

ערר מס': 27/07

תאריך: יד אדר, תשס"ט

10 מרץ 2009

ועדות עררים**שלפי צו בדבר ועדות עררים****יהודה ושומרון) (מספר 172) התשכ"ח – 1968****בפני : סא"ל (מיל') אייל נון - יו"ר****סרן (מיל') אורי קיזר - חבר****סרן (מיל') משה בן דוד - חבר****שם העוררת: מיכאל לסנס****ב"כ העוררת: עו"ד דורון ניר צבי****שם המשיב 1 : ראש המינהל האזרחי באיו"ש****ב"כ המשיב 1: עו"ד רונית לוין****שם המשיב 2-4 : אחמד עבדאללה עבדלקאדר עבדלקאדר****ב"כ המשיב 2-4: עו"ד מיכאל ספרד ועו"ד שלומי זכריה**

ספרות:

[חיים זנדברג, מקרקעי ישראל ציונות ופוסט-ציונות \(2007\)](#)[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)

כתבי עת:

[בנימין רובין, "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט", משפטים, יג](#)[מ. דוכן, "דיני קרקעות במדינת ישראל", הפרקליט, כרך כ 180](#)[נסים בר-יעקב, "תחולתם של דיני המלחמה", משפטים, יט 831](#)[רות לפידות, "מקומו של המשפט הבינלאומי", משפטים, יט 807](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: סע' 17, 18, 19](#)

[צו בדבר מקרקעין \(שימוש מפריע במקרקעין פרטיים\) \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1586\), תשס"ח-2007: סע' 1, 2\(א\), 2\(ג\), 2\(ה\), 5, 86\(ה\)](#)

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

[חוק הקרקעות העותמני: סע' 78](#)

[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: סע' 1, 3, 8, 11](#)

[צו בדבר הוראות בטחון \(יהודה והשומרון\) \(מס' 378\), תש"ל-1970 - רבדים - מבוטל: סע' 7](#)

[תקנות ההגנה \(שעת-חירום\), 1945: סע' 112](#)

[חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961](#)

מיני-רציו:

* משפט בינלאומי פומבי – שטחים מוחזקים – חקיקה

* משפט בינלאומי פומבי – שטחים מוחזקים – ממשל צבאי

* משפט בינלאומי פומבי – שטחים מוחזקים – מקרקעין

* משפט בינלאומי פומבי – שטחים מוחזקים – שטחי הרשות הפלסטינית

* צבא – ממשל צבאי – סמכויותיו

* צבא – ממשל צבאי – סמכותו

.

.

ועדת הערר קיבלה את הערר וקבעה כלהלן:

סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומאני נועד ליתן תמריץ לפיתוח מקרקעי האימפריה העותומאנית לאמצעי היצור המרכזי שהיה קיים בעולם בעת חקיקתו – היצור החקלאי. ייעודו של הסדר משפטי זה, לפיו מי שעבד בקרקע עיבוד חקלאי רצוף במשך עשר שנים קנה בכך זכויות בקרקע, היה בראש ובראשונה להגדיל את הכנסות השלטון העותומאני ממיסוי.

הסדר משפטי זה היה חלק מן המשפט הישראלי עד לחקיקתו של [חוק המקרקעין](#). הכלל הבסיסי הוא כי די בעיבוד של 50% או יותר מחלקת הקרקע, על מנת להקנות למעבד זכויות בה. החזקה בקרקע, בניה למגורים, מחצבות, וכל שימוש אחר במקרקעין כיוצא באלה, גם אם קיים, ואפילו למשך שנים רבות, איננו יכול להקנות למחזיק בקרקע זכויות בה. כאשר העיבוד אינו מגיע להיקף של 50%, אך ניתן להפריד בין חלקים מעובדים לחלקים שאינם מעובדים וקיים עיבוד מרוכז באשור מסוים של החלקה בהיקף העולה על 50% וניתן לפצלה, יש לפצלה ואין לשלול את זכותו של המחזיק בחלקה באותו החלק. מקובל גם כי ניתן להתחשב בעיבוד מפוזר וחלקי כאשר עסקינן בקרקע הררית או סלעית.

בנסיבות העניין, לא הוכיח העורר כי עבד את הקרקע במשך למעלה מעשר שנים, וגם לא הוכח ההפך מכך. משכך, יש מקום לדחות את טענתו של העורר לבעלות בקרקע מכוח עיבודה החקלאי מעל עשר שנים, וזאת ללא קביעת ממצא לכאן או לכאן בעניין זה.

נותרה אם כן לדיון טענתו החלופית של העורר "שימוש מפריע" למעלה משלוש שנים. החלטה מכוח הצו האמור לא רק שיש בה כדי להשפיע על זכויותיו של מי שכנגדו הוצא הצו אלא שלפי סעיף 5 לצו אף ניתן להאשימו "בביצוע עבירה". ראוי הוא, כי טרם שינתן צו זה, יטרח הממונה לתאר ולהגדיר בדיוק מהו השטח אליו מתייחסת ההחלטה.

מהראיות עולה, כי העורר פעל בשטח, בפעולות שונות, משנת 96 החל בפעולות שונות בקרקע, ביניהן, זריעה, נטיעה, שידוד וגידוד חלקי, בין בעצמו ובין על ידי תלמידים שהביא לשטח. בשנת 2006 הכין העורר את הקרקע לנטיעה, בשנת 2007 ביצע נטיעה מאסיבית, גידר והתקין מערכת השקיה במקום.

מאז מלחמת ששת הימים מוחזקים שטחי יהודה והשומרון בידי ישראל בדרך של תפיסה לוחמתית. ענייננו בפרשנות החקיקה החדשה שהוציא המפקד הצבאי, אשר מטבע הדברים כפוף לדרגי הצבא הבכירים ולממשלה שמעליהם, שהחלטותיה הן שמנחות את מכלול מדיניות הצבא.

המפקד הצבאי הישראלי, בהפעילו סמכויות שלטוניות, כפוף גם לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי הישראלי. יש להבחין בין מעמדו של המפקד הצבאי כלפי שטחי יהודה ושומרון לבין מעמדו כאחד מרשויות המדינה.

השוואת מעמדה של ועדת העררים למעמדו של בימ"ש צבאי, מחייב, הענקת סמכויות זהות, ביניהן הסמכות לבחון את חוקיותם של צווי המפקד הצבאי. יש לפרש את הצו כדבר חקיקה ולא כפעולה מנהלית. באזור יהודה ושומרון החליט מפקד כוחות צה"ל באזור להעניק לראש המינהל האזרחי, סמכות להורות על הפסקת שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, אם לא הוכחה זכות שבדין.

מלשון הצו עולה כי אין הוא מוצא לבקשת צד מעוניין כלשהו. די בכך ש"היה לממונה חשד סביר כי נעשה שימוש מפריע במקרקעין". אכן כפי שעולה במקרה שלפנינו, החשד הסביר במקרה דנן, עלה בעקבות תלונות ופניות של המשיבים אך ניסוחו של הצו, מלמד כי אין הדבר הכרחי. עוד עולה מלשון הצו כי די בכך שמדובר במקרקעין פרטיים כדי שלממונה תהא סמכות מכוח הצו. על פי הצו אין מדובר בהגדרה על דרך החיוב אלא על דרך השלילה. כל מקרקעין שאינם אדמות ונכסי מדינה הינם בגדר מקרקעין פרטיים, גם אם כלל לא ידוע מיהם הבעלים.

מטרת הצו אינה בהכרח להגן על בעל מקרקעין ספציפי אלא למנוע ממי שאינו בעל המקרקעין לתפוס חזקה במקרקעין. הצו אינו מתייחס כלל לבעל המקרקעין או לטוען לזכויות בו.

אין בצו התייחסות כלשהי לזכות בעל קרקע שהתלונן על פגיעה בזכויותיו להיות משיב להליך הגשת הערר על החלטת הממונה, כפי שלא עוגנה זכותו של העורר לקבל מידע מפורט על פרטי התלונה שהוגשה וגרמה, ככל שגרמה, להפעלת הצו נגדו. אין בצו כל דרישה למתן ערובה כלשהי לנזקים והוצאות מצדו של מי שבעקבות תלונתו ועל סמך מידע שהציג ניתנה החלטה שגרמה נזק למשתמש בקרקע.

מטרתו של הצו הייתה למנוע מצב שבו נסיבות ביטחוניות המקשות על תושבי האזור הערביים לממש את זכויותיהם בקרקע, הן זכות העיבוד החקלאי והחזקה, והן זכות ההגנה על הקניין, ינוצלו לרעה על ידי אנשים שיתפסו חזקה בקרקע. לשון הצו ברורה והיא מופנית כלפי שימוש בקרקע ללא זכות שבדין ואילו העורר לא הראה כל זכות שבדין. אילו בכוונת מתקין הצו הייתה להורות שאין דין זריעה כדין נטיעה ואין דין גידור כדין חישוף היה עליו לציין במפורש בצו כי לכל אחת מהפעולות הללו, מרוץ זמנים נפרד.

משנקבע בצו כי "לא ייעשה שימוש בצו אם חלפו שלוש שנים ממועד תחילתו של השימוש המפריע", הרי שדי יהיה במעשה חד פעמי שעולה כדי שימוש מפריע כדי למנוע את השימוש בצו.

תכלית הצו לא תושג על ידי הפרשנות המוצעת על ידי המשיב. אין חולק על כך שאם העורר זרע במשך שלוש שנים אין הממונה יכול לעשות שימוש בסמכותו. ממילא ברור כי גם אם יאסר על העורר לנטוע עצים יהיה העורר רשאי לזרוע במיה על המקרקעין שהמשיבים טוענים לבעלות בהם. במה אם כן יועיל הצו האוסר על נטיעת עצים לבעלות המשיבים על הקרקע? ! תמהני.

ביחס למקרקעין אשר העורר הוכיח כי השתמש בהם למעלה משלוש שנים, דעתי יש לקבל את הערר ולבטל את החלטת הממונה. אין מקום להותיר את החלטת הממונה בעינה ביחס למקרקעין שלא נעשה בהם שימוש אלא לקבוע כממצא עובדתי כי העורר לא עשה שימוש מפריע בקרקע בשטחים אלו, ועל כן לא הייתה סמכות להוציא את הצו כלפיו בכל הנוגע למקרקעין אלה.

הצו ככל שהוא נוגע למקרקעין שלא עשה בהם העורר שימוש – בטל מטעמי חוסר סמכות; הצו בכל הנוגע לקרקע, שנעשה בהם שימוש בטל מן הטעם שהוצא לגבי קרקע שהעורר עשה בה שימוש למעלה משלוש שנים.

החלטה

סרן (מיל') משה בן דוד :

1. עניינה של החלטה זו בערר שהוגש על ידי מיכאל לסנס (להלן – "העורר") כנגד "דרישה" שהוציא המשיב מס' 1, ראש המינהל האזרחי באיו"ש (להלן, למען הנוחותף למעט מקום בו יאמר אחרת – "המשיב"), לפי [סעיף 2\(א\) לצו בדבר מקרקעין \(שימוש מפריע במקרקעין פרטיים\) \(יהודה ושומרון\)](#) (מס' 1586) התשס"ז - 2007 (להלן "הצו") להפסקת שימוש במקרקעין פרטיים. המקרקעין לגביהם נשלחה הדרישה הינן חלקות 23, 28, 36 גוש 10 אדמות קדום, המצויים בסמוך לשכונת "מצפה ישי" בקדומים.
2. הצו נשוא הערר הוצא 25.1.07 על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, והערר שהוגש לנו הינו מבין הראשונים שהוגשו מכח הצו, אם לא הראשון שבהם.
3. במסגרת הערר עלו לדיון גם שאלות הנוגעות לפרשנות הצו והיקף תחולתו, ולפיכך לא היה מנוס מלהרחיב את היריעה במסגרת ערר זה ולקבוע עקרונות מנחים באשר לפרשנות הראויה שיש ליתן לצו, ואופן יישומו וביצועו הלכה למעשה.

הרקע העובדתי

4. הרקע להוצאת הדרישה, נעוץ היה ככל הנראה בתלונות שהגישו המשיבים 2-4 להלן "המשיבים", בדבר הסגת גבול במקרקעין. לטענתם גילו בחודש מאי 2007 כי בחלקות המקרקעין שהם טוענים לבעלות עליהן, נעשו פעולות שונות כיישור השטח, התקנת צינורות השקיה וגדרות.

5. בעקבות תלונות אלו, נערך סיור ביום 31.7.07 בו נטלו חלק, נציגת המשיב, סרן רונית לוי, ק. תשתיות במת"ק קלקליה, רפי ביטון, נציג משטרת מחוז שומרון, סגנית ראש המועצה המקומית קדומים, המשיבים, וגם נציגי עמותת "יש דין".
6. בעקבות הסיור הוציא המשיב ביום 13.8.07, דרישה שעניינה לקבל "תצהיר הנתמך במסמכים המפרט מדוע אין לראות בשימוש במקרקעים הפרטיים משום שימוש מפריע במקרקעין פרטיים", כהגדרתם בצו.
7. המשיב נמנע מלצרף לדרישה תצלום אויר או תשריט או כל עזר אחר, אולם לאחר תכתובת בין ב"כ העורר והמשיב 1 המציא המשיב תצלום אויר מיושר ועליו סימון החלקות הנ"ל אשר הוגש אף לוועדה וסומן מש/1/א.
8. הדרישה הופנתה למועצה המקומית קדומים, אשר לדברי המשיב, טענה במהלך הסיור כי המקרקעין מוחזקים על ידה ו/או בשמה. כמו כן נתלתה הדרישה בשטח המקרקעין.
9. המועצה המקומית לא הגיבה לדרישה. לעומת זאת, הגיב העורר באמצעות בא כוחו (נספח ג' לכתב הערר) אותה תמך בתצהיר (נספח ד' לכתב הערר) ובו טען בין היתר כדלקמן:
2. הנני מצהיר כי עיבוד הקרקע אליה מתייחסת הדרישה (אם כי אינני יודע את גבולותיה המדויקים היות ולא צורפה אליה כל מפה) מתבצע על ידי (בגיבוי מועצה מקומית קדומים) למעלה מ-10 שנים ללא עוררין, כפי שגם ניתן ללמוד מהאמור בעמוד הראשון של הצהרת ההון (אשר אני מצ"ב ומסמן א') שבו נכללת הצהרה על שטח חקלאי בן 30 דונם שמועד רכישתו בשנת 1997.
10. המשיב לא השתכנע מטענות העורר, ומכח סמכותו לפי [סעיף 2\(ג\)](#) לצו הורה על הפסקת השימוש המפריע במקרקעין. בנימוקי החלטתו מיום 17.9.07 קבע המשיב, בין היתר, כי אין בתצהיר ובמסמכים שהוגשו בידי מר מיכאל לסנס משום הוכחה מספקת כי השימוש במקרקעין הפרטיים נשוא הדרישה "שימוש מפריע במקרקעין פרטיים" כהגדרתו בצו.
11. כן קבע המשיב כי הצהרת ההון שצירף העורר לתצהירו, לא רק שאינה מסייעת לו אלא שיש בה כדי להוכיח שהקרקע לא היתה מעובדת, לאור העובדה שנרשם בה שהעורר רכש "מטעים, 30 דונם שטח חקלאי לא מעובד".
12. על החלטה זו הגיש העורר ביום 11.10.07 ערר, בפני ועדת העררים הצבאית שהוקמה לפי [צו בדבר וועדות עררים](#) (יהודה ושומרון) (מס' 172) התשכ"ח – 1968, והתיק נקבע לדיון בפנינו.
13. ביום 22.11.07 הגישו המשיבים בקשה להצטרף כמשיבים לערר, וביום 26.11.07 נעתרנו לבקשה.
14. הצדדים הגישו תצהירים, ולאחר מכן נשמעו הוכחות הצדדים ביום 28.2.08, 27.3.08, וגן 17.4.08. לאחר שהוגשו סיכומי הצדדים ותגובת העורר לסיכומים, ולאחר שביום 17.7.08 קיימנו סיור במקום בנוכחות הצדדים ובאי כוחם, הגיעה עת ההכרעה.

המקרקעין והשימוש שנעשה בהם

15. הקרקע נשוא הערר המהווה חלק משלוש חלקות 23, 28, 36 גוש 10 אדמות קדום, המצויים בסמוך לשכונת "מצפה ישי" בקדומים. במסגרת הדיונים בערר צורפה על ידי המשיב תעודת עובד ציבור של עוזר קמ"ט רישום מקרקעין מר איציק חודדה מיום 20.12.07 אשר תיארה את המצב הרישומי של החלקות בספרי מס הרכוש המנדטורי (להלן - תע"צ חודדה) כמו כן צורפה תעודת עובד ציבור של סא"ל אורי מנדס לפיה שרטיית היחידה מדדה באמצעים העומדים לרשותם את שטח כל אחת ואחת מהחלקות. (להלן - תע"צ מנדס").
16. הצו ניתן לכל החלקות במאוחד מבלי לצרף מפה או תצלום אויר לכל חלקה תוך ציון מדוייק של שטח החלקה בה נעשה השימוש המפריע. ואכן העורר הלין על העדר "עזר" כבר בתגובתו לדרישה.
17. בהעדר מפה או תצלום אויר הגיש העורר ערר מבלי שצויינו בו ובתצהיר התומך גבולות מדוייקים של המקרקעין בהן הוא טוען לזכויות. כך נאלצה הועדה לברר באמצעות העדים מהם המקרקעין ומהו השימוש שנעשה בהם, מיקום השימושים במקרקעין, והתקופות בהן נעשו. להלן הממצאים.
18. חלקה 36 - שטחה הרשום על פי תע"צ חודדה הוא 30 דונם, ע"פ תע"צ מנדס 37.6 דונם. חלקה הצפונית נטוע. השטח הנטוע סומן על גבי מש/1 בקווים אלכסוניים על ידי העורר במהלך עדותו. העורר אישר בעדותו כי הוא אינו טוען לזכויות בשטח המקווקו. חלק משורות הנטיעות המזרחיות בחלקה זו אינן ממשיכות לכל אורך החלקה. העורר טען כי הוא החל לשתול עצים בשורות מכיוון מזרח למערב (סומן בחץ שבמש/1) וכי הפלסטינים המשיכו שורות אלו "וזה התערבב". העורר סימן את השטחים הנטועים כשטחים שהעורר אינו מתייחס אליהם.
19. באשר לשימוש שנעשה, יצויין כי חלקה הדרומי מזרחי של החלקה טרשי. בחלק הטרשי נטע לגרסתו עצים, התרשמותו היא כי מדובר בנטיעה ספוראדית.
20. חלקה 28 - שטחה הרשום על פי תע"צ חודדה (מכילה שתי חלקות רישומיות) שטחה של 28 א' הוא 24 דונם אולם ע"פ תע"צ מנדס שטחה 4.568 דונם. מבנה החלקה - צרה וארוכה. לאורכה של חלקה זו דרך קיימת שכונתה על ידי העורר בעדותו "הפס של החאג" או "מעבר החאג". העורר אישר בעדותו (ע' 2 ש' 51 לפרוטוקול הדיון מיום 28.2.08) כי לא עשה במעבר זה כל עיבוד, למעט חרישה סמלית, התקין במקום גדר כפולה אך נמנע מלנטוע.
21. חלקה 23 - שטחה הרשום על פי תע"צ חודדה הוא 25 דונם בפועל ע"פ תע"צ מנדס 23.946 דונם. חלקה המערבי נטוע. גם לגבי שטח נטוע זה אישר ואף סימן בקווים אלכסוניים כי העורר אינו מתייחס לחלק הנטוע.

22. שלושת החלקות מתוחמות במפה פיסקאלית של הכפר קדום (מש/5) לפיו השטח נשוא ההליך מצוי במוקע וד בארוץ.
23. הצדדים הגיעו להסכמה דיונית לפיה מקובל עליהם כי הערר מתייחס רק לשטחים שאינם מקווקים ונמצאים בתיחום האדום במש/1. (ע' 2 שי' 55 לפרוטוקול הדיון מיום 28.2.08)

בחינת העדויות

24. השטח אותו מעבד העורר, לטענתו, מסומן במש/1 כשטח שאינו מקווקו, ושטחו, כך הטענה, בהיקף של 30 – 35 דונם לערך, והוא מהווה חלק משלושת החלקות 23, 28, 36 (להלן - "הקרקע").
25. העורר עצמו הגיש תצהיר לקוני לפיו עיבוד הקרקע מתבצע על ידו, בגיבוי המועצה המקומית קדומים, למעלה מעשר שנים, וצרף הצהרת הון לתצהירו, אשר כפי שנראה להלן לא היה בה כדי לסייע לתמיכה בטענתו.
26. כמו כן הגיש העורר שני תצהירים נוספים, דומים זה לזה, שניתנו על יד זאב מושינסקי, רכז קרקעות במועצה המקומית קדומים, ויהושע לוי, שהיה בעבר מנהל מחלקת הביטחון של המועצה האזורית שומרון.
27. בתצהירים נטען כי לאחר הסכמי אוסלו החליטו השניים, "לפקח על המרחב שמסביב לקדומים" בשני אופנים. אחד מהם היה "עיבוד שטחים מוזנחים אשר מופו על ידנו. במקום שניתן היה נמצאו אנשים שהסכימו לעבד עשינו זאת", וכך נעשה על ידי העורר תוך "הנחיה חד משמעית בכל מקרה לשמור על יחסי שכנות טובה ולא לפגוע באדמות מועבדות כל שהן". תצהירו של מר לוי נמשך בדיון מיום 28.2.07 על ידי העורר כדי "לייעל את הדיון", כדברי בא כוחו.
28. תצהיר נוסף הוגש על ידי מיכאל בר נדר, לפיו בשנת 1996 ניתנה הנחיה על ידי מושינסקי לעבד שטחי בור מסביב לשוב, והעורר "התחיל לעבד יחד עם הנוער שבו הוא טיפל" [כך במקור - מ.ב.ד.] שטח שהיה "שטח בור לא מעובד וללא בעלים".
29. מנגד הוגשו תצהירים על ידי המשיבים 2 – 4 אשר טענו כי השטחים הללו עובדו במשך של השנים על ידם ועל ידי בני משפחתם. מן הראוי להדגיש כי בתצהיר לא הייתה התייחסות ישירה לטענות העורר בדבר שימושו בקרקע, ואולם נטען כי בחודש מאי 2007 נודע למשיבים כי "זרים מעבדים את אדמתם" ומיד הגישו תלונות בגין כך.
30. עוד נטען על ידי כל המשיבים כי מעולם לא הסכימו למסור את זכויותיהם או לאפשר עיבוד קרקע למי שאינו מבני משפחתם.
31. המשיב מס' 2, אחמד עבדאללה עבדלקאדר עבדלקאדר, הצהיר כי הוא הבעלים של השטח הידוע כגוש 10 חלקה 36, ששטחה לדבריו 30 דונם מהם 18 דונם עצי זית, כ- 230 עצים, והיתרה היא "אדמת מישור בה אנו נוטעים גידולים עונתיים" (סעיף 3 לתצהיר).

