

צבא ההגנה לישראל



עֶרֶר 37/09

ועדות העררים באזור יהודה והשומרון

**בפני: סא"ל אייל נון - יו"ר
סא"ל אליהו נימני - חבר
סרן משה בן דוד - חבר**

העורר: עבד חוסיין חסן מוסא ת.ז. XXXXXXXX

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה
ו/או אבישר לב ו/או אמילי שפר ו/או עידו תמרי
ו/או מוחמד שקיר

מרחוב יהודה הלוי 45, תל אביב 65157

טלפון: 03-6206947 פקסימיליה: 03-6206950

- נ ג ד -

המשיב: הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש

באמצעות ב"כ עוה"ד אסף שטרן

מרחוב ויצמן 51 תל אביב 62091

טלפון: 03-6958426 פקסימיליה: 03-6962206

חקיקה שאוזכרה:

[חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: סע' 78](#)

[צו בדבר רכוש ממשלתי \(יהודה והשומרון\) \(מס' 59\), תשכ"ז-1967: סע' 2ג](#)

מיני-רציו:

* על חוות דעתו של מומחה להיות בעלת הכוח, המקצועי והעובדתי, מבחינת הנמקתה ומבחינת המסמכים והספרות המקצועית שעליהם היא מתבססת, לשכנע את בית המשפט בנכונותה, ובכך שהוא יכול ורשאי לבסס עליה מסקנה והכרעה שיפוטית.

* ראיות – מומחים – חוות-דעת מומחה

* ראיות – מומחים – גילוי מסמכים

* ראיות – מסמכים – תצלומי אוויר

* משפט מינהלי – ראיות מינהליות – משקלן

העורר הגיש כנגד המשיב ערר בגין החלטתו המתריאה על חובת פינויו של העורר מהאדמה שבאדמות הכפר אל-ח'דר. העורר מבקש להורות על בטלותה של ההתראה לחובת פינויו. השאלה שבמחלוקת הינה, האם המקרקעין נושא צו הפינוי הם כאלה שבגינם רשאי המשיב להוציא לעורר צו פינוי.

ועדת העררים קבעה כלהלן:

ס"ל אייל נון: במקרה דנן, לא הורם נטל הראיה המנהלית על ידי המשיב, להראות כי החלטה להוציא את התראת הפינוי לעורר, התבססה על ראיות מנהליות העומדות בכלל הראיה המנהלית. מאחר ועל השטח נשוא הערר לא הוכרז כאדמות מדינה, נטל הראיה אינו עובר אל המשיב להראות כי באמתחתו זכות בעלות בקרקע, ואין הוא מתחיל את דרכו בהליך הערר מנקודת המוצא הנחותה מבחינה ראייתית כמו המערער על הכרזה על אדמות מדינה, אלא שני הצדדים פועלים וזכאים לנקודת מוצא ראייתית שווה. הראיה העיקרית שעליה השעין המשיב את החלטתו, היא תצלומי אוויר, ראיה זו איננה איתנה דיה על מנת לבסס החלטה מנהלית על פי כלל הראיה המנהלית.

בנסיבות עולה, כי החלקה אכן הייתה מעובדת בעבר, כבר לפני עשרות שנים. ענין זה מתיישב עם טענתו של העורר, כי החלקה עובדה על יסוד בעיבוד בעומס נמוך (אקסטנסיווי). בהעדר טעם מבורר לדבר, אין להבחין בין עיבוד בעומס נמוך (אקסטנסיווי) לבין עיבוד בעומס גבוה (אינטנסיווי). צו הפינוי שהוא לא נשען על עובדות ועל פרטים מלאים, שהרי מה שלא הועמד לרשות העורר משום שהמומחה לא ראה צורך בכך, גם לא הועמד לרשות המשיב בטרם הוציא את צו הפינוי; זהו פגם מנהלי חמור, אשר גם בעידן הבטלות היחסית, ומאחר ונתנה אפשרות לתקנו והדבר לא נעשה, לא ניתן לעבור עליו לסדר היום, והוא מחייב את ביטול ההחלטה ועמה את ביטול צו הפינוי.

לו היה מוגש תצהיר משלים, והמשיב היה מודיע כי עיין מחדש במלוא החומר שנכלל בתצהיר על ידי המומחה מטעמו, ומצא כי אין לשנות מהחלטתו, יתכן שאכן היה מקום לקבוע, בכפוף לחקירה נגדית נוספת של המומחה (אם היה מבקש זאת בא כוח העורר) כי הפגם תוקן. במקרה דנן, עדותו של העד המומחה מטעם המשיב לא הייתה איתנה דיה.

אין חוות הדעת, על הפרכות שנתגלו בה במהלכה של עדותו של העד, קל וחומר העובדה כי התברר שהסתמכה על מסמכים ותצלומי אוויר נוספים, שלא צורפו אליה, יכולה לעמוד לשם ביסוס החלטה מנהלית של נטילת חזקה מאדם במקרקעין בהם הוא מחזיק, והמצויים בבעלותו על פי מסמכי מיסוי המקרקעין.

על חוות דעתו של מומחה להיות בעלת הכוח, המקצועי והעובדתי, מבחינת הנמקתה ומבחינת המסמכים והספרות המקצועית שעליהם היא מתבססת, לשכנע את בית המשפט בנכונותה, ובכך שהוא יכול ורשאי לבסס עליה מסקנה והכרעה שיפוטית.

משחלק מחומר הגלם אשר שמש בסיס לחוות הדעת לא הוצג כלל בפני הועדה, המומחה לא שתף את ועדת העררים בניירות העבודה אשר שמשו בסיס לחוות הדעת.

חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב, בצירוף עם חקירתו הנגדית, איננה משכנעת, ואין בה תשתית עובדתית מספקת למסקנה שנקבעה בה.

סרן משה בן דוד: על אף שעדותו של המומחה לא הייתה נקייה מפגמים, אין להתערב בהחלטה ובצו הפינוי נשוא הערר בשל פגמים אלה.

הפגם שבאי גילוי מלוא המסמכים ותצלומי האוויר בהם נעשה שימוש לצורך חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב, ומאחר וחוות דעתו של המומחה מטעם המשיב היא הראיה המרכזית והעיקרית שהציג המשיב, הוא פגם שאין אפשרות להשלים עמו.

תצלומי אוויר, כל עוד לא הוכח אחרת, הם "מקפיא הזמן" הטוב ביותר שיש לנו כדי לעמוד על מצב המקרקעין בעת שנערך התצלום. אין לך ראיה אובייקטיבית, מהימנה ורצויה יותר על מצב המקרקעין מאשר תצלום אוויר".

לאור מרכזיותם של תצלומי האוויר, והיותם מכריעים מבחינה ראייתית, אי גילוי כל תצלומי האוויר וכל החומר ששמש בסיס להכנת חוות דעת המומחה, פוגע בה, במידה כזו שלא ניתן עוד להסתמך עליה כראיה מנהלית. לא הייתה כל מניעה מפני הבאת תצלומי אוויר על ידי העורר, ובכל זאת העורר לא עשה כן, דבר המעורר את החשש, כי נמנע מכך משום שידע כי תצלומי האוויר לא יתמכו בגרסתו.

אין צורך להורות על ביטול צו הפינוי, ודי בכך שהועדה תחזיר את צו הפינוי לעיון מחודש של המוסמך, על מנת שישוּב ויעיין במלוא החומר, לרבות החומר ששמש בסיס להכנת חוות דעת המומחה, ויגבש החלטה חדשה בעניין זה.

דעת המיעוט של סא"ל אליהו נימני: הדרך הטובה ביותר לבחון שאלות עיבוד וחזקה היא בדרך של בחינה ופענוח צילומי אוויר, ממספר שנים, של השטח נושא המחלוקת. דרך זו טובה יותר משמיעת ראיות העורר בדבר טענות העיבוד שנעשו על ידו.

במקרה דנן, יש לזקוף לחובת העורר את העובדה שבחר לא להביא מומחה מטעמו שיעיד אודות צילומי האוויר, על אף שאלה היו בידו. מהראיות עולה, כי העורר לא עיבד את החלקה בשנים הרלוואנטיות. במקרה דנן, החלק לגביו הוצא צו הפינוי, הנמצא בחלק הדרומי של החלקה אינו מהווה חלקה אחת יחד עם החלק הצפוני המעובד.

החלטה

סא"ל אליהו נימני, חבר :

פתח דבר

1. העורר הגיש כנגד המשיב ערר בגין החלטתו שמספרה 498 שהוצאה ביום 8.5.2009, המתריאה על חובת פינוי של העורר מהאדמה בנ.צ. 213294/619490 שבאדמות הכפר אל-ח'ידד (להלן – "ההתראה").

2. העורר מבקש להורות על בטלותה של ההתראה לחובת פינוי.

3. השאלה שבמחלוקת שלפנינו הינה בתמצית, האם המקרקעין נושא צו הפינוי הם כאלה שבגינם רשאי המשיב להוציא לעורר צו פינוי?

4. לצורך בירור המחלוקת שבנדון התנהלו מס' ישיבות הוכחות והועדה גם ביקרה בנוכחות הצדדים ובאי כוחם בחלקה נשוא דיון זה.

העובדות שאינן שנויות במחלוקת

5. להלן פירוט העובדות שאינן שנויות במחלוקת:

א. העורר ובני משפחתו מחזיקים ו/או מעבדים מזה עשרות שנים לפחות את החלק הצפוני בחלקה הנמצאת באדמות אל-ח'דר.

ב. החלקה מסומנת כמספר 64 בגוש 11 בלוח התביעות הלא סופי של אדמות אל חדר, כאשר אין חולק כי המאלייה נוסח מס רכוש שהוצגה על ידי העורר קשורה לחלקה זו.

ג. החלקה הנטענת בשלמותה - מסומנת כחלקה 64 בגוש 11 בלוח התביעות הלא סופי. צו הפינוי מתייחס לחלקה הדרומי של החלקה, אשר לטענת המשיב אינו מעובד וניתן להפרדה מיתרת החלק המעובד, ולא לחלק הצפוני, שאין חולק כי הוא מעובד.

ד. אין חולק כי העורר אינו רשום כבעלים של החלקה האמורה.

ה. הקרקע לגביה הוצא צו הפינוי היא קרקע המכונה "אדמות סקר" ואינה אדמות מדינה מוכרזות.

ו. החלקה הצפונית (שאינו ויכוח כאמור כי הינה מעובדת), גדולה מהחלקה הדרומית ולכן החלק הצפוני הינו יותר מ- 50% מסך החלקה כולה, אם מתייחסים אליה כחלקה אחת.

טענות העורר

6. תמצית טענות העורר כנגד ההתראה וצו הפינוי הינם כדלקמן:

א. ראשית - כי החלקה נשוא ערר זה בבעלותו ובבעלות בני משפחתו, כפי שמופיע בספרי מס רכוש וכי לפיכך יש להכריז על בטלותה של ההתראה לפינוי.

ב. שנית - כי המשיב אינו רשאי להוציא התראות לפינוי לקרקע שמעולם לא עברה הליך בירור זכויות על דרך של רישום ראשון, הכרזה או סקר וכי הוצאת התראת פינוי בנסיבות אלה, היא ניסיון לא ראוי של המשיב לקצר הליכים ולנהוג בקרקע מנהג בעלים מבלי לעמוד בדרישות הדין להוכחת בעלות זו.

מחדל זה, לטענת העורר, מקפח זה זכות הטיעון של העורר, ושולל ממנו ומבני משפחתו את האפשרות להגן על זכויותיו באדמתו; בנסיבות אלה לא ניתן לאפשר למשיב להוציא התראות פינוי שכן הדבר המהווה הפרה בוטה של כללי הצדק הטבעי ושל עקרונות ההליך ההוגן.

ג. שלישית - כי בעצם הוצאת ההתראה, מבצע המשיב בפועל חלוקה מחודשת ("פרצלציה") של החלקה, זה בניגוד לדין החל באזור.

ד. רביעית - העורר טוען לזכות בעלות בשטח החלקה כולה מכח עיבוד שימוש, חזקה שלו ושל בני משפחתו במשך עשרות שנים, ולמצער, בעשר השנים עובר להוצאת ההתראה.

ה. חמישית – כי בהוצאת ההתראה כנגדו, מבצע המשיב אכיפה סלקטיבית ובררנית כאשר הוא נמנע מלאכוף את הדין ביחס לפלישות כנגד מאחז המתקרא "דרך האבות", הממוקם קרוב לחלקה.

דיון בטענות העורר

7. להלן נדון בטענות העורר, ותשובת המשיב לכך, לאו דווקא לפי הסדר אותם העלה בא כוח העורר.

הטענה כי החלקה בבעלות העורר

8. טענות העורר הינם כי נוסח המאליה מוכיח כי העורר הינו הבעלים של החלקה.

9. העורר מודה אמנם כי נסח מס רכוש הנ"ל אינו מהווה ראיה לכשעצמה לבעלות (כפי שהדבר אף מצוין בראש העמוד), אך יש לו לדבריו מעמד היוצר חזקה לכאורה, הניתנת לסתירה לענין הבעלות בחלקה.

10. אין אנו מקבלים טענה זו של העורר לפיה הצגת המאליה מעבירה את נטל הראיה והעורר לא הציג כל תימוכין כדי לבסס תזה זו.

11. הדין הנוהג באזור הוא, כי בהעדר רישום מפורש, חזקה היא כי הקרקע היא אדמות מדינה ואין בהצגת המאליה, כדי להעביר את נטל הראיה.

12. אין ויכוח כי העורר אינו רשום כבעלים בפועל של החלקה ואף לא פעל לרישום זכותו זו בדרך של הגשת בקשה לרישום ראשון.

13. אשר על כן הטענה כי החלקה בבעלות העורר אין לה על מה לסמוך.

הטענה כי קיימת חובה לבצע הליך בירור זכויות לפני התראה

14. השטח לגביו הוצא צו הפינוי לא הוכרז כאדמה ציבורית.

15. העורר טוען כי הוצאתה של ההתראה לפינוי עבור קרקע אשר אינה רשומה כאדמה ציבורית ו/או מעולם לא הוכרזה ככזו, על ידי המשיב או מי מטעמו, הינה פרקטיקה אסורה וכי דרך זו שוללת את זכויותיהם של תושבי האזור.
16. העורר מוסיף וטוען כי היתה קיימת חובה על המשיב לפתוח בהליכי הכרזה או בהליכי רישום על שמו, כתנאי לפני התראת הפינוי.
17. בטענה זו של העורר אין ממש, שכן חובתו של המשיב היא להגן על רכוש שהוא רכוש ציבורי, בין אם הוכרז ככזה ובין אם לא.
18. גם הטענה כי הוצאת צו פינוי לקרקע שאינה מוכרזת פוגעת בזכויות העוררים, אין לה על מה שתסמוך.
19. הוצאת צו פינוי לא פוגעת בזכויות העורר, אשר יש לו האפשרות לשטוח טענותיו בפני ועדת הערר, כפי שהיה עושה מן הסתם במקרה שהיתה מתבצעת הכרזה של המקרקעין.
20. העורר טוען בסיכומיו טענה נוספת לפיה הפקח מטעם המשיב העיד שצו הפינוי מהווה הכרזה של המקרקעין.
21. הפקח מר ניר כהן אלור אכן העיד כי עצם מסירת צו הפינוי הינו הכרזה על הקרקע שהמדינה תובעת עליו בעלות, אולם ברור כי כוונת הפקח היתה בכך שעצם הוצאת הצו מגלה את דעתו של המשיב כי הקרקע נושאת צו הפינוי ראוייה להיות אדמת מדינה ולא כי הכוונה שהוצאת צו הפינוי מחליפה את הצורך בהליך הכרזה פורמאלי, ככל שתידרש בעתיד.
22. בכל מקרה נציין כי דברי הפקח בנושא זה אינם למעשה רלבנטיים וגם לו סבור היה הפקח שעצם צו הפינוי הינו במקום הליך הכרזה פורמאלית, אין לדבר כל נפקות שכן סוגיה זו הינה סוגיה משפטית ולא עובדתית אשר נתונה להכרעתה של ועדה זו ולא של הפקח ולכן אין למעשה כל משמעות לדבריו.
23. לאור כל האמור לעיל, הטענה כי קיימת חובה לבצע הליך בירור זכויות לפני התראה - נדחית.

הטענה כי ההתראה הינה חלוקה מחודשת בניגוד לדין

24. טענת העורר הינה כי ההתראה בהתייחסה לחלק מסוים מתוך חלקתו של העורר, מחלטת את הקרקע שלא על פי הדין המקומי החל באזור.

25. לטענת העורר, על פי הדין החל באזור נקבע כי חלוקת קרקע באדמות שאינן מוסדרות תבוצע רק באמצעות הפקדתה של תוכנית מתאר מפורטת והפקדתה של תוכנית כאמור לא נעשתה. על כן עמדת העורר הינה כי הוצאת צו הפינוי הינה למעשה חלוקה של החלקה שבבעלותו לשתי חלקות מבלי שבוצעה הפקדה של תוכנית מתאר כנדרש על פי דין.

26. גם בטענה זו אין ממש.

27. החלקה המסומנת במספר 64 בגוש 11, נרשמה בלוח התביעות לא סופי אשר לא עבר בירור, ולא נקבעו גבולות סופיים לחלקות במקום, ואשר כלל לא ברור אם לוח תביעות זה כולל את כל התביעות שיכלו להגיש גורמים שונים ביחס למקרקעין. לוח זה, כשמו כן הוא – "לוח תביעות לא סופי".

28. חלקה 64 בגוש 11 בלוח התביעות במלואה, אינה מצביעה על היות החלקה "יחידה אחת" כטענת העורר, אלא לכל היותר, מצביע הדבר על כי הוגשה תביעה (שנרשמה בלוח התביעות) המתייחסות לחלקה שסומנה במספר 64 בגוש 11. תביעה זו טרם התבררה, לא נקבע כלל אם התובע אכן זכאי כי מלוא תביעתו לגבי המקרקעין, אם בכלל, תרשם על שמו. יתרה מכך, אין ידיעה אם לאחרים היו תביעות לגבי חלקה זו, או לגבי חלק ממנה, ואשר טרם הספיקו להגישה, ולכן זו לא נרשמה בלוח התביעות הלא סופי, ולכן חלקה זו אינה לעת עתה, חלקה אחת באופן סופי.

29. בעתיד תתברר תביעתו של מי שתבע את רישום חלקה 64 בגוש 11 (לרבות תביעות של אחרים, ככל שיהיו תובעים זכויות בחלקה זו) ולאור הממצאים שיתגלו ולאור ההחלטות גם בהליך זה בפני הועדה, יש להניח שהחלקה תרשם על פי ההחלטות הנ"ל. אם לדוגמא תחליט הועדה כי לעורר אין זכויות בחלקה הדרומי של החלקה הנ"ל, כך יירשם הדבר ברישום העתידי, ואין בכך כל פיצול של חלקה שכן חלקה זו כאמור למעשה עדין לא קיימת ורק לאחר ההסדר הרישומי יהיה ניתן לדבר על חלקה.

30. עוד נוסף כי דברי העד המומחה פלמון (עמ' 4 שורה 47-48 לפרוטוקול) לפי צו הפינוי מפרק את החלקה אינה רלבנטית והמשמעות שמייחס לדברים אלו בא כוח העורר אינה נכונה. ברור כי כוונת דבריו הינה כי בעצם יש שתי חלקות והצו נותן לכך ביטוי. המומחה פלמון אינו מומחה לצילומי אוויר ושאלת משמעות החלוקה מחדש הינה שאלה משפטית הניתנת להכרעת מותב זה ולא לעד המומחה.

31. עוד נוסף כי מביקור הועדה בשטח ניתן היה ללמוד כי קיים הבדל בין שני חלקי החלקה, המדובר בחלקות שגובה פני השטח בהם שונה, כאשר החלקה הצפונית נמוכה יותר ומעובדת.

32. אשר על כן אין מניעה להפריד במקרה זה בין החלקים השונים של החלקה הנטענת וההתראה לפינוי אינה מהווה חלקה מחודשת של חלקה קיימת.

הטענה לאכיפה בררנית

33. העורר העלה גם טענה בדבר אכיפה סלקטיבית, לפיה במרחק קרוב מאוד לחלקה נשוא העתירה נמצא מאחז בלתי חוקי הנקרא "דרך האבות", וכי המשיב לא נקט בהליכים אפקטיביים לפינוי המאחז הנ"ל וכי בכך נקט המשיב באכיפה סלקטיבית ובררנית שהינה פסולה.

34. בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע (פ"ד נג' (3) 289, 306) (להלן: "פס"ד זקין") נקבע כי המבחנים לאכיפה סלקטיבית הינם כדלקמן:

"אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים ובין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא".

35. בפסק הדין בענין זקין הנ"ל נקבע גם לגבי הוכחת הטענה כדלקמן (עמ' 307):

"מי שמעלה נגד החלטת הרשות טענה של אכיפה בררנית ולכן הוא מבקש לפסול את ההחלטה עליו הנטל להפריך חזקה זאת הדעת נותנת כי רק במקרים נדירות ניתן יהיה להפוך את החזקה ולהוכיח אכיפה בררנית. ראשית הדעת נותנת כי בדרך כלל רשות מנהלית, שיש לה סמכות לאכוף את החוק, תפעיל את הסמכות על יסוד שיקול עיניני לאור מטרת החוק. שנית גם במקרים שבו קיים חשד בדבר אכיפה בררנית, בדרך כלל קיים קושי להוכיח כי הרשות המנהלית הפעילה את הסמכות לאכוף את החוק על יסוד שיקול זה או להשגת מטרה פסולה...".

36. העורר לא הוכיח טענתו זו כנדרש. אמנם העורר צרף את העתירה שהוגשה לבג"ץ שהוגש בענין מאחז דרך האבות, אבל בכך אין די כדי להוכיח את התשתית העובדתית להוכחת התנאים לאכיפה בררנית, מה גם שבינתיים העתירה נדחתה.

37. יתר על כן, על פני הדברים ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, נראה כי אין המדובר בין מצבים דומים, שהיא תנאי לאכיפה בררנית. על פי סעיף 38 לכתב הערר, מציין העורר כי מאחז דרך האבות הוקם על אדמות אשר "ברובן המכריע אם לא כולם הוקמו תוך מעשה גזל אדמותיהם הפרטיות של תושבים מתושבי כפרו של העורר" (ההדגשה שלי א.נ.).

38. על פי דברים אלה של העורר עצמו, מאחז דרך האבות נבנה על אדמות פרטיות ואילו במקרה דנן נשוא הערר, מדובר (בהנחה שאין לעורר זכות בקרקע) באדמה ציבורית. די בעובדה זו כדי להבחין בין שני המקרים שכן חובתו של המשיב הינה קודם כל לפנות פלישה לרכוש שהוא רכוש ציבורי. חובה זו גדולה יותר מאשר לפנות פלישה לרכוש שהוא בבעלות פרטית. אם המשיב לא יגן על רכוש הציבור ספק אם יהיה מי שיעשה זאת במקומו. אולם, גם אם המשיב לא יגן על פלישה לרכוש פרטי, יש להניח שהבעלים הפרטיים יפעלו כדי לפנות פלישה זו.

39. עוד אציין גם כי קבלת הטענה של אכיפה בררנית במקרה זה תביא לכך שהמשיב לא יוכל כלל לפנות פולשים באזור - תוצאה זו אינה סבירה ואינה רצויה ואף עשויה לעודד פלישות חדשות.

40. עוד אוסיף כי ספק בעיני האם מקומה של הטענה לאכיפה סלקטיבית בפני מותב זה, והאם היא נמצאת בגדר סמכותו כלל.

הטענה לזכות בעלות מכוח עיבוד

41. טענה זו של העורר הוקדשו למעשה מרבית העדויות שנשמעו בתיק זה. טענה זו יש למעשה לחלק לשתיים:

א. העורר טוען כי עיבד גם את החלק הדרומי של החלקה.

ב. עוד טוען העורר כי גם אם לא עיבד את החלק הדרומי של החלקה הרי יש לראות את החלקה כולה כחלקה אחת ומאחר והחלק המעובד הצפוני, הינו יותר מ- 50% מסך החלקה לכן החלקה כולה נחשבת כמעובדת.

האם עבד העורר את החלק הדרומי של החלקה

42. שאלה זו היתה במחלוקת בין הצדדים. העורר טען כי עיבד גם את חלקה הדרומי של החלקה ובתמיכה לטענתו העידו כך גם שכנו, בנו ואשתו. מאידך המשיב אשר טען כי העורר לא עיבד את החלק הדרומי של החלקה התבסס על חוות דעת של המומחה העד גלעד פלמון שהתבסס בחוות דעתו על צילומי אויר. בחוות דעתו קובע גלעד פלמון כי החלק הדרומי לא היה מעובד כלל בין השנים 1995 לבין 2007, כאשר נראה כי הפלישות למקום החלו בסמוך לשנת 2009, וכי הדבר, לדבריו, עולה מצילומי האויר בבירור.

43. הדרך הטובה ביותר לבחון שאלות עיבוד וחזקה היא בדרך של בחינה ופענוח צילומי אויר, ממספר שנים, של השטח נושא המחלוקת. דרך זו טובה יותר משמיעת ראיות העורר בדבר טענות העיבוד שנעשו על ידו, שכן – מטבע הדברים – העורר הינו ובעל אינטרס בתוצאות ההליך, כאשר בחינת צילומי האויר הינה ראייה אובייקטיבית המעידה על אופן השימוש בקרקע.

44. ראו, ע"א 458/84 עזבון המנוחה ג'והרה מלחם נ' מדינת ישראל פ"ד (מא(2) 381, 387) נאמר:

"נקבע בשורה ארוכה של הלכות שהורה בית משפט זה, שתצלומי האויר מהווים הוכחה אובייקטיבית שאין דרכה לשקר, ובית המשפט יתן את מלוא המשמעות לנתונים שמתגלים בהם."

45. כן ראו ע"א 149/81 אחמד יוסף סאלח נ' מדינת ישראל (פ"ד לח(3) 374, 381):

"תצלומים אלה, מהווים הוכחה אובייקטיבית שאין דרכה לשקר, ומוצדק היה שבית המשפט קמא העדיף את הממצאים שנתבקשו מהם על דברי העדים..."

46. כל הצילומים שעמדו בפני המומחה הומצאו לוועדה הן מודפסים והיו גם על גבי תקליטור. גם העורר צירף צילומי אויר לערר שהגיש, אולם לא הביא מומחה שיעיד על העולה מצילומים אלה. יש לזקוף לחובת העורר את העובדה שבחר לא להביא מומחה מטעמו שיעיד אודות צילומי האויר, על אף שאלה היו בידו (וכאמור צורפו לערר נספחים 8 א'-ט'), ואף היו ברשותו הצילומים עליהם הסתמך המומחה מטעם המשיבה. העובדה כי העורר נמנע מלהביא

מומחה מטעמו מעידה על עצמה ומלמדת כי מומחה זה היה תומך בטענות המשיב ולכן נמנע העורר מלהביא עד מטעמו בעניין, בכל מקרה אין ספק כי עובדה זו פועלת לחובתו.

47. העורר בסיכומיו טוען כי נמנע מלהביא מומחה שכזה עקב העלויות הכספיות. ספק בעניינו אם מדובר בעלות כה כבדה אשר מנעה מהעורר להעיד מומחה שכזה, אך מכל מקום ההימנעות מלהעיד מומחה כאשר המשיב הציג חוות דעת מומחה אשר טען אחרת מטענות העורר ואף התבסס על צילומי אויר פועלת כנגד העורר.

48. עדותו של המומחה מטעם המשיב תומכת בטענת המשיב כי החלק הדרומי של החלקה לא עובד. טענות העורר אשר מיוחסת למומחה מטעם המשיב מניעים כאלה ואחרים - לא הוכחה ואין לדברים ביסוס.

49. נדגיש שוב כי, לעורר היתה זמינות לצילומי אויר של החלקה נשוא הערר, ולכן אין בסיס לטענה כי ניסו להעלים או להסתיר ממנו מידע שכן מידע זה היה למעשה בפניו. הרי העורר צירף צילומים לכתב הערר שהגיש, ובחר שלא להביא מומחה שיעיד אודות צילומים אלו ו/או להביא צילומים נוספים.

50. בא כוח העורר טען כי המומחה מטעם המשיב לא הציג צילומים, של השנים 2008-2009.

51. טענה זו אין בה כדי לשנות את התוצאה של פענוח צילומי האויר והמסקנה של חוות הדעת לפיה החלק הדרומי לא היה מעובד במשך תקופה רצופה של 10 עובר לחוות הדעת ולא היה בצילומים מהשנים 2008, 2009 כדי לסתור את עדותו העיקרית של העד המומחה ולפיה בשנים 1995 – 2007 לא היה עבוד של החלקה הדרומית.

52. נציין כי בביקור שערכה הועדה במקום נוכחתי כי החלקה הצפוני מעובדת כראוי, מלאה בגידולים, ואילו החלק הדרומי נשוא הערר אינו מעובד כלל, וכל שיש בו הוא מבנה ("עריש").

53. לסיכום אני נותן אמון בחוות דעתו של העד המומחה פלמון על פני עדות העורר והעדים מטעמו וקובעים כי העורר לא עיבד את החלקה בשנים הרלוואנטיות.

האם יש לראות את החלק הדרומי כחלקה אחת עם החלק הצפוני

54. על פי הפסיקה הרי על פי [סעיף 78 לחוק המקרקעין](#) העותומאנית מקום שבו השטח שמעובד גדול יותר מ- 50% לא יוצא צו פינוי, כנגד החלקה כולה לרבות השטח שלא עובד, ראו [ע"א 458/84 עיזבון המנוחה גוהר מלחם מועדי נ' מדינת ישראל \(פ"ד מא\(4\) 381\)](#), אך אם ישנו שטח שלא עובד, והוא ניתן להפרדה מהחלק שכן עובד בפועל, אזי יש להפריד בין השניים, ולא ניתן לרכוש בעלות באותו חלק שלא עובד.

55. העורר גם טען כי מאחר ובשטח האמור קיים מבנה שאחסנו בו את הציוד המשמש לעיבוד ("ערישי") כי יש לראות באותו מבנה כחלק מהשטח שעובד בפועל.
56. ברם העריש מהווה חלק קטן משטח החלקה הדרומית, ולכן אין בעצם קיום העריש, (גם לו נניח כי נעשה בעריש שימוש קבוע) כדי לקבוע כי החלקה תחשב כמעובדת.
57. מביקור הועדה בשטח ניתן היה ללמוד כי קיים הבדל בין חלקי החלקה, המדובר בחלקות שגובה פני השטח שונה כאשר החלקה הצפונית נמוכה יותר ומעובדת, ואכן לא בכדי נשתלו עצי פרי בחלק הצפוני ולא בחלק הדרומי שם לא ניתן היה לשתול עצים, גם עובדה זו מעידה על ההבדל בין החלקות.
58. סיכומו של דבר: החלק לגביו הוצא צו הפינוי, הנמצא בחלק הדרומי של החלקה אינו מהווה חלקה אחת יחד עם החלק הצפוני המעובד וגם העובדה כי בחלקה הדרומי של החלקה קיים עריש אינה משנה עובדה זו אשר כל כן מסקנתנו הינה כי אין לראות את החלק הדרומי כחלקה אחת עם החלק הצפוני.
59. סיכומו של דבר, המערער לא הוכיח כי יש לו זכות בעלות מכח עיבוד.

נפקות חוות הדעת ועדויות העדים - כתוצאה מאי קיום החלטות הועדה

60. בישיבה מיום 9.8.10 נקבע כי העד המומחה פלמון ימציא תצהיר משלים בו יפרט כל המסמכים ותצלומי האויר עליהם הסתמך בחוות דעתו. המשיב לא טרח לעשות כן ובסיכומיו גם לא טרח להסביר מדוע לא עשה כן.
61. כמו כן, בישיבה מיום 9.8.10 נקבע כי המשיב ימציא את דו"ח הפקח ניר כהן וכן צילומים שנלוו לדו"ח. והעורר בסיכומיו מלין על כך כי המשיב לא צירף את הדו"ח (התרשומת), אם כי יצוין כי אין מחלוקת שהצילומים צורפו.
62. גם בנושא זה לא המציא המשיב הסבר לכך.
63. השאלה שיש לתת עליה את הדעת היא, האם התנהלותו זו של המשיב יש בה כדי לשנות את התוצאה אליה הגעתי בערר זה.
64. יאמר מיד כי התנהלותו של המשיב אינה נאותה ושתיקתו של המשיב בסיכומיו והימנעותו מליתן הסבר למחדל זה מעוררת תמיהה, וזאת בעיקר בכל הנוגע לאי המצאת התצהיר המשלים.
65. יחד עם זאת, אינני סבור כי המצאת תרשומת הפקח יש בה פגיעה בזכות העורר שכן אין קשר בין מצבם של המקרקעין ביום מסירת צו הפינוי בפועל לאי הוכחת העיבוד הנדרש לתקופה

של 10 שנים. למעשה המשיב מודה כי המקרקעין עובדו ביום מתן צו הפינוי ולכן תרשומת הפקח לא יכולה היתה להועיל לעורר. גם אם נקבל את טענת העורר כי אי קיומה של תרשומת על אמינות עדות הפקח, אין הכרעת דין זו מושתתת על עדות הפקח אשר עדותו נדרשה על ידי העורר.

66. אשר לאי הגשת תצהיר משלים של העד המומחה - העדר הגשת תצהיר משלים של המומחה לא פגעה פגיעה מהותית בזכויותיו של העורר.

67. מטרת התצהיר המשלים היתה בעיקרה לצרף צילומים משנת 2008 ו-2009 כאשר הצילום משנת 2009 הוגש למעשה כנספח א'. בסופו של יום, צילומים אלו לא יכלו לשנות את העובדה ואת האמור בחוות הדעת לפיה בשנים 1995 עד 2007 לא היה עיבוד בקרקע. זאת ועוד, עיקרה של חוות הדעת של המומחה התבססה על צילומי אויר שהינם צילומים אובייקטיביים לחלוטין שלו העורר רצה, יכול היה להזמין כפי שבפועל עשה (נספחים 8 א' - ט' לכתב הערר) ופתחה היתה בפני העורר האפשרות אם רצה, להזמין בעצמו צילומים משנים 2008 - 2009.

68. עוד אציין, כי העורר יכול היה עוד לפני הגשת הסיכומים לפנות בדרישה להמצאת התצהיר המשלים, לפני הגשת הסיכומים, אך לא עשה כן.

69. סיכומו של דבר, אכן היו פגמים בהתנהלותו של המשיב פגמים אלו אין בהם, כדי לפגוע בתוצאה אליה הגעתי, לפיה אני מאמץ את חוות דעת המומחה לפיה בשנת 1995 - 2007 לא היה עובד של החלקה הדרומית, אך מן הראוי ליתן ביטוי להתנהלותו של המשיב בפסיקת ההוצאות.

סוף דבר

70. אשר על כן, אני סבור כי יש להורות על דחיית הערר, וכן על ביטול צו הביניים שהוטל בתיק זה. בנסיבות העניין, לאור התנהלות המשיב אין צו להוצאות.

בטרם שעת נעילה

71. לאחר כתיבת החלטתי זו הגיעה לידי החלטות חברי להרכב, יו"ר הועדה סא"ל אי נון וחבר הועדה סרן מ' בן דוד.

72. עיינתי עיין היטב בחוות דעתם של חברי, וגם לאחר עיון זה לא ראיתי מקום לשנות מהחלטתי.

73. דא עקא שמאחר ובעניינינו "אין רוב לדעה אחת" הרי שהתוצאה המעשית תהיה הכרעה לפי חוות דעתו של אב בית הדין, יו"ר הועדה סא"ל אי נון (תקנה 41ג) לתקנות סדר הדין בועדת העררים התשי"ע – 2010), תוצאה שהיא בעיני פחות נכונה ופחות צודקת מן התוצאה אליה הגיעה חבר הועדה סרן מ' בן דוד.

74. בענין בע"א 1540/97 הועדה המקומית לתכנון ובנייה חולון נ' אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ [פורסם בנבו] (תק-על 2003 (2) 187) (להלן - פרשת רובינשטיין) הייתה מחלוקת בין כל שלושת השופטים כאשר התוצאה המעשית מכך הייתה החלטה לפי דעת אב בית הדין. השופט טירקל אשר סבר כי דעת אב בית הדין קשה יותר מן התוצאה אליה הגיעה חברתו להרכב החליט על מנת למנוע תוצאה זו לצרף את דעתו לדעת חברתו להרכב וכדבריו:

"תוצאה זאת, בנסיבות שלפנינו, קשה בעיני יותר מן התוצאה אליה הגיעה חברתי השופט ט' שטרסברג - כהן. לפיכך אני מצרף את דעתי למסקנה, כי יש להשאיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו."

75. מאחר וכאמור התוצאה אליה הגיע יו"ר הועדה סא"ל א' נון פחות נכונה ופחות צודקת בעיני מן התוצאה אליה הגיע חבר הועדה סרן מ' בן דוד, אני מאמץ את גישתו של כבוד השופט טירקל בפרשת רובינשטיין הנ"ל ולפיכך אני מצרף את דעתי לתוצאה אליה הגיע חבר הועדה סרן מ' בן דוד.

סא"ל אייל נון, יו"ר:

1. לצערי אינני יכול לצרף את עמדתי לעמדתו של חברי, חבר הועדה סא"ל א' נמני.
2. אנמק את עמדתי.
3. לעניות דעתי, לא הורם נטל הראיה המנהלית על ידי המשיב, להראות כי ההחלטה להוציא את התראת הפינוי לעורר, התבססה על ראיות מנהליות העומדות בכלל הראיה המנהלית, רל וחומר לנוכח הספקות שהעלה העורר באשר לבסיס הראייתי (במישור כלל הראיה המנהלית) של החלטתו.
4. אבאר את דברי.
5. מאחר ועל השטח נשוא הערר לא הוכרו כאדמות מדינה, נטל הראיה אינו עובר אל המשיב להראות כי באמתחתו זכות בעלות בקרקע, ואין הוא מתחיל את דרכו בהליך הערר מנקודת המוצא הנחותה מבחינה ראייתית כמו המערער על הכרזה על אדמות מדינה (סעיף 2 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז - 1967, אלא שני הצדדים פועלים וזכאים לנקודת מוצא ראייתית שווה.
6. הראיה העיקרית שעליה השעין המשיב את החלטתו, היא תצלומי אוויר, כפי שפוענחו על ידי מר גלעד פלמון, המומחה מטעמו.

7. ראייה זו איננה איתנה דיה על מנת לבסס החלטה מנהלית על פי כלל הראיה המנהלית (לכלל הראיה המנהלית ראו [בג"ץ 987/94 יורונט קוי זהב \(1992\) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח\(5\) \(412\)](#)).

8. בביקורנו בחלקה, והדבר ניכר גם מתצלומי האויר, התברר כי החלקה (דהינו, אותו חלק הנשוי שבמחלוקת מן החלקה) אכן היתה מעובדת בעבר, כבר לפני עשרות שנים; עיון בתצלומי האויר, גם בעין בלתי מזוינת, מעלה כי מצבה הפיזי של החלקה לא השתנה באורח ממשי בתקופה שתצלומי האויר מתיחסים אליה, והחלקה, בניגוד לחלקות אחרות הסמוכות אליה, לא היתה טרשית או שהיתה מסוקלת עוד לפני המועד אליו מתיחסים תצלומי האויר.

9. ענין זה מתישב עם טענתו של העורר, כי החלקה עובדה על יסוד בעיבוד בעומס נמוך (אקסטנסיווי), וכבר הערתי בעבר במקום אחר על כך שבהעדר טעם מבורר לדבר, אין להבחין בין עיבוד בעומס נמוך (אקסטנסיווי) לבין עיבוד בעומס גבוה (אינטנסיווי) ([ערר 27/07 לסנס נ' ראש המנהל האזרחי, לא פורסם \[פורסם בנבו\]](#)).

10. עיבוד זה, לטענת המשיב, לא נראה היה בשנים 1995 - 2007, על פי תצלומי האויר.

11. תצלומי האויר, פרט לאחד (תצלום מחודש ינואר 2009, אשר שמש אך לקביעת מיקום החלקה, ולא לקביעת המומחה מטעם המשיב בסוגית העיבוד), שאיננו רלוונטי לטענת העדר העיבוד בשנים 1995 - 2007, הם כולם מעונת הקיץ או ללא ציון תאריך כלל, דבר המעלה את שאלת אפשרות ההסתמכות עליהם כאשר טענת העורר לעיבוד בעומס נמוך מתיישבת, למשל, עם האפשרות של גידולים עונתיים בעונת החורף.

12. גם העובדה כי השומרה (عرش - עריש) - אמנם לא במתכונתה "המשופרת" - נראתה בתצלומי האויר של החלקה נשוא הערר מתקופות קודמות, מתיישבת עם טענת העורר כי החלקה נשוא הערר היתה מעובדת.

13. לענין זה מצטרפת העובדה, שהמשיב אינו חולק עליה (סעיפים 10 - 11 לסיכומי המשיב - אם כי המשיב עומד על כך כמובן שאין בכך משום ראייה מכריעה), כי המערער ראה בחלקה נשוא הערר חלקה שבעלותו משום שהגיש לגביה תביעה לפי דיני הסדר המקרקעין החלים באזור יהודה ושומרון, דהינו שאין עסקינן בטענה חדשה שהעלה המערער לרגל הערר.

14. חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב היתה "מתפתחת" במובן זה שבמהלך עדותו נחשפו, כגלדי הבצל המתקלף, רבדים נוספים של עובדות ושל מסמכים ותצלומי אויר עליהם הסתמך, רובד אחר רובד, גלד אחר גלד, עד אשר הצליח בא כוח העוררים לחלץ את כל פרטי היסוד שהנחו את המומחה ושמשו בסיס לחוות דעתו.

15. ענין זה מעורר קושי חמור הנוגע לסדרי הדין ולכך שכל המסמכים והחומר אשר שמש בסיס לחוות הדעת של המומחה היו חייבים להיות מועברים מראש לעורר במהלך השלבים המקדמיים של ההתדיינות בערר, וגם משהערנו על כך בהחלטתנו מיום 9/8/10, ואפשרנו למשיב לתקן את הפגם באמצעות הגשת תצהיר נוסף, תצהיר כזה לא הוגש.

16. אינני תמים דעים עם חברי, כי משלא הוגש התצהיר עדין אין הפגם כה חמור עד כדי כך שהוא מחייב את פסילת חוות הדעת, ולעניות דעתי, במצב דברים אלה, לא ניתן עוד ליחס לחוות הדעת ערך ראייתי של ממש.

17. אך אם לא די בכך, תהליך ההתפתחות "האבולוציוני" שעברה חוות הדעת, משמעותו היא כי צו הפינוי שהוא לא נשען על עובדות ועל פרטים מלאים, שהרי מה שלא הועמד לרשות העורר משום שהמומחה לא ראה צורך בכך, גם לא הועמד לרשות המשיב בטרם הוציא את צו הפינוי; זהו פגם מנהלי חמור, אשר גם בעידן הבטלות היחסית, ומאחר ונתנה אפשרות לתקנו והדבר לא נעשה, לא ניתן לעבור עליו לסדר היום, והוא מחייב, לגיטימי, את ביטול החלטה ועמה את ביטול צו הפינוי.

18. לו היה מוגש תצהיר משלים, והמשיב היה מודיע כי עיין מחדש במלוא החומר שנכלל בתצהיר על ידי המומחה מטעמו, ומצא כי אין לשנות מהחלטתו, יתכן שאכן היה מקום לקבוע, בכפוף לחקירה נגדית נוספת של המומחה (אם היה מבקש זאת בא כוח העורר) כי הפגם תוקן; אך משלא נעשה דבר, אינני רואה כיצד ניתן להכשיר את הפגם, וכפי שבטלות יחסית מאפשרת, במקרים מסוימים, להמנע מביטול מעשה מנהלי פגום, יש מקרים בהם גם במשטר הבטלות היחסית בכל זאת מבוטל המעשה המנהלי הפגום - ולגיטימי אכן זהו מקרה מן הסוג האחרון.

19. בנוסף, אני סבור כי טענת העורר, כי עדותו של העד המומחה מטעם המשיב לא היתה איתנה דיה, דינה להתקבל.

20. על אף שאין אני יכול להרחיק לכת, כבקשת העורר, ולקבוע כי עדותו היתה בלתי אמינה או שהיא חסרת כל ערך, שכן התרשמתי לחיוב מן העד, במובן זה שעדותו נתנה על פי מיטב הבנתו המקצועית, אינני סבור כי יש מנוס מן המסקנה, כי אין חוות הדעת, על הפרכות שנתגלו בה במהלכה של עדותו של העד, קל וחומר העובדה כי התברר שהסתמכה על מסמכים ותצלומי אור נוספים, שלא צורפו אליה, יכולה לעמוד לשם ביסוס החלטה מנהלית של נטילת חזקה מאדם במקרקעין בהם הוא מחזיק, והמצויים בבעלותו על פי מסמכי מיסוי המקרקעין (או לפחות בבעלותו לכאורה).

21. במאמר מוסגר אצין, כי אני מקבל את טענת המשיב בסיכומיו (סעיף 41 לסיכומים) כי אין הרישום במסמכי מיסוי המקרקעין מעביר את נטל הראיה להוכחת בעלות במקרקעין אל המשיב, וכי העורר לא הוכיח כדבעי את הטענה לאכיפה בררנית (סעיף 45 לסיכומי המשיב).

22. הטענה בדבר המשקל שיש ליתן לכך שהעורר לא פעל לרישום ראשון של בעלותו בקרקע (סעיף 44 לסיכומי המשיב), מאידך, איננה מקובלת עלי, במציאות החיים ביהודה ושומרון, בה לפחות במגזר הכפרי, בהעדר מחלוקת על החזקה בקרקע ובהעדר כוונה לעשות עסקה בקרקע, אין המחזיקים במקרקעין נוהגים לפנות להליכי רישום ראשון, וזאת בשל מורכבותם ועלותם של הליכים אלה.

23. כך או כך, טענות אלה וטענות אלה, אין בהם כדי להועיל למשיב, וזאת לאור הקושי שמעלה חוות דעת המומחה מטעמו.

24. על חוות דעתו של מומחה להיות בעלת הכוח, המקצועי והעובדתי, מבחינת הנמקתה ומבחינת המסמכים והספרות המקצועית שעליהם היא מתבססת, לשכנע את בית המשפט בנכונותה, ובכך שהוא יכול ורשאי לבסס עליה מסקנה והכרעה שיפוטית.

25. כך, למשל, העובדה כי המומחה שתף את בית המשפט בניירות העבודה אשר שמשו בסיס לחוות דעתו, יכול ותשמש את בית המשפט ככלי להעדפת חוות דעתו:

"עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מלמד כי בית המשפט המחוזי התייחס לכל אחת מחוות הדעת שהוגשה לו, הן על ידי המערערים והן על ידי המשיבים, ובחר לאמץ את האמור בחוות הדעת מטעם המשיבים. את השיקולים שהניעו את בית המשפט המחוזי בדרכו למסקנה האמורה מפרט בית המשפט המחוזי בהרחבה בפסק דינו. בין היתר, נקבע כאמור כי המומחה מטעם המערערים, ד"ר מנאע, לא הסתמך בחוות דעתו על ספרי היסטוריה משפטית; לא עיין במפות, ואת מיקום החלקות קבע רק על סמך ספרים היסטוריים.

ד"ר מנאע העיד כי הוא מתקשה לקרוא תורכית בניגוד לאמור בחוות דעתו. לגבי המומחה השני מטעם המערערים, ד"ר ח'מאיסי, נקבע כי הוא לא בדק את הסביבה ולא בדק את המסמכים בלשכת רישום המקרקעין שהמומחה מטעם המשיבים בדק.

בית המשפט המחוזי אף הקדיש בחוות דעתו פרק לדיון בהערכת חוות הדעת מטעם המערערים וקבע כי בניגוד לחוות הדעת מטעם המשיבים, המומחים מטעם המערערים לא שתפו את בית המשפט בניירות העבודה שלהם ולא ניתן היה לבקר ולבחון את הדרך שבה הם הגיעו למסקנותיהם.

כן נקבע, כי חוות הדעת של המומחים מטעם המערערים היו חסרות והן לא התייחסו לרישומים בלשכת רישום המקרקעין כפי שעשה המומחה מטעם המשיבים. בנוסף, נקבע, כי לא ידוע מה טיבם של נסחי הרישום עליהם הסתמך ד"ר ח'מאיסי. עוד נקבע, כי ד"ר ח'מאיסי לא הצליח להצביע בוודאות על מיקום החלקות והוא לא נעזר במפות לביסוס מסקנותיו. לגבי ד"ר מנאע, נקבע כי על אף היותו היסטוריון בעל ידע הוא לא עיין במפות ואת מיקום החלקות קבע לפי היכרות היסטורית בלבד. מן העבר השני, נקבע בהתייחס לחוות דעתו של המומחה מטעם המשיבים כי זו התבססה על הרישום בלשכת רישום המקרקעין ועל ספרות משפטית (בניגוד לחוות הדעת של המומחים מטעם המערערים). כן נקבע כי האמור בחוות דעתו של המומחה מטעם המשיבים, לגבי סוג המקרקעין לא נסתר על ידי המערערים. עוד נקבע, כי בניגוד למומחים מטעם המערערים, המומחה מטעם המשיבים שתף את בית המשפט בניירות העבודה שלו."

ע"א 8954/06 וקף מוחמד ואברהים עבדלרבו מעו נ' האפטורפוס הכללי, [פורסם בנבו] תק-על (4325, 4310) 2010 (3)

26. בענייננו, במהלך חקירתו של המומחה הסתבר, כי לא רק שבחר שלא לשתף את ועדת העררים בניירות העבודה אשר שמשו בסיס להכנת חוות דעתו, אלא שבחר שלא לשתף בהם אם את העורר, ולא רק בניירות עבודה עסקינן, אלא גם בתצלומי אויר, בשר מבשרה של חוות הדעת (שהרי בחוות דעת הנוגעת לפענוח תצלומי אויר עסקינן), שעליהם הסתמך לצורך עריכת חוות הדעת.

27. גם מתוך חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב, על נימוקיה, ובעקבות חקירתו של המומחה, לא השתכנעתי בנכונות חוות הדעת.

28. אמר על כך בית המשפט העליון דברים אלה:

"כמו כל חוות דעת של מומחה המוגשת לבית המשפט, כך גם חוות דעתו של מומחה רפואי: היא אינה אלא ראייה במסגרת כלל הראיות המובאות בפני בית המשפט, אשר בית המשפט רשאי להסתמך עליה אך גם לדחותה, כולה או חלקה, כשהוא מוצא זאת לנכון, בהתאם לשיקול דעתו (ע"א 311/66 נחמיאס נ' לקט קואופרטיב לאיסוף נייר פסולת, פ"ד 48, 50; ע"א 128/79, 124 מדינת ישראל נ' קמינר, פ"ד לד(1) 617, 621 - 622; ע"א 675/77 אלטשולר נ' נציב המים, פ"ד לד(1) 7831, 737; ע"א 409/84 מדינת ישראל נ' שגב, פ"ד מ(3) 706, 710 - 711).

הידע הרפואי הוא אמנם נחלת המומחה הרפואי. כשבית המשפט ממנה מומחה רפואי, חזקה עליו שימנה מומחה רפואי המתמחה בתחום הרפואי לגביו הוא מתבקש ליתן חוות דעתו. ואמנם, אם אין בחוות דעתו מסקנות אשר אינן יכולות לעמוד במבחן הביקורת של ההיגיון לאחר עיון בחוות הדעת וראיות אחרות שבפניו, בית המשפט לא יטה להתערב במסקנותיו של המומחה.

אך לעיתים, מתוך עיון בחוות הדעת עצמה או במכלול נסיבות העניין, מתברר לבית המשפט שהתשתית העובדתית, עליה היא נשענת, אינה מהימנה. במקרה כזה, בית המשפט רשאי שלא לסמוך על חוות דעתו של המומחה, וראוי כי לא יבסס מסקנתו על אותה חוות דעת."

(ע"א 2160/90 רז נ' לאץ, פ"ד מז(5) 170, 171 - 172).

29. אני סבור כי אכן, משחלק מחומר הגלם אשר שמש בסיס לחוות הדעת לא הוצג כלל בפנינו, המומחה לא שתף את ועדת העררים בניירות העבודה אשר שמשו בסיס לחוות הדעת,

30. לסיכום, חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב, בצירוף עם חקירתו הנגדית, לא שכנעתי, ואין בה תשתית עובדתית מספקת למסקנה שנקבעה בה (העדר עיבוד חקלאי כלל בשנים 1995 - 1997).

31. משבאתי למסקנה זו, אני פטור מהכרעה בשלל הטענות הנוספות שהעלה העורר, ובהם האם הוצא צו הפינוי כדין, האם ניתן להוציא צו פינוי לגבי מקרקעין שלא הוכרזו כאדמות מדינה (בענין אחרון זה אצין כי נראית לי, לכאורה, דעתו של חברי, חברי הועדה סא"ל א' נימני), האם ניתן להורות על פינוי של חלק מחלקה לאור הוראותיו של סעיף 28 לחוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (חוק מס' 79), 1966, וכן טענה לאכיפה בררנית ביחס לתושבי מאחז "דרך האבות" (מאחז שבענין פינויו הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק – בג"ץ 8255/08 עיסא נ' שר הבטחון – [פורסם בנבו] עתירה שנדחתה ביום 1/9/10 תוך שמירת זכויות העותרים).

32. כמובן, שהעובדה כי ההחלטה המנהלית שנתקבלה היא החלטה שיש להורות על ביטולה, איננה יוצרת מעשה בית דין שימנע, אם תבוסס ראייה מנהלית ברמה מספקת, ליתן החלטה מנהלית חדשה באותו בענין, ואולם טוב יעשה המשיב, בטרם ישקול לעשות כן, אם יבחן היטב את הראיות שבידו, ויקבל, כמקובל, חוות דעת חוצת עונות שנה, חוצת שנים וחוצת עשורים, של המרכז למיפוי ישראל, כפי שהוא נוהג לעשות בדרך כלל (וכפי שלא נעשה, משום מה, בענינו).

33. סוף דבר, לו נשמעה דעתי, היינו מקבלים את הערר, מבטלים את התראת הפינוי, ומחייבים את המשיב בהוצאות העורר בסך 10,000 ₪ בתוספת מע"מ.

סרן משה בן דוד, חבר:

1. עיינתי היטב בשתי חוות הדעת של חברי, ועל אף שאני מסכים כי עדותו של המומחה לא היתה נקיה מפגמים, לא הייתי מתערב בהחלטה ובצו הפינוי נשוא הערר בשל פגמים אלה, וזאת בניגוד לעמדתו של יו"ר הועדה, חברי סא"ל א' נוך.

2. מאידך, ובניגוד לחברי, חבר הועדה סא"ל א' נימני, אני סבור כי הפגם שבאי גילוי מלוא המסמכים ותצלומי האויר בהם נעשה שימוש לצורך חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב, ומאחר וחוות דעתו של המומחה מטעם המשיב היא הראיה המרכזית והעיקרית שהציג המשיב, הוא פגם שאין אפשרות להשלים עמו.

3. על משמעותם וחשיבותם של תצלומי האויר עמדתי בפרשת ערר 2/08 דויטש נ' ראש המנהל האזרחי, [פורסם בנבו] שם התקבלה עמדתי, על דעת כל חברי ההרכב, לפיה על אף שלא מצאנו פגם של אמינות בעדותו של העורר, החלטנו לדחות את הערר, וזאת משום שעל פי תצלומי האויר, היקף ותקופת העיבוד לא היו כטענתו.

4. בפרשת דויטש הבאתי מדבריו של כבוד השופט (בדימוס) א' שטרוזמן בענין זה, המקובלים עלי:

"אני, שאינני מכיר בכישורי לקבוע מהימנותם של עדים על פי התרשמות מעדים, נמנע מלפסוק ממצאים על פי התרשמות מעדים. משנוכחתי לדעת שאין בי כישורים כאלה – אני טורח ומפרט את נימוקי להעדפת גרסה אחת על פני רעותה.

. . . וביודעי את מגבלותי, שאינני מסוגל כעמיתי היושבים על מדין לראות את העד בשיחו ושיגו על דוכן העדים דקות ספורות, שעות אחדות או מספר ימים, כדי לקבוע את עמדתו על מהימנות דבריו. . . אנהג גם בפסק הדין במשפט זה כדרכי בכל פסק דין. . . על ידי נתוח הראיות והעדויות לצורך הסקת מסקנות בדבר אמינות דבריו של עד המדינה מנשה נקר ומהימנות גרסתו של הנאשם, כך שערכאת הערעור, אם יבוא הענין בפניה, תוכל לבדוק את ממצאי ומסקנותי אחת לאחת והתערבותה, אם תמצא לכונן, בפסיקתי לא תהא קשה עליה כהתערבות (הנחשבת כחריגה) בקביעת מהימנותם של העדים על פי התרשמות השופט שראה את הופעתם ושמע את עדויותיהם."

(ת"פ 277/87 (לא פורסם) [פורסם בנבו] הובא על ידי השופט שטרוזמן בהרחבה ובהדגשה בת"ע (ת"א) 290/87 - מנהל עזבון חכמוב נ' חכמוב, [פורסם בנבו] תק-מח 95(2), 1392, 1396).

5. עוד הוספתי בפרשת דויטש ואמרתי דברים אלה, על יסוד פסיקת בית המשפט העליון:

"בנסיבות אלה, משעלינו לבחור בין "מראה עיניים" שהם תצלומי האויר, לבין ניסיון "לראות ללבב", אין לנו אלא לסמוך על מראה עינים. ואכן, פסיקת בית המשפט העליון נתנה מעמד ראייתי גבוה ביותר לתצלומי אויר.

בענין ע"א 56/82 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח עבדאללה מוסה רחאל (פ"ד מ' (4) 29, 37) קבע בית המשפט העליון:

"אין ספק, כי בהיזקקותה של הדרגה הראשונה לתצלומי אוויר לקביעת עובדה זו נקטה היא צעד הכרחי, נכון והגיוני. תצלומי אוויר הם ראיה אובייקטיבית במלוא מובן המלה.

תצלומי אוויר, כל עוד לא הוכח אחרת, הם "מקפיא הזמן" הטוב ביותר שיש לנו כדי לעמוד על מצב המקרקעין בעת שנערך התצלום. אין לך ראיה אובייקטיבית, מהימנה ורצויה יותר על מצב המקרקעין מאשר תצלום אוויר".

ראו גם ע"א 574/81 מוחמד סולימאן אלריאטי נ' ביטחה מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ (פ"ד לט(2) 181, 188):

"יתרה מזו, בית המשפט מצא חיזוק ממשי לגירסתם של המשיבים בתצלומי האוויר שהוגשו לתיק ושהראו בבירור, כי חלק ניכר מטענותיו של אלריאטי מיוסד על אדני שוא, ובמיוחד נסתרה טענתו של אלריאטי האומרת, שהיו לו מאהל ומכלאות בקרקע במשך שנים. אין צורך להרבות במלים על מנת לומר, שתצלומי האוויר מהווים הוכחה אובייקטיבית שאין דרכה לשקר, ובית המשפט קמא היה רשאי לתת לתצלומים אלה את הערך הראייתי שהם ראויים לו."

6. לאור מרכזיותם של תצלומי האוויר, והיותם מכריעים מבחינה ראייתית, אי גילוי כל תצלומי האוויר וכל החומר ששמש בסיס להכנת חוות דעת המומחה, פוגע בה, לדעתי, במידה כזו שלא ניתן עוד להסתמך עליה כראיה מנהלית.

7. מאידך, כפי שאמר חברי, חבר הוועדה סא"ל א' נימני, לא היתה כל מניעה מפני הבאת תצלומי אוויר על ידי העורר, ובכל זאת העורר לא עשה כן, דבר המעורר את החשש, כי נמנע מכך משום שידע כי תצלומי האוויר לא יתמכו בגרסתו.

8. משכך, אינני רואה צורך להורות על ביטול צו הפינוי, ולדעתי די בכך שנחזיר את צו הפינוי לעיון מחודש של המוסמך, על מנת שישוּב ויעין במלוא החומר, לרבות החומר ששמש בסיס להכנת חוות דעת המומחה, ויגבש החלטה חדשה בענין זה.

9. לפיכך, אני מסכים לקבלת הערר, במובן מצומצם האמור, דהיינו החזרת סוגית צו הפינוי לעיונו המחודש של המוסמך, תוך חיוב המשיב בהוצאות כפי שהוצע על ידי חברי, יו"ר הוועדה, סא"ל א' נוך.

סוף דבר, ברוב דעות חברי הוועדה סא"ל א' נימני וסרן מ' בן דוד, וכנגד דעתו החולקת של יו"ר הוועדה, סא"ל א' נוך, הוחלט לקבל את הערר, במובן האמור בסעיפים 8 – 9 לחוות דעתו של חבר הוועדה סרן מ' בן דוד, דהיינו החזרת סוגית צו הפינוי לעיונו המחודש של המוסמך תוך חיוב המשיב בהוצאות; המשיב ישא בשכר טרחת בא כוח העורר בסך 10,000 ₪ בתוספת מע"מ.

ניתנה היום, 16/8/11 שלא במעמד הצדדים; המזכירות תעביר העתק מן ההחלטה לבאי כוח הצדדים, בדואר רשום ובפקסימיליה.

סרן משה בן דוד
חבר

סא"ל אייל נון
יו"ר

סא"ל אליהו נמני
חבר

איייל נון 54678313-37/09
37-09FinalSigned.doc
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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