

משטר המקרקעין בישראל בסבך הסכסוך היהודי-ערבי

על ספרו של חיים זנדברג, מקרקעי ישראל: ציונות ופוסט-ציונות¹

אדם חפרי-וינוגרדוב*

"המפגש בין המתיישב העברי הראשון והפלאח הערבי, היה מפגש בין חלום לסיוט.
לא העברי ולא הערבי יכלו לדעת מרגע המפגש הראשון, שחלומו של האחד הוא סיוטו של האחר.
היסטורית, הראשון שחש בסיוט המאיים עליו היה הערבי. יום אחד, על הרכס מול הכפר שבו גרו אבותיו מדורי דורות, הוקמו כמה צריפים ואיש בלבוש מוזר חרש תלם במחרשה על הרכס שהיה עתידו.
האיכר היהודי שנרצח על מחרשתו הזמין את השומר העברי להגן עליו מפני הסיוט הערבי.
אף לא אחד מהשניים לא היה קין, אף לא אחד מהם לא היה הבל".

מתוך עמוס קינן **שושנת יריחו** 158 (1998)

א. מבוא. ב. ניכוס נכסי פליטי 1948. ג. ניכוס על ידי הפקעת מקרקעין.
ד. ניכוס על ידי תהליך הסדר הזכויות במקרקעין. ה. האם מופלים תושבי ישראל הערבים לרעה בהקצאת משאבי הקרקע של המדינה?
ו. הערכה מסכמת.

1 המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית ירושלים, התשס"ח-2007.
* דוקטור למשפטים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

א. מבוא

ספרו החדש של פרופ' חיים זנדברג משתלב בקבוצת מחקרים שראו אור בעשור האחרון, המתארים את תהליכי העברת הזכויות במקרקעין בארץ-ישראל, מאז תקופת המנדט, לידי המדינה וגופים ציבוריים אחרים, כמו גם את תהליך הסדר הזכויות במקרקעין, כביטויים לסכסוך היהודי-ערבי ולדו-קיום המורכב של שתי הקהילות האתניות בארץ זו. את רוב ספרו מקדיש זנדברג לתגובה מפורטת למחקריהם של שלושה חוקרים: ד"ר אלכסנדר (סנדי) קידר ותלמידו, ד"ר ג'רמי פורמן – שניהם מאוניברסיטת חיפה, וד"ר אורן יפתחאל מאוניברסיטת בן-גוריון. בסדרה של פרסומים, גיבשו השלושה נרטיב היסטורי ברור, המתאר את התהליכים המשפטיים האמורים כמהלך רב-זרועי שבמסגרתו פעלו יהודי ארץ-ישראל לנשל את ערבייה מחלק ניכר ממקרקעיהם.²

בעלי עמדה זו רואים את טיפול הממסד הישראלי, על זרועותיו השונות, בקרקעות ערביי ארץ-ישראל כמסכת אחת של התאנויות שנקט הצד היהודי בסכסוך על ארץ-ישראל כדי למקסם את כמות הקרקע שבשליטתו ולמזער את כמות הקרקע שבשליטת הצד הערבי. הדברים אמורים בערבים שיצאו את הארץ תוך כדי אירועי 1948, או בסמוך לאחריהם, וקרקעותיהם הועברו לידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים³, בערבים שנדחקו, אגב אותם

2 להלן אחדים מן המחקרים המרכזיים בקבוצה זו, פרי עטם של קידר, פורמן, יפתחאל ואחרים: אלכסנדר (סנדי) קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" **עיוני משפט** 665 (התשנ"ח) (להלן: קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט"); אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" **תיאוריה וביקורת** 16, 67 (2000); רונן שמיר "מושעים במרחב: בדואים והמשטר המשפטי בישראל" **משפט והיסטוריה** 473 (דניאל גוטוויץ ומנחם מאוטנר עורכים, התשנ"ט); Alexandre (Sandy) Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography: Israeli Law and the Palestinian* Jeremy Forman & ; *Landholder 1948–1967*, 33 NYU J INT'L L & Pol 923 (2001) Alexandre (Sandy) Kedar, *Colonialism, Colonization and Land Law in Mandate Palestine: The Zoral-Zarqa and Barrat Qisarya Land Disputes in Historical Perspective* Alexandre (Sandy) Kedar & Oren ; 4 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 491 (2003) Yiftachel, *Land Regime and Social Relations in Israel*, in 1 SWISS HUMAN RIGHTS BOOK, Jeremy Forman, *Israeli Settlement of Title*; 127 (H. de Soto & F. Cheneval eds., 2006) *in Arab Areas: The "Special Land Settlement Operation" in NORTHERN ISRAEL (1955-1967)* (PhD Thesis, University of Haifa 2005); id., *Liberal Reform in an Illiberal Land Regime: the Land Settlement Ordinance Amendment of 1960 and the History of Formative Israeli Land Legislation* (forthcoming in *Israel Studies*, 2008).

3 ראשית על פי חקיקת חירום, ומאוחר יותר לפי חוק נכסי נפקדים, התש"ו-1950, ס"ח 86.

אירועים, מאזור אחד לאזור אחר של הארץ והפכו ל"נפקדים נוכחים"⁴ ובערבים שנתרו על מקומם, ונתקלו מאוחר יותר בניסיונות מטעם המדינה להשתלט על מקרקעין שבהם החזיקו או שאותם תבעו, אם במסגרת הליכי הסדר זכויות במקרקעין⁵ ואם כהפקעה לצורכי ציבור⁶. את כל אחד מן הערוצים המשפטיים הנזכרים לתפיסת קרקעות אפשר לתפוס כהליך אובייקטיבי שאינו מוטה לכיוונה של קבוצה אתנית מסוימת: הליכי הסדר הזכויות במקרקעין נראים לכאורה כבירורים אובייקטיביים של זכויות קיימות, הפקעות הנעשות, לכאורה, לצורכי הציבור כולו, ולא אך לצורכי אחת הקבוצות האתניות המרכיבות את הציבור⁷, ותפיסת אדמות הפליטים ביטאה את תוצאות מלחמה שבה לא פתח דווקא הצד היהודי. בעלי העמדה הביקורתית דוחים תפיסה זו בתוקף. לשיטתם, יש להבין את מסכת ההליכים והצעדים הללו בהקשרה של הדומיננטיות היהודית במדינת ישראל מאז 1948, כצעדים תוקפניים שנקטה קבוצת הרוב כלפי קבוצת המיעוט כדי לנשלה ולהעמיק את נחיתותה. בעלי העמדה הביקורתית מדגישים כי עצם מסגרת הדיון הפורמלית של הליכים כמו הליכי הסדר זכויות במקרקעין, נטתה לסייע לצד היהודי להעביר לידי עור ועוד מקרקעין: מושגי הבעלות של חלקים מן הציבור הלא-יהודי, שבאו לידי ביטוי, למשל, בתביעות הבעלות של בדווים באדמות הנגב, או בתביעות הבעלות של חקלאים ערבים באדמות הבלתי-מעובדות שמסביב לכפריהם, לא באו לידי ביטוי בדין שהפעיל הממסד השלטוני היהודי. אף שרבידים משמעותיים מדין זה נוצרו על ידי המשטרים ששלטו בארץ קודם להקמת מדינת ישראל – האימפריה העות'מאנית ומשטר המנדט הבריטי – שיקף הדין תפיסת קניין מערבית רציונלית, שהכירה אך בזכויות במקרקעין מתוקף רישום או עיבוד חקלאי ארוך שנים. מושגיו הפורמליים של דין זה כמו הכשילו מראש תובעי זכויות שחשבו במונחים קהילתיים א-פורמליים. כך הפך אותו דין, לשיטת בעלי העמדה הביקורתית, לנשק מנשל בידי הציונות.

4 ותפיסת קרקעותיהם אושרה בחוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, ס"ח 58 (להלן: "חוק רכישת מקרקעין").

5 לפי פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין) 1928, חא"י, פרק 80, מס' 9 (כיום פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969), על תיקוניה.

6 לפי פקודת הקרקעות (הפקעה לצרכי ציבור) 1943, ע"ר (1943) 32.

7 לעניין ההשלכות, בדיני ההפקעות בכלל ובדיני הפיצוי על הפקעות בפרט, של שאלת היקף אוכלוסיית הנהנים מן השימוש שיעשה בקרקע המופקעת, ושל שאלת השתייכותם (או אי-השתייכותם) של הנפגעים מן ההפקעה לקבוצות האוכלוסין שייחננו מן השימוש האמור, ראו למשל חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** (2005) 137, והמקורות המצוטטים שם. לדיון תאורטי בהענקות שלטוניות – צדן השני של הנטילות השלטוניות – ראו: Gideon Parchomovsky & Abraham Bell, *Givings*, 111 YALE L.J. 547 (2001).

