



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדקה

בג"ץ 6896/18

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותרים: 1. טעמה
2. טעמה
3. עבאדי
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיבים: 1. המפקד הצבאי בגדה המערבית
2. ראש המינהל האזרחי
3. היועץ המשפטי לגדה המערבית

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריכי הישיבות: י' באייר התשע"ט (15.5.2019)
ט' בתמוז התש"ף (1.7.2020)
כ"ח בתמוז התשפ"א (8.7.2021)
כ"ב בחשון התשפ"ב (28.10.2021)

בשם העותרים: עו"ד תהילה מאיר

בשם המשיבים: עו"ד שרון הואש-איגר

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. מהן המגבלות שניתן להטיל על כניסתם של תושבי יהודה ושומרון ל"מרחב התפר" – המהווה חלק מן האזור, אך נמצא ב"צד הישראלי" של גדר ההפרדה – לצרכי עיבוד חקלאי של אדמותיהם? ובאופן יותר ספציפי, האם יש הצדקה לקבוע כי לא יינתן היתר כאמור למי שהם בעלים של חלקת קרקע קטנה, או של חלקה בבעלות משותפת, כך שבעלותם היחסית בה אינה עולה על גודל מסוים? בשאלות אלה, ובשאלות משנה הקשורות בהן, התמקד הדיון שבפנינו.

רקע כללי

2. כידוע, בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל על הקמתה של גדר ההפרדה שנועדה לחצוץ בין שטחי אזור יהודה ושומרון (להלן: האזור) לבין שטחי ישראל. עם

זאת, מאחר שחלק מתוואי הגדר עובר בשטחי האזור, קיים שטח ששייך באופן פורמאלי לאזור, אך פונה לעבר שטחה של מדינת ישראל. שטח זה נקרא "מרחב התפר".

3. בשנת 2003 הכריז המפקד הצבאי על מרחב התפר כשטח צבאי סגור שהכניסה אליו והשהייה בו אסורות לתושבי האזור, אלא אם כן ניתן לכך היתר (להלן: משטר ההיתרים) (ראו: בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל, פסקאות 3-4 (5.4.2011) (להלן: עניין משטר ההיתרים); בג"ץ 3066/20 זיד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 1 (12.7.2021)).

4. היתרי כניסה למרחב התפר ניתנים לתושבי האזור מטעמים שונים. תעודות תושב קבע ניתנות כמובן למי שמתגוררים בשטח זה. בנוסף לכך, ניתנים היתרים לצרכים מסחריים, היתרים חקלאיים והיתרים לצרכים אישיים אחרים.

5. בעניין משטר ההיתרים נדונו חוקיותם של ההכרזה על מרחב התפר כשטח צבאי סגור ומשטר ההיתרים הנגזר ממנה. בית משפט זה (הנשיאה ד' ביניש בהסכמת המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטת א' פרוקצ'יה) דחה את העתירות שהוגשו נגד הנהגתו של משטר ההיתרים במרחב התפר, וקבע כי התכלית העומדת בבסיס ההחלטה על סגירתו של מרחב התפר כשטח צבאי סגור היא תכלית ביטחונית ראויה. בתוך כך נדחו טענות העותרים שם כי התכלית הביטחונית משמשת כסות למטרה פסולה אחרת – לרוקן את מרחב התפר מתושביו הפלסטינים ולנשלם מאדמותיהם. לצד זאת נקבע כי:

"המשיבים מכירים בזכותם של התושבים להמשיך לעבד את אדמותיהם ומבקשים להביא לכך שבעלי הזיקה לאדמות במרחב התפר ימשיכו בעיבודן, תוך מתן אפשרות לקרובי משפחה ועובדים אחרים לסייע להם בעבודתם" (עניין משטר ההיתרים, בפסקה 34).

זוהי נקודת המוצא לדיון בהליך שבפנינו.

6. ההליך והתנאים להנפקתם של היתרי כניסה למרחב התפר מעוגנים בקובץ פקודות קבע (קפ"ק) של המינהל האזרחי אשר מוכר בשם "קפ"ק מרחב התפר" ומתעדכן מעת לעת. עובר לתחילת ההליך דנן היה בתוקף קובץ פקודות ונהלים "קפ"ק מרחב התפר 2014" אשר נכנס לתוקף ביום 14.1.2014 (להלן: קפ"ק 2014). יצוין כבר עתה כי בהמשך יפורטו השינויים הרלוונטיים שחלו בהוראות הקפ"ק מאז ועד עתה. עוד יוער כי הקפ"ק העדכני נכנס לתוקף בשנת 2021.

7. לפי הוראותיו של קפ"ק 2014 היתר חקלאי היה ניתן לכל מבקש אשר הוכיח זיקת בעלות לחלקה, בהיעדר מניעה ביטחונית. קפ"ק 2014 קבע כי:

"היתר חקלאי – מונפק לתושב אי"ש שיש לו זיקת בעלות לאדמות חקלאיות במרחב התפר" (סעיף 2 לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2014, ההדגשות במקור).

8. ביום 15.2.2017 נערך עדכון בהוראות הקפ"ק במסגרתו תוקן, בין היתר, סימן א' לפרק ג' (להלן: קפ"ק 2017). להלן יובאו הוראות הקפ"ק כפי נוסחן בעת הגשת העתירה אשר רלוונטיות לענייננו:

"היתר חקלאי – מונפק לתושב אי"ש שיש לו זיקה קניינית לאדמות חקלאיות במרחב התפר, ותכליתו שימור הזיקה לאדמות אלה" (סעיף 2 לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2017, ההדגשות במקור).

"היתר תעסוקה חקלאית – מונפק לתושב אי"ש המועסק על ידי חקלאי באדמתו, בהתאם לבקשת החקלאי, שהוא מבקש הבקשה לשם עיבודן של אדמות אלה" (סעיף 3 לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2017, ההדגשות במקור).

היתר לצרכים אישיים – "מונפק לתושב אי"ש אשר טעמים מיוחדים או הומניטאריים מצריכים את שהותו במרחב התפר, והוזמן למרחב התפר על ידי תושב בעל הזיקה למרחב התפר, שהוא מבקש הבקשה" (סעיף 1 לסימן ג' לפרק ג' בקפ"ק 2017, ההדגשות במקור).

להשלמת התמונה יצוין כי היתר חקלאי או היתר תעסוקה חקלאית מאפשרים כניסה רצופה של מחזיק ההיתר למרחב התפר על בסיס יום יומי, וזאת למשך שנתיים. כך, למעט במקרים שבהם מדובר בחלקה המושכרת לתקופה קצרה יותר, שאז תוקף ההיתר יהיה בהתאם למשך תקופת השכירות (ראו: סעיף 4 לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2017). לעומת זאת, תקופת תוקפו של היתר לצרכים אישיים נתון לשיקול דעתו של הגורם המוסמך והיא נקבעת בהתאם למטרתו ולנסיבות הפרטניות של המקרה (סעיף 2 לסימן ג' לפרק ג' בקפ"ק 2017). מהחומר שהוגש בתיק על-ידי הצדדים, עולה כי היתר זה ניתן ככלל לתקופה מקסימלית של שלושה חודשים.

9. במוקד העתירה שלפנינו עומד אחד התנאים לקבלת היתר תעסוקה חקלאית שהתווסף לקפ"ק עם עדכוננו ביום 15.2.2017, לפיו:

"היתרי תעסוקה חקלאית יונפקו עבור חלקו היחסי של החקלאי בקרקע, בהתאם למסמכים... ככלל, לא יתקיים צורך חקלאי בר-קיימא, כאשר גודל החלקה בעבורה מתבקש ההיתר הינו בגודל מזערי, שאינו עולה על 330 מ"ר" (סעיף 13(א)(7)(ב) לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2017).

כן יוער כי קפ"ק 2017 קבע כי בנסיבות חריגות ומנימוקים שיירשמו רשאי ראש המת"ק להנפיק היתר חקלאי, אף למי שהוא בעל חלקה מזערית כאמור. בהקשר זה נקבע בו כך:

"בנסיבות חריגות ומנימוקים שיירשמו, רשאי הרמת"ק להנפיק היתר חקלאי, בעבור חלקה בגודל מזערי כאמור" (סעיף 13(א)(7)(ב) לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2017).

עם זאת, כפי שיובהר בהמשך, ההתייחסות לאופיו של הכלל בדבר חלקה מזערית כ"חזקה" שניתן לסטות ממנה בנסיבות חריגות הושמטה בהמשך מנוסחים מאוחרים יותר של הקפ"ק.

10. עוד הובהר בקפ"ק 2017 כי לצורך חקלאי ייחשב –

"צורך בעיבוד אדמה, למטרת ייצור בר-קיימא של תוצרת חקלאית" (סעיף 11 לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2017).

11. משמעות הדברים היא שהחל בשנת 2017, ובשונה מאשר בעבר, הוגבלה האפשרות לקבל היתר תעסוקה חקלאית בגין חלקה שהוגדרה כ"מזערית", כזו שגודלה אינו עולה על 330 מ"ר.

12. על כך יש להוסיף, כי לאמיתו של דבר, מגבלה זו חלה לא רק על חלקות שגודלן הפיזי המוחלט אינו עולה על 330 מ"ר, אלא גם על חלקות גדולות יותר, השייכות בבעלות משותפת למספר בעלים, כך שחלקו היחסי של כל אחד מהם אינו עולה על 330 מ"ר. מסקנה זו עולה מן ההגדרה של גודל החלקה אשר הופיעה בקפ"ק 2017:

"גודל החלקה ייחשב למכפלת שטח החלקה כולה בשיעור בעלותו היחסי של המבקש בחלקה" (סעיף 5 לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2017).

את משמעותו של כלל זה ניתן להסביר באמצעות דוגמה פשוטה. ניטול חלקה בת דונם שהבעלות בה משותפת לארבעה אחים בחלקים שווים בלתי מסוימים. חלקה בגודל כזה, כשלעצמה, אינה נחשבת לחלקה "מזערית". אולם, משום שבעלותם של

האחים בחלקה היא משותפת, חלקו היחסי של כל אחד מהם הוא לכאורה 250 מ"ר וכך עולה שעל-פי ההוראה בדבר "חלקה מזערית" שהוספה לקפ"ק 2017, אף אחד מהם לא יהא זכאי לקבל היתר עיבוד חקלאי, אלא בנסיבות חריגות.

13. להשלמת התמונה יצוין כי קפ"ק 2017 קבע שניתן לקבל היתר לצרכים אישיים בשל "זיקה קניינית לחלקה, בעבורה לא ניתן לקבל היתר לצרכים חקלאיים או מסחריים" (סעיף 6(ג) לסימן ג' לפרק ג' בקפ"ק 2017). היתר זה ניתן כאמור לתקופה מקסימלית של שלושה חודשים.

העתירה המקורית והשלבים המוקדמים של הדיון בתיק

14. העתירה המקורית הוגשה ביום 4.10.2018. בשנים שחלפו מאז התקבלו עדכונים רבים במתכונת של הגשת תגובות והודעות מעדכנות, קיום דיונים בפני הרכבים שונים, הגשת עתירה מתוקנת והוצאת צו על-תנאי – הכל כמפורט להלן.

15. העותרים שהגישו את העתירה המקורית הם אם ובנה. העותרת 1, ילידת 1948 (להלן: העותרת) היא אחת מן הבעלים בקרקע המצויה בקפין, כפר בנפת טולכרם, שגודלה 17.5 דונם וגדלים בה עצי זית. העותרת קיבלה את חלקה בקרקע בירושה מסבה המנוח. על-פי הנטען בעתירה, בעבר גידלו בני המשפחה בחלקה גם חיטה ושעורה אך לאחר הקמת הגדר הם הפסיקו לעשות כן בשל הקושי בקבלת היתרי כניסה למרחב התפר. בעת הגשת העתירה החזיקה העותרת בהיתר כניסה למרחב התפר, אך צוין כי בשל גילה ומצבה הרפואי היא עצמה אינה מעבדת את הקרקע ומבקשת לממש את זכותה לעבד אותה באמצעות בנה, העותר 2 בעתירה המקורית (להלן: העותר). העותר הנוסף בעתירה המקורית, הוא "המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר" (להלן גם: המוקד), התומך בעמדתם של העותרים הפרטניים. כפי שעוד יובהר, בהמשך הוגשה עתירה מתוקנת שבה העותרים 1-2 הופיעו בכינויים זה, ואילו המוקד צוין כעותר 4 בעקבות צירופו של עותר פרטני נוסף.

16. בשונה מעניינה של העותרת, הבקשה מצדו של העותר לקבל היתר כניסה למרחב התפר לצורך עיבוד האדמה נדחתה בחודש אוקטובר 2017. ביום 25.12.2017 הגיש העותר, בסיועו של המוקד, ערר על ההחלטה האמורה. בהמשך לכך, ביום 21.1.2018 נערך לעותר בירור בפני הרמת"ק, שבעקבותיו ביום 5.2.2018 ניתן לו היתר לצרכים אישיים לתקופה של שלושה חודשים בלבד, החל מיום 1.2.2018 ועד ליום 1.5.2018.

זאת, בשל כך שלגישתם של המשיבים גודל השטח שירשה העותרת מסכה קטן מ-330 מ"ר ולפיכך אינו מקנה לה זכאות לקבלת היתר מסוג "תעסוקה חקלאית" עבור העותר.

17. ביום 21.2.2018 הגיש העותר ערר נוסף על ההחלטה שלא להעניק לו היתר תעסוקה חקלאית. במסגרת הליך הבירור של הערר הנוסף נערך ביום 30.5.2018 סיור בחלקה מושא הבקשה, שבו השתתפו העותר ונציגי המינהל האזרחי. בסיכום הסיור צוין כי ממסמכים שהובאו בפני המת"ק עולה שגודל הקרקע אשר ביחס אליה הוכיחה העותרת זיקה קניינית מסתכם ב-288 מ"ר. כן צוין כי העותר אינו יודע מהו המיקום המדויק שבו נמצא חלקה של העותרת בקרקע, כי בשטח הכולל שעליו הצביע העותר היו כ-35 עצי זית גדולים והוא היה מעובד באופן חלקי בלבד, וכי בהתחשב בכך שחלקה היחסי של העותרת בקרקע מאפשר לגדל מספר מצומצם של עצים בוגרים – להערכתם של נציגי המנהל האזרחי כ-10 עצי זית – לא קם צורך בעיבוד הקרקע בכל ימות השנה. לפיכך, נקבע בסיכום הסיור שהעותר "לא הצליח להרים את נטל הראייה הנדרש לשם ביסוס טענתו לפיה אכן מתקיים בנסיבות העניין צורך חקלאי אשר יצדיק הנפקת היתר בני משפחת חקלאי בעבור החלקה המדוברת".

18. בהמשך לכך, ביום 18.6.2018 הגישו העותרים ערר נוסף, שלישי במספר. בפועל, העותרים לא זומנו לדיון בפני ועדת הערר, אף לאחר פניה מטעמם לקצין פניות הציבור של המשיב 2. בנסיבות אלה הוגשה העתירה המקורית.

העתירה המקורית

19. בעתירה המקורית התבקשו שני סעדים מרכזיים. האחד – כוון באופן פרטני להנפקת היתר כניסה למרחב התפר מסוג "תעסוקה חקלאית" לעותר. השני – נסב על חוקיותה של ההוראה בדבר חלקה מזערית שהוספה לקפ"ק 2017, אשר לפיה לא יינתנו היתרים חקלאיים למי שבבעלותו חלקה שגודלה אינו עולה על 330 מ"ר.

