

ת.א. 19-05-16715 (וכמפורט להלן)

בבית משפט השלום

בפני כב' השופט מנחם שח"ק

בבאר שבע

נחתם ביום : 08/03/2023

מועד אחרון להגשת : 09/03/2023

מדינת ישראל באמצעות רשות מקרקעי ישראל

התובעת :

באמצעות ב"כ עורך הדין דוד קנטור ו/או עו"ד יניב מזוז

שכתובתם ברחוב בן צבי 12 באר שבע ת"ד 1493

טלפון 6650581 – 08 פקסימיליה 6209313 – 08

-נגד-

-נגד-

1. ת.א. 19-05-16715 : הנתבעים במסגרת :

2. ת.א. 19-05-16725

3. ת.א. 19-05-16974

4. ת.א. 19-05-17004

5. ת.א. 19-05-17082

6. ת.א. 19-05-17102

7. ת.א. 19-05-17230

8. ת.א. 19-05-17315

9. ת.א. 19-05-18039

10. ת.א. 19-05-18185

כולם ע"י ב"כ עוה"ד סוהאד בשארה ואח'


מעדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

משד' יפו 94 חיפה ת.ד. 8921 טלפון : 04-9501610 פקס : 04-9503140


סיכומי תשובה מטעם התובעת

בהמשך להחלטות כב' בית המשפט מיום 23/05/2022 ומיום 07/02/2023 מתכבדת התובעת להגיש סיכומי

תשובה מטעמה בתיקים דנא.



 יניב מזוז, עו"ד



 דוד קנטור, עו"ד

קנטור, מזוז ושות', עורכי דין

ב"כ התובעת

א. הערות פתיחה

1. התובעת שבה על כל האמור בסיכומים שהוגשה מטעמה בתיק זה וכל מטרותם של סיכומי תשובה אלו הינה להשיב לטיעוני הנתבעים במסגרת סיכומיהם (להלן: "סיכומי הנתבעים") כשברי כי ברוחב היריעה הקצר דנא לעומת היקף סיכומי הנתבעים לא תוכל התובעת להתייחס לכל פרט מטענות הנתבעים ועל כן יובהר כי כל טעין ו/או טיעון שהתובעת לא תתייחס אליו בשורות דלקמן, ברי כי הוא מוכחש ו/או ניתנה לו התייחסות בסיכומי התובעת.
2. סיכומי הנתבעים, לדאבון הלב, רצופים תעתועים ואף הטעיות הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי, כאשר הנתבעים בוחרים להציג, פעמים רבות, טיעונים ביחס לעובדות נטענות – כביכול אלו הוכחו בתיק דנא וזאת על אף שאלו פשוט הועתקו מתצהיר/י ע"ר של הנתבעים ונסתרו בחקירתם הנגדית של העדים ו/או מהווים הרחבת חזית פסולה וכיו"ב.
3. כך גם ביחס למישור המשפטי, הנתבעים, לא פעם, מצטטים מפקדי דין שאינם ההלכה המחייבת ו/או תוך הוצאת דברים מהקשרם ו/או מבלי לציין כי מדובר בדעת מיעוט וכיו"ב ומבוקשת תשומת ליבו של בית המשפט הנכבד לאלו.

ב. התייחסות לפרק 3 בסיכומי הנתבעים - "המסגרת הנורמטיבית לבחינת תביעות הפינוי"

1. בפס"ד אבו אלקיען: בניגוד לפרשנות הנתבעים, לדעת שלושת שופטי ההרכב בית המשפט העליון הנכבד קבע כי יש לבצע את הליכי הפינוי מהמקרקעין. הפינוי יתבצע על אף שהוכח (בערכאות שדנו לפני הגשת הבר"ע לביהמ"ש העליון), כי עסקינן בבני רשות אשר התיישבו במקום 60 שנים על פי הנחיות המדינה ולא במסיגי גבול. כמובן שעובדות אלו שונות בתכלית מהעובדות בתיקים דנא שבהן הנתבעים לא הוכיחו דבר מכל התנאים המצטברים הנ"ל – וגם אם היו מוכיחים, עדיין ההלכה היא, כאמור, פינוי.
2. דעת המיעוט של כב' השופטת ברק-ארז ציינה כי רק אם הוכחו התנאים הנ"ל הרי שיתכן ותהא לכך השלכה ביחס לשאלת הפיצויים, אך לא ביחס לפינויים של המקרקעין.
3. ביחס להליכי התכנון - גם דעת המיעוט של כב' השופטת ברק ארז מציינת: "ככל שהחלטה על הפינוי מתקבלת לצדו של ההליך התכנוני או לאחרי - הטענות שניתן להעלות כנגדה מוגבלות לאותן טענות שלא ניתן היה להעלות בגדרו של ההליך התכנוני" (עמ' 41 לפס"ד).
4. בפיסקה 10 קובעת השופטת ברק-ארז מפורשות (ההדגשות של הח"מ): "קשרי הגומלין בין שתי מערכות הזינים האמורות הם מורכבים במיוחד כאשר המדינה מבקשת לבטל את הרשות שניתנה לבני-רשות לאחר שכבר החלו הליכי התכנון, אך בטרם אלה הסתיימו. אני סבורה כי במקרה כזה שומה על בית המשפט לבחון האם קיים טעם טוב לביטול הרשות ולפינוי בני-רשות גם בלא קשר להליכי התכנון ומהו (כך למשל, עשויה להיות חשיבות לשאלה האם הופרו תנאי הרשות והאם הפרה זו היא מהותית). ככל שקיים טעם כזה, יורה בית המשפט על סילוק ידם של בני-רשות, אף מבלי להמתין להכרעה בהליכי התכנון."

5. עוד ראוי לציין כי בהתייחסותה של דעת הרוב לנושא ההליך התכנוני, תקפה את הערוב בין הדברים הנבדקה כה' לפסק הדין אף נקבע: "המחוקק קבע כיצד יטופל כל נושא, ובית משפט זה אינו כתובת ליצירת אנדרלמוסיה." (ורי גם הלשון החריפה בסיפא פסקה ל' לפסק הדין).

6. **ביחס לפס"ד זלצר (ס' 25 לסיכומי הנתבעים)** – גם ממנו הנתבעים אינם יכולים להיבנות בשל האבחון המובהק מהנסיבות דנא ונסיבותיו הייחודיות שאותן ביהמ"ש עצמו מכנה ומגדיר בסי' 18 לפס"ד: "המקרה שלפנינו הוא מקרה פתולוגי, נסיבותיו ייחודיות ומיוחדות. אין ענייננו בבקשה לאישור תכנית המעניקה הכשר בדיעבד לבניה בלתי חוקית "קלאסית", של מי שעשה דין לעצמו, פלש לשטח לא לו וכעת מבקש ליהנות מפירות מעשיו הבלתי חוקיים." כשבקצרה גם יוזכר כי גם פס"ד יוצא דופן זה (בו המערער הציג, בין השאר, התחייבות משר החקלאות, הסכם, אישורים מפורשים ועוד) לא העניק למערער זכויות החזקה והגנה מפני פינוי אלא קבע את אופן ההתנהלות במוסדות התכנון.

ג. התייחסות לפרק 4 בסיכומי הנתבעים - "דין העתירה להידחות על הסף"

7. **ביחס לפרק 4.1 לסיכומי הנתבעים**: בכתבי ההגנה טענו הנתבעים שהיה להם **היתר מהבעלים** (כך גם בסי' 6 לסיכומי הנתבעים), כעת הם משנים חזית וטוענים לזכות נוגדת, קרי שזכותם **בניגוד להיתר מהבעלים**. כך יוצא שעסקינן בשינוי חזית פסול ו/או בשתי טענות עובדתיות סותרות. כבר נפסק כי טענת הנתבע בדבר חזקה נוגדת במקרקעין אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם טענתו בדבר החזקתו במקרקעין בהרשאה מהבעלים, כבר רשות מכללא (ראה ע"א 875/79 כפר יעבץ נגד עזראיל, פ"ד (4) 617). לפיכך, משעה שהנתבע העלה טענה לפיה קיימת לו זכות של בר רשות במקרקעין, הרי שנשטם הבסיס לטענה בדבר חזקה נוגדת.

8. מבלי לפגוע באמור, התובעת תפנה לע"א 218/74 אל הואשלה ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו והעתקו מצ"ב לשם הנוחיות לסיכומים אלו) בו דובר על בני שבט הואשלה שהגישו תביעות בעלות על מסי חלקות באזור קאסר א-סיר ובתביעתם טענו שיש בידם זכות בלתי רשומה, אשר עברה מדור לדור, מכוח החזקה ועיבוד של הקרקע. **תביעתם נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי**, והם ערערו לבית המשפט העליון. בערעור טענו התובעים כי האדמות היו ראויות לעיבוד מלכתחילה, ואין להגדיר אותן אדמות מסוג מוואת, כפי שמגדירה אותן המדינה. **בית המשפט העליון קבע כי המדינה יצאה ידי חובתה בהוכחה שמדובר בקרקעות מסוג מוואת ודחה את הערעור תוך קביעה "שהכלל בדבר התיישנות אינו חל על קרקע מסוג "מוואת".**

9. להשלמת התמונה, גם בתיקים דנא אין ספק כי עסקינן ב"מוואת" הן נוכח האמור לעיל ובשים לב למקרקעין ומיקומם בפס"ד אל הואשלה הנ"ל והן נוכח העובדה כי בהתאם לפסיקה (ר' בפס"ד אל הואשלה עצמו לשם ההמחשה) "סעיפים 103-106 לחוק הקרקעות העותמני, המבוססים על סעיף 1270 למג'לה, נותנים שני סימנים בקרקע מסוג "מוואת", דהיינו ריחוקה של לפחות מיל וחצי מיישוב והימצאותה במקום שומם, בלי שהוקצתה בעבר למאן שהוא ומבלי שהחזיק בה מישהו". "כאשר המרחק בין הקרקע לבין מקום היישוב הקרוב ביותר חייב להימדד ביחס ליישוב הקרוב בעת חקיקתו של חוק הקרקעות העותמני."

10. יצוין כי העיר דימונה הוקמה לאחר שנת 1948, קרי הקמת המדינה (ב- 1955) כך שברי שבמועד הרלוונטי היה מדובר בקרקע מסוג מוואת. **ודוק ! הנתבעים בתיקים דנא לא הוכיחו שעסקינן בקרקע שאינה "מוואת"**.
11. זאת ועוד כי בע"א 342/61 **מדינת ישראל נ' סועאד**, פ"ד טו' 2469 (1961) נקבע ביחס לקרקע מסוג מוואת – שלגבי תביעות בנוגע לקרקע מסוג זה לא עומדת לנתבע הזכות לטעון טענות התיישנות ועל כן נדחתה טענות ההתיישנות (לא דינונית ולא מנחילה) שהעלו הנתבעים.
12. במאמר מוסגר ולשם הזהירות בלבד יצוין, כי גם היה מדובר באדמה מסוג "מירי", הרי שהפניית הנתבעים לס' 78 לחוק הקרקעות העותומאני לא תצלה, שכן לא רק שלא הוכיחו חזקה נוגדת, אלא שגם לא מתקיימים בעניינם יתר התנאים הספציפיים שנקבעו בדין לעניין הזכות לטעון להתיישנות בנוגע למקרקעין מוסדרים.
13. סעיף 159(ב) לחוק המקרקעין - קובע כי במקרקעין מוסדרים לא תעמוד טענת התיישנות. אלא שאם נרכשה זכות קודם לכן אזי היא לא נשללת. מאחר וחוק המקרקעין נכנס לתוקף ב- 1970. לפיכך אם עסקינן במקרקעין מוסדרים אזי הזכות הייתה צריכה להירכש לפני 1945 (הפחתה של 25 שנה מ- 1970 - מכח סעי' 5(2) ו-22 לחוק ההתיישנות). בנסיבות דנא, הנתבעים לא הוכיחו שזכותם נרכשה, למצער, משנת 1945. כשלמיטב הבדיקה, בתצהירי הנתבעים לא נטען כלל ביחס לעיבוד המקרקעין אזי כיצד הדבר "הוכח" לשיטת הנתבעים!?
14. יודגש כי רק בתצהירו של מר פריגי נטען באופן כללי ביותר בנושא הרעיה והעיבוד ואולם גם בו אין אף ראשית ראיה לעיבוד המקרקעין **ובודאי שלא באופן רציף במשך 25 שנים**, וזאת בניגוד להלכות בפסיקה שמחייבות ראיות ממשיות להחזקה נוגדת לעמדת הבעלים, בקרקע קונקרטי, לתקופה רציפה, תוך כדי עיבוד
15. זאת ועוד שלא נהיר לאיזה אזור מתייחסות טענותיו של מר פריגי (וביחס לתצהירו ר' גם דלקמן). בכל מקרה נחזור ונדגיש כי על כל אחד ואחד מהנתבעים בפני עצמו היה לטעון ולהוכיח בפני עצמו את טיעונים אלו דבר אשר לא נעשה בתיקים דנא.
16. **ביחס לס' 4.2 לסיכומי הנתבעים** – מעבר לטיעוני התובעת במסגרת סיכומיה באריכות בנושא השיהוי (ר' פרק ט'), הרי שהנתבעים לא מפרטים איזה נזק ראייתי נגרם להם מלבד טענות כלליות בעלמא. זאת ועוד, נזכיר, כי שני עדים שנולדו קודם לשנת 1945, הגב' לפיתה אלהואשלה ילידת 1942 והגב' נעאמנה אלהואשלה ילידת 1937 לא התייצבו כלל לעדויותיהן (ועל מר פריגי הורחב הדיבור כבר לעיל ובסיכומי התובעת) ועל כן אין לנתבעים להלין אלא לעצמם ביחס לראיותיהם. **ביחס לפרק 4.3 לסיכומי הנתבעים** –שוב ונדגיש כי כל הנושא התכנוני איננו מעניינו של בית המשפט הנכבד בנסיבות דנא. זכות העמידה של הנתבעים ככל והם יבקשו לפנות לוועדות התכנון, תיבחן על ידי הגופים הסטטוטוריים הרלוונטיים אשר יקבלו החלטה בהתאם לדין החל והמחייב שם, כשבכל מקרה הנתבעים דנא לא הוכיחו כיצד זכותם עלולה להיפגע שם וזאת גם בשים לב לפסיקה ביחס לסעיף 100 לחוק התכנון והבניה.

17. ביחס לפרק 4.4 לסיכומי הנתבעים – למיטב הבדיקה, הטענה לא הועלתה בכתב הגנת הנתבעים ועל כן עסקינן בהרחבת חזית פסולה. זאת ועוד כי מדובר בטענה/ות מתחום המשפט הפלילי של פגמים בהגשת כתב אישום, שיש להעלותן "כטענות מקדמיות". כאשר בנסיבות דנא אין טיעון ביחס לפגמים בכתב האישום (התביעה) ובוודאי שהדברים לא הועלו כטענות מקדמיות.

התייחסות ליתר פרקי סיכומי הנתבעים

18. ביחס לפרק המבוא לסיכומי הנתבעים : פיתוחה של העיר דימונה איננו עבור "אוכלוסייה אחרת-יהודית" (ס' 1) אלא עבור כלל הציבור לרבות הנתבעים שמוזמנים, בין יתר הפתרונות, לרכוש כדין באמצעות מכרז מגרש/בית בהרחבה של דימונה כמו כל אזרח אחר במדינה.
19. ביחס לס' 2 לסיכומי הנתבעים – הנתבעים מתעלמים, בין השאר, מהאמור בסיכומי התובעת כליל וכן לכך שהוכח בתיק דנא כי תחילת ישיבתם החלה רק בשנת 1978, וכן כי הנתבעים עצמם לא הוכיחו לרגע שהם אלו שהיו במקרקעין מושא התביעות (תשומת הלב לאמור בס' 2, "באזור זה"), כן לא הוכח כי עסקינן "בכפר". גם ביחס "לעיבוד האדמות ורעיית הצאן משך עשרות שנים" – עשרות תצהירי ע"ר הוגשו ע"י הנתבעים ולמיטב הבדיקה נושא עיבוד האדמות והרעייה כלל לא נטען במסגרתם.
20. כל זאת גם ועל אף שהתביעות אוחדו רק לשם שמיעתם בפני אותו מותב על פי החלטת סגן הנשיא מיום 30/06/20 והתביעות שהוגשו הם נגד כל אחד ואחד מהנתבעים באופן אישי ועצמאי ועל כן חלה חובה על כל אחד בפני עצמו להוכיח את טענותיו ולא "במישור קבוצתי".
21. גם בס' 4 לתצהיר ע"ר של מר פריגי אלהואשלה, הוא איזכר את "האיזור" (ולא ספציפית את המקרקעין מושא התביעה) וגם לא הביא כל ראיה לטיעונו על אף ההכרח לעשות כן בהתאם לפסיקה וזאת בנוסף לכל האמור בסיכומי התובעת ביחס לעדותו ותצהירו של מר פריגי.
22. ביחס לפרק 2.1 לסיכומי הנתבעים : ביחס לעדותו של מר פריגי ר' סעיף 7 לעיל וכן תפנה התובעת לסעיף 48 לסיכומי התובעת לרבות לעובדה שהלה לא יודע לקרוא בעברית וגם בשפה הערבית (ועל גם משקל תצהירו אפסי מעבר לעדותו הרעועה בבית המשפט), לא ידע לזהות את ביתו (עמ' 68 שו' 14) ועוד. ביחס ל"ראיות" המוזכרות בסעיפים 7-8 - מעבר לנטען בסיכומי התובעת בנושאים אלו, הרי ברי כי למסמכים אין כל רלוונטיות להחזקה בקרקע מושא התביעה. ביחס לפרק 2.2 לסיכומי הנתבעים : סעיפים 9-10 – מר ניר העיד אודות "מבנים ספורים בלבד" משנת 1978, כשברי שאין הדבר מעיד שעסקינן באותם נתבעים (שלא הוכיחו דבר ביחס למועד תחילת החזקתם בקרקע). ביחס לשנים שקדמו ל 1978 לא מובנת טענת הנתבעים. האם בפנינו הודאת בעל דין שהנתבעים לא החזיקו במקרקעין מושא התביעה בשנים אלו אלא(דבר המוכחש) רק "באזור"? ביחס לסעיף 11 חו"ד ד"ר שיר- ר' ס' 61 לסיכומי התובעת כשיודגש שהנתבעים לא הוכיחו שעל אותם המקרקעין שהתובעת מבקשת לפנות- היו על גביהם מבנים בשנת 1971 ו/או בשנת ו/או בשנת 1956 ומה שהיה קיים בשנת ב- 56 ו- 71 כלל לא קיים במפת 1982 וכן ר' סעיף 147 לעניין חוסר מהימנות עדות זו.

23. **ביחס לפרקים 2.3 ו- 2.4 לסיכומי התובעים** : כפי שהובהר בהרחבה בסיכומי התובעת התביעה דנא הינה לפינאי וסילוק יד וכל הנושא התכנוני שמור לוועדות השונות ו/או הערכאות השונות שנועדו לשם כך. **ביחס לפרקים 2.5 ו- 2.6 ופרק 6 לסיכומיהם** : כפי שצויין בסיכומי התובעת ובתצהיר חכמון, בפני התובעים מספר פתרונות ראויים כמפורט גם בס' 119 לסיכומי התובעת ואולם הם דחו את כולם וממשיכים בפלישתם למקרקעין שבבעלות התובעת כשתשומת הלב לדרישתם מבעלת הקרקע להמשיך ולהתגורר כיחידה אחת ועוד.
24. **בכל מקרה, כנקבע בפסיקה עניפה, אין מתפקידו של בית המשפט הנכבד לדון בטיב הפתרון המוצע למשיבים על-ידי הרשות לפיתוח ולהסדרת התיישבות הבדואים בנגב ואין מקום לתקיפה עקיפה של פעולת הרשות בדיון זה שהינו ביחס לתביעת סילוקי היד. בית משפט נכבד זה אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות הרשות המנהלית ואינו מחליף את שיקול הדעת המנהלי שהופעל על-ידי הרשות המוסמכת. משכך, ביהמ"ש לא אמור להתערב בטיב הפתרון ולבחון את רמת שביעות הרצון של המשיבים מהפיתרון המוצע להם (ר' למשל ב"ש 3700-06 אבו ואחז מחמד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.8.11)) ובתפ 1900/06 חסן אלענאמי ע"ד נ' מדינת ישראל (נבו, 19.12.12). והדברים יפים גם בהתייחס לפרק 7 לסיכומי התובעים :**
25. **ביחס לפרק 7 לסיכומי התובעים** – התובעים מתעלמים כליל מהפירוט הנרחב בפרק יא' לסיכומי התובעת, והתובעת תדגיש כי יש באמור בפרק זה גם בכדי להשיב לכל טיעוני התובעים תוך שימת לב והדגשה לכלל הפתרונות הראויים העומדים לרשותם ולכך שמתחם הסבירות נקבע ע"י ביהמ"ש, אשר לא יתערב בשיקול-דעתו של המינהל גם אם חלופה אחרת מזו שבחר בה המינהל נראית לו עדיפה ר' גם (בג"צ 389/80 [1], בעמ' 441); בג"צ 4422/92 עפרון נ' רמ"י פ"ד מז(3) 853.
26. **ביחס לפרק 5.1 לסיכומי התובעים** – במסגרת כתב הגנתם טענו התובעים כי בכוננתם לקבול על (תיקון) הליכי רישום המקרקעין על שמה של התובעת כבעלים. **הנתבעים זנחו טענה זאת בראיותיהם ותצהירי עדותם הראשית ובעת גם בסיכומיהם.** ממילא שעה שהמקרקעין הינם בבעלות התובעת והנתבעים שאליהם עבר הנטל, לא סתרו את הרישום ולא הוכיחו את הבסיס החוקי לשהייתם במקרקעין, הרי שיש לראות בהם כפולשים וכמשיגי גבול.
27. תשומת הלב כי התובעים אינם חולקים בסיכומיהם על הכרעת בית המשפט המחוזי הנכבד בב"ש ביחס לתזכיר התביעה (הבודד) שהוצג בתיק דנא ומשמעותו וכן אינם טוענים כי הוגשו הליכי ערעור וכיו"ב וממילא יש לראות בכל אלו כחיזוק נוסף לבעלותה הבלעדית של התובעת במקרקעין ולא זכויות התובעים במקרקעין לרבות אי היותם בני רשות (ור' גם סעיף 94 לסיכומי התובעת בנושא זה).
28. **נוכח כל טענה וטענה בסיכומי התובעת ובסיכומי תשובה אלו ובוודאי שבשל צירופן ומשקלן הכולל של כל אלו יתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמפורט וכמבוקש בכתבי התביעה.**

דוד קנטור, ע"ד
 קנטור, מזוז ושות', עורכי דין ב"כ התובעת
 יניב מזוז, ע"ד
 ב"כ התובעת

ערעור אזרחי מס' 218/74

סלים עלי אגדיע אל הואשלה ואח'

נגד

1. מדינת ישראל

2. סלאמה חסן סלימאן אל חמדי

3. סלאמה חוסיין סלימאן אל עמרני

4. וחייד עיד עודה אבו סולב

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[15.5.84, 2.8.84]

לפני השופטים ד' לויץ, ש' לויץ, א' חלימה

פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, נ"ח 293- חוק הקרקעות העותמני, סעיפים 6, 78, 103 (בוטלו: ס"ח תשכ"ט 259) - חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259, סעיפים 155, 156, 166 (א) - פקודת הקרקעות (מתות), חא"י פרק ב, (ע) 828, (א) 852 (בוטלה: ס"ח תשכ"ט 259) - המג'לה, סעיפים 1270, 1272 (בוטלו: ס"ח תשכ"ט 259) - פקודת מס רכוש חקלאי, 1942, ע"ר חוסי' 1 (ע) 9, (א) 11, סעיף 43 (בוטל: ס"ח תשכ"א 100).

מיני-רציו:

* מקרקעין - הסדר זכויות - לפי החקיקה העותומאנית

המעוררים תבעו - במסגרת פעולות הסדר קרקעות שנעשו על-פי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 - בעלות במספר חלקות. הם אינם מחזיקים בשטרי קניין כלשהם, וביססו תביעותיהם על זכות בלתי רשומה, שעברה אליהם מדורי דורות, ולטענתם המדובר בסוג אדמות, אשר מבראשית ראיות היו לעיבוד ולא היו מסוג האדמות המזונוחות. המשיבה 1 התנגדה לתביעות אלה על יסוד הטענה, שהחלקות שבהן מדובר הינן מסוג "מואת" במובן הסעיפים 103-16 של חוק הקרקעות העותמני. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה. מכאן הערעור.

בית המשפט העליון פסק:

- א. (1) סעיפים 16-103 לחוק הקרקעות העותמני, המבוססים על סעיף 1270 למג'לה, נותנים שני סימנים בקרקע מסוג "מואת", דהיינו ריחוקה של לפחות מיל וחצי מיישוב והימצאותה במקום שומם, בלי שהוקצתה בעבר למאן שהוא ומבלי שהחזיק בה מישהו.
- (2) המרחק בין הקרקע לבין מקום היישוב הקרוב ביותר חייב להימדד ביחס ליישוב הקרוב בעת חקיקתו של חוק הקרקעות העותמני.
- ב. (1) לפי פקודת הקרקעות (מואת) החייאת קרקע מסוג "מואת" על-ידי עיבודה טעונה רישיון מראש מהשלטונות.
- (2) אם בוצעה ההחייאה לפני חקיקת הפקודה הנ"ל בשנת 1921, ניתנה אפשרות למחזיק לתבוע זכות בקרקע, ובלבד שיודיע על כך לשלטונות תוך חודשיים מיום פירסום הפקודה, ובהעדר משרד ממשלתי מסודר באותו אזור צריך היה לפנות למשרד מחוצה לו.
- (3) הכלל בדבר ההתיישנות אינו חל על קרקע מסוג "מואת".
- ג. (1) הטוען לבעלות בקרקע מסוג "מואת" בגין "החייאה" במובן הסעיפים 16-103 לחוק הקרקעות העותמני צריך ליתן הגדרה ברורה של שטחי העיבוד, שאת הבעלות עליהם הוא תובע, לפי גבולות או סימנים ברורים.
- (2) את המושג החייאה יש לפרש כעיבוד בפועל וכהחייאה ממש בלי הפסקה, שתוצאותיה הן שינוי מוחלט וקבוע ומתמיד בטיב הקרקע הנעברת.
- ד. (1) במקרה דנן, גם אם היה המדובר בקרקע מסוג "מירי", היה על המערערים להוכיח חזקה ועיבוד כנדרש בסעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני, למשך תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק.
- (2) תשלום חד-פעמי של מס מעשר אינו מעיד על עיבוד ועל חזקה רצופים למשך תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק.

(3) תשלום מס או הוצאות על שיפור הקרקע יכול לשמש במקרה מתאים הוכחת חזקה למשלם המס או למוציא ההוצאות בסכסוך שבינו לבין אדם אחר אך לא בסכסוך שבינו לבין השלטונות.

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ע"א 518/61 מדינת ישראל נ' בדראן ואח' וערעור שכנגד, פ"ד טז 1.717
- [2] ע"א 342/61 מדינת ישראל נ' סואעד ואח', פ"ד טז 2.469
- [3] ע"א 323/54 חמדו נ' אל-קואתלי ואח', פ"ד י 853.
- [4] ע"א 274/62 מדינת ישראל נ' סואעד ואח', פ"ד טז 1.946
- [5] ע"א 298/66 קסים ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד כא(1) 372.
- [6] ע"א 40/50 אל הבאב ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד ז 494.
- [7] ע"א 336/61 לטף ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד טז 561.
- [8] ע"א 402,396/61 דראושה ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד טז 761.

פסקי-דין ארצישראלים שאוזכרו:

- krikorian v. Attorney general . 226/42C.a (1943). P.l.r 10
.. 463A.l.r [9]
;302[1943]
- habbab v. Government of palestine . 153/46C.a (1946)14
[10] 337p.l.r .. ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (הנשיא ש' אלקיים) מיום
13.3.74 בתיק הסדר מקרקעין 3/69. הערעור נדחה.

ו' הרצברג, ד' זילכה - בשם המערערים;

פ' אלבק, מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה - בשם המשיבה 1.

פסק-דין

השופט א' חלימה 1. לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מיום 7.7.72, שבו נדחו תביעותיהם של המערערים בתיקים המאוחדים (1/69 וכן 3/69 - 17/69). המערערים, 13 במספר, בדוים משבט אלשואלה, תבעו במסגרת פעולות הסדר הקרקעות, שנעשו באזור על-פי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, שהבעלות בחלקות המפורטות להלן תירשם על שמותיהם לפי האמור בתזכורות התביעה, שהוגשו מטעמם למחלקת ההסדר. להלן החלקות שנתבעו כאמור:

החלקות: 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 ו-14 שבגוש 39785, וכן החלקות: 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 ו-14 שבגוש 39703, וכן החלקות 4-5 שבגוש 39702.

מדינת ישראל התנגדה לתביעות אלה על יסוד הטענה, שהחלקות שבהן מדובר הינן מסוג "מואת" כמובן הסעיפים 106-103 של חוק הקרקעות העותמני משנת 1274 להגירה (להלן - החוק העותמני). בית המשפט קמא, אשר בחן את הוכחותיהם של הצדדים, קיבל את טענותיה של המדינה, דחה את תביעותיהם של המערערים והחליט לרשום את החלקות, שמספריהן מפורטים לעיל, בלוח הזכויות של הגוש, על שם מדינת ישראל בשלמות, ומכאן הערעור הנוכחי.

יצוין, שלא כל אלה שהופיעו כתובעים בבית המשפט קמא ערערו על פסק הדין. שלושה מביניהם (המשיבים 2-4) לא הגישו ערעור כלל. שלושה אחרים (המערערים 4, 17-13) נמחקו מהודעת הערעור על-פי החלטתו של כבוד הרשם מיום 8.4.84. הערעור שלפנינו הינו איפוא ערעורם של 10 מתוך 16 התובעים, שתביעותיהם נדחו על-ידי הערכאה הראשונה.

2. המערערים ציינו בתזכורות התביעה שהגישו בשעתו למחלקת הסדר הקרקעות, כי הם תובעים בעלות בחלקות הנדונות מכוח חזקה ועיבוד; אך הם לא אמרו דבר וחצי דבר בקשר לסוג הקרקע בחלקות שתבעו.

לעומת זאת העמידה המדינה את נושא סוג הקרקע במחלוקת, כאשר טענה בכל תזכורות התביעה שהוגשו מטעמה, כי האדמות בכל החלקות הנ"ל הינן מסוג "מואת". עם העלאתה של טענה זו על-ידי המדינה הפך נושא זה לציר המרכזי בהתדיינות שהתקיימה הן בבית המשפט קמא והן לפנינו, שכן היה על בית המשפט להכריע תחילה בשאלה זו כמתבקש מהסעיפים 155 ו-156 של חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן - חוק המקרקעין).

סעיף 155 אומר:

"מקרקעין שערב תחילתו של חוק זה נמנו עם הסוג 'מואת' יירשמו על שם המדינה; אולם אם קיבל אדם שטר קניין של מקקעין כאלה על פי סעיף 103 לחוק הקרקעות העותמני משנת 1274 להג'רה או על פי פקודת העברת קרקעות, זכאי הוא, או חליפו, לרישום המקרקעין על שמו".

סעיף 156 קובע:

"אין בהוראות סעיפים 153, 154 או 155 כדי לגרוע מזכויות שהיו קיימות ערב תחילתו של חוק זה במקרקעין האמורים בהם."

שני סעיפים אלה רלוואנטיים למקרה דנא מכוח האמור בסעיף 166 (א) של חוק המקרקעין. ואכן, אין מחלוקת שהמערערים אינם מחזיקים בשטר קניין מכל סוג שהוא. לפי טענתם - מבוססת התביעות שהגישו כאמור על זכות בלתי רשומה, שעברה אליהם מדורי דורות. המה תבעו את האדמות שבהן מדובר בתור אדמות, אשר מבראשית ראיות היו לעיבוד ולא היו מסוג האדמות המוזנחות. עתה, לאור טענותיה של המדינה, תישאל השאלה: מי מהצדדים הוכיח את טענותיו? 3. במידה שמדובר בטענותיה של המדינה, יש להכריע בטענות אלה על-פי שלוש הוראות חוק: הסעיפים 16-103 של החוק העותמני, וכן פקודת הקרקעות (מתות) שפירסמה הממשלה הארצית בארץ-ישראל בשנת 1921 - להלן תיקרא, לשם הקיצור - הפקודה משנת 1921. קרקע מסוג "מואת" על-פי ההגדרה שבסעיף 6 של החוק העותמני היא:

"קרקע שאינה בחזקתו של מישהו ולא הוקצתה לציבור, הנמצאת במרחק כזה מכפר או עיר עד שאין שומעים ממנה קול רם של אדם הנמצא בקצה הישוב; כלומר קרקע שוממה, הרחוקה מיל וחצי או מהלך חצי שעה ממקומות ישוב".

לפני היכנס הפקודה משנת 1921 לתוקפה היה הסעיף 103 מנוסח בזה הלשון:

"מקומות שוממים, שלא היו בחזקתו של שום אדם לפי שטר טאבו ולא הוקצו מזמן קודם לתושבי כפרים או ערים; ונמצאים אותם מקומות שוממים במרחק כזה מעיר או מכפר, שאין קולו הרם של אדם העומד בקצה הישוב נשמע בהם, כגון הרי טרשים (טאשליק), שדות פרא (אוטלאק) וחורשות אלונים (פראנליק) - הן קרקעות מוואת; הנצרך יכול לפתחן לאדמת זריעה, ברשיון הפקיד, ללא תמורה - כתנאי שזכות הבעלות

(הרקבה) תישאר למדינה, וכל הדינים חלים על קרקעות מעובדות יחולו גם על קרקעות ממיין זה. אך אם קיבל משהו, ברשיון הפקיד, מקום לשם פיתוחו באופן הנזכר והניחו ללא פיתוח במשך שלוש שנים, ללא הצדקה אמיתית, ימסרו את המקום לאחר. אדם שפיתח והפך קרקעות כאלה לאדמה מעובדת, בלא נטילת רשות, יגבו ממנו את שווי הטאבו ויתנו לו שטר טאבו בזמן שיעבירו לו את הקרקע" (ספרו של ד"ר א' בן-שמש, חוק הקרקעות במדינת ישראל (מסדרה, תשי"ג) 147).

בהתייחסו לסוג זה של קרקעות אומר הפרשן מ' דוכן ז"ל בספרו דיני קרקעות במדינת ישראל (אחזה, מהדורה 2 תשי"ג): 47

"סוג רחב של קרקעות הן אותן הידועות בשם קרקעות מואת - קרקעות עזובות מתות, קרקעות הפקר. מושגים אלה משמעותם כל הרי ההפקר וקרקעות בור, שלא החזיק בהם אדם, לא יחיד ולא רבים, והן רחוקות משוב, עד שקולו של אדם העומד בקצה הכפר או העיר אינו מגיע למי שעומד עליהן. אלו הן הקרקעות הרחוקות משוב מיל וחצי, או מהלך חצי שעה, להגדרה זו נכנסים ראשי ההרים ומקומות טרשים והקוצים ומרעה, שלא החזיק בהם אדם על פי תעודה ממשרד ספרי האחוזה (טאבו), ושלא הוקצו מזמן קדום 'ab antiquo' לרשות עיר או כפר".

בדברים לעיל משולבות הוראותיהם של שני הסעיפים הרלוואנטיים לענייננו: הסעיפים 16-103 של החוק העותמני. שני סעיפים אלה מבוססים על הוראותיו של סעיף 1270 למג'לה, המגדיר קרקע "מואת": קרקע שאינה מיוחדת לבעלים ואינה מרעה, שדה או מחטב עצים של כפר או עיר ורחוקה מהישוב, כלומר מקום שלא תשמע בו קריאתו של אדם בעל קול חזק, העומד עליה אחד הכתים שבקצה העיר או הכפר". המחוקק העותמני היה סבור, כי מן הראוי שקרקעות מסוג זה תימסרנה לעיבוד ולפיתוח, אך הוא קבע לכך סייג מפורש - סעיף 103 של החוק העותמני - שפיתוח כזה ייעשה לאחר נטילת רשות מאת השלטונות. תנאי דומה מופיע גם בסעיף 1272 של המג'לה. על נושא זה אומר הפרשן דוכן ז"ל, בספרו הנ"ל, בעמ' 48:

"...העובד קרקע מתה ברשיון השולטן רוכש לו זכות בעלות על הקרקע, ואם משהו עבד קרקע כזו בלי רשיון אינו נעשה בעל הקרקע (לפי דעת אבו-חניפה)".

באה פקודת הקרקעות משנת 1921 והדגישה את הצורך ברשיון מראש מאת השלטונות. פקודה זו קבעה בזו הלשון:

"המגדר או המעבד קרקע שוממה, בלא הסכמתו של מנהל מחלקת הקרקעות; לא יהא זכאי לקבל שטר קושאן על אותה קרקע. ולא עוד אלא שיהא צפוי

להיות מובא במשפט על הסגת גבול. כל אדם שיעבד קרקע כזו בלי רשיון, חייב להודיע על כך במשך חודשיים לפקיד ספרי האחוזה ולבקש תעודת רשום".

ספרו של ד"ר בן-שמשי (שם).

הוראות חוק אלה שימשו לא אחת נושא לדיון לפני בית-משפט זה. בע"א 518/61 [1], בעמ' 1720, התייחס בית-משפט זה להגדרה הנדונה של קרקע מסוג "מואת" באמרו:

"ההגדרה הנדונה של קרקע מואת רחוקה מלהיות הגדרה משפטית מדוייקת וברורה; הדבר היחיד הברור בה הוא המרחק הקבוע לפי יחידת מדידה. מסעיף 6 הנ"ל עולה כי מיל וחצי הוא המרחק שהחוק מניח שאפשר לשמוע עדין קול רם של אדם, אף כי בפועל עלול מרחק זה להשתנות ממקום למקום על-פי המבנה הטופוגרפי של השטח. לפיכך, בתחרות בין מרחק מדידה ובין מרחק שמיעה דוחק מרחק המדידה את רגלי מרחק השמיעה והוא הקובע (ההדגשה שלי - א' ח')."

ובהתייחסו להשלכותיה של הפקודה משנת 1921 אמר בית המשפט שם מול האות ז:

"...עד לחקיקתה של פקודת הקרקעות (מתות) משנת 1921 - מי שהחיה ועיבד קרקע מתה ברשות השלטונות היה זוכה בה בתוקף ההחייאה והיה זכאי לקבל קושאן עליה בתור קרקע מירי, ואילו אם החיה ללא נטילת רשות היה יכול לזכות בה על-ידי תשלום דמי שוויה (ברל - מיתל). הפקודה משנת 1921 שינתה את המצב תכלית שינוי. היא קבעה, כי מיום פרסום הפקודה ואילך, אדם המחיה ומעבד אדמה מתה בלי שקיבל תחילה הסכמת הממשלה אינו רוכש לעצמו כל זכות לקבל קושאן עליה, והוא עלול להיתבע לדיון כמטיג-גבול. אשר להחייאה שנעשתה לפני פרסום הפקודה בלי הרשאה מאת השלטונות, נתנה האפשרות לבסס זכות חוקית לקבלת קושאן על הקרקע על-ידי מתן הודעה מתאימה לרשם הקרקעות תוך חדשיים מיום פרסום הפקודה (ההדגשה שלי - א' ח')."

עינינו הרואות, קבלת הסכמת השלטונות מראש הינה תנאי שבלעדיו עלול המחזיק להתחייב בעבירה על הסגרת גבול; ואם בוצעה ההחייאה לפני חקיקתה של הפקודה, מחובתו של המחזיק להודיע על כך לשלטונות תוך חודשיים מיום פירסומה. עיקרון זה נתאשר גם שבע"א 2]342/61, בעמ' 2475 מול אותיות השוליים ד-ה, במקום שנאמר:

"כאמור, ב-1921 חוקקה פקודת הקרקעות (מואת). בפקודה זו ניתנה אפשרות לכל אדם שהחיה אדמת מואת לפני תאריך הפקודה הזאת, להודיע במשך שני חדשים לשלטונות על הדבר הזה ותביעתו לאדמה כזאת היתה נתונה להסדר בהתאם להוראות הפקודה. הפקודה הזאת ביטלה את הסיפא של סעיף

103 כלומר, שלאחר הזמן הקבוע אדם אשר החיה אדמת מואת ללא רשות כזאת לא היה זכאי לקבל רישום על שמו תמורת תשלום בדל מיסל" ... במקרה כזה לא תועיל למחזיק טענת העיבוד או החזקה במשך מספר שנים, מפני שהכלל בדבר התיישנות אינו חל על קרקע מואת (שם, בעמ' 2474 מולאות השוליים ג. השווה גם הנאמר בע"א 518/61 [1], המצוטט לעיל, בעמ' 1721 מול אותיות השוליים ו-ז).

ואכן, החובה לקבל מראש רשות מאת השלטונות להחייאת קרקע מסוג "מואת" עוברת כחוט השני בכל ההלכות הנוגעות לנושא זה. ראה גם: ע"א 323/54 [3]; ע"א 274/62 [4]; ע"א 298/66 [5]. בערעור האחרון חזר בית-משפט זה על אותם העקרונות באמרו שם, בעמ' 375 מול אותיות השוליים ד-ה:

"בשנת 1921 הוחקה פקודת הקרקעות (מוואת) שנתנה הזדמנות אחרונה לקבלת קושאן על אדמת מוואת, אשר הוחיתה לפני כן, על ידי מתן הודעה תוך שני חדשים, מיום פרסום הפקודה. בע"א 518/61, הנ"ל, הוסבר שמי שהחמיץ את השעה לכך, אינו יכול עוד לזכות ברישום של אדמת מוואת בשמו בהסדר, אפילו החיה את האדמה לפני 1921. וגם סעיף 54 של פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין) לא יעמוד לו, כי לפי הסיפא של אותו הסעיף אין הוא חל על אדמת מוואת... (ההדגשות שלי - א' ח')."

נראה לי, שבהלכות אלה הובהר המצב המשפטי בקשר לקרקעות "מואת" במידה מספקת, ואין צורך להוסיף ולהתייחס לנושא מעבר לדרוש. השאלה הבאה תהיה, מה הוכיחה המדינה? 4. כאמור, טענה המדינה, שהקרקעות בחלקות, שעליהן נסב הערעור שלפנינו, הן מסוג "מואת", וכפי שעולה מהסעיפים 103-106 של החוק העותמני, ניתנים בקרקעות מסוג זה שני סימנים: א. ריחוק הקרקע מהיישוב, וכן ב. הימצאותה במקום שומם, בלי שהוקצתה בעבר למאן שהוא, ובלי שהחזיק בה מישהו.

ראה ע"א 518/61 [1], בעמ' 1720 מול האות ה.

לא יכול להיות ספק, שהמדינה אכן יצאה ידי חובתה בהוכחתו של האלמנט הראשון - הריחוק ממקום היישוב - כנקבע בחוק, שכן הוכת, כי נקודת היישוב הקרובה ביותר לחלקות הנדונות היא דימונה.

המודד המחוזי מדד את המרחק שבין דימונה לבין החלקות ומצא (מוצג ת/24), שהחלקות רחוקות בלעלה מ-30 ק"מ מעיר זו.

בהקשר זה אציין, כי אותו המרחק, שנמדד על-ידי המודד המחוזי, הוערך על-ידי המערער 2 בחמישה ק"מ (עמ' 85 לפרוטוקול), וכך גם העיד המערער 2 (עמ' 99 לפרוטוקול). אולם אין לשכוח, כי דימונה, כיישוב, לא הייתה קיימת לפני הקמת המדינה; והמרחק בין החלקות לבין מקום היישוב הקרוב ביותר חייב להימדד לא בינן לבין דימונה - שהיא יישוב חדש - כי אם בינן לבין באר-שבע, שהייתה היישוב הקרוב בתקופה הרלוואנטית. במלים אחרות: יש להתחשב בעובדות בשטח, כפי שהיו בעת חקיקתו של החוק העותמני. מסקנה זו נלמדת מהאמור באותו ע"א 518/61 [1]. בעמ' 1720 מול אותיות השוליים ב-ד במקום שנאמר:

"... גם טענה זו אינה יכולה להתקבל. ראשית... שנית - ערב-אסוואעד הוא לא עיר ולא כפר... שניתן למדוד ממנו את המרחק לקרקע הנדונה. יתר-על-כן, לפני שהוקמו הבנינים היה השבט גר באהלי-קידר (בתי שיער) אך איש לא העיד שהם שכנו שם והיוו ישוב של קבע מימים קדומים, כלומר מלפני פרסום חק הקרקעות העתמאני, שהוא המועד הקובע לענין זה (ההדגשות שלי - א' ח')."

אם נלך בדרך זו ונמדוד את המרחק מבאר-שבע, בוודאי תמצאנה החלקות בריחוק גדול יותר ממקום היישוב הקרוב, וגירסתה של המדינה תתחזק.

כשם המערערים הושמעה הטענה, כי בימים עברו נמצא יישוב בשם כורנוב בקרבת החלקות הנדונות, ולכן - כך אומרת הטענה - יש למדוד את המרחק מיישוב זה. גם טענה זו לא יכולה להועיל למערערים, שכן אחרי ככלות הכול מסתבר, שכורנוב לא היה יישוב כמוכרן הסעיפים הרלוואנטיים, ורק תחנת משטרה הייתה בו ומאהל בדווי לידה אך לא שום דבר נוסף.

יתרה מזאת: לפי העדויות, שהשמיעו המערערים בנושא זה, מסתבר, שכורנוב היה מרוחק בכ- 10 ק"מ מהחלקות, שעליהן נסב הערעור (דברי המערער 2 בעמ' 98-99, ודברי המערער 3 בעמ' 86).

עוד טענו המערערים, כי באמצע המאה ה-19 היה מקום מושבם של אבותיהם בכפר הבדוי "סיר", הנמצא בין כורנוב לבין ערוער, שאינו מרוחק יותר ממיל וחצי מהארמות, שהן נושא הדיון.

גם טענה זו הופרכה. היה לפני בית המשפט קמא תיאור השטח, כפי שראוהו אלה אשר עברו לאורכו ולרוחבו של הנגב באמצע המאה הקודמת. מתיאור זה עולה, שבאזור שבו מדובר לא היה לא כפר ולא עיבוד, ופרט למאהל בדווי וצמחיית בר שנראו בשטח היה אזור זה כולו מדבר שומם. יודגש הדבר, כי מקובל על כולנו, שלא כל קרקע, המרוחקת מעל מיל וחצי מהיישוב הקרוב, היא אדמת "מואת". בכל מקרה יש הכרח

וצורך להוכיח גם את התנאי ב', עליו דובר לעיל, על-מנת שההגדרה הנ"ל תתפוס ברשתה את הקרקע הנדונה; דהיינו: יש להוכיח, שאותה קרקע נמצאת גם במקום שומם, שלא הוחזקה על-ידי מאן שהוא, וגם לא הוקצתה למישהו (ע"א 518/61 [1] הנ"ל, בעמ' 1720 מול אות השוליים ה).

אפשר לומר, שבצדק נדחו טענותיהם של המערערים בנושא המרחק, ובצדק קבע בית המשפט קמא, כי המדינה יצאה ידי חובתה בהוכחת טענתה כאשר למרחק שבין החלקות לבין מקום היישוב הקרוב ביותר.

5. אשר לאלמנט השני - הימצאות החלקות במקום שומם - ברצוני להקדים ולמר: אפשר לחוש בהבדל דק בין תרגומם של הסעיפים 103-106, כפי שמופיע בספרו הנ"ל של הפרשן דוכן ז"ל, בעמ' 480-466 לבין התרגום של אותם הסעיפים, המופיע בספרו הנ"ל של הפרשן ד"ר בן-שמשי, בעמ' 147-138, שכן בעוד שדוכן ז"ל משתמש בכיטוי "מקומות מוזנחים", משתמש ד"ר בן-שמשי בכיטוי "מקומות שוממים".

לעומת זאת משתמש (127, jerusalem) r.c. tute, the ottoman lands laws with a commentary כשהוא מביא לידו את הכיטוי הטורקי ("khali") שמוכנו "ריק" או "פנוי"; וכיטוי זה מתאים יותר לכיטוי "מקומות שוממים", שבו השתמש ד"ר בן-שמשי. בכיטוי דומה השתמש גם בית-משפט זה בע"א 518/61 [1] הנ"ל, בעמ' 1720, מול אותיות השוליים ה-ו.

בנושא טיב המקום, שבו נמצאות החלקות, הסתמך בית המשפט קמא הן על העדויות שהיו לפניו והן על עבודות מחקר, שנעשו בעבר על-ידי חוקרים שונים. וממכלול הדברים האלה הגיע לידי המסקנה, שהחלקות נמצאות במקום, שהיה שומם מקדמת דנא, שאדמותיו לא הוחזקו כאדמות מירי על-ידי מישהו וגם לא הוקצו לציבור בתור אדמה "מתרוכה".

עיינתי בחומר, שהיה לפני הערכאה הראשונה, וסבורני, שלמסקנתה הנ"ל יש יסוד מספיק בחומר שהיה לפניו. גם בדברי המערערים עצמם ניתן למצוא תימוכין למסקנתה של הערכאה הראשונה בנקודה זו (דברי המערער 3 בעמ' 86; דברי המערער 2 בעמ' 98-99; דברי המשיב 2 בעמ' 92). אלה שתרו במרחבי הנגב או שחקרו את שטחיו, כגון ע' אלעארף בספרו תולדות באר שבע ושבטיה וכן ברסלבסקי בספרו הידעת את הארץ, כך ב', התייחסו לאזור, שבו נמצאות החלקות, וכן למקום הידוע ככורנוב. כולם מדברים על חורבות עתיקות של ערים, אשר נהרסו משכבר הימים, אך ההריסות השתמרו דווקא בשל השוממות ששררה במקום.

מצבו של הנגב בשנת 1870 נחקר על-ידי המלומד פלמר (מוצג ת/21), שעשה מסע באזור ועמד מקרוב על מצבו של הנגב. הוא מצא שממה, חורבות עתיקות ובדווים נוודים, אשר לא עיבדו במיוחד את האדמה, לא חרשו אותה ובכלל לא עסקו בחקלאות. גם כשירדו גשמים והייתה צמחייה טבעית, השתמשו במים להשקאת העדרים אך לא לצורך עיבוד חקלאי.

אם נוסף לכל זה את אופיים הנוודי של שבטי הכדוים והעובדה שהאזור הוא בדרך כלל צחיח מחוסר גשמים רוב ימות השנה, תישמע מסקנתה של הערכאה הראשונה מתאימה למציאות ולמצב האובייקטיבי, המאפיין את המקום.

אלעארף בספרו הנ"ל מדגיש את מיעוט הבארות באזור ומספר על נזקקותם של הכדוים למימי הגשמים הנקווים ליד הוואדיות. אך מים אלה חולפים מהר מהאזור בדרכם אל הים, והוואדיות נשארים ריקים ויבשים ללא טיפת מים. מעדותו של יצחק עפר (ת/26) מסתבר, כי 70% מכלל שטח הקרקעות הנדונות אינם ראויים לעיבוד, כיוון שהם מהווים שטחי אבנים; ואין כיסוי הקרקע מתאים לגידול חקלאי, אם כי ניתן למצוא פה ושם חלקים מזעריים, שאולי ראויים לזריעה.

העדים ששון בר-צבי ואריה אפרת (ת/25) מתריעים על המחסור במים באזור הנגב, שלא איפשר לתושביו להחיות את האדמות באזור ושהעדיפו חיי הנוודות ורעיית הצאן על עיבוד אדמות מסודר ורנטאבילי; ומשום כך נשארו האדמות באזור שוממת. מצב זה אפיין את האזור במשך דורות.

סיכומי של דבר: המדינה הצליחה להוכיח גם את האלמנט השני שמאפיין קרקע מסוג "מואת", ויש להתייחס לקרקעות בחלקות, שעליהן נסב ערעור זה, כאל קרקע מסוג זה.

6. וכאן ומכאן ואילך מוטלת על המערערים מעמסה כבדה. שכן עליהם לעמוד עתה בכל הדרישות שמניתי לעיל, אשר כל מחזיק או מעבד קרקע מסוג "מואת" חייב לעמוד בהן, על-מנת שיזכה ברישום הקרקע על שמו. דא עקא, שמצינו נסיבות ועובדות, המלמדות שהמערערים לא עמדו אף בדרישה אחת מהדרישות הללו. את דבריי אלה אבהיר כדלהלן: א. גם לפי החוק העותמני וגם לפי הפקודה משנת 1921, על המערערים לשכנע את בית המשפט, שהם החזיקו באדמות שהן נושא הערעור עלפי אישור השלטונות.

ואכן, במידה שמדובר על התקופה בזמן השלטון הטורקי, בוודאי שלא הוכח, כאילו המערערים או קודמיהם ביקשו או קיבלו אישורים כאלה. מכל מקום לא הוכח, שלמערערים היו אישורים כאלה, ואפשר לומר, שגם לפי טענתם שלהם חזקתם לא הייתה באישור השלטונות.

הזדמנות אחרונה עמדה לרשותם של המערערים עם פרסום הפקודה משנת 1921, שנתנה פסק זמן של חודשיים על-מנת שכל מחזיק בקרקע "מואת" ימסור הודעה לשלטונות על חזקתו, שאם לא יעשה כן, מחמיץ המחזיק את הזדמנות האחרונה לזכות ברישום (ע"א 298/66 [5], בעמ' 375; ע"א 518/61 [1] המצוטט לעיל). הערכאה הראשונה קבעה חד-משמעית, שהמערערים או קודמיהם לא ניצלו הזדמנות זאת בעתה, ומחדל זה אינו ניתן לריפוי בנסיבות הקיימות.

נטען מטעם המערערים, שבכאר-שבע לא היו בזמן פרסום הפקודה משרדי ממשלה מסודרים, שאפשר היה לפנות אליהם בנדרון. אולם לא זו בלבד שטענה זו לא הוכחה כדבעי, כי אם גם אם המצב היה כטענתם, ניתן היה לפנות למשרדים שבערים אחרות שהיו בקרבת מקום, כגון עזה וכו', וכזאת לא עשה אף אחד מהמערערים. לכן, ולפי כל ההלכות שמניתי לעיל, הוחמצה ההזדמנות שעמדה להם לכלי שוב. במקרה כזה גם טענת ההתיישנות לא תועיל למערערים, שכן טענה כזו אינה תופסת לגבי קרקעות מסוג "מואת" (ע"א 298/66) 5]

הנ"ל, בעמ' 375 מול אותיות השוליים ד-ה; ע"א 342/61 [2] המצוטט לעיל).

במאמר מוסגר אציין, כי בזמן המנדט היו מקרים שבהם נהגו השלטונות בסלחנות מה לגבי אלה אשר לא הודיעו על חזקתם בקרקע "מואת" ממש תוך החודשיים שנקצבו בפקודה משנת 1921. ברם, במקרה שלפנינו, נהגו המערערים וקודמיהם, כאילו הפרסום לא נגע להם כלל ובניגוד גמור להלכות, שניתנו על-ידי בית-משפט זה בע"א 518/61 [1]; בע"א 298/66 [5] וכן בע"א 323/54 [3], המצוטטים לעיל.

ב. אולם יהא המצב בנושא אישור השלטונות כאשר יהא, לא הוכיחו המערערים "החייאה" במובן הסעיפים 103-16 של החוק העותמני. שכן לא זו בלבד שאין הגדרה ברורה של שטחי העיבוד, שאת הכעלות עליהן תובעים המערערים, לפי גבולות או סימנים ברורים (השווה ע"א 298/66 [5] הנ"ל, בעמ' 375 מול אות השוליים א) כי אם גם לא הוכח עובדתית, שאכן היו "החייאה" ועיבוד במובן החוק. הפרשן דוכן ז"ל מסביר בספרו הנ"ל, עמ' 50, את המושג "החייאה" - בערבית: אחיא, באמרו:

"במשפט האישלמי משתמשים במושג - אחיא - (החיאה revival -) בנוגע לעיבוד ופתוח קרקעות מואת. המושג אחיא הוגדר יפה במגילה הקובעת בס' 1051 - שהחיאה היא השבחה, כלומר הכשרת קרקע לזריעה. וגם המונח, עיבוד קרקע' מפורש בפרוטרוט בס' 1270-1280 מן המגילה. אמנם יש להבדיל בין, עיבוד קרקע' ובין, גדירת' קרקע. מי שעשה גדר והקיף בה קרקע מואת אינו רוכש לעצמו זכות על קרקע זו. ..."

למעלה מזה באותו העמוד נאמר:

... "ולכן חשוב לדעת כיצד תופס החוק את המושג עיבוד קרקע

והחיאתה. מושג זה משמעותו: זריעה, נטיעה, חרישה, בנין גדר וכל מיני הכשרות ושפורים כגון: סקול ובנים ושפורים אחרים שנעשו לקרקע שהיתה מתה."

בע"א 40/50 [6] עלתה שאלת מהותה של "החייאה" בקשר לקרקע "מואת". בעמ' למעלה מזה באותו העמוד נאמר:

"במשפט קריקוריאן נגד היועץ המשפטי, ע"א 226/52, קבע בית-המשפט - אני מצטט מעמוד 52 בספרו של מר דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל' - את המושג החיאה יש להבין כעיבוד בפועל והחיאה ממש בלי הפסקה ;

התוצאות צריכות להיות שינוי מוחלט, קבוע ומתמיד בטיב הקרקע הנעבדת. ...

ובהמשך - מול האות ד - נאמר:

"אין זה מספיק להוכיח עיבוד, אלא יש להוכיח עיבוד שהביא לידי החיאה. על השאלה: האם מעבד הקרקע עשה בפועל מה שהוא צריך לעשות - צריכה התשובה הניתנת להתבסס על יחס מתאים בין הפעולה להחייאת הקרקע ובין התוצאות, ואין להגזים בדבר".

להשלמת התמונה אוסיף ואומר, כי המושגים "עיבוד" ו"החיאה" נדונו גם בבית המשפט לקרקעות בזמן המנדט. בעמ' 51 מספרו הנ"ל של דוכן ז"ל מובאת רשימה של פסקי-דין מנדטוריים, שדשו בסוגיה זו (מול הערת השוליים 37) כגון ע"א 226/42 [9]; ע"א 153/46 [10], ובעיקר 55/25, שבמסגרתו סבר השופט בליק-ריד, "...שעיבוד צריך להיות עיבוד בפועל, הנמשך ללא הפסקה. העיבוד צריך ליתן תוצאה של שנוי במצב הקרקע וטבעה. צריך - שהמדבר ייהפך לגן-עדן (לשטח פורח)". ייתכן שהדרשה "שהמדבר ייהפך לגן-עדן" מרחיקת לכת היא; אך גם בקריטריונים פחותים הרבה מזה לא עמדו המערערים. הערכאה הראשונה לא שוכנעה שהיה עיבוד, ובוודאי לא היה עיבוד רצוף תוך שיפור והשבחת האדמה. בפועל נשארה האדמה בשממונה במשך דורות. קרקע כזו, גם אם מוחזקת היא על-ידי מאן דהוא, אין בחזקה ערטילאית זו על-מנת שהקרקע (שלגביה הוכח שהיא מסוג "מואת") תיהפך לקרקע מסוג אחר; ואין המחזיק בקרקע כזו רוכש לו זכות בת-רישום, שאפשר להכיר בה בהליכי הסדר הקרקעות. מכל שכן, כאשר המחזיק לא קיים את הוראותיהם של הסעיפים 103-16 של החוק העותמאני ולא פעל על-פי המתבקש מהפקודה משנת 1921 ולא השיג אישור מתאים מאת השלטונות.

בנושא ההחיאה קבעה הערכאה הראשונה בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, שהמערערים לא החיו את הקרקעות שבהן מדובר, וכי בגלל מיעוט הגשמים באזור, שבו נמצאות קרקעות אלה, לא ניתן היה לעבדן באופן רצוף. כן קבעה, כי בפועל לא רכשו המערערים זכויות בנות-רישום על קרקעות אלה.

דגש יושם בעובדה, כי מרבית העדים, אשר הופיעו לפני הערכאה הראשונה מטעם המערערים, היו צעירים לימים, שאין להם ידע מספיק אודות מה שהתרחש בעבר, ובוודאי אינם יודעים פרטים על מה שהתרחש באזור בשנת 1858 (שנת היכנס החוק העותמאני לתוקפו).

אמנם נכון הדבר, שחלק מהעדים האלה תמכו בגירסתם של המערערים, ובחלקם היו בגיל מבוגר לעומת העדים האחרים, אך פסק הדין בכללותו מעיד על עצמו, שהערכאה הראשונה לא האמינה לעדים אלה, כי אם העדיפה על דבריהם את תיאור המצב האובייקטיבי בשטח, כפי שנמסר על-ידי העדים המומחים שהעידו מטעם המדינה. ואכן, היתרון במקרה זה הוא לבית המשפט קמא, אשר שמע את העדים, ראה אותם והתרשם מהם כפי שהתרשם. מן הדין איפוא לדחות את הטענה שהועלתה כאמור.

7. בא-כוחם המלומד של המערערים היה מודע לקושי, שלפניו עמדו מרשיו, ולכן העלה פתרון חלופי, שבמסגרתו יצווה בית-משפט זה על החזרת התיק לבית המשפט קמא על-מנת לאפשר למערערים להשמיע הוכחות נוספות, ובעיקר - על-מנת להשמיע עדויות של מומחי, שיסתרו דברי המומחים שהעידו מטעם המדינה.

על פניה אין טענה זו נשמעת רצינית. בקשה ברוח זו, כשהיא מועלית לראשונה לפני ערכאה שנייה, חייבת להיות מושחתת על חומר ברוך, על-מנת שאפשר יהיה לבחון את מידת הרצינות שבה. לפי המצב העכשווי אי אתה יודע ואי אתה יכול לדעת, מה שומרים המערערים באמתחתם בנושא זה, ואנו מבחינים בערפל המכסה את הטענה.

יתרה מזאת. המערערים בחרו לנהל את המשפט בעצמם, אף-על-פי שהערכאה הראשונה העמידה אותם על החשיבות שבייצוג משפטי מקצועי. הערכאה הראשונה גילתה הבנה כלפיהם ונהגה בהם באורך רוח ראוי לציין ונתנה להם את כל ההזדמנויות והאפשרויות על-מנת לאפשר להם להוכיח גירסתם, ולפעמים נעשה הדבר תוך סטייה מסדרי הדין המקובלים. דא עקא, שמחווה זו כוזבה לריק על-ידי המערערים, והמשפט נוהל כפי שנוהל. לא נראה לי, שבנסיבות אלה נשאר מקום לתת למערערים, אשר עד כה החמיצו את כל ההזדמנויות שהועמדו לרשותם להוכיח את גירסתם, הזדמנות נוספת שמשמעותה הארכת הדין, אשר מילא התאריך אל מעבר לגבול הסביר.

8. לקראת סוף סיכומיו אמר בא-כוחם המלומד של המערערים, כי היו לפני בית המשפט הוכחות למכביר, המאפשרות להגיע לידי המסקנה, שהקרקעות, שעליהן נסב ערעור זה, הינן מסוג "מירי", ולכן - כך אומרת הטענה - יש להביא עובדה זו בחשבון, על כל ההשלכות המתבקשות ממנה, ולפסוק, כי למערערים הבעלות בקרקעות אלה, מתוך הנחה שהן מסוג "מירי". על טענה כגון זו ייאמר, שהיא הועלתה לראשונה לפני בית-משפט זה. בתזכורות התביעה, שהוגשו מטעם המערערים, לא נאמר דבר וחצי דבר בקשר לסוג הקרקע, וכאילו נושא זה רחוק מהעניין כולו.

אולם, לאחר שהגעתי לידי המסקנה, שיש לאשר את קביעתה של הערכאה הראשונה שהמדובר בקרקע מסוג "מזאת", לא נותר מקום לטענה שכזאת, ויש לדחותה ללא כל היסוס.

חרף זאת אתייחס לנושא זה בהערה קצרה ואומר: גם אם המדובר בקרקע מסוג "מירי" - ובוודאי איני אומר שכך הוא מצבה - הרי קריאה בפסק-דינה של הערכאה הראשונה מן ההכרח שתוביל אותנו לקראת המסקנה, שבית המשפט קמא לא האמין ולא שוכנע, שהמערערים הוכיחו חזקה ועיבוד כנדרש בסעיף 78 של החוק העותמאני, למשך תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק. ואכן, בלעדי הוכחתם של שני אלמנטים אלה לא יזכה מחזיק ברישום קרקע כבלתי רשומה מסוג "מירי" על שמו, בהליכי ההסדר.

בין השאר הצביעו המערערים על המוצג ג' 1, המעיד על תשלום מעשר (מס יכול) על-ידי אחד המערערים בזמן המנדט - בקשר למסי קרקע שהיו נהוגים בימי השלטון העותמאני, ראה ספרו הנ"ל של דוכן ז"ל, בעמ' 429.

אין בכוונתי להרחיב הדיבור בטענה שהועלתה כאמור ולו מהטעם, שאין לגלות מתוך עיון כמוצג נ/1 לאיזה קרקע הוא מתייחס. מכל מקום, תשלום חר-פעמי של מס מעשר אינו מעיד על עיבוד ועל חזקה רצופים למשך תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק.

חשוב מזה - הלכה פסוקה מבית-משפט זה (ע"א 336/61 [7]) אומרת, כי תשלום מס או הוצאות על שיפור הקרקע יכול לשמש במקרה המתאים, במידה מסוימת, הוכחת חזקה למשלם המס או למוציא ההוצאות בסכסוך שבינו ובין אדם אחר. אך לא בסכסוך שבינו ובין הממשלה (ראה גם סעיף 43 לפקודת מס הרכוש החקלאי, 1942, המצוטט שם) דברים ברור זו נאמרו גם בע"א 396/61, [8]402, בעמ' 765 מול אות השוליים ב:

"שנית, (וזה נוגע יותר למדינה), לא זו בלבד שהרישום איננו מהווה הוכחה נגד המדינה, כי רישום כזה יכול להיות בדרך כלל הוכחה של חזקה אבל לא הוכחה של עיבוד..."

כזאת היא ההלכה כאשר המדובר במס רכוש חקלאי; מקל וחומר כאשר המדובר במס מעשר שהוא מס על היבול; והמוצג נ/1 אין הוא אלא משענת קנה רצוף. אולם, יהא המצב כאשר יהא, לא הוכח, שהמוצג נ/1 מתייחס לאחת החלקות, שעליהן נסב הערעור שלפנינו, ועל-כן יש לדחות את הטענה.

9. ואחרונה בעניין הטענות, שהושמעו מטעם המערערים, אומרת, שיש לזכות את המערערים ביחס מיוחד בשל אופיין המיוחד של קרקעות הנגב.

טענה זו מקומה לא יכירנה בערעור הנוכחי. אם לא מצא המחוקק העותמני לנכון (ובאותה דרך פעלו שלטונות המנדט כאשר חקקו את הפקודה מ-1921) לייחד במסגרת החוק ין מיוחד לקרקעות הנגב, אשר כדוגמתן היו שטחים רבים ונרחבים במדינה העותמאנית, אין זה מתפקידו של בית המשפט להעניק הקלות מהסוג המבוקש, שאינן עומדות בפני הוראותיו המפורשות של המחוקק.

גם טענה זו לא התקבל, והיא נדחית.

לאור האמור עד כה נראה לי שיש לדחות את הערעור על כל חלקיו, וכך אני מציע לחברי המכובדים.

השופט ד' לוין: אני מסכים.

השופטת ש' נתניהו: אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט חלימה. המערערים ישלמו סולידרית למשיבה שכר טרחת עורך-דין סך 300,000 שקלים שיישאו ריבית, הצמדה ומע"מ, המדד הקובע הוא המדד של היום לעומת המדד ביום התשלום.

ניתן היום, ד' באב תשמ"ד (2.8.84).