

עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י עוה"ד סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין ו/או מרואן דלאל
ו/או ארנה כהן ו/או גדיר ניקולא ו/או מוראד אלסאנע ו/או
עביר בכר ו/או עאדל בדיר
מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת"ד 510 שפרעם 20200, טלפון 04-9501610, פקס: 04-9503140

- נ ג ד -

1. מינהל מקרקעי ישראל

2. שר האוצר

המשיבים מס' 1-2 ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, רח' סלאח אל-דין 29
ירושלים

3. קרן קיימת לישראל

רח' קק"ל 1
ירושלים 91002

בקשה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא לבטל תקנה 27 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, הקובעת כי, "היתה עיסקה במקרקעין של הקרן קיימת לישראל טעונה מכרז לפי תקנות אלה, רשאי המינהל לערוך את המכרז באופן התואם את כתב האמנה שנכרת בין המדינה לבין קרן קיימת לישראל ביום כ' בכסלו התשכ"ב (28 בנובמבר 1961)". (להלן: תקנה 27);

2. מדוע לא לבטל את מדיניותו של המשיב מס' 1 הקובעת כי, רק יהודים יהיו זכאים להשתתף במכרזים שהוא עורך ומנהל במקרקעין של קרן הקיימת לישראל.

בקשה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו ביניים המופנה אל המשיב מס' 1 והמורה לו להקפיא את כלל המכרזים הפתוחים ו/או העומדים להיפתח, לחלוקת קרקע בבעלות המשיבה מס' 3 (הקרן קיימת לישראל), ולהימנע מהעברת זכויות במקרקעין על פי מכרזים אלה, וזאת עד למתן החלטה סופית בעתירה זו. ואלה הם נימוקי הבקשה:

1. המבוא, החלק המשפטי והחלק העובדתי של עתירה זו, מהווים חלק בלתי נפרד מבקשה דחופה זו.

2. יצויין ויודגש, וכפי שיפורט בחלק העובדתי של העתירה, ביום 7.9.04 פנתה העותרת אל המשיב מס' 1, בבקשה לקבל, בין היתר, מידע אודות מכרזים פתוחים להקצאת קרקעות של הקרן הקיימת לישראל, וכן אזורים בהם היו הקצאות קרקע של קרן הקיימת לישראל בשלוש שנים האחרונות. עד לשעת הגשת עתירה זו, ועל אף התזכורות בנושא, טרם קיבלה העותרת כל מענה לבקשתה.

3. המשך הליכי מכרזים קיימים והקצאות קרקע קק"ל ליהודים בלבד, יש בה בכדי לגרום נזק רב, ואף בלתי הפיך, לציבור בישראל בכלל, ולאזרחי המדינה הערבים בפרט. שכן, עניין לנו במדיניות מפלה על רקע לאום, בה הודה המשיב מס' 1 מפורשות בתגובתו להתכתבויות על ידי העותרת, כמפורט בחלק העובדתי לעתירה זו.

4. העתירה מבוססת הן עובדתית והן משפטית, וסיכוייה להתקבל גבוהים הם, ובין היתר, נוכח העובדה שמדובר באפליה על רקע לאום, כאשר אין מחלוקת עובדתית בין הצדדים בנושא זה.

5. העותרת תטען כי הוצאת צו ביניים במקרה דנן, לא תגרום נזק לאינטרסים המוגנים של המשיבים, אולם אי הוצאתו עלולה ליצור נזק בלתי הפיך לקבוצה המופלית ולשלטון החוק.

ראו לעניין זה :

בר"ם 301/03 אחים סקאל ואח' נ' רשות שדות התעופה ואח', תק-על 2003(1) 279, 281.
בר"ם 1557/02 מגמארט ציוד ספורט בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבטחון, תק-על
2002(2) 1807.
בר"ם 5756/03 חלף ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2003(3) 770.

בקשה לאיחוד דיון

בית המשפט הנכבד מתבקש לאחד את הדיון בעתירה דנן עם הדיון בבג"צ 7452/04 אבן
ריא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' הקבוע ליום 25/10/04 בפני כב' הנשיא ברק, כב'
השופט חשין וכב' השופטת ביניש.

העתירה דנן והעתירה בבג"צ 7452/04 הנ"ל, מעלות סוגיות ושאלות משפטיות
המתייחסות למדיניותו של מינהל מקרקעי ישראל, המפלה כנגד אזרחי המדינה
הערבים, בכל הקשור להקצאת משאבי קרקע של הקרן קיימת לישראל, שבניהול המינהל
על פי חוק.

ביום 10.10.2004, הוגשה עתירה בבג"צ 9010/04 המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי ואח'
נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', שאף היא מעלה סוגיות דומות לעתירה דנן ולבג"צ
7452/04 הנ"ל. בעקבות בקשת העותרים, אוחד הדיון בשתי עתירות אלה, על פי החלטת
בית המשפט הנכבד מיום 11.10.2004.

יהא זה מן הראוי לאחד את הדיון בשתי העתירות, מטעמי יעילות, וחסכון בזמנו היקר
של בית המשפט הנכבד.

ואלה הם נימוקי העתירה:

מבוא

1. "כללי המשפט הציבורי הינם, בעיקרם, כללים קוגנטיים - והרי אין הם אלא ענף על עץ תקנת הציבור - והם עם רשות הציבור באשר תלך. הלכות המשפט הציבורי הן בדמה של רשות הציבור - והדם הוא הנפש. ההלכות כולן ידועות לנו וחביבות עלינו: הגינות, יושר, תום-לב, איסור שרירות, חיוב שיקול-דעת שלעניין, איסור הפליה, איסור מניעים נוכריים, חיוב בכללי הצדק הטבעי וכולי. ומתוך שמשפט המכרזים צמח על קרקע המשפט הציבורי, ממילא דבקו בו כל הלכות אלו כולן: הן במשפט המכרזים ומשפט המכרזים בהן. כשם שעיקרי יסוד אלה של המשפט הציבורי מתאימים עצמם לכל ענף וענף של המשפט הציבורי [...] כך יתאימו עצמם לענף המכרזים. כל עיקרים אלה של המשפט הציבורי יכוונו לבם אל משפט המכרזים: [...] אל עיקריה של הגינות התחרות, אל עקרון השוויון בין משתתפי המכרז, ואל כל שאר מאפיינים של המכרז באשר הוא.

כבוד השופט חשין בע"א 93 / 6926 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ
ואח', פ"ד מח (3) 749, עמ' 770-769.

2. מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל"), מנהל על פי החוק את מקרקעי ישראל, לרבות קרקעות קרן הקיימת לישראל (להלן: "קק"ל"). עניינה של עתירה זו הוא במדיניותו של המינהל, אשר לפיה הוא מונע מהאזרחים הערבים במדינה, מלהשתתף במכרזים שהוא עורך לצורך שווק קרקעות קק"ל. המינהל טוען, כי הסיבה לכך חוזרת לכתב האמנה שנחתם בשנת 1961, בין מדינת ישראל לבין קק"ל, ושלא, ולטענת המינהל, מחוייב הוא לכבד את מטרותיה הרשומות של קק"ל.

3. העותרת טוען, כי חובה היא על המינהל לקיים את כללי המשפט הציבורי, ובראשם את עיקרון השוויון. המדיניות נשוא עתירה זו, איננה נשענת על חקיקה ראשית כלשהי, והעיגון היחיד שנמצא לה הוא בחקיקת משנה, תקנה 27 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג – 1993. תקנה זו מנוגדת היא לחוק המסמך, היינו חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, ולדיני המכרזים הכלליים. כמו כן, העותרת טוען כי מדיניותו של המשיב ותקנה 27 הנ"ל, אינן מקיימות את פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

4. המינהל רשאי להתקשר עם כל צד שלישי, אולם בתור רשות ציבורית, אינו רשאי לאמץ עמדות ו/או מטרות אשר מנוגדות הן לעקרונות היסוד. התקשרות עם צד ג' לא פוטרת את הרשות הציבורית מתחולת המשפט החוקתי. מדיניות מפלה מטעמו של המשיב מס' 1, כגון זו העולה בעתירה זו, מעבירה מסר שלילי מצד המדינה כלפי

אזרחיה הערבים, והופכת את המדינה לשותפה למעשה מפלה, פוגע ומשפיל באוכלוסייה שלמה, המהווה מיעוט לאומי בישראל.

5. כיום, נמצאים כשניים וחצי מיליון דונמים הרשומים על שם קק"ל, המשך מדיניותו של המינהל, עלולה להוביל ליצירת מרחבים ציבוריים המתבססים על הפרדה על בסיס לאום: ישובים או שכונות שבהם יגורו אך ורק יהודים, ולאזרחים האחרים תיאסר רכישת זכויות בקרקע או בניית בית בהם. תמונה מרחבית זו, כשלעצמה, אשר לא יכולה להתקבל כיום באף משטר דמוקרטי, מחייבת, מאליה, את הפסקת מדיניותו של המינהל, באופן מיידי.

העותרת

6. העותרת הנה ארגון זכויות אדם, עמותה הרשומה כדין בישראל, אשר נוסדה בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל והמיעוט הערבי בפרט. מטרתיה המרכזיות הן: השגת זכויות שוות, הגנה על הזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי בישראל בתחומים שונים, ומביניהם, זכויות בקרקע, זכויות אזרחיות, זכויות פוליטיות, זכויות תרבותיות, זכויות חברתיות, זכויות כלכליות, זכויות דתיות, זכויות נשים וזכויות אסירים.

החלק העובדתי

מדיניות מינהל מקרקעי ישראל בניהול קרקעות קק"ל:

1. בנאמנותו ובניהולו של המינהל הופקדו קרקעות בבעלות המדינה, רשות הפיתוח וקק"ל. סעיף 2 (א) לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 קובע, כי הממשלה תקים מינהל מקרקעי ישראל שינהל את מקרקעי ישראל. חוק יסוד: מקרקעי ישראל קובע בסעיף 1, כי מקרקעי ישראל הם גם המקרקעין שבבעלות קק"ל. אין חקיקה ראשית כלשהי אשר קובעת כי ניהול המקרקעין על ידי המינהל יהיה כפוף למטרות הרשומות של קק"ל.

2. על אף העדר הסמכה כלשהי בחקיקה ראשית, ובניגוד לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב – 1992 (להלן: "חוק חובת המכרזים"), תקנה 27 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג - 1993, מהווה האזכור היחיד הקובע, כי המינהל רשאי לערוך מכרז, בעיסקה במקרקעין של קק"ל, באופן התואם את כתב האמנה אשר נחתמה בין מדינת ישראל לקק"ל בשנת 1961, שבסעיף 4 לאמנה זו נקבע כי:

"מקרקעי ישראל יתנהלו לפי החוק, לאמור על פי העקרון כי אדמה אינה נמכרת אלא נמסרת בחכירה בלבד, ולפי המדיניות הקרקעית שתיקבע על ידי המועצה שהוקמה לפי סעיף 9. המועצה תקבע את המדיניות הקרקעית במטרה להגביר את כח הקליטה של האדמה ולמנוע ריכוזים קרקעיים בידי יחידים. אדמות הקרן הקימת לישראל, ינהלו, נוסף לכך, בכפיפות לתזכיר ולתקנות ההתאגדות של הקרן הקימת לישראל."

מצ"ב העתק כתב האמנה בין קק"ל למדינת ישראל כנספח ע/1.

3. סעיף 3 (א) לתזכיר ההתאגדות של קק"ל קובע את מטרות קק"ל כלהלן:

"לקנות, לרכוש בחכירה או בחליפין, לקבל חכירה או באופן אחר – קרקעות, יערות, זכויות חזקה... וכל זכויות כיוצא מאלו וכן נכסי דלא נידי מכל סוג אחר, בתחום שנקבע (והוא כולל, לפי מובנו בתזכיר זה, את מדינת ישראל בכל שטח הנתון לשיפוטה של ממשלת ישראל) או בכל חלק ממנו, לשם ישוב יהודים על הקרקעות והנכסים האמורים."¹

4. מדיניות זו של המשיב מס' 1 המדירה את האזרחים הערבים מלהשתתף במכרזים, שהוא מנהל ועורך, עולה ממסמכים רבים אשר הוא מפרסם לצורך שוק קרקעות שבניהולו. כך למשל הוא מבהיר ב"יובל חכירה בקרקע עירונית", על פי נוהל 37.01 כלהלן:

"רשאי המינהל לא להאריך את החכירה [במגזר העירוני] או לקבוע תנאים מיוחדים לתקופה החדשה במקרים מסוימים, ובמיוחד אם
[...]
החוכר הוא "נתין זר" או מי שהאמנה על קק"ל מגבילה את המינהל בהתקשרות עמו.
"[...]"

מצ"ב העתק דף הסבר בנושא חוזה חכירה במגזר העירוני, נוהל 37.01, כנספח ע/2.

¹ י"פ 354 מיום 10/6/54, עמ' 1196.

5. יתירה מזו, בדף ההסבר אודות מכרזים להחכרת קרקע לפי נוהל 31.02 של המינהל, נקבע בסעיף 2.1 לדף, כלהלן:

"לכל אזור תינתן הזכות להשתתף במכרז פומבי. השתתפות במכרז בקרקעות של קק"ל, תותנה במגבלות הקיימות בתזכיר ובתקנות של הקרן."

מצ"ב דף ההסבר, על פי נוהל 31.02, כנספח ע/3.

6. בחוזה שכירות לקיבוץ, על-פי הוראת האגף החקלאי מס' 53 משנת 1996, מבהיר המשיב מס' 1, במבוא לחוזה כלהלן:

"והואיל ולפי הוראות האמנה שבין מדינת ישראל לבין הקרן הקיימת לישראל (להלן "קק"ל"). אשר פורסמה בילקוט הפרסומים מס' 1456 מיום י"א בסיון תשכ"ח עמ' 1597 לעיל. ניהול המקרקעין שבבעלות קק"ל, לרבות החכרתם ומתן הסכמה להעברת הזכויות בהם או סירוב לתתה. ייעשה על ידי המינהל בכפיפות לתזכיר ולתקנות ההתאגדות של קק"ל, והמושב השיתופי מצהיר בזה כי ידוע לו שרק על בסיס תנאי מוקדם ויסודי זה מוכן המינהל להתקשר עמו על פי חוזה זה."

מצ"ב העתק הוראת אגף חקלאי מס' 53 ו"חוזה שכירות לקיבוץ" המצורף להוראה, כנספח ע/4.

7. בחודש יולי 2004, פירסם המשיב מס' 1 מכרז מספר צפ/198/2004, לשווק 26 מגרשים לבניה עצמית בגבעת מכוש ב' ו- ג' בכרמיאל. במכרז בלטה הפסקה להלן:

"לידיעת המשתתפים, מדובר בקרקע בבעלות קרן קיימת לישראל (להלן: קק"ל) אשר חלה עליה אמנה שבין מדינת ישראל לבין קק"ל אשר פורסמה בילקוט הפרסומים מספר 1456 מיום י"א בסיון תשכ"ח (7.6.1968) בעמוד 1597."

מצ"ב העתק ההודעה על המכרז כנספח ע/5.

8. פרסומו של המכרז הנ"ל בא בעקבות ביטולו של מכרז קודם, צפ/2004/59, בגין אותו מתחם ואשר לא כלל את הפסקה הנ"ל, ובעקבות זכיית ארבע משפחות ערביות בחלק מהמגרשים המשווקים בו.

מצ"ב העתק ההודעה על המכרז כנספח ע/6.

9. ביום 2.8.2004, פנתה העותרת אל המשיב מס' 1 לבירור פשר ביטול המכרז, פרסומו מחדש והכללת ההודעה אודות בעלות קק"ל בקרקעות המשווקות בו. בפנייתו הנ"ל, טענה העותרת כי, מהשתלשלות העניינים עולה חשש ממשי כי יש בדבר בכדי למנוע מאזרחי המדינה הערבים מלגשת ו/או לזכות במכרז הנ"ל, דבר המנוגד לעקרונות השוויון ויש בו בכדי למנוע הזדמנות שווה להגשת הצעות וזכייה במכרז.

מצ"ב העתק מפניית העותרת מיום 2.8.04, כנספח ע/7.

10. ביום 15.8.2004, הגיב המשיב מס' 1 בהסבירו כי:

"ניהול מקרקעי קק"ל על ידי המינהל, המנהל כמו כן [מנהל] את מקרקעי מדינת ישראל ואת מקרקעי רשות הפיתוח, מקורו באמנה אשר נחתמה בשנת 1961 בין מדינת ישראל לקק"ל [...] אמנה הקובעת בסעיף 4 שם כי אדמות הקרן הקיימת לישראל ינוהלו, בנוסף לכללי ניהולם הרגילים של מקרקעי ישראל, בכפיפות לתזכיר ולתקנות ההתאגדות של הקרן הקיימת.

תזכיר ההתאגדות של הקרן הקיימת לישראל, בסעיף 3 שם קובע את המטרות לשמן הוקמה האגודה, וקובע בסעיף 3(א) שם כלהלן:

"לקנות, לרכוש בחכירה או בחליפין, לקבל בחכירה או באופן אחר – קרקעות, יערות, זכויות חזקה ... וכל זכויות כיוצא מאלו וכן נכסי דלא נידי מכל סוג אחר, בתחום שנקבע (והוא כולל, לפי מובנו בתזכיר זה, את מדינת ישראל בכל שטח הנתון לשיפוטה של ממשלת ישראל) או בכל חלק ממנו, לשם ישוב יהודים על הקרקעות והנכסים האמורים."

[...]

הנה כי כן מחויב המינהל בנהלו את מקרקעי קק"ל לנהלם בהתאם לתזכיר התאגדותה ולמטרותיה ואין הוא יכול להשתחרר מחובתו זו, שהינה חלק מחובת הנאמנות בה הינו מחויב בהיותו מנהלם כאמור.

[...]

אכן ציון ההערה במכרז [...] אינו מקרי ומטרת ההערה הינה להסב שימת ליבם של המשתתפים הפוטנציאליים לעובדה כי במקרקעי קק"ל עסקינן וכי, כנובע מהאמור לעיל, תתאפשר השתתפות בו אך למי שיכול לרכשם בהתאם לתזכיר ולתקנות קק"ל. הצורך להדגיש עובדה זו, אשר אמורה היתה להיות חלק קבוע מתנאי מכרז במקרקעי קק"ל, אכן נובע מהעובדה שבמכרז קודם במקרקעי קק"ל השתתפו וזכו מספר משפחות של מי שאינם יהודים." (ההדגשה במקור)

מצ"ב העתק ממכתב המשיב מס' 1 מיום 15.8.04 כנספח ע/8.

11. ביום 1.9.2004, הוגשה, בבית משפט לעניינים מינהליים בחיפה, עת"מ 2282/04 האגודה לזכויות האזרח ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', כנגד הכללת הערה זו במכרז הנ"ל בגבעת מכוש בכרמיאל. בעקבות העתירה, ביטל מינהל מקרקעי ישראל את המכרז והעתירה נמחקה ביום 27.9.04.

מצ"ב העתק פסק הדין מיום 27.9.04 כנספח ע/9.

12. ביום 7.9.2004 פנתה שוב העותרת אל המשיב מס' 1, בבקשה לקבל מידע אודות מכרזים פתוחים וקיימים בקרקעות קק"ל, באיזה ישובים מנהל המשיב מס' 1 קרקעות של קק"ל ובאיזה היקף, והיכן הוא הקצה קרקעות קק"ל בשלוש השנים האחרונות.

מצ"ב העתק ממכתב העותרת, מיום 7.9.04 כנספח ע/10.

13. מאחר ולא התקבל מענה כלשהו לפנייה הנ"ל, והמשיב מס' 1 לא הכריז על בטלות מדיניותו, פנתה העותרת ביום 29.9.2004, אל פרקליטות המדינה, היועץ המשפטי לממשלה, ואל המשיב מס' 2, בדרישה להתערב באופן מיידי לביטול המדיניות נשוא העתירה, לרבות ביטול תקנה 27 לתקנות חובת המכרזים הנ"ל, עליה כביכול נסמכת מדיניותו של המשיב מס' 1. תזכורת נוספת נשלחה לנ"ל ביום 4.10.04. עד למועד הגשת עתירה זו, לא התקבל מענה כלשהו לפנייות הללו.

**מצ"ב העתק מפניית העותרת, מיום 29.9.04, ותזכורת נוספת מיום 4.10.04
כנספח ע/11.**

14. הנה כי כן, המשיב מס' 1, בתור רשות ציבורית, פועל בניגוד לדין, כאשר הוא מדיר את האזרחים הערבים מלהשתתף במכרזים אזרחיים בטענה כי "הם לא יהודים". פעילות זו נוגדת את ההלכה הפסוקה בדבר תחולת כללי המשפט הציבורי, והיא נעשית בניגוד להוראות חוק המכרזים, המחייב שמירה על עקרון שוויון בהזדמנות בעריכת מכרזים מסוג אלה.

על היקף הקרקעות של קק"ל והקשר המוסדי עם המינהל:

15. בבעלותה של קק"ל נמצאים, כיום, כ- 2.555 מיליון דונם, כ- 13% משטח המדינה. קרקעות אלו מתפרשות בכל אזורי המדינה ומחוזותיה בחלקים שונים כלהלן:

טבלה 1: התפלגות קרקעות קק"ל לפי מחוזות, נכון לשנת 2003²

מחוז	קק"ל
סה"כ	2,555
ירושלים	508
צפון	1031
חיפה	207
תל-אביב	24
מרכז	403
דרום	382

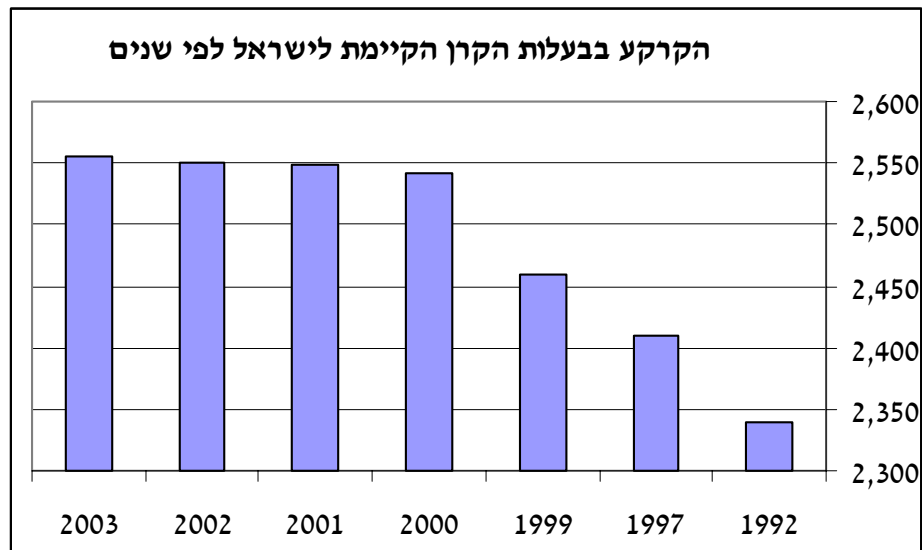
16. היקף הקרקעות של קק"ל גדל באופן מתמיד, וכמעט בכל שנה חלה עליה בקרקעותיה. כך עולה מהטבלה להלן, המסכמת את היקף הקרקעות בשנות התשעים והאלפיים:

טבלה 2: היקף הקרקע בבעלות קק"ל לפי שנים³

שנה	שטח בבעלות הקק"ל (באלפי דונמים)
1992	2,339
1997	2,409
1999	2,459
2000	2,542
2001	2,548
2002	2,550
2003	2,555

² דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל, 2003.

³ דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל, 1992, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003.



17. כ- 2 מיליון דונם מבין קרקעותיה הנ"ל של קק"ל, הועברו אליה על ידי המדינה, מקרקעות שהיו בשליטתה. מיליון ראשון הועבר בשנת 1949⁴, ומיליון שני הועבר לקק"ל בשנת 1953⁵. עובדה זו, הובילה להענקת מעמד מיוחד לקק"ל בחקיקה הישראלית ולראיית קק"ל כגוף המכריע בשיח הציבורי, בכל הקשור למדיניות הקרקעית בישראל.

18. ובכן, עיון בספר החוקים, מבהיר את מעמדה המיוחד של קק"ל, הן בקביעת המדיניות הקרקעית, הן באפשרות העברת קרקעות מדינה אליה והן בסמכויות ההפקעה לצורכי ציבור. כך למשל קובע סעיף 6(2) לחוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, היתר להעברת בעלות במקרקעי ישראל בין המדינה, רשות הפיתוח וקק"ל; סעיף 6 לחוק קק"ל וסעיף 22 לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, משווה את מעמדה של קק"ל למעמד רשות מקומית, לצורכי הפקעה על פי הפקודה.

19. סעיף 4א לחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך – 1960 קובע, כי מחצית מחברי מועצת המינהל יהיו מטעם קק"ל ועל פי הצעתה. מעמד זה מעניק לקק"ל משקל

⁴ ארנון גולן, "תפיסת קרקע ערבית על ידי ישובים יהודים במלחמת העצמאות", עמ' 151-152; רות קרק, 1995, "ניצני עיצוב רשויות, ומדיניות הקרקע הממלכתית במדינת ישראל", המכון לחקר שימושי קרקע, עמ' 177.

יפעת הולמן-גזית, 2002, "שימוש במשפט כסמל-סטטוס: חוק קרן קיימת לישראל, תשי"ד-1953, ומאבק הקק"ל לביסוס מעמדה במדינה", עיוני משפט, כו (2), עמ' 636.

⁵ ראו הערה 4 לעיל, ארנון גולן, עמ' 152; רות קרק, עמ' 177; יפעת הולמן-גזית, עמ' 637.

מכריע בקביעת המדיניות הקרקעית בישראל בכל הקשור למקרקעין שבניהול מינהל מקרקעי ישראל.

20. לא זו אף זו, בחלק מועדות המשנה למועצת מינהל מקרקעי ישראל, לקק"ל קיים רוב מכריע בהן. כך למשל, לקק"ל 4 חברים מבין 7 חברי ועדת התקציב במינהל, 4 חברים מבין 7 חברי ועדת הבקורת, ו- 5 חברים מבין 11 חברי ועדת המשנה למועצת המינהל.

מצ"ב העתק התפלגות חברי מועצת מינהל מקרקעי ישראל וועדות המשנה כנספח ע/12.

21. יתירה מזו, החלטה 623 של מועצת מינהל מקרקעי ישראל, פוטר את קק"ל מתשלום דמי חכירה בגין קרקעות המועברות לקק"ל לצורכי ייעור או לפעולות שמירה על הנוף והטבע, וסעיף 6 לתקנות מינהל מקרקעי ישראל (אגרות), התשס"ד-2004, פוטר את קק"ל מאגרות אישור זכויות ופלט מחשב.

מצ"ב העתק החלטת מועצת המינהל מס' 623 כנספח ע/13.
מצ"ב העתק תקנות מינהל מקרקעי ישראל (אגרות), התשס"ד-2004, כנספח ע/14.

22. ההיקף הגדול של המקרקעין הרשומים על שם קק"ל, והקשר המוסדי עם המינהל, הובילו את היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, מר אליקים רובינשטיין, לציין בנאומו בפורום הישראלי למדיניות קרקעית בשנת 2000, את הדברים להלן:

"עולות גם שאלות של רוח הזמן ושאלות של "איך זה ייראה" כמו גם האם זה בגדר "הבה נתחכמה לו" – האם קרקעות אלה בהן מדובר הינן באמת רק קרקעות של קק"ל. כל אלה סוגיות שצריך בתבונה רבה להתייחס אליהן כי איננו חיים במציאות של "מתחת לשולחן" אלר עובדים "על השולחן" ובשקיפות."

מצ"ב העתק הנאום כפי שפורסם על ידי קק"ל כנספח ע/15.

האפקט המצטבר של מדיניות ההפליה במקרקעין:

23. מדיניותו המפלה של המשיב מס' 1 בניהול המקרקעין הרשומים על שם קק"ל הינה חמורה, קיצונית, בלתי סבירה באופן מוחלט, בין היתר, גם מחמת הצטרפותה למדיניות המפלה, של המינהל, נגד האזרחים הערבים בהקצאת מקרקעין, בהפקעת אדמות, בהקמת יישובים וכו'.

24. מאז קום המדינה הופקעו ו/או הועברו קרקעות רבות לחזקת המדינה ו/או לבעלותה ו/או לחזקת גופים ציוניים אשר מיועדים, על פי הגדרתם, לשרת את האוכלוסייה היהודית בלבד, כגון הסוכנות היהודית, הקרן קיימת לישראל⁶. תוצאתה של מדיניות זו היתה השליטה של המדינה על הרוב המכריע (93%) של הקרקעות במדינה, משאב הנחשב החשוב ביותר לפיתוח חברתי וכלכלי. ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (להלן: "ועדת החקירה") התייחסה לנושא זה והבהירה:

"פעולות ההפקעה היו רתומות בבירור ובמוצהר לאינטרסים של הרוב היהודי. האדמות הועברו לידי גופים, כמו הקרן קיימת, המיועדת על פי הגדרתה לשרת את ההתיישבות היהודית, או מינהל מקרקעי ישראל, אשר על פי דפוסי ניהולו שירת אותו יעד⁷."

25. שליטה זו, הופכת את הרשויות ומדיניות הממשלה בעניין, למכריע העיקרי ואף היחיד בנושא חלוקת משאבי קרקע אלה. דבר זה מעניק כוח רב למדינה אשר עליה לנהוג בו בזהירות, בהגינות, בשוויון, ותוך שקילת שיקולים של חלוקה צודקת של משאבים והבטחת פיתוח בר קיימא (Sustainable Development) של כלל האוכלוסייה במדינה. השליטה כמעט המוחלטת במשאבי הקרקע בשטח המדינה, בידי המדינה וזרועותיה, הופכת כל מדיניות מטעמה לבעלת השפעה מכרעת בדבר חלוקת משאב חשוב זה בין קבוצות האוכלוסייה השונות.

26. על אף זאת, מדיניות המקרקעין בישראל מתאפיינת בשני אלמנטים מרכזיים: א. הלאמת הבעלות וריכוז השליטה בה; ב. הקצאה בלתי שיוויונית וסלקטיבית של זכויות החזקה במקרקעין⁸. המשיב מס' 1 מנהיג מדיניות מפלה ובלתי

⁶ ראה לעניין זה: פרופ' אורן יפתחאל "קרקעות, תכנון ואי שוויון: חלוקת המרחב בין יהודים וערבים בישראל", נייר עמדה, מרכז אדוה, נובמבר 2000.

⁷ ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, דין וחשבון, כרך א, ירושלים ספטמבר 2003, עמ' 42.

⁸ אלכסנדר (סנדי) קדר, מחוזות החולשה: המשפט הישראלי והמרחב האתנו-לאומי בישראל (טרם פורסם). ראו לעניין זה אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר (2000), "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי", תיאוריה וביקורת, מס' 16 מכון ון ליר, ירושלים, עמ' 100-67.

שוויונית, בכל הקשור להקצאות קרקע ופיתוחן לטובת האוכלוסייה. הקרקעות הוקצו על בסיס לאום, לטובת האוכלוסייה היהודית. ולשם כך, פותחו מנגנונים להדרת ערבים מהמרחב. על כך עמדו פרופ' אורן יפתחאל ודרי' אלכסנדר קדר⁹ כלהלן:

"היסטורית, המערכת פעלה בראש ובראשונה, להדרת שיטתית של האזרחים הערבים מקרקע המדינה."

27. אחד המנגנונים העיקריים אשר גרמו להדרת האזרחים הערבית מאזורים כפריים למשל, שבהם הוקצו אדמות בניהול המשיב מס' 1, לישוים יהודיים בלבד, הינו "החווה התלת צדדי". וכדברי פרופ' אורן יפתחאל ודרי' אלכסנדר קדר:

"על חוזה הקצאת המקרקעין חתומים שלושה צדדים: א. היישוב היהודי... ב. מינהל מקרקעי ישראל... ג. הסוכנות היהודית... כשהסוכנות היהודית מהווה אף היא גורם פעיל ב"סינון" התושבים. מנגנונים אלו אפשרו את הדרת אזרחיה הערבים של המדינה, שהלכה למעשה אינם יכולים לחזור או לרכוש קרקע ב- 80 אחוז ויותר משטחה של המדינה."¹⁰ (הדגשה לא במקור)

28. בנוסף להקצאות אלה, שוקדת מועצת המינהל על קבלת החלטות קונסיסטנטיות, המפלות באופיין כנגד אזרחי המדינה הערביים על רקע לאום. כך למשל, החלטת המועצה מס' 952 מינואר 2003, המשתמשת בתנאי השירות הצבאי, כאחד הכלים להפליה בין אזרחי המדינה הערבים ליהודים, בקבלת הטבות בקרקע למגורים¹¹.

29. התוצאה של מנגנונים אלו הינה, מניעתם של אזרחי המדינה הערבים מלרכוש זכויות במקרקעין במאות היישובים הקהילתיים הפזורים ברחבי המדינה, והגבלתם למרחבים מצומצמים של יישוביהם הקיימים כבר מלפני קום המדינה. מדיניות מתמשכת זו הובילה למחסור בקרקע לפיתוח ביישובים הערביים,

⁹ ראו הערה מס' 8 לעיל (יפתחאל וקדר 2000), עמ' 81.

¹⁰ ראו הערה מס' 8 לעיל, עמ' 85.

¹¹ כנגד החלטה זו תלויה ועומדת עתירה בבית משפט נכבד זה, בג"צ 9289/03 עדאלה ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'.

למצוקת דיור בישובים אלה, למחסור בקרקע לבניה, כולל בניה ציבורית ומחסור כמעט בכל תחומי הצרכים הקרקעיים, אף הבסיסיים שבהם.

30. על סוגייה זו, עמד פרופ' אורן יפתחאל בהסבירו:

"היקף קרקעות המדינה שהוקצו במגזר הערבי לשימוש לא-חקלאי עמד (ב- 1995) על כ- 23,000 דונם. המספר נראה מרשים, אך למעשה מדובר בכ- 0.15% בלבד מקרקעות המדינה. בדיקה של ההקצאות מעלה, כי 62% מהאדמות הוקצו ליישובים בדוויים חדשים, וכ- 15% ליישובים דרוזים (בעיקר לשכונות של חיילים משוחררים). בעוד שהמגזר הערבי זכה ל- 23,000 דונם, התנועה ההתיישבותית הציונית-דהיינו, הקיבוצים והמושבים – זכו לכ- 2.8 מיליון דונם, פי 122 ממה שהוקצה לערבים. זאת אף שאוכלוסייתן של תנועות אלה מהווה רק כשישית מאוכלוסיית הערבים בישראל¹²."

31. מדיניות זו הובילה לכך, כאמור, כי עיקר משאבי הקרקע הועמדו לרשות הרוב היהודי במדינה, צמצום שטחי השיפוט והפיתוח של הישובים הערביים, רמה גבוהה של צפיפות ומחסור רב בשטחים לבניה ציבורית ושירותים. כך למשל, נכון לסוף שנת 2000, שטח שיפוטן של המועצות המקומיות הערביות כיסה כ- 2.5% משטחה של המדינה¹³. הרוב המכריע מהשטח הנותר נמצא בשליטה מוניציפלית יהודית¹⁴. על אף זאת, שטחי התכנון מכסים רק כ- 32% משטחי השיפוט של המועצות הערביות¹⁵.

32. בנוסף, נכון לסוף שנת 2000, קרקעות מדינה הוו 25% בלבד משטח השיפוט של הישובים הערביים. רק 20% מסך כל קרקעות המדינה בישובים הערביים הותרו לשימוש למען תושבי הכפרים, באמצעות סיווגם כקרקעות המיועדות לפיתוח ובינוי¹⁶.

¹² ראה הערה 6 לעיל, עמ' 17.
¹³ ראה הערה 6 לעיל, עמ' 7.
¹⁴ ראה הערה 8 לעיל, עמ' 84.
¹⁵ ראה הערה 6 לעיל, עמ' 20.
¹⁶ ראה הערה 6 לעיל, עמ' 17.

33. ועיון ברמת המחוזות מעלה: נכון לשנת 1998, בגליל, שטח שיפוט המועצות המקומיות הערביות הוא 16.1% בעוד האוכלוסייה הערבית באזור זה מהווה כ-72% מכלל האוכלוסייה בו, בהשוואה ל-83.8% מהקרקע בשטחי שיפוט המועצות המקומיות היהודיות, כאשר האוכלוסייה היהודית באזור הגיעה ל-28% בו. בדומה בנגב הצפוני, שטח שיפוטן של הרשויות המקומיות הערביות הנו 1.9% בעוד אחוז האוכלוסייה הערבית באזור הנו 25.2%¹⁷.

34. מדיניות זו השתקפה גם בעובדה, כי מאז קום המדינה כמעט שלא הורחבו שטחי השיפוט של היישובים הערביים, זאת בזמן שהשטח הבנוי בתוכן גדל פי 16, התוצאה עליית צפיפות האוכלוסייה בתחומי השיפוט פי 12 בין 1948-2000¹⁸.

35. התוצאה של מדיניות מתמשכת זו היא, שהלכה למעשה אזרחי המדינה הערבים אינם יכולים לחכור או לרכוש קרקע ב-80% ויותר של המדינה¹⁹. נתון מחריד זה בשילוב העובדה בדבר העדר יוזמות ממשלתיות לבניה ציבורית ביישובים הערביים, הובילו למצוקת דיור, צפיפות ומחסור בקרקעות לפיתוח ודיור חריפות ביותר.

36. ועדת החקירה הממלכתית לביורר ההתנגשויות בין כוחות הבטחון לבין אזרחים

ישראלים באוקטובר 2000, התייחסה לנושא חשוב זה בציינה:

"אחת התוצאות של הפעולות שבוצעו בנושא המקרקעין היתה צמצום דרסטי בשטחי היישובים הערביים. לדוגמה, בסחינין היה "שטח אדמות הכפר" בתקופת המנדט ועד סוף שנות השבעים כ-70,000 דונם. שטח השיפוט בסוף המאה היה 9,700 דונם, ושטח תכנית המיתאר - 4,450 דונם בלבד. בשל כך, נמצאו בסחינין בתחום תכנית המיתאר רק 191 מ"ר לנפש, שעה שבכרמיאל היו 524 מ"ר לנפש. יישובים ערביים רבים "הוקפו" בשטחים כמו אזורי ביטחון, מועצות אזוריות יהודיות, גנים לאומיים ושמורות טבע, כבישים מהירים וכיוצא באלה, המונעים או הפוגעים באפשרות התרחבותם בעתיד. עם גידול האוכלוסייה ביישובים הערביים גבר הצורך

¹⁷ אורן יפתחאל, "בינוי האומה וחלוקת המרחב ב"אתנוקרטיה הישראלית": התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים", עיוני משפט כ"א 637, 656-657.

¹⁸ ראה הערה 6 לעיל עמ' 21.

¹⁹ ראה הערה 8 לעיל עמ' 85.

בשטחים לצורכי מלאכה ותעשייה, אזורי מסחר ומבני ציבור. ביישובים רבים לא נמצאו עתודות הקרקע הנחוצות לשם כך.

בחמישים השנים הראשונות למדינה גדלה האוכלוסייה הערבית פי שבעה לערך. במקביל, נשאר השטח המאפשר בנייה למגורים בעיקרו כמעט ללא שינוי. כתוצאה מכך גדלה הצפיפות ביישובים הערביים במידה ניכרת. מצוקת השטחים לבנייה פגעה קשות בזוגות צעירים שחיפשו להם דיור. הבנייה הציבורית לא סייעה להם באופן משמעותי. יישובים חדשים לא קמו (להוציא את יישובי הבודווים) וקרקעות מינהל לא שוחררו בדרך כלל לבנייה ביישובים ערביים. האזרחים הערבים גם לא זכו לתנאים שווים בקבלת משכנתאות, שכן רובם לא היו יוצאי צבא. תושבי יישובים ערביים שביקשו לבנות על אדמות בבעלותם, שנכללו בשטחי רשויות אזוריות יהודיות שכנות, נחסמו על ידי חוקי רשויות אלה.

מכשול עיקרי בפני הבנייה למגורים בתוך שטחי היישובים הערביים היה חסרון של תכניות מיתאר ותכניות אב. ההכנה והעדכון של תכניות כאלה דורשים תמיד זמן, אך במגזר הערבי היו לעתים עיכובים בלתי סבירים. לכך התווסף גם חוסר ייצוג אפקטיבי לנציגים מן המגזר הערבי בוועדות התכנון והבנייה. בוועדה הארצית ובוועדות המחוזיות לא שותפו נציגים ערביים כלל, או שניתן להם ייצוג סמלי בלבד. במקרים רבים לא הוקמו ביישובים ערביים ועדות מקומיות, ותחת זאת שויכו היישובים לוועדות מרחביות המנוהלות בידי יהודים. התוצאה היתה, כי ההחלטות בדבר התפתחותם של היישובים הערביים לא גילו רגישות מספקת לצרכיה של האוכלוסייה הערבית. גם לאחר שהואצה הכנת התכניות בשנות התשעים, עדיין היו כמחצית

היישובים הערביים בסוף המאה ללא תכניות אב מאושרות המאפשרות את הרחבת השטח הבנוי בהם, ולרבים מהם לא היתה תכנית מיתאר מאושרת. כתוצאה מכך, בחלקים גדולים של שטחי השיפוט לא ניתן היה לבעלי אדמות פרטיות לבנות בתים באופן חוקי. התפתחה תופעה נרחבת של בנייה ללא רישיון, אשר חלקה נעוץ באי היכולת לקבל היתר לבנות. זו היתה בנייה בלתי מסודרת ובדרך כלל של בתים חד-משפחתיים. צווי הריסה הוצאו לגבי בתי ערבים בגליל, בנגב, במשולש ובערים המערבות²⁰”

37. בנוסף, האוכלוסייה הערבית מאופיינת כאוכלוסייה צעירה. אחוז קבוצת הגיל בין 0-19 בקרב האוכלוסייה הערבית הוא 50.7, לעומת 33.9 בקרב שאר האוכלוסייה במדינה²¹. יחד עם זאת קצב גידול האוכלוסייה הערבית עומד על 3.3% לשנה, שהנו גדול מקצב גידול שאר האוכלוסייה בישראל, העומד על 1.9% לשנה²².

38. צירוף נתונים אלה, אוכלוסייה צעירה, גידול אוכלוסייה גבוהה, מצב סוציו-אקונומי נמוך, ומחסור בקרקע לפיתוח, מדגיש ומבהיר את מידת פגיעותה, הגבוהה ביותר, של האוכלוסייה הערבית כתוצאה מהמשך מדיניותו המפלה של המשיב מס' 1 בכלל, ובפרט מדיניותו בניהול קרקעות הקרן קיימת לישראל.

המשך המדיניות: יוצר מרחבים הנפרדים על בסיס גזעי/לאומי

39. המשך מדיניותו של המשיב מס' 1, נשוא עתירה זו, עלול להוביל לתוצאות חמורות ביותר המנוגדות לערכים דמוקרטים. כך למשל, יכול ויווצרו שכונות בערים ו/או ישובים ו/או אזורים שבהם מגורי אזרחים ערבים הינם אסורים אך יהיו מותרים ליהודים בלבד. כך היה בגבעת מכוש בכרמיאל, אשר הוגבלה הגשת המועמדות בה ליהודים בלבד כאמור לעיל, וכך גם היה במקרה נשוא עתירת משפחת אבו ריא הנ"ל, עת סירב המשיב מס' 1 לאשר עסקה המעבירה זכויות

²⁰ ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הבטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, דין וחשבון, כרך א, ירושלים ספטמבר 2003, עמ' 44-43.

²¹ עיבוד של נתוני השנתון הסטטיסטי לישראל מס' 53, 2002, לוח 2.18.

²² השנתון הסטטיסטי לישראל מס' 53, 2002, לוח 2.2.

בדירת מגורים בכרמיאל, ממשפחה יהודית למשפחה ערבית, כאשר העברת הזכויות תותר אך ורק למשפחות יהודיות.

40. תוצאה זו חמורה היא בפני עצמה, והיא קיצונית גם לאור היקף הקרקעות שבבעלות קק"ל, המשתרעת, כאמור, על כ- 2.5 מיליון דונם בכל רחבי המדינה. היקף הבעלות הרחב בידי קק"ל והיקף הקרקעות בניהול המשיב מס' 1, מעניקים למינהל, חלק מכריע בעיצוב המרחב במדינה. מדיניות המינהל בעניין זה, עד כה, מייצרת תתי-מרחבים "הומוגניים", כאשר מייחדת היא אזורים אלה למגורי יהודים בלבד.

41. יצירת מרחבים מסוג אלה נוגדת את רוח העקרונות החוקתיים של חוקי היסוד, וזרים הם להלכה הפסוקה הקובעת כי כל רשות ציבורית חייבת לכבד את ערכי היסוד של השיטה המשפטית. ערכים אלה, שהושרשו בפסיקה העליונה, דוחים כל הפרדה מוסדית על רקע גזעי/לאומי, והם רחוקים מאוד מלקבל את האפקט שנוצר או עלול להיווצר עקב מדיניותו של המשיב מס' 1.

42. כמו כן, הלקחים מההיסטוריה של עמים אחרים אמורים, במקרים מסוימים, לחזק את הערכים והמוסרים המבססים את עקרונות היסוד החוקתיים. למשל, מבין החוקים שבלטו בדרום אפריקה עד ביטול תקופת האפרטהייד היו The Native Land Act (1913 ו-1936) שמנע מאוכלוסיית השחורים לרכוש קרקע מחוץ לאזורים המיועדים להם, ו-The Urban Areas Act (1923), שבא במטרה ליצור אזורים מגורים מופרדים של שחורים והעברתם מאזורי מגורים מעורבים לאזורים בשולי המרחב האורבני. ובשנת 1950 חוקק 'Group Areas Act', שלפיו הועברו שחורים לשטחים המיועדים להם, והעבירו מחדש את עיירות השחורים הנמצאים קרובים לאזורי הלבנים המתרחבים²³.

43. כך למשל נקבע ב- NATIVES (URBAN AREAS) CONSOLIDATION,

Act no. 25 of 1945 בסעיף 1.6(1):

“Subject to the provision of this section,
no native and no association, corporate
or unincorporated, in which native has

²³ Bollens S. (1999), Urban Peace-Building in Divided Societies, Belfast and Johannesburg, Westview Press, U.S.A.

Saff G. (1995); “Residential segregation in postapartheid South Africa”, *Urban Affairs Review*, vol. 30, no. 6, pp. 782-808

any interest , shall, except with the approval of the Governor-General, given after consultation with the local authority concerned, enter into an agreement or transaction for the acquisition from any person other than a native of any land situated within an urban area, or of any right to any such land, or any interest therein or servitude thereover: Provided that the provisions of this section shall not apply to any land which, having been held at the commencement of the Natives Land Act, 1913 [...]"

44. ובסעיף 7.1 (1) לאותו חוק נקבע :

"Notwithstanding anything in any law contained, no native and no association, corporate or unincorporated, in which native has any interest, shall enter into an agreement or transaction for the acquisition from any person other than a native of any land situated within a rural township, or of any right to any such land, or any interest therein or servitude thereover: Provided that the provisions of this section shall not apply to any land which, having been held at the commencement of the Natives Land Act, 1913 [...]"

45. כדוגמא נוספת ניתן לציין את, דיני התכנון העירוני האיזור (Zoning), שנחקקו בתחילת המאה ה-20 בארצות הברית, למטרת הגברת ההפרדה הגזעית. התקנה הראשונה בתכנון אורבני שהתבססה על איזור גזעי יושמה בבולטימור (1910), ולאחר מכן, יושמה בחלק מערי קליפורניה. לפי תקנה זאת, נקבעו אזורי מגורים בעיר מופרדים לפי גזע, שכונות או בניינים ללבנים בלבד, ושכונות או בניינים לשחורים בלבד²⁴. בפסק דין Buchanan v. Warley, 245 U.S 60 (1917), תקף בית המשפט העליון בארצות הברית בחריפות חוקים ותקנות אלה של האיזור הגזעי, והעיר שהמדינות לא יכולות להגביל את האוכלוסייה האפרו-אמריקאי לתוך אזורי מגורים מסוימים.

החלק המשפטי

תקנה 27 לתקנות חובת המכרזים – מנוגדת לחוק חובת המכרזים:

46. מדיניותו של המשיב מס' 1 נסמכת, בין היתר, על תקנה 27 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 (להלן: "תקנות חובת המכרזים") אשר קובעת:

"27. מכרז למקרקעי קרן קיימת לישראל
היתה עיסקה במקרקעין של קרן קיימת לישראל
טעונה מכרז לפי תקנות אלה, רשאי המינהל לערוך
את המכרז באופן התואם את כתב האמנה שנכרת
בין המדינה לבין קרן קיימת לישראל ביום כ' בכסלו
התשכ"ב (28 בנובמבר 1961)."

47. העותרים יטענו כי תקנה זו הינה בטלה משום שנחקקה ללא סמכות, שכן היא מנוגדת להוראות חוק חובת המכרזים, ולכללי המשפט הציבורי החלים על המכרזים הציבוריים.

²⁴Ritzdorf M. (1997), "Locked out of paradise: contemporary exclusionary Zoning, the Supreme Court, and African Americans, 1970 to the present", Urban Planning and the African American Community in the Shadows, editors Thomas J.M. & Ritzdorf M., SAGE Publications, pp. 43-57.
Silver C. (1997), "The racial origins of Zoning in American cities", Urban Planning and the African American Community in the Shadows, editors Thomas J.M. & Ritzdorf M., SAGE Publications, pp. 23-42.

48. תקנה 27 נוגדת באופן בוטה ומפורש את האמור בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים והקובע:

”2. חובת מכרז

(א) המדינה כל תאגיד ממשלתי, תאגיד מקומי, מועצה דתית וקופת חולים לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו.

(ב) לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטיה מינית, מעמד אישי, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה; בסעיף קטן זה, ”מוגבלות” - לקות פיסית, נפשית או שכלית כמשמעותה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ”ח-1998.

(ג) לענין סעיף קטן (ב) –

(1) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין הענין”

(2) אין רואים בהבחנה המתחייבת מאופיו או ממהותו של המכרז, הפליה. ” (ההדגשה לא במקור)

49. בנוסף לכך, תקנה 27, מנוגדת באופן מפורש ובוטה לסעיף 5א(ב) לחוק חובת המכרזים ולפיו:

”תקנות לפי חוק זה יחולו ככל שאינן סותרות התחייבות של המדינה באמנה בינלאומית.”

50. כל האמנות הבינלאומיות שישראל צד להן אוסרות באופן מפורש את כל סוגי ההפליה. ראו: סעיפים 2, 3 ו-26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, אשר אושררה בשנת 1991; סעיף 2(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות משנת 1966, שאושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991; סעיפים 1, 2, 3 ו-5 לאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות ההפליה הגזעית, שאושררה על ידי ישראל בשנת 1979.

וראו גם: סעיף 2 לאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989, שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991; סעיפים 1, 2, ו-3 לאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות ההפליה נגד נשים, שאושרה על ידי ישראל בשנת 1991.

51. הלכה פסוקה היא, כי בבואו להתקין תקנות לביצועו של חוק, על השר המוסמך לפעול במסגרת אמות המידה וגבולות סמכותו, כפי שאלה נקבעו והוגבלו בחוק המסמיך וכדי לשרת את מטרת החוק. הלכה זו מתבקשת מכוח עיקרון שלטון החוק. שכן, מהותה של סמכות שר האוצר בענייננו, הינה לקבוע הסדרים משניים, לביצוע ההסדרים הראשוניים שבחוק המסמיך. כל עניין להסדר ראשוני, אשר נקבע בתקנות, על ידי השר, נחשב כחריגה מסמכותו ובטל הוא מעיקרו.

52. על כך עמד כבוד הנשיא (דאז) שמגר בפרשת **מיטרני** כלהלן:

"אמת המידה לתקפותה של חקיקת משנה עולה בכל מקרה מדברו של המחוקק הראשי; הוא שמתווה למחוקק המשנה את תחומי הפעולה על-ידי הקניית סמכות פוזיטיבית לבצע אקטים של חקיקת משנה בנושאים מוגדרים, ובלעדי הענקת הסמכות על-פי דברו של המחוקק הראשי אין למחוקק המשנה ולא כלום. מחוקק המשנה אינו שואב כוחו אלא מהקניית הסמכויות בחוק האם, המגדיר את מסגרת הפעולה המותרת לו. מבחינה זו אין נפקא מינה, אם המדובר בנושא, הכרוך בצורה כלשהי בהגבלתה של זכות יסוד או בנושא אחר, כי בכל מקרה אין בידי מחוקק המשנה אלא מה שהוקנה לו: לא רק שתקנה אינה יכולה לסתור הוראותיו של כל חוק [...] אלא היא גם אינה יכולה לחרוג, מהותית או דיונית, מן התחום שהותווה לה בחקיקה הראשית. הוזה אומר, לא רק הניגוד המהותי בין חוק האם לבין חקיקת המשנה גורם לבטלותה מעיקרה, אלא גם התפרסותה של חקיקת המשנה על פני תחומים, שלגביהם לא הוענקה למחוקק המשנה סמכות, מביאה לאותה תוצאה"²⁵.

²⁵ בג"צ 81 / 337 שלמה מיטרני ו 8 אח' נ' שר התחבורה, פ"ד לו (3) 337, עמ' 358-357.

53. יתירה מזו, העותרים יטענו, כי חריגתו של שר האוצר, בהתקינו את התקנה הנ"ל, מתבטאת בפגיעה החמורה בעיקרון השוויון, בחוסר הסבירות הקיצוני, בחוסר תום-לב וההתחשבות בשיקולים זרים ואי שקילת שיקולים ענייניים.

הוסיף לעניין זה כבוד הנשיא (דאז) שמגר בפרשת **מיטרני** לאמור:
"הבדיקה של חקיקת המשנה על-פי הגבולות, שהותוו לה בחקיקה הראשית, היא, כמובן, קפידה במיוחד, כאשר מדובר בהגבלתה של זכות יסוד: למחוקק המשנה דרושה, כמוזכר לעיל, בכל מקרה הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי [...] בשל המעמד החוקתי המיוחד של זכות יסוד, ייבדק באופן קפדני וזהיר, אם אכן יש ללמוד מן ההסמכה של המחוקק הראשי, אם היא קיימת, כי הייתה מונחת ביסודה הכוונה להעניק למחוקק המשנה את הכוח לשנות מגבולותיה והיקפה הקיימים של זכות יסוד. כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא, כפועל יוצא מן האמור לעיל, כי היא תפורש באופן השולל הקניית סמכות להגבלתה של זכות יסוד²⁶."

ראו לעניין זה גם:

בג"צ 266/68 עיריית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב (2) 824, 831.
בג"צ 3267/97 רובנשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 504-505.
ע"א 524/88 "פרי העמק" נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, 552.
בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחברה, פ"ד נא(4) 1.
בג"צ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא (4) 481, 518.
בג"צ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד ואח', פ"ד נה(1) 769, 789.
בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (טרם פורסם) (פדאור 04 (3) 781).

54. הנה כי כן, תקנה 27 נוגדת את הוראות החוק המסמך, וסותרת את תכליתו ועל כן הינה בטלה.

תקנה 27 ומדיניותו של המינהל – סותרים את דיני המכרזים

²⁶ בג"צ 81 / 337 שלמה מיטרני ו 8 אח' נ' שר התחברה, פ"ד לו (3) 337, עמ' 358-357.

55. ובכן, העיקרון העומד מאחורי חובת המכרז הפומבי הציבורי, הנו עיקרון השוויון ומתן הזדמנות שווה לציבור להגיש מועמדות ולזכות במכרז. כללי המשפט הציבורי חלים על דיני המכרזים אף ככללים קוגנטיים שאין עליהם עוררין. כך נקבע על ידי כב' השופט חשין בפרשת **מספנות ישראל** לאמור:

"כללי המשפט הציבורי הינם, בעיקרם, כללים קוגנטיים - והרי אין הם אלא ענף על עץ תקנת הציבור - והם עם רשות הציבור באשר תלך. הלכות המשפט הציבורי הן בדמה של רשות הציבור - והדם הוא הנפש. ההלכות כולן ידועות לנו וחביבות עלינו: הגינות, יושר, תום-לב, איסור שרירות, חיוב שיקול-דעת שלעניין, איסור הפליה, איסור מניעים נוכריים, חיוב בכללי הצדק הטבעי וכולי. ומתוך שמשפט המכרזים צמח על קרקע המשפט הציבורי, ממילא דבקו בו כל הלכות אלו כולן: הן במשפט המכרזים ומשפט המכרזים בהן. כשם שעיקרי יסוד אלה של המשפט הציבורי מתאימים עצמם לכל ענף וענף של המשפט הציבורי - אחד ענף הרישוי, אחד ענף ההפקעות, אחד ענף המענקים, וכך כל ענף וענף - כך יתאימו עצמם לענף המכרזים. כל עיקרים אלה של המשפט הציבורי יכוונו לבם אל משפט המכרזים: אל צדו העסקי-הכלכלי, אל עיקריה של הגינות התחרות, אל עקרון השוויון בין משתתפי המכרז, ואל כל שאר מאפיינים של המכרז באשר הוא. יסוד מרכזי בכל אלה הוא מעמדה של רשות הציבור, שלא בשלה היא עוסקת אלא בנכסי הזולת, ברכוש הציבור. עשייתה זו של רשות הציבור מכתובה מאליה דרכי התנהגות, כיאה וכראוי למי שעושה ברשות הזולת. [...]

מכאן אף ההלכה - הכול מכירים בה ומוקירים אותה - שעיקרי יסוד של המשפט הציבורי יתפסו בכל סוגי המכרזים של רשויות השלטון, ובהם מעין-מכרזים למיניהם²⁷."

56. על העקרונות העומדים מאחורי החובה לערוך מכרזים פומביים ציבוריים, עמד בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין, הן לפני והן אחרי חקיקת חוק

²⁷ ע"א 93 / 6926 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ ואח', פ"ד מח (3) 749, עמ' 770-769.

חובת המכרזים בשנת 1992. כך, למשל, עמד כבוד הנשיא ברק בפרשת המועצה המקומית מג'אר כלהלן:

"המכרז הציבורי מושתת על שני עקרונות יסודיים: הראשון, הגשמת המטרה הציבורית של שמירה על עקרון השוויון וטוהר המידות על-ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים. עיקרון זה, שהוא פרי פיתוחה של ההלכה הפסוקה, והינו "נשמת אפו" של המכרז הציבורי (בג"ץ 47/68 א' שרמן ובנו, 1954 בע"מ נ' שר העבודה [2], בעמ' 499), מצא ביטוי גם בחוק החרות. סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 קובע מפורשות את חובת המדינה ותאגידיה לקיים מכרז פומבי "... הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו". העיקרון השני של המכרז הציבורי הוא השאיפה לנהוג ביעילות ובחיסכון בכספי הציבור על-ידי השגת מרב היתרונות למזמין באמצעות מנגנון התחרות (ראו: בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש (להלן - פרשת גוזלן [3]), בעמ' 511-512; בג"ץ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבנין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה (להלן - פרשת מבני פלס [4]), בעמ' 474; בג"ץ 6057/00 זוהר נ' שר האוצר [5], בעמ' 573; ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (להלן - שלו [16]), בעמ' 162).²⁸

ראה לעניין זה גם:

ע"א 95 / 1444 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט (3) 749.

57. העותרת תטען כי, תקנה 27 ומדיניותו של המשיב מס' 1 עומדות בניגוד לדיני המכרזים הכלליים בכך שהן מפלות על רקע לאום. הגבלת אפשרות הגשת מועמדות וזכייה במכרז, מטעם המשיב מס' 1 לקבוצת הרוב הלאומי במדינה (אזרחי המדינה היהודים), מבדילה היא בין אזרחי המדינה על רקע לאום ללא כל הצדקה עניינית.

פיסקת ההגבלה

א. המדיניות אינה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו:

²⁸ ע"מ 02 / 1966 המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אבראהים, פ"ד נו (3) 505, עמוד 511-510.

58. מדיניותו של המשיב מס' 1 הינה מפלה על רקע שייכות לאומית. הלכה פסוקה היא, כי אין פוגעים בזכות יסוד ללא חקיקה מפורשת העומדת בתנאי פיסקת ההגבלה. הלכה פסוקה זו מקבלת משנה תוקף כשמדובר בזכות חוקתית. פגיעה בעקרון השוויון על בסיס שייכות קבוצתית אינה מהווה רק פגיעה בזכות יסוד, אלא פגיעה בזכות חוקתית.

59. בפרשת **מילר** עמדה כב' השופטת דורנר על משמעות האפליה מכוח ההשתייכות הקבוצתית של המופלה, ועל הפגיעה המשפילה של אותה אפליה בכבודו של המופלה:

”לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה.”²⁹

60. בבג”ץ 1113/99 עדאלה נ’ השר לענייני דתות אחר, פ”ד נד (2) 164 חזר הנשיא ברק על עמדתו המפורשת, לפיה עיקרון השוויון הינו עיקרון חוקתי, בהיותו חלק מכבוד האדם, ואשר ניתן לבחון לאורו חוקתיותם של חוקים של הכנסת.

61. על הקשר בין כבוד האדם והפליה על רקע קבוצתי עמד כב' השופט חשין בפרשת **שדולת הנשים השנייה** לאמור:

”הפלייתה של אישה – באשר אישה היא – הנה הפליה גנרית... אם יעדיף לוי את ראובן באשר גבר הוא – או יפסול את לאה באשר אישה היא – תהא זו הפליה גנרית ולא הפליה פרטיקולרית. דוגמה נוספת להפליה גנרית היא הפלייתו של אדם מחמת צבע עורו או מחמת גזעו. הפליה גנרית, כפי שכבר נאמר, הינה הפליה הפוצעת אנושות בכבוד האדם.”³⁰

62. ובמקום אחר עמד כב' השופט חשין על ההבחנה בין הפליה על רקע קבוצתי לבין הפליה מסוג אחר:

²⁹ בג”ץ 4541/94 אליס מילר נ’ שר הביטחון, מט (4) 94, 132.
³⁰ בג”ץ 2671/98 שדולת הנשים נ’ שר העבודה והרווחה, פ”ד נב (3), 630, 659-658.

"ואולם עיקר הוא לא בהפליה בתורת שכזו אלא בסוג ההפליה ובעוצמתה של ההפליה, ולעניין זה קבע בית המשפט כי לא הרי הפליה כהרי הפליה: לא הרי הפליה בהקצבת מענקים כהרי הפליה מחמת גזע ולא הרי הפליה מחמת מין כהרי הפליה בהענקת רשיונות. הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין היא מן הקשות שבהפלויות.

...

ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך, טמונה כמוֹבן השפלה עמוקה לקורבן ההפליה"³¹.

63. העותרת תטען, כי מדיניותו של המשיב הינה פסולה בהיותה מנוגדת לפיסקת ההגבלה ולו משום שהיא לא מעוגנת בחקיקה ראשית או בהסדר ראשוני. אין חקיקה ראשית ומפורשת המסמיכה את המינהל להפלות בין אזרחי המדינה על בסיס שייכות לאומית. היינו, אין הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות חוקתית. ולכל הדעות, כתב-האמנה החתום בין המינהל לקק"ל אינו בגדר חקיקה ראשית או בבחינת הסדר ראשוני.

64. יתירה מזו, אף אם קיימת הסמכה בחוק – והיא לא קיימת במקרה דנן, הרי במקרים כגון אלה, יש לפרש את הסעיף המסמיך לפגיעה בזכות אדם, פרשנות דווקנית ומצמצמת, על מנת לאפשר קיום מירבי לזכויות אדם. על כך עמד בית המשפט הנכבד בפרשת **נוסייבה** כלהלן:

"היסוד הראשון - הסמכה מפורשת בחוק: היסוד בפיסקת ההגבלה דורש כי הפגיעה תהיה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו. להסמכה לפגוע בזכות יסוד יש לתת פירוש דווקני. ראו דברי השופט שמגר בע"א 732/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' [23], בעמ' 295, כי יש לפרש תחיקה המגבילה זכויות יסוד של האדם באופן מצמצם, "ותוך מגמה לתת לזכות ... קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה

³¹ בג"צ 6845/00 איתנה נ"ב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2002 (3) 1867, 1874-1875.

שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק". גם אם החוק המסמיך, על-פי לשונו כפשוטה, מעניק לרשות המינהלית שיקול-דעת מוחלט, הוא יפורש כמחיל על שיקול הדעת את תורת שיקול הדעת של המשפט המינהלי הכללי. ראו, לדוגמה, בג"צ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופתוח בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח'³².

65. דברים דומים ובפרשה אחרת, ציין כב' השופט חשין :

"בדברינו למעלה ראינו כי הסדר ה"פטור ושמור" בחנויות הפטור פוגע בחופש העיסוק של סוחרים ושל בעלי חנויות שאינם מחזיקים בחנויות פטור [...] צו הפטור צוה מכוח הוראת סעיף 26 לחוק מס קניה, ובהוראה זו אין כל הסמכה מפורשת להסדר מעין הסדר ה"פטור ושמור". אכן, גם אם אמרנו כי הביטוי "הסמכה מפורשת" כולל הסמכה להסדיר תחום-חיים מסוים אשר על-פי עצם טיבו פוגע הוא בזכויות-יסוד (ראו ברק בספרו הנ"ל [39], בעמ' 501-502), גם אז לא יתפוש היתר זה בעניינו של הסדר ה"פטור ושמור". פגיעתו של הסדר ה"פטור ושמור" בחופש העיסוק היא כה עמוקה וכה בוטה, עד שנדרוש קיומה של הוראת-חוק "מפורשת" מזו שסעיף 26 לחוק מס קניה נותן בידנו. הוראת-חוק מעין-זו אין בנמצא"³³.

66. כמו כן, ראו דבריו של פרופ' ברק בספרו "פרשנות במשפט" כלהלן :

"תנאי חיוני לחוקיותה של חקיקת משנה הפוגעת בזכות אדם מוגנת הנו, כי החקיקה הראשית כוללת הסמכה מפורשת לחקיקת משנה הפוגעת בזכות אדם מוגנת. אפילו מקיימת חקיקת המשנה את דרישותיה האחרות של פסקת ההגבלה – היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, היא לתכלית ראויה, פגיעתה אינה עולה על הנדרש – היא אינה עוברת את

³² דנג"צ 94 / 4466 מאזן חסן זכי נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט (4) 68, עמ' 87.
³³ בג"צ 95 / 4140 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד (1) 49, עמ' 109-110.

הבחינה החוקתית, אם החקיקה הראשית אינה כוללת בחובה הוראה מפורשת המסמיכה את מחוקק המשנה לפגוע בזכות אדם מוגנת³⁴.

ראו לעניין זה ראו גם :

בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1, עמ' 43.
בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, עמ' 517-515.
בג"צ 316/03 בכרי ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ואח', פ"ד נח(1) 249.

67. הנה כי כן, מדיניותו של המשיב מס' 1, נשוא העתירה, אינה מקיימת את התנאי הראשוני והבסיסי של פיסקת ההגבלה.

ב. מדיניותו של המינהל אינה לתכלית ראויה:

68. התכלית העיקרית מאחורי החקיקה המקנה למינהל סמכות לנהל מקרקעי ישראל היא ניהול משאבי הציבור לפי כללי ההגיונות והשוויון בין כלל אזרחי מדינת ישראל. כב' הנשיא ברק עמד על השמירה על עקרון השוויון על רקע לאום בתור תכלית המונחת ביסוד סמכותו של המינהל:

"מסקנתי הינה, איפוא, זו: החלטה שהמינהל היה מקבל להקצות במישרין מקרקעין בטל עירון להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד, היתה פוגעת בתכלית (הכללית) המונחת ביסוד סמכותו של המינהל, והיא הגשמת השוויון...נמצא, כי החלטה כזאת, לו היתה מתקבלת, היתה בלתי חוקית³⁵."

69. העותרת טוען, כי מדיניותו של המשיב מס' 1 אינה לתכלית ראויה וזאת משום שהיא פוגעת בעקרון השוויון. אפליה זו הינה חמורה כפליים לאור אופייה האזרחי והחברתי של חלוקת מקרקעין, שאין בינה לבין השייכות הלאומית ולא כלום. דהיינו, חלוקת קרקע אינה נופלת באחת הקטיגוריות המאפיינות צרכים ייחודיים לקבוצת הרוב הלאומי בישראל, אלא היא נחלת כלל האזרחים. כך קבעה לא אחת ההלכה הפסוקה. בפרשת **קעדאן** צוין למשל:

"חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה. היא חלה, איפוא, גם לענין הקצאת מקרקעי המדינה...הנה כי כן, עקרון השוויון קובע,

³⁴ אהרן ברק, "פרשנות במשפט", כרך שלישי - פרשנות חוקתית (1994, נבו הוצאה לאור) עמ' 501.
³⁵ בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', נד(1) 258, עמ' 279-278.

כי אל-לה למדינה להפלות בין פרטים שעה שהיא מחליטה להקצות להם מקרקעי מדינה.³⁶”

70. ובפרשת **עדאלה נ' השר לענייני דתות** קבע כב' השופט זמיר מפורשות כי:

”עקרון השוויון מחייב כל גוף ציבורי במדינה. הוא מחייב קודם כל את המדינה עצמה. עקרון השוויון חל על כל התחומים שבהם פועלת המדינה עצמה. הוא חל, בראש ובראשונה, על הקצאת משאבים של המדינה. המשאבים של המדינה, אם קרקע ואם כסף, וכן גם משאבים אחרים, שייכים לכל האזרחים, וכל האזרחים זכאים ליהנות מהם על-פי עקרון השוויון, ללא הפליה מחמת דת, גזע, מין או שיקול פסול אחר.³⁷”

71. על אמות המידה, העקרונות והכללים שאמורים להנחות את המשיב מס' 1 נקבע

בפרשת **עמותת שיח חדש**:

”המינהל משמש נאמנו של הציבור בנהלו את מקרקעי המדינה. עליו לנהלם תוך שמירה על אינטרס הציבור בהם, לרבות שמירה על המקרקעין לתועלת הציבור כולו, כולל הצורך להימנע ממתן טובות הנאה בלתי מוצדקות במקרקעין לאחרים. כנדרש מכל גוף מינהלי, על המינהל לפעול בהגינות על פי שיקולים ענייניים ובשוויון, תוך מתן הזדמנויות שוות לכלל הציבור אחת התכליות הכלליות של כל גוף מינהלי היא לנהוג בשוויון. כך גם בקביעת מדיניות הקצאת קרקעות ויישומה.³⁸”

72. ובפרשת **פורז** קבע כב' הנשיא (דאז) שמגר לאמור:

”מקרקעי הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות- אימוץ אמת מידה כאמור היא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה ככל שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תרגומן של אמות המידה האמורות

³⁶ ראו הערה 35 לעיל, עמ' 274.

³⁷ בג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 170.

³⁸ בג"צ 3939/99 קיבוץ שדה נחום ואחי' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואחי', פ"ד נו(6) 25, 64.

לאופני התנהגות מצביע, בים היתר, על החובה לנהוג בהגינות ובשוויון ועל פי כללי המינהל התקין³⁹.”

73. העותרת תוסיף ותטען, כי המדיניות הנדונה, אינה לתכלית ראויה, בהיותה נוגדת את העקרונות הבסיסיים אשר הותוו על ידי בית המשפט העליון בכל הקשור לחלוקת משאבי קרקע, והעיקרי שביניהם הנו עקרון הצדק החלוקתי. בפרשת **”עמותת שיח חדש”** ביסס בית משפט נכבד זה את עיקרון הצדק החלוקתי כשיקול ענייני ומחייב עת חלוקת מקרקעין על ידי מינהל מקרקעי ישראל, לאמור:

”דברים אלה מעלים אל פני השטח את הערך של הגשמת צדק חלוקתי בהקצאת מקרקעין על ידי מינהל מקרקעי ישראל. עניינו של ערך זה בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים. החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים...דברים אלה מלמדים, כי הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים. לדברים אלה משקל מיוחד במקרה שבפנינו. מינהל מקרקעי ישראל הינו גוף המופקד על כלל מקרקעי ישראל. לא ניתן להפריז בחשיבותו של נכס זה, ובחשיבות שיש לחלוקתו והקצאתו באופן צודק וראוי. להחלטות נשוא העתירות שבפנינו יש השלכות כבדות משקל על חלוקת משאב מוגבל, ורב ערך זה. קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך, שמשאבים מסוג זה יחולקו על ידי המדינה, או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר⁴⁰.”

74. הנה כי כן, המינהל בתור נאמן הציבור מקיים מדיניות ללא תכלית ראויה, וזאת בשל הפגיעה הבוטה בעקרונות השוויון, ההגינות, והצדק החלוקתי אשר אמורים להוות הבסיס לניהול מדיניותו.

³⁹ בג"צ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, 801.
⁴⁰ ראו הערה 38 לעיל, עמ' 64-65.

מבחן המידתיות:

75. העותרת תטען כי, מאחר ועסקינן בסוגיית שוויון-הפלייה על רקע שייכות קיבוצית, הרי הקביעה שלפיה המדיניות אינה לתכלית ראויה ו/או הינה מפלה על רקע לאום די בה בכדי לקיים תנאי פיסקת ההגבלה. להבדיל מזכויות חוקתיות אחרות, הזכות לשוויון על רקע שייכות קיבוצית אינה נזקקת לבדיקה נוספת לפי מבחן הסבירות או המידתיות. שכן, כל פגיעה בזכות זו הינה אסורה כשלעצמה ותהיה מידת הפגיעה אשר תהיה.

על יסוד האמור לעיל מתבקש בית משפט נכבד זה להוציא צווים כמבוקש בראשית העתירה, ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

סוהאד בשארה, עו"ד
ב"כ העותרת