20. בעתירה נטען כי התיקון בדבר חלקה מזערית מצמצם באופן דרסטי את האפשרות המעשית הפתוחה בפני תושבי האזור שהם בעלי אדמות חקלאיות במרחב התפר לקבל היתרים לצורך עיבוד אדמותיהם. לפיכך, העותרים טענו כי התיקון פוגע באופן רחב בזכות הקניין של בעלי הקרקעות שהם תושבים מוגנים לפי המשפט הבינלאומי, ועל כן מנוגד לחובות המוטלות על המשיבים, כמו גם להלכה הפסוקה. באופן ספציפי נטען כי החלטתם של המשיבים שלא לאפשר לעותר להיכנס למרחב התפר

לשם עיבוד חלקתה של העותרת פוגעת באופן בלתי מידתי בזכותה של העותרת לקניין ובזכותו של העותר לחופש תנועה.

21. ביתר פירוט, העותרים טענו כי המונח "גודל החלקה" בקפ"ק 2017 אינו מתייחס לגודלה הממשי של החלקה, אלא לחלקו היחסי של כל אחד מהבעלים, נתון שאין לו משמעות חקלאית או קניינית. העותרים הדגישו כי כאשר לחלקה אחת מספר בעלים, מדובר בבעלות משותפת של כל אחד מהם בכל החלקה וכי על-פי דיני הירושה הבעלות אינה מתחלקת בין היורשים לתאי שטח נפרדים. העותרים טענו כי החזקה בדבר חלקה מזערית תביא לכך שבמוקדם או במאוחר כל החלקות במרחב התפר ייחשבו ל"חלקות מזעריות" שאינן מצריכות עיבוד. לגישתם של העותרים התיקון לקפ"ק בעניין "חלקה מזערית" מנוגד להצהרותיהם הקודמות של המשיבים בעניין משטר ההיתרים לפיהן תישמר זכותם של בעלי האדמות במרחב התפר לעבד את אדמותיהם תוך הסתייעות בבני משפחותיהם. לעומת זאת, כך נטען, הלכה למעשה, זכות זו עומדת כעת רק לבעלי אדמות ששטחן גדול או למי שירשו את הזכויות בקרקע עם מספר יורשים נוספים מועט, כך שחלקו היחסי של כל מהם בקרקע עולה על 330 מ"ר.

22. ביום 31.10.2018 הגישו המשיבים הודעת עדכון שבה נמסר כי הוחלט לדון בעניינם של העותרים במסגרת ועדת הערר, על כן נטען כי דין העתירה להימחק תוך שמירת טענות הצדדים. מנגד, טענו העותרים כי אין להורות על מחיקת העתירה מבלי שהתקבלו הסעדים המבוקשים בה, ומה גם שהיא עוסקת, נוסף לעניינם הפרטני של העותרים, במדיניות הכללית של המשיבים ביחס לחלקות מזעריות. בהמשך לכך נקבע ביום 20.11.2018 כי העתירה תובא לדיון בפני הרכב וכי המשיבים יגישו את תגובתם עד 14 ימים לפני מועד הדיון (השופט י' אלרון). ביום 21.11.2018 נערך הדיון בפני ועדת הערר. במסגרת הדיון ציין העותר כי הוא קיבל בעבר היתר לצרכים אישיים לתקופה של שלושה חודשים, אך משום שקיבל אותו באיחור הוא הספיק להיכנס למרחב התפר מכוחו רק פעם אחת. עוד ציין העותר כי באותה השנה "לא יכולנו למסוק את הזיתים בגלל שלא קיבלנו היתר". ביום 10.12.2018 דחה יו"ר ועדת הערר את הערר שהגישו העותרים. במסגרת החלטת הדחייה נכתב כי לא נראה שקיים צורך חקלאי בעיבוד החלקה, מאחר שמדובר בחלקה הכוללת מספר קטן של עצי זית וכי העותר לא "הוכיח צורך בהגעה יום-יומית למשך שנתיים בכדי לעבדם". כן צוין כי מבירור שנערך במת"ק עולה שבני משפחה אחרים של העותרת מעבדים את החלקה.

23. ביום 20.1.2019 הגישו העותרים הודעת עדכון שבה צוין כי הערר שהגישו נדחה. כן נטען כי מסקנתם של המשיבים לפיה בני משפחה אחרים מעבדים את החלקה

של העותרת היא שגויה. בהקשר זה הסבירו העותרים כי מנקודת מבטם טעותם של המשיבים נובעת מכך שהם "ממשיכים להתכחש לכך שהחלקות בבעלות משותפת אינן מחולקות בעין, ובני המשפחה מעבדים יחד את כל שטחן".

24. ביום 1.5.2019 הגישו המשיבים את תגובתם המקדמית לעתירה ובה נטען כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבות בהחלטה שלא להעניק לעותר היתר כניסה למרחב התפר לצרכים חקלאיים. המשיבים טענו כי ככלל קביעת סוג ההיתר שבו יחזיק אדם מסורה לשיקול דעתו של המפקד הצבאי בהתאם לאיזון שנערך בין ההיבט הביטחוני לבין צרכי האוכלוסייה, זאת בשים לב לכך שאין כל מכשול פיזי המונע כניסה לישראל משטחי מרחב התפר. באשר לעניינינו הפרטני של העותר צוין כי "על פי צו הירושה וחשוב חלקה היחסי של העותרת בהתאם להוראות הקפ"ק המגדירות כיצד תחושב גודל החלקה, העותרת ירשה 288 מ"ר מתוך חלקה של 17.5 דונם שחולקה בירושה בין העותרת לאחיה", וכי הוא אף לא הצליח להצביע על המיקום המדויק של חלקה של אמו בקרקע. בהמשך לכך צוין כי העותר לא הצליח לסתור את החזקה לפיה לא מתקיים צורך חקלאי "בר-קיימא" בעיבוד החלקה. עוד נטען כי לעותר אין צורך בקבלת היתר שמטרתו עיבוד חקלאי, מאחר שהוא קיבל היתר לצרכים אישיים לתקופה בת שלושה חודשים, דבר המאפשר לו, כך נטען, לשמור על זיקתו לקרקע של אמו.

25. באשר לטענה הכללית בנוגע לתיקון הקפ"ק בעניין החלקה המזערית נטען כי מדובר בתיקון סביר שהתבסס על חוות דעת מקצועית של קמ"ט חקלאות משנת 2016 (להלן: חוות הדעת החקלאית) הקובעת כי על מנת לקיים חקלאות "בת-קיימא" נדרש שטח העולה על 330 מ"ר. לגישתם של המשיבים אין בתיקון לקפ"ק משום פגיעה בזכות הקניין, שכן מדובר במי שאין להם צורך בעיבוד החלקה בפועל בשל גודלה הקטן. מנגד, בתגובתם מיום 12.5.2021 חלקו העותרים על האופן שבו מוגדר המונח "חקלאות בת-קיימא" בחוות הדעת החקלאית. העותרים הדגישו כי עבודה חקלאית היא בעלת ערך תרבותי, משפחתי וחברתי רב עבור בעלי קרקעות במרחב התפר, וכי לא ניתן לקבוע האם מתקיים צורך בעיבוד חקלאי רק על-פי קביעת היקף תפוקה מינימלי המהווה לגישתם של המשיבים צורך חקלאי "בר-קיימא".

26. ביום 15.5.2019 התקיים דיון ראשון בעתירה (בהרכב בראשותי שכלל גם את השופטים ג' קרא ו-אלרון), ובסופו ניתנה החלטה לפיה תוגש הודעת עדכון מטעם המשיבים. כן צוין בהחלטה כי יינתן לעותר היתר לצרכים אישיים עד למועד הגשת הודעת העדכון כאמור.

27. בהמשך לכך הוגשה ביום 16.8.2019 הודעת עדכון לפיה מתוכנן פרסומו של נוסח מעודכן לקפ"ק שיכלול מספר שינויים העשויים, לגישתם של המשיבים, לייתר את הדיון בעתירה. ביום 18.9.2019 הגישו המשיבים הודעת עדכון נוספת במסגרתה נמסר כי פורסם קובץ "נהלים והנחיות לכניסה למרחב התפר לשנת 2019" (להלן: קפ"ק 2019) הכולל מספר שינויים רלוונטיים. ראשית, קפ"ק 2019 האריך את תוקפם של היתרי כניסה למרחב התפר לצרכים חקלאיים מפרק זמן של שנתיים לתקופה של שלוש שנים (ראו: סעיף 4 לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2019). שנית, קפ"ק 2019 קבע כי היתרים לצרכים אישיים הניתנים בגין זיקה קניינית לחלקה הנמצאת במרחב התפר שלא ניתן לקבל בגינה היתר לצורך חקלאי, עשויים להינתן אף הם לתקופה של שלוש שנים, בכפוף לשיקול דעתו של המפקד הצבאי (ראו: סעיף 6(ג) לסימן ג' לפרק ג' בקפ"ק 2019). שלישית, הוספה בקפ"ק 2019 אפשרות לקבלת היתרי כניסה למרחב התפר מסוג של "היתרי כרטיסייה", הכוללים מספר כניסות מוגבל עבור כל שנה (בהתאם לצורך החקלאי בעיבוד האדמה). זאת על מנת לאפשר את הארכת תוקפם של ההיתרים השונים. יוער כבר עתה כי הארכת תוקפם של ההיתרים כאמור בקפ"ק 2019 בוטלה בהמשך במסגרת הנוסח העדכני של הקפ"ק משנת 2021. לבסוף, במסגרת קפ"ק 2019 שונתה ההגדרה של היתר חקלאי, כדלקמן:

"היתר חקלאי – מונפק לתושב איו"ש שיש לו זיקה קניינית לאדמות חקלאיות במרחב התפר, ותכליתו לאפשר עיבוד האדמה החקלאית, על פי הצורך החקלאי הנגזר מגודל הקרקע ומסוג הגידול, תוך שימור הזיקה לאדמות אלה. מספר ההיתר והיקף הכניסות ייקבע בהתאם לאמור בקפ"ק זה" (סעיף 2 לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2019).

28. יצוין כי קפ"ק 2019 עיגן אף הוא את ההוראה בדבר "חלקה מזערית", אך בשלב זה כבר הושמטה מהכתוב התייחסות לכך שניתן לחרוג ממנה בנסיבות חריגות ומנימוקים שיירשמו. בהקשר זה קבע סעיף 14(א)(7) כדלהלן:

"בדיקת חלקו של המבקש בחלקה – היתרי תעסוקה חקלאית יונפקו עבור חלקו היחסי של חקלאי בקרקע, בהתאם למסמכים. יודגש כי:

(א) טענות בדבר עיבוד של חלקים נוספים יש לתמוך במסמכים מתאימים.

(ב) ככלל, לא יתקיים צורך חקלאי בר-קיימא, כאשר גודל החלקה בעבורה מתבקש ההיתר הינו בגודל מזערי, שאינו עולה על 330 מ"ר..." (סעיף 14(א)(7) לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2019).

בהמשך לכך קבע קפ"ק 2019 כי תושב המבקש גישה לקרקע בגודל מזערי רשאי לפנות למסלול של קבלת היתר לצרכים אישיים. בהקשר זה נקבע כי:

"במקרה בו עולה צורך בכניסה לקרקע בגודל מזערי, יוכל התושב להגיש בקשה לקבלת היתר מסוג 'צרכים אישיים', אשר תיבחן בהתאם להוראות סימן ג' לפרק זה" (שם).

29. בהתחשב בכל האמור, ובשים לב להארכת תוקפם של ההיתרים לצרכים חקלאיים או אישיים לתקופה בת שלוש שנים, המשיבים טענו בהודעת העדכון האמורה כי העתירה אינה רלוונטית עוד. בעניינו של העותר נטען כי עליו להגיש בקשה חדשה לקבלת היתר כניסה למרחב התפר בהתאם להוראות המעודכנות שנקבעו בקפ"ק 2019. מנגד, חזרו העותרים על עמדתם וטענו כי המדיניות הנתקפת בעתירה בעניין חלקה מזערית לא בוטלה אף בקפ"ק 2019 ועל כן לגישתם העתירה עדיין רלוונטית.

30. ביום 23.10.2019 ניתנה החלטה (בהרכב המקורי שדן בעתירה) לפיה העתירה תיוותר תלויה ועומדת. כן נקבע כי העותרים יגישו בקשה לקבלת היתר כניסה למרחב התפר, בהתאם לצרכיהם ולהוראות קפ"ק 2019 והמשיבים יגישו הודעת עדכון באשר להחלטה שתתקבל בבקשה זו.

31. ביום 22.1.2020 הוגשה הודעת עדכון מטעם המשיבים ובה נמסר כי הוחלט לתת לעותר היתר מסוג "היתר כרטיסייה" לעיבוד חקלאי למשך שלוש שנים המוגבל ל-120 כניסות למרחב התפר לאורך כל תקופת ההיתר. כמו כן, חזרו המשיבים על טענותיהם לפיהן העתירה במתכונת שבה הוגשה התייתרה. מנגד, בתגובתם מיום 5.2.2020, העלו העותרים מכלול טענות כנגד ההוראה בדבר חלקה מזערית וכן ביחס להיתרים מסוג "היתרי כרטיסייה" המוגבלים למספר כניסות למרחב התפר. בהמשך לכך, בהחלטה מיום 9.2.2020 נקבע כי העותרים יגישו עתירה מתוקנת אשר תתבסס על התשתית המשפטית והעובדתית העדכנית.

העתירה המתוקנת והדיון בה

32. ביום 27.2.2020 הוגשה עתירה מתוקנת, על-ידי העותרים המקוריים, וכן עותר נוסף, הוא העותר 3 בעתירה המתוקנת (להלן: העותר הנוסף), שאף לו הונפק היתר כניסה למרחב התפר מסוג "היתר כרטיסייה" למספר מוגבל של 120 כניסות. במסגרת העתירה המתוקנת התבקשו שלושה סעדים מרכזיים. הראשון, הנפקת היתרי כניסה שאינם מוגבלים במספר כניסות לעותר ולעותר הנוסף. השני, ביטול הסעיף בקפ"ק 2019 המונע

מתן היתר חקלאי לחלקה מזערית שגודלה אינו עולה על 330 מ"ר. השלישי, ביטול ההוראות החדשות שעניינן מתן היתרי כניסה למרחב התפר מסוג "היתרי כרטיסייה" המוגבלים במספר כניסות. בעיקרו של דבר העותרים שבו על טענותיהם העקרוניות שהועלו בעתירה המקורית. כן הודגש כי אופן היישום של משטר ההיתרים השתנה מאז שאושר על-ידי בית משפט זה. בהקשר זה הפנו העותרים לנתונים שהציגו המשיבים לפיהם בין השנים 2014-2018 עלה אחוז הסירוב לבקשות למתן היתר כניסה לצרכים חקלאיים מ-24% ל-72%. לגישתם של העותרים, על אף שמספר החקלאים בעלי הזיקה לאדמות במרחב התפר גדל במרוצת השנים, מספר ההיתרים המאפשרים כניסה אליו הלך והצטמצם.

