



المجلس الإقليمي للقرى غير المعترف بها في النقب
המועצה האזורית לכפרים הבלתי מוכרים בנגב
The Regional Council for the Unrecognized Villages in the Negev-RCUV



חוות דעת - הצעת חוק הרשות לפיתוח הנגב (תיקון – מיזם חקלאי-תיירותי בנגב),

התשס"ט-2009

חוות דעת זו מוגשת בשם המועצה האזורית לכפרים הבלתי מוכרים בנגב, במקום מתכננים למען זכויות תכנון, פורום דו-קיום בנגב לשוויין אזרחי, האגודה לצדק חלוקתי והקשת הדמוקרטית המזרחית-שיח חדש המזרחית – שיח חדש.

מבוא

1. עניינה של חוות דעת זו בבחינת ההיבטים החוקתיים של הצעת חוק הרשות לפיתוח הנגב (תיקון-מיזם חקלאי-תיירותי בנגב) התשס"ט-2009 (להלן: "הצעת החוק") לקראת הדיון אשר יתקיים בוועדת הכלכלה של הכנסת ביום 27.5.10.
2. חוות הדעת תבחן את פגיעתה של הצעת החוק בזכות לשוויין ותטען כי היא אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.
3. חוות הדעת תטען כי הצעת החוק אינה עולה בקנה אחד עם חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 (להלן: "חוק חובת מכרזים") אשר קבע את עיקרון עריכת המכרז הפומבי כעיקרון מרכזי מנחה לפעולתה של הרשות בבואה לבצע עסקאות במקרקעין.
4. חוות הדעת תטען כי הצעת החוק נוגדת את תמ"א 35 וכי היא אינה משרתת כל רציונאל תכנוני ואף עומדת בניגוד לו.

הצעת החוק פוגעת בזכות לשוויין

5. עיקרון השוויין, המכונה אף עקרון איסור האפליה, הנו עיקרון יסודי בשיטת המשפט בישראל. בית המשפט העליון קבע את הזכות לשוויין כזכות חוקתית על-חוקית, המעוגנת כחלק מן הזכות לכבוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"התפיסה הראויה לכבוד האדם – המעמידה במרכז את האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ומכלול

אנושיותו – מצדיקה לכלול בגדרו של כבוד האדם אותם היבטים של השוויון אשר מבטיחים את התפיסה הראויה הזו של כבוד האדם".

בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (טרם פורסם, פסק דין מיום 11.5.2006), בסעיף 40 לפסק דינו של הנשיא ברק.

וגם:

"השוויון הוא ערך יסודי בכל משטר דמוקרטי. שוויון הכול במדינת ישראל הוא ערך חוקתי הניצב בליבת המשטר הדמוקרטי במדינה. שוויון זכויות אזרחי הובטח לפרטים ולכלל הקבוצות והעדות במדינה עוד במגילת העצמאות, בה נקבע כי על מדינת ישראל לקיים "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". הזכות לשוויון הוכרה בשיטת המשפט הישראלית כבר בראשית ימיה של המדינה כזכות יסוד מן המעלה הראשונה ... הזכות לשוויון הוכרה כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם, שקבלה מעמד חוקתי סטטוטורי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והוא - כאשר יש ביניהן קשר ענייני הדוק"

בג"ץ 7178/08 **פורום ראשי המועצות הדרוזיות והצ'רקסיות בישראל ועוד נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 8 לפסק הדין.

6. בית המשפט העליון קבע לא פעם כי על רשות מנהלית מוטל לפעול באופן שוויוני:

"חובתה הראשונית של הרשות היא לנהוג שוויון בין שווים, ולא לפעול על פי שיקולים שאין להם בסיס צודק בנסיבות העניין. אם מפרה הרשות חובתה זו הרי זו עילה להתערבותנו"

בג"ץ 382/71 **טחנת קמח "דגן" נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד כו(1) 292, 298.

האם הצעת החוק פוגעת בשוויון

7. מהי פגיעה בשוויון? אפליה נוצרת כאשר גורמים השווים מבחינה רלוונטית מטופלים באופן שונה:

"השוויון הוא מעמודי התווך של כל משטר דמוקרטי והזכות לשוויון הוכרה בשיטת המשפט הישראלית כבר בראשית ימיה כזכות יסוד מן המעלה הראשונה ... הגדרות אלה של מושג השוויון והכתרים שנקשרו לו כערך חשוב ומרכזי בחיינו אינן הופכות אותו למורכב פחות ואכן כבר נאמר ונפסק לא אחת כי מושג השוויון הינו מושג סבוך אשר פנים רבות לו ... על פי התפישה המקובלת, התואמת את הגישה הפילוסופית האריסטוטלית, מושג השוויון משמעו "יחס שווה אל בני-אדם, אשר אין ביניהם שוני שהוא רלוונטי לעניין נושא השוויון" (דנג"ץ רקנט, 345). מכך נגזרת התובנה לפיה שוויון אינו מחייב זהות, או כדברי הנשיא ברק בעניין ק.א.ל. "אכן, עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין זה יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח קיומם של

טעמים ענייניים המצדיקים שוני" (שם, 236; ראו גם עניין דנילוביץ, 761).
המבחן הוא אפוא מבחן של רלוונטיות המשמיע לנו כי רק בהעדר שוני
רלוונטי תיחשב האבחנה בין בני אדם לאפליה פסולה"

בג"ץ 9863/06 קר"ן-עמותת קטועי רגליים לוחמים נ. מדינת ישראל – שר הבריאות (טרם
פורסם), פסקה 9 לפסק הדין.

