

הפוליטיקה והמשפט של בג"צ הקרקעות: צדק חלוקתי או הליך צודק

אסף מידני

ב-29.8.2002 ניתנה החלטת בית משפט עליון בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פסק דין הידוע כבג"ץ הקרקעות¹ החלטה זו מבטלת את החלטות מועצת מקרקעי ישראל 727, 717, 737 שעניינן שינוי ייעוד בקרקעות מדינה אשר יעודן חקלאי שהוחזרו ליישובים חקלאיים: החלטה מס' 717 (20.6.95) – עוסקת בפיתוח אזורי תעשייה ביישובים כמקור תעסוקה נוסף ליישובים אלה; החלטה מס' 727 (3.7.95) – עוסקת בשינוי הייעוד לבנייה למגורים, לתעשייה, מסחר, תיירות או קיט, במטרה להעמיד קרקעות זמינות לצורכי בניית יחידות דיור עליהן; החלטה מס' 737 (17.12.95) – עוסקת בשינוי ייעוד לצורך הרחבת שטחי המגורים ביישובים חקלאיים, במגמה להגדיל ולהצעיר את האוכלוסייה בכל אחד מהיישובים.

החלטת בג"ץ עוררה סערה ציבורית והוכתרה כתפנית בכל הקשור לעיצוב רפורמה בחלוקת הקרקעות במדינה. ההחלטה כלשונה לא מעידה על התקדימיות אשר נודעה לה בציבור מייד לאחר פסיקתה.

האם בג"ץ לא יכול לפסול החלטות מינהליות, תקנות או חוקים? ידוע הוא כי כן הדבר². אלא מה? התקדימיות של פסיקה זו דווקא טמונה בדרך ובנימוק שאותו בחר בג"ץ לאמץ כדי לפסול את ההחלטות של מועצת מקרקעי ישראל. בפסק הדין קובע בג"ץ כי חוק מקרקעי ישראל הינו חוק "עצלן" באופן זה שהוא בחר להעביר למועצת מקרקעי ישראל את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים וכי בג"ץ לא מעוניין

1 ד"ר ערד אסף מידני, מרצה למשפט ציבורי ומדיניות ציבורית, המחלקה למנהל ומדיניות ציבורית, ביה"ס לניהול, אוניברסיטת בן-גוריון.
2 להרחבה ראו מ' מנחם (1993) 'ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, מעגלי דעת וכן החלטות בג"ץ בין השאר בפסק הדין בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241.

להחליט בסוגיית ההסדרים הראשוניים. באותה נשימה בחר בג"ץ בדרך אלטרנטיבית – כן לקבוע הסדרים ראשוניים. פעולתו זו נעשתה על ידי שימוש בעילת אי סבירות. ההסבר להתנהגות בג"ץ כפי שבאה לידי ביטוי בפסק הדין, קשור בתחום חקר המשפט כתופעה חברתית לבר-משפטית.³

מאמר זה מבקש לנתח את התנהגות בג"ץ במסגרת הגישה הכלכלית-פוליטית למשפט בכל הנוגע לניתוח הפוזיטיבי של העצמאות השיפוטית. כמו כן, הניתוח במאמר זה יכול להוות בסיס לדיון נורמטיבי בשאלת ההליך ההוגן או ההליך הצודק שבבסיס קביעת ההסדרים הראשוניים בכל הנוגע לקרקעות בפרט ובנוגע להסדרים ראשוניים בישראל בכלל.

א. החלטת בג"ץ בפסק דין הקרקעות.

החלטת בג"ץ על תוצאותיה כפי שהובאה בגוף פסק הדין ניתנת לחלוקה לחמישה עיקרים⁴:

בטלות החלטות 727, 717, 737

“... דין שלוש ההחלטות של מועצת מקרקעי ישראל – החלטות 727, 717, 737 – הוא בטלות, ואין להמשיך ביישום החלטות אלה...”

הוראות מעבר

“החלטתנו זו אינה יכולה לקבל תוקף מידי. שלוש ההחלטות נוגעות לעסקאות רבות... משכך, יש לגבש הוראות מעבר שיקבעו אלו עסקאות לא יוכלו לצאת אל

3 מאמר זה מבקש לבחון את הגורמים המסבירים את פסיקתו של בג"ץ וזאת בשונה ממבחינה נורמטיבית של החלטת הבג"ץ. לטוג בחינה ביקורתית נורמטיבית ראו למשל שמעון שטרית (2003) “הפסיקה בפרשת בג"ץ קעדאן לא הייתה מחויבת המציאות”, קרקע (56): 27-65.

4 פסקה 58 ופסקה 59 בבג"ץ הקרקעות.

הפועל לאור בטלות ההחלטות, ואלו עסקאות יוכלו, על אף בטלות ההחלטות, להגיע לכלל מימוש. בהוראות אלה תינתן הרעת גם למידת השפעתן על הסדרים שונים שנתקבלו במגזר החקלאי, כמו ההסדר בתנועה הקיבוצית או הסדרים אחרים ככל שקיימים כאלה, אשר התבססו על ההחלטות או על חלק מהן".

אי אימוץ הוראות ועדת מילגרום

"...שקלנו האם לאמץ את הוראות המעבר הללו [ועדת מילגרום – א.מ.] ... הגענו לכלל מסקנה, כי לא נוכל לעשות כן... מהחומר שלפנינו אין זה ברור אם יאומץ הדר"ח על ידי מועצת מקרקעי ישראל. ... שנית, שמענו טענות רבות אודות היות הוראות המעבר הנקובות בדר"ח צרות מדי. נטען לפנינו כי אין בהוראות אלה מענה לאינטרס ההסתמכות ולצפיות הלגיטימיות של היזמים ושל היישובים החקלאיים מושא ההחלטות שלפנינו. ... התשתית הדרושה להכרעה בנושא העסקאות השונות אינה בפנינו. נדרשת עבודה רבה של איסוף תשתית עובדתית וכלכלית ביחס אליהן. כל מקרה צריך להבחן על פי השלב אליו הגיעה העסקה, גורם ההסתמכות שבו, ההוצאות שהושקעו עד כה, מה האינטרסים והנוזקים המעורב בו וכל כיוצא באלה שיקולים, כל אחד על פי מהותו ומשקלו היחסי בפסיפס השיקולים. מלאכה זו אינה מתאימה לבית משפט זה שיעשה אותה".

המועד הקובע 15.8.01

" נזכיר, שהמצב צריך להבחן לאור המצב כפי שהיה ביום הוצאת צו הביניים על ידינו ביום 15.8.01, מועד בו ידעו הכל על כך שחוקיות כל אחת משלוש ההחלטות עומדת למבחנו של בית משפט זה. ..."

מועצת מקרקעי ישראל היא הגוף המתאים

" נראה לנו, כי מועצת מקרקעי ישראל היא הגוף המתאים לקבוע את הוראות

המעבר הכלליות במקרה שלפנינו, וכי המינהל יישם הוראות אלה על העסקאות השונות, על פי הנסיבות הנוגעות לכל אחת מהן..."

החלטה זו מעידה על התקדימיות אשר נודעה לה בציבור מייד לאחר פסיקתה. בג"ץ בעשור האחרון ביטא התנהגות שיפוטית המתאפיינת הן בהגמשת משוכות העתירה במיוחד השפיטות והן בהתערבות גדלה בתוכן עבודת הרשויות השונות.⁵ אלא מה? התקדימיות של פסיקה זו דווקא טמונה כאמור בדרך ובנימוק שאותו אימץ בג"ץ כדי לפסול החלטות אלה.

שתי עילות תקיפה עיקריות היו ביסוד העתירה לבג"ץ⁶:

חוסר סמכות

על פי טענת העותרים, ההסדרים שמצאו את ביטויים בשלוש ההחלטות הינם "הסדרים ראשוניים", אשר על פי הדין רק הכנסת, כמוסד המחוקק של המדינה, היא שהייתה מוסמכת לקבלן, ולא מועצת מקרקעי ישראל. במילים אחרות הטענה היא לביטול חוק של הכנסת.

בעניין זה קובע בג"ץ כי לא היא. החוק הינו "עצלן" באופן זה שהוא בחר להעביר למועצת מקרקעי ישראל את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. באופן זה בג"ץ בוחר לשמר את המערכת הקיימת ולא להתערב בשאלת ביטול החוק. ואולם, עדיין מתעוררת שאלה מקדמית בדבר היקף השפעתם של חוקי היסוד על אפשרותה של הכנסת להסמיך רשות מנהלית להסדיר "הסדרים ראשוניים". סוגיה זו בוחר בג"ץ להשאיר בצריך עיון.

סוגיית הותרת שאלות מהותיות בצריך עיון החלה עוד בבג"ץ ברגמן.⁷ אז התרחש

5 ש.ס.

6 ראוי לציין כי בית המשפט ציין כי "בעתירות האחרות שבפנינו תוקפים העותרים חלק מתוכנן של ההחלטות, או הוראות מיוחדות הנוגעות לחלקים מהן, מבלי שהם תוקפים את סמכות מועצת מקרקעי ישראל לקבל את ההחלטות ומבלי לתקוף את חלקיהן האחרים. יהיה טעם להכריע בעתירות אלה, רק אם ייקבע שאין ההחלטות בטלות על סמך הטענות בשתי העתירות שנוכרו לעיל".

7 בג"ץ 98/69 - אהרן א' ברגמן נ' שר-האוצר רמבקר המדינה פ"ד כג(1), 693

הדבר, תוך שיתוף פעולה עם היועץ המשפטי לממשלה מאיר שמגר שביקש להשאיר שאלות אלה בצריך עיון. פרקטיקה זו נהגה משך מספר שנים, עד כי שנים מאוחר יותר כתב השופט לנדוי בבג"ץ רובינשטיין⁸ כי:

"כמו במקרים הקודמים, שבהם נדונה שאלת השוויון בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, בג"ץ 98/69 ובג"ץ 260, 246/81, אין היועץ המשפטי לממשלה מעלה טענה של העדר שפיטות, ואין הוא מבקש להעמיד לבחינה שיפוטית את שאלת היחס בין חוק יסוד לבין חוק "רגיל", תוך "שהוא שומר לעצמו את הזכות להעלות שאלות אלו ושאלות דומות להן, במקרים שבעתיד" (סעיף 5 להודעה על טענות משפטיות מטעם המשיבים); לפיכך נתבקשנו על ידיו לדחות את העתירה לגופה. אכן יש לציין, במאמר מוסגר, שככל שהולך ורב מספר המקרים, שבהם דן בית-משפט זה בעתירות בעלות משמעות קונסטיטוציונית מהסוג האמור לגופן, כן פוחת והולך הסיכוי, שבית משפט זה ימשוך את ידו מהדיון בהן, גם כשהיועץ המשפטי לממשלה יראה בעתיד לעורר "שאלות כאלה ושאלות דומות להן", והשווה: דברי השופט שמגר בבג"ץ 306/81, בעמ' 141 ולאחרונה דברי השופט ברק בבג"ץ 652/81, בעמ' 201-202."

**"העדפת הרשות
השופטת על בני
פעילות מול
רשויות אחרות
עשויה לבסס את
האמונה בקרב
הציבור שזכויות
אדם הן עניין של
קבוצה צרה,
אליטיסטית, עם
מאפיינים חברתיים
מוגדרים מאוד.
תהליך מעין זה
עשוי להאט
בצורה משמעותית
את התבססותן
של נורמות
דמוקרטיות."**

גם בפרשת הקרקעות בחר בג"ץ שלא לדון בשאלות מקדמיות הראויות שיידונו ואולם הפעם עשה זאת בלא שהתיר לו בא כוח המדינה לעשות כן ובשונה מהפעמים הקודמות גם מקום בו נעדרה יריבות בין הצדדים. התנהגות זו, כך אטען להלן, עולה כדי התנהגות אלטרנטיבית הקובעת הלכות העולות כדי הסדרים ראשוניים. פעולתו זו נעשתה על ידי שימוש בעילת אי סבירות.

8 בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת פ"ד לו (3) 141

אי סבירות

על פי טענת העותרים, ההחלטות, על פי תוכנן ובהתחשב בנסיבות קבלתן, אינן סבירות במידה המצדיקה את בטלותן. בג"ץ ציין כי עמדת המדינה [שר התשתיות הלאומיות, מינהל מקרקעי ישראל ומועצת מקרקעי ישראל] כיום היא, שכל שלוש ההחלטות אינן סבירות ואין לפעול על פיהן בעיקר על רקע דו"ח ועדת מילגרום. בג"ץ מוסיף כי החלטת המדינה סבירה היא, ואין יסוד שיתערב בה. על רקע זה קבע בג"ץ כי דין העתירות המבקשות להכריז על כך שאין לפעול על פי שלוש ההחלטות להתקבל. כלומר, בשלב זה יכול היה בג"ץ לקבל את העתירות ולהמתין לקבלת החלטות חדשות בעניין.

עם זאת בחר בג"ץ להחליט על העקרונות שינחו את מקבלי ההחלטות. אני אטען כי התערבות זו עולה כדי קביעת הסדרים ראשוניים. הנימוק של בג"ץ הוא:

"הואיל והייתה מחלוקת אם ההחלטות, כבר בעת קבלתן, עמדו במבחן הסבירות והואיל ועולה מעמדת המדינה כי החלטות חדשות עומדות להתקבל, אוסיף דברים אחדים בנושא סבירות ההחלטות כבר במועד קבלתן, וכן, מבלי למצות, בנושא השיקולים והאינטרסים אשר יש לקחתם בחשבון במסגרת הדין בשלוש ההחלטות שלפנינו".

פרדוקס זה מלווה את בג"ץ לכל אורך פסק הדין. השאלה מדוע החליט בג"ץ להתערב, בניגוד לקביעותיו שמועצת המינהל הינה הגוף הסמכותי ובניגוד לכך שעקרונות לא התקיים קונפליקט בעתירה זו על יסוד הודעתה של המדינה על פסילת ההחלטות? פרדוקס זה אינו יכול להיפתר במסגרת האמור בפסק הדין.⁹

ההסבר לתפנית זו ולפרדוקס העולה הימנה, קשור לחקר המשפט כתופעה חברתית

9 מדברי הבג"ץ: "כל מקרה צריך להבחן על פי השלב אליו הגיעה העסקה, גורם ההסתמכות שבו, ההוצאות שהושקעו עד כה, מה האינטרסים והנוזקים המעורב בו וכל כיוצא באלה שיקולים, כל אחד על פי מהותו ומשקלו היחסי בפסיפס השיקולים. מלאכה זו אינה מתאימה לבית משפט זה שיעשה אותה". (פסקה 59 בבג"ץ הקרקעות) בג"ץ ממשיך וקובע כי "נראה לנו, כי מועצת מקרקעי ישראל היא הגוף המתאים לקבוע את הוראות המעבר הכלליות במקרה שלפנינו, וכי המינהל יישם הוראות אלה על העסקאות השונות, על פי הנסיבות הנוגעות לכל אחת מהן..."

**“בשנות השבעים
השמונים עשה
הציבור שימוש
אינטנסיבי בדרכי
השפעה חוקיות
דמוקרטיות דוגמת
החלפת השלטון,
הפגנות ושבתות;
האמצעים הללו לא
הובילו לשינויים
אמשיים במדיניות
הציבורית. בהדרגה
הלכה ונוצרה
תחושה שאפשרויות
ההשפעה של
הציבור הישראלי
על המערכת
הפוליטית חסומות
לחלוטין.”**

לכר משפטית. חקר זה מחייב לצאת מניתוח פורמליסטי לגליסטי אל ניתוח אינטר-דיסציפלינארי המשלב הקשרים תרבותיים, חברתיים או פוליטיים.¹⁰

מאמר זה משיק למחקרים העוסקים ברטוריקה השיפוטית¹¹ באופן כתיבת פסקי דין על ידי שופטים¹² ולאופן השימוש שעושים השופטים באימוץ דוקטרינות משפטיות.¹³ מסקנת המחקרים הללו היא כי שופטים הינם יצורים “פוליטיים” היודעים שהם פועלים בתוך עולם כוחני וכי עליהם לפעול כל העת על מנת לשמור על האוטונומיה ועל הלגיטימיות שלהם.¹⁴ המאמר אינו חורג ממסקנות אלה אולם אני מדגיש פן נוסף להלן.

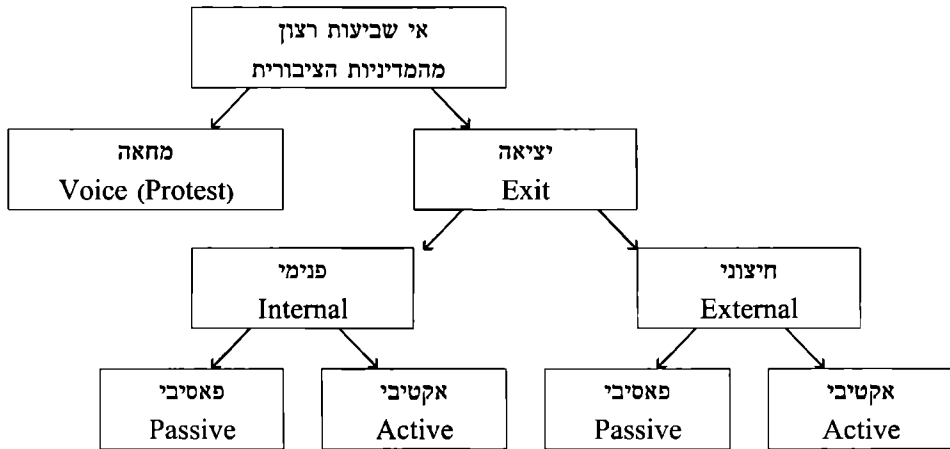
ב. הטיעון: התנהגות בג”ץ כנקודת שיווי משקל בקביעת מדיניות על רקע אי משילות והשתתפות פוליטית אלטרנטיבית

ניתוח פסיקת בג”ץ צריך להיעשות במסגרת ניתוח היסטורי של החברה הישראלית ושל דפוסי

10 ראו למשל: ר’ גביון, מ’ קרמניצר, י’ דותן (2000), אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד, הוצאת ידיעות אחרונות – ספרי חמד והוצאת מאגנס האוניברסיטה העברית – תש”ס; מאוטנר (1993) ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, מעגלי דעת; ג’ ברזילי, א’ י’ יוכטמן, ו’ סגל, (1994) בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית, הוצאת פפירוס – אוניברסיטת תל אביב; ג’ ברזילי (1998), שקיעת המפלגות והמערכת המשפטית, קץ המפלגות, 124.
11 See for example: Y’ Dotan (1999) “Judicial Rethoric, Government Kawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during the intifada Law and Society Review, 33 pp. 319-358 להרחבה בדבר ניתוחים ספרות ומשפט ראו ש’ אלמוג, משפט וספרות (הוצאת נבו, 2000).
12 ראו למשל: ד’ זכריה (2003) “על חדרי עינויים ועל קירות אקוסטיים”, פוליטיקה, 10: 61-87.
13 ראו למשל: ג’ קידר, “המהפכה הפרשנית: עלייתה של הפרשנות התכליתית בישראל” עיוני משפט כו 2002.
14 להרחבה ראו כך ח של “פלילים” העוסק במשפט ופוליטיקה בעריכת ג’ ברזילי ובו מאמרים של: ל’ בילסקי, א’ ברק, א’ קרון, מ’ קרמניצר וק’ שפירא אטינגר, ג’ ברזילי, מ’ גור אריה, י’ קרניאל, א’ ברנר, ל’ שלף, ד’ ברק ארז וא’ מעוז.

ההשתתפות הפוליטית שהתפתחו בה. השסעים העמוקים בחברה הישראלית בשילוב המבנה המוסדי יוצרים חוסר יכולת של המערכת הפוליטית להתמודד עם בעיות המצריכות עיצוב מדיניות ציבורית. לנוכח מחסור זה מאמצת החברה הישראלית דפוסי השתתפות פוליטית אלטרנטיבית של פניה מוגברת לבית המשפט העליון הן על מנת להגיע להחלטות מדיניות והן על מנת ללחוץ על הפוליטיקאים לשנות בצורה זו או אחרת את המבנה המוסדי.¹⁵ דפוס התנהגות פוליטית אלטרנטיבית זו יכולה במאמר זה כהתנהגות של יציאה פנימית אקטיבית active internal exit, מונח זה מהווה פירוק המודל של אלברט הירשמן (1970) והתאמתו לספירה הציבורית פוליטית. בהתאמה ניתן לחלק את ההתנהגות של האזרחים כפונקציה של נאמנותם למדינה לשתי צורות עיקריות: מחאה (voice) או יציאה (exit). דפוסי ההשתתפות הפוליטית האלטרנטיבית מפורטים בתרשים מספר 1 שלהלן:

תרשים מספר 1: גרסה מורחבת למודל המחאה-יציאה של הירשמן (1970)



15 להרחבה ראו ש' מזרחי וא' מידני (2003) "מדיניות ציבורית חכומית אדם, פוליטיקה 10: 26-9. S' Mizrahi and A' Meydani (2003), "Political Participation via the Judicial System: Exit, Voice and Quasi-Exit in Israeli Society", Israel studies 8 (2), 118-138.

על פי התרשים ניתן לפרק את דפוס ההתנהגות של "יציאה" (Exit) לשני דפוסי התנהגות אופציונאליים לאנשים שאינם מרוצים מאספקת המוצרים הציבוריים. דפוס התנהגות דמוית יציאה פנימית ודפוס התנהגות דמוית יציאה חיצונית. בהתנהגות דמוית יציאה פנימית הכוונה היא לכך שהאזרח נשאר פיזית במדינה אך מאמץ דפוסי התנהגות דמוית יציאה: דפוס פסיבי שנודע בספרות כ"גלות פנימית" ודפוס אקטיבי לפיו האזרח בוחר לספק את המוצרים בעצמו. התפתחות החינוך האפור מהווה דוגמא להתנהגות יציאה פנימית במובנה האקטיבי.¹⁶ הללו יכוננו במאמר דפוסי השתתפות פוליטית אלטרנטיבית.

**"תחושת המבו'
הסתום שקינה
בישראל בשנים
שלאחר מלחמת
יום כיפור הובילה
לדרישה לשנות
את שיטת
הבחירות וגם
לניסיונות למצוא
חלופה שתספק
מדיניות ציבורית;
החלופה שנמצאה
היא בית המשפט
העליון משום שאין
כללי משחק
ברורים המגדירים
את תפקידו".**

דפוס התנהגות פוליטית אלטרנטיבית שכזה מאומץ גם על ידי ארגונים לא ממשלתיים. ערוץ הפעולה המרכזי לקידום מדיניות ציבורית של זכויות אדם הוא הערוץ המשפטי כפי שבא לידי ביטוי במאבקם של הוועד הציבורי כנגד עינויים בישראל, האגודה לזכויות האזרח בישראל, ארגון בצלם ובמקרה זה תנועת הקשת הדמוקרטית המזרחית. האלטרנטיבה שהם מאתרים היא בית המשפט העליון משום שאין כללי משחק ברורים המגדירים את תפקידו. באמצעות פניות גוברות אליו מנסה הציבור ליצור מציאות על-ידי קביעת עובדות בשטח. לפיכך, מקומו של בג"ץ כקובע מדיניות הינו תוצר אינטראקטיבי של מספר שחקנים: פוליטיקאים, קבוצות אינטרס ביורוקרטיות וקבוצות

16 אהוד שפרינצק כינה זאת התנהגות בלתי לגאלית; שפרינצק, א. (1986) איש הישר בעיניו. אי לגאליזם בחברה הישראלית, (תל אביב: ספרית פועלים) ושמואל להמן וילציג כינה זאת התנהגות זאת quasi-exit.

Lehman-Wilzig S' N' (1991) "Loyalty, Voice and Quasi-Exit." Comparative Politics 24: 97-108; Lehman-Wilzig, S' N' (1992) Wildfire: Grassroots Revolts in Israel in the Post-Socialist Era. Albany: SUNY Press. בהתנהגות דמוית יציאה חיצונית הכוונה לכך כי האזרח עובד פיזית את המדינה אך יכול לבחור לנקוט בפעולות אקטיביות המשפיעות על ההליך הפוליטי במדינה (להבדיל מפעולה פסיבית) כאלה הם למשל התורמים של הכספים. התנהגות זו מכונה בתרשים ההתנהגות דמוית יציאה חיצונית אקטיבית.

אזרחים אחרות [ציבור] על רקע תנאים מבניים של אי משילות המערכת הפוליטית והתעוררותה של תרבות פוליטית אלטרנטיבית.

טיעון זה שונה ממרבית הטיעונים הקיימים במחקרים העוסקים במשפט הציבורי של הקרקעות ובמחקרי המשפט והפוליטיקה בכלל. מחקרים אלה פחות מדגישים את התנהגות בית המשפט העליון כחלק מתרבות של השתתפות פוליטית אלטרנטיבית.

המשפט הציבורי של הקרקעות

הספרות המשפטית בנושא הקרקעות מדגישה היבטים נורמטיביים בסוגיות קונקרטיות של דיני ההפקעות ודיני נזקי התכנון.¹⁷ מחקרים אחרים מספקים הסברים חברתיים תרבותיים להתהוות דיני הפקעת המקרקעין בישראל כמו גידול האוכלוסייה היהודית באמצעות קליטת עלייה והעדר תמיכה אידיאולוגית כאתוס הקניין הפרטי.¹⁸ מחקרים נוספים עוסקים בהיבטים מהותיים של מגמות הפרטה¹⁹ בשאלות מוסדיות והליכיות הכרוכות בהן²⁰ ובהיבטים נורמטיביים של קרקע ולאום.²¹ מחקרים מאוחרים מדגישים את הפן התרבותי בדיון על הקרקעות בישראל ובכך מנסים מחקרים אלה להחזיר את הדיון על הקרקעות אל הזירה הפוליטית בה המדיניות הציבורית של הקרקעות בישראל מוסכרת על ידי כלכלה פוליטית, צדק חברתי ופרשנות תרבותית המזינים זה את זה.²² מחקרים מאוחרים יותר עוסקים בסוגיות תיאורטיות וידועים כמחקרי "הצדק החלוקתי".²³ מחקרים אלה מדגישים פחות היבטים פונקציונאליים או פרטיביים המתבקשים לאחר ניתוח המסגרת ואשר

17 ראו מאמרים של י' ויסמן, א' גרוס, א' חביב סגל, ד' לוינסון זמיר, ח' דגן בתוך (ח' דגן: עורך) (1999) מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי וכן א' סופר, ח' קנו, ס' קדר, ר' שמיר, א' בנבנשתי, א' זמיר וא' בנבנשתי בנושא קרקע ולאום.

18 לוינסון זמיר, שם.

19 י' ויסמן, ר' אלטרמן, א' יפתחאל, ס' אוטולנגי בתוך דגן לעיל הערה 17.

20 סופר, קנו, קדר, שמיר, בנבנשתי, זמיר ובנבנשתי, לעיל הערה 17.

22 ראו מאמרים של י' שנהב, א' קמפ, נ' זיו ור' שמיר, א' יפתחאל וס' קדר, ד' רבינוביץ, י' יונה וי' ספורטא, ר' קלוש וי' לוי, יון, ח' חבר בתוך י' שנהב (עורך) (2000) תיאוריה וביקורת, גיליון 16.

23 בהתייחסות לקרקעות ראו ס' קדר וא' יפתחאל, ד' ברק ארו בתוך מ' מאוטנר (עורך) (2000) צדק חלוקתי בישראל, הוצאת רמות-אוניברסיטת תל אביב. ראו גם תקצירים של ד' סטממן, י' אדרעי, י' דהאן, מ' דרורי, ע' זלצברג, א' בנזור, י' בלנק, מ' כירנהק, א' מרגלית, ח' ג'בארין, ס' קדר, מ' דרורי, ר' זכאי נוימן, א' שפירא, ח' סוידר, י' חזן, מ' קריף, ר' אלטרמן בתוך אתר הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה.

מבטאים ניתוח אנליטי של אותן "קופסאות שחורות".²⁴ מהם העקרונות על פיהם ניתן ליישם את עקרון הצדק החלוקתי? האם ניתן ליישב את המחלוקת הערכית העולה מהמחקרים הקיימים? מהי המשמעות של אי יישוב המחלוקת הערכית על עיצוב מדיניות קרקעית? מהן ההשלכות של קביעת עובדות בשטח על עיצוב מדיניות קרקעית? האם קיימים שחקנים פוליטיים נוספים שפחות הודגשו במחקרים הקיימים? שאלות מסוג זה כמו גם הצבעה על גורמים נוספים²⁵ בכל הקשור לתהליך קביעת המדיניות ולפוליטיקה של הקרקעות בישראל יכולים להשליך על עיצובה של מדיניות ציבורית כך שיותר משתאה אופטימאלית תהא ניתנת ליישום.

מחקרי הפוליטיקה והמשפט

הספרות העוסקת בפוליטיקה ובמשפט כוללת דגשים מוסדיים וסוציו-פוליטיים להסבר התנהגותו של בית המשפט העליון. הספרות הסוציו-פוליטית תרבותית מדגישה את אי יעילותה של המערכת הדמוקרטית הפוליטית ואת הרב תרבותיות בחברה, את עליית הערכים הליברליים, את העדרה של חוקה ואת הרב מפלגתיות כמו גם את הלגיטימציה הציבורית הגבוהה ממנה נהנה בית המשפט העליון.²⁶ הספרות העוסקת בחקר מדיניות ציבורית מכנה זאת בין השאר כמשברי אי משילות פוליטית²⁷ המתאפיינים בין השאר בירידת כוחן של המפלגות ובהתערורתן של אינדיבידואלים ערכי בקרב הציבור ביחסו מול הרשויות.²⁸

24 "קופסאות שחורות" מכנה י' שנהב, (לעיל הערה 22), קטגוריות עובדתיות כמו תוכנית אב, הפשרת קרקעות, בעלי קרקעות, תוכנית מתאר וכד'. מושגים אלה לדעת שנהב מסחירים מחלוקות ומייצרות ומייצרים מראית עין של דיון רציונאלי ולדעתו יש לפענחם ולהעמידם לדין תרבותי.

25 היחלשות האידיאולוגיה הקולקטיביסטית ובמקביל עליית הערכים של כלכלת השוק ככלל ושל אידיאולוגיית הפרטה: ראו ס' קדר וא' יפתחאל לעיל הערה 23 וראו גם מ' מאוטנר, לעיל הערה 10.

26 See for example: M' Mautner, "Law and Culture in Israel: The 1950s and the 1980s," (UK, 2002) 175-217; M' Edelman, Courts, politics, and culture in Israel (Charlottesville, 1994); M' Edelman, "The Judicialization of Politics in Israel," International Political Science Review, 15 (1994) 177-186; G' Barzilai, "Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in a Comparative Perspective," Israel Affairs, 5 (1999) 15-33

27 להרחבה בעניין אי משילות ראו ג' דורון (1988) להחליט ולבצע: פרקים במדיניות ציבורית, התצאת כיוונים, ת"א; א' אריאן, ד' נחמיאס ור' אמיר (2002), משילות והרשות המבצעת, המכון הישראלי לדמוקרטיה; ד' יחזקאל (1989), תוכיר לראש הממשלה ב. לבנות מדינה, מכון ירושלים לחקר ישראל, אקרמון - האוניברסיטה העברית, ירושלים.

28 מאוטנר, לעיל הערה 23; ג' ברזילי (1998) "שקיעת המפלגות והמערכת המשפטית", בחוך: ד' קורן (עורך), שקיעת המפלגות. חלאביב: זמורה ביתן, עמ' 116-125; ג' ברזילי (1998) "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושניר חברתי", פוליטיקה, 2, ירושלים: המכון ליחסים בינלאומיים ע"ש לאונרד דיוויס, עמ' 32-51.

הספרות המוסדית מדגישה את היותו של בית המשפט העליון חלק מאליטה שלטונית,²⁹ את ראיית פעולתו של בית המשפט העליון כקבוצת אינטרס,³⁰ את תרומתו של בית המשפט העליון לשיווי משקל חברתי³¹ ואת היותו ביוקרט מיוחד.³²

בשונה מהסברים מוסדיים סוציו-פוליטיים השמים דגש על המבנה החברתי כמסביר

את התנהגותו של בית המשפט העליון,³³ מאמר זה מציג זווית אחרת לניתוח התנהגותו של בית המשפט העליון. המאמר עושה שימוש בגישת הבחירה החברתית כגישה כלכלית-פוליטית להסבר ההחלטות השיפוטיות. לפי גישה זו, מקומו של בג"ץ כקובע מדיניות אינו תוצר אינטראקטיבי של מספר שחקנים, כאמור: פוליטיקאים, קבוצות אינטרס ביוקרטיות וקבוצות אזרחים אחרות [ציבור] על רקע תנאים מבניים של אי משילות המערכת הפוליטית והתעוררותה של תרבות פוליטית אלטרנטיבית. בתוך כך הסבר ההחלטה השיפוטית ידגיש את התנהגות שופטי בית המשפט בהתאם לארבעה משתנים מסבירים: עמדת הפרופסיה, התפישה הערכית הליברלית של קידום זכויות אדם, מקסום עוצמה למול היחלשותה של המערכת הפוליטית ואמון הציבור. במכלול המשתנים הללו אבקש להסביר את פסיקת בג"ץ בפרשת הקרקעות.

See for example: R' Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*. (New York, 1975); C' A' Mackinnon, 29 (ed), *Toward a Feminist Theory of the State*, (Boston, 1991); R' Hirschl, "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Israel's Constitutional Revolution," *Comparative Politics*, 33 (2001) 315-335; G' Barzilai, *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2003), pp. 147- 208.

See for example: G' A' Schubert, *Political Culture and Judicial Behavior* (Lanham, 1985); T' A' Cowan, 30 "Group Interests," *Virginia Law review*, 44 (1958) 331-345.

See for example: T' Parsons, "The law and Social Control," in W' M' Evan (ed), *Law and Sociology* (New 31 York, 1962) 56-72; P' Nonet, "For Jurisprudential Sociology," *Law and Society Review*, 10 (1976) 525-545.

See for example: L' Epstein and J' Knight, *The Choices Justices Make* (Washington, DC, 1998); J' A' 32 Segal, "Separation-of-Powers games in the Positive Theory of Congress and Courts," *American Political Science Review*, 91 (1997) 28-44; C' Clayton and H' Gillman (eds.), *Supreme Court Decision Making, New Institutional Approaches* (Chicago, 1999); L' Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior* (Ann Arbor, 1997); R' Gely and P' T' Spiller, "A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions with Applications to the State Farm and Grove City Cases," *Journal of Law, Economics and Organization*, 6 (1990) 263-300 ; S' Voight and E' M' Salzberger, "Choosing Not to Choose: When Politicians Choose to Delegate Powers," *KYKLOS, International Review for Social Sciences*, 55 (2002) 289-310.

33 למשל תורת המערכות (סקוט לש), עליית הערכים הליברליים, התפישה הרב תרבותיות, כשל מפלגות וכד'.

**"באמצעות פניות
אזרחות לבית
המשפט העליון
מנסה הציבור ליצור
מציאות על ידי
קביעת עובדות
בשטח; התנהגות זו
אמורה לאיים על
הפוליטיקאים
ולהוביל אותם למסד
את המציאות – אם
באמצעות קבלה של
ההסדר חוקתי חדש
ואם על ידי הגבלתן
של סמכויות בית
המשפט העליון
והגדרתן מחדש".**

**הגישה הכלכלית לניתוח הפוליטיקה
והמשפט**

החל משנות השמונים של המאה העשרים ובעיקר בשנות התשעים, עם התפתחות הגישה הכלכלית פוליטית במדעי החברה (תיאורית הבחירה הציבורית), החלו חוקרי משפט ופוליטיקה בארצות הברית ליישם גישות כלכליות יותר לחקר המשפט והפוליטיקה. מסורת זו שהחלה עם מחקריהם של ס. הרמן פריטשט³⁴ וולטר מרפי³⁵ תפסה תאוצה עם מחקריהם של סגל וספאת', לי אפשטיין, לורנס באום, מלקולם מ. פילי ואדוורד ל. רובין.³⁶ מחקרים אלה מדגישים פן אינדיבידואלי יותר המשלב אסטרטגיות והעדפות של שופטים עם השפעות מוסדיות חוץ משפטיות. כך מבנים מוסדיים מעצבים מדיניות שיפוטית.

חוקרים אלה עוסקים בניתוח פוזיטיבי ונורמטיבי של עצמאות שיפוטית. פוזיטיבי במובן של הסבר מדוע עצמאות שיפוטית קיימת במשטרים דמוקרטיים, ונורמטיבי במובן של מדוע עצמאות

שיפוטית ראויה ואילו מרכיבים עליה לכלול.³⁷ הגישה המסורתית זיהתה את הניתוח הפוזיטיבי עם הניתוח הנורמטיבי וטענה כי עצמאות שיפוטית קימת מכיוון שהיא

P' C' Herman (1948) The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values, 1937-1947. New York: Macmillan Co. 34

M' F' Walter (1964) Elements of Judicial Strategy. Chicago: Univ. of Chicago Press. 35

J' A' Segal, and H' J' Spaeth (1993) The Supreme Court and the Attitudinal Model. New York: Cambridge University Press; L' Epstein, J' A' Segal, H' J' Spaeth, and T' G' Walker (1994) The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments. Washington, DC: CQ Press; L' Epstein and T' G' Walker (1995) Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice. Washington, DC: CQ Press; L' Epstein and J' Knight (1998) The Choices Justices Make. Washington, DC: Congressional Quarterly Press; M' M' Feeley and E' L' Rubin (1998) Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prison. New York: Cambridge University Press. 36

ע' ז' לצברגר (2003) "מינויים בפועל בבית המשפט העליון ועצמאות שיפוטית", מחקרי משפט יט, 562-542. 37

מונעת ניצול לרעה של כוח השלטון. היא קימת כמנגנון המאזן את כוחן של הרשויות המחוקקת והמבצעת וכמנגנון המקשה על פעילות של קבוצות אינטרסים ומקטינה את הרווחים מפעילות של ³⁸rent / seeking. לעומתם טוענת הגישה הרוויזיוניסטית כי עצמאות שיפוטית קימת כדי לסייע לפוליטיקאים להגדיל את רווחיהם ממכירת חקיקה לקבוצות אינטרסים. בצורה זו גם קבוצות אינטרסים יוצאות נשכרות וגם הפוליטיקאים יכולים למקסם את כוחם הפוליטי ואת סיכויי היבחרותם מחדש.³⁹ הביקורת שהוטחה כנגד הגישה המסורתית נעוצה בהנחת היסוד שפוליטיקאים פועלים באופן רציונאלי כדי למקסם אינטרסים עצמיים. אם כך הדבר מדוע מקנים הפוליטיקאים סמכות לרשויות הפוגעות בכוחם? ביקורת קיימת גם באשר לגישה הרוויזיוניסטית לפיה לא ברור מדוע שופטים עצמאיים יהיו נאמנים למחוקק המקורי?

לדעת עלי ולצברגר רשות שופטת עצמאית היא אובייקט להאצלת סמכויות על ידי הפוליטיקאים, האצלה שבעזרתה ניתן להסיט אחריות, ולהתגבר על בעיות הכרעה קולקטיביות. כך עצמאותה של הרשות השופטת מאפשרת לפוליטיקאים למקסם את האינטרסים שלהם כאשר העלויות הפוליטיות הנובעות מן ההאצלה קטנות מהרווחים הכרוכים בה.⁴⁰

מאמר זה עוסק במתח הקיים בין שתי הגישות הללו ומנסה להציע הסבר המשלב תנאים מבניים ותרבותיים להסבר מקומו של בית המשפט העליון כקובע מדיניות. במסגרת הטיעון מנתח המאמר את מקומו של בית המשפט העליון כתוצר של אינטראקציות בין קבוצות שונות ולא רק בינו לבין הפוליטיקאים. יתר על כן: המאמר משלב תרבות של השתתפות פוליטית אלטרנטיבית המסבירה את מקומו של בית המשפט העליון כקובע מדיניות.

התפתחות נוספת במחקרי הגישה הכלכלית עוסקת בעמדות השופטים. חוקרי הגישה הכלכלית מגדירים את בית המשפט כשחקן בירורקטי ואולם למרות

38 R'A' Epstein (1987) Beyond the Rule of Law – Civic Virtue and Constitutional Structure, 56, George Washington Law Review pp. 149; J'R' Macey (1987) "Competing Economic Views of the Constitution" 56 George Washington Law Review pp. 50.

39 W' Landes and R' Posner (1975) "The Independent Judiciary in an Interest- Group Perspective", 18 The Journal of Law and Economics, pp. 875.

40 ולצברגר, לעיל הערה 37.

הגדרתו כשחקן ביורוקרטי יחסי הכוחות בין בית המשפט העליון לבין הפוליטיקאים ברשות המבצעת והמחוקקת שונים מאלו שבמודלים המנתחים את המינהל הציבורי. הסיבה לכך היא שיחסי הסמכות הקיימים בין פוליטיקאי לבין ביורוקרט שכפוף לו אינם דומים ליחסי הסמכות בין פוליטיקאי לבין שופטי בית המשפט העליון. לפיכך, מציעה תיאורית הבחירה הציבורית דיון נפרד ביחסי הגומלין הללו במסגרת הגישה האסטרטגית (strategic school)⁴¹ ובמסגרת "גישת העמדה הכנה" (attitudinal approach).⁴² על פי הגישות הללו, לבית המשפט העליון אומנם יש יכולת וסמכות לפרש את החלטות הרשות המחוקקת ובכך לשנות במידה מסוימת את ההחלטה, אך לרשות המחוקקת יש יכולת וסמכות לבטל את אותה פרשנות באמצעות חקיקה חדשה. מכאן שקיים קונפליקט מובנה ביחסי הגומלין הללו, בדומה ליחסי הגומלין בין פוליטיקאי לבין ביורוקרט שכפוף לו. ההבדל הוא שלא כל אמצעי השליטה של הפוליטיקאי בביורוקרט, דוגמת מינוי פוליטי, עומדים לרשות הפוליטיקאי ביחסו עם בית המשפט העליון. חוקרי הגישה האסטרטגית מתייחסים לשופטים כאל שחקנים אסטרטגיים בעלי העדפות מדיניות יציבות ומוגדרות. חוקרים אלה מסבירים את פסיקת בית המשפט העליון האמריקני כתגובה אסטרטגית של שופטי בית המשפט העליון לתגובה פוטנציאלית של קובעי מדיניות אחרים, בעיקר הקונגרס, הנשיא, סוכנים שונים, ובתי משפט בדרגה נמוכה. אולם חוקרי הגישה הכנה מניחים כי השופטים מחליטים על סמך העדפות

M' Brian A. (1988) "A Model of Judicial Influence on Congressional Policymaking: Grove City College v. 41 Bell." Working papers in Political Science, P-88-7, The Hoover Institution, Stanford University.; R' Gely and Spiller, P' T' (1990) "A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions with Applications to the state Farm and Grove City Case", Journal of Law, Economics, and Organization, Vol. 6, pp. 263-300; Spiller, P' T' and Gely, R' (1992) "Congressional Control or Judicial Independence: The Determinants of U.S. Supreme Court Labor-Relations Decisions, 1949-1988." Rand Journal of Economics, Vol. 23 (winter), pp. 463-492; Epstein, L' and Walker, T' G' (1995) "The Role of the Supreme Court on American Society: Playing the Reconstruction Game" In *Contemplating Courts*, ed. Epstein, L. Washington, D.C.: CQ Press; Schwarts, E' P' (1992) "Policy, Precedent, and Power: A positive Theory of Supreme Court Decision-Making." Journal of Law, Economics and Organization, Vol. 8, pp. 219-252; Epstein, L' and Knight, J' (1997) *The choices Justices Make*, Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press.

Schubert, G' (1965) *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-* 42 *1963*, Evanston: Northwestern University Press; Segal, J' A' and Cover, A' D' (1989) "Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices.", *American Political Science Review*, Vol. 83 (June), pp. 557-565; Segal, J' A' and Spaeth, H' J' (1993) *The Supreme Court and The Attitudinal Model*. New York: Cambridge; Segal, J' A', Epstein, L', Cameron, C' M', and Spaeth, H' J' (1995) *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited*, *Journal of Politics*, Vol. 57 (August), pp. 812-823; Segal, J' A' (1997) "Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts." *American Political Science Review* 91: 28-44

אינדיבידואליות אידיאולוגיות. הם אינם מושפעים משופטים אחרים או משחקנים פוליטיים אחרים ולכן אינם פועלים באופן אסטרטגי אלא בצורה כנה.

במחקרם של אפשטיין ונייט נמצא כי ביותר מ-50% מהתיקים, שופטים משנים עמדות באופן שאינו משקף את ההעדפה האישית שלהם, וב-25% מהמקרים אשר נבחנו שינו שופטים את העמדות שלהם. אפשטיין ונייט מצאו כי השופטים מונעים על ידי העדפות אישיות אבל הם מוגבלים בניסיונותיהם ליישם העדפות אלה. המגבלות הן פנימיות, למשל כמו פעילות בצורה אסטרטגית כתגובה להעדפות של שופטים אחרים בעיקר למול השופט אשר כותב את פסק הדין, כללים פנימיים המחייבים הסכמה של מספר שופטים לאישור ערעורים (Rule of Four) וסמכותו של השופט הראשי למנות את ראש ההרכב. המגבלות החיצוניות מתייחסות לשחקנים ממשלתיים ולדעת הציבור. הם מצאו כי שופטים מושפעים ממוסדות ממשלתיים אחרים ביותר ממחצית המקרים אשר נבחנו וכאשר המקרה אינו נוגע בשאלה חוקתית מספר המקרים קופץ ל-70%. כך שופטים מודעים לקונפליקט פוטנציאלי עם מוסדות אחרים. אולם אפשטיין ונייט אינם בוחנים אם עמדות הציבור תואמות את עמדת בית המשפט. הבחינה שלהם היא מהי עמדתו של הציבור בנוגע למידת הלגיטימיות של פעולתו. על בית המשפט להצטייר כמי שפועל לפי שיטת התקדים ולהימנע מלהחליט בנושאים שלא הועלו על ידי הצדדים. את ההסבר להתנהגות זו תולים החוקרים בכך שהשופטים ממקסמים את האינטרסים שלהם. בניגוד לאפשטיין ולנייט, פילי ורוכין אינם יוצאים מנקודת הנחה זו ומגיעים למסקנה כי לא תמיד השופטים מכווני מטרה באופן שיקודמו ההעדפות שלהם ועם השפעת המוסדות הם צפויים לשנות גם את העדפותיהם. כך הם מראים כי שיקולים מוסדיים בשנות השישים בארה"ב בדבר התעוררותה של המדינה המודרנית הביאו את שופטי בית המשפט הנמוכים לאמץ דוקטרינה חדשה בניגוד לדוקטרינת הפדראליזם והפרדת הרשויות אשר קידמה רפורמה בבתי הסוהר המדינתיים והפדראליים.

על פי הגישה הכלכלית-פוליטית משפט שנוצר על ידי בית המשפט העליון אינו מוצר ארוך טווח של אסטרטגיות לטווח קצר. החקיקה השיפוטית היא תהליך מורכב מדוקטרינות משפטיות, מציפיות מהתפקיד המקצועי המשפטי, מרמת שיתוף הפעולה עם השופטים האחרים ממצב האווירה הפוליטית והחברתית. כתוצאה מכך בית המשפט יכול להוביל שינויים בצורה איטית ותוספתית, נדבך על גבי נדבך.

ג. בג"ץ הקרקעות: נקודת שיווי משקל בין שחקנים שונים על רקע אי משילות וקיומה של השתתפות פוליטית אלטרנטיבית

"בכל הקשור בהתערבותו של בית המשפט בקביעת ערכים קיימת מחלוקת; גישה שמרנית, שבה למשל מצדדת רוח גביון, קובעת כי הסדרים ערכיים שמורים לכנסת ולציבור בישראל ולא לגוף ביורוקרטי; גישה ליברלית יותר, שבה למשל מצדד השופט אהרון ברק, אומרת כי בעידן של חוסר יכולת למשול תפקיד בית המשפט להתערב ולהקנות ערכים".

ניתוח ההשתתפות הפוליטית כגורם מסביר מתמקד בשני תהליכים מרכזיים שהתרחשו בחברה הישראלית: האחד הוא שינויים מבניים שחלו במערכת הפוליטית והשפיעו על כוחם היחסי של השחקנים השונים. השני הוא תהליכים חברתיים ותרבותיים שהשפיעו על כוחם היחסי ועל תפקידיהם של השחקנים השונים.

החל מאמצע שנות השבעים של המאה העשרים חלו שני שינויים מרכזיים בחברה הישראלית. האחד, במערכת הפוליטית נעלמה הדומיננטיות של מפלגת העבודה ונוצרה מערכת דו-גושית. בשנות השמונים נתן הדבר כוח למפלגות סקטוריאליות, דוגמת המפלגות הדתיות, ואילו בשנות התשעים, עם הנהגת הבחירה הישירה לראשות הממשלה, גברה הסקטוריאליות בכנסת. שינויים אלה הביאו להיחלשותה של הרשות המחוקקת יחסית לרשות השופטת.⁴³ השני, מאפיינים מרכזיים בתרבות הפוליטית בישראל,

43 מאוטנר, לעיל הערה 10; ברזילי ג' (1992) דמוקרטיה במלחמות. תל אביב: ספרית פועלים; ברזילי ג' (1998) "שקיעת המפלגות והמערכת המשפטית". אצל דני קורן (עורך), שקיעת המפלגות. תל אביב: זמורה ביתן, עמ' 116-125; ברזילי ג' (1998) "הגמוניה שיפוטית, קטוביות מפלגתית ושינוי חברתי". פוליטיקה 2: 32-51; הופנונג מ' (1997) "סמכות עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית". משפטים כח': 211-238; שלף ל' (1996) מרות המשפט ומרות המשטר. תל אביב: פפירוס; שמיר ר' (1995) "חברה, יהדות ופונדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית". עיוני משפט יט': 588-699.

שפירא י' (1984) עלית ללא ממשכים. תל אביב: ספרית הפועלים; אריאן א' (1997) הרפובליקה הישראלית השנייה. תל אביב: הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה / זמורה ביתן; גולדברג ג' (1992) המפלגות בישראל: ממפלגות המון למפלגות אלקטוראליות. תל אביב: רמות; הורוביץ ד' וליסק מ' (1989) מצוקות באוטופיה. תל אביב: עם עובד.

שהודחקו במהלך שנות החמישים והשישים, פרצו לקדמת הבמה ועיצבו במידה רבה את ההתייחסות אל החוק בחברה הישראלית כמו גם את מקומו ושל בית המשפט העליון בחברה הישראלית.

מבחינה היסטורית, בשנים שלפני קום המדינה, התפתחו המוסדות הפוליטיים, החברתיים והכלכליים בערוצים חוקיים למחצה או לא-חוקיים לחלוטין. היישוב היהודי פעל בעניינים שונים בניגוד למדיניות של השלטון הבריטי בארץ ישראל, כדי לקדם את הקמתה של מדינה עצמאית ליהודים. עם קום המדינה ובמשך שנות החמישים והשישים, הייתה המערכת הפוליטית, הכלכלית והמנהלית, ריכוזית מאוד.⁴⁴ החיבור בין מערכות ריכוזיות מאוד ובין ה"מסורת", שנתרה מימי המנדט הבריטי, להשתמש בדרכים חוקיות למחצה כדי לשנות מציאות מסוימת, השפיע על התרבות הפוליטית בישראל באופן מהותי. הריכוזיות הרבה מנעה את התפתחותם של מוקדי כוח חלופיים, דוגמת קבוצות אינטרס, והאטה מאוד את התפתחותה של חברה אזרחית בעלת מאפיינים ליברליים. יתר על כן, בשל חוסר אינטרס ליצור לחץ ציבורי, מצב המוגדר על ידי אולסון מנקודת מבט כבעיית הפעולה הקולקטיבית,⁴⁵ לא נוצר לחץ ציבורי לשינוי המצב כל עוד לא התרחשה קטסטרופה. זו הגיעה במלחמת יום-כיפור, וחשפה את אי-שביעות הרצון של הציבור ממדיניותה של מפלגת העבודה בתחומים שונים. כדי לשנות את השלטון ואת המדיניות השתמש הציבור בעיקר בכלים חוקיים דמוקרטיים, דוגמת חילופי שלטון באמצעות בחירות, הפגנות ושבתות ופנייה לאמצעי התקשורת. אך כבר בסוף שנות השישים החלו לבלוט גם דרכי הפעולה האלטרנטיביות ברוח "יצירת מציאות על ידי קביעת עובדות בשטח". בראשית התהליך היו אלה ההתנחלויות שכפו מציאות מסוימת על הממשלה, ועם השנים, כאשר הציבור נואש בהדרגה מיכולתו להשפיע בדרכים חוקיות דמוקרטיות, פשטה דרך פעולה זו גם לתחומי חיים אחרים. וכך במהלך שנות שמונים פרחו הכלכלה השחורה, החינוך האפור, הרפואה השחורה והכבלים הפיראטיים.

44 הורוביץ וליסק, 1989, שם.

45 הטיעון שמציעה תיאוריית הבחירה הציבורית הינו שככל הקשור למוצרים ציבוריים מרבית בני האדם ייטו לא לשלם פעולה באספקת המוצר אך לצרוך ממנו ככל יכולתם. מרכזיות האינטרס העצמי והעובדה שכל אדם יכול ליהנות ממוצר מבלי להשתתף בייצורו יוצרות מוטיבציה להיות "טרמפיסט" (Free Rider) ולפיקח אף אחד מהשחקנים אינו משתף פעולה עם האחרים. התוצאה היא מחסור במוצר ציבורי מצד אחד, וחוסר אינטרס ליצור לחץ ציבורי (פעולה קולקטיבית) לשם שינוי המצב מצד שני. להרחבה ראו

Olson, M' (1965) *The Logic of Collective Action*. Cambridge: Harvard University Press.; Taylor, M' (1984) *The Possibility of Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press. Ch. 1.; Axelrod, R' (1984) *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books.

במונחים של תיאוריית הבחירה הציבורית מכונה התנהגות זו "השתתפות פוליטית אלטרנטיבית", כלומר, כאשר אנשים אינם מרוצים ממדיניות מסוימת או מרמת הספקתו של מוצר ציבורי הם אינם מוחים באמצעים מקובלים ואינם עוזבים לגמרי את החברה, אלא מאמצים אחת משתי דרכי פעולה: הדרך הראשונה היא עזיבה פנימית, פסיבית, ובמילים אחרות, התנתקות נפשית מהמתרחש ברמה החברתית-פוליטית והתרכזות בחיים האישיים. הדרך השנייה, האקטיבית, היא הספקה חלופית של המוצר הציבורי בדרכים אלטרנטיביות. בדרך זו יוצר הציבור איום על המונופול הממשלתי הנוגע לאותו מוצר ציבורי ומוכיל את הפוליטיקאים לשנות מדיניות ברוח הדרישות העולות מהחברה. במילים אחרות, הפוליטיקאים מגיבים במקרים רבים על לחצים מעין אלה על ידי לגליזציה של המוסדות האלטרנטיביים שנוצרו על ידי חלקים מן הציבור. זו אכן הייתה תגובת המערכת הפוליטית בכל הקשור להתנחלויות, לכבלים הפיראטיים, לכלכלה השחורה, לבריאות השחורה ולחינוך האפור. "השתתפות פוליטית אלטרנטיבית" היא אפוא מאפיין מרכזי של התרבות הפוליטית בישראל וגורם מרכזי המסביר תהליכים פוליטיים.

ניתוח דומה אפשר להחיל על התפתחות מקומו של בית המשפט העליון בחברה הישראלית. כפי שהוסבר לעיל, בשנות השבעים והשמונים עשה הציבור שימוש אינטנסיבי בדרכי השפעה חוקיות דמוקרטיות דוגמת החלפת השלטון, הפגנות ושבתות. אך האמצעים הללו לא הובילו לשינויים ממשיים במדיניות הציבורית. בהדרגה הלכה ונוצרה תחושה שאפשרויות ההשפעה של הציבור הישראלי על המערכת הפוליטית חסומות לחלוטין. הביטוי המובהק לכך היה ממשלות האחדות הלאומית שכינה בשנים 1984-1990 – דפוס שהגביר את תחושת המבוי הסתום. המציאות של אפשרויות השפעה חסומות הובילה מצד אחד לדרישה לשנות את שיטת הבחירות ומצד אחר לניסיונות למצוא חלופה שתספק את המוצר הציבורי – מדיניות ציבורית. החלופה שנמצאה היא בית המשפט העליון משום שאין כללי משחק ברורים המגדירים את תפקידו. באמצעות פניות גוברות אליו מנסה הציבור ליצור מציאות באמצעות קביעת עובדות בשטח. בדומה ל"השתתפות פוליטית אלטרנטיבית" בתחומים אחרים, גם בתחום המשפט אמורה התנהגות זו לאיים על הפוליטיקאים ולהוביל אותם למסד את המציאות – אם באמצעות קבלה של ההסדר החוקתי החדש שנוצר, ואם על ידי הגבלתן של סמכויות בית המשפט העליון והגדרתן מחדש.

ד. בג"ץ הקרקעות: אמון הציבור ויצירת מסד לגיטימי; עמדת הפרופסיה; אידיאולוגיה ליברלית ומקסום עוצמה

בהחלטה השיפוטית בבג"ץ הקרקעות מודגשת התנהגות שופטי בית המשפט בהתאם לארבעה משתנים מסבירים: עמדת הפרופסיה, התפיסה הערכית הליברלית של קידום זכויות האדם, מקסום עוצמה למול היחלשותה של המערכת הפוליטית ואמון הציבור. במסגרת מכלול המשתנים הללו אבקש להסביר את פסיקת בג"ץ בפרשת הקרקעות.

בפסק הדין נגלות לנו הקבוצות השונות שמהן שואב בג"ץ לגיטימציה לפעולתו וכך ממקסם את עוצמתו אל מול רשויות הממשל הפוליטיות. קבוצות אלה משקפות את התגברותו של שיח ביקורתי על האידיאולוגיה הניאו-ליברלית העומדת בבסיסה של מהפכת ההפרטה שהואצה בשנות התשעים של המאה העשרים, ועל הגדלת האי-שוויון הנובעת ממנה.

ואלה הקבוצות השונות:

עמותת "שיח חדש" המגדירה את עצמה כתנועה חברתית אל-מפלגתית וחורף פרלמנטרית. בין יתר מטרתיה, כפי שנכתב בעתירה, מחויבת העמותה: "להיאבק למען מימוש זכויות הפרט הפוליטיות, התרבותיות והחברתיות-כלכליות של כל אזרחי החברה הישראלית ... תוך נקיטת עמדה של חלוקת משאבים צודקת ורחבה בין כל קבוצות האוכלוסייה בישראל".⁴⁶

אל העותרת הזו הצטרפו אנשי אקדמיה ומרצים במוסדות להשכלה גבוהה המביעים, לדבריהם, דאגה ביחס למדיניות הקרקעות של המדינה. קבוצה זו מהווה קהילייה נוספת שממנה שואב בג"ץ לגיטימציה המשפיעה על פסיקתו.⁴⁷

46 פסקאות 15-19 בבג"ץ הקרקעות.

47 בין העותרים ניתן למנות את ד"ר גד ברזילי, ד"ר יוסי דהאן, ד"ר הנרייט דהאן-כלב, ד"ר יוסי יונה, ד"ר יצחק ספורטא, ד"ר פנינה מוצפי-הלר, ד"ר אלכסנדר קרר (סנדי), ד"ר ויקי שירן, פרופ' יהודה שנהב, פרופ' אוייה רטנר.

קבוצה נוספת היא החברה להגנת הטבע, עמותה שאחת ממטרותיה העיקריות היא "לפעול למען שמירת הסביבה ואיכותה, להגן על ערכי הטבע ולטפח את שמירת הטבע בישראל".⁴⁸

**"מציאות של
שסעים עמוקים
בחברה
הישראלית ומבנה
מוסדי מוסים
פוגעים ביכולתה
של המערכת
הפוליטית
להתמודד עם
בעיות שומרי
עיצוב מדיניות
ציבורית".**

עוד קבוצה – שונה מהקבוצות הציבוריות שלעיל – היא של הנציגים מהמגזרים החקלאיים "העותרים בבג"ץ 1308/00 מזריקני נ' שר התשתיות, טוענים בפנינו כי החלטה 727 מפלה ללא הצדקה, בשיעור הפיזיו עבור השבת הקרקע, בין חוכרים "בתנאי נחלה" לבין חקלאיים פרטיים." "העותרים בבג"ץ 4269/00 שלמה חזק נ' מנהל מקרקעי ישראל, טוענים כי 727 מפלה בין חוכרים מסוגים שונים – בין מי שהיא מגדירה "מעבדים עונתיים" לבין אלה המוגדרים על פיה כ"חוכרים בתנאי נחלה". העותרים בבג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מנהל מקרקעי ישראל ובג"ץ 4690/99 יישובי מבואות ירושלים נ' מינהל מקרקעי ישראל – טוענים כלפי הוראת אגף 51 המתיחסת להחלטה 737. המדובר בהוראה שהוציא המינהל, הקובעת כי גובה התשלום הכספי לא יהווה קריטריון בעת המלצת האגודה השיתופית על מועמדים מטעמה. (להלן העתירות הספציפיות)."

יתר על כן, בדבריו מכוון בג"ץ למגזרים שונים כמו למשל קבוצת העולים של שנות התשעים, כמו גם לקבוצות של איכות סביבה, תכניות בניין עיר ופיזור אוכלוסייה:⁴⁹

"יש למקרקעין חשיבות גדולה במיוחד במדינה כמו ישראל, אשר גבולותיה צרים, צפיפות האוכלוסייה בה גדולה, ובהיותה ארץ קולטת עולים... יש לדאוג לעתודות קרקע מספיקות לצרכים השונים בעתיד: הן שטחים לבנייה, לחקלאות, לתעשייה ולתעסוקה אחרת, והן שטחים פתוחים לצרכים שונים, לרבות שמירה על איכות הסביבה, הכל בהתאם לתכניות בניין עיר קיימות וצפויות. נדרשת גם מודעות לצורך בפיזור האוכלוסייה. נדרשת מדיניות

48 פסקה 2.1 לבג"ץ הקרקעות.

49 פסקה 36 לבג"ץ הקרקעות.

קרקעית שקולה ומאוזנת הלוקחת בחשבון את כל השיקולים האלה... ההחכמה נחפסת על ידי הציבור כהעברת זכויות הקרובה להעברת בעלות, מעין הפרטה של עיקר זכויות הציבור במקרקעין".

סוגיית המגזרים הצריכה גם היא לקבל התייחסות מוזכרת אף היא:⁵⁰ "המינהל משמש נאמנו של הציבור בנהלו את מקרקעי המדינה... על המינהל לפעול בהגינות על פי שיקולים ענייניים ובשוויון, תוך מתן הזדמנויות שוות לכלל הציבור... בין מיגזרים שונים בציבור, כמו גם בין יחידים וקבוצות באותו מיגזר".

בית המשפט בפסקתו מקפיד להסתמך על אנשי אקדמיה שהם הפרופסיה המקצועית המשפטית שלו.⁵¹ כך למשל מתוך פסק הדין:

"אומרת על כך פרופ' דפנה ברק-ארז: "... לכל צורך מעשי, החכירה הארוכה מעניקה לחוכרים את כל יתרונותיה של הבעלות. יתר על כן, אורכן של תקופות החכירה ומחירי השוק של זכויות החכירה יצרו ציפיות ציבוריות להארכתן כנגד תמורות בלתי משמעותיות. יהיה זה סביר להעריך שאף ממשלה בישראל לא תרהיב עוז לפעול בניגוד לצפיות אלה... ההחלטות החלוקתיות המתקבלות ביחס למקרקעין אלה, אינן מעצבות את ההווה בלבד; הן קובעות גם את העתיד". (דפנה ברק-ארז, צדק חלוקתי בהליך המינהלי, בעמ' 212).⁵²

יצוין כי במקרה זה דפנה ברק-ארז מתייחסת להיות הקביעה של הוראות המעבר חוקתית, קרי: הסדר ראשוני, ולדידה אין הן צריכות להתקבל על ידי מועצת מקרקעי ישראל אלא על ידי המחוקק. דומה שבג"ץ נדמה לא קיבל את הרציונל שעולה מדבריה של ברק-ארז לגבי העברת סמכות למועצת מקרקעי ישראל בניגוד לשלטון החוק, וכינה זאת "חוק עצלן". יוצא איפה כי בג"ץ נוטל חלק מהרציונאל המובע בדבריה של ברק-ארז אך בוחר שלא להמשיך את הרציונאל. במילים אחרות, נדמה כי

50 פסקה 38 בבג"ץ הקרקעות.

51 חברי הקבוצה מספקים לבג"ץ לגיטימציה במספר צורות הן במאמרים העוסקים בפיתוח כלים שיפטיים לקידום זכויות חברתיות הן בפעילות בארגונים משפטיים וחברתיים והן בתמיכה גלויה כמעורבות שיפוטית. להרחבה ראו הארץ, הפרופטורים של "הכנופיה החברתית" מרדאגים מהפסיוויות השיפוטית של בג"ץ, 19.2.2004.

52 פסקה 37 בבג"ץ הקרקעות.

הפוליטיקה והמשפט של בג"צ הקרקעות

בג"ץ מנסה לקיים פשרה עם הביורוקרט, מנהל מקרקעי ישראל במקרה זה מחד גיסא ועם הפרופסיה והקבוצות העותרות מאידך גיסא.

התפישה הערכית של בג"ץ מדגישה את חשיבות המקרקעין כמשאב⁵³ אשר מן הראוי כי יחולק בהתאם לערכיה של אידיאולוגיה ליברלית הרואה בקידום זכויות – חברתיות ערך כשלעצמו וזאת כחלק ממורשת אידיאולוגית של קידום זכויות האדם.⁵⁴ תפיסה זו באה לידי ביטוי בהדגש על שינוי התפיסות החברתיות בדבר הצדק החלוקתי. כך למשל בוחר בג"ץ לפרט את דבר מטרותיה של העותרת עמותת שיח חדש,

"להיאבק למען מימוש זכויות הפרט הפוליטיות, התרבותיות והחברתיות-כלכליות של כל אזרחי החברה הישראלית ... תוך נקיטת עמדה של חלוקת משאבים צודקת ורחבה בין כל קבוצות האוכלוסייה בישראל".⁵⁵ ובהקשר אחר מדגיש בג"ץ: "גם בעניין המשטר הרכושי שבין בני זוג נקבע כי הוראות הדין הקובעות את אופי המשטר הרכושי הינן כבואה לתפישות חברתיות בדבר צדק חלוקתי (ע"א 1558/94 נפסי נ' נפסי, פ"ד נ 573 (3)). על פי גישה זו, תכליתה של חזקת השיתוף היא להגשים צדק חברתי המבוסס על שוויון בין המינים..."⁵⁶

צדק חלוקתי או הליך צודק ופתוח

בית המשפט קובע כי "החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים". מה המשמעות של צדק חלוקתי? מהם הקריטריונים להפעלתו? בית

53 "על בסיס הקרקע מנהלים הפרט והחברה את כל מעגל חייהם" בג"ץ מפנה לספרו של S' R' Simpson, Land Law and Registration (Cambridge U. Press, 1976); "המקרקעין ... הוא משאב לאומי. כמות המקרקעין אינה ניתנת להגדלה... בג"ץ מדגיש את העקביות בתפישת בג"ץ את חשיבות המקרקעין ומביא את (ע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון וכניה רעננה נ' הורוויץ (טרם פורסם; פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא ברק)). פסקה 36 לבג"ץ הקרקעות.

54 להרחבה בדבר בג"ץ חכריות אדם ראו שלמה מזרחי ואסף מידיני (2003) מדיניות ציבורית וזכויות אדם, פוליטיקה 10: 26-9.

55 פסקה 15 לבג"ץ הקרקעות.

56 פסקה 39 לבג"ץ הקרקעות.

המשפט אינו מפרט ועם זאת הוא בוחר לציין כי המינוח צדק חלוקתי הוא אינו מינוח חדש לא מבחינת הרציונאל שבו ולא מבחינת השימוש בו כמטבע לשוני.⁵⁷

לבד מהדגשת הערך של צדק חלוקתי בג"ץ מדגיש את חיוניותו של הליך צודק ופתוח.⁵⁸

"למשפט 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 [הדגשה שלי – א.מ.], במיוחד לנוכח הסכנה "שהחלוקה תטיב רק עם קבוצות לחץ מאורגנות היטב" (ראו ד' ברק-ארז "צדק חלוקתי בהליך המינהלי", בעמ' 203, 204).

אך מהו אותו הליך צודק ופתוח? בית המשפט אינו קובע באופן ברור. לא זו בלבד אלא שבית המשפט קובע שהחלל הנורמטיבי בכלל והחלטות מועצת מקרקעי ישראל שאינן מנומקות בפרט מקשים על הביקורת השיפוטית. לדברי הבג"ץ "כל מקרה צריך להיבחן על פי השלב אליו הגיעה העסקה, גורם ההסתמכות שבו, ההוצאות שהושקעו עד כה, מה האינטרסים והנזקים המעורב בו וכל כיוצא באלה שיקולים, כל אחד על פי מהותו ומשקלו היחסי בפסיפס השיקולים. מלאכה זו אינה מתאימה לבית משפט זה שיעשה אותה".⁵⁹ עם זאת בג"ץ קובע כי "נראה לנו, כי מועצת מקרקעי ישראל היא הגוף המתאים לקבוע את הוראות המעבר הכלליות במקרה שלפנינו, וכי המינהל יישם הוראות אלה על העסקאות השונות, על פי הנסיבות הנוגעות לכל אחת מהן...".

על יסוד האמור לא ברור מדוע בוחר בג"ץ להיכנס לעובי ההסדרים הראשוניים בתוך

57 "חובה זו קיבלה ביטוי בפסיקתה הענפה של בית משפט זה בסוגיות האפליה, חופש העיסוק ושוויון בהזדמנויות על גנייהן השונים, אף שלא נעשה בפסיקה המוקדמת יותר שימוש מפורש במינוח זה. לאחרונה, ניתן מעמד מפורש לשיקול של צדק חלוקתי, בבחינת חוקתיותן של החלטות המינהל על חלוקת משאבים. כך, בבג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה נ' מינהל מקרקעי ישראל (פ"ד נה(639, 665) (5)... ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר סבא, פ"ד מונ(639-640, 627) 4; ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רעננה נ' הורוויץ (טרם פורסם); ראו גם בג"ץ 4146/95 עזבון המנוחה לילי זנקר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(812-813, 774) 4)... (ראו גם ע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס נ' הוועדה המקומית ת"א יפו, פ"ד נב(715) (5)... (ע"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(573) (3)).

58 פסקה 39 בבג"ץ הקרקעות.

59 פסקה 59 בבג"ץ הקרקעות.

דיון על סבירותן של כל אחת משלוש החלטות למשל: היבטים חברתיים ותכנוניים וההשלכות הנובעות מהם.⁶⁰

"ההיבטים החברתיים והתכנוניים ... מובילים למסקנה כי יש להפחית באופן משמעותי ביותר את התמורה בעת שינוי ייעודה של קרקע חקלאית... ויש שיטענו כי ניתוח היבטים אלו אף מצדיק את ביטולה של התמורה המוגדלת. ואולם, מנקודת ראות שוק הדיור, נוכח הצורך העתידי בשינוי ייעוד בעיקר לצורכי מגורים בשולי הערים, יש עדיין צורך במדיניות שתעודד מסירה מהירה של הקרקע, ולכן לא יהיה זה רצוי לבטל לחלוטין את המדיניות המאפשרת לזכות בתמורה מוגדלת ביחס לפיצויים חקלאיים" (עמ' 71 בדו"ח).

יתר על כן, לאורך פסק הדין בית המשפט עושה שימוש בדו"ח מילגרום ולא ברור מדוע הוא בוחר לעשות זאת במיוחד כאשר הוא מקפיד לקבוע כי " ... שקלנו האם לאמץ את הוראות המעבר הללו [ו. עדת מילגרום – א.מ.] ... הגענו לכלל מסקנה, כי לא נוכל לעשות כן... מהחומר שלפנינו אין זה ברור אם יאומץ הדו"ח על ידי מועצת מקרקעי ישראל. .. שנית, שמענו טענות רבות אודות היות הוראות המעבר הנקובות בדו"ח צרות מדי".

לאור כל זאת נשאלת השאלה האם לא היה ראוי להמליץ על דרך פתוחה והוגנת לקבל החלטות ולהותיר את הקביעה למוסדות הפוליטיים וזאת בתחת ניסיון לקבוע הסדרים ראשוניים בלא מתן הגדרות ברורות לגבי אופן יישומם?

נדמה כי בכל הקשור בהתערבותו של בית המשפט בקביעת ערכים קיימת מחלוקת בספרות. גישה שמרנית שבה למשל מצדדת רות גביון אומרת כי הסדרים ערכיים שמורים לכנסת ולציבור בישראל ולא לגוף בירווקרטי.⁶¹ גישה ליברלית יותר, שבה למשל מצדד השופט אהרון ברק, אומרת כי בעידן של חוסר יכולת למשול תפקיד בית המשפט להתערב ולהקנות ערכים.⁶²

נדמה כי האפשרויות הן מגוונות יותר ונמצאות אי שם בתווך שבין הגישות הללו.

60 פסקה 43 לבג"ץ הקרקעות.

61 ראו למשל רות גביון (1998) המהפכה החוקתית, תיאור מציאות ונבואה המגשימה את עצמה, הספרייה לדמוקרטיה.

62 ראו למשל אהרון ברק (1999) תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית, רפאל כהן אלמגור (עורך) סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית, ספריית פועלים עמ' 129-141.

שהרי בעיתות של אי משילות עמוקה ותרבות פוליטית אלטרנטיבית קשה לצפות כי מודלים מקובלים של הסכמה חברתית כמו משאל עם ייתנו מייד את אותותיהם, ויתכן שיהיה להם אפקט בטווח הארוך על יצירתה וקידומה של תרבות השתתפות פוליטית מהותית. אולם כיצד צריכה חברה לנהוג כאשר מוסד נבחר שלה כמו כנסת ישראל בוחר שלא לקבל החלטות בנושאים שונים על רקע העדפות לא ברורות של ציבור בוחריו?

ה. סיכום ומסקנות

במאמר זה טענתי כי מציאות של שסעים עמוקים בחברה הישראלית ומבנה מוסדי מסוים פוגעים ביכולתה של המערכת הפוליטית בארץ להתמודד עם בעיות שמצריכות עיצוב מדיניות ציבורית. בשל המחסור במדיניות ציבורית, אימצה החברה הישראלית דפוסי השתתפות פוליטית אלטרנטיבית של פנייה מוגברת לבית המשפט העליון הן כדי להגיע להחלטות מדיניות והן כדי ללחוץ על הפוליטיקאים לשנות בצורה זו או אחרת את המבנה המוסדי. התפקיד המרכזי שממלא היום בית המשפט העליון בעיצוב סדר היום החברתי-פוליטי בישראל הוא תוצאה של תהליכים חברתיים ופוליטיים עמוקים ומורכבים בחברה הישראלית. תהליכים אלה מהווים תנאי הכרחי לעיצובו של שיווי משקל של אקטיביזם שיפוטי בשעה שעמדות וגישות השופטים הינם בבחינת תנאים מספיקים המשפיעים על מידת ההתערבות של בית המשפט העליון.

גם ארגונים לא-ממשלתיים, המנסים לקדם זכויות אדם, בחרו להשתמש כבג"ץ כדי לקדם את ענייניהם, והדוגמאות לכך רבות.⁶³ אך אסטרטגיה כזאת יכולה לפגוע בסיכוי לבסס נורמות ליברליות ודמוקרטיות בחברה הישראלית בשני אופנים.

63 למשל, מאבקו הציבורי והמשפטי של ארגון שתי"ל של הקרן החדשה לישראל שביקש את הוספתם של 61 גני טרום-חובה חדשים בשנת הלימודים תשס"א ואת פתיחתה של הספרייה הראשונה לשירות האוכלוסייה הברווית בנגב; עתירתו של ארגון "בזכות", שבעקבותיה הורה בג"ץ לברוק את נגישותם של יותר ממאתיים אוטובוסים חדשים לאנשים בכיסאות גלגלים; עתירה של האגודה לזכויות האזרח שבגינה הורה בג"ץ לסיים בתוך חודשיים את הליכי הקבלה של בני הזוג קעדאן ליישוב קציר; עתירה מ-1995 של האגודה לזכויות האזרח, שבעקבותיה הורה בג"ץ על ביטול כלל 27 בכללי לשכת עורכי הדין. כלל זה אפשר לעורך דין לעכב אצלו תיק של לקוח ומנע מהלקוח לעבור לעורך דין אחר. באופן דומה, הסתיים בשנת 1996 הטיפול בעתירה שהגישה האגודה לזכויות אדם כעניין אפליה ברישום ילדים ערבים לגני ילדים ביפו, כאשר בלחץ בג"ץ שוננו הקריטריונים לקבלה לגנים. להרחבה ראו ע. אלדר, 2002. "כך נקברה נציבות זכויות האדם במגירה של כבוד השר", הארץ, 27.3.02, כ2.