



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7718/15

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרים :

1. מוסא אחמד חסן עסאכרה
2. נצרי כאמל עלי עסאכרה
3. עאטף חסן מחמוד כאמל
4. מאג'ד רג'א סלימאן אל עסאכרה
5. אברההים חליל סלאמה אל עסאכרה
6. סלימאן מחמד אברההים אל זיר
7. עדנאן סלימאן זיר
8. מוחמד אחמד עלי אל ווחש
9. אברההים מחמד עלי אל ווחש
10. עמותת שערי משפט רבנים למען זכויות אדם

נ ג ד

המשיבים :

1. שר הביטחון
2. ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית
3. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
4. ראש מפקדת התיאום והקישור, חברון
5. "חוות שדה בר" - עמותת בית עציון
6. נוקדים אגודה שיתופית "נוקדים (אל דוד) כפר שיתופי"
7. מועצה אזורית גוש עציון

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים :

עו"ד קמר מישרקי-אסעד

בשם המשיבים 4-1 :

עו"ד יעל מורג יקו-אל

בשם המשיבה 5 :

עו"ד צפנת נורדמן

בשם המשיבה 7 :

עו"ד עקיבא סילבצקי

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר:

1. עניינה של העתירה שבפנינו בשאלה אם על המשיבים 1-4 להפעיל אמצעים מינהליים שבסמכותם, כדי לאפשר לעותרים גישה אל אדמות חקלאיות לא מוסדרות, אשר לטענתם מצויות בבעלותם, אף שהמשיבה 5 טוענת כי היא הבעלים שלהן והמחזיקה בהן כדין.

להלן אביא את הנתונים הצריכים לעניין.

רקע ותמצית העובדות

2. העותרים הם נציגים של שלוש משפחות פלסטיניות, והם גורסים בעתירה שבכותרת כי יש להם זכויות בשלוש חלקות קרקע בשטח כולל של כ-200 דונם, המשתרעות סביב (ובחלקן הקטן אף בתוך) שטחי מקרקעין, שעליהם הוקמה חוות שדה בר (המשיבה 5).

המשיבה 5, שנוסדה ב-1998 ומקיימת פעילות לנוער בסיכון (להלן: שדה בר), טוענת מנגד כי היא הבעלים והמחזיקה כדין בחלקות, מכוח עסקת רכישה וכן מכוח החזקה ועיבוד. השטחים שעליהם הוקמה שדה בר הוכרזו זה מכבר כאדמות מדינה, אולם יתר הקרקעות המקיפות אותה, נושא העתירה, לא הוסדרו מעולם – והן האדמות השנויות במחלוקת (להלן: האדמות). יצוין כי רצועה צרה מתוך האדמות מוגדרת כ"אדמת סקר", אשר לגביה נבחנת האפשרות של הכרזתה כאדמת מדינה.

3. העותרים פנו למשיבים 1-4 (להלן: משיבי הממשלה) עוד בשנת 2013, בדרישה לאפשר להם גישה לאדמות, כיוון שלטענתם הם הבעלים והמחזיקים בהן כדין. סמוך למועד פניית העותרים, נתקבלה אצל משיבי הממשלה גם פנייה מטעם שדה בר, שבמסגרתה נטען, בין היתר, כי יש לה זכויות במקרקעין, נושא העתירה, וכן כי היא מחזיקה באדמות ומעבדת אותן.

נוכח הטענות הסותרות, משיבי הממשלה פתחו באופן בלתי רשמי בהליך בירור בהתאם ל"נוהל לטיפול בסכסוכי קרקעות במקרקעין פרטיים" (אשר עודכן בשנת 2016; להלן: הנוהל, או נוהל סכסוכי קרקעות) של המינהל האזרחי ביהודה ושומרון (להלן: המינהל האזרחי).

בתאריך 25.06.2014 משיבי הממשלה הודיעו לצדדים לסכסוך באופן רשמי כי פתחו בהליך בירור על פי הנוהל.

4. כשנה וחצי לאחר פתיחת הבירור הרשמי בנוגע לאדמות נושא העתירה, הגישו העותרים את עתירתם, שבגדרה הם טענו כי גישתם לאדמות נפגעת ואף נמנעת בשל התנכלויות מצד המתיישבים הישראלים הנמצאים באזור, וכי משיבי הממשלה נמנעים מהפעלה של סמכותם – כדי לאפשר את כניסת העותרים לאדמות ואת עיבודן. העותרים ביקשו מיצוי של הסמכויות המינהליות שיאפשרו להם גישה לכל שטח האדמות, ובכלל זה הפסקה של השימוש שעושה שדה בר בכ-5.5 דונם בצפון האדמות (להלן: המטע הצפוני), וזאת על ידי מימוש סמכויות מכוח הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), תשס"ח-2007, (להלן: צו שימוש מפריע, או הצו).

לשם השלמת התמונה יצוין כי הסכסוך, נושא העתירה, הוא חלק מסכסוך קרקעות רחב יותר שהתנהל באזור היישובים: כפר אלדד ונוקדים. משיבי הממשלה מסרו בתגובתם לעתירה כי לגבי מרבית החלקות, עליהן נסובה המחלוקת, הוחלט לאפשר גישה חופשית לפלסטינים, וכי לגבי חלק מהחלקות הוכרע שהן מעובדות על ידי פלסטינים, ושהגישה אליהן דורשת תיאום מראש, נוכח הכרזתן כשטח צבאי סגור באמצעות צו לפי סעיף 318 לצו בדבר הוראת ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), תש"ע-2009 (להלן: צו סגירת השטחים).

האדמות, נושא העתירה דנן, הן החלקות שלגביהן לא התקבלה הכרעה סופית נכון לזמן הגשת העתירה, במסגרת סכסוך הקרקעות הנרחב באזור זה.

5. בתאריך 09.06.2016, לאחר הגשת העתירה, משיבי הממשלה העבירו לצדדים לסכסוך את החלטתם הזמנית (להלן: ההחלטה הזמנית), כדי שיוכלו להגיב עליה טרם גיבוש החלטה סופית, בהתאם לנוהל סכסוכי קרקעות. בהחלטה הזמנית נקבע כי המחזיקים בקרקע הם תושבי שדה בר, וכי על פי התשתית העובדתית שנאספה עד לאותה נקודת זמן – לא נמצא מקום להפעיל את צו השימוש המפריע ולהתערב בהחזקה זו, מכיוון שסמכויות מכוח צו השימוש המפריע מוגבלות להפעלה תוך חמש שנים ממועד הפלישה הנטענת לקרקע. בהחלטה הזמנית נכתב עוד כי לפי התשתית העובדתית העומדת בפני משיבי הממשלה, הפלישה הנטענת של תושבי שדה בר לאדמות נמשכת זה יותר מחמש שנים.

6. בהחלטה מתאריך 29.06.2016, בית משפט זה קיבל הסדר דיוני, אשר הוסכם בין העותרים לבין שדה בר ומשיבי הממשלה, לפיו העותרים ושדה בר יגיבו להחלטה הזמנית ולחומרים שעליהם היא הושתתה, וחודשיים לאחר מכן יקבלו משיבי הממשלה החלטה סופית על בסיס כלל החומר האמור. עם זאת, איסוף החומרים השונים לצורך

ההחלטה הסופית, התמשך מסיבות שונות. נכללו בו, בין היתר, חלופת מכתבים מקיפה, חוות דעת מטעם מומחים שונים וכן סיור של הגורמים הרלבנטיים באדמות.

7. הליך הבירור לפי נוהל סכסוכי קרקעות ארך בסיכומו של דבר כשש שנים (מ-2013 ועד 2019), והגיע לסיומו באופן רשמי רק בתאריך 13.03.2019. אז הודיעו משיבי הממשלה לצדדים לסכסוך כי החליטו שלא ניתן לעשות שימוש בצו שימוש מפוריע בנסיבות המקרה דנן, זאת, כפי שהוסבר, מכיוון שנמצא כי לכל הפחות עד לשנת 2016 היו האדמות מעובדות על ידי תושבי שדה בר (להלן: ההחלטה הסופית). ביחס לשנים 2016-2017 נקבע כי אין בידי משיבי הממשלה ראיות מספיקות כדי לשלול את טענת שדה בר, לפיה עיבדה את המקרקעין גם בתקופה זו.

התפתחויות נוספות

8. לאחר קבלת ההחלטה הסופית ובהתאם להחלטת בית משפט זה מתאריך 29.05.2019, משיבי הממשלה פירטו את התשתית העובדתית שברשותם ביחס למצב ההחזקה והעיבוד של האדמות לאורך השנים.

