"למי שייכת האדמה הזו?" – על זכויות ותפיסות צדק חלוקתי

יוסי דהאן*

אחד המאבקים החברתיים המרכזיים והסוערים ביותר בשנים האחרונות התרחש בשאלת מדיניות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית של מועצת מקרקעי ישראל שהעניקה פיצויים בקרקע ובכסף לקיבוצים, מושבים וחברות לעיבוד עונתי תמורת הסכמתם לשינויי ייעוד קרקע חקלאית לשימושים אחרים כגון בנייה למגורים, תעשייה, מסחר, תיירות וקיט. הפיצויים שניתנו בעקבות החלטות אלו היו גבוהים עשרות מונים מהפיצוי הרגיל והמקובל שניתן על פי החלטה מספר 1 של מועצת מקרקעי ישראל. בבג"ץ "הקשת הדמוקרטית המזרחית" דן בית המשפט העליון בשאלת חוקיות החלטות מועצת מקרקעי ישראל. בית המשפט פסל את החלטות המועצה בשל אי־סבירותן, אי־סבירות שנבעה לדעתו מכך שהמועצה כרשות מִנהלית לא העניקה בהחלטותיה משקל ראוי לשיקולי צדק חלוקתי.

מאמר זה מורכב משני חלקים מרכזיים. החלק הראשון מנסה להצדיק את תוצאת פסק הדין של בית המשפט העליון באמצעות בחינת טיעונים מרכזיים בסוגיית הצדק החלוקתי שהעלו נציגי החקלאים בתשובתם לעתירה ובמהלך הדיון הציבורי שהתפתח בשאלת שינוי ייעוד הקרקע החקלאית. הדיון בטיעוני החקלאים משבץ את טענותיהם בהקשר מוסרי ותאורטי רחב יותר שבו הן נבחנות. בחלק זה המאמר מצביע על כך שגם אם מקבלים את המסגרת המוסרית הכללית וההצדקות העקרוניות לזכות הקניין שמעלים החקלאים, יישומם של עקרונות מוסריים אלו אינו מצדיק את תביעותיהם לקבל זכויות קנייניות בקרקע.

החלק השני של המאמר בוחן את פסק הדין של בית המשפט העליון ואת תפיסת הצדק החלוקתי המנחה אותו בפסילת החלטות מועצת המינהל. טענת המאמר היא כי תפיסת הצדק החלוקתי המנחה את בית המשפט היא תפיסת צדק פרוצדורלית צרה שאינה מהווה שינוי מהותי ואינה מכוננת, כפי שטענו חלק מפרשניו של פסק הדין, תפיסת צדק חלוקתי שונה מזו שאוחז בה בית המשפט העליון מאז חקיקתם של חוקי היסוד.

* מרצה במכללה האקדמית למשפטים, מנהל אקדמי של חטיבת זכויות האדם, אחד העותרים מטעם "הקשת הדמוקרטית המזרחית".

א. מבוא. ב. ליברטריאניזם, תורת העבודה של הקניין וזכויות החקלאים: 1. תפיסת הזכאות ותורת העבודה של הקניין; 2. זכויות החקלאים ותורת הזכאות. **ג. ההצדקות התועלתניות לזכויות החקלאים:** 1. הצדקות תועלתניות לזכות הקניין; 2. תביעות החקלאים וההצדקה התועלתנית לזכות הקניין. **ד. זכות הקניין בנגזרת מאישיות מוסרית. ה. הקצאת קרקע ותפיסת הצדק החלוקתי של בית המשפט העליון. ו. סיכום.**

א. מבוא

אחת התוצאות המרכזיות של בג"ץ **הקשת**[1] הייתה הצבת שאלת "הצדק החלוקתי" במרכז הדיון הציבורי־משפטי. הדיון הציבורי הממושך והסוער, שנמשך זה שנים אחדות מחוץ לכותלי בית המשפט, בסוגיית זכויות החקלאים בקרקע, נסב על השאלה "למי שייכת האדמה הזו?". טענות המחנות השונים במחלוקת זו, ובהם מלבד העותרים והמגיבים על העתירה גם קבוצות חברתיות אחרות בחברה הישראלית, היו בעיקרן טענות מוסריות על אודות אמות מידה לצדק חלוקתי של קרקע המדינה. הצדדים למחלוקת גייסו לתמיכה בעמדתם טענות רבות ומגוונות על אודות זכויות קניין, צדק היסטורי, טובת המדינה, האינטרס הציוני, צדק בין קבוצות לאומיות ואתניות שונות, שיקולי צדק סביבתי ושיקולי צדק חלוקתי. הדיונים בשאלות עקרונות הצדק החלוקתי לא פסקו גם לאחר מתן פסק הדין בבית המשפט העליון והם נמשכים בלהט גם בימים אלה.

בפסק הדין פסל בית המשפט כמה החלטות של מועצת מקרקעי ישראל העוסקות בשינוי ייעוד קרקעות המדינה, אשר ייעודן חקלאי, שהוחכרו ליישובים חקלאיים. ההחלטות שנפסלו הן: החלטה 717 שעניינה שינוי ייעוד לשם פיתוח אזורי תעשייה ביישובים כמקור לתעסוקה, החלטה 727 שעניינה שינוי הייעוד לבנייה, למגורים, לתעשייה, מסחר, תיירות או קייט, והחלטה 737 העוסקת בשינוי ייעוד לצורך הרחבת שטחי המגורים ביישובים חקלאיים, במגמה להגדיל ולהצעיר את האוכלוסייה בכל אחד מן היישובים. בית המשפט פסל את ההחלטות הללו בעילה שהן בלתי סבירות, וחוסר סבירותן של ההחלטות נובע לדעתו מכך שמועצת מקרקעי ישראל, כרשות מנהלית, לא העניקה בהחלטותיה משקל ראוי לשיקולי צדק חלוקתי.

מאמר זה מורכב משני חלקים מרכזיים. בחלק הראשון של המאמר אנסה להצדיק את תוצאת פסק הדין של בית המשפט העליון באמצעות בחינת טיעוני צדק חלוקתי מרכזיים שהעלו נציגי החקלאים בתשובתם על העתירה ובמהלך הדיון הציבורי שהתפתח סביב מדיניות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית. הבחינה בחלק זה תיעשה בשני שלבים: בשלב

1. בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיחה הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (להלן: בג"ץ **הקשת הדמוקרטית המזרחית** או בג"ץ **הקשת**).

הראשון אציג ואבחן את הטענות המוסריות העקרוניות שהעלו החקלאים להצדקת מדיניות התומכת בהענקתן של זכויות קנייניות על הקרקע. בחינה זו תיעשה באמצעות שיבוץ טענות החקלאים בהקשר מוסרי ותאורטי רחב יותר שבו תיבחנה טענות אלו. כן אבחן טענות שלא הוצגו במפורש על ידי החקלאים אולם כאלה שניתן לגוזרן מהעקרונות המוסריים העומדים בבסיס טיעוניהם. בשלב השני של חלק זה אנסה להראות כי גם אם מקבלים את המסגרת המוסרית הכללית וההצדקות העקרוניות לזכות הקניין שמעלים נציגי החקלאים, יישומם של עקרונות מוסריים אלו אינו מצדיק את תביעותיהם לזכויות קנייניות על הקרקע.

בחלק השני של המאמר אבחן את פסק הדין של בית המשפט העליון. בחלק זה אבדוק את עמדת בית המשפט בעניין הטענות העקרוניות של החקלאים והנימוקים שנתן לדחיית חלק מהן. כמו כן אנסה לשרטט את אופי תפיסת הצדק החלוקתי הכללית שמנחה את בית המשפט בפסלו את החלטות מועצת מינהל מקרקעי ישראל הדנות בשינוי ייעוד קרקע חקלאית. ולבסוף אבחן אם השימוש במושג הצדק החלוקתי שעושה בית המשפט בפסק הדין, שזכה להד ציבורי רחב, מציג תפיסה חדשה של צדק חלוקתי ושינוי מהותי בהשקפת בית המשפט העליון בשאלות של צדק חלוקתי. בחלק זה אנסה להצביע על כך שבג"ץ **הקשת** אינו מסמן שינוי מהותי בעמדתו של בית המשפט בשאלות צדק חלוקתי מאז חקיקת חוקי היסוד שכוננה את "המהפכה החוקתית".

ב. ליברטריאניזם, תורת העבודה של הקניין וזכויות החקלאים

1. תפיסת הזכאות ותורת העבודה של הקניין

התאוריה הראשונה שעל פיה אבחן את טענות החקלאים היא התאוריה הליברטריאנית של נוזיק (Nozick). שימוש בתאוריית הזכאות של נוזיק נראית לי הולמת כיוון שחלק מטיעוני החקלאים להצדקת תביעותיהם הקנייניות בעניין הקרקע עושים שימוש, לעתים גלוי ולעתים מובלע, במסגרת תאורטית וערכית זו.[2]

רוברט נוזיק מציג גישה של צדק היסטורי. על פי גישת הצדק ההיסטורי אין חלוקת משאבים חברתיים וכלכליים שניתן להגדירה כצודקת מראש, אין קריטריון עצמאי לקביעת תוצאות צודקות מחוץ להליכים, שרק אותם ניתן להגדיר כצודקים.[3] את תורתו מכנה נוזיק "תורת הזכאות" (Entitlement Theory).[4]

---

2. יש אירוניה לא מעטה בכך שחלק מן החקלאים ששורשיהם האידאולוגיים נטועים במסורת סוציאליסטית שבזה לבעלות פרטית על אמצעי הייצור, מבססים את טענותיהם בזכות הבעלות על הקרקע על נימוקים ליברטריאנים קפיטליסטיים, אויביהם המרים מן העבר.

3. כפרידריך הייק, מילטון פרידמן ואחרים, נוזיק (Nozick) שייך למחנה הליברטריאני המתנגד לכך שהמדינה תכפה תפיסת צדק כלשהי. עבור הוגים ממחנה זה צדק הוא תוצאה של פעולותיהם החופשיות של בני אדם והליכים צודקים, כל ניסיון של המדינה לכפות תפיסת צדק מסוימת מהווה פגיעה בחירויותיהם של האזרחים. נוזיק מפתח את תפיסת הצדק ההיסטורית שלו כעמדה אלטרנטיבית לתורת הצדק של רולס (Rawls) שאותה הוא משייך

תורת הזכאות של נוזיק כוללת שלושה עקרונות של צדק היסטורי: צדק ברכישה מקורית, צדק בהעברה, וצדק מתקן עיוותים. זהו ניסוחם:[5]

1. אדם המשיג נכס בהתאם לעקרון הצדק של רכישה מקורית, זכאי לנכס זה.

2. אדם המקבל נכס בהתאם לעקרון הצדק של העברה מאדם אחר הזכאי לאותו נכס, זכאי לנכס זה.

3. שום אדם אינו זכאי לנכס, אלא אם קיבלו לפי (1) או (2).

סדר חברתי הנו סדר צודק על פי נוזיק, כאשר הוא מתנהל על פי שלושת העקרונות הללו.

עיקרון (1), עקרון הצדק ברכישה מקורית, מתייחס לשלב ההתחלתי של הצדק ההיסטורי, השלב שבו אנשים משתלטים על משאבים שקודם לכן לא היו קניינו של איש והופכים אותם לקניינם הפרטי. להצדקת רכישה מקורית מאמץ נוזיק את תורת הקניין של לוק.

לדעת לוק הזכות לקניין היא אחת הזכויות הטבעיות של האדם. להצדקת זכות הקניין כזכות טבעית מציג לוק תורה שזכתה לכינוי "תורת העבודה של הקניין". את תורת העבודה של הקניין ניתן להציג כטיעון.

לוק מניח, הנחה הברורה מאליה לדעתו, כי לכל אדם יש בעלות על גופו, גופו שייך לו "באופן טבעי", ומאחר שגופי הוא שלי, כל תוצאה הנובעת מפעילות גופי אף היא שייכת לי, בעבודה אני מפעיל את גופי, ולכן כאשר אני משקיע את עבודתי, משקיע מעצמיותי, במשאב שאינו שייך לאיש, כגון קרקע או חומרי גלם אחרים, אותו משאב נעשה שייך לי.[6] הרעיון העומד בבסיס טיעונו של לוק הוא כי פרי עבודתו ומאמציו של אדם שייכים לו.

לוק מכנה את הפיכתו של משאב, שאינו רכושו של איש, לקניין בשם "רכישה מקורית". כך, למשל, עיבודם וטיובם של מרחבי קרקע לא מיושבים, אדמות בור, תזכה את המעבדים בזכויות קנייניות. חשוב להדגיש כי לוק העמיד שני סייגים לזכות הקניין:

א. מן הראוי שיוצב גבול לצבירת הרכוש הפרטי, כשגבול זה הוא שהרכוש לא יישחת. על סייג זה ניתן להתגבר בכלכלה המבוססת על כסף שבה ניתן לצבור רכוש בלתי מוגבל מבלי שיישחת.[7]

ב. רכישה מקורית, כלומר הפיכת רכוש שאינו שייך לאיש לקניין פרטי מותנית גם

לתורות צדק דפוסיות. תורות צדק דפוסיות קובעות כי עקרונות של צדק צריכים להתאים לדפוסי חלוקה מסוימים. דוגמה לדפוסי חלוקה כאלה הם עקרונות כגון "לכל אחד לפי הצורך", או "כל אחד זכאי לחלק שווה".

4. ראו: Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (New York, 1974).

5. שם, בעמ' 151. תרגומם העברי של העקרונות נעשה על ידי אלעזר וינריב, ראו אלעזר וינריב, **בעיות בפילוסופיה של המוסר** (יחידה 8, האוניברסיטה הפתוחה, תש"ם), 69. ביחידה זו וביחידה 7 של ספרים אלה מתאר וינריב בפירוט את המחלוקת בין רולס (Rawls) לבין נוזיק (Nozick).

6. ג'ון לוק, **המסכת השניה על המימשל המדיני** (ירושלים, תשל"ט), 22.

7. שם, בעמ' 25.

בכך ש"כמות מספקת, באיכות לא פחות טובה, נותרה במשותף עבור האחרים".[8] נוזיק מפרש סייג זה כקובע, שהפיכתו של רכוש שאינו שייך לאיש לרכושי הפרטי מותנית בכך, שמצבם של האחרים לא יורע משמעותית עקב כך. כלומר רכישה מקורית תיחשב ללגיטימית כאשר היא לא מונעת מבני אדם דברים ההכרחיים לקיומם.[9]

גישתו הליברטריאנית של נוזיק באה לידי ביטוי במשפט הפותח של ספרו "לאינדיבידואלים יש זכויות, וישנם דברים ששום אינדיבידואל או קבוצה אינם רשאים לעשות להם (בלא פגיעה בזכויות שלהם)". כיבוד זכויות מבטא, לדעת נוזיק, את העיקרון הקאנטיאני שיש להתייחס אל כל אדם כאל תכלית ולא כאל אמצעי בלבד, אין להקריב זכויות של פרטים כדי להשיג מטרות חברתיות, כגון צדק חברתי, בלא הסכמתם. על פי נוזיק, לכל אדם יש בעלות על עצמו, בעלות זו יוצרת זכויות: כישרונותַי הם חלק מעצמיותי, ועליה יש לי בעלות, ולכן כל תפיסת צדק חלוקתי הממסה את הכנסותַי, שהן פֵּרות כישרונותַי, פוגעת בבעלותי על עצמי ובזכויותַי ויש בה משום הפגנת יחס בלתי שוויוני כלפַי.[10]

על פי תורת הזכאות של נוזיק, אם לאדם יש זכויות קנייניות במשאב כמו קרקע, הלגיטימיות של הזכות לקרקע נובעת מהעובדה שהקרקע הועברה אליו על ידי אחר שאף לו הייתה זכות קניינית לקרקע וכן הלאה עד תחילת שרשרת ההעברות של הקרקע, כלומר עד הרכישה המקורית של הקרקע. כלומר שאלת הרכישה המקורית קודמת לכל שאלת העברה שבאה אחריה. בלא רכישה מקורית לגיטימית, כל ההעברות שהתבצעו לאחר מכן הן בלתי לגיטימיות ואינן צודקות. לכן אם נגיע לידי מסקנה כי מי ששולט כיום בחלק מהמשאבים הטבעיים הגיע לידי כך באמצעות כוח, אזי לדעת נוזיק אין להכיר בזכויותיו הקנייניות. יש לפעול על פי העיקרון השלישי של תורת הזכאות ולפצות את הרוכש המקורי.[11]

שאלת הרכישה המקורית היא שאלה קריטית. אדם שעיבד קרקע שאינה שייכת לו אינו עומד במבחן עקרון הצדק ההיסטורי של נוזיק. אחד ממבקריו של נוזיק טען כי מתורתו נגזרת הצדקה להחזיר אדמות במדינות ניו אינגלנד למתיישביהן הראשוניים, האמריקנים

---

8. שם, בעמ' 22.
9. Nozick (לעיל, הערה 4), בעמ' 174-182.
10. תפיסתו של נוזיק מנוגדת לתפיסתו של ג'ון רולס בספרו: John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971). רולס סבור כי היותו של אדם ברוך כישרונות הוא תוצאה של מזל. לדעת Rawls הזכות של אדם לפֵּרות כישרונותיו אינה זכות בלתי מוגבלת. לכן תפיסת הצדק הממסה את פֵּרות כישרונותיהם של אנשים אינה מתייחסת אליהם כאל אמצעים בלבד. כמו כן קשה לבודד מקרים שבהם פֵּרות מעשיהם של פרטים הם אך ורק תוצאת כישרונותיהם בלא מעורבותם של תנאים וגורמים אחרים כגון מערכת חינוך, קיומו של שוק כלכלי ותנאים אחרים שהם תוצאת פעולות מוסדיות פוליטיות המאפשרות את עצם ביטויו של הכישרון ויצירת פֵּרותיו. על ביקורת מפורטת על נוזיק מנקודת מבט רולסיאנית ראו: Will Kymliycka, *Contemporary Political Philosophy* (Oxford, 1990), 102-128.
11. Nozick (לעיל, הערה 4), בעמ' 230-231.

האינדיאנים.[12] זו אחת התוצאות הבלתי נמנעות של תורת הצדק ההיסטורי מן הסוג שהציע נוזיק. נמצא, שאם נניח כי החלוקה הקיימת של משאבים טבעיים אינה לגיטימית, וכן שלא ניתן באופן מעשי לעקוב אחר השרשרת הארוכה של ההעברות עד הרכישה המקורית, לא נותרת ברירה אלא לבצע חלוקה מחדש על פי עקרונות צדק דפוסיים תוצאתיים כגון תורת הצדק של רולס, על פי עקרונות תועלתניים או על פי עקרונות צדק של תורות תוצאתיות אחרות.

אולם גם אם נניח שהרכישה המקורית של המשאבים התבצעה כהלכה, עדיין יש לעמוד בתנאי הסייג של לוק לרכישה מקורית, סייג שנוזיק מאמץ. לטענת נוזיק, רכישה מקורית של משאב שאינו ברשותם של אחרים היא לגיטימית רק כל עוד היא אינה מרעה את מצבם של האחרים מבחינה חומרית לעומת מצבם לו היה המשאב בשימוש ציבורי משותף.[13] לדעת נוזיק, כל משטר של בעלות פרטית, גם על משאב מרכזי כקרקע, עדיף על פני משטר של שימוש משותף, שבו הקרקע ניתנת לשימוש כולם. לדעת נוזיק, משטר של בעלות פרטית מטיב לא רק עם בעלי הקרקע אלא גם עם אלה שייוותרו בלא כל זכויות על קרקעות.

ההצדקה להנחה זו מצויה במה שמכונה "הטרגדיה של השטחים המשותפים".[14] זהו משטר של שטחים משותפים המתאר מצב שבו הקרקע מוחזקת במשותף לשימוש הכול. לטענת המבקרים, אין תמריץ להשקיע בטיוב הקרקע ובפיתוחה, במצב שבו השטח משותף, כיוון שההשקעה בקרקע אינה מבטיחה כי אדם שעבד והשקיע מאמצים בעיבוד הקרקע אכן יזכה בפרות המאמצים הללו. מדוע להשקיע זמן ומאמץ בגידול חיטה, כאשר אחרים יכולים לקצור אותה? יש טעם להשקיע בקרקע רק אם קיימים אמצעים למנוע מהאחרים – "רוכבים חופשיים", שלא תרמו בעבודתם לגידול החיטה – ליהנות מפרות עבודתי. יתרה מזו, במשטר מקרקעין של שטחים משותפים אין זה רציונלי להשקיע בקרקע, ולא זו בלבד אלא שהמהלך הרציונלי לכל אחד מהמשתמשים, במצב שבו מספר המשתמשים בקרקע גדול מהיכולת הקרקע לספק את צורכי כולם, הוא לנצל את הקרקע ניצול מקסימלי לתועלתו הפרטית כיוון שאם לא יעשה זאת, אחרים יעשו זאת לפניו. אין טעם לנהוג אחריות כאשר אחרים אינם נוהגים כך. מצב שבו כל אחד מנצל את הקרקע ניצול מקסימלי, בלי השקעה של אף אחד אחר בטיוב הקרקע, יגרום לניצול יתר של קרקע

---

12. ראו: David Lyons, "The New Indian Claims and Original Rights to Land", *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State, and Utopia* (Jeffrey Paul — ed., Totowa, New Jersey, 1981) 355.

13. Nozick (לעיל, הערה 4), בעמ' 178.

14. ראו: Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Perspectives on Property Law* (Robert C. Ellickson, Carol M. Rose and Bruce A. Ackerman — eds., Boston, 1995) 132. טיעונו של Hardin מוצג כאן כחלק מטיעון תורת העבודה שמאמץ נוזיק, טיעון זה הוא תועלתני באופיו ונועד להצדיק משטר קנייני של בעלות פרטית. בטיעונים תועלתניים להצדקת זכות הקניין אדון בהמשך בהקשר של הדיון במדיניות שינוי ייעוד הקרקע. טיעונו של Hardin מוצג כטיעון התומך בהענקת זכויות קנייניות לחקלאים בחוות הדעת של פרופ' רון שפירא שצורפה לתגובת המשיבים (להלן, הערה 18).

לא מטויבת ויביא לידי הידרדרות הקרקע וחוסר יכולתה לספק את צורכיהם של אלה התלויים בה. הדרך למנוע את הטרגדיה של השטחים המשותפים ולגרום לפיתוח השטחים היא להחליף את משטר הבעלות ממשטר של שטחים משותפים למשטר של בעלות פרטית. משטר של בעלות פרטית על הקרקע ייטיב את מצבם של בעלי הקרקע וגם את מצבם של אלה שיוותרו בלא בעלות על הקרקע. הסיבה היא שבמצב של שטחים משותפים, מצב של דלדול חקלאי שבו אף אחד אינו משקיע מאמצים בעיבוד הקרקע, אנשים צריכים להסתפק במעט שיצליחו להשיג לפני האחרים, ואילו במצב של משטר של קניין פרטי הם יוכלו להשתכר מעבודה אצל בעלי הקרקעות ולרכוש טובין שלא היה באפשרותם להשיג קודם לכן. חלק מהטובין הללו, המיוצרים בקרקע מטופחת ומעובדת, הם טובין שלא ניתן היה ליצור במשטר הקנייני הקודם. לדעת נוזיק, משטר של בעלות פרטית על קניין ממלא אפוא את הסייג של לוק, ולעומת משטר של שטחים משותפים, הוא אינו מרע את מצבם של אלה החיים על פיו ואמור להבטיח שהרכישה המקורית תותיר כמות מספקת של קרקע וטובין ובאיכות לא טובה פחות בידי האחרים.

הביקורת על עמדת נוזיק בעניין הסייג הלוקיאני היא כפולה. ראשית, בוחן נוזיק את הסייג בנוגע למצבם של האחרים בחינה חומרית בלבד. נוזיק, שהבסיס המוסרי הקאנטיאני של התאוריה הפוליטית שלו מחייב להתייחס אל אנשים לא כאל אמצעים בלבד אלא כאל תכליות ולכבד את האוטונומיה והערך העצמי שלהם, צריך לבחון הסדרים מוסדיים, פוליטיים וכלכליים על פי תרומתם לאידאלים מוסריים אלו ולא לצמצם את הבחינה לממד החומרי בלבד. כלומר לבחון אם משטר הקניין של בעלות פרטית, אשר עליו הוא ממליץ, יגן על האוטונומיה גם של חסרי הקניין שייהפכו תלויים בבעלי הקרקע למחייתם. סביר להניח כי חלק מאותם אנשים יסכימו לוותר על שיפור מצבם החומרי ובלבד שתישמר האוטונומיה שממנה הם נהנים במשטר של שימוש ציבורי בקרקע. שנית, נוזיק מצמצם את מרחב האופציות שלעומתו הוא בוחן את המשטר הקפיטליסטי של בעלות על הקרקע לאופציה אחת בלבד – מצב שבו הקרקע ניתנת לשימוש הכול, מצב שבו לא קיימת בעלות פרטית או קולקטיבית.[15] נוזיק אינו בוחן ברצינות משטרים קנייניים חלופיים למשטר הקנייני של בעלות פרטית, משטרים שייתכן שהם יעילים והוגנים יותר וממשים מימוש מלא יותר את האוטונומיה והאינטרסים החומריים של מי שכפוף לכללים של משטרים קנייניים אלה. חולשת הטיעון של נוזיק נובעת מהעובדה, שבסיס ההשוואה שלו למשטר הקנייני הקפיטליסטי מצטמצם אך ורק למשטר של שטחים בשימוש משותף. אולם ברור שלנוכח בעיית "הטרגדיה של השטחים המשותפים", כמעט כל משטר קנייני אחר היה עובר את המבחן שמחייב אי־הרעת מצבם של אחרים לעומת מצבם במשטר של שטחים בשימוש משותף. משטר של הלאמת קרקע, משטר של בעלות עובדים, משטרי בעלות שיתופיים אחרים על הקרקע, או משטרים קנייניים שבהם לא מוענקות זכויות בעלות מוחלטות, אלא אגד זכויות מוגבל יותר כגון זכויות שימוש בקרקע בלא אפשרות הורשה של הקרקע לאחרים. כל משטרי הקניין הללו יצליחו להתגבר על טרגדיית השטחים המשותפים באמצעות מתן תמריצים לפיתוח הקרקע. על כן העובדה שהמשטר הקפיטליסטי שנוזיק

15. לפירוט ביקורות אלו ראו: Kymlicka (לעיל, הערה 10), בעמ' 116-121.

מציע, עדיף על משטר של שטחים בשימוש משותף אינה מוכיחה שמשטר קפיטליסטי עדיף בהכרח ממשטרים קניניים אחרים. ניתן לשער כי קיימים משטרים קניניים אחרים העדיפים מן המשטר שמציע נוזיק שבו מצבם של חלק מן האנשים יהיה טוב יותר ממצבם במשטר קפיטליסטי ליברטריאני, מהסוג שמצדיק נוזיק, משטר שבו אנשים יכולים למצוא את עצמם רעבים ונעדרי אוטונומיה.[16] מבחן ראוי לבחינת הלגיטימציה של רכישה מקורית של קרקע היה בורר מבין משטרי הקניין השונים ומשווה ביניהם על פי התנאים החומריים ומידת האוטונומיה שאנשים נהנים מהם במשטרים הקניניים השונים. כמובן, ייתכנו משטרים קניניים שבהם מצבם של חלק מהאנשים יהיה טוב משל אנשים אחרים ומשטרים קניניים אחרים שבהם מצבם של אותם אנשים יהיה גרוע יותר. אין משטר קנייני שבו מתרחשת מקסימיזציה של האינטרסים של כולם. המשטר הקנייני הצודק הוא משטר המתייחס בהוגנות לאינטרסים החומריים ולאוטונומיה של כולם.[17]

2. זכויות החקלאים ותורת הזכאות

קבוצת טיעונים מרכזית של המשיבים לעתירה נסמכת על תורת הזכאות. החקלאים מציגים טיעונים הנשענים על תורה זו כדי להצדיק את טענתם בדבר זכותם לקבל זכויות קנייניות בקרקע החקלאית. טיעונים אלה מבטאים התייחסות ישירה לתורתו של לוק וחלקם מתייחסים לעתים במובלע למרכיבים של תורת הזכאות. כך, למשל, בתגובת אחת המשיבות לעתירה:

---

16. לביקורת זו ראו: Gerald Allan Cohen, "Self Ownership, World Ownership and Equality: Part 2", *Social Philosophy and Policy* (1986) 85.

17. Kymlicka (לעיל, הערה 10), בעמ' 119-121 מפרט הצעות שונות לרכישה מקורית. הצעה אחת קובעת כי הקריטריון לרכישה מקורית צריך להיות שוויוני – רכישה מקורית מרעה את מצבם של האחרים כאשר הם מקבלים פחות מחלק שווה של המשאבים בעולם. הצעה אחרת קובעת את עקרון ההפרשיות של Rawls כמבחן לגיטימי לרכישה מקורית. הצעה נוספת טוענת שקריטריון לגיטימי של רכישה מקורית צריך להבטיח לכל אדם הכנסה בסיסית וזאת כפיצוי לאלה שנותרו חסרי קניין. מסגרת תאורטית נורמטיבית לקביעת עקרונות לצדק חלוקתי גאוגרפי ניתן למצוא בספרו של David Harvey: David Harvey, *Social Justice and the City* (London, 1973), 96-118. העיקרון הראשון קובע כי מטרתה של חלוקת משאבים היא (א) להיענות לצורכיהם של בני אדם בכל אזור גאוגרפי; (ב) להגדיל ככל האפשר את התועלת המשותפת שנהנים ממנה אזורי החלוקה הגאוגרפיים השונים; (ג) חלוקה צודקת צריכה לפצות אזורים הסובלים מקשיים פיסיים וחברתיים. העיקרון השני ש-Harvey מנסח, בהשראת תאוריית הצדק של John Rawls, קובע שהמנגנונים המוסדיים, הארגוניים, הפוליטיים והכלכליים צריכים לפעול ככל האפשר לשיפור מצבם של המקופחים ביותר.

> התיאוריה של לוק, כי עבודת האדם מקנה לו את הזכות לקניינו שלו מכלל הנכסים שהעניק האל לכל בני האדם בכלל, העשירה את ג'פרסון ואת תלמידיו, במסע הגדול של הפרטת הקרקע האמריקאית במאה ה-19 וליצירת הקניין הקרקעי המבוזר ביותר.... ביתו של האיכר הישראלי, כן האיכר הישראלי, הוא נחלתו; ביתו ואדמתו הם מבצרו והבסיס להתחדשותו.[18]

דברים אלה אמורים לבסס הצדקה להעניק לחקלאים זכויות בעלות או מעין בעלות על הקרקע על סמך "תורת העבודה" של לוק כמצדיקה זכות קניין.[19] ישיבה על הקרקע

---

18. **תגובה לעתירה ובקשה לדחייתה על הסף מטעם גרנות, אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ ואח' (משיבים 9–16)** (יוני 2000) (להלן: תגובה לעתירה), 95, 98. בתגובה של משיבה אחרת נכתב: "...ביחס למעמדם בקרקעות החכורות; המשיבים גורסים כי על פי דין זכותם בקרקעות היא בעלות מלאה ושלמה ולרבות הזכות ליהנות ממלוא ערכה המוסף של הקרקע עם שינוי יעודה; בעלות שנרכשה מכח עשרות בשנים של עיבוד והגנה" (ההדגשה במקור – י"ד). ראו **תגובה לעתירה מטעם התנועה הקיבוצית המאוחדת, הקיבוץ הארצי והקיבוץ הדתי** (משיבים 5-7) (יוני 2000), 13. פרופ' רון שפירא, שחוות דעתו צורפה לתגובת המשיבים לעתירה, כותב: "חקלאי ישראל, בני הקיבוצים והמושבים, נאלצים היום לבקש הכרה עקרונית בזכויותיהם בקרקעות החקלאיות אותם [כך במקור] החזיקו ועיבדו בזיעת אפם משך עשרות בשנים, אותם [כך במקור] פיתחו וטיפחו, ועליהם [כך במקור] שמרו בגופם עוד לפני קום המדינה, ובמשך כל שנות קיומה". ראו **הזכות החוקתית של מתיישבים חקלאיים באדמותיהם – חוות דעת מאת פרופ' רון שפירא** (פברואר 2002), בעמ' 2. חוות הדעת של פרופ' שפירא מציגה שורה של תאוריות מוסריות להצדקת זכות הקניין, תאוריות, שלדעתו ניתן לגזור מהן מסקנות המצדיקות את הפיכת זכויותיהם של החקלאים לזכויות בעלות, או מעין בעלות בקרקע. להצדקת זכויות החקלאים על פי תורת העבודה של לוק ראו עמ' 14-17 לחוות הדעת. ראו גם את דבריה של פרופ' גבריאלה שלו: "... ברור היה לכל, כי בעלייתם ובהיצמדותם העיקשת לקרקע ובעיבודה החקלאי הממושך, קונים החקלאים זכות חכירה לדורות של המקרקעין החקלאיים, אשר הוכרה כאמור באורח עקרוני בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל ובפעולות המינהל". ראו **זכויות החקלאים במקרקעי ישראל – חוות דעת משפטית מאת פרופ' גבריאלה שלו** (אוגוסט 1999), בעמ' 6. ראו גם מיכה דרורי, "דע מה שתשיב: עיגון זכויות החקלאים בקרקע – אפריל 2000", **קרקע – מועדון מנהלי מקרקעין קיבוצי** (2000).

19. תביעות החקלאים לקבל "זכויות קנייניות בקרקע" משמעותה תביעה לקבל זכויות בעלות או מעין בעלות על הקרקע. השימוש במונח "זכויות קנייניות" בדיון הציבורי ובפסק הדין אינו מבחין בין משמעויות שונות של זכויות קנייניות במובן של בעלות. Honore במאמרו: A. M Honore, "Property, Title and Redistribution", *Property, Profits, and Economic Justice* (Virginia Held — ed., Belmont, California, 1980) 84 מנתח את מושג הבעלות המלאה על קניין ומבחין בין אחד עשר מרכיבים הכלולים במושג זה, ובהם הזכויות לשימוש,

ועיבודה במשך עשרות שנים מקנים זכויות בעלות או מעין בעלות בקרקע.[20] התשובות לעתירה דוחות את מה שמכונה על ידן "תורת הפיקדון" – הטענה שאדמות החקלאים הן אדמות מדינה שניתנו לחקלאים כדי לשמש אמצעי ייצור חקלאיים וכן לשמש לכל הצרכים הנלווים לכך, כגון הקמת מבנים למגורי המתיישבים ולצורכיהם החקלאיים. על פי תורת הפיקדון, משהפסיקו האדמות לשמש כאמצעי ייצור חקלאיים, יש להשיבן למדינה. "תורת הפיקדון" ניכרת בהחלטה מספר 1 של מועצת מקרקעי ישראל.[21]

החלטה זו קבעה כי קרקע חקלאית תימסר למתיישבים חקלאים בדרך של חכירה בלבד – לצורך עיבוד הקרקע ולשם מגורים בה. חוזי החכירה מטילים על החקלאים חובה להתגורר בקרקע שהם חוכרים ולעבד אותה. ההחלטה קבעה כי ייעודה של הקרקע לא ישונה אלא במקרים יוצאי דופן וכי אם ישונה ייעוד הקרקע, היא תושב למינהל מקרקעי ישראל והחוכר יהיה זכאי לפיצויים. הקריטריון למתן הפיצויים הוא השקעותיו של החקלאי בקרקע בלא כל זיקה לערכה של הקרקע לאחר שינוי הייעוד.[22] טיעון "תורת העבודה" של הקניין, על פי החקלאים, כופר בלגיטימיות ההחלטה מספר 1 של מועצת מקרקעי ישראל והחלטות אחרות המבטאות את תורת הפיקדון.

האם הישענות החקלאים על "תורת העבודה" של לוק אכן מקנה להם זכויות בעלות או מעין בעלות על הקרקע? כיוון שנוזיק מציג גישה משוכללת ומעודכנת יותר של תורת לוק וכיוון שטענות החקלאים חופפות במידה רבה את טיעוניו של נוזיק, נבחן שאלה זו על פי שלושת העקרונות של תורת הצדק ההיסטורי שניסח נוזיק.

עקרון הצדק ההיסטורי הראשון של נוזיק קובע כי אדם המשיג נכס בהתאם לעקרון הצדק של רכישה מקורית, זכאי לנכס זה. ברכישה מקורית של זכות קניינית מתכוונים לוק ונוזיק לרכישה שנעשית באמצעות עבודה שאדם משקיע בקרקע ועל ידי כך הופכה לקניינו. אולם יש להדגיש שאדם רוכש זכות קניינית בקרקע באמצעות עבודה רק בתנאי שהקרקע אינה שייכת לאיש. האדמות, שהחקלאים טוענים לבעלות עליהן עקב עיבודן במרוצת השנים, אינן ברובן המכריע אדמות בור חסרות בעלים – אדמות אלו הן אדמות המדינה שניתנו לחקלאיים כאמצעי ייצור. עקרון הרכישה המקורית אינו נשמר כאשר

להעברה, להכנסה ומרכיבים נוספים. בדיון בזכויות החקלאים בקרקע, עמדת החקלאים היא שעליהם לקבל זכות בעלות קניינית הכוללת את כל המרכיבים, ואילו עמדת העותרים ועמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שלחקלאים יש זכויות קנייניות במובן מצומצם בלבד הכולל רכיבים מועטים, כגון זכות שימוש וזכות מוגבלת לקבל הכנסה. עמדת המתנגדים שוללת הענקת זכויות נוספות אחרות כגון הזכות להעביר את הקרקע לאחרים או הזכות לניהול.

20. חלק מטענות החקלאים מאגדות יחד טיעונים של תורת העבודה וטיעונים תועלתניים שאליהם אתייחס בהמשך.

21. **החלטה מספר 1 של מועצת מקרקעי ישראל** (מאי 1965).

22. בג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1), בעמ' 39-40. כמו כן, **החלטה מספר 343 של מועצת מקרקעי ישראל** (נובמבר 1986) העוסקת בשיטת הפיצוי.

העבודה מושקעת במשאב שלאחרים יש בו זכות קניינית. גם אם מקבלים את טענת החקלאים כי במקרים מסוימים השתתפו חלק מהם בתשלום התמורה בעד הקרקע, שבסופו של דבר נרשמה על שמה של הקרן הקיימת, וזו החכירה להם אותה, הרי גם אז אין מדובר ברכישה מקורית אלא בזכות קניינית שנרכשה מתוקף העיקרון השני של נוזיק – עקרון ההעברה הצודקת, שיידון בהמשך.[23] זכאות מתוקף רכישה מקורית על פי תורת העבודה מתרחשת רק כאשר הקרקע אינה שייכת לאיש. עקרון הרכישה המקורית הוא מוגבל ביותר כיוון שבאופן מעשי כמעט בלתי אפשרי להצדיק זכות קניינית בקרקע על פי תורת העבודה מתוקף עקרון הרכישה המקורית. בירור שרשרת ההעברות של הקרקע לצורך זיהוי ודאי של הרוכשים המקוריים הנו בלתי אפשרי למעשה. כל בירור כזה עלול לפתוח "תיבת פנדורה" של מחלוקות ועימותים חריפים וכלל לא ברור אם הוא יוביל לזיהוים של הרוכשים המקוריים – במקרה שלפנינו ייתכן שיהיה צורך להתחקות אחר שרשרת ההעברות עד המתיישבים הראשוניים בארץ ישראל שעיבדו את אדמותיה הבלתי מיושבות בעת העתיקה.[24]

גם אם נכניס תיקון ל"תורת העבודה" של הקניין ואף אם ננית שבמצב שבו הקרקע אינה חסרת בעלות, עיבוד הקרקע וטיובה יוצרים מערך זכויות קנייניות, חלשות יותר מזכות בעלות מלאה בקרקע, בעבור אלה שעבודתם יצרה תוספת ערך לקרקע, הרי גם בגרסה מתוקנת זו של תורת העבודה, נידרש לבחון בדקדקנות מי היו מעבדיה של הקרקע – מיהם האנשים שעבודתם יצרה תוספת ערך לקרקע. יהיה צורך גם לקבוע נקודת זמן היסטורית התחלתית שממנה תחל בחינה זו.[25] בדיקה כזו תגלה שברבים מן המקרים עיבוד וטיוב הקרקע נעשו על ידי עובדים חקלאיים מקבוצות שונות, לא רק חברי קיבוצים ומושבים, אלא גם חקלאים ופועלים ערבים, ופועלים יהודים שעבדו בחלק מיישובים אלה כפועלים שכירים. חלק מעובדים אלה עיבד את הקרקע פרקי זמן ממושכים. עובדה זו היא בעלת

23. בפסק הדין מציין השופט אור כי אם אכן היו מקרים שבהם השתתפו המתיישבים ביישובים שונים או התנועות ההתיישבותיות בתשלום התמורה בעד הקרקע, ובחלק קטן מן החוזים לא נקבע מה תהיה התוצאה במקרים של שינוי ייעוד הקרקע, אזי ייתכן שלחוכרים אלו יש זכויות נוספות מלבד זכויות העיבוד בקרקע. מקרים אלה דורשים, לדעת השופט, בירורים משפטיים נקודתיים. ראו בג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1), בעמ' 60. לטיעון בדבר גיבוש זכויות קנייניות מתוקף תשלום בעד הקרקע ראו תגובה לעתירה (לעיל, הערה 18), בעמ' 18-39.

24. על הקשיים בבדיקת שרשרת הזכויות במקרקעין ראו חיים זנדברג, **הסדר זכויות במקרקעין בארץ־ישראל ובמדינת ישראל** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"א), 27-45. זנדברג מציין כי ככל שלשרשרת יש היסטוריה ארוכה יותר (אורך השרשרת), וככל שיש בה חוליות רבות יותר (צפיפות השרשרת), וככל שהמידע לבדיקת כל חוליה רב יותר (רוחב השרשרת), גדל הקושי בבדיקת שרשרת הזכויות במקרקעין.

25. גרסה זו של תורת העבודה של הקניין, שנועדה לעגן את הזכויות של אלה שהאדמות ברשותם, קרובה באופן אירוני לגישות מרקסיסטיות הקושרות בין יצירת ערך כלכלי לבעלות על אמצעי הייצור – הקרקע.

משמעות מכרעת בהקשר של החברות לעיבוד חקלאי שגם להן משולמים פיצויים, אם כי בשיעור נמוך יותר. חברות אלו תובעות אף הן זכויות קנייניות בקרקע. בעליהן של חברות אלו אינם חקלאים ומעולם לא עיבדו את הקרקע. מעבדי הקרקע בכל השנים היו פועלים חקלאיים, חלק גדול מהם פועלים עונתיים, שעיבדו את הקרקע כפועלים שכירים של אותן חברות. מתן פיצוי למי שרכשו חברות אריזה ועיבוד חקלאי בתקופה שקדמה להחלטות שינוי הייעוד בתחילת שנות התשעים, מעשירה על פי תורת הזכאות בעלי הון בלא כל הצדקה.[26] מסקנה זו תקפה גם כלפי בעלי נחלות חקלאיות שלא עיבדו את אדמותיהם ומוצאים את פרנסתם במקומות אחרים.[27] ההערכה היא כי במרכז הארץ למעלה מ-50% מאוכלוסיית המושבים והקיבוצים אינם עוסקים בחקלאות.[28] אותו חלק מאוכלוסייה זו שלא תרם להשבחת ערך הקרקע, אינו יכול לטעון לזכויות קנייניות מתוקף תורת העבודה של הקניין. יש להדגיש כי חלק מחוכרי הקרקע החקלאית זוכים להכנסות גבוהות במיוחד בעקבות שינוי הייעוד בלי שתרמו להשבחת ערך הקרקע שהופשרה לבנייה, שכן ערכה של הקרקע נקבע על בסיס מיקומה וקרבתה לאזורי ביקוש, בלא זיקה כלשהי לעיבוד החקלאי של הקרקע לפני שינוי ייעודה.[29]

תוקפה של זכות קניינית הנגזרת מרכישה מקורית מותנית על פי לוק בכך ש"כמות מספקת באיכות לא פחות טובה נותרה במשותף לאחרים". על יסוד ההנחה שקרקע היא משאב מוגבל, השתלטות של יחידים או קבוצות על הקרקע אינה עומדת בסייג הלוקיאני. עובדה זו נכונה במיוחד במדינת ישראל שבה הקרקע היא משאב נדיר, שצפיפות האוכלוסייה בה היא מן הגבוהות ביותר בעולם וצרכיה מרובים. על חשיבות המקרקעין למדינה כותב השופט אור:

> על כן, המקרקעין הם משאב חיוני מאין כמותו ובעל ערך רב. יש להם חשיבות גדולה במיוחד במדינה כמו ישראל, אשר גבולותיה

---

26. חברות לעיבוד חקלאי כ"יכין חקל", "פרי אור", ו"מהדרין", שמעמדן הוא של מעבדים עונתיים תבעו אף הן זכויות קנייניות בקרקע כתוצאה ממדיניות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית.

27. לפי **דין וחשבון של הועדה לרפורמה במדיניות מקרקעי ישראל** (אפריל 1997) (להלן: ועדת רונן), "במדינת ישראל של סוף שנות 2000 נמצאת ההתישבות החקלאית במשבר. המשבר שעבר על המגזר החקלאי גרם לכך כי במרכז הארץ למעלה מ 50% מאוכלוסית המושבים והקיבוצים אינם עוסקים בחקלאות". שם, בעמ' 22. כמו כן, **דין וחשבון של הצוות הבינמשרדי לבחינת מכלול החיבטים הנוגעים לשינוי ייעודה של קרקע חקלאית** (דצמבר 2000) (להלן: ועדת מילגרום) מציין: "רוב רובם של המבנים בשטחי נחלה (במושבים) שאינם לשימוש חקלאי, אינם מוסדרים על פי החלטות מועצת מקרקעי ישראל ומוסדות התכנון וחלקם חורג באופן משמעותי מהכללים שנקבעו". שם, בעמ' 87.

28. ועדת רונן (לעיל, הערה 27), בעמ' 22.

29. ועדת מילגרום (לעיל, הערה 27), בעמ' 53.

> צרים, צפיפות האוכלוסייה בה גדולה ובהיותה ארץ קולטת עולים. אי אפשר לייצר קרקע, ועל־כן על מדינה לכלכל צעדיה בהתחשב במצאי המקרקעין שבידה, אך ניתן להתאים את ייעודיהם של המקרקעין לצרכים המשתנים ולהגדיל ולהקטין את זמינותם לצרכים שונים.[30]

הענקת זכויות בעלות או זכויות מעין בעלות לחקלאים, אשר יעניקו להם שליטה מליאה על הקרקע, תגרום לכך שכמות הקרקע שתישאר לשאר הציבור והדורות הבאים תהיה מועטה ולא תספיק לצרכים המרובים. הענקת זכויות לחקלאים משמעותה צמצום משמעותי של הקרקע הנותרת לשימוש שאר האוכלוסייה. בגלל גודלה של מדינת ישראל, צפיפותה וצרכיה הרבים, משמעות החלטה זו היא הפרתו של הסייג הלוקיאני – לא תיוותר מספיק קרקע ובאיכות לא פחות טובה לשימוש השאר.[31] גם הענקת זכויות פחותות מבעלות מלאה בקרקע לחקלאים והסתפקות בזכויות מופחתות המעניקות פיצוי בעל ערך כספי משמעותי, כגון החלטות המינהל הנידונות בפסק הדין, יוצרת פיתוי כספי הגורם לחקלאים ליישם יישום מואץ של שינוי ייעוד של שטחים חקלאיים למגורים, מסחר תעשייה ובנייה.[32] מדיניות זו פוגעת בצורכי הציבור ואינה מותירה בידיו כמות קרקע מספיקה ובאיכות לא פחותה. מדיניות שינוי הייעוד פוגעת בעיקרי מדיניות התכנון של מדינת ישראל הכוללים בין היתר: עידוד פיתוח עירוני במטרופולין, שמירה על שטחים פתוחים לנופש, שמירה על נכסים אקולוגיים, חקלאות, שיפור איכות הסביבה, הגנה על שמורות טבע, פיתוח גנים לאומיים ויערות, פיתוח שטחים מיועדים ביעילות מרבית, שימור היישוב הכפרי ומתן עדיפות ליישובי פריפריה.[33] המסקנה היא, שגם אם נניח שהחקלאים עומדים בתנאי עקרון

---

30. בג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1), בעמ' 63. על נדירות הקרקע ועל הצרכים הציבוריים המרובים הנשענים על זמינותה של קרקע בישראל.

31. מתוך כ-20.3 מיליון דונם המהווים את שטח המדינה, כ 3.7 מיליון דונם ראויים לעיבוד חקלאי, מתוך אלה כ 2.8 מיליון דונם מוחכרים כנחלות חקלאיות, ראו בג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1), בעמ' 39.

32. ועדת מילגרום (לעיל, הערה 27), בעמ' 42-43.

33. שם, בעמ' 41-43. חברי ועדת מילגרום מפרטים בדו"ח אלטרנטיבות למדיניות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית, הצעות העונות, לטענת חברי הוועדה, על הצרכים התכנוניים של מדינת ישראל. הוועדה נשענת בהמלצותיה, בין היתר, על תכניות אב ובכללן **ישראל 2020 – תכנית אב לישראל בשנות האלפיים: סיכום של צוות המחקר והתכנון בראשות אדם מזור** (תל־אביב, 1997). להתנגדות נוספת למדיניות שינוי ייעוד קרקע חקלאית משיקולים תכנוניים וחברתיים, ראו חוות דעתו של פרופ' אורן יפתחאל המצורפת לעתירה, "**מדיניות 'הפרטת' קרקע חקלאית בישראל – חוות דעת מאת פרופ' אורן יפתחאל**", 1-3. מסקנות פרופ' יפתחאל הן כי מדיניות שינוי ייעוד קרקע חקלאית יוצרת "פרבור מפוזר, כאוטי ויקר, סגרגציה חברתית והגדלת הפערים בחברה הישראלית".

הרכישה המקורית של לוק, הענקת זכויות קנייניות או מתן פיצוי על פי החלטות מועצת מקרקעי ישראל לשינוי ייעוד קרקעות חקלאיות מפרים את הסייג הלוקיאני.

עקרון הצדק ההיסטורי השני של נוזיק קובע כי "אדם המקבל נכס בהתאם לעקרון הצדק בהעברה מאדם אחר הזכאי לאותו נכס, זכאי לנכס זה". העיקרון מביע את תפיסתו הליברטריאנית של נוזיק כי רק העברה שנעשית מרצון היא העברה צודקת. העברות אחרות, כגון אלו המתבצעות באמצעות הטלת מס, נוטלות לדעת נוזיק את פרי מאמציו של אדם ומעבירות אותו לאחרים, ולכן אינן צודקות. חלוקה צודקת היא חלוקה המתקבלת באמצעים לגיטימיים מתוך חלוקה צודקת אחרת.

בחינה של תביעות החקלאים לקבל זכויות בעלות או מעין בעלות על הקרקע על פי עקרון הצדק השני של נוזיק תחייב לבדוק היסטורית את שרשרת הזכויות בקרקע עד החלוקה הנוכחית. עניין זה כרוך בקשיים אובייקטיביים רבים ההופכים את ההתחקות היסטורית אחר שרשרת ההעברות בקרקע מרגע רכישתה המקורית ועד עתה לבלתי אפשרית. יש לציין כי כדי לערער על הלגיטימיזציה של שרשרת העברות מספיקה הוכחה כי אחת ההעברות בשרשרת שהביאו לידי החלוקה הנוכחית היא העברה בלתי כשרה, כלומר הצגת העברה שלא נעשתה על פי עקרון הצדק ההיסטורי השני פוסלת את החלוקה הנוכחית.

מטעמים מעשיים של אי־יכולת להתחקות אחר שרשרת ההעברות עד הרכישה המקורית של הקרקע ולצורך הדיון, אתמקד בבחינת החוליות האחרונות של שרשרת ההעברות המשמעותיות שיצרו את משטר המקרקעין בישראל כפי שהוא קיים היום.

אחת ההנחות הבסיסיות ביותר של המפעל הציוני לפני הקמת המדינה הייתה שיש ליצור בעלות לאומית־ציבורית על הקרקע. מדיניות זו הוגשמה באמצעות רכישת אדמות על ידי הקרן הקיימת והחכרתן למתיישבים היהודים. תפיסה זו של בעלות ציבורית על הקרקע הייתה משותפת לכל הזרמים בתנועה הציונית, בלא הבדלי השקפות חברתיות או כלכליות.[34] הקונצנזוס בדבר בעלות ציבורית נתמך על ידי שלושה סוגי שיקולים: לאומיים־פוליטיים, לאומיים־כלכליים ולאומיים־חברתיים. השיקולים הלאומיים־מדיניים הדגישו כי בעלות יהודית על ארץ ישראל משמעותה בעלות לאומית ציבורית על הקרקע. השיקולים הלאומיים־כלכליים התמקדו בכך שבעלות פרטית על הקרקע פוגעת ב"עבודה עברית" ומעודדת "עבודה ערבית" וכן שבעלות ציבורית על הקרקע גם מבטיחה את הבעלות היהודית על הקרקע. הבטחת בעלות כזו נתונה בספק כאשר הקרקע היא בבעלות פרטית, כיוון שבעלים פרטיים עלולים להתפתות למכור את הקרקע שבבעלותם למי שאינם יהודים וכך לפגוע במפעל הציוני. בעלות ציבורית גם תעודד השקעה בקרקע ואילו בעלות פרטית מעוניינת רק להגדיל את רווחיה. החכרת הקרקע בדמי חכירה נמוכים ממחיר השוק נתפסה כסיוע למתיישבים, מעין סובסידיה לאלה המממשים את מטרות המוסדות הלאומיים. מטרת השיקולים החברתיים הייתה למנוע רווחים ספקולנטיים מסחר

34. לתיאור משטר המקרקעין בישראל לפני הקמת המדינה ודיון בשיקולים השונים שתמכו במשטר של בעלות ציבורית על הקרקע ראו: יעקב מצר, **הון לאומי לבית לאומי 1919–1921** (הוצאת יד יצחק בן־צבי, תשל"ט), 40-53.

בקרקע, ספקולציות העלולות לגרום ליצירת פערים חברתיים גדולים. עם כל זאת יש לציין כי עד מלחמת העצמאות רק שטח קטן ממדינת ישראל היה בבעלות יהודית. השינוי המשמעותי בבעלות על הקרקע התרחש לאחר מלחמת תש"ח והקמתה של מדינת ישראל.

בסיום מלחמת תש"ח שלטה מדינת ישראל בשטח של כ-20.5 מיליון דונם, אולם השטח שהיה בבעלות רשמית של המדינה, הקרן הקיימת לישראל ובעלים יהודיים פרטיים הגיע רק לפחות משלושה וחצי אחוזים.[35] גירוש ועזיבה של מרבית הפלסטינים שהתגוררו בשטח שבו קמה מדינת ישראל והגעתם של כשבע מאות אלף יהודים מאירופה ומארצות האיסלם יצרו מציאות דמוגרפית ומשטר מקרקעין חדשים ושונים לחלוטין מאלו שלפני המלחמה.[36] באמצעות חקיקה חדשה והפקעת קרקעות עוצב בישראל משטר קנייני חדש שבסיומו היו בבעלותם של מדינת ישראל והלאום היהודי (הקרן הקיימת לישראל) בשליטתם ובניהולם, קרוב ל-93 אחוזים משטח מדינת ישראל. ההערכה היא כי גודל הקרקעות שהיו בבעלות ובשליטה ערבית־פלסטינית לפני המלחמה בתחומי מדינת ישראל נע בין 4.2 ל-5.8 מיליון דונם.[37] רכוש הפליטים הועבר לבעלות ציבורית יהודית. כמו כן הופקעו בין 40 ל-60 אחוזים מן האדמות שהיו ברשותם של ערבים פלסטינים שנשארו אזרחי מדינת ישראל. בתחילה נעשתה העברת הקרקעות בלא גיבוי חוקי וכן באמצעות חוקי חירום, ורק בשנות החמישים החלה הסדרה חוקית של העברות קרקעיות אלו.[38]

ההקצאה של אדמות המדינה לקבוצות האוכלוסייה השונות לא נעשתה על בסיס שוויוני. האוכלוסייה הערבית הודרה מחלוקה זו והקצאת הקרקעות לקבוצות אוכלוסייה שונות נעשתה על בסיס ותק ואתניות. אי־השוויון בהקצאת הקרקע היה בין קבוצת המייסדים, רובה המכריע ממוצא אשכנזי, שהייתה קשורה לתנועת העבודה, ובין קבוצת המהגרים,

---

35. עד הקמת המדינה רק כ-8.5 אחוזים מאדמות המדינה היו בבעלות יהודית. ראו יוסי יונה, יצחק ספורטא, "מדיניות קרקע ודיור: מגבלותיו של שיח האזרחות", **תיאוריה וביקורת**, 16 (2000) 129.

36. לתיאור גיבוש משטר המקרקעין לאחר מלחמת תש"ח ראו אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר, "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי", **תיאוריה וביקורת** 16 (2000) 67. וכן אלכסנדר (סנדי) קדר ואורן יפתחאל, **דו"ח מחקר מספר 4: הקרקעות החקלאיות בישראל לקראת סוף האלף: היבטים היסטוריים, משפטיים וחברתיים** (אוניברסיטת חיפה, המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה, 1999), 3-11.

37. סנדי קדר, "זמן של רוב זמן של מיעוט: קרקע, לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 665, בעמ' 682-683.

38. ההסדרה נעשתה באמצעות חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, ס"ח 86, וחוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ג-1953, ס"ח 58. מאמצע שנות החמישים הועברו קרקעות נוספות לידי המדינה באמצעות "הסדר מקרקעין" ובשלב מאוחר יותר הוגבלו השימושים של האוכלוסייה הערבית בקרקע. לתיאור מפורט של העברת אדמות בבעלות ערבית למדינה, רשות הפיתוח והקרן הקיימת לישראל, ראו יפתחאל וקדר (לעיל, הערה 36), בעמ' 77-81. וכן קדר ויפתחאל (לעיל, הערה 36), בעמ' 6.

רובה המכריע ממוצא מזרחי. ההקצאה העדיפה את הוותיקים על החדשים, את הקיבוצים על פני המושבים, את המושבים הוותיקים על פני מושבי העולים, את ההתיישבות העובדת על פני עיירות הפיתוח ושכונות דיור ציבורי בערים הגדולות.[39] אי־השוויון בין הקבוצות ניכר לא רק בשטח ההקצאה אלא גם בתנאי ההקצאה ובהסדרים המשפטיים שהסדירו את זכויות חברי הקבוצות השונות. לאזרחים הערבים כמעט לא הוקצתה קרקע, ומחלק מהם נלקחה הקרקע כיוון שזכאות האזרחים הערבים לקרקע לא עמדה בדרישות הפורמליות של דיני ההתיישנות. לדיירי דיור ציבורי בשכונות פיתוח ועיירות פיתוח הוקצתה קרקע בתנאי שכירות קצרת מועד ואילו ביישובים הוותיקים פרקטיקות והחלטות מנהליות אפשרו לחזק את זכויותיהם של חברי המושבים והקיבוצים שחלקם הוגדרו כבני רשות. במושבים גם הוכר מעמדו של "בן ממשיך", מעמד המאפשר העברה בין דורית של חלק מהקרקע.

אם כן, חלק מההסדרים שהביאו לידי כינון משטר המקרקעין לאחר הקמת המדינה אינם עומדים בדרישות עקרון הצדק השני של נוזיק – עקרון הצדק בהעברה. חלוקת הקרקע הנוכחית אינה צודקת כיוון שהיא לא התקבלה באמצעים לגיטימיים מתוך חלוקה צודקת אחרת. חלק מההעברות היו בלתי רצוניות וכפויות. בנוסף, גם אם מניחים שניתן להצדיק את השתלטות המדינה על הקרקעות לאחר מלחמת תש"ח, הרי יש טעמים להתנגד להקצאה הבלתי שוויוניות והמפלה שהתרחשה אחריה. לכן הענקת זכויות בעלות או מעין בעלות לחקלאים על הקרקע רק תנציח ותחמיר את אי־השוויון ההתחלתי. תביעות החקלאים, שחלק מטענותיהם נשען על תפיסה של צדק היסטורי, אינן עומדות בדרישותיה של תורת הזכאות של נוזיק.

עקרון הצדק ההיסטורי השלישי של נוזיק קובע כי שום אדם אינו זכאי לנכס, אלא אם קיבלו לפי (1) או (2). העיקרון השלישי הוא עיקרון של צדק מתקן. משמעות העיקרון השלישי היא שהעברות שלא התבצעו על פי שני העקרונות הראשונים של צדק היסטורי הן בלתי צודקות ומכאן החובה לתקן את העיוותים. נוזיק לא מבהיר כיצד מבחינה מעשית צריך לדעתו להתבצע תיקון אי־הצדק ההיסטורי, אולם ברור שמבחינה מוסרית הענקת זכויות בעלות או מעין בעלות בקרקע לחקלאים אינה מתקנת את אי־הצדק ההיסטורי ולא זו בלבד אלא משעתקת ומחזקת אותו. אימוץ עקרון הצדק ההיסטורי השלישי של נוזיק היה מחייב שינוי דרסטי של חלוקת הקרקעות הקיימת, שינוי שהיה יוצר מערך זכויות קנייניות שונה לחלוטין שלא היה מעניק בהכרח זכויות בעלות על הקרקע רק לחקלאים היהודים.

ג. ההצדקות התועלתניות לזכויות החקלאים

1. הצדקות תועלתניות לזכות הקניין

התכנון הריכוזי המונופוליסטי נכשל בעולם והביא עמו הרס וחורבן של כלכלות ושכבות ציבור שלמות בקרב העמים. המדינות הדמוקרטיות המערביות בדור הזה חרתו על דגלן את

39. לתיאור אי־השוויון בהקצאת קרקע ראו יפתחאל וקדר (לעיל, הערה 36), בעמ' 81-85. וכן קדר ויפתחאל, (לעיל, הערה 36), בעמ' 9-11.

חופש היוזמה והתחרות. במסגרת מדיניות זו נמשכו ניסיונות ההפרטה ופתיחת הצעות שוק המקרקעין ליזמות בעיר ובכפר, על בסיס של הפרטה חברתית.[40]

התביעה של החקלאים לקבל זכויות קנייניות של בעלות על הקרקע, או לחילופין, לקבל פיצוי על פי החלטות מועצת מקרקעי ישראל הנוגעות לשינוי ייעוד קרקע חקלאית, שעמדו לדיון ב"בג"ץ הקשת", מלווה גם בהצדקות תועלתניות.[41]

התועלתנות בוחנת את מוסריותו של מעשה או כלל על פי תרומתו לתועלת הכללית, או על פי גרסת התועלתנות הקלאסית – תרומתו למרב התועלת למרב האנשים. מערכת חוקית הפועלת על פי העיקרון התועלתני חייבת להציב כתכלית החוק את תועלת הכלל.[42] על פי הטיעון התועלתני, כדי להגשים את אושרו, כל אדם צריך לרכוש משאבים שונים, להחזיק בהם, להשתמש בהם או לצרוך אותם. איש אינו יכול להיות בטוח בשליטתו באותם משאבים בלא מוסדות וכללים חברתיים וכלכליים שיבטיחו את יכולתו לשלוט בהם. בלבם של המוסדות והכללים הללו ניצבת מערכת זכויות קנייניות. מערכת הזכויות הקנייניות הכרחית כדי לאפשר לבני אדם לממש את אושרם.[43] אחד הוגים המרכזיים ביותר של תורת התועלתנות הוא ג'רמי בנתאם. בנתאם פיתח תורה תועלתנית הדוניסטית שזיהתה אושר עם תחושת תענוג והיעדר כאב, הוא סבר שכדי שחברה תגיע למצב שבו ייהנו מרב האנשים ממרב האושר, על החברה להבטיח כמה תנאים: שוויון, ביטחון, אמצעי מחיה ועושר.[44]

הטעם לדרישת השוויון על פי בנתאם אף הוא תועלתני. לדעתו תוספת של עושר לעניים מגדילה את האושר הכללי יותר מהוספת אותה כמות עושר לעשירים. האושר כפוף לחוקיות עקרון התועלת השולית הפוחתת. מצב של שוויון מוסיף יותר לאושר הכללי ממצב אי־שוויון. בנתאם מתנגד להתערבות המדינה בהשגת השוויון. לדעתו השוויון יושג בלא התערבות זו כיוון שגם אנשים חסרי קניין רואים את עצמם כמועמדים פוטנציאליים לצבירת עושר בעתיד.

---

40. תגובה לעתירה (לעיל, הערה 18), בעמ' 92.

41. הצדקה תועלתנית מפורטת של זכויות קנייניות של החקלאים בקרקע באות לידי ביטוי מפורט בחוות דעתו של פרופ' רון שפירא (לעיל, הערה 18), בעמ' 9-14. הצדקות תועלתנית עולות במובלע בטיעוניהם של חלק מהמשיבים לעתירה ובדיון הציבורי במדיניות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית.

42. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (University of London, 1970), 12). לתיאור הצדקה תועלתנית של זכות הקניין, כמו גם הצדקות אחרות ראו גם יהושע ויסמן, **דיני קניין – חלק כללי** (נבו, תשס"ג), 21-23.

43. לניסוח טיעון זה בדבר הגנה תועלתנית על זכות הקניין ראו, Lawrence C. Becker, *Property Rights, Philosophic Foundation* (Boston, London, 1977), 57-59. טיעונים תועלתניים לתמיכה בזכות הקניין מצויים כבר אצל אריסטו. ראו אריסטו, **הפוליטיקה לאריסטו** (ספר 3, חברה להוצאת ספרים על־יד האוניברסיטה העברית, תרצ"ו), בפרק 5, וכן אצל דיויד יום בספרו. ראו דיויד יום, **מסכת טבע האדם** (ספר שלישי, האוניברסיטה העברית, תשי"ד), בחלק השני.

44. לפירוט הטיעון של בנתאם וביקורת עליו ראו: Alan Carter, *The Philosophical Foundations of Property Rights* (Hemel Hempstead: Prentice Hall, 1989), 51-64.

תנאי הביטחון שמציב בנתאם נועד להבטיח את זכותו של כל אדם ליהנות מפירות מאמציו. הדרך להבטיח זו היא על ידי יצירת זכות קניין שתבטיח עושר, שוויון ומחיה לכול.

על הגנתו התועלתנית של בנתאם על זכות הקניין נמתחה ביקורת. בין היתר נטען כי בנתאם מזהה שלא בצדק את עקרון מרב האושר לכלל האנשים עם משטר שבו מעטים נהנים ממרב השליטה במשאבים חומריים ושליטה בחייהם של אחרים. בנתאם, נטען, מתעלם מכך שמציאות שבה מעט אנשים שולטים בקניין רב, כשלצדם חיים בדוחק המונים חסרי קניין, אינה מובילה בהכרח למימוש עקרון מרב האושר למרב האנשים. גם הנחתו של בנתאם, כי בלא עיגונה של זכות הקניין המבטיחה שאדם יזכה לפרות עבודתו לא תתבצע כל עבודה, מוטלת בספק. הביקורת המרקסיסטית מעירה בציניות, שעל פי הנחה זו העבודה בחברה הבורגנית הייתה צריכה לחדול זה זמן רב כיוון שמי שעובד, אינו זוכה לפרות מאמציו ולעומת זאת לחלק מאלה שאינם עובדים יש הכול. לדעת המבקרים, להנחתו של בנתאם שפיתוח כלכלי יביא בסופו של דבר לידי שוויון אין על מה לסמוך. במצב שבו לחלק קטן מהאנשים יש שליטה באמצעי הייצור, אי־השוויון בינם ובין האחרים רק ילך ויגדל. באופן פרדוקסלי, טוענים המבקרים, העיקרון התועלתני של מרב התועלת למרב האנשים מהווה טיעון ראוי נגד הענקת זכויות קנייניות.[45]

2. תביעות החקלאים וההצדקה התועלתנית לזכות הקניין

האם הענקת זכויות בעלות או מעין בעלות, או מתן חלק מערך הקרקע לאחר שינוי ייעודה כפיצוי עומדים במבחן התועלתנות? המניע המרכזי להענקת פיצוי לחקלאים בעת שינוי ייעוד הקרקע היה הספקת דיור לעולים החדשים שעלו מחבר העמים בתחילת שנות התשעים. לשם יצירת מנגנון מהיר להפשרת הקרקע החקלאית נדרשה הסכמת החוכרים, כי הם עלולים היו להקשות את שינוי הייעוד אלמלא יובטח להם פיצוי כספי, וכך היה עלול להיווצר מחסור חמור בדיור, דבר שהיה עלול להתבטא בהאמרת מחירי הדירות ובהיעדר פתרונות דיור זמניים לעולים החדשים.[46] כלומר המניע שעמד ביסוד מדיניות שינוי הייעוד היה תועלתני מובהק: לענות על צרכים דחופים שנגרמו עקב העלייה ההמונית לישראל ולהביא לידי הוזלת מחירי הדיור. בפועל הענקת הפיצוי לחקלאים לא עמדה במבחן

45. לביקורות אלו ואחרות ראו שם, בעמ' 52-60. להצדקות תועלתניות וביקורת עליהן ראו לעיל דיון בספרו של Becker (לעיל, הערה 43), בעמ' 59-67. ביקורת מקיפה ויסודית על התועלתנות מוצגת בספרו של Rawls (לעיל, הערה 10), בעמ' 177-178. טענתו המרכזית של Rawls היא שהתועלתנות אינה מחשיבה ברצינות את החירויות והאינטרסים של הפרט ובמקרים מסוימים מקריבה אותם על מזבח תועלת הכלל.

46. ראו ועדת מילגרום (לעיל, הערה 27), בעמ' 37. הדו"ח מציין כי מתן מענה לעולים ומניעת האמרת מחירי הדיור היו המניע המרכזי שעמד בבסיס החלטה 727 של מועצת מינהל מקרקעי ישראל. אשר להחלטות 717 ו-737, הן נועדו לתת מענה על צרכים של המגזר ההתיישבותי, חיזוק היישובים באמצעות תוספת אוכלוסייה צעירה ומענה לבנות היישוב ובניו – "בנים ממשיכים", וכן ביסוס מקורות התעסוקה ביישוב. הכוונה הייתה לחזק בעיקר את יישובי הפריפריה. לעניין זה ראו גם ועדת רונן (לעיל, הערה 27), בעמ' 10.

התועלתני, ההחלטות על פי מדיניות שינוי הייעוד לא תרמו לצורכי העלייה ואף לא להוזלת מחירי הדירות.[47] בנוסף, ההחלטה שנגעה לבנייה לצורכי תעסוקה, החלטה 717, שעל פיה נבנו מבני תעשייה ומסחר, לא קידמה יעדים של המדינה כיוון שבאותה עת, וגם כיום, אין מחסור בשטחים לצורכי תעשייה ומסחר.[48]

לסיכום, מדיניות שינוי ייעוד הקרקע בתחילת שנות התשעים לא הגשימה את המטרות שעמדו בבסיסה. מדיניות זו גם לא תרמה להגשמת מטרות ציבוריות רחבות יותר, ובהן שמירה על שטחים פתוחים, לרבות שטחים לעיבודים חקלאים, שמירה על איכות הסביבה, שימור אופי היישוב הכפרי, חיזוק המרקם העירוני הבנוי וציפופו. ועדת רונן שעסקה במדיניות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית סיכמה מדיניות זו כך: "כיום מחוסר מדיניות אחידה וברורה, שטחי חקלאות מוסבים לבנייה בצורה בזבזנית, במדיניות שאינה מניבה את מלוא התועלת הכלכלית והחברתית".[49]

מדיניות שינוי הייעוד פגעה גם בערכים חברתיים אחרים כגון עקרון השוויון, ערך שאותו העמיד בנתאם כערך מרכזי של התועלתנות. מתן פיצוי לחקלאים, שהאדמות שהוחכרו להם נמצאות באזורי ביקוש, גורם להפלייתם לטובה לעומת אזרחים אחרים שאינם חקלאים, ולעומת חקלאים אחרים שאדמותיהם נמצאות בפריפריה ולא באזורי הביקוש במרכז הארץ. בנוסף, הענקת פיצוי כספי לחקלאים בעקבות שינוי ייעוד הקרקע פוגעת בהכנסות המדינה. ככל ששיעור הפיצוי גבוה יותר כך פוחתות הכנסות המדינה אשר יכלו להתחלק בשוויון על פי עקרונות של צדק חברתי.[50]

הצדקה נוספת לטענותיהם של החקלאים, המוצגת בקטגוריית ההצדקות התועלתניות, מציעה נימוק תועלתני מעשי:

> ההצדקה הפשוטה והשכיחה ביותר למוסד הקניין הפרטי היא ההצדקה התועלתנית. בהקשר הדברים דידן מקבלת הצדקה זו לבוש מעשי ברור וחד: בהיעדר זכות למתיישבים המחזיקים בקרקע ליהנות מפירות השבחתה יש בידיהם יכולת אפקטיבית למנוע השבחה זאת, ותוצאתו הברורה של מצב דברים זה, היא שהרשויות המוסמכות תהיינה מנועות מלשקול לדיון ולאשר שינוי ייעוד הקרקע חקלאית, גם במקום ששינוי כזה הוא המעשה היעיל והנכון לרווחת הכלל המצרפית.[51]

---

47. שם, שם. וכן, ועדת מילגרום (לעיל, הערה 27), בעמ' 37-38. על פי ועדת מילגרום, מאז 1992 רק כעשרה אחוזים מיחידות הדיור ששווקו הן תולדה של מדיניות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית. מספר זה נמוך מאוד לעומת הציפיות שהיו בעת קבלת ההחלטות על אודות מדיניות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית.
48. ועדת מילגרום (לעיל, הערה 27), בעמ' 40.
49. ועדת רונן (לעיל, הערה 27), בעמ' 10.
50. ועדת מילגרום (לעיל, הערה 27), בעמ' 53.
51. שפירא (לעיל, הערה 18), בעמ' 9-10.

זהו טיעון מעשי בעייתי, כיוון שהוא שולל כל מדיניות מקרקעין חלופית שלא תישא חן בעיני החקלאים. תהא אשר תהא המסקנה המוסרית של הדיון, כל מסקנה שלא תממש את רצונותיהם של החקלאים לא תצא אל הפועל.[52] על פי טענה זו, החקלאים נהנים מכוח וטו בהליכי אישור החלטות הנוגעות למדיניות מקרקעין, ואם המדינה תחליט לנקוט מדיניות שינוי ייעוד שלא תעניק, בעיני החקלאים, פיצוי רצוי, החקלאים יסרבו לממש מדיניות זו. הנחה זו ממירה טענות מוסריות בטענות כוחניות. ההנחה של דיון מוסרי היא שהמתדיינים מקבלים עליהם כללי דיון הקובעים שרק נימוקים ערכיים ונימוקים עובדתיים נחשבים אמצעי לגיטימי ליישוב המחלוקת. שימוש בכוח, באיומים ובכפייה אינם אמצעים לגיטימיים בדיון כזה. ההנחה שבבסיס כל דיון רציונלי היא שאין ביכולתו של צד אחד לדיון לכפות בכוח את עמדותיו על האחרים. בנוסף, במשטר דמוקרטי חייבים לכאורה לציית לחוק, גם כשמתנגדים לו. הטענה שהחקלאים יסרבו לציית לחוק או למדיניות המנוגדים לאינטרסים שלהם היא בלתי לגיטימית ולכן יש להתייחס אליה כאל כל הפרת חוק אחרת.[53] מנקודת מבט תועלתנית אימוץ נורמה של הפרת חוק אינה גורמת בדרך כלל להגדלת האושר הכללי, אלא במקרים חריגים שבהם ניתן להצביע על קשר בין הפרת חוק קונקרטית לתרומה לתועלת הכלל. זה אינו המקרה שלפנינו.

ד. זכות הקניין בנגזרת מאישיות מוסרית

המשיבים, שעשו ועושים במלאכה למעלה ממאה שנה, שנים רבות לפני קום המדינה, קשרו את גורלם בגורל הארץ, הגנו על גבולותיה בחירוף נפש והפריחו את השממה, בזכותם, כמו גם בזכות אחרים, נמצאת מדינת ישראל במקום בו היא נמצאת כיום.[54] אמונת החקלאים, אנשי חזון ואידיאלים, הייתה פשוטה. הם יתמידו בעבודת האדמה כפי שדרש החזון הציוני, וברבות הימים, לאחר שיפריחו את השממה ויגיעו אל המנוחה והנחלה, יוכלו לשבת על אדמתם בביטחון.[55]

טענות אלו שייכות לקטגוריה אחרת של טיעונים – טיעונים מכוח זכאות מוסרית (desert). טיעונים אלו מבוססים על ההנחה המוסרית שאנשים אחראים למעשיהם ועל חלק ממעשיהם הם ראויים לשבח. לשבח המוסרי מתלווים פרסים והטבות. לעומת זאת, אחת התוצאות האפשריות של מעשים הראויים לגינוי מוסרי היא עונש. לכן לעתים כאשר

52. יש להדגיש כי חוות הדעת שהציג משרד המשפטים לוועדת מילגרום קבעה כי התשתית המשפטית מאפשרת שינוי ייעודה של קרקע חקלאית והשבתה למדינה תמורת הפיצוי הקבוע בחוזה החכירה בלבד. ראו ועדת מילגרום (לעיל, הערה 27), בעמ' 40.

53. לעתים תוענק, בתנאים מגבילים מאוד, לגיטימציה להפר חוק בדמוקרטיה עקב סירוב מצפוני או מרי אזרחי, כאשר החוק מהווה הפרה חמורה של עקרונות צדק בסיסיים או צווים מוסרים אישיים. אולם הטיעון התועלתני לא מתבסס בהקשר זה על עקרונות או צווים שכאלה.

54. ראו שפירא (לעיל, הערה 18), בעמ' 2.

55. שם, בעמ' 9.

אדם עושה מעשה מוסרי, שהוא אינו מחויב לעשותו ומעשהו מוסיף ערך לחייהם של בני אדם אחרים, הוא ראוי לקבל פרס או הטבה. כאשר עבודתו של אדם מוסיפה ערך לאחרים, ההטבה שתבוא בעקבות עבודה זו יכולה להיות הענקת זכויות קנייניות במשאבים שהעבודה הוסיפה לערכם. קיימת דרישה שההטבה תהיה פרופורציונלית לערך המוסף שהוסיפה העבודה למשאב.[56]

בעוד שיקולי תורת העבודה של הקניין וטיעונים תועלתניים מספקים הצדקות כלליות לזכות הקניין, טיעוני זכאות ואישיות מוסרית מעלים סוג אחר של שיקולים, שיקולים הקובעים מי ראוי לזכות בזכויות הקנייניות.[57]

טיעונים מכוח זכאות מעלים קשיים מספר. השבח המוסרי והענקת הזכויות הקנייניות מותנים בתוספת הערך שהמעשה הוסיף לחייהם של אחרים. אולם ייתכן שהענקת זכות קניינית במשאבים תגרום דווקא להרעה במצבם של אחרים. עניין זה חמור במיוחד כאשר תוספת הערך מתווספת למשאב נדיר הנמצא במחסור כגון קרקע. הענקת זכויות קנייניות בקרקע בעד עבודה עלולה לגרום להרעה במצבם של אחרים, ובהם המדינה, שנשללה מהם האפשרות ליהנות מהשימוש בקרקע.

קושי נוסף נוגע לדרישת הפרופורציונליות, הקובעת כי ההטבה חייבת להיות פרופורציונלית לתוספת הערך. ניתן לפקפק באפשרות הביצוע של הנחיה זו. לא ברור אם ניתן למדוד במדויק את תרומתו היחסית של כל פרט לתוספת הערך החברתי או הערך האחר שתרומתו הוסיפה למשאב.[58] בנוסף, תרומה שיש בה תוספת ערך תלויה במקרים רבים בכישרונו, הכשרתו וגורמים אחרים שאינם תלויים בפרט דווקא, גורמים שהם במידה

---

56. טיעון זה מוצג על ידי Becker (לעיל, הערה 43), בעמ' 49-56. ההצדקה מכוח זכאות מוסרית קרובה להצדקה הנובעת מעקרון הצדק "התמורה על פי התרומה", עקרון צדק הקובע כי חלוקת המשאבים צריכה להיעשות על פי עקרון התרומה החברתית שכל אחד מאנשי החברה תורם לאותה חברה.

57. לטיעונים המבוססים על אישיות מוסרית וזכאות, ראו Becker (לעיל, הערה 43), בעמ' 81-87. וכן Carter (לעיל, הערה 44), בעמ' 26-37.

58. הביקורת על החלת עיקרון זה עלתה בהשוואה בין ההטבות הניתנות לחקלאים ובין זכויותיהם של דיירי הדיור הציבורי. כותבת נועה וסרמן: "עד היום לא ניתנה תשובה אמיתית לשאלה מדוע מתקיימת אפליה בין שני עולים, שהגיעו ארצה יחדיו, כשאחד מהם קיבל בית ונחלה במושב והשני דירת עמידר. עם הראשון המדינה מוכנה להיטיב בלי קשר למצבו הסוציאלי, ומההטבות לשני היא מסתייגת". ראו יונה וספורטא (לעיל, הערה 35), בעמ' 138. משה פרל מבקר אף הוא את החלת העיקרון: "הלוגיקה הזו... תוביל מן הסתם לאבסורד. אם הקריטריון לחלוקת משאבי קרקע של המדינה נמדד לפי התרומה למדינה, אז קדימה: ניתן קצת קרקעות למי שהלך לעיירות פיתוח, נחלק קצת מגרשים לאלה שעושים מילואים ולא משתמטים, נרשום בטאבו כמה נכסים לטובת אלה שהסכימו לגור למעננו ביישובי העימות, ואולי גם ננצל את ההזדמנות כדי לפצות אוכלוסייה מקופחת כמו נשים, יוצאי עדות המזרח וכיו"ב". ראו יונה וספורטא (לעיל, הערה 35), בעמ' 139.

רבה תוצאה של מקריות ומזל, גורמים שאין לפרט שליטה בהם ולכן לא ברור מדוע יש הצדקה להעניק הטבות על סמך נסיבות מקריות ומזל.

אולם גם אם ננית כי הפרט זכאי להטבה כגון הענקת זכויות קנייניות בקרקע, הרי גם במקרה כזה אין הכרח שהזכויות הקנייניות הללו יהיו זכויות בעלות או שליטה דווקא ולא זכויות קנייניות חלשות יותר כגון זכויות שימוש. אין גם הכרח שהשבח המוסרי יבוא לידי ביטוי בהענקת זכויות קנייניות דווקא ולא בדרכים אחרות. השבח המוסרי לעבודתו של אדם יכול להתבטא באופנים שונים כגון סטטוס חברתי יוקרתי, הכרת תודה או ביטויים אחרים של שבח חברתי שאינם בהכרח חומריים.

תביעות החקלאים לקבל זכויות קנייניות בקרקע נשענות, בין היתר, על הצדקות מכוח זכאות מוסרית: חלוציות, הפרחת השממה, שמירה על הקרקע, הגשמת החזון הציוני ועוד. כל אלה הן לטענתם פעולות הראויות לשבח מוסרי שהפרס בצדן צריך להיות הענקת זכויות בעלות על הקרקע החקלאית. אולם הנחתם כי ישיבתם על הקרקע ועיבודה יצרו תוספת ערך לחייהם של אנשים אחרים, שנויה במחלוקת. הנחה זו ודאי אינה מקובלת על רבים מאזרחיה הערבים של מדינת ישראל, כמו גם על חלק מהאזרחים היהודים. אזרחים אלו סבורים שחלוקת הקרקעות, בעיקר זו שבוצעה לאחר קום המדינה, הייתה בלתי שוויונית ומפלה ולא הטיבה את מצבם. גם אם ננית שישיבה על הקרקע ועיבודה הם מעשים בעלי ערך מוסרי, עדיין ההטבה או הפרס חייבים להיות פרופורציונליים לערך המוסף שהוסיפה העבודה לקרקע. הענקת זכויות בעלות או מעין בעלות בקרקע יכולה להיחשב להטבה מופרזת בלתי מוצדקת. ייתכן שהענקת הטבות חומריות מסוג אחר, או זכויות קנייניות חלשות יותר כגון זכויות שימוש בקרקע או אפילו הכרת תודה או הסטטוס החברתי היוקרתי שהיה מנת חלקם של חלק גדול מן המתיישבים שנים רבות הם בגדר מענה ראוי לזכאותם המוסרית. גם אם נכיר בזכאותם המוסרית של המתיישבים, ייתכן שקיימים שיקולים אחרים כבדי משקל כגון שיקולי שוויון או צדק חברתי, שיקולים שאותם מזכיר בית המשפט בפסק הדין, המטים את הכף שלא להעניק זכויות קנייניות למתיישבים בשל זכאותם המוסרית.

ה. הקצאת קרקע וצדק חלוקתי בתפיסת בית המשפט העליון

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, בייחוד לנוכח הסכנה שהחלוקה תטיב רק עם קבוצות לחץ מאורגנות היטב.[59]

קבלת העתירה בפרשת "הקשת הדמוקרטית המזרחית" יצרה התרגשות ציבורית. מלבד התוצאות המעשיות של פסק הדין, שביטלו את החלטות מועצת מינהל מקרקעי ישראל, נוצר הרושם שאקטיביזם שיפוטי בלבוש פרוגרסיבי חדש חדר אל התחום החברתי־כלכלי, שהשופטים יצרו חידוש הלכתי מרחיק לכת באמצעות עיגון עקרונות צדק חלוקתי בכללים

59. בג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1), בעמ' 66.

משפטיים חדשים. מהדיון הציבורי שהתעורר בעקבות פסק הדין נוצר הרושם שבית המשפט פיתח תפיסה מהותית של צדק חלוקתי המתנגדת להקצאות בלתי שוויוניות ומפלות של טובין חברתיים הפוגעות בקבוצות חלשות. אולם קריאה מדוקדקת בפסק הדין מראה כי פסק הדין מוגבל מאוד בהשלכותיו על חלוקה של משאבים חברתיים וכלכליים בחברה הישראלית ושמושג הצדק החלוקתי שבבסיס פסק הדין הנו מצד אחד צר מדי ומצד אחר כללי מדי. פסק דין זה אינו מבשר מהפכה בתפיסת הצדק החלוקתי שמקדם בית המשפט העליון, בייחוד מאז חקיקת חוקי היסוד.

בחינה של עמדת בית המשפט כלפי ההצדקות המוסריות העקרוניות שהעלו החקלאים מגלה שאל חלק מהן אין בית המשפט מתייחס כלל ואילו אל האחרות הוא מתייחס בקצרה, בעקיפין ובאופן כללי. בית המשפט אינו מקבל את טענת החקלאים שהזכויות הקנייניות שלהם בקרקע מעוגנות בתורת העבודה של הקניין. בית המשפט מאזכר טענה זו כאשר הוא מציג את עמדת העותרים והמשיבים אולם אינו דן בה כלל.[60] נקודת המוצא של בית המשפט היא שהקרקע היא קניינה של המדינה, וכי ההחלטות לשינוי ייעוד הקרקע החקלאית נועדו לשמש תמריץ לחקלאים להסכים לשינויי הייעוד ואין בהחלטות אלו משום הכרה בזכויותיהם הקנייניות של החקלאים באותה קרקע. החקלאים חכרו את הקרקע מהמדינה ובכל מקרה של שינוי ייעוד הבעלים (המדינה) זכאים לקבל את הקרקע כנגד תשלום פיצויים כמוסכם בחוזה החכירה. השופט אור מתנגד לקביעת גובה הפיצוי באחוזים מהשווי החדש של הקרקע כיוון ש"קביעת ההטבה באחוזים מהשווי החדש של הקרקע יוצרת מעין זכות משותפת ליהנות משינוי הייעוד, להבדיל ממה שהמדינה מתכוונת אליו והוא מתן הטבה לחוכר, כדי לזכות בשיתוף פעולה שלו לשינוי מזורז של יעוד הקרקע ולהעמדתה המזורזת למטרות בנייה".[61] לדעת השופט, החקלאים אינם שותפים בבעלות ולא בזכות ליהנות משינוי הייעוד.

אשר להצדקות הנובעות מאישיותם המוסרית ותרומתם לחברה בישראל שמעלים החקלאים, בית המשפט נוקט עמדות סותרות כלפי טיעון זה. מצד אחד הוא מכיר באופן כללי בזכויות הנובעות מתרומתם של החקלאים למפעל הציוני, אבל טוען שטובות ההנאה שניתנו לחקלאים על פי ההחלטות בדבר שינוי ייעוד הקרקע חרגו מתחום הסבירות.[62]

---

60. "לחלק מהמשיבים יש גם טענה שבזכות היות חלק מהיישובים כובשי הקרקע שהחכירו להם ולאור פעולותיהם בקרקע – טיובה, שמירה עליה במשך תקופה ארוכה – זכויותיהם אינן מתמצות באלה הנובעות ממילותיו של חוזה החכירה", שם, בעמ' 60.

61. שם, בעמ' 71.

62. "בענייננו עלתה השאלה מה משקל יש לתת לזכויות של ההתיישבות החקלאית על מסגרותיה השונות על רקע תרומתה ההיסטורית למדינה ולביטחונה. אכן, אין לחלוק על חשיבות תרומתה של ההתיישבות החקלאית לארץ־ישראל ולמדינת ישראל. המתיישבים החקלאיים עיבדו את קרקעות המדינה תקופה ארוכה כשהם חדורי אידיאולוגיה ונכונות לתרום למפעל הציוני. רבים מן הישובים החקלאיים הוקמו כיישובי ספר אשר התוו את גבולות המדינה, שמרו עליהם והקנו לתושבים במרכז הארץ ביטחון. המתיישבים החקלאיים תרמו אף

אולם מצד אחר, בית המשפט פוסל את האפשרות להביא בחשבון שיקולים מסוג זה כבסיס לקביעת שיעור הפיצוי עקב שינוי ייעוד הקרקע החקלאית, כאשר הנימוק לפסילה הוא שאימוץ עמדה כזו תיצור הפליה בין קבוצות חקלאים המתגוררים באזורים גאוגרפיים שונים.[63]

אשר לשיקולים תועלתניים שמעלים החקלאים להצדקת זכויותיהם בקרקע, בית המשפט דוחה את טענותיהם, ובהסתמכו על דו"ח ועדת מילגרום הוא מציג שיקולים תועלתניים אחרים, המנוגדים לאלה שמציגים החקלאים. שיקולים אלו הם בעיקר תכנוניים כמו הצורך לשמור על שטחים פתוחים מצד אחד ולעודד פיתוח עירוני בערים הגדולות מצד אחר.[64]

תפיסת הצדק שאימץ בית המשפט בפסק הדין הנה בעיקרה תפיסה של צדק נוהלי טהור.[65] על פי תפיסה פרוצדורלית זו, אין שום קריטריון, מלבד ההסתמכות על הליכי החלוקה עצמם, שיכול לקבוע מהי תוצאתה הצודקת של חלוקה. נהלים צודקים הם הערובה היחידה לכך שתוצאת החלוקה שתתקבל תהא צודקת.

בית המשפט, בהסתמכו בעיקר על המלצות ועדת מילגרום, קבע כי החלטות מועצת מקרקעי ישראל מהוות סטייה מהליכי צדק נוהלי טהור בכך שהן פוגעות בעקרון השוויון ומפלות בין המגזר החקלאי למגזרים אחרים באוכלוסייה מצד אחד, ובין החוכרים החקלאיים בינם ובין עצמם מצד אחר. עוד קבע בית המשפט כי "התוצאה של קבלת סכומי פיצויים כה שונים למי ששווי זכויותיהם בקרקע דומה, קשה היא. היא יוצרת הרגשה קשה של הפליה".[66] ההחלטות מעניקות זכויות יתר למגזר החקלאי לעומת המגזר העירוני ולייישובים חקלאיים במרכז הארץ לעומת יישובים חקלאיים בפריפריה. לדעת בית המשפט, ההחלטות מבוססות על עיקרון פסול הקושר את גובה הפיצוי שמקבל חוכר הקרקע לערכה של הקרקע לאחר שייעודה שונה. בנוסף, העובדה שהפיצוי ניתן באחוזים ולא בסכומים

לפיתוח החקלאות והתוצרת הישראלית. איש לא חלק על זכויות אלה, גם לא העותרים בבג"ץ 244/00 בסיכומיהם. אך השאלה היא מה משקל יש לתת לזכויות אלה ואם ההחלטות שבהן עסקינן לא חרגו מכל מסגרת סבירה בטובות ההנאה שהעניקו לחוכרים ביישובים החקלאיים". שם, בעמ' 64.

63. "גם התרומה, ככלל, של אנשי יישוב בצפון הארץ למדינה אינה פחותה מזו של אנשי יישוב במרכז הארץ. והנה, כשמתעורר צורך לשנות את ייעוד הקרקע, קיים שוני גדול בין השניים: האחד זכאי לקבל על־פי ההחלטה פיצוי של שיעור מסוים משווי קרקע למגורים באזור המרכז, והאחר – משוויה של הקרקע למגורים באזור הגליל העליון. אין צורך לומר ששווי קרקע באזור המרכז עולה פי כמה על זה של קרקע שבאזור הצפון הרחוק. מבחינת המצב המשפטי הנחתנו היא שלשניים אין זכות ליהנות משינוי הייעוד של הקרקע. שניהם זכאים לפיצויים על־פי חוזה החכירה ופיצויים אלה אינם קשורים בעליית ערך הקרקע עקב שינוי ייעודה". שם, 71-72.

64. שם, בעמ' 68-69.

65. להבחנה של Rawls בין שלשה הליכי חלוקה צודקים: צדק נוהלי שלם, צדק נוהלי בלתי שלם וצדק נוהלי טהור ראו: Rawls (לעיל, הערה 10), בעמ' 85-86.

66. בג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1), בעמ' 72.

אבסולוטיים אינה מאפשרת לכמת ולקבל תמונה של סכום הפיצויים הכולל שתיתן המדינה לחוכרי הקרקע, דבר המביא לידי הענקת פיצויים מוגזמים לחקלאים.[67] הענקה של פיצויים מוגזמים לסקטור מצומצם ומוגדר עלולה לעורר מתחים חברתיים בין קבוצות חברתיות שונות. ההחלטות גם פוגעות בעקרון המידתיות, בשל הקצאה של שטחים גדולים מדי לשם תעסוקה ולצורכי מגורים ביישובים חקלאיים. ההחלטות פגעו לא רק בעקרון השוויון אלא גם בעקרון שוויון ההזדמנויות, למשל, כאשר הן נתנו מענה לצורכי התעסוקה של יישובים חקלאיים ולא נתנו פתרון לצורכי התעסוקה של המגזר העירוני. מתן הטבות כזה אינו רק פוגע בשוויון ההזדמנויות אלא גם בחופש העיסוק. ההטבות פוגעות בחופש התחרות ומעניקות יתרון למתחרה אחד לעומת רעהו. בית המשפט גם מבחין בין שיקולים ראויים ורלוונטיים ובין שיקולים זרים בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל. שיקול מועצת מינהל מקרקעי ישראל המביא בחשבון במדיניות שינוי ייעוד הקרקע את מצבם הכלכלי והכספי הקשה של החקלאים, הנו שיקול זר ובלתי ראוי החורג ממסגרת הסמכות שהוקנתה למועצה.[68] בפסק הדין שיקולי הצדק החלוקתי אינם השיקולים שפסלו באופן ישיר את ההחלטות. ההנמקה המשפטית שהעניק בית המשפט לפסילת ההחלטות הנה אי־עמידה במבחן הסבירות, ששיקולי הצדק החלוקתי הם רק חלק מהשיקולים המכוננים אותו, אי־עמידה המביאה לידי ראיית ההחלטות כבלתי חוקיות.[69]

יש להדגיש כי השימוש בסבירות כאמת מידה לבחינת ההחלטות חורגת במידה מסוימת מתפיסת צדק נוהלי טהור ומחדירה אליה שיקולים תוצאתיים שעל פיהן נבחנות ההחלטות באמצעות אמות מידה כ"מתחם הסבירות" ו"אי־סבירות קיצונית". בית המשפט קבע כי החלטות מנהליות כגון אלו שקיבלה מועצת מקרקעי ישראל בעניין שינוי ייעוד הקרקע, שתוצאותיהן חורגות מתחום זה, הופכות את ההחלטות לבלתי חוקיות.[70] כפי שנטען בעבר על ידי אחרים, מושג ה"סבירות" הוא מושג עמום ושנוי במחלוקת המחדיר להחלטות המשפטיות שיפוטים ערכיים שלעתים לא ניתן לעמוד טיבם.[71] וכך תוצאה מרכזית של

---

67. שם, בעמ' 75.

68. שם, בעמ' 74.

69. שם, בעמ' 74-79. ראו גם אריאל בנדור, "צדק חלוקתי בפסק־הדין בפרשת הקרקעות – על שיקולים זרים, סבירות והזכות לקניין", **משפט וממשל: תקצירי הכנס בנושא צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"צ הקשת הדמוקרטית המזרחית ואחרים נ' מינהל מקרקעי ישראל ואחרים** (סנדי קדר ונויה רימלט – עורכים, אוניברסיטת חיפה, תשס"ג) 16.

70. הגדרת טווח תוצאות שהליכי חלוקה צודקים צריכים להימצא בתוכו הולם את ההגדרה של הליך חלוקה ש-Rawls מכנה "צדק נוהלי בלתי שלם". ראו: Rawls (לעיל, הערה 10), בעמ' 85-86.

71. לביקורת מושג הסבירות ראו רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול־דעת ככוח שיפוטי", **תיאוריה וביקורת** 5 (1994) 7, וכן מנחם מאוטנר, "הסבירות של הפוליטיקה", **תיאוריה וביקורת** 5 (1994) 25, וכן אורית קמיר, "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של "האדם הסביר" ו"הישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס", **פלילים** ו (תשנ"ח) 137.

פסק הדין היא שאי־חוקיות החלטות המינהל נובעת מיישום אמות מידה לא מוגדרות כראוי והנגזרות מהעילה הרחבה "סבירות" ומהמושג "צדק חלוקתי" הנכלל בגדרה.[72]

כאמור, מושג "הצדק החלוקתי" העולה מפסק הדין הוא זהיר וצר ודברי השופט אור מנוסחים באופן כללי ביותר ומתעלמים מהאפיונים החברתיים, התרבותיים, העדתיים, הכלכליים והאידאולוגיים של הצדדים המרכזיים למחלוקת המשפטית. העימות שהוביל לעתירה בעניין שינוי ייעוד הקרקע החקלאית היה עימות סוער הנמשך זה שנים מספר, עימות המלווה בוויכוחים ציבוריים לוהטים בעיתונות הכתובה והאלקטרונית, דיונים אקדמיים והפגנות סוערות, עימות המייצג שסעים מרכזיים החוצים את החברה הישראלית. זהו עימות בין מזרחים לאשכנזים, בין חברי קיבוצים ומושבים לעירוניים, תושבי שכונות ועיירות פיתוח, בין "ישראל הראשונה" ל"ישראל השנייה", בין בעלי תפיסות סוציאל־דמוקרטיות ובין אלה המעוניינים בהפרטת הקרקע.[73]

בצדו האחד של המתרס עומדת העותרת, תנועה חברתית על־מפלגתית וחוץ־פרלמנטרית המורכבת מ"נשים וגברים בנות ובני הדור השני והשלישי של יוצאי ארצות ערב והמזרח",[74] המוחים על חלוקה ראשונית בלתי צודקת שהקצתה אדמות חקלאיות כשהיא מפלה בין יהודים ובין ערבים, בין קיבוצים ומושבים ותיקים ובין תושבי עיירות פיתוח ודיירים בדיור הציבורי, שעיקר אוכלוסייתם מזרחית. העותרת מתארת את עצמה

---

72. יש לציין כי בבג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1) קבע בית המשפט כי על מועצת מינהל מקרקעי ישראל לקבוע הוראות מעבר שיחולו על עסקאות אשר החלו בקידומן לפני ביטול ההחלטות בפסק הדין. מועצת המינהל הקימה ועדה (ועדת זכאי) שאת המלצותיה היא דחתה ולאחר מכן הקימה ועדת נוספת (ועדת ניסים) שאת המלצותיה קיבלה המועצה. הוראות אלו אפשרו לקיים את מרבית העסקאות אשר קידומן החל לפני מתן פסק הדין. לאחר התנגדות היועץ המשפטי לממשלה להוראות המעבר של ועדת ניסים קיבלה המועצה הוראות מעבר חדשות, מצומצמות יותר, החלות על מספר עסקאות קטן יותר. על רקע זה עתרה מצד אחד "הקשת הדמוקרטית המזרחית" נגד היקפן הרחב של הוראות המעבר, וקיבוץ כפר עזה ויישובים אחרים נגד היקפן המצומצם מדי של ההוראות – בג"ץ 10934/02 **קיבוץ כפר עזה אגודה להתיישבות חקלאית שיתופית נ' מינהל מקרקעי ישראל** (טרם פורסם). בית המשפט דחה את העתירה ואת טענות שני הצדדים באמצו את הפרמטרים שעליהם הושתתו הוראות המעבר. הפרמטר האחד היה ההסתמכות והפרמטר השני – התקדמות הליך התכנון. ב"הסתמכות" הכוונה היא לכך שכאשר המצגים שהציג המינהל לחוכרי הקרקע והיזמים מהווים התחייבות חוזית תקפה, חלות הוראות המעבר על מי ששינה את מצבו לרעה בעקבות מצגים אלה. אשר לפרמטר התכנון, הכוונה היא למקרים שבהם המצגים שהציג המנהל לחוכרי הקרקע וליזמים אמנם לא הגיעו לדרג של התחייבות חוזית אולם הופקדה תכנית על ידי החוכר או היזם. גם במקרה זה יחולו עליהם הוראות המעבר.

73. המשיבים מגנים את השקפתם המרכסיסטית של העותרים, הדוגלים, לטענת המשיבים, במדיניות של חלוקת העושר החברתי מחדש, חלוקה המבוססת על העיקרון של "כל אחד לפי יכולתו, כל אחד לפי צרכיו". ראו תגובה לעתירה (לעיל, הערה 18), בעמ' 4, 5.

74. בג"ץ **הקשת הדמוקרטית המזרחית**, בעמ' 4.

כמבקשת לייצג את "דיירי הדיור הציבורי, תושבי השכונות ועיירות הפיתוח, אזרחי המדינה מזרחיים ערבים ובדואים"[75] שאינם זוכים לייצוג הולם בגוף המחליט – מועצת מקרקעי ישראל. "הקשת הדמוקרטית המזרחית" גם מתנגדת להחלטות מינהל מקרקעי ישראל בשם תפיסת צדק חלוקתי הכוללת עיקרון של שוויון מהותי וזכויות חברתיות.

בצד האחר של המתרס ניצבים המשיבים, המתארים את עצמם כ"חוד החנית" של המפעל הציוני, חלוצים שהפריחו את השממה, ביססו את הקשר בין העם לאדמתו ועוסקים מתחילתה של הציונות בבניין הארץ, הגנה עליה ויישובה זה למעלה ממאה שנים,[76] אנשי מפעל התיישבותי מפואר שקומץ אנשים מבקש לנשלם מאדמתם ומזכויותיהם בשם השוויון והדמוקרטיה.[77] המשיבים מתנגדים לכל פתרון של הקצאת קרקע על פי עקרונות צדק חלוקתי שאינו מכיר בזכויותיהם הקנייניות בקרקע ורואים הקצאה כזו כמדיניות בלתי מוסרית, בלתי יעילה ומזיקה. חלק מהמשיבים גם מאשימים את העותרים שהם אנטי־ציונים, שכל מטרתם היא לסייע לפלסטינים לממש את זכות השיבה.[78]

זו הייתה המציאות החברתית והפוליטית שהובילה בסופו של דבר את העימות הסוער והמתמשך הזה אל אולם בית המשפט. פסק הדין התעלם כמעט לחלוטין מזהות הצדדים לסכסוך המשפטי ומהמחלוקת בין קבוצות מרכזיות בחברה הישראלית בקביעת חלוקת משאבים צודקת.[79] פסק הדין לא התייחס לזהותה האתנית של העותרת, "הקשת הדמוקרטית המזרחית", ולאופייה העדתי־לאומי של המחלוקת. הסכסוך נסב על חלוקת משאבים בין קבוצות זהות שונות בחברה הישראלית – מחלוקת בין קבוצות עדתיות ולאומיות שונות המתרחשת על רקע אופייה הרב־תרבותי של החברה הישראלית. אולם בית המשפט בחר להתעלם מכל טענה בעלת זהות עדתית או לאומית, או מהשלכות החלטות שינוי הייעוד

75. שם, בעמ' 28. לעתירה ביקש להצטרף מר יאיר חזן, ראש עיריית אופקים, שניהל עם ראשי עיירות פיתוח אחרים מאבק במדיניות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית, אולם בית המשפט העליון דחה את בקשתו עקב השיהוי הרב בהגשתה, ומשום שקבלתה הייתה מעכבת את הדיון בעתירה. ראו בג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1), בעמ' 55.

76. ראו תגובה על העתירה מטעם התנועה הקיבוצית המאוחדת, הקיבוץ הארצי והקיבוץ הדתי (לעיל, הערה 18), בעמ' 2, 42.

77. שם, בעמ' 13.

78. ראו תגובה על עתירה (לעיל, הערה 18), בעמ' 64-65. כחלק מהמאבק שניהלו חלק מהקיבוצים נתלו שלטים בכל רחבי הארץ ובהם נטען ש"הקשת הדמוקרטית המזרחית בעד זכות השיבה".

79. לתיאור המחלוקת הציבורית והמאבקים במדיניות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית, ראו אלכסנדר (סנדי) קדר, "פנייה לערכאות שיפוטיות: סיכויים מול סיכונים", **משפט וממשל: תקצירי הכנס בנושא צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"צ הקשת הדמוקרטית המזרחית ואחרים נ' מינהל מקרקעי ישראל ואחרים** (סנדי קדר ונויה רימלט – עורכים, אוניברסיטת חיפה, תשס"ג) 28.

על הקבוצות השונות.[80] הדיון ב"צדק חלוקתי" בפסק הדין הוא דיון כללי ומופשט המתמקד בעיקר בדרך קבלת ההחלטות ובסבירותן של ההחלטות. בית המשפט אף נמנע מלדון בטענות פרוצדורליות בדבר אי־שוויון במנגנון קבלת ההחלטות כגון בטענותיהם של העותרים בדבר תת־ייצוג של קבוצות חברתיות שונות בגוף המחליט – מועצת מקרקעי ישראל. בית המשפט גם אינו דן בטענות הפליה על בסיס היסטורי שהועלו בשמן של קבוצות שונות: תושבי עיירות פיתוח, שכונות מצוקה, ערבים והמתיישבים החקלאיים. שאלת ה"צדק החלוקתי" בפסק הדין נידונה בהפשטה ומתוך ריחוק מן הטענות המרכזיות שהעלו הצדדים ומההקשר ההיסטורי ומאופייה התרבותי והלאומי של המחלוקת.[81] פסק הדין נמנע מלהזכיר את הדיון בשאלת הצדק ההיסטורי שנעשה לקבוצות שונות בחברה הישראלית וההתנגשות בין אידאולוגיות חברתיות וכלכליות.[82] בית המשפט התעלם מחלק הארי בטענות הצדדים וצמצם את המחלוקת לשיקולים הלגיטימיים שיכולה לשקול רשות מנהלית. לפיכך מושג הצדק החלוקתי קיבל בדיון המשפטי פירוש צר ומוגבל.[83]

---

80. ההימנעות של בית המשפט מדיון מהותי וקונקרטי בעניין הצדק החלוקתי שפירושו בחינת משמעות עקרונות הצדק החלוקתי למגזרים שונים בחברה הישראלית, התבטאה בפסילתו של שיקול מועצת מקרקעי ישראל שהביא בחשבון את מצוקתו של המגזר החקלאי. בית המשפט קבע כי זהו שיקול זר ופסול שאינו כלול בשיקולי הצדק החלוקתי. ראו בג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה1), בעמ' 72-73. לביקורת בעניין זה ראו גם את דבריו של בנדור (לעיל, הערה 69), בעמ' 16.

81. לדיון מעניין על הזיקה שבין שאלות של צדק חלוקתי ובין שאלות של זהות והכרה ראו: Nancy Fraser and Axel Honneth, *Redistribution or Recognition?* (Verso, London, 2003). ראו בעיקר את עמדתו של Honneth המנסה להצביע על כך שכל שאלה של צדק חלוקתי ניתנת להעמדה כשאלה של תביעה להכרה.

82. לביקורת על תפיסות צדק חלוקתי המתעלמות מהיבטים לאומיים, אתניים, גזעיים, חברתיים ומגדריים ראו: Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference* (Princeton, 1990), 3-6. בהקשר החוקתי מודגשת ביקורת זו במאמרו של Gotanda: Neil Gotanda, "A Critique of 'Our Constitution is Color-Blind'", *Critical Race Theory* (Kimberle Crenshaw, Neil Gotanda, Gary Peller and Kendall Thomas — eds., New York, 1995) p. 257. לדיון מאיר עיניים ומפורט בתפיסות השונות ובסוגי השיח השונים בסוגיית חלוקת הקרקע בישראל ומדיניות הדיור ראו מאמרם של יונה וספורטא (לעיל, הערה 35). במאמרם מבחינים המחברים בין סוגי שיח ורטוריקה שונים המאפיינים עמדות שונות כלפי שאלות צדק חלוקתי של קרקע ודיור בישראל. הם מבקרים את הגישות הליברליות והרפובליקניות כלפי שאלות אלו ומנסים לשרטט פתרון הנובע מתפיסה רב־תרבותית רחבה המשלבת פוליטיקה של זהות בפוליטיקה של חלוקה צודקת.

83. להדגמת משמעות המושג "צדק חלוקתי" בבחינת חוקיותן של החלטות המינהל בסוגיית חלוקת המשאבים, מציין השופט אור בפסק הדין פסקי דין אחדים של בית המשפט העליון. פסק הדין המרכזי שמציין השופט הוא בג"ץ 6268/00 **קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נה(5) 639. בפסק דין זה נידונה שאלת מתן

עקרונות צדק חלוקתי מתייחסים לחלוקה של טובין חברתיים חומריים כגון הכנסה ורכוש וכן לחלוקה של זכויות וחירויות, הזדמנויות ועמדות כוח. בית המשפט, בשימוש שעשה במושג "צדק חלוקתי" בפסק הדין, התייחס לשיקולים שצריכה לשקול רשות מנהלית, כאשר היא מקצה זכויות שימוש ובעלות בקרקע ציבורית.[84] הוא לא הציג עקרונות מהותיים או הסדרים מוסדיים המבטאים את עמדתו בשאלות של צדק חלוקתי.[85] בית המשפט גם

הרשאה לכריית חול בלא מכרז. על תפיסת הצדק החלוקתי בפסק דין זה כותב השופט אור: "באותה פרשה נפסק כי לאחר 36 שנים שבהן לתאגידים מסוימים היה למעשה מונופול על כריית חול שהוא רכוש המדינה, ביטול ההסדר מגשים תכלית ראויה, ובגדרה מקדם גם את הערך של צדק חלוקתי על־ידי פתיחת פתח לתחרות בתנאים שווים לכל איש או גוף, ובכללם התאגידים האמורים". ראו בג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1), בעמ' 65. ואכן תפיסת הצדק החלוקתי הבאה לידי ביטוי בפסקי הדין של השופטים היא תפיסת צדק ליברטריאנית במהותה, המדגישה את חשיבותו של עקרון התחרות החופשית בשוק, במקרה זה בעיקר התחרות החופשית של תאגידים, חופש העיסוק, שאינו כולל את הזכות להיות מועסק, ותפיסה של שוויון פורמלי המתנגדת להענקת מונופול לגופים כלכליים. ראו, בין היתר, פסקאות 19 ו-24 לפסק דינה של השופטת שטרסברג־כהן. השופטים דורנר וברק מבטאים אף הם עמדה זו אולם, שלא כעמדתה של השופטת שטרסברג־כהן, הם גם עומדים על חשיבות ההגנה על זכויות העובדים הוותיקים שעשויים להתקשות להשתלב ולהיות מועסקים אצל הגופים החדשים שיזכו במכרז. ראו פסקה 6 לפסק דינה של השופטת דורנר. ראו גם פסקה 6 לפסק דינו של השופט ברק. גם שאר פסקי הדין בענייני מקרקעין שמזכיר השופט אור כפסקי דין המדגימים את ערך הצדק החלוקתי, אינם חורגים מתפיסה ליברטריאנית של צדק חלוקתי. לדיון מורכב ומעניין המנסה לכלול בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין שיקולי צדק חלוקתי שבבסיסם רעיון קידומה של אחריות קהילתית הדדית וצמצום פערים בין חלשים לחזקים בחברה ראו חנוך דגן, "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 491.

84. לתיאור שלושה אפיקים של שיח קנייני: חוקתי, מינהלי ופרטי, המופיעים בשיח השיפוטי ראו מיכאל בירנהק, "שיח קנייני חדש", **משפט וממשל: תקצירי הכנס בנושא צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"צ הקשת הדמוקרטית המזרחית ואחרים נ' מינהל מקרקעי ישראל ואחרים** (סנדי קדר ונויה רימלט – עורכים, אוניברסיטת חיפה, תשס"ג) 21. בירנהק רואה פוטנציאל לשיח משפטי פרוגרסיבי בשיח המנהלי יותר מהפוטנציאל לשיח כזה בשיח הקנייני החוקתי שפיתח בית המשפט.

85. במאמר מעניין שכתבה לאחרונה דפנה ברק־ארז, "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות", **המשפט** 18 (2004) 54, היא מציגה תפיסה אחרת של תפיסת צדק חלוקתי הנובעת מפסק הדין. ברק־ארז משרטטת את ההתפתחות הדרגתית של פסיקת בית המשפט לעבר הרחבת הביקורת השיפוטית על פעילותו של מינהל מקרקעי ישראל. מתחילת שנות השישים ועד ראשית שנות התשעים הביקורת השיפוטית על פעילותו של המינהל הייתה מינימלית. משנות התשעים עד בג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1) ביקורת בית

נמנע במידה רבה מלהתייחס לטענות המרכזיות והמפורטות של החקלאים שהציגו טיעונים מגוונים לביסוס זכויותיהם הקנייניות בקרקע. בית המשפט, בהסתמכו על החלטה מספר 1

המשפט התמקדה בביטול הפליה בין אישית בפעולתו של המינהל, ואילו בג"ץ **הקשת** מבשר תפיסה חדשה בעמדת בית המשפט כלפי המינהל. שינוי זה מתבטא באימוץ תפיסת הצדק החלוקתי, שבמהותו הוא השכנת צדק בקרב קבוצות שונות בחברה הישראלית. ראו שם, בעמ' 60. לטענת דפנה ברק־ארז אמנם המושג "צדק חלוקתי" הוא עמום, אולם "פסק דינו החדש של בית המשפט העליון בעניין **שיח חדש** [בג"ץ **הקשת – י"ד**] מציין מעבר חשוב מן ההצטמצמות לשאלת השוויון האישי אל דיון המשתרע גם לעבר שאלות של שוויון קבוצתי". ראו שם, בעמ' 58, וכן כי תכניו של מושג "הצדק החלוקתי" כפי שהם מוצגים בפסק הדין "משתרעים מעבר לדרישות של שוויון פרוצדורלי". ראו שם, בעמ' 60. לדעתי, מושג הצדק החלוקתי הוא מושג רחב המתייחס לחלוקת טובין כלכליים וחברתיים, הן בין אישיים והן קבוצתיים ואין להגביל את השימוש שלו רק לחלוקה בין קבוצתית. במובן זה גם בחינה של הפליה בין אישית מבטאת יישום של תפיסות של צדק חלוקתי. כמו כן ניתן להטיל ספק בעמדה שבג"ץ **הקשת** אכן מהווה מעבר חד מקטגוריה אחת של שוויון לקטגוריה אחרת – מתפיסה של שוויון אישי אל תפיסה של שוויון קבוצתי. לחלק מפסקי הדין שברק־ארז מציגה כמקרים מובהקים של הפליה בין אישית ניתן להתייחס גם כמקרים של הפליה בין קבוצתית. בעניין **אליקים**, בג"ץ 6176/93 **אליקים 1986 – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מח(2) 158, שבו נידונה החלטה להחכיר קרקע להקמת עסק בלא תחרות תוך העדפת אוכלוסיית הקיבוצים לעומת קבוצת אוכלוסיית המושבים באותו אזור, ניתן להתייחס כשאלה של השכנת צדק חלוקתי בקרב שתי קבוצות אוכלוסייה. כך גם בבג"ץ 5023/91 **פורז נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו(2) 793, שבו פסל בית המשפט החלטה להחכיר קרקע בלא הליך מוקדם של תחרות. בית המשפט התנגד להעדפת קבוצת אוכלוסייה אחת, עמותה בעלת צביון דתי־מפלגתי, על פני קבוצות ופרטים אחרים באוכלוסייה.

למעט אמירות כלליות מעטות המתייחסות לתוצאות מזיקות אפשריות של ההחלטות, פסק הדין מבטא במהותו תפיסה של צדק פרוצדורלי הבאה לידי ביטוי, בין היתר, בבחינת ההפליה לרעה של סקטורים שונים שיוצרות ההחלטות על אודות שינוי ייעוד הקרקע החקלאית. בחינת השוויון בין הקבוצות שבוחן בית המשפט היא בחינה שהיא פרוצדורלית בעיקרה. ניתוחו של בית המשפט אינו ניתוח הבוחן אי־שוויון מהותי בין קבוצות שונות. עניין זה בא לידי ביטוי בהפשטה של הקבוצות מכל זיהוי קבוצתי קונקרטי, ובהימנעות מבחינה לעומק של טענות צדק היסטוריות קונקרטיות וטענות מפורטות אחרות שמציגות הקבוצות השונות לפני בית המשפט. ספק רב גם אם בית המשפט מעוניין לבחון אם יש אי־שוויון מהותי בין קבוצות שונות באוכלוסייה הישראלית, עניין שיחייב אותו לבחון את אי־השוויון המהותי בהקצאת קרקעות לאוכלוסייה היהודית ולאוכלוסייה הערבית.

דפנה ברק־ארז מציינת במאמרה את תפיסת הצדק הגאוגרפי של David Harvey, כתפיסה הראויה לשמש מקור השראה לניתוח סוגיות של צדק חלוקתי בקרקע. אולם החלת תפיסת הצדק של Harvey על פסיקת בית המשפט בבג"ץ **הקשת** (לעיל, הערה 1) תצביע לדעתי על אי־עמידה של פסק הדין בעקרונות תפיסת הצדק החלוקתי־גאוגרפי המהותי של Harvey.

של מועצת מקרקעי ישראל, הניח כקביעה עובדתית כי האדמות החקלאיות הן קניינה של המדינה שניתן לחקלאים כאמצעי ייצור. הוא נמנע מלשרטט את היקפה של זכות הקניין ואת מידת ההגנה עליה והוא אף לא קבע הלכה חוקתית חדשה החורגת מתפיסת הקניין הליברטריאנית שאפיינה אותו מאז חקיקת חוקי היסוד.[86]

פסק דין "הקשת הדמוקרטית המזרחית" אינו יוצר מהפכה או שינוי מהותי בתפיסתו החברתית והכלכלית של בית המשפט, אין בו הלכה המבטאת תפיסת מהותית חדשה של צדק חלוקתי. פסק הדין מציג תפיסת צדק חלוקתי נוהלית ובה אמות מידה מוכרות כגון שוויון, אי־הפליה ופסילה של שיקולים זרים, כאשר המושגים "שוויון", "אי־הפליה" ו"שיקולים זרים" נותרים ברמת הפשטה כללית ביותר וזוכים לפרשנות צרה. תחימת תוצאות החלטות אלו במתחם של סבירות היא עמומה ואינה מובילה להצגת תפיסת צדק חלוקתי מוגדרת וברורה.

תפיסת הצדק החלוקתי של בית המשפט העליון אינה צריכה להיבחן על פי שכיחות השימוש שעושה בית המשפט במושג "צדק חלוקתי", אלא באמצעות בחינה מדוקדקת של עמדת בית המשפט בסוגיות חלוקתיות מהותיות כקניין, הכנסה, חירויות וזכויות, הזדמנויות ועמדות כוח. בחינה כזו מגלה כי מאז המהפכה החוקתית קידם בית המשפט בעיקר השקפה חברתית וכלכלית ניאו ליברלית המדגישה תפיסה צרה של חברה אזרחית.[87] המהפכה החוקתית, על פי בית המשפט, מעניקה הגנה רחבה לחירויות פוליטיות ואזרחיות אולם אינה כוללת זכויות חברתיות רבות.[88] זו תפיסה המאמצת פרשנות צרה של חופש

עקרונות הצדק של Harvey מדגישים שחלוקה צודקת חייבת, בין היתר, לענות על צורכי בני אדם באזורים הגאוגרפיים השונים ולהעניק מעמד מיוחד למקופחים ביותר בחברה, ואילו תפיסת בית המשפט העליון היא בעיקרה תפיסה פרוצדורלית צרה המעמידה במרכזה את עקרון אי־ההפליה בלי להתייחס מהותית לתוצאות החלוקה. לעיקרי תאוריית הצדק החלוקתי של Harvey ראו לעיל, הערה 17.

86. לביקורת על תפיסת הקניין של בית המשפט העליון ראו, בין היתר, אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 405, וכן אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", **משפט וממשל** ד (תשנ"ז) 133.

87. לביקורת מקיפה על האידאולוגיה הכלכלית והחברתית של בית המשפט ראו רן הירשל, "חברה אזרחית נ' מדינת ישראל: שתי תפיסות מושגיות בדיון העכשווי על אודות חברה אזרחית ומקומן בפסיקת בית המשפט העליון", **ישראל: מחברה מגויסת לחברה אזרחית** (יואב פלד ועדי אופיר – עורכים, הקיבוץ המאוחד, תשס"א) 305. לביקורת דומה ראו גם אייל גרוס, "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?", **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר – עורך, רמות, תשס"א) 79.

88. בג"ץ 1554/95 **עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נ(3) 2. בפסק הדין טוען השופט אור כי הזכות לחינוך אינה זכות יסוד חוקתית הנגזרת מזכותו של האדם לכבוד. באחרונה החלה מגמה בפסיקה הנוטה להכיר בזכות לחינוך כזכות אדם. ראו בג"ץ 2599/00 **יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך**, פ"ד נו(5) 834, ובג"ץ 5108/04 **אבו גודה נ' שרת החינוך** (טרם פורסם, עותק שמור במערכת). ברע"א 4905/98

העיסוק ומגנה על המעסיק אך לא על זכויותיהם של המועסקים,[89] מהפכה שחרתה על דִגלה אידאולוגיה כלכלית וחברתית המקדמת משטר של כלכלת שוק קפיטליסטית לצד ביצורן של זכויות קנייניות.

ו. סיכום

החלק הראשון של המאמר ניסה להציג את הטענות המרכזיות של החקלאים בבג"ץ **הקשת** בדבר זכויותיהם הקנייניות בקרקע כטענות שניתן לבססן על הצדקות לזכות הקניין שמציגות תורות מוסר פוליטי מרכזיות שונות. הצגה כזו, סברתי, מאפשרת לבחון את טענותיהם של החקלאים בחינה פילוסופית מוסרית עקרונית. תחילה הוצגו התאוריות המוסריות השונות להצדקת זכות הקניין: תורת הזכאות של נוזיק, התורה התועלתנית ותורת האישיות המוסרית. התאוריות הוצגו בלוויית הביקורות המופנות כלפיהן. אחר כך הוצגו טענות החקלאים כטיעונים הנשענים על שלוש התאוריות המוסריות הללו. עימות הטענות הקונקרטיות של החקלאים בדבר זכויותיהם הקנייניות בקרקע לא עמד במבחן התאוריות המוסריות הללו עצמן. כלומר נמצא שלא ניתן להצדיק את טענותיהם של החקלאים בדבר זכויות בקרקע, לא על פי תורת הזכאות של נוזיק, לא על פי שיקולים תועלתניים ואף לא על סמך תורת האישיות והתרומה המוסרית שלהם.

החלק השני של המאמר עסק בעמדת בית המשפט כלפי טענות החקלאים שהועלו לפניו וכן בתפיסת הצדק החלוקתי העומדת בבסיס פסק הדין. ההחלטות בדבר שינוי ייעוד קרקע חקלאית של מועצת מינהל מקרקעי ישראל נפסלו על ידי בית המשפט בשל העילה הכללית והעמומה של "חוסר סבירות". אי־העמידה של ההחלטות ב"מבחן הסבירות" נבע בעיקר מאי־הכללתם של שיקולי צדק חלוקתי ביישום המבחן.

דחיית טענות החקלאים בדבר זכויותיהם הקנייניות בקרקע בשם שיקולי צדק חלוקתי אינה מהווה חידוש בפסיקת בית המשפט, כפי שסוברים חלק מפרשניו של פסק דין זה. בג"ץ **הקשת** קובע כי רשות מנהלית צריכה לכלול בין שיקוליה גם שיקולים של צדק חלוקתי. אולם תפיסת הצדק החלוקתי הפרוצדורלי של בית המשפט, העומדת בבסיס פסק הדין, היא צרה ומוגבלת. היא מתעלמת מחלק גדול מהטענות המהותיות הקונקרטיות שמעלים הצדדים לסכסוך המשפטי. היא נמנעת מלהתייחס למאפיינים מרכזיים ומכוננים של הסכסוך: מההיבטים הלאומיים, האתניים, ההיסטוריים והמעמדיים של שאלת הקצאת

גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, מכיר בית המשפט הכרה מצומצמת מאוד בזכויות חברתיות כזכויות חוקתיות. בפסק הדין קובע נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק כי כבודו של אדם כולל בחובו הגנה על מינימום הקיום האנושי. לתפיסה חברתית וכלכלית ניאו ליברלית ראו בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר** (טרם פורסם, עותק שמור במערכת) שבו מצדד נשיא בית המשפט העליון בתכלית הראויה העומדת בבסיס "תכנית החירום הכלכלית" משנת 2002 של הממשלה שקיצצה את קצבת הזקנה לזכאים.

89. אייל גרוס, "כיצד היתה "התחרות החופשית" לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק", **עיוני משפט** כג (תש"ס) 229.

משאב נדיר כקרקע בישראל. על תפיסתו המהותית של בית המשפט בשאלות של צדק חלוקתי ניתן ללמוד לא מתכיפות השימוש במושג "צדק חלוקתי", אלא מעמדתו כלפי סוגיות מהותיות שונות ומהפרשנות שהוא נותן לחוקי היסוד, סוגיות כגון קביעת גבולותיהן של זכויות כזכות הקניין וחופש העיסוק ומידת ההגנה עליהן, גישתו כלפי זכויות חברתיות ומידת ההגנה שהוא מוכן להעניק לזכויות ואינטרסים של קבוצות חברתיות, כלכליות, עדתיות ולאומיות שונות בחברה הישראלית.