

פרופ' אריאל בנדור – עורך-דין  
רחוב שמעון בן-צבי 3  
גבעתיים 53630  
טלפון 03-5733706; נייד 054-2766600

א' באדר תש"ע  
15 בפברואר 2010

לכבוד  
מר שמואל ריפמן  
ראש המועצה האזורית רמת הנגב  
ד.ג. חלוצה 85515

שלום רב,

**הנדון: הצעת חוק הרשות לפיתוח הנגב (תיקון מס' 4) (מיזם חקלאי-תיירותי משולב).**

**תש"ע-2009 – היבטים חוקתיים**

לכנסת הוגשו שתי הצעות חוק פרטיות זהות לתיקון חוק הרשות לפיתוח הנגב. ההצעות התקבלו בקריאה הטרומית בתאריך 24 ביוני 2009, ואוחדו על ידי ועדת הכלכלה של הכנסת להצעת חוק אחת – שונה במקצת בנוסחה מההצעות המקוריות. הצעת החוק המאוחדת התקבלה בקריאה הראשונה בתאריך 17 בנובמבר 2009. כעת היא מצויה בפני ועדת הכלכלה לצורך הכנתה לקריאה השנייה ולקריאה השלישית. הצעת החוק, כאמור בדברי ההסבר שצורפו לה (ה"ח 286, עמ' 32), "נועדה להסדיר את הקמתם ופיתוחם של מיזמים חקלאיים-תיירותיים משולבים בנגב, המכונים 'חוות בודדים' או 'התיישבות יחידים', וכן לאפשר את המשך קיומם של מיזמים כאמור שהוקמו בשנים האחרונות בתמיכה ובסיוע של רשויות המדינה".

בהמשך דברי ההסבר (שם, בעמ' 33) נכתב, כי "בעת הכנת הצעת החוק לקריאה השנייה ולקריאה השלישית תדון ועדת הכלכלה של הכנסת בסוגיות משפטיות וחוקתיות העולות מהצעת החוק, ובכלל זה בשאלה אם ההסדר המוצע עולה בקנה אחד עם הזכות לשוויון".

המועצה האזורית רמות הנגב, שבראשה אתה עומד, רואה את התיישבויות היחידים, ובמיוחד את המשך קיומן של התיישבויות יחידים שהוקמו בשנים האחרונות בתמיכה של רשויות המדינה, כחיוניים לפיתוחו של הנגב.

לנוכח טענות שנשמעו או נרמזו בדבר קשיים חוקתיים שהצעת החוק מעוררת, ביקשת את חוות-דעתי בדבר החוקתיות של החוק המוצע. להלן חוות-דעתי, שתתמקד בהצעה לאפשר מתן פטור ממכרז למי שניהלו מיזם חקלאי-תיירותי משולב בנגב שפעל בתמיכה ובסיוע של "רשות" – משרד ממשלתי הממשלה או מינהל מקרקעי ישראל – שלוש שנים לפחות לפני תחילת החוק. נמסר לי כי בכוונתכם ליזום, במהלך הדיונים בוועדת הכלכלה, לכלול בהגדרת "רשות" גם את החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית (בהצעת החוק המקורית נכללו בהגדרה גם הסוכנות היהודית והקרן הקיימת לישראל).

### הרקע לחוק המוצע ועיקריו

1. צורת ההתיישבות בנגב המכונה "התיישבות יחידים" או "חוות בודדים" קיימת מאז ראשית המדינה. היא מבוססת על משפחה אחת המקבלת ממינהל מקרקעי ישראל מקרקעין לצורך הקמת התיישבות ("חוה"), ועוסקת בה בחקלאות או בעיסוקים אחרים (ראו בג"צ 243/99 "אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה" נ' שר החקלאות (לא פורסם, 2001), בסעיף 1 לפסק-הדין של השופט יצחק זמיר). במשך שנים רבות מתנהלת סאגה שלטונית ומשפטית סביב התיישבות זאת. לפי החומר הרב שנמסר לי, רשויות שלטון מרכזיות עודדו במשך השנים ואף יזמו את הקמתן של התיישבויות יחידים ותמכו בהן, אך רשויות שלטון אחרות, ולעיתים אותן רשויות עצמן, פעלו בדרכים שונות לסיכול המפעל, ובמיוחד פעלו כנגד ההתיישבויות הקיימות ב"דרך היין" שבתחומי המועצה האזורית רמת הנגב, בין היתר בטענה שלמיצער במתכונתן הקיימת הן אינן כדין.

2. כמקובל בישראל, המחלוקות התגלגלו לפתחו של בית-המשפט. כיום תלויות ועומדות בפני בית-המשפט הגבוה לצדק שתי עתירות הנוגעות להתיישבויות היחידים (מבין מספר עתירות שהוגשו במשך השנים). העתירה האחת – בג"צ 2817/06 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה – הוגשה לפני קרוב לארבע שנים, והיא מופנית כנגד החלטת המועצה הארצית

לתכנון ולבנייה לקדם את תוכנית "דרך היין" בדבר התיישבויות יחידים המפעילות מיזמים חקלאיים ותיירותיים משותפים. העתירה השנייה – בג"צ 7488/08 עמותת פורום חוות דרך היין נ' ראש הממשלה – הוגשה לפני כשנה וחצי, והיא מופנית כנגד ההחלטה לשווק במכרז את 24 חוות הבודדים המאוישות ב"דרך היין", שמשמעותה היא פינוי המתיישבים הקיימים (ככל שאלה לא יתחרו במכרז ויזכו בו). בעוד עתירות אלה תלויות ועומדות, מתעכבת ההוצאה למכרז אף של מספר חוות בלתי מאוישות הכלולות בתוכנית המיתאר האמורה בשל העיכובים בהשלמת התכנון המפורט של אותן חוות.

3. כפי שעולה מהחומר שנמסר לי, רוב המתיישבים הקיימים מחזיקים בשטחי החוות לפי הסכמי חכירה לדורות או שכירות לטווח קצר יותר עם מינהל מקרקעי ישראל (שחלקם פקעו, והמינהל מסרב לחדשם עד לפתרון המחלוקת). ההסכמים מתירים להשתמש בשטחים אך ורק למטרות חקלאיות. הקרקעות לא הוקצו במכרז כמובנו בחוק חובת המכרזים ובתקנות שהותקנו מכוחו, אך בפועל נערך הליך של מעין-מכרז פומבי, בעל אופי שוויוני בשיתוף שורה של רשויות שלטוניות, שבו נבחרו המתיישבים שזכו להתקשר בהסכמי חכירה או שכירות של המקרקעין שעליהם הוקמו החוות. השימושים בפועל במקרקעין אינם לחקלאות בלבד אלא גם למגורי המתיישבים, המתגוררים מזה שנים במבנים ארעיים, ולתיירות (בעיקר ל"צימרים"). אך שימושים אלה נעשו בעידוד, ואף ביוזמה, של רשויות שלטון, ובהם משרדי ממשלה ומינהל מקרקעי ישראל, שהציגו בפני המתיישבים מצגים רבים וברורים כי הם רשאים להקים בחוות מיזמים חקלאיים-תיירותיים משולבים ואף להתגורר בהן. הדעת נותנת כי אלמלא כן רובם ככולם של המתיישבים בחוות היחידים כנגב לא היו מגלים עניין בהתיישבויות אלה, ועוקרים אליהן יחד עם בני משפחתם מיישוביהם הקודמים. עם זאת, לדעת המדינה אין בהליכים המעין-מכרזיים שנערכו בעבר או במצגים שהוצגו בפני המתיישבים ובהסתמכותם עליהם כדי לאפשר – לפי הדין המצוי – הקצאה ללא מכרז למתיישבים אלה של המקרקעין שעליהן שוכנות כיום חוותיהם לצורך מיזמים חקלאיים-תיירותיים משולבים ומגורים – כפי שמתירה תוכנית המיתאר החדשה. המתיישבים חולקים על כך, וכאמור, המחלוקת תלויה ועומדת בבג"ץ, הממתין מצידו להתקדמות הליכי החקיקה.

4. ואכן, מטרתו של החוק המוצע, נושא חוות-דעתי, היא לקדם את הנגב באמצעות הסדרת הקמתו ופיתוחן של התיישבויות יחידים שיתבססו על מיזמים חקלאיים-תיירותיים משולבים, ובמיוחד לאפשר להקצות ללא מכרז את החוות לאותם מתיישבים קיימים

העומדים בתנאים שנקבעו בחוק. החוק הוצע מתוך הנחה שאכן קיימים קשיים משפטיים בהקצאת הקרקעות האמורות ללא מכרז לפי הדין המצוי. בין אם הדין והצדק בעניין זה עם המתדיישים, ובין אם הם עם המדינה – הכנסת מוסמכת להכריע בעניין באמצעות חקיקה (בין אם זו תתפרש כמאשררת וכמבהירה את הדין הקיים, ובין אם כמשנה אותו).

5. החוק המוצע מסמיך את הרשות לפיתוח הנגב לקבוע בכללים, באישור השר לפיתוח הנגב והגליל וועדת הכלכלה של הכנסת, תנאים ואמות-מידה להכרה במיזם חקלאי-תיירותי משולב, לרבות לעניין היתכנות כלכלית ושימושים נלווים במקרקעין, להכיר במיזם שמתקיימים בו התנאים, ולהמליץ למינהל מקרקעי ישראל להקצות מקרקעין למחזיקים בו. החוק המוצע מאפשר להקצות ללא מכרז קרקע למחזיקים קיימים בחוות יחידים, ובלבד שעמדו בשורה של תנאים, וביניהם שפעלו בתמיכה ובסיוע של משרד ממשרדי הממשלה או מינהל מקרקעי ישראל שלוש שנים לפחות לפני תחילת החוק. הקצאת הקרקע לפי החוק תהיה, על אף הוראות כל דין אחר, לשימוש חקלאי-תיירותי משולב ומגורים של המחזיקים במקרקעין.

6. לפי החוק המוצע, ההקצאה ללא מכרז תוכל להיעשות למחזיקים קיימים בלבד, ככל שאלה עמדו בתנאים כאמור, והיא לא תשלול את האפשרות של מעוניינים חדשים להתיישב בחוות יחידים לעשות כן. לפי הנתונים שנמסרו לי, יש שש חוות בלתי מאוישות, שלגבי הקצאתן מתוכנן להתפרסם מכרז, ועוד עשרות אתרים פוטנציאליים ברחבי הנגב, שלגביהם קיימות עבודות הכנה, בשלבים שונים, של בדיקת ההיתכנות להקמת התיישבויות יחידים.

### השאלות המשפטיות

7. השאלה אם הצעת חוק זו ואחרת היא הצעה ראויה הינה, ככלל, שאלה של מדיניות, המצויה בליבת הסמכות ושיקול-הדעת של הכנסת – "בית הנבחרים של המדינה" (חוק-יסוד: הכנסת, סעיף 1) והרשות המחוקקת שלה. עם זאת, סמכותה של הכנסת כרשות המחוקקת מוגבלת על-ידי הוראות חוקתיות, שהכנסת עצמה קבעה בחוקי-יסוד שאותם היא מחוקקת, לפי תיאוריה מקובלת, במסגרת סמכותה כאסיפה המכוננת של המדינה – סמכות שמקורה בהכרזת העצמאות. ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ

ג' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פסק-דין בנק המזרחי), דברי הנשיא אהרן ברק בעמ' 391-355, בסעיפים 5-39 לפסק-דינו; וכן אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד", ספר ברנזון (כרך שני: בני סברה) 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, 2000), בעמ' 132-160 כלומר, אסור לכנסת לחוקק חוק "רגיל" שאינו מתיישב עם האמור בחוקי-יסוד, שמעמדם בפירמידת הנורמות גבוה יותר ממעמדם של חוקים. לכן, חוק הסותר חוק-יסוד עשוי להיפסל על-ידי בית-משפט, שבמקרה של סתירה בין חוק-יסוד לבין חוק יעדיף את חוק-היסוד.

8. עם זאת, מן הדין לפרש את חוקי-היסוד בזהירות, ומתוך "מבט רחב" (ראו פסק-דין בנק המזרחי הנ"ל, דברי הנשיא ברק בעמ' 329-430, בסעיף 86 לפסק-דינו), כך שנבחרי העם יוגבלו רק באותם מקרים שבהם קיימת הצדקה ראויה להגבלת הרוב במשטר דמוקרטי. לא כל טענה כי הצעת חוק אינה ראויה או אינה רצויה יכולה להצדיק הטלת איסור על הכנסת לקבל את ההצעה על דעת רוב המשתתפים בהצבעה ולאמצה כחוק. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, 1994), בעמ' 553.

9. הגם שלא הובאו בפניי טענות מגובשות ומפורטות בדבר סתירה מסוימת כלשהי בין החוק המוצע לבין חוק-יסוד, הדעת נותנת כי טענה כזאת, ככל שתיטען, תתבסס על חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. כך גם נרמז מהאמור בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק, שצוטטו לעיל, כי ועדת הכלכלה תדון "בשאלה אם ההסדר המוצע עולה בקנה אחד עם הזכות לשוויון". שלפי פסיקת בית-המשפט העליון מעוגנת בחלקה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, במסגרת הזכות לכבוד האדם (ראו בג"צ 6427/04 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם, 2006) (להלן: פסק-דין חוק טל)). שכן, הצעת החוק אינה נוגעת להסדרים הקבועים בחוקי-היסוד שאינם עוסקים בזכויות האדם.

10. כדי לבחון אם חוק מקיים את הדרישות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, יש לברר שתי שאלות מרכזיות. השאלה האחת היא אם החוק פוגע באחת הזכויות הקבועות בחוקי-היסוד. השאלה השנייה, המתעוררת רק בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב (כלומר, בהנחה שהחוק פוגע בזכות חוקתית), היא אם החוק מקיים את הדרישות הקבועות ב"פיסקת ההגבלה" (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). ראו אהרן ברק,

"איוון חוקתי עקרוני ומידתיות", ספר ברק 39 (2009), בעמ' 39-40. אם נמצא כי החוק פוגע בחופש העיסוק מבלי לעמוד בדרישות הקבועות בפיסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, עדיין עומדת בפני הכנסת האפשרות לחוקק את החוק לפי "פיסקת ההתגברות", הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

11. אדון עתה בשתי השאלות האמורות כסדרן. לבסוף אתייחס לאפשרות לחוקק את החוק לפי פיסקת ההתגברות.

### **השאלה הראשונה: האם החוק המוצע פוגע בזכויות חוקתיות?**

12. לא כל זכויות האדם המוכרות במשפט הישראלי נקבעו בחוקי-היסוד. הכנסת, משיקולים שונים, בחרה לעגן בחוקי-היסוד רק חלק מזכויות האדם. השאלה היא אפוא האם החוק המוצע פוגע באחת הזכויות שנקבעו בחוקי-היסוד. המשמעות של חוקי-היסוד, ובתוכם הזכויות שנקבעו בהם, אינה מובנת מאליה. מתן מענה לשאלה אם החוק פוגע בזכויות שנקבעו בחוקי-היסוד מחייב פירוש של חוקי-היסוד. בית-המשפט העליון, שההלכות הפרשניות שקבע הן בעלות כוח מחייב בשיטת המשפט הישראלית, פירש במשך השנים את חוקי-היסוד. הניתוח הפרשני שלהלן יסתמך על ההלכות שבית-המשפט העליון קבע.

#### **חופש העיסוק**

13. בחוק-יסוד: חופש העיסוק נקבע בסעיף 3, כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד". תיתכן טענה כי החוק המוצע פוגע בחופש העיסוק, במובן זה שהוא מגביל את האפשרות של אזרחי המדינה ותושביה לעסוק במשולב בחקלאות ובתיירות במסגרת התיישבויות יחידים בנגב. לפי טענה זו, הפגיעה היא בכך שהחוק מאפשר לפטור ממכרז את המפעילים הקיימים של חוות יחידים בנגב, ובכך מצמצם את הסיכוי של אלה שאינם מפעילים כיום התיישבויות כאלה לזכות בהפעלתן. שכן, אם החוק המוצע יתקבל, מספר "הזיכיונות" שיוקצו במכרז פומבי, הפתוח לכל המעוניינים, יהיה מצומצם ממספר הזיכיונות שהיו מוקצים בדרך זאת אלמלא הסמכות שתינתן למתן פטור ממכרז למפעילים קיימים. הטענה כי החוק המוצע פוגע בחופש העיסוק היא, למיצער, מסופקת עד מאוד. אפרט להלן את הספקות.

14. חקלאות, כמו גם מתן שירותי תיירות, הינם בגדר "עיסוק, מקצוע או משלח יד" כמובנם בסעיף 3 האמור לחוק-יסוד: חופש העיסוק. ואולם, ככלל, חופש העיסוק הוא "החופש לפעול ללא הפרעה מצד פרטים אחרים או מצד השלטון" (ברק, בספרו הנ"ל על פרשנות חוקתית, בעמ' 597). הזכות לחופש העיסוק "במהותה ... אינה מהווה דרישה כלפי המדינה, ... אלא אך הבטחת הימנעות מפגיעה" (שם, שם). והנה, חופש החוק המוצע אינו מטיל איסור, או הגבלה ישירה אחרת כלשהי, על העיסוק בחקלאות, בתיירות, או בשתייהן במשולב. ההיפך הוא הנכון. החוק נועד לעודד – ברוח מדיניות הממשלה – את הקמתם של מיזמים המשלבים עיסוק בחקלאות ובתיירות במסגרת התיישבות יחידים בנגב. ראו דברי ההסבר להצעת החוק, שם בעמ' 32.

15. עם זאת, מקובל כי –

"השאלה, אם החלטה של רשות מהווה פגיעה בחופש העיסוק, צריכה להיבחן באופן מהותי ולא פורמאלי. פגיעה בחופש העיסוק אינה מתרחשת רק כאשר רשות מגבילה ישירות את הזכות לעסוק בכל עבודה או משלח-יד, למשל על-ידי הטלת איסור על העיסוק או דרישת רישיון".

[בג"צ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673 (1999), דברי השופטת דליה דורנר בעמ' 681, בסעיף 5 לפסק-דינה]

ואולם, כשאין מדובר בהטלת הגבלה ישירה על עצם האפשרות לעסוק בעיסוק, במקצוע או במשלח יד אלה ואחרים, ולנורמה הנדונה יש השלכה עקיפה בלבד על יכולת העיסוק, בדרך-כלל על המגבלה להיות משמעותית במיוחד כדי שתיחשב כפוגעת בזכות החוקתית לחופש העיסוק. כך נקבע, בין היתר, כי –

"רשות עשויה לפגוע בחופש העיסוק על-ידי כך שתסכים לקבל את תוצר העיסוק מבעלי הכשרה מסוימת בלבד, וזאת אף בלי שתטיל איסור על עצם העיסוק של בעלי הכשרה שונה. מדיניות כזאת של רשות תיחשב פגיעה בחופש העיסוק אם בפועל היא שוללת, או מגבילה באופן קשה, את אפשרות העיסוק".

[פסק-דין לם הנ"ל, דברי השופטת דורנר בעמ' 681, בסעיף 5 לפסק-

דינה; ההדגשה הוספה]

באותה רוח נקבע, כי אך ורק "מי שהוכיח כי בשל הגבלה שלטונית שוב אין באפשרותו להפעיל בית-עסק רווחי, נשא בנטל להראות כי חופש העיסוק שלו נפגע. המבחן ראוי שיהא אובייקטיבי, ויבדוק אם בעל עסק סביר יוכל להוסיף ולקיים באורח מקובל בית-עסק מן הסוג המסוים, על אף ההוצאות הנוספות שמשיתה עליו ההגבלה שבדין" (בג"צ 8035/07 אליהו נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 2008), דברי השופט אדמונד א' לוי בסעיף 4 לפסק-הדין; ההדגשה הוספה). אומנם, גם פגיעה שאינה מגיעה לכדי פגיעה בחופש העיסוק או בזכות חוקתית אחרת עשויה להעלות לכדי פגיעה ב"אינטרס כלכלי מוגן". אך ההגנה על אינטרסים כאלה חלה במשפט המינהלי בלבד. ואילו חוקי-היסוד החוקתיים – שהם בלבד, בשונה מכללי המשפט המינהלי, מגבילים את הכנסת כרשות המחוקקת – מכפיפים אותה לזכויות החוקתיות בלבד, ולא לאינטרסים כלכליים שלא הגיעו לדרגת זכויות חוקתיות. ראו שם, דברי השופט לוי בסעיף 5 לפסק-הדין.

16. בענייננו מדובר אך ורק בפגיעה בהסתברות של השואפים לעסוק בחקלאות ובתיירות בהתיישבויות יחידים בנגב לזכות בהגשמת שאיפתם. אומנם, בית-המשפט העליון קבע כי מתן פטור ממכרז להקצאת קרקעות לצורך עיסוק מסוים, אם הוא נעשה למגזר אחד בלבד בלא שקיימת הבחנה מוצדקת בין מגזר זה לבין מגזרים אחרים שלא זכו בהקצאה דומה בפטור ממכרז, "פוגע לא רק בשוויון אלא גם בשוויון ההזדמנויות שיש עמו פגיעה בחופש העיסוק. וכבר נקבע שפגיעה כזו בחופש התחרות בחוק על-ידי הענקת יתרון למתחרה האחד ולא לרעהו הינה פגיעה בזכות היסוד של חופש העיסוק" (בג"צ 244/00 עמותת שית חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002), דברי השופט תיאודור אור בעמ' 79, בסעיף 54 לפסק-דינו; והשוו לדברי הנשיא ברק בבג"צ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639 (2001), בעמ' 671, סעיף 5 לפסק-דינו).

17. עם זאת, מפסיקת בית-המשפט העליון עולה, כי האפשרות למתן פטור ממכרז אינה פוגעת כשלעצמה בזכות החוקתית לחופש העיסוק. חופש העיסוק ייפגע בהקשר זה רק ככל שהתחרות החופשית נפגעת באופן משמעותי ותוך הפרה של עקרון השוויון. כך,

בפסק-הדין בבג"צ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002) (להלן: פסק-דין אורון), נקבע כי חוק, שבפועל העניק – בלא טעם מוצדק – לגורמים מסוימים (בעיקר ל"ערוץ 7") רישיון וזיכיון להפעלת תחנה לשידורי רדיו ארציים בלא מכרז, פגע בחופש העיסוק. השופט אור ציין שם בעמ' 661, בסעיף 29 לפסק-דינו:

"חשוב להדגיש כי הפגיעה בענייננו אינה מתמצית בהגבלה כלשהי על חופש התחרות בלבד. בנסיבות העניין נחסמת למעשה לחלוטין גישתם של כל אלה אשר אינם עומדים בתנאי התיקון לחוק להפעיל תחנת רדיו המשדרת שידורי רדיו ארציים-פרטיים. זאת, כבר מהטעם שאין כיום בנמצא כל דרך חוקית אחרת לקבלת רישיון וזיכיון להפעלת תחנת רדיו ארצית-פרטית. אך לא רק זאת. ... משאב התדרים המוקצה לשידורי רדיו ארציים-פרטיים הוא מוגבל ביותר. אין לשלול את האפשרות כי מספר הגופים העומדים בתנאי התיקון לחוק יהיה כזה שמשאב התדרים הקיים ימוצה, ותחום זה שוב לא יהיה פתוח בפני אחרים גם אם תוסדר דרך חוקית חלופית להתמודד על זיכיון להפעלת תחנת רדיו המשדרת שידורי רדיו ארציים-פרטיים. קרי, אין מדובר רק במצב שבו ניתנת למאן שהוא זכות שאינה ניתנת למתחרהו, אלא עסקינן במצב שבו ייתכן מאוד שנשללת לחלוטין מאחרים הכניסה לתחום של שידורי רדיו ארציים-פרטיים".

הפגיעה בחופש העיסוק שהוכרה בפסק-דין אורון נבעה אפוא הן מכך שהחוק שנדון שם חסם למעשה את העיסוק מכל מי שלא עמדו בתנאיו, והן מכך שמתן הזכויות ללא מכרז לפי אותו החוק שלל כנראה לחלוטין את אפשרות העיסוק מכל אלה שהחוק לא העדיף.

18. ואכן, בפסקי-דין של בית-המשפט העליון שסיווגו פגיעה בתחרות החופשית כפגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק הוטעם כי חופש העיסוק נפגע כאשר הפגיעה בתחרות החופשית היא ממשית ונובעת מאמות-מידה בלתי-שוויוניות. ראו, בין היתר, בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441 (1994), בעמ' 471, בסעיף 34 לפסק-הדין של השופט דב לוין; בג"צ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר

למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193 (1998), דברי השופט מישאל חשין בעמ' 217-216, בסעיפים 18-19 לפסק-דינו; בג"צ 5277/96 חוד, חברה לתעשיות מוצרי מתכת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854 (1997), בעמ' 864-865, בסעיף 10 לפסק-הדין של השופט אור; בג"צ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר (טרם פורסם, 2007), בסעיף 8 לפסק-הדין של השופט דוד חשין.

19. בעניינו, בפגיעה בתחרות החופשית, ככל שיש כזאת, לא מתקיימת אף אחת מאמות-המידה ההופכות אותה לפי הפסיקה למגלמת פגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק.

20. הפגיעה אינה ממשית. זאת, ראשית, משום שהיא מתייחסת אך ורק לעיסוק בתחומים אלה במסגרת התיישבויות יחידים בנגב. והלא רק מיעוט, אם לא מיעוט מבוטל, מבין אפשרויות העיסוק בחקלאות או בתיירות הן בהתיישבויות כאלה. שנית, האפשרות למתן פטור ממכרז מתייחסת רק לחלק מהתיישבויות היחידים בנגב. כאמור, לפי התוכניות הקיימות, המצויות בשלבים שונים של תכנון, עתידות לקום שורה של התיישבויות יחידים נוספות על אלה שלמחזיקים בהן יוכל, לפי החוק המוצע, להינתן פטור ממכרז. על חכירתן של התיישבויות היחידים הנוספות יתקיימו, בהתאם לדין הכללי, מכרזים.

21. בפגיעה העשויה להיטען בתחרות החופשית גם אין, כפי שיפורט בהמשך, פגיעה בשוויון. זאת הן משום שהיא אינה מבוססת על אמות-מידה מפות, בין שיקולים על הפליה בשל לאום ובין שיקולים זרים אחרים שהתחשבות בהם מנוגדת לעקרון השוויון; והן משום שלגבי המחזיקים הקיימים בחוות קיימים שיקולים ונסיבות המייחדים אותם מאלה שאינם מחזיקים בחוות יחידים אך עשויים לשאוף להחזיק בהן כדי לעסוק בהן בחקלאות ובתיירות. שיקולים ונסיבות מיוחדים אלה כוללים, בין היתר, את העובדה שהמחזיקים הקיימים נבחרו בהליך של מעין-מכרז שוויוני; את ההשקעה שהשקיעו בפיתוח החוות ואת השינויים האישיים והמשפחתיים מרחיקי-הלכת שעשו כשעקרו אליהן ממקומות מגוריהם ומעיסוקיהם הקודמים; ואת העובדה שמשרדי ממשלה ומינהל מקרקעי ישראל יצרו, כפי שעולה מהחומר שנמסר לי, מצגים כבדי-משקל שהולכו להסתמכות של המחזיקים הקיימים. ממילא, ככל שהחוק המוצע פוגע באופן כלשהו בתחרות החופשית, שהרי שבפגיעה זאת אין כדי לפגוע בעקרון השוויון, ולכן אין בה –

כעולה מפסיקת בית-המשפט העליון שאזכרה לעיל – כדי להוות פגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק, כמובנה בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

### הזכות לשוויון כחלק מהזכות לכבוד האדם

22. עד עתה הכנסת לא מצאה לנכון לעגן במפורש את הזכות לשוויון (להוציא שוויון הבחירות לכנסת) במסגרת חוקי-היסוד. עם זאת, לפי פסיקתו של בית-המשפט העליון, הזכות לכבוד האדם – הקבועה בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כוללת גם היבטים של שוויון. כך נקבע לראשונה בפסק-דין חוק על הנ"ל. לפי ההלכה שנקבע בפסק-דין זה, "כבוד האדם אינו 'בולע' את כל היבטיו של השוויון כזכות עצמאית העומדת על רגליה היא" (בסעיף 40 לפסק-הדין של הנשיא ברק). עצם הפגיעה בשוויון, גם אילו הייתה מתקיימת בענייננו, לא הייתה נחשבת אפוא כפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם, כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפי פסק-הדין, "כבוד האדם כולל, ... רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר ענייני הדוק" (שם, בסעיף 33 לפסק-הדין של הנשיא ברק). על כן, כך נקבע –

"הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים".

[שם, בסעיף 35 לפסק-הדין של הנשיא ברק]

"ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית".

[שם, בסעיף 38 לפסק-הדין של הנשיא ברק. ראו גם בג"צ 4948/03  
אלחנתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, 2008), דברי השופטת אסתר חיות  
בסעיף 17 לפסק-דינה]

23. דומה כי לפי מבחן זה אין בחוק המוצע כדי לפגוע בזכות החוקתית לכבוד האדם. אין בחוק כל הבחנה המבוססת על אמת-מידה קבוצתית משפילה, כגון לאום, דת, עדה, מין, נטייה מינית, או מוגבלות. ממילא אין הוא פוגע בליבה של כבוד האדם (ראו בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995), בעמ' 132-133, סעיף 4 לפסק-הדין של השופטת דורנר) – שבה מתמקד עקרון השוויון במשפט החוקתי (ראו אריאל בנדור, "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי", ספר שמגר (מאמרים – חלק א) 287 (2003)). כך להלכה, וכך גם למעשה. שכן, כפי שפורט לעיל, המחזיקים בחוות היחידים הקיימות, שהחוק המוצע מאפשר לפטור אותם מחובת המכרז, נבחרו במעין-מכרז שבו לא נכללו אמות-מידה מסוג זה, ושכפועל אחד הזוכים בו, כפי שעלה מהחומר שנמסר לי, היה ערבי (הערבי היחיד מבין הפונים). החוק אף אינו פוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם על-פי הפירוש הרחב יותר ("גישת הביניים") שניתן לה על-ידי בית-המשפט העליון בפסק-דין חוק טל הנ"ל.

24. אומנם, בעתירה התלויה ועומדת לפני בג"ץ (בג"צ 2817/06 הנ"ל) נטען כנגד תוכנית המיתאר להקמת התיישבויות יחידים בתחומי המועצה האזורית רמת הנגב, בין היתר, כי התוכנית נועדה "למנוע את פיתוחה של האוכלוסייה הערבית בשטחי התוכנית ולהבטיח שימוש בלעדי של אזרחי המדינה היהודיים בשטחי קרקע נרחבים באזור הנגב" (בעמ' 3 לעתירה). העתירה התמקדה בסוגיות של משפט מינהלי בכלל, ושל דיני התכנון והבנייה בפרט, ולא התבססה על טענות חוקתיות מובהקות – שכאמור, רק בהן יש כדי להגביל את סמכות החקיקה של הכנסת. ממילא, חוות-דעת זאת אינה מתייחסת לעתירה התלויה ועומדת, אלא לחוקתיות של החוק המוצע. משבחירתם של המחזיקים בחוות הקיימות לא התבססה על אמות-מידה מפלות על רקע לאומי, ומשאין בחוק המוצע דבר המאפשר התחשבות באמות-מידה כאלה במסגרת המכרזים שיערכו בעתיד לבחירת המחזיקים בחוות עתידיות, אין בסיס לטענה כי החוק פוגע בשוויון כחלק מהליבה של כבוד האדם.

25. תיתכן טענה, כי גם אם החוק המוצע אינו מבוסס על אמות-מידה קבוצתיות משפילות, הרי שהוא סותר את עקרון השוויון בכך שהוא מאפשר להעדיף, באמצעות מתן פטור

ממכרז, את המחזיקים הקיימים בחוות יחידים על-פני אחרים שיהיו מעוניינים להחזיק בהן, שיידרשו להתמודד על כך במכרז. טענה כזאת, אם תיטען, אינה מתקבלת על הדעת. ראשית, משהחוק המוצע מבוסס על הבחנה עניינית בין מחזיקים קיימים בחוות יחידים לבין כאלה המעוניינים להחזיק בהן בעתיד, אין הוא פוגע בשוויון – לא כחלק מכבוד האדם ולא בכל מובן אחר. אכן, מן המפורסמות כי יש להבדיל בין "הבחנה מותרת בין שונים" לבין "הפליה פסולה בין שווים" (ראו דברי השופט דורית ביניש בבג"צ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נד(1) 235 (2002) (להלן: פסק-דין מנחם), בעמ' 286, בסעיף 29 לפסק-דינה): שנית, אין כל קשר בין הזכות החוקתית לכבוד האדם, גם לא במובנה הרחב, לבין מתן אפשרות לתת פטור ממכרז, על בסיס שיקולים ענייניים, למחזיקים בחוות יחידים קיימות. גם אילו בהתחשבות זאת במחזיקים הקיימים הייתה פגיעה כלשהי בשוויון, אין בה כל פגיעה בזכות לכבוד האדם כמובנה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך, אין להשוות את ההסדר שנקבע בחוק המוצע להסדר שבפסק-דין חוק טל נקבע כי הוא פוגע בשוויון כחלק מכבוד האדם, שעליו כתב שם הנשיא ברק:

"בעוד שמרבית בני החברה מחויבים בשירות צבאי מלא וממושך, תוך סיכון לעתים של היקר מכול, לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם ניתנת האפשרות להשתחרר משירות זה. מצב דברים זה פוגע בשוויון הבסיסי והאלמנטארי ביותר שבין בני החברה. הוא פוגע במעמדו של האדם המחויב בשירות צבאי כשווה בין שווים, על יסוד השתייכותו החברתית, אמונתו הדתית ואורחות חייו. הוא מפר הפרה קשה את השוויון בזכויות ובחובות האזרחיות הבסיסיות. הוא גורם לאפליה וקיפוח".

[שם, בסעיף 41 לפסק-הדין של הנשיא ברק]

יצוין, כי ניתן להטיל ספק אם אפילו ההסדר של דחיית שירות בצבא לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם פוגע בזכות לכבוד האדם. כדברי המשנה-לנשיא (בדימ') חשין, שם בסעיף 37 לפסק-דין המיעוט שלו:

"נעלם ממני כיצד זה שנפגעת 'אוטונומיית הרצון הפרטי' של המתגייס לצבא אך באשר בני ישיבה שתורתם אומנותם אינם מתגייסים לצבא, ולא ידעתי מה טעם נאמר כי 'חופש הבחירה' של המתגייס נפגע אך באשר

מועמדים אחרים לגיוס שהם בני ישיבה שתורתם אומנותם, אינם מגויסים לצבא".

אך יהיה דבר זה כאשר יהיה, בענייננו – שבו אין מדובר על סיכון של "היקר מכול" – עצם האפשרות למתן פטור ממכרז למפעילים של חוות יחידים קיימות אינה נוגעת לכל מובן סביר שהוא של הזכות החוקתית לכבוד האדם. אכן, כדברי השופט יצחק זמיר בבג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485 (1996), בעמ' 497, בסעיף 3 לפסק-דינו: "כבוד, רחב ככל שיהיה, איננו כול-בו. יש לתת לכבוד פירוש שישמור על קשר עם המובן הלשוני, הוא המובן המקובל, של כבוד".

### השאלה השנייה: האם החוק המוצע מקיים את הדרישות של פסקת

#### ההגבלה?

26. לכאורה, במסקנה כי בחוק המוצע אין כדי לפגוע בזכות הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד חופש העיסוק היה כדי לסיים את הדיון. כאמור, משנמצא כי חוק אינו פוגע בזכות הקבועה באחד משני חוקי-היסוד על זכויות האדם, המסקנה היא כי אותו חוק אינו סותר חוקי-יסוד אלה ועל-כן הכנסת רשאית לחוקק אותו. ואולם, במונחים שנקטה פסיקת בית-המשפט העליון שעליה הסתמכתי יש מידה של עמימות. זאת ועוד. פסקי-דין מסוימים מנוסחים באופן שממנו אפשר להבין כי כל פגיעה בשוויון או בפוטנציאל העיסוק מהווה פגיעה בזכויות החוקתיות לכבוד האדם או לחופש העיסוק. ראו, למשל, בג"צ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 2009), דברי השופט מרים נאור בסעיף 40, כי "[ה]זכות החוקתית לשוויון ... מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"; ובג"צ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ(5) 451 (2000), דברי השופטים אור, מישאל חשין ויעקב טירקל בעמ' 463, בסעיף 12, כי "... הייתה התחרות החופשית לזכות חוקתית המוגנת במסגרת חופש העיסוק". על-כן, כדי להסיר ספק, ככל שיש כזה, אדון עתה – בהנחה שהחוק המוצע פוגע, למרות מסקנתי בפרק הקודם של חוות-דעת זאת, בזכויות הקבועות בחוקי-היסוד – בשאלה אם הפגיעה מקיימת את הדרישות הקבועות בפסקת ההגבלה.

27. כידוע, זכויות האדם אינן מוחלטות. כדברי השופטת נאור בבג"צ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 2008), בסעיף 28 לפסק-דינה:

"קיימת הבחנה בין היקפה של הזכות לבין מימושה כדין. על יסוד הבחנה זו חוזרת ונשנית בפסיקה ובספרות האמירה כי זכויות האדם אינן מוחלטות אלא בעלות אופי יחסי".

הכנסת רשאית לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות החוקתיות הקבועות בחוק-היסוד, ובלבד שהחוק הפוגע מקיים את הדרישות הקבועות בפיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. כדברי הנשיא (בדימ') ברק בבג"צ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 2006), בסעיף 26:

"ביסוד פסקת ההגבלה מונחת התפיסה כי בצד זכויות האדם קיימות גם חובות האדם; כי האדם הוא חלק מהחברה; כי האינטרסים של החברה עשויים להצדיק פגיעה בזכויות האדם; כי זכויות האדם אינן מוחלטות אלא יחסיות. פסקת ההגבלה משקפת את התפיסה כי את זכויות האדם ניתן להגביל, וכי להגבלות אלה יש גבולות. ... אכן, זכויות האדם אינן זוכות להגנת המשפט כדי מלוא היקפן; המבנה החוקתי אינו מאפשר את מימושו של זכויות האדם כדי מלוא פריסתן".

הכנסת מוסמכת אפוא לפגוע בזכויות של המעוניינים הפוטנציאליים להפעיל חוות יחידים בנגב לחופש העיסוק ולשוויון (כחלק מהזכות לכבוד האדם), ובלבד שהפגיעה תעלה בקנה אחד עם הדרישות של פיסקת ההגבלה שבחוק-היסוד.

28. וכך נכתב בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – פיסקת ההגבלה:

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

הוראה זהה במהותה נקבעה בסעיף 4 לחוק-יסוד חופש העיסוק.

29. פיסקת ההגבלה קובעת אפוא ארבעה תנאים שבהתקיימם פגיעה בזכות תהיה כדין. ראשית, על הפגיעה להיות "בחוק ... או לפי חוק ... מכוח הסמכה מפורשת בו". שנית, החוק הפוגע צריך להיות "הולם את ערכיה של מדינת ישראל". שלישית, החוק הפוגע צריך להיות "נועד לתכלית ראויה". רביעית, על הפגיעה בזכות להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש".

30. בית-המשפט העליון פירש את הדרישה הרביעית – המכונה: "מידתיות" – כמורכבת משלושה רכיבים (מבחני-משנה). הרכיב הראשון מכונה "התאמה" או "קשר רציונאלי", והוא "דורש התאמה בין האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות החוקתית, לבין התכלית אותה נועד החוק להגשים" (ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 2008), דברי הנשיאה ביניש בסעיף 31 לפסק-דינה). כלומר, על החוק הפוגע בזכות להיות יעיל להגשמת מטרתו. הרכיב השני מכונה "הפגיעה הפחותה", והוא "דורש כי החקיקה תפגע בזכות החוקתית במידה הקטנה ביותר האפשרית לשם השגת תכלית החוק" (שם, שם). הרכיב השלישי מכונה משום מה "מידתיות במובן הצר" (מוטב היה לכנותו: "יחסיות"). לפי מבחן-משנה שלישי זה, "נדרש יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה" (שם, שם). כדברי השופטת ביניש בפסק-דין **מנחם הנ"ל**, בעמ' 279, בסעיף 23 לפסק-דינה: "במסגרת מבחן המשנה השלישי נשקלת התועלת שתצמח לציבור מן החקיקה הנדונה לעומת הפגיעה בזכות החוקתית של הפרט כתוצאה מהפעלת האמצעי שנבחר. לפי מבחן זה, נדרש יחס סביר בין הפגיעה בחופש העיסוק לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה".

31. לכנסת, כרשות המחוקקת, גם נתון מרחב תימרון חוקתי – מיתחם של מידתיות – שבגידרו היא מוסמכת ליישם את הרכיבים השונים של המידתיות ללא התערבות שיפוטית בשיקול-דעתה. כדברי השופטת ביניש בפסק-דין **מנחם הנ"ל**, בעמ' 280, בסעיף 23 לפסק-דינה:

"בית-משפט זה [הכיר] ... ב'מרחב תימרון חוקתי' המכונה גם 'מיתחם המידתיות'. גבולותיו של מרחב התימרון החוקתי נקבעים על-ידי בית-המשפט בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו, בהתחשב במהותן של הזכות

הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה אל מול טיבם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים. בית-המשפט לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדרי מיתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם והוא בלתי מידתי באופן ברור".

כך בכלל, וכך במיוחד לגבי חקיקה בעלת אופי כלכלי-חברתי, כמו זו שבענייננו. חקיקה כזאת מתאפיינת במקרים רבים, וכך הוא גם באשר להצעת החוק שבה דנה חוות-דעת זאת, בכך שפגיעתה היא, אם בכלל, בזכויות כמו חופש העיסוק, שאינן בליבתו של כבוד האדם. השוו דליה דורנר, "מידתיות", ספר ברנזון (כרך שני: בני סברה) 281 (אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, 2000), בעמ' 288. בד בבד, חקיקה כזאת כרוכה בשיקולי מדיניות רחבים של הרשויות הנבחרות, שיש לנקוט גישה זהירה בהטלת מגבלות חוקתיות עליהם. כדברי הנשיאה ביניש, שם בעמ' 263, בסעיף 13 לפסק-דינה:

"בישמו את המבחנים החוקתיים הקבועים בפיסקת ההגבלה על חקיקת הכנסת, יפעל בית-המשפט באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון. במיוחד כך הדבר כאשר עניינה של החקיקה העומדת לביקורת חוקתית הוא בתחומי משק וכלכלה שכרוכים בהם היבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף. בתחומים אלה ייתכנו לעתים קרובות כמה מטרות ודרכי פעולה אפשריות; ההכרעה ביניהן מבוססת לא פעם על הערכה שטמונה בה אי-ודאות, והיא כרוכה בתחזיות ובשיקולים מקצועיים שאינם תמיד בתחום מומחיותו של בית-המשפט. הערכה שגויה של המצב עלולה להוביל לחוסר יציבות ואף לזעזועים במשק המדינה, על-כן יש ליתן לרשויות המפקדות על המדיניות הכלכלית – הרשות המבצעת והרשות המחוקקת – מרחב בחירה רחב בהיותן קובעות את המדיניות הכוללת, ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה. זאת ועוד, הבחירה בין המטרות ודרכי הפעולה השונות בתחומי משק וכלכלה עשויה להיגזר מהשקפות חברתיות-כלכליות אשר על-אף היותן שונות זו מזו ואף מנוגדות – הן

עשויות כולן להתקיים במסגרת חוקי-היסוד. על-פי עקרון הפרדת הרשויות, הבחירה ביניהן נתונה בידי של המחוקק כל עוד עומדת החקיקה בתנאי פיסקת ההגבלה".

אכן, "בית המשפט יתערב בהכרעת המחוקק רק כאשר האמצעי שנבחר על ידו חורג באופן משמעותי מגדריו של מתחם התמרון החקיקתי הנתון לו והוא בלתי-מידתי באופן ברור" (בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, הטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 2009) (להלן: פסק-דין המרכז האקדמי), דברי הנשיאה ביניש בסעיף 46 לפסק-דינה). וראו גם, ברוח דומה, דברי השופטת דורנר בבג"צ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433 (1998) (להלן: פסק-דין תנופה), בעמ' 453, בסעיף 4 לפסק-דינה:

"מדובר בזכות שהיא במהותה כלכלית. הטעם העומד ביסוד הזכות לחופש העיסוק של העותרים הוא עניינם האישי במשלה-ידם. זכות זו חשובה היא, אך אין היא זכות-על".

זאת ועוד. כדברי השופטת דורנר, שם, מיתחם המידתיות הנתון לכנסת כרשות המחוקקת הינו רחב יותר מזה הנתון לרשות המבצעת.

32. על רקע דברים אלה, ומתוך ההנחה האמורה כי החוק המוצע פוגע בזכויות חוקתיות, אבחן עתה אם הוא מקיים את הדרישות הקבועות בפיסקת ההגבלה. החוק מקיים ללא ספק את הדרישה כי הפגיעה בזכויות תהיה "בחוק ... או לפי חוק ... מכוח הסמכה מפורשת בו". גם אין לומר כי החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל – ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית ושאר ערכיה. אין דבר בחוק המוצע שאינו תואם את ערכי המדינה כמדינה יהודית או את ערכיה כמדינה דמוקרטית. כפי שפורט לעיל, החוק גם אינו פוגע בערכי השוויון המפורטים בהכרזת העצמאות, המוזכרת בסעיף 1 לחוקי-היסוד. השאלות המחייבות דיון מפורט יותר הן אם החוק עומד בדרישת התכלית הראויה ובדרישת המידתיות – על שלושת רכיביה. אדון בשאלות אלה עתה, לפי סדרן.

33. כאמור, חוק הפוגע בזכות הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק נדרש להיות לתכלית ראויה. אסור לכנסת לחוקק חוק הפוגע בזכויות אלא לתכלית ראויה.

34. התכליות של החוק המוצע משתמעות בעיקרן מדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק – הן לפני קבלתה בקריאה הראשונה והעברתה לוועדת הכלכלה של הכנסת; והן להצעת החוק המקורית, כפי שהתקבלה על-ידי הכנסת בקריאה הטרומית. וכך נאמר, בין היתר, בדברי ההסבר שצורפו להצעה בנוסחה הקיים, לאחר הגשתה לקריאה הראשונה:

"הצעת החוק ... נועדה להסדיר את הקמתם ופיתוחם של מיזמים חקלאיים-תיירותיים משולבים בנגב, ... וכן לאפשר את המשך קיומם של מיזמים כאמור שהוקמו בשנים האחרונות בתמיכה ובסיוע של רשויות המדינה. החשיבות שבהסדרת הנושא נובעת מתרומתה הייחודית של התיישבות מסוג זה ליישובו ולפיתוחו של הנגב, ובפרט לקידום ענפי התיירות והחקלאות. ...

לאורך השנים הכירו ממשלות ישראל בצורך לעודד את התיישבות בנגב, ובכלל זה את הקמתם של מיזמים המשלבים עיסוק בחקלאות ובתיירות במסגרת התיישבות יחידים. ביטוי לכך ניתן למצוא לא רק בהקצאת מקרקעין על ידי מינהל מקרקעי ישראל (להלן – המינהל) להתיישבות זו, אלא גם בהחלטות ממשלה. למרות זאת, רשויות המדינה העלו טענות כלפי חוקיות הקמתן וניהולן של חלק מהחוות שהוקמו בנגב מאז שנות ה-90, והחלו בהליכים לפינוין. ...

כאמור, התיקון המוצע נועד לאפשר את הקמתם של מיזמים חקלאיים-תיירותיים משולבים נוספים וכן לעגן בחקיקה בדיקה ואישור של מיזמים קיימים שיעמדו בדרישות המפורטות בהצעת החוק: מוצע להחיל את ההסדר על מיזמים שבהם נעשה שימוש במקרקעין בנגב הן למטרות חקלאות והן למטרות תיירות, במשולב, לרבות שימושים נלווים לשימושים אלה וכן שימוש למגורי המחזיק באותם מקרקעין למטרות האמורות. ...

בנוגע לחוות הבודדים הקיימות כיום, מוצע לקבוע הוראות מעבר שיחולו על מיזמים שהוקמו בנגב שלוש שנים לפחות לפני כניסתו לתוקף של החוק המוצע. השר לפיתוח הנגב והגליל יהיה רשאי לאשר כי מיזם המשלב עיסוק בחקלאות ובתיירות פעל בתקופה האמורה בתמיכה ובסיוע של משרד ממשלתי או המינהל. עם מתן אישור כאמור מאת השר, יוכל מבקש האישור לפנות למינהל בבקשה להקנות לו זכות חכירה לדורות במקרקעין, לצורך המשך ניהולו ופיתוחו של אותו מיזם. המינהל יקנה למבקש זכות כאמור בכפוף לכך שהמקרקעין יועדו לשימוש חקלאי בהתאם לתכנית מיתאר מחוזית ולהסדרת תשלומיו של המבקש למינהל. ... בהתחשב בנסיבות שהביאו להקמת חוות הבודדים, לרבות עזיבתם של המתדיינים את מקום יישובם הקודם, את סביבתם ואת מקום עבודתם, למען פיתוח הנגב, וכל זאת בתמיכה ובסיוע של רשויות המדינה ובהתאם למדיניות הממשלה, מוצע לקבוע כי הקניית הזכות תהיה פטורה מחובת מכרז. הוראות המעבר לעניין הקניית זכות חכירה לדורות כאמור יחולו על אף הוראות כל דין ועל אף תכנית מיתאר ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולשימור (תמ"א 35), ככל שיש בהן כדי למנוע את הקמתו של מיזם חקלאי-תיירותי משולב. ...

בעת הכנת הצעת החוק לקריאה השנייה ולקריאה השלישית תדון ועדת הכלכלה של הכנסת בסוגיות משפטיות וחוקתיות העולות מהצעת החוק, ובכלל זה בשאלה אם ההסדר המוצע עולה בקנה אחד עם הזכות לשוויון, וכן תבחן את השאלה באילו מקרקעין תוקנה זכות חכירה לדורות ואת תחולת הוראות המעבר לעומת הדין הקיים".

הבהרות ודגשים לגבי התכליות של החוק המוצע מצויים גם בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק המקורית, שכך נאמר בהם בין היתר:

"הצעת החוק נועדה להקל על פיתוח מיזמים המשלבים חקלאות ותיירות בנגב ולפתור בעיות הקשורות בתיאום בין הגורמים השונים הנוגעים בדבר. השילוב של פיתוח חקלאי ופיתוח תיירותי בנגב ממלא תפקיד חשוב במאבק בתופעת המדבור, תוך שמירה על האיזון האקולוגי והגנה על הסביבה.

ממשלות ישראל לדורותיהן הכירו בצורך לקדם ולעודד את פיתוחם של מיזמים חקלאיים-תיירותיים משולבים בנגב. ...

במציאות הקיימת כיום, הקמת מיזם משולב כאמור דורשת תיאום בין גורמים ממשלתיים וציבוריים שונים, והדבר נעשה ללא יד מכוונת, באופן הגורם להרתעת יזמים פוטנציאליים מלהשקיע ממרצם ומכספם בפיתוח הנגב. זאת, כמובן, בנוסף לקשיים האובייקטיביים הכרוכים בפיתוחו של הנגב, ובכלל זה תנאי מזג האוויר הקשים והריחוק ממרכזי יישוב.

הצעת חוק זו מבקשת לשפר מצב זה ולהקל על הממשלה ורשויותיה לפעול לקידום מיזמים לפיתוח הנגב המשלבים חקלאות ותיירות. נוסף על כך, מבקשת הצעת החוק לתת מענה לקשיים שהתעוררו בנוגע למיזמים חקלאיים-תיירותיים משולבים הקיימים כיום בשטח, בין היתר בשל הוראות תמ"א 35 מהן עולה כי לא ניתן כיום להקים מיזמים כאמור. ...

לעניין מיזמים קיימים, מוצע לקבוע הוראות מעבר מיוחדות שיאפשרו את המשך ישיבתם בקרקע. בהתאם לכך, מוצע להסמיך את הרשות להכיר במיזמים חקלאיים-תיירותיים משולבים בנגב, כך שבעלי מיזמים אלה יוכלו לבקש מהמינהל להעניק להם זכויות במקרקעין לצורך המשך ניהול המיזמים.

על פי המוצע, המינהל יעניק זכויות במקרקעין, ללא מכרז, למי שקיבל הכרה כאמור מהרשות, וזאת אם התקיימו תנאים מסוימים המפורטים בהצעה, והכול תוך מתן משקל להסתמכותם של בעלי מיזמים אלה על החלטותיהן ופעולותיהן של רשויות המדינה.

לדעת חברי הכנסת המציעים, אין בהצעת חוק זו כדי לפגוע בזכות לשוויון בין אזרחי מדינת ישראל, שכן מדובר במקרים חריגים של תושבים שעלו על הקרקע בתמיכה ובסיוע מצד המדינה, ואף אם לא בכל המקרים ניתן לבסס את המשך החזקתם במקרקעין על הבטחה שלטונית מחייבת, הרי שאין ספק כי כל המתיישבים שינו את מצבם באופן משמעותי, בהסתמך על החלטותיהן של רשויות המדינה ופעולותיהן, והשקיעו ממון רב ושנים של עמל בפיתוח הנגב."

התכליות של החוק המוצע, כעולה מדברי ההסבר, הן אפוא אלה: ראשית, לקדם את יישוב הנגב ופיתוחו. שנית, להתחשב בהסתמכות של המחזיקים בחוות יחידים קיימות

על מצגים של רשויות המדינה, שהתירו את פעולותיהם ואף עודדו אותה, על-ידי מתן אפשרות לפטור אותם מחובת מכרז לצורך המשך החזקתם בחוות ופעילותם החקלאית-תיירותית בהן, הכרוכה גם במגוריהם בשטח החוות.

35. לפי פסיקת בית-המשפט העליון –

"תכליתו של חוק תיחשב לתכלית ראויה, כאשר הוא נועד להגן על זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן".

[פסק-דין המרכז האקדמי הנ"ל, דברי הנשיאה ביניש בסעיף 45 לפסק-

דינה]

36. לפי מבחן זה, התכלית של החוק המוצע – וליתר דיוק: שתי תכליותיו המרכזיות האמורות – הן תכליות ראויות. החוק נועד לקדם את המטרה הציבורית והחברתית החשובה של פיתוח הנגב, וכך בכך להגן על הסתמכויותיהם של המפעילים של חוות היחידים הקיימות. החוק המוצע נועד אפוא גם להגן על קניינם של המפעילים הקיימים, שהשקיעו בפיתוח החוות, ובמובן רחב גם על כבודם שלהם. אין כל התנגשות או חיכוך בין שתי התכליות, המשלימות זו את זו. בנסיבות אלה אין צורך להכריע בשאלה כיצד לקבוע את תכליתו של חוק שיש לו מספר תכליות, שלגביה נקבע בפסק-דין **מנחם הנ"ל**, בעמ' 264, בסעיף 14 לפסק-הדין של השופטת ביניש, כי "במצב שיש בו לחוק כמה תכליות השלובות זו בזו, יינתן משקל רב לתכלית הדומיננטית שלו ובה תתמקד הביקורת החוקתית, עם זאת אין להתעלם גם מן התכליות המשניות של החוק כדי לבחון השלכותיהן על זכויות האדם". ראו גם פסק-דין **אורון הנ"ל**, דברי השופט אור בעמ' 662, בסעיף 35 לפסק-דינו.

37. כנגד המתיישבים הקיימים נטען כי פעילותם אינה כדין. זאת בין משום שהם "השתלטו" על שטחים גדולים מאלה שהוחכרו או הושכרו להם, טענה שכעולה מהחומר שנמסר לי הם מכחישים בכל תוקף; ובין משום שפעילותם בקרקעות חורגת מחקלאות, שהיא השימוש החוקי היחיד בהן, שכן הם מתגוררים בשטחים שברשותם ועוסקים בהם בתיירות, ולא בחקלאות בלבד. על רקע זה עשויה לעלות טענה, כי למעשה, אף אם

הדברים לא נכתבו בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק, התכלית של החוק המוצע היא לתת עדיפות לעבריינים.

38. טענה אחרת שעשויה להיות מועלית – ושכפועל אף הועלתה או נרמזה על-ידי אחדים מחברי הכנסת המתנגדים לחוק המוצע (ראו דברי חברי הכנסת טלב אלסאנע וחנא סוויד בישיבות של ועדת הכלכלה של הכנסת מהתאריכים 28 ביולי 2009 ו-26 באוקטובר 2009) – היא כי לחוק תכלית מפלה, ומטרתו היא לפגוע בתושבים הבדוויים של הנגב. אכן, אילו תכליות אלה אכן היו תכליות דומיננטיות של החוק המוצע (ראו פסק-דין **מנחם הנ"ל**, דברי השופטת ביניש בעמ' 264, בסעיף 14 לפסק-דינה), הרי שככל שיש בו כדי לפגוע בזכויות הקבועות בחוקי-היסוד – החוק לא היה עומד בדרישת התכלית הראויה.

39. התכלית של העדפת עבריינים או מתן לגיטימציה להם אינה תכלית ראויה לחוק הפוגע בזכויות חוקתיות. כך, בפסק-דין **אורון הנ"ל** – שבו נדונה החוקתיות של חוק שבפועל העניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנה לשידורי רדיו ארציים בלא מכרז לגורמים שבמשך חמש שנים הפעילו שידורי רדיו "פיראטיים" בלתי-מורשים – קבע בית-המשפט העליון מפי השופט אור:

"למותר לציין, כי תכלית ... של מתן רישיון וזיכיון לתחנות רדיו אשר פעלו ללא רישיון וזיכיון כדון, אינה ראויה בעליל. היא נותנת פרס למי שפעלו שלא כדון, ובכך מהווה פגיעה קשה בשלטון החוק. בנוסף, יש בה פגיעה בחופש העיסוק של מתחרים פוטנציאליים בלי לקדם יעד חברתי כלשהו".

[שם, בעמ' 663, בסעיף 34 לפסק-הדין של השופט אור]

40. אלא שבכנסיות פסק-דין **אורון** הוכח כי אכן תכלית דומיננטית של החוק שנדון שם הייתה העדפה של "ערוץ 7", שפעל בניגוד לדין. כדברי השופט אור, "תכלית זו עולה מניסוח התיקון לחוק המתמקד בהכשרת תחנות רדיו העומדות בתנאיו. ... תכלית זו עולה אף מהדיון במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית. גם מדבריו של ... [אחד מחבר-הכנסת שיזמו את החוק] אנו למדים כי התיקון לחוק עוצב כך שבגדר מקבלי הרישיון והזיכיון על-פיו ייכלל ערוץ 7. כלומר, אין ספק כי לכל הפחות מנקודת המבט

של יוזמי ... החוק הייתה כוונה להכשיר דווקא את ערוץ 7" (שם, בעמ' 664, בסעיף 34 לפסק-הדין של השופט אור). עם זאת, יצוין כי אפילו במקרה זה – שבו הוכחה תכלית לא ראויה – החוק לא נפסל בשל כך, משום ש"ייתכן שהתיקון לחוק [שנדון שם] מקפל בחובו תכלית נוספת, ברמת הפשטה גבוהה יותר, והיא מתן ייצוג תקשורתית פלורליסטי" (שם, שם), שהיא תכלית ראויה.

41. ככלל, "אין מתחקים אחר מניעים סמויים של הפרטים המרכיבים את הרשות המחוקקת, להבדיל מן התכלית שעמדה נגד עיני המחוקק, כרשות שלטונית קולקטיבית. ... בית המשפט בודק את התכלית שהנחתה את המחוקק, כביטוייה בהנמקתו של מי שהציע את החוק ובדעת הרוב כפי שהתגבשה" (דברי הנשיא (בדימ') מאיר שמגר בפסק-דין **בנק המזרחי הנ"ל**, בעמ' 343, בסעיף 81 לפסק-דינו). תכלית החוק נלמדת מלשונו ומהדברים שנאמרו על-ידי חברי הכנסת שהציעו אותו. ראו פסק-דין **אורון הנ"ל**, דברי השופט אור בעמ' 662-663, בסעיף 33 לפסק-דינו. עם זאת, אני מוכן להניח כי עשויים להיות מקרים שבהם התכלית של חוק תילמד – לצורך הבחינה אם מדובר ב"תכלית ראויה" כמובנה בחוקי-היסוד – לא רק מלשון החוק או מההצהרות המפורשות של מציעיו. לעניין זה השוו לדברי הנשיא ברק בפסק-דין **בנק המזרחי הנ"ל**, בעמ' 435, בסעיף 92 לפסק-דינו.

42. אך בענייננו אין בסיס של ממש לטענות כי תכליות דומיננטיות של החוק המוצע הן העדפת עבריינים או הפליה של תושבי הנגב הבדווים. כפי שפורט לעיל, למתיישבים בחוות יחידים ניתנו מצגים שלטוניים רבים, שעליהם הסתמכו, כי פעילותם היא על דעתם של משרדי ממשלה ומינהל מקרקעי ישראל. החוק המוצע נועד, בין היתר, להתחשב במתיישבים בשל כך, ולא בשל עצם הפרות הדין המיוחדות להם (עניין השנוי במחלוקת כשלעצמו). ואילו בנסיבות שנדונו בפסק-דין **אורון הנ"ל** לא נטען כי המנהלים של תחנות השידור "הפיראטיות" סברו, על-סמך מצגי השלטון, כי פעולתן לגיטימית. אין גם בסיס ראייתי לטענה כי החוק המוצע נועד לתכלית מפלה. האינדיקציות שצוינו בעתירה האמורה בבג"צ 2817/06, שהוגש כנגד תוכנית המיתאר להקמת התיישבויות יחידים בתחומי המועצה האזורית רמת הנגב ושעדיין תלויה ועומדת בפני בג"ץ – גם אילו היה בהן ממש כלשהו בהקשרה של עתירה זאת – אינן נוגעות להצעת החוק אלא לתוכנית המיתאר. כפי שצוין לעיל, המפעילים הקיימים של חוות יחידים נבחרו במעין-מכרז שוויוני, שהיה פתוח לערבים כליהודים, ושהצעה היחידה

של ערבי שהוגשה במסגרתו אף נמנתה עם הזוכים בו. כאמור, בפסק-דין אורון בית- המשפט העליון אף נמנע מלפסול את החוק אך בשל התכלית הלא-ראויה שהוכחה, משנמצא כי ייתכן שלחוק יש גם תכלית נוספת – ראויה.

### מידתיות

43. הדרישה הרביעית של פיסקת ההגבלה היא שהחוק יפגע בזכויות הקבועות בחוק-היסוד במידה שאינה עולה על הנדרש. זו דרישת המידתיות, הכוללת שלושה רכיבים – קשר רציונאלי (התאמה), פגיעה פחותה, ומידתיות במובן הצר (יחסיות). אדון עתה בהתקיימות של כל אחד מרכיבים אלה בחוק המוצע, בהנחה שהוא פוגע בזכות חוקתית.

### קשר רציונאלי

44. מבחן-משנה זה עוסק במידת היעילות של ההסדר שנקבע בחוק להגשמת תכליותיו. על-פי רכיב זה של המידתיות, ההסדרים שנקבעו בחוק צריכים, אם הם פוגעים בזכויות שנקבעו בחוקי-היסוד, להתאים להגשמת התכליות של החוק. הדעת נותנת כי יש מגוון דרכים אפשריות לפיתוח הנגב, כמו גם להתחשבות בהסתמכות של מחזיקים בחוות בודדים קיימות על המצגים השלטוניים שהוצגו להם. אף ייתכנו חילוקי דעות בשאלה אם הסדר זה ואחר הוא האופטימאלי לקידומן של תכליות אלה. עם זאת, לכנסת, כבית-הגבחרים של המדינה, יש שיקול-דעת בבחירת האמצעים להגשמת יעדיה החברתיים והכלכליים. נתון לה מיתחם של מידתיות. הגישה התומכת בהקמתם ובפיתוחם של מיזמים חקלאיים-תירותיים לצורך פיתוח הנגב היא בוודאי לגיטימית, ומצויה בבירור במיתחם המידתיות. כך גם הגישה כי לאור ההסתמכות שנוצרה במשך השנים על מצגים של משרדי הממשלה ומינהל מקרקעי ישראל ראוי לאפשר מתן פטור ממכרז למחזיקים בחוות יחידים קיימות, שכבר הוכיחו את תרומתן לפיתוח הנגב. אכן, משאחת המטרות המוצהרות של החוק המוצע – שכאמור, מהווה תכלית ראויה – היא להתחשב בהסתמכות של מתיישבים קיימים, הסמכה למתן פטור במכרז היא אמצעי מתאים להגשמה של מטרה זאת. כך במיוחד לאור זאת שגם אם ייקבע – שלא כדעתי – שההסדרים שנקבעו בחוק המוצע פוגעים בזכויות הקבועות בחוקי-היסוד, הרי שהפגיעה אינה בליבת הזכויות החשובות ביותר. ראו דבריה של השופטת דורנר בפסק-דין **תנופה** ובמאמר "מידתיות" הנ"ל. ראו גם, לעניין היקף הביקורת השיפוטית על חקיקה שעניינה

במדיניות כלכלית-חברתית, דברי הנשיא (בדימ') שמגר בפסק-דין **בנק המזרחי הנ"ל**, בעמ' 332, בסעיף 69 לפסק-דינו:

"אין מגמתה של החקיקה החוקתית בתחום הקניין לכך שבית המשפט יהפוך לרביזור העליון של סדרי הכלכלה והמשק ויבחן תבונתה של מדיניות כלכלית. אין כוונה לכך שבמסגרת הפיקוח החוקתי יארגן בית המשפט מחדש את ההסדרים הכלכליים, בצורה הנראית לו צודקת יותר או נבונה יותר".

### פגיעה פחותה

45. מבחן הפגיעה הפחותה (או מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) "מחייב כי מבין האמצעים האפשריים המגשימים את תכלית החקיקה ייבחר האמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית היא הפחותה ביותר" (פסק-דין **המרכז האקדמי הנ"ל**, דברי השופט נאור בסעיף 22 לפסק-דינה). עם זאת, כדברי השופט בניש בפסק-דין **מנחם הנ"ל**, בעמ' 280, בסעיף 23 לפסק-דינה:

"הדרישה כי על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם. קביעה כזו תקשה מדי על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית. זאת ועוד, שאלת המידתיות היא לרוב מסוג השאלות שאין עליהן תשובה מדויקת ואחידה, שכן היא דורשת מלאכת שקלול והערכה. ייתכנו מצבים שבהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל-כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור".

אך דומה כי בענייננו, אין צורך "להקל" על המחוקק באופן מיוחד, שכן נראה שהחוק המוצע – ככל שהוא פוגע בכלל בזכויות חוקתיות – נוקט את דרגת הפגיעה הנמוכה

ביותר הנדרשת להשגת התכלית. שכן, החוק אינו מקנה לכל המפעילים של חוות יחידים קיימות זכות אוטומאטית לקבלת פטור ממכרז לחכירת הקרקע. אלא נקבע בו, **ראשית**, כי ניתן להעניק פטור ממכרז רק ל"מי שניהל מיזם בנגב, והשר לפיתוח הנגב והגליל אישר לגבי המיזם כי הוא מיזם חקלאי-תיירותי משולב שפעל בתמיכה ובסיוע של משרד ממשרדי הממשלה שלוש שנים לפחות לפני תחילתו של חוק זה" (בסעיף 4(ב) לחוק המוצע); **ושנית**, כי הזכות תוקנה ללא מכרז רק בתנאי "שהמקרקעין יועדו לשימוש חקלאי בהתאם לתכנית מיתאר מחוזית, ... והמבקש הסדיר את תשלומיו למינהל [מקרקעי ישראל] בשל כל השימושים במקרקעין שנעשו עד יום תחילתו של חוק זה" (בסעיף 4(ג) לחוק המוצע). ממילא, הפטור ממכרז לא יכול לחול אלא לגבי חוות קיימות. על-כל-פנים, גם אם תיאורטית ניתן להעלות על הדעת הוספת תנאים כלשהם לתנאים שהחוק המוצע קובע, הרי שההסדר בוודאי נכנס לגדר מיתחם המידתיות הנתון לכנסת.

46. יצוין, כי בענייננו – בשונה מאשר בעניין שנדון בפסק-דין אורון – לא ניתן להגשים את התכלית הראויה של החוק אלא בדרך של מתן אפשרות לפטור ממכרז. שכן, בעניין אורון, שבו לא נטען כי תכלית החוק כוללת הגנה על הסתמכות, לא היה כל צורך בפטור ממכרז כדי להגשים את התכלית הראויה של החוק שנדון שם. לעומת זאת, כדי להגן על ההסתמכות של המחזיקים הקיימים בחוות היחידים יש צורך במתן אפשרות לפטור אותם מחובת המכרז. כאמור, פטור זה אינו מוחלט, והוא כפוף לתנאים.

### מידתיות במובן הצר

47. במסגרת הרכיב של המידתיות המכונה "מידתיות במובן הצר" –

"יש לבחון האם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הציבורית הצומחת מדבר החקיקה שחוקתיותו עומדת על הפרק, לבין הנזק לזכות החוקתית הנגרם על ידי אותו דבר חקיקה. קיומו של יחס ראוי זה נבחן על ידי עריכת איזון בין החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים העומדים בבסיס התועלת הציבורית הצפויה מדבר החקיקה ואל מול מידת הנזק לזכות האדם הנפגעת".

[פסק-דין המרכז האקדמי הנ"ל, דברי הנשיאה ביניש בסעיף 50 לפסק-

דינה]

החוק המוצע עומד גם בדרישה זאת. ככל שהוא פוגע בזכויות חוקתיות – וכאמור, דעתי היא כי הוא אינו פוגע בהן כלל – הפגיעה אינה בליבת הזכויות, היא אינה חריפה, והיא ממוקדת בהיבטים של מדיניות כלכלית-חברתית, שבהם מיתחם המידתיות הנתון לכנסת הינו, כאמור, רחב במיוחד. התכליות של החוק – התכלית הרחבה של פיתוח הנגב, והתכלית הספציפית יותר של התחשבות באנשים שתרמו לפיתוח הנגב בהסתמכם על מצגים של משרדי ממשלה ומינהל מקרקעי ישראל בדבר תקינות פעולותיהם, התחשבות שכשלעצמה יש לה זיקה לזכויות האדם – הן בעלות משקל של ממש. החוק המוצע אינו מונע מאזרחים ותושבים של המדינה לעסוק בחקלאות או בתיירות, ואף אינו מונע עיסוק במיזמים חקלאיים-תיירותיים משולבים בנגב. ההיפך הוא הנכון. החוק מעודד עיסוק זה. פגיעתו היחידה היא במידת ההסתברות של אדם שאינו מפעיל כיום חוות יחידים בנגב לזכות בהפעלה של חווה כזאת, במובן זה שמתן זכות חכירה לדורות של חוות מסוימות, הפועלות מזה שלוש שנים לפחות בתמיכה ובסיוע של משרדי הממשלה או של מינהל מקרקעי ישראל והעומדות בתנאים נוספים, כמפורט בחוק, לא יהיה טעון מכרז. בנסיבות אלה המסקנה המתבקשת היא שהחוק המוצע עומד במבחן המידתיות במובן הצר.

### פיסקת ההתגברות

48. גם אם לאחר כל דבריי עד כה ייוותר ספק כלשהו בדבר החוקתיות של החוק המוצע, בידי הכנסת סמכות לחוקקו ככל שהוא פוגע בחופש העיסוק (או שהפגיעה הדומיננטית היא בחופש העיסוק). זאת על-פי סעיף 8(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק, המכונה "פיסקת ההתגברות", שכך נקבע בו:

"הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 [פיסקת ההגבלה], אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר".

על מהותה של פסקת ההתגברות עמד הנשיא ברק בבג"צ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996) (להלן: פסק-דין מישראל), בעמ' 24, בסעיף 13 לפסק-דינו:

פסקת ההתגברות מאפשרת לחוקק להגשים באמצעות חקיקה יעדים חברתיים ופוליטיים, בלא חשש שחקיקה זו – שעה שחוקתיותה תעמוד לבחינה שיפוטית – תימצא לא חוקתית ועל-כן בטלה. ... באמצעות פסקת ההתגברות נשמר מעמדו של חוק-יסוד: חופש העיסוק כהוראה חוקתית על-חוקית, ועם זאת מוכר כוחו של המחוקק לפגוע בחופש העיסוק בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, וכל זאת בלא צורך לשנות את חוק היסוד עצמו.

הכנסת רשאית אפוא לחוקק את החוק המוצע בהתאם לפסקת ההתגברות, ובכך להסיר כל חשש – רחוק ככל שיהיה – כי החוק לא יעמוד בביקורת שיפוטית. אכן, קיים ספק אם הדרישה לכך שהחוק יתקבל ברוב חברי הכנסת חלה על כל שלוש הקריאות – הראשונה, השנייה, והשלישית – או שמא די בקבלת החוק ברוב חברי הכנסת בקריאה השלישית (להשארתה של שאלה דומה בצריך-עיון על-ידי בית-המשפט העליון בשל הפיכתה לתיאורטית ראו בג"צ 8571/00 סיעת הליכוד בכנסת ה-15 נ' הכנסת (לא פורסם, 2000)). על-כל-פנים, לאור העובדה שהחוק המוצע עבר בקריאה הראשונה ברוב פחות מרוב חברי הכנסת, אין מניעה, אם הכנסת תבחר בכך, לשוב ולקיים את ההצבעה בקריאה הראשונה. יצוין כי החוק היחיד עד כה שהתקבל לפי פסקת ההתגברות – חוק יבוא בשר קפוא, תשנ"ד-1994 – חוקק למעשה פעמיים, בכל שלוש הקריאות, כדי להסיר ספק שהתעורר בדבר תקינות קבלתו בפעם הראשונה.

49. שאלה אחרת נוגעת לטענה כי החוק המוצע אינו פוגע רק בחופש העיסוק, אלא גם בזכות לכבוד האדם. שכן, מאחר שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין פסקת התגברות, הכנסת אינה מוסמכת לחוקק חוק "שיתגבר" עליו. ואולם, בפסק-דין מישראל הנ"ל נקבע כי מקום שהפגיעה בחופש העיסוק היא הדומיננטית, ואילו הפגיעה בזכות הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הינה טפלה לפגיעה בחופש העיסוק ונובעת ממנה, ניתן יהיה לחוקק את החוק הפוגע בהתאם לפסקת ההתגברות שבחוק-יסוד חופש

העיסוק כך שתוקפו יישמר גם לעניין הפגיעה בזכות האחרת. כדברי הנשיא ברק, שם, בעמ' 32, בסעיף 22 לפסק-דינו:

אכן, פגיעה בחופש העיסוק כורכת לעתים קרובות כתוצאת לוואי טבעית פגיעה בשוויון או בקניין. איסור על סוג אלמוני של אנשים מלשלוח ידם בעיסוק המותר לסוג פלוני של אנשים כרוך לעתים מטבעו וטיבו של העניין בפגיעה בקניינם ובזכותם לשוויון של האנשים המשתייכים לסוג אלמוני. במצב דברים זה, ההגנה החוקתית הניתנת בפסקת ההתגברות של הפגיעה בחופש העיסוק מחייבת גם הגנה חוקתית על הפגיעה בקניין ובשוויון, שאם לא כן תרוקן פסקת ההתגברות מכוחה הנורמאטיבי.

עם זאת, כדי שבמצב כזה ניתן יהיה לקבל את החוק לפי פסקת ההתגברות –

"הפגיעה בזכויות האחרות – כאשר היא נבחנת כשלעצמה, וללא השוואה לפגיעה בחופש העיסוק – צריכה להיות בעלת עוצמה שולית. אין לאפשר פגיעה ממשית וקשה בזכות אדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אגב פגיעה בחופש העיסוק. ההשלכות ה'עקיפות' של פסקת ההתגברות שבחוק-יסוד: חופש העיסוק, יכולות 'לכסות' פגיעות שאינן ממשיות ואינן עיקריות, בזכויות אדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".

[דברי הנשיא ברק שם, שם]

50. בענייננו, ככל שהחוק המוצע פוגע בשוויון כחלק מהזכות לכבוד האדם, הפגיעה היא טפלה לפגיעה הנטענת בחופש העיסוק. אין אפוא מניעה, אם הכנסת תבחר בכך, לחוקק את החוק לפי פסקת ההתגברות.

## **סיכום**

מסקנתי היא כי החוק המוצע אינו פוגע בזכות מהזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ועל-כל-פנים כי הוראותיו עומדות בכל הדרישות הקבועות בפסקת ההגבלה. הכנסת רשאית אפוא לחוקק את החוק. אם בכל זאת יוותר – שלא

כדעתי – ספק כלשהו בדבר החוקתיות של החוק, פתוחה בפני הכנסת האפשרות לחוקקו לפי פיסקת ההתגברות שבחוק-יסוד: חופש העיסוק.

בברכה,



פרופ' אריאל בנדור