

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

1. דוד קמפּלר, ת"ז -----

2. אהובה קמפּלר, ת"ז -----

3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עו"ד גדיר ניקולא ו/או עו"ד נטע זיו ו/או
עו"ד דורי ספיבק ו/או עו"ד הישאם שבאיטה
מהתוכנית לזכויות אדם, התכניות לחינוך משפטי
קליני, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-
אביב

רמת אביב, תל-אביב 69978

טלפון: 03-6408107, פקס: 03-6407422

העותרים

-נגד-

1. מינהל מקרקעי ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה

2. תושבי מעין ברוך - אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית בע"מ

קיבוץ מעין ברוך

ד.נ. גליל עליון, 12220

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יקצו לעותרים מס' 1 ו-2, מגרש מגורים מס' 266 בהרחבה הקהילתית בקיבוץ מעין ברוך;

ב. מדוע לא יבוטל הליך הקבלה למגורים בהרחבה הקהילתית בקיבוץ מעין ברוך;

ג. מדוע לא תבוטל החלטה מס' 1015 והתיקון לה בהחלטה מס' 1064 של מועצת מקרקעי ישראל;

לחילופין,

ד. מדוע לא יבוטל התנאי "התאמה לחיי חברה בקהילה" לקבלה למגורים בהרחבות הקהילתיות ביישובים החקלאיים והתנאי "התאמה לחיי חברה בקהילה מצומצמת" לקבלה למגורים ביישובים הקהילתיים, שנקבעו בהחלטה מס' 1015 של מועצת מקרקעי ישראל.

בקשה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים המופנה אל המשיבים והמורה להם שלא להקצות את המגרש מס' 266 שבהרחבה הקהילתית במעין ברוך וכן לא לעשות כל פעולה אחרת לשינוי הזכויות במגרש הנ"ל, וזאת עד להכרעה בעתירה זו, וזאת מהנימוקים שלהלן:

א. עתירה זו על שני חלקיה העובדתי והמשפטי מהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

ב. אי הוצאת צו ביניים המונע מהמשיבים הקצאת המגרש עד להכרעה בעתירה, עלול לייתר את העתירה, לפגוע פגיעה קשה בזכויות חוקתיות של העותרים מס' 1 ו-2 ולגרום להם נזק בלתי הפיך.

ג. יצוין כי ביום 8.4.2008 פנו העותרים למשיבים - עת נודע להם מב"כ המשיבה מס' 2 על דחיית הערר בפני המשיב מס' 1 - וביקשו כי לא יקצו את המגרש הנ"ל עד להגשת העתירה לבג"ץ במסגרתה מוגשת בקשה זו. המשיב מס' 1 דחה פנייתם זו של העותרים בציינו, כי "אין בסמכותנו להורות על הקפאת שיווק מגרש בהרחבה של קיבוץ מעין ברוך ללא צו שיפוטי".

מצ"ב פניית העותרים מיום 8.4.2008, ותשובת המשיב לפנייה זו, כנספח ע/1

ד. לאור האמור לעיל קיימת חשיבות רבה במתן החלטה דחופה בבקשה זו, ובטרם ישווק המגרש.

ה. רק לאחרונה נעתר בית משפט נכבד זה לבקשה דומה ובעניין דומה. בבג"צ 8036/07 פאתנה אבריק-זבידאת ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, ביקשו העותרים הוצאת צו ביניים, המשריין עבור העותרים מגרש מגורים ביישוב רקפת. בית המשפט נעתר כאמור לבקשה זו וקבע כי מאזן הנוחות נוטה לטובת העותרים.

ראו: ההחלטה מיום 31.10.2007.

ו. על יסוד האמור לעיל, מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה זו.

מבוא

1. במרכז עתירה זו ניצבת שאלת חוקיותה של החלטה מס' 1015 של מועצת מקרקעי ישראל והתיקון לה בהחלטה מס' 1064 (שיקראו להלן: החלטה מס' 1015 ו/או ההחלטה), אשר מעגנות ומכשירות להלכה ולמעשה, הפעלתו של מנגנון סינון בקבלת מועמדים לרכישת מגרשים למגורים ביישובים קהילתיים ובהרחבות קהילתיות ביישובים חקלאיים.
2. החלטה מס' 1015 מאפשרת הקמתן של ועדות קבלה ביישובים קהילתיים ובהרחבות קהילתיות של יישובים חקלאיים, שדנות בבקשות של מועמדים לרכישת מגרשים למגורים ביישוב. בפועל, קובעות ועדות קבלה אלו עבור מינהל מקרקעי ישראל – המשיב מס' 1- למי להעניק זכויות חכירה בקרקע שהיא ציבורית וממי למנוע הקצאת קרקע למגורים.
3. מנגנון סינון זה – כפי שיראו העותרים - אין לו כל הצדקה או אחיזה בחוק. ודוק, אין עסקינן ביישובים עבור קהילות מגורים ייעודיות – דוגמת הקהילה החרדית. כמו כן, אין עסקינן בנחלות חקלאיות, אשר מחייבות את הצטרפותם של מועמדים לאגודה שיתופית חקלאית במושב, או מחייבים את המועמדים לקבל על עצמם אורח חיים שיתופי של "הקיבוץ הקלאסי", המבוססים על שותפות כלכלית וערבות הדדית.
4. נוסף לבעייתיות, בלשון המעטה, שבעצם הקמת והפעלת מנגנון הסינון, מתווסף נדבך נוסף – הוא הקריטריון "התאמה לחיי חברה בקהילה", אשר נמנה בין הקריטריונים שרשאת ועדת הקבלה לפי החלטה מס' 1015, לשקול. קריטריון זה, כפי שיפרטו העותרים בהמשך, הוא קריטריון עמום, שלא ניתנה לו כל פרשנות בהחלטה עסקינן, דבר המאפשר לוועדות הקבלה ביישובים לצקת לתוכו תוכן ככל העולה על רוחן, והמאפשר מרווח רחב מאוד לשרירותיות.
5. החלטה מס' 1015 קובעת אומנם, כי בחינת "ההתאמה החברתית" של מועמד צריכה להסתמך על חוות-דעת מקצועית של מכוון, אלו יופנו המועמדים על-ידי ועדת הקבלה. אולם גם חוות-דעת זו לא פותרת את עמימותו של מונח זה, ולא מבטיחה כי שיקולים זרים ופסולים לא יסתתרו מאחוריו.
6. סיפורם של העותרים מס' 1 ו-2 הוא הוכחה ועדות חיה לפסלותו של מנגנון סינון זה בכלל ושל קריטריון "ההתאמה החברתית" בפרט.
7. בני הזוג דוד ואהובה קמפלר (העותרים מס' 1 ו-2) ביקשו לרכוש מגרש בהרחבה הקהילתית של קיבוץ מעין ברוך – הידועה גם בשם "הכפר היווני". המגרשים בהרחבה הקהילתית הם בגודל של דונם, ומאפשרים לרוכשים לבנות לצד ביתם שתי יחידות אירוח (צימרים) – הכל בסגנון יווני. בדרך זו יכולים התושבים שם ליהנות ממקור הכנסה בנוסף על איכות החיים והנוף הפסטורלי המצויים במקום.

8. אך ניסיונם של בני הזוג לרכוש את המגרש לא צלח. ועדת הקבלה להרחבה הקהילתית במעין ברוך דחתה ביום 18.10.2007 את מועמדותם של בני הזוג מהטעם של "אי התאמה חברתית"; ועדת הערר של מינהל מקרקעי ישראל (המשיב מס' 1) דחתה את הערר, שהוגש לה על החלטת הדחייה ביום 30.3.2008.

9. אחד הנימוקים המרכזיים, עליהם נשענה ועדת הקבלה, הנתמכת בחוות הדעת מטעם מכון "אור יישומים בע"מ" בקביעתה כי בני הזוג אינם "מתאימים חברתית" היה שרצונו של העותר מס' 1 במעבר "נובע בעיקר מקשיים חברתיים וכלכליים, איתם נאלצה המשפחה להתמודד במקום מגוריה הנוכחי, וכי העתקת מקום המגורים נתפס בעני דוד כמעין מפלט נוכח התמודדויותיו."

10. אכן, מהלך חייהם של בני הזוג, ובפרט של העותר מס' 1, אינו מציית למה שנחשב במקומותינו כ-"סיפור הצלחה". העותר מס' 1 נאבק כל חייו לשם בניית חיים מלאים, משמעותיים ונורמטיביים, למרות משקעים הרסניים שחוה בילדותו בצל הורים ניצולי שואה ולמרות מחלה שבה לקה ואשר השפיעה אף היא על בריאותו הנפשית. לעותר מס' 1 הוכרו 52% נכות רפואית (מתוכם 40% נכות נפשית) ו- 75% אי-כושר עבודה על-ידי המוסד לביטוח לאומי.

11. החלטתם של המשיבים לדחות את מועמדותם של העותרים מס' 1 ו-2 לרכישת מגרש מוכיחה, כי קריטריון "ההתאמה החברתית" נהפך להיות מעין מילת הקסם, בה נתלות ועדות הקבלה, אשר מאחוריה מסתתרים שיקולים זרים ופסולים. קריטריון ההתאמה החברתית מהווה אמצעי, דרכו קבוצה קטנה של תושבים המתגוררת ביישוב קהילתי/הרחבה קהילתית, והמצויה בעמדת כוח, מכוונת עצמה ליצירת "קהילה" הרצויה לה. זוהי "קהילה", שהיא במידה רבה הומוגנית, ואשר מורכבת מאנשים שניתן לתארם כ"מצליחנים", "מבוססים" ו-"צעירים".

12. מנגנון הסינון הקבוע בהחלטה מס' 1015 מייצר "קהילתיות מדומה"; הוא מאפשר ל"מתיישבים הראשוניים" לקבוע מי יהיו שכניהם על קרקע שהיא ציבורית ושלכל אזרח יש בה זכות שווה. טענה זו מקבלת משנה תוקף עת עסקינן בהרחבות קהילתיות, שבהן האגודה השיתופית היא לבדה קובעת את הרכב ועדות הקבלה, כפי שקיים במקרה עסקינן.

13. החלטה מס' 1015 פוגעת בזכויות חוקתיות, ובהן הזכות לשוויון, לקניין, לדיוור ולפרטיות. החלטה זו מגבילה את זכותו של אזרח למשאב ציבורי רב חשיבות – קרקע – באמצעות מנגנון הסינון וקריטריון "ההתאמה החברתית". הפגיעה הטמונה בהחלטה זו גם אינה עומדת בפיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן היא אינה לפי חוק, לא לתכלית ראויה והיא בלתי מידתית.

14. החלטה מס' 1015 פסולה מפני שהיא מאצילה סמכות שלטונית של המשיב מס' 1 לידי ועדות הקבלה, וללא כל הסמכה בחוק. החלטותיהן של ועדות הקבלה אינן בגדר המלצות

על אף שהן מוגדרות כך בהחלטה עסקינן. הסכמתו של המינהל בנוגע לקבלת מועמדים מהווה אך אקט פורמאלי והחלטתו מבוססת בפועל על ההמלצה של ועדות הקבלה. החלטות ועדות הקבלה הן סופיות, ורק הגשת ערר עליהן תערב את המינהל ותגרום לו "לבחון" אותן באמצעות ועדת הערר. על אף בחינה זו, וכפי שיפורט להלן, התפיסה הסביבתית המגולמת בקריטריון ההתאמה החברתית מקובלת על ועדת ערר זו.

15. העותרים יבקשו להסב את תשומת בית המשפט הנכבד לעתירה שהוגשה בעניין דומה – בג"צ 8036/07 פאתנה אבריק-זבידאת ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'. עתירה זו קבועה לדיון ליום 28.5.2008 וגם היא התוקפת את חוקיותה של החלטה מס' 1015 בהקשר להליך הקבלה ליישובים הקהילתיים. כאמור העתירה עסקינן מתייחסת גם להליך הקבלה להרחבות הקהילתיות ביישובים החקלאיים.

העותרים

16. **העותרת מס' 3** – האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא עמותה שמטרתה להגן על זכויות האדם בישראל, בשטחים הנתונים בפועל לשליטתה, ובכל מקום שבו הפגיעה בזכויות נעשית על-ידי רשויות ישראליות, בין היתר עוסקת האגודה בסוגיה של צדק חלוקתי בחלוקת קרקעות המדינה.

הפרק העובדתי

17. בפרק זה יפרטו העותרים: **בחלק I** את השתלשלות העובדות ואת טיעוניהם העובדתיים בנוגע להחלטת המשיבים לדחות את מועמדותם של העותרים מס' 1 ו-2 לרכישת מגרש בהרחבה הקהילתית של מעין ברוך; **בחלק II** יתארו העותרים תוכן החלטה מס' 1015 - נשוא העתירה – הליך הסינון שמעוגן בתוכה וקריטריון ההתאמה לחיי חברה בקהילה והשלכותיו; **בחלק III** יפרטו העותרים את הרקע ההיסטורי להקמתם של היישובים הקהילתיים ושל ההרחבות הקהילתיות ביישובים החקלאיים, את החלטות מינהל מקרקעי ישראל – המשיב מס' 1 - בנוגע להקצאת הקרקע הציבורית עבור אותם יישובים, ואת המדיניות וההחלטות שקדמו להחלטה מס' 1015 ושעניינן קליטת מועמדים לאותם יישובים.

I. השתלשלות העובדות

18. העותרים מס' 1 ו-2 – דוד (בן 51 שנים) ואהובה (בת 54 שנים) הם זוג נשוי והורים ל-3 ילדים, בני 19, 18 ו-16 שנים. העותרים נישאו בינואר 1987 ומאז הם גרים בגני תקווה.

19. הרצון של העותרים במעבר למגורים ביישוב קטן, כפרי עם נוף פסטורלי היה קיים מאז ומתמיד. אולם מסיבות שונות ובשל קשיים רבים איתם התמודדו העותרים במהלך חייהם, נמנע מהם מימוש רצון זה עד לאחרונה.

20. לפני שנתיים בערך החל קיבוץ מעין ברוך לפרסם בעיתונות ובאתרי האינטרנט מודעות אודות "הכפר היווני" – ההרחבה הקהילתית לקיבוץ, והזמין את הציבור הרחב לרכוש מגרשים למגורים שם. כך לדוגמה באחת מחוברות הפרסום נאמר:

"היכנס... להזדמנות שלך לשינוי בחיים"

ב"כפר היווני", וילות מפוארות ומרווחות המשתרעות על דונם אדמה. תושבי הכפר נהנים משרותים חברתיים וקהילתיים יוצאי דופן באיכותן ובמהות הוויתן. לצד כל וילה שתי יחידות אירוח בסגנון יווני. כך תושבי הכפר יוכלו ליהנות ממקור הכנסה נוסף וגם מסגנון חיים המשלב אותנטיות וטבע מחד, ורמת חיים גבוהה מאידך. מאות אלפי ישראלים נוהרים אל הגליל, לאורך כל השנה. פרויקט ה"כפר היווני" קם מתוך ראיית המציאות הקיימת, בכוונה לתת פתרונות נוספים למשפחות המנסות לקבוע את עתידן. ה"כפר היווני" קם מתוך חשיבה כלכלית ואידיאולוגית המאפשרת לך לא רק להחזיר את הרכישה, אלא גם להרוויח ולהתפרנס ממנה. ..."

מצ"ב העתק מחומר הפרסום הנ"ל, כנספח ע/2

21. העותרים, כמו אחרים, ראו גם הם בהזדמנות זו כהזדמנות לשינוי בחייהם, הלכו, ביקרו והתאהבו ביישוב. וכך התחילו בהליך לרכישת מגרש של דונם ותכננו לבנות שם את ביתם, יחד עם שתי יחידות אירוח – צימרים – אשר יסייעו להם גם כן מבחינה כלכלית. על חשיבותם של הצימרים וההכנסות ששיאו ניתן ללמוד מחומר הפרסום של היישוב, לפיו ההערכה היא, כי ההכנסה החודשית מאותם צימרים תנוע בין 6,000-20,000 ₪ בחודש, לאור הפופולאריות הגואה של תרבות הצימרים. וכלשון חוברת הפרסום:

"שילוב של רכישת בית וצימרים מאפשרת למשפחה ליהנות מבית בבעלותם וממקור הכנסה נוסף. מקור ההכנסה הנוסף הנוצר מאפשר, בתנאים מינימאליים, כיסוי כל התשלום החודשי עבור המשכנתא ויותר."

"ע"פ ניתוח פשוט ניתן להבין כי נוצר מצב אבסורדי בו רכישת נכס בפרוייקט הנ"ל משפרת את המצב הפיננסי בתא המשפחתי."

ראו נספח ע/2

22. ביום 12.6.2007 חתם העותר מס' 1 על בקשה למתן המלצה להקצאת מגרש בהרחבה במעין ברוך, על בקשה להתקבל כחבר באגודה השיתופית של ההרחבה הקהילתית, על הסכם להזמנת שירותי בניה עם חברת "דקל א.ח.ר. בינוי והשקעות בע"מ" (החברה אשר משווקת את המגרשים שבהרחבה ואחראית על הבניה שם), ומסר בשני צ'קים סך 87,750 ₪ ו-42,250 ₪ עבור הוצאות פיתוח.

מצ"ב העתק מהמסמכים הנ"ל, כנספח ע/3

23. כחלק מהליך הקבלה לפי החלטה מס' 1015, נדרשו העותרים מס' 1 ו-2 לעבור ביום 16.7.07 בדיקה במכון פסיכולוגי "אור יישומים בע"מ" (להלן: המכון), שנבחר על-ידי המשיבה מס' 2, למתן חוות-דעת בדבר התאמת העותרים "לחיי חברה בקהילה". כחודש לאחר מכן, נדרשו העותרים לעבור ראיון בפני ועדת הקבלה של ההרחבה.

24. ביום 18.10.07 הודיעה המשיבה מס' 2 לעותרים על החלטתה לדחות את מועמדותם לרכישת המגרש בהרחבה הקהילתית.

מצ"ב החלטת המשיבה מס' 2 מיום 18.10.07, כנספח 4/ע

25. החלטתה הנ"ל של המשיבה מס' 2 לא היתה מנומקת. למעשה, כל מה שצויין באותה החלטה היה, כי הוחלט לדחות את מועמדות העותרים בהסתמך על חוות הדעת והממצאים של המכון, וכך מסמכים ונתונים שהיו בפני הוועדה. כך, ותו לא!

26. ביום 1.11.2007 הגישו העותרים לוועדת הערר של ממ"י (המשיב מס' 1) ערר על החלטת ועדת הקבלה לדחות את מועמדותם להקצאת מגרש בהרחבה. בשלב ראשון הערר היה מתומצת ובלתי מנומק, מכיוון שהעותרים לא ידעו באותו זמן מה היו השיקולים לדחייתם. על כן הם הבהירו כי יוסיפו ויפרטו את טיעוניהם לאחר קבלת תגובת המשיבה מס' 2.

מצ"ב הערר שהגישו העותרים מיום 1.11.07, כנספח 5/ע

27. ביום 4.12.07 הגישה המשיבה מס' 2 לוועדת הערר את תגובתה לערר, וצירפה לה את חוות הדעת של המכון בדבר בחינת התאמתם של העותרים לחיי חברה בקהילה.

מצ"ב תגובת המשיבה מס' 2 מיום 4.12.07, כנספח 6/ע

28. עיון בתגובת המשיבה מס' 2 לערר וכן בחוות-הדעת של המכון מלמדת שהמשיבה מס' 2 מנמקת את החלטתה לדחות את מועמדותם של העותרים בכך שלטענתה אינם מתאימים לחיי חברה בקהילה. המשיבה מס' 2 מסבירה עמדתה זו בהסתמך על שני שיקולים שלטענתה מעידים על אי-התאמת העותרים לחיי חברה בקהילה; הראשון, כי העותר מס' 1 רואה במעבר מפלט למציאת דרכו מבחינה כלכלית ולהתפתחות תעסוקתית; והשני, כי העותרת מס' 2 חסרת מוטיבציה במעבר.

29. ביום 15.3.08 הגישו העותרים לוועדת הערר את תגובתם לתגובת המשיבה מס' 2. בתגובה זו הסבירו העותרים, כי השיקולים עליהם נשענת המשיבה מס' 2 הם שיקולים זרים ומוטעים, ואין בינם לבין קריטריון התאמה לחיי חברה בקהילה ולא כלום. עוד טענו העותרים, כי החלטה מס' 1064 אינה עומדת במבחנו של עקרון השוויון, וכי מגבילה היא את הזכות העומדת לכל אזרח לנגישות שווה למשאב ציבורי נעלה בחשיבותו באמצעות קריטריון התאמה לחיי קהילה, וכי קריטריון זה הוא עמום ובלתי מובן, והוא מאפשר לוועדות הקבלה לצקת לתוכו תוכן כרצונן – דוגמת המקרה עסקינן.

מצ"ב תגובת העותרים לוועדת הערר מיום 15.3.08, כנספח 7/ע

30. להלן, יפרטו העותרים את טענותיהם בנוגע להחלטת המשיבה מס' 2:

מר קמפלר רואה במעבר כמפלט

31. המשיבה מס' 2 טענה בתגובה מטעמה (נספח 6/ע), כי בהתבסס על הראיון שערכה לעותרים התרשמה, כי הרצון של העותר מס' 1 במעבר "נובע בעיקר מקשיים חברתיים וכלכליים, איתם נאלצה המשפחה להתמודד במקום מגוריה הנוכחי, וכי העתקת מקום המגורים נתפס בעיני דוד כמעין מפלט נוכח התמודדויותיו".

32. על טענתה הנ"ל של המשיבה מס' 2, השיבו העותרים ויחזרו ויטענו בפני בימ"ש נכבד זה, כי אכן מר קמפלר, וכפי שצויין אף בחוות-הדעת של המכון, רואה במעבר "הזדמנות למציאת דרכו מבחינה כלכלית לצד אפשרות להתפתחות תעסוקתית ושיפור מצבם החברתי". ומה רע בכך?!

33. מניע זה של העותרים במעבר אינו המניע היחיד; נוסף על כך הוא תואם באופן מושלם את הדרך, בה מפרסם הקיבוץ ברבים את המגרשים בהרחבה והדרך בה מזמין את הציבור הרחב לרכישת אותם מגרשים, כפי שצוטט לעיל.

34. יתרה מזו, לא ברור הכיצד אינטרס לשיפור החיים מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית סותר ושולל את התאמתו של מועמד לחיי חברה בקהילה!

35. אכן, העותר מס' 1 התמודד עם קשיים כלכליים וחברתיים במהלך חייו, ומכאן הוא מייחס למעבר להרחבה בקיבוץ הרבה תקווה לעתיד חדש. קשיים אלו נובעים בעיקר ממצוקה נפשית סובייקטיבית שמקורה בילדות קשה בצל הורים ניצולי שואה וכן ממחלה בה לקה. לעותר מס' 1 הוכרו 52% נכות רפואית (מתוכם 40% נכות נפשית) ו-75% אי-כושר עבודה על-ידי המוסד לביטוח לאומי.

36. קשיים אלו, עליהם עמד העותר מס' 1 אף בראיון בפני המשיבה מס' 2, לא פוגעים כלל בסיכויי להשתלב ואף לתרום לחיי הקהילה בהרחבה. לתמיכה בטענותיו אלו צורפה לתגובת העותרים מכתבה של גב' נעמי טאובר, פסיכולוגית קלינית-מומחית, בעמותת "עמך – המרכז הישראלי לתמיכה נפשית וחברתית בניצולי השואה והדור השני", ובו צויין כלהלן:

"אני מכירה את מר דוד קמפלר מספר שנים מתוך עבודתי איתו במסגרת "עמך" (עמותה לטיפול בניצולי שואה ובני משפחותיהם). פגשתי גם את אשתו מספר פעמים בנסיבות שונות. אני מתרשמת ממר קמפלר כאדם אינטליגנטי, נעים הליכות, הגון וישר. מר קמפלר הוא אדם המוכן לעזור לזולת כשמתבקש, ויודע להעריך עזרה כשמקבל. יש לו מידה רבה של נחישות ויכולת להשקיע מאמצים לאורך זמן, תכונות שיכולות לעזור לו להשתלבות במקום החדש. מר קמפלר נאבק כל חייו לבנות חיים מלאים, משמעותיים ונורמטיביים למרות משקעים הרסניים מילדותו, ומאבקו מעורר הערכה. הדבר מעיד גם על חוסנו הנפשי ויכולתו להתגבר על קשיים שעשויים להיות במהלך עקירה והשתרשות במקום ישוב חדש. לדבריו של מר קמפלר - הוא ואשתו עברו תהליך של הידברות שבעקבותיו עלתה המוטיבציה של אשתו למעבר לישוב.

אני מעריכה שמר קמפּלר ואישתו יוכלו למצוא את מקומם ולהשתלב בכל קהילה סבירה המקבלת מגוון של אנשים ואינה חותרת להומוגניות של "מצליחנים".

(ההדגשה לא במקור)

ראו: נספח ע/6 (חוות-הדעת הנ"ל, צורפה לתגובת העותרים בפני ועדת הערר כנספח ב')

גב' קמפּלר חסרת מוטיבציה במעבר

37. הנימוק השני, שלטענת המשיבה מס' 2 שימש בדחיית מועמדותם של העותרים, הוא התרשמותה בהתבסס על הראיון שערכה, כי העותרת מס' 2 "חסרת כל מוטיבציה להעתיק מגוריה למעין ברוך", וכי הרצון במעבר הוא של העותר מס' 1 "ושלו בלבד". העותרים טענו ויטענו בעניין זה, כי יש לדחות מכל וכל טענתה זו של המשיבה מס' 2, ולקבוע כי היא מוטעית.

38. העובדה ששניהם עברו את המבחנים במכון "אור יישומים" והשתתפו בראיון שערכה המשיבה, מעידה על כך שלשניהם יש את הרצון והמוטיבציה במעבר ובמגורים בהרחבה של הקיבוץ. וכי אין בעובדה שעל הבקשה למתן המלצה להקצאת מגרש בישוב חתם העותר מס' 1 בלבד, בכדי לתרום מאומה למסקנה מרחיקת הלכת אליה הגיעה המשיבה מס' 2.

39. מסקנה מרחיקת לכת זו של המשיבה מס' 2 אף אינה תואמת את חוות הדעת של המכון, שציין כי "המוטיבציה העיקרית לשינוי הינה של דוד", כמובן מבלי לשלול כליל כל מוטיבציה אצל העותרת מס' 2 – כפי שעשתה המשיבה מס' 2.

40. העותרת מס' 2 מעוניינת במעבר וברכישת המגרש בהרחבה, ושותפה לרצון של בן-זוגה בשינוי ובקידום רמת חייהם מבחינה כלכלית וחברתית. אכן לעותרת מס' 2 היו חששות מהמעבר, בפרט לאור קשריה ההדוקים עם משפחתה המורחבת בגני-תקווה. היא ציינה זאת בכנות בראיון בפני המשיבה מס' 2 ואף בדיון בפני ועדת הערר, והסבירה מדוע היא חששה תחילה מהמעבר. חששה זה של העותרת מס' 2 הוא טבעי ביותר – למי אין חששות מהעתקת מקום מגוריו ליישוב חדש? אולם, מכאן ועד למסקנה מרחיקת הלכת של המשיבה הרואה בחששה זה של העותרת מס' 2 ראייה להעדר כל מוטיבציה במעבר, הדרך ארוכה מאוד.

41. למותר לציין בהקשר זה, כי ישנה מידה לא מבוטלת, בלשון המעטה, של התנשאות ופטרנליזם בטענה זו של המשיבה מס' 2, אשר אומצה אף על-ידי ועדת הערר. גישה זו, אשר נשקפת גם בחוות הדעת של המכון, מציירת את העותרים כ"אנשים פשוטים מאוד" ובפרט את העותרת מס' 2 "שקטה מאוד, סגורה וחסרת בטחון, הדימוי העצמי שלה נמוך", כמי שאינם מספיק בוגרים כדי להבין מה שהם עומדים לעשות. והנה המשיבה מס' 2 באה להסביר להם מדוע אינם יכולים, אינם מסוגלים ואינם באמת רוצים לעבור! אין דוגמה הממחישה זאת טוב יותר מאשר דבריו של יו"ר ועדת הקבלה בפני ועדת הערר, באומרו:

"... יש לוועדת הקבלה אחריות כלפי המועמדים שישתלבו וירגישו טוב במקום. הוא מציע למשפחה לשקול היטב אם הם עושים צעד נכון. התוצאות מדברות בעד עצמן... מדובר באנשים טובים, אך היישוב לא מתאים להם. יהיה להם קשה להשתלב. הוא צופה קשיי פרנסה. החיים היומיומיים הם התמודדות יום יומית עם חינוך, קניות ועבודה קשה. הוא צופה שלמשפחה הזו יהיה הרבה יותר קשה להשתלב – ציונים נמוכים ביכולת לקבל החלטות. הוא לא מצפה למנהיגות. פתיחות לקבל דברים חדשים." (שם. סעי' 8)

מצ"ב החלטת ועדת הערר מיום 30.3.08, כנספח ע/8

הצגה סלקטיבית של חוות-הדעת של המכון

42. המשיבה מס' 2 בתגובתה לערר הציגה את חוות הדעת של המכון באופן סלקטיבי מאוד, כך שדברים "חיוביים" בתוך חוות-הדעת נשמטו מתגובתה וכנראה גם לא נשקלו.

43. חוות הדעת נפתחת באמירה, לפיה "בני הזוג אנשים פשוטים מאוד ובעלי רצון טוב וכוונות טובות". בהמשך מציין המכון במפורש, כי העותרת מס' 2 "אכפתית, אוהבת מאוד לעזור לזולת, ונכונה להשקיע משאבים על מנת לסייע לאחרים". לגבי העותר מס' 1 צוין, כי הוא "איש עשייה המצליח לקחת חלק ולהשתלב במשימות קונקרטיים הדורשות כישורים ביצועיים".

44. הקורא את הדברים הנ"ל אינו יכול שלא להביע תמיהה לנוכח המסקנה, אליה מגיע המכון, כי העותרים יתקשו להשתלב בקהילה מבחינה חברתית ויכולתם לתרום לקהילה מוגבלת. שהרי רצון טוב וכוונות טובות, המלווים במוטיבציה להצטרף לשורות היישוב ובכונות להירתם לעזרת הזולת ולהשתלב במשימות, נדמות על פניהן כתכונות היסוד, הנדרשות ממי שמבקש להשתלב בקהילה מצומצמת.

45. חשוב במיוחד לציין, כי לאורך כל תגובתה לוועדת הערר לא ציינה המשיבה מס' 2 מהם השיקולים ומהן הסגולות, אותם היא מחפשת אצל מועמדים לרכישת מגרשים בהרחבה, ואשר בהם לא עמדו העותרים. המשיבה אף לא התאמצה לציין מהו האופי המיוחד של "קהילת ההרחבה" ו/או משמעות המושג "חיי חברה בקהילה" בהקשר להרחבה ביישוב. ולא במקרה! גם תקנון האגודה השיתופית של ההרחבה לא מוסיף דבר בהקשר זה. למעשה כל מה שצויין שם תחת הכותרת "מטרות האגודה הן", הוא:

"ארגון תושבי הישוב מעין ברוך, לרבות חברי קיבוץ מעין ברוך וכן תושבים נוספים בישוב שיהיו חברי האגודה, שתהווה מסגרת ארגונית חברתית ותרבותית, ותספק שירותים קהילתיים לחבריה ולכל מאן דהוא שיהיה כפוף לשיפוטה, לפי כל הסכם או דין, וכן ארגון השתכנות והתיישבות של חברי האגודה בתחום הישוב מעין ברוך תוך הקפדה ושמירה על קיומם, צרכיהם ורווחתם של החברים."

מצ"ב תקנון המשיבה מס' 2, כנספח ע/9

46. העדרם של מאפיינים מיוחדים לחיי הקהילה שבהרחבה איפשר למשיבה מס' 2 הלכה ולמעשה לצקת תוכן למונח השסתום – חיי חברה בקהילה - לפי ראות עיניה, גם כאשר

אין בין התוכן בו בחרה לבין המונח ולא כלום. דוגמה לכך היא תשובת יו"ר ועדת הקבלה בדיון בפני ועדת הערר ביום 19.3.08, לשאלת יו"ר ועדת הערר "איזה נזק יכולים העוררים לעשות להרחבה", תשובתו היתה "שהם רוצים לקלוט ביישוב אוכלוסיה צעירה כדי לשנות את המאזן הדמוגרפי ביישוב, שהוא ותיק, ושתהיה בה מידה מסויימת של חיי קהילתיות", הנה אם כן הופיע לו שיקול חדש וזה גילם של העותרים!

ראו: סע' 11 בהחלטת ועדת הערר (נספח ע/8)

47. ועדת הערר דחתה כאמור את עררם של העותרים, וביום 30.3.08, חתם מנהל המשיב מס' 1, מר יעקב אפרתי, על החלטת ועדת הערר ואימץ אותה. כפי שמעיד המסמך בן 4 העמודים (נספח ע/8) ועדת הערר כלל לא נימקה את החלטתה לדחות את ערר העותרים. לכל אורך המסמך סקרה ועדת הערר את השתלשלות האירועים, ואת טענות העותרים והמשיבה מס' 2, אלה שהוגשו לוועדה בכתב ואלה שנטענו בעל-פה בפניה. בסוף החליטה ב-3 שורות, לדחות את הערר, כדלקמן:

"לאור תוצאות מכון המיון לפיהן התאמת העוררים נמוכות יחסית ולפיכך אינם מומלצים, ולאור התרשמות הועדה כי סיכויי הצלחת השתלבותם של העוררים בקהילה המצומצמת המתגבשת ביישוב נמוכים, ממליצה ועדת הערר לדחות את הערר."

כך ותו לא!

48. העותרים הם אנשים נורמטיביים, המבקשים הקצאת מגרש בהרחבה של הישוב. העותרים הם אנשים, שיכולים לתרום לקהילה בהרחבה, כל אחד בדרכו, והמוכנים לקבל על עצמם את כל החובות שיוטלו עליהם מכוח היותם תושבים בהרחבה. שיקולים אלו הם השיקולים הרלוונטיים לקבלת מועמדותם לרכישת המגרש.

49. תגובתה של המשיבה מס' 2 מגלה, כי הפרשנות שנתנה למונח "התאמה לקהילה מצומצמת" הינה פרשנות צרה ביותר, כך שרק מועמדים "מבוססים", "צעירים" ושמהלך חייהם מציית למה שנחשב במקומותינו כ"סיפור הצלחה", יוכלו לעבור את סף הקבלה.

50. למותר לציין, כי חתירה מעין זו של המשיבה ליצירת קהילה, שחבריה עונים על מודל "אידיאלי" כלשהו – בין אם מבחינה חברתית ו/או כלכלית ו/או מבחינת האישיות של המועמד – מנוגדת לכל דין ופסולה היא על הסף.

II. החלטה מס' 1015 – מנגנון לסינון מועמדים

51. המסגרת הנורמטיבית להליך ואופן קבלת מועמדים לרכישת מגרשים ביישובים קהילתיים ובהרחבות קהילתיים ביישובים חקלאים, מעוגנים היום בהחלטה מס' 1015 של מועצת מקרקעי ישראל והתיקון לה בהחלטה מס' 1064 (שיקראו לה): החלטה מס' 1015 ו/או ההחלטה)

מצ"ב החלטה מס' 1015 והחלטה מס' 1064 של מועצת מקרקעי ישראל, כנספח ע/10

52. ביום 1.8.2004 קיבלה מועצת מקרקעי ישראל החלטה מס' 1015, שכותרתה "הליכי המלצה על קבלת מועמדים לרכישת זכויות חכירה במקרקעין ביישובים חקלאיים וביישובים קהילתיים". החלטה זו כפי שנקבע בסעיף 1 תחול על:

1.1 בישוב קהילתי קטן:

על הליך קבלתם של המועמדים הראשונים ועל מועמדים אשר רכשו את זכויותיהם בדרך של העברת זכויות, המבקשים להתיישב ב-500 בתי מגורים ביישוב, ועל אלה בלבד. הקצאת קרקע עת מספר בתי המגורים אשר הוקצו בישוב הקהילתי עולה על 500 תעשה בדרך של מכרז, או בדרך של הרשמה והגרלה, מקום שניתן לעשות כן על פי דין.

1.2 בישוב חקלאי:

על הליך קבלתם של מועמדים להקצאת קרקע או לרכישת זכויות בה בדרך של העברת זכויות, שלא בתנאי נחלה, באגודה שיתופית חקלאית שהיא קיבוץ, מושב עובדים, כפר שיתופי, מושב שיתופי או אגודה חקלאית שיתופית אשר מושכרים או מוחכרים לה מקרקעין כמשבצת בתנאי נחלה.

53. החלטה מס' 1015 קבעה, כי בכל יישוב תקום ועדת קבלה, אשר תדון במתן המלצה למינהל מקרקעי ישראל (המשיב מס' 1) על מועמדים לרכישת זכויות חכירה במגרשים בישוב. בסעיף 3 נקבע כי **הרכב ועדת קבלה בישוב קהילתי יהיה כדלקמן**: בעל תפקיד בכיר במיישבת (הסוכנות היהודית או ההסתדרות הציונית), בעל תפקיד בכיר במשרד הבינוי והשיכון, נציג האגודה השיתופית, נציג התנועה המיישבת – ביישובים הרלוונטיים; וכי **הרכב ועדת הקבלה ביישוב החקלאי יהיה כפי שייקבע על-ידי מוסדות האגודה השיתופית**.

54. עוד נקבעו באותה החלטה (סעיף 2) הקריטריונים, אשר רשאית ועדת הקבלה לשקול בדונה במתן המלצה על מועמד לרכישה, ואלו הם הקריטריונים:

2.1 בגיר מגיל 18 ומעלה;

2.2 יחיד או בני זוג;

2.3 בעל יכולת כלכלית להקמת בית ביישוב, תוך פרק הזמן הקבוע בהסכם הפיתוח עם המנהל;

2.4 בישוב קהילתי: התאמה לחיי חברה בקהילה מצומצמת

בישוב חקלאי: התאמה לחיי חברה בקהילה.

55. לעניין קריטריון "התאמה לחיי חברה בקהילה" נקבע, כי אגודה אשר תכלול קריטריון זה, תכלול גם הוראה, לפיה יידרשו כל המועמדים להמציא חוות דעת מקצועית של מכון, אליו יופנו על-יד ועדת הקבלה, אשר תבחן את התאמתם, וכי קביעת ועדת הקבלה בדבר דחיית מועמדים מסיבה זו תהא מבוססת על חוות-הדעת המקצועית.

56. החלטה מס' 1015 קובעת גם הליך ערר (סעיף 3.2) על החלטות ועדת הקבלה ביישובים, בפני ועדת ערר, המורכבת מאיש ציבור, נציג רשם האגודות השיתופיות ונציג מינהל מקרקעי ישראל.

הליך סינון פסול

57. סיפורם האישי של העותרים מס' 1 ו-2 מדגים ביתר שאת את הבעייתיות, בלשון המעטה, שבהחלטה 1015. החלטה זו נראית על פניה כהחלטה ממצה, הקובעת נוהל מסודר ומפורט בדבר הליך קבלת מועמדים לרכישת מגרשים, ואף מונה את הקריטריונים אותם רשאית ועדת קבלה ביישוב לשקול. כך מראית פני הדברים, אך למעשה לא כך הדבר.

58. ההחלטה מכשירה להלכה ולמעשה מנגנון סינון וסלקציה בהקצאת זכויות חכירה על קרקע למטרת מגורים שהיא ציבורית. מנגנון סינון זה אין לו כל הצדקה ואין לו כל אחיזה בחוק. ודוקו, לא מדובר ביישובים ייעודיים עבור קהילות ייעודיות דוגמת הקהילה החרדית.

59. ועדות הקבלה – ובפרט ביישובים החקלאיים שהרכבן נקבע על-ידי האגודה השיתופית ביישוב – מקנות לחברי הישוב זכות מיוחדת במינה של בחירת שכניהם. יודגש, מדובר במגרשים למטרת מגורים ולא בנחלות חקלאיות ו/או בקבלת מועמדים לאגודה השיתופית החקלאית של היישוב.

60. ההרחבות הקהילתיות ביישובים החקלאיים אף משוקות ומוצגות בפני הציבור הרחב כנבדלות ונפרדות מהיישוב החקלאי. דוגמה לכך, הוא המקרה דנן – הרחבה קהילתית בקיבוץ מעין ברוך. כפי שמייצג אף השם השיווקי שלה "הכפר היווני" – ההרחבה נבדלת ונפרדת מהקיבוץ עצמו, תושבי ההרחבה מאוגדים באגודה שיתופית של ההרחבה (המשיבה מס' 3) ואין ביניהם כל "שותפות" ו/או "ערבות הדדית" במובן שיש ב"קיבוץ הקלאסי". הסקירה בחלק III להלן, המתארת את ההיסטוריה והרקע להחלטות מועצת מקרקעי ישראל בכל הנוגע לקליטת מועמדים ביישובים קהילתיים והרחבות חקלאיות, מגלה כי גם לא היתה כל כוונה ליצור שותפות במובן זה בין תושבי המקום.