33. ביום 10.6.2020 הגישו המשיבים תגובה מקדמית לעתירה המתוקנת. בעיקרו של דבר חזרו המשיבים על טענותיהם כפי שאלה הוצגו במסגרת תגובתם המקדמית לעתירה המקורית. בין היתר נטען כי קביעת ההוראה בדבר חלקה מזערית נועדה לצמצם את התופעה של שימוש לרעה בהיתרי כניסה למרחב התפר לצורך כניסה לישראל שלא כדין. כמו כן הוסיפו המשיבים כי בעקבות תיקון הקפ"ק בשנת 2019 השלכותיה של ההוראה בדבר חלקה מזערית פחתו באופן משמעותי, בשים לב לכך שמי שמחזיק בחלקה מזערית רשאי להגיש בקשה לקבלת היתר לצרכים אישיים. כמו כן ציינו המשיבים כי אין מניעה שכלל היורשים של חלקה יבקשו שיורש אחד או מספר מועט של יורשים יעבדו את הקרקע בשלמותה עבור היורשים כולם. במצב זה אותם יורשים שנבחרו על-ידי בני משפחתם לעבד את החלקה בכללותה יקבלו היתר לצורך חקלאי ויתר היורשים יוכלו להגיש בקשה לקבלת היתר לצרכים אישיים. בעניינו הפרטני של העותר נטען כי ההחלטה להעניק לו היתר כניסה המאפשר 120 כניסות במשך שלוש שנים היא החלטה סבירה ולא קמה עילה להתערבות בה, בשים לב לכך שלא קיים צורך חקלאי בפועל לעבד את החלקה, אלא שהעותר אך מבקש לשמר את זיקתו לאדמה. בעניינו של העותר הנוסף נטען כי חלקתו איננה מצויה בשטחי מרחב התפר, אלא בשטחי האזור ועל כן הוא יכול לגשת אליה ללא הגבלה.

34. מנגד, טענו העותרים בתגובתם מיום 26.6.2020, בין היתר, כי האופן הראוי להתמודד עם מקרים של שימוש לרעה בהיתרים חקלאיים אינו צמצום נתינתם מלכתחילה, אלא שלילת היתרים ממבקשים שמפרים את תנאי השימוש בהיתר (בהתאם לפרק ה' בקפ"ק 2019 שעניינו "נוהל טיפול בשימוש ברעה בהיתר מרחב התפר"). במישור הפרטני, טענו העותרים כי חלקתו של העותר הנוסף אכן נמצאת במרחב התפר, בניגוד לטענותיהם של המשיבים בעניין זה, ואף הדגישו כי בעבר ניתנו לו היתרי כניסה חקלאיים למרחב התפר.

35. ביום 1.7.2020 התקיים דיון בעתירה המתוקנת (אף זאת בהרכב המקורי) ובסופו ניתנה החלטה לפיה תוגש הודעת עדכון נוספת מטעם המשיבים שבה יינתן מענה למספר שאלות ספציפיות שצוינו בהחלטה.

36. ביום 26.10.2020 הוגשה הודעת עדכון מטעם המשיבים. בפתח ההודעה נמסר כי בחלוף שנה מאז התקנתו של התיקון בעניין "היתר הכרטיסייה", הוחלט לבטל אותו, לאחר שנמצא כי הוא לא השיג את יעדו. בד בבד, יבוטל התיקון אשר האריך את תוקף ההיתרים למטרות חקלאיות לשלוש שנים, כך שהם ישובו להיות תקפים למשך שנתיים, ואילו היתרים לצרכים אישיים ישובו להיות תקפים לתקופה מרבית של שלושה חודשים.

37. עוד נמסר בהודעת העדכון, כי הוראות קפ"ק 2019 עודכנו בהתאם להצהרות שמסרה המדינה במסגרת הדיון שהתקיים ביום 1.7.2020, וכי התיקון יפורסם וייכנס לתוקף בשבועות הקרובים (להלן: קפ"ק 2019 המעודכן). יוער כבר עתה כי להודעת העדכון לא צורף עותק של קפ"ק 2019 המעודכן, וכי השינויים שפורטו בה עוגנו לבסוף בקובץ הנהלים וההנחיות לכניסה למרחב התפר 2021 (להלן: קפ"ק 2021), שהוא נוסח הקפ"ק התקף בעת הזו.

38. ראשית, תוקן סעיף 14(א)(7)(א) לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2019, כך שבקפ"ק 2019 המעודכן נקבע כדלהלן:

"היתר עיבוד לצרכים חקלאיים יינתן גם על בסיס 'סכימת' זכויות של מספר בעלי זכויות שחלקם המשותף בקרקע מגיע עד הרף של – 330 מ"ר – עבור אחד מהם לפי בחירתם. טענות בדבר עיבוד של חלקים נוספים יש לתמוך במסמכים מתאימים".

להשלמת התמונה יצוין כי כפי שיובהר בהמשך, בסופו של דבר תיקון זה עוגן בקפ"ק 2021.

39. שנית, על מנת להבהיר כי בעל היתר לצרכים אישיים שניתן לצורך שימור זיקה לקרקע רשאי להשתמש בהיתר זה לצורך עיבוד חקלאי, נוספה הבהרה לסעיף 1 בסימן ג' לפרק ג' בקפ"ק 2019. כך, בקפ"ק 2019 המעודכן נקבע כי:

“תושב המחזיק בהיתר כאמור יכול לעשות בו כל שימוש לגיטימי שאינו מנוגד לדין ולתחיקת הביטחון, לרבות שימוש למטרות חקלאיות”.

להשלמת התמונה יצוין כי אף תיקון זה עוגן בהמשך בהוראות קפ”ק 2021.

40. שלישית, על מנת להבהיר כי בעל היתר חקלאי יכול לקבל גם היתר לצרכים אישיים, כך שיחזיק בשני ההיתרים באותה עת, נוסף סעיף 6(ד) לסימן ג’ לפרק ג’ בקפ”ק 2019, לפיו:

“החזקת היתר לפי סימן א’ לפרק זה (היתר לצרכים חקלאיים) לא תהווה חסם לקבלת היתר לצרכים אישיים לפי סימן זה”.

כפי שיובהר בהמשך, אף תיקון זה עוגן בסיכומו של דבר בקפ”ק 2021.

41. בהמשך לכך הוצגו בהודעה המעדכנת נתונים מספריים אודות מספר ההיתרים לכניסה למרחב התפר שניתנו בין השנים 2007-2009 (נתונים אשר הוצגו במסגרת ההליך בעניין משטר ההיתרים) וכן בין השנים 2013-2020. בנתונים שהוצגו ניתן למצוא פנים לכאן ולכאן. העותרים הצביעו על כך שאחוז ההיענות לבקשות להיתרים חקלאיים נמצא במגמת ירידה. לעומת זאת, המשיבים סבורים כי יש לנתח נתון זה לצד העלייה בשיעור ההיענות להיתרים לצרכים אישיים. מכל מקום, לא יכולה להיות מחלוקת על כך שבעקבות ההוראה בדבר חלקה מזערית קיימים בעלי זכויות בחלקות מזעריות, או מחזיקים במשותף בחלקה שאינם מקבלים היתרים לצרכים חקלאיים, גם לאחר שהוכיחו זיקת בעלות לקרקע ובהיעדר מניעה ביטחונית.

42. בנוסף לכך מסרו המשיבים נתונים בנוגע לניצול לרעה של היתרי כניסה למרחב התפר לצורך כניסה לישראל שלא כדין. בהודעה נמסר כי על-פי ניסיונם של “גורמי השטח”, אף שבשעות הבוקר עוברים בשערי הכניסה למרחב התפר אלפי מחזיקי היתרים חקלאיים, סיור באזור זה לאחר מספר שעות מגלה כי רק בודדים נמצאים בו ומעבדים את אדמתם. כמו כן, המשיבים פירטו נתונים בדבר תעודות עובד ציבור שנמסרו על-ידם למשטרת ישראל ביחס לשוהים בלתי חוקיים שנתפסו בישראל תוך שהם מחזיקים בהיתר כניסה למרחב התפר בין השנים 2016-2020. תעודות עובד ציבור כאמור מונפקות לצורך העמדה לדין בגין עבירות לפי סעיפים 12 ו-12א לחוק הכניסה לישראל, התשי”ב-1952 (לצורך הוכחת קיומה של העבירה).

43. ביום 23.11.2020 הגישו העותרים תגובה להודעה המעדכנת מטעם המדינה ובה הם טוענים כי המשיבים לא הציגו חוות דעת ביטחונית להצדקת הכלל בדבר חלקה מזערית, אלא רק הערכות כלליות לגבי קיום תופעה של ניצול לרעה של היתרי כניסה למרחב התפר. בהקשר זה העותרים מדגישים כי הנתונים שהוצגו בדבר תעודות עובד ציבור שהוגשו בעניין ניצול לרעה של היתרי כניסה למרחב התפר מתייחסים להיתרי כניסה מכל הסוגים ולא של היתרים חקלאיים באופן ספציפי. העותרים מדגישים כי מנתוני המדינה עולה שהחל משנת 2017 חלה מגמת ירידה באחוז אישור הבקשות להיתרים חקלאיים. לטענתם מגמה זו היא תוצאה של התיקון בדבר חלקה מזערית והיא מוכיחה את בעייתיותו. העותרים מדגישים עוד כי בפועל היתרים לצרכים אישיים ניתנים לתקופה מקסימלית של שלושה חודשים, ובמקרים מסוימים לתקופות קצרות יותר – של חודש או חודשיים. מכל מקום, לטענת העותרים עלייה במספר ההיתרים לצרכים אישיים אינה יכולה לפצות על ירידה במספר ההיתרים לצרכים חקלאיים.

44. כמו כן העותרים טוענים שאף הנוסח המעודכן של סעיף 14(א)(7) לקפ"ק 2019 אינו מניח את הדעת. העותרים מתנגדים לכך שמספר בעלי חלקה יצטרכו להתאגד ולבחור מי מהם יעבד אותה בשמם. בהקשר זה נטען כי לכל אחד מהבעלים המשותפים בחלקת קרקע עומדת זכות קניין עצמאית העומדת בפני עצמה. לטענת העותרים הדרישה שבני משפחה יבחרו אדם אחד בלבד שיקבל היתר כניסה לאדמה בעוד שאר בני המשפחה ינותקו ממנה למעשה היא בעייתית בשני מישורים עיקריים. ראשית, כך נטען, היא פוגעת בזכותם לקניין של מי שנדרשים לוותר על זכותם לגשת לקרקע. שנית, היא פוגעת באורחות חיים של מסורת חקלאית לפיה בני המשפחה מעבדים את הקרקע במשותף.

45. ביום 10.12.2020 הוצא צו על-תנאי בעתירה (על-ידי ההרכב המקורי שדן בעתירה). זה הורה למשיבים ליתן טעם:

1. "מדוע לא יבוטל סעיף 14(א)(7) לקפ"ק מרחב התפר המעודכן לשנת 2019 שנסב על 'בדיקת חלקו של המבקש בחלקה' ו/או יוחלף בהסדר אחר הנותן מענה לבעלי זכויות משותפים בחלקות.

2. מדוע לא יינתן לעותר 2 היתר כניסה לצרכים חקלאיים למרחב התפר, על מנת שיוכל לעבד את חלקת האדמה שבבעלות אמו, העותרת 1."

46. ביום 25.3.2021 הגישו המשיבים תצהיר תשובה ובו צוין כי השינויים שפורטו בתגובת המדינה מיום 26.10.2020 (ראו לעיל בפסקאות 37-40) עוגנו בקפ"ק 2021 כך

שסעיף 12(א)(7) לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2021, שהוא כאמור נוסח הקפ"ק התקף בעת הזו, קובע כדלהלן:

"בדיקת חלקו של המבקש בחלקה – היתרי תעסוקה חקלאית יונפקו עבור חלקו היחסי של החקלאי בקרקע, בהתאם למסמכים. יודגש, כי:

(א) ככלל, לא יתקיים צורך חקלאי בר-קיימא, כאשר גודל החלקה בעבורה מתבקש ההיתר הינו בגודל מזערי, שאינו עולה על 330 מ"ר. במקרה בו עולה צורך בכניסה לקרקע בגודל מזערי, יוכל התושב להגיש בקשה לקבלת היתר מסוג "צרכים אישיים", אשר תבחן בהתאם להוראות סימן ג' לפרק זה.

(ב) היתר עיבוד לצרכים חקלאיים יינתן גם על בסיס "סכמת" זכויות של מספר בעלי זכויות שחלקם המשותף בקרקע מגיע עד הרף של – 330 מ"ר – עבור אחד מהם לפי בחירתם. טענות בדבר עיבוד של חלקים נוספים יש לתמוך במסמכים מתאימים".

משמעותו של שינוי זה היא שנוסח הקפ"ק העדכני כולל עדיין את התנאי המגביל בדבר "חלקה מזערית", אך זאת בכפוף לשינויים – האחד לקולא והשני לחומרא. התיקון מאפשר כעת למספר בעלי זכויות להגיע להסכמה לפיה רק אחד מהם יעבד את הקרקע ו"לצבור" כך זכויות בגין 330 מ"ר לפחות, תוך הגדרתו של אחד מהם כזכאי לקבל היתר חקלאי וויתור של יתר בעלי הזכויות על זכותם לקבל היתר חקלאי. מנגד, לאחר תיקון הסעיף הוא כבר אינו כולל התייחסות מפורשת לכך שהכלל בדבר חלקה מזערית מהווה חזקה הניתנת לסתירה.

47. במסגרת תצהיר התשובה טוענים המשיבים כי ההסדר המאפשר למספר בעלי זכויות לסכום את זכויותיהם נותן מענה לבעלי זכויות משותפות בחלקה מאחר שהוא מאפשר להם להתאגד לצורך קבלת היתר חקלאי. כן מדגישים המשיבים כי אין חובה לאגד את כל בעלי החלקה, אלא רק לסכום זכויות באופן ש"מגיע" לשטח מינימלי כולל של 330 מ"ר. עוד מבהירים המשיבים כי על מנת לסכום את זכויותיהם של מספר בעלי זכויות בקרקע נדרש המבקש להמציא (מעבר למסמכים הנדרשים להוכחת הזיקה הקניינית של כל אחד מהם בקרקע): תצהיר או ייפוי כוח חתומים על-ידי בעלי הקרקע שאינם מבקשים לקבל היתרים לכניסה למרחב התפר; תצהיר של בעלי זיקה לחלקה, לפיו הם מוותרים על זכותם לקבל היתר כניסה לקרקע על בסיס זיקתם לחלקה; בקשה לעבד את הקרקע באמצעות המבקש. כן הובהר כי אם המבקש מעוניין לקבל גישה לחלקים שביחס אליהם הוא לא הוכיח זיקה קניינית, הוא נדרש לצרף הצהרה של בעלי

חלקים נוספים בקרקע לפיה הם אינם מקבלים היתרי כניסה למרחב התפר על בסיס הזיקה לחלקה. לגישתם של המשיבים מדובר בהסדר מידתי בהתחשב בכך שממילא "בפועל רק אחד מבני המשפחה מעבד את החלקה וליתר בעלי הזיקה אין צורך בהיתר לעיבוד חקלאי". המשיבים הדגישו כי בתקופות הרלוונטיות של השנה, למשל בעונת המסיק, מעניק המפקד הצבאי היתרים "ביד רחבה" גם לבני משפחתו של בעל הקרקע. כמו כן המשיבים שבים על טענותיהם לפיהן השינוי שהוסף לקפ"ק בדבר "חלקה מזערית" הוא נחוץ מבחינה ביטחונית וכי התיקון הוא סביר, מידתי ועולה בקנה אחד עם המבחינים שהתווה בית משפט זה בעניין משטר ההיתרים.

48. בעניינו של העותר נטען כי הוא מחזיק בהיתר כניסה למרחב התפר מסוג "תעסוקה חקלאית במרחב התפר" שתוקפו מיום 19.1.2020 ועד ליום 17.1.2023 ובו 120 כניסות (כפי שצוין בהסדר בעניין היתרי כרטיסייה בוטל, אך ההיתרים שניתנו מכוחו נותרו בתוקף). כמו כן הונפק לו ביום 16.6.2020 היתר ל"צרכים אישיים" למשך שנה אחת (יוער כי אף ההסדר המאפשר מתן היתר לצרכים אישיים לתקופה העולה על שלושה חודשים בוטל מאז ניתן ההיתר). ביום 5.7.2021 וביום 6.7.2021 הוגשו עיקרי טיעון מטעם המשיבים ומטעם העותרים, בהתאמה, במסגרתם שבו הצדדים על טענותיהם העיקריות.

49. לבסוף, ביום 28.10.2021 התקיים דיון נוסף במעמד הצדדים בפני ההרכב הנוכחי, הגיעה עת הכרעה.

דיון והכרעה

50. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, ואף לאחר שנדרשתי לכברת הדרך שנעשתה, מסקנתי היא שדין העתירה להתקבל.

51. כידוע, אזור יהודה ושומרון נתון במצב של תפיסה לוחמתית של מדינת ישראל. בהתאם לכך, סמכויות הממשל והמינהל באזור נתונות למפקד הצבאי שחייב להפעילן הן בהתאם לכללי המשפט המינהלי הישראלי, ובהם עקרונות יסוד כגון הגינות, אי-שרירות, סבירות ומידתיות והן בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי שעניינם בתפיסה לוחמתית (ראו: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאווניה אלמחדודה אלמסואליה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 793-794 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 514-516 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)). על-פי כללי המשפט

הבינלאומי, התושבים המקומיים של האזור הם "אוכלוסייה מוגנת". פסיקתו של בית משפט זה החילה בהקשר זה שני מקורות נורמטיביים מרכזיים מן המשפט הבינלאומי: התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן: תקנות האג) ואמנת ג'נבה בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1 559 (ראו: עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 793; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 827, 807 (2004) (להלן: עניין בית סוריק); עניין חוף עזה, בעמ' 517, 584; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 492, 477 (15.9.2005) (להלן: עניין מראעבה)). זוהי נקודת המוצא להמשך הדיון.

מישור ראשון: הזכות לקניין והפגיעה בה

52. באופן יותר ספציפי, הזכות העומדת במרכזו של הדיון הנוכחי היא הזכות לקניין. העותרים, ובעלי אדמות אחרים כדוגמתם, באים בפנינו בשם זכותם ליהנות מקניינם, כך שיוכלו לעבד את אדמותיהם על-פי בחירתם. ככל שמדובר בתושבים של אזור יהודה ושומרון, שהם תושבים מוגנים, ההגנה על זכותם לקניין מבוססת קודם כול, כאמור לעיל, על דיני התפיסה הלוחמתית (ראו: בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 8 (16.2.2005) (להלן: עניין אבו דאהר); בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון, פסקה 26 (6.9.2011)). הוראה מרכזית בהקשר זה כלולה בתקנה 46 לתקנות האג והיא מחייבת את הכוח הצבאי השולט לכבד, בין השאר, את הקניין הפרטי של האוכלוסייה המוגנת ואוסרת על החרמתו (ראו: עניין מראעבה, בעמ' 494; בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 40 (9.6.2020) (להלן: עניין חוק ההסדרה)). בהקשר זה הובהר כי "הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה בזכויות מקרקעין של הפרט, אסורה על-פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי, אלא מקום שהדבר הכרחי לצרכי לחימה" (ראו: עניין אבו דאהר, בעמ' 377), וכי על המפקד הצבאי להפעיל שיקול דעת זהיר וקפדני בטרם יוציא צו הפוגע בזכות לקניין של תושבים מוגנים (ראו: שם, בעמ' 376-378). הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח ההכרה במעמד החוקתי של הזכות לקניין לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 14 (26.6.2006) (להלן: עניין מוראר); עניין חוק ההסדרה, בפסקה 38).

53. ההגנה על הזכות לקניין במקרה שבפנינו היא חשובה במיוחד, וזאת ממספר טעמים.

54. ראשית, הקמתה של גדר ההפרדה, לתכלית ראויה וחשובה כשלעצמה, הלכה יד ביד עם מחויבות ברורה של מדינת ישראל לשמירה על מרקם החיים של התושבים שמיקומה של הגדר איים לשבש את שגרת חייהם. כאמור בפתח הדברים, תושבי האזור שלהם אדמות משטחי האזור המצויות בצד הישראלי של גדר ההפרדה הוכפפו למשטר היתרים, וההכרח לא יגונה. אולם, לכך נוספה התחייבות, שעוגנה בפסיקתו של בית משפט זה, לשמירה מרבית על זכויותיהם ומרקם חייהם. בית משפט זה הכיר בכך שהקמת גדר ההפרדה, סגירת שטחי מרחב התפר, והחלת משטר ההיתרים על מרחב התפר הן פעולות שיפגעו הן בזכויותיהם של תושבים פלסטינים המתגוררים בשטחי מרחב התפר והן בבעלי אדמות או עסקים שנמצאים בשטח זה. בהקשר זה צוין בעניין משטר ההיתרים כ"י:

"סגירת שטחי מרחב התפר, כמו גם עצם הקמת גדר הביטחון, מהווים הכבדה קשה על התושבים הפלסטינים, ובודאי שפגיעתה קשה במיוחד בתושבים חפים מפשע שנקלעו למרחב התפר בעל כורחם עקב מגוריהם במקום או עקב עבודתם, כאשר עסקיהם או שדותיהם ונחלותיהם החקלאיות נותרו כלואים בתוך המרחב. החלת משטר ההיתרים, תוך חיוב בקבלת היתר לצורך כניסה ויציאה למרחב, מהווה מגבלה ברורה על חופש התנועה של תושבי האזור במרחב זה, ומגבילה את נגישותם של התושבים - לבתייהם, לאדמותיהם ועסקיהם המצויים במרחב התפר... פרטים שעיבדו את אדמתם במרחב התפר, ניהלו את עסקיהם שם ויצרו קשרי חברות ומשפחה, נאלצים עתה, ועל מנת לשמר את אורחות חייהם, לבקש היתר כניסה על בסיס עילות מצומצמות שונות... פגיעות אלו מחייבות קביעתם של הסדרים המשמרים ככל הניתן את מרקם החיים שקדם להכרזה, בכפוף לצרכים הביטחוניים המחייבים זאת" (שם, בפסקאות 22 ו-33).

55. שנית, הקניין שנדון במקרה זה הוא קניין אישי-משפחתי. במקרים מסוימים הזכות לקניין כרוכה באישיותו של בעל הקניין (ראו: MARGARET JANE RADIN, REINTERPRETING PROPERTY 35-71 (1993)). בנסיבות אלה, ערכו של הקניין אינו רק כלכלי, אלא נושא משמעות נוספות עבור בעליו. לקניינו של אדם עשויה להיות משמעות רגשית מיוחדת, משמעות תרבותית, וכן משמעות היסטורית (ראו: עניין חוף עזה, בעמ' 798-799). כך למשל, בעניינו, לגישה ולעיבוד של אדמה חקלאית שעברה מדור לדור עשויה להיות לא רק משמעות כלכלית, אלא גם משמעות סמלית, משפחתית ומסורתית, בעלת קשר הדוק לאישיותו של המחזיק בו. בהקשר זה, צודקים העותרים בטענתם כי ההסדר בדבר חלקה מזערית קוטע את המורשת התרבותית של עיבוד משותף

של הקרקע על-ידי בני המשפחה ועשוי במקרים רבים לפגום במרקם החיים ובמנהגים של בעלי הקרקעות במרחב התפר.

56. שלישית, ובאופן כללי יותר, ההסדר שבקפ"ק חורג מדיני הבעלות המשותפת במקרקעין. כידוע, בהתאם לדיני הבעלות המשותפת, כל אחד מן הבעלים הוא בעל זכויות בחלק יחסי בלתי נפרד של המקרקעין. במובן זה, מודל המייחס לכל אחד מהמחזיקים בקרקע במשותף שטח פיזי בגודל מסוים אינו תואם את המסגרת המשפטית של בעלות משותפת במקרקעין. כפי שהוסבר בספר היסוד של משה דוכן, חלקו של כל אחד מן הבעלים במשותף הוא חלק "לא נפרד בנכס כולו ובכל חלק של הנכס" (משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 98 (1952) (להלן: דוכן)). במלים אחרות, לכל אחד מהבעלים במשותף יש "זכות קנין-הבעלות וזכות השימוש ואכילת פירות בחלקו המסויים הבלתי נפרד" (שם). עוד מוסבר בספרו של דוכן, כי המושג "בעלים שותפים" במשפט העותומני דומה למושג "Tenancy in Common" בדין האנגלי ומשמעותו היא שכל אחד מהבעלים השותפים מחזיק בחלק מסוים לא נפרד של הנכס וזכאי להוריש או למכור אותו כמו שהוא (שם). כך או כך, כל עוד הקרקע לא חולקה בין הבעלים השותפים היא נמצאת בבעלות משותפת של כולם כך שכל אחד מהיורשים מחזיק בחלק בלתי נפרד שלה.

57. להרחבת היריעה ניתן להוסיף כי זוהי אף, בשינויים המחויבים, תפיסתו של המשפט הישראלי ביחס לבעלות משותפת, כפי שהיא מעוגנת בסעיף 27 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), לפיו "מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם" (ההדגשה הוספה – ד' ב' א'). כפי שהדגיש גם המלומד יהושע ויסמן בעניין זה: "אין לפנינו שיתוף כאשר חלק מהנכס הוא בבעלותו של אחד וחלק מהנכס הוא בבעלותו של אחר... כאשר ביכולתו של אדם להצביע על חלק פיסה מוגדר ממקרקעין כנתונים בבעלותו בלבד אין בפנינו מצב של שיתוף" (יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 126 (1997)). סעיף 31 לחוק המקרקעין מוסיף ומבהיר כי אם לא נקבע אחרת על-ידי בעלי רוב החלקים במקרקעין, כל שותף במקרקעין רשאי "בלי הסכמת יתר השותפים... להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר".

58. יצירתה של בעלות משותפת במתכונת זו מתיישבת אף עם הסדרי הירושה שנגעו לקרקעות במשפט העותומני. כך, סעיף 54 לחוק הקרקעות העותומני קבע בעניין זה כך:

”מת המחזיק, או המחזיקה, בקרקעות מירי או מווקפה – מנחילים את הקרקע לילדים... בחלוקה שווה, בחינם ללא תמורה” (בתרגומו של א’ בן שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל 114 (1955)).

מכאן עולה שהקרקע עוברת לרשות כל היורשים בחלקים שווים מבלי שהם צריכים לשלם לאוצר המדינה ומבלי שנדרש רישום במרשם המקרקעין (דוכן, בעמ’ 98. כן ראו: פליאה אלבק ורן פליישר דיני מקרקעין בישראל 173-174 (2005)). העברת הקרקע נעשית כך שבעלותו של כל אחד מהיורשים היא במשותף עם יתר היורשים (להבדיל ממצב שבו לכל אחד יש חלק מסוים בקרקע). עצם הבעלות המשותפת בחלקה אינה גורעת מזכויותיו של כל אחד מהמחזיקים. במלים אחרות, זכותם לקניין של בעלים במשותף אינה חלשה יותר מהזכות לקניין של מי שהוא בעלים יחיד של נכס כלשהו. הסדר לפיו נדרש ויתור מלא של חלק מבעלי הקרקע לצורך מימוש זכותם לקניין חורג אפוא מתפיסתו של המשפט הישראלי ביחס לבעלות משותפת.

מישור שני: מידת הפגיעה בזכות והאיזונים הנדרשים

59. אין באמור עד כה כדי לשנות מהנחת יסוד נוספת, והיא שאף הזכות לקניין כפופה למגבלות ואיזונים וזאת לשם הגשמתם של אינטרסים וזכויות אחרים. משטר ההיתרים כולו מבטא תפיסה זו, בכך שהוא מגביל את הכניסה למרחב התפר בשל תכליות ביטחוניות ולמען ההגנה על הזכות לחיים ולביטחון של תושבי מדינת ישראל. בית משפט זה פסק זה מכבר כי התכלית שלשמה הוקמה גדר ההפרדה היא תכלית ביטחונית (ראו: עניין בית סוריק, בעמ’ 831; בג”ץ 10309/06 מועצה מקומית אלפי מנשה נ’ ממשלת ישראל, פסקה 9 (29.8.2007)). בפרט, בעניין בית סוריק נדחתה הטענה לפיה תכלית הקמת גדר ההפרדה היא מדינית ולא ביטחונית. אף בעניין משטר ההיתרים נקבע כי בבסיס מכלול ההסדרים המכונה ”משטר ההיתרים” מונחים שיקולים ביטחוניים והוטעם כי המשיבים מודעים ”לקשיים שיוצר משטר ההיתרים והם פועלים בדרכים שונות לצמצום הפגיעה הנגרמת מהחלתו, תוך שיפור מנגנוני הטיפול בבקשות השונות ובשמירה על אורח חיים שוטף בין שטחי האזור לשטח מרחב התפר” (עניין משטר ההיתרים, בפסקה 39).

60. בהתאם לכך, איננו עוסקים בשאלה הרחבה של הפגיעה בזכות הקניין הכרוכה במשטר ההיתרים בכללותו. ענייננו כעת בשאלה צרה הרבה יותר – האם בקביעת ההסדר שעניינו חלקה מזערית איזון המפקד הצבאי באופן ראוי בין הצורך ליתן מענה מספק לבעלי אדמות המבקשים להיכנס למרחב התפר על מנת לעבד את אדמותיהם לבין

התכליות הביטחוניות שאותן מבקש משטר ההיתרים להגשים (ראו והשוו: עניין מראעבה, בעמ' 507-509; עניין משטר ההיתרים, בפסקה 29). לפיכך, עלינו לבחון, בהתאם לנתונים עליהם עמדנו, האם ההסדר בדבר חלקה מזערית, כפי שהוא מעוגן כיום בקפ"ק 2021, עומד בדרישת המידתיות.

61. בחינת המידתיות מתבססת, כידוע, על שלושה מבחני משנה שהותוו בפסיקתו של בית משפט זה. על המפקד הצבאי מוטל הנטל להראות כי פעולותיו עומדות במבחנים אלה: ראשית, כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי שננקט לבין התכלית שאותה הוא מבקש להגשים. שנית, כי האמצעי שננקט הוא האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר מבין כלל האמצעים האפשריים להגשמת התכלית. שלישית, כי הנזק שיגרם לזכויות הפרט עומד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו ("מידתיות במובן הצר"). אפנה כעת לבחינתם של מבחני משנה אלה בנסיבות דנן.

62. מבחן הקשר הרציונלי – בין תכלית עיגונו של ההסדר בדבר חלקה מזערית לבין האמצעי שננקט לקידומה צריך להתקיים קשר רציונלי. המשיבים טענו, כזכור, כי התכלית העומדת בבסיס ההסדר בדבר חלקה מזערית היא תכלית ביטחונית. אולם, למעשה, בחינת הטיעונים בנושא מעלה כי היא אינה ביטחונית במישורין. בהקשר זה יש להבהיר כי מי שקיים בעניינו חשש ביטחוני – ממילא לא יקבל היתר. עם זאת, המשיבים הציגו בפנינו תכלית ביטחונית עקיפה. לגישתם של המשיבים, מתן היתרים לכניסה למרחב התפר, מבלי לבחון את נחיצות ההיתר, עלולה לגרום לשימוש לרעה בהיתרים שניתנים, ובהתאמה לאפשר כניסה לישראל של מי שלא הורשו לעשות כן.

63. אכן, הנתונים שהציגו המשיבים מניחים בסיס לקביעה שישנה תופעה של שימוש לרעה בהיתרי כניסה למרחב התפר לצורך כניסה שלא כדין לישראל. ניתן אף לומר שניסיון החיים תומך בכך שקביעת כללים ברורים לקבלת היתרי כניסה למרחב התפר, אשר יאפשרו כניסה אליו רק למי שבאמת מבקשים לעבד את אדמותיהם, צפויה להפחית את היקף השימוש לרעה בהיתרים. עם זאת, הנתונים שהובאו לא לימדו על הפרות מצד רובם המכריע של מקבלי ההיתרים. כמו כן, נתונים אלה לא הבחינו בין הפרות מצד מקבלי היתרים לצרכים אישיים לבין מקבלי היתרים לצרכים חקלאיים, כך שממילא לא היה בהם כדי להשליך על ליבת המחלוקת בפנינו. המשיבים אף לא הצביעו על מספר המקרים שבהם הוחרמו או בוטלו היתרים חקלאיים מחמת הפרתם (ולא כל שכן על מספר המקרים שבהם נמצא כי השימוש לרעה נעשה על-ידי מי שקיבל היתר חקלאי מכוח בעלותו בחלקה משותפת). הנתונים שהובאו הם נתונים כלליים, המצביעים על קיומה של תופעה כללית של שימוש לרעה בהיתרים – להבדיל מתופעה ייחודית של שימוש

לרעה דווקא בהיתרים חקלאיים, ולא כל שכן שימוש לרעה בהיתרים שניתנו לעיבוד חלקות שגודלן קטן.

64. יתר על כן, במישור המעשי, במקרים רבים, טענת המשיבים לפיה מי שהוא בעל חלקה מזערית אינו זקוק להיתר בפועל, ועל כן מתחזק החשש שהוא יעשה שימוש לרעה בהיתר – אינה משקפת מציאות פיזית אלא מציאות "חישובית" בלבד. לאמיתו של דבר, מרבית החלקות המזעריות הן מזעריות באופן מלאכותי בלבד. במקרה הטיפוסי מדובר ביחידת קרקע גדולה שקיימת היתכנות לעיבוד חקלאי שלה, והיא נחשבת למזערית רק כאשר נבחן חלקו היחסי של כל אחד מהבעלים בה. במלים אחרות, הוראות הקפ"ק מונעות גישה לאדמות חקלאיות במרחב התפר לא רק ממי שהוא בעל חלקה מזערית למעשה, אלא אף ממי שהוא בעלים במשותף של חלקה גדולה יותר שמתקיים צורך אמיתי בעיבוד חקלאי שלה (אם לא הושג ויתור של חלק מהבעלים האחרים בחלקה על זכותם לגשת אליה).

65. העולה מן המתואר הוא שכלל לא ברור מהי התשתית העובדתית לקביעתם של המשיבים לפיה נדרש כלל "מצמצם" דווקא בעניינם של היתרים לצורך עיבוד חקלאי, להבדיל מהיתרים לצרכים אישיים, מסחריים וכדומה. המשיבים אף הבהירו כי מי שיש לו חלקה מזערית יכול להיות זכאי לקבל היתר לצרכים אישיים לצורך שמירה על זיקתו לקרקע. לפיכך, החלת מבחן המידתיות הראשון מעלה כי גם אם קיים קשר רציונלי בין התכליות הביטחוניות שעל-פי הנטען עמדו בבסיס התיקון בדבר חלקה מזערית, הרי שמדובר בקשר עקיף בלבד.

66. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – במסגרתו של מבחן המשנה השני, עלינו לבחון האם ניתן היה לנקוט באמצעי אחר שפגיעתו פחותה על מנת להשיג את תכלית התיקון.

67. כפי שטענו העותרים, ניתן להעלות על הדעת אמצעים נוספים להשגת התכלית של מניעת שימוש לרעה בהיתרי כניסה למרחב התפר. פרק ה' לקפ"ק 2021, שהופיע גם בנוסחיו הקודמים של הקפ"ק ונושא את הכותרת "נוהל טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר", קובע כללים המאפשרים התמודדות עם התופעה של שימוש לרעה בהיתרים ככלל, והיתרים חקלאיים בפרט. פרק זה מאפשר להחרים היתרי כניסה ושהייה במרחב התפר הן בשל שימוש לרעה בהיתר (שימוש בהיתר שלא לצרכים שבגינם הוא ניתן), הן בשל סיבות ביטחוניות והן בשל ביצוע עבירה פלילית או ביטחוניית במרחב התפר או בישראל תוך הסתייעות בהיתר. כמו כן, סעיף 12(א) (2) לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2021 קובע כי לצורך החלטה בבקשה למתן היתר כניסה חקלאי למרחב התפר

תיבחן, בין היתר, השאלה האם בעל ההיתר השתמש בהיתרים הקודמים שניתנו שלא לצרכים שעבורם הם ניתנו לו. מכאן ניתן ללמוד כי שימוש לרעה בהיתר קודם ישמש שיקול לקבלת היתר. בנוסף, אף בכל אחד מן הפרקים הפרטניים הנוגעים לקבלת היתר כניסה מצוין כי חשד לשימוש לרעה בהיתר – מהווה עילה להחרמתו או לאי-הנפקתו (ראו: סעיף 8 לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2021; סעיף 6 לסימן ב' לפרק ג' בקפ"ק 2021; סעיף 3 לסימן ג' לפרק ג' בקפ"ק 2021; סעיף 5 לסימן ד' לפרק ג' בקפ"ק 2021). עוד חשוב להבהיר כי כלל ההיתרים, הן היתרים חקלאיים והן היתרים לצרכים אישיים, ניתנים בכפוף לכך שלא נשקפת מניעה ביטחונית להענקתם. כאמור, המשיבים לא התייחסו למספר המקרים שבהם הוחרמו או בוטלו היתרים חקלאיים בשל שימוש לרעה בהם. אין אפוא הצדקה להשתמש בצמצום האפשרות לקבלת היתרים חקלאיים דווקא לצורך השגת התכלית של מניעת שימוש לרעה בהיתרים. זאת בשים לב לכך שישנן אפשרויות שפוטנציאל הפגיעה שלהן בזכות לקניין של מי שלא עשה שימוש לרעה בהיתר שניתן לו היא פחותה.

68. לא מיותר לציין בהקשר זה כי המשיבים עומדים על יישומו של הכלל בדבר חלקה מזערית גם כאשר רק אחד (או מספר מועט של בעלים) מתוך כלל הבעלים המשותפים של החלקה ביקשו היתר חקלאי לצורך כניסה אליה. כך למשל, במקרה שבו ישנו מספר גדול של בעלים משותפים בחלקה, אך רק אחד מהם, או חלקם הקטן ביקשו היתר כניסה למרחב התפר לצורך עיבוד חקלאי, הם לא יקבלו היתר כאמור, אלא שיהיה על כל אחד מהם "לסכום" את זכויותיו עם זכויותיהם של בעלים נוספים כדי להגיע לגודל של חלקה שעולה על 330 מ"ר. כאמור, לצורך כך יהיה עליו לצרף לבקשה – תצהיר או יפוי כוח חתום על-ידי הבעלים האחרים שהם מוותרים בתקופת תוקפו של ההיתר על זכותם לבקש להיכנס למרחב התפר על בסיס זיקתם הקניינית לחלקה, ואף תצהיר של בעלי זיקה לחלקה שגם הם מוותרים על זכותם לבקש היתר כניסה למרחב התפר לצורך עיבוד שלה בתקופה זו. מנקודת המבט של האמצעי שפגיעתו פחותה ניתן היה להעלות על הדעת חלופה של הצבת דרישה ל"סכימת זכויות" רק במצב שבו התבקשו ביחס לחלקה מספר גדול של היתרים חקלאיים, כך שבפועל יעבדו את החלקה אנשים רבים, ביחס של יותר מאדם אחד ל-330 מ"ר. ממילא, במקרים שבהם רק אחד או מעטים מבין בעלי החלקה במשותף ביקשו היתר חקלאי לצורך עיבודה, אין חשש ל"שימוש יתר" בכניסה למרחב התפר לצורך עיבוד של החלקה.

69. ומה באשר לטענת המשיבים כי הכללים החלים על חלקה מזערית אינם פוגעים בבעלי הזכויות משום שגם מי שאינו מחזיק בהיתר חקלאי יכול לבצע עיבוד של הקרקע בעת שהוא נכנס למרחב התפר באמצעות היתר לצרכים אישיים? טענה זו מתעלמת מכך

שהתיקון לקפ"ק שאפשר לקבל היתר לצרכים אישיים לתקופה של שלוש שנים (במסגרת היתר מסוג "כרטיסייה") בוטל במסגרת קפ"ק 2021 ואינו קיים עוד. לכן, בעל חלקה מזערית יצטרך לחדש את ההיתר לצרכים אישיים בכל שלושה חודשים, מה שנוטל במידה מסוימת את העוקץ מפתרון זה שהציעו המשיבים.

70. בסיכומו של דבר, ניתן להתרשם כי על מנת להתמודד עם התופעה של שימוש לרעה בהיתרי כניסה למרחב התפר על המשיבים לנקוט באמצעי האכיפה המתאימים (אי-מתן היתר למי שעשה בעבר שימוש לרעה בהיתר שניתן לו והחרמה של היתר ממי שנמצא עושה בו שימוש שאינו למטרת ההיתר). נקיטת אמצעי האכיפה האמורים תפגע אך במי שעשו שימוש לרעה בהיתר, ולא תמנע מראש קבלת היתר ממי שחולק בעלות בחלקה עם יורשים נוספים או במי שהוא בעל חלקה קטנה. מדובר אפוא באמצעי להשגת המטרה שפגיעתו בזכויות הפרט היא פחותה.

71. מבחן המידתיות במובן הצר – מבחן המשנה השלישי בוחן את היחס הראוי בין האמצעי שנבחר לבין התכלית, ובמסגרתו נבחנת מידת הפגיעה בזכות שלא בהשוואה לחלופה אחרת. נקודת המוצא לדיון בכל הנוגע למימוש של הזכות לקניין היא כי "כאשר בזכויות קניין של הפרט מדובר, אין לפטור את העניין בטענה של 'חסיונות' הזכות. לפי שיטת המשפט שלנו זכות הקניין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי כאחד" (ראו: בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 13-14 (1979)). המשיבים טענו כי ההסדר בדבר חלקה מזערית הוא מידתי, זאת, בין היתר משום שלגישתם מדובר בהסדר הפוגע במי שאין לו צורך חקלאי ממשי בעיבוד אדמותיו ממילא, וכן מאחר שקיימים סוגים שונים של היתרים שנועדו לתת מענה לפגיעה במקרים המתאימים.

72. כאמור, עמדתם של המשיבים בדבר היעדר צורך חקלאי ממשי לעיבוד של חלקה מזערית נסמכת על חוות הדעת החקלאית שבה נקבע כי "לא עולה צורך חקלאי ממשי בעיבוד חלקה 'מזערית' ששטחה אינו עולה על 330 מ"ר". חוות הדעת החקלאית התבססה על חישוב לפיו כדי לייצר פח שמן זית שמשקלו 16 ק"ג נדרשים כ-64 ק"ג זיתים. על-פי חוות הדעת החקלאית עץ בית ממוצע במרחב התפר מניב כ-16 ק"ג זיתים בשנה, ועל כן לצורך הפקת פח שמן זית דרושים ארבעה עצי זית, אשר באופן ממוצע יתפרשו על שטח של כ-400 מ"ר. על כן נקבע כי בשטח הקטן מ-330 מ"ר "לא ניתן לקיים חקלאות בת-קיימא".

73. ואולם, הקביעה לפיה חקלאות בת-קיימא נמדדת לפי התפוקה החקלאית של הקרקע היא קביעה שמעוררת קושי מהיבטה של הזכות לקניין. היא אינה מביאה בחשבון את העובדה שמדובר באדמות חקלאיות שדפוסי החקלאות בהן נחשבים למסורתיים ומשפחתיים ומבטאים תפיסות תרבותיות ודפוסי חיים ייחודיים אשר באים לידי ביטוי בעיבוד האדמה. את ערכה של החקלאות עבור משפחות וקהילות לא ניתן למדוד אך על-פי כמות התוצרת או שווייה. מדד עסקי-כלכלי זה אינו תואם בהכרח את הערך שעבוד האדמות מעניק לבעלי הקרקע, ובכלל זה ערך משפחתי, מסורתי ותרבותי. בפסיקות קודמות של בית משפט זה הודגש כי מידתיות הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבי האזור תלויה בכך שיתאפשר לבעלי אדמות חקלאיות לשמר את זיקתם לאדמות אלה, בין היתר על דרך של עיבוד אדמותיהם החקלאיות, וכי מניעת גישתם של בעלי אדמות חקלאיות לאדמותיהם מונעת מהם לטפל בגידוליהם החקלאיים, ופוגעת בכך בזכותם לקניין (ראו והשוו: עניין מוראר, בעמ' 861). זאת אף אם אלה אינם עולים כדי מכסה מסוימת. למעשה, אף בחוות הדעת החקלאית שעליה נסמכים המשיבים צוין באופן מפורש כי "החקלאות במרחב התפר נחשבת לחקלאות מסורתית ומשפחתית ורוב התפוקות החקלאיות הן לצריכה עצמית".

74. לא למותר לציין כי במרחב התפר ישנן אדמות חקלאיות שבהן גידולים שונים שאינם בהכרח עצי זית ולא ברור כיצד שיטת החישוב שקבעו המשיבים לחקלאות "בר-קיימא" מתקיימת בעניינן (וזאת אף בהתחשב בביטולו של ההיתר מסוג כרטיסייה שאפשר לקבל היתר חקלאי מוגבל במספר כניסות בהתאם לסוג הגידול בחלקה).

75. המשיבים טוענים כי אף-על-פי שהנתונים שהובאו בהודעתם המעדכנת מיום 26.10.2020 מלמדים על ירידה במספר ההיתרים החקלאיים שניתנו מאז שנוסף לקפ"ק התיקון בדבר חלקה מזערית בשנת 2017, מידת הפגיעה בזכות לקניין היא פחותה, בשים לב לכך שבמקביל לירידה במתן היתרים חקלאיים חלה עלייה בכמות ההיתרים לצרכים אישיים שניתנו על-ידם. טענה זו אין בידי לקבל. אינני סבורה כי יש במתן היתר לצרכים אישיים כדי לפצות על שלילת זכאות להיתר חקלאי. זאת בייחוד בשים לב לכך שעל-פי הוראות הקפ"ק העדכניות, בעוד שהיתר חקלאי ניתן לתקופה של שנתיים, היתר לצרכים אישיים ניתן אך לתקופה של שלושה חודשים. כמו כן, לא למותר לציין כי המשיבים לא הציגו נתונים המלמדים על כך שהגידול בכמות ההיתרים לצרכים אישיים נובע דווקא ממתן של היתרים רבים יותר לצורך שימור של זיקה קניינית לקרקע, להבדיל מהיתרים אחרים לצרכים אישיים אשר עשויים להינתן ממגוון רחב של סיבות אחרות. בכל אופן, אף אם היה גידול כאמור, אין בכך כדי להניח את הדעת משלילת זכאותם של בעלי חלקה מזערית, או מחזיקים במשותף בקרקע לקבלת היתר חקלאי לתקופה של שנתיים.

נסיבותיו הפרטניות של העותר אף מדגישות את הקושי הנובע ממתן היתר לצרכים אישיים חלף היתר תעסוקה חקלאית. בהקשר זה ציין העותר בדיון בפני ועדת הערר ביום 21.11.2018 כי ניתן לו בעבר היתר לצרכים אישיים לתקופה בת שלושה חודשים, אך משום שקיבל את ההיתר באיחור הוא הספיק לעשות בו שימוש רק פעם אחת. מתן היתר לצרכים אישיים לצורך שימור זיקה קניינית לקרקע חקלאית משמעותו שמקבל ההיתר יידרש לחדשו בכל שלושה חודשים, במתכונת חזרתית ושוחקת.

76. עוד טוענים המשיבים כי ההסדר בדבר חלקה מזערית כולל חזקה שניתנת לסתירה, כך שמי שהוא בעל חלקה מזערית רשאי לסתור אותה ולהראות שאף-על-פי שהוא בעל חלקה מזערית, שבאופן ראשוני אינה מקימה צורך חקלאי "בר-קיימא", יש לו צורך לעבד את החלקה. דא עקא, לא מצאתי כי יש בטענה זו של המשיבים כדי להתגבר על הקושי. למעשה, האפשרות לסתור את החזקה אמנם נזכרה בתצהיר התשובה, אך היא אינה נכללת בנוסחו העדכני של קפ"ק 2021 (בשונה מאשר בעבר). בעיקרי הטעון ציינו המשיבים כי יש בכוונתם להשיב לקפ"ק 2021 את העיגון המתייחס לכך שהחזקה ניתנת לסתירה, אך דומה שזה בבחינת "מעט מדי, מאוחר מדי". זאת ועוד: כלל לא הובהר מהם התנאים שבהם תיסתר החזקה. כמו כן המשיבים לא הצביעו ולו על מקרה אחד שבו החזקה נסתרה. לא למותר להעיר כי אף בענייננו העותר לא הצליח לסתור את החזקה. זאת, הגם שעל-פי הערכותיהם של המשיבים בחלקה של העותרת ישנם כ-10 עצי זית בוגרים, שהם יותר מפי שניים ממספר העצים הנדרשים לקיומה של חקלאות בת-קיימא, כהגדרתה בחוות הדעת החקלאית עליה סומכים המשיבים את ידיהם. בעיקרון, הקושי שבו נתקלו העותרים נוגע לקרקע שהיקפה הכולל הוא 17.5 דונם, והיא לכלל הדעות שטח המאפשר עיבוד חקלאי בר-קיימא. הדברים מדברים בעד עצמם.

77. לחלופין טוענים המשיבים כי הוראת סעיף 12(א)(7)(א) שהוספה לקפ"ק 2021, אשר קובעת כי מספר בעלי זכויות רשאים "לסכום" את זכויותיהם ולקבוע, בכפוף לויתור על זכותם של האחרים, כך שאחד מהם יעבד את החלקה בעבור היתר, מצמצמת את מידת הפגיעה בזכות הקניין. אכן, אך לא באופן שעומד במבחן הדין. הגבלת הזכות לקניין באופן שמצריך "פעולה משותפת" לצורך מימושה היא בעייתית במספר מישורים. ראשית, לא ברור על-פי אילו אמות מידה צריכים בעלי הקרקע לקבוע מי מהם יהיה זה שיזכה לגישה אליה. שנית, הדרישה שעניינה בחירה של אדם אחד שיעבד חלקת קרקע עשויה לפגוע במרקם חייהם של התושבים המוגנים ובאפשרות של עבודה משפחתית משותפת לעיבוד החלקה. שלישית, המציאות מלמדת כי לא תמיד בעלי הזכויות המשותפות בחלקה יצליחו להגיע לכלל הסכמה לגבי מי מהם יעבד אותה. קושי זה מתחדד כאמור לנוכח החלת הכלל, ללא פניות, גם כאשר בפועל פונים רק בעלי זכויות

בודדים לקבל היתרים (אם כי ללא הסכמה מפורשת מסוג ויתור של אחרים עד להגעה לרף 330 מ"ר). לא למותר לציין כי הוראות קפ"ק 2021 אינן מתייחסות, וממילא אינן נותנות מענה, למצבים שבהם בעלי הזכויות המשותפים לא יצליחו להגיע להסכמה ביחס לשאלה מי מהם יוותר על זכויותיו לטובת האחר.

78. בסיכומו של דבר, המסקנה הנלמדת משלושת מבחני המשנה האמורים היא שמניעת גישתם של בעלי אדמות חקלאיות לאדמותיהם, אך בשל כך שהם מחזיקים באדמות במשותף עם יורשים נוספים, או בעלי חלקה קטנה שאינה מניבה תוצרת העולה כדי פח שמן זית אחד בשנה, גורמת לנזק שעולה על התועלת שלפי הנטען עומדת בבסיס הסדר החלקה המזערית. היא פוגעת בזכותם של בעלי הקרקעות במרחב התפר באופן בלתי מידתי ולכן אין להסכין עמה.

סוף דבר

79. כפי שהובהר, הזכות לקניין כוללת את זכותו של אדם לגשת לאדמותיו ולעבדן וזאת ללא תלות בכמות התפוקה או בכדאיות העיבוד. הפגיעה בקניין במקרה זה אף מתחזקת בהתחשב באופייה המשפחתי והמסורתי של החקלאות במרחב התפר. אכן, כפי שנקבע לא אחת בעבר, התכלית אשר לשמה הוקמה גדר ההפרדה והונהג בשטחי מרחב התפר משטר ההיתרים היא תכלית ראויה – שמירה על ביטחונם של אזרחים ותושבים ישראלים. אולם, המסקנה שאליה מכוון יישומם של שלושת מבחני המשנה של המידתיות, היא שהוראות הקפ"ק בדבר חלקה מזערית פוגעות בזכות לקניין של בעלי קרקעות חקלאיות במרחב התפר באופן שאינו עומד במבחן הדין.

80. אשר על כן אני סבורה כי דין העתירה להתקבל. בהתאם לכך, לו תישמע דעתי, אציע לחבריי כי הצו על-תנאי שניתן יהפוך למוחלט במובן זה שתבוטל ההוראה בדבר חלקה מזערית שנקבעה לראשונה בקפ"ק 2017 וקבועה כיום בסעיף 12(א)(7) לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2021. ממילא מתייתר סעיף 5 לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2021 אשר קובע את האופן שבו יחושב גודל החלקה.

בהתאם לכך, ובמישור הפרטני, יינתן לעותר 2 היתר כניסה לצרכים חקלאיים למרחב התפר (היתר מסוג "תעסוקה חקלאית"), על מנת שיוכל לעבד את חלקת האדמה שבבעלות אמו, העותרת 1. בשולי הדברים יצוין כי לא נטען בשום שלב שעילת הסירוב למתן היתר לעותר היא שימוש לרעה בהיתר שניתן לו בעבר. אין צריך לומר כי ככל

שיתברר שהעותר עושה בהיתר שניתן לו שימוש שלא למטרותיו, יהיה על המשיבים לפעול בהתאם להוראותיו של פרק ה' לקפ"ק 2021.

בכל הנוגע לעותר 3, על המשיבים לערוך בירור מחודש ביחס למיקום החלקה שאליה הוא מבקש להיכנס. ככל שיתברר כי היא נמצאת במרחב התפר והוא זקוק להיתר כניסה על מנת לגשת אליה, אציע שיינתן לו היתר כניסה לצרכים חקלאיים (מסוג "היתר חקלאי") לא יאוחר מתקופה של 30 יום לאחר מתן פסק דינו.

עוד אציע כי המשיבים יישאו בהוצאות העותרים בסך 25,000 שקלים.

ש ו פ ו ת

הנשיאה א' חיות:

1. אני מסכימה עם עמדתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז לפיה סעיף 12(א)(7) לסימן א' בפרק ג' בקפ"ק 2021 (להלן: סעיף בדיקת החלקה) מעורר קשיים בכל הנוגע לפגיעה בזכותם לקניין של בעלי קרקעות במרחב התפר, עקב הגבלת גישתם לאדמותיהם. עם זאת, בשונה מחברתי, אני סבורה כי לא הוכחה בענייננו עילה לביטול הגורף של סעיף בדיקת החלקה – ולעמדתי, על מנת להגיע להסדר שנותן מענה הולם לבעלי זכויות משותפים בחלקות, יש מקום להתערבות חלקית בלבד באופן יישומו של הסעיף האמור.

טעמי לכך יפורטו להלן.

2. נקודת המוצא לדיון בענייננו היא פסק הדין בבג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (5.4.2011) (להלן: עניין משטר ההיתרים), שבו נקבע כי אין עילה להתערבות במדיניות לפיה תושבי האזור נדרשים לקבל היתר פרטני לשם גישה למרחב התפר. על רקע זה נקבע בפסיקה "גם מי שלא נשקף ממנו סיכון ביטחוני קונקרטי נדרש לקבל היתר כניסה למרחב התפר [...] זאת, חרף הפגיעה בזכויותיהם של תושבי האזור המבקשים לעבד אדמות במרחב התפר, ותוך קביעה כי האכסניה הראויה להעלאת טענות לפגיעה ספציפית בזכויות היא במסגרת עתירה פרטנית" (בג"ץ 3066/20 זיד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 11 לפסק דיני (12.7.2021) (להלן: עניין זיד)). עם זאת, כפי שהדגישה בצדק חברתי השופטת ברק-ארז, חוקיותו וחוקתיותו של "משטר ההיתרים" תלויים, בין היתר, בכך שמדינת ישראל

תפעל לשמור ככל הניתן על מרקם חייהם של תושבי האזור אשר הושפעו מהקמת גדר ההפרדה. והכל, בהתאם לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי, ובהם סבירות ומידתיות, ובהתאם לכללים הרלוונטיים במשפט הבינלאומי. בהקשר זה יש להוסיף ולהדגיש כי כפי שנקבע בעניין משטר ההיתרים, "את מידתיות הפגיעה הנגרמת בזכויות התושבים יש לבחון לא רק על רקע ההסדרים והנהלים הכתובים שגובשו, אלא גם על רקע המציאות בה מיושמים הסדרים אלה הלכה למעשה, החל מהליך הטיפול בבקשות וכלה במשטר המעברים הנוהג" (שם, בפסקה 38).

3. על מנת שהמדיניות הנוגעת לגישה לחלקות "מזעריות" במרחב התפר – כפי שזו באה לידי ביטוי בסעיף בדיקת החלקה – תעמוד במבחני הסבירות והמידתיות, עליה לאזן כראוי בין השיקולים הביטחוניים שניצבים בבסיס "משטר ההיתרים" ובין החובה לשמור, ככל האפשר, על מרקם החיים באזור ולאפשר לבעלי הקרקעות גישה סבירה לאדמותיהם.

4. אין חולק כי סעיף בדיקת החלקה מגביל את בעלי הקרקעות במרחב התפר מלגשת לאדמותיהם ומוביל, כפועל היוצא מכך, לפגיעה בזכותם לקניין. עוד אין חולק שתכליתה הביטחונית של פגיעה זו – שהיא זהה בעיקרה לתכלית הביטחונית שבבסיס "משטר ההיתרים" כולו – ראויה היא (ראו פסקאות 5 ו-59 לחוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז). עיקר המחלוקת בעתירה דנן ממוקד אפוא, בשאלה אם סעיף בדיקת החלקה הוא אמצעי מידתי וסביר, אם לאו.

5. מדיניות "משטר ההיתרים" כרוכה מטבעה בחשש לניצול לרעה של היתרי הכניסה, לרבות לשם כניסה לישראל שלא כדין. מטענות המשיבים עולה כי חשש זה אכן מתממש בפועל, וכי גורמים המסיירים בשטח מדווחים שנתקלו בקרקעות חקלאיות העומדות ריקות כמעט לחלוטין, אף שמוקדם יותר באותו היום נכנסו למרחב התפר אלפי בעלי היתרים (פסקה 109 לתצהיר התשובה; כן ראו פסקאות 42 ו-63 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז). חברתי השופטת ברק-ארז ציינה בהקשר זה כי הנתונים שאותם הציגו המשיבים לא התייחסו לניצול לרעה מצד בעלי היתר חקלאי דווקא, ולגישתה הדבר מעורר קשיים בכל הנוגע לתשתית העובדתית שעליה מבוסס סעיף בדיקת החלקה, וכן ביחס למבחן הקשר הרציונלי (פסקה 65 לחוות דעתה).

6. בניגוד לעמדת חברתי, אני סבורה כי המסד העובדתי שהציגו המשיבים מבסס כיאות את החשש מפני שימוש לרעה בהיתרי כניסה למרחב התפר ואת הצורך בפיקוח הדוק על מתן היתרי חקלאי. כמו כן אני סבורה כי דרישת הקשר הרציונלי בין האמצעי

לתכלית אינה מושפעת, בענייננו, מהשאלה אם נשקף מבעלי היתר חקלאי סיכון מוגבר ביחס לבעלי היתרים מסוגים אחרים – אלא היא תלויה בשאלה אם סעיף בדיקת החלקה מקדם בפני עצמו את התכלית הביטחונית בצורה "שאינה שולית או זניחה" (השון, בשינויים המחויבים: בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (23.2.2012); בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת, פסקה 36 לפסק דיני (23.4.2020)).

7. סעיף בדיקת החלקה נועד, כאמור, לצמצם את החשש מפני ניצול לרעה של היתרי חקלאי. זאת, באמצעות קביעה שחלקה מזערית לא תבסס, "ככלל", את הצורך החקלאי הנדרש לשם קבלת היתר שכזה; וכן באמצעות קביעה ש"סכימת" זכויותיהם של בעלי חלקים "מזעריים" בחלקה על מנת להקנות לאחד מהם היתר חקלאי, תתאפשר רק בהסכמת בעלי הזכויות האחרים. בכך מגביל הסעיף את האפשרות לקבל היתר חקלאי ביחס לחלקות שאינן מעובדות, או שאין כוונה לעבדן, עבור צרכים חקלאיים כהגדרתם בקפ"ק. תכלית הסעיף עולה, אפוא, בקנה אחד עם הצורך הביטחוני בפיקוח על הנכנסים למרחב התפר וביצירת מנגנון אשר "יסייע למנגנוני הביטחון להתמודד בצורה טובה יותר עם איומי הטרור הפלסטיני המבקשים לפגוע בישראל ותושביה" (עניין משטר ההיתרים, בפסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). משכך אני סבורה כי לא הוכחה עילה להתערבות בסעיף בדיקת החלקה בהיבט זה.

8. כמו כן יש ליתן משקל לעובדה שבקשה להיתר חקלאי אינה האפשרות היחידה שעומדת בפני בעלי קרקעות המבקשים לגשת לאדמותיהם במרחב התפר לצרכים חקלאיים. זאת, מכיוון שהקפ"ק מבהיר במפורש כי היתר לצרכים אישיים – אשר ניתן למי ש"טעמים מיוחדים או הומניטאריים" מצריכים את שהותו במרחב התפר – מאפשר לבעליו לעשות בו "כל שימוש לגיטימי שאינו מנוגד לדין ולתחיקת הביטחון, לרבות שימוש למטרות חקלאיות" (סעיף 1 לסימן ג' בפרק ג' לקפ"ק 2021; ההדגשה הוספה).

מהו, אפוא, ההבדל בין היתר חקלאי ובין היתר לצרכים אישיים שניתן ל"מטרות חקלאיות"? כפי העולה מהקפ"ק, היתר חקלאי ניתן לשם עיבוד האדמה "על פי הצורך החקלאי הנגזר מגודל הקרקע ומסוג הגידול", כאשר "צורך חקלאי" מוגדר בתור "צורך בעיבוד אדמה, למטרת ייצור בר קיימא של תוצרת חקלאית" (סעיף 10 לסימן א' בפרק ג' לקפ"ק 2021; ההדגשה הוספה). סעיף בדיקת החלקה מלמדנו כי "ככלל, לא יתקיים צורך חקלאי בר קיימא, כאשר גודל החלקה בעבורה מתבקש ההיתר הינו בגודל מזערי", אך ניתן לבקש היתר לצרכים אישיים על מנת להיכנס לחלקה מזערית. מכך עולה כי היתר חקלאי מיועד לסוג ספציפי של פעולות חקלאיות – עיבוד לשם ייצור בר-קיימא, כפי

הגדרתו בקפ"ק – בעוד שהיתר לצרכים אישיים יכול שיינתן עבור פעולות חקלאיות מכל סוג אחר.

9. לעניין הגדרת צורך חקלאי "בר קיימא", סעיף בדיקת החלקה קובע כאמור כי "ככלל, לא יתקיים צורך חקלאי בר קיימא, כאשר גודל החלקה בעבורה מתבקש ההיתר הינו בגודל מזערי, שאינו עולה על 330 מ"ר" (ההדגשה הוספה). חברתי השופטת ברק-ארו עמדה על כך שבעבר נכללה בקפ"ק הבהרה מפורשת לפיה מדובר בחזקה בת-סתירה, כך ש"בנסיבות חריגות ומנימוקים שיירשמו, רשאי הרמת"ק להנפיק היתר חקלאי, בעבור חלקה בגודל מזערי כאמור" (סעיף 13(א)(7)(ב) לסימן א' לפרק ג' בקפ"ק 2017; וראו פסקה 9 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארו). עוד ציינה חברתי כי הקפ"ק בנוסחו הנוכחי – קפ"ק 2021 – אינו כולל התייחסות מפורשת לכך שמדובר בחזקה הניתנת לסתירה (פסקאות 46 ו-76 לחוות דעתה).

10. לגישתי, ניתן לראות במילה "ככלל" המופיעה בסעיף בדיקת החלקה, משום עיגון לחזקה שהייתה מעוגנת בעבר בקפ"ק 2017. הווה אומר: "ככלל" לא יתקיים צורך חקלאי ביחס לחלקה מזערית, אך בפני מבקש ההיתר פתוחה הדרך להוכיח אחרת – למשל, ככל שחלקתו נמנית עם אותם 5% מהשטחים החקלאיים במרחב התפר אשר אינם מורכבים ממטעי זיתים, ומשכך החישוב שבבסיס הגדרת "חלקה מזערית" אינו רלוונטי לגבי החלקה שלו באופן ספציפי (ראו בהקשר זה: פסקה 87 לתצהיר התשובה מטעם המשיבים; פסקה 74 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארו). פרשנות זו להגדרת "צורך חקלאי" יש בה, לעמדתי, כדי להקל על מבקשי ההיתרים ולהפחית את הפגיעה בזכותם לקניין, תוך שמירה על התכלית שעניינה הגברת הפיקוח על מתן היתרי חקלאי. לצד זאת, וברוח הקביעות בעניין משטר ההיתרים, תושבים שיסברו כי עלה בידם לסתור חזקה זו וכי בקשתם להיתר חקלאי נדחתה ללא הצדקה – רשאים להגיש ערר בנושא וכן לתקוף את החלטת המשיבים במסגרת עתירה פרטנית (שס, בפסקה 34; ראו גם עניין ד"ד, בפסקאות 11 ו-17 לפסק דיני).

11. בהתחשב באמור לעיל, אני סבורה כי לא הוכחה עילה להתערבות בהחלטת המשיבים לפצל את הצרכים החקלאיים במרחב התפר לשני סוגים – ייצור בר-קיימא, ומטרות חקלאיות אחרות – ובהתאם לשני סוגי היתרי כניסה. משכך, לא מצאתי פגם עקרוני בעובדה שהקריטריונים להיתר חקלאי הם שונים מאלו של היתר לצרכים אישיים, או בהחלטה להתנות מתן היתר חקלאי בהצגת אינדיקציה לכך שהמבקש יכול ומעוניין לקיים ייצור בר-קיימא במקרקעין.

אוסף בהקשר זה כי האמצעים החלופיים שהציעו העותרים, ואשר הוזכרו בפסקה 67 לחוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז – אין בהם, לעמדתי, כדי להשיג "באותה המידה או במידה דומה" את התכלית שלשמה נקבע סעיף בדיקת החלקה (השוו, בשינויים המחויבים: בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 60 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (22.9.2014)), ומשכך הם אינם מהווים חלופות הולמות לסעיף האמור. אזכיר את מהות ההסדר שעומד לבחינה בעתירה דנן: מדובר בהסדר כללי ואפריורי, שלפיו לא יינתן היתר חקלאי לתושבים שאינם מקיימים את תנאי סעיף בדיקת החלקה, וזאת ללא קשר למיהותם של תושבים אלו או לשאלה אם נשקף מהם, בעבר או בהווה, סיכון ביטחוני פרטני. לעומת זאת, החלופה שעניינה נקיטת סנקציות נגד מי שניצל לרעה את ההיתר שניתן לו, היא אמצעי שכרוך בפעולה בדיעבד אשר השימוש בו תלוי בכך שהתושב יפר את תנאי ההיתר ובכך שהפרה זו תאותר על ידי המשיבים; והחלופה שעניינה אי-הנפקת היתר מלכתחילה למי שנשקף ממנו סיכון ביטחוני, תלויה בקיומו של מידע מודיעיני קונקרטי על המבקש. על כן, אף שהאמצעים הללו עשויים לסייע בהגשמת התכלית, לגישתי אין בכוחם להחליף את התועלת שמגולמת בסעיף בדיקת החלקה או להשיג את תכליתו במידה דומה.

12. עם זאת, אני מסכימה עם עמדתה של חברתי השופטת ברק-ארז לפיה לא עלה בידי המשיבים להוכיח הצדקה מספקת לחלק מן ההיבטים שבמדיניותם, בהינתן הפגיעה המשמעותית שנגרמת לזכותם של בעלי הקרקעות לקניין. בשים לב לצורך להתוות איזון הולם בין זכות זו לתכלית הביטחונית שבבסיס סגירת מרחב התפר, אני סבורה כי הפתרון הראוי בענייננו אינו ביטול סעיף בדיקת החלקה בכללותו, אלא ביצוע התאמות באופן יישומו על מנת לצמצם את הפגיעה בזכויותיהם של בעלי קרקעות במרחב התפר אשר מבקשים לקיים בהן פעילות חקלאית.

13. כפי שציינה חברתי, המסגרת הרלוונטית לבחינת ההסדר היא מבחן המידתיות המשולש, ובפרט המבחן השלישי – מבחן המידתיות במונח הצר. השאלה הטעונה הכרעה בהקשר זה היא אם התועלת הביטחונית שנובעת מסעיף בדיקת החלקה עומדת ביחס סביר וראוי לפגיעה בזכות לקניין הנגרמת מכוחו, ובעבר נפסק כי ככל ש"הפחתה מסוימת בתועלת" תביא "להפחתה משמעותית במידת הפגיעה בזכויות החוקתיות", הרי שהאמצעי שנוקט אינו מידתי (בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 93 לפסק דיני (9.6.2020) (ההדגשות במקור); עניין משטר ההיתרים, בפסקה 41; והשוו: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 851 (2004)). בענייננו, בחינת סעיף בדיקת החלקה והאופן שבו הוא מיושם מלמדת כי ההסדר הנוהג כיום הוא בלתי-מידתי בשני היבטים, שעליהם אעמוד להלן.

14. הסוגיה הראשונה המצדיקה, לגישתי, התערבות שיפוטית נוגעת למשך תוקפו של היתר לצרכים אישיים אשר ניתן למטרות חקלאיות. היתר לצרכים אישיים הוא, כאמור, החלופה העיקרית שעומדת בפני בעלי קרקעות חקלאיות על מנת לגשת לאדמותיהם שלא למטרות ייצור "בר-קיימא" כהגדרתו בקפ"ק – ולפיכך יש להבטיח שחלופה זו תהיה נגישה עבור בעלי הקרקעות וכי מימושה לא יהיה כרוך בנטל בלתי-סביר.

15. בהתאם להוראות הקפ"ק, אין הבדל בין היתר חקלאי להיתר לצרכים אישיים בכל הנוגע לפעולות שיכול בעל ההיתר לבצע בקרקע לאחד שנכנס למרחב התפר. ההבחנה המרכזית בין שני סוגי ההיתרים טמונה, אפוא, במשך הזמן שעבורו הם ניתנים: היתר חקלאי ניתן לתקופה של שנתיים, בעוד שהיתר לצרכים אישיים ניתן, ככלל, לתקופה של שלושה חודשים.

16. בהקשר זה אני מסכימה לקביעתה של חברתי השופטת ברק-ארז, לפיה אין הצדקה להגביל באופן גורף את תוקפם של היתרים לצרכים אישיים שניתנים למטרות חקלאיות, לשלושה חודשים בלבד. העותרים טענו בהקשר זה כי המשיבים נוהגים, כעניין שבמדיניות, שלא להנפיק היתרים לצרכים אישיים לתקופות העולות על שלושה חודשים – ואולם, יש להדגיש כי הקפ"ק בנוסחו דהיום אינו כולל הוראה המגבילה את תוקפו המקסימלי של היתר לצרכים אישיים. אמנם, סעיפים מסוימים בקפ"ק מגדירים מצבים 90 ציפיים שבהם יינתן היתר כזה לשלושה חודשים (למשל, כשיש צורך בעריכת סיור בקרקע או בביקור בית נוסף (סעיף 4(ד) לפרק "בירור רמת"ק"; סעיף 7(ג) לפרק "ועדת הערר"; סעיף 8(ב)(2) (ב) לסימן א' בפרק ב' לקפ"ק 2021)); וכך נוהגים המשיבים גם כאשר תושב מבקש היתר כניסה ביחס למקרקעין מוסדרים שאינם רשומים על שם יורשם (עניין ז"ד, פסקה 5 לפסק דיני). אך כל שנקבע בקפ"ק בהקשר זה הוא "ככלל, תוקף ההיתר [לצרכים אישיים] ומספר הכניסות יהיה בהתאם למטרות, על פי שיקול דעת הגורם המוסמך, ובהתאם לנסיבות הפרטניות של המקרה" (סעיף 2 לסימן ג' בפרק ג' לקפ"ק 2021). זאת, להבדיל מההוראה הקובעת במפורש שהיתר חקלאי יהיה תקף לשנתיים (סעיף 4 לסימן א' בפרק ג' לקפ"ק 2021). משכך, על פי לשון הקפ"ק, דומה כי אין מניעה להנפיק היתר לצרכים אישיים לתקופות ארוכות יותר משלושה חודשים, ככל שהנסיבות מצדיקות זאת.

17. על רקע זה, ועל מנת לוודא שהיתר לצרכים אישיים יוכל להוות חלופה הולמת למי שאינם עומדים בתנאי סעיף בדיקת החלקה, אני סבורה כי ככלל, ראוי להשוות את

משך תוקפו של היתר לצרכים אישיים שניתן למטרות חקלאיות למשך תוקפו של היתר חקלאי – כך ששני ההיתרים יינתנו למשך שנתיים – וזאת כהסדר של ברירת מחדל, שממנו ניתן יהיה לסטות בהינתן טעם מבורר. בכך יהיה כדי לשמר את התכלית הביטחונית שלשמה הגבילו המשיבים את הקריטריונים למתן היתר חקלאי, ובה-בעת לצמצם את הפגיעה בזכותם של בעלי הקרקעות לקניין. זאת, שכן גם אם אין ברצונם או ביכולתם של בעלי הקרקעות לקיים "ייצור בר-קיימא", אלא הם מבקשים לשמר את זיקתם לקרקע בדרך אחרת, הם לא יידרשו, ככלל, לשוב ולחדש את היתר הכניסה שלהם מדי שלושה חודשים (ראו בהקשר זה פסקה 69 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז).

18. היבט בעייתי נוסף בהסדר הנוהג נעוץ באופן שבו מיושמת דרישת "סכימת הזכויות" בסעיף בדיקת החלקה. בהקשר זה אני מצטרפת להערתה של חברתי השופטת ברק-ארז בדבר הבעייתיות שביישום דרישה זו במקרים שבהם רק אחד מהבעלים במשותף של החלקה, או מספר מועט מקרב הבעלים במשותף, הגישו בקשות להיתר חקלאי ביחס לאותה חלקה. מקובלת עליי עמדתה של חברתי לפיה ראוי לדרוש את הסכמת הבעלים האחרים לוותר על זכאותם לטובת מבקש ההיתר, "רק במצב שבו התבקשו ביחס לחלקה מספר גדול של היתרים חקלאיים, כך שבפועל יעבדו את החלקה אנשים רבים, ביחס של יותר מאדם אחד ל-330 מ"ר" (בפסקה 68 לחוות דעתה). זאת, שכן כאשר מוגשת בקשה להיתר חקלאי מטעם אחד מבעלי הזכויות בלבד, או מעטים מביניהם, ממילא לא מתעורר חשש שמספר בעלי ההיתרים אינו תואם את מספר מעבדי החלקה – ומשכך, על פני הדברים, אין סיבה לדרוש מהמבקש להשיג הסכמה או ויתור מצד יתר בעלי הזכויות. הצעתה של חברתי יש בה, אפוא, כדי להפחית את הפגיעה בזכותם של בעלי הקרקעות לקניין וביכולתם לשמר את הזיקה האישית, המשפחתית והקהילתית שלהם לקרקע. במקביל, הגריעה מהתכלית הביטחונית שתיגרם עקב כך היא מינורית, אם בכלל, שכן בידי המשיבים נותר שיקול דעת להגביל את מספר היתרי החקלאי שניתנים ביחס לכל חלקה וחלקה, ככל שיתעורר חשש לניצול לרעה של ההיתרים שניתנו ביחס לחלקה מסוימת.

19. לסיכום דבריי עד כה: אני מצטרפת לעמדת חברתי השופטת ברק-ארז לפיה סעיף בדיקת החלקה מוביל לפגיעה בלתי-מידתית בזכותם לקניין של בעלי קרקעות במרחב התפר, ומשכך אינו יכול לעמוד במתכונתו הנוכחית.

20. בכל הנוגע לסעד הראוי בנסיבות העניין, אציע כי תינתן למשיבים שהות בת 90 ימים לתקן את הוראות הקפ"ק, באופן שייתן מענה הולם לקשיים שעליהם עמדתי לעיל ולפגיעה הבלתי-מידתית בזכויותיהם של תושבי האזור לקניין, וזאת בשלושת המישורים

הבאים: יישום תנאי "סכימת הזכויות" הנוגע לדרישת ויתור או הסכמה מטעם יתר הבעלים במשותף, רק אם עולה חשש לניצול לרעה של ההיתרים שניתנו ביחס לחלקה מסוימת (פסקה 16 לעיל; וראו גם פסקה 68 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז); עיגון מחודש לאופיו של הכלל בדבר חלקה מזערית כחזקה הניתנת לסתירה, לרבות עיגון האפשרות להוכיח צורך חקלאי ביחס לחלקה מזערית (פסקה 9 לעיל; וראו גם פסקה 76 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז); והארכת משך תוקפו של היתר לצרכים אישיים שניתן למטרות חקלאיות, על מנת שיהווה חלופה הולמת להיתר חקלאי (פסקאות 14-15 לעיל).

21. ביחס לסעד הפרטני לעותר 2, אני מצטרפת לעמדתה של חברתי ולנימוקיה באשר למתן היתר תעסוקה חקלאית על מנת שיוכל לעבד את חלקתה של העותרת 1. אשר לעותר 3 – עותר זה צורף כזכור לעתירה בשלב מאוחר, ובנסיבות אלה, אני סבורה כי בנוסף להתניית ההיתר בכך ש"יתברר כי [החלקה] נמצאת במרחב התפר והוא זקוק להיתר כניסה על מנת לגשת אליה" (פסקה 80 לחוות דעת חברתי), יש להתנות סעד זה בכך שהעותר 3 יעמוד בתנאים המהותיים לקבלת היתר חקלאי על פי הקפ"ק.

ה נ ש י א ה

השופט י' עמית:

1. למקרא חוות דעתן של חברותיי, הנשיאה חיות והשופטת ברק-ארז, אני מוצא עצמי שותף לעיקרי דבריהן, ובשורה התחתונה אני מצטרף לסעד האופרטיבי כאמור בפסק דינה של הנשיאה.

2. חברתי, השופטת ד' ברק-ארז עמדה בפסק דינה על השינויים הרבים והתכופים שחלו בשנים האחרונות במשטר ההיתרים במרחב התפר, מה שמעיד על מורכבותו של הנושא.

3. אקדים ואומר כי דווקא לנוכח הערך המשפחתי-מסורתי-תרבותי של עיבוד המקרקעין שעליו עמדה חברתי, הרי שאיני סבור שיש מקום לניתוח משפטי של זכות הבעלות במשותף. במצב הדברים הרגיל, כאשר יש מספר בעלים במשותף, כמו בחלקה נשוא דיוננו ששטחה 17.5 דונם, לא תישמע בין הבעלים הטענה שלכל אחד מהם זכות בחלק בלתי מסוים של המקרקעין. המציאות בשטח היא שכל אחד מהבעלים יודע במדויק היכן השטח השייך לו ולמשפחתו, אלו עצי זית ניטעו על ידי משפחתו, ובעונת המסיק,

כל משפחה ומשפחה מוסקת את עצי הזית השייכים לה. לעניין עצי הזית ועונת המסיק, אתייחס בהמשך.

4. מדיניות המשיבים המתבטאת ב"סעיף בדיקת החלקה", מגבילה את גישתם של בעלי חלקות קרקע "מזעריות" במרחב התפר המבקשים לעבד את אדמתם. מדיניות זו טומנת בחובה פגיעה של ממש בזכות הקניין של בעלי הקרקעות. יש לזכור כי משטר ההיתרים במרחב התפר נקבע מתוך הכרה מצד המשיבים בזכותם של התושבים להמשיך ולעבד את אדמתם, וכפי שהבהירה חברתי, השופטת ברק-ארז, זוהי נקודת המוצא שעלינו להעמיד לנגד עינינו בבואנו להכריע בעתירה דנן.

מנגד, מעמדת המשיבים אנו למדים על תופעה של כניסת אלפי בעלי היתר למרחב התפר מדי יום, כאשר בפועל ישנן חלקות קרקע חקלאיות העומדות ריקות כמעט לחלוטין. תופעה זו תומכת בעמדת המשיבים כי החשש מפני ניצול לרעה של היתרי הכניסה, לרבות לשם כניסה לישראל שלא כדין, מתממש. לא למותר להזכיר כי עם הכניסה למרחב התפר, ניתן להיכנס לשטח ישראל ללא הפרעה. מכאן, שניסיונות המשיבים להתמודד עם התופעה של ניצול לרעה של היתרים, לרבות באמצעות הסעיף המדובר, נועדה אפוא לשרת תכלית ביטחונית ראויה. על כך דומה כי אין חולק.

ככל שחולפות השנים ומתרבים היורשים, כך הולך ועולה מספרם של הבעלים שזכויותיהם במקרקעין מצטמצמים לעיתים לעשרות מטרים בודדים. איננו צריכים להרחיק עדותנו, באשר העותרים עצמם טענו "כי החזקה בדבר חלקה מזערית תביא לכך שבמוקדם או במאוחר כל החלקות במרחב התפר ייחשבו ל'חלקות מזעריות' שאינן מצריכות עיבוד" (פסקה 21 לפסק דינה של חברתי השופטת ברק-ארז). ריבוי הבעלים על רקע התופעה של שימוש לרעה בהיתרים והצורך בפיקוח, והמציאות בשטח המלמדת על כך שמספר הנכנסים על פי היתר למרחב התפר קטן בהרבה ממספר השוהים במרחב בפועל – בכל אלה יש כדי לחזק את האינטרס הביטחוני.

זהו אפוא האיזון העומד על הפרק. זכותם של העותרים לקניין וזכותם לעבד את אדמתם כרצונם – מזה; אל מול האינטרס הביטחוני, ובכללו החשש מפני כניסת שוהים בלתי חוקיים אל שטחי מדינת ישראל, על הסכנות הכרוכות בכך – מזה.

5. היתר חקלאי מונפק, על פי הגדרתו בקפ"ק, לתושב "שיש לו זיקה קניינית לאדמות חקלאיות במרחב התפר, ותכליתו לאפשר עיבוד האדמה החקלאית, על פי הצורך ותוך שימור הזיקה לאדמות אלה". אני נכון להניח כי גם בשטח קטן יותר מ-330 מ"ר,

ניתן למצוא עצי זית במספר שמצדיק, מבחינת בעל המקרקעין, את הטיפול באותם עצי זית.

ברם, ככל שאנו מדברים בעצי זית, הרי שאלה אינם מצריכים טיפול יום-יומי, והמשיבים הצהירו כי בעונת המסיק, המפקד הצבאי ממילא מעניק היתרים "ביד רחבה" לא רק לבעל המקרקעין אלא גם לבני משפחתו, מה שנותן מענה לערך המשפחתי-מסורתי-תרבותי של הזיקה למקרקעין. הדבר מעוגן בסעיף 16 לקפ"ק הקובע כלהלן:

"מסיק הזיתים – מתוך הכרה בייחודיות וחשיבות תקופת המסיק, ניתן לבקש בעונת המסיק היתרי תעסוקה חקלאית מעבר למכסה הקבועה, עבור בני משפחת החקלאי:

א. תוקפם של היתרים אלה יקבע מידי שנה ע"י רת"ח מעברים ותפר, על בסיס הערכה עונתית בנוגע למועדי המסיק.

ב. המעסיק יגיש את רשימת בני המשפחה עבור תקופת המסיק בין התאריכים 16 באוגוסט עד 30 באוגוסט, במסלול המנהלי הרגיל.

ג. תינתן עדיפות לקרובים מדרגה ראשונה ולמי שלא מוזנת נגדו מניעה ביטחונית".

הנשיאה ציינה בסעיף 9 לפסק דינה כי 95% מהשטחים החקלאיים במרחב התפר מורכבים ממטעי זיתים. גם בהנחה שאחוז מטעי הזיתים נמוך יותר, עדיין מדובר ברוב השטח, כך שהתייחסות מיוחדת של המשיבים לעונת מסיק הזיתים ומתן היתרים ביד רחבה למשפחת החקלאי, יכולה לפתור חלק נכבד מהבעיות. ייתכן, ואיני קובע מסמרות בנושא, כי לנוכח הערך המשפחתי-מסורתי-תרבותי הקשור בעצי הזית, יש מקום להרחיב את הנוהל המיוחד לגבי עונת המסיק, גם לתקופה או תקופות נוספות בשנה.

6. כחברתי הנשיאה, אף אני סבור כי במסגרת בחינת מידתיות ההוראה הרלוונטית בקפ"ק ומדיניות המשיבים, על מנת לעמוד בדרישת הקשר הרציונאלי, אין מקום לדרוש מן המשיבים להניח תשתית המבחינה בין הפרות מצד מקבלי "היתרים לצרכים אישיים" לבין הפרות מצד מקבלי "היתרים לצרכים חקלאיים". כפי שתואר, המשיבים נאלצים להתמודד עם תופעה כללית ורחבה של שימוש לרעה בהיתרי כניסה למרחב התפר. לנוכח הממצאים לפיהם אלפי אנשים נכנסים למרחב התפר מדי יום אך האדמות החקלאיות עומדות ריקות כמעט לחלוטין, איני רואה טעם לחייב את המשיבים לבצע פילוחים ופילוחי פילוחים בין סוגים שונים של מקבלי היתרים, על מנת לבסס קיומו של קשר רציונאלי בין הצעד שנוקט לבין השגת התכלית המבוקשת. אכן, כפי שציינה הנשיאה,

די בכך ש"סעיף בדיקת החלקה" מקדם בפני עצמו את התכלית הביטחונית בצורה 'שאינה שולית או זניחה' כדי לעמוד בדרישת הקשר הרציונאלי (פסקה 5 לפסק דינה).

7. באשר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, אף אני סבור כי האמצעים שהוזכרו בפסק דינה של השופטת ברק-ארז (בפסקה 67), אין בהם כדי להגשים לבדם את התכלית הנדרשת. כך לדוגמה, ברי כי סנקציה בדמות החרמתו של היתר, מקום שבו נעשה שימוש לרעה בהיתר שניתן, לא די בה כדי להגשים את התכלית המבוקשת. כפי שהסבירה הנשיאה, השתת סנקציה יכולה להתבצע רק בדיעבד, לאחר שעלה בידי הגורמים הרלוונטיים לשים ידיהם על אלו שניצלו לרעה את ההיתר, בעוד שהמשיבים מבקשים להתמודד, מבעוד מועד, עם תופעה רחבה של כניסה לישראל שלא כדין דרך מרחב התפר. הדברים ברורים מאליהם, ומשכך איני רואה להרחיב.

8. נותרנו אפוא עם מבחן המידתיות במוכן הצר. אף כאן, שותף אני לעמדתן של חברותיי כי הפער בין תוקפו של היתר שניתן לצורכי חקלאות - העומד על שנתיים ימים, לבין תוקפו של היתר שניתן לצרכים אישיים (למטרת חקלאות) - העומד על שלושה חודשים - מעורר קושי. לא דומה בעל קרקע שזוכה ל"שקט תעשייתי" למשך שנתיים ימים מכוח היתר אחד, לבעל קרקע הנזקק לשמונה היתרים במשך שנתיים ונאלץ לחדש את ההיתר שניתן לו מדי שלושה חודשים "במתכונת חזרתית ושוחקת" (כמילותיה של השופטת ברק-ארז), על חוסר הוודאות הכרוך בכך. אף לטעמי, הפער המדובר מקשה עד מאד לקבל את הטענה כי היתר שניתן לצרכים אישיים מפצה על שלילת זכאות להיתר חקלאי.

9. סוגיה נוספת עניינה סעיף "סכימת הזכויות". אף לטעמי, יש קושי בדרישה כלפי מבקש ההיתר לצרף ויתור מצד יתר בעלי הזכויות בחלקה על זכאותם להיתר. חברתי, השופטת ברק-ארז, עמדה על הפגיעה הטמונה בדרישה כי רק אחד מבעלי הזכויות יעבד את הקרקע, וזאת בייחוד לנוכח האופי המשפחתי וההיבטים התרבותיים והמסורתיים הנלווים לעיבוד הקרקע. לכך אני מסכים.

לפי הפתרון המוצע בפסק דינה של הנשיאה, הוויתור מצד יתר בעלי הזכויות יידרש "רק במצב שבו התבקשו ביחס לחלקה מספר גדול של היתרים חקלאיים, כך שבפועל יעבדו את החלקה אנשים רבים של יותר מאדם אחד ל-330 מ"ר" (כמצוטט על ידה מתוך פסק דינה של השופטת ברק-ארז); לעומת זאת, מקום שבו ההיתר מבוקש על ידי חקלאי בודד או חקלאים מעטים ואין חשש כי מספר בעלי ההיתרים אינו תואם את מספר מעבדי החלקה, אין לדרוש ויתור כאמור.

פתרון זה, הגם שהוא מפחית את הפגיעה בזכותם של בעלי הזכויות בקרקע, אינו חף מקשיים. הוא עלול להוביל למצב שבו "כל הקודם זוכה", קרי שבעל הזכויות שהגיש ראשון את בקשתו להיתר, הוא יהא בעל הזכאות לעבד את הקרקע, ומי יתקע לידינו כי בעלי הזכויות יגיעו ביניהם להסכמה באשר לשאלה מי יזכה בהיתר ומי יוותר על זכותו? לטעמי, הדברים אך ממחישים את הקושי בהסדר הנוכחי ואת הצורך לקבוע הסדר הולם יותר שיאפשר, ככל הניתן, לבעלי זכויות בקרקע להיכנס על מנת לעבדה, ולו לסירוגין (דהיינו לאו דווקא כניסה בו זמנית של כלל בעלי הזכויות).

למרות זאת, ולא בלי התלבטות, אני סבור כי הפתרון שהוצע על ידי הנשיאה הוא הרע במיעוטו, חלף ביטול סעיף סכימת הזכויות כפי שהוצע על ידי השופטת ברק-ארז. בדרך זו יימנע מצב שבו יינתן היתר חקלאי ל-10 יורשים שכל אחד מהם מחזיק בשטח זעום.

10. נקודה נוספת הטעונה הבהרה היא האפשרות לסתור את החזקה בדבר חלקה מזערית, ולכך התייחסה הנשיאה בפסקאות 8-9 לפסק דינה. מכל מקום, חברתי, השופטת ברק-ארז עמדה על כך שאפשרות זו נשמטה במהלך השינויים שנעשו בקפ"ק, אך היא לא נכללת בנוסחו העדכני של קפ"ק 2021. כאמור בפסקה 76 לפסק דינה, המשיבים ציינו כי יש בכוונתם להשיב לקפ"ק העדכני את האפשרות לסתירה החזקה, וכך צריך להיעשות.

11. על רקע הערות אלה, אני מצטרף לסעד האופרטיבי כאמור בסעיף 20 לפסק דינה של הנשיאה, ולסעד הפרטני לגבי העותרים 2-3 כאמור בסעיף 21 לפסק דינה.

ש ו פ ט

הוחלט פה אחד לקבל את העתירה כאמור בפסקה 19 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות. בהמשך לכך הוחלט ברוב דעות של הנשיאה והשופט י' עמית כי הסעד יהיה כאמור בפסקאות 20-21 לחוות דעתה של הנשיאה, כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, ג' באדר ב' התשפ"ב (6.3.2022).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה

