



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5069/16

לפני :

כבוד השופטת ד' ברק-ארז

כבוד השופט ג' קרא

כבוד השופטת י' וילנר

העותרים :

1. חוסין אחמד עלי חמאמדה
2. ג'בריל חוסין אחמד חמאמדה
3. עלי חוסין אחמד חמאמדה
4. מחמד חוסין אחמד חמאמדה
5. עומר חוסין אחמד חמאמדה
6. אברהים חוסין אחמד חמאמדה
7. חליל אחמד עלי חמאמדה
8. עמותת "שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם"

נ ג ד

המשיבים :

1. ועדת העררים הצבאית
2. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש בגדה המערבית

התנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט

תאריכי הישיבות :

כ"ח בתמוז התשע"ח (11.7.2018)
כ"ג באייר התשפ"א (5.5.2021)

בשם העותרים :

עו"ד קמר מישרקי-אסעד
עו"ד רועי שויקה, עו"ד יעל מורג יקו-אל

בשם המשיבים :

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. מהו היקף הזכויות שנרכשו מכוח עיבוד, לפי דיני הקרקעות העותמניים, במקרקעין המצויים באזור? זוהי השאלה שעמדה במרכז ההליך שבפנינו.
2. נקדים ונאמר, כי העתירה מכוונת נגד החלטתה של המשיבה 1, ועדת העררים הצבאית הפועלת לפי הצו בדבר ועדות עררים (יהודה ושומרון) (מס' 172), התשכ"ח-

1967 במחנה עופר (להלן: ועדת העררים), אשר הורתה על פינויו של העותר 1 (להלן: העותר) מחלק מהשטח שאותו הוא מעבד ושהוא טוען לזכויות בו.

המסגרת הנורמטיבית

3. במוקד ההליך מצויות טענות הנוגעות לרכישת זכויות בקרקע מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני משנת 1274 להיג'רה (1858) (להלן: חוק הקרקעות העותמני). על כן, יש מקום לפתוח בהצגה קצרה של העקרונות הנוגעים להסדר משפטי זה. נפתח בהבאת הסעיף כלשונו:

”אדמת מירי, או מוקופה, שעיבד 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. אך אם הכיר המחזיק והודה בעצמו שתפס אדמה נטושה בלי זכות, אין מתחשבים בתקופת הזמן שעברה ומציעים לו לקבל את הקרקע בשווי הטאבו ואם סירב, תימסר פומבית לדורש” (הנוסח מובא מתוך: א' בן שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל 131-132 (1953) (להלן: בן שמש)).

4. אם כן, סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני מאפשר לאדם לרכוש זכות בקרקע, הגם שמלכתחילה לא היה בעל זכויות בה, באמצעות החזקה ועיבוד שלה במשך עשר שנים. כאמור בסעיף זה, הוא חל רק על חלק מסוגי האדמות בהתאם לקטגוריזציה שהייתה מקובלת בתקופה העותמנית (אדמות מסוג מירי או מוקופה). כמפורט בהמשך, ההליך דנן התנהל ברובו על סמך ההנחה שמדובר במקרקעין מסוג מירי (לרבות הדיון בוועדת העררים), וכפי שיוסבר, אין בשלב הנוכחי בסיס לסטות מהנחה זו.

5. להשלמת התמונה יוער כי בתחומי מדינת ישראל החלתו של סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני כפופה בעת הזו להסדרים נוספים, ובהם סעיף 22 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, אשר הרחיב את תקופת העיבוד הנדרשת ל-15 שנים (ראו עוד: סעיפים 159(ב) ו-162(2) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969; ע"א 8117/14 חוסיין נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקאות 29-31 (16.6.2016) (להלן: עניין חוסיין)). אולם, ההליך שבפנינו נסב על קרקעות באזור, ועל כן לא ארחיב אף בעניין זה.

6. הפסיקה חזרה ונדרשה לשאלה מהו רף העיבוד שיכול לשמש בסיס להקניית זכויות לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני. דרישה לעיבוד מלא אינה מבטאת את המציאות החקלאית. יחד עם זאת, הכרה בכל היקף עיבוד עשויה לאפשר רכישת זכויות

גם בנסיבות שבהן לא בוצעה השקעה ממשית מספיק בקרקע. עוד בתקופת המנדט התלבטו בתי המשפט בשאלה זו ונקבעו בה מבחנים שונים לעניין (ראו: משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 316-317 (מהדורה שניה, 1952) (להלן: דוכן)). בשלב יותר מאוחר, לאחר הקמת המדינה, קבע בית משפט זה כי את המושג "עֵיבוֹד" יש לפרש כ"עֵיבוֹד חקלאי של ממש" (ראו למשל: בג"ץ 277/84 אע"ריב נ' ועדת העררים לפי צו בדבר רכוש ממשלתי, אזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 57, 64 (1986) (להלן: עניין אע"ריב); ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי-שותפות מוגבלת, פסקה 14 (15.2.2009)).

7. במקרה שבפנינו מתעוררת שאלת היישום של דרישת העיבוד במלוא עוצמתה. באופן יותר ספציפי, השאלה העיקרית במקרה דנן היא כיצד נבחנת דרישה זו כאשר מדובר בקרקע הכוללת הן שטחים הראויים לעיבוד והן אדמת טרשים בלתי ניתנת לעיבוד. האם יש "לנכות" את שטחי הטרשים ולא להביאם בחשבון? אף זוהי שאלה שהפסיקה נדרשה אליה עוד בשנות הששים של המאה הקודמת. בעניין זה נקבע כלל ברור: כאשר בתוך שטח סלעי גדול נמצא שטח מוגדר ומובחן, המעובד בשיעור של 50% לפחות, יש להפרידו מיתרת השטח ולהחיל עליו את סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני. לעומת זאת, כאשר על-פני שטח סלעי גדול "מפוזרים פה ושם" שטחים קטנים הניתנים לעיבוד, המהווים יחד חלק קטן יחסית מהשטח כולו, אין מקום להחיל על כל אחד מהם את סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני בנפרד אלא לבחון את השטח כמכלול (ראו: ע"א 423/61 אל-עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 2553 (1961); ע"א 479/62 מדינת ישראל נ' יורשי צלאח כיר על-ידי אסעד כיר, פ"ד יז 631 (1963) (להלן: עניין כיר); עניין אע"ריב, בעמ' 64; ע"א 458/84 עיזבון המנוחה ג'והרה מלחם מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 381, 387 (1987). לעמדה "גמישה" יותר, ראו: ע"א 199/65 מדינת ישראל נ' כורי, פ"ד יט(4) 243, 249 (1965) (להלן: עניין כורי)). בע"א 56/82 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח עבדאללה מוסה רחאל, פ"ד מ(4) 29 (1986) הוסיף השופט ד' לוין בעניין זה:

"כאשר פזורה קרקע סלעית בחלקות שונות ובתוכן חלקים הניתנים לעיבוד ומעובדים, יש לבדוק את מידת היחס בין החלקים הניתנים לעיבוד לבין 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... 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" (שם, בעמ' 40-41).

הפרטים הנוגעים ליישומם של עקרונות אלה במקרה דנן יובאו בהמשך. בשלב זה, ניתן לציין כי הקרקע שבמחלוקת היא קרקע המאופיינת בחלקים מעובדים לצד אדמת טרשים שאינה ניתנת לעיבוד. עוד יצוין כבר עתה, כי המבחן של 50% לא זכה לדיון ישיר בפסיקתו של בית משפט זה בכל הנוגע לקרקעות באזור שדיני הקרקעות העותמניים חלים עליהן מכוח היותם חלק מן המשפט הירדני שנותר בתוקף (להבדיל מקרקעות בתחומי מדינת ישראל שעליהן חלים דיני הקרקעות העותמני כחלק מן המשפט הישראלי).

8. על כך יש להוסיף, כי בשלב מאוחר יחסית של התפתחות הפסיקה שעסקה ביישומם של סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני התעוררה שאלה נוספת – האם מי שתובע הכרה בזכויותיו לפי סעיף זה צריך להצביע על מקור חוקי להחזקה בקרקע שאותה הוא מעבד. בבג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית שלפיו צו בדבר וועדות עררים מחנה עופר (20.3.2012) (להלן: עניין עבדאלקאדר) נדרשה הנשיאה (בדימ') ד' ביניש לסוגיה זו. לנוכח חשיבותם של הדברים להמשך הדיון, כפי שיפורט להלן, נביא כאן את עיקרי דבריה באותה פרשה כלשונם:

"האם קיימת חובה להוכיח מקור חוקי לחזקת המחזיק במקרקעין? יש לציין, כי שאלה זו הושארה במידה רבה בצריך עיון בפסיקתנו, שכן הדעות בנוגע לה נטו לכאן ולכאן. ככלל, מיעט בית המשפט העליון לעמוד על הצורך בהוכחת מקור חוקי לחזקה... בספרות המשפטית נחלקו הדעות. המלומדים בן שמש, דוכן וזמיר סבורים כי יש לקרוא את הוראות הדין העותמאני כמשתלבות זו בזו, ומשכך יש לקרוא את סעיף 78 לחוק הקרקעות על רקע סעיף 8 לחוק בנוגע לשטרי הטאבו משנת 1276 להגירה (1860)... הדורש מאדם העומד בתנאי סעיף 78 להוכיח את מקור החזקתו באחת מדרכי הרכישה החוקיות, לצורך קבלת שטר טאבו... זאת ועוד. לשיטתם, גם אם אין קוראים את סעיף 78 על רקע סעיף 8 האמור, לשון סעיף 78 בעצמה מעידה על דרישה כי המחזיק בקרקע יהא מחזיק שביושר, שידיו נקיות... מהצד האחר, סבורים המלומדים סוכובולסקי, כהן וארליך... כי החובה להוכיח מקור חוקי לחזקה חלה אמנם בתביעות מול פקיד ההסדר – אך לא בבית המשפט; המחברים אינם מתייחסים לאלמנט ההחזקה ביושר, אולם גם הם מסכימים כי להחזקה ולעיבוד צריכה להתלוות, לכל הפחות, טענת זכות..."

כאמור, בית המשפט העליון דן בשאלת החובה להוכיח מקור חוקי אגב אורחא, והצורך להכריע בשאלה במפורש לא התעורר מעולם; עם זאת, בעניין ע'אליה קבע בית המשפט העליון כי חלה על המחזיק חובה להוכיח מקור חוקי לחזקתו... גם השופט א' חלימה, שהסתייג מקביעה

מפורשת כי חובה כאמור חלה... סבר, בדומה לדוכן, כי יש לקרוא את סעיף 78 כדורש, מתוכו ובו, שהחזקה בקרקע תהא ביושר, וכי בכל מקרה אין ליתן שטר טאבו בחינם למחזיק שהודה כי אין לו זכות בקרקע...

על רקע האמור יש לדחות את טענת המשיב 3 לפיה יש ביכולתן של עיבוד וחזקה בלבד לכוון את הזכות המוגדרת ברישת סעיף 78 לחוק הקרקעות, גם בנסיבות בהן ההחזקה בקרקע אינה ביושר. ודוק: הדרישה להחזקה ביושר אינה חופפת לדרישה להוכחת מקור חוקי לחזקה; גם אם נקבע כי אין במשפטנו חובה להוכיח פוזיטיבית מקור חוקי לחזקה – אף שהדבר מנוגד לפסיקה בעניין ע'אליה ולסעיף 8 לחוק שטרי טאבו – הרי שהדרישה להחזקה ביושר במקרקעין הוחלה במשפטנו במפורש בעניין סאלח, ולא נהפכה מעולם" (שם, בפסקאות 21-22 לפסק דינה).

כפי שאסביר בהרחבה בהמשך, גם סוגיה זו נמצאת ברקעה של העתירה.

רקע עובדתי

9. העותר הוא חקלאי בשנות השמונים לחייו, תושב האזור. העתירה מבוססת על טענותיו ביחס לחלקת קרקע המצויה בדרום הר חברון (להלן: החלקה הנטענת או החלקה) אשר ביחס אליה פרסם ביום 5.2.2013 המשיב 2, הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש בגדה המערבית (להלן: הממונה), התראה בדבר חובת פינוי מרכוש ממשלתי, וזאת מכוח הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: צו הפינוי). העותרים 2-6 הם בניו של העותר, ואילו העותר 7 הוא אחיו, אשר לפי הנטען הוא הבעלים של חלקת מקרקעין הסמוכה לחלקה מושא ההליך. העותרת 8 היא עמותת "שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם", התומכת בעמדת העותרים.

10. החלקה הנטענת אינה רשומה במרשם המקרקעין. טענותיו של העותר ביחס אליה התבססו על מפת מדידה המתייחסת לשטח בהיקף כולל של כ-12 דונם. לעומת זאת, צו הפינוי נסב על שטח של 9 דונם מתוך החלקה הנטענת, והוא תואר ככולל "כ-150 עצים (זית, נשירים, סברסים) + חריש + גדר מברזנטים (כ-300 מטר) + סככה מאבן".

11. על-פי התיאור המופיע בפתח החלטתה של ועדת העררים מושא ההליך דנן, החלקה ממוקמת בשטח הררי, משתרעת עד לוואדי וכוללת שטחים מעובדים היטב בוואדי עצמו, שהוא מישורי ברובו. בין הוואדי לשיא הגובה מצוי מדרון תלול.

12. העותר הגיש ערר על צו הפינוי לוועדת העררים. בערר הוא טען, בעיקרו של דבר, כי השטח שעליו חל צו הפינוי מהווה חלק בלתי נפרד מהחלקה שאת הזכויות בה הוא ירש מאביו, שהיה בעליה. העותר הציג בהקשר זה צו ירושה ונסח מס רכוש. לחלופין, העותר טען כי הוא רכש זכויות בחלקה מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני. העותר טען בהקשר זה כי הוא ומשפחתו מעבדים את החלקה כולה באופן רציף זה שנים – בגידולי שדה ובגידול של עצי פרי – בשיטת "הטלאים", שהיא שיטת עיבוד המתאימה לשטחים הרריים, תוך ניצול מלוא הפוטנציאל שלה. כן נטען כי העותרים הקימו בחלקה דיר צאן, בור מים, סוכה מאבן ובית אבן למגורים עונתיים, וכי החלקה מגודרת באופן המפריד אותה מהחלקות השכנות. העותר הוסיף וטען, כי למיטב ידיעתו וידיעת משפחתו, החלקה מעולם לא הוכרזה כאדמת מדינה כדין.

13. מנגד, הממונה טען שהחלקה כפי שהוגדרה בצו הפינוי הוכרזה כאדמת מדינה כבר ביום 9.1.1983, כחלק מהכרזה של חטיבת קרקע בשטח של כ-3,000 דונם. עוד נטען, בין היתר, כי לא הוכח שהיה עיבוד של החלקה עובר למועד ההכרזה ואף לא הוכחה זכות הבעלות של העותר בה. הממונה הוסיף כי אין תימוכין בתכנית השטח לאורך השנים לגבולות הנטענים של החלקה כפי שהוגדרה במפת המדידה של העותר, וכי אין בגדר התיל – שהוצבה במקום בשנת 2000 – כדי להפוך את החלקה המוגדרת במפת המדידה ליחידה אחת הומוגנית. לעומת זאת, כך טען הממונה, גבולות צו הפינוי שורטטו בהתאם לגבולות העיבודים בשטח, ועל כן יש לבחון את שיעור העיבוד ביחס לשטח צו הפינוי עצמו.

14. הדיון בוועדת העררים כלל סיור שקיימו חבריה בחלקה ביום 15.3.2015, וכן הגשה של חוות דעת מומחים מטעם הצדדים ותצלומי אוויר. מטעם העותר הוגשה חוות דעת של מומחה חקלאי, מר אורי פינקרפלד (להלן: פינקרפלד) וכן חוות דעת של מומחה לפענוח תצלומי אוויר, מר יצחק שאולי (להלן: שאולי). מטעם הממונה הוגשה חוות דעת מטעמו של מומחה לפענוח תצלומי אוויר, מר שלומי רון (להלן: רון).

15. בחוות הדעת החקלאית של פינקרפלד צוין כי לאחר שביקר בחלקה ביום 21.4.2013 הוא התרשם כי "כל פיסת קרקע בין הסלעים במדרון, ואפילו הקטנה ביותר, מעובדת בקפידה". בסיכום של חוות דעתו כתב פינקרפלד כך:

"לאחר שביקרתי בשטח, סקרתי את מצב הקרקע והעצים
אין לי כל ספק שהשטח מעובד בקפידה שנים רבות, מי

הגשמים המועטים באזור זה מנוצלים היטב, גם בבור וגם בעיבוד נכון וקפדני של הקרקע. העצים נושאי הפרי הם עדות טובה לכך. בור המים וסביבתו מטופלים, הבור קולט את מי הגשמים ומספק את צריכת המשפחה".

יצוין, כי חוות דעת זו התייחסה לחלקה כפי שהגדיר אותה העותר (דהיינו, שטח שגודלו 12 דונם).

16. בחוות הדעת מטעמו של שאולי צוין כי היא מתייחסת לתחום צו הפינוי ומבוססת על שלושה תצלומים מתאימים ואפשריים לפיענוח, מהשנים 1990, 1997 ו-2012. בפענוח התצלום משנת 1990 נקבע כי נכון לאותה עת לפחות כ-50% מתחום צו הפינוי היה מעובד בעיבודי פלחה בין רצועות הסלעים והטרסות הטבעיות הקיימות בשטח. בפענוח התצלום משנת 1997 נקבע שקיימים עצים נטועים בתחום צו הפינוי שמספרם הלך וגדל לאורך השנים, ובפענוח התצלום משנת 2012 צוין כי היו קיימים בתחום זה כ-100 עצים. עוד נקבע בחוות דעתו של שאולי, כי בכל השנים שנבדקו ניתן היה לראות כי בין העצים התקיים עיבוד פלחה בכל תחום צו הפינוי, חוץ מאשר ברצועות הסלעים, וכי "כל השטח מעובד למעשה בהתאם לאופי העיבוד בשטחים הרריים". עוד צוין בחוות הדעת כי "אין אפשרות להפריד את רצועות הסלעים/טרסות כשטח לא מעובד מתחום החלקה ויש לראות את כל שטח החלקה כתא שטח מעובד פלחה".

17. חוות הדעת של רון, שנסבה אף היא על תצלומי אוויר, התבססה על תצלומים מהשנים 1998, 2003, 2006, 2009 ו-2012. בחוות הדעת צוין כי היא מתייחסת "לקטע החפיפה" בין תחום צו הפינוי לבין שטח החלקה כפי שסומן במפת המדידה מטעם העותר – שגודלו כ-6.5 דונם. בפענוח התצלום משנת 1998 צוין בחוות הדעת כי "השטח טרשי ומכוסה בצמחית בור עם מטליות קטנות ששטחם הכולל נמוך מ-5%. בפענוח התצלום משנת 2003 צוין כי "השטח טרשי ומכוסה בצמחית בור בחלק הצפון מזרחי וניתן לראות עבודות חציבה ככול הנראה חפירת בור מים", וביחס לתצלום משנת 2006 צוין כי הדברים נותרו ללא שינוי. רון ציין עוד שניתן לראות בתצלום משנת 2009 נטיעות חדשות, וכי התצלום משנת 2012 מראה כי "רוב השטח טרשי.. וניתן לראות תחילת הכשרת שטח מטליות קטנות ששטח[ן] הכולל נמוך מ-20% ומספר נטיעות נוספות". בסיכום חוות דעתו ציין רון ציין כי הוצגה לו חוות הדעת של שאולי, וכי הוא עצמו לא מצא עדות לעצים שאותם הזכיר האחרון (להבדיל משיחי סירה). עוד הוסיף רון, כי לשיטתו הנטיעות בחלקה החלו משנת 2008 ואילך בלבד.

18. יצוין עוד, כי בסיור שקיימה ועדת העררים בחלקה השתתף גם רון, המומחה מטעם הממונה, בעוד שאולי, המומחה מטעם העותר, לא קיבל הודעה על עריכת הסיור. בקשה שהגיש העותר בעקבות זאת לקיום סיור נוסף בנוכחות שני המומחים נדחתה, תוך שצוין כי רון השתתף בסיור הן כמדריך והן כנציגו של הממונה, כיוון שבא-כוח הממונה עצמו לא נכח בסיור. לצד זאת, הותר לעותר להגיש את הערות המומחה מטעמו לנאמר בסיור כנספח לסיכומיו.

19. בהמשך ההליך, העידו שני המומחים לפענוח תצלומי האוויר בפני ועדת העררים. בעדותו של רון, הוא ציין שהשטח בוואדי "אכן מעובד בשיעור המגיע או עולה על 50%", ועל כן סבר כי יש להפריד בין הוואדי והשלוחה, שהם תאי שטח שונים, ולבחון את שיעורי העיבוד בכל תא שטח בנפרד. מנגד, בעדותו של שאולי הובהר כי הוא חולק על קביעתו של רון לפיה שטח החלקה טרשי, והודגש כי לא ניתן להפריד את החלקה לחלקים שונים אלא יש לראותה בכללותה כשטח הררי מעובד בעיבודי שדה.

20. ביום 31.12.2015 קיבלה ועדת העררים את הערר באופן חלקי, בדעת רוב (של יו"ר הוועדה, השופט רס"ן מ' ויגיסר, בהסכמת השופטת סא"ל ש' ריבלין-אחאי). דעת הרוב בוועדת העררים הדגישה, כי המחלוקת בין הצדדים התמקדה בהיקף העיבוד של החלקה, וכי לא התעוררה מחלוקת של ממש בדבר זיקתם של העותר ומשפחתו אליה. דעת הרוב ציינה עוד כי את המושג "עיבוד" לעניין סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני יש להבין באופן שמתחשב בטיב הקרקע, וכי כאשר מדובר בשטח טרשי, על-פי ההלכה הפסוקה יש לבחון האם ניתן למצוא בו שטח מעובד בשיעור של 50% לפחות. דעת הרוב הוסיפה, כי ככל ששטח זה ניתן להפרדה מהחלקה כולה – יש להחיל עליו את הוראות סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני באופן מובחן.

21. על רקע זה, דעת הרוב קבעה כי יש להפריד בין שני חלקי קרקע שדינם שונה. ביחס לחלק אחד, הכולל את שטחי המדרון הסמוכים לוואדי, נקבע כי הוא עובד לאורך יותר מעשר שנים בשיעור של למעלה מ-50% כדרישת סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני ולכן יש לקבל ביחס אליו את הערר על צו הפינוי (להלן: שטח א'). לעומת זאת, ביחס לחלק שני, הכולל את שיא הגובה של הגבעה ותחילתו של המדרון הסמוך, נקבע כי הוא לא עובד בשיעור הנדרש ויש להפרידו משטח א' ולקיים את צו הפינוי לגביו (להלן: שטח ב'). בפועל, צוין כי משמעות הדברים היא שצו הפינוי יחול על שטח של כ-3 דונם.

22. מסקנה זו של דעת הרוב התבססה על ניתוח חוות הדעת שהוגשו בהליך, וכן על ההתרשמות הישירה מהשטח במהלך הסיור. כך, דעת הרוב בוועדת העררים ציינה, כי

מעיון בתצלום האוויר משנת 1997 עולה שבשטח צו הפינוי קיימות עשרות נקודות, שייתכן שהן עצים, כדברי שאולי, וייתכן שהן שיחים, כדברי רון. דעת הרוב הוסיפה וקבעה כי בעניין זה מסקנתו של רון, לפיה מדובר בשיחים, היא מסתברת יותר, מאחר שהנקודות מצויות ברובן בסמוך לסלעים. עוד צוין, כי טעם נוסף התומך במסקנה האמורה הוא שגם בוואדי לא היו קיימים בשנת 1997 עצים ולכן סביר שהעצים ניטעו באותה שנה. בנוסף צוין, כי בסיוור שהתקיים בחלקה לא נצפו "עצים מבוגרים במיוחד", וכי אף פינקרפלד לא ציין בחוות דעתו שמצא בשטח עצים ותיקים שגילם עולה על 40 שנים. דעת הרוב הוסיפה וציינה, כי הדבר מעיב על עדויותיהם של העותר, בנוי ואחיו.

23. באשר לטענות העותר בדבר עיבוד בשיטת טלאים, קבעה דעת הרוב בוועדה כי הטלאים ("רצועות עיבוד צרות הפרוסות לאורך כל החלקה בין הסלעים") זוהו בעת הסיוור בשטח, וכי הם ניתנים לזיהוי כבר בתצלומי האוויר משנת 1990 ובולטים יותר בתצלומים משנת 1997. דעת הרוב בוועדת העררים קבעה בהקשר זה כי שיעור העיבוד הוא גבוה מזה שנקבע בחוות הדעת מטעם הממונה. דעת הרוב בוועדת העררים הוסיפה כי בתצלומי האוויר משנת 1997 בולטים ההבדלים בין השטחים המקיפים את החלקה, שבהם ניתן לזהות שיחי סירה קוצנית רבים, לבין שטח החלקה שבו לא מצויים שיחים. המסקנה המתבקשת היא, כך נקבע, שהקרקע עובדה והשיחים סולקו.

24. דעת הרוב בוועדת העררים דחתה את טענות שני הצדדים באשר לכך שאין מקום להפרדה של החלקה, בציינה כי זו מחולקת "באופן ברור" לשניים. כמו כן, לאור התוצאה שאליה הגיעה, דעת הרוב בוועדת העררים קבעה כי אין צורך להכריע בשאלה האם ההלכה הנוגעת לדרישת העיבוד בשיעור של 50% ומעלה משטח המקרקעין חלה בשטחי האזור.

25. בשולי הדברים, אך תוך הדגשה שהדבר נעשה "לא כהערה שולית", התייחסה דעת הרוב בוועדת העררים לאופן הגשת חוות דעתם של המומחים בהליך, כדלקמן:

"יש לציין כי שני המפענחים לא צרפו את ניירות העבודה שלהם לעיון הוועדה. קביעתו של רון כי 20% מהשטח היה מעובד בשנת 2012 לא נלוותה בסימון השטחים המעובדים. באופן דומה, גם לקביעתו של שאולי כי 50% מהשטח ואף יותר היה מעובד לאורך כל השנים, לא נלוו ניירות העבודה ובהן סימון השטחים המעובדים. הנני סבור כי ראוי היה שהמפענחים הנכבדים והמנוסים יצרפו את סימוני השטחים לחוות דעתם, כדי לסייע לוועדה בסימון השטחים המעובדים. זוהי הדרישה מכל מומחה המעיד בפני גוף שיפוטי, אך הדברים נכונים במיוחד כאשר הפסיקה דורשת את הפרדתם ותיחומם של אותם

שטחים שנמצא כי הם מעובדים מהשטחים שאינם מעובדים" (פסקה 72 לחוות דעתו של השופט רס"ן ויגיסר).

26. לעומת זאת, דעת המיעוט בוועדת העררים (השופט סא"ל א' נון) סברה שיש לדחות את הערר כולו. דעת המיעוט סברה כי אף אם הוכח עיבוד בן עשר שנים רצופות של החלקה, כמצוות סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני, הרי שמכל מקום, לא הוכח "מקור חוקי" להחזקת החלקה (בהפניה לעניין עבדאלקאדר). בהקשר זה נקבע בדעת המיעוט כי ספק אם נסח מיסוי המקרקעין שהציג העותר יכול להועיל לו, מאחר שההלכה הפסוקה קובעת כי נסח מסוג זה אינו מבסס תשתית ראייתית מספקת לבעלות במקרקעין, וממילא הוכח במידת הסתברות גבוהה כי השטח הנכלל בנסח המיסוי נמצא, אם בכלל, במיקום אחר. עוד צוין בדעת המיעוט, בכל הנוגע לתחולתו של עניין עבדאלקאדר גם על עיבוד קרקע שנמשך על פני עשר שנים ויותר שהושלם לפני שניתן פסק דין זה, כי מאחר שהצדדים לא טענו בקשר לכך, אין מקום להכריע בנושא. במישור האופרטיבי, דעת המיעוט סברה אפוא שיש מקום להורות על עיכוב ביצוע של צו הפינוי על מנת לאפשר לעותר לפנות לוועדה לרישום ראשון, אשר תדון בבקשה לרישום ראשון על יסוד ההנחה העובדתית כי שטח א' היה מעובד ברציפות מעל עשר שנים בעת שהוצא צו הפינוי מושא ערר זה, ובמסגרת זאת – תבחן גם את שאלת החלתה בדיעבד של ההלכה שנקבעה בעניין עבדאלקאדר ותכריע כחכמתה.