32. המשיב מס' 3, עבדאלרחים עבד אלעטיף מחמד עלי, הצהיר כי הוא הבעלים של הקרקע הידועה כגוש 10 חלקה 28א, שהוערכה על ידו בשטח של כ- 4 דונם (סעיף 3 לתצהירו). לדבריו שטח זה כולו "אדמה מישורית בה אנו נוטעים גידולים עונתיים (סעיף 3 לתצהיר) וכי במהלך עשר השנים האחרונות "חרשתי וזרעתי בקרקע גידולים עונתיים שונים" (סעיף 4).
33. ביחס לקרקע זו טען העורר כי אכן הפלסטינים נכנסו למקום פעם או פעמיים וחרשו, וכי מאן דהוא מטעם פלוני שכונה על ידו החאג' חרש שם, ואף טען לזכויות בעלות דבר שהביא אותו להימנע מעיבוד באותה חלקה או חלק ממנה.
34. המשיב מס' 4, עבדאלעטיף עלי עבדלקאדר ברהם, הצהיר כי השטח הידוע כגוש 10 חלקה 23 מונה כ- 25 דונם והוא בבעלותו. ב-12 דונם מתוכם נוטעים כ-200 עצי זית, שאר השטח הוא אדמת מישור בה הוא ומשפחתו נוטעים גידולים עונתיים.
35. כאמור לעיל, הערר אינו מתייחס לשטח הנטוע, אלא ליתרת השטח.
36. אשר לחלקה השני של חלקה 28 הרי ביחס אליה לא הוגשה תלונה ומתצהירי המשיבים לא נתברר האם יש תושב פלסטיני הטוען לזכות בקרקע הנ"ל.
37. איש מן הפלסטינים לא המציא ראיות ממשיות לבעלותו בקרקע נשוא הערר או חלק ממנה.
38. מטעם המשיב הוגש תצהיר על ידי יגאל צופי המשמש בתפקיד כרוז נפת טול כרם וקלקליה ביחידת הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש. יגאל צופי הצהיר כי הפעילות החקלאית העניפה שנתגלתה לעיניו בעת הסיור במקום בחודשים מאי ויוני 2007 שכללה "חריש, נטיעת שתילים, גידור, הקמת מערכת השקיה ועוד", בוצעה במהלך שנת 2007 או סמוך לכך מאוד.
39. תצהיר נוסף הוגש על ידי סרן רפאל ביטון, קצין התשתיות במת"ק קדומים. בסעיף 4 לתצהירו ציין ביטון, כי במהלך החודשים שקדמו למסירת הדרישה נשוא תיק זה (ביום 15.8.07), אותרה במקום פעילות חקלאית עניפה, חריש נטיעת שתילים גידור הקמת מערכת השקיה ועוד. בסעיף 5 הצהיר שכלל הפעילות החקלאית המתוארת (כולל הגידור) בוצעה במהלך השנה האחרונה (2007) או בסמוך לכך.
40. במהלך הדיון בפנינו אישר העורר כי הפעולות שבגינן הוצא הצו, שהן שתילת שתילים, גידור ופריסת מערכת השקיה, נעשו על ידי העורר בשנת 2007 בלבד. העורר העיד כי עד לאותה שנה, זרע אספסת בקרקע, וכי בשטחה הטרשי נטע עצי זית ורימון. על פי עדותו והתרשמותנו המדובר היה בנטיעה ספוראדית.
41. מאידך, העדים מטעם המשיבים 2 - 4 העידו כי הם אלו שעבדו את הקרקע, בין בשטחה הנטוע ובין בגידולי פלחה שונים לרבות הקרקע שבמחלוקת.
42. השאלה העובדתית העומדת להכרעה אם כן היא האם עשה העורר שימוש בקרקע לפני כן, ומה היה היקף השימוש שנעשה.

43. לדעתי, העורר עמד בנטל הראיה להוכחת העובדה שעשה שימוש בקרקע שלוש שנים ויותר לפני מתן הצו, מהטעמים שאפרט להלן.
44. לכאורה גרסתם של המשיבים עומדת בניגוד מוחלט לגרסת העורר, שכן בשעה שהעורר טוען לשימוש בקרקע, טוענים המשיבים כי היו כל העת בקרקע, ובזמן שהם עבדו אותה, לא היה העורר בשטחם.
45. ואולם, גרסת המשיבים לא הייתה אחידה ולכידה כפי שנראה להלן.
46. המשיב 3 נשאל :
- ש : מישהו מנע ממך פעם לעבד את הקרקע.
- ת : לא, אף אחד לא מנע. (ע' 6 לפרוטוקול מיום 17.4.08, ש' 27)
47. תשובה דומה השיב המשיב 4 :
- ש : מישהו התנכל לך? הפריע לך לעבד את הקרקע?
- ת : אף אחד לא הפריע לי עד שחפרו בורות ונכנסו לקרקע בחודש מאי 2007. הגשתי תלונה במשטרה (ע' 8 לפרוטוקול מיום 17.4.08, ש' 8-9).
48. לעומת זאת, העד הישארם מחמד עלי ברהם, טען להתנכלויות נמשכות למשיבים 3 ו-4 בשנים 1999, 2000, 2001 ו-2004 :
- ש : בשנים האלה לא נתנו למשיבים 3 ו-4 לעבוד?
- ת : היו מציקים להם בלעבד את האדמה בשנים האלו (ע' 8 לפרוטוקול מיום 17.4.08, ש' 26-27)
49. בעדותו טען המשיב 2 " 3 שנים לא נתנו לי להכנס חוץ מיום אחד לחרוש ויום אחד למסיק זיתים (ע' 4 לפרוטוקול מיום 17.4.08, ש' 33).
50. עדות זו נתמכת גם בעדות סרן רפאל ביטון, ממנה עולה כי כניסת המשיבים היתה כרוכה בתיאום.
51. ואכן, דומה כי קיים מתח בין רצונם של המשיבים לסתור ולהפריך את טענות המשיב בדבר שימוש בקרקע שנעשה על ידו לבין רצונם לקבל הגנת הצו, בטענה שאי יכולתם להגיע אל השטח מונעת מהם את האפשרות לממש את זכות הקניין שלהם.
52. מתח דומה נמצא גם בסיכומי המשיבים, כאשר מצד אחד נטען על ידם כי העורר לא עשה כל שימוש בקרקע, ומצד שני, טענו כנגד מה שכונה על ידם "גזל המקרקעין" של המשיבים באמצעות "שיטת חנייתה". לטענת בא כוח המשיבים "במהלך הדיונים בערר נחשפה שיטה מתוחכמת ומטרידה להשתלטות על אדמותיהם של תושבים פלסטינים לשם הרחבת תחום ההתנחלויות באזור השומרון (ע' 13 לסיכומי המשיבים 2 – 4).

53. אם אכן נחשפה שיטה זו, ולא נראה לי כי ניתן לקבוע זאת, הרי שגם המשיבים מודים בעשיית שימוש במקרקעין על ידי העורר אלא שהם מוקיעים שיטה זו כפעולה מאורגת לגזול מקרקעין של המשיבים.
54. לשאלת המשמעות המשפטית של פעולות אלו עוד נידרש בהמשך, אך הרושם המתקבל ממכלול עדויות המשיבים הוא כי אין ביכולתם להכחיש את העובדה שבמשך שנים ביצע העורר פעולות שונות בקרקע, שלטיבן נידרש בהמשך, אם בשל העובדה שלא נכחו באופן רציף בקרקע כגרסת מי מהם ואם בשל העובדה שככל הנראה כל עוד היו אלו פעולות מינוריות מבחינת המשיבים, היו המשיבים מוכנים לעבור על כך בשתיקה.
55. העורר העיד כי בשנת 1996 התבקש על ידי רכז הביטחון של המועצה זאב מושינסקי להחזיק בקרקע מסיבות בטחוניות. העורר, לדבריו, הוא חקלאי בהשכלתו, ואחרי שנה שנתיים מצא עניין חקלאי בקרקע.
56. החל מאותה תקופה לימד העורר שיטות חקלאיות ילדים ונערים ממדרשת שומרון מבתי ספר שונים. במרכז חלקה 36 ביצע נטיעות של עצים אותם כאמור לעיל המשיכו ונטעו הפלסטינים. כמו כן נטע מספר עצים בשטח במרכז חלקה 36 אותו כינה בוסתן. בשאר השטח זרע גידולים שונים כאספסת, ללא גידור וללא מערכת השקיה.
57. בשנת 2006 ניקה העורר את השטח לקראת שתילה ובשנת 2007 שתל בקרקע עצים, גידר והתקין מערכת השקיה.
58. לגרסת העורר היו שנים בהן זרעו פלסטינים גידולים עונתיים בחלק מהשטח שאותו עיבד, לגרסתו הוא והפלסטינים אפשרו הדדית לבצע פעילות חקלאית במקום.
59. באשר לנסיבות תפיסת החזקה בקרקע ואינטנסביות השימוש נתמכה עדותו של העורר בעדותו של זאב מושינסקי. זאב אישר שביקש מהעורר לתפוס חזקה.
60. יצויין כי בסיוור שקיימנו היו ממצאים שאיששו את גרסת העורר. מהמדרשה הסמוכה נצפו עמודי ברזל ישנים שהוצבו כהמשך לגדר המדרשה. סוגי העצים השונים הנטועים, מצביעים על הקשר לימודי יותר מאשר על נטיעה כלכלית.
61. לא ניתן ממי מהמשיבים 2-4 הסבר מניח את הדעת למגרעת שבשורות העצים, דבר המחזק את גרסת העורר כי הוא זה שפעל במקום, ובשל פעילותו נאלצו הנוטעים, פלסטינים, לעקוף את המקום בו פעל וכך נוצרה המגרעת. ההסבר שמדובר "בטעות של העובדים", כפי שניסה המשיב 2 להסביר בחקירתו (ע' 5 לפרוטוקול מיום 17.4.08) לא נראה היה לי סביר לאחר שביקרנו במקום.
62. התמונה שהתקבלה היא כי העורר ומי מטעמו, פעלו שנים רבות במקום, אולם לא בוצע עיבוד כלכלי עד שנת 2006 בה החל להכשיר את השטח.
63. עדות העורר כי פעל בשטח בפעולות לא כלכליות כגון זריעה, נטיעה, שידוד וגידור, לא נסתרה. ברור מעל כל ספק כי הן העורר והן המשיבים פעלו במקביל במקרקעין.

64. במאמר מוסגר יצויין, כי להוכחת החזקת הקרקע הציג העורר טופס הצהרת הון משנת 97 (ואולי משנת 2000) בה ציין קרקע של 30 דונם. המעט שראוי לומר על מסמך זה הוא שאין לו ערך ראייתי לענייננו. מסמך זה מצהיר כי הקרקע נרכשה, שעה שהעורר הודה שמעולם לא רכש את הקרקע. המקרקעין במסמך זה נרשמו כבלתי מעובדים, שעה שהעורר ניסה לטעון שהוא זכאי להירשם כבעלי הקרקע מכס עיבוד של 10 שנים.
65. העיבוד שביצע העורר לא היה כלכלי, ולכן הסברו לביטוי "לא מעובד" בהצהרת ההון שעניינה דיווח על נכסים הוא הסבר הגיוני, אולם על מסמך זה לא ניתן לבסס ראייה בעלת משקל לעצם השימוש בקרקע, ובצדק החליט הממונה כי אין בכך ראייה מספקת.
66. לסיכום החלק העובדתי, הוכח כי העורר פעל במקום פעילויות חקלאיות ולימודיות בקרקע כמסומן מש/1. פעילותו של העורר הייתה בין מטעים של אחרים, ספואדית, ומועטה בחלק הטרשי של הקרקע. יצויין כי לגבי נטיעות העצים בחלק זה ציינה באת כוח המשיב 1 במהלך הסיור שערכנו במקום ביום 17.7.08 כי ניתן יהיה להסכים כי הצו נשוא הערר לא יתיחס אליו.

המסגרת המשפטית

67. שתי טענות עיקריות נטענו על ידי העורר. האחת כי הקרקע עובדה על ידו או על ידי "יהודים שונים" מטעמו למעלה מעשר שנים ללא עוררין, ולפיכך העורר הוא הבעלים על הקרקע מכח הוראת [סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומאני](#). הטענה השנייה, כי העורר מעבד את הקרקע למעלה משלוש שנים, וממילא המשיב אינו מוסמך להפעיל את סמכויותיו, לנוכח הוראת [סעיף 2\(ה\) לצו](#).
68. יצויין כי טענותיו של העורר עברו גלגולים שונים. בתשובתו לדרישה, טען העורר כי הוא מעבד את הקרקע ללא עוררין מעל עשר שנים, ובאופן לא ברור דיו הפנה להצהרת הון ממנה, כך הטענה, ניתן ללמוד על שטח חקלאי בן 30 דונם שמועד רכישתו בשנת 1997.
69. בכתב הערר, היתה הטענה בדבר החזקת המקרקעין למעלה משלוש שנים הטענה העיקרית, ונטען "לשם הזהירות" כי לעורר טענות נוספות, טענות שלא הובהרו כל צורךן באותו ערר. לפיכך התבקש ב"כ העורר בדיון מיום 28.2.08 להבהיר את טענתו המשפטית. בדיון טען ב"כ העורר כי אין טענה לרכישת הקרקע, אלא רכישה מכוח עיבוד וחזקה למעלה מ-10, והוא עמד על טענה זו (ראו ע' 2 ש' 1) כטענה עיקרית, והטענה בדבר שימוש מפריע למעלה מ-3 שנים הייתה טענה משנית. רק בסיכומי העורר הוכתרה טענה זו כ"לב ליבו של הערר" (כותרת לסעיף 12).
70. מסכים אני עם ב"כ העורר כי אכן טענה זו היא לב ליבו של הערר שכן עם הגשת כתבי הטענות וחקירת העדים, נתברר* כי אין ממש בטענה שהעורר קנה זכות בעלות מכוח [סעיף 78 לחוק המקרקעין העותומאני](#), וזאת כפי שיפורט להלן.

רכישה לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני, 1858

71. בהתייחס רכישה לפי [סעיף 78](#) לחוק הקרקעות העותמני, 1858, ניתנה החלטה על ידי ועדת הערר בהרכב אחר, מפי יו"ר הרכב זה רס"ן (כדרגתו אז) אייל נון חוות דעת מקיפה בערר 29-37/04, [פורסם בנבו] והדברים הבאים לקוחים משם.
72. [סעיף 78](#) לחוק הקרקעות העותמאני נועד ליתן תמריץ לפיתוח מקרקעי האימפריה העותומאנית לאמצעי היצור המרכזי שהיה קיים בעולם בעת חקיקתו – היצור החקלאי.
73. ייעודו של הסדר משפטי זה, לפיו מי שעבד קרקע עיבוד חקלאי רצוף במשך עשר שנים קנה בכך זכויות בקרקע, היה בראש ובראשונה להגדיל את הכנסות השלטון העותומאני ממיסוי. הסדר משפטי זה היה חלק מן המשפט הישראלי עד לחקיקתו של [חוק המסרקעני](#), התשכ"ט - 1969, ועל כן התפתחה לגביו פסיקה ענפה, הן של בית המשפט העליון המנדטורי והן של בית המשפט העליון של מדינת ישראל, בטרם הוחלף על ידי הסדר מקרקעין ישראלי מקורי עת נחקק בשנת 1969 (הסדר שלא הקנה עוד זכויות בקרקע מכוח עיבודה החקלאי). מכאן, כי אנו רשאים ללמוד מן הפסיקה שנתנה בבית המשפט העליון בשנים 1948 – 1969 (וגם לאחר מכן, במידה מוגבלת, בהתאם להוראות המעבר שב[חוק המסרקעני](#)), וכמובן שגם מפסיקת בית המשפט העליון המנדטורי.
74. הכלל הבסיסי הוא כי די בעיבוד של 50% או יותר מחלקת הקרקע, על מנת להקנות למעבד זכויות בה.
75. וכך נאמר בענין זה בפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק:
- עיבוד - פירושו עיבוד חקלאי ממש אגב, ההנחה היא, כי השלטון העותומאני התנה את הקניית הזכויות בביצועו של עיבוד חקלאי ממש, כי בדרך זו ראה אפשרות להקנות הכנסה לאוצר המדינה שלו, שהיה גובה מסים מן היבול.
- במקרה שלפנינו ציינה ועדת העררים, כי השטח שעליו סבה המחלוקת, היה בחלקו הניכר בגדר אדמת טרשים בלתי מעובדת. כך כלל השטח פסגת גבעה, אשר הייתה כולה טרשים ובלתי מעובדת וגם מקום שנמצאו בו סימני עיבוד היה המדובר על עיבוד בקטעים מעטים וקטנים מבחינה יחסית, וזאת פרט לשטחים, שהוזכרו כבר לעיל, ואשר לגביהם אכן החליטה הוועדה במסקנותיה הסופיות על הכרה בזכותו של העותר מכוח העיבוד.
- אוסף ואבהיר כאן, כי כאשר מדובר על שטח סלעי, אשר בו יש קטע מוגדר ונפרד, גם אם הוא קטן, הניתן לעיבוד חקלאי ואכן מעובד כאמור, הרי כאשר מדובר על אדמת מירי, וכאשר בוחנים החלת הוראותיו של [סעיף 78](#) לגביה, יש מקום להפריד את השטח המעובד כדי לזכות בו את

התובע בהתאם [לסעיף 78](#) האמור, ואת יתר השטח יש לרשום על שם המדינה. אם מדובר, מאידך גיסא, על שטח טרשים, אשר אי פה אי שם יש בו קטעים קטנים מעובדים, אך סך כל שטחם של קטעים אלה הוא קטן ביחס לגודלו של השטח הכללי, הרי אי אפשר, למען הקטעים הקטנים הללו, לזכות בו את מי שתובע אותו בהסתמך על האמור [בסעיף 78](#) הנ"ל.

(בג"ץ 277/84 [אע"רייב נ' ועדת העררים לפי צו מס' 172](#), פ"ד מ' (2) 57, 63 – 64; הפניות לאסמכתאות הושמטו; ראו גם [ע"א 423/61 \(אל עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד טו' 2552\)](#)).

76. החזקה בקרקע, בניה למגורים, מחצבות, וכל שימוש אחר במקרקעין כיוצא באלה, גם אם קיים, ואפילו למשך שנים רבות, איננו יכול להקנות למחזיק בקרקע זכויות בה.

77. לאורך השנים, פתחה הפסיקה כללים ומבחנים מסייעים להכרה במצב של עיבוד חלקי ומטולא (ספורדל), ונקבע בין היתר כי כאשר העיבוד אינו מגיע להיקף של 50%, אך ניתן להפריד בין חלקים מעובדים לחלקים שאינם מעובדים וקיים עיבוד מרוכז באשור מסוים של החלקה בהיקף העולה על 50% וניתן לפצלה, יש לפצלה ואין לשלול את זכותו של המחזיק בחלקה באותו החלק (ענין [אלעומר](#), לעיל; [ע"א 479/62 מדינת ישראל נ' יורשי כיר](#), פ"ד יז' 631, 632 – 633).

78. מקובל גם כי ניתן להתחשב בעיבוד מפוזר וחלקי כאשר עסקינן בקרקע הררית או סלעית (מ' [דוכן](#), [דיני קרקעות במדינת ישראל](#) (ירושלים, 1953), 317), למשל כאשר החלק הבלתי מעובד הוא חלק בלתי נפרד מן החלק המעובד ונכלל יחד עמו בחלקה אחת המגודרת בגדר שהיתה הגבול הטבעי של השטח המעובד ([ע"א 199/65 מדינת ישראל נ' כורן](#), פ"ד [נט \(4\) 243, 247](#)).

79. כלומר, שגם לענין זה, של התחשבות בעיבוד חלקי בקרקע סלעית, הגישה לא היתה נוקשה ולא כללה תקן הפעלה מכנית של הכלל בדבר 50% עיבוד, אלא ראתה להתחשב בעיבוד בפועל תוך מגמה חיובית של הכרה בזכויות בשטח המעובד ([ח' זנדברג, מקרקעי ישראל – ציונות ופוסט ציונות](#) (תל אביב, 2008), 124 – 132), אך תוך זהירות בישום בפועל (זנדברג, שם, 132 – 135).

80. לעניות דעתי, לא הוכיח העורר כי עבד את הקרקע במשך למעלה מעשר שנים, וגם לא הוכח ההפך מכך, שכן שני הצדדים זנחו טענה זו, משהתברר כי איננה חיונית להכרעה בערר.

81. משכך, אני סבור כי יש מקום לדחות את טענתו של העורר לבעלות בקרקע מכוח עיבודה החקלאי מעל עשר שנים, וזאת ללא קביעת ממצא לכאן או לכאן בענין זה, ומבלי להזדקק למחלוקת המשפטית הקשה הנטושה בענין זה בשאלה האם ניתן לרכוש בעלות במקרקעין באזור מכוח עיבוד הקרקע במשך עשר שנים ויותר בלא כל אסמכתא אחרת (מחלוקת שהובילה את המפקד הצבאי באזור לעתור לבית המשפט הגבוה לצדק נגד החלטה של ועדת

העררים הצבאית בהרכב אחר (בג"ץ [9628/08](#) המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' ועדת העררים הצבאית [פורסם בנבו]; העתירה תלויה ועומדת במועד מתן החלטה זו).

טענה בדבר שימוש מפריע למעלה משלוש שנים

82. נותרה אם כן לדיון טענתו החלופית של העורר "שימוש מפריע" למעלה משלוש שנים.
83. שתי שאלות אם כן עומדות לדיון בפנינו.
84. האחת, האם הוכיח העורר כי "חלפו שלוש שנים ממועד תחילתו של השימוש המפריע במקרקעין הפרטיים".
85. השניה, בהתייחס לאופי השימושים והיקפם, האם ניתן להפריד בין סוגי השימוש המפריע. לטענת המשיב, גם אם יוכח שהמשיב עשה שימוש במקרקעין לצורכי "זריעה אקראית ללא תכלית כלכלית וחקלאית" במשך יותר משלוש שנים, לא יהא בכך כדי למנוע מהמשיב הוצאת צו שיאסור הקמת מטעי זיתים מגודרים ומושקים. הוא הדין אם חל שינוי בזהות הגרום העושה שימוש בקרקע במהלך שנים אלו, לא יוכל המשתמש האחרון להסתמך על שימושים שנעשו לפניו.
86. השאלה הראשונה הינה מחלוקת שנסובה בעיקר סביב שאלות עובדתיות, על רקע העדויות והמסמכים שנתבררו בפנינו.
87. רק אם נכריע כי אכן נעשה שימוש בקרקע במשך תקופה העולה על שלוש שנים, נכון ליום הפעלת הסמכות לפי הצו, תעלה לדיון והכרעה השאלה השניה, שעיקרה מחלוקת משפטית בדבר פרשנותו הראויה של הצו.
88. כבר עתה אעיר כי תמוה בעיני שבעת שניתנה החלטה מכח [סעיף 2א](#) לצו, לא ראה הממונה לצרף כל תשריט או צילום אוויר המתאר ומגדיר את השטח אליו מתייחסת ההחלטה. החלטה מכח הצו האמור לא רק שיש בה כדי להשפיע על זכויותיו של מי שכנגדו הוצא הצו אלא שלפי [סעיף 5](#) לצו אף ניתן להאשימו "בביצוע עבירה".
89. אך ראוי הוא, כי טרם שינתן צו זה, יטרח הממונה לתאר ולהגדיר בדיוק מהו השטח אליו מתייחסת ההחלטה. לא למותר לציין בהקשר זה כי העובדה שלהחלטת הממונה לא צורף כל תשריט גרמה להתמשכות הדיונים בפנינו, שכן חלק מזמן הדיון נאלצנו להקדיש אך ורק כדי לברר מהי הקרקע אליה מתייחסת ההחלטה ועל איזה חלק ממנה הוגש ערר.
90. מבדיקת העובדות כפי שפירטנו לעיל עולה כי העורר פעל בשטח, בפעולות שונות, משנת 96 החל בפעולות שונות בקרקע, ביניהן, זריעה, נטיעה, שידוד וגידור חלקי, בין בעצמו ובין על ידי תלמידים שהביא לשטח.
91. בשנת 2006 הכין העורר את הקרקע לנטיעה, בשנת 2007 ביצע נטיעה מאסיבית, גידור והתקין מערכת השקיה במקום.

92. על רקע קביעות עובדתיות אלו, נבחן את הטענה בדבר פרשנותו הראויה של הצו.
93. כידוע, מאז מלחמת ששת הימים מוחזקים שטחי יהודה והשומרון בידי ישראל בדרך של תפיסה לוחמתית (belligerent occupation). בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי המסדירים תפיסה כזאת, הוקם ממשל צבאי, שלו כוחות וסמכויות מינהל וממשל המרוכזים בידי המפקד הצבאי (להלן: המפקד) העומד בראש הממשל. כללים אלה מעניקים למפקד סמכויות היונקות משלושה מקורות עיקריים. המקור הראשון הוא הוראות ספציפיות של המשפט הבינלאומי המנהגי. המקור השני הוא הדין שהיה קיים בשטח עובר לתפיסתו. ואילו המקור השלישי הוא חקיקתו החדשה של הממשל. המפקד הצבאי הוא מפקד צבאי ישראלי (בג"ץ 548/04 אמנה נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש, פ"ד נח(3) 373) (להלן - "בג"ץ אמנה"). ענייננו אם כן בפרשנות החקיקה החדשה שהוציא המפקד הצבאי, אשר מטבע הדברים כפוף לדרגי הצבא הבכירים ולממשלה שמעליהם, שהחלטותיה הן שמנחות את מכלול מדיניות הצבא (בג"ץ 548/04 הנ"ל).
94. מה טיבו של דבר חקיקה זה וכיצד יש לפרשו. האם על וועדה שהוקמה מכח דבר חקיקה זה לראותו כדבר חקיקה ולפרשו כפי שבתי משפט בישראל מפרשים דבר חקיקה או שמא יש לראות דבר חקיקה זה כפעולה מינהלית הלוכשת צורה של חקיקה (ר' א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שני, ע' 347-345).
95. בית המשפט העליון פסק כי המפקד הצבאי הישראלי, בהפעילו סמכויות שלטוניות, כפוף גם לעקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי. ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785 (להלן - "פסק דין אסכאן"), בע' 792, והחילו פסיקה זו גם על חקיקת מפקד הצבא (ר' בג"ץ אמנה הנ"ל).
96. אך ברור הוא כי בבחינת פעולה מינהלית רשאים, ואף מחוייבים, אנו להידרש בהרחבה רבה יותר לרקע ולנסיבות שקדמו לפעולה המינהלית שכן באספקלריה זו נבחנת ונבדקת עמידתה של הפעולה המינהלית בעקרונות היסוד של המשפט המינהלי.
97. שאלה זו נדונה בהקשר אחר על ידי בית המשפט הצבאי לערעורים, בידי המשנה לנשיא, סא"ל נ' בנישו בתיק ועדת ערעורים 5/06 שוורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור (להלן - "פרשת שוורץ"). בפרשת שוורץ נדונה השאלה האם מוסמך בית המשפט הצבאי לבטל חקיקה של אלוף הפיקוד בטענה שהיא עומדת בסתירה לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.
98. בניתוח מעמיק ומפורט קבע בית המשפט הצבאי כי יש להבחין בין מעמדו של המפקד הצבאי כלפי שטחי יהודה ושומרון לבין מעמדו כאחד מרשויות המדינה:
- "כאמור לעיל, יונק המפקד הצבאי את סמכותו כלפי האזור מן המשפט הבינלאומי. מנקודת מבטו של משפט זה, המפקד הצבאי הוא הסמכות הריבונית העליונה ומתוקף כך, המחוקק הראשי. לאור האמור, מהווים הצווים אותם הוציא המפקד הצבאי, במסגרת סמכותו על פי המשפט

הבינלאומי, חקיקה ראשית המחייבת את תושבי האזור על בסיס תחולה טריטוריאלית, כמקובל בכל שיטת משפט מודרנית.

כאן המקום לחזור ולהדגיש כי תחולה טריטוריאלית זו הינה שוויונית לחלוטין, ואינה מבדילה בין תושבי האזור לבין מבקרים בו, ואף לא בין תושבי האזור לבין עצמם, על בסיס אזרחות, דת או מקום מגורים.

מאידך גיסא, כלפי מדינת ישראל המפקד הצבאי הינו אחד מרשויות המדינה, ופעולותיו בתחום החקיקה הינן בבחינת חקיקת משנה (ראה בג"ץ 306/72 אבן חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז (2) 169 וראה גם ע"א 6860/01 חמאדה נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב [פורסם בנבו] תק-על 2003 (1) 506 וכן יי דינשטיין הנ"ל בעמ' 331).

אשר על כן, הגם שהמפקד הצבאי פועל מכוחה של ממשלת ישראל, משלא הכריזה המדינה על סיפוח יהודה והשומרון, מתחייבת המסקנה בדבר היעדר תחולה ישירה של חוקי הכנסת. הוא הדין אף בנוגע לחוק היסוד, אשר נועד כאמור בסעיף 1 בו להבטיח את זכויות היסוד של האדם בישראל."

99. בהתייחסה לסמכות בתי המשפט לבחון חוקיות צווי המפקד הצבאי קבעה ועדת הערעורים כדלקמן:

"שאלה שונה בתכלית הינה שאלת סמכות בתי המשפט הצבאיים לבחון חוקיות צווי המפקד הצבאי. בתי משפט אלה הוקמו על ידי המפקד הצבאי מתוקף סמכותו כאמור לעיל.

כך באו הדברים לידי ביטוי בס' 66 לאמנת ג'נבה הרביעית הקובעת כהאי לישנא:

"עברו על הוראות העונשין שפרסמה המעצמה הכובשת בתוקף הפסקה השנייה של סעיף 64, רשאית המעצמה הכובשת למסור את הנאשם לבתי המשפט הצבאיים והבלתי מדיניים שלה שהוקמו כהלכה..."

על יסוד האמור הורה מפקד כוחות צה"ל באזור, בצו בדבר הוראות ביטחון תש"ל – 1970, על הקמתם של בתי משפט צבאיים, אשר סמכויותיהם הוגדרו בס' 7 לצו.

לאור זאת, עולה כי גם מקורות הסמכות של בתי המשפט הצבאיים באיו"ש, נעוצים במשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי, ובחקיקתו הראשית של המפקד הצבאי באזור.

אמת, בתי המשפט הצבאיים גם הם מהווים חלק ממערכת הממשל הצבאי באזור וככאלה מחויבים הם לפעול על פי כללי המשפט המנהלי הישראלי, ונתונים הם לביקורת בג"ץ בכל הקשור להחלטות מנהליות או פרוצדוראליות המתקבלות על ידיהם. יחד עם זאת, במישור הפנים-אזורי מהווים פסקי דינם החלטות סופיות של רשות שיפוטית פנימית אשר אינה כפופה לערכאה שיפוטית ישראלית.

זאת ועוד, בתי המשפט הצבאיים באיו"ש פועלים מכוח סמכות עצמאית שאינה תלויה בחוק הישראלי, אשר כאמור לא הוחל באזור, אלא מכוח הסמכת המפקד הצבאי אשר צוויו מהווים בעניינם נורמות מדרגה ראשית (ראה עניין **וופא עלי** הנ"ל).

אמור מעתה, כי בבוא שופט צבאי היושב לדין לבחון מסגרת סמכויותיו וחובותיו, פועל הוא במישור הפנים-אזורי, במנותק מחקיקה ישראלית כלשהי, בתוכה גם זו הכלולה בחוקי היסוד הישראליים.

נחזור ונדגיש, על כן, כי בדומה לקביעתנו במישור המפקד הצבאי, וביתר שאת, בנוגע לפעילותם של בתי המשפט הצבאיים, כלפי תושבי האזור אין מקום להחלה ישירה של חוקי היסוד הישראליים, תהא אזרחותם של אלה אשר תהיה. מכאן כי אין למצוא **בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** מקור סמכות לביקורת חקיקת המפקד הצבאי על ידי בתי המשפט הצבאיים באיו"ש, ודין טענה זו של ב"כ המערער להידחות.

לאור האמור, ובשים לב לשיקולים כבדי המשקל אותם העליתי לעיל, דעתי הינה כי לבתי המשפט הצבאיים באזור קיימת סמכות לערוך ביקורת בדבר חוקיותם של צווי המפקד הצבאי, בהתאם לנורמות המשפט הבינלאומי על פיהם הוקם והוסמך השלטון הצבאי באזור.

מכאן הייתי מוסיף ומסיק כי גם לועדת ערעורים הפועלת מכוח **ס' 86(ה)** לצו, נתונה סמכות ביקורת חוקיות צווי המפקד הצבאי. מעמדה השיפוטי של ועדה זו עולה באופן ברור **מס' 86** הנ"ל, לאחר תיקונו בתיקון 91. ראשית, רק מי שמונה לשופט בבתי המשפט הצבאיים באיו"ש כשיר לשמש כחבר הועדה. שנית, נשיא ביהמ"ש הצבאי לערעורים הוא הממנה את חברי הועדה. שלישית, כמו שראינו לעיל, לוועדה סמכויות רחבות והחלטתה מחייבת את המפקד הצבאי.

השוואת מעמדה של הועדה למעמדו של בימ"ש צבאי, מחייב, על כן, הענקת סמכויות זהות, ביניהן הסמכות לבחון את חוקיותם של צווי המפקד הצבאי."

100. יצוין, כי ועדת הערעורים שבמסגרתה נתנה ההחלטה האמורה היא ועדת ערעורים הפועלת בהתאם לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, ולא ועדת ערעורים הפועלת בהתאם לצו בדבר ועדות העררים כועדה שבה אנו יושבים לדין בערר זה, ואולם לגישתי העקרונות עליהם הצביע כבוד השופט סא"ל נ' בנישו בפרשת שוורץ יפים גם לענייננו.
101. בעניינינו לא נטענה טענה נגד חוקיות הצו, והשאלה בה אנו עוסקים היא בפרשנותו. מפסק דינו של בית המשפט הצבאי בענין שוורץ ניתן ללמוד כי יש לפרש את הצו כדבר חקיקה ולא כפעולה מינהלית.
102. בין כך ובין כך, אין ספק כי המקור הראשוני לקביעת היקפו של הצו ותכליתו הוא עיון בהוראותיו, ומפאת חשיבות הדברים לענייננו, מן הראוי להביא את נוסח הצו ככתבו וכלשונו.

צו מס' 1586

103. וזו לשון הצו:

"צבא הגנה לישראל

צו מס' 1586

צו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים)

בתוקף סמכותי כמפקד כוחות צה"ל באזור, והואיל והנני סבור כי הדבר נחוץ לקיום ממשל תקין ולשמירה על הסדר הציבורי, הנני מצווה בזאת לאמור:

הגדרות: 1. בצו זה –

"מקרקעין פרטיים" – מקרקעין שאינם אדמות ונכסי מדינה כהגדרתם בצו בדבר מינויים וסמכויות לפי חוק השמירה על אדמות ונכסי המדינה (יהודה והשומרון) (מס' 1006), התשמ"ב-1982;

"שימוש במקרקעין פרטיים" – לרבות תפיסת החזקה במקרקעין, הצבת מיטלטלין, גידור, נטיעת עצים, עיבוד המקרקעין, הפרעה לעיבוד על ידי אדם אחר, עבודות חפירה וחיפוי במקרקעין, רעיית בעלי חיים, הכל בין במעשה חד פעמי ובין במעשה נמשך;

"שימוש מפריע במקרקעין פרטיים" – שימוש במקרקעין פרטיים ללא זכות בדין;

"הממונה" – ראש המינהל האזרחי או מי שהוסמך על ידו.

2. 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 והשומרון) (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 שלוש שנים ממועד תחילתו של השימוש המפריע במקרקעין הפרטיים.
3. שימוש נשנה
- א. הופסק השימוש במקרקעין הפרטיים או נעשו פעולות סילוק כאמור בסעיף 2(ב) או (ג), ולאחר מכן נשנה השימוש במקרקעין הפרטיים, רשאי הממונה או מי מטעמו, להפסיק את השימוש במקרקעין הפרטיים ולסלק כל דבר שיש בו כדי להוות שימוש מפריע במקרקעין פרטיים.
- ב. הממונה לא יפעיל סמכויותיו לפי סעיף א. אם חלפה מעל שנה ממועד מסירת דרישתו לפי סעיף 2. או אם התברר לו כי ישנו שוני מהותי באופי השימוש המפריע במקרקעין פרטיים או בזהות עושה השימוש כאמור.
4. דרכי מסירה
- הממונה רשאי למסור דרישות והחלטות לפי צו זה בכל דרך שתראה לו כנכונה בנסיבות העניין, לרבות תלייתן במקום נראה לעין בתחום המקרקעין הפרטיים הנוגעים בדבר.
5. עונשין
- המפריע לאדם למלא את תפקידו לפי צו זה – ייאשם בעבירה.
6. שמירת דינים
- א. הוראות צו זה נוספות על כל דין או תחיקת בטחון, ואין בהן כדי לפגוע בכל דין או תחיקת בטחון.
- ב. למען הסר ספק, אין בהוראות צו זה, כדי לפגוע בכל סמכות הנתונה לרשויות צה"ל לפעול כלפי אדם או רכוש לפי כל דין או תחיקת בטחון.
7. תיקוני חקיקה
- א. בצו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה והשומרון) (מס' 947), התשמ"ב – 1981, בתוספת השניה, בסופה יבוא: "צו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), התשס"ז-2007."
- ב. בצו בדבר ועדות עררים (אזור יהודה והשומרון) (מס' 172), התשכ"ח-1967, בתוספת, בסופה יבוא: "צו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), התשס"ז-2007."
8. תוקף
- תחילת תוקפו של צו זה ביום חתימתו; אין בכך כדי למנוע הפעלת הסמכויות לפי צו זה, לגבי שימוש מפריע במקרקעין פרטיים אשר תחילתו לפני תחילת תוקפו של צו זה, בכפוף להוראת סעיף 2(ה).
9. השם
- צו זה ייקרא: "צו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), התשס"ז-2007."

ו' בשבט התשס"ז

25 בינואר 2007

 יאיר נוה, אלוף
 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון"

104. טרם שנדרש לפרשנות הצו, נבקש להתייחס למטרת הצו, כפי שניתן ללמוד אותה מתוך לשון הצו, והשוואתו לדברי חקיקה אחרים.
105. בישראל סכסוכי מקרקעין מצויים כמעט באופן בלעדי בתחומה של הרשות השופטת. [סעיפים 17, 18, 19](#), [לחוק המקרקעין](#) התשכ"ט - 1969 מקנים לבעל מקרקעין את הזכות לפנות לבית המשפט המוסמך בדרישה למנוע החזקה ממי שאינו זכאי להחזיק בהן או למנוע הפרעה לשימוש בהן, כאשר חריג לכך הוא הזכות לעשיית דין עצמית לפי [סעיף 19](#) לחוק בעת הסגת הגבול או תוך 30 יום מיום הפגיע בזכות.
106. לעומת זאת, באזור יהודה ושומרון החליט מפקד כוחות צה"ל באזור להעניק לראש המינהל האזרחי, סמכות להורות על הפסקת שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, אם לא הוכחה זכות שבדין.
107. מלשון הצו עולה כי אין הוא מוצא לבקשת צד מעוניין כלשהו. די בכך ש"היה לממונה חשד סביר כי נעשה שימוש מפריע במקרקעין". אכן כפי שעולה במקרה שלפנינו, החשד הסביר במקרה דנן, עלה בעקבות תלונות ופניות של המשיבים אך ניסוחו של הצו, מלמד כי אין הדבר הכרחי.
108. עוד עולה מלשון הצו כי די בכך שמדובר במקרקעין פרטיים כדי שלממונה תהא סמכות מכח הצו. על פי הצו אין מדובר בהגדרה על דרך החיוב אלא על דרך השלילה. כל מקרקעין שאינם אדמות ונכסי מדינה הינם בגדר מקרקעין פרטיים, גם אם כלל לא ידוע מיהם הבעלים.
109. מהוראה זו נמצאנו למדים כי מטרת הצו אינה בהכרח להגן על בעל מקרקעין ספציפי אלא למנוע ממי שאינו בעל המקרקעין לתפוס חזקה במקרקעין.
110. הצו אינו מתייחס כלל לבעל המקרקעין או לטוען לזכויות בו.
111. אין בצו התייחסות כלשהי לזכות בעל קרקע שהתלונן על פגיעה בזכויותיו להיות משיב להליך הגשת הערר על החלטת הממונה, כפי שלא עוגנה זכותו של העורר לקבל מידע מפורט על פרטי התלונה שהוגשה וגרמה, ככל שגרמה, להפעלת הצו נגדו.
112. אין צריך לומר שאין בצו כל דרישה למתן ערובה כלשהי לנזקים והוצאות מצדו של מי שבעקבות תלונתו ועל סמך מידע שהציג ניתנה החלטה שגרמה נזק למשתמש בקרקע.

113. נקודה נוספת עליה יש ליתן את הדעת כי יש בצו סעיף חריג הקובע תחולה רטרואקטיבית של הצו על שימוש מפריע במקרקעין שנעשה לפני תחילת תוקפו של הצו. לא נדרשנו לענין זה שכן אין הוא רלבנטי למקרה שלפנינו אך דומה כי ניתן להשלים ביתר קלות עם חקיקה רטרואקטיבית שעניינה יחסים שבין אדם לרשות מאשר עם חקיקה המשנה באופן רטרואקטיבי את מערכת היחסים הקניינים או החוזיים בין שני צדדים.
114. ולבסוף, על פי הנטען על ידי העורר, נעשה שימוש בצו אך ורק כנגד האוכלוסיה היהודית; המשיב לא הכחיש טענה זו.
115. מכל האמור לעיל, מתקבלת המסקנה כי מטרתו של הצו היתה למנוע מצב שבו נסיבות ביטחוניות המקשות על תושבי האיזור הערביים לממש את זכויותיהם בקרקע, הן זכות העיבוד החקלאי והחזקה, והן זכות ההגנה על הקנין, ינוצלו לרעה על ידי אנשים שיתפסו חזקה בקרקע.
116. למסקנה זו ניתן להגיע גם מתיאור הפעולות של מפקד האיזור לתיקון צו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) (יהודה ושומרון) מספר 1472, כפי שפורט בפרק 11.2.6 לחוות דעתה של עו"ד טליה ששון בנושא המאחזים הבלתי מורשים.
117. אדגיש כי חוות הדעת לא הוצגה בפנינו כראיה לכל דבר ועניין, וממילא אין אנו רשאים להסתמך עליה לצורך קביעת מסקנות או קביעות עובדתיות מחייבות למקרה שלפנינו.
118. יחד עם זאת, הואיל ובפירוש הצו עוסקים אנו בתחום המשפט המינהלי, ובפרשנות הוראות המינהל, לא ראיתי מניעה להתייחס לדו"ח, כפי שבית המשפט העליון התייחס לא פעם לדו"חות של ועדות ציבוריות כדי ללמוד על תכלית החקיקה (ראו כדוגמה לענין זה [בג"ץ 249/82 ועקנן נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לו\(2\), 393](#), בו נדרש בית המשפט העליון לדין וחשבון של הועדה להגנה בפני פגיעה בצינעת הפרט; עוד ראו א' ברק, פרשנות, כרך ב', ע' 368 ואילך).
119. בדו"ח זה נטען על ידי עו"ד ששון, כי "אין הגנה אפקטיבית לקרקעות פרטיות של פלסטינים מפני פלישה של ישראלים שלא כדין לקרקע, לא מכח הדין האזרחי, ולא מכח הדין הפלילי או המינהלי". (שם, 317), ולפיכך מחובת מפקד האיזור להגן על זכויות היסוד של האוכלוסיה האזרחית.
120. בין היתר הסתמכה עו"ד ששון, על הערת אגב של כבוד השופטת פרוקציה בבג"ץ אמנה הנ"ל, בה נאמר כדלקמן:

"בצד דיני התכנון והבנייה, הדין המקומי באיזור העוסק בסילוק פולשים (צו מס' 1472 בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) משנת 1999) אף הוא אינו עונה לצורך המיוחד שלפנינו, ולו מן הטעם שהפעלתו מותנית לגבי קרקע פרטית ביוזמתו העצמאית של בעל הזכות בקרקע וזאת בתוך 30 יום מיום תפיסת הקרקע. ברי, כי בנסיבות הקיימות באיזור, יכולת מיצוייה של יוזמה כזו בידי בעלים פרטי נתונה בסימן שאלה, בין בשל העובדה כי,

לא אחת, בעל הקרקע אינו מצוי באיזור או אינו מודע כלל לקיומה של פלישה לאדמתו; ובין מאחר שלא תמיד נתונים בידו אמצעים ויכולת ליזום בעצמו פעולות לסילוק הפולש. בתנאים הקיימים באיזור, מתחייב, איפוא, הסדר חקיקתי ישיר וכולל אשר יסמיך את המפקד הצבאי לפעול לצורך מניעת השתלטות בלתי מורשית על שטחי קרקע באיזור, וההתמודדות עם תופעה זו אינה יכולה למצוא את פתרונה בהסדרי החקיקה הקיימים. בנסיבות אלה, התקנתם של הצווים בידי המפקד הצבאי נדרשת כדי למלא חסר הקיים בדין המקומי וכדי לאפשר השגת התכלית אותה הם נועדו להשיג."

121. לא כאן המקום להתייחס לשאלה האם העובדות העומדות בבסיס קביעות אלו של עו"ד ששון הינן נכונות ומדוייקות, ובהבאת הדברים דלעיל לא באנו לאמת או לשלול את הנטען בחוות הדעת אלא לתאר את הרקע שקדם להוצאת הצו שכן עו"ד ששון מתייחסת בדו"ח לטייטה קודמת של הצו, ומזכירה סעיפים זהים לחלוטין לצו שלפנינו.

122. עוד עולה מהדו"ח כי בכוונת מפקד האיזור היתה לקבוע כי הממונה לא יעשה שימוש בסמכותו אם נתברר לו כי תחילתו של המעשה המפריע היתה לפני למעלה מחמש שנים. בהתייחס לנוסח זה, המליצה עו"ד ששון:

"אני סבורה כי יש לקצר את משך התקופה בה ניתן לפעול לפי צו זה לגבי תפיסת קרקעות שנעשתה בעבר למשך שנה ולא למעלה מכך. נימוקי לכך הם כי מדובר כאן בהליך מינהלי המחליף הליך שיפוטי אזרחי מסודר שהיה צריך להתקיים בדרך העניינים הרגילה.

הפתרון המינהלי ניתן מחמת העדר בית משפט מוסמך וזמין ובמיוחד נוכח הסיכון הביטחוני הנובע מתפיסת קרקעות שלא כדין באזור טעון זה. אם חלפה כבר למעלה משנה ממועד התפיסה – נראה לי כי הטעם בטחוני העומד ביסוד התרופה המנהלית כבר פג במקצת לא טבוע במעשה נושן של תפיסת קרקע אותו סיכון חמור לביטחון כמו בעת הסמוכה לתפיסה שלא כדין. ניתן להצדיק פתרון מינהלי להחזרת החזקה בקרקע כל עוד מדובר בתפיסה "טריה" יחסית. כחלוף שנה בה לא נעשה דבר - נראה לי כי אין להסתפק עוד במנגון מינהלי להשבת זכויות במקרקעין."

123. בסופו של דבר, נראה כי מפקד האיזור קבע כעמדת "פשרה" כי לאחר חלוף שלוש שנים לא ניתן יהיה לעשות שימוש בצו, ולא חמש כפי שהוצע בתחילה.

124. על רקע דברים אלו נבקש לבחון את טענת המשיב כי יש לבחון כל סוג שימוש ושימוש בנפרד. לטענת המשיב גם אם יוכח כי העורר עשה שימוש מפריע בקרקע לצורכי זריעה במשך שלוש שנים אין בכך כדי למנוע את סמכות הממונה לאסור שימוש מפריע של הקמת מטעי זיתים.

125. לענין זה העלה המשיב את הטענות הבאות.
126. לשון הצו ברורה והיא מופנית כלפי שימוש בקרקע ללא זכות שבדין ואילו העורר לא הראה כל זכות שבדין.
127. טענה זו אין בה כל ממש שכן היא בבחינת שטר ושוברו בציודו. גם כאשר המחזיק בקרקע לא הראה זכות כלשהי שבדין קבע הצו כי הממונה לא יפעיל את סמכויותיו אם התברר לו כי חלפו מעל שלוש שנים ממועד תחילתו של השימוש המפריע.
128. טענה שניה של המשיב היתה כי "לא בכדי ניתן פירוט" בהגדרת "שימוש במקרקעין פרטיים" ובשל הפירוט יש להסיק כי "שימוש חדש במקרקעין נתון תחת תחולתו של הצו."
129. גם טענה זו אינה נראית לי. הפירוט שניתן מלמד כי כל פעולה מהפעולות המנויות בהגדרת שימוש במקרקעין פרטיים הינה בכלל שימוש. ממילא ברור כי כאשר נקבע [בסעיף 2\(ה\)](#) כי הסמכות לא תופעל אם חלפו מעל שלוש שנים ממועד תחילתו של השימוש המפריע" הרי כל פעולה שנחשבת שימוש על פי ההגדרה דלעיל, די בה כדי למנוע מהממונה להפעיל את סמכותו.
130. אילו בכוונת מתקין הצו הייתה להורות שאין דין זריעה כדין נטיעה ואין דין גידור כדין חישוף היה עליו לציין במפורש בצו כי לכל אחת מהפעולות הללו, מירוך זמנים נפרד.
131. יתר על כן. הגדרת שימוש במקרקעין פרטיים מאוד רחבה והוחלה הן "במעשה חד פעמי" והן "במעשה נמשך". ואולם הרחבה זו של הצו, יוצרת ממילא הרחבה של המצבים בהן לא יוחל הצו. משנקבע בצו כי "לא ייעשה שימוש בצו אם חלפו שלוש שנים ממועד תחילתו של השימוש המפריע", הרי שדי יהיה במעשה חד פעמי שעולה כדי שימוש מפריע כדי למנוע את השימוש בצו.
132. ולבסוף נטען על ידי המשיב כי פרשנות העורר תגרום לפגיעה קשה בתכלית המונחת ביסוד הצו לפיה נועד הצו להגן על הקניין הפרטי של תושבי האיזור. על פי דרכנו למדנו כי לדעת המשיב תכלית זו, ולא תכלית של הגנה מפני סיכון ביטחוני, הנזכרת בחוות דעת עוד ששון, היא שעמדה לנגד אלוף הפיקוד.
133. גם טענה זו דינה להידחות.
134. ראשית, אינני סבור כי על סמך טענה סתמית בדבר תכלית הצו ניתן להוציא את הוראות הצו מידי פשוטן. לשונו של הצו ברורה ופשוטה כפי שכבר הבהרתי לעיל.
135. שנית, תכלית הצו לא תושג על ידי הפרשנות המוצעת על ידי המשיב. אין חולק על כך שאם העורר זרע במשך שלוש שנים אין הממונה יכול לעשות שימוש בסמכותו. ממילא ברור כי גם אם יאסר על העורר לנטוע עצים יהיה העורר רשאי לזרוע במיה על המקרקעין שהמשיבים טוענים לבעלות בהם. במה אם כן יועיל הצו האוסר על נטיעת עצים לבעלות המשיבים על הקרקע?! תמהני.

136. ולבסוף, במקרה הנדון, המשיבים אינם מנועים מלהגן על זכויותיהם בקרקע ככל שיש להם כאלה. המשיבים נמצאים בסמוך לשטח נשוא הערר, פנו למשטרת ישראל ולממונה כדי להגן על זכויותיהם, ואף יוצגו בהליך זה בכישרון רב על ידי באי כוחם. אם אכן המשיבים בעלי זכויות בקרקע, עדין פתוחה להם הדרך להגיש תביעה כנגד העורר ולדרוש את פיניו מהקרקע.
137. במאמר מוסגר אעיר כי בכל הקשור לתיק זה, ולתיק זה בלבד, העובדות שנתבררו לפנינו, ספק אם הצדיקו את תיקון הצו, ואת הפעולה לפיו. כאמור לעיל המשיבים גילו בקיאות בהוראות הדין העומדות לזכותן, ומערכות החוק ואכיפתו באיזור היו מוכרות ונגישות להם. ספק אם בנסיבות כגון אלו, קיימת הצדקה, להקים מנגנון מינהלי, המהפך את כללי הראיות ומטיל את חובת הראיה על המחזיק, ומקנה זכות לצו מניעה זמני עד לתום ההליך, ללא כל מנגנון הקובע פיצוי במקרה שנתברר כי אין עילה להוצאת הצו נגד המחזיק.
138. סיכומם של דברים: ביחס למקרקעין אשר העורר הוכיח כי השתמש בהם למעלה משלוש שנים, דעתי היא שיש לקבל את הערר ולבטל את החלטת הממונה.
139. ביחס למקרקעין אשר העורר הודה כי לא עשה בהם כל שימוש, ואין בכוונתו לעשות בהם שימוש, התחבטתי האם יש מקום להשאיר את החלטת הממונה בעינה. מצד אחד, אין העורר חולק על כך שלא עשה בהם שימוש מפריע. מצד שני, דווקא בשל כך, אין זה סביר שניתן יהיה להוציא צווים כנגד אנשים האוסר עליהם שימוש בקרקע, שעה שמעולם לא עשו בה שימוש ואין בדעתם לעשות בה שימוש, שכן יש בכך כדי ליתן סטיגמה, של מיפר חוק, שעה שהחוק לא הופר על ידו.
140. נראה לי כי אין מקום להותיר את החלטת הממונה בעינה ביחס למקרקעין אלו אלא לקבוע כממצא עובדתי כי העורר לא עשה שימוש מפריע בקרקע בשטחים אלו, ועל כן לא היתה סמכות להוציא את הצו כלפיו בכל הנוגע למקרקעין אלה.
141. כמובן כי ככל שינקוט מאן דהוא – העורר או אדם אחר – פעולה כלשהי במקרקעין האמורים מכאן ואילך, יהיה הממונה רשאי להפעיל את סמכויותיו מכח הצו ביחס למקרקעין הנ"ל.
142. סוף דבר, הצו ככל שהוא נוגע למקרקעין שלא עשה בהם העורר שימוש – בטל מטעמי חוסר סמכות; הצו בכל הנוגע לקרקע, כפי שהוגדרה בסעיף 24 לעיל לחוות דעתי זו - בטל מן הטעם שהוצא לגבי קרקע שהעורר עשה בה שימוש למעלה משלוש שנים.
143. לאחר סיום כתיבת חוות דעתי, עיינתי בחוות דעת חברי למותב, ואבקש להתייחס להן.
144. הערות חברי למותב, יו"ר הוועדה, סא"ל (מיל) אייל נון, מקובלות עלי, ולפיכך ראיתי לנכון להבהיר כי קביעותיי בכל הקשור לזכויות העורר לבעלות מכח [סעיף 78](#) לחוק הקרקעות העותומני, לא ניתנו אלא לצורך דיון בהליך זה בלבד, ואין בהחלטתנו זו משום השתק עילה או השתק פלוגתא, לכל הליך אחר שיינקט, ככל שיינקט, על ידי העורר או על ידי המשיבים.

145. חזרתי ועיינתי בחוות דעתו המפורטת של חברי, סרן (מיל) אורי קיזר, המנומקת בכישרון רב, אך איני מסכים עם האמור בה ואיני יכול לקבלה מהנימוקים שאפרט להלן.
146. חברי האריך למעניתי ביחס למשמעותה ולתחולתה של אמנות זנבה ואמנת האג על הדין בישראל, ולדעתי האסמכתאות שהובאו על ידיו אינן אלא "מעשה לסתור" כלשון התלמוד.
147. עינינו הרואות כיצד פעם אחר פעם ביקש בית המשפט העליון בישראל להשאיר שאלות אלו "לעת מצוא". ספק רב בעיני אם סבר בית המשפט העליון כי אותה "עת מצוא" תגיע במסגרת דיוני ועדת הערר לפי הצו.
148. על רקע קביעותיו של חברי ביחס להוראות המשפט הבינלאומי החל באיזור, קבע חברי את הקביעות הבאות. קביעתו הראשונה היתה כי העורר הינו שלוח של המועצה. קביעתו השנייה היתה כי המועצה פעלה בניגוד לדין הבינלאומי החל באיזור, ובניגוד לכללי המשפט המינהלי. על רקע קביעות אלו הסיק חברי כי אין פעולותיו של העורר בקרקע יכולות להקנות לו זכויות מכח [סעיף 78](#) לחוק הקרקעות העותומאני ואף אין לראות בהן שימוש מפריע במקרקעין כהגדרתו לפי הצו.
149. דעתי בענין זה שונה.
150. ראשית, דומני כי אין זה מן הראוי שנדחה את הערר אך ורק על סמך טענות שלא נטענו על ידי המשיב עצמו.
151. בהחלטת המשיב מיום 17.9.07 עליה נסוב הערר דנן אין כל זכר לנימוק הדוחה את טענת העורר בשל היותו "שלוח המועצה".
152. ידועה היטב פסיקת בית המשפט העליון בענין ש.צ.מ (בג"צ 230/73 ש.צ.מ. בע"מ נגד ראש עיריית ירושלים (מר טדי קולק), פ"ד כ"ח (2), 113 :
- כאן מן הראוי לציין, כפי שכבר נאמר ב-[בג"צ 232/62](#), בע' 441, כי העלאת נימוק לראשונה בתצהיר תשובה, "..... תמוהה עד למאד, והיא נותנת מקום לחשש מוצדק, כי נימוק זה נוצר רק לאחר מתן הצו-על-תנאי, וכי כל כולו לא בא אלא כדי לשמש תריס ומגן בפני הצו". על חשדנות זו חוזר בית-משפט זה גם ב-[בג"צ 267/70](#), בע' 787.
153. על אחת כמה וכמה בענייננו כאשר טענה זו לא הועלתה על ידי המשיב אלא לעניין יכולתו של העורר לרכוש קרקעות לפי [סעיף 78](#) לפקודת המקרקעין, ולא לעניין יכולתו של המשיב לטעון על סמך פעולותיו של המשיב ל"שימוש מפריע".
154. שנית, חברי בחוות דעתו הרבה לכתוב בגנותה של המועצה המקומית קדומים. כך למשל נכתב על ידו כי :
- "119. ממה ששמענו באולם המשפט, כי אנשים המחזיקים בתפקידים בכירים ברשות המקומית ופועלים במסגרת הרשות המקומית

- אינם רואים כל פסול בשליחת שליחים לתפיסה שלא כדין של קרקעות הזולת, כאשר זולת זה הוא פלשתינאי. . .
120. התנהגות זו אינה נסבלת מבחינת המשפט הבינלאומי, מבחינת שלטון החוק הפנימי בישראל ומבחינת ההגינות האלמנטרית המצופה מרשות של המדינה. נזיקה של התנהגות זו הם קשים וחורגים בהרבה מההשלכה שיש לפעולותיו של אדם יחיד הפועל שלא כדין.
121. מדינה דמוקרטית אינה יכולה להשלים עם פעילות שיטתית, כפי שנחשפה בתיק זה, מצד רשות מרשויותיה, שתכליתה לעבור על החוק."
155. דא עקא, הגם שבפנינו הופיע כעד מטעם העורר, בעל תפקיד במועצה, הרי שהמועצה כבעל דין לא הייתה מיוצגת בהליך שלפנינו, ומעולם לא הוזהרה על ידנו כי עלולים אנו במסגרת החלטתנו בתיק זה לחרוץ את דינה.
156. דומני כי אם נעשה כן, נפר את כללי הצדק הטבעי, ואף עלולים אנו לבוא לכלל טעות.
157. חובתה של רשות מנהלית ליתן זכות טיעון טרם תחרוץ דינו של אדם לשבט או לחסד היא כה ברורה מאליה עד כי בית המשפט האנגלי ראה בו כלל "אלוהי" הנלמד מפרשת הבריאה:
- חוקי האל וחוקי אנוש גם יחד נותנים לצד את האפשרות לערוך את השקפתו, אם יש לו כזאת. זכורני כי איש אחד מלומד אמר לי בהזדמנות מעין זו, כי אפילו אלוקים בכבודו ובעצמו, לא חרץ דינו של אדם בלי להזמינו תחילה לערוך את הגנתו. אדם (אמר אלוקים) איכה! המן העץ אשר ציוויתך לבלתי אכל ממנו אכלת. (מצוטט ב**בג"צ 3158** ברמן נ' שר הפנים, פוד יב' 1493, 1505, בתרגום השופט זילברג).
158. על אחת כמה וכמה כאשר ועדה זו ממלאת תפקיד שיפוטי שאין היא יכולה לחרוץ את דינה של המועצה מבלי שתינתן לה זכות טיעון.
159. אין זו טענה פורמאלית בלבד. נתתי דעתי לשעה קלה על הנטען כנגד המועצה, ודי היה בכך כדי להביא למסקנה כי ניתן להגיע למסקנות שונות מאלו של חברי. כך למשל, כשלעצמי איני בטוח כלל ועיקר כי החלטת רשות מקומית, לקדם פיתוחה של קרקע שאין לה בעלים רשומים משיקולי הגנה על חייהם של בני הישוב הינה שיקול פסול.
160. אוסיף ואעיר כי לדעתי עמדת חברי כי "טענת העורר כי מדובר בשטחים "מוזנחים" או שטחים "שאין לגביהם בעיות של בעלות או של מוסר", אינה יכולה להישמע כאשר הוא עצמו מודה במפורש כי מדובר ב"קרקע פרטית כמשמעה בצו", אינה מתקבלת על הדעת.

161. השימוש במילים "קרקע פרטית" בצו אינו מחייב כי לקרקע יש בעלים שכן לפי הצו "מקרקעין פרטיים", הינם "מקרקעין שאינם אדמות ונכסי מדינה כהגדרתם בצו בדבר מינויים וסמכויות לפי חוק השמירה על אדמות ונכסי המדינה (יהודה והשומרון) (מס' 1006), התשמ"ב – 1982". מאליו אין בסיס למסקנה כי אין מקום לתפוס חזקה בקרקע שאין לה בעלים רק בשל העובדה שהיא מוגדרת בצו כקרקע פרטי.
162. מכל מקום, שאלת מעמדה של המועצה וחוקיות פעולותיה אינה יכולה לשמש בסיס איתן ומצוק לדחיית טענות העורר, ולכל היותר ניתן היה להידרש להן כהערת אגב. כולי האי ואולי.
163. עוד אבקש להוסיף כי ספק בעיני אם ניתן לראות בעורר שלוח של המועצה במובן זה שהמועצה באה בנעליו, ואין כל משמעות לפעולותיו בפני עצמן.
164. ניטול לדוגמא מקרה שבו היה העורר מבצע פעולה כלשהי וגורם נזק לצד שלישי. האם גם אז היינו קובעים כי העורר הינו שלוח המועצה והיא חייבת בכל נזקיו !! דומני שהתשובה לכך שלילית ולא במקרה.
165. לא נחשפה בפנינו כל מערכת היחסים שבין המועצה לבין העורר אך הרושם המתקבל הוא כי המועצה (או נכון יותר, עובדי מועצה), אכן עודדה את העורר לתפוס את הקרקע שהיתה נראית להם כקרקע מוזנחת ובלתי מעובדת מתוך שיקולים של ביטחון הישוב.
166. גם אם אמרנו, ולא אמרנו, שפעולה זו של המועצה מנוגדת לדין הבינלאומי או לדיני המשפט המינהלי הרי שאין בכך לדעתי להכניס אדם פרטי כעורר בנעלי המועצה ולראות בו שלוח של המועצה.
167. אדרבא, כדי למנוע מהעורר כל טענה כזו, הוחתם העורר על מסמך לפיו לא תהא לו כל טענה כלפי המועצה.
168. אוסיף ואציין, כי לאחר שעיינתי היטב בחוות דעתו של חברי סרן (מיל') קידר ובחוות דעתו של חברי סא"ל (מיל') נוו, יו"ר הועדה, כי אני מסכים גם עם הערותיו של יו"ר הועדה, הן אלה הכלליות והן אלה המתייחסות לחוות דעתו של חברי סרן (מיל') קידר.
169. המסקנה העולה ממכלול האמור היא כי מכל הטעמים האמורים לעיל, סברתי כי יש לקבל את הערר.
170. סוף דבר, אציע לחברי לקבוע כי הצו ככל שהוא נוגע למקרקעין שלא עשה בהם העורר שימוש – בטל מטעמי חוסר סמכות; הצו בכל הנוגע לקרקע, כפי שהוגדרה בסעיף 24 לעיל לחוות דעתי זו - בטל מן הטעם שהוצא לגבי קרקע שהעורר עשה בה שימוש למעלה משלוש שנים.
171. כן אציע לחברי לקבוע כי המשיב 1 ישא בשכר טרחת בא כוח העורר בסך 10,000 ₪ בתוספת מע"מ כחוק, אשר ישולמו בתוך 30 ימים מהיום, שאם לא כן ישאו הפרשי ריבית והצמדה בהתאם [לחוק פסיקת ריבית והצמדה](#), התשכ"א – 1961.

סרן (מיל') משה בן דוד

סא"ל (מיל') אייל נון, יו"ר :

1. אני מסכים, ומאחר וזוהי למיטב ידיעתי החלטה הראשונה של ועדת העררים בענין הצו בדבר שימוש מפריע, אבקש להוסיף מספר הערות.
2. לגבי דידי, הצו בדבר שימוש מפריע כולו מעלה שאלות נכבדות באשר לעצם תוקפו החוקתי והמנהלי, ולא רק בשל הטענה כי נעשה בו שימוש רק כלפי התושבים היהודים באזור, טענה שלא הוכחה אך גם לא נסתרה.
3. כפי שציין חברי סרן (מיל') מ' בן דוד, הצו מהווה התערבות שלטונית בוטה בקנין הפרטי, והוא כולל חריגים רבים מאוד באשר לנהוג ולמקובל בשיטות משפט נאורות – לרבות זו של מדינת ישראל - באופן אשר עושה אותו קרוב אל מעטפת המידתיות, אם לא מעבר לה.
4. יש לזכור, כי בדין הקיים באזור יהודה ושומרון כללים משפטיים מפורטים ושימיים הן באשר להכרזה על קרקעות כאדמות מדינה במקרים המצדיקים זאת, והן למניעת פלישה למקרקעין, וכלים משפטיים אלה ניתנים לישום הן על ידי הפרט והן על ידי השלטון, כפי שראינו אך לאחרונה **(בג"ץ 10302/07 טל בניה והשקעות קרני שומרון בע"מ נ' שר הבטחון)** [פורסם בנבו].
5. על רקע זה, "יצורו" של דין חדש בתחיקת האזור, דין שכידוע אין כל בקרה על תוכנו בטרם הוא יוצא לאור וניתן לו תוקף (מעבר לעבודת מטה פנימית בקרב גורמי השלטון והיעוץ המשפטי באזור ולעתים גם בישראל), אשר הופך את היוצרות ומעניק סמכויות מנהליות חריגות להתערבות בעניני הקנין הפרטי, מחייב תשומת לב מיוחדת ומעלה יותר מתהיה אחת.

6. אפילו שמו של דבר החקיקה מכוחו הוצא הצו נשוא ערר זה, "צו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים", כאשר על פי תוכנו וההגדרות הנכללות בו אין הצו נוגע לא לשימוש מפריע (למי?) ולא למקרקעין פרטיים, מעלה קושי, שכן ברור משמו של הצו כי הוא נועד ליצור תדמית כאילו הצו בא להגן על שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, ענין שלכאורה יש הצדקה לפחות במקרים קיצוניים להתערבות של השלטון בו, בעוד בפועל, כאמור, תוכנו של הצו הוא רחב הרבה יותר, כמעט ללא שעור.
7. בסופו של יום, אין מקום לחלוט מסקנה במסגרת החלטה זו באשר למידת חוקתיותו של הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, ואולם סימני השאלה האופפים אותו הם רבים ויש להניח כי הסוגיה תשוב ותעלה הן בפני ועדות העררים הפועלות באזור יהודה ושומרון והן בפני בית המשפט הגבוה לצדק.
8. ומכאן לצו נשוא ערר זה ולהשתלשלות הדברים הפרטנית.
9. אני מסכים עם ניתוחו המפורט והמאלף של חברי סרן (מיל') בן דוד באשר לפגמים שנפלו בצו ובאשר לראיות שהובאו בפנינו, משקלן, משמעויותיהן והמסקנות שיש לגזור מהן.
10. עם זאת, אני סבור כי אל לנו לחלוט מסקנה כלשהי בדבר טענתו של העורר לבעלות מכוח עיבוד חקלאי של הקרקע מזה עשר שנים ויותר, הן משום שהראיות בענין זה היו דלות (משני הצדדים) והן משום שהראיה העיקרית הנוהגת לענין זה – הן בבתי המשפט בישראל והן בועדות העררים – הלא היא תצלומי אויר של המקרקעין במשך שנים (כלומר, סדרות של תצלומי אויר משנים שונות) – לא הובאה לא על ידי המשיב ולא על ידי העורר.
11. משכך, לו דעתי תשמע לא נקבע כל ממצא בענין זה.
12. ומענין לענין באותו ענין: אני סבור, לעומת האמור, כי יש ליחס משקל ממשי לכך שהמשיב לא הביא תצלומי אויר של הקרקע משנים שקדמו לתחילת השימוש המפריע לטענתו, והעדרם של תצלומי אויר כאלה, מעבר לכל הראיות שהובאו בפנינו ואשר בכל הנוגע למשמעויותיהן אני מסכים עם חוות דעתו של חברי סרן (מיל') בן דוד, מחזק את המסקנה כי היה בתצלומי אויר כאלה להוכיח את טענתו של העורר כי עבד את הקרקע גם בשנים קודמות (דהינו לפני שנת 2004, שהיא המועד הקובע לענין הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין).
13. אמנם, גם העורר לא המציא לנו תצלומי אויר, ואולם כפי שציין חברי סרן (מיל') בן דוד בחוות דעתו, חקיקה ההופכת את נטל הראיה ומטילה אותו על המחזיק, במסגרת של התערבות מנהלית בקנין הפרטי, היא חקיקה חריגה שיש לפרשה בצמצום, והטלת חובה על כל מחזיק להמציא ראיות, על חשבונו וביוזמתו, לעיבוד בקרקע מעל שלוש שנים, היא הטלת עול שאינו מוצדק על הפרט.

14. אני סבור כי יש מקום לשקול חיוב של המשיב להמציא סדרות של תצלומי אוויר מלפני המועד הקובע ולאחריו, יחד עם כל צו בדבר שימוש מפריע שיוצא על ידו (ועוד לפני כן, בשלב "השימוע" לפי [סעיף 2\(א\)](#) לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים), אם כי לאור התוצאה אליה הגיע חברי, עמה אני כאמור מסכים, אין צורך לחלוט מסקנה גם בענין זה.
15. בדומה לעמדתו של חברי, אני סבור כי לנוכח תכליתו של הדין החדש (הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים), כל שימוש בקרקע מעל שלוש שנים שולל את האפשרות לעשות שימוש בצו להפסקת השימוש, ומעבר משימוש בעומס נמוך (אקסטנסיווי) לשימוש בעומס גבוה (אינטנסיווי) איננו משנה לענין זה.
16. משמעות הדברים היא, כי די שהעורר הוכיח כי לפני שנת 2004 - ודבר זה הוכיח העורר כדבעי - עשה שימוש בעומס נמוך (אקסטנסיווי) בקרקע לעיבוד חקלאי על מנת שלא ניתן יהיה לעשות שימוש בצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים על מנת להפסיק את השימוש מצדו בקרקע.
17. הצדדים טענו לפנינו בהרחבה, זה בכה וזה בכה, בדבר כשרות השימוש בקרקע לצרכי עיבוד חקלאי על מנת לרכוש בה בעלות, והאם לגיטימי הוא כי הרשות המקומית בקדומים עודדה (ואין ספק כי עידוד כזה אמנם ניתן) את העורר ואחרים לעבד את הקרקע עיבוד חקלאי על מנת למנוע או למזער את האפשרות כי גורמים עויינים יעשו שימוש באותו הקרקע כנקודת יציאה לפעולות טרור.
18. חברי סרן (מילי) א' קידר הרחיב עד מאוד בחוות דעתו בענין זה, ועשאה, כך דומה, פתח לדיון מקיף בלגיטימיות של ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון על פי המשפט הבינלאומי הפומבי, על פי הדין הישראלי, ועל פי הדין המקומי החל באזור.
19. חברי סרן (מילי) א' קידר הוסיף והרחיב דברים על יכולתה של רשות מקומית לרכוש זכויות במקרקעין לפי [סעיף 78](#) לחוק הקרקעות העותמני, וכיוצא באלה, שאלות שהן כולן מעניינות ביותר, כעולה מחוות דעתו של חברי.
20. לטעמי, אין מקום להידרש לעניינים אלה, הן משום שלא שמענו טיעון מפורט לגביהם, והן משום שהם אינם טעונים הכרעה לצורך ערר זה.
21. בנוסף, אינני מסכים עם קביעותיו של חברי סרן (מילי) קידר בענין העדר תום לב של העורר, אשר אני דווקא מצאתי כי פעל בתום לב, ויוזמה או עידוד של הרשות המקומית בקדומים, אם היו, אינם שוללים תום לב זה.
22. קביעה כי העורר פעל בחוסר תום לב משמעותה כי כל מי שפועל לרכוש זכות במקרקעין באזור על פי [סעיף 78](#) לחוק הקרקעות העותמני פועל בחוסר תום לב, משום שהוא מנסה

- להשתלט על אדמות מדינה; אין זה הדין ואין זה ישומו, ועל כן אין מקום, תורתית (תאורטית) וגם לא עניינית במקרה זה, לקביעה כזו.
23. והערה אחרונה.
24. כשלעצמי, אינני רואה פסול בכך שכל אדם – ערבי או יהודי – יעבד קרקע באזור עיבוד חקלאי ומכוח זה יקנה בה זכויות, אם זכות נגטיביות (לאחר למעלה משלוש שנות עיבוד - העדר אפשרות לסלקו מן הקרקע לפי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) ואם זכות פוזיטיביות (לאחר למעלה מעשר שנות עיבוד של 50% ויותר מן החלקה - זכות בעלות לפי [סעיף 78](#) לחוק הקרקעות העותמני).
25. ככל שכל אדם רשאי לעשות שימוש כאמור במקרקעין, אינני רואה שיש להבחין בין תושבי האזור לבין מי שאינם תושבי האזור בענין זה, וזאת בכפוף לחובתו של הריבון מטעם המעצמה הכובשת באזור להגן על האוכלוסיה (המוגנים) ורכושה.
26. הדעת היתה נוחה יותר, כמובן, מן השימוש בצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, לו אכן היה עסקינן במקרקעין פרטיים של תושבים פלסטינים מקומיים, אשר גורמי השלטון מפעילים את הדין על מנת להגן על זכויות הקנין שלהם מפני הבאים לפגוע בהן.
27. אלא, שבענינו לא זה המקרה, וחלקת הקרקע בה עשה שימוש העורר איננה בבעלותו של איש, כך שההתערבות השלטונית בענין זה – לפי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, להבדיל מדינים אחרים החלים באזור יהודה ושומרון – ספק אם יש לה הצדקה.
28. כל אלה, כאמור, אינם טעונים הכרעה וקביעת מסקנות חלוטות בענינו ויש להותירם לעת מצוא, משהתברר, כי התנאים שנקבעו בצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים לא התקיימו, ועל כן אין מנוס מביטולו של הצו שהוצא על ידי המשיב.
29. סוף דבר, אני מצטרף לחוות דעתו של חברי סרן (מיל') בן דוד, למסקנותיו וכן לתוצאה הישימה (האופרטיבית) שבשורה התחתונה של חוות דעתו.

סא"ל (מיל') אייל נון

סרן (מיל) אורי קידר, חבר :

- א. תקציר העובדות והמחלוקות הרלוונטיות – רציפות המשתמש ורציפות השימוש.
 ב. רציפות המשתמש וזהותו.
 1. זהות המשתמש בתקופה הראשונה – שימוש עבור המועצה המקומית קדומים.
 2. יכולתה של רשות המדינה לרכוש זכויות, מהותיות או דיוניות, בנסיבות תיק זה:
 I. משפט בינלאומי פומבי.
 II. משפט מינהלי פנימי.
 III. משפט מהותי – חוק הקרקעות העותומאני.
 3. זהות המשתמש בתקופה השנייה (המסחרית) – שימוש מעורב.
 ג. רציפות השימוש לסוגיו.

א. תקציר העובדות והמחלוקות העיקריות שבין הצדדים

1. התיק שלפנינו מעורר שאלות כבדות משקל, הן בשל מורכבות השאלות המשפטיות ורגישותן והן בשל העובדה שהצו המהווה תשתית משפטית לתיק טרם נידון בהרחבה בפסיקה.
 2. עסקינן בצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים), (מס' 1586), התשס"ז – 2007 (להלן: "הצו").
 3. חברי השופט בן דוד עמד בהחלטתו על הנסיבות שהובילו לחקיקת הצו ולגלגוליו השונים טרם חקיקתו. כן פירט השופט בן דוד את נסיבות החלטת המשיב 1 (להלן: "המשיב" או "רמ"א"), נשוא הערר, את ההליכים שהתנהלו והראיות שהוגשו לפנינו.
 4. אתאר לכן בקצרה את מעט העובדות הדרושות לחוות דעתי, ואת המחלוקות הנובעות מהן והדורשות הכרעה לשיטתי.
 5. העורר, לשיטתו, החל לעבד באמצע שנות התשעים קרקע הסמוכה למועצה המקומית קדומים (להלן גם: "המועצה"), מחוץ לגבול המוכרז של המועצה.
 6. העיבוד כלל, לשיטת העורר, גידולי בעל ספורה אדירים בחלק מן התקופה, שנועדו לשימושים לימודיים (עבור תלמידי העורר). במהלך מרבית התקופה לא אסף כלל העורר את היבול באופן סדיר.
- בנוסף שתל העורר לטענתו בוסתן במקום.
7. העורר ידע כי אין לו כל זכות משפטית בקרקע זו.
 8. העורר, לשיטתו ולשיטת עדיו, נשלח למקום ע"י גורמים במועצה המקומית קדומים, על מנת להחזיק בקרקע, בין מטעמי בטחון ובין מטעמי הרחבה עתידית של היישוב. העורר אף התחייב, לרבות בכתב, כי לא יעלה טענות לזכויות בקרקע במידה והמועצה תבקש לעשות שימוש בקרקעות, ולמעט פיצוי עבור שימושים חקלאיים לפי קביעת שמאי חקלאי.
 9. איש מבין עדי העורר, לרבות נושאי משרה במועצה המקומית קדומים, לא סבר כי למועצה ו/או לעורר זכות משפטית כלשהי בקרקע.
 10. אומר מייד, כי אף שבין הצדדים נטושה מחלוקת עזה בשאלת העיבוד הנטען בקרקע מצד העורר בתקופה שקדמה לשנת 2007, הרי שלא מצאתי מקום להכריע בטענה זו לאור החלטתי כמפורט להלן.
 11. בשנת 2007 שתל העורר עצי זית בקרקע, גידר אותה והתקין בה מערכת השקיה.

12. בעקבות הפעילות האמורה בשנת 2007 הוציא ראש המינהל האזרחי דרישה לפי [סעיף 2\(א\)](#) לצו, לפיו על העורר לנמק את שהותו במקום טרם שיוחלט האם לפנותו.
13. העורר השיב לדרישה וטען בתשובתו, בין היתר, לחסינות בהתאם להוראת [סעיף 2\(ה\)](#) לצו, בהסתמך על אחזקתו ארוכת השנים בשטח, ותוך שהוא מגיש להוכחת הנטען העתק מהצהרת הון שהגיש לשלטונות המס.
14. הצו, יש לדעת, קובע תקופת התיישנות בת שלוש שנים מתחילת השימוש המפריע, כהגדרתו בצו, למסירת הדרישה. לו יראה העורר כי עשה שימוש מפריע במקרקעין הפרטיים שהוא הדרישה במשך למעלה משלוש שנים מוקדם למועד הדרישה, לא תהא סמכות לרמ"א להחליט על הפסקת השימוש המפריע מכח הצו.
15. ראש המינהל האזרחי החליט לדחות את התנגדות העורר ועל החלטתו זו, מיום 17.9.07, הוגש הערר שבפנינו.
16. המשיבים 2-4 הצטרפו לערר כמשיבים, והם אוחזים בטענה כי הקרקע נשוא הערר היא בבעלותם.
17. ייאמר מיד כי לשאלת עצם בעלותם של המשיבים 2-4 בקרקע אין כל נפקות, שכן העורר עצמו הודה בכך שמדובר במקרקעין פרטיים כמשמעותם [בסעיף 1](#) לצו, ולא הועלתה כל טענה מצד העורר לגבי זכותו בקרקע, למעט מכח [סעיף 78](#) לחוק הקרקעות העותומני.
18. כידוע, [סעיף 78](#) לחוק הקרקעות העותומני מקנה זכויות במקרקעין מסוימים בכפוף לעיבוד וחזקה בהם במשך עשר שנים רצופות, כמפורט גם בחוות דעתו של חברי השופט בן דוד.
19. ברי, כי לו היה ביכולתו של העורר להוכיח כי ביצע שימוש מפריע במקרקעין במשך למעלה משלוש שנים בלבד, ממילא די היה בכך כדי להראות כי חרג רמ"א מסמכותו ואין כל צורך להידרש לשאלה בדבר החזקתו של העורר במקרקעין תקופה ארוכה יותר, בת עשר שנים.
20. הצדדים חלוקים בשאלת ההתיישנות הדורשת רציפות שימוש בת שלוש שנים לפחות טרם הדרישה. מחלוקת זו נטושה הן בשאלת זהות המשתמש והן בשאלת אופי השימוש.
21. המחלוקת בעניין זהות המשתמש נובעת ממעורבותה של המועצה המקומית קדומים כמתואר לעיל ולהלן, ומן המעמד החוקי האפשרי של המועצה בקרקע כמי שפעלה באמצעות שלוחה - העורר. מחלוקת זו מעלה שאלות מתחום המשפט הבינלאומי הפומבי והמשפט המינהלי הפנימי, כמו גם ממשפט האזור המהותי ובראשו חוק הקרקעות העותומני.
22. המחלוקת בעניין אופי השימוש נובעת מהשינוי הדרמטי שהתחולל בשנת 2007 בשימוש שנעשה במקרקעין. לצורך הדיון בעניין זה נניח כי העורר אכן ביצע עיבוד ספוראדי כמתואר על ידו בשנים שקדמו לשנת 2007.

ב. זהות המשתמש ורציפותו.

23. עניין שליחותו של העורר בהחזקתו בקרקע עבור המועצה המקומית קדומים נולד כבר עם הוצאת הדרישה. כך, בנספח ב' לערר – דרישה לפי [ס' 2\(א\)](#) לצו – נאמר מפורשות בסעיף 5 כי "ביום 31.7.07 נמסר כי תפיסת החזקה במקרקעין, כמתואר לעיל, נעשית על ידי המועצה המקומית ו/או בשמה, ללא זכות בדין."
24. עדויות העורר והעדים מטעמו בנוגע לשליחות היו חד משמעיות, ונסקור אותן בקצרה מפאת חשיבות העניין להכרעה בערר:

פרוטוקול מיום 28.2.08 – חקירת העורר, מר לסנס :
 עמ' 3 ש 12 : "קיבלתי את האדמה הזאת מזאב שיושב מאחוריי [זאב מושינסקי עובד המועצה – א.ק.]."
 עמ' 5 ש 14-25.
 עמ' 7 ש 12-13 (לשאלת הוועדה) : "ש : אם מר זאב יגיד שהוא רוצה את הקרקע חזרה אתה תקבל פיצוי ותיתן לו את הקרקע. ת : אמת ויציב."
 עמ' 7 ש 22-23 : "ש : בפני מי חתמת על המסמך שהעדת עליו [התחייבות לפנות את הקרקע בכל עת ולקבל פיצוי לפי שמאי חקלאי עבור הגידולים – א.ק.]. ת : בפני סגנית ראש המועצה."
 עמ' 7 ש 41-43 עו"ד ניר צבי : "הערר שלנו הוא ערר על הצו. הדרישה הועברה מהמועצה אל העורר באמצעותי והוא הגיב באמצעותי. יותר מזה מי שביקש את הארכה זו המועצה.
העורר הוא ידה הארוכה של המועצה. הוא קנה את השתילים מכספו, הוא מעבד את הקרקע, הוא המשתמש והוא העורר." [ההדגשה שלי – א.ק.]
 זאב מושינסקי, ש"נתן" לעורר את הקרקע, הוא עובד מועצה ותכנן תפיסת "שטחים מוזנחים" – ע' 9 ש 17-24.
 תצהיר מושינסקי סעיף 3 : "לאחר הסכמי אוסלו החלטנו לפקח על המרחב שמסביב לקדומים בשני אופנים : א. סיורים רכובים ע"ג סוסים. ב. עיבוד שטחים מוזנחים, במקום שניתן יהיה למצוא אנשים שיסכימו לעבד." סעיף 4 : "השטח נשוא הערר שייך לקטגוריה השניה. ..."
 תצהיר בר נדר סעיף 2 : "הנני מאשר כי בשנת 1996 לערך ניתנה על ידי רכז הקרקעות של המועצה זאב מושינסקי, הנחיה לעבד שטחי בור מסביב לישוב, כדי למנוע פיגועים משטחים אלו. השטח שמייקל לסנס התחיל לעבד יחד עם הנוער שבו הוא טיפל היה שטח בור, לא מעובד וללא בעלים."
 לגבי הטענה שמדובר בשטח ללא בעלים, להלן הצהרת עו"ד ניר צבי לפרוטוקול מיום 28.2.08 עמ' 1 ש 50 : "אנו מודים שזו קרקע פרטית."
 חקירת מושינסקי 28.2.08 עמ' 9 ש 56-58 : "ש : האם מר לסנס היה ועודנו שלוח או נציג של המועצה, או שהוא אדון לעצמו? ת : **מייקל היה שלוח של המועצה** כדי לעבד את האדמה כדי שלא יהיו פיגועים כפי שקרה בחלקה של שתיווי." [ההדגשה שלי – א.ק.]
 המשך בעמ' 10 ש 1-3 : "ש : אתה מסכים איתי שכל מה שמייקל עושה זה עבור המועצה? ת : זה עבור זה שלא יהיו פיגועים. זה כדי למנוע מקרים כמו שהיה כאשר מהחלקה של שתיווי היה פיגוע וירו לעבר השומר של קדומים."
 מושינסקי מאשר שמדובר בשיטה בחקירתו בעמ' 10, בשורה 6-7 ובכל המשך החקירה עד שורה 47. אף חשוב היקף התכנון – מושינסקי מתאר לפחות ישיבה אחת בה נכחו עוד אנשים מיישובים אחרים ואיתרו לא פחות משבע חלקות הראויות להשתלטות (שורות 10-32).
 מושינסקי לא הודיע לרשות שלטונית אחרת על ההחלטה להשתלט על קרקעות פרטיות (עמ' 11 ש 16-23). בן נדר מאשר שהיחיד שיכול היה לבדוק אם קרקע היא פרטית היה זאב (עמ' 12 ש 29-30).
 מושינסקי מאשר בסופו של דבר בחקירה נגדית שפעולותיו הן כעובד מועצה : עמ' 11 ש 25-50.
 מיכאל בן נדר שהיה קב"ט המועצה בשנים 1993-2000 מאשר בחקירתו בעמ' 12 ש 9-10 כי : "ש : בשנים שהיית בתפקיד שמר מושינסקי נתן הנחיות והוראות זה נעשה על דעת המועצה? ת : בוודאי."
 בן נדר בעמ' 12 ש 31-37 : "ש : אנחנו מדברים על הקרקעות מחוץ לקו הכחול? ת : נכון. ש : כלומר מחוץ לשטח השיפוט? ת : נכון. ש : מה המועצה מחפשת מחוץ לשטח השיפוט שלה? ת : רוב שטח השיפוט של המועצה היום לא היה של המועצה כפי שהוא היה בעבר. זו שיטת חנייה מלפני קום המדינה."
 השיטה, לדידו של בן נדר, פועלת כך שלאחר שנים של עיבוד ניתן לספח שטחים ליישוב (עמ' 13 ש 1-10).
 דיון מיום 17.4.08 :
 חקירת לסנס בעמ' 12 ש 23-36 – העורר מאשר כי חתם על מסמכים ביוזמת המועצה "כדי שאחר כך לא יהיו בעיות משפטיות" (שורה 24-25). בחתימה על המסמך הראשון נכחה ראש מועצת קדומים באותה עת, גב' דניאלה וייס (שורה 27). בחתימה על המסמך השני, לשיטת העורר כעשור מאוחר יותר, נכחה סגנית ראש המועצה, גב' כריש (שורה 33).
 לוועדה הוגש ממועצת קדומים מסמך נוסף על נייר רשמי של מועצת קדומים הנושא תאריך דצמבר 2006 וחתום בידי גב' דניאלה וייס וכן בידי האגודה השיתופית קדומים (סומן

- מש/9). בין היתר נכתב במסמך כך: "מועצה מקומית קדומים ואגודה שיתופית קדומים מאשרות המשך שימושכם בקרקע עפ"י המפה המצורפת. במידה ובעתיד המועצה תרצה לקדם תוכניות בינוי בשטח זה, תפוצו עפ"י הערכת שמאי חקלאי."
25. מכל האמור לעיל מצטיירת תמונה ברורה: העורר פעל כידה הארוכה של המועצה המקומית קדומים, לכל הפחות עד שהחל בגידול זיתים באופן מסחרי בשנת 2007.
26. למען הסר ספק, קביעה זו אינה מנוגדת לטענת העורר אלא מתבססת על הודאתו והודאות העדים מטעמו שנעשו באופן מפורש, לרבות בתצהירים.
27. מה נפקות קיומה של השליחות המתוארת? לגבי דידי הפלישה למקרקעין הפרטיים בוצעה ע"י המועצה, באמצעות העורר שלוחה.
28. מעמדה המיוחד של המועצה כרשות מקומית של מדינת ישראל, ובמיוחד על רקע המצב המשפטי הסבוך באיו"ש, מעורר שאלות הדורשות ליבון, ובראשן – מה דינה של פעולת הרשות, המועצה המקומית קדומים, כמתוארת לעיל, בראי המשפט הבינלאומי, המינהלי-פנימי והמהותי.

אמנת ג'נבה

29. המשפט הבינלאומי הוא מקור משפטי מן המעלה הראשונה באזור, לאור מעמדו כשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, והוא משליך גם על התייחסותנו לסוגיות של תפיסת קרקע.
30. נציין, למשל, את סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (להלן: "אמנת ג'נבה") האוסרת, בין היתר, על המדינה הכובשת להעביר חלקי אוכלוסייה שלה אל תוך השטח הכבוש. יש הסבורים כי מכאן, בהתאם לאמנה, חל איסור על מדינת ישראל לעודד או להקים התנחלויות בשטחים שנכבשו על ידה, אלא כאשר הדבר נחוץ באופן ברור לצרכי בטחון.

להלן נוסח סעיף 49 לאמנה:

"Art. 49. Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.

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

The Occupying Power undertaking such transfers or evacuations shall ensure, to the greatest practicable extent, that proper accommodation is provided to receive the protected persons, that the removals are effected in

satisfactory conditions of hygiene, health, safety and nutrition, and that members of the same family are not separated.

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

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

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

31. לכאורה, על פני הדברים, על פי אמנת ז'נבה חל איסור על העברת אוכלוסייה מהמדינה הכובשת לשטח הנכבש. למותר לציין כי בהתאם לאמנת ז'נבה, לו הייתה חלה באזור ככתבה וכלשונה, תכנון מצד רשות של המדינה לתפוס בדרך של פלישה ע"י יחידים קרקעות על מנת לקנות בהן זכויות לצורך הרחבת יישובים של אוכלוסייה שמקורה במעצמה הכובשת, אינו יכול להיות חוקי.
32. מן הראוי לציין, כי לדידם של האו"ם ושל הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, אמנת ג'נבה הרביעית חלה גם על איו"ש ודעתם של מוסדות אלה הובעה בעבר - כך, לדוגמא, בהחלטת עצרת האו"ם 43/85 מיום 6.9.1988 חלק B וכך גם כפי שהדבר בא לידי ביטוי על ידי ארגון הצלב האדום ב - I.C.R.C., Annual Report (1987) 83.
33. עמדתה הרשמית של מדינת ישראל דוחה קביעה זו מכל וכל וגורסת כי אין תחולה לאמנת ג'נבה בשטחים וזאת מטעמים שונים אשר יפורטו בהמשך.
34. בכדי להבין את התנגדותה של מדינת ישראל להכיר באמנת ג'נבה יש לגעת, ולו במעט, במישור התיאורטי של אמנות בינלאומיות. האמנות הבינלאומיות מתחלקות לשני סוגים: אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטיטטיביות. אמנות דקלרטיביות הן אותן אמנות אשר מבוססות על המנהג הבינלאומי (להלן: "משפט מנהגי") ואילו אמנות קונסטיטטיביות הן אותן אמנות אשר קובעות כללים חדשים של המשפט הבינלאומי (להלן: "משפט הסכמי").
- עוד ייאמר, כי על פי הדין הישראלי הפנימי תחולתן של אמנות קונסטיטטיביות מותנה בחקיקת חוק מתאים על ידי הכנסת, וללא חקיקה כזו הן מחייבות את המדינות החתומות עליהן במישור הבין מדינתי בלבד אך הן בלתי שפיטות.
- החלת האמנה על ידי המדינה יכולה להיעשות במספר דרכים: אישור הוראות האמנה בחוק הפנימי של המדינה, אישור של האמנה על ידי הפניה בחוק המדינה להוראות האמנה עצמה וקליטה באמצעות תקנות.
35. אמנות דקלרטיביות, לעומת זאת, מוכרות אוטומטית כחלק מהדין הישראלי משעה שהן נחתמות על ידי ישראל, וזאת משעה משקפות את המנהג הבינלאומי הקיים. כך, בית המשפט העליון, בבג"צ 277/84 אעיריב נ' ועדת העררים, פ"ד (2) 57 פסק כי אמנת האג (IV) משנת 1907 אשר דנה במערכת המנהגים של המלחמה ביבשה הינה חלק מהדין הישראלי. לאמנת האג והשלכתה הישירה על המקרה שלפנינו עוד נשוב בהמשך.
36. חלוקה גסה זו אינה תמיד קלה ליישום שכן ישנן אמנות אשר מכילות הן סעיפים דקלרטיביים והן סעיפים קונסטיטטיביים. יתירה מכך, סעיפים מסוימים באמנות יכולים להחיל הן פן הסכמי והן פן מנהגי. זאת ועוד, גם סעיפים הסכמיים עשויים להפוך, עם הזמן, לסעיפים מנהגיים עקב התפתחותם של מנהגים בינלאומיים.

37. אמנת ג'נבה הרביעית אושררה על ידי מדינת ישראל כאשר חתמה על האמנה ביום 12 לאוגוסט 1949 אך יחד עם זאת הוראות האמנה לא נקלטו במשפט הפנים ישראלי. עוד יצוין כי נציג ישראל הצהיר גם בוועידת הצלב האדום, אשר התקיימה באוקטובר 1986 על דבר אישור אמנת ג'נבה על ידי ישראל.
38. יחד עם זאת, ישראל אישרה את הסעיפים ההומניטריים באמנה תוך שהיא דוחה את הסעיפים אשר לטענתה הינם בעלי צביון פוליטי. ודוק, ממשלת ישראל החילה את הסעיפים ההומניטריים על האזור למרות קביעתה כי האמנה אינה חלה על שטחים כבושים מעין אלה.
39. הנימוק העיקרי לכך שאמנת ג'נבה אינה חלה על השטחים היה כי אין דיני הכיבוש חלים באיו"ש ובאזח"ע שכן ישראל נטלה אותם מידי מחזיק שלא היו לו זכויות ריבוניות משום שכבש אותם בשנת 1948 במעשה תוקפנות. על אף זאת, כאמור, ישראל הייתה נכונה להחיל את מקצת ההוראות באמנת ג'נבה הרביעית כמה שהיא הגדירה "מחווה הומניטרית".
40. בשנת 1971 חיווה דעתו היועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז) מאיר שמגר, כי אמנת ג'נבה אינה חלה על השטחים. את דעתו שטח היועץ המשפטי שמגר במאמר תחת הכותרת "The Observance of International Law in the Administered Territories" אשר פורסם ב- Israel Yearbook on Human rights, I (1971) 262. במסגרת מאמרו האמור ציין היועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז) שמגר כי אין בנמצא כלל של המשפט הבינלאומי הקובע שאמנת ג'נבה הרביעית חלה בכל סכסוך מזוין וכי בכל מקרה ששטח נכבש הוא הופך אוטומטית לשטח כבוש. עם זאת, קיבל מאיר שמגר את העמדה כי de facto הוחל החלק ההומניטרי באמנת ג'נבה של השטחים הכבושים.
41. אחת הסיבות אשר עמדו מאחורי אי ההכרה באמנת ג'נבה היה חששה של ישראל באותם ימים, כי ההכרה כאמור תהווה שינוי בסטטוס קוו וזאת משישראל תעניק, למעשה, למצרים ולירדן מעמד של ריבון בשטחים. חשש זה התבסס בין היתר על סעיף 2 לאמנת ג'נבה אשר קובע כי "כך תחול האמנה על כל מקרה של כיבוש חלקי או שלם של **ארצו של אחד מבעלי האמנה**...", וזאת משמצרים וירדן הינן צדדים לאמנה.
42. ספק אם טיעון זה רלוונטי עוד. אך מעבר לכך: דומה כי אמנת ג'נבה אשר עוסקת בשטחים כבושים נוגעת ביחס ההומניטרי לאזרחים ועל נושא זה ראוי לשים דגש מיוחד בענייננו, ולא על זהות המדינה הנכבשת.
43. כך או כך, עמדה זו של היועמ"ש שמגר אומצה באופן מפורש על ידי ממשלת ישראל כעמדה רשמית בין שנת 1967 לשנת 1985. יצוין, כי עמדה זו משליכה על אמנת ג'נבה בשני אספקטים.
44. ראשית, יש הטוענים כי יחס ממשלת ישראל וצבא ההגנה ישראל לאמנה הינו de facto ואינו de jure, שכן מדובר בהחלה של כללים הומניטריים. מכאן, לדעת מלומדים המצדדים בגישה זו אין מקום לערוך אבחנה בין אמנות דקלרטיביות וקונסטיטוטיוביות (לעניין זה ראו דעתה של המלומדת פרופ' רות [לפידות במאמרה "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים](#), יט תשמ"ט 1989, אשר מצדדת בטענה כי יש תחולה לאמנת ג'נבה על המשפט החל בשטחים לבין עמדתו של פרופ' נסים בר-יעקב, [משפטים](#), יט תשמ"ט 1989, אשר מצדד בטענה כי התחולה של האמנה הינה רק de facto).
45. שנית, עמדתו של היועץ המשפטי שמגר אומצה בשנים שלאחר מכן גם על ידי המשפט העליון.
46. שנים לאחר שנתן היועץ המשפטי לממשלה שמגר את דעתו בדבר תחולת אמנת ג'נבה כתב השופט שמגר, בעת שכיהן כנשיא בית המשפט העליון, מאמר ובו ציין כי אמנת ג'נבה מחילה גם משפט בינלאומי הסכמי וגם משפט בינלאומי מנהגי. בפרט, כתב דברים אלה הנשיא

- שמגר בהתייחסו לסעיפים 47 עד 78 (כולל כמובן סעיף 49 בנושא מעבר אוכלוסיה) של אמנת ג'ינבה הרביעית. דברים אלה ניתן למצוא במאמר "Legal Concepts and Pnd Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage" Territories Administered by Israel, 1967-1980 Vol. I: The Legal Aspects (1982) 13."
47. בשנת 1986 שב נציג ישראל ומסר את עמדת ממשלת ישראל בפני הוועידה של הצלב האדום קרי, כי עד אשר תיושב שאלת הסטטוס של השטחים שנכבשו באמצעות שיחות ישירות תחול אמנת ג'ינבה הרביעית de facto.
48. כאמור, מדינת ישראל בחרה שלא להחיל את כל אמנת ז'נבה באיו"ש אלא לקבוע כי היא מחילה את הסעיפים ההומניטריים של אמנה זו, אשר היו בגדר נוהג במשך השנים, de facto על השטחים. במקביל, לא החילה מדינת ישראל את הסעיפים השונים באמנת ג'ינבה אשר הינם חלק מהמשפט ההסכמי לשיטתה.
49. בשולי הדברים ייאמר כי על אף העובדה שחלפו שנים רבות מיום שנחתמה האמנה על ידי מדינת ישראל בחרה מדינת ישראל שלא לציין אלו סעיפים לדעתה הינם סעיפים הומניטריים ואלו סעיפים הינם הסכמיים. פרופ' נסים בר-יעקב במאמרו "תחולתם של דיני המלחמה" על השטחים המוחזקים "משפטים", יט תשמ"ט 1989, דלעיל, סבור כי ראוי היה כי ממשלת ישראל תפרט אלו סעיפים לשיטתה הינם סעיפים פוליטיים ואילו הם הסעיפים אשר לשיטתה עומדים במישור ההומניטרי.
- לאור דברים אלה יש לבדוק את גישת הדין הישראלי לרבות פסיקתו של בית המשפט העליון בנושא.
50. פסיקה ראשונית של בית המשפט העליון בשאלה מהו הנוהג הבינלאומי אשר יש להחיל במסגרת ההכרה של בתי המשפט המקומיים ניתן למצוא בהמ" 41/49 שמשון נ' היועמ"ש, פסקים עליון ט' 14 :
- "בתי משפט מקומיים של מדינה מסוימת יכירו בהלכות החוק הבינלאומי וישפטו על פיהן רק אם הסכימו להן יתר העמים התרבותיים באופן שצריך להניח שהלכות אלו נתקבלו גם על ידי אותה מדינה. יש, איפוא, להוכיח הלכה של החוק הבינלאומי על ידי הוכחות מספיקות שמהן אפשר להסיק, כי אותה המדינה הכירה בה ופעלה על פיה או שאופיה של הלכה זו או העובדה, שהיא מוכרת על ידי מדינות רבות ונפוצה ברבים, מחייבים את ההנחה, ששום מדינה תרבותית לא תתעלם ממנה."**
51. עמדה זו קיבלה גושפנקא בפסק דין מאוחר יותר של בית המשפט העליון, בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד לז(2) 197. שם נתן כב' הנשיא שמגר את פסק דינו תוך שהוא מציין את הדברים הבאים :
- "...במילים אחרות, המעיין, ממנו נשאבת עובדת קיומו של המנהג הבינלאומי, הוא ההשקפה המודעת של כל אלו המפעילים את המשפט הבינלאומי ואשר הם נושאים, לפיה מחובתם לנהוג בדרך, אותה קובע המנהג המקובל..."**
52. עוד פסק בית המשפט העליון בעניין אבו עיטה הנ"ל כי המנהג צריך להיות מקובל על ידי רוב המדינות וכי את קיום המנהג, כמו גם את החותם המשפטי לאותו מנהג, צריך להוכיח מי אשר מבקש להסתמך עליו. אך מעבר לכך, כאשר יתבקש בית המשפט להכיר מנהג הנוגע לדיני מלחמה הוא יחמיר בשאלת זהות הכלל והמנהג.
53. בנוסף ראוי לציין, כי בית המשפט העליון נטה לבחון סוגיות שונות בדין הפנימי למול אמנות אשר לא נקלטו בדין הישראלי. זאת, ככל הנראה מתוך הכרה בחובתה של מדינת ישראל

- [קורץ ולטושינסקי נ' קירשן, פ"ד כא \(2\) 20](#).
[65/67](#) לעמוד בהתחייבויותיה הבינלאומיות. כך, לדוגמא, עשה בית המשפט העליון בע"א [65/67](#)
54. על אופייה המורכב של אמנת ג'נבה בכלל ועל אופיו המורכב של סעיף 49 לאמנה בפרט ניתן ללמוד מפסק דינו של השופט חיים כהן בבג"צ [698/80 קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח'](#), פ"ד לה (1) 617 בכתבו את הדברים הבאים:
- "לדעתי יש להסתכל בכל הוראה והוראה של האמנה לחוד ולבדקה אם חוזרת היא על הוראת משפט-עמים מנהגי ידועה ומקובלת, או שמא מחדשת היא משפט-עמים שלא היה ידוע ולא היה נהוג בעמים קודם לכן... הדברים אמורים לא רק בחלקה ובסעיפיה השונים של האמנה, כי אם גם בהוראות שונות שבסעיף אחד או - כמו במקרה שלפנינו - במשפט אחד שבאותו סעיף."**
55. אחד מפסקי הדין החשובים בו עסק בית המשפט העליון בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית הוא בג"צ [27/88](#) עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב (2) 4. בפסק דין זה דן בית המשפט בשאלת חוקיותם של צווי גירוש אשר הוצאו על פי [תקנה 112](#) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945.
- דעת הרוב, אשר ניתנה על ידי הנשיא שמגר, הגיעה למסקנה כי מטרת מנסחי האמנה הייתה הגנה על האוכלוסייה האזרחית ואימוץ כללים שיבטיחו כי האוכלוסייה לא תשמש מטרה למעשי שרירות ולניצול בלתי אנושי וזאת מתוך מחשבה כי עלול להתרחש מצב של גירושים המוניים להשמדה, תזוזות המוניות מסיבות מדיניות או אתניות או העברה לעבודת כפייה. שם, כידוע, מטרת הגירוש הייתה שונה ולפיכך פסק הרוב כי האמנה אינה חלה על הפעולה שעמדה לביקורתו.
56. על אף זאת, דן בית המשפט העליון באמנת ג'נבה במספר מישורים: ראשית, כאשר דן באיחוד משפחות התייחס בית המשפט לסעיפים 35 ו-27 לאמנה. שנית, כאשר דן בית המשפט העליון בשאלה אם קיימת חובה לקיים ערכאת ערעור על בתי הדין הצבאיים הוא התייחס לאמנת ג'נבה. כך גם התייחס בית המשפט העליון לשאלת הפקעת רכוש בלבנון על ידי צה"ל ולגירוש מן השטחים לחו"ל והעברת עצירים מהשטחים לישראל.
57. בשאלות אחרונות אלו בדבר גירוש מהשטחים כמו גם העברת עצירים התייחס בית המשפט העליון ספציפית לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרלוונטי לענייננו. עם זאת, יש לזכור כי הדיונים בסעיף 49 לאמנה נעשו בהסכמת פרקליטות המדינה ובאופן סלקטיבי קרי, בתיקים מסוימים בלבד.
- לשם השלמת התמונה ייאמר כי פרקליטות המדינה סירבה לתת את הסכמתה לדון באמנת ג'נבה ככל שזו מתייחסת לדיונים בשאלת חוקיות ההתנחלויות.
58. בפסק הדין של בית המשפט העליון בבג"צ [דוויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'](#), פ"ד לד (1), 29 הביע דעתו השופט ויתקון מהן הוראות הומניטריות במסגרת אמנת ג'נבה באמרו את הדברים הבאים:
- "... לא הייתי אומר כי ההוראות ההומניטריות שבאמנה זו מתכוונות אך ורק להגנה על חיי אדם, בריאותו, חירותו או כבודו, ולא להגנה על רכוש. מי כמונו יודע ערכה של נחלה..."**
59. בעניין דוויקאט פסל בית המשפט העליון את האישור להקמת ההתנחלות אלון מורה ליד שכם, תוך שהוא קובע כי התנחלות שלא הוקמה לצרכים צבאיים-ביטחוניים טהורים אינה חוקית.
60. בית המשפט העליון לא קבע בעניין זה כי ההתנחלות היהודית באיו"ש תואמת את אמנת ג'נבה, אך קבע כי העניין אינו שפיט:

"אף על פי כן, גם הפעם הזמין אותנו פרקליט המדינה לאשר לשלטונות כי גם מבחינת אמנת ג'נבה אין דופי במסירת הקרקע למתיישבים לצורך התנחלותם. לטענתו, אין הדבר נוגד את ההוראות ההומניטריות שבאמנה זו המקובלת גם על מדינת ישראל. כזכור המדובר כאן בסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה האוסרת על המעצמה המחזיקה לגרש או להעביר חלקי אוכלוסייתה האזרחית שלה אל תוך שטח המוחזק. טעות היא לחשוב (כפי שקראתי לא מזמן באחד העתונים) כי אמנת ג'נבה אינה חלה על יהודה והשומרון. היא חלה, אף כי, כאמור לעיל, אין היא 'שפיטה' בבית משפט זה. גם לא הייתי אומר כי ההוראות 'ההומניטריות' שבאמנה זו מתכוונות אך ורק להגנה על חיי אדם, בריאותו, חירותו או כבודו, ולא להגנה על רכוש. מי כמונו יודע ערכה של נחלה. אך השאלה, אם התנחלות מרצון היא בגדר האיסור של 'העברת חלקי אוכלוסייה', כמשמעו בסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה, אינה מן הקלות, וככל שידעיתנו משגת, טרם מצאה תשובה בפסיקה הבינלאומית. על כן מעדיף אני גם הפעם שלא להשיב על שאלה זו, מה גם שלאור המסקנה, שאליה הגעתי בענין זה הן על פי המשפט הפנימי הן על פי המשפט הבינלאומי המנהגי (אמנת האג, סעיף 52), אין היא דורשת הכרעה. אך בתפרש הימנעותי זו כהסכמה לעמדת צד זה או צד זה מן הצדדים".

בג"צ 390/79 דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (1) 25, 1.

61. כאמור, בית המשפט העליון בשנת 1979 סבור היה כי אמנת ג'נבה אינה שפיטה. דהיינו, כי על אף שמבחינה בינלאומית האמנה חלה על יהודה ושומרון אין היא מהווה חלק מהדין הישראלי ועל כן אין בית המשפט נדרש להכריע בה.

62. בפסק דין מאוחר יותר, בג"צ 253/88 סג'דיה ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב (3) 801 ערך השופט בך אבחנה בין הוראות באמנה אשר נושאות אופי הומניטרי מובהק לבין הוראות אשר הנושא ההומניטרי בהן הינו משני.

63. לסיום סקירת פסקי הדין בנוגע לאמנת ג'נבה ראוי לציין כי נכון לשנים האחרונות נותרה עמדתו של בית המשפט העליון דומה. בבג"צ 7015/02 כיפאח מחמד אחד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', (טרם פורסם) [פורסם בנבו] מצא לנכון בית המשפט לציין את הדברים הבאים:

"ממילא איננו מוצאים כל צורך לעסוק בביקורת שהעלו העותרים על פסיקתו של בית משפט זה - כפי שבאה לידי ביטוי במספר פסקי דין ובמרכזם בג"צ 785/87 עבד אל נאצר עבד אל עזיז עבד אל אפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב (4) 2 - באשר לפירושו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית. נוכל להשאיר עניין זה לעת מצוא."

מאמירה זו בפסק הדין ניתן להסיק כי בית המשפט העליון הותיר פתח לפרשנות אמנת ג'נבה למקרה הנכון אשר יובא בפניו.

64. על מנת לפרש נכונה את אמנת ג'נבה לפי המשפט הישראלי עלינו לבחון את תכליתה ומקורותיה, ולהסיק מכך לגבי הנורמות הקונקרטיות והשתייכותן האנליטית – דקלרטיביות מכאן וקונסטיטוטיוביות מכאן.

65. מדינת ישראל שאבה את האבחנה בין אמנה דקלרטיבית לקונסטיטוטיובית מהמשפט האנגלי. אבחנה זו באנגליה נועדה למנוע מהכתר האנגלי מלקבל סמכויות חקיקה באופן שבו יוכל אך לקבל דין מנהגי לתוך דין המדינה ולא לחוקק באמצעות אמנות קונסטיטוטיוביות. הרציונל אשר היה קיים באנגליה לשם האבחנה בין המשפט המנהגי למשפט ההסכמי אינו זהה למציאות בישראל. ראשית הממשלה חותמת על אמנות ומחייבת

את מדינת ישראל לפיהן. שנית, שרי הממשלה השונים מתקינים תקנות וסמכויותיהם, במישור זה, רחבות.

66. יתרה מכך, אמנם באנגליה הכלל הוא כי אמנות דקלרטיביות מהוות חלק מהמשפט הפנים מדינתי בעוד אמנות קונסטיטוטיוביות נכללות במשפט המדינתי רק אם נתקבלו בחוק, אלא שלכלל זה יש חריג בולט.

הנה כי כן, אמנות המתייחסות לדיני המלחמה נטמעות בחוק האנגלי באופן אוטומטי, בין אם מדובר באמנות קונסטיטוטיוביות ובין אם מדובר באמנות דקלרטיביות. מכאן, הרי שאם מדינת ישראל שאבה את הכללים הבינלאומיים מהמשפט האנגלי ראוי לתת משקל פרשני מרחיב להכרה בחובות משפטיות מתחום דיני המלחמה.

67. עוד ייאמר, כי קיימת מחלוקת בשאלה האם המשפט הבינלאומי מכיר בהבחנה בין משפט מנהגי לבין משפט הסכמי כחלק ממשפט הארץ. יש הסוברים כי הכלל הידוע במשפט הבינלאומי כי אמנות יש לכבד (Pacta sunt servanda) הוא כלל מנהגי, ומכאן שהפרת כל אמנה שאושרה על ידי המדינה הינה למעשה הפרה של כלל מנהגי זה.

68. הדעה כי המשפט הבינלאומי אינו מכיר באבחנה בין משפט מנהגי לבין משפט הסכמי הובעה בארץ על ידי פרופ' פיינברג במאמרו "אמנות קונסטיטוטיוביות ואמנות דקלרטיביות במשפט הבינלאומי", הפרקליט כד (תשכ"ח) 433. במאמר זה הביע פרופ' פיינברג את הדעה כי חל קושי גדול לאבחן בין שני סוגי האמנות. אף פרופ' רוזן התייחס לבעיה זו במאמרו: "A Communication to the Editor", 15 Isr. L. Rev. כאשר ציין כי הוועדה למשפט בינלאומי קבעה כי לא ניתן לאבחן בין האמנות וכי טיטוט האמנות אשר יוצאות תחת ידה מכילות הן את המשפט המנהגי והן את המשפט ההסכמי.

69. לדעתו של פרופ' רוזן יש לערוך את ניתוח האמנה בכלים קפדניים של התקדימים ויישום טכניקות בינלאומיות מקובלות. כך, לשם הדוגמא, על בית המשפט לבחון, בין היתר, האם מדובר באמנה אשר אינה בעלת אופי הסכמי בין מדינות אלא שהיא בעלת אופי חקיקתי (קריטריון בו עומדת אמנת ג'נבה). דוגמא אחרת היא האם האמנה היא "אמנה המתבצעת מכוחה" קרי, כי אין עוד צורך בחקיקה נוספת בכדי ליישם את הוראותיה (גם בכלל זה עומדת לכאורה אמנת ג'נבה). לעמדה זו כי אמנת ג'נבה היא אמנה בעלת אופי חקיקתי שותף גם המלומד [בנימין רובין אשר במאמרו "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי המשפט", משפטים י"ג 1983-1984, עמ' 236 קבע:](#)

"אמנת ז'נבה הרביעית היא דוגמה מובהקת לאמנת חקיקה."

70. על ניסיונות האבחנה בין משפט הסכמי לבין משפט מנהגי העיר המלומד בנימין רובין [במאמרו "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי המשפט", משפטים י"ג 1983-1984, עמ' 224 את הדברים הבאים:](#)

"הרי גם בכללי המשפט הבינלאומי המנהגי ניתן לראות 'התחייבות בינלאומית של המדינה ותו לא'. האם במקרה שברבות הימים הופכים כללים הקבועים באמנה להיות משפט מנהגי פג תוקפו של נימוק זה? והרי אין הדבר כך. בשנת 1907 נתקבלו תקנות האג והן נחשבו אז למשפט הסכמי שלא חל אלא על המדינות המתקשרות. כיום רואה בית המשפט העליון בישראל תקנות אלה כמשקפות את המשפט הבינלאומי המנהגי. האם ניתן לומר שבשנת 1907 היו אלה 'התחייבויות בינלאומיות של המדינה ותו לא', ואילו כיום ה'ותו לא' אינו חל עוד?"

71. נראה, כי אם נרצה לבחון את תחולתו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה על ענייננו, לפי המשפט הישראלי, עלינו לבדוק האם מדובר בסעיף הסכמי או מנהגי, בחלקו הרלוונטי. פרשנותו של החלק הרלוונטי אמורה להיעשות בהתאם לתכליתו ומקורותיו.

72. תוכנית של נציגי רשות של מדינת ישראל להשתלט על קרקע פרטית למטרות הרחבה עתידית אפשרית של יישוב המאוכלס בתושבי מקור של מדינת ישראל, מהווה לכאורה הפרה של סעיף 49 לאמנה, בחלקיו הרלוונטיים (פעולות לשם נישול נכסים של האוכלוסיה המוגנת ופעולות לשם העברת אוכלוסיה מהמעצמה הכובשת לשטח הנכבש).
73. אם תהא דעתנו כי מדובר בעניין שפיט, הנובע באופן ישיר מהיותו של הסעיף, או חלקיו הרלוונטיים, משקף דין מנהגי, הרי שיהא בכך כדי לפסול מניה וביה את עצם יכולתה של הרשות – היא המועצה המקומית קדומים – מלהחזיק בקרקע.
74. כאמור, הכלל הנקוט בבתי המשפט בישראל הוא כי על הטוען לתחולה של כלל מנהגי במשפט הבינלאומי להוכיח את טענתו כעניין שבעובדה.
75. עוד מצינו, כי בית המשפט העליון הותיר את השאלה העובדתית הזו, באופן מפורש ומתמיד, בצריך עיון. הנה כי כן, מעמדו של סעיף 49 לאמנת גינבה, ככל שהוא מתייחס לענייננו ולשאלות של התיישבות שלא מטעמי בטחון מובהקים, טרם הוכח.
76. הצדדים בתיק זה לא טענו, וממילא לא הוכיחו כעניין שבעובדה, את תחולתו של סעיף 49 כאמור.
77. כפי שראינו לעיל, הדעת נותנת כי אופיו המיוחד של סעיף 49, העוסק בנושאים הומניטריים מובהקים, די היה בו על מנת להחילו de-facto באזור. אך לעת עתה יש להשאיר זאת בצריך עיון.
78. לצורך ההכרעה בעניין שלפנינו די אם נאמר, ועל כך להלן, כי לפעולת המועצה המקומית קדומים כפי שנחשפה בפנינו נודעת משמעות רבתה גם בשדה המשפט המינהלי הפנימי וגם באמנות בינלאומיות שאין מחלוקת על היותן מנהגיות.
79. גם עת נרחיב במשפטנו המינהלי הפנימי, מן הראוי כי לשונו חמורת הסבר של סעיף 49 לאמנת גינבה תהדהד באזנינו, גם ממקומו "בצריך עיון" ואף נוכח אי-שפיטותו לכאורה.

אמנת האג

80. מאמנת גינבה נפנה לאמנות נוספות הרלוונטיות לענייננו, ובמסגרת זו נתייחס לאמנת האג בדבר דינייה ומנהגיה של הלחימה ביבשה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה.
81. אמנת האג הוכרה כחלק מהמשפט המנהגי הישראלי וזאת במספר פסקי דין ובין היתר [בג"צ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד איו"ש, פ"ד לג\(3\) 309 ובג"צ 351/80 חברת התשמל למחוז ירושלים נ' שר האנרגיה, פ"ד לה\(2\) 673](#).
82. תקנה 55 לתקנות האג קובעת את הכללים לפיהם יכול הכובש להשתמש בנכסי דלא נידי יערות ומפעלים של הנכבש וכי, באופן עקרוני, עליו לשמש כנאמן על נכסים אלה בעבור הנהנה - הנכבש. במסגרת זו, חלה חובה על מדינת ישראל שלא לשנות את הנכסים אשר נותרו בנאמנותה אלא לצרכים צבאיים.
83. כאשר הרשות המקומית בקדומים מחליטה, באמצעות בעלי תפקיד בה, על תפיסת נכסים של האוכלוסיה המקומית היא עושה כן בניגוד לתקנות האג, אלא אם עשתה זאת לצרכים צבאיים.
84. על פי פסיקת בית המשפט העליון, ניתן לתפוס באופן זמני קרקעות לשם אחזקתן לצרכים צבאיים. כך, לדוגמא, [בבג"צ 606/78 סולימן תופיק אויב ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לג\(2\) 113](#), אליו עוד נידרש להלן.

85. בנוסף, בתקנה 46 לאמנת האג (וכן בסעיף 53 לאמנת ג'נבה) מוגנת זכות הקניין של הנכבש. מכאן, פעולות מכוונות לפגיעה בזכות הקניין של האוכלוסיה המוגנת אינן חוקיות, שוב – בכפוף לצרכי בטחון מובהקים.
86. הנה כי כן, בעוד שמעמדו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה ומשמעותו ההסכמית/מנהגית שנויים במחלוקת, ובעוד שנותרה פתוחה שאלת מעמד האמנה, שאלת הזכות לפנות לפי האמנה לבית המשפט הישראלי (שאלת "אכיפותה ושפיטותה"), שאלת מעמדן ההומניטרי של הוראותיה ועוד, ניצבת אמנת האג כסלע של יציבות במשפט ההומניטרי המנהגי.
87. כך, לענייננו, דומה כי למצער לפי הוראות אמנת האג משנת 1907, שעל היותה משפט בינלאומי מנהגי אין חולק, כי פעילות הרשות המקומית בענייננו סותרת את המשפט הבינלאומי באופן מובהק.
88. פסק הדין המנחה בסוגיה זו הוא פס"ד אויב [בג"צ 606/78] המוזכר לעיל. לפי פס"ד אויב יפה כוחה של אמנת האג להקנות שפיטות ו"אכיפות" כאשר הוראותיה מופרות ע"י רשויות המדינה (ר' למשל דברי מ"מ הנשיא לנדוי בעמ' 129, ודברי השופט ויתקון בעמ' 120).
89. אף רמ"א בסיכומיו (סעיף 117) מגדיר את עמדתו לגבי מקורו של הצו בנורמות המשפט הבינלאומי כך:
- "תכליתו של הצו, בין היתר, להגן על קניין הפרט של תושבי האזור ולשמור על הסדר הציבורי. כוחו של הצו למנוע שימושים בלתי רצויים במקרקעין פרטיים. מקורו של הצו בנורמות המחייבות מן המשפט הבין-לאומי, ובפרט תקנות 43 ו-46 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית, 1907."**
90. מן הדעות השונות המובאות בפס"ד אויב לעיל, ובהתאמתן לנסיבות הקיצוניות שלפנינו, עולה כי המועצה המקומית קדומים, בפועלה כרשות של מדינת ישראל, עברה לכאורה על הוראות תקנות 43, 46, 52, 53 לתקנות האג. מדובר בפגיעה בקניין פרטי שאין היא דרושה לצרכי בטחון (שאחרת המינהל האזרחי לא היה מתנגד לה).
91. ברור גם שאין כאן ניצול לצרכי הצבא של הגידולים החקלאיים (האפשרית לפי התקנות בנסיבות מסוימות), שכן העורר לא פעל בשליחות צה"ל, לא מסר לצה"ל את התבואות, צה"ל אינו נזקק להן לצורך שליטתו בשטח ואף ספק רב אם טרח כלל לאסוף גידולים עד נטיעת הזיתים.
92. השוואת העובדות בענייננו לעובדות שבפס"ד אויב לעיל מלמדת כי המועצה הפרה לכאורה סעיפים חמורים באמנה, ור' דברי השופט ויתקון בפס"ד אויב, עמ' 122-123.
93. גם השופטת בן פורת חיוותה דעתה בפס"ד אויב, עמ' 133, לפיה:
- "אם ירדתי לסוף הכתוב במקורות שאליהם הופנינו על ידי הפרקליטים המלומדים, מונח ביסוד העקרונות הבינלאומיים הרעיון שלפיו יש למנוע בעד הכובש לעשות שימוש שרירותי בכוח שבידו. לשון אחרת, אין להרשות שישתמש בהזדמנות שליטתו לשם נישול וסיפוח. הגבול המפריד בין הגנה עצמית ונקיטת אמצעי בטחון הכרחיים הוא איפוא אחד המבחנים הקובעים אם הפעולה היא כשרה או אסורה."** [ההדגשות במקור – א.ק.]
94. יודגש, כי נימוק בטחוני לתפיסה המתוכננת של שטחים מסביב ליישוב קדומים, אשר השטח נשוא הערר כלול בהם, אינו יכול לעמוד משני טעמים.

95. הראשון, הגורם המוסמך לחוות דעתו בעניין צרכי בטחון הוא צה"ל, שעמדתו סותרת חזיתית את עמדת העורר. אדרבא, צה"ל סבור לכאורה כי השימוש המפריע יש בו כדי ללבות את המצב הטעון באזור.
96. שנית, אף העורר ועדיו הודו בפנינו כי בין טעמי תוכנית ההשתלטות על קרקעות לא להם עמד הרצון לספח בבוא העת קרקעות אלו ליישוב עצמו ("שיטת חניתה", כהגדרתם).
97. לסיכום חלק זה של פסק דיני, המתייחס לתחולה הישירה של המשפט הבינלאומי על ענייננו הגעתי למסקנה לפיה פעולת המועצה המקומית קדומים, המחזיק האמיתי בקרקע עד שנת 2007 לכל הפחות, נעשתה בניגוד למשפט הבינלאומי המנהגי ותוך הפרה בוטה של אמנת האג.
98. הפרה בוטה זו נעשתה בכוונת מכוון, על מנת להשתלט על קרקעות לגביהן אין למועצה ולעורר כל טענה לזכות כלשהי. ביודעין פעלה המועצה באמצעות שלוחיה לספח קרקעות באופן בלתי חוקי, כשפעולה זו מגובה במסמכים רשמיים של המועצה.
99. לקידום מטרה זו נעזרה המועצה, והעורר בשליחותה, בעובדה שהמצב הביטחוני באזור מקשה על האוכלוסיה המקומית להגיע לאזורים החקלאיים, ולמעשה הם מורשים להגיע למקום פעם או פעמיים בשנה למסיק הזיתים.
100. מן הראוי להזכיר כי המועצה המקומית קדומים היא אחת מידיה הארוכות של מדינת ישראל ובשר מבשרה השלטוני. ככזו, מוטלת גם עליה החובה לפי המשפט הבינלאומי לשמור על זכויותיה של האוכלוסיה המוגנת במקום. בחובה זו לא עמדה היא.

המשפט המינהלי הפנימי

101. בצד הפרת כללי המשפט הבינלאומי המנהגי, והמשמעות הנודעת לכך כמפורט לעיל, מן הראוי לבדוק האם פעולתה של המועצה המקומית קדומים עומדת בכללי המשפט המינהלי הפנימי.
102. ראשית, הפרה של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי מהווה בפני עצמה הפרה של חובות הרשות לפי המשפט המינהלי הישראלי.
103. שנית, המועצה ניצבת בפני בעיות חמורות של סמכות, שיקולים זרים ובעיות הכרוכות בפגיעה בזכויות ללא שמיעת הצדדים והחלטה כדין.
104. נראה לי גם כי פעולת הרשות חורגת באופן ניכר ממתחם הסבירות המסור לפעולתה.
105. התלבטתי האם יש מקום לבחון את פעולת המועצה גם לפי הוראות [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), ובעיקר [סעיפים 3](#) (זכות הקניין) ו-[סעיף 8](#) (פיסקת ההגבלה) לחוק היסוד.
106. כידוע, חוק היסוד מגן על זכויותיו של כל אדם ולא רק של אזרח המדינה. כמו כן מחייב חוק היסוד את כל רשויות המדינה לכבד את הזכויות לפי חוק היסוד ([סעיף 11](#)).
107. אני מודע לדיון בשאלת תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באזור. מבלי להיכנס לצדדים המרתקים והחשובים בדיון זה, אציין רק כי כאשר אנו עוסקים ברשות ישראלית מינהלית, ואף אם כוחה במשפט הבינלאומי יונק מריבונותו של מפקד האזור, הרי שבמשפט הפנימי הישראלי היא בוודאי כפופה לדין הישראלי.
108. לא ראיתי מה טעם יש ב"שחרורה" של רשות כזו או אחרת מחובותיה לפי חוק היסוד. תחולתו של חוק היסוד גורפת היא, ופרשנותו נעשית על דרך ההרחבה – הן באשר לזכויות המוקנות בו ולתחולתן והן באשר לעצם הסמכות והחובה לפעול על פי החוק.

109. במשפט הישראלי הפנימי, השאלה האם קיימת או לא קיימת חובה על רשות באזור לפעול בהתאם לחוק היסוד נעוצה בפרשנותו של חוק היסוד עצמו ולא ביחסים שבין המשפט הבינלאומי למשפט המעצמה הכובשת, ואף לא לעקרון השמירה על הדין המקומי ויציבותו.
110. אם נבדוק את פעולתה של המועצה המקומית קדומים לאורה של פסקת ההגבלה, נגלה, לדעתי, כי פעולה זו לוקה לפי תנאי פסקת ההגבלה (המונים, כזכור: מקור סמכות חוקי, הלימה לערכיה של מדינת ישראל, תכלית ראויה ומידה שאינה עולה על הנדרש).
111. למצער, ולמען סבר את האוזן, אומר כי מידת הפגיעה בזכות הכרוכה בפעולת הרשות עולה ודאי על הנדרש על מנת לתמוך בהשגת תכלית ראויה אפשרית – החל בצרכי בטחון וכלה בקידום לימודי חקלאות לתלמידי היישוב.
112. כך, ביקורת שיפוטית בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מובילה אף היא למסקנה כי פעולת המועצה אינה כדין.
113. להשלמת התמונה בנוגע לסמכויותיה וטווח פעולתה האפשרי של המועצה המקומית קדומים, מן הראוי גם להתייחס למעמדה האפשרי כרוכשת זכויות בקרקע מכח [סעיף 78](#) לחוק הקרקעות העותומני, כחלק מן המשפט הפנימי באזור ולאור הטענה כי הרשות מחזיקה למעשה בקרקע למעלה מעשר שנים טרם הוצאת הדרשה.
114. הנה כי כן, גם לפי חוק הקרקעות העותמאני לא יכולות רשויות המדינה לרכוש זכויות בקרקע באמצעות [סעיף 78](#) לחוק, ומקובלות עלי טענותיו של רמ"א בסיכומיו בעניין זה (ס' 53-54), וראה האסמכתאות שם.

סיכום ביניים לגבי פועלה של המועצה המקומית קדומים

115. המשיבים 2-4 מלינים בסיכומיהם (ס' 8) על עמדתו המוסרית של העורר כיהודי שומר מצוות, המודה למעשה בנסיונו לקנות חזקה בקרקע ללא זכות שבדין, ומסתמך על טענות התיישנות דיוניות כדי להצדיק אחיזתו בקרקע. כן מלינים המשיבים 2-4 על עמדתה המוסרית של המועצה המקומית קדומים שעמדה באמצעות שלוחיה מאחורי עמדתו זו של העורר.
116. יובהר, כי ועדת ערר זו כפופה לדין ומכוחו היא עושה משפט ואין תפקידה "לנוזף מוסרית" באיש. לכל אדם נתונות זכויותיו שבדין ורשאי הוא לעמוד עליהן ולדבוק בהן ואין בכך כל פסול.
117. שונים הדברים באשר למועצה המקומית קדומים. כאן אין אנו עוסקים בשאלה "מוסרית" כלל ועיקר, אלא בתפקודה המינהלי של רשות מרשויות המדינה, הפועלת לפי עקרון חוקיות המינהל. בנקודה זו אין לנו אלא להביע תמיחה קשה וכפולה על פועלה של הרשות המקומית.
118. ראשית, וכפי שהוסבר לעיל בקשר עם תחולת המשפט הבינלאומי, פעלה הרשות המקומית עצמה, לכל הפחות, שלא כדין לכאורה בניגוד לאמנת האג הרביעית.
119. שנית, דומה, ממה ששמענו באולם המשפט, כי אנשים המחזיקים בתפקידים בכירים ברשות המקומית ופועלים במסגרת הרשות המקומית אינם רואים כל פסול בשליחת שליחים לתפיסה שלא כדין של קרקעות הזולת, כאשר זולת זה הוא פלשתינאי. טענת העורר כי מדובר בשטחים "מוזנחים" או שטחים "שאין לגביהם בעיות של בעלות או של מוסר", אינה יכולה להישמע כאשר הוא עצמו מודה במפורש כי מדובר בקרקע פרטית כמשמעה בצו.

120. התנהגות זו אינה נסבלת מבחינת המשפט הבינלאומי, מבחינת שלטון החוק הפנימי בישראל ומבחינת ההגינות האלמנטרית המצופה מרשות של המדינה. נזקיה של התנהגות זו הם קשים וחורגים בהרבה מההשלכה שיש לפעולותיו של אדם יחיד הפועל שלא כדין.
121. מדינה דמוקרטית אינה יכולה להשלים עם פעילות שיטתית, כפי שנחשפה בתיק זה, מצד רשות מרשויותיה, שתכליתה לעבור על החוק. קל וחומר כאשר המעבר על החוק פוגע בזכויות אדם. בן בנו של קל וחומר כאשר הפגיעה בזכויות אדם מיוחדת לבני אדם עם זהות אתנית מוגדרת. ואם לא די בכך נזכיר, כי אותם בני אדם נפגעים הם תושבים פלשתינאיים המהווים "אוכלוסיה מוגנת" לפי המשפט הבינלאומי כמוסבר לעיל. על הרשות המקומית, כחלק ממדינת ישראל, מוטלת החובה להגן על התושבים הפלשתינאיים מפני פגיעה בקניינם.
122. בסעיף 20 לסיכומי התשובה אומר ב"כ העורר עו"ד ניר צבי כי: "גם אם המועצה לבדה היתה זו שטוענת שהיא משתמשת בקרקע ב-3 השנים האחרונות, לא היתה למשיב 1 סמכות להוציא כנגדה את הצו והיה לה מעמד כעוררת".
123. סעיף קודם לכן (סעיף 19) אומר עו"ד ניר צבי: "אף אם טענותיהם הארוכות של המשיבים בעניין זה, לפיהן העורר הינו שליח מועצה, היו נכונות, הרי שאין בכך ולא כלום, שכן כשם שהוא שליח לעניין העיבוד כך יכול להיות הוא שליח לעניין הגשת ערר זה".
124. ברור כי לגבי דידו של העורר אין בהיותו שלוח כאמור כדי להעלות או להוריד לגבי מעמדו בקרקע או בערר. אכן, העורר סבור כי לו היתה נכנסת המועצה המקומית קדומים בנעליו באופן פורמלי, לא היו נגרעות מטענותיה דבר.
- דומני כי מדבריי קודם לכן בדבר התנהגותה של המועצה המקומית קדומים ניתן להבין כי איני מסכים עם ניתוח זה של העורר.
125. אחזור ואדגיש למען הסר ספק, לשיטתי לא יכולה הרשות, כל רשות, לקנות זכות כלשהי, דיונית או מהותית, בהתבסס על הפרה שיטתית ומתוכננת של חוק המדינה והמשפט הבינלאומי תוך פגיעה מכוונת בזכויות מוקנות של אוכלוסייה מוגנת.
126. מכיוון שכך, לא עלה בידי העורר לצבור את שלוש השנים הדרושות לו בטרם הוצאת הדרישה על מנת ליהנות מן ההתיישנות החוסמת שבצו.

זהות המשתמש החל משנת 2007 – שימוש מעורב

127. באמצע שנת 2007, כך מוסכם על כולם, החל העורר בפעולות חקלאיות אינטנסיביות בקרקע נשוא הערר. מהי משמעותו המשפטית, אם קיימת כזו, של השינוי שחל באופי העיבוד?
128. בחקירתנו הנגדית של העורר מיום 17.4.08 (ע' 13 שורה 27-28) אומר העורר: "עכשיו אני נכנס איתה [עם הקרקע – א.ק.] לתחום מסחרי".
129. נראה לנו, כי ברגע שהחליט העורר לעשות שימוש מסחרי בקרקע ("להפסיק להיות פלח ולהתחיל להיות אגרונום", כלשונו, בעמ' 6 שורה 31-32 מיום 28.2.08) הוא הפך להיות פולש בעצמו והחל השימוש המפריע שלו במנותק מהמועצה ובנוסף עליה.
130. עם זאת, לאור יחסי השליחות המתקיימים, הן במישור היחסים שבין הצדדים מכח ההסכמות ביניהם והן בדברי העורר ובא כוחו לפנינו, המועצה עדיין מחזיקה במעמד בקרקע כשולחת.
131. נזכיר, כי בין הצדדים יש הסכם לפיו מחויב העורר למסור את "זכויות" בקרקע במלואן למועצה בכל עת על פי דרישתה, והוא זכאי לפיצוי על שווי גידוליו החקלאיים בלבד.

132. מן הראוי לקבוע, לכן, כי החל משנת 2007 קיימת חזקה מעורבת בקרקע ע"י העורר והמועצה כאחד, ובתקופה זו מהווה העורר מחזיק עצמאי, בצד היותו שלוח של המועצה.

133. נוכח תקופת ההתיישנות בת שלוש השנים הקבוע בצו, אין בכך כדי להועיל לעורר.

שימוש מפריע חד פעמי לעומת נמשך

134. על אף שלשיטתי די היה בשליחותו של העורר כדי לשלול מניה וביה את מעמדו בקרקע, ולאפשר כניסתו לתוקף של הצו, ראיתי לנכון להתייחס למחלוקת נוספת הנושאה בין הצדדים.

135. הצדדים חלוקים בשאלה כיצד יש לראות את השימוש החקלאי המסוים שנעשה ע"י העורר (לשיטתו) עד לנטיעות המאסיביות של שנת 2007. העורר טוען כי השימוש המפריע הולך ונמשך, אף אם שונה היקפו וטיבו. המשיבים טוענים כי לא הרי שימוש מינורי ועונתי כהרי שימוש מאסיבי ונמשך בקרקע.

136. לו דעתי נשמעת, מקבלים היינו את עמדת המשיבים בנקודה זו, אף ללא קשר לשאלת מעורבותה של הרשות המקומית.

137. לצורך הכרעה בסוגיה זו נדרשות לנו עובדות מעטות בלבד, ונניח אותן כנכונות אף לפי גרסתו של העורר עצמו.

א. העורר ביצע פעילות חקלאית ספוראדית ומינורית בקרקע, באמצעות זריעת גידולי בעל עונתיים מעת לעת. כל השנים לא הפיק העורר, אף לשיטתו, תועלת כלכלית מן החלקה.
 ב. בשנת 2007 ביצע העורר פעולות נטיעה, גידור, השקיה והכשרת קרקע מאסיביות בחלקה למטרות מסחריות.
 ג. בסמוך לאחר מכן נמסר לו צו האיסור על שימוש מפריע אשר הוצא בגין הפעילות המאוחרת של העורר.

138. עמדת העורר היא כי ביכולתו לבצע כל פעולה זניחה בקרקע (למשל לעבור על פני החלקה ולזרוק זרעים על האדמה פעם בשנה) ולאחר שלוש שנים הוא יוכל לבצע כל פעולה שהיא, בכל היקף שהוא מבלי שניתן יהיה להפעיל כנגדו את הצו.

139. למעשה דורש העורר מרשויות המינהל האזרחי, כי בכל פעולה חקלאית שכזו, יפעילו מייד את ההליכים לפי הצו כדי לעצור את מירוץ ההתיישנות. דומה כי זו דרישה בלתי סבירה מרשות כלשהי, בוודאי בתנאים בהם אנו שרויים באזור.

140. פרשנות סבירה הרבה יותר תהא זו הרואה בפעילות ספוראדית שכזו משום שימוש חד פעמי. שימוש חד פעמי מהווה אף הוא כידוע "שימוש" לפי הגדרתו [בסעיף 1](#) לצו ("הכל בין במעשה חד פעמי ובין במעשה נמשך"). עם זאת, ברי כי שימוש "חד פעמי" אינו דורש צו איסור שימוש מפריע, בדיוק משום "חד פעמיותו".

141. סעיף ההתיישנות החוסמת, [סעיף 2\(ה\)](#) לצו, קובע את מירוץ ההתיישנות "ממועד תחילתו של השימוש המפריע".

142. לפי פרשנותו של העורר, אם יש לשימוש מפריע תחילה וסיום, ימשיך המירוץ מתחילת השימוש המפריע, ידלג מעל סיום השימוש המפריע וימשיך לרוץ באין מפריע עד לקו הסיום של שלוש השנים.

143. פרשנות זו אינה מתקבלת על דעתי. אם עשה מאן דהוא שימוש מפריע חד פעמי בקרקע, יצא לפגרה מעמלו למשך 10 שנים וחזר לעשות שימוש אחר בקרקע – היתכן כי המועד לבדיקת ההתיישנות יהא מתחילת השימוש החד פעמי לפני עשור?

144. אמור מעתה: שימוש חד פעמי שהסתיים עוצר את מירוץ ההתיישנות ומאפס את שעון ההתיישנות. מירוץ ההתיישנות יחל לרוץ ממועד תחילתו של השימוש הנמשך. כך בכלל וכך בוודאי מקום שהשימוש הנמשך בא במקומו של השימוש החד פעמי שהסתיים.
145. לא נעלם ממני כי הדוגמא שנתתי לעיל הינה בבחינת ad absurdum. במציאות, על פני הספקטרום שבקצהו האחד שימושים מאסיביים ונמשכים ובקצהו השני שימושים ספוראדיים, חד פעמיים ומינוריים, ישנן נקודות רבות הקוראות לאיזונים שונים. המפתח צריך להיות לדעתי בשאלת היחס שבין סוגי השימושים והיקפיהם.
146. ועדת ערר זו משמשת כערכאה שיפוטית מינהלית המקיימת ביקורת שיפוטית על החלטות הגופים המינהליים באזור, בהתאם לצווים השונים. לכן, שומה עליה לבדוק האם האיזון שעשה בעל התפקיד עומד בכללי הביקורת השיפוטית המינהלית.
147. האיזון הקונקרטי ייבדק תמיד לאור תכליתו של הצו. דהיינו, האם ראיית השימושים השונים על ציר הזמן, כרצף של שימוש מפריע יחיד, תואמת את תכלית הצו או מסכלת אותו.
148. בעניין שלפנינו, ובהתחשב בפער העצום והבלתי מוכחש בין השימושים השונים, אינני רואה כל פגם בהחלטת ראש המינהל האזרחי, שמטרתה למנוע שימוש מפריע שיש בו פוטנציאל לסיכון בטחון האזור ולפגיעה של ממש בזכויות תושבי האזור.
149. הפער בין השימושים השונים, ובהתאם לכך גם הוצאת הדרישה כעת ולא קודם לכן, נושא אופי משולש:
- מעבר מובהק ומוגדר מגידולי בעל עונתיים למטע מגודר ומושקה של עצי זית.
 - השימוש לאורך שנים בקרקע היה ספוראדי ביותר, וכעת הוא רצוף.
 - השימוש היה למטרה "לימודית" או כ"תחביב", ואילו כעת הוא מסחרי.
150. אדגיש, כי לא רק שימוש שהוא בגדר de-minimis יאפשר הוצאת צו על שימוש חדש מאסיבי יותר. אכן, שימוש שהוא בגדר דבר של מה בכך כלל אינו עולה לגדר שימוש לפי הצו במובן זה שגם שימוש ארוך שנים של מה בכך לא יכול להקנות חסינות לגורם המשתמש.
151. חיזוק לפרשנות המשיבים בדבר יכולת השימוש בצווים במקרה של שינוי השימוש ניתן ללמוד אף מלשון [סעיף 2\(ה\)](#) לצו עצמו, הוא סעיף ההתיישנות. הסעיף קובע כי שלוש השנים ייספרו "ממועד תחילתו של השימוש המפריע" (ההדגשות שלי - א.ק.). הכוונה היא כמובן לשימוש המפריע שבגינו הוצא הצו ולא לכל "שימוש מפריע" בעלמא, ובתנאי שהוא נכנס בהגדרת "שימוש" [בסעיף 1](#) לצו.
152. אכן, לרמ"א נתונה הסמכות להוציא דרישה בהתאם לצו לכל שימוש מפריע חדש ובתנאי שהדבר נעשה תוך שקילת היחס שבין השימושים ועריכת איזון ראוי בין האינטרסים השונים המוצאים את משכנם בתכליתו של הצו.
153. מן הראוי להתייחס, בשולי הדברים, לטענה בדבר קיומו של "הבוסתן" במרכז השטח נשוא הערר. כזכור, טען העורר לקיומו של בוסתן אותו נטע לצרכים לימודיים. יובהר שמדובר בבוסתן "בעל" כלומר נטול השקיה.
154. היינו בסיוור במקום והמעט שאוכל לומר על "הבוסתן" הוא שלא נחה דעתי כי מדובר בחקלאות של ממש, וספק גדול עם על הצמחיה הדלה במקום (המכילה בקושי צמחים בודדים, תאנה, חרוב וגפן, הנראים חדשים יחסית) יכול העורר לטעון לבעלות (וראה התייחסות רמ"א בסיכומיו בסעיף 63א).
155. אשר על כן, יש לקבל את עמדת המשיבים ולקבוע כי השימוש המפריע בקרקע החל רק בשנת 2007, ואין הוא יכול ליהנות מהגנת ההתיישנות בצו.

סוף דבר

156. לו דעתי נשמעת, הייתי דוחה את הערר מן הטעמים המפורטים בחוות דעתי.

סרן (מיל') אורי קידר

ברוב דעות, הוחלט כאמור בחוות דעתו של סרן (מיל') משה בן דוד.

נתנה היום, י"ד אדר תשס"ט (10.3.09), בלשכה; המזכירות תעביר העתק מן ההחלטה לצדדים.

סרן (מיל') משה בן דוד
חבר

סא"ל (מיל') אייל נון
יו"ר

סרן (מיל') אורי קידר
חבר

אייל נון 27/07-54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן