



**הכנסת
הלשכה המשפטית**

סימוכין : 01010410
כ"ט באדר תש"ע
15 במרץ 2010

לכבוד
יושב ראש ועדת הכלכלה של הכנסת
חברי ועדת הכלכלה של הכנסת

הצעת חוק הרשות לפיתוח הנגב (תיקון מס' 4) (מיזם חקלאי-תיירותי משולב),

התש"ע-2009

תמצית חוות דעת בנושא חוקתיות הוראת המעבר

1. הצעת החוק נועדה להסדיר את ההליכים להכרה בחוות הבודדים בנגב, המוגדרות כמיזמים שבהם נעשה שימוש במקרקעין למטרות חקלאות ותיירות במשולב. הוראת המעבר הכלולה בהצעת החוק קובעת כי מיזם כאמור שהוקם שלוש שנים לפחות לפני מועד תחילת החוק, יוכל לקבל זכות חכירה לדורות ממינהל מקרקעי ישראל, ללא מכרז, אם יקבל אישור מתאים מהשר לפיתוח הנגב והגליל שהמיזם פעל בתמיכה ובסיוע של משרד ממשרדי הממשלה או מינהל מקרקעי ישראל (בשמו הקודם), ויעמוד בתנאים נוספים כמפורט בהוראת המעבר.
2. הוראת המעבר האמורה מעלה את שאלת הפגיעה החוקתית בזכות לשוויון, שכן, לפי המוצע, המתיישבים יהיו פטורים מחובת מכרז לגבי המקרקעין שעליהן פועלות החוות, תוך התעלמות מהפרות חוק וחריגות מהסכמים שביצעו, ככל שביצעו, במהלך התקופה שמאז הקמת החוות. יצוין כי המדינה רואה צורך בשיווק המקרקעין של החוות במסגרת הליך מכרזי.
3. הזכות לשוויון הוכרה כזכות יסוד חוקתית, כחלק מהזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך, יש לבחון את שאלת הפגיעה בשוויון על ידי יישום מבחנים חוקתיים.
4. יישום המבחנים החוקתיים מביא למסקנה כי אין בהוראת המעבר כדי לפגוע בזכות החוקתית לשוויון.
5. לגבי עצם הפגיעה בשוויון – לאור נתונים המצביעים על תמיכה וסיוע משמעותיים שקיבלו המתיישבים בחוות הבודדים מרשויות מדינה שונות ומגורמים רשמיים, לאורך תקופה ממושכת, ישנה שונות רלוונטית בין מתיישבים אלה לקבוצות מתיישבים אחרות, ומכאן שאין פגיעה בשוויון.
6. גם אם נניח כי ישנה פגיעה בשוויון, הוראת המעבר עומדת במבחני פסקת ההגבלה: הוראת המעבר היא לתכלית ראויה שכן היא נותנת מענה להסתמכותם של המתיישבים על סיוע

ותמיכה משמעותיים שקיבלו מרשויות מדינה כאמור, ומביאה בחשבון כי המתיישבים יצרו, יש מאין, מפעל התיישבותי מיוחד במינו.

7. הוראה המאפשרת המשך ישיבתן על הקרקע של החוות הקיימות מממשת גם את עקרון הצדק ביחסי האזרח עם הרשויות, שהוא עקרון מרכזי בשיטתנו המשפטית: פינוי המתיישבים מהחוות, לאחר שהקימו וטיפחו לאורך שנים, בעמל רב, את ההתיישבות באיזור צחיח ומרוחק, סותר, לדעת המחוקק, את מידת הצדק.

8. הוראת המעבר מקיימת גם את מבחני המידתיות, כפי שהתגבשו בפסיקת בית המשפט העליון, הבוחנים אם מידת הפגיעה בזכות לשוויון אינה עולה על הנדרש:

(א) מתקיים קשר רציונלי בין הרצון לתת מענה להסתמכות המתיישבים ועידוד התיישבות בנגב, לבין הענקת זכות במקרקעין של אותן חוות ללא מכרז, שכן שיווק המקרקעין במכרז עלול להביא לפינוי חלק מהמתיישבים מהחוות שאותן הקימו ופיתחו תוך התמודדות עם קשיים רבים;

(ב) הוראת המעבר היא בבחינת האמצעי שפגיעתו בזכות לשוויון היא המזערית ביותר, בנסיבות העניין: אין מדובר בהחלה גורפת, כי אם בבדיקה פרטנית, של כל חווה וחווה, בהתאם לאמות מידה ברורות ושקופות, ולפי אישור מאת גורם שלטוני.

(ג) באיזון שבין התועלת מהמשך קיום החוות, לבין הפגיעה לכאורה בשוויון, נראה כי התועלת גוברת: עוצמת הפגיעה אינה חמורה, שכן מדובר בהחלה פרטנית, בשטח מצומצם, ובאיזור צחיח שאין רבים הנוהרים להתיישב בו.

9. כדי לוודא שהוראת המעבר אכן תביא לפגיעה מזערית בזכות לשוויון, מוצע לשקול מספר תיקונים בנוסח ההוראה, כמפורט בסיכום חוות הדעת.

חוות דעת בנושא חוקתיות הוראת המעבר

א. מבוא

1. עניינה של חוות דעת זו בבחינת היבטים חוקתיים של הוראת המעבר המוצעת במסגרת הצעת חוק הרשות לפיתוח הנגב (תיקון מס' 4) (מיזם חקלאי-תיירותי משולב), התשי"ע-2009, (פורסמה בה"ח הכנסת כ-286) (להלן – **הצעת החוק**), שהתקבלה בקריאה ראשונה בכנסת ביום 17 בנובמבר 2009¹.

הצעת החוק נועדה להסדיר את הקמתה ופיתוחה של "התיישבות הבודדים" בנגב, שהוקמה בעיקר במהלך שנות ה-90, ובמסגרתה נעשה שימוש במקרקעין הן למטרות תיירות והן למטרות חקלאות. בהתאם לכך, קובעת הצעת החוק את ההליכים להכרה בהתיישבות מסוג זה, וכן הוראות לעניין הקצאת מקרקעין לצורך הקמתה.

סעיף 4 להצעת החוק עניינו בהוראת מעבר, ובו הסדר מיוחד לעניין התיישבות הבודדים הקיימת כיום בנגב (להלן – **הוראת המעבר**). בהתאם להוראת המעבר, מי שניהל מיזם בנגב במשך שלוש שנים לפחות לפני תחילתו של החוק, וקיבל אישור מאת השר לפיתוח הנגב והגליל כי מדובר במיזם חקלאי-תיירותי משולב, שפעל בתמיכה ובסיוע של משרד ממשלתי הממשלה או מינהל מקרקעי ישראל (להלן – **המינהל**), יוכל לבקש מהמינהל להקנות לו זכות חכירה לדורות במקרקעין לשם המשך קיומו ופיתוחו של מיזם זה. מבקש שהמציא אישור מאת השר כאמור – יקנה לו המינהל זכות חכירה לדורות במקרקעין, ללא מכרז, ובלבד שהמקרקעין יועדו לשימוש חקלאי בהתאם לתכנית מתאר מחוזית, והמבקש הסדיר את תשלומיו למינהל בשל כל השימושים שעשה במקרקעין עד ליום תחילתו של החוק המוצע.

2. הוראת המעבר מעלה את שאלת הפגיעה לכאורה בעקרון שלטון החוק ובזכות לשוויון, שכן ההסדר המוצע במסגרתה קובע דין שונה לגבי חוות הבודדים הקיימות, לעניין הפטור מהחובה שבדין לערוך מכרז בעת שיווק מקרקעין (שהוא כידוע משאב מוגבל של המדינה), לעניין שימוש במקרקעין ללא או בניגוד לתכניות מיתאר, ולעניין מתן זכות חכירה לדורות, אף שבהתאם לנטען השימוש באותם מקרקעין היה בניגוד להסכמים או להרשאות לשימוש ממינהל מקרקעי ישראל.

מאחר שטענות אלה עלו במהלך הדיונים שקיימה ועדת הכלכלה בהצעת החוק טרם אישורה לקריאה הראשונה, להלן חוות דעתי בסוגייה זו.

3. **ייאמר מיד כי חוות דעת זו מתמקדת בסוגיית הפגיעה לכאורה בזכות היסוד לשוויון העולה מהוראת המעבר המוצעת, ואין בה כדי לקבוע מסמרות בנוגע לפגיעה בשוויון, שאינה עולה כדי פגיעה חוקתית.**

¹ תודתי העמוקה לעו"ד איתי עצמון, עוזר ליועצת המשפטית לוועדת הכלכלה, שהיה שותף להכנת חוות דעת זו.

ב. רקע עובדתי

4. להלן אתאר את תמצית העובדות, כפי שהוצגו במהלך הדיונים בפני ועדת הכלכלה של הכנסת (לרבות בסיור שערכה ועדת הכלכלה) ובפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הן בכנסת השש עשרה והן בכנסת השבע עשרה. אציין, כי ככל שיובאו נתונים נוספים בדיונים נוספים שתקיים הוועדה, שיהיה בהם כדי להשליך על מסקנות חוות הדעת, תוגש חוות דעת משלימה. מעבר לכך, תוצגנה בחוות הדעת עובדות העולות מפסק דין שניתן בנושא זה (ראה להלן בסעיף 5), וכן עובדות שהובאו במסגרת ההליך המשפטי התלוי ועומד בבג"ץ 7488/08 עמותת פורום חוות דרך היין נגד ראש הממשלה ואחרים (להלן – **העתירה**), ולגביהן לא היתה מחלוקת בין העותרים למדינה, ועובדות שנכללו בתשובה מקדמית לעתירה מטעם המדינה. אזכיר, כי ההליך האמור מתייחס רק לחוות הבודדים שהוקמו באיזור שבין מצפה רמון לצומת משאבי שדה, הידועות גם בכינוי "חוות דרך היין".

5. התיישבות הבודדים היתה קיימת עוד בשנותיה הראשונות של המדינה, כפי שציין השופט זמיר בבג"ץ 243/99 **אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר החקלאות** (ניתן ביום 12 ביולי 2001) (להלן – **בג"ץ אדם טבע ודין**): "...סוג זה של התיישבות, הקיים מאז השנים הראשונות של המדינה, משפחה אחת (להלן - המתיישב) מקבלת מאת מינהל מקרקעי ישראל (להלן - המינהל), בחוזה חכירה או בהרשאה לשימוש, מקרקעין לצורך הקמת התיישבות חדשה. המתיישב מקים על המקרקעין חווה הכוללת מבני קבע, ענפי חקלאות ואפשר גם מלאכה זעירה."

בהתאם לאמור בבג"ץ אדם טבע ודין, אישור הקמתן של חוות בודדים הוסדר במסגרת נוהל "לאישור פרוגרמה להתיישבות בודדים" מיום 9.12.1993, שגיבשו משרד החקלאות, הסוכנות היהודית לארץ-ישראל והרשות לתכנון ופיתוח החקלאות, ההתיישבות והכפר במשרד החקלאות. ביולי 2000, הוצא נוהל חדש ומעודכן, שהסדיר את ההליכים לאישור התיישבות בודדים בנגב, וקבע, בין היתר, את התנאים לאישור בקשה, הדרך להגשתה, המסמכים שיש למסור לצורך זה וכן את נוהל הדיון בבקשה. עוד קבע הנוהל האמור כי הרשות לתכנון במשרד החקלאות תאשר בקשות להתיישבות בודדים במקרים חריגים בלבד, וכי היא עשויה לאשר בקשות אלה רק בנפת באר-שבע.

המתיישבים בחוות "דרך היין" טוענים בעתירה, כי בשנות ה-90 פורסמה פנייה לציבור על ידי המועצה האזורית רמת הנגב, שקראה להגיש מועמדות להתיישבות בודדים בנגב. בהתאם לעתירה, המועמדים נדרשו לעבור הליכי סינון וקבלה, ולאחר מכן לקבל גם את המלצת הוועדה המיוחדת שהוקמה כדי לתכנן את הקמתן של חוות "דרך היין", וכללה נציגים מטעם משרד החקלאות, הסוכנות היהודית, מינהל מקרקעי ישראל והמועצה האזורית רמת הנגב.

לאחר מכן, בהתאם ל"נוהל לאישור פרוגרמה להתיישבות בודדים" כאמור, נדרשו

המועמדים להגיש בקשה להתיישב בהתיישבות בודדים, הכוללת אישורים מגורמים רבים ובהם מינהל מקרקעי ישראל; בהמשך, נדרש גם אישור מ"וועדת הקרקעות", שהיא ועדה משותפת למינהל מקרקעי ישראל ולמשרד החקלאות ופיתוח הכפר. רק לאחר קבלת כל האישורים האמורים, יכול היה המועמד להתיישב במסגרת התיישבות הבודדים. המקרקעין הוקצו לטובת המתיישבים בחוות הבודדים בהתאם לחוזה או להרשאה לשימוש, בין אם לתקופה קצרה ובין אם לתקופות ממושכות יותר. לגבי חלק מהחוות (ואין בידי נתונים מדויקים באשר למספרן), הוקצו מקרקעין שייעודם לשימוש חקלאי בלבד.

6. בעת ההליכים להקמת החוות, כמו גם לאחר הקמתן, זכו המתיישבים בחוות הבודדים, או לפחות חלק ניכר מהם, לסיוע ולתמיכה מתמשכים מצד רשויות מדינה שונות, שבאו לידי ביטוי בולט, הן בהחלטות ממשלה והן בפעולות שבוצעו בשטח: בהחלטת ממשלה מס' 2699 (גנ/34) מיום 8 בנובמבר 2002, נאמר כי "התיישבות יחידים היא אמצעי למימוש מדיניות הממשלה לפיתוח הנגב והגליל ולשמירה על קרקעות המדינה בנגב ובגליל", וכן כי יש צורך לגבש תכנית להתיישבות יחידים בנגב ובגליל; בהמשך לכך, בהחלטת ממשלה מס' 2000 מיום 15 ביולי 2007, נאמר כי ועדה בין-משרדית "תבחן מעמדן של חוות הבודדים הקיימות ואת אפשרות הקמתן של חוות יחידים נוספות בנגב ובגליל" וכן כי "במסגרת עבודתה, תבחן הוועדה את כל ההיבטים הרלוונטיים לנושא, בין היתר, תיקוני חקיקה ככל שיש להם הצדקה". החלטת ממשלה נוספת, מס' 3499 מיום 18 במאי 2008, קבעה כי יש להטיל על מינהל מקרקעי ישראל לקדם את התכנון של חוות מאוישות בדרך היין, על מנת לאפשר שיווקן במכרז, לאחר שיופקו הלקחים הנדרשים לצורך קיום הליכי מכרז שמרכיב האיכות מהווה בהם פרמטר מרכזי... וכן "להקים ועדה בינמשרדית, אשר תבחן את האפשרות של שילוב חוות בודדים במסגרת פיתוח בר קיימא של הנגב והגליל בשים לב לתכניות מתאר מאושרות...".

7. כאמור, מתיישבים בחוות הבודדים זכו, לטענתם, לתמיכה ולסיוע נכבדים וממשיים גם מצד רשויות מדינה שונות, שהוציאו מן הכוח אל הפועל את מדיניותן של ממשלות ישראל (כעולה מהחלטות הממשלה שפורטו לעיל) "לפיתוח הנגב ולשמירה על קרקעות המדינה בנגב": בין היתר, העניק מינהל מקרקעי ישראל "היתר שומר" המאפשר למתיישבים להתגורר בשטח החווה במטרה לשמור עליה מפני פולשים ועבריינים (ההיתר בוטל בשנת 2004); משרד התשתיות הלאומיות הורה לחבר את החוות למערכות המים והחשמל; משרד התיירות הורה על מתן מענקים להקמת יחידות אירוח במסגרת החוות; משרד הבינוי והשיכון סיפק קרוואנים לחלק מהמתיישבים; משרד החקלאות ופיתוח הכפר נתן מענקים לחלק מהחוות לצורך נטיעת כרמים. מעבר לכך, רשויות התכנון, לרבות מינהל מקרקעי ישראל, פעלו כדי להסדיר את התיישבות הבודדים באמצעות תכנית מתאר מחוזית "דרך היין" (שאושרה על ידי המועצה הארצית לתכנון ובנייה ביום 9 במאי 2006).

יודגש, כי לפי הטענות שנשמעו מפי המתיישבים בחוות הבודדים, הובהר להם לא אחת על

ידי גורמים רשמיים שסייעו להם, כי ישיבתם על הקרקע מממשת את מדיניות הממשלה וכי לא ירחק היום שהנושא כולו יוסדר, בין אם במסגרת תכנית מתאר, ובין אם במסגרת חקיקה ככל שיהיה בכך צורך. כך, לדוגמה, במכתבו מיום 6 במאי 1999 של מי שכהן כשר החוץ והתשתיות הלאומיות, מר אריאל שרון, אל יו"ר המועצה האזורית רמת הנגב, מר שמואל ריפמן, נכתב כי "... אני מניח שיקח זמן עד שההתיישבות בנקודות אלו יוסדרו, אך בטוחני שבסופו של דבר נושא ההתיישבות יוסדר. אבקשך למסור למתיישבים את הערכתי למעשה ההתיישבות שלהם. זוהי הציונות האמיתית...".

הדבר עולה גם מהחלטת הממשלה מס' 2000 האמורה, שלפיה, לאור תמיכת הממשלה בצורת התיישבות זו, ייבחנו בהמשך מעמדן של החוות הקיימות, וכן "תיקוני חקיקה ככל שיש להם הצדקה".

8. גם בפני ועדות הכנסת שנדרשו לנושא נטען, כי רשויות המדינה וגופי ההתיישבות תמכו וסייעו לחוות הבודדים, לאורך השנים, וחלקם אף תומכים כיום בהתיישבות זו.

כך, למשל, אמר נציג החטיבה להתיישבות בסוכנות היהודית בדיון ועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 25 בדצמבר 2008 (בעמ' 6 לפרוטוקול): "אנחנו כבר כמעט 30 שנה מסייעים בכל מיני דרכים לא להקמת החוות אלא בעיקר לסייע להם פיזית בתשתיות. לנו אין סמכות או מנדט בהקמת החוות. העמדה שלנו היא חד משמעית: אנחנו תומכים במציאת פתרון לחוות הקיימות..."; מנכ"ל משרד החקלאות ופיתוח הכפר, מר יוסי ישי, אמר באותו דיון (עמ' 17 לפרוטוקול): "בכל הנוגע לדרך היין, משרד החקלאות היה שותף בכיר, כולל הקצאת גורמי ייצור, גם קרקע... אין ספק, מדובר במשפחות שלאורך כל הדרך כווננו ולו לעניין". וכן (בעמ' 18 לפרוטוקול): "החוות הוכנסו על פי כללים שנקבעו על ידי המועצה האזורית והחטיבה להתיישבות, וגם בעלי החוות נקבעו על ידם. לאחר שנקבעו על ידם, המשכנו לספק להם שירותים בהתאם לכל מיזם חקלאי אחר".

בדיון זה, התייחסו המתישבים להליך העלייה על הקרקע ולתמיכה שקיבלו מהמדינה מאז. כך, ציין מר איל זרעאל (עמ' 13 לפרוטוקול): "לפני 11-12 שנה הגיע פרסום שמתחיל פרויקט דרך היין, פרויקט ממשלתי מסודר בנגב לטובת חוות בודדים. ניגשתי לראש המועצה ושאלתי איך להגיש מועמדות, והוא כיוון אותי למסלול של הגשת המועמדות. הגשתי מכתב והגשתי פרוגרמה. נקראתי לבוא והתחלתי לעבור את מסלול הוועדות השונות שהתוותה המדינה: ועדת קרקעות, ועדה שישבה בסוכנות היהודית, לאה חביב ממנהל מקרקעי ישראל, מועצה אזורית, משרד החקלאות, כולם. בסופה של דרך ישבתי מול ועדת פרוגרמות שהיו בה סוכנות יהודית, משרד החקלאות, מועצה אזורית, נציג מינהל מקרקעי ישראל. הוועדה היא זו שכתבה לי על האישור כדלהלן: "מאושר לחנה ואייל זרעאל הקמה של התיישבות בנ"צ מוגדר, נטיעה של 20 דונם כרם, 15 אלף קוב מים כמכסה ו- 4 דונם מגורים בתנאי נחלה". זה כתוב שחור על גבי לבן, על נייר של מדינת ישראל. ועדת הפרוגרמות הזו, להבנתנו כולנו, הוקמה בכורח החלטה 443 של מינהל מקרקעי ישראל בשנת 1990, שהסמיכה את הוועדה הזו, נתנה בידה כלים, קבעה והגדירה הכול, כולל משפט שאומר לוועדת פרוגרמות סמכות לפטור

ממכרו, כולל היבטים תקציביים וכלכליים, כמה יעלה ומה תהיה השומה על הקרקע. הכול כתוב.... לו אני יודע שהוועדה הזו היא כלי ריק ואין בו תוכן והיא איננה מסוגלת לאשר לי את מה שהיא אישרה לי – לא הייתי מגיע לנגב.”

חבר ועד עמותת חוות דרך היין בנגב, מר יוני שריר, הדגיש בדיון את התמיכה שקיבל מרשויות המדינה (עמ' 15 לפרוטוקול): "מתחילת התהליך, אנשי מינהל מקרקעי ישראל, אנשי משרד החקלאות, אנשי משרד התיירות, ואני לא מדבר על שרים וראשי ממשלה, היו מעורבים, שותפים, סמוכים בחוות יום-יום. מ-96 עד 2006, מילה אחת לא נאמרה על מכרו, לא לגבי בנייה בלתי חוקית... משך 10 שנים אף אחד לא אמר את זה...".

מתיישב אחר, מר דן בלוטין, אמר בדיון זה (עמ' 17 לפרוטוקול): "חוות נעמה הוקמה בערך לפני 35 שנה על ידי ברוך אדירי שקיבל את השטח כאדמת מרעה. אמרו לו – אתה חייב למכור את הנחלה שלך במושב מסלול כי אחרת לא יאשרו לו את החכירה. בחוזה מול ועדת פרוגרמות, אחרי תקופה די ארוכה הוא קיבל אישור להכניס שותף. אני קטן מאד בעניינים משפטיים. הוועדה היתה עם סמל מדינת ישראל ויושבים שם נציגים מהמנהל ומהרשויות, ועל סמך זה עברנו לגור בנגב. נולדו לנו ארבעה ילדים – וכתוב שבעתיד, לפי תוכנית, נקבל נחלה. היתה לנו חברת טיולים בתל-אביב, סגרנו אותה, והשקענו בנחלה."

9. בדיון שקיימה ועדת הכלכלה בהצעת החוק ביום 28 ביולי 2009, אמר יו"ר המועצה האזורית רמת הנגב, מר שמואל ריפמן (עמ' 13-14 לפרוטוקול): "מינהל מקרקעי ישראל לאורך כל הדרך, על כל בכיריו, היה בהן, ביקר בחוות, אף פעם לא שמעתי אחד מבכירי מינהל מקרקעי ישראל אומר את המשפט 'בסוף הדרך המגורים יצטרכו לצאת למכרז'. באותו דיון (עמ' 31 לפרוטוקול) אמר אחד מהמתיישבים, מר יזרעאל: "באה מדינת ישראל והגדירה את הדרך שבה על מתיישב, אזרח מן השורה, לפנות על מנת להכניס את עצמו למסלול הזה... אני, כאזרח, קיבלתי מסלול, הלכתי עקב בצד אגודל, בדיוק במסלול שהותווה לי, וקיבלתי אישור לעלות על הקרקע... כשאנחנו עלינו על הקרקע, במסגרת התכנית נאמר, נכתב ואושר בוועדה הארצית לתכנון ובנייה, פרויקט משולב, חקלאות, תיירות ומגורים."

בדיון ועדת הכלכלה מיום 26 באוקטובר 2009, אמר מנכ"ל משרד התיירות, מר נועז בר ניר (עמ' 4 לפרוטוקול): "אני, בשם משרד התיירות רציתי להסביר את חשיבות חוות הבודדים לנגב מבחינה תיירותית. זה אחד הכלים החשובים שלנו בשנים האחרונות לפיתוח התיירות בנגב... מבחינתנו זה גם כלי לתעסוקה בנגב... אנחנו חושבים שזה מוצר תיירותי טוב וצריכים להרבות בו. יש לנו גם המון בקשות להגדיל את השירותים התיירותיים בחוות הללו."

10. הגם שעמדת המדינה, בתשובה המקדמית לעתירה, היתה שמדיניות הממשלה ופעולות רשויות המדינה כפופות כולן להוראות החוק, לעניין הקצאת הקרקע ודיני התכנון והבנייה, וכי הדבר הובא לידיעתם של המתיישבים בחוות הבודדים לאורך כל התקופה שראשיתה בעלייתן של החוות הראשונות על הקרקע, הרי שה**ממשלה תומכת** בהצעת החוק דנו, **לרבות בהוראת המעבר**, בכפוף לתיקונים שעניינם היחיד הוא מתן סמכויות לשר לפיתוח הגליל והנגב והקמת ועדה בין-משרדית שתאשר את הבקשות למיזמים

חקלאיים תיירותיים (החלטת ממשלה מס' 498 מיום 2.7.2009).

ג. עקרונות משפטיים:

11. זכויות יסוד מוגנות:

כידוע, בעת בחינת חוקתיותה של הוראת חוק, יש לבדוק האם ישנה פגיעה בזכות יסוד חוקתית בניגוד להוראות חוק היסוד; ככל שאין פגיעה כאמור, מסתיימת הבחינה החוקתית. ואולם, גם אם נגיע למסקנה כי אין קיימת פגיעה בזכות יסוד מוגנת, יש לבחון אם הפגיעה היא פגיעה מותרת בהתאם להוראות חוק היסוד.

כאמור, לא כל פגיעה בזכות אדם היא פגיעה שלא כדין; בהתאם לסעיף 8 לחוק יסוד: **כבוד האדם וחירותו**, "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" (להלן – **פסקת ההגבלה**).

בעניין זה, פסק בית המשפט העליון כי "לא פעם פוגע חוק בזכות אדם חוקתית, אך חוקתיותו של החוק עומדת בעינה, שכן הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה". (בג"ץ 2223/04 לוי יעקב ניסים נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 4.9.2006).

בהתאם לדרישות פסקת ההגבלה, הקבועות בסעיף 8 לחוק היסוד האמור, יש לבחון האם הפגיעה נעשתה בחוק; האם הפגיעה עולה בקנה אחד עם ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; האם תכלית החוק ראויה; וכן האם החוק פוגע בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש. לצורך בדיקת המידתיות, פותחו בפסיקה שלושה מבחני-משנה: קיומו של קשר רציונלי או התאמה בין האמצעי למטרה, בחינה אם האמצעי שנבחר הוא האמצעי שפגיעתו פחותה, והיחס בין התועלת שתצמח מהשגת התכלית הראויה לבין היקף הפגיעה בזכות החוקתית (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367).

על המחוקק לא מוטל לבחור בהכרח בהסדר מסוים, שכן הוא נהנה, מתוקף ריבונות הרשות המחוקקת, ממתחם רחב של מידתיות (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, ניתן ביום 19.11.2009). מתחם זה, המכונה "מרחב תמרון חקיקתי", הוא, בהתאם לבג"ץ 2605/05 האמור "אותו מנעד שבו יכול לנוע המחוקק בלא שייקבע כי פגע בהוראותיהם של החוקה או של חוק יסוד. על-פי עיקרון זה, לא יתערב בית-המשפט באמצעי שנבחר על-ידי המחוקק, כל עוד אותו אמצעי אינו חורג מגדריו של המיתחם ואינו בלתי מידתי (ד' דורנר "מידתיות" [43], בעמ' 291-292). גדרו של המיתחם אינו קבוע כמובן, אלא הוא תלוי הקשר ונסיבות. יהיו מקרים שבהם המיתחם יהיה רחב יחסית, ולעומת זאת יהיו מקרים שבהם מרחב זה יהא מצומצם ביותר, או אף לא יתקיים כלל...".

12. זכות היסוד לשוויון:

רבות נכתב על זכות זו, הן בפסיקת בתי המשפט והן בספרות המשפטית. הזכות לשוויון הוכרה בשיטת המשפט הישראלית כבר בראשית ימיה של המדינה כזכות יסוד מן המעלה

הראשונה (בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, 698; בג"ץ 721/94 **אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749, 759-760).

עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד), זכתה הזכות לשוויון להכרה כחלק מהזכות לכבוד האדם, ככל שמדובר בהיבטים הקשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, סעיפים 36-40 לפסק דינו של הנשיא ברק). נוסף על כך, נפסק בבג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (ניתן ביום 14.5.2006), כי "הזכות לשוויון היא חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון אינה נובעת מאקט שיפוטי של השלמת "חסר" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון נובעת מפרשנותה החוקתית של הזכות לכבוד האדם. זכות זו לכבוד האדם מוכרת בחוק היסוד במפורש. עם זאת, לא כל היבטיו של השוויון – אילו הוכר כזכות עצמאית העומדת על רגליה היא בלבד – כלולות במסגרתו של כבוד האדם. רק אותם היבטים של השוויון אשר קשורים לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק נכללים בגדריה של הזכות לכבוד האדם." (פסקה 39 לפסק דינו של הנשיא ברק).

לא כל פגיעה בזכות היסוד לשוויון מהווה פגיעה חמורה שתביא לבטלות חוק: "אחד השיקולים החשובים, לצורך הכרעה במקרה של התנגשות בין פגיעה בשוויון לבין פגיעה בערכים או באינטרסים אחרים, הוא עוצמת הפגיעה בשוויון. אין דינה של פגיעה מזערית, או פגיעה שאינה מהותית, כדינה של פגיעה קשה. אפשר שפגיעה קלה לא תספיק כדי לבטל החלטה... התוצאה תלויה, לא רק בעוצמת הפגיעה, אלא גם במהות הזכות או באינטרס שנפגעו." (בג"ץ 7691/95 **ח"כ שגיא נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נב(5) 577, 611).

13. זאת ועוד: כדי לבחון אם יש בהוראת חוק כדי לפגוע בזכות לשוויון, יש להגדיר מהי קבוצת השוויון הרלבנטית לאותה עניין, קרי מהי קבוצת בני האדם שאליה נדרשת התייחסות שוויונית. הזכות לשוויון וחובת השוויון חלות כלפי קבוצת שוויון, שהיא קבוצה מסויימת המורכבת מבני אדם או גופים שמתקיימת ביניהם זהות במישור הרלוונטי לנורמה או למדיניות המוחלטת באותו עניין - ולא כלפי המצויים מחוץ לקבוצה זו (בג"ץ 3792/95 **תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות**, פ"ד נא(4) 259).

בית המשפט העליון פסק לא אחת כי קיומה של הפליה אסורה תלוי בקיומה של שונות רלוונטית בין הקבוצות שלהן העניקה הרשות יחס שונה (בג"ץ 205/94 **נוף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 449, 460; ד"נ 10/96 **בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל**, פ"ד כה(1) 7, 35; בג"ץ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 109). עם זאת, קבע בית המשפט כי "עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין זה יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני" (בג"ץ 1703/92 **ק.א.ל. קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(4) 193, 236).

ד. יישום העקרונות:

14. פגיעה בשוויון:

כפי שציינתי בסעיף 2 לעיל, שאלת הפגיעה, לכאורה, בשוויון, עולה מהוראת המעבר, שבמסגרתה ניתן פטור מחובת מכרז, לגבי מקרקעין ששימשו לניהול מיזם חקלאי-תיירותי משולב בנגב שלוש שנים לפחות לפני תחילתו של החוק, ובתנאי שמתקיימים יתר התנאים הקבועים בסעיף 4 להצעת החוק. יתירה מזו, במסגרת ההוראה האמורה, אם תתקבל, תינתן זכות חכירה לדורות באותם מקרקעין, למי שהפר, לכאורה, את הוראות הדין.

קביעת הסדר חקיקתי המאפשר למתיישבים שעלו על הקרקע בניגוד להוראות הדין, לכאורה, להמשיך ולהתגורר באותן חוות בודדים תוך מתילה על אותן הפרות – מהווה פגיעה בעקרון שלטון החוק וכן פגיעה בשוויון והפליה אסורה: עקרון השוויון מחייב תוצאה לפיה חלוקת משאבי קרקע תיעשה באופן שוויוני, לרבות עריכת מכרז, וכי הוראות החוק ייאכפו באופן שוויוני.

זאת ועוד: פסיקת בית המשפט העליון קבעה לא אחת כי אין מקום לפרשנות רחבה של הוראות לפי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, הפוטרות התקשרויות מחובת מכרז.

עם זאת, וכפי שציינתי לעיל, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית: בית המשפט העליון קבע בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (ניתן ביום 11.5.2006) (סעיף 35 לפסק דינו של הנשיא ברק), כי "... 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." וכן, בסעיף 38 לפסק דינו של הנשיא ברק: "... ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עמה 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."

15. בהתאם לעמדת בית המשפט בנושא הזכות לשוויון כזכות חוקתית, נראה כי יש בסיס לטענה, שהוראת המעבר אינה מקימה פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, שכן הוראת המעבר אינה פוגעת באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש הבחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי: היא מאפשרת למי שבחר באורח החיים המתחייב מצורת ההתיישבות הייחודית של חוות הבודדים, והתגורר בחוות אלה לאורך תקופה משמעותית, לקבל אישור כי הוא עומד בתנאים כמפורט בהוראת המעבר (ראה סעיף 1)28 (להלן), ובהתאם לאישור זה – להמשיך ולהתגורר בחווה שאותה הקים וטיפח, תוך עזיבת ביתו ועבודתו או עסקיו הקודמים והתמודדות עם קשיים לא מועטים, באיזור הצחיח והמרוחק ממקום יישוב. כידוע, לא רבים נהרו לנגב בזמנו כדי להקים התיישבות חלוצית

זו, והוראת המעבר אינה מפלה כלל בין המתישבים על רקע השתייכות כלשהי. נהפוך הוא: אין המדובר בהחלה גורפת, כי אם בבדיקה פרטנית של כל מקרה לגופו, על ידי גורם ממלכתי, ולפי כללים ואמות מידה שוויוניים ושקופים. לפיכך, ניתן לדחות טענה, אם תועלה, שכבודם של מי מבין כלל המתישבים בנגב, או מקבוצות שונות באוכלוסייה, תיפגע בשל תחושה קשה של הפלייה על רקע הוראת המעבר.

16. זאת ועוד: כפי שכבר הוזכר, כדי לבחון אם יש בהוראת החוק דין כדי לפגוע בזכות לשוויון, יש להגדיר מהי קבוצת השוויון הרלבנטית לעניין זה. לעניין זה, יש לזכור כי בית המשפט העליון פסק לא אחת, כי הזכות לשוויון מתייחסת לשוויון מהותי, וכי שוויון אין פירושו זהות: "ברור כי כאשר רשות מצווה לנהוג בשוויון, עוסקים אנו בשוויון המהותי, ולא בשוויון הפורמלי גרידא. לעתים, כדי להשיג את השוויון המהותי עלינו לנהוג בשונות כלפי פרטים שונים" (בג"ץ 727/00 **ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד נו(2) 79, 89).

לכאורה, קבוצת השוויון בענייננו מורכבת מכל אותם אזרחים או קבוצות אוכלוסייה, שהתיישבו בניגוד להוראות דין בנגב, במסגרת צורות התיישבות שונות, ולגביהם לא תחול הוראת המעבר או לא תיקבע הוראת חוק שתאפשר המשך ישיבה על הקרקע תוך מחילה על אותן הפרות חוק. כמו כן, מהווה הוראת המעבר פגיעה לכאורה בזכות לשוויון של כל קבוצות אוכלוסייה, החייבות בחובת מכרז לשם קבלת זכויות במקרקעי המדינה.

להבנת, לעמדת הכנסת, לפיה ניתן ללמוד מהנסיבות המיוחדות של המקרה דין כי מדובר **בקבוצה ייחודית**, המקימה **שונות רלוונטית**, המבחינה בינה לבין קבוצות מתיישבים אחרות כאמור, ועל כן אין מדובר באפליה אסורה כי אם בהבחנה מותרת, יש על מה לסמוך.

אסביר דבריי:

הקבוצה שעליה תחול הוראת המעבר המוצעת הינה קבוצה קטנה של מתיישבים, שעלו על הקרקע לאחר שעקרו ממקומות יישובם וממקומות עבודתם, וזאת **בעידוד, בסיוע ובתמיכה משמעותיים מצד רשויות המדינה השונות**, שבאו לידי ביטוי הן במדיניות מוצהרת של ממשלות ישראל, לרבות החלטות ממשלה, והן בפעולות בשטח (ר' חלק ב' - רקע עובדתי).

17. בעתירה, שהוגשה, כאמור על ידי המתישבים בחוות דרך היין, נטען כי הם זכאים לפטור ממכרז בשל ההבטחות שלטוניות שניתנו להם בעניין, בעוד המדינה, בתשובתה המקדמית לעתירה, כופרת בהתגבשותה של הבטחה שלטונית מחייבת בהקשר זה. טענת המדינה נסמכת, בין היתר, על כך שהתמיכה והסיוע שקיבלו המתישבים אינם עומדים במבחנים שנקבעו בפסיקה בנושא הבטחה שלטונית, שכן לא ניתנו הבטחות מפורשות וברורות על ידי הגורם המוסמך ליתן אותן. על פניו, נראה לי כי צודקת המדינה בעמדתה, וכי אין מדובר בהבטחה שלטונית מחייבת.

לפיכך, זוהי נקודת המוצא שלי לצורך חוות דעת זו. עם זאת, אני סבורה, כי הכנסת רשאית לפעול בחקיקה, בהסתמך על ההנחה, שפעולותיהן של רשויות המדינה ביחס למתיישבים בחוות הבודדים, יצרו, לכל הפחות, **ציפיות ראויות להגנה, וציפיות אלה יוצרות את השוני הדלוונטי** המבחין את קבוצת המתיישבים בחוות הבודדים, מצורות ההתיישבות האחרות.

בעניין זה, פסק בית המשפט העליון בבג"ץ 5496/97 **מרדי נ' שר החקלאות** (פ"ד נה (4) 540) כי "ההתנגדות לתחולה למפרע של הנחיות נובעת בעיקר מן הרצון להגן על אינטרס ההסתמכות או, לשון אחר, על ציפיות ראויות. ההגנה ניתנת בדרך כלל לזכויות מוקנות. אולם בנסיבות מסוימות אינטרס ההסתמכות, או הצורך לכבד ציפיות ראויות, מצדיקים מתן הגנה גם לאינטרס שאינו מגיע כדי זכות במובן המקובל או לאינטרס שטרם התגבש לזכות כזאת... חובת השוויון היא חובה מהותית ולא חובה פורמלית. לפיכך היא מאפשרת להבחין בין אדם לאדם, גם בתוך קבוצת השוויון, ובלבד שההבחנה תהיה עניינית וסבירה".

עוד נפסק בעניין זה בעע"ס 4515/08 **מדינת ישראל נ' יוסי נאמן** (פ"ד לו (1) 615):

"אכן, במתן הגנה משפטית לציפייתו הלגיטימית של הפרט הנובעת מפעולותיה של הרשות המינהלית יש כדי להגשים את חובתה של הרשות, כנאמן הציבור, לנהוג כלפיו בהגינות; לחזק את תחושת המחויבות ההדדית שבין האזרח לבין הרשות; ולעודד הסתמכות היכולה להגשים ערכים של יעילות.... הסתמכותו של פרט על פעולות הרשות ראויה פעמים רבות להגנת הדין גם מטעמים של צדק מתקן, ועקב הסיכון הבלתי-הדדי שמטילה הרשות המינהלית על הפרט, הנובע מהיקפה של המעורבות השלטונית בחיי היומיום המחייבת אותו להסתמך על פעולותיה; מטעמים של שוויון, ולאור הרצון לחלק את "גזקי" ההסתמכות, המהווים חלק מן העלויות של הפעילות השלטונית המשרתת את הכלל, באופן שווה בין כלל האזרחים; ובשל הרצון להגשים את חירותו האישית של הפרט ולמנוע תלות מופרזת בפקידות השלטונית שתהפוך אותו ל"עבד נרצע לגחמותיה". [ההדגשה אינה במקור].

18. זאת ועוד: אכן, שלטון החוק, לרבות השוויון בפני החוק, הוא עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, כפי שפסק בית המשפט: "כל שאמרנו יפה הן לשועי הארץ והן לפשוטי העם. נקודת המוצא היא שכל האזרחים שווים בפני החוק. שוויון הכל בפני החוק הוא כלל בל-יעבור בשיטתנו המשפטית. עקרון השוויון הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו"...". (בג"ץ 2534/97 **ח"כ יונה יהב נ' פרקליטת המדינה** פ"ד נא (3) 1, 13).

עם זאת, אין בכך כדי למנוע את האפשרות לאזן בין עקרון שלטון החוק לבין ערכים אחרים; על אפשרות האיזון כאמור עמד בית המשפט בבג"ץ 962/07 **עו"ד אמיר לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (ניתן ביום 1.4.2007): "בצד ערך השמירה על כבוד מוסד הנשיאות ומעמד הנשיא המכהן, ניצב ערך שלטון החוק ושוויון כל האדם בפני החוק, ואלה מתמודדים זה מול זה בגיבוש מסגרת החסינות הנתונה לנשיא. כל אחד מן הערכים האמורים נושא חשיבות וערך משל עצמו. אולם החסינות הנתונה לנשיא מחייבת שילוב ביניהם, בבחינת ערך מתבקש בתפיסת היסוד של הממשל הדמוקרטי. עיקרו של ערך זה הוא במיזוג ראוי בין

שתי התכליות, תוך ויתור הדדי ביניהן, כדי שיוכלו לדור זו עם זו בכפיפה אחת." (פסקה 42 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; ההדגשה לא במקור).

כאמור, בהוראת המעבר מבקש המחוקק לקבוע הסדר מיוחד שיחול על אותם מתיישבים בחוות הבודדים, שזכו לתמיכה ולסיוע ממשיים מצד רשויות מדינה וגורמים רשמיים. נראה לי, שהסדר זה מגלם בתוכו איזון בין עקרון שלטון החוק לבין אינטרס ההסתמכות ומידת הצדק, המחייבת התחשבות בציפיות הראויות להגנה (לעניין מעמדו של עקרון הצדק – ר' סעיף 23 לחוות הדעת). לאור נסיבות המקרה דנן, האיזון הראוי, לגישת המחוקק, מחייב מתן משקל רב יותר לציפיות הראויות להגנה ולאינטרס ההסתמכות של אותם מתיישבים.

לא למותר להזכיר בעניין זה, כי ההליכים להסדרה חוקית של התיישבות הבודדים בנגב, או, לפחות, הצהרות על הצורך בהסדרה כזו, התמשכו לאורך שנים מאז עלייתם של המתיישבים על הקרקע, כאשר לאורך כל התקופה, לפי טענת המתיישבים, נאמר להם על ידי גורמים רשמיים, כי מדיניות הממשלה התומכת בסוג זה של התיישבות, תתבטא גם בהסדרת הנושא, לרבות בחקיקה אם יהיה בכך צורך, כפי שצוין לעיל. לפיכך, נראה שבנסיבות המקרה יש כדי ליצור ספק באשר למידת הצדק שבהחלה דווקנית של הוראות חוק על המתיישבים. העולה מהאמור הוא, שאין בקביעת הסדר מיוחד לעניין חוות הבודדים הקיימות כדי לפגוע פגיעה מהותית בשלטון החוק או פגיעה בלתי חוקתית בזכות לשוויון.

19. לאור האמור לעיל, ובהתחשב בנסיבות החריגות של העניין דנן, נראה לי, כי הכנסת רשאית לחוקק את הוראת המעבר, מתוך הנחה שאין בה משום פגיעה מהותית בזכות החוקתית לשוויון, כפי שזו פורשה על ידי בית המשפט העליון, וכי ניתן להבחין בין מתיישבים אחרים לבין המתיישבים בחוות הבודדים, וזאת מכל הטעמים שפורטו לעיל, לרבות הסתמכותם על סיוע ותמיכה שקיבלו, במשך תקופה משמעותית, מקשת רחבה של רשויות מדינה.

20. עמידתה של הוראת המעבר בפסקת ההגבלה:
 על אף דברים אלה, לצורך חוות דעת זו אני, כי בהוראת המעבר יש כדי לפגוע בעקרון השוויון המוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
 כפי שציינתי לעיל, אין בקביעה זו בלבד כדי להביא למסקנה באשר לאי חוקתיותה של הוראת המעבר (בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 13; בג"ץ 60/77 רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556).

לפיכך, אבחן אם הוראת המעבר עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

21. האם הוראת המעבר הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית:

השאלה אם הוראה המאפשרת לאלה שהיו בין חלוצי ההתיישבות בחוות-הבודדים בנגב, שנעשתה, רובה ככולה, על ידי מתיישבים יהודיים, ועונים על תנאי הוראת המעבר המוצעת – הולמת את הערכים היהודיים והדמוקרטיים של המדינה, היא, במהותה, שאלה ערכית. בהתאם לכך, הטענה כי הוראת המעבר המאפשרת את המשך קיומן של חוות בודדים הקיימות כיום בשטח, שהן החוות הראשונות "החלוציות" – מממשת הלכה למעשה את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית, איננה טענה מופרכת: בהתיישבות בחבל ארץ צחיח דוגמת הנגב, שמשך שנים רבות לא נמצאו רבים שנהרו לבוא ולהתגורר בו מרצונם, היה כדי לחזק את ההתיישבות היהודית בארץ ואת האחיזה היהודית באיזור זה. בעיני הרשויות שעודדו זאת, דובר במפעל בעל חשיבות ציבורית ולאומית מיוחדת, שהיה אמור לתת תנופה לפיתוח הנגב ולהגשמת החזון הציוני – מטרה שאינה רלוונטית רק לשנותיה הראשונות של המדינה. בעניין זה, ראוי להזכיר את דבריו של ראש הממשלה הראשון, מר דוד בן גוריון, בהתייחסו לחזון הפרחת השממה בנגב: "אין שטח בארץ שידמה לנגב, מטעם פשוט: זה שטח רצוף של 12 מיליון דונם, ריק ושומם. ואין זה מעלה שהוא ריק ושומם. שטח מיושב יותר טוב, אבל לא מבחינתנו. מבחינה ציונית – שטח ריק ושומם הוא יותר טוב, כי אנחנו יכולים להפכו ליישוב יהודי צפוף וגדול ופורה".²

לשיטתו של נשיא ביהמ"ש העליון בדימוס, אהרון ברק, ישנם שני היבטים עיקריים להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית: ההיבט הראשון הוא ההיבט הציוני, וההיבט השני הוא הלכתי, כאשר שני היבטים אלה מעצבים את דמותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ולשניהם יש השפעה ישירה על זכויות האדם המוגנות בחוקי היסוד.³ אליבא דברק, "מדינה יהודית" היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה...".⁴ [ההדגשה אינה במקור].

כמו כן, לעניין פירוש המונח "מדינה יהודית", פסק השופט בדימוס מישאל חשין בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, לאמור: "... פירוש המושג מדינה יהודית הוא, בראש ובראשונה, מימושו של חלום דורות, הקמתו וקיומו של בית לאומי לעם היהודי... "מדינה יהודית" נועדה, אפוא, למימוש זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לכונן מדינה משלו, מדינה שתהא לו מיקלט ותהווה בית ומגן לכל אותם יהודים הפזורים ברחבי העולם. זו תמצית הווייתה של מדינת ישראל. זה ה- *raison d'être* לקיומה. ותמצית הווייה זו של המדינה מחייבת, כמו מעצמה, כי יהודיות המדינה תתבטא ברוב יהודי מסיבי, שכן רק רוב יהודי מסיבי יהיה בכוחו להמשיך ולקיים את המדינה כגוף יהודי חי ונושם...". [ההדגשה אינה במקור].

עוד נפסק בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (הרכב שופטי הרוב

² מתוך אתר האינטרנט <http://www.boker.org.il/meida/negev/2020/HAZON.HTM> נכון ליום 8 במרץ 2010.
³ א' ברק, פרשנות במשפט-פרשנות חוקתית, שער ה: פרשנות תכליתית של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם- פרק 4: תכלית כללית- פסקת המטרה, עמ' 331-330.
⁴ שם, עמ' 332-331.

בראשות הנשיא בדימוס ברק): "הדיבור "ערכיה של מדינת ישראל" בפיסקת ההגבלה משמעותו "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית..." ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם בעלי היבט ציוני והיבט מורשתי גם יחד... החזון הציוני כולל כמובן את יישוב הארץ..."

הוראת המעבר עולה בקנה אחד גם עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית: בהתייחסו לפרשנות המונח "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית", כותב הנשיא ברק:⁵ "... לעניין כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, יש ליתן חשיבות מיוחדת לאותם היבטים של הדמוקרטיה הקשורים לזכויות האדם עצמן. היבטים אלה עניינם, בראש ובראשונה, הגדרת היקפן של הזכויות השונות במשטר הדמוקרטי, ומידת ההגנה הניתנת להן במשטר זה. בהקשר זה, יש חשיבות רבה לאיזון במשטר הדמוקרטי בין זכויות האדם בינן לבין עצמן, ולאיזון הראוי במשטר זה בין זכויות האדם לבין האינטרס הציבורי (במובנו הרחב). כל אלה יחד, בשזירתם ההדדית – ועל רק תפיסה ראויה של שלטון העם – יוצרים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית."

להבנתי, הוראת המעבר אינה שוללת את הערכים המצויים בליבת ערכי הדמוקרטיה: גם אם נניח כי ישנה פגיעה בזכות לשוויון, אין בהוראת חוק המאפשרת המשך קיומן של חוות הבודדים הקיימות כיום, תוך מתן פטור מחובת מכרז, כדי לפגוע בדרישות המינימום לקיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

לעניין זה, יפים דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (סעיף 74 לפסק דינו): "... חוק דחיית שירות אינו פוגע בליבת הדמוקרטיה. הוא אינו שולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי. אמת, הוא פוגע פגיעה קשה בכבוד האדם. פגיעה זו נעשית במסגרת ההסדר הדמוקרטי שלנו. אין כל פגיעה בליבת הדמוקרטיה אם המדינה מחליטה לצמצם או להרחיב את הגיוס לצבאה. אמת, השוויון בין אזרחים נפגע במקרה שלפנינו; כבוד האדם נפגע; הפגיעה היא קשה. אך מכאן ועד למסקנה כי פגיעה זו מהווה פגיעה בליבת הדמוקרטיה, ובררישות המינימום לאופייה של מדינה כדמוקרטית, רחוקה הדרך. פגיעתו של חוק דחיית השירות אינה שונה באופן מהותי מפגיעות רבות אחרות בזכויות אדם הנבחנות במסגרת חוקי היסוד על דבר זכויות האדם."

להשלמת הדיון בשאלת התאמתה של הצעת החוק לערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יש להתייחס לשאלת סתירה לכאורה בין ערכים אלה, העשויה לעלות מהצעת החוק: ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, הכוללים כאמור גם את ההיבט הציוני לרבות חשיבות יישוב הארץ, עלולים לעמוד בסתירה לערכי מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, שעניינם בהגנה על זכויות אדם, לרבות הזכות לשוויון (ובכלל זה שוויון בפני החוק) ושמירה על זכויות המיעוט.

בבג"ץ 5026/04 דיזיין 22- שארק דלוסק רהיטים בע"מ נ' רוזנצוויג צביקה, רע"נ היתרי

⁵ שם, עמ' 337.

עבודה (דינים עליון כרך עב, 64) פסק הנשיא ברק כי "הפרשן החוקתי צריך לעשות מאמץ פרשני להביא להשלמה והרמוניה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. אכן, יש לראות בדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עילה אחת המורכבת משני מרכיבים (יהודית ודמוקרטית). בין שני אלה ראוי שישררו סינתזה והתאמה."

יישום הגישה הפרשנית, המשלבת באופן הרמוני בין ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית לערכיה כמדינה דמוקרטית, מביא למסקנה כי אין בהוראת המעבר כדי לסתור ערכים אלה: הצעת החוק, על הוראת המעבר שבה, עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, לאור חשיבותה של ההתיישבות בארץ כחלק מהמפעל הציוני; הצורך בהסדרת מעמדן של חוות הבודדים, שמקימיהן נהנו מסיוע ומתמיכה של רשויות המדינה, במסגרת חקיקה ראשית, עולה בקנה אחד עם ערכי מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, הכוללים, בין היתר, גם את ריבונותו וסמכותו של המחוקק לעצב מדיניות.

22. תכלית החוק צריכה להיות ראויה:

בית המשפט עמד על פירוש המונח "תכלית ראויה" של דבר חקיקה, ופסק כי "תכליתו של חוק נתפסת כראויה שעה שהיא "מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגנה על זכויות אדם" (בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 662).

תכלית הוראת המעבר היא לאפשר את המשך קיומן של חוות הבודדים שהוקמו בתמיכה ובסיוע של רשויות המדינה, ובכך לתת מענה לאינטרס ההסתמכות, וכן לתרום לפיתוח ההתיישבות, החקלאות והתיירות בנגב, כפי שצוין בדברי ההסבר להצעת החוק (הצעות חוק הכנסת, כ-286): "הצעת החוק המתפרסמת בזה 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. החשיבות שבהסדרת הנושא נובעת מתרומתה הייחודית של התיישבות מסוג זה ליישובו ולפיתוחו של הנגב, ובפרט לקידום ענפי התיירות והחקלאות."

חוות הבודדים הקיימות כיום בשטח, תורמות (כעולה מעמדת הכנסת, כפי שבאה לידי ביטוי בהצבעתה בעד הצעת החוק בדיון המוקדם ובקריאה הראשונה, וכן מהאמור בהחלטות הממשלה ומעמדתם של גורמים רשמיים שונים), להפרחת הנגב ולקידום ההתיישבות, החקלאות והתיירות באיזור צחיח זה. בעניין זה, יצוין כי כאשר התקבל חוק הרשות לפיתוח הנגב, התשנ"ב-1991, בקריאה שניה ובקריאה שלישית, אמרה יו"ר ועדת הכלכלה דאז, ח"כ ארבל-אלמוזלינו, בעת הצגת החוק במליאת הכנסת: "אני בטוחה, שעם קבלת חוק זה והפעלתו יחול מפנה ביחס לנגב ובמתן עדיפות ליישובו, לפיתוחו ולביסוסו. הפעלת החוק תביא לצמיחה, להקמת מפעלי תעשייה בנגב וליצירת מקומות עבודה רבים לעולים חדשים, לחיילים משוחררים ולאוכלוסייה שתבוא ממרכז הארץ להתיישב בנגב." (דברי הכנסת מיום 18 בדצמבר 1991).

בפועל, כידוע, הקריאה ליישוב הנגב ולהפרחת השממה לא זכתה להיענות משמעותית. דווקא במסגרת התיישבות הבודדים נעשה ניסיון, אמנם של יחידים, לתרום להגשמתה של תכלית זו. גם בית המשפט העליון התייחס למטרתה של התיישבות הבודדים ולתרומתה לשמירה על מקרקעי ישראל, כפי שעולה מבג"ץ אדם טבע ודין: "בסוג זה של התיישבות, הקיים מאז השנים הראשונות של המדינה, משפחה אחת (להלן – המתיישב) מקבלת מאת מינהל מקרקעי ישראל (להלן – המינהל), בחוזה חכירה או בהרשאה לשימוש, מקרקעין לצורך הקמת התיישבות חדשה. המתיישב מקים על המקרקעין חווה הכוללת מבני קבע, ענפי חקלאות ואפשר גם מלאכה זעירה. התיישבות כזאת מיועדת, מבחינת הממשלה, בעיקר לשמירה על מקרקעי ישראל מפני תפיסה על ידי גורמים שאינם מורשים." (ההדגשה אינה במקור).

אולם, עיקר תכליתה של הוראת המעבר היא לתת מענה להסתמכותם של המתיישבים בחוות הבודדים על פעולותיהן של רשויות המדינה, לרבות תמיכה וסיוע שקיבלו מצד רשויות אלה, אותו ראו, הלכה למעשה, כהיתר להמשיך בניהולן ובפיתוחן של אותן חוות. זאת ועוד: הוראה זו מביאה בחשבון את העובדה שהמתיישבים יצרו, יש מאין, מפעל התיישבותי מיוחד במינו, במשך שנים של עמל, תוך התמודדות עם קשיי הסתגלות בשל מאפייניו של האיזור – האקלים, טיב הקרקע, הריחוק ממרכזי אוכלוסיה וכיוצא בזה. עובדה זו אך מחזקת את הצורך בהגנה על אינטרס ההסתמכות של מתיישבים אלה.

בהקשר לתכלית חוק הנותנת ביטוי לאינטרס ההסתמכות, נפסק בבג"ץ 2223/04 לוי יעקב ניסים נ' מדינת ישראל, לעניין אינטרס ההסתמכות של חיילי מילואים שהובטח להקנות להם זכות לקבלת קצבאות מכוח חוק: "תכליתו הרביעית של הסעיף היא מתן ביטוי לאינטרס הסתמכות והציפייה של חיילי המילואים שנפצעו בין המועד שנקבע בסעיף התחולה לבין מועד כניסתו לתוקף של החוק, חיילים להם הובטח כי ההסדר אותו מעגן חוק הקצבאות יחול גם עליהם, וגם לכך עוד נשוב בהמשך... באשר לתכלית הרביעית, אינטרס ההסתמכות מוכר בשיטתנו כאינטרס בעל משקל ובר הגנה (ראו למשל ד"נ 20/82 אדרס חומרי בניין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ה דואיסבורג, פ"ד מב(1) 221) וההגנה על אינטרס זה כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיף התחולה, אף היא לתכלית ראויה." (ההדגשה אינה במקור).

בהקשר זה, ראוי להזכיר גם את פרשת קרקעות היישובים החקלאיים, שנדונה בהרחבה בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות (פ"ד נו (6) 25) (להלן – פרשת עמותת שיח חדש): בפרשה זו נדונה חוקתיותן של מספר החלטות מינהל מקרקעי ישראל בנוגע להקצאה ללא מכרז של קרקעות ליישובים אלה, שלא למטרות חקלאות. אכן, פרשה זו שונה, בהיבטים רבים, מענייננו, בין היתר בכך שלעומת המקרה שנדון שם, בענייננו קיבלו המתיישבים בחוות הבודדים סיוע ותמיכה משמעותיים כמפורט לעיל. עם זאת, גם על רקע העובדות בפרשת עמותת שיח חדש, פסק השופט בדימוס תיאודור אור, כי אמנם החלטות המינהל בטלות בשל פגיעה בעקרון הצדק

החלוקתי, אך בשל העובדה כי בפועל היו יישובים שפעלו תוך הסתמכות על ההחלטות האמורות, ראוי לקבוע הוראות מעבר שייתנו ביטוי לאינטרס ההסתמכות.

23. בענייננו, על נסיבותיו המיוחדות והחריגות כפי שפורט לעיל במסגרת הרקע העובדתי, אין מדובר במתן מענה לאינטרס ההסתמכות גרידא:

הוראת המעבר, המאפשרת את המשך ישיבתן על הקרקע של חוות הבודדים, מממשת, הלכה למעשה, את עקרון הצדק (או את מידת הצדק), ביחסי האזרח עם רשויות המדינה.

עקרון הצדק, כעיקרון בעל מעמד מרכזי ומכריע, עומד ביסודה של השיטה המשפטית שלנו מאז קום המדינה: כבר במגילת העצמאות נכתב כי "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל". לדעת זמיר, "גם בלי להסתמך על ההכרזה, יש מקום להסיק מעצם האופי הדמוקרטי של המדינה, כי הצדק הוא אחד מערכי היסוד של המדינה".⁶

כמו כן, סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1981, קובע כי הצדק הוא אחד ממקורות המשפט בישראל: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של מורשת ישראל".

בנוסף, סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה מאפשר לבית המשפט העליון לתת "סעד מן הצדק": "בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר."

השופט בדימוס זמיר ציין, כי על אף היותו של הצדק מושג עמום ומורכב, יש לו תפקיד חשוב בתחום המשפט, כפי שעולה מהשימוש בו בדברי חקיקה שונים וכן בפסיקת בתי המשפט.⁷ זמיר הוסיף כי "צדק הוא מושג בלתי-נפרד ממשפט. המשפט שואף לצדק. כל שופט מבקש לעשות משפט צדק. לצורך זה הוא מפרש את החוק כדי שיהיה, ככל הניתן, חוק צודק. הוא גם מיישם את החוק על המקרה שלפניו כדי להגיע, ככל הניתן, לתוצאה צודקת. כך הוא עושה, לא רק במשפט פלילי ובמשפט אזרחי, אלא גם במשפט המינהלי".⁸

גם בעת פרשנות חקיקה, יש לעקרון הצדק מקום מרכזי: הנשיא בדימוס ברק קבע כי "כאשר התהליך הפרשני מיצה את כלליו, וכאשר עקרונות היסוד מאוזנים במשקלם, על הפרשן לבחור בפתרון הנראה לו צודק ביותר".⁹

זאת ועוד: המונח "הגנה מן הצדק", אשר שימש במשך שנים, מכוח ההלכה הפסוקה, לצורך הגנה על נאשמים, מעבר להגנות המוקנות להם מכוח חוק, עוגן בסעיף 149(10)

⁶ יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מינהליות" משפט וממשל ז' התשס"ה, 623, 642.

⁷ זמיר, לעיל, עמ' 626-627.

⁸ זמיר, לעיל, עמ' 665.

⁹ אהרון ברק פרשנות במשפט, כרך שני – פרשנות החקיקה, נבו התשנ"ג, עמ' 710-709.

לחוק סדר הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, וקבע כי ניתן לבטל כתב אישום או הליך פלילי, אם הם "עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"¹⁰. בעניין זה, ציין השופט זמיר כי "באמצעות ההגנה מן הצדק, בית המשפט מבטל החלטה של רשות מינהלית, היא החלטת התובע להגיש כתב אישום, מטעם אחד ויחיד: התנהגות בלתי נסבלת של הרשות שיש בה משום פגיעה בתחושת הצדק האוניברסלית"¹¹.

השופט זמיר מציין, כי אם על בית המשפט להביא בחשבון שיקולי צדק, הרי שאין מניעה כי גם הרשות המינהלית תעשה זאת: "שיקול הצדק, אף שהוא מושג עמום, משמש לא רק שיקול מוסרי, אלא גם שיקול שיפוטי המנחה את בית המשפט. לכאורה, אם כן, אין מניעה שהוא ישמש גם כשיקול מינהלי המנחה את הרשות המינהלית."¹²

בית המשפט התייחס בשנים האחרונות למעמדו של שיקול הצדק בפעולתה של הרשות המינהלית: בע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' ברעלי (פ"ד מט (1) 463) (להלן – פרשת ברעלי), קבע בית המשפט כי אדם שהתגורר כדייר מוגן בבית הממוקם בשכונת ליפתא, זכאי לפיצויים לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, בשל רעש שנגרם כתוצאה מסלילת כביש שאושרה במסגרת תכנית מיתאר חדשה, וזאת למרות שתכנית המתאר הקודמת לא אפשרה מגורים בשטח זה. בית המשפט (השופט בדימוס זמיר) מתח ביקורת על טענות הוועדה המקומית לפיהן אותו דייר עשה בדירה שימוש חורג שלא כדין ושלא בהתאם לתכנית המיתאר הקודמת (שאסרה על מגורים בשטח שבו ניצב הבית):

"רשות מינהלית היא, כידוע, נאמן של הציבור. הנאמנות הציבורית, כמו הנאמנות הפרטית, היא מקור הן לכוח והן לאחריות. האחריות מחייבת איפוק והגינות בהפעלת הכוח. בין היתר, יש נסיבות שבהן טוב תעשה הרשות המינהלית אם תימנע מלהעלות לפני בית המשפט טענות מסוימות, אפילו יש להן יסוד בדין, אם אין הן מתיישבות עם עקרונות יסוד של מינהל תקין או סותרות באופן ברור את מידת הצדק. השוו בג"צ 3930/94, 3987, 4539, 5096 ג'זמאוי ואח' נ' שר הבריאות ואח' [4], בעמ' 789. ומכאן שאלה בעניין שלפנינו: האם טוב עשתה המערערת שהעלתה לפני בית המשפט, בנסיבות של עניין זה, את הטענה שהמשיב אינו זכאי לפיצויים בשל פגם שנפל בהחלטה שלה עצמה לפני יותר מעשרים שנה? זאת ועוד. בית-משפט זה דן, בלשונו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, "בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק...". כך כלפי האזרח בריבו עם הרשות המינהלית: מידת הצדק גוברת לעתים על מידת הדין, כגון, כאשר עתירת האזרח לוקה בשיהוי או בחוסר ניקיון-כפיים. והאם לא כך גם כלפי הרשות המינהלית? הצדק אינו חד-סטרי. כשם שהוא עשוי לחסום טענה של האזרח, כך הוא עשוי לחסום גם טענה של הרשות. ראו י' זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב (תשנ"ד-נ"ה) 109, 135-139. לדעתי, בנסיבות העניין שלפנינו, מידת הצדק דורשת לדחות טענה זאת של המערערת."

במצב דברים זה, יפים דבריו של השופט זמיר לגבי פעולות הרשות בפרשת ברעלי: "יש נסיבות שבהן טוב תעשה הרשות המינהלית אם תימנע מלהעלות לפני בית המשפט טענות

¹⁰ הכנסת קיבלה ביום 15.5.2007 את הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), תשס"ז-2007, המעגן בחוק את ההלכה הפסוקה בנושא הגנה מן הצדק.

¹¹ זמיר, לעיל הערה 5, בעמ' 632.

¹² זמיר, לעיל הערה 5, בעמ' 633.

מסוימות, אפילו יש להן יסוד בדין, אם אין הן מתיישבות עם עקרונות יסוד של מינהל תקין או סותרות באופן ברור את מידת הצדק."

24. מתיאור מהלך הדברים כפי שהובא בתמצית במסגרת הרקע העובדתי, עולה תמונה לא אחידה ביחס לעמדת רשויות המדינה בנושא דנן. **זומה כי בעוד זרוע אחת של המדינה (הכוללת רשויות מדינה לא מעטות) תמכה, לאורך תקופה ארוכה, מוסרית וחומרית, במפעל התיישבות הבודדים, דאגה זרוע אחרת להתריע, לעיתים בלשון רפה, על הפרות חוק ועל הצורך להסדיר את ההתיישבות בהתאם לכל הוראות הדין.** לא מעט חברי כנסת הביעו ספק, אם עתה, לאחר שהמתיישבים בחוות הבודדים קיבלו סיוע ותמיכה משמעותיים מרשויות המדינה, עליהם לפנות את החוות שהקימו וטיפחו במשך תקופה משמעותית, ולהעבירן למאן שהוא שעשוי לזכות במכרז בעת שיווק המקרקעין שעליהם הוקמו אותן חוות ולהינות מפרי עמלם. כפי שצינתי, המתיישבים בחוות הבודדים יצרו "יש מאין" מפעל התיישבותי פורח ומשגשג, ומכאן עולה השאלה, האם פינויים מחוות אלה תהיה צודקת בנסיבות הענין.

נראה לי, שעמדת הכנסת, כפי שבאה לידי ביטוי בהצבעה בדיון המוקדם ובקריאה הראשונה של הצעת החוק דנן, היא שתוצאה כזו עלולה לסתור באופן ברור את מידת הצדק, וכפי שבתי המשפט ורשויות המינהל רשאים, ועיתים אף חייבים, ליתן משקל לעקרון הצדק, כך גם, לדעתי, רשאית לעשות הכנסת, ולחוקק חוק, הנראה לה צודק וראוי.

25. לאור כל האמור לעיל, הגעתי למסקנה כי הוראת המעבר, שנועדה לתת מענה לאינטרס ההסתמכות ולהגביר בכך את הוודאות ביחסי האזרח עם רשויות המדינה; לתרום לפיתוח ההתיישבות, החקלאות והתיירות בנגב; ומעל לכל – לפתור את הקשיים שעמם מתמודדים המתיישבים בחוות הבודדים באופן המממש את עקרונות הצדק – היא אכן לתכלית ראויה שמביאה להגשמתם של יעדים חברתיים חשובים, בפרט אם נביא בחשבון את מעמדו המרכזי של עקרון הצדק בשיטתנו המשפטית.

26. על החוק לפגוע בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש:

(1) התאמת האמצעי למטרה:

ברור, שקיים קשר רציונלי בין הרצון לאפשר את המשך קיומן של חוות הבודדים הקיימות בנגב במשך תקופה משמעותית, לבין הוראת המעבר: כאמור, תכלית ההוראה היא לאפשר את המשך קיומן של חוות הבודדים היושבות כיום על הקרקע, מכל הטעמים שפורטו לעיל. האמצעי שנבחר לשם כך הוא הקניית זכות במקרקעין למי שניתן לו אישור מאת השר לפיתוח הנגב והגליל, כי ניהל מיזם חקלאי-תיירותי משולב בנגב במשך שלוש שנים קודם תחילתו של החוק המוצע, וזאת ללא צורך לעבור הליך מכרזי, ובלבד

שהמקרקעין יועדו לשימוש חקלאי וכי הוסדרו כל התשלומים למינהל בשל השימושים במקרקעין שנעשו קודם תחילת החוק המוצע.

לעניין מבחן משנה זה, נפסק בבג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים** (פסקה 67 לפסק-דינו של הנשיא ברק) כי "הרציונליות אינה טכנית. היא מחייבת לעתים הוכחתם של קשרים סיבתיים, המבססים את הקשר הרציונלי. לעניין קשרים אלה, לא נדרשת, מחד גיסא, ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו, ומאידך גיסא, אין להסתפק בסיכון "קלוש ותיאורטי"... ברבים מהמקרים ניתן לבסס את הקשר הרציונלי על נסיון החיים והשכל הישר. על בסיס אלה ניתן להראות כי החקיקה אינה שרירותית, אלא מבוססת על שיקולים רציונלים."

(2) האמצעי שפגיעתו פחותה:

בהתאם למבחן המשנה השני, יש לבחור באמצעי הפוגע בזכויות האדם במידה הקטנה ביותר, בהשוואה לאמצעים אפשריים אחרים שיש בהם כדי לממש את תכליתו (בג"ץ 9333/03 **קניאל נ' ראש ממשלת ישראל**; בג"ץ 5026/04 **דיזין 22- שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רוזנצוויג צביקה, רע"נ היתרי עבודה**).

לטעמי, הוראת המעבר מקיימת גם מבחן משנה זה: ראשית, הוראת המעבר אינה מתייחסת לכל חוות הבודדים הקיימות כיום בשטח הנגב או בשטחה של מדינת ישראל, אלא לאותה התיישבות בודדים בנגב, שאנשיה ישבו על הקרקע במשך תקופה משמעותית קודם תחילתו של החוק המוצע, וקיבלו אישור מאת רשות שלטונית מוסמכת (השר לפיתוח הנגב והגליל) כי החווה שניהלו היא אכן מיזם חקלאי-תיירותי משולב שפעל בתמיכה ובסיוע של רשויות המדינה: רק מתיישבים אלה יוכלו לפנות למינהל בבקשה לקבל זכות במקרקעין, שאותם פיתחו והשביחו בעמל רב במשך שנים, ללא מכרז. גם הקניית זכות זו מותנית בכך שהקרקע יועדה במקור לשימוש חקלאי, ובכך שהמבקש הסדיר את תשלומיו למינהל בעבור כל השימושים שעשה במקרקעין לפני כניסתו לתוקף של החוק המוצע. מדובר, אם כן, בהחלה פרטנית-אינדיבידואלית, מטעמים ראויים ומוצדקים, ובהתאם להסדר חקיקתי מפורט.

בית המשפט העליון התייחס להחלה כזו כמידתית, לעומת החלה גורפת: "הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה... הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות" (בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים** (פסקה 70-69 לפסק דינו של הנשיא ברק). דיינו: אין מדובר בהיתר לכל חוות הבודדים באשר הן להוסיף ולהתקיים ללא הליך מכרזי או ב"חוק תשריר" המיועד למחול לכל חוות הבודדים על הפרות חוק שהיו לכאורה: כל שקובעת הוראת המעבר הוא הסדר המאזן בין הצורך

להתחשב במציאות שנוצרה בשטח לאורך השנים, בעידודו (בין במעשה ובין במחדל) של רשויות המדינה, לבין הצורך לשמור על עקרון השוויון בפני החוק ולהימנע ממצואות של "איש הישר בעיניו יעשה". בכך מותחת הצעת החוק קו ברור בין המתיישבים בחוות הקיימות כיום, לבין מי שיבקש להקים מיזמים דומים בעתיד.

שנית, וכפי שציינתי לגבי מבחן המשנה הראשון, הסדר חקיקתי שהיה בוחר באמצעי אחר להשגת תכלית הצעת החוק, תוך החלת דיני המכרזים לגבי החוות הקיימות, היה עלול להביא לסילוק המתיישבים, או חלקם, מהקרקע שאותה השביחו וטיפחו במשך תקופה משמעותית.

(3) מידתיות במובן הצר:

בהתאם למבחן המשנה השלישי, פגיעה בזכות אדם היא מידתית, רק אם היא עומדת ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנה (בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל (פ"ד נח (5) 807)). בענייננו, יש לבחון האם הפגיעה בשוויון עומדת ביחס מידתי לתועלת הגלומה בהוראת המעבר. בהתאם לפסק דינה של הנשיאה בייניש בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) 2-026630-58, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר: "מבחן המשנה השלישי של המידתיות מניח כי הפגיעה החוקתית עמדה בשני המבחנים הראשונים של המידתיות. הוא מניח כי קיים קשר רציונלי בין דבר החקיקה הפוגע לבין התכלית אותה נועד דבר החקיקה להגשים, וכי האמצעי שנבחר על ידי המחוקק פוגע את הפגיעה הפחותה ביותר האפשרית בזכות החוקתית, הנדרשת לשם הגשמת תכלית החקיקה. בכפוף לקיומן של דרישות אלה בודק מבחן המשנה השלישי האם תכלית החקיקה מצדיקה את האמצעים שנבחרו להגשמתה."

בבג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, התייחס הנשיא ברק למבחן משנה זו (פסקה 75 לפסק דינו): "מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה... הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתן של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט."

השאלה העומדת בפנינו, היא שאלת היחס שבין הפגיעה לכאורה בזכות לשוויון (שבאה לידי ביטוי בהקצאת מקרקעין ללא הליך מכרזי ותוך מחילה על הפרות חוק), לבין הצורך בהבטחת המשך קיומן של חוות הבודדים הקיימות ומתן מענה למתיישבים שהסתמכו על תמיכת רשויות המדינה.

מסקנתי גם בשאלה זו היא, כי הכף נוטה לטובת התועלת שתצמוח מהבטחת קיומן והסדרת מעמדן של חוות הבודדים המאוישות כיום: ראשית, עוצמת הפגיעה בזכות לשוויון אינה כה חמורה שכן, כפי שציינתי לעיל, אמנם ישנם מתיישבים בחוות הבודדים

אשר הקימו את החוות, על הגידולים החקלאיים ומתקני התיירות שבהן, בניגוד להוראות חוק, אך כל אותה עת הם זכו לתמיכה חומרית ומוסרית מצד רשויות מדינה. מכאן, שאין לגזור גזירה שווה בינם לבין התיישבויות אחרות שקמו תוך הפרת הוראות חוק; שנית, יש להביא בחשבון את העובדה כי מדובר באיזור צחיח ושומם שלא משך מתיישבים ומשקיעים קודם עלייתן על הקרקע של החוות. כעת, לאחר שיצרו המתיישבים, בעמל כפיהם, התיישבות פורחת ומשגשגת בקרקע שקודם לכן עמדה שוממה – ספק אם יהיה זה צודק לשווק קרקעות אלה במכרז, שעלול להביא לפינויים מהקרקע, ולהענקת הקרקע למי שלא השקיעו את מיטב שנותיהם בהפרחת השממה, אך ייהנו מפירות ההשקעה של קודמיהם, המתיישבים בחוות הקיימות.

מעבר לכך, יש להביא בחשבון, כי סך כל השטח שבו מדובר אינו גדול, אלא מצומצם בהיקפו, כך שהוראת המעבר לא תאפשר הקצאת מקרקעין נרחבים ללא מכרז.

ה. סיכום

27. המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא, שאין בהוראת המעבר כדי לפגוע בזכות היסוד לשוויון; ואולם, אף אם הוראת המעבר פוגעת בזכות יסוד זו – הרי שהפגיעה עומדת במבחנים חוקתיים, דהיינו, במבחני פסקת ההגבלה.

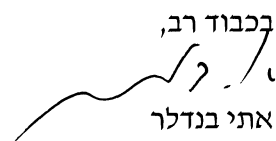
28. עם זאת, כדי לוודא כי קיים מתאם ברור בין נוסח הוראת המעבר שבהצעת החוק לבין העקרונות שהוזכרו בחוות דעת זו, ובעיקר עיגון אינטרס ההסתמכות, תוך פגיעה מזערית, ככל הניתן, בפגיעה בשוויון בכלל ובעקרון עקרון שלטון החוק בפרט, נראה לי שראוי לשקול מספר תיקונים בנוסח ההוראה, כדי לעגן את הנקודות הבאות:

(1) החוק יסמך לקבוע אמות מידה ברורות שיאפשרו לבחון, לגבי כל מיזם חקלאי - תירותי שמתבקש אישור להמשך קיומו, אם הוא אכן פעל בתמיכה ובסיוע של משרד ממשרדי הממשלה או מינהל מקרקעי ישראל.

(2) החוות שיוכרו לצורך מתן זכויות כאמור יידרשו לעמוד באותם תנאים ואמות המידה, שייקבעו על ידי השר לפיתוח הנגב והגליל לגבי הקמת מיזמים חקלאיים-תירותיים משולבים בעתיד (בהתאם להוראות סעיף 6(7) לחוק הרשות לפיתוח הנגב, התשנ"ב-1991 (כמוצע בסעיף 3 להצעת החוק)).

(3) המבנים הקיימים, כמו גם אלה שתותר הקמתם, יצטרכו לעמוד בהוראות התכניות לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (כפי שיגובשו או יתוקנו לאחר קבלת החוק, בזמן קצר ככל האפשר).

(4) יובהר, כי זכויות במקרקעין לפי החוק המוצע יינתנו רק במקרקעין שהוקצו לשימוש חקלאי לצרכי המתיישבים במיזם, ולא לגבי שטחי קרקע, שנתפסו שלא כדין (השגת גבול). מאליו ברור, שאין בכך כדי למנוע הקצאת שטחים גדולה יותר, בהסכמה עם רשות מקרקעי ישראל.

בכבוד רב,

 אתי בנדלר

המשנה ליועצת המשפטית לכנסת (כלכלה ותקשורת)
 והיועצת המשפטית לוועדת הכלכלה

העתקים: חברי הכנסת יוזמי הצעת החוק: ישראל חסון, שלמה מולה, דוד רותם, אלכס מילר, אריה אלדד, רוברט אילטוב
 גב' נורית אלשטיין, היועצת המשפטית לכנסת