

ירושלים – הסדר והפקעת זכויות במקרקעין*

חיים זנדברג**

- א. מבוא
- ב. העשורים הראשונים – הסדר כהפגנת ריבונות בשכונות הספר במערב ירושלים
- ג. אימוץ תוצאות ההסדר הירדני במזרח ירושלים
- ד. הפקעות ופתיחת "דף חדש" בשכונות החדשות
- ה. סיכום

א. מבוא

בשנת 1928 החלו השלטונות המנדטוריים של ארץ-ישראל בתהליך של הסדר זכויות במקרקעין (Land Title Settlement), לפי פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין)¹. מדינת ישראל אימצה את ממצאי התהליך המנדטורי ואת התשתית הסטטוטורית שלו. התהליך הושלם ברוב שטחה של מדינת ישראל. מטרתו העיקרית של תהליך ההסדר הייתה לחקור את שרשרת זכויות הקניין (Chain of Title) בכל פיסת מקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל, על מנת להניב הכרעה סופית בדבר זכויות הקניין (ה-Titles) בכל פיסת מקרקעין שהוסדרה. הכרעה זו הפכה לרישום הראשון ב"פנקס הזכויות"² (Title Registration) ונועדה לאפשר את יצירתו.

המניע ה"אובייקטיבי" להנהגת תהליך של הסדר זכויות במקרקעין על ידי ממשלת המנדט התמקד בשוק הפרטי. התהליך אמור היה להסיר את חוסר הבהירות שיצרו דיני הקרקעות העותמאניים בדבר הזכויות במקרקעין, לייעל את שוק המקרקעין הפרטי ולהקטין את הסיכון הכרוך בו. יחד עם זאת, את התהליך הניע גם, ואולי בעיקר, מניע "סובייקטיבי" והוא רצונה של הממשלה לאתר, לסמן ולרשום את קרקעותיה שלה. בירור מדויק של זכויות הממשלה במקרקעין היה חיוני לקיום "המחויבות הכפולה" של הממשלה על פי כתב המנדט³. בין השנים 1928-1948 הספיקו הבריטים לסיים את

* גרסה מוקדמת של מאמר זה התפרסמה בהמשפט 14 (תשס"ב).

** מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. תודתי לחברי מערכת המשפט ולמשתתפי הסדנה למשפט היסטוריה כפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב על הערותיהם המועילות. נוסח אנגלי של המאמר עומד להתפרסם בקרוך ב: Journal of Israeli History, בכרך מיוחד שיוקדש לעיר ירושלים.

1 ע"ר (1.6.1928)(ע)258(א)260.

2 כהגדרתו בתקנה 6 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תשל"1969.

3 ח' זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל (תשס"א) 169-171.

תהליך ההסדר של כ-5,243,000 דונם. רוב רובו של השטח היה שטח כפרי ורובו היה מרוכז במישור החוף והשפלה.⁴

הבריטים נמנעו מלבצע הסדר זכויות בירושלים. ירושלים הייתה, מכל בחינה שהיא, יעד מסוכן ומסוכן להסדר. ראשית, היה מדובר בשטח עירוני. בדיקת זכויות במקרקעין בשטח עירוני קשה יותר מבדיקת ההיסטוריה של זכויות בשטח כפרי. הזכויות בשטח עירוני מופצלות וצפופות באופן המייקר ומאט את קצב בירורן. הבריטים נמנעו בדרך כלל מלבצע הסדר בשטחים עירוניים⁵. שנית, ירושלים הייתה כבר בתקופת המנדט עיר עם היסטוריה עתיקת יומין. ככל שאילן היוחסין של זכות במקרקעין ארוך יותר, כך קשה ויקר יותר לבדוק אותו וגובר הסיכוי לטעות. הבריטים נמנעו מלהסדיר שטחים עירוניים ותיקים גם מטעם זה⁶. על כל אלה יש להוסיף את חשיבותה הדתית והבינלאומית של ירושלים והחשש כי בירור ממשלתי כפוי (compulsory) של הזכויות במקרקעין יוביל לתסיסה של האוכלוסייה בה, על ההשלכות המדיניות שלה⁷.

עם הקמתה, אימצה מדינת ישראל את תוצאות ההסדר הבריטי ואת שיטת ההסדר. רוב השטח הכפרי שהוסדר נכלל (כ-5,000,000 דונם) בתחומי מדינת ישראל החדשה⁸. עתה הגיעה העת להסדיר את יתרת השטח הכפרי והעירוני שהבריטים לא הספיקו להסדיר ובכללו – ירושלים. תהליך ההסדר בירושלים, שהיה לכאורה תהליך אזרחי פנימי, הושפע, במידה חלקית, אך בלתי נמנעת, מחשיבותה של ירושלים בעיני השולט בה ומן השינויים שחלו עם הזמן במצבה השלטוני והמדיני. במהלך שני העשורים הראשונים להקמת המדינה, שימש התהליך אמצעי להפגנת ריבונות המדינה ולאכיפתה באזורי הספר של מערב ירושלים ובמיוחד בכפרי הפריפריה העוזבים. לאחר סיפוח מזרח ירושלים לשטחי העיר והמדינה נדרש המשפט הישראלי לקבוע עמדה כלפי תוצאות תהליך הסדר הזכויות שנעשה במזרח ירושלים במהלך תשע-עשרה שנות השליטה הירדנית. חשיבותו של תהליך ההסדר במזרח ירושלים ככלי לבידור רטרואספקטיבי של זכויות במקרקעין בשטחים שסופחו ירדה, והועדף שימוש בכלי הדרסטי של הפקעות וזאת, בין היתר, על מנת לפתוח במהירות "דף חדש" בהיסטוריה של הזכויות במקרקעין המופקעים. מטרתה של רשימה זאת לנסות ולזהות את "טביעות האצבע" של ירושלים בתהליכי הסדר מקרקעין והפקעתם.

- 4 שם, בע' 335; ד' גביש קרקע ומפה מהסדר קרקעות למפת ארץ-ישראל 1920 (תשנ"ב) 202, הערת שוליים 295 וטקסט.
- 5 זנדברג, לעיל הערה 3, בע' 228.
- 6 שם, בע' 31 ואילך וכן בע' 228.
- 7 חששם של הבריטים מתסיסה היה מלקחיה של פרשת הסדרת מקרקעי גיפתליכ בית שאן, בראשית שנות העשרים. ראו זנדברג, שם, בע' 195, 213.
- 8 שם, בע' 335.

ב. העשורים הראשונים – הסדר כהפגנת ריבונות בשכונות הספר במערב ירושלים

תהליך ההסדר במדינת ישראל הושפע מהקמתה של המדינה. מניעי המדינה כריבון לא היו שונים, אמנם, ממניעי ממשלת המנדט. אז כעתה ביקש השלטון להגביר את הוודאות בשוק המקרקעין הפרטי כמו גם לאתר ולסמן את הזכויות במקרקעיו הוא. יחד עם זאת, המעבר משלטון מנדטורי לשלטון יהודי-ציוני שינה את הייעודים שאליהם הופנו מקרקעי השלטון שזוהו וסומנו במסגרת תהליך ההסדר. אם בתקופת המנדט אמורות היו קרקעות הממשלה שסומנו במסגרת ההסדר לשמש לפיתוח והתיישבות במסגרת "המחויבות הכפולה" של ממשלת המנדט, הרי עתה יועדו לשרת את מדיניות ההתיישבות של ממשלת ישראל. המטרות ה"פרטיות" של התהליך התעמעמו, והובלטה התוצאה הציבורית של השלמתו. כך, למשל, נתפס עתה תהליך ההסדר בגליל ובנגב כתהליך שמטרתו לסמן מקרקעי מדינה על מנת לייעדם להתיישבות יהודית.⁹

מגמה זאת לא פסחה על ירושלים. כעיר ספר אשר טרם השתחררה מחרב הבינאום שהתנופפה מעל ראשה מאז החלטת החלוקה¹⁰, היה בעצם הנהגת תהליך של הסדר זכויות במקרקעין ניחוח של הפגנת ריבונות ישראלית. עמד על כך מנהל מחלקת רישום קרקעות, מר בנימין פישמן, בתזכיר שהכין עבור שר המשפטים, בעיצומה של מלחמת השחרור:

"ברור שאם כי אין עוד הסכם לקביעת גבולות העיר אך הדאגה לפתוח ירושלים העברית קימת והיא כבר מסתמנת על ידי יצירת חברות מיוחדות לצורך זה, ועלינו לבוא לעזרתן על ידי הסדר קרקעי בחלקים המצטרפים לגוש נכר של 'שטח הרחבה' של שכונות הספר השונות"¹¹.

אכן, פעולות ההסדר הראשונות בירושלים נעשו בשטחי הספר (קטמונים¹², רמת רחל, קסטל) ובשטחי הכפרים הערבים שננטשו במלחמה, כגון עין כרם, ליפתא, דיר יאסין (גבעת שאול), מלחה (מנחת) והקריה (שייח' באדר)¹³. שטחים ריקים אלה היוו את

- 9 שם, בע' 345.
- 10 לתיאור עמדת מוסדות האו"ם כלפי ירושלים מאז החלטת החלוקה ועד שנות החמישים ראו מ' הירש וד' האוסן-כוריאלי ירושלים לאן? הצעות בדבר עתידה של ירושלים (1994) 3 ואילך.
- 11 מכתב מנהל מחלקת רישום קרקעות במשרד המשפטים, מר בנימין פישמן, לשר המשפטים מיום 12.9.1948, שכותרתו "מחלקת הסדר הקרקעות" ארכיון מדינת ישראל חטיבה 74, מכל 5733/ג, תיק 3520/1 ע' 3.
- 12 מכתב מר מתיתיהו יצחקי לראש האגף מיום 7.10.1955 ארכיון מדינת ישראל חטיבה 74, מכל 5733/ג, תיק 3520/3.
- 13 חוזר ראש אגף רישום והסדר מקרקעין במשרד המשפטים מספר 34/53 מיום 16.12.1953, שכותרתו: "תכנית עבודה לשנת הכספים 1954/55" ארכיון מדינת ישראל חטיבה 74, מכל 5733/ג, תיק 3520/2.

היעד הראשוני ליישובם של עולים ותיקים ולהקמתם של שיכונים חדשים¹⁴. "כתכנית להסדר קרקעות באזורי ירושלים והדרום לפי סדר העדיפויות", שהוכנה לקראת שנת 1956, על ידי פקיד ההסדר, מתתיהו יצחקי, הוצע לבצע הסדר בשכונת עין כרם בירושלים כי "שטח זה נכלל בירושלים המורחבת ומהווה את אזור המחיה של ההתיישבות"¹⁵. בשנת 1961 כבר הושלם ההסדר בכל שטחי דיר יאסין ובחלק משטחי ליפתא, עין כרם ובית צפפה ("המערבית"). עקב פניית ראש עיריית ירושלים למנכ"ל משרד המשפטים ניתנה עדיפות להמשך הסדרת שטחי מלחה (מנחת), עין כרם וחלק מאל-ג'ורה¹⁶. לירושלים כולה, על מכלול שכונותיה, ניתנה עדיפות בביצוע ההסדר העירוני. עד 1961 הוסדרו בירושלים "המערבית" 43 שכונות, שכללו 12,525 חלקות ב-147 גושי רישום, מתוך 182 גושים. לשם השוואה באותה תקופה הוסדרו בתל-אביב 48 גושים, שכללו 4,263 חלקות ובחיפה 57 גושים שכללו 3,912 חלקות¹⁷. הרשויות הקדימו להסדיר את השכונות החדשות יחסית ורק אחר כך פנו להסדרת שכונות ותיקות יותר שלהן אילן יוחסין ארוך יותר¹⁸. הדגש שניתן להסדר שכונות הספר בירושלים בולט נוכח המאמץ המיוחד שנדרש להסדרת שטחים עירוניים¹⁹ ונוכח העובדה שעקב הקושי בהסדרת גושים עירוניים, בחלק משכונות הליבה היהודיות

- 14 ראו א' גולן "פליטים, עולים, שכונות נטושות" ירושלים החצויה 1967-1948 (עידן מס' 18, יד בן-צבי, תשנ"ה) 69, 84. (להלן: "ירושלים החצויה").
- 15 ראו מכתב מר מתיתיהו יצחקי מיום 7.10.1955, לעיל הערה 12.
- 16 מכתב מר מתיתיהו יצחקי לראש אגף רישום והסדר מקרקעין מיום 4.4.1961; מכתב מר יוסף קוקיה, מנכ"ל משרד המשפטים, לראש עיריית ירושלים מיום 11.4.1961; מכתב מנהל מחלקת המדידות למנכ"ל משרד המשפטים מיום 28.4.1961; מכתב מר מתיתיהו יצחקי למנהל הכללי של משרד המשפטים מיום 3.12.1961 ארכיון מדינת ישראל חטיבה 74, מכל 5733/ג תיק 3520/9.
- 17 מכתבו של מר מתיתיהו יצחקי לראש האגף מיום 4.4.1961 ארכיון מדינת ישראל חטיבה 74, מכל 5733/ג, תיק 3520/8.
- 18 רשימת השכונות שהוסדרו עד 1961 כללה את: רוממה, מקור ברנך-חלק, גבעת שאול א, קריית משה, בית הכרם, הקריה, האוניברסיטה, בית וגן, הר הרצל, כרם אברהם, תל ארזה, מתניים, סנהדריה ושכון פאג'י, רחביה-חלק, שכונת הבוכרים, קטמונים א-ו, מושבה יגות, בקעה-חלק, קריית שמואל, אלישר, גבעת מרדכי, מרחביה, תלפיות, רמת רחל, קריית היובל, יפה נוף, שערי ירושלים, בית יעקב-חלק, עץ חיים, בית חנוך עיוורים, הר המנוחות, ליפתא עלית, דוד ילין, מצפה נוף, שטח יד ושם והר הזיכרון, שיכון רסקו, גבעת אורן, גבעת הנשיא ובנייני האומה, עמק המצלבה והמקשר. שם.
- 19 בסכמו את פעולות ההסדר בשטחים עירוניים בשנת 1959 ציין פקיד ההסדר של אזור ירושלים: "עלי להעיר שכל השטחים הנמצאים בהסדר באזורי הם עירוניים ואין למודם בקנה מדה של הסדר בכפרים, כלומר בכמות גדולה של דונמים. יש והסדר של גוש עירוני מסוכך צורך עבודה לא פחות מכפר שלם. יש וגוש עירוני דורש טפול של חודשים מפאת רבוי הרשומים המסובכים והחלקות שנרשמו לפי חוק בתים משותפים הרבים הנמצאים בהם... עבודת ההסדר בגושים העירוניים היא, אפוא, מרובה ולפעמים... צורך גוש עירוני אחד מידה של עבודת מרידה על הקרקע ובמשרד, כזו של 10-15 גושים בכפר בגליל". מכתב מר מתיתיהו יצחקי לראש אגף רישום והסדר מקרקעין מיום 19.11.1959 בנוגע ל"סיכום מצב ההסדר באזור ירושלים והדרום". ארכיון מדינת ישראל חטיבה 74, מכל 5733/ג, תיק 3520/7.

הוותיקות במערב העיר (כגון מאה שערים, נחלאות) קיימים גושים שבהם טרם הוחל בתהליך ההסדר עד עצם היום הזה.

ג. אימוץ תוצאות ההסדר הירדני במזרח ירושלים

מן העבר השני של ירושלים החצויה החלו גם הירדנים, במהלך תשע-עשרה שנות שלטונם במזרח ירושלים, בתהליך של הסדר זכויות במקרקעין בחלק משכונות הספר של מזרח ירושלים הירדנית, בעיקר בצפון העיר (בית חנינה, שועפאט). אזורי ההסדר בצפון העיר תאמו את תהליך הבינוי המתוכנן למחצה שהתהווה לאורך הדרך לרמאללה, שהיוותה אחת מעתודות הקרקע המרכזיות של ירושלים הירדנית²⁰. בחלק משטחים אלה הצליחו הירדנים להשלים את התהליך עוד לפני 1967, והזכויות שהתבררו נקבעו ונרשמו סופית. ברובם הושלמו רק חלק מהליכי ההסדר²¹. שיטת ההסדר הירדנית הייתה כמעט זהה לשיטה הארץ-ישראלית. אותה שיטה שהנהיגו הבריטים בשנת 1928 בארץ-ישראל הונהגה על ידם משנת 1933 גם בעבר הירדן המזרחי וזאת לפי Land Settlement Law, שהיה זהה לפקודה הארץ-ישראלית²². החוק הירדני בדבר הסדר הקרקעות והמים מס' 40 לשנת 1952 שכתב את חקיקת ההסדר הבריטית²³. אולם, בשנת 1967 נוספו לשטח מדינת ישראל שטחים נרחבים מירושלים המזרחית²⁴. שטחים אלה צורפו לשטח השיפוט העירוני של העיר ירושלים²⁵ והוחל עליהם המשפט הישראלי²⁶ ועמו דיני הסדר זכויות במקרקעין²⁷.

- 20 ראו " שביד "התפתחותה האורבנית והאדריכלית של ירושלים", ירושלים הציונה, לעיל הערה 14, בע' 115, 117.
- 21 ראו, למשל, בשועפאט, המ' (י-ם) 627/72 אבו נייע נ' מזרחי, פ"מ תשל"ד (1) 507, 508.
- 22 ראו: Trans-Jordan, department of Lands & Surveys Annual Report 1941 (Amman, 1942) 3-4, ארכיון מדינת ישראל, פרסומי ממשלת המנדט, מכל 4398, תיק 1/3/608.
- 23 ראו א' זמיר אדמות המדינה ביהודה ושומרון סקירה משפטית (תשמ"ה) 26 הערת שוליים 171 וטקסט סמוך. לתרגום החוק לעברית ראו א' סוכובולסקי, א' כהן וא' ארליך יהודה ושומרון זכויות במקרקעין והדין בישראל (1986) 101 ואילך.
- 24 השטחים שהוכללו בשטח מדינת ישראל פורטו בצו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967, ק"ת (28.6.1967) 2690 שניתן לפי סעיף 111 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 כפי שתוקן בחוק לחיקוק פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז-1967, ס"ח (28.6.74) 74.
- 25 התוספת לשטח המוניציפאלי פורטה באכרזת ירושלים (הרחבת תחום העירייה), תשכ"ז-1967, ק"ת (28.6.1967) 2694, וזאת לפי סעיף 8 לפקודת העיריות (נוסח חדש) כפי שתוקן ביום 27.6.1967. ראו גם סעיף 5 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל.
- 26 ראו סעיף 111 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, וכן ראו בג"צ 171/68 חאנואליס נ' ביה"ד של הכנסיה הפטריארכית היוונית-אורתודוקסית, פ"ד כגן (1) 269, 260; בג"צ 223/67 בן-דב נ' שר הדתות, פ"ד כבן (1) 440, 441-442; בג"צ 283/69 חידני נ' בית המשפט הצבאי נפת חברון, פ"ד כד (2) 419, 422-423; בג"צ 256/01 רבאח נ' ביהמ"ש לעניינים מקומיים (טרם פורסם), תקדין עליון 2002 (1) 535.

מצב זה חייב את המשפט הישראלי לקבוע עמדה כאשר לתוקפם וטיבם של הליכי ההסדר "הירדניים" באותם אזורים.

מצד אחד, ביקשה מדינת ישראל להפגין רוח של המשכיות ולא לחולל זעזועים מרחיקי לכת. הרציונל של מגמת ההמשכיות הוסבר ברצון "לשמור על רצף החיים ועל זכויות הפרט שקיבלו ביטוי בהליך או במסמך רשמי של הריבון הקודם"²⁸. רציונל זה היה מוצדק במיוחד בהקשר של אימוץ הליכי הסדר, נוכח העלות הגבוהה שלהם והדמיון הכמעט מוחלט בין שיטת ההסדר הירדנית לבין השיטה הישראלית. לא היה גם כל טעם מעשי בבירור מחדש של זכויות באזורים המאוכלסים בצפיפות על ידי אוכלוסייה ערבית. אכן, חקיקת הכנסת ותקנות שנתקנו לפיה, אישרה את תוקפם של מסמכים רשמיים ירדניים²⁹. מכוח הסמכה זאת נפסק כי בתי המשפט הישראליים יהיו מוסמכים להמשיך לדרון בתיקים, שהיו תלויים ועומדים בפני בית המשפט הירדני להסדר קרקעות, מאותה נקודה שבה נמצאו ביוני 1967³⁰.

מצד שני, מול מגמת ההמשכיות עמד החשש ה"פסיכולוגי" הטבעי מאימוץ הכרעות שיפוטיות של שליט זר³¹. עיקר החשש היה מהאפשרות של הטיית הכרעות בנוגע לרכוש יהודים או ישראלים בשל יחסי העוינות בין ירדן לישראל. נכסי היהודים בירדן אמורים היו להיות מוקנים במהלך שנות השלטון הירדני לאפוטרופוס הירדני על נכסי אויב. לפי פקודת המסחר עם האויב 1939, אמור היה האפוטרופוס הירדני לייצג נאמנה את זכויות אזרחי האויב בהסדר. בדרך כלל אכן עשו השלטונות הירדנים מאמץ כן לעשות כך³². יחד עם זאת, המידע והמוטיבציה של האפוטרופוס הירדני לא אפשרו תמיד ליתן ייצוג הולם לזכויות היהודים, שהרי בעלי זכויות יהודים לא יכלו להשתתף ישירות בתהליך הירדני. הקושי לאתר חלק ממסמכי ההסדר הירדניים, העיב אף הוא

27 נפת ירושלים הוכרזה כאזור הסדר לפני 1967. השטח המסופח הוכלל בנפת ירושלים לפי הודעה על חלוקת שטח המדינה למחוזות ולנפות ותיאורי גבולותיהם, לפי פקודת סדרי השלטון המשפט, תשי"ח-1948, י"פ (28.6.1967) 1737.

28 ראו המ' (י-ם) 1856/73 יצחקי נ' אבו-חמדה, פס"מ תשל"ו(1) 477, 481; ע"א 51/89, 52 האפוטרופוס הכללי נ' אבו חמדה, פ"ד מו(1) 491, 496 (להלן: פרשת אבו-חמדה). ניתן לתמוך את רעיון ההמשכיות גם ברציונל של סופיותם של פסקים זרים. ראו ס'ר פסכרג "על סופיות בפסקים זרים" משפטים יח (תשמ"ח) 35.

29 סעיף 25 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תשל"ל-1970 ומתקנה 19 לתקנות הסדרי משפט ומינהל (רציפות הליכים אזרחיים, אכיפת פסקים והכרה במסמכים), תשכ"ט-1969, שהותקנה לפיו וקבעה: "מסמך שניתן או אושר, בכל עת שלפני היום הקובע (7.6.1967) על ידי עובד ציבורי או משרד ציבורי, והיה בר-תוקף בשטח התחולה, דינו כמסמך שניתן או אושר, לאותו ענין ובאותו תוקף, על ידי עובד ציבורי או משרד ציבורי בישראל".

30 ב"ש 110/73 אל-עלמי נ' אל-עלמי, פ"ד כט(1) 17.

31 פסכרג, לעיל הערה 28, בע' 52.

32 ראו א' זמיר וא' בנבנישתי "אדמות היהודים" ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים (1993) 35, 39, 51-56 וההפניות שם, וכן ברשימת הביקורת על הספר, פ' אלבק "ביקורת ספרים: ד"ר א' זמיר וא' בנבנישתי 'אדמות היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים" משפטים כד (תשנ"ד) 393, 399.

על היכולת להמשיך בהליכים ירדניים³³. מחוקק המשנה הישראלי נתן את דעתו על נקודת התורפה שצוינה לעיל, וקבע את האפשרות לבטל מסמך ירדני, כאשר "תכנו של המסמך סותר את דיני מדינת ישראל או את תקנת הציבור בישראל"³⁴. בפנקסי הרישום הירדניים, שאומצו על ידי רשם המקרקעין הישראלי, קיימת הסתייגות בנוגע לצורך לבדוק את פשרן של סתירות בין רישומים ירדניים לבין רישומים שקדמו להקמת המדינה³⁵.

בית המשפט העליון גילה יחס אוהד למגמת ההמשכיות. הוא דחה את האפשרות לפסול הליכים ירדניים פסילה גורפת רק בשל אופיו העוין של השלטון הירדני. כך, למשל, בפרשת אבו-חמדה³⁶ נדחתה הטענה "כאילו יש לקבל בקלות יתר תביעות לתיקון טעות שנפלה בהסדר הירדני לעומת תביעות מקבילות המופנות כנגד הסדר שנעשה בתקופת השליטה המנדטורית או הישראלית, וזאת מן הטעם שלבעלי חלקות יהודיים לא הייתה אפשרות לנצל את הפרוצדורה"³⁷. בדרך כלל לא מצא בית המשפט העליון סתירה בין מגמת ההמשכיות לבין ההגנה על זכויות היהודים. כך, למשל, בע"א 602/82 אבו-ניע נ' מנדלבלאום³⁸ הכיר בית המשפט העליון בתביעות שהגיש האפוטרופוס הירדני על נכסי אויב בשם יהודים, ירשי הרב אליהו וידאל חיים סורנאגה, במסגרת הליכי הסדר בשועפאט ואף ראה כמועד הגשת התנגדות זאת כמועד עצירת טענת התיישנות שטענו מחזיקי הקרקע הערבים. אף בע"א קרן אהרונסון דחה בית המשפט העליון טענת התיישנות של זכויות קרן רבקה אהרונסון באזור הר הצופים, תוך שהוא מסתמך על פעולות האפוטרופוס הירדני במסגרת הליכי הסדר שלא הושלמו (הנשיא שמגר):

33 דוגמה לעיכוב הנובע מקושי זה ראו בה"ק (י-ם) 3/87 קרן אהרונסון בע"מ נ' נעואס (לא פורסם), תקדין מחוזי 1991(4) 277, 279-280 (להלן: פרשת קרן אהרונסון).

34 תקנה 20(א)(1) לתקנות הסדרי משפט ומנהל (רציפות הליכים אורחיים, אכיפת פסקים והכרה במסמכים), תשכ"ט-1968.

35 לפי תקנות המקרקעין (הוראת שעה), תשכ"ז-1967 (ק"ת 3184) נהוג לציין לגבי רישומים ממקור ירדני הערה כי זכות שנרשמה לפי הפנקסים הירדניים ("פנקסי הביניים") כפופה לבידיקה לפי התקנות (קרי, השוואה לפנקסים קודמים). בדרך כלל נטענה טענת הסתירה כנגד רישומים סותרים בפנקסי השטרות הירדניים. ראו ע"א 805/79 עזבון המנוח אלגול נ' כולל הבי"ד בירושלים, פ"ד (לח) 57, 67; ע"א 331/92 קרן אהרונסון בע"מ נ' נעואס (לא פורסם), תקדין עליון 1993(3), 1819, 1821 (להלן: ע"א קרן אהרונסון); פרשת קרן אהרונסון, לעיל הערה 33, בע' 287; ת"א (י-ם) 133/87 קק"ל נ' אלעבאסי (לא פורסם), תקדין מחוזי 1992(1) 1521. יחד עם זאת, לשון התקנות אינה מוגבלת רק לסתירות ברישומים שונים בפנקס מאותו סוג (שטרות או זכויות) ולכן גם סתירה בין רישום קודם בפנקס השטרות לבין רישום נוכחי בפנקס זכויות מצריכה, לכאורה, בדיקה.

36 פרשת אבו-חמדה, לעיל הערה 28.

37 שם, בע' 502.

38 ע"א 602/82 אבו-ניע נ' מנדלבלאום, פ"ד (לז) 281, 290.

"המדובר בשטח שנכבש על ידי צבא ירדן, כאשר נמנעת מן המערערות ולפני כן מגב' אהרונסון המנוחה, כל גישה למירשם המקרקעין הירדני וכל ידיעה על ההליכים המשפטיים המתגהלים סביב השטח תחת שלטון ירדן. האפוסטרופוס הירדני על נכסי האויב נהג כראוי על פי חובתו כאשר העלה בפני רשויות ההסדר הירדניות את התנגדותו לתביעתו של המשיב לרישום הבעלות על הנכס"³⁹.

בפרשת אבו חמדה רחה בית המשפט העליון את הטענה כי מפה, שנערכה בשנת 1961 על ידי פקיד הסדר ירדני, סותרת את תקנת הציבור משום שהתברר בדיעבד כי נגסה כדי שישה דונמים מאדמות קבוצה של בעלי זכויות יהודים ("אגודת נחלת ישורון בע"מ") מזרחית לנוה יעקב לטובתה של קבוצה יהודית אחרת.⁴⁰

יחד עם זאת, כבר בפרשת אבו חמדה הביע בית המשפט נכונות היפותטית לתקן את הליכי ההסדר, כאשר מוכח פרויטיבית בהליך פלוני כי לא היה ייצוג הולם לצדדים. בית המשפט העליון אמנם, הדגיש כי נכונות זו אינה מבוססת על פסילה של הסדר ירדני, וכי היא מתיישבת עם העמדה הכללית של המשפט הישראלי בנוגע לסופיות ההסדר.⁴¹ בכך היה כדי להסביר פסיקה קודמת של בית המשפט המחוזי בירושלים, אשר פסל הליכי ההסדר הירדניים, בנסיבות המצביעות בעליל על היעדר ייצוג הולם ליהודים או לישראלים. כך, למשל, בהמ' (י-ם) 1967/72 אנגלו פלסטינה לבנין בע"מ ג' עקל⁴² הוכח שפקיד המסדר הירדני התעלם מרישומים מנדטוריים של יהודים בפנקס השטרות של הכפר חזמה. לא הוגשה ולא נדונה כל תביעה של הממונה הירדני על נכסי אויב, ותחת זאת נרשמו תובעי זכות מקומיים. השופט יהודה כהן פסק:

39 ע"א קרן אהרונסון, לעיל הערה 35, פסקה 5 לפסק דינו של השופט שמגר. ההיסטוריה של מקרקעין אלה תוארה על ידי בית המשפט המחוזי בפרשת קרן אהרונסון, לעיל הערה 33, פסקה 2 לפסק דינו של השופט בזק, כדלקמן "ואלה תולדות הבעלות על הקרקע שבמחלוקת... בתחילת תקופת המנדט, בשנות ה-20, רכשה גב' מרי פלז, תושבת ואזרחית ארה"ב, חלקים במושא: ב-26 מגרשים באזור הר הצופים בירושלים. לאחר הרכישה מכרה מרי פלז חלקים מתוך אלה שרכשה לקק"ל, לאסתר לנדסברג ולמשפחת רוזנבלום. את מרבית יתרת החלקים שנתרו בידיה, נתנה ב-1936 במתנה לרבקה אהרונסון, אשר אליה ולאחיה אלכסנדר היתה קשורה מאד (אלכסנדר היה מבצע צואתה ורבקה היתה סגן נשיא של קרן הצדקה של משפחת פלז). את יתרו החלקים במגרשים שרכשה השאירה גב' פלז בשמה. ב-1940 החכירה רבקה אהרונסון את החלקים שקיבלה במתנה ממרי פלז בכל 26 המגרשים לתובעת מס' 2, חב' אפרים בע"מ (להלן – אפרים) לתקופה של 299 שנים. בין 26 המגרשים מצוי המגרש אשר חלקו המערבי הוא נשוא תביעה זו... הנכס נרשם לראשונה בשנת 1923 ע"ש בעלים ערבים".

40 פרשת אבו חמדה, לעיל הערה 28, בע' 494-495, 497. מדובר בחלקה בגוש 30586 שבמורדוחיה המזרחיים של שכונת נוה יעקב.

41 למעשה נקבעה בפרשת אבו חמדה הלכה כללית לגבי האפשרות לתקן את ההסדר במקרה של היעדר ייצוג. שם, בע' 497, 502, וכן זנדברג, לעיל הערה 3, בע' 297.

42 המ' (י-ם) 1967/72 אנגלו פלסטינה לבנין בע"מ ג' עקל, פ"מ תשל"ד(1) 512.

”לוח זכויות שנערך בארץ אויבת, בלא שתניתן אפשרות לבעלים
רשומים, יהודים או ערבים תושבי ישראל, להוכיח את תביעותיהם,
סותר את דיני מדינת ישראל ואת תקנת הציבור”⁴³.

בה”ק (י-ם) 2/72 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ’ הפקיד המסדר⁴⁴, איחד הממונה על
נכסי אויב את כל תביעות היהודים בשכונת נחלת שמעון הצדיק בחלקה גדולה של
7,533 דונם וזאת מבלי לדון בפרטי התביעות. השופט יהודה לוי פסל את לוח הזכויות
הירדני בקובעו:

”מעמדם של תושבים אלה כאוייבים פטר את הממונה הירדני על רכוש
האוייב מפנייה לפקיד ההסדר לברר זכויותיו של כל אחד מהבעלים
הרשומים במסגרת החלקה הכוללת הנ”ל. אין צורך לומר כי לא הייתה
לו האפשרות לברר זכויות אלה, אף אילו רצה בכך... לבעלי הנכסים
הרשומים לפי ספרי האחוז המנדטוריים או לבעלי זכויות שביושר
הטוענים לבעלות לגבי הנכסים האלה, לא הייתה הזדמנות להגיש את
תביעותיהם בשעה שהשטח הזה הוסדר, ולא הוכרו זכויותיו של כל
אחד בנפרד... אני סבור כי מצב עובדתי זה מכתים את לוח הזכויות
הירדני... בתואר של מסמך הסותר את תקנת הציבור בישראל”⁴⁵.

ד. הפקעות ופתיחת “רף חדש” בשכונות החדשות

בעקבות סיפוח שטחי מזרח ירושלים למדינת ישראל ניתן היה לצפות כי זו תמשיך
במרץ בתהליך של הסדר זכויות בשטחים שסופחו. באמצעות תהליך של הסדר ניתן
היה להפגין בשטחים אלה את ריבונותה של מדינת ישראל לסמן את קרקעות המדינה
וליעדן למטרותיה המדיניות החדשות של הממשלה. בה במידה ניתן היה לברר
ולרשום כדין את זכויות האזרחים הערבים והיהודים במקרקעין המוסדרים. ניתן היה
להמשיך בתהליך ההסדר של מזרח העיר בדיוק כפי שנעשה בשטחי הספר של מערב
העיר לאחר שנת 1948. אולם בדרך כלל לא כך אירע. השימוש בהסדר ככלי עיקרי
לאיתור מקרקעי השלטון ננטש. הדרך שהועדפה לשם יישום מהיר של התכנית
לפיתוחה של ירושלים ולבניינה הייתה דרך ההפקעה. ההפקעה מעבירה באחת את
הבעלות במקרקעין המופקעים למדינה ומותירה בידי פרטים שהיו להם זכויות בשטח
המופקע זכות לפיצוי גרידא. מאז שנת 1967 הפקיע שר האוצר מספר דבוקות של
מקרקעין, שכללו אלפי דונמים בלחי מוסדרים במזרח ירושלים ברובע היהודי, בסמוך

43 שם, בע' 514. ראו גם אלבק, לעיל הערה 32.

44 ה”ק (י-ם) 2/72 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ’ הפקיד המסדר, פ”מ ע”ט 134.

45 שם, בע' 135.

לחומה המערבית וב"שכונות הטבעת" החדשות סביב ירושלים⁴⁶. כל אלה יועדו למימוש תכנית הפיתוח הממשלתית, שבמרכזה עמדה, בתחילה, תכנית להקמת רבעים חדשים בעיר ולהקמת 25,000 יחידות דיור חדשות בשכונות "טבעת" תוך תקופה של חמש שנים⁴⁷. המעבר ממדיניות של הסדר זכויות למדיניות של הפקעות נבע, בראש ובראשונה, מדחיפותה המדינית של תנופת הפיתוח במזרח ירושלים ומגבולותיו של תהליך הסדר זכויות. הדחיפות המדינית לא אפשרה להמתין עד שיושלם במזרח העיר תהליך של הסדר זכויות במקרקעין. לא הייתה גם כל ערובה כי ביורר הזכויות לאחר תשע-עשרה שנות שלטון ירדני וברקע אוכלוסייה ערבית שנותרה ברובה על מכונה יאתר מקרקעי מדינה במהירות הראויה ובתפוזרת התואמת את תכנית העיבוי הממשלתית. את ההפקעות ניתן היה לבצע במהירות ובכל סוג של מקרקעין המיועדים להפקעה. הן ייתרו את הצורך להמתין עם פיתוח המקרקעין עד לסיום התהליך שיברר אם הם שייכים למדינה. הן אפשרו ריכוז גושי מקרקעין ביד המדינה מבלי לשאת ולתת על כך עם בעלי המקרקעין הפרטיים⁴⁸. הפקעת מקרקעין והקנייתם למדינה פתחה לאלתר "דרך חדש" בתולדות המקרקעין המופקעים. לזהותו של הבעלים שקדם להפקעה נותרת חשיבות שולית בלבד, לצורך תשלום הפיצויים בלבד.

יחד עם זאת, להעדפת דרך ההפקעה על פני תהליך ממושך של הסדר יש חיסרון בולט. ההפקעה פוגעת בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין, שנרכשו ונצברו במשך שנים רבות, על ידי ערבים ויהודים כאחד. המקרקעין שהופקעו יועדו, בסופו של דבר, להקמתן של שכונות מגורים ומרכזי מסחר. בכך היה כדי להעביר עושר מבעלי המקרקעין הישנים למדינה ולבעלי המקרקעין החדשים. פקודת ההפקעות המנדטורית אמנם הסמיכה את שר האוצר להפקיע קרקע לכל "צורך ציבורי" אך ההפקעה המסיבית בירושלים עוררה במלוא עצמתה את השאלה אם "בניין ירושלים ופיתוחה", ככלל, ובניית שכונות מגורים או מרכזי מסחר, בפרט, הם בבחינת "צורך ציבורי"

46 בין היתר הופקעו בינואר 1968 3,345 דונם בקרבת הר-הצופים (גבעה צרפתית), 2,549 דונם באזור ככר צה"ל (ממילא) ו-485 דונם באזור שמואל הנביא (מעלות דפנה), י"פ (11.1.1968). 687-688; באפריל 1968 הופקעו 116 דונם בין חומות העיר עתיקה (ברובע היהודי), י"פ (18.4.1968). 1238. באוגוסט 1970 הופקעו כ-12,000 דונם בכל רחבי העיר לרבות 470 דונם בנווה יעקב, 4840 דונם בצפון מערב ירושלים (רמות), 2,240 דונם בדרום מזרח ירושלים (תלפיות מזרח, ארמון הנציב), 2,700 דונם בדרום מערב ירושלים (גילה), 1,200 דונם בקלנדיה (עטרות), 230 ערבית לחומה המערבית של העיר העתיקה (מככר צה"ל עד גיא בן הינום), 600 דונם באזור רמת רחל, י"פ (30.8.1970). 2808. במרץ 1980 הופקעו 4,400 דונם לערך בצפון ירושלים (פסגת זאב), י"פ (20.3.1980). 1305. ב-1991 הופקעו 1850 דונם בהר-חומה, י"פ (16.5.1991). 2479. במאי 1994 הופקעו 1,230 דונם לצורך סלילת כביש מספר 1, י"פ (26.5.1994). 3494 וכן ראו, ה"פ (ירושלים) 0402/95 הוועדה להכנת ובניה, ירושלים נ' נבולטי (לא פורטם), תקיין מחוזי 1998(3) 1802, פסקה 2.

47 מתוך תוכנה של החלטת ממשלה בנושא כפי שהובא בתמצות בבג"צ 147/74 ספולנינסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט(1) 421, 422 (להלן: פרשת ספולנינסקי).

48 זאת, בניגוד למגמה שניתן היה לאחר בתהליך ההסדר בגליל בשנות החמישים והשישים. ראו זנברג, לעיל הערה 3, בע' 295.

המצדיק שימוש בכלי ההפקעה? שאלה זאת ועמדת בית המשפט העליון בסוגיה זכתה להתייחסות ביקורתית של משפטנים בהקשרים כלליים שאינם "ירושלמים" ואין כוונתי לנתחה כאן⁴⁹. יחד עם זאת, ברצוני להצביע על העובדה כי, כתוצאה ממדיניות ההפקעות הנרחבת בירושלים, זכתה השאלה להתייחסות דווקא בהקשר הירושלמי. לפיכך ניתן לשאול אם ייתכן כי להקשר "הירושלמי" הייתה השפעה מיוחדת על גיבוש ההלכה? גם אם קשה להשיב תשובה חד-משמעית לשאלה זאת, ניתן להצביע על סדרה של החלטות שבהן לא פקפק בית המשפט העליון בתזה שבניין ירושלים ופיתוחה הם צורך ציבורי המצדיק את מדיניות ההפקעות. כך, למשל, אירע בפרשת ספולניסקי⁵⁰ (הפקעת קרקעות לצורך הקמת שכונת מגורים ליד ארמון הנציב); בבג"צ 307/82 לוביאנקר נ' שר האוצר⁵¹ (הפקעת קרקעות לצורך הקמת שכונת פסגת זאב); בדנג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר⁵² (הפקעת קרקעות לצורך מגורים ומסחר בשייח' ג'ראח) ובבג"צ 3596/92 מקור הנפקות זכויות בע"מ נ' ראש הממשלה⁵³ (הפקעת קרקעות לצורך הקמת שכונת הר חומה). הטעם לתמיכה במדיניות ההפקעה היה הטעם הכלכלי הכללי שלפיו נוכח פיצול הבעלויות הפרטיות לא ניתן להניח כי השוק החופשי יצליח להביא באופן טבעי ותוך זמן סביר ליישובה של ירושלים וביניה⁵⁴. יחד עם זאת, לעתים ניתן לחוש בין השורות גם את משקלה הסגולי המיוחד של ירושלים בעיצוב ההחלטות⁵⁵. זו, למשל, התחושה העולה מקריאת דברי השופט גולדברג בפרשת נוסייבה⁵⁶ שבה אישר בית המשפט העליון ברוב דעות הפקעת מקרקעין בשכונת שייח' ג'ראח, למרות שתוכננו לפיתוח רק כעבור כחצי יובל מן ההפקעה. השופט גולדברג ציטט בתמיכה לעמדת הרוב, דברים שנאמרו על ידי בית המשפט העליון גם עשרים שנה קודם לכן, לאמור:

- 49 ראו, למשל, א' חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא (תשנ"ח); 449; ח' דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 491.
- 50 פרשת ספולניסקי, לעיל הערה 47.
- 51 בג"צ 307/82 לוביאנקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141 (להלן: פרשת לוביאנקר).
- 52 דנג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68 (להלן: פרשת נוסייבה).
- 53 בג"צ 3596/92 מקור הנפקות זכויות בע"מ נ' ראש הממשלה (לא פורסם), תקדין עליון 1994 (4) 479 (להלן: פרשת מקור).
- 54 ראו, למשל, פרשת ספולניסקי, לעיל הערה 47, בע' 423; פרשת לוביאנקר, לעיל הערה 51, בע' 148.
- 55 להשערה דומה בדבר קיום קשר סמוי בין פסיקת בית המשפט העליון בנוגע להפקעת מקרקעין לצורכי בנייה לעולים שנות החמישים לבין תחושת הקונצנזוס הרחב בדבר חיוניותה של משימת קליטת העלייה, ראו י' הולצמן-גזית "דיני הפקעת מקרקעין בשנות החמישים בראי האידאולוגיה הציונית של קליטת עלייה וקניין פרטי" מקרקעין בישראל: בין הפרטי לציבורי (ח' דגן עורך, תש"ס) 223, במיוחד בע' 227. ראו גם י' הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" ספר ויסמן (תשס"ב) 73, במיוחד ע' 99-101, 110-112.
- 56 פרשת נוסייבה, לעיל הערה 52.

”אין להעלות על הדעת, שהעותר כבעל חלק קטן בחלקה המופקעת וזעיר ביותר בשטח המופקע כולו, ייתן לו לסכל את המטרה של יישוב ירושלים ובינוייה”⁵⁷ (ההדגשות שלי – ח.ז.).

אכן, בפרשת נוסייבה התייצב מיעוט תקיף כנגד העמדה המסורתית. המיעוט השליך את יהבו על השינוי שאמורה הייתה לחולל חקיקת סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אשר קובע כי ”אין פוגעים בקנינו של אדם”. השופט דב לוין סבר בפרשת נוסייבה כי יש לבטל את ההפקעה עקב פרק הזמן שחלף מאז ההפקעה שהצביע, לדעתו, על כך שהצורך הציבורי של בניין ירושלים לא היה דחוף דיו⁵⁸. השופטים דליה דורנר ואליהו מצא הרחיקו לכת וסברו כי אין מקום להשתמש בכלי ההפקעה לצורך מטרת מסחריות או פרטיות. ”חזקה על כוחות השוק שיעשו את שלהם, ואף על העותרים שימצאו את הדרך להפיק מחלקתם את התועלת הגלומה בה”⁵⁹. אמנם, עוד לפני כן, בפרשת מקור⁶⁰, שבה תקפו העותרים את ההפקעה של מקרקעין לצורך הקמת שכונת הר חומה, גילו שופטי הרוב גישה המתיישבת יותר, לכאורה, עם שינוי המגמה האמור לעיל. הפעם הציע בית המשפט לעותרים בשלב מוקדם ”ולאור הפגיעה הקשה שפוגעת ההפקעה בזכות הקניין [לבדוק] את האפשרות שמא ניתן על ידי איחוד משאבים של בעלי קרקעות במתחם הר חומה להבטיח את בניית אותה שכונה אשר עמדה ביסוד החלטת ההפקעה”⁶¹. בעקבות הצעה זאת נוהל משא ומתן והוכנה הצעה מטעם המדינה. המשא ומתן לא נשא פרי ובעלי הקרקעות לא הגיעו להסכמה עם המדינה ואף לא בינם לבין עצמם. בית המשפט שב והכשיר אף הפעם את ההפקעה⁶². ירושלים לא זכתה, אפוא, להביא לשינוי בפועל של ההלכה. יחד עם זאת, כעבור זמן, כאשר סיכם הנשיא ברק בבג”צ 2390/96 קרטיק נ’ מ”י⁶³ את השינוי שחל עקב חוק-היסוד, הוא לא שכח לציין את משקלה של דעת המיעוט בפרשת נוסייבה בשינוי המגמה⁶⁴.

- 57 שם, בע’ 80 (השופט גולדברג, מצטט את השופט ברנזון בבג”צ 412/74 פלשר נ’ שר הארצות (לא פורסם) (עותק שמור במערכת).
- 58 שם, בע’ 93 מפנה לנימוקי המפורטים בבג”צ 5091/91 נוסייבה נ’ שר הארצות (לא פורסם), תקדין עליון 1994 (3) 1765.
- 59 שם, בע’ 78 לפסק דינו של השופט מצא, וראו התבטאות דומה בע’ 90 לפסק דינה של השופטת דורנר: ”בניית מבנה מסחרי כשלעצמה היא עניין לכוחות השוק ואין היא בגדר צורך ציבורי המצדיק הפקעה”.
- 60 פרשת מקור, לעיל הערה 53.
- 61 שם, בע’ 484, פסקה 8.
- 62 שם, בע’ 485.
- 63 בג”צ 2390/96 קרטיק נ’ מ”י, פ”ד נה(2) 625.
- 64 ”השינוי המרכזי התרחש עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה העניק מעמד חוקתי-על-חוקי לזכות הקניין של הבעלים המקורי. באיזון בין זכות הקניין של הבעלים המקורי לבין צרכי הכלל חל שינוי. שינוי זה אינו משפיע על חוקפה של פקודת ההפקעות. תוקפה של פקודת ההפקעות נשמר. אך שינוי זה מוביל לשינוי בהבנתה של פקודת ההפקעות. הוא מתבטא

אכן, ירושלים אינה בהכרח הזירה האופטימלית לשינוי מרחיק לכת במגמותיו של בית המשפט. כך, למשל, בניית השכונה בהר חומה נתנה הזדמנות לבית המשפט להתעמת, בהקשר הירושלמי, גם עם הטענה כי בהפקעת המקרקעין יש משום אפליית תושביה הערבים. אף כי תהליך ההפקעות במזרח העיר פגע בבעלי זכויות ערבים⁶⁵, הרי שבחוד החנית של ההתנגדות להפקעות עמדו בעשורים הראשונים של מדיניות ההפקעות דווקא בעלי זכויות יהודים. כך אירע בפרשות ספולינסקי, לוביאנקר או מקור, שבהם אישר בית המשפט את מדיניות ההפקעות. טענת האפליה הלאומית הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון רק בבג"צ 5601/94 אבו טיר נ' ראש הממשלה⁶⁶, שבו טענו העותרים, כנגד הפקעת הקרקעות בהר חומה, בראשית שנות התשעים, כי⁶⁷:

“בניית שכונת מגורים בשטח המופקע מיועדת ליישוב תושבי ירושלים היהודים בה, ועל ידי כך לפגוע בעותרים ובבעלי קרקעות ערביים אחרים בשטח המופקע. למעשה, כך הטענה, באה ההפקעה כדי לסכל מימוש זכויות של בעלי קרקעות ערביים בשטח המופקע”.

בית המשפט העליון דחה טענה זאת בהתבססו על כך “שמתוך 1850 דונם של השטח המופקע רק כ-420 דונם הם בבעלות ערבית”. מסקנתו הייתה כי “ההפקעה פוגעת יותר בבעלי קרקעות יהודים מאשר בבעלי קרקעות ערביים”⁶⁸. בטענת העותרים כי “השטח המופקע מיועד לאיכלוס על ידי יהודים, בעוד ויש הצדקה שבמסגרת השטח המופקע יימצא פתרון גם לצרכי מגוריהם של ערבים תושבי מזרח ירושלים” נמנע בית המשפט מלהכריע, שכן “שאלת איכלוסו של השטח אינה עומדת בשלב זה על הפרק... כל טענה נגד הקריטריונים שייקבעו לאיכלוס שכונת המגורים שתבנה על השטח המופקע, שעתה ומקומה אינה בעתירה כנגד ההפקעה”⁶⁹. את עמדתו התקדימית בנוגע לאי-השוויון בהקצאת מקרקעין לצורכי מגורים של האוכלוסייה הערבית, חשף, אפוא, בית המשפט העליון רק בבג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל⁷⁰, שעסק ביישוב קציר הגמצא, כידוע, רחוק מתחום השיפוט של ירושלים.

בהכנתנו החדשה את תכליתה של פקודת ההפקעה. הוא מוביל להתחשבות גוברת בזכויותיו של הבעלים המקורי (ראו דנג"ץ 4466/94 נויסיבה נ' שר האוצר), שם, בע' 712 (ההדגשה שלי – i.f.).

65 כך, למשל, בפרשת לוביאנקר, שעסקה בהפקעת קרקעות בפסגת זאב נמסר לבית המשפט כי מתוך השטח של 4,400 דונם שהופקע, כ-1,500 דונם היו בבעלותם של 630 בעלים יהודיים וכ-2900 דונם בבעלותם של 2,872 בעלים ערביים, ראו לעיל הערה 51, בע' 149.

66 בג"צ 5601/94 אבו טיר נ' ראש הממשלה (לא פורסם), תקדין עליון 1994 (4) 246.

67 שם, שם.

68 שם, שם.

69 שם, שם.

70 בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258. בית המשפט העליון (הנשיא ברק) פסק שם כי: “הלכה למעשה אין פנייה להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד. בפועל אין

ה. סיכום

התהליכים שתוארו ברשימה זאת מדגימים את הקשר בין תהליכים של שימור או שינוי זכויות במקרקעין בירושלים לבין הרצון לחזק את אחיזתה של מדינת ישראל בעיר. הם גם מצביעים על היתרונות והחסרונות שבשימוש בכלי ההסדר וההפקעה לשם השגת יעד זה. בתשע-עשרה השנים שלאחר הקמת המדינה נחלקה השליטה המדינית בירושלים בין מדינת ישראל לבין ממלכת ירדן. בתקופה זאת עשו שני הצדדים שימוש בכלי של הסדר זכויות לשם סימון מקרקעין באזורי הספר וניתובם לייעודי השלטון. ההכרה הישראלית בהסדר הירדני בשטחי ירושלים המזרחית כמו גם באפשרות לשנותו מצביעה, מצד אחד, על כך שבנסיבות מסוימות, לפעילות עיגון זכויות במישור המשפט הפרטי הפנימי עשויה להיות השפעה בלתי הפיכה וארוכת טווח גם אחרי אובדן השליטה המדינית. השימוש הישראלי השכיח בכלי של הפקעה לאחר 1967 מצביע, מצד שני על פגיעותם של הישגים בתחום המשפט הפרטי. השימוש בתהליכי הסדר ורישום מקרקעין מממשך לאפיין את המאבק הישראלי-פלשתיני הנוכחי על מעמדה המדיני של ירושלים בעתיד. שני הצדדים מבקשים להשיג הישגים בתחום התיעוד והרישום של הזכויות הקיימות במקרקעין במזרחה ובמערבה של העיר. הצד הפלשתיני עסק בתיעוד נכסים בצד המערבי של העיר⁷¹. בה בעת עוסקת מדינת ישראל בתיחום נכסים במזרח העיר⁷². אף "בקודש הקודשים", הר

מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא לישובים קהילתיים יהודיים... התוצאה ("האפקט") של מדיניות ההפרדה הנוהגת כיום היא מפלה, גם אם המגיע להפרדה אינו הרצון להפלות. קיומה של הפליה נקבע, בין השאר, על פי האפקט של ההחלטה או המדיניות ואפקט זה, בענייננו, הוא מפלה... נמצא, כי מדיניות המינהל כיום מעניקה לערבים בפועל טיפול נפרד ולא שווה". שם, כע' 279-280.

71 פעילות זו נחשפה גם מתוך מסמכים שנתגלו באוריינט האוס לאחר סגירתו, כפי שדווח במסיבת עיתונאים שערך שר המשטרה, מר עוזי לנדאו. ראו י' יצחק "מסמכים שנתפסו: ערפאת אישר תשלומים לעאטף עביאת שעסק בהריגת ישראלים" חדשות מחלקה ראשונה (מהדורת אינטרנט) 11.4.2002.

[URL: <http://www.nfc.co.il/search.asp?txtSearch=%F2%E0%E8%F3&opSearch=2&x=10&y=7>] (last visited on 27.5.02)

72 הנהלת מינהל מקרעי ישראל החליטה, ביום 2.6.2002, להיעתר לבקשת החברה לשיקום ולפיתוח הרוכב היהודי ולהקציב 500 אלף שקל לאיתור נכסי מינהל הסמוכים לרוכב, כולל מידדות ורישום הנכסים על שם המינהל. לדברי מנכ"ל המינהל דאז, מר שלמה בן-אליהו, המינהל החליט להיעתר לבקשה ולהתחיל במלאכת איתור הנכסים, רישום על שם המינהל ואף שיוקם באמצעות מכרז. כמו כן ציין כי: "מענתה לא יהיה שום הכרל בין פעילות המינהל בלוד, רמלה, כרמיאל והעיר העתיקה של ירושלים". ד' טל "המינהל ישוב לפעול בגלוי ברובע היהודי של העיר העתיקה" גלובס (מהדורת אינטרנט) 31.5.2001.

[URL: <http://www.globes.co.il/serve/globes/DocView.asp?did=494353&fid=2>] (last visited on 30.5.02).

הבית, מנסים הנצים לתחם גבולות בפועל⁷³ או בכוח⁷⁴. מתוך האוב עולה לו רעיון חדש-ישן: תופרד ירושלים של מעלה מירושלים של מטה⁷⁵. מסתבר כי גם בירושלים של ימינו הסדר זכויות במקרקעין איננו רק שאלה אקטואלית. מדובר במטאפיסיקה...

- 73 כגון הרחבת המסגדים לכיוון אורות שלמה או פתיחת מנהרת הכותל.
- 74 כגון הניסיון להנחת אבן פינה לבית המקדש השלישי בתשעה באב תשס"א על ידי תנועת נאמני הר הבית.
- 75 הכוונה לרעיון חלוקת הריבונות בהר הבית, אשר עלה לדיון ציבורי במהלך שיחות קמפ-דייבד בתקופת כהונתה של ממשלת אהוד ברק. ראו גם, גוש שלום "הסכם שלום (טיוטא)" הארץ 10.8.2001. בסעיף 5 ("מקומות קדושים") מרצע: "שטח חראם-אל-שריף (הר הבית) יהיה חלק ממדינת פלסטין. הכותל המערבי (החלק המכונה גם: "כותל הדמעות") יהיה חלק ממדינת ישראל". לתרשים תלת-ממדי של הר הבית ראו "מתחם הר הבית" הארץ (מהדורת האינטרנט) 29.7.2001 (עותק שמור במערכת).

