

בג"צ 5439/09

בג"צ 5391/11

העותרים בבג"צ 5439/09

העותר בבג"צ 5391/11

המשיבים בבג"צ 5439/09

המשיבים בבג"צ 5391/11

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. אחמד עבדאללה עבד אלקאדר
  2. עבד אלרחים עבד אלעטיף מחמד עלי
  3. עבדאללטיף עלי עבדלקדר ברהם
- על ידי ב"כ עוה"ד מיכאל ספרד ואח'  
רח' אחד העם 49, תל-אביב  
טלפון: 03-6206947; פקס: 03-6206950

1. מיכאל לסנס
- על ידי ב"כ עוה"ד דורון ניר צבי ואח'  
רח' רחל 3, תל-אביב  
טלפון: 03-5234469; פקס: 03-5233436

נ ג ד

1. ועדת העררים הצבאית שלפי הצו בדבר ועדות עררים
2. ראש המינהל האזרחי

המשיב 2 על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים  
טלפון: 02-6466771; פקס: 02-6467011

3. מיכאל לסנס
- על ידי ב"כ עוה"ד דורון ניר צבי ואח'  
רח' רחל 3, תל-אביב  
טלפון: 03-5234469; פקס: 03-5233436

1. ראש המינהל האזרחי באוי"ש

על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים  
טלפון: 02-6466395; פקס: 02-6467011

2. אחמד עבדאללה עבד אלקאדר
  3. עבד אלרחים עבד אלעטיף מחמד עלי
  4. עבדאללטיף עלי עבדלקדר ברהם
- על ידי ב"כ עוה"ד מיכאל ספרד ואח'  
רח' אחד העם 49, תל-אביב

### תגובה מטעם המשיב 1 בבג"צ 5391/11 והמשיב 2 בבג"צ 5439/09

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מתכבד המשיב להרחיב את טענותיו לענין תחולת ההתיישנות הדיונית שבסעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני, משנת 1858 (להלן: החוק) כדלקמן:

2. סעיף 20 לחוק (בתרגומו של המלומד בן-שמשי<sup>1</sup>) קובע התיישנות דיונית, קרי הפולש למקרקעין של הזולת לא יפונה, ככל שהחזיק במקרקעין במשך 10 שנים ללא עוררין. וכך נאמר (ההדגשות הוספו ח.א.):

"אין שומעים תביעות בקשר לקרקעות המוחזקות על-פי שטר טאבו, שהחזיקו בהן עשר שנים ללא עורר, אם לא הוכח כדת אחד הטעמים החוקיים, **כגון** קטנות, שטות, אלימות 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 האמתי".

הסעיף מונה מספר סייגים לתחולת ההתיישנות הדיונית (אלימות מצד הפולש, קטנות וכו'). רשימה זו היא "רשימה פתוחה" ואיננה כוללת את כל המקרים שבהם לא תחול ההתיישנות הדיונית. מאחר ומדובר ברשימה פתוחה, הרי שלבית המשפט הסמכות לקבוע סוגי מקרים נוספים הבאים בגדר הסעיף המשעים את מרוץ ההתיישנות. הסעיף מוסיף וקובע כי "אין שומעין" "תביעות בקשר עם הקרקעות", "אם עברה התקופה הנזכרת".

3. בטרם ניכנס לניתוח של סעיף 20 לחוק, יש לזכור כי אזור יהודה והשומרון הוא אזור הנתון מאז שנת 1967 בתפיסה לוחמתית. על פי המשפט הבינלאומי, על המדינה המחזיקה בשטח מוטלות חובות שונות, ובהן החובה לשמור הסדר והביטחון והחיים האזרחיים התקינים של האוכלוסייה המקומית באזור.

4. לשם יישום חובותיו של מפקד כוחות צה"ל באזור בכל הנוגע למקרקעין, נחקק ביום 18.6.1967, כשבוע לאחר תום המלחמה, צו בדבר עסקות במקרקעין (יהודה והשומרון) (מס' 25), תשכ"ז-1967 המטיל מגבלות על ביצוע עסקות במקרקעין באזור.

