

בג"ץ 3552/08  
קבוע ליום 26.12.10

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

בפני מותב בראשות כבוד  
הנשיאה ביניש

1. דוד קמפלר

2. אהובה קמפלר

3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עו"ד דורי ספיבק ו/או עו"ד נטע זיו ו/או  
עו"ד הישאם שבאיטה מהתכנית 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 עו"ד אורי קידר, פרקליטות המדינה,  
ירושלים

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

ע"י ב"כ עוה"ד יונתן גולדשטיין,  
קופרשמיט את גולדשטיין ושות', עורכי דין  
חצר המועצה האזורית גליל עליון,  
ת.ד. 1032 קרית שמונה 11019  
טלפון 04-6951775 - 04, פקס 04-6950698

3. קיבוץ מעין ברוך

ע"י ב"כ עו"ד זרח רוזנבלום  
מרח' דיזנגוף 50 "מגדל עלי" קומה 18, ת"א  
טלפון 6206055 - 03, פקס 6206086 - 03

המשיבים

## עיקרי טיעון מטעם העותרים

העותרים מתכבדים להגיש בזה את עיקרי הטיעון מטעמם.

## בפתח הדברים

1. המשיבים מבקשים מבית-משפט נכבד זה לעכב את בירור העתירה, נוכח השלב המתקדם שבו מצוי הליך חקיקת תיקון פקודת האגודות השיתופיות (מספר 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים) התש"ע-2010.

2. ברם, על פי סעיף 5 לנוסח הצעת החוק (מצ"ב ומסומן עט/1):

**"הוראות חוק זה יחולו על הליכים בוועדות קבלה ביישובים קהילתיים שיחלו מיום התחילה ואילך".**

משמעות הדבר הינה שזכותם של העותרים 1 ו- 2, הממתינים מזה שנים ארוכות לקבלת סעד מבית-משפט נכבד זה, כמו גם עניינם של העותרים בעתירות הנוספות המתבררות בד בבד, ושל אחרים שהליכי הקבלה בעניינם כבר החלו, ממילא תיגזר מהוראות הדין הקיימות. זאת אף אם בתקופה הקרובה אכן יושלמו הליכי החקיקה והתיקון לחוק, בנוסח כזה או אחר, ייכנס לספר החוקים.

לפיכך, אין כל בסיס והצדקה לדרישה לעיכוב נוסף בהכרעה בעתירה זו.

3. הצווים על תנאי שהוצאו בגדר עתירה זו ביום 7.1.09, צווים אותם מתבקש בית משפט נכבד זה לעשות למוחלטים, עניינם הן במקרה הפרטי של בני הזוג קמפלר (העותרים 1 ו- 2), המבקשים סופסוף להגשים את חלומם ולבנות את ביתם ב"כפר היווני" הסמוך לקיבוץ מעיין ברוך, והן בדרישה הכללית לקביעת קריטריונים ברורים, קונקרטיים ושוויוניים להקצאת מגרשים בישובים חקלאיים וקהילתיים, במקום הקריטריונים העמומים הנוכחיים שעניינם "התאמה לחיי חברה בקהילה".

4. תשומת ליבו של בית-המשפט הנכבד מופנית לכך שתלויה ועומדת בפניו בקשה מטעם העותרים לצירוף "הכפר היווני – אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית מעין ברוך בע"מ" (להלן: "אגודת הכפר היווני") כמשיבה נוספת בעתירה זו.

5. צירוף אגודת הכפר היווני כמשיבה נוספת חיוני על מנת שיתאפשר לתושבי הכפר היווני (שבו, ולא בקיבוץ הסמוך, עתידים להתגורר העותרים 1 ו- 2 אם תקבל עתירתם זו) להביע בעצמם את עמדתם ביחס להליכי הקבלה אותם תוקפים העותרים בגדר עתירה זו.

6. באופן ספציפי, הצירוף נדרש על מנת להפריך באופן שאינו משתמע לשתני פנים את הטענה (העובדתית) עליה מבוססת עמדתם המשפטית של המשיבים בעתירה זו. זוהי טענה בדבר קיומה כביכול של קהילה הרמונית, מלוכדת ומשותפת לקיבוץ ולהרחבה, בעלת

"מחויבות רעיונית דומה ומטרה משותפת", שתפקידה של ועדת הקבלה היישובית הינה לבדוק את מידת התאמתם החברתית אליה של העותרים 1 ו 2 – .

7. על פי החלטת כבוד הנשיאה ביניש מיום 1.11.10, הועברה הבקשה לצירוף אגודת הכפר היווני להחלטת המותב שישמע את העתירה. לפיכך, עיקרי טיעון אלה לא יכללו התייחסות לעמדת אגודה זו.

8. אך כפי שנראה להלן, גם בלא שנשמעה עד כה עמדת אגודת תושבי הכפר היווני, בפני בית המשפט הנכבד די והותר ראיות כדי לקבוע שאין דבר וחצי דבר בין תיאורי המשיבים אודות מציאות החיים ב"כפר היווני" ובקיבוץ מעיין ברוך, לבין המציאות. ודאי שאין כל יסוד עובדתי לטענות המשיבים, הנטענות בטון נוסטלגי מצד אחד, וכמעט דרמטי מצד שני, לפיהן הקיבוץ ביחד עם "הכפר היווני" מהווים יחדיו יחידה מגובשת והרמונית שהיא "חלק מהתיישבות היהודית בארצנו... מוצב קידמי של מדינת ישראל... [ה]מהווה חלק מתפיסת הבטחון של האזור ושל המדינה" (סעיף 8 לתשובת הקיבוץ). ועוד – לטענת העותרים מצב זה אינו ייחודי למעיין ברוך והוא מאפיין הרחבות ויישובים קהילתיים נוספים, שמידת השיתופיות האמיתית בהם אינה גבוהה כלל ועיקר.

9. בטרם נפנה לפירוט הטיעונים, נבקש להתייחס להצעות המשיבים לקיים דיון מחדש בוועדת הקבלה בעניינם של העותרים 1 ו 2, נוכח קבלת החלטה 1195, הצעות שנכללו ואף הודגשו בתשובותיהם לעתירות שהוגשו בספטמבר האחרון.

10. ביום 16.9.10, בסמוך לאחר קבלת תשובות המשיבים לצווים על תנאי, פנה ב"כ העותרים אל ב"כ המשיבים, במכתב שבו נאמר כך :

"הנני לאשר את קבלת תשובותיכם לצווים על תנאי שניתנו בעתירה שבנדון.

בתשובותיכם ציינתם כי לשיטתכם, לעת הזו, ונוכח קבלת החלטה 1195 "המקלה את קריטריון ההתאמה לקהילה", יש לבחון מחדש את עניינם של העותרים 1 ו 2, בוועדת הקבלה.

בשם של מרשיי, דוד ואהובה קמפלה, הריני לבקשכם לפעול בהתאם להצעתכם, דהיינו לשוב ולבחון בהקדם האפשרי את עניינם של מרשיי בוועדת הקבלה. למעלה מן הצורך, ולבקשתכם, מרשיי שבים ומצהירים כי חרף כל הקשיים והמכשולים שהוערמו בפניהם לאורך שנים, עדיין עז רצונם לבנות את ביתם ולקשור את עתידם במעיין ברוך, וזאת ללא דיחוי נוסף.

אבקשכם להסב את תשומת לב וועדת הקבלה, קודם שתידרש לעניינם של מרשיי, לכך שאף אם היה בסיס להחלטות המקוריות לפיהן מרשיי אינם מתאימים לחיי החברה במעיין ברוך (מה שמוכחש בתוקף), ודאי וודאי שאין כל בסיס, ולו מינימלי, לקביעה לפיה אם יתקבלו מרשיי

ליישוב, יהיה בכך כדי "לפגוע בחיי הקהילה ביישוב" (כפי שקובע התנאי החדש לגבי יישובים שבהם מעל 120 בתי אב).

מכאן, שאין כל הצדקה לשליחתם של מרשיי למכון מיון פסיכולוגי חדש ונוסף (כמוצע בסעיף 20 לתגובת המשיבה 3) ואף אין כל מקום לזימונם להופיע בשנית בפני ועדת הקבלה. ניתן וצריך לקיים בהקדם האפשרי (ובוודאי עוד קודם למועד הדיון הקבוע בהתנגדות שלכם לעתירה, שנקבע ל- 30.11.10) דיון מחודש על בסיס החומרים בכתב המצויים בפני הוועדה, ולשנות את ההחלטה.

אנא אשרו קבלת מכתבי זה, והודיעני עמדתכם לגבי האמור בו בהקדם האפשרי.

### העתק המכתב מצ"ב ומסומן עט/2.

11. ביום 19.10.10 נשלח לח"מ עו"ד ספיבק מכתב ע"י ב"כ הקיבוץ, לפיו המשיב 3 (הקיבוץ) מתנגד מכל וכל לקיום הבחינה המחודשת של עניינם של בני הזוג קמפלר לפי החלטה 1195, שכן מדובר, לדידו של הקיבוץ, ב"קריטריון לא ראוי משפטית, לא בהיר ובלתי מדיד, שטוב היה לו שלא יולד, משנולד" (העתק מכתב זה מצ"ב ומסומן עט/3).

12. להשלמת התמונה יצויין, כי המשיב 2 הצטרף לעמדת המשיב 3 בנקודה זו, ואילו המשיב 1 מסר שאין לו התנגדות לכך שועדת הקבלה תשוב ותתכנס לדון בעניינם של העותרים 1 ו- 2 לפי החלטה 1195, אם ורק אם המשיבים 2 ו- 3 יסכימו לכך.

13. מכל האמור עולה, כי חרף האמירות הכלולות בתגובות המשיבים לעניין דיון מחודש, בפועל המשיבים התנגדו לקיום דיון מחודש בעניינם של העותרים 1 ו- 2.

### תמצית העתירה

14. במרכז עתירה זו ניצבת שאלת חוקיותה של החלטת מועצת מנהל מקרקעי ישראל בדבר "הליכי המלצה על קבלת מועמדים לרכישת זכויות חכירה במקרקעין ביישובים חקלאיים וביישובים קהילתיים (החלטה 1195 מיום 15.3.10, שביטלה את החלטה 1064 שעסקה באותו הנושא) (להלן: "ההחלטה").

החלטה מספר 1195 צורפה לעתירה המתוקנת כנספח עמ/1.

החלטות מספר 1015 מיום 1.8.04 ומספר 1064 מיום 27.7.05, שבוטלו ע"י החלטה 1195 שלעיל, צורפו לעתירה המתוקנת וסומנו בהתאמה כנספח עמ/2 ו- נספח עמ/3.

15. ההחלטה מאפשרת הקמתן והפעלתן של ועדות קבלה ביישובים קהילתיים ובהרחבות קהילתיות של יישובים חקלאיים, שדנות בבקשות של מועמדים לרכישת מגרשים למגורים ביישוב. בפועל, קובעות ועדות קבלה אלו עבור המשיב 1 למי להעניק זכויות חכירה בקרקע שהיא ציבורית וממי למנוע הקצאת קרקע למגורים.
16. מנגנון סינון זה אין לו כל הצדקה או אחיזה בחוק. ודוקו, אין עסקינן ביישובים עבור קהילות מגורים ייעודיות – דוגמת הקהילה החרדית. כמו כן, אין עסקינן בנחלות חקלאיות, שמחייבות את הצטרפותם של מועמדים לאגודה שיתופית חקלאית במושב, ואין מדובר ביישובים המחייבים את המועמדים לקבל על עצמם אורח חיים שיתופי של "הקיבוץ הקלאסי", המבוססים על שותפות כלכלית וערבות הדדית.
17. לבעייתיות, בלשון המעטה, שבעצם הקמת מנגנון הסינון והפעלתו, מתווסף נדבך נוסף – הוא הקריטריון "התאמה לחיי חברה בקהילה", שנמנה על הקריטריונים שרשאית ועדת הקבלה לשקול. קריטריון זה הינו עמום ולא קונקרטי. לא ניתנה לו כל פרשנות בהחלטה עסקינן. בכך מתאפשר לוועדות הקבלה ביישובים לצקת לתוכו תוכן ככל העולה על רוחן, ומכאן קצרה הדרך לשרירותיות ממש בהקצאת מקרקעי הציבור.
18. ההחלטה קובעת אומנם, כי בחינת "ההתאמה החברתית" של מועמד צריכה להסתמך על חוות-דעת מקצועית של מכון מיון אליו יופנו המועמדים על-ידי ועדת הקבלה. אולם גם חוות-דעת זו לא מכפרת על הפגמים שבהפעלת קריטריון זה, ולמעשה מייצרת שורה של בעיות חדשות. מעבר לכך שכלל לא ברורה ההצדקה להפעלת קריטריון ההתאמה החברתית, הרי שהיישובים הקולטים הם המנחים את המכון בהגדרת אופיו של אותו מועמד לגבי "התאמה חברתית" (כך שאין כל ערובה ששיקולים זרים ופסולים לא יסתתרו מאחוריהם), תקפותן ומהימנותן של חוות הדעת מוטלות בספק, ויש בהן פגיעה קשה בפרטיות, בסודיות רפואית ובהליך הוגן.
19. סיפורם של העותרים 1 ו-2 הוא הוכחה ועדות חיה לפסלותו של מנגנון סינון זה בכלל, ושל קריטריון "ההתאמה החברתית" בפרט.
20. בני הזוג קמפּלר ביקשו לרכוש מגרש בהרחבה הקהילתית של מעין ברוך – הידועה לכל בשם "הכפר היווני". המגרשים בכפר היווני, המשווקים לציבור הרחב תחת הסיסמא "ההזדמנות שלך לשינוי בחיים", הם בגודל של דונם. ודוקו – אין מדובר ב"שינוי בחיים" במובן של כניסה לקהילה קטנה ואינטימית בעלת אורחות חיים ייחודיים. להיפך. השינוי בחיים המובטח ע"י אנשי השיווק של הפרויקט הוא ביצירת מקור הכנסה חדש ורווחה כלכלית לרוכשים – על המגרש מתאפשר לרוכשים לבנות, לצד ביתם, שתי יחידות אירוח (צימרים) – הכל בסגנון יווני. בדרך זו יכולים מי שזכו לרכוש מגרש ליהנות ממקור הכנסה וזאת בנוסף להנאה מאיכות החיים והנוף הפסטורלי, ובכך להביא לשיפור של ממש במצבה הכלכלי של המשפחה.

21. ניסיונם של בני הזוג לרכוש את המגרש לא צלח. ועדת הקבלה של הישוב דחתה את מועמדותם וועדת הערר של מינהל מקרקעי ישראל דחתה את עררם.
22. אחד הנימוקים המרכזיים עליהם נשענה ועדת הקבלה היה שהרצון במעבר "נובע בעיקר מקשיים חברתיים וכלכליים, איתם נאלצה המשפחה להתמודד במקום מגוריה הנוכחי, וכי העתקת מקום המגורים נתפס בעיניו כמעין מפלט נוכח התמודדויותיו."
23. אכן, מהלך חייהם של בני הזוג, ובפרט של העותר 1, אינו מציית למה שנחשב במקומותינו כ-"סיפור הצלחה". העותר 1 נאבק כל חייו לשם בניית חיים מלאים, משמעותיים ונורמטיביים, למרות משקעים הרסניים שחוה בילדותו בצל הורים ניצולי שואה ולמרות מחלה שבה לקה, שהשפיעה אף היא על בריאותו הנפשית. לעותר 1 הוכרו 52% נכות רפואית (מתוכם 40% נכות נפשית) ו- 75% אי-כושר עבודה על-ידי המוסד לביטוח לאומי.
24. החלטתם של המשיבים לדחות את מועמדותם של העותרים 1 ו-2 לרכישת מגרש מוכיחה, כי קריטריון "ההתאמה החברתית" נהפך להיות מעין מילת הקסם, בה נתלות ועדות הקבלה, שמאחוריה מסתתרים שיקולים זרים ופסולים. קריטריון ההתאמה החברתית מהווה אמצעי דרכו קבוצה קטנה של תושבים המתגוררת ביישוב קהילתי או ביישוב חקלאי המבצע הרחבה, והמצויה בעמדת כוח, מגדירה עצמה "קהילה" ובדרך זו מבקשת להצדיק הליכי הדרה של מי שבעיניה אינם "מתאימים חברתית" להתגורר בסמוך לה.
25. מנגנון הסינון הקבוע בהחלטה מייצר "קהילתיות מדומה"; הוא מאפשר ל"מתיישבים הראשוניים" לקבוע מי יהיו שכניהם על קרקע שהיא ציבורית ושלכל אזרח יש בה זכות שווה.
26. ההחלטה פוגעת שלא כדין בזכויות חוקתיות, ובהן הזכות לשוויון, לפרטיות, לקניין ולדיוור. ההחלטה מגבילה את זכותו של אזרח למשאב ציבורי רב חשיבות – קרקע – באמצעות מנגנון הסינון וקריטריון "ההתאמה החברתית". הפגיעה הטמונה בהחלטה זו אינה עומדת בפיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן היא אינה לפי חוק, אינה לתכלית ראויה והיא בלתי מידתית.
27. ההחלטה פסולה מפני שהיא מאצילה סמכות שלטונית של המשיב 1 לידי ועדות הקבלה, ללא כל הסמכה בחוק. החלטותיהן של ועדות הקבלה אינן בגדר המלצות על אף שהן מוגדרות כך בהחלטה עסקינן. החלטות ועדות הקבלה הן סופיות, ורק הגשת ערר עליהן תערב את המינהל ותגרום לו "לבחון" אותן באמצעות ועדת הערר.

## עיקרי העובדות

28. העותרים 1 ו-2 – דוד קמפלר (בן 51 שנים במועד הגשת העתירה) ואהובה קמפלר (בת 54 שנים במועד הגשת העתירה) הם זוג נשוי והורים ל-3 ילדים, בני 19, 18 ו-16 שנים (גילאי הילדים נכון למועד הגשת העתירה). העותרים נישאו בינואר 1987 ומאז הם גרים בגני תקווה.
29. 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.
30. כשנתיים קודם להגשת העתירה החל קיבוץ מעין ברוך לפרסם בעיתונות ובאתרי האינטרנט מודעות אודות "הכפר היווני", והזמין את הציבור הרחב לרכוש מגרשים למגורים שם. לעתירה המתוקנת צורף העתק מחומר הפרסום הנ"ל, כנספח עמ/4.
31. העותרים, כמו אחרים, ראו הזדמנות לשינוי בחייהם, הלכו, ביקרו והתאהבו. וכך התחילו בהליך לרכישת מגרש של דונם ותכננו לבנות שם את ביתם, יחד עם שתי יחידות אירוח – צימרים – אשר היו אמורות לסייע למשפחה 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.
- ראו נספח עמ/5 לעתירה המתוקנת.
32. כחלק מהליך הקבלה לפי ההחלטה, נדרשו העותרים 1 ו-2 לעבור בדיקה במכון למתן חוות-דעת בדבר התאמתם "לחיי חברה בקהילה", ולאחר מכן, נדרשו העותרים לעבור ראיון בפני ועדת הקבלה. ועדת הקבלה החליטה לדחות את מועמדותם.
33. ביום 1.11.2007 הגישו העותרים לוועדת הערר של המשיב 1 ערר על החלטת הדחייה. בשלב ראשון הערר היה מתומצת ובלתי מנומק, מכיוון שהעותרים לא ידעו באותו זמן מה היו השיקולים לדחייתם (נספח עמ/8). בהמשך הגישה המשיבה 2 לוועדת הערר את תגובתה לה צירפה את חוות דעת המכון (נספח עמ/9).
34. עיון בתגובת המשיבה 2 מלמד שהיא מנמקת את החלטתה לדחות את מועמדותם של העותרים בכך שלטענתה אינם מתאימים לחיי חברה בקהילה. המשיבה 2 מסבירה עמדתה זו בהסתמך על שני שיקולים שלשיטתה מעידים על אי-התאמת העותרים; הראשון, כי העותר 1 רואה במעבר מפלט למציאת דרכו מבחינה כלכלית ולהתפתחות תעסוקתית; והשני, כי העותרת 2 חסרת מוטיבציה במעבר.

35. ביום 15.3.08 הגישו העותרים לוועדת הערר את תגובתם בה הסבירו כי השיקולים עליהם נשענת המשיבה 2 הם שיקולים זרים ומוטעים, ואין בינם לבין קריטריון התאמה לחיי חברה בקהילה ולא כלום. (נספח עמ/10).

36. מכל הטיעונים נגד ההחלטה אותם פרטנו בעתירה, נבקש להדגיש כאן את האבסורד בטענת ועדת הקבלה, כי עצם קיומו של אינטרס לשיפור החיים מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית סותר ושולל את התאמתו של מועמד לחיי חברה בקהילה.

37. אכן, העותר 1 התמודד עם קשיים כלכליים וחברתיים במהלך חייו, שנובעים בעיקר ממצוקה נפשית סובייקטיבית שמקורה בילדות קשה בצל הורים ניצולי שואה וכן ממחלה בה לקה. לעותר נכות מוכרת, אותה לא הסתיר בראיון בפני המשיבה. אלא שקשיים אלה אינם פוגעים בסיכויי להשתלב ואף לתרום לחיי הקהילה בהרחבה. (וראו חוות-דעת של גב' נעמי טאובר, פסיכולוגית קלינית-מומחית, מעמותת "עמך – המרכז הישראלי לתמיכה נפשית וחברתית בניצולי השואה והדור השני" (נספח עמ/10).

38. ככל אדם אחר הבוחר לחיות בהרחבה קהילתית או יישוב קהילתי לאחר שבירר את המשמעויות הכרוכות בכך, העותרים הם אנשים שיכולים להשתלב במקום, לתרום לחיי היישוב, ולקבל על עצמם את כל החובות שיוטלו עליהם מכוח היותם תושבים בהרחבה. שיקולים אלו הם השיקולים הרלוונטיים לקבלת מועמדותם לרכישת המגרש.

39. תגובתה של המשיבה 2 מעלה חשש כבר כי הפרשנות שנתנה למונח "התאמה לקהילה מצומצמת" הינה פרשנות צרה והיא מוטית כך שרק מועמדים "מבוססים", "צעירים" ושמהלך חייהם מציית למה שנחשב במקומותינו כ"סיפור הצלחה", יוכלו לעבור את סף הקבלה. ונשאל רטורית: מדוע רק לאלה תינתן האפשרות לבנות בית, ולצידו חדרי אירוח (צימרים), שצפויים להיטיב מאד כלכלית עם בעליהם?!

40. 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.



## הבעייתיות בעצם קיום מנגנון לסינון מועמדים

41. המסגרת הנורמטיבית להליך ואופן קבלת מועמדים לרכישת מגרשים ביישובים קהילתיים ובהרחבות קהילתיים ביישובים חקלאים פורטו בסעיפים 74 עד 95 לעתירה המתוקנת. למען הקיצור לא נחזור עליהם כאן.
42. סיפורם האישי של העותרים 1 ו-2 מדגים ביתר שאת את הבעייתיות, בלשון המעטה, שבהחלטה. ההחלטה 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.
43. 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 או הבדואית.
44. ועדות הקבלה מקנות לחברי הישוב זכות מיוחדת במינה לבחירת שכניהם. יודגש, מדובר במגרשים למטרת מגורים ולבניית עסקים של חדרי אירוח עליהם, ולא בנחלות חקלאיות ו/או בקבלת מועמדים לאגודה השיתופית החקלאית של היישוב.
45. יתירה מזו, כפי שניתן ללמוד מחומרי השיווק של הפרוייקט (נספחים עמ' 2 ועמ' 3) רוכש מגרש מקבל יתרון כלכלי משמעותי על פניו של מי שאינו רוכש מגרש – שכן לאחרון לא תינתן האפשרות להפיק תועלת כלכלית גדולה באמצעות השכרת הצימרים שיבנו על המגרש לציבור הרחב. מדוע לאפשר דווקא לחברי הישוב לבחור מיהם אלה שיהיו הבעלים של צימרים הנמצאים בשכונתם? עסקינן בהטבה כלכלית מובהקת אותה מחלקת המדינה, וכמו כל הטבה, עליה להיות מחולקת בצורה שוויונית ובלתי מפלה.
46. ההרחבות משווקות ומוצגות בפני הציבור הרחב כנבדלות ונפרדות מהיישוב. דוגמה לכך, הוא המקרה דגן - הרחבה במעין ברוך. כפי שמייצג אף השם השיווקי שלה "הכפר היווני" – ההרחבה נבדלת ונפרדת מהקיבוץ עצמו, ואין ביניהם כל "שותפות" ו/או "ערבות הדדית".
47. ההרחבות הקהילתיות (בדומה ליישובים הקהילתיים) אינן מסגרות חיים המאופיינות במרקם חיים שיתופי הדוק, אלא רופף, אם בכלל. בפועל מדובר במעין שכונות פרבריות, המציעות מגרשים גדולים למגורים בהנחה משמעותית; בית צמוד גינה ומסביבו נוף פסטורלי, ושירותים מוניציפאליים וחברתיים ברמה גבוהה. החיים החברתיים ביישובים אינן מחייבים פיתוח מערך קשרים הדוק ומחייב, אין בהם תלות הדדית ברמה גבוהה בין התושבים, וכך גם מידת הלכידות החברתית. במקרה של מעיין ברוך (ויש עוד דוגמאות לכך) קיימת אף אפשרות לעשיית רווח כלכלי משמעותי

באמצעות השכרת צימרים. זהו אופיים "המיוחד" של אותם יישובים, ואופי זה אינו מצדיק מתן הכשר למנגנון סינון והדרה, המייצרים בתורם "קהילתיות מדומה". להיפך, מכיון שמדובר בהטבה, גם כלכלית, מובהקת, המוענקת ע"י המדינה, יש להקפיד הקפדה יתרה על חלוקתה באופן שוויוני והוגן.

48. המשיבים מדגישים בתשובותיהם את החשיבות בהגנה על הממד הקהילתי-חברתי ביישובים קהילתיים ובהרחבות, וממשיכים וטוענים כי ללא שמירת כוח המיון בידי וועדות הקבלה הוא עלול להיפגע באופן חמור. כאמור, העותרים מעלים ספק כבד בדבר אמיתות התמונה הקהילתית המתוארת. אולם חשוב להדגיש כי גם אם נקבל את הטענות בדבר קיומה של קהילה בעלת לכידות ונמצא כי מן הראוי לתמוך בה, **אין לעשות זאת באמצעות מיון פוגעני ומפלה כפי שקיים בהחלטה**. כפי שיפורט בהמשך, האמצעי אותו מבקשים המשיבים לשמר – הליכי מיון באמצעות וועדת קבלה ושימוש בתנאי ההתאמה החברתית – הוא פסול, גם בהנחה (המוטלת בספק כבד) שהמטרה שלשמה מופעל אמצעי זה הוא ראוי, ושקיים אינטרס לשמר את מסגרות המגורים הכפריות הקטנות שהן נשוא עתירה זו.

### **קריטריון "התאמה חברתית" וחוות הדעת המקצועית**

49. בעיה מרכזית נוספת לצד עצם קיומו של הליך הסינון, הוא קריטריון "ההתאמה לחיי חברה בקהילה" ו/או "ההתאמה החברתית", הכלול בקריטריונים אותם רשאת 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 1.

50. קריטריון עמום זה מאפשר לוועדות הקבלה להסתתר מאחוריו ולדחות מועמדים משיקולים זרים. עמימות הינה קרקע פורייה לשקילת שיקולים פסולים ומפלים. סיפורם של העותרים 1 ו-2 מדגים זאת היטב. תשובת יו"ר ועדת הקבלה 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.

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

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

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

54. חוות-הדעת בעניינם של העותרים 1 ו-2 מדגימה את 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. היא מעלה חשד של הפליה, בין היתר, מטעמי מוגבלות, יש בה חדירה קשה לפרטיות ופגיעה בהליך הוגן. כפי שיפורט בהמשך, מדובר בפגיעה קשה בזכויות יסוד בסיסיות של האדם, והיא אינה ניתנת להצדקה או ריפוי: במקרים רבים המיון לצורך קביעת "התאמה חברתית" נעשה לתכלית לא ראויה (הדרת האחר), ומכל מקום הפגיעה אינה מידתית אף אם נאמר כי מדובר בתכלית ראויה.

55. נוסף על כך, הנחת המוצא שבהחלטה כי המכונים יכולים לנבא "התאמה חברתית" הינה הנחה מוטעית ומנוגדת לספרות המקצועית, ולפיה אין כל דרך "לאבחן", "למדוד" או "לכמת" את התאמתו החברתית של פלוני לקהילה אלמונית. מכאן הצגתם של אותם איבחונים וחוות דעת כ-"מקצועיות" ו"אובייקטיביות" היא מטעה ופסולה. ואם לא די בכל האמור – נזכיר כי במקרה של מעין ברוך רכישת המגרש בישוב מהווה גם הטבה כלכלית מובהקת, בדמות יכולת לבנות ולהתפרנס משני צימרים, מעין זיכיון לניהול מלון קטן. אם הדבר לא היה עצוב כל כך, וניתן היה להתייחס אליו בצורה אירונית משהו, היינו טוענים שהיה מקום לערוך למועמדים מבחני כשירות לניהול עסק של אירוח, להבדיל מכשירות לחיים בקהילה קטנה ואינטימית. מה בין זה ובין חוות-הדעת שנתקבלו בעניינם של העותרים ושל אחרים במצבם? מאום!

## החלטות מועצת מקרקעי ישראל בדבר הליכי סינון

56. כאמור לעיל, על ההיסטוריה והרקע להחלטות מועצת מקרקעי ישראל בענין הקמת ועדות קבלה הבוחנות "התאמה חברתית", כבר פרטנו בסעיפים 74 עד 95 לעתירה המתוקנת, ולא נחזור עליהם כאן.

57. נציין רק כי החלטה 1195 (נספח עמ'1), היא ההחלטה העדכנית העומדת בתוקף כיום, נתקבלה רק לאחרונה, ביום 1.3.10 בעקבות הדיונים בעתירות נגד חוקיות הליך המיון.

58. במהותה, ההחלטה החדשה איננה שונה מקודמותיה (על גלגוליה השונים), והיא עדיין טומנת בחובה את הפגם היסודי הכרוך בהליכי מיון ליישובים מסוג זה. גם ההחלטה החדשה כוללת את אותו מנגנון של ועדות הקבלה, שמוסמכות לשקול את קריטריון ההתאמה החברתית כתנאי לקבלה ליישובים הקהילתיים. רוב רובן של ההוראות בדבר הרכב הוועדות ודרך פעולתן, לרבות שליחת המועמדים למכונים למיון פסיכולוגי, נותרו ללא שינוי. השינויים בין ההחלטות הקודמות לנוכחית הם משניים ולא מהותיים – הם אינם נוגעים בליבת הבעיה שאליה מכוונת ביקורת העותרים. במילים אחרות, אותה הגברת, אפילו לא ממש בשינוי אדרת.

59. למען, הסר ספק יובהר שהעותרים סבורים שאם בכלל, השינויים האחרונים בהחלטות המינהל לא רק שלא הקלו על מועמדים המבקשים להתקבל ליישוב אלא שהם כוללים אלמנטים המקשים על יכולתם של מועמדים המבקשים לרכוש בית ביישוב קהילתי. זאת, גם ביישובים בהם למעלה מ-120 משפחות שלגביהם לכאורה יש "הקלה" בקריטריון הדחייה, בדמות הוספת מבחן לפיו קבלת המועמד "עלולה לפגוע" בחיי הקהילה, להבדיל מאי-התאמה "סתם". שהרי, מחד – מועמדים יצטרכו להמשיך ולעבור הליכי מיון שתוקפם מפוקפק על מנת לבחון את אופיים ואישיותם. בהליכים מסוג זה תמיד ידם של המועמדים תהא על התחתונה: הם אינם יודעים מה האופי של הישוב בו צריכה להיות "פגיעה", מהי אותה "פגיעה" באופי היישוב, כיצד בוחנים ומעריכים "פגיעה" שכזו, וכיוצא באלה אלמנטים שנסתרים מעיניהם. מאידך – הנטל שעליהם לעמוד בו על מנת להתמודד עם טענת דחייה הוא קשה יותר, שכן הם כבר סומנו כשייכים לקטגוריה ה"פוגעת". מהלך שכזה, במקום להבהיר את העמימות ולחזק את אופיו הפומבי והשוויוני של תהליך הקצאת מקרקעי ישראל, הופך אותו לעוד יותר מסורבל, בלתי שקיף, סובייקטיבי, ונתון לשיקול דעתה של ועדת קבלה פרטיקולארית.

60. זאת ועוד. ההחלטה החדשה קובעת לראשונה כי ועדת הקבלה תוכל לקחת בחשבון במסגרת שיקולי הדחייה של מועמד (בכל יישוב יהא אשר יהא גודלו) את הטעם שקבלתו "תביא ליצירת קהילה נוספת בתוך הקהילה הנוכחית, בדרך שיש בה כדי לפגוע פגיעה של ממש באופן הקהילה אשר גרה באותו ישוב" (סעי' 2.3.3 להחלטה). גם כאן המדובר בקריטריון עמום, לא קונקרטי ולא שוויוני, שלא ברור מה מסתתר

מאחוריו. האם כוונה לדחיית ערבים? מזרחים? הומואים או לסביות? יהודים המשתייכים לזרם רפורמי? או שמא מדובר בהסמכה גורפת לועדת הקבלה לדחות מועמדים "לא מתאימים חברתית"?

61. קריטריון חדש ועמום זה מעורר חשד מוגבר שהוא מהווה כסות להפליה בלתי חוקית, הפליה שלא ניתן לבצע אותה ישירות ועל כן עושים שימוש ב"קודים מילוליים" שמטרתם להסתירה. מהי אותה "קהילה נוספת" ומי יקבע מי היא "הקהילה הנוכחית"? מהי "פגיעה של ממש" באותה "קהילה נוכחית" שאיננו יודעים כיצד היא מוגדרת? על פניהם מושגים אלו כל כך לא ברורים ובלתי ניתנים ליישום באופן ראוי, שהם אינם מתאימים להסדר האמור לקבוע מדדים ברורים להקצאת משאב ציבורי חשוב.

62. זאת ועוד. במידה והמשיב 1 מעוניין להקים יישובים בעלי "איפיונים מיוחדים", נתונה לו הדרך לעשות זאת, באמצעות ההליך הקבוע בסעי' 2.4 להחלטה. סעיף זה מאפשר לקבוע אי התאמה חברתית ליישוב אם הוא בעל "איפיון מיוחד"; אולם על מנת שיישוב יוכר ככזה יש לוודא ש"קריטריונים בדבר אפיונים מיוחדים של הישוב... אושרו מראש על ידי המינהל לאחר שקבלו את אישור רשם האגודות השיתופיות, לרבות במסגרת תקנון האגודה השיתופית. הקריטריונים יפורסמו ע"י האגודה".

63. במילים אחרות, אם יש "קהילה" שאנו סבורים כי ראוי לה להגביל את הכניסה אליה בגלל "איפיונים מיוחדים" (למשל קהילה דתית המקיימת אורח חיים מסויים, קהילה של צמחונים וכיוב'), יש לפעול על פי הליך גלוי: לקבל מראש את אישור מינהל מקרקעי ישראל לייחודיות היישוב, את אישור רשם האגודות השיתופיות, ולקבוע את הדבר בתקנון האגודה. הליך זה מבטיח בקרה מסויימת על הכרה בחריג לכלל השוויון בהקצאת מקרקעי ישראל, והתחשבות במאפיינים ייחודיים אמיתיים של יישובים מסויימים. וכבר נקבע כי התחשבות שכזו עשויה להיות סבירה וראויה (ראו לגבי יישובים לאוכלוסיה הבדואית בגץ 528/88 אליעזר אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, מג (4) 297; ולגבי יישובים לחרדים בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503).

64. מה שלא ניתן לעשות הוא לעקוף את החובה הכללית לנהוג בשוויון באמצעות קביעת קריטריונים עמומים ובלתי שקיפים, המעלים חשש שמטרתם להוות דרך עוקפת לדין האוסר הפליה בהקצאת מקרקעי ישראל.

65. העותרים טוענים אם כן כי הפגיעות שלא כדין בזכויות חוקתיות כתוצאה מעצם קיומן של ועדות קבלה ליישובים הבוחנות את "התאמה חברתית", כמו גם הפגמים החמורים בהליך המנהלי עליהם פורט כבר בעתירה המקורית, נותרו כשהיו. לבחינתם נעבור כעת.

## הזכויות החוקתיות הנפגעות

### הזכות לשוויון

66. 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.

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

68. 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.

ראו גם: בג"צ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 6.8.09).

69. 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); בג"צ 986/05 פלד נ' עיריית תל-אביב יפו (טרם פורסם, 13.4.05); עמ 343/07 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, 14.9.10) דפנה ברק-ארז משפט מנהלי (ההוצאה לאור של לשכת עוה"ד, 2010) 699.

70. תוצאותיה המפלות של מדיניות המינהל בעניין עסקינן ובפרט בהפעלת קריטריון "ההתאמה חברתית", ברורות הן, גם לפי עתירה זו וגם לפי עתירות אחרות שהוגשו לבית משפט נכבד זה על-ידי משפחות שנדחו.

71. 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 המעצבים – ולא רק מגלים או משקפים! – טיפוס או מודל של אדם/משפחה "נורמטיביים", הזכאים לגור בהרחבה הקהילתית. אך בכך מייד הוא גם מגדיר,

ומדיר, את מי שאינו שייך למודל זה. ואף כי הדבר לא נאמר מפורשות, לא קשה לדמיין מי ומה ייחשב "מתאים" מבחינה "חברתית".

72. האינטרס והרצון לייצר מסגרת חברתית-קהילתית ביישובים קטנים (ככל שזו קיימת) אינו יכול לגבור על המחוייבות לערכים אוניברסאליים כשוויון והוגנות. לא ניתן בשם טיעון המבכר הגנה על "קהילה" שאיננה בעלת מאפיינים ייחודיים "אותנטיים", ושאוּפִי הקשרים בתוכה הוא רופף או אף מדומה, לגבור על הרעיון העמוק הטמון בשוויון. רעיון זה מביע ערך, לפיו יש להדגיש את המשותף בין כל בני האדם מבלי להעדיף אחד על פני רעהו. מתן כוח מיון לקבוצה להוציא את מי שלא נראה "מתאים" נותן משקל רב לערך הפרטיקולארי על חשבון האוניברסאלי, תוך פגיעה בשוויון.

73. ואכן, בהיעדר קריטריונים מפורשים למונח 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.

74. משום כך, גם הפעלתם של מבחני מיון מקצועיים לכאורה, אינה פותרת את הבעיה ואין היא מנטרלת את הקושי. המבחנים הללו רק מאשרים ומאששים את מה **שמלכתחילה** הוגדר והובנה על-ידי היישוב כקבוצה הראויה לבוא בשעריו בשם הרעיון הקהילתי. 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 והם נוטלים חלק, ולא מנטרלים, את הפגיעה בזכות לשוויון.

## הזכות לפרטיות

75. לא זו אף זו, ההליך אותו נדרשים לעבור המועמדים במכוני הבדיקה, הוא הליך משפיל, פוגע בזכות לפרטיות ובצנעת הפרט. זכויות אלו הנין כאמור זכויות חוקתיות המעוגנות בסעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לסקירה עדכנית של הלכות בית-משפט נכבד זה העוסקות בפרטיות, כמו גם לסקירת ההצדקות התיאורטיות השונות לפרטיות, ראו: מיכאל בירנהק **מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט וטכנולוגיה** (הוצאת נבו ואוניברסיטת בר-אילן, 2010), 109-120.

76. כידוע: "מרכיב חשוב בזכות לפרטיות שכן היא מאפשרת לאדם "להיעזב לנפשו" ולהימנע מחשיפה אישית וממסירת מידע אודותיו שאינו מעוניין שיימסר" (רע"א 444/07 **רמי מור נ' ברק אי.טי.סי** (טרם פורסם, 25.3.10) פסקה 13 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

77. 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 חמורה ביותר. היא לא מוצדקת, בלתי מידתית, ושלא לתכלית ראויה (השוו: בג"צ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים (טרם פורסם, 20.12.2010)).

78. למשיב 1 שתי תשובות לטענת הפגיעה בזכות לפרטיות: הראשונה הינה העובדה שמדובר בהליך שנעשה ב"הסכמה חופשית ומדעת של המועמד" (סעיף 135 לתגובתו) והשניה שמדובר ב"הליכי מיון דומים באופיים" לאלה ה"נערכים, למשל, גם למועמדים לעבודה. לפיכך, אין המדובר בהליך שהוא בלתי מקובל באופיו", וכל שנדרש מאת ועדת הקבלה הוא להקפיד על חסיון חוות הדעת ועל חסיון המסמכים האישיים.

79. בכל הכבוד, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את שתי התשובות כאחת. כבר נפסק לענין מבחני התאמה הנערכים לצורך קבלה לעבודה, והדברים יפים בשינויים המחוייבים אף לענייננו, כי "משמעסיק מטיל חובה על מועמד לתפקיד לעמוד במבחני התאמה, על-מנת להתקבל לעבודה או להתקדם לתפקיד, "הסכמתו" של המועמד אינה ניתנת מרצונו החופשי." (דבע (ארצי) 70-4/97 אוניברסיטת תל-אביב נ' ההסתדרות הכללית החדשה פד"ע ל (1997) 385, 410). באותה הפרשה ממש פסק בית הדין הארצי לעבודה כי מבחני התאמה לעבודה עומדים במבחן החוקתי של פגיעה מותרת בפרטיות, אך ורק אם מדובר במבחנים שהצורך בהם ברור ותקפותם ומהימנותם ברורה לגבי הכישורים שאותם בודקים המבחנים. ברם, בעוד שמבחני התאמה לעבודה הם כלי ניהולי מקובל בעולם כולו, ברור ומוכח, הרי שמכונים מקצועיים העוסקים ב"מבחני התאמה למגורים בקהילה" הם, למיטב ידיעת העותרים, המצאה ישראלית. האם ברצינות ניתן לקבל שמבחנים מהסוג שהעותרים עברו יכולים באמת לנבא טווח כל כך רחב של מרחבי ותחומי חיים, ולהוות אינדיקציה רצינית לצפי של התנהלות של קהילה, של יחידים ושל יחסי הגומלין ביניהם לאורך זמן? ודוקו: הפגיעה הקשה בפרטיות במקרה של רכישת מגרש מהווה לכשעצמה אפקט מצנן ומדיר, שכן רבים חוששים להתפשט ולחשוף את חייהם הפרטיים בפני אנשים זרים. במיוחד נכון הדבר לגבי קבוצות אוכלוסיה ששומרות בקנאות על פרטיותן רק בשל היעדר סובלנות חברתית לשונה – אנשים שעברו בעבר על החוק ומנסים להשתלב ולהשתקם, אנשים עם עבר של אשפוז פסיכיאטרי, מי ששוחרר משירות צבאי מסיבה כלשהי, הומואים, לסביות, טרנסג'נדרים וכיוצ"ב.

80. החשש לפגיעה העולה על הנדרש בזכות החוקתית לפרטיות מקנן אף בליבם של מלומדים שמחזיקים בעמדה שאיננה שוללת עקרונית הקמת מנגנוני סינון ליישובים קהילתיים. כך לדוגמא, המלומד חנוך דגן, שהמשיב 1 מביאו בתמיכה בעמדתו (סעיף



122 לתגובתו), מסייג את תמיכתו "העקרונית" במוסד וועדות הקבלה ליישובים קהילתיים מסוימים באמירה הבאה:

"המילה 'בעקרון' מציינת כי אינני מביע עמדה באשר לאופן בו מופעלת ההחלטה הלכה למעשה. כך למשל, יש הטוענים כי הפרקטיקה הנוהגת כיום, של מבחני אישיות ומבנים פסיכולוגיים אחרים, שבהם נבדקים המועמדים אצל מכון חיצוני הקשור עם הקהילה הקניינית, היא בעייתית, שכן היא פוגעת יתר על המידה בפרטיות ולוקה בהטיה מובנית. ראו: נעמה סיקולר "ערבים, הומואים ונכים – מחוץ ליישוב הקהילתי" ידיעות כלכלה 26.1.07.

חנוך דגן, "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד (1) 2007 (עמ' 72 ה"ש 61).

81. ואין כמו עניינו של העותר 1 כדי להעיד על חומרת הפגיעה בפרטיותו: דבר היותו של העותר 1 בעל נכות נפשית מוכרת, בעיותיו הנפשיות, והדיון האם יש בהן או אין בהן כדי להשפיע על מידת "התאמתו החברתית" להתגורר בכפר היווני, העסיקו את ועדת הקבלה, את ועדת הערר וכעת את בית-משפט נכבד זה, כשאינספור עיניים נחשפו לענייניו האישיים, דנו ודשו בהם, והכל על שום רצונו העז להתגורר בכפר היווני.

אבל כמה קמפלרים יש שם בעולם, שמוכנים ונכונים לצאת למאבק ארוך שכזה, תוך חשיפה שכזו, והכל כדי לממש זכות אלמנטרית כמו רכישת קרקע ציבורית כדי לבנות עליה בית עם שני צימרים, כדי לעבור ולהתגורר ביישוב בגליל? על כל אחד שכזה, 99 ואולי 999 אחרים יבכרו להגן על זכותם לפרטיות.

דומה שאין צורך להכביר עוד מילים על עוצמת האפקט המדיר והמצנן כאן.

## הזכות לקניין

82. 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.

83. 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. ראו: בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4), פסקה 34.

לניתוח עדכני ומקיף של השאלות התיאורטיות שמעוררת הכרה ב"זכות לסרב כניסה",  
למקרקעין פרטיים וציבוריים, ראו: חנוך דגן, "זכות הכניסה" **מחקרי משפט** 24 59  
(2008).

## הזכות לדיור

84. 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. עמד על  
כך כבוד השופט חשין:

"...ענייננו אין הוא לא בקניין ולא ברכוש על דרך הסתם – קניין  
ורכוש ששוויים בשוק הוא כך וכך – אלא בביתו של אדם, במשכן  
למשפחה. מקום מגוריו של אדם הוא מקום שבו משוקע חלק  
מחיו, בבית הספר הסמוך לומדים ילדיו, אפשר בחר במקום מגוריו  
בשל היותו סמוך למקום עבודתו או בקרבת ידידיו, מתחילה ביקש  
לעצמו מקום שקט – או מקום מרכזי – למגוריו, ועוד שיקולים  
כיוצא באלה העושים ביתו של אדם למשכן לו בקהילה"

רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח (5) 566, 550.

85. 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. ראו: אמנון להבי "קהילות מגורים  
חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה" **משפט וממשל** ב(1) 63 (2005).

## הפגיעה בזכויות החוקתיות אינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה

86. הפגיעה בזכויות החוקתיות שגורמת ההחלטה 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

87. ההחלטה והליך הקבלה ליישובים פסולים מעיקרם, משאינם נשענים על חקיקה  
ראשית ובכך לא מקיימים את התנאי הראשון של פסקת ההגבלה.

88. סעיף 2(א) לחוק רשות 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 "שלפיה תפעל הרשות, תפקח על פעולות הרשות ותאשר הצעת תקציבה שייקבע בחוק".
89. 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.
90. 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. (לפירוט ואסמכתאות ראו: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי עמ' 135** (ההוצאה לאור של לשכת עורכי-הדין, 2010).
91. בבג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב (5) 481 משתית כבוד הנשיא ברק את עקרון יסוד זה על שלושה אדנים: עקרון הפרדת הרשויות, עקרון שלטון החוק, ותפיסתה של הדמוקרטיה עצמה.
92. הטעם השלישי, הגשמת הדמוקרטיה, הוא הצריך לענייננו והוא המורה, כי הפגיעה בזכויות אדם יכולה שתיעשה אך ורק בחקיקה ראשית (ראו שם, בעמ' 514).
93. 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 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).
94. פרופ' דפנה ברק-ארז מתחה אף היא ביקורת על הסמכות הרחבה, המוקנית למועצת מנהל מקרקעי ישראל לעצב את מדיניות הקצאת קרקעות המדינה. ראו:
- דפנה ברק-ארז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 613, 633-635.
95. 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, 2006), (להלן: "פס"ד **ועדת המעקב**") עולה כי מנהל מקרקעי ישראל, כזרועה של הרשות, אינו מוסמך לפגוע בזכויות יסוד בהעדר

הסמכה מפורשת בחוק. ראו עוד לעניין זה: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' שירות הבטחון הכללי, פ"ד נג (4) 817 (1999); בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, ראו במיוחד פסקה 14 לפסק-דין של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 2008).

96. אמנם בית המשפט 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.

ראו עוד לענין הצורך ב"הסמכה מפורשת" לפגוע בזכויות אדם: דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (טרם פורסם, 19.10.2009); בג"צ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים (טרם פורסם, 20.12.2010).

### פגיעה שלא לתכלית ראויה

97. פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מציבה דרישה, לפיה הפגיעה בזכויות יסוד יכולה להיעשות אך ורק מכוח חוק, שנועד לתכלית ראויה.

98. עת מדובר בפעולה של רשות מינהלית ולא בחקיקה ראשית, יש לבחון את התכלית הראויה באספקלריה של התכליות הכלליות והפרטיקולאריות של החוק המסמך. כך בדבריו של כבוד הנשיא 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 המסמך."

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

100. התכליות המיוחדות של החוק המסמך את המינהל נידונו בהרחבה בבג"ץ קעאדן (עמ' 272):

"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."

101. ההחלטה נשוא עתירה זו יוצרת הסדר, לפיו המינהל מקצה משאב של קרקע ציבורית 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. מכאן שטענתם הראשונה של העותרים היא כי תכלית ההחלטה, ובמיוחד סעי' 2.3.3 המאפשר דחיית מועמד בשל חשש ליצירת קהילה חדשה העלולה לפגוע בקהילה קיימת, היא פסולה בהיותה מכוונת לאפשר הדרת קבוצות באופן שרירותי.

102. טוענים המשיבים, כי תכלית ההסדר הקיים הינה לאפשר לקהילות לשמור על מרקם חברתי, כמו גם "לייצר" באותם יישובים קהילות הומוגניות מבחינה חברתית. אפילו נכונה היתה טענתם, ואפילו ניתן היה להשיג מטרה זו באמצעות הסדר המיון הקיים בהחלטה (מה שכאמור מוכחש בתוקף) הרי שתכלית זו אינה ראויה במדינה דמוקרטית. אין זה ראוי כי מדינה המתייחסת באופן שווה לכל אזרחיה תתמוך ותקדם, באמצעות הקצאת קרקע ציבורית, את רצונם של חלק מן הפרטים שבה ביצירת סביבת מגורים סגורה, כזו שאין בה מקום לפתיחות והטרונגניות. כך ראוי שיהיה גם ביישובים קטנים יותר, ולא רק בערים הגדולות.

103. בית-משפט נכבד זה הדגיש לאחרונה את הנזק החברתי הגלום בהתבדלות, בסגירות ובדחיית השונה:

"זכותן השמורה להן של קבוצות שונות בחברה לבטא את עצמן בתחום התרבות, הדת והמסורת, ואורחות החיים למיניהם, ולחזק את ייחודן וסגנון, אין פירושה זכות מוקנית להתבדלות, לסגירות, ולדחיית השונה והרחקתו. ההגנה החוקתית על החופש האישי של הפרט מוקנית לו אגב השתייכותו למסגרת חברתית רחבה. יחסיותו של החופש האישי נועדה לאפשר קיום וחיים בצוותא תוך ויתורים, כבוד הדדי, העדר כפייה, ותוך שמירה על הייחוד התרבותי... רעתה הגדולה של ההפרדה וההתבדלות במגורים, ויצירת קהילות סגורות המבודדות עצמן בחומות חברתיות, מעודדות הפליה וניכור חברתי. הן עלולות להחליש את המרקם החברתי. הפרדה וניתוק בין קבוצות תרבותיות מעודדים עוינות ויריבות" (בג"ץ 10907/04 סולודן נ' עיריית רחובות (טרם פורסם, 1.8.10, כבוד השופטת פרוק'ציה בפיסקאות 131-133).

104. מכל האמור עולה, 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 מיידתית

105. אף אם נאמר כי התכלית של ההחלטה ראויה היא, הרי שהיא פוגעת בזכויות חוקתיות במידה העולה על הנדרש, וזאת על-פי שלושת מבחני המשנה:

106. **התאמת האמצעי להשגת התכלית** – לעניין מבחן משנה זה יטענו העותרים כי אין התאמה בין האמצעי שבחר בו המינהל לבין התכלית "המיוחלת" היא הבטחת לכידות חברתית, חיי קהילה תוססים וחוסן קהילתי. לטענת העותרים לאור אופיים של מבחני הבדיקה במכונים כמו גם הראיונות בפני ועדות הקבלה, אלו אינם יכולים לוודא את השתלבותו המוצלחת של מועמד ביישוב, ולהבטיח "חיי קהילה תוססים" של היישוב. המשיבים – שעליהם הנטל להוכיח את מבחן המידתיות - לא הצביעו על נתונים כלשהם להוכחת טענתם כי המבחנים הספציפיים האלה הם מבחנים שיש להם תוקף ממשי ושהם מהימנים, דהיינו שיש להם יכולת של ממש לנבא התנהגות חברתית כזו או אחרת לאורך זמן. כאמור, מדובר בקריטריון הנשען על מבחני אישיות הבודקים מועמדים בזמן נתון ובתקופת חיים רגעית, והם אמורים לתת אינדיקציה לגבי טווחי חיים נרחבים ומגוונים, המשתרעים על פני שנים. מדובר בבחינת קווי אישיות הנוגעים למכלול שלם של חיינו: קיום מערכות יחסים עם שכנים קרובים ורחוקים, יכולות ארגון, יכולות ורצון להתנדבות ציבורית, הובלת שינויים, הסתגלות ופתרון בעיות, תעסוקה, חיים זוגיים ומשפחתיים. הכיצד ניתן לומר שמבחנים מסוג זה מהווים אמצעי לוודא "התאמה חברתית", כאשר אדם מתכוון לחיות ביישוב שנים ארוכות? הרי אנשים משתנים, מתפתחים, לומדים, נכנסים למשברים, יוצאים ממשברים, משנים דרכיהם, מתקנים דרכיהם, רוכשים כלים להתמודדות – ואכן, אין זה הגיוני שהזכות לחיים ביישוב תיקבע באמצעות קריטריון הנלמד ממבחן או ריאיון האמורים לנבא את כל אלו. מכאן, שמבחן המידתיות הראשון הדורש קשר בין האמצעי לבין התכלית אינו מתקיים.

107. **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 פוגעניים פחות, ומבלי שיהיה ליישוב כל כוח לפסול מועמד בשל "אי התאמה". כך לדוגמה, יכול כל יישוב לקיים תהליך קליטה (להבדיל מתהליך של מיון). היישוב יכול 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 על מנת לוודא את רצינותם. היישוב יכול להפגיש בין המועמדים לבין תושבים החיים במקום, ליצור דיאלוג עם המועמד, ולנקוט עוד שורה של פעולות אשר יגדילו את הסיכוי לתיאום ציפיות הדדי ולהבנה בדבר מרקם החיים במקום. אמצעים מעין אלו – שאין בהם הליך של מיון ופסילה כה פוגעניים –

עשויים להבטיח במידה ניכרת, כי רק מועמדים אשר מתאים להם אופי המקום יבקשו לגור בו.

108. **התועלת עולה על הנזק** – לפי מבחן המשנה השלישי הפגיעה בזכות היסוד תקויים רק אם התועלת הצומחת ממנה עולה על האינטרס המוגן הנפגע.

109. מנגנון הסינון המעוגן בהחלטה פוגע באופן חריף בזכויות יסודיות ביותר, הזכות לשוויון, לכבוד, לקניין, לפרטיות, לחירות ולאוטונומיה 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.

110. בבג"צ 2887/04 **סלים אבו מדיגס נ' מינהל מקרקעי ישראל** (טרם פורסם, 15.4.07) עמדה שאלת חוקיות מדיניותו של המינהל בריסוס יבולים חקלאים בשדות מעובדים על-ידי אזרחים ערבים בדואים בנגב. בית המשפט על 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 כבוד השופטת עדנה 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."

111. מסקנה דומה צריכה להיות בענייננו: לאור שרשרת הפגיעות הקשות בזכויות יסוד יש לקבוע כי בסך הכל ובשיקלול הערכים העומדים בבסיס שיטתנו המשפטית והחברתית, הפגיעה הטמונה בהליכי המיון עולה לאין שיעור על כל תועלת בקידום תכליתם. כאמור, פגיעה זו היא כפולה. היא קיימת ראשית לכל באדם שנדחה באופן כה פוגעני מהיישוב. שנית - היא פוגעת בערכי יסוד אליהם מחוייבת החברה הישראלית - ערכים אוניברסאליים של שוויון, הגינות, הכלה, קבלת השונה, סובלנות וכבוד האדם. ההסדר הקיים בהחלטה מייצג תפיסות שונות, פרטיקולאריות; וגם אם נקבל את הטיעון שהסדר המיון יש בו בכדי לקדם ערכי חברה וקהילה, המחיר אותו אנו משלמים על כך - סגירות, הדרה והפליה - הוא כבד מדי. יש אפוא לקבוע כי לא מתקיים בהסדר המיון מבחן המידתיות החוקתי השלישי.

## האצלת סמכות שלא כדין

112. ההחלטה 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.

113. העותרים מודעים להלכה שנקבעה בע"א 3962/97 **בארותיים מושב עובדים להתיישבות הקלאית שיתופית בע"מ נ' ארד**, 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.

114. 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.

115. החלטותיהן של ועדות הקבלה אינן בגדר המלצות, על אף שהן מוגדרות ככך. החלטות 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.

116. 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.

117. **לעניין אי חוקיות האצלת הסמכות יטענו העותרים, כדלקמן:**

118. הלכה פסוקה היא, כי אצילת סמכות על-ידי רשות מינהלית חייבת להיות לפי הרשאה מפורשת בחוק (בג"צ 2030/90 **אלי פיליפוביץ נ' רשם החברות**, פד"י מו(1) 410, 420-421).

119. חזקה זו – כי בעל סמכות יבצע אותה בעצמו ואין הוא רשאי לאצול אותה לאחר – משקפת אחד מהיבטיו של עקרון החוקיות (א' רובינשטיין וב' מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל**, כרך א': עקרונות יסוד (הוצאת שוקן 2005) עמ' 160).



120. 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:

121. **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' ברוך 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.

122. **שנית**, הסמכות הנאצלת בענייננו קשורה לניהול משאב מוגבל ומשליכה ישירות על זכויות חוקתיות מוגנות. שיקול זה מצדיק לבדו פסילת האצלתה של הסמכות(ראו ברכה, שם בעמוד 168).

123. **ושלישית**, 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 נז(3) 652, 655).

124. 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).

125. 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.

## פגיעה בכללי מינהל תקין - העדר קריטריונים ברורים ושוויוניים

126. 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: עעמ 343/07 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, 14.9.10); בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 512; בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337; 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).

127. הקריטריונים לחלוקת משאב ציבורי חייבים להיות קונקרטיים מספיק כדי לאפשר יישומם על פי אמות מידה אובייקטיביות. (ראו: בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומית נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79, 90).

128. כך בכלל, וכך באופן ספציפי וקונקרטי בהקצאת מקרקעין ציבוריים:

"איננו נדרשים לנוהל זה או אחר לצורך הקביעה כי הקצאת מקרקעין חייבת להיעשות על-פי כללים וקריטריונים הוגנים, שוויוניים, ברורים, ענייניים וגלויים ועל-פי שיקולים ענייניים סבירים ומידתיים. אלה מהווים אבן פינה בקיומו של מינהל תקין המשרת את הציבור נאמנה" (השופט שטרסברג-כהן, בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 227).

129. מנגנון הסינון, המעוגן בהחלטה, 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.

## לפני סיום

"מה טבעי יותר מאשר לרצות לגור במקום שבו אנו מוקפים בני-אדם הדומים לנו? מה טבעי יותר מן הרצון לחלוק את המרחב הציבורי שבקרבת ביתנו... עם אלו הדומים לנו? מה טבעי יותר מן הרצון שילדינו יגדלו וילמדו בבית-הספר עם ילדים הדומים להם?...."

'הביחד' עשוי לגלם לעתים 'חזון נאצלי', אבל עלול להיות לו גם צד אפל: 'הביחד' של הדומים, של המשתייכים, הוא ההדרה של כל האחרים. הוא עלול להוביל להסתגרות, להתמקדות באני, להיאטמות מפני האחרים וצורכיהם.... הוא עלול להביא לידי אובדן התחושה של אזרחי המדינה כי קיים טוב משותף שעליהם

לקדמו בפעולה משותפת. הוא עלול להביא לסגנונות חיים מנותקים של קבוצות חברתיות שונות, למניעת מגע והתחככות עם אזרחים מקבוצות חברתיות שונות בספירה הציבורית, להעדר הזדהות הדדית, לחוסר בחוויות משותפות".

מנחם מאוטנר, "אחרית-דבר : משני צידי הגדר", **קהילות מגודרות** 537 (עורך : אמנון להבי, 2010), 539.

130. במאמר שהתפרסם לאחרונה, הגדירו זיו ותירוש את המאבק המשפטי נגד הסגרציה החברתית הקשה לה גורם מזה שנים רבות מיון המועמדים לישובים קהילתיים כ"מלכוד ברשת טובענית ומחוררת". בכל פעם שבו נדמה לרגע כי בשלה שעת ההכרעה בחוקיות הליכי המיון, מבצע המנהל שינוי מינורי זה או אחר בהליכי המיון, ומצליח להביא לדחייה נוספת בבירור משפטי של חוקיות מדיניותו. **ראו**: נטע זיו ורחן תירוש, "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת", **קהילות מגודרות** 311 (עורך : אמנון להבי, 2010).

131. העותרים 1 ו- 2 ממתנינים כבר שנים להכרעת בית-משפט זה. איתם ממתנינים העותרים בעתירות הנוספות המתבררות בד בבד עם עתירה זו. רבים אחרים שלא הרהיבו עוז לתבוע את עלבונם לאחר שנדחו מועדות קבלה, ועוד אחרים שויתרו מלכתחילה על החלום לרכוש בית בישוב קהילתי או חקלאי, ממתנינים אף הם להכרעת בית-משפט נכבד זה.

#### הגיעה השעה.

על יסוד כל האמור בית המשפט הנכבד מתבקש לעשות את הצווים על תנאי לצווים מוחלטים (בשינויים המחוייבים מהחלטת מועצת מנהל מקרקעי ישראל 1195, שהתקבלה ביום 1.3.10).

כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות עתירה זו בשכ"ט עו"ד.

---

דורי ספיבק, עו"ד

---

נטע זיו, עו"ד

ב"כ העותרים

נחתם היום 22.12.10

עיקרי טיעון אלה נכתבו בסיועם של  
הסטודנטים אור בלקין ונועה בר