8. כלומר, יש לבחון האם קבוצת בעלי המיזמים החקלאיים-תיירותיים בנגב (להלן: "בעלי החוות")
שונים באופן רלוונטי מקבוצת השוויון שלהם. כפי שכותרת המשנה ליועצת המשפטית לכנסת (כלכלה
ותקשורת) והיועצת המשפטית לוועדת הכלכלה אתי בנדלר בחוות דעתה מיום 15.03.10, בענייננו
קיימות שתי קבוצות שוויון רלוונטיות.

9. הקבוצה הראשונה הנה כל אותן קבוצות אוכלוסיה אשר נטען לגביהן, כפי שנטען לעניין בעלי
החוות, כי הן יושבות בנגב בניגוד להוראות כל דין. הצעת החוק אינה מתייחסת ליתר קבוצות
האוכלוסייה אלא אך ורק לבעלי החוות ואינה מכירה בדיעבד גם בצורות התיישבות אחרות בנגב.
בנקודה זו נציין כי מבלי להיכנס לעובי הקורה, האוכלוסייה הערבית בדואית בנגב היא בעלת השונות
הרלוונטית אשר הייתה מצדיקה יחס שונה המכיר בהתיישבותה, באשר מדובר בתושבים אשר
יושבים על אדמתם טרם קום המדינה וטרם חקיקתו של חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. זאת
בניגוד לבעלי החוות אשר יושבים על אדמת לכל היותר עשרות שנים בודדות (ולא מראשית המדינה
כפי שנטען בחוות הדעת של פרופ' בנדור מיום 15.2.10).

10. הקבוצה השנייה הנה כל קבוצות האוכלוסייה בארץ אשר חייבות בחובת מכרז לשם קבלת זכויות
במקרקעי מדינה כאמור בסעיף 2(א) לחוק חובת מכרזים (ומהוות למעשה את רוב קבוצות
האוכלוסייה בארץ). בחוות דעתה סומכת בנדלר את השוני הרלוונטי של בעלי החוות על הטענה כי
מדובר בקבוצה קטנה של מתיישבים אשר התיישבו בחוות בעידוד, בסיוע ובתמיכתה של המדינה
ואשר היו לה, לכל הפחות, ציפיות ראויות להגנה (סעיפים 16-17 לחוות דעתה של הגברת בנדלר).

11. טענתה של בנדלר כי מדובר בקבוצה קטנה של מתיישבים אין בה ממש. מדובר בעשרות חוות אשר
פרושות על מאות דונמים ברחבי הנגב ועל כן וודאי אין מדובר בקבוצה שולית כפי שבנדלר מבקשת
להציג אותה.

עיקרון ההסתמכות של בעלי החוות

12. בנדלר חוזרת וטוענת כי הסתמכותם של בעלי החוות מצדיקה את הפגיעה בעיקרון השוויון משום
שהיא מבדילה את בעלי החוות מיתר קבוצות האוכלוסיה ומקיימת לגביהם שונות רלוונטית. ציפייה
והסתמכות זו אין לה כל נפקות, ואף אם היא מקימה נפקות כלשהי, הרי שהענקת זכות חכירה
לדורות אינה הפתרון המתחייב להסתמכות זו.

13. בבג"ץ 135/75 סאי-טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, נקבע מהם התנאים
המצטברים הדרושים לביסוס הבטחה שלטונית מחייבת:

א. נותן ההבטחה הוא בעל הסמכות לתיתה.

ב. נותן ההבטחה התכוון להקנות לה תוקף משפטי מחייב ומקבל ההבטחה קיבל אותה ככזו.

ג. המבטיח הוא בעל יכולת לקיים את ההבטחה.

14. עוד בשנת 1999 קבע מבקר המדינה כי ההתיישבות בחוות הבודדים נעשתה שלא על פי חוק ובניגוד לסדרי מנהל תקינים, ללא מכרז, ללא אישור התוכניות על ידי מוסדות התכנון והבניה ובהיעדר קיומם של חוזי חכירה עם המנהל. בין השאר קובע המבקר :

"שר התשתיות דאז ושר החקלאות דאז גיבשו מדיניות של עידוד התיישבות יחידים כפתרון לשמירת קרקעות המדינה, ללא בחינה של אמצעים נוספים - שעמדו לרשותם - להשגת מטרה זו, ללא שיתוף גורמי התכנון הסטטוטורי, ובניגוד לגישת תכניות המתאר הארציות והמחוזיות, הקובעות, על פי חוק, את שימושי הקרקע במדינה."

דו"ח מבקר המדינה 604 עמ' 1999 (להלן : דו"ח המבקר).

15. עוד קובע המבקר כי :

"משרדי ממשלה וגורמי שלטון פעלו לעתים שלא בהתאם לחוק ובחריגה ממינהל תקין במתן סיוע להתיישבויות יחידים ובייחוד לאלה שבתחומי המועצה האזורית רמת נגב"

דו"ח המבקר, עמ' 605

16. בין הגורמים אשר פעלו שלא בהתאם לחוק ובחריגה ממינהל תקין מונה המבקר את משרד החקלאות, משרד התשתיות, משרד הבינוי והשיכון, בזק, מקורות ומנהל מקרקעי ישראל.

17. דו"ח מבקר המדינה אף אומץ בפסיקתו של בית המשפט העליון בבג"ץ 243/99 אדם טבע ודין ואח' נ' שר החקלאות ו-13 אח'. תק-על 2001(2), 632.

18. משמעות הדבר היא כי מי שנתנו את ההבטחות לבעלי החוות לא היו מוסמכים לתת משום שאין בידי אף רשות הסמכות לתת הבטחות אשר אינן עולות בקנה אחד עם החוק ועם כללי מנהל תקין.

19. לא זו אף זו, שעה שההבטחות שניתנו הנן הבטחות בלתי חוקיות אשר אינן עולות בקנה אחד עם כללי מנהל תקין הרי שמי שהבטיח אותן לא היה בעל יכולת לקיים את ההבטחה משום שכאמור, לא ניתן לקיים הבטחה בלתי חוקית. מכאן שבענייננו לא מתקיים אף התנאי השלישי הנדרש לצורך כינונה של הבטחה שלטונית.

20. משום שבבג"ץ 135/75 הנ"ל נקבעו תנאים מצטברים הרי שכאשר לא מתקיימים כל התנאים גם יחד, כבענייננו, הרי שלא התבססה הבטחה שלטונית מחייבת כלפי בעלי החוות כפי שטוענת בנדלר.

21. יתר על כן, בנדלר עצמה מציינת בחוות הדעת שלה כי בעתירה שהוגשה לבית המשפט העליון בעניין חוות היין, כפרה המדינה עצמה בהתגבשותה של הבטחה שלטונית כלפי בעלי החוות וציינה כי לא ניתנו כל הבטחות מפורשות וברורות על ידי הגורם המוסמך.

22. גם אם מיעוטן של ההבטחות השלטוניות ניתנו בסמכות הלכה ידועה היא כי סמכות הנתונה לרשות שלטונית כוללת גם את הכוח לתקן, לשנות, להתלות ולבטל מעשה מנהלי שעשתה מכוח סמכותה (ראה: בג"צ 594/78 **אומן מפעלי מדינה בע"מ ואח' נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות ואח'**, פ"ד לב (3) 469; בג"צ 402/89 **ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' שר החינוך והתרבות ואח'**, פ"ד מג (2) 179):

"בסופו של דבר, כך נראה לנו, תלויה השאלה של זכות הרשות לשנות או לתקן את החלטתה באיזון בין האינטרס הציבורי שבביטול ההחלטה, לבין אינטרס ההסתמכות של הפרט. מבחן זה הוצע ויושם בעניין עווד. עיקרו הכרעה על פי איזון בין האינטרסים המעורבים בכל מקרה ומקרה, שהעיקריים שבהם הם מחד – האינטרס הציבורי לקיים מידה סבירה של וודאות וסופיות של החלטות מינהליות וכן אינטרס ההסתמכות של הפרט, ומאידך – האינטרס הציבורי לאפשר ביטול החלטות הנוגדות את טובת הציבור". (ההדגשה הוספה).

ר' הר-זהב, בספרו "המשפט המינהלי הישראלי", בע' 232-233:

23. כפי שמודגם בחוות דעת זאת, ההחלטה לאשר בדיעבד את קיומן של חוות הבודדים נוגדת את טובת הציבור באשר היא פוגעת בעיקרון השוויון שהוא עיקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית וכן עומדת בניגוד לעקרונות התכנון ולחוק חובת מכרזים.

24. חוות הבודדים נולדו בחטא ותוך הפרה ברורה של החוק. טענת ההסתמכות אינה יכולה לשמש אצטלה להכשיר בדיעבד פעולה בלתי חוקית של המדינה עצמה. עצם הקמתן של חוות הבודדים אשר נעשתה שלא כחוק וללא מכרז ואפשרה לאנשים מסוימים בלבד להתיישב בחוות, כרוכה הייתה באפלייתן של קבוצות אחרות. עיקרון ההסתמכות אינו יכול להצדיק ביצועו של אותו חטא בשנית והמשכה של האפליה.

25. גם אם נוצרה ציפייה אצל בעלי החוות הרי שאין בה כדי לגבש אותם לכדי קבוצה מובחנת בעלת שוני רלוונטי אשר יכול להצדיק קבלת תנאים שונים. הציפייה שנוצרה כביכול אצל בעלי החוות כי התיישבותם תזכה להגנה אינה שונה, אם לא פחותה, מהציפייה שנוצרה בקרב התושבים הבדואים בנגב בעקבות העברתם על ידי המדינה עצמה לאזור הסייג בשנות ה-50, הקמתה של המועצה האזורית אבו בסמה ואמירותיה של וועדת גולדברג אשר קבעה כי יינתנו לתושבים זכויות בעלות על הקרקע תוך התחשבות בזיקתם ההיסטורית של התושבים.

26. נציין כי עמדה זו אף הובעה באופן מפורש בדיון האחרון אשר התקיים בהצעת החוק בוועדת הכלכלה ביום 03.05 על ידי אדריכל שמאי אסיף, ראש מנהל התכנון במשרד הפנים.

27. עוד התברר בדיון זה כי רבים מבעלי החוות כלל לא ערכו חוזה עם מנהל מקרקעי ישראל המותיר להם את השימוש בקרקע לצורך הקמת מיזם תיירותי-חקלאי. חלק מבעלי החוות ערכו חוזים המתירים להם להשתמש בקרקע לצורך חקלאות בלבד ואילו הם הפרו חוזים אלה באופן ברור. לא ייתכן כי המדינה תבחר לתגמל אנשים אשר הפרו את החוזים שחתמו עמה בה בשעה שהיא אינה מתירה לבעלי חוזים אחרים לפעול בניגוד אליהם.

28. בעלי החוות אינם מהווים אם כן כל קבוצה מובחנת בעלת שונות רלוונטית המצדיקה יחס שונה כלפיה ועל כן הצעת החוק מהווה אפליה פסולה ועשויה להקים עילה להתערבות שיפוטית.

29. בהקשר זה נציין כי עוצמת הפגיעה בזכות לשוויון גדלה שעה שמדובר בחלוקת כספי מדינה באופן בלתי שוויוני:

"הקצאת כספי מדינה ליעדים ציבוריים שונים כפופה לעולם לעקרון השוויון. חלוקת כספי מדינה כפופה לדרישות השוויון והסבירות, ועליה להיות מונחית משיקולים ענייניים, ולהתנהל על פי אמות מידה ברורות וגלויות"

וגם:

"עקרון השוויון החל בחלוקת תמיכות הינו שוויון מהותי, המחייב מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים, לפי מידת שונותם. הענקת יחס שונה לפרטים או למוסדות שאין ביניהם שוני רלוונטי לעניין הנדון מהווה הפליה פסולה, ומקים עילה להתערבות שיפוטית ... הפליה פסולה עשויה להתבטא במתן תמיכה שונה למוסדות דומים במאפיינים רלבנטיים בדרך של הצבת תנאים שונים לכל מוסד לצורך הקצאת כספי ציבור, בלא שמתקיימת הצדקה עניינית לכך."

בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ. משרד החינוך (טרם פורסם) פסקאות 71-72 לפסק הדין.

30. בענייננו אומנם לא מדובר בהקצאה של כספי מדינה או תמיכות אולם מדובר במשאב בעל חשיבות בלתי פחותה אם לא למעלה מכך, משאב הקרקע, אשר יש לנהוג בו בכפוף לעיקרון השוויון ובהתאם לשיקולים ענייניים.

31. משעה שהוכח כי הצעת החוק פוגעת בזכות לשוויון המעוגנת בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו יש לבחון האם הצעת החוק עומדת בכלליה של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד. וזו לשונו של סעיף 8:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

32. לשון החוק מונה אם כן, ארבעה תנאים, שרק בהתקיימם המצטבר ניתן להצדיק את הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד ובזכות לשוויון המעוגנת בה. על הפגיעה להיעשות בחוק או לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו; החוק הפוגע חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; החוק פוגע בזכות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש. נדון בהם כסדרם.

על הפגיעה להיעשות בחוק או לפי חוק

33. כידוע:

"זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על-פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי... הסמכה לעניין זה משמעותה "הסמכה מפורשת"... כאשר מדובר על נושאים, שעניינם הגבלתן של חירויות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול... בתחום האמור, אלא אם הוקנתה לו על-ידי המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור..."

בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358.

34. אין מחלוקת על כך שהפגיעה בזכות לשוויון נעשית מכוח חוק.

הצעת החוק הולמת את ערכיה של מדינת ישראל

35. נקודת המוצא של בנדלר היא כי מדינה יהודית היא מדינה אשר מקיימת רוב יהודי מסיבי ומגשימה את החזון הציוני. בין שאר מטרותיו של החזון הציוני נמצאת המטרה של יישוב הארץ, וחיזוק ההתיישבות היהודית והאחיזה היהודית בכל רחבי הארץ ובפרט בנגב.

36. כמו כן מוסיפה בנדלר כי יש לשלב באופן הרמוני בין ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית לערכיה כמדינה דמוקרטית. (עמודים 14-16 לחוות הדעת).

37. נהיר כי אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל אין משמעותו העדפתן של קבוצות מסוימות באוכלוסיה ואפלייתן של אחרות. כך קבע אף בית המשפט העליון:

" אין מקובלת עלינו התפיסה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בהם כדי להצדיק – ברמה של תכלית כללית – הפליה על-ידי המדינה בין אזרחים של המדינה על בסיס דת או לאום..."

מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל. המדינה – מדינת היהודים היא; המשטר המתקיים בה – הוא משטר דמוקרטי נאור, המעניק זכויות לכלל האזרחים, יהודים כלא יהודים...

נזכור ונדע – כיצד נוכל לשכוח – כי לא הייתה לו לעם היהודי – לא הייתה לו ואין לו – מדינה אחרת זולתי מדינת ישראל, מדינת היהודים. ואולם **בתוככי המדינה כל אזרחי המדינה הם שווי זכויות**"

בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל פ"ד נד (1) 258 פסקה 31
הנשיא אי ברק (ההדגשה אינה במקור).

38. נדמה כי בנדלר מתעלמת באופן מופגן בחוות דעתה מכ-80 אלף הערבים הבדואים המתגוררים בנגב אשר רבים מהם עוסקים אף הם בחקלאות ומיישבים את אדמותיו. משמעותה של מדינה יהודית ודמוקרטית היא כי היא נוהגת בכבוד ושוויון בכלל אזרחיה. אלו הם מערכי היסוד העומדים בבסיסה ואין אלא להצר על כך שהצעת החוק מבקשת לבכר ערכים פוגעניים על פני ערכים הומניסטים אלה אשר הם ממאפייני הליבה של הדת היהודית.

39. ערכים אלה אף הושתתו במגילת העצמאות המהווה מסמך מכונן בשיטתנו המשפטית:

"מדינת ישראל.. תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין;"

40. כך קבע גם בית המשפט העליון עצמו בפרשת קעדאן הנ"ל:

"מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות [42], אשר קראה "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה..."

41. שילוב הרמוני של ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית וערכיה כמדינה דמוקרטית, אליו חותרת בנדלר, מביא למסקנה כי הצעת החוק סותרת באופן ברור ערכים אלה. הצעת החוק מפלה באופן ברור בין תושביו השונים של הנגב ושוללת את זכותם לשוויון בהקצאת משאבי מדינה.

החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה

42. תכלית היא ראויה אם היא:

"נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל".

בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, טרם פורסם, פסקה 62 לפסק דינו של הנשיא.

43. בנדלר מגדירה את תכלית הצעת החוק "לאפשר את המשך קיומן של חוות הבודדים שהוקמו בתמיכה ובסיוע של רשויות המדינה, ובכך לתת מענה לאינטרס ההסתמכות, וכן לתרום לפיתוח ההתיישבות, החקלאות והתיירות בנגב" (עמוד 16 לחוות הדעת).

44. אף שזו התכלית המוצהרת של הצעת החוק בנדלר מבליעה בחוות דעתה את תכליתה הבלתי מוצהרת של הצעת החוק, דחיקת רגליהם של המתיישבים הערבים בדואים מהמרחב בנגב. כך עולה משלל הציטוטים אשר בנדלר מביאה בחוות דעתה.

45. ההתיישבות בנגב מיועדת, על פי בנדלר, ל"שמירה על מקרקעי ישראל מפני תפיסה על ידי גורמים שאינם מורשים" (עמוד 17 לחוות הדעת). אומנם לא נאמר מפורשות מיהם אותם גורמים אך משלל התבטאויות ממשלתיות לאורך השנים ניתן להסיק בנקל כי הכוונה היא לתושבי הערבים בדואים של הנגב.

46. לעניין התכלית המוצהרת של הצעת החוק הרי כפי שכבר נטען, אינטרס ההסתמכות של בעלי החוות אינו עולה כדי תכלית ראויה. בנדלר עצמה מציינת כי "בעוד זרוע אחת של המדינה תמכה, לאורך תקופה ארוכה, מוסרית וחומרית, במפעל התיישבות הבודדים, דאגה זרוע אחרת להרתיע, לעיתים בלשון רפה, על הפרות חוק ועל הצורך להסדיר את ההתיישבות בהתאם לכל הוראות הדין" (עמוד 20 לחוות הדעת).

47. משמעות הדבר היא כי בעלי החוות ידעו לאורך כל הדרך כי מדובר בהתיישבות בלתי חוקית המנוגדת להוראות הדין וכי ההתבטאויות אשר תמכו בהן היו התבטאויות פוליטיות, חסרות נפקות משפטית. בעלי החוות המשיכו אם כן להתגרר ולהפעיל את החוות תוך שהם מודעים לאפשרות הפינני.

48. גם אם התגבשה אצל בעלי החוות ציפייה כלשהי (אף שחוות דעת זו דוחה זאת מכל וכל) הרי שאין בתכלית זו כדי להפוך אותה ראויה ומוצדקת לפגוע בזכויות אדם. נזכיר כי ככל שפוגעים בזכות שהיא חשובה יותר, כך נדרשת הצדקה חזקה יותר לפגיעה. בהתחשב במעמדה של הזכות לשוויון אין ספק כי יש צורך בהצדקה חזקה, מעבר לקיומה של ציפייה, אשר תצדיק את הפגיעה בזכות לשוויון.

49. עוד תומכת בנגלר את טענתה בדבר התכלית הראויה בכך ש"המתיישבים יצרו, יש מאין, מפעל התיישבותי מיוחד במינו, במשך שנים של עמל, תוך התמודדות עם קשיי הסתגלות בשל מאפייניו של האזור – האקלים, טיב הקרקע, הריחוק ממרכזי אוכלוסיה וכיוצא בזה".

50. אין אלא לתהות במה שונה המפעל ההתיישבותי של בעלי החוות והתנאים איתם התמודדו מהמפעל ההתיישבותי של יתר תושבי הנגב ובהם מושבים, קיבוצים, וכפרים אשר יצרו אף הם מפעל התיישבותי יש מאין ואילו הם אינם זוכים לקבלתם של מאות דונמים של אדמות מדינה ללא מכרז.

צדק חלוקתי

51. בנדלר מדגישה כי הצעת החוק מממשת את עיקרון הצדק ביחסי האזרח עם רשויות המדינה אולם הצעת החוק מנוגדת לעיקרון הצדק החלוקתי.

52. על חשיבות המרכיב של צדק חלוקתי בקבלת החלטות מנהליות, עמד בית המשפט:

"עניינו של ערך זה בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים. החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מנהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים. חובה זו קיבלה ביטוי בפסיקתו הענפה של בית-משפט זה בסוגיות ההפליה, חופש העיסוק ושוויון בהזדמנויות על גוניהן השונים, אף שלא נעשה בפסיקה המוקדמת יותר שימוש מפורש במינוח זה. לאחרונה ניתן מעמד מפורש לשיקול של צדק חלוקתי, בבחינת חוקתיותן של החלטות המינהל על חלוקת משאבים".

בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 64, 25.

53. מעקרון הצדק החלוקתי נובע לא רק כי יש לנהוג באופן צודק בחלוקת משאבי המדינה אלא כי בחלק מן המקרים, ובעיקר במקרים בהם נגרם עוול קודם לפרטים ולקבוצות בחברה, המעניק להם נקודת פתיחה נמוכה יותר, אין מסתפקים בצדק מחלק, אלא יש לחלק את העוגה באופן בו יתוקנו הליקויים החברתיים והציבוריים. מצב זה מכונה "צדק חלוקתי מתקן".

54. בענייננו, הצעת החוק לא רק שאינה מחלקת חלוקה צודקת את הקרקע משום שהיא מעניקה מאות דונמים לקבוצה מובחנת ומסוימת של תושבים, ועוד מבלי לקיים מכרז, אלא היא מעמיקה את הפערים הקיימים ממילא בין תושביו היהודים והערבים בדואים של הנגב המופלים באופן היסטורי ומתמשך, באשר היא נוהגת בהם איפה ואיפה.

החוק פוגע בזכות לשוויון במידה שאינה עולה על הנדרש

55. עקרון המידתיות הוכר בפסיקה ככלל מקובל וחשוב לבחינת חוקיותו של שיקול דעת שלטוני:

"העילה בדבר מידתיות קובעת, כי החלטה שלטונית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמת התכלית השלטונית, הוא במידה הראויה, ולא מעבר לנדרש. עילת המידתיות מתרכזת, אפוא, ביחס שבין התכלית לבין האמצעים להגשמתה... היא בוחנת אם האמצעים בהם נקט השלטון לשם הגשמת התכלית הראויה עומדים ביחס ראוי למטרה אותה מבקשים להגשים".

בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל פ"ד נח(5), 807 (להלן: "ענין בית סוריק"), 839.

56. יוער, כי בית המשפט קבע בעניין בית סוריק הנ"ל כי מבחן המידתיות חל על כל החלטה מנהלית שהיא, ולא רק במקרים בהם נפגעת זכות חוקתית.

57. שלושה מבחנים מצטברים לעקרון המידתיות:

א. קשר של התאמה בין האמצעי למטרה;

ב. האמצעי הנבחר פוגעני פחות מאמצעים אחרים חלופיים ;

ג. התועלת לטובת הציבור עולה על הנזק שייגרם לפרט, כתוצאה מן הפגיעה.

התאמת האמצעי למטרה

58. אף אם נניח כי קיים קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר לבין השגת המטרה, יש להדגיש כי לעתים אין די בכך שהאמצעי משיג את מטרתו. לכאורה, מאפשר הליך זה המשך קיומן של חוות הבודדים הקיימות בנגב על ידי הקניית זכות במקרקעין. אך עם זאת, הקניית הזכות נעשית ללא מכרז ובצורה של "חכירה לדורות". אמצעי זה נופל בגדרו של אמצעי שרירותי, בלתי סביר או בלתי הוגן, אשר לגביו קבעה הפסיקה כי אינו מקיים את מבחן ההתאמה (בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 270).

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

59. ביסוד מבחן משנה זה עומדת התפיסה כי "החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה" (ראו פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, פסקה 59 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 6226/01 **אינדור נ' ראש עיריית ירושלים**, פ"ד נז(2) 157, 164). על הרשות לבחור אפוא, את האמצעי הפוגעני פחות מבין אותם האמצעים העומדים לרשותה.

60. בענייננו, בוחרת הצעת החוק באמצעי אשר פוגע בצורה חמורה וקיצונית ביותר בעיקרון השוויון. זאת כשבנקל ניתן להשתמש באמצעים חלופיים, פוגעניים פחות. זהו אינו האמצעי המתאים להשגת המטרה ופגיעתו בחברה ובאינטרס הציבורי גדולים מהנדרש.

61. תחת ההסדר אשר מופיע בהצעת החוק אפשר היה, אם אכן נפגעה לכאורה ציפייתם של בעלי החוות, לפצות למשל את בעלי החוות בעד פינויים מהחוות ולפתוח את הנושא למכרז, בכפוף לייצובן של החוות בתוכנית מתאר כוללת של מרחב הנגב כך שקיומן לא ידיר את רגליהם של מי מתושבי הנגב ולא יפגע במרחב התכנוני או במשאבי הטבע הקיימים בנגב.

62. בבחינתו החוקתית של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מציינת בנדלר כי מדובר בתושבים אשר ישבו על הקרקע "תקופה משמעותית" וכן כי מדובר ב"החלה פרטנית-אינדיבידואלית" (עמוד 21 לחוות הדעת).

63. טענות אלו אין בהן כל ממש שעה שבוחנים את הצעת החוק. בהוראת המעבר אשר בהצעת החוק אין כל התייחסות קונקרטית למשך הזמן הדרוש לישיבה על הקרקע לשם קבלת האישור. כל שמצוין הוא שהמיזם החקלאי-תיירותי קיבל תמיכה וסיוע של רשות מרשויות המדינה משך שלוש שנים שקדמו למועדת תחילת החוק. שלוש שנים וודאי אינן מהוות תקופה משמעותית.

64. הצעת החוק הקיימת מעמידה תנאים רופפים בלבד לאישורה של חווה בדיעבד על פי החוק ועל כן כמעט ולא נמצאת חווה אשר לא תעמוד בהם. אי לכך קשה לטעון כי מדובר ב"החלה פרטנית-אינדיבידואלית".

מידתיות במובן הצר

65. כאמור, מבחן זה עוסק בשאלת התועלת הציבורית, והוא דורש "קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה" (בג"ץ 4947/03 **עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת ביניש), ובמילים אחרות, איזון בין הנזק שנגרם כתוצאה מהפגיעה לבין התועלת שתצמח לציבור אם יאומץ אותו אמצעי (ראו, למשל, בג"ץ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם, פסקה 55 לפסק דינו של השופט לוי).

66. בענייננו, הפגיעה בשוויון היא כאמור, פגיעה חמורה ומשמעותית ולמדינה קיימים אמצעים חלופיים ופוגעניים פחות לשם הבטחת הסתמכותם הלכאורית של תושבי החוות.

67. הטענה כי מדובר באזור צחיח ושומם אשר לא משך מתיישבים ומשקיעים (עמוד 23 לחוות הדעת) אינה יכולה להתקבל אלא לאחר קיומו של מכרז שוויוני ופתוח אשר יופנה לכלל תושביה של מדינת ישראל ובחינת ההיענות למכרז זה. פרט לכך, טענה זו הנה שגויה שבעתיים שעה שקבוצת השוויון הנבחנת היא כלל המתיישבים בנגב אשר רובם ככולם התיישבו בשטחים אשר היו תחילה צחיחים ושוממים והשקיעו רבות על מנת לעבדם.

68. התועלת שתצמח מהצעת החוק כהווייתה וכלשונה היא תועלת מצומצמת לקבוצה מובחנת של תושבים ואינה תועלת לכלל הציבור על אף הניסיון לצייר אותה ככזאת.

חוק חובת מכרזים

69. חוק חובת מכרזים מחיל על המדינה חובה סטטוטורית לערוך מכרז לגבי ביצוע מגוון עסקאות וביניהן עסקה במקרקעין. וכך קובע סעיף 2(א) לחוק:

"המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו."

70. סעיף 4 לחוק חובת מכרזים מסמיך את שר האוצר לקבוע בתקנות, באישור ועדת חוק חוקה ומשפט, שכומים או סוגי עסקאות שלגביהם לא תהיה חובה לערוך מכרז. מקרים אלה מצויים כמובן בתקנות אולם לא נמצאת בגדרם עסקה דוגמת זאת הנמצאת בבסיסה של הצעת החוק. כלומר, עסקה זו טעונה מכרז.

71. סעיף 2(א) לחוק חובת מכרזים קשור קשר הדוק לעיקרון השוויון ומבטא את תכליתו של החוק:

"הענקת הזדמנות שווה והוגנת למשתתפים פוטנציאליים להציע הצעות להתקשרות בחוזה עם רשות או תאגיד של המדינה."

ע"מ 8421/07 **חברת מלון ומלון סוויטות אפ.אס.אר. בירושלים בע"מ נ' שימי הורן** (טרם פורסם), פסקה 31 לפסק הדין (להלן פרשת שימי הורן)

72. כבר הוכחנו בחוות דעת זו כי הצעת החוק עומדת בניגוד גמור לעיקרון השוויון. ניגוד זה אינו נוגע אך לפגיעתה החוקתית של הצעת החוק בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אלא גם לפגיעה שפוגעת הצעת החוק בחוק חובת מכרזים :

"לא אחת נקבע בעבר כי באיזון בין עקרון השוויון לבין העקרון של קידום היעילות הכלכלית, גובר הראשון וזאת על מנת להגשים את מטרתם של דיני המכרזים"

פרשת שימי הורן הנ"ל, שם.

73. חשיבות עריכתו של מכרז מתעצמת שעה שמדובר בקרקעות ציבור כבענייננו :

" הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות. אימוץ אמת מידה כאמור הוא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תרגומן של אמות המידה האמורות לאופני התנהגות מצביע, בין היתר, על החובה לנהוג בהגינות ובשוויון ועל-פי כללי המינהל התקין.

המינהל התקין והחובה לנהוג בהגינות ובשוויון כלפי כל אזרח מחייבים חלוקתם של מקרקעין שהם רכוש הציבור והמיועדים לעמותות משכנות, על יסודה של תחרות בדרך של מכרז או של הגרלה, המאפשרים, לפי תנאיהם, תחרות הוגנת בין כל המעוניינים".

באותו עניין הוסיף וקבע כבוד הנשיא כי הענקת קרקע ללא תחרות צריכה להיות "תופעה נדירה, המיוחדת לנסיבות מוגדרות יוצאות דופן" (שם, בעמ' 802) וכי "בנסיבות רגילות אין כל הצדקה לויתור על התחרות השוויונית".

בג"ץ 6176/93 אליקים 1986 – **אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מח(2) 158, 164-165.

74. הצעת החוק אינה נוקטת בפרשנות המצומצמת הראויה לדיני המכרזים. עובדה זו מתעצמת נוכח העובדה שמדובר כאמור, בקרקע ציבורית המתפרשת על פני מאות דונמים.

הצעת החוק נוגדת את תמ"א 35 ואינה משרתת כל רציונאל תכנוני או סביבתי

75. תמ"א 35 הנה תוכנית מתאר ארצית שנועדה להגדיר את עקרונות הפיתוח והבנייה בישראל עד שנת 2020. תוכנית זו שואפת לאזן בין צרכי הפיתוח של מדינת ישראל ובין הרצון לשמור על שטחים פתוחים. חשוב לציין כי בניגוד לצורות התיישבות אחרות בנגב, דוגמת כפרי הבדואים, אשר היו קיימים טרם כינונה של תמ"א 35, חוות הבודדים הוקמו לאחר גיבוש התוכנית ובניגוד לאמור בה.

76. תמ"א 35 מעדיפה חיזוק יישובים קיימים על פני הקמת נקודות יישוב חדשות או התיישבות בודדים. הצעת החוק עוקפת את תמ"א 35 על ידי הכשרתן של חוות הבודדים ובכך, למעשה, עוקפת את מדיניות התכנון הארצית אשר אושרה על ידי ממשלת ישראל ויוצרת נתיב עוקף תכניות מתאר בעלות תוקף סטאטוטורי.

77. בהקשר זה יש לציין את חוות הדעת של צוות תמ"א 35, מיום 20.7.99, אשר הוגשה למועצה הארצית לתכנון ובניה. בחוות דעת זו הוסבר כי צוות תמ"א 35 רואה סכנה רבה במדיניות התיישבות בודדים כאמצעי לפיזור אוכלוסיה ו"תפיסת קרקע" שאינם מבוקרים תכנונית. הצוות הדגיש כי בהתחשב בכללים ובעקרונות הפריסה המפורטים בתמ"א 35, אין לאפשר "התיישבות בודדים", אלא אם היא נכללת במסגרת תכנית כוללת לישוב חדש על פי דגמי היישוב ועקרונות הצפיפות והאופי של תמ"א 35.

78. כאמור, דו"ח מבקר המדינה 50 בשנת 1999 מציין כי התיישבויות הבודדים מוקמות בניגוד למדיניות ולעקרונות אשר נקבעו בתוכניות מתאר ארציות לפיתוח המדינה, כמו תמ"א 31 ותמ"א 35, אשר קובעות כמדיניות תכנון ופיתוח את הצורך בחיזוק ישובים קיימים, לפיתוח המדינה ואת הבעייתיות בפיזור נקודות קטנות של ישובים.

79. בדיון במועצה הארצית לתכנון ובניה ביום 7.12.99 הובהרה עמדת המשרד לאיכות הסביבה, לפיה התיישבות בודדים לא יכולה לתת תשובה יעילה ונכונה למדיניות התכנון של המדינה היום, כמו שמירת שטחים פתוחים, חסכון בקרקע, חסכון במים, הצורך לתת פתרונות לתחבורה ציבורית והצורך לתת פתרונות לביוב:

"אין לנו ספק שמבחינת שמירת שטחים פתוחים, חסכון בקרקע, חסכון במים, הצורך לתת פתרונות של תחבורה ציבורית, והצורך לתת פתרונות לביוב שלא קיבל ביטוי באף מקום... התיישבות בודדים לא יכול לתת תשובה יעילה ונכונה במדיניות תכנון של המדינה היום".

80. יתרה מזו, במסמך חוות הדעת מטעם צוות תמ"א 35, מיום 20.7.99, אשר הוגש אף הוא למועצה הארצית, הוסבר כי צוות תמ"א 35 רואה סכנה רבה במדיניות התיישבות בודדים כאמצעי לפיזור אוכלוסייה ו"תפיסת קרקע" שאינם מבוקרים תכנונית. הצוות הדגיש, כי בהתחשב בכללים ובעקרונות הפריסה המבוטאים בתמ"א 35 אין לאפשר "התיישבות בודדים" אלא אם היא נכללת במסגרת תכנית כוללת לישוב חדש על פי דגמי היישוב ועקרונות הצפיפות והאופי של תמ"א 35.

81. משמעות כל אלו היא כי אישור הצעת החוק עשוי לשמש להגדרתו המחודשת של מושג התכנון-מכשיר להכשרת פעילות בלתי חוקית במרחב, כפונקציה של הפעלת לחצים על מוסדות התכנון, עוצמתם של יוזמי הפעולה והלגיטימיות הנורמטיבית של האינטרסים שלהם. הצעת החוק באה, למעשה, לכופף את עקרונות התכנון לטובת אינטרסים צרים.

סיכום

82. המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא כי הצעת החוק המבקשת להכיר בדיעבד בחוות הבודדים הקיימות בנגב מנוגדת באופן ברור לעיקרון השוויון המעוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אינה עומדת בחוק חובת מכרזים ואינה משרתת כל רציונאל תכנוני או סביבתי.

83. בחינה חוקתית של הצעת החוק מעלה כי הסתמכותם הלכאורית של בעלי החוות, אותה חוזרות ומדגישות חוות הדעת שהוגשו לוועדת הכלכלה אינה יכולה להצדיק פגיעה בעיקרון השוויון והיא אינה מידתית.

84. הצעת החוק מבקשת לעקוף עקרונות מנחים אשר קבע המחוקק לרשות מנהלית דוגמת חובת עריכתו של מכרז והכלים התכנוניים שנתן בידי הרשות ובכך היא מבקשת לצור דין נפרד אשר אינו כפוף לכללי מנהל תקין, בכל הנוגע לחוות הבודדים.

היום, 24.05.10

י"א סיוון תשי"ע