

הנדון: ראס אל עמוד

נתקבל במשרדי המסמך המצ"ב (מסומן א') המציע דרך לפעולה במגמה להביא לעצירת הבנייה בראס אל עמוד. עיקרה ששר האוצר יפעיל את סמכויות ההפקעה המוקנית לו עפ"י פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943, כדי לעצור בניית שכונה יהודית בלבה של שכונה ערבית קיימת.

עם קבלת המסמך בקשתי כי תוקף ההצעה יבחן משפטית ע"י הגורמים המקצועיים במשרד. מצורפת חוות דעת משפטית ראשונית שהוכנה ע"י המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, המסומנת ב'.

מחוות דעת הני"ל עולה כי מבחינה משפטית נראה כי ניתן לשקול בחיוב פעולה בדרך המוצעת. מפאת חשיבות הנושא ודחיפותו מוצע לקיים בהקדם התייעצות בנדון ולהחליט על הדרך בה תנקוט הממשלה.

ירושלים, חי' כסלו, תשי"ס

17 נובמבר, 1999

חלופה לעצירת הבנייה בראס אל עמוד

מאז שנת 1967, הפקיעה ממשלת ישראל לצרכי ציבור למעלה מ-24,000 דונם במזרח העיר ירושלים, שהם כ-35% מכלל שטחי העיר המזרחית שסופחו. ההפקעות בוצעו ע"י שר האוצר בהתאם לסמכויותיו עפ"י פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943, המעניקה לשר האוצר שיקול דעת רחב ביותר בקביעת המטרה הציבורית שלשמה נדרשת הפקעה. בעוד הרוב המכריע של האדמות המופקעות היו בבעלות ערבית, הפקעות אלו שמשו בעיקר לבניית השכונות היהודיות החדשות במזרח ירושלים. על אדמות אלו נבנו למעלה מ-42,000 יחידות דיור עבור האוכלוסייה היהודית בלבד, ואף לא יחידה אחת עבור האוכלוסייה הערבית. השימוש בהפקעת שר אוצר היה הכלי השלטוני המרכזי אשר חול את השינויים הדמוגרפיים והגיאוגרפיים מרחיקי הלכת במזרח העיר מאז שנת 1967.

בבסיס מדיניות ההפקעות הייתה הנחה, סמויה ומפורשת, לפיה המרקם העדין בין העדות והלאומים בירושלים מחייב המשך האופי האתני ההומוגני בשכונות העיר. על כן לא עודדו ולא אפשרו הקמתן של שכונות מעורבות. למעשה, לא בקש הציבור הערבי להתגורר בשכונות אלו; אבל גם להלכה, עפ"י חוזה מינהל מקרקעי ישראל ניתנה הזכות להתגורר בשכונות רק לאזרחים או אלו הרשאים לעלות מכוח שבות, ולא לתושבי העיר המזרחית (שהם תושבים קבועים). לעיתים, המדיניות של שמירה על האופי האתני האחד זכתה לביטוי מפורש. בפסק דין בורקאן, העלה על נס בית המשפט העליון את הפסיפס הנחוג בירושלים מאז המאה ה-11, כאשר לכל עדה רובע משלה (תוך שלילת זכותו של תושב ערבי שנולד ברובע היהודי להתגורר בו). בעתירות בעניין הר חומה הצדיקה המדינה את העובדה שלא בונים גם עבור האוכלוסייה הערבית במסגרת שכונת הר חומה ברצון לשמור על האיזון העדין בעיר תוך הימנעות מיצירת שכונות דו-לאומיות. ניתן גם ביטוי פומבי לעמדה זו מכל קצווי הקשת הפוליטית – ובכלל זה ע"י ראש העיר אולמרט וראש הממשלה נתניהו.

בהקשר זה מומלץ לנצל את סמכויות ההפקעה של שר האוצר לצורך עצירת בניית שכונה יהודית בלבה של שכונה ערבית קיימת, בראס אל עמוד. ראוי לציין ששיקול הדעת של שר האוצר בעניין זה הוא רחב ביותר, ובודאי רחב יותר משיקול דעתם

של גורמי ביטחון הכרוך בקביעת סכנה קרובה וודאית לשלום הציבור. השמירה על האיזון העדין בין האוכלוסיות בירושלים מחייבת גם שמירה על אופיין של שכונות קיימות, מבלי לערער את יציבותן ע"י תקיעת יתד של אוכלוסייה שונה בקרבן. ואם ניתן להפקיע שליש ממזרח העיר מתושביה הערבים על מנת לבנות שכונות יהודיות הומוגניות (בשטח, כזכור, העולה על 24,000 דונם), הרי ניתן להפקיע 14.5 דונם מיזם יהודי על מנת לאפשר שמירת המרקם הקיים בראס אל עמוד. גם אם אין סכנה קרובה וודאית לשלום הציבור **כעת**, סכנה ממשית בוודאי שיש. וגם ללא סכנה, האחריות לשלמותה ויציבותה של עיר כל כך נפיצה ומורכבת בהחלט יכולה להצדיק השימוש בסמכות ההפקעה. הצהרותיו של נתניהו בעניין זה יכולות לאשש את הטענה שמדובר בשיקול ממלכתי החוצה גבולות פוליטיים. העובדה שהשלמת בניית המתחם ואכלוסו יתרחש בזמן שמתנהל משא ומתן מדיני ביחס להסדרי הקבע רק מחזקת את העניין הציבורי שבביצוע ההפקעה. למדינת ישראל אינטרס לאומי מובהק בשמירה על הדפוסים הקיימים דווקא בתקופה טעונה זו.

האינטרס הציבורי שבהפקעה אינה רק במניעת החיכוך אלא גם ביעודו של השטח המופקע. מתחם מוסקוביץ ממוקם בכניסה הראשית היחידה לראס אל עמוד, ומלכתחילה נועד למטרות ציבוריות רבות (שטחי מסחר, גן ציבורי, מרפאה וכו'). עפ"י תכנית מוסקוביץ שטח מרכזי זה יהפוך מתחם מוקף חומה שאינו מממש את הייעוד המתבקש, ונותרה רק מרפאה קטנה לתושבי השכונה המקוריים. יודגש כי ביצוע הפקעה בהיקף זה ולמטרות אלו אינו חריג, ויש תקדימים רבים של הפקעות ממוקדות שנועדו לשרת את הציבור.

בנסיבות אלו, סביר כי הפקעה מעין זו תעמוד במבחן בג"צ. (וגם אם לא, תוכל ממשלת ישראל לטעון כי נעשה הכל על מנת לעמוד מאחורי התחייבויותיה של ממשלת נתניהו בעניין זה).

על מנת לרכז את עוצמת הפגיעה במוסקוביץ, ניתן להיעזר בסמכות החוקית המאפשרת פיצוי בעל הקרקע מופקעת לא בכסף, אלא בקרקע חלופית. בדרך זו תינתן למוסקוביץ הזדמנות ראויה לממש את מאווייו באמצעות העברת 14.5 דונם לרשותו במקום אחר – בירושלים או מחוצה לה – שם יוכל לתרום לבניין הארץ במקום בו לא יערער הדבר את יציבותה של העיר והדפוסים העדינים המאפשרים לאוכלוסיות שונות להתגורר בצוותא.

"ראס אל עמוד"

* סמכות שר האוצר לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן - הפקודה) מנוסחת באופן רחב ביותר. על-פי לשונה, הוא מוסמך להפקיע קרקע ל"צורך ציבורי", כאשר שר האוצר הוא הקובע מהו "צורך ציבורי".

* בעבר נקבע על-ידי בית המשפט, כי לא יתערב בשיקול דעת השר בקביעת "צורך ציבורי" (ראה למשל: בג"צ 179/79 סלימאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 567). הלכה זו רוככה עם השנים, במסגרת המגמה הכללית של הגברת הבקורת השיפוטית, וביהמ"ש קבע כי במקרים קיצוניים, בהם פעולת השר היתה נגועה בשרירות לב או הפליה, הוא עשוי לבטל את החלטת השר (בג"צ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141). עם זאת, גם על-פי הפסיקה המעודכנת ההתערבות היא מצומצמת יחסית, ונוגעת בעיקר לבחינת ההליך הנדרש על-פי החוק. היום, בעיקר מאז חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולאור הפגיעה בזכות הקניין הכרוכה בהפקעה, הנטיה להתערב גוברת. מגמה זו בלטה בפרשת נוסייבה, בה פסל בית המשפט העליון, ברוב דעות, הפקעת קרקע במזרח ירושלים, בשל השיהוי הניכר במימוש ההפקעה. החלטה זו נהפכה בדיון-נוסף, בו נקבע, ברוב של 4 כנגד 3, שאין להתערב בהפקעה (בג"צ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר ואח', - לא פורסם; דנג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר ואח', - לא פורסם).

* שר האוצר חייב לפרש, במסגרת הודעתו לפי סעיף 5(1) לפקודה, מהו "הצורך הציבורי" הקונקרטי, את זיקתו של צורך ציבורי זה למקרקעין המסוימים המיועדים להפקעה, ואת הצורך בהפקעת המקרקעין המסוימים כדי לממש את הצורך הציבורי.

* בפקודה אין הגדרה למונח "צורך ציבורי". בפסיקה נקבע, בין היתר, כי הקמת ערים ושכונות, נטיעת יער, ואף מניעת סגירתו של מפעל, שבפעולתו התקינה תלויה פרנסתן של אלפי משפחות, הן בגדר "צורך ציבורי". מדובר אפוא במונח רחב.

* בעבר הכירה הפסיקה - שלא במסגרת דיון בהפקעת קרקע - בשיקול של שמירה על אופי דמוגרפי של ישוב או מקום מסוים כשיקול לגיטימי (בג"צ 114/78 בורקאן נגד שר האוצר, פ"ד לב(2) 800; בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג(4) 297). לאחרונה, במסגרת בחינת מכרזים שהוציאה החברה לפיתוח הרובע היהודי בירושלים, הובעה אצלנו הסתייגות מהלכת בורקאן. גם בבג"צ בעניין הישוב קציר, העוסק בעתירה של ערבי המבקש להתגורר בישוב שהקימה הסוכנות היהודית, הובעה מטעם המדינה עמדה זהירה, המסתמכת בעיקרה על האופי הכפרי של הישוב כהצדקה אפשרית למיון מועמדים להתיישבות גם על רקע לאומי/אתני. הרגישות של טיעון כזה ברורה, ויש להזהר מהשלכות לא רצויות של טיעון כזה.

* מאז 1967 הופקעו בירושלים רבתי שטחים נרחבים ביותר, רובם המכריע קרקעות של ערבים, לצורך הקמת שכונות חדשות, שבפועל אוכלסו על-ידי יהודים. בדונו בעתירות נגד הפקעות מסוג זה, ציין בית המשפט, שוב ושוב, את רגישותה של ירושלים, את הצורך בראיה כוללת של הנסיבות וברגישות להשלכות הנובעות מתכנון ובניה באזור זה, ואת הצורך להתחשב בהשלכות המדיניות והציבוריות הרחבות של תוכניות בניה באזור ירושלים. כך למשל, בפרשת לוביאניקר דלעיל נאמר לענין זה:

"התוכנית היתה מעיקרה בעלת השלכות מדיניות וציבוריות רחבות, שלא ניתן כלל להתעלם מהן." (שם, בעמוד 149).

ובפרשת נוסייבה נאמר לענין זה:

"השטח הנדון ידוע כ"קו התפר" בין מזרח ירושלים ומערב ירושלים, וכפי שמצויין בתצהיר התשובה, שטח זה הוא שטח רגיש ביותר בירושלים, אשר כל תכנון שלו ויישום תוכניות המתייחסות אליו, מן ההכרח, שיעשה תוך ראייה כוללת של הנסיבות ומתוך רגישות להשלכות הנובעות מתכנונו ובניה עליו. אף כי אין על כך פירוט בתצהיר התשובה, נקל לשער את השיקולים הציבוריים המגוונים שצריך היה לשקול בכל הנוגע לתיכנון שטח זה וביצוע הבניה והסלילה בו." (ההזגשה אינה במקור).

* האתגר העיקרי טמון בהגדרת ה"צורך הציבורי" בענינו. צפויה הטענה, כי לממשלה אין צורך ציבורי פוזיטיבי בשטח, אלא ה"צורך" הוא "נגטיבי", קרי - למנוע התיישבות של יהודים במקום, וכי מדובר בהפליה פסולה.

קושי נוסף עלול להתעורר, בשל השלב המתקדם בו מצויים הליכי התכנון במקום: קיומו של היתר בניה, על-פיו כבר החלו, ככל הנראה, עבודות מסוימות במקום.

* ככלל, אין להסתתר מאחורי שיקולים משניים, אלא ל"אחוז את השור בקרניו", ולהציג את עמדת הממשלה ונימוקה כפי שהם, היינו - הרגישות המדינית הרבה, מבחינת המקום והזמן, של הפרוייקט הנדון, והשלכותיו האפשריות הקשות מבחינה מדינית, ומבחינת הבטחון והסדר הציבורי. בעבר ביקר בית המשפט באופן חריף את עמדת הרשויות, אשר תחת כסות של החלטות תכנוניות ניסו למנוע קניה של קרקעות על-ידי אזרחים זרים (בג"צ 392/72 אמה ברגר נ' הועדה המחוזית, פ"ד כז(2) 764).

הטיעון מבוסס אפוא על ההשלכות המדיניות והבטחוניות, בתקופה כה רגישה של מר"מ על הסדר הקבע, של הבניה הנדונה, בעטיין מתחייבת ההפקעה, וכן על העובדה שמדובר למעשה בנסיון להכתיב סדר-יום מדיני, במסווה של פעילות בינוי לגיטימית של בעל נכס.

* עם זאת יש להדגיש, כי אין מדיניות ממשלתית שעניינה מניעה מיהודים להתיישב באזורים מסוימים, אלא שהממשלה מבקשת למנוע יצירת מוקדי חיכוך חדשים, וכן מבקשת היא לשמור בידה את חופש הפעולה המדיני בשלב כה רגיש מבחינה מדינית, ולמנוע מאדם בודד, וכל-שכן אזרח זר, לכבול את ידי הממשלה, ולהכתיב מהלכים בעלי השלכות מדיניות מרחיקות-לכת.

אין לקבל, כי הממשלה מוסמכת להפקיע קרקע לצרכי תרבות (עתיקות), לצרכי איכות סביבה (נטיעת יער - בג"צ 704/85 עטון נ' שר האוצר - לא פורסם), או משיקולים של מניעת אבטלה (בג"צ 114/77 שורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא(2) 870), אך אין היא מוסמכת להפקיע קרקע משיקולים מדיניים. מקום שעמדת הממשלה היא, כי לפעילות פרטית עשויה להיות השלכות חמורות - הן בהיבט מדיני, והן בהיבט של סדר ציבורי - אין להשאירה חסרת אונים מלפעול.

* לכאורה, אין מקום להשען בהפקעה על נימוקים תכנוניים, כגון מחסור בשטחי ציבור בשכונה, באופן שמציב למעשה את שר האוצר כערכאת ערעור על מוסדות התכנון.

עם זאת יודגש, כי ככל הידוע, התכנית החדשה שיזמו בעלי הנכס לבנית שכונה יהודית במקום, ואשר אושרה על-ידי הועדה המחוזית ירושלים, לא הגיעה לכלל אישור סופי, וזאת לאחר שראש הממשלה הקודם הנחה את השר אלי ישי - שהוסמך להחליט על אישור התכנית במקום שר הפנים (אלי סויסה) - שלא לחתום על התכנית בגלל רגישותה המדינית. עקב כך ביקשו הבעלים וקיבלו מהועדה המקומית, ביולי 1997, היתר בניה, מצומצם בהיקפו, המבוסס על התכנית הישנה שבתוקף.

כן יצויין, כי בדיון בוועדת הערר, בערר שהוגש על-ידי ארנן יקותיאל ומיכל שוחט על ההחלטה לתת היתר בניה כאמור, הדגישה וע' הערר כי אין בסמכותה לדון בשיקולים של בטחון ושלוש הציבור, שהועלו בפניה על-ידי העוררים, אלא רק בהיבטים התכנוניים-משפטיים. מכאן, שאם גופי התכנון לא שקלו, ו/או לא יכלו לשקול שיקולים אלה, הרי שלא יהיה בהחלטת הפקעה של הממשלה משיקולים אלה משום הסגת גבולן של רשויות התכנון.

... מצורפים פסקי דין וחומר נוסף רלבנטי.