הצו בדבר עסקות במקרקעין הגדיר בסעיף 1 "עיסקה" כדלקמן: "פעולה כלכלית, או אחרת, במזומנים או בכל דרך אחרת, בתמורה, או שלא בתמורה, לרבות הסכם בדבר עשיית עיסקה ועסקת שכירות בבתי עסק ובבתי מגורים בתחום העיריות או המועצות המקומיות".

סעיף 2 לצו קובע כי "לא יעשה אדם עיסקה בקשר למקרקעין, בין בעצמו ובין על ידי אחר, בין במישרין ובין בעקיפין, אלא ברישיון מהרשות המוסמכת...".

<sup>1</sup> ראו, א' בן שמשי, חוקי הקרקעות במדינת ישראל (תשי"ג), בע' 131-132.

סעיף 3 לצו קובע כי "נעשתה עיסקה בקשר למקרקעין ללא רישיון או בניגוד לאמור ברישיון לא יהא לה תוקף, זולת לענין תחולתו של סעיף 4 לצו זה, כל עוד לא ניתן רישיון לאותה עסקה מהרשות המוסמכת."

סעיף 4 לצו קובע כי עבירה על הוראה מהוראות סעיף 2 או פעולה בניגוד לרישיון הינה עבירה שעונשה מאסר או קנס.

**העתק צו בדבר עסקות במקרקעין (יהודה והשומרון)(מס' 25), תשכ"ז-1967 מצורף כנספח מ/ש 1**

5. משמעות הדברים היא כי מפקד כוחות צה"ל באזור ראה מראשית ימי הממשל הצבאי באזור את תחום המקרקעין כתחום שבו קיימת רגישות מיוחדת, המחייבת מעורבות של הרשויות המוסמכות בעשיית עסקאות במקרקעין בכל דרך שהיא.

שורשי הגישה הזהירה שבה נוקט המפקד הצבאי מתבססים הן על הנחיות המשפט הבין לאומי המכתיב חובות של הגנה על קניין הפרט והן על גישתו של המחוקק הירדני, כפי שבאה לידי ביטוי בחוק השימוש והחזקה (תצ'רוף) בנכסי דלא נידי על ידי אישיות משפטית מס' 61 לשנת 1953, המטיל מגבלות קשות על עסקאות במקרקעין, על ידי חברות שהוקמו במדינות זרות.

**העתק החוק השימוש והחזקה (תצ'רוף) בנכסי דלא נידי על ידי אישיות משפטית מס' 61 לשנת 1953 מצורף כנספח מ/ש 2**

6. גישה זהירה זו לנושא עסקאות במקרקעין באזור, בשל פוטנציאל החיכוך שטומנת בחובה הפעילות בתחום המקרקעין באזור, היא אשר חייבת להדריך את כל העוסקים בנושא גם כאשר מדובר בהליכים אחרים הנוגעים לענייני מקרקעין, לרבות כאשר מדובר בטענות לרכישת חזקה במקרקעין מול אנשים פרטיים.

7. הגישה הזהירה המוצאת את ביטויה בצו מס' 25, שהגביל עשיית עסקאות מרצון בין פרטים, בקבלת רישיון מאת השלטון, ראוי לה שתנחה את פירוש הדין באזור גם בעת פרשנותן של הוראות אחרות ביאה לרכישת זכויות או תפיסת חזקה במקרקעין.

8. לאחר סקירה זו בדבר הצורך העקרוני במעורבות שילטונית באזור לצורך עסקאות במקרקעין, נעבור לפרשנותו של הדין החל באזור בענין דנן.

