

בזכות ההתחשבות בחוברי קרקע חקלאית

חיים זנדברג *

1. עתירת הקשת הדמוקרטית המזרחית והביקורת נגד העדפת החוכר החקלאי

בשנה האחרונה התעורר במלוא עצמתו דיון ציבורי אודות גורלן של אדמות החקלאים. תרומה מכרעת לעצמתו של הדיון יש לזקוף לזכותה של עמותת "הקשת הדמוקרטית המזרחית", אשר עתרה לבית המשפט העליון בתביעה לבטל החלטות של מנהל מקרקעי ישראל, שעניינן שינוי ייעוד של קרקע חקלאית.¹ העתירה מעוררת סימן שאלה באשר לשלוש הטבות הניתנות לחוכר החקלאי וגלומות, באופן עקרוני, בחלק מן ההחלטות המותקפות: ראשית, שיעור הפיצוי שמוענק לחוכר קרקע חקלאית בגין ביטול תווה החכירה החקלאי.² שנית, שיעור ההנחה הניתנת לחלק מחוכרי הקרקע החקלאית, כאשר הם רוכשים זכויות חכירה בייעודה החדש של הקרקע.³ שלישית, זכות הקדימה המוענקת לחוכר החקלאי לרכישת הזכויות בייעודן החדש.⁴

עותרי הקשת המזרחית אינם שבעי רצון ממדיניות ה"הפשרה" של קרקע חקלאית לשימושים בלתי חקלאיים. מדיניות זאת מכרסמת את מרחב השטח הפתוח הירוק של המדינה ופוגעת

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר וחבר הסגל הקבוע, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. גרסה קודמת של מאמר זה התפרסמה בהמשפט 12 (2001).

1 בג"צ 244/00 **הקשת הדמוקרטית המזרחית נ' שר התשתיות הלאומיות** (טרם פורסם), תקדין עליון 2000(2) 1927 (להלן: העתירה). העתירה עודנה תלויה ועומדת. נוסחים מוקדמים של חלקים מרשימה זאת הוגשו כנייר עמדה למשרד עורכי הדין ש' בירן, המייצג חלק מן המשיבים בעתירה (גרנות אגודה חקלאית מרכזית בע"מ, מושבי השרון ועמק חפר אגודה מרכזית שיתופית בע"מ והקיבוצים מעלה התמישה, נחשון, צובה וצרעה). חלק מתוכנה של הרשימה צורף כנספח י' לתגובתם של משיבים אלה לעתירה.

2 ההחלטות שביטולן התבקש הוגן החלטות מספר: 533, 611, 717, 727 ו-737.

3 לפי החלטה מספר 727 מיום 3.7.95, אשר תוקנה לפי החלטה מספר 751, זכאי חוכר בתנאי נחלה שחוזה החכירה שלו בוטל, לפיצוי בשיעור של 27% (במרכז הארץ) מתקבולי המנהל כפי שיתקבלו בפועל משיווק הקרקע שייעודה שונה במכרז. ראו ג' ויתקון **החלטות המנהל – נוסח משולב של החלטות מועצת מקרקעי ישראל** (1999) 136.

4 החלטה מספר 737 מיום 17.12.95 קבעה כי חוכרי מגרשים חקלאיים שהוחכרו לצורך הרחבה למגורים ישלמו דמי חכירה מהוונים מופחתים בשיעור 66% מערך הקרקע (במרכז הארץ), שיוכרו כמלוא דמי החכירה מהוונים בשיעור 91%. שם, בע' 157. החלטה מספר 717 מיום 20.6.95 קבעה כי בגין החכרת קרקע חקלאית לקיבוץ לצורך "מפעל" ישולמו דמי חכירה מהוונים בשיעור של 51% מערך הקרקע. שם, בע' 146.

5 החלטה מספר 737 קובעת כי הגורם המוסמך ביישובים חקלאיים ליוזם תכנית להרחבת השטח המיועד למגורים, להמליץ על זהות חוכרי המגרשים למגורים ולפנות את המגרשים המיועדים להרחבה "מכל חפץ ואדם" היא האגודה השיתופית.

באיכות החיים והסביבה של כל תושבי המדינה.⁶ יחד עם זאת, טענתם העיקרית של העותרים היא שגם אם ראוי להפשיר קרקע חקלאית,⁷ אין כל הצדקה להקצות את הזכויות בקרקע לאחר שינוי הייעוד, דווקא לחוכריה המקוריים, שכן אלה קיבלו את הקרקע כפיקדון לשם ניצולה החקלאי בלבד. כעת, משטר טעמו של השימוש החקלאי, עליהם להחזיר את הפיקדון למדינה, כפי שנקבע בהחלטות מנהל מקרקעי ישראל ובחוזי החכירה של הקרקע החקלאית. העותרים סומכים עמדתם זאת במיוחד על החלטה מספר אחת של מועצת מקרקעי ישראל מיום 17.5.1965, הקובעת, בין היתר, כי:

"בהסכמי חכירה של קרקע חקלאית ייקבע כי עם שינוי ייעודה של קרקע חקלאית לייעוד אחר, יבוא הסכם החכירה לידי גמר והקרקע תוחזר למינהל מקרקעי ישראל".

גם היועץ המשפטי לממשלה הביע בעבר עמדה דומה, כאשר קבע כי:

"הרציונאל העומד בבסיס מצב דברים זה הוא, כי הקרקע ניתנת כפיקדון לצורך עיבודה. משחולל הפיקדון לשמש למטרתו המקורית – עיבוד חקלאי של האדמה על ידי המתישבים – עליו להיות מוחזר לבעליו. זו הייתה התפיסה לאורך שנים רבות, והיא נבנתה על יסודות של אידיאולוגיה ואתוס"⁸.

העותרים טוענים, אפוא, כי מדיניות מנהל מקרקעי ישראל, המעדיפה את הקצאת הקרקע החקלאית שהופשרה לחוכריה, היא מדיניות בלתי שוויונית ובלתי סבירה ויש בה כדי לגרום לאי־צדק חברתי. מדיניות זו מעדיפה את המגזר החקלאי, אשר "לא תרם במאומה לעליית ערך הקרקע עקב הפשרתה"⁹, על פני "תושבי עיירות פיתוח, מזרחיים וערבים"¹⁰. היא מעניקה לחקלאים "מתנות יקרות ערך" ומונעת מכלל האוכלוסייה את האפשרות להשתתף במכרז, בחלוקה¹¹. העדפת החוכרים אינה שוויונית גם משום ששוויה של ההטבה לחוכר מושפעת מן הנתון השרירותי של מיקומה הגאוגרפי של הקרקע המופשרת. "מה סומק דמם של חברי קיבוץ גליל ים על פני חברי קיבוץ מנרה שבגבול הצפון? ומה סומק דמם של אלו מדמם של תושבי קריית שמונה?", שואלים העותרים¹².

6. לעיל הערה 1, בסעיף 40 לעתירה.

7. שם, בסעיף 46 לעתירה מודים העותרים כי "אין חולק ואך טבעי הוא כי דרישות פיתוח, התרחבות האוכלוסייה וצרכים רבים אחרים מחייבים לעתים שינוי ייעודה של קרקע חקלאית".

8. א' רובינשטיין "מגמות במדיניות הייעוץ המשפטי לממשלה בנושאי מקרקעין" קרקע 48 (תש"ס) 9, 10.

9. לעיל הערה 1, בסעיף 58 לעתירה.

10. שם, בסעיף 102 לעתירה.

11. שם, בסעיף 115 לעתירה.

12. שם, בסעיף 59 לעתירה.

2. נקודת המבט של "החקלאי קשה היום"

בית המשפט העליון טרם הכריע בעתירה. אף על פי כן, טענות העותרים זכו לאחרונה לתהודה תקשורתית רבת עצמה. העותרים מצאו מקום גם להפגין את מחאתם החברתית בפומבי. טענותיהם עשויות לשבות את לבו של כל מי שאינו משתתף בחלוקת "המתנות". ד"ר סנדי קדר, מדובריה הבולטים של הקשת המזרחית, היטיב לבטא את תמצית תחושת העותרים בריאיון ב"מעריב"¹³:

"לאחד אתה נותן קרקע חינוך והשני צריך לעבוד שנים כדי לשלם משכנתא. אם כל אלה שמשלמים משכנתא היו מתעמקים בנושא, אני בטוח שהם לא היו נשארים אדישים כלפי התופעה".

אכן, מי פתי להישאר שווה נפש כלפי מעשי "גזל ושוך קרקעות"? מי אינו רוצה לקבל אף הוא קרקע בחינם? אלה מאתנו שלא זכו לחכור קרקע חקלאית עשויים להביט בקנאה ובערגה אל עבר החברים הכפריים, אשר צפויים להפוך למיליונרים. התחושה כי "הדשא של השכן ירוק יותר" היא תחושה אנושית מוכרת. דווקא נוכח הנטייה הטבעית לנהות אחר תחושות הבטן האינטואיטיביות שמעוררים העותרים, מן הראוי להקדיש מחשבה נוספת לנקודת מבט, המזמינה ביקורת על גישת העותרים, נקודת מבטו של החוכר החקלאי. דומה שהאוזן הציבורית אינה קשובה דיה לעמדה זאת, שהרי החוכר החקלאי נתפס, לפחות מנקודת מבטם של העותרים, כ"איש הרע" ולא כ-Underdog.

העותרים אינם רואים לפנייהם את "החקלאי קשה היום"¹⁴, אלא "בעל קאפיטל של נכס גדול"¹⁵, איש עידן "הספקולציה הפוסט ציונית"¹⁶, מי שמקדיש את כל זמנו ומעייניו "בפגישות עם סוחר קרקעות"¹⁷ ומיוצג על ידי עורכי דין מן השורה הראשונה¹⁸. ניסיון לשמוע את קולו של ה"חקלאי קשה היום" אינו קל, אך חיוני לצורך ניהול ויכוח ציבורי מאוזן. לדידו של החוכר החקלאי, דווקא בהעדפת החוכרים, שהחזיקו בקרקע חקלאית במשך עשרות שנים, עבדו אותה ושמרו עליה, לעתים כחוד החנית החברתי ובאזורי ספר, יש משום עשיית צדק חברתי. לדידו של החקלאי לא ניתן להתעלם מן הזיקה שנוצרה במשך עשרות שנים בין החוכר החקלאי לבין נחלתו, שהייתה מקור פרנסתו וגאוותו, אולי אף

13 ד' לביא "הכסף הגדול נמצא בקרקעות" **מעריב** 7.7.2000 (עותק שמור במערכת).

14 **לעיל** הערה 1, בסעיף 60 לעתירה.

15 **שם**, בסעיף 38 לעתירה.

16 **שם**, בסעיף 52 לעתירה.

17 **שם**, בסעיף 69 לעתירה.

18 נציגים של המגזר החקלאי מיוצגים בעתירה, וגם יוצגו בעבר, על ידי משרדים גדולים של עורכי דין וביניהם משרד עורכי דין ד' ויגלס (המייצג תנועות קיבוציות), ומשרד עורכי דין ש' בירן (שמייצג קיבוצים ומושבים באזור ירושלים ועמק חפר). התדמית של לקוח המיוצג על ידי משרד עורך דין יוקרתית אינה תורמת לתדמיתו של "החקלאי קשה היום". יחד עם זאת, בל נשכח כי הארגונים הגדולים שמיוצגים על ידי עורכי הדין, אינם אלא כוח קיבוצי של אלפי חקלאים, שרבים מהם קשי יום. ראו בהקשר זה גם ו' לוי-ברדולי "העניים הסמויים מן העין" **הארץ** 15.9.2000.

גאוות הציבור כולו, בימים טובים יותר. לדידו של החקלאי אין זיקה זאת שונה מן הזיקה הנוצרת בין החוכר העירוני לדירתו. לדידו אין להתעלם מן התרומה שתרמו חוכרי קרקע חקלאית, משך השנים, לטובת הציבור כולו וכחיל חלוץ מטעמו, לשמירת הקרקע החקלאית.¹⁹ החלוצים של אתמול, כמו החלוצים של היום, קיוו לעתיד טוב יותר. אף אחד לא הבטיח להם עתיד כזה. יחד עם זאת, בוודאי קיוו כי יגיע עתיד כזה. עתה, משהגיע, כלום נכון ליתן לאחרים ליהנות מפירות עמלם כרוכבים חופשיים (Free Riders)? איזו השלכה תהיה לכך על החלוצים של ההווה? איזה מסר משגרות תחושות הבטן השליליות המשודרות כלפי בני גליליים או רמת רחל, לבני מנרה וקריית־שמונה? מה בדיוק צפוי לנכסיהם של אלה בעתיד אם, כפי שכולנו מקווים, יגיעו אל המנוחה והנחלה ושווי קרקעותיהם יעלה? מהפכת הקשת המזרחית מבקשת לחולל "סדר חדש" ולהפנות את רכושם של ה"מייסדים" אל ה"מהגרים" וה"ילידים" (או ה"מקומיים")²⁰. מי לדידו יתקע שבעתיד לא תעתר קבוצה אחרת כדי לחלק מחדש את הרכוש שצברו ה"מהגרים" שהתמסדו והפכו ל"וותיקים"? מניעתה של "מהפכה" מעין זאת, היום ובעתיד, היא בדיוק מטרתו של השריון החוקתי של זכות הקניין: מניעת הפגיעה הקונוקטוראלית של קואליציה זו או אחרת בקניין שנרכש ופותח במשך השנים.²¹ שיטה שתאפשר היום לפגוע בחוכר החקלאי, עלולה לפגוע מחר בחוכר האקדמאי,²² ומחרתיים – במרחבי "בנה ביתך" של עיירות הפיתוח.

שתי נקודות המבט שנסקרו לעיל הן עניין לוויכוח ציבורי נוקב. המחלוקת נותרה בעינה גם לאחר שדווח על מסירת המלצותיה של ועדת מילגרם.²³ ניתן למצוא בהן פנים לכאן ולכאן, מי לפי השתייכותו המעמדית או הפוליטית, מי לפי השקפת עולמו החברתית ומי לפי מיקומו הגאוגרפי או עיסוקו. יחד עם זאת, אין הן כה ברורות וחד־משמעיות כפי שסבורים עותרי הקשת המזרחית. מטרתה של רשימה זאת להצביע על ארבע פרשיות, אשר הלקחים העולים מהן עשויים לתמוך במדיניות המקנה עדיפות, למי שחכרו במשך עשרות שנים קרקע חקלאית, להמשיך ולנצל לאחר שינוי ייעודה. שלוש מן הפרשיות מקורן בדוגמאות מההיסטוריה הקרובה של ארץ ישראל, שבהן עמדה על הפרק הפרטה של זכויות השלטון בקרקע חקלאית, ואילו הפרשייה הרביעית עניינה פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם משנת 1986 בדבר חוקיותה של חקיקה אנגלית, שהעניקה לחוכרים זכות קדימה לרכישת

19 ראו למשל, ב' ניר "מיהו באמת עושק הקרקעות" **הארץ** 3.9.2000.

20 טרינוולוגיה זאת מופיעה במסמך שצורף לעתירה: א' קדר וא' יפתחאל **הקרקעות החקלאיות בישראל לקראת סוף האלף: היבטים היסטוריים, משפטיים וחברתיים** (1999) 8, 31. על הבחנה זו חזרו גם בריאיון עיתונאי. ראו א' סויסה "הראש באדמה" **כל העיר** 15.9.2000. רעיונותיהם התפרסמו גם בא' יפתחאל וא' קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" **תיאוריה וביקורת** 16 (2000) 67.

21 ראו א' פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית" **משפטים** כח (תשנ"ז) 621, 643 ואילך.

22 אכן, דובר תנועת הקשת המזרחית צוטט לאמור: "לא ייתכן שכאשר משנים ייעוד של קרקע – מקרקע למטרות אקדמיות לקרקע לעסקים – הכסף לא חוזר לבעלי המקוריים של הנכס, למדינה". מתוך ע' שרביט "מגדל שן הזהב" **הארץ** – **נדל"ן** 19.11.2000.

23 ראו למשל, א' גולן "בדרך למדיניות קרקע סבירה" **הארץ** 21.12.2000; ז' מאור "המלצות ועדת מילגרם: המרוויחים והמפסידים" **הארץ** – **נדל"ן** 24.12.2000.

הבעלות מן המחכיר. הדוגמאות שאביא להלן יצביעו על כך שמדיניות כזאת לא זו בלבד שאיננה בהכרח גורמת לאי-צדק חברתי, אלא שיש בה כדי לקדם צדק חברתי.

3. תניות שימור הקרקע החקלאית ודין המחלול – הלחץ ההיסטורי

אפתח בדמיון שקיים בין מדיניות שמירת הקרקע החקלאית של מנהל מקרקעי ישראל לבין מדיניות הענקת זכויות בקרקע חקלאית, שהייתה נהוגה בתקופת השלטון העותמאני. אז כהיום, הבעלות ברוב המקרקעין בארץ ישראל הייתה של השלטון. רוב המקרקעין הניתנים לניצול בארץ ישראל העותמאנית, גם אם הוחזקו על ידי פרטים, היו מן הסוג השיורי שבו הבעלות שייכת לשלטון ("מירי")²⁴. בדומה לאיסור העברת מקרקעי ישראל, כך אסור היה להעביר את הבעלות במקרקעי השלטון ("רקבה") גם בתקופה העותמאנית. במקרקעין אלה ניתן היה לרכוש, תמורת תשלום שוויים ("בדל מת'ל")²⁵ זכות להחזקה, לשימוש ולאכילת פירות ("תצרוף")²⁶. לא ניתן היה לרכוש במקרקעי השלטון זכות טובה יותר, כפי שלא ניתן לרכוש במקרקעי ישראל זכות טובה מחכירה. בדומה למדיניות שמירת הקרקע החקלאית, שעליה סומכים העותרים, יצר גם המחוקק העותמאני קשר הדוק בין החזקת המקרקעין ועיבודם החקלאי לבין האפשרות להיות בעל זכויות בהם. כך למשל, מי שהחזיק ועיבד מקרקעין מסוג מירי במשך עשר שנים ברציפות, יכול היה לרכוש בהם זכויות מכוח התיישנות, ללא צורך בתשלום כלשהו לשלטונות²⁷. הגישה לפיה, המחזיק ומנצל מקרקעין זכאי לזכויות בהם, באה לידי ביטוי גם באפשרות לרכוש זכויות במקרקעין עזובים ובלתי מנוצלים ("מוואת")²⁸ באמצעות הכשרתם על ידי הפרט לניצול חקלאי ("אחיאא")²⁹. גם ההיבט השלילי של הקשר בין הייעוד החקלאי לזכויות המחזיק במקרקעין, לפיו נשללות הזכויות במקרקעין

24 מ' דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל (מהדורה שנייה, תשי"ג) 46; א' גרנובסקי המשטר הקרקעי בארץ-ישראל (תש"ט) 83. וכן ח' זנדרברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל (תשס"א) 111-114.

25 דוכן, שם, בע' 429.

26 שם, בע' 78.

27 סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמאני, 1858 (להלן: חוק הקרקעות העותמאניות) קבע כי מי שהחזיק ועבד קרקע מירי עשר שנים רצופות בלי ערעור יש לו בה זכות של חזקה (פרסקיפציה) ונותנים לו שטר טאבו חנם. שם, בע' 476.

28 קרקעות עזובות ובלתי ניתנות לניצול חקלאי, אשר ריחוקן ממקום יישוב הוגדר כדלקמן: מקום שקולו של אדם העומד בקצה היישוב הקרוב אינו מגיע עדיו. המשמעות הקונקרטית של אמת מידה זאת הייתה מרחק של מייל וחצי או מהלך חצי שעה ממקום היישוב. ראו סעיף 1270 למגילה, ספר החוקים האזרחיים העותמאני, סעיפים 6, 103-105 לחוק הקרקעות העותמאני וכן דוכן, שם, בע' 47.

29 סעיף 103 לחוק הקרקעות העותמאני כפי שנוסח לפני תיקונו בשנת 1921. המחיה מקרקעי מוואת היה זקוק לאישור השלטונות אך אם לא קיבל את האישור מראש יכול היה לרכוש את הזכויות תמורת בדל מת'ל, אם הודיע על כך לשלטונות בסמוך לאחר ההחייאה. ראו ע"א 218/74 אלהואשלה נ' מ"י, פ"ד לח(3) 141, 144-146; מי שהחיה מקרקעין מסוג זה תוגמל גם באמצעות הטבות מס. ראו דוכן, שם, בע' 49, הערת שוליים 34 והסקסס הצמוד להערה זו בע' 50. ראו גם זנדרברג, לעיל הערה 24, בע' 113.

עם שינוי הייעוד (היבט הבא לידי ביטוי בהחלטות המנהל בדבר החזרת קרקע חקלאית עם שינוי ייעודה), בא לידי ביטוי בדין העותמאני. מי שרכש מן השלטון זכות שימוש במקרקעין מסוג מירי, אך הוניה את עיבודם למשך יותר משלוש שנים, עלול היה לאבד את זכויותיו במקרקעין ("מחלול"), אלא אם כן פדה אותן בתשלום שוויין³⁰. תמרוץ הייעוד החקלאי הניב ערך מוסף לשלטון העותמאני, בדיוק כפי שהניב ערך מוסף למנהלי הקרקע הציונית והישראלית. "גאולת הקרקע", הפגנת ריבונות באזורי ספר, עצמאות כלכלית חקלאית, "עבודה עברית" ופיזור אוכלוסין מן העיר אל הכפר היו חלק מן הערכים המוספים שהפיק המחכיר הציוני והישראלי מעידוד החכרה חקלאית. מבחינתו של המחוקק העותמאני הערך המוסף בא לידי ביטוי בעיקר במיסוי יכול חקלאי, שהיווה מרכיב מרכזי בהכנסות השלטון העותמאני³¹.

דוגמא מפורסמת להקצאת זכויות במקרקעין בלתי מנוצלים מסוג מוואת, עוד בתקופת השלטון העותמאני, היא הזכות שניתנה על ידי השלטונות העותמאניים בשנת 1912 לאיכרי המושבה ראשון-לציון לטעת עצים בחולות שממערב למושבה (בשטח של כעשרים ואחד אלף דונם). השטח נחשב עד אז לאדמת מוואת בלתי ניתנת לעיבוד והשלטונות העותמאניים סברו שנטיעת העצים תמנע את תופעת נדידת החולות מזרחה לאזורים הניתנים לעיבוד. לאיכרים ניתנה הזדמנות לרכוש זכויות בשטח ש"הוחיה" בעבור תשלום שווי הקרקע ("בדל מת'ל"). לימים הפך שטח זה לשטח מבוקש, וזכויות מכוח הקצאה זו נתבעו גם שנים רבות לאחר מכן³².

השיטה העותמאנית עודדה תפיסה בלתי מבוקרת של מקרקעי השלטון לשימוש חקלאי. תפיסה מעין זאת עלולה הייתה לסכל את "המחויבות הכפולה" של בריטניה על פי כתב המנדט להקצות את הקרקע הממשלתית ליהודים ולערבים³³. זו הסיבה שהבריטים ניסו לצמצם, כבר בראשית שלטונם, את האפשרות לרכוש זכויות בדרך זאת. פקודת הקרקעות ("מוואת") קבעה בשנת 1921 כי לא ניתן עוד להחיות אדמות מוואת³⁴. אף על פי כן, זכויות מכוח החייאת קרקעות מוואת, שהושלמה לפני חקיקת הפקודה בשנת 1921, נתבעו במשך שנים רבות לאחר מכן³⁵. פקודת קרקעות (מחלול) 1920 נועדה לצמצם את התופעה של תפיסת מקרקעי מירי בלא עיבודם³⁶. יחד עם זאת, השיטה העותמאנית המקנה זכויות, תוך

30 ספר 1 פרק 4 לחוק הקרקעות העותמאני ובמיוחד סעיף 68; דוכן, שם, בע' 46; זנדברג, שם, בע' 112.
31 ההכנסה העיקרית של השלטון העותמאני ממיסוי נבעה ממס המעשר (Tithe) ובערבית: "עושר" שנגבה מן ההכנסות שנבעו מתגובת הקרקע. דוכן, שם, בע' 429; זנדברג, שם, בע' 112, בהערת שוליים 15.

32 ראו זנדברג, שם, בע' 123, בהערת שוליים 80 וכן גרנובסקי, לעיל הערה 24, בע' 105; ע"א 33/61 פוחצ'בסקי נ' חביב, פ"ד טו 2261.

33 ראו זנדברג, שם, בע' 169-171.

34 Land (Mewat) Ordinance 1921 ע"ד (1.3.1921) (א) 6. הפקודה תיקנה את הסיפא של סעיף 103 לחוק הקרקעות העותמאני משנת 1858. ראו גם א' קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 665, 673, הערת שוליים 30.

35 ראו למשל, ע"א 40/50 אל הבאב נ' ממשלת ישראל, פ"ד ז 494.

36 1920 Muhlul Land Ordinance ע"ד (1.2.1921) (א) 10; זנדברג, לעיל הערה 24, בע' 127.

הערמת קשיים רבים, למי שמחזיק ומעבד מקרקעין, נותרה על כנה, גם לאחר הקמת מדינת ישראל, עד ביטולה בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.³⁷

מה היה גורלן של אותן זכויות שנוצרו מכוח החוקה, עיבוד או החייאה? האם נותרו צמודות לייצור החקלאי לאורך זמן? האם דין המחלול המשיך להעיב על עתידם של בעליהן כפי שהחלטה מספר אחת של מועצת מקרקעי ישראל צריכה, לדעת העותרים, להעיב על חוכרי קרקע חקלאית? מבט היסטורי מגלה כי, בסופו של דבר, רוכשי זכויות מכוח עיבוד או החייאה זכו בזכויות קניין מלאות לכל ייעוד. כבר מסוף התקופה העותמאנית החל להתעמעם ההבדל הפרקטי בין זכות השימוש במקרקעי מיירי לבין בעלות מלאה. זכויות התצרוף במיירי, שהוענקו במכירות פומביות על ידי השלטון, הפכו לנשוא נפרד לזכויות ועסקאות, ללא כל הגבלה מעשית.³⁸ לא רק מי שקנה מן השלטון את הזכויות זכה לפטור מחטוורת המחלול. גם מי שזכו במקרקעין מכוח החוקה ועיבוד זכו לקבל שטרי קניין, כבר בתקופה העותמאנית.³⁹ במסגרת התהליך של הסדר זכויות במקרקעין, שהבריטים החלו בו בשנת 1928, זכו מחזיקים ומעבדים להירשם כבעלים. לא רק מי שעבדו מקרקעין בתנאי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמאני זכו בבעלות. לא רק מי שהחיו קרקעות מוואת.⁴⁰ גם מחזיקים שנהנו מטענת התיישנות דיונית בלבד, יכלו להירשם כבעלים.⁴¹ מי שנרשם כבעלים של מקרקעי מיירי הפך לבעלים של הקרקע בלא כל סייג מעשי.⁴² ההחזקה והעיבוד חדלו להיות חשופים לסכנת המחלול. הם שימשו בסיס לרישומה של בעלות מוחלטת במרשם הזכויות. דין המחלול הפך לערטילאי בלבד. ההבחנה בין זכות ההחזקה של הפרט (התצרוף) לבין זכות הבעלות של השלטון (רקבה) נותרה עיונית בלבד, עד שחלפה לחלוטין מן העולם, עם חקיקתו של חוק המקרקעין, אשר קבע, בסעיף 153, כי: "מקרקעין שערב תחולתו של חוק זה נמנו עם הסוג 'מיירי' הבעלות בהם תהיה בעלות מלאה".

בשנת 1949 ספד ד"ר אברהם גרנות (גרנובסקי) למוסד המחלול בטיעונים בעלי צליל מוכר:

37 חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיפים 113, 158, 159, 162. (להלן: חוק המקרקעין) על השינויים שחלו בדיון זה לאחר קום המדינה, ראו זנדברג, שם, בע' 360-365 וכן קדר, לעיל הערה 34, בע' 692-702.

38 מכירות פומביות של מקרקעין בידי השלטונות היו אמנם מקור לצבירת זכויות במקרקעין על ידי משפחות עתירות ממון, שהחלו לסחור בנדל"ן. במיוחד התפרסם הבנקאי הלבנוני ממוצא יווני, סורסוק. ראו גרנובסקי, לעיל הערה 24, בע' 75. כך למשל, זכויות המתיישבים הגרמנים במושבה הגרמנית בית לחם נרכשו במקורן על ידי משפחת סורסוק במכירה פומבית של קרקעות מחלול שערכו השלטונות העותמאניים בשנת 1870; זנדברג, שם, בע' 123, בהערת שוליים 82.

39 זנדברג, שם, בע' 141-144.

40 שם, בע' 127, בהערת שוליים 96.

41 שם, בע' 239-244 וכן השו"ס סעיפים 51-52 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969.

42 ראו בהקשר זה שם, בע' 113, בהערת שוליים 18, בע' 123, בהערת שוליים 81 וכן בע' 239 ואילך ובמיוחד בע' 204, בהערת שוליים 47. ראו גם דוכן, לעיל הערה 24, בע' 330; "ויסמן" עד אנה ישרלס בנו חוקי הקרקעות העותמאניים? "משפטים" יב (תשמ"ב) 3, 15; "ויסמן דיני קניין - חלק כללי" (תשנ"ג) 194-195, בהערת שוליים 3.

"יתכן שיש להצטער על ניוונו של מוסד זה, שהרי מונח ביסודו רעיון חשוב, מבחינה כלכלית וחברתית. מבחינת הכלכלה הלאומית נתכוון מוסד המחלול לסייע להרחבת העיבוד החקלאי של קרקעות מרובים ככל האפשר. ואולי יש בו במוסד זה, מבחינה ציבורית, משום שאיפה להגשים חלוקה צודקת יותר של הרכוש הקרקעי, תוך קביעת כלל, שאין אדמה נקנית אלא ביגיע כפיים ממש"⁴³.

עותרי הקשת המזרחית מבקשים, אפוא, מבית המשפט העליון להחיות את רוח דין המחלול העותמאני, אך הם עושים זאת דווקא לגבי חוכרי קרקע חקלאית ממנהל מקרקעי ישראל. אין הם מלינים על כך שאלפי בעלי זכויות במקרקעין זכו בבעלותם אך ורק מכוח עיבוד המקרקעין או התייאתם, במשך תקופות, שלעיתים היו קצרות כדי עשר שנים בלבד, הגם שלאחר חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, התארכו כדי חמש-עשרה שנים ויותר. ביקורת חריפה הופנתה כלפי בית המשפט העליון בטענה כי נהג מדיניות "גאולת קרקע שיפוטית", תוך שהוא שולל ממחזיקים וממעבדים זכויות בעלות⁴⁴. מדוע אם כן הם מבקשים להתמיר דווקא עם חוכרים של קרקע חקלאית ממקרקעי הקרן הקיימת לישראל ומנהל מקרקעי ישראל? מדוע שימושם של חוכרים אלה במקרקעין אינו מקנה להם, למצער, את הזכות להמשיך לחכור את המקרקעין בייצודם החדש?

ניתן לטעון כי אין מקום להשוות בין זכותו של חוכר ארוך טווח לזכותו של מחזיק הטוען להתיישנות. בעוד שמול המחזיק ניצב בעלים שחוסר המעש שלו מעיד על ויתור על זכויות, הרי שכאשר מדובר בחוכר, ברור כי המחכיר לא ויתר על זכותו להשבת המקרקעין עם שינוי הייעוד, שכן זו מצוינת במפורש בחוזה. ניתן לבקר טענה זאת מכמה היבטים. ראשית, החקלאי שבידו חוזה חכירה עם תניית שמירת ייעוד חקלאי רשאי ליהנות מההנחה שהמדינה ויתרה על זכויותיה, בדיוק כפי שהמחזיק שזכה בבעלות על בסיס עיבוד הקרקע היה רשאי ליהנות מן הוויתור על דין המחלול, שהיה מפורש לא פחות מתניות חוזה החכירה. מטרתן של תניות שמירת הקרקע החקלאית הייתה, כמו מטרת דין המחלול, לשמור על הייעוד החקלאי. הסכנה שהקרקע תוחזר למחכיר אמורה הייתה להרתיע את החוכר מלשנות את הייעוד. כאשר נס לחו של הייעוד החקלאי, ושינוי הייעוד אינו נעשה בניגוד לרצון המחכיר, אלא בהתאם למדיניותו, נס לחו של תניית שימור הקרקע החקלאית. השימוש בה לשם שלילת זכויות החוכר להמשיך ולחכור את הקרקע בייצוד החדש הוא שרירותי, ואינו תואם את הכוונה המקורית. תניית שמירת הייעוד הופכת לעיונית בלבד בדיוק כמו שדין המחלול רוקן מתוכו.

שנית, חלוק הוזמן מגביר את משקל ההסתמכות של החוכר. לא הרי חוזה חכירה קצר טווח

43 גרנובסקי, לעיל הערה 24, בע' 83.

44 ראו קדר, לעיל הערה 34, בע' 720 וכן ביקורת על קביעותיו אצל זנדברג, לעיל הערה 24, בע' 278, בהערת שוליים 46.

45 ראו יי ויסמן "חכירה המתחדשת לצמיתות - תרופת פלא או אחיזת עיניים?" **קרקע** 2 (1987) וכן ויסמן, דיני קניין - חלק כללי, לעיל הערה 42, בע' 251.

כחווה ארוך טווח, שנוצר הרושם כי יתחדש לצמיתות⁴⁵. חזותם החיצונית של חווי החכירה איננה מלמדת בהכרח על כוונתם האמיתית של הצדדים. החוכר, ואפילו בר הרשות החקלאית, רואים עצמם כבעלי מרב תוכני הבעלות ולאורך זמן⁴⁶. הכרת המדינה בהחזקה רבת שנים כמקור לבעלות איננה משרתת מטרה פסולה. היא עומדת ביסוד טעמי מוסד ההתיישנות⁴⁷. מי שמחזיק קרקע במשך שנים ראוי לבעלות בה, שכן הסתמך על החזקה ושימוש⁴⁸. זו הייתה השקפת המשפט המקובל, והיא נקלטה היטב גם בארצות-הברית של המאה התשע-עשרה⁴⁹. דבריו של השופט Holmes אודות זכות זו, שנאמרו בסוף המאה התשע-עשרה שעברה, כבר הפכו לקלסיקה, לאמור (התרגום של פרופ' י' ויסמן):

”נכס שאדם נהנה ממנו והשתמש בו כבשלו, במשך תקופה ארוכה – מכה שורשים באישיות של המשתמש; אין ליטול את הנכס מאת המשתמש בו בלא שהוא יתקומם וינסה להתגונן, ויהא מקור זכותו אשר יהא. החוק אינו זקוק להצדקה טובה יותר לכלל משפטי מאשר זו הטמונה באינסטינקטים של האדם”⁵⁰.

4. זכויות החוכר החקלאי והלקח ההיסטורי של חוכרים במקרקעי הסולטאן (”גיפתליכ”)

על הציפייה הלגיטימית שעשויה להתעורר אצל חוכר חקלאי המעבד מקרקעין להפוך לחוכר לצמיתות או, לפחות, לכל ייעוד, ניתן ללמוד מפרשת חוכרי קרקע חקלאית באדמות גיפתליכ, שהייתה סוגיה פוליטית-חברתית ”חמה” בראשית תקופת המנדט. על אף שחלפו שנים רבות מאז, דומה כי הבעיה המתעוררת בעתירה דומה, במאפיינים רבים, לבעיה שהתעוררה אז ומשום כך, אפשר שניתן ללמוד לקח כלשהו מן העבר. ”גיפתליכ” הוא כינוי כולל למקרקעין שהיו בבעלות הסולטאן התורכי ועברו בשנת 1908 לבעלות המדינה העותמאנית⁵¹. אלה היו מקרקעי עידית⁵². מקרקעין אלה הוחזקו ועובדו במשך שנים על ידי

46 ד' ברק-ארזי ”דונם פה ודונם שם: מנהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים” **עיוני משפט כא** (תשנ”ח) 613, 615-616, במיוחד בהערות שוליים 11.

47 י' ויסמן ”ההתיישנות והמדינה” **משפטים יד** (תשמ”ד) 3, 4. וכן ראה ח' זנדרבג ”התיישנות שעבודים” **משפטים כב** (תשנ”ד) 641, 652.

48 זנדרבג, **לעיל** הערה 24, בע' 36; י' גלעד ”התיישנות במקרקעין – קווים לרפורמה” **משפטים יח** (תשמ”ח) 177, 182.

49 C.M. Rose “Possession as the Origin of Property” *Property & Persuasion - Essays on the History, Theory and Rhetoric of Ownership* (Colorado, 1994) 11; M.J. Horowitz *The Transformation of American Law 1780-1860* (Cambridge, 1977) 32.

50 התרגום מתוך ויסמן, **לעיל** הערה 47, בע' 5. הדברים במקור פורסמו במאמר: O.W. Holmes “The Path of Law” 10 *Harv. L. Rev.* (1897) 457, 477.

חקלאים במתכונת המזכירה את הסכמי החכירה של היום. הסולטאן התורכי נתן לחקלאים זכויות שימוש במקרקעין שלו תמורת תשלום (חומס). זכויות אלו היו נתונות במשך שנים לעסקאות, לרבות מכר וירושה⁵³. כבר בראשית תקופת המנדט טענו הכפריים במקרקעין הג'יפתליכ של עמק בית-שאן כי הם ראויים להפוך לבעלי המקרקעין. הממשלה הבריטית התנגדה לכך, אולם בשנת 1921 התחייבה, בהסכם פומבי, להעניק זכויות קניין במקרקעין הג'יפתליכ לתושבים הכפריים שעזבו את השטח⁵⁴. הזכאות לפי ההסכם הוענקה בין היתר על סמך הוכחה של עיבוד במשך יותר מעשר שנים. תנאי הרכישה היו מפליגים. התשלום עבור רכישת הזכויות מהממשלה נפרס על פני תקופה של חמש-עשרה שנים. ההסכם אסר על מכירת זכויות, שנרכשו לפי ההסכם, בטרם תשולם מלוא תמורתן לממשלה, אולם רבות מההעברות בוצעו בטרם שולם הסכום, וכך גלגלו המוכרים לכיסם את מלוא שווי הזכויות (ולכן כונו על ידי פקידים בריטים: "ספקולטיביות"). על אף התנאים המושכים, רבים מהזכאים התקשו לשאת בתשלום. ממשלת המנדט הלכה כברת דרך נוספת לקראת החקלאים כאשר, בשנת 1928, הקלה בתנאי התשלום על ידי פריסת התשלום על פני עשרים וחמש שנים ומתן רשות למכור את הזכויות. החוכרים הפכו לבעלים לכל דבר⁵⁵. הבריטים וכן הציבור הערבי ראו בהסכם הג'יפתליכ לקח לעתיד, אך על טיבו של הלקח שררה מחלוקת, המזכירה במידת מה את המחלוקת בין החקלאים לעותרי הקשת המזרחית. הציבור הערבי וחלק מן הפקידות הבריטית סברו כי הענקת הזכויות לחקלאים היא הדרך הנכונה ללכת בה. כאשר הוחל בהסדר מקרקעי הסולטאן (ג'יפתליכ) באזור הכפרים קואזה וסאג'אד שבגפת רמלה (בשנת 1932), טענו נציגי הכפריים כי הם זכאים להירשם כבעלי השטח, או כבעלי זכות החזקה בלתי מוגבלת שקיבלו עוד בתקופת הסולטאן. עמדת נציגי הממשלה שללה טענה זו, ובמקביל נשמעה דרישה של המקומיים לבוא עמם בהסכם דומה להסכם חלוקת ג'יפתליכ בית-שאן. הסוגיה שימשה בסיס לדיון משפטי ממושך בפני פקיד ההסדר ובפני בית המשפט לקרקעות ביפו. פקיד ההסדר אימץ את עמדת הכפריים⁵⁶, אולם בית המשפט לקרקעות ביפו דחה את עמדתו. התושבים המשיכו לעבד את השטח על בסיס חוזי שכירות,

51 בשנת 1908 הפקיעה הממשלה הטורקית את מקרקעי הסולטאן ובני משפחתו, שנוהלו עד אז כרכוש הפרטי על ידי גוף מנהל מיוחד והעבירה אותם לניהול אוצר המדינה. רוכן, **לעיל** הערה 24, בע' 336; גרנובסקי, **לעיל** הערה 24, בע' 90, 106; זנדברג, **לעיל** הערה 24, בע' 111, הערת שוליים 9.

52 על כך ניתן ללמוד מהכינוי שניתן להם, "ג'יפתליכ", שמשמעותו המקורית היא חלקת שדה כדי עבודת צמד בקר במשך שנה תמימה (סעיף 131 לחוק הקרקעות העותמאני).

53 זנדברג, **לעיל** הערה 24, בע' 112, בהערת שוליים 14.

54 ההסכם נחתם ב-19.11.1921 אך פורסם ב-15.01.1922, ע"ר (א) 59. לסקירת הרקע המדיני להסכם, שטח ההסכם ותהליכי המדידה שהתבצעו במסגרתו ראו ד' גביש **קרקע ומפה - מהסדר קרקעות למפת ארץ-ישראל 1920-1948** (תשנ"ב) 124-131, וכן ד' גביש "הסכם ע'ור אלמדאוארה (אדמות בית-שאן) והסדר הקרקעות בארץ-ישראל" **מחקרים בגיאוגרפיה של ארץ-ישראל יג** (תשנ"ג) 13. לניתוחו המשפטי, ראו זנדברג, **שם**, בע' 192-196.

55 Statement of Policy ע"ר (16.9.28) (א) 567; זנדברג, **שם**, בע' 192-196.

56 L.S.Ja. 18/32 *Government of Palestine v. Villagers of Sajad and Qazaza*, 1-2 C.O.J. 672, 673-674. וכן ראו זנדברג, **שם**, בע' 247, בהערת שוליים 70.

אך בשנות הארבעים פונו על ידי הצבא ופוצו על כך⁵⁷. הלקח "הקולוניאלי" שהפיקו אחדים מן הפקידים הבריטים מהסכם הג'יפתליכ נוסח בשנת 1939 על ידי אחד מקובעי המדיניות הקרקעית הבריטית, פקיד ההסדר קניון (Kenyon), כאשר חווה דעתו באשר לגורלם של כפריי אזור עמק החולה, שהממשלה ביקשה לברר כיצד לנהוג בהם נוכח מחויבותה לזיכיון החולה:

"With the example of the Jiftlic villages before us, it is certain that we can never formally lease the land to the cultivators as they will refuse to sign any agreement. It is equally certain that government cannot evict them all... We have to face the situation that Government is the owner of the land in name only and is unable to exercise the powers of a landowner"⁵⁸.

ניתן למצוא דמיון רב בין ההנמקה שצוטטה עתה לבין ההסבר שהמציאה המדינה בכג"צ 5575/94 **מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל**⁵⁹, לנכונותה לפצות את החוכר החקלאי עם שינוי ייעוד, לאמור:

"החשש שחוכרי הקרקעות לא יפנו אותן עם דרישת המנהל, ויהיה צורך בהתדיינויות משפטיות העלולות להתמשך"⁶⁰.

העיון בפרשת הג'יפתליכ מציב על כך שהשאלה שעומדת להכרעה בעתירה דנן איננה שאלה חדשה. זו שאלה של מדיניות שאפיינה את כל שלבי ההתקדמות והפיתוח הקרקעי בארץ ישראל מזה מאה שנה. ברטרופסקטיבה היסטורית, נראה כי בית המשפט העליון מתבקש להכריע האם גורלם של חקלאי קריית-ענבים או מעלה-החמישה צריך להיות כגורל כפריי ג'יפתליכ בית-שאן או כשל כפריי קזאזה וסאג'אד? האם, אפוא, צריך בית המשפט העליון להכיר בעדיפותם של חוכרים חקלאיים או שמא עליו לדבוק בקו "הקשוח" של האדמיניסטרציה הבריטית הקולוניאלית ושל בית המשפט לקרקעות ביפו בשנת 1932? שמא עליו לדבוק בגישה העקרונית לפיה "השינוי המהותי שחל עם הקמת מדינת ישראל והמעבר למשטר דמוקרטי השפיע על פירוש התחיקה המנדטורית"⁶¹?

57 L.S.Ja 18/32, *ibid*, וכן זנדרג, שם, בע' 112, בהערת שוליים 14, ובע' 193, בהערת שוליים 140.
58 C. Kenyon "Memorandum on the settlement of Arab Cultivators on the Reserved Part of the GP/6(1) תיק 3489, מיכל 22, חטיבה 22, ארכיון מדינת ישראל, חטיבה 22, מיכל 3489, תיק GP/6(1) (16.11.1939) B; וזנדרג, שם, בע' 196, בהערת שוליים 155.

59 בג"צ 5575/94 **מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מט(3) 133 (להלן: פרשת מהדרין).

60 שם, בע' 138.

61 דנג"צ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68, 86-87 (השופטת דורנר).

5. זכויות החוכר החקלאי ולקח תהליך הפרטת מקרקעי מושאע בכפר הערבי

דוגמא היסטורית מקומית אחרונה שעשויה לתמוך בתביעת החקלאי הכפרי לזכות קדימה להמשיך לחכור את הקרקע על אף שינוי ייעודה החקלאי ניתן למצוא בהשוואה לתהליך של הפרטת מקרקעי המושאע בכפר הערבי. אחת מצורות הקניין הנפוצות בכפר הערבי עד המאה התשע-עשרה הייתה שיטת המושאע הכפרי. הכפר הערבי המסורתי התאפיין בשלוש רצועות מקרקעין שונות במהותן: האחת, גלעין הכפר הכולל את השטח הבנוי וכן מטעים וגנים צמודים לו ("חואקיר" בערבית: גנים). השנייה, רצועת ביניים של מקרקעין במצב פיתוח בינוני ותגורה חיצונית שכוללת את עיקר הקרקעות הניתנות לעיבוד. הרצועה השלישית, החיצונית, כללה קרקעות בלתי מפותחות המיועדות לעיבוד. בדרך כלל היו הזכויות בגלעין וברצועת הביניים נתונות בידי יחידים באופן קבוע ובלתי משתנה (מפרוז), בעוד שהרצועה החיצונית נתונה לחלוקה שיתופית לצורכי עיבוד בין בני הכפר (מושאע).⁶² הרצועה השלישית, רצועת העיבוד, מזכירה באופייה את רצועת הקרקעות שעותרי הקשת המזרחית מליבים על כי הן מוענקות לחוכריהן. בסעיף 47 לעתירתם הם מציינים כי החוכרים החקלאיים זכאים לפיצוי הוגן וראוי, אך "הדברים אמורים אך ורק בבית המגורים, ולא לשדות, המטעים והפרדסים הנרחבים שנמסרו לו לצורכי עיבוד חקלאי וכעת אינם מיועדים עוד לחקלאות". ההשוואה לגורלה של הרצועה השלישית בכפר הערבי עשויה אפוא ללמד מהי הדרך שבה יש ללכת ככל הנגוע לכפר הערבי.

שיטת המושאע העניקה לכל חקלאי זכות לעבד את הקרקע לפרק זמן מוגבל.⁶³ היא שללה זכויות בעלות ארוכות טווח במקרקעין ולכן העיבה על פיתוחה של הקרקע. יש הסבורים כי כבר המחוקק העותמאני ביקש להקנות לכפריים בעלות פרטית מלאה וקבועה בחלקות אלה.⁶⁴ השלטונות הבריטיים ראו במושאע אחד המחסומים העיקריים לפיתוח הארץ.⁶⁵ הם פעלו נמרצות להאצת התהליך של הפרטת המושאע. האם, אפוא, פעלו להכריז על כל פיסת קרקע כפיסת קרקע בבעלות ציבורית ממשלתית או מקומית? האם חילקו את חלקות המושאע במכרז? התשובה היא שלילית. הבריטים פעלו להפרטת המושאע ולהענקת זכות בעלות בלתי מוגבלת לחקלאי הכפר הערבי. זכות זו הייתה ונתרה בבעלותם הבלעדית גם כאשר, לימים וכתוצאה מהפרטת המושאע, נזחו את החקלאות והשתמשו בקרקע לייעודים אחרים.

62 1-2 C.H. Ley *The Structure and Procedure of Cadastral Survey in Palestine* (1931) וכן

זנדברג, **לעיל** הערה 24, בע' 117, בהערת שוליים 42.

63 ראו ד' גרוסמן **הכפר הערבי ובנותיו – תהליכים ביישוב הערבי בארץ-ישראל בתקופה העותמאנית**

(תשנ"ד) 21-33; גרנובסקי, **לעיל** הערה 24, בע' 215; דוכן, **לעיל** הערה 24, בע' 107-108; זנדברג,

שם, בע' 116-117.

64 הטענה מתבססת על נוסח סעיף 8 לחוק הקרקעות העותמאני. ראו דוכן, **שם**, בע' 108. חולק עלי

פירסטון. Y. Firestone "The land-equalizing musha village: a reassessment" *Ottoman Palestine* 1800-1914 (G.G. Gilbar ed., 1999) 91, 107.

65 בשנת 1937 הוגדרה השיטה בדו"ח פרנץ כ-"greatest stumbling-block" בפני פיתוח החקלאות בארץ.

L. French *Reports on Agricultural Development and Land Settlement in Palestine* (1931)

11-12; זנדברג, **שם**, בע' 248, בהערת שוליים 73.

אחת ממטרות תהליך ההסדר של זכויות במקרקעין הייתה הפרטת המושאע. הבריטים הקדישו לכך פרק שלם בפקודת הקרקעות (סידור זכות הקצין 1928). פקיד הסדר עמלו קשות כדי לחלק את חלקות המושאע בין הכפריים. כאשר לא צלחו בכך, רשמו את החלקות כולן על שם החקלאים, בבעלות משותפת⁶⁶. כבר בתקופת המנדט הפכה אותה רצועה חקלאית הסובבת יישובים כפריים ערביים רבים לרצועת קרקעות בבעלות פרטית. זה היה אינטרס של השלטון. כך המשיכו לנהוג גם לאחר קום המדינה בהסדר כפרים בגליל. כך, למשל, מציין פרקליט מחוז הצפון, דיציאן, בישיבת הוועדה העליונה להסדר קרקעות בגליל, מיום 31.12.56: "אני מעדיף לבוא עם הערבי לידי פשרה ומבכר להוסיף לו קרקע ולתת לו מפרוץ ולא מושאע"⁶⁷. תהליך הפרטת המושאע לא כלל כל הגבלה על הייעוד של המקרקעין המופרטים. הלכה למעשה, הפרטת המושאע נועדה לעודד את החקלאים לעשות שימוש יעיל יותר בחלקותיהם, לכל מטרה שהיא.

עותרי הקשת המזרחית מבקשים, אפוא, לנהוג בכפר העברי ובחקלאי העברי באופן שונה מאשר בכפר הערבי ובחקלאי הערבי. את ההצדקה האידאולוגית לכך, שאינה בלסת בעתירתם, ניתן למצוא במחקרם של ד"ר קדר ופרופ' יפתחאל, שצורף לעתירה⁶⁸. הרעיון המרכזי במחקר זה הוא שרוב נכסי המקרקעין במדינה נמצאים בידי קבוצת "המייסדים" (האשכנזים ברובה) וקבוצת "המהגרים" (המזרחית ברובה, אם כי היא מגוונת יותר) שהצטרפה בהדרגתיות לקבוצה המייסדת, בעוד שהקבוצה 'הילידה' או 'המקומית', הערבית-פלסטינית, נושלה מרוב נכסיה הקרקעיים⁶⁹, ו"לערבים אזורי ישראל משאבים מזעריים, והם נדחקו למעשה אל מחוץ לדיון על עתיד הקרקעות החקלאיות"⁷⁰. מחברי המחקר "מתחשבים", אפוא, עם החקלאי העברי קשה היום, כחברו המשגשג, בגין מה שמצטייר בעיניהם כחטא הקדמון של "קבוצת המייסדים" כולה. הנמקה זאת עשויה להצביע על כך שעתירת הקשת המזרחית יכולה להיות, מנקודת הראות של מחברי המחקר, המשך ישיר, אך מרחיק לכת, להחלטת בית המשפט העליון בפרשת קציר⁷¹. בית המשפט פסק שם כי "בפועל אין מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא ליישובים קהילתיים יהודיים. התוצאה ('האפקט') של מדיניות ההפרדה הנוהגת כיום היא מפלה"⁷². מרחבי "הפיקדון החקלאי", שעשויים להשתחרר מאחיות

66 זנברג, שם, בע' 251, בהערת שוליים 89.

67 שם, בע' 348, בהערת שוליים 47.

68 ראו קדר ויפתחאל, לעיל הערה 20. לאחרונה דווח כי רעיונות דומים נכללו בנייר עמדה שהגישו

פרופ' יפתחאל, ד"ר קדר וד"ר ראסם חמאסי לראש הממשלה. ראו "מקרקעות יהודיות לקרקעות

ישראליות" הארץ 28.11.2000.

69 קדר ויפתחאל, שם, בע' 33.

70 שם, שם.

71 בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (להלן: פרשת קציר). על כריכת פרשת

קציר בתפיסת מדיניות המקרקעין של המדינה כמדיניות "אתנוקרטית" המשמרת "חלקים של מבנה

שלטון קולוניאלי" ומעבירה "נכסי קרקע פרטיים וקולקטיביים" מאזורי ישראל הפלסטינים למטרות

התיישבות ראו א' יפתחאל "אתנוקרטית, גיאוגרפיה ודמוקרטיה: הערות על הפוליטיקה של יהוד הארץ"

אלפיים 91 (תש"ס) 78.

72 פרשת קציר, שם, בע' 278.

"המייסדים" אם תצלח עתירת הקשת המזרחית, עשויים, אפוא, לשמש כעתודת קרקע מושכת לפתרונה של בעיית "המהגרים" ו"הילידים"⁷³.

6. זכויות חוכרים ופסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם

תמיכה במדיניות המעדיפה חוכרים של קרקע חקלאית, ניתן למצוא גם בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות האדם, משנת 1986, בפרשת *James v. United Kingdom*⁷⁴. לפי פסיקה זו, מתן הטבות לבעלי זכויות חכירה לטווח ארוך, תוך פגיעה בזכויות הבעלים, עשוי להיחשב כמדיניות המקדמת צדק חברתי. באותה פרשה תקפו העותרים חקיקה של הפרלמנט הבריטי (Leasehold Reform Act 1967), שהקנתה לבעלי חכירות לטווח ארוך (מעל עשרים ואחת שנה) של בתי מגורים (Houses) זכות מכוח החוק להאריך את החכירה (Right to extend) או, לחלופין, לרכוש את הבעלות (Freehold) בנכס החכור תמורת פיצוי (Right to buy). זכות החכירה השכיחה שעליה הוחל החוק היא חכירה למשך תשעים ותשע שנים. זכויות החוכר לפי החקיקה הנזכרת לעיל נכפו על הבעלים. סכום הפיצוי שהחוכר חויב לשלם לבעלים אמור היה לשקף אך ורק את שווי השוק של זכות הבעלים (ה-Reversion) לקרקע, בהתחשב ביתרת תקופת החכירה וללא ההשקעה במחבורים. החוכר זכה, אפוא, לשלשל לכיסו את מלוא עליית ערך הנכס בעקבות המיזוג המידי של זכות הבעלים והחוכר ("ערך מיזוג" – Merger Value, Marriage Value). בשנת 1974 תיקן החוק המקורי והכליל בפיצוי המגיע לבעלים חלק מערך המיזוג⁷⁵.

הדיון הציבורי שהוביל לחקיקה האמורה באנגליה נמשך מאז שנות השמונים של המאה התשע-עשרה. את המגמה הובילה מפלגת הלייבור, אך בשנות השישים של המאה העשרים החלו גם השמרנים לתמוך בעיקרון כי יש לאפשר לחוכרים להאריך חכירות או לרכוש את הבעלות. ביסוד החקיקה האנגלית עמדו שני נימוקים עיקריים. שניהם תואמים את ההתפתחות ההיסטורית של החכירות ארוכות הטווח, שהמריצה את חקיקת החוק. הטעם הראשון אפיין את ההצעות המוקדמות לתיקון החקיקה ומתאים לחכירות ארוכות בראשית דרכן. בדו"ח שהוגש בשנת 1885 על ידי ה-Royal Commission on the Housing of Working Classes הושתתה ההמלצה להעניק לחוכר זכות הארכה על הרצון לתת לו תמריץ לתחזק את הנכס במצב ראוי⁷⁶. לעומת זאת, ההנמקה שעמדה בשנת 1966 ביסוד המלצתו הדומה של Residential Leasehold Property Command Paper, התמקדה בהתרשמות רטרופקטיבית מחוסר ההגינות כלפי החוכר, הגלום בסיום תקופת החכירה. החוכר השקיע בהשבת הבית ובתחזוקתו ורואה בו, לאחר שנות החכירה הארוכות, את ביתו⁷⁷.

73 יחד עם זאת, גם החוכר החקלאי עשוי למצוא עידוד בפרשת קציר. בית המשפט ציין באותו עניין כי אינו יכול להתעלם מהסתמכות בת ארבע-עשרה שנים של המתיישבים היהודים. פרשת קציר, שם, בע' 285-286.

74 *James v. United Kingdom*, 96 Eur. Ct. H.R. Ser. A 67 (1986) (להלן: פרשת גיימס או *James case*).

75 לסקירה של התפתחות החקיקה האמורה ראו: S. Bright & G. Gilbert *Landlord and Tenant Law* (Oxford, 1995) 643 וכן בפסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת גיימס.

76 Bright & Gilbert, *ibid*, at pp. 644-655.

77 *James case*, *supra* note 74, at para. 18.1.

האם ניתן להשוות בין החקיקה האנגלית האמורה, המקנה זכויות לחוכרים ארוכי טווח של בתים ודירות לדירור, לבין החלטות מנהל מקרקעי ישראל שעניינן שינוי ייעוד בקרקע חקלאית? לכאורה, יש מקום להבחין בין המצבים. כוונתה של החקיקה האנגלית להגן בעיקר על הבית המשפחתי העירוני ולא על קרקע חקלאית שאינה משמשת למגורים. יחד עם זאת, ההנמקות שעמדו ביסוד החקיקה האנגלית מתאימות לכל סוגי החכירה. הרעיון לפיו החוכר משביח את הקרקע ומתקשר אליה כאל ביתו, ישים גם לגבי קרקע חקלאית ובמיוחד לגבי קרקע חקלאית המהווה "נחלה", כהגדרתה בהחלטות המנהל, לאמור: "קרקע חקלאית... המיועדת למתיישב לצורך מגוריו ופרנסתו מהמשק החקלאי שפותח או יפותח בה"⁷⁸ (ההדגשה שלי - ח.ז.). הנחלה כולה הייתה, לפחות בעת זוהרן של הייעוד החקלאי, ביתו ומבצרו של החקלאי. נוכח אופי פרנסתו במהלך תקופת החכירה הארוכה לא ניתן להפריד בין הנחלה לבין המשק החקלאי. חוכרי הנחלה החקלאית בארץ ראו בנחלה את ביתם במשך כל תקופת החכירה הארוכה. חוכרי הנחלה השקיעו בה מהונם ואונם בהיקף העולה על ערך הקרקע החקלאית ובוודאי עולה על השקעתו הישירה של הבעלים. כפי שמאחורי העדפת החוכר העירוני מסתתרת בעיה חברתית של מצוקת דיור, כך מסתתרת מאחורי העדפת החוכר החקלאי מצוקת הייעוד החקלאי, שנס לחו. כפי שלחוכר העירוני בפרשת גיימס העניקו לא רק זכות למגורים אלא בעלות מלאה ובלתי מוגבלת, כך מבקש החוכר החקלאי לקבל את מרב תכני הבעלות בנחלתו, או כשמדובר באיגוד של חוכרים חקלאיים - בנחלותיו⁷⁹.

זאת ועוד, הנמקות החקיקה באנגליה, שהצדיקו העדפת חוכרים תוך פגיעה בבעלי בתים פרטיים, חזקות יותר כאשר הבעלים הנו המדינה. פגיעה בזכות הקניין של המדינה איננה כפגיעה בזכות הקניין של החוכר הפרטי. הפגיעה במדינה נעדרת היבט אישי. הפגיעה במונופול של המדינה אינה כרוכה בתמריץ שלילי להחכרת מקרקעין. כך למשל, הטעם לכך שבאנגליה לא ניתנו לחוכר החקלאי ההגנות שניתנות לחוכר העירוני, הוסבר בחשש שהחקיקה תמנע מבעלי קרקע חקלאית להחכיר אותה⁸⁰. ספק אם חשש זה רלוונטי גם לגבי הקרקע החקלאית בארץ, שלמדינה יש עליה מונופול. דווקא הקניית הזכויות לחוכרים תגרום לפיתוחו של מגור הקרקע החקלאית. החזרת הזכויות למדינה תחזיר את הקרקע החקלאית למשטר המונופוליסטי. גם החקיקה האנגלית נועדה להתגבר על תגיות מגבילות, שנכפו על ידי

78 הגדרת "נחלה" בהחלטה מספר 727 של מנהל מקרקעי ישראל.

79 החלטות המנהל יוצרות זיקה ישירה בין היקף שטח הנחלות להיקף השטח לפיתוח והן מגבילות הן את השטח הכולל להרחבה והן את שטחו של כל מגרש להרחבה. בהחלטה מספר 737 מוגבל מספר המגרשים להרחבה למגורים עד למספר הנחלות בתוספת 15% וגודל כל מגרש עד חצי דונם. החלטה מספר 717 עוסקת בהקמת "מפעל" על שטח שבהחזקת הקיבוץ או נכלל בחוזה החכירה שלו. גם בה יש הגבלת שטח (250 דונם במרכז הארץ).

80 Bright M.A.F.F News Release, Agricultural Tenancy Law Reform 6.10.1993 כפי שצוטט ב-Gilbert, *supra* note 75, at p. 68.

81 עמדת הממשלה הבריטית כפי שצוטטה בפרשת גיימס: *James case, supra* note 74, at para. 3.

82 *Ibid*, at para. 19.

83 *Ibid*, at para. 52: "although the argument of 'moral entitlement' was logically capable of being applied across the board".

מונופול של בעלים פרטיים⁸¹. יש לציין כי הטענה, שהגיונה של החקיקה האנגלית נכון לגבי כל סוג של חכירה ארוכת טווח, הועלתה על ידי בעלי הבתים שעתרו לבית הדין האירופי לזכויות אדם כנגד החקיקה האנגלית⁸² ובית הדין האירופי אימץ אותה עקרונית⁸³. החקיקה האנגלית האמורה משקפת מדיניות ממשלתית המעדיפה חוכרי מקרקעין על פני כלל הציבור ואפילו על פני בעלי המקרקעין. במובן זה היא משקפת אותה מדיניות שבאה לידי ביטוי בהחלטות מנהל מקרקעי ישראל המעדיפות את חוכרי הקרקע החקלאית גם עם שינוי ייעודה של הקרקע. ככל שיש הצדקה מוסרית וחוקתית לחקיקה האנגלית, יש בה כדי ללמד גם על הצדקת היחס המיוחד שיש לגלות כלפי חוכרי קרקע חקלאית ועירונית בארץ. משום כך ניתן ללמוד על חוקתיותה של מדיניות המנהל מתוך השוואה למבחן החוקתי שעמדה בו החקיקה האנגלית בשנת 1986 בבית הדין האירופי לזכויות האדם בפרשת גיימס.

טיעוני העותרים בפרשת גיימס, גם אם לא זיקתם החברתית, דומים דמיון רב לטיעוני העותרים בעתירת הקשת המזרחית. העותרים בפרשת גיימס היו בעלי בתים באזור Belgravia שבמרכז לונדון. האזור היה בעבר קרקע כפרית בפרברי לונדון, אך לאחר פיתוחו למגורים הפך לאזור יקר למדי. טענתם העיקרית של העותרים הייתה כי החקיקה משנת 1967 המעניקה זכות רכישה לחוכרי הבתים, פוגעת בזכות הקניין שלהם לפי סעיף 1 לפרוטוקול מספר 1 של האמנה להגנת זכויות האדם וחירויות בסיסיות⁸⁴. הממשלה הבריטית טענה להגנתה כי הפגיעה נעשתה במסגרת סמכותה, לפי אותו סעיף, לפעול לטובת האינטרס הציבורי. עיקר טענותיהם של העותרים כווננו לשלילת טענה זאת של הממשלה הבריטית. טענתם הראשונה הייתה, כי העדפת החוכר איננה יכולה להיחשב אינטרס ציבורי לגיטימי, שכן אינטרס הציבור חייב להיות אינטרס של הקהילה כולה ("benefit to the community generally") ולא העברת קניין מאדם פלוני לחברו⁸⁵. טיעון זה מזכיר מאוד את טיעונה של הקשת המזרחית כי – "חלוקת משאב יקר ערך ומוגבל כקרקע המדינה למגור אחד מותרת מחוץ למעגל הנהנים ציבוריים רחבים הזקוקים לפתרונות מגורים ודיר"⁸⁶. טיעונם של העותרים בפני בית הדין האירופי היה כאמור, חזק מטיעונה של הקשת המזרחית, שכן שם נפגעה זכות הקניין הפרטית שלהם במקרקעין ואילו הקשת המזרחית רבה את ריבו של כלל הציבור. אף על פי כן, בית הדין האירופי לזכויות האדם דחה את טיעונם של העותרים, לאמור:

"A taking of property effected in pursuance of legitimate social, economic or other policies may be 'in the public interest', even if the community at large has no direct use or enjoyment of the property taken..."

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom, Article 1 84
 "Every natural or legal person is entitled: of protocol no. 1 (p1-1) להלן נוסחו המלא של הסעיף: to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided by law and by the general principles of international law" (ההדגשה שלי - ח.ז.).

James case, supra note 74, at para. 38.2 85

לעיל, הערה 1, בסעיף 11 לעתירה. 86

James case, supra note 74, at para. 45, 47 87

The margin of appreciation is wide enough to cover legislation aimed at securing greater social justice... even where such legislation... confer no direct benefit on the State or the community at large”⁸⁷ (ההדגשה שלי - ת.ז.).

עצם העובדה שקרקע חקלאית חכורה איננה מוקצית לכלל הציבור אלא למגזר מסוים בכלל, ומגזר החוכרים בפרט, איננה פוסלת את חוקיותה של הקצאה המשרתת צדק חברתי. האם, אפוא, הקצאת מקרקעין לחוכרים היא מדיניות המשרתת צדק חברתי? בית הדין האירופי הבהיר כי בחברה דמוקרטית עשוי להיות לשאלה זאת מגוון רחב של תשובות סבירות ולגיטימיות, ולפיכך הותר לממשלות המחוקקות שוליים רחבים של שיקול דעת⁸⁸. לגופו של עניין, בית הדין האירופי אישר כי הענקת זכות לרכישה המקרקעין לחוכרים משרתת מטרה חברתית, שאינה חורגת ממתחם הסבירות⁸⁹. בית הדין האירופי סיכם מדוע לדעתו נכללת מדיניות הענקת זכות הרכישה לחוכר במתחם הצדק החברתי:

“The long-leasehold tenant and his predecessors will over the years have invested a considerable amount of money in the house which is their home, whereas the landlord will normally have made no contribution towards its maintenance subsequent to the granting of the original lease”⁹⁰.

הרציונל האחרון חל גם ככל הנבוגע לשינוי ייעוד חקלאית. החוכר החקלאי השקיע במשך שנים בשמירת הקרקע החקלאית. ההשקעה לא באה לידי ביטוי רק בטיוב הקרקע, אלא גם בעצם החזקתה ושמירתה וכן בנטילת הסיכון הכרוך בכישלונו של הייעוד החקלאי וירידת קרכו. ספק אם המדינה כבעלים (להבדיל מהמדינה כרשות שלטונית), השקיעה בשמירת הקרקע החקלאית באופן זהה לחוכר, הגם שעתה, לטענת עותרי הקשת המזרחית, עליה ליטול לעצמה, כבעלים, את מלוא יתרונות שינוי הייעוד⁹¹. לדידו של בית הדין האירופי, פער ההשקעות בין החוכר למחכיר אינו מצדיק רק פיצוי החוכר בגין השקעותיו אלא הענקת זכות לרכישת הבעלות. זכות זו תמנע מהבעלים עשיית עושר ולא במשפט על חשבונם של החוכר⁹².

העותרים בפרשת ג'יימס ניסו לתקוף את קביעותיו המכלילות של בית הדין האירופי בדבר צדקתה העקרונית של ההגנה על חוכרים, באמצעות הצבעה על מאפייניהם השונים של חוכרי הבתים שבבעלותם, בשכונת בלגריה היוקרתית בלונדון⁹³. בעלי הבתים הלונדונים מנו שתי טענות מרכזיות אשר אמורות להצביע על כך שחוכריהם אינם ראויים להגנה.

Ibid, at para. 46 88

Ibid, at para. 49 89

Ibid, *ibid* 90

91 את חלקה של המדינה כרשות שלטונית בהשכחת הנכס היא אמורה לקבל באמצעות מיסוי.

James case, *supra* note 74, at para. 56 92

Ibid, at para. 68 93

Ibid, at para. 28 94

הטענה הראשונה הייתה, שיותר מ-40% מן החוכרים מכרו את הנכסים תוך שנה ולמעשה כמעט שלא החזיקו בנכס שוכו בו או שלא החזיקו בו כלל⁹⁵. הטענה השנייה הייתה, שכתוצאה מכך שערך המיזוג נפל בידיהם של החוכרים, בעוד שהתשלום שחויבו לשלם לבעלים התמצה רק בערך השוק של זכות החיזור בנכס חכור, הפיקו החוכרים רווחים נאים מדי שהגיעו, באחת הדוגמאות הקיצוניות, ל-62.5%. רווחים אלה, כך טענו, אינם אלא windfall profits, ואין זה סביר להפילם לידי החוכרים. טענות דומות ניתן למצוא אצל עותרי הקשת המזרחית⁹⁶. במיוחד יצא קצפם של עותרי הקשת המזרחית כנגד חברי קיבוץ גליל ים אשר, לטענת העותרים, כל אחד מהם "יקבל שני מליון דולר"⁹⁷.

בית הדין האירופי לא סבר כי טענות מעין אלו שוללות את הלגיטימיות של חקיקה המעניקה זכות רכישה לחוכרים. ראשית, הוא לא ראה פסול עקרוני בכך שערך המיזוג נופל לידי של החוכר, גם אם כתוצאה מהחלה שווינוית של הכלל, ישנן דוגמאות אחדות לרווחים יוצאי דופן:

"An inevitable consequence of the legislation giving effect to that view is that any tenant who sells the unencumbered freehold of the property (comprising house and land) after enfranchising is bound to make an apparent gain... In addition, the broad sweep and scale of the redistribution of interests achieved by the reform mean that some anomalies, such as the making of 'windfall profits' by tenants who purchased end-of-term leases at the right time, are unavoidable. Parliament decided that landlords affected by the legislation should be deprived of the enrichment, considered unjust, that would otherwise come to them on reversion of the property, at the risk of a number of 'undeserving' tenants being able to make 'windfall profits'. That was a policy decision of Parliament, which the Court cannot find to be so unreasonable as outside the State's margin of appreciation"⁹⁷

(ההדגשות שלי - ת.ז.).

שנית, בית הדין האירופי הצביע על כך שהבעלים איננו ניזוק שכן הוא מפוצה בגין אבדן ערכה של זכות החיזור למקרקעין התפוסים, בבחינת זה נהנה וזה אינו חסר⁹⁸. ההנמקות האמורות מתאימות גם לסיטואציה של שינוי ייעוד קרקע חקלאית. ראשית,

95 לעיל הערה 1, בסעיף 57 לעתירה, שבו מוחים על "הנחה ניכרת שערכה יכול להגיע לעשרות מיליוני דולרים ואף למאות מיליוני דולרים לשוב חקלאי (קיבוץ או מושב) בו עשרות בודדים של חברים הנהנים מסכומי עתק אלו".

96 שם, בסעיף 59 לעתירה.

97 James case, supra note 74, at para. 69

98 Ibid, ibid

99 Ibid, at para. 68

העובדה כי מדיניות המנהל להעדפת חוכרים גורמת במקומות מסוימים להתעשרות יתר, איננה פוסלת את המדיניות העומדת ביסוד העדפתם של חוכרים. יתרה מזאת, בעוד שלפי החקיקה האנגלית לא הוצע כל מנגנון שיבדוק באופן פרטני כל מקרה ומקרה (והדבר אושר על ידי בית הדין האירופי⁹⁹), הרי שלפי החלטות המנהל כל התקשרות טעונה שיקול דעת והסכמה של המנהל. החלטות המנהל גם מבחינות בין אזור מרכז הארץ לבין אזורי הפריפריה¹⁰⁰. **שנית**, על פי החלטות המנהל, המדינה משתתפת בשיעור משמעותי בעליית ערך הקרקע עקב שינוי הייעוד וזאת באמצעות דמי החכירה שהיא גובה עם שינוי הייעוד, המחושבים לפי שווי הקרקע בייעוד החדש. כך למשל, החלטה מספר 737 בדבר החכרת קרקע חקלאית למגורים מחייבת תשלום דמי חכירה של 66% (במרכז הארץ) משווי הקרקע בייעוד החדש. החלטה מספר 717 בדבר הקצאה קרקע חקלאית לקיבוץ לצורכי מפעל, מחייבת את החוכר לשלם דמי חכירה בשיעור של 51% משווי הקרקע בייעודה החדש. זכותה של המדינה, לפי החלטות המנהל, להשתתף בעליית ערך הקרקע עקב שינוי הייעוד, ניתנת להקבלה לתביעתם של בעלי הקרקע בפרשת ג'יימס להשתתף בערך המיוזג שזוכה בו החוכר לפי החקיקה האנגלית. חלוקת ההשתתפות בעליית הערך בין החוכר לבין המדינה היא פתרון הוגן יותר ודרסטי פחות מן ההסדר שאושר אף הוא על ידי בית הדין האירופי, שלפיו מלוא ערך המיוזג הועבר לחוכר¹⁰¹. טענת עותרי הקשת המזרחית בדבר רווחים ספקולטיביים, יוצאת מנקודת הנחה שהמדינה זכאית למלוא הבעלות בקרקע החקלאית והחוכר אינו זכאי לדבר, ולו גם להארכת חוזה החכירה החקלאי שלו לדורות. אך הנחה זאת מתעלמת מאי־הצדק הנגרם לחוכר, שהוכר גם על ידי בית הדין האירופי. המדינה והציבור כולו נהנו מן הייעוד החקלאי בשנות שגשוגו, מדוע, אפוא, יישא החוכר לבדו בסיכון של אבדן הרווחיות של הייעוד החקלאי? אילו היה החוכר ממשיך להחזיק בקרקע בייעודה החקלאי הבלתי רווחי, הרי ממילא כל שנותר היה למדינה זו זכות החיזור, שערכה, נוכח הנטייה להאריך חוזה חכירה ללא תשלום חוזר של דמי חכירה ראשוניים, אינו גדול. אין כלל מחלוקת כי המדינה מקבלת פיצוי גבוה מזה שהייתה זכאית לו בגין זכות החיזור שלה, לפי ערך הקרקע הישן, אילו הייתה ממשיכה להיות מוכרת לייעוד החקלאי ובמיוחד אם החכירה החקלאית הייתה מוארכת ביובל החכירה. עותרי הקשת המזרחית אמנם רותמים לטובתם את ההלכה הקיימת בדבר

100 החלטות המנהל בדבר שינוי ייעוד קרקע חקלאית, אשר עליהן יצא קצפם של העותרים (במיוחד החלטות 717, 727, 737), מבחינות, הן לצורך קביעת גובה דמי החכירה החדשים והן לצורכי פיצוי לחוכר, בין יישובים במרכז הארץ לבין יישובים באזורי עדיפות לאומית א' וב'.

101 ראו גם ז' מאור "המינהל קיבל רק 40% משווי ההפשרות בעשור האחרון" **הארץ** - גדל'ן 30.7.2000.

102 לעיל הערה 1, בסעיף 55 לעתירה.

103 "אינטואיטיבית היה ניתן לחשוב שצדק חלוקתי מחייב את 'הרשות הנוטלת' לפצות את הפרט ממנו נעשתה ה'נטילה' בפיצויים בשווי המגיע כדי שוויה המלא של הקרקע המופקעת". א' חביי-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 449, 486.

שיעור הפיצוי עקב הפקעה לצורכי ציבור, המתעלמת מעליית ערך הקרקע עקב שינוי ייעוד¹⁰². ספק אם ניתן להצדיק הלכה זאת משיקולים אינטואיטיביים¹⁰³. האינטואיציה של בית הדין האירופי לזכויות אדם לא ראתה כל פסול בהעדפתו של החוכר.

7. סיכום

בדוגמאות שסקרתי ברשימה זאת ביקשתי ללמד מעט סנגוריה על מדיניות מנהל מקרקעי ישראל, ככל הנוגע לשינוי ייעוד קרקע חקלאית. ביקשתי לתמוך בגישה המחייבת התחשבות מיוחדת בזכויותיו של החוכר החקלאי, הן ככל הנוגע להעדפתו כחוכר בייעוד החדש, הן ככל הנוגע לתנאי ההחכרה המחודשים והן ככל הנוגע לחישוב הפיצוי המגיע לו, אם יוותר על ההטבות להן הוא ראוי. החוקה ועיבוד של קרקע חקלאית היוו בעבר הלא רחוק עילות משמעותיות ביותר להפרטת זכויות השלטון בארץ ישראל למחזיק ולמעבד. מדיניות המעניקה לחוכרים זכות קדימה לרכישת הבעלות מן המחכיר אושרה בשנת 1986 על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם, כמדיניות אשר יש בה כדי לקדם צדק חברתי. ביקשתי לערער על הניסיון לנשל את החוכר החקלאי מכל זכות בקרקע חקלאית ששינתה את ייעודה, וגם על הגישה שלפיה כל מטרתו של הפיצוי היא להתגבר על סרבנות שרירותית של חוכרים לפנות מקרקעין, ולחסוך את ההוצאה הביורוקרטית הכרוכה בהליכי פינוי¹⁰⁴. ביקשתי להטיל ספק בתחושה כי החוכר החקלאי מקבל "מתנות חינם".

ברצוני להדגיש כי הביקורת שהבעתי ברשימה זאת נגד עתירת הקשת המזרחית, כוונה רק נגד הניסיון להשיג את יעדיה החברתיים על גבו של החוכר החקלאי. עמדתה של הקשת המזרחית כי יש לעשות במשאב הקרקע שימוש מושכל לשם צמצום הפערים בחברה הישראלית ראויה למלוא התמיכה. יש מקום להשתמש במשאב הקרקע, כמו גם במשאבים נוספים, שאינם נופלים בחשיבותם בחברה המודרנית, כדי לפתור מצוקות דיוור, פרנסה וחברה של כל מגזרי החברה ובמיוחד המגזרים החלשים והמקופחים. הניסיון ההיסטורי שהצבעתי עליו מצביע על כיוון כללי של הפרטה, כאחד הכלים לכך. בטיעונים שהצגתי יש כדי לתמוך במידה לא פחות מוצקה, גם בהתחשבות מיוחדת בחוכר העירוני¹⁰⁵. יש בהם כדי לתמוך בסענת עותרי הקשת המזרחית כי אין מקום ל"קמצנות בה נוהגת המדינה ביחס לדיירי הדיור הציבורי"¹⁰⁶. יחד עם זאת, השימוש במשאב הקרקע הוא רק סממן אחד של חלוקת ה"עוגה" הלאומית. השאלה כיצד יש לחלק משאב זה איננה קלה והיא אכן נתונה מזה זמן רב לוויכוח ציבורי, שבו הובעו דעות שונות¹⁰⁷. תרומתה העיקרית של העתירה היא, אפוא, בעצם העלאת המחאה למרכז הבמה של השיח הציבורי ובכך הצליחה לאין שיעור.

104 כפי שהובעה בפרשת **מזרחין**, **לעיל** הערה 59.

105 השוו לעניין זה החלטות בדבר תשלום דמי היתר בזמן שינוי ייעוד קרקע עירונית, סעיף 814 לנוסח המשולב של החלטות המנהל, ראו ויתקון, **לעיל** הערה 3.

106 **לעיל** הערה 1, בסעיף 119 לעתירה.

107 אינספור מאמרים פורסמו בעיתונות היומית וכן ראו החוברת השלישית של **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) וחוברות כתב העת **קרקע** מהשנים האחרונות, אשר הקדישו מרחב ניכר לכתיבה בנושא זה.