

ל"ל
מ"מ

בג"ץ 2311/11

בג"צ 2504/11

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

אורי סבח ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן מור ואח'

האגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154

טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165

העותרים בבג"צ 2311/11

עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד בשארה ו/או אח'

יפו 94, חיפה

טל': 04-9501610 ; פקס: 04-9503140

העותרים בבג"צ 2504/11

נ ג ד

1. הכנסת

על ידי היועץ המשפטי של הכנסת

קרית בן גוריון ירושלים

טל': 02-6408636 ; פקס: 02-6753495

2. שר התעשייה המסחר והתעסוקה

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

טל': 02-6466241 ; פקס: 02-6467011

המשיבים בשתי העתירות

3. מינהל מקרקעי ישראל

על ידי פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

משיב בבג"צ 2504/11

4. מרכז המועצות האזוריות בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד וילצ'יק ו/או אח'

אבא הילל 14 רמת גן

טל': 03-7519977 ; פקס: 03-7519191

5. תנועת מושבי העובדים בישראל ברית סיוע אגודת שיתופית מרכזית בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד יפרח

שאול המלך 8 תל אביב

טל': 03-6086307 ; פקס : 03-6957012

תגובה מקדמית מטעם המדינה

משיבי המדינה (משיב 2 בשתי העתירות, ומשיב 3 בעתירה בבג"צ 2504/11 – להלן: "המשיבים") מתכבדים להגיש תגובתם המקדמית לעתירות, כדלקמן.

3	חלק ראשון : מבוא.....
3	חלק שני : רקע עובדתי ומשפטי.....
3	א. רקע "היסטורי".....
5	ב. המנגנון שנקבע בהחלטה 1195.....
7	ג. ההיסטוריה החקיקתית של תיקון 8.....
8	ד. הוראות תיקון 8.....
8	ד(1) מישור היקף התחולה.....
10	ד(2) המישור הדיוני.....
11	ד(3) המישור המהותי.....
12	ה. היחס בין החלטה 1195 לבין תיקון 8.....
12	חלק שלישי : עמדת המשיבים לעתירות.....
12	א. כללי.....
13	ב. טעם סף : עתירה תיאורטית וגורפת.....
17	ג. לגופם של דברים.....
18	ד. חשיבות ייחודה של הקהילה ביישובים קטנים.....
20	ה. תיקון 8 והמנגנון הקבוע בו – כללי.....
21	ו. מישור היקף התחולה.....
21	ז. המישור המהותי.....
21	ז(1) גיל, יכולת כלכלית להקמת בית ביישוב, וכוונה להתגורר בו.....
22	ז(2) קריטריון ההתאמה לקהילה.....
23	ז(3) פגיעה ב"עקרון הקהילתי".....
24	ז(4) מאפיינים ייחודיים ותנאי קבלה.....
24	ז(5) ההוראות הכלליות.....
25	ח. המישור הדיוני.....
26	ט. סיכום ביניים – לטיבו של המנגנון הקבוע בחוק.....
27	חלק רביעי : לטענות נוספות שבעתירות.....
27	א. לטענה בדבר פגיעה בשוויון.....
30	ב. הזכות לדיור, הזכות לבחירת מקום מגורים.....
30	ג. לטענה לפגיעה בפרטיות.....
31	ד. לטענה לפגיעה בקניין.....
31	ה. אין פגיעה חוקתית.....
34	חלק חמישי : לבקשה למתן צו ביניים.....
35	חלק שישי : סיכום.....

חלק ראשון: מבוא

1. עניינן של עתירות אלו הוא בטענת העותרים כי יש להורות על ביטולו של החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופית (תיקון מס' 8), התשע"א-2011 (להלן - "תיקון 8").
2. עמדת המשיבים, בתמצית, הינה כי תיקון 8 מבטא איזון נכון, ראוי ומידתי בין צורכי ההתפתחות והקיום של יישובים קטנים המצויים בפריפריה הגיאוגרפית על ידי קליטת מתיישבים חדשים, אשר יתאימו לחיי הקהילה הקיימת והנבנית ויתרמו ללכידות החברתית במקום, לבין החובה להבטיח כי הקצאת מקרקעין ציבוריים תיעשה באופן סביר ובלתי מפלה. תיקון 8 מבטא מדיניות ראויה וסבירה, ולפיכך אין כל עילה לפסילת חוקתיות של התיקון. זאת ועוד. מדובר בהסדר חוקי אשר משקף עקרונית את המצב הקיים, כפי שנקבע על ידי החלטות מועצת מקרקעי ישראל (להלן גם: "המועצה") בסוגייה זו – ואף מהווה הסדר "מיטיב" ביתס להסדר שבהחלטות אלו, נוכח מכלול טעמים, בין היתר תחולתו הגיאוגרפית בפריפריה בלבד, והאיסור המפורש שנקבע במסגרת החוק לפסילת מועמדים לקבלה ליישוב מטעמי גזע, דת, מין לאום וטעמים נוספים.
3. עוד נבקש לטעון כי המדובר בעתירות לבחינה חוקתית של דבר חקיקה ראשי אשר יוצר **הסדר מסגרת** להליכי הקבלה ליישובים קהילתיים בפריפריה. בעת הנוכחית, טרם נבחנו דרכי יישומו של תיקון 8 ופרשנות מרכיביו השונים. לעתירות שבפנינו לא צורף עותר קונקרטי, אשר נפגע מהחלת תיקון 8 על עניינו. לאור זאת, תקיפת החוק בעת הזו, הינה, במידה רבה, חסרת קונקרטיות ומשכך אף כללית וכוללנית.
4. נוכח אלה, וכפי שיפורט, דין העתירות להידחות על הסף ולגופן.

חלק שני: רקע עובדתי ומשפטי

א. רקע "היסטורי"

5. תיקון 8 מעגן בחקיקה ראשית את מנגנון ועדות הקבלה בעת בחינת מועמדות למגורים ביישובים קהילתיים בפריפריה. לתיקון 8 קדמו החלטות שקיבלה מועצת מקרקעי ישראל בשנים האחרונות, ואשר מצידן החליפו הסדרים קודמים שחלו.
6. הרקע ההיסטורי הרלוונטי פורט בתשובת המדינה לעתירות בבג"צ 8036/07 ובבג"צ 3552/08 (עליהן נרחיב בקצרה בהמשך). לפיכך, ועל מנת שלא להרחיב, נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לאמור שם, ונציג להלן אך את עיקרי הדברים.

העתק כתב התשובה בבג"צ 3552/08 מצורף ומסומן מש/1 (מכתב התשובה הושמטו חלקים הנוגעים לעניינם הפרטני של העותרים).

7. מבחינה היסטורית, נקבעו החלטות שונות של מועצת מקרקעי ישראל אשר הסדירו את הקצאת המקרקעין ביישובים קהילתיים ובהרחבות קהילתיות של יישובים חקלאיים ("הרחבות חקלאיות").

8. בשנים האחרונות, בין היתר במסגרת טיפול בעתירות קודמות שהוגשו לבית המשפט הנכבד, נעשתה במינהל מקרקעי ישראל ובמשרדי הממשלה האחרים הרלוונטיים לנושא, עבודה רבה שמטרתה גיבוש המנגנון הראוי לקבלת החלטות באשר לקביעת זכאות לרכישת זכויות חכירה ביישובים קהילתיים ובהרחבות חקלאיות.

9. בעקבות זאת, קיבלה מועצת מקרקעי ישראל ביום 1.8.04 את החלטה 1015, שכותרתה "הליכי המלצה על קבלת מועמדים לרכישת זכות חכירה במקרקעין ביישובים חקלאיים וביישובים קהילתיים". החלטה 1015 חלה על הליכי המלצה לקבלת מועמדים להרחבות חקלאיות וליישובים קהילתיים (העתק ההחלטה צורף כנספח ע/3 לעתירה בבג"צ 2311/11). בהמשך, קיבלה המועצה ביום 27.7.2005 את החלטה מספר 1064, המתקנת את החלטה 1015 במספר עניינים (להלן למען הנוחות התייחסותנו תהא להחלטה 1064).

10. לבית המשפט הנכבד הוגשו מספר עתירות של מועמדים שנדחו בגדרי הליכי הקבלה לפי החלטה 1064 ובין אלה העתירות בבג"צ 3552/08 **קמפלר ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל**, ובג"צ 8036/07 **זבידאת נ' מינהל מקרקעי ישראל**. בשתי עתירות אלה הוצאו צווים על תנאי (החלטות מיום 6.1.09, 7.1.09).

11. בהמשך הדברים, מונה במינהל מקרקעי ישראל צוות מיוחד (בליווי נציגי משרד המשפטים), לבחינתו של ההסדר שנקבע בהחלטה 1064. הצוות קיים מספר ישיבות, ונפגש עם גורמים רלוונטיים שונים, ובכלל זה רשם האגודות השיתופיות, נציגי החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית ונציגי אחד ממכוני המיון. לאחר אלה, גיבש הצוות המלצות לתיקונה של החלטה 1064 אשר אושרה על ידי הנהלת המינהל והונחה בפני מועצת מקרקעי ישראל. ביום 15.3.10 קיבלה מועצת מקרקעי ישראל את החלטה 1195, המבטלת ומחליפה את החלטה 1064 (נספח ע/4). בהחלטה 1195 אימצה המועצה את המלצות הצוות (במספר שינויים קטנים).

ב. המנגנון שנקבע בהחלטה 1195

12. נבקש לעמוד בקצרה על המנגנון שנקבע בהחלטה 1195. במסגרת הדיונית הנוכחית לא נרחיב בהתייחס למנגנונים שנקבעו בהחלטות המועצה הקודמות, והדברים מפורטים בהרחבה בכתב התשובה שהוגש בבג"צ 3552/08.
13. החלטה 1195 קובעת את הליכי ההמלצה על קבלת מועמדים להקצאת קרקע בישובים קהילתיים ובישובים חקלאיים המונים עד 500 בתי אב (ראו סעיף 1 להחלטה) בכל הארץ.
14. בתמצית, קובעת ההחלטה מנגנון שראשיתו בבחינת המועמד על ידי ועדת קבלה איזורית. בהמשך, רשאי מועמד שנדחה, לערור בפני ועדת ערר שהוקמה במינהל מקרקעי ישראל. החלטת ועדת הערר מועבר לעיונו של מנהל מינהל מקרקעי ישראל, הרשאי לאשרה או לדחותה.
15. מבחינה מהותית, החלטה 1195 מונה את רשימת הקריטריונים אותם תוכל ועדת הקבלה לשקול בדונה במתן המלצה על מועמד לרכישת זכויות בקרקע (סעיף 2), ונעמוד עליהם להלן.
16. בהחלטה נקבעו קריטריונים של גיל, ושל יכולת כלכלית להקמתו של בית ביישוב (סעיפים 2.1 – 2.2 להחלטה).
17. כן נקבע במסגרתה של ההחלטה, כי הוועדה תוכל לשקול את מידת התאמתו של המועמד לחיי חברה בקהילה. בגדרה של ההחלטה נקבע, כי אגודה אשר תכלול קריטריון של התאמה חברתית בקריטריונים לקליטה בישוב תכלול גם הוראה לפיה ידרשו כל המועמדים להמציא חוות דעת מקצועית של מכון מיון פסיכולוגי אליו יופנו על ידי ועדת הקבלה, אשר תבחן את התאמתם לחיי חברה בקהילה בישוב. וכך קובע סעיף 2.3.1 להחלטה:

2.3" התאמה לחיי חברה בקהילה -

2.3.1 אגודה אשר תכלול קריטריון זה בקריטריונים לקליטה בישוב תכלול גם הוראה לפיה ידרשו כל המועמדים להמציא חוות דעת מקצועית של מכון מיון פסיכולוגי אליו יופנו על ידי ועדת הקבלה, אשר תבחן את התאמתם לחיי הקהילה בישוב. קביעת ועדת הקבלה בדבר דחיית מועמדים מסיבה זו, תהא מבוססת על חוות הדעת המקצועית".

18. החלטה 1195 ממשיכה ומטילה סייג על האפשרות לדחות מועמדים בשל הקריטריון של התאמה לחיי חברה בקהילה, וזאת ביישובים המונים מעל 120 בתי אב. וכך קובע סעיף 2.3.2 להחלטה:

"2.3.2 ביישוב הגדול מ- 120 בתי אב ניתן יהיה לדחות מועמדים מחמת קריטריון זה רק מקום בו יימצא כי קבלת המועמד עלולה לפגוע בחיי הקהילה ביישוב".

19. משמעותו של סייג זה הינה כי מבחן ההתאמה לקהילה (אשר היה קיים בהחלטה 1064 שקדמה) חל רק על יישובים קטנים מאוד או בתקופת ההקמה (ובהתאם להחלטה – ביישובים המונים עד 120 בתי אב). ביישובים גדולים מכך (קרי – כאלה בהם מספר בתי האב הינו מעל 120 ועד 500) יחול מבחן "מחמיר" יותר (שהינו מבחן "מקל" עבור המועמד), לפיו יידחה רק מועמד שיימצא כי אי התאמתו לחיי קהילה הינה כזו, שקבלתו עלולה לפגוע בחיי הקהילה ביישוב.

20. הוראה נוספת הנוגעת לקריטריון ההתאמה החברתית מופיעה בסעיף 2.3.3 להחלטה, הקובע כך:

"2.3.3 בעת בחינת מועמדות ליישוב, תביא ועדת הקבלה בגדר שיקוליה את שאלת השפעת קליטת המועמד על היישוב, בשים לב לגודל היישוב ואופי האוכלוסייה הקיימת, ואם בשים לב לאלה, קבלת המועמד תביא ליצירת קהילה נוספת בתוך הקהילה הנוכחית, בדרך שיש בה כדי לפגוע פגיעה של ממש באופי הקהילה אשר גרה באותו ישוב".

21. משמעותה של הוראה זו הינה, כי בעת בחינת מועמדותו של אדם, יש לבחון את שאלת התאמתו על רקע המציאות הקיימת ביישוב. בפרט, יש לבחון אם קבלתו של מועמד עלולה להביא ליצירת "תת-קהילה" ביישוב, באופן שיפגע פגיעה של ממש באופי הקהילה הגרה ביישוב.

22. בנוסף, נקבע (בדומה להחלטה 1064), כי הוועדה תהא רשאית לשקול קריטריונים בדבר אפיונים מיוחדים של היישוב, אם ישנם, ובלבד שאלה אושרו מראש על ידי המינהל וקיבלו את אישור רשם האגודות השיתופיות כנדרש (בהחלטה נקבע כי אישור הרשם יכול שיינתן במסגרת אישורו את תקנון האגודה השיתופית). קריטריונים אלה יפורסמו ע"י האגודה (סעיף 2.4).

23. נוסף על כך, נקבעו בהחלטה 1195 הוראות בדבר הרכב ועדות הקבלה. נקבע כי ועדת הקבלה תהא ועדת קבלה "אזורית" בה חברים בעל תפקיד בכיר במיישבת (הסוכנות היהודית או ההסתדרות הציונית), בעל תפקיד בכיר במשרד הבינוי והשיכון, נציג (או נציגים) היישוב, נציג המועצה האזורית, ונציג התנועה המיישבת (ביישובים הרלוונטיים).

24. עוד נקבע בהחלטה, כאמור, כי מועמד אשר מועמדו נדחתה יוכל להגיש ערר לוועדת ערר. חברי ועדת הערר הינם איש ציבור, נציג רשם האגודות השיתופיות ונציג המינהל. בעניין זה תיקנה החלטה 1195 את ההחלטות שקדמו לה, בכך שקבעה דרישות השכלה רלוונטית מאיש הציבור, שנדרש כי יהיה בעל השכלה בתחומי המשפט, עבודה סוציאלית או מדעי ההתנהגות (סעיף 8 להחלטה).

25. תפקידה של ועדת הערר הינו להמליץ למנהל המינהל האם לקבל את הערר או לדחותו, או להחזיר הנושא לדיון מחודש על ידי ועדת הקבלה. החלטתה של ועדת הערר מועברת למנהל המינהל, והוא רשאי לקבלה או לדחותה (ראו סעיף 9 להחלטה).

26. להשלמת התמונה העובדתית נבקש להתייחס להליכים המשפטיים בעניין החלטה 1195 שאוזכרו לעיל. ביום 1.2.11 התקיים דיון בעתירות בבג"צ 3552/08 ובג"צ 8036/07. בהחלטה שניתנה בתום הדיון נקבע, בנוגע להיבט העקרוני, נקבע בהחלטה כי "מחילופי הדברים של באי-כוח הצדדים שלפנינו התברר כי הצעת החוק התלויה ועומדת בכנסת תידון בימים הקרובים, ולפיכך אין עוד טעם כיום, לדון בשאלות העקרוניות שהעתירות המאוחדות מעוררות". בהיבט הפרטני הוחלט על דחיית הדיון בעתירות, כדי לאפשר בחינה מחודשת של העותרים, נוכח השינויים שחלו עם קבלת החלטה 1195. בכל הנוגע לעותרים בבג"צ 3552/08, נדון עניינם שוב בוועדת הקבלה וזו החליטה על קבלתם. נוכח זאת, נמחקה העתירה לבקשת העותרים (פסק דין מיום 11.5.11), בכפוף לבקשת הוצאות שטרם הוכרעה. בכל הנוגע לעותרים בבג"צ 8036/07, ועדת הקבלה החליטה על דחיית מועמדותם. בגין כך הוגש ערר שטרם הוכרע. העתירה קבועה לדיון המשך ביום 13.9.11.

ג. ההיסטוריה החקיקתית של תיקון 8

27. בחודש נובמבר 2009 הונחו על שולחנה של הכנסת שתי הצעות חוק פרטיות, שכותרתן "הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים בגליל ובנגב), התשי"ע – 2009" (הצ"ח 1740 ו-1748).

28. ביום 6.12.09 החליטה ועדת השרים לענייני חקיקה לתמוך בהצעות החוק, בכפוף להסכמת חברי הכנסת המציעים לתאם את הליכי החקיקה עם משרדי הממשלה הנוגעים בדבר. בהמשך, אושרו הצעות החוק ביום 9.12.09 בקריאה טרומית במליאת הכנסת. ההצעות נדונו במספר ישיבות של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, וזו החליטה ביום 7.7.10 לאשר את הצעות החוק לקריאה ראשונה.

29. ביום 12.7.10 פורסמה הצעת החוק ברשומות – הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), התשי"ע – 2010. ביום 21.7.10 אושרה הצעת החוק בקריאה ראשונה בכנסת.

30. ביום 15.3.11 נערך דיון אחרון בעניין בוועדת חוקה, חוק ומשפט ואושר הנוסח הסופי לקריאה שנייה ושלישית. ביום 22.3.11 אישרה מליאת הכנסת את הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית. החוק פורסם ברשומות ביום 30.3.11 ונכנס לתוקפו שלושים יום לאחר מכן (סעיף 4 לתיקון 8).
31. הצעת החוק עברה מספר שינויים במהלך הליכי החקיקה, ובעיקר, בהתייחס להיקף פרישתה הגיאוגרפית (והדברים פורטו בעתירות). לא למותר עוד לציין כי להליכי החקיקה של תיקון 8 נלווה דיון ציבורי ער.

ד. הוראות תיקון 8

32. נבקש להציג להלן את ההסדרים שקובע תיקון 8. כפי שיוסבר, מטרתו של תיקון 8 היא הסדרת נושא מורכב ורגיש זה בחקיקה ראשית, תוך יצירת הסדר המאזן, בעיני המחוקק, את כלל האינטרסים הנוגעים לעניין.
33. נבקש לעמוד אפוא על הוראות החוק בשלושה מישורים שונים: במישור היקף התחולה, במישור הדיוני, ובמישור המהותי.

ד(1) מישור היקף התחולה

34. החוק מסדיר את הליכי הקליטה ליישובים קהילתיים. יישוב קהילתי מוגדר בסעיף 2 לפקודת האגודות השיתופיות, כנוסחה לאחר התיקון (להלן: "הפקודה") כך:

"יישוב קהילתי" - יישוב בגליל או בנגב המאוגד כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית (בהגדרה זו - יישוב), או הרחבה של קיבוץ, של מושב שיתופי, של מושב עובדים או של כפר שיתופי (בהגדרה זו - יישוב מקורי), המאוגדת כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית, ומתקיימים כל אלה:

(1) מספר בתי האב ביישוב, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, אינו עולה על 400;

(2) המספר המרבי של בתי האב ביישוב, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, הוגבל בהתאם להוראות תכנית מיתאר ארצית או תכנית מיתאר מחוזית, כמשמעותן בחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965.

35. מהגדרה זו עולה כי תיקון 8 חל על יישובים המקיימים את ארבעת התנאים המצטברים הבאים:

- א. היישוב ממוקם ב"גליל" או ב"נגב" (כהגדרתם בסעיף 2 לפקודה).
- ב. היישוב מאוגד בתור אגודה שיתופית המסווגת כ"יישוב קהילתי כפרי" או כ"אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית" או שזו הרחבה של ישוב שהוא קיבוץ, מושב עובדים, מושב שיתופי או כפר שיתופי המאוגדת באופן האמור.
- ג. מספר בתי האב בישוב, או בישוב המקורי ובהרחבה גם יחד, אינו עולה על 400.
- ד. המספר המירבי של יחידות הדיור בישוב הוגבל בתוכנית מתאר ארצית או בתכנית מתאר מחוזית.

36. מבחינת סוגי העסקות הנכללות בתיקון, קובע החוק את תחולתו במקרים הבאים: **האחד**, בעת הקצאת מקרקעין לאדם לשם רכישת זכות במקרקעין (סעיף 6ב(א)(1) – היינו, הקצאה ראשונית ממינהל מקרקעי ישראל למתיישב; **השני**, בעת העברת זכות במקרקעין (סעיף 6ב(א)(2) לפקודה) – היינו, בעת העברת זכויות ממתיישב יוצא למתיישב נכנס. בצד זה, מחריג תיקון 8 מתחולתו במפורש מקרים של העברת זכות במקרקעין בירושה (סעיף 6ב(א)(3) לפקודה).

37. המונח "זכות במקרקעין" מוגדר בפקודה כדלקמן:

"זכות חכירה או זכות חכירה לדורות במקרקעי ישראל כמשמעותם בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, לרבות זכות להירשם כחוכר או כחוכר לדורות, זכות של מי שהוא צד לחוזה פיתוח ביישוב קהילתי להירשם כחוכר או כחוכר לדורות לאחר קיום תנאי החוזה, ושכירות לתקופות שבמצטבר עולות על חמש שנים; לעניין זה, 'חכירה' ו'חכירה לדורות' - כמשמעותן בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969".

מאלה יוצא, כי תיקון 8 אינו חל בעת השכרת נכס לתקופה של עד חמש שנים. בנוסף, ההסדר אינו חל מקום בו נרכשו במקרקעין זכויות בעלות מלאות (ולעניין ההסדר המשפטי בעת העברת בעלות בנכסי מקרקעי ישראל, כפי שנקבע בהוראת סעיף 4כ לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך – 1960, נבקש להפנות לעמדה שהוצגה בגדרי בג"צ 3552/08 – ראו בפסקות 54 – 65).

38. להשלמת נקודה זו נפנה להוראת סעיף 6ד לפקודה. הוראה זו שכותרתה "שמירת סמכות" קובעת כי אין בהוראות תיקון 8 כדי לחייב הקצאת מקרקעין לאדם שוועדת הקבלה אישרה את מועמדותו. משמעות הסעיף הינה כי אין בעצם החלטת ועדת הקבלה על קבלת מועמד, כדי "לכפות" על המינהל הקצאת קרקע לאותו מועמד.

ד(2) המישור הדיוני

39. בתמצית, קובע תיקון 8 מנגנון קבלה שראשיתו בוועדת קבלה, אשר החלטתה נתונה לערר בפני ועדת השגות. החלטתה של ועדת ההשגות נתונה לביקורת שיפוטית באמצעות הגשת עתירה מינהלית.
40. ראשיתו של ההליך, כאמור, בוועדת קבלה. תיקון 8 קובע כי ועדת קבלה של יישוב קהילתי תורכב מחמישה חברים והם: שני נציגי היישוב הקהילתי; נציג התנועה שהיישוב הקהילתי מסונף אליה או חבר בה, ואם היישוב הקהילתי אינו מסונף לתנועה כאמור או חבר בה או אם התנועה ויתרה על נציגות – נציג נוסף של היישוב הקהילתי; נציג הסוכנות היהודית לארץ ישראל או ההסתדרות הציונית העולמית; ונציג המועצה האזורית שבתחום שיפוטה נמצא היישוב הקהילתי שישמש כיו"ר הוועדה. נציג המועצה האזורית בוועדה יהיה ראש המועצה האזורית או סגנו או עובד המועצה שימונה לצורך כך ובלבד שאינו תושב היישוב (סעיף 6 לפקודה).
41. תיקון 8 קובע כי מקום בו ועדת הקבלה מסרבת לקבל מועמד ליישוב הקהילתי, עליה להמציא למבקש **החלטה מנומקת** בדבר סירובה (סעיף 6בג) לפקודה). מועמד שסורב וכן היישוב הקהילתי, רשאים להגיש השגה על החלטת ועדת הקבלה ל"וועדת ההשגות" (סעיף 6בד) לפקודה).
42. תיקון 8 קובע כי ועדת ההשגות תורכב מחמישה חברים שימנה שר הבינוי והשיכון, והם: איש ציבור בעל השכלה בתחומי המשפט, העבודה הסוציאלית או מדעי ההתנהגות לפי המלצת שר המשפטים – והוא יהיה יושב הראש; רשם האגודות השיתופיות או סגנו; עובד רשות מקרקעי ישראל; עובד משרד הרווחה והשירותים החברתיים לפי המלצת שר הרווחה והשירותים החברתיים; ועובד משרד החקלאות ופיתוח הכפר לפי המלצת שר החקלאות ופיתוח הכפר.
43. עוד קובע התיקון כי ועדת ההשגות רשאית "לבטל את החלטת ועדת הקבלה, לאשרה, להתזיר את הנושא לדיון מחודש בפני ועדת הקבלה או לקבל החלטה אחרת במקומה" (סעיף 6בו) לפקודה).
44. סעיף 6בז) לפקודה מוסיף וקובע כי ועדת ההשגות תקבע את סדרי עבודתה, ותפרסם באתרי האינטרנט של משרד הבינוי והשיכון ושל משרד המשפטים.
45. סעיף 3 לתיקון 8 מתקן בתיקון עקיף את התוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס – 2000, ובכך קובע כי **על החלטת ועדת ההשגות ניתן יהיה לעתור לבית המשפט לעניינים מנהליים**. למותר להזכיר, כי פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים נתון לערעור בפני בית המשפט הנכבד.

46. רואים אנו אפוא, כי תיקון 8 יצר מנגנון מובנה ומסודר לקבלת החלטה בעניינו של מועמד: ראשיתו של התהליך בהחלטת ועדת קבלה. על החלטה זו רשאים המועמד או היישוב להגיש השגה לוועדת השגות. על החלטת ועדת ההשגות ניתן לעתור לבית המשפט לעניינים מינהליים, במסלול מוסדר של ביקורת שיפוטית.

ד(3) המישור המהותי

47. עניינו של המישור המהותי בגדר השיקולים אותה רשאית ועדת הקבלה – כמו גם ועדת ההשגות – לשקול. תיקון 8 מונה את רשימת הקריטריונים אותם תוכל ועדת הקבלה לשקול כטעם לסירוב לקבל מועמד ליישוב (סעיף 6א) לפקודה):

6"ג. (א) ועדת קבלה רשאית לסרב לקבל מועמד ליישוב הקהילתי בהתבסס על אחד או יותר משיקולים אלה בלבד:

- (1) המועמד הוא קטין;
- (2) המועמד נעדר יכולת כלכלית להקים בית ביישוב הקהילתי בתוך פרק זמן הקבוע בהסכם הקצאת המקרקעין;
- (3) אין למועמד כוונה לקבוע את מרכז חייו ביישוב הקהילתי;
- (4) המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה; החלטת ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד בשל שיקול זה, תהיה על סמך חוות דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה כאמור;
- (5) חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה;
- (6) מאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי או תנאי קבלה הקבועים בתקנות האגודה, אם ישנם כאלה, ובלבד שקיבלו את אישור הרשם".

48. סעיף 6ג(ב) לפקודה ממשיך וקובע הוראה כללית להפעלת שיקול דעתה של ועדת הקבלה, כדלקמן (הדגשות נוספו):

"(ב) בשוקלה את השיקולים האמורים בסעיף קטן (א), תיתן ועדת הקבלה את דעתה לגודל היישוב הקהילתי, לוותקו, לחוסנו ולאופי האוכלוסייה בו".

49. סעיף 6ג(ג) לפקודה קובע איסור על סירוב לקבלת מועמד משורה של טעמים כדלקמן:

"(ג) ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית".

נתייחס להוראות אלה ביתר הרחבה בהמשך הדברים, בעת שנציג את עמדת המשיבים.

ה. היחס בין החלטה 1195 לבין תיקון 8

50. מכלל האמור כבר ניתן לראות, כי תיקון 8 יצר הסדר, המשקף עקרונית את המצב הקיים לפי החלטה 1195 – הן מן הבחינה הדיונית, הן מן הבחינה המהותית.
51. בהקשר זה נבקש לעדכן כי ביום 24.3.11 נערכה פנייה מטעמה של העותרת 6 בבג"צ 2311/11 (האגודה לזכויות האזרח) לרשות מקרקעי ישראל ולרשם האגודות השיתופיות ובה נטען כי נוכח חקיקת תיקון 8, יש להורות על ביטולה של החלטה 1195. פנייה זו נענתה על ידי רשם האגודות השיתופיות (לאחר התייעצות עם שר התמ"ת ועם התנועות ההתיישבותיות, אך שלא על דעת היועץ המשפטי לממשלה) ביום 7.4.11. בהמשך אף נעשתה פנייה ליועץ המשפטי לממשלה. בכל הנוגע לפנייה לרשות מקרקעי ישראל וליועץ המשפטי לממשלה, הוחלט כי בטרם יישלח מענה לפונים, תיערך פנייה לגופים רלוונטיים, על מנת שיוכלו להציג עמדתם בשאלה, ופנייה כאמור אכן נעשתה ביום 3.5.11. בימים אלה ממש התקבל מענה לפנייה וסוגייה זו עודה נמצאת בבחינה.
- העתק מכתב העותרת 6, מכתב רשם האגודות השיתופיות, ומכתב הפנייה מצורף ומסומן מש/2.

חלק שלישי: עמדת המשיבים לעתירות

א. כללי

52. כאמור לעיל, עמדת המשיב, בתמצית, הינה כי החוק מבטא איזון ראוי ומידתי בין הצורך להבטיח את פיתוחם והמשך ביסוסם של ישובים קטנים בפריפריה על ידי קליטת מתיישבים חדשים, אשר יתאימו לחיי הקהילה הקיימת והנבנית ויתרמו ללכידות החברתית במקום, לבין חובתה של המדינה להבטיח כי הקצאת המקרקעין תיעשה באופן סביר ובלתי מפלה. בנסיבות אלה, אין כל עילה לפסילת חוקתית של תיקון 8.
53. עוד נציין כי לעמדתנו, דין העתירות להידחות על הסף בשלב הנוכחי, כאשר טרם נבחנו מקרים קונקרטיים על בסיס תיקון 8.
54. נעמוד עתה על דברים אלה בהרחבה.

ב. טעם סף: עתירה תיאורטית וגורפת

55. הלכה פסוקה היא מימים ימימה כי בית המשפט הנכבד אינו דן בעתירות חוקתיות תיאורטיות וגורפות.
56. כבר בפסק הדין החוקתי הראשון שניתן בע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, עמד כבי הנשיא שמגר על הקווים המנחים להפעלת בקרה שיפוטית על חוקתיותו של חוק. וכך נאמר (עמ' 372-373, הדגשה נוספה):

"הארכנו בדברינו. הטעם לכך, בעיקרו, בצורך לנסות ולהתוות קווים אשר ישמשו אותנו בעתיד בעת בדיקת חוקתיותם של חוקים לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בהקשר זה מן הנכון לשוב ולהזכיר כי בארצות בעלות מסורת חוקתית ארוכה משלנו, מקובל ונהוג כי הטענה בדבר אי-חוקתיות נבחנת בזהירות ותוך ריסון. עוצבו כללים ייחודיים המשמשים את בית המשפט המתבקש להחליט על בטלותה של חקיקה, מטעמים חוקתיים. השופט ברנדייס נפנה לסוגייה זו בהרחבה בפסק דינו בפרשת AUTHORITY ASHWANDER V. TENNESSEE ... S.C.T. 466 (1936); 297 U.S. 288 56. VALLEY

(א) בית המשפט לא יביע דעתו על חוקתיותה של חקיקה בהליכים בלתי-אדברסריים, כי הכרעה בנושא כאמור היא חוקית רק כחלופה אחרונה וכאשר יש הכרח להכריע במחלוקת אמיתית, רצינית וחיונית (REAL, EARNEST AND VITAL) בין בעלי הדין. בין היתר הזכיר, כי מי שנחל כשלון בהצבעה בעת הדיון במוסד המחוקק, אינו יכול לאחר מכן להעביר לבית המשפט את הדיון בשאלת החוקתיות של אקט חקיקתי.

(ב) בית המשפט אינו נוהג לדון בשאלות בעלות אופי חוקתי אלא אם כן הדבר דרוש באופן החלטי (ABSOLUTELY NECESSARY) לצורך הכרעה בעניין.

(ג) בית המשפט לא יגבש כלל של משפט חוקתי, שהוא רחב יותר מן הנדרש לצורך הכרעה בעובדות הקונקרטיות שבפניו, אשר עליהן יש ליישמו.

(ד) בית המשפט לא יחליט בבעיה חוקתית, אף אם היא מועלת כיאות, אם יש גם טעם אחר אשר על יסודו ניתן להכריע בעניין נשוא הדיון. אם ניתן להכריע במחלוקת על פי שני טעמים חלופיים, האחד חוקתי ואחר המעוגן בפרשנות החוק או בעקרונות כלליים של המשפט, בית המשפט יחליט רק על יסוד נימוק מן הסוג השני.

(ה) בית המשפט לא יחליט על תוקפו של חוק חרות על יסוד תביעתו של צד שאינו יכול להצביע על כך שהוא נפגע על ידי הפעלתו.

(ו) בית המשפט לא יחליט על חוקתיותו של חוק על יסוד תביעתו של בעל דין שהפיק תועלת מן החוק.

(ז) כאשר תוקפו של חוק של הקונגרס מועלה לדיון ואפילו אם מועלה ספק רציני בדבר חוקתיותו, הרי כלל מנחה מרכזי הוא שבית המשפט יבדוק תחילה אם אפשרית פרשנות סבירה, אשר לאורה ניתן להימנע מן ההכרעה בשאלה.

בענין הכלל החמישי הנ"ל הדין, הן אצלנו והן באנגליה ובארה"ב הורחבה בתקופתנו זכות העמידה והיא הוענקה בנסיבות מוגדרות גם למי שאינו נפגע במישרין מפעלה של הרשות "...".

הכללים השני, השלישי וחמישי שלעיל מגלמים את התפישה כי עתירה כללית התוקפת את הוראות החוק באופן גורף מופשט וכוללני, אינה מתאימה להכרעה חוקתית.

57. פיתוחם של קווים מנחים אלה נמשך על ידי כב' השופטת נאור בבג"צ 7190/05 אריה לובל נ' ממשלת ישראל (מיום 18.1.06). בפסק הדין עמד בית המשפט הנכבד על "דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה" במשפט החוקתי, לפיה, הכרעה שיפוטית בסוגיה חוקתית תעשה מקום בו הונחה תשתית עובדתית "קונקרטיית, ברורה ושלמה". וכך נאמר (הדגשה נוספה):

"לדעתי קיים טעם נוסף לדחיית העתירה על הסף, והוא כי העתירה אף אינה בשלה להכרעה בבית משפט זה, עקב היעדרה של מערכת עובדות קונקרטיית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית. מקובלת עלי עמדת המדינה, לפיה אין מקום בשלב זה לעריכת בירור עקרוני במסגרת תקיפה חוקתית ישירה בבית המשפט הגבוה לצדק. בעיני, העתירה שבפנינו לא היתה בשלה עת שהוגשה, ערב ביצוע תכנית ההתנתקות, ואף היום היא אינה בשלה לדיון, וגם מטעם זה דינה להידחות.

4. בית משפט זה פיתח, במסגרת שיקול הדעת בהפעלת סמכותו, כלים לוויסות זרם הפניות והעניינים המוגשים לפניו. כלים אלה הם יצירה שיפוטית ומקורם אינו סטטוטורי ...

5. אכן, בין כלים מווסתים אלה ניתן למנות גם את דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה (להלן: דוקטרינת הבשלות). דוקטרינה זו, המוכרת בשם The Ripeness Doctrine, מקורה במשפט הקונסטיטוציוני האמריקאי, כנגזרת מדרישת העניינים והסכסוכים (The Case-or-Controversy Requirement), הנטועה בחוקה האמריקאית ואשר תוחמת את גודל הפעלת סמכותו של בית המשפט.

6. כאמור, על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטייות העולות מהמקרה, וזאת אף אם המקרה מעורר שאלה חוקתיות. בהתאם, דוקטרינת הבשלות נועדה לאפשר לבית המשפט להימנע מלהכריע במחלוקות מופשטות. הדין, אירוע מאוחר עשוי לחזק את המחלוקת בין הצדדים או לייתר את הצורך בהכרעה בהיבטים מסויימים של המחלוקת, אף אם היא מעוררת שאלה חוקתיות. לפיכך, גם בהקשר החוקתי, דוקטרינת הבשלות מאפשרת לבית המשפט להחליט שההכרעה

בשאלה החוקתית המונחת לפניו תתקבל בשלב מאוחר יותר, אם בכלל.

.....

7. ודוק. החלטה לדחות את ההכרעה במקרה שהובא לפני בית המשפט, על יסוד דוקטרינת הבשלות, עשויה לעכב את ההכרעה אך לא בהכרח למנוע אותה. על כן, דוקטרינת הבשלות היא כלי שיפוטי עצמאי וגמיש הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט, בהתאם לנסיבות העניין, ובהתאם לבשלות העולה מן התשתית העובדתית המונחת לפניו. נסיבות המקרה שלפנינו הולמות לדעתי את "הפעלתה" של דוקטרינת הבשלות על העתירה הנוכחית.

58. לעמדתנו, בשים לב לאמות מידה אלה שנקבעו בהלכה הפסוקה, דין העתירות להידחות על הסף, כאשר יש להותיר את בירורן לעת הרלוונטית, כאשר יבוא לפני בית המשפט הנכבד מקרה קונקרטי של עותר.

59. עוסקים אנו בחוק חדש אשר הפעלתו מצויה בחיתוליה. תיקון 8, כפי שהוסבר לעיל, יוצר הסדר מסגרת להפעלת המנגנון של ועדות קבלה ליישובים קהילתיים. נכון לעת הזו טרם הוגשו השגות על החלטות לדחיית מועמדות בועדות קבלה על פי ההסדר החדש, ככל שכאלה התקבלו.

60. בנסיבות אלה, לעמדתנו, בעת הנוכחית העתירות טרם בשלו להכרעה, ויש להמתין עם בירורה למקרה קונקרטי.

61. לעניין זה ראו, למשל, פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 5887/08 סעיד נפאע נ' כנסת ישראל (מיום 18/06/2009). באותו מקרה הוגשה עתירה נגד תיקון 39 לחוק יסוד: הכנסת. בית המשפט מחק את העתירה, ובין היתר, ציין כך:

"דעתנו היא כי אין מקום לעת הזאת להידרש לעתירה, שגם לא נוסחה כדבעי כעתירה חוקתית, וזאת בלא שנביע דעה לגופן של הסוגיות שהיא מעלה. המדובר בנושא שמקומו ושעתו לאמיתם, ככל שיעלה צורך בעתיד, אגב בחינתן של נסיבות קונקרטיות. שאלה זו אף עשויה לעלות תוך בחינת שיקול דעתה של ועדת הבחירות. כלליות טענות העותר, כמו גם העדר התייחסות למהות הפגיעה החוקתית, מקשות בעת הזאת על התערבות שיפוטית. כך תמיד, וכך במיוחד עת הסעד המבוקש הוא ביטולו של דבר חקיקה ובענייננו תיקון לחוק-יסוד".

דברים אלה נכונים בעיקר בשים לב למטריה בה עוסקת העתירה. לעמדתנו, ביישום מדיניות הקצאת מקרקעין בישראל, תוך מתן הכרה בזכות ליצירת חיי קהילה, מן הראוי להתקדם "עקב בצד אגודל" (כלשונו של הנשיא א' ברק בבג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, בפסקה 37) ולא לקבוע מסמרות בדרך של החלטות

גורפות. לפיכך, לא יהא נכון להעמיד לבחינה חוקתית את ההסדר שנקבע בתיקון 8 כולו, בטרם נבחן כל מקרה קונקרטי.

62. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בענייננו גם מן הטעם, שיש להניח כי עם הצטברות המקרים, יעלו שאלות פרשניות שונות לגבי הוראותיו של תיקון 8. ניתן להעריך, כי הכרעות בדבר פרשנות הוראות התיקון יכול וישליכו גם על בחינת חוקתיותו. גם לנוכח האמור לא יהא זה נכון להכריע בשאלת החוקתיות בעת הזו.

63. לעניין זה ראו, למשל, פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 6972/09 לקסר נ' שר האוצר (מיום 22.3.09). באותו מקרה התבקש, בין היתר, סעד שיוורה "על בטלותן של אחדות מן ההוראות אשר נוספו לפקודת מס הכנסה במסגרת תיקון מס' 147 לפקודה מיום 10.8.2005". בית המשפט דחה את העתירה, ובין היתר, נקבע כך:

"26. העובדה שהעותר הגיש את עתירתו כעותר ציבורי ולא פנה בשמו של נפגע קונקרטי מהוראות הפקודה הביאה לכך שהטענות בעתירה נטענו בכוללניות יתר ומבלי להצביע על תשתית עובדתית קונקרטית. תשתית עובדתית רעועה של עתירה עשויה לבדה להביא לדחייתה ... העותר נמנע - מטעמים השמורים עמו - לבסס את עתירתו על מקרים קונקרטיים אשר יכלו להדגים את הפגיעה שנגרמה, לכאורה, כתוצאה מחוסר יכולת ליישם את הוראות הפקודה או כתוצאה מהפגיעה החוקתית של תיקון 147, והסתפק בהבאת דוגמאות ערטילאיות ותיאורטיות. לא ברור האם דוגמאות אלה אכן קיימות במציאות. בנסיבות אלה, לא מן הנמנע, כי השאלות העקרוניות העולות בעתירה ממילא לא יתעוררו בסופו של יום ... העותר נמנע מלהביא לפנינו מקרים קונקרטיים המדגימים את הפגיעה אשר נגרמת, לטענתו, עקב תיקון 147 ועקב העדרן של תקנות. בהיעדר מערכת עובדות קונקרטית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית, דין העתירה להידחות על הסף ...". ככל שהיה בידי העותר להביא בפני בית המשפט מקרה שבו נפגעו הזכויות באופן קונקרטי, ייתכן שהיה מקום לדון בו לגופו, אך הדבר לא נעשה".

דברים אלה מדברים בעדם, ומביאים כאמור למסקנה כי דין העתירות לדחייה על הסף.

64. לענין זה עוד נפנה, בשינויים המחוייבים, לפסיקת בית המשפט לפיה תידחה על הסף עתירה המופנית כלפי נוהל חדש שטרם יושם, וזאת מחמת היותה עתירה מוקדמת. ראו בג"צ 6433/01 פילורה נ' שר הבריאות, תק-על 2001(3) 2234, שם נקבע כדלקמן:

"...אשר לבחינה כללית של טיב ההגבלות וסבירותן, אנו מוצאים כי עת זו מוקדמת מדי לעריכת בחינה כאמור, משהצו נכנס לתוקפו רק בימים אלה וטרם נצברו נתונים ונסיון כלשהו בהפעלת תנאיו הלכה למעשה. נוכח שיקולים אלה החלטנו, כאמור, לדחות את העתירה, מבלי לעשות צו להוצאות."

כן ראו בג"ץ 4957/07 אחיעוז נ' משרד התעשיה, המסחר והתעסוקה (מיום 27.1.08, פסקה 10):

"המבחן האמיתי של הנוהל יהא עם יישומו ומימושו. רק משיופעל ההסדר החדש ניתן יהיה לבוחנו הלכה למעשה. השלב בו אנו נמצאים הינו מוקדם מכדי שבית המשפט יאמר כי ההסדר החדש פסול הוא"

עמדת המדינה הינה כי הדברים האמורים יפים גם לענייננו מכוח קל ותומר משעסקינן בחקיקה ראשית של הכנסת ולא בהחלטה מינהלית. לפיכך יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות על הסף.

65. לאלה נוסף כי פועל יוצא של הגשת העתירות כעתירות כלליות ותיאורטיות הינו כי אין בעתירות כל עותרים קונקרטיים אשר כנטען, נפגעים מההסדר החוקי. על פי סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו "פגיעה" בזכות אדם מוגנת מהווה תנאי הכרחי להפעלתה של ביקורת שיפוטית. הטענה בדבר קיומה של "פגיעה" צריכה להישמע מפי מי שנפגע מן החוק ולא מפי אחר המתעבר על "ריב" לא לו (והשוו לעניין עתירה התוקפת החלטת מינהלית: בג"ץ 962/07 עו"ד אמיר לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה (מיום 1.4.07)). מדובר אפוא בטעם נוסף, מצטבר ועצמאי, לדחיית העתירות על הסף.

ג. לגופם של דברים

66. לגופם של דברים, אין העתירות מגלה כל עילה לפסילה חוקתית של תיקון 8.
67. נקודת המוצא לבחינת העתירות שלפנינו הינה "חזקת החוקתיות" ממנה נהנית הכנסת, והגישה המרסנת בה נוקט בית משפט נכבד זה בעת שהוא נדרש לבחינת חוקתיותו של חוק. עמד על כך בית משפט נכבד זה בפסק דינו בבג"צ 2605/05 המרכז האקדמי נ' שר האוצר (לא פורסם, 19.11.09 – להלן: עניין המרכז האקדמי) מפי כב' הנשיאה ביניש:

"14. נקודת המוצא לבחינת חוקתיותו של תיקון 28 היא כי מדובר בחוק של הכנסת המבטא את רצון נבחרי העם, וככזה בית המשפט נדרש לכבדו; על כן לא בנקל יקבע בית המשפט שחוק מסוים אינו חוקתי ... זאת ועוד, יש לזכור שחוק שנחקק על ידי הכנסת נהנה מחזקת חוקתיות שמטילה על הטוען לאי-חוקתיות את הנטל להראות, לפחות לכאורה, שהחוק אינו חוקתי, בטרם יעבור הנטל למדינה ולכנסת להצדיק את חוקתיותו. חזקת החוקתיות אף מחייבת את בית המשפט לצאת מנקודת הנחה שהחוק לא נועד לפגוע בעקרונות חוקתיים ... הבחינה החוקתית תיעשה בזהירות ובריסון ותוך הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שנבחרה על ידי המחוקק ..."

68. על רקע דברים אלה, וכפי שיוסבר, אין עילה להיעתר לעתירות ודין להידחות. נבקש ראשית לעמוד על התכלית של תיקון 8 שנועד לשמור על ייחודה של הקהילה ביישובים קטנים בפריפריה. בהמשך לכך, נעמוד על ההסדרים שנקבעו בתיקון 8, בשלושת המישורים שנסקרו לעיל: מישור היקף התחולה; המישור המהותי והמישור הדיוני. נוכח אלה נסביר, כי אין עילה לפסילה חוקתית של תיקון 8.

ד. חשיבות ייחודה של הקהילה ביישובים קטנים

69. ישובים קהילתיים קטנים מוקמים על בסיס הרעיון של **קהילה קטנה**, הנסמכת על שיתוף פעולה והתנדבות מצד המתיישבים.

70. שיתוף זה הינו הכרחי בשל ממדיהם הקטנים של הישובים, המחייבים השקעה של המתיישבים מזמנם החופשי כדי לקיים פעילויות חברתיות וציבוריות שאינן נתמכות, ככלל, על ידי המדינה. נדגיש, כי מדובר ככלל ב**יישובים קטנים**, ובמקרים רבים – מרוחקים (ונוכח כי תיקון 8 חל על יישובים בנגב ובגליל בלבד), אשר נסמכים על שיתוף פעולה אמיתי ותמידי של המתיישבים, הלוקחים חלק פעיל בחיים החברתיים והארגוניים של הקהילה, על-מנת לספק את השירותים והמסגרת החברתית הדרושים לניהול מערך החיים הקהילתי. לנוכח האמור קיימת חשיבות מכרעת לנוכחותם של מתיישבים חדשים לתרום ולהשתלב בחיי הקהילה של יישובים אלה, כפי שהם מקובלים על תושבי המקום.

71. נוסף לכך, מאפייניה של קהילה קטנה עלולים להפוך אותה פגיעה לתופעות שליליות (כדוגמת אלימות או פגיעה מינית) או נוכח קיומם של קונפליקטים חברתיים – עד כדי מצב של פירוק הקהילה. מן העבר השני, גודלה המצומצם של הקהילה מדגיש היבטים חיוביים בקהילה, כדוגמת עזרה הדדית, תמיכה וכיוב'. גם משום אלה יש חשיבות לשמירת המרקם הקהילתי ביישובים אלה.

72. על רקע הדברים האמורים, נדרש בשעתו מינהל מקרקעי ישראל, שהינו הגוף האמון על הקצאת מקרקעין בישראל, לקבוע **מנגנון ראוי לקביעת הזכאים לרכישת זכויות חכירה במקרקעין ביישובים קהילתיים קטנים ובהרחבות חקלאיות**. ביטוי האחרון של מנגנון זה היה בהחלטה 1195. לעת הזו, עוגן מנגנון שכזה בתיקון 8, העומד במוקד העתירות.

73. לעמדתנו, תיקון 8 מהווה הסדר ראוי. תיקון 8 נדרש מחד גיסא, על מנת להבטיח את פיתוחם והמשך ביסוסם של יישובים קטנים בפריפריה על ידי קליטת מתיישבים חדשים, אשר יתאימו לחיי הקהילה הקיימת והנבנית ויתרמו ללכידות החברתית במקום. כל זאת, בהתחשב בצרכיהם המיוחדים של היישובים. מאידך גיסא, נקבע בחוק מנגנון המשקף את חובתה של המדינה להבטיח כי מקרקעין יוקצו באופן סביר ובלתי מפלה, ונוסף על כך מבטיח כי הסינון בקבלה ליישובים איננו מהווה פתח לשקילת שיקולים פסולים ואסורים.

בית המשפט הנכבד עמד על ייחודיות זו של היישובים הקטנים, וזאת בפסק דינו בע"א 3962/97 בארתיים מושב עובדים נ' ארז מרים, פ"ד (נב)4, 614 (להלן: "עניין בארתיים"). באותו עניין הוצגה עמדת המינהל לפיה מן הראוי להכיר בזכותן של האגודות לקבוע רשימת מועמדים מומלצים לתכירה, וזאת לנוכח ההכרה באופיו המיוחד של הישוב החקלאי ובצרכים החברתיים של היישובים המתרחבים והמתפתחים. זכות זו נועדה לאפשר לאגודה לשמור על המרקם החברתי בישוב, וכל זאת תוך מתן אפשרות להתפתחות הקהילה. תפיסה זו אושרה בפסק הדין. וראו פסקה 8 לפסק דינו של כבי השופט ת' אור (הדגשה נוספה):

"בגדרו של הרכיב השני למדיניות, הוחלט לאפשר ליישובים המבצעים הרחבה המליץ על המועמדים להתיישובות במסגרת ההרחבה, תוך שהסמכות לעניין ההתקשרות עם המועמדים נותרת בידי המינהל, גם בכך יש משום קביעת מדיניות כללית, על ידי מועצת מקרקעי ישראל. ביסודה של מדיניות זו מונחת התפיסה לפיה, בסוגיה שבפנינו, רצוי להימנע מהצבה מוקדמת של אמות מידה חובקות כל, וראוי לתת משקל להמלצותיהם של היישובים הנוגעים בדבר. תפיסה זו מעוגנת בשני שיקולים, השלובים האחד בשני. השיקול האחד עניינו בהכרה כי המושבים הינם 'צורת התיישובות מיוחדת' (דברי השופט שטרסברג-כהן בע"א 3298/92 כץ נ' מינהל מקרקעי ישראל, דינים עליון מד 46, בפסקה 9 לפסק הדין). בהתאם לכך, נקבעה מדיניות אשר תכליתה לאפשר לכל יישוב ויישוב לשמור על אופיו וצביונו המיוחד גם בעקבות ביצוע ההרחבות. לכך מתווסף שיקול נוסף. קיים קושי יסודי בכל ניסיון לקבוע מראש אמות מידה פרטניות, אשר יהיו יפות במידה שווה לקבוצה גדולה של יישובים, אשר מטבע הדברים עשוי להיות שוני ניכר ביניהם. על רקע זה, ההנחה המתבקשת היא כי לכל ישוב ויישוב הכלים הטובים ביותר לבצע את המיון והסינון הראשוניים של המועמד להתיישובות במסגרתו. המדיניות שנבחרה מבטאת הנחה זו."

75. לעניין זה ראו גם דבריו של כבי השופט אור בפסקה 10 לפסק הדין, שם:

"חלוקת עבודה זו מצויה במתחם הסבירות. במסגרתה, ניתנת לכל ישוב ויישוב היכולת להשפיע על דמותו ואופיו של הישוב, בדרך של סינון המועמדים המומלצים להתיישב במסגרת ההרחבה של הישוב. עמדת המינהל היא, כי לכך יש חשיבות, נוכח העובדה, שמדובר ביישובים קטנים יחסית, בהם יש חשיבות רבה לחיי הקהילה."

76. דברים דומים נאמרו על ידי כבי הש' דורנר ברע"א 10623/02 כפר חייטים נ' ביין, פ"ד (ז)2, 943, 947, תוך הפנייה לפסק הדין בעניין בארתיים:

"החלטה 737 אין בה כדי להעביר את כוח ההכרעה בעניין הקצאת המגרשים ליישוב, וכוח זה נותר בידי מינהל מקרקעי ישראל. בבואו להמליץ על מועמדי נתון לכל יישוב ויישוב שיקול-דעת נרחב, במסגרתו הוכרה זכותו לשמור על אופיו וצביונו המיוחד".

77. ונפנה לדברים הבאים שנאמרו בבג"ץ 7574/06 הסוללים נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 22.1.07 – להלן: "עניין הסוללים"):

"מינהל מקרקעי ישראל הוא המוסמך על פי דין לנהל את מקרקעי ישראל, ומועצת מקרקעי ישראל היא בעלת הסמכות לקבוע את המדיניות הקרקעית על פיה יפעל המינהל ולפקח על ביצועה ... בית משפט זה קבע כי במסגרת סמכויות אלו, כוח ההכרעה בעניין הקצאת קרקעות מדינה חייב להישאר בידי המינהל, אף שרשאי הוא לקבוע כי יישובים מסוגים שונים יוכלו להמליץ על זהות המתקבלים אליהם".

78. כן נבקש להפנות לדברים הבאים שנאמרו על ידי כב' השופט א' רובינשטיין בע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים (לא פורסם, 14.6.09), כדלקמן (הדגשה נוספה):

"אוסף כאן, במבט רחב יותר, כי ככל שפוחת האופי השיתופי של ההתיישבות החקלאית מכבר, נוכח הפרטות, כן נחוצה שקיפות רבה יותר באשר לאופיין של החלטות, אף כי עדיין לא כל הרוצה ליטול את השם ייטול, ועדיין יש בידי מושב ויישוב קהילתי, ולא כל שכן קיבוצים ומושבים שיתופיים, לבדוק היטב את המבקשים לבוא בשעריהם, ולהימנע מקבלת פלוני".

79. הנה כי כן, פסיקת בית המשפט הנכבד שבה והכירה בייחודיות שיש ליישובים קטנים בעת הליך בחינת מועמדים להצטרף ליישובים אלה.

ה. תיקון 8 והמנגנון הקבוע בו – כללי

80. כאמור לעיל, תיקון 8 מסדיר בחקיקה ראשית את מנגנון הקבלה, שקודם לכן עוגן בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל. לעמדתנו, וכאמור לעיל, החוק מהווה איזון ראוי ומידתי בין הצורך להבטיח את פיתוחם והמשך ביסוסם של יישובים קטנים בפריפריה על ידי קליטת מתיישבים חדשים, אשר יתאימו לחיי הקהילה הקיימת והנבנית ויתרמו ללכידות החברתית במקום, לבין החובה להבטיח כי הקצאת המקרקעין תיעשה באופן סביר ובלתי מפלה. תיקון 8 אינו מגלה אפוא כל עילה להתערבות חוקתית.

81. איזון ראוי זה בא לידי ביטוי בשלושה מישורים השלובים זה בזה ועליהם עמדנו לעיל: האחד, מישור היקף התחולה; השני, הינו המישור המהותי, קרי – הקריטריונים

הקבועים בחוק. השלישי, הינו המישור הדיוני, קרי – ההליך שנקבע לקבלת החלטה. נרחיב על אלה להלן.

ו. מישור היקף התחולה

82. עמדנו לעיל על היקף התפרשותו המוגבל של ההסדר החקיקתי שנקבע בתיקון 8. כפי שהוסבר, תיקון 8 חל אך ורק על יישובים העונים על הגדרת "ישוב קהילתי" שבתיקון. קרי – התיקון חל רק על יישובים הממוקמים בפריפריה (בנגב ובגליל) ואשר מונים עד 400 בתי אב (וזאת לצד תנאים נוספים שפורטו). נזכיר, כי החלטה 1195 שקדמה לתיקון 8, חלה בכל הארץ, על יישובים המונים עד 500 בתי אב.

83. לעמדתנו, בכל בחינה של חוקתיות התיקון, יש ליתן משקל של ממש להיקף התפרשות מוגבל זה ולמאפיינים הקיימים ביישובים קהילתיים קטנים בפריפריה, המצדיקים טעמו של המשיב מתן משקל לנושא הקהילתיות.

ז. המישור המהותי

84. בתיקון 8, שעל הוראותיו עמדנו לעיל, פורטה רשימה סגורה של שיקולים אשר על בסיסם – ועל בסיסם בלבד – רשאית ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב.

85. נבקש להרחיב כעת בהתייחס לשיקולים אלה, ולעמוד על האיזון הגלום בהם, שנועד לשמירה על המאפיינים הייחודיים של היישובים הקטנים, בצד שמירה כי המקרקעין יוקצו באופן סביר ובלתי מפלה.

ז(1) גיל, יכולת כלכלית להקמת בית ביישוב, וכוונה להתגורר בו

86. סעיף 6א(1) לפקודה קובע כי ועדת הקבלה רשאית לסרב לקבל מועמד מחמת שהוא קטין. סעיף 6א(2) לפקודה קובע כי ועדת הקבלה רשאית לסרב לקבל מועמד הוא "נעדר יכולת כלכלית להקים בית ביישוב הקהילתי בתוך פרק הזמן הקבוע בהסכם הקצאת המקרקעין". סעיף 6א(3) קובע כי ועדת הקבלה רשאית לסרב לקבל מועמד אם אין לו "כוונה לקבוע את מרכז חייו ביישוב הקהילתי".

87. שיקולים אלה אינם נתקפים בגדרי העתירות שבנדון. עם זאת, נבקש להתייחס אליהם בקצרה. הקריטריונים האמורים מבקשים להבטיח כי המועמד שיתקבל יקים את ביתו ביישוב. לשם כך נבחן ראשית כי המועמד הינו בגיר. בכך יש אפשרות למנוע רכישת

מגרשים עבור ילדים קטינים, כ"השקעה עתידית", כאשר ברור כי אלה לא יעברו להתגורר בגפם, ובכך תיפגע ההתפתחות של הקהילה.

88. בנוסף, מבקשים הקריטריונים להבטיח כי המועמד יקים את ביתו ביישוב (סעיף 6ג(א)(2)). בכך יש ניסיון להימנע מתופעה של "מגרשים נטושים", אשר לא נבנים עליהם בתים, או מן התופעה שפיתוח המבנים נמשך פרק זמן ממושך, באופן ההופך את היישוב למעין "אתר בנייה". בנוסף, יש בכך להבטיח ככל הניתן כי מי שרכשו מגרש ביישוב יסיימו את בניית ביתם ויעברו להתגורר בו, תוך פרק זמן קצר יחסית, ובכך יהיה כדי לסייע בפיתוח וביסוס הקהילה ביישוב.

89. סעיף 6ג(א)(3) הינו סעיף המאפשר, נוסף לסעיפים שצוינו לעיל, בחינה רחבה יותר של כוונת "המתיישב הפוטנציאלי" באשר לקביעת מרכז חייו ביישוב וזאת על מנת להבטיח כי אין בכוונת המועמד לרכוש בית ביישוב כ"אופציית השקעה מניבה" בלבד, או מתוך כוונה שהבית ישמש כ"בית נופש" לסופי שבוע וכיוצא בזה.

90. קריטריונים אלה נועדו אפוא לשרת את התכלית שבצירוף מתיישבים ליישוב קטן – חיזוק היישוב מבחינה חברתית, צמיחה דמוגרפית ועוד. עם זאת, קריטריונים אלה, מטבע הדברים, אינם נותנים מענה מלא לקשיים שהוצגו, וקריטריון ההתאמה לקהילה, אליו נתייחס בהמשך, נועד, בין היתר, למטרה זו.

ז(2) קריטריון ההתאמה לקהילה

91. סעיף 6ג(א)(4) לפקודה קובע כי ועדת הקבלה רשאית לסרב לקבל מועמד על בסיס "אי התאמה לקהילה". קריטריון זה מבקש לבחון את התאמתו של המועמד, ואת רצונו בפועל, לחיות בחיי שיתוף קהילתיים במסגרת קהילה מצומצמת. קריטריון זה נקבע מתוך רצון להבטיח את הצלחתו של המרקם החברתי היוצר את חיי הקהילה המצומצמת, המורכבת מסך חבריה ומתרוממת לה. לעמדתנו, קריטריון ההתאמה החברתית הינו קריטריון חיוני הנדרש לבחינת התאמתם של מועמדים ליישובים קטנים. כזכור, קריטריון זה הופיע עוד בהחלטות המועצה שקדמו לתיקון 8.

92. סעיף 6ג(א)(4) לפקודה ממשיך וקובע כי "החלטת ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד בשל שיקול זה, תהיה על סמך חוות דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה כאמור".

93. היבט זה של החוק נועד להבטיח כי שקילת קריטריון זה תעשה באופן אובייקטיבי ומקצועי ככל הניתן, באופן שימזער את החשש לשימוש לרעה בקריטריון. בכך גם מתאפשר לוועדת ההשגות לקיים הליך ביקורת אפקטיבי על היבט זה של החלטת ועדת הקבלה, וזאת נוכח החובה להישען על חוות דעת מקצועית.

94. בהקשר זה נציין, כי אך ברור הוא שעמידה מדויקת על אופיו של אדם אינה פעולה פשוטה. עם זאת, נוכח עמדתנו לפיה ישנה חשיבות להתאמה לחיי חברה בקהילה מצומצמת, מתחייב גם ההכרח לנסות ולעמוד על טיבם של המועמדים. המנגנון שנבחר בחוק הינו מנגנון המבוסס על הסתייעות באנשי מקצוע, שיבחנו את התאמת המועמד לחיי חברה בקהילה מצומצמת (בצירוף לראיון שעורכת ועדת הקבלה). מדובר בדרכים המקובלות בחיי היומיום כדרכים סבירות לעמוד על טיבם של אנשים: ראיונות קבלה מבוצעים כמעט בכל מקום שצריך להתקבל אליו; שימוש במכוני אבחון אף הוא אמצעי מקובל לסינון מועמדים במקומות עבודה.

95. יוצא אפוא כי הפניית המועמדים למכון אבחון מקצועי ואובייקטיבי הינה דרך נכונה וראויה לבחון את התאמתם החברתית של מועמדים לחיים ביישוב קטן. הסתמכות על חוות דעתו של מכון אבחון מקצועי, אשר מבצע בדיקות והערכות דומות גם בהקשרים אחרים, הינה דרך מתאימה להשגת התכלית של בחינת התאמתם החברתית של מועמדים לקבלה ליישובים קהילתיים קטנים וליישובים חקלאיים. ואכן, העותרים מצידם אינם מציעים אמצעי חלופי יעיל, אשר באפשרותו להשיג את התכלית של בחירת מועמדים מתאימים לחיי שיתוף בקהילה. ולא למותר עוד להזכיר, כי למנגנון שנקבע בתיקון 8, קדמו המנגנונים שנקבעו בהחלטה 1195 ובהחלטות שקדמו לה, ואשר הינם פרי של ניסיון רב שנים בתחום זה.

96. כאן המקום לציין, כי בכל הנוגע לקריטריון המקביל, כפי שהופיע בהחלטה 1195, הרי כפי שנמסר בשעתו, במסגרת דיוני הצוות לבחינת החלטה 1064, נבחנו אפשרויות ל"פריטת" הקריטריון של התאמה חברתית לאמות מידה משניות. אלא, שהצוות הגיע למסקנה כי אין מקום ואפשרות לביצוע "פריטה" כאמור בגדרי החלטה 1195. בצד האמור נציין, כי חוות הדעת המקצועיות, עליהן מתבססת ההחלטה הנוגעת להתאמה חברתית, כוללות ככלל בחינה על בסיס אמות מידה משניות שונות, כדוגמת נכונות לחיים בנסיבות ייחודיות, תקשורת בין אישית, מנהיגות, הרצון והיכולת לתרום למען הכלל, היכולת להתמודד עם מצבים משתנים ועוד.

97. כאן המקום להזכיר כי תיקון 8 קובע שתי הוראות כלליות בעלות חשיבות, בפרט, לאמת המידה הנדונה של התאמה לקהילה. האחת, הוראת סעיף 6(ג) הקובעת כי בעת שקילת השיקולים האמורים, על ועדת הקבלה לתת דעתה "לגודל היישוב הקהילתי, לוותקו, לחוסנו ולאופי האוכלוסייה בו". השניה, הוראת סעיף 6(ג) לפקודה הקובעת איסור לדחות מועמד בשל שורה ארוכה של שיקולים, ובהם גזע, דת, ארץ מוצא ועוד.

ז(3) פגיעה ב"עקרון הקהילתיות"

98. סעיף 6(א)(5) לפקודה קובע כי ועדת הקבלה רשאית לדחות מועמד על רקע –

"חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה"

99. משמעותה של הוראה זו (אשר דומה לה הופיעה בהחלטה 1195) הינה, כי בעת בחינת מועמד, יש לבחון את שאלת התאמתו על רקע המציאות הקיימת ביישוב. בפרט, יש לבחון אם קבלתו של מועמד עלולה להביא לפגיעה במרקם החברתי תרבותי ביישוב, באופן שיפגע במרקם זה. בנוסף מבקשת ההוראה להבטיח כי מקום בו המועמד אינו שייך לקהילה העיקרית ביישוב, לא יהא בנתון זה לבדו להביא לדחיית המועמדות, אלא רק מקום בו קבלת המועמד תביא לפגיעה במרקם החיים ביישוב כאמור (והכל בכפוף להוראת איסור ההפלייה שבסעיף 6(ג) לפקודה).

100. הוראה זו מעגנת אפוא את ההכרה באופיה של הקהילה הספציפית, ואת זכותה לשמור על מאפייניה מבלי להיות נתונה לאיום של שינוי "מבחוץ". ודוק: בעוד הקריטריון הקבוע בסעיף 6(א)(4) נוגע להתאמת המועמד לקהילה, תוך התמקדות בתכונותיו האישיות, הרי שההוראה כאן מתייחסת להתאמת המועמד לקהילה, תוך התמקדות ב"תכונות" הקהילה הכלליות.

ז(4) מאפיינים ייחודיים ותנאי קבלה

101. סעיף 6(א)(6) לפקודה קובע (בדומה להחלטה 1195) כי ועדת הקבלה רשאית לדחות מועמד על רקע מאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי (ובלבד שאלה קיבלו את אישור הרשם). קריטריון זה נועד לאפשר לקהילה לשמר מאפיינים הייחודיים לה.

102. סעיף 6(א)(6) מפנה לתנאי קבלה המנויים בתקנות האגודה (מדובר ככל הנראה בטעות סופר, והכוונה לתקנות האגודה) ובלבד שאלה קיבלו את אישור רשם האגודות השיתופיות כנדרש. לעמדתנו, הוראה זו מאפשרת לאגודה לקבוע בתקנות תנאים ייחודיים כאמור.

ז(5) ההוראות הכלליות

103. בצד השיקולים השונים שעל בסיסם רשאית ועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד, קבועות בתיקון 8, כאמור, עוד שתי הוראות כלליות בעלות חשיבות, אותן הצגנו לעיל.

104. סעיף 6(ב) לפקודה קובע הוראה כללית להפעלת שיקול דעתה של ועדת הקבלה, כדלקמן:

(ב) בשוקלה את השיקולים האמורים בסעיף קטן (א), תיתן ועדת הקבלה את דעתה לגודל היישוב הקהילתי, לוותקו, לחוסנו ולאופי האוכלוסייה בו.

105. הוראה זו יוצרת זיקה בין השיקולים שמונה הסעיף לבין תנאי היישוב הנדון. לעמדתנו, הוראה זו יוצרת יחס הפוך בין הפגיעה שתיגרם כתוצאה מקבלת מועמד לבין הנתונים המנויים בסעיף 6(ב). לשון אחר – ככל שיישוב יותר גדול, חסון או ותיק, כך יכולתו "לספוג" פגיעה באופי הקהילה והמרקם החברתי שלה, כתוצאה מקבלת מועמד, צפויה להיות גדולה יותר.

106. לעמדתנו, בהוראה הנדונה יש כדי להביא, הלכה למעשה, להחלת מבחן דומה לזה שנקבע בהחלטה 1195 בעניין מבחן ההתאמה החברתית. למעשה, בתיקון 8 ניתן לוועדת הקבלה מרחב גדול יותר של שיקול דעת בהתייחס למקרים בהם יש להחיל מבחן מחמיר יותר לבחינת קריטריון ההתאמה החברתית, וזאת תוך התחשבות במאפיינים הרלבנטיים לכל ישוב, תחת קביעה קטגורית מפורשת ביחס לכל היישובים בארץ.

107. עוד נשוב ונזכיר את הוראת סעיף 6(ג) לפקודה הקובעת איסור על סירוב לקבלת מועמד משורה של טעמים כדלקמן:

"(ג) ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית".

נזכיר כי הוראה זו הינה בבחינת חידוש, שלא מופיע בהחלטה 1195, ודומה שאין צורך להרחיב בדבר חשיבותו.

ח. המישור הדיוני

108. בכל הנוגע למישור הדיוני, קובע תיקון 8 מנגנונים שונים שבאים להבטיח איזון ראוי בין השיקולים העומדים על הכף, עליהם עמדנו – מתן אפשרות ליישוב להמליץ על המועמדים להצטרף אליו, אל מול הרצון כי המקרקעין יוקצו באופן סביר ובלתי מפלה.

109. ראשית לכל, וכפי שפורט, נקבע בתיקון 8 (בדומה להחלטה 1195) כי ועדת הקבלה תהא ועדת קבלה אזורית. לעמדתנו, ועדת הקבלה האזורית מבטאת קשת רחבה יותר של שיקולים, מאשר אלה הבאים לידי ביטוי מקום בו מדובר בוועדת קבלה "יישובית". בצד זה, הרכב הוועדה בא להבטיח שקילה ראויה של האינטרסים הקהילתיים של היישוב, כאמור, תוך איזונים לצד אינטרסים ושיקולים רחבים יותר.

110. נוסף על כך, כולל תיקון 8 הקמת מנגנון "השגות". בהתאם לאמור בחוק, מועמד אשר מועמדותו נדחתה על ידי ועדת הקבלה וכן היישוב הקהילתי עצמו יהיו רשאים להגיש השגה לוועדת ההשגות. ועדת ההשגות הינה "ממלכתית" באופיה, וכוללת נציג ציבור המכהן כיושב-ראש הוועדה, וארבעה נציגי משרדי ממשלה.

111. ועדת ההשגות רשאית לבטל את החלטת ועדת הקבלה, לאשרה, להחזיר את הנושא לדיון מחודש בפני ועדת הקבלה או לקבל כל החלטה אחרת במקומה. סמכותה של ועדת ההשגות אפוא הינה סמכות רחבה ביותר, ואינה אך סמכות "ערעורית".
112. ועדת ההשגות עתידה להיות גוף זמין ונגיש המקים אפשרות השגה מידית לכל התפץ בכך, ללא מתסומים דיוניים מכבידים. הקמת ועדת ההשגות באופן כזה, זמינותה, וסמכויותיה הרחבות, נועדו אף הן להוות גורם מאזן נוסף, במארג "האיזונים והבלמים" בגדרי תיקון 8, למניעת פגיעה שרירותית במועמדים.
113. בהקשר זה יודגש, כי כאמור לעיל, מנגנון זה, בדומה, לכלל המנגנונים אותם יוצר החוק ראוי שייבחן לאחר פרק זמן מסוים, לאחר שיצטברו נתונים על פעילותו. נציין רק, כי מנתונים שנאספו ביחס לתפקוד ועדת הערר שהוקמה לפי החלטה 1195 וההחלטות שקדמו לה (המהווה את "המקבילה" לוועדת ההשגות) עולה כי זו מילאה תפקיד משמעותי בפיקוח המינהל על עבודת ועדות הקבלה, כאשר חלק ניכר מן העררים שהוגשו לוועדה נתקבלו בסופו של יום. יצוין, כי דברים אלה עולים גם מסקירת ההליכים שהתנהלו בשנים האחרונות כפי שנעשתה בבג"ץ 2311/11.
114. לכל אלה נוסף, כי תיקון 8 קובע מנגנון של ביקורת שיפוטית, בדרך של הגשת עתירה מינהלית על החלטת ועדת ההשגות.

ט. סיכום ביניים – לטיבו של המנגנון הקבוע בחוק

115. קביעתו של המנגנון הראוי בהתייחס להליכי רכישת זכויות חכירה במקרקעין ביישובים חקלאיים וביישובים קהילתיים הינה משימה מורכבת, הדורשת עריכתו של איזון בין כלל האינטרסים המעורבים, ותוך שמירה על החובה לנקוט אמות מידה של שוויון בחלוקת מקרקעין.
116. לעמדת המשיב, המנגנון שנקבע בתיקון 8 מהווה איזון ראוי בין מתן משקל לחוות דעתם של היישובים, לבין מניעתם משקילת שיקולים אסורים ומפלים, הכל בשים לב לאינטרסים ולזכויות המעורבים, כאמור לעיל. תיקון 8 כולל היקף התפרשות מוגבל יחסית – מבחינה גיאוגרפית ומבחינת גודל היישובים, כן כולל תיקון 8 קריטריונים מהותיים מאוזנים ובצד זה כולל החוק מנגנוני בקרה תהליכיים, הכל כפי שפורט.
117. תיקון 8 קובע אפוא הסדר ראוי, מידתי ומאוזן המביא לידי ביטוי את כלל הזכויות והאינטרסים הנוגעים לעניין, תוך הסדרה של נושא רגיש, המשמש (ושימש) נושא לדיון ציבורי ער. לעמדתנו, אין החוק מביא לפגיעה בזכויות חוקתיות, וככל שמתגלה פגיעה

כזו, הרי זו פגיעה מידתית. בנסיבות אלה, גם לגופם של דברים, אין כל עילה להתערבות חוקתית בתיקון 8, דין העתירות אפוא להידחות גם לגופן.

חלק רביעי: לטענות נוספות שבעתירות

118. למעלה מן הצורך, נמשיך ונעמוד על טענות נוספות המוצגות בעתירות, ככל שטרם ניתן להן מענה.

א. לטענה בדבר פגיעה בשוויון

119. תיקון 8 מבטא הכרה בחשיבות ובייחודיות של חיי הקהילה ביישובים קטנים וביישובים חקלאיים, ומתוך הכרה, כי היישובים עליהם ההחלטה הוא חל הינם "צורת התיישבות מיוחדת" (דברי השופטת שטרסברג-כהן בע"א 3298/92 כץ נ' מינהל מקרקעי ישראל, דינים עליון מד 46, בפסקה 9 לפסק הדין). ישוב קהילתי קטן עליו חל תיקון 8, אינו בבחינת ישוב עירוני רגיל, אלא הוא ישוב קטן יחסית, בעל אופי ייחודי, הממוקם בפריפריה, מרוחק ממרכז עירוני, ונסמך על שיתוף פעולה אמיתי ותמידי של המתדיישים. בשים לב לנתונים אלה, ביישוב שכזה, קיימת חשיבות מכרעת לנכונותם של המתדיישים לתרום ולהשתלב בחיי הקהילה של הישוב.

120. משמעות ההשקפה, לפיה ערכי השיתוף והלכידות החברתית הינם ערכים חשובים שיש לתמוך בהם ביישובים אלו בנגב ובגליל, ושלאיטימי מצד היישובים לדרוש משימות ומטלות מסוימות מחבריו - היא שרלוונטי להבחין בין אדם המוכן ומסוגל להשתלב בחיי שיתוף, לבין אדם שאינו מוכן או שאינו מסוגל לכך, לצורך קבלה ליישוב קהילתי קטן.

121. לזאת נוסיף, כי גם זכותו של אדם לקיומה של קהילה הינה ערך שיש להגן עליו, שכן הקהילה מהווה חלק מזהותו ומאישיותו של הפרט, והוא זקוק לקיומה על מנת להעניק לחייו משמעות עמוקה ורחבה. לעניין זה ראו: יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית לאומית" משפט וממשל ו (תשס"א) 87, 92 - 94:

"מכאן, שאם מכירים בזכותו של אלמוני לעצב את חיי הקהילה, הרי שזכות זו מעצם טיבה וטבעה עלולה למנוע מפלוני לממש את זכותו למגורים בכל מקום שיחפוץ".

כן ראו אייל בנבנישתי "נפרד אך שווה" עיוני משפט כ"א (תשנ"ח) 769, 777:

"היו שראו בה [זכות ההשתייכות לקהילה] זכות הנגזרת מחופש הבחירה של הפרט, שהרי הקהילה מעצבת את העדפותיו, ואחרים ראו אותה כנובעת

מזכותו של היחיד לשמר את זהותו האישית ... אני מבקש לאמץ מענה ליברלי אחרון זה ולהעמידו כבסיס לתמיכה בתביעת בני קהילה להבטיח מסגרת שתשמר ותבסס את תרבות הקהילה ואת אורחות חייה, ובכך תשמר ותפתח את זהותם האישית של יחידיה. בהקשר החוקתי הישראלי ניתן לעגן זכות זו לשימור הזהות האישית בזכות האדם לכבוד".

122. נוכח כל אלה, לעמדת המשיב, מהווה ההסדר שנקבע בחוק ביטוי לאופיין של הקהילות המתקיימות במסגרתם של היישובים הקהילתיים ושל ההרחבות הקהילתיות ביישובים חקלאיים, כנגזרת מהשיתוף הקהילתי, ומשיתוף הפעולה של חבריה.

123. בהקשר זה נפנה גם לדבריו של המלומד ח' דגן, במאמרו "זכות הכניסה" מחקרי משפט כ"ד(1) 2007. המחבר המלומד כותב, בהתייחס להחלטה 1015, את הדברים הבאים (עמ' 72):

"ראוי להרחיב במעט בהקשר השני, שקיבל לאחרונה תשומת לב משפטית וציבורית רחבה ביחס לוועדות קבלה של מה שאמנון להבי מכנה "קהילות מגורים חדשות" - שכונות הרחבה ושכונות קהילתיות במושבים ובקיבוצים, יישובים קהילתיים וקהילות עירוניות פרטיות ... כפי שטענתי, הזכות למנוע כניסה לקהילות קנייניות כאלה ראויה, ואפילו חשובה, כל עוד היא נדרשת לצורך עיגונם של מוסדות וערכים משותפים, המהווים תנאי חשוב להצלחתו של כל קניין קהילתי. מסיבה זו בעיניי, ראויה בעיקרון, החלטה 1015 של מועצת מקרקעי ישראל, לפיה "התאמה לחיי חברה בקהילה (או 'בקהילה מצומצמת', לפי העניין) מהווה אמת מידה מרכזית שאותה צריכות לשקול ועדות קבלה של קהילות קנייניות שהוקמו על מקרקעי ישראל ... ראוי להתיר לקהילות הקנייניות למשטר את הכניסה אליהן, כל עוד מטרת הסינון היא למנוע את היכללותם של מי שעתידיים לפגוע בהצלחת השיתוף הקנייני".

124. לנוכח כל האמור, לא יכולה להיות מחלוקת על כך שהתאמה חברתית מסוימת, של יכולת לשתף פעולה ביישוב עם קהילה מצומצמת, היא קריטריון הבחנה רלוונטי בין מועמדים לקליטה באותו יישוב, ועל כן היא עולה בקנה אחד עם עיקרון השוויון. דברים אלה יפים גם לגבי החשש מפגיעה במרקם החברתי-תרבותי העדין ביישובים מסוג זה. בנסיבות אלה, אין מקום לדבר על הפלייה פסולה, כמו גם על פגיעה פסולה בשוויון. כפי שנפסק, למשל, בבג"צ 2618/00 חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49, 59 (כפי שמצוטט אצל א' שרגא ור' שחר המשפט המינהלי - עילות ההתערבות (תשס"ח) בעמ' 298):

"לא כל אבחנה ביחס הרשות אל אזרחיה, בין אזרח למשנהו, מהווה הפליה, שכן לפעמים יש הצדקה להבחנה בין שני אזרחים או גופים שונים. ודוק;

הפליה היא הבחנה פסולה בין שני אנשים או גופים שווים שאין לה הצדקה בשל היעדר שוני הגיוני ומשמעותי, ובכך טמון אי היושר שבנהיגת אי-שוויון בשווים".

125. ודוק: מטבע הדברים, כאשר עסקינן במנגנון להחלטה על קבלה של חברים חדשים ליישוב, תמיד יהיו אלה אשר בקשתם תידחה, ולא תינתן להם האפשרות לחכור מגרש באותם יישובים. מדובר באנשים אשר נמצאו בלתי מתאימים לחיי קהילה בהתאם לחוות דעת של אנשי המקצוע. בכך אין כדי להעיד על כך שמנגנון הקבלה שנקבע הינו פסול, ומצדיק התערבותו של בית המשפט הנכבד. מידת ההתאמה לקהילה נבחנת לפי הכרה בתכונות האופייניות ובפרמטרים אחרים שבעזרתם ניתן לצפות יכולת להשתלב בחיי קהילה. ברי, כי הצלחה ברמה האישית אינה חופפת בהכרח יכולת זו ואין קשר, בוודאי שלא ישיר, בין הדברים.
126. כלל המקובץ הוא שאין לראות במנגנון כיוצר הפליה פסולה, אלא הוא יוצר אבחנה מותרת, הכל כפי שפורט.
127. לאמור נוסף, כי העותרים גם לא הניחו תשתית עובדתית לטענתם, כי הליכי הקבלה בהתאם לחוק יוצרים אי שוויון ואפליה בין המועמדים לקבלה ליישובים השונים. יודגש, כי כידוע, שוויון משמעותו הפעלת אמות מידה אחידות לכלל המתמודדים, ולא תוצאה זהה שתתקבל לגבי כל אחד ואחד מהם.
128. לאלה נוסף, כי בחינה תוצאתית של הליכי הקבלה שנהגו לפי החלטות המועצה שקדמו לתיקון 8 מגלה כי במסגרתם של אלה התקבלו ליישובים עליהם חלה החלטה 1195 וההחלטות שקדמו לה זוגות חד מיניים, משפחות חד הוריות, משפחות ערביות, כלומר גם משפחות או יחידים המשתייכים לקבוצות "חשודות" כמופלות. באמור לעיל יש להצביע על כך שהמנגנון שנקבע ויושם בהתאם להחלטות אלו אינו משמש מסווה לאפליה, כי אם מאפשר למעשה לכל הקבוצות באוכלוסיה לקבל מגרש ביישובים קהילתיים קטנים וביישובים חקלאיים.
129. ולא למותר להזכיר בהקשר זה כי בתיקון 8 נכללה הוראה מפורשת האוסרת על פסילת מועמדות מטעמי "מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית". גם לנוכח האמור סבור המשיב כי תיקון 8 אינו נושא בחובו פגיעה בשוויון, ולא זו אף זו, אלא שבגדרו ביקש המחוקק להבטיח כי הליכי הקבלה ליישובים לא יהוו מסווה לאפליה פסולה.
130. עוד נזכיר, כי בעתירות אלו לא נתקפת החלטה פרטנית בהתייחס למועמד כזה או אחר, משכזו טרם נתקבלה. מן הטעם האמור יטען המשיב כי לא הונחה בעתירות כל תשתית לפגיעה בשוויון.

ב. הזכות לדיור, הזכות לבחירת מקום מגורים

131. עמדת המשיב הינה כי הזכות לדיור במקום מסוים ככזו, אינה זכות חוקתית הנכללת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם כאשר הכיר בית המשפט הנכבד בזכויות חברתיות כזכויות המוגנות במסגרת "כבוד האדם", מדובר היה בזכות יסוד בסיסית, שמניעתה פגעה ב"כבודו של האדם" במובנו הלשוני והפשוט. ראו לעניין זה רע"א 4905/98 גמזו נ' נעמה ישעיהו, פ"ד נה(3) 360.

במקרה דנן, אין מדובר בפגיעה כזו, שכן אין טענה כי תיקון 8 יגרום למאן שהוא להיעדר מדור. לנוכח האמור, דין הטענה לפגיעה בזכות החוקתית לבחירת מקום מגורים, להידחות.

132. זאת ועוד, זכות לבחירת מקום מגורים, או זכות לדיור במקום מסוים, אינה יכולה להיות זכות מוחלטת, ויש לאזנה מול זכויות רלוונטיות אחרות, ובכלל האמור הזכות לקיום חיי קהילה, וההכרה בחיוניות ההתאמה החברתית בין המתישבים לצורך קיומם ותפקודם של יישובים קטנים. משכך, גם דין טענות העותרים בהקשר זה להידחות.

ג. לטענה לפגיעה בפרטיות

133. העותרים טוענים לפגיעה בפרטיות. אין לקבל הטענה.

134. ראשית יודגש, כי כלל הליך הקבלה נעשה בהסכמה חופשית ומדעת של המועמד. לפיכך, אין כלל ועיקר מקום לדבר על פגיעה בפרטיות במובנה "האזרחי - נזיקי" (השוו: סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א - 1981).

135. מעבר לכך, בחינת התאמתם של העותרים לחיי הקהילה על ידי ראיון בוועדת הקבלה ביישוב וחוות דעת גורם מקצועי הינה נדרשת, ואף מתחייבת. כפי שפורט, זו אף הדרך המקובלת, והטובה ביותר האפשרית, להשגת התכלית של בחינת התאמתו של פלוני לחיים בקהילה מצומצמת, ביישוב קהילתי קטן או בהרחבה בקיבוץ. אכן, אין מחלוקת כי הליך הקבלה ליישובים מחייב מידה מסוימת של "חשיפה" מצידו של המועמד. עם זאת, לעמדתנו, ובשים לב לכלל האמור בתשובה זו, חשיפה זו הינה הכרח לצורך בחינת התאמתו החברתית של המועמד. לפיכך, ככל שיש פגיעה בפרטיות, הרי זוהי פגיעה מידתית וסבירה. בהקשר זה נשוב ונדגיש, כי הליכי מיון דומים באופיים נערכים, למשל, גם למועמדים לעבודה. לפיכך, אין המדובר בהליך שהוא בלתי מקובל באופיו. מובן כי יהיה הכרח להקפיד במהלך ההליך על חיסיון חוות הדעת ועל חיסיון המסמכים האישיים, והדברים הם בבחינת המובן מאליו.

ד. לטענה לפגיעה בקניין

136. העותרים טוענים לפגיעה בקניין של תושבי יישובים, אשר מוטלות מגבלות על האפשרות המוקנית להם להעביר את זכויות הקניין שלהם לאחר, ולצאת מן היישוב. לעמדתנו, טענה זו אינה יכולה להתקבל.
137. ראשית, ספק אם העותרים הינם הגורם המתאים להעלאת הטענה. טענה מסוג זה נכון שתעלה על ידי בעל זכויות, הטוען לפגיעה חוקתית משום מגבלה זו.
138. מעבר לכך, מבחינה עובדתית, בהתאם לנתוני המינהל, בכלל חוזי החכירה של תושבי היישובים (ולמצער – ברובם המכריע) ישנה תנייה המחייבת ממילא את הסכמת האגודה להעברת זכויות. יוצא, כי במישור הפרטני, לא משנה החוק את טיב הזכות שיש לתושבים.
139. לכל אלה נוסיף, כי גם אם נגרמת פגיעה כלשהי בזכות הקניין של תושבי היישובים, הרי נוכח כלל האמור לעיל, מדובר בפגיעה מידתית, שאינה מגלה עילה לפסילה חוקתית. עוד נזכיר, כאמור, כי החוק אינו חל על מקרים של העברת זכות בירושה.
140. העותרים בג"צ 2311/11 עוד טוענים לפגיעה בזכות הפרט לרכוש זכויות בקניין הציבורי. לעמדתנו, טענה זו אינה אלא הצגה אחרת של כלל הטענות לפגיעה חוקתית שהוצגו לעיל, אליהן התייחסנו, ואשר לעמדתנו אינן מגלות עילה. דברים אלה יפים גם לטענת העותרים בבג"צ 2504/11 לפגיעה באוטונומיה האישית של הפרט.

ה. אין פגיעה חוקתית

141. מאלה יוצא, כי אין מקום כלל ועיקר לדבר על פגיעה בזכות חוקתית מוגנת במקרה שלפנינו. כידוע, בעת שנבחנת טענה לפגיעה חוקתית "בשלב הראשון בית המשפט בוחן אם נפגעה אחת הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוק-היסוד" (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א, מהדורה שנייה, התשי"ע) בעמ' 184 (להלן "זמיר"). במקרה הנדון, לא עלה בידי העותרים כלל לבסס טענה לפגיעה בזכות חוקתית מוגנת. כאמור, עמדתנו הינה כי אין לראות בפגיעה הנטענת לבחירת מקום מגורים משום פגיעה בזכות חוקתית מוגנת. אין גם מדובר במקרה שלפנינו על הפליה פסולה, שכן כפי שהוסבר, מדובר במקרה הנוכחי באבחנה רלוונטית ומותרת, המתבססת על התאמת המועמד לחיי קהילה. הבחנה זו נועדה לשרת את הזכות לקהילתיות. נוכח אלה אין לקבוע כי מדובר בפגיעה בזכות החוקתית לכבוד או בזכות החוקתית לשוויון הנגזרת ממנה. כמבואר לעיל, גם בטענות לפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות או לקניין אינן יכולות להתקבל.

142. אולם, גם אם יימצא כי קיימת פגיעה (מוגבלת) בזכות חוקתית כלשהי, הרי פגיעה זו עומדת בדרישת הדין לפגיעה מידתית ולתכלית ראויה. מכלל המקובץ עולה כי החוק הולם את ערכי המדינה ונועד לתכלית ראויה – **לאפשר המשך קיומם של יישובים קהילתיים קטנים ושל יישובים חקלאיים הממוקמים בפריפריה.**

143. בנוסף, וכפי שמוסבר בהרחבה בתגובה, הפגיעה הינה פגיעה מידתית וסבירה. נזכיר כי תיקון 8 מחיל עצמו על יישובים המונים עד 400 בתי אב בלבד המצויים בנגב ובגליל. בנוסף, המנגנון שנקבע נועד להבטיח כי ישמש לסינון מועמדים שהתאמתם לחיי הקהילה נמוכה ביותר, וימנע שימוש לרעה במנגנון הקבלה לצורך הדרה של אוכלוסיות לא רצויות. יוצא אפוא כי האמצעים שנבחרו בגדרי החוק נועדו לשרת את המטרה של שמירה על לכידות חברתית ועל עקרון הקהילתיות. אמצעים אלו הינם הגיוניים ביחס למטרה, אין להם תחליף פוגעני פחות (ככל שהם פוגעים), והתועלת בהם עולה בהרבה על הנזק שנגרם לבודדים שאינם מתקבלים, שאיש אינו מונע מהם מלהתיישב במקום אחר. ונזכיר כי אמצעים אלה גובשו לאתר נסיון רב שנים בתחום זה.

144. העותרים עוד טוענים כי החוק חל רק על יישובים יהודיים ובכך מהווה חוק מפלה. טענה זו אינה ברורה, שכן אין בחוק כל מניעה להחילו גם על יישובים ערביים, ככל שיתאגדו במסגרת הקבועה בחוק.

בהקשר זה נציין עוד, כי בהתאם להחלטות מועצת מקרקעי ישראל הנוהגות כיום (החלטה 1103 מיום 27.3.07) קיימת העדפה של יישובי מיעוטים בכל הקשור להקצאה לבני מקום בלבד - כך, ניתן ביישובי מיעוטים לשווק קרקעות לבני המקום בלבד בהיקף גבוה בהרבה מאשר ביישובים שאינם יישובי מיעוטים - 75% מהמגרשים, וככל שניתנת הסכמת הנהלת המינהל - ניתן לעשות כן בהיקף של עד 100% (סעיף 5 להחלטה). בעניין זה התקבלה ביום 17.2.09 החלטת הנהלת המינהל מס' 2372, המסמיכה את מנהל המחוז הרלוונטי וסמנכ"ל שיווק וכלכלה להחליט בנוגע למכרזים ביישובי מיעוטים על שיווק בשיעור של עד 100% מהמגרשים לבני מקום. כל זאת, בניגוד ליישובים שאינם יישובי מיעוטים, בהם ניתן לפי החלטה 1103 לשווק לבני מקום בלבד בהיקף של 20% באזורים שאינם אזורי עדיפות לאומית (ו - 40% - 50% באזורי עדיפות לאומית וקו עימות).

העתק החלטת מועצה מס' 1103 והחלטת הנהלה מס' 2372 מצורף ומסומן מש/3.

145. העותרים מציעים שורה של תנאים אחרים, שלדעתם ישיגו את המטרה באופן פוגעני פחות. כך למשל, מציעים הם כי חלק מן השיקולים המנויים בחוק ייקבעו בתקנון האגודה, או כי ישונו הליכי הקבלה. לעמדתנו, אין בהצעות אלה לסייע. ככל שהכוונה בהצעות אלה, כי לאחר שיתקבל מועמד ניתן יהיה להורות על הוצאתו מן היישוב, משום שלא עמד בתנאי כזה או אחר, ברי כי מדובר בסנקציה קשה, וספק אם יש בה פגיעה פחותה (ודומה שלהפך). גם נקיטה בהליכי קבלה אחרים, ספק אם תסייע. ממילא, ככל

הידוע, כבר כיום, בצד הליכי הקבלה הפורמליים, ננקטים הליכים משלימים, בהם מוסבר למועמד אופי היישוב, מאפייני הקהילה וכיוב.

146. בהקשר זה נזכיר, כי כאשר אנו מבקשים לעסוק בשאלת התאמתו של פלוני לחיי חברה בקהילה, שעל חשיבותה ביישובים חקלאיים וביישובים קהילתיים קטנים עמדנו לעיל, ונוכת השוני בין היישובים השונים ואופיים, אין זה אפשרי לקבוע מראש אמות מידה חובקות כל. כל מבחן שייקבע חייב יהיה להותיר מקום לשיקול דעת ועדת הקבלה ולהתרשמות בלתי אמצעית מן המועמד.

לעניין זה נפנה לדברי בית המשפט הנכבד בעניין בארותיים, בעמ' 620:

"קיים קושי יסודי בכל ניסיון לקבוע מראש אמות מידה פרטניות, אשר יהיו יפות במידה שווה לקבוצה גדולה של יישובים, אשר מטבע הדברים עשוי להיות שוני ניכר ביניהם".

147. לפיכך, האפשרות לנקוט במנגנונים חלופיים כמוצע, מעוררת קושי. בצד זה, נוכח המגבלות הקבועות בתיקון 8, ובשים לב למנגנון של ועדת השגות, החשש כי המנגנון יהווה פתח לשרירותיות ולאפליה אך מצטמצם. לאלה נוסיף, כי מעיון בהוראות תיקון 8 עולה, כי מכלול ההוראות הקבועות בו, מלמד על מנגנון סביר להבניית שיקול דעתן של ועדת הקבלה וועדות ההשגות.

148. העותרים עוד טוענים לפגם, בכך שהסמכות מוענקת לוועדת הקבלה בה יש "רוב ברור לגורמים פרטיים ואינטרסנטיים". טענה זו אינה יכולה להתקבל. גם אם נניח לטובת העותרים כי הענקת סמכות לוועדת הקבלה בהרכבה הקיים מהווה פגם חוקתי, לא יהא בכך לסייע להם. זאת, נוכח חלוקת הסמכויות בתיקון 8. כפי שהוסבר, אמנם, החוק מעניק סמכות לוועדת הקבלה. אולם, החלטתה של ועדת הקבלה נתונה להשגה בפני ועדת ההשגות. ועדת ההשגות הינה גוף ממלכתי באופיו, המורכבת מנציג ציבור ומנציגי משרדי הממשלה. סמכותה של ועדת ההשגות, עליה עמדנו, הינה סמכות רחבה ביותר. בנסיבות אלה, משנמצא כי כוח ההכרעה נתון לוועדת ההשגות, אין בטענה האמורה לסייע לעותרים.

יוצא, כי הלכה למעשה, חלוקת הסמכויות שקובע תיקון 8 דומה בעיקרה לחלוקת הסמכויות שנהגה בעבר, כאשר לוועדת הקבלה היה מעמד ממליץ, ואילו לשלטון המרכזי (ועדת הערר ומינהל מקרקעי ישראל) היה נתונה הסמכות הסופית. בענין בארותיים קבע בית המשפט הנכבד כי "חלוקת תפקידים" זו אין כל פגם, והדברים – בשינויים המתחייבים – יפים גם לכאן.

חלק חמישי: לבקשה למתן צו ביניים

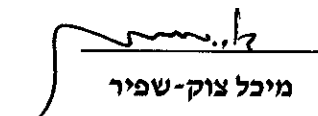
149. העותרים בשתי העתירות מבקשים צו ביניים שיורה שלא לפעול בהתאם לתיקון 8 עד להכרעה בעתירות. לעמדתנו, אין כל עילה למתן הצו האמור.
150. כידוע, בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים עליו לבחון ככלל שני עניינים. הראשון הוא סיכויי העתירה להתקבל והשני הוא "מאזן הנוחות". מתוך בחינת שיקולים אלה אין עילה לבקשה.
151. בכל הנוגע לסיכויי העתירות, הרי כפי שפורט לעיל בהרחבה, אין העתירות מגלות עילה להתערבות חוקתית בתיקון 8. בנסיבות אלה, סיכויי העתירה אינם מצדיקים העתרות למבוקש.
152. בכל הנוגע למאזן הנוחות, אין עילה לבקשה. ראשית, אם יושעה החוק, כמבוקש, ימשיכו לחול ההסדרים שנקבעו בהחלטה 1195 (כפי שהעותרים עצמם מציינים). עמדנו לעיל על הסדרים אלה, הדומים במהותם להסדרים שנקבעו בתיקון 8. בנסיבות אלה, לא ברורה התכלית במתן צו ביניים. זאת עוד. בהעדר כל עותרים קונקרטיים בעתירות הנוכחיות, ונוכח היותן בבחינת עתירות כלליות, לא הוצגה בהן כל פגיעה קונקרטית שתיגרם אם לא יינתן צו הביניים. למותר לציין, כי היה ועותר קונקרטי יסבור כי נגרמה לו פגיעה משום החלטה שלא לקבלו, בידו להגיש עתירה ולבקש צו ביניים בהתייחס למגרש ספציפי כזה או אחר, כפי שנעשה בעתירות קודמות שנגעו להחלטות המועצה.
153. לשני שיקולים אלה נוסף במקרה הנוכחי היבט נוסף, שכן צו ביניים המבוקש הינו להשעיית תוקפו של חוק, שעה שהחוק עודנו מצוי בגדר חזקת החוקתיות, היות שלא הוכרז כבלתי חוקתי בפסק דין סופי.
154. להשעיית תוקפו של חוק באמצעות צו ביניים נודעת משמעות מרחיקת לכת במרקם היחסים העדין וביחסי הכבוד ההדדי המתחייבים בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, קרי – פגיעה במעמדה החוקתי של הכנסת כרשות המחוקקת, מעמד המעוגן בחוק יסוד: הכנסת.
155. ברי, כי צעד מעין זה ראוי שיינקט, אם בכלל, אך באותם מקרים בהם אי-חוקתיותו של החוק הינה כה בוטה ובולטת, עד שברור כבר על פני הדברים כי אין כל סיכוי שהחוק יישאר בסופו של דבר על כנו. כמוסבר בתגובה זו, אין זה כלל ועיקר המקרה שלפנינו.
156. נוכח כל האמור, אין עילה לבקשה למתן צו ביניים ודינה להידחות.

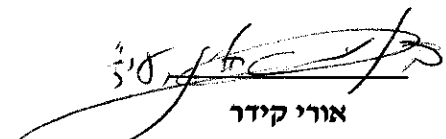
חלק שישי: סיכום

157. דין העתירות להידחות על הסף וזאת מחמת היותן גורפות מופשטות ובלתי בשלות להכרעה.
158. דין העתירות להידחות לגופן, בהעדר עילה לפסילה חוקתית של תיקון 8.
159. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות העתירות, תוך חיוב העותרים בשכ"ט עו"ד והוצאות כחוק.

היום, י"ד סיון תשע"א

16 יוני 2011


מיכל צוק-שפיר
סגנית בכירה לפרקליט המדינה


אורי קידר
סגן בכיר לפרקליט המדינה