9. עמדתו המשפטית של המשיב, שהינה על דעת היועץ המשפטי לממשלה, היא שסעיף 20 לחוק הקרקעות העותמאני חל באזור וכי יש לפרש את הוראותיו בצורה זהירה ומבוקרת, הנותנת משקל לנסיבות המקרה הספציפי עצמו, ולנסיבות הנובעות מהמציאות המשפטית והעובדתית המיוחדת השוררת באזור, בהתחשב, בין השאר בטעמים כפי שיפורטו להלן.
10. עמדה משפטית זהירה ומרוסנת זו נובעת בראש ובראשונה מהשיקול עימו פתחנו: התגובה לענין הרגישות המיוחדת בכל נושא רכישת הזכויות באזור, הגלומה במנגנון הפיקוח ההדוק המובנה בצו מספר 25. היא מחוזקת כאמור במציאות המשפטית והעובדתית השוררת באזור, ואשר אותה נציג להלן.
11. כידוע, הדין החל על תביעה הנוגעת למקרקעין באזור, על רבדיו השונים, הינו המשפט שהיה קיים ערב כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש (העותמני, המנדטורי והירדני), תחיקת הביטחון, המשפט הבין-לאומי (דיני התפיסה הלוחמתית) והמשפט המנהלי הישראלי.
- ברוח זו קובע סעיף 2 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה ושומרון) (מס' 2), התשכ"ז-1967 את מעמדו של הדין הקיים באיו"ש:

"המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור."

12. עמדת המשיבים היא כי חלק מ"השינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור" היא נקיטת גישה זהירה ומבוקרת בכל הנוגע ליישומו של סעיף 20 לחוק הקרקעות העותמני. וזאת ממספר טעמים שיפורטו להלן. נציין כי הטעמים המפורטים – כמו גם סעיף 20 עצמו – אינם מהווים רשימה סגורה אלא קווים כלליים מנחים לפרשנות הסעיף ויישומו:
13. **הטעם הראשון – לעיתים הנגישות לקרקע מוגבלת:** המצב הביטחוני הקשה והמורכב באיו"ש מחייב לא אחת להטיל הגבלות תנועה על תושבי האזור ולרבות מניעת כניסה לאזורים מסויימים. הגבלות תנועה אלה יכולות, במקרים מסויימים, להגביל לאורך זמן את הגישה לקרקעות ולמנוע מבעלי הקרקעות לאתר פלישה אליהן בזמן אמת.

יש לזכור עוד, כי בעקבות מלחמת ששת ימים עזבו תושבי אזור רבים את האזור, חלקם בעלי זכויות במקרקעין המצויים באזור. מקרקעין מסוג זה מהווים רכוש נטוש, כאשר ברור, כי בעליהם הנפקד מן האזור אינו מסוגל להגן עליהם. לא אחת הממונה על נכסים נטושים באיו"ש לא זיהה את כל הנכסים הנטושים המצויים באזור ולכן אלה לא

מנוהלים על ידו. גם במצב דברים כזה הרשויות באזור מחויבות לנקוט צעדים נוספים להגנת רכוש זה מפני השתלטויות בניגוד לדין.

לענין זה ראו את פסק הדין בבג"צ 548/04 אמנה תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נח(3) 373, 383-384 שם נאמר בהקשר של מיצוי זכות לסילוק פלישה טריה, אגב דיון בצו בדבר מבנים בלתי מורשים, כי:

"ברי, כי בנסיבות הקיימות באזור, יכולת מיצוייה של יוזמה כזו בידי בעלים פרטי נתונה בסימן שאלה, בין בשל העובדה כי, לא אחת, בעל הקרקע אינו מצוי באזור או אינו מודע כלל לקיומה של פלישה לאדמתו; ובין מאחר שלא תמיד נתונים בידו אמצעים ויכולת ליזום בעצמו פעולות לסילוק הפולש."

וראו גם: בג"צ 9593/04 מוראר, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, תק-על 2006(2), 4362 (2006).

נסיבות מסוג זה, במידה וקיימות לגבי קרקע מסויימת, חייבות להילקח בחשבון בעת יישומו הקונקרטי של סעיף 20 לחוק בקשר לקרקע זו. משמעות הדברים היא כי במקרה בו יוכיח המחזיק הקודם באופן קונקרטי כי לא היתה לו גישה למקרקעין בשל הנסיבות השוררות באזור, כמפורט לעיל, וזאת לפרק זמן משמעותי – אזי יהיה טעם חזק להשהיית מירוץ ההתיישנות. ודוק, הטענה בדבר הגבלת הגישה למקרקעין הקונקרטיים אינה יכולה להיטען כטענה כללית בעלמא אלא היא צריכה להיות מעוגנת בנסיבותיו המיוחדות של המקרה.