61. ההרחבות הקהילתיות כמוהן כמו היישובים הקהילתיים: מעין שכונות פרבריות, המציעות מגרשים גדולים למגורים בהנחה משמעותית; בית צמוד גינה ומסביבו נוף פסטורלי, ושירותים מוניציפאליים וחברתיים ברמה גבוהה. זהו אופיים "המיוחד" של אותם יישובים, ואופי זה אינו מצדיק מתן הכשר למנגנון סינון והדרה, המייצרים בתורם "קהילתיות מדומה".

קריטריון "התאמה חברתית" וחוות הדעת המקצועית

62. החלטה מס' 1015 היתה אמורה להסדיר את הליך קבלת מועמדים לרכישת מגרשים ביישוב קהילתיים ובהרחבות קהילתיות, לתקן פגמים, ולקבוע הליך, הנסמך על

קריטריונים ברורים ושוויוניים (ראו בחלק III בהמשך), אולם כאמור ההחלטה לא הצליחה לעשות זאת.

63. בעיה מרכזית נוספת לצד עצם קיומו של הליך הסינון, הוא קריטריון "ההתאמה לחיי חברה בקהילה" ו/או "ההתאמה החברתית", הכלול בקריטריונים אותם רשאית ועדת הקבלה לשקול. קריטריון זה הוא קריטריון עמום ובלתי מובן, המאפשר לוועדות הקבלה לצקת לתוכו תוכן ככל העולה על רוחן. כך, לדוגמה, הפכה "צפייה לא רציונלית מהמעבר" (המוכחשת כאמור) לשיקול רלוונטי לקביעת "התאמתו" החברתית של העותר מס' 1.

64. קריטריון עמום זה מאפשר לוועדות הקבלה להסתתר מאחוריו ולדחות מועמדים משיקולים זרים. עמימות הינה קרקע פוריה לשקילת שיקולים פסולים ומפלים. סיפורם של העותרים מס' 1 ו-2 מדגים זאת היטב. תשובת יו"ר ועדת הקבלה (שצוטטה לעיל) לשאלת יו"ר ועדת הערר בדבר הנזק שייגרם לישוב אם יתקבלו העותרים היתה מפורשת וברורה - באומרו, כי "הם (היישוב, ג.נ.) רוצים לקלוט אוכלוסייה צעירה כדי לשנות את המאזן הדמוגרפי של הישוב". כך גם התברר, שגילם של העותרים היווה שיקול בדחיית מועמדותם.

65. הדרישה שבהחלטה 1015, כי "ההתאמה החברתית" של מועמד תתבסס על חוות-דעת מקצועית, אינה תורמת מאומה לפתרון הבעייתיות שבקריטריון זה ובפרט את עמימותו.

66. תחילה יש להצביע על כך, שהמכונים המתבקשים לבחון "התאמה חברתית" של מועמדים נשכרים על-ידי הישוב וחייבים לו את נאמנותם, זאת על אף שהמועמדים הם אלו הנושאים בעלויות אותם מבחנים. יצויין גם, כי אותם מכונים מחתימים את המועמדים על כתב ויתור לקבל חוות-הדעת, והיא נמסרת אך ורק לוועדת הקבלה של היישוב. הדבר מעלה אם כן סימני שאלה בנוגע לאובייקטיביות של האבחונים, הנעשים על-ידי המכונים.

67. נוסף על כך החלטה 1015 אינה מנחה את המכונים באשר לאופי ו/או סוגי המבחנים שעליהם לערוך ו/או השיקולים אותם צריכים לבחון. כמו כן, המשיב מס' 1 אינו מפקח כלל על הליך זה, דבר המותיר מרחב עצום לשרירות.

68. חוות-הדעת בעניינם של העותרים 1 ו-2 מדגימה הבעייתיות הנ"ל היטב. מבין השיקולים/ערכים אותם פירט ובדק המכון בחוות-הדעת היו: "תקינות היחס הזוגי", "תקינות נפשית ויציבות רגשית", "היעדר גילויי תוקפנות", "יכולת קבלת החלטות". למותר לציין, כי הרלוונטיות של שיקולים אלו לבחינת התאמתו החברתית של מועמד למגורים בהרחבה אינה מובנת מאליה כלל ועיקר.

69. נוסף על כך, הנחת המוצא שבהחלטה 1015 כי המכונים יכולים לנבא "התאמה חברתית" הינה הנחה מוטעית ומנוגדת לספרות המקצועית, ולפיה אין כל דרך "לאבחון", "למדוד"

או "לכמת" את התאמתו החברתית של פלוני לקהילה אלמונית. מכאן הצגתם של אותם איבחונים וחוות דעת כ-"מקצועיות" ו"אובייקטיביות" היא מטעה ופסולה.

העותרים שומרים לעצמם את הזכות להגיש חוות-דעת מקצועית וכן מחקרים המתייחסים מפורשות לעניין היעדר יכולת הניבוי של מבחני מיון לוודא הצלחה בהשתלבות במסגרת יישובים קהילתיים, ואשר מפאת קוצר הזמן לא היה ניתן לצרפם לעתירה זו.

III. יישובים קהילתיים והרחבות קהילתיות

70. בחלק זה יסקרו העותרים את ההיסטוריה והרקע להחלטות מועצת מקרקעי ישראל בכל הנוגע לקליטת מועמדים ביישובים קהילתיים והרחבות קהילתיות.

יישובים קהילתיים

71. הקמתם של יישובים קהילתיים החלה בשנות השבעים כחלק ממדיניות ממשלתית מכוונת "לבניין האומה" ו"ליהוד המרחב":

"הגל השלישי, במהלך שנות השבעים המאוחרות ותחילת שנות השמונים, התאפיין בהקמתם של מאה שישים ושבעה יישובים "חוץ עירוניים", הנקראים בשמות שונים, כגון יישובים קהילתיים, יישובים פרטיים ומצפים. (כאן נשתמש במונח "יישובים קהילתיים"). יישובים אלה נבנו כשכונות מעין-פרבריות, המונות בין חמישים לשלושת אלפים משקי-בית והמפוזרות בין היישובים הערביים ועיירות הפיתוח באזורי הספר הפנימי. הקמתם של יישובים אלה נתנה ביטוי להצטלבותם של שני אינטרסים חזקים: שאיפתה של המדינה להמשיך לחזק את התהליכים של בניין האומה וייהוד המרחב על-ידי החייאת המודעות ל"אזורי הספר", והשימוש במנגנוני ההתיישבות של בנין המדינה על-ידי יהודים בני המעמד הבינוני המבקשים לממש את חלומם על "בית עם גינה" לא הרחק מהאיזורים האורבניים הצפופים."¹

72. בהליך הקמת היישובים הקהילתיים נטלו חלק מרכזי לצד המדינה גופים התיישבותיים שונים ובראשם הסוכנות היהודית. יש אף הרואים בסוכנות היהודית כמי שהגתה את רעיון היישובים הקהילתיים בראשית שנות השבעים "על רקע קובלנות של עורכי תכנית המתאר הארצית 6 (1975) כי בהיעדר "עולים", לא ניתן לחדש את תנופת ייחוד הגליל והנגב. הסוכנות הציעה "לייבא" את דגם הפרבר האמריקני לגליל, ומאוחר יותר אל השטחים שמעבר לקו הירוק, לשם יצירת מגורים אטרקטיביים לאוכלוסייה היהודית הוותיקה בישראל, הנמנית עם המעמד הבינוני-גבוה."²

¹ אורן יפתחאל, "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב"אתנוקרטיה הישראלית": התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים", עיוני משפט כא(3), 637, 649-650.

² ארו צפדיה, "במסווה הפרטה וקהילתיות – עמדה ביקורתית כלפי שיח ליברלי בנושא קהילות מגורים חדשות בישראל (תגובה על מאמרו של אמנון להבי: קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה)", משפט וממשל ב(1) 141 (2005), 155-154.

73. במשך אותם שנים ועד היום, השקיעה המדינה רבות בפיתוחם של היישובים הקהילתיים והפכה אותם לאטרקטיביים ביותר. התפקיד המרכזי של המדינה בהקמת ובפיתוח אותם יישובים השתקף הן באישור תוכניות מתאר ובהקצאת הקרקע הציבורית, הן בפיתוח תשתיות וכבישים, שהפכו אותם יישובים ליותר נגישים, והן בסיוע כספי ישיר ועקיף – דוגמת הנחות משמעותיות בדמי חכירה למגרשים למגורים.

74. על אף שהיישובים הקהילתיים הוצגו בציבור כפרויקט לאומי לייחוד המרחב, אוכלוסיית המתיישבים מנתה בעיקר אשכנזים בני המעמד הבינוני, ששמרה בהקפדה על בדלנותה הגיאוגרפית והחברתית מהסביבה הקרובה – באמצעות הליך הסינון בקבלת תושבים ליישוב. כך, למעשה, שמרו אותם יישובים על סגרגציה על בסיס לאומי, אתני ומעמדי.

”רוב היישובים התפתחו כשכונות הומוגניות אטרקטיביות בעלות סטנדרטים גבוהים של שירותים קהילתיים וסביבה פיסית. הדבר התאפשר הודות לכך שאזורי הספר הפנימיים, שהיו בעבר מרוחקים ומבודדים, נעשו נגישים בזכות רמת המינוע הגדלה ותשתית הכבישים המשופרת. מאמצים עקביים של המדינה לעצב את התדמית החברתית של ה”ספר”, יחד עם הנגישות הגוברת של איזורים אלה, איפשרו לחברי הקבוצה המייסדת לחדור לאזורי הפריפריה וליצור איים של קהילות פרבריות מבוססות ובעלות איכות חיים גבוהה (בסיוע האקטיבי של המדינה). קהילות אלה שמרו בהקפדה על התבדלות גיאוגרפית, חברתית וממסדית מערי-הפיתוח, ובכך הוסיפו נדבך נוסף לפיצול האתני-החברתי באזורי הספר ולפערים המעמדיים באיזורים אלה.”³

75. הקצאת הקרקע הציבורית עבור היישובים הקהילתיים נקבעה בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל שהשתנו והוחלפו מעת לעת. ההחלטה הרלוונטית ושבתוקף היום הינה החלטה מס' 433 מיום 2.11.1989, והתיקון לה שנקבע בהחלטה מס' 930 מיום 24.6.2002.

מצ"ב החלטה מס' 433 ומס' 930 של מועצת מקרקעי ישראל, כנספח ע/11

76. באמצעות ההחלטות הנ”ל אישרה מועצת מקרקעי ישראל התקשרותו של מינהל מקרקעי ישראל (המשיב מס' 1) בהסכמי הרשאה עם הסוכנות היהודית לארץ ישראל ו/או עם ההסתדרות הציונית העולמית (להלן: המיישבת) למטרות תכנון ופיתוח יישובים קהילתיים. הרשאה זו ניתנה לתקופה של 7 שנים, והיא ניתנת להארכה לתקופות נוספות של 7 שנים כל אחת, ”עד להשלמת תכנונו, פיתוחו ואיכלוסו של הישוב או עד לסיום הקמה ואיכלוס של 300 בתי מגורים קבועים בישוב, או עד השלמת בניית כל מגרשי המגורים המתוכננים בישוב עפ”י תב”ע (אם מספרם נמוך מ-300), המוקדם מבין השלושה.” (סעי' 1(ב) להחלטה מס' 433 והתיקון לסעי' בהחלטה מס' 930)

77. עוד נקבע בהחלטה מס' 433, כי המיישבת תקים בכל יישוב קהילתי אגודה שיתופית, המאגדת את המתיישבים, כי מינהל מקרקעי ישראל יקצה מגרשים למומלצים על-ידי המיישבת, כי המיישבת תהיה צד לכל הסכמי הפיתוח שבין המינהל לבין המתיישבים,

³ אורן יפתחאל, לעיל ה”ש 1, עמ' 650

וכי בחוזי החכירה בין המינהל לבין המתדיישים תותנה העברת זכויות החכירה בקבלת המלצת המיישבת (ראו: סעיף 2 להחלטה מס' 433).

78. במשך תקופה ארוכה מאוד היתה ההחלטה מס' 433 היחידה שהסדירה עניין קבלת מועמדים לרכישת מגרשים ביישובים הקהילתיים. כך, הלכה למעשה, העניק מינהל מקרקעי ישראל יד חופשית למיישבת ולאגודה השיתופית בכל יישוב לעשות ככל העולה על רוחן בקבלת ודחיית מועמדים ליישובים הקהילתיים, ללא קביעת קריטריונים וללא כל הליך של פיקוח מצד המינהל. המינהל קיבל רשימה של מומלצים על-יד המיישבת והאגודה השיתופית, והקצה את מגרשי המגורים בהתאם.

79. בדוח השנתי 51ב מתח מבקר המדינה ביקורת אודות הליך קבלת המתדיישים באותם יישובים והיעדר של קריטריונים, וכן אודות מעורבותה של הסוכנות היהודית בהקמת אותם היישובים:

”הביקורת העלתה:

א. המינהל ער לכך שבעשור האחרון (מסוף שנות השמונים ועד למועד סיום הביקורת), פחתה מאוד מעורבותה של הסוכנות בהקמת יישובים קהילתיים או בהרחבתם: היא אינה מתכננת את הקמתם, אינה עוסקת בפיתוח התשתיות הדרושות... ומעורבותה באכלוס היישובים היא מזערית. אף על פי כן, עד מועד סיום הביקורת לא בחן המינהל את המשמעות המשפטית והתפעולית שיש למצב זה, מבחינת הסדרי התקשרות עם הסוכנות בנושא, ואף לא – אם ראוי לשנות את ההסדרים, ומה הם השינויים שיעשו (אם ייעשו).

ב. **במסמכים החוזיים נקבע בין היתר: “באגודה ... יהיו זכאים להיות חברים רק אותם המתדיישים שאושרו על ידי הסוכנות כראויים להתיישב ביישוב והמקיימים את התחייבויותיהם כלפי הסוכנות”. עד מועד סיום הביקורת לא נתן המינהל את דעתו על הקריטריונים שלפיהם הסוכנות אמורה לאשר מי ראוי להתיישב ביישוב כאמור ולהיות חבר באגודת היישוב, ולא דרש שהללו ייקבעו בתיאום עמו ועל דעתו.”**

(ההדגשה לא במקור)

מבקר המדינה, דו"ח שנתי 51ב לשנת 2000 ולחשבונות שנת הכספים 1999, תאריך פרסום 29.4.2001, עמ' 751, **מצ"ב** חלקים רלוונטים לעניין עסקינן מתוך הדו"ח, **כנספח ע/12**

80. נוסף על הביקורת הנ"ל של מבקר המדינה, נמתחה ביקורת ציבורית נגד הליך הסינון, שהפעילו הסוכנות היהודית והאגודות השיתופיות ביישובים בין היתר בעקבות עתירות שהוגשו לבג"ץ על-ידי מועמדים שנדחו⁴. עתירות אלו חשפו מצד אחד את הליך הפגום והמפלה, שהפעילו אותם יישובים לשם סינון מועמדים, ומצד שני את התפרקות מינהל מקרקעי ישראל מאחד מתפקידיו העיקריים – ניהול הקרקע הציבורית במדינה.

⁴ ראו סעיף 3 בדברי ההסבר להחלטה מס' 1015 (נספח ע/10)

81. ההתפתחויות הנ"ל הביאו את מינהל מקרקעי ישראל בחודש מרץ 2002 לפרסם לראשונה נוהל וקריטריונים לקליטת מועמדים ליישובים קהילתיים. נוהל זה עוגן **בהחלטה מס' 510 של הנהלת מינהל מקרקעי ישראל**, ובה נקבע, כי הקריטריונים לקליטת מועמדים יהיו כדלקמן: בגיר מעל גיל 20; יחיד או משפחה; בעל יכולת כלכלית להקמת בית ביישוב ובעל התאמה לחיי חברה בקהילה מצומצמת. עוד נקבע באותה החלטה, כי קביעת ועדת הקבלה בדבר דחיית מועמד מסיבה של אי-התאמה לחיי חברה תהא מבוססת על חוות דעת מקצועית. בנוסף נקבע, שוועדת הקבלה ביישוב תורכב מנציג היישוב, נציג מינהל מקרקעי ישראל ונציג התנועות המיישבות הרלבנטיות והתנועות הציוניות. כמו כן, הוקמה ועדת ערר ציבורית, שנועדה להוות ערכאת ערעור על החלטות ועדת הקבלה.

82. הנוהל הנ"ל שונה ביום 22.10.2003 **על-ידי החלטה מס' 987 של הנהלת מינהל מקרקעי ישראל**. החלטה זו קבעה לראשונה נוהל המשותף הן ליישובים קהילתיים והן להקצאת קרקע למגורים ביישובים החקלאיים. הנוהל שנקבע בהחלטה זו דומה לנוהל שבתוקף היום, ואשר עוגן לראשונה בהחלטה של מועצת מקרקעי ישראל- החלטה מס' 1015 – נושא עתירה זו.

מצ"ב החלטה מס' 987 של הנהלת מינהל מקרקעי ישראל, כנספח ע/13

הרחבות קהילתיות

83. החל משנות ה-90, עקב מחסור בקרקעות זמינות למגורים והמשבר הכלכלי, אליו נקלע המגזר החקלאי-התיישבותי, החלה מועצת מקרקעי ישראל לקבוע החלטות, המתוות מדיניות לשינוי ייעוד של קרקעות חקלאיות למטרות שונות – תעשייה, מסחר, מגורים, תירות וכו'. לרקע ההיסטורי של קבלת החלטות מינהל מקרקעי ישראל בנושא זה, ראו בג"צ 244/00 עמותת שיח חדש ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו (6), 25, בפסקאות 7-10.

84. הליך "הפשרת" הקרקע החקלאית הוביל את רוב היישובים החקלאיים – מושבים וקיבוצים – להקמתן של "שכונות הרחבה" או מה שנקרא "הרחבות קהילתיות" בשטחים. כפי שמציין גדעון ויתקון, תהליך הרחבת המושבים ביקש להשיג מספר מטרות: עידוד משיכת אוכלוסייה לאזור הפריפריה (בעיקר לגליל); שינוי המבנה הארגוני מישוב קטן לקהילה כפרית גדולה; פדיון זכויות חכירה כאמצעי להסדר חובות ההתיישבות; הרחבת המושבים לקליטת עלייה (ראו גדעון ויתקון **הזכויות בקרקע חקלאית** (הוצאת חושן למשפט, 1996) עמ' 585-587).

85. בדומה ליישובים הקהילתיים, גם כאן הקצאת המגרשים בהרחבות הקהילתיות נקבעה במספר החלטות של מועצת מינהל מקרקעי ישראל, אשר הוחלפו ועודכנו מעת לעת.

86. **החלטה הראשונה**, שענינה את הליך הפשרת הקרקע ביישובים החקלאים למטרות מגורים, היתה **החלטה מס' 612** של מועצת מינהל מקרקעי ישראל מיום 13.10.1993, שכותרתה "הודעה בדבר כללים להקצאת מגרשים למטרת מגורים באגודות ישובים שהם מושב עובדים, כפר שיתופי או אגודה שתופית חקלאית". החלטה זו קבעה, בין היתר, כי יישוב חקלאי יהיה רשאי לפעול להרחבת הישוב למטרת מגורים בלבד במסגרת המשבצת; כי המועמדים להתיישב במגרשי המגורים לא יחויבו להיות חברים באגודה החקלאית, אך יהיו חברים במסגרת המוניציפלית ויהיו זכאים לקבל שירותים מוניציפאליים זהים לכלל תושבי היישוב; כי היישוב רשאי לתת עדיפות בהקצאת מגרשי המגורים בהרחבה לבני המקום, וכי **אם ההרשמה פתוחה לאחרים שאינם "בני המקום" יעברו המועמדים בדיקות התאמה שתקבע ועדת הקבלה בהתחשב באופי היישוב והמירקם החברתי שלו**.

מצ"ב החלטה מס' 612 של מועצת מקרקעי ישראל, כנספח ע/14

87. ההחלטה הנ"ל בוטלה ביום 17.12.1995 על-ידי **החלטה מס' 737**, שכותרתה "הרחבות למגורים באגודות ישובים חקלאיים שהם מושב עובדים, כפר שתופי, מושב שתופי, קבוץ, או אגודה שיתופית חקלאית". החלטה זו נבדלה מקודמתה בקשר לקליטת מועמדים בכך שבסעיף 4(א) נקבע, כי "מגרשי המגורים יוחזרו על-יד המינהל למועמדים שיומלצו על יד האגודה...", וכי אם המגרשים לא יוקצו תוך תקופה של חמש שנים מיום מתן תוקף לתוכנית "יהיה המינהל רשאי לשווקם במכרז".

מצ"ב החלטה מס' 737 של מועצת מקרקעי ישראל, כנספח ע/15

88. החלטה 737 בוטלה בבג"צ 244/00 עמותת שיח חדש ואח' יחד עם שתי החלטות של מועצת מקרקעי ישראל, בשל ההטבות הכספיות הבלתי סבירות שהיו גלומות בהן, וללא קשר להליכי קליטת המועמדים בהרחבות למגורים.

89. במקום ההחלטה הנ"ל קיבלה מועצת מקרקעי ישראל ביום 4.2.2003, **החלטה מס' 959**, החלטה זו קבעה בנוגע לקליטת מועמדים, כי המינהל יקצה מגרשי בניה למומלצים על-ידי ועדת הקבלה של היישוב החקלאי (סעיפים 1.3 ו-סעי' 5.1); כי אחד השיקולים שעל ועדת הקבלה לשקול הוא התאמתו של מועמד לחיי חברה בקהילה, וכי קביעת ועדת קבלה בדבר דחיית מועמד מסיבה זו תהא מבוססת על חוות דעת מקצועית (סעיף 5.3.4); וכי תוקם ועדת ערר ציבורית, אשר תשמש כערכאת ערעור על החלטות ועדות קבלה של יישובים חקלאיים (סעיף 5.4).

מצ"ב החלטה מס' 959 של מועצת מקרקעי ישראל, כנספח ע/16

90. החלטה מס' 1015 נשוא עתירה זו החליפה ובאה במקום הוראות סעיפים 5.3 ו-5.4 שבהחלטה הנ"ל ושעניינם הקריטריונים, שרשאית ועדת הקבלה לשקול והליך הערר על החלטות ועדת הקבלה.

הפרק המשפטי

I. פגיעה בזכויות חוקתיות

הזכות לשוויון

91. בבג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) קבע ביהמ"ש, כי בצד התכליות המיוחדות, המונחות ביסוד סמכותו ושיקול דעתו של המינהל, על המינהל לפעול לאור תכליות משפטיות כלליות, הפרושות כמטריה נורמטיבית מעל לדברי החקיקה כולם. **כחלק מאותן תכליות, נקבע כי חלוקת אדמות המדינה חייבת להיעשות בצורה שוויונית, בין אם הרשות בעצמה היא המקצה את הקרקע ובין אם היא אוצלת סמכותה לגוף אחר המקצה את הקרקע.**

92. בדומה לפרשת קעדאן גם במקרה שלפנינו, אדמות מעין ברוך הינן קרקע ציבורית ויש להעמידן לרשות כלל אזרחי המדינה באופן שוויוני ובהתאם לכללי המינהל התקין.

93. מכוח הזכות לשוויון אל-לה למדינה להפלות בין פרטים שעה שהיא מחליטה להקצות להם מקרקעי המדינה. חובתה של המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין מופרת אם המדינה מעבירה מקרקעין לגוף שלישי, אשר מצידו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס של דת, לאום, אתניות, מוגבלות או כל רקע פסול אחר. המדינה אינה יכולה להשתחרר מחובתה החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין על ידי שימוש בגוף שלישי, הנוקט מדיניות מפלה. את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין – נקבע בבג"צ קעדאן.

94. מדיניות, המאפשרת הפעלת מנגנון סינון בהקצאת מקרקעי ציבור, היא מדיניות מפלה. מדיניות, המאפשרת לוועדות הקבלה ביישובים להמליץ על מועמדים לאחר סינון ובחינות קבלה, היא מדיניות מפלה. מדיניות זו מהווה אף השתמטות מאחריותו של המינהל לנהוג בשוויון תוך שמירה על הליך תקין מתוקף תפקידו כנאמן על הקרקע הציבורית.

95. הלכה פסוקה היא, כי הפליה פסולה גם בהיעדר כוונה להפלות – וכי המבחן הוא מבחן התוצאה (בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מח(5) 501, 524). תוצאותיה המפלות של מדיניות המינהל בעניין עסקינן ובפרט בהפעלת קריטריון "ההתאמה החברתית", ברורות הן, גם לפי עתירה זו וגם לפי עתירות אחרות שהוגשו לבימ"ש נכבד זה על-ידי משפחות שנדחו.

96. למותר לציין, כי דווקא בישראל, מדינה שסועת מתחים על בסיס לאומי, אתני ומעמדי, מונח כמו "התאמה חברתית" אינו יכול להיות ניטרלי וחף משיפוטיות באשר ל"נורמטיביות" ו"חריגות". מכאן החשש לשעתוק דעות קדומות ומפלות המיתרגמות

למונחים "מכובסים" כדוגמת "התאמה חברתית". מונח זה מטיבו מגלם איפיונים שהם **המעצבים** – ולא רק מגלים או משקפים! – טיפוס או מודל של אדם/משפחה "נורמטיביים", הזכאים לגור בהרחבה הקהילתית. ואף כי הדבר לא נאמר מפורשות, לא קשה לדמיין מי ומה ייחשב "מתאים" מבחינה "חברתית".

97. בהיעדר קריטריונים מפורשים ל"אותה התאמה" הרי בבירור היא תוציא מתוכה כל מי שבזמן ובמקום נתון מסומן כ"חריג" על ידי מי שיש לו את הכוח לעצב ולהגדיר את המונח הזה. ה"בלתי מתאים" עלול להיות מוגדר ככזה בשל השתייכות לאומית/דתית, מעמד כלכלי/חברתי (ובכלל זה רמת השכלה), השתייכות עדתית, מוגבלות (פיזית או רגשית) או כל סיבה דומה שתוצאתה היעדר הלימה בין אותו מודל מובנה של המועמד ה"ראוי", לבין מי שלא נפל בגורלו להיכלל בקבוצה זו.

98. משום כך, גם הפעלתם של מבחני מיון מקצועיים לכאורה, אינה פותרת את הבעיה ואין היא מנטרלת את הקושי הנ"ל. המבחנים הללו רק מאשרים ומאששים את מה **שמלכתחילה** הוגדר והובנה על-ידי היישוב כקבוצה הראויה לבוא בשעריו. גם הליכי המיון במכון משתתפים, אם כן, בעיצובו של המועמד הנורמטיבי ה"מתאים חברתית". משכך, אין הם מהווים מנגנון בקרה אמיתי וחיצוני לכוח שהופקד בידי היישוב.

99. ואכן, מועמד אשר אינו עונה על "המודל" סיכויו להחזיק בכיסו את המפתח לאותו "שער התאמה" הוא קלוש.

"צעד התבדלות נוסף היה נקיטת הליכים של 'סינון תושבים' לקליטתם של מועמדים 'מתאימים' בלבד ביישובים הקהילתיים. השימוש בהליכים אלה הוביל לריכוזה של אוכלוסייה בעלת מאפיינים חברתיים-כלכליים גבוהים במיוחד, והיישובים נהפכו למעשה ל'קהילות מסוגרות' (Gated communities). הליכי סינון אלה פותחו במקור בשנותיה הראשונות של ההתיישבות היהודית לצורך בחירת מועמדים מתאימים לקיבוצים ולמושבים, שהיו בעלי אופי סוציאליסטי-חלוצי ובעלי מודעות אידיאולוגית מפותחת; אולם המנגנונים הללו פעילים עדיין אף-על-פי שהם שינו בבירור את ייעודם: מהליך חיובי של בחירת חלוצים לפרקטיקה אליטיסטית של בידול מרחבי וחברתי. מנגנון זה בעייתי במיוחד מכיוון שהישובים יושבים על אדמות מדינה, ואף-על-פי-כן אינם מאפשרים נגישות שווה אליה לכל האזרחים"⁵.

