

צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות

בעקבות בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר
התשתיות הלאומיות¹

דפנה ברק-ארז *

- א. מבוא: אתגר החלוקה
- ב. התקופה הראשונה: אוטונומיה מנהלית במסגרת חקיקה רופפת
- ג. התקופה השנייה: מאוטונומיה מנהלית לשוויון אישי
- ד. אל תקופה חדשה: משוויון אישי לצדק חלוקתי
- ה. צדק חלוקתי: בין מהות להליך

א. מבוא: אתגר החלוקה

בישראל, רוב המקרקעין הם כבעלות ציבורית ומנוהלים באמצעות מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל" או "מינהל מקרקעי ישראל")². על כן השימושים הפרטיים בקרקע תלויים, במידה רבה, בנכונותה של המדינה (באמצעות המינהל) להרשותם ולסייע למימושם. בנסיבות אלה, יש לבחון כיצד משפיעה המדינה על חלוקתם של עושר, כוח ואושר בחברה הישראלית באמצעות ההחלטות הנוגעות

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חל-אביב. אני מודה לד"ר יורם רבין, לד"ר ברק מדינה ולפרופ' אורן יפתחאל על הערותיהם.

1 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד (נ) 25 (להלן: עניין שיח חדש).

2 נורמת הבסיס החוקתית המשמרת את הבעלות הציבורית במקרקעין קבועה בס' 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, שמורה בנוגע למקרקעין אלה כי "הבעלות בהם לא תועבר, אם כמכר ואם בדרך אחרת". הסדר זה הושפע ממתכונת הרכישה של הקרקעות לפני הקמת המדינה, מן ההשקפה הקולקטיביסטית שרווחה בחברה הישראלית באותה תקופה, וכמובן, משיקולים לאומיים הנוגעים לסכסוך הישראלי-ערבי. ראו עוד י' ויסמן "מקרקעי ישראל" משפטים כא (תשנ"א) 79.

לניהול משאבי המקרקעין שלה³. השאלה כיצד ראוי לחלק זכויות וטובות הנאה בין יחידים או קבוצות אינה משפטית, והתשובה לה צריכה להינתן תוך פנייה לתפיסות צדק מתחום התאוריה הפוליטית ומתחום הפילוסופיה. אולם, גם למשפט נועד כאן תפקיד חשוב — זה של עיצוב מערכת נורמטיבית המבטיחה כי ההחלטות בעלות ההשלכות החלוקתיות תהיינה תוצאה של הליך צודק ופתוח, בעיקר לנוכח הסכנה האורבת בפתח שהחלוקה תיטיב רק עם קבוצות אינטרסים מאורגנות היטב. הכרה בתפקידו החשוב של המשפט בתחום זה עמדה במרכזו של פסק הדין בעניין שיח חדש שניתן בבית המשפט העליון בעקבות עתירת "הקשת הדמוקרטית המזרחית" נגד ההחלטות של מועצת מקרקעי ישראל, שהעניקו למתיישבים החקלאיים (בעיקר קיבוצים ומושבים), זכויות על קרקעות המדינה, מעבר למתחייב מנוסח החוזים שנעשו עמם בעבר. החלטות אלה אפשרו למתיישבים בקרקע לפתח בה שימושים לא־חקלאיים, וכן פיצו אותם, במקרה של השבת הקרקע בגין שינוי ייעוד, בזיקה לשווייה החדש. בית המשפט פסל את ההחלטות כבלתי סבירות, בעיקר בשל התעלמותן מן הערך של "צדק חלוקתי". מאמר זה מוקדש לדיון בפסיקה זו של בית המשפט ובמשמעויותיה.

פסק הדין בעניין שיח חדש הוא שיאה של התפתחות הדרגתית לעבר הרחבת הביקורת השיפוטית על פעילותו של המינהל. התפתחות זו ניתנת לתיאור באמצעות הבחנה בין שלוש תקופות: שלושת העשורים הראשונים לפעילותו של המינהל (עד ראשית שנות התשעים) שהתאפיינו באוטונומיה מנהלית כמעט מוחלטת ללא ביקורת שיפוטית של ממש; העשור שמראשית שנות התשעים ועד לפסק הדין בעניין שיח חדש, שבו התקיימה ביקורת על מקרים של הפליה בין־אישית, ללא התייחסות למדיניות הקרקעית באופן כללי; ותקופה חדשה שנפתחת עם פסק הדין בעניין שיח חדש, המציין מעבר לביקורת על המדיניות המנהלית מן ההיבט של צדק בין־קבוצתי. כמובן, רק בחלוף הזמן יוכח אם פסק הדין בעניין שיח חדש יצליח לחולל את המפנה שעליו הוא מבשר.

ב. התקופה הראשונה: אוטונומיה מנהלית במסגרת חקיקה רופפת

המחלוקות שמעוררות ההחלטות הנוגעות למקרקעי ישראל נובעות במידה רבה מכך שהחוק אשר חל עליהן — חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך–1960 (להלן: "חוק מינהל מקרקעי ישראל" או "החוק") — אינו משמש מסגרת משפטית מתאימה לאתגרים שניצבים בפני המינהל. החוק אינו קובע יעדים או סדרי עדיפויות שצריכים להנחות את המופקדים על ניהול הקרקעות (כחריג לפרקטיקה החקיקתית המקובלת בחוקים שמקימים רשויות מנהליות). ההוראה היחידה שדנה בקביעתה של המדיניות בתחום זה נמצאת בסעיף 3 לחוק, שלפיו: "הממשלה תמנה

3 באופן כללי, ראו מ' מאוטנר (עורך) צדק חלוקתי בישראל (תשס"א).

מועצת מקרקעי ישראל שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל, תפקח על פעולות המינהל ותאשר הצעת תקציבו שייקבע בחוק". אולם גם בנוגע למועצת מקרקעי ישראל (להלן: "המועצה") לא נקבעו כל הוראות מסגרת או עקרונות מנחים. למעשה, היא קיבלה "שיק פתוח"⁴. על כך יש להוסיף, כי במשך שנים רבות, החוק לא כלל אף הוראה שעניינה הרכבה של המועצה, ומינוים של החברים בה היה מסור באופן בלעדי לשיקול דעתה של הממשלה.⁵

בהיעדר חקיקה שיש בה ערובות לניהול הקרקעות לטובת הציבור, גוברת חשיבותה של הביקורת השיפוטית. אולם באופן פרדוקסלי, לביקורת השיפוטית קשה למלא את החסר דווקא כאשר היא דרושה יותר מכל, וזאת מאחר שללא הוראות חוק מנחות, התכליות שאליהן היא צריכה לחתור ברורות פחות. במקרה הרגיל, הביקורת השיפוטית מתחילה בבחינת מטרות הפעולה של הרשות כפי שהוגדרו על ידי המחוקק. ניתן להוסיף, כי כאשר המחוקק נמנע מהתייחסות מפורשת לשיקוליה של הרשות, בית המשפט עשוי להסיק אותם גם מהרכבה של הרשות. אולם ההתייחסות העמומה להרכבה של מועצת מקרקעי ישראל מקשה על הסקת מסקנות ברורות גם מנתון זה.

בנוסף לכך, במשך שנים רבות, בחירת המתקשרים עם מינהל מקרקעי ישראל לא הייתה מבוססת על הסדר נורמטיבי ברור. באופן מסורתי, המשפט המנהלי בישראל לא הכיר בעיקרון כללי של חובת מכרז⁶, אלא כאשר החקיקה הטילה אותה במפורש, כמו למשל בעניינו של השלטון המקומי⁷. אמנם מינהל מקרקעי ישראל אימץ לעצמו בהדרגה מערכת של הנחיות פנימיות, שכללו גם הוראות שעניינן חובת מכרז⁸, אולם אלה לא תמיד קוימו. אכן, בעיקרו של דבר, הן ייצגו את הנוהל המקובל במינהל מקרקעי ישראל, אולם העיגון בהנחיות פנימיות הקנה להוראות גמישות, שעשויה הייתה להיות מנוצלת לרעה דווקא במקרים הרגישים, החשופים להעדפות לא-תקינות. ניתן לסכם ולומר כי היעדרה של מסגרת חקיקתית נאותה גם לכך שבמשך שנים רבות, הייתה הביקורת השיפוטית על פעילותו של מינהל

4 פרופ' זמיר ציין כי סמכויותיו של מינהל מקרקעי ישראל הן דוגמה מובהקת לפרקטיקה של חקיקה המעניקה לרשות "סמכות גורפת", והתריע על כך ש"חוק כזה (יש קוראים לו בשם חוק מסגרת) אינו מתאיים עם התפיסה של שלטון החוק ויש בו סכנה לעקרונות של מינהל תקין". ראו "זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו, כרך א) 236–237.

5 חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון), תשנ"ה–1995 (להלן: "תיקון החוק משנת תשנ"ה") הוסיף מספר הוראות בנושאים אלה, אך הן כוללות מגבלות בעלות אופי חלקי ביותר.

6 השוו בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד (לד) (3) 729.

7 ראו למשל ס' 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש].

8 כך למשל לפי החלטה 1 של מועצת מקרקעי ישראל "מסירה של קרקע עירונית, למעט קרקע המיועדת למטרות ציבוריות, תיעשה על פי מכרז פומבי". בהמשך הוראה זו נקבע כי "על פי המלצת מנהל מינהל מקרקעי ישראל תהיה רשאית המועצה לשחרר את המינהל מחובת מסירת הקרקע על פי מכרז פומבי". להחלטות המינהל ראו באתר מינהל מקרקעי ישראל:

[<http://www.mmi.gov.il/Envelope/index.asp>] (last visited on 1.9.2005)

מקרקעי ישראל מינימלית. ללא חובת מכרז, הקצאת הקרקעות נעשתה, בפועל, ללא פיקוח של ממש⁹.

ג. התקופה השנייה: מאוטונומיה מנהלית לשוויון אישי

החל בשנות התשעים החל בית המשפט העליון לפתח מדיניות חדשה שחרגה מן הפסיכיות המוקדמת שאפיינה את התייחסותו להחלטות הנוגעות למקרקעי ישראל. פסק הדין שמציין את נקודת המפנה הוא בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון¹⁰. במקרה זה החליטה מועצת מקרקעי ישראל על החכרת קרקע ללא הליך מוקדם של תחרות לעמותות בעלות צביון דתי-מפלגתי. על פני הדברים, מטרתה של ההקצאה הייתה חיובית: לסייע בהרחבת היצע הדיור במרכז הארץ. אולם גם כך, היה מקום לשאלה: במה שפר חלקן של העמותות הזוכות בהשוואה לקבוצות אחרות של משפחות שהיו מעוניינות לבנות את ביתן באזור? בפסק דין בעל משמעות תקדימית, פסל הנשיא שמגר את ההחלטות שהתקבלו, וקבע כי ההגיונות והשוויון מחייבים שקרקעות הציבור יחולקו על יסוד מכרז או הגרלה¹¹. בסמוך לאחר מכן, ניתנה החלטה דומה בבג"ץ 6176/93 אליקים 1986 – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל¹², שבה נידונה ההחלטה להחכיר קרקע המיועדת להקמת עסק (תחנה לשירותי דרך) ללא תחרות. החוכרים המיועדים היו כמה קיבוצים מן הסביבה, והערפתם הוסברה על רקע ההפסדים שסבלו בתחום החקלאות. בית המשפט סירב לקבל הסבר זה כמצדיק הימנעות מוחלטת מתחרות, להבדיל מתחרות המוגבלת לתושבי האזור, שסבלו מהפסדים דומים¹³.

חשיבותם של תקדימים אלה היא בכך שהניחו בסיס נורמטיבי להתערבות בהערפות לא-ענייניות בהקצאת מקרקעין. אכן, העובדות שנפרסו בפסקי הדין אינן כוללות דיון מפורט ברקע לקבלת ההחלטות שנידונו בהם. אולם קשה להתעלם מן העובדה שבשני המקרים נידונו החלטות שהעדיפו בפועל ציבורים מאורגנים המיטיבים לתפקד כקבוצות לחץ בחיים הציבוריים בישראל ונהנים משיתוף פעולה ממסדי. עם זאת, חשוב להכיר גם במגבלותיהם של התקדימים. בשני המקרים לא התיימר בית המשפט להתערב בקביעתו של סדר העדיפות הראשוני שעליו התליתו הרשויות – האם להעדיף זוגות צעירים, עולים או תושבים מקומיים – אלא

9 דוגמה חריגה לדיון בחריגה מנהלים של מינהל מקרקעי ישראל ניתן להביא מבג"ץ 143/64 אדטו נ' עמידר, פ"ד יח(3) 51.

10 בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793 (להלן: עניין פורז).

11 שם, בע' 801.

12 בג"ץ 6176/93 אליקים 1986 – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מת(2) 158 (להלן: עניין אליקים).

13 שם, בע' 165.

רק בהיבט של צדק פרטני. בעניין פורז, דן השופט שמגר במפורש באפשרות של הקצאה ללא תחרות מטעמי מדיניות "כגון צורכי ביטחון, הקמת שכונה המשרתת מפעל פיתוח, הרחבה החיונית למפעל קיים או הרחבה של יישוב לקליטת דור שני"¹⁴. אכן, השופט שמגר מתייחס לרוגמאות אלה כאל "מקרים יוצאי דופן"¹⁵. אולם למעשה ניתן ללמוד מהן על מרחב גדול מאוד של שיקול דעת לרשויות. בעניין אליקים, קבע השופט טל במפורש כי: "אם היה המינהל עורך מכרז סגור המכוון רק אל היישובים שבתחום המועצה האזורית, היה הדבר בגדר הסביר. אולם הענקת פטור ממכרז לגוף אחד באותה מועצה אזורית ולא לאחר — גם אם היזמה לכך הגיעה רק משני הקיבוצים — אינה סבירה"¹⁶. גם כאן הגביל עצמו בית המשפט לביקורת שעניינה השוויון הפורמלי — במובן זה שכל הנמנים עם הקבוצה שהמינהל החליט על העדפתה (למשל: חקלאים שסבלו הפסדים) יזכו לאותו יחס. מבחינת התאוריה הבסיסית של המשפט הציבורי, שמייעדת את התפקיד של קביעת המדיניות לרשויות, חלוקת תפקידים זו בין בית המשפט לבין המינהל היא מובנת. אולם לנוכח ההסדר הסטטוטורי החסר, בידיהם של המינהל והמועצה נותר כוח בלתי מוגבל כמעט לקבל החלטות חלוקתיות.

תוצאה זו בולטת בנוגע לאחד החריגים שהוכרו בפסיקה לחובה הכללית לקיים מכרז הפתוח לכול — זה שעניינו העדפת בני המקום. העדפה אפשרית של בני "הדור השני" הוזכרה כדוגמה לחריגה לגיטימית מנקודת המוצא של שוויון פורמלי כבר בעניין פורז, ובהמשך, זכתה לאישור גם בפסיקה מאוחרת יותר. ברע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון¹⁷, סמך בית המשפט את ידיו על ההחלטה לכלול מרכיב של העדפה לתושבים מקומיים במסגרת תכנית "בנה דירתך" ברמת השרון. בהמשך לכך, בע"א 3962/97 בארותיים, מושב-עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' ארד¹⁸, אושרה החלטה אחרת להפקיד את בחירתם של מועמדים לקבל קרקעות לבנייה במושבים (במסגרת תכניות הרחבה) בידי האגודה השיתופית עצמה. בית המשפט פסק שההחלטה אינה עולה כדי אצילת סמכויות פסולה, מאחר שמבחינה פורמלית, האגודה השיתופית הוגדרה כממליצה בלבד. לכאורה, ההחלטה אינה עוסקת כלל בשאלת זהותם של המועמדים, אך ברור לכול שהליך הבחירה שהיא מתווה מעדיף מראש את החברים באגודה השיתופית. סביר להניח כי במקרה הרגיל מומלצי האגודה השיתופית יאושרו כחוכרים, וכי אלה יהיו בני הדור השני (אם רק יהיו מעוניינים בכך). כך היה גם במקרה שנידון בפסק הדין עצמו, ושבו שותפו בהגדרת המגרשים

14 עניין פורז, לעיל הערה 10, בע' 801.

15 שם, שם.

16 עניין אליקים, לעיל הערה 12, בע' 165.

17 רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד (1) 221 (להלן: עניין רוזנברג).

18 ע"א 3962/97 בארותיים, מושב-עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' ארד, פ"ד

נב(4) 614 (להלן: עניין בארותיים).

רק חברים באגודה השיתופית, להבדיל מתושבים אחרים של המושב, שאינם במעמד של חברים. הלגיטימיות של העדפת בני דור ההמשך חזרה ואושרה גם בעתירה נוספת שדנה בהרחבות המושבים, ברע"א 10623/02 כפר חיטים – מושב שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' ביין¹⁹. במקרה זה הודגשה באופן ספציפי הלגיטימיות של העדפת ילדיהם של חברי המושב על פני ילדיהם של תושבים אחרים בו. לדברי השופטת דורנר: "הבנים הממשיכים מתחייבים להיות חברי המושב, אשר הם אלו הנושאים בנטל חובות האגודה השיתופית, ורצונו של המושב לשמור על קיומו והמשכיותו ועל מספר חבריו, אשר בא לידי ביטוי במתן תנאים מועדפים לרכישת מגרשים בידי בנים ממשיכים, הינו רצון לגיטימי"²⁰. מעבר לשאלות של ניגוד עניינים לכאורה במצב דברים זה, חשוב לשים לב להשלכות החלוקתיות של החלטות אלה. ההתחשבות בהרכב הקהילתי הקיים של היישובים תורמת לשימור הסטטוס-קוו של חלוקת ההנאה מן המקרקעין. הקצאה לבני הדור השני של היישוב מתחשבת אמנם בפן הקהילתי, אך גם מנציחה העדפות קיימות, שלא תמיד יש צדק בשימורן. כך, מי שהוריו לא קיבלו ב"סיבוב הראשון" של החלוקה, הופך להיות מקופח גם ב"סיבוב השני" שלה. נושאים אלה כלל לא עלו בפסק הדין.

חקיקתו של חוק חובת המכרזים, תשנ"ב–1992²¹ לא הביאה לשינוי משמעותי בהיקף שיקול הדעת של מינהל מקרקעי ישראל. אכן, חובת המכרז הכללית שחוק זה מטיל²² חלה גם על המינהל, כמו על כל הזרועות האחרות של השלטון המרכזי. אולם, כידוע, החוק הכיר גם בסמכותו של שר האוצר לחוקק חריגים לחובת המכרז (באישורה של ועדת החוקה, חוק ומשפט)²³, ובסמכות זו נעשה שימוש נדיב גם בנוגע להתקשרויות של מינהל מקרקעי ישראל²⁴. ניתן למצוא פטורים רבים שניכרות בהם טביעות אצבעותיהן של קבוצות אינטרסים (למשל: הקצאות לנכי צה"ל²⁵ ולאנשי כוחות הביטחון²⁶). ייתכן כי ההעדפות שהפטורים מגלמים הן לגיטימיות, אך חשוב לתת את הדעת על כך שהחלטה עליהם נעשתה במתכונת המנהלית של חקיקת משנה. יתר על כן, הפטורים אינם מחייבים את המינהל. גם כאשר ניתן להחכיר קרקעות ללא מכרז, המינהל יכול להחליט על שיווק הקרקעות בתנאים של מכרז הפתוח לכול, ולכאורה הוא אף חייב לשקול אפשרות זו²⁷. על פני הדברים,

19 רע"א 10623/02 כפר חיטים – מושב שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' ביין, פ"ד (נז) 943.

20 שם, בע' 947.

21 חוק חובת המכרזים, תשנ"ב–1992.

22 שם, בס' 2.

23 שם, בס' 4(ב).

24 ס' 25' וס' 26' לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג–1993 (להלן: "תקנות חובת המכרזים").

25 שם, בס' 25(16) ובס' 25(18).

26 שם, בס' 25(24).

27 שם, בס' 42.

בחירה במכרוז היא רצויה תמיד, מבחינת החשש מפני העדפת מקורבים. אולם יש מקרים שבהם בחירה זו עלולה לפגוע בקבוצות חלשות, שההכרה בצורך לקדם באה לידי ביטוי בפטורים (כמו למשל בנייה לבדורים שפטורה אף היא ממכרוז)²⁸. בני קבוצות אלה לא יוכלו להתמודד עם בעלי הון בתנאים של שוק פתוח. גם כאן, ההחלטות היסודיות בשאלות בסיסיות של חלוקה מושארות בידי המינהל, ורק בידי.

מאחר שהמינהל הוא המחליט אם לפעול במסגרת הפטורים ואם לאו, התוצאות המתקבלות עשויות אף להיות לא אחידות. ניתן להדגים את הדברים באמצעות פנייה לשני פסקי דין נוספים – ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל²⁹ ועניין רוזנברג שכבר נזכר³⁰. בעניין עיריית אילת, נקרא בית המשפט לבקר את ההחלטה להחכיר מגרשים במסגרת תכנית "בנה ביתך" באמצעות הגרלה הפתוחה לכול. עיריית אילת התנגדה להחלטה, בטענה שזו הייתה צריכה להעדיף תושבים מקומיים. עמדתה של העירייה נדחתה על ידי בית המשפט, שקבע כי הפטור מחובת המכרוז בנוגע לאזורים שיש עניין ציבורי ביישובם הוא רשות ולא חובה. בהתאם לכך, הוא פסק, כי יש רק לוודא שמטרת ההחכרה תושג באמצעות התנאים שעליהם החליט המינהל³¹, והוסיף כי המטרה של יישוב אילת יכולה להיות מושגת לא רק על ידי החכרה לתושבים מקומיים, אלא גם על דרך החכרה לתושבים של אזורים אחרים, אשר מוכנים להתחייב למגורים באילת לתקופה של כמה שנים. בניגוד לכך, בעניין רוזנברג, ההחלטה שהותקפה בפני בית המשפט דווקא כללה מרכיב של העדפה לתושבים מקומיים במסגרת תכנית "בנה ביתך" ברמת-השרון. שופטי הרוב החליטו על דחיית העתירה, על יסוד ההכרה בסבירותה של ההתחשבות בקשר שמפתח אדם לקהילתו³². פסק דין זה נראה הגיוני ואנושי כאשר הוא נקרא לבדו. אולם דיון בפסק הדין על רקע החלטתו הקודמת של בית המשפט בפרשת עיריית אילת, מלמד שללא הנחיה חקיקתית, הביקורת השיפוטית צפויה להותיר על כנן החלטות מנוגדות, כל אחת סבירה כשלעצמה. למותר להרחיב על המשמעויות החלוקתיות של החלטות מסוג זה. נטייתה של הביקורת השיפוטית לדון בכל מקרה לגופו, ולא בהקשר של החלטות במקרים אחרים (כפי שעולה גם מן הקריאה של פסקי הדין בעניין עיריית אילת ובעניין רוזנברג) מקשה על העלאת טענות של הפליה קבוצתית בניהול מקרקעי ישראל. הוכחתה של טענה להפליה קבוצתית, היינו להפליה שעניינה קיפוח של מגזר מסוים בחלוקת משאבי המקרקעין, מחייבת פרספקטיבה רחבה, המתיחסת

28 שם, בס' 25(20).

29 ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749 (להלן: עניין עיריית אילת).

30 עניין רוזנברג, לעיל הערה 17.

31 עניין עיריית אילת, לעיל הערה 29, בע' 762–763.

32 עניין רוזנברג, לעיל הערה 17, בע' 228.

לא רק להחלטה המסוימת שמהווה את עילת העתירה, אלא גם להחלטות נוספות שהתקבלו בעבר. פרספקטיבה רחבה זו דרושה, למשל, לשם הערכת טענות הפליה של המגזר הערבי, שהתקשרויותיו של המינהל עמו לאורך השנים היו מוגבלות בכמותן ובאיכותן. טענות מסוג זה הן קשות להוכחה בדיון המתקיים במתכונת שיפוטית, המחויבת לדיון רק בעובדות שהוכחו ורק במקרה שכל הצדדים הנוגעים לו מיוצגים בפני בית המשפט. כך למשל נדחו טענות של בדווים להפליה בהקצאות מקרקעין, בהשוואה למתיישבים יהודים, בשל היעדר ביסוס עובדתי³³. זאת, אף שבמסגרת הדיון בשאלה של "סגירת" היישוב קציר ליהודים בלבד, ציין בית המשפט, כרקע להכרעתו, כי "בפועל אין מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא ליישובים קהילתיים יהודיים"³⁴.

ד. אל תקופה חדשה: משוויון אישי לצדק חלוקתי

פסק דינו החדש של בית המשפט העליון בעניין שיח חדש מציין מעבר חשוב מן ההצטמצמות לשאלת השוויון האישי אל דיון המשתרע גם לעבר שאלות של שוויון קבוצתי. כאמור, במקרה זה, נסבו העתירות על החלטות של מועצת מקרקעי ישראל בנוגע להפשרת קרקעות חקלאיות לבנייה — במתכונת שונות: פיצוי החקלאים במקרה של שינוי ייעוד על בסיס אחוזים (27%–29%) משווי הקרקע לאחר שינוי הייעוד (החלטה 727, שהחליפה החלטות קודמות ברוח זו: 533, 611 ו-666); פיתוח אזורי תעשייה על קרקע שהוכרזה קודם לכן כקרקע חקלאית בתנאים שכוללים הנחה משמעותית בתשלום עבור החכירה, פטור ממכרו ושיתוף יזמים חיצוניים (החלטה 717, שהחליפה את החלטה 441); וכן שינוי ייעוד לצורך הרחבת המושבים תוך מתן הנחה בדמי החכירה ופטור ממכרו (החלטה 737, שהחליפה את החלטה 612). החלטות אלה היטיבו באופן ישיר עם שתי קבוצות, שאף פעלו לקידומן — המתיישבים החקלאים עצמם ויומי מקרקעין שביקשו לנצל את ההזדמנויות החדשות לבנייה — ובכך הדגימו את אחת מחולשותיו של ההליך המנהלי: היותו מועד להטיה לטובת הגורמים שעליהם הרשות המנהלית אמורה לפקח³⁵. העתירה המרכזית נגד ההחלטות הוגשה על ידי "הקשת הדמוקרטית

33 ראו למשל בג"ץ 6532/94 אבר-כף נ' שר החקלאות, פ"ד (4) 391.

34 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד (1) 258, 279. בית המשפט ציין עובדה זאת לצורך בחינת האפשרות להצדיק את סגירת היישוב בפני ערבים בטענה של "נפרד אבל שווה". ללא הקצאת קרקעות ליישובים ערבים, טענה זו נידונה להידחות כבר במישור העובדתי, עוד לפני שנדרשים לבעייתיות הנורמטיבית שהיא מעוררת.

35 הטיה זו נידונה בספרות כבעיית ה-Capture, המתארת דינמיקה של רשויות מנהליות שהופכות להיות "שבריות" בידי הגורמים הכלכליים שעליהם הן אמורות לפקח. ראו למשל: S.P. Huntington "The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest" 61 *Yale L.J.* (1952) 467; L.L. Jaffe "The Effective Limits of the Administrative Process: A Reevaluation" 67 *Harv. L. Rev.* (1954) 1105, 1107.

המזרחית", שראתה בהן דוגמה להנצחת העוול בחלוקה הראשונה של הקרקעות, שבה מרבית העולים ממדינות ערב לא היו שותפים. במישור המשפטי, היא התבססה על טענות של חוסר סמכות (בשל כך שהן כוללות "הסדרים ראשוניים") ושל חוסר סבירות (בעיקר בשל ההפליה לטובת המגזר החקלאי והתעלמותן של ההחלטות משיקולים חברתיים, כלכליים, אקולוגיים ואחרים). עתירה נוספת של החברה להגנת הטבע הדגישה את החשיבות הנודעת לשמירה על השטחים הפתוחים (בנוגע להחלטות 717 ו-727). בעקבות הגשת העתירות, הוקם צוות בין-משרדי לבדיקת ההחלטות ומשמעויותיהן, בראשותו של דוד מילגרם (ראש אגף התקציבים באוצר לשעבר), שהגיש דין וחשבון בנושא בשלהי שנת 2000 (דו"ח מילגרם³⁶). הדו"ח קבע כי כל שלוש ההחלטות אינן סבירות, וצריכות להיות מוחלפות בהחלטות שיכללו הטבות פחותות, באופן משמעותי, למגזר החקלאי. לנוכח מסקנות אלה, העמדה שאימצה המדינה הייתה שיש להחליף את ההחלטות.

לאור עמדתה זו של המדינה, ניתן היה לשער כי הדיון יסתיים בקבלת העתירות. עיקר חשיבותו של פסק הדין אינה מתבטאת אפוא בעצם פסילתן של ההחלטות, כי אם בהסבר שניתן לגבי הפסול שנמצא בהן, לכאורה למעלה מן הצורך. פסק הדין העיקרי ניתן על ידי השופט אור, שעמו הסכימו שאר שופטי ההרכב – השופטים ברק, מצא, שטרסברג-כהן, דורנר, ביניש ופרוקצ'יה. נקבע בו כי דין העתירה להתקבל בשל חוסר סבירותן של ההחלטות. בית המשפט הביע אמנם חוסר נחת מקביעת הסדרים ראשוניים מחוץ לחקיקה, אך לא ביסס את פסק דינו על היבט פורמלי זה. הוא רק ציין כי:

"היה ראוי שהמחוקק יתווה בחקיקה את עקרונות המדיניות הקרקעית המתייחסת למקרקעי ישראל, ולא יותיר סמכות כה רחבה למועצת מקרקעי ישראל, אשר הינה גוף מינהלי. בנושא כה חשוב ראוי כי הסדרים ראשוניים ייקבעו על-ידי המחוקק. כך גם תימנענה טענות שגוף ביצועי מחליט החלטות מוטות הפוגעות בעקרון השוויון, אם בשל הרכבו ואם בשל היותו נתון ללחצים או להשפעות של גופים אינטרסנטים אשר אינם ממין העניין"³⁷.

השופט אור נדרש אפוא לשיקול הדעת שביסוד ההחלטות. בין השיקולים שיש להביא בחשבון, הוא הפנה, בין היתר, לצורך בעתודות קרקע, שהיא משאב מוגבל, ולעובדה שלצרכים מעשיים ההחכרה קרובה להעברת בעלות. הוא לא פסל את ההתחשבות בטיעון ההיסטורי שהעלו החקלאים לגבי תרומתם למפעל הציוני, אך הוסיף כי יש לבחון את המשקל שיינתן לו לצדם של שיקולים אחרים³⁸.

36 דין וחשבון הצות הבינמשרדי לבחינת מכלול ההיבטים הנוגעים לשינוי ייעודה של קרקע חקלאית (תשס"א).

37 עניין שיח חדש, לעיל הערה 1, בע' 83.

38 לדברי השופט אור: "בענייננו עלתה השאלה מה משקל יש לתת לזכויות של ההתיישבות החקלאית על מסגרותיה השונות על רקע תרומתה ההיסטורית למדינה ולביטחונה. אכן,

במרכזו של פסק הדין עומדת הקביעה כי הקצאת מקרקעין צריכה להיות מונחה לאור העיקרון של צדק חלוקתי. לדברי השופט אור:

"הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים. לדברים אלה משקל מיוחד במקרה שבפנינו. מינהל מקרקעי ישראל הינו גוף המופקד על כלל מקרקעי ישראל. לא ניתן להפריז בחשיבותו של נכס זה ובחשיבות שיש לחלוקתו ולהקצאתו באופן צודק וראוי. להחלטות נושא העתירות שבפנינו יש השלכות כבדות משקל על חלוקת משאב מוגבל ורב ערך זה. קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על ידי המדינה, או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר"³⁹.

כהמשך לכך הוא מבהיר:

"בדברים אלה אין, כמובן, כדי להכתיב למדינה או לרשויות הפועלות מטעמה פתרון מסוים אחד. בעיצובן של החלטות מן הסוג שמדובר בו ישנו תפקיד נכבד להכרעות ערכיות. מאליו ברור, כי סדר עדיפויות ערכי שונה יכול להכתיב דרך חלוקה שונה בלא שהדבר יהא בלתי חוקי. ברם מכך אין נובע כי כל חלוקה תהא בהכרח חוקית. על הרשות הקובעת את אופן חלוקת המשאבים שעליהם היא מופקדת, להביא בחשבון את מכלול ההשלכות וההקשרים שיש להחלטתה ולתת להם משקל ראוי במסגרת סדר העדיפויות שבחברה בו. בהקשר זה יצוין כי למשפט יש תפקיד חשוב בכל הנוגע לפיקוח על החלטות שעניינן חלוקת עושר בחברה, וכי תפקיד זה הוא לפתח מערכת נורמטיבית המבטיחה כי החלטות בעלות השלכות חלוקתיות יהיו תוצאה של הליך צודק ופתוח, בייחוד לנוכח הסכנה שהחלוקה תיטיב רק עם קבוצות לחץ מאורגנות היטב"⁴⁰.

החידוש הגדול בהתייחסותו של פסק הדין לעיקרון של צדק חלוקתי בולט במיוחד דווקא על רקע דיון קודם של השופט אור בהחלטות שהעדיפו את המתיישבים

אין לחלוק על חשיבות תרומתה של ההתיישבות החקלאית לארץ-ישראל ולמדינת ישראל. המתיישבים החקלאיים עיבדו את קרקעות המדינה תקופה ארוכה כשהם חדורי אידאולוגיה ונכונות לתרום למפעל הציוני. רבים מן היישובים החקלאיים הוקמו כיישובי ספר אשר התוו את גבולות המדינה, שמרו עליהם והקנו לתושבים במרכז הארץ ביטחון. המתיישבים החקלאיים תרמו אף לפיתוח החקלאות והתוצרת הישראלית. איש לא חלק על זכויות אלה, גם לא העותרים בעתירה 244/00 בסיכומיהם. אך השאלה היא מה משקל יש לתת לזכויות אלה, והאם ההחלטות שבהן עסקינן לא חרגו מכל מסגרת סבירה בטובות ההנאה שהעניקו לחוכרים ביישובים החקלאיים". שם, בע' 64.

39 שם, בע' 65-66.

40 שם, בע' 66.

החקלאיים בבג"ץ 5575/94 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל⁴¹. במקרה זה, העתירה נסבה על ההבחנה שהייתה מעוגנת בהחלטות קודמות (החלטות 666 ו-667) בין שיעור הפיצויים לחוכרים מן ההתיישבות השיתופית לבין זה שנקבע לחקלאים פרטיים. השופט אור נמנע מלהכריע בטענת ההפליה שהעלו העותרים, מאחר שקיבל את העתירות על סמך טענה מקדמית בדבר ניגוד עניינים, שבו היו נגועים חלק מחברי המועצה, אשר נמנו עם מגזר ההתיישבות השיתופית. ניגוד העניינים הוסבר בכך, שהציפייה מחבר המועצה היא "להחליט בדבר שיעור הפיצוי המינימלי הראוי אשר יבטיח את המטרה של בנייה בהקדם על קרקעות בעלות ייעוד חקלאי"⁴², וזאת בניגוד לאינטרס של תנועות ההתיישבות בהגדלת הפיצוי. מדברים אלה השתמעה ההנחה, שמועצת מקרקעי ישראל אמורה לשאוף לקבלתן של ההחלטות היעילות (והחסכוניות) ביותר מבחינה כלכלית. פסק הדין בעניין שיח חדש דוחה במשתמע תפיסות אלה, בכך שהוא מקבל את הערך של צדק חלוקתי כעיקרון המנחה בניהול מקרקעי ישראל. הוא נכון להכיר בהחלטות בנוגע למקרקעי ישראל שאינן מונעות מטעמים כלכליים. השאלה היא רק אילו מטרות חברתיות הן משיגות. ההחלטות נפסלו לא בשל היותן לא כלכליות, אלא משום שלא התייחסו לצרכים ולשיקולים הנוגעים לקבוצות אחרות, מחוץ למגזר החקלאי. בנוגע להחלטה 727 נקבע כי אל מול השיקול של הבטחת זמינותן של הקרקעות צריך היה להתחשב בשיקולים נוספים, כגון השיקול התכנוני (שמירה על שטחים פתוחים ופיתוח עירוני תוך התמקדות באזורים המטרופוליניים של ישראל); השיקול חברתי (המתחים החברתיים בשל פיצויים גבוהים מאוד לקבוצה מוגדרת ומצומצמת); האפשרות לעשות שימוש גם בכלים נוספים כדי לגרום להפשרת הקרקעות (כמו דרישה להחזרת קרקעות שלא נעשה בהן שימוש חקלאי); והבחנה אפשרית בין אזורים בהתאם לביקוש לקרקע. כן נקבע כי שיעור הפיצוי שנבחר הוא בעייתי: ההחלטה יצרה שותפות של החוכר עם המדינה אף שמטרת ההחלטה הייתה רק יצירת תמריץ לפינוי; התמורה באחוזים יוצרת אי־ודאות כאשר לשיעור ההטבה וכן תורמת להפליה בין החוכרים באזורים השונים של הארץ (שאינן לה מקום במיוחד אם מתחשבים בטיעון ההיסטורי שהעלו החקלאים בעניין התגמול למאמציהם ולהשקעותיהם)⁴³. בית המשפט אף סבר, כי גודל הפער בין הפיצויים המגיעים בהתאם להשקעה לבין הפיצויים הנובעים מההחלטה מצביע כשלעצמו על אי־הסבירות של ההחלטה "אפילו ינתן משקל מתאים לזכויות ההיסטוריות

41 בג"ץ 5575/94 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 133 (להלן: עניין מהדרין).

42 שם, בע' 148.

43 לכאורה, לפי השיקול ההיסטורי יש להתאים את הפיצוי שיקבלו החקלאים למידת ההשקעה בקרקע ולמשכה של תקופת ההתיישבות, ולא לקבוע אותו בהתאם לשווייה הנוכחי של הקרקע שהם יושבים עליה. יתו על כן, יש בשיקול זה כדי לתמוך בכך שיישובי הפריפריה, אשר שרדו תקופות קשות בהגנה על גבולות המדינה, יקבלו פיצוי ששיעורו גבוה יותר – לא באחוזים אלא גם בערכים מחולטים – למרות הערך הנמוך של קרקעותיהם.

של החוכרים ביישובים החקלאיים⁴⁴. בנוגע להחלטה 737 נקבע כי היא בעייתית מבחינת התנגשותה במדיניות התכנון הקיימת (בשל משיכת אוכלוסייה חזקה מחוץ לערים והגדלת עומסי התנועה). אמנם, היא נתמכת בהצדקה של חיזוק האוכלוסייה ביישובים החקלאיים. עם זאת, נקבע כי לשם השגת יעדיה של ההחלטה די היה בהטבה של פטור ממכרז, ולא ברור מהי ההצדקה למרכיב של ההנחה הגדולה בתשלום דמי החכירה (שאף יצר תמריץ להשקעות ספקולטיביות). ראוי לציין כי גם בעניין זה בולט השינוי בהשוואה לפסיקה הקודמת בעניין בארותיים⁴⁵. בנוגע להחלטה 717 שהתייחסה לפיתוח אזורי תעשייה נקבע כי ההצדקה להחלטה נובעת מן הצורך למצוא מקורות תעסוקה נוספים ביישובים החקלאיים. אולם גם כאן נפסק שאין הצדקה למרכיב הנוסף של הנחה ניכרת בדמי החכירה.

ה. צדק חלוקתי: בין מהות להליך

חשיבותו של פסק הדין בעניין שיח חדש נובעת, קודם כול, מהצבת הערך של "צדק חלוקתי" על שולחן הדיונים והוספתו לרפרטואר המשפטי בהקשר של ניהול וחלוקה של משאבים ציבוריים. מבחינה פורמלית, מיקומו של ערך זה הוא בגדרה של עילת הסבירות. אולם עדיין נשאלות שאלות רבות לגבי הוצאת הדברים מן הכוח אל הפועל: כיצד ייעשה הצדק החלוקתי? מה צריכה להיות מידתה של החלוקה? מהן המסקנות הנובעות מפסק הדין לגבי מקרים אחרים, כמו למשל הקצאת קרקעות במגזר הערבי⁴⁶?

המושג "צדק חלוקתי" הוא עמום, ויש להניח שיתעוררו מחלוקות של ממש באשר ליישומו. תכניו משתרעים מעבר לדרישות של שוויון פרוצדורלי, שבאו לידי ביטוי בהלכה לפיה הקצאת קרקעות צריכה להיעשות, במקרה הרגיל, בדרך תחרותית. ייתכן שטוב היה עושה בית המשפט אם היה מנסה להבהיר מעט יותר את משמעויותיו המעשיות. עם זאת, אין מקום לטענה שהשאיפה לצדק חלוקתי היא סיסמה חסרת תוכן. כבר עתה, ניתן לטרטט כמה קווים ראשוניים לגבי תכניו של מושג זה. ראשית, העיקרון של צדק חלוקתי מחייב שמועצת מקרקעי ישראל, ובעקבותיה מינהל מקרקעי ישראל, יקיימו מדיניות שלא תהיה בה התעלמות ארוכת-טווח מצורכיהם של מגזר או קבוצה במדינת ישראל, ומטיל עליהם חובה אקטיבית להביא בחשבון שיקוליהם צרכים של קבוצות אוכלוסייה שונות. שנית, העיקרון של צדק חלוקתי מחייב התייחסות גם לצרכיה של האוכלוסייה העתידית של מדינת ישראל, ועל כן

44 עניין שיח חדש, לעיל הערה 1, בע' 74.

45 עניין בארותיים, לעיל הערה 18.

46 בפרק שבו סקרה את קיפוח המגזר הערבי בתחום הקרקעי, ציינה ועדת אור כי "קרקעות מינהל לא שוחררו בדרך כלל לבנייה ביישובים ערביים". ראו דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (חשס"ג, כרך א) 43.

מחייב להותיר עתודות קרקע בלתי מנוצלות עבור דור העתיד. במילים אחרות, הצדק החלוקתי אינו רק תוך-דורי, אלא גם בין-דורי⁴⁷. מעניין לציין, כי למרות התנגדותם לפסק הדין בעניין שיח חדש, גם העמדה שהציגו החקלאים בבית המשפט הייתה מבוססת על הרעיון של צדק חלוקתי במובנו הרחב. כזכור, החקלאים טענו, בין השאר, כי יש להתחשב בזכויותיהם ההיסטוריות ובתרומתם להקמת המדינה ולהגנת גבולותיה. טענה זו חרגה ממסגרת הדיון בזכויותיהם כיחידים וביקשה לזכותם בטובות הנאה המגיעות למגזר שאליו הם משתייכים.

הדיון המתפתח במשמעויותיה של החובה לנהל את מקרקעי ישראל תוך התחשבות בשיקולים של צדק חלוקתי יכול להסתייע בכתיבה שעוסקת בשאלות של תכנון צודק. גם במדינות המערביות שבהן רוב המקרקעין הם בבעלות פרטית, רשויות השלטון משפיעות על השימושים בקרקע ועל מידת ההנאה ממנה באמצעות סמכויות סטטוטוריות בתחום התכנון. ההחלטות המתקבלות על ידי רשויות התכנון משפיעות על שוויין של הקרקעות, על צפיפות הדיור ועל נגישות לשירותים קהילתיים ולמקורות תעסוקה. החלטות אלה הן בעלות משמעות חלוקתית מובהקת, ולקחי הדיון התאורטי בהן יכולים לשמש מקור השראה ליישום הרעיון של צדק חלוקתי בהקשר הקרוב של ניהול מקרקעין לטובת הציבור. כך, למשל, הגאוגרף הפוליטי דייוויד הארוי (David Harvey) הציג בספרו *Social Justice and the City* תאוריה של צדק חלוקתי מרחבי המתייחסת לאמות מידה מרכזיות אלה: צורך, תרומה לטובת הכלל ופיצוי על קשיים. שיקול הצורך ("Need") מחייב התייחסות לצורכי הקיום של קבוצות האוכלוסייה המושפעות מן התכנון בתחומים שונים: דיור, תעסוקה, שירותים לקהילה, תרבות פנאי ועוד. השיקול של תרומה לטובת הכלל ("Contribution to Common Good") מתייחס להשפעתה של הקצאת המשאבים על מקומות אחרים או על קבוצות אחרות (לרבות החצנות שליליות כדוגמת זיהום). השיקול של פיצוי על קשיים ("Environmental Difficulty") מבטא, בעיקרו של דבר, את הרעיון של העדפה מתקנת ומחייב להתחשב בקשיים הנובעים ממגורים באזורים ששוררים בהם תנאי יסוד קשים — גאוגרפיים (הצפות, רעידות אדמה ועוד) או חברתיים (כדוגמת פגיעה)⁴⁸. בכתיבה מאוחרת יותר, הרחיב הארוי את התייחסותו גם לשיקולים של צדק סביבתי והשלכות על דורות עתידיים⁴⁹.

47 לדיון נוסף בתובנות החלות על מינהל מקרקעי ישראל לפעול בהתאם לעיקרון של "פיתוח בר-קיימא", תוך התחשבות בצורכיהם של דורות עתידיים, ראו ד' ברק-ארז וא' פרו "תכנון במקרקעי ישראל: לקראת פיתוח בר-קיימא" משפט וממשל ז (תשס"ה) 867.

48 D. Harvey *Social Justice and the City* (1973) 101-108. לביקורת על גופי התכנון של הרשויות המקומיות בישראל בשל נטייתם להעדיף שיקולים של מקסום רווחים עבור הרשויות על פני שיקולים של צדק חברתי, השוו' בלנק "מקומו של המקומי": משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל" משפטים לד (תשס"ד) 197, 265-281. כך למשל, הרשויות המקומיות בישראל נטו להעדיף בנייה מסחרית המניבה תשלומי ארנונה גבוהים ולהתנגד לבניית דירות קטנות, שרוכשיהן מאופיינים כעניים.

49 ראו למשל: D. Harvey "Social Justice, Postmodernism and the City" 16 *Int'l J. of Urban*

ניתן להניח כי גם לאחר שהעיקרון של צדק חלוקתי יבסס את מעמדו במשפט הישראלי, התוצאות הקונקרטיות הנובעות מיישומו יוסיפו להיות שנויות במחלוקת. כפי שכבר צוין, בעניין שיח חדש הייתה עמדת החקלאים מבוססת על טענה מ"משפחת" הצדק החלוקתי, וזו נפסלה בשם צדק חלוקתי שהדגיש זכויות ואינטרסים אחרים. על כן, בשלב ראשון, יש להתמקד בשיפור הפרוצדורה של קבלת ההחלטות, באופן שיגדיל את הסיכויים להתחשבות במרב האינטרסים הרלוונטיים. שיפור זה צריך להתמקד בשתי רפורמות עיקריות – להגברת מידת הפתיחות של הליך קבלת ההחלטות הנוגעות למקרקעי ישראל בפני הציבור ולשיתוף מקיף יותר של קבוצות אוכלוסייה שונות בהליך זה.

1. פתיחות לציבור – ההחלטות הנוגעות לשימושים במקרקעי ישראל חשופות יותר להשפעות לא-ראויות של קבוצות אינטרסים מאורגנות כאשר הן מתקבלות בתנאים של אפלה וחוסר ידיעה מבחינתו של הציבור הרחב. על כן, ניתן לצמצם את פגיעתן של השפעות אלה באמצעות הוראות חוק שיחייבו מתן הודעות לציבור על הצעות הנמצאות בדיון. ככלל, ניתן לומר, שעד כה, ההחלטות שהתקבלו בנוגע למקרקעי ישראל היו החלטות שחשיפתן הציבורית בשלב קבלת ההחלטה הייתה נמוכה. הציבור לא היה מודע לדיונים משמעותיים שהתקיימו, או להצעות העומדות על הפרק, ואילו "מי שצריך לדעת" – ידע. תיקון החוק משנת תשנ"ה הביא לשיפור מסוים בנקודה זו, אך לשיפור בעל תועלת מוגבלת בלבד. כיום, חוק מינהל מקרקעי ישראל מחייב לפרסם החלטות שקיבלה מועצת מקרקעי ישראל⁵⁰. אולם החוק מוסיף וקובע במפורש כי הפרת החובה לא תגרע מתוקפה של ההחלטה. לפי הסיפה לסעיף 4יג לחוק "תחילת תוקפה [של ההחלטה] לא תהיה מותנית בפרסומה אלא אם כן נקבע אחרת בהחלטה". והעיקר: הגבלתה של החובה רק להחלטות האופרטיביות שהתקבלו אינה מציינת את הציבור בכלים להשפעה על הרגעים הפורמטיביים של ההליך. כאן חשוב להזכיר, כי פרסום מוקדם של הצעות החלטה חשוב בעיקר כאשר לקבוצות אינטרסים מאורגנות יש נגישות טובה יותר להליך המנהלי⁵¹. ליקויים אלה יש לתקן. החוק חייב ליצור תנאים שיאפשרו מודעות ציבורית להחלטות העומדות להתקבל לפני שההליך המנהלי מסתיים בהחלטה. ניתן להוסיף, כי לפחות מבחינת המודעות הציבורית להחלטות הנוגעות למקרקעי ישראל, יש חשיבות רבה להצעות חוק ספציפיות שהוגשו בשנים האחרונות על ידי חברי כנסת – בין הצעת חוק הדיור הציבורי תשנ"ח–1998⁵²,

& *Regional Research* (1992) 588; D. Harvey *Justice, Nature and the Geography of Difference* (Cambridge, Mass., 1996).

50 ס' 4יג לחוק מינהל מקרקעי ישראל.

51 השוו רע"א 3577/94 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאו, פ"ד מח(4) 70. ראו עוד ב' ברכה "לקראת פתיחות בהליכי התקנת תקנות?" ספר שמגר – מאמרים (תשס"ג, כרך א) 127.

52 הצעת חוק הדיור הציבורי, תשנ"ח–1998, ה"ח 306 (להלן: "הצעת חוק הדיור הציבורי").

שכבר הושלמה בחקיקה⁵³ (ומועמדת מעת לעת לכיטול⁵⁴), ובין הצעת חוק עיגון ורישום זכויות החקלאים בקרקע, תשנ"ו–1996⁵⁵. גם אם הצעות אלה מייצגות אינטרסים מוגדרים ולעתים שנויים במחלוקת⁵⁶, עדיפות יוזמות שהדין בהן נעשה בפני הציבור. ערכים של פתיחות ניתנים להגשמה לא רק במסגרת הליכי חקיקה בכנסת, אלא גם בהליך המנהלי, באמצעות קביעת סדרי עבודה מתאימים⁵⁷. בכל הנוגע לקרקעות, ניתן להזכיר כי ועדת מילגרום שדנה בשאלת הקרקעות החקלאיות לפני שניתן פסק הדין בעניין שיח חדש פרסמה מודעות שקראו לאנשים המעוניינים בכך להציג בפני הוועדה את עמדותיהם.

2. ייצוג ושיתוף רחב – לכאורה, החלטות חלוקתיות המשקפות סדרי עדיפויות חברתיים צריכות להתקבל על ידי מי שמייצגים את הציבור, ולא על ידי "מומחים". במילים אחרות, בהקשר זה, ההליך המנהלי אינו אמור לחתור לתוצאה "נכונה", אלא לתוצאה שבה מעוניין הבעלים שביושר – הציבור. מאחר שדמוקרטיה ישירה שוב אינה בת-מימוש (וודאי שלא בנוגע לניהול שוטף של נכסים), ושגם המחוקק אינו מסוגל לתת מענה ספציפי לשאלות שתתעוררנה, ניתן היה לחשוב על פתרון המבוסס על הרכב ייצוגי של מועצת מקרעי ישראל (במתכונת מלאה), בשונה מן המתכונת החלקית של ייצוג הציבור בחוק במתכונתו הנוכחית. רפורמה ברוח זו תקדם לכאורה ערכים דמוקרטיים בהליך המנהלי. המינוי של נציגים ערביים למועצת מקרעי ישראל ציין צעד ראשון בכיוון זה⁵⁸. מצד שני, אין להתעלם מן החשש כי קבוצות האינטרסים המאורגנות יצליחו טוב יותר לעשות שימוש אפקטיבי בשיטה זו. תיקון החוק משנת תשנ"ה קיבל את הגישה הדוגלת בייצוג, אך כולל רק הנחיות כלליות ביותר וכך שוב חושף אותו לניצול אינטרסנטי. כאמור, התיקון הכיר באפשרות של מינוי "נציגי ציבור" כחברים במועצת מקרעי ישראל (במספר מוגבל) אך לא כלל הוראות באשר לאופן בחירתם. בנוסף לכך, מתעוררת השאלה, כיצד למתוח את קו הגבול בין

53 חוק הדיור הציבורי (זכויות רכישה), תשנ"ט–1998.

54 לפי ס' 86 להצעת חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), תשס"ד–2004, ה"ח 52: "חוק הדיור הציבורי (זכויות רכישה), התשנ"ט–1998 – בטל".

55 הצעת חוק עיגון ורישום זכויות החקלאים בקרקע, תשנ"ו–1996, ה"ח 656.

56 טענות מהותיות נגד תוכנה של חקיקה מסוג זה יוכלו להתברר בהמשך, אם יהיה צורך בכך, במסגרת עתירה שבה ייצוג טענות חוקתיות נגד תוקפה.

57 פסק דינו של השופט זמיר בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 קורא לפיתוח של המשפט המנהלי בכיוון זה בשם התפיסה של שותפות האזרח במדינה. לדבריו, "השותפות פירושה מתן הזדמנות אמיתית לאזרח להשתתף בניהול השוטף של ענייני המדינה, ואפשרות מעשית לפעול ולהשפיע מיום ליום, ולא רק בדרך של בחירות. היא דורשת יתר פומביות ופתיחות של ההליך המינהל הציבורי; דרכים נוספות להתייעצות מוקדמת עם גופים מעוניינים שמחפץ למינהל הציבורי; נכונות לשלב גופים כאלה בפעילות שוטפת". שם, בע' 342. לחתירה ליתר פתיחות בהליך המנהלי, ראו גם ד' ברוק-אוזן "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כד (תש"ס) 369; ברכה, לעיל הערה 51.

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

ייצוג לבין משוא פנים פסול. כזכור, בעניין מהדרין⁵⁹, פסל בית המשפט החלטות שקיבלה המועצה בנוגע לשיעור הפיצויים לחוכרים החקלאים, כיוון שמקצת החברים שנטלו חלק בהליך קבלתן היו חברי קיבוצים ומושבים, וככאלה נמנו עם מוטביהן. בהמשך לכך, נקבע גם כי בעלי אינטרסים בקרקעות החקלאיות יהיו מנועים מלכהן בוועדת המשנה האחראית על שינוי הייעוד שלהן, אף שזו משמשת כוועדה מייעצת בלבד⁶⁰. החלטות אלה חושפות את הפרדוקס הטמון ביישום של הסדרים ייצוגיים. כאשר הייצוג מגשים את מטרתו הוא מועד להכשיל עצמו בשל משוא פנים⁶¹. השאלה המתעוררת היא אם להחיל את דיני משוא הפנים באופן מרוכך יותר בנוגע לגופים שיוגדרו כפוליטיים, להבדיל מרשויות שהחלטותיהן אמורות להיות מקצועיות בעיקרן, בכפוף לכך שגם הם יידרשו לפעול בהתאם לאמות מידה שוויוניות. זוהי דילמה לא פשוטה. מכל מקום, בקשר לפעולתה של מועצת מקרקעי ישראל, דומה שהבעיה העיקרית היא עדיין אחרת: קבלת העיקרון של מינויים ייצוגיים צפויה להעצים את כוחן של קבוצות האינטרסים המאורגנות ולהנציח את אי-הנגישות להליך של קבוצות חלשות ובלתי מיוצגות דיין במנהל הציבורי בישראל. כמו כן, היא תבוא על חשבון "הרוב הדומם", אותם אזרחים שאינם מזוהים דיים כדי להיות מוכרים כייחודיים, אך מהווים את עמוד השדרה של החברה הישראלית. מטעמים אלה, נראה שראוי לשקול דרכים אחרות להגשמתו של האידאל הדמוקרטי-ייצוגי בהחלטות העקרונתיות הנוגעות להנאה ממקרקעי הציבור. כך, למשל, מאחר שקשה לצפות שהמינויים למועצת מקרקעי ישראל אכן ישקפו באורח מלא את כלל האינטרסים הראויים לייצוג בה, ייתכן שעדיף לוותר כליל על התפיסה של מינויים ייצוגיים למועצה ולהמירה בשיטה של מינויים מקצועיים בתחומים הרלוונטיים לפעילותו של המינהל, ובמקביל לפתוח את הדיונים במועצה בפני נציגייהן של קבוצות שונות, כך שיוכלו להציג בפניה עמדות ועובדות. ראוי להדגיש כי שיתוף בתהליכי קבלת ההחלטות של המינהל (גם של מי שאינם בעלי מעמד פורמלי בו) הוא בעל חשיבות רבה ופוטנציאל השפעה ניכר על ההחלטות המתקבלות, כפי שניתן ללמוד מהשוואה בין החלטות שהתקבלו תוך שיתוף של גורמים חיצוניים למינהל להחלטות שנבעו מהליך שהיה סגור בפניהם⁶².

59 עניין מהדרין, לעיל הערה 41.

60 בג"ץ 5734/98 עזריאל נ' ועדת המשנה של מועצת מקרקעי ישראל, פ"ד נג(2) 8.

61 שאלה נוספת שהתעוררה בפסיקה לגבי מינויים ייצוגיים היא באיזו מידה מחויב מי שהתמנה מטעמם של גוף או קבוצה לפעול בהתאם לתכתיבים והנחיות שיקבל. ראו בג"ץ 5848/99 פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נד(3) 5; והנג"ץ 5361/00 פלק נ' הי"מ (טרם פורסם, החלטה מיום 4.1.2005), תקדין עליון 2005(1), 44.

62 כך למשל, ההחלטה על שיווק מגרשים במסגרת פרויקט "בנה ביתך" באילת, ללא עריפת לחושי המקום (שנידונה בעניין עיריית אילת, לעיל הערה 29) התקבלה מבלי שהעירייה שותפה בהליכים שקדמו לקבלת ההחלטה. השופט חשין מתח בשל כך ביקורת על מינהל מקרקעי ישראל, והוסיף כי "מבחינתם של סידרי מינהל תקינים, לא יעלה על הדעת כי מינהל מקרקעי ישראל יהיה הגורם הבלעדי שיקבע כיצד תשווקנה קרקעות לבנייה בתחומיה

ראוי לציין, כי ההחלטות בנוגע למקרקעי ישראל שהתקבלו בתנאים של פומביות חסרה וללא הודאה באופיין הפוליטי, סבלו מנחיתות אף בהשוואה לפוליטיקה הרשמית במדינת ישראל – בכנסת ובממשלה. באלה, המחלוקות הפוליטיות לפחות אינן מוסוות, אלא ידועות לכול, וההצעות העומדות לדיון באות מטעמם של אישים פוליטיים, שמניעיהם גלויים, או לפחות עומדים למשפט הציבור. כאמור, יתרונה של הצעת חוק הדיור הציבורי היה בכך, שיוזמיה היו חברי כנסת, ופרסומה המוקדם לציבור פתח דיון גלוי בשאלות שהיא עוררה (וזאת בהשוואה להחלטות של מועצת מקרקעי ישראל, שהן בעלות משמעויות חלוקתיות לא פחותות). מבחינות אלה, ניהול מקרקעי ישראל היה בסימן הרע שבכל העולמות – גם לא היה מבוסס על שיקולים מקצועיים בלבד, וגם לא התקיים בתנאים של ביקורת ציבורית. בנסיבות אלה, ניתן לשקול את העברתן של ההחלטות העקרוניות הנוגעות למקרקעי ישראל אל התחום הפוליטי גם באופן רשמי. פתרון שאינו כרוך בזעזוע של המערכת כולה יכול להיות טמון בהוספתו של נדבך נוסף לפירמידה המנהלית הקיימת, כך שההחלטות העקרוניות של מועצת מקרקעי ישראל תקבלנה גם את אישור הממשלה⁶³. אכן, הממשלה אינה פורום מחליט אובייקטיבי או מקצועי יותר ממועצת מקרקעי ישראל, אולם בשונה ממנה, הרכבה הוא תולדה של הליך דמוקרטי. אמנם הממשלה אינה מייצגת את כל המגזרים בחברה הישראלית, ואף לא את כל המפלגות המיוצגות בכנסת, אולם החלטותיה נתונות לביקורת מתמדת מצד האופוזיציה, ומגיעות לכלל דיון ציבורי, דיון שעד כה הורגש חסרונו בנוגע להחלטות שקיבלה מועצת מקרקעי ישראל. ניתן להוסיף כי גם כיום, מועצת מקרקעי ישראל אינה פועלת כגוף אוטונומי, אלא נתונה במידה רבה לתכתיבים ממשלתיים. לא לחינם הפכה האחריות המיניסטריאלית על פעילותן של מינהל מקרקעי ישראל למטרה מועדפת מבחינת השרים המכהנים בממשלה. לעומת זאת, הבאת ההחלטות לאישור הממשלה באופן רשמי תעשה את הממשלה לאחראית במישורן למשמעויות החלוקתיות של המדיניות הקרקעית, ותהפוך את הדיון בהחלטות לחלק מרכזי מן השיח הציבורי, בעוד שלפי שעה הוא מתקיים רק בשוליו.

בטווח הרחוק יותר, יש לשאוף לכך שחוק מינהל מקרקעי ישראל יגדיר את היעדים וסדרי העדיפויות של ניהול מקרקעי ישראל, אף שתיוקן כזה לבדו לא יוכל להועיל⁶⁴. ניתן להניח כי גם אם החקיקה תגדיר את תכליות השימוש בקרקעות

של העיר אילת, ועיריית אילת תיאלץ לקבל הכרעה מירושלים בבחינת כזה ראה וקדש. כך לעניינה של אילת, כך לעניינה של תל-אביב, וכך בכל נושא ונושא הכורך את מקרקעי ישראל". שם, בע' 769. לעומת זאת, פרויקט "בנה דירתך" ברמת השרון, שהעניק עדיפות לתושבי המקום (ונידון בעניין רוזנברג, לעיל הערה 17) נעשה בתיאום עם המועצה המקומית ותוך שיתופה. ההשוואה בין המקרים ממחישה כי השיתוף בתהליך קבלת ההחלטות הוא בעל פוטנציאל השפעה משמעותי.

63 ראוי להבהיר כי גם כאשר נושא הקרקעות יידון בממשלה יחולו על השרים המשתתפים בדיון ובהחלטה כללי המשפט המנהלי, ובהם האיסור על ניגוד עניינים.

64 ראוי להזכיר כי במקרה מפורסם אחר של מדיניות מנהלית בעלת משמעויות חלוקתיות, זה

הציבור, הגדרותיה יהיו בהכרח רחבות ביותר ולא יגבילו באופן ממשי את שיקול הדעת של המינהל. דווקא משום כך, יש לשוב ולהדגיש את חשיבותו של ההליך. הליך קבלת החלטות שמתקיים בתנאים של פומביות ומאפשר שיתוף של יחידים וקבוצות אשר אינם מיוצגים במינהל עצמו מאפשר להתקרב לאידאל של צדק חלוקתי, גם אם לא להגשים אותו במלואו.

במקביל, יש לזכור כי הליך הוגן אינו תמיד ערוכה לאיכותן של ההחלטות המתקבלות או להשגתה של הסכמה. הוא גם אינו יכול לתקן הטיות מוקדמות הנובעות מהרכבו של הגוף המחליט או הטיות הנובעות מהתארגנות אפקטיבית של קבוצות שתומכים רבים שלהן נשמעים בפני הרשות המנהלית (לעתים באופן לא פרופורציוני לגודלן). בעקבות פסק הדין בעניין שיח חדש, נדרשה מועצת מקרקעי ישראל לקבוע הוראות מעבר שיחולו על עסקאות שנעשו על סמך ההחלטות הקודמות. לשם כך מינתה המועצה ועדה בראשותו של משה ניסים, לשעבר שר בכיר בממשלת ישראל, ובסופו של דבר החליטה על הוראות מעבר שהלכו במידה רבה בעקבות המלצות הוועדה. הוראות אלה אפשרו להוסיף ולבצע עסקאות רבות שכבר הוחל בקידומן. על רקע זה, "הקשת הדמוקרטית המזרחית" וארגונים חברתיים נוספים עתרו לבג"ץ נגד הוראות המעבר, על יסוד הטענה שהן מעקרות במידה רבה את המשמעות המעשית של פסיקת בג"ץ בעניין שיח חדש. אם כן, ההליך הפתוח שקיימה ועדת ניסים, אשר שמעה לא רק את בעלי העניין בקרקעות שביקשו להופיע בפניה אלא גם את מתנגדיהם, לא הוליד הסכמה חברתית באשר למדיניות הראויה. בעקבות העתירה הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי לא יוכל להגן על הוראות המעבר שעליהן החליטה מועצת מקרקעי ישראל. עמדה זו הובילה להחלטה חדשה שצמצמה את היקפן, כך שיחולו על מספר קטן יותר של עסקאות, שנמצאו בתהליך מתקדם יחסית (להבדיל משלבי תכנון ראשוניים)⁶⁵. בשלב זה, הוגשו עתירות נוספות על ידי חוכרים שהוצאו מגדרן של הוראות המעבר החדשות. בסיכומו של דבר, דחה בית המשפט את כל העתירות — הן את עתירתם של הארגונים החברתיים והן את עתירות החוכרים שראו עצמם נפגעים מן ההחלטה השנייה — לאחר שמצא כי זו הגנה באופן ראוי על אינטרס ההסתמכות של הצדדים לעסקאות⁶⁶.

של גיוס בחורי הישיבות, נדרש בסופו של דבר תיקון החוק. ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481.

65 החלטה 972 של מועצת מקרקעי ישראל מיום 2.9.03. הוראות המעבר הושתתו על שני פרמטרים עיקריים: "ציר ההסתמכות" ו"ציר התכנון". התרגום המעשי של אלה היה מתן תוקף לעסקאות שבהן היה שינוי מצב לרעה על סמך התחייבות חוזית מפורשת של המינהל או לחלופין על סמך מצגים תד-משמעיים שלא עלו כדי התחייבות חוזית, בניסיון שבהן הייתה גם התקדמות של תכנון הפרויקט החדש עד כדי החלטה על הפקדת תכנית בנוגע למקרקעין שנשא העסקה.

66 בג"ץ 10934/02 קיבוץ כפר עזה אגודה להתיישבות הקלאית שיתופית נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(5) 108.

ניתן לטעון, כי בעניינן של הוראות המעבר לא הוליד ההליך המנהלי הראוי הסכמה חברתית על תוכן ההחלטות ואפילו לא השלמה עמן. אולם דוגמה זו אינה בהכרח ראייה לחוסר התוחלת בהדגשת חשיבותו של ההליך. ההחלטה בעניין הוראות המעבר הייתה מועדת מראש לאי-הסכמה. היא נדרשה לשאת בנטל כבד במיוחד: ליישב בין הדרישה לשינוי ההחלטות שהתקבלו בעבר בשם העיקרון של צדק חלוקתי לבין שיקולים של צדק אישי (הנוגעים למי שתכננו עסקאות ואף החלו לפעול לקראת ביצוען על סמך ההחלטות הקודמות). כל זאת, על רקע עוינות גבוהה במיוחד בין הצדדים במחלוקת והיסטוריה קודמת של הליך פגום, ומבלי שחלו שינויים משמעותיים בהרכבה של מועצת מקרקעי ישראל. יש מקום לתקווה שהליך הוגן – פתוח ומשתף – יוכל להניב תוצאות טובות יותר לפחות בנוגע להתווייתן של החלטות מדיניות חדשות.