משיבי הממשלה ציינו כי למיטב הערכתם, עד שנת 1998 עובדו האדמות על ידי פלסטינים, וזאת בהסתמך על מסמכים שונים ותצלומי אוויר שנאספו. גורמים מקצועיים במינהל האזרחי העריכו כי מטעי הזית הנטועים באדמות ניטעו על ידי פלסטינים בשנות ה-80. ביחס לשנים: 1998-2000 טענו שני הצדדים טענות סותרות לפיהן הם עיבדו את האדמות, וביחס לשנים: 2000-2016 נתקבלה טענת שדה בר כי עיבדה את האדמות ברציפות בתקופה זו, למעט בשנת השמיטה תשע"ה, שהחלה בסוף שנת 2014. העותרים טענו כי ניסו לעבד את האדמות, אך התקשו להיכנס אליהן בשנים אלו בשל איומים והתנכלויות מצד המתיישבים באזור.

לגבי שנת 2016 ואילך, שדה בר טוענת כי עיבדה את האדמות וגייבה טענותיה בתצהירים, בחוות דעת של מומחה לפענוח תצלומי אוויר מטעמה ובשני סרטונים. משיבי הממשלה קבעו כי אין ביכולתם לשלול טענות אלה בדבר עיבוד והחזקה באדמות.

9. בנוסף, משיבי הממשלה הודיעו לבית המשפט כי לעמדתם הדרך המתאימה לבירור הזכויות הקנייניות באדמות היא הליך של רישום ראשון, המאפשר רישום מקרקעין שלא נרשמו בעבר (בהתאם לחוק הירדני החל באזור יהודה ושומרון: החוק בדבר רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו, מס' 6, לשנת 1964, כפי שתוקן בתחיקת הביטחון; להלן: רישום ראשון).

הוועדה לרישום ראשון, הדנה בהליכים אלה, אף מוסמכת להעניק סעדים זמניים, ובין

היתר בעניין החזקה במקרקעין שרישומם התבקש. חלופה נוספת שאותה ציינו משיבי הממשלה היא הגשת תביעה לסילוק יד כנגד שדה בר לבית המשפט האזורי המוסמך בישראל, אשר יוכל, ככל שימצא לנכון, להידרש לשאלת הבעלות באדמות.

10. בעקבות פריסת התשתית העובדתית ששימשה בסיס להחלטה הסופית בפני בית המשפט – העותרים פנו למשיבי הממשלה בתאריך 18.06.2019 בדרישה לאפשר להם גישה לכ-40 דונם מתוך האדמות, אשר לטענתם אין מחלוקת כי אינם מעובדים על ידי שדה בר. זאת, בהתבסס על חוות הדעת שהגישה שדה בר במהלך הליך הבירור הנ"ל, אשר סיווגה כ-40 דונם מתוך האדמות – כשטח בור (להלן: 40 הדונם). משיבי הממשלה ביקשו את התייחסותה של שדה בר לבקשת העותרים, וזו מסרה בתגובה כי השטח כולו מעובד ומוחזק על ידיה משנת 1998 ואילך, כולל 40 הדונם, וכי האדמות מעובדות כיחידה אחת שאיננה ניתנת להפרדה. עוד טענה שדה בר כי העותרים הסתמכו בבקשתם על נקודות זמן שאינן רלבנטיות.

משיבי הממשלה קבעו כי לא ניתן לשלול את טענות שדה בר גם בעניין זה, וכי שימוש מפריע לצורך הפעלת צו שימוש מפריע אינו מחייב בהכרח עיבוד חקלאי, או עיבוד חקלאי מיטבי – ובתאריך 29.01.2020 דחו את בקשת העותרים אף ביחס ל-40 הדונם (להלן: ההחלטה בדבר 40 הדונם).

11. נוכח הזמן שחלף ממועד הגשת העתירה והשינויים בתשתית העובדתית שעליה נשענה, יובאו להלן טענות הצדדים ביחס להחלטה הסופית ולהתפתחויות שחלו בעקבותיה, ובכללן ההחלטה בדבר 40 הדונם, שכן הן שנותרו רלבנטיות בענייננו.

טענות העותרים

12. העותרים טוענים כי ההחלטה הסופית וההחלטה בדבר 40 הדונם מוטעות ובלתי סבירות באופן קיצוני, שכן הן מבוססת על שגיאות עובדתיות ומשפטיות, כפי שיוצגו הדברים בראשי פרקים מיד בסמוך:

א) **שימוש באדמות:** לטענת העותרים, בכ-90% מהאדמות לא נעשה שימוש לפחות משנת 2011 ואילך, והשטח מוזנח ולא מעובד. טענה זו גובתה על ידם בחוות דעת שונות ובפענוח של תצלומי אוויר, וכן בחוות דעתו של קצין מטה חקלאות במינהל האזורי (להלן: קמ"ט חקלאות) מחדש יולי 2017, אשר הובאה בהודעת משיבי הממשלה לבית המשפט אודות ההחלטה הסופית, ובה נכתב, בין היתר, כדלקמן:

”מרבית השטח הנטוע בעצי זית לא מטופל כראוי (אם בכלל), לא בוצע חריש כלל, לא בוצע גיזום, לא בוצע ניקוי עשבים מסביב לעצי הזית (קיימת הזנחה טוטלית הפוגעת בקצב התפתחות העצים)“.

לפי אותה חוות דעת, המטע הצפוני, הנטוע בעצי תאנה ורימונים, מטופל באופן חלקי ונראה כי ”יש מי שדואג לשטח“. בנוסף זיהה קמ”ט חקלאות על פי מצב העשבייה כי מתקיימת בשטח רעיית צאן.

(ב) **פירוט נטענות בתשתית העובדתית:** העותרים טוענים כי נפלו פגמים שונים בתשתית העובדתית ששימשה את משיבי הממשלה להחלטה הסופית ולהחלטה בדבר 40 הדונם, בשלושה היבטים עיקריים שיוצגו להלן:

(1) לעמדת העותרים, משיבי הממשלה נתנו משקל מכריע לשני סרטונים קצרים שהגישה שדה בר (להלן: הסרטונים), אשר לדידם לא ניתן לראות בהם ראיה לשימוש רב שנים בכל השטח הנידון, ושאת מהם אף לא צולם באדמות. העותרים נסמכים על התרשמותו של קמ”ט חקלאות שצפה בסרטונים וסבר כי הם לא תואמים את הנתונים, אשר נצפו בסיוור בשטח ב-2016. עוד הם גורסים כי היה על שדה בר להוכיח את טענותיה בדבר החזקה ועיבוד בעזרת תצלומי אוויר ביחס לשנים הרלבנטיות כולן, ולא רק ביחס לשנים: 2016-2017. העותרים טוענים כי משיבי הממשלה התעלמו מהראיות האובייקטיביות שהגישו לעניין חוסר השימוש באדמות, אשר גובו בפענוח תצלומי אוויר.

(2) העותרים טוענים כי יש סתירות בחוות הדעת המשלימה, שהוגשה מטעם משיבי הממשלה (שנערכה על ידי מר דני רודמן, להלן: רודמן), ואשר מצאה כי בשטח היו עיבודים נרחבים משנת 1990 ועד 2016 ברציפות. בהקשר זה נטען, למשל, שחוות הדעת איננה מתיישבת עם העובדה כי שדה בר מסרה שבשנת השמיטה (2014-2015) השטח לא עובד, ועם פענוח תצלומי האוויר שמסרה שדה בר עצמה, לפיו 40 דונם מהשטח הם בור. העותרים מסיקים מכך כי חוות דעת זו איננה מבחינה בין מטעים מעובדים לבין מטעים לא מעובדים באדמות, ולכן היא לא יכולה היתה לשמש תשתית עובדתית להחלטה הסופית. עוד נטען כי חוות הדעת גובשה על ידי איש צוות ”קו כחול“, שמומחיותו היא הבחנה בין שטחים חקלאיים לבין שטחים שאינם כאלה, ולא בין שטחים חקלאיים מעובדים לכאלה שאינם מעובדים. חיזוק לכך מצאו העותרים בכך שחוות הדעת לא הבחינה בין העיבוד במטע הצפוני לבין יתר העיבודים, כפי שעשה קמ”ט חקלאות בסיוור

במקום. עוד נטען כי גם חוות הדעת שהגישה שדה בר איננה מבחינה בין מטע מעובד למטע לא מעובד, ועל כן לא ניתן להסתמך עליה לעניין זה, וכי חוות הדעת של רודמן איננה תואמת את חוות הדעת ואת התצהירים שהגישו העותרים.

(3) לבסוף טוענים העותרים כי התשתית הראייתית שעמדה בבסיס ההחלטה בדבר 40 הדונם – לא היתה מבוססת דיה, משני טעמים עיקריים: ראשית, כיוון שמשיבי הממשלה הסתמכו על טענות שדה בר לפיהן השטח מעובד כיחידה אחת, מה שנטען, לגישת העותרים, בעלמא. שנית, מפני שמשיבי הממשלה לא נימקו מדוע קיבלו את עמדתה של שדה בר, לפיה העותרים הסתמכו בבקשתם על נקודות זמן שאינן רלבנטיות.

(ג) **הנפקות המשפטית של השימוש באדמות:** לגישת העותרים, אין להחיל צו שימוש מפריע במקרים של שימוש שאין בו ממש, כיוון שהדבר עלול להעניק מעין חסינות לפולשים שלא כדין, בניגוד לתכליתו של הצו. עוד נטען כי משיבי הממשלה סטו ללא פשר ממדיניותם בעבר, לפיה שימוש זניח בקרקע איננו מהווה שימוש מפריע, כמשמעו בצו שימוש מפריע.

נוכח האמור לעיל, העותרים טוענים כי השטח שעליו יש להחיל את צו השימוש המפריע הוא המטע הצפוני, שגודלו כ-5.5 דונם. ביחס ליתר השטח, שנזנח לגישתם, הם מבקשים להפעיל צו סגירת שטחים, או להעניק לעותרים ליווי שיאפשר להם לעבד את האדמות.

לחילופין, העותרים טוענים כי גם אם שדה בר לא זנחה את האדמות, אלא עברה לשימוש מופחת בהן, הרי שמדובר ב"שינוי מהותי" באופי השימוש על פי סעיף 2(ה) לצו שימוש מפריע, המהווה עילה למנות מחדש את מגבלת חמש השנים שבצו. לעמדתם, "שינוי מהותי" בשימוש אין פירושו רק הרחבה של השימוש במקרקעין, אלא הוא כולל כל שינוי בשימוש, ובכלל כך צמצומו. לגישת העותרים צו שימוש מפריע איננו מחריג נסיבות כגון: שנת שמיטה, ולכן עצם הודאת שדה בר כי הפסיקה לעבד את הקרקע בשנה זו מהווה שינוי מהותי בשימוש, המהווה עילה לאתחול מגבלת חמש השנים הקבועה בצו שימוש מפריע.

עוד נטען כי נטל הראיה על פי צו שימוש מפריע הוא על המחזיק בקרקע, להוכיח שהשימוש איננו מפריע, ועל כן עמדת משיבי הממשלה לפיה שדה בר תמשיך להחזיק בקרקע כיוון שלא ניתן להפריך את טענותיה, שגויה.

ד) **זיקה למקרקעין:** לטענת העותרים, מרגע שהתקיימו: שינוי, או הפסקה בשימוש, חלה חובה על משיבי הממשלה לאפשר להם גישה, שכן נקבעה זיקתם הלכאורית לאדמות. לעמדתם, הפירוט שמסרו משיבי הממשלה אודות ההחזקה באדמות בתקופות השונות מאשרת את זיקתם זו, בין היתר כיוון שנכתב שם שעצי זית באדמות ניטעו על ידי פלסטינים. עוד מסתמכים העותרים על עמדתם של גורמים מקצועיים במינהל האזרחי, שהוצגה במכתב מטעם היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון אל באת כוחה של שדה בר בדצמבר 2018, לפיה: "לעותרים קיימת זיקה לכאורית למקרקעין, וזאת על בסיס רישומי מס רכוש".

העותרים הוסיפו וטענו כי הקביעה שפלסטינים נטעו את עצי הזית מעידה כי שדה בר נכנסה לאדמות בבירור כפולשת ואיננה מחזיקה בהן כדין – בעוד שהדין המהותי באזור יהודה ושומרון (לעיל ולהלן: האזור) קובע כי זכויות מכוח החזקה ועיבוד יכולות להתקיים, לצד זכות שביושר בלבד. לעמדת העותרים, טענות שדה בר בדבר עיסקה באדמות אינן מגובות בראיות מספיקות, וממילא עיסקה שכזו לא קיבלה את אישור המפקד הצבאי באזור, הדרוש מכוח סעיף 2 לצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה ושומרון) (מס' 25) התשכ"ז-1967 (להלן: צו העסקאות).

ה) **הליכים חלופיים:** העותרים טענו כי הליך לרישום הזכויות הקנייניות באדמות דרך רישום ראשון איננו יכול להחליף את הפעלת הסמכויות על ידי המינהל האזרחי, שכן סמכויות אלה נותנות מענה למציאות הייחודית המאפיינת את האזור. רבים מהמקרקעין החקלאיים באזור אינם רשומים, ואין הסדר רישום מקיף לגביהם. לפיכך לשיטת העותרים – לא ניתן להתנות טיפול בתלונות, בכך שהזכויות יירשמו.

טענות שדה בר

13. שדה בר סמכה ידיה על ההחלטה הסופית ועל ההחלטה בדבר 40 הדונם שקיבלו משיבי הממשלה. תמצית טענותיה יובאו להלן בהתאם לראשי הפרקים שלעיל:

א) **שימוש באדמות:** שדה בר טוענת כי עשתה שימוש רציף באדמות משנת 1998 ואילך, וכי נכנסה לאדמות כדין מכוח עיסקת רכישה. זאת ועוד – על פי תפיסתה, גם אם תיבחן השאלה של שימוש מפריע, הרי שהמועד הרלבנטי לבדיקה זו מתחיל בשנת 1998. על כן, לגישתה, אין נפקות לשאלת השימוש באדמות חמש שנים לפני מועד הגשת העתירה, וראיות העותרים שצורפו ביחס לשנים 2011 ואילך כלל אינן רלבנטיות. שדה בר נסמכת לצורך זה, בין היתר: על תצהירים

שהגישה, על מסמכי הרכישה לכאורה, ועל סרטונים שצירפה מעיבוד האדמות בשנת 2016.

(ב) **התשתית העובדתית:** שדה בר סומכת ידיה על הברור העובדתי שערכו משיבי הממשלה, שהיה לטענתה ארוך ויסודי, וכלל: סיורים, חוות דעת, ובחינה של התייחסויות הצדדים על ידי אנשי מקצוע רלבנטיים. היא מציינת כי העותרים לא סיפקו למשיבי הממשלה פרטים אודות מועדי עיבוד של האדמות, או לגבי התנכלויות נטענות, שמנעו עיבוד כזה לכאורה – על אף שהתבקשו לעשות כן וניתנו להם מספר הזדמנויות לכך. בנוסף, שדה בר גורסת כי טענות העותרים בדבר עיבוד רציף, לצד התנכלויות שמנעו עיבוד, הן טענות סותרות. עוד הפנתה שדה בר לציטוטים מתגובות משיבי הממשלה לפיהם גורמי מקצוע שונים העידו כי לא ידוע להם על עיבוד בפועל מצד הפלסטינים, או על בקשות לעיבוד, בשנים שקדמו לפניית העותרים לראשונה אל משיבי הממשלה.

ביחס לטענת העותרים על היעדר הבחנה בין "מטע" לבין "מטע נטוש" בפענוח תצלומי האוויר בחוות הדעת – שדה בר טענה כי הבחנה שכזו איננה מקובלת בתחום של פענוח תצלומי אוויר וכי אין לה משמעות משפטית.

עוד טענה שדה בר כי העותרים לא הצליחו לסתור את **חזקת התקינות המינהלית**. לטענתה, משיבי הממשלה קיבלו את החלטתם לאחר איסוף נתונים רחב מהדרוש ושקילת מכלול הטענות, גם כאלה שהועלו בשלב מאוחר של הברור, ותוך הסתייעות בגורמי מקצוע, ועל כן הנטל לסתירה של חזקה זו הוא כבד. לטענת שדה בר יש ספק גדול בדבר מהימנותם של המסמכים שצירפו העותרים, המעידים על בעלות לכאורה באדמות, בשל חוסר התאמה שהם גילו בין מסמכים שונים. עוד היא מציינת כי בנקודות זמן שונות סברו משיבי הממשלה שהמסמכים שהוצגו אינם מלמדים על זיקה לאדמות (למשל, במכתבים מתאריך 15.02.2015, ובהחלטה מתאריך 09.06.2016). לבסוף שדה בר טענה בהקשר זה כי גם לו היו המסמכים מהימנים, הרי שנסחי מס רכוש מהווים ראשית ראיה להחזקה, ולא מוכיחים בעלות במקרקעין.

(ג) **הנפקות המשפטית של השימוש באדמות:** לטענת שדה בר, צו שימוש מפורע נועד למנוע פלישה לקרקע, ולא הפחתה של שימוש בה. לעמדתה, גם אם היתה זניחה של השטח לתקופה מסוימת (כפי שטענו העותרים, טענה שאותה היא מכחישה), הרי שאין מדובר בשינוי מהותי בשימוש בקרקע, שכן הצו מגדיר שינוי מהותי בשימוש – כהרחבה, או כשינוי לסוג אחר של שימוש, ולא כזניחה. בנוסף, נטען כי על פי סעיף 68 לחוק הקרקעות העותמאני משנת 1274 להיג'רה (1858) החל באזור (להלן: חוק הקרקעות), רק הוכחה (הנחת שדה בלי עיבוד) של שלוש שנים

מובילה לאיבוד זכויות בקרקע, ועל כן פרשנות אחרת של הצו סותרת את הדין המהותי.

לעניין נטל הראיה, שדה בר טוענת כי הוא חל על המחזיקים בקרקע רק לאחר הפעלת צו שימוש מפריע, ולא ביחס לשאלה אם להפעילו, אם לאו. ביחס לבקשה להפעיל צו סגירת שטחים באדמות – שדה בר גרסה כי צו שימוש מפריע הוא הסדר ספציפי לעניין פלישה לקרקעות, בעוד שצו סגירת שטחים הוא הסדר כללי, ועל כן התנאים הקבועים בצו שימוש מפריע גוברים. כמו כן, לשיטתה, ההלכה שקבע בית משפט זה היא שככלל אין לעקוף את מגבלת חמש השנים של צו השימוש המפריע בעזרת צו סגירת שטחים, אלא בנסיבות שבהן המחזיק במקרקעין הוא בבירור פולש. לעמדת שדה בר היא איננה פולשת כלל, כיוון שנכנסה לאדמות מכוח עסקת רכישה שעשתה.

ד) **זיקה למקרקעין:** שדה בר טוענת כי בשנת 1991 נרכשו האדמות על ידי מר ליאוניד אורשינסקי, וכי מר אורשינסקי נתן לה ייפוי כוח לעבדן, ומכח נתונים אלה היא מעבדת ברשות את האדמות מעת הקמתה בשנת 1998. לטענתה, העיסקה הנ"ל לא נרשמה כנדרש על פי צו העסקאות, בשל הרגישות ברישום עסקאות בין ישראלים לפלסטינים באזור.

בנוסף טוענת שדה בר כי היא בעלת זכויות גם מכוח החזקה של האדמות ועיבודן, מכוח סעיפים 78 ו-20 לחוק הקרקעות. עוד נטען כי החזקה היא זכות קניינית מוגנת בפני עצמה, שיש להתחשב בה, בנסיבות העניין.

ה) **הליכים חלופיים וטענות נוספות:** שדה בר הצטרפה לעמדת משיבי הממשלה כי על העותרים לפנות להליך של רישום ראשון.

בנוסף נטען כי העתירה לוקה בשיהוי, שכן הפנייה הראשונה בנושא נעשתה בשנת 2013, בעוד שהפלישה הנטענת לאדמות אירעה בשנת 1998. לטענתה, סמכותם של משיבי הממשלה היא סמכות רשות, ולא סביר להפעילה משחלפו כ-15 שנה עד לפנייה הראשונה. עוד היא טענה כי הסמכויות שמעניק צו שימוש מפריע למשיבי הממשלה הן חריגות בהיקפן, ועל כן מחייבות שימוש זהיר במיוחד בו.

14. בהתאם לראשי הפרקים שפורטו לעיל, תובא כאן גם תמצית טענות משיבי הממשלה, כמפורט להלן:

(א) **שימוש באדמות:** לעמדת משיבי הממשלה, הן טענות העותרים והן טענות שדה בר נבחנו על ידי גורמי מקצוע מטעמם, אשר קבעו כי לא הוכח שהשימוש המפריע לכאורה של שדה בר באדמות הופסק בשלב כלשהו. נמצא שהאדמות היו מעובדות עד לשנת 2016, ובאשר לשנים: 2016-2017 לא היו ראיות מספיקות כדי לשלול את הטענות של שדה בר בדבר עיבודן. לכן, לעמדת משיבי הממשלה אין צורך להידרש לשאלה אם בנסיבות העניין דכאן הפסקה בעיבוד היוותה "שינוי מהותי" באופי השימוש המפריע, ולפיכך לא ניתן לעשות פה שימוש בצו שימוש מפריע.

(ב) **תשתית עובדתית:** משיבי הממשלה טענו כי גורמי המקצוע במינהל האזרחי בדקו הן את טענות העותרים והן את טענות שדה בר. ביחס לסרטונים שהגישה שדה בר, נטען כי הם נבחנו על ידי קמ"ט חקלאות, אשר סבר כי לא ניתן לשלול על פיהם, או לאשר מכוחם את הטענות בנוגע לאופן הטיפול בקרקע.

(ג) **הנפקות המשפטית של השימוש:** משיבי הממשלה טוענים כי "שימוש מפריע", כהגדרתו בצו שימוש מפריע, איננו מחייב עיבוד חקלאי של הקרקע, וממילא איננו מחייב עיבוד חקלאי בעצימות גבוהה. לעמדתם, ככל שהקרקע עובדה בתקופה האמורה, ואפילו פעולות העיבוד לא עלו כדי עיבוד מיטבי – אין בכך כדי לשלול את קיומו של השימוש המפריע באדמות. ביחס ל-40 הדונם שלגביהם העותרים טענו כי אין מחלוקת שהם שטח בור – משיבי הממשלה קיבלו את טענת שדה בר לפיה השטח מעובד כחטיבת מקרקעין אחת, שלא ניתנת להפרדה.

בנוסף, משיבי הממשלה סבורים כי אין מקום להפעיל את צו סגירת שטחים במקרה דנן, והם נסמכים במקרה זה על פסיקתו של בית משפט זה, שבגדרה נקבע כי, ככלל, אין מקום לעקוף את גבולות הזמן הקבועים בצו שימוש מפריע על ידי שימוש בצו סגירת שטחים, כדי להשיג תוצאה של סילוק מחזיקים בפועל, אלא במקרים של פלישה מובהקת.

(ד) **זיקה למקרקעין:** במהלך הליך הבירור לפי נוהל סכסוכי קרקעות, בחנו משיבי הממשלה מסמכים שונים שהגישו הצדדים לסכסוך לעניין זכויותיהם באדמות,

אולם הדגישו כי ההליך לא נועד להכריע בשאלה הקניינית בדבר זהות הבעלים החוקיים של האדמות, אלא בדבר הפעלת הצו לשימוש מפריע. במהלך הבחינה ביטאו משיבי הממשלה במכתבים לצדדים עמדות שונות ביחס לזכויותיהם הקנייניות בקרקע, מבלי לקבוע מסמרות בדבר. כך, למשל, במכתב של היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון לעותרים מתאריך 15.02.2015 נכתב כי מאישורי מס הרכוש לא ניתן ללמוד על זיקת העותרים למקרקעין. מאוחר יותר ולאחר הבהרות, נכתב במכתב של היועץ המשפטי לשדה בר מתאריך 04.12.2018 כי: "בדיקה של הגורמים המקצועיים במינהל האזרחי העלתה כי לעותרים קיימת זיקה לכאורית למקרקעין, וזאת על בסיס רישומי מס רכוש".

ביחס לתצהירים ולמסמכים שהגישה שדה בר לצורך ביסוס הטענה כי יש לה זכויות באדמות מכוח עסקת רכישה, נכתב בהודעה על ההחלטה הסופית מטעם משיבי הממשלה כי: "יש ספק ביחס לזכויותיו של המוכר במקרקעין" וכי: "זיהוי החלקה על פי הסכמי המכר אינו ברור". עוד צוין כי כדי לבסס זכויות על עיסקה זו, היא טעונה היתר ורישיון לפי צו העסקאות.

עוד צוין כי משיבי הממשלה מסרו לצדדים בנקודות זמן שונות את עמדתם העקבית כי על פי התשתית העובדתית שבידיהם – האדמות **מוחזקות** על ידי שדה בר.

ה) **הליכים חלופיים**: לעמדת משיבי הממשלה, בירור עובדתי מקיף במסגרת הליך מינהלי הוא מורכב, בפרט על רקע הטענות הסותרות שהעלו הצדדים והימשכותו של הסכסוך על פני פרק זמן ארוך. לכן, לגישתם, על הצדדים לפנות לבירור זכויותיהם הקנייניות באדמות באמצעות הליך רישום ראשון. לחילופין, נטען כי בפני העותרים פתוחה הדרך להגיש תביעה לסילוק יד.

לאחר שפרסתי בהרחבה את השתלשלות הדברים ואת טענות הצדדים, אפנה כעת לליבון הפלוגתאות.

דיון והכרעה

15. השאלה הניצבת במרכזה של עתירה זו היא אם יש מקום להורות למשיבי הממשלה להפעיל כלים מינהליים, אשר מצויים בסמכותם, כדי לאפשר לעותרים גישה לאדמות. ברי כי הסכסוך קשור בטבורו למחלוקת אודות השאלה בדבר הזכויות הקנייניות, או המעין קנייניות באדמות, אולם ההליך בענייננו לא נועד לבירור זכויות אלה, ולא לנו

להכריע בהן בעת הזו. על כן, יש לבחון את השאלה שהוצבה לפנינו במישור המשפט המינהלי בלבד.

16. כידוע, הסמכות המינהלית חייבת להיות מופעלת להשגת תכליתו של החיקוק שהסמיך את הרשות, להסתמך על תשתית ראייתית מספקת ועל שיקולים ענייניים, ולהיות סבירה לגופו של עניין (בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית שלפי צו בדבר וועדות עררים מחנה עופר, פסקה 13 וההפניות המובאות שם (20.03.2012) (להלן: עניין עבדאלקאדר)).

17. המפקד הצבאי באזור מחויב להגן על ביטחונם ועל קניינם של התושבים המוגנים החיים באזור תחת שלטון צבאי, וכן לשמור על הסדר ועל החיים הציבוריים של התושבים המקומיים. מקורה של חובה זו הוא בהוראות המשפט הבינלאומי המנהגי, המחייבות את המפקד הצבאי (בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844, 876 (2006); עניין עבדאלקאדר, בפסקה 11). בהתאם לכך, נקבעו בתחיקת הביטחון, בין היתר, הוראות צו שימוש מופרע, המקנה למפקד הצבאי סמכות למנוע פלישות ושימוש מופרע במקרקעין פרטיים של תושבים מקומיים.

18. כבר בפתח הדברים יצוין כי לא מצאתי שמשיבי הממשלה הפרו את חובתם זו בענייננו, או שמתקיימת עילה אחרת להתערבות בהחלטה הסופית. על כן אציע לחברתי ולחברי שנדחה את העתירה, בכפוף לסייגים הנזכרים בפסקה 25 שלהלן, ביחס להחלטה בדבר 40 הדונם. הטעמים למסקנות אלה יובאו מיד בסמוך. ההנמקה תתנתב כך: ראשית, אתיחס בקצרה לטענת הסף שהועלתה. לאחר מכן אדון בטענות ביחס לתשתית העובדתית, אשר שימשה את משיבי הממשלה לצורך קבלת החלטותיהם, ולבסוף אפנה לליבון הטענות ביחס לאופן הפעלת שיקול הדעת.

אפרט עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

טענת השיהוי

19. בפתח הדברים יצוין כי מוצא אני טעם מסוים בטענת השיהוי שטענה באת-כוחה של שדה בר. העותרים טענו בעתירתם כי כניסתם לאדמות נמנעה משנת 2000 ואילך בשל התנכלויות ואיומים מצד מתיישבי האזור היהודים, ומנגד כי המשיכו לעבד את חלקותיהם, ככל שהתאפשר להם. ואולם, על אף שהעותרים התבקשו על ידי משיבי

הממשלה לעשות כן – הם לא הצליחו להציג תשתית עובדתית מבוססת אודות התנכלויות אלה לכאורה ומועדיהן, או אודות מקרים שבהם ניסו, או הצליחו, לעבד את האדמות. בנסיבות אלה תמוהה בעיני החלטתם של העותרים, כפי שהיא עולה מהחומרים שצורפו לעתירה, לפנות לראשונה בעניין למשיבי הממשלה רק בשנת 2013, יותר מעשור לאחר הפלישה הנטענת.

20. זאת ועוד – על דרך הכלל, טענת השיהוי במשפט המינהלי היא טענת סף העוסקת במועד הפנייה לערכאות השיפוטיות. האפשרות לשימוש בדוקטרינה זו גם ביחס למועד הפנייה לרשות המינהלית נשקלה ואף יושמה במשורה בבית משפט זה (בג"ץ 2188/12 שאהין נ' מדינת ישראל (26.06.2013); ע"מ 9168/11 פלוני נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפיסקה 22 (25.11.2013); יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך ב – ההליך המינהלי 1076-1077, ה"ש 33 (מהדורה שנייה, 2011)). עם זאת, ונוכח דחיית העתירה ברובה לגופם של דברים, אותיר את שאלת תחולתה של הדוקטרינה בנסיבות דכאן, או דומות להן, בצריך עיון, ולא אכריע במכלול מכוחה.

המישור העובדתי

21. רבות מן הטענות שהעלו העותרים נטועות במחלוקת עובדתית שנתגלעה ביניהם לבין משיבי הממשלה ביחס לשאלת ההחזקה והעיבוד של האדמות. טענות אלה ורוחב יריעת הראיות המינהליות שעמדו בפני משיבי הממשלה פורטו בהרחבה לעיל, כדי שיובהר היקף הליך הבירור, אשר התנהל בענייננו.

22. כידוע, לצורך קבלת החלטה מינהלית, נדרשים משיבי הממשלה לאסוף ראיות ברמה המותאמת לתפקידם ולתחומי אחריותם, בהיותם רשות המופקדת על הסדר הציבורי (עיינו באופן כללי: בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 49 (1983), ובאופן ייחודי לאמור: עניין עבדאלקאדר, בפיסקה 14; בג"ץ 10302/07 טל בניה והשקעות קרני שומרון נ' שר הביטחון, בפיסקה 43 (16.11.2008) (להלן: עניין טל בניה); בג"ץ 6174/15 מחמד נ' ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, בפיסקה 6 (11.05.2021)).

23. לאחר שבחנתי את הליך הבירור המינהלי ביחס להחלטה הסופית, שהוצג לפרטיו לעיל, שוכנעתי כי לא נפל פגם בהחלטות משיבי הממשלה המצדיק התערבות שיפוטית. מהחומר הרב העולה ממכלול כתבי הטענות בתיק, ניכר כי משיבי הממשלה ניהלו הליך בירור מקיף שארך כשש שנים: ההחלטה הסופית בדבר האדמות התבססה על חוות דעת של גורמי מקצוע מטעם משיבי הממשלה ושל מומחים מטעם הצדדים לסכסוך,

על תצהירים רבים ומפורטים של הצדדים לסכסוך וכן על סיורים בשטחי המחלוקת. לצדדים לסכסוך ניתנו הזדמנויות רבות להעלות את טענותיהם ולהגיב על טענות הצד שכנגד, וניכר מחלופות המכתבים בין משיבי הממשלה לבין הצדדים, כי טענות אלה נשקלו. הנה כי כן בענייננו אספו משיבי הממשלה נתונים מהותיים השייכים לעניין, אשר שימשו **תשתית עובדתית** מספיקה לביסוס ההחלטה הסופית (לעניין הליך גיבושה של תשתית ראייתית ראויה, ראו: בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 425-423 (1994)).

יתרה מכך, למשיבי הממשלה, ככל רשות מינהלית, עומדת **חזקת התקינות המינהלית** (יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המינהלי" ספר אור 741 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013)). את הנטל לסתירתה לא הצליחו, לעמדתו, העותרים להרים. העותרים טענו נגד המשקל שניתן לכאורה לסרטונים שהגישה שדה בר, אולם לא הצליחו להוכיח כי אלה אכן שימשו נדבך ראייתי משמעותי בהחלטה הסופית. בנוסף, אף בהתרשמותו של קמ"ט חקלאות, שאליה הפנו העותרים (אשר סבר כי האדמות נראות מוזנחות) נקבע כי ישנן עדויות לרעיית צאן בשטח, פעילות אשר עשויה להעיד על שימוש במקרקעין. עוד יש לציין כי לצד התרשמותו של קמ"ט חקלאות, נסמכו משיבי הממשלה על חוות דעת נוספות של גורמי מקצוע מטעמם, ובהן, למשל, זו של רכז צוות סטטוס מקרקעין במינהל האזרחי, מר דני רודמן, אשר סבר על סמך סיור בשטח, תמונות ופענוח תצלומי אוויר כי ברוב שטחי האדמות **מתקיימים עיבודים נרחבים**. לא נעלם מעיניי הקושי בכך שבפענוח תצלומי האוויר של רודמן לא באה לידי ביטוי הפסקת העיבוד בשנת השמיטה, שבה הודתה שדה בר, אולם לא מצאתי כי הדבר עולה לכדי מסקנה שנפל פגם מהותי בתשתית העובדתית שעליה נסמכו משיבי הממשלה, נוכח יתר הראיות המינהליות שברשותם.

24. זאת ועוד. הטענות בדבר ההבחנה בין שטח חקלאי מעובד לכזה שאיננו מעובד בפענוח תצלומי האוויר – אינן מסייעות לעותרים להרים את הנטל לסתירת החזקה, שכן משיבי הממשלה היו עקביים בעמדתם כי השימוש וההחזקה במקרקעין אינם באים לידי ביטוי בהכרח בעיבוד חקלאי, וממילא לא בעיבוד חקלאי מיטבי.

25. יחד עם זאת, הנני רואה מקום לסייג את קביעותיי שלעיל (ביחס להיקף הליך הבירור והראיות המינהליות שנבחנו במסגרתו), באשר למקרקעין שנדונו בהחלטה בדבר 40 הדונם, שהרי אף שדה בר מודה (בחוות דעת מטעמה) כי מדובר בשטח בור שאיננו מעובד. הבירור העובדתי בכל הנוגע למצבו של חלק זה במקרקעין, נעשה רק במהלך השנים: 2019-2020 – לאחר מתן ההחלטה הסופית, ובעוד בירורה של העתירה שלפנינו

מצוי בעיצומו. הנה כי כן, בשונה מההחלטה הסופית, אשר חומרים רבים ששימשו לביסוסה הוצגו לבית המשפט – משיבי הממשלה לא פירטו את התשתית העובדתית ואת הנימוקים שהביאו אותם לכדי ההחלטה בדבר 40 הדונם. במצב דברים זה, שבו מחלוקת עובדתית מתעוררת "תוך כדי תנועה", הרבה לאחר הגשת העתירה המקורית (ואשר לא שמענו את טענות הצדדים לגביה) – לא מצאתי לנכון להכריע בה על סמך החומרים שהונחו בפנינו. לכן אציע לחברתי ולחברי לקבוע, כי דחיית העתירה לא תחול ביחס להחלטה בדבר 40 הדונם, וזכויות וטענות הצדדים בעניין חובת הפעלת סמכותם של משיבי הממשלה לפעול לסילוק הפלישה לקרקע הנוגעת ל-40 הדונם (ככל שזו אכן מתקיימת) – שמורות להם.

מישור הפעלת שיקול הדעת

26. כפי שתואר, עיקר טענות העותרים נסובות כנגד סבירותה של החלטת משיבי הממשלה, נוכח העובדה שהמשיבים מפרשים, לעמדת העותרים, בצורה שגויה את הוראות צו השימוש המפריע.

אפנה איפוא לבירור אופן הפעלת שיקול דעתם של משיבי הממשלה מכוח הוראות צו שימוש מפריע.

27. מושכלות יסוד הן, כי בית המשפט איננו רשאי להמיר את שיקול דעתה של הרשות המינהלית – בשיקול דעתו שלו, וכי הפיקוח המשפטי מוגבל בשאלה אם חרזה הרשות מסמכויותיה כפי שנקבעו בדין, או אם נתגלתה שגיאה משפטית בהפעלת שיקול הדעת של הרשות, או קיימת עילה אחרת המאפשרת ביקורת שיפוטית (בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (טוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 (1962); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב' 621 (2010)). במקרה שלפנינו, גורמי המקצוע מטעם הרשות המוסמכת, האמונים על אכיפת דיני ההפרעה למקרקעין, דנו בעניין והחליטו, על-פי שיקול דעתם המקצועי, שלא לפעול לסילוק הפלישה הנטענת. כידוע, מקרים שבהם החלטת הרשות מושתתת על שיקולים שבמקצועיות ומומחיות, מצמצמים עוד יותר את ההתערבות של בית המשפט בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת, והם בגדר חריג שבחריג – לבל יוחלף שיקול דעתם של גורמי המקצוע בשיקול דעתו של בית המשפט (בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501 (1989)).

28. כפי שנקבע בעבר, צו השימוש המפריע נועד לאפשר למפקד הצבאי למלא אחר חובתו לשמור על הסדר הציבורי באזור אשר תחת שליטתו ולהגן על קניינם וזכויותיהם

האחרות של התושבים המוגנים, חובה שעליה עמדתי לעיל, וביסוד תכלית הדברים עומד, בין היתר, הרצון למנוע השתלטות בלתי מורשית על קרקעות באזור (עניין עבדאלקאדד, בפסקה 11; בג"ץ 1315/12 חושיה נ' שר הביטחון, בפסקה 4 (16.02.2014), להלן: עניין חושיה).

29. עיקרו של הצו בהסמכת ראש המינהל האזרחי (או ממונה מטעמו) לפעול לסילוק פולש שלא כדין למקרקעין פרטיים, וזאת תוך **חמש שנים** מיום הפלישה. יצוין, כי בתחילה, עם קביעתו של צו שימוש מפריע, עמדה התקופה שמכוחה מנוע המפקד הצבאי לפעול לסילוק פלישה על שלוש שנים בלבד. במסגרת תיקון לצו משנת 2010, התנאים הוקשחו. מתוך הכרה בנסיבות המיוחדות באזור (בין היתר נוכח העובדה כי לא אחת בעלי הקרקע אינם מצויים באזור, או אינם מודעים לקיומה של פלישה), ולפיכך התקופה שבה מוסמך הממונה לפעול לסילוק פלישה הועמדה על חמש שנים (עניין עבדאלקאדד, בפסקה 11; עניין חושיה, בפסקה 4).

30. לצד האמור, יש להדגיש כי גם במקרים שטרם חלפה מגבלת חמש השנים, פינוי המחזיק במקרקעין הוא בגדר סמכות רשות של המפקד הצבאי, כפי שעולה מהוראות סעיף 2 לצו, המורה כדלקמן:

2". (א) נעשה שימוש במקרקעין פרטיים, והיה לממונה חשד סביר כי יש בו משום שימוש מפריע במקרקעין פרטיים, ורשאי הממונה לדרוש כי יוגש לו, בתוך 15 ימים ממועד מסירת דרישתו, תצהיר הנתמך במסמכים, המפרט מדוע אין לראות בשימוש במקרקעין הפרטיים משום שימוש מפריע במקרקעין פרטיים.

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

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

...

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

הפרטיים

(ההדגשות הוספו – ח"מ).

הנה כי כן, ראש המינהל האזרחי **רשאי** לדרוש מידע **ורשאי** להפסיק שימוש מפריע במקרקעין על סמך המידע שברשותו. עם זאת, כידוע, לעתים אין די בלשון: "**רשות**" כדי ללמד על סמכות רחבה הנתונה בידי הגורם המינהלי להפעיל את שיקול דעתו. במקרים רבים הסמכות המינהלית מורכבת הן מרכיבי רשות והן מרכיבי חובה, אשר היקפם משתנה מהוראה מסמיכה לאחרת. כך, למשל, כאשר החקיקה המסמיכה מנוסחת בלשון רשות מוחלטת, כלולות בה עדיין החובות להפעיל שיקול דעת, להתבסס על תשתית עובדתית ראויה ולשקול שיקולים ענייניים (יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך א – המינהל הציבורי 324-323 (2010)). ישנן גם נסיבות שבהן סמכות רשות המוקנית לרשות המינהלית הופכת לחובה. כך, למשל, כאשר אפשרויות פעולה שונות ביחס למקרה קונקרטי פסולות מטעמים כאלה או אחרים, ומותרות רק דרך אחת ויחידה לפעול (בג"ץ 2757/96 אלדאי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 21-22 (1996)).

ברם, במקרה שלפנינו ניכר כי לשון הצו מעידה על סמכות רשות הכוללת שיקול דעת רחב, כך שלא בכל מקרה שבו נמצא כי נעשתה פלישה "טרייה" למקרקעין – יהא הממונה הצבאי חייב לפעול לסילוק הפלישה. פרשנות זו נתמכת כאמור בלשון צו שימוש מפריע עצמו, המורה כי עם התעוררותו של ספק סביר לקיומה של פלישה **רשאי** המפקד הצבאי לערוך בירור בנושא עם המחזיק בקרקע (סעיף 2(א) לצו שימוש מפריע). לאחר מכן, אם לא ניתן מענה כלשהו מאת המחזיק בקרקע – "**רשאי** הממונה [...] להפסיק את השימוש בקרקע" (ראו: סעיף 2(ב) לצו שימוש מפריע), ובמקרה שבו ניתן מענה כאמור, אך כזה שאיננו מבהיר מדוע אין לראות בפלישה משום החזקה מותרת במקרקעין – **רשאי** הממונה להפסיק את השימוש המפריע במקרקעין (ראו: סעיף 3(ג) לצו שימוש מפריע).

31. שיקול הדעת הרחב המוקנה למפקד הצבאי אם לפעול לפינוי החזקה הנחזית כפלישה למקרקעין, נובע, כך נראה, גם ממצב ההסדרה ורישום זכויות המקרקעין באזור, ומתוך כוונה למנוע השתלטות על מקרקעין שלא מכוח בעלות רשומה בקרקע.