הזכות לקניין

100. הפגיעה בזכות לשוויון בענייננו היא קשה שבעתיים, כיוון שמדובר בהפליה בהקצאה של קרקע ציבורית, שהיא רכוש הציבור כולו. אדמות ההרחבה הקהילתית בקיבוץ מעין ברוך, היא כאדמות כל ההרחבות הקהילתיות וכל היישובים הקהילתיים, הן קרקע ציבורית – רכוש הציבור.

⁵ אורן יפתחאל, "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב"אתנוקרטיה הישראלית": התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים" **עיוני משפט** כא(3)(יוני 1998), ע"מ 652.

101. מעשיהם של המשיבים, במנעם מהעותרים להקים את ביתם על הקרקע הציבורית מסיבות לא ענייניות – פוגעים בקניינם. הם פוגעים בזכותם המשתרעת על כל פני מקרקעי הציבור. המשיבים משרטטים למעשה בפני העותרים קו דמיוני, המסמן: "עד כאן – מכאן זכותכם פוקעת. לכאן אינכם רצויים". קו זה מחלק את מקרקעי הציבור לאלה הפתוחים בפני העותרים ולאלה החסומים בפניהם – יראו אותם, אך אליהם לא יזכו להיכנס. "הפקעה" זו של מקרקעי הציבור, הגלומים באדמות מעין ברוך, היא פגיעה בקניינם של העותרים. פגיעה זו אסורה על פי הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

102. לעניין זה יפים דבריו של כב' השופט (בדימוס) מ' חשין בבג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4), פסקה 34, באומרו:

"הנה-כי-כן, לכל יחיד ויחיד מן הציבור יש חלק ברכוש הציבור – במקרקעין שיועדו לציבור – ואין יחיד או בעל שררה רשאים ליטול מרכוש הציבור ולייחדו ליחיד או לחלק מן הציבור, אלא על-פי חוק או חוקה. העיקרון כי "אין פוגעים בקניינו של אדם" – כהוראת סעי' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – יכול שיחול גם על זכותו של היחיד בקנין הציבור"

הזכות לדיור

103. לצד זכותו של האזרח ברכוש הציבור, ניצבת גם זכותו לבחור את מקום מגוריו בתוך תחומי המדינה. זכות זו הינה חלק מהאוטונומיה האישית והחירות של הפרט.

104. מדיניות "המגדרת" שטחים ציבוריים והופכת אותם למעין איים פרטיים אשר הכניסה אליהם והמגורים בהם מצריכים "תעודת כשרות", היא מדיניות פסולה שפוגעת בזכות החוקתית של האזרח לחירות ולאוטונומיה אישית. יפים כאן דבריו של פרפ' א' ברק:

"כבוד האדם הוא חופש עיצוב האישיות של כל אדם. כבוד האדם הוא האוטונומיה של הרצון הפרטי, וחופש הבחירה. כבוד האדם הוא הערך של האדם, קדושת חייו והיותו בן-חורין. כבוד האדם רואה באדם כמטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים. ביסודם של אלה עומד חופש ההכרעה של האדם, שאינו מהווה אמצעי אלא הוא מטרה בפני עצמו. מתפיסה זו של כבוד האדם וחירותו, הקושרת אותו עם האוטונומיה של הרצון הפרטי, יש להסיק כי כבוד האדם הוא חופש הפעולה (הפיזית והמשפטית) של הפרט"

אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (1994) עמ' 421

הזכות לפרטיות

105. לא זו אף זו, ההליך, אותו נדרשים לעבור המועמדים במכוני הבדיקה, הוא הליך משפיל, פוגע בזכות לפרטיות ובצנעת הפרט. זכויות אלו הינן כאמור זכויות חוקתיות המעוגנות בסעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו".
106. המועמדים נדרשים לחשוף בפני ועדות הקבלה והמכונים את פרטיהם האישיים, מצבם המשפחתי והכלכלי, אורחות חייהם ומנהגיהם, יחסיהם הזוגיים, להשיב על שאלונים אישיים, לעבור מבחנים פסיכולוגיים, מבחנים גרפולוגיים וכיוצ"ב חשיפות של פרטים אינטימיים. הפגיעה כאן בזכותם של המועמדים לפרטיות היא פגיעה לא מוצדקת, בלתי מידתית, ושלא לתכלית ראויה.

II. פגיעה שלא עומדת בפיסקת ההגבלה

107. הפגיעה בזכויות החוקתיות שגורמת החלטה מס' 1015 ומנגנון הסינון המעוגן בה, אינם עומדים בדרישותיה של פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: הפגיעה היא לא לפי חוק; לא לתכלית ראויה; ובמידה העולה על הנדרש.

פגיעה שלא לפי חוק

108. החלטה מס' 1015 והליך הקבלה ליישובים פסולים מעיקרם, משאינם נשענים על חקיקה ראשית ובכך לא מקיימים את התנאי הראשון של פסקת ההגבלה.
109. סעיף 2(א) לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 (להלן: חוק ממ"י) קובע, כי ממשלת ישראל תקים גוף, שינהל את מקרקעי המדינה. סעיף 3 לחוק ממ"י מורה כי הממשלה תמנה את מועצת מקרקעי ישראל "שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל, תפקח על פעולות המינהל ותאשר הצעת תקציבו שייקבע בחוק".
110. מתוקף סעיף 3 לחוק ממ"י קובעת מועצת מקרקעי ישראל את המדיניות הקרקעית של המינהל, וזו מוצאת לפועל בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל, המתפרסמות מעת לעת.
111. עקרון יסוד במשפט המינהלי קובע, כי "הסדרים ראשוניים", שעניינם בקביעת מדיניות כללית ויצירת עקרונות המנחים את הרשות המנהלית, ראוי שייקבעו בחקיקה ראשית מעשה ידיה של הכנסת. בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481 (להלן: "פס"ד רובינשטיין") משתית כב' הנשיא (בדימוס) ברק את עקרון יסוד זה על שלושה אדנים: עקרון הפרדת הרשויות, עקרון שלטון החוק, ותפיסתה של הדמוקרטיה עצמה. בנוגע לעקרון שלטון החוק מטעים השופט ברק בפסק הדין:

"אחד מהיבטיו של עקרון שלטון החוק הוא שהחקיקה צריכה לקבוע אמות מידה ועקרונות לפעולות אנשי הרשות המבצעת. החקיקה

הראשית צריכה לקבוע את ההסדרים הראשוניים, ואילו חקיקת המשנה והאקטים האינדיבידואליים צריכים לעסוק בהסדרי ביצוע. "

(פס"ד רובינשטיין, 506)

112. הטעם השלישי, הגשמת הדמוקרטיה, הוא הצריך לענייננו והוא המורה, כי הפגיעה בזכויות אדם יכולה שתיעשה אך ורק בחקיקה ראשית. מבהיר השופט ברק בפס"ד רובינשטיין:

"רגישות זו לזכויות האדם מובילה למסקנה כי הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא לא מעבר למידה הדרושה – צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמאלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה."

(ההדגשה לא במקור)

(פס"ד רובינשטיין, 514)

113. בית משפט נכבד זה עמד בעבר על הקושי שמעורר המצב הקיים, בו מועצת מקרקעי ישראל מתווה את מדיניות חלוקת קרקעות המדינה, משל היתה מחוקק ראשי. בפס"ד **עמותת שיח חדש** מתח השופט (בדימוס) אור ביקורת על ההסדר הקיים:

"אכן, היה ראוי שהמחוקק יתווה בחקיקה את עקרונות המדיניות הקרקעית המתייחסת למקרקעי ישראל, ולא יותר סמכות כה רחבה למועצת מקרקעי ישראל, אשר הינה גוף מינהלי. בנושא כה חשוב ראוי כי הסדרים ראשוניים ייקבעו על-ידי המחוקק. כך גם תימנענה טענות שגוף ביצועי מחליט החלטות מוטות הפוגעות בעקרון השוויון, אם בשל הרכבו ואם בשל היותו נתון ללחצים או להשפעות של גופים אינטרסנטים אשר אינם ממין העניין."

(פס"ד **עמותת שיח חדש**, 83)

114. פרופ' יצחק זמיר מותח ביקורת משלו על המסגרת הרחבה בתחומיה פועל המינהל:

"חוק מנהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, לדוגמה, קובע בסעיף 2(א) לאמור: 'הממשלה תקים מינהל מקרקעי ישראל שינהל את מקרקעי ישראל'. זה, ורק זה, מקור הסמכות של הגוף המנהל יותר מ-90% מן המקרקעין במדינה. מה המטרות המנחות את המינהל? מה דרכי הפעולה שלו? לפי אילו מבחנים יחכיר מקרקעין או יקצה מקרקעין ללא תמורה? אלו הן רק מקצת השאלות שהחוק מותיר ללא תשובה. בפועל, אם כן, התשובה ניתנת על-ידי המינהל עצמו."

יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית** (כרך א', תשנ"ו)

115. פרופ' דפנה ברק-ארז מתחה אף היא ביקורת על הסמכות הרחבה, המוקנית למועצת מנהל מקרקעי ישראל לעצב את מדיניות הקצאת קרקעות המדינה:

"ההסדרים הקיימים לגבי פעילותו של מינהל מקרקעי ישראל מתאפיינים בהימנעות ברורה של הכנסת מתפקידה העיקרי: קבלת

הכרעות נורמטיביות. עיון בחוק מינהל מקרקעי ישראל מלמד שאין בו כל התייחסות לסדרי העדיפויות ולעקרונות של ניהול המקרקעין. ההכרעה בעניינים אלה הועברה, למעשה, לגופים מינהליים, שגם שאלת הרכבם לא זכתה בהתייחסות של ממש...

נראה שהמתכונת הנוכחית של חוק מינהל מקרקעי ישראל מותרת בידי גופי המינהל מרחב תמרון גדול מדי. ראשית, לפחות חלק מן ההחלטות המתקבלות לגבי מקרקעי ישראל הן החלטות בלתי-הפיכות, הקובעות את פניה של המדינה לדורות. בנסיבות אלה יש משקל נוסף לטענה שלפחות העקרונות המנחים שחלים עליהן צריכים להתקבל על-פי אמות-מידה שזכו בדיון בפורום ציבורי, ולא בחדרי-החדרים של המינהל..."

דפנה ברק-ארז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 613, 635-633.

116. ההסמכה הרחבה שהוקנתה למועצת מקרקעי ישראל לקבוע את המדיניות הקרקעית של המנהל אינה טומנת בחובה את הסמכות לפגוע בזכויות יסוד. מגישתו של בית משפט זה בבג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, ניתן ביום 27.2.2006), (להלן: "פס"ד ועדת המעקב") עולה כי מנהל מקרקעי ישראל, כזרועה של הרשות, אינו מוסמך לפגוע בזכויות יסוד בהעדר הסמכה מפורשת בחוק. וכדבריו של כב' השופט (בדימוס) מ' חשין:

"בהקשר ענייננו עתה נפסק - והלכה זו מקובלת על הכל - כי מכוח סמכותה השיורית כהוראת סעיף 32, אין הממשלה מוסמכת לפגוע בזכויות היסוד של היחיד. זכויות אלו מהוות חלק אינטגרלי במשפט ופגיעה בהן יכול שתיעשה רק בחוק הכנסת לבדו. כל זכות מזכויות היסוד "את חוקים תתהלך" (בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד (1) 49, 96); "עוצמתה ורמתה כעוצמתו וכרמתו של חוק", ו"רק לשון מפורשת וחד-משמעית בחוק יש בכוחה להגביל או להצר..." "זכות מעין-זו (שם, שם). ועוד: "סמכותה השיורית של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות השיורית של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים 'חלל מנהלי'... 'חלל מנהלי' כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא 'מולא' בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת" (הנשיא ברק בפרשת הוועד הציבורי, 832). אכן, **חירויות היסוד שהן חלק מן המערך הגנטי של המשפט נמצאות בכל נורמה ונורמה במשפט אף בלא שנחקקו בחוק, ופועל יוצא מכך הוא, כי הממשלה אינה מוסמכת לפגוע בהן אלא אם הוסמכה לכך במפורש בידי הכנסת...**

הלכה זו, נעיר, זכתה למישנה תוקף לאחר חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, והם **חוקי-יסוד אשר היקנו לזכויות שנקבעו בהם מעמד-על, ואף הוסיפו וקבעו מפורשות כי אין פוגעים בזכויות שנקבעו בהם אלא בחוק או "מכוח הסמכה מפורשת" בחוק.** הנה-כי-כן, לא-זו-בלבד שזכויות היסוד אשר נמנו בשני חוקי-היסוד האמורים הפכו להיותן "דין" חרות - וממילא חל עליהן, ובמישרין, העיקרון של "בכפוף לכל דין" הקבוע בסעיף 32 - אלא שנאמר בחוקי היסוד במפורש כי הפגיעה באותן זכויות מחייבת הסמכה מפורשת בחוק. ברי כי נוסחה הכללי של הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) אינו מהווה הסמכה מפורשת שכזו, וממילא אין הוא מתיר לממשלה לפגוע בזכויות יסוד שחוקי-היסוד מדברים בהם."

(ההדגשות לא במקור)

פס"ד ועדת המעקב, פסקה 20 לפסק-דינו של כבי השופט חשין

ראו עוד לעניין זה :

בג"ץ 5100/00 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' שירות הבטחון הכללי, פ"ד נג (4) 817

117. אמנם ביהמ"ש מכיר בסמכותה של הכנסת לאצול מסמכות החקיקה המסורה לה לרשות המבצעת למען תעסוק זו בחקיקת משנה. אולם בית משפט נכבד זה קבע בפס"ד ועדת המעקב, כי אצילה שכזו פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות. באוצלה את סמכות החקיקה, על הכנסת להנחות את הרשות המבצעת ולהתוות עקרונות, על פיהן תפעיל זו האחרונה את הסמכות. כך בלשונו של כבי השופט (בדימוס) חשין :

"עדים אנו אפוא לתופעה - הידועה לכל - כי הכנסת מסמיכה את הרשות המבצעת חדשות לבקרים לקבוע הסדרים ראשוניים בנושאים אלה ואחרים. וככל שחיינו נעשים סבוכים עוד ועוד כן מתרבה אצילת סמכויות של הסדרים ראשוניים ממחוקק לרשות מבצעת. ואולם, גם אם היספנו, בעל-כורחנו, לתופעה בלתי רצויה זו - "בלתי רצויה" באשר חותרת היא תחת העיקרון החשוב של הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות - הנה סמכותה של הרשות המבצעת בכל מקרים אלה מוצאת לה עיגון בחוק הכנסת, ולמעט מקרים יוצאי-דופן (כבתקנות התעבורה, למשל) המחוקק מנחה את הרשות המבצעת כיצד תפעיל את סמכותה."

118. על כך מוסיף כבי הנשיא (בדימוס) ברק בפס"ד **רובינשטיין** :

"אם החקיקה הראשית מסמיכה את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים, בלא כל הכוונה והדרכה, יש בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. "בהתערטלותה של הכנסת מגלימת המחוקק ובהעברתה לידי האמונות של המינהל הציבורי פוגעת הרשות המחוקקת באורח חמור בעקרון הפרדת הרשויות".

(פס"ד **רובינשטיין**, 506)

119. יתרה מזו, בית משפט זה קבע כי אצילת הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים אינה אלא פגיעה בשורשי הדמוקרטיה עצמה. כדבריו של כבי השופט (בדימוס) חשין בפס"ד ועדת המעקב :

"הכנסת נבחרה בידי העם להכריע בסוגיות יסוד של המדינה, ולא נמצא לנו כי רשאית להתנצל את סמכותה זו ולהעבירה לממשלה. אם תכפיף את רצונה לרצונה של הממשלה; אם תסיג את רצונה מפני רצון הממשלה; תמעל הכנסת בתפקידה ובאמון שנתן בה העם."

פס"ד ועדת המעקב, פסקה 32 לפסק-דינו של כבי השופט חשין

פגיעה שלא לתכלית ראויה

120. פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מציבה דרישה, לפיה הפגיעה בזכויות יסוד יכולה להיעשות אך ורק מכוח חוק, שנועד לתכלית ראויה. וכי מהי תכלית ראויה? בבג"ץ 5026/04 דזיין 22 - שארק דלוקס רהיטים בע"מ ואח' נ' רוזנצווייג צביקה ואח', תק-על 2005(2), 14, 23 (2005), עומד כב' הנשיא (בדימוס) ברק על הקשר בין התכלית הראויה להגנה על זכויות האדם:

"תכלית היא ראויה" אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם. על כן, חקיקה שנועדה להגן על זכויות האדם היא בוודאי לתכלית ראויה. גם חקיקה שנועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור, היא לתכלית ראויה" (פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 434); תכלית היא ראויה "אם היא משרתת מטרת ציבורית חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן" (השופט ד' ביניש בפרשת מנחם, עמ' 264). תכלית היא ראויה אם היא מבקשת לאזן בין האינטרסים של הכלל לבין הפגיעה בפרט; אם היא "מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים, אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגינה על זכויות האדם" (השופט ת' אור בפרשת אורון, עמ' 662). בבחינת השאלה אם תכלית היא ראויה, יש לבחון שני היבטים: ההיבט האחד, עניינו תוכן התכלית. תכלית היא ראויה אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם, או אם היא נועדה להשיג תכליות חברתיות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור; ההיבט השני, עניינו מידת הצורך בהגשמת התכלית. תכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיהן של החברה והמדינה (ראו פרשת חורב, עמ' 52).

121. אולם, עת מדובר בפעולה של רשות מינהלית ולא בחקיקה ראשית, יש לבחון את התכלית הראויה באספקלריה של התכליות הכלליות והפרטיקולאריות של החוק המסמיך. כך בדבריו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק בבג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94, 141-142:

"מובנה של "תכלית ראויה", בהתייחס להחלטה של רשות מינהלית, שונה ממובנה לעניין חוק. בעוד שלעניין חוק יש לבחון אם תכליתו משרתת מטרה ציבורית שלשם הגשמתה עשויה להיות הצדקה לפגיעה בזכות יסוד, הרי שלעניין החלטה מינהלית יש לבחון, בראש ובראשונה, אם תכליתה היא במסגרת התכליות – הכלליות והפרטיקולריות – של החוק המסמיך."

122. בענייננו, בקביעת מדיניות המינהל, על מועצת מקרקעי ישראל לפעול להגשמת התכליות, המונחות בבסיס סמכותו של המנהל. התכליות הללו נחלקות לשניים – תכליות מיוחדות, הנובעות מהחוק המסמיך של המינהל, ותכליות כלליות המשתרעות על פני החקיקה כולה.

123. התכליות המיוחדות של החוק המסמיך את המינהל נידונו בהרחבה בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258, 272, ונפרסו ע"י כב' הנשיא (בדימוס) ברק בזו הלשון:

"נמצא אפוא כי התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל הן שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה וריכוז הניהול והפיתוח של המקרקעין בישראל בידי רשות סטטוטורית אחת. זאת, על-מנת למנוע את העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים, לבצע מדיניות ביטחון ולאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים, דוגמת קליטת עלייה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית. כן מונחות ביסוד החקיקה התכליות המיוחדות שנועדו להקל על מלאכת התכנון תוך שמירת רזרבה קרקעית לצרכים ממלכתיים והקצאת שטחים פתוחים לצורכי הציבור – כל זאת כדי לאפשר יישום תכניות מתאר ולמנוע סחר ספקולטיבי בקרקעות המדינה."

124. אולם, בצד התכליות המיוחדות של החוק קיימות תכליות כלליות, הנגזרות מעקרונות היסוד של השיטה ופרוסות על החקיקה בכללותה. עקרונות אלו, כדברי בית משפט זה, "הן ביטוי לכך שכל דבר חקיקה הוא חלק אינטגרלי משיטת משפט כוללת. עקרונות היסוד של השיטה "מחלחלים" לכל דבר חקיקה, ומהווים את תכליתו הכללית... עקרונות יסוד אלה מבטאים את מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (פס"ד קעדאן, 272). בגדרם של עקרונות יסוד אלה מצויה הזכות לשוויון.

125. לעניין חובתו של מינהל מקרקעי ישראל להתוות מדיניות לאור הזכות לשוויון, קבע ביהמ"ש בפס"ד קעדאן:

"חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה. היא חלה אפוא גם לעניין הקצאת מקרקעי המדינה. אכן, המינהל מחזיק במקרקעי המדינה "...על דרך של נאמנות, וממילא חלות עליו כל אותן חובות החלות על נאמן. והואיל והמינהל הוא – גם להלכה וגם למעשה – המדינה בכבודה ובעצמה, חלות עליו מעצמן כל החובות החלות על רשות הציבור" (השופט חשין ברע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון [12], בעמ' 231). על-כן, **ההחלטות של מועצת מקרקעי ישראל המגבשות את מדיניות הקצאת מקרקעי המדינה חייבות להתקבל על בסיס של שוויון.**"

(פס"ד קעדאן, 275)

126. החלטה מס' 1015 יוצרת הסדר, לפיו המינהל מקצה משאב של קרקע ציבורית בצורה מפלה, ע"פ קריטריון עמום של "התאמה חברתית", תוך פגיעה מהותית בזכות לשוויון. שרירות הלב וההפליה, בה נוהגים היישובים הקהילתיים בהפעילם את הקריטריון, חוטאת הן לתכליות המיוחדות שבבסיס פעולתו של המינהל והן לזכות לשוויון כתכלית כללית.

127. נמצאנו כי הפגיעה בזכויות חוקתיות לא רק שאינה נעשית מכוח חקיקה ראשית, אלא היא אף אינה מקיימת דרישה נוספת, שמציבה פיסקת ההגבלה, שכן תכליתה אינה ראויה.

פגיעה שעולה על הנדרש - בלתי מידתית

128. החלטה מס' 1015 פוגעת בזכויות חוקתיות במידה העולה על הנדרש, וזאת על-פי שלושת מבחני המשנה:

129. **התאמת האמצעי להשגת התכלית** – לעניין מבחן משנה זה יטענו העותרים תחילה, כי התכלית, וכפי שהסבירו לעיל היא תכלית לא ראויה, מה שמייתר את הצורך בבדיקת מבחן זה. אולם, ולמען הזהירות יטענו העותרים כי גם אין התאמה בין האמצעי שבחר בו המינהל לבין התכלית "המיוחלת". מבחני הבדיקה במכונים כמו גם הראיונות בפני ועדות הקבלה אינם יכולים להבטיח "חיי קהילה תוססים" של היישוב.

130. **בחירת האמצעי שפגיעתו פחותה** – האמצעי שבו בחר המינהל הוא אמצעי פוגעני ביותר, כפי שהראו העותרים לעיל. ברור כי באם המטרה היא לקיים חיי קהילה ומעורבות חברתית בתוך היישוב, היה ניתן להבטיח זאת באמצעים אחרים ומבלי שיהיה ליישוב כל כוח לפסול מועמד בשל "אי התאמה". כך לדוגמה, יכול כל יישוב להעמיד בפני המועמדים מידע מפורט אודות אופי היישוב, מרקם החיים שבו, הציפיות מהתושבים בכל הקשור למעורבות בחיים הציבוריים וכיוב'. היישוב אף יוכל להחתים את המועמדים על הצהרה בה הם מקבלים על עצמם שורה של מחויבויות ומכירים בציפיות ובדרישות מהם כתושבים. אמצעים מעין אלו יבטיחו במידה ניכרת, כי רק מועמדים אשר מתאים להם אופי המקום יבקשו לגור בו.

131. **התועלת עולה על הנזק** – לפי מבחן המשנה השלישי אם התועלת הצומחת היא רבה תיסוג מפניה הזכות הנפגעת. מבחן משנה זה הוא בעל אופי שונה משני קודמיו, יפה תיאר זאת כב' הנשיא (בדימוס) א' ברק, בבג"צ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, תק-על-2006(4), 3675, 3689 (2006), באומרו:

"קיים שוני מהותי בין מבחן המשנה הראשון והשני לבין מבחן המשנה השלישי. שני מבחני המשנה הראשונים - קשר רציונלי והפגיעה הפחותה - מתמקדים באמצעים להגשמת המטרה. אם מתברר, על-פיהם, כי קיים קשר רציונלי בין הגשמת המטרה לאמצעי החקיקתי שנבחר, וכי אין אמצעי חקיקתי שפגיעתו פחותה, הפגיעה בזכות האדם - יהא שיעורה אשר יהא - מקיימת את תנאי המשנה. מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא אינו מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים - בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה - מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה."

(ההדגשה לא במקור)

132. מנגנון הסינון המעוגן בהחלטה מס' 1015 פוגע באופן חריף בזכויות יסודיות ביותר, הזכות לשוויון, לכבוד, לקניין, לפרטיות, לחירות ולאטונומיה אישית. הצדקת פגיעה בזכויות אלו, באם תמצא, צריך שתשרת אינטרס ציבורי ממדרגה ראשונה. ברור כי שמירה והבטחת "חיי קהילה" ו"לכידות חברתית" ביישובים ובהרחבות הקהילתיים, תהיה חשובה ככל שתהיה, אינה מהווה אינטרס ציבורי במובן, בגודל ובהיקף אשר יכול להצדיק את הפגיעה דנן.

133. על מלאכת האיזון הנדרשת עת בודקים מבחן משנה זה, עמדה כב' השופטת ע' ארבל בבג"צ 2887/04 **סלים אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל**, תק-על 2007(2), 333, 361 : (2007)

"בבואנו לבצע את מלאכת האיזונים הנדרשת במסגרת מבחן זה עלינו להתחשב מחד גיסא, במהותה של הזכות הנפגעת ובהיקפה של הפגיעה, ומאידך גיסא, במהותו של האינטרס הציבורי העומד על הפרק: ככל שמדובר בזכות יסודית יותר, וככל שהפגיעה בה קשה וחרیפה, על השיקולים העומדים ביסוד האינטרס הציבורי המצדיק את הפגיעה בה להיות כבדי משקל ובעלי חשיבות מכרעת יותר. לעומת זאת, ככל שהאינטרס הציבורי מהותי יותר, וככל שהגשמתו טומנת בחובה תועלת ציבורית רבה יותר, כך יהיה בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות אדם.."

134. בבג"צ **אבו מדיגם** הנ"ל עמדה שאלת חוקיות מדיניותו של המינהל בריסוס יבולים חקלאים בשדות מעובדים על-ידי אזרחים ערבים בדואים בנגב. ביהמ"ש ועל אף קביעתו כי פעולות הריסוס משרתות את "האינטרס הקנייני של המדינה במקרקעיה כמו גם האינטרס הציבורי בשמירה על שלטון החוק במדינה", קיבל את העתירה וקבע בפסק-דינה של כב' השופטת ע' ארבל, כי

"זכויות היסוד המוטלות על כף המאזניים בעתירה הנוכחית - הזכות לבריאות, הזכות לשלמות הגוף והזכות לכבוד - נמצאות כולן בליבת ההגנה על זכויות אדם במדינת ישראל. האינטרס הקנייני של המדינה במקרקעיה, כמו גם האינטרס הציבורי בשמירה על שלטון החוק במדינה, עומדים כמובן גם הם במוקד שיטתנו המשפטית. ברם, בנסיבות העניין שלפנינו אני סבורה כי דינם של אינטרסים אלו להידחות מפני הצורך למנוע פגיעה בזכויות האמורות, מאחר ואיזון בין התועלת שעשויה לצמוח משימוש באמצעי של ריסוס מן האוויר לצורך סילוק פלישות למקרקעי המדינה, לבין הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מכך לזכויות אדם, על רקע מכלול ערכי שיטתנו המשפטית, מוביל לטעמי למסקנה כי היחס המתקיים בין השניים אינו יחס ראוי."

135. III. האצלת סמכות שלא כדין

136. החלטה מס' 1015 מהווה בפועל האצלת סמכות של המינהל לנהל את אדמות המדינה, והקבועה בסעיף 2(א) לחוק ממ"י, לידי ועדות הקבלה. האצלה זו היא ללא כל הסמכה שבחוק, דבר המחייב את ביטולה.

137. העותרים מודעים להלכה שנקבעה בע"א 3962/97 **בארותיים מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' ארז**, פ"ד נב(4) 614, בה קיבל בית המשפט את הטענה, כי להמלצת המושב, במקרה ההוא, בדבר קבלה לחברות ביישוב אין מעמד קונקלוסיבי, ודחה את הטענה כי מדובר בהאצלת סמכות שלא כדין.

138. יחד עם זאת **הלכת בארותיים** עסקה במקרה בו היישוב המליץ **באופן חיובי** על רשימת מועמדים ליישוב, שם נשאלה השאלה לגבי מעמדה של רשימת המומלצים, ואם יש לה

כוח מחייב כלפי המינהל. אולם, להבדיל מהמחלוקת שעמדה שם, עוסקים אנו במועמדים אשר נדחו על-ידי ועדת הקבלה.

139. החלטותיהן של ועדות הקבלה אינן בגדר המלצות, על אף שהן מוגדרות ככך. החלטתו של המינהל בנוגע לקבלת המועמדים מהווה אך אקט פורמאלי, והיא מבוססת בפועל על ההמלצה של ועדות הקבלה, ועליה בלבד. בכך מתנער המינהל מחובתו למנוע קיפוח והפליה כלפי מועמדים, אשר מסוננים מטעמים לא רלבנטיים. החלטות ועדות הקבלה הן סופיות, ורק הגשת ערר עליהן (במקרה של דחיית מועמדות) תערב את המינהל ותגרום לו לבחון אותן החלטות. נוסף על כך, המינהל אינו בודק את תיפקודן של ועדות הקבלה ואינו מפקח על עבודתן.

140. נוסף לאמור לעיל, יבקשו העותרים מבית משפט נכבד זה לעיין מחדש בהלכת בארותיים, לאור הדברים שפורטו בעתירה זו, ולפיהם לוועדות הקבלה הואצל שיקול דעת והוענק תפקיד מכריע בקבלת מועמדים לרכישת מגרשים למגורים.

141. ולעניין אי חוקיות האצלת הסמכות יטענו העותרים, כדלקמן:

142. הלכה פסוקה היא, כי אצילת סמכות על-ידי רשות מינהלית חייבת להיות לפי הרשאה מפורשת בחוק. יפים דבריו של כב' השופט (כתוארו דאז) א' ברק, באומרו:

"הלכה פסוקה היא, כי רשות שלטונית, אשר החוק מעניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה, ואינה רשאית – בהיעדר הסמכה בדין – לאצול את סמכותה לזולתה: *Delegatus non potes delegare* ... הלכה זו אינה משקפת כלל (rule) של משפט מינהלי. היא ביטוי לעיקרון, המתרגם עצמו לחזקה (פרזומפציה) כי תכליתו של החוק, אשר יצר את הסמכות, הייתה, כי בעל הסמכות הקבוע בחוק, הוא ולא אחר, יבצע את הסמכות. כאשר המחוקק מייחד את הפעלת הסמכות לנושא משרה שלטונית, חזקה עליו שהוא מבקש כי נושא משרה זה – הוא ולא אחר – יגשים את הסמכות."

בג"צ 2030/90 אלי פיליפוביץ נ' רשם החברות, מו(1) 410, 421-420

143. חזקה זו – כי בעל סמכות יבצע אותה בעצמו ואין הוא רשאי לאצול אותה לאחר – משקפת אחד מהיבטיו של עקרון החוקיות:

"עקרון החוקיות חל גם על הפעלת סמכויות אחרות על-ידי המנהל, ובהן הקצאת משאבים ציבוריים והפעלת סמכויות שלטוניות אחרות. עקרון החוקיות חל לא רק על הרשות המבצעת בכללה, אלא גם על חלוקת הסמכויות במסגרתה: החזקה היא כי סמכות מנהלית מסורה אך ורק לאותו גורם ברשות המבצעת, לו הוקנתה הסמכות בחוק, וזה אינו רשאי להעבירה – או "לאצול" אותה – לאחר, אלא אם הוסמך לכך במפורש בחוק, או אם בנסיבות העניין קיימת הצדקה לכך."

א' רובינשטיין ובי' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, כרך א': עקרונות יסוד (הוצאת שוקן 2005) עמ' 160

144. לצד חזקה זו הכירו בתי המשפט, כי במקרים חריגים ובנסיבות מיוחדות יכולה להתקיים אצילת סמכויות מכללא ללא הסמכה מפורשת בחוק. ובעניין זה יטענו העותרים, כי הסוגיה עסקינן אינה נופלת בגדר אותם מקרים החריגים, וזאת מהטעמים שלהלן:

145. **ראשית**, הסמכות, אותה מאציל מינהל מקרקעי ישראל לוועדות הקבלה, היא סמכות שבשיקול דעת. לא מדובר בהאצלת סמכות לגורם חיצוני לצורך ביצוע פעולות "טכניות-ביצועיות", אלא בהאצלת סמכות להפעלת שיקול דעת במקום הרשות. פרופ' ב' ברכה גורס, כי החזקה דן כוונה בראש ובראשונה לסמכויות מעין אלו (ראו: ברוך ברכה, המשפט המינהלי, כרך ב' (הוצאת נבו תשנ"ו) עמ' 154-155). לשיטתו, זהו חלק מעקרון עצמאות שיקול הדעת של הרשות המינהלית.

146. **שנית**, הסמכות הנאצלת בענייננו קשורה לניהול משאב מוגבל ומשליכה ישירות על זכויות חוקתיות מוגנות. שיקול זה מצדיק לבדו פסילת האצלתה של הסמכות. לעניין זה יפים דבריו של פרופ' ברכה, באומרו:

"מעבר לסוג הסמכות שבה מדובר עשויה להיות חשיבות גם למידת פגיעתה בפרט לצורך ההכרעה בשאלת חוזקה של החזקה בדבר אי-אצילתה. בתי המשפט עשויים לייחס למחוקק, ביתר עוצמה, את הכוונה שלא לאצול סמכות, כאשר מכוחה ניתן לפגוע בחירויות היסוד של הפרט".

ברוך ברכה, המשפט המינהלי, כרך ב' (הוצאת נבו תשנ"ו) עמ' 168

ועוד באותו עניין:

"מבחינה מעשית נודעת חשיבות לעקרון החוקיות בהיבטים מגוונים. הוא מהווה עיקרון פרשני חשוב. בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, חזקה כי הרשות השלטונית אינה רשאית לפעול. עוצמתה של החזקה – וממילא מידת הנכונות סתור אותה – תלויה במידה בה באים לידי ביטוי שני השיקולים שהוזכרו לעיל: **ככל שמדובר בהפעלת סמכויות בסוגיות, השנויות במחלוקת ציבורית, או באופן שיש בו משום פגיעה בזכויות יסוד של האדם – כן תגבר הנטייה ליישם את עקרון החוקיות בקפדנות**. עקרון החוקיות מוחל בדווקות במקום של הפעלת סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות על-ידי רשויות מנהל, הן ביחס לעצם קיום הסמכות בידי המנהל והן באשר לייחוד הפעלת הסמכות על-ידי הגורם לו היא הוענקה. **כמו כן, ככל שרוב החשש מפני האפשרות לשימוש לרעה בסמכות, כן גדלה הנטייה שלא להתיר חריגות מעקרון החוקיות**".

א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט החוקתי של מדינה ישראל, כרך א': עקרונות יסוד, הוצאת שוקן 2005, עמ' 162

147. **שלישית**, מדובר באצילה לגורם פרטי. בשורה של פסקי-דין קבע בית משפט נכבד זה, כי "הכלל הינו כי מקום שניתנת סמכות למנות אדם כאורגן של רשות מוסמכת או לאצול לו סמכות שלטונית צריך אותו אדם להיות חלק מהרשות השלטונית, הוא נתון לפיקוח כללי וכפוף לכללי אתיקה ומשמעת של השירות הציבורי." (בג"צ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(3) 652, 655)

148. עוד נקבע בבג"צ **חיפה כימיקלים הנ"ל**, כי אצילה לגורם פרטי תהיה כדין רק בהתקיים שלושה תנאים: **האחד** כאשר לא מתעורר חשש לניגוד עניינים בין האינטרסים הציבוריים של הרשות לבין האינטרסים הפרטיים; **השני**, כאשר היא מותרת בידי הרשות אמצעי פיקוח על הגורם הפרטי ואין הרשות מתפרקת לחלוטין מסמכותה (ראו גם רע"א 8060/95 **הנהלת בתי המשפט נ' אב-חן אחסנה בע"מ**, פ"ד נד(1) 357, 371); **השלישי**, ככל שהסמכות דורשת מן הגורם הפרטי לאסוף תשתית עובדתית רחבה יותר לצורך ביסוס החלטתו כך ניטה לשלול את ההאצלה (ראו גם: ברכה, לעיל, עמ' 182-185).

149. ברור כי החריגים הנ"ל אינם מתקיימים בסוגיה עסקינן. ראשית, האצלת סמכות של המינהל לוועדות הקבלה – ובפרט אלו ביישובים הקהילתיים שהרכבן נקבע על-ידי האגודות השיתופיות שם – מעורר חשש כבד לניגוד עניינים ולאינטרסים זרים של חברי ועדת הקבלה "לברור את שכניהם" ולפעול בניגוד לעקרונות היסוד, שמחייבים את המינהל; **שנית**, המינהל אינו מפעיל כל פיקוח או ביקורת על פעילותם של ועדות הקבלה והמכונים; **שלישית**, הסמכות המואצלת לוועדות הקבלה היא רחבה וכוללת איסוף התשתית העובדתית בנוגע לכל אחד מהמועמדים כמו גם בחירה והתקשרות עם מכונים פרטיים ולמטרות רווח, לבחינת "התאמתם החברתית" של המועמדים.

IV. פגיעה בכללי מינהל תקין - העדר קריטריונים ברורים ושוויוניים

150. הלכה פסוקה ומושרשת היא, שמדיניות של רשות שלטונית ובפרט בעניינים, הנוגעים לחלוקת משאבי ציבור, חייבת להתבסס על אמות מידה וקריטריונים שוויוניים, ענייניים, ברורים וגלויים.

ראו בעניין זה:

בג"צ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד(2) 503, 512.

בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, תק-על 99(3), 1698, 1708.

בג"ץ 3792/95 **תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות**, פ"ד נא(4) 259, 277-278.

בג"ץ 59/88 **צבן נ' שר האוצר**, פ"ד מב(4) 705, 706-707.

151. הקריטריונים לחלוקת משאב ציבורי חייבים להיות קונקרטיים מספיק כדי לאפשר יישומם על פי אמות מידה אובייקטיביות. כדברי כב' השופטת (כתוארה דאז) ביניש בבג"ץ 727/00 **ועד ראשי הרשויות המקומיות נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד נו(2) 79, 90. לאמור:

"כאמור, קריטריונים לחלוקת תקציבים מן העוגה הציבורית חייבים להיות שוויוניים באופיים, אולם מעבר לכך, הקריטריונים חייבים לקיים גם את הכללים האחרים החלים על החלטות מנהליות, קרי: עליהם להתבסס על שיקולים ענייניים, על תשתית עובדתית המשקפת את היחס בין התכלית שלשמה נועדה ההקצאה הכספית לבין העובדות הרלוונטיות, וכן עליהם לעמוד במבחני הסבירות. (ראו

למשל: בג"ץ 1438/98 הנ"ל, פסקה 17). כמו כן, הקריטריונים צריכים להיות קונקרטיים מספיק כדי לאפשר יישומם על פי אמות מידה אובייקטיביות במידת האפשר. (ראו: בג"ץ 3792/95 הנ"ל, בעמ' 273-274).

וכן בעמ' 91:

"עם זאת, מן הראוי להעיר, כי משום מה בחרה הועדה הבין-משרדית לנסח את הקריטריונים בשפה טכנית ועמומה המובנת ככל הנראה ליודעי ח"ן בלבד. דומה כי ראוי הוא שקריטריונים החלים על הציבור ינוסחו בצורה מפורטת, מפורשת וברורה יותר." (הדגשה לא במקור)

152. מנגנון הסינון, המעוגן בהחלטה מס' 1015, ובפרט קריטריון "ההתאמה החברתית" הינו קריטריון עמום, לא ענייני ומפלה. עמימותו של מונח זה נותנת מרחב פעולה עצום לוועדות הקבלה לפרשו ככל העולה על רוחן, ולתת לו בכל מקרה ומקרה משמעויות ותכנים חדשים, כפי שנעשה במקרה דנן.

סוף דבר

על יסוד כל האמור לעיל, מתבקש בית משפט נכבד זה ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשותו למוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות עתירה זו ובשכ"ט עו"ד.

גדיר ניקולא, עו"ד

נטע זיו, עו"ד

ב"כ העותרים

* עתירה זו הוכנה בסיועם של הסטודנטים יזהר גולדשטיין וראובן אידלמן, מהתכנית לזכויות אדם, התכניות לחינוך משפטי קליני, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב