילות להמנות מחדש.
60. לבסוף, טענו העוררים כי לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש לפרש על דרך הצמצום חקיקה מסוג הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), הפוגעת בזכות הקנין.
61. כפי שעוד יבואר להלן, חלק מן הטענות שהועלו בערר, הפכו טענות שלכאורה נשמט בסיסן המשפטי, וזאת מאחר ובעקבות החלטת ועדת העררים בפרשת ערר 27/07 לסנס נ' ראש המנהל האזרחי, [פורסם בנבו] תוקן בחודש מרץ 2010 הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), כך שהתקופה של שימוש מפריע במקרקעין שבה ניתן לפנות את המחזיק במקרקעין הוארכה משלוש שנים לחמש שנים, ונקבע כי כל שינוי באופי השימוש יביא לחידוש מנינה של תקופת חמש השנים המאפשרת את הפינוי; תיקון זה, כך טענו המשיבים, הוחל בדיעבד, כך שהוא חל לכאורה גם על ענינם של העוררים.
62. תיקון זה לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), אושרר בפסק הדין בענין בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית, [פורסם בנבו] אך העוררים בסיכומיהם לא התייחסו לענין זה.



63. המשיב 1, בתגובתו לערר, לא פרט את זיהויה של החלקה מעבר להפניה למפות אשר צורפו לצוים נשוא הערר, וגם לא פרט את האתרים (מواقع) בהן שוכנות החלקות באדמות הכפר ג'אלוד.
64. המשיב 1 ציין, כי הטיפול בהוצאת הצוים החל בעקבות פנית באת כוח המשיב 2, אשר הציגה מסמכי בעלות באשר למקרקעין נשוא הערר (סעיף 17 לערר), והטעים, כי העוררים לא צרפו תצהירים מטעמם, ולא צרפו את מסמכי העסקה המקוריים בין העורר 2 לבין העוררת 1.
65. עוד טען המשיב 1, כי לא הונח בסיס להחזקתו של העורר 2 במקרקעין נשוא הערר, ואין גם קשר משפטי של Privity בין העורר 2 לבין העוררת 1, אשר היה יוצר יחסי חליפות ביניהם ומאפשר לעוררת 1 לטעון להמשך העיבוד שבו החל העורר 2.
66. לטענת המשיב 1, רק בשנת 2007 נטע כרם הגפנים במקרקעין, ומשכך הצו נשוא הערר, אשר הוצא בשנת 2008, הוצא כדין.
67. את טענותיו סכם המשיב בכך שלא שוכנע כי לעורר 2 זכות כלשהי על פי הדין החל באזור במקרקעין נשוא הערר.
68. המשיב 1 טען, כי לענין העיבוד המפריע לפי פי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), יש לבחון כל שימוש ושימוש בפני עצמו, וכי מאחר שכך, השימוש במקרקעין היה שימוש מפריע שניתן היה לפעול לגביו לפי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586).
69. עוד ציין המשיב 1 (סעיפים 16 ואילך לכתב התשובה לערר) כי לעורר 2 לא היתה זכות במקרקעין כשלעצמו, ומכאן כי העוררת 1 לא יכלה לרכוש ממנו כל זכות, ובודאי שלא יכולה היתה להשלים עסקת רכישת מקרקעין כדין בהעדר היתר עסקה (הנדרש לפי [הצו בדבר עסקאות במקרקעין](#) [\(יהודה והשומרון\)](#) (מס' 25), התשכ"ז - 1967).
70. המשיב 1 הוסיף וטען, כי המקרקעין נשוא הערר מוחזקים, יחד עם אחרים, על ידי המשיב 2.
71. המשיב 1 ציין בתשובתו, כי מזה למעלה מעשור שאין פלסטינים תושבי אזור עמק שילה יכולים להחזיק במקרקעיהם ולעבד אותן בפועל, בשל התנכלויות של תושבי הישובים היהודיים באזור, ופרט שורת מקרי התנכלות מסוג זה (סעיף 26 לכתב התשובה לערר).
72. לטענת המשיב 1 (סעיף 28 לכתב התשובה לערר), אין מציאות זו יכולה להתישב עם טענות העוררים להחזקה ללא עוררין על ידם.

73. המשיב 2 בתשובתו לערר, טען כי העוררים החלו לעשות שימוש בקרקע רק בשנת 2007.
74. כן טען המשיב 2, כי המשיב 2 ובני משפחתו נהגו בחלקה מנהג בעלים וגידלו בה גידולים עונתיים, דבר שנבצר מהם להמשיך לעשותו רק בשל התנכלויות המתנחלים (התנכלויות אשר לוו בהגשת תלונות למשטרת ישראל על ידו החל משנת 2000 (סעיף 5 לתשובת המשיב 2 לערר).
75. המשיב 2 טען בנוסף על כך כי החזקת העוררים היתה תוך התנגדות מצדו.
76. המשיב 2 הוסיף וטען, כי הוא בעל זכויות במקרקעין נשוא הערר, וצרף כראיה לכך רישומי בעלות במקרקעין על שם אביו, ממרשם המקרקעין, באדמות הכפר ג'אלוד, באתרים (مواقع) אלשבכה (الشبكة) וראס דראע (راس دراع).
77. המשיב 2 טען גם הוא כי עסקאות הרכישה של המקרקעין על ידי העוררים 1, 3, מאת העורר 2 לא הוכחו, ובהעדר יחסי חליפות בין העוררים מתחיל מנין התקופות לענין הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים מחדש עם חילופי החזקות במקרקעין (סעיף 7 לתשובת המשיב 2 לערר); מכל מקום, כך טען המשיב 2, השימושים בחלקות נעשו כולם בעקבות שימוש בכוח ואינם בני עשר שנים (סעיף 7 לתשובת המשיב 2 לערר.
78. המשיב 2 הוסיף וטען בתשובתו לערר כי הותקף על ידי העורר 2 ונפצע בעקבות התקיפה, וזאת בחלקה אחרת שבבעלותו (סעיף 8 לכתב התשובה של המשיב 2 לערר).
79. המשיב 2 טען (סעיף 9 לכתב הערר) כי הראיות שהביאו העוררים אינם מצינות שטח מסוים ואינן מוכיחות שימוש במקרקעין בכלל, ושימוש בחלקה מסוימת בפרט (סעיף 10 לכתב התשובה של המשיב 2 לערר).
80. המשיב 2 הוסיף וטען, כי על פי הפירוש הראוי של הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), כל שימוש שונה, חוזר ונשנה, מאתחל מחדש את מנין התקופות להפעלת סמכויות המשיב 1 על פי הצו (סעיף 11 לכתב התשובה של המשיב 2 לערר).
81. עוד בקש המשיב 2, כי הסעד הזמני שניתן במסגרת הערר לטובת העוררים - יבוטל (כאמור לעיל, בקשה זו נדונה ונתנה בה החלטה בנפרד).
82. בסיכומיהם טענו העוררים, כי אין להחיל את התיקון לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586) בדיעבד, שכן הדבר יביא מיניה וביה לדחית הערר, ובשל הפסלות הגלומה בשינוי הדין בדיעבד (רטוראקטיווית) במהלך ניהולם של ההליכים המשפטיים.
83. עוד הוסיפו העוררים וטענו לבעלות במקרקעין מכוח [סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני](#), 1858, ולחלופין מכוח התישנות דיונית, על פי [סעיף 20](#) לאותו חוק.

84. בנוסף, הפנו העוררים בסיכומיהם להוראת סעיף 10 לחוק התצרוף (שימוש וחזקה) בנכסי דלא ניידים (מס' 49), 1953.
85. בסיכומיהם בערר הוסיפו העוררים וטענו, כי המשיב 2 כלל לא הוכיח את בעלותו במקרקעין נשוא הערר.
86. את טענותיהם אלה עגנו העוררים במסגרת סיכומיהם בניתוח ראיות המשיב 2, וכן בניתוח של עדותו לפנינו.
87. העוררים טענו, כי לאור הפירוט המדויק של גודל חלקותיו הנטענות של המשיב 2, שהיקפן קטן מאוד ביחס לגודל המקרקעין שהוא טוען כי מצויים בבעלותו, והן לאור העובדה כי כל החלקות הנטענות מהוות יחידת קרקע אחת, ובכל זאת הן מחולקות לשלושה נסחי רישום שונים, ללא טעם עניני לכאורה, לא ניתן לקבל כי חלקות הקרקע נשוא הרישום הן אלה הנוגעות למקרקעין נשוא הערר.
88. עוד טענו העוררים, כי המשיב 2 לא הציג את נסחי רישום המקרקעין המקוריים, וגם לא הציג שרשרת ירושה בין אביו (בעליהם הרשום של המקרקעין) לבינו.
89. העוררים בסיכומיהם תקפו גם את טענות המשיב 2 להתנכלויות שמנעו ממנו לעבד את המקרקעין נשוא הערר (סעיף 3 לסיכומי העוררים).
90. בסיכומם של דברים, טענו העוררים כי הוכיחו עיבוד של המקרקעין עשר שנים ויותר בטרם הוצא הצו נשוא הערר, ומשכך לא היה המשיב מוסמך לפעול על פי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586).
91. בסיכומיו טען המשיב 1 כי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586) תכליתו היא שמירה על הסדר הציבורי ומניעת פלישות לרכוש הפרט, וכי בפרשנות הצו יש להעניק להיבט הקנייני משקל מסוים לצד המשקל שינתן להיבט הבטחוני, אך עסקינן בהסמכות מנהלית, שמטרתה מניעת פלישות והשבת הסדר על כנו עד לקבלת הכרעה שיפוטית של בית משפט.
92. המשיב 1 הוסיף, כי נדרשת הוכחת מקור חוקי לזכות הבעלות כתנאי לרכישת בעלות במקרקעין לפי [סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני](#), וכי כל עסקה במקרקעין של חברה טעונה אישור של הרשות המוסמכת לפי [הצו בדבר עסקאות במקרקעין \(יהודה ושומרון\)](#) (מס' 25), התשכ"ז – 1967.
93. עוד נטען על ידי המשיב 1 כי נטיעת עצי פרי, לרבות כרם ענבים, טעונה אישור לפי הצו בדבר פיקוח על נטיעת עצי פרי (יהודה ושומרון) (מס' 1015), התשמ"ב – 1982.

94. המשיב 1 הוסיף וטען, כי אין העוררים רשאים לצרף תקופות של עיבוד וחזקה על ידי מחזיקים קודמים במקרקעין לתקופת החזקה והעיבוד על ידם, בהעדר קשר משפטי של Privity בינם לבין המחזיקים הקודמים.

95. עוד נטען על ידי המשיב 1 כי לאור ריבוי הסכסוכים באזור עמק שילה, לא החזיקו העוררים במקרקעין חזקה "ללא עוררין".

96. המשיב 1 הוסיף וטען, כי העורר 2 הודה בהליך פלילי שנוהל נגדו כי הסיג את גבולם של המשיבים באותה פרשה, ומכאן כי [סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני](#) אינו יכול לחול.

97. באשר להוראת [סעיף 20 לחוק הקרקעות העותמני](#) נטען בסיכומי המשיב 1 כי אין הוראה זו יכולה להקים זכות, והיא יכולה להוות אך מגן מפני הליך משפטי, כך שאין להפעילה בהליך בטחוני מנהלי לסילוק פולש.

98. באשר להחלתו בדיעבד של התיקון לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), טען המשיב 1, כי עסקינן בתיקון שנועד להבהיר את כוונת המחוקק, ועל כן אין כל פסול בתיקון כפי שנערך, שכל שנכלל בו היה תיקון בעל תחולה מיידית (אקטיוויית) למועד חקיקתו של הצו לראשונה - תחולה שנכללה בצו מכלתחילה ומדעיקרא.

99. עוד טען המשיב 1, כי עריכת התיקון במהלך ההליך המשפטי בערר איננה פסולה, שכן נתנה לעוררים האפשרות להתכונן לניהול ההליך תוך הכרת הדין המתוקן.

100. המשיב 1 הוסיף וטען, כי גם אם נראה בתיקון לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586) משום תיקון בעל תחולה בדיעבד (רטוראקטיוויית), הרי שאין זה תיקון פסול, והביא כראיה לתמוך את פסק הדין בפרשת [בג"ץ 1285/93 עזבון שכטר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון](#) (אתר נבו); מכל מקום, טען המשיב 1, משהוראת המחוקק קבעה מפורשות תחולה בדיעבד, הרי שחובה לנהוג על פי הוראה זו.

101. המשיב 1 בסיכומיו טען, כי בהעדר צירופם של מסמכי הרכישה הנטענת של המקרקעין על ידי העוררת 1, ומאחר ולא צורפו אסמכתאות לזכותו של העורר 2 במקרקעין, אין בידי העוררים זכויות במקרקעין כלל.

102. עוד טען המשיב 1 בסיכומיו, כי העורר 2 לא עשה שימוש במקרקעין נשוא הערר, כי אין קשר משפטי המאפשר "צירוף חזקות" בין העוררת 1 לבין המשיב 2, ומכל מקום, השימושים נשוא הערר נעשו רק בשנתיים האחרונות שלפני הוצאת הצו נשוא הערר, ועל כן הצו הוצא כדין.

103. המשיב 1 עמד בהרחבה על הפרכות, לשיטתו, בעדותם של עדי העוררים חצרוני, גז ומלט, ועל הקשיים העולים מן העדויות בכל הנוגע לזיהוי המקרקעין ולקישורם לראיות העוררים.

104. המשיב 1 ציין כי גם על פי עדות העד מטעמו, רק בשנת 2006 או בשנת 2007 החלו הנטיעות במקרקעין נשוא הערר, וכי העיבוד הממשי מטעם העוררת 1 החל רק בשנת 2008.
105. לטענת המשיב 1, לאור הטענות בדבר רכישת המקרקעין על ידי העוררים 1, 3, מאת העורר 2, אין לעורר 2 מעמד בערר כלל, ומכאן כי השאלה היחידה בערר היא מתי החלה העוררת 1 בשימוש במקרקעין.
106. המשיב 1 הוסיף וטען, כי צילומי האויר המראים כי עד שנת 2006 לא עובדו המקרקעין נשוא הערר כלל, הם בגדר ראיה חלוטה, ומאלה עולה, כי עד לשנת 2008 לא עובדו המקרקעין עיבוד של ממש.
107. לשיטת המשיב 1, מאחר והעוררים לא הוכיחו כי החלו בשימוש במקרקעין לפני שנת 2006, הוצא הצו נשוא הערר כדין, ואילו טענותיו של המשיב 2 בכל הנוגע לשימוש שעשה במקרקעין לפני כן לא נסתרו, הרי שהצו נשוא הערר הוצא כדין.
108. לנוכח האמור, בקש המשיב 1 לדחות את הערר ולחייב את העוררים בהוצאות.
109. בסיכומיו טען המשיב 2, כי אין מניעה מהחלתו בדיעבד של התיקון לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), שכן עסקינן בשינוי דיוני ולא מהותי, המהוה הבהרה פרשנית להוראות הצו המקורי, ולא מעבר לכך.
110. המשיב 2 הוסיף וטען, כי אין לקבל יחסי חליפות בין העוררים, לאור הפסיקה בענין זה, כי העוררים חייבים להוכיח מקור חוקי לבעלותם במקרקעין כתנאי להכרה בזכותם לפי [סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני \(בג"ץ 9296/08 מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון נ' ועדת העררים הצבאית, \[פורסם בבנו\] את נבו\)](#), וכי העוררים אינם יכולים להנות מתחולת [סעיף 20 לחוק הקרקעות העותמני](#), בהיותו דין של התישנות מתגוננת להבדיל מהתישנות רוכשת.
111. באשר להשענות העוררים על חוק התצרוף (שימוש וחזקה) בנכסי דלא נידי (מס' 49) על ידי העוררים, טען המשיב 2 כי העוררים עשו שימוש במקרקעין בחוסר תום לב, ועל כן אינם יכולים להנות מתחולתו של דבר חקיקה זה.
112. המשיב 2 בסיכומיו טען כי הוכיח את בעלותו במקרקעין, וכי עדותו יחד עם עדות העדים מטעמו מוכיחות את החזקתו במקרקעין, ואת זיקתו הקנינית למקרקעין, לאחר שנחקר ותשובותיו היו אמינות, עקביות ומפורטות.
113. כן טען המשיב 2 בסיכומיו, כי גם עדות העד מטעם המשיב 1, סא"ל שטרן, מחזקת את טענותיו.

114. המשיב 2 הוסיף וטען, כי יש להעדיף את עדותו ואת עדות העדים מטעמו על עדויות עדי העוררים, וכי כל העדים העידו על הקשיים שהערימו המתנחלים על גישת המשיב 2 והעדים מטעמו למקרקעיהם בעמק שילה.

115. לטענת המשיב 2, משמראים צילומי האויר כי השימוש במקרקעין החל בשנת 2007, הצו נשוא הערר הוצא כדין.

116. ומטענות הצדדים, נעבור לראיותיהם.

### ראיות הצדדים

117. העוררים הגישו מטעמם את תצהיריהם של העדים מר הראל חצרוני, מר גיורא גז ומר בועז מלט (העורר 2).

118. כן הציגו העוררים יפוי כוח בלתי חוזר מאת העורר 2 אל בא כוח העוררת 1, המאפשר לבא כוח העוררת 1 להעביר מקרקעין שבבעלות העורר 2 לעוררת 1, אשר זוהו כדלקמן: "כל הקרקעות אשר מסומנות בתצ"א ובמפה הרצ"ב" (נספח ב' לכתב הערר; המפה ותצלום האויר לא צורפו לכתב הערר או לראיות העוררים).

119. עד העוררים מר הראל חצרוני העיד בדיון ההוכחות שהתקיים ביום 31/8/10.

120. עדותו של מר חצרוני איננה מאפשרת לנו לקבלה כבסיס לקביעת ממצאים בנוגע למקרקעין נשוא הערר, הן משום היא נשענת בחלקה על עדויות שמיעה (עמוד 4 לפרוטוקול הדיון מיום 31/8/10, שורות 37 - 38), והן משום שהעד חצרוני לא ידע לזהות את המקרקעין נשוא הערר בתצלום אויר (עמוד 4 לפרוטוקול הדיון מיום 31/8/10, שורה 28 - 29), אי ידיעה המקשה עלינו לקבל את עדותו, כמי שמעיד על עצמו שהוא מתגורר באזור מאז שנת 1993 או שנת 1994, ואף שמש מזכיר ישוב סמוך במשך מספר שנים.

121. ודוק: אני מוכן לקבל כי העד אכן ראה את העוררים 2 - 3 מעבדים חלקות מסוימות בעמק שילה כפי שהעיד (עמוד 3 לפרוטוקול הדיון מיום 31/8/10, שורות 45 - 47; עמוד 4 לפרוטוקול הדיון מיום 31/8/10, שורות 38 - 41; עמוד 5 לפרוטוקול הדיון מיום 31/8/10, שורות 53 - 54), אך קשר בין עיבודים אלה שאותם ראה העד עצמו, לבין חלקת הקרקע נושא הערר - לא עלה בידי העד להקים, ועל כן עדותו, גם אם היתה מהימנה, תועלתה הראייתית עבור העוררים נמוכה.

122. בדיון ההוכחות שהתקיים ביום 21/2/11 העיד עד העוררים מר גיורא גז.

123. העד גיורא גז העיד כי הוא הרכז החקלאי של העוררת 1, והעיד כי החלקות נשוא הערר (אשר סומנו קר-5, קר-14), מעובדות על ידי החברה, ומהן בראשונה קיים כרם ענבים שנטע בשנת 2007,

ואילו בשניה כרם ענבים המעובד על ידי העוררת בחלק אחד, ואילו בחלק אחר מטע זיתים המעובד על ידי העורר 3 (עמוד 2 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורה 51 – עמוד 3, שורה 13).

124. העד גז הוסיף והעיד כי לא היו סכסוכים עם תושבים פלסטינים באשר לשתי החלקות נשוא הערר (עמוד 4 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורות 3 – 10).

125. בדיון שהתקיים ביום 21/2/11 העיד גם העורר 3.

126. העורר 3 הציג מסמכים לפיהם רכש מן העורר 2 ששה (6) דונם של קרקע (ע/1), אם כי המסמכים לא כללו זיהוי של הקרקע.

127. יצוין, כי המסמכים שהוצגו על ידי העורר 3 מעוררים מספר תהיות, ובין השאר, מעבר לסוגית זיהוי הקרקע, קיים חוסר התאמה במסמכים, באשר מסמך הרכישה נחתם עם גוף בשם "קרן גאולת קרקע שדות אמיר", בעוד חשבונית המס בגין התשלום עבור הרכישה הונפקה על ידי חברת בשם "זמרת ארצנו בע"מ" (ראו גם פרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורות 24 – 34).

128. העורר 3 אשר כי לא דווח על העסקה, ולא בדק את מעמדה המשפטי של הקרקע או את השאלה האם עובדה עיבוד חקלאי עשר שנים קודם לרכישתה על ידו (עמוד 6 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורות 35 – 52); כן אשר העורר כי לא שלם מסים בגין עסקת רכישת הקרקע (עמוד 8 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורות 39 – 41).

129. העד ציין כי התחיל בנטיעת עצי זיתים ועצי פרי בשטח החל מפברואר 2005, וכי לפני הנטיעה האמורה עבד את השטח העורר 2 בגידולים עונתיים (עמוד 4 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורות 4 - 9).

130. העורר 3 העיד כי העיבוד בחלקה שבחזקתו מעולם לא היה שנוי במחלוקת, גם כאשר עובדה לפניו על ידי העורר 2 (עמוד 7 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורות 41 – 51).

131. העורר 3 ציין עוד בעדותו, כי הקרן ליד מדרשת א"י בע"מ היא שהנחתה אותו כיצד לערוך את הליכי הרכישה של הקרקע וכי עיבוד הקרקע נעשה תחת כנפיה של הקרן (עמוד 8 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורה 57 - עמוד 9 לפרוטוקול, שורה 8).

132. במסגרת הדיון שהתקיים ביום 21/2/11 העיד גם העורר 2.

133. העורר 2 העיד כי לא היה עימות עם תושבים פלסטינים בכל הנוגע לקרקעות נשוא הערר (עמוד 9 לפרוטוקול הדיון מיום 21/1/11, שורה 32 – עמוד 10 לפרוטוקול, שורה 6).

134. העורר 2 הוסיף והעיד כי היה מעורב בארועי ירי שונים לשם גירוש רועים שעלו עם עדריהם על קרקעות חקלאיות שעובדו על ידו (עמוד 10 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורה 18 – עמוד 11 לפרוטוקול, שורה 9).

135. העורר 2 העיד כי לא דווח על מכירת הקרקעות על ידו לעוררת 1 ולעורר 3 (עמוד 11 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורות 32 – 41), והוסיף והעיד, כי עבד לפחות 344 דונם של קרקע חקלאית באזור עמק שילה (עמוד 11 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורות 44 – 45).

136. באשר לחלקות נשוא הערר (אשר סומנו כאמור לעיל קר-5 קר-14), העיד העורר 2 כי החל לעבדן החל משנת 1997, ושב וטען כי עיבוד זה נעשה על ידו ללא עוררין (עמוד 11 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורה 56 – עמוד 12 לפרוטוקול, שורה 27).

137. העורר 2 הוסיף והעיד כי התוצרת החקלאית של הקרקע שמשה לתצרוכת עצמית של עדר כבשים שהוחזק על ידו, והיתר נמכר לפי סוג התוצרת (עמוד 13 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורות 18 – 23).

138. העורר 2 העיד כי רועים שעלו עם עדריהם על קרקעות שעבד מעולם לא עבדו קרקעות אלה, אלא רק הגיעו אליהן עם עדרי צאן (עמוד 13 לפרוטוקול הדיון מיום 21/2/11, שורות 28 – 48).

139. כאמור לעיל, המשיב 1 הציג כראיה את מסמכי רישום ומיסוי המקרקעין שהומצאו לו על ידי המשיב 2, וכן את תצהירו של סא"ל יוסף שטרן, אליו צורף תצלום אויר של השטח.

140. העד ובא כוח העוררים התפלמסו ארוכות בשאלה האם העד הוא מומחה לצילומי אויר, אולם בענייננו, ומשאינן מחלוקת בכל הנוגע לעוררת 1, כי צילום האויר מראה כי עד לשנת 2006 לא היה עיבוד של המקרקעין כנטיעת גפנים (ולענין העורר 2 - עד שנת 2005), וזהו שימוש שגם לעינו הבלתי מזוינת של מי שאינו מומחה הוא ניכר לעין, אין משמעות של ממש למחלוקת זו.

141. יש טעם בביקורת העוררים על כך שהעד מטעם העוררים לא היה זה שעסק בנושא בשנים הנוגעות לענין (ולא שמענו שמי שעסק בנושא אינו זמין לעדות), ואולם יש לזכור, כי מרגע שהראה המשיב 1, כי בשנת 2008 נטע על ידי העוררת 1, המודה בכך, כרם גפנים, עובר הנטל לעוררת 1 להראות, כי נעשה קודם לכן עיבוד של המקרקעין במשך שלוש שנים (ולאחר תיקון הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586) – חמש שנים) על ידה או על ידי אדם אחר שהיא באה בנעליו, וזאת לא הוכח כלל, כאמור לעיל.

142. אעיר, כי אני סבור שיש גם טעם בביקורת העוררים על כך, שקביעותיו של העד בענין העדר עיבוד הקרקע לפני שנת 2006 נעשו על סמך בדיקתם של אחרים (עמוד 10 לפרוטוקול הדיון מיום 31/8/10, שורות 25 – 42), ומן הראוי היה שהמשיב יצרף חוות דעת של מומחה לצילומי אויר לצו נשוא הערר, ככל שהדבר נבדק.

143. כן היה מן הראוי, מאחר והעד סא"ל שטרן העיד על סמך דברים שנמסרו לו על ידי פקחי יחידת הפיקוח הכפופים לו, כי המשיב 1 יפעל להביא את הראיה הטובה ביותר שברשותו, דהינו



עדותו של פקח אשר בקר בשטח בשנים הנוגעות לענין (הרלוונטיות), ובמובן זה, לא עשה המשיב 1 את המיטב בהבאת ראיותיו, וכאמור לא נטען בפנינו כי היתה מניעה לעשות כן.

144. עם זאת, לא למותר לציין, כי אפילו עד המשיב 1 הודה, כי אם עובדו המקרקעין – עובדו בידי ישראלים: עמוד 10 לפרוטוקול הדיון, שורות 45 – 50).

145. יצוין, כי בניגוד לעורר 3, העוררת 1, מטעמים השמורים עמה, לא צרפה לערר את הסכם הרכישה, וגם אם נקבל, כי לענין עסקת מקרקעין יכול להיות די ביפוי כוח בלתי חוזר (ואני ער לטענות הדיוניות של המשיב בסיכומיו בדבר אי צירוף יפוי הכוח לתצהירים מטעם העוררת 1), הרי שהעדר הפירוט שנלוה לצילום האויר ואי צירופה של המפה, אינם מאפשרים לנו לקבוע, כי עסקת הרכישה שנערכה בין העוררת 1 לבין העורר 2 נגעה למקרקעין נשוא הערר.

146. מאחר ואין חולק בין הצדדים כי אופי העבוד מצד העוררת 1, השתנה מהותית בשנת 2007, עם נטיעתו של כרם גפנים על ידי העוררת 1, ולענין העורר 3, בשנת 2005, עם נטיעת מטעי זיתים ועצי פרי, אין נודעת משמעות של ממש לשאלה, האם הוכח עיבוד של המקרקעין לפני כן – אם כי מראיות העוררים ניתן לומר שהוצגה ראשית ראייה לכך, כי העורר 2 עבד מקרקעין בעמק שילה בשנים שלפני מתן הצו נשוא הערר, אך שהיו אלה המקרקעין נשוא הערר וכי עבד גם את שתי החלקות נשוא הער (קר-5, קר-14).

147. לו היה צריך לפסוק את הדין על פי שאלת העיבוד בתקופה שקדמה לשנת 2005 בלבד, אני סבור כי היה מקום לפסוק לטובת העוררים בנקודה זו, שכן העוררים אמנם לא הציגו תצלומי אויר, אולם המשיב 1 לא פעל גם הוא לאיסוף התשתית העובדתית, ולא נבדקו – או לפחות לא הוצגו בפנינו – תצלומי אויר של השטח פרט לתצלום המאוחר מאוד שצורף לתצהיר עד המשיב 1 סא"ל יוסף שטרן, והמשיב 1 גם נמנע מלהציג את הראיות הטובות מטעמו, דהינו עדויותיהם של פקחים ששהו בשטח בזמן אמת (המחצית הראשונה של העשור הקודם), דבר הפועל לרעתו, בהתאם לכלל המקובל, לפיו המנעות מהבאת עד יוצרת חזקה כי העד היה מעיד עדות שהיתה מזיקה ראיתית לצד שנמנע מהבאתו.

148. עם זאת, מאחר והתוצאה ביחס לעוררים 1 – 2 בערר זה, בהתאם לפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק בפרשת עבדאלקאדר, נחתכת על פי הכלל המונה מחדש את תקופת העיבוד בכל מקרה של שינוי מהותי באופי העיבוד של הקרקע, אין צורך להכריע בענין זה.

149. ומכאן לראיות המשיב 2.

150. המשיב 2 עצמו לא העיד כלל, לטענת באות כוחו בשל מצבו הבריאותי.

151. אחד העדים מטעמו של המשיב (העד הנוסף הוסכם בין הצדדים שלא יחקר – עמוד 9 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורות 28 – 34), העיד בדיון ההוכחות שהתקיים ביום 23/2/11.

152. העד מטעם המשיב 2, אחמד סלימאן ג'בר חטיב, העיד כי חלקת הזיתים הנטענת של המשיב 2 איננה כלולה בחלקות נשוא הערר (עמוד 2 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורות 8 - 9, שורות 20 - 32).

153. העד לא ידע ליתן הסבר אמין לשאלה, מדוע נרשמה חלקה שהיא חלקה אחת שכולה יחידה חקלאית אחת, כשתי חלקות שונות במרשם המקרקעין, ומדוע שנים משלושת הנסחים שהוצגו זהים כמעט לחלוטין (עמוד 3 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורות 15 - 21, עמוד 4 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורות 11 - 21).

154. עדותו של העד מטעם המשיב 2 לא אפשרה לנו להשתכנע, כי המקרקעין נשוא הערר הם מקרקעין שהיו בבעלות אביו ז"ל של המשיב 2.

155. העד מטעם המשיב 2 לא ידע להסביר, מעבר להסבר הכללי המקובל של השתמטות ממסים, מדוע טוען המשיב 2 לבעלות במקרקעין בהיקף של 150 דונם, בעוד מסמכי רישום המקרקעין שהציג כוללים בעלות לכל היותר במקרקעין בהיקף של 32 דונם (עמוד 6 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורות 34 - 42) (על פי מסמכי הרישום עסקינן בקרקע בהיקף מצרפי של 31.530 דונם).

156. יש לזכור, כי מסמכי הרישום שצרף העורר לא היו מסמכי מיסוי מקרקעין (מאליה) אלא מסמכי רישום מקרקעין של ממש (טאבו), ובהתאם לכך, כפי שאכן טען בא כוח העוררים, רישום המקרקעין בהם היה מדויק ביותר, עד לספרה השלישית אחרי הנקודה (כלומר עד לרמת המטר הרבוע), ולא מעוגל, כפי שנעשה בדרך כלל במסמכי מיסוי המקרקעין.

157. כמו כן, התברר במהלך הדיון כי נסחי מרשם המקרקעין המקוריים (הטאבו) מצויים בידי העד אך לא הוצגו כלל (עמוד 3 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורות 45 - 48).

158. העד מטעם המשיב 2 העיד, כי סבל מהתנכלויות של מתנחלים, לרבות העורר 2, אך מאידך ציין, כי אינו מכיר את העורר 2, ולא ראה אותו מעולם (עמוד 5 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורה 19).

159. ענין אחרון זה הוא בעל חשיבות של ממש, שכן בכתב התשובה לערר של המשיב 2 הועלו טענות חמורות כלפי העורר 2, והנה במהלך שמיעת הראיות מתברר כי לא דובים ולא יער.

160. לא למותר לציין, כי עד המשיב 2 העיד, כי עד שנת 2007 גם ממנו לא נמנעה הכניסה למקרקעין, והוא אף נכנס אליהם בפועל (אני מניח כי הכוונה למשיב 2 עצמו), דהינו כי לא נמנע מן המשיב 2 הגישה לחלקות הקרקע (עמוד 5 לפרוטוקול הדיון, שורות 25 - 26).

161. זאת ועוד, מעדות עד המשיב 2 עלה, כי תלוונת שהוגשו על התנכלויות של מתנחלים למשטרת ישראל כבר החל משנת 2000, ואשר צורפו הן לכתב התשובה של המשיב 2 לערר והן לתצהירו של העיד, התיחסו לחלקות קרקע אחרות ולא לחלקות נשוא הערר, שכן בחלקות נשוא

הערר מעולם לא טופחו זיתים, לטענת העד, ואילו התלונות התיחסו לפגיעה בעצי זיתים (עמוד 4 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורה 21 – עמוד 5 לפרוטוקול, שורה 3).

162. העד מטעם המשיב 2 גם הודה בעדותו, כי לא הגיש כל תלונה למשטרת ישראל (או בכלל), משנת 2004 ואילך (עמוד 5 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורות 41 - 45).

163. בתום עדותו של העד מטעם המשיב 2, הודיע בא כוח העוררים כי הוא מוותר על חקירתו של עד המשיב 2 מוחמד אחמד שחדה מקבל, ומסכים להגשת תצהירו בלא חקירה נגדית (עמוד 6 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורות 3 - 4).

164. באת כוח המשיב 2 הודיעה, כפי שכבר הוזכר, כי המשיב 2 לא יעיד, והוסיפה כי יש לראות את עדות העד מטעמו של המשיב כעדות המשיב 2 עצמו:

"המשיב עיזאת ג'בר חטיב אושפו אתמול. מדובר באדם מעל גיל 80, המצב הפיזי שלו לא טוב. אחמד העיד בבעלים של האדמה הוא חוזר על אותם דברים של המשיב 2, ויפה את כוחו של משיב 2 [ככל הנראה הכוונה לעד חטיב - א.נ.] לשמש כמשיב. בנסיבות המקרה ועל מנת לחסוך בזמן שיפוטי יקר, אני מוותרת על העדת המשיב."

(עמוד 6 לפרוטוקול הדיון מיום 23/2/11, שורות 5 - 9).

165. בתום הדיון שהתקיים ביום 23/2/11 הסתיימה פרשת הוכחות בערר שבכותרת, ונתנה החלטה בדבר הגשת סיכומים, כפי שכבר הוזכר לעיל.

### ניתוח העדויות

166. עדותו של העד חטיב מטעם המשיב 2 יכולה לשכנע לכל היותר כי אכן בבעלות אביו ז"ל של המשיב 2 היו חלקות קרקע בעמק שילה בהיקף של 31.530 דונם, אך מה היו חלקות אלה, היכן מוקמו, איזה עיבוד נעשה בהן, ומה היה מיקומן - לכך לא הובאו ראיות.

167. ודוק: ראיות כאלה, באמצעות מפות מדידה, תצלומי אוויר במידת הצורך, ופירוט של חלקות השכנים מארבע כנפות השמיים, מובאות תדיר, הן בפני הועדה לרישום ראשון, והן בפנינו; משלא הובאו עדויות כאלה מטעמו של המשיב 2, לא נוכל לקבוע קביעה מודעת וחיובית (פוזיטיווית), כי המקרקעין נשוא הערר היו בבעלות אביו ז"ל, או כי יש לו זיקה כלשהי לחלקות אלה.

168. לכך מצטרפת כמובן העובדה, כי המשיב 2 לא המציא ראיה לשרשרת הירושה הקניינית בין אביו לבינו, והרי יתכן שמכוח צוואה אין המשיב 2 יורש כלל, ואם ירש מכוח דיני הירושה (האזרחיים או השרעיים), יתכן שהיקף ירושתו (המנה מכלל נכסי העזבון) נמוך בהרבה מהיקף המקרקעין שהיו בבעלות אביו.

169. גם המבקשים להעזר בעדות שכן למקרקעין, חייבים ראשית חכמה למקם בשטח את חלקתו של השכן, ואזי עדות של השכן, המעיד כי שכנו בחלקתו הצמודה (מכיוון שעל העד להצביע עליו בשושנת הרוחות) עבד את המקרקעין במקביל אליו, בתקופה כזו או אחרת, יכולה להועיל; ואולם בענינו לא כך נעשה, ועל כן עדותו של העד מטעם המשיב 2 איננה מעלה ואיננה מורידה.

170. ראויה לביקורת העובדה, כי המשיב 1 קבע, עוד בטרם הוצאו הצוים נשוא הערר, כי המקרקעין נשוא הערר הן בבעלות תושבים פלסטיניים מקומיים, כאשר לאחר בחינת החומר שהוצג על ידו ועל ידי אותם תושבים, ברור שעל יסוד חומר זה לא ניתן לקבוע כי אותן חלקות נשוא הערר (קר-5, קר-14) הן בבעלות המשיב 2 או כל תושב פלסטיני אחר.

171. באשר לעדויות מטעם העוררים, ניתן לומר כי מעדויות אלה עולה כי העורר 2 עבד עיבוד חקלאי של שטחים נרחבים בעמק שילה, בהיקף העולה על שטחי החלקות נשוא הערר, אך האם עובדו על ידי המשיב 2 החלקות נשוא הערר (קר-5 ת קר-14) לא נוכל לקבוע, בהעדר ראיות מדויקות מצד העוררים בענין זה.

172. העורר 3, על פי דבריו שלו, רכש קרקע מהעורר 2 בהיקף של 6 דונם, ועבד בעצמו קרקע בהיקף של 40 דונם מאז שנת 2005.

173. הצדדים טענו, זה בכה וזה בכה, באשר לצירוף תקופות העיבוד, בין העורר 2 לבין העוררת 1, לענין כרמי הענבים שבהם מחזיקה העוררת 1, ובין העורר 2 לבין העורר 3 לענין מטע הזיתים ועצי הפרי שנטע, ואולם לאור הכללים שנקבעו בצו דבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, לרבות בדיעבד, ואישורם על ידי בית המשפט הגבוה לצדק בפסק דינו בפרשת עבדאלקאדר, אין עוד חשיבות לשאלה זו, ועל כן אין צורך בהכרעתנו בה.

174. גם טענות העוררים בדבר ישומו של סעיף 10 לחוק ההחזקה (התצרוף) בנכסי דלא נידי (מס' 49), 1953, אין בה ממש, שכן על פי הרישא לסעיף, אחד התנאים לתחולתו על הנוטע במקרקעין הזולת הוא שאותו נוטע החזיק בקרקע על פי שטר רישום - וכזאת לא היתה בענינו.

175. לסיכום חלק זה, ראיות הצדדים מחייבות, לעניות דעתי, את המסקנות הבאות:

א. לא הוכח עיבוד המקרקעין נשוא הערר על ידי העורר 2 (להבדיל מעיבוד קרקעות באופן כללי בעמק שילה על ידו).

ב. לא הוכח שהקרקע נשוא הערר נמכרה על ידי העורר 2 לעוררת 1.

ג. לא הוכח כי המשיב 2 הוא בעלים של מקרקעין כלשהם בעמק שילה, בהעדר ראיה לשרשרת הירושה הקניינית בינו לבין אביו ז"ל.

ד. לא הוכח כי אביו ז"ל של המשיב 2 היה הבעלים של המקרקעין נשוא הערר, או חלקם.

ה. הוכח – ולמעשה הוסכם - כי העוררת 1 קבלה את החזקה בקרקע בשנת 2007, וכי החלה בעיבוד משמעותי של הקרקע (כרם גפנים) בשנת 2008.

ו. הוכח כי העורר 3 קבל את החזקה בקרקע בשנת 2004, ונטע בה זיתים ועצי פרי החל משנת 2005.

176. מן הראוי לציין, בטרם סיום חלק זה, כי איש מן הצדדים לא התיחס כראוי לרישומי הבעלות במקרקעין שהוצגו על ידי המשיב 2, ואשר גם המשיב הסתמך עליהם.

177. מרישומים אלה עולה, כאמור, כי לכל היותר, על פיו חלקי הבעלות שהיו בבעלותו, היה יכול אביו ז"ל של המשיב 2, כאמור, להיות בעליהם של 31.530 דונם בעמק שילה (חישוב מתמטי פשוט על פי גודל החלקות במסמכי רישום המקרקעין שהציג), בעוד גודל החלקות נשוא הערר, אליבא דכולי עלמא, הוא 126 דונם.

178. כלומר, שגם לו היו טענות המשיב 2 מוכחות, לכל היותר היה הדבר יכול להתיחס פחות מחמישית משטחי המקרקעין נשוא הערר, ולא יותר מכך.

179. יתרה מזו, המשיב, אשר טוען כי פעל על סמך תלונת המשיב 2, לא עשה גם הוא את הנדרש על מנת למקם בשטח את חלקות אביו ז"ל של המשיב 2, והתוצאה היא, שלא רק המשיב 2 לא ידע למקם חלקות אלה בשטח המקרקעין נשוא הערר, אלא שגם המשיב 1 לא ידע לעשות זאת, ובכל זאת בכתב התשובה לערר טען המשיב 1 כי המשיב 2 הוא בעליה של הקרקע נשוא הערר.

180. זוהי קביעה, מצד המשיב 1, הראויה לביקורת, שכן נעשתה בלא בחינה רצינית של המסמכים והאסמכתאות שהציג המשיב 2 (אלא אם יתברר כי בידי המשיב 1 אסמכתאות שלא הציג בפנינו, ואני מקוה מאוד שלא זה המצב).

181. לענין זה, רמת הציפיות מן המשיב 1, שהוא רשות ציבורית ורשות מנהלית, הינה גבוהה יותר מרמת הציפיות מן המשיב 2, שהוא אדם פרטי, קל וחומר כאשר המשיב 1 עושה שימוש בצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), דין נוקשה ומוקשה, ויש שיאמרו אף דרקוני.

182. אמנם, אין הדבר מונע הוצאת צו על ידי המשיב לפי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), אם נודע לו על שימוש מפריע במקרקעין, כהגדרתו בדין, ואולם מן המשיב 1, שהוא כאמור רשות מנהלית, מצופה כי יערוך את בדיקותיו - כמצוות כלל הראיה המנהלית - על יסוד בחינה מעמיקה ויסודית יותר, ולא כפי שנעשה במקרה נשוא ערר זה.

183. במאמר מוסגר אעיר, כי לאור החומרה והדרקוניות הרבה של הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), יתכן שמן הראוי להגביל את השימוש בכלי משפטי חריג זה רק למקרים המתאימים לתכלית לשמה הוחק (כפי שגם מעיד שמו, להבדיל מתוכנו) – הגנה על מקרקעין פרטיים של פלסטינים, תושבים מקומיים, שהם בגדר אוכלוסיה מוגנת בשטח מוחזק, ולצורך זה, בטרם יעשה שימוש בכלי משפטי זה, יהא על המשיב 1 לאכן ולקבוע את מיקום הקרקע של אותו תושב מקומי ואת היקף בעלותו בקרקע (ראו והשוו [בג"ץ 9732/11 בכרי נ' ועדת העררים הצבאית באזור יהודה ושומרון](#), אתר נבו).

184. אין הכוונה, כמובן, שעל המשיב 1 להמנע מלטפל במקרי של פלישה למקרקעין בהעדר פגיעה במקרקעין פרטיים של פלסטיני תושב מקומי, ואולם למקרים אחרים יש בידי המשיב 1 והכפופים לו די והותר כלים משפטיים מתאימים, המופעלים תדיר, פרט לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586).

185. מאחר ולא שמענו טיעון מפורט בעניו זה, אינני מציע כל מסקנה בהקשר זה, ומותיר את הדברים כהערה לעת מצוא.

186. כך או כך, כשבאמתחתנו מסקנות וממצאים כאמור לעיל על יסוד הראיות שהובאו בפנינו, נוכל לפנות אל המסגרת המשפטית ואל ישומה אל עובדות המקרה.

### המסגרת המשפטית

187. על פי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), שימוש מפריע במקרקעין פרטיים מוגדר ככל שימוש שהוא, בכל מקרקעין שאינם מקרקעי מדינה.

188. על הצגת הצו כאילו הוא נועד להגן על מקרקעין פרטיים של אוכלוסיה מוגנת בשטח מוחזק בתפיסה לוחמתית, כמשמעותה במשפט הבינלאומי הפומבי, בעוד בפועל תחולתו היא רחבה הרבה יותר, כמעט ללא גבולות, כבר עמדתי במקום אחר (ראו סעיף 6 לחוות דעתי בענין ערר 27/07 לסנס נ' ראש המנהל האזרחי), ועל כן לא אשוב ואדרש לכך במסגרת זו.

189. בענין ערר 27/07 לסנס נ' ראש המנהל האזרחי, [פורסם בנבו] נפסק, ברוב דעתו של שנים מחברי הועדה (החתום מטה והשופט חבר הועדה סרן (כדרגתו אז) מ' בן דוד), וכנגד דעתו החולקת השופט של חבר הועדה סרן (כדרגתו אז) א' קידר, כי שינוי באופי השימוש במקרקעין - באותו מקרה, מעבר משימוש בעצימות (אינטנסיוויות) נמוכה לשימוש בעצימות גבוהה, איננו מאתחל את מנין שלוש השנים שהיו קבועות באותה עת בצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586) כתנאי למתן צו בדבר שימוש מפריע על ידי המשיב 1.

190. מאחר ורוב חברי ההרכב בפרשת ערר 27/07 לסנס נ' ראש המנהל האזרחי [פורסם בנבו] סבר כי לא היתה ראייה מספקת בידי המשיב דשם (שהוא גם המשיב 1 שלפנינו) כי השימוש המפריע החל פחות משלוש שנים ממועד מתן הצו בדבר שימוש מפריע, קבע הרוב שיש לקבל את הערר.

191. כנגד החלטה זו הוגש עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק - בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית [פורסם בנבו] – ובמהלך הדיונים בעתירה, נערך תיקון לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, שבמסגרתו תוקנו מספר הוראות בצו, תוך שנטען כי יש להחיל התיקון בדיעבד, ועל יסוד תיקון זה, הודיע המשיב לבית המשפט הגבוה לצדק כי החליט שלא לקבל את החלטת ועדת הערר בענין ערר 27/07 לסנס נ' ראש המנהל האזרחי, [פורסם בנבו] שמעמדה הוא מעמד של המלצה בלבד.

192. וכך תוארה השתלשלות העניינים בפרשת עבדאלקאדר על ידי בית המשפט הגבוה לצדק:

"עתירת העותרים נידונה בפני בית משפט זה ביום 23/11/2009 (הנשיאה ד' ביניש והשופטים א' פרוקצ'יה וע' פוגלמן). בתגובתה לעתירה, וכן במהלך הדיון עצמו, הבהירה המדינה כי אף היא סבורה כי נפלו כשלים במסקנותיה המשפטיות של הועדה. בנוסף, בקשה המדינה שהות לתקן את הצו שמכוחו ציווה ראש המנהל האזרחי על פיניו של המשיב 3: הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה ושומרון) (מס' 1586), התסס"ז – 2007 (להלן: צו שימוש מפריע במקרקעין).

מטרת התיקון הייתה בעיקרה לעגן בצו את הפרשנות שראש המנהל האזרחי סבר שיש ליתן לו, לפיה שינוי מהותי באופי השימוש המפריע ובהיקפו יביא למניין מחדש של פרק הזמן בו רשאי ראש המנהל להורות על הפסקת השימוש. הצו תוקן במרץ 2010, ולאחריו הודיע ראש המנהל האזרחי כי נוכח השגיאות השונות שנפלו בהחלטת הועדה ונוכח תיקון הצו כאמור, כוונתו להענות לסעד השני שהתבקש בעתירה ולדחות את החלטתה של ועדת העררים."

193. בעקבות התיקון שנערך בצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), החל מחדש מרץ 2010, היה נוסחו של סעיף 2 לצו כדלקמן:

"(א) 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 בשימוש במקרקעין הפרטיים משום שימוש מפריע במקרקעין פרטיים.

(ב) לא הוגש תצהיר כאמור בסעיף קטן (א), רשאי הממונה או מי מטעמו להפסיק את השימוש במקרקעין הפרטיים ולסלק כל דבר שיש בו כדי להוות שימוש מפריע במקרקעין פרטיים.

(ג) הוגש תצהיר כאמור בסעיף קטן (א), והחליט הממונה כי אין באמור בו משום הוכחה מספקת כי השימוש במקרקעין הפרטיים אינו שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, רשאי הוא או מי מטעמו, לאחר שחלפו 15 ימים ממועד מסירת החלטתו, להפסיק את השימוש המפריע במקרקעין הפרטיים ולסלק כל דבר שיש בו כדי להוות שימוש מפריע במקרקעין פרטיים.

(ד) על החלטת הממונה לפי סעיף קטן (ג) ניתן להגיש ערר לועדת העררים שהוקמה לפי הצו בדבר ועדות עררים (אזור יהודה ושומרון) (מס' 172), התשכ"ח – 1967.

(ה) הממונה לא יפעיל סמכויותיו לפי סעיף זה, אם התברר לו כי במועד מסירת דרישתו לפי סעיף קטן (א) חלפו מעל חמש שנים ממועד תחילתו של השימוש המפריע במקרקעין הפרטיים. מניין חמש השנים ימנה מחדש אם חל שינוי מהותי באופי השימוש המפריע במקרקעין הפרטיים.

לעניין סעיף קטן זה -

"שינוי מהותי באופי השימוש המפריע" - שינוי של ממש באופי השימוש המפריע במקרקעין פרטיים, לרבות מעבר בין סוגי שימוש במקרקעין פרטיים, הוספת אחד או יותר מסוגי שימוש במקרקעין פרטיים, הרחבת שטח השימוש המפריע במקרקעין פרטיים, או מעבר משימוש חד פעמי או פעוט לשימוש נמשך במקרקעין פרטיים."

194. נוסח מתוקן זה של הצו, כך נטען על ידי המשיבים, הוחל בדיעבד ממועד חקיקתו של הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), דהינו מאז שנת 2007.

195. השינויים המרכזיים היו שני שינויים שמטרתם היתה לשנות את תוצאתו של הליך משפטי בעודו מתנהל (והדברים נאמרו מפורשות על ידי המשיב בתשובתו לבית המשפט הגבוה לצדק, כפי שבואר לעיל), ענין בעיתי למדי, שהרי אם יש עקרון גדול בשיטת משפט מתוקנת, הרי הוא שאין לשנות תוצאה משפטית אליה הגיעה ערכאה שיפוטית לרעתו של צד שהתדין באותו הליך, להבדיל משינוי כללי של הדין, שלא יגרע מזכויותיו של צד שזה בדינו בהליך, ולא שלא ראינו שמהלך פסול מסוג זה נעשה במדינת ישראל (ראו המקרה הידוע של [בניצ 114/77 שורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא\(2\) 800](#); ראו והשוו הסיפא לפסק דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין בענין [ע"ם 7335/10 קצין התגמולים נ' לופר](#), אתר נבו).

196. לא למותר לציין, כי בית המשפט הגבוה לצדק לא נדרש במפורש לענין זה בפרשת [עבדאלקאדר](#), והסתפק בכך שמצא, כי "אין להדרש עוד" לשאלת החלתו בדיעבד של התיקון לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586).

197. וכך נקבע בפרשת [עבדאלקאדר](#) (מפי כבוד הנשיאה ד' ביניש) בענין זה:

"צו שימוש מפריע מסדיר באורח אקטיבי מצב קיים של שימוש מפריע במקרקעין פרטיים ואינו משפיע על מצבת הזכויות באותם מקרקעין, כל שכן אינו פוגע בזכויות מוקנות או באינטרס הסתמכות לגיטימי כלשהו. המשיב 3 לא יכול היה להסתמך על כך שראש המנהל האזרחי ימנע מליזום בעתיד תיקוני חקיקה שישנו את נהלי אכיפת החוק באזור, אף לא כי יקבל בהכרח את המלצתה של ועדת העררים, בשים לב לסמכות המוקנית לו שלא לעשות כן. ממילא התקבלה ההחלטה בעניינו של המשיב 3 עוד מכוח הצו שקדם לתיקון ונראה כי היא מתיישבת עם תכליותיו ולשונו המפורשת של הצו גם קודם לחידוד שבוצע בו במסגרת תיקונו.

מכל מקום, משנמנע המשיב 3 מלעתור בשעתו כנגד תיקון הצו או כנגד החלטת ראש המנהל לדחות את החלטת ועדת העררים, אף שניתנה לו שהות לעשות כן הן מידי ראש המנהל, הן מידי ועדת העררים, ומשנמנע מלטעון מפורשות לענין זה לפנינו, איני רואה להדרש עוד לענין זה."

198. עולה השאלה, האם קיים צורך לדון בענין זה בערר שבכותרת, וזאת מאחר ושינוי זה לא בוקר על ידי בית המשפט הגבוה לצדק, ומאידך לא שמענו טענה משפטית מפורטת מצד העוררים בסוגיה זו; יוזכר, כי בפרשתנו, בניגוד לענין [ערר 27/07](#) לסנס נ' ראש המנהל האזרחי, [פורסם בנבו] השימוש במקרקעין היה בן פחות משלוש שנים עת הוצא הצו נשוא הערר מצד העוררת 1, וכן למעלה משלוש שנים אך נמוך מחמש שנים מצד העורר 3.

199. משכך, השאלה המשפטית האמורה היא ממין הענין לצורך ההכרעה בערר רק בענינו של העורר 3, ועל כן נתיחס להלן לענינו בהקשר זה.

200. כאשר השימוש המפריע במקרקעין החל למעלה משלוש שנים ופחות מחמש שנים לפני מועד מתן הצו בדבר שימוש מפריע על ידי המשיב, או שנעשה שינוי בעצמות (אינטנסיוויות) השימוש למעלה משלוש שנים לפני מועד מתן הצו, תעלה שאלת החלטה של הלכת בית המשפט הגבוה לצדק



בפרשת עבדאלקאדר על הליכים תלויים ועומדים, שאלה המעלה סוגיות משפטיות נכבדות (שאלת תחולתה בזמן של הלכה חדשה איננה חדשה: נושא זה נדון בענין רע"א 8925/04 סולל בונה בע"מ נ' עבד אלחמיד (אתר נבו), שעסקה בהשפעתה של הלכת עזבון אטינגר (ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח בע"מ, פ"ד נח(4) 486) על תביעות תלויות ועומדות).

201. כפי שאמרתי לעיל, לגישתי, בפרשתנו אין צורך להדרש לסוגיה זו בענינה של העוררת 1 אלא רק בענינו של העורר 3, שכן, כאמור, התשתית העובדתית איננה מאפשרת אלא את ההכרעה כי הצו נשוא הערר הוצא בענינה של העוררת 1 על יסוד שימוש במקרקעין שהחל פחות משלוש שנים בטרם מתן הצו.

### דיון והכרעה

202. כאמור לעיל, המשיב 2 לא הוכיח את בעלותו במקרקעין נשוא הערר, אלא לכל היותר את בעלות אביו ז"ל במקרקעין בהיקף מרבי של 31.530 דונם באזור עמק שילה - אשר מקומם המדויק לא הוכח.

203. עם זאת, הכרעתו של המשיב 1 שעל יסודה הוצא הצו נשוא הערר נבעה מכך שאין חולק כי החל משנת 2007 עבדה העוררת 1 את המקרקעין נשוא הערר ונטעה בו כרם גפנים, ולענין זה העדר הוכחת הבעלות במקרקעין אינה מעלה ואינה מורידה, לאור ההגדרה הרחבה מאוד של "מקרקעין פרטיים" בצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), הכוללת למעשה כל קרקע שאיננה בבעלות המדינה, ולא דווקא קרקע שהוכח כי היא באמת ובתמים קרקע פרטית.

204. על מנת שתוכל העוררת 1 "להנות" מעיבוד המקרקעין על ידי העורר 2, היה עליה להראות שנים אלה:

א. כי העורר 2 עבד את המקרקעין ברציפות עד שהעביר בהם את החזקה לידיה.

ב. כי נערכה בין העורר 2 לעוררת 1 עסקת מקרקעין ביחס לאותם מקרקעין מסוימים.

205. כפי שצוין בפרק ניתוח הראיות לעיל, העוררת 1 לא עמדה בנטל זה.

206. העוררת 1 לא הוכיחה כי העורר 2 עבד את המקרקעין נשוא הערר ברציפות (להבדיל מכך שהעורר 2 עבד קרקעות כאלה או אחרות בעמק שילה תקופה ארוכה, ענין שיתכן וניתן היה לקבלו).

207. העוררת 1 לא הוכיחה כי העורר 2 מכר לה את המקרקעין נשוא הערר, להבדיל מהוכחה שמכר לה מקרקעין כלשהם, וגם בענין אחרון זה, אי הצגת מסמכי העסקה בין העורר 2 לבין העוררת 1 אומרת דרשני ומעוררת קושי.

208. מן הראוי להתייחס בקצרה גם לשתי סוגיות שהועלו מטעם המשיבים במסגרת סיכומיהם.

209. הסוגיה הראשונה נוגעת לטענתו של המשיב 1 כי בהעדר היתר עסקה לרכישת המקרקעין על ידי העורר, אין העסקה שנערכה בין העוררת 1 לבין העורר 2 חוקית ואין לה תוקף כלשהו.

210. נראה לי, כי לצורך הוכחת שימוש במקרקעין, וקביעת רצף של שימוש בין שני מחזיקים חליפיים, אין צורך בהיתר לעסקה (ענין המחויב הגשת בקשה מתאימה, ולעתים אף דיון בועדה לרישום ראשון), אלא די בהבאת ראיה על קיומה של עסקת אמת בין מוכר מרצון לקונה מרצון; ענין זה נובע גם מתכליתו של הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), אשר ענינה טיפול בהחזקה במקרקעין ולא בבעלות במקרקעין, אך לגישתי אין צורך להכריע גם בענין זה בערר זה.

211. הסוגיה השנייה נוגעת לטענת שני המשיבים, לפיה על מנת שמחזיק במקרקעין יוכל להנות מרצף של עיבוד במקרקעין בינו לבין מחזיק קודם במקרקעין, חייב להתקיים בין שני המחזיקים קשר של Privity.

212. דומני כי בענין אחרון זה מכירים המשיבים פנים לחומרה בסוגיה, שכן מונח זה נוהג בתחום מעשה בית הדין, לענין חיוב של חליפו של צד להליך בהכרעה שהתקבלה בהליך (או למשל ע"א 258/88 פיקטנבוים נ' רשם המקרקעין, פ"ד מד(2) 576, 580 – 581; ע"א 165/76 רשות הפיתוח נ' עזאם, פ"ד ל"א (1) 253), וספק אם יש להחילו על מחזיקים לפי הצו בדבר שימוש מפריע; גם ענין זה, משאינו דרוש הכרעה, יש להותירו לעת מצוא.

213. כך או אחרת, בהעדר ראיה מצד העוררת 1 לנטען על ידם – עיבוד העולה על שלוש שנים, ועסקת רכישה של המקרקעין על ידי העוררת 1 מאת העורר 2 של המקרקעין נשוא הערר, המסקנה המתבקשת היא כי הצו נשוא הערר נגד העוררת 1 הוצא על ידי המשיב כדין, וכך אציע לחברי לקבוע.

214. באשר לעורר 3, הדרישה מטעם המשיב 1 להפסקת השימוש המפריע נשלחה ביום 27/7/08, בעוד מטעם הזיתים ועצי הפרי נטע לא יאוחר מחודש מרץ 2005.

215. בכך עולה במלוא חריפותה שאלת הפער בין נוסחו המקורי של סעיף 2(ה) לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, שקבע כי הממונה על פי הצו לא יעשה שימוש בסמכויותיו אם עברו למעלה משלוש שנים מאז הוחל השימוש בקרקע, לבין הנוסח כפי שתוקן בשנת 2010 ואשר נטען כי יש להחילו בדיעבד (רטרואקטיווית), לפיו הממונה לא יעשה שימוש בסמכויותיו אם חלפו מעל חמש שנים מיום תחילת השימוש.

216. אני סבור, כי החלתו בדיעבד של התיקון פוגעת בציפיות הסבירות של המתדיינים בסוגית החזקה והשימוש במקרקעין, ובהסתמכותו של העורר 3 עצמו, והיא איננה ראויה – בלא קשר לשאלה האם הוא מחזיק במקרקעין כדין אם לאו.

217. אבאר את הדברים.

218. כאשר החל העורר 3 לעבד את המקרקעין שכיום בחזקתו, בשנת 2005, הדין בענין פינוי מחזיקים בקרקע שלא כדין באזור יהודה ושומרון, לרבות פולשים, לא כלל את הצו בדבר שימוש מפריע בנכסים פרטיים.

219. מכאן, שלעורר 3 לא יכולה היתה להיות ציפיה שיחוקק או שלא יחוקק צו מעין זה (כפי שגם ציין בית המשפט הגבוה לצדק בפרשת עבדאלקאדר), ומה תהיה תקופת השימוש המרבית במקרקעין שלאחריה לא ניתן יהיה עוד לעשות שימוש בצו (אגב, ראוי להזכיר כי בהמלצות שעל יסודן נחקק הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים הוצע כי שימוש של **עד שנה** במקרקעין, ולא יותר, יאפשר פינוי מחזיק לפי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, דהיינו גם "מכונני" הצו סברו, כי הסמכות שנקבעה בו היא דרקונית: ראו סעיף 122 לפסק דינו של השופט סרון מ' בן דוד בענין ערר 27/07 לסנס נ' ראש המנהל האזרחי, אתר נבו).

220. מאחר ולא היתה הסתמכות שלא יחוקק צו מסוגו של הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, לא יכולה היתה להיות הסתמכות על כך שהתקופת השימוש המרבית לשימוש במקרקעין שתאפשר הוצאת דרישה לפינוי המקרקעין על ידי המשיב 1 תהיה דווקא שנה אחת (כפי שהומלץ), או שלוש שנים (כפי שנקבע לראשונה כאשר נחקק הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים לתקופה) או חמש שנים (כפי שנקבע בתיקון משנת 2010, אשר נטען על ידי המשיבים כי יש להחילו בדיעבד).

221. לעומת זאת, **הסתמכות דיונית** של המשיב 3 היתה גם היתה, ומהותה היא כי מחזיק במקרקעין אשר בעל המקרקעין או הרשויות מבקשים לפנותו מן המקרקעין, יתנהל בענין זה הליך משפטי מלא, בלא הטלת נטלים וחזקות על המחזיק, כפי שמתנהלים הליכי פינוי מן המניין בכל מקרה אחר, וכפי שהתנהלו גם באזור יהודה ושומרון (לרבות פינוי פלישה טריה במקרים המצדיקים זאת) עד לחקיקתו של הצו בדבר מקרקעין פרטיים.

222. החלתו של התיקון לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים בדיעבד איננה ראויה בהתחשב בכך שעסקינן בדין (הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) המשנה דיונית את מצבו של המחזיק במקרקעין לרעה באורח מהותי לעומת דינים אחרים החלים באזור יהודה ושומרון ויוצר מצב בו מוכרע מצבו של מחזיק במקרקעין על פי נטלים, כאשר הדין מעביר את הנטל אל המחזיק, בניגוד לדינים אחרים באזור בהם נעשה שימוש לצורך סילוק מחזיקים במקרקעין בלא זכות, בהם על הרשות המנהלית הנטל להראות כי למחזיק אין זכות במקרקעין (סעיף 36 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז – 1967; סעיפים 2 – 3 לצו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) (יהודה ושומרון) (מס' 1472), התש"ס – 1999; סעיף 15א לצו בדבר מקרקעין נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס' 58), התשכ"ז – 1967 – ואל יטעה הקורא וישגה באשליות לאור שמו של צו אחרון זה, שכן גם הוא חל על כל רכוש שאינו אדמת מדינה, לפי ההגדרה של "רכוש הפרט" שבסעיף 1(ח) לצו זה).

223. זהו מקרה, לעניות דעתי, בו יש להחיל את הכלל הרגיל, לפיו אין להחיל את הדין בדיעבד, ולא את החריג המכיר בהחלה בדיעבד.

224. ענינה של העוררת 1 הוא דוגמה בו סוגית הנטלים יצרה הבדל מכריע בתוצאה, שכן איש מן הצדדים לא הציג בפנינו את מלך הראיות במקרקעין – צילום האויר - לשנים שלפני שנת 2006, ועל כן איננו יכולים לקבוע ממצא חיובי (פוזיטיווי) באשר למיקומן המדויק של הקרקעות שעובדו על ידי העורר 2 ובשאר לסוגית עיבודן.

225. לו היה נעשה שימוש באחד מהדינים האחרים לסילוק מחזיקים במקרקעין כנגד העוררת 1 שאינם כוללים היפוך נטל, היה הנטל על המשיב 1 להראות כי אכן אין עיבוד חקלאי ואין זכות למחזיק בקרקע, ובהעדר ראיות מספיקות משני הצדדים, היה הנטל מחייב לפסוק לטובת העוררת 1.

226. ואולם, משנדרש המשיב 1 לסמכותו על פי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, ועשה את מלאכתו פלסטר בכך שלא בדק כהלכה לא את טענת הבעלות בקרקע שהעלה המשיב 2 ולא את טענת עיבוד הקרקע לפני שנת 2006 על ידי העורר 2, במצב של מאזניים מעוינות – כאשר איש מן הצדדים לא הציג תצלומי אויר, על אף זמינותם הידועה - מאזן הנטלים מחייב אותנו לפסוק לטובת המשיב 1 ונגד העוררת 1.

227. ספק בעיני אם מצב זה הוא צודק, כאשר אפילו פולשים מובהקים למקרקעין זוכים להגנה טובה יותר, בדין הישראלי, מאשר מי שמיושם לגביהם הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, דומה כי הוא ראוי לביקורת, אך כל עוד זהו הדין – אין מנוס מישומו על דינו כלפי העוררת 1.

228. זאת ועוד אחרת.

229. ניתן להגיע לתוצאה זו גם מטעם דומה אחר, ולאור קו טיעון משפטי נוסף.

230. הצו שהוצא בענינו של העורר 3 הוצא בהתאם לדין שהיה בתוקף בעת הוצאתו, דהיינו הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, אשר קבע בעת הוצאת הצו כי מי שעשה שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (כהגדרתם בצו - דהיינו כמעט כל המקרקעין באזור יהודה ושומרון) במשך פחות משלוש שנים, ניתן להפעיל כלפיו את נוהל הפינוי המהיר הקבוע בצו.

231. ניתן לדמות את הדברים לכך, שהצו הפרטני שהוצא בענינו של העורר 3 נשא עמו בתרמילו את הוראות הדין - הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים – לרבות מגבלת שלוש השנים להפעלתו של אותו דין.

232. במצב דברים זה, כאשר תוקן הצו בדבר שימוש מפריע בחודש מרץ 2010, והוארכה התקופה להפעלת נוהל הפינוי המהיר משלוש שנות שימוש במקרקעין לחמש שנות שימוש במקרקעין, היה לכאורה על המשיב להוציא צו חדש כנגד העורר 3, ואת זאת לא עשה.

233. לא ניתן, לגישתי, לכלול בתוך הצו הפרטני שהוצא בענינו של העורר 3, במנגנון (טכניקה) של "Reading in", את התקופה המוארכת של חמש השנים ששולבה בחקיקה לאחר הוצאתו, ובודאי שלא ניתן לעשות כן בהעדר הוראה חקוקה מפורשת.

234. לא למותר להטעים, בהקשר זה, כי להבדיל מסוגית אתחול מנין התקופות מחדש בכל עת שנעשה שימוש מסוג חדש בקרקע, אשר ניתן היה לטעון – ולבסוף כך גם נקבע – כי היא ענין של פרשנותו הנכונה של הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), הרי שבענין אורך התקופה עצמה – השינוי משלוש שנים לחמש שנים – אין עסקינן בסוגיה פרשנית, והשינוי חייב תיקון חקיקה.

235. "קריאת" התקופה המוארכת של חמש השנים לתוך הצו הפרטני המקורי שהוצא נגד העורר 3 מהוה החלה בדיעבד של הדין על פעולה משפטית שנעשתה לפני שתוקן הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, והיא משנה בדיעבד את תוכנו של הצו הפרטני בענינו של העורר 3, בלא שנקבע מפורשות בתיקון מחודש מרץ 2010 כי יש להחילו בדיעבד.

236. לשיטתי, גם מטעם זה, אין להחיל את התיקון לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים על ענינו של העורר 3.

237. המשיב 3 הסתמך דיונית, במהלך הדיונים בערר, על כך שהצו שהוצא לגביו נוגע לפעילותו החקלאית במקרקעין במשך שלוש השנים שלפני מועד הצעתו, ובהתאם לכך ערך את ראיותיו; הצו הוצא בשנת 2008, הערר הוגש בשנת 2009, וראיות העורר 3 הוגשו בשנת 2010 (למעשה, העורר 3 הסתפק בתצהירו שצורף לערר).

238. כאשר בשנת 2010, בעיצומן של הגשת ראיות הצדדים, תוקן הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), לא יכול היה העורר 3 עוד להביא ראיות, אם היו לו כאלה בעבר, כי החזיק במקרקעין ועבד אותם עוד לפני שנת 2005, משום שאת ראיותיו ערך על יסוד ההנחה, כי עליו להוכיח שעבד את הקרקע יותר משלוש שנים בטרם הוצא הצו הפרטני בענינו, ולא יותר מחמש שנים בטרם הוצא הצו הפרטני בענינו.

239. הסתמכות זו, שהיא כאמור **הסתמכות דיונית**, איננה מאפשרת לנו, לשיטתי, להחיל את התיקון לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586) על ענינו של העורר 3.

240. בענין זה אוסיף ואומר, כי דעתי זו אך מתחזקת לאחר שעיינתי בחוות דעתה של חברתי יו"ר הועדה, נגידת ועדות העררים, השופטת סא"ל ד' קאופמן, המצטרפת לתוצאה המוצעת על ידי מטעמיה, דהינו כי הוצאת הצו היתה פעולה משפטית אשר תיקון הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586) לאחר שנעשתה איננו מאפשר להחיל עליה את התיקון בדיעבד.

241. אעיר, במאמר מוסגר, כי גם אופן השימוש בדין זה (הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים), מעורר תמיהה, כאשר על פי נתוני מזכירות ועדות העררים, כל העררים שהוגשו מאז נכנס הצו לתוקפו בשנת 2007 ועד סוף שנת 2013 (חמישה עשר במספר) היו עררים שהוגשו בידי יהודים.

242. אינני סבור שבידינו לקבוע, משום שאין בפנינו די נתונים בענין זה, כי ישומו של הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים הוא פסול ומפלה, או כי נעשית בשימוש בו אכיפה בררנית, אך

נתונים אלה מעלים חשש כי אכן זה המצב, קל וחומר אם המשיב 1 לא קבע לעצמו תבחינים (קריטריונים) מתי ובאילו נסיבות יעשה שימוש בסמכותו לפי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (למשל, כפי שהערתי לעיל, רק כאשר באמת טעונה קרקע פרטית של תושב פלסטיני מקומי הגנה, ואכן נבדק, אוכן, ונמצא כי עסקינן בקרקע שבבעלותו או שהוא מחזיק בה כדין) ומתי יעשה שימוש בסמכויות מקבילות לפי דינים אחרים (ראו והשוו החוק המקביל (חלקית) בישראל – [חוק מקרקעי ציבור \(פינוי קרקע\)](#), התשמ"א – 1981, והפסיקה על פיו ועל המקרים הם מוצדקת הפעלתו).

243. כך או כך, אני סבור כי שיקול זה, של קיום סמכות מקבילה (שלא נעשה בה שימוש) ופניה אל הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, ההופך את הנטל לרעת המחזיק באורח קיצוני, מחייב אותנו לקבוע, כי התיקון שנערך בצו בשנת 2010, לפחות בנושא של תקופת השימוש שאם חלפה אין להפעיל עוד את הצו, אינו תיקון שיש להחילו בדיעבד, קל וחומר בלא שהדבר נאמר במפורש בתיקון, וקל וחומר בן בנו של קל וחומר שאין להחילו בדיעבד על צו פרטני שהוצא לפני תחילת תוקפו.

244. יובהר, כי משמעות הדבר איננה קביעה כי העורר 3 מחזיק בקרקע המעובדת על ידו כדין, וההסכם שהציג בפנינו בודאי שאינו יכול להוות בסיס לרכישת זכות בקרקע, הן לאור נוסחו, הן לאור העובדה שלא הובררה זכותו של מוכר הקרקע, אשר ספק אם היא קיימת (מי שמכר את הקרקע לא היה העורר 2, אגב, אלא כפי שכבר הוזכר "הישיבה הגבוהה שדות אמיר"), והן לאור העדר זיהוי מקומה של הקרקע במסמך המכר, וזאת מעבר לכך שהעורר 3 מחזיק, על פי הנטען, בקרקע בהיקף 40 דונם, אך מסמך המכר שהציג מתיחס רק לרכישת 6 דונם.

245. אין משמעות קביעה זו גם כי אין אפשרות עוד לפנות את העורר 3 מן המקרקעין שהוא מחזיק בהם על פי הדינים האחרים החלים באזור יהודה ושומרון בענין זה; כל משמעות הקביעה היא שמאחר וצו הפסקת השימוש המפריע הוצא יותר משלוש שנים ממועד תחילת העיבוד על ידי העורר 3, ומאחר ואין להחיל על ענינו של העורר 3 בדיעבד את התיקון [לסעיף 2\(ה\)](#) לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), כי הצו שהוצא בענינו של העורר 3 - בטל הוא.

246. משמעות הדברים היא כי מתיירתת ההכרעה השיפוטית בשתי סוגיות - הבעלות במקרקעין נשוא הערר מצדו של העורר 3 ובעלותו של המשיב 2 במקרקעין אלה – אך אוסיף ואומר, כי לו היתה ההכרעה נדרשת, לצרכי ערר זה, הייתי קובע כי לא בעלות זו הוכחה, וגם לא זו.

247. בטרם סיום, ולאחר שקראתי את עמדת המיעוט של חברי, חבר הועדה השופט רס"ן אי קידר, אוסיף מספר מילים באשר לעמדתו.

248. ראשית אשוב ואזכיר, כי הכלל הוא שלא להתיר תחולה בדיעבד (רטרואקטיווי) של הדין, והחריג הוא זה המוכן לקבל תחולה בדיעבד, במקרים שבהם הענין (האינטרס) הציבורי הוא בעל עוצמה גבוהה במיוחד המצדיקה זאת.

249. לזו עמדתו של חברי הוא באיזון בין הצורך הציבורי לבין הפגיעה בעורר 3 הטמונה בשינוי הדין תוך מהלך ההתדינות.

250. כפי שהדגמתי לעיל, נזק זה אינו פעוט כלל וכלל, אך לעניות דעתי, אפילו על פי שיטתו של חברי, אין האיזון שעורך חברי הולם את המצב, וכל כך למה? משום שאין בביטול הצו שהוצא כלפי העורר 3 כדי להנציח חלילה את פלישתו של אדם חסר זכויות למקרקעין ולהותירה ללא תרופה, והרי הכל מסכימים, כי המשיב 1 יוכל לנקוט בהליכים לשם פינוי העורר 3 לפי מערכת ענפה של חקיקה העומדת לרשותו בדין האזור.

251. לגבי דידי, כאשר משונה הדין באופן הנראה כמיועד לשנות את התוצאה של הליך אחר ההולך ומתנהל, וכאשר הענין (האינטרס) הציבורי שבהבטחת שמירה על מקרקעי הציבור באזור יהודה ושומרון אינו נפגע פגיעה בלתי חוזרת, במובן זה שניתן לנקוט בהליכים אחרים לפינוי של העורר 3, אם תמצא העילה לעשות כן, אין הצדקה להשליך את הפגם ואת התיקון שנעשה בחקיקה מדרכנו, לאשררם וליתן להם תוקף כאילו לא נעשה דבר, תוך פיצויו של העורר 3 בנוי עדשים של הוצאות.

252. לכך יש להוסיף את שהתברר במהלך ההתדינות בפנינו - וגם זאת הוסכם על דעת כל חברי ההרכב - כי המשיב 1 נקט בצעד החריף של צו פינוי לפי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, בלא שאכן בדק, ודא ומצא כי במקרקעין פרטיים עסקינן, וכי במהלך ההתדינות התברר כי הן המשיב 2 לא הוכיח היכן מקרקעיו הפרטיים והן המשיב 1 אינו יודע להסביר היכן הם מקרקעיו המשיב 2.

253. כפי שהעירה חברתי יו"ר הועדה, השופט סא"ל ד' קאופמן, כאשר מי שמתדין בפנינו הוא גם מי שיוזם בפועל את שינויי החקיקה וגם מי שרשאי, בתום ההליך, שלא לאשר את החלטת הועדה, אם אינה נושאת חן בעיניו (מצב בעיתי כשלעצמו), שינוי חקיקה שמלווה בטענה שיש להחילו בדיעבד על הצו בענינו של העורר 3 הוא חשוד ומעורר קושי של ממש.

254. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) – ואני מסכים עם חברי, כי גם המשיב 1, על אף שהוא רשות ציבורית באזור יהודה ושומרון, מחויב בכיבוד זכויות זה.

255. כיבוד הזכויות – ובהן הזכות לקנין - קנין המחזיק, גם אם איננו בעלים – מחיב, בין השאר, כי בהעדר הצדקה אחרת, יתנהלו הליכים לבירור זכויות המחזיק בהליך משפטי, ולא בהליך מנהלי.

256. אכן, וביתר שאת בתנאים המיוחדים של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, יתכנו מקרים בהם יהיה מוצדק שימוש בהליך מנהלי; אך עיוות ההליך תוך כדי ניהולו, והגנה על מקרקעין שכלל אינם פרטיים לפי הסדר מחמיר ביותר, על אף שהיא עומדת בהגדרות הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, עושה את ההליך המשפטי כולו פלסטר, ובאיזון זה - לאור המאזן המהותי הראוי שבין הענין (האינטרס) הציבורי לבין המצב בו הועמד העורר 3 - אין חלקי עם חברי, ואין עמדתי כעמדתו.

**סוף דבר**

257. העולה מן המקובץ הוא, כי לנוכח הוראותיו של הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (מס' 1586), כפי שהן כיום, ואף כפי שהיו בעת שהוצא הצו בעת שהוצא הצו נשוא הערר, הצו הוצא כדין כלפי העוררים 1 – 2, ושלא כדין כלפי העורר 3.

258. משכך, התוצאה היא כי יש לדחות את הערר בענינם של העוררים 1 – 2, ולקבלו בענינו של העורר 3, וכך אציע לחברי להורות.

259. בנסיבות הענין, אציע כי העוררים 1 – 2 ישלמו את הוצאות המשיב 1 בסך של 10,000 ₪ כולל מע"מ, והמשיב 1 ישלם את הוצאות העורר 3 בסך 10,000 ₪ בתוספת מע"מ.

260. משלא הוכחה זיקתו של המשיב 2 למקרקעין נשוא הערר, אציע שלא לעשות צו להוצאות ביחסים שבין המשיב 2 לבין העוררים.

### השופטת סא"ל דליה קאופמן, נגידת ועדות העוררים – יו"ר

1. קראתי את חוות דעתו המלומדת של חבר הועדה, השופט סא"ל נון. הנני מצטרפת לניתוח העובדתי ולמסקנות העובדתיות הנובעות מהן. כמו כן הנני מסכימה לניתוח המשפטי של חברי ככל שהדבר נוגע לעוררים 1 ו-2 ומצטרפת לתוצאה אליה הגיע חברי באשר לעוררים אלה.

2. באשר לעורר 3, הנני מצטרפת לתוצאה אליה הגיע חברי, חבר הועדה השופט סא"ל א' נון, אולם טעמי שונים מטעמיו של חברי ועל כך ארחיב בהמשך. כמו כן איני יכולה להסכים עם קביעות נוספות של חברי בחוות דעתו הגם שאין בהן להכריע במחלוקת בין הצדדים במקרה שבפנינו. לפיכך, ראיתי להעיר מספר הערות בהתייחס לחוות הדעת של חברי השופט סא"ל א' נון.

3. אף לדעתי, כדעת חברי, המשיב 2 לא הצליח לבסס את טענתו בעלותו במקרקעין נושא הערר הגם שבידיו שטר טאבו (קושאן). לא ניתן להסתפק בשטר זה, שכן תיאור השטח בשטרות אלה, אינו יכול כשלעצמו להיות מקושר בימינו לשטח אדמה ספיציפי באופן מובהק ועל כן נדרשים בתי המשפט לחוות דעת מומחה על מנת לקשר בין הקושאן לשטח מקרקעין ולקבוע את תחולתו. הדבר לא נעשה בענייננו ולא היה ביכולתנו לקבוע במקרה זה את גבולות הקושאן ומיקומו.

4. כפי שנאמר לא פעם, בפני המשיב 2 עומדת האפשרות לפנות בבקשה לקביעת שטח וגבולות הקושאן בפני הרשות המוסמכת ובכך להסדיר את זכויותיו הקנייניות במקרקעין. הסדרת אותן זכויות הינה אינטרס של הפרט, אך גם של הציבור וניהול הליך שכזה לקביעת שטח וגבולות עשוי לסייע בידי כלל הציבור, למען ידעו כולם מי הינו בעל הזכויות במקרקעין.

5. אין דעתי כדעת חברי השופט סא"ל א' נון, כי השימוש בצו בדבר שימוש מפריע הינו בגדר אכיפה בררנית. אמנם, מדובר בצו שיש בו כדי להחמיר עם העוררים בדרך של הפיכת נטל ההוכחה כך שעל המשתמש במקרקעין להוכיח שימוש בו במשך חמש שנים (לפני התיקון 3 שנים) ואולם גם כאשר נעשה שימוש בהתראת פינוי על פי צו מס' 59 מתהפך נטל ההוכחה ועל העורר להוכיח את זיקתו למקרקעין (בין על ידי בעלות ובין על ידי עיבוד וחזקה מעל 10 שנים).



6. הצו בדבר שימוש מפריע מטבע הדברים מוצא ע"י רמ"א כנגד ישראלים המעבדים מקרקעין באיזור ואילו **רוב** צוי הפינוי (שהשימוש בהם רב מזה הנעשה בצו שימוש מפריע) מוצאים כנגד תושבי האיזור שנטען כי פלשו לאדמות מדינה. בנוגע לשני סוגי הצווים למפקד הצבאי סמכות לנקוט בהליך פינוי פחות נוקשה, ואולם המפקד בחר לנקוט בדרך זו המטילה את נטל ההוכחה על "הפולש" בקרקע. לעניין זה התייחסנו בהחלטת ועדת העררים 18/10 הדלן נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש וקבענו כי למפקד הצבאי הסמכות לבחור בהסדר החוקי על פי שיקול דעתו ושיקול דעתו זה יבחן במסגרת ההליך. מכיוון שבענייננו הערת חברי הינה באגב אורחא, לא ראיתי להרחיב מעבר לכך, אך ראיתי לנכון להדגיש כי לא מצאתי בסיס לסברה כי המפקד נקט באכיפה בררנית כלפי האזרחים הישראלים באיזור.

7. לטעמי אין מתעורר קושי משפטי בהחלטת תיקון הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים לחמש שנים שכן לא מדובר בתחולה רטרואקטיבית הפוגעת בזכויות מוקנות. אדם המעבד מקרקעין, בלא שיש לו זכויות בהם אינו יכול לקנות לעצמו זכות שלא להיות מסולק מאותם מקרקעין, בין לאחר שלוש שנים, חמש שנים ואף יותר. כל עוד לא רכש אדם זכות קניינית כזו או אחרת, הוא אינו יכול לפתח ציפיה כי יקבל זכויות במקרקעין ויוכל להמשיך להחזיק בהם בלי להיות מסולק, כפי שנכתב גם בבג"צ 5439/09 עבד אלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית (אתר נבו) בעניין זה.

8. ואולם, הנני רואה פגם של ממש בהחלטת התיקון לצו שימוש מפריע באשר לצו שכבר הוצא ונמצא בהליך התדיינות בפני הועדה.

9. לשיטתי, רשות אינה יכולה לשנות את כללי המשחק תוך כדי המשחק. צו שימוש מפריע המוצא על ידי ראש המנהל האזרחי מכוח סמכותו, הינו בעל משמעות משפטית. ישנם כללים וחובות הקבועים בצו בדבר מקרקעין בטרם יוצא צו שכזה. לצו הספיציפי המוצא מכוח החקיקה הראשית באיזור, הוא הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה ושומרון) (מס' 1586), התשס"ז - 2007, יש משמעות משפטית ולא ראוי בעיני כי צו שכזה ישונה בהינף יד גם אם החקיקה הראשית השתנתה וזאת תוך כדי הליך מתנהל.

10. בעניין עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל (פ"ד מו' 2) 765, 777 – 778, התייחס בית המשפט העליון לשאלה מהו חיקוק רטרואקטיבי:

"עמדתי על טעמיה של החזקה, לפיה תכליתו של החוק אינה לפרוס אותו, מבחינת הזמן, למפרע. טעמים אלה קובעים את מהותה של הרטרואקטיביות לעניינה של החזקה. אכן, מושג הרטרואקטיביות הוא סבוך ביותר, ותוכנו עשוי להשתנות על-פי מהותה של הבעייה אותה הוא מעורר. בענייננו מושג הרטרואקטיביות קשור לחזקה בדבר תכלית החקיקה, ותוכנו של המושג מעוצב על-פי השיקולים החוקתיים העומדים ביסוד חזקת התכלית. שיקולים אלה קשורים במהותו של החוק המכוון התנהגות אנושית בעתיד, ובפגיעה בצדק ובסדר החברתי בהחלט החוק על התנהגות שהתרחשה או על מצבים שהסתיימו בטרם הוחק. על רקע זה ניתן לומר כי חקיקה היא רטרואקטיבית אם היא משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים אשר נסתיימו או של פעולות או אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף. על היבט חלקי של הגדרה זו עמדתי בפרשה אחת, בצייני:

"חיקוק הוא רטרואקטיבי אם הוא משנה את מעמדה המשפטי, תכונותיה המשפטיות או תוצאותיה המשפטיות של פעולה, שנעשתה לפני שאותו חיקוק נכנס לתוקפו" (בג"ץ 334/85 גל נ' מנהל בתי המשפט, פ"ד מ(3) 729, 741).

"..."

11. במקרה שבפנינו, הצו הספציפי שהוצא ע"י ראש המנהל האזרחי כנגד העוררים, הינו פעולה משפטית שנעשתה לפני כניסת התיקון לצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה ושומרון) (מס' 1586), התשס"ז - 2007, ויש בתיקון זה כדי לשנות את תוצאתה המשפטית. על כן לדעתי לא ניתן להחיל את התיקון על צוים שכבר הוצאו.

12. במצב שכזה, כאשר מבקשים להחיל את התיקון תוך כדי ההליך, נוצר הרושם, שהמחוקק שהינו גם צד להליך, משסבור כי יפסיד בהליך המתנהל, יכול לשנות את כללי המשחק תוך כדי הליך כך שהדבר יביא לתוצאה הרצויה לו. אין בדבריי כדי לומר כי כך היו הדברים בענייננו, אולם "שיקולי הנראות" של התנהלות הרשויות הינם חשובים ויש לתת להם משקל. באיזור, כאשר "הרשות המחוקקת" ו"הרשות המבצעת" חד הן, יש אף לנקוט משנה זהירות בעניין זה.

13. במקרה זה כשהחקיקה הראשית שונתה, עמדו בפני רמ"א שתי אפשרויות, האחת להמשיך בהליך ואז צו השימוש המפריע יבחן עפ"י החקיקה שהיתה תקפה בעת הוצאתו או לחילופין להפסיק את ההליך האמור ולשקול הוצאת צו שימוש מפריע חדש בהתאם לחקיקה המתקנת.

14. לאור האמור לעיל, הנני מצטרפת לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט סא"ל א' נון, וקובעת כי יש לבטל את צו השימוש המפריע ככל שהדבר נוגע למשיב 3.

15. הנני מצטרפת לעמדתו של חברי אף באשר להוצאות שיש להשית על הצדדים.

#### **השופט רס"ן אורי קיזר – חבר :**

1. אני מסכים לניתוח העובדתי ולממצאים של חברי השופט סא"ל אייל נון, וכן לתוצאה הסופית של חוות דעתו בעניין העוררים 1 - 2, אך איני יכול להסכים לעמדתו בעניין העורר 3 וכך גם לעמדתה של חברתי יו"ר הועדה השופטת סא"ל דליה קאופמן, אשר הצטרפה לתוצאה זו.

2. בתמצית, לעניין העורר 3 סבורים חבריי כי החלת השינוי בצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה ושומרון) (מס' 1586), תשס"ז-2007 [להלן: "צו שימוש מפריע"], שאירע בשנת 2010 ועיקרו לענייננו הארכת התקופה בה ניתן לעשות שימוש בצו משלוש שנים לחמש שנים, מאז החל השימוש המפריע כהגדרתו שם, אינה יכולה לחול על מי שכבר הצליח לחמוק מתחולת הצו בעבר.

3. חברי השופט סא"ל נון סבור כי יש לפרש את צו שימוש מפריע כך שניתנת למעשה חסינות לכל מי שחלפו שלוש שנים מאז החל בשימוש המפריע ובתנאי ששלוש שנים אלו תמו טרם כניסת הצו המתוקן לתוקפו.
4. חברתי יו"ר הועדה סא"ל דליה קאופמן סבורה כי חסינות זו חלה רק על מי שהחל הליך בעניינו מכח הצו טרם התיקון, וכי לגביו לא יכול לחול "שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק".
5. אין חולק כי העורר 3 שייך לקבוצות אלו, על פי הממצאים העובדתיים המקובלים על ההרכב כולו, ולפיכך דעת הרוב היא כי יש לקבל את עררו.
6. כאמור לעיל, דעתי לעניין זה שונה ואנמק אותה בקצרה.
7. הצו שימוש מפריע המקורי נחקק בשנת 2007. לכאורה, גם לדעת חברי, משמעות הצו המקורי ביום כניסתו לתוקף היא כי הוא חל למעשה על שימוש מפריע שנעשה בשלוש השנים שטרם חקיקתו.
8. אם ניתן היה להחיל את צו שימוש מפריע בעת חקיקתו רטרואקטיבית לשלוש שנים, מדוע לא ניתן להאריך את השתרעותו הרטרואקטיבית שלוש שנים מאוחר יותר לחמש שנים אחורה?
9. מבחינה לוגית, אם כן, לא נעשה בתיקון הצו דבר החורג **בסוג** הפגיעה ממה שאירע לפני כן, אלא לכל היותר **במידת** הפגיעה.
10. אך בכך לא סגי. צו שימוש מפריע, ככל דבר חקיקה, נועד להגשים תכלית מסוימת. תכלית זו צריכה להיות ראויה. האמצעים שנבחרו כדי להגשים את התכלית צריכים להיות תואמים את התכלית, פוגעניים באופן מינימלי ושנוקם לא יעלה על תועלתם.
11. כך מורה לנו **סעיף 8 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** - שתחולתו שרירה הן על רשויות מדינת ישראל, ומפקד האזור בתוכם, והן על העורר 3 שהינו אזרח מדינת ישראל (אף שחוק היסוד מדבר כמובן בלשון "אדם" ולא דווקא בלשון "אזרח").
12. תכליתו של צו שימוש מפריע ברורה ולא נרחיב בה. הצו נועד לאפשר למינהל האזרחי כלי יעיל ככל הניתן למניעת שימוש מפריע במקרקעין פרטיים על מנת לשמור על הבטחון באזור ולמנוע פגיעה באוכלוסיה המוגנת באזור.

13. בהקשר זה אציין רק כי מקובלת עלי העמדה שנוסחו של הצו רחב הוא מני ים, והוא חל לכאורה גם על התנהגויות שאינן בגדר תכליתו המפורשת.

14. ברם, הובאו בפנינו ראיות לגבי המצב הבעייתי, בלשון המעטה, בעמק שילה, שהביא לא פעם לפגיעות בגוף וברכוש, והשתכנעתי כי השימוש בצו במקרה שלפנינו [להלן – "הודעת הדרישה"] נועד במובהק לתכליתו.

15. אין גם ספק כי האמצעי שננקט - הוראה להפסיק את השימוש המפריע - תואמת את תכלית הצו במלואה.

16. אני סבור כי לא מתעורר קושי של ממש גם ברכיב המידתיות השני. האמצעי של הפסקת השימוש המפריע הוא אכן אמצעי פוגעני פחות, והוא תואם את העובדה כי מדובר בהליך מינהלי. הדרך המתבקשת לעצור את השימוש המפריע היא להורות על עצירתו. הודעת הדרישה אינה נושאת עמה סנקציה כלשהי ואין בה אפילו הוראות בדבר חיוב הפולש להשיב המצב לקדמותו (אם כי למינהל האזרחי יש כמובן סמכות לסלק את ההפרעה כאמור [בסעיף 2\(ב\)](#) לצו שימוש מפריע).

17. הפגם עליו מצביעים חברי מוצא את מקומו בתנאי המידתיות השלישי. אליבא דחברי, הפגיעה כתוצאה מהפעלת צו שימוש מפריע כנגד מי שכבר יצא מתחולת הצו ונכנס אליה בחזרה בעקבות תיקון הצו, היא גדולה עד כדי כך שנוקה עולה על התועלת שבהפעלת הצו לתכליתו.

18. העורר 3 החל בשימוש המפריע במרץ 2005 או בסמוך לכך. עת נחקק צו שימוש מפריע המקורי, בשנת 2007, החיל עצמו הצו על העורר 3, לו היתה מוצאת הודעת הדרישה מיד עם חקיקת הצו. בסופו של יום הוצאה הודעת הדרישה בשנת 2008 לאחר חלוף שלוש שנים מתחילת השימוש המפריע, כך שהעורר 3 היה זוכה בערר שהגיש עוד אז אילולא התיקון. אלא שבינתיים תוקן הצו בשנת 2010 ונקבעה בו תקופה של חמש שנים במקום שלוש.

19. הנה כי כן, במהלך חיי הפרשה היתה תקופה מסוימת בה קמה לעורר 3 הגנה מפני הודעת הדרישה (להלן: "תקופת אי התחולה"). הגנה זו פקעה לכאורה כשנתיים מאוחר יותר.

20. השאלה שבפנינו היא מה דינה ומהן השלכותיה של תקופת אי התחולה. האם יש בה כדי להוות מחסום לתחולה רטרואקטיבית כללית של הצו המתוקן, כפי שמבקש ללמוד חברי סא"ל נוו, או שמא היא מהווה מחסום מוגבל רק למי שקיבל בפועל הודעת דרישה טרם תיקון הצו, כפי שקובעת חברתי יו"ר הועדה סא"ל קאופמן?

21. דעתי היא שונה, כאמור. אך ראשית אבקש לעשות הבחנה נוספת בדבר פרשנות צו שימוש מפריע ופרשנות בכלל.

22. חברי סבורים כי יש לפרש את הצו כך שתקופת אי התחולה יוצרת מחסום – בין אם כללי ובין אם אישי (פרסונאלי).

23. דומני שלא ניתן לפתור עניין סבוך זה בפרשנות מילולית גרידא. אני סבור שחברי אינם מקבלים את תחולתו של צו שימוש מפריע אל מעבר לתקופת החיץ של אי התחולה, וכי דעתם זו אינה בגדר פרשנות לשון הצו אלא בגדר הגבלתו (או פרשנות חוקתיות).
24. כלומר הטענה היא כי הצו אינו חל מפני שאין זה חוקתי לצלוח את תקופת אי התחולה. הטענה אינה שהצו לא התכוון להחיל עצמו רטרואקטיבית אל מעבר לתקופת אי התחולה.
25. טענה זו נטענת בדיוק בגלל אותו עקרון גדול תחתיו אנו חוסים בשלב זה של הדיון - המבחן השלישי של המידתיות.
26. דומני כי לאיש אין ספק למה התכוון מחוקק הצו בשאלת תחולתו הרטרואקטיבית. אמנם קיים הבדל בין "כוונת המחוקק" לבין כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק בעת החקיקה, אך במקרה שלפנינו קיימת זהות בין האובייקטיבי והסובייקטיבי. לא שאלה של פרשנות מילולית לפנינו.
27. הבה ננתח אם כן את הנזק שנגרם לעורר 3 ונברר האם השגת תכלית צו שימוש מפריע מצדיקה את גרימתו.
28. הנזק הטרוויאלי של חקיקה רטרואקטיבית, בהיבט של זכויות אדם, הוא הפגיעה בהסתמכות האזרח על מערך הדינים הקיים בעת ביצוע המעשה על ידו.
29. כאשר מדובר בדין פלילי, חקיקה רטרואקטיבית אינה לגיטימית בדרך כלל (ישנם חריגים כמו פשעים נגד האנושות), שהרי לא מתקיים היסוד העובדתי של העבירה בעת ביצועה (האיסור הוא חלק מיסודות העבירה כעניין עובדתי).
30. כאשר מדובר בדין החוקתי והמינהלי, וכזה המצב בענייננו, אין הגבלה קשיחה על חקיקה רטרואקטיבית ויש לבחון את שאלת ההסתמכות באופן קונקרטי.
31. כך, דבריו של חברי סא"ל נון בדבר העקרון הגדול של אי שינוי הכללים החלים על הליך משפטי תוך כדי התנהלותו, ואף במטרה לשנות את תוצאתו, אינם מקובלים עלי.
32. שומה על המחוקק לבחון האם הנורמות שיצר אכן משרתות היטב את תכליתן והאם הן עומדות במבחן המציאות המשתנה; מחוקק טוב יטה לאמץ כללים חדשים כאשר הכללים הישנים אינם מתאימים.

33. ההליך המשפטי אינו "משחק" ותוצאתו אינה נייטרלית מבחינה חברתית וערכית. המשפט הוא כלי חברתי שנועד להשיא צדק ולאפשר למנגנונים החברתיים לפעול בהגינות וביעילות.
34. תכלית זו היא ראויה מאין כמותה. לעתים חובה לאזנה מול הנזק הנגרם לפרט - ובלשונונו, עקרון ההסתמכות, שהוזכר לעיל.
35. בנקודה זו חייב אני להאיר נקודה חשובה, ולעתים אפלה.
36. יש והרשות תשנה את "כללי המשחק" תוך כדי "המשחק" מתוך שיקולים זרים. ודאי ששינוי בכללים תוך כדי ההליך חייב להיבחן גם מתוך ההכרה כי מצב זה יתכן אף יתכן.
37. דומני כי ראוי לבחון בספקנות את מניעי הרשות במקרה של החלת שינוי רטרואקטיבי ואולי אף להעביר אליה את הנטל לשכנע כי אין מדובר בשיקולים זרים.
38. לא זה המקרה בענייננו. לא נטען בפנינו כי נשקלו שיקולים זרים בהחלה הרטרואקטיבית (כמובן למעט הכוונה להחיל את הצו על תיקים תלויים ועומדים, שהיא במוקד שאלת הלגיטימיות קא עסקינן).
39. כיוון שכך מצאנו עצמנו חוזרים אל עקרון ההסתמכות. האזרח רשאי להסתמך על מצגי הרשות, בין אם יהיה זה חוק, צו, תקנה, כללי מינהל (ואף כללי עבודה פנימיים) וחוזה.
40. ככל שמצג הרשות הוא מסדר נורמטיבי רם יותר, כך שהוא מסדיר אספקטים רחבים יותר של ההתנהגות החברתית, כך תישמע פחות טענת האזרח הספציפי המושפע ממנו לפגיעה בהסתמכותו על אותו מצג.
41. כאשר מדובר בחוזה מסחרי של הרשות, הכולל התחייבויות קונקרטיות כלפי אדם ספציפי, יהיה מעמדם של מצגי הרשות כמעט כמעמדם של מצגים והתחייבויות בחוזה בין שני גופים פרטיים. במקרה זה ההכרה באינטרס ההסתמכות היא מלאה (אם כי לא באינטרס הציפיות, על פי הלכת ההשתחררות).
42. כאשר מדובר בחוק יסוד, לא תהא לאדם ספציפי טענת הסתמכות אישית שתמנע החלת החוק, אלא במקרים קיצוניים.
43. ומן הכלל אל הפרט, תרתי משמע. צו שימוש מפריע מחיל נורמה כללית באזור. כך גם תיקונו בשנת 2010. ככל שקיימת הסתמכות על הצו הרי שזו תקבל משקל נמוך יחסית בעת עריכת האיזון בינה לבין תכלית הצו.

44. הבה נבחן את הסתמכותו של העורר 3 ואת הנזקים שנגרמו לו בשל הסתמכות זו.
45. העובדה הראשונה במעלה, עליה לא יכולה להיות מחלוקת, היא שצו שימוש מפריע עוד לא בא לאויר העולם בשנת 2005, עת החל העורר 3 בשימוש המפריע כהגדרתו בצו.
46. מכאן שבעת עשיית הפעולה הבסיסית המניעה את התהליך כולו, בשנת 2005, ודאי שלא יכול היה העורר 3 להסתמך בדרך פלאית כלשהי על קיומה של חסינות בשל תקופת אי התחולה שתתרחש בין השנים 2008 – 2010, לאחר שנוצרה בשנת 2010 רטרואקטיבית.
47. הנזק האמיתי והכבד של העורר 3 נובע מתקופה זו (שנת 2005 ואילך). אז הושקעו בהכשרת המקרקעין ובנטיעתם השקעות מאסיביות.
48. מאוחר יותר, עת הגיש העורר 3 את עררו, וכאשר במהלך הדיונים שונתה תקופת ההחלה, נפגע העורר 3 בהסתמכותו על הדין החל בעת הגשת הערר. העורר 3 יכול היה לסבור, ובצדק, כי יש לו טענה טובה כנגד הודעת הדרישה ואילולא שונה הצו היה אף זוכה בעררו.
49. אלא שהצו אכן שונה. כעת, בבואנו לאזן את הפגיעה הנגרמת לעורר 3 עם התועלת שבקיום תכלית הצו, אנו בוחנים את הנזק שנגרם בשלב הדיוני של הגשת הערר. נזק זה הוא הוצאות העורר 3 בהליכים אלו.
50. הטכניקה של בירור מידת ההסתמכות על מצב דברים שמתברר כבלתי נכון הינה, כידוע, השאלה: "מה הנזקים שהיו נמנעים מהניזוק אילו לא הסתמך על המצג המטעה".
51. לו צפה העורר 3 את תיקון הצו המאיין את טענת ההגנה שלו, היה מן הסתם נמנע מהגשת הערר, או מגביל את טענותיו לטענות האחרות שהועלו (ונדחו).
52. נזק זה ניתן לתיקון, ככל שיש לתקנו כלל ועיקר, בפסיקת הוצאות בהליך זה לטובת העורר 3.
53. אם כך, על מנת להכיר בתקופת אי התחולה כיוצרת חסינות, עלינו לאחוז באחת משתי האפשרויות העולות מדעתם של חברי.
54. האחת, כפי שניתן להבין למעשה מעמדת חברי סא"ל נוך, כי לכל מהלך החקיקה של צו שימוש מפריע, עוד משנת 2007, אין תחולה רטרואקטיבית (כלומר הוא חל רק על שימוש מפריע שהחל עם חקיקתו).

55. השניה, כפי שמציעה חברתי יו"ר הועדה סא"ל קאופמן, כי למי שהיה שרוי בעיצומו של הליך תלוי ועומד על פי הנוסח הישן של הצו התגבשה חסינות אישית בתקופת אי התחולה.
56. אתחיל דווקא באפשרות השניה.
57. ברור מהניתוח לעיל מדוע איני יכול להסכים עם אפשרות זו. הנזק שנגרם לעורר 3 בשלב זה הוא מינימלי וניתן לתיקון בפסיקת הוצאות. ההכרה בעקרון ההסתמכות במעשה חקיקה ראשית היא במשקל קל, שלא לומר משקל נוצה. האיזון כאן נוטה חד משמעית לצד הרשות.
58. לגבי האפשרות הראשונה העניין דורש יותר הבהרה. ראשית אעיר כי עניין חוקתיות תחולתו הרטרואקטיבית של צו שימוש מפריע לא נתקפה חזיתית בערר זה.
59. שנית, לו אכן היינו קובעים כי אין תחולה רטרואקטיבית לצו שימוש מפריע, הרי שכלל העוררים בכלל העררים שהוגשו בגין שימוש מפריע שהחל טרם חקיקת הצו בשנת 2007 היו פטורים מעול; ומה לנו כל הדיון בתחולה הרטרואקטיבית של תיקונו?
60. שלישית ומהותית, סבור אני כי הנזק ליחיד בעת חקיקת הצו המקורי אינו נזק "הסתמכותי-אישי" שהרי הצו לא כוון כנגד העורר 3 (ולראיה הודעת הדרישה בעניינו הוצאה רק בשנת 2008), אלא שהעורר 3 הוא ניזוק אחד מני כל אלה שהנורמה החדשה חלה עליהם.
61. נזק זה אינו בר הגנה כפי שהוסבר לעיל, ממש כשם ששינוי משטר המס בחקיקה ראשית אינו מקנה חסינות מפני המיסוי החדש למי שהסתמכו על משטר המס הישן ואף ביצעו השקעות ענק בגינו.
62. על אחת כמה וכמה כאשר צו שימוש מפריע אינו מסדיר כלל זכויות מהותיות במקרקעין אלא מפעיל מנגנונים (אגרסיביים, יש לומר) לאכיפת הסדר הציבורי בנוגע לשימוש במקרקעין פרטיים באזור.
63. אני מסכים עם חברי סא"ל נון כי מדובר בצו "דרקוני" שאין לו מקבילה בחקיקה הפנימית בישראל, ולא בכדי.
64. עם זאת המצב באזור אינו מצב רגיל. מצב בלתי רגיל זה הביא לחקיקת הצו על מנת להגשים תכליות רחבות של התפיסה הלוחמתית באזור ובראשן ההגנה על אוכלוסיה מוגנת וקיום הסדר והבטחון באזור.
65. יתר על כן, המצב בעמק שילה בפרט מחייב מעורבות משמעותית של מפקד האזור בהסדרה, אפילו אגרסיבית, של השימושים במקרקעין, על מנת למנוע אבידות בנפש ואיום על בטחון האזור.
- 66.



מהנתונים שהוצגו בפנינו (כפי שאף תוארו על ידי חברי סא"ל נון) אהין לומר כי קיים כאן לכל הפחות חשש כבד לנזק ממשי, על כל המשתמע מכך לעניין מבחני האיזון החוקתי שיש להפעיל.

67. סבורתני, כי לכך אף כיוון בית המשפט הגבוה לצדק, מפי כבוד הנשיאה ד' ביניש, בקבעו בענין בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית (אתר נבו) כדלקמן:

"צו שימוש מפריע מסדר באורח אקטיבי מצב קיים של שימוש מפריע במקרקעין פרטיים ואינו משפיע על מצבת הזכויות באותם מקרקעין, כל שכן אינו פוגע בזכויות מוקנות או באינטרס הסתמכות לגיטימי כלשהו. המשיב 3 לא יכול היה להסתמך על כך שראש המנהל האזרחי ימנע מליזום בעתיד תיקוני חקיקה שישנו את נהלי אכיפת החוק באזור..."

68. אכן, משהוחל צו שימוש מפריע רטרואקטיבית מלידתו, ומשמצאנו שאין בכך כל פגם, חוזרים אנו אל הנושא המצומצם של נזקי העורר 3 בשל חסינותו הלכאורית בתקופת אי התחולה, הא ותו לא.

69. אשר על כן אין אני רואה מקום לקבל את טענת החסינות מפני החלתו הרטרואקטיבית של הצו ולו תשמע דעתי הייתי דוחה גם את עררו של העורר 3.

70. עם זאת, וכאמור לעיל, יהא זה הוגן בעיני כי המשיב 1 ישפה את העורר 3 על חלק מהוצאותיו בערר, בשיעור של 10,000 ₪, כפי שהציע חברי.

71. והערה לסיום. חברי השופט סא"ל נון מעלה שאלה במאמר מוסגר לגבי התכנות קיומה של אכיפה בררנית לאור העובדה שצו שימוש מפריע נאכף רק על יהודים לכאורה.

72. לכשעצמי, אני בספק רב אם ניתן להחיל דין אחיד (במובחן מדין שווה) על אוכלוסיה מוגנת באזור הנתון בתפיסה לוחמתית ועל אוכלוסיה "מתנחלת" (במובן זה שעברה להתגורר באזור מתוככי המעצמה הכובשת): על הראשונים חלים במקביל המשפט הבינלאומי ומשפט האזור, בצירוף חקיקת הבטחון ודיני המינהל והחוקה הפנימיים החלים על שלוחי המעצמה הכובשת לפי הדין הפנימי שלה; על האחרונים לעומת זאת אין חלים לכאורה כללי המשפט הבינלאומי המנהגי הנוגעים לאוכלוסיה מוגנת כמקור עצמאי להגנה על זכויות אדם.

73. עם זאת, ההבחנה הנכונה לגישתי איננה צריכה להיות בין יהודים לבין מי שאינם יהודים, אלא בין האוכלוסיה המוגנת (מי ששהו בשטח המוחזק בעת תחילת התפיסה הלוחמתית וצאצאיהם) לבין כל אדם אחר השוהה בשטח המוחזק.

74. להבחנה זו יכולות להיות נפקויות רבות, לרבות אופן ומידת האכיפה של הליכים מינהליים כאלה ואחרים, ואני מסכים כי ראוי שנותיר את הדברים לעת מצוא.

75. סוף דבר, לדעתי יש לדחות את עררם של שלושת העוררים, לחייב את העוררים 1 – 2 בהוצאות בסך 10,000 ₪ ולחייב את המשיב בהוצאות העורר 3 בהוצאות בסך 10,000 ₪ בתוספת מע"מ.

### לסיכום

אשר על כן, ברוב דעות של יו"ר הועדה, נגידת ועדות העררים השופטת סא"ל ד' קאופמן, וחבר הועדה השופט סא"ל א' נון, וכנגד דעתו החולקת של חבר הועדה השופט רס"ן א' קידר, נדחה עררם של העוררים 1 – 2, ומתקבל עררו של המשיב 3.

פה אחד מוחלט, כי העוררים 1 – 2 ישאו בהוצאות המשיב 1 בהוצאות בסך 10,000 ₪, ואילו המשיב 1 ישא בהוצאות העורר 3 בהוצאות בסך 10,000 ₪ בתוספת מע"מ.

הוחלט כאמור בחוות דעתו של חבר הועדה השופט סא"ל א' נון.

ניתנה היום, 12/11/14 בלשכה; המזכירות תעביר העתק מן ההחלטה לבאי כוח הצדדים.

רס"ן אורי קידר, שופט  
חבר

סא"ל דליה קאופמן, שופטת  
נגידת ועדות העררים  
יו"ר

סא"ל אייל נון, שופט  
חבר

17-09 Final Signed  
סא"ל דליה 54678313-17/09  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)