

1. סעיד מחמוד טביב
2. חסן אסמעיל עלי
3. מערוף ע/אלקאדר שהואן
4. עבד אל רחמן יוסף אל אקרע
5. חסין עלי מוחמד מואפי
6. ע/אלקאדר חסן עוויס
7. עבדאללה האשם יוסף
8. צאדק מחמוד עינאיא
9. אחמד עלי נזאל
10. אחמד קאסם אבו ח'רוב
11. מחמוד אחמיד בדואן
12. אחמד דאוד אל שנטי

נגד

1. שר הביטחון
2. המושל הצבאי טול-כרם

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק [3.12.81, 4.5.81, 29.4.81]

לפני הנשיא **מ' לנדוי** והשופטים **י' כהן**, **י' שילה**

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\]](#), תשל"א-1971, נ"ח 421, סעיף 15(ב) - [צו בדבר חוק הקרקעות \(רכישה לצרכי ציבור\) \(יהודה והשומרון\) \(מס' 321\)](#), תשכ"ט-1969, קמצ"מ (יהודה והשומרון) 644 - [צו בדבר תיקון חוק הקרקעות \(רכישה לצרכי ציבור\) \(יהודה והשומרון\) \(מס' 108\)](#), תשכ"ז-1967, קמצ"מ (יהודה והשומרון) 247 (השם שונה: קמצ"מ (יהודה והשומרון) 367, [בוטל: קמצ"מ \(יהודה והשומרון\) \(מס' 949\)](#), [צו בדבר חוק הקרקעות \(רכישה לצרכי ציבור\) \(תיקון\) \(יהודה והשומרון\) \(מס' 949\)](#), תשמ"ב-1981.

העתירה נסבה על החלטת המשיבים בדבר רכישה ונטילת חזקה של חלקות קרקע שבבעלות העותרים לשם סלילת כביש. מסתבר שהעתירה כוללת נתונים לא נכונים באשר לזכויות הבעלות באותן חלקות וששניים מהעותרים נפטרו עוד לפני הגשתה.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

א. (1) תצהיר אינו אלא ניסוח בכתב של גירסתו של אדם לגבי עובדות, העשויות להיות שנויות במחלוקת, כדי שכל אדם אחר, כולל תאגיד, רשות מינהלית וכל ערכאה שיפוטית, יוכל לפעול על-פיו, בלי לשמוע את הדברים יוצאים מפי המצהיר.

= 623 =

(2) על עורך הדין האחריות להקפיד בזיהוי המצהירים לפניו ובהזרתם.  
(3) כל אחד מהעותרים, שבחר לצרף עצמו אל עותרים אחרים, בלי לבדוק אפילו אם הם קיימים, אל יתפלא אם ימצא עצמו איתם גם לגבי הערכת אמיתות הגירסה, המהימנות האישית ואמינות העתירה, שהם ממרכיבי ניקיון הכפיים, הנדרש מכל הפונים לבג"צ כתנאי לדין בעתירתם.

ב. העותרים שהו את הגשת עתירתם עד לאחר שינוי פני השטח על-ידי המשיבים, באופן שלא ניתן היה - כבר בעת הגשת העתירה - להחזיר את המצב לקדמותו.

ג. (1) מכוח סימן 43 של אמנת האג הרביעית משנת 1907, על השלטון החובה לכבד את החוקים, שהיו בתוקף בעת כיבוש שטחים שנכבשו, אלא אם כן קיימת "מניעה מוחלטת".  
(2) "המניעה" הנזכרת בסיפא של סימן 43 לאמנה, אינה מוחלטת כלל ועיקר, והשאלה היא שאלה של עדיפויות ונחיות דרכי הגשמת המטרה המוזכרת ברישא של הסימן בדבר "הבטחת החיים הציבוריים", מונח שיש לפרשו כקיום משטר, השומר על זכויות האזרח ודואג לרווחתה המרבית של האוכלוסייה. אם הגשמת מטרה זו דורשת סטייה מחוקים קיימים, מותר, ואפילו חובה, לסטות מהם.  
(3) גם לדעת אלה הגורסים, שכל שינוי בחוק הירדני, הקיים ביהודה והשומרון, אסור על-פי סעיף 43 לאמנה, נראה, כי מוצדקות סטיות הכרחיות במישור סקונדארי, במיוחד כשמתבקשות הן מהשינוי בסמכויות השלטון עקב הכיבוש, כגון הודעה על צו רכישה שאינה באמצעות פרסום בעיתון רשמי ירדני.

ד. בנסיבות דנן, שיקולים צבאיים וביטחוניים היו השיקולים הדומיננטיים בהחלטה בדבר בחירת התוואי לכביש הנדון, ולפיכך אין בה פסול מטעמים של המשפט הבינלאומי.

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

- [1] [בג"צ 337/71 אלג'מעה אלמסיחיה ללאראצ' אלמקדסה נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כו\(1\) 574](#).
- [2] [בג"צ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כז\(1\) 124](#).
- [3] [בג"צ 606/78 610 אויב ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לג\(2\) 113](#).
- [4] [בג"צ 390/79 דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד\(1\) 1](#).

מקורות המשפט העברי שאזכרו:

- [א] דברים, כ, יט.
- [ב] ספר החינוך (מהדורת שעוועל), מצווה תקל.
- [ג] רמב"ם, מלכים, ו, ז-ח.

הערות:

1. לאי-ניקיון כפיים בשל מסירת רקע עובדתי מקוטע וחלקי, ראה: [בג"צ 799/80 שלום נ' פקיד](#)

= 624 =

הרישוי לפי חוק כלי היריה, תש"ט-1949, מינהל נפת פתח-תקווה, משרד הפנים, פ"ד לו(1) 319, והערה 3 שם; [בג"צ 407/80](#) כהן ואח' נ' שר הפנים והמשטרה ואח', פ"ד לד(4) 477, 480.

2. לפעולות ממשל צבאי בשטחים מוחזקים תוך זיקה לחקיקה קיימת, ראה: 'י דינשטיין, "ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל הצבאי בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ג (תשל"ג-ל"ד) 330, 334-335; [בג"צ 61/80](#) העצני נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לד(3) 595.

3. לתפיסת מקרקעין בשטחים המוחזקים, ראה: [בג"צ 285/81](#) אל נאזר ואח' נ' מפקד יהודה ושומרון ואח', פ"ד לו(1) 701.

4. לאי-התערבות בג"צ בשיקולים צבאיים בתפיסת מקרקעין, ראה: [בג"צ 834/78 \(המ' 967/78\)](#) סלאמה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לג(1) 471.

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 4.5.81. הצו-על-תנאי בוטל. העתירה נדחתה.

**פ' לנגר** - בשם העותרים;

**ד' ביניש**, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה - בשם המשיבים.

פסק-דין

השופט י' שילה: שנים-עשר עותרים, רובם תושבי קלקיליה ושניים מהם שוכני עולם האמת, פנו לבית-משפט זה בעתירה נגד שר הביטחון ונגד המושל הצבאי בטול-כרם. נושא עתירתם הינו החלטה בדבר רכישה ונטילת חזקה (קטע דרך) מס' 2/81, שהוציאה הרשות המוסמכת ביום 9.2.81 (להלן - צו הרכישה). טענתם היא, כי יש לבטל את צו הרכישה, הן משום שלא נתקיימו ההליכים, כנדרש בחוק לעניין רכישה כזו, והן משום שמטרתה - סלילת כביש - נוגדת את החוק הבינלאומי.

כמו כן מבקשים העותרים לאסור על המשיבים - כפועל יוצא מביטול צו הרכישה - לתפוס חזקה בשטח הנדון, לצוות עליהם להוציא את הכלים והחפצים האחרים, שהובאו על-ידי המשיבים לשם ביצוע מטרת הרכישה, דהיינו סלילת כביש, ולהחזיר לבעליהם את המקרקעין, שאותם כבר הספיקו לתפוס, כשהם במצב בו היו עובר לתפיסה.

הצו-על-תנאי, שניתן לבקשת באת-כוח העותרים, מצומצם בתחולתו לגבי הקטעים באותו כביש מתוכנן שטרם נפרצו.

הקרקע, שנרכשה בהתאם לצו הרכישה, היא רצועה באדמות הכפר חבלה באורך 3,300 מ' וברוחב של כ-30 מ', דהיינו, בשטח של פחות מ-100 דונם. התוואי הסופי של קטע הכביש הנדון תוכנן כך, שלא יעבור בשטח בנוי אלא בחלקות חקלאיות וחלקות שוממות, והמתכננים אף עקפו חלק מאדמות מעובדות על-ידי יצירת קשת בתוואי המתוכנן, העוברת באדמות טרשיות ושוממות בלבד, וזאת אף-על-פי שכרוך הדבר בהוצאות גדולות יותר. יתר-על-כן, החלק המערבי של תוואי הכביש המתוכנן (החלק שטרם נפרץ) עובר

= 625 =

לאורך התוואי של דרך קיימת, כך שלגבי חלק זה אין בעבודות המתוכננות אלא הרחבה של הדרך, שיפוצה וחיבורה לעורקי תנועה אחרים. באותם חלקים של השטח, המעובדים עיבוד חקלאי, נקבע התוואי כך שיעבור במרבית המקומות בשולי החלקות לאורך גבולותיהן ולא יבתר, פרט למקרים מועטים, חלקת קרקע לשני חלקים, ולא יפגע בה פרט לקטימת חלק קטן בקצה, חלק הרחוק מלהגיע ל-25% משטחה.

לפי החוק הירדני החל ביהודה ושומרון בכפיפה להוראות צווי הממשל הצבאי, דהיינו חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1953, סעיף 2(21), הרי כשמדובר ברכישת קרקע על-ידי הממשלה לצורך סלילת דרך או הרחבתה, והחלק הנרכש אינו עולה בשטחו על רבע מכלל שטח הקרקע, אין לשלם פיצויים בעדו אלא במקרים מיוחדים. אף-על-פי-כן הציעו המשיבים פיצויים מלאים לכל הנפגעים מההפקעה.

מן הראוי לציין כמו כן, כי העותרים הם חלק קטן מבעלי החלקות, שנפגעו על-ידי הרכישה, ולא דווקא אלה המתגוררים בסמוך לחלקות אלה ומעבדים אותן כמו ידיהם. מרביתם אף הגזימו קשות בתיאור זכויות בעלות שלהם במקרקעין הנדונים מתוך כוונה שקופה ליצור רושם, שהנזק, הנגרם להם כתוצאה מהרכישה, הוא הרבה יותר גדול מאשר הוא באמת.

לדוגמה: העותר 2 אינו הבעלים של כחמישה דונם בחלקה 26 בגוש 7625, כפי שהוא מציג עצמו בעתירה, אלא של 9/32 מתוך חמישה דונם, כלומר, הרבע בערך מאותו שטח בלבד. העותר 3 מציג עצמו כבעלים של חלקה 29 בגוש 7627. למעשה הוא רק השותף השני באותה חלקה. העותר 7, המתיימר להיות בעל החלקה 20 בגוש 7625, זכאי רק לשליש הבעלות בה, ואילו העותר 12 (ועוד ידובר בו להלן), המופיע כבעלים של חלקה 7 בגוש 7625. לא היה אלא הבעלים של שישית מאותה חלקה.

בדיקת הנתונים כולל עיון במפת השטח "נספח א" שצורפה לעתירה מראה, כי הפגיעה במקרקעין של העותרים כתוצאה מצו הרכישה היא זעומה ביותר, ואין מנוס מהמסקנה, כי טענתם לבעלות במקרקעין שאינם שלהם באה להטעות בית-משפט זה, כדי שיינתן יותר משקל לטענותיהם נגד הרכישה.

מתוך העתקי תעודות פטירה רשמיות התברר כמו כן, כי העותר 10, שהיה תושב הכפר חבלה, נפטר עוד ביום 10.2.77 בכפרו, ואילו העותר 12, שהיה מתושבי קלקיליה, נפטר ביום 12.1.80. מן הנמנע היה איפוא, ששניים אלה ינקטו צעדים להגשת העתירה או שיחתמו על התצהיר, שהוגש לשם ביסוסה והנושא תאריך 5.4.81.

לתדהמתנו מצויות חתימות, המתיימרות להיות חתימותיהם של העותרים המנוחים, על-גבי אותו תצהיר, ולאכזבתנו נושא התצהיר את האישור דלקמן של עורך-דין:

= 626 =

"הנני מאשר בזה כי ביום 5.4.81 הופיע בפני עורך-דין פ' לנגר במשרדי ברח' כורש 14, ירושלים ה"ה הח"מ לעיל שזיהו עצמם ע"י תעודות זהות ובחלקם מוכרים לי באופן אישי ואחרי שהזדהרתי כי עליהם להצהיר את האמת וכי יהיו צפויים לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשו כן, אישרו את נכונות הצהרותיהם וחתמו עליה".

אולם בכך לא סגי. באת-כוח העותרים נאלצה להודות, כי גם העותר 3 לא חתם על התצהיר, אלא שעשה זאת בנו בשם אביו הישיש. לא נעמד כבר על כך, שלא הובאה כל ראיה, שאמנם העותר 3 מחמת "שישותו" אינו מסוגל לחתום, אך גם לא הובאה כל ראיה, שהוא הסמיך את בנו ליזום פנייה זו לבית המשפט או להצטרף אליה, וסוף סוף אין עתירה זו עניין של שיגרת ניהול עסקים, ואין לנו כל יסוד להאמין, שהעותר 3 אמנם רצה להיות שותף לעתירה.

אין לקבל תירוצים שבפי באת-כוח העותרים לעיוותים חמורים אלה בסדר הדין - ונוקטים אנו לשון המעטה - שקדמו להגשת העתירה, תירוצים, שהמכנה המשותף שלהם הוא זלזול בתקנות סדר הדין, העולה אולי כדי עבירה פלילית. לא בכדי דורש המחוקק אימות חתימות המצהירים על תצהיר, שהרי, אם לא חתם המצהיר, אין ערך לתצהיר, ואין מקום לכל הליך משפטי או אחר המבוסס עליו. תצהיר אינו אלא ניסוח בכתב של גירסתו של אדם לגבי עובדות, העשויות להיות שנויות במחלוקת, למען שכל אדם אחר, כולל כל תאגיד ורשות מינהלית וכל ערכאה שיפוטית, יוכל לפעול על-פיו, מבלי לשמוע את הדברים במפורש יוצאים מפי המצהיר. האחריות לתוכן הדברים היא על המצהיר, האחריות לזהותו של המצהיר, דהיינו, לכך שאמנם האדם המתואר כמצהיר הוא שחתם על הדברים, היא על מי שמאשר את זהות החותם. אולם, אין המדובר בזיהוי בלבד אלא גם במתן אזהרה למצהיר, שאם לא יאמר את האמת צפוי הוא לעונש. לא קיבל המצהיר אזהרה כזו ולא אמר אמת, ודבריו גרמו לתקלה, יכול הוא לאחר מכן לטעון, כי אינו בר-עונשין, מפני שלא הוזהר כחוק. אחריות כבדה זו למתן אזהרה למצהיר, הכוללת, כמובן, אחריות לזיהויו, הטיל המחוקק (סעיף 15(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971) על נושאי משרות שיפוטיות, על היועץ המשפטי לממשלה ובכירי הפרקליטים בשירות המדינה ועל ראשי רשויות מקומיות ועל עורכי הדין.

הנוהג, שעורך-דין, המגיש תצהיר של מישהו במהלך ייצוג, יזהיר את המצהיר כחוק ויאשר את חתימתו, מקל בהרבה על עבודת עורכי הדין ומיוסד הוא על האמון, שנתן המחוקק - ונותנות הערכאות ורשויות אחרות - בכל עורך-דין בתוקף מעמדו.

הצטרפנו עזר רב לראות עורכת-דין, המזלזלת לזלזול חמור באחריות הכבדה, המוטלת עליה כאמור, להקפיד על זיהוי המצהירים לפנייה והזהרתם כאמור לעיל, מה עוד שמדובר בתצהיר, המיועד להגשה לפני ערכאה זו, אשר מן המפורסמות הוא, כי אין היא נוהגת לחקור מצהירים מיוזמתה, ולעיתים נדירות מתירה היא לבעלי הדין לעשות כן. הטעם

= 627 =

לנוהג זה הוא, שבית המשפט סומך על עורך-דין המופיע לפניו, שיעשה כל מה שאפשר כדי לא להכשילו. אלמלא ערנותו של הצד שכנגד כמעט שקרה כדבר הזה כאן, ובית-משפט זה היה נותן את דעתו על טענות, שלא היה צריך להביא בפניו, אם מפני שהאנשים, שמפיהם כביכול הובאו, אינם קיימים, אם מפני שלא יפו את כוחו של אדם לטעון טענות אלה.

פרשת העותרים 10, 12 ו-3 מטילה את צלה גם על עניינם של יתר העותרים. הערנו כבר לעיל על מידת האמת שבתיאור היקף הנזקים מפי עותרים אחרים. בחתימותיהם על התצהיר נמצאו הם מאשרים באופן חגיגי כאמת דברים שלא היו כגון: את גודל שטחי הבעלות, המפורטים בסעיף 4 של הבקשה, לגבי כל איש מהעותרים כולל הנפטרים. כן נמצאו מאשרים את האמור בסעיף 5 של העתירה לאמור:

"בתאריך 15.3.81 או בסמוך לכך ראו העותרים דחפור חופר באדמתם וזאת מבלי שאיש הודיע להם על-כך קודם לכן...".

כמו שאין זה נכון כי העותרים (כולל גם הנפטרים וגם הישיש שאינו יוצא, לדברי באת-כוח העותרים, מפתח ביתו) ראו דחפור באותו יום כאמור ברישא של הסעיף 5. ולא דייקו בנדון העותרים האחרים שחתמו על התצהיר, כך מותר להניח, כי לא דייקו גם בסיפא, דהיינו, שאיש לא הודיע להם קודם לכן על צו הרכישה. לא הייתה כל מניעה על דרכו של מי מתשעת העותרים, שבחתימותיהם על התצהיר לא הוטל ספק, לפנות לבדו לבית-משפט זה מיד כשנודע לו על צו הרכישה או על פעולה בשטח שנעשתה בעקבותיו. אך כל אחד מהעותרים, שבחר לצרף עצמו אל עותרים אחרים בלי לבדוק אפילו אם הם קיימים, אל יתפלא, כאשר ימצא עצמו איתם בסירה אחת גם לגבי הערכת אמיתות הגירסה, המהימנות האישית ואמינות העתירה, שהם ממרכיבי ניקיון הכפיים הנדרש מכל הפונים לבית המשפט הגבוה לצדק כתנאי לדיון בעתירתם.

באי-כוח המשיבים טוענים גם "שיהוי". לטענתם השהו העותרים את הגשת העתירה עד לאחר שינוי פני השטח על-ידי המשיבים, שנאלצו לגדוע עצים ולהשחית גידולים חקלאיים תוך כדי הפריצה והכנת תשתית הכביש, באופן שלא ניתן היה כבר בעת הגשת העתירה להחזיר את המצב לקדמותו.

הודעה על הרכישה ניתנה למוכתי קלקיליה וחבלה, אשר בתחומם מצויים המקרקעין הנדונים. לפי חוק ניהול הכפרים הירדני סעיף 26(4), מתפקידו של המוכתר להעביר הודעות של השלטונות לתושבי כפרו. ביום 23.2.81 נערך סיור בשטח עם המוכתרים, ובסיור זה נכח גם העותר 2. המוכתרים אכן הודיעו על הרכישה לעותרים 2, 4, 5, 7 ו-11 בתקופה שבין אותו סיור ועד ל-2.3.81. יש לציין, כי הודעה בכתב על הרכישה נמסרה, עוד לפני שהוצא הצו-על-תנאי, אישית לכל אחד מהעותרים פרט לעותרים 10 ו-12, שנפטרו כאמור לעיל, ופרט לעותר 3, אשר בנו קיבל את ההודעה במקומו. בעבודות

= 628 =

פריצת הדרך הוחל ביום 8.3.81, אולם סיומו של יישור אחד הקטעים נתעכב לאור חיפוש אחר פתרונות, שימנעו פגיעה במתקני השקיה שבמקום. הפתרונות נמצאו תוך כדי סיור שני בשטח עם המוכתרים ומבצעי העבודות ביום 25.3.81. עצים שעקירתם נדרשה נעקרו עוד בחודש מרץ, ובסוף השבוע הראשון של אפריל הושלמו כל עבודות הפריצה והיישור, והכביש היה מוכן לציפוי, וכמובן, לא ניתן היה אז להחזיר למקומם את העצים שנעקרו ואת הגידולים החקלאיים שהושחתו תוך כדי עבודת הפריצה.

העתירה הוגשה ביום 10.4.81, ואפילו לפי האמור בתצהיר העותרים (סעיף 5), שראו ביום 15.3.81 דחפור עולה על השטח, יכלו מיד לאחר מכן לפנות לבית המשפט, ולא היה כל צורך להמתין בצעד זה עד לצירופם של עותרים נוספים.

אף טענת השיהוי נראית לנו כמוכחת בנסיבות העניין. מה עוד, שיש יסוד להנחה, כי מיד לאחר ההודעה, שניתנה למוכתרים, ידעו העותרים, שעשויים היו להיפגע על-ידי הודעת הרכישה.

העדר ניקיון כפיים ובור לבב, מה עוד בצירוף שיהוי, הם לבדם מצדיקים דחיית העתירה על הסף. אך גם לגוף העתירה לא מצאנו לה יסוד.

באת-כוחם המלומדת של העותרים לא ניסתה להסתיר מבית המשפט, כי לא האינטרס הכלכלי מניע את העותרים, שהרי, לכאורה, הפגיעה במקרקעין היא מזערית, וגדולה התועלת שתצמח להם הן מעליית ערך קרקעותיהם, שקיצו בהן רק מעט מזער, כתוצאה מקרבתו של הכביש המתוכנן והן מהפיצויים המלאים שהוצעו להם. אולם, כל אחד מהעותרים נשמע כטוען:

"אפילו גרגר חול אחד שבעלולותי מזכה אותי להתקומם נגד פעולה בלתי חוקית של המשיבים. אמנם, נהנה אני ונהנים שכני מהכביש החדש, וייתכן כי חסרון כיסי ימולא לי עשרת מונים, אך כפי שחזרה באת-כוחי לפני בית המשפט פעמים מספר במהלך טענותיה: 'לא מדובשך ולא מעוקצך'. כדבריה, אני חפץ ללחום נגד מעשה 'קולוניזטור', ואם פעל השלטון שלא כחוק, חייב בית המשפט לפסוק לי את ליטרת המשפט שלי".

עיקר טיעונם של העותרים נגד הכביש המתוכנן הוא, כי נועד להוביל להתנחלות בשם "צוותא", העתידה לקום בקרבת מקום באתר המכונה "ראס", ולצורך זה נכפה עליהם ויתור על נחלתם. באת-כוח העותרים הדגישה נקודה זו באמרה "צוותא כואבת לי".

מהו הבסיס המשפטי של התנגדות העותרים לסלילת הכביש? לשון אחר: במה פעל השלטון שלא כחוק בהפקעת חלק ממקרקעי העותרים, שאם אמנם מעשיו נוגדים את החוק, יצווה עליו בית-משפט זה לחדול מהם ולהחזיר את מה שכבר נטל?

חוק ירדני - [חוק הקרקעות \(רכישה לצרכי ציבור\)](#) - קובע, כי אין להפקיע רכוש

= 629 =

של אדם אלא לצרכי ציבור, המוגדרים באותו חוק, ונגד תשלום פיצויים כמפורט בו. חוק זה מכיל גם הוראות לגבי הדרך, בה יש להביא לידיעת הבעלים את כוונת השלטון להפקיע רכושם. טוענת באת-כוח העותרים, כי השלטון לא נהג בצורה הקבועה באותו חוק לגבי דרך הבאת כוונתו להפקיע לידיעת הבעלים, דהיינו, במקום שלוח לכל אחד מהעותרים הודעה בכתב ולפרסם בעיתון הרשמי על הכוונה להפקיע הודיעו להם באמצעות המוכתר, והודעה אישית נמסרה להם רק לאחר מעשה. יתר-על-כן, סלילת הכביש המתוכנן, שמטרתו, לדבריה, לשרת נקודת התיישבות יהודית חדשה, שהיא כצנינים בעיני תושבי המקום, אינה לטובת הציבור ועוד פוגעת בזכויותיו.

טענות אי החוקיות של צו הרכישה ושל פעילות השלטונות בעקבותיו נטענו איפוא בשני מישורים. האחד, דרך הרכישה; והשני, מטרת הרכישה. הצד השווה שבטענות בשני המישורים האלה הוא, כי לא נהגו המשיבים לפי החוק הבינלאומי, המסדיר דרך התנהגות הכובש בשטחים כבושים, לא כיבדו את החוק הקיים בשטח הכיבוש ופגעו בזכויות התושבים.

באת-כוח העותרים מסתמכת על סימן 43 של אמנת האג הרביעית (1907). בית-משפט זה כבר יצא במספר פסקי-דין מתוך הנחה, כי האמנה הזאת חלה על מעמד המינהל בשטחים של יהודה ושומרון ובחן את תקפותה של חקיקה ישראלית לאורה.

אמנת האג הרביעית כתובה בלשון צרפת. אמנם תורגמה ללשונות אחרים, אולם העירו כבר רבים וכן טובים (E.H. SCHWENK, "LEGISLATIVE POWER OF THE MILITARY OCCUPANT UNDER ARTICLE 43, HAGUE REGULATIONS" 54 393 YALE L.J. (1945); [בג"צ 337/71](#) [1]: 'י דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב (תשל"ב-ל"ג) 505). כי התרגום האנגלי המקובל של סימן 43 אינו מדויק. נביא כאן את תרגומו של 'י דינשטיין, שם, בעמ' 506:

"בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".

כאשר באים אנו להחיל את הוראות סימן 43, היום, ארבע-עשרה שנים אחרי הכיבוש, הרי אין מקום עוד לדבר על "להחזיר" הסדר והחיים הציבוריים, שהלא מזמן הוחזרו, אלא על "להבטיח" אותם. מהי הבטחת סדר וחיים ציבוריים? התשובה המתבקשת היא: הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת, כולל ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, אך בין היתר גם איכות החיים והתחברה, כפי שאמר בית המשפט הזה מפי השופט 'ח' כהן [בבג"צ 337/71](#) [1] הנ"ל, בעמ' 587:

= 630 =

"יכול והסדר והחיים הציבוריים תחת השלטון הצבאי יהיו, מבחינות רבות ומטבע הדברים, שונים מן הסדר והחיים הציבוריים תחת השלטון הקודם: מבחינת השינויים הללו לא תועיל החזרת הסדרים והחיים הציבוריים לישנם כקדם, אלא יש צורך בנקיטת אמצעים חקיקתיים ואחרים שונים מאלה ונוספים על אלה הדרושים להחזרת סדרים קודמים על כנם. גם משום כך היה מן הצורך להוסיף את הסמכות 'הבטיח' על הסמכות 'להחזיר' - בלא שיהא בהוספת הסמכות 'להבטיח' כדי לגרוע מן הסמכות 'להחזיר'".

על השלטון החובה לכבד את החוקים שהיו בתוקף בעת הכיבוש בשטחים שנכבשו, אלא אם כן קיימת "מניעה מוחלטת".

מה זאת "מניעה מוחלטת"? מעיר E.H. SCHWENK במאמרו המקיף והממצה, בצדק, שצירוף מלים זה אין לו משמעות בהדבק הדברים, כי הרי הכובש בעל הסמכות העליונה לעולם לא יהיה מנוע מכיבוד חוקים שבתוקף אם ירצה בכך. E.H. SCHWENK מביא באותו מאמר דעותיהם של מלומדים רבים בנקודה זו. אף אחד מהם אינו גורס, כי החובה לכבד חוקים שבתוקף הינה אבסולוטית. לא נביא כאן אלא מקצת מהשקפותיהם:

L.F.L. OPPENHEIM סבור, שמותר לשנות חוקים שבתוקף, אם השינוי נובע מהאינטרסים של הכובש או מצרכים צבאיים; E.H. FEILCHENFELD סבור, ששינוי מותר כשהוא "מוצדק במידה מספקת". דעה אחרת היא, כי "צורך מוחלט" מהווה הצדקה לשינוי חוקים קיימים. הצד השווה נראה, כי כל עוד ששלטון הכיבוש שוקד על החזרת חיי ציבור תקינים או הבטחתם, אינו כפות לחוקים קיימים, במיוחד כשהמדובר בשטח חוקי המינהל וחוקים ציבוריים, להבדיל אולי מחוקים, הבאים להבטיח זכויות בסיסיות של האזרח. אולי נביא את הדברים של המחבר המלומד E.H. SCHWENK עצמו (בתרגומי):

"...נראה כי סימן 43 מתיר (לכובש - י' ש') לשנות את החוקים האזרחיים והפלייליים באותם עניינים בהם השינוי מוצדק על-ידי צורך של טובת האוכלוסיה או של העניין הצבאי (של הכובש)".

וכדבריו בסיכום (בעמ' 415):

"אף כי כוח החקיקה של הכובש הצבאי הינו מוגבל להלכה, כולל הוא למעשה סמכות לגבי כלל החיים האזרחיים של אוכלוסיית האויב, אם נמשך הכיבוש פרק זמן ניכר..."

מ"מ הנשיא זוסמן (כתוארו אז), אחרי שנותן הוא את דעתו על מאמרו הנ"ל של המלומד E.H. SCHWENK, מנסח את הדברים כדלקמן [בג"צ 337/71](#) [1] הנ"ל, בעמ' 582-581):

"כיבושו של שטח האויב מעניק למעצמה המחזיקה את הזכות לעשות את כל

= 631 =

הדרוש למטרות המלחמה ולבטחון כוחותיה, וכמו שמבאר OPPENHEIM LAUTERPACHT, בספרו על המשפט הבינלאומי, מהדורה ז', בסעיף 169, סמכותה לצורך כך היא כמעט מוחלטת...  
...אכן הכלל הוא, שהמחזיק ממשיך לנהל את עניני השטח המוחזק לפי חוקי הארץ כמו שעמדו בתקופת בזמן הכיבוש. אך לא נעלם מעיני חכמי המשפט הבינלאומי, שמקום שכיבוש צבאי נמשך עת רבה... חובתו של המחזיק כלפי האוכלוסיה האזרחית אפילו מחייבת אותו לשנות מן החוקים, שכן צרכי החברה משתנים במרוצת הזמן, והחוק חייב לענות על אותם הצרכים המשתנים".

בספרו של E.H. FEILCHENFELD, THE INTERNATIONAL ECONOMIC LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION (NEW YORK, 1971) אומר המחבר המלומד (בתרגום לעברית):

"חוקי המדינה שנכבשה מעניקים בדרך כלל את הסמכות להפקיע רכוש פרטי אם נדרש הדבר ותמורת תשלום פיצויים. במשך כיבוש יכולות זכותו וחובתו של שלטון הכיבוש לקיים סדר ציבורי ובטחון לחייב הפקעה".

M. GREENSPAN, המחבר המלומד של הספר THE MODERN LAW OF LAND WARFARE (LOS ANGELES, 1959) AT 296 מזכיר את דעתו של E.H. FEILCHENFELD מתוך הסכמה ואף מצטט ביתר הרחבה את האסמכתאות. למעשה, ישנה תמימות דעים בגישת מלומדי המשפט הבינלאומי, אשר נתקבלה גם בבתי המשפט בארץ, לגבי הוראות סימן 43, וההבדל ביניהם אינו בעקרונות אלא בביסוס.

בית-משפט זה מפי השופט לנדוי (כתוארו אז) מיצה את הסוגיה בפסק-דינו [בג"צ 256/72](#) [2], בעמ' 138, כדלקמן:

"חובותיו וזכויותיו של שלטון צבאי מוגדרות על-פי צרכיו הצבאיים שלו עצמו מצד אחד, ומצד שני על-פי הצורך להבטיח ככל האפשר את חיי התקינים של האוכלוסיה המקומית (וראה [בג"צ 337/71](#), שם, בעמ' 582-581).  
בנתון לצרכים אלה חייב השלטון הצבאי לכבד את החוקים הקיימים ואת זכויותיהם הקנויות של התושבים בשטח שלטונו. ברוח זו מחייב אותו סעיף 43 של כללי האג' להבטיח ככל האפשר את הסדר והחיים של הציבור (L'ORDRE ET LA VIE PUBLICS), תוך כיבוד החוקים הנוהגים בשטח, אלא אם קיימת מניעה מוחלטת לכך",  
וסעיף 46 מחייב את השלטון הצבאי 'לכבד את הרכוש הפרטי'".

למעשה, אין ה"מניעה", הנזכרת בסיפא של סעיף 43, "מוחלטת" כלל ועיקר, והשאלה היא שאלה של עדיפויות ונוחיות דרכי הגשמת המטרה המפורשת ברישא, דהיינו "הבטחת

= 632 =

החיים הציבוריים", מונח, שמציע אני לפרשו כקיום משטר, השומר על זכויות האזרח ודואג לרווחתה המרבית של האוכלוסייה. אם הגשמת מטרה זו דורשת סטייה מחוקים קיימים, מותר, ואפילו חובה, לסטות מהם.

ניקח דוגמה מתוך העניין העומד לדיון לפנינו. הפקעת רכוש של אזרח אסורה, אלא לצורכי ציבור מוגדרים בחוק הדין בעניין ונגד פיצויים כמפורט באותו חוק.

חוק ירדני קובע כך, וחוק זה יש לכבד, אולם חוק זה מכיל גם הוראות, שהן בעלות ערך משני, כגון הדרך, שבה יש להביא לידיעת הבעלים של רכוש את כוונת השלטונות להפקיע. האם בפרסום בעיתון? האם בהודעה אישית? או אולי על-ידי הודעה למוכתר של הכפר, אשר חזקה עליו יעביר מיד את תוכנה למעוניינים? נראה כי בעניינים משניים אלה אין הממשל כבול ויכול הוא לבחור לשם ביצוע מטרת החוק בדרך הנאותה, הנראית לו כמעשית ויעילה בנסיבות האובייקטיביות, שנוצרו עקב עצם מצב הכיבוש, כגון, במקרה שלפנינו מצדיקים הקשיים לאיתור בעלי הנכסים לצורך משלוח הודעה אישית נקיטת אמצעים אחרים מאלה המפורטים בחוק המקומי להבאת ההודעה לידיעתם, אם אמצעים אלה מביאים לאותה מטרה.

כך מגיעים אנו לטענת העותרים, כי בצו הרכישה דבקו פגמים פרוצדוראליים, המחייבים את ביטולו, והעיקרי בין פגמים אלה הוא, כי לבעלי הקרקעות שנפגעו לא נמסרו הודעות על הרכישה. הטענה מבוססת על הוראות חוק הרכישה הירדני הנזכר לעיל.

חוק הרכישה הירדני תוקן על-ידי שלטונות צה"ל, והתיקונים הם מחויבי חילופי השלטון הריבוני. נעמוד כאן על אלה מתוכם, הדרושים לעניין בו אנו דנים. שני צווים של שלטונות צה"ל עוסקים בתיקונים אלה: [צו בדבר חוק הקרקעות \(רכישה לצרכי ציבור\) \(יהודה והשומרון\) \(מס' 321\)](#), תשכ"ט-1969, אשר החליף את קודמו - [צו בדבר תיקון חוק הקרקעות \(רכישה לצרכי ציבור\) \(יהודה והשומרון\) \(מס' 108\)](#), תשכ"ז-1967, וצו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (תיקון) (יהודה והשומרון) (מס' 949), תשמ"ב-1981.

צו 321 התלה את תחולתם של סעיפים 3(1) ו-5 של חוק הרכישה הירדני, הקובעים חובה של פרסום מודעה בעיתון הרשמי (הירדני) על הכוונה לבקש מהממשלה (הירדנית) החלטה על רכישת קרקע וצורך באישור המלך (הירדני) להחלטת הממשלה ופרסומה בעיתון הרשמי (הירדני) וכן חובה להגיש לפקיד הרישום (הירדני) רשימה של בעלי המקרקעין הנפגעים בצירוף העתקים מהחלטת הממשלה בדבר הרכישה כמספר בעלי הקרקעות שנפגעו.

סעיף 6 מחוק הרכישה הירדני מטיל חובה על פקיד הרישום (הירדני) למסור העתק מההחלטה לכל אחד מבעלי הקרקע שברשימה השמית, שיש להכינה לפי סעיף 5 הנ"ל, וסעיף זה הושאר על כנו לפי הצו מס' 321.

= 633 =

האמת היא, כי לאור ביטול סעיף 5 על-ידי צו מס' 321 מתרוקן סעיף 6 מכל משמעות מעשית. ואמנם, בא לאחר מכן הצו מס' 949 מיום 30.11.81 וביטל גם את סעיף 6, אולם גם לפני ביטולו כבר היה תלוש מהמציאות, אף אם לא מספר החוקים.

צו מס' 949 גם מכיל הוראות בדבר פרסום הודעה על החלטה לרכוש מקרקעין על-ידי הרשות המוסמכת. ההודעה תפורסם בקובץ המנשרים (יהודה ושומרון) (במקום העיתון הרשמי הירדני בחוק המקורי) ותימסר לבעלי הקרקע, ובמקרה של קשיים באיתורם או בזיהוים, למוכתרים, שבתחומם מצויה הקרקע.

בצו מס' 949 מצויה נוסף לכך הוראה, המאשררת תוקפה של כל החלטה קודמת על רכישה, דהיינו, כל החלטה שלפני תאריך צו מס' 949 "ובלבד שהודעה לבעלי הקרקע, בעלי זכות החזקה בקרקע או המוכתרים".

אמרנו כבר לעיל, כי המשיבים לא חסכו מאמצים כדי להודיע על כוונתם לבעלי הקרקעות המעוניינים, פשיטא שלא יכלו לעשות כן על-ידי פרסום בעיתון הרשמי הירדני, והבאת הכוונה לרכוש חזקה לידיעת המוכתרים הייתה בנסיבות העניין דרך יעילה ביותר, והא ראייה, שכל אלה שחפצו יכלו להגיש את עתירותיהם במירווח זמן, שאיפשר טיפול נאות על-ידי ערכאה זו, ואם איחרו, הרי זה מפני שלא נזדרזו או מסיבה אחרת, שאין לה קשר עם העדר ידיעה על הרכישה. מכל מקום, לא ייגרם לעותרים, בנסיבות העניין, שום עיוות דין, אפילו לא נתמלאו הדרישות למתן הודעה על דיוקן.

מן הראוי אולי לעמוד על נקודה נוספת בקשר לצו מס' 949. תאריך הוצאתו היה בין ישיבה אחת של בית-משפט זה בדיון בעתירה הנדונה כאן לבין הישיבה השנייה, והאישור של פעולות, שנעשו לפני הצו, הוא בעל תוקף רטרואקטיבי. חקיקה רטרואקטיבית אינה מתקבלת בעין יפה, במיוחד כאשר מדובר בחקיקה בה תלויות זכויות יסוד של אזרח. על-כן מן הראוי להדגיש, כי לא היה פסול בדרך בה הלכו המשיבים גם אלמלא הוראת האישור. אפילו אליבא אלה הגורסים, שכל שינוי בחוק הקיים (הירדני) אסור על-פי סימן 43 של אמנת האג, נראה, כי מוצדקות סטיות הכרחיות במישור סקונדארי במיוחד, כשמתבקשות הן המשינוי בסמכויות השלטון עקב הכיבוש, כגון הודעה על צו רכישה, שאינה באמצעות פרסום בעיתון רשמי

ירדני.

מתוך חומר הראיות עולה, כי המשיבים אמנם נקטו אמצעים סבירים להביא את דבר הרכישה לידיעת כל הנוגעים בעניין. אין לומר איפוא, כי דרך הרכישה הייתה בלתי חוקית אף אלמלא האישור שבצו מס' 949.

עתה עלינו לדון בשאלה העיקרית והיא, אם מטרת הרכישה היא מטרה כשרה בהתאם להוראות סימן 43 כפי שפורשו לעיל. השאלה היא, למעשה, עובדתית. "כביש" הוא מיתקן ניטרלי. שימושו יכול להיות מקור רווחה לתושבים ויכול גם לגרום להם נזק ולהיות למורת רוחם. לכאורה תועלתו מרובה לעוברי דרכים, אבל למעשה לכל אדם

= 634 =

ואדם, שאף אם בעצמו אינו מהלך או נוסע בו, הרי ייתכן שצרכיו מובלים אליו על אותו כביש. בכביש נוסף - תועלת נוספת. אבל לא תמיד כל המרבה הרי זה משובח, וכפי שאין אנו גורסים, שהמטרה מקדשת את האמצעים, כך מוכנים אנו גם לקבל, כי לעתים המטרה פוסלת את האמצעים. שאלה תתעורר, אם במקרה כמו זה שלפנינו של סלילת כביש ניתן להבחין ביותר ממטרה אחת זו כשרה, וזו פסולה לצורך העניין הנדון.

מעניין להביא זה מול זה שני פסקי-דין של בית-משפט זה: בג"צ 606/78, 610 [3] (להלן - עניין בית-אל) ובג"צ 390/79 [4] (להלן - עניין אלון-מורה). בשני המקרים מדובר ברכישת שטחים ביהודה ושומרון בדרך הפקעה למטרת התנחלויות יהודיות. והנה, בעניין בית-אל [3] התברר לפני בית המשפט, כי מטרת ההתנחלות היא משנית לצורכי הבטחון, שהיוו את המטרה העיקרית לרכישה, ועל-כן אושרה הרכישה, ואילו בעניין אלון מורה [4] הגיע בית המשפט למסקנה, כי צורכי ההתנחלות היוו את המטרה הראשונית, ומאחר שלא הייתה בכך הצדקה לנטילת רכוש פרטי, ציווה בית המשפט לבטל את הרכישה.

מ"מ הנשיא לנדי (כתוארו אז) אימץ בעניין אלון מורה [4], בעמ' 20, את המבחן דלקמן:

"מה היתה המטרה המכרעת (הדומיננטית) שלמענה הפעילו את הסמכות? אם הרשות מבקשת להשיג שתי מטרות או יותר, כאשר רק מטרה אחת מותרת, במפורש או מכללא, חוקיותו של המעשה נקבעת על פי התייחסות למטרה הדומיננטית".

מה העובדות והנסיבות, שנתבררו במקרה הנדון לפנינו?

המדובר בקטע של כביש אזורי מתוכנן בכיוון מערב - מזרח, הבא לחבר את כביש ראש העין - קלקיליה אל כביש קלקיליה - שכם בצורה של עקיפת העיר קלקיליה והכפר עזון. הכביש הזה הוא אחד מרשת הכבישים האזוריים, העוברים את יהודה ושומרון לאורכם ולרוחבם, שבחלקם כבר נסללו, ובחלקם הם בשלב תכנון. מטרת רשת כבישים זו היא להקל על זרימת התחבורה המנועית על-ידי הרחקתה מתוך ריכוזי אוכלוסיה. בהעמדת עורקי תחבורה חלופיים לתנועה מנועית יש משום ויסוטה. עקיפת ריכוזי אוכלוסיה פועלת למניעת עיכובים הכרחיים שבמעבר בתוך הישובים, וכך חוסכת זמן ואנרגיה, ואילו האוכלוסיה שבאותם ריכוזים מתברכת על שפטרמה מהפרעות של רעש, זיהום אוויר וסתימת רחובות אף באזורי מגורים.

יש להניח, כי רשויות הביטחון ושלטונות הצבא, אשר נטלו על עצמם את משימת התכנון והביצוע של רשת כבישים זו, שעלויה מגיעה לסכומים אדירים, לא עשו זאת מטעמים של הקלה על התחבורה האזרחית ואקולוגיה גרידא, וכי שיקול ראשוני לגביהם

= 635 =

היה היבט הצבאי. אם חס ושלום תפרוץ מלחמה, ויהיה צורך בהעברת גייסות לאורך ולרוחב ביהודה ושומרון, עלולה תנועתם להתארך, הן מחמת שהכבישים המצויים עתה צרים, מתפתלים וארוכים, הן מחמת התנועה המנועית האזרחית הרגילה, העולה לסתום אותם לגמרי או להאט את התנועה בהם. כבישים אלטרנאטיביים רחבים, ישירים וקצרים יותר (אחרי ביטול הפיתולים), אשר לא יעברו בתוך יישובים, הם בעתות מלחמה נכס אסטרטגי בעל חשיבות ראשונית.

שיקול צבאי נוסף ואף הוא מדרגת חשיבות רבה הוא המצב בעתות רגיעה. לא אחת קורה, כי אוכלוסיה עוינת מתנכלת לתנועת אנשי צבא (וגם לתנועה של אזרחים בלתי רצויים מבחינתה), העוברת בתוך מקומות יישוב או בסמוך אליהם. העברת התנועה למקומות אחרים רחוקים מ"הבית" של תוקפים פוטנציאליים תפחית את מספר ההתנכלויות, האבידות בפנש והנזקים.

שיקול זה הוא מעורב, צבאי, במידה שיש בו כדי למנוע אבידות מהצבא, וביטחוני, במידה שהוא מונע מאזרחים שלווים פגיעות ונזקים עקב פעולות של מרדף, חיפושים, עוצר וכדומה, פעולות הכרחיות אחרי פגיעה עוינת בכוחות הצבא או באזרחים שלווים.

אמנם, חלק מתוואי הכביש נושא העתירה עובר לא הרחק מ"ראס", שהינו קצה השטח המיועד להקמת יישוב יהודי בשם



"צוותא" (קרני שומרון ג'), ואותו חלק - עם היותו קטע מן הכביש האזורי הממשיך מזרחה - מיועד ליצור גישה ממערב אל היישוב "צוותא". יחד עם זאת מביא הוא לקיצור ולשיפור של הדרך אל הכפר חבלה ואל מספר כפרים יותר קטנים שבסביבתו. לא הייתה התנגדות לביצוע הרכישה וסלילת הכביש מצד תושבי כפר חבלה והסביבה שבשטחם הוא עובר, אולי מפני שמעדיפים הם את היתרונות הרבים שהוא טומן עבורם. העותרים הם, כאמור, תושבי קלקיליה ולא תושבי חבלה.

תוואי הכביש הנדון, העוקף את הכפר עזון והעיר קלקיליה, תוכנן במשך שנים. רואים אנחנו ממכתב מפורש מיום 9.4.79 (מוצג דס/1) של תה"ל, מהנדסים, יועצים שעסקו בתכנון רשת הכבישים, מכתב הבא בעקבות דו"ח ראשוני ומכתב קודם מיום 29.3.79, ומהמפות, שהוגשו לשם המחשת הדברים, כי עובר לאפריל 1979 הוצע לא פחות מחמישה תוואים אלטרנטיביים של הכביש הנדון, ולגבי כל אחד מהם נערכו חישובי עלות ונשקלו שיקולים של התאמה מבחינת אורך הכביש ומסלולו והשתלבותו ברשת הכבישים המתוכננת לאזור כולו אגב תשומת לב ליישובים שהוא עוקף וליישובים שהוא משרת.

המסקנה העולה מכל האמור היא, כי שיקולים צבאיים וביטחוניים היו השיקולים הדומיננטיים בבחירת התוואי הנדון, ולפיכך אין פסול בו מטעמים של המשפט הבינלאומי. השיקול, כי תצמח ממנו תועלת גם להתיישבות העתידית "צוותא", היא טפל ומשני. אמנם, אם תקום התיישבות כזאת, היא תינהג מהכבישים, אך לא פחות ממנה ייהנו גם תושבי הכפרים הקיימים, חבלה ובנותיה. למעשה, כל יתרון לאוכלוסיה אזרחית, ערבית

= 636 =

ויהודית, מסלילת הכביש הנדון לא יהיה אלא תוצר לוואי מתכניות אסטרטגיות צבאיות, תוצר לוואי ולא המטרה.

באת-כוח העותרים הביעה גם דאגה מכך, שבעקבות סלילת הכביש המתוכנן התעורר הצורך בעקירת מספר עצי פרי הדר. ניסינו תוך כדי מהלך הדיון לברר עם באי-כוח המשיבים בנוכחות צוות המומחים שנתלווה אליהם, אם ניתן לבחור בתוואי אלטרנטיבי, אשר ימנע צורך זה, והבנו, כי אין הדבר מעשי בניסיונות העניין, וחבל. אולי בלי משיע עוררה הפרקליטה המלומדת של העותרים טענה בתחום המשפט הבינלאומי העברי הקדום. אמנם, קיים בו עיקרון, האוסר השחתת עצי פרי במהלך מצור על עיר בזמן מלחמה (ולא כל שכן בזמני רגיעה). ומקורו הוא בספר דברים, כ, יט [א]:

"כי תצור אל עיר ימים רבים להלחם עליה לתפשה לא תשחית את עצה לנדוח עליו גרזן כי ממנו תאכל ואותו לא תכרות כי האדם עץ השדה..."

והטעם למצווה זו:

"שנמנענו מלכרות האילנות כשנצור על עיר כדי להצר לאנשי העיר ולהכאיב לבותם..." (ספר החינוך (מהדורת שעוועול), מצווה תקל [ב]).

והרמב"ם, מלכים, ו, ח-ז [ג], מרחיב ואומר:

"כשצריך על עיר לתפשה... אין קוצצין אילני מאכל... ואין מונעין מהם אמת המים כדי שייבשו..."

אבל, כפי שמבאר הרמב"ם (שם), לא אסרה תורה אלא דרך השחתתם סתם, ומותר לקצוץ, אם יש בקציצה תועלת מרובה מזו שבהשאת האילנות במקומם, כגון כאשר מזיקים אילנות אלה לאחרים וכדומה.

במקרה שלפנינו גוברים שיקולים צבאיים כבדי משקל על צרכים אזרחיים, וההכרח לא יגונה, וכאמור, הוצע מיד עם ההפקעה לכל מי שנפגע ממנה תשלום שיהווה פיצוי מלא על נזקו. לא היה כל עיוות במסירת ההודעות למעוניינים. למעשה, כל אחד מהם ידע על כוונת המשיבים להפקיע מנכסיו במועד שהותר לו אפשרות לנקוט צעדים חוקיים להתנגד להפקעה. ההפקעה עצמה אינה נוגדת את החוק הבינלאומי.

אני מציע איפוא לבטל את הצו-על-תנאי שניתן.

הנשיא מ' לנדוי: אני מסכים.

השופט יהודה כהן: אני מסכים.

הוחלט לבטל את הצו-על-תנאי ולדחות את העתירה. על העותרים (להוציא העותרים 10 ו-12), סולידרית, לשלם למשיבים הוצאות בעתירה זו, בסכום כולל של 10,000 שקל.