27. להשלמת התמונה יצוין, כי דעת הרוב כללה התייחסות לדברים שעלו בדעת המיעוט. בדעת הרוב הוער בהקשר זה, כי העותר הביא די והותר ראיות מינהליות המלמדות על זיקה ארוכת שנים לקרקע – ראשית, משום שהעותר ומשפחתו עיבדו את הוואדי במשך שנים רבות; שנית, משום שהוכח כי בשטח צו הפינוי מצויה באר מים עתיקה ששימשה את העותר, דבר שהוא סממן החזקה בעל משקל ממשי בהחלטה; ושלישית, לנוכח העובדה שהעותר הציג נסח מס רכוש. בהקשר זה הוער, כי החלקה המסומנת במפת המדידה של העותר מצויה בתוך שטח הגוש שאליו מתייחס נסח מס הרכוש, ומכאן שהסתמכותו של העותר על נסח זה מתקבלת על הדעת (בהתחשב גם בכך שלא נטען ולא הובאו ראיות לכך שאדם כלשהו ביקש לרכוש זכויות במקום אחר בגוש זה בהסתמך על אותו הנסח). באשר לעניין עבדאלקאדר, צוין בדעת הרוב כי היא אינה שותפה לדעת המיעוט, לפיה חל שינוי בהלכה באותו פסק דין. בהקשר זה הוער כי באותו פסק דין נדון מקרה שונה, שבו הוצגו "שפע ראיות מינהליות" המלמדות על פלישה מכוונת לקרקע פרטית השייכת לאדם אחר.

28. העתירה שבפנינו מכוונת כלפי החלטתה של ועדת העררים, ועל כן גם כלפי החלטתו המקורית של הממונה (אשר יכוננו להלן יחד: המדינה). לטענת העותרים, דעת הרוב – חרף היותה עדיפה על דעת המיעוט – שגויה מבחינה משפטית ומובילה לתוצאה בלתי סבירה, מהיבט פגיעתה הקשה בעותר ובמשפחתו, אשר מעבדים את החלקה מזה שנים ארוכות. בהקשר זה נטען כי החלקה "מפרנסת ומאכילה כ-80 בני משפחה וכ-30 ראשי צאן". העותרים טוענים כי מימוש צו הפינוי במתכונת שאושרה בהחלטתה של ועדת העררים (כך שיחול על שלושה דונמים) הוא בבחינת גזל כבשת הרש.

29. לטענת העותרים, החלטתה של ועדת העררים קובעת קו שרירותי המפריד בין שני חלקים של שטח אדמה אחד, בניגוד לחוות הדעת של המומחה מטעמם ותוך הסתמכות על מסקנות מסיור חד פעמי שבוצע בשטח, שאינו מייצג את מצב העיבוד בחלקה לאורך השנים. העותרים מדגישים כי העותר מעבד את החלקה כולה בשיטת חקלאות מסורתית המתאימה לתנאי הקרקע באזור דרום הר חברון – עיבוד טלאים. שיטה זו, כך מוסבר, כוללת עיבודי פלחה ועצים בין הסלעים ולמעשה בכל מקום שבו יש אדמה שניתן לגדל עליה או לנטוע בה. טענותיהם של העותרים נתמכות בחוות הדעת של שאולי, שלשיטתם ועדת העררים לא ייחסה לה את המשקל הראוי. העותרים מוסיפים וטוענים, כי החלטת הוועדה התעלמה שלא בצדק מחוות הדעת של פינקרפלד שהוגשה מטעמם.

30. העותרים מוסיפים כי על פני השטח הנדון כולו מצויים סימני חזקה מובהקים – בור מים, סוכות, מבנה עונתי וגדר המסמנת את גבולות האדמה בכל צדדיה. לשיטת העותרים, ועדת העררים לא ייחסה את המשקל הראוי לסימנים אלה.

31. להשלמת התמונה יצוין, כי ביום 23.6.2016 ניתן צו ארעי למניעת פינויו של העותר עד למתן החלטה אחרת (השופט נ' סולברג).

התגובה המקדמית וראשית הדיון בעתירה

32. בתגובה המקדמית שהגישה המדינה נטען כי דין העתירה להידחות, בהיעדר עילה להתערבות בהחלטתה של ועדת העררים אשר ניתנה בהתבסס על התרשמותה הישירה ממכלול הראיות שהוצגו בפניה, לרבות הסיור שקיימה בשטח. לשיטת המדינה, ועדת העררים נתנה את המשקל הראוי לטענות העותרים, ועל רקע זה אף קיבלה את הערר

באופן חלקי וקבעה כי הוכחה זיקה ארוכת שנים של העותר לקרקע. לגופם של דברים, נטען כי החלקה הוכרזה כאדמת מדינה עוד בשנת 1983, וכי מכל מקום לא הוכח עיבוד מספק בכל חלקיה לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני. באשר לטענות הנוגעות לקושי בהפרדת החלקה, המדינה טוענת כי ועדת העררים דנה בטענה זו ודחתה אותה, תוך שצוין כי החלקה מחולקת באופן ברור לשניים.

33. ביום 11.7.2018 התקיים דיון ראשון בעתירה (בהרכב שכלל אותי ואת השופטים י' אלרון ו-ע' גרוסקופף). במהלך הדיון הוצגו מספר שאלות לבא-כוח המדינה, ובין היתר, שאלת היתכנות הפינוי של שטח ב', על רקע הטענה בדבר היותו "כלוא" בין שני חלקים אחרים של החלקה, שלא יפוננו. בתום הדיון, המדינה נדרשה להגיש הודעה מעדכנת באשר לעמדתה בשאלות שהתעוררו.

34. בהודעה המעדכנת שהוגשה ביום 2.1.2020, ביקשה המדינה לדייק את תגובתה בכל הנוגע לשאלת ההכרזה על החלקה כאדמת מדינה. בהקשר זה צוין כי בשונה מהאמור בתגובה המקדמית, גבולות צו הפינוי חורגים מגבולות ההכרזה ונמצאים בשטח המהווה "אדמות סקר" – קרי, מקרקעין שלא הוכרוזו, אך מהווים אדמות מדינה על-פי הדין המהותי, משלא עובדו (למצער באינטנסיביות הנדרשת). עוד נטען, כי אין בעובדה שלא נערכה הכרזה ביחס לחלקה כדי לגרוע מסיווגה כרכוש ממשלתי בהתאם לדין המהותי, או כדי לגרוע מסמכות הממונה לפעול לפינוי הפלישה ממנה, בהתחשב בכך שהליך ההכרזה נושא אופי דקלרטיבי בלבד.

35. המדינה אף דוחה את הטענה שהחלקה המיועדת לפינוי היא "מובלעת" בין שטחים מעובדים. לטענתה, השטח שאליו מתייחס צו הפינוי מוקף באדמות שאינן מעובדות – או למצער, אינן מעובדות באינטנסיביות הנדרשת – ועל כן יש לראות בהן אדמות מדינה (מאחר שמדובר במקרקעין מסוג מירי). המדינה מוסיפה וטוענת כי סימון החלקה כפי שנעשה על-ידי העותרים – באמצעות גדר בשטח ובאמצעות מפה מסומנת – נעדר כל משמעות נורמטיבית כשלעצמו ומשקף אך את טענתם ביחס לחלקה. המדינה מוסיפה, כי אמנם עמדתה היא שאין מקום להתערב בהחלטתה של ועדת העררים, אך מכאן אין ללמוד על הסכמה לתוכנה של ההחלטה, ובפרט להבחנה שעשתה בין חלקי השטח.

36. לגוף העניין, המדינה טוענת כי כלל השטח שעליו חל צו הפינוי נותר טרשי משנת 1967 ועד למסירת צו הפינוי, למעט נטיעות חדשות בשנת 2009, והכשרת מטליות קטנות משנת 2012, אשר שטחן הכולל נמוך מ-20% משטח החלקה – ועל כן אין בהן

כדי לבסס את העיבוד וההחזקה הדרושים מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני. זאת ועוד, המדינה טוענת כי אף אם העותרים היו מוכיחים עיבוד וחזקה כנדרש, לא היה הדבר מסייע בידם, מאחר שבהתאם לפסיקה בעניין עבדאלקאדר עליהם להוכיח מקור חוקי לחזקה – ולא עלה בידם לעשות כן. בהקשר זה נטען כי העותרים לא הצליחו לקשור בין מס הרכוש אותו הציגו בפני ועדת העררים לבין החלקה מושא ההליך.

37. המדינה מוסיפה וטוענת כי אף אם השטח מושא צו הפינוי הוא חלק בלתי נפרד מן החלקה בכללותה, כפי שטוענים העותרים, הרי שהמשמעות הנורמטיבית של קביעה זו היא כי יש לממש את צו הפינוי כפי שהוצא במקור, שכן העותרים לא הוכיחו את טענתם לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני בהתייחס לחלקה כולה.

38. ביום 3.6.2020 הוצא צו על-תנאי בעתירה, כדלקמן:

”ניתן בזאת צו על תנאי המכוון אל המשיבה 1 ומורה לה לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטתה מיום 30.12.2015 בערר 11/13 וכמו כן מורה למשיב 2 לבוא וליתן טעם מדוע לא יבטל את צו הפינוי מיום 5.2.2013. בכלל זה יתייחסו המשיבים לעקרונות החלים על קביעת יחידת השטח שביחס אליה נבחן היקף העיבוד”.

תצהיר התשובה והדיון בהתנגדות

39. תצהיר התשובה הוגש ביום 26.11.2020. בהתייחס לסוגיה של קביעת יחידת השטח שביחס אליה נבחן היקף העיבוד, המדינה מציינת כי שאלה זו אינה רלוונטית במקרה דנן, כאשר מדובר בקביעת גבול בין אדמות מדינה לבין אדמות שהפרט טוען בהן לזכות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני. זאת, מאחר שאדמות המדינה הן תאי שטח שאין כל הכרח שיהיו מחולקות לחלקות חקלאיות מוגדרות. מטעם זה, כך צוין, צווי פינוי נמסרים מלכתחילה ביחס לתא שטח המהווה, לעמדת הרשויות, חלק מאדמת מדינה שבה מצויה פלישה, ולא ביחס לחלקה חקלאית. מכל מקום, המדינה מוסיפה כי ככלל, על מנת לקבוע את יחידת השטח אשר ביחס אליה נבחן היקף העיבוד, הגורמים הרלוונטיים הנדרשים לעניין נעזרים בצבר אינדיקציות, וביניהן: מאפיינים טופוגרפיים, גבולות עיבודים, גידור, גודל החלקה המקורב בהתאם לרשום בנסחי מס הרכוש במקרקעין לא רשומים ועוד. במקרה דנן, כך נטען, בחינת האינדיקציות האמורות מובילה למסקנה כי אין להכיר בגבולות החלקה הנטענים על-ידי העותרים, ואף אין בגידור השטח שבוצע על-ידי העותרים כדי להעיד על גבולותיה של החלקה. בהקשר זה מודגש

כי הגידור שרירותי, מאחר שאינו "מתכתב" עם המאפיינים הטופוגרפיים של השטח, אינו "היסטורי", ואף כולל בתוכו אדמות מדינה, לרבות אדמות מדינה מוכרזות.

40. מעבר לכך, נטען כי העיבוד בשטח – בין בהתייחס לתחום של צו הפינוי, ובין בהתייחס לתחום החלקה הנטענת כולה – נכון ליום מסירת צו הפינוי, אינו עולה כדי עיבוד אינטנסיבי, ועל כן אין בו די כדי להקנות זכות לעותר. כך, המדינה טוענת כי בחינת היקף העיבודים בצורת "טלאים" מעלה כי אלה מהווים שטחים זעירים מכדי להיחשב חלקות עצמאיות בשטח המסומן בצו הפינוי. טענות אלה מבוססות על חוות דעת עדכנית שצירפה המדינה מטעמו של משה חוטר (להלן: חוטר), רכז צוות סטאטוס מקרקעין ביחידת הפיקוח על הבניה של המינהל האזרחי מיום 7.9.2020. בחוות הדעת, המתייחסת לחלקה הנטענת על-ידי העותר (12.4 דונם), נסקרו פעם נוספת תצלומי האוויר שנסקרו בחוות הדעת מטעמו של רון, וכן צוין כי נערך סיור נוסף בשטח בתאריך 31.8.2020. בהתאם לכך, נקבע בחוות הדעת כי "מדובר בשטח אשר היה מעובד חלקית, פחות מ-50%. בפרט, ביחס לפענוח תצלום האוויר משנת 2002 צוין כך: "תא השטח ע"פ תכנית – 47.8 דונם מתוכו שטח מעובד כ-4.2 דונם המהווה 8.7%... אם נחשב את העיבוד בפוליוגון העורר כולל שטח הוואדי המעובד... יוצא 22% עיבוד בלבד". כמו כן, וביחס לשנת 2012 נמצא כי השטח המעובד עומד על 11% מהחלקה, ואף אם כוללים בו את שטח הוואדי שיעור העיבוד מגיע כדי 29% בלבד. בהמשך לכך נטען, כי לעמדת המדינה, רובה של החלקה הנטענת אינו מעובד כנדרש (נכון ליום מסירת צו הפינוי). המדינה חוזרת ומבהירה כי לשיטתה, גידור החלקה הנטענת, והצבת מבנה האבן, אינם בגדר עיבוד חקלאי, אלא סממני החזקה לכל היותר, אשר אינם מקנים זכויות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני כשלעצמם.

41. מכל מקום, המדינה טוענת כי לא עלה בידי העותרים להוכיח מקור חוקי להחזקתם בחלקה, כך שאפילו התקיימה דרישת העיבוד והחזקה, לא התקיימו כלל התנאים הנדרשים לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני.

42. המדינה מוסיפה ומעירה בתצהיר התשובה, כי לשיטתה אין יסוד להפרדה שערכה דעת הרוב בוועדת העררים בין חלקי החלקה. עם זאת, היא מציינת כי המדיניות הנוהגת של ראש המינהל האזרחי היא לכבד את המלצות הוועדה ולא להתערב בהן בנקל, וכך הוא נהג גם במקרה דנן.

43. בתגובת העותרים לתצהיר התשובה, שהוגשה ביום 4.4.2021, הם טוענים כי קיימות אינדיקציות רבות לכך שהחלקה המסומנת על-ידם מהווה יחידת שטח המובחנת

מסביבתה. כך, נטען כי הגידור המקיף את החלקה תואם את גבולותיה הפיזיים לפחות משנת 1967. בהקשר זה העותרים מתייחסים לגדרות האבן הקיימים בשטח, המלמדים על גבולותיה העתיקים של החלקה ואשר תואמים את הטופוגרפיה. בנוסף, נטען כי גם נסח מס הרכוש שהציגו העותרים מעיד על כך שהשטח הוא חלקה אחת לצורך בחינת היקפו של העיבוד. זאת, מאחר שלטענתם גודל החלקה כנטען על-ידם תואם את הרישום בנסח מס הרכוש (במובן זה שהנסח מתייחס למקרקעין שגודלם הוא 25 דונם, באופן שעולה בקנה אחד עם טענת העותר לפיה הוא ירש מחצית מהחלקה של אביו – כ-12.5 דונם).

44. בהמשך לכך חוזרים העותרים וטוענים, כי טענתם לפיה בכל שטח החלקה הנטענת על-ידם – לרבות בחלק שאליו מתייחס צו הפינוי – מתקיים עיבוד בשיעור ניכר ובאופן רציף הוכחה באמצעות חוות הדעת שהוגשו מטעמה לוועדת העררים. מודגש, כי העיבוד הנעשה בכל החלקה הנטענת הוא עיבוד מסוג בעל הררי המתאים לתכנית השטח, והוא מקובל ביותר ומוכר בספרות ובפסיקה לצורך רכישת זכויות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני.

45. העותרים מוסיפים ומתייחסים לחוסר הסבירות, לשיטתם, הטמון בהחלטה על פיצול החלקה. לטענתם, שטח ב' (המיועד לפינוי בהתאם להחלטתה של ועדת העררים) נמצא בתווך שבין אדמות שמלכתחילה לא הוכללו בצו הפינוי אך מוחזקות על-ידי העותרים (ושבהן נמצא בית האבן של העותרים), לבין האדמות שאותן הותירה הוועדה בידי העותרים, ושומנו כשטח א'. לטענת העותרים, משמעות הדבר היא שלצורך המעבר מביתו של העותר לשטח א' יהיה עליו לבצע עיקוף דרך מדרונות החלקה, דבר שיפגע בפעילות החקלאית היומיומית.

46. ביום 5.5.2021 התקיים דיון המשך בעתירה, בפני ההרכב הנוכחי. בפתח הדיון הבהרנו, כי המחלוקת העיקרית בתיק היא מחלוקת משפטית הנוגעת לשאלת העמידה בדרישה של עיבוד בשיעור של 50% לפחות בקרקע שיש בה גם אדמת טרשים וגם אדמה הניתנת לעיבוד במתכונת של "טלאים". במהלך הדיון הצגנו למדינה שאלות בהקשר זה, ובתום הדיון היא התבקשה להגיש תצהיר תשובה משלים המתייחס לסוגיה האמורה.

47. תצהיר התשובה המשלים הוגש ביום 13.6.2021. צוין בו כי בהתאם להלכה הפסוקה, כאשר מדובר בשטח שמעובד ב"איים" קטנים המפוזרים על פני השטח, יש לבצע כימות של כלל שטחי העיבוד, ואם השיעור הכולל יעלה על 50% מכלל השטח, יזכה הפרט בשטח כולו. לעומת זאת, אם שיעור העיבוד יהיה נמוך מ-50% ייקבע, הרי

שהזכויות בקרקע נותרות בידי הריבון. בהקשר זה נטען, כי כאשר מדובר במקרקעין טרשיים ברובם, שאינם ראויים לעיבוד, אין כל טעם לאפשר לפרט לרכוש בהם את זכות החזקה והעיבוד. המדינה מציינת כי התוצאה היא אכן שבשטחים סלעיים וטרשיים קשה יותר לפרט לרכוש זכויות, אולם אין משתמע מכך כי הדבר אינו אפשרי לעולם, שכן קיימים פתרונות חקלאיים שונים לשימוש בשטחים הרריים, וכן קיימת אפשרות לרכישת זכויות על דרך של הפרדת המקרקעין לשטחים מעובדים ולשטחים שאינם מעובדים – כפי שנעשה במקרה דנן.

48. העותרים הגישו תגובה לתצהיר המשלים מטעם המדינה. העותרים טוענים, בהתייחס לכלל בעניין עיבוד בשיעור של 50% או יותר, כי בדין המקומי החל באזור – להבדיל מאשר בשטחה של מדינת ישראל – לא קיימת דרישה נוקשה ל-50% עיבוד, וכי נקבע כבר על-ידי ועדת העררים הצבאית במקרים קודמים כלל גמיש יותר. כמו כן נטען, כי גם בישראל גישת בתי המשפט לבחינת "עיבוד מטולא" משקפת מגמה חיובית של הכרה בזכויות החקלאי בחלקות המעובדות. מכל מקום, לשיטת העותרים דברים אלה מודגשים למעלה מן הצורך, מאחר שבמקרה דנן הוכח כי החלקה הנטענת כולה – וחלק ב' שלה בפרט – מעובדת בשיעור של 50%, לרבות חלקיה הטרשיים.

דיון והכרעה

49. לאחר שמוצה עד תום שלב הטענות, הגיעה העת להכרעה. כפי שתואר, המחלוקת בין הצדדים היא רחבה ולמעשה הם חלוקים על רבים מ"נתוני הרקע" להתדיינות. אולם, ההתדיינות שבפנינו התמקדה – וכך יתבצע אף הדיון כעת – בשאלת העמידה בתנאי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני בלבד. באופן יותר ספציפי, יש להידרש לשתי סוגיות. הסוגיה העיקרית נוגעת לטיב העיבוד של החלקה, על רקע מאפייני השטח והעובדה שמדובר בעיבוד "מטולא" בין הטרשיים. הסוגיה השנייה, שהיא במידה רבה משנית או עקיפה במקרה דנן, נסבה על פסק הדין שניתן בעניין עבדאלקאדר ולטענות שעלו בעקבותיו באשר לקיומו של "מקור חוקי" להחזקה במקרקעין, או לכל הפחות החזקה ביושר. אדרש לשתי סוגיות אלה לפי סדרן.

סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני בנסיבות של עיבוד "טלאים"

50. ליבת המחלוקת נסבה כאמור על הסוגיה של בחינת טיב העיבוד בחלקה בהתחשב באופיה הטרשי. כפי שהוסבר, חלקת האדמה מושא ההליך דנן היא חלקה מרובת סלעים, שהעיבוד מתאפשר בה במתכונת של "טלאים" – עיבוד של חלקים

וקטעים קטנים בתוך אזור סלעי או תלול. זוהי תופעה נפוצה למדי באזורים הרריים (ראו: איל זמיר אדמות המדינה ביהודה ושומרון: סקירה משפטית 21 (1985) (להלן: זמיר)), וכפי שצוין, הפסיקה כבר נדרשה אליה בעבר (כמפורט בפסקה 7 לעיל ובאסמכתאות הנזכרות בה). הכלל שהתקבל בעניין זה הוא כאמור שנדרש עיבוד כולל המשתרע על פני 50% מהקרקע גם כאשר בתוך חלקה מסוימת קיימים הן שטחים מעובדים והן שטחים לא מעובדים (וייתכן אף לומר שהקושי לעבד את השטח כולו מתבטא בכך שרף העיבוד האפשרי המקסימלי בחלקה הוא 50% או פחות מכך). לצד זאת, כאשר לא ניתן להצביע על עיבוד בשיעור של 50% בחלקה כולה, אך ניתן להצביע על שטח מסוים מתוכה, שניתן להפרידו מהחלקה בכללותה, שבו העיבוד כן עומד על 50% לפחות – ניתן להחיל את סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני ביחס אליו בלבד.

51. הבדיקה שיש לפתוח בה היא אפוא עובדתית: האם בתוך השטח הכללי – דהיינו, החלקה כולה – קיים עיבוד בשיעור של 50% או יותר. כלומר, יש לפתוח בהסתכלות על חלקת המקרקעין כמכלול. אם התשובה לכך היא חיובית, המסקנה היא כי התקיימה דרישת העיבוד לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות, וככל שישנה עמידה גם בדרישת הזמן (עיבוד רציף למשך עשר שנים) – ניתן לקבוע כי המחזיק במקרקעין רכש בה זכות מכוח הסעיף.

52. אם לא ניתן להצביע על עיבוד בהיקף של 50% מהחלקה כולה – ורק אז – יש לבחון האם ניתן לאתר שטח נפרד בתוך החלקה, שבו שיעור העיבוד עלה כדי 50% או יותר, ולהעניק בו בלבד זכות למחזיק במקרקעין לפי סעיף 78 לחוק, "כאילו היה חלקה בפני עצמה" (ראו: עניין כ"ר, בעמ' 633. כן ראו: עניין כורי, בעמ' 249, שם נקבע כי "רק במקרים שבהם לא הוכיח הצד שתבע בעלות על-סמך סעיף 78 לחוק את העובדה, כי הוא עיבד כדי שיעור של 50% או יותר מהחלקה כולה, סמך בית-המשפט הזה את ידיו על פיצול חלק מהחלקה לטובתו, ובלבד שהחלק היה ניתן להפרדה והיה מעובד עד כדי השיעור האמור"; ראו עוד: בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הבטחון, פסקה 31 (1.9.2016)).

53. הצדדים חלוקים על יישומם של עקרונות אלה במקרה דנן. הגם שכאמור לעיל, העותרים מסתייגים מההתייחסות אל אמת המידה של 50% עיבוד בשטחי האזור, לשיטתם העותר עומד בתנאי של 50% עיבוד לפחות גם בהתבוננות על החלקה כמכלול. על כן, לטענת העותרים יש מקום להורות על ביטולו של צו הפינוי באופן מלא. טענותיהם נתמכות בחוות הדעת של פינקרפלד ושל שאולי. לעומת זאת, המדינה סומכת ידיה על חוות דעתו של רון, שלפיה שיעור העיבוד הכולל בתחום צו הפינוי עומד על כ-20% לכל

היותר, וכן על חוות הדעת העדכנית של חוטר, שהתייחסה לעיבוד בתקופות שונות ובשיעורים שונים – שנעו בין 11%-29%.

54. כאשר אני משווה את טענות הצדדים נגד עיני, כמו גם את העקרונות שנקבעו בהלכה הפסוקה, ניתן להתרשם שהחלטתה של ועדת העררים להפריד את החלקה לשניים – שטח המיועד לפינוי ושטח שיוותר בידיהם של העותרים – אינה מבוססת דיה. החסר המרכזי בהקשר זה נעוץ בהיעדרה של קביעה ברורה לגבי שיעור העיבוד של החלקה בכללותה בהחלטתה של ועדת העררים. כפי שהוסבר, חוות דעת המומחים בעניין זה מציגות נתונים סותרים ואף רחוקים זה מזה, באופן מעורר תמיהה (ולעניין זה יש להזכיר, כי חוות דעתו של חוטר, שממילא אינה משנה באופן דרמטי את תמונת המחלוקת, הוגשה רק בשלב מאוחר יחסית של הדיון בעתירה, ולא הונחה בפני ועדת העררים). יתר על כן, האופן שבו הדברים הוצגו על-ידי המומחים עורר קושי, עניין שהודגש על-ידי דעת הרוב בוועדת העררים (ראו לעיל בפסקה 25). לדברים האמורים נוסף הקושי הנוגע לכך שבסיוור שהתקיים בחלקה נכח רק המומחה מטעם המדינה ולא המומחה מטעם העותרים.

55. על רקע המחלוקת העובדתית הנכוחה, היה מקום לקבוע קביעה פוזיטיבית וברורה ביחס להיקף העיבוד. דא עקא – דבר זה לא נעשה. דעת הרוב בוועדת העררים ציינה אמנם כי בשטח א' "שיעור העיבוד עולה על 50% (ביחד עם שטח הוואדי)" ומנגד כי "השטח שבשיא הגובה של החלקה ובתחילת המדרון לא עובד באופן אינטנסיבי כנדרש בחוק הקרקעות העותומאני. ספק אם הוא ניתן לעיבוד כאמור". אולם, בכך נראה כי דעת הרוב בוועדת העררים ניגשה לדיון מתוך הנחה מקדמית בדבר חלוקת החלקה לשני שטחים שונים. זאת, בה בשעה שהיה עליה לבחון, קודם כל, את טענות הצדדים ביחס לעיבודה של החלקה במכלול, ולקבוע בעניין זה ממצא עובדתי ברור, שיאפשר את המשך הדיון והסקת המסקנות המשפטיות.

56. לא למותר לציין, כי עסקינן בחלקה שגודלה הכולל הנטען הוא כ-12 דונם, כאשר צו הפינוי התייחס לכ-9 דונם מתוכה, והחלק שלגביו נקבע שלא התקיים בו עיבוד מספק ולפיכך יש לקיים את צו הפינוי לגביו עומד על 3 דונם בלבד. עצם העובדה שבסופו של דבר הופרד לצורך הפינוי רק חלק קטן יחסית שהוא לכאורה לא מעובד מתוך חלקה שלמה שלגביה נטען כי היא מעובדת דיה בכללותה – מלמדת כי לא מן הנמנע שבהסתכלות כוללת על החלקה ניתן להצביע על שיעור עיבוד שמגיע לכ-50% לפחות.

57. בהקשר זה, ראוי לעמוד על קושי נוסף שעולה מהעיון בהחלטתה של ועדת העררים. כפי שפורט, הצדדים חלוקים גם בנוגע להיקף החלקה שביחס אליה יש לבחון

את היקף העיבוד. העותרים טענו כי מדובר בחלקה בת כ-12 דונם שאותה ירש העותר מאביו, ותמכו זאת במפת המדידה ובנסח מס הרכוש שהציגו. בהתאם לכך, חוות הדעת החקלאית שהציגו העותרים נסבה על גודלה של חלקה נטענת זו. לעומת זאת, המדינה טענה כי השטח הרלוונטי לבחינה הוא השטח שעליו חל צו הפינוי בלבד – כ-9 דונם מתוך החלקה הנטענת, וחוות הדעת שהוגשה מטעמם לוועדת העררים נסבה בהתאם על שטח זה בלבד. החלטתה של ועדת העררים לא נדרשה במישור לעניין זה ואף ביחס אליו לא נקבע ממצא פוזיטיבי ברור. למעשה, מקריאת ההחלטה קשה להבין לאיזה שטח מתייחסת הקביעה בדבר חלוקת החלקה לשניים – שטח צו הפינוי או החלקה הנטענת לפי מפת המדידה של העותר. בפסקאות 67-68 לדעת הרוב בוועדת העררים, שבהן היא מתייחסת לחלוקה של החלקה, המונח שנעשה בו שימוש הוא "חלקת העורר". על כן דומה כי החלוקה שנקבעה על ידי התייחסה לחלקה הנטענת על-ידי העותר, דהיינו לכל 12 הדונם. אולם, כאמור, הדבר לא נאמר במפורש.

58. המדינה השליכה בתחילה יתרה על הטענה שיש לבחון את היקף העיבוד רק ביחס לתחום צו הפינוי – הגם שטענותיה בעניין זה לא נתמכו באסמכתאות מן הפסיקה או הספרות. בהמשך, הגישה המדינה את חוות דעתו של חוטר, שהתייחסה אף היא לסך שטח החלקה הנטענת על-ידי העותר – 12.4 דונם (על-פי האמור בעמוד 2 לחוות הדעת, תחת הכותרת "מטרת חוות הדעת"). מכל מקום, אני סבורה כי נקודת המוצא לדיון בשאלת רכישת זכויות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני היא בחינת השטח שאותו מסמן הטוען לזכות כשטח מעובד. יודגש, כי אין לכך קשר, ולא אמור להיות קשר, לשאלה האם מדובר באדמת מדינה אם לאו – מאחר שתחולתו של סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני על קרקעות שהריבון רואה בהן אדמות מדינה היא מצב טיפוסי. על כן, בחינת העיבוד לפי סעיף זה צריכה להתבסס על טענותיו של המחזיק והמעבד את הקרקע. כאמור, דומה שכך נעשו הדברים גם במקרה דנן, אולם הדבר לא הובהר במפורש. דברי אלה אינם קובעים מסמרות בשאלה האם שטח נטען מסוים הוא בגדר "חלקה חקלאית". הם רק מכוונים לכך שאת שיעור העיבוד הנטען יש לבחון ביחס לשטח שלגביו מועלית טענת העיבוד (ראוי לציין, למשל, כי בעניין כורי נבחן היקף העיבוד ביחס לכל השטח שהמשיב טען כי הוא מעבד, ולא בהתאם לחלוקה לחלקות שלה טענה המדינה באותו מקרה. הנשיא ש' אגרנט אף ציין באותו עניין כי הפרדת השטח לחלקות נעשתה "מסיבה מקרית, הנעוצה בתביעתה של המדינה" (שם, בעמ' 248)).

59. בהתחשב בכל האמור, אני סבורה כי אין מנוס מהחזרת הדיון לוועדת העררים לצורך קביעת ממצא ברור בשאלת היקף השטח המעובד מתוך שטח החלקה הנטענת כולה. לנוכח הפערים המשמעותיים בין חוות הדעת שהוגשו לה, על הוועדה למנות

מומחה שלישי מטעמה (דהיינו, מומחה "נייטרלי" – שאינו בעל תפקיד בצבא), שיקים סיור נוסף עם הוועדה ובמעמד שני באי-כוח הצדדים, ויגיש חוות דעת שתתייחס באופן קונקרטי לשאלת העיבוד בחלקה הנטענת בכללותה (דהיינו, בהתאם למפת המדידה שהציג העותר). לאחר מכן, תיתן ועדת העררים החלטה חדשה ובה תקבע, לפי מיטב שיקול דעתה, מהו שיעור העיבוד בחלקה כולה. אם המסקנה תהיה ששיעור העיבוד הכולל לא עלה על 50% – תעמוד על כנה ההחלטה הנוכחית של ועדת העררים בדבר הפרדת החלקה ופינויו של שטח ב' בלבד. לעומת זאת, אם המסקנה תהיה ששיעור העיבוד הכולל הוא כ-50% או יותר – יבוטל צו הפינוי כולו. מכל מקום יובהר, כי נקודת האל-חזור במקרה זה היא החלטתה הנוכחית של ועדת העררים. במלים אחרות, מימוש של צו הפינוי בהתאם להחלטתה העדכנית של ועדת העררים שתקבל בהמשך יהא לכל היותר ביחס לשטח ב' בלבד.

60. זה המקום להעיר, כי הדיון בוועדת העררים צריך לקחת בחשבון את אופיה של הקרקע ואת הנתונים בנוגע למימושו המקסימלי של הפוטנציאל שלה (ראו: דוכן, בעמ' 317: "המושג 'עיבוד' יש להבין כעיבוד רגיל, המתקבל על הדעת בהתחשב עם טבע הקרקע והתבואה שאפשר לזרוע בה ולקבל ממנה"; כן ראו בן שמש, בעמ' 133: "עיבוד לפי ס' 78 מובנו עיבוד סביר, עד כמה שאפשר, בהתחשב עם טיבה של הקרקע והתבואות המתאימות לה"). הדברים אמורים בהתחשב גם בקביעתה של ועדת העררים באשר לכך שאין ספק ביחס לזיקה ארוכת השנים של העותרים לחלקה, ולעובדה שגם בהינתן שצו הפינוי ימומש – העותר ובני משפחתו יוסיפו להחזיק ולעבד חלקים אחרים שלה, ואף להתגורר בהם חלק מהשנה, במבנה העונתי. במובן זה, החלטתה של ועדת העררים צריכה להינתן גם בהתחשב בשיקולים של שכל ישר וב"התכתבות" עם המציאות בשטח (ראו והשוו לשיקולים שנזכרו בעניין כורי, בעמ' 248. שיקולים דומים לאלה קיבלו בעבר ביטוי בפסיקתה של ועדת העררים. ראו: ערר (איו"ש) 7/04 עווידה נ' הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש (10.7.2006); עררים מאוחדים (איו"ש) 9-14/06 הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש ביו"ש נ' חברת אהוד קהתי 3000 בע"מ (6.8.2008)).

61. בהקשר זה אוסיף, כי העותרים טענו שאין מקום ליישום "קשיח" של ההלכה שקבעה דרישה של 50% עיבוד בהקשרו של סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני בנסיבות של אדמת טרשים. זאת, בהתחשב בכך שמדובר בהלכה אשר התגבשה בפסיקתו של בית משפט זה בשנות ה-60 של המאה הקודמת, וביחס לקרקעות בתחומי מדינת ישראל. הדרישה האמורה לא הייתה קיימת, כך נטען, בדין העותמני ואף לא בתקופת המנדט, כך שאין מקום ליישמה בכל הנוגע לשטחי האזור. טענה זו אינה משוללת יסוד (לא למותר להפנות בעניין זה לדבריו של הנשיא מ' שמגר בעניין אע"ריב, בעמ' 65-66), אך הנתונים

שבפנינו אינם מצדיקים דיון בה בשלב הנוכחי. ועדת העררים תידרש לשאלה זו, ככל שהדבר יהיה נדרש, אם הממצא בעניין העיבוד יתברר כגבולי.

סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני והוכחת "מקור חוקי"

62. שאלה נוספת שהתעוררה במקרה דנן – במידה רבה רק בעקיפין – נוגעת לצורך להוכיח מקור חוקי להחזקה במקרקעין במסגרת הדיון בסעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני. למעשה, הטענות בעניין זה עלו בעיקר מעברה של המדינה, מאחר שהעותרים עצמם אינם חלוקים על ההכרעה של דעת הרוב בוועדת העררים בעניין זה. דעת המיעוט בוועדת העררים היא שסמכה את הכרעתה על עניין זה, והמדינה, שתומכת בעמדתה, טענה בפנינו כי דין העתירה להידחות גם מהטעמים שפורטו לעניין זה בדעת המיעוט בוועדת העררים. על אף שהדיון בסוגיה זו אינו נדרש להכרעה במקרה זה – אתייחס גם אליה, למעלה מן הצורך, לנוכח המחלוקת שהתגלעה בהקשר זה בוועדת העררים ועל מנת להבהיר את הדברים לטובת מקרים עתידיים, ככל שיתעוררו.

63. כפי שצוין בפתח הדברים, הפסיקה שעסקה ביישומו של סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני התמקדה לאורך השנים בדרישת העיבוד ובפרשנותה, וככלל לא הוסיפה ודרשה גם כי הטוען לזכות בקרקע יוכיח כי קיים מקור חוקי לחזקתו, אלא אם כן הודה כי החל לעבד את הקרקע ללא כל עילה חוקית (ראו: זמיר, בעמ' 19). כך גם עולה מדבריה של הנשיאה ביניש בעניין עבדאלקאדר שהובאו לעיל, ושבהם היא סקרה את הדעות השונות שהתעוררו בעניין זה בספרות האקדמית.

64. כאמור, דעת המיעוט בוועדת העררים סברה כי פסק דינה של הנשיאה ביניש בעניין עבדאלקאדר יצר שינוי בהלכה הקיימת, כך שנדרשת הצגתו של מקור חוקי להחזקת המקרקעין על מנת לרכוש בהם זכות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני (וראו גם את דבריה של חברתי השופטת י' וילנר בבג"ץ 5426/17 ברכאת נ' ראש המינהל האזרחי בגדה המערבית, פסקה 27 לפסק דינה (29.11.2020) (להלן: עניין ברכאת)).

65. אני סבורה כי בעניין זה הדין עם דעת הרוב בוועדת העררים. מנקודת מבטי, הדרישה להוכחתו של מקור חוקי להחזקה במקרקעין סותרת את הגיונו של ההסדר הקבוע בסעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני. סעיף זה נועד לאפשר הענקת זכות במקרקעי המדינה למי שמחזיק בהם ומעבד אותם – מכוח עיבוד והחזקה אלה, ובמטרה לעודדו לעשות כן (ראו: עניין ברכאת, בפסקה 28 לפסק דינה של חברתי השופטת וילנר. ראו גם: חיים זנדברג מקרקעי ישראל – ציונות ופוסט ציונות 114 (2007) (להלן: זנדברג)). ההחזקה

והעיבוד הם הכלים שבאמצעותם מוכחת טענת הזכות. על רקע זה, דרישה להוכחת מקור חוקי להחזקה במקרקעין היא נטולת הגיון, מאחר שאם מדובר באדם שאוחז בידו הוכחה ניצחת לחוקיות החזקתו במקרקעין – הוא כלל לא אמור להיזקק לסעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני לצורך רכישת זכויות.

66. כפי שכבר ציינתי בעבר, בעניין עבדאלקאדר הנשיאה ביניש התייחסה לדרישה להחזקה ביושר – שמשמעותה כי המחזיק בקרקע יראה כי "ידיו נקיות" – ואף חידדה כי דרישה זו "אינה חופפת" לדרישה להוכחת מקור חוקי לחזקה (ראו: שם, בפסקה 22 לפסק דינה; עניין חוסיין, בפסקה 32 לפסק דיני). במלים אחרות, די בכך שהמחזיק בקרקע יעלה טענת זכות (להבדיל מהודאה כי הוא פולש), ויציג ראשית ראיה לעניין זה, אך הוא אינו נדרש להוכיח את החזקתו החוקית בקרקע (ראו והשוו: ע"א 149/81 סאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 374 (1984), שאליו הפנתה גם הנשיאה ביניש בעניין עבדאלקאדר – שם הוכח כי מקור ההחזקה והעיבוד היה בהסגת גבול).

67. על רקע אמת מידה זו, המקרה שבפנינו אינו מעורר קושי. העותר טוען כי הוא-הוא בעליה החוקיים של החלקה, שאותה קיבל לטענתו בירושה מאביו, והוא הציג לעניין זה את צו הירושה הרלוונטי וכן נסח מס רכוש. דעת המיעוט בוועדת העררים סברה כי אין בכך די כדי לעמוד בדרישת ההוכחה של מקור חוקי לחזקה, בציינה כי ההלכה הפסוקה אינה רואה ככלל בנסח מס רכוש כבסיס ראיתי לבעלות במקרקעין, וכן כי "הוכח במידת הסתברות גבוהה לפנינו כי השטח הנכלל במסמך מיסוי המקרקעין נמצא, אם בכלל, במקום אחר". בהתייחסה לדברים אלה, קבעה דעת הרוב בוועדת העררים כך:

"העורר אף הציג נסח מס רכוש. החלקה הרשומה בנסח מצויה בגוש 1 באדמות הכפר יטא באזור דרום הר חברון בשטח של 25 דונם. שטח צו הפינוי הוא 9 דונם בלבד. החלקה שבמפת המדידה מצויה בתוך שטח הגוש שבו אנו עוסקים ומכאן שטענת העורר מתקבלת על הדעת. אומנם, תת המוקע שצוינה בנסח – אום זיתוני – אינה מופיעה במפות הפיסקאליות באותו המקום שבו סומנה החלקה שבמפת המדידה. אולם, היא גם אינה מופיעה במקום אחר בגוש 1 והמשיב לא טען לכך שהיא ממוקמת במקום אחר. לא נטען ולא הובאו ראיות לכך, שאדם כלשהו ביקש לרכוש זכויות במקום אחר בגוש 1, תוך שהוא מסתמך על אותו הנסח. לכן, בבחינת הראיות המנהליות, אינני רואה סיבה של ממש לדחות את טענת העורר, כי אותה חלקה המעובדת על ידי משפחתו מצויה במקום שבו סומנה מפת המדידה של העורר. סממני ההחזקה שצוינו מחזקים טענה זו... אין בכך שתת מוקע אינה מסומנת במפה הפיסקאלית כדי לסתום את הגולל על אפשרות ההכרה בזכויות מכוח אותו נסח מס רכוש. עדות העורר ועדיו,

כמו גם הראיות האחרות מטעמו, יכולים לרפא ולהשלים את החסר" (שם, בפסקאות 76-77).

די לי באמירות ברורות אלה של דעת הרוב בוועדת העררים על מנת לקבוע כי במקרה זה התקיימה הדרישה בדבר החזקה ביושר. בנסיבות אלה, אף מתייחר הצורך לקבוע האם דרישה זו חלה גם ביחס למקרים שבהם תקופת עשר השנים של עיבוד הקרקע הושלמה עוד בטרם ניתן פסק הדין בעניין עבדאלקאדר, אם לאו.

סיכום

68. לנוכח כל האמור לעיל, אציע לחבריי לקבל את העתירה במובן זה שנקבע כי הדיון בעררו של העותר יחזור לוועדת העררים, אשר תקיים הליך משלים של קבלת חוות דעת מומחה וביצוע סיור נוסף בשטח, כמפורט לעיל, ובהמשך לכך תקבע את שיעור העיבוד בחלקה בכללותה (לפי גודלה הנטען על-ידי העותר). בהתאם, תכריע ועדת העררים האם החלטתה מושא העתירה דנן עומדת על כנה, או שיש מקום לבטל את צו הפינוי כולו. עוד אציע כי המדינה תישא בהוצאותיהם של העותרים בסך של 15,000 שקלים.

ש ו פ ט ת

השופט ג' קרא :

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר :

1. אני מסכימה לפסק דינה של חברתי, השופטת ד' ברק ארז, ואבקש להוסיף מספר הערות.

2. אכן, כפי שציננה חברתי, הלכה למעשה, בחינתה של דרישת העיבוד של שטחים סלעיים נעשית באופן דו-שלבי: בשלב ראשון נבחנת השאלה האם בכלל השטח קיים עיבוד בשיעור של לפחות 50%. ככל שהתשובה לשאלה זו נמצאת חיובית, בצירוף התקיימותם של יתר תנאי סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני, יש לקבוע כי המחזיק

במקרקעין רכש זכות בשטח כולו מכוח החזקה ועיבוד רצופים. לעומת זאת, כאשר התשובה לשאלה האמורה היא שלילית, יש לפנות לשלב השני ולבחון אם שיעור העיבוד עלה על 50% בחלקת שטח הניתנת להפרדה מתוך השטח הכולל. ככל שתימצא חלקת שטח כאמור, המחזיק יהא בעל זכות החזקה מכוח סעיף 78 בחלקה זו בלבד.

בענייננו, ועדת העררים "דילגה" על השלב הראשון, ועוד לפני שבחנה את השאלה מהו שיעור העיבוד של כלל השטח, פנתה לבחון האם ניתן להפריד חלקת שטח מתוך השטח הכולל שבה שיעור העיבוד עלה על 50%. משכך, נדמה כי הוועדה אף לא נדרשה במישרין לשאלה המקדמית הדורשת הכרעה במקרה הנדון – מהו השטח הכולל שביחס אליו יש לבחון את שיעור העיבוד במסגרת השלב הראשון (האם מדובר בשטח שבמפת המדידה שהגיש העותר, או שמא מדובר בשטח צו הפינוי שהוציא המשיב). ואולם, בשים לב להגשת חוות דעתו של חוטר - אשר התבססה על בחינת השטח הכולל לפי מפת המדידה שהגיש העותר, הרי שנכונה אני להסכים עם קביעתה של חברתי כי בנסיבות המקרה דנן, השטח הכולל שביחס אליו יבחן בשלב הראשון שיעור העיבוד יהיה לפי מפת המדידה של העותרים. ממילא, איננו נדרשים להכריע במקרה שלפנינו בשאלה העקרונית כיצד יש לבחון את היקף העיבוד - האם רק ביחס לתחום צו הפינוי, או שמא ביחס לשטח שלגביו נטען לזכות כשטח מעובד מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות, ואותיר שאלה זו בצריך עיון.

3. לאור האמור, ומן הטעמים המפורטים בחוות דעתה של חברתי, ועל אף התמשכות ההליכים בין הצדדים, אף אני סבורה כי אין מנוס מהשבת הדיון לוועדה על-מנת שתדון ותכריע בשאלת עיבוד החלקה הנדונה בהתאם לבחינה הדו-שלבית, כמתואר לעיל.

4. חברתי הוסיפה והתייחסה במסגרת פסק דינה לשאלה נוספת – בעניין הצורך להוכיח מקור חוקי להחזקה במקרקעין במסגרת הדיון בסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני.

כפי שצוין בהרחבה בבג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית שלפי צו בדבר וועדות עררים מחנה עופר, פסקאות 21-22 (20.3.2012), ניתן למצוא בספרות ובפסיקה דעות מנומקות לכאן ולכאן בהתייחס לשאלה זו, כאשר למעשה פסקי הדין העיקריים שעסקו בשאלה זו – אף אם לא במישרין – נטו לדעה כי יש להראות מקור חוקי בנוסף לדרישת העיבוד וההחזקה לצורך רכישת זכות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות (ראו למשל: ע"א 453/61 ע'אליה נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד טז 909, 911 (1962); וכן

עמדתה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש בעניין עבדאלקאדר אשר ציינה כי: "ממילא מוצאת אני טעם רב בדרישה להוכיח מקור חוקי להחזקה בימינו אנו. מבחן ההחזקה והעיבוד התאים לחברה החקלאית בה נוצר. אולם במציאות המודרנית, בה קרקעות המדינה מהוות משאב חיוני ויקר, דרך רכישה זו מעוררת קושי. במיוחד כך הדבר בחברה המייחסת חשיבות לשמירת החוק והסדר ולאכיפת החוק, ואינה מבקשת לעודד את שיטת כל דאליס גבר".

ואולם, מאחר שאף ההכרעה בשאלה זו אינה נדרשת בענייננו, כפי שאף ציינה חברתי, השופטת ברק-ארז, אני רואה צורך לקבוע מסמרות בנדון, ויש להניח כי הדיון בשאלה נכבדה זו ימוצה בעתיד במסגרת הליך שבו ההכרעה בסוגיה תהיה הכרחית ובלב העניין.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, ו' בתשרי התשפ"ב (12.9.2021).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת