

## פרשת קרסיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

### חיים זנדברג

**תקציר** ♦ **מבוא** ♦ א. ייחודה של פעולת בית המשפט בפרשת קרסיק 1. השופט כמחוקק והמחוקק כמיישב סכסוכים 2. הסבריו הנורמטיביים של בית המשפט והביקורת עליהם ♦ **ב. הסברים אסטרטגיים לפרשת קרסיק** 1. כללי 2. מחלוקת פנימית בין שופטים 3. אמון הציבור ברשות השופטת 4. חשש לעצמאות הרשות השופטת 5. התנהגות אסטרטגית של הרשות המבצעת ♦ **ג. הליך החקיקה ותוצאותיו** 1. ניסיון להתנער מאחיות הרשות המבצעת 2. הניסוי שכשל: תוצאות המשא ומתן האסטרטגי 3. בית המשפט מפיק לקחים אסטרטגיים ♦ **סיכום**

### תקציר

בפרשת קרסיק פסק בית המשפט העליון הלכה עקרונית, שלפיה בעליהם המקוריים של מקרקעין שהופקעו זכאים להשבת המקרקעין כאשר אין עוד צורך ציבורי בהם. בית המשפט נמנע מליישם את העיקרון והורה למחוקק לעשות כן. הוא נמנע מלהכריע בתיק שלפניו ובתיקים נוספים שעוררו שאלות דומות. החוק המיוחל שחוקקה הכנסת בעקבות פניית בית המשפט סתר במידה לא־מבוטלת את תוכן הפסיקה העקרונית. מה שנראה מלכתחילה כניסיון להכתיב סדר יום עקרוני לחקיקה הסתיים בסיכולה של הלכה עקרונית וגם בעינוי דין לצדדים.

במאמר אנסה להצביע על האופן שבו השפיעו שיקולים אסטרטגיים על מהלך ייחודי זה ועל תוצאותיו. שיקול אסטרטגי הוא שיקול שאינו מונחה רק באמצעות עמדה נורמטיבית בסוגיה פלונית, אלא גם באמצעות הנחות בדבר השלכות רחוקות יותר של אותה עמדה. אטען כי שופטי ההרכב התחשבו גם ביחסי הכוחות הפנימיים בהרכב בית המשפט, באופן שבו תיתפס ההלכה בעיני הרשות המבצעת והרשות המחוקקת ובהשפעת ההחלטה על אמון הציבור בבית המשפט. התנהגותן האסטרטגית של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת אכן השפיעו על הליך החקיקה ועל תוצאתו. אטען כי אף בית המשפט הפיק לקח אסטרטגי מן הפרשה

\* פרופסור חבר, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למנהל, ראשון לציון.  
\*\* אני מבקש להודות לד"ר יפעת הולצמן־גזית ולאהוד ברוש על כך שהואילול לקרוא טיוטה של מאמר זה ולהעיר לי הערות מועילות. אני מודה לקוראים האנונימיים, למערכת "מחקרי משפט" ולעורך נריה כהן על הערותיהם המועילות.

## חיים זנדברג

ונמנע מלאמץ דרך פעולה דומה במקרה מאוחר יותר. ניתוח הפרשה תומך בטענה, כי הכרעות בית המשפט העליון אינן מושפעות רק מהנמקותיו המהותיות אלא גם משיקולים אסטרטגיים, פנימיים וחיצוניים.

## מבוא

בחודש פברואר 2001 פסק בית המשפט העליון הלכה עקרונית, שנחזתה באותה עת להיות חדשנית ופורצת דרך.<sup>1</sup> בפסק דין מרכזי ובו תשעים ושתיים פסקאות קבע השופט חשין כי יש לפרש את פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: הפקודה),<sup>2</sup> החיקוק המרכזי שלפיו מבוצעות הפקעות ברמה הארצית,<sup>3</sup> באופן שבעליהם המקוריים של מקרקעין שהופקעו זכאים "על דרך העיקרון" להשבת המקרקעין לידיהם כאשר פקעה המטרה הציבורית שלשמה הופקעו.<sup>4</sup> להלכה עקרונית זאת היו שותפים – גם אם בהבדלי הנמקה דקים – כל תשעת חברי המותב.<sup>5</sup> גודל המותב מעיד על החשיבות ההלכתית שייחס מרכיבו לסוגיה שנדונה בו,<sup>6</sup> ואולי גם על כוונתו לשגר מסר לציבור ולרשות המבצעת בדבר חשיבות ההחלטה.<sup>7</sup> אף כי חלק מהשופטים הצביעו על כך שמדובר בתפיסה שאת יסודותיה אפשר למצוא כבר בפסיקה שקדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,<sup>8</sup> נראה שכל חברי ההרכב היו שותפים לתחושה

1 בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001).

2 ע"ד 1943, תוס' 1, 32.

3 להיקף ההפקעות, ראו חיים זנדברג מקרקעי ישראל: ציונות ופוסט-ציונות 92 (2007) (להלן: זנדברג מקרקעי ישראל).

4 פרשת קרטיק, לעיל הערה 1, בעמ' 692-693.

5 חברי ההרכב הנוספים שהסכימו היו אלה (לפי הוותק בבית המשפט, שהוא גם סדר פרישתם ממנו): השופטים ברק (שם, בעמ' 706), ש' לוי (שם, בעמ' 713), אור (שם, בעמ' 720), מצא (שם, בעמ' 720), זמיר (שם, בעמ' 695), שטרסברג-כהן (שם, בעמ' 705), דורנר (שם, בעמ' 714) ובייניש (שם, בעמ' 718). הבדלי ההנמקות המרכזיים נסבו סביב שאלה, שנראתה סמנטית לחלקם (כך למשל השופט ש' לוי, שם, בעמ' 713 פס' 1): האם, כפי שגרס השופט חשין (שם, בעמ' 650), מעשה ההפקעה אינו מנתק את הזיקה שבין הבעלים המקוריים לבין המקרקעין המופקעים או שמא, כפי שסברו השופטים זמיר וברק, מעשה ההפקעה הוא מעשה חד-פעמי, השולל את זיקת הבעלים למקרקעין, והזכות להשבה אינה נובעת מזיקה נמשכת שכזו אלא משיקולי השבה חיצוניים למעשה (ברק, שם, בעמ' 708) או מכך שהוא "צמוד מטרה" (זמיר, שם, בעמ' 701)?

6 על כך מעיד במידת מה גם הנתון הכמותי, שלפיו שיעור פסקי הדין שבהם יושב בית המשפט העליון במותב העולה על חמישה הוא נמוך מאוד, גם אם במשך השנים חלה עלייה בו ובגודל ההרכבים (ראו יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749, 753 (1997) וכן גיא זיידמן "מותבים מורחבים בבית המשפט העליון הישראלי" מאזני משפט ג 155, 157, 169, 178 (2004)).

7 זיידמן, שם, בעמ' 182.

8 ראו למשל את הטעמת השופטת דורנר כי "עוד בטרם חקיקת חוק היסוד הוכרה זכות הקניין כזכות יסוד", אך "פסיקת בתי-המשפט למעשה – שאפשר שהלמה את המציאות החברתית של ימי ראשית המדינה – לא שיקפה את הרטוריקה שבת" המשפט נקטו בדבר מעמדה של זכות הקניין כזכות יסוד" (פרשת קרטיק, לעיל הערה 1, בעמ' 714). ראו גם דפנה לוינסון-זמיר "ההגנה החוקתית על הקניין

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

שפרשנותם הקונקרטית לפקודת הקרקעות בפרשת קרטיק – קרי קיומה של זכות עקרונית להשבת המקרקעין לבעליהם – היא פרשנות חדשה, המושפעת מרוחה של הוראת סעיף 3 לחוק היסוד, ולפיה "אין פוגעים בקנינו של אדם".<sup>9</sup> הלכת קרטיק נתפסה כשינוי מרחיק לכת גם בפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון.<sup>10</sup> גם בעיני הספרות המשפטית בארץ נתפס פסק הדין כמחולל (או לפחות כבעל פוטנציאל לחולל) מהפכה בדיני ההפקעות.<sup>11</sup> רושם זה גם יוצא לפרסומים בחו"ל.<sup>12</sup>

חלק מהמלומדים רואה בפסק הדין חידוש החורג אף מהמסגרת העובדתית של פרשת קרטיק, שעסקה בהפקעה שמומשה ופקעה, ומצא בו תמיכה בזכות השבה כללית לבעלים המקורי גם במקרים אחרים, שבהם הרשות לא מימשה כלל את מטרת ההפקעה או שמימושה נשתהה במשך פרק זמן ארוך.<sup>13</sup> לצד החידוש של פסק הדין בתחום דיני ההפקעות נודעת לו

- 9 ודיני הפקעת מקרקעין" ספר ויסמן 375, 384 הערה 27 (שלום לרנן ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002) (המאמר להלן: לוינסון-זמיר "ההגנה החוקתית"; הספר להלן: ספר ויסמן).
- 10 השופט חשין הבהיר כי "מצויים אנו כיום בעיצומו של מעבר מדוקטרינה לדוקטרינה" (פרשת קרטיק, לעיל הערה 1, בעמ' 653) וכי זוהי "דוקטרינה שהייתה רדומה כל השנים ועתה קמה היא לתחייה" (שם, בעמ' 658). הנשיא ברק הסביר כי "... השינוי המרכזי התרחש עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... הוא מתבטא בהבנתנו החדשה את תכליתה של פקודת ההפקעה" (שם, בעמ' 712). ראו גם את פסקי הדין של חלק מן השופטים האחרים: זמיר (שם, בעמ' 700-701); שטרסברג-כהן (שם, בעמ' 705); דורנר (שם, בעמ' 714-715); בייניש (שם, בעמ' 718-719); מצא (שם, בעמ' 720).
- 11 השופטת פרוקצ'יה פסקה בסוף שנת 2010 כי הלכת קרטיק "שקפה בהלכה שיפוטית תפיסה משפטית חדשה, ששינתה את התפיסה המשפטית והנוהג שהיו קיימים עד אותה עת" (ראו ע"א 9631/05 אדל נ' מדינת ישראל, פס" 66 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, 16.12.2010)).
- 12 בין הסופרליטיביים שהוענקו להלכה שנפסקה בפרשת קרטיק ישנם אלה: "גולת-הכותרת של המהפכה החוקתית בתחום דיני ההפקעה" (דפנה לוינסון-זמיר "על עקיפתה של הזכות להשבת מקרקעין שהופקעו באמצעות תוכנית לחלוקה חדשה בעקבות עת"מ (ת"א) 1121/00 ישראלי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון" עיוני משפט כו 985, 988 (2003)); "חידוש גדול", "הלכה חשובה זו... עוד תהדהד במשך זמן רב בעולמו של המשפט" (אהרן נמדר "קימתה לתחייה של זכות הקניין הפרטית המרחפת על פני המקרקעין גם לאחר הפקעתם בשל מטרה ציבורית: בעקבות הלכת קרטיק נ' מדינת ישראל" מאזני משפט ד 679, 681, 702 (2005)); "שינוי בתפיסת הקניין החוקתי" "שבא במלוא העוצמה" ו"מבשר שינוי של ממש בדיני ההפקעות" (מיכאל בירנהק "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין" מחקרי משפט כא 439, 454, 458 (2005)); "נקודת ציון לעניין הרחבת הביקורת השיפוטית בסוגיית ההפקעות", "עקרונות ומנחה", "שינה את ההלכה המסורתית" (יפעת הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" ספר ויסמן, לעיל הערה 8, בעמ' 73, 86 (להלן: הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות"), וכן יפעת הולצמן-גזית "בין המשפט, האישיות והמבנה המוסדי: פיתוחם של דיני הפקעת מקרקעין בפסיקתם של בתי-המשפט המחוזיים" עיוני משפט כט 311, 329 (2006) (להלן: הולצמן-גזית "המבנה המוסדי").
- 13 YIFAT HOLZMAN-GAZIT, LAND EXPROPRIATION IN ISRAEL: LAW, CULTURE AND SOCIETY 167-168 (2007) וכן מאמר הביקורת על ספרה של הולצמן-גזית: D.J. Wolff, Book Note, 321, 324 (2009) STAN. J. INT'L L.
- 14 ראו למשל הולצמן-גזית "המבנה המוסדי", לעיל הערה 11, בעמ' 329, וכן חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 120 (2005).

גם חשיבות חוקתית, שכן הוא משמש דוגמה נוספת לשינוי הלכה המבוסס על פרשנות חדשה – ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – של חקיקה שקדמה לחוק היסוד, המוגנת לכאורה מפני שינוי באמצעות סעיף שמירת הדינים שבחוק היסוד.<sup>14</sup>

חשיבותו וחדשנותו החוקתית של פסק הדין באה לידי ביטוי גם בכך שהוא נתפס כפסק דין שחזק את ההגנה החוקתית על זכות הקניין הפרטי, תפיסה שמצאה ביטוי בפסקי דין ובכתבים מאוחרים יותר של שופטי בית המשפט העליון.<sup>15</sup> החשיבות שייחסו לו השופטים – כדוגמה נוספת לשינוי שחולל חוק היסוד במעמדה של זכות הקניין – מצביעה אף היא על כך כי לתפיסתם, הפרשנות החוקתית שהם נקטו בפרשה הביאה לשינוי הלכתי קונקרטי מרחיק לכת ולא רק לשינוי רטורי. פסק הדין אף תורגם לאנגלית, והוא מוצג לראווה באתר האינטרנט של בית המשפט העליון בין שאר פסקי הדין המובחרים שפרנסי האתר סברו כי הם חשובים עד כדי כך שיש מקום לשתף בהם את תבל ויושבי בה.<sup>16</sup>

המסר החדשני של פסק הדין נקלט היטב בציבור בעלי מקרקעין שהופקעו; חלקם חש מעודד מן הפסיקה העקרונית של בית המשפט העליון והגיש בעקבותיה תובענות להשבת מקרקעין שהופקעו או השתמש בה בטיעונים במסגרת תובענות או ערעורים תלויים ועומדים, בכל רמות השיפוט.<sup>17</sup> בית המשפט העליון עצמו יישם את הלכת קרטיק בתחום ההפקעות

14 פסק הדין אמנם לא היה דוגמה יחידה לפרשנות חוקתית מעין זו וגם לא המקרה הראשון להפעלתה. קדמו לו דנג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 85-87 (1995), שם אומצה פרשנות חוקתית כזו רק בידי שופטי המיעוט, וכן דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995), שם אומצה פרשנות חוקתית כזו בתחום המעצרים.

15 ראו למשל ע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה רענה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 925 (2002) (פסק דינו של השופט טירקל); דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רענה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 328-329 (2004) (פסק דינו של השופט טירקל); ע"א 119/01 אקנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 817, 840, 845, 853 (2003) (פסק דינה של השופטת נאור); ע"מ 1975/01 ועדה מקומית לתכנון ולבניה כרמיאל נ' רובינשטיין, פ"ד נו(6) 638, 656-657 (2002) (פסק דינה של השופטת בייניש); ע"מ 10398/02 וייס נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון, תק-על (2)05 (2005) 1846, 1844, 1846 (פסקי דינם של השופטים ברק וארבל); בר"מ 1106/04 ועדה מקומית לתכנון ובנייה – חיפה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, תק-על (4)06 3842, 3848 (2006) (פסק דינו של השופט רובינשטיין). השופט ברק אזכר את פרשת קרטיק כדוגמה למהפכה החוקתית בדיני הקניין, ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית בת-מצווה" משפט ועסקים 3, 46 (2004) (להלן: ברק "המהפכה").

16 ראו באתר בית המשפט העליון, [elyon1.court.gov.il/files\\_eng/96/900/023/g10/96023900.g10.htm](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/96/900/023/g10/96023900.g10.htm). יש להניח כי ההחלטה על תרגום פסק דין לאנגלית מצביעה על חשיבות שייחס לה המחליט ועל הנחותיו בדבר העניין הציבורי שתרגום ההחלטה יעורר בחו"ל. נכון ליולי 2010 תורגמו לאנגלית רק 108 החלטות של בית המשפט העליון, מתוכן 12 נפסקו בשנת 2001. עיון בנושאי ההחלטות שתורגמו לאנגלית מחזק רושם זה.

17 אחת התובענות המפורסמות להשבת מקרקעין שהוגשה בעקבות הלכת קרטיק הייתה תובענה של בעלים מקוריים של מקרקעין שהופקעו לפני שנים לצורך הקמת חוות הגז בפי גלילות. הם תבעו את השבת המקרקעין לידם בעקבות ההחלטה להעביר את חוות הגז לאתר אחר ולהעמיד את השטח לבנייה (על גורלה של התובענה ראו להלן הערה 31) (ראו שמואל דקלו "47 בעלי קרקעות בפי גלילות עתרו לבג"ץ בבקשה לבטל הפקעה או לקבל פיצויי גלובס און ליינ 5.7.2005 [www.globes.co.il/](http://www.globes.co.il/)

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

במקרים בודדים<sup>18</sup> ואף פיתח אותה לכיוון נוסף של תשלום פיצויים.<sup>19</sup> מקרים מעטים אלה עמדו בניגוד למגמה הכללית של פסיקת בית המשפט העליון לפני פרשת קרטיק,<sup>20</sup> אך – כפי שנראה בהמשך – הם גם היו יוצאי דופן לעומת מגמת פסיקתו לאחריה.<sup>21</sup> ההלכה העקרונית והחדשנית הוטמעה בפסיקותיהם של בתי משפט מחוזיים,<sup>22</sup> אשר בהסתמך על ההלכה גם

18 news/article.aspx?did=930643). לטענות של צדדים לפי הלכת קרטיק במסגרת ערעורים או במסגרת עתירות לבית המשפט העליון, ראו ע"א 4399/97 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חדרה נ' דז, תק"על (3)01, 114, פס' 2-1 (2001); ע"א 6389/00 סרחאן נ' מדינת ישראל, תק"על (3)01, 30, 31 פס' 6 (2001); בג"ץ 840/97 סביט נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז"ד (4) 803, 811, פס' ג (2003); ע"א 4067/07 ג' באדין נ' מדינת ישראל, תק"על (2)08, 573, 574 (2008); בג"ץ 9328/05 מזרחי נ' שר האוצר, תק"על (2)09, 457, פס' 8 (2009). לעתירות נוספות ראו להלן הערות 30-31.

19 בהערת אגב של השופטת ארבל בפרשת יייס (לעיל הערה 15, בעמ' 1847), היא הציעה למחוקק לעיין בפיתוח של הלכת קרטיק שלפיו כאשר ההשבה אינה אפשרית – ישולם פיצוי לבעלים המקורי. ארבל שבה לציין את הקשר שבין גישתה זו להלכת קרטיק בהערת אגב בבג"ץ 10759/05 דינאי נ' שר התחבורה, תק"על (3)08, 2157, 2163 (2008).

20 ראו לוינסון-זמיר "ההגנה החוקתית", לעיל הערה 8, בעמ' 379-386; הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות", לעיל הערה 11, בעמ' 78-84; הולצמן-גזית "המבנה המוסדי", לעיל הערה 11, בעמ' 324-332 וכן חיים זנדברג "הפקעות, אחריות חברתית והגנת הקניין הפרטי בעיני בית המשפט העליון – אגב דו"ח הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)", 1943 "המשפט יא 585, 588 (2005) (להלן: זנדברג "הפקעות").

21 ראו להלן הערות 29-30 ופרק ב.1.

22 תקצור היריעה מלפרט את כל פסקי הדין המחוזיים שהזכירו את הלכת קרטיק או שיישמו אותה בהקשר כזה או אחר. די בכך שנציין כי – כפי שעולה מכל מאגרי אחזור המידע – הלכת קרטיק אוזכרה בעשרות פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים, שבהם נדונו בווריאציות שונות טענות להשבת מקרקעין בשל אי-מימוש הצורך הציבורי שעמד ביסודה של הפקעה או בשל שיהוי במימושה. הרוב המכריע של העתירות נדחה מטעמים שונים (מנתי לפחות ארבעים כאלה). לדוגמאות ספורות (ומצומצמות כמעט) שבהן נפסקה השבה לאחר הלכת קרטיק, ראו עת"מ (מינהליים ת"א) 2340/05 קנין נ' מועצה מקומית רמת-השרון, תק-מח (4)09, 8856 (2009); עת"מ (מינהליים ת"א) 1366/04 גנין נ' עדיית רמת השרון, תק-מח (1)05, 3774 (2005) (נדונו כאן הפקעות משנת 1944); עת"מ (מינהליים ת"א) 2123/08 דוד נ' מועצה מקומית כפר יונה, תק-מח (3)09, 13390 (2009) (נדונו כאן הפקעה משנת 1991); עת"מ (מינהליים ת"א) 2705/04 אוברקוביץ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה – מחוז מרכז, תק-מח (2)05, 3620 (2005) (נדונו כאן הפקעה משנת 1988); עת"מ (מינהליים חי') 409/01 חונוביץ נ' המועצה המקומית פרדס חנה-כרכור, תק-מח (1)03, 1989 (2003) (נדונו כאן הפקעות משנות השבעים); עת"מ (מינהליים ת"א) 1132/01 בירנבוים נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה אור יהודה-אזור, תק-מח (2)02, 4062 (2002) (נדונו כאן הפקעה משנת 1975) (להלן: עת"מ בירנבוים). להסברים מוסדיים לכך שעשוי להיות פער בין פסיקות של בתי המשפט המחוזיים, המיטיבות עם

הוסיפו לה נופך משלהם.<sup>23</sup> ההלכה אף עוררה תשומת לב בהחלטות של ועדות תכנון ובנייה.<sup>24</sup>

ההלכה שפסק בית המשפט בפרשת קרטיק הוגדרה כאמור הלכה "עקרונית". מבחנו המרכזי של עיקרון הוא ביישומו. את מלאכת היישום של העיקרון שקבע האציל בית המשפט – ביזמתו – למחוקק. תחילה הסתפק בית המשפט בקריאה כללית למחוקק לתקן את החקיקה בהתאם<sup>25</sup> ודחה את יישומו של העיקרון במקרה שלפניו עד שיובאו בפניו מלוא טענות העותרים בסוגיות השונות הרלוונטיות למקרה זה, בייחוד בסוגיית תחולתה הרטרואקטיבית של ההלכה העקרונית על הפקעות שבוצעו קודם לפסיקתה.<sup>26</sup> בשלב זה היה נראה שהקריאה למחוקק לא באה להחליף את הכרעת בית המשפט בפרשה גופה וכי בית המשפט התכוון להכריע בסכסוך שלפניו.<sup>27</sup> ככל שחלף הזמן ותהליך החקיקה התקדם, נטש בית המשפט את

פרטים, לבין פסיקות של בית המשפט העליון, ראו הולצמן-גזית "המבנה המוסדי", לעיל הערה 11, בעמ' 349 ואילך.

23 כגון קציבת מועד למימוש הפקעה. ראו עת"מ (מינהליים ת"א) 1376/06 רסקו חברה להתיישבות חקלאית ועירונית בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – מחוז ת"א, תק-מח (2) 2071 (2007) (כאן נקצבו 10 שנים); עת"מ (מינהליים ת"א) 1744/04 יחיא נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה – מרכז, תק-מח (4) 3900 (2004) (כאן נקצבו 3 שנים).

24 פרשת קרטיק הגבירה את לבטיהן של אלה בשאלה, אם לצורכי טבלאות איוון בתכנית איחוד וחלוקה יש להחשיב מקרקעין שהופקעו בעבר לצורכי ציבור, אך הצורך הציבורי בהם לא מומש כמקרקעי הבעלים המקורי. לאישור גישה כזו בהסתמך על הלכת קרטיק, ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 1374/06 חשין נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-מח (4) 17131 (2008). לשלילתה למרות הלכת קרטיק, ראו עת"מ (מינהליים ת"א) 1001/01 פרויז נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה, תק-מח (2) 01 (2001).

25 פרשת קרטיק, לעיל הערה 1, בעמ' 694 (פסק דינו של השופט חשין), 704 (פסק דינו של השופט זמיר), 706 (פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן), 713 (פסק דינו של השופט ברק), 714 (פסק דינו של השופט ש' לוי), 717 (פסק דינה של השופטת דורנר), 719 (פסק דינה של השופטת בייניש) ו-720 (פסקי דינם של השופטים אור ומצא).

26 לפי תכנית הפעולה של השופט חשין, שהתקבלה על דעת כל השופטים, היו הצדדים אמורים לטעון טענות לא רק באשר לסוגיית התחולה הרטרואקטיבית, אלא גם בשאלת תחולתם של מכלול ההסדרים שנקבעו בפסק הדין העקרוני על המקרה הנדון (ראו שם, בעמ' 694 פס' ג). שופטים אחרים – כגון השופט זמיר – הדגישו בעיקר את השאלה הראשונה (ראו למשל שם, בעמ' 704).

27 הנה כמה התבטאויות שמעידות על כך (ההדגשות שלי – ח' ז'): השופט חשין ציין, כי עם קבלת טיעוני הצדדים בסוגיית הרטרואקטיביות, "אם נסבור כי כך ראוי, נקבע מועד לדיון על-פה, או שנכריע בדיון על יסוד הטיעונים בכתב בלבד" (שם, בעמ' 694 פס' ד). השופט זמיר ציין, כי "שאלת המועד לתחולת ההלכה החדשה מונחת כיום הזה בפנינו, בעתירות שהוגשו כבר לפני שנים אחדות, ואין מנוס מתשובה, ולו רק תשובה חלקית, ככל שמתחייב מן המקרה הנדון" (שם, בעמ' 704 פס' ה). השופטת שטרסברג-כהן מנתה את השאלות הפתוחות שמעוררת הפסיקה העקרונית וסיכמה, כי "חלק משאלות אלה, ידון – ככל שיידרש – בשלב שני, לאחר שמיעת טענות הצדדים, כפי שנקבע בחוות דעתם של חבריי" (שם, בעמ' 705 פס' ז). השופטת דורנר הצטרפה לקריאה למחוקק אך סיכמה כך: "עם זאת, בהליך זה עלינו להכריע אם הפרשנות שלפיה דין ההפקעה להתבטל כאשר הקרקע אינה דרושה עוד לצורך ציבורי ישימה בענייננו. זאת נעשה לאחר קבלת טיעוני הצדדים" (שם, בעמ' 718 פס' א). השופט אור כתב, כי "בשאלת תחולת הדין על ענייננו, יוחלט לאחר קבלת טיעון בעלי הדין" (שם, בעמ' 720 פס' ג).

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

יומרתו להכריע בסכסוך, תוך שהוא דוחה את ההכרעה בתיק חמש פעמים.<sup>28</sup> לבסוף הסיר בית המשפט מעצמו לחלוטין את משימת ההכרעה בתיק: יהודית קרטיק ושאר העותרים בפרשה נאלצו להמתין שמונה שנים מאז שנפסקה ההלכה אשר הכירה "עקרונית" בזכויותיהם, עד שבחודש פברואר 2009 החליט בית המשפט למחוק לחלוטין את עתירתם ולהמתין למחוקק שיאיל לסיים את תהליך חקיקתו של חוק הפקעות חדש וייצוק תוכן מפורט לעיקרון שבית המשפט העמיד על מכונו בהחלטתו "העקרונית".<sup>29</sup> לטיפול דומה של מחיקה ללא הכרעה לגופו של עניין זכו גם העותרים בעתירות נוספות שעוררו שאלות דומות, אשר ההכרעה בהן עוכבה בידי בית המשפט העליון עוד בטרם מחיקתה של העתירה בעניין קרטיק.<sup>30</sup> אמנם, בעצם השימוש במחיקה (להבדיל מדחייה) אין כדי לפגוע בזכויות העותרים, ולכאורה נשמרה להם הזכות לשוב ולעתור, אם יתברר כי המחוקק משתהה יתר על המידה בחקיקה;<sup>31</sup> בית המשפט גם הניח פתח לתקוף את חוקיותה של החקיקה החדשה

28 ביולי 2002, כשנה וחצי לאחר פרשת קרטיק ולאחר שהצדדים הגישו את טיעוניהם בכל הסוגיות שעל הפרק, החליט השופט חשין לדחות את ההכרעה בשנה נוספת, שאז "יוחלט על דבר המשך ההליכים", ראו בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, תק"על (2)02 876, 875 (2002) (להלן: פרשת קרטיק השנייה). ריטואל הדחייה (בבג"ץ 2390/96) חזר על עצמו ארבע פעמים נוספות, בהחלטות מיום 14.7.2005 (תק"על (3)05 964) (להלן: פרשת קרטיק השלישית), 4.6.2006 (תק"על (2)06 3508) (להלן: פרשת קרטיק הרביעית), 5.6.2007 (תק"על (2)07 4727) (להלן: פרשת קרטיק החמישית) ו- 6.5.2008 (תק"על (2)08 1975) (להלן: פרשת קרטיק השישית).

29 בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, תק"על (1)09 1743 (2009) (להלן: פרשת קרטיק השביעית).  
30 בג"ץ 2264/00 חברת פתוח ובנין בישראל בע"מ נ' עיריית חיפה, תק"על (2)09 4669 (2009); בג"ץ 2516/00 גאיל נ' שר האוצר, תק"על (2)09 1436 (2009); בג"ץ 3100/05 שטוקלמן נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק"על (3)09 2412 (2009); בג"ץ 5784/05 גורן נ' מדינת ישראל, תק"על (3)09 4088 (2009); בג"ץ 4780/05 שלוש נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, תק"על (4)09 3722 (2009); בג"ץ 6424/05 בונימוביץ נ' שר האוצר (לא פורסם, 1.2.2010) / elyon1.court.gov.il/files/05/240/064/07/05064240.r07.pdf. במקרה נוסף שבו עוכבה ההכרעה עד להכרעה בפרשת קרטיק הודמן לבית המשפט לשמוע את הצדדים במסגרת דיון שלא לגופו של עניין, אשר התקיים ימים אחדים לפני מתן פסק הדין הסופי בפרשת קרטיק. כתוצאה מכך האיץ ההרכב בראשות השופטת ביניש בנציגי המדינה להתפשר עם העותרים, בשל מה שנראה לו כנסיבות שונות ויוצאות דופן מאלה של פרשת קרטיק. הוא אף ביקש "עמדה מנומקת מדוע לא יופקע הנכס הנדון מחדש בשל הנסיבות המיוחדות של עניין זה". בסופו של דבר נמחקה עתירה זו לבקשת הצדדים (ראו בג"ץ 7657/03 דובנו – שמואלי נ' מדינת ישראל, תק"על (4)03 1526 (2003) וכן החלטות בתיק זה מיום 15.1.2009, / elyon1.court.gov.il/files/03/570/076/n09/03076570.n09.pdf ומיום 2.9.2009, / elyon1.court.gov.il/files/03/570/076/g13/03076570.g13.pdf).

31 יש לציין כי עתירה אחת שתוצאותיה נקשרו בתוצאת פרשת קרטיק, נדחתה (ולא נמחקה) כבר בשנת 2006. אפשר להניח כי השימוש בדחייה – להבדיל ממחיקה – נבע מן האופטימיות שגילה בית המשפט באותה עת באשר לקצב החקיקה וההכרעה. מכל מקום, לא נראה כי מדובר בשוני מהותי בדרך הטיפול (ראו בג"ץ 740/05 כהן נ' מדינת ישראל, תק"על (1)06 179 (2006)). בשלב ראשון נמחקה תביעת בעלי הקרקע בפי גלילות על הסף מן הטעם שהסמכות היא לבג"ץ ולא לבית המשפט המחוזי (ראו רע"א 5664/04 מדינת ישראל נ' בן גרא, פ"ד נט(6) 193, 194-195 (2005)). משהוגשה העתירה לבג"ץ המליץ בית המשפט לעותרים למושכה, תוך שמירת הזכות לשוב ולעתור בעתיד "אם





פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

ההלכה העקרונית מרחיקת הלכת שפסק הייתה – לפחות כפי שנראה בשלב זה – סיכולה של ההלכה העקרונית וכן עינני דין לצדדים אשר ביקשו לקבל הכרעה בסוגיה.<sup>37</sup> שיטת הפעולה, שלפיה בית המשפט מנסה מצד אחד להכתיב למחוקק סדר יום עקרוני לחקיקה ומצד שני נמנע לחלוטין מהכרעה בסכסוך שלפניו, היא ייחודית בנוף הפסיקה הישראלית. מה גרם להתנהגותו זו של בית המשפט? שאלה זו תעמוד במרכזו של מאמר זה. אפשר להבחין בין שני סוגים של הסברים למהלך. הסוג האחד הם הסברים נורמטיביים גלויים וקונבנציונליים, שבאמצעותם הסביר בית המשפט מדוע היה נכון מבחינה נורמטיבית לפעול כפי שפעל.<sup>38</sup> סוג שני של הסברים, שהצעתם עומדת במרכזו של מאמר זה, מבוסס על ההנחה של השפעתם בפועל של שיקולים רציונליים אסטרטגיים על התנהלותן של רשויות בכלל ושל בית המשפט בפרט. שיקול אסטרטגי הוא שיקול שאינו מונחה רק באמצעות עמדה נורמטיבית בסוגיה פלונית שישנה הנחה או טענה לקיומה, אלא גם באמצעות הנחות – סמויות או גלויות – בדבר התנהגותם של שחקנים אחרים – רשויות או פרטים המשתתפים בקבלת החלטה או המושפעים ממנה. במאמר זה אטען, כי אפשר להסביר את התנהגות בית המשפט בפרשת קרטיק ובייחוד את הדיסוננס החזר שבין פסיקתו העקרונית המהפכנית לאופן שבו הוא פעל הלכה למעשה ביישומה, בטענה, כי את בית המשפט הנחו בהחלטותיו שיקולים אסטרטגיים.

הפרק הראשון של המאמר יציג את המאפיינים המיוחדים של שיטת הפעולה שנקט בית המשפט בפרשת קרטיק. ייבחנו ההסברים הנורמטיביים הקונבנציונליים שנתן בית המשפט למהלכיו בפרשת קרטיק וכן יוצג הקושי לקבלם כהסברים ממצים למהלך נוכח ייחודה של התנהגות בית המשפט בפרשה. בפרק השני תוסבר התנהגות השופטים באמצעות ניתוח האפשרות שהיא הושפעה משיקולים אסטרטגיים. כן תיבחן התגובה האסטרטגית של הרשות המבצעת לפסיקת בית המשפט, בדגש על השימוש בכלים שמטרתם לסכל את ההנחה השיפוטית. בפרק האחרון אתאר את הליך החקיקה ואצביע על האופן שבו הצליחה ההתנהגות האסטרטגית של הרשות המבצעת להשפיע על תוצאותיו הלכה למעשה. כמו כן אצביע על האפשרות שבית המשפט העליון עצמו הפיק מן הפרשה לקח אסטרטגי.

## א. ייחודה של פעולת בית המשפט בפרשת קרטיק

37 "תחושת העותרים שנותרו בחיים היא תחושה קשה של חוסר אמון, של עוול גדול שנעשה להם. העותרים חשים כי הם משמשים מנוף של המערכת השיפוטית אל מול הכנסת והמערכת המבצעת, אבל תוך כדי כך העניין הפרטי שלהם נרמס". דברים קשים אלו יוחסו לפרקליטם של חלק מהעותרים, עו"ד אלון סמואל (ראו עידו באום "בג"ץ קרטיק: מי יגן על זכויות הקניין של בעלי הקרקע בגבעת אולגה?" *דה מרקר* 14.9.2008).

38 עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" *מחקרי משפט* יט 665, 668 (2003).

## 1. השופט כמחוקק והמחוקק כמיישב סכסוכים

פניית בית המשפט אל המחוקק בפרשת *קרטיק* חושפת דפוס פעולה ייחודי בנוף הישראלי. אמנם פנייה של בית המשפט אל המחוקק לכשעצמה אינה מחזה נדיר; עם זאת, בדרך כלל פנייתו של בית המשפט אל המחוקק היא פנייה הנלווית להכרעה בסכסוך שלפניו. יש שההכרעה נכנסת לתוקף מייד וביית המשפט מסתפק בקריאה למחוקק – אגב פסיקתו בסכסוך פלוני – להשלים חסרים או ליקויים באמצעות חקיקה.<sup>39</sup> לעתים בית המשפט מכריע בסכסוך, אך משעה את יישומה של הכרעתו בעניין פלוני עד להסדר מקיף יותר של הנושא בידי המחוקק.<sup>40</sup> ואילו כאן הסתפק בית המשפט בקביעת עיקרון כללי ונמנע לחלוטין מיישומה הלכה למעשה בתיק שלפניו ובתיקים רבים נוספים. בית המשפט לא פסק כי יש להשיב את הקרקע לעותרים, אך גם לא פסק כי אין להשיבה. ההימנעות מהכרעה אינה הימנעות נסתרת הבאה לידי ביטוי בעיכוב טכני של מועד מתן פסק הדין, אלא היא באה לידי ביטוי מפורש בפסקי הדין עצמם. בית המשפט אף הרחיק לכת ושיגר את העותרים לטעון את טענותיהם בבית המחוקקים דווקא.<sup>41</sup>

בית המשפט סטה בהתנהגותו זו באורח יוצא דופן מן התפיסה המקובלת של תפקידו. ראשית, מקובל על כולם שהתפקיד של יישוב סכסוכים יוחד לרשות השופטת דווקא ולא לרשות המחוקקת. הרשות המחוקקת אינה אמורה לטפל ביישוב סכסוכים מיוחדים באמצעות חקיקה, אלא בקביעת הסדרי מדיניות כלליים.<sup>42</sup> תורת הפרשנות התכליתית אף שוללת את

39 ראו למשל בעניין מעמדן של תניות שמור בעלות של ספקים: ע"א 4648/92 טריומף אינטרנשיונל בע"מ נ' הכונס הרשמי, תק"ע 95(3) 827, 820 (1995) ("מן הראוי שהמחוקק ייתן דעתו על מעמדו של המוכר באשראי כבעל שעבוד בממכר, ויסדיר את הסוגיה בשלמותה" ו"נחיצותה של חקיקה שתבהיר גבולות בצורה חדה יותר וחסיר ערפול מיותר"); ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד, פ"ד נג(2) 353, 384 (1999) ("תקנתו של מצב זה אינה תלויה בסטייה מהלכותיו של בית-משפט זה, אלא בהשלמת החסר בהסדרים הסטוטוריים הקיימים"); ולבסוף, רע"א 1690/00 מ. ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' א. אבגל טכנולוגיה בע"מ (בפירוק זמני), פ"ד נו(4) 385, 425 (2003) ("אין להמתין עוד לישועתו של המחוקק ואין להימנע מקבלת הכרעה שיפוטית").

40 בין הדוגמאות הנודעות, ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 416 פס' ז (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 284 פס' ו (1999); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 531 (1998). לניתוח ההשעיה במקרים אלה ובמקרים אחרים, ראו יגאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" *משפט וממשל* ט 39 (התשס"ו) (ראו במיוחד מעמ' 55 ואילך); אמנון רובינשטיין וברק מדינה *המשפט החוקתי של מדינת ישראל* כרך א – עקרונות יסוד 157-158 (2005). להשעיה דומה לאחר סיומה של פרשת *קרטיק*, ראו בג"ץ 5373/08 אסמעיל אבריהם אבו לבדה נ' שרת החינוך, תק"ע 11(1) 1519 (2011).

41 "רשמנו לפנינו את הודעת באת-כוח המדינה כי בקשתם של באי-כוח העותרים להשמיע טענות בפני ועדת הכספים בדיוני החקיקה הועברה לידיעת הוועדה והם יוזמנו להופיע בפני הוועדה" (פרשת *קרטיק החמישית*, לעיל הערה 28, בעמ' 4728).

42 התפיסה המקובלת של עקרון הפרדת הרשויות היא כי הרשות המחוקקת אינה גוף המתאים לפרש את שאלת תחולתו של חוק על מקרה פרטי, והתפיסה המקובלת של עקרון שלטון החוק מחייבת כי נורמות הקבועות בחקיקה יהיו כלליות ואוניברסליות וכי החקיקה לא תהיה "פרטית" ומכוונת לאנשים מסוימים. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 40, בעמ' 152, 287.

פרשת קרסיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

התעניינותו של השופט הפרשן ב"תפיסתו השיפוטית" של המחוקק.<sup>43</sup> את מה שהרשות המחוקקת אינה אמורה לעשות – בתי המשפט מחויבים לבצע.<sup>44</sup> תפקידו העיקרי של בית המשפט הוא יישוב סכסוכים, ואך משני לו התפקיד של חידוש הלכה.<sup>45</sup>

שנית, התפיסה המקובלת של חלוקת התפקידים בין הרשויות היא כי "חקיקה היא האצלה של פרשנות החיקוק לשפיטה".<sup>46</sup> בדרך כלל החוק קובע עקרונות (או סטנדרטים), ובית המשפט פוסק לפיהם בקפדנות בעניינים המובאים לפניו.<sup>47</sup> דווקא לשופטים ישנה היכרות קרובה יותר עם מקרים ספציפיים שבהם נדרש יישום החוק, וגישה ישירה זו מאפשרת לבית המשפט לתרגם את העקרונות הכלליים שקובע המחוקק להסדרים פרטניים ומדויקים יותר.<sup>48</sup> ראיית המחוקק כגוף שעליו לקבוע הסדרים ראשוניים משקפת גם את עמדותיהם של בית המשפט העליון ושופטיו.<sup>49</sup> השילוב שהודגם בפרשת קרסיק הוא שונה: בית המשפט הציג את עצמו כגלוי כמחוקק-על הקובע עיקרון מופשט, ומן המחוקק הוא דרש במפורש לרקוח את העקרונות לפרטים, כאילו היה מחוקק משנה. ייחודה של התנהגות זו אינו בכך שבית המשפט קבע עקרונות חדשים בפסיקתו; בית המשפט הרי ראה את עצמו כבר בעבר מוסמך לבטל חקיקה של הכנסת,<sup>50</sup> והשתמש לא אחת בפרשנות של חוקים וב"שתילת איברים" לגוף החוק<sup>51</sup> ככלי לשינוי משמעותי ומרחיק לכת.<sup>52</sup> כאמור, ישנן גם דוגמאות

43 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 226-227 (1993) (להלן: ברק פרשנות במשפט כרך שני).

44 ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד (ח) 4, 21 פס"ד (1954); ע"א 595/88, 632 אדרי נ' חסקל, פ"ד מז(5) 333, 337-338 (1993).

45 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 168 (1993) (להלן: ברק פרשנות במשפט כרך ראשון). רות גביוון "מעורבות ציבורית של בג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 76 (רות גביוון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן עורכים, 2000) (הספר להלן: אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד).

46 ברק פרשנות במשפט כרך ראשון, לעיל הערה 45, בעמ' 162.

47 המגמה ההיסטורית היא להגביר את כלליותו של הכלל החקוק ובהתאמה את כוחו היוצר של השופט, אך המדרג שלפיו המחוקק הוא הקובע את הסטנדרט או את הכלל והשופט מיישם אותו נותר בעינו והוא גם המדרג הרצוי. ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית" משפטים יז 321, 334-335 (1987).

48 Cooter טוען כי הפסיקה מאפשרת לבצע התאמות שוליות של החקיקה למציאות (marginal adjustments) (ראו (ROBERT D. COOTER, THE STRATEGIC CONSTITUTION 199-200 (2000)).

49 בעוד שהמחוקק נדרש לקבוע הסדרים ראשוניים, מלאכת תרגומם להסדרים משניים מופקדת בידי מחוקק המשנה. ראו למשל בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות, פ"ד נו(6) 25, 56 (2002) (להלן: פרשת שיח חדש), וכן Aharon Barak, A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy, 116 HARV. L. REV. 16, 136 (2002).

50 רוני נאבוק, SUZIE NAVOT, THE CONSTITUTIONAL LAW 40, בעמ' 253, וכן OF ISRAEL 50 (2007).

51 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 759 (1994) (להלן: ברק פרשנות במשפט כרך שלישי).

52 בין הרוגמאות, ראו ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001) (באמצעות פרשנות חוקתית, הפך בית המשפט כאן הלכה קודמת שקבעה פטור מפיצוי בגין הפקעת חלקה במלואה); פרשת גנימאת, לעיל הערה 14. לעתים תוצאותיה של פרשנות עשויות

להמלצות חקיקה למחוקק או להשעיית תוקף של פסיקה כדי להעניק שהות לתיקון חקיקה.<sup>53</sup> הייחוד בפרשת קרטיק הוא בכך שבית המשפט ניסה לכוף על המחוקק לאמץ את עקרונותיו בחקיקה מפורטת, מבלי להכריע בסכסוך שבפניו. בעוד שהימנעות מלהכריע בסכסוך נראית על פניה צורה של איפוק שיפוטי, הרי הקריאה למחוקק לחוקק בהתאם לעיקרון שנפסק והותרת התיק תלוי ועומד נראים כניסיון אקטיביסטי מובהק להשפיע על סדר יומו של המחוקק.

## 2. הסבריו הנורמטיביים של בית המשפט והביקורת עליהם

מדוע נמנע בית המשפט העליון מלהכריע בסכסוך שלפניו ובמקום זאת הפקיד מרצונו את מלאכת שינוי הדין בידי המחוקק? בית המשפט נתן שתי הנמקות מרכזיות למהלך יוצא דופן זה: האחת – טכנית – מתמקדת בנחיתותם של הפרספקטיבה השיפוטית ושל הכלים השיפוטיים לעומת הכלים שבידי הרשות המחוקקת, ככל הנחוץ לצורך הסדרת מלוא ההיבטים של תחום משפטי פלוני. השנייה – מהותית – מתמקדת בתפקידו המוגבל של בית המשפט בהנהגת רפורמות משפטיות במשטר דמוקרטי שבו נהוגה הפרדה בין הרשות השופטת, שהיא רשות ממונה, לבין הרשות המחוקקת, שהיא רשות נבחרת.

ההסבר הראשוני שנתנו שופטי בית המשפט העליון לפנייתם למחוקק היה, כי למחוקק יתרון טכני על פני בית המשפט בעיצובם של כללים משפטיים. טווח הראייה של בית המשפט מוגבל לסכסוך פלוני או לסדרת סכסוכים המובאת בפניו.<sup>54</sup> בעוד שהמחוקק רשאי וצריך לשמוע קשת נרחבת של בעלי עניין ולהשתמש בכלי מחקר ואיסוף מידע מגוונים, הרי בית המשפט מנוע בדרך כלל מלעשות כן.<sup>55</sup> לפיכך, רק הרשות המחוקקת מסוגלת להתקין בחוק הסדר "מקיף וכולל", שיתן מענה קונקרטי לא רק לסוגיות שהתעוררו בפרשת קרטיק אלא גם לסוגיות רחוקות יותר, שבהן יש השלכה לעקרון העל שקבע בית המשפט ושבהן הוא לא נדרש להכריע.<sup>56</sup> ספק אם יש בהסבר זה כדי להצדיק וכדי להסביר את הימנעותו של בית

להיות ארוכות טווח לעומת ביטול חקיקה, שכן בעוד שאת הביטול אפשר לרפא בחקיקת נגד, הרי פרשנות מסוימת יכולה להחזיק מעמד גם אל מול חקיקה חדשה, ראו Christine Bateup, *Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak-Form Bills of Rights*, 32 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 529, 571-572 (2009), וכן גרעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5, 43-37 (2010) (הדן בשימוש בטקטיקה של מציאת בהירות במקום שבו המחוקק נקט לשון עמומה כמסווה לביקורת שיפוטית מהותית).

53 ראו לעיל הערות 39-40.

54 השופט דורנר ציינה נימוק זה במפורש: "אכן, ההתפתחות המשפטית בדרך של שינויים בפרשנות היא איטית וקטועה, ונגזרת בדרך-כלל מן המקרים הקונקרטיים הנדונים בפני בית-המשפט" (ראו את פרשת קרטיק, לעיל הערה 1, בעמ' 717 פס' ו).

55 כפי שמסכם Cooter: "Judges cannot manage macroeconomic policy, design an efficient poverty program, or administer a school district" (COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 312).

56 השופט חשין ציין כי "עתה, עם בואה של דוקטרינת-הזיקה, אין ספק בדעתנו כי תצוצנה מפה-ומשם שאלות לא-מעט – על חלקן עמדנו בדברינו למעלה – ושאלות אלו, למצער עיקריהן, ראוי שתמצאנה פתרון בחוק חרות. באותה משיכה ראוי שהמחוקק ייתן דעתו להוראות ההפקעה שבחוק התכנון,

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

המשפט מהכרעה בסכסוך שבפניו.<sup>57</sup> היתרון הטכני של המחוקק וזווית הראייה הרחבה שלו קיימים בכל סוגיה, והם לא מנעו בעבר מבית המשפט העליון מלקבוע הסדרים מפורטים בנושאים שונים וסבוכים. במשך השנים אף פיתח בית המשפט בעקיבות כלים שיפוטיים המסייעים לו להכריע בסוגיות סבוכות ורבות-היבטים.<sup>58</sup> גם בעניין קרטיק הוגשו לבית המשפט טיעונים מפורטים "מלאים וגדושים בחוכמה".<sup>59</sup> השופטת בייניש אף ציינה בפסק דינה הסופי בפרשת קרטיק, כי הסוגיות הדרושות להכרעה בפרשה, ובראשן שאלת הרטרואקטיביות, הן מסוג השאלות שאין בית המשפט נרתע מלהכריע בהן.<sup>60</sup> היא גם ציינה במפורש שאין היא חוששת ממורכבות השאלות הנוגעות לעצם ההכרעה.<sup>61</sup> נראה אפוא, כי

- וישקול אפשרות להאחדת הדין. המלאכה מרובה ועת לעשות" (ראו את פרשת קרטיק, לעיל הערה 1, בעמ' 694). השופט ברק הצטרף לפנייה למחוקק בשל הצורך להסדיר בחקיקה את הסוגיה "כולה" (שם, בעמ' 713 פס' ד). השופט לוין הטעים שעל המחוקק להסדיר את הנושא בחוק "מקיף, מודרני ומסודר" (שם, בעמ' 714 פס' ב). השופטת דורנר ציינה כי רק המחוקק יכול לתת לסוגיות השונות "הסדר מקיף ומלא" (שם, בעמ' 717 פס' ו). השופטת בייניש ציינה כי "שינוי ההלכה מעורר שאלות רבות שאין בידינו להכריע בהן במסגרת ההליך שלפנינו" (שם, בעמ' 719 פס' ז). השופט מצא הסביר כי המחוקק הוא המתאים "לשקוד" על גיבוש הסדר שיספק מענה "... לשורה של שאלות פתוחות, שיישומה של ההלכה החדשה עשוי לעורר" (שם, בעמ' 720 פס' ו). השופט זמיר ציין כי ראוי שהחוק החדש "ייתן תשובות לבעיות המתעוררות מן ההלכה החדשה" (שם, בעמ' 704 פס' ה).
- 57 השוו יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל הערה 45, בעמ' 18-17; גביון, שם, בעמ' 75-76.
- 58 הוא הרחיב את זכות העמידה והכיר בעותרים ציבוריים (ראו זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר חמישים שנה" משפט וממשל ה' 235, 246 (2000)); הוא אפשר לידידי בית המשפט להשמיע את קולם של צדדים לא-ישירים לסכסוך (ראו מיכל אהרוני "הידיד האמריקני – קווים לדמותו של ה-AMICUS-CURIAE (ידיד בית המשפט)" המשפט י' 255 (2005)). בתי משפט גם מנצלים תדיר את האפשרות לשמוע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות בעלות השלכות ציבוריות רחבות, במסגרת ההליך של "התערבות היועץ המשפטי" (ראו את פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ס"ח התשכ"ה 182).
- 59 השופט חשין בפרשת קרטיק השנייה, לעיל הערה 28, בעמ' 876.
- 60 השופטת בייניש הזכירה בפסק דינה הסופי בפרשה (פרשת קרטיק השביעית, לעיל הערה 29, בעמ' 1747) החלטה אחרת של בית המשפט שבה העו לקבוע תחולה רטרואקטיבית להכרעה שיפוטית אקטיביסטית, אשר הפכה הלכה מושרשת קודמת גם על תיקים תלויים ועומדים בבית המשפט. ההחלטה המדוברת היא רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזובן המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל, תק-על (1)06 (2006). שם דובר בהלכה הידועה שלפיה עיזובן יהא זכאי, בניגוד להלכה קודמת, לחבוע בנויקין בשל אבדן השתכרות בגין "השנים האבודות" של המנוח (ראו ע"א 140/00 עזובן המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004).
- 61 השופטת בייניש ציינה, כי אף שהפרשה מעוררת "שאלות מורכבות ביותר ובעלות השלכות ציבוריות וכספיות רחבות היקף", הרי "ככלל, אין בנסיבות אלה כשלעצמן כדי להצדיק הימנעות מהכרעה שיפוטית של בית משפט זה באותן סוגיות" וכי במידת הנדרש "לא היינו רואים מנוס ולא היינו מהססים מלהכריע בשאלות המתעוררות בנוגע ליישום הדוקטרינה שנקבעה בעניין קרטיק על אף מורכבותן" (ראו את פרשת קרטיק השביעית, לעיל הערה 29, בעמ' 1747).

גם לדידו של בית המשפט לא הקושי הטכני הוא שהצדיק את ההימנעות הנמשכת והמוחלטת מן ההכרעה הקונקרטית בסכסוך שלפניו.

נימוק נוסף להימנעות מהכרעה, עמוק יותר, החל לבצבץ בהנמקות השופטים כחלוף שנה, כאשר גמלו כל התנאים הטכניים להכרעה בסוגיות הטעונות הכרעה לצורך יישוב הסכסוך שעמד בפניהם. בפסק הדין השני ציין השופט חשין "כי תהליך מציאת פיתרונות לאותן סוגיות כורך לא מעט הכרעות ערכיות העשויות להיות שנויות במחלוקת" (ההדגשה שלי – ח' ז').<sup>62</sup> כחלוף שלוש שנים נוספות כבר נקבע במפורש כי "לא יהיה זה ראוי כי נכריע כעת בעניין היקף התחולה של ההלכה העקרונית, טרם שנתאפשר לכנסת לשקול את העניין ולמצות את הליך החקיקה".<sup>63</sup> בסופו של דבר קבעה השופטת בייניש במפורש, כי השאלות שטעונות הכרעה של בית המשפט "הינן שאלות מורכבות ביותר ובעלות השלכות ציבוריות וכספיות רחבות היקף" ולכן "דומה כי הכיבוד ההדדי בין הרשויות מחייב לתת לרשות המחוקקת הזדמנות למצות את הליך החקיקה" (ההדגשה שלי – ח' ז').<sup>64</sup> לפנינו אפוא ההסבר הדמוקרטי הקלאסי שמספק עקרון הפרדת הרשויות לחלוקת התפקידים הנכונה בין הרשויות: תפקיד החקיקה העליון מופקד בידי המחוקק, שהוא גוף נבחר, בעוד שפרשנותה ויישומה מופקדים בידי בתי המשפט שהם גוף ממונה.<sup>65</sup> לפי גישה מקובלת זו אין כל פחיתות כבוד בכך שבית המשפט מאפשר למחוקק להסדיר נושא, ויש בכך משום "דיאלוג" או "חלוקת עבודה" בין שותפים.<sup>66</sup>

הנימוק המהותי שסיפק בית המשפט אמנם מסביר את טעם הפנייה למחוקק, אך בכל זאת אין הוא מסביר את היבטיה הייחודיים של הפרשה. ראשית, הותרת התיק תלוי ועומד לקראת הכרעה מצביעה דווקא על כוונה להמריץ את המחוקק לחוקק חוק ברוח העקרונות שהתווה בית המשפט ולהשפיע על סדר יומו. המהפכה שחולל בית המשפט היא מרחיקת לכת מאוד, וכפי שציין השופט חשין "דומה כי לא נרחק מן האמת אם נאמר, כי חילופי-המישמרות שאנו עורכים בין דוקטרינה לדוקטרינה מדמים עצמם לשינוי חוק".<sup>67</sup> בית המשפט לא הסתפק בהמלצה לחקיקה, אלא ציפה מן המחוקק לאמץ את עקרונותיו. בית המשפט נופף כלפי המחוקק בחרב סמכותו להכריע בתיקים שלפניו ודחק בו לחוקק ולפעול "בשקידה סבירה" כדי להשלים הליך חקיקה בנושא.<sup>68</sup> כפי שנראה בהמשך, תמריץ זה אכן

62 פרשת קרטיק השנייה, לעיל הערה 28, בעמ' 876.

63 פרשת קרטיק השלישית, לעיל הערה 28, בעמ' 965.

64 פרשת קרטיק השביעית, לעיל הערה 29, בעמ' 1747.

65 ברק פרשנות במשפט כרך ראשון, לעיל הערה 45, בעמ' 281-285, וכן COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 174.

66 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 40, בעמ' 156; ברק פרשנות במשפט כרך שני, לעיל הערה 43, בעמ' 74; ברק "המהפכה", לעיל הערה 15, בעמ' 48.

67 פרשת קרטיק, לעיל הערה 1, בעמ' 693 פס' ג.

68 בייניש בפרשת קרטיק השישית, לעיל הערה 28, בעמ' 1975.

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

הניב תגובה חקיקתית, וכל הנוגעים בדבר ראו את עצמם מחויבים לחוקק, ולו בשל קיומו.<sup>69</sup> הפנייה למחוקק – לפחות בראשיתה של הפרשה – נראית אקטיביסטית בהרבה מחזותה של ההנמקה המהותית בדבר הכבוד למחוקק.

שנית, בית המשפט העליון הרי הוכיח לא אחת כי אין הוא נמנע מלהכריע בסוגיות בעלות השלכות חברתיות וציבוריות רחבות, בין אם לפני פרשת קרטיק ובין אם במהלכה או אחריה. הוא עשה כן בסוגיות טעונות ובעייתיות יותר מדיני ההפקעות.<sup>70</sup> הוא עשה כן גם בסוגיות רבות־משקל בתחום המקרקעין.<sup>71</sup> הוא גם לא היסס לפסוק הלכות חדשניות בהיבטים שונים של סוגיית ההפקעות.<sup>72</sup> בית המשפט העליון אף זכה לשבחים, מחד גיסא, ולביקורות, מאידך גיסא, על היותו בית משפט אקטיביסטי מאוד.<sup>73</sup> בנימוק המהותי של בית המשפט אין כדי להסביר מהו ייחודה של פרשת קרטיק ומדוע דווקא כאן – בעניין שבו נראה על פני הפסק שבית המשפט ביקש לחולל מהפכה – הגיע האיפוק שנהג בית המשפט בסופו של דבר עד כדי דרגה יוצאת דופן של זניחת ההכרעה בסכסוך וגרימת עינוי דין לצדדים.

ידלין הציע להגדיר "אקטיביזם שיפוטי" כפעולה של הרשות השופטת שמרחיבה את תחום שיקול הדעת השיפוטי שלה.<sup>74</sup> אם נאמץ הגדרה זו לתיאור פרשת קרטיק, נראה, כי פעולתו של בית המשפט בראשיתה נדמתה להיות פעולה אקטיביסטית, שכן היא נועדה לכופ

69 בעניין זה מאלפים דבריה של עו"ד נטע דורפמן, היועצת המשפטית של ועדת הכספים של הכנסת, בישיבת הוועדה האחרונה שלפני שלב ההצבעות: "אני רוצה להזכיר שכולנו פה בעקבות פסק דין קרטיק. בפסק דין קרטיק נקבעה הלכה מכאן ואילך ובית המשפט קבע שהוא מחכה למחוקק באשר לתחולה הרטרואקטיבית" (ראו את פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-18, 44 (14.12.2009) (להלן: פרוטוקול 14.12.2009)). הפרוטוקולים של ועדת הכספים (כאן ובהמשך) ניתנים לאיתור ולצפייה בקלות באתר האינטרנט של הכנסת, באמצעות מנוע החיפוש של "פרוטוקולים של דיוני הוועדות", [www.knesset.gov.il/protocols/heb/protocol\\_search.aspx](http://www.knesset.gov.il/protocols/heb/protocol_search.aspx).

70 תקצר היריעה מלפרט את הסוגיות הרות הגורל שבהן עסק בית המשפט בשני העשורים האחרונים. הנה דוגמאות אחדות: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, תק"על 119 (4)00 (2000) (דחיית שירות צבאי של תלמידי ישיבות); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004) (בחינת תוואי גדר ההפרדה); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה – אריאל שרון, פ"ד נט(2) 481 (2005) (חוקתיות ההתנתקות); ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, תק"על 09 (2) 1158 (2009) (הכרה בזכות לניכוי הוצאות השגחה על ילדים מן ההכנסה החייבת); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, תק"על 09 (4) 2405 (2009) (ביטול חוק המעביר את סמכויות הכליאה מן המדינה ליד תאגיד פרטי) ועוד כהנה וכהנה.

71 הנה כמה דוגמאות מפורסמות: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (פסילת מדיניות המפלה בני-מיעוטים במקרקעי ישראל); פרשת שיח חדש, לעיל הערה 49 (פסילת החלטות של מינהל מקרקעי ישראל בדבר מדיניות שינוי ייעוד בקרקע החקלאית).

72 בעניין זכות הפיצויים בפרשת ההתנתקות לא נמנע בג"ץ מהכרעה, אף כי מדובר במקרה חשוב לא פחות (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה – אריאל שרון, פ"ד נט(2) 481, 589-588 (2005)). בפרשת הולצמן, לעיל הערה 52, נקבעה זכות לפיצויים בניגוד להלכה קודמת.

73 גם כאן תקצר היריעה מלפרט את כל הספרות המבקרית. ראו להלן הערה 145 ו-147.

74 ידלין, לעיל הערה 38, בעמ' 688 וכן COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 173, 226, 227.

על המחוקק את שיקול דעתו של בית המשפט. הלכה למעשה התברר, באופן טבעי למדי, כי הייתה זו פעולה לא-אקטיביסטית שצמצמה את שיקול הדעת של בית המשפט. סתירה פנימית זו יוצרת את הרושם כי שיקולים נוספים, סמויים מן העין, הנחו את בית המשפט מלכתחילה או בחלוף הזמן וכי הסברים שנתן בית המשפט אינם מספרים את הסיפור המלא. להלן אנסה להציע, על בסיס ניתוח אסטרטגי של המהלך, הסברים אפשריים נוספים לדרך ההתנהלות האמורה.

### ב. הסברים אסטרטגיים לפרשת קוסיק

#### 1. כללי

בפרק זה יוסבר המהלך של פרשת קוסיק על כל שלביו, בטענה כי הוא משקף (ובה במידה חושף) התנהגות אסטרטגית של בית המשפט ושל הרשויות האחרות. שיקול "אסטרטגי" הוא שיקול שאינו מונחה רק באמצעות עמדה נורמטיבית בסוגיה פלונית שמניחים או שטוענים לקיומה, אלא גם באמצעות הנחות סמויות בדבר השלכות רחוקות יותר של עמדה זו.<sup>75</sup> בהקשר זה מוכרים שיקולים אסטרטגיים מגוונים, ובהם: התחשבות בתגובות נגד של רשויות אחרות ובהשלכתן על סיכויי קבלתה, אימוצה או ביטולה של עמדה פלונית;<sup>76</sup> בחינה של השפעת נקיטתה או אי-נקיטתה של עמדה על מעמדו הכולל של המוסד המקדם אותה בעיני הציבור ועל יכולתו לקדם את עמדותיו בהקשרים אחרים<sup>77</sup> וכן – במקרה של רשויות המורכבות מפרטים או מגופים אחדים – בחינת ההשלכה של נקיטת העמדה בידי כל פרט או גוף על מערכת יחסי הגומלין וקבלת ההחלטות בתוך הגוף הרלוונטי.<sup>78</sup> הנחת המוצא של ניתוח זה היא, כי שופטים שוקלים בגדר קבלת החלטותיהם לא רק שיקולים הנוגעים לשאלה המשפטית המובאת בפניהם; חלק משיקוליהם הם שיקולים הנוגעים לאופן שבו תנהגה

75 מקורותיו של הניתוח האסטרטגי שאולים מכמה דיסציפלינות ובעיקר מתאוריית הבחירה הציבורית (public choice) ותורת המשחקים (ראו COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 9-10). הולצמן-גזית מצביעה על כך, כי סוג כזה של שיקולים מוגדר בפי מלומדים מתחום מדע המדינה כשיקולים "מוסדיים" וכי הוא משקף את מודל הניתוח המכונה "מודל ההתנהגות הרציונאלית", להבדיל מניתוח נורמטיבי המכונה "מודל העמדות הערכיות" (ראו הולצמן-גזית "המבנה המוסדי", לעיל הערה 11, בעמ' 343). להבחנה דומה בין ניתוח "נורמטיבי" לניתוח "פוליטי", ראו גם Barry Friedman, *The Politics of Judicial Review*, 84 TEX. L. REV. 257, 258 (2005) וכן Ran Hirschl, *The Realist Turn in Comparative Constitutional Politics*, 62 POLITICAL RESEARCH QUARTERLY 825, 825-827 (2009).

76 כך למשל, נטען כי שיקול הדעת השיפוטי מושפע מן השאלה אם יהפוך המחוקק את הפסיקה (ראו COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 227-226; ידלין, לעיל הערה 38, בעמ' 669, בטקסט הסמוך להערה 12).

77 על הקשר שבין תדמיתו הציבורית של בית המשפט לכוחו האסטרטגי, ראו Bateup, לעיל הערה 52, וכן COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 228 (הטוען לנטייה של מחוקקים להימנע, במקרים מסוימים, מן "המבוכה" שבביטול החלטה של בית משפט).

78 כגון התחשבות בהתייעצויות בין שופטים ובמשא ומתן ביניהם באשר לתוצאותיהן של החלטות בתיקים שונים (ראו COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 201-208).



פרשת קרסיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

רשויות אחרות כתוצאה מהחלטותיהם וכן לאופן שבו תשפיע החלטתם על עמדת כלל השופטים, על רוחב ההלכה שפוסק המותב ועל מעמד בית המשפט כמוסד.<sup>79</sup> בפרשת קרסיק נחשף על פניו טפח מדפוס החשיבה האסטרטגית של בית המשפט: בית המשפט ציפה מן המחוקק כי יפעל לחקיקת חוק, והוא הניח כי עדיף לבית המשפט ואולי אף לטובת העניין כי ההכרעה תבצע בידי המחוקק. נראה שבית המשפט גם ציפה כי החוק שיחוקק בהתאמה יהא תואם את ההלכה העקרונית שפסק, הרי לשם כך הלך בדרך זו. עם זאת, בית המשפט בדרך כלל אינו חושף שיקולים אסטרטגיים. הם סמויים מן העין, משום שבמבט ראשון נדמה כי הם סותרים את האתוס הרווח ולפיו בית המשפט אמור להכריע בסכסוכים לפי מיטב שיפוטו ולפי הדין, ואילו השיקולים האסטרטגיים הם לכאורה לא-אתיים ולא-ענייניים.<sup>80</sup> הטענה בדבר קיומם של שיקולים אלה חותרת לכאורה תחת המושג "שלטון החוק" ותחת תפיסת היושרה של בתי המשפט.<sup>81</sup> ההתמקדות בפרק זה אינה בנימוקי השופטים או בניתוח נורמטיבי של המצב המשפטי הרצוי, אלא בשיקולים נסתרים שאפשר שהשפיעו הלכה למעשה על התנהגותם.

## 2. מחלוקת פנימית בין שופטים

אפשר להסביר את פסקי הדין בפרשת קרסיק בקיומה של מחלוקת פנימית נסתרת בין השופטים באשר להיקף הראוי של ההלכה. כתוצאה מכך שיקף פסק הדין הראשון פתרון של פשרה, שלפיו אומצה פה אחד קביעה עקרונית הנוטה לכיוון מסוים; אך ההכרעה בסוגיית תחולתה המעשית נדחתה ונמסרה למחוקק, נוכח מחלוקת באשר לתוצאה המצופה ומתוך מודעות ליחסי הכוחות הפנימיים בין השופטים ולתגובתו הצפויה של המחוקק. פשרה זו הניבה בסופו של דבר – ונוכח שינוי מאזן הכוחות בין השופטים – תוצאה התואמת יותר את עמדתם של השופטים שלא תמכו ביישום רחב של הלכת קרסיק.

ההסבר האמור סומך בראש ובראשונה על עדויות בספרות המחקרית, המצביעות על כך ששופטים עשויים לשאת ולתת ביניהם על תוכן החלטותיהם. ההנחה ההגיונית כי שופטים

79 השוו, באשר לבית המשפט העליון בארצות הברית, לממצאי המחקר המקיף של FORREST MALTZMAN, JAMES F. SPROGGS II & PAUL J. WAHLBECK, CRAFTING LAW ON THE SUPREME COURT – THE COLLEGIATE GAME 5 (2000).

80 שחר, גרוס וחריס, לעיל הערה 6, בעמ' 750; מנחם מאוטנר "על אי הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, 251 (2006) (להלן: מאוטנר "על אי הוודאות"); השוו את סעיפים 5 ו-6 לכללי אתיקה לשופטים, התשס"ז-2007, המדגישים את אי-התלות של השופט ואת חובתו לפסוק לפי הדין, ללא פניות, לגוף העניין וללא מורא.

81 Cooter טוען, למשל, כי אין כל פגם מוסרי או אתי במשא ומתן בין שופטים, שכן הוא מוביל לתוצאה טובה יותר. אף על פי כן הוא מודה כי למשא ומתן כזה עשויות להיות גם השלכות שליליות על תדמית השיפוט בעיני הציבור (ראו Cooter), לעיל הערה 48, בעמ' 195, 203; הולצמן-גזית "המבנה המוסדי", לעיל הערה 11, בעמ' 340). ראו גם עומר שפירא "על שפיטות, ביקורת שיפוטית וריסון שיפוטי" משפט ועסקים יא 193, 230 (2009) (המצביע על הקשר שבין היעדר ביטוי חיצוני לשיקולים מסוימים לבין שמירת חזות ניטרלית א-פוליטית של בית המשפט), וראו גם להלן הערה 124.

פועלים באופן רציונלי לקידום ערכיהם אינה חדשה, והיא נחקרה רבות בארצות הברית.<sup>82</sup> בהתבסס על הנחה הגיונית זו נטען, כי כדי להגיע לתוצאות המקדמות באופן מיטבי את הערכים שהם דוגלים בהם, יש לשופטים תמריץ להביא בחשבון את עמדות חבריהם למוטב ובמידת הצורך – לשאת ולתת זה עם זה על טיב ההכרעות והנמקותיהן. בדרך זו הם יכולים להשיג תוצאה טובה יותר, שבראייה כוללת מקדמת את עמדותיהם הערכיות בצורה ראויה יותר.<sup>83</sup> מחקרים זרים הצביעו על כך, שלעתים עניינם של שופטים בטיב ההלכה וברוחבה עולה על עניינם בהכרעה בתיק פלוני, ושהמשא ומתן האסטרטגי ביניהם עשוי להניב הלכה משותפת שניסוחה מתון יותר ובעל השלכות עתידיות מרחיקות לכת פחות, תוך ויתור על עמדה בתיק פלוני.<sup>84</sup> ככל שהפערים הערכיים בין השופטים גדולים יותר, כך גובר התמריץ של השופטים לשאת ולתת ביניהם על מיתון התוצאה של פסק דין פלוני או של תוצאותיה של סדרת פסקי דין.<sup>85</sup>

זאת ועוד, לפי סדרי העבודה הנהוגים בבית המשפט, כתיבת חוות הדעת הראשונית מופקדת בידי שופט מוביל.<sup>86</sup> משום כך, הנשיאה בנטל העמדתה של דעה חולקת בדרך כלל איננה יעד השקעה אטרקטיבי לשופט בבית משפט עמוס, והיא עשויה להמריצו להצטרף לחוות הדעת המובילה, תוך מיתונה.<sup>87</sup> הצטרפות להערת אגב לא-מחייבת של שופט מוביל עשויה להיות עקב כך אופציה מועדפת על שופט עמוס שאינו מסכים עם עיקר חוות הדעת

82 הולצמן-גזית "המבנה המוסדי", לעיל הערה 11, בעמ' 339-340.  
 83 COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 203; MALTZMAN, SPROGGS II & WAHLBECK, לעיל הערה 79, בעמ' 16; מאוטנר "על אי הוודאות", לעיל הערה 80, בעמ' 253.  
 84 כך למשל תועדה התכתבות בין השופט Brennan לשופט Marshall, שבה הודה Brennan כי נטל על עצמו את מלאכת כתיבתו של פסק דין המהווה חריג להלכת *Miranda* הנודעת רק כדי למנוע את הפקדת ניסוח החריג בידיה של השופטת O'Connor. וכך כתב לחברו: "If Sandra had gotten her hands on this issue, who knows what would have been left of *Miranda*" (ראו MALTZMAN, SPROGGS II & WAHLBECK, לעיל הערה 79, בעמ' 3 וכן בעמ' 93 (שם נמצאות מסקנות רחבות יותר של המחקר)). להסבר דומה (הצטרפות לפסיקה הנוגדת את עמדת השופט לשם מיתון היקפה) באשר להחלטה של השופט White, ראו Maxwell L. Stearns, *Should Justices Ever Switch Votes?: Miller v. Albright in Social Choice Perspective*, 7 S. Ct. Econ. Rev. 87, 132 (1999).  
 85 COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 209. על הנטייה למצע מחלוקת פנימית בין שופטים ראו את הדברים הבאים של השופט רובינשטיין: "לשיטתו של המלומד ח' זנדברג, גם בפסיקת בית משפט זה מתרוצצים שני קולות: האחד 'חלוקתי' (בוריאציות שונות), השני 'קנייני'... לדעתי, יש לתור אחר 'דרך המלך' שהיא בעת ובעונה אחת 'שביל הזהב', מתוך הימנעות מגישות קיצוניות לכאן או לכאן" (בג"ץ 6108/03 סכאי נ' שר הבינוני השיכון, תק"על (1)08, 4233, 4241 (2008)).  
 86 שופט מוביל הוא שופט שמונה להיות השופט שיכתוב את החלטתו לפני חבריו במוטב ולכן, נוכח היותו המחבר של החלטה הראשונה, יש בידו כוח עודף על כוחם של חבריו בתהליך גיבוש דעתו הסופית והמכרעת של המותב כולו (ראו שחר, גרוס וחריס, לעיל הערה 6, בעמ' 760-763).  
 87 שם, בעמ' 759 (המחקר תולה בתמריץ שלילי זה את ממצאיו בדבר שיעור מחלוקת נמוך בהכרעות בית המשפט העליון).

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

המובילה, בבחינת "live and let live".<sup>88</sup> הצטרפות אנונימית לחוות דעת כללית של בית המשפט, אשר אינה מפרטת את שמות השופטים, עשויה גם היא להסתיר חילוקי דעות פנימיים.<sup>89</sup> לעומת זאת, אצל שופטים מובילים המשקפים עמדות מיעוט, ברורה יותר הנטייה לוותר ולהתמתן.<sup>90</sup>

הרקע האמפירי והעיוני שנזכר לעיל מצביע על כך, שקיומה של מחלוקת אידאולוגית בין שופטים הוא אחד התמריצים אשר עשויים לעודד שופטים לשאת ולתת ביניהם על תוכן החלטותיהם. קיומה של מחלוקת כזו עשוי להיות עדות נסיבתית לכך שאמנם היה משא ומתן כזה בפרשת קרטיק. סוגיית היחס להפקעות, שעמדה ביסוד פרשת קרטיק, הייתה סוגיה שעמדה מאז המהפכה החוקתית – ובמיוחד בסמוך לפרשת קרטיק – במרכזה של מחלוקת אידאולוגית בין שופטי בית המשפט העליון. חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וההכרה העקרונית בזכות הקניין כזכות שאין לפגוע בה עוררה, לפחות בקרב משפטנים, את הציפייה כי בית המשפט העליון ינקוט עמדות חדשניות המחמירות עם הרשויות המפקיעות לעומת הנהוג בעבר, וכפי שנראה להלן גישה כזו אכן אפיינה את פסיקתם של חלק מהשופטים. עם זאת, גישתו המסורתית של בית המשפט כלפי סוגיות שונות בתחום ההפקעות נותרה אוהדת יותר לרשויות, כפי שהייתה בטרם חקיקת חוק היסוד. גם לאחר חקיקת החוק נחשפה בקרב שופטי בית המשפט העליון גישה המעדיפה שיקולים של צדק חלוקתי ושל אחריות חברתית על פני שיקולים של הגנת הקניין הפרטי.<sup>91</sup>

ראשיתה של המחלוקת נחשפה בפרשת נוסייבה, שבה נדחתה עמדתם החדשנית של שופטי המיעוט, ולפיה יש לגלות גישה מחמירה יותר כלפי הפקעה שנשתהה ביצועה או שנטען בעניינה כי הבעלים המקורי יכול לממש בכוחות עצמו את ייעודה הציבורי.<sup>92</sup> הבדלי העמדות שבין תומכי הגישה המעדיפה את הגנת הקניין הפרטי לתומכי הגישה החלוקתית, המעדיפה את אינטרס הרשויות, באו לידי ביטוי בכמה פסקי דין שבהם ידם של חסידי הגישה החלוקתית הייתה, בדרך כלל, על העליונה. כך במחלוקת באשר לדרכי החישוב של היטל

88 כפי שהגדיר זאת פוזנר, ראו Richard A. Posner, *What Do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, 3 S. Ct. Econ. Rev. 1, 20-21 (1993).

89 ראו רמזים לכך באשר ל"פרשת המגורשים" ללבנון (זיידמן), לעיל הערה 6, בעמ' 186 והאסמכתאות שם (במיוחד הערה 88).

90 MALTZMAN, SPROGGS II & WAHLBECK, לעיל הערה 79, בעמ' 101, 118.

91 אפשר לייחס מגמה זו גם לביקורת אקדמית חריפה כלפי התפיסה הליברטריאנית שאפיינה את פסיקת בית המשפט בראשית "המהפכה החוקתית". ראו למשל דגן, לעיל הערה 13, בעמ' 27-34, סקירה אצל בירנהק, לעיל הערה 11, בעמ' 458 הערה 88 וכן סברה דומה באשר להשפעת הביקורת האקדמית בעמ' 461. על הרקע הסוציולוגי של הביקורת, ראו חיים ונדברג "קולוניאליזם תרבותי – האמריקניזציה של החינוך המשפטי בישראל" *המשפט* 52, 53-54 (2009).

92 פרשת נוסייבה, לעיל הערה 14. שופטי המיעוט שתמכו בביטול ההפקעה היו דורנר, ד' לוין ומצא; שופטי הרוב שדחו את העתירה היו גולדברג, שמגר, אור וטל.

ההשבחה,<sup>93</sup> במחלוקת בדבר דרכי הפרשנות של היקף הפטור מחובת פיצוי בגין פגיעה במקרקעין באמצעות תכנית בניין עיר,<sup>94</sup> במחלוקת (שעודנה תלויה ועומדת) באשר לכללי ההתיישנות של תביעה לפיצויי הפקעה<sup>95</sup> ובמחלוקת באשר למידת הלגיטימיות של התחשבות בציפיות לשימוש עתידי בזכות להפקעה ללא פיצוי בעת שומת הנכס.<sup>96</sup>

לעתים התבטאה המחלוקת בניואנסים של הנמקה. כך למשל, כאשר חידש בית המשפט ברוח חוק היסוד את ההלכה שלפיה בהפקעת חלקה במלוואה אין מקום לפטור חלקי מפיצוי, השתיתה השופטת דורנר את פסק דינה בעיקר על הרעיון המחייב פיצוי בגין פגיעה בקניין הפרטי; לעומתה הדגיש השופט ברק – תוך חשיבה על השלכות הלוואי של קביעתו – את הצורך לאזן בין פגיעה זו לעקרונות האחריות החברתית של הקניין.<sup>97</sup> כאשר הצטרף השופט ברק להלכה חדשנית שלפיה הפקעת קרקע בתת-הקרקע צריכה להתבצע באופן מידתי, הוא

93 דנ"א 3768/98 קרית בית הכרם בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נו(5) 49 (2002) (להלן: פרשת קרית בית הכרם). שופטי המיעוט, שתמכו בפרשנות המיטיבה עם בעלי הקרקע, היו חשין ודורנר. שופטי הרוב, שאימצו פרשנות שמיטיבה עם הרשויות, היו אור, ש' לוזן, שטרסברג-כהן, בייניש ומצא.

94 לפי ס' 200 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, ראו את פרשות הוורוניץ, לעיל הערה 15. במקרה זה היו לכאורה כפות המאזניים מעוינות: השופטים שתמכו בפרשנות המצמצמת את היקף הפטור מפיצוי והמיטיבה עם בעל הקרקע היו זועבי (בערעור; וזעבי לא ישב בהרכב בדיון הנוסף), טירקל, חשין ודורנר. אלא שתמכו בפרשנות רחבה יותר המיטיבה עם הרשויות היו ברק (בערעור; בדיון הנוסף הוא ציין רק "אני מסכים"), אור ומצא. השופט ריבלין הסתפק ב"אני מסכים".

95 ע"א 5964/03 עזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח תקוה, פ"ד ס(4) 437 (2006). השופט חשין תמך בגישה המיטיבה עם בעלי הקרקע, שלפיה מירון ההתיישנות של הזכות לפיצויי הפקעה אינו מתחיל בטרם ביקש האזרח את הפיצוי ונתקל בסירוב, גם אם חלפו "מאה השנה" מאז ההפקעה (שם, בעמ' 469 פס' 1). על החשיבות שייחס חשין לפסק דינו זה מעידה העובדה, שהוא בחר להקריא דווקא אותו במעמד פרישתו (ראו עודד ארבל "חשין: בעלי קרקעות יכולים לדרוש פיצויים על הפקעת נכסיהם, גם אחרי 100 שנה" דה מרקר 17.2.2006 www.themarket.com/1.354836). השופטת ארבל נקטה גישה המיטיבה יותר עם הרשויות: המירוץ יחל תוך זמן סביר לאחר שנודע לנפקע על ההפקעה או לאחר שמומשה מטרת ההפקעה, לפי המאוחר (פרשת ארידור, שם, בעמ' 516 פס' א). השופט גרוניס היטיב עם הרשויות ופסק, שהמירוץ יחל לכל המאוחר ברגע תפיסת החזקה בידי הרשות המפקיעה (שם, בעמ' 534 פס' א). השופטים עצמם החליטו על דיון נוסף. תיק זה עודנו תלוי ועומד (דנ"א 1595/06 עזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח-תקוה).

96 ע"א 3819/01 מדינת ישראל נ' אסלן, תק-על(4)04 (2004) 2760; ע"א 8736/04 כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה, תק-על(1)06 (2006) 975. בשני התיקים התעוררה השאלה, אם בשומת מקרקעין שטרם סבלו מהפקעה יש מקום להפחית 40% בשל האפשרות ההיפותטית שתבצע הפקעה כזאת בלא פיצוי (לפי ס' 190(א)(1) לחוק התכנון והבנייה), או שמא אין להניח אוטומטית הפחתה כזאת. בפרשת אסלן תמך השופט לוי בדעת מיעוט בעמדה המיטיבה עם הבעלים הפרטי (שלא להפחית), בעוד שהשופטים ברק ובייניש תמכו בעמדה המיטיבה עם הרשות (להפחית). בפרשת כהן נהפכו היוצרות ואל השופט לוי הצטרפה השופטת חיות, בעוד שבעמדה הנגדית תמך השופט רובינשטיין.

97 פרשת הולצמן, לעיל הערה 52, בעמ' 642 (פסק דינה של השופטת דורנר) ובעמ' 650 (פסק דינו של הנשיא ברק). מחלוקת זו הותרה סימן שאלה בדבר היקף תחולת הפטור במקרה של הפקעה חלקית (ראו הולצמן-גזית "המבנה המוסדי", לעיל הערה 11, בעמ' 323-324).

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

שב והדגיש – בדעת יחיד – את ההשלכה שעשויה להיות לעקרון האחריות החברתית של הקניין על הרחבת הסמכות להפקיע בתת-הקרקע.<sup>98</sup> במחלוקת אלה נחשפה שונות בסל הערכים הכלכלי-חברתי של השופטים, כך שחלקם – בייחוד השופטים חשין<sup>99</sup> ודורנר<sup>100</sup> – גילו גישות המדגישות את הגנת הקניין הפרטי והפועלות לטובת בעלי מקרקעין, וחלקם – בייחוד השופטים ברק<sup>101</sup> ואור<sup>102</sup> – נטו יותר להדגיש שיקולים חלוקתיים הפועלים לטובת הרשויות.<sup>103</sup>

העיקרון שנפסק בפסק הדין הראשון בפרשת קרטיק נחזה כשיא של שינוי הגישה כלפי הפקעות בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא נגע במהותה של ההפקעה ולא רק בסוגיית הפיצוי. עם זאת, אפשר לומר כי הלכת קרטיק לא התיישבה עם הרוח החלוקתית שנשבה בפסיקת רוב שופטיה.<sup>104</sup> בהרכב השופטים שפסקו את פסק הדין הראשון בפרשת קרטיק אפשר למצוא את השופטים הבולטים בשתי הקבוצות – חשין ודורנר מזה, ברק ואור מזה. אצל יתר השופטים (בייניש, זמיר, מצא, שטרסברג-כהן ושלמה לוי) קשה לאתר נטייה אידאולוגית ברורה, אם כי כאשר הם נקלעו לעמדת הכרעה במחלוקת בין שתי הקבוצות, הצטרף חלקם לעמדות חלוקתיות יותר.<sup>105</sup> חילוקי דעות שכאלה לא באו לידי ביטוי גלוי ומפורש בפרשת קרטיק, אך נראה שליוו אותה מאחורי הקלעים. ניואנסים שונים בפסק הדין מצביעים על כך, שתפיסת השופט חשין – הן באשר להיקפה של זכות השבה והן באשר לתפקיד בית המשפט ומשמעות הקריאה למחוקק – רחבה מתפיסתם של חבריו.<sup>106</sup> בחוות הדעת של השופטת בייניש היא ציינה, כי בעת כתיבתה הונחו לפניה חוות הדעת של השופט חשין מצד אחד וחוות הדעת של השופטים ברק וזמיר מצד שני. את חוות הדעת היא הציגה

- 98 פרשת אקונס, לעיל הערה 15, בעמ' 863 פס' ד.  
99 בפרשות קריית בית הכרם, לעיל הערה 93, הורוויץ, לעיל הערה 94, ארידור, לעיל הערה 95.  
100 פרשות נוסייבה, לעיל הערה 14, קריית בית הכרם, לעיל הערה 93, הולצמן, לעיל הערה 97, הורוויץ, לעיל הערה 94.  
101 פרשות הולצמן, לעיל הערה 97, אקונס, לעיל הערה 98, הורוויץ, לעיל הערה 94, אסלך, לעיל הערה 96.  
102 פרשות נוסייבה, לעיל הערה 14, קריית בית הכרם, לעיל הערה 93, הורוויץ, לעיל הערה 94.  
103 ראו גם זנדרבג "הפקעות", לעיל הערה 20, בעמ' 92.  
104 העמדה שהובעה בפרשת קרטיק, שלפיה זיקת הבעלים המקוריים למקרקעיו נשמרת למשך שנים רבות, גם לא תאמה את הגישה החלוקתית שהתפתחה לאחר מכן בבג"ץ ככל הנוגע לזכויות של חקלאים החוכרים קרקע חקלאית או המחזיקים בה לפרק זמן ארוך. בעניין זה לא היה בג"ץ נכון להכיר בכך שההזקקה רבת-השנים מצמיחה לחקלאים זכויות משמעותיות, תוך שהוא נסמך על גישה חלוקתית מובהקת. את פסק הדין המוביל שם כתב השופט אור. ראו את פרשת שיש חדש, לעיל הערה 49, בעמ' 64-65.  
105 השופט מצא הצטרף בפרשת נוסייבה, לעיל הערה 14, לגישתה של השופטת דורנר, אך בפרשות קריית בית הכרם, לעיל הערה 93, הורוויץ, לעיל הערה 15, תמך בגישה החלוקתית יותר. השופטים שטרסברג-כהן וש' לוי העדיפו את עמדת השופט אור על פני עמדת השופט חשין בפרשת קריית בית הכרם. השופטת בייניש גם הצטרפה לעמדת השופט ברק בפרשת אסלך, לעיל הערה 96.  
106 ראו לעיל הערה 5 ו-26.

## חיים זנדברג

כחות דעת נבדלות,<sup>107</sup> גם אם לא באופן משמעותי.<sup>108</sup> אופן התנהלותה של השופטת בייניש בהמשך הפרשה כמו גם עמדותיה האוהדות כלפי תוצאות הליך החקיקה מצביעים על כך, שגם היא לא גילתה מלכתחילה גישה אוהדת במיוחד כלפי יישומו של העיקרון שנפסק.<sup>109</sup> ההנחה שלא כל שופטי ההרכב הזדהו עם הלכת קרסיק בראשיתה עולה גם מכך שעל אף הציפיות לשינוי כיוון, ההלכה לא סחפה את בית המשפט העליון; גם לאחר הלכת קרסיק מיעט בית המשפט לבטל הפקעות מן העבר והחליט – בשישה פסקי דין לפחות – שלא לבטל הפקעות שחל שיהיו משמעותי ביותר בביצוען או כאשר חלו שינויים מרחיקי לכת במטרת ההפקעה.<sup>110</sup>

כאשר מצרפים לעובדה זו את היותו של השופט חשין השופט המוביל בכתיבת פסק הדין (קרי השופט שכתב את חוות הדעת הראשונה אשר שאר השופטים נדרשו להגיב עליה)<sup>111</sup> ושהצבת חוות דעת נוגדת לחוות דעתו חייבה השקעה של ממש בהצגת עמדה ערכית נגדית ואולי גם התכתשות אידאולוגית חזיתית, עולה האפשרות המסתברת כי פסק הדין משקף פשרה שהושגה בין שני הזרמים. אפשר להניח, כי להצהרה פה אחד של כלל השופטים על עיקרון כללי התומך בהגנת הקניין הפרטי והמחייב השבה של מקרקעין שהופקעו היה ערך רב לגישתו של השופט חשין, במיוחד נוכח ההערכה (המסתברת למדי) שגישה כזו אינה משקפת בהכרח את הנטייה הטבעית של רוב השופטים האחרים. להצטרפות פה אחד שכזו היה יתרון מנקודת השקפתו של השופט חשין גם מבחינת היסודיים שעמדה כזו תשפיע על המחוקק ועל הרשות המבצעת, אשר נטייתה הטבעית – במיוחד בתחום ההפקעות – היא חלוקתית. נראה שהשופטים שדעותיהם חלוקתיות יותר לא סברו, כי הצטרפותם להצהרה

107 "בטרם גיבשתי עמדותי בסוגיה שלפנינו, הייתה בפני חוות הדעת המקיפה ורחבת היריעה שפרש חברי השופט חשין וחוות הדעת של חבריי השופט זמיר והנשיא ברק אשר הגיעו לאותה תוצאה בהתבססם על תיאוריות שונות" (ראו את פרשת קרסיק, לעיל הערה 1, בעמ' 718 פס' ג).

108 "השוני בדעות אינו אלא שוני שבמשקל שכל אחד מאיתנו נתן למרכיביו של חוק היסוד בפרשנות החקיקה שקדמה לו" (שם, בעמ' 722-723).

109 כאשר נדרשה השופטת בייניש, בפרשה מאוחרת יותר, להסביר את רציונל התיקון לחקיקה שנחקק בעקבות פרשת קרסיק, היה נראה כי היא מזדהה עמו. לטענתה, המחוקק ביקש "לקבוע מועד שהחל ממנו תוכל המדינה לנהוג בזכויות הקנייניות שהופקעו על ידה כבשלה". היא ציינה כי "תכלית זו היא משמעותית נוכח הסתמכות המדינה משך שנים על המצב המשפטי שקדם להחלטה בעניין קרסיק" (ההדגשה שלי – ח' ד') (ראו בג"ץ 9614/03 אבני דרך בע"מ נ' שר האוצר, תק"על 10(4) 2902, 2906 (2010) (להלן: פרשת אבני דרך)).

110 באחד מהם עמדה השופטת בייניש בראש ההרכב: בג"ץ 9158/03 חלוואני נ' שר האוצר, תק"על 09(4) 4437 (2009); ראו גם בג"ץ 7579/07 דהאמשה נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק"על 09(4) 2123 (2009); פרשת ג'באדין, לעיל הערה 17; בג"ץ 3421/05 מחזיל נ' שר האוצר, תק"על 09(2) 3706 (2009); עע"מ 325/07 קשר בניין השרון בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה-כפר סבא, תק"על 09(1) 3126 (2009); פרשת מזרחי, לעיל הערה 17.

111 כאשר השופט חשין מוביל הרכב, הוא מצליח לגרום לחבריו להסכים עמו בשתיקה בשיעור הגבוה ביותר (אם כי לא בפער גדול) ביחס לשופטים אחרים. ראו שחר, גרוס וחריס, לעיל הערה 6, בעמ' 767.

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

עקרונית שאין עמה יישום דווקני תפגע בגישתם באופן שיחייב תגובה להלכה שהציע השופט חשין. אפשר גם להניח כי הם היו מודעים לאופן המצמצם שבו עשוי המחוקק לקבל את המלצת בית המשפט ואולי אף הזדהו עמו. הפקדת ההובלה בידי השופט חשין, בין אם הייתה ביזמתו ובין אם ביזמת נשיא או משנה לנשיא שאינו מזדהה עמו אידאולוגית, מתיישבת עם היותו בעמדת מיעוט אידאולוגית בין השופטים. סביר להניח שאילו הייתה עמדתו העמדה החולשת, לא היו מפקידים את ההובלה בידיו.<sup>112</sup> לשני הצדדים היה אינטרס מובהק להביא לדחיית ההכרעה במחלוקת השיפוטית ולהימנע מעימות חזיתי, משום שבדרך זו דחה כל אחד מהם את המחיר הכרוך בהכרעה מיידית (הפסד או צורך בהתמודדות חזיתית מיותרת). ייתכן ששני הצדדים ביקשו גם ליהנות מן היתרונות הציבוריים שבהחזקת עמדה מהפכנית ללא פירעון השטר. עדות מסוימת לכך שפסק הדין משקף תוצאה של משא ומתן שכזה אפשר למצוא בפתיח לפסק דינה של השופטת בייניש בפרשת קרטיק הראשונה. את פסק הדין היא פתחה בהודעה כי "הגענו להסכמה רחבה בקביעת ההלכה".<sup>113</sup> לאחר מכן היא תיארה את התהליך שלפיו ניצבו לפניו מחד חוות דעתו של השופט חשין ומאידך זו של השופטים ברק וזמיר וסיכמה במילים: "משהסכמנו לתוצאה איני רואה להרחיב בשאלות הנוגעות לשוני בנקודת המוצא שביסוד התוצאה המשותפת".<sup>114</sup>

קיומה של מחלוקת פנימית כאמור, אם אכן התקיימה, מסביר גם את הפער שבין ראשיתה של הפרשה לבין אחריתה. בפרק הזמן של שמונה שנים שחלף מאז פסקת העיקרון בשנת 2001 ועד מחיקתה של העתירה בשנת 2009 התחלף הרכב בית המשפט, ומשופטי ההרכב המקורי נותרה רק השופטת בייניש, אשר מעמדה בהרכב השתנה. בשלב זה היא הייתה גם הנשיאה וגם מובילת ההרכב. עמדותיה של השופטת בייניש בסוגיה נטו להיות חלוקתיות. גישתה המהותית כלפי הצעת החוק המתגבשת, אשר בית המשפט עודכן בפרטיה ערב מחיקת העתירה,<sup>115</sup> הייתה ככל הנראה אוהדת יותר משניתן היה לצפות לפי לשונה העקרונית המקורית של הלכת קרטיק.<sup>116</sup> יש להניח כי הקרבה הרעיונית הרבה יותר שגילתה

112 MALTZMAN, SPROGGS II & WAHLBECK, לעיל הערה 79, בעמ' 36, 55.

113 פרשת קרטיק, לעיל הערה 1, בעמ' 718 פס' ב.

114 שם, בעמ' 718 פס' ד.

115 בית המשפט עודכן, החל מפרשת קרטיק השלישית, על דבר קיומם ותוכנם של דוח הוועדה הבין-משרדית שלפיה גובשה הצעת החוק, של תזכיר הצעת החוק (פרשת קרטיק השלישית, לעיל הערה 28, בעמ' 965), של הצעת החוק שפורסמה ברשומות ושל חלק מדיוני ועדת הכספים (פרשת קרטיק השביעית, לעיל הערה 29, בעמ' 1746). כל המסמכים פורסמו כבר אז ברשת האינטרנט. ראו הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 דין וחשבון (2004) [www.finance.gov.il/karka.htm](http://www.finance.gov.il/karka.htm) (להלן: דוח הוועדה); הצעת חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התשס"ו-2006, ה"ח 414 [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/E1C5484F-348C-4CCC-A4C6-51C73B29A930/5139/237.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/E1C5484F-348C-4CCC-A4C6-51C73B29A930/5139/237.pdf) (להלן: הצעת החוק). ראו גם את דברי היועצת המשפטית של משרד האוצר בדיון בוועדת הכספים: "בית המשפט בקרטיק ידע מה הצעת החוק קובעת" (פרוטוקול 14.12.2009, לעיל הערה 69, בעמ' 44).

116 להבעת תמיכה מפורשת בחלק מהוראות החוק, ראו את פרשת אבני דרך, לעיל הערה 109.

השופטת בייניש כלפי הצעת החוק המתגבשת הפחיתה את התמריץ – החלש ממילא – להתערב באורח פעיל בתכניו של הליך חקיקה שטרם הסתיים. אין תמה אפוא, כי פסק הדין האחרון, בהובלת השופטת בייניש, היה פסק דין שבו יתר השופטים צירפו את הסכמתם ללא כל מחלוקת או תוספת נוספת. יש להניח כי ככל שהיו בין שופטים אלה שופטים שגישתם אחרת, היא לא מצאה ביטוי בפסק הדין. הדבר נבע הן בשל הנטייה הטבעית של שופטים בבית משפט עמוס שלא לחלוק על פסיקת שופט מוביל, הן בשל מעמדה של המובילה כנשיאת בית המשפט והן בשל העובדה, שבשלב שבו ניתן פסק הדין שחתם את הפרשה, הבעת עמדה אחרת הייתה מתריסה לא רק נגד תוכן ההכרעה אלא אף נגד תוצאה של הליך חקיקה שכמעט נשלם ואשר בית המשפט עצמו הזמין את המחוקק לזום אותו. עתה, לאחר חקיקת החוק, ההתנגדות שאולי היה אפשר לצפות לה נוכח רוחבה של הלכת *קריטיק* המקורית התמצתה רק בהערות אגב מן הפה ולחון, שהשאירו בצריך עיון את האפשרות לתקוף בעתיד את חוקתיותו של התיקון לחוק.<sup>117</sup>

### 3. אמון הציבור ברשות השופטת

הסבר אסטרטגי נוסף להימנעותו יוצאת הדופן של בית המשפט מהכרעה בסכסוך שלפניו מתבסס על הקשר שבין הכרעות בית המשפט לאמון הציבור ברשות השופטת. מן המפורסמות היא, כי אמון הציבור בבית המשפט הוא מנכסיו החשובים וממקורות כוחו.<sup>118</sup> החלטות בית המשפט שואכות את כוחן מאמון הציבור בו, ובה במידה עשויות גם להשפיע עליו. מחקרים מתחום מדע המדינה מבחינים בין אמון הציבור בהחלטה ספציפית של בית משפט (specific support) לאמון כללי ברשות השופטת כמוסד (diffuse support).<sup>119</sup> האמון הכללי שהתפתח ברוב הדמוקרטיות המערביות אינו נפגע מחוסר שביעות רצון מהחלטה ספציפית של הרשות השופטת.<sup>120</sup> קיומו של אמון כללי בבית המשפט כמוסד עשוי להרתיע את הרשויות הפוליטיות האחרות, החוששות מנזק אלקטורלי, מפני פעולה שתהפוך את פסיקת בית המשפט בהחלטה בודדת שנויה במחלוקת. עם זאת, סדרה של החלטות שנויות במחלוקת ציבורית, ובמיוחד כאלה שעשויות לגרום ביטול חזיתי של הכרעה שיפוטית בחקיקה, עשויה להסב נזק של ממש לאמון הכללי בבית המשפט ולהציגו כמוסד חלש שאינו מצליח לעמוד על פסיקותיו ולהטמיען.<sup>121</sup>

117 ראו שם.

118 ברק *פרשנות כמשפט* כרך ראשון, לעיל הערה 45, בעמ' 295-297.

119 להבחנה דומה, ראו גם Friedman, לעיל הערה 75, בעמ' 326; Bateup, לעיל הערה 52, בעמ' 558 (הטקסט הסמוך להערה 114).

120 שם, בעמ' 558-559, וכן מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" *אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד*, לעיל הערה 45, בעמ' 223.

121 Bateup, לעיל הערה 52, בעמ' 569 (הטקסט הסמוך להערה 146); Friedman, לעיל הערה 75, בעמ' 327.



פרשת קרסיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

כתוצאה מן הקשר שבין החלטות בית המשפט לאמון הציבור בו, מסתבר כי לבית המשפט ולשופטיו יש עניין באמון הציבור. הטענה כי אמון הציבור במערכת המשפט משפיע על החלטות בית המשפט נשמעת גם מפי שופטים<sup>122</sup> וגם בשורה ארוכה של מחקרים פוזיטיביים.<sup>123</sup> אכן, זו טענה שנראית לעתים סותרת את האתיקה של השפיטה.<sup>124</sup> עם זאת המסקנה העולה מן המחקרים וגם מן ההיגיון הבריא היא, כי בית המשפט יימנע בדרך כלל מפעולות הפוגעות או העשויות לפגוע בצורה חמורה באמון הכללי בו.<sup>125</sup> החשש מפגיעה באמון הכללי של הציבור עשוי להוביל לריסון שיפוטי. אמנם אי-אפשר לצפות כי בית המשפט יניח שיקול זה נר לרגליו בכל החלטה שלו שעשויה לגרור תרעומת ציבורית; אך אפשר לצפות כי כאשר ההסתברות היא כי תגובת הנגד של הרשויות תהיה (לכשעצמה או יחד עם סדרה של תגובות) חריפה במידה כזו שתפגע באמון הכללי של הציבור בבית המשפט, בית המשפט ישקול במסגרת מכלול שיקוליו גם את השלכתה של תגובה זו על האמון הכללי בו. תובנה זו מוצעת לעתים כשיקול אסטרטגי סמוי להתנהגות שיפוטית מרוסנת, המנומקת להלכה בהסבר הנורמטיבי של דיאלוג.<sup>126</sup>

זהו הגיונה של שיטת הביקורת השיפוטית החוקתית שהונהגה באנגליה לפי סעיף 4 ל-1998 Human Rights Act, שלפיה החלטות בית המשפט בדבר אי-התאמה של חקיקה להוראות האמנה האירופית לזכויות אדם אינן משנות את הדין הקיים, אשר שינויו נותר בידיו

122 שם, בעמ' 321 (הטקסט הסמוך להערת שוליים 358) (המחבר מביא מדבריה של השופטת O'Connor, שלפיהם בתי משפט הם "reactive institutions"). תקצר היריעה מלמנות את מספר פסקי הדין הישראליים שבהם ציין השופט כי "בתוך עמו" הוא חי. בבדיקה קצרה במאגרי פסיקה ממוחשבים מתגלים כמה מאות מקרים כאלה, ובהם כמה עשרות בפסיקת בית המשפט העליון.

123 מחקרים אמפיריים ספורדיים הצביעו על קיומו של מתאם, בתחומים שונים, בין עמדות בית המשפט העליון בארצות הברית לעמדות הציבור בנושאים אלה, כפי שנדגמו בסקרי דעת קהל. מקיומו של מתאם זה וכן מקיומו של מתאם בין שינויי מגמה בדעת הקהל ושינויי מגמה בגישת בית המשפט מוסקת מסקנה כללית בדבר ההשפעה שיש לדעת הקהל על עמדות בית המשפט. אף כי זוהי מסקנה גיונית ומושכת, היא אינה הוכחה ישירה להשפעת דעת הקהל על עמדות בית המשפט. היא גם אינה הוכחה לכך שתמיד ישנה השפעה כזו, וישנם גם מחקרים שהצביעו על היעדר התאמה כזו. לסקירות הספרות האמפירית והביקורתית בנושא זה, ראו Friedman, לעיל הערה 75, בעמ' 322-323 (הערה 362-369 והטקסט הסמוך).

124 כך למשל, לפי ס' 5(ג) לכללי אתיקה לשופטים, התשס"ז-2007: "שופט לא יגור מפני איש, ולא יושפע במילוי הפקידו על ידי דעת קהל, חשש מפני ביקורת או רצון לשאת חן". ראו גם את דברי הנשיא שמגר בפרשת ולנר: "בית המשפט פוסק על פי פרשנות נאמנה של החוק ולפי מיטב מצפונו, יהיו הכוונות השלטוניות או המפלגתיות הלב-שיפוטיות אשר יהיו. בית המשפט אינו פוזל לעבר רשויות אחרות כדי להשביע רצונן, אלא מנסה, כמיטב יכולתו והבנתו, לפסוק פסקו על פי הדין, תוך נאמנות לתפיסות היסוד החוקתיות שלנו" (בג"ץ 5364/94 ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, 783 פ"ו (1995)).

125 Friedman, לעיל הערה 75, בעמ' 323 (הטקסט הסמוך להערה 368) ("...the evidence is highly suggestive: the Court does not 'exclusively or persistently act in opposition to public opinion'")

126 Bateup, לעיל הערה 52, בעמ' 560, 565.

הבלעדיות של המחוקק.<sup>127</sup> השיטה אמורה לעקר את פוטנציאל העימות בין הרשויות, שכן היא אינה כופה על המחוקק את פסיקתו של בית המשפט ומאפשרת לו להתעלם מן הקביעה השיפוטית.<sup>128</sup> עיקור ההתנגשות החזיתית בין עמדות הרשויות עשוי לנטרל את החשש של בית המשפט מפגיעה באמון הציבור בו ולאפשר לו להכריע בכנות וללא מורא, לפי מיטב שיפוטו.<sup>129</sup> אך אליה וקרן בה – גם בהתעלמות שכיחה של המחוקק מהמלצות בית המשפט ישנו סיכון של פגיעה באמון הכללי שרוחש הציבור למערכת השיפוט, העשויה להיתפס כמערכת חלשה שהנחיותיה אינן מכובדות. לכן, גם כאשר פסיקת בית המשפט אינה מחייבת את המחוקק לפעול לפי פסיקתו, בית המשפט עשוי לקחת בחשבון במסגרת שיקוליו את התגובה האפשרית של המחוקק ולהימנע מלפסוק תדיר פסיקות הלכתיות מרחיקות לכת, אשר להערכתו יזמינו התעלמות של המחוקק.<sup>130</sup> האינטרס האסטרטגי של בית המשפט להימנע מעימות עם הרשויות גובר ככל שהאמון הכללי ברשות השופטת פוחת וככל שעומת כזה יוביל לפגיעה בו.

בהתנהגות בית המשפט בפרשת *קריטיק* אפשר לאתר עקבות של שיקולים אסטרטגיים הקשורים לאמון הציבור בבית המשפט. עיקר הפוטנציאל של הלכת *קריטיק* לפגוע באמון הציבור נבע מכך, שהייתה לה משמעות מרחיקת לכת באשר לרשויות המדינה וליכולתן לפעול בנכסי המדינה. השלכה זו נגעה בעיקר להפקעות שבוצעו בעבר, בטרם נפסקה ההלכה, שכן ממילא רוב ההפקעות שבוצעו לפי פקודת הקרקעות וכך גם אלה שעניינן הגיע לפתחו של בית המשפט במהלך פרשת *קריטיק* ובעקבותיה הן מסוג זה. בעשורים האחרונים ממעטת המדינה להשתמש בהפקעות לפי הפקודה.<sup>131</sup> מכאן לא רחוקה הדרך להניח, שבית המשפט היה יכול לצפות שפסיקתו תעורר תרעומת של ממש בקרב הרשויות אם ייתן תוקף טרוראקטיבי לעיקרון שפסק.<sup>132</sup> תרעומת כזאת הייתה עלולה לעורר – והלכה למעשה עוררה

127 מדובר בסמכותו של בית המשפט באנגליה לפי סעיף 4 לחוק זכויות האדם משנת 1998 להכריז על חוק כלא-תואם (incompatible) את האמנה האירופית לזכויות האדם. כמצוין בסעיף, סמכות זו אינה פוגעת בתוקפו של החוק (ראו Human Rights Act, 1998, c. 42 (U.K.)). ראו גם Bateup, לעיל הערה 52, בעמ' 543-549.

128 שם, בעמ' 568 וכן Ariel L. Bendor & Zeev Segal, *Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture – A New Judicial Review Model*, 17 AM. U. INT'L L. REV. 683, 716-718 (2002).

129 שם, בעמ' 720: "We may have reached a paradoxical situation in which the courts' weakness in a non-pure judicial system may be a source of judicial activism"

130 Bateup, לעיל הערה 52, בעמ' 569.

131 ראו זנדברג *מקרקעי ישראל*, לעיל הערה 3, בעמ' 92. עינת קאופמן ממינהל מקרקעי ישראל מסרה בכנסת, כי משנת 1981 בוצעו לפי הפקודה רק 30 הפקעות בהיקף של 20,000 דונם, לעומת 385,000 דונם לפני כן (ראו פרוטוקול 14.12.2009, לעיל הערה 69, בעמ' 43).

132 בהרצאה שנשא כמה חודשים לאחר פסק הדין העירוני בפרשת *קריטיק*, אמרה השופטת דורנר: "אני מזמינה את המחוקק לחוקק חוק הפקעות מודרני, שעומד במבחן חוקי היסוד. החוק הקיים נוח למדינה ולכן המחוקק אינו עושה דבר כדי לשנותו" (ההדגשה שלי – ח' ז'). הדברים נאמרו ביום עיון שערך "גלובס יוזם" ביום 8.10.2002, כפי שצוטטו אצל דליה טל "השופטת דורנר:

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

– תגובת נגד של הרשויות שתוצאתה סיכול הפסיקה. סיכול שכזה היה עלול להביא לפגיעה באמון הציבור בבית המשפט.

הדיאלוג שפיתח בית המשפט בפרשת קרטיק עם המחוקק אפשר לכאורה לבית המשפט ליהנות משני העולמות: גם לפסוק פסיקה עקרונית, המחייבת את המחוקק לפעול לשינוי הדין הקיים והעשויה להיחשב בעיני הציבור כפסיקה מתקדמת הדואגת לזכויותיו, וגם למנוע התנגשות חזיתית עם הרשות המבצעת והמחוקקת. בהנחה שבית המשפט נהג כך מתוך ציפייה כי המחוקק אכן יפעל בהתאם להנחיותיו, הרי יתרונה של אסטרטגיה זו ברור. יישום הפסיקה בידי המחוקק יוביל לקידום הערכים המשתקפים בפסיקת בית המשפט ובה במידה ישמור על חזות של הליך דמוקרטי, שבו המחוקק הוא המכריע ולא בית המשפט. לשיטה שנקט בית המשפט ישנו יתרון אסטרטגי גם אם מתממשת האפשרות הרצויה פחות לבית המשפט, שלפיה המחוקק יגיע להכרעה הנוגדת את עמדת בית המשפט. אמנם ישנה סכנה כי הפיכת פסיקתו של בית המשפט בידי המחוקק תוביל לפגיעה באמון הציבור בבית המשפט, אך סכנה כזאת מרוככת כאשר בית המשפט קובע קביעה "עקרונית" בלבד ומותר בגלוי למחוקק את פריטתה לפרטים. בדרך זו הופך בית המשפט את ההתכתשות הצפויה בינו למחוקק לחזיתית פחות. כאשר המחוקק מביע גישה שונה, הוא עושה זאת כביכול במסגרת המנדט שהפקיד בידי בית המשפט.

עם זאת, גם במקרה של קביעת עיקרון כללי והימנעות מהכרעה, הרי כאשר המחוקק דוחה עיקרון שקבע בית המשפט ישנה סכנה של זילות בית המשפט ופגיעה באמון הציבור בו ובחוסנו.<sup>133</sup> עדיין לפנינו בית משפט המתיימר להכתיב עקרונות ונמצא מוותר עליהם.<sup>134</sup> גם עינוי הדין לצדדים אינו מוסיף לאמון בבית המשפט.<sup>135</sup> אפשר להסביר את ההתעלמות מהיבטים אלה בהבחנה שתוארה לעיל בין אמון כללי לאמון מיוחד. פוטנציאל הפגיעה שתגרום זניחת העיקרון לאמון הכללי של הציבור בבית המשפט לא היה גבוה, שכן מדובר בנושא אשר פגיעתו אינה עוסקת בציבור רחב של אנשים ואשר מטבעו מעורר בעיקר את תשומת ליבם של בעלי עניין. הפרשה אמנם עוררה דיון אקדמי משפטי של מלומדים יודעי ח"ן העוסקים בתחום,<sup>136</sup> אך חוסר העקיבות של בית המשפט היה עשוי לפגוע בעיקר באמון שרוחשת כלפי בית המשפט קבוצה קטנה של בעלי עניין שציפו ליהנות מן העיקרון. טביעת

אני מזמינה את המחוקק לחוקק חוק הפקעות מודרני "גלובס-און ליי" 9.10.2002 (עותק ברשות המחבר).

<sup>133</sup> השוו מרזל, לעיל הערה 40, בעמ' 80-81.

<sup>134</sup> השוו לתמיהתו של אהרן ברק בהקשר דומה: "יש לתמוה על כך שבשם עקרון ההתאפקות מסרבים שופטים לקטוע אבר מת מגוף החוק או לשתול בו איבר חי, אך אינם מהססים להביא למותו של הגוף כולו" (ברק פרושנות במשפט כרך שלישי, לעיל הערה 51, בעמ' 775).

<sup>135</sup> השוו מרזל, לעיל הערה 40, בעמ' 82.

<sup>136</sup> לסקירת חלק מהדיון בקרב המשפטנים, ראו לעיל הערות 11, 12.

האצבע שלהם ניכרת בחלק מן ההדים שעוררה הלכת קרטיק בעיתונות הכלכלית<sup>137</sup> או בכתבי עת מקצועיים של בעלי מקצוע העוסקים בתחום המקרקעין.<sup>138</sup> בקרב בעלי העניין אכן עוררה ההלכה ציפיות להשבת נכסים לבעלי מקרקעין. בהתבסס על ציפיות אלה נפתחו גם הליכים משפטיים, אשר מהם היה בית המשפט יכול ללמוד על משמעותה של פסיקתו כלפי קבוצה זר.<sup>139</sup>

להלכת קרטיק הייתה גם השלכה רגישה מבחינת יחסי ערבים ויהודים. הלכה המאפשרת השבת נכסים שהופקעו הייתה עשויה להניב באופן טבעי גם טענות להשבת נכסים של פליטי הפנים הפלשתיניים.<sup>140</sup> הלכת קרטיק אמנם הניבה יזמות כאלה, הן בהצעות חקיקה<sup>141</sup> והן בעתירות משפטיות,<sup>142</sup> ובית המשפט היה מודע גם להקשר זה של החלטתו.<sup>143</sup> עם זאת, נראה שחששו של בית המשפט מן הפגיעה שתיגרם לאמון הכללי בו כתוצאה מסיכול הכרעה חלוטה שלו בידי הרשויות עלה על חששו מן הפגיעה – הצרה יותר – שתיגרם למעמדו בקרב בעלי העניין בהלכת קרטיק כתוצאה מדחיית המלצותיו "העקרונות" והמסויגות בידי המחוקק.

137 דברי ביקורת על ההתנהלות בפרשת קרטיק או דיווחים על תיקים שונים שהוגשו בעקבות הפרשה, בדרך כלל ביוזמת באי-הכוח של בעלי הקרקע, אפשר למצוא בעיתונות הכלכלית, כגון *בדה-מרק* (לעיל הערה 37), *בגלובס* (לעיל הערות 17, 36, 132) ובאתר *חדשות מחלקה ראשונה* (לעיל הערה 36).

138 גם כאן ניכרת לעתים טביעת אצבע של בעלי עניין ישרים או עקיפים. ראו למשל צבי שוב "הפקעות בצל חוקי היסוד" *מקרקעין* ה(2) 46 (2006); נחמה בוגין "עד מתי חוקי הפקעה מנדטוריים במדינת ישראל" *מקרקעין* ו(6) 130 (2008).

139 ראו לעיל הערה 17, 30.

140 יש הטוענים כי ההימנעות מהכרעה נבעה מן החשש כי להכרעה תהיה השלכה על פתיחת סוגיית נכסי הפליטים. לסברה כזו, ראו HOLZMAN-GAZIT, לעיל הערה 12, בעמ' 171; הולצמן-גזית "המבנה המוסדי", לעיל הערה 11, בעמ' 362 הערה 165 והטקסט; בירנהק, לעיל הערה 11, בעמ' 488-489.

141 ראו למשל את הצעת החוק שהגישו בכנסת השבע עשרה חברי הכנסת הערביים מתנועת בלד (בשורה, וחאלקה וטאהא), ולפיה יש להשיב את הקרקע בתמורה להשבת פיצויים ולהפקיעם מחדש אם מתעורר צורך ציבורי חדש. מהצעה זו נעדרו לחלוטין ההסתייגויות הרבות שאפיינו את הצעת החוק הממשלתית (ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (פקיעת רכישה), התשס"ו-2006 [www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/912.rtf](http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/912.rtf)).

142 לשלילת תחולתה של הלכת קרטיק על הפקעות לפי חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ב-1953, ראו את פרשת סבית, לעיל הערה 17, בעמ' 815 (בעניין עקורי אקריה); פרשת ג'באדין, לעיל הערה 17, בעמ' 9273 (בעניין הכפר הנטוש אל-לג'ון ליד מגידו); ע"א 3535/04 דינו נ' מדינת ישראל, תק"על 06 (2) 797, 803 (2006) (במקרה זה הבעלים המקוריים היו יהודיים).

143 תמיכה מסוימת לקיומו של קשר בין ההכרעה שבפרשת קרטיק לעמדת השופטים בסוגיית הפליטים אפשר למצוא בתשובתה של השופטת דורנר לשאלה שהופנתה אליה ביוני 2004 במסגרת ריאיון (ההדגשות שלי – ח' ז'): "התכוונתי להתנהג אתם [עם עקורי אקריה – ח' ז'] בדיוק כמו שהייתי מתנהגת עם יהודים. ומה קורה אצל היהודים? האם לקרטיק היהודייה החזירו את הקרקע שהופקעה ממנה? לא. זה עדיין תלוי ועומד. לפי התיאוריה המשפטית ברור שצריך להחזיר את הקרקע, אך קיימות שאלות נוספות בשל ההשלכות של הנושא" (אלכסנדר (סנדי) קדר, פניה אלון, עידן לרון וענת רום "ריאיון עם השופטת דורנר" *דין ודברים* א 15, 50 (2004)).

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

הסבר נוסף להתעלמות מן הפגיעה המיוחדת באמון שעלולה להיגרם כתוצאה מן ההחלטה הפלונית טמון בשינויים שחלו בתקופת הפרשה באמון הציבור הכללי ברשות השופטת. ככל שאמון זה פוחת, כך סביר להניח כי בית המשפט ישתדל להימנע מפגיעה נוספת בו. בעת פסיקתה של הלכת קרטיק, בשלהי תקופת הנשיא ברק, דומה היה שבית המשפט העליון הרחיב מאוד את היקף הפעילות היוצרת שלו בתחום המשפט ונדמה כגוף המטיל את מרותו על הרשות המבצעת והמחוקקת ופוסל החלטות גם בנושאים טעונים מאוד.<sup>144</sup> היו שסברו, כי דווקא מעורבותו של בית המשפט בנושאים רגישים תגביר את הערכת הציבור לגוף שאינו מתיירא מן הפוליטיקאים.<sup>145</sup> בשלב זה נראה, כי בית המשפט היה יכול להניח שפנייתו למחוקק לחוקק חוק ברוח העיקרון שהכתיב תזכה לתגובה אוהדת ולא לתגובה מסכלת. אולם העשור הראשון של המילניום סימן ירידה חדה באמון הכללי שרווח הציבור לרשות השופטת.<sup>146</sup> אפשר שירידה זו הגשימה את נבואתם של קולות אקדמיים אחדים, אשר הזהירו מפני הפגיעה שעשויה מעורבות של בית המשפט בנושאים רגישים להשית על מעמדו הציבורי וקראו לבית המשפט לגלות איפוק, לצמצם את מרחב השפיות, להתרחק מהכרעות פוליטיות שנויות במחלוקת ולא להתנדב לחוות דעה בשאלות כלליות שלא נדרש להן.<sup>147</sup> השינויים שחלו באמון הציבור בבית המשפט במהלך העשור האחרון יכולים להסביר את ההבדלים בין ראשיתה ואחריתה של פרשת קרטיק. בעוד שבראשיתה סבר בית המשפט כי יש ביכולתו לכוף סדר יום מהפכני לחקיקה, הרי הפיחות במעמדו הציבורי הוביל אותו להימנעות יוצאת דופן מהכרעה.

144 ראו סקירה אצל דותן, לעיל הערה 57, בעמ' 66.

145 ראו למשל קרמניצר, לעיל הערה 120, בעמ' 251-252.

146 מנתונים שנאספו בסקרי עמדות של אזרחי ישראל על בסיס מדגם אקראי של האוכלוסייה הבוגרת (בני 18 שנים ומעלה) שנערכו מדי שנה מאז שנת 2001 נמצא, כי רמת שביעות הרצון של הציבור מבתי המשפט על הרצף שבין 1 (מאוד לא מרוצה) ל- 5 (מרוצה מאוד) ירדה בעקבות מרמה ממוצעת של 2.98 בשנת 2001 לרמה של 2.55 בשנת 2009. רמת האמון במערכת המשפט בכללה ירדה מ- 3.24 בשנת 2001 ל- 2.77 בשנת 2007 ו- 2.89 בשנת 2009. רמת האמון בשופטים ירדה מ- 3.55 בשנת 2001 ל- 3.11 בשנת 2009 (ראו ערן ויגודה-גדות ושלמה מזרחי ביצועי המגזר הציבורי בישראל: ניתוח עמדות אזרחים והערכת מצב לאומית 8, 10, 20, 26 (2009) [cpmp.hevra.haifa.ac.il/research.php](http://cpmp.hevra.haifa.ac.il/research.php)). מחקר שנערך בשנת 1991, לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וה"מהפכה החוקתית" שבאה בעקבותיו, מצא כי בג"ץ נהנה משיעור תמיכה ציבורית גבוה באוכלוסייה (ראו גד ברזילי, אפרים יער וזאב סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית 177 (1994)). לסקירת אסמכתאות נוספות לירידה באמון הציבור, ראו שפירא, לעיל הערה 81, בעמ' 195 הערה 3.

147 ביקורת זו היא מן המפורסמות. להלן רק כמה דגימות של ביטוייה הבולטים בפרק הזמן של "בין המצרים" של פרשת קרטיק: גביון, לעיל הערה 45, בעמ' 102, 156; גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט 461 (2003) (המחבר מציג להגביל את כהונתם של השופטים, לשנות את מנגנוני בחירתם ולאפשר מנגנוני חקיקה עוקפי פסיקה כבדגם הקנדי); ידליון, לעיל הערה 38, בעמ' 707 (המחבר מייחס את הפיחות באמון הציבור דווקא לשימוש של בית המשפט בהנמקות ערכיות, המעורר "חדש במניעים הפוליטיים של בית-המשפט"). לביקורת קדומה יותר, ראו מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" אקטיביזם שיפוטי 189 (אריאל פורת עורך, 1993).

#### 4. חשש לעצמאות הרשות השופטת

הסבר חלופי נוסף לפער בין ראשיתה לאחריתה של פרשת קדישק קשור למידת העצמאות המנהלית של בית המשפט ותלותו ברשויות הפוליטיות. תלות כזו יכולה לבוא לידי ביטוי הן בהיבט כלכלי של תקציבים ושל משכורות והן במעורבות של פוליטיקאים בדרכי מינוי שופטים וקידומם.<sup>148</sup> ככל שעצמאותו של בית המשפט נפגמת, מסתבר יותר כי הוא יביא בחשבון את תגובת הרשויות האחרות.<sup>149</sup> ככל שיכולתו של המחוקק להגיב בביטול על פסיקת בית המשפט גוברת, כך יגבר התמריץ של בית המשפט להביא את תגובת הנגד בחשבון.

בשנים שחלפו בין ראשיתה של הפרשה לאחריתה, נחשף בית המשפט העליון למתקפת נגד קשה של פוליטיקאים על מידת האקטיביזם של בית המשפט ועל הכרעותיו המהותיות בנושאים שנויים במחלוקת. המתקפה גלשה מזירת הדיון הציבורי<sup>150</sup> לזירת הכלים המעשיים המצמצמים את עצמאות הרשות השופטת: נתקבלו שינויי חקיקה שמטרתם לצמצם את משקלם של השופטים בוועדה למינוי שופטים;<sup>151</sup> הוצע לצמצם את סמכות בית המשפט להכריז על בטלות חקיקה<sup>152</sup> ותכפו האיומים וההצעות להקים בית משפט לחוקה;<sup>153</sup> הוחרפו

148 Bateup, לעיל הערה 52, בעמ' 553.

149 COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 196-197.

150 גביוון, לעיל הערה 45, בעמ' 101.

151 כך למשל, נחקקו כמה שינויים בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 אשר נועדו להגביל את משקלה של עמדת השופטים בוועדה למינוי שופטים. תחילה היה ניסיון לבתק את החזית האחידה שהביעו בדרך כלל השופטים באמצעות הוספת ס' 6א שקבע כי "חבר הוועדה יציבע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה" (ראו חוק נושאי משרה שיפוטית (שיקול דעת של חברי ועדה לבחירת נושאי משרה שיפוטית) (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004, ס"ח 329). לאחר מכן נקצבו תקופות כהונתם של נשיאי בתי המשפט וסגניהם בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 45), התשס"ז-2007, ס"ח 382. לבסוף, נקבע בס' 7(ג) לחוק בתי המשפט כי נדרש רוב מיוחס למינוי שופט בית המשפט העליון (ראו חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55), התשס"ח-2008, ס"ח 813). ראו את תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים) (באתר משרד המשפטים [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/33DF4EA2-D227-4E82-8208-E88857CF3360/0](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/33DF4EA2-D227-4E82-8208-E88857CF3360/0)), תזכיר חוקיסוד השפיטה הביקורת השיפוטית.pdf.

153 שתי הצעות חוק פרטיות להקמת בית משפט לחוקה הונחו על שולחן הכנסת כבר בשנת 2000 (של חבר הכנסת אליעזר כהן ושל חבר הכנסת יגאל ביבי). הן אמנם הוסרו מסדר היום ביום 2.1.2002 (ראו ועת החוקה חוק ומשפט – דין וחשבון -huka15 [www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/huka15.htm](http://www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/huka15.htm)), אך לא ירדו מסדר יומה של הכנסת. הצעות חוק דומות הניחו שוב על שולחן הכנסת חבר הכנסת יגאל ביבי (28.1.2002), חבר הכנסת אליעזר כהן (4.2.2002, 19.5.2003), חבר הכנסת אמנון כהן (23.6.2003), חבר הכנסת דוד רותם (11.6.2007, 1.4.2009) וחבר הכנסת זבולון אורלב (12.6.2006, 1.4.2009). הצעות החוק ניתנות לצפייה באתר הכנסת באמצעות חיפוש פשוט של הצעות חוק שבכותרתן המילה "חוקה", במנוע החיפוש של הצעות חוק פרטיות לדיון מוקדם: [www.knesset.gov.il/privatelaw/plaw\\_display.asp](http://www.knesset.gov.il/privatelaw/plaw_display.asp). ראו גם ידלין, לעיל הערה 38, וכן שירלי נוה "הצעות חוק ככלי אסטרטגי בשיח על עצמאותה של הרשות השופטת" עיוני משפט לג 631 (2010).

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

ההתבטאויות באמצעי התקשורת נגד בית המשפט ובזכותו.<sup>154</sup> לכך יש להוסיף גם את העומס הגובר והולך בבתי המשפט ואת הדרישה הגדלה ליעילות השופטים, אשר פגעו בהדרגה גם ביעילות המשפט.<sup>155</sup> סביר להניח כי מגמות אלה, אשר הצטרפו לפיחות באמון הציבור בבית המשפט, הגבירו את חששו של בית המשפט להתעמת עם הרשות המחוקקת.

## 5. התנהגות אסטרטגית של הרשות המבצעת

שיקולים אסטרטגיים אינם רק נחלת בתי המשפט. ההנחה היא, כי גם הרשות המבצעת וגם הרשות המחוקקת לוקחות בחשבון את תגובת הרשויות האחרות כאשר הן מקדמות את ערכיהן ואת האינטרסים שלהן. במשטר הפרלמנטרי של מדינת ישראל, שבו הרשות המבצעת מונהגת בידי נציגי הרוב הקואליציוני, הרי כאשר בית המשפט מפקיד כוח חקיקה בידי הרשות המחוקקת – להלכה הוא פונה אל הרוב השולט בפרלמנט ולמעשה אל הרשות המבצעת. כל עוד הרוב הפרלמנטרי יציב ונשמרת משמעת קואליציונית, יש לרשות המבצעת השפעה גדולה מאוד על החקיקה, יותר מאשר בשיטות שבהן יש הפרדה בין הפרלמנט לרשות המבצעת.<sup>156</sup> רוב יזמות החקיקה בישראל מתחילות בממשלה, וגם הטיפול בהצעות חוק פרטיות עובר בסופו של דבר תחת שבטה של הרשות המבצעת.<sup>157</sup> בקודקודה של הרשות המבצעת אכן עומדים הפוליטיקאים נבחרים הציבור, אך הליך החקיקה מתנקז בסופו של דבר אל הפקידות הממשלתית, והיא אשר אמורה לגבש הלכה למעשה את פרטי המדיניות. תהליך החקיקה שיזם בית המשפט ראשיתו אצל פקיד הציבור ורק אחריתו במבוכי הפרלמנט.

פקידים כפופים להנחיות פוליטיקאים, אך לעתים מתגלה אצלם נטייה טבעית להגדיל את הארגון שבשליטתם ואת המשאבים ואת הכוחות שברשותו.<sup>158</sup> אך טבעי הוא כי רשויות המדינה, האמונות על ניהול נכסיה, תבקשנה גם לשמר בידיהן את מלאי הנכסים הממשלתיים וכן חופש פעולה מלא ככל האפשר בהפעלת סמכויות רכישה לצורכי ציבור לשם הגדלתו. שיקול כזה יכול לשקף מדיניות חברתית או כלכלית של נבחרים הציבור, אך לשיקול זה עשוי

154 זכורים במיוחד הסערה התקשורתית שיצרו דבריו החרפים של השופט בדימוס חשין כלפי השר פרידמן, ולפיהם "יגדע את ידו" של כל מי שירים יד על בית המשפט העליון (ראו אבירם זינו "חשין: מי שירים יד על העליון אגדע את ידו" *Ynet* 7.2.2007. [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3362139,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3362139,00.html)).

155 ראו תומר זרחין "נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש: העומס על שופט בישראל יוצא דופן בקנה מידה בינ"ל" *הארץ on-line* 1.7.2010. [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1177312.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1177312.html). במחקר השוואתי שפורסם בשנת 2007 שהתייחס לשבע עשרה מדינות נמצא, כי מבחינת מספר התיקים לשופט כנתון המייצג עומס שיפוטי, ישראל נמצאת במקום השלישי בסולם העומס (2,335 תיקים לשופט) (ראו רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות *העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות – דו"ח מסכם* 13-14 (2007) [cpmp.hevra.haifa.ac.il/admin/uploads/files/Courts\\_burden\\_Final\\_report\\_5.07.pdf](http://cpmp.hevra.haifa.ac.il/admin/uploads/files/Courts_burden_Final_report_5.07.pdf)).

156 COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 217-215; ידלין, לעיל הערה 38, בעמ' 671-676; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 40, בעמ' 170.

157 שם, הערה 179. ראו גם דינה זילבר *ביורוקרטיה כפוליטיקה* 31-32 (2006).

158 COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 152; זילבר, לעיל הערה 157, בעמ' 43-44.

להיות גם משקל עצמאי משלו, הנובע מטבע הארגון והעשוי להטות את הדחף לשימור הנכסים מעבר לנדרש מבחינת המדיניות הציבורית.<sup>159</sup> משקלו של שיקול זה עשוי לגבור כאשר הנחיות המדיניות אינן ברורות וחדות, כאשר בידי הדרג הפקידותי מופקד מרחב שיקול דעת רחב או כאשר ישנם חילופים תכופים בדרג המיניסטריאלי הפוליטי.<sup>160</sup> הוא יכול להגביר את הרצון לסכל את ההנחיה השיפוטית לחוקק חוק שיסדיר השבת נכסים מן המדינה לבעלים פרטיים.

הרשות המבצעת מחויבת כמובן לכבד את הרשות השופטת. עם זאת, גם לה ולפקידיה עשויים להיות שיקולים אסטרטגיים. גם הרשות המבצעת עשויה לשיקול את תגובתה של הרשות השופטת למהלך המסכל את הנחיותיה. כפי ששיקולים אסטרטגיים של שופטים אינם נחשפים על פני הפסק, כך גם סיכולה האסטרטגי של הנחיה שיפוטית הפוגעת בנכסי הארגון אינו יכול להתבצע באמצעות עימות חזיתי עם בית המשפט. לא זו בלבד שעומת כזה סותר את מעמדו הפורמלי והחוקתי של בית המשפט כמי שמוסמך להורות לרשויות כיצד לפעול; יציאתם של פקידים – ולו בכירים – נגד בית המשפט עלולה לעורר מחאה ציבורית כלפיהם על כך שהם חורגים מסמכותם ומהינים לסכל את הנחיות בית המשפט. אפילו הפוליטיקאים העומדים בראש רשות מבצעת עלולים למצוא את עצמם תחת מתקפה ציבורית כאשר הם מותחים ביקורת על פסיקות בית המשפט שיסודה בשיקולים מבית היוצר של הפקידות הבכירה.<sup>161</sup> האסטרטגיה שתנקוט הרשות המבצעת, ובייחוד הפקידות, כדי לסכל את ההנחיה השיפוטית תתבצע אפוא מבחינה טקטית בדרכי עקלתון, באופן שאינו חושף על פניו את מטרתה הנסתרת.

אפשר לאתר את טביעות האצבע של השיקולים האסטרטגיים של הפקידות הבכירה ברשות המבצעת באופן שבו היא טיפלה בהנחיית בית המשפט העליון בפרשת קרסיק. אחד הכלים הלא-פורמליים לסיכולה של הנחייה שיפוטית מחייבת הוא סחבת בביצועה.<sup>162</sup> סחבת כזאת עשויה להקטין את מידת העניין הציבורי בסוגיה או לעכב את ההנחיה, עד להתרחשות שינויים מתוכננים או בלתי-מתוכננים בעמדותיהם של נבחרי הציבור או של השופטים. פרק הזמן שחלף מאז נפסק פסק הדין ועד לחקיקת התיקון המיוחד לפקודה וכן השינויים שחלו –

159 אפשר שלכך כיוון אהרן ברק, כאשר הגדיר את יזמתו של משרד האוצר לחקיקה המשנה פרשנות שיפוטית בתחום חקיקת המס פעילות של "קבוצת לחץ". ברק פרשנות במשפט כרך שני, לעיל הערה 43, בעמ' 76.

160 COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 166-167.

161 על כך מעידות התגובות לביקורת החריפה שמתח שר האוצר יובל שטייניץ על פסיקת בג"ץ, אותה הגדיר "בזבזנית" ו"הפקרות כלכלית". ראש הממשלה ונשיאת בית המשפט העליון קראוהו לסדר. ראו ברק רביד "ראש הממשלה בנימין נתניהו לנשיאת ביהמ"ש העליון דורית ביניש: לא תומך בדבריו של שר האוצר שטייניץ" הארץ on-line 17.12.2009 [www.haaretz.co.il/hasite/pages/1135625.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/1135625.html).

162 Bateup, לעיל הערה 52, בעמ' 553 (הטקסט לאחר הערה 92).



פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

הן בהרכב בית המשפט והן בהרכב הרשות המחוקקת והמבצעת – מסבירים את הצלחתה של הטקטיקה.<sup>163</sup>

כלי נוסף להסוואת מהלך הסיכול הוא ניתובו לאפיק של בחינה מקצועית, להבדיל מבחינה של שיקולי מדיניות פוליטיים. ביולי 2001, בחלוף חמישה חודשים מקריאתו של בית המשפט למחוקק לחוקק חוק הפקעות חדש, הטיל שר האוצר דאז את בחינת השינוי על "ועדה בין-משרדית".<sup>164</sup> לכאורה הייתה הקמת הוועדה הישג של בית המשפט; הרי ועדה זו לא הייתה קמה אילולא קריאתו למחוקק.<sup>165</sup> עם זאת, עצם הקמתה של הוועדה כבר טמן בחובו רמז למגמתה. ראשית, ועדה "בין-משרדית" היא ועדה של פקידי ציבור, והם המכתיבים את עמדותיה. מהרכבה נעדר כל ייצוג לגורמים בעלי עניין אחרים או לגורמים בלתי-תלויים.<sup>166</sup> בין חבריה לא נמצא ולו מומחה בלתי-תלוי אחד – משפטן, שמאי, מתכנן, איש אקדמיה, שופט או שופט בדימוס – שיש לו מומחיות בתחומי הידע הקשורים למנדט הוועדה, אך אינו עובד ציבור.<sup>167</sup> הנציג היחיד שלא היה עובד מדינה היה היועץ המשפטי של עיריית תל אביב יפו, אשר אף הוא עובד ציבור של גוף שהוא בדרך כלל צרכן של הפקעות ולא נפגע מהן.

שנית, לא נמצא בהרכב הוועדה ייצוג כלשהו לגורמים שונים מהשוק הפרטי שייתכן שיש להם עניין בסוגיה, והוועדה אף לא הזמינה את הציבור להביע עמדות בסוגיות הרובצות לפתחה. למול היעדרם של נציגים בלתי-תלויים, בלט בהרכב הוועדה רוב של עובדי מדינה שהם נציגים של משרדי הממשלה המרכזיים שתפקידם לנהל את נכסי המדינה: היועצים המשפטיים של משרד האוצר, של משרד הבינוי והשיכון, של המשרד לתשתיות לאומיות, של משרד הפנים, של מנהל מקרקעי ישראל, של החברה הלאומית לדרכים וכן סגן הממונה על התקציבים באוצר.<sup>168</sup> נוספו אליהם שני עובדי ציבור ממשרד המשפטים, שנוכח הרכב הוועדה היו כנראה החברים היחידים אשר לא ייצגו משרד ממשלתי בעל עניין.<sup>169</sup> אכן, כאשר התגלעה מחלוקת בין חברי הוועדה בדבר הצדקתה של זכות השבה במקרה של אי-מימוש המטרה הציבורית של הפקעה, היו אלה נציגי משרד המשפטים שתמכו בעמדה המחייבת השבה, בעוד שדווקא נציגים של משרדים המנהלים את נכסי המדינה תמכו בשלילתה ובצמצומה לזכות לרכישת הנכס מחדש.<sup>170</sup> הרכב מעין זה של הוועדה היה יכול לרמז על כך

163 כאמור לעיל, בתשע השנים שחלפו מאז נפסקה הלכת קרטיק פרשו כל השופטים שהיו שותפים לה (למעט בייניש) וכן התחלפו חמש ממשלות וארבע כנסות.

164 מכתב הלוואי לדוח הוועדה, לעיל הערה 115 (להלן: מכתב הלוואי).

165 כפי שנכתב במפורש בכתב המינוי שלה, שם.

166 אין זה מאפיין יוצא דופן של ועדות כאלה (ראו ברוך ברכה *משפט מנהלי* כרך א 199 (1986)).

167 מכתב הלוואי, לעיל הערה 164. הוועדה אמנם שכרה את שירותיה של משפטנית מומחית בתחום ההפקעות וכן הזמינה חוות דעת של מומחה גרמני, אך אלה לא היו חברים בוועדה.

168 שם.

169 שם.

170 דוח הוועדה, לעיל הערה 115, בעמ' 37-42.

שתוצאת עבודתה לא תיתן ביטוי חזק במיוחד לאינטרסים של בעלי הקרקע המקוריים, אשר ההלכה העקרונית של בית המשפט הייתה אמורה לשקפם, ותחת זאת תשמר את האינטרסים של המשרדים בעלי העניין. יש להניח כי העיצוב של הרכב הוועדה לא היה מקרי, אלא פרי מחשבה אסטרטגית מכוונת. יתרה מזאת, מחשבה זו משתקפת גם בכך שהיזמה להקמת הוועדה יצאה מבית מדרשו של משרד האוצר ובכך שהעומדת בראשה הייתה היועצת המשפטית של משרד זה. משרד האוצר שמר אצלו את הבכורה בקידום הליך החקיקה בכל שלביו.<sup>171</sup> אמנם שר האוצר הוא השר הממונה על ביצוע הפקעות לפי הפקודה שבתוכנה הייתה הוועדה אמורה לעסוק ומשרד האוצר מוביל מעת לעת הליכי חקיקה, אך ישנה אפשרות שגם עובדה זו הושפעה מן הרצון לשמור את הוועדה בניהול של משרד בעל עניין. הרכב הוועדה אכן השפיע על דפוסי הדיון שלה. המנדט של הוועדה אמנם לא צומצם רק לסוגיות שנדונו בפרשת קרטיק, אך בפועל רוב עיסוקה היה בסוגיה זו. כך למשל בחרה הוועדה שלא לדון בהשלכות של הלכת קרטיק על הפקעות לפי חוק התכנון והבנייה, שהוא כיום הכלי המרכזי שבאמצעותו מתבצעות הפקעות.<sup>172</sup> כצפוי, בסופו של דבר הניבה הוועדה המלצות אשר הביאו לחקיקת חוק המסכל את הלכת קרטיק, כפי שיתואר להלן.

עיגון המדיניות הממשלתית במסגרותיה של ועדה נוסף במדיניות הממשלתית ארשת של ממצא מקצועי או אף מדעי ומעקר את האופי האינטרסנטי שעשוי להיות לנקיטת עמדה ממשלתית הנוטה לשמר משאבים בשליטת פקידי הציבור. אכן, פקידי הציבור אינם יכולים להכתיב את רצונם לדרג הפוליטי הממונה, אך הקמת ועדה עשויה להעניק להמלצותיה חוסן רב יותר מפני התערבות.<sup>173</sup> גם בהקשר זה משמש אמון הציבור תפקיד חשוב. הציבור עשוי לראות את ההמלצות של פקידי הציבור כמקצועיות וחסרות משיקולים זרים, בעוד שפגיעה של

171 תזכיר החוק נחתם והופץ בידי היועצת המשפטית של משרד האוצר. ראו מכתב מעו"ד ימימה מזוז, היועצת המשפטית של משרד האוצר למשנים ליועץ המשפטי לממשלה ולמכותבים נוספים (22.11.2004) ובמצורף לו – תזכיר חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (תיקון מס' 3), התשס"ה-2004 (להלן: התזכיר) (עותק שמור בידי המחבר). עו"ד נטע דורפמן מהלשכה המרכזית של משרד האוצר, שהייתה רכזת הוועדה הבין-משרדית, הגנה על ההצעה בכל דיוני ועדת הכספים של הכנסת.

172 הוועדה הבין-משרדית החליטה במודע שלא לאמץ (ראו את דוח הוועדה, לעיל הערה 115, בעמ' 5).  
173 נציגי המדינה ביססו את טיעוניהם במהלך הדיונים בוועדת הכספים על המלצות הוועדה או על היעדרן. כך למשל, כאשר הציע יושב ראש לשכת שמאי מקרקעין להכניס לחוק "סעיף פיצוי מוסדר להפקעות", השיבה נציגת משרד האוצר כך: "... זה לא הנושא שהוועדה הבין-משרדית בכלל דנה בו" (ראו את פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-18, 11 (26.10.2009) (להלן: פרוטוקול 26.10.2009) וכן – בהתייחס לאותו טיעון – את פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-18, 41 (8.12.2009) (להלן: פרוטוקול 8.12.2009)). כאשר הוצע לשנות את המועדים לביצוע ההפקעות, השיבה נציגת משרד האוצר כך: "הוועדה הבין-משרדית שמעה את הרשויות שמפקעות" (ראו פרוטוקול 26.10.2009, בעמ' 26); בשיבה מאוחרת יותר אמר נציג משרד המשפטים: "לכן התקופות האלה שנקבעו, כפי שהובהר בדיונים של הוועדה, על-ידי הוועדה הבין משרדית לאחר שהיא שמעה את הגורמים בממשלה שעוסקים בדברים האלה" (ראו את פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-18, 3 (9.11.2009) (להלן: פרוטוקול 9.11.2009)).

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

הפוליטיקאים בהמלצות מקצועיות כאלה עשויה להצטייר כפעולה לא-עניינית וסופה שתוביל לנזק אלקטורלי מרתיע.<sup>174</sup> פקידי הציבור אכן פועלים בדרך כלל למען הציבור ונהנים מיתרונות מקצועיים על פני הדרג הפוליטי – המתחלף לפרקים – הן בשל ההכשרה המקצועית, הן בשל הוותק והניסיון. עם זאת, לא תמיד די בכך שתהליך היצירה של ההמלצות נחזה להיות תהליך רציני ומקצועי של "ועדה" כדי לחסן אותו ואת המלצותיו בפני שיקולי מדיניות גלויים או סמויים ובפני פעולה אסטרטגית של הפקידות.

גם ניסוח ההמלצות של הדרג הפקידותי עשוי להשפיע על הסיכוי לשנותן בידי דרגים בכירים יותר. כך למשל, ניסוח המלצות בצורה המציעה בחירה בין חלופות שונות מיידע את הדרג המחליט בדבר קיומן של חלופות מדיניות שונות ומאפשר לו להעדיף את החלופה הראויה בעיניו. לעומת זאת, ניסוח המלצות בצורה של "קבל או דחה" – כפי שנוסחו רוב סעיפי ההמלצות במקרה דנן – מקשה על הדרג המחליט לדחות את ההמלצות; הוא הרי אינו חשוף לקיומן של חלופות נוספות, ועליו לגלות יזמה ותעוזה רבות יחסית כדי לפסול את החלופה היחידה שעומדת על הפרק.<sup>175</sup> דוגמה טובה לכך הוא הניסוח המוצלח של המלצות הוועדה הבין-משרדית בנוגע לטיבה של זכות ההשבה המוקנית במקרה של אי-מימוש מטרת ההפקעה. באופן יוצא דופן וכתוצאה ממחלוקת בין חברי הוועדה, הציג דוח הוועדה הן חלופה שלפיה יהיה מקום להשיב את הקרקע לבעלים המקורי והן חלופה שמקנה לו רק זכות לרכישת הקרקע מחדש.<sup>176</sup> הצגה כזו של חלופות אפשרה לשר האוצר דאו לבחור בחלופת ההשבה, הקרובה יותר לרוחה של הלכת קרטיק, והיא שנכללה בתזכיר החוק שהופץ בציבור.<sup>177</sup> דינמיקה פנימית שטיבה לא ברור, אך הושפעה מן הסתם מקיומו של תיעוד לחלופות שונות, הביאה לכך שהממשלה החליטה בסופו של דבר לאמץ דווקא את החלופה המצמצמת של זכות רכישה מחדש.<sup>178</sup> אפשר שהיה כאן משום תיקון ה"טעות" הטקסטית שאירעה בהצגת שתי החלופות לדרג המכריע. מכל מקום, קיומן של שתי חלופות על פני השטח אפשר לחברי הכנסת להתלבט בנושא ולאמץ, בסופו של דבר, את חלופת ההשבה.<sup>179</sup>

עמימות של ההמלצות עשויה גם היא להקשות על הבנתן ועל איתור המשמעות המועשית שלהן. הבלטת עיקרון וקביעת סייגים רבים וסבוכים עשויה להסוות את סיכולו של העיקרון. הוראות החוק לתיקון פקודת הקרקעות הן מסורבלות עד כדי כך, שלעתים נדמה כי מנסחיו רצו לטשטש את גישתו המצמצמת תחת מעטה של סעיפים ותתי-סעיפים סבוכים וקשים

174 אמון הציבור בכנסת, במפלגות, בחברי הכנסת ובשרים נמוך באופן עקיב מאמון הציבור במוסדות הציבור הממשלתיים ובמשרתי הציבור (ראו יגודה-גדות ומזרחי, לעיל הערה 146, בעמ' 32, 39).

175 COOTER, לעיל הערה 48, בעמ' 218.

176 ראו לעיל הערה 170 ואת הטקסט הסמוך.

177 ס' 14(ב) לתזכיר (לעיל הערה 171).

178 ס' 14(ב) להצעת החוק, לעיל הערה 115, בעמ' 418. עו"ד נטע דורפמן ציינה בדיון בוועדת הכספים באופן סתמי, כי "הממשלה החליטה בהתאם לדעת המיעוט וקבעה שלא צריכה להיות הבחנה בין מצב שבו קרקע לא מומשה לבין מומשה" (ראו פרוטוקול 26.10.2009, לעיל הערה 173, בעמ' 7).

179 ראו להלן את הטקסט הסמוך להערות 191-196.

להבנה. כך למשל, שני הסעיפים בעלי ההשפעה המסייגת ביותר על הזכויות שכביכול מוקנות בתיקון לחוק מוצנעים היטב כסעיפי משנה שוליים בתוך ערב רב של הוראות.<sup>180</sup> השימוש בכלי ניסוח אלה עשוי להעיד על ניסיון של הדרג הפקידותי לשריין את המלצותיו מפני התערבותם של מעצבי המדיניות הממונים. אמנם אין הוא משריין לחלוטין את ההמלצות מפני חקירה עמוקה יותר של המחוקק, אך הוא מפחית את הסיכוי כי חקירה כזו אכן תאפשר סיכול של ההמלצות.

### ג. הליך החקיקה ותוצאותיו

#### 1. ניסיון להתנער מאחיות הרשות המבצעת

המלצות הוועדה הבין-משרדית אומצו כמעט ללא סייג בהצעת החוק הממשלתית שהונחה על שולחן הכנסת.<sup>181</sup> נציגי המדינה ביססו כאמור את טיעוניהם במהלך הדיונים בוועדת הכספים על המלצות הוועדה או על היעדרן.<sup>182</sup> משקלה הנכבד של הפקידות הבכירה בייצורה של הצעת החוק המסכלת בא לידי ביטוי גם במסגרת הדיונים בכנסת. נציגיה בלטו בדיון הן מבחינה מספרית והן מבחינה מהותית.<sup>183</sup> הם היו נותני הטון בוועדה והם שקיבלו את מרבית זמן הדיבור. הגורם המרכזי שהתייצב נגד פקידי הציבור והביע עמדות התומכות בהשבת מקרקעין שהופקעו היו נציגי שתי קבוצות אינטרסים, שהיו עשויות להפיק תועלת מהלכת *קריטיק* – נציג לשכת עורכי הדין ונציגי לשכת שמאי מקרקעין.<sup>184</sup> לעומת כל אלה, נפגעה הישירים של פרשת *קריטיק*, שכזכור בית המשפט שלח אותם לטעון את טענותיהם בפני

180 כך באשר לסעיף השולל את תחולת התיקון על הפקעות שבוצעו לפני יותר מ-25 שנה, ס' 14ד(ב), בתוך סעיף שכותרתו "שימוש בקרקע שנרכשה לכל מטרה". כך באשר לסעיף הקובע אי-תחולה של זכות הרכישה על קרקע שחלה עליה תכנית בת-תוקף שאינה מאפשרת מימוש עצמי של בעלי הקרקע – ס' 14ב(ט)(1)-(2). הוראות המעבר, השוללות למעשה את תחולתו הרטרואקטיבית של החוק, אינן נכללות כלל בפקודה המתוקנת אלא רק בחוק המתקן.

181 לעיל הערה 115.

182 ראו לעיל הערה 173.

183 ברוב הדיונים של ועדת הכספים בהכנת נוסח החקיקה לקריאה שנייה ושלישית נכחו נציגים של משרדי האוצר, המשפטים והשיכון וכן נציגי מינהל מקרקעי ישראל, החברה לדרכים והרכבת.

184 את הקול הבולט לטובת בעלי הקרקע בסוגיות שונות (הרטרואקטיביות, הפיזיו ושומתו, תקופות הביצוע) השמיעו נציגי לשכת עורכי הדין, עו"ד יורם חגיבי וכן נציגי לשכת שמאי מקרקעין (היושב ראש ארו כהן, היועצת המשפטית ובאחת הישיבות – השמאית נחמה בוגין), אשר השתתפו באופן פעיל מאוד בכל הישיבות כמעט. ייצוג מינורי והצלחה יחסית היו גם לנציגי התנועה הקיבוצית (ראו פרוטוקול 14.12.2009, לעיל הערה 69, בעמ' 24-25). בתמיכתם של חברי כנסת ממגזר זה הוכנס לחוק סעיף 14ב(ב), המחיל זכות רכישה מחדש גם על חוכרי קרקע חקלאית. חבר הכנסת פיניאן ציין באחת הישיבות, שהיו אליו כמה פניות בכתב כדי לבדוק מה קורה עם הקרקעות של נעדרים נספי שואה. נציג הממשלה סבר שהפתרון לסוגיה זו אינו טמון בהשבה (ראו פרוטוקול 14.12.2009, לעיל הערה 69, בעמ' 42-43).

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

המחוקק, זכו לייצוג שבקושי הורגש, ולמעשה לא הייתה להם כל השפעה על התוצאה.<sup>185</sup> לא עמד מאחוריהם כל ארגון חברתי שירים את הכפפה וישכנע את המחוקק לתמוך בעניינם.<sup>186</sup> גם ארגונים המייצגים את המגזר הערבי לא גילו עניין בדיוני הוועדה,<sup>187</sup> אף שהסתייגויות מהצעת החוק הממשלתית נשמעו מפי חברי כנסת ממפלגות שמאל הן בהצבעות בוועדה והן במליאה.<sup>188</sup> כך או כך, סיכויי האופוזיציה לכפות שינוי על תכתיב הרשות המבצעת אינם גדולים. כפי שהעיד חבר הכנסת חיים אורון כאשר הוצע לו להותיר את אחת מהסתייגויותיו לדיון במליאה: "במליאה לא יעבור כלום, במליאה האוטומציה היא פי מאה יותר גדולה".<sup>189</sup> יש לציין, כי בדרך כלל דווקא מפלגות בעלות השקפת עולם ימנית-כלכלית אמורות לצאת להגנת האינטרסים של בעלי קניין פרטי, והנה כאן נתחלפו להן היוצרות ודווקא מפלגות

185 להופעה ספורדית בוועדת הכספים זכו הנציגים הבאים: עו"ד משה שוב, שמייצג אחדים מהעותרים שתקיהם היו תלויים ועומדים בפני בית המשפט העליון, השתתף בשלוש ישיבות (בתאריכים 2.12.2009, 14.12.2009, 15.12.2009); פרופ' שלמה בונימוביץ', יורש של מקרקעין שהופקעו בפי גלילות, שהיה אף הוא צד לעתירה שנחה בפני בית המשפט העליון, השתתף בשתי ישיבות (בתאריכים 7.12.2009, 14.12.2009); עו"ד אלון סמואל, שהיה בא-כוחם של חלק מהעותרים בפרשת קרטיק עצמה, השתתף בישיבה האחרונה (15.12.2009). בישיבה אחרונה זו, בטרם קיומן של הצבעות סופיות על הסעיפים השונים, העניק לו יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת משה גפני, זכות דיבור: "עורך דין אלון סמואל, אני אתן לך דקה או שתיים לדבר, למרות שאנחנו כבר אחרי הדיון. ביקש יושב ראש הכנסת ואני אאפשר את זה". מייד לאחר שסמואל סיים את דבריו, ניגשה הוועדה להצבעות (ראו את פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-18, 2 (15.12.2009) (להלן: פרוטוקול 15.12.2009)).

186 לתיאור תפקידם המרכזי של ארגונים בעלי השקפת עולם ליברטריאנית בגל שינויי החקיקה המוצלחים שהגבילו את סמכויות ההפקעה של הרשויות במדינות שונות בארצות הברית בעקבות פסק הדין בפרשת *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 439 (2005), ראו Janice Nadler, Shari Seidman Diamond & Matthew M. Patton, *Government Takings of Private Property, in PUBLIC OPINION AND CONSTITUTIONAL CONTROVERSY* 286, 302 (Nathaniel Persily, Jack Citrin & Patrick Egan eds., 2008).

187 נציג מרכז מוסאוא (ארגון לזכויות האזרחיים הערביים בישראל) נכח (דומם) בישיבה אחת של ועדת הכספים של הכנסת השבע עשרה (ראו את פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-17, 1 (20.5.2008)). בכל הישיבות שנערכו במהלך כהונת הכנסת השמונה עשרה נפקד מקומו.

188 רוב ההסתייגויות בוועדת הכספים באו מכיוון זה. כולן נדחו. ביניהן היו הנושאים הבאים: לאפשר השבה גם כאשר מטרת הרכישה בוצעה ברוב השטח אך לא בכלולו (חברי הכנסת סוויד) ולמנוע שינוי של מטרת הרכישה (חברי הכנסת סוויד, יחימוביץ' ואורון) (ראו פרוטוקול 14.12.2009, לעיל הערה 69, בעמ' 55-56); להחיל את החוק על הפקעות מאז קום המדינה (חברי הכנסת אורון וסוויד) (ראו פרוטוקול 15.12.2009, לעיל הערה 185, בעמ' 9-10). שני חברי הכנסת שביקשו את רשות הדיבור בדיון בקריאה הראשונה היו חברי הכנסת בשארה וטיבי (ראו את פרוטוקול ישיבה מס' 74 של מליאת הכנסת ה-17, ד"כ י 5058-5061 (התשס"ז) (19.12.2006)). מלבד חברי הכנסת גפני ופיניאן, שהיו מובילי הליך החקיקה בוועדת הכספים, ביקרו את החוק בקריאה השנייה והשלישית חברי הכנסת אורון, יחימוביץ', טיבי, זחאלקה וסוויד (ראו את פרוטוקול ישיבה מס' 107 של מליאת הכנסת ה-18, 108-108 (8.2.2010) (להלן: פרוטוקול הקריאה השנייה)).

189 פרוטוקול 14.12.2009, לעיל הערה 69, בעמ' 57.

השמאל ניסו לייצגם.<sup>190</sup> אפשר שזו עדות נוספת לאופן שבו הכתיבה הפקידות הממשלתית את תוצאת ההליך.

חברי הכנסת אכן הצליחו להכניס שינויים מסוימים – מינוריים – ברוח ההכרעה, בעיקר במקום שבו נתגלעה ותועדה מחלוקת בין נציגי הפקידות המבצעת, בסוגיית זכות ההשבה במקרה של שיהוי בביצוע ההפקעה.<sup>191</sup> בדיוני ועדת הכספים נודע לחברי הכנסת על קיומה של המחלוקת בדיוני הוועדה הבין-משרדית, וכתוצאה מכך גיבש יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת משה גפני, עמדה מקדמית בזכות חלופת ההשבה.<sup>192</sup> עמדה זו הייתה ביסוד טיוטה שהניח לדיון בוועדת משנה שהוקמה להכנת החוק, שבראשה עמד חבר הכנסת ציון פיניאן. גם במהלך הדיון בוועדה זו רבו ההפניות לשתי החלופות שבדוח הוועדה.<sup>193</sup> סוגיה זו, שהורתה בפרצה שנותרה בחזית שהציבה הרשות המבצעת, היא הסוגיה המרכזית שבה היה יכול יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת גפני, להתפאר: "... זה דבר שאנחנו נלחמנו בשבילו. הצעת החוק הממשלתית דיברה על רכישה מחדש, אנחנו נלחמנו על העניין הזה. הממשלה בהתחלה לא הסכימו, אני מקווה שהיא לא חוזרת בה. אנחנו נלך על הגרסה הזאת שמדובר על השבה".<sup>194</sup> בסופו של דבר אומץ פתרון של "פשרה", שלפיו תהיה השבה רק אם לא הייתה תחילת ביצוע של הצורך הציבורי.<sup>195</sup> כאשר התקבל נוסח זה פה אחד, שב היושב ראש והתפאר: "... אל תגיד שוועדת הכספים היא חותמת גומי. אנחנו מצליחים לשנות דברים".<sup>196</sup> על אף הצלחה זאת, הרושם העולה מן הדיונים הוא כי אף אחד מחברי הכנסת לא ראה בעצמו תומך נלהב בהצעת החוק הממשלתית וגם חברי הקואליציה חשו את עצמם מחויבים לתכתובי הממשלה, שלא היו אלא תכתובי הפקידות. "אפשר לחשוב שזה חוק שלנו, זה חוק של הממשלה", שח היושב ראש גפני לעמיתו מן האופוזיציה חיים אורון,<sup>197</sup> ובמקום אחר אמר: "אני אעשה מה שהממשלה אומרת, אני לא הולך למלחמה עם הממשלה הזאת, אני

190 היטיבה לתאר זאת חברת הכנסת יחיאוייץ בדבריה במליאה: "על-פי השקפת עולמי, שהיא השקפת עולם סוציאלי-דמוקרטית, שלא לומר סוציאליסטית, גם זה וגם זה, לעתים קרובות צורכי הציבור כולו גוברים על זכות הקניין של אדם, ולטובת הציבור כולו נכון להפקיע קרקע מאדם פרטי, ואף לפצותו בשל כך, לפעמים למרות שהפיצוי אינו נראה לו מספיק. אבל אם הקרקע שהופקעה מאותו אדם אינה משמשת עוד לצורכי ציבור, אי-השבתה לו והפיכתה למטבע עובר לסוחר... אני חושבת שיש כאן פגיעה קשה ביותר בתחושת הצדק שחשים אזרחי מדינת ישראל. הדבר הזה הוא לא תקין, לא ראוי. הקרקע צריכה להיות מושבת לבעליה מייד אחרי שנסתיים תפקידה כקרקע שמשמשת לצורכי ציבור. אסור לנו לפגוע בתחושת האמון שיש לאזרחי המדינה במדינה" (ראו את פרוטוקול הקריאה השנייה, לעיל הערה 188, בעמ' 86).

191 ראו לעיל הערה 176.

192 פרוטוקול 26.10.2009, לעיל הערה 173, בעמ' 6.

193 פרוטוקול 9.11.2009, לעיל הערה 173, בעמ' 6.

194 פרוטוקול 8.12.2009, לעיל הערה 173, בעמ' 24.

195 שם, בעמ' 32; וכן פרוטוקול 14.12.2009, לעיל הערה 69, בעמ' 3.

196 פרוטוקול 15.12.2009, לעיל הערה 185, בעמ' 4. חבר הכנסת גפני הציג הישג זה בראש דבריו להצגת ההצעה לקריאה שנייה במליאה. (ראו את פרוטוקול הקריאה השנייה, לעיל הערה 188, בעמ' 70).

197 פרוטוקול 14.12.2009, לעיל הערה 69, בעמ' 13.

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

הולך למלחמה עם הממשלה על דברים אחרים<sup>198</sup>. אין פלא, אפוא, כי אף לא אחד ממשלתפי הליך החקיקה הצליח להתמודד עם ההיבטים המעקרים המרכזיים של הצעת החוק הממשלתית, כפי שעוצבו במקור בידי הוועדה הבין-משרדית. נראה שפקידי הרשות המבצעת נחלו "ניצחון אסטרטגי" במערכה על סיכול הלכת קרטיק.<sup>199</sup>

## 2. הניסוי שכשל: תוצאות המשא ומתן האסטרטגי

החוק לתיקון פקודת הקרקעות<sup>200</sup> שהתקבל לאחר מחיקת העתירה, לא שינה באופן ניכר את ההיבטים המסכלים המרכזיים של ההצעה המקורית, ובעניינים מסוימים אף הרע את מצבם של בעלי קרקע שהופקעה לעומת הצעת החוק. כך למשל, בהוראות המעבר נקבע נחרצות כי החוק לא יחול כאשר מומש הצורך הציבורי של ההפקעה בטרם תחילתו.<sup>201</sup> בהצעה המקורית נקבע שלבעל הקרקע לא תעמוד כל זכות שהיא, אם מעת ההודעה על ההפקעה חלפו למעלה מעשרים וחמש שנים.<sup>202</sup> ההוראה המקורית, כמו גם ההוראה החדשה, סתמו את הגולל על זכויות העותרים בפרשת קרטיק, שכן מקרקעיהם הופקעו לפני למעלה מארבעים שנה.<sup>203</sup> הן גם פטרו את בית המשפט מן הצורך להתמודד עם סוגיית הרטרואקטיביות, שלכאורה הייתה השאלה היחידה שעוד נותרה להכרעה לאחר ההחלטה העקרונית בפרשה. אולם דומה כי הוראה זו חתרה לא רק תחת עניינם של העותרים בפרשת קרטיק, אלא היא הייתה חלק ממהלך של סיכול העיקרון הרחב שקבע בית המשפט, אשר נחזה מלכתחילה כהישגו הגדול של בית המשפט.

רוב ההפקעות על פי הפקודה בוצעו עד לשנות השמונים, ולכן הוראות המעבר בנוסחן המקורי (ועוד יותר בנוסחן הסופי) הפכו את החוק המתקן ללא-רלוונטי באשר לבעלי רוב הקרקעות שהופקעו על פי הפקודה.<sup>204</sup> רוב ההפקעות כיום מתבצעות על פי חוק התכנון והבנייה, והוראות החוק המתקן אינן מתייחסות כלל לחוק זה.<sup>205</sup> החוק המתקן רלוונטי

198 פרוטוקול 8.12.2009, לעיל הערה 173, בעמ' 17.

199 הצלחות דומות נרשמו גם במקרים דומים של השעיית בטלותה של חקיקה. ראו מרזל, לעיל הערה 40, בעמ' 81.

200 ראו את החוק המתקן, לעיל הערה 35.

201 ס' 27(ב)(1), שם.

202 ס' 114 לפקודה (ראו את הצעת החוק, לעיל הערה 115, בעמ' 422-423); דוח הוועדה, לעיל הערה 115, בעמ' 14, 15, 50.

203 פרשת קרטיק, לעיל הערה 1, בעמ' 634 (הודעות לפי הסעיפים 5 ו-7 לפקודה נתפרסמו ביום 25.12.1958 וביום 27.2.1959. ביום 24.3.1966 פורסמה הודעה על הקניית הקרקע לפי ס' 19 לפקודה).

204 לפי דברי הגב' עינת קאופמן מאגף בעלות ורישום במינהל מקרקעי ישראל, בוצעו מאז שנת 1981 לפי הפקודה שלושים הפקעות בלבד בשטח של כעשרים אלף דונם (ראו את פרוטוקול 14.12.2009, לעיל הערה 69, בעמ' 43). ראו גם זנדברג *מקרקעי ישראל*, לעיל הערה 3, בעמ' 92, 95 (טבלאות הפקעות); וכן וולפסון, לעיל הערה 36; ראו הולצמן-גזית "בעקבות התיקון", לעיל הערה 36.

205 יש לציין, כי בחוק התכנון והבנייה ישנם הסדרים (ס' 195, 196) המקנים לבעלי מקרקעין שהופקעו ושונה ייעודם זכות לרכישה מחדש של המקרקעין (במקרה ששולמו פיצויים) ואף זכות השבה (במקרה שלא שולמו).

בעיקר למקרקעין שיופקעו לפי הפקודה בעתיד או למקרקעין שהופקעו לפני פחות מעשרים וחמש שנים וטרם מומשה בהם המטרה הציבורית במועד חקיקתו. זאת ועוד, הזכות שמעניק החוק המתקן לבעלי מקרקעין אלה, במקרה שבו בעתיד (לאחר חקיקת החוק) תמומש ולאחר מכן תפקע המטרה הציבורית של ההפקעה, היא זכות לרכישה מחדש של הנכס במחיר מלא ולא זכות להשבת הנכס, שהיה נראה שאליה כיוון בית המשפט העליון "באופן עקרוני".<sup>206</sup> זכות זו גם אינה מוקנית לבעלים במקרים שבהם השתמש שר האוצר בסמכות שמעניק לו החוק המתקן – לשנות את מטרת ההפקעה המקורית.<sup>207</sup> אם כך, ההסתברות המעשית שבעל מקרקעין כלשהו יזכה ליהנות מזכויות אלה נמוכה מאוד.

אמנם, הראייה הרחבה יותר של הרשות המבצעת – ועוד יותר של הרשות המחוקקת – הביאה לתיקון נוסף של הפקודה בנושא החורג מהנסיבות של פרשת קרטיק, אך המתחייב מהעיקרון הכללי של בג"ץ: בעוד שבפרשת קרטיק נדונה דרישה להשבת קרקע שאכן שימשה לצורך הציבורי שלשמו הופקעה, הרי החוק מתייחס גם למקרה החמור יותר, שבו הופקעה קרקע לצורך ציבורי אך מימושו של צורך זה אינו מתגשם או משתנה. במקרה זה נראה שהתביעה להשבת הקרקע לבעליה ולמימושה של זיקת הבעלות לנכס, אשר פסק דינו של השופט חשין בפרשת קרטיק היטיב להציגה, חזקה יותר מאשר במקרה שבו היה שימוש בקרקע למטרה הציבורית. השיהוי או הסיכול של מימוש המטרה הציבורית מעידים על כך שההפקעה לא הייתה נחוצה מלכתחילה, וכלל של השבה עשוי להמריץ את הרשות שלא להפקיע הפקעות סרק, ללא מחשבה תחילה בדבר מידת הצורך הציבורי בהפקעה.<sup>208</sup> המחוקק הרחיב את מבטו גם לעבר מצב זה וקבע לכאורה כי במקרים כאלה קמה לבעלים זכות לתבוע השבה של הקרקע.<sup>209</sup> הוא אף חייב את הרשות המפקיעה לנקוב מראש בפרקי הזמן המיועדים למימוש הצורך הציבורי, קבע תקרות לפרקי זמן אלה והעניק זכות טיעון מפורשת בנושא זה.<sup>210</sup>

עם זאת, ספק אם בעת מחיקת העתירה היה בית המשפט יכול להתנחם בכך שההלכה העקרונית שפסק, אשר נזנחה כמעט לחלוטין בכל הנוגע לנסיבות של פקיעת הצורך הציבורי, יושמה למצער ביצירתה של זכות השבה במקרה של שיהוי בביצועו. חלק מתיקונים חיוביים אלה הוכנסו לנוסח החוק לאחר מחיקת העתירה. לפי הצעת החוק המקורית שהגישה הממשלה לכנסת ערב מחיקת העתירה, לא הוענקה לבעלים שהקרקע שלו כבר נתפסה זכות

206 ס' 14 לפקודה (ראו את הצעת החוק, לעיל הערה 115, בעמ' 419-422); דוח הוועדה, לעיל הערה 115, בעמ' 10, 11, 35, 36. ההנמקה לגישה זו התבססה על עמדה, שלפיה עם מימוש מטרת ההפקעה "מתבטלות זכויותיו הקנייניות של בעל הזכויות המקורי בקרקע" ולמעשה מוענקת לו "זכות חדשה" אשר יש מקום להגבילה. ספק אם עמדה זו מתיישבת עם רעיון "הזיקה הנמשכת" שנזכר בפסק דינו של השופט חשין בפרשת קרטיק (ראו לעיל הערות 5, 56).

207 ס' 14 לפקודה.

208 דוח הוועדה, לעיל הערה 115, בעמ' 40.

209 ס' 14(א), 14(ב) לפקודה.

210 סעיפים 7 ו-5 לפקודה.



פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

השבה אלא רק זכות לרכישה מחדש.<sup>211</sup> המרת זכות הרכישה בזכות השבה הייתה ההישג הבולט של ועדת הכספים של הכנסת בדיונים שהושלמו לאחר מחיקת העתירה.<sup>212</sup> יתרה מזאת, מבט מעמיק יותר במאפייניה של זכות ההשבה בטרם מימוש הצורך הציבורי, כפי שעוצבה בתיקון לפקודה, מגלה שפרטי הזכות רחוקים למדי מן העיקרון הכללי שנפסק – עד כדי כך שנוצר הרושם שזו זכות למראית עין בלבד ושהסיכוי למימושה קטן: ראשית, גם זכות ההשבה במקרה זה אינה מוענקת להפקעות שבוצעו לפני יותר מעשרים וחמש שנים, כך שהיא אינה רלוונטית לרוב ההפקעות שבוצעו בישראל.<sup>213</sup> שנית, פרקי הזמן המרביים שנקצבו לרשויות לשם תחילת ביצוע של הצורך הציבורי (ולאו דווקא לשם השלמתו)<sup>214</sup> הם ארוכים למדי (שמונה שנים ואפשרות הארכה – מטעמים מיוחדים – לשבע עשרה שנים), כך שיישומה של ההלכה צפוי להיות רק בעוד שנים.<sup>215</sup> גם אם יש לברך על כך שהרשויות יצטרכו מעתה לקבוע מראש יעד לביצוע, פרקי הזמן שניתן לקבוע הם ארוכים מכדי להיות שוט יעיל דיו כלפי הרשויות. שלישית, אמנם גם קביעתה של זכות טיעון משפרת את יכולת הבקרה על מעשי הרשות, אך היא נותנת הזדמנות להישמע בפני הרשות עצמה ולא בפני גוף שיפוטי בלתי-תלוי.<sup>216</sup> רביעית, זכות ההשבה (וזכות הרכישה מחדש) נשללת כאשר ישנה תכנית בניין עיר שלפי הוראותיה חזרה מרכישה היא בלתי-אפשרית או שהתכנית אינה ניתנת למימוש בידי בעלי הזכויות בקרקע.<sup>217</sup> כיום רוב ההפקעות ממילא מגובות בתכנון מוקדם,<sup>218</sup> ובדרך כלל חוסר היכולת של בעלי מקרקעין רבים לממש באופן עצמי צורך ציבורי הוא טעם לביצוע הפקעות לצורך שכזה.<sup>219</sup> משכך הוא, הרי ההסתברות שסעיף זה ישלול את זכות ההשבה היא גבוהה למדי. אמנם נקבע כי יש לתת לבעלים הפרטיים הזדמנות

211 בעניין זה נתגלעה מחלוקת בין חלק מחברי הוועדה הבין-משרדית שתמך בזכות רכישה מחדש לבין חלק אחר שתבע להעניק זכות השבה (ראו לעיל הערה 170 ואת הטקסט הסמוך). הגישה המצמצמת התקבלה בהצעת החוק שנחה לפני בג"ץ ערב מחיקת העתירה (ראו לעיל הערה 178).

212 לפירוט, ראו לעיל את הטקסט הסמוך להערות 191-196.

213 ס' 14(ב) לפקודה.

214 זכות ההשבה מוקנית לפי ס' 14(ב)(1) לפקודה רק אם "לא הוחל בביצוע של מטרת הרכישה בקרקע בתקופת התחלת הביצוע". "התחלת ביצוע של מטרת הרכישה" מוגדרת בס' 1 לפקודה כ"ביצוע פעולות של ממש בקרקע בשקידה ראויה לשם מימוש מטרת הרכישה בה, ואולם, הליכי תכנון, תפיסת חזקה או ביצוע פעולות נלוות להם לא ייחשבו ביצוע כאמור".

215 ס' 7 לפקודה.

216 ס' 5 לפקודה.

217 ס' 14(ב)(ז)(ב) (באשר לזכות ההשבה) וס' 14(ב)(ט) (באשר לזכות הרכישה מחדש) לפקודה.

218 עמדת הפסיקה היא כי כך ראוי שיהיה, גם אם אין חובה קטגורית לכך (ראו ע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות נ' אביגדורוב, תק"על (3) 3297 (2005); פרשת סכאי, לעיל הערה 85).

219 זאת בשל קשיים שונים הנובעים מן הצורך לתאם פעולה משותפת בין בעלים רבים. ראו דגן, לעיל הערה 13, בעמ' 128.

## חיים זנדברג

בת שנתיים או יותר לממש את הצורך בעצמם,<sup>220</sup> אך הניסיון מלמד כי קשה מאוד להתגבר על קשיי התיאום בין הבעלים בפרקי זמן קצרים, ולעתים הדבר בלתי אפשרי לחלוטין.<sup>221</sup> מכשלה נוספת למימוש זכות ההשבה היא התנייתה בהחזר הפיצוי ששולם לבעלים בצירוף הפרשי הצמדה, בתוך סד זמנים שנקצב.<sup>222</sup> מכשלה זו, גם אם היא מוצדקת, עשויה לסכל את ההשבה במקרים המעטים שתידרש, בשל הקושי שעשוי להיווצר להשיג סכום כסף גדול במזומן. אפשר היה לפתור בעיה זו אילו הפכו את השבת הפיצוי לשעבוד על הקרקע, כפי שנקבע באשר לתשלום נוסף שעל בעלי הקרקע לשלם עבור השבת הקרקע.<sup>223</sup> כמו כן, מנגנון השומה שהוקם לשם שומת הסכומים השונים שעל הזכאי לשלם למדינה נתון כולו בידי נציגי המדינה, וככל שנקבעו הליכי ערר – אלה הם הליכים מנהליים המתנהלים בפני רשויות הממונות בידי נציגי המדינה.<sup>224</sup>

יש לציין, כי בין כל הוראות החוק המתקן בכל זאת השתרבב חידוש חשוב בדני ההפקעות המיטיב עם בעלי הקרקע, והוא ביטול האפשרות להפקיע ללא פיצוי עד 25% משטח חלקה.<sup>225</sup> חידוש חשוב זה נוגע אף הוא רק להפקעות לפי הפקודה, בעוד שרוב ההפקעות הן לפי חוק התכנון והבנייה, שם נותרה בעינה הוראה דומה המאפשרת פטור כדי 40% משטח החלקה.<sup>226</sup> חידוש זה אינו נובע כלל מהלכת קרטיק. ניתן לזקוף אותו דווקא לזכותה של הלכה אחרת של בית המשפט העליון, הלכת הולצמן, הלכה חדשנית שנפסקה ללא היסוס וללא מורא מפני כבודו של המחוקק.<sup>227</sup> למרות זאת, מן המקובץ עולה כי החוק המתקן מגשים את עקרון העל שקבע בית המשפט בצורה מאוד מצמצמת.

### 3. בית המשפט מפיק לקחים אסטרטגיים

עיקרי ההסדר המוצע ומעורבותה של הרשות המבצעת בעיצובו היו כאמור ידועים לבית המשפט העליון ערב מחיקת העתירה. בכל זאת גילה בית המשפט שוויון נפש כלפי תוצאה צפויה זו. אמנם בית המשפט נמנע לכאורה מלהביע עמדה ערכית באשר לתוכן של הצעות

220 ס' 14(ב1)(ז) ו-14(ב)ט(2) לפקודה.

221 בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וחזיונות בע"מ נ' ראש הממשלה, תק"על 94(4) 479 (1994); בג"ץ 10784/02 קרן קיימת לישראל נ' אתרים בחוף ת"א, פ"ד נח(3) 757 (2004).

222 ס' 14(2)(ב) (החובה להחזיר פיצויים) וס' 14(ב1)(ג) ו-14(ח) לפקודה (קציבת המועד לתשלום על ידי השר בפרק זמן שלא יפחת משה חודשים מיום ההודעה והתנאת ההשבה בתשלומם).

223 ס' 14(2)(ד) לפקודה.

224 אפשרות ערר ניתנה על קביעת שומת ההשבה שעל הבעלים לשלם כתנאי להשבה, ראו ס' 14(2)(ד) לפקודה. הערר מובא לפי ס' 9א לפקודה בפני שמאי מכריע או בפני ועדת השגות, לפי בחירת הנפגע. שמאי מכריע ימונה בידי יושב ראש מועצת השמאים. ועדת ההשגות מורכבת מעובד מדינה שימנה שר המשפטים, משמאי ממשלתי או משמאי מטעמו ומשמאי מכריע שימנה יושב ראש מועצת השמאים. ערעור על שמאי מכריע יוגש לוועדת ערר לפיצויים ולהיטל השבחה לפי ס' 112 לחוק התכנון והבנייה. את חברי הוועדה (עורך דין, מתכנן ואיש אקדמיה) ממנה שר הפנים.

225 ס' 13ב לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964.

226 ס' 190(א)(6) לחוק התכנון והבנייה, כפי שתוקן (תיקון מס' 92) בס' 124(1)(ב) לחוק המתקן.

227 פרשת הולצמן, לעיל הערה 52.

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

החוק שהובאו לידיעתו והותיר פתח לתקיפתן בעתיד;<sup>228</sup> עם זאת, מבחינה מעשית העדיף בית המשפט להתעלם מן העובדה שהצעות אלה משקפות תוצאה הסותרת את העיקרון שקבע ומחזק חלק מן העתירות, ביודעו כי לפי החקיקה החדשה לא יינתן סעד של השבה. בהתעלמותו זו נתן בית המשפט למעשה גושפנקה לתוכן החקיקה.<sup>229</sup> לאחר חקיקת החוק כבר הזדמן לבית המשפט להביע עמדה התומכת הן בהוראות המעבר שבחוק<sup>230</sup> והן בהענקת זכות רכישה מחדש במקום זכות השבה.<sup>231</sup> גם אם בית המשפט ממשיך לטעון כי סוגיית חוקתיות החוק עודנה פתוחה להכרעה, נראה שבפועל הוא השלים עם תוצאות החקיקה.<sup>232</sup>

דומה כי בית המשפט עצמו הפיק לקח אסטרטגי מן הפרשה. כאשר נקרתה לו לאחורונה, בפרשת *אבן זוהר*,<sup>233</sup> הזדמנות נוספת לנהוג בדפוס הפעולה של פרשת *קרטיק*, העדיף הפעם להכריע בסכסוך בניגוד להשקפותיו העיוניות בנוגע לתוכן הרצוי של הוראות חוק ונמנע מן הניסיון להכתיב בהתאם להן סדר יום למחוקק. השאלה המשפטית העקרונית שנדרשה בפרשה זו הייתה אף היא בסוגיית ההפקעות ועסקה בסוגיה עקרונית לא פחות מזו שעלתה בפרשת *קרטיק* – בשאלה אם צו סגירה ותפיסת החזקה בשטח פרטי לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 מזכה את הבעלים הנפגע בפיצוי.<sup>234</sup> כל השופטים סברו כי המצב הקיים, שלפיו אין הוראה מפורשת המקנה זכות לפיצוי, אינו רצוי, אינו תואם את רוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומוטב שהמחוקק ישנה אותו. עם זאת, רק השופט דנציגר הציע לנקוט שוב בטכניקה שננטטה בפרשת *קרטיק* – קביעת עקרון-על המחייב פיצוי והשהיית ההליך השיפוטי עד ליישמו בחקיקה. הוא השתמש באותם טעמים שעמדו מאחורי השהיית ההכרעה

228 ראו לעיל הערות 31-33 ואת הטקסט הסמוך.

229 נציגת משרד האוצר אף נתלתה בכך בדבריה בכנסת: "בתחילת השנה הזו בית המשפט מחק את העתירות וקבע שאם לאחר חקיקת החוק, תיוותר עדיין עילה בידי העותרים, כאשר אנחנו הודענו לבית המשפט שהצעת החוק מציעה שההפקעות של למעלה מ-25 שנים לא תהיה השבה, והקרקע תישאר בידי המדינה, הודענו את זה לבית המשפט, ובית המשפט קבע שאם תיוותר עילה לאחר חקיקת החוק, אפשר יהיה לעתור שנית. כלומר להגיד שזה סותר את פסק דין קרטיק, זה הצגה לא מדויקת של העובדות, כי בית המשפט בקרטיק ידע מה הצעת החוק קובעת" (ראו פרוטוקול 14.12.2009, לעיל הערה 69, בעמ' 44).

230 פרשת *אבני דרך*, לעיל הערה 109, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת בייניש; פרשת *אדל*, לעיל הערה 10, בפס' 46-51 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פסק דינו של השופט דנציגר.

231 פרשת *גורן*, לעיל הערה 30, בפס' ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

232 כך למשל, בפרשת *אבני דרך*, לעיל הערה 109, בפס' 7 (סיפה) לפסק דינה של השופטת בייניש, הסתמכה השופטת על הוראות המעבר שבחוק ונמנעה מלהתייחס לשאלת חוקתיות החוק רק משום ש"אינה עומדת בפנינו בעתירה זו". השופט מלצר "העיר" על כך כי "פסק הדין ניתן פה אפוא בין היתר, על סמך ההנחה כי התיקון הינו חוקתי, ואולם הנחה זו לא הועמדה במבחן כאמור" (שם, בפס' א לפסק דינו).

233 ע"א 2281/06 *אבן זוהר נ' מדינת ישראל*, תק-על 10(2) 1241 (2010) (להלן: פרשת *אבן זוהר*) וכן דנ"א 5151/10 *אבן זוהר נ' מדינת ישראל*, תק-על 10(4) 1444 (2010) (להלן: דיון נוסף *אבן זוהר*).

234 פרשת *אבן זוהר*, לעיל הערה 233, בפס' 4-2 לפסק דינו של השופט דנציגר. בפרשה זו מדובר במקרקעין סמוכים למתקן אימונים רחב ידיים (מטווח), המשתרע לאורך חוף הים מראשון לציון דרומה, עד פלמחים.

## חיים זנדברג

בפרשת *קריק*: "סבור אני כי לאור מורכבותם של הדברים והצורך בהסדרה מקיפה ומסודרת, מן הראוי כי לא נחליט בסוגיה זו לאלתר ונאפשר למחוקק להסדיר את עניין הפיצוי".<sup>235</sup>

רוב השופטים (פרוקצ'יה וגו' בראן) לא היו מוכנים הפעם לנקוט טכניקה זו על שני היבטים: "הסדרים בשאלות אלה מן הדין שימצאו את מקומם בתשתית החקיקה הראשונית ואין מקומם הטבעי במעשה השיפוטי", הסבירה השופטת פרוקצ'יה.<sup>236</sup> אמנם, שופטי הרוב טענו כי יש להבחין בין שני המקרים על בסיס הבדלים בניסוח החקיקה הפוגעת ורקעה; בעוד שבפרשת *קריק* ניתן היה לכאורה להפיק עקרון-על מן החקיקה הקיימת, הרי במקרה *אבן זוהר* היה קשה יותר לבצע מהלך פרשני כזה.<sup>237</sup> עם זאת, ספק אם נימוק זה משכנע נוכח האופציה הפרשנית שהציע השופט דנציגר.<sup>238</sup> הלכה למעשה מדובר במקרים כמעט זהים: חקיקה ישנה הפוגעת באופן לא-מידתי בקניין הפרטי והסכמה כללית כי על המחוקק לתקן את המצב, תוך התייחסות לשאלות ערכיות וציבוריות רחבות מן הנדרש להכרעת העתירה. גישת הרוב בפרשת *אבן זוהר* מחזקת את ההשערות בדבר השינויים שחלו בתפיסתו האסטרטגית של בית המשפט את יכולתו להשפיע על סדר היום של המחוקק. נראה שבית המשפט מניח כי יכולת זו היא כיום מוגבלת. זהו כנראה אחד הלקחים האסטרטגיים שהפיק בית המשפט מפרשת *קריק*.<sup>239</sup>

## סיכום

ייחודה של ההתנהלות השיפוטית בפרשת *קריק*, הפער הגדול שבין ההלכה העקרונית לבין התוצאות של הליך החקיקה ושוויון הנפש של בית המשפט כלפי התוצאות הסופיות של הפרשה יוצרים את הרושם, כי היו אלה שיקולים אסטרטגיים סמויים מן העין שהנחו את בית המשפט. הלכת *קריק* שיקפה פשרה בין שופטים, שלפיה נתנו כולם את הסכמתם לעיקרון שרובם הסתייגו מיישמו הרחב בפועל. להסתייגות פנימית זו נוסף גם החשש, שיישומה של

<sup>235</sup> שם, בסוף פס' 69 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>236</sup> שם, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. החרה אחריה גם השופט ג'ובראן: "...אין באפשרותנו להיכנס לעובי הקורה גם בסוגיה העקרונית. כפי שצינתי, אך ראוי הוא שהמחוקק יפעל לשם התאמת רוחן של הוראות החוק הנדונות לתפיסות המשפטיות והחברתיות הנהוגות בימינו, על כל המשתמע מכך" (ראו שם, בפס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

<sup>237</sup> שם, בפס' 19-20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

<sup>238</sup> "המסקנה מן האמור לעיל היא כי כיום, לאור מעמדה של זכות הקניין ונוכח עקרון היסוד הקובע כי אין פגיעה בקניין אלא בכפוף לפיצוי, יש לפרש את תקנה 125 ככוללת בחובה זכות לפיצוי (שעל עקרוניתו נעמוד בהמשך), וזאת כהשלמה לחסר שקיים בה" (ראו שם, בפס' 67 לפסק דינו של השופט דנציגר).

<sup>239</sup> בקשתם של המערערים לדיון נוסף בפרשה נדחתה לאחרונה בידי השופט ריבלין. גם השופט ריבלין הסכים כי "אין לכחד כי תוצאתה של החלטה זו אכן עשויה ליצור תוצאה קשה מן הבחינה המעשית כלפי המבקשים וכלפי שאר האזרחים אשר על קרקעותיהם הוצא צו סגירה... ובייחוד באופן בו היא מופעלת היום על ידי המדינה" (ראו דיון נוסף *אבן זוהר*, לעיל הערה 233, בפס' 7).

פרשת קרטיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות

ההלכה מרחיקת הלכת יעורר תגובה חריפה של הרשות המבצעת לסיכולה. תגובה כזו הייתה עלולה לפגוע באמון הכללי של הציבור בבית המשפט. קביעת ההלכה העקרונית אפשרה לבית המשפט גם לחדש הלכה וגם להימנע מפירעון השטר שביישומה. עינוי הדין שנגרם לצדדים בשל מהלך זה לא נתפס בידי בית המשפט כאיום של ממש על אמון הציבור בו. גם אופן פעולתה של הרשות המבצעת בפרשה זו חשף התנהגות אסטרטגית. המטרה המרכזית של הרשות המבצעת הייתה לסכל את ההלכה באופן האפקטיבי ביותר, אך השגתו של יעד זה התבצעה תוך התחשבות אסטרטגית באופן שבו תנהג הרשות השופטת נוכח השגתו. דרך הפעולה שנקטה הרשות המבצעת נועדה "לרכך" את תגובת בית המשפט, תוך שימוש באמצעים שונים ובהם סחבת, מינוי ועדה בין-משרדית וערפול נוסח החוק המסכל. השילוב של כל הסיבות הללו מסביר את הפער שבין ראשיתה לבין אחריתה של הפרשה. תוצאת הלכת קרטיק מחזקת את הטענה ולפיה, בסופו של דבר, ההכרעות המהותיות של בית המשפט העליון מושפעות ממערך הכוחות האסטרטגי בין הרשויות, ולא רק מן העמדות המהותיות כפי שהן משתקפות בהנמקותיהן הגלויות. במאזן הכולל נראה, שהפער שבין ראשיתה של הפרשה לבין אחריתה הוביל גם את בית המשפט עצמו, בפרשת אבן זוהר, להפקת לקח אסטרטגי: בית המשפט לא ניסה עוד להכתיב למחוקק סדר יום לחקיקה והעדיף להתמקד בתפקיד המיועד לו – הכרעה בסכסוך שלפניו.

חיים זנדברג