14. הטעם השני – העדר בית משפט לקרקעות באזור: בענייננו, יש לזכור כי עד שנת 1995 פעלו באזור יהודה ושומרון בתי משפט מקומיים, אשר פעלו על פי הדין הקיים באזור, והיו מוסמכים לדון בענייני מקרקעין. בדין ישבו בבתי משפט אלה שופטים פלסטינים. לאחר חתימת הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בספטמבר 1995 והעברת הסמכויות למועצה הפלסטינית, למעט בעניינים שונים הנוגעים למקרקעין בשטח C, אין באזור ערכאה משפטית אפקטיבית המוסמכת לדון בתביעות לסילוק יד מהשטח האמור, כנגד ישראלים ללא הסכמתם.

החסר בערכאה שיפוטית אפקטיבית באזור מהווה אף הוא שיקול הצריך להילקח בחשבון ביחד עם השיקולים האחרים לשם קביעת מידת הנטל המוטל על בעל הקרקע על מנת להוכיח את התנגדותו לתפיסת החזקה (וזאת כאשר מדובר בתפיסות שהחלו אחרי שנת 1985). נוכח החסר המתואר בערכאות שיפוטיות משנת 1995 ואילך, הרי שגם "תביעות" אחרות בקשר למקרקעין שבוצעו בתקופת התיישנות, ואשר אינן מגיעות

לכדי הגשת תובענה אזרחית יכול שימנעו החלת סעיף 20 לחוק העות'מאני. כך למשל, פניה לרשויות הביטחון בתביעה להשבת מקרקעין שנגזלו, שלא נדחתה כדיון, או לפתיחת הליך לפי הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים)(תיקון מס' 2)(יהודה ושומרון)(מס' 1657), תש"י-2010 (להלן: הצו בדבר שימוש מפריע) - יכול בית המשפט לראות בהן כתביעה בקשר למקרקעין ולהפסיק את מרוץ ההתיישנות. באופן הזה גם יש לפרש את המונח עיבוד "ללא עוררין" ("without dispute" / "ללא מפריע") הקבוע בסעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני.

15. הטעם השלישי – מניעת גזל ביוזעין של מקרקעין: סעיף 20 לחוק מיועד מלכתחילה לחול אך ורק במצב בו מי שהחזיק במקרקעין עשה כן בשוגג ובתום לב. במקרה בו תפיסת החזקה במקרקעין היתה תוך ידיעה כי המדובר בפלישה למקרקעין של הזולת לא מיועד סעיף 20 לחול שכן הוא לא נועד להכשיר גזל מקרקעין. תפישה זו מעוגנת בסיפא של סעיף 20 לחוק הקובע כי "אם הכיר והודה הנתבע שהחזיק בקרקעות שבידו וזרען כמתערב, אין ערך לעבירת הזמן ולא להחזקתו ואת הקרקעות יקחו ממנו ויחזירו למחזיק האמת". על פי לשון הסעיף הסיפא של סעיף 20 לחוק חלה כאשר המחזיק הנוכחי בקרקעות מודה כי פלש אליהן "וזרען כמתערב".

הגישה הזהירה המוצאת את ביטויה גם בצו מס' 25, שהגביל עשיית עסקאות מרצון בין פרטים, והחובות מתחום המשפט הבינלאומי המוטלות על המפקד הצבאי - מצדיקות הרחבת חובתו למנוע גזל ביוזעין של מקרקעין.

נוכח החובה המוגברת למנוע גזל ביוזעין של מקרקעין מתבקשת הגמשת הסייג לסעיף 20 הקבוע לסיפא כך שגם במקרים בהם המחזיק בקרקע ידע כי הוא בחזקת פולש וגזל – אך לא הודה בכך במפורש - לא יחול סעיף 20 לחוק. מבלי להתיימר ולמצות את כל המקרים נציין כי ידיעה זו ניתנת לייחס לו שעה שהתבוננות במקרקעין מלמדת כי אלו היו בחזקת אדם אחר כגון, שהמדובר בקרקע שהיתה מעובדת עוד בטרם תפיסת החזקה המאוחרת.

16. הטעם הרביעי – תחילת מירוץ ההתיישנות בראי שינויים מהותיים בהחזקה: ביום 23.3.10 חתם מפקד כוחות צה"ל על הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים)(תיקון מס' 2)(יהודה ושומרון)(מס' 1657), תש"י-2010. הרקע לתיקון זה פורט בהרחבה בתגובות השונות שהוגשו בבג"צ 5439/09. מדובר בתיקון צו מס' 1586 בשני היבטים מרכזיים: ראשית – וזה החשוב לעניינו – נקבע במפורש בהוראות הצו אם חל שינוי מהותי באופי השימוש המפריע מרוץ תקופת ההתיישנות לצורך מימוש הצו יימנה מחדש. ובלשון הצו "מנין חמש השנים יימנה מחדש אם חל שינוי מהותי באופי השימוש המפריע במקרקעין הפרטיים". בכך, למעשה, אומצה בחקיקה באזור עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שהובאה בתגובה המיקדמית בבג"צ 5439/09 הנ"ל, ואשר עניינה

השגת התכלית החשובה של מניעת השתלטות על קרקעות פרטיות מתוך נקודת מוצא שהשתלטות מעין זו פוגעת בסדר הציבורי ובקנין הפרטי. "שינוי מהותי באופי השימוש המפריע" הוגדר בצו מס' 1657 כך :

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

תיקון נוסף של הצו היה בהארכת תקופת ההתיישנות לצורך אכיפת צו שימוש מפריע על ידי המינהל האזרחי משלוש שנים לחמש שנים.

תיקון צו 1657 משליך על ענייננו ממספר טעמים: **ראשית**, ההיגיון שהביא לתיקונו – ואשר פורט בהרחבה בבג"צ 5439/09 חל גם בענייננו. **שנית**, התאמה זו נדרשת על מנת למנוע מצב אבסורדי בו החל שימוש פעוט לפני 15 שנים אשר הפך לשימוש נמשך רק לפני שנה. אלמלא תבוצע ההתאמה הנדרשת יחול מצב משפטי מוזר בו חל הן סעיף 20 (קרי קיימת התיישנות דיונית) והן צו 1657 (קרי המינהל האזרחי אמור לפעול לפינוי המחזיק בקרקע נוכח השינוי המהותי שחל באופי השימוש). **שלישית**, לא אחת השינוי המהותי שחל באופי השימוש הוא המאפשר לבעלי הקרקע לדעת על דבר הפלישה לקרקעותיהם. הדברים באים לידי ביטוי במיוחד כאשר שימוש פעוט הופך למתמשך, ולכן יש הצדקה למנות את מירוץ ההתיישנות מחדש עם השינוי שחל.

**משכך, את הוראת סעיף 20 לחוק יש ליישם בראי השינויים שחלו בדין באזור. השינוי המשמעותי – אשר הגיונו יפה גם בענייננו – הוא שמרוץ ההתיישנות לצורך סעיף 20 יימנה מחדש כל אימת שחל שינוי מהותי באופי השימוש המפריע במקרקעין הפרטיים, כשאת העקרונות המאתחלים את מרוץ ההתיישנות יש להחיל בקפידה ובזהירות.**

**העתק הצו בדבר שימוש מפריד בנוסחו המקורי מצורף כנספח 3/מש**

**העתק התיקון לצו מצורף כנספח 4/מש**

17. בשולי הדברים נעיר כי תחולת סעיף 20 מותנית בכך שהבעלים הקודם מחזיק בידו "שטר טאבו". תנאי זה אינו יכול עוד להתממש מאחר שמדינת ישראל הקפיאה את הליכי הסדר המקרקעין באיזור בשנת 1967 ולמעשה בכוחו של הפרט, לכל היותר, להגיש בקשה לרישום ראשון על כל הטרחה הכלכלית והמנהלתית הכרוכה בכך. מבחינה עובדתית מרבית הקרקעות לא עברו הליכי הסדר או נרשמו באופן כלשהו.

