

ערר 12/12

תאריך: 26/05/14

ועדות העררים באיו"ש

בפני ועדת העררים: השופט רס"ן מאיר ויגיסר - הנגיד התורן
השופט רס"ן סטיב ברמן - חבר
השופט רס"ן אריה דוראני - חבר

העורר: עבד אלרחמאן ח'ליל מוחמד חלאחלה (נמר)
(באמצעות ב"כ עו"ד ג'יאת נאסר ואח')

נגד

המשיבים: 1. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש
2. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש
3. המינהל האזרחי באיו"ש
(באמצעות ב"כ עו"ד אסף שטרן)

ספרות:

[משה דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל \(תשי"ג\)](#)
[א' זמיר, אדמות המדינה ביהודה ושומרון \(1985\)](#)

מיני-רציו:

* נדחה ערר העורר כנגד התראה על חובת פינוי מרכוש ממשלתי. נפסק, כי העורר לא הצליח להצביע על זיקתו למקרקעין שפינויים התבקש. הוכח שהמקרקעין שפינויים התבקש הם טרשיים ואינם מעובדים כדרישת חוק הקרקעות העותומאני. על כן, לא ניתן להכיר בזכויות פרטיות כלשהן במקרקעין.

* מקרקעין – מקרקעי ישראל – פינוי

* מקרקעין – התיישנות – לפי החקיקה העותמאנית

* מקרקעין – התיישנות – לפי השיטה העותמאנית

* התיישנות – מקרקעין – לפי השיטה העותומאנית

העורר הגיש ערר כנגד התראה על חובת פינוי מרכוש ממשלתי. העורר ביקש להורות על ביטולו של צו הפינוי; העלה שורה של טענות מתחום המשפט המנהלי, המשפט הבינלאומי ודיני המקרקעין המהותיים.

ועדת הערר דחתה את הערר ופסקה כלהלן:

לא נמצא, כי העורר רכש זכות בעלות במקרקעין ואף לא מצאתי כי עומדת לו טענת התיישנות מהותית או דיונית. רישומי מס הרכוש אינם מהווים הוכחה לבעלות בקרקע; אך יש באותם רישומי מס רכוש כדי להוות מקור ראיתי – ראשית ראיה – לכך שהעורר החזיק במקרקעין לפני שנים רבות. העורר לא הצליח להצביע על זיקה למקרקעין שפינויים התבקש.

סעיף 20 לחוק הקרקעות העותומאני שמסדיר את סוגיית התיישנות אינו מתאים למסגרת הדיון שבפנינו, ואינו חל על עניינו של העורר. שכן, סעיף 20 איננו מתאים לדיון במקרה שבו הקרקע איננה רשומה בטאבו, ואיננו מתאים לדיון בסכסוך שבין אדם לריבון.

העיבוד במשמעות סעיף 78 לחוק הקרקעות הוא עיבוד סדיר במידה שזה אפשרי בהתחשב עם טיב הקרקע, והעיבוד שהקרקע מתאימה לו. לא ניתן לתבוע זכות על יסוד סעיף 78 על קרקע הררית, שאינה ראויה לעיבוד.

אין די ב"עיבוד החלקה בצורת טלאים פה וטלאים שם" ויש להוכיח "עיבוד כדי 50% משטח החלקה שהם האחוזים המינימליים להוכחת העיבוד".

לממונה על הרכוש הממשלתי נתונה הסמכות לפעול לפי שני חיקוקים שבהם סמכויות מקבילות. אין לומר, כי בחירתו בסמכות שלפי הצו בדבר רכוש ממשלתי היא בלתי סבירה או בלתי מידתית בנסיבות העניין.

המקרה דנן אינו בא בגדר אותם המקרים המחייבים את ביטולה של ההחלטה על צו הפינוי בשל אי מתן זכות שימור.

החלטה

השופט רס"ן מאיר ויגיסר - הנגיד התורן:

1. לפנינו ערר שהוגש כנגד התראה על חובת פינוי מרכוש ממשלתי, שמספרה 633, הכוללת גידור וטרסות בשטח של 16 דונם לערך (להלן: "שטח צו הפינוי" או "המקרקעין"). המשיב 1 פרסם את ההתראה ביום 29/11/11 מתוקף סמכותו, בהתאם לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), תשכ"ז-1967 (להלן: "הצו בדבר רכוש ממשלתי"). יצוין, כי כבר ביום 23/09/83, הכריז המשיב 1 על "גוש פיסקאלי מספר 24 - מווקע חילת אד דררה" כרכוש ממשלתי.

2. העורר טוען נגד פינויו מחלקה 52 בגוש 24, מווקע חילת אלסרארה, באדמות הכפר נובא. החלקה אינה רשומה במרשם המקרקעין. כתב הערר הוגש במקור על ידי אדם אחר בשם אבראהים עבד אלהאדי חלאחלה (להלן: "אבראהים"), אולם לאחר שהאחרון החל את עדותו, הסתבר כי חלקתו

אינה מצויה בתחום צו הפינוי. בהיעדר יריבות, נמחק שמו מכתב הערר והוחלף בשמו של העורר הנוכחי (להלן: "העורר"). העורר טוען כי חלקתו היא החלקה שהמשיבים מבקשים לפנותה (המשיבים 2 ו-3 הם משיבים פורמאליים; למען הנוחות, אתייחס בהמשך אל המשיב 1 בלבד כאל המשיב).

תמצית טענות הצדדים

3. **העורר** ביקש להורות על ביטולו של צו הפינוי; בכתב הערר ובסיכומיו, העלה שורה של טענות מתחום המשפט המנהלי, המשפט הבינלאומי ודיני המקרקעין המהותיים (המבוססים על הדינים העותומאניים, המנדטוריים והירדניים).

באשר ל**דיני המקרקעין המהותיים**, טען העורר שהוא הבעלים של המקרקעין. לתמיכה בטענתו הגיש כראיה את נסח מס הרכוש מהתקופה הירדנית (מאליה) המעיד על חזקתו במקרקעין, משך עשרות שנים. במהלך השנים, הוא מעבד אותם ברמת עיבוד כזו או אחרת, ללא עוררין מצד המשיב. רק לאחר בניית הטרסות והכשרת השטח, הוצא צו הפינוי, וזאת בניגוד לדין; במשך השנים, הוא רכש זכויות בקרקע מכוח עיבוד וחזקה, בהתאם לסעיף 78 לחוק הקרקעות העותומאני, משנת 1274 להיג'רה (1858) (להלן: "חוק הקרקעות העותומאני" או "חוק הקרקעות"). לדברי העורר, את המושג "עיבוד", יש לפרש כעיבוד המתאפשר בהתחשב בטיב הקרקע. כשהקרקע הררית וסלעית, ניתן להסתפק בעיבוד טלאים. לחילופין, טען כי די בחזקתו רבת השנים בקרקע, כדי להקים לו טענת התיישנות דיונית, בהתאם לסעיף 20 לחוק הקרקעות.

בתחום המשפט המנהלי העלה העורר טענות כנגד סמכות המשיב להוציא את צו הפינוי; נטען, כי קיימת למשיב הסמכות לפי הצו בדבר מינויים וסמכויות לפי חוק השמירה על אדמות ונכסי המדינה (יהודה והשומרון) (מס' 1006), התשמ"ב-1982 (להלן: "צו השמירה על אדמות המדינה"), אשר אימץ, בשינויים המחייבים, את חוק השמירה על אדמות ונכסי המדינה, מס' 14, לשנת 1961 (להלן: "חוק השמירה על אדמות המדינה"). לשיטתו, צו השמירה על אדמות מדינה ביטל, הלכה למעשה, את הצו בדבר רכוש ממשלתי. כעת, על מנת לפנות אדם מרכוש ממשלתי נדרש המשיב להגיש תביעה לסילוק יד לבית המשפט הצבאי. הוסיף העורר וטען, כי לא הוכח שמדובר ברכוש ממשלתי, כיוון שלא הובאו ראיות, כי ביום הקובע, דהיינו כ"ח באייר תשכ"ז (07/06/1967) המקרקעין היו שייכים לממלכה הירדנית. בנוסף, קבל העורר על שלא ניתנה לו זכות השימוע; בהקשר זה, אף טען שהתשתית העובדתית להוצאת הצו היתה בלתי מספקת.

4. **המשיב** טען שהמקרקעין הם אדמות מדינה בהתאם לדין המהותי. הם הוכרו כ"אדמות מדינה", כבר בשנת 1983 (אך המשיב לא הביא נתונים נוספים בעניין). לדבריו, חוות דעת המומחה לפענוח תצלומי אוויר מטעמו, מבססת את המסקנה, שהעורר לא רכש זכויות במקרקעין מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות; תצלומי אוויר הוכרו בפסיקה כראיה האובייקטיבית הטובה ביותר, שאין דרכה לשקר, להוכחת עיבוד בקרקע לאורך השנים. מנגד, עדותו של העורר לא מצאה תימוכין בתצלומי האוויר שהוגשו. המשיב הדגיש כי במסגרת הערר נבחן תוקפו של צו הפינוי, במבחיני המשפט

המנהלי; החלטת ועדת העררים איננה קובעת זכות בעלות במקרקעין, בין למשיב ובין לעורר. בהתאם לכך, גם ככל שיידחה הערר, פתוחה הדרך בפני העורר לפנות לוועדה לרישום ראשון לשם הכרה ורישום זכות הבעלות במקרקעין.

5. אדון בעיקרי הטענות ואכריע בהן, תוך בחינת מארג הדינים הרלבנטיים. אך, תחילה - למען הסדר הטוב והבנת הרקע העובדתי לטענות המשפטיות - סקירת הראיות שהוגשו ונשמעו בפנינו.

הראיות

6. **העורר** יליד שנת 1927, הגיש תצהיר והעיד בפנינו; הוא סיפר שירש את החלקה מאביו ומאז מחזיקה ומעבדה. לדבריו, מידי שנה, משך עשרות שנים, הוא זורע בה חיטה, שעורה וקורסאנה וחורש אותה. בתצהירו מסר שבשנת 2005 הכשיר ושיפר את החלקה ואף נטע בה עצי שקד. ואולם, בעדותו בפנינו, התעקש העורר כי לא נטע עצי שקד בחלקתו וכי לא מצויים בה עצים כלל (עמ' 3, ש' 10-7, 35-38, עמ' 4 שו' 7-3). הוא סיפר ששכניו הם שבנו את הטרסות. העורר הוסיף והבהיר כי לא נטל חלק בהכנת מפת המדידה ולא פגש במודד וליווה אותו בשטח. העורר אף לא ידע למקם את חלקתו בתצלום האוויר או במפת המדידה (עמ' 2, ש' 49-42).

7. העורר הגיש מסמכים נוספים לתמיכה בטענותיו; ממפת מדידה שבה סימן את חלקתו, עולה כי שטחה הוא 16 דונם לערך והוא חופף את שטח צו הפינוי. יצוין, כי במפת המדידה שהוגשה נפלו מספר טעויות סופר, אך את אלו ביקש העורר לתקן, עם הצטרפותו כעורר חלף העורר המקורי. בנוסף, הגיש העורר אישור מטעם קמ"ט מיסים במינהל האזרחי, ממנו עולה כי חלקה 52 בגוש 24, במוקע אלסרארה, בשטח של 11 דונם, נרשמה על שמו בספרי המיסים בשנים 1957/1958 ובשנת 1963. במסמך נרשם כי "הרשומים בספרי מס רכוש אינם כשלעצמם ראייה לבעלות הרשום בנסח".

8. **מטעם המשיב**, הוגשה חוות דעת מומחה של מר גלעד פלמון, מפענח תצלומי אוויר, המועסק ביחידת הפיקוח של המנהל האזרחי החל משנת 1996 (להלן: "מר פלמון" או "המומחה"). חוות הדעת התייחסה אל שטח החפיפה בין חלקת העורר המופיעה במפת המדידה ובין שטח צו הפינוי - 16.5 דונם לערך. המומחה ניתח את התמורות בשטח במהלך השנים שבחן, כדלהלן:

בתצלום אוויר מתאריך 29/05/1997 - "השטח ברובו טרשי מכוסה בצמחיית בור, ישנם מספר מטליות מעובדות הפזורות בשטח המהוות 0.8 דונם שהם כ-5% מכלל השטח".

בתצלום אוויר מתאריך 15/09/2002 - "השטח טרשי מכוסה צמחיית בר, הובררה של המטליות המוזכרות ב-1997".

בתצלום אוויר מתאריך 16/07/2006 - "בשטח נראה עיבוד, בניית טרסות והכשרות שטח של כ-5 דונם המהווים כ-30% מכלל השטח, שאר השטח ללא שינוי".

בתצלום אוויר מתאריך 05/2010 - "בשטח נראה עיבוד, בניית טרסות, הכשרת שטח ונטיעות של כ-6 דונם המהווים 36% מכלל השטח, שאר השטח טרשי".

בתצלום אוויר מתאריך 09/06/2012 - "ללא שינוי".

המומחה עבד כמרכז אדמות סקר במנהל האזרחי בין השנים 2003-2007. בשנת 2008, השתתף בקורס לפענוח תצלומי אוויר במפע"מ, שנמשך 3 חודשים לערך. החל מחודש דצמבר 2010 הוא מחזיק בתפקיד ממונה צוות קו כחול ואדמות סקר. במסגרת התפקיד, פענח מאות תצלומי אוויר, בנה שכבות מידע וניתח אותן.

בעדותו בפנינו, הסביר המומחה, שהוא נעזר בתוכנת G.I.S, שמנהלת בסיסי מידע גיאוגרפי, לרבות תצלומי אוויר ושכבות מידע. באמצעות התוכנה המומחה "מיישר" את תצלום האוויר; תצלום האוויר המיושר משמש כנייר עבודה עבורו לסימון והפרדה של סוגי השטחים: מעובד, טרשי ובור. צורות סגורות מסמנות ותוחמות את השטחים השונים (להלן: "פוליגונים"). בתוכנה קיים כלי המאפשר לחשב את שטחי הפוליגונים.

המומחה נשאל מדוע לא הציג את ניירות העבודה, ששימשו אותו כדי לחשב את השטחים השונים. הוא השיב כי בעקבות הערות ועדות העררים בדיונים קודמים, למד כי עליו לעשות כן, וכך הוא אכן עושה בחוות דעת חדשות שהוא מכין; ואולם, בתקופה בה הכין את חוות הדעת נושא התיק שבפנינו, לא נהג לשמור את ניירות העבודה וכעת לא ניתן לשחזרם. עם זאת, הסביר כי ניתן לראות בעין בלתי מקצועית, כי אחוזי העיבוד של המקרקעין הם זניחים - לכל היותר 5% - ולכן בחינת ניירות העבודה לא תועיל.

לצורך הכנת חוות הדעת ביקר המומחה בשטח פעמיים. הוא אישר את טענת ב"כ העורר, כי לא כלל בצו הפינוי שטחים שהיו מעובד לאורך השנים. עוד אישר, כי ניתן לראות שהמקרקעין סומנו בהתאם לגדרות האבן (בערבית הן נקראות סינסלות), התוחמות את המקרקעין. המומחה הוסיף שגדרות האבן נראות בתצלומי האוויר החל משנת 2006, ושהן היוו חלק מהכשרת השטח. המומחה הסכים שאלמלא ההכשרה לא היה מוצא צו הפינוי.

דיון והכרעה

9. לאחר בחינת הראיות ושקילת טענות הצדדים סברתי, כי דין הערר שבפנינו להידחות. לא מצאתי כי העורר רכש זכות בעלות במקרקעין ואף לא מצאתי כי עומדת לו טענת התיישנות מהותית או דיונית. אין בטענות מתחום המשפט המנהלי כדי להביא לבטלותו של צו הפינוי. תחילה, אדון בטענת הבעלות שהעלה העורר ובטענותיו לרכישת זכויות לפי סעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העותומאני; בשלב זה, אדרש לחוות דעתו של המומחה ולאופן שבו יש למדוד את העיבוד במקרקעין; בהמשך, אדון בטענותיו במישור המנהלי, הן בנוגע לשאלת סמכות המשיב להוציא את צו הפינוי והן בנוגע למידתיות החלטתו; ולבסוף, אתייחס לטענותיו בנוגע לזכות השימוע והתשתית הראייתית שעמדה בבסיס ההחלטה להוציא את צו הפינוי.

טענת הבעלות של העורר

10. העורר טען כי הוא נרשם כבעלים של החלקה בספרי מס הרכוש בשני סקרים שנערכו על ידי השלטונות הירדניים בשנים 1957/1958 ובשנת 1963. השלטון הירדני גבה מהעורר מיסים בגין החזקתו בחלקה ומכאן ניתן ללמוד, שהקרקע הוכרה כאדמה פרטית בבעלותו ובחזקתו ולא כאדמת מדינה. העורר הוסיף וטען, כי בהתחשב בכך שהוא מחזיק בקרקע שנים רבות, הוא רשאי, בהתאם לדין, לזכות להגנה על חזקתו. כן טען, כי חזקתו רבת השנים בקרקע מוכיחה את בעלותו, והמשיבים לא הצליחו לסתור את הראיות החיצוניות שהביא: נסח מס רכוש מהתקופה הירדנית, המעיד על חזקתו בקרקע מאז אותה התקופה, ומנהגו בקרקע כמנהג בעלים - ההחזקה בה, עיבודה וגידורה. לדבריו, גרסתו נתמכת במפת המדידה של הקרקע, שהוגשה על ידו, ואושרה בעדותם של שכניו. לבסוף, ביקש לטעון, כי עדותו הותירה רושם אמין.
11. מנסח מס הרכוש ניתן ללמוד על זיקתו של העורר לחלקה 52 בגוש 24; אלא שגוש 24 לא הוסדר, ועל כן גם לא חולק לחלקות במפות הפיסקאליות. המצב הוא, שאין כל ראיה אובייקטיבית ברישומים, באשר למיקומה של החלקה 52 בתוך הגוש.
12. הפסיקה המושרשת של בית המשפט העליון בישראל ושל ועדות העררים באיו"ש קובעת כי רישומי מס הרכוש אינם מהווים הוכחה לבעלות בקרקע; הטעם לכך הוא שהקרקע שייכת, ככלל, למדינה; אך יש באותם רישומי מס רכוש כדי להוות מקור ראיתי - ראשית ראיה - לכך שהעורר החזיק בחלקה 52 בגוש 24 לפני שנים רבות (ראו, בין היתר, [ע"א 40/50 אל הבאב נ' ממשלת ישראל, פ"ד 494 \(1\) 499 \(1953\)](#)). כך הייתה גם פסיקתם העקבית של בתי המשפט הירדניים, אשר שבו וקבעו, כי תשלום המס אינו אלא ראשית ראיה להחזקה, ואין תועלת בראיה זו אם לא נלוותה אליה החזקה המעשית (איל [זמיר, אדמות המדינה ביהודה ושומרון - סקירה משפטית](#) (התשמ"ה), עמ' 19-21; להלן: "אי זמיר, אדמות המדינה").
13. **העורר העיד בפנינו**, אך לא הצליח להצביע על זיקה למקרקעין שפנינויים התבקש. העורר הינו אדם מבוגר, יליד שנת 1927. הוא עמד על דעתו, כי לא שתל ולא נשתלו עצים בחלקתו. אלא, שבתצלומי האוויר משנת 2010 ומשנת 2012, ניתן לראות בבירור כי במקרקעין נשתלו עצים, באופן מסודר. ב"כ העורר ניסה להסביר את הדברים ומסר כי: "יש לי תחושה שזיכרון העד בוגד בו ואני רואה שהוא לא במיטבו, אנחנו מדברים על איש זקן מאוד". מעבר לכך שאין בא כוח העורר יכול לשמש עד עבור לקוחו, התרשמותי הייתה אחרת. העורר, חרף גילו המתקדם יחסית, היה צלול; הוא מסר פרטים בנוגע לחלקתו; כך למשל, סיפר שעיבד את החלקה מידי שנה, וגידל בה חיטה ושעורה. הוא הוסיף, כי ייתכן שגדלו בחלקה עצי בר והתעקש שהוא בעצמו, לבד, מעבד את החלקה. ככל שהתעמקתי בבחינת עדותו - הקצרה כשלעצמה - סימני שאלה נוספים התעוררו;

העורר טען שאדם בשם אחמד אלעיי בנה את הטרסות שבחלקתו, חמש או שש שנים לפני עדותו (כלומר בשנת 2007 או 2008); ואולם בתצהירו טען כי הוא עצמו הכשיר את החלקה בשנת 2005. העורר לא הצליח לזהות את חלקתו בתצלומי האוויר שהוגשו לעיונו ואף לא במפת המדידה. כפי שציינתי לעיל, במפת המדידה מופיע שמו של העורר כבעל הזכויות בחלקות אחרות דווקא (שסומנו 1 ו-3). לאחר עדותו של אבראהים, התקבלה בקשת ב"כ העורר והתרנו לו לתקן את מפת המדידה ולהחליף את שמות העוררים, אך לאחר ששמענו את עדותו של העורר, נותרו סימני השאלה בעינם.

14. בסופו של יום, העורר לא הצליח להצביע בעדותו על מאפיין ייחודי כלשהו שיש בו לקשור בין המקרקעין שפינויים התבקש ובין החלקה שהוא טוען לבעלות בה. העורר יכול היה לבקש להעיד אדם אחר מטעמו, שינסה לקשור בינו ובין המקרקעין, אולם זאת לא נעשה. **לא הובא כל בדל של ראיה שיש בה כדי לקשור בין החלקה בה טוען העורר לזכויות ובין המקרקעין שפינויים התבקש.** לאור כל האמור, לא אוכל לקבוע כי הוא עיבד את המקרקעין נושא צו הפינוי.

15. לכאורה, ניתן היה להסתפק בכך ולדחות את הערר; אולם העורר העלה שורה של טיעונים נוספים, אשר כולם קשורים לשאלת סמכותו של העורר לפעול במקרקעין, והם מחייבים את התייחסותנו.

התיישנות דיונית - סעיף 20 לחוק הקרקעות העותומאני

16. מוסכם על הצדדים כי תא השטח מושא הערר הינו שטח הררי וסלעי. עוד מוסכם שהחל משנת 2005 הוכשרו המקרקעין לחקלאות. ניבנו גדרות אבנים וניטעו שתילי עצי שקד. כן מוסכם על הצדדים שהחלקות אינן מוסדרות ואינן רשומות בספרי רישום המקרקעין. נבחן תחילה את הדין בנוגע לרכישת זכויות במקרקעין בלתי מוסדרים באיו"ש ולאחר מכן נבחן לאורו את טענות העורר.

17. הדין החל באזור יהודה ושומרון בכל הקשור לבעלות, החזקה ושימוש במקרקעין הוא בבסיסו הדין העותומאני, שאליו נוספו במרוצת השנים וחילופי השלטונות רובד מנדטורי ורובד ירדני; רבדים אלו מכוננים את הדין המקומי, שנותר בתוקפו באזור משנת 1967. תחיקת הביטחון, הנעשית מכוח חובותיה של ישראל לפי המשפט הבינלאומי והמשפט המנהלי הישראלי, מתווספת ומשלימה דינים אלו ([בג"ץ 5439/09 אחמד עבדאלקאדר ואח' נ' ועדת העררים ואח'](#) [פורסם בנבו; 20/03/12], בפסקה 9 (להלן: "פרשת עבדאלקאדר"); וכן א' זמיר, **אדמות המדינה**, עמ' 12-2).

18. העורר ביקש ליהנות מטענת התיישנות דיונית לפי סעיף 20 לחוק הקרקעות העותומאני. לדבריו, הוכיח את החזקתו במקרקעין במשך תקופה של יותר מעשר שנים ולכן קמה לו הגנה דיונית מפני תביעת הסיילוק (לתמיכה בטענותיו הפנה העורר לספרו של המלומד א. בן שמש, **חוקי הקרקעות במדינת ישראל** (תשי"ג-1955) עמ' 56 (להלן: "בן שמש"), ולאסמכתאות המובאות בו).

19. בתשובתו, גרס המשיב כי החזקה לפי סעיף 20 חייבת להיות **חזקה נוגדת**. בהתאם לפסיקה במדינת ישראל, המדינה איננה מוחזקת כמי שיודעת אודות מצבם של המקרקעין שבבעלותה

באופן תדיר (ע"א (ת"א) 3394/02 מינהל מקרקעי ישראל נ' וליד אלדוח [פורסם בנבו; 14/08/05] ורע"א 9076/05 וליד אלדוח נ' מינהל מקרקעי ישראל [פורסם בנבו; 02/05/06] (להלן: "פרשת אלדוח"). למשיב משאבים מוגבלים ועליו לפקח על מקרקעין בשטח רחב היקף. בנוסף לכך, גרס כי אין בעיבוד בהיקף קטן כדי לעמוד בדרישות סעיף 20. החזקה נוגדת צריכה להיות ברורה וחד משמעית, ואף חייבת להיות ראייה ברורה לכך שהצד השני - קרי, המשיב במקרה זה - היה מודע להחזקה. ואולם, ראייה לכך לא הובאה; לכן לא ניתן לטעון כלפי המשיב להתקיימות תנאי סעיף 20 לחוק הקרקעות.

20. לאחר עיון, סברתי כי סעיף 20 לחוק הקרקעות אינו מתאים למסגרת הדיון שבפנינו, ואינו חל על עניינינו של העורר. סעיף 20 קובע כדלקמן:

"אין שומעין תביעות בקשר לקרקעות המוחזקות על פי שטר-טאבו, שהחזיקו בהן עשר שנים ללא עורר, אם לא הוכח כדת אחד הטעמים החוקיים, כגון קטנות, שטות, אלמות, ושהייה במדינות הרחוקות תחום נסיעה. החל מתאריך שעברו ובטלו הטעמים הללו ועד לעשר שנים שומעים תביעות בקשר עם קרקעות, אך אם עברה התקופה הנזכרת אין שומעים. אם הכיר והודה הנתבע, שהחזיק בקרקעות שבידו וזרען כמתערב, אין ערך לעבירת הזמן ולא להחזקתו ואת הקרקעות יקחו ממנו ויחזירו למחזיק האמיתי." (בן שמש, עמ' 53)

21. בן שמש מבאר ומדגיש שסעיף 20 דן רק בקרקעות הרשומות בטאבו, כלומר קרקעות מוסדרות או קרקעות שעברו הליך של רישום ראשון; סעיף 20 דן בסכסוכים שבין אדם לחברו, כאשר הקרקע רשומה כבר על שם מחזיק חוקי; בשונה מסעיף 20, סעיף 78 של החוק דן בתפיסת קרקעות המדינה, שעדיין לא נמסרו לאדם, כלומר, בסכסוכים שבין אדם למדינה (ראו בן שמש, עמ' 55, והאסמכתאות המופיעות שם). סעיף 20 משמש הגנה לנתבע - המחזיק בקרקעות הרשומות על שם אחר - כנגד המחזיק הרשום, שתובע את החזרת הקרקע (שם, עמ' 133; וראו פרשנות דומה גם בספרו של המלומד מ' דוכן בספרו, דיני קרקעות במדינת ישראל, הוצאת אחוה, מהדורה שניה [פורסם בנבו; תשי"ג] (להלן: "דוכן"), עמ' 305 ועמ' 316). ואכן, גם כבוד הנשיאה בייניש, חידדה בעניין עבדאלקאדר כי "בעוד שסעיף 20 לחוק קובע את כלל ההתיישנות בסכסוכים שבין אדם לחברו, סעיף 78 קובע את הכלל החל על סכסוכים שבין אדם למדינה". באופן דומה, בפרשת הרש נקבע כי "אין חולק כי העותרים לא עיבדו את המקרקעין, ועל כן מוסמך היה הממונה לתפוס את הקרקע גם בהנחה שהם החזיקו בה 40 שנה" (בג"ץ 2966/95 מוחמד אחמד סאלם הרש ו-19 אח' נ' שר הביטחון, פ"ד (2) 9 וכן ראו והשוו לבג"ץ 277/84 אע'רייב נ' ועדת העררים לפי צו בדבר רכוש ממשלתי, אזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד מ' (2) 57; להלן: "פרשת אע'רייב").

אמור מעתה, סעיף 20 איננו מתאים לדיון במקרה שבו הקרקע איננה רשומה בטאבו, ואיננו מתאים לדיון בסכסוך שבין אדם לריבון.

22. יתר על כן, מקובלת עליי טענת המשיב כי לא הוכחה החזקה נוגדת, שהיא תנאי נוסף לתחולת סעיף 20. בית המשפט העליון בפרשת אלדוח הדגיש כי המדינה אינה מוחזקת כמודעת בכל עת למצב קרקעותיה, אם מחוסר כוח אדם וחוסר סדר ואם במקרים מסוימים כתוצאה מהתרשלות.

כך גם בענייננו, המשיב הוא גוף גדול ומסורבל בעל מקרקעין רבים. הוא אינו נוהג להסכים להחזקת מקרקעיו בידי אחרים, והדבר אף אסור עליו, כיון שהוא מחויב בשמירתם. אלא שקשיי אכיפה ומעקב על מקרקעיו עומדים בעוכריו. כאן, נטל הראיה למודעותו של המשיב מוטל על העורר. העורר לא הוכיח כי החזיק במקרקעין שפינויים התבקש, ומקל וחומר, שלא הוכיח כי המשיב ידע על דבר החזקה והתנגד לה. **ממילא לא הוכחה החזקה נוגדת במקרקעין.**

23. נוכח האמור, נעבור לדיון בתחולת סעיף 78 ובשאלה האם העורר רכש זכויות בקרקע מכוח עיבוד וחזקה.

התיישנות רוכשת - סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומאני

24. סעיף 78 לחוק הקרקעות קובע כדלקמן:

"אדמת מירי, או מוקופה, שעובד והחזיק בה אדם במשך עשר שנים באין מפריע, תיחשב זכות החזקה שלו כמוכחת, בין אם היה ובין אם לא היה בידו מסמך בר תוקף ואין רואים אדמה זו כנטושה, אלא נותנים לו בחינם שטר טאבו חדש..." (התרגום הוא מספרו של אהרן בן-שמש, **חוקי הקרקעות במדינת ישראל**, מסדה, תל-אביב, תשי"ג).

25. מטרתו ההיסטורית של סעיף 78 היתה הגברת תשלום המס למדינה על היבול, באמצעות עידוד התושבים לעבד את הקרקעות. ככל שהעורר יוכיח כי עיבד את הקרקע במשך 10 שנים רצופות רשאי השלטון לתת לו זכויות שימוש וחזקה בחלקה (ראו בספרו של המלומד דוכן בעמ' 429 וראו גם **ע"א (ירושלים) 2226/08 עזבון המנוח עזאת איבן סעייד מוסא דרויש נ' הממונה על המרשם - ירושלים**, [פורסם בבנו] תק-מח 2009(2), 5250). מכאן נגזרת הפרקטיקה הנוהגת, שהמשיב לא ייזום פינוי מקרקעין המעובדים במשך 10 שנים, אף אם הוא אינו יודע מי הוא המעבד.

26. כבר בתקופת המנדט נפסק שהעיבוד במשמעות סעיף 78 לחוק הקרקעות הוא **עיבוד סדיר במידה שזה אפשרי בהתחשב עם טיב הקרקע, והעיבוד שהקרקע מתאימה לו** (ראו C.A. 65/40 - Habib and Rashid Yusef Habiby v. Government of Palestine (1940), P.L.R. Vol. 7, p. 288; 168. S.C.J. Vol. 1, p. 168); וכן, **ע"א 458/84 עזבון מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 381 (1987)**.

27. המלומד **דוכן**, ציין בספרו (עמ' 316-317) כי גדירת קרקע, חרישתה (וגם נטיעה בקרקע) נידונים כהחזקה ועיבוד, אולם כאשר הקרקע מטבעה אינה נתונה לעיבוד אין להסתמך על סעיף 78:

"מה נידון כהחזקה ועיבוד? גדירת קרקע, חרישתה (וגם נטיעה בקרקע) נידונים כהחזקה ועיבוד. שימוש במרעה וכריתת עצים במחטבות או הקמת אהלים והעברתם ממקום למקום על פני הקרקע פה ושם אינם נידונים כהחזקה ועיבוד. אפשר להניח שהדוגמאות של המקרים הנ"ל חלות על האמור בסי' 78 וגם בסי' 20. כאמור לעיל, מצריך הסעיף 78 לא רק החזקה אלא החזקה ועיבוד. המושג "עיבוד" יש להבין כעיבוד רגיל, המתקבל על הדעת בהתחשב עם טבע הקרקע והתבואה שאפשר לזרוע בה ולקבל ממנה. במקרה שהקרקע מטבעה אינה נתונה לעיבוד אין להסתמך על סעיף 78. השולח

את בהמתו לרעות בקרקע שעלו בה עשבי-בר וירקות אחרים, הגדלים מאליהם, אינו נחשב כעובד הקרקע".

28. באופן דומה, המלומד בן שמש (בספרו, עמ' 133) הפנה אל ההלכות שנקבעו בבתי המשפט בתקופת המנדט הבריטי, והבהיר כי לא ניתן לתבוע זכות על יסוד סעיף 78 על קרקע הררית, שאינה ראויה לעיבוד :

"(4) הואיל ויש להוכיח עיבוד, אין כל מקום לתביעה על קרקע שמטבעה אינה ניתנת לעיבוד או לא עובדה מעולם (ע"א 230/1945 אלר 12/1946). משום כך אי אפשר לתבוע על יסוד סעיף 78 קרקע מסוג הקרקעות המתות... ולא קרקע הררית, שאינה ראויה לעיבוד; ואף לא קרקע המגדלת עשבים וצמחיה פראית, שנוצלה לצרכי רעיית בהמות (ע"א 356/1945 אלר 199/1946)."

29. בית המשפט העליון בישראל קבע שרק אותו חלק אדמה, שבו אפשר למצוא שטח מעובד או שטחים מעובדים בשיעור של **לפחות 50% ממנו**, והוא ניתן להפרדה מהחלקה כולה - יש להחיל עליו את סעיף 78 מהחוק העותומאני (ע"א 149/81 סאלח נ' מדינת ישראל, פד"י לח (3), עמ' 374 וכן בע"א 479/62 מדינת ישראל נ' יורשי צאלח כיר, פ"ד יז 631, בעמ' 633, ע"א 423/61 מחמד אל-עומר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 2552, בעמ' 2554; ע"א 148/62 מדינת ישראל נ' סעיד צאלח, פ"ד טז 1446, בעמ' 1447).

30. בפרשת **רחאל** התייחס בית המשפט העליון במפורש אל הדרך על פיה יימדד העיבוד :

"11. משעה שנוכחנו כי סלעים פזורים בחלקים נרחבים של החלקות ובתוכם שטחים קטנים של עיבוד - כעשרה אחוזים - הרי שלא נותר לנו אלא לצעוד בתלם ההלכה שהתגבשה בבית משפט זה בע"א 423/61 אל עומר נגד מדינת ישראל, פ"ד טו 2552 - על פיה כאשר פזורה קרקע סלעית בחלקות שונות ובתוכן חלקים הניתנים לעיבוד ומעובדים, יש לבדוק את מידת היחס בין החלקים הניתנים לעיבוד ובין החלקים שאינם ניתנים לעיבוד. וככל ששטחם של החלקים הניתנים לעיבוד גדול יותר והם שטחים רצופים הניתנים לעיבוד, כן תגבר הנטייה להפריד את השטח המעובד למטרות סעיף 78, כדי לזכות בו את הטוען לזכות בקרקע. ובע"א 148/62 מדינת ישראל נגד סעיד צאלח טז(2) 1446, נקבע במפורש כי מקום שבו אפשר למצוא חלק שבו אחוז העיבוד המפוזר הוא גדול יותר מ-50% בהשוואה לבלתי מעובד באותו חלק - קיימת אפשרות של הפרדת החלק הזה מהחלקה כולה. וכן ראה ע"א 479/62 מדינת ישראל נגד כיר, פד"י יז 631."

מקובלת, איפוא, עלי גישתה של המדינה כי יש לבדוק כל חלקה וחלקה בפני עצמה ולבדוק מה אחוז העיבוד הרצוף באופן הניתן להפרידו משאר האדמה הבלתי מעובדת"

(ע"א 56/82 מדינת ישראל נ' עזבון המנוח עבדאללה מוסה רחאל, פ"ד מ(4), עמ' 29, עמ' 40-41; להלן: פרשת רחאל).

31. על הלכה זו חזר בית המשפט העליון גם בע"א 458/84 עזבון המנוחה ג'והרה מלחם נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2), 381 (עמ' 387-388), שם נקבע כי אין די ב"עיבוד החלקה בצורת טלאים פה וטלאים שם" ויש להוכיח "עיבוד כדי 50% משטח החלקה שהם האחוזים המינימליים להוכחת העיבוד".

32. בסקירתו של המלומד איל זמיר הוא הרחיב בנושא :

"תופעה נפוצה בעיקר באזורי ההר, היא עיבוד של חלקים וקטעים קטנים בתוך אזור סלעי או תלול שבכללותו אינו ניתן לעיבוד. אם ניתן לראות בקטע מעובד כלשהו חלקה עצמאית, כי אז יש להפרידו מכלל השטח, ולהכיר בזכויותיו של המעבד באותו קטע. אם לא ניתן לראות בקטעים המעובדים חלקות עצמאיות משום זעירותם, המבחן הוא האם כלל השטחים המעובדים ביחידת שטח כלשהי עולה על מחציתו של כלל השטח או לא. אם כן- יש להכיר בזכויותיו של הפרט מכח העיבוד. אם בתוך שטח גדול, המעובד בדלילות, ניתן לתחום שטח אשר בו שיעור העיבוד המפוזר עולה על מחצית, יש להכיר בזכויות מכח העיבוד בחלק שיופרד כאמור. הכלל של חמישים אחוזים יחול גם במקרה שבו בתוך שטח מעובד מצויים שטחים שלא עובדו. אדם המעבד, למשל, שטח של חמש מאות דונם אינו זכאי שירשמו על שמו זכויות גם בארבע מאות דונם שוממים הסמוכים לחלקתו. אולם אם הוא מראה שכל תשע מאות הדונם מהווים יחידה אחת, כגון שהם מגודרים בגדר שמעבר לה כל השטחים מעובדים, יזכה המעבד בכל השטח" (זמיר, **אדמות המדינה**, עמ' 19-21).

מן הכלל אל הפרט - חוות דעת המומחה

33. העורר הצביע על שורה של פגמים, אשר לשיטתו, די בהם כדי להביא לפסילת חוות דעתו של המומחה לפענוח תצלומי אוויר מטעם המשיב. תחילה, טען שמר פלמון אינו מומחה כיוון שלא רכש הכשרה מספקת; בהמשך הדגיש, שלמר פלמון עניין בתוצאות ההליך; ועוד טען העורר כי חוות הדעת איננה מפרטת כיצד הגיע המומחה למסקנותיו ולא צורפו לה מסמכי העבודה; בכך מנע המומחה מהוועדה את האפשרות לבחון כיצד הגיע למסקנותיו ולבקר את חוות הדעת.

כן טען העורר שחוות הדעת איננה מתחשבת בטיב השטח, ואיננה בוחנת את העיבוד בהתאם לדרישות שנקבעו בפסיקה; חוות הדעת איננה מבוססת על מספר מספק של תצלומי אוויר; בנוסף, נטען שהפקח שמסר את צו הפינוי לא הובא לעדות ולכן קיימת הנחה, שדבריו היו פועלים לחיזוק גרסת העורר ולרעת המשיב.

הוסיף העורר והפנה את חציו כנגד השטח שהוגדר על ידי המומחה כשטח הבחינה לשם חישוב אחוז העיבוד. המומחה בדק את אחוז העיבוד בשטח המקרקעין שפינויים התבקש בלבד. לדברי העורר, החלק הצפוני והדרומי של החלקה, המצויים מחוץ לשטח החפיפה, מעובדים באופן מלא והם מהווים חלק בלתי נפרד מחלקתו. אילו היו נלקחים בחשבון, אחוז העיבוד של החלקה היה חוצה את רף ה-50%. העורר הטעים, שהמקרקעין שפינויים התבקש דומים ל"אי המוקף מכל עבריו" בחלקתו המעובדת של העורר; לא ניתן להפריד את שטח הצו ולהגדירו כאדמת מדינה.

34. המשיב הסכים כי המומחה אינו עובד ביחידת הפיקוח של המינהל האזרחי, אולם טען שאין בכך כדי להטיל דופי בעדותו המקצועית. לדבריו, תצלומי האוויר העומדים בבסיס חוות דעתו, הם ראיות אובייקטיביות הניתנות לבדיקה ואימות; תצלומי האוויר הוגשו לעיון חברי ועדת העררים, אשר יכולים להתרשם מהאבחנה, המוצגת בתצלומים, בין שטח מעובד ושטח שאינו מעובד כלל. זוהי הדרך הטובה ביותר לבחון את שאלת ה"עיבוד והחזקה" של שטח המחלוקת, לאורך השנים. בצילום משנת 2006 ניתן להבחין בהכשרתם של המקרקעין ואילו בצילום משנת 2010 ניתן לזהות עצים שניטעו בהם. אף אם נניח, כי העצים ניטעו בשנת 2006 (לאחר תצלום האוויר), הרי שהמקרקעין עובדו משך 5-6 שנים עד לפרסום ההתראה לפינוי, בשנת 2011. המשיב הסביר כי

תצלומי האוויר אינם נבחרים באופן מגמתי, אלא בהתאם לזמינותם ואיכותם, בפערים של מספר שנים, כנהוג וכמקובל בענייני תצלומי אוויר.

35. לא אוכל לקבל את טענות העורר כי המומחה לא עבר הכשרה מספקת. מר פלמון, משמש בתפקידים רלוונטיים כבר יותר מעשר שנים; הוא פענח מאות תצלומי אוויר; אינני סבור שבתחום פענוח תצלומי אוויר, יש לדרוש מן המומחה להציג השכלה אקדמאית כתנאי להכרה במומחיותו (ראו והשוו: ע"פ 436/88 עוזי רבינוביץ נגד מדינת ישראל [פורסם בנבו; 11/05/89], פסקה 4 והאסמכתאות המופיעות שם); חשיבות גדולה יותר יש לייחס לניסיון המקצועי בתחום. לכן, אינני סבור כי יש לפסול את חוות דעתו כמומחה. עם זאת, עלינו לבחון את משקלה.

36. אין חולק, כי המומחה מועסק על ידי המשיב דרך קבע במסגרת הגוף האמון על הפיקוח על הרכוש הממשלתי. בין שלל תפקידיו, נדרש הוא גם להעיד כמומחה בפני הוועדה. על כן, בחנתי את עדותו בזהירות המתבקשת; העמקתי ודקדקתי בעיון בתצלומי האוויר. ולאחר זאת, באתי למסקנה שחוות דעתו לא נפגמה; ההפך הוא הנכון, היא הותירה רושם אמין ומשכנע.

37. המומחה בחן חמישה תצלומי אוויר בתקופות שונות וביקר פעמיים בשטח; המומחה הגיש לעיון הוועדה את תצלומי האוויר; ניתן לראות בהם, כי הקרקע אכן הוכשרה בשנת 2005. באשר לשנים הקודמות, צורפו שני תצלומי אוויר משנת 1997 ו-2002 בהן נראית החלקה כשהיא טרשית ברובה המכריע. ככל שקיימים בין הסלעים טלאים שבהם אדמה הניתנת לעיבוד, אלו אינם יכולים לעמוד בדרישת "העיבוד הסביר" ולהצדיק רכישת זכויות במקרקעין.

38. בפרשת רחאל קבע בית המשפט העליון, כי "תצלומי אוויר הם ראיה אובייקטיבית במלוא מובן המלה. תצלומי אוויר, כל עוד לא הוכח אחרת, הם "מקפא 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". וכן: "אין צורך להרבות במילים 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" (שם, פסקה 8).

39. באופן כללי, מסכים אני עם הטענה שלעיתים יש לתמוך את חוות דעת המומחה במספר רב יותר של תצלומי אוויר, על מנת להתמודד עם טענות שונות העולות בנסיבות ייחודיות. ואולם, בנסיבות המקרה שבפנינו, כאשר הקרקע נראית טרשית וללא שינויים משמעותיים בין שנת 1997 ושנת 2002, אין צורך בהגשת תצלומי אוויר נוספים.

40. דוק: העורר לא הצליח להוכיח כל קשר אל המקרקעין שפינויים התבקש. הוא אף לא הביא מומחה מטעמו לעדות; יתר על כן, הוא נמנע מלהציג לבחינת המומחה ולו תצלום אוויר אחד

התומך בגישתו, שהקרקע הייתה מעובדת באופן משמעותי; להימנעות מהבאת עדים או הצגת ראיות רלוונטיות משמעות ראייתית הפועלת לחובת הצד הנמנע.

41. טענתו של העורר לפיה הקרקע עובדה מידי שנה, אינה זוכה לתימוכין בתצלומי האוויר שהוגשו; בתצלומי האוויר ניתן להבחין באזורים המעובדים תדיר, ולאבחן ולהקיש מהם בנוגע למקרקעין שפינויים התבקש.

42. המומחה הגיש את תצלומי האוויר לעיונו ויכולנו להתרשם בעצמנו מאופן עיבוד הקרקע במהלך השנים; **נמקד מבטנו לרגע** בואדי החוצה את כל תצלומי האוויר באלכסון מדרום מזרח אל צפון מערב ומהווה את גבולו הצפוני של המקרקעין. אין צורך במומחיות, כדי להבין שכל שטח הואדי מעובד היטב לאורך כל השנים, ובאופן מלא (קרוב ל 100% עיבוד). כך ניתן להתרשם מאחוזי עיבוד גבוהים יחסית, לאורך כל השנים, של השטח המצוי דרומית-מזרחית למקרקעין. ביחס לשטח זה לא הוצאו צווי פינוי, על אף שהוא עבר הכשרה, נבנו בו טרסות ונשתלו עצים, לאורך השנים. שטחים מעובדים אלו מלמדים מתוך ההשוואה המתבקשת, כי המקרקעין שפינויים התבקש לא היו מעובדים לאורך השנים.

43. העורר טען, שהמומחה מטעם המשיב כשל בכך שלא בחן את אחוזי העיבוד בכל חלקתו, המסומנת במפת המדידה שהגיש (בפולגון בצבע אדום). על אף, שבמקרים המתאימים יכול שיהיה ממש בטענה מסוג זה, בנסיבות המקרה שבפנינו, לא אוכל לקבל את הטענה:

ראשית, נראה כי שטח צו הפינוי נקבע מתוך מטרה להיטיב עם המחזיק, ובניסיון להוציא מתוך שטח הפינוי שטחים שהיו מעובדים לאורך השנים. מהטעם הזה בלבד, לא נכלל השטח הדרומי שבמקרקעין בשטח צו הפינוי; אין צורך במומחיות כדי להבחין כי השטח הדרומי הוא מצומצם יחסית לשטח צו הפינוי; על כן, ככל שהוא היה מחושב ביחד עם השטח של צו הפינוי, אחוזי העיבוד בשטח הכולל לא היה עולה על 50%.

שנית, באשר לשטח הצפוני, ניתן לזהות שמדובר בתא שטח גיאוגרפי נפרד ומובחן - הוואדי המצוי צפונית לשטח צו הפינוי מפריד בין השטח הצפוני למקרקעין. יתר על כן, גם עד העורר הראשון, הוא העורר המקורי שהוחלף בעורר הנוכחי, התייחס לשטח הצפוני כיחידה נפרדת וטען כי הוא מצוי בבעלותו. מפת המדידה עצמה הפרידה בין השטחים השונים והתייחסה אליהם כאל חלקות נפרדות. לאור האמור, לא היה מקום לחשב את אחוזי העיבוד בשטח הצפוני ביחד עם המקרקעין, כאילו מדובר בחלקה אחת.

שלישית, טענת העורר ששטח צו הפינוי הוא כמו "אי המוקף מכל עבריו בחלקה של העורר", איננה מדויקת. תצלומי האוויר מלמדים כי טרם הוכשר היה שטח צו הפינוי טרשי. ככל שהיה בו עיבוד, הוא נעשה בקטעים קטנים ביותר בין הסלעים, אשר לא ניתן לחברם ליחידת שטח אחודה שבה 50% עיבוד והיא ניתנת להפרדה כתא שטח עצמאי. ניתן לראות, כי מדובר בחלק הצפון-מזרחי של

שלוחה המתמשכת למערב ולדרום ומוקפת בואדיות. בצפון, חלקתו של אבראהים. אומנם, בדרום ניתן להבחין בעיבוד, אולם העורר לא טען כי חלקתו נמשכת דרומה; ממילא, ניתן להבחין כי השטח שבדרום הוא תא שטח גיאוגרפי נפרד.

44. טענה נוספת של העורר היא שמומחה המשיב לא צירף לחוות דעתו ולא הגיש לעיון הוועדה את מסמכי העבודה ששימשו אותו. אכן, הסתבר, כי המומחה סימן את השטחים שהוא סבור כי הם מעובדים על תצלומי האוויר שברשותו (להלן: מסמכי העבודה), אך לא שמר עותק מהם. בהעדר מסמכי העבודה, עלה קושי להתרשם, לבחון ולבקר את ממצאיו ומסקנותיו. בטענה זו יש ממש. בספרו של המלומד קדמי, הוא קובע את הדברים הבאים:

"מחובתו של העד המומחה להציג - או לפחות להציע להציג - את "ניירות העבודה" שלו, לרבות פרטים של בדיקות משנה וצילומים המציגים תוצאות בדיקה במיקרוסקופ ובמכשור מתוחכם אחר; וזאת, על מנת שבית המשפט יוכל לעקוב אחרי הליכי הסקת המסקנה שהסיק המומחה ובמידת האפשר להיות "שותף" להליכים אלה. במיוחד אמורים הדברים בקשר להצגת צילומים המאפשרים לבית המשפט - על אף שאין הוא מומחה - "לראות במו עיניו" את מה שהמומחה מתאר בפניו מילולית (ראו יעקב קדמי על הראיות חלק שני 778 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009); וכן ע"פ 410/72 מדינת ישראל נ' אסעד עלי קיזל, פ"ד כח(1), 256; וע"פ 1532, 1839/92 עאטף אסקר נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על(3)94, 431, עמ' 438).

45. בערר 22/12 רתיב עבד אלה נעסאן נ' הממונה על הרכוש הממשלתי [פורסם בנבו; 02/02/14] קבענו, שעל מנת שניתן יהיה לבחון ולבקר את ממצאיו של המומחה, הרי שבכל התיקים, ולא רק במקרים הגבוליים) יש לשמור את כלל מסמכי העבודה ולהגישם לעיון הוועדה וב"כ העורר (וראו לעניין זה גם את ע"א 8954/06 וקף מוחמד ואבראהים עבדלרבו מעו נגד האפוטרופוס הכללי, [פורסם בנבו] תק-על(3)2010, 4310, 4325 ואת חוות דעתו של חבר הוועדה אייל נון בערר 37/09 עבד חוסיין חסן מוסא נגד הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש [פורסם בנבו]). המומחה מסר, כי הנחייתנו בערר 22/12 נלמדה והופנמה, אולם חוות דעתו במקרה שבפנינו הושלמה לפני שניתנה ההחלטה בערר 22/12. על כן, ניירות העבודה לא נשמרו. לגופם של דברים, טען כי נוכח אחוזי העיבוד הנמוכים (5% בשנת 1997 וכלל לא מעובד בשנת 2002), הרי שניירות העבודה לא היו מועילים לעורר.

46. בנסיבות העניין, ומבלי להתעלם מהפגם שבאי שמירתם של ניירות העבודה, נראה לי שיש לקבל את הסבריו של המומחה; בהתחשב בעיבוד המזערי של המקרקעין לפני ההכשרה, ניירות העבודה לא היו מועילים לעורר; ויוזכר, שהעורר עצמו בחר שלא להביא מומחה לפענוח תצלומי אוויר מטעמו ואף לא הצליח להוכיח שהמקרקעין שפינויים התבקש הם חלקתו. מטעמים אלו, גם לא מצאתי לחלוט ממצאים מאי הגעתו של הפקח לעדות.

47. ב"כ העורר הוסיף וטען שהמשיב לא הוכיח כי מדובר בקרקע מסוג מירי, לפי סיווגה בחוק הקרקעות; לפי הלך טיעונו, יש להניח שהקרקע היא מסוג מולק; נוכח האמור, הוראות סעיף 78 אינן חלות, והעורר איננו נדרש להוכיח עיבוד של הקרקע.

48. אודה כי לא ירדתי לסוף דעתו של ב"כ העורר; אין חולק, כי המקרקעין **אינם רשומים בטאבו**; הם מצויים **מחוץ לתחומי העיר או הכפר** (במרחק מה מהיישובים ח'ראס, נובא ובית אולא); **ולא מצויים בהם מבנים כלשהם**. כידוע, קרקעות מסוג מולק מחייבות רישום במשרד ספרי האחוזה והחזקתן בלי קושאן היא אסורה (**דוכן**, עמ' 45). קרקע הנמצאת במרחק מן העיר איננה יכול להיות קרקע מסוג מולק, אלא אם ניתן צו מיוחד של השלטון (**דוכן**, עמ' 48). גם צו כאמור לא הוצג בפנינו. יתר על כן, בתקופת המנדט קבע בית הדין לערעורים, שהתובע זכות מולק על יסוד הימצאותה של הקרקע בתחומי העיר, עליו חובת ההוכחה, שהקרקע היתה בתחומי העיר לפני שנת 1858 (**דוכן** עמ' 44 מפנה **לקטן נ' קטן ע.א. 288/43**, 11 פל"ר 30). מקל וחומר שבענייננו, חובת ההוכחה כי הקרקע היא מסוג מולק, מוטלת על העורר, וזאת הוא לא עשה.

בסמיכות אל המקרקעין קיימות אדמות מעובדות. אומנם, קרקע מסוג מוואת ש"הוחייתה" עשויה להפוך למולק, אולם הוכח בפנינו שבשנת 2002 הקרקע עודנה טרשית. העורר לא הציג כל ראיה לכך שקיבל מהשלטונות אישור להחיותה, וממילא לאחר שפורסמה פקודת הקרקעות המתות, 1921, אין עוד רשות לאיש לעבד קרקע מוואת ללא רשות מהממשלה (**דוכן**, עמ' 50-49). גם בהיבט הזה, טענתו של ב"כ העורר כי מדובר בקרקע מסוג מולק איננה מבוססת. יש לקבוע כי מדובר בקרקע מסוג מירי או מסוג מוואת, אך בהעדר ראיות חד משמעיות, אמנע מהקביעה.

49. נוכח מסקנתי כי הוכח שהקרקע עדיין היתה טרשית בשנת 2002, מתייטר הדיון בטיעונו של העורר, כי כיום אין עוד בסיס לשימוש בסעיף 68 לחוק הקרקעות. ככל שהקרקע לא עובדה מעולם, הרי שלא ניתן היה להובירה ואין צורך לדון בשאלת הנפקות של הוברתה. אין גם מקום לקבוע כי חלו במהלך השנים שינויים בפרשנות סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומאני (ראו בהקשר זה את פסיקת בית המשפט העליון בפרשת **אע'רייב**).

50. **לסיכום** האמור עד כה, לאחר בחינת עדותו של המומחה ותצלומי האוויר שהוגשו לעיונו, מצאתי את חוות דעתו כמשכנעת, ואינני סבור שיש להפחית ממשקלה. תצלומי האוויר הוכרו בפסיקה המושרשת כראייה האובייקטיבית הטובה ביותר, כזו שאין דרכה לשקר. בכל תצלום אוויר ניתן לזהות ולהבחין היטב בחלקות המעובדות ובאלו שאינן מעובדות. לא מצאתי ממש בטענות בא כוח העורר בדבר מספרם המועט של תצלומי האוויר או בדבר איכותם הנמוכה. גם לא מצאתי כי אילו היו מוגשים מסמכי העבודה, שבהם סימן המומחה את המטליות המעובדות היה בכך כדי להועיל לעורר. **לאור האמור, יש לקבוע כי הוכח שלא נרכשו זכויות מכוח עיבוד וחזקה במקרקעין.**

צו פינני או תביעה לסילוק יד

51. העורר טוען כי צו השמירה על אדמות המדינה ביטל את סמכות המשיב להוציא צווי פינוי (ראו בפסקה 3 לעיל); ולחילופין, ככל שקיימות שתי מערכות דינים מקבילות, יש להעדיף הגשת תביעת סילוק יד לבית המשפט הצבאי, בהתאם לצו השמירה על אדמות המדינה. **העורר מונה שלושה טעמים מרכזיים לתמיכה בטענתו:**

ראשית, בבחירה בין מקורות סמכות מקבילים, על הרשות לבחור במקור הסמכות המידתי יותר - והוא, הגשת תביעה לסילוק יד לבית המשפט. כללי המידתיות מקובלים במשפט המנהלי ואף במשפט הבינלאומי המנהגי והם מחייבים את המשיב. צו השמירה על אדמות המדינה מיטיב עם העורר במישור המהותי והדיוני: בתביעה לסילוק בפני בית המשפט הצבאי נטל ההוכחה יוטל על המשיב; לעומת זאת, בערר כנגד צו פינוי, הנטל יוטל על העורר והוא יידרש להצביע על פגמים בהחלטת המשיב, לאחר שזו כבר התקבלה. בתביעה לסילוק יד המשיב נדרש לפנות בתביעה לבית המשפט, ואילו בערר כנגד צו פינוי מנהלי העורר מחויב להגיש את הערר, שאחרת יפונה מן המקרקעין.

שנית, צו השמירה על אדמות מדינה מתיישב עם כללי המשפט הבינלאומי הקובעים כי יש לשמור על תוקפה של החקיקה שהייתה קיימת באזור (סעיף 43 לתקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (להלן: "תקנות האג").

ושלישית, אחד המבחנים המקובלים בפסיקה ובספרות המשפטית לבחינת חוקיות תחיקת הביטחון והאופן שבו היא משרתת את האוכלוסייה המוגנת, הוא האם קיים הסדר דומה בחקיקת המדינה הכובשת. במדינת ישראל ההתדיינות המשפטית מתקיימת בפני בית המשפט השלום, בין אם מדובר בתביעה לסילוק יד שמגישה רשות מקרקעי ישראל, ובין אם מדובר בערר כנגד צו לסילוק יד שניתן בהתאם לסמכות שב**חוק מקרקעי ציבור (סילוק פולשים)**, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק סילוק פולשים"). במדינת ישראל אין חקיקה הדומה לצו בדבר רכוש ממשלתי המקנה את הסמכות לדון בערר לוועדת העררים. על כן, יש לקבוע כי הצו הינו צו מפלה ופוגעני. על המשיב, כרשות מנהלית המחויבת בכללי המשפט המנהלי, להבטיח את זכויות האוכלוסייה המוגנת.

נוכח כל האמור, ביקש העורר כי יבוטל צו הפינוי והממונה יידרש להגיש תביעת סילוק בבית המשפט הצבאי.

52. המשיב הסביר כי היקף הפלישות ל"אדמות המדינה" מחייב מתן אפשרות לנקוט בהליכים מנהליים מהירים למיגור התופעה; המשיב טען כי העורר לא הראה כיצד נקיטת הליך של הגשת תביעה, כמבוקש על ידם, ישנה את מצבם לטובה. לדבריו, הגשת תביעה שקולה להוצאת התראה על חובת פינוי; אין חובה לערוך שימוע פורמאלי באף אחד מהמקרים; התשתית העובדתית בשני המקרים תתבסס על חוות דעתו של מפענח תצלומי האוויר; וההליך בפני ועדת העררים יהיה דומה להליך בפני בית המשפט; על כן, לא הוכח כי הדרך בה נוקט המשיב היא פחות ראויה, פחות צודקת או פחות הוגנת מאשר כל דרך אחרת שניתן לנקוט בה.

בנסיבות אלו, כך נטען, אין מקום להחליף את שיקול דעתו והחלטתו של המשיב באשר לדרך בה הוא בוחר לפעול בשיקול דעתה של ועדת העררים. בנוסף, הפנה המשיב [לסעיף 6ב](#) לצו בדבר רכוש ממשלתי הקובע כי: "הממונה רשאי, בנוסף לכל סעד אחר המצוי בדין או בתחיקת הביטחון, להודיע בכתב למחזיק על חובתו לפנות את הנכס בתוך 45 ימים..."; מכאן, למד המשיב, כי קיימת לו הסמכות לפעול להוצאת צו פינוי, אף אם קיימת אפשרות של הגשת תביעה.

53. לא אוכל לקבל את טענת העורר. בפתח הדברים יצוין, כי טיעונים אלו אינם מועלים לראשונה בהליך שבפנינו. הם הועלו בעררים רבים ונדחו (ראו, בין היתר, החלטת ביניים של נגידת ועדות העררים, כבוד השופטת סא"ל דליה קאופמן, [בערר 38/10](#) עלי עמאירה ואח' נגד הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש (22/03/12; לא פורסם)). עם זאת, לא אפטור עצמי מלדון בטיעוני הסמכות ולהכריע בהם, כאילו הועלו בפניי לראשונה.

54. שאלת סמכות המשיב להוציא צווי פינוי מכוח הצו בדבר רכוש ממשלתי נדונה והוכרעה [בבג"ץ 285/81 פדיל אל נאזר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח', פ"ד לו\(1\) 701](#) (להלן: "פרשת אל נאזר"). נקבע שם שהמשיב מחויב לפעול לפי הקווים, אשר הותוו בתקנה 55 לתקנות האג. תקנה 55 מטילה על השלטון הצבאי את החובה לשמור על רכוש הציבור. רואים את הרשות הצבאית, אשר באה במקום השלטון הקודם שניגף בפניה, כמנהלת וכמפיקה פירות של המקרקעין, שהיו שייכים למדינה, אשר שלטה בשטח לפני כינונו של הממשל הצבאי. נקבע, שהמשפט הבינלאומי אינו מתיר למי שהיה תושב האזור לפני כינונו של השלטון הצבאי ליטול, למטרותיו שלו, את החזקה במקרקעין, שהם רכוש הציבור.

הוסיף כבוד בית המשפט העליון והבהיר באותה החלטה, שמעמדו של הרכוש נקבע לפי אמות מידה, המעוגנות במשפט החל באזור. כאשר מתגלעת מחלוקת בשאלה, אם מקרקעים פלוניים הם רכוש הציבור או רכוש הפרט, מקובל הכלל, כי יש לראות את הרכוש כציבורי, עד אשר שאלת הבעלות מוכרעת באופן סופי (תימוכין לקביעה זו ניתן למצוא גם בא' זמיר, **אדמות המדינה**, עמ' 12 ובאסמכתאות המובאות שם). כדי לקיים חובותיו, בעקבות האמור בתקנה 55 הנ"ל, פרסם המשיב את הצו בדבר רכוש ממשלתי. הצו יצר את משרת הממונה על הרכוש הממשלתי, אשר רשאי ליטול את החזקה ברכוש ממשלתי ולנקוט כל צעד הנראה לו כדרוש לכך. הנה כי כן, אין מקום לקבלת טענת העורר, לפיה הוצאת צווי פינוי מנוגדת לחובות המוטלות על המשיב מכוח כללי המשפט הבינלאומי, להגן על הקניין הפרטי. הוצאת צווי פינוי מתחייבת על מנת להגן על הרכוש הציבורי.

כן נקבע בפרשת אל נאזר, שהצו בדבר ועדות עררים (אזור הגדה המערבית) (מס' 172), תשכ"ח-1967 (להלן: "הצו בדבר ועדות עררים") יוצר את היסוד לכינונה של ועדת עררים ומטרתו היא להעניק לתושב האזור את האפשרות להלין על החלטה של המשיב. נמצאנו למדים, כי צו השמירה על אדמות המדינה לא ביטל את תוקף הצו בדבר רכוש ממשלתי.

55. אלא שהעורר העלה טענה חלופית, והיא שיש להעדיף הגשת תביעת סילוק לבית המשפט בהתאם לצו השמירה על אדמות המדינה, על פני הליך פינוי בהתאם לצו בדבר רכוש ממשלתי. הטעם לטענתו, הוא שבבחירה בין מקורות סמכות מקבילים על הרשות לבחור במקור הסמכות המידתי יותר. בנסיבות העניין שבפנינו, סברתי כי לא ניתן לקבל טענה זו.

56. הלכה מושרשת במשפט המנהלי היא שמקום שבו עומדות בפני הרשות שתי חלופות פעולה, על פי מקורות סמכות מקבילים, אשר יכולים לדור בכפיפה אחת, הברירה היא בידי הרשות לבחור במקור הסמכות כראות עיניה (ראו [בג"ץ 171/69 פנינה פילצר ו-26 אח' נגד שר האוצר והחברה לפיתוח מזרח ירושלים בע"מ](#), פ"ד כ"ד(1) 113 וכן האסמכתאות שקובצו שם; ראו בנוסף, י' זמיר **הסמכות המינהלית**, [פורסם בנבו, תשנ"ו] 155-161). הלכה זו, ככל שהיא נוגעת לחלופות הפקעת מקרקעין, נשארה על מכונה, גם לאחר חקיקת חוקי היסוד המעגנים את מעמדה החוקתי של זכות הקניין (וראו [בג"ץ 3028/94 מהדרין נ' שר האוצר, פ"ד נ"א\(3\) 85](#)).

57. העורר טען, כי במדינת ישראל אין חקיקה דומה לצו בדבר רכוש ממשלתי. ההתדיינות בתביעה לסילוק יד או בערר כנגד צו לפי [חוק מקרקעי ציבור \(פינוי קרקע\)](#), התשמ"א-1981, מתקיימת בפני בית משפט שלום. ואילו, באיו"ש ההתדיינות היא בפני ועדת העררים. על כן יש לקבוע כי הצו הוא מפלה ופוגעני.

58. משהפנה העורר אל הדין במדינת ישראל, שומה עלינו לבחון את הלכת בית המשפט העליון בישראל בעניין [בן שמחון \(רע"א 4311/00 מדינת ישראל נגד אליעזר בן שמחון\)](#) [פורסם בנבו; 19/11/03]. באותו עניין, טען המשיב כי צו הסילוק הינו חסר תוקף משפטי מאחר שלא נתקיימו התנאים המוקדמים על פי החוק להוצאתו. בית המשפט העליון פסק:

"צו סילוק פולש הוא אמצעי דרסטי וחריג לעקרונות המקובלים של השיטה המשפטית בנותנו בידי הרשות המינהלית, שהיא צד נוגע בדבר, כח הנתון בדרך כלל בידי בית המשפט, לקבוע אימתי יסולק תופס מהקרקע בלא משפט. הסדר זה הינו מיוחד לקרקעות ציבור ולא הורחב לקרקעות הפרט. מתחייב כי במסגרת הפעלת שיקול הדעת המינהלי של הממונה הוא יהיה משוכנע בקיום וודאות ברמה גבוהה בדבר קיום הפלישה והעדר זכותו של התופס לחזקה בקרקע, שאם לא כן, עשוי שיקול דעתו במתן הצו ללקות באי סבירות. מקום שעולה ספק בעניין זה, או שהדברים עשויים להשתמע לכמה פנים, אין להיזקק להליך על פי חוק סילוק פולשים אלא הדרך הנאותה היא לברר את מערכת היחסים בין הצדדים והיקף זכויותיהם לקרקע במסגרת תביעת סילוק יד רגילה המוגשת לבית המשפט".

59. האם ניתן ללמוד מהדין בישראל ולקבוע הלכה דומה גם ביחסים שבין הצו בדבר רכוש ממשלתי והצו בדבר השמירה על אדמות המדינה. לטעמי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה. קיימים הבדלים, שהם כורח המציאות בין הדין באיו"ש והדין בישראל. נתייחס אל עיקריהם להלן.

60. ההבדל העיקרי בין איו"ש ומדינת ישראל הוא **בערכאות השיפוט** הפועלות בהן; בישראל - תביעות לסילוק יד ולסעד הצהרתי בדבר בעלות במקרקעין מוגשות תדיר וכעניין שבשגרה לבתי המשפט השלום והמחוזי (בהתאמה).

61. ואולם, באיו"ש, ככל שידיעתי משגת, מעולם לא הופעלו סמכויות הממונה ולא הוגשה תביעה לסילוק ממקרקעין לבית המשפט הצבאי. סמכותו של בית המשפט הצבאי לדון בתביעות לסילוק יד (הקבועה, כאמור, בצו השמירה על אדמות מדינה), נותרה אפוא, כאות מתה לא הופעלה ולא נבחנה. יתר על כן, לא כונן באיו"ש בית משפט צבאי ייעודי, על מנת שידון בתביעות מקרקעין שונות (והדברים מובאים בהרחבה ב**בג"ץ 332/11 עבד אלקאדר קבהא נגד שר הביטחון ואח'** [פורסם בנבו; 30/09/13] (להלן: בג"ץ קבהא) והשוו לדין בתקופת השלטון המנדטורי, כמופיע בספרו של המלומד דוכן, פרק 19 עמ' 417 ואילך).

62. בכל הנוגע לוועדות העררים המצב הוא שונה בתכלית. במהלך השנים, התפתח הדין הנוגע אליהן, הן בחקיקה והן בפסיקה;

המפקד הצבאי חוקק שורה של צווים, המקנים לוועדות העררים סמכויות שונות לדון בעררים כנגד החלטותיו או כנגד החלטות שקיבלו אורגניו (ראו למשל את **הצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה והשומרון)** (מס' 25), התשס"ז-2007, הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), התשס"ז-2007, תקנות לרישום מקרקעין (בקשות לרישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו) (יהודה והשומרון), התשס"ח-2008 ועוד צווים וחקיקים שונים המפורטים בתוספת **לצו בדבר ועדות עררים**. אך לפני ארבע שנים (ביום 27/04/10), תוקנו התקנות בדבר ועדות עררים (סדרי דין) (יהודה והשומרון), התש"ע-2010.

בנוסף לתיקוני חקיקה, התקבלו הלכות מנחות בפסיקת ועדות העררים (לשם המחשה, ראו לאחרונה את **ערר 129/12 אלעאידון ללעקראת (טלמון) בע"מ נ' קמ"ט רישום מקרקעין** [פורסם בנבו; 30/06/13], שניתן לאחרונה על ידי כבוד השופט רס"ן חיים זנדברג). באופן דומה, גם בית המשפט העליון בישראל נדרש לסוגיות שנדונו בפני ועדות העררים וקבע הלכות משמעותיות (ראו לאחרונה **בג"ץ 5439/09 אחמד עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית שלפי הצו בדבר ועדות עררים מחנה עופר** [פורסם בנבו; 20/03/12]; **בג"ץ 1299/11 צורים 2000 בע"מ נגד ראש המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון** [פורסם בנבו; 05/04/12]; וכן בג"ץ **קבהא** אליו הפנית לעיל).

63. הנה כי כן, בנסיבות העניין, לסביבה החקיקתית של דברי החקיקה בהם עסקינן משמעות כמעט בלעדית על אופן פרשנותם ועל מידתיות השימוש שיעשה בסמכויות שבהם. וכבר נפסק כי "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו. הוא מקבל צביונו מהקשר הדברים" (השופט זוסמן ב**בג"ץ 58/68 שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477**, בעמ' 513, וראו גם **בג"ץ 174/85 גאלב חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט(3) 245**). הסביבה החקיקתית של דברי החקיקה באיו"ש איננה דומה לסביבה החקיקתית של דברי החקיקה במדינת ישראל. אסביר ואדגים:

היעדר סדרי דין - במצב הקיים, ככל שנבקש לקבוע, כי ראוי לחייב את הממונה לפעול על פי סמכותו שבצו בדבר שמירה על אדמות המדינה, ניתקל בקשיים רבים. המחוקק הירדני והמחוקק הצבאי לא קבעו סדרי דין לדיון בפני בית המשפט הירדני או הצבאי. ניתן לטעון, כי בהיעדר סדרי דין - הם יצטרכו להיקבע מכוח "חקיקה שיפוטית". ואולם, גם לפי גישתו של פרופ' אהרן ברק, הרחבת היקפו של חוק מותנית בכך שתהיה פשוטה לביצוע ושאינה בה התערבות יתירה במרקם החקיקתי. "יש להתחשב בהיקף ההרחבה, בהשפעותיה התקציביות ובאפשרויות השונות הטמונות בה" (ראו פרשנות במשפט כרך ג', פרשנות חוקתית 765-766 (1994)). אין נוקטים בדרך זו מקום שמדובר בנושא מורכב, שהשלכותיו אינן ברורות, ושמטיבו הוא טעון הסדרה על ידי המחוקק (בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נד(1) 419, 468 (2002)).

הדין המהותי שונה - הקושי להגן על הרכוש הציבורי מפני פלישות מוכר במדינת ישראל כמו באיו"ש. ואולם באיו"ש, הפלישות אל הרכוש הציבורי עלולות ליצור מצב בלתי הפיך של אובדן זכויות הציבור במקרקעין הציבורי. באיו"ש, בשונה מישראל, נותר בתוקפו סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומאני. על פי האמור בסעיף, כל אדם המעבד ומחזיק מקרקעין ציבוריים במשך 10 שנים, ובידו מקור חוקי להחזקתו, רוכש בהם זכויות. נמצאנו למדים, כי דיני המקרקעין המהותיים באיו"ש מציבים אתגר משמעותי בפני רשויות הפיקוח והאכיפה של המשיב. מתחייבת הבחנה גם בכלים המשפטיים הנתונים בידי המשיב על מנת להילחם בתופעת הפלישות.

אי בהירות בנוגע לזכויות במקרקעין - באיו"ש, בשונה מישראל, כשני שלישים מהמקרקעין לא עברו הליך של הסדר מקרקעין. קיימים קשיים משמעותיים לקבוע את הזכויות במקרקעין שלא הוסדרו. נוכח האמור, קיים קושי להעתיק את ההלכה שנקבעה במדינת ישראל, ואשר דורשת מהרשות לגבש ודאות ברמה גבוהה בטרם תוציא צו פינוי. למרבה הצער, המצב המשפטי של המקרקעין באיו"ש מציב בפני המשיב קושי משמעותי לגבש ודאות ברמה גבוהה בטרם יקבל החלטה על פינוי ממקרקעין. קביעה נורמטיבית הדורשת ודאות ברמה גבוהה עלולה להביא לשיתוקו של המשיב מלפעול, ובכך להפוך את מקרקעי הציבור להפקר.

64. בנסיבות אלה, אין לקבל את טענת העורר כי פעולת המשיב איננה מידתית. פעולת המשיב לפי הצו בדבר רכוש ממשלתי מהווה אמצעי מתאים ומידתי לפינוי הפלישה; הפגיעה הצפויה מההחלטה של הרשות עומדת ביחס סביר בהשוואה לתועלת הצפויה ממנה (מבחינה המידתיות הראשון והשלישי). לטעמי, בהתחשב בשוני המשמעותי בין מדינת ישראל ואיו"ש, כפי שפורט לעיל (היעדר סדרי דין, החשש מפני אובדן הזכויות במקרקעי הציבור ואי הבהירות בנוגע לזכויות במקרקעין), יהא זה כמעט בלתי אפשרי לכפות על המשיב להגיש תביעות לסילוק יד לבית המשפט הצבאי.

בהיעדר סדרי דין, ובהיעדר "היסטוריה שיפוטית" ותקדימים מחייבים, ספק אם ניתן לקבוע כי **האפקטיביות** של שתי החלופות שבהן יכול לפעול המשיב היא דומה (ראו בספרה של ד' ברק-ארז משפט מנהלי, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התש"ע-2010, כרך ב' עמ' 776 ואילך). **אין מדובר בחלופות שהן דומות בעיקרן** ועל כן, בהיעדר תיקון חקיקה מקיף, הכולל גם קביעת סדרי דין, ספק אם ראוי לדרוש מהמשיב, כי יגיש את תביעותיו לבית המשפט הצבאי. **בנסיבות אלו, למצער ניתן לקבוע, כי החלטתו שלא להגיש תביעה לסילוק יד לבית המשפט הצבאי - איננה בלתי מידתית.**

65. יתר על כן, לא אוכל לקבל את הטענה כי זכויות העורר או זכויותיהם של עוררים שכמותו נפגעות, במישור המהותי או הדיוני, בהליך ערר כנגד צו פינוי לפי הצו בדבר רכוש ממשלתי. מכל מקום, העורר לא הצליח להצביע כיצד נשללה ממנו זכות דיונית, מהותית או אחרת, בשל נקיטת הממונה בהליך של ערר. **בערר 15/12 צאבר מרעי ואח' נגד הממונה על הרכוש הממשלתי** [פורסם בנבו; 23/03/14] התייחסנו אל טענה דומה שהועלתה, וכך קבענו:

"נטל ההוכחה בערר על צווי פינוי במקרקעין בלתי מוכרזים, עודנו מוטל על המשיב, והוא - אינו חולק על כך. המשיב - המבקש לפנות מן החלקות - מחויב להוכיח את זכותו בקרקע, בהתאם לכלל של המוציא מחברו עליו הראיה. ובכך טמון הבדל דיוני משמעותי הפועל לטובת העוררים ולא נגדם.

לעומת זאת, בערר כנגד הכרזה על אדמות מדינה קובע החוק כי הנטל מתהפך ומוטל על העוררים, וכך הם הדברים גם בצווים לפי הצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין פרטיים (יהודה והשומרון) (מס' 1586), התשס"ז - 2007. והנה, בהליך דנן, הנטל מוטל על המשיב. לאור האמור, נשמט הבסיס תחת טיעונם המרכזי של העוררים.

כך הם הדברים גם בכל הנוגע לזכות הגישה לערכאות; פתיחת הליך ערר הינו עניין קל ופשוט: האגרה אינה יקרה באופן יחסי לכל הליך אחר (150 ₪ בלבד), אין צורך בהגשת מפות מדידה יקרות של תוכנית לצרכי רישום - כנדרש בהליך רישום ראשון, והגישה אל ועדות הערר היא נוחה ופשוטה, הואיל והן מצויות בבית המשפט הצבאי בעופר והדיונים בהן הם פומביים.

לא אוכל לקבל גם את הטענה כי "החלקות נשוא העררים מעולם לא עברו הליך משפטי כלשהו או לכל הפחות הליך משפטי פומבי, תקין וראוי". הדיון בועדות העררים מתקיים בפני הרכב שופטים, שמונו על ידי מפקד האזור. במסגרת הערר נשמעו כל טענותיהם של העוררים וניתנה להם הזכות להביא כל ראיה שברצונם להביא. עוד יש לציין, שההליך בפני ועדת העררים הוא הליך מינהלי מעין שיפוטי ולכן ניתן להציג בו גם ראיות שאינן קבילות".

66. עסקתי לעיל בקשיי האכיפה באיו"ש ובשוני הקיים בדיני המקרקעין המהותיים בין איו"ש ומדינת ישראל. נוכח השוני האמור, יש לדחות את טענת העורר כנגד עיתוי הוצאת צו הפינוי. **בנוסף לכך, בנסיבות המקרה הפרטניות, לא הוכח כי המשיב היה מודע לפלישה זמן רב לפני הוצאת צו הפינוי והשתהה.**

67. טענה נוספת העלה העורר, בנוגע לסמכותו של המשיב; לשיטתו, המשיב לא עמד בנטל הראייה להוכיח כי המקרקעין שפינויים התבקש היו רכוש ממשלתי במועד הקובע; העורר הסביר, כי הצו

בדבר רכוש ממשלתי קבע במקור, כי רכוש ממשלתי הוא רכוש שהיה שייך למשיב במועד הקובע, דהיינו, כ"ח באייר תשכ"ז (7/6/1967). מאוחר יותר, תוקן הצו בדבר רכוש ממשלתי (בצו מס' 1091); העורר הטעים, שלאחר תיקון הצו נקבעה בו דרישה מצטברת - שהרכוש היה רכוש ממשלתי הן במועד הקובע והן לאחר מכן. ואולם, ראיות המשיב מתייחסות לשנים 1997-2012 בלבד; המשיב לא הביא ראיות כלשהן בדבר זכויותיו במקרקעין במועד הקובע; על כן, לא עמד המשיב בנטל הראייה המוטל עליו - להוכיח כי מדובר באדמת מדינה וכי הצו הוצא כדין. לחילופין, טען כי אין להחיל את התיקון האמור לצו באופן רטרואקטיבי. עוד טען, כי צו מספר 1091 הינו בלתי חוקי ובטל מעיקרו, שכן הוא הוצא בחריגה מסמכות החקיקה של השלטון הצבאי בשטח כבוש, ודינו בטלות. העורר טוען כי להבדיל מרכוש שהיה שייך לממלכה הירדנית, השלטון הצבאי אינו רשאי ליצור "יש מאין" רכוש ממשלתי חדש במהלך תקופת הכיבוש.

68. לא אוכל לקבל את טענותיו אלו של העורר. דומה, כי העורר לא דק פורתא בנוסחו של הצו כיום; הצו קובע: כי "רכוש ממשלתי" הוא "רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שייך, רשום על שם, או מוקנה לאחד מאלה: א. למדינת אויב; ...". נמצאנו למדים כי הצו אינו קובע דרישה מצטברת, אלא דרישה חלופית.

כפי שנקבע בפרשת **אל נאזר** המשיב מחויב לשמור על רכוש הציבור. מעמדו של הרכוש נקבע לפי אמות מידה, המעוגנות בדיני הקניין המהותיים החלים באזור. נוכח האמור, אדמה טרשית, שאיננה ניתנת לעיבוד, כדוגמת המקרקעין שפנינו, הינה רכוש ציבורי בהיותה שייכת לריבון; ודוק: המומחה קבע שהקרקע היא טרשית ולא אדמות בור, דהיינו: אין בה סימני עיבוד שהופסק - היא לא עובדה מעולם; גם במועד הקובע, הייתה היא שייכת לריבון ומוגדרת כרכוש ציבורי.

זאת ועוד, כפי שכבר ציינתי לעיל, בהתאם לדיני המקרקעין המהותיים, שאותם לא שינה הצו בדבר רכוש ממשלתי, כאשר מתגלעת מחלוקת בשאלה, אם מקרקעים פלוניים הם רכוש הציבור או רכוש הפרט, מקובל הכלל, כי יש לראות את הרכוש כציבורי, עד אשר שאלת הבעלות מוכרעת באופן סופי.

69. **לסיכום** פרק זה, לממונה על הרכוש הממשלתי נתונה הסמכות לפעול לפי שני חיקוקים שבהם סמכויות מקבילות. אין לומר, כי בחירתו בסמכות שלפי הצו בדבר רכוש ממשלתי היא בלתי סבירה או בלתי מידתית בנסיבות העניין. העורר אף לא הצליח להצביע על זכות יסוד שלו שנפגעת כתוצאה מבחירה בהליך האמור. הוכח כי אדמת המקרקעין היא טרשית ועל כן מאז ומעולם היתה רכוש ממשלתי.

שימוע

70. העורר טען שיש להורות על בטלות הצו, שכן הוא ניתן מבלי שנערך לעורר כל שימוע, וזאת בניגוד לכללי הצדק הטבעי. העורר לא קיבל התראה או פנייה כלשהי בטרם הוצא הצו ובטרם הודע לו כי המשיב טוען שמדובר באדמות מדינה. העורר הדגיש כי כללי המשפט המנהלי קובעים זכות שימוע לגורם הנפגע בטרם תתקבל החלטה מנהלית שעלולה לפגוע בו. לשיטתו, הפרת זכות השימוע במקרה הנוכחי מנעה ממנו את האפשרות לטעון כי מדובר באדמה פרטית ולהציג בפני הרשות את ראיותיו, טרם קבלת החלטה. כך גם, נמנעה ממנו האפשרות להציג בפני הרשות מפת מדידה ובה גבולות החלקה שלו; מפת המדידה יכולה הייתה לשמש את מומחה המשיב להגדרת השטח העומד לבדיקה, ובהתאם לכך שאחוזי העיבוד במקרקעין יעלו.

71. העורר הוסיף וטען שצו הפינני הוצא בחיפזון ומבלי שנערכה בחינה ראויה של הדברים; לשיטת המשיב, טיעון זה קשור בטבורו לטיעון בדבר היעדר זכות שימוע; במהלך השימוע, יכול היה המשיב לקבל מן העורר נתונים רלוונטיים להחלטה בדבר המקרקעין; המשיב לא ערך בדיקה עניינית, ולא פעל לאסוף את הנתונים והעובדות הנדרשים לעניין בטרם קיבל את החלטתו. היה עליו לבחון כל מידע הקשור בקרקע, בהיסטוריה של הקרקע וברישומים בנוגע לקרקע. פועל יוצא, שהחלטה להוציא את צו הפינני התקבלה בהעדר תשתית עובדתית ראויה, היא פגומה באופן יסודי ודינה - בטלות.

72. לשיטת המשיב, הוא אינו מחויב על פי חוק לקיים שימוע טרם הוצאת צו הפינני; והדברים אף נכונים לאור טיבו של ההליך. המשיב הודה, כי בעקבות החלטת ועדת העררים [בערר 36/10](#) [פורסם בנבו] הוא בוחן את האופן שבו מתבצע הליך הוצאת צו הפינני ושוקל בעתיד לאפשר זכות שימוע. ועם זאת, טען כי העובדה שניתן לבצע את ההליך באופן שונה, אינה כורכת עימה פסלות ההליך באופן בו הוא ננקט היום.

73. יש ממש בטענות העורר בדבר חשיבות קיומו של השימוע והתועלת שיכולה להיגזר ממנו. בהחלטת הביניים [בערר 36/10 ממדוח חג'אזי אמיל ערפה נ' הממונה על הרכוש הממשלתי](#) [לא פורסם] [פורסם בנבו]; 02/02/14] כבר הבעתי דעתי בדבר נחיצות קיומו של הליך שימוע, כחלק מהליך הוצאת צו הפינני. בהתאם לכך, הצעתי:

"לשקול לשנות את הנוהל כך שתפורסם התראה על חובת פינני, המאפשרת לטוען לזכות הזדמנות לטעון את טענותיו ורק לאחר שזכות הטיעון והליך השימוע ימוצו או בחלוף התקופה, יוצא צו הפינני, שיאפשר לעורר עליו בתוך 45 יום, כפי שקבוע בתקנות. מובן, כי קיום הליכי שימוע מיטביים, יממשו בצורה טובה יותר את זכות הטיעון של הטוען לזכות ואף יטייבו את החלטת הרשות המנהלית, אשר תתקבל לאחר בחינה של כל חומר הראיות המנהלי, לרבות הראיות שיציג בפניה הטוען לזכות".

74. נשאלת השאלה מהו הסעד הראוי, בהיעדר קיום שימוע. האם יש להורות על ביטול החלטה המנהלית, כלומר ביטולו של צו הפינוי, או שניתן להסתפק בסעדים מתונים יותר. בסוגיה דומה, עסק בית המשפט העליון לאחרונה. בפרשת הייכל נטען שהופרה זכותו של הנאשם לשימוע לפני שהתקבלה החלטה אם להגיש נגדו כתב אישום, כנדרש [בסעיף 60א\(ד\) לחוק סדר דין הפלילי](#) [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. וכך קבע כבוד בית המשפט העליון:

"השימוע נועד לאפשר לחשוד בעבירה מסוג פשע לשטוח את טענותיו לפני הרשות המוסמכת קודם שתחליט אם יש מקום להעמידו לדין. זכות השימוע מגנה על זכויות חשודים, ועשויה לייעל את מלאכת התביעה. ככל שיהא ביד החשוד לשכנע את התביעה שאין להעמידו לדין, תיחסך ממנו הפגיעה האינהרנטית הנלווית לאישום פלילי בעבירה חמורה. כך גם ייחסכו משאבי תביעה ושיפוט הכרוכים בניהולו של הליך פלילי. השימוע עשוי לחדד את המחלוקות בין הנאשם לתביעה ולייעל את ניהול ההליך; הוא אף עשוי לעודד הידברות בין התביעה להגנה בניסיון לגבש עסקת טיעון. מנגד, השימוע עלול לסרב את עבודת התביעה ולדחות את פתיחתו של ההליך הפלילי. כדי שיגשים את תכליותיו באופן מיטבי, יש לקיים את השימוע מראש. זהו הכלל, וככל שאין טעמים לסתור, מן הראוי להקפיד עליו... בפסיקה שקדמה לחקיקת סעיף 60א נקבע כי "לא עומדת לחשוד הזכות לטעון טענותיו כנגד הגשת אישום פלילי נגדו בטרם יחליט התובע אם להגיש נגדו כתב אישום אם לא... הטעם לדבר הוא שהחלטה בדבר הגשת כתב אישום היא שלב מוקדם לדיון העיקרי המתקיים בערכאה השיפוטית, שבה יוכל הנאשם להשמיע את טענותיו, ומשום כך נקבע כי אין הוא זכאי לטיעון בטרם הגשת כתב אישום נגדו. מטעם זה נפסק כי "זכות הטיעון הקבועה כיום בסעיף 60א [לחוק סדר הדין הפלילי](#) אינה מעוגנת בעיקרי הצדק הטבעי ובעקרונות היסוד של הליך מנהלי תקין, והיא קמה רק מכוח הוראתו המפורשת של המחוקק" (הנשיאה ד' ביניש [בבג"ץ 3495/06](#) הרב הראשי לישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פורסם בבנו] פסקה 18 (30.7.2007)).

10. על רקע זה יש לבחון את נפקות הפגם בענייננו. החלטת התובע על העמדת המערער לדין היא החלטה מינהלית. בהחלטה זו נפל פגם שכן שימוע לא נערך קודם להגשת כתב אישום. אולם כלל ידוע הוא כי יש להבחין בין פגם בהליך לבין תוצאת הפגם. פגם משפטי מאותו סוג עשוי להוביל במקרים שונים לתוצאות שונות, לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. מטבע הדברים, החלטת דוקטרינת הבטלות היחסית בנוגע לפגם משפטי בפעולת הרשות נעשית תמיד על רקע נסיבותיו הפרטניות של המקרה. דוקטרינה זו הוחלה גם בהליך הפלילי, כפי שנפסק [בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט\(6\) 776, 834 \(2005\)](#): "אכן, מקורו של עקרון הבטלות היחסית הוא במשפט המינהלי; אך כבר היו דברים מעולם, והעיקרון הוחל גם במסגרתם של הליכים פליליים [...]. מקל וחומר ניתן לכאורה להחיל את עקרון הבטלות היחסית על החלטה בתחום הפלילי שלפי מהותה היא בגדר החלטה מינהלית..." (השוו גם: [ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ\(1\) 793, 816 \(1996\)](#); [רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה\(4\) 673, 684 \(2001\)](#)). כזו היא החלטת תובע בדבר העמדה לדין" (ראו [ע"פ 1053/13 ח.ה. נ' מדינת ישראל ואח' \[פורסם בבנו\] תק-על 2013\(2\), 10843](#), עמ' 10848; ההדגשות שלי - מ.ו.).

75. ואכן, בדומה להחלטה בדבר הגשת כתב אישום, כך גם החלטה על הוצאת צו פינוי היא שלב מוקדם להליך העיקרי המתקיים בערכאה מעין שיפוטית, שבה יוכל העורר להשמיע את טענותיו. אך, בשונה מחובת השימוע בטרם הגשת כתב אישום פלילי, הקבועה [בסעיף 60א לחסד"פ](#), בענייננו לא נקבעה חובת השימוע בחוק.

76. כעת, עלינו להתייחס לנסיבות הייחודיות של המקרקעין הבלתי מוסדרים באיו"ש; במקרים רבים, בידי המשיב מצוי מידע מוגבל ביותר בנוגע למערך הזכויות במקרקעין **בלתי מוסדרים**, כגון שטחי חקלאות או שטחי טרשים; רישומי מס הרכוש מתאפיינים בהיעדר פרטים המאפשרים למקם את החלקות בתוך הגושים הפיסקאליים; המשיב צפוי להיתקל בקשיים משמעותיים בעת שהוא מבקש לאסוף מידע רלוונטי לצורך הוצאת צו פינוי במקרקעין מסוג זה; ברי, שהמידע שיכול להתגלות בפני המשיב, במהלך השימוע, עשוי לשפר את התשתית הראייתית העומדת בפניו ולטייב את החלטתו. על כן, עשויה להתקבל טענה שהוצאת צו פינוי מבלי שניתנה זכות שימוע, חוטאת לחובת הרשות המנהלית לאסוף את מלוא המידע בטרם קבלת החלטתה.

77. לאחר דברים אלו, אשוב לבחינת הטענה בדבר נפקות אי קיומו של שימוע לעורר; בדומה לקביעת בית המשפט העליון בפרשת **הייכל**, אני סבור, שההחלטה בנוגע לסעד הראוי צריכה להתקבל בהתאם לנסיבות המקרה הייחודי שבפנינו;

ככל רשות מנהלית בעלת סמכויות, נדרש המשיב לאסוף ראיות לצורך קבלת ההחלטה המנהלית (ראו והשוו לחובתו של ראש המנהל האזרחי לאסוף ראיות לצורך גיבוש החלטה - פסקה 14 בהחלטת כבוד הנשיאה בייניש בפרשת **עבדאלקאדר** והאסמכתאות המופיעות שם); ואכן, יהיו מקרים, שבהם יתברר כי טענות משמעותיות של העורר היו עשויות להשפיע על החלטת המשיב, או שהן מחויבות בבדיקת המשיב עוד טרם קבלת ההחלטה; **כאשר החלטה שהתקבלה מבוססת על תשתית ראייתית חסרה ופגומה - הרי שלא יהא מנוס מלהורות על ביטולה והחזרת העניין אל המשיב, לשמיעת טענות העורר ובדיקתם**; לשם המחשה, ניתן לשוות לנגד עינינו מקרים, שבהם קיים קושאן, אשר אינו מוכר למשיב, והמכיל מידע רלוונטי ובעל ערך בנוגע למקרקעין.

78. **ואולם, המקרה שבפנינו אינו בא בגדר אותם המקרים המחייבים את ביטולה של ההחלטה על צו הפינוי**. בפנינו התקיים דיון משפטי מלא, נשמעו עדויות וניתנה לעורר האפשרות לפרוס את כל ראיותיו ולהשמיע את כל טענותיו; וכך הוא אכן עשה. אם היו לעורר טענות ענייניות שמן הראוי היה לשמען לפני השימוע, הרי שהן נשמעו במהלך ההתדיינות בערר, ובכך תוקן הפגם. בסופו של יום, התשתית הראייתית שהציג העורר היא קלושה, ודי בהפניה אל עדותו בפנינו, שאינה קושרת בין החלקה בה הוא טוען לבעלות ובין המקרקעין שפינויים התבקש. אין ממש גם בטענות העובדתיות הנוספות שהעלה העורר. בנסיבות אלה, לא סברתי כי יש טעם בביטולו של צו הפינוי והחזרת העניין לבדיקתו של המשיב.

סיכום

79. בעדותו, לא הצליח העורר להצביע על זיקתו למקרקעין שפינויים התבקש. הוכח בפנינו שהמקרקעין שפינויים התבקש הם טרשיים ואינם מעובדים כדרישת חוק הקרקעות. לא נמצא במקרקעין, שטח הניתן לתחימה ואשר בו שיעור העיבוד המפוזר מגיע לכדי מחצית. על כן, לא ניתן להכיר בזכויות פרטיות כלשהן במקרקעין. סעיף 20 איננו מתאים לדיון במקרה שבו הקרקע איננה

רשומה בטאבו, ואיננו מתאים לדיון בסכסוך שבין אדם למדינה; ממילא גם לא הוכחה החזקה במקרקעין במשך 10 שנים.

טענותיו העיקריות של העורר אינן חדשות. הן נדונו ונדחו במספר החלטות מנחות של בית המשפט העליון (ראו פרשת **אע'רייב**, פרשת **אל נאזר**, פרשת **רחאל** ועוד). אין לומר, כי בחירתו של המשיב לפעול על פי הסמכות שבצו בדבר רכוש ממשלתי היא בלתי סבירה או בלתי מידתית בנסיבות העניין. העורר אף לא הצליח להצביע על זכות יסוד שלו שנפגעת כתוצאה מבחירה בהליך האמור.

המקרה שבפנינו אינו בא בגדר אותם המקרים המחייבים את ביטולה של ההחלטה על צו הפינוי בשל אי מתן זכות שימוע. לאחר שקיימנו דיון משפטי מלא, מצאנו כי העורר לא הציג בפנינו תשתית הראייתית או משפטית המצדיקים את ביטול ההחלטה על צו הפינוי.

80. סוף דבר, העורר לא רכש זכויות במקרקעין והליך הפינוי שנקט הינו חוקי. לו נשמעה דעתי, היינו דוחים את הערר. בהתחשב בכך שלא התקיים שימוע ושלא ניתנה לעורר האפשרות לפרוס טענותיו, אלא לראשונה בפנינו, הייתי נמנע מלהשית הוצאות.

השופט רס"ן סטיב ברמן

1. אני מסכים לחוות דעתו של חברי, כב' הנגיד התורן, ובעיקר לתוצאתה, לפיה העורר לא הוכיח חזקה ועיבוד לעניין סעיף 78 לחוק הקרקעות העתמאני ביחס לקרקע נשוא הערר, כפי שלא הוכיח גם, כי נסח מס רכוש (מالية - "מאליה") שהציג קשור לקרקע נשוא הערר, וגם אני סבור כי מן הדין לדחות את הערר. עם זאת, אבקש להתייחס למספר נקודות, כמפורט להלן (הדגשות, אם לא נאמר אחרת, **אינן** במקור).

2. לעניין נטל ההוכחה - כפי שציין חברי, כב' הנגיד התורן, בקרקע **מוכרזת** (כבענייננו), נטל ההוכחה מוטל על העורר שעליו להוכיח שהקרקע נשוא צו הפינוי איננה רכוש ממשלתי או שאם היא מהווה רכוש ממשלתי - שהוא מחזיק ומשתמש בה כדין (כאשר במקרים רבים, הטענה תהיה לרכישת זכויות מכוח החזקה ועיבוד (تصرف - תצ'רף) בהתאם להוראות סעיף 78 לחוק הקרקעות). ואילו, במקרה של קרקע **שאיננה מוכרזת** - כנקודת מוצא ובכפוף לאמור להלן לעניין סעיף 78 - **על המשיב הנטל** להוכיח כי קרקע שהעורר מחזיק בה היא רכוש ממשלתי וכי הוא איננו מחזיק בה כדין.

3. עם זאת, **מרגע שעורר מעלה טענה בדבר רכישת זכויות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העתמאני** (בין ביחס לקרקע מוכרזת ובין ביחס לקרקע שאיננה מוכרזת), גלומה בטענתו הודאה שמדובר **בקרקע מדינה** אך הטענה היא לרכישת זכויות ביחס אליה. ככזו, מדובר בטענה מסוג של "**הודאה והדחה**", המעבירה לטוען אותה את נטל ההוכחה, גם אם מלכתחילה הנטל היה מוטל על הצד

שכנגד (כגון במקרה של קרקע שאיננה מוכרזת, כשנטל ההוכחה מלכתחילה הוא על המשיב); על מהותה של הודאה והדחה, ניתן ללמוד למשל, מפסה"ד בע"א 166/90 **מרדכי אזולאי נ' א"ב, מפעלי תיירות אילת בע"מ** [פורסם בנבו; 06/12/92], שם מפנה בית המשפט (כב' השופט מלץ, בהסכמת כב' הנשיא שמגר, והשופט גולדברג) לכללים בנושא "הודאה והדחה" כמפורט בספרו של כב' הנשיא (לשעבר), **י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי** (אמינון, מהדורה 6, בעריכת ש' לוי, 1990):

"נמצא: כתבי הטענות קובעים מי מתחיל, וזה המבחן: נניח, כי איש משני בעלי הדין לא יביא כל ראיה, מי יזכה? בדרך כלל יזכה הנתבע, מפני שהתובע מוציא מחברו ומשום כך עליו הראיה; לכן זכאי התובע להתחיל. אך לא תמיד כך. נתבע המתגונן בטענה של 'הודאה והדחה', הודה בטענת התובע, ואילו העובדות המצדיקות את ההדחה, עליו להוכיחן, ולא - יזכה התובע" (זוסמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 456, וכן ראה ר"ע 677/85 דורקום מחשבים בע"מ ואח' נ' י' רוט ואח', פ"ד לט (4) 654).

4. טיעון מסוג של "הודאה והדחה" והיפוך נטל הראיה לרבות בתיקי מקרקעין, קורה כדבר שבשגרה. ר' למשל: **ת.א. 7855/06** (שלום י-ם) **קנר נ' בן יוסף ואח'** [פורסם בנבו; 25/07/10]; **ת.א. 20530-05-10** (מחוזי י-ם) **מיכאל סמעאן חנניה ואח' נ' אבו ליבדה ואח'** [פורסם בנבו; 16/02/11]; **ת.א. 11548/08** (שלום ת"א) **אבן זוהר נ' מאירס ואח'** [פורסם בנבו; 09/03/11]; **ת.א. 27780-04-10** (שלום חדרה) **מסורי נ' בוארון** [פורסם בנבו; 21/04/13] - בעיקר טענות נתבעים שונים בתביעות שונות לפיהן מצב זכויות רשום (שהם מודים בו) איננו משקף מצב זכויות בפועל שהם טוענים לו. במקרים כאלה שבהם יש הודאה בזכות הפורמלית של הטוען לבעלות, ואולם טענה לזכות הסותרת את הרישום - אלו מקרים של הודאה והדחה, כשהנטל על הנתבע להוכיח את הזכויות שהוא טוען להן (המנוגדות למצב המשפטי הפורמלי/הרשום) ולא יחול ביחס לתובע הכלל של "המוציא מחברו - עליו הראיה".

5. בענייננו טוען העורר לרכישת זכויות בקרקע נשוא צו הפינוי מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות, כך שגלומה בטענתו קודם כל **הודאה** כי הקרקע נשוא צו הפינוי היא קרקע מדינה, שבה "הראקבה" שייכת לריבון, אלא שהוא טוען לרכישת זכויות לגביה מכוח חזקה ועיבוד על פי הוראות סעיף 78 הנ"ל. כשזו טענתו - עליו הנטל להוכיח כי נתקיימו לגבי הנסיבות שקיומן הוא תנאי לרכישת זכויות מכוח סעיף זה (ר' פסה"ד בעניין **עבדאלקאדר**, דברי כב' הנשיאה (בדימ') שם בפסקה 23 לפסק דינה); ואם היה מדובר במקרה של קרקע שאינה מוכרזת שבה נטל ההוכחה הוא מלכתחילה על המשיב, הרי שמרגע שנטענה טענת רכישת זכויות מכוח סעיף 78 - היה הנטל עובר אל העורר.

6. חברי, כב' הנגיד התורן, קבע בחוות דעתו לעיל, כי המשיב מצדו הוכיח בתצלומי אוויר (שפוענחו/נותחו בידי מומחה מטעמו) שלא נתקיימו לגבי העורר הנסיבות הדרושות לרכישת זכויות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות ולפיכך דחה את הערר, ובד בבד הזכיר גם את הצהרתו של המשיב בפנינו, כי **גם ככל שיידחה הערר, פתוחה הדרך בפני העורר לפנות לוועדה לרישום ראשון לשם הכרה ורישום זכות הבעלות במקרקעין** (היינו: לנסות ולהוכיח שוב את אותן עובדות שטען להן ושלא עלה בידו להוכיחן בהליך שלפנינו).

7. אציין, כי על פי כללי מעשה ביי"ד (בהקשר של השתק פלוגתה) - **קביעת ממצא עובדתי פוזיטיבי ביחס לבעל דין (להבדיל מקביעה כי אותו בעל דין לא הצליח להוכיח עובדה מסוימת החיונית לגרסתו) עשויה להקים השתק פלוגתה**. לנוכח הצהרת המשיב (שאפילו דחיית הערר לא תחסום את דרכו של העורר להוכחת הזכויות שהוא טוען להן) הצהרה שגלומה בה הכרה מצדו בזכותו של העורר לשוב לטעון ולנסות להוכיח טענות עובדתיות שנטענו בפנינו ושלא נתקבלו על ידנו, **אסתפק בקביעה כי לא עלה בידי העורר להוכיח, כי נתקיימו לגביו הנסיבות הדרושות לרכישת זכויות לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות, כשאינני קובע מסמרות בנושא, ע"מ שלא לחסום בפניו את הדרך לנסות להוכיח את הזכויות שהוא טוען להן, אף שלפחות על פני הדברים, המשיב מצדו הציג בפנינו תשתית עובדתית שונה**.

8. בהקשר לזכות העורר לנסות שוב ולהוכיח (בהליך יזום על ידו - כגון תביעה לפסק דין הצהרתי) את הזכויות במקרקעין שהוא טוען להן ושלא הצליח להוכיח בפנינו, אפנה לדברי כב' השופט פוגלמן בפסה"ד [בבג"צ 1315/12 ג'מיל מוסא חושיה ואח' נ' שר הבטחון ואח'](#) [פורסם בנבו; 16/02/14], בסיפא לדבריו (בהם הצטרף לפסה"ד של כב' הנשיאה בדימ') לפיהם: **"ברי, כי אין בהכרעתנו כדי למנוע מהעותרים לפעול למימוש זכויותיהם הקנייניות הנטענות במסגרת הליך משפטי מתאים או בדרך של הגשת בקשה לרישום ראשון של השטח"**. יחד עם זאת, יש לזכור כי אין בדברים אלה כדי לומר שבהליך עתידי לא עשויה להיות תחולה לעקרון השתק פלוגתה או לעקרון ההשתק השיפוטי (כמפורט להלן).

9. במילים אחרות, ככל שייקבע ממצא פוזיטיבי ע"י ועדת הערר לחובת מי מהצדדים, עשויה לבוא טענה בהליך משפטי עתידי כי עקב הכלל של השתק פלוגתה אסורה העלאתה של טענה עובדתית שונה מהממצא שנקבע.

10. יתרה מזו, ייתכן מאד כי אם וככל שבהליך משפטי עתידי יטען מי מהצדדים טענה עובדתית שאיננה מתיישבת עם (או סותרת) טענה עובדתית שטען בהליך הערר שלפנינו (גם ללא קביעת ממצא לגביה), יהיה הצד השני רשאי להתנגד לשינוי הגרסה בטענה של "השתק שיפוטי" כעולה מפס"ד [ברע"א 4224/04 בית ששון בע"מ ואח' נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ ואח'](#) [פורסם בנבו; 08/03/05] - לעניין השתק שיפוטי שיכול להיווצר עקב העלאת טיעון עובדתי הסותר טענה שנטענה בהליך קודם. ויודגש לעניין זה, כי הפסיקה נוטה יותר ויותר להכיר באפשרות של יצירת "השתק שיפוטי" גם ביחס להליכים שהתקיימו בפני גופים מעין שיפוטיים (היינו: הליך ראשון בפני ועדת ערר למשל, והליך שני בבית משפט). לא מן הנמנע, כי עורר, למשל, שטען בפני ועדת ערר לרכישת זכויות מכוח סעיף 78 (חזקה ועיבוד בקרקעות מדינה) **לא יוכל** במסגרת הליך משפטי מאוחר יותר לטעון טענה סותרת, היינו: לרכישת זכויות שונות **באופן אחר** לגבי אותה קרקע (ר' לעניין זה [רע"א 3535/11 המוסד לביטוח לאומי נ' איילון חברה לביטוח בע"מ ואח'](#) [פורסם בנבו; 22/08/12], ו-[ע"א 513/89 Interlego S/A נ' Exin-Lines Bros S.A.](#), גיא סוכנויות וצעצועים בע"מ [פורסם בנבו; 09/06/94]).

11. בנוגע לטענת העורר החולקת על עצם קיומה של סמכות להוציא צווי פינוי מכוח הצו בדבר רכוש ממשלתי, אני מסכים לדברי חברי, כב' הנגיד התורן, לגבי קיומה של סמכות כאמור, כפי שנפסק ע"י בית המשפט העליון. כך גם בהתייחס לטענה החלופית של העורר **שבברירה בין נקיטה בהליך מכוח הסמכות הנתונה לפי אחד מבין שני חיקוקים אפשריים, על המשיב לבחור בהליך שהוא פוגעני פחות ומידתי יותר** (ולטענתו - זו תביעת פינוי שתוגש בידי המשיב). אני מבקש להוסיף לעניין זה, כי ביחס לעורר (לנוכח העובדה כי מדובר בקרקע מוכרזת שלגביה הוא טוען לרכישת זכויות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות) מעשית - אין הבדל מהותי מבחינתו בין שני ההליכים, שכן בכל אחד משני ההליכים האמורים מוטל עליו הנטל להוכיח כי נתקיימו לגביו הנסיבות לרכישת זכויות מכוח סעיף 78, עם יתרון משמעותי לעורר: הזכות לשוב לנסות להוכיח בשנית במסגרת הליך יזום על ידו טענות שטען בפנינו ושנדחו על ידנו.

12. יחד עם זאת, לעניין סמכות להוצאת צו פינוי מכוחו של הצו בדבר רכוש ממשלתי **ביחס לקרקע שאיננה מוכרזת, עשויה להישאל שאלה**, בנוגע למקור הסמכות להוצאת צו פינוי לפי **סעיף 6ב(א)** לצו בדבר רכוש ממשלתי. אני מבקש להתייחס להלן לשאלה זו (בין היתר בהקשר להצעת כב' הנגיד התורן, להנהיג הליך של "שימוע" קודם להוצאת צו פינוי).

13. כידוע, תנאי מוקדם לסמכות הממונה להוציא צו פינוי מכוח הוראות **סעיף 6ב(א)** לצו בדבר רכוש ממשלתי שאכן מדובר ב"רכוש ממשלתי" כפי שעולה מהרישא לסעיף זה - **"החזיק אדם ברכוש ממשלתי בלי היתר מאת הממונה..."**. מכאן, שנקודת המוצא להוצאת צו פינוי מכוח הצו הנ"ל, היא הגדרת "רכוש ממשלתי" בצו זה (התוחמת את היקף הסמכות להוצאת צוים מכוחו), והמדברת, בין היתר, על:

1. רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו **שייך, רשום על שם, או מוקנה לאחד מאלה:**
א. למדינת אויב;

ב. לתאגיד אשר למדינת אויב זכות כלשהי בו, ...
או רכוש שאחד מהם היה שותף בו".

בנוסף, יש בצו שתי חלופות נוספות להגדרת "רכוש ממשלתי" (שאינן רלוונטיות לשאלה הנדונה) - **האחת** - מכוח רכישה לצרכי ציבור, **והאחרת** - רכוש שבעליהם ביקש מהממונה לנהלו עבורו.

14. החלופות הנ"ל של הגדרת רכוש ממשלתי: **"שייך, רשום על שם או מוקנה"** מלמדות, כי המשרעת של חלופות "רכוש ממשלתי" עפ"י ההגדרה הנ"ל, רחבה דיה לכלול גם קרקע שהיא "שייכת" או "מוקנית" למרות **שאיננה רשומה וגם אינה מוכרזת כרכוש ממשלתי**. אלא שאז נשאלת השאלה - אם קרקע איננה רשומה וגם איננה מוכרזת מה מקנה לה את סיווגה כרכוש ממשלתי באופן שניתן להוציא לגביה צו פינוי מכוח הצו בדבר רכוש ממשלתי לעומת קרקע אחרת שאיננה מסווגת ככזו.

15. להבנתני, התשובה לכך תהיה בהליך מקדים של איסוף, מלא ככל האפשר, של כל הנתונים הרלוונטיים הדרושים לקבלת החלטה (ובענייננו: כל הראיות המעידות על היותה של קרקע מסוימת בגדר "רכוש ממשלתי"); וזאת לנוכח העובדה, שכל רשות מינהלית מחוייבת באיסוף הראיות והנתונים הרלוונטיים טרם קבלת כל החלטה, ולא כל שכן החלטה עם פוטנציאל של פגיעה. יש להדגיש כי על הראיות שייאספו לעמוד לכל הפחות במבחן של "ראייה ברמה מינהלית" - היינו המשיב ראשי לבסס החלטתו גם על ראיות שאינן קבילות בבית המשפט (כגון עדות שמיעה) **ובלבד שיהיו אמינות**, כפי שנפסק למשל בפסק הדין בעת"מ 352/06 **מוחמד ג'מאל דאוד , ויסאם חמדאן נ' שר הפנים**, [פורסם בנבו] כדלקמן :

"6. עמדתו של המשיב במישור העובדתי אינה יכולה לעמוד. "החלטתה של רשות סטטוטורית... חייבת להישען על נתונים בדוקים, היכולים לשמש תשתית סבירה להחלטתה ומבססים אותה" (בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 49). אחת החובות המוטלות על הרשות המינהלית במסגרת הליך איסוף הנתונים היוצרים את תשתית העובדות הנה להגביל את האיסוף לנתונים אמינים בלבד. "לא כל נתון שייך לעניין ראוי לבוא בחשבון שיקוליה של הרשות המינהלית. כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראייה המינהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המינהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית משפט, כגון עדות שמיעה. עם זאת, לא כל שמועה פורחת די בה כבסיס להשתית עליו ממצא"

16. כפי שציין כב' הנגיד התורן - על פי חוק הקרקעות החל עדיין באיזור - קרקע בבעלות פרטית (מולק) שאיננה רשומה - חייבת רישום ואסורה החזקתה (כל עוד איננה רשומה). בכל הנוגע, לקרקעות מסוג "מירי" הרי שאלה ניתנות לרישום בהליך פחות מכביד מהליך של הסדר מקרקעין. וזאת, בפרט לאחר שב-1964 חוקק המחוקק הירדני את **חוק נכסי דלא ניידי שלא נרשמו קודם, מס' 6 לשנת 1964**. גם לאחר 1967 ניתנה תשומת לב מיוחדת להקלה ויעול של הליכי רישום על פי חוק זה של קרקעות בלתי רשומות, דבר שנעשה במסגרת תיקונים לחוק, הן בצו 448 משנת 1971, והן בצו 1034 משנת 1982, **ובאופן מיוחד בצו 1621 מ-2008** שעשה רביזיה מקיפה למדי בחוק זה.

17. היינו: במקרים של קרקעות שניתן תיאורטית לנקוט בהליך להכרה בזכויות שנרכשו לגביהן מכוח סעיף 78 והליך כאמור טרם ננקט, עשוי המשיב לסבור שמדובר בקרקע מדינה מסוג מירי המצויה בתהליך של חזקה ועיבוד לקראת רכישה אפשרית של זכויות מכוח סעיף 78 הנ"ל לכשיחלפו 10 שנים מיום תחילת החזקה והעיבוד; ועל בסיס סברה זו (וסמכותו להוציא צו פינוי למניעת רכישת זכויות באופן האמור) – הוא עשוי להחליט להוציא צו פינוי ביחס אליה. ייתכן שבמקרים רבים, סברה כאמור, גם לא תהיה מופרכת. אלא שמנגד עשויה להיטען טענה, שבהתנהלות כאמור לא יצא המשיב ידי חובתו כרשות מינהלית של קיום הליך איסוף נתונים רלוונטיים החלה על כל רשות מינהלית טרם קבלת החלטה, ובפרט אם היא טומנת בחובה פוטנציאל של פגיעה בזכות קניינית.

18. אין חולק, כי היעדר רישום וגם היעדר הכרזה (שקדמה לה בדיקה יסודית) מגבילים את יכולתו של המשיב לקיים הליך איסוף נתונים מקדים ויעיל. אלא שאי קיומו של הליך איסוף נתונים על ידו כרשות מינהלית, גם אם הוא כרוך בקשיים, עלול לפגום בתקפה של החלטתו. השאלה היא אם יש פעולה אחרת שהמשיב יכול לנקוט בה לצורך מיצוי חובת איסוף הנתונים החלה עליו, ואשר לא

תטיל עליו נטל כבד ובלתי סביר בנסיבות העניין. נראה לי, שמענה לשאלה זו ניתן בחוות דעתו של חברי, כב' הנגיד התורן, ואני מכוון להצעתו להנהיג הליך של שימוע בפני המשיב טרם הוצאת צו הפינוי - הצעה שנראית מתבקשת (בוודאי במקרה של קרקע שאינה רשומה ואיננה מוכרזת, אבל לא רק), וזאת ממספר טעמים.

19. ראשית, לא למותר להדגיש לעניין זה את ההלכה העוברת כחוט השני בפסיקת בית המשפט העליון ביחס לחשיבותה באופן עקרוני של זכות הטיעון של הפרט (שמולה - **חובת** השימוע החלה על הרשות). אפנה לעניין זה לדברי כב' השופט (כתוארו אז) ברק, בפסק הדין **בבג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (2) 649, 655 (1979)**, לפיהם:

"זכות היסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית, הפוגעת במעמדו של אדם, לא תעשה כן, בטרם תעניק לאותו אדם הזדמנות להשמיע את דעתו. לעניין זכות יסוד זו, אין נפקא מינה, אם הרשות הציבורית פועלת מכוח חיקוק או מכוח הנחיה פנימית או מכוח הסכם. אין גם כל חשיבות לשאלה, אם הסמכות המופעלת היא שיפוטית, מעין שיפוטית או מנהלית ואם שיקול הדעת, הניתן לאותה רשות, הוא רחב או צר. בכל מקרה בו רשות ציבורית מבקשת לשנות את מעמדו של אדם, עליה לפעול כלפיו בהגינות, וחובה זו מטילה על הרשות את החובה להעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו".

20. לא למותר לציין, כי בית המשפט העליון קבע, לא אחת, כי לא בכל מקרה שבו לא נתקיים הליך מקדים ופורמלי של "שימוע" מתחייבת מסקנה כי לא ניתנה זכות טיעון. כך למשל, ביחס לזכות טיעון הניתנת לחשוד בעבירת פשע מכוח **סעיף 60א' לחסד"פ** קבע בית המשפט העליון, כי עובר לקביעת זכות הטיעון במסגרת תיקון חוק זה, החלטת תובע להגיש כתב אישום ללא קיום "שימוע" מקדים, לא היה בה משום שלילת זכות הטיעון, שכן זו ניתנה במסגרת ההליך עצמו לאחר שהוגש כתב האישום. כך גם בעניינינו - היינו: מקובלת עלינו הטענה, שזכות הערר הקיימת לאחר הוצאת צו פינוי מקיימת **עקרונית** את חובת השימוע (ומקנה את זכות הטיעון) אלא שאין מנוס מהמסקנה, שבמקרים מהסוג הנדון (של קרקע שאינה רשומה ואיננה מוכרזת) הזכות אמנם ניתנת, אלא שהיא ניתנת לאחר הליך איסוף נתונים לוקה בחסר אצל המשיב.

21. מכאן החשיבות בהנהגת הליך "שימוע" עובר להוצאת צו פינוי, אשר ישיג, בין היתר, שתי מטרות: האחת - קיום מיטבי של הליך איסוף נתונים מקדים שמחובתה של כל רשות מנהלית לקיימו וגם מתן זכות טיעון ראויה עוד יותר מזו הניתנת במסגרת הזכות להגיש ערר.

22. בהקשר זה, יש להסב תשומת הלב לחיקוק מקביל בישראל - **חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע)**, התשמ"א-1981 **ואת הוראות סעי' 4** לחוק זה שעניינן הוצאת צו לסילוק יד ולפינוי מקרקעי ציבור, **הקובעות חובת שימוע טרם הוצאת הצו** ואף זאת לאחר קיום הליך של איסוף נתונים בהתאם להוראות **סעיפים 3-4** לחוק זה. כך, שההמלצה להנהיג חובת שימוע באיזור טרם הוצאת צו פינוי ביחס לשטחי מדינה, רק תגרום להליך באיזור להידמות יותר לזה הנהוג בישראל, דבר שהוא ראוי לכשעצמו.

23. ראוי להסב גם תשומת הלב לתיקון תשי"ע [לפקודת הקרקעות \(רכישה לצרכי ציבור\)](#), 1943 (להלן - פקודת הקרקעות) אשר קבע לראשונה חובת שימוע (או זכות טיעון) ביחס להפקעת מקרקעין (למעט הפקעה לצורך "תשתית ציבורית" - דרך, מתקן צבאי/בטחוני או תשתית לאומית) בידי שר האוצר או ועדה מקומית לתכנון ולבניה.
24. בדומה לפסיקה שהיתה קיימת לפני תיקון [סעיף 60א'](#) [לחסד"פ](#) שלפיה היעדר הליך שימוע מקדים פורמלי אין פירושו שנשללה זכות הטיעון, הרי שגם ביחס לסילוק פולשים לפי [חוק מקרקעי ציבור](#) [\(פינוי קרקע\)](#), התשמ"א-1981 וגם ביחס להפקעה לפי פקודת הקרקעות - העובדה שטרם תיקון החיקוקים והנהגת הליכי שימוע פורמלי מקדים לא היה קיים הליך כאמור, אין פירושה שלא היתה נתונה זכות טיעון, אלא רק, שהנהגת הליך שימוע מקדים ופורמלי שדרגה את זכות הטיעון, וגורמת לצדק להיראות ולא רק להיעשות - דבר שחשוב גם הוא.
25. לסיכום, אני מסכים לקביעתו של חברי, כב' הנגיד התורן, לפיה יש לדחות את הערר לאחר שהעורר לא הרים את נטל הראייה המוטל עליו להוכחת חזקה ושימוש כנדרש להוכחת רכישת זכויות לעניין סעיף 78 לחוק הקרקעות העתמאני.
26. לנוכח עובדות שהתבררו במהלך הדיון לפנינו, ובין היתר, כי יש בידי העורר נסח מס רכוש ביחס לשטח כלשהו שהוא מחזיק בו (גם אם הוא עדיין לא הוכיח שהוא מתייחסת לקרקע נשוא הערר) וגם לנוכח טענות ראויות לדיון בשאלת הסמכות העניינית, ובשים לב לאפשרות שעריכת שימוע מקדים בידי המשיב עשויה היתה לחסוך בכלל קיומו של הליך זה או לפחות לצמצם את המחלוקות שבין הצדדים ולמקד את הדיון - אציע לחברי שלא לחייב את העורר בהוצאות.

השופט רס"ן אריה דוראני

1. אני מצטרף לעמדת חבריי בהחלטתם שכיסתה כל חלקה משפטית, ואף לדידי דין הערר להידחות בלא השתת הוצאות; אבקש להוסיף מעט בנוגע למהותם של הטיעונים והזכויות בהליך זה לעומת ההליך הראוי והנכון - והוא, הליך לרישום ראשון. כמו כן, אני מסכים להצעה כי ייבנה נוהל השימוע כפי שפרטו חבריי.
2. דיני הקרקעות באיו"ש מבוססים על הדין העותומאני, על שינויים שערכו הירדנים בדין זה, ועל תיקונים לדין שערך המפקד הצבאי. קרקע מסוג "מיריי" שייכת לריבון. הפרט יכול לרכוש בה זכויות החזקה ושימוש (תצרוף), הדומות לבעלות, מכח החזקה ועיבוד במשך 10 שנים, בתנאים מסוימים, וזאת בהתאם לסעיף 78 לחוק הקרקעות.
3. במקרה דנן, לא הייתה כל התלבטות בכל הנוגע לאי העמידה ברף הדרוש להוכחת הזכות, משום שהחלק המעובד אינו עולה על כ 5% מכלל השטח. דהיינו, העובדות מכתיבות את התוצאה

המשפטית החד משמעית - לא הובאו ראיות לרכישת זכויות קנייניות. אין כאן ולו צל צלו של ספק גם בנוגע לצורת החלקה ולדרך חישוב האחוזים בה. הממצאים חד משמעיים.

4. אין להעלות על הדעת, כי בהיקף עיבוד שכזה יוכלו העותרים לזכות בעתירתם. ספק, אם גם בהליך הרישום הראשון ישעה מאן דהו לבקשה. ככל הנראה, גם בשימוע לו היה מתקיים כסדרו, ספק אם היו העותרים ממשיכים לבקש סעדה של הועדה מול הדרוש והרצוי בדין לעומת המצוי בשטח.

5. אוסיף מעט את הידוע; ההליך הרצוי הוא שכאשר תגיע הרשות המנהלית לחשש ממשי כי בפלישה עסקינן, עליה לסגל לעצמה נוהל פנייה ושימוע, וקצרה היריעה מהכיל, ועל כן לא ארחיב בדבר חשיבות הליך השימוע, שיש בו הן מהחובה המנהלית אך גם מן התבונה הניהולית, ועל כך עמדו חבריי בהרחבה.

6. ככלל מה הייתה כל כך מסובכת ההדרכה להחל בהליך ראשון כלפי כל מי שסבור כי בדין מחזיק הוא. ומהו הליך זה אם לא דרך המלך להראות קבל עם ועולם בעלות קניינית, ולהסדיר זכויות נצח לכאן או לכאן מכאן עד כאן. אותם רכיבי בדיקה יעמדו בכלים ראויים בהליך פתוח של הוכחת זכויות.

7. האם לא היה מתאים יותר להחל בהליכי הליך רישום ראשון ולהקפיד תוצאת הערר עד סיומם של הליכי הרישום הראשון. אלא שאי הליכה בתלם רישום הזכויות רק מוסיפה לשאלות כבדות משקל אחרות - ראייתית וקניינית.

8. גם אם דרכם של "פלאחים" שלא לעסוק בניירת ורישום הרי שכשהאלטרנטיבה הינה איבוד זכויות והמוצא הוא הליך ראוי של הוכחת זכויות, כלום לא הגיוני לילך בכלים הראויים של הטרקלין ולא רק של הפרוזדור - דהיינו, הליך הרישום הראשון ולא דרך התפיסה החזקה והעיבוד בטענות ערר לצו פינני. וארחיב מעט בדבר הליך הרישום הראשון.

9. בתקופת המנדט החל בארץ ישראל הליך של **הסדר מקרקעין**. הליכי ההסדר נמשכו באזור גם בתקופת השלטון הירדני. אלא שהליך ההסדר לא הושלם בכ-2/3 משטח איו"ש. בעקבות מלחמת ששת הימים הופסק הליך ההסדר. כהליך חלופי, ניתן להירשם כבעל זכויות במקרקעין באזור, שלא במסגרת הליך הסדר כולל, אלא במסגרת פרטנית ונקודתית. הליך זה מכונה **רישום ב"שיטה הישנה**". שיטה זו מבוססת, מאז 1964, על חוק ירדני בשם חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו, מס' 6 לשנת 1964 (להלן - **חוק רישום הנדל"ן הירדני**). העיקרון הוא כי ההליך על פי חוק זה נערך ביוזמתו של מי שמבקש לרשום על שמו קרקע שרכש בה זכויות לפי דיני הקרקעות המהותיים.

10. רישום ראשון, כמו הליך ההסדר, מתבסס על הליך בדיקה מקצועי ומקיף. הוא מתבצע על ידי ועדה לרישום ראשון בהליך מעין שיפוטי שעליו זכות ערר בפני ועדת העררים הצבאית. מדובר

בבדיקה וחקירה עצמאית הכרוכה בפרסום הודעה על הבקשה והזמנה להגשת התנגדויות לה, עריכת סיור בשטח ושמיעת ההתנגדויות. תכליתו להביא לרישום כל הזכויות בחלקה נתונה בספרי המקרקעין. אופיו של ההליך באיו"ש הופך אותו "למיני הסדר".

11. המגמה המבוקשת בהחלטתי היא לעודד פנייה להליכי רישום ראשון לכל מי שסבור כי יש בידו זכויות. בבואו של עותר לטעון לביטול צו הפינוי מלכתחילה יש לשדלו להביא ראיותיו בדרך המלך של הליך המיועד לכך, ולא ליטע בקרב תושבי האזור התחושה כי יש לקום באישון לילה ולנטוע לעבד ולזרוע, שמא יעלה בגורלם וישכחו לאורך 10 שנים, ויזכו בקניין לא להם. פיתוח האזור אינו בעיבוד אדמות דווקא ומטרת השלטון בתקופות עבר אינו צרכי החברה בת דורנו.

12. אני סבור שיש להקים נוהל שימוע הכולל הזמנה לשימוע. לאחר השימוע יש לשקול הפניה להליך רישום פורמאלי בו ימצה הטוען לזכויות את טענותיו.

13. הפנייה להליכי רישום תמצה בתודעת התושבים את חשיבותם של רישום זכות הקניין ושמירת תיעוד ראוי בדבר הזכות הקניינית לדורות. גישה זו תמנע פלישות וסכסוכי קרקעות. אין באמור למנוע צווי פינוי אלא שאף במסגרתם יש להדריך את המבקש לערוך בדבר חשיבות הרישום בהליכי רישום ראשון.

14. כאמור, דין הערר להידחות ואיני רואה מקום להטיל הוצאות למרות שמדובר בפלישה וניסיון להגדיל את החזקה בקרקע במשך השנים, וזאת בשל העיקרון החיוני והחשוב בדין המנהלי בדבר בניית סדרי חברה אזרחיים בכל הנוגע לזכויות קניין והחזקה.

סוף דבר, הערר נדחה פה אחד. אין צו להוצאות.

עותק ההחלטה יועבר ע"י המזכירות לצדדים.

ניתן היום, כ"ו באייר תשע"ד 26/05/14, בלשכה.

חבר

הנגיד התורן

חבר

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

מאיר ויגיסר 54678313-12/12

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה