

רות גביזון
אסנת גריידי שורץ

תומר רקע לדיון בסוגיית ההסדרה החוקתית

של נושאי מקרקעין והתיישבות

חומר רקע לדיון בסוגיית ההסדרה החוקתית של נושאי מקרקעין והתיישבות

מאת
רות גביון, אסנת גריידי שורץ

הקדמה

שער ראשון: מבוא

שער שני: בעלות במקרקעין, החזקות, תכנון ונגזרותיהם החברתיות והפוליטיות

תקציר מנהלים לשער השני

פרק א: בעלות במקרקעין, שליטה דה-פקטו, ומאפיינים מרחביים

- א.1. הקדמה
- א.2. בעלות במקרקעין
 - א.2.1. מקרקעין בבעלות פרטית
 - א.2.2. מקרקעי ישראל ומינהל מקרקעי ישראל – כללי
 - א.2.2.1. מקרקעי המדינה
 - א.2.2.2. מקרקעי רשות הפיתוח
 - א.2.2.3. מקרקעי הקרן הקיימת לישראל
 - א.2.3. הערה לסיכום – המלצות ועדת גדיש
- א.3. חלוקת המרחב: רשויות מוניציפליות – מאפיינים ובחינה השוואתית
 - א.3.1. רשויות מקומיות בישראל: ערים, מועצות מקומיות ומועצות אזוריות
 - א.3.2. השוואה בין רשויות מקומיות יהודיות וערביות – מספר פרמטרים
 - א.3.3. סיכום הנתונים והמסקנות
- א.4. היחס בין בעלות על קרקעות לבין שימושיהן ברשויות המקומיות

פרק ב: תכנון ובניה

- ב.1. הקדמה
- ב.2. מטרת חוקי התכנון
- ב.3. תוכניות המיתאר
- ב.4. מוסדות התכנון
 - ב.4.1. ייצוג האוכלוסיה המקומיות במוסדות התכנון
- ב.5. כלים למימוש ייעודי הקרקעות, כפי שהותוו בתכניות המיתאר ובהחלטות הגופים המוסמכים
 - ב.5.1. סמכות ההפקעה
 - ב.5.2. רפרצלציה
 - ב.5.3. רכישת מקרקעין
 - ב.5.4. הכרזה על קרקע חקלאית והפשרתה לשימושים לא חקלאיים
 - ב.5.5. הקצאת מקרקעי ישראל
- ב.6. הקמת יישובים חדשים
- ב.7. בניה בלתי חוקית
 - ב.7.1. נתונים
 - ב.7.2. הגורמים לבניה הבלתי חוקית
 - ב.7.2.1. הגורמים למצוקת המגורים במגזר הערבי
 - ב.7.3. לסיכום – המלצות ועדת גזית ותמ"א 35
- ב.8. סיכום

פרק ג: על הפרדה ושוויון בהתיישבות ובהקצאת מקרקעי ישראל למגורים

- ג.1. הקדמה
- ג.2. התמודדות הפסיקה עם שאלת הקצאת הקרקעות על ידי המדינה
 - ג.2.1. עד פסק-דין קעדאן: בורקאן, אביטן וככל
 - ג.2.2. עניין קעדאן
 - ג.2.3. מפסק דין-דין קעדאן ואילך: עמותת עם חופשי ועניין בלומנטל
 - ג.2.4. סיכום ביניים
- ג.3. האם התחשבות בזהות קהילתית בתחום דפוסי מגורים מהווה תמיד הפליה פסולה?
 - ג.3.1. הקדמה
 - ג.3.2. דרישה להתיישבות נפרדת מצד קבוצות מיעוט
 - ג.3.2.1. הבסיס להכרה בזכויות קבוצתיות
 - ג.3.2.2. הקצאות נפרדות – רק למיעוט ורק ביוזמת המיעוט? – רציונאליים
 - ג.3.3. דרישה להתיישבות נפרדת מצד קבוצת הרוב
 - ג.3.4. גבולות המשפט בשינוי מציאות חברתית
 - ג.3.4.1. המציאות בארה"ב ובישראל: קשיים וכשלונות של השילוב הכפוי
 - ג.3.4.2. ההסברים לקשיים ולכשלונות של השילוב הכפוי

פרק ד: השלכות מלחמה וסכסוך על היבטים מרחביים

- ד.1. הקדמה
- ד.2. "חשבונות העבר" – ניתוח ביקורתי
 - ד.2.1.
 - ד.2.2.
 - ד.2.3.
- ד.3. הערכת משטר הקרקעות בישראל על רקע הסכסוך ומלחמת העצמאות במבט משווה

שער שלישי: היבטים חוקתיים הקשורים בסוגיות של מקרקעין והתיישבות

- א. טענות היסטוריות והיהודיות של המדינה
- ב. שוויון: זכות פרט או זכות קולקטיבית?
- ג. ביטוי טריטוריאלי לחיים קהילתיים?
- ד. סוף דבר

הקדמה

בחומר הכלול בקובץ הזה שלושה שערים. בשער הראשון ניתן מעין מבוא כללי. השער השני, העיקרי, הוא חומר רקע לדיון שנכתב בידי אסנת גריידי שורץ (בהנחיית פרופסור גביון). השער השלישי הוא קווים לדיון בשאלת ההסדרה החוקתית (אם תהיה כזאת) של סוגיית המקרקעין וההתיישבות כחלק מפרק העקרונות בחוקה.

מרבית החומר המוגש בשער השני אינו נוגע לשאלת ההסדרה החוקתית, והוא מפורט מאד. בשל אורכו הוספנו לשער זה תקציר מנהלים לנוחות הקורא. חלק מעבודת איסוף הנתונים עצמה היתה קשה, שכן הנתונים אינם תמיד זמינים, ויש סתירות בין נתונים ממקורות שונים. בחרנו להביא סקירה מפורטת ככל האפשר על מנת להדגיש כי הסוגיות הללו דורשות טיפול מפורט ודחוף – גם אם עיקרו אינו יכול ואינו צריך להיעשות ברמה החוקתית. בנוסף לכך, אי אפשר להבין את ההיבטים החוקתיים בלי שיש היכרות טובה עם נתוני הרקע המפורטים יותר בנושא זה.

שער ראשון: מבוא

הקשר של כל תושבי הארץ לאדמה הוא עמוק ובעל משמעות סמלית. השליטה בקרקע מהווה לכן סימן ההיכר החשוב ביותר לשייכות ולבעלות על האדמה ועל הארץ. אין זה פלא כי הנושא הזה הוא אחד מן הנושאים הטעונים ביותר בישראל לאורך כל ההיסטוריה שלה. הויכוח בין יהודים ובין ערבים נעשה עדיין, במידה רבה, בשאלה: של מי הארץ הזאת? לנושא זה חשיבות רבה גם בהכרזה (שלא אומצה) על זכויות עמים ילידיים. הבעיה אינה קיימת רק בישראל, ובעיית הלגיטימיות של הזכות לקרקע היא מרכיב מרכזי בסכסוכים לאומיים ואתניים בעולם.

בעניין זה יש לציין את העובדה כי הערבים מדגישים את היותם מיעוט ילידי ובכך מדגישים כי לדעתם היהודים אינם קבוצה כזאת. בסכסוכים אתניים של שתי קבוצות מולדת, העובדה הזאת איננה בדרך כלל חלק מן הדיון. ברקע המחלוקת עומדת הטענה של חלקים בציבור הערבי כי כל הארץ, או לפחות החלק השיורי של הארץ למעט מה שנרכש על ידי יהודים "כדין", היא שלהם. מולה עומדת הטענה של חלקים בציבור היהודי כי מכוח זכויות היסטוריות ומשפט בינלאומי כל ארץ ישראל היא מולדתו של העם היהודי.

למחלוקות אלה יש גם מימדים דתיים.

בנוסף, הקרקע היא גם המשאב החסר ביותר במדינה. ישראל היא מדינה קטנה וצפופה, ויש בה גידול ניכר של האוכלוסייה, הנובע הן מריבוי טבעי גבוה יחסית לארצות המערב והן מהגירה.

על כל נתוני הקרקע האלה אין זה מפתיע כי ישנו ויכוח היסטורי, שהוא חלק מן הסכסוך הלאומי הבלתי פתור, על חלקים ניכרים מן הטריטוריה של המדינה שנטען כי הם שייכים לערבים – נוכחים או נפקדים – וכי הצדק מחייב השבתם או לפחות פיצוי בגינם. בנוסף יש טענות לגבי מידת הצדק החלוקתי הננקט או צריך להינקט בהקצאות עכשוויות של קרקע בישראל וזאת הן בין יהודים וערבים והן בין יהודים ובין עצמם.

כ- 93% מקרקעות המדינה מוגדרים כ"מקרקעי ישראל" וכוללים קרקעות בבעלות המדינה (כ- 69%), בבעלות רשות הפיתוח (כ-12%) ובבעלות קק"ל (כ-12%). כל מקרקעי ישראל מנוהלים על ידי מנהל מקרקעי ישראל (ממ"י). מקרקעי קק"ל מנוהלים על ידי ממ"י בהסתמך על אמנה לפיה מתחייב ממ"י לכבד את תקנות קק"ל לפיהן היא רוכשת אדמות לצורך התיישבות יהודים בארץ ישראל. העיקרון הוא כי אין להעביר בעלות במקרקעי ישראל. קרקעות מוקצות על ידי המינהל לשימושים שונים, והמינהל שולט על שינוי השימושים (למשל, שינוי ייעוד של קרקעות מקרקע חקלאית לקרקע לבנייה). מתוך 7% הקרקעות שהן בבעלות פרטית, מחצית מוחזקים על ידי ערבים ומחצית בידי יהודים.

עיקר הקרקעות של **רשות הפיתוח** הן מכוח חוק נכסי נפקדים (חנ"ג) וחוק רכישת מקרקעין (חר"ם) והן קרקעות של ערבים. שני החוקים האלה שימשו כלים לקונסולידיציה של השליטה של המדינה בקרקע לאחר מלחמת 1947-49 והם אינם פעילים כיום. לגבי רוב הקרקעות שנתפשו על פי חוקים אלה לא שולמו פיצויים, למרות שהחוקים עצמם קובעים מנגנונים של שחרור או פיצוי, אולם בחלק מן המקרים שולמו פיצויים או ניתנה אדמה חלופית. (חלקית, חוסר תשלום הפיצויים נובע מחוסר נכונות של ערבים "לסגור" את נושא הזכויות במקרקעין על פי החוקים האלה).

קרקעות של **הקק"ל** מורכבים מקרקע שנרכשה על ידיה לפני קום המדינה (כ-40%), מקרקע שנמכרה לה על ידי המדינה בשנים הראשונות להקמתה (עסקת מיליון הדונם), ומקרקע שנרכשה מאז הקמת המדינה בדרכים אחרות.

קרקעות **המדינה** כוללות את הקרקעות שהיו של שלטון המנדט, קרקע שנרשמה על שמה על פי משטר המקרקעין והרישום שהונהג על ידיה, וכן קרקע שנקנתה על ידי המדינה או הופקעה על ידיה.

לאחר הקמת המדינה גובשה שליטה של המדינה על כל שטחה. שליטה זו כללה תפישה הקרקעות של היישובים שננטשו והופקעו או נרשמו על ידי המדינה וחלק מן הקרקעות המרוחקים יותר מן היישובים הערבים שנתרו. בנוסף לקרקעות של הנפקדים שהפכו פליטים נתפשו גם קרקעות של "נפקדים נוכחים", החיים בישראל. אלה עברו ברובם להתגורר ביישובים ערבים אחרים, אולם איבדו את כל או חלק מהקרקע המשפחתית והיישובית שלהם. משפחות אלה סובלות ממצוקת קרקעות גדולה במיוחד.

בנייה והתיישבות נעשים מכוח פעולה משולבת של המינהל ומוסדות אחרים, על פי תכניות מתאר ארציות, מחוזיות ומקומיות, המוכנות על פי חוק התכנון והבנייה. בעשור האחרון התערב בית המשפט לא מעט בעניינים הנוגעים למקרקעין. הוא חייב את המדינה לכלול ערבים במועצת ממ"י ובמוסדות התכנון. בעניין **קעדאן** הוא קבע כי הקצאות מקרקעין חייבות להיות שוויוניות. הוא שאיר בצריך עיון את השאלה מתי ניתן להצדיק חריגים מן הכלל שאין להדיר אדם ממקום בשל השתייכותו הלאומית, והוא קבע כי מועצת המינהל חייבת לקחת בחשבון שיקולים של **צדק חלוקתי** בהחלטותיה לגבי שינויי ייעוד וחלוקת התמורה בגינם למחזיקים באדמות המנוהלות על ידי המינהל. עתירות התוקפות את העובדה כי המינהל מנהל את קרקעות קק"ל ואינו מאפשר ללא יהודים לרכוש בהן זכויות תלויות ועומדות בכג"צ. לעומת זאת, כג"צ לא התערב בעמדת המדינה לפיה אין להשיב את עקורי אקרית ובירעם לכפריהם.

עקרון הבעלות הציבורית על "מקרקעי ישראל" מעוגן כבר היום בחוק יסוד. יש להדגיש כי החוק אוסר העברת הבעלות אך מאפשר העברת זכויות אחרות במקרקעין, וכי במקרים רבים החכרת מקרקעין לזמן ארוך, בייחוד עבור מגורים, כמוה כבעלות מבחינת היציבות. עקרון הבעלות הציבורית כשלעצמו אינו מבחין בין זהויות של בעלי הזכויות במקרקעין. יש לציין, יחד עם זאת, כי ממש לאחרונה הוגש לממשלה דו"ח של וועדת גדיש הממליצה לבטל את העיקרון כי מרבית הקרקע בישראל מוחזקת בבעלות המדינה. לפי הצעה זו, תועברנה קרקעות המדינה הנמצאות בהסכמי חכירה לזמן ארוך לבעלותם של בעלי הזכויות בהם. נראה כי שינויים אלה, אם יתממשו, יביאו גם לשינוי יסודי במעמדה של קק"ל בתוך ממ"י.

השאלה היא מה מכל זה, אם בכלל, צריך להיות מוסדר בחוקה. בדרך כלל, חוקות אינן כוללות דיון בנושאי קרקע, בעלות בה ושימושי קרקע. אלה נושאים המסורים לסמכות החוק וברוב המקרים גם לסמכויות של שלטון מדינתי או אזורי. בחלק גדול ממדינות העולם, רוב שטח המדינה נמצא בבעלות פרטית. ההסדרים החוקתיים החלים על בעלות חלים גם על בעלות בקרקע. בחוקה האמריקאית יש סעיף חוקתי הנוגע להפקעות לצורכי ציבור וקובע עיקרון חוקתי של חובת פיצוי (לא רק לגבי קרקע).

השאלה חשובה בישראל בעיקר בגלל ההיסטוריה והסכסוך הבלתי פתור לגבי מהותה וזהותה של הארץ, כמו גם העובדה כי הקמת המדינה הייתה תוצאה של מלחמה שגרמה לעקירה רבתי ולתפישה על ידי המדינה של חלק ניכר משטחה, שחלקו היה מעובד בידי התושבים הערבים. בנוסף לטענות לשיבה ולהשבה של הנכסים האלה, ישנן גם טענות לגבי חוסר שוויוניות בהקצאות בהווה הנובעות מאי שוויוניות בתכנון ובפיתוח הארץ כך שאלה נעשות בלעדית לטובת היהודים, על חשבון תושבי הארץ הילידיים.

סכסוכי קרקעות היסטוריים כאלה קיימים גם במדינות אחרות, אולם ברובן התגבשות הבעלות העכשווית היא עניין שקרה לפני תקופה ארוכה יותר מאשר 60 שנה, ובדרך כלל השבת המצב לקדמותו שם כבר אינה נתפשת כמעשית. גם אין במדינות אלה סכסוך לאומי בלתי פתור שהוא בין השאר ובמידה לא מעטה סכסוך על שליטה בקרקע ועל הזכות לשליטה כזאת. בישראל, טענות ושאיות בנושא זה הן עדיין נושא מרכזי וחי.

חשוב להבהיר כי מבחינת המשפט הישראלי כפי שהוא אין לטענות אלה בסיס, וכי המשפט הבינלאומי אינו נוהג להתערב בחוקי מדינות בנושאים כאלה. הסוגיה היא לכן בעיקרה, לפחות בשלב זה, פוליטית-אידיאולוגית ולא משפטית. בנושא זה יש משמעות חשובה לשאלת זכות השיבה. הזכות כוללת לא רק זכות לפליטים ולצאצאיהם לחזור לבתיהם, אלא גם לקבל לידיהם את הבעלות בנכסים שעזבו כאן. מימוש זכות זו יכניס מהפכה של ממש במציאות הקרקעית במדינת

ישראל. לכן חשוב להיזהר כאשר עוסקים בנושא זה ולא לתת בסיס לטענה כי ישראל עצמה מקבלת על עצמה חובות משפטיות בנושא ביטול המצב המשפטי הקיים כיום בנוגע לזכויות במקרקעין.

לעומת זאת, טענות לגבי חוסר שוויוניות בהקצאת קרקעות ומשאבים אחרים בהווה, כמו גם טענות לגבי מדיניות של התיישבות ופיתוח, מועלות בפועל במסגרת המשפטית וכאמור מובאות אף לבתי המשפט והן נושאים לדיונים בכנסת. לא ברור כי צריך או ניתן להתייחס לבעיות אלה ברמת החוקה, אולם אלה הן שאלות מרכזיות בהווה הישראלית, וגם בהעדר חקיקה בכנסת יש להם היבטים משפטיים המחייבים לימוד והכרעה. הדיון החוקתי עולה בעיקר בשל העובדה כי אם במגילת הזכויות בחוקה תיכלל – כצפוי – זכות לשוויון או לפחות זכות לאי הפליה – וזכות כזו תפורש כמחייבת "עיוורון לאומים" בהקצאות במקרקעין ובדפוסי הקבלה ליישובים קטנים (אלא אם כן הם יישובי קבוצת מיעוט בעלת אורח חיים ייחודי), ייתכן כי הדבר עלול לסכל את האפשרות להמשיך להקים יישובים על בסיס קהילתי לאומי. בעוד שהרצון לשמר את האפשרות להקים יישובים קהילתיים הוא נייטרלי ולכן עשוי להתיישב עם שוויון, ואף עם זכויות אדם, במצב בפועל בישראל סביר להניח כי קהילתיות תתבטא בעיקר ברצון של קהילות יהודיות למנוע הפיכתן לדו לאומיות על ידי כניסה בהיקף גדול של ערבים (או ברצונן של קהילות חילוניות למנוע כניסה מסיבית של חרדים העשויה לשנות את אופי השכונה).

שער שני: בעלות במקרקעין, החזקות, תכנון ונגזרותיהם החברתיות והפוליטיות

תקציר מנהלים

משטר המקרקעין הישראלי

1. בישראל קיימות שתי צורות מרכזיות של בעלות על הקרקע – בעלות פרטית, ובעלות ציבורית. (בעלות ציבורית נחלקת לבעלות של המדינה ולבעלות של קק"ל). כמו כן קיימים מקרקעין לא מוסדרים, אשר הבעלות בהם טרם הוכרעה, אולם היקפם זניח.
2. כ- 7% מן הקרקעות המוסדרות בישראל הן בבעלות פרטית של יהודים וערבים. מבין הקרקעות בבעלות פרטית- מחצית (היינו – 3.5%) בבעלות ערבית, והמחצית השניה – בבעלות יהודית. (רק כ-20% מהאוכלוסייה בישראל היא ערבית).
3. יתר הקרקעות המוסדרות – היינו, 93% מן הקרקע בישראל – מצויות בבעלות ציבורית ונקראות "מקרקעי ישראל". מקרקעי ישראל מצויים בבעלות המדינה (69%), רשות הפיתוח (12%) והקרן הקיימת לישראל (12%). חוק יסוד: מקרקעי ישראל אוסר העברת בעלות במקרקעין אלה, והשימוש בהם על ידי פרטים נעשה במסגרת חכירה בלבד.
- 3.1. מקרקעי המדינה כוללים את קרקעות שלטון המנדט וכן קרקע שנקנתה או הופקעה על ידה.
- 3.2. מקרקעי רשות הפיתוח כוללים מקרקעין שהופקעו / הוחזרו על ידי חוק נכסי נפקדים וחוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים). חלקם הגדול היה בבעלות ערבית (פרטית או ציבורית).
- 3.3. מקרקעי קק"ל כוללים מקרקעין שרכשה באופן פרטי לפני קום המדינה וכן מקרקעין שנרכשו מהמדינה ומגורמים אחרים לאחר הקמתה. על פי תקנון הקק"ל היא מחזיקה במקרקעין לטובת העם היהודי וכנאמן שלו. המדינה התחייבה לכבד עיקרון זה לגבי קרקעות הקק"ל.
4. המלצות ועדת גדיש לגבי הפרטת הבעלויות במקרקעי ישראל שהוחכרו לשימושים פרטיים, עשויות להביא לשינוי משמעותי בתחום זה, ולהצריך את שינוי/ביטול חוק יסוד: מקרקעי ישראל.

שליטה במקרקעין דה-פקטו, מאפיינים מרחביים, ונתונים סטטיסטיים:

1. אין לעצם הבעלות הציבורית על הקרקע השלכה ישירה על חלוקת המרחב הקרקעי בין המגזרים השונים, אשר השליטה דה-פקטו בהם נעשית על ידי השלטון המקומי – יהודי וערבי.
2. שלטון מקומי מורכב משלושה סוגים של רשויות מוניציפליות – עירייה, מועצה מקומית ומועצה אזורית. במועצות האזוריות נכללים מספר יישובים שאינם מהווים רשות מוניציפלית עצמאית.
3. שטח המועצות האזוריות בישראל מהווה מעל 80% משטח המדינה, בעוד שכמות האוכלוסיה בו מהווה רק כ- 8% מתושבי המדינה. רק כ-3% מתושבי המועצות האזוריות הם ערבים. הרוב המכריע של שטחיהן אינו מיושב ואינו מיועד לפיתוח יישובי. לכן, כדי לקבל תמונה אמינה, השוואת נתוני הרשויות המקומיות מתמקדת בערים ובמועצות המקומיות, המהוות את מוקדי היישוב העיקריים בשני המגזרים.
4. בטבלאות המפורטות בגוף העבודה מופיעים נתונים מרחביים רבים. להלן הנתונים העקרוניים:
 - 4.1. שטחי הרשויות המוניציפליות:
 - 4.1.1. מבחינת סך שטחי המועצות המקומיות והערים (לא כולל מועצות אזוריות) מתקיים חוסר שוויון לטובת האוכלוסייה הלא-יהודית.
 - 4.1.2. מבחינת שטחי המועצות האזוריות מתקיים חוסר שוויון דרסטי לטובת האוכלוסייה היהודית. עם זאת, חוסר שוויון זה זניח, שכן חלק קטן מאד מן האוכלוסייה מתגורר בהן.
 - 4.2. רמת עיור: מעל 87% מהיהודים חיים בערים, לעומת 34% במגזר הלא יהודי.
 - 4.3. צפיפות:
 - 4.3.1. ככלל, ערים יהודיות צפופות כמעט פי שתיים מערים לא יהודיות. לעומת זאת, מועצות מקומיות לא יהודיות צפופות ממקבילותיהן היהודיות. הסיבה להבדלים אלה היא, ככל

- הנראה, שוני מהותי בין עיר ומועצה מקומית יהודיים, אשר מיטשטש מאד ביישובים לא יהודיים הנטולי אופי "כפרי" או "עירוני" מובהק.
- 4.3.2 צפיפות נפשות לחדר גבוהה באופן משמעותי במגזר הערבי מאשר במגזר היהודי. הדבר נובע בין השאר מהפער ברמת העיור ובשוני בין המגזרים בנכונות לגור בבניה רוויה.
- 4.4 שימושי קרקעות:
- 4.4.1 אין הבדלים משמעותיים באחוזי הקרקע המשמשים לבניה ביישובי המגזרים השונים.
- 4.4.2 קיימים הבדלים משמעותיים באחוזי הקרקע המשמשים למטרות אחרות, באופן שמלמד על אי-שוויון כלכלי ואי שוויון באיכות חיים **לרעת האוכלוסיה הלא יהודית**:
- 4.4.3 הרוב המכריע של הקרקעות ביישובים הערביים הוא בידיים פרטיות, כך שהמדינה מוגבלת ביכולתה להשפיע על שימושי המקרקעין שם. מאידך, היא עשויה להשפיע עליהם במידת-מה באמצעות חוקי התכנון, אשר חלים על כלל הקרקעות במדינה.
5. **סיכום ביניים**: אי השוויון בצפיפות וברמת גישה למקרקעין בין המגזר היהודי למגזר הערבי איננו תוצאה של שליטה דיפרנציאלית שונה בקרקע יחסית לגודל המגזר, אלא בשילוב של גורמים היסטוריים, קנייניים, תרבותיים. טיפול באי שוויון זה מחייב לכן תשומת לב מפורטת למכלול הגורמים הרלוונטיים.

תכנון ובניה

1. חוקי התכנון והבניה מופעלים בעיקר באמצעות **תכניות המיתאר הארציות (תמ"א)**, המחוזיות (תמ"מ) והמקומיות. אלה מוכנות בהתאמה על ידי שלושת **גופי התכנון המרכזיים** – המועצה הארצית לתכנון ובניה, ועדות התכנון המחוזיות וועדות התכנון המקומיות.
2. קיים **תת-ייצוג של האוכלוסיה הערבית** בוועדות התכנון השונות. לאחרונה נעשו מינויים לתיקון מצב זה, אף כי רחוקה הדרך מייצוג יחסי הולם של האוכלוסיה הערבית בוועדות. ברמה המקומית נוצרת לעתים מתיחות רבה בין הגורמים המתכננים לבין האוכלוסיה המקומית, אשר מקשה על השלמת תכניות מיתאר מקומיות ויישומן. ליישובים ערביים מרכזיים אין תכנית מיתאר עד היום.
3. **היעדר תכניות מיתאר** מגביל את היכולת להשפיע על שימושי הקרקע ברשויות המקומיות הערביות הנ"ל, באופן שפוגע ברווחת האוכלוסיה בהן (ראה לעיל ניתוח טבלאות מאפיינים מרחביים). מעבר לכך, הדבר מהווה אחד הגורמים לבניה הבלתי חוקית במיגזר זה.
4. בידי המדינה כלים שבאמצעותם היא יכולה לממש את ייעודי הקרקעות שנקבעו בתכניות המיתאר, ובכך לעצב את המרחב שבתחומן. בין אלה כלולים סמכות ההפקעה, רפרצליציה, רכישת מקרקעין מבעליהם הפרטיים, הכרזה על קרקע חקלאית והפשרתה לשימושים לא חקלאיים, וכן הקצאת מקרקעי ישראל לצרכי ציבור, לרבות עיבוי, הרחבה ושיפור של יישובים קיימים, וכן לצורך הקמת יישובים חדשים.
5. כל **הקמה של יישוב חדש** כרוכה בהקצאת קרקעות לשם כך מאת המדינה. החלטה על הקמת יישוב נעשית על ידי הממשלה, ומבוצעת בד"כ על ידי משרד הבינוי והשיכון, ממ"י או הסוכנות היהודית. על פניו נראה, שמרבית ההחלטות על הקמת יישובים חדשים הןן פוליטיות-לאומיות. מאז קום המדינה הוקמו בישראל כ-600 יישובים יהודיים לעומת מספר זעום של יישובים ערביים בודדים.
6. כל עבודה בקרקע טעונה היתר מפורט מאת מוסדות התכנון. קיימת תופעה של **בניה בלתי חוקית** הן במגזר היהודי והן במגזר הערבי, אף כי מאפייניה משתנים ממגזר למגזר. במיגזר היהודי עיקר הבניה הבלתי חוקית נעשית בקרקעות חקלאיות לשם ניצולן לצרכים מסחריים אחרים. במיגזר הערבי בניה בלתי חוקית נעשית בעיקר בתחומי היישובים בשל מצוקת מגורים שם (להלן). היעדר אכיפה של חוקי התכנון והבניה, וכן היעדר ענישה מרתיעה בגין בניה בלתי חוקית מסייעים לשימור התופעה.
7. ניתן למנות שלוש סיבות מרכזיות **למצוקת המגורים במגזר הערבי**: (א) היעדר תכניות מיתאר או קיומן של תכניות מיתאר שלא מתאימות לאופי ולצרכי האוכלוסיה; (ב) היעדר שוק קרקעות משוכלל בתחום המותר לבניה ביישובים ערביים וריכוזיות הבעלות בקרקעות בידי "חמולות" מעטות; (ג) נכונות מוגבלת במיגזר הערבי למגורים בבניה לגובה/ בניה רוויה.
8. **ועדת גזית ותמ"א 35** אשר עומדת כיום לאישור הממשלה נדרשו לבעיות אלה, והציעו מספר פתרונות, כגון הגברת מערך וקצב הכנת תכניות מיתאר מקומיות, שיתוף התושבים בהליך התכנוני, הדרכות והסברות לקהל הרחב, עידוד יצירת שוק מקרקעין במיגזר הערבי באמצעים פיסקליים ואחרים ועוד. קיימת ביקורת הטוענת כי לא רק שתמ"א 35 אינה מיטיבה עם ערביי ישראל, אלא שהיא אף פוגעת בהם.

הפרדה ושוויון בהתיישבות ובהקצאת מקרקעי ישראל למגורים

1. קיימת הפרדה רבה בין קהילות בדפוסי המגורים וההתיישבות, אשר כנראה נובעת במשולב מן ההיסטוריה של ההתיישבות, ההעדפות של הקהילות וחבריהן, המציאות החברתית-פוליטית, ודפוסי הקצאת קרקעות על ידי המדינה. עד לפסק הדין בעניין קעדאן וגם אחריו נטה בית המשפט לאשר את הדוקטרינה של "נפרד אבל שווה", אולם פסק הדין האמור סטה מדרך זאת והוביל לדיון בשאלה האם ניתן להקצות מקרקעין ליישוב קהילתי מובחן (בין יהודי ובין ערבי).
2. קיימים נימוקים רבים בעד ונגד "עוורון לאומיים" בהקצאות. הנימוקים נגד הקצאות נפרדות (גם אם שוות) נוגעים בעיקר בחשש מפני הדרת המיעוט, השפלתו והנצחת מעמדו הנחות. הנימוקים בעד הקצאות שוויוניות נפרדות מתייחסים הן אל הפן המעשי, לפיו סיכויי של "שילוב כפוי" להצליח אינם גבוהים לאור ניסיון העבר במקומות שונים, והן אל הפן הנורמטיבי, לפיו לבני הקבוצות השונות – רוב כמיעוט – קיימת זכות שוויונית נייטרלית לשימור ייחודיותן הקהילתית (ברור שלגבי קבוצת הרוב יחול עיקרון זה רק ביישובים קהילתיים קטנים בהם נשמר הייחוד הקבוצתי). בהקשר אחרון זה – ובעיקר בעקבות עניין קעדאן – מוזכרת גם היות המדינה יהודית, וההצדקה הנובעת מכך לשימור ייחוד יהודי בקהילות קטנות המעוניינות בכך.
3. מרבית תומכי הנפרדות מקפידים להדגיש את הצורך בשוויון, אולם על דרך של הקצאות ייחודיות למגורים השונים, ובמקרים שבהם יש צורך בכך – גם על ידי העדפה מתקנת בהקצאות.

השלכות מלחמה וסכסוך על היבטים מרחביים

1. ניתן להשקיף על הרקע ההיסטורי למשטר הקרקעות בישראל מנקודות מבט ביקורתיות שונות. במסגרת זו מוצג הטיעון הערבי המתמקד בעיקר ב"חשבונות העבר" אודות העול הקרקעי שנעשה לערבים אשר השליטה בקרקעותיהם הועברה לידי המדינה. על פי טיעון זה, העברת השליטה כללה תפישת הקרקעות של היישובים שננטשו והופקעו או נרשמו על ידי המדינה, וחלק מן הקרקעות המרוחקים יותר מן היישובים הערביים שנותרו. בנוסף לקרקעות של הנפקדים שהפכו פליטים נתפשו גם קרקעות של "נפקדים נוכחים" החיים בישראל, ואשר עברו ברובם להתגורר ביישובים ערביים אחרים, אולם איבדו את הקרקע המשפחתית שלהם ולכן סובלות מצוקת קרקעות גדולה במיוחד. טענות בדבר השבת הנכסים קשורות וכתובות באופן הדוק עם טענות בדבר שיבת הפליטים הערביים לישראל.
2. מאידך, ניתן לראות את גיבוש משטר המקרקעין הישראלי כתוצר של מלחמת 1947-1949, אשר אינו שונה מתוצאות מלחמה וסכסוכים רבים בעולם כולו. טיעון זה מצביע בעיקר על המודל הפקיסטני-הודי אשר גובש בתום מלחמת 1948 (מלחמה שליוותה את הקמתן ורכישת עצמאותן של שתי מדינות אלה), בו נעשה שימוש בנכסי נפקדים על ידי שתי המדינות בכדי לקלוט פליטים נכנסים. בדומה, גם בישראל הוקמו מנגנונים לטיפול בנכסי נפקדים (האפוטרופוס) ולקליטת עולים ויישובם (רשות הפיתוח) אשר הצריכו משאבים קרקעיים, מתוך כוונה ליצור מנגנון פיצוי כספי – ולא של השבה בעין – לפליטים ערביים שאיבדו קרקעות שבבעלותם. פיצוי כאמור טרם ניתן, בין היתר, בשל סירוב פליטים ערביים לוותר על טענות השיבה וההשבה.

פרק א: בעלות במקרקעין, שליטה דה-פקטו, ומאפיינים

מרחביים

1.1. הקדמה

החקיקה הישראלית מסווגת את הקרקעות במדינה למספר סוגים, אשר עליהם חלות לפרקים הוראות חוק שונות. בכל הנוגע לבעלויות בקרקע, ההבחנה הבסיסית היא בין מקרקעין בבעלות פרטית, לבין מקרקעין בבעלות ציבורית¹. להלן נתאר את סוגי המקרקעין השונים, את השלכות הסיווגים, ואף נביא מספר נתונים אשר יוכלו לשרטט בפני הקורא תמונה עובדתית רחבה ככל האפשר על מצב השליטה – דה יורה ודה פקטו – במקרקעין במדינת ישראל, כמו גם על אפיוניהם המרחביים².

כאמור בשער הפתיחה, ישנן טענות כלפי הקצאות המקרקעים בהרבה רמות. הבעיה קיימת הן בין יהודים וערבים והן בין קבוצות שונות של יהודים (וערבים). אין לנו נתונים מלאים לגבי חלוקת השליטה בקרקעות בין קבוצות שונות פרט לחלוקה בין יהודים ובין ערבים. כמו בנושא זכויות קיבוציות למיעוטים, הסוגיה של המיעוט הערבי בולטת אך אינה ייחודית. בחיבור זה נתייחס בכמה נקודות גם לקבוצות פנים-יהודיות (בעיקר בשאלת היחס בין שוויון ושילוב), אולם עיקר הנתונים יתייחסו לחלוקת הזכויות במקרקעין ובעיות הדיור ושימושי הקרקע בין המגזרים היהודי והערבי.

2. בעלות במקרקעין

כאמור, קרקעות ישראל מוחזקות על ידי מספר בעלים, והן מסווגות באופן הבא:

- א. מקרקעין בבעלות פרטית
- ב. מקרקעין בבעלות ציבורית³ – "מקרקעי ישראל" – אדמות המצויות בבעלות של שלושה גופים:
 - (1) מקרקעי המדינה
 - (2) מקרקעי רשות הפיתוח
 - (3) מקרקעי קרן קיימת לישראל⁴

כמה עובדות:

- סך שטח ישראל הריבוני⁵ – 21,842 קמ"ר
- מתוך שטח זה, מקרקעין לא מוסדרים (לא נכללים בטבלה שלהלן) – כ-950 קמ"ר
- **מקרקעין מוסדרים – 20,892 קמ"ר**. שטח זה ישמש בסיס לחישובים בטבלה הבאה.

¹ קיימת גם הבחנה בין מקרקעין מוסדרים לבין מקרקעין לא מוסדרים – היינו, כאלה ששאלת הבעלות בהם טרם הוכרעה. יחד עם זאת, מאחר שאנו עוסקים בחלק זה בהתפלגות הבעלויות, הרי שאין מקום להכליל את סוג המקרקעין האחרון למשוואה, שכן לא ברור כרגע מי הם בעליהם. נציין רק, כי קיימת הערכה, שמרבית המקרקעין הלא מוסדרים יהיו בבעלות פרטית, לכשיוסדרו.

² **הערה חשובה לפני שנתחיל(!)**: הנתונים המספריים המוצגים כאן הם המדוייקים ביותר שעלה בידינו להשיג, אף שעיון זהיר בהם מגלה אי-התאמות קלות. בכדי לאתר נתונים מדוייקים ככל האפשר, פנינו בעיקר אל מקורות רשמיים, אולם גם בנתונים אלה קיימות לא אחת סתירות כלשהן, באשר חלק מן המספרים מבוססים על אומדנים וכיו"ב. יחד עם זאת, יוכל הקורא להבחין, כי אותן סתירות או סטיות המופיעות פה ושם בטבלאות אינן בסדרי גודל אשר שוללים את יכולת הניתוח והסקת המסקנות הכלליות, ועל כן לא מצאנו לנכון להימנע מן השימוש בנתונים האמורים. למען האחידות בחלק זה, הנתונים שנציג בו יהיו אלה של ממ"י (מתוך דו"ח שנתי של ממ"י, 2004. את הדו"ח קיבלנו באדיבות דוברת ממ"י, הגב' אורטל צבר).

³ לצורך עבודה זו, אנו נשתמש בביטוי "מקרקעין בבעלות ציבורית" כשווה ערך למושג "מקרקעי ישראל", אף שישנם מקומות, בהם הגדרת "מקרקעי ציבור" רחבה יותר (רא' למשל, פרק ח' לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969, אשר מפרט הוראות ל"מקרקעי ייעוד" (מקרקעי ציבוריים אשר מיועדים לתועלת הציבור, כמו שפת ים, נהרות, נמלי תעופה, ועוד). סעיף 107 לחוק קובע, כי "בפרק זה – "מקרקעי ציבור" – מקרקעי ישראל כמשמעותם בחוק יסוד: מקרקעי ישראל, ומקרקעין של רשות מקומית או של תאגיד שהוקם על ידי חיקוק"). לדיון מקיף על מקרקעי ייעוד, ראה י. ויסמן, **דיני קניין – חלק כללי** (תשנ"ג – 1993), בעמ' 263-288.

⁴ יש לציין כי קרקעות הקק"ל אכן כלולות בביטוי "מקרקעי ישראל" אולם הן אינן נמצאות בבעלות המדינה אלא בבעלות "העם היהודי", באמצעות הקק"ל.

⁵ מטבע הגדרת הריבוניות, נתונים אלה אינם כוללים את שטחי יו"ש ועזה.

טבלה מס' 1: התפלגות הבעלויות במקרקעין המוסדרים (ביחידות של קמ"ר)⁶:

סה"כ	מקרקעי ישראל			מקרקעין בבעלות פרטית ⁷		כמות בקמ"ר
	מקרקעי קק"ל	מקרקעי רשות הפיתוח	מקרקעי המדינה	בעלות ערבית	בעלות יהודית	
20,892	19,508			1,384		כ-700 קמ"ר
	2,563	2,506	14,439	כ-700 קמ"ר	כ-700 קמ"ר	
100%	93.4%			6.6%		אחוז ההחזקות מכלל המקרקעין המוסדרים בישראל
	12.3%	12%	69%	כ-3.3%	כ-3.3%	
	13.15%	12.85%	74%	—		אחוז ההחזקות מתוך "מקרקעי ישראל"

2.1.א. מקרקעין בבעלות פרטית

כפי שראינו, מתוך השטח היבשתי של המדינה קרוב ל-7% (וליתר דיוק 6.6%) נמצא בבעלות פרטית. ביתר השטח (היינו, ב"מקרקעי ישראל") ניתן, בד"כ לקבל רק זכות חכירה, באשר על פי חוק יסוד: מקרקעי ישראל, אין להעביר בהם בעלות, אם במכר ואם בדרך אחרת⁸. הגבלה זו אינה חלה על מקרקעין בבעלות פרטית, ובעליהם רשאי להעביר את הבעלות בהם לאחר. עיקר השטחים שבבעלות פרטית מצויים בשטחים עירוניים, במרכזי הערים. כמחצית מהם (כ-3.3% משטח המדינה) מצויים בבעלות פרטית ערבית, והיתר (3.3% משטח המדינה) מצויים בבעלות פרטית יהודית⁹.

2.2.א. מקרקעי ישראל ומינהל מקרקעי ישראל – כללי:

סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, משנת 1960 קובע, כי "מקרקעי ישראל, והם המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת"¹⁰.

⁶ הנתונים נכונים לסוף שנת 2004, לאחר עדכון המקרקעין שהוסדרו בשנת 2004.

⁷ לגבי המקרקעין המצויים בבעלות פרטית ניתן להציג מספר כולל מוחלט, על פי נתוני ממ"י, אולם באשר לחלוקתם בין יהודים וערבים, לא עלה בידינו לאתר מספרים מדויקים, ועל כן נאלצנו להציג הערכות, המתבססות על הספרות בנושא (ראה ויסמן, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 193).

⁸ ויסמן, שם, בעמ' 192-193. פירוט המושג "מקרקעי ישראל", השליטה בהם, והשימושים המותרים בהם יפורטו בהמשך.

⁹ ויסמן, שם.

¹⁰ נימוקים רבים לעיקרון איסור העברת הבעלות במקרקעי ישראל וטיעוני-נגד מובאים בפירוט אצל ויסמן, שם, בעמ' 215-226. מן הראוי לציין, כי נכון למועד חקיקתו, לא שינה חוק יסוד: מקרקעי ישראל את מצב הבעלות שהיה קיים בקרקעות בישראל, אלא שימר אותו בלבד. מצב זה השתנה עם חקיקת חוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969, אשר ביטל מפורשות את הסיווגים שהיו ערב החוק (פרק י' סימן א': ביטול סוגי מקרקעין על פי הסיווג העותומני). יחד עם זאת, ביהמ"ש בפרשת שבלי פירש את לשון חוק היסוד, לפיה הבעלות במקרקעי ישראל "...לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת", באופן שביטל למעשה, עוד קודם לחוק המקרקעין, את אפשרות הרכישה של קרקע מכוח התיישנות, שהיתה עדין קיימת במקרים מסויימים על פי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני (ראה: ע"א 520/89 מ"י נ' עבדאללה אסעד שבלי, פ"ד מו(2), 81, וכן ס. קדר, "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל", עיוני משפט כ"א (3), 665, בעמ' 666).

סעיף 2 לחוק היסוד קובע, כי "סעיף 1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לענין זה בחוק", היינו, חרף האיסור הכללי הקבוע בסעיף 1 על העברת בעלות במקרקעי ישראל, ישנם חריגים שונים המאפשרים סטייה מן הכלל האמור. סעיף 2 לחוק **מקרקעי ישראל, התש"ך - 1960**, שנחקק יחד עם חוק היסוד, מונה שבעה סוגי עסקאות במסגרתן העברת הבעלות מותרת¹¹, וקיימות הוראות חוק נוספות המתירות את העברת הבעלות, אשר קצרה היריעה מלפרטן כאן¹².

כל מקרקעי ישראל מנוהלים על ידי **מינהל מקרקעי ישראל** (להלן: ממ"י), אשר הוקם על ידי הממשלה על פי **חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך - 1960** לתכלית זאת. חוק זה נחקק בתיאום עם חוק יסוד: מקרקעי ישראל, ועם חוק מקרקעי ישראל, תש"ך - 1960 דלעיל. לממ"י אין אישיות משפטית נפרדת מזו של המדינה. הוא מנגנון מינהלי הכפוף לממשלה והוא פועל כאורגן של המדינה. ככזה, הרשאתו מוגבלת לניהול הקרקעות, וכשלוח, עליו לפעול בנאמנות כלפי שולחיו ולא לחרוג מתחום הרשאתו. כנאמן המדינה, גם חלות עליו הנורמות מן המשפט הציבורי לצד הנורמות מן המשפט הפרטי¹³.

מטרות הסמכויות שהוענקו לממ"י אינן מנויות בחוק. מתוך החלטות של מועצת ממ"י ומסמכים אחרים, בית המשפט העליון סיכם את מטרות הסמכויות האמורות כך:

"...התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל הן שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה וריכוז הניהול והפיתוח של המקרקעין בישראל בידי רשות סטטוטורית אחת. זאת, על מנת למנוע את העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים, לבצע מדיניות בטחון ולאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים, דוגמת קליטת עליה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית. כן מונחות ביסוד החקיקה התכליות המיוחדות שנועדו להקל על מלאכת התכנון תוך שמירת רזרבה קרקעית לצרכים ממלכתיים והקצאת שטחים פתוחים לצרכי הציבור, כל זאת כדי לאפשר יישום תכניות מיתאר ולמנוע סחר ספקולטיבי בקרקעות המדינה..."¹⁴

המדיניות הקרקעית של ממ"י נקבעת על ידי מועצת מקרקעי ישראל. הרכב המועצה נקבע בחוק, לפיו היא תורכב מ- 18-24 חברים, הממונים על ידי הממשלה לפי הצעת שר הבינוי והשיכון, המכהן כיו"ר המועצה, ושר האוצר. מחצית מחברי המועצה הם מטעם הממשלה ומחציתם מטעם הקק"ל ועל פי הצעתה. הקק"ל רשאית להציע נציג אחד מטעם הסוכנות היהודית¹⁵. הכהונה נקבעת במועצה פתוחה רק לאזרחים ישראלים, אשר עומדים בתנאים נוספים אשר קובע החוק. תקופת הכהונה של חברי המועצה היא ארבע שנים.

כפי שציינו קודם, "מקרקעי ישראל" אליהם מתייחס חוק היסוד, ואשר מנוהלים על ידי ממ"י, מונים מקרקעין של שלושה גופים: המדינה, רשות הפיתוח והקק"ל. נפנה, אם כן, לתיאור קצר של כל אחד מהם.

2.2.1.א. מקרקעי המדינה

כזכור, מקרקעי המדינה מסתכמים בכ- 14,439 קמ"ר, ומהווים כ- 69% מכלל המקרקעין המוסדרים בישראל. הבעלות במקרקעין אלה הוקנתה למדינה מכוח מספר חוקים, אשר העיקרי בהם הנו **חוק נכסי המדינה, תשי"א - 1951**. על פי סעיף 2 לחוק, הנכסים שהיו של שלטונות ארץ ישראל (נכסי המנדט הבריטי) נהפכו לנכסי מדינת ישראל מיום הקמתה (15 במאי 1948). על פי סעיף 3, מקרקעין בישראל ללא בעלים (מקרקעי הפקר) נהפכו לנכסי המדינה - היינו, למדינה בעלות שירותית על כל שטחי

¹¹ העיקריות שבהן הן עסקאות חליפין בהן מועברת הבעלות בקרקע מסוימת תמורת הבעלות בקרקע אחרת שרכשה המדינה - אם באמצעות חוק נכסי נפקדים, תש"י - 1950, בדרך של הפקעת קרקעות או בדרך אחרת; העברת בעלות במקרקעי ישראל בין המדינה, רשות הפיתוח והקרן הקיימת לישראל, בינם לבין עצמם; והעברת בעלות במקרקעי המדינה או במקרקעי רשות הפיתוח למטרת פיתוח לא חקלאי ובלבד שמכוח היתר שבס"ק זה לא תועבר הבעלות בשטח העולה על מאה אלף דונם.

¹² למשל, סעיף 5 לחוק נכסי המדינה, תשי"א - 1951, וראה בפירוט: ויסמן, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 204-208.

¹³ בג"ץ 244/00, עמותת שיח חדש ואח' נ' שר התשתיות הלאומיות ואח', פ"ד נו(6) 25, בעמ' 36 (להלן: בג"ץ הקרקעות).

¹⁴ בג"ץ 6698/95, עאדל קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נו(6) 25 (להלן: עניין קעדאן).

¹⁵ סעיף 4 לחוק מינהל מקרקעי ישראל. על מעמד הקק"ל והסוכנות היהודית במשטר המקרקעין הישראלי נעמוד בהמשך.

הקרקע בישראל שאינם בבעלותו של מישוהו אחר¹⁶. סעיף 4 קובע כי בבעלות המדינה יהיו מקרקעין שנרכשו בהם זכויות בדרך אחרת על ידי הממשלה¹⁷, בשביל המדינה. מקור בעלות נוסף של המדינה על קרקעות מצוי בסעיפים 154 ו-155 לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969, אשר קבע, כי מקרקעין שעבר תחילתו של החוק נמנו עם הסוג "מתרוכה"¹⁸ ועם הסוג "מוואת"¹⁹ (על פי הסיווגים שנקט השלטון העותמני), יירשמו על שם המדינה²⁰.

הסמכויות לניהול מקרקעי המדינה נתונות, ככלל, בידי ממ"י, אשר מטרת הקמתו המוצהרת היתה למנוע כפילויות מינהליות וסמכויות חופפות, ולרכז את סמכויות הניהול של מקרקעי ישראל בידי גוף אחד. יחד עם זאת, לממשלה נותרו סמכויות מקבילות לערוך עסקאות בקרקעות המדינה על פי חוק נכסי המדינה, תשי"א – 1951, בתוך מגבלות סעיף 5 לחוק (אשר, בין היתר, קובעות כי בעסקאות מסוימות, כפופה הממשלה לאישור של מועצת מקרקעי ישראל)²¹.

2.2.2.א. מקרקעי רשות הפיתוח

ראינו קודם, כי בבעלות רשות הפיתוח מצויים כ- 2,506 קמ"ר, המהווים כ-12% מן הקרקעות במדינת ישראל. על פי הגדרת סעיף 2(א) לחוק רשות הפיתוח (העברת נכסים), תשי"ב – 1950, רשות זו הינה "חבר בני אדם" הממונים על ידי הממשלה "להיות רשות לפיתוח הארץ"²². בפסיקה נקבע, כי רשות הפיתוח אינה אורגן של המדינה, שכן היא אישיות משפטית נפרדת ממנגנון הממשל הרגיל, והיא אף רשאית על פי חוק רשות הפיתוח לבצע עסקאות עם המדינה ולפעול יחד איתה בשותפות²³. במאי 2004 החליטה הממשלה על זהות מנהליה הנוכחיים של רשות הפיתוח, ומינתה את מנהל ממ"י להיות גם מנהלה של הרשות. עמו מונו שני חברים נוספים - היועצת המשפטית של ממ"י, וכן מנהל אגף בעלות ורישום בממ"י²⁴. שלושת אלה מהווים אותו "חבר בני אדם" אליו מתייחס החוק, והם הם רשות הפיתוח. על פי המידע שנמסר לנו, מאז ומעולם מנתה רשות הפיתוח שלושה אנשים בלבד. הרשות פעילה באמצעות ממ"י, אשר אמון על פעולות הפיתוח בעצמו²⁵. בהחלטה של רשות הפיתוח מיום 19/10/04 נקבע, כי בהיעדר החלטה אחרת, מדיניות מועצת מקרקעי ישראל תחול על רשות הפיתוח²⁶. התמונה המצטיירת מכך היא שרשות הפיתוח אינה קיימת אלא כגוף "רדום", שכל תכליתו להחזיק בבעלותו את הקרקעות שהועברו לו מכוח החוקים אותם נתאר כעת.

¹⁶ ויסמן מזכיר בהקשר זה גם את §17 לחוק הירושה, לפיו עזבון של אדם שנפטר בלא להניח אחריו יורשים עובר למדינה כיורשת שיורית על פי דין. ראה ויסמן, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 198.

¹⁷ ויסמן מצייין, שמרבית רכישות המקרקעין של ממ"י נרשמות בבעלות המדינה (ויסמן, שם, בעמ' 238, וכן ראה סעיף 6(א) לחוק נכסי המדינה, אשר קובע כי בכירים בממ"י מוסמכים לייצג את הממשלה בעריכת עסקאות במקרקעין).

¹⁸ מקרקעין שנועדו לשמש את צורכי הציבור, כגון דרכים ושוקים.

¹⁹ אדמות טרשים המרוחקות ממקום יישוב, שלא היו בבעלות פרטית.

²⁰ חוקים נוספים נזכרים אצל ויסמן, ובהם חוק השטחים התת-ימיים, תשי"ג – 1953; סעיף 8 לחוק המקרקעין, בצמוד לחוק מימי חופין, תשי"ז – 1956; חוק המים, תשי"ט – 1959; וכן פקודת סחף חול. לפירוט ולהרחבה, ראה ויסמן, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 199-201.

²¹ דיון מפורט אצל ויסמן, שם, בעמ' 204-201.

²² כפי הנלמד מסעיף 2(א) לחוק רשות הפיתוח, המטרה הכללית של הקמת הרשות היתה להפקידה על פיתוח הארץ. לשם כך היא הוסמכה בסעיף 3 לחוק לרכוש נכסים, לפתחם ולמכרם, וכן להקים תשתיות ולתחזקן, לדאוג למפעלי ייעור, מפעלי התיישבות, מפעלי שיכון, ומפעלים אחרים ועוד. על כך מעיר ויסמן, כי ההסמכה המפורשת לרשות הפיתוח לעסוק בפיתוח מקרקעיה, ובכלל זה להקים מפעלי השקאה, ייעור, מפעלי מים, מפעלי התיישבות, ועוד, אינה מתיישבת יפה עם הכוונה להועיד את פיתוח מקרקעי ישראל, ומקרקעי רשות הפיתוח בכלל זה, לקרן הקיימת לישראל (ויסמן, שם, בעמ' 208). בכל הנוגע להסדרה חוקתית של נושא הקרקעות, נדמה שדוקא הוראות חוק זה ראויות יותר במישור השוויון במדינה. זאת, מאחר שלאור מטרות הקק"ל, הממוקדות בהתיישבות היהודית ובמפעל הציוני, נראה שהטלת מלאכת פיתוח הארץ על כתפיה מדיפה ריח של הפליה כלפי קבוצות שאינן יהודיות.

²³ סעיף 10(3) לחוק רשות הפיתוח, וכן ע"פ 134/58, רשות הפיתוח נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 722.

²⁴ החלטת הממשלה פורסמה בילקוט הפרסומים 5307, 24/06/04.

²⁵ דומה, כי הדבר מתחייב מן הסייגים שקובע סעיף 3 להפעלת סמכויות רשות הפיתוח, ובהם: (א) סייג מנהלי – סעיף 3 סיפא לחוק קובע כי "כל פעולה במקרקעי ישראל לפי סעיף זה תיעשה על ידי מינהל מקרקעי ישראל"; (ב) סייג מהותי – סעיף 3 רישא לחוק קובע כי סמכויות רשות הפיתוח הן "בכפוף לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל ולחוק מקרקעי ישראל, תש"ד-1960", כך שביצוע עסקאות במקרקעין על ידי רשות הפיתוח חייב להיעשות אך ורק במסגרת הכללים וההיתרים שנקבעו שם; (ג) סייג ספציפי הדורש אישור של מועצת מקרקעי ישראל קבוע בסעיף 3(4) לחוק, העוסק בהעברת בעלות או השכרה של מקרקעין שאינם עירוניים, בשטח העולה על מאה דונם.

²⁶ מידע והסבר זה על רשות הפיתוח התקבל באדיבותה של עו"ד רחל זכאי, היועצת המשפטית של ממ"י.

מקורות המקרקעין העיקריים שבבעלות רשות הפיתוח²⁷:

ככלל, המקרקעין שבבעלות רשות הפיתוח הם מקרקעין מופקעים/ מוחרמים, אשר העברתם אליה הובטחה בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל. מנגנון ההפקעה כלל שני חוקים מרכזיים:

א. **חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ג – 1953**: מכוח חוק זה הופקעו והוקנו לרשות הפיתוח בראשית ימיה של מדינת ישראל, מקרקעין שנתקיימו בהם שלושה תנאים מצטברים:

- (1) הם לא היו בהחזקת בעליהם בתאריך 1 לאפריל 1952
- (2) המקרקעין שימשו או הוקצו לצרכי פיתוח חיוניים, התיישבות וביטחון בתקופה שבין 14 למאי 1948 (יום הכרזת העצמות) לבין 1 באפריל 1952
- (3) נכון למועד חקיקת החוק, עודם דרושים לצרכים אלה.

מכוח חוק זה הופקעו והוקנו לרשות הפיתוח כ-1,225.2 קמ"ר (מהם כ-325 קמ"ר שהיו קודם לכן בבעלות פרטית, לאו דוקא ערבית)²⁸. חוק זה אינו עשוי לשמש להפקעות בעתיד, שכן על פי סעיף 2 לחוק, פעולתו נסתיימה תוך שנה מיום תחילת תוקפו של החוק²⁹. ככלל, סעיף 3 לחוק קובע כי הפיצויים עבור ההפקעה הנם פיצויים כספיים³⁰. על פי סעיף 5 לחוק, קביעת הפיצויים תעשה על פי העקרונות שנקבעו בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, שהוא החוק הכללי בסוגיית הפקעת קרקעות.

ב. **חוק נכסי נפקדים, תשי"י – 1950**: על פי חוק זה הוקנו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים מקרקעיהם של "נפקדים" כהגדרתם בחוק³¹. בהתאם לסעיף 19 לחוק, אשר מגביל את סמכויות האפוטרופוס במכירת ובהחזרת המקרקעין, נערך בשנת 1953 הסכם בין האפוטרופוס לנכסי נפקדים לבין רשות הפיתוח, שלפיו יימכרו לרשות הפיתוח כל מקרקעי הנפקדים שהוקנו לאפוטרופוס, או שיוקנו לו בעתיד, על פי חוק נכסי נפקדים^{32, 33}. למעשה, מאפשרות הוראות החוק להעביר נכסי נפקדים לידי גורמים מיישבים, לרבות הסוכנות היהודית, אשר מנהלים נכסים רבים בארץ בתור סוכן של רשות הפיתוח³⁴.

²⁷ מקורות משניים כוללים את חוק נכסי גרמנים, תשי"י – 1950, וכן סעיף 6 לחוק רשות פיתוח (העברת נכסים), תשי"י – 1950. לעיון ופירוט ראה ויסמן, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 210.

²⁸ ויסמן, שם, בעמ' 209, וכן:

D. Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel*, Boulder: Westview Press, 1990 (להלן: קרצ'מר), בעמ' 60.

²⁹ ויסמן, שם, בה"ש 1. קרצ'מר, שם, בעמ' 58.

³⁰ זאת, בכפוף לחריג, לפיו מקום שבו הנכס שימש לחקלאות והיה מקור הפרנסה העיקרי של בעלו, ואין לו קרקע אחרת כדי מחייתו – חייבת רשות הפיתוח לפי דרישתו, להציע לו נכס מקרקעין אחר, בבעלות או בחכירה (סעיף 3(ב)).

³¹ המונחים "נפקד" ו"נכס נפקד" מוגדרים בחוק ומתייחסים, למעשה, לנכסים שהיו (החל מנובמבר 1947 וכל עוד נמשך מצב החירום) בבעלות או בהחזקה של אזרחי או נתיני ארצות ערב, או של מי שנמצא בארצות אלו, או של התושבים הערביים שעזבו את שטח המדינה ב-1948. ראה: סעיפים 1(ב), 1(ה), ו-4 לחוק.

³² קרצ'מר, לעיל, ה"ש 28, בעמ' 58. ויסמן, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 209. תקנות מקרקעי ישראל (כללים להעברת בעלות לנפקדים), תשכ"ג – 1963 קובעות כי אחד החריגים לאיסור העברת בעלות במקרקעי ישראל הוא מתן קרקע לנפקד תמורת קרקע שלו, שהועברה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים. יחד עם זאת, ויסמן מעיר, כי החוק לא קובע באילו מקרים זכאים נפקדים שכאלה, או יורשיהם, לקבל קרקע תמורת קרקע שלהם, שהוקנתה לאפוטרופוס.

³³ בכל הנוגע להיקף המקרקעין שרכשה רשות הפיתוח מכוח חוק נכסי נפקדים קיימת עמימות כלשהי. על פי דברי השופט עמית (בת"א(חיפה) 326/01, ברכה דינר נ' מדינת ישראל, תק-מה 2004(1), 4867), חוק נכסי נפקדים וחוק רכישת מקרקעין לא חלים במקביל על אותם נכסים, אלא הם משלימים זה את זה. על פי גישה זו, חישוב פשוט של כלל השטחים שבבעלות רשות הפיתוח, פחות השטח שרכשה דרך חוק רכישת מקרקעין, מביא אותנו למספר 1280.8 קמ"ר, שהוא סך השטח שרכשה מן האפוטרופוס לנכסי נפקדים (אנו נאלצים לעשות חישוב זה לפי כמות השטח שבבעלות רשות הפיתוח היום, שכן אין בידינו נתונים מדויקים על כמות השטח שהחזיקה רשות הפיתוח מיד עם תום רכישת הקרקעות מן האפוטרופוס ומכוח חוק רכישת נכסים. מכאן – שהאמור באומדן בלבד. לפי אומדן זה כמחצית מנכסי רשות הפיתוח הגיעו לה מחוק רכישת נכסים, וכמחציתם – מחוק נכסי נפקדים).

לעומת השופט עמית, קרצ'מר אינו שולל את האפשרות שחלק מן האדמה שרכשה רשות הפיתוח על פי חוק רכישת מקרקעים היה למעשה קרקעות נפקדים (וייתכן שגם נפקדים נוכחים) שהועברו גם לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, ולפיכך, כמות נכסי הנפקדים מתוך כלל נכסי רשות הפיתוח גדולה יותר מ-1280.8 קמ"ר. מכל מקום, הכותבים בתחום מסכימים על כך שמספרים מדויקים – אין.

³⁴ ראה א. כהן (בעריכת ד. מימון), **רישום ועסקאות מקרקעין** (תשמ"ח – 1988), בעמ' 163.

א.2.2.3. מקרקעי הקרן הקיימת לישראל

הקק"ל היא גוף שהוקם במסגרת ההסתדרות הציונית העולמית בשנת 1905³⁵. חוק קרן קיימת לישראל, תשי"ד – 1954 הקים, במקביל לחברה המקורית, "חברה חדשה", היא הקרן הקיימת לישראל בגלגולה הישראלי הנוכחי, אשר מטרתה להמשיך את פעולות "החברה הקיימת" בישראל³⁶. תזכיר קרן קיימת לישראל מפרט את מטרות התאגיד, אשר החשובה שבהן לענייננו היא רכישת קרקעות לשם יישוב יהודים בישראל³⁷. גם תזכיר הקק"ל קובע איסורים על העברת בעלות בקרקעותיה³⁸.

סמוך לאחר ובתיאום עם חקיקת חוק יסוד: מקרקעי ישראל, חוק מקרקעי ישראל, תש"ך – 1960, וחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך – 1960 נכרתה **אמנה בין הקרן הקיימת לישראל לבין מדינת ישראל**³⁹. כמפורט במבוא לאמנה עצמה, מטרתה היא "לסלק את הכפילות שנוצרה בניהול אדמותיהן בידי מוסדות שונים, לאחד בידי המדינה את ניהול אדמות אלה, שמירתן והטיפול בהן, ולחזק את ידי הקרן הקיימת לישראל בהגשמת יעודה של גאולת הקרקע מן השממה".

היקף ומקורות נכסי המקרקעין של הקק"ל:

עד להקמת המדינה רכשה קק"ל כמיליון דונם (1000 קמ"ר)⁴⁰. אחרי קום המדינה, נמכרו לקק"ל שטחים נרחבים של מקרקעין על ידי המדינה⁴¹. כפי שמציין ויסמן, קיימים נתונים סותרים לגבי היקף השטחים שנמכרו בדרך זו⁴². כיום יש לקק"ל בסך הכול כ-2,563 קמ"ר (2.563 מיליון דונם), כמפורט בטבלה מס' 1. בהחזקותיה של הקק"ל מצויה כמחצית מכלל הקרקע החקלאית בארץ⁴³.

³⁵ ויסמן, לעיל, ה"ש 3, 212. חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, תשי"ג – 1952 הכריז על הכרה בחשיבות פעילויותיהן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית, ואף קבע כי הן ימשיכו לנצח על מפעלי הקליטה וההתיישבות במדינה והעניק להן סמכויות נגזרות. חוק זה מצטרף אל האמנה שנכרתה בין המדינה לסוכנות היהודית, אשר בין היתר, מטילה על המדינה חובת התייעצות עם הסוכנות בענייני חקיקה "הנוגעים במיוחד לתפקידיה בטרם יוצעו לכנסת". הוא גם מצטרף אל הוראות האמנה שנכרתה בין המדינה לקק"ל, אשר קובעות את היחסים ואת מהות שיתוף הפעולה שבין הממשלה לבין גופים אלה, ואשר, כפי שנראה, יש להן השפעה מהותית על ניהול המקרקעין בישראל.

³⁶ סעיפים 1 ו-2 לחוק קרן קיימת לישראל

³⁷ תזכיר קרן קיימת לישראל, **ילקוט הפרסומים**, תשי"ד-1954, מס' 354, עמ' 1196, סעיף 3א. וכן ראה, אתר קרן קיימת לישראל באינטרנט: www.kkl.org.il.

³⁸ בהקשר זה ראוי להזכיר את **חברת הימנותא בע"מ**. זוהי חברת-בת שהוקמה על ידי קק"ל בשנת 1938 לצורך עריכת עסקאות במקרקעין שלא יהיו נתונות למגבלות הרובצות על הקק"ל (ובמיוחד לעניין החופש להעביר בהם בעלות). בהסכם שנחתם בין קק"ל להימנותא נקבע כי האחרונה מתחייבת לעשות בנכסיה ככל אשר תורה קק"ל. ביחסיה עם הימנותא פועלת קק"ל תחת ההנחה, כי מקרקעי הימנותא אינם כפופים לעקרונות המגבילים החלים על קק"ל. לשיטת ויסמן, גם ממ"י פועל על יסוד ההנחה שמקרקעי הימנותא אינם חלק ממקרקעי ישראל, ולכן אינו רואה עצמו כמופקד על ניהולם (ויסמן, 215. אולם הוא מעיר על הנחות ממ"י, כי הן אינן נקיות מספקות בהתחשב באופי היחס שבין קק"ל לבין חברת הימנותא). ברור שערכנו העלה, כי קרקעות הימנותא אכן אינן מנוהלות על ידי ממ"י, אלא על ידי הימנותא עצמה, באמצעות עובדי אגף המקרקעין של קק"ל. בבעלות הימנותא כ-30 קמ"ר בתחום מדינת ישראל, אשר סביר להניח ש"נספרים" על ידי ממ"י, שלא מנהלת אותם כיתר המקרקעין שבבעלות ציבורית, כמקרקעין **בעלות פרטית** (כחלק מאותם 6.6% של מקרקעין פרטיים שצינו בטבלה 1). תודתנו נתונה לעו"ד מאיר שגב מלשכת מבקר הקק"ל על ביאור סוגיה זו.

³⁹ כתב האמנה בין ממשלת ישראל לקרן קיימת לישראל מיום 28 בנובמבר, 1961, **ילקוט הפרסומים**, תשכ"ח, מס' 1456, עמ' 1597. ר' גם ויסמן, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 212.

⁴⁰ ויסמן, שם, בעמ' 213

⁴¹ ויסמן, שם, בעמ' 214; א. יפתחאל, **קרקעות, תכנון ואי-שוויון: חלוקת המרחב בין יהודים וערבים בישראל – נייר עמדה** (מרכז אדוה, 2000), עמ' 11. דבריו של יפתחאל מושמעים בנימה ביקורתית, בדיון שהוא עורך על מה שהוא מכנה נישול הערבים מאדמותיהם על ידי מדינת ישראל בשנותיה הראשונות. בהקשר זה, העוול, כך נטען, כפול: ראשית, הפקעת נכסי ערבים לטובת המדינה (אשר אמורה לדאוג לכל אוכלוסיה במידה שווה, לרבות תושביה הערבים), ואחר-כך, העברת נכסים מהמדינה אל קק"ל (אשר חרתה על דגלה את יישוב היהודים בארץ ישראל ואת ייהודה, ואשר אינה בעלת שום מחוייבות ליתר אזרחי המדינה). לדברי ויסמן, מכירת הקרקעות היתה מחוייבת המציאות, ומטרתה היתה גיוס כספים לאוצר, למימון ההוצאות שהיו כרוכות במלחמת העצמאות (ויסמן, שם, בעמ' 214). בהקשר זה, כמו גם בהתייחס אל דברי יפתחאל, קיימים ויכוחים רבים בספרות, אשר על חלקם נעמוד בהמשך.

⁴² קיימת הסכמה על כך שהקק"ל רכשה בטרם הקמת המדינה כמיליון דונם של קרקע, אולם כיום היא מחזיקה קרוב ל-2.6 מיליון דונם, היינו – 1.6 מיליון דונם נוספים. תיאורו של גולן אודות "עסקת מליון הדונם" (**להלן**, ה"ש 325) מסביר את אופן רכישתם של מיליון דונם של קרקעות, אולם לא מצאנו בדבריו הסבר ל-0.6 מיליון הדונמים הנוספים, מלבד ציון העובדה, כי לאחר העיסקה הנ"ל קק"ל ביקשה לקנות מיליון דונם נוספים מאדמות הערבים הנטושות (א. גולן, **להלן**, ה"ש 314, בעמ' 232). לדברי יפתחאל, גם אותם 0.6 מיליון דונם מקרקעין שרכשה הקק"ל היו תוצאה של העברות מהמדינה, ולא של רכישות פרטיות כפי שנהגה בטרם הקמת המדינה (יפתחאל, שם, שם).

⁴³ ויסמן, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 214.

השפעת הקק"ל ותפקידיה בנייהול מקרקעי ישראל:

למן ההתחלה, מצינת האמנה, כי העיקרון היסודי של הקרן הקיימת לישראל הוא, כי המקרקעים שרכשה והעבירה לבעלות העם היהודי לא יימכרו, אלא יישארו בבעלות העם ויימסרו בחכירה בלבד⁴⁴. הוסכם באמנה גם, כי עיקרון זה יחול על כל מקרקעי ישראל⁴⁵, דבר שקיבל את ביטויו בהוראות חוק יסוד: מקרקעי ישראל. גם חוק מקרקעי ישראל, תש"ך – 1960 מאמץ הגבלות על העברת בעלות במקרקעי הקק"ל, באשר גם במקרה בו מותרת העברת בעלות במקרקעי ישראל, אין להעביר בעלות במקרקעי קק"ל, אלא בהסכמתה⁴⁶.

כפי שניתן לראות מהוראות האמנה, לקק"ל כוח השפעה לא מבוטל על מדיניות הקרקעות בישראל, והיא מקיימת יחסי גומלין הדוקים עם מנגנוני הממשל. בין היתר, קובעת האמנה, כי:

- מנהל ממ"י ימונה לאחר התייעצות עם הקק"ל⁴⁷
- ממ"י ינהל את אדמות קק"ל "בכפיפות לתזכיר ולתקנות ההתאגדות של הקרן הקיימת לישראל"⁴⁸. לפי זה, אמור ממ"י, בנהלו את מקרקעי קק"ל, להגביל עצמו למטרותיה, דהיינו – שימוש בקרקע לשם יישוב יהודים⁴⁹. מציאות זו מעוררת קשיים, בין היתר, במישור השוויון בהקצאות להתיישבות⁵⁰.
- מקום בו נדרש ממ"י לסטות לצורך עסקה פלונית מעקרונות המדיניות האמורה, כאשר מדובר במקרקעין הרשומים על שם הקק"ל, הדבר מצריך את הסכמת הקק"ל⁵¹
- כמחצית מחברי מועצת מקרקעי ישראל ממונים על פי הצעת הקק"ל⁵². כפי שצינו קודם, הקק"ל רשאית להציע נציג אחד מטעם הסוכנות היהודית.
- קק"ל מופקדת על קביעת מדיניות פיתוח והכשרת מקרקעי ישראל וייעורם⁵³. כך, המדינה - באמצעות המינהל - פועלת כסוכנת של הקק"ל בנייהול אדמותיה, ומאידך, הקק"ל פועלת - באמצעות מינהל פיתוח קרקע שלה - כסוכנת של המדינה לצורך ייעור.
- המועצה הקיימת ליד הקק"ל לענייני הכשרת מקרקעין ופיתוחם מופקדת על קביעת מדיניות הפיתוח בהתאם לתכנית הפיתוח החקלאית של שר החקלאות. שישה מתוך שבעה חברי מועצה זו ממונים על ידי הממשלה⁵⁴.

ראוי לציין, שעם הבאת תוקף האמנה לסימו (המתאפשר במצבים שונים, על פי בחירת הצדדים או אחד מהם) חוזר מצב ניהול הקרקעות לקדמותו⁵⁵.

א.2.3. הערה לסיכום – המלצות ועדת גדיש

בשולי הדברים חשוב לציין, כי לאחרונה התפרסמו מסקנותיה והמלצותיה של ועדת גדיש לרפורמה במינהל מקרקעי ישראל, כאשר החשובה ביותר שבהן היא העברת הבעלות על הקרקעות אותן

⁴⁴ סעיף א לאמנה

⁴⁵ סעיף ג(4) לאמנה

⁴⁶ סעיף ג(7) לחוק מקרקעי ישראל, וכן סעיף ג(5) לאמנה

⁴⁷ סעיף ג(2) לאמנה

⁴⁸ סעיף ג(4) לאמנה

⁴⁹ קרצ'מר מטיל ספק בחוקיות ההסדר המחייב את ממ"י, גוף סטטוטורי, לנהל את קרקעות הקק"ל תוך הבחנה בין יהודים לערבים: "The legality of the above arrangement which allows discrimination between Jews and Arabs by a statutory body, has never been confirmed by a court". (קרצ'מר, לעיל, ה"ש 28, בעמ' 66).

⁵⁰ להלן, פרק ג ("על הפרדה ושוויון בהתיישבות ובהקצאת מקרקעי ישראל למגורים"). ויסמן מעיר, כי אין ספק שבעלות הקק"ל בקרקעות הנחשבות קרקעות המדינה יוצרת בעיה מעניינת. ניתן לומר כי לקרקעות אלו יש מעמד מעין-פרטי, שכן אין הם יכולים לשמש את כלל האזרחים במדינה אלא את קבוצת היהודים בלבד. לכאורה, תאלץ המדינה "להפקיע" את קרקעות הקק"ל ולהעבירם לבעלות המדינה על מנת שתוכל להשתמש בקרקעות אלו לצרכים אזרחיים כלליים. מצב זה גם מעמיד את ממ"י בפני בעיה, שכן אסור לו לנהוג באופן לא שוויוני כלפי אזרחי המדינה בביצוע תפקידו כגוף שמנהל את מקרקעי ישראל. ייחוד זה של קרקעות הקק"ל אף מעמיד בסימן שאלה את העברות הקרקעות המתבצעות בין המדינה לקק"ל ואף את עצם הסמכות לבצע העברות אלו (ויסמן, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 212-213).

⁵¹ סעיף ג(5) לאמנה

⁵² סעיף ג(9) לאמנה, וכן סעיף 4 לחוק מינהל מקרקעי ישראל.

⁵³ סעיפים ג(10) - ג(15) לאמנה

⁵⁴ סעיף ג(15) לאמנה

⁵⁵ סעיף ג(19) לאמנה

מנהל ממ"י לידי החוקרים. היות וקיימת מגבלה על העברת הבעלות בקרקעות הקק"ל לידיים פרטיות לאור האמנה שבינה לבין המדינה, הוסכם כי קרקעות הקק"ל במרכז הארץ יועברו למדינה, ובמקביל תקבל הקק"ל קרקעות חילופיות לפי אותו היקף בעלות שבידיה באזורים אחרים בנגב ובגליל, תוך פיצוי כספי בגין הפרשים בערך האדמות המוחלפות. במקביל, תצומצם נציגות קק"ל במועצת מקרקעי ישראל לשלושה חברים בלבד, בהתאם לחלקה היחסי של הקק"ל בקרקע המנוהל על ידי ממ"י⁵⁶. קיים סיכוי סביר לכך, שבין היתר, יוביל מהלך זה להפרדת קק"ל מממ"י⁵⁷.

אין ספק שמהלכים אלה מבקשים לשנות באופן דרסטי את פניו של משטר המקרקעין הישראלי כפי שהוצג כאן, ומטבע הדברים הם גם יצריכו שינויים חקיקתיים מרחיקי לכת. כל עוד אלה לא מבוצעים, נמנעת הוצאת המלצות דו"ח גדיש לפועל באשר הן אסורות על פי החוק הקיים.

3.א. חלוקת המרחב: רשויות מוניציפליות – מאפיינים ובחינה השוואתית

כאמור, רוב הקרקעות במדינת ישראל נמצאות בבעלות ציבורית (בעיקר על ידי המדינה). יחד עם זאת, כפי שנוכל לראות, אין לעצם הבעלות השלכה ישירה על שאלת חלוקת המרחב הקרקעי בין המגזרים השונים. אדמות המדינה מתוחמות על ידי משרד הפנים ב"תחומי שיפוט מוניציפליים", בהם מעניקה המדינה לרשויות המקומיות סמכויות ושלטון מקומי בקרקע, מבלי להעניק בהן בהכרח בעלות. החלקים מן הקרקע אשר לא הועברו לסמכויות השלטון המקומי נותרים באופן שיורי בידי המדינה, כ"שטחים ללא שיפוט"⁵⁸.

לצורך בדיקת החלוקה המרחבית, ועל מנת להשוות בין מאפייני המרחב במגזרים השונים, אנו נבחן את ההחזקה במרחב בפועל, על דרך החלוקה הקיימת של המרחב למועצות אזוריות, מועצות מקומיות ועיריות. חלק זה יציג את סוגי הרשויות הקיימים ויערוך השוואה בין מאפיינים שונים שלהן, המשליכים על שאלת הצדק החלוקתי בסוגיית הקרקעות במדינת ישראל.

הערה מקדימה: לצורך פרק זה נתייחס אל כלל השטח של מדינת ישראל (21,842 קמ"ר), אשר כולל מקרקעין מוסדרים ושאינם מוסדרים גם יחד. שאלת הסדרת הקרקעות רלוונטית להצגת התפלגות הבעלויות בקרקע, אולם גם קרקע ללא בעלים מוסדרים נתונה תחת שליטת המדינה, וברובם ככולם של המקרים – גם תחת שלטונה של רשות מוניציפלית כלשהי. כאמור, עניינו של חלק זה הוא ניתוח השליטה המרחבית, ומכאן חשיבות ההתייחסות אל כלל הקרקעות שבישראל.

3.1.א. רשויות מקומיות בישראל: ערים, מועצות מקומיות ומועצות אזוריות

במדינת ישראל קיימים שלושה סוגים עיקריים של רשויות מקומיות: מועצות אזוריות, מועצות מקומיות ועיריות. אלו מוקמות על פי הכרזת שר הפנים, בתנאי שלא יכריז השר עליהם בשטח בו קיימים פחות מ-5,000 תושבים⁵⁹. למעשה, המועצה האזורית היא מועצה מקומית אשר כוננה כמועצה אזורית **בצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958**. המועצה האזורית מאופיינת בכך שהיא מאגדת בתוכה מספר יישובים קטנים (פחות מ-2,000 נפש בכל יישוב). ככלל, מורכב שטח השיפוט שלה משטח היישובים הללו ומהמרחב המשתרע בין היישובים וסביבם.

⁵⁶ ראה דין וחשבון הוועדה הציבורית לרפורמה במינהל מקרקעי ישראל (ועדת גדיש) (2000) [נדלה ביום 06/07/05 מאתר האינטרנט של ממ"י בכתובת: www.mmi.gov.il/MaChadash/show_h.asp?key=629].

⁵⁷ דברים ברוח זו אמר יו"ר דירקטוריון קק"ל, יחיאל לקט, בסמוך לפרסום דו"ח הוועדה. ראה: ב. תירוש, "יו"ר דירקטוריון קק"ל, יחיאל לקט: "אין לנו במה להתבייש ועל מה להצטדק" [נדלה ביום 26/07/05 מאתר האינטרנט של קק"ל בכתובת: http://www.kkl.org.il/kkl/hebrew/nosim_ikaryim/hinuch/moledet/gilayon%204/pdf%20molede4%20p%203-5.pdf], וכן ראה: ענת ג'ורג'י, "תכנית ההתנתקות של קק"ל", דה-מרקר, נדל"ן ותשתיות, 20 ביוני 2005, י"ג בסיון תשס"ה, עמ' 12.

⁵⁸ נכון להיום, מדובר על כ-1,200 קמ"ר (ר' טבלה מס' 4 (שטחי הרשויות המקומיות): ניתן לראות שסך שטחי הרשויות הללו לא מגיע לשטח המדינה כולה); האמור בשטחים צבאיים (שטחי אש), שטחים המצויים בין מועצות אזוריות, שטחי בור, אגמים וכיו"ב.

⁵⁹ סעיף 3 לפקודת העיריות [נוסח חדש]; סעיף 1 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש].

לרשויות המקומיות אישיות משפטית עצמאית, והן בעלות זכויות וחובות משפטיות⁶⁰. לשר הפנים הסמכות לשנות את תחומיהן, ולהפוך עירייה למועצה מקומית, ולהפך, בכפוף למספר תנאים המפורטים בחוק⁶¹.

מאז שנות ה-50 הוכר הצורך בהקמת רשויות מקומיות ערביות עצמאיות. השיקולים שהנחו את קובעי המדיניות בעניין זה היו פיתוח המגזר הערבי, שיפור רמת השירותים ומתן הזדמנות לאוכלוסיה הערבית להגביר את מעורבותה – הן בניהול ענייניה הפנימיים, והן ביחסיה עם הרשויות המרכזיות של המדינה. לכך הצטרף שיקול משמעותי, שכוונתו היתה ליצור מנהיגות ערבית מקומית שתהווה 'שסתום ביטחון' מפני תחושות קיפוח ותסכול⁶². התפתחות חיובית בהקשר זה חלה לאחרונה, עם הקמת שלוש מועצות אזוריות וארבע מועצות מקומיות בדואיות וערביות⁶³.

ראוי לציין, כי המועצות האזוריות לא יידונו בהרחבה במסמך זה, מאחר שמעצם טיבן, נתוני הציפיות שלהן, כמו גם נתונים אחרים, אינם משקפים נאמנה את המצב באזורים המיושבים העיקריים במדינת ישראל. כפי שנראה בטבלאות שלהלן, שטח המועצות האזוריות מהווה מעל 80% משטח המדינה⁶⁴, אולם יחסית לגודלן, מתגוררים בהן רק כ-500,000 בני אדם, המהווים כ-8% מתושבי המדינה⁶⁵. מתוך אוכלוסיית המועצות האזוריות, האוכלוסיה היהודית מונה כ-455,000 איש (כ-8.5% מהאוכלוסיה היהודית), והאוכלוסיה הערבית מונה קצת מעל ל-41,000 בני-אדם (כ-3.2% מכלל האוכלוסיה הערבית)⁶⁶. הרוב המכריע של שטחי המועצה האזורית אינו מיועד כלל לפיתוח יישובי, ושטחים נרחבים משטחי המועצה הינם שטחי אימונים של הצבא או שטחים של שמורות טבע וגנים לאומיים. אם כן, בכדי לקבל תמונה המתארת באופן הולם את נתוני הציפיות ואת יכולת הפיתוח של הקרקע בהקשר שלנו, נכון יותר להתמקד בנתוני הערים והמועצות המקומיות, אשר מהוות את מוקדי היישוב העיקריים הן במגזר היהודי והן במגזר הערבי. מקום בו הדבר יידרש, נביא גם נתונים אודות המועצות האזוריות.

⁶⁰ סעיף 10 לפקודת המועצות המקומיות; סעיף 7 לפקודת העיריות [נוסח חדש].
⁶¹ באתר משרד הפנים באינטרנט מצוי פירוט נוח להתמצאות באשר לנוהל שינוי שטחי שיפוט על פי פקודת העיריות [נוסח חדש] (בעיקר סעיפים 5 ו-8), פקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש] (בעיקר סעיפים 5 ו-7), וצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), תשי"ח - 1958. ראה: <http://www.moin.gov.il> תחת הקישורית "גבולות שיפוט ברשויות".

⁶² מ. אלהאג' וה. רונפלד, **השלטון המקומי הערבי בישראל** (1990), עמ' 28. על אופן הקמת הרשויות הערביות ראה שם, בעמ' 28-33.

⁶³ האמור במועצות המקומיות אבו סנאן, ג'וליס, ירכא ויאנוה-ג'ת, אשר תחילת כהונתן החלה מספטמבר 2004, וכן במועצות האזוריות בוסתן אל-מרג', אל-בטוף ואבו-בסמה. שתי המועצות האזוריות הראשונות הוקמו בצוים של שר הפנים כבר בשנת 2001, אולם החלו לכהן בראשית שנת 2004, אז הוקמה גם המועצה האזורית אבו בסמה בצו של שר הפנים. (המידע התקבל באדיבות מר אייל טרייזין, ראש ענף תחומי שיפוט באגף למנהל מוניציפלי, המנהל לשלטון מקומי, משרד הפנים, וכן ראה: צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות) (בוסתן אל-מרג'), התשס"א-2001, וכן צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות) (אל-בטוף), התשס"א-2001, קובץ התקנות 6095, כ"ו באדר התשס"א, 21/3/2001, עמ' 652; צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות) (אבו בסמה), התשס"ד-2003, קובץ התקנות 6280, ג' בטבת התשס"ד, 28/12/2003).

כפי שנראה בהמשך, בנתונים שקיבלנו מן הלמ"ס מופיעות רק שתי מועצות אזוריות ערביות. מברור שערכנו עולה, כי נכון למועד כתיבת שורות אלה, שתי המועצות האזוריות הראשונות כבר פעילות וקיימים נתונים אודותיהם, בעוד שלגבי המועצה האזורית אבו-בסמה, טרם הושלמה תכנית מתאר, סימול וכיו"ב, אשר יאפשרו ללמ"ס לרכז נתונים סטטיסטיים אודותיה כמועצה אזורית. לפיכך, אף שנתוני הטבלאות מציגים שתי מועצות אזוריות ערביות, כדאי לזכור כי בשטח הולכת ומתהווה מועצה אזורית ערבית (בדואית) נוספת.

⁶⁴ ראה טבלה מס' 4 (שטחי הרשויות המקומיות).

⁶⁵ ראה טבלה מס' 5 (חלוקת האוכלוסיה בין הרשויות המקומיות).

⁶⁶ ראה טבלאות מס' 2 (התפלגות אוכלוסיה לפי מוצא אתני-דתי) ומס' 5 (חלוקת האוכלוסיה בין הרשויות המקומיות).

א.3.2. השוואה בין רשויות מקומיות יהודיות וערביות – מספר פרמטרים⁶⁷

טבלה מס' 2: התפלגות האוכלוסיה לפי מוצא אתני-דתי⁶⁸

- סך אוכלוסיית מדינת ישראל (ללא יהודים בשטחים⁶⁹): כ- 6,600,000 נפש (עם האוכלוסייה היהודים בשטחים – 6,800,000 נפש בקירוב).
- סה"כ יהודים ואחרים (כולל נוצרים שאינם ערבים) בתוך ישראל: 5,300,000 נפש, המהווים 80.3% מהאוכלוסיה.
- סה"כ ערבים בישראל: 1,300,000 נפש, המהווים 19.7% מהאוכלוסיה.

ראוי לציין, כי הנתונים אודות האוכלוסיה הערבית כוללים את הדרוזים והבדואים. האוכלוסיה הדרוזית מונה כ- 111,000 איש. באשר לאוכלוסיה הבדואית, שנתון הלמ"ס אינו מספק נתונים בנפרד, שכן הוא נוקט בסיווג דתי, והבדואים הנם מוסלמים. יחד עם זאת, קיימים אומדנים המעריכים את גודל האוכלוסיה הזו כיום בכ- 150,000-160,00 תושבים⁷⁰.

הקבוצה	גודל האוכלוסיה	אחוז (בקירוב) מן האוכלוסיה הכללית
סה"כ יהודים ואחרים (לא כולל עיו"ש. כולל נוצרים שאינם ערבים, ותושבים נטולי דת)	5,300,000	80.3%
סה"כ ערבים	1,300,000	19.7%
מתוך אוכלוסיה זו – דרוזים	111,000	1.7%
מתוך אוכלוסיה זו – בדואים (בקירוב)	155,000	2.35%
ערבים אחרים (מוסלמים ונוצרים)	1,034,000	15.65%
סה"כ	6,600,000	100%

⁶⁷ כתיבת חלק זה הצריכה איתור נתונים סטטיסטיים רבים, אשר חלקם הגדול יובא להלן. נכון למועד כתיבת שורות אלה מסתיים פרויקט מיפוי שימושי קרקע שנערך על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, יחידת הממ"ג. נתוני הפרויקט החדש טרם פורסמו במלואם, אולם לצרכי עבודה זו קיבלנו נתונים מעודכנים המתבססים עליו באדיבות מר שחר כץ, ראש יחידת הממ"ג בלמ"ס. פרק זה מתבסס על נתונים עדכניים אלו, יחד עם נתונים נוספים מן הלמ"ס, אותם נציין בצמוד להצגתם. (יצויין, כי פרויקט זה מעדכן פרויקט קודם אשר דו"ח אודותיו הוגש בראשית שנת 2001 למשרד הפנים, ואשר ניתוח שלו נערך על ידי מאיר בן שחר. בחלק זה נשתמש לפרקים בכלים ובאופן הניתוח שהתווה בן שחר בעבודתו "הקצאת קרקעות במדינת ישראל" (העבודה לא פורסמה)).

⁶⁸ הנתונים שלהלן כוללים שקלול מקורב של מספר מסמכים של הלמ"ס. הראשון הנו **השנתון הסטטיסטי לישראל 2004, מספר 55**, (השנתון מפורסם באתר הלמ"ס באינטרנט [<http://www.cbs.gov.il>], תחת הקישורית "שנתון סטטיסטי לישראל". השני, הנו פרסום "אוכלוסיית ישראל 2004 – נתונים סופיים [נדלה ביום 13/07/05 מאתר האינטרנט של הלמ"ס בכתובת: [http://www.cbs.gov.il/population/popul_sep2004.htm]]. השלישי הוא קובץ הנתונים אשר ניתן לנו באופן מיוחד על ידי יחידת הממ"ג בלמ"ס. גם כאן ראוי לחזור אל ההערה החשובה שהערנו בתחילת העבודה. הנתונים המופיעים בכל המסמכים הנ"ל דומים כמעט לגמרי זה לזה, אולם קיימים ביניהם הבדלים קלים. ייתכן שהדבר נובע מאומדנים שונים שנעשו בהקשרים ולצרכים שונים, כמו גם מעדכוני ספירות שניתנים/מפורסמים לעיתים באופן מידי, גם אם ללא תיקון של מסמכים רשמיים קודמים. מכל מקום, מאחר שגם כאן, השוני בנתונים הוא קל יחסית ואינו יוצר עיוות בניתוח, מצאנו לנכון להביא בפני הקורא מספרים מקורבים – "מעוגלים", אשר משקפים נאמנה את התמונה המצטיירת מכלל המסמכים האמורים.

⁶⁹ איננו כוללים את אוכלוסיית השטחים, משום שתכלית ניתוח זה הנו הצגה השוואתית בין יהודים לערבים בכל הנוגע לחלוקה המרחבית (בעלויות בקרקעות, שליטה מוניציפלית, צפיפות אוכלוסין, שימושי קרקע וכיו"ב) בתוך מדינת ישראל. ⁷⁰ נתונים אלה נלקחו במקור מי. פרי, **המיעוטים בישראל (1998)**, עמ' 15, אולם הם היו נכונים לשנת 1997. במסגרת מחקרנו זה וידאנו עם הלמ"ס שנתון זה אכן מעודכן נכון להיום. חשוב להדגיש כי רובה המכריע של האוכלוסיה הבדואית לא התגורר במועצות מקומיות ובעיריות בדואיות עצמאיות עד לשנת 2004, אז הוקמה המועצה האזורית הבדואית אבו-בסמה בדרום (ר' לעיל, ה"ש 63, והסייג לגבי מועצה אזורית מסיימת זאת), והמועצה האזורית הערבית-מעורבת אל-בטוף בצפון (במועצה אזורית זו קיימים כעת 4 ישובים – שניים ערבים, ושניים בדואים, אולם נתוני הלמ"ס מתייחסים אל מועצה אזורית זו כאל מועצה ערבית).

ראה גם לוח 2 בפרסום הלמ"ס, "אוכלוסיה ביישובים ובחלוקות גיאוגרפיות רחבות בישראל, 2003" (אוקטובר 2004, תשס"ה) [נדלה ביום 13/07/05 מאתר האינטרנט של הלמ"ס בכתובת: [<http://www.cbs.gov.il/population/popul.htm>]]. כ- 60,400 איש אינם גרים בשום מסגרת יישובית. מתוכם, קבוצת ה"יהודים ואחרים" מונה כ- 8,700 איש (ראה גם שנתון 2004, לעיל, ה"ש 68, לוח 2.11). מכאן יוצא, כי מספר הערבים-מוסלמים שגרים מחוץ ליישובים הנו כ- 51,700 איש. סביר להניח שרובם ככולם בדואים.

טבלה מס' 3: מספר הרשויות המקומיות⁷¹

המגזר	מועצות מקומיות	מועצות אזוריות	ערים	סה"כ רשויות מקומיות
יהודי	48	45	58 (כולל 8 ערים מעורבות ⁷²)	151
סה"כ רשויות ערביות (כולל דרוזים ובדואים)	65	74 ²	11 ⁷³	78
סה"כ בישראל	113	75 ⁴⁷	69	229

ניתוח הטבלה מביא למסקנות הבאות:

1. חלקן של המועצות המקומיות הלא-יהודיות עומד על כ- 58% מסך המועצות המקומיות, ואילו חלקן של הערים הלא-יהודיות עומד על כ- 16% מכלל הערים. הדבר יכול להביא למסקנה, כי רמת העיור בקרב האוכלוסייה הלא-יהודית איננה מגיעה לרמת העיור של האוכלוסייה היהודית⁷⁶.
2. כלל הרשויות המקומיות הלא-יהודיות מהוות 34% מכלל הרשויות המוניציפליות. מספר זה עולה על חלקם של הערבים באוכלוסייה, אשר עומד על כ- 19%.
3. אם נתעלם מן המועצות האזוריות, יחס זה אפילו עולה, באשר המועצות המקומיות והערים הערביות (76 רשויות במספר) מהוות כ- 42% מהסך הכולל של המועצות המקומיות והערים בישראל (שהן 182 במספר).
4. שיעור המועצות האזוריות הלא-יהודיות מתוך כלל המועצות האזוריות נופל בהרבה משיעור הערבים באוכלוסייה ועומד כיום על 4.25% בלבד (6.4% עם הקמת המועצה האזורית הנוספת אבו-בסמה)⁷⁷.

ראוי לציין, כי מספר היישובים במועצות האזוריות עומד כיום על 893 בקירוב. מתוך אלה, כ- 66 הנם יישובים ערביים (כולל 28 שבטים בדואים), והיתר (827) הם יישובים יהודיים⁷⁸. אין ספק, כי בכל הנוגע למספר היישובים, שאינם מהווים רשות מוניציפלית עצמאית, קיים חוסר שיוון בולט לטובת האוכלוסייה היהודית.

⁷¹ מספרים אלה משקפים את הנתונים שניתנו לנו מיחידת הממ"ג בלמ"ס וכן את הנתונים המופיעים בקובץ היישובים – 2004 (בתוך: "אוכלוסיית ישראל 2004- נתונים סופיים", לעיל, ה"ש 68).

⁷² על פי רוב, נהוג למנות את הרשויות המקומיות המעורבות כרשויות יהודיות, וכך נעשה במרבית הטבלאות שנציג (בין היתר, משום שאין בדרך כלל נתונים נפרדים על יהודים וערבים בלמ"ס כאשר מדובר באוכלוסייה מעורבת). יחד עם זאת, חשוב לזכור, כי לא תמיד הכללה זו תשקף את המצב כפי שהוא אצל היהודים והערבים ברשויות המעורבות בנפרד, אלא תציג "ממוצע" שאמור לחול על שתי אוכלוסיות אלה גם יחד. במקרים רבים, "ממוצע" זה מציג תמונה חיובית יותר על מצבם האמיתי של ערביי הרשויות המעורבות, כאשר בפועל, תנאי מגוריהם ואיכות חייהם נחותים מאלה של היהודים תושבי המקום. לעיון נוסף בעניין זה ראה: ב. דביט, "המיעוט הערבי בערים מעורבות", סוגיות הקרקע והדיור בקרב המיעוט הערבי הפלסטיני בישראל (הכנס השנתי השני של המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, 2002) [נדלה ביום 03/08/05 מאתר האינטרנט של המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי בכתובת: <http://www.ac-ap.org/savethis.asp?lang=3&itemid=63>].

וכן ראה: ב. בירומי וי. תמרי, "סקר תכנוני לשכונות ערביות ברמלה", האזרחים הערבים בערים המעורבות (הכנס השנתי הרביעי של המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, 2004) [נדלה ביום 03/08/05 מאתר האינטרנט של המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי בכתובת: <http://www.ac-ap.org/savethis.asp?lang=3&itemid=188>].

⁷³ מספר זה כולל עיר דרוזית חדשה (עוספיה-דלית אל כרמל), אשר זכתה לאחרונה במעמד מוניציפלי זה.

⁷⁴ אל-בטוף ובוסתן-אל-מרג', לעיל, ה"ש 63 (כזכור, מועצה אזורית אבו-בסמה כבר הוקמה באופן עקרוני, אולם בשל היעדר נתונים בלמ"ס אודותיה, אנו מציינים את הדברים כפי שהוצגו לנו).

⁷⁵ מספר זה אינו כולל את המועצה האזורית אבו-בסמה 1 (ראה הערתנו לעיל, ה"ש 63).

⁷⁶ נושא זה יידון ביתר פירוט כאשר ננתח את נתוני האוכלוסייה.

⁷⁷ מאידך, מטבלה מס' 5 (חלוקת האוכלוסייה בין הרשויות המקומיות) עולה, כי גודל האוכלוסייה הערבית המתגוררת במועצות האזוריות קטן מאד לעומת שיעורם באוכלוסיית המועצות האזוריות, ועוד יותר – משיעורם באוכלוסיית הערבים בישראל.

⁷⁸ קובץ היישובים – 2004, לעיל, ה"ש 71.

טבלה מס' 4: שטחי הרשויות המקומיות

השטח עליו משתרעות הרשויות המקומיות והערים של שני המגזרים הוא, כמובן, נתון בעל משמעות גדולה יותר מאשר מספר הרשויות הקיימות, שכן הוא מהווה בסיס חשוב לטענות רבות שנשמעות בנושא הצפיפות, העדר שטחים ציבוריים וכדומה. הטבלה הבאה מפרטת את יחסי השטחים בין המגזרים השונים⁷⁹. הנתונים כולם מופיעים בקמ"ר.

המגזר	סך שטח המועצות המקומיות	סך שטח המועצות האזוריות	סך שטח הערים	סה"כ שטח שיפוט למגזר
יהודי	436	18,147	1,379 ⁸⁰	19,962
ערבי (כולל דרוזים ובדואים)	484	13	171	668
סה"כ	920	18,160	1,550	20,630

ניתוח הטבלה מעלה את הנתונים הבאים:

1. מתוך סך שטחי המועצות המקומיות- 47% שייך למועצות יהודיות ו- 53% למועצות שאינן יהודיות.
2. מתוך סך שטח הערים- 89% שייך לערים יהודיות ומעורבות ו- 11% לערים שאינן יהודיות.
3. מתוך סך השטח של מועצות מקומיות וערים (שם מتركזת עיקר האוכלוסיה, כפי שנראה להלן), להוציא מועצות איזוריות, אשר בחלקן הגדול אינן מיושבות: 73% שייך לרשויות יהודיות (כולל ערים מעורבות) ו- 27% שייך לרשויות לא יהודיות.
4. מתוך סך שטחי המועצות האיזוריות – קרוב ל- 100% שייך למועצות איזוריות יהודיות. הסיבה להבדל קיצוני זה איננה רק המיעוט היחסי של מספר מועצות איזוריות לא יהודיות אלא גם אופיין; בעוד ששטח המועצות האיזוריות היהודיות כולל הן את שטח היישובים שבתחומן, והן את השטחים העודפים שביניהם, שטח המועצות האיזוריות הערביות הוא שטח היישובים נטו, ללא השטחים העודפים שביניהם.

שתי מסקנות עולות מדברים אלה. האחת, שמבחינת סך שטחי המועצות המקומיות והערים (לא כולל מועצות אזוריות) מתקיים, לכאורה, חוסר שוויון **לטובת האוכלוסיה הלא-יהודית**. בעוד שהאוכלוסיה היהודית מונה כ- 80% מכלל האוכלוסיה סך שטחי מועצותיה המקומיות ועריה מונה כ- 73% מכלל שטחי המועצות המקומיות והערים. האוכלוסיה הלא יהודית מונה כ- 20% מכלל האוכלוסיה וסך שטחי מועצותיה המקומיות ועריה מונה 27% מכלל שטחי המועצות המקומיות והערים⁸¹. המסקנה השנייה היא, שמבחינת שטחי המועצות האיזוריות מתקיים חוסר שוויון בולט **לטובת האוכלוסיה היהודית**, באשר כמעט 100% משטח המועצות האיזוריות שייך למועצות איזוריות יהודיות⁸².

אין נתונים המתייחסים אל שטחי היישובים במועצות האזוריות, אולם מאחר שאחוז האוכלוסיה בהם זניח יחסית, אין בכך כדי לשנות את התמונה הכוללת בכל מגזר ומגזר.

⁷⁹ כזכור, לא כל שטחי מדינת ישראל כלולים בנתונים אלה, וכן ישנם שטחים חסרי מעמד מוניציפלי (שטחים בין מועצות איזוריות, שטחי בור, שטחי אש, וכיו"ב); ראה לעיל, ה"ש 58.

⁸⁰ ובכללן ערים מעורבות.
⁸¹ יש לציין כי הנתונים מוטים מעט: ראשית, בשטחי היישובים היהודיים כלולות ערים מעורבות, דבר שמגדיל את הפער לרעת האוכלוסיה היהודית. שנית, שטחי מועצות איזוריות אינם כלולים בחישוב (חלק גדול מהשטח איננו מיושב- לפחות במועצות האיזוריות היהודיות).

⁸² מאידך, כפי שמראה טבלה 5 (חלוקת האוכלוסיה בין הרשויות המקומיות), מעל 90% מאוכלוסיית המועצות האזוריות הם יהודים.

טבלה מס' 5: חלוקת האוכלוסיה בין הרשויות המקומיות⁸³

המגזר	מס' תושבים במועצות מקומיות	מס' תושבים במועצות איזוריות	מס' תושבים בערים	סה"כ תושבים למגזר
יהודי	415,000	454,200 ⁸⁵	4,420,000 ⁸⁴	כ- 5,289,200
ערבי	565,000	41,000 ⁸⁸	672,000 ⁸⁷	1,278,000 ⁸⁶
סה"כ תושבים לסוג הרשות המקומית	980,000	495,200	5,092,000	6,567,200 ⁸⁹

גם כאן ניכרים הבדלים משמעותיים בין המגזרים השונים של החברה הישראלית. בעוד שכ- 82% מן האוכלוסיה היהודית חיה בערים, במגזר הלא יהודי כ- 50% מהאוכלוסיה גרה בערים⁹⁰.

טבלה מס' 6: צפיפות האוכלוסיה ברשויות המקומיות (נפש לקמ"ר)

המגזר	צפיפות אוכלוסיה במועצות מקומיות	צפיפות האוכלוסיה במועצות אזוריות	צפיפות האוכלוסיה בערים
יהודי	920.77	30.22	3401.71
ערבי (לא כולל דרוזים ובדואים)	1402.75	987.23	1840.65
דרוזי	739.51	אין	אין ⁹¹
בדואי	1225.89	אין	1825.59

⁸³ מספרים אלה משקפים את הנתונים שניתנו לנו מיחידת הממ"ג בלמ"ס וכן את הנתונים המופיעים בקובץ היישובים – 2004 (בתוך: "אוכלוסיית ישראל 2004- נתונים סופיים", לעיל, ה"ש 68).

⁸⁴ זהו מספר היהודים בערים, ללא ערביי הערים המעורבות. מספרן של הערים המעורבות הוא שמונה (ירושלים, חיפה, ת"א-יפו, לוד, רמלה, עכו, נצרת עילית ומעלות-תרשיחא), וסך אוכלוסייתן – כ- 1,587,000 איש. מתוך אלה, כ- 327,000 איש ערבים, והיתר – יהודים. (הנתונים אודות הערים המעורבות מצויים בקובץ היישובים – 2004 (בתוך: "אוכלוסיית ישראל 2004- נתונים סופיים", לעיל, ה"ש 68).

⁸⁵ מספר זה אינו כולל את אוכלוסיית היישובים הערבים המצויים במועצות האזוריות (האמור ב-38 יישובים ערביים; עשרה מהם נמצאים במועצות האזוריות הערביות, ו-28 מהם מצויים במועצות אזוריות יהודיות). אלה נספרו באוכלוסיית המועצות האזוריות הערביות, שכן תכלית טבלה זו להצביע על אופי ההתיישבות הדומיננטי בכל מגזר, ועל כן רצוי שנתונים אודות ערבים לא "יבלעו" בתוך נתונים אודות יהודים (כפי שקורה בד"כ בספירה של רשויות מעורבות כיהודיות).
⁸⁶ לא כולל פזורה בדואית.

⁸⁷ מספר זה כולל את הערבים בערים הערביות, וכן את הערבים בערים המעורבות. (ראה הסבר לעיל, ה"ש 84)
⁸⁸ מספר זה כולל את אוכלוסיית היישובים הערביים שבמועצות האזוריות היהודיות והערביות כאחד (ראה הסבר לעיל, ה"ש 84), אולם הוא אינו כולל את הפזורה הבדואית (28 שבטים, אשר נהוג לספרם כ"יישובים", אולם אין כרגע דרך למנות את מספר אוכלוסייהם).

⁸⁹ סביר להניח שלא הגענו כאן למספר 6,600,000 איש, לאור היעדר הפזורה הבדואית. ייתכן גם שהטיות אחרות באומדנים שסופקו לנו כאן מוסיפים במשהו לפער. בהקשר זה אין לנו אלא להפנות אל הערתנו בראשית עבודתנו על אי-דיוקים כלשהם בנתונים. יחד עם זאת, ניתן לראות כי גם כאן, לא מדובר בפערים מספריים אשר שוללים את יכולת הניתוח והסקת המסקנות מן הנתונים.

⁹⁰ מאידך – ר' להלן מסקנות טבלה מס' 6 (צפיפות האוכלוסיה ברשויות המקומיות), ממנה עולה כי אין הבדלים כה גדולים בין העיר הערבית לבין המועצה המקומית הערבית.

⁹¹ הנתונים שקיבלנו מן הלמ"ס לא כוללים מספרים אודות העיר הדרוזית הראשונה (עוספיה-דליית אל-כרמל), אשר קיבלה מעמד מוניציפלי זה רק לאחרונה. יחד עם זאת, מאחר שהניתוח שלנו מזניח את הנתונים אודות מועצות אזוריות, וכולל השוואה מסכמת של צפיפות במועצות מקומיות+ערבים בין המגזרים השונים, אין בהתייחסות אל דליית אל-כרמל ועוספיה כאל מועצות מקומיות כדי לשנות את הנתונים על צפיפות ממוצעת במועצות המקומיות ובערים הדרוזיות.

במגזר היהודי קיימת הבחנה ברורה בין הערים לבין המועצות המקומיות. בעיר ישנה צפיפות גבוהה מאד, של כ- 3,400 נפשות לקמ"ר, ואילו במועצה המקומית הצפיפות נמוכה יותר - 920 נפשות לקמ"ר, ומהווה פחות מ- 1/3 מן הצפיפות בעיר. במועצות האיזוריות הצפיפות נמוכה במיוחד, אולם זהו נתון בעייתי משום שרוב שטחה של המועצה האיזורית אינו מאוכלס.

במגזר הלא יהודי: בערים – העיר הלא יהודית צפופה הרבה פחות מהעיר היהודית. צפיפות האוכלוסין עומדת על 1826 נפשות לקמ"ר בעיר הבדואית ו- 1841 נפשות לקמ"ר בעיר הערבית (אין בנתונים שקיבלנו ערים דרוזיות⁹²). מאידך- המועצה המקומית הלא-יהודית צפופה יותר מהמועצה המקומית היהודית: 1226 במקרה של המועצה המקומית הבדואית ו- 1403 במקרה של המועצה האיזורית הערבית. החריג לכלל זה הוא המועצה המקומית הדרוזית הצפופה פחות מהמועצה המקומית היהודית. המועצות האיזוריות הערביות צפופות, לכאורה, בהרבה מאלו היהודיות, אולם זה נתון מעוות, אשר סביר להניח שנובע מאי-הכללת השטחים בין הישובים בשטחה של המועצה האיזורית הערבית.

מן האמור לעיל ניתן לגזור שלוש מסקנות:

1. ערים יהודיות צפופות, בממוצע, פי למעלה מ- 1.8 בהשוואה לערים לא יהודיות.
2. מועצות מקומיות לא יהודיות צפופות, בממוצע, פי 1.5 (במועצה הערבית) ו- 1.3 (במועצה הבדואית) ממועצות מקומיות יהודיות.
3. החריג לכלל זה הוא המועצה המקומית הדרוזית- הצפופה פחות מכל. מועצה מקומית יהודית צפופה, בממוצע, פי 1.2 ממועצה מקומית דרוזית. מועצה מקומית ערבית צפופה ממנה, בממוצע, פי 1.9

ניתן לראות, כי בעוד שההבדל בין העיר היהודית למועצה המקומית היהודית הוא ברור וחד (העיר צפופה בלמעלה מפי שלוש בהשוואה למועצה המקומית), הרי שהישובים הלא יהודיים הם: "כפרים עירוניים" או: "ערים כפריות". ולראיה- ההבדל בצפיפות בין הערים לא יהודיות למועצות המקומיות הלא-יהודיות הוא פי 1.3 בלבד. כמו כן, בעוד שבמגזר היהודי אחוז הקרקע לחקלאות נמוך יחסית (14%), הרי ששיעורו בערים הלא יהודיות גבוה מאד (39% בערים ערביות, 51% בערים בדואיות)⁹³, והוא גבוה יותר בערים הלא יהודיות מאשר במועצות המקומיות הלא יהודיות.

טבלה מס' 7: צפיפות לחדר לפי מגזרים⁹⁴

מספר חדרים	0.99-	1.01-	1.50-	2.01-	2.50-	3.00-	4.00+
יהודים (באחוזי %)	55.2	13.6	6.6	2.3	0.6	0.4	0.1
ערבים (באחוזי %)	19.8	18.8	20.2	9.1	4.2	3.2	1.6

ניתוח ומסקנות:

- יותר מ-50% מהאוכלוסיה היהודית נהנית מצפיפות של פחות מאדם אחד לחדר. לעומת זאת, במגזר הערבי, רק כ-20% נהנים מצפיפות של פחות מאדם לחדר.
- בעוד שרק כ-4% מן האוכלוסיה היהודית חי בצפיפות של שני אנשים ויותר לחדר אחד, הרי שבמגזר הערבי, כ-21% מן האוכלוסיה חיה בתנאי צפיפות אלה.
- אלו שתי דוגמאות בלבד. ניתוח ההתפלגות בטבלה מעלה ממצא עקבי: הצפיפות לחדר גבוהה באופן משמעותי במגזר הערבי בהשוואה למגזר היהודי.

⁹² ראה הסבר שם.

⁹³ ראה להלן טבלה מס' 11 (שימושי קרקעות ברשויות המקומיות – קרקע לחקלאות).

⁹⁴ טבלה 5.22 לשנתון הסטטיסטי לישראל 2004 (לעיל, ה"ש 68): "משקי בית לפי צפיפות דיור, דת וקבוצת אוכלוסיה" [נדלה ביום 06/07/05 מאתר האינטרנט של הלמ"ס בכתובת: http://www1.cbs.gov.il/shnaton55/st05_22x.pdf].

מהנתונים שפירטנו בטבלאות הקודמות עולה:

- כמות השטחים לאדם במגזר הערבי איננה שונה באופן מהותי מכמות השטח כאמור במגזר היהודי (לעיתים לטובת המגזר היהודי ולעיתים לטובת המגזר הערבי).

מכאן נובע:

- בשטחים דומים במגזר היהודי ובמגזר הערבי, צפיפות המגורים במגזר הערבי גבוהה בהרבה מצפיפות המגורים במגזר היהודי, גם אם בשטחי המגזר היהודי כמות האוכלוסיה גדולה יותר.
- לשון אחרת: הצפיפות הגבוהה יותר במגזר הערבי איננה נובעת בהכרח מכמות לא שיוונית של שטחים אלא מניצול שונה של השטח.

טבלאות שימושי קרקע ברשויות המקומיות⁹⁵

להלן נבחן את שימושי הקרקע במגזרים השונים, דרכם ננסה להבין טענות נוספות אודות קשייהם של הערבים בישראל.

טבלה מס' 8 – קרקע למגורים

מועצות מקומיות	המגזר	ערים
13.57%	יהודי	21.46%
13.61%	ערבי (לא כולל דרוזים ובדואים)	20.18%
9.20%	דרוזי	— ⁹⁶
14.75%	בדואי	12.80%

נמצא כי אין הבדל משמעותי באחוזי שימוש הקרקע למגורים בין המגזר היהודי למגזר הערבי. במגזר הדרוזי והבדואי מצויים הבדלים (אחוז קרקע למגורים נמוך משמעותית בערים במגזר הבדואי)

טבלה מס' 9 – קרקע לרווחת הציבור

מועצות מקומיות	המגזר	ערים
1.47%	יהודי	4.60%
0.66%	ערבי (לא כולל דרוזים ובדואים)	1.10%
0.37%	דרוזי	— ⁹⁷
0.87%	בדואי	1.39%

טבלה זו מראה, כי קיים הבדל משמעותי ואף קיצוני בשימוש בקרקעות לצורך רווחת הציבור בין המגזר היהודי למגזר הלא-יהודי. אחוז הקרקעות לרווחת הציבור נמוך משמעותית במגזר הלא יהודי.

⁹⁵ נתוני המועצות האיזוריות מעוותים את התוצאה הסטטיסטית עקב ריבוי השטחים הלא מאוכלסים, ולפיכך הוזנחו.

⁹⁶ ראה הסבר לעיל, ה"ש 91, בשינויים המתחייבים.

⁹⁷ ראה שם.

טבלה מס' 10 – קרקע לתעשייה

ערים	מועצות מקומיות	המגזר
7.92%	8.21%	יהודי
1.24%	0.28%	ערבי (לא כולל דרוזים ובדואים)
— ⁹⁸	0.66%	דרוזי
1.95%	0.07%	בדואי

טבלה זו מלמדת, כי קיים הבדל משמעותי ואף קיצוני בשימוש בקרקעות לתעשייה בין המגזר היהודי למגזר הלא-יהודי. אחוז הקרקעות לתעשייה נמוך משמעותית במגזר הלא יהודי.

באשר למיעוט שטחי התעשייה גורס בן שחר (העבודה לא פורסמה), כי יש להצביע על המחסור החמור העקרוני בפיתוח תעשייתי במגזר הערבי. בין הגורמים לכך נמצאת גם סוגיית הקרקעות⁹⁹, אשר מונעת בשתי דרכים את הפיתוח הכלכלי:

- (1) קושי ראשון מקים היעדרן של תכניות מתאר מאושרות, אשר אמורות לייעד גם שטחי תעשייה¹⁰⁰.
- (2) בעיה נוספת המונעת את הקמתם של אזורי תעשייה הינה הבעלות על האדמות. מרבית אזורי התעשייה המתוכננים, גם אם טרם אושרו, מיועדים לקום על אדמות פרטיות. חלק מבעלי האדמות כלל לא מעוניינים לפתח תעשייה והם גם אינם מעוניינים להחכיר או למכור אדמות ליזמים ערביים¹⁰¹.

טבלה מס' 11 – קרקע לחקלאות¹⁰²

ערים	מועצות מקומיות	המגזר
13.87%	37.14%	יהודי
38.60%	36.37%	ערבי (לא כולל דרוזים ובדואים)
— ¹⁰³	20.08%	דרוזי
51.03%	46.51%	בדואי

מטבלה זו עולה, כי בעוד שבאחוז הקרקע לחקלאות במועצות המקומיות לא קיימים הבדלים ניכרים (להוציא בקרב הבדואים שם הוא גבוה יחסית והדרוזים שם הוא נמוך יחסית), הרי שבערים קיימים הבדלים דרמטיים:

⁹⁸ ראה שם.

⁹⁹ ע. חידר, מכשולים בפני פיתוח כלכלי במגזר הערבי – יוזמות כלכליות בשני ישובים ערביים: טייבה ואום אל-פחם (1993).

¹⁰⁰ על פי הדין וחשבון של הוועדה הבין-משרדית לבדיקת הבניה הבלתי חוקית במדינת ישראל (2000) (להלן: דו"ח גזית) מסתבר כי אין עדיין תכניות מאושרות לערים הגדולות של המגזר הערבי ובהן נצרת, אום אל-פחם וטייבה (שם, נספח ב', וכן עמ' 33-36). מצב זה אמור להשתנות עם יישום תמ"א 35, אשר עומדת כיום על שולחן הממשלה לאישור. אנו נשוב לנושא זה בגוף העבודה בהמשך. [על הצורך בתוכניות מתאר לצורך אישור אזורי תעשייה ראה: חידר, שם, בעמ' 68-69].

¹⁰¹ חידר, שם, בעמ' 81-82. וכן ראה: דו"ח גזית, שם, עמ' 34. בעבודתם, מצביעים ג'בארין ולו-יון על סוגיית הבעלות הפרטית הערבית על הקרקע כגורם בעל השלכות תכנוניות שליליות לגבי כל הנושא של הקצאת שטחים לצרכי ציבור: ראה י. ג'בארין, לו-יון, התכנון העירוני בישובים הערביים בישראל – סוגיית הקצאת שטחים לצרכי ציבור (1998), בעמ' 62.

¹⁰² המונח "קרקע לחקלאות" על פי פרויקט שימושי הקרקע בו הנוכחי אינו מתייחס למושג הכללי "קרקע חקלאית" (היינו, כזו שמועדת לחקלאות), אלא מהווה שם כולל לשימושים חלקאיים בפועל, כגון מבנים חקלאיים, חממות, בריכות דגים, בתי אריזה, מטעים, פרדסים ועצי זית, וכן שדות מעובדים.

¹⁰³ ראה הסבר לעיל, ה"ש 91, בשינויים המתחייבים.

1. במגזר הלא יהודי אחוז הקרקע לחקלאות בערים גבוה יותר מאשר במועצות המקומיות. הדבר מראה שהערים הערביות והבדואיות הן חקלאיות באופיין, אף יותר מהמועצות המקומיות.
2. בעוד שבעיר היהודית אחוז הקרקע לחקלאות נמוך מאד (פחות מ-14%) הוא גבוה מאד בערים לא יהודיות; כ-39% בערים ערביות וכ-51% בערים בדואיות.

טבלה מס' 12 – שטחים פתוחים ציבוריים

ערים	מועצות מקומיות	המגזר
2.59%	1.08%	יהודי
0.09%	0.04%	ערבי (לא כולל דרוזים ובדואים)
104_	0.01%	דרוזי
0.10%	0.03%	בדואי

טבלה זו מראה, כי במגזר הלא יהודי כמעט שלא קיימים שטחים פתוחים ציבוריים. ההבדלים באספקט הזה גבוהים מאד, ונעים בין פי 25 לפי 100 לטובת המגזר היהודי.

טבלה מס' 13 – יער וחורש

ערים	מועצות מקומיות	המגזר
14.56%	18.15%	יהודי
20.38%	36.27%	ערבי (לא כולל דרוזים ובדואים)
105_	43.54%	דרוזי
1.09%	7.61%	בדואי

נמצא כי במגזר הלא יהודי ישנם שטחים גדולים יותר ליער ולחורש. יוצא הדופן (כצפוי לאור המיקום הגאוגרפי) הוא המגזר הבדואי.

א.3.3. סיכום הנתונים והמסקנות

1. האוכלוסיה היהודית (כולל נוצרים לא ערבים ואוכלוסיה ללא סיווג דת, לא כולל יו"ש ועזה) מונה כ- 80% מכלל האוכלוסיה במדינת ישראל. האוכלוסיה הלא יהודית מונה כ- 20% מהאוכלוסיה.
2. מבחינת סך שטחי המועצות המקומיות והערים (לא כולל מועצות אזוריות) מתקיים חוסר שוויון לטובת האוכלוסיה הלא-יהודית. בעוד שהאוכלוסיה היהודית מונה כ- 80% מכלל האוכלוסיה סך שטחי יישוביה מונה רק כ- 73% מכלל שטחי היישובים. האוכלוסיה הלא יהודית מונה כ- 20% מכלל האוכלוסיה וסך שטחי יישוביה מונה 27% מכלל שטחי היישובים.
3. מבחינת שטחי המועצות האיזוריות מתקיים חוסר שוויון לטובת האוכלוסיה היהודית. כמעט 100% משטח המועצות האיזוריות שייך למועצות איזוריות יהודיות. הסיבות לאי שוויון זה רבות (מספר נמוך מאד של מועצות איזוריות לא יהודיות, הכללת השטח בין היישובים בתחום המועצות האיזוריות היהודיות בלבד, וכיו"ב).

¹⁰⁴ ראה שם.

¹⁰⁵ ראה שם.

4. עם זאת, אי השויון בשטחי המועצות האזוריות הוא זניח בכל הנוגע למדידה של שטח לאדם בכל מגזר וסוגיית הצפיפות, שכן חלק קטן מאד יחסית מהאוכלוסיה בכל מגזר ומגזר מתגורר בשטחי המועצות האזוריות.
5. בעוד שמעל 87% מן האוכלוסיה היהודית חיה בערים, במגזר הלא יהודי רק כ- 34% מהאוכלוסיה גרה בערים.
6. ערים יהודיות צפופות, בממוצע, פי למעלה מ- 1.8 בהשוואה לערים לא יהודיות.
7. מועצות מקומיות לא יהודיות צפופות, בממוצע, פי 1.5 (במועצה הערבית) ו- 1.3 (במועצה הבדואית) ממועצות מקומיות יהודיות. (החריג הוא המועצות המקומיות הדרוזיות הצפופות פחות מכל).
8. הסיבה להבדלים הנקובים בסעיפים 6 ו- 7. לעיל היא, כפי הנראה, שוני מהותי בין עיר ומועצה מקומית יהודיים, שוני שמיטשטש מאד ביישובים לא יהודיים הנטולי אופי "כפרי" או "עירוני" מובהק.
9. צפיפות נפשות לחדר גבוהה באופן משמעותי במגזר הערבי מאשר במגזר היהודי.
10. לא קיימים הבדלים משמעותיים באחוזי הקרקע המשמשים לבניה ביישובים יהודיים ולא יהודיים (חריגים- מועצות מקומיות דרוזיות וערים בדואיות בהם האחוז נמוך יחסית).
11. קיימים הבדלים משמעותיים באחוזי הקרקע המשמשים למטרות אחרות:
1. אחוזים גבוהים יותר ביישובים יהודיים למטרות הבאות:
 - א. שטחים לרווחת הציבור
 - ב. שטחים לתעשייה
 - ג. שטחים פתוחים ציבוריים
 2. אחוזים גבוהים יותר ביישובים לא יהודיים למטרות הבאות:
 - א. חקלאות- בערים לא יהודיות אחוז הקרקעות המוקצות לחקלאות גבוה בהרבה- למעלה מפי- 2.5 בהשוואה לערים יהודיות (במועצות המקומיות היהודיות והלא-יהודיות אחוז הקרקע לחקלאות דומה)
 - ב. שטחי יער וחורש.

4.א. היחס בין בעלות על קרקעות לבין שימושיהן ברשויות המקומיות

בראשית עבודתנו תיארונו את משטר המקרקעין הישראלי, וערכנו את ההבחנה המרכזית בין קרקע בבעלות פרטית, לבין מקרקעי ישראל. בבעלות פרטית מצויים 1,384 קמ"ר, והשטח שטרם הוסדר תופס כ- 950 קמ"ר. ההערכה היא שמרבית שטח זה תהיה בבעלות פרטית. כזכור, השטח המצוי כיום בבעלות פרטית ערבית עומד על כ- 700 קמ"ר¹⁰⁶. שטח זה גדול אך במעט משטחן של הרשויות המקומיות הערביות, שעומד על 668 קמ"ר¹⁰⁷. יצוין, כי אף שממ"י לא הצליח לספק לנו תמונה מדוייקת על מצב הבעלות ביישובים הערביים מבחינת החלוקה לאדמות פרטיות ולאדמות המינהל¹⁰⁸, הרי שהנתונים שתיארנו כאן עולים בקנה אחד עם הספרות, המציינת כי הרוב המוחלט של הקרקעות ביישובים הערביים הוא בידיים פרטיות¹⁰⁹.

מעבר לשאלת הבעלות הפרטית ראוי לחזק, כי במדינת ישראל ישנן אפשרויות נוספות להחזקה בקרקע על ידי יחידים, וזאת באמצעות חכירה מהמינהל ברמות שונות. כמו כן, ישנם שטחים שעל אף שמעמדם אינו מוסדר באופן רשמי הם נמצאים תחת השפעה ישירה של גורמים שונים אשר מחזיקים בהם בפועל. **כאשר בודקים מהי כמות השטח הנתונה לשליטה ערבית מכל סוג שהוא, בעלות, זיקה**

¹⁰⁶ ראה לעיל, טבלה מס' 1.

¹⁰⁷ נתון זה חושב על פי טבלה מס' 4.

¹⁰⁸ כך עולה משיחה שערך מאיר בן-שחר עם מר דן שטרומ מממ"י ביום 22/4/01, וכן מכירור ראשוני עם גב' אורטל צבר, דוברת ממ"י, מיום 24/07/05.

¹⁰⁹ י. ג'בארין, י. לו-יון, לעיל, ה"ש 101, בעמ' 17. ממצאים אלה מרחיקים לכת מעט יותר ממחקרי יפתחאל, לשיטתו, משטח השיפוט של הרשויות הערביות כ- 75% מצוי בבעלות פרטית, והיתר (25%) מצוי בבעלות המדינה (יפתחאל, לעיל, ה"ש 41, בעמ' 17).

וחזקה, מסתבר כי כ-1000 קמ"ר שהם כ- 4.6% משטח המדינה נתונים להשפעה ערבית. נתון זה איננו מביא בחשבון את האדמות הבדואיות בנגב, לא אלו המצויות בידיהם באופן רשמי ולא אלו שהם יושבים בהן בפועל¹¹⁰. כאשר זוכרים כי חלק מן הקרקעות בבעלות פרטית ערבית נמצאות מחוץ לתחומי הרשויות הערביות נראה כי תמונת השליטה במקרקעין מפוצלת למדי, וכי יש כמות לא קטנה של קרקעות מדינה בתוך המשבצות של היישובים הערביים ובסביבותיהם.

מנתונים אלה עולה, כי המדינה מוגבלת למדי ביכולתה להשפיע על שימושי המקרקעין במגזר הערבי¹¹¹. יחד עם זאת, היא אינה נטולת כל כוח. בידיה מנגנוני סיוע לתכנון (כמו הפקעה, רפרצלציה, הקצאת קרקעות ורכישתן) אשר אמורים בסופו של יום לפעול לרווחת התושבים בשטח מושא התכנון. הדבר נכון הן לגבי הרשויות המוניציפליות היהודיות והמעורבות – שם מרבית הקרקעות בבעלות המדינה, והן לגבי הרשויות המוניציפליות הערביות – למרות היקפי הבעלות הפרטיים-ערביים בהן. אנו נעסוק בפרק הבא במנגנוני התכנון השונים (תכניות המיתאר, המוסדות המתכננים והכלים הסטטוטוריים להוצאת תכניות המיתאר אל הפועל), ובסופו ננסה לענות על השאלה, האם ועד כמה באמת מוגבלת המדינה בעיצוב דמותן הקרקעית של הרשויות המוניציפליות הערביות בישראל, ועל רכיבי שימושי הקרקעות שבהן.

¹¹⁰ א' אפרת, ישראל – גיאוגרפיה בת זמננו (תשנ"ד), עמ' 166. ראוי להתייחס לנתון זה במשנה זהירות, כיוון שהוא משנת 1994, היינו – בן עשר שנים לפחות.

¹¹¹ ג'בארין ולו-יון מציינים, כי בעלות פרטית על קרקע מקשה על הפיתוח בכמה אופנים: היא אינה מאפשרת שליטה על עיתוי הפיתוח; השוק הפרטי עצמו אינו נוהג לספק קרקעות לצורכי ציבור בכמות ובמיקום המתאימים לצרכים של ימינו; ולעיתים החלוקה היא למגרשים קטנים מדי ואינה מאפשרת פיתוח כלכלי. ראה: י. ג'בארין וי. לו-יון, לעיל, ה"ש 101, בעמ' 17.

פרק ב: תכנון ובניה¹¹²

ב.1. הקדמה

שליטת המדינה בקרקעות אינה באה לידי ביטוי רק – ואף לא בעיקר – באמצעות הבעלות על הקרקע, אלא גם באמצעים מנהליים הקשורים לתכנון מרחבי וייעוד קרקעות לשימושים שונים. אמצעים אלה חלים על כלל הקרקעות במדינה, בין אם הן בבעלות פרטית או בעלות ציבורית, והם משמשים כלי ליישום מדיניות קרקעית שלטונית על היבטיה השונים (חברתית, כלכלית, דמוגרפית, סביבתית וכיו"ב). בפרק זה נבקש לתאר את עיקריו של נושא התכנון ומטרותיו, לרבות מוסדות התכנון והרכבם, תכניות המיתאר והכלים לניהול ולפיקוח על הוראותיהן. כמו כן ידון פרק זה בנושאים הקשורים לתכנון ובניה, כמו סוגיית הקמת יישובים חדשים וכן סוגיית הבניה הבלתי חוקית.

ב.2. מטרת חוקי התכנון

ניתן למנות מספר מטרות אפשריות להצדקת חוקי התכנון¹¹³:

(א) הספקת מוצרים ציבוריים: היצע הקרקע במדינה הוא נתון וקבוע. בכמות הקרקע הנתונה, חייבת המדינה לספק לאזרחיה ותושביה מוצרים רבים. חוקי התכנון מבטיחים כי קרקע מספקת תעמוד לרשויות המדינה להספקת מוצרים ציבוריים. מוצר ציבורי הוא "מוצר שהשימוש בו בידי פלוני אינו גורע במידה משמעותית מהשימוש בו בידי אלמוני"¹¹⁴. מוצר ציבורי מתאפיין גם בחוסר הבלעדיות בשימוש בו; כאשר הוא קיים, יכולים כולם ליהנות ממנו. בתחום הקרקעות, ניתן לומר כי רשת עורקי התנועה, גנים לאומיים, יערות וחופי הים הם כולם מוצרים ציבוריים שהמדינה מספקת¹¹⁵.

(ב) צמצום השפעות שליליות על הסביבה: כל שימוש בקרקע משפיע על הסביבה. השפעות אלו יכולות להיות כלכליות, סביבתיות, ביטחוניות ואחרות, ויכולים להיות להן היבטים חיוביים ושליליים כאחד. בין היתר, מיועדים חוקי התכנון לצמצם את ההשפעות השליליות של שימושים מסוימים בקרקע על הסביבה, על ידי הגבלתם למקומות מוגדרים מראש או על ידי קביעת תנאים למימושם.

(ג) תיקון חלוקה מקורית בלתי-צודקת של משאבים: המדינה יכולה לייעד קרקעות לשימושן של קהילות חלשות בחברה, למגורים ולהספקת שירותים אחרים.

ב.3. תוכניות המיתאר

חוקי התכנון מופעלים, בעיקר, באמצעות תוכנית המיתאר הארצית, וכן תכניות המיתאר המחוזיות והמקומיות¹¹⁶. תוכנית המיתאר הארצית (תמ"א) קובעת את התכנון של שטח המדינה כולה¹¹⁷. בין השאר, קובעת תוכנית זו ייעודי קרקעות ושימושיהן (תוך שמירה על ייעוד חקלאי של קרקעות המתאימות לכך), אזורי תעשיה, התוויית עורקי תנועה ראשיים, נמלים, עורקי הספקת מים, רשת החשמל

¹¹² הפלטפורמה לפרק זה נכתבה במקור על ידי מאיר בן-שחר, אשר ריכז ועיבד חלק לא מבוטל מן החומרים המוזכרים בו. חלק מן הראיונות אליהם מפנות הערות השוליים נערכו על ידו במסגרת כתיבת העבודה, שכללה את ניתוח דו"ח פרויקט שימושי מקרקעין הקודם, אשר הוגש למשרד הפנים בראשית שנת 2001 (המתראיינים הם מנהל היחידה הארצית לפיקוח על הבניה – מר אבי דותן וסגנו מר ציון סעד). גלגולו הנוכחי של פרק זה כולל עיבוד חדש של החומר, תוספות, עידכונים ושינויים מבניים ותוכניים, לרבות באמצעות ראיונות נוספים, ועל כן, האחריות לאמור בו היא עלינו בלבד.

¹¹³ בן-שחר, לעיל, ה"ש 67 (לא פורסם).

¹¹⁴ דפנה לוינסון-זמיר, פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון (תשנ"ה 1994), בעמ' 34.

¹¹⁵ וראה הגדרת "מקרקעי יעוד" (מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור) בפרק ח' לחוק המקרקעין (סעיפים 107-114).

¹¹⁶ לצד סיווגים כלליים אלה קיימים סוגים פרטניים נוספים של תכניות אשר מנויים בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965, כמו "תכנית מפורטת" (סעיפים 69-70), "תכנית מיוחדת" (סעיפים 71-76), "תכניות לשימור אתרים" (76א), "תכנית לתשתית לאומית" (סעיפים 76ב-76ג).

¹¹⁷ סעיף 49 לחוק התכנון והבניה.

והבזק, שטחי נופש וייעור, עתיקות ומקומות קדושים, מקומות למפעלים ולמטרות ציבוריים בעלי חשיבות ארצית, ותחזיות בנוגע לתמורות בחלוקת האוכלוסייה ופיתוח יישובים. בפועל, עושה המועצה הארצית שימוש בסמכות שהוקנתה לה בסעיף 50 לחוק להורות על עריכת תכנית המיתאר הארצית חלקים חלקים לפי שטחים שונים של המדינה, או לפי העניינים שהם נושא התכנית¹¹⁸. כך, למשל, קיימות תכניות מיתאר שונות לדרכים (תמ"א 3), לאיגום, להחדרה וליצול מים עיליים (תמ"א 11), למפעלי תיירות ונופש (תמ"א 12), לשטחי כריה וחציבה (תמ"א 14), לפריסת שדות תעופה (תמ"א 15), לסילוק אשפה (תמ"א 16), לתחנות תדלוק (תמ"א 18), לבתי עלמין (תמ"א 19), לייעור (תמ"א 22), למסילות ברזל (תמ"א 23), ועוד¹¹⁹. תמ"א 35 היא תכנית המיתאר הארצית המשולבת לבניה, פיתוח ושימור, אשר ממתנה בימים אלה לאישורה הסופי של הממשלה, ואשר עוד נדרש לה בהמשך עבודתנו.

המטרה המרכזית של תוכנית המיתאר המחוזית (תמ"מ) היא לקבוע את הפרטים הדרושים לביצוע תוכנית המיתאר הארצית במחוז, וכל דבר שיש לו חשיבות כללית למחוז, ובכלל זה תנאים נאותים למחוז מבחינת הבטחון והתעסוקה¹²⁰. בין היתר, ניתן לקבוע בתכנית זו הוראות לגבי שטחים לפיתוח עירוני וכפרי, שטחים חקלאיים, אזורי תעשייה, שטחי ייעור ועתיקות, רשת מחוזית לבזק, לתחבורה ולדרכים, בתי קבורה ועוד¹²¹. תכניות מיתאר מחוזיות קיימות בארץ לגבי ששת מחוזות התכנון, ירושלים (תמ"מ/1), צפון (תמ"מ/2), מרכז (תמ"מ/3), דרום (תמ"מ/4), תל-אביב (תמ"מ/5) וחיפה (תמ"מ/6)¹²².

מטרות תוכנית המיתאר המקומית הן, באופן כללי¹²³: (א) פיקוח על פיתוח הקרקע במרחב התכנון המקומי; (ב) הבטחת תנאים נאותים מבחינת הבריאות, התברואה, הניקיון, הבטיחות, הביטחון, התחבורה והנוחות ומניעת מפגעים, לרבות ייחוד אזורים למגורים, לתעשייה ולמסחר; (ג) שמירה על אתרים ארכיאולוגיים, הסטוריים וכדומה; ו-(ד) שמירה ופיתוח של אתרי טבע ויופי. כיום קיימים 113 מרחבי תכנון מקומיים לגביהם קיימות תכניות מיתאר מקומיות כנ"ל¹²⁴. יצויין, כי חוק התכנון והבניה מקנה לשר הפנים אחריות וסמכות לקבוע, כי תכנית פלוגית טעונה אישורו לפני אישורה הסופי. לפיכך, כל תכנית מיתאר מקומית או מפורטת מועברת לבדיקת שר הפנים לבחינה וקביעה באם היא תואמת את המדיניות שמתוות התמ"א והתמ"מ הרלוונטית¹²⁵.

לא נרחיב כאן את הדיבור על הפרוצדורה לאישור תכניות המיתאר השונות, אולם בקצירת האומר ניתן לומר, כי תכנית מיתאר ארצית טעונה אישור הממשלה¹²⁶, בעוד שתכנית מיתאר מחוזית ותכנית מיתאר מקומית טעונות אישור הועדות המתכננות עצמן, אותן נתאר מיד¹²⁷. לפני אישור של תכנית, היא מופקדת במשרדי הועדה המתכננת, ופתוחה לעיון הציבור ולהגשת התנגדויות. באופן זה, יכולים פרטים ו/או קבוצות אשר חשים נפגעים מן התכנית, לנסות לשנותה.

4. ב. מוסדות התכנון

חוק התכנון והבניה מגדיר שלושה מוסדות תכנון מרכזיים, המקיימים ביניהם יחסים היררכיים: המועצה הארצית לתכנון ובניה, ועדות התכנון המחוזיות וועדות התכנון המקומיות¹²⁸.

¹¹⁸ דין כל חלק כדין תכנית המיתאר הארצית (סעיף 50 לחוק התכנון והבניה).

¹¹⁹ לרשימה מלאה של תכניות המיתאר הארציות ולעיון בהוראות התמ"א השונות, לרבות השינויים והתיקונים בהן ראה אתר

האינטרנט של משרד הפנים, לעיל, ה"ש 61.

¹²⁰ סעיף 55 לחוק התכנון והבניה.

¹²¹ סעיף 57 לחוק התכנון והבניה.

¹²² הוראות התמ"מ מפורטות אף הן באתר משרד הפנים (ראה לעיל, ה"ש 61).

¹²³ סעיף 61 לחוק התכנון והבניה.

¹²⁴ מידע זה התקבל באדיבותה של הגב' טליה קטיעי, מזכירת המועצה הארצית לתכנון ובניה.

¹²⁵ סעיף 109 לחוק התכנון והבניה.

¹²⁶ סעיף 53 לחוק התכנון והבניה.

¹²⁷ סעיף 61א(ג), 61א(ד) לחוק התכנון והבניה.

¹²⁸ בפועל, גם ממ"י משחק תפקיד מרכזי בתכנון בישראל, דבר אשר זכה להתייחסות של כותבים אחדים באופן ביקורתי, ושל כותבים אחרים, באופן אשר מתייחס למצב זה כאל נתון עובדתי אותו יש לשכלל. לעיון, ראה: ד. ברק-ארז וא. פרז, "תכנון במקרקעי ישראל: לקראת פיתוח בר-קיימא", משפט וממשל ז, תשס"ה, עמ' 867; ד. שורץ (יו"ר המושב), "מושב ראשון:

מוסד התכנון העליון בישראל הוא **המועצה הארצית לתכנון ובניה**¹²⁹. המועצה הארצית מוסמכת לייעץ לממשלה בכל הנוגע לקו הכללי לביצוע חוק התכנון והבניה. היא יוזמת וממונה על תכניות המיתאר הארציות, מאשרת שינויים בתכניות מיתאר מחוזיות ושומעת ומכריעה בעררים על תכניות מיתאר מקומיות. כמו כן, המועצה הארצית מייצעת לשר הפנים בכל הקשור להתקנת תקנות בנושאי תכנון ובניה, ובקביעת מרחבי תכנון מקומיים. מבחינה מינהלית, המועצה הארצית מופעלת על ידי מינהל התכנון של משרד הפנים¹³⁰.

המועצה הארצית מורכבת משלושים ושניים חברים המנויים בחוק¹³¹: שר הפנים או נציגו (יו"ר המועצה); אחד-עשר חברי ממשלה או נציגיהם; ראשי העיר של ירושלים, תל-אביב-יפו וחיפה; מספר ראשי עיר נוספים, ראשי מועצות מקומיות ומועצות אזוריות; אנשי מקצוע הממונים על ידי שרים שונים ומייצגי אינטרסים ציבוריים (בענייני תכנון ובניה, שיכון, הנדסה ואדריכלות, סוציולוגיה, איכות הסביבה וכדומה); ונציגים של ארגון נשים, הדור הצעיר והמוסדות המיישבים (לפי המלצת הסוכנות היהודית). על פי החוק, מרבית חברי המועצה ממונים על ידי שר הפנים. החוק אינו קובע נציגות רשמית קבועה של המגזר הערבי. יחד עם זאת, החל משנת 2001, ובעקבות עתירה שהגישה האגודה לזכויות האזרח בישראל¹³² חל שינוי פרקטי במדיניות מינוי נציגי חברי הממשלה אשר נתמך גם בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה. על פי הנחיות אלה, הצהירה המדינה בבג"ץ כי כוונתה להמשיך ולמנות חבר ערבי למועצה גם כשתפוג תקופת הכהונה של חבר המועצה הערבי שכהן אז. בג"ץ הורה למדינה לשקול, בהתאם לעקרונות השוויון וההעדפה המתקנת אשר נדונו בפסק הדין, אם ניתן למנות ערבי נוסף כחבר במועצת מקרקעי ישראל. נתונים מעודכנים שקיבלנו מן המועצה הארצית לתכנון ובניה מלמדים על שינוי משמעותי בהקשר זה, באשר כיום יושב-ראש הועדה, המשמש גם כמנכ"ל משרד הפנים, הנו ערבי, ולצידו יושבים בועדה ארבעה חברים ערבים נוספים – שלושה מהם הם ראשי רשויות מקומיות ערביות (טירה, מרר ועילבון), ואחד מהם הנו נציג הדור הצעיר במועצה. לאלה נוסף גם ממלא מקום של נציג משרד ראש הממשלה, אשר גם הוא ערבי¹³³.

על תכניות המיתאר המחוזיות מופקדות שש ועדות התכנון המחוזיות לירושלים, צפון, מרכז, דרום תל-אביב וחיפה. אלה אחראיות על הכנת תוכניות מיתאר מחוזיות וכן על הגשת הערות למועצה הארצית על תוכנית המיתאר הארצית. בנוסף, לוועדות התכנון המחוזיות סמכויות הכוללות, בין היתר: (א) מתן הוראות לוועדות התכנון המקומיות למילוי תפקידיהן על פי החוק, לרבות הוראות להכנת תוכניות מיתאר מקומיות והוראות לגבי תוכנן וביצוען של תוכניות אלו; (ב) סמכות לבצע במקומם ובשם של הועדות המקומיות אותן פעולות שלא ביצעה הועדות המקומיות; (ג) סמכות לאשר או לדחות תוכניות מיתאר מקומיות, לאחר קבלת המלצות הועדה המקומית והשגותיו של מגיש התוכנית; (ד) סמכות, באמצעות ועדת משנה בת חמישה חברים המוקמת בחוק, להחליט בענין התנגדויות לתוכניות שהופקדו על ידה; (ה) סמכות, באמצעות ועדת משנה נוספת של הועדה המחוזית, להחליט בעררים שהוגשו על החלטות ועדת הערר על החלטות ועדת התכנון המקומית בדבר אישור או דחייה של תוכניות שבסמכותה; ו- (ו) לאסור מתן היתרי בניה ושימוש במקרקעין שבתחום התוכניות שהפקיד, או לקבוע תנאים למתן היתרים כאמור¹³⁴.

הועדות המחוזיות מורכבות משבעה עשר חברים: הממונה על המחוז או נציג אחר של שר הפנים (יו"ר), שמונה נציגי שרים, נציג המינהל, מתכנן המחוז (הממונה על ידי שר הפנים), חמישה נציגי הרשויות המקומיות שבמחוז (מינוי של שר הפנים על פי המלצת המועצות המקומיות) וחבר מקצועי אחד הבקי בענייני תכנון ובניה, בהתאם לקבוע בחוק¹³⁵. גם כאן לא "שוריינו" מקומות לנציגות ערבית, והדבר אכן הוביל לתת-ייצוג (אם בכלל) של אוכלוסיה זו במוסדות המתכננים גם ברמה המחוזית. גם כאן הוביל

מינהל מקרקעי ישראל כמתכנן, והאם הנורמות התכנוניות נכונות", **קרקע 55**, עמ' 26 (ובמיוחד: ג. ויתקון, "למינהל לא צריכות להיות נורמות תכנון אלא נורמות של ניהול מקרקעין", **שם**, בעמ' 40).

¹²⁹ ס' 2 לחוק התכנון והבניה.

¹³⁰ לקבלת מידע תיאורטי ומעשי אודות מינהל התכנון ניתן לעיין באתר משרד הפנים, **לעיל**, ה"ש 61.

¹³¹ סעיף 2(ב) לחוק התכנון והבניה.

¹³² בג"ץ 6924/98, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', **פ"ד נה(5)**, 15.

¹³³ נתונים אלה התקבלו באדיבות הגב' תמי בולר, מרכזת ועדות משנה במועצה הארצית לתכנון ובניה.

¹³⁴ ראה פרק ג' לחוק התכנון והבניה.

¹³⁵ סעיף 7 לחוק התכנון והבניה.

הדבר לעתירה לבג"ץ¹³⁶. נכון להיום קיימת נציגות ערבית בוועדות התכנון המחוזיות באופן הבא: במחוז ירושלים – קיים ממלא מקום ערבי. במחוז תל-אביב – אין כלל נציגים ערבים. במחוז חיפה – חבר ערבי אחד ושני ממלאי מקום ערביים. במחוז דרום – חבר ערבי אחד ושני ממלאי מקום ערביים. במחוז צפון, אליו התייחסה העתירה, קיימת הנציגות הגדולה ביותר של הערבים, והיא כוללת שני חברי ועדה ערבים ושישה ממלאי מקום ערביים. במחוז מרכז – חבר ערבי אחד וממלא מקום ערבי אחד¹³⁷.

ועדות התכנון המקומיות הן ועדות הקשורות למרחבי תכנון מקומיים מסוימים. מרחבי תכנון אלו נקבעים בצו על ידי שר הפנים ולאחר התייעצות עם המועצה הארצית והועדה המחוזית והרשות המקומית הנוגעות בדבר¹³⁸. הועדות המקומיות רשאיות להכין תוכניות מיתאר מקומיות, ולאשר תוכניות כאלה כאשר הן תוכניות מצומצמות, הכוללות רק אחד מרשימת העניינים המפורטים בחוק. רשימה זו כוללת, בין השאר, הגדלת שטחים שנקבעו בתכנית בת תוקף לצורכי ציבור והגדלת מספר יחידות דיור, בכפוף לתנאים מסוימים. כמו כן, אחראית הועדה המקומית על אכיפת הוראות חוק התכנון והבניה במרחב התכנון¹³⁹. הועדות המקומיות רשאיות לעיין בתוכנית מיתאר ארצית שקיבלה הועדה המחוזית הרלבנטית, אך אין להן זכות להגיש את הערותיהן לועדה המחוזית על מנת שיוגשו במסגרת הערות הועדה המחוזית, המוגשים יחד עם התוכנית, לממשלה¹⁴⁰.

בכל הנוגע להרכב הועדות המקומיות, כאשר במרחב התכנון המקומי שטח מתחומה של רשות מקומית אחת בלבד, מועצת הרשות המקומית היא הועדה המקומית¹⁴¹. לגבי מרחבי תכנון מקומי הכוללים שטחים מתחומיהן של שתיים או יותר רשויות מקומיות, קובע החוק הסדר אחר, לפיו הועדה מורכבת מנציגים של כל הרשויות המקומיות שבמרחב, לפי החלק היחסי של מספר התושבים בכל רשות מקומית ביחס למספר הכולל של התושבים שבמרחב התכנון¹⁴². קביעת מרחב תכנון הכולל מועצה אזורית וגם מועצה מקומית או עירייה דורשת אישור מיוחד של שר הפנים, לאחר התייעצות עם שר החקלאות.

ב.4.1. ייצוג האוכלוסיה המקומית במוסדות התכנון

כפי שראינו, הרכב הועדות המחוזיות אינו מייצג בהכרח את הרכב אוכלוסיית המחוז, ומהווה, למעשה, 'תכנון מלמעלה'. שונה מכך המצב בוועדות התכנון המקומיות. רשות מקומית שהגיעה למעמד של עיר מוכרזת כ'מרחב תכנון מקומי', בו העירייה היא האחראית לתכנון בגבולותיה המוניציפליים (ונחשבת ל'ועדת תכנון מקומית'). גם ברשויות שאינן ערים רשאי שר הפנים להכריז על מרחבי תכנון מקומיים, אשר כל אחד מהם כולל בדרך כלל מספר יישובים. כאמור, קיימים כיום בישראל 113 מרחבי תכנון. ראוי לציין, כי על פי רוב, כפופה האוכלוסיה הערבית לתכנון "יהודי", באשר קיימים רק עשרה מרחבי

¹³⁶ בג"ץ 9472/00 הוועד הארצי לראשי הרשויות הערביות בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח', **תק-על 2001(3)**, 274. העתירה עסקה בייצוג האוכלוסיה הערבית בוועדה המחוזית לתכנון ובניה במחוז צפון, ונטען בה כי אוכלוסיית הערבים מהווה 50% מכלל האוכלוסיה בשטח עליו מופקדת הועדה, אולם היא מיוצגת רק על ידי נציג ערבי אחד, דבר שיש לתקנו על ידי מינוי נציגים ערבים נוספים לועדה. בג"ץ קבע, כי ברמה העקרונית, אכן יש לשאוף לייצוג הולם של ערבים בוועדות התכנון, אשר להן השפעה משמעותית על חיי התושבים שבתחום סמכותן. מאידך, בג"ץ פסל את התיוזה לפיה ייצוג הולם הוא ייצוג המשקף את אחוז התושבים הערבים באיזור בו פועלת הועדה המחוזית, בין היתר, לאור העובדה שלפי החוק, הייצוג הממלכתי הכלל-ארצי בתוך הועדה עולה במידה משמעותית על ייצוג הרשויות המקומיות. בסופו של יום דחה בג"ץ את העתירה, לא משום שסבר שמתקיים ייצוג הולם לאוכלוסיה הערבית בוועדה, אלא משום שקיבל את הסברי המדינה לפיהם מינוי המועמדים נעשה על בסיס שיקולים מקצועיים, ובאותו שלב לא נמצאו מועמדים כאלה מבני האוכלוסיה הערבית. עם זאת, בג"ץ הדגיש כי "אין בכך כדי לפטור את השרים מלהפעיל את שיקול דעתם באופן שנועד לקדם – אם הדבר אפשרי – את הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית".

בהקשר זה ראוי לציין, כי הצעת חוק שהגיש ח"כ מיכאל קליינר בסוף שנת 1999, שמטרתה לעגן בחקיקה ייצוגם של ערבים במועצה הארצית לתכנון ובניה, לא התקבלה, וגם היום החוק הכתוב אינו מחייב זאת (ראה: הצעת חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 52) (ייצוג לאוכלוסיה הערבית בוועדות התכנון והבניה), התש"ס – 2000, הצעות חוק 2830, י"ד בכסלו התש"ס 17) בנובמבר 1999).

¹³⁷ נתונים אלה התקבלו באדיבותן של מזכירות הועדות השונות איתן שוחחנו; גב' ענבר גולשני (ירושלים), גב' רחל דוד (תל-אביב), גב' חנה הרשקוביץ (חיפה), גב' אילנה בורונין (דרום), גב' רבקה בן ישראל (צפון), וגב' נדיה ואזה (מרכז).

¹³⁸ סעיף 13 לחוק התכנון והבניה.

¹³⁹ ראה סעיפים 61, 62, 62א לחוק התכנון והבניה.

¹⁴⁰ סעיף 52 לחוק התכנון והבניה.

¹⁴¹ סעיף 18(א) לחוק התכנון והבניה.

¹⁴² סעיף 19 לחוק התכנון והבניה.

תכנון ערביים מובהקים, כאשר שבעה מהם כוללים עיריות ערביות. יתר היישובים הערביים 'נבלעים' במרחבי תכנון בעלי "גוון אזורי" יהודי¹⁴³. חסרה נציגות ערבית הן בגופי התכנון המרכזיים והן במנהל מקרקעי ישראל¹⁴⁴. מצב זה יוצר מתיחות רבה בין הגורמים המתכננים לבין האוכלוסיה המקומית. עקב כך קורה, שפעמים רבות תוכניות המיתאר אינן מושלמות בשל התנגדות המועצה המקומית, וגם במידה שקימת תוכנית, המועצה לא תמיד טורחת לאכוף אותה. שיפור מה נראה בשנים האחרונות, בהן החלו להשתתף גם חברים ערביים בוועדות המחוזיות, לא רק כנציגי הציבור, אלא גם כאנשי מקצוע¹⁴⁵.

השלכות היעדר תכנית מיתאר הן רבות, ואת חלקן ראינו קודם, כאשר בחנו את שימושי הקרקע השונים ברשויות המקומיות היהודיות והערביות. מעבר לאלה, קיימות גם השלכות בתחום הבניה הבלתי חוקית. דו"ח גזית, שבחן עניין זה, מצא כי לשמונה ערים ומועצות מקומיות חסרות עדיין תוכנית מתאר ובהן יישובים מרכזיים כנצרת, אום אל פחם וטייבה. תהליכי תכנון המועצות המקומיות האחרות החלו רק בשנות ה-1980, חלקן הסתיימו רק בשנים האחרונות¹⁴⁶. הבעיה באותם מקומות שבהן לא קימת תוכנית מיתאר היא כי כל עוד אין תוכנית מיתאר בתוקף, כל מבנה שנבנה איננו חוקי, אלא אם כן עבר הליך אישור מיוחד. יתירה מזו, עשוי להיווצר מצב שבו מבנים שאושרו על ידי ההליך המיוחד, ייעשו לבלתי-חוקיים לאחר שתאושר תוכנית המתאר¹⁴⁷.

5. ב. כלים למימוש ייעודי הקרקעות, כפי שהותוו בתוכניות המיתאר ובהחלטות הגופים המוסמכים:

כפי שיכולנו לראות, תוכניות המיתאר השונות מתייבות במידה רבה את עיצוב המרחב שבתחומן. בכדי שניתן יהיה ליישמן, נדרשים למוסדות המתכננים והמבצעים כלים שונים, אשר יאפשרו ייחודן של קרקעות לשימושים מסויימים בהיקף ובתיחום המתוכננים. על אמצעים אלה נעמוד כעת.

5.1. ב. סמכות ההפקעה

הפקעת קרקעות דרושה כאשר המדינה או מוסדות התכנון רואים צורך ליעד קרקע כלשהי למטרה מסוימת, אך הזכויות בקרקע זו נמצאות בידים פרטיות. מספר חוקים מסמיכים את המדינה, באמצעות נציגיה השונים, לרכוש זכויות במקרקעין, לרבות זכות הבעלות, באמצעות מנגנון ההפקעה. שני החוקים המרכזיים המשרתים את התכנון העירוני בנושא הפקעת קרקעות הם **פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור)**, 1943, אשר מעניקה את הסמכות הרחבה ביותר להפקעה, ו**חוק התכנון והבניה, תשכ"ה – 1965**, אשר מהווה את הכלי השימושי והנפוץ ביותר להפקעה כיום¹⁴⁸.

פקודת הקרקעות דנה בצורות הפקעה שונות, כגון הפקעה על ידי שר האוצר עבור המדינה, על ידי שר האוצר עבור גורם שלישי ועל ידי מי ששר האוצר אצל לו סמכות, כגון רשות מקומית. ככלל,

¹⁴³ א' יפתחאל, **שומרים על הכרם – מג'ד אל כרום כמשל** (1997), בעמ' 24, וכן יפתחאל, **לעיל**, ה"ש 41, בעמ' 20.
¹⁴⁴ אלחאג' ורוזנפלד, **לעיל**, ה"ש 62, בעמ' 43. כפי שניתן לראות, חלה התקדמות מעטה מאד בשנים שחלפו מאז פרסום המאמר, וגם היום הנציגות הערבית בגופי התכנון ובמועצת מקרקעי ישראל הנה דלה ביותר, אם בכלל קיימת.
¹⁴⁵ קיימת ביקורת רבה על סוגיית היעדר ייצוג לאוכלוסיה המקומית, אשר אינה מתמקדת רק בייצוג האוכלוסיה הערבית. ככלל, "נציגים" אשר לא נבחרו על ידי התושבים אליהם נוגע התכנון לא בהכרח מסוגלים לשקף את תובנותיהם, רצונותיהם, חששותיהם והאינטרסים שלהם בכל הנוגע לתכנון סביבת מגוריהם. קשיים כאלה קיימים גם לגבי חלקים באוכלוסיה היהודית. ראה פירוש המקומות בהם פעיל ארגון "במקום" (מתכננים למען זכויות תכנון), באתר האינטרנט של הארגון, תחת הקישורית "תכנון וקהילה": <http://www.bimkom.org/community.asp>.

¹⁴⁶ דו"ח גזית, **לעיל**, ה"ש 100, נספח ב', עמ' י-יא.
¹⁴⁷ ראה מ. ברודניץ, "התכנון הפיסי ביישובים הערביים בישראל", בתוך: **היישוב הערבי בישראל – תהליכים גיאוגרפיים** (עורכים: ד. גרוסמן וא. מאיר) (תשנ"ד), עמ' 166, בעמ' 172, ר' גם אלחאג' ורוזנפלד, **לעיל**, ה"ש 62, בעמ' 43-44.
¹⁴⁸ דוגמאות לבעיות מעין אלו מובאות אצל יפתחאל, **לעיל**, ה"ש 143, בעמ' 54-55.
¹⁴⁹ קיימים חוקים נוספים דוגמת פקודת בניין ערים, 1936, פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, פקודת הדרכים (רחבן והתוויתן), חוק המים, התשי"ט – 1959, חוק הניקוז וההגנה מפני שטפונות, התשי"ח – 1957, חוק העתיקות, תשל"ח – 1978, פקודת המכרות, חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה – 1965. חוקים אלה נוגעים בהפקעות למטרות ייחודיות, ודין בהם חורג מהיקף עבודתנו. לעיון נוסף ראה: ג'בארין ולו-יון, **לעיל**, ה"ש 101, בעמ' 23-29.
שני חוקים נוספים אשר הקנו למדינה סמכויות הפקעה ואשר אינם עשויים לשמש להפקעות בעתיד (לפחות השני שביניהם), הם חוק נכסי נפקדים, תש"י – 1950, וכן חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג – 1953. כפי שראינו בפרק הראשון, נכסים שהופקעו מכוח חוקים אלה הועברו לבעלות רשות הפיתוח, ואמורים לשמש לפיתוח הארץ על פי המטרות שהוגדרו בחוק רשות הפיתוח (העברת נכסים), תש"י – 1950.

סמכות ההפקעה של שר האוצר חלה אם לדעתו דרוש הדבר לכל מטרה ציבורית. במצב זה, רשאי הוא לרכוש זכויות במקרקעין, ללא צורך בהסכמת הבעלים, לצמיתות או לתקופה מוגבלת, כאשר הזכויות הנרכשות משוחררות מכל שיעבוד ו/או זכויות צד ג'. לבעל המקרקעין המופקעים קמה זכות לפיצויים בסכום שיוסכם עליו בין התובע לשר, ובהיעדר הסכמה, בהתאם להוראות הפקודה הדנות בפיצוי כספי בלבד.

גם לועדת התכנון המקומית סמכות הפקעה על פי חוק התכנון והבניה והיא קשורה קשר הדוק עם עצם ההליך התכנוני. סמכות זו חלה על מקרקעין שנועדו בתוכנית המיתאר לצורכי ציבור (כפי שהוגדר מונח זה בחוק). ועדה מחוזית רשאית לחייב ועדה מקומית להשתמש בסמכות ההפקעה לצורך האמור. על פי סעיף 191 לחוק זה, הועדה המקומית, בהסכמת הועדה המחוזית, רשאית להגיע להסכם עם בעל המקרקעין שהופקעו לפיו יועברו לו מקרקעין אחרים כתמורה למקרקעין שהופקעו, בתחום התוכנית או מחוצה לה, לסילוק מלא או חלקי של תביעותיו הנובעות מן ההפקעה.

הטבלאות הבאות מרכזות את ההוראות העיקריות הנוגעות להפקעה בשני החוקים האמורים. בטבלאות אלה הוספנו את סמכות התפיסה של מקרקעין (במובחן מהפקעה), על רקע השלכותיה החברתיות האפשריות של זו כאשר היא ננקטת.

טבלה 14 – הפקעת מקרקעין

שם החוק	פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943	חוק התכנון והבניה, תשכ"ה – 1965
למי מוקנית סמכות ההפקעה	שר האוצר, ומי ששר האוצר אצל לו סמכות (4§) (למשל, רשות מקומית)	הועדה המקומית, מקום שלדעת הועדה המחוזית דרושה הקרקע למטרה ציבורית (189§)
תכלית ההפקעה	צורך ציבורי, לצמיתות או לתקופה מוגבלת (3§) [צורך ציבורי הוא כל צורך ששר האוצר אישרו ככזה לפי 2§(1)]	צרכי ציבורי, כפי שמוגדרים ב-188§, על פי אישור שר הפנים
זהות המעביר והנעבר	המעביר – הבעלים הרשומים של הקרקע, ואם אינה רשומה – יראו את המחזיקים בה כבעליה, אא"כ הוכח אחרת (17§) הנעבר – שר האוצר (19§)	המעביר- (ללא הגדרה מיוחדת: "בעל המקרקעין", 191§. ככה"נ, הגדרתו לפי פקודת הקרקעות ←) הנעבר הרשות המקומית שבתחומיה פועלת הועדה המקומית (26§)
תנאים מיוחדים להפעלת סמכות ההפקעה	בכל זמן ובכל מקום שבו דרושה קרקע לצורך ציבורי קמה סמכות ההפקעה וסמכויות נוספות הקשורות בה (14§)	המקרקעין הם בתחום תכנית המתאר המקומית שבסמכות הועדה המקומית (189§).
פיצויים לבעל הנכס ולבעלי זכויות אחרות בו (נושים וכיו"ב)	פיצויים כספיים על כל נזק שנגרם לאחר כל עליה על הקרקע לצורך בדיקתה להפקעה (24§). פיצויים כספיים על הקרקע עצמה לפי שוויה בעת המכירה (ללא התחשבות באפשרות השבחתה לאחר ההפקעה), ועל נזקים שנגרמו לבעליה מחמת ההפקעה (12§, 13§)	פיצויים כספיים או חילופי קרקע במקומם בתחום התכנית או מחוצה לה (190§(2), 191§)
הערות	* מותר לכל אדם לתת זכויות יתר לשר האוצר באדמתו (שימוש, החזקה וכיו"ב), וכן רשאים לעשות כך כל חברה/ נאמן/ אפוטרופוס/ מנהל נכסים וכיו"ב, למרות כל דבר האומר את ההיפך בכל חוק או מסמך משפטי אחר (6§) * הקרקע עוברת לשר האוצר נקיה מכל שיעבוד או זכות של צד ג' עליה (16§, 19§)	קיימת אפשרות חוקית להפקיע קרקע גם שלא בתמורה, כאשר מדובר בהיקף של עד 40% מן השטח, לצורך מגרשי משחק, דרכים, גנים, שטחי נופש וספורט, בנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות. (190§(א))

טבלה 15 – תפיסת מקרקעין

שם החוק	חוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, תש"י – 1949
למי מוקנית סמכות התפיסה	הממשלה רשאית למנות רשויות מוסמכות לצורך חוק זה (2§א)
תכלית התפיסה	לשם הגנת המדינה, בטחון הציבור, קיום אספקה חיונית או שירותים חיוניים, לשם מתן דיור לאדם שנושל מביתו עקב מתן צו תפיסת מקרקעים או צו דיור, לקליטת עולים או לשיקום חיילים משוחררים או נכי מלחמה
זהות התופס והנתפס	התופס – הרשות שהוסמכה לכך על ידי הממשלה (2§א) הנתפס – המחזיק בבית (בין אם הוא בעליו ובין אם אינו בעליו)
תנאים מיוחדים להפעלת סמכות התפיסה	* קיומה של שעת חירום בתוקף אכרזה לפי סעיף 9(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח – 1948 (1§).
פיצויים לבעל הנכס ולבעלי זכויות אחרות בו (נושים וכיו"ב)	פקודת הפיצויים (הגנה), 1940 והתקנות שהותקנו לפיה יחולו על תפיסת המקרקעין- לפי פקודה זו, הפיצויים הם כספיים בלבד. * מקום שבו ניתן "צו דיור", המצווה על המחזיק בבית למסרו לרשות אדם אחר לשם מגורים או שימוש אחר, ייתכן ש(ע"פ התנאים הקבועים בחוק): 1. יינתן למחזיק בו דיור חלופי (7§ג) 2. הדייר החדש ישלם לבעל הדירה שכ"ד (על מגורים/ קיום עסק)
הערות	* התפיסה אינה מעבירה בעלות, והרשות המוסמכת רשאית רק להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולנצלם, בעצמה או ע"י אחרים, למטרה שלשמה נוצר צו התפיסה (4§ב). * זמן החזקת המקרקעין שנתפסו מוגבל ל- 6 או ל-3 שנים, ע"פ הוראות הסעיף (6§א). * בתום שעת החירום תם תוקף צו התפיסה מאיליו כעבור 6 חודשים (6§ב). * שימוש עדכני בחוק זה נעשה לצורך תפיסת קרקעות בתוך תחומי הקו הירוק לצורך בניית גדר ההפרדה. השימוש בהליך התפיסה (במובחן מהליך של הפקעה) נעשה, לפי עמדתו הרשמית של משרד הביטחון, משיקולים של דחיפות וצרכים בטחוניים מיידיים. ראה "מרחב התפר, שאלות ותשובות" [נדלה ביום 04/05/05 מאתר האינטרנט של משרד הביטחון בכתובת: http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/Heb/shelot.htm

ב.2.5. רפרצלציה¹⁴⁹

חלוקה מחדש מהווה אמצעי לתכנון שטחי קרקע על פי תפיסה המיועדת לספק צרכים חדשים. היא מתבקשת ונדרשת במקום בו החלוקה הקיימת אינה מאפשרת את פיתוח השטח וניצולו הרציונאלי, לטובת בעל הקרקע ולטובת הציבור¹⁵⁰. במסגרת הליך זה, ראשית, נערך מעין איחוד של החלקות הרשומות בנפרד למיקשה אחת, ממנה מופרשת הקרקע הדרושה לצורכי ציבור. היתרה מחולקת מחדש למגרשי בניה לבעלים המקוריים, בהתאם לתכנון הרצוי. התהליך יכול להיעשות בהסכמת הבעלים או שלא בהסכמתם, ופעמים רבות הוא דורש הפקעה¹⁵¹.

ב.3.5. רכישת מקרקעין

דרך נוספת, לכאורה פשוטה יותר, לשינוי בעלות בקרקע פרטית לצורך התאמתה לתכנית מיתאר, היא רכישת הקרקע – מקום בו מדובר בקרקע שאמורה לשמש כשטחים ציבוריים – על ידי הרשות הרלוונטית. כך, למשל, יכולה רשות מקומית, המבקשת להקים מתנ"ס על פי תכנית המיתאר שגיבשה הועדה המקומית, לרכוש מן הבעלים הפרטיים של הקרקע עליה מיועד לקום המתנ"ס את השטח הדרוש לה בכסף מלא. אין ספק, כי כלי זה פוגע פחות מכל בקניין הפרטי, והוא מתנהל בתנאי שוק חופשי. הוא יעיל יותר, שכן אין צורך בהליכים ממושכים, והוא גם מאפשר פתרונות לצרכים הדוחקים ומותיר גמישות בהסבת השימוש בשטח הקנוי לצרכים המשתנים¹⁵². לשיטת ג'בארין ולו-יון, הקושי העיקרי ברכישת הקרקע הוא המחיר הגבוה שיש לשלם תמורתה, אולם כיום, כשהרשויות גובות היטל השבחה, יש לכאורה בדיהן תקציב לצורכי פיתוח היכול לשמש גם למימון הרכישה¹⁵³.

¹⁴⁹ סעיפים 120-128 לחוק התכנון והבניה.

¹⁵⁰ ג'בארין ולו-יון, לעיל, ה"ש 101, בעמ' 30.

¹⁵¹ ג'בארין ולו-יון, שם, בעמ' 30-31.

¹⁵² ג'בארין ולו-יון, שם, בעמ' 32.

¹⁵³ ג'בארין ולו-יון, שם, בעמ' 33. ראה גם דו"ח גזית, לעיל, ה"ש 100, בעמ' 22, שם ממליצה הועדה שהרשויות המקומיות יעודדו פרויקטים לבניה רוויה, ולשם כך גם יירכשו קרקעות פרטיות אם יש צורך בדבר.

5.4.ב. הכרזה על קרקע חקלאית והפשרתה לשימושים לא חקלאיים

נושא השמירה על קרקע שיועדה לחקלאות מעוגן בחוק התכנון והבניה באופן בולט באמצעות הסדרים מיוחדים. הסעיפים בחוק, העוסקים בהוראות לתמ"א ולתמ"מ¹⁵⁴ מציינים את הנושא של קביעת שטחים חקלאיים ושמירה על קרקע חקלאית כאחת ממטרותיהן. ההכרזה על קרקע חקלאית נעשית על ידי ועדה מיוחדת שמקימה התוספת הראשונה לחוק התכנון והבניה (ולקחש"פ – ועדה לשמירה על קרקע חקלאית ושטחים פתוחים). רשויות התכנון אינן רשאיות לתת היתר לבניה או לשימוש בקרקע חקלאית למטרה לא חקלאית ("שימוש חורג") אלא באישור הולקחש"פ או על פי תוכנית מיתאר שאישרה ועדה זו. כמו כן, נדרש לשימוש חורג גם אישור של הועדה המחוזית הרלבנטית¹⁵⁵.

יש וצרכים משתנים ידרשו לא רק אישור לשימוש חורג בקרקע החקלאית, כי אם גם את שינוי הייעוד שלה. הולקחש"פ, אשר מוסמכת להכריז על קרקע חקלאית, היא הרשאית גם לבטל את הכרזתה ולשנות את ייעודה. שינוי זה יכול להיעשות לצורך בניה למגורים, לצרכי ציבור, לתעשייה ועוד, ועליו לעלות בקנה אחד עם תכנית המיתאר הרלוונטית.

בהחלטה הראשונה של מועצת מקרקעי ישראל, נקבע כי: "בהסכמי הכירה של קרקע חקלאית יקבע כי עם שינוי יעודה של קרקע חקלאית לייעוד אחר, יבוא הסכם החכירה לידי גמר והקרקע תוחזר למנהל מקרקעי ישראל"¹⁵⁶. לפי החלטה זו, "עם החזרת הקרקע יהיה המחזיק זכאי לפיצויים עבור השקעותיו בקרקע ועבור הפקעת זכותו, בשיעור שייקבע על-ידי המועצה בכללים שתוציא". בעבר, המדיניות הנוהגת היתה לפצות את החקלאי בגין הפקעת זכותו על פי ערך הקרקע לפני שינוי הייעוד, מבלי להתחשב בעליית הערך עקב שינוי הייעוד¹⁵⁷. החלטות מאוחרות יותר של מועצת מקרקעי ישראל ביקשו לשנות את הגישה בעניין זה, באופן שבו היא החקלאי זכאי לקבל פיצוי בגין שינוי ייעוד בכסף או בקרקע, לפי שיקול דעת המינהל, על בסיס "תקבולי המינהל, כפי שיתקבלו בפועל משיווק הקרקע שיעודה שונה במכרז" – במקרה של פיצוי כספי – או על בסיס "שווי הקרקע בהתאם לזכויות הבניה לפי תוכנית שינוי הייעוד" – במקרה של פיצוי בקרקע¹⁵⁸. על פי האמור בדו"ח ועדת רונן, במקרים מסוימים גובה הפיצוי לפי החלטה זו והחלטות שקדמו לה "יכול להגיע גם לסכומים של מליוני שקלים למשפחה/לנחלה"¹⁵⁹. החלטה זו, והחלטות דומות נוספות משנות ה-1990 עוררו התקוממות ציבורית, אשר הובילה לפסק-דין חשוב של בית המשפט העליון ב"בג"ץ הקרקעות"¹⁶⁰. בעניין זה דן בג"ץ במאוחד במספר עתירות שהוגשו ברובן על ידי "עותרים ציבוריים" נגד החלטות 717, 727 ו-737, אשר קיבלה מועצת מקרקעי ישראל, ואשר עוסקות בשינוי הייעוד בקרקעות מדינה שיעודן חקלאי, ושהוחרו ליישובים חקלאיים.

החלטה 717 עסקה בפיתוח אזורי תעשייה ביישובים כמקור תעסוקה נוסף להם. על פי החלטה, יישובים חקלאיים המעוניינים בכך, יוכלו לפתח אזורי תעשייה בחלקים מן הקרקע שחכרו ממינהל מקרקעי ישראל. **החלטה 727** עסקה בשינוי ייעוד לבנייה למגורים, לתעשייה, למסחר, לתירות או לקיט. על-פי ההחלטה יינתנו לחוכרים חקלאיים פיצויים בגין השבת קרקע שיעודה שונה, כאשר גובה הפיצוי ייקבע על-פי שווי הקרקע לאחר שינוי הייעוד. מטרת ההחלטה הייתה להעמיד קרקעות זמינות לצורכי בניית יחידות דיור עליהן ולתמרץ את החוכרים להשיב את הקרקע למינהל. **החלטה 737** הורתה על שינוי ייעוד לצורך הרחבת שטחי המגורים ביישובים חקלאיים במגמה להגדיל ולהצעיר את האוכלוסיה בכל אחד מהיישובים. ההחלטה ביקשה להעניק ליישובים החקלאיים הטבה כלכלית בדמות הפחתת דמי החכירה ולאפשר לבני המקום, או למומלצים אחרים שנבחרו על-ידי האגודה החקלאית, בהתאם לצרכיה,

¹⁵⁴ סעיפים 49, 57, 62-60 לחוק התכנון והבניה.

¹⁵⁵ סעיף 156(א) קובע כי "לא ישתמש אדם בקרקע חקלאית אלא בהתאם לאמור בתוספת הראשונה". זו מוקדשת להסדרת נושא הקרקעות החקלאיות, ובין היתר היא מפרטת את המיגבלות החלות על שימושי קרקעות כאלה, ואת ההליכים הנדרשים לאישורה של כל תכנית מיתאר הכוללת בתחומיה קרקע חקלאית.

¹⁵⁶ החלטה מס' 1 של מועצת מקרקעי ישראל מיום 17.5.65, כפי שמובאת בבג"ץ הקרקעות, לעיל, ה"ש 13, בעמ' 39. הנוסח המלא של ההחלטה נמצא באתר האינטרנט של ממ"י, לעיל, ה"ש 56, תחת הקישורית "מועצה והנהלה – החלטות המועצה".

¹⁵⁷ בג"ץ הקרקעות, שפ, בעמ' 40, וכן ס. קדר, לעיל, ה"ש 10, בעמ' 741-740 ובה"ש 227.

¹⁵⁸ החלטה בדבר קרקע חקלאית שיעודה שונה למטרה אחרת (727) (1995), לפי חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, סעיפים 2(ג), 2(ו) להחלטה, כפי שמובאים בבג"ץ הקרקעות, לעיל, ה"ש 13.

¹⁵⁹ דין וחשבון של הודעה לרפורמה במדיניות מקרקעי ישראל (דו"ח ועדת רונן) (1997), בעמ' 24.

¹⁶⁰ לעיל, ה"ש 13. פסק הדין ניתן בחודש אוגוסט 2002.

לחכור את המגרשים שהורחבו ללא מכרז.

עיקר טיעוני העותרים נגע לחוסר סבירות ההחלטות, משום שהן מעניקות טובות הנאה יקרות ערך לחוכרי הקרקעות על חשבון קופת הציבור ללא כל הצדקה עניינית, ובניגוד לחוזי החכירה בינם לבין המינהל. כן נטען כי ההחלטות מעניקות משקל בלתי ימנע לשיקול של העמדת קרקע זמינה לצורכי בנייה ומזניחות שיקולים של צדק חברתי ושל שמירה על איכות הסביבה. ככלל, קיבל בית המשפט טענות אלה, וקבע כי ההחלטות לוקות בחוסר סבירות קיצוני, ועל כן הן בטלות¹⁶¹. בפתח דבריו הוא גם הקדיש מקום להתוויית המסגרת הכללית הרלוונטית, וקבע כי ראשית, המינהל משמש נאמנו של הציבור בנהלו את מקרקעי המדינה, ולכן עליו לנהלם תוך שמירה על אינטרס הציבור בהם, לרבות שמירה על המקרקעין לתועלת הציבור כולו, כולל הצורך להימנע ממתן טובות הנאה בלתי מוצדקות במקרקעין לאחרים. שנית, מתן קרקע לאחד מונע אותה מאחרים, והשאלה המתעוררת לא אחת היא אם מדובר בהפליה או בהבחנה מותרת. החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר מוסמכת להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים. יחד עם זאת, על הרשות הקובעת את אופן חלוקת המשאבים שהיא מופקדת עליהם, להביא בחשבון את מכלול ההשלכות וההקשרים שיש להחלטתה ולתת להם משקל ראוי במסגרת סדר העדיפויות שבחרה בו, בייחוד לנוכח הסכנה שהחלוקה תיטיב רק עם קבוצות לחץ מאורגנות היטב¹⁶².

בית המשפט ציין, כי המגזר החקלאי, שאילו מתייחסות שלוש ההחלטות שעמדו על הפרק, תופס חלק משמעותי בפעילות מינהל מקרקעי ישראל. אנו יודעים כי במקביל, מספר העוסקים בחקלאות בישראל הוא בירידה גדולה (כמו בכל העולם), כך שסביר שהיחס בין חקלאים ואדמה חקלאית ישתנה עוד יותר לטובת החקלאים, מה גם שחלק מאלה שגרים ביישובים קהילתיים ובמושבים וקיבוצים כלל אינם עוסקים בחקלאות. ברור, אם כן, שאילו הושארו החלטות המינהל האמורות על כנן, היקף השינויים הפוטנציאלי במבנה ייעודי הקרקעות בישראל היה גבוה מאד, וממנו היה יכול היה ליהנות פלח קטן מאד מן האוכלוסייה, שכן השטח היחסי שהוקצה לאוכלוסייה החקלאית הוא פי שניים מהיקפה היחסי מתוך כלל אוכלוסיית ישראל. אין ספק שמצב זה הוא בעל פוטנציאל לערעור יחסי הכוחות וחלוקת העושר בחברה,

¹⁶¹ בית המשפט נימק את החלטתו בדבר בטלות החלטת 727 בכך שהיא מעניקה לחוכרי החקלאיים פיצוי גבוה בהרבה מזה המגיע להם כ"פיצויים חקלאיים" על-פי חוזי החכירה שלהם. אמנם, תכלית ההחלטה היתה מציאת פתרונות דיור בשולי הערים, ואולם בפועל היא הוחלה על כל הקרקעות שבידי חוכרי חקלאיים, בלי לבחון כלל, האם קיים באזורים הרלוונטיים מחסור בקרקעות לבנייה. ההחלטה התעלמה גם מההשלכות החברתיות הקשות של הענקת פיצויים כה גבוהים לסקטור קטן מהאוכלוסייה, והיא גם יוצרת בעיות תכנוניות כתוצאה מכך שנוצר תמריץ בעייתי לחוכרי חקלאיים להפעיל לחצים על מוסדות התכנון לשנות ייעודן של קרקעות חקלאיות למטרות מגורים גם באזורים שבהם הדבר אינו רצוי מבחינה תכנונית. תכלית נוספת של ההחלטה היתה השאיפה להיטיב עם היישובים החקלאיים על רקע מצבם הכלכלי הקשה, אולם זהו שיקול זר החורג מגדר הסמכות שהוקנתה למועצת מקרקעי ישראל. בנוסף, חישוב הפיצוי לחוכרי החקלאיים על-פי שווי הקרקע לאחר שינוי ייעודה, ולא על-פי שווייה כקרקע חקלאית (בהתאם לחוזי החכירה), מעניק לחוכרי החקלאיים הטבה בשווי עתק על חשבון קופת הציבור ללא כל הצדקה עניינית.

לגבי החלטת 737 קבע בית המשפט, שהיא מאפשרת ליישובים חקלאיים ליצור יחידות קרקע לדיור על-פי צרכיו ורצונו של היישוב החקלאי, ולא במסגרת פתרון של בעיות דיור לצורכי הציבור כולו. זהו הסדר בעייתי מבחינה תכנונית ופוגע בעקרון הצדק החלוקתי, בהיעדר מקבילה דומה למגזר העירוני. כמו כן, ההחלטה מעניקה יתרון משמעותי לבני המקום שיכולים לזכות בחלק קרקע ללא צורך במכרז. לכך מצטרפת טובת הנאה בלתי מוצדקת מנכסי המדינה בדמות הנחה גדולה בדמי החכירה. ההחלטה גם גורמת לבזבוז גדול של שטחים שבבעלות המדינה לאור הגודל המופרז של החלקות שהותרו להקצאה לכל יחידה. באשר לבטלות החלטת 717 קבע בית המשפט, כי אין פסול עקרוני בכך שהחלטה באה לענות על צורכי תעסוקה ביישובים החקלאיים על-ידי שינוי הייעוד של קרקעות חקלאיות למטרות הקמת מפעלים עליהן. מאידך, אין הצדקה לכך שהמקרקעין, בייעודם השונה, יינתנו לחוכרי ביישובים החקלאיים בהנחה ניכרת בדמי החכירה. כמו כן, להטבה זו אין מקבילה במגזר העירוני, ועולה תמונה קשה של העדר שוויון הזדמנויות בין שני המגזרים, ופגיעה בחופש התחרות העסקי – שהוא מיסודות עקרון חופש העיסוק.

¹⁶² בהקשר זה ראוי לציין, כי למיגזר החקלאי, שהוא בעל עניין קבוצתי מובהק במדיניות הקרקעית, מובטח ייצוג במועצת מקרקעי ישראל הקובעת את המדיניות על פיה פועל ממ"י (ר' סעיף 4א(3) לחוק מינהל מקרקעי ישראל). בהתייחסו לייצוג הנרחב של המגזר החקלאי היהודי במועצת מקרקעי ישראל מצייין יפתחאל את דו"ח מבקרת המדינה מ-1993, אשר התריע על כך שמצב זה מהווה פגיעה בעקרון הדמוקרטי של מניעת ניגוד עניינים וייצוג הוגן בגופים קובעי מדיניות. לשיטת יפתחאל, הייצוג הלא מאוזן משפיע על אופיין של החלטות המינהל, המפלות לרעה את הערבים ומיטיבות עם המגזר החקלאי היהודי. (יפתחאל, לעיל, ה"ש 41, בעמ' 16). כפי שאנו רואים כאן, חוסר השוויון משתרע הרבה מעבר למגזר הערבי, ופוגע גם בחלקים נרחבים מן הציבור היהודי.

ולוקה באי-צדק חברתי. הוא גם מדגים את הכוח הרב בו מחזיקה המדינה לגבי חלוקת המשאבים הקרקעיים ועיצוב המרחב הגאופיזי והחברתי.

ב.5.5. הקצאת מקרקעי ישראל

כפי שציינו בדיון אודות חוק מקרקעי ישראל, התש"ך - 1960¹⁶³, בין העסקאות שבהן מותרת העברת הבעלות במקרקעי ישראל מותרים חילופי מקרקעין של מקרקעי ישראל במקרקעין בבעלות פרטית (ובתנאי שלא תוחלף קרקע חקלאית בקרקע עירונית, אלא בנסיבות מיוחדות ובאישור שר החקלאות), וכן העברת בעלות במקרקעי ישראל לצרכים עירוניים, בהיקף של עד מאה אלף דונם (מאה קמ"ר).

בדומה לכל בעל קרקע, ובהתאם לחוק התכנון והבניה, רשאית ועדת תכנון לחייב את ממ"י, בדרך של הפקעה, להפריש קרקע לציבור. מעבר לכך, ממ"י גיבש מדיניות של הפשרת קרקעות בשיעורים מוגדלים, בהתאם לצפיפות המגורים בשכונות¹⁶⁴.

על פי ג'בארין ולו-יון, מאז שנות השמונים, גברה מאד חשיבותם של מקרקעי ישראל הנמצאים בשולי כפרים ערביים, ולעיתים גם בתוכם, כרזרבות לשטחי ציבור החסרים בכפרים אלו¹⁶⁵. לדבריהם, חלק מקרקעות אלו "הולאמו" על פי חוקים שונים בשני העשורים הראשונים למדינה, ועתה הן "ממוחזרות" לצרכי הכלל. הם מציינים, כי תופעה זו אינה מיוחדת לסקטור הערבי, אולם היא בעלת משקל רב יותר אצלו, לנוכח המחסור בשטחי ציבור, אשר מאפיין את דפוסי הבינוי ואת קשיי התכנון בכפרים הערביים¹⁶⁶, עליהם נעמוד בהמשך.

לדברי יפתחאל, הקצאת קרקעות מדינה לערבים הנה דלה. אף שקרקעות מדינה בתוך היישובים הערבים מוקצות באופן סדיר לצרכי פיתוח ובינוי, האמור בשטחים קטנים מאד, אשר עלו עד כה כדי 20% בלבד מסך קרקעות המדינה ביישובים הערביים, אשר היקפן קטן ממילא¹⁶⁷. בכל הנוגע להקצאות לצרכי ציבור, הוא מציון, כי זו נעה בין 35%-80% מהקצאת המינימום המומלצת על ידי משרד הפנים¹⁶⁸. מכאן, מסיק יפתחאל, שקיים עדיין מאגר רציני של קרקעות מדינה בתוך היישובים הערביים, שאותו ניתן לנצל לשיפור רמת חייהם של האזרחים¹⁶⁹.

מעבר לאותן הקצאות לצורך עיבוי, הרחבה, ושיפור של יישובים קיימים, מקצה המדינה קרקעות גם להקמת יישובים חדשים. לעניין זה נפנה עתה.

ב.6. הקמת יישובים חדשים

בהינתן שהרוב המכריע של הקרקעות בישראל מצוי בבעלות ציבורית, כל הקמה של יישוב חדש כרוכה בהקצאת קרקעות לשם כך מאת המדינה. עניין זה, כסוגיית הקמת היישובים החדשים בכללותה, היה עד לעת האחרונה (ובמידה רבה – עודנו) פרוץ. נוהל לאופן הקמת יישובים חדשים במדינת ישראל מתגבש רק בימים אלה כמועצה הארצית לתכנון ובניה, בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, ולאור התייחסות מבקר המדינה לנושא בדו"ח של שנת 2004.

ה"נוהל" הלא-רשמי אשר התקיים לגבי מרבית היוזמות להקמת יישובים חדשים אינו מצוי בכתובים, ובכדי לעמוד עליו שוחחנו עם מר יואל ריבלין, אדריכל הממונה על ההתיישבות היהודית מטעם

¹⁶³ ראה דיון לעיל, בפרק א, סעיף א.2.2.

¹⁶⁴ ג'בארין ולו-יון, לעיל, ה"ש 101, בעמ' 29.

¹⁶⁵ ג'בארין ולו-יון, שם, שם.

¹⁶⁶ ג'בארין ולו-יון, שם, בעמ' 29-30.

¹⁶⁷ כפי שציינו קודם (לעיל, ה"ש 109), לשיטת ג'בארין ולו-יון כמעט כל שטחי השיפוט המוניציפליים הערביים מצויים בבעלות פרטית ערבית. לשיטת יפתחאל, כ- 25% מן השטח מצוי בבעלות המדינה. יפתחאל מעריך, כי השטחים שמקצה המדינה בהקשר זה, הם בעיקר אדמות שהיו במקור של פליטים פלסטיניים (יפתחאל, לעיל, ה"ש 41, בעמ' 17).

¹⁶⁸ יפתחאל, שם, שם.

¹⁶⁹ יפתחאל, שם, שם.

הסוכנות, אשר מהווה גוף דומיננטי בהקמת יישובים חדשים בישראל¹⁷⁰. להלן נתאר את עיקרי הפרוצדורה שנהגה עד כה בהקמת יישובים חדשים:

היוזמה להקמת יישובים מגיעה בד"כ מן הסוכנות או מאת ממ"י¹⁷¹. על היוזם להביא בפני הממשלה תכנית מפורטת שתכלול את שלבי הפיתוח, את קצב הגידול הצפוי, בדיקות היתכנות לעתיד, קהל יעד, תקציב וכיו"ב. על בסיס התכנית המפורטת אמורה הממשלה לקבל את ההחלטה בדבר הקמת היישוב. החלטה על הקמת יישוב דורשת התאמה תכנונית לאזור המיועד, ועל כן עוברת היוזמה לשלב התכנון. לעיתים כבר לפני שלב זה מוקם בשטח "מחנה זמני"¹⁷². עם השלמת התכנון, מופקדת התכנית, ובשלב הבא – לאחר שתמו הליכי הערר השונים, ההסתייגויות והתיקונים הנדרשים, היא מקבלת תוקף סטטוטורי.

בין המתנגדים "המסורתיים" להקמה של יישובים חדשים מונה ריבלין ארגונים "ירוקים", הרואים לנגד עיניהם אינטרסים סביבתיים, ארגונים חברתיים, אשר קוראים לחיזוקם של יישובים קיימים במקום בניה שמעודדת יציאה לפריפריה של אוכלוסיות חזקות והומוגניות, וכן ארגונים פוליטיים שונים, אשר חלקם הגדול מתמקד בהתנגדות לבניה מחוץ לתחומי הקו הירוק, אולם יש בהם גם המעלים השגות על בניה בתוכם. חלק לא מבוטל מן הביקורת נוגע לעובדה, שבסופו של יום – מרבית ההחלטות להקים יישוב הנן פוליטיות, ונעשות על פי רוב בכדי "לייחד" את המרחב, כלשונו של יפתחאל. על פי הנתונים שהאחרון מציג, מאז שנת 1948 הוקמו בישראל כ-600 יישובים יהודיים בכל רחבי המדינה. לעומת זאת, למעט הקמה של מספר יישובים שנועדו לרכז את הבדואים בנגב ובגליל – בעיקר בשל אינטרסים ציבוריים¹⁷³ – לא ניתנה לערבים רשות להקים כלל יישובים חדשים. כמו כן, כמעט שלא הוקמו שכונות ערביות חדשות בערים המעורבות^{174, 175}.

בכל הנוגע לביצוע ולמימון הקמת היישוב, במידה שמדובר בתכנית פרטית (דבר נדיר בימינו), ביצועה נעשה – לאחר שאושר כראוי – על ידי בעל היוזמה ובמימונו. באופן זה בדרך כלל מוקמות שכונות חדשות, אך לא יישובים חדשים. "בניה תקציבית", היינו – בניה אשר מתוקצבת בחלקה על ידי הממשלה, בדרך כלל נעשית על ידי משרד הבינוי והשיכון, ממ"י והחטיבה להתיישבות של הסוכנות היהודית¹⁷⁶, אשר מוציאים את הבניה בפועל למכרזים חיצוניים.

אין ספק, כי על פי כללי מינהל תקין, בהחלטות כגון הקמת יישוב חדש אין להסתפק ב"נוהל-שבעל-פה", אלא חובה על הגופים השלטוניים הרלוונטיים לפעול על פי הנחיות חוקיות ברורות, אשר יבטיחו את תקינות פעולותיהם. דו"ח מבקר המדינה לשנת 2004 הצביע על ליקויים בתהליכי התכנון וההקמה של יישובים חדשים בישראל¹⁷⁷. הליקויים העיקריים שהתגלו הצביעו על פגמים בעבודת-מטה, ועל יצירת קונפליקטים תכנוניים בין המוסדות השלטוניים (ר"ל – הממשלה ומשרדיה) לבין מוסדות התכנון (ר"ל – המועצה הארצית לתכנון ובניה והועדות המחוזיות)¹⁷⁸. הביקורת מתייחסת בעיקר לתקופה שבין 1997-2002, אז יזמו ממשלות ישראל הקמת יישובים חדשים רבים.

¹⁷⁰ שיחתנו עם מר ריבלין נערכה ביום 29.07.05.

¹⁷¹ דרך נוספת להקמת יישוב אותה תיאר מר ריבלין, היא הקמת היאחזות נח"ל, ביוזמה ובביצוע של משרד הביטחון, על פי החלטת ממשלה, משיקולים בטחוניים.

¹⁷² כמו זה של "נחל עירון", שם היה אישור ממשלה, אך טרם אושרו התכניות.

¹⁷³ ראה להלן, פרק ג (ובייחוד – ג.1.2), בצמוד לדיון בג"ץ 528/88, אליעזר אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4), 297 (להלן: עניין אביטן).

¹⁷⁴ יפתחאל, לעיל, ה"ש 41, בעמ' 13. לדבריו, חוסר שוויון זה מוחרף לאור הדרתם השיטתית של ערבים מיישובים יהודיים, אשר נתמכת במנגנונים סטטוטוריים שונים, אותם הוא מונה בהרחבה (ראה שם, בעמ' 14). אנו נשוב לעניין זה בפרק ג', בדיון אודות נפרדות ושוויון בהקצאת מקרקעין להתיישבות.

¹⁷⁵ לא עלה בידינו לברר האם וכמה יוזמות להקמת יישובים ושכונות ערביים הובאו לדיון בממשלות השונות ונדחו על ידן.

¹⁷⁶ לפי תיאורו של ריבלין, הסוכנות היא גוף שנמצא ב"תחתית הסולם", ועל כן הוא מייצג את השאיפות והיוזמות המגיעות "מלמטה". הסוכנות מקבלת תקציב ממשלתי, לרבות תקציב להתיישבויות, בכדי להקים ולהביא יוזמות אלה.

¹⁷⁷ ראה "תכנון והקמה של יישובים חדשים", דו"ח שנתי 55 לשנת 2004, מבקר המדינה ונציגי תלונות הציבור, עמ' 155 [נדלה ביום 31/07/05 מאתר האינטרנט משרד מבקר המדינה בכתובת:

<http://www.mevaker.gov.il/serve/showHtml.asp?bookid=426&id=2&frompage=179&contentid=7904&p.arentcid=7897&filename=3.htm&bctype=2&startpage=24&sw=1024&hw=698>

¹⁷⁸ בין היתר, הצביע הדו"ח על כך שמרבית היוזמות להקמת יישובים חדשים בשנים האחרונות מקורן במינהל ובמשרד השיכון. הממשלה אישרה את היוזמות, בהסתמך על עבודת המטה אשר המשרדים היוזמים הכינו, ואשר היתה צריכה להתייחס להיבטים התכנוניים, התקציביים, הסביבתיים, החברתיים ועוד, ולהתבסס על תכנון אזורי, בייחוד אם מדובר בהקמת מקבצי יישובים חדשים, על סקרי היתכנות לכל יישוב ועל אומדנים כספיים ראשוניים. יחד עם זאת, עבודת המטה הנ"ל הייתה חלקית

בסוף שנת 2004 הוציא היועץ המשפטי לממשלה הנחיה בדבר נוהל קבלת החלטה בנושא הקמת יישובים חדשים¹⁷⁹, אשר מטרתה למנוע כשלים כגון אלה שעליהם הצביע המבקר. ההנחיה קובעת, כי ככלל, החלטה על הקמת יישוב חדש היא עניין שבמדיניות, ועל כן מן הראוי שתתקבל על ידי הממשלה. עם זאת, לאור מורכבות ההחלטה על הקמת יישוב חדש, ונוכח הסמכויות הנתונות לעניין זה לגורמים נוספים, שאותם הממשלה לא נועדה להחליף (כגון, מוסדות התכנון ומינהל מקרקעי ישראל), החלטת ממשלה כאמור חייבת להתבסס על עבודת מטה מקצועית בשיתוף כל הגורמים המקצועיים הנוגעים בדבר, אשר תכלול התייחסות למדיניות התכנון הכוללת, לחלופות האפשריות, ולמגוון היבטים הכרוכים בהקמת יישוב, ובהם היבטים תקציביים, תשתיתיים, סביבתיים, תעסוקתיים וחברתיים.

עוד קובעת ההנחיה, כי בחינת היבטים שונים אלה תבצע על ידי המועצה הארצית לתכנון ובניה, בה מיוצגים כל הגופים הרלוונטיים לעניין. על המועצה הארצית לגבש את המלצתה רק לאחר שתבצע את הבדיקות הנדרשות על פי נוהלי עבודה קבועים שייקבעו על ידה לעניין זה. בצד חוות דעת המועצה הארצית, תונח בפני הממשלה גם התייחסות בהיבט הכלכלי-תקציבי הכרוך בנושא, בדרך כלל מטעם משרד האוצר.

הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מבהירה גם, כי על החלטת ממשלה בעניין הקמת יישוב להיות מנוסחת באופן עקרוני-כללי, ולהותיר בידי מוסדות התכנון וגופים מינהליים את שיקול הדעת המוקנה להם על פי חוק. כמו כן, היא אינה מחליפה את ההליכים התכנוניים הקבועים בחוק, ובכללם אישורה של תוכנית מיתאר על ידי מוסדות התכנון המוסמכים, ולפיכך אל לה לכלול הוראות תכנוניות החלטיות, כגון מיקום ותיחום מדויק של היישוב החדש. בהיבטים אלה רשאית הממשלה להביע מדיניותה, אך לא להחליט במקום הרשות המוסמכת.

כמובן, מבהירה ההנחיה, שעקרונות אלה יחולו בכל מקרה של החלטה על הקמת יישוב, ללא קשר לשאלת זהות הגורם היוזם את הקמת היישוב.

טיטת הנוהל אשר הועברה לעיונו בסמוך לדיון בה מועצה הארצית, קובעת את המדיניות שאמורה להנחות את המועצה הארצית בבואה לייעץ לממשלה. על פי הטיטה, ככלל, מדיניות התכנון – כפי שבאה לידי ביטוי בתכניות המיתאר ובהחלטות המועצה הארצית – היא שיש העדפה מובהקת בהרחבתם ובחזוקתם של יישובים קיימים, ויש להימנע – למעט במקרים חריגים ומיוחדים – מהקמת יישובים חדשים. בנוסף, מצינת הטיטה, כי ריבוי יישובים נוגד באופן מובהק את עקרונות תמ"א 35, ובעיקר את תפיסת התכנון של ריכוז הפיתוח במקומות העירוניים ומניעת פרפור. הוא מהווה נטל כלכלי על הקופה הציבורית בשל העלות הגבוהה של פרישת תשתיות ושירותים תוך איבוד היתרון לגודל, ופוגע ביישובים קיימים. בהמשך קובעת הטיטה את הקריטריונים לבחינת הבקשה ואת ההליכים להקמת יישוב חדש, אשר מתבססים על קוי המדיניות האמורים¹⁸⁰.

בלבד ולא נסמכה על הנדבכים שצינו: היו מקרים שבהם איתור היישובים לא נבע מתכנון אזורי או שאפילו סתר תכנון אזורי שעשה המינהל. כמו כן, במקרים רבים לא הוכנו סקרי היתכנות ואומדנים כספיים לקביעת המקורות התקציביים להקמת היישובים. עוד התברר, שהמשרדים והשרים שהציעו הקמת יישובים לא הציעו לממשלה חלופות התיישבותיות (כגון עיבוי יישובים קיימים סמוכים) או אחרות להשגת מטרתיה. כמו כן, דברי ההסבר שהגישו השרים לממשלה היו קצרים וכוללניים ולא היה בהם כדי להסביר את הצורך ביישוב בכלל ובמיקומו הספציפי בפרט.

דו"ח המבקר ציין גם שהחלטות הממשלה אינן מתייחסות למתן פתרונות תעסוקה לרבים מהיישובים החדשים שאותרו בפריפריה. בעבודת המטה הנ"ל לא שותף משרד האוצר ולא נלקחו בחשבון ההוצאות הכרוכות בהקמת יישובים חדשים, כך שבמועד קבלת החלטות הממשלה על הקמת יישובים לא היה בידי השרים מידע על עלויותיהן הצפויות.

עוד מלמד הדו"ח, כי מרבית יוזמות הממשלה להקים יישובים אינן מתיישבות עם התכנון הלאומי ומחייבות עשיית שינויים רבים בתכניות מתאר ארציות. היא לא נועצה במועצה הארצית לתכנון ובניה בהחלטותיה האמורות, ואף לא הורתה למינהל ולמשרד השיכון לעשות כן. כמו כן, חרף הנחיית היועץ המשפטי לממשלה לנסח את החלטות הממשלה בזירות ובאופן שלא יפגע בשיקול הדעת המקצועי המוקנה לגופים שונים, מרבית החלטות הממשלה על הקמת יישובים מנוסחות כך שניתן לראות בהן החלטות קונקרטיות (בשונה מהחלטות של מדיניות התיישבותית), עד כדי התייחסות לנקודות הציון שבה יוקם היישוב ולמבנהו הארגוני.

¹⁷⁹ הנחיה 1.1800, מיום 6 דצמבר 2004.

¹⁸⁰ תודתנו נתונה למר אילן טייכמן מאגף תכנון ערים, משרד הבינוי והשיכון, אשר העביר לנו את טיטת הנוהל לקראת הדיון במועצה הארצית, שנערך ביום 2.8.05. ההתנתקות מרצועת עזה תביא כנראה לשינויים מרחיקי לכת לכללים אלה שכן נראה שיוקמו לא מעט יישובים חדשים על מנת לאפשר קליטת המתפנים בקהילות נפרדות הדומות לאלה אותן עזבו.

7. בניה בלתי חוקית¹⁸¹

כל עבודה בקרקע, לרבות עבודה בקרקע פרטית, טעונה היתר מאת מוסדות התכנון ותהיה מותרת אך ורק בכפוף לתנאיו. ככלל, אסור למוסדות התכנון לתת היתר בניה אלא במקרקעין שלגביהם אושרה תוכנית הקובעת הוראות לגבי: (א) ייעודי הקרקע; (ב) חלוקה למגרשים; (ג) קווי הבניין, מספר הקומות או גובה הבניינים; ו-(ד) שטחי הבניה המותרים. רשויות התכנון רשאים להתיר שימוש החורג מתוכנית בכפוף לתנאים המנויים בחוק¹⁸².

הבניה הבלתי חוקית היא תופעה רחבת היקף, ולפי דו"ח גזית, גם הנסיונות החוזרים והנשנים לבלמה ולצמצמה לא מנעו ממנה לגדול. זוהי תופעה משותפת הן למגזר הערבי והן למגזר היהודי, אם כי המאפיינים שלה משתנים ממגזר למגזר¹⁸³. נזקי הבניה הבלתי חוקית רבים. ראשית, היא פוגעת קשות בשלטון החוק. שנית, היא "קובעת עובדות בשטח", ובכך מונעת תכנון פיזי ארוך טווח ומושכל לרווחת הציבור כולו. שלישית, היא יוצרת פגיעה באיכות החיים והסביבה: היא עושה שימושים שונים באיזורים שלא יועדו להם, ומכבידה בכך על התשתיות המקומיות, שלא תוכננו לשאת את השימושים האלה, עד כדי קריסה, ותוך יצירת מטרדי רעש, זיהום אוויר ומים ועוד. רביעית, היא מביאה לפגיעה בלתי הפיכה במשאב הקרקע: הבניה הבלתי חוקית "זוללת" שטחים פתוחים, משאב הנמצא במחסור קשה בישראל, שהיא מהמדינות הקטנות והצפופות בעולם. חמישית, היא מביאה רווחים כלכליים לעבריינים על חשבון הקופה הציבורית: עברייני הבניה אינם משלמים את המיסים השונים הנדרשים עבור כל בניה, ומכיון שהבית אינו חוקי – הם גם ממשיכים לא לשלם מסים עבורו בהמשך, דבר שמוביל לנזק של מאות מליוני שקלים לקופת המדינה והרשויות המקומיות. שישית, חלק מהמבנים הבלתי חוקיים מהווים סכנה בטיחותית, משום שנבנו על ידי קבלנים לא מורשים וחסרי מיומנות מקצועית¹⁸⁴.

להלן נתייחס לנתונים אודות היקף התופעה, לגורמים לה, ולהמלצות דו"ח ועדת גזית בקשר אליה¹⁸⁵.

7.1. ב. נתונים:

במדינת ישראל היו באמצע שנת 2,000 כ- 22,000 מבנים לא-חוקיים, מקו גדרה וצפונה¹⁸⁶. מדובר במבנים מסוגים שונים. חלקם מבנים קשיחים וחלקם מבנים זמניים כאוהלים ופחונים. ישנם מאפיינים שונים למבנים הלא-חוקיים כאשר החמורים ביותר מבחינת תכנון ופיתוח אלו מבנים המצויים מחוץ לתוכניות המתאר ומקבצי בניה. מבנים המצויים מחוץ לתוכניות המתאר, הם מבנים קשיחים על פי רוב, אשר מצויים בשולי תוכנית המתאר. מבנים אלו מוקמים בדרך כלל על קרקע המצויה בבעלותו של הבונה, שאינה כלולה בתחום תוכנית המתאר, ומצויה בשטח השיפוט של המועצה המקומית הסמוכה. מצב זה גורם לכך שבעל הקרקע אינו יכול לממש את מה שהוא רואה כזכותו בקרקע. במצב של מצוקת דיור הולכת וגוברת בתוך תחום תוכנית המתאר עשוי בעל הקרקע להקים מבנה לא חוקי על אדמתו שלו, על אף שהדבר מנוגד להוראות תוכנית המתאר.

מקבצי הבניה מהווים בעיה חמורה יותר. מדובר במקבץ של מספר מבנים שעשוי לנוע ממספר מבנים בודדים עד לעשרות ומאות (במיוחד בשטחי הנגב). מקבצי הבניה אינם מצויים בתחום השיפוט של המועצה המקומית. לא מדובר בהכרח במבנים קשיחים אלא גם במבנים ארעיים. מקבצי הבניה מהווים בעיה חמורה משום שהם תופסים שטחים נרחבים יחסית ומקשים על קיום הוראות התכנון ברמה המחוזית. יתירה מזו מקבצי הבניה מצויים פעמים רבות על אדמות מדינה, והמשמעות היא כי ישנו אובדן

¹⁸¹ הנתונים וההסברים בחלק זה ניתנו למאיר בן שחר על ידי מנהל היחידה הארצית לפיקוח על הבניה וסגנו. הראיון עימם נערך ביום 1/5/01. מרבית הדברים מצויים גם בדו"ח ועדת גזית (לעיל, ה"ש 100). במידה וישנם דברים שניתנו על ידי גורמים אחרים הם יצינו במפורש.

¹⁸² סעיף 145(t) לחוק התכנון והבניה.

¹⁸³ דו"ח גזית, לעיל, ה"ש 100, בעמ' 8.

¹⁸⁴ דו"ח גזית, שם, בעמ' 5-6, וכן ראה עמ' 29-33.

¹⁸⁵ תודתנו נתונה ליחידה הארצית לפיקוח על הבניה, ולמנהל, מר אבי דותן, על שסייעו לנו בהבנת הנושא (הראיון עם מר דותן נערך על ידי בן-שחר לצורך עבודתו, לעיל, ה"ש 67).

¹⁸⁶ דו"ח גזית, לעיל, ה"ש 100, בעמ' 8.

של שטחי מדינה. לעיתים קורה כי בעקבות קיומו של מקבץ מסיבי שלא נבלם עם ראשית ההיווצרות, נאלצת המדינה להכיר במקבץ זה כיישוב. כך קרה עם מספר מקבצים בבקעת בית הכרם¹⁸⁷.

בראשית שנת 2,000 היו במחוז הצפון מעל 1,600 מבנים שאינם מצויים בתחומי תוכנית המתאר ומעל 1,050 מקבצי בניה. עיון במפת מקבצי הבניה מלמד כי חלק ניכר מהמקבצים מצוי בבקעת בית הכרם בשטח שבין כרמיאל לכפרי המשולש. איזור בעייתי נוסף הינו ציר 79 בקטע שבין צומת סומך לצומת המוביל. המצב שנוצר בשטח מורה על כך שלאורך שני צידי הכביש כמעט שנוצר רצף בין שפרעם לביר אל-מכסור.

בעיית מקבצי הבניה וההשתלטות על אדמות מדינה בולטת עוד יותר בנגב. עיקר הבעיה מצויה באיזור שמכונה איזור הסייג, בשטח שבין באר-שבע לקו ערד-דימונה-ירוחם. בשטח זה, שגודלו כ-800,000 דונם, ישנם מקבצי בניה על רובו של השטח¹⁸⁸. המקבצים הללו משתרעים סביב הציירים הראשיים של הנגב הצפוני המחברים בין באר-שבע לערד, לדימונה ולירוחם. במקבצים אלו חיים כ-50,000 בני-אדם. בשטח ישנם כ-30,000 מבנים, מרביתם מבנים "רכים" אך ישנם גם מבנים קשיחים. חשוב לציין כי בשנים האחרונות ישנה מגמה של בניית מבנים קשיחים במקבצים שהיו מורכבים עד כה ממבנים "רכים-ארעיים". בנוסף לכך החלו במספר מקבצים להתנהל חיים עירוניים של ממש. כך למשל הוקמו תחנות דלק מאולתרות, חנויות לממכר מצרכי מזון שונים וכיו"ב.

התמונה המצטיירת הינה חמורה ביותר. עם זאת חשוב להדגיש כי הבניה הבלתי-חוקית איננה נחלת המגזר הערבי בלבד. במגזר היהודי קימת בניה בלתי-חוקית בכמות רבה ביותר. בניה זו מתרכזת בעיקר ביישובים החקלאיים. טיב הבעיה במקומות אלו הינו שונה. מדובר בבניה המצויה בשטחים המיועדים לשימוש חקלאי והמנוצלים על ידי בני המקום לצורך הקמת סככות ענק ומחסנים. מספר המבנים הלא-חוקיים במגזר החקלאי עמד על כ-16,000 בראשית שנת 2,000. הרוב המכריע של המבנים מצוי במושבים ובקיבוצים¹⁸⁹.

7.2. הגורמים לבניה הבלתי חוקית¹⁹⁰

ניתן לדבר על שני גורמים מרכזיים לבניה בלא קבלת היתר ובמקומות האסורים על פי חוק התכנון והבניה. המניע הראשון לבניה לא-חוקית הוא קיומו של צורך כל שהוא במבנה. טיב הצרכים משתנה בין המגזר היהודי למגזר הערבי:

במגזר היהודי הצורך נובע בעיקר מקשיי פרנסה. מרבית הבניה הבלתי חוקית נעשית בקרקעות חקלאיות. החקלאות כבר איננה יכולה לספק את צרכיו של החקלאי, ולכן נוטים חקלאים רבים להשתמש בחלקות האדמה שברשותם ולנצלן לצרכים מסחריים, אם על ידי פתיחת עסק משלהם, ומה שיותר נפוץ – על ידי השכרתם לגורם אחר שיפתח שם את עסקיו.

לעומת זאת, מה שיוצר את הצורך המרכזי ביותר במגזר הערבי הנו מצוקת המגורים. מצוקה זו משמעה היעדר קרקעות לבניה בתחום המותר או מחיר גבוה למדי על קרקעות כאלו. התרחבות המשפחה מביאה לכך שהמשפחה מעוניינת לנצל את הקרקע שבבעלותה לטובת מגורים, גם אם קרקע זו מצויה מחוץ לתחומי תוכנית המתאר¹⁹¹. מפאת חשיבות הנושא, בהמשך דברינו נייחד מקום לתיאור הגורמים למצוקת המגורים, אשר בתורה, מוליכה גם לבניה בלתי חוקית..

¹⁸⁷ יש לציין כי ייתכן שחלק מאותם מקבצים שייכים ליישובים הבלתי-מוכרים אשר קיימים במשך שנים רבות, אך מדובר בחלק קטן בלבד.

¹⁸⁸ מדובר בשטחים שמוגדרים כאדמות מדינה, אולם הבדווים תובעים עליהם בעלות.

¹⁸⁹ ראוי, עם זאת, לציין, כי עיקר הבניה הלא חוקית במגזר היהודי אינה מתבטאת בבניית מבנים שלמים באופן לא חוקי. היא באה לידי ביטוי דווקא בהריגה מתנאי תכנית או היתר קיימים, על ידי תוספות בניה ללא היתר בבית מגורים שהמשפחה בונה, בסגירת מרפסות שלא כדין, בבניית גדרות ללא היתר וכיו"ב. על פי רוב, האמור בבניה בתוך תחומי "הקו הכחול" של תכנית המיתאר הרלוונטית.

¹⁹⁰ בן שחר, לעיל, ה"ש 67.

¹⁹¹ בצד הבניה הלא-חוקית על קרקעות שבבעלות פרטית יש לציין את הבניה בפזורות. מדובר במקבצי בניה מחומרים ארעיים, על פי רוב, המצויים על אדמות מדינה. בניה זו מתבצעת בדרך כלל על ידי גורמים שהם חסרי קרקע משלהם והם גם חסרים את היכולת הכלכלית לרכוש קרקע לבניה או בית מגורים בעיר. חשוב להדגיש כי ככל שחולף הזמן מקבצי הבניה הללו מקבלים יותר ויותר אופי של קבע, על ידי בניה קשיחה ועל ידי סממנים נוספים.

הגורם השני לבניה בלתי חוקית הוא *התמריץ הכלכלי*. המצב כיום במדינת ישראל הוא, שבניה בלתי-חוקית משתלמת יותר מבחינה כלכלית. הליכי התכנון והרישוי החוקיים דורשים זמן וממון רבים. לעומת זאת, הבניה הלא-חוקית שאינה עומדת בשום הליך תכנוני חוסכת זמן וכסף. חיסכון נוסף מושג על ידי בניה עצמית, כך שפעמים רבות הבניה נעשית על ידי בני משפחה. דברים אלו נכונים במיוחד למגזר הערבי. לבסוף, הבניה הלא-חוקית חוסכת כסף גם לטווח הארוך. הואיל והמבנים נבנו שלא כדין לא חלים עליהם מסים וארנונה. מנגד הקנסות שמטילים בתי המשפט הינם קטנים למדי. גם הליכי רישוי הנעשים בדיעבד אינם דורשים ממון רב.

בכל הנוגע לבניה הבלתי-חוקית במגזר הערבי, יש מקום לבחינה של גורם נוסף – הוא הגורם הלאומי. בדרך כלל ידוע לנו כי גורמים לאומנים נוטים להתערב בבניה הלא-חוקית רק כאשר הרשויות מעונינות לבצע צווי הריסה. בשלב זה נכנסים פעילי ציבור שונים לפעולה נרחבת נגד כוונת הרשויות. עם זאת, יש יסוד סביר לטעון כי גורמים לאומנים שונים במגזר הערבי מעורבים בבניה הלא-חוקית עוד בשלבי הבניה עצמה. במילים אחרות ישנם גורמים שמעונינים בבניה לא-חוקית על מנת לתפוס שטחים מתוך מגמה לאומית¹⁹².

בצד הגורמים היוצרים את תופעת הבניה הבלתי חוקית, יש מקום לעמוד גם על הגורמים המסייעים להתמשכותה. גורמים אלו נעוצים באוזלת ידן של הרשויות מחד-גיסא ומהתמיכה הסמויה שהבונה עשוי לקבל לעיתים מגורמים מוסמכים שונים¹⁹³. רשויות המדינה אינן פועלות כיום כמעט על מנת ליצור מצב שבו הבניה הלא-חוקית לא תהא משתלמת. חשוב להדגיש כי מצב המידע שיש למדינה על מצב הבניה הלא-חוקית הינו טוב למדי! מרבית המבנים הלא-חוקיים מאותרים עוד בשלבים הראשוניים של הבניה. מכאן ואילך ישנה שורה שלמה של גופים המטפלים בענין. לא זה המקום להאריך בתיאור הגופים השונים ופעולותיהם, אך יש לציין כי עובר פרק זמן ארוך למדי, לעיתים למעלה משנה, עד שניתן צו הריסה ומסתיימים כל ההליכים. בפרק זמן זה מספיק בדרך כלל הבונה לסיים את המבנה ואף לאכלס אותו. במצב זה קשה מאד לקיים את צו ההריסה בשל השלכותיו החברתיות (והתקשורתיות, בחלק מן המקרים). מנגד, הבונה הלא-חוקי אינו משלם כמעט דבר על כך שהוא הפר את החוק, שכן הקנסות המוטלים על ידי בית המשפט הינם קטנים למדי. כמו כן בית המשפט אינו רואה עבירות על חוק התכנון והבניה בחומרה כזו שתביא למאסרם בפועל של העבריינים¹⁹⁴.

בד בבד עם אוזלת היד של הרשויות יש לציין את הגיבוי לו עשוי לזכות הבונה הלא-חוקי. במידה ומדובר בבניה בתחומי הרשות המקומית עשוי הבונה לקבל את תמיכתו של ראש הרשות (אף אם זו נעשית על דרך של "הסכמה שבשתיקה") שכן הלה זקוק לקולו על מנת להיבחר¹⁹⁵. מצב זה קיים הן במגזר היהודי והן במגזר הערבי. במגזר הערבי יש להצביע על מרכיב נוסף בתמיכה שלה זוכה הבונה. כפי שכבר נזכר לעיל במקרים מסוימים ישנם אישי ציבור הרואים בנושא הבניה הלא-חוקית ענין לאומי. במצב זה זוכה הבונה לגיבוי של אנשי המקום ושל המנהיגות המקומית והארצית, שנותנת לו אישור מוסרי ומעשי.

7.2.1. ב. הגורמים למצוקת המגורים במגזר הערבי

- ניתן למנות שלושה גורמים מרכזיים למצוקת המגורים הנזכרת במגזר הערבי. ככלל, המדובר ב:
- (א) היעדר תכניות מיתאר או קיומן של תכניות מיתאר שלא מתאימות לאופי ולצרכי אוכלוסיה
 - (ב) היעדר שוק קרקעות משוכלל בתחום המותר לבניה ביישובים ערביים
 - (ג) נכונות מוגבלת למגורים בבניה לגובה/ בניה רוויה

הבה נבחן גורמים אלה בפירוט:

¹⁹² ראוי לציין כי הבדווים, במסגרת מאבקם להכרה בתביעותיהם על חלק מאדמות איזור הסייג, החלו בבניה קשיחה ובעיבוד אינטנסיבי של השטח. ראה על כך: י. בן-דוד, **מריבה בנגב** (1996), בעמ' 65.

¹⁹³ לעיון בנושא מדיניות האכיפה ולתגובות הציבוריות אליה ראה: דו"ח גזית, **לעיל**, ה"ש 100, בעמ' 10, וכן יפתחאל, **לעיל**, ה"ש 143, בעמ' 55, 61, 85-67. כמו"כ, ראה ביקורתו של יפתחאל על מדיניות אכיפה מפלה בין יהודים וערבים על ידי "הסירית הירוקה" (יפתחאל, **לעיל**, ה"ש 41, בעמ' 15).

¹⁹⁴ ראה גם י. הורוביץ, "אכיפת חוקי התכנון והבניה – צווי הריסה", **הפרקליט לז' (ג)**, עמ' 387.

¹⁹⁵ מצב בעייתי ביותר נוצר ברשויות מקומיות שבהן ראש הרשות הוא גם האחראי לתכנון ובניה.

(א) היעדר תכניות מיתאר או קיומן של תכניות מיתאר שלא מתאימות לאופי ולצרכי אוכלוסיה מביאים לכך שתושבים שמעוניינים לבנות את ביתם במקום מסויים, אשר עונה על צרכיהם ועל האינטרסים האישיים, המשפחתיים, התרבותיים והחברתיים שלהם, לא יכולים לקבל היתר בניה ונאלצים לבנות באופן בלתי חוקי.

דו"ח גזית קבע, כי לרוב היישובים בארץ – הן במגזר היהודי והן במגזר הערבי – יש תכניות מיתאר. יחד עם זאת, הוא ציין, כי הכנתן קשה וממושכת יותר במגזר הערבי, מסיבות שיפורטו מיד¹⁹⁶. כמו כן, צויין בדו"ח כי לגבי יישובים ערביים שאין להם עדיין תוכנית מיתאר, נעשו מאמצים מיוחדים לפתור את הבעיה במסגרת תמ"א 19735¹⁹⁷. ראוי להעיר כבר כאן, כי סוגיית תכניות המיתאר והבניה הלא חוקית מהווה במקרים רבים "מעגל קסמים" אשר מזין את עצמו: כל עוד אין תכנית מיתאר (לרבות בזמן הכנתה) מתקיימת בניה בלתי חוקית – זו משנה את המצב בשטח, ומצריכה פעמים רבות עיבוד מחדש של תכנית המיתאר המיועדת – הכנת התכנית מתעכבת בשל גורמים ביורוקרטיים וכן בשל גורמים הנובעים מן האוכלוסיה עצמה, כך שאין תכנית מאושרת לאורך פרק זמן ארוך נוסף – הדבר מחזיר אותנו אל תחילת המעגל, מקום בו אין בפועל תכנית מיתאר, והדבר גורם לבניה בלתי חוקית¹⁹⁸.

ציינו קודם את דברי דו"ח גזית, לפיו הכנת תכניות המיתאר קשה וממושכת יותר במגזר הערבי. זאת, על פי הדו"ח, משום שהתושבים אינם מעוניינים למכור קרקעות, אינם מאפשרים ביצוע הפקעות ואינם מוכנים להיכנס לתהליך של איחוד וחלוקה (רפרצלציה)¹⁹⁹.

נדמה שבכך לא מתמצים הגורמים המעכבים את תכניות המיתאר. ש' יום טוב ששימש בשנות ה-70 וה-80 כמתכנן באזור הגליל מסכם את נושא התכנון במגזר הערבי²⁰⁰. יום טוב בדק את היחס לתכנון במספר כפרים ערביים וגילה כי ברובם ישנה *התנגדות עזה לעצם התכנון*. התכנון נתפס כמכשיר של השלטונות, שיש צורך להסתדר עמו. למעשה, ממחקרו של ש' יום טוב עולה, כי התושבים אינם מעוניינים בתכנון, ובמיוחד הם אינם רוצים בכך כאשר הדבר דורש פגיעה באדמותיהם. פעמים רבות מודגש כי התכנון הינו בגדר אילוץ שצריך להיות איתו, על מנת לאפשר קבלת אישור להקמת מבנים, ולא כלי שנועד לסייע לאוכלוסיה²⁰¹. מחקרו של יום טוב נערך בשנות ה-60 וה-70. מאז נראה שחל שינוי מסוים בעמדת האוכלוסיה הערבית. ההנהגה המסורתית הותיקה התחלפה ואת מקומה תפסו צעירים שהכירו ביתרונות התכנון המערבי. מאיר-ברודניץ עומד על כך כי אמנם כיום מרבית הבניה במגזר הערבי נעשית בהתאם לתוכניות המתאר (במידה וישנן)²⁰². יחד עם זאת, על אף המודעות לתכנון עדיין אין נסיון של ממש להיצמד לפרטי תוכנית מתאר, במיוחד כאשר ישנה פגיעה בחלקות פרטיות לטובת נכסים ציבוריים כגון כבישים ומדרכות. מבנה הבעלות המסובך בכפר הערבי מביא לכך שגם לא ניתן למצוא שטחים רצופים לצורך מבני ציבור וגנים²⁰³. למעשה ניתן לומר כי על אף שישנה נכונות להסדיר את הבניה במסגרת החוק ובמסגרת תוכניות המתאר, אין עדיין נכונות של ממש להסתייע בתכנון על מנת ליצור מבנה 'רציונלי' של הכפר בכל הקשור ברשת הדרכים והכבישים ובכל הנוגע לשטחים ציבוריים.

¹⁹⁶ דו"ח גזית, לעיל, ה"ש 100 בעמ' 34.

¹⁹⁷ דו"ח גזית, שם, בעמ' 35.

¹⁹⁸ למשל, תוכניות מתאר ישנות והיעדר תוכניות מתאר גורמות לכך כי מבנים רבים מצויים בתחומים האסורים לבניה. הדבר בולט במיוחד בכל מה שנוגע לבניה בקרבת צירים ראשיים. בעוד שתכנון צירי התחבורה האזוריים מתנהל בקצב מהיר יחסית, הרשויות המקומיות לא תמיד ערוכות מבחינה תכנונית לצירים שרוצים לסלול בתחומן. נוצר מצב שבו מבנים קיימים נעשים ל'לא-חוקיים' משום שכעת סוללים בקרבתם ציר ראשי (ברודניץ, לעיל, ה"ש 147, בעמ' 172. דוגמא לכך ראה אצל יפתחאל, לעיל, ה"ש 143, בעמ' 53-55). לכך נוספות בעיות רציניות של תשתיות, מאחר שהבניה לא נעשית תוך כדי פיתוח מסביב, כפי שנעשה כאשר הבניה מתבצעת בשטח ריק ומתוכנן מראש, או שבונים בית גדול רחוק מאוד ואז החיבור לתשתיות ביוב מים וחשמל קשה ויקר מאוד. ראה גם דו"ח גזית, לעיל, ה"ש 100, בעמ' 34.

¹⁹⁹ דו"ח גזית, שם, שם.

²⁰⁰ ש' יום טוב, *עכבות תרבותיות בקידום התכנון הפיזי בכפר הערבי בגליל*, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור פילוסופיה (ירושלים, תשמ"ד).

²⁰¹ יום טוב, שם, בעמ' 518, 524-525.

²⁰² ברודניץ, לעיל, ה"ש 147, בעמ' 173.

²⁰³ יגאל שחר מסביר, שחלק משמעותי מן הקרקעות במגזר הערבי הוא אדמות מושע – אדמות בבעלות משותפת שיש עליהן מספר בעלויות, כאשר בחלק ניכר מן המקרים כלל לא יודעים מי השותפים. לדבריו, הדרך היחידה להתגבר על בעיית אדמות המושע היא להפקיע, אולם אם רוצים להפקיע קרקעות למטרות ציבור בכפר הערבי – זה כמעט בלתי ניתן לביצוע. זאת, מאחר שהשלטון החמולתי הערבי אינו מאפשר לראש הרשות המוניציפלית, ויהיה חזק ככל שיהיה, להפקיע קרקעות. (ראה: י. שחר, "האוכלוסיה הערבית בישראל אינה חבורה מסכנה של 'מחוסרי קרקע'", *קרקע* 57, עמ' 58).

(ב) היעדר שוק קרקעות משוכלל בתחום המותר לבניה ביישובים ערביים; תנאי בסיסי לפתרון בעיות הדירור הוא מקום פיזי – היינו, קרקע לבניה במקום המיועד לדירור. ברשויות מקומיות רבות 'תחום הבניה' מוגבל ל- 32% משטח הרשות²⁰⁴. על פי דו"ח גזית, שטחים נרחבים מאלה שמיועדים למגורים ביישוב הערבי, מצויים בבעלותן של משפחות מעטות. הקרקע הדרושה לבניה העצמית שייכת לדורות המבוגרים, המחלקים ומקצים את הקרקע לבניהם, באופן ש"שומר את הקרקע במשפחה"²⁰⁵. ראשי המשפחות שומרים על זכויות הבניה במגרשים המיועדים למגורים ללא אפשרות לגמישות ולשיווק זכויות אלה על בסיס עסקי למי שאינו כלול במשפחה הקרובה, אלא במקרים בודדים בלבד²⁰⁶. מצב כזה מונע את היווצרותו של שוק קרקעות, ומותיר לעיתים חלקות גדולות המיועדות לבניה בידי תושבים מעטים, בעוד שהיצע הקרקעות שזמין ליתר תושבי המקום אינו בהכרח כזה שמיועד לבניה על פי תכנית המיתאר (אם זו קיימת)²⁰⁷.

ראוי לציין, כי בצד מצוקת הקרקעות ישנם גורמים מסוימים שאיפשרו את התפתחותו של שוק מקרקעין במגזר הערבי בשנים האחרונות. חמאסי טוען כי הפשרת אדמות חקלאיות על ידי מ"י תרמה לעידודו של שוק זה (וזאת, על אף שהחזקותיו הקרקעיות ביישובים הערביים קטנות ביותר)²⁰⁸. לדבריו של שגל, כל עוד לא היה לעובדים הערביים ביטחון סוציאלי, הקרקע היתה מבטחם היחיד, ולכן הם לא נטו למכור אותה אלא במצב של לחץ כלכלי קיצוני. הקרקע שימשה הן כהבטחה לבני המשפחה לעתיד והן כמקור הכנסה משני, אך קבוע. בשני העשורים האחרונים חלו תמורות במבנה שוק העבודה במגזר הערבי שהוליוו לשינוי במעמדה של הקרקע. מצד אחד עובדים ערביים זכו לתנאים סוציאליים ורכשו ביטחון במקומות עבודתם והכנסה קבועה. נוצר אם כן הון מסוים שיכול לאפשר קניית מגרשים. במקביל פחתה חשיבותה של הקרקע החקלאית כמקור הכנסה משני. החלקות שישנן בידי התושבים הינן קטנות למדי ואינן יכולות להוות מקור הכנסה ראוי לשמו²⁰⁹. במצב זה הלחץ על מחזיקי הקרקעות הולך וגדל ומצד שני ישנו ציבור בעל אמצעים הזקוק לקרקעות אלו, אם לצורכי בניה ואם לצורך השקעה כלכלית. ואכן מחירי הקרקעות באזורים מסוימים במגזר הערבי מתחילים להתקרב לרמת המחירים שישנה במגזר היהודי. במחקר שנערך על ידי שגל ופארס הסתבר כי מגרש לבניה (כ- ½ דונם) בעיר נצרת עשוי להגיע עד ל- \$200,000²¹⁰.

²⁰⁴ יפתחאל, לעיל, ה"ש 41, בעמ' 20.

²⁰⁵ דו"ח גזית, לעיל, ה"ש 100, בעמ' 28.

²⁰⁶ דו"ח גזית, שם, בעמ' 9, 28, וכן י. שגל וא. פארס, לקראת בניה רוויה ביישובים הערביים בישראל, ירושלים 1996, עמ' 56.

²⁰⁷ האוכלוסיה אשר חסרה יותר מכל קרקע לבניה הינה אוכלוסיית פליטי הפנים. מדובר בפליטים שברחו מהכפרים הערביים בהם גרו, במהלך מלחמת 48'. מרביתם יצאו את גבולות המדינה ושוכנו במחנות פליטים, אולם מיעוטם נותרו בתחומי המדינה ומצאו מקלט בכפרים ערביים שנותרו על עומדם (ה. כהן, הנפקדים הנוכחים – הפליטים הפלסטינים בישראל מאז 1948, (ירושלים 2000)). הערכתו של כהן היא כי בשנים הראשונות לקום המדינה היו כ- 23,000 פליטי פנים. מתוך נתון זה מסיק כהן כי כיום עומד מספרם על כ- 140,000 איש (כהן, שם, בעמ' 21-23). הקרקעות של אוכלוסיה זו ניטלו ממנה בשנים הראשונות לקום המדינה על ידי רשויות המדינה באמצעות חוקים שונים, כגון 'חוק נכסי נפקדים', והפקעות אדמות הכפרים הנטושים לטובת היישובים היהודיים שבסביבה (כהן, שם, בעמ' 66-72). במצב זה מסתבר, כי האוכלוסיה החסרה יותר מכל קרקע לבניה, הינה אוכלוסיית פליטי הפנים. כהן אכן עומד על כך, כי חלק ניכר מהמוטיבציה של פליטי הפנים לקבל את אדמות הכפרים שננטשו במהלך מלחמת 48', מקורו במצוקה הכלכלית סביב נושא הקרקע. לדבריו, רק פליטים מעטים מחזיקים בקרקע למגורים בכפרים החדשים שלהם, ורק למעטים עוד יותר ישנה די קרקע על מנת לתת לילדיהם קרקע לבניה (כהן, שם, בעמ' 104-105). על אופן רכישת הקרקעות על ידי פליטי הפנים ראה ס' מחמוד, "השתכנות פליטי הפנים בכפרים ערביים בצפון הארץ", היישוב הערבי בישראל – תהליכים גיאוגרפיים (ד. גרוסמן וא. מאיר עורכים, ירושלים תשנ"ד) 150, וראה במיוחד עמ' 158-160. חשוב לציין כי המדינה השקיעה אף היא מאמצים בקליטת פליטי הפנים. במסגרת מאמצים אלו גם ניתנו לפליטים אדמות מדינה. (על מדיניות הממשלה ראה במחקריהם הנ"ל של כהן ושל מחמוד). במצב זה של מצוקת קרקעות קשה, דווקא בקרב אוכלוסיה זו גוברת הדרישה להשבת האדמות.

²⁰⁸ ר. חמאסי, "גורמים צנטריפוגליים וצנטריפטליים והשפעתם על עיצוב המבנה של היישוב הערבי", היישוב הערבי בישראל – תהליכים גיאוגרפיים (ד. גרוסמן וא. מאיר עורכים, ירושלים תשנ"ד) 114, בעמ' 122. כמו כן, ראה: א. שדה "הפלוטור הקרקעי ביישובים הערביים", קרקע 57, עמ' 54, שם גם הוא ממליץ על מכירה מאסיבית של קרקעות המדינה בכפרים הערביים בכדי לאפשר את תחילתו של תהליך הבניה בקומות ומגורים לא על פי שיוך משפחתי-חמולתי כפי שהדבר קיים כיום.

²⁰⁹ י. שגל, "תמורות בכפר הערבי בישראל: עיור בתנאי שוליות", היישוב הערבי בישראל – תהליכים גיאוגרפיים (ד. גרוסמן וא. מאיר עורכים, ירושלים תשנ"ד) 128, בעמ' 143.

²¹⁰ שגל ופארס, לעיל, ה"ש 206, בעמ' 29.

יחד עם זאת, חשוב להדגיש כי על אף שקיים שוק מקרקעין כלשהו בחברה הערבית, כפי שמראים שניל וחמאסי, אין מדובר עדיין בשוק חופשי לחלוטין משקולים שאינם כלכליים טהורים. כפי שכבר נזכר לעיל, ערכים מסורתיים עודם מאטים את התפתחותו של שוק זה, אף שנראה כי משקלם הולך ופוחת.

(ג) נכונות מוגבלת למגורים בבניה לגובה/ בניה רוויה; פתרון אפשרי להגדלת הקיבולת של השטח המיועד לבניה (תוך הימנעות מפרישת הבניה אל שטחים שאינם מיועדים לכך) הינו בניה לגובה או בניה רוויה. בניה כזו מצויה בעיקר באזורים עירוניים, בהם מאוכלסים תושבים רבים על פני שטח יחסית קטן, תוך שהיא מאפשרת להם לחיות ברווחה למרות הצפיפות הלכאורית²¹¹.

מחקרו של חמאסי מלמד כי בשנים האחרונות קיימת נטיה במגזר הערבי לצופף את הבניה, ולהוסיף קומה או שתיים מעל בית הורים. לעיתים מקימים אף מבנה חדש בן מספר קומות והורסים תחתיו את המבנה הישן. נטיה זו מובילה לחידושו של גלעין הכפר. תהליך זה אמנם מאופיין בספונטיות ובהיעדר תכנון מכוון מראש, אולם הוא תואם את מגמותיה של מדיניות התכנון המעוניינת בבניה צפופה ולגובה²¹². במקביל להתפתחות הספונטנית נעשו גם ניסיונות מכוונים להשפיע באמצעים שונים על אופי הבניה במגזר הערבי, וזאת באמצעות עידוד פרוייקטים של בניה רוויה. מחקרם של שניל ופארס מלמד כי האוכלוסיה שפנתה לפתרונות של בניה רוויה היתה רק האוכלוסיה שלא ציפתה לקבל שום קרקע לבניה בעתיד הנראה לעין. רק ל-12% מדיירי הבניה הרוויה היתה אפשרות להקים בית כל שהוא בשטחים ששייכים למשפחה המורחבת²¹³.

באופן כללי, האטרקטיביות של הבניה הרוויה נותרה נמוכה למדי אצל האוכלוסיה הערבית בכלל ואצל דיירי הבניה הרוויה בפרט. ממצאי המחקר מלמדים, שדווקא דיירי הבניה הרוויה נכונים פחות מכל להסתגל למצבם, וכי הם שואפים לעזוב את דירתם ולמצוא דור חלופי, אפילו יהא זה בית שכור. במקביל יש לציין כי גם במדד שביעות הרצון מהדירה, כמות שהיא עתה, אנו מגלים כי דיירי הבניה הרוויה פחות מרוצים מדירותיהם מאשר כלל האוכלוסיה הערבית. במילים אחרות הבניה הרוויה איננה מהווה פתרון מועדף למצוקות התושבים. דיירי הבניה הרוויה אינם שבעי רצון מדירותיהם ומהתשתיות בשכונות אלו²¹⁴.

ייתכן שחלק מחוסר שביעות הרצון ומהאטרקטיביות הנמוכה של הבניה הרוויה נובע ממצבם של הפרוייקטים השונים בתחום זה במגזר הערבי²¹⁵. מאמצע שנות ה-70 ועד לשנת 1988 בוצעו במגזר הערבי כ-15 פרויקטים של בניה רוויה. בחינה של הפרוייקטים הללו מלמדת כי פרט לאחד שנחל הצלחה של ממש, כל יתר הפרוייקטים לא הצליחו כמצופה, וחלקם עולים כדי כישלונות של ממש המהווים מפגע סביבתי.

בסיכומם של דברים מגיעים שניל ופארס למסקנה, כי הבניה הרוויה עודנה בעייתית במגזר הערבי, ולכן הם ממליצים לממשלה לעודד תחרות בין שוק הבניה הפרטית לשוק הבניה הרוויה. הם אינם סבורים כי יש לנקוט מדיניות של מעורבות פעילה לטובת הבניה הרוויה, אלא ממליצים להסתפק בסיוע ישיר לאוכלוסיה הנזקקת, כדי שזו תבחר את הפתרון המועדף עליה במסגרתו של שוק חופשי, בין הבניה הרוויה לבין הבניה הפרטית^{216, 217}.

ב.7.3. לסיכום - המלצות ועדת גזית ותמ"א 35

²¹¹ ראה טבלה מס' 7 (צפיפות לחדר לפי מגורים); רוב המגזר היהודי הנו עירוני, ורובו גם נהנה מצפיפות-פר-חדר נמוכה יותר מזו של הציבור הערבי.

²¹² חמאסי, לעיל, ה"ש 208, בעמ' 120-121.

²¹³ שניל ופארס, לעיל, ה"ש 206, בעמ' 57.

²¹⁴ שניל ופארס, שם, בעמ' 47-55.

²¹⁵ תיאור הפרוייקטים ומידת הצלחתם נמצא במחקרם של שניל ופארס, שם, בעמ' 18-29.

²¹⁶ שניל ופארס, שם, בעמ' 69-71.

²¹⁷ ביקורת נוקבת על החברה הערבית בהקשר זה הושמעה על ידי מספר כותבים. ראה: א. סופר, "מצוקת הקרקע במגזר הערבי – בעיה אמיתית או מיתוס?", קרקע 57, עמ' 27; ג. ביגר, "הבעיה בישראל אינה מחסור בקרקע אלא השימוש הלא נכון שעושים בקרקע", שם, בעמ' 40.

לאור ניתוח נתוני הבניה הבלתי חוקית והסיבות לה במגזרים השונים, הגיעה ועדת גזית למספר מסקנות, אותן היא גיבשה לכדי ההמלצות הבאות:

ראשית, הומלץ לתגבר את המערך ואת קצב הכנתן של תכניות מיתאר מקומיות, הן על ידי הגדלת התקציבים וכוח האדם הנדרשים למשימה²¹⁸. שנית, הומלץ לפתח את התכנון ולהשעינו על מערך הדרכות והסברה לציבור הרחב, תוך שיתוף משמעותי יותר של התושבים בהליך התכנוני מראשיתו²¹⁹. זאת, בכדי להגביר את המודעות לתועלת שבתכנון ובמימושו, ובכדי לאפשר שקיפות של מהלכים וקבלת החלטות באופן דמוקרטי יותר. לגבי הציבור הערבי באופן ספציפי, המליצה הועדה לחייב תרגום לערבית של כל מסמכי התכנית והחומרים הנלווים להכנתה, בכדי לעודד מעורבות, ומתוך מחשבה שתושב מעורב יהיה תושב תומך במגמות התכנון²²⁰.

המלצה שלישית של ועדת גזית נגעה למרכיבי התכנון המפורט במגזר הערבי. במעבר מתכנון מיתארי לתכנון מפורט, המליצה הועדה על הגברת השימוש בכלים תכנוניים שיסייעו לקיום שוק מקרקעין יעיל, כגון הגדלת אחוזי בניה מותרים בעת הכנת תכנית, וכן בכלים פיסקאליים, כמו יצירת קרנות לרכישת קרקע לצרכי ציבור, שימוש במסגרות למתן משכנתאות ודירור ציבורי²²¹. כמו כן, הועדה המליצה להתייחס באופן שונה אל הגרעין הקיים של היישובים הערביים (לעומת תכנון במתחמים חדשים), מתוך הבנה שהמרקם הבנוי שהתפתח בו הנו תוצאה של תהליכים מסורתיים השומרים על דפוסי שימוש קשיחים בקרקע. אל הגרעין הקיים המליצה הועדה להתייחס בהתאם לאילוצים ולצפיפות הקיימים תוך שיפור הרווחה ככל האפשר, ובמתחמים החדשים – להשתמש בכל הכלים התכנוניים המקובלים במדינה: צפיפות, בניה רוויה, דרישות פרוגרמטיות וכדומה²²².

ועדת גזית לא ניסחה פתרון מומלץ לבעיית חוסר הנכונות במגזר הערבי לעבור תהליכים של "איחוד וחלוקה", וההתנגדות החזקה להפקעה. יחד עם זאת, ממסקנותיה משתמע, כי ייתכן שרצוי לוותר על הליך ה"איחוד וחלוקה" הבעייתי, ומכל מקום – יש להגיע להפקעה רק לאחר תהליך של "גישור-פישור" וכדומה²²³. עוד משתמע ממסקנותיה, כי יש להגדיל במגזר הערבי את הסיוע בהקצאת קרקעות מדינה, הקמה ועידוד בניה לזוגות צעירים, וכי יש להקצות שטחים רבים יותר למבני ציבור, לחינוך ולפעולות תרבות, וכן למסחר ותעשייה (דבר אשר יוכל לשמש מקור פרנסה לתושבים ומקור לגביית ארנונה)²²⁴.

בסוף המלצותיה הדגישה ועדת גזית כי יש להסדיר את השימושים החורגים במגזר החקלאי, הן במישור הכנת תכניות להסדרת השימושים החורגים, והן במישור פעולת רשויות המס (הכנסה ומע"מ) לצורך גביית מסים בהתאם לשימושים שנעשים באדמות בפועל²²⁵.

ועדת גזית פרסמה את מסקנותיה בשנת 2000. כיום, חמש שנים לאחר מכן, עומדת לאישור הממשלה תמ"א 35 (תכנית המיתאר הארצית המשולבת לבניה, פיתוח ושימור), אשר היתה בהכנה עת הוגשו מסקנות הועדה. על פי דו"ח גזית, הועדה הבינמשרדית להכנת תכניות מיתאר נתנה עדיפות בסדרי עבודתה ליישובים רבים במגזר הערבי. זאת, לאור העובדה כי קיימים בו יישובים ללא תכניות מיתאר, או יישובים שקיימת בהם תכנית מיתאר ישנה. כמו"כ, ניתנה עדיפות ליישובים בעלי מעמד חברתי כלכלי ירוד במגזר הערבי, כפי שקבעה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. נכון למועד פרסום מסקנות ועדת גזית, טיפלה הועדה הבינמשרדית בהכנת תכניות מיתאר לשבעה יישובים ערביים (נצרת, מזרעה, בסמ"ה, גלגוליה, מעלה עירון, אום אל פחם וטירה). מבחינה תקציבית, 32% מכלל ההוצאה של מינהל התכנון בשנים 1998-1999 עבור הכנת תכניות מיתאר מקומיות היו למגזר הערבי. כמו כן, מתאר דו"ח ועדת גזית פעולות נוספות במישור התכנון הנעשות על מנת להביא לפתרון הבעיה.

²¹⁸ דו"ח גזית, לעיל, ה"ש 100, בעמ' 36.

²¹⁹ דו"ח גזית, שם, בעמ' 38.

²²⁰ דו"ח גזית, שם, בעמ' 36-37.

²²¹ דו"ח גזית, שם, בעמ' 37.

²²² דו"ח גזית, שם, שם.

²²³ דו"ח גזית, שם, שם.

²²⁴ דו"ח גזית, שם, בעמ' 38.

²²⁵ דו"ח גזית, שם, שם.

גם בפרסום של מינהל התכנון²²⁶ נאמר, כי בין היתר, שמה תמ"א/35 דגש על מתן מענה לצרכים של פלחי אוכלוסיה שונים; היא מזהה ומנתחת את התפיסות, המאווים והשאיפות של קבוצות אוכלוסיה שונות בחברה הישראלית, מתוכם גובשה בתכנית דמות ארץ מגוונת, שתכליתה לענות על מאווים אלה. פרסום זה מוסיף, כי המגוון התרבותי נועד לכבד מסורות ומורשות תרבותיות וכרוך לעיתים בהפרדה מרחבית בין קבוצות²²⁷. מטרת הפתרונות התכנוניים של התכנית היא לשקף את פסיפס התרבותיות, דבר הבא לידי ביטוי בשמירה על מדרג ומגוון של יישובים ונופים. מאידך, תכנית הפיתוח מכוונת גם לשיתוף תיפקודי, כגון בהמלצתה על הקמת מקווי תעסוקה על-אזוריים.

לצד הצהרות חיוביות אלה, חשוב לציין, כי קיימת ביקורת חדה מצד מספר כותבים, אשר לאור ניתוח התמ"א באו למסקנה, כי לא רק שזו אינה מיטיבה עם ערביי ישראל, אלא שהיא אף פוגעת בהם. לדברי ג'בארין, השלכותיה העתידיות של התכנית על הפלסטינים, אשר ישפיעו גם על יחסם למדינה, הן חמורות. עיקרן מתבטא בכך שראשית, התכנית תעמיק את הפערים המרחביים בין יהודים וערבים בישראל, מאחר שהיא מצמצמת את "מרחבי המחיה האפשריים" של היישובים הערביים המוכרים, ומתעלמת ממרחבי המחיה של הערבים ביישובים הבלתי מוכרים. לדברי ג'בארין, מבחינת התכנית, יישובים אלה אינם קיימים בכלל, והשטחים בהם אזרחים אלה יושבים מיועדים לצרכים אחרים. שנית, טוען ג'בארין, תעמיק התכנית את הפערים הכלכליים בין יהודים וערבים אשר קיימים בתחום התעסוקה (אבטלה, נגישות, אזורי תעשייה, ענפי תעסוקה קיימים וכדו'). לדבריו, התכנית אינה מיעדת שטחי תעשייה בתחומי השיפוט הערביים, ואינה מציעה להם פתרונות תעסוקתיים אחרים. שלישית, מתריע ג'בארין מפני העמקת הפערים החברתיים, מאחר שלשיתוף, התכנית לא מציעה פתרונות תכנוניים למיעוט הפלסטיני בנושאי מגורים, שירותים חברתיים, שירותים תרבותיים ועוד. הבעיה הרביעית שמונה ג'בארין, היא העמקת הניכור בין האזרחים למדינה ומוסדותיה. לדבריו, מחקרים רבים מתחומי החברה והתכנון האורבני מלמדים שמדיניות מפלה ותכניות מסוג זה, שאינן מבוססות על שוויון, יש בהן בכדי להעמיק את הניכור בין אזרחים ובין המדינה ומוסדותיה הקשורים בכך. גם הוא, כמו כותבים אחרים, מתריע מפני השלכות שליליות של חוסר השיתוף המהותי והשוויוני של נציגים מקצועיים וחברתיים של המגזר הערבי במלאכת התכנון²²⁸.

ב.8. סיכום

בפרק זה עסקנו בהיבטים שונים של תכנון ובניה במדינת ישראל וביחס בין אלה לבין סוגיית עיצוב המרחב והשפעותיו על המגזרים השונים. ראשית, בחנו את הצדדים ה"מבניים" של מערכת התכנון, דוגמת מוסדות התכנון, תכניות המיתאר והכלים החוקיים להוצאתן אל הפועל. בהמשך, תיארונו כשלים של אותה מערכת, דוגמת היעדר תכניות מיתאר למקומות לא מעטים – בין היתר, בשל ייצוג חסר של האוכלוסיה המקומית במוסדות התכנון מחד, ובשל חוסר שיתוף פעולה של חלק מהאוכלוסיות עם מוסדות התכנון מאידך. כמו כן, ניסינו לתאר חלק מן התגובות החברתיות לכשלים אלה, ולעמוד על הסיבות להבדלים בתגובות המגזרים השונים. כפי שניתן להיווכח, סוגיית התכנון והבניה מהווה בתורה גורם נוסף לחלק מחוסר השיוון המרחבי שראינו בחלק מן הטבלאות לעיל. כך, הקצאות המדינה להקמת יישובים חדשים יהודים אינן בנות השוואה בכלל להקצאות שונות למגזר הערבי. כך גם ייעודי שימושי הקרקעות לרווחת התושבים ולפרנסתם במגזר היהודי מתוכננים נכון יותר מאשר במגזר הערבי. הסיבות להבדלים רבות, וחלקן הן פרי של התנהגות אוכלוסיית היעד של התכנון במקום ספציפי, אולם ההבדלים בעינם עומדים. דומה, שבחינת נושא המקרקעין וההתיישבות מחדש תצריך עיון זהיר גם בעניין זה.

²²⁶ ש. אסיף וא. שחר, ארץ- תכנית מתאר ארצית משולבת ומסמך עקרונות לבניה ופיתוח תמ"א 35 (1998).

²²⁷ דיון מפורט בנושא זה מצוי בפרק ג לעבודתנו – "על הפרדה ושוויון בהתיישבות ובהקצאת מקרקעי ישראל למגורים".

²²⁸ ראה: י. ג'בארין, "תכנית מתאר ארצית משולבת – תמ"א 35 והשלכותיה מבחינת המיעוט הפלסטיני בישראל", סוגיות הקרקע והדיור בקרב המיעוט הערבי בישראל (הכנס השנתי השני של המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, 2002) [נדלה ביום 03/08/05 מאתר האינטרנט של המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי בכתובת: <http://www.ac-ap.org/indexheb1.asp?levelid=2&showid=1&itemid=56>], וכן ראה ג'. פרח, "משמעויות דו"ח ועדת גזית לבדיקת תופעת הבניה ללא היתר", שם [נדלה ביום 26/07/05 מאתר האינטרנט של המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי בכתובת: <http://www.ac-ap.org/indexheb1.asp?levelid=2&showid=1&itemid=54>].

פרק ג: על הפרדה ושוויון בהתיישבות ובהקצאת מקרקעי ישראל למגורים:

ג.1. הקדמה

מאז ומתמיד התאפיינה מפת ההתיישבות בארץ ישראל בהפרדה טריטוריאלית בין קהילות שונות²²⁹. גם כיום מורכבת מפת ההתיישבות בעיקרה ביישובים הומוגניים: קיבוצים, מושבים, כפרים ערביים, דרוזיים ובדואים. בערים שונות, וירושלים בראשן, ישנן שכונות נפרדות למגורים שונים באוכלוסייה, היוצרות הבחנה טריטוריאלית ברורה, במיוחד בין יהודים לערבים ובין חרדים לשאינם חרדים²³⁰.

נראה כי המידה הגדולה של הפרדה בין קהילות בדפוסי המגורים וההתיישבות היא תוצאה משולבת של ההיסטוריה של ההתיישבות, ההעדפות של הקהילות וחבריהן, המציאות החברתית-פוליטית, ודפוסי הקצאת הקרקעות על ידי המדינה. לאחרונה גבר העניין בשאלה אם דפוסי הקצאת הקרקעות צריכים להיות נייטרליים, כך שיישוב או שכונה לא יוכלו להתנות קבלה אליהם בזהותם הלאומית (או הקהילתית) של המבקשים להצטרף או לרכוש נכס. בישראל אין חוק האוסר הפליה מטעמי השתייכות לאומית בעסקאות פרטיות במקרקעין, אולם אין מחלוקת כי על המדינה ורשויותיה חל איסור של הפליה מטעמי השתייכות קהילתית. השאלה בפנינו היא האם עצם העובדה, שהקצאות קרקע לצורך בניית יישובים רגישות למאפיין הקהילתי, היא בגדר הפליה פסולה או שמא היא סוג של הבחנה מוצדקת. השאלה חשובה לעניינו כאן בשל החלטת בג"צ בעניין משפחת קעדאן והיישוב קציר, שיש המפרשים אותה כקובעת כי אין הצדקה להקמת יישובים קהילתיים שיהיו בעלי אופי יהודי.

ג.2. התמודדות הפסיקה עם שאלת הקצאת הקרקעות על ידי המדינה:

כפי שראינו בתחילת העבודה, הרוב המכריע של הקרקעות בישראל מצוי בבעלות ציבורית ומנוהל על ידי ממ"י, הפועל כזרוע שלטונית של המדינה. כזכור, קרקעות בבעלות פרטית יכולות להתנהל (ומתנהלות, בכפוף לסייגים מסויימים) על ידי בעליהן באופן שיכול להיות מוכתב על ידי כוחות השוק. לעומת זאת, ניהול קרקעות המדינה, ככל אקט שלטוני, כפוף לעקרונות המשפט המינהלי והמשפט החוקתי. הוא מוגבל למטרות שהוגדרו לו בחוק, והוא כפוף לעקרונות-על של זכויות אדם, החולשים על כל פעולות הממשל²³¹. זכויות אלה כוללות, כאמור, את הזכות לשוויון. לענייננו, השאלה היא אם הקצאת מקרקעין במטרה לאפשר בניית קהילות נפרדות על בסיס של לאום, אורח חיים ייחודי או מאפיין תרבותי ייחודי היא, בהכרח, הפליה פסולה.

לאורך השנים, הובאו מספר עתירות אל בית המשפט, אשר עוררו את שאלת השוויון בהקצאות כאמור. פסיקה מרכזית אשר תעסיק אותנו רבות, ואשר תהווה את נקודת הייחוס לדיון שלנו, ניתנה בעניין קעדאן בשנת 2000. אנו נבחין בין הפסיקות שניתנו עד פ"ד קעדאן, לבין אלה שניתנו מפ"ד זה ואילך.

ג.2.1. עד פסק-דין קעדאן: בורקאן, אביטן וכבל

בפסקי הדין הקודמים לפ"ד קעדאן, אישר ביהמ"ש, גם אם לא בגלוי ובמפורש את דוקטרינת "נפרד אבל שווה". כך פסק ביהמ"ש בשנת 1978 בעניין בורקאן²³² כי העובדה שנמנע בפועל מאזרח

²²⁹ א. בנבנישתי, "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים, עיוני משפט כא(3), 769.

²³⁰ בנבנישתי, שם, שם.

²³¹ ראה ביתר פירוט עניין קעדאן, לעיל, ה"ש 14, בעמ' 271-274.

²³² בג"ץ 114/78, מוחמד סעיד בורקאן נ' שר האוצר ואח', פ"ד לב(2), 800.

ירדני מוסלמי לחכור מן המנהל דירה ברובע היהודי איננה בגדר אפליה פסולה²³³, בין היתר, על ידי האמירה כי הקצאות שוות לכל עדה לרובע משלה הינה לגיטימית.

בשנת 1998 בעניין אביטן²³⁴ נפסק כי מותר למנוע מיהודי לחכור מגרש ביישוב שיוחד לבדואים בלבד. בית המשפט קבע כי עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת – היינו, לא שוויון "טכני", אלא שוויון "מהותי", ולצורך זה, מותר לרשויות להפלות בין מי שאינם שווים, בכדי להגן על החלש או הנזקק, ולקדמו לקראת שוויון מהותי. בית המשפט ציין כמה פעמים, כי הבדואים בישראל מהווים מיעוט אתני בעל צביון וייחוד, בעל מסורת ומבנה חברתי מיוחדים, אשר יוצרים שיקולים ציבוריים חשובים, שמותר למדינה לקדם על דרך של הקצאה ייחודית²³⁵.

ולבסוף, בשנת 1999 בפסק הדין בעניין כבל²³⁶ נפסק כי אין פסול בבניית פרויקטים שיועדו להשכרה מסובסדת באופן בלעדי לציבור החרדי²³⁷ "כדי לאפשר להם להוסיף ולקיים את אורחות חייהם"²³⁸.

בעוד שני פסקי הדין האחרונים עסקו בקבוצת מיעוט בעלת מאפיינים תרבותיים ייחודיים – פסק הדין הראשון עסק באינטרס להבטיח אופי יהודי לרובע בעיר העתיקה שיועד לאכלס את אוכלוסיית הרוב.

ג.2.2. עניין קעדאן²³⁹

בפסק הדין בעניין קעדאן (מרץ 2000) חל מפנה של בית המשפט מדוקטרינת "נפרד אבל שווה" אל הדוקטרינה לפיה "נפרד אינו יכול להיות שווה". במקרה זה, המדינה הקצתה קרקע לסוכנות היהודית, אשר הקימה על הקרקע את היישוב הקהילתי קציר, באמצעות אגודה שיתופית. כזכור, על-פי מטרותיה, הסוכנות היהודית עוסקת ביישוב יהודים במדינת ישראל. האגודה השיתופית מצדה מקבלת לשורותיה, הלכה למעשה, רק יהודים כחברים.

בני הזוג קעדאן, ערבים שמתגוררים ביישוב ערבי, ביקשו לגור במקום שיעלה את רמת ואיכות חייהם וחי בנותיהם. הם פנו לאגודה השיתופית קציר, אולם, לטענתם נאמר להם באופן מיידי, כי לא יתקבלו ליישוב בשל היותם ערבים.

רוב דעות נתן בית המשפט פסק דין הצהרתי, לפיו המדינה לא היתה רשאית להקצות מקרקעי מדינה לסוכנות היהודית על בסיס הפליה בין יהודים ללא יהודים. בית המשפט קבע כי ככלל, מדיניות הנוהגת הפרדה במגורים או בתחומים אחרים על בסיס דת או לאום פסולה מבחינת עקרון השוויון, אפילו בהנחה שהמדיניות כלפי כל קבוצה מופרדת היא שווה. כך, בית המשפט קבע לראשונה (אף כי בניסוח זהיר ומפותל משהו), כי התפיסה של "נפרד אבל שווה" היא מעצם טבעה בלתי שווה ומהווה הפליה כלפי

²³³ על המסקנה הנגזרת בדבר ההכרה המסתברת של בית המשפט בעיקרון השוויון בנגישות לדיור ראה י. בנקלר, "אי-הפליה בדיור: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים", עיוני משפט טז(1), 131, בעמ' 140.

²³⁴ עניין אביטן, לעיל, ה"ש 173.

²³⁵ בין שיקולים אלה: (1) מתן פיתרון לתופעת הנוודות שאינה מתיישבת עם סדרי מינהל תקינים בחברה המודרנית, ואינה מאפשרת מתן שירותים חברתיים ומוניציפליים סדירים והולמים; (2) מתן פתרון לבעיית הבניה הבלתי חוקית בריכוזים בדואים בלתי מתוכננים; (3) מתן פתרון לתפיסת אדמות מדינה על ידי בדואים, תוך טענות לזכות בקרקעות אלה, כאשר המדיניות האמורה, שתכליתה הקמת יישובי קבע לבדואים, תוכל להקל ולסייע להגיע להסדרים עם הבדואים גם בנוגע לזכויות בקרקעות שבמחלוקת (ראה עניין אביטן, שם, פסקאות 5-6 לפסק דינו של השופט אור).

²³⁶ בג"ץ 1/98, ח"כ איתן כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2), 241.

²³⁷ ראוי לציין, כי העתירה לא העלתה טענות על הקצאת קרקעות להתיישבות נפרדת, ממי שמבקשים להשתלב במקום ולהתיישב בו, בשונה מן המקרים של בורקאן ואביטן, אלא התמקדה בתנאים המקלים המיוחדים שניתנו לחרדים, ואשר נמנעו מציבורים אחרים. לפיכך, עיקר פסק הדין התמקד בכללי המינהל התקינים והראויים שתכליתם, בין היתר, שמירה על השוויון, ובסופו של ניתוח, פסל הרוב את פעולת הרשויות.

²³⁸ עניין כבל, לעיל, ה"ש 236, פסקה 17 לפסק דינו של השופט חשין. וראה את הפניית בית המשפט למאמרו של בבנישתי, לעיל, ה"ש 229. מעניין לציין, כי בית המשפט הפנה בעניין זה גם לעניין אביטן, תוך התייחסות אליו ככזה שמכיר בזכות האוכלוסייה הבדואית להקצאת מקום מגורים ייחודי לצורך שמירה על תרבותה.

²³⁹ עניין קעדאן, לעיל, ה"ש 14.

קבוצות מיעוט, בכך שהיא משדרת עלבון כלפיהן, מחדדת את השוני בינן לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית²⁴⁰. יחד עם זאת, בית המשפט הכיר באפשרות שטיפול נפרד יהיה שוויוני, אולם סייג זאת בעיקר למקרים שבהם הרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע "התבוללות כפויה"²⁴¹. בית המשפט קבע, כי מצב דברים זה אינו מתקיים בסוגיה הנדונה, שכן, לתפיסתו, אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב הקהילתי קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד²⁴². בית המשפט גם דחה את טענת המדינה, כי לא מדובר באפליה לאור נכונותה להקצות קרקע להתיישבות ייחודית ערבית, וזאת משום שבפועל, פרקטיקה כזו אינה נוהגת²⁴³.

לאור הדברים הללו, מצא בית המשפט, כי הקצאת מקרקעין בלעדית ליישובים קהילתיים יהודיים הינה מדיניות מפלה, אשר פוגעת בעיקרון השוויון, ומפרה את חובות המדינה על רשויותיה השונות. ואת שאסור למדינה לעשות במישורין, אסור לה לעשות גם בעקיפין, על דרך של הקצאת זכויות במקרקעין על ידי שימוש בגוף שלישי (ר"ל הסוכנות היהודית) הנוקט מדיניות מפלה²⁴⁴.

בסיום פסיקתו, הבהיר בית המשפט, כי העתירה ממוקדת ביישוב הקהילתי קציר, בנסיבות המיוחדות לו. לשיטתו, יישובים מסוגים שונים, כגון קיבוצים, מושבים ומצפים, עשויים לעורר בעיות שונות. בית המשפט קבע, כי לנסיבות מיוחדות ביחס לסוג היישוב, כמו גם לנסיבות מיוחדות מבחינת ביטחון המדינה, עשויה להיות חשיבות, ועל כן הוא נמנע מפורשות מקביעת עמדה לגבי המשמעות שלהן²⁴⁵.

2.3.ג. מפסק-דין קעדאן ואילך: עמותת עם חופשי ועניין בלומנטל

לכאורה, בפסקי הדין שלאחר קעדאן חזר בו בית המשפט ואישר מחדש את דוקטרינת: "נפרד אבל שווה". כך, כחודשיים לאחר פס"ד קעדאן קבע ביהמ"ש בעניין עמותת עם חופשי²⁴⁶ כי "הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסיה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול"²⁴⁷, וכן: "ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסיה בעלות מאפיינים מיוחדים, על פי צורכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודן; זוהי תפיסה המייצגת גישה הרווחת כיום בקרב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד – בין יתר זכויותיו – לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו"²⁴⁸. יחד עם זאת, הלכה זו היא במסגרת החרגי להלכת קעדאן שכן חרדים היא קבוצת מיעוט בישראל, שיש לה אורח חיים ייחודי.

²⁴⁰ בית המשפט מצטט בעניין זה את פסק הדין בעניין בראון בו נדון בהמשך (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686 (1954)); ר' עניין קעדאן, שם, בעמ' 278-279.

²⁴¹ עניין קעדאן, שם, בעמ' 279. ר' גם בבנישתי, לעיל, ה"ש 229, בעמ' 783.

²⁴² עניין קעדאן, שם, בעמ' 280.

²⁴³ עניין קעדאן, שם, בעמ' 279. דברים אלה אינם מדויקים. במאמרו של בבנישתי מצויין, כי המינהל מציע להכיר קרקעות ליחידים על בסיס השתייכותם לקהילה מסוימת – ולא רק לגבי יהודים; הוא עורך מכרזים לבניה גם בתחומי כפרים ערביים ודרוזיים, הפונים לתושבי הכפר בלבד (ראה בבנישתי, לעיל, ה"ש 229, בעמ' 770, ה"ש 8 למאמרו). מעבר לכך, זילברשץ מעירה, כי אם רשות מינהלית, דוגמת מינהל מקרקעי ישראל, נוקטת בהפליה שלא כדין, בג"ץ מוסמך להורות לה כיצד לנהוג, כפי שעשה פעמים רבות בעבר. ואולם, בג"ץ בחר שלא להורות כך, למרות שמהנמקתו עולה, כי אילו היה מקצה המינהל קרקעות להתיישבות ערבית נפרדת אך שווה, לא היה צורך בקביעת ההלכה, כי "נפרד אינו יכול להיות שווה" (י. זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית - האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו (תשס"א), 87).

²⁴⁴ עניין קעדאן, שם, בעמ' 278, 283. ביהמ"ש הבהיר, כי בחקיקה הנוגעת לסוכנות היהודית ולמערכת ההסכמים שיש לה עם המדינה אין דבר המכשיר הפליה בהקצאת מקרקעין בין אזרחי המדינה השונים (אמירה זו התייחסה לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, תשי"ג-1952, ולאמנות שנחתמו בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית לארץ-ישראל). לפיכך, קבע ביהמ"ש, המדינה אינה רשאית לאפשר הפליה בהקצאת מקרקעי המדינה באמצעות העברה של המקרקעין לסוכנות היהודית.

²⁴⁵ עניין קעדאן, שם, בעמ' 284-285.

²⁴⁶ בג"ץ 4906/98, עמותת עם חופשי ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2), 503.

²⁴⁷ בג"ץ 4906/98, שם, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת בייניש.

²⁴⁸ בג"ץ 4906/98, שם, שם.

באוגוסט 2000, שלושה חודשים בלבד לאחר מכן, פסק ביהמ"ש בעניין בלומנטל בסוגייה של הקמת מרכז רוחני חרדי בלב שכונה חילונית²⁴⁹, כי עירייה אינה רשאית להתעלם משיקולים כגון צורכי שכונה, התאמת מוסדות לאופיה, וההשפעה שיש להקמתם על איכות החיים של תושביה²⁵⁰. כאן הגן בית המשפט על הרוב היהודי החילוני מפני מגמה שהיה כרוך בה איום של תחילת השתלטות חרדית על מרחב חילוני.

ג.2.4. סיכום ביניים

סקירת הפסיקה שערכנו מלמדת על התפתחות איטית-משהו של הדיון בפסיקה הישראלית על סוגיית היחס בין שוויון להפרדה בהקשר המגורים. דיון על הקשר בין שוויון ושילוב (או הפרדה) מתנהל כבר שנים רבות על רקע מעמדו של המיעוט השחור בארצות הברית. כבר משנות ה-1950, החל להתעורר דיון משפטי, אקדמי וחברתי רב בסוגיה זו, עת הפך בית המשפט העליון של ארה"ב את הלכת פלסי נ' פרגוסון²⁵¹ משנת 1896, לפיה "נפרד יכול להיות שווה", בפסק הדין העקרוני בעניין בראון²⁵², שם נקבע כי "נפרד אינו יכול להיות שווה". פסק הדין בעניין בראון אמנם עסק באופן ספציפי בסוגיית ההפרדה בחינוך בין שחורים ולבנים, אולם השפעת קביעותיו העקרוניות גלשה הרבה מעבר לתחום זה, והרבה מעבר לארצות הברית²⁵³. יחד עם זאת, ככל שעלה בידינו לברר, הפסיקה הישראלית העוסקת בסוגיית הקצאת הקרקעות וההתיישבות, למעט – באופן לא מפתיע – פסק דין קעדאן, כלל לא נדרשה לאזכורו של פסק הדין, או להתייחסות לדוקטרינת "עיוורון הצבעים" שנקבעה בו²⁵⁴.

מוקדם לומר מה תהיה ההתפתחות בגישה השיפוטית לסוגיות אלה בישראל. חשוב לציין כי העתירה בעניין קעדאן הוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל. עמותת עדאלה סירבה לקבל על עצמה עתירה זו ודומות לה מכיוון שהאינטרס שלה הוא במציאת פתרונות דיור הולמים לערבים ביישובים ערביים. במלים אחרות, ייתכן שיש כאן מתח מעניין בין ההעדפות של פרטים לשילוב ובין העצמה קהילתית שמתאימה יותר דווקא להכרה בעיקרון של התיישבות קהילתית. מוקדם אף לומר מה תהיה

²⁴⁹ בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220.

²⁵⁰ בג"ץ 3638/99 שם, בעמ' 234. עם זאת, יש לציין כי העתירה נדחתה מנימוקים טכניים.

²⁵¹ *Plessy v. Ferguson*, 163U.S. 537 (1896). (להלן: עניין פלסי). בפסק דין זה נתן בית המשפט העליון של ארה"ב אישור חוקתי לפרקטיקה של "נפרד אבל שווה". בפסק הדין נדון חוק של מדינת לואיזיאנה מ-1890, אשר חייב הפרדה בקרונות רכבת בין שחורים ולבנים, תוך שמירה על שוויון בין סוגי הקרונות. פלסי, אדם מעורב שבדמו זרמה רק עשירית של "דם שחור", טען שהוא זכאי לשוויון מלא עם לבנים, וסירב לפנות את מקומו בקרון שיועד רק להם. הוא הועמד לדין פלילי, ובמשפטו טען, כי החוק נוגד את המחוייבות לשוויון שנקבעה בתיקון ה-14 לחוקה האמריקנית. בית המשפט העליון, בהחלטת רוב שנויה במחלוקת, דחה את הטענה ואישר את הרשעתו. השופט בראון, אשר היה בדעת הרוב, קבע כי המחוייבות לשוויון אינה מחייבת שילוב. יתירה מזאת, הוא הדגיש כי אין בכוחו של חוק להביא לשילוב חברתי כפוי, בניגוד לתחושות שתי הקבוצות. לצורך שילוב, נדרש חיבור הדדי וולונטרי, התגברות על דעות קדומות חברתיות, והערכה הדדית. דברים אלה לא יכולים וגם לא צריכים להיות מושגים בחוק. לשיטתו, כל שהתיקון ה-14 לחוקה מחייב הוא שוויון זכויות משפטי, ארמי ופוליטי. הסדרים של נפרדות חברתית אינם מפלים בהכרח, ואין בהם הבעת עמדה של נחיתות כלפי השחורים. דעת המיעוט התקיפה של השופט הרלן הניחה את היסודות החוקתיים לקביעה העתידית של בית המשפט העליון של ארה"ב בפרשת בראון, בו נדון בהמשך ביתר פירוט. הוא סבר שאין סימטריה בין שחורים ולבנים מאחורי הסדרי ההפרדה, וכי אלה מבטאים את רצון הלבנים להתרחק מן השחורים, ולהנציח את מעמדם העדיף ביוקרה, בהישגים, בחינוך, בעושר וברוחה וגם בכוח. הוא האמין, כי חוקים צריכים להיות "עיוורי גזע", וקבע כי יש צביעות באמירה שההסדר האמור אינו מפלה, לאור הנצחתו את המצב הקיים, ולאור המסר הסטיגמתי והמשפיל שהוא שולח לשחורים.

(תיאור עובדות פסק הדין וכן עיקרי חוות הדעת של השופטים מופיעים אצל ר. גביון, **האם שוויון מחייב שילוב: המקרה של מערכת החינוך הממלכתי ביפו** (1999), בעמ' 27-29, וכן אצל ר. גביון וא. שוורץ, "הפרדה בדיור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי", **עיוני משפט כה(1)**, עמ' 73, בעמ' 87, ה"ש 33 למאמר).

²⁵² עניין בראון, לעיל, ה"ש 240.

²⁵³ כך, לדוגמה בוטלו ב-1967 חוקים שאסרו נישואי תערובת בין בני גזעים שונים. בית המשפט העליון בארצות הברית גם החיל את קביעותיו העקרוניות של פסק הדין על כל משטר של הפרדה במקומות ציבוריים. ראה: גביון, לעיל, ה"ש 251, בעמ' 30, 33-34, וכן: גביון ושוורץ, לעיל, ה"ש 251, בעמ' 81. השפעות נוספות של פסק הדין נסקרו במאמרו של בנבנישתי, שם הוא מציג מקצת מן הכתיבה והאמנות הבינלאומיות שהושפעו מפסק הדין. ראה: בנבנישתי, לעיל, ה"ש 229, בעמ' 772-773, בייחוד ה"ש 14-16 למאמרו.

²⁵⁴ חיפוש של איזכור פ"ד בראון במערכת המשפטית "נבו" מעלה 11 תוצאות בלבד, חרף היקף הדיונים העצום שבהם עסק ביהמ"ש העליון בסוגיית השוויון. שתיים מתוך 11 התוצאות מתייחסות אל פסיקת בג"ץ בעניין קעדאן, והיתר עוסקות בעתירות שונות הדנות בהיבטים של שוויון, אשר אינם קשורים כלל לסוגיות של הקצאת קרקעות והתיישבות.

ההשפעה של הלכת קעדאן על המציאות בעניין דפוסי התיישבות. נעבור עתה לבחינת ההיבט הנורמטיבי של הסוגיה, שיש לו השלכה גדולה יותר על ההיבט החוקתי.

ג.3. האם התחשבות בזהות קהילתית בתחום דפוסי מגורים מהווה תמיד הפליה פסולה?

ג.3.1. הקדמה

שאלת המפתח הנורמטיבית היא אם אכן יש להחיל "עיוורון צבעים" או "עיוורון לאומים" כאשר המדינה מקצה מקרקעין או מאפשרת הקמת יישובים שיש בהם מנגנוני קבלה. או, במלים אחרות, האם נכון לאפשר לאדם לבחור את מקום מגוריו גם על בסיס האופי התרבותי קהילתי של המקום? חשוב לציין כי אופי חברתי או תרבותי של מקום אינו דורש שלא יהיו בו כלל אנשים מקבוצות אחרות. אלא שמקום שיש לו תרבות מסוימת מטמיע אחרים שאינם שייכים אליו וכך שומר על אופיו. יש מקומות שממילא אין להם אופי מיוחד שכן הם גדולים, מנוכרים ואין בהם חיי קהילה חזקים. אבל אין ספק גם כי יש מקומות שבהם יש אורח חיים מובחן, והשאלה היא אם לגיטימי לאדם לבחור מקום מגורים על סמך ציפייה לאורח חיים מסויים, ואם ציפייה כזו ראויה להגנה גם באמצעות מנגנון שיאפשר שליטה על זהותם של המתקבלים לקהילה.

ג.3.2. דרישה להתיישבות נפרדת מצד קבוצות מיעוט

המקרה היותר פשוט בסוגיה בה אנו עוסקים הוא זה שבו הדרישה להתיישבות נפרדת מגיעה מקבוצת מיעוט המבקשת לשמר את ייחודה. גם פסק הדין בעניין קעדאן, הקובע כי "נפרד אינו יכול להיות שווה", מוכן להניח, מבלי לפסוק בדבר, כי תיתכן אפשרות לקיים שוויון מתוך הפרדה במקרים החריגים בהם הדרישה להפרדה ולטיפול השונה באה מקרב קבוצות המיעוט²⁵⁵. בהמשך, בפסק הדין בעניין עמותת עם חופשי, אמר בית המשפט מפורשות, כי מותר להקצות קרקע לבניית יישוב נפרד לקהילת מיעוט (שם – החרדים) לשם שימור ייחודיותה²⁵⁶. שני פסקי הדין מפנים אל מאמרו של בנבנישתי, "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים²⁵⁷, אשר בתורו, מונה את הרציונאלים ללגיטימיות של פרקטיקה זו, אולם מגביל אותה למקרים בהם היא נובעת מדרישות המיעוט²⁵⁸. בשורות הבאות ננסה לעמוד על רציונאלים אלה.

ג.3.2.1. הבסיס להכרה בזכויות קבוצתיות:

קבוצות המיעוט אליהן אנו מתייחסים הן קבוצות השתייכות לקהילות ייחודיות מבחינת מאפייני תרבות וזהות²⁵⁹. בבסיס הדרישה להתיישבות שווה אך נפרדת, כשזו מגיעה מקבוצת המיעוט, גלומה ההנחה, כי הדבר מגיע לקבוצה, בבחינת זכות קבוצתית לשמירה על הייחוד הקבוצתי-תרבותי²⁶⁰.

²⁵⁵ עניין קעדאן, לעיל, ה"ש 14, בעמ' 279.

²⁵⁶ בג"ץ 4906/98, לעיל, ה"ש 246, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת בייניש.

²⁵⁷ בנבנישתי, לעיל, ה"ש 229.

²⁵⁸ חשוב להבהיר, כי איננו עוסקים ב"העדפה מתקנת", שגם היא – כמו הפרדה בהתיישבות – אינה עיוורת לצבע, ומבחינה בין בני קהילות מוגדרות. בשונה מ"העדפה מתקנת", הקצאת קרקעות מובחנות להתיישבות נפרדת לא באה לתקן עוולות עבר כדי להביא קבוצות בעמדת זינוק שונה למצב של שוויון בנקודת זמן עתידית. כמו"כ, היא לא מבקשת להעניק לבני קבוצה מסוימת יחס מועדף, אלא יחס שווה, אך על בסיס השתייכות קבוצתית ייחודית, שדורשת מענה לצרכי הקבוצה הייחודיים (ראה גם בנבנישתי, שם, בעמ' 773, ה"ש 17 למאמרו). כמוכן, שאין בכך כדי לשלול את האפשרות, כי הקצאה נפרדת תהווה גם הפליה מתקנת אם סבורים שלקבוצה אין מספיק נגישות לקרקעות מסיבות שונות.

²⁵⁹ אנו לא נעסוק בקבוצות שהמייחד אותן הוא הצרכים הספציפיים של הפרטים הנמנים עליהן, דוגמת מעוטי הכנסה, עולים חדשים, או זוגות צעירים. לגבי הקבוצות האחרונות, עולות בעיקר שאלות מתחום ההעדפה המתקנת והזכויות החברתיות-כלכליות, שאינן נוגעות ישירות לענייננו (ראה: בנבנישתי, שם, בעמ' 775).

²⁶⁰ כיום מקובל לראות זכות קבוצתית זו כנשענת על זכויות פרט המקימות אותה, דוגמת זכות הפרט למימוש ולגיבוש זהותו האישית (לשיטתם של הלברטל ומרגלית) וכן זכות הפרט לתרבות, אשר תוך עיצוב העדפותיו, תאפשר לו חירות בבחירת אורח חייו בהמשך (לשיטתו של קימליקה). ראה: א. מרגלית ומ. הלברטל, "ליברליזם והזכות לתרבות", רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מאוטנר, שגיאי ושמיר עורכים, 1998), 93; וכן ו. קימליקה ור. כהן אלמגור, "מיעוטים עדתיים תרבותיים בדמוקרטיה ליברליות", סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית, (רפאל כהן אלמגור עורך, 1999), 187.

ג.2.2.3. הקצאות נפרדות – רק למיעוט, ורק ביוזמת המיעוט? – רציונאליים:

מדוע מותר למיעוט לדרוש הפרדה? בדיון זה אנו יוצאים מנקודת הנחה, כי קבוצת המיעוט תעמוד על זכותה לשמר את תרבותה ואת אורחות חייה הייחודיים²⁶¹, ולשם כך תבקש להיפרד מעם קבוצות אחרות. לשיטת בנבנישתי, על מנת שקבוצות כאלה יוכלו לזכות בהקצאה ייחודית למקרקעין, עליהן לעמוד בשני תנאים: הראשון, כי שימור תרבותם ואורחות חייהם מעריך התיישבות מופרדת והומוגנית²⁶², והשני, כי דרכם להשיג זאת מותנית בהקצאה ייחודית על ידי המדינה²⁶³. מצב זה יכול להיווצר כאשר בשל חוסר ארגון קהילתי, בשל קשיי מימון, או בשל גורמים מסכלים אחרים, אין באפשרותם של בני הקהילה לדאוג לצרכי קהילתיהם בכוחות עצמם. במקרים כאלה, כל מכרז הפתוח לציבור הרחב, סגור, למעשה, בפני בני המיעוט, וקיומו מהווה הפלייתם לרעה דה-פקטו²⁶⁴.

כמובן, שהקצאה "נפרדת אך שווה" של קרקעות המדינה משמעותה הקצאת חלקים ייחודיים, אולם בכדי לשמור על שוויון מהותי בין כלל הקבוצות, יש לשאוף לכך שהקצאה זו לא תעניק לקהילות הייחודיות משאבים קרקעיים שמעבר לחלקן היחסי בכלל הציבור²⁶⁵.

מדוע חשוב שהיוזמה להפרדה תגיע מקבוצת המיעוט? ניתן להדגים את חשיבות קיומה של דרישת ההפרדה ביוזמת המיעוט דווקא על ידי פסק הדין בעניין בראון. שם, קביעת בית המשפט כי "נפרד לא יכול להיות שווה", וכי על הרשויות לפעול מתוך "עיוורון צבעים", נתקלה בהתנגדות לא רק מצד לבנים בארה"ב – אלא גם מצד השחורים עצמם, אשר היו קבוצת המיעוט עליה ביקש עיקרון זה להגן. רבים מהם מצאו בה מסר משפיל, לפיו השחורים אינם יכולים לדאוג לקידומם בכוחות עצמם במסגרות ייחודיות לשחורים²⁶⁶. היא גם הפכה לאבן נגף לתביעות קבוצתיות של השחורים, כאשר על בסיסה נדחתה בקשתם לקבל תמיכה פדרלית לקולג' שנועד לשחורים בלבד²⁶⁷. בישראל, התנגדותם של בדואים רבים להקצאות שנדונו בעניין אביטן נבעו מן החשד האינהרנטי בדבר פגיעה (ולו פוטנציאלית) שתגרום להם פעולה כפויה "מלמעלה"²⁶⁸.

מדוע אסור לרוב לדרוש את ההפרדה האמורה? על פי פסק דין בראון, דרישה ל"הפרדה שוויונית" אשר באה מפי קבוצת הרוב, חוסמת למעשה את זכות כניסתם של בני הקבוצה האחרת, המבקשים להתערות בתוכה ולהסתגל לאורחות חייה מבלי לפגוע כמלא הנימה באופיה. הדבר נכון

בנבנישתי מסביר, כי מימוש זכויות אלה מושג על ידי התמקדות בקהילה, כגורם בעל משמעות עמוקה לרווחתו של הפרט, מאחר שהיא ממלאת אצלו פונקציה חשובה ביותר. השתייכותו של הפרט לקהילה, שהיא בעלת מאפיינים מיוחדים, כמו דת, מוצא, לאום או לשון, שונה מהשתייכותו למקום עבודה מסוים, לחוג חברים ולבעלי דעה פוליטית כלשהי, בכך שהיא מעצבת את אופיו, את יכולותיו ואת העדפותיו במגוון של עניינים. וכלשונו: "עד כדי כך חזקה היא תחושת ההשתייכות, שהיחיד מזהה עצמו בראש ובראשונה כחלק מהישות החברתית המוגדרת על ידי אותה ישות עצמה" (בנבנישתי, שם, בעמ' 776-775). בשל חשיבותה הרבה, מצאה הזכות לשמירה על התרבות הקהילתית את ביטויה גם במשפט הבינלאומי (ראה בפירוט אצל בנבנישתי, שם, בעמ' 778, ה"ש 32 למאמרו).

²⁶¹ ראה לעיל (בצמוד לה"ש 259) – הגדרת הקבוצה שהיא מושא ל"זכויות קבוצתיות".

²⁶² כפי שמציין בנבנישתי, ישנן קהילות, דוגמת הציבור החרדי, שחיי קהילה בהן מחייבים התבדלות מקהילות אחרות. הדרישה ל"מרחב התיישבותי חרדי" נובעת מן הצורך למנוע השפעה חילונית על בניהם ובנותיהם, וכן צורכיהם המשפחתיים והקהילתיים השונים של החרדים: תכנון שונה של דירות, עלותן הנמוכה יחסית, ומוסדות ציבור ייחודיים, כגון בתי ספר נפרדים לבנים ולבנות, מקוואות, ישיבות וכוללים. "מרחב של קדושה" הנו מרכיב תרבותי חיוני לקבוצת אוכלוסיה זו (בנבנישתי, לעיל, ה"ש 229, בעמ' 783, 786).

²⁶³ בנבנישתי, שם, בעמ' 786.

²⁶⁴ בנבנישתי, שם, שם.

²⁶⁵ לעניין זה, ראה בנבנישתי, שם, בעמ' 783-782. בהמשך (עמ' 789-787 למאמרו) הוא מפרט מהם השיקולים המתחמים את המושג "הקצאה שוויונית" לשיטתו, ובהם: מבחינה כמותית, הקצאת שטחים שתביא בחשבון את צפיפות האוכלוסין הקיימת ואת קצב הגידול הצפוי של הקבוצות השונות. מבחינה אזורי האכלוס, לעומת זאת, הבטחת השוויון בין קהילות, לדעתו, אינה מחייבת בהכרח הקצאת שטחים בעלי נתונים זהים.

²⁶⁶ בנבנישתי, שם, בעמ' 773.

²⁶⁷ בנבנישתי, שם, שם.

²⁶⁸ ואכן, קריאה זהירה של פסק הדין מראה, כי בניית היישובים לבדואים בנגב באה לשרת בעיקר את האינטרסים של המדינה, ובין מטרותיה היתה העצמת מגמת העיור אצל הבדואים באופן שישנה את תרבותם ומסורתם, ויקל על המדינה את ההתמודדות עימם. לפיכך, היו מבין הבדואים שהתנגדו להסדר יישובם, בטענה שהדבר מנוגד לרצונם לדבוק באורחות חייהם הנוודים, ולטענתם, גם התכחש לזכויותיהם (עניין אביטן, לעיל, ה"ש 173, בייחוד בעמ' 304).

במיוחד כאשר המדובר ביחידים מבני קבוצת המיעוט המבקשים לעדכן את שיוכם הקבוצתי, או אף להתנער ממנו, ולקבל על עצמם את כללי ההתנהגות והתרבות של קבוצת הרוב. הדרה של אלה על ידי קבוצת הרוב כמו מטביעה בהם "אות קלון" בשל השתייכותם הקבוצתית, היא עשויה להשפיל את קבוצת המיעוט, ואף להנציח אצל חבריה תחושת נחיתות ביחס למעמדם בחברה.²⁶⁹ בשונה מכך, תביעה להפרדה שוויונית ביוזמת המיעוט אין בה כדי ליצור תחושת נחיתות בקרב קבוצת הרוב.²⁷⁰

בכל הנוגע לחברה הישראלית, בנבנשתי מצייין נימוקים נוספים, השוללים לשיטתו, את הלגיטימיות של דרישת ההפרדה כאשר זו באה מאת קבוצת הרוב, ובהם האופי הפלורליסטי של החברה החילונית, אשר אינו מותיר לה מקום לתביעת היבדלות.²⁷¹ יתר על כן, החברה היהודית החילונית היא כיום קבוצת הרוב, ובידה כוח פוליטי לעצב את הסביבה התרבותית כרצונה. מטעמים אלה, בנבנשתי גורס, כי החברה היהודית החילונית חייבת להיות פתוחה לבני הקהילות האחרות המעוניינים להשתלב בה. תפיסתו זאת עולה בקנה אחד עם קביעות בית המשפט בעניין קעדאן, ומשתלבת עם האמירה, שכל עוד לא נשקף איום ממשי על המשך קיומו של אורח החיים החילוני-פלורליסטי, אין למנוע כניסת אחרים לתחומי השכונה היהודית חילונית.

3.3 דרישה להתיישבות נפרדת מצד קבוצת הרוב:

אלא שקביעות אלה עומדות בסתירה הן להלכת בורקאן והן להלכת בלומנטל, שבהן ניתנה הגנה מרחבית לקבוצת הרוב. במקרה של בורקאן ניתנה הגנה על האופי היהודי של הרובע היהודי ובעניין בלומנטל ניתנה הגנה על האופי החילוני של שכונה מרכזית בעיר יהודית. נראה כי הלכות אלה משקפות את העמדה שגם לרוב יכול להיות אינטרס בשימור האופי של המרחב בו הוא חי.

בחלק זה נבקש לעמוד על ההנמקות הפוזיטיביות המבקשות להכיר בלגיטימיות של דרישת הפרדה מצד הרוב. מעבר לנימוקים המתמייחים אל פסק הדין בעניין קעדאן באופן ספציפי,²⁷² קיימים גם נימוקים רחבים יותר, שעומדים בפני עצמם גם מבלי להתייחס אל פסק הדין האמור. אנו נתמקד כאן באחרונים.

ראשית, ניתן לטעון כי לאדם – בין אם הוא משתייך לרוב ובין אם למיעוט – הזכות לחוש "בבית", או לא להיות מנוכר לסביבתו. אצל רבים, שייכות מלאה כזו קיימת רק בסביבה תרבותית-לשונית תומכת. לפיכך, לא תמיד יהיה נכון לפרש את עיקרון אי-ההפליה כדרישה ל"עיוורון צבעים" (היינו - איסור להביא בחשבון את הגורמים שאסור להפלות בגינם, כמו לאום, גזע, דת, מין וכיו"ב). אדרבא, לא מעט יסכימו, כי גם גזע או שיוך אתני, ממש כמו לאום או מין, הוא מאפיין יסודי בזהותו של אדם, והתעלמות ממנו עלולה לעוות את התמונה. ייתכן שההתעלמות ממנו תשיג אי-הפליה, אולם לשיטת

²⁶⁹ בנבנשתי, לעיל, ה"ש 229, בעמ' 783 (וראה התייחסותו לפסק דין בראון שם).

²⁷⁰ בנבנשתי, שם, בעמ' 784.

²⁷¹ על כך ראוי להעיר שתיים. ראשית, כלל לא בטוח שכל מי שהוא "חילוני" בישראל, הוא גם פלורליסט. החברה היהודית-החילונית מרובדת גם היא ברבדים נוספים, דוגמת פערים סוציו-אקונומיים, הזדהות פוליטית ומוצא עדתי. לא יהיה מופרך להניח ש"כשם שפרצופיהם אינם שווים, כך גם דעותיהם אינן שוות". שנית, אין זה מובן מאיליו, שהגדרת קבוצה כ"פלורליסטית" משמעו ויתור שלה על תחושת ההזדהות וההשתייכות הקבוצתית – והדברים נכונים הן לגבי קבוצת רוב והן לגבי קבוצת מיעוט שמחזיקות בתפיסה פלורליסטית. ניתן בהחלט לטעון, כי הפלורליזם מתבטא בסובלנות כלפי קבוצות, תרבויות, אמונות וארחות-חיים אחרים, במובן זה שהוא אינו שופט אותם, ואינו מרגיש עליון כלפיהם. אין הוא תובע מונופולין על "אמת" כלשהי, והוא מוכן לקבל פרקטיקות שונות כלגיטימיות. יחד עם זאת, אין מניעה, שגם קבוצה הרואה את עצמה כפלורליסטית על פי המובן הזה, תקיים לעצמה ייחוד כלשהו, אשר יכול להתבטא, בין היתר, בשפתה, בתרבות הפנאי שלה, בערכים שהיא מקדשת, ובאתוס המכונן שלה. היא לא תטען לעליונות על פני קבוצות אחרות, אלא תכבד את ייחודן בהתאם, ולא תשאף לשנותו. מאידך, כלל לא ברור שהיות הקבוצה פלורליסטית מהווה סיבה לשלול ממנה את האפשרות לדרוש, שכשם שהיא לא מפריעה לקבוצות אחרות לשמר את ייחודן, כך יתאפשר לה לשמור את ייחודה, ולהגן עליו מפני סכנת טשטוש. על נקודה אחרונה זו נרחיב בהמשך.

²⁷² לעיון והרחבה ראה: ש. שטרית, "סוגיית השוויון והמגורים בנפרד בהתיישבות קהילתית וכפרית – הפסיקה בפרשת בג"ץ קעדאן לא היתה מחויבת המציאות", קרקע 56 (תשס"ג), 27; ר. גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" משפט וממשל ו (תשס"א) 25; ח. ג'בארין "ישראליות" הצופה פני עתיד" של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" משפט וממשל ו (תשס"א) 53; א. שוחטמן "חוקיותה וחוקיותה של התיישבות יהודית בארץ ישראל" משפט וממשל ו (תשס"א), 109; זילברשץ, לעיל, ה"ש 243.

גביון ושורץ: "... כלל לא ברור שיהא ניתן להשיג בדרך זו התחשבות טובה יותר בצרכיו של אדם, המבוססים גם על המאפייין שאסור להפלות בגינו"²⁷³. הטענה המייחד טענת הפרדה מוצדקת רק למיעוט מניח כי קהילת הרוב חזקה ואינה מאויימת על ידי בני מיעוט המשתלבים בה. מקום שזה המצב – אכן אין צידוק לאכיפת הפרדה. אין בעיה להתיר לערבים להתגורר בשכונה של יהודים, או לחרדים להתגורר בשכונה חילונית, כל עוד ברור שהם בה מיעוט ויסתגלו למנהגי הרוב (תוך ציפייה סבירה כי הרוב יכבד את מנהגיהם הם). אלא שאם המציאות היא שמעבר של משפחה חרדית אחת הוא תחילת הסימול של מעבר של משפחות חרדיות נוספות וכך ייווצר תהליך שיהפוך את השכונה לחרדית כך שיקשה על חילוניים להיות בה כדרכם – האינטרס של החילוניים נהיה ברור יותר. הדבר ברור אף יותר כאשר מדובר בערבים ויהודים, מקום שהבדלים אינם רק של אורח חיים בתוך אותה דת אלא של שפה, דת, ימי שמחה ואבל, ונרטיב.

אין כמעט בישראל יישובים מעורבים, יהודים-ערבים, שנוצרו מבחירה. ביישובים המעורבים, בדרך כלל מדובר על שכונות נפרדות. ביישובים קטנים, שאין בהם אפשרות לפרנס יותר ממרכז אחד, בית ספר אחד, מתנ"ס אחד ומרכז דתי אחד, שילוב של קבוצות שונות ברמה הלאומית והדתית והלשונית יכול ליצור בעיות לא פשוטות. עובדה היא כי יישובים כאלה אינם בנמצא. ביישוב היחיד בארץ בו בחרו יהודים וערבים לחיות יחדיו – נווה שלום – אכן מתגלות בעיות כאלה. מי שרוצה להתמודד איתן מוזמן כמובן לעשות זאת. אולם האם נכון לכפות זאת על אנשים שאינם רוצים בכך?

הן זילברשץ והן גביון מדגישות, כי בנושאים מסוג זה, חובה לבחון היטב גם את המציאות החברתית שבחוכה מתעורר העניין שהגיע לבית המשפט. הלכת בראון, למשל, נכונה לנסיבות ולרקע בהם ניתנה, היסטוריה של עבדות והפליה גזעית כנגד שחורים, אשר התקיימה מאות בשנים בארצות הברית. בישראל, לעומת זאת, ברור כי הדרישה לבדלנות, בין אם היא באה מצד הרוב ובין אם מצד המיעוט, אינה נובעת מרצון לקבע תחושה של נחיתות, אלא מרצון לעצב זהות לאומית או תרבותית ולשמר אורח חיים ייחודי – הכולל שפה דת ונרטיב היסטורי שונים – בעיקר על רקע המציאות הפוליטית הקשה והמורכבת של סכסוך מתמשך שיש עמו תחושת איום הדדית²⁷⁴. כזכור, האמור בשתי קבוצות אשר אינן מבקשות להישמע. במצב כזה, אומרת גביון, כי "מדיניות שוויון רגישה תיתן אפשרות רבה ומובנית לחיים קהילתיים מלאים לבני שתי הקבוצות ... [היא] תחייב ותצדיק רגישות להשתייכות לאומית ותרבותית בתכנון יישובים ולא תוכל לאמץ, כעניין שבשגרה, מדיניות של "עיוורון לאומיות" ... [מדיניות כזו] היא ביטוי לעובדה הכללית כי אנשים אינם חיים רק לעצמם, וכי חלק חשוב מאד מזהותם נקבע לפי הנוחות שיש להם בסביבתם"²⁷⁵ (ההדגשות אינן במקור. א.ג.ש.).

טעם נוסף ללגיטימיות של דרישה להפרדה מצד קבוצת הרוב בישראל נובע מאופיה המיוחד של המדינה, באשר "חלק מן הטעם המיוחד להקמתה של מדינה יהודית היה הרצון של יהודים לחדול מן החוויה הנצחית והקשה של היות מיעוט מנוכר וזר (ולעיתים קרובות – אף נרדף) במדינות, שזהותן הדתית-לשונית-תרבותית שונה משלהן..."²⁷⁶. לפיכך "מתן אפשרות ליהודי החפץ בכך לחיות בישראל ביישוב יהודי אינה זכות-יתר או לגיטימציה לבדלנות, ומציאת הכלים שיאפשרו בחירה זו אינה בהכרח אפליה בלתי מוצדקת..."²⁷⁷.

ג.3.4. גבולות המשפט בשינוי מציאות חברתית

מעבר למחלוקת הנורמטיבית ראוי להדגיש כי יש לבחון בזהירות את השאלה של השימוש במשפט בסוגיות אלה, ובמיוחד את שאלת זהות המחליט בסוגיה. לא ברור כי בסוגיות כאלה יש סיכוי של ממש להביא לשינוי חברתי באמצעות המשפט, אבל נראה די ברור שהחלטת בית משפט מכוח עקרונות מופשטים, העומדת בניגוד להעדפות של חלקים גדולים בצייבור, הסבורים כי בית המשפט אינו נותן משקל

²⁷³ גביון ושורץ, לעיל, ה"ש 251, בעמ' 79.

²⁷⁴ זילברשץ, לעיל, ה"ש 243. ראה גם הערת גביון בנושא, לעיל, ה"ש 272, בעמ' 30, ה"ש 11 למאמרה, וכן בעמ' 39.

²⁷⁵ גביון, שם, בעמ' 39.

²⁷⁶ גביון, שם, בעמ' 41-40.

²⁷⁷ גביון, שם, שם. כמובן, שהיא מציבה כתנאי לכך הקצאות ייחודיות ושוויוניות גם לערבים. (אמירה דומה משמיע שוחטמן, אף כי בנימה חריפה יותר (שוחטמן, לעיל, ה"ש 272, בעמ' 123))

לאינטרסים קיומיים שלהם, הוא מתכון לקשיים בהשגת המטרה הנורמטיבית ועלול גם לפגוע במעמדו של בית המשפט.

ג.1.4.3 המציאות בארה"ב ובישראל: קשיים וכשלונות של השילוב הכפוי

המפנה שעשה בית המשפט בעניין בראון לא היה מהלך יחיד בדרך חד-סטריית, אלא הוביל לתנועת מטוטלת משפטית וחברתית, אשר נעה בין הדוקטרינות השונות שנקבעו בעניין בראון ובעניין פלסי²⁷⁸. על פי הניתוח שעורכת גביון, למרות שינוי החשיבה החוקתית בפסק-דין בראון, הויכוח בארצות הברית על הדרך הנכונה להשגת שוויון לא הסתיים²⁷⁹. אכיפת ההחלטה בעניין בראון עוררה התנגדות ממשית במדינות מסוימות, ואף הצריכה מעורבות של כוחות צבא ומיליציה²⁸⁰. את המאבק הפיזי והפוליטי החליפו בהמשך תגובות מתוחכמות יותר, בעיקר באמצעות הגירה לאזורי מגורים בלתי מעורבים, הרשויות תומכות השילוב ניסו לאכוף שילוב בבתי הספר באמצעות הסעת תלמידים שחורים אל בתי ספר לבנים. ניסיונות אלה להתגבר על המציאות החברתית המפרידה דה-פקטו נתקלו פעמים רבות בהתנגדויות חברתיות עזות ובהתדיינות משפטיות נוספות, בייחוד כאשר התברר, שההסעות הינן כלי יקר מאד ולא יעיל להשגת שילוב בחינוך, ואף לא לקידום השוויון²⁸¹. כך, לאחר תקופה ארוכה של ביקורת חד-משמעית על הלכת פלסי החלו להישמע קולות אחרים הן מצד הלבנים והן מצד השחורים בארצות הברית, קולות המתנגדים עד היום²⁸².

נקודת המפנה באימוץ ויישום הלכת בראון הגיעה בשתי פסיקות של בית המשפט העליון בנוגע לעיר דטרויט, בעתירות נגד שיטת הסעות מורכבת שכוונה להשיג שילוב בבתי הספר הציבוריים. בעניין מיליקן הראשון משנת 1974²⁸³ קבע בית המשפט כי הנפרדות השכונתית של דטרויט הנה תנאי רקע חברתי שאיש אינו אחראי לו. מסיבה זו, לא מוטלת חובה על הרשויות לעשות צעדים מרחיקי-לכת, כגון מערך הסעות, כדי להתגבר עליו²⁸⁴. החלטת ההמשך של מיליקן השני, משנת 1977, נמנעה אף היא מלחייב שילוב לצורך השגת שיוון אולם הדגישה את חובת הרשויות לבצע, למעשה, העדפה מתקנת לקידום השוויון, היינו - חובה של חיזוק בתי הספר אשר אוכלוסייתן הינה על טהרת בני המיעוטים באמצעות מימון מיוחד של תכניות העשרה.

עם השנים, הפכה עמדת בית המשפט לסובלנית יותר כלפי העמדות המתנגדות לשילוב כפוי, ואף פחתה תמיכתו בחיוב ההעדפה המתקנת²⁸⁵. בהתאם, אף שהשיח הציבורי בעניין זה בארה"ב נע כיום בין המשך המאבק לשילוב אפקטיבי, ובין נסיונות העצמה של אוכלוסיות חלשות במסגרות הנפרדות הקיימות, נראה שעיקר המאבק לשוויון מתרכז כיום בניסיון לחיזוק נפרד של מערכות החינוך שהופלו בעבר לרעה²⁸⁶. כך, נראה כי, למעשה, שיטת האינטגרציה הכפויה פינתה את מקומה לשיטה של העדפה מתקנת בהקצאת משאבים, אשר במהותה היא פעולה שלטונית, שאינה מצריכה כמעט שיתוף פעולה חברתי.

מציאות ההפרדה חמורה אף יותר בהקשר הדיור (והיא אף קשורה להפרדה בחינוך). כאן גם עמדת בתי המשפט והמחוקק האמריקני מורכבת יותר. ניתוח מעמיק של סוגיית ההפרדה בדיור נעשה על ידי גביון ושוורץ, אשר בחנו את התפתחות ההסדרה החברתית והמשפטית בעניין זה החל מתום מלחמת האזרחים בארה"ב, ועד ימינו אנו. הניתוח שלהם מסתיים במסקנה, כי למרות מאבק עקבי ושיטתי העושה

²⁷⁸ גביון, לעיל, ה"ש 251, בעמ' 27.

²⁷⁹ גביון, שם, בעמ' 30.

²⁸⁰ בליטל-רוק נדרש משמר פדרלי בכדי לאפשר קליטת שחורים בבתי ספר הלבנים (גביון, שם, בעמ' 34, וכן גביון ושוורץ, לעיל, ה"ש 251, בעמ' 102, ה"ש 79 למאמרם)..

²⁸¹ גביון, שם, בעמ' 34-35.

²⁸² גביון, שם, בעמ' 30.

²⁸³ *Milliken v. Bradley*, 418 US 717 (1974). תיאור פסק הדין והשלכותיו מובא אצל גביון, שם, בעמ' 35.

²⁸⁴ גביון, שם, שם. דברים אלה מתחברים היטב עם חוות דעת השופט בראון בעניין פלסי, אשר ציין את חולשת ההסדרה המשפטית מול כוחות חברתיים חזקים שהיא מבקשת או מתבקשת לשנות (לעיל, ה"ש 251).

²⁸⁵ גביון, שם, שם.

²⁸⁶ גביון, שם, שם.

שימוש בחקיקה, פסיקה ופעילות ממשלתית וחינוכית, ההפרדה בדיוור בין שחורים ולבנים בארה"ב הינה תופעה חיה וקיימת עדיין, ויש הטוענים כי היא אף מחמירה עם השנים²⁸⁷.

כאמור, גם בישראל הויכוח רחוק מלהסתיים. ייתכן שמוקדם מדי לבחון את השפעת פסק הדין בעניין קעדאן, שכן תהליכים חברתיים לוקחים בדרך-כלל זמן רב, אולם כבר כעת ניתן לציין מספר מהלכים ציבוריים שהושפעו מפסק הדין²⁸⁸. כפי שראינו קודם, בעניין קעדאן, בית המשפט, לבד מן הסעד ההצהרתי שנתן לטובת העותרים, לא הורה למדינה להקצות להם קרקע למגורים ביישוב קציר, כפי שאלה ביקשו, אלא העדיף לגלגל את הכדור בחזרה אל מגרש המדינה, והורה לה לשוב ולשקול את בקשתם על יסוד עקרון השוויון. פרשיה זו לא הסתיימה בפסיקת בג"ץ בשנת 2000, אז רק החלו בני הזוג קעדאן את הסיבוב הבא במאבקם, הפעם – גם אל מול בני היישוב קציר. הם נאלצו לעתור לבג"ץ פעמיים נוספות, פעם בהליך של בזיון בית המשפט²⁸⁹, ופעם בבקשה להורות למדינה ליישם את העקרונות שנקבעו בפסק הדין המרכזי ולהקצות להם קרקע ביישוב קציר²⁹⁰. בין לבין נעשו מהלכים פוליטיים-

²⁸⁷ גביזון ושוורץ, לעיל, ה"ש 251, בעמ' 126.

²⁸⁸ בשל קוצר היריעה לא נפרט את השתלשלות האירועים לפרטיה. לקבלת תמונה רחבה יותר, ניתן לעיין במשולב במקורות אלה [המקורות המקוונים המפורטים להלן נדלו ביום 19/05/05 מאתרי האינטרנט ומן הכתובות המפורטים בצמוד לכל אחד]:

(1) אתר בית המשפט העליון: www.court.gov.il

(2) אתר משרד ראש הממשלה, החלטות ממשלה יום א 14 ביולי 2002 בישיבתה השבועית <http://www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Spokesman/2002/%D7%99%D7%95%D7%9C%D7%99/Spokesman6973.htm>

(3) אתר הכנסת – חקיקה – הצעות חוק: http://www.knesset.gov.il/laws/heb/law_main.asp

(4) הפורום הישראלי למדיניות קרקעית, היבטים משפטיים במדיניות הקרקעית הלאומית, תש"ס–2000.

(5) אריה דיון, "בג"ץ פסק לטובת קעדאן, אבל פקיד הסוכנות המליץ לצפצף עליו", 17/09/03

<http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=341165>

(6) זיו מאור, "הסוכנות תשקיע עשרות מיליונים בפריפריה", 13/10/03 http://64.233.183.104/search?q=cache:ohV3O6TXnNEJ:www.orl.org.il/inv/hasochnut_tashkia_milyonim.doc+%D7%A7%D7%A2%D7%93%D7%90%D7%9F&hl=en

(7) מערכת ynet, עוה"ד של משפחת קעדאן: "שיעור בחולשת ביהמ"ש", 09/05/04

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2913975,00.html>

(8) נועם שרביט, "המדינה נכנעה: הזוג קעדאן יוכל לגור ביישוב היהודי קציר", 09/05/04

<http://www.nfc.co.il/archive/001-D-45547-00.html?tag=1-14-27>

(9) יובל עוז, "המדינה נכנעה לבג"ץ: לקעדאן יוקצה מגרש בקציר במחירי 1995", 10/05/04

<http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=425663&contrassID=2&subContrassID=21&sbSubContrassID=0>

(10) ג'קי חורי, "בוטל מכרז להקצאת קרקע ליהודים בלבד", 02/10/04

<http://news.walla.co.il/?w=/606628>

(11) גדעון אלון, "הצעת חוק: ישובים ליהודים בלבד", 11/10/04

<http://computers.iol.co.il/?w=/19/610087>

(12) צלי גרינברג, "הקיבוצים מוחים על פגיעה בסמכותם לסרב לקבל חברים", 27/10/04

<http://computers.walla.co.il/?w=/1/617260>

(13) מערכת פרש, "מזוז: קק"ל תמכור קרקעות גם לערבים", 27/01/05

<http://www.fresh.co.il/vBulletin/printthread.php?t=28552>

(14) מערכת מחסום, "אפליה נגד האזרחים הערבים בקבלה ליישובים חקלאיים וקהילתיים", 27/04/05

<http://www.mahsom.com/article.php?id=756>

* ראוי לציין, כי לכל פרסומי העיתונות המקוונים נשלחו תגובות רבות של הגולשים. תגובותיהם, המתנהלות לא אחת כויכוחים ערים דרך דפי האינטרנט, מבטאות לאורך כל הדרך את חילוקי הדעות העמוקים הקיימים בציבור בעניין זה.

²⁸⁹ בשג"ץ 8532/00, קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'. תשעה חודשים חלפו מיום החלטת בג"ץ בתיק זה עד כינוס ועדת הקבלה של היישוב קציר (אשר, היתה אמורה להתכנס בתוך כחודשיים). במהלך חודשים אלה הועמדו בני הזוג קעדאן בפני שורה ארוכה של דרישות, וביניהן – הגשת קורות חייהם בכתב יד בעברית, העברתם גם בערבית, והסכמתם לכדיקת המסמכים שכתבו על ידי גרפולוג. הם רואיינו במשך שעה, אולם סירבו לדרישת ועדת הקבלה להגיע אליה פעם נוספת בכדי לכתוב את קורות חייהם בנוכחות חברי הועדה. החלטת הועדה לדחות את קבלתם ליישוב נשלחה אליהם בדואר, כשהיא נתלית ב"חוסר התאמתה של הרעיה למגורים ביישוב הדורש השתלבות חברתית וקהילתית". מעבר לכך, ההחלטה לא נומקה.

²⁹⁰ ה"רעש התקשורתי" וההליכים המשפטיים שניהלו בני הזוג קעדאן הובילו לשינוי הנהל בדבר הקצאת הקרקעות ביישובים קהילתיים, אשר הבחין מעתה בין יישובים קטנים (עד 300 משפחות) לבין יישובים גדולים יותר. על פי הנהל החדש, ביישובים האחרונים, לא יקוימו ועדות קבלה, והקרקע תוקצה ישירות מהמדינה. מאחר שבקציר מעל 300 משפחות, ביקשו בני הזוג קעדאן לקבל מגרש על פי נוהל זה, שלא באמצעות ועדת הקבלה. גם הפעם הם נדחו, ועל כן שבו – בפעם השלישית – לבג"ץ (בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', מחודש ספטמבר 2003).

חברתיים-תקשורתיים שונים אשר הושפעו – מי באופן ישיר יותר ומי באופן עקיף – מפסק הדין. בין אלה ניתן למנות הצעות חוק שכוננו "עוקפות בג"ץ"²⁹¹, החלטות שונות של ממ"י ושל הממשלה אשר חלקן גם הובילו לעתירות נוספות של עותרים אחרים לבג"ץ²⁹², כתיבה פובליציסטית רבה בנושא ועוד כהנה וכהנה. נכון להיום, עתירתו האחרונה של קעדאן טרם נמחקה, וחתימת ההסכם עם המינהל מתעכבת בשל אי-הסכמות המתגלעות בין הצדדים חדשות לבקרים.

לא ברור מה תהיה השפעת ההכרעה בעניין קעדאן על דפוסי הפיתוח והמגורים ביישובים בישראל. כפי שניתן להבין מן התלאות שעבר קעדאן עד לקבלה ממשית של הסעד אותו ביקש, גישת השילוב הכפוי נתקלת בישראל, כמו בארצות הברית, במכשלות משמעותיות.

ג.3.4.2. ההסברים לקשיים ולכשלונות של השילוב הכפוי

ההסבר המרכזי ביותר לכישלון גישת השילוב הכפוי הוא הסבר אוניברסלי, אשר יורד לשורש טיבו האנושי של אדם. ככזה, הוא ניתן להכללה הן לגבי תחום הדיור והן לגבי תחום החינוך, הן לגבי ארצות-הברית, והן לגבי ישראל. גביון ושורץ מסכמים אותו כך: "יש הטוענים, כי איסורי הפליה, בעיקר בפירוש של "עיוורון הצבעים" שלהם, מונעים התייחסות מפוכחת ומושכלת לעובדה כי מאפיינים של זהות גזעית ולאומית הינם רלוונטיים מאד בקביעת איכות החיים של הפרט (במקור- שכונות. א.ג.ש.). לפיכך, הם יוצרים מצב שבו פחדים קמאיים (...) מחזקים את ההפרדה וכן את הזו-ערכיות הרגשית כלפי בני-המיעוטים"²⁹³.

ואכן, דפוסי הדיור של יהודים וערבים בישראל הם בעיקרם נפרדים, וגם בערים המעורבות יש מספיק הפרדה על מנת לפרנס מערכות נפרדות²⁹⁴. המיעוט הערבי בישראל הינו, בעיקרון, מיעוט שאינו רוצה להיטמע, כחלק ממנגנוני השימור הקהילתיים שלו. מצד שני, גם הרוב היהודי אינו רוצה להיטמע או להטמיע. במילים אחרות, חלק ממיציאות ההפרדה נובע מהעדפות של שתי הקהילות²⁹⁵.

²⁹¹ ב-27/03/00, בעקבות פסק הדין בעתירה הראשונה של קעדאן, הוגשה הצעת חוק על ידי ח"כ דני נוה; ב-01/01/01 הוגשה הצעת חוק נוספת על ידי חברי הכנסת צבי הנדל, בנימין אלון ורחבעם זאבי; הצעת חוק נוספת הוגשה ביום 24/07/01 על ידי כ-20 חברי כנסת ממפלגות הימין, אשר הגישו אותה בשנית, לאחר שנדחתה, ביום 18/02/02; גם חברי הכנסת אריאל, נודלמן, שטרן ואלדד הגישו הצעת חוק בעניין דגן ביום 12/05/03; הצעת החוק האחרונה בהקשר זה הוגשה ביום 28/03/05 על ידי ח"כ צבי הנדל. הצעות החוק השונות ביקשו ברובן לתקן את חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך – 1960, וליצור בו – באופן ישיר או באופן עקיף – אפשרות להקצאות שוויוניות נפרדות. בין היתר, נעשו נסיונות לתקן גם את חוק מקרקעי ישראל, התש"ך – 1960, ואת חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשי"ג – 1952, בכדי לקדם את התכלית האמורה. מרבית הצעות החוק התייחסו אל התיישבות יהודית נפרדת, אולם עם הגשת הצעת החוק האחרונה על ידי ח"כ צבי הנדל, הובהר כי היא תפתח פתח גם ליישובים על טהרת התושבים הערבים.

²⁹² ב-01/08/04 קיבל ממ"י את החלטה 1015, לפיה בין תנאי הקבלה ליישובים, על המועמד להתאים לחיי החברה בקהילה מצומצמת ביישוב קהילתי או חלקאי, וכן כי עליו להיות "בעל יכולת כלכלית להקמת בית ביישוב בתוך פרק הזמן הקבוע בהסכם הפיתוח עם המינהל". החלטה זו הניבה פניה מתוקשרת של ארגון עדאללה אל ממ"י בבקשה לבטלה, בשל החשד הרציני העולה מהוראותיה, ואשר מתחזק לאור הפרקטיקה הנוהגת בפועל בוועדות קבלה אלה, כי מועמדים ערבים ו/או מועמדים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך ייפסלו בטענה של אי התאמה חברתית-כלכלית. לגבי מועמדים ערבים בפרט, נטען כי אין להם סיכוי אמיתי להתקבל ליישובים, בשל נוכחות נציגי "התנועות המיישבות" בוועדות הקבלה, והיעדר נציגים ערבים בהן. האמור בקריטריונים המתייחסים לכ-900 יישובים המוגדרים כיישובים יהודיים כפריים בישראל, והאמורים במועצות אזוריות השולטות על כ-80% משטח ישראל. ארגון עדאללה הסתמך בפנייתו, בין היתר, על פסק דין קעדאן. עתירות נוספות הוגשו לבג"ץ על ידי יהודים שטענו כי ועדות הקבלה ליישובים מהוות אמצעי לנידוי לא רק לערבים, אלא גם לאוכלוסיות אחרות שנמצאו "בלתי מתאימות" ליישובים קהילתיים.

²⁹³ גביון ושורץ, לעיל, ה"ש 251, בעמ' 127. וראה לעיל דיון בהצדקה לקיומן של "זכויות קבוצתיות" בסעיף ג.3.2.1. לעבודתנו.

²⁹⁴ גביון, לעיל, ה"ש 251, בעמ' 48.

²⁹⁵ גביון, שם. גביון אמנם ממשכה את דבריה בכך שהיא מציגה – ובצדק – את חוסר הסימטריה הבולט בין שתי הקהילות בכל הנוגע להקצאות, לבניה ולפיתוח, אולם רק במקרים בודדים, דוגמת המקרה של קעדאן, מבקשים פרטים ערביים למצוא את הפיתרון הפרקטי לחוסר שוויון זה ולבעיית איכות חייהם על דרך של השתלבות כפויה. דומה, שגם בכך מטא הציבור הערבי בכללו את העדפתו הראשונית, שלא להשתלב ביישובים יהודיים, אלא להשוות את התייחסות השלטונות אליהם לזו אשר מוענקת להתיישבות וליישובים יהודיים. לעניין זה יפים דבריו של ג'בארין במאמר המבקר את פסק-דין קעדאן: "סוג תביעות מהסוג של בג"ץ קעדאן, על-אף חשיבותו, אינו מאפיין את התביעות והדרישות העיקריות של מיעוט לאומי יליד, אך מאפיין את התביעות של קבוצות אתניות שונות המבקשות להשתלב בחברה החדשה.... במקרים הקשורים במציאות ההיסטורית של המולדת, דרישת השילוב היא בעייתית מבחינת קבוצת-המולדת; שכן היא עלולה לערער את הלגיטימיות של תביעות קבוצת-המולדת ועלולה להציג אותן בתור מאבק של קבוצה אתנית הנאבדת למען זכויות אזרחיות-פוליטיות בלבד,

בנוסף, ניתן לטעון כי אל מול כוחות חברתיים-תרבותיים-פוליטיים מתנגדים, כוחו של המשפט לשנות את המציאות הנוהגת הנו מוגבל ביותר. לעניין זה כדאי להיזכר בדברים שאמר השופט בראון בפרשת פלסי:

"... If the two races are to meet upon terms of social equality, it must be the result of natural affinities, a mutual appreciation of each other's merits, and a voluntary consent of individuals. [Legislation] is powerless to eradicate racial instincts or to abolish distinction based upon physical differences, and the attempts to do so can only result in accentuating the difficulties of the present situation"²⁹⁶

דברים אלה, גם אם אינם נעימים לאוזן, וגם אם יש שיראו בהם מידה של פסימיות, או אולי אף מחדל מיתמם של מי שלא באמת רוצה שילוב, אינם כה רחוקים מן המציאות, כפי שיכולנו להיווכח בניתוח הקודם שערכנו. יחד עם זאת, הם אינם סותרים את הגלגל על פעילות למען קידום השוויון ונסיונות השילוב. כל שהם אומרים הוא כי הדרך לעשות כן צריכה להתרכז בשינוי כוחות חברתיים מלמטה, ולא בכפיית נורמות שנוגדות את רחשי הלב של חלקים גדולים מאד בציבור מלמעלה.

מסלול אחר לקידום השוויון יכול ואולי צריך להיות מסלול השואף לקדם שוויון מהותי בין הקהילות ולא דוקא ליצור שוויון בדרך של שילוב כפוי. בצד עידוד שילוב אצל אלה הרוצים בכך יש לתת מענה מספק לצורכי דיור מגוונים של כל הקהילות בתוכן. סביר להניח כי במציאות כזאת, כוחות השוק ייצרו בעצמם שיווי משקל נאות בין הרצון של פרטים לחיות בקהילותיהם ורצונם להשתלב במרחבי הקיום של קהילות אחרות.

במקום מאבק של קבוצת-מולדת המבקשת שוויון בין שתי קבוצות לאומיות... " (ג'בארין, לעיל, ה"ש 272, בעמ' 62). מעניין לציין, כי הדבר נכון, בעיקרון, גם במישור של היחסים הפנים-יהודיים שבין דתיים (ובעיקר חרדים) לבין חילונים, באשר התביעות המושמעות בהקשר זה אינן דורשות שילוב, אלא הקצאת משאבים שיוונית תוך שמירה על הפרדה (ר' בג"ץ 4906/98, לעיל, ה"ש 246, וכן גביוון, שם, בעמ' 56).

²⁹⁶ ציטוט הקטע באנגלית מובא אצל גביוון, שם, בעמ' 28-29.

פרק ד: השלכות מלחמה וסכסוך על היבטים מרחביים

ד.1. הקדמה

אין מחלוקת על העובדות המרכזיות בנוגע לשליטה בקרקע בישראל. יש ויש מחלוקת עמוקה ומדממת לגבי ההערכה של עובדות אלה ובעיקר לגבי השאלה האם העובדות האלה הפיכות, והאם הן צריכות להיות הפיכות. כך בעיקר לגבי נכסי הנפקדים והעקורים, וכך לגבי קרקעות אחרות שתושבי המקום הערבים רואים אותן כשלהם ואשר נחשבות היום כקרקעות המדינה או כחלק ממקרקעי ישראל. המחלוקת קיימת הן לגבי תביעות השבה של קרקעות שהופקעו, נתפסו או נרשמו על שם המדינה, והן לגבי תביעות לאי צדק או שוויון בהקצאות של קרקעות בהווה.

לגבי המצב בהווה ישנה הסכמה עקרונית וכללית כי חובת המדינה לפתח את הארץ לרווחת כל תושביה. המחלוקת היא לגבי השאלה אם המדיניות הננקטת בפועל עומדת בדרישה זו, ורבים טוענים כי התשובה לשאלה זו שלילית במובהק. גם בנושא זה יש הטוענים כי הסכסוך המתמשך בין יהודים ופלסטינים מחייב מדיניות השונה ממדיניות שהיתה יכולה להינקט במצב של רגיעה יציבה.

המצב סבוך בהרבה לגבי "חשבונות העבר". החוקה המוצעת אינה אמורה לנקוט עמדה בסוגיה זו, אולם הבהרה של המחלוקת חשובה על מנת לעמוד על עומקה ומרכזיותה.

ד.2. "חשבונות העבר" – ניתוח ביקורתי

ישראל מצטיינת במידה רבה מאוד של שליטה ציבורית בקרקעות הטריטוריה שלה. חשוב להבין את הרקע למצב זה.²⁹⁷ הדיון שלנו כאן יסתמך בעיקר על עבודות המתארות את המצב מנקודת מבט ביקורתית כלפי ההיסטוריה של משטר הקרקעות בישראל.

על פי הנתונים שמביא יפתחאל, לפני 1948 היו בידי יהודים רק כשבעה אחוזים מתוך כ-20.5 מיליון הדונם המהווים את שטחה של המדינה; שטח דומה היה בשליטתו של שלטון המנדט הבריטי. החלקים האחרים של הארץ נמצאו תחת הגדרות שונות ובשימושים שונים. כיום, כזכור, כלולים 93% מקרקעות המדינה בקבוצת "מקרקעי ישראל". חצי מן הקרקע בבעלות פרטית מצוי בידי ערבים, וחציו האחר – בידי יהודים. חשוב לבחון איך השתנה המצב בצורה כה דרמטית. יפתחאל וקדר מכנים את התהליך "ייהוד המרחב"²⁹⁸, אולם השם המדויק יותר יהיה השתלטות המדינה (היהודית) על המרחב שבו יש לה שליטה אפקטיבית.

לדברי יפתחאל, העברת האדמות בישראל לבעלות המדינה התבססה, ראשית, על שינוי במעמד הקרקעות "המתות" (מוואת)²⁹⁹, שעל אודותיו נפרט בהמשך, ושנית, על הפקעת רכושם הקרקעי של ערבים אשר נהפכו לפליטים במלחמת תש"ח³⁰⁰. בנוסף לכך, הופקעו במשך השנים אדמות שהיו בבעלותם של ערבים שנותרו בתחומי ישראל והפכו לאזרחי המדינה³⁰¹. יפתחאל מצייין כי כיום נותרו בבעלותם הפרטית של הערבים אזרחי ישראל, המהווים כ-19.3% מאוכלוסיית ישראל רק כ-3.5% אחוז

²⁹⁷ הדבר טיפוסי למדינות שהוקמו במלחמה. אחרי פינוי ההתנחלויות מרצועת עזה הוציא אבו מאזן צו המקנה את הבעלות בכל השטח לרשות הפלסטינית והזמין מי שבידו הוכחות על בעלות לפנות אל משרדי הרשות.

²⁹⁸ יפתחאל, לעיל, ה"ש 41, בעמ' 7. ראה גם קדר, לעיל, ה"ש 10, בעמ' 682-683.

²⁹⁹ למען בהירות הדיון בפרק זה נזכיר בקצרה מה היה סיווג הקרקעות שנהג על פי הדין העותמני: (א) "מולק" – מקרקעין שניתן היה לרכוש בהם בעלות מלאה, כבמטלטלין; (ב) "מירי" – מקרקעין שהבעלות בהם היתה בידי המדינה, ואילו המחזיק הפרטי יכול היה לקבל, לכל היותר, זכות להחזקה ולשימוש; (ג) "מתרוכה" – מקרקעין שנועדו לשמש את צורכי הציבור, כגון דרכים ושוקים; (ד) "מוואת" – אדמות טרשים המרוחקות ממקום יישוב, שלא היו בבעלות פרטית; (ה) "מוקופה" – מקרקעין שהוקדשו בהקדש דתי (ויסמן, לעיל, ה"ש 2, בעמ' 27).

³⁰⁰ יפתחאל, לעיל, ה"ש 41, בעמ' 8. באשר להיקף ההפקעות, ההערכות נעות בין 4.5 ל-5.5 מיליון דונם. דו"ח האו"ם מ-1962 (דו"ח ג'אריוס), הנחשב ליסודי ומקיף, נוקב בשטח של 5.2 מיליון דונם (ללא נפת באר-שבע). הערכת פרופ' רות קרק, המובאת במאמרו של יפתחאל, אומדת את השטח המופקע בטווח שבין 4.2 ל-5.7 מיליון דונם.

³⁰¹ יפתחאל מצייין, שלא ניתן לכמת במדויק את היקף הקרקעות הערביות שעברו לבעלות המדינה, עקב המעבר בין שיטות הבעלות והחזקה השונות, מן התקופה העות'מנית ועד לזו הישראלית. יפתחאל, שם, שם. גם קדר עומד על כך שלא ניתן להגיע למספר מוסכם, ומציג את הערכות שונות הקיימות בהקשר זה. ראה קדר, לעיל, ה"ש 10, בעמ' 684, ה"ש 64 למאמרו.

מהקרקעות במדינה. (אלא שנתון זה מטעה. בידי הערבים, שהם פחות מ-20% מתושבי המדינה, מחצית מן הקרקעות בבעלות פרטית בה! הנתון הרלוונטי הוא שליטה בקרקעות. בידי המיעוט הערבי יש שליטה על קרקעות באופן ההולם את חלקם באוכלוסיה – ראו הדיון בפרק הראשון של סקירה זו). הדיון של יפתחאל ביקורתי מאוד, אולם בחינה מדוקדקת יותר של הנתונים מצביעה על תמונה חדה פחות.

דפוסי בעלות בקרקע בארץ ישראל/פלסטין

דפוסי הבעלות במקרקעין בישראל מורכבים ביותר, בין השאר משום שהם נסמכים על שלוש מערכות משפט: העות'מנית, הבריטית והישראלית. הממשל הבריטי אימץ את מערכת הבעלות העות'מנית, אך ערך רישום מחודש בטאבו של אזורים נרחבים בצפון ובמרכז המדינה. הבריטים רשמו בטאבו כקרקע פרטית רק את הקרקעות שסווגו כ"מולק" לפי השיטה העות'מנית. ממשלת ישראל כיבדה רישום זה לגבי אותם אזרחים ערבים שלא הוגדרו כפליטים. אלא שמשטר הקרקעות העות'מני הכיר בדפוסי בעלות אחרים, כגון בעלות קולקטיבית ובעלות מכוח התיישנות. הן המנדט הבריטי והן השלטון הישראלי לא הכירו בקטיגוריות אלה ובכך נרשמו על שם המדינה קרקעות ששימשו את התושבים הערביים.³⁰²

המעבר בין משטרי קרקעות שונים פגע גם בחזקה של ערבים על קרקעות שהיו תחת ניהולם לפני 1948, כמו למשל היחידה שהוגדרה כ"אדמות הכפר" (בתוכה נכללו סוגים שונים של בעלות), שהועברה ברובה לבעלות המדינה. גורל דומה פקד גם את אדמות הווקף המוסלמי, כמו גם את הקרקעות שהיו רשומות תחת שמו של הנציב העליון לפיקדון בשם הכפרים.³⁰³

העברת בעלות למדינה בקרקעות "מוואת"

לדברי יפתחאל, קרוב ל-60% משטח המדינה הועבר לבעלותה באמצעות הלאמת הקרקעות שסווגו כאדמות "מוואת", היינו, אדמות טרשים המרוחקות ממקום יישוב, שלא היו בבעלות פרטית. סיווג זה הקיף את רוב קרקעות הנגב, ואדמות נוספות בהיקף קטן יותר באזורים אחרים.³⁰⁴ לשיטתו, כוונת השלטון העות'מני בסיווג זה היתה לעודד "החייאה" של אדמות אלה על ידי פתיחת אפשרות של בעלות כמעט מלאה (מירי³⁰⁵) למעבדי הקרקע. כך, הקרקעות המתות נחשבו כנמצאות תחת בעלותו של הסולטאן, בשם הקהילות באזור ולמענן.³⁰⁶

ב-1921 פרסם השלטון הבריטי מחדש את "פקודת הקרקעות המתות" תוך שינוי מטרתה: לא עוד עידוד החייאת הקרקע והעברתה למעבדיה, אלא ריכוז הבעלות הפורמלית של הקרקעות בידי הממשל. הבריטים הכריזו על פרק זמן של חודשיים בלבד, שבמהלכם היה על כל התושבים המחזיקים

³⁰² יפתחאל, שם, שם. לפי השיטות העות'מנית והאנגלית, סוגים שונים של קרקע ערבית נועדו לשימושים ציבוריים או לשימוש ברוטציה (בעיקר באדמות חקלאיות); מדינת ישראל לא הכירה בשום סוג של בעלות קולקטיבית, ועקב כך איבדו היישובים הערבים אדמות רבות, שהיו שייכות לקהילה כקולקטיב. קדר מסביר, כי בין כללי הבעלות במקרקעין על פי הדיון העות'מני – שחלקם היו בגדר הסדרים חברתיים חלופיים למערכת הרישום – עמד גם סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני. על פי סעיף זה, אדם שהחזיק ועיבד קרקעות מדינה במשך תקופה של עשר שנים היה זכאי לרשמה על שמו. הסדר זה שימש מעין כלל-רקע שחזק את נוהגי ההחזקה של הכפריים הערביים. לדברי קדר, שתיקת השלטונות, שהיו מעוניינים בתוצרת החקלאית כמקור הכנסה, וכן הוראות סעיף 78, יצרו ציפיות חזקות אצל החקלאים, שהתייחסו לקרקעות המצויות בתחומי הכפר, כקרקע השייכת להם. כללי ההתיישנות החדשים שהנהיגה מדינת ישראל בחוק ההתיישנות, תשי"ח – 1958 ביטלו למעשה כמעט כל אפשרות ליהנות מן ההסדר האמור. לטענת קדר, היה זה עוד כלי בו השתמשה מדינת ישראל כדי לנשל ערבים מאדמותיהם, ולהעבירן לבעלות יהודית (קדר, שם, בעמ' 670-680, וכן עמ' 692 ואילך). ראוי לציין, כי קדר נמנע ממסירת נתונים מספריים מוחלטים על היקף האדמות כבעלות ערבית, שהועברו לבעלות המדינה בדרך זו, ומצטט את קרצ'מר (לעיל, ה"ש 28, בעמ' 53-54), אשר בעצמו מעלה ספקות בקשר לכמות המדוייקת. קרצ'מר סבור, כי המספר 205,000 דונם (205 קמ"ר) אשר נטען בהקשר זה מתייחס לכמות הקרקע שערבים טענו לזכות עליה מכוח החוקה (ראה: קדר, שם, בעמ' 699, ה"ש 118 למאמר).

³⁰³ יפתחאל, שם, שם. ראה גם קרצ'מר, שם, בעמ' 52-53, אשר מצטט את הוראת התקנה המנדטורית: registered land ... surrounding the village in the name of "the High Commissioner for the time being on behalf of the village of..."

³⁰⁴ יפתחאל, שם, בעמ' 9.

³⁰⁵ קדר מסביר, כי הבעלות האולטימטיבית בקרקע מירי היתה אמנם בידי המדינה, אולם המירי הווה למעשה את השיטה השכיחה ביותר של החזקת הקרקעות באזורים חקלאיים, ומבחינת רבות, ניתן להתייחס אל זכות זו כאל זכות הקניין המרכזית של אנשים פרטיים בקרקע. (קדר, לעיל, ה"ש 10, בעמ' 668, ה"ש 8 למאמר).

³⁰⁶ יפתחאל, לעיל, ה"ש 41, בעמ' 9.

בקרקות "מוואת" ומעבדים אותן להגיש בקשה לרישומה על בסיס עיבוד. מי שלא נרשם איבד את זכאותו לפי החוק העותמני להחיות את הקרקע; בכך נשללה לצמיתות האפשרות של העברת קרקעות אלה לרשות התושבים, אם עקב התרחבות הכפרים ואם לצורך התיישבות ערבית חדשה.³⁰⁷

מרבית תושביו הערבים של הנגב, ולא מעט ערבים-פלסטינים באזורים אחרים, לא רשמו את קרקעותיהם המיושבות והמעובדות. יפתחאל מצביע על מספר סיבות אפשריות לכך. ראשית, מסורת בדווית ארוכת שנים של אי-שיתוף פעולה עם השלטון; שנית, נגישות נמוכה למנגנון הרישום, עקב פיזור האוכלוסייה ועקב רמת השכלתה הנמוכה; שלישית, חוסר רצון להיחשף לתביעות מס או לגיוס צבאי; ורביעית, אדישות כללית כלפי מהלכים מנהליים, האופיינית לאוכלוסיות שוליים. הבדווים גם ניזונו מהצהרות מרגיעות של השלטון הבריטי, שהבטיח כי לא ייפגעו זכויותיהם של המחזיקים בקרקע על פי המשפט הערבי המסורתי.³⁰⁸

השלטון הבריטי יצר בעיה נוספת לערבים בדרום "פלסטינה המנדטורית": רישום המקרקעין המקיף שערכו הבריטים בארץ התנהל מצפון לדרום, ולא הגיע לנפת באר-שבע. עקב כך לא נרשמו בצורה מסודרת גם אותן קרקעות פרטיות בנגב שהוכרו כבר על-ידי העות'מנים. לאחר הקמת מדינת ישראל, ובהמשך למדיניות של אי-הכרה בזכויות הקניין של נעדרי הטאבו הפרטי, הכריזה הממשלה – בהתאם לחקיקה המנדטורית – שכל קרקעות ה"מוואת" ייחשבו כקרקעות מדינה.³⁰⁹

מיד לאחר הקמת המדינה נחקקו מספר חוקים, שהעמידו תנאים מחמירים ביותר של נוכחות או עיבוד קרקעות כתנאי להמשך בעלות או חזקה בקרקע.³¹⁰ בו בזמן נאסרה נוכחות ערבית באזורים שהוכרו על ידי כוחות הביטחון כאזורים צבאיים. על בסיס זה הועברו לרשות המדינה גם הקרקעות עליהם יכולים היו מעט הערבים-הבדווים שנותרו (בעיקר בנגב) לאחר 1948 לתבוע בעלות. לדברי יפתחאל, כך נמחקה למעשה ההיסטוריה של הקניין הקרקעי הערבי המסורתי, והוכשרה הדרך "החוקית" להעברת הקרקעות לשליטה של המדינה.³¹¹

יפתחאל מציין במיוחד את העובדה שהעברת השליטה בקרקעות לידי המדינה, לרבות קרקעות רבות שהיו מעובדות על ידי התושבים, היא למעשה העברה לניהול באמצעות המוסדות של העם היהודי ולא רק בידי מוסדות המדינה: "המדינה יצרה משטר קרקעי שבמסגרתו, לא זו בלבד שהקרקע המופקעת הפכה להיות אדמת מדינה, אלא שהיא עברה לבעלותו ו/או לניהולו הקולקטיבי של העם היהודי. זאת, כפועל יוצא של שיתופם של גופים יהודיים עולמיים – הקרן הקיימת לישראל והסוכנות היהודית – בבעלות על קרקעות המדינה ובניהולן".³¹² הקושי שנוצר ממעורבות קק"ל והסוכנות היהודית אינו עצם הרכישה של קרקעות על-ידי יהודים בתפוצות, אלא בצירוף של מוסדות עולמיים חד-אתניים (יהודיים) למנגנון המדינה. צירוף זה יצר מצב בעייתי מבחינת סדרי המשטר האזרחיים, שכן הוא מקנה כוח שלטוני-ריבוני בתוך המדינה לגופים שבהם מיוצגת רק אחת משתי הקבוצות האתניות-לאומיות בישראל.

ד.3. הערכת משטר הקרקעות בישראל על רקע הסכסוך ומלחמת העצמאות במבט משווה

התמונה שמוצגת בעבודתו של יפתחאל אינה שונה מזו של כותבים רבים בתחום, ויש בה אלמנט בולט של ביקורת על משטר המקרקעין הישראלי ועל עיצובו של זה, מתוך תפיסה של עוולות שנעשו ושנעשות כלפי הציבור הערבי. בכתיבה זו יש התעלמות מן העובדה שמדינה ישראל הוקמה אגב מלחמת

³⁰⁷ יפתחאל, שם, שם.

³⁰⁸ יפתחאל, שם, שם.

³⁰⁹ יפתחאל, שם, בעמ' 10.

³¹⁰ ראה דיון למעלה: קדר, לעיל, ה"ש 10, אודות דיני ההתיישנות הרוכשת.

³¹¹ יפתחאל, שם, בעמ' 10. חלק מאזרחיה הערבים-בדווים של ישראל לא השלימו עדיין עם מהלך זה, והם תובעים כ- 800,000 דונם על יסוד בעלות ושימוש, לפני שפוגו בידי ממשלת ישראל. עד היום, כל תביעותיהם לבעלות נדחו על ידי בתי המשפט.

³¹² יפתחאל, שם, בעמ' 13, וכן – ראה למעלה אודות הרכב ממ"י והשפעת הקק"ל (פרק א לעבודתנו).

קיום שבה פתחו הערבים שסירבו לקבל את החלטת החלוקה. הקשר רחב יותר כזה, המשווה מה שנעשה כאן למקרים פוסט-מלחמתיים אחרים באותה תקופה, מאפשר להעריך אחרת את ההתפתחויות ההיסטוריות ואת הצורה בה יש לטפל בהן בהווה.³¹³

המחקר המרכזי שנערך בישראל בתחום זה נעשה על ידי ארנון גולן. במספר חיבורים שכתב, גיבש גולן תמונה מקיפה של שינויים מרחביים בתקופות של מלחמה ולאחריה, הן בהקשר הישראלי, והן בהקשר השוואתי למדינות אחרות בנסיבות דומות.³¹⁴

המאה ה-20 היתה משופעת במלחמות שתוצאתן היתה שינויים גדולים בריבונות על שטחים נרחבים ותנועות אוכלוסין גדולות. במאה זו עברו אזורים רבים בעולם שינויים מרחיקי לכת בתקופות של מלחמה ושל פוסט-מלחמה. הללו היו תוצאות מלחמת העולם הראשונה, שבעקבותיה נגרם הרס רב באזורי הלחימה, פורקו האימפריות הרב-לאומיות באירופה, נוצרו מדינות לאום חדשות והתעוררו בעיות של פליטים שהיה צורך ליישבם מחדש ולשקמם.³¹⁵ גם לאחר מלחמת העולם השנייה חלו שינויים מרחביים מרחיקי לכת, חלקם על ידי מלחמות חוזרות ונשנות, הן ברחבי יבשות אסיה ואפריקה, והן ברחבי האימפריה הסובייטית שהתפרקה וביוגוסלביה. מלחמות המאה הזאת הניבו חלוקה ועיצוב מחדש של המרחב שבו התחוללו, ובדרך כלל גם הרס רב שנגרם למרכיבים השונים בנוף האנושי והטבעי, וברחה או גירוש של עשרות מיליוני בני אדם בתקופות המלחמה והפוסט-מלחמה ויישובם מחדש.³¹⁶

למציאות של מאבק מלחמתי מלא או חלקי היה תפקיד חשוב בעיצובם של אזורים שונים של ארץ ישראל בזמן מלחמת העולם השנייה ובתקופת המנדט, אולם השינוי המרחבי המרכזי היה תולדה של מאבק ממושך, ששיאו היה במלחמת העצמאות, אשר ניטשה בין היהודים ובין הערבים שהתגוררו בשטחה של ארץ ישראל המנדטורית, ובין הראשונים לבין המדינות השכנות. תוצאותיו המרכזיות של מאבק זה היו מדינה עצמאית שהקים הצד היהודי המנצח, בריחתם/גירושם של מאות אלפי ערבים פלשתינים מבתיהם, ואכלוסם של השטחים הנטושים במאות אלפי יהודים, רובם פליטים שנאלצו לעזוב את מדינות ערב ופליטי שואה מאירופה, ומיעוטם פליטי מלחמה מקרב האוכלוסיה היהודית הוותיקה. כפי שמציין גולן, תוצאות אלה לא היו שונות מאד מאלה של מלחמות אחרות שניטשו באזורים שונים של העולם במאה ה-20.³¹⁷

סקירתו של גולן בעיקרה אינה משפטית, אלא היסטורית-סוציולוגית. הוא מתאר בפרטי פרטים את התהליכים הפוליטיים והחברתיים בישראל שהובילו להשתלטות על חלקים נכבדים מן השטח הערבי העירוני, ועל המרחב הערבי הכפרי, תוך תיאור המחלוקות, האינטרסים, מאבקם של גורמים שונים – לרבות הקק"ל אשר היתה בעלת כוח השפעה רב – על השליטה בקרקעות הנטושות, והשיקולים הממשלתיים שעמדו בבסיס תהליך זה. תיאורו חושף מערכת מסועפת של התלבטויות והתחבטויות של ראשי השלטון באותם ימים, ומציג גם את ניסיונם, לפחות הראשוני, להימנע מהתנגשות חזיתית עם החלטות האו"ם ועם מדינות ערב.³¹⁸ מתיאוריו עולה, כי לכתחילה, הוחזק הרכוש הנטוש (מה שהוגדר

³¹³ ראוי לציין, עם זאת, כי אין בהכרח סימטריה בין הבנת / התייחסות אל השורשים ה"מלחמתיים" של משטר המקרקעין הישראלי, לבין הצדקתו. ראה למשל, פורמן וקדר:

G. Forman, A. Kedar, "From Arab land to 'Israel Lands': the legal dispossession of the Palestinians displaced by Israel in the wake of 1948", *Environment and Planning D: Society and Space* 2004, V. 22, p. 809 [Retrieved August 15 2005 from: http://law.haifa.ac.il/lecdb/sandy/sandy_articles/8903.pdf].

³¹⁴ ראשיתו של המחקר בעבודת ה-M.A. של גולן, "שינויי המפה של מרכז אירופה ודרומה בתום מלחמת העולם הראשונה, בעקבות תהליכים של שינוי גבולות וחלופי אוכלוסיה" (1986). המשכו היה בעבודת הדוקטורט של גולן, "שינוי המפה היישובית באזורים שניטשו על ידי האוכלוסיה הערבית, כתוצאה ממלחמת העצמאות, בשטח בו קמה מדינת ישראל: 1948-1950 (1993). החיבור האחרון עובד לספר שחיבר גולן, אשר הושפע גם מן החיבור הקודם: א. גולן, **שינוי מרחבי – תוצאות מלחמה: השטחים הערביים לשעבר במדינת ישראל 1948-1950** (2001). ההפניות בפרק זה מתייחסות לספרו האחרון.

³¹⁵ כפי שניכר בבירור, סוגיית הפליטים קשורה הדוק עם סוגיות מקרקעין שונות, הן במישור הטיפול בכספי דלא-ניידי שהותירו אחריהם, והן במישור יישובם מחדש במקומות אליהם הגיעו, אשר הצריך גם הקצאת משאבים קרקעיים.

³¹⁶ גולן, לעיל, ה"ש 314, בעמ' 8.

³¹⁷ גולן, שם, בעמ' 9.

³¹⁸ גולן, שם, בעמ' 15, 205, 214, 216-217, 224. דוגמה למתחים אלה ניתן לראות בעימות שהתגלע בין הנהגת מפ"ם להנהלת הקק"ל. ראשי מפ"ם, אשר לא התנגדו כליל לחלוקת קרקעות מחודשת במדינה, מחו נגד הריסת כפרים ערביים נטושים וביקשו להחזיר את תושביהם עם תום המלחמה. מאידך גיסא, הנהלת הקק"ל, אשר חששה מפני דחיקת מעמדה במדינה

לימים כנכסי נפקדים) על ידי מנגנון האפוטרופוס, מתוך הצהרת כוונות, ולו כלפי חוץ, בדבר חזקה זמנית בלבד על הרכוש הערבי עד לטוף המלחמה³¹⁹. בהמשך הדרך, ובעקבות חשש הממשלה מהשלכות החלטה של 194 של העצרת הכללית של האו"ם³²⁰ לגורלה של המדינה שהיתה אז בחיתוליה, גובשה מדיניות שתכליתה היתה לצמצם את אפשרויות הערבים לשוב לבתיהם, וחלף זאת, לעודדם להעדיף להישאר בשטחים שמחוץ לתחום המדינה, ולקבל פיצויים על רכושם שאבד³²¹. לשם כך היה צורך ליצור מציאות יישובית חדשה, לפחות באותם שטחים שהיה חשוב מבחינה בטחונית שהערבים לא יחזרו אליהם. מאחר שיישוב השטח על ידי הממשלה באופן ישיר היה עשוי להתפרש כהתנגדות להחלטת העצרת, החליטה הממשלה למכור קרקעות לקק"ל, אשר תוכל להעביר במהירות קרקע נטושה לידיים יהודיות שלא באמצעות מנגנוניה של ממשלת ישראל. כך, על פי תיאור זה, שימשה הקק"ל כגוף אשר, תוך קידום האינטרסים שלו במקביל, שימש מכשיר בידי הממשלה לתת מענה לצורך המדיני-בטחוני הדחוף בהתיישבות על קרקעות נטושות³²².

כפי שמציין גולן³²³, בעקבות השינוי במדיניות הממשלה, התפתחו שתי מערכות של שליטה בקרקעות הנטושות. האחת, היתה מערכת שתפקידה היה להחכיר את האדמות, והיא פעלה מכוח תקנות שעת חירום בדבר נכסי נפקדים, תש"ט-1948, וביטאה את מדיניותה הרשמית כפי שהוצגה כלפי חוץ. על פי תקנות אלה, ניהול הקרקעות הנטושות יתבצע על ידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים, והוא לא יהיה רשאי להעביר את הבעלות בהן, אלא רק להחכירן³²⁴. המערכת השנייה היתה מערכת רשמית למחצה שמכרה קרקעות נטושות לקק"ל, פעלה מכוחה של החלטת ממשלה, אך שלא על פי התקנות שתיקנה הממשלה בעצמה³²⁵. לדברי גולן, מהירות שינוי ההחלטות בנושא הקרקעות הנטושות וגורלם של הכפרים הערביים, המערכות המקבילות שטיפלו בנושא, והסתירה המהותית ששררה בין החקיקה ובין הפעילות שבשטח – כולן תכונות הטיפוסיות לתקופת מלחמה³²⁶.

עם תום תקופת הקרבות והחתימה על הסכמי שביתת הנשק ביקשה הממשלה להסדיר חוקית את נושא הרכוש הערבי שנשאר בשטח המדינה. המוסד שהוקם לצורך העברת הרכוש הערבי הנטוש לידיים יהודיות היה "רשות הפיתוח"³²⁷, והדיונים בדבר חקיקה שתסדיר את פעולותיו החלו, כפי הנראה, כבר בקיץ 1949. הגדרת תפקיד הרשות היתה שימוש ברכוש ערבי נטוש או כל רכוש אחר למטרות פיתוח הארץ, קליטת עולים, שיקום פליטים וקימום הריסות המלחמה. לשם כך היתה הרשות יכולה לרכוש

היהודית הריבונית, מפני דחיית תכנית הטרנספר-בדיעבד שהכינה, ומפני החזרת מרבית הקרקעות לבעליהם הערבים עם תום המלחמה, הגבירה את מאמציה לרכוש, גם באמצעות הממשלה, קרקעות נטושות רבות ככל האפשר.

³¹⁹ גולן, שם, בעמ' 214-215, 222. ברוח זו התקבלה, למשל, החלטה בועדת השרים לענייני הרכוש הנטוש, כי ההתיישבות היהודית תקום בעיקר במקומות ריקים מערבים, השימוש יהיה בעודפי הקרקע בלבד, ושטחים יושארו לערבים, אם ישובו. עוד נקבע, כי ההתיישבות באתרו של כפר ערבי תיעשה רק מטעמי ביטחון. (גולן, שם, בעמ' 223). החלטה זו, מסוף שנת 1948, המשיכה את המדיניות שנקבעה בקיץ של אותה שנה. כידוע, לימים שונתה מדיניות זו.

³²⁰ החלטה זו התקבלה בסוף שנת 1948, ונאמר בה ש'הפליטים הרוצים לשוב לביתם ולחיות בשלום עם שכניהם, יורשו לעשות כן בתאריך המוקדם האפשרי'. בנוגע לפיצויים של אלה שיבחרו שלא לשוב, ולפיצוי בעבור רכוש שאבד או נזוק, נקבע כי '...על הממשלות או הרשויות האחראיות לשאת בהם, לפי עקרונות המשפט הבינלאומי או הצדק'. בין היתר, משמעות החלטה זו היתה, כי יש לאפשר לפליטים ערביים לשוב, בלי להגביל את מספרם (גולן, שם, בעמ' 224).

³²¹ גולן, שם, בעמ' 15.

³²² גולן, שם, בעמ' 225-226.

³²³ גולן, שם, בעמ' 226-227.

³²⁴ גולן, שם, בעמ' 15. מציאות זו שונתה בהמשך עם הקמת רשות הפיתוח, אליה רשאי היה האפוטרופוס להעביר בעלות על נכסים שבפקדונו.

³²⁵ מכירת האדמות לקק"ל על ידי המדינה מתוארת אצל גולן תחת הכותרת "עסקת מליון הדונם" (1,000 קמ"ר), בה מכרה הממשלה לקק"ל מליון דונם של קרקע חקלאית, אשר הועברו לבעלותה המלאה. סך כל הקרקעות שנמכרו לקק"ל היה כרבע מכלל הקרקעות החקלאיות שהניחו אחריהם הערבים. על העיסקה שולם מחיר ריאלי מבחינה כלכלית (18.25 ל"ל לדונם), אשר היה בטוח המחירים שנהגו באותו זמן (בין 12-28 ל"ל לדונם) (גולן, שם, בעמ' 226). הסיבות לעיסקת מליון הדונם, כפי שהוצגו לדירקטוריון הקק"ל על ידי יו"ר הדירקטוריון וע"י מנהל מחלקת הקרקעות של הקק"ל, היו הצורך המדיני לחזק את גבולותיה של המדינה ולהרחיבם כל עוד הדבר אפשרי, להרחיב את ההתיישבות לשם קליטת עלייה, וההכרח להגדיל את הייצור החקלאי בשל הגידול המהיר באוכלוסייה, לאור העלייה הגוברת והולכת (גולן, שם, בעמ' 225).

³²⁶ גולן, שם, בעמ' 226-227.

³²⁷ ראה דיון והסבר אודות רשות הפיתוח למעלה, בפרק א לעבודתנו.

נכסים, ובהם גם את אלה שהחזקה עליהם היתה בידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים. התקדים שעמד לנגד עיניה של ממשלת ישראל בהקמת מוסד זה היה הפקיסטני וההודי, לאור הדמיון הרב בין המקרים.³²⁸

הודו ופקיסטן הן שתי מדינות צעירות יחסית אשר הוקמו כתוצאה מהחלטת בריטניה בשנת 1947 להעניק עצמאות לקולוניה ההודית, אשר היתה נתונה תחת שלטון בריטי יותר ממאה שנים. על פי ההחלטה הבריטית, תחולק הקולוניה לשתי מדינות נפרדות: הודו, בה יש רוב הינדי, ופקיסטן – בה יש רוב מוסלמי.³²⁹ החלטה זו דומה מאד להחלטת החלוקה שקיבל האו"ם להקים שתי מדינות נפרדות לשני העמים – היהודי והערבי-פלסטיני – בתוך תחומי ארץ ישראל/ פלסטנה המנדטורית.

בדומה למקרה הישראלי-פלסטיני, גם בהודו לא התקבל רעיון החלוקה בזרועות פתוחות. היו שקיוו, כמו גאנדי בזמנו, כי הקבוצות האתניות-דתיות השונות יצליחו לחיות יחדיו תחת שלטונה של מדינה אחת. עם הכרזת העצמאות של הודו הפדרלית בשנת 1947 החלו מהומות קשות, אשר הובילו לבריחה מאסיבית של הודים וסיקים מחד, ומוסלמים מאידך, אשר מצאו את עצמם "בצד הלא נכון" של הגבול המיועד בין שתי המדינות החדשות – הודו ופקיסטן. מספר הפליטים ההינדים (וגם מספר קטן של סיקים) אשר הגיעו להודו מפקיסטן בין השנים 1947-1952 הוא על פי ההערכה כ- 8,500,000. מספר המוסלמים שהגיעו לפקיסטן מהודו עמד על כ- 6,500,000 איש.³³⁰

בהסכם שנערך בין המדינות החדשות בשנת 1947, הודיעו שתיהן כי יפעלו לשמירה על נכסי הנפקדים ולהשיבם אל בעליהם החוקיים. במסגרת זו, לקחה על עצמה כל מדינה למנות אפוטרופוס לנכסי נפקדים.³³¹ יחד עם זאת – וחלוקות הדעות לגבי השאלה "מי התחיל קודם" – תוך זמן לא רב החלו המדינות להקשיח את עמדתן, לעשות שימוש בנכסי נפקדים בתוך תחומיהן לצורך שיקום פליטים שהגיעו אליהן, וכן להגביל את האפשרות להעביר רכוש או לקבלו בחזרה.³³² מקובל לראות את פקיסטן כזו אשר חרגה ראשונה מהוראות ההסכם,³³³ תוך שהיא מאמצת בתקנות מודל דו-שלבי אשר איפשר לא רק הפקעה של נכסי נפקדים, אלא גם העברת בעלות והקצאה מחדש של האדמות. התקנה הראשונה מילאה את ידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים להעביר את הנכסים שבהחזקתו ל"רשות שיקום". רשות השיקום, אשר הוקמה באותו יום על ידי תקנה אחרת, הוסמכה לרכז ולהקצות את הנכסים לאחרים. יחד, החוקים יצרו מנגנון משולב להפקעת נכסי נפקדים הינדים וסיקים בפקיסטן ולהעבירם לשם יישובם מחדש של פליטים מוסלמים מהודו.³³⁴ גם הודו אימצה מנגנון דומה, ככל הנראה, כתגובה ליצירתו בפקיסטן.³³⁵ מודל זה היווה השראה למנגנון שאומץ בסופו של דבר בישראל, ככל הנראה, גם בזכות פעילותו הנמרצת של זלמן ליפשיץ, מי שהיה יועצו של בן-גוריון לענייני קרקעות, וחבר בוועדה שהוקמה ביוני 1948 ביוזמת הקק"ל, אשר נועדה לבדוק את אפשרות יישובם מחדש של הפליטים במדינות ערב

³²⁸ גולן, לעיל, ה"ש 314, בעמ' 17.

³²⁹ J. Vernant, *The refugee in the post-war world* (Edinburgh, 1953), p.735. (להלן: ורנט).

³³⁰ ורנט, שם, בעמ' 745.

³³¹ ורנט, שם, בעמ' 754, וכן: Maren Zerriffi, *Refugee Compensation: selected cases and source materials*, prepared for the International Development Center (1999) [Retrieved August 15 2005 from:

<http://www.arts.mcgill.ca/MEPP/PRRN/biblio1.html>

(להלן: זריפי). ראה גם מאמרו של שכטמן (כפי שמובא אצל זריפי, שם):

Schechtman, Joseph B. "Evacuee property in India and Pakistan." **50 Years of Indo-Pak Relations: Vol. 1 Partition of India, Indo-Pak Wars and the UNO** edited by Verinder Grover and Ranjana Arora. (New Delhi: Deep and Deep Publications, 1999), p. 30, pp. 32.

לעיון בהוראות ההסכמים השונים שנכרתו בין הודו לפקיסטן בשנות עיצובן הראשונות ראה:

S. L. Poplai (Ed.), *Select Documents on Asian Affairs: India 1947-1950* (London, 1959), Volume II, p. 124.

³³² ראה אצל ורנט את הגרסאות השונות שנשמעו משתי הממשלות (ורנט, לעיל ה"ש 329, בעמ' 755-758, 761-764).

³³³ ורנט, שם, בעמ' 756; ראה גם זריפי, לעיל, ה"ש 331, וכן שכטמן, עמ' 33-34, כפי שמובא שם.

³³⁴ פורמן וקדר, לעיל, ה"ש 313, בעמ' 816.

³³⁵ זריפי, לעיל, ה"ש 331, וכן שכטמן בעמ' 33-34, כפי שמובא שם.

לאור התפתחויות אלה, בתחילת שנת 1949 הגיעו הודו ופקיסטן להסכם נוסף, אשר נועד להסדיר את הטיפול בנכסים, אשר חולקו לשלוש קטיגוריות – מיטלטלין, רכוש חקלאי ונכסי דלא-ניידי עירוניים. לגבי האחרונים הוסכם שהממשלות יהיו זכאיות להחרים, תוך תשלום פיצויים הוגנים לבעלים, ודמי שכירות עד להעברת הפיצויים אליהם בפועל. ברוב המקרים, כלל לא ברור אם הפיצויים ודמי השכירות אכן שולמו (ראה גם שכטמן, כפי שמובא שם, בעמ' 36-40).

השונות³³⁶. ליפשיץ ביקש לשכנע את הממשלה להפוך את ההוראות הזמניות המאפשרות שימוש בנכסי הנפקדים להוראות קבועות, כשהוא תומך יתדותיו, בין היתר, במודל הפקיסטני, ולשם כך הוא אף תרגם את החוקים הרלוונטיים לעברית³³⁷. על פי הצעתו של ליפשיץ, תהליך שיקומם של הפליטים הערביים מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל ימומן בחלקו באמצעות פיצויים שתשלם ממשלת ישראל לפליטים על הרכוש שנלקח מהם. רכוש זה נועד לעבור לרשותה של המדינה באמצעות החקיקה המתאימה אותה הוא הציע, בכדי לשמש לשיקומם של פליטי מלחמה יהודים ולקליטתם של עולים חדשים, מהם פליטי שואה, ומהם אנשים שמוצאם בארצות ערב והאסלאם, אשר נאלצו לעזוב את מקום מגוריהם שלא מרצונם³³⁸.

פורמן וקדר מציינים, כי יוזמתו של ליפשיץ הובילה לניסוח חוקים דומים לחוקים הפקיסטניים. הממשלה, אשר ביקשה לחוקקם לא באמצעות תקש"ח אלא דרך הכנסת בחקיקה ראשית, הובילה בשלב הראשון לחקיקת חוק נכסי נפקדים, ובשני – לחקיקת חוק רשות הפיתוח (העברת נכסים)³³⁹.

ליפשיץ הציג תימוכין נוספים לעמדתו. הוא חקר לעומק את בעיית הפליטים ואת שאלת יישובם מחדש במקומות שונים בעולם בשנים שבין מלחמות העולם, ואף הציג את הסדר בעיית הפליטים שעברו מתורכיה ליוון בשנת 1922, שהיה הראשון שהושג בנושא זה בין שתי מדינות, ועיגן תהליך של חילופי אוכלוסין בהסכם בינלאומי³⁴⁰. כמו כן, הוא תמך יתדותיו בכך שמדינות רבות בסיטואציות דומות, כמו תורכיה, יוון, בולגריה, צ'כוסלובקיה ועוד, נטלו לעצמן סמכויות נרחבות במטרה להשתמש בנכסי הנפקדים לצרכי המדינה, תוך אימוץ מנגנוני פיצוי שונים לבעלי הרכוש³⁴¹. אלה, יחד עם התקדים ההודי-פקיסטני, יצרו בסיס לפעולות הראשונות של ישראל, בדרכה לעצב את משטר המקרקעין בארץ.

בשולי הדברים כדאי להזכיר, כי על אף הדמיון בין המקרה הישראלי למקרים האחרים שהזכרנו, ובעיקר למקרה ההודי-פקיסטני, כל מקרה צריך להיבחן לגופו, על רקע הנסיבות המיוחדות אותו. בין הסיטואציות בהודו ובישראל קיים שוני מרכזי, והוא העובדה כי הפליטים שעזבו את הודו ופקיסטן למעשה יצרו "חילופי אוכלוסין" בין המדינות, כאשר הפליטים-הנכנסים לכל מדינה זכו בה לאזרחות, ונכסים שהותירו אחריהם הפליטים-היוצאים מהמדינה יכולים היו לשמש את הפליטים-הנכנסים. המקרה הישראלי, לעומת זאת, אינו סימטרי. הפליטים-היהודים-הנכנסים לישראל זכו בה לאזרחות, והגיעו למעשה אל מקום בו היו נכסים של פליטים-ערבים-יוצאים אשר הופנו לשיקומם. לעומתם, הפליטים-הערבים-היוצאים לא הגיעו אל מדינה עצמאית משלהם שכן לא הוקמה מדינה פלסטינית לצד ישראל בשנת 1948, ולפיכך הם לא נהנו מתמיכה ממשלתית שסופקה לפליטים כמו במקרים הקודמים³⁴². הבדלים אלה ראויים שייזכרו גם במסגרת השוואתית.

³³⁶ פורמן וקדר, לעיל, ה"ש 313, בעמ' 817-816. עד לחודש אוגוסט 1948 פעלה ועדה זאת ללא גושפנקא רשמית, תופעה, אשר כפי שמציין גולן, הינה אופיינית לתוהו ובוהו של תקופת מלחמה (גולן, לעיל, ה"ש 314, בעמ' 16).

³³⁷ גולן, שם, שם; פורמן וקדר, שם, בעמ' 816.

³³⁸ גולן, שם, שם.

³³⁹ פורמן וקדר, לעיל, ה"ש 313, בעמ' 817.

³⁴⁰ גולן, לעיל, ה"ש 314, בעמ' 16. ראוי לציין, כי כבר בשנת 1913 נכרת הסכם חילופי אוכלוסין בין תורכיה לבולגריה כנספח להסכם השלום ביניהן, אולם הוא לא עמד בפני עצמו, וחילופי האוכלוסין היו עניין שברשות, ולא עניין שבחובה. לעומת זאת, ההסכם בין תורכיה ליוון היה מקיף הרבה יותר, והורה על חילופי-אוכלוסין שבחובה. שני ההסכמים כללו הוראות לפיצוי המפונים, שהיו במעמד דומה לשל פליטים, בין היתר גם לגבי נכסי דלא-ניידי שלהם. עיקר הפיצויים היו כספיים. בחלק מן המקרים ניתנה אפשרות (גם אם קשה ליישום) למפונים למכור את נכסיהם הקרקעיים, ובמקרים מיוחדים הוסכם גם על החזרת הרכוש למפונים, אא"כ המדינה בתחומיה הם נמצאים כבר עשתה בהם שימוש לשיכון פליטים שהגיעו אליה (ראה זריפי, לעיל, ה"ש 331).

³⁴¹ סקירה מפורטת של מקרי מבחן לגבי פיצוי פליטים במאה העשרים נמצאת אצל זריפי, שם. סקירה זו כוללת את ההסכמים שבין תורכיה לבולגריה (1913, 1925), בין תורכיה ליוון (1914, 1923, 1930), בין בולגריה ליוון (1919), בין תורכיה לרומניה (1936), בין בולגריה לרומניה (1940), בין פולין לבריה"מ (1944), בין צ'כוסלובקיה לבין גרמניה, ברה"מ והונגריה (6-1945), בין הודו לפקיסטן (1948) ועוד. חלק מן ההסכמים מסדירים חילופי אוכלוסין מלכתחילה, אף שרובם מתייחס לפיצוי פליטים בדיעבד. ברוב המקרים מדובר בפיצוי כספי.

³⁴² על ההבדלים בין הסיטואציות ראה אצל פורמן וקדר, לעיל, ה"ש 313, בעמ' 810.

שער שלישי: היבטים חוקתיים הקשורים בסוגיות של מקרקעין והתיישבות

רוב חוקות העולם אינן כוללות התייחסות לקרקעות או להתיישבות. במדינות דמוקרטיות חופשיות, רק חלק קטן מקרקעות הארץ נמצא בבעלות או בשליטה של המדינה. מדיניות ציבורית בקשר לקרקעות נעשית באמצעות חוקי התכנון ואפשרויות של הפקעות לצורכי ציבור. כאשר החוקות קובעות הגנה על בעלות, הן מצרפות בדרך כלל דרישה כי לא תהיה הפקעה ללא פיצוי. סעיף כזה יכול להיכלל בפרק הזכויות. על סמך ניסיון זה, ניתן היה לחשוב כי גם בחוקת ישראל אין צורך לדון בסוגיות אלה על בסיס עקרונות חוקתיים.

אלא שמאפיינים ייחודיים של ישראל אכן תורמים למסקנה כי אף אם לא תיכללנה בחוקה הוראות בנושאים אלה – יש בהחלט מקום לדון בהן מנקודת המבט של ההסדרים החוקתיים. בנוסף, אם נרצה לכלול בחוקה הוראות בנושאים אלה, נצטרך להחליט באיזה מחלקי החוקה יש להציב אותן.

מאפיינים אלה התבררו בחומר המוצג כאן כמו גם בדיונים שלנו בעקרונות היסוד של החוקה. כבר בחומרים החוקתיים הקיימים של ישראל יש התייחסות לנושא, המשקפת את החשיבות הניתנת לו. כך, בהכרזת העצמאות מדובר על כך שהמדינה תעודד "התיישבות יהודית", ואין ספק כי רעיונות כגון גאולת הקרקע והפרחת השממה היו מרכזיים באתוס של התנועה הציונית שהובילה את המהלכים לקראת הקמת המדינה. רעיונות אלה עצמם הם אחד המוקדים החשובים של הסכסוך בין יהודים וערבים באזור ובישראל עצמה. ראינו כי משטר המקרקעין של מדינת ישראל מבוסס על בעלות ציבורית רחבה ועל שליטה של המדינה בקרקע. ראינו דגם כי משטר זה נובע לפחות בחלקו מן הנסיבות ההיסטוריות להקמת המדינה והתפיסה שלה כמדינת לאום של העם היהודי. ראינו גם כי הויכוחים בנושאים אלה מורכבים, ויש בהם היבטים הצופים פני עבר ותביעות לשיבה ולהשבה, וגם תביעות הנוגעות להווה ולעתיד. לבסוף, תיאורנו בהרחבה גם את המחלוקת בציבוריות הישראלית סביב הלכת קעדאן. גם מבחינה פורמלית – עקרון בעלות המדינה, וההכללה של קרקעות הקק"ל בתוך "מקרקעי ישראל" הם היום חלק מחוק יסוד. אמנם, החוק אינו משוריין, אבל ראינו כבר כי בעקבות חוקי 1992 ופסיקת בתי המשפט – כל חוקי היסוד קיבלו מעמד מיוחד. בדיונים בחוקה הוצאנו הוראות רבות מחוקי יסוד מכיוון שהן היו ממורטות מדי ואינן תואמות חוקה. יהיו אולי פרטים בחוק יסוד: מקרקעי ישראל שאינם צריכים להיות כלולים בחוקה. אולם לגבי העקרון עצמו – שאני.

ולבסוף, סוגיות הבעלות, ההקצאות והשימוש במקרקעין מעוררות בעיות רבות שנטען כי יש בהן פגיעה בזכויות אדם (בעיקר בזכות לשוויון אבל גם בזכות לבעלות).

לפיכך, העיון החוקתי בנושאים אלה משקף כמה מן המטרות של חוקה:

יש הוראות שנשקול להכניס לחוקה על מנת שלא יהיה לגביהן חשש של ביטול או פירוש מצמצם בשל התנגשות שלהן עם הוראות אחרות שאנו מניחים כי תהיינה בחוקה³⁴³. במקרים אחרים – יש הוראות שנרצה להכניס לחוקה על מנת לעגן ולתת נוקשות וחשיבות חינוכית לעקרון בסיסי (כגון, אולי, עקרון הבעלות הציבורית על הקרקע, שאנו סבורים כי הוא נהנה מהסכמה רחבה). במקרים אחרים, הכללת הסדרים בחוקה תהיה ביטוי לרצון לתת להם משקל מיוחד ונוקשות מיוחדת כלפי רוב מזדמן שאולי ירצה לשנות בעתיד את ההסדרים או את פרטיהם.

נדון בסוגיות המרכזיות אחת לאחת.

³⁴³ כאן רואים שוב את התלות בין חלקי החוקה. טעם זה של הכללת חומר בחוקה מבוסס על הנחה שלמחוקק עצמו אין המילה האחרונה לגבי פרשנות הוראותיה והמשמעות של פרשנות זו לגבי תקפות חוקים העוסקים בהיבטים של משטר המקרקעין. ראוי להזכיר כי חלק ניכר מן הנוהגים שלמשטר הקרקעים כלל אינם מעוגנים בחוק, אלא בהחלטות מנהל.

א. טענות היסטוריות והיהודיות של המדינה

הטענות ההיסטוריות לגבי הקרקעות הן ללא ספק חלק מרכזי מן המשקעים הקיימים בין יהודים וערבים בישראל, ולכן הרחבנו מאוד בהבאת הרקע לטענות אלה. הטענות אינן לגבי פרט זה או אחר אלא לגבי העיקרון עצמו. לפי תפיסת הערבים, לפני מלחמת העצמאות הם שלטו בארץ והיו בה רוב (למעט כמות מסוימת של קרקעות שנרכשה ועובדה על ידי יהודים, וגם זה לפעמים תוך מאבק בתושבים הערבים). כל קו ההתחלה של המציאות הקרקעית בישראל מבוסס לדעתם על נישול, ולכן יש לכלול בכל ברור ופיוס בין יהודים וערבים בישראל עצמה טיפול שורש בסוגית המקרקעין. כך, למשל, ערבים רבים סבורים כי לא יהיה צדק במשטר הקרקעות בלי השבה ממשית של נכסי הנפקדים והנכסים שהופקעו במסגרת החקיקה השונה בשנים הראשונות למדינה. כך וודאי לגבי הנפקדים הנוכחים וכך גם לגבי הנפקדים שהפכו פליטים. רעיון זה אינו מקובל כלל, בלשון המעטה, על המערכת הפוליטית בישראל. לטעמם, נקודת המוצא הנוכחית מבחינת בעלות היא נקודת מבט חוקית ותקפה מוסרית, ודיונים לגבי הקצאות ופיתוח עתידיים צריכים להיעשות במסגרת המשפטית הקיימת ובלי להתריס כלפיה.

בדרך כלל, הדיון אודות מקרקעין שנשטען לגביהם כי היו בבעלות קולקטיבית ערבית מעורר פחות רגשות מזה אשר מתייחס אל מקרקעין שהיו בבעלות של פרטים ערבים. אף שקיימות מחלוקות באשר להיקפם, אין חולק על כך שחלק ממקרקעי ישראל כולל נכסים שהיו בעבר בבעלות פרטית ערבית, ושהועברו לבעלות "רשות הפיתוח" דרך מנגנוני הטיפול בנכסי נפקדים. אמנם, מנגנונים אלה דומים מאד לכלים שעוצבו במדינות אחרות במציאות של מלחמה ופוסט-מלחמה, בכדי להתמודד עם קליטה של פליטים-נכנסים. אולם עובדות אלה אינן מסלקות לחלוטין את עומק הרגשת האבדן של ערבים לגבי קרקעותיהם, פרטיות וקיבוציות כאחד. באופן בלתי נמנע, טענות אודות "זכות השיבה" לפליטים הפלסטינים קשורות קשר הדוק גם לנושא הבעלות על מקרקעין בישראל, ולפיכך, הסדרה חוקתית של זה – אם תיעשה – חייבת לשקול בזהירות את השלכותיה האפשריות גם על היבט זה של הסכסוך הישראלי-ערבי. חשוב רק לציין כי המשפט הבינלאומי אינו נוהג להתערב בחוקי מדינות בנושאים כאלה.

סביר להניח כי אי אפשר יהיה להגיע לפיוס ממשי בין הקבוצות בלי התייחסות ישירה ומפורטת לנושא אדמות הנפקדים-פליטים, ובלי מנגנוני פיצוי אפקטיביים. אלא ששאלה זו אינה שאלה שהיא רק או אף בעיקר פנים ישראלית אלא שאלה הקשורה קשר עמוק לסכסוך היהודי ערבי בכלל והסכסוך היהודי-פלסטיני בפרט. לא סביר שיהיה לשאלות אלה מענה מספק לפני שיסתמן הסדר יציב בסכסוך היהודי-פלסטיני בן למעלה ממאה השנים, וסביר כי הסדר קבע ממשי יוכל להיות מגובש רק אחרי שיעשה איזון גם בין הרכוש שנעזב על ידי ערבים בישראל ורכוש שנעזב על ידי יהודים בארצות ערב הסמוכות.

מכל מקום, הנושא שלנו הוא הטיפול בנושאים אלה בחוקה לישראל המתגבשת כיום, על רקע המצב הקיים של הסכסוך.

דרך אחת לעקוף את המחלוקות ההיסטוריות האלה היא להימנע מלהתייחס לנושא הקרקעות בחוקה. לכאורה, בצורה זו כל הנושא נשאר עניין לחקיקה רגילה של הכנסת, במסגרת העקרונות הרגילים של כוחותיו של המחוקק הרגיל. ממילא, חלק ניכר ממשטר המקרקעין אינו עניין של חוקים אלא של החלטות מנהליות ונהלים ממשלתיים. אלא שפתרון זה עשוי להיות בעייתי בכמה מובנים. ראשית, יש מי שירצו דווקא לעגן בחוקה את המשטר הקיים, על מנת להחליש את הסכנה שחקיקה או פסיקה בעתיד יחלישו אותו. שנית, ובדומה, יש שירצו לכלול בחוקה התייחסות להיבטים של היהודיות של המדינה בהקשר מקרקעין והתיישבות, על מנת להחליש את האפשרות שהתפתחויות עתידיות תצמצמנה או תחלשנה יסודות אלה. מצד שני, יהיו שירצו להימנע מלכלול יסודות כאלה בחוקה, או להחליף אותם בהכרזות שוויוניות או אחרות, שתחזקנה את היכולת לעשות שימוש בחוקה כחוק-על על מנת להחליש השפעות של האידיאולוגיה הציונית בעתיד, ואף לעודד פתיחה מחדש של סוגיות שנסיבות הקמתה של ישראל אפשרו והכשירו.

למטה נתייחס לדילמה זו ביחס לסוגיות ספציפיות (כגון הלגיטימיות של משטר של נפרד אך שווה בנושא התיישבות, והשאלה אם לכלול אותו בחוקה). בהקשר של משטר הקרקעות הכללי והמחלוקת לגביה בין יהודים וערבים חשוב להבחין בין עבר ובין עתיד.

חוקה בזמן הזה וודאי אינה המקום לבסס פתיחה מחדש של סוגיות העבר בנוגע לזכויות במקרקעין. במציאות הפוליטית הנוכחית מגמה כזו אינה נראית מציאותית כלל ועיקר. גם לא סביר כי יהיה לחוקה כוח ממשי לגבי העבר בכיוון של הכשר של מה שנעשה לגבי הקרקעות. סעיפים בחוקה, כשלעצמם, לא יקבעו מה תעשה המערכת הפוליטית בישראל בנושאים אלה.

לגבי העתיד – ההכרעה היא בעיקרה אידיאולוגית וסמלית. כך הדבר הן לגבי הכללה או הימנעות מהכללה של התייחסות בחוקה וכך הדבר לגבי התכנים. ברור מאליו כי אם תהיה התייחסות לנושא זה בחוקה היא חייבת לכלול היבט של התייחסות שוויונית, לפחות בכל הנוגע לקרקעות ציבוריות ופעולת המדינה. מכיוון שלדעת הרוב ניתן ליישב שוויוניות בהקצאות עם פעולה לשמירה על הייחוד היהודי של המדינה – ניתן לשלב גם יסוד כזה בהתייחסות החוקתית. כך או כך, כאמור, ההתייחסויות החוקתיות לבדן לא תכרענה את המדיניות שתינקט בחוק ובמינהל. נחזור לשאלות אלה בצורה מפורטת יותר בהמשך.

המצב העובדתי הקיים היום לגבי מקרקעין מבחינת היחסים בין יהודים וערבים הוא ללא ספק תוצאה של יהודיותה של המדינה והרקע להקמתה כמדינה יהודית. המצב הוא תוצאה של המאמץ הציני לרכוש קרקעות, ואחר כך של המלחמה שפרצה בשל ההחלטה להקים את המדינה היהודית וההתנגדות של הערבים לה. השלכות נוספות של היהודיות של המדינה נובעות מן העובדה כי יש בישראל רוב יהודי, ולכן הרוב הזה שולט בהחלטות היסודיות הקשורות לניחול מקרקעי המדינה ותכנונה. הדבר בולט במיוחד בשל העובדה שחלק כה גדול מן הקרקעות בישראל נמצא בבעלות המדינה או בניהולה.

טענות אודות השפעת יהודיותה של המדינה על ההיבטים המרחביים בישראל נוגעות, בין היתר, בהבדלים בהקצאות קרקעיות שונות לצרכים שונים אצל שני המגזרים, תוך הבלטת העובדה כי איכות החיים הממוצעת במגזר הערבי נופלת בדרך כלל מזו שבמגזר היהודי. בחלק גדול מן המקרים קיים יחס ישיר בין פעולות או מחדלי המדינה במגזר זה לבין רמת החיים הירודה בו, אך בחלקם רובצת אחריות לא מבוטלת לפתחו של המגזר הערבי עצמו. חוסר שיתוף פעולה עם רשויות התכנון (אשר אינן נקיות מפגמים בעצמן), חוסר רצון או נכונות לקבל את תכתיבי החיים המודרניים, מאפיינים מסורתיים ודתיים של חלקים בחברה הערבית, וטינה על רקע לאומי, מחריפים את מצבו החומרי הירוד של מגזר זה מעבר למה שנגרם ישירות על ידי המדינה. מאידך, לעתים קרובות מובאת כראיה חותכת להשפעת היהודיות של המדינה על ההתיישבות העובדה כי בשנות המדינה לא קמו כמעט יישובים ערביים חדשים (למעט עיירות לבדואים), בעוד שהוקמו מאות של יישובים יהודיים שונים. זו אכן עובדה האומרת דרשני, וכל מי שחקר בנושא הגיע למסקנה כי יש צורך לבחון מקרוב את צורכי הפיתוח של המגזר הערבי ולדאוג לתת מענה הולם לצורכי הדור והפיתוח שלו. אלא שברור גם כי רמת הטיפול בסוגיות אלה צריכה להיות פרטנית, והיא בוודאי אינה נושא מתאים להוראות חוקתיות או הסדרה חוקתית.

כאמור, מצד אחד, היו שהציעו לכלול בפרק העקרונות הצהרות כלליות המדגישות את הקשר היסודי בין העובדה כי ישראל היא המדינה בה מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית ובין שליטה בפיתוח הארץ וביישובה. הם הציעו לכלול הצהרה מסוג זו המצויה בהכרזת העצמאות לפיה ישראל תעודד קיבוץ גלויות והתיישבות יהודית (או התיישבות יהודים). אחרים גרסו כי לא ראוי לעשות זאת, מטעמים שונים.

אלה הן שאלות אידיאולוגיות ופוליטיות, וראוי להן שיוכרעו מתוך משא ומתן בין נציגי הקבוצות השונות. הצהרות ברמות כאלה, כשלעצמן, ממילא אינן עוסקות באיזון בין שוויון אזרחי ובין יהודיותה של המדינה. כזכור, אחד הטעמים להכללת הכרזות על יהודיותה של המדינה בנושא זה קשורות לחשש, כי הכללה בחוקה של זכות כללית לשוויון, בלי התייחסות כזו, עלולה לא לאפשר לעשות את מה שנדרש על מנת לשמר יסודות התיישבותיים וקרקעיים, הקשורים לעובדה שישראל היא המדינה בה העם היהודי מממש זכותו להגדרה עצמית. בנושא זה נדון בפסקה הבאה.

ב. שוויון: זכות פרט או זכות קולקטיבית?

אין מחלוקת עקרונית, ואחרי בג"צ קעדאן גם אין מחלוקת משפטית, כי המדינה חייבת לנהוג בשוויון כלפי כל אזרחיה, וברמה מסוימת – גם כלפי כל תושביה. אלא שבקעדאן היה מדובר בזכותה של משפחת קעדאן, ולא בזכויות קיבוציות. דווקא הטענה של קציר הסתמכה על זכות קיבוצית של יהודים לחיות ביישוב שיש לו אופי יהודי. במלים אחרות, היהודיות של המדינה אינה מצדיקה אפליה. אולם מכך לא נובע כי היהודיות של המדינה במובן זה אינה מצדיקה התייחסות מובחנת ליהודים וללא יהודים מבחינות מרחביות ומבחינת זהות היישובים הקמים והקיימים בישראל. כך, השאלה אינה אם יהודיות מצדיקה אפליה אלא אם שוויון מחייב "עיוורון לאומים".

ואכן, לויכוח בעניין זכויות במקרקעין יש היבטים פרטיים וקיבוציים כאחד. כך, למשל, חלק מן הטענות המושמעות כלפי המדינה כראיה לחוסר שוויון או לתוצאות שליליות של יהודיותה של המדינה היא טענת חוסר השוויון בין יהודים וערבים בנוגע להחזקות (במובחן מבעלויות) בקרקע. חשוב לבחון היטב את הנתונים על ההחזקות בקרקע בפועל, שכן, כאמור, מובן פשוט וראשוני של שוויון או יחס נאות הוא כי קנה מידה מדריך לחלוקת קרקעות בין בני הקבוצה היהודית ובני הקבוצה הערבית יהיה חלקם היחסי באוכלוסיית המדינה. הזכות לבעלות היא אמנם זכות פרטית של בן הקבוצה (ובמישור זה קיים פער משמעותי לטובת האוכלוסיה הערבית), אך צדק חלוקתי בין הקבוצות יכול להשתקף גם בהעדר פער גדול וכולט בין חלקה של הקבוצה באוכלוסייה ובין החלק המצוי בשליטתה ותחת השפעתה הישירה מתוך קרקעות המדינה. אם נזניח את השליטה בשטחי המועצות האזוריות, מן הטעמים שפירטנו בהרחבה בגוף העבודה, יחס זה אכן נשמר פחות או יותר במציאות הנוכחית (עם הטיה קטנה לטובת הקבוצה הערבית דווקא). נכון, יחס זה כשלעצמו אינו סוף פסוק. יש לבחון במקביל גם נתונים נוספים כגון מרחבי התפתחות וכן שיוך של מרכזים תעשייתיים או מבני ציבור ליישובים שונים המשפיעים על רווחת הפרט, כפי שצינו קודם. יש גם לתת משקל מסוים לעובדה כי דפוסי המגורים המסורתיים של ערבים אינם מאופיינים בצפיפות גבוהה ובעיור גבוה. נראה לכן כי מספרים בלבד אינם מספיקים על מנת לנתח את המצב ולהעריך איזה סוג שינוי מתבקש בו. יחד עם זאת, טענה חשובה על חוסר שוויון בולט בהקצאות אינה נכונה והיא אף מטעה.

אם אנחנו לוקחים ברצינות את הקביעה כי אין מקום להתייחס לטענות ההיסטוריות, הרי שסוגית המקרקעין צריכה להיבחן מתוך נקודת מוצא של צורכי דיור בהווה, ובהינתן שלרוב האנשים – יהודים וערבים – אין קרקעות בבעלותם מעבר לאלה שמשמשים למגוריהם. אנשים צעירים המבקשים פתרונות דיור צריכים למצוא אותם במסגרת אפשרויותיהם הכלכליות תוך כדי זה שהם רוכשים זכויות בעלות או חזקה בקרקע מבעלים פרטיים או מן המנהל. אם כך יוצגו הדברים ייתכן שנגלה, כי הכורח וכוחות השוק היו מחייבים תושבים ערבים רבים להתגורר במרכזים עירוניים דווקא, ולהגיע לדרגות צפיפות דומות לאלה הקיימות במגזר היהודי. אנשים אמידים היו יכולים כמובן להמשיך בדפוסי החיים ה"ישנים" של בתים צמודי קרקע וצפיפות דיור נמוכה.

כך או כך, דווקא רמת הפירוט הזו ממחישה עד כמה הוראות החוקה, כשלעצמן, אינן נותנות מענה לסוגיות המהותיות.

הנתונים שהבאנו היו נתונים לגבי החזקות של פרטים, אבל הם מבוססים, כאמור בעבודה עצמה, על מציאות של הפרדה מרחבית גדולה. הסוגיה החוקתית איננה סוגית השוויון בין פרטים, אלא ההשלכות של זכויות קבוצתיות – הן הזכות להגדרה עצמית של יהודים והן הזכויות הקבוצתיות של ערבים (וקבוצות אחרות, כגון חרדים או אחרים, הרוצים באוטונומיה מרחבית קהילתית).

כאן מתעוררות כמה שאלות:

1. האם יש שטחים היסטוריים השייכים לקבוצות, מעבר למה שרשום על שם יחידה ונמצא בעיבודם או בחזקתם, ואשר בעלותם או חזקתם בהם צריכה להישמר?
2. האם יכולות הקבוצות ככאלה לרכוש שטחים חדשים?

3. בהנחה שיש שטחים "קבוצתיים" – מה נובע מעובדת היותם כאלה לגבי הקצאתם והשימוש בהם?

חלק גדול מן הבעיות כיום נופלות למסגרת שלוש השאלות האלה. כך הבעיה לגבי אדמות המריבה בין המדינה ובין הבדואים בנגב וכך לגבי קרקעות שהיו 'שייכות' לכפרים ערביים בבעלות קולקטיבית אבל לא עובדו בפועל, ו"נתפשו" על ידי המדינה בשלבים שונים של הסדרת הקרקעות. תת בעיה במסגרת זו שנמצאת כיום בדיון משפטי היא המעמד המשפטי של **אדמות הקק"ל** (ובתוכן אלה שנקנו על ידי מאנשים פרטיים ואלה שנקנו על ידי מן המדינה). קבוצה אחרת של קרקעות כאלה היא **אדמות הווקף**. קבוצה אחרונה, שאף היא עלתה לכותרות לאחרונה, היא אדמות השייכות לגופים כגון **כנסיות**.

גם אם נקבל כי בעלות פרטית צריכה להיות מכובדת על ידי המדינה (ואכן זה המצב המשפטי כיום) מתעוררת שאלה מי אמור לנהל אדמות המוחזקות עבור ציבור, ועל פי אילו קני מידה. למשל, האם מותר לקק"ל או לכנסייה או לשלטונות ווקף לא למכור אדמות או לא להחכיר אדמות לבני אדם מן הקבוצות? לגבי הקק"ל הבעיה מורכבת אף יותר מפני שהחוק קובע כי אדמותיה הן חלק מ'מקרקעי ישראל' ותנוהלנה על ידי המינהל, שהוא רשות של המדינה. בנוסף, להבדיל מן הגופים האחרים שיש להם אולי אתוס של הגבלת מכירה לזרים – אצל הקק"ל המדיניות הזו היא חלק מוצהר מתקנונה.

במובן מסוים, עקרון הבעלות הציבורית-מדינתית שנקבע בחוקי המדינה היה מאז ומתמיד עמום – האם הבעלות הציבורית היא אזרחית-מדינתית, ולכן החזקה ציבורית נעשית לטובת כל האזרחים והתושבים, או שמא היא החזקה ציבורית עבור יהודים בלבד? העמימות של הביטוי "ישראל" בהקשר זה מרכזית. אלא שנראה שהיום מובן כי **מדינת ישראל** שונה מעם ישראל, וכי עקרון הבעלות הציבורית והניהול הציבורי של המדינה חייב להיות מפורש כעקרון של העדר הפליה בין פרטים ובין קבוצות של אוכלוסייה בישראל.

עדיין נותרות שתי שאלות: האם מותר למדינה, בשל היותה המקום היחיד בעולם בו יהודים ממשיים זכותם להגדרה עצמית מדינתית, להעדיף אינטרסים קבוצתיים של יהודים על פני אלה של לא יהודים ובעיקר ערבים? והשנייה היא, האם כללי חוסר ההפליה חלים גם על בעלות קבוצתית שאינה של המדינה? ולענייננו – האם יש צורך להתייחס לשאלות אלה בחוקה?

טבעי כי מי שרוצה לתת תשובה חיובית לשאלה הראשונה יהיה מוכן לשקול הכללת הוראה ברוח זו בחוקה, בעוד שמי שרוצה לתת לה תשובה שלילית יתנגד לכך בכל תוקף. השאלה היא לכן שאלה אידיאולוגית-פוליטית. אני רוצה רק לחזור ולומר כי עמדתו של מי שתומך בתשובה חיובית לשאלה הראשונה ורוצה להכליל הוראה כזו בחוקה אינה חייבת להיות שבמקרה זה זכותם של היהודים כקבוצה גוברת גם על זכויות הפרט של ערבים. אני, למשל, מחזיקה בעמדה כזו אך מצדדת גם בשוויון מלא לערבים כפרטים (וגם היבטים מסוימים של זכויות קיבוציות לערבים, כמפורט בפרק על זכויות קיבוציות של מיעוטים). מובן כי תהיה לי ולשכמותי מחלוקת עם אלה הסבורים כי לא ניתן ליישב שוויון לערבים עם הכרה בהשלכות העובדה כי ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי.

לגבי השאלה השנייה דומני כי מקובל שהחזקות עבור קבוצה – לאומית או דתית – כאשר הן נעשות על ידי גוף פרטי- הן לגיטימיות³⁴⁴. לגבי הקק"ל השאלה מעורבת שכן חלק מן הקרקע שנרכשה על ידי הקק"ל הועברה לה על ידי המדינה, קרקעות הקק"ל מנוהלות על ידי המנהל, ולקק"ל יש לכן נציגות גבוהה מאוד במועצת המנהל, כפי שפירטנו בשער השני. נראה אם כן, כי הניהול הנוכחי של קרקעות הקק"ל מכביד מאוד על היכולת לראות אותן כקרקעות המוחזקות עבור קבוצה בנאמנות פרטית. סביר כי שאלות אלה תתבררנה בעתירות תלויות ועומדות וגם במימוש קווי מדיניות המציעים שינוי בצורה בה מנוהלות הקרקעות של הקק"ל. קשה לנקוט עמדה מופשטת וכללית בסוגיות אלה, ולא נראה סביר כי נכון לעשות את הדבר בחוקה, בעיקר משום שנראה כי התקופה מבושרת שינויים משמעותיים בהסדרים הקיימים, ולא נכון לעגן בחוקה הסדרים שכבר היום אנו יודעים כי נכון לשנותם.

³⁴⁴ זו סוגיה מורכבת שלא עסקנו בה אגב הדיון בפרק העקרונות בחוקה, ואין לי היכולת להיכנס אליה עתה.

ג. ביטוי טריטוריאלי לחיים קהילתיים?

כיום, הביטוי הטריטוריאלי לחיים קהילתיים הוא חלקי ונובע מן ההפרדה הגדולה בפועל בין יישובים יהודיים וערביים. בעוד שיישובים יהודיים מוקמים חדשות לבקרים, ההתפתחות ביישובים הערביים היא בעיקר בדרך של התרחבות במסגרת המשבצות המקומיות הקיימות. בחלקים שונים של הארץ יש רצף של יישובים יהודיים ובחלקים אחרים (כגון המשולש) נוצר רצף של יישובים ערביים. האם רצוי לאפשר, כעניין של מדיניות, יצירת רצפים כאלה? האם מותר לישראל לנסות לשבור רצף ערבי על ידי הקמת יישובים יהודיים באזור שיש בו ריכוז ערבי? האם מותר ליישובים יהודיים, בכלל או בתנאים כאלה, לנקוט צעדים שימנעו את הפיכת היישובים לזו לאומיים או ליישובים בעלי רוב ערבי?

ברמה מסוימת, זו שאלה של תכנון ושל מדיניות של פיזור אוכלוסיה והיא אינה שאלה חוקתית. אולם ברמה אחרת יכולות להיות לה משמעויות חוקתיות, בעיקר במישור היחסים בין שלטון מקומי ושלטון אזורי, וככלי להרחבת אוטונומיה לקהילות תרבותיות מובחנות. היגיון זה עומד ביסוד פסיקת בית המשפט בעניין יישובים לקהילות מובחנות. אולם ההיגיון יכול להיות מורחב גם לשטחים שמחוץ ליישוב זה או אחר. תנועה בכיוון זה נעשתה בדו"ח דברת, המציע כינון **מרחבים אזוריים**.

הדבר מעורר סוגיות עמוקות של מהות הדמוקרטיה והיחס בין דמוקרטיה קהילתית השתתפותית ברמת היישוב והאזור והשפעתה על איכות השלטון ברמה הארצית. יש מדינות רבות, שיש בהן מסורת דמוקרטית יציבה, שבה יחסי הגומלין בין הרמה המקומית והארצית הם חלק מרכזי ממהות הדמוקרטיה. בעיקר הדבר נכון כאשר החברה בה מדובר מגוונת מאוד, ומבנים פדרליים או מעין-פדרליים במסגרת המדינה יכולים לאפשר מידה רבה של שילוב בין לכידות אזרחית כללית ובין ייחוד או שונות ברמה הקהילתית. מבנים כאלה יכולים גם להרחיב את קשת הפתרונות בנושאים של ייצוג, סמלים ושפה שעסקנו בהם.

אם רעיון זה ייראה מתאים – צריך יהיה לעבד אותו גם ברמה המשטרית. החוקה, במקרה כזה, תכלול הסדרה מחודשת של היחסים בין שלטון מרכזי ושלטון מקומי (שכיום נוטים מאד לטובת השלטון המרכזי). ניתן לבחון גם הכנסת יסוד של איזור מבחינה תרבותית, שיהיה לו גם שיקוף באלמנט אזורי בשיטת הייצוג בכנסת.

אלה הן שאלות יסוד של מדיניות שיכולות בהחלט להיות להן השלכות חוקתיות, ואף סביר שתהיינה להן השלכות כאלה. הבעיה היא כי בישראל כרגע מנסים לדון בשאלות אלה בלי הקשר חשיבתי כולל. יש החלטות על מיקומם של יישובים חדשים שבחלקם נועדו למנוע רצף ערבי. בית המשפט לא נקט עמדה לגבי מדיניות כזו ולא היה דיון ציבורי רציני לגבי השלכותיה. לכן גם לא היה דיון משפטי או ציבורי לגבי ההשלכות האפשריות של מדיניות מרחבית כזאת על מדיניות הדרה של פרטים מקהילה אחת מיישובים של קהילה אחרת. במציאות הישראלית הבעיה מתחדדת כי אין סימטריה בין הקהילות. למרות שהרצון לאוטונומיה והתבדלות קיים בהחלט בשתייהן – רצון של פרטים לחצות את קווי הקהילות הוא בעיקרו חד-כיווני.

המתח החוקתי התעורר בעיקר בשל החלטות כגון החלטת בית המשפט בעניין **קעדאן**, שאת גלגוליה וההתדיינות לגביה פירטנו בשער השני. יש הסבורים כי בהעדר הוראה חוקתית מפורשת, החלטת בית המשפט מבססת את הטענה כי אין זה חוקי להקים יישובים קהילתיים המתוכננים כיישובים יהודיים. אני עצמי איני סבורה כי זוהי הפרשנות היחידה של ההחלטה, אולם אין ספק כי יש הסבורים כי זו אכן פרשנותה. מי שסבור כי פרשנות זו מבטאת מצב משפטי בלתי רצוי בישראל (כמוני) יכול לתמוך בהוראה חוקתית שתקבע במפורש כי הקמת יישובים שאינם תרבותי מתוכנן מראש להיות יהודי-עברי היא מטרה לגיטימית במדינה היחידה בעולם שבה מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית. מובן מאליו כי אמירה זו אינה פוגעת בחובת המדינה לדאוג להסדרי מגורים נאותים לכל האנשים החיים בה, ולכבד את משאלותיהם הטבעיות לחיות חיים שיש בהם ביטוי מרחבי לתרבות הקהילה אליה הם משתייכים. דבר זה נכון במיוחד לגבי קהילה ילידית כגון זו של הערבים החיים בישראל.

ז. סוף דבר

הסקירה שערכנו בעבודה זו מגלה בעיות סבוכות של יחסי גומלין בין ויכוח על בעלות, העדר תכניות מתאר ותכנון מאושרות, בנייה בלתי חוקית כדפוס ועוד. אין ספק כי המכלול הטעון הזה אינו משקף מציאות טובה. אלא שזה בדיוק סוג הבעיות האמיתיות והחשובות שחוקה (ובהרבה מקרים גם חוקים רגילים) אינה יכולה לפתור. הסוגיות הללו מצטרפות לאלה שסקרנו בשער זה, אשר גם לגבי מרביתן אין מקום בהסדרה החוקתית של משטר המקרקעין בישראל. ברור כי משהו בתהליכים המובילים או המשמרים קשיים אלה אינו תקין (ואף אינו חכם) באופן עמוק. אלא שמלאכת החוקה אינה יכולה לעסוק בפרטים כאלה אלא רק להזכיר שוב כי בנושא זה לא די לדבר על שלטון החוק אלא יש לבחון כל סוגיה לפרטיה, מתוך פרספקטיבה רחבה של צרכים ושל מענה מספק להם, גם אם לשם פתרון ייזרשו שינויים חקיקתיים כאלה ואחרים. מלאכה זו היא מלאכתו של בית המחוקקים, ואין הדבר מתפקידיה או מסמכויותיה של ועדת החוקה או של הכנסת בכובעה כ"אסיפה מכוננת".

הצעות לגבי הוראות חוקתיות בנושא זה כלולות בהצעה לפרק העקרונות המוגשת לוועדת החוקה וליו"ר הכנסת בסיום השלב הראשון של המהלך החוקתי. דברי ההסבר להצעה מקשרים בין הוראות ההצעה ובין הסוגיות שנדונו בהרחבה בחומרי הרקע ובדיונים בוועדה.