משמעות הדברים היא כי כחלק מהשינויים וההתאמות הנדרשות למציאות הייחודית באיזור הרי שאין מקום לדרוש מהטוען לבעלות על הקרקע שיציג שטר טאבו דווקא אלא

כי יעמיד תשתית ראייתית מינהלית לכך שמבחינה משפטית הוא הזכאי להחזיק בקרקע. על ראיות מינהליות אלה - המהוות תחליף לדרישה להצגת "שטר טאבו" - ניתן להשקיף כעל סוג של "המרת נתונים" המתבקשת נוכח הקפאת הליכי ההסדר (לענין תחולת דוקטרינת "המרת הנתונים באיזור" בג"ץ 4101/10 עקיבא הכהן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, תק-על 2010(3), 39, 47 (2010)).

18. עד כה עמדנו על הטעמים הפרשניים – המהווים מזיגה בין מחוייבות נורמטיבית ומציאות חיים עובדתית – ואשר מצדיקים נקיטת גישה זהירה ומרוסנת בהחלת סעיף 20 לחוק הקרקעות.

ונדגיש, המדובר בקווים פרשניים כלליים ואין המדובר ברשימה סגורה וממצה של הנסיבות הרלבנטיות.

19. לאחר שהתייחסנו לקווים הפרשניים המנחים נבקש להלן לעמוד על מספר טעמים בגינם אין זה ראוי להחיל את סעיף 20 לפקודה בענייננו:

**הטעם הראשון:** באשר לסעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני, נציין בקצרה כי הסעיף אינו עוסק בדין המהותי של רכישת זכויות במקרקעין, אלא רק בדין הדיוני. הסעיף מהווה "מגן" דיוני מפני תביעות בבית המשפט. "המדובר הוא בעילת הגנה, להבדילה מעילת תביעה" (ראו ע"א 335/65 שושנה ברשטיין נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד יט(4)302, בעמ' 306 [להלן: "הלכת ברנשטיין"] וראו שם גם את דברי השופט לנדוי בעמ' 307).

ואכן, בהליך שהתקיים לפי הצו בדבר שימוש מפריע העותר כלל לא העלה טענה להתיישנות דיונית לפי סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני.

**הטעם השני:** בעניינו, בהיבט העובדתי העותר טען בפני הועדה כי רכש זכויות במקרקעין בשנת 1997 והדבר בא לידי ביטוי בהצהרת ההון מטעמו לרשויות המס (ראו פסקאות 9 ו 11 לחוות דעתו של סרן (מיל') בן דוד). לגרסת העותר, במהלך תקופה זו, "היו שנים בהן זרעו פלסטינים גידולים עונתיים בחלק מהשטח שאותו עיבד, לגרסתו הוא והפלסטינים אפשרו הדדית לבצע פעילות חקלאית במקום" (פסקה 58 לחוות דעתו של סרן (מיל') בן דוד).



אחת מההלכות הנוגעות לסעיף 20 קובעת כי החזקה במקרקעין צריכה להיות "חזקה נוגדת" (*adverse possession*), כלומר בהתרסה כנגד זכותם של הבעלים<sup>2</sup>. בהלכת ברנשטיין האמורה, הטעים כבוד השופט לנדוי: "חזקה חייבת להיות נוגדת כדי לבסס טענת התיישנות. כמו שנאמר בע"א 22/57, פד"י כרך י"ב, ע' 387 [1], בע' 391: "הזמן מתחיל לזרום לטובתו של בעל משותף רק כאשר הוא עושה מעשה המראה בעליל שהוא כופר בזכות הקנין המשותפת, זאת אומרת שתפיסתו נוגדת את זכויותיו של השותף והיא התחילה או נמשכה בניגוד לרצונו".

בע"א 69/85 להבי נ' רשות הפיתוח, פ"ד מט(3) 624 (1986), נקבע:

"על שני מבחנים חייבת החזקה לענות, כדי שתעלה טענת התיישנות על-פי סעיף 20 של חוק הקרקעות העותמני. האחד הוא, כי החזקה צריכה להיות "חזקה נוגדת", חזקה שאינה יונקת מזכותם של הבעלים אלא נוגדת את זכותם של אלה. דרישה זו מקורה בהוראות סעיף 23 לחוק הקרקעות העותמני, המביע את אותו הרעיון שבסעיף 1673 של המגילה...

המבחן השני, הנוסף, הוא, כי החזקה צריכה לבוא מכוח טענת זכות בעלות של המחזיק. דבר זה נובע מהוראות הסיפא של סעיף 20, שאם הכיר המחזיק והודה, שחזקתו היא "חזקת מתערב", כי אז לא תעמוד לו ההתיישנות. הקבלתו של סעיף זה היא בסעיף 1674 של המגילה"

ובהמשך:

"...רק אם הובהר, כי חזקתו של מחזיק היא חזקה נוגדת את זכות הבעלים, יש מקום לברר, אם היא נובעת מטענת זכות קניין, בין על-ידי רכישה מהבעלים או אחרת. כפי שבואר בפסיקה, ההתיישנות על-פי סעיף 20 מקורה בהנחה, כי הנתבע מחזיק מכוח טענת בעלות, אלא שלאחר עבור תקופת התיישנות אין דורשים ממנו עוד להוכיח את זכותו. הלכה זו התקבלה, על יסוד דבריהם של חכמי המשפט המוסלמי, כבר בפסיקה המנדטורית: ע"א 161/46[20], בעמ' 545:

"The person in possession is deemed always to plead long possession as owner. He says: Since 'i am the owner of the land, but i have been in possession for so long you cannot now put me to the proof of my title  
(ראה גם: m.j. doukhan and f.m. goadby, the land Palestine 252 (1935, tel aviv) law of

<sup>2</sup> א' בן-שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל (תשי"ג) 56-59. א' כהן התיישנות והסדר במקרקעין (תשמ"ד) 47-49.

מ.ד. דוקחאן ופ.מ. גאדבי, *the land* : ראה גם  
 Palestine 252 (1935, tel aviv) law of

ההלכה אומצה ללא עוררין גם בפסיקה הישראלית."

ויפיים לעניינו דברי בית המשפט בהלכת ברשטיין, בעמ' 304 :

"... וכל כך למה, מפני שמאז נעדר גלנטה מן הארץ, החליטה "לנהוג מנהג בעלים" ברכושו של גלנטה; ומאחר ומאז עברו כעשרים שנה, הרי רכשה לה, בדרך "חזקה נוגדת" בתקופת ההתישנות, זכות בעלות גם בחלקו של גלנטה. אילו אומנם חוק היה בישראל שעל ידי מעשי גניבה וגזילה במחתרת, ניתן היה לרכוש זכויות אשר בתי המשפט יכירו ויבצעו, כי אז כסדום היינו לעמורה דמינו. ואמנם נראה לי שכל ההתדיינות הזאת מצד המערערות, שימוש לרעה הוא בהליכי בית המשפט."

סיכום ביניים, סעיף 20 **נועד להגנה ולא להתקפה**. יתר על כן, העותר מודה כי **אין מדובר בהחזקה נוגדת** המאפשרת, על פי ההלכה, החלת סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני. זו הפרשנות הנהוגה מאז ומעולם בישראל, בנוגע לסעיף 20.

#### העתק החלטת ועדת העררים מצורפת כנספח מ/5

20. ואולם, לשם הזהירות בלבד, ניישם להלן את עמדתנו בנוגע לפרשנות סעיף 20, ונפרט שני טעמים נוספים לשניים שתוארו לעיל, ואשר אף הם מובילים למסקנה שאין מקום ליישמו בענייננו :

**הטעם השלישי**, ועדת העררים הוסיפה וקבעה "כי העורר פעל בשטח, בפעולות שונות, משנת 96" (ראו פסקה 90 לחוות דעתו של סרן (מיל') בן דוד). הפעולות כללו זריעה, נטיעה, שידוד וגידור חלקי. בשנת 2006 הכין מר לסנס את הקרקע לנטיעה, בשנת 2007 ביצע נטיעה מאסיבית, גידר והתקין מערכת השקיה במקום. בעקבות כך בשנת 2007 הגישו העותרים בבג"צ 5439/09 תלונה לרשויות המנהל האזרחי בגין עיבוד זה.

הועדה קבעה כי "עם הגשת כתבי הטענות וחקירת העדים, לא הוכחה הטענה שהעורר קנה זכות בעלות מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני" ובהמשך: "לא הוכח כי העורר עיבד את הקרקע במשך עשר שנים וגם לא הוכח ההפך מכך" ובסופו של דבר נקבע: "אל לנו לחלוט מסקנה כלשהי בדבר טענתו של העורר לבעלות מכוח עיבוד חקלאי" (ראו פסקאות 70 ו-80 לחוות דעתו של סרן (מיל') בן דוד ופסקה 10 לחוות דעתו של סא"ל (מיל') נוך).

ונחדד, כאמור עקרון ההתיישנות הדיונית מבוסס על ההנחה שהזנחת הזכויות במשך זמן ארוך יש בה כעין ויתור עליהן וזניחתן. אולם, בנסיבות הענין בהינתן השימוש הספורדי שהיה במקרקעין מלכתחילה אשר רק בשנת 2007 הפך למאסיבי הרי שמירוך ההתיישנות יש להחל משנת 2007. ונחדד, אכן, בשנת 2007 מעת שהשימוש הפך מספורדי למאסיבי העותרים בבג"צ 5439/09 לא ישנו על זכויותיהם, ואף לא נימנמו – אלא מיד פנו למינהל האזרחי על מנת שיוציא צו למניעת שימוש מפריע.

עמדת המשיבים היא כי בשנת 2007 חל שינוי מהותי וחדש במקרקעין. השימוש הספורדי הפך למאסיבי וגלוי לענין והחלקה גודרה. עד לאותו מועד, עיבוד הקרקע היה משותף לעותר ולפלסטינים. לטעמנו, פרשנות סבירה של הדין צריכה לקבוע כי, מנין מירוך ההתיישנות לפי סעיף 20 צריך להימנות מאז שנת 2007 ומכאן כי הוא טרם חלף.

**הטעם הרביעי:** הקרקע בה בצע מר לסנס את הנטיעות היא מובלעת בתוך קרקעות בה היו קיימות נטיעות של עצי זית שלטענת העותרים בבג"צ 5439/09 בוצעו על ידם (ראו סעיפים 15-23 להחלטת ועדת העררים). זאת ועוד, עצי הזית שניטעו על ידי העותרים גודרו באופן המונע גישתם למקרקעין. נוכח הסמיכות ופעולת גידור זו ניתן לייחס לעותר את הידיעה כי עיבודו את הקרקע הוא בבחינת "זרען כמתערב" ולכן גם מטעם זה לא ראוי שיחול סעיף 20 במקרה דנן.

#### **תעודת עובד הציבור אשר נערכה ביום 19.12.07 מצורפת ומסומן מש/6**

21. לאור האמור בתגובה זו ובתגובה מיום 26.7.11 מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה בבג"צ 5391/11 ולחייב את העותר בהוצאות העתירה.
22. העובדות האמורות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של סא"ל צביקה כהן, ראש תחום תשתית במנהל האזרחי.

היום: ט' אלול תשע"א, 08 ספטמבר 2011

חני אופק  
סגנית בכירה א' לפרקליט המדינה

**תצהיר**

1. אני סא"ל צביקה כהן, לאחר שהוזהרתי שעלי להצהיר את האמת וכי אם לא אעשה כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר כדלקמן:
2. אני מכהן בתפקיד ראש תחום תשתית במנהל האזרחי.
3. תצהירי זה ניתן לתמיכה בתגובה מטעם המשיב 1 כבג"צ 5391/11 מיכאל לסנס נ' ראש המינהל האזרחי והמשיב 2 בבג"צ 5439/09 עבדלקאדר נ' ועדת העררים.
4. העובדות האמורות בתצהיר תשובה זה הינן אמת וידועות לי מתוקף תפקידי.
5. אני מצהיר כי זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

צביקה כהן, סא"ל  
ראש תחום תשתית  
מנהל א"ז אי"ש

**אישור**

אני הח"מ, קובי איבצן, עו"ד, מאשר בזאת כי ביום 8.9.11 הופיע סא"ל צביקה כהן המוכר לי אישית ואחרי שהוזהרתי אותו כי עליו להצהיר אמת, וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו הנ"ל וחתם עליה.

קובי איבצן, עו"ד  
מ"מ 4462  
קובי איבצן, עו"ד