32. עמדתי לעיל על כך שצו שימוש מפריע מקנה סמכות למפקד הצבאי לנקוט בצעדים כאשר מתעורר חשד סביר לקיומה של פלישה ב"מקרקעין פרטיים", אולם צירוף זה, "מקרקעין פרטיים", מוגדר באופן רחב ביותר במסגרת הצו, עד כי הוא חוסה תחתיו אף מקרקעין שייכתן שהם אדמות מדינה-בכוח.

מבט לסעיף 1 לצו מגלה כי הגדרת "מקרקעין פרטיים" נעשית במסגרת הצו על דרך השלילה, ובגדרה יבואו כל מקרקעין שאינם "רכוש ממשלתי":

"מקרקעין פרטיים" – מקרקעין שאינם רכוש ממשלתי
 כהגדרתו בצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון)
 (מס' 59), התשכ"ז-1967."

צו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: צו בדבר
 רכוש ממשלתי) הנזכר בסעיף הנ"ל, מגדיר "רכוש ממשלתי" כך:

"רכוש ממשלתי" –

- (1) רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שיך, רשום על
 שם, או מוקנה לאחד מאלה:
 (א) למדינת אויב;
 (ב) לתאגיד אשר למדינת אויב זכות כלשהיא בו, בין
 במישרין ובין בעקיפין, בין שיש עמה שליטה ובין שאין
 עמה שליטה; או רכוש שאחד מהם היה שותף בו;
 (2) מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או
 תחיקת בטחון, על ידי רשות מרשויות צה"ל ועבור רשות
 מרשויות צה"ל שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית
 לתכנון ולבניה;
 (3) רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו
 והממונה קיבל עליו את ניהולו.

33. צירוף ההוראות הנ"ל, מעלה כי אדמות שלא עברו הסדר ושאינן רישום לגבי
 הבעלות בהן (אדמות אלה מכונות "אדמות סקר"), ואשר לא הוכרזו בהתאם להוראות
 סעיף 2 לצו בדבר רכוש ממשלתי – אינן עולות כדי "רכוש ממשלתי", כהגדרתו בצו רכוש
 ממשלתי האמור. משמעות הדבר היא כי "אדמות סקר" חוסות אף הן תחת הגדרת
 "מקרקעין פרטיים" שבצו שימוש מפריע, אף שאין בהן בעלים רשום וכלל לא ברור אם
 גורם פרטי כלשהו טוען לזיקת בעלות בהן. מדובר במקרקעין בהיקף של עשרות אחוזים
 מסך כל המקרקעין באזור (על כך ראו בהרחבה ב-בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת,
 בפסקאות 7-18 לפסק דינה של הנשיאה, א' חיות (09.06.2020)). הנה כי כן, בסמכותו
 של המפקד הצבאי לפעול לא רק לסילוקם של פולשים לאדמות בהן החזיקו גורמים
 פרטיים כלשהם. בידו אף לפעול לסילוק אדמות אשר מעמדן הקנייני טרם הוברר או
 הוסדר.

נתונים אלה מחייבים פרשנות שלפיה היקף שיקול דעתו של המפקד הצבאי נועד
 להלוך את התכליות השונות שאותן הוא נדרש לממש מתוקף היותו הגורם האמון על
 ביצוע הוראות צו שימוש מפריע. מחד גיסא, על המפקד הצבאי להגן כאמור על קניינם
 ועל יתר זכויותיהם של התושבים באזור ולמנוע פלישה בלתי חוקית למקרקעין השייכים
 להם. לצד זאת, כאשר מדובר על "אדמות סקר", עליו למנוע השתלטות על אדמות שאינן

מוסדרות, כל עוד המחזיק בהם לא הסדיר את זכויותיו במקרקעין. אל מול אלה, על המפקד הצבאי לשקול שיקולים של סדר ציבורי ושל שמירה על שגרת החיים באזור, ובין היתר לאפשר את השימוש במקרקעין כאשר קמה ההגנה הקבועה בהוראות סעיף 2(ה) לצו שימוש מפריע.

34. התכליות השונות של צו שימוש מפריע מחייבות איפוא נקיטת מבחן גמיש, המאזן בין התכליות השונות המונחות על כפות המאזניים, בכל הנוגע לאופן הפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי. ברי, כי כאשר צד שלישי פונה למפקד הצבאי ומציג בפניו תשתית איתנה לקיומה של זיקת בעלות מצידו למקרקעין – יצטמצם שיקול הדעת של ראש המינהל האזרחי ביחס להפעלת סמכותו, עד כדי חובה להפעילה, ככל שלא חלפה תקופת חמש השנים הקבועה בסעיף 2(ה) לצו שימוש מפריע, ויתר התנאים הקבועים בו. מנגד, ככל שעוצמת הזיקה למקרקעין של צד שלישי נמוכה יותר (בין אם לא עלה בידו להציג תשתית ראייתית מוצקה לכך, ובין אם הפלישה עצמה התגלתה רק על-ידי המפקד הצבאי, ולא פנה אליו גורם כלשהו בבקשה כי יפעיל את סמכותו) – אזי רשאי המפקד הצבאי, ככל שהוא מוצא לנכון, שלא לפעול לסילוק הפלישה מכוח צו שימוש מפריע. במסגרת זו, שבה נדרש סילוקו של מחזיק במקרקעין, שאינם מקרקעין הרשומים בבעלות פרטית, אך גם אינם "רכוש ממשלתי" – על המפקד הצבאי לשקול, בין היתר, שיקולים הנוגעים לפגיעה בגורם הפולש למקרקעין, בעוצמת הזיקה שלו לקרקע, בהיתכנות כי יש בפלישה כדי לפגוע במרקם החיים, בסדר הציבורי ובשלטון החוק באזור, בהיתכנות כי קיימת לגורם פרטי אחר כלשהו זיקת קניין למקרקעין, ובערוצים החליפיים העומדים לרשותו להוכחת טענותיו ולסילוק הפולש.

35. סיכומם של דברים, ככל שהזיקה של התושבים המוגנים בקרקע הוכחה במידה רבה יותר, וככל שהפלישה אל הקרקע טרייה ומובהקת יותר, כך מצטמצם טווח שיקול הדעת של המינהל האזרחי, עד כדי חובה לפעול כדי לעצור פלישה שכזו.

36. ניתן אם כן להיעזר במעין "מקבילית כוחות" לתיאור יחסי האיזון בין שתי התכליות העיקריות של צו השימוש המפריע, וכדי לזהות את אותם המקרים שבהם מדובר בסמכות שבה גוברים רכיבי החובה: ככל שזיקת התושבים המוגנים לקרקע הוכחה במידה רבה יותר, תידרש מידה פחותה של הוכחה ביחס לאופי ולמשך הפלישה, ולהיפך. ויודגש – הוכחת "זיקה" אין פירושה בהכרח הוכחת קיומן של זכויות במקרקעין במידה הדרושה לרישום, או לזכייה בהליך אזרחי, אלא די שתוכח זיקה במידה מספקת במישור המינהלי כדי שהכף תיטה לכך שסמכות המפקד הצבאי לפעול לסילוק הפלישה – תהא בגדר חובה.

37. בענייננו, שוכנעתי כי לא התקיימו תנאי מקבילית הכוחות בדרך כזו, אשר הופכת את סמכותו של ראש המינהל האזרחי לסמכות חובה, ולפיכך אין מקום להתערבות שיפוטית בהחלטת משיבי הממשלה שלא להפעיל את צו השימוש המפריע ביחס לאדמות. טעם הדבר נעוץ במידת ההוכחה המוגבלת של זיקת העותרים לאדמות מצד אחד, ומאידך גיסא לנוכח הראיות המינהליות המספיקות שהיו בפני משיבי הממשלה ביחס למשך הפלישה הנטענת – ראיות על פיהן השימוש של שדה בר באדמות החל, ככל הנראה, עוד בשנת 1998, ולכל המאוחר בשנת 2000 (בין אם שימוש מפריע הוא ובין אם לאו, שאלה אשר תלויה גם בשאלת הבעלות הקניינית באדמות, אשר לא הוכרעה כאמור). אורכה של מגבלת השנים המנויה בצו שימוש מפריע אמנם הורחב כאמור בתיקון משנת 2010, אך אף היא תחומה לפלישה בת חמש שנים בלבד.

38. העותרים טענו כי על פי צו השימוש המפריע נטל הראיה הוא על שדה בר להראות כי היא עושה שימוש כדין באדמות, אולם יודגש כי בסכסוך פה לא הופעל על ידי משיבי הממשלה המנגנון הקבוע בסעיף 2(א) לצו זה, אשר יש לפנות אליו כאשר יש לממונה "חשד סביר" כי נעשה שימוש מפריע במקרקעין.

הליך הבירור שנערך פה על ידי משיבי הממשלה נעשה במסגרת נוהל סכסוך קרקעות וההתפתחויות בדיון בעתירה, ולא במסגרת הפעלת סמכויות על פי צו שימוש מפריע. לכן מסקנתם של משיבי הממשלה, לפיה אין מקום להפעיל סמכויות מכוח הצו, מצויה להשקפתי במתחם הסבירות – וזאת על אף ששדה בר לא הוכיחה בראיות מספיקות כי עיבדה את האדמות בשנים: 2016-2017.

39. מקובלת עליי אם כן עמדת משיבי הממשלה לפיה השימוש של שדה בר באדמות, אף שלא היווה עיבוד חקלאי מיטבי – לא קטע את השימוש, אשר נמשך, גם אם בעצימות נמוכה. מסקנה זו נתמכת בראיות המינהליות שבידי משיבי הממשלה, ובנסיבות אלו – אין לממונה מכוח צו שימוש מפריע חובה להפעיל את הצו כלפי המחזיקים באדמות, מה גם שהעותרים לא ביססו כראוי את זכותם הקניינית הנטענת באדמות.

40. בצד זאת – אינני מוצא סיבה להתערב גם בפרשנות שנתנו המשיבים לצו, ועל פיה יש לשלול את הפרופוזיציה שהודאתה של שדה בר כי הפסיקה את עיבוד האדמות בשנת השמיטה מחייבת אתחול מחדש של מגבלת השנים הקבועה בסעיף 2(ה) לצו. פרשנות זו של המשיבים היא פרשנות אפשרית בענייננו – בהתחשב באיזון של מקבילית הכוחות והיעדרה של זיקת בעלות מובהקת של העותרים במקרקעין. כאמור, שאלת זיקתם של מי מהצדדים לאדמות מכוח בעלות איננה נושא להליך זה, ועליה להתברר

במסגרת הליך אזרחי לבירור הזכויות הקנייניות במקרקעין.

בהקשר זה נפסק כי במישור המינהלי – רף ההוכחה הוא שונה (רע"א 1408/15 אלענתאיקה נ' משרד החקלאות, בפסקה י' (23.07.2015)). לכן, מבלי לטעת מסמרות בשאלת החזקה באדמות והימשכותה, הגעתי לכלל מסקנה כי פרשנות משיבי הממשלה, לפיה החזקת שדה בר באדמות לא הופסקה, הוכחה די צורכה **במישור המינהלי**. חיזוק לעמדה זו ניתן אף למצוא בטענות שדה בר בדבר קיומם של עצים שנטעה באדמות ושל תשתיות שונות שהציבה (השקיה, דישון, גדרות חקלאיות), אשר מתיישבות לכל הפחות באופן חלקי עם הראיות המינהליות שעמדו בפני משיבי הממשלה. גם העותרים בעתירתם ציינו כי הוקמו גדרות שונות על האדמות.

41. מקובלת עליי גם המסקנה כי בנסיבות דכאן לא חל "שינוי מהותי באופי השימוש", אשר מהווה עילה לאתחול מניין חמש השנים ממועד הפלישה. שינוי מהותי באופי השימוש מוגדר בסעיף 2(ה) לצו כדלקמן:

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

מגבלת חמש השנים נועדה, כאמור, לאזן בין הצורך בהגנה על קניין התושבים מחד גיסא, ובין הגנה על החזקה ושמירה על הסדר הציבורי באזור מאידך גיסא. בנסיבות שבפנינו, נוכח הקביעה בדבר הימשכות החזקה, המסקנה כי קיום מצוות השמיטה איננו משנה באופן מהותי את טיב השימוש באדמות מצויה במתחם הסבירות, וממילא נקבע שטיב החזקה של שדה בר במקרקעין איננו מבוסס בהכרח על עיבוד חקלאי מיטבי. יחד עם זאת ולמעלה מן הצורך, מבלי לטעת מסמרות בדבר – הנני נוטה לעמדה לפיה במקרים שבהם הוכחו פלישה מובהקת וזיקה מובהקת, ייתכן שתחול **חובה** על המינהל האזרחי לראות גם בצמצום השימוש המפריע עילה להפעלת סמכותו לסילוק פלישה.

42. העותרים סבורים כי על משיבי הממשלה להפעיל לחילופין את צו סגירת שטחים. צו זה מסמיך את המפקד הצבאי באזור להכריז על שטח כשטח סגור ולאסור על כניסה אליו, וכן לפטור בני אדם מסוימים מהוראות ההכרזה בדבר סגירת השטח. תכליתו של צו סגירת שטחים, בתמצית, כפי שעמד עליה בית משפט זה בעניין חושיה, היא שמירה על הסדר הציבורי ועל ביטחונם של התושבים הישראלים והפלסטינים באזור. באותו עניין ביארה המשנה לנשיא (כתוארה אז), השופטת מ' נאור, את היחס בין צו שימוש מפריע לצו סגירת שטחים, וקבעה כדלקמן:

"בעוד שתכליתו של צו סגירת שטחים היא תכלית כללית של שמירה על הסדר הציבורי ועל ביטחונם של תושבי האזור, תכליתו של צו שימוש מפריע היא תכלית ספציפית של הגנה על מקרקעין מפני פלישה. החלתו של צו סגירת שטחים לאחר שחלפו חמש השנים מתחילת הפלישה, לשם סילוק הפלישה, תביא לערעור האיזון שנקבע בצו שימוש מפריע בין שמירה על מקרקעין מפני פלישה לבין הצורך להתחשב בחזקה ממושכת בפועל. אדגיש כאן – לא מן הנמנע כי בנסיבות בהן המחזיק במקרקעין הוא בבירור פולש, כדוגמת מקרה בו המחזיק מודה בכך שאין לו כל זכות במקרקעין, יהיה מקום להפעלת סמכות מנהלית זו (השוו: בג"ץ 407/80 כהן נ' שר הפנים והמשרה פ"ד לד(4) 477, 480 (1980); עניין עבדאלקאדר). כמו כן, ככל שיש טעמים אחרים שבסדר ציבורי או בביטחון האזור ותושביו, ניתן יהיה להפעיל סמכויות של סגירת שטחים, גם לגבי שטח שהפלישה אליו בת יותר מחמש שנים". (עניין חושיה, בפסקה 14. ההדגשה במקור – ח"מ).

הנה כי כן, עינינו הרואות כי במקרה שבפנינו, החלטתם של משיבי הממשלה מתיישבת עם ההלכה הפסוקה של בית משפט זה. שדה בר איננה מודה כי פלשה לאדמות ללא זכות, אלא טוענת כי יש לה זכויות במקרקעין הן מכוח רכישה והן מכוח החזקה ועיבוד ארוכי שנים. טענות אלה, ראוי שיתבררו בהליך המתאים. העותרים לא טענו, וממילא אף לא הוכיחו, כי ישנם טעמים אחרים אשר מצדיקים הפעלה של סמכויות לסגירת שטחים, על אף חלוף מגבלת חמש השנים של צו השימוש המפריע.

43. בסיכומם של דברים, לא מצאתי כי יש פה מקום להתערבות שיפוטית בעילות שנטענו, ולפיהן נמצאה כביכול אי סבירות קיצונית בהפעלת שיקול הדעת של משיבי הממשלה, או שנפל פגם מהותי בתשתית הראייתית אשר שימשה אותם לצורך קבלת ההחלטה הסופית, והכל בכפוף לאמור בפסקה 25 שלעיל.

סוף דבר

44. מן המקובץ עד הנה עולה כי אין עילה להתערבות שיפוטית בשיקול דעתם של משיבי הממשלה ולהורות להם להפעיל את סמכויותיהם המינהליות, נוכח החזקה ארוכת השנים של שדה בר באדמות, שעליה הצביעו הראיות המינהליות שבפניהם. יחד עם זאת יודגש כי קביעה זו – אין פירושה כי אותה חזקה ארוכת שנים היא בבחינת חזקה כדין. לצדדים פתוחה איפוא הדרך לפעול למימוש זכויותיהם הקנייניות הנטענות במסגרת הליך משפטי מתאים, או בדרך של רישום הזכויות על ידי הגשת בקשה לרישום ראשון.

45. נוכח כל האמור לעיל – דין העתירה להידחות, בכפוף, כאמור, לסייגים המנויים בפסקה 25 שלעיל. בנסיבות העניין, אציע עוד כי לא נעשה צו להוצאות.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ו בתמוז התשפ"א (06.07.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')