בעלי עמדה זו נוטים לחשוב על הסכסוך היהודי-ערבי כאנלוגי במידה רבה לסיטואציות קולוניאליות, שבהן דחקו כובשים מבחוץ את תושבי המקום הוותיקים מעל אדמתם. מבין פניהם הרבות של הפרויקט הציוני והסכסוך היהודי-ערבי, ההתמקדות בתולדות שליטתם של בני שתי הקבוצות במקרקעין בארץ-ישראל, מבליטה את אותם היבטים בסיפורם המורכב של הפרויקט והסכסוך שאכן יש בהם דמיון מבני רב לסיטואציות הקולוניאליות האמורות. אחד ההיבטים הוא העלייה הרציפה בכמות המקרקעין בארץ-ישראל שעמדו תחת שליטה יהודית מאז ראשית ההתיישבות הציונית ועד לביסוסו של משטר המקרקעין הישראלי העכשווי בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל ובחוק מקרקעי ישראל ב-1960.⁸

ברבות מן הסיטואציות הקולוניאליות שהתרחשו במאות השנים האחרונות, עמד כובש מערבי מול נכבש לא מערבי.⁹ בעלי העמדה האמורה נוטים לשייך את הסיטואציה הארץ-ישראלית לקבוצה זו, ולהחיל עליה תפיסות שפותחו על ידי חוקרי ההיסטוריה של הקולוניאליזם המערבי. זאת, אף שבסיסם של דיני המקרקעין שמולם עמדו תובעיה-זכויות במקרקעין בארץ-ישראל הונח על ידי האימפריה העות'מאנית, מעצמה לא-מערבית, ואף הכיר¹⁰ ברכישת זכויות במקרקעין מכוח עיבוד – טכניקת רכישת זכויות שאינה כפופה להגיון מיפוי הזכויות הפורמלי המערבי, אלא מאפשרת למי שאמון על חריש ונטיעה, אך אינו אמון על חוזי מכר מקרקעין, לרכוש זכויות משפטיות פורמליות למהדרין מכוח פעולות לא-פורמליות שמחוץ לעולמו הרציונלי (ולכל הפחות, המסודר) של המשפט.¹¹

8 חוק-יסוד: מקרקעי ישראל; חוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.

9 אך אין הדבר כך תמיד. לפני עליית כוחו של המערב בעת החדשה המוקדמת, היו רוב הכובשים לא-מערביים; די אם נזכיר את מסע הכיבושים העצום של שליטי האיסלם החל במאה השביעית, או את זה של המונגולים במאה השלוש-עשרה. גם מאות השנים האחרונות ידעו גם כיבושים לא-מערביים, דוגמת הכיבוש היפני של מנצ'וריה וחלקים מסין בשנות השלושים של המאה העשרים.

10 בס' 78 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני משנת 1858.

11 שאלת הדמיון או השוני שבין המפעל הציוני לבין פרויקטים של קולוניאליזם מערבי נדונה בחיבורים רבים. היא חורגת מתחומה של ביקורת זו. לכאורה, נראה כי ההגירה היהודית לארץ-ישראל, במסגרת המפעל הציוני, דומה יותר לנדידות העמים של המאה החמישית לספירה מאשר למפעלים הקולוניאליים שיזמו מדינות אירופה במאות השנים האחרונות: ליהודים לא הייתה ארץ-אם, שאת האינטרסים שלה שירת המפעל הציוני. ההשלכות החמורות של היעדרה של מולדת מחוץ לארץ-ישראל, הן שדרבנו יהודים לשוב לארץ-ישראל, על אף הסכנה והמחירים שהיו כרוכים בכך. אלא שעבור האוכלוסייה הילידית של המקום אליו מהגר עם נומדי, עשויים נודדיו להיות הרי אסון לא פחות – אם לא יותר – מקולוניאליזם בנוסח מדינות אירופה של המאות ה-19 וה-20. השוו עמדתם של קדר ויפתחאל, המבחינים בין "חברות מתיישבים קולוניאליות" חיצוניות, הפולשות לטריטוריה זרה ומתיישבות בה, דוגמת ההתיישבות האירופית באמריקה הצפונית והדרומית, לבין "חברות מתיישבים קולוניאליות" פנימיות, המהגרות מאזור אחד של מדינה לאזור אחר. את "חברות המתיישבים" הישראלית הם

כתביהם של בעלי העמדה הביקורתית, ובראשם קדר, פורמן ויפתחאל, תרמו רבות להבנת הדרך שבה הגשימו היישוב העברי והמדינה שהקים את חזון כיבוש השממה וגאולת הקרקע. לשיטתם, המחיר הכבד ששלמו ערביי הארץ על הגשמתו של חזון זה, והדרכים שבהן ניצלו הצדדים לסכסוך הטריטוריאלי דוקטרינות ותהליכים משפטיים על מנת לקדם את מטרותיהם. בכתבים אלה, היעדרה של מחויבות כלשהי להצדקת הפעולות שנקטו המדינה והמוסדות הציוניים או לתיאורן כעולות בקנה אחד עם קני מידה מוסריים או עם עקרונות יסוד משפטיים, ובראשם השוויון, אפשרה לכותבים להציג נרטיב סינתטי ומשכנע, שעולה ממנו תמונה עגומה של נישול אתנוקרטי, שבוצע בחלקו בחסות מלחמת השחרור¹² ובחלקו על ידי תחבולות משפטיות שההגינות מהן והלאה.

האתגר שנטל על עצמו זנדברג קשה יותר, במובן מסוים, מזה שנטלו על עצמם בעלי העמדה הביקורתית. כעולה מספרו, זנדברג מחויב לעמדה ציונית ליברלית מן הסוג שנקט הנשיא (בדימוס) ברק בפסק הדין בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל¹³. זנדברג מניח, כפי שהניח, לדבריו, הזרם המרכזי של הציונות, לפני הקמת המדינה ואחריה, כי די ברזרבות הקרקע הבלתי-מנוצלות שבארץ-ישראל כדי לקיים גם את זכויות ערביי הארץ וגם את מאווי הציונות. לשיטתו, רכישת בעלות או ריבונות יהודית בשטחים ריקים בארץ-ישראל הייתה ועודנה פעולה לגיטימית, שאינה מנשלת או מנכסת שטחים ערביים, ואף אינה מסכלת הגדרה עצמית לאומית פלסטינית בחלקים מארץ-ישראל. אלו, לדברי זנדברג, ההנחות שביסוד פתרון החלוקה, שבו דגל הזרם המרכזי של התנועה הציונית, ואחריה הזרם המרכזי במדינת ישראל, מאז דיוניה של ועדת פיל ב-1936, ובו דוגל זרם זה גם כיום¹⁴. לדבריו, "רעיון החלוקה מחייב גם יחס אזרחי שווה ומלא כלפי המיעוט הערבי

מסווגים כחיצונית ופנימית גם יחד. יפתחאל וקדר, "על עוצמה ואדמה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 71–72. דיונם אינו מזכיר כלל את שאלת הקשר עזיבתה של קבוצת המתיישבים את המקום ממנו יצאה: האם היה מדובר במסע השתלטות בנוסח הקולוניאליזם הספרדי, שמטרתו ניצול המשאבים, הטבעיים ומעשי-די-אדם, של חבל ארץ זר? האם היו מניעי המסע יצר הרפתקנות, תאוות-מלחמה, שוד, רצח וביזה, ותחושת זכות שושלתית לשלטון בארץ היעד – מניעיהן של פלישות הוויקינגים? האם נמלטו המתיישבים, כמו המהגרים הפורטיגזים מאנגליה והמהגרים היהודים מספרד, מרוסיה הצארית ומגרמניה הנאצית, מפני הפליה ורדיפות על בסיס דתי בארץ מוצאם? האם גורשו מארץ מוצאם כעונש על עברות שעברו, כמו ראשוני ה"מתיישבים" האנגלים באוסטרליה?

12 הידועה גם בכינויים אחרים; בעליו של כל נרטיב לאומי קראו לה בשם המשקף את עמדתם.

13 פ"ד נד(1) 258.

14 זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 29. הקביעה כי הזרם המרכזי בתנועה הציונית ובמדינת ישראל דגל מאז 1936 בחלוקת ארץ-ישראל המערבית למדינה יהודית ומדינה ערבית אינה נקייה מספקות. נכון הוא כי חלק ממנהיגי התנועה הציונית הסכימו לתכניות החלוקה של 1936 ושל 1947; כי חלקם היו בשלום עם המציאות של 1948–1967 מבלי לייחל להתפשטות

במדינה יהודית, לרבות בהקצאת המקרקעין ובהגנה על משאבי המקרקעין הקיימים בידי. [...] הגישה הממסדית יוצאת מנקודת הנחה שגם אם במקרים קיצוניים עשויה להיות סתירה בין ציונות לבין שוויון בהקצאת משאבים, הרי שבדרך כלל אפשר ליישב בין האינטרס הציוני והדמוקרטי¹⁵. זנדברג סבור כי הצורך בהקצאה שוויונית של משאבי המקרקעין של המדינה מטיל צל על הפקדת חלק משמעותי ממשאבים אלה בידי הקרן הקיימת לישראל, המחויבת להקצותם ליהודים בלבד. לדעתו, ככל שהקצאת חלק מאותם משאבים לקק"ל פוגעת באפשרות לספק את צורכי הקרקע של הציבור הערבי, יש לאפשר סיפוק צרכים אלה על ידי שינוי תקנון הקק"ל או העברת הקרקעות מידיה¹⁶. עם זאת, לעמדתו, הקצאת דבוקות מקרקעין ליהודים, ככאלה, אינה פסולה ככל שאין בה כדי למנוע את סיפוק צורכי הקרקע של קבוצות אוכלוסייה אחרות. עולה מעמדה זו כי מחויבות להקצאת קרקעות שוויונית עולה בקנה אחד עם העמדה הציונית עצמה, ונובעת ממנה.. ככל שהקצאה משאבי קרקע תוך הפליית האוכלוסייה הערבית, חרזה מדינת ישראל אפוא מעקרונות הציונות. היסוד לספרו של זנדברג הוא ברצונו להראות, כי הדרך שבה הגשימו התנועה הציונית והמדינה שייסדה את החזון הציוני, עלתה בקנה אחד עם רעיון החלוקה: כי הגשמה זו לא התאפיינה בדרך כלל בשלילתן של אדמות שהיו בבעלותם או בשימושם של ערבים והעברתן לבעלות או שימוש יהודיים. המדינה היהודית צמחה, כך מבקש זנדברג להוכיח, לצד הנוכחות הערבית בארץ ישראל. אף שזנדברג אינו מכחיש כי כמות מסוימת של אדמות אכן עברה, עם תהפוכות העתים, מידיים ערביות ליהודיות, הוא מבקש לייחס חלק גדול משינוי זה לתוצאות מלחמת השחרור, תוצאות שלא עוצבו לפי שאיפותיה של התנועה

טריטוריאלית; וכן כי רבים ממנהיגי ישראל משלימים ככל הנראה בשנים האחרונות עם אפשרות הקמתה של מדינה פלסטינית לצד ישראל. עם זאת, משך שנים לא מעטות בין 1967 לראשית העשור הנוכחי, הייתה העמדה הדוגלת בחלוקת הארץ בין שתי מדינות עמדת מיעוט בציבור היהודי בישראל, כמו גם בקרב הנהגתו. כך, למשל, התנגד המערך, לפי האמור במצע שפרסם לקראת הבחירות לכנסת השתים-עשרה (1988), להקמת מדינה פלסטינית. המצע שולל "כינונה של מדינה נוספת ונפרדת בשטח שבין ישראל לירדן. אם תקום מדינה פלשתינאית נפרדת היא לא תפתור את הסכסוך, ולעומת זאת תהיה מוקד של איבה וליבוים יצרים": **מצע המערך לכנסת ה-12**, עמ' 9: www.archavoda.org.il/avodaarch/matza /pdf/kneset12.pdf (נבדק לאחרונה ב-3.11.2009). הליכוד קבע עוד במצע שפרסם לקראת הבחירות לכנסת השש-עשרה (2003) כי "מדינת ישראל לא תאפשר הקמת מדינה ערבית פלשתינאית ממערב לירדן": **מצע הליכוד**: www.knesset.gov.il/elections16/heb/lists/plat_16.htm (נבדק לאחרונה ב-3.11.2009)

15 זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31–32.
 16 זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 76. קק"ל מחזיקה ב-24% משטח המדינה ללא מחוז דרום, וב-12% מכלל שטח המדינה: **דין וחשבון הוועדה הציבורית לרפורמה במנהל מקרקעי ישראל (ועדת גדיש) 34–35 (2005)**.

הציונית. נכסי הפליטים עברו אמנם לידיים ציוניות, אך עצם התרוקנות נכסים אלה מבעליהם וממחזיקיהם הקודמים לא הייתה, לטענת זנדברג, פרי תכנית ציונית שהוגשמה בחסות המלחמה. משהתרוקנו, נעשה בהם שימוש בהתאם למטרותיה הציוניות של המדינה, שימוש שאין בו, שב זנדברג וחוזר, כל דופי: שימוש במקרקעין למטרות ציוניות-יהודיות הוא לגיטימי, בעיניו, גם אם בעליה הקודמים של הקרקע, או המשתמשים בה, היו ערבים, ככל שקיימות קרקעות אחרות המספיקות לצורכי הציבור הערבי.

עיקר עניינו של זנדברג הוא בתיאור תהליכי העברת הזכויות במקרקעין, ביזמת המדינה וגופים ציבוריים ציוניים אחרים, מאז המלחמה, ובמאמץ להראות כי תהליכים אלה לא התאפיינו בפגיעה קשה בציבור הערבי ובהפלייתו; כי לא הסדרת הזכויות במקרקעין, בהמשך למאמצי שלטונות המנדט, ולא השימוש שעשתה מדינת ישראל בפקודת הקרקעות (הפקעות לצורכי ציבור), שגם אותה ירשה מן המנדט, לא כוונו נגד הציבור הערבי, ככזה. בעלי קרקעות וטוענים לזכויות בקרקעות מן הציבור הערבי נפגעו מתהליכים אלה כפי שנפגעו מהם בעלי קרקעות וטוענים לזכויות בקרקעות מן הציבור היהודי. גם אותם חלקים מתהליך הסדר הזכויות במקרקעין ואותן הפקעות שבוצעו, כעולה מתעודות היסטוריות אמיןות, לשם "ייהוד" אזורים מסוימים (ובפרט הגליל), לא נגדו, לשיטת זנדברג, את אתוס השוויון הציוני, שהרי לצד האזורים שיועדו ליהודים יועדו אזורים אחרים לערבים¹⁷. זנדברג מבחין אפוא בין תוצאות תהליכי העברת הזכויות במקרקעין שהתחוללו בארץ-ישראל מאז 1948 לבין התהליכים עצמם. התוצאות מעלות הפליה קשה, ואותה ראוי לתקן; ואילו התהליכים לא התאפיינו, לשיטתו, במגמה מובהקת של הפליית ערבים וניכוס קרקעותיהם למטרות ציוניות¹⁸.

קיים אפוא ניגוד ברור ובוטה בין תפיסתו של זנדברג את תהליכי העברת הבעלות, החזקה והשליטה במקרקעין בארץ-ישראל מאז 1948, לבין תפיסתם של בעלי העמדה הביקורתית את אותם תהליכים עצמם, שלפיה שימשו לניכוס מרב שטחה של מדינת ישראל 16–17 מיליון דונם מתוך 20.6 מיליון דונם – מבעלות ערבית לבעלות יהודית ציבורית¹⁹. לשיטתו של זנדברג, היה רוב רובה של ארץ-ישראל ריק מיישוב עד שהחלה הציונות לעשות בו שימוש, לצד היישוב הערבי ולא תוך נישולו. לשיטת קדר, יפתחאל ופורמן, הייתה ארץ-ישראל כולה מרחב ערבי עד שהחלו הציונים לנגוס בו; (כמעט) כל דונם ציוני תפס את מקומו של דונם ערבי. בספרו, ביקש זנדברג לערער את הביסוס העובדתי שהציעו

17 זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 48–49.

18 שם, בעמ' 20–22.

19 עם תום המנדט, היו 1.6–1.9 מיליון דונם בבעלות יהודית, ובכללם אדמות קק"ל, אדמות פיק"א ואדמות פרטיות של יהודים; 1–1.5 מיליון דונם היו רשומים על שם ממשלת המנדט, ועברו לידי מדינת ישראל. שם, בעמ' 38–40; קדר ויפתחאל, 'על עוצמה ואדמה', לעיל ה"ש 2, בעמ' 78.

בעלי העמדה הביקורתית לעמדתם. למטרה זו, אסף מסה גדולה ומרשימה של נתונים על השימוש שנעשה ברכוש הפליטים והעברתו בין גופים ציבוריים שונים, וכן על השימוש שנעשה מאז 1948 בפקודת הקרקעות (הפקעות לצרכי ציבור) – איזו קרקע הופקעה, ממי הופקעה, ולאילו מטרות²⁰. עיקר הספר מוקדש לפרשנות מדוקדקת של מסת הנתונים שנאספה, במטרה להראות כי מרב השטח שנרשם על שם המדינה, רשות הפיתוח והקרן הקיימת לישראל לא היה בשימוש ערבי או בבעלות ערבית קודם לכן, אלא היה קרקע פנויה, שהשימוש הציוני בה לא נטל אותה מאיש. עוד מבקש זנדברג להראות כי לפחות חלק מן הפרקטיקות שבעלי העמדה הביקורתית אפיינו כמכוונות לשלול קרקע מערבים ולהעבירה ליהודים, לא היו, למעשה, מכוונות לכך, ולפחות, כי לא הייתה זו מטרתן העיקרית. קדר ויפתחאל הקפידו לערום את הערוצים השונים שבהם זרמו מקרקעין לידי המדינה, רשות הפיתוח והקק"ל לרשימה אחת, על-מנת להציגם כמסע רב-אנפין, מתוכנן ומתוזמר, לסחיטת כמות מקסימלית של קרקע מערבים והעברתה ליהודים²¹. לעומתם, מקפיד זנדברג לדון בכל מכשיר משפטי בנפרד. פרקים נפרדים מוקדשים לניכוס נכסי הפליטים, להפקעת מקרקעין לצורכי ציבור ולתהליך הסדר הזכויות במקרקעין. בכל פרק עושה זנדברג שימוש וירטואוזי בנתונים שאסף, כדי להראות – ככל שמאפשרים הנתונים – כי בסופו של דבר לא שימש המכשיר האמור להעברת הבעלות במקרקעין רבים כל כך, וככל ששימש – הפנתה גגיעתו הרעה כלפי בעלי מקרקעין וטוענים לזכויות במקרקעין יהודים לא פחות מאשר כלפי ערבים. להלן נעמוד על תמצית טענותיו של זנדברג באשר לכל אחד משלושת ההקשרים הנזכרים; אך כבר כאן יוער, כי בחירתו לפורר את המסע האתנוקרטי הסוּחָף המוכר מכתבי קדר, יפתחאל ופורמן למיני-מהלכים, ולנסות להראות כי השפעתו הרעה של השימוש שנעשה בכל אחד מן המכשירים המשפטיים שעמדו לרשות רשויות המדינה על סך כל המקרקעין שבידיים ערביות לא הייתה משמעותית, פועלת, מבחינתו, כחבר-פיפיות, שהרי היא מביאה את הקורא לחשוד שלפניו חלקים של תופעה משמעותית אחת, הנדונים בנפרד כדי לגמדה לכדי סדרה של תופעות דרמטיות פחות.

ב. ניכוס נכסי פליטי 1948

לטענת זנדברג, אין לראות במעבר נכסי פליטי 1948 לידי גופים ציבוריים יהודיים חלק ממערך יחסי המדינה ואזרחיה הערבים. האירוע שביסוד השימוש הציוני בנכסים אלה –

20 זנדברג, לעיל ה"ש 1, נספח א' (הפקעות לפי חוק רכישת מקרקעין); נספחים ב', ג' (הפקעות לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)).

21 קדר, 'זמן של רוב', לעיל ה"ש 2, בעמ' 684–686; קדר ויפתחאל, 'על עוצמה ואדמה', לעיל ה"ש 2, בעמ' 79–81.

נטישת רוב האוכלוסייה הערבית של ארץ-ישראל את הארץ – נתפס על ידו כאירוע טרום-מדינתי. לא היה זה מהלך של ניכוס נכסי ערבים לידיים יהודיות; היו אלה תוצאותיה של מלחמה, שלא יזם דווקא הצד היהודי²². זנדברג רואה במקרקעי הפליטים – פליטי-החוץ ופליטי-הפנים (ה"נפקדים הנוכחים") כאחד – שטחים שננטשו בסערת המלחמה. לשיטתו, אין לבעליהם הקודמים של מקרקעין אלה זכות לקבלם בחזרה: תוצאותיה של המלחמה, שנפתחה ביזמת הצד הערבי ובמטרה לחסל את היישוב היהודי בארץ-ישראל, אינן הפיכות ולא ראוי שתהיינה הפיכות. בחלק מקרקעות הפליטים נעשה שימוש לצורכי ציבור, ובעיקר לצורכי ביטחון, קליטת עלייה והתיישבות. שימוש זה, ובכללו יישוב מכוון של יהודים באזורים ערביים-לשעבר כדי לשנות לצמיתות את הרכב אוכלוסייתם ולמנוע את שיבת התושבים הערבים, היה שימוש ראוי באינוונטר קרקעות זמין וחיוני, שנפל לידי המדינה בנסיבות המאיינות כל זכות שהייתה בו לבעליו-לשעבר. "חסינות" מכל תביעה זו, הנובעת מנסיבות מעברן הראשוני של קרקעות הפליטים לידיים יהודיות, מכשירה, לשיטת זנדברג, ומחסנת בפני כל תביעה ערבית, גם את הצעדים המשפטיים שנקטו כדיעבד באשר לקרקעות אלה, ובכללם העברתן לידי האפוטרופוס על נכסי נפקדים, ומידיו למדינה, לרשות הפיתוח ולקק"ל²³.

22 הסיבות לפרוץ מלחמת השחרור ולתוצאותיה, ובכללן עזיבת רוב תושביה הערבים של ארץ-ישראל את הארץ, שנויות, כידוע, במחלוקת חריפה. לא זה המקום לסקרה בהרחבה. היו ממנהיגי היישוב היהודי שהיו מודעים, תוך-כדי מהלך המלחמה אם לא קודם לכן, לשאלת הרכב אוכלוסייה של המדינה לאחר המלחמה, ליתרונות, מבחינת היישוב היהודי, של מזעור הרכיב הערבי באוכלוסייה, ולאפשרות לתכנן את מהלכי המלחמה כך ש"פיקו" מדינה מעוטת-אוכלוסייה ערבית ככל האפשר. בין מודעות לשיקול זה לבין ביצוע מוצלח של המהלכים המתחייבים ממנו, במציאות של מלחמה מרה מול יריב חזק ועיקש, יש כמובן פער ניכר. קדר ויפתחאל מגשרים באלגנטיות על המחלוקת באשר לסיבות לעזיבת רוב תושביה הערבים של ארץ-ישראל תוך כדי המלחמה, על ידי אזכור "גירוש ועזיבה" גם יחד, והסמכתם ל"גירוש, לעזיבה ולהגירה" של יהודים מאירופה ומארצות האיסלם לארץ-ישראל, שהתרחשו בה-בעת: קדר ויפתחאל, 'על עוצמה ואדמה', לעיל ה"ש 2, בעמ' 77.

23 זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21–22, 67–86. אף שהוא סבור כי הטעמים המאיינים את זכויות בעלי הקרקע הקודמים להשבה או פיצוי חלים גם על פליטי הפנים ("הנפקדים הנוכחים"), מזכיר זנדברג כי המדינה הכירה, בחוק רכישת מקרקעין ובפרקטיקה שנבעה ממנו, בשוני שבין מצבם של אלה למצבם של פליטי החוץ, השיבה לפליטי-הפנים חלק מנכסיהם, נתנה להם קרקעות חלופיות, ופיצתה אותם, תוך הצמדת גובה הפיצוי לערך הכסף (אם כי לא לשווי הקרקע). לדבריו, שולם עד סוף 2005 פיצוי, בכסף ובקרקע, בגין רכישת כ-63% מן השטח שהופקע במסגרת חוק רכישת מקרקעין. שם, בעמ' 78–86. למעשה הוגדרה נטילת נכסיהם של פליטי הפנים, רטרופקטיבית, כהפקעה, הגוררת פיצוי במסלול מקביל לזה של פקודת הקרקעות (הפקעות לצרכי ציבור).

תפיסתם של בעלי העמדה הביקורתית שונה, כמובן. לשיטתם, הדרך שבה עברה השליטה בקרקעות אלה מידי בעליהן הערבים לידיים יהודיות התאפיינה בעוול שגרמו יהודי ארץ-ישראל לערבייה, ולכן נותרו אלה נכסים "ערביים", במובן מסוים לפחות, גם לאחר שיהודים החלו לעשות בהם כבשלהם: נטילה-בעוול אינה מאיינת את זכויות הנגזל. חשיבותה של המחלוקת נעוצה בכך שקרקעות הפליטים היו רוב המקרקעין שעברו לידיים ציבוריות יהודיות לאחר הקמת המדינה. הן שמאפשרות לבעלי העמדה הביקורתית לטעון כי כ-80% משטח המדינה נוכסו לאחר הקמתה מידיים ערביות לידיים יהודיות. גם על פי האומדנות של הצד היהודי, שאינן מקובלות על בעלי העמדה הביקורתית, הקיפו קרקעות הפליטים בין 3-4 מיליון דונם – שטח גדול בהרבה מזה שעבר לידיים ציבוריות יהודיות על דרך השימוש בפקודת הקרקעות והסדר הזכויות במקרקעין.

המחלוקת בין זנדברג ליריביו נסבה, למעשה, על שאלת שיבוצו הדיסציפלינרי, בין תחומי המשפט השונים, של מעבר נכסיהם של פליטי 1948 לידי גופים ציבוריים יהודיים. לשיטת זנדברג, העברת נכסים זו היא עניין לדיני המלחמה ולא לדיני הקניין, ולכן אין לקחתה בחשבון בהערכת הוגנות יחסו הכולל של משטר המקרקעין הישראלי לדורותיו לערביי ארץ-ישראל²⁴. בעלי העמדה הביקורתית, לעומתו, רואים את ניכוס נכסי פליטי 1948 כמערכה אחת, אולי הדרמטית והמשמעותית ביותר בתולדותיו של משטר המקרקעין הישראלי. ואכן, ספק אם יש מקום להתייחס לניכוס נכסי פליטי 1948 כאירוע שאינו מהווה חלק מתולדות משטר המקרקעין הישראלי. התרחשות המלחמה בשנה זו הייתה תנאי שבלעדיו אין לתמורה רבת-ההיקף שאירעה אז בחלוקת המקרקעין בארץ-ישראל בין הקבוצות האתניות המרכיבות את אוכלוסייתה, כמו גם בהרכב האוכלוסייה. תמורה זו הייתה האירוע הדרמטי ביותר בתולדות משטר המקרקעין בארץ-ישראל במאה העשרים. ספק אם יש מקום להוציא תמורה זו מכלל תולדותיו של אותו משטר, רק משום שהתרחשה אגב מלחמה: אירועים קנייניים המתרחשים אגב מלחמה עשויים בהחלט להיות מושאי דיון במסגרת דיני המלחמה ודיני הקניין כאחד, כמו גם במסגרת תחומי דין אחרים, כגון דיני זכויות האדם.

24 זנדברג אינו עוסק בראויות העברת נכסים זו מבחינת דיני המלחמה עצמם. עקרונית, שוללים דינים אלה השתלטות של קבע על שטח שהיה מיושב אוכלוסיית אויב. עם זאת, דיני המלחמה המסורתיים עוצבו על פי הפרדיגמה של מלחמה בין מדינות, להבדיל ממלחמה בין קבוצות אתניות חסרות מדינה, כמו מלחמת השחרור (אם כי הצד הערבי זכה לעזרתם של כוחות מכמה מדינות). ככל מלחמה, גם מלחמת השחרור הייתה אירוע טרגי שהוליד מוות, עוול והרס. ספק אם השאלה, האם תוצאות מלחמת השחרור, ובכללן הקמת מדינת ישראל וניכוס נכסי פליטי 1948, הן ראויות, ראויה להידון על ידי משפטנים ובכלים משפטיים. זו שאלה פוליטית ואידאולוגית מובהקת. עמדת זנדברג, שלפיה תוצאות המלחמה אינן הפיכות ולא ראוי שתהיינה הפיכות, משקפת היטב את עמדתו הציונית.

משטר המקרקעין בישראל בסבך הסכסוך היהודי-ערבי

הוצאתו של ניכוס הנכסים של פליטי 1948 מחשבון העברת המקרקעין בארץ-ישראל מידיים יהודיות לערביות משרתת, לכאורה, את זנדברג במאמציו להראות כי ההיסטוריה של משטר המקרקעין בארץ-ישראל לאורך המאה העשרים אינה מתאפיינת בשלילה רחבת היקף של קרקעות מערבים על ידי יהודים. אך, למעשה, גם הכנסת אירועי 1948 לכלל תולדות משטר המקרקעין בארץ-ישראל, והודאה כי עקב מלחמת השחרור אכן עברו שטחים נרחבים מבעלות ערבית לבעלות ציבורית יהודית, אינה מובילה בהכרח לאפיונו של משטר זה כעוול מתמשך שגרמו יהודים לערבים, או לאימוץ הנרטיב הפלסטיני באשר לאירועי 1948. אפיונם של אירועי 1948 תלוי בעמדתו הפוליטית והאידיאולוגית של הכותב. עמדה כזו של זנדברג תוליך לאפיון שונה מזה שניכר בכתיבתם של בעלי העמדה הביקורתית: אפשר בהחלט לטעון כי מעבר קרקעותיהם של פליטי 1948 מידיהם לידיים יהודיות היה, בנסיבות שנוצרו, לגיטימי, וכי הישארותן בידיים יהודיות לצמיחתן גם היא לגיטימית. צדקת העמדה הציונית היא שאלה אידיאולוגית. מנקודת הראות של הנרטיב הציוני, ארץ-ישראל היא ביתו של העם היהודי. העברת קרקעות מידיים ערביות לידיים יהודיות עשויה, מנקודת ראות כזו, להיראות מוצדקת בהחלט. זאת, בד בבד עם תפיסתה, כאסון וכעוול משווע מנקודת הראות של הנרטיב הפלסטיני. זנדברג ויריביו מבקשים להראות כי הצדק, במשמעותו המשפטית שעל פי דיני הקניין, עולה בקנה אחד עם גישתו של אחד משני הנרטיבים להיסטוריה של משטר המקרקעין בארץ-ישראל. שעה שבחשיפתה המדוקדקת של ההיסטוריה של משטר המקרקעין הארץ-ישראלי והישראלי, על היבטיה המשפטיים, יש טעם רב, ספק אם יש טעם בניסיון להראות כי הדין, במשמעות משפטית כלשהי, הוא עם צד זה או אחר לסכסוך הישראלי-ערבי.

ג. ניכוס על ידי הפקעת מקרקעין

את דיונו בניכוס קרקעות ערביי ישראל לידיים יהודיות על ידי הפקעתן על פי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) מחלק זנדברג לדיון בהפקעות שבוצעו בין 1948–1964 ובאלה שבוצעו בין 1964–1993. מחקרו הפרטני של זנדברג העלה כי בתקופה הראשונה הופקעו לפי הפקודה 123,814 דונם בסך הכול, וסביר להניח כי עד מחצית מכמות זו הייתה, טרם ההפקעה, בבעלות פרטית. בדומה לפילוחו את סך כל ניכוס קרקעות הערבים לפי הטכניקה המשפטית שבה נוכסה כל פיסת קרקע, מפלח זנדברג את סך כל הקרקעות שהופקעו בין 1948–1964 על פי מקורן, ומסיק כי "ניתן להניח בוודאות די גבוהה כי שיעור הפגיעה [על דרך הפקעת הקרקעות – א.ח.ו.] בבני מיעוטים בתקופה זאת לא עלה על שיעור הנתח של בני המיעוטים בדבוקת המקרקעין בבעלות פרטית, וייתכן שגם לא עלה בהרבה על שיעורם באוכלוסייה. בערכים מוחלטים, אין ספק כי לא היתה פגיעה גדולה במיוחד

בהיקף אינוונטר המקרקעין בבעלות פרטית של בני מיעוטים". מסקנה זו יש לקרוא על רקע הנתון – המשמעותי – כי "הנתח של בני המיעוטים בדבוקת המקרקעין בבעלות פרטית עלה, ועודנו עולה כיום, על שיעורם באוכלוסייה"²⁵.

אך הפרטים שמביא זנדברג מעלים ספק בנכונות מסקנתו. 15% מסך כל הקרקע שהופקעה בתקופה זו הופקעה מיישובי מיעוטים. 17% מאותו סך הכול הופקעו לשם הקמת קיסריה, ואף שחלק גדול מן האדמות שהופקעו למטרה זו השתייכו קודם לכן לפיק"א ולמדינה, נכללו בדבוקה זו גם אדמות פרטיות, וייתכן שביניהן אדמות ערבים. 10% מן הסך הכול הופקעו בערים המעורבות, ששיעור האוכלוסייה הערבית בהן היה, בתקופה זו, קטן. זנדברג בדיק הפקעה אחר הפקעה ולא מצא כי כוונו דווקא כלפי האוכלוסייה הערבית; ובכל זאת סביר כי גם "פרוסה" זו של עוגת השטח המופקע כללה אדמות ערביות. 21% מן העוגה הופקעו באזור באר-שבע, וסביר כי חלק מנתח זה היה, קודם שהופקע, בבעלות ערבית. 22% הנתורים הופקעו בשטח כפרים וערים שננטשו על ידי תושביהם הערבים בין 1951–1948. עולה מן הנתונים כי מקורם של לפחות 37% מן הקרקע שהופקעה בתקופה זו – ובכללה קרקע שהייתה פרטית קודם להפקעתה וקרקע אחרת – בדבוקת הקרקע שיושבו, קודם להפקעה, על ידי ערבים, היו בבעלותם, בשימושם, או (לפחות) היו סמוכות לקרקעות שהיו בבעלות ערבית או בשימוש ערבי. 37% אלה אינם כוללים את אותם חלקים מן ההפקעות באזור באר-שבע, באזור שבו עמדו להקים את קיסריה ובערים המעורבות שהופקעו מבעלות פרטית ערבית. על מנת לטשטש רושם זה, העולה מן הנתונים שהביא, קובע זנדברג כי בהפקעות בערים המעורבות, באזור שנועד להקמת קיסריה ובשטחי הכפרים והערים שננטשו, באה לידי ביטוי "פגיעה מסוימת בפליטי פנים"; היו אלה "ספייחים קטנים מאוד של הטיפול בנכסי הפליטים". אם נקבל את גישת זנדברג שלפיה כל הכרוך בנכסי הפליטים אינו חלק ממסע הניכוס המדינתי של קרקעות הערבים, יש בהערה זו כדי לרכך את הרושם כי ההפקעות בין 1948–1964 כוונו, בחלקן הלא מבוטל, להפקעת רכוש ערבי. אך מאידך גיסא, שבה הערה זו ומבליטה את מלאכותיות ההבחנה שערך זנדברג בין ניכוס נכסיהם של הפליטים, הפקעות לפי פקודת הקרקעות והליך הסדר הזכויות במקרקעין: זליגתם של תהליכים אלה זה לתוך זה עולה מן הנתונים עצמם, כמו גם מניתוחו של זנדברג²⁶.

דיונו של זנדברג בהפקעות שבוצעו בין 1964–1993 פשוט ונהיר. השימוש בכלי ההפקעה הלך ודעך בתקופה זו: בסך הכול הופקעו בה כ-33,000 דונם. אך חלק מהפקעות הקרקע הפרטית בתקופה זו כוונו, מודה זנדברג, בעיקר כלפי אדמות ערביות: במסגרת

25 זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 92–96. המשפט המצוטט מופיע בעמ' 95–96.

26 שם. הקטעים המצוטטים מופיעים בעמ' 94–95.

תכנית פיתוח הגליל של אמצע שנות השבעים הופקעו 6,320 דונם של אדמות מבעלות ערבית פרטית, ורק 4,369 דונם מבעלות יהודית פרטית. מתוך הקרקעות שהופקעו ב-1979–1980 בצפון-מזרח ירושלים כדי להקים את שכונת פסגת זאב, הופקעו 66% מערבים ו-34% מיהודים. את רושם הקשה של נתונים אלה מבקש זנדברג לרכך על ידי הצבעה על הכמות הקטנה יחסית של מקרקעין שהופקעה בתקופה זו, ופוסק כי "ספק בעיניי אם נתונים אלה יכולים לבסס קביעה כי הפקעות לצרכי ציבור פגעו בצורה משמעותית באינוונטר הקרקעות של בני המיעוטים"²⁷. זיהויה של פגיעה כ"משמעותית" תלוי, כמובן, בנקודת ראותו של הכותב. פגיעה הנראית לזנדברג, על רקע ההפקעות רחבות היקף שבוצעו בתקופה שעד 1964 וחלקם הגדול יחסית של הערבים, אז והיום, בדבוקת המקרקעין הקטנה הנמצאת בבעלות פרטית, כלא משמעותית ביחס, עשויה להיראות משמעותית ביותר למי שכל פגיעה במצבור הקרקעות שבבעלות ערבית היא כמדקרות בבשרו²⁸.

לסיכום דיונו בהפקעות טוען זנדברג כי ייתכן שאפשר, אם מתעלמים מזהותם האתנית של בעלי המקרקעין שהופקעו, להצדיק הפקעת מקרקעין בכמות שהופקעה מבעלות פרטית ערבית לאור הצרכים הציבוריים שההפקעות נועדו לשרת, וביניהם ה"שינויים הדמוגרפיים וגלי [ה]הגירה" ו"שיקולים ביטחוניים". לדבריו, שינויים ושיקולים כאלה עשויים להצדיק גם את העברת הכמות הנדונה של מקרקעין מקבוצות אוכלוסייה עתירות נכסים (כלומר, ערבים) לקבוצות מהגרים (כלומר, יהודים, ובפרט העולים החדשים של שנות המדינה הראשונות). יש מקום, לשיטתו, לבדיקה נקודתית של ראיות כל הפקעה, תוך התמקדות במידת הפגיעה בבעלי הקרקע הפרטיים ובמידת הנזק שנגרם לאפשרויות הפיתוח והמחיה ביישובים שנפגעו. מנקודת הראות הציונית ליברלית שבה דוגל זנדברג, אי-אפשר לשלול הפקעות למטרות ציבוריות בעלות אופי יהודי-ציוני, כל עוד הפגיעה הכוללת באינוונטר הקרקעות של המיעוט אינה מופרזת, ובכפוף למבחנים שכל הפקעה צריכה לעמוד בהם: "מנקודת המבט הציונית, [היקף ההפקעות מערבים, הגדול יותר מהיקף ההפקעות משאינם ערבים] הוא פגם הטעון תיקון אשר אינו שולל מילוי מרחבים בלתי מנוצלים בגליל או בירושלים בפרויקטים למטרות יהודיות-ציוניות"²⁹. כדרכו, מנסה זנדברג לאזן בין עמדה הרואה בחיוב את השלכות הגשמת הפרויקט הציוני על חלוקת המקרקעין בארץ-ישראל בין יהודים לערבים, לבין הקפדה על עקרון השוויון, ובמקרה זה על השוויון במידת הפגיעה בכל אחת משתי האוכלוסיות על ידי הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור. כבנקודות אחרות

27 שם, בעמ' 96–98; המשפט המצוטט מופיע בעמ' 98.

28 כדברי השופט אנגלרד, בנסיבות מסוימות "אפשר כי גם התאריך החקוק על מצבה ייהפך בעיניו של אדם לרצועת הסנדל, עליה מוכן הוא למסור את נפשו". ע"א 6027/97 פדרדיקה

שביט נ' חברה קדישא ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 639.

29 שם, בעמ' 89–103; המשפט המצוטט מופיע בעמ' 102–103.

בספרו, סבירותן של מסקנותיו של זנדברג תלויה בעיקר בעמדתו האידאולוגית של הקורא. קורא המקבל כי במדינת ישראל "צורכי ציבור" המצדיקים הפקעה עשויים להיות גם צורכי הקמתה של מדינה יהודית שתהווה בית לפזורי ישראל במרחב גאוגרפי שרובו לא היה, עד להקמת המדינה, בבעלות יהודית, עשוי לקבל את מסקנתו של זנדברג. קורא הסבור אחרת יסבור, מן סתם, כי צורך בקרקע שנבע הן מקליטתה של עלייה יהודית גדולה אשר החליפה אוכלוסייה ערבית שיצאה את הארץ והן מן הרצון להוסיף ולקיים את המדינה היהודית בעיקרה, שהיא תוצאתם של תהליכים אלה, בסביבה ערבית עוינת, אינו בגדר "צורך ציבורי" לעניין פקודת ההפקעות, וכי אי-אפשר להצדיק באמצעותו את רצף הפקעות המקרקעין מבעלות פרטית ערבית שסקר זנדברג.

ד. ניכוס על ידי תהליך הסדר הזכויות במקרקעין

זנדברג מקדיש תשומת לב רבה לתיאורו של קדר, במאמרו המכונן "זמן של רוב, זמן של מיעוט", את הארכתה ההדרגתית של התקופה המקנה – לפי ס' 78 לחוק הקרקעות העות'מאני וחקיקים עוקבים – זכויות באדמות מירי מכוח התיישנות רוכשת. קדר מציג את הארכתה של תקופה זו כחלק ממאמצן של זרועות הממשל הישראלי לחסום תביעות של ערבים לזכויות כאלה, בעיקר בגליל. אף שזנדברג מקבל את טענת קדר, כי החלתה הרטרואקטיבית של תקופת ההתיישנות המוארכת פגעה בזכויותיו של מי שצבר את מלוא התקופה שנדרשה לפני התיקון, הוא סבור כי קבוצת הנפגעים הייתה קטנה. זנדברג מסיק זאת ממיעוט הנזקקים להסדר שקבע המחוקק כתרופה לנפגעי הארכת תקופת ההתיישנות: בחוק החכרת מקרקעין (הוראות שעה) התשי"ט-1959³⁰ נקבע כי מי שנשללו ממנו, בעקבות הסדר הזכויות, מקרקעין ששימשו מקור עיקרי לפרנסתו ולפרנסת משפחתו, ואין לו מקרקעין אחרים כדי מחייתם, זכאי לקבל אותם מקרקעין עצמם, או שטח חלופי, בחכירה ל-49 שנים לפחות מן הרשות. מסקנת זנדברג כי מיעוט הנזקקים להסדר פיצוי זה מצביע על מיעוט הנפגעים מהארכתה הרטרואקטיבית של תקופת ההתיישנות הרוכשת אינה מחויבת המציאות, שהרי ייתכן כי חלק מאוכלוסיית הנפגעים לא ניצלו את הסדר הפיצוי משום שלא הגיע לידיעתם, משום שלא נהנו ממשאבים (ממוניים, חברתיים או תרבותיים) מספיקים כדי להגיש בקשה לקבלת זכות חכירה לפי סעיף 5 לחוק החכרת מקרקעין, משום שהעדיפו שלא לקחת פיצוי מידי המדינה שפגעה בהם, או מסיבות אחרות.

משטר המקרקעין בישראל בסבך הסכסוך היהודי-ערבי

לשיטת זנדברג, אוכלוסיית הערבים שנפגעו מהארכת תקופת ההתיישנות הורכבה ממחזיקים שהשתלטו על קרקע בשלהי שנות הארבעים. הימנעות שלטונית המנדט והמדינה, עד האצת תהליך הסדר הזכויות בגליל בשלהי שנות החמישים, מסילוקם של מחזיקים אלה שיקפה את אזלת ידם של השלטונות בתקופה של מלחמה וחילופי משטר. לדבריו, "סביר להניח שמאחורי הרחבת השטח המעובד בכפרי הגליל בתקופה שבין 1946 ל-1948 עמדו תמריצים לאומיים, שעלו על רקע תכניות חלוקת הארץ". תמריצים אלה היו מקבילה ערבית לשאיפה הציונית למנוע את תפיסתם של מקרקעין בגליל על ידי ערבים, וליעדם להתיישבות ציונית. גם לשיטת זנדברג הייתה שאיפה זו סיבתה העיקרית של הארכת תקופת ההתיישנות³¹. זנדברג תוקף גם את תיאורו של קדר את תרומתם של בתי המשפט למאמץ הרשויות למנוע מערבים לרכוש זכויות במקרקעין מכוח התיישנות רוכשת, ומתאר שינויים דוקטרינריים, שקדר ראה כמכוונים לשלילת זכויות מערבים, כיישום פשוט של הוראות הדין, או כתולדה של התקדמות תהליך ההסדר ויישומו החל בשנות החמישים בגליל – אזור שבו לא יושם בתקופת המנדט. מסקנתו של זנדברג היא כי היקף הפגיעה ברכוש הפרט שנגרמה על ידי הסדר הזכויות במקרקעין בגליל "היה קטן מאוד"; "לא הוכחה פגיעה בהיקף שהיה מהלך מנשל, אשר גרם למהפך שלילי משמעותי בהתפלגות משאבי המקרקעין במדינה"³².

ה. האם מופלים תושבי ישראל הערבים לרעה בהקצאת משאבי הקרקע של המדינה?

אף שעיקר עניינו של זנדברג הוא במסמוס תיאורם של בעלי העמדה הביקורתית את תהליכי העברת המקרקעין לידיים ציבוריות והסדר הזכויות במקרקעין מאז 1948 כגזלה מתמשכת של קרקעות ערביות למטרות יהודיות, מכיל הספר גם דיון מדוקדק בשאלה אם הקצאת הקרקעות הקיימת כיום בישראל מפלה לרעה את תושביה הערבים. לשיטת בעלי העמדה הביקורתית, הערבים, שהיוו עוד בסוף העשור הקודם 18% מאוכלוסיית ישראל, אכן מופלים לרעה, שהרי רק 3.5% משטח המדינה נמצאים בבעלותם הפרטית, ועוד 2.5% בשליטתם המוניציפלית³³. כדרכו, מבקש זנדברג לערער את התזה הביקורתית על ידי הצגת נתונים למכביר. הוא מזכיר כי רק בכ- 8% משטח המדינה אפשרית בעלות פרטית – ומתוכם נמצאים 3.5% בבעלותם הפרטית של ערבים, הווה אומר, שיעור הקרקעות בבעלות ערבית

31 זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 105–113; המשפט המצוטט מופיע בעמ' 113.

32 שם, בעמ' 113–142; המשפט המצוטט מופיע בעמ' 142.

33 קדר ויפתחאל, 'על עוצמה ואדמה', 79.

מתוך סך כל הקרקעות בבעלות פרטית בישראל גבוה משיעור הערבים באוכלוסייה. אך היות, מוסיף זנדברג, שרוב המקרקעין המוקצים לפרטים מוקצים על ידי העברת זכויות פחותות מבעלות, על שאלת ההפליה האתנית בהקצאת מקרקעין להיחתך בעיקר על פי הדרך שבה מוקצים 656,000 הדונם המכוסים בינוי עירוני ופרברי, שהם עיקר המרחב שבשימוש על ידי המגזר העירוני, המקיף 90% מאוכלוסיית המדינה; התפלגותם האתנית של אלה לא נבדקה מעולם. זנדברג מוסיף עוד כי את הדיספרופורציה לכאורה בין שטחיהן של רשויות מקומיות יהודיות לערביות יש להבין על רקע שטחן הגדול של מועצות מקומיות דלילות-אוכלוסין בפריפריה, המסווגות כיהודיות משום שרוב אוכלוסייתן יהודית. ניהולו של שטח ספר ריק על ידי יהודים תושבי האזור אינו הופך את השטח, שלאותם יהודים אין בו כל זכות קניין שהיא, ל"יהודי"³⁴.

1. הערכה מסכמת

גיבוש הערכה ביקורתית של ספרו של זנדברג הוא משימה קשה. האתגר שלקח על עצמו קשה במיוחד: אֶתְגוּרוֹ של הנרטיב הביקורתי, שבוסס בהדרגה ובהצלחה משך יותר מעשור של כתיבה מתוחכמת. זנדברג מנסה לאתגר מנקודת מבט מורכבת, המחויבת, מחד גיסא, לתיאור אוהד של משטר המקרקעין הציוני בארץ-ישראל ותולדות מעבר רוב המקרקעין בארץ-ישראל לידיים יהודיות ציבוריות, ומאידך גיסא, לשוויון בהקצאת משאבי המקרקעין בין הקבוצות האתניות השונות המרכיבות את אוכלוסיית ישראל.

זנדברג קולע למטרה בביקורתו על ההנחה שהוא מייחס לבעלי העמדה הביקורתית, כי כל שטח בארץ-ישראל שלא היה ב-1948 בבעלות פרטית או ציבורית יהודית, היה ערבי, ובכלל זה גם טרשים ומדבריות שאיש לא עשה בהם כל שימוש – אשר על כן רכישת הבעלות בו על ידי יהודים מהווה גזלה, יהא המכשיר המשפטי שנעשה בו שימוש לביצוע גזלה זו או להצדקתה בדיעבד אשר יהא³⁵. יש טעם גם בטענתו כי אין לתפוס כל שטח הרשום על שם המדינה או רשות הפיתוח כשטח "יהודי", באשר שטח זה עומד, תאורטית-משפטית לפחות, לרשות כל אזרחי המדינה, יהודים כערבים. אך ניסיונו של זנדברג לקזז את אדמות הפליטים – חלק הארי של אדמות הערבים שעברו לידיים יהודיות ב-1948 ואחריה – מחשבון האדמות שנוכסו, על ידי הגדרת מעבר אדמות הפליטים לידיים יהודיות

34 זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 42–48.

35 זנדברג מקדיש דיון מיוחד להנחה כי הנגב כולו מהווה קרקע ערבית, אף שהנגב הדרומי, המקיף 9 מיליון דונם מתוך 20.5 מיליוני הדונם שהם שטח המדינה, כמעט שאינו מיושב, וגם האוכלוסייה הברווית לא נדדה בו: שם, בעמ' 22, 143–148.

כתוצאת מלחמה, להבדיל מתוצאת צעדים יזומים של מדינת ישראל שלאחר המלחמה, אינו משכנע. תפיסתם של בעלי העמדה הביקורתית, הרואים את מעבר הקרקעות הערביות לידיים יהודיות, בין שתוך כדי ובעקבות המלחמה ובין שמאוחר יותר, כההליך היסטורי אחד (גם אם אפשר לפרקו למספר תתי-אירועים), משכנעת יותר: אף שנטילת הקרקעות אגב מלחמת השחרור לא נעשתה בכלים המשפטיים המשמשים לנטילה שלטונית של קרקעות שלא אגב מלחמה, אלא נעשתה ראשית "בשטח", בלא כסות משפטית, והולבשה מאוחר יותר בחקיקה המיוחדת לה, הרי ניכוס מקרקעי פליטי 1948 מהווה, ממש כמו הפקעות קרקע מבעלות ערבית או מניעת ערביי הגליל מרכישת זכויות במקרקעין על ידי הארכת תקופת ההתיישנות הרוכשת, מקרה פרטי של ניכוס קרקעות הערבים בארץ-ישראל לידיהם הציבוריות של המדינה היהודית וגופים ציוניים. על אף נסיבותיהם השונות של אירועי 1948, בהשוואה לאירועים מאוחרים יותר של הפקעה או הסדר זכויות במקרקעין, היו גם אלה וגם אלה פרקים במאבק היהודי-הערבי הארוך על קרקעות ארץ-ישראל.

דיון משפטי-טכני יכול, כמובן, להתגדר בבקעתם של דיני ההפקעות, דיני הסדר הזכויות במקרקעין או כל קטגוריה משפטית אחרת, ולהתעלם מנטילות-קרקע שלא בוצעו על ידי המכשיר המשפטי הטכני שבו מתמקד הדיון. אך דיונו של זנדברג אינו דיון טכני מסוג זה. זהו דיון היסטורי בתולדות משטר המקרקעין הישראלי והדרכים שבהן בא בו לידי ביטוי הסכסוך הישראלי-ערבי על קרקעות ארץ-ישראל. אפשר כמובן לטעון כי מעבר קרקעותיהם של פליטי 1948 לידיים יהודיות ציבוריות היה, בנסיבות שבהן התרחש, מוצדק וכי אין בו, או בתוצאותיו, פגם משפטי כלשהו. השאלה, אם היו אירועי 1948 ותוצאותיהם ראויים או בלתי-ראויים, היא שאלה אידאולוגית ופוליטית בעיקרה, גם כאשר דנים בה על ידי מינוח משפטי ומדגישים את המכשירים המשפטיים הטכניים שבהם נעשה שימוש לשם רישום הקרקעות על שם גופים ציבוריים של המדינה היהודית והעם היהודי. זנדברג בחר לנהל את דיונו ההיסטורי והאידאולוגי כאילו היה דיון משפטי טכני, וביתר, לכן, את תהליך התפשטות האחיזה היהודית בקרקעות ארץ-ישראל לחלקים על פי הכלי המשפטי הפורמלי שבו נעשה שימוש. ביתור זה מטשטש את אחדותו והמשכיותו ההיסטוריות היסודיות של התהליך האמור: גם זנדברג היה מסכים, יש להניח, כי ההשתלטות על נכסי פליטי 1948, הסדר הקרקעות המיוחד בגליל בסוף שנות החמישים ובשנות השישים והפקעות הקרקע בגליל ובמזרח ירושלים בשנות השבעים היו כולם צעדים שנקטו גורמים שלטוניים יהודיים לשם קידומו של מה שראו כאינטרס הציוני. עם שינוי העתים השתנו המכשירים המשפטיים שבהם נעשה שימוש לקידום אינטרס זה, והשתנו במידת-מה גם התפיסות הרווחות בדבר עצם הפעולות המתחייבות ממנו. ברי כי מאפייניהם המיוחדים של אירועי 1948 נגרמו על ידי המצב האנרכי ששרר בארץ אותה עת: הפעולות שנקטו ב-1948 לא היו, כפעולות שנקטו בשנות השבעים, מעשים של מדינה מבוססת ומסודרת. כל דיון בפעולות שנקטו ב-1948 חייב להביא בחשבון את הנסיבות המיוחדות שבהן ננקטו. אך מנקודת-הראות של

מחקר השתקפותו של הסכסוך היהודי-ערבי במשטר המקרקעין הישראלי, מטשטש הביתור שנקט זנדברג את אחדותו ההיסטורית היסודית של תהליך התפשטות האחיזה היהודית בקרקעות ארץ-ישראל.

ככל שנקט זנדברג את הגישה המבותרת כדי למזער את רושמה של הפגיעה שפגעו יהודים בזכויותיהם של ערבים במקרקעין בארץ-ישראל, על ידי חלוקתה לפרוסות קטנות דִּיין כך שאפשר להתייחס לכל אחת מהן כמצומצמת בהיקפה, ולכן בחשיבותה ההיסטורית – כלל לא ברור כי יש בכך צורך להשגת מטרתו־שלו. שאלת צדקתה וראויותה של התפשטות האחיזה היהודית בקרקעות ארץ-ישראל מאז ראשית הציונות היא שאלה פוליטית ואידאולוגית. על מנת להצדיק התפשטות זו, אין צורך להתאמץ ולהראות כי הפגיעה שפגעה בזכויותיהם של ערבים אינה בלתי-סבירה: אפשר להודות כי הפגיעה האמורה הייתה קשה, בעיקר ב־1948, ובכל זאת לגרוס כי תהליך ההתפשטות ראוי, מסיבות אידאולוגיות שאין להן דבר עם דיני ההפקעות, עם קריטריונים משפטיים של שוויון וצדק חלוקתי, או עם המשפט בכלל. תרגומו של השיח הפוליטי בדבר צדקתה, או אי-צדקתה, של הציונות למונחים משפטיים אינו עושה עמו, בדרך כלל, חסד. נכון כי הגשמתם, במקביל, בפרקטיקה של חלוקת המקרקעין בארץ-ישראל, של הפרויקט הציוני ושל אידאל השוויון החלוקתי בין קבוצות אוכלוסייה, היא אתגר קשה. ספק אם הסוואת הפגיעה שפגעה הגשמת הפרויקט הציוני בשליטה הערבית בחלק ממקרקעי ארץ-ישראל היא דרך פורייה להתמודד עם אתגר זה.

ניסיונו של זנדברג לכמת את המקרקעין הערביים שהועברו לידיים יהודיות, שלא בהתבסס על הנחה כי כל דונם בארץ-ישראל הוא ערבי אלא אם כן נרשם על שם מי שאינם ערבים, ממוקד בכימות המקרקעין שבהם נהנו ערבים מזכויות קניין פורמליות. על דבוקת מקרקעין זו הוא מוסיף אדמות שהיו בשימוש ערבי שזיכה את המשתמשים, על פי הדין העות'מני, לטעון לזכויות קניין פורמליות בהן, כלומר אדמות שהיו בשימוש חקלאי ארוך טווח על ידי ערבים. לעתים מתייחס זנדברג גם לאדמות שערבים טענו לזכויות בהן, ואפשר היה לעבדן עיבוד חקלאי, אף אם הטוענים לא עשו כן בפועל. העמדה התורת-משפטית העולה מן הדברים היא כי המקרקעין ה"שייכים" לאדם הם אלה שהדין הפורמלי החל בטריטוריה הרלוונטית מכיר בזכויותיו בהם. יישומה של עמדה זו בהקשר של טענותיהם של ערבים לזכויות במקרקעין חשוף לביקורת שהעלה רונן שמיר, שלפיה לא עקבו מושגי השייכות והבעלות של החברה הפלסטינית אחר מושגי הקניין שבדין העות'מני (ומאוחר יותר, המנדטורי והישראלי) שחל, פורמלית, על אותה חברה. התחשבות רק בזכויות קניין

פורמליות ובאדמות שאפשר היה לרכוש בהן זכויות כאלה על פי דין, מותרה "תחושות זכות" שלא עלו בקנה אחד עם הדין הפורמלי מחוץ למשחק³⁶.

זנדברג מודע לעמדת שמיר, ושולל אותה. הוא מעלה אפשרות כי "תחושות הזכות" הערביות הא-פורמליות במקרקעין נוספים לאלה שבהם נהנו ערבים מזכויות משפטיות פורמליות הועלו על ידם על מנת למנוע השתלטות ציונית על הקרקע. ככל שהדבר כך, ייטה רק מי שרואה את הטענות הערביות כמוצדקות יותר מאלה הציוניות להעניק משקל רב יותר לתחושותיהם הא-פורמליות של תושבים ערבים מאשר לצרכיו של הפרויקט הציוני. שהרי אם "תחושות זכות" וציפיות גרידא מובאות בחשבון, גם ציפיותיהם של יהודים, כגון התקווה בת שנות אלפיים, ו"אינטרס הסתמכות" מרחיק לכת כגון זה שבא לעולם על ידי הקרבן שהקריב היישוב היהודי במלחמת השחרור³⁷, במניין.

לסיכום, נשוב ונדגיש כי יכול אדם לאהוד את המפעל הציוני מבלי להכחיש כי תהליך הוצאתו מן הכוח אל הפועל היה כרוך בפגיעה קשה ברבים מערביי ארץ-ישראל, ובכלל זה בזכויותיהם במקרקעין. הדחף להציג תהליך זה באור חיובי ככל האפשר הוא תולדה אפשרית ומובנת, אך לא הכרחית, של האהדה למפעל הציוני. המשימה הקשה שנטל זנדברג על עצמו – להראות כי ההיסטוריה של משטר המקרקעין הציוני עומדת, פחות או יותר, בקריטריונים שפירט הנשיא (בדימוס) ברק בפרשת קעדאן – אינה הכרח-בל-יגונה גם עבור הציוני שבחוקרים. שאיפת משטר המקרקעין הישראלי, שעמה מזדהה זנדברג, להגשמת הפרויקט הציוני תוך הקפדה על סטנדרטים ראויים של שוויון משקפת את הסטנדרט הכפול שבכיוטי "מדינה יהודית ודמוקרטית", המופיע בחוקי-היסוד משנת 1992³⁸. זנדברג בחר לנסות ולהראות כי תולדות משטר המקרקעין הישראלי עומדות בסטנדרט זה על ידי מזעורה, ככל האפשר, של הפגיעה שפגע המשטר בערביי ארץ-ישראל. דרך אחרת, שאינה מחויבת פחות מגישת זנדברג לאתוס הציוני, לנסות ולהציג את ההיסטוריה של משטר המקרקעין הישראלי כעומדת בסטנדרט הכפול היא על ידי הודאה בפגיעה זו, תוך סברה כי לפחות אותם מהיבטיה שאי-אפשר היה להקים מדינה יהודית בארץ-ישראל מבלי לחטוא בהם, היו מוצדקים, לפחות בנסיבות של שנות הארבעים, על ידי הכוונה להקים מדינה כזו, וכי ככל שהיבט מסוים של אותה פגיעה לא היה בעת שאירע, או איננו כעת, חיוני לקיומה של מדינה כזו, יש לתקנו בהתאם לעקרון השוויון. גישתו של זנדברג לאירועי 1948 – האירועים המשמעותיים ביותר בהיסטוריה של משטר המקרקעין בארץ-ישראל במאה

36 שמיר, לעיל ה"ש 2.

37 ההתייחסות לקרבן זה ולמשקלו המוסרי וההיסטורי במשקפי התאוריה של דיני החוזים באה להדגים את האבסורד המובנה שבמשפטיות ציפה של הדין הפוליטי והאידיאולוגי בזכויותיהם של יהודים וערבים על ארץ-ישראל.

38 ס' 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

העשרים – אופיינית לגישתו הכללית: היות שאירועי אותה שנה פגעו פגיעה קשה בזכויותיהם של ערביי ארץ-ישראל במקרקעי הארץ, ביקש זנדברג לנתק בין אירועים אלה לבין תולדות משטר המקרקעין הישראלי, כאילו מה שנתרחש בעת מלחמה אינו חלק מאותן תולדות. גישה ציונית חלופית תכיר בפגיעה הקשה שנפגעו ערביי ארץ-ישראל ב-1948, במקרקעיהם כבהיבטים אחרים של חייהם וזכויותיהם, אך תסבור שככל שפגיעה זו הייתה הכרח המציאות כדי להקים, בתנאים ששררו בארץ אותה שנה, מדינה יהודית יציבה שתוכל לקלוט עלייה המונית, לא היה ממנה מנוס.