

1. תנועת דרור ישראל – "יסודות לצמיחה דרור" (ע"ר), מס' עמותה 58-0295533
  2. הנוער העובד והלומד (ע"ר), מס' עמותה 58-0297075
  3. המחנות העולים (ע"ר), מס' עמותה 58-0240489
  4. הסתדרות השומר הצעיר בישראל (ע"ר), מס' עמותה 58-0001659
  5. טבע עברי (ע"ר), מס' עמותה 58-0504918
  6. חוג הפרופסורים לחוסן מדיני וכלכלי (ע"ר), מס' עמותה 58-0243111
  7. המטה השיתופי של התנועות הקיבוציות – באמצעות מעוף לקיבוץ אגש"ח 8-004136-57
  8. ח"כ שלי יחימוביץ'
  9. ח"כ אריה אלדד
  10. ח"כ נחמן שי
- כולם ע"י ב"כ עוה"ד גלעד ברנע ו/או נדב ארגוב ו/או יפית בבילה  
מרח' נחשון 4, ירושלים, 93548  
טלפון: 02-6713883, פקס: 02-6713735

#### העותרים

#### נגד

1. ממשלת ישראל
2. שר הבינוי והשיכון, אריאל אטיאס
3. מינהל מקרקעי ישראל (רשות מקרקעי ישראל – החל מתאריך 1.1.2010)
4. מועצת מקרקעי ישראל
5. היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז
6. מדינת ישראל
7. רשות הפיתוח  
משיבים מס' 1-7 ע"י מחלקת הבג"צים  
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טלפון: 02-6466588, פקס: 02-6467011
8. קרן קיימת לישראל, חברה מס' 52-0020314  
רח' קרן קיימת לישראל 1, ירושלים, 92428
9. הכנסת  
על ידי היועץ המשפטי לכנסת  
משכן הכנסת  
ככר רוטשילד, ירושלים, 91950  
טלפון: 02-6753132, פקס: 02-6753495

#### המשיבים

## עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם, אם רצונם בכך :

א. מדוע לא יקבע כי סעיפים 9, 10, 12 ו-13 לחוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), התשס"ט–2009, בטלים בהיותם בלתי חוקתיים ;

לחילופין, מדוע לא יקבע כי אין המשיבים מס' 4-1 או מי מטעמם, רשאים לבצע את הוראות סעיפים 9, 10, 12 ו-13 לחוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), התשס"ט–2009 ;

ב. מדוע לא יקבע כי אין לבצע את הוראות סעיפים 9, 10, 12 ו-13 לחוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), התשס"ט–2009, אלא בכפוף לשינוי כדין של הוראת סעיף 1 לחוק יסוד : מקרקעי ישראל ;

ג. מדוע לא יקבע כי אין לבצע את הוראות סעיפים 9, 10, 12 ו-13 לחוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), התשס"ט–2009, במתכונתם הנוכחית, אלא אם יתוקנו כדין כך שיקבעו בהם ההסדרים הראשונים המתחייבים ממהותם ומתוכנם ;

ד. מדוע לא יקבע כי האיסור החוקתי הקבוע בסעיף 1 לחוק יסוד : מקרקעי ישראל אוסר על העברת בעלות "סיטונית" גורפת במקרקעי ישראל (כפי שהותרה לכאורה במסגרת חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), התשס"ט–2009) וכי לכל היותר מותר לבצע מכח היתר לפי סעיף 2 לחוק היסוד, העברות בעלות פרטניות שאופיין ומהותן צריך להיקבע כהסדר ראשוני בחקיקה ראשית ;

ה. מדוע לא יקבע כי אין לבצע את הוראות סעיפים 9, 10, 12 ו-13 לחוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), התשס"ט–2009, כל עוד לא יקבעו בחקיקה ראשית, הסדרים ראשוניים שיבטיחו כי העברת הבעלות במקרקעי ישראל תהא אך ורק לתכליות המעוגנות במסגרת הוראות חוק יסוד : מקרקעי ישראל וחוק מקרקעי ישראל, התש"ך - 1960, וכי יקבע ויופעל מנגנון שיבטיח, בזמן אמת, פיקוח ובקרה פרלמנטארית וציבורית על העברת בעלות במקרקעי ישראל ;

### עתירה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים המופנה אל המשיבים והמורה להם כי תוקפן של הוראות סעיפים 9, 10, 12 ו-13 לחוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), התשס"ט-2009 יושעה (ככל שיש אפשרות משפטית ומעשית לביצוען הוראות אלו כעת הזו), או יותלה, עד למועד הדיון, או כל מועד אחר שבית המשפט ימצא לנכון. אם לא יעשה כן יש חשש ממשי כי יטען על ידי המשיבים (או חלק מהם) כי נעשו שינויים בלתי הפיכים, וכן קיים חשש שיטען כי צדדים שלישיים הסתמכו על החקיקה או פעולות מכוחה, שחוקתיותה נתקפת בגדר עתירה זו. הנימוקים למתן צו הביניים מובאים לאחר נימוקי העתירה.

### נימוקים לקביעת העתירה לדיון בהקדם

בית המשפט הנכבד מתבקש, מפאת חשיבות העניין להורות על דיון בהקדם בעתירה זו, נוכח העובדה שצל כבד מוטל על תוקפן של הוראות משמעותיות בחקיקה ראשית שעניינה המדיניות הקרקעית של מדינת ישראל. לפיכך, כדי שלא תסוכל מטרת העתירה, ועל מנת שלא יקבעו עובדות אשר לאחר מכן יטען כי הן בלתי הפיכות, מתבקש בית המשפט הנכבד לדון בעתירה במועד שיאפשר הכרעה בעלת תוקף מחייב – טרם שיוחל בתהליך העברת הבעלות במקרקעי ישראל.

## תוכן עניינים

7	מבוא והערות פתיחה.....
8	תמצית העתירה .....
8	תמצית הרקע העובדתי .....
11	העותרים .....
12	המשיבים .....
14	תמצית הטיעון המשפטי .....
16	המסגרת העובדתית.....
16	קרקע היא משאב ייחודי ונדיר.....
19	הקרקע היא משאב נתון, נדיר ובמחסור - אשר יש הצדקה להגביל או למנוע רכישת בעלות בו.....
20	מדינת ישראל קבעה את עיקרון הבעלות הציבורית על הקרקע בחוקתה על בסיס הנחת היסוד כי הקרקע היא משאב נתון, נדיר ובמחסור.....
23	מדינת ישראל קבעה בחוקתה: מקרקעי ישראל יהיו בבעלות ציבורית.....
24	הכרעה זו היוותה הבסיס המוסרי לציונות .....
24	"בעלות מטרד" - חכירה לדורות או בעלות – מה ההבדל?.....
28	התכליות שמשרת המארג החוקתי הקיים .....
33	נתוני יסוד על הקרקע בישראל .....
37	הצעות לרפורמה – סקירת דוחות גולדנברג, רונן וגדיש .....
38	ממשלת ישראל ה-32 מחליטה להפריט את כל מקרקעי ישראל הזמינים לפיתוח ולהעביר את הבעלות לידי הרוב המוחלט של החוכרים במקרקעי ישראל – מחטף 100 הימים.....
39	הכנסת מחוקקת את תיקון מס' 7 .....
39	שינוי הגדרת קרקע עירונית: "קרקע עירונית" – האמנם?.....
40	"מכבסת הקרקעות" – מקרקע חקלאית – לקרקע בבעלות פרטית .....
41	החריג בולע את הכלל .....
42	תיקון מס' 7 יאפשר העברת חלק מהותי ממקרקעי ישראל לבעלות פרטית.....
43	הטענות בדבר הגברת הסחירות של משאב הקרקע וכפועל יוצא מכך ריסון עליות מחירי הקרקע ודירות המגורים .....
45	אובדן השליטה על עיתוי הפיתוח – "אגירת קרקעות" ספקולטיבית.....
46	תקנה 2 לתקנות התכנון והבניה – "סגירת מרפסות".....
47	הליך חקיקה פגום .....
48	פניות חברי הכנסת והעותרים .....

52.....	הטיעון המשפטי
52 .....	מעמדו הנורמטיבי של חוק יסוד: מקרקעי ישראל
53 .....	"שינוי" חוק יסוד ו"פגיעה" בחוק יסוד
54 .....	תכליות חוק יסוד: מקרקעי ישראל
57 .....	היקף תחולתו של סעיף 2 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל
61 .....	האם חכירה לדורות = בעלות?
65 .....	נטלי הוכחה חוקתיים
66 .....	תיקון מס' 7 – הסעיפים הפוגעים
66 .....	תיקון מס' 7 – שינוי חוק יסוד: מקרקעי ישראל
67 .....	הגבלת זכות השימוש והחזקה לייעוד מסוים ושימור היכולת למיחזור הקרקע בידי המדינה
68 .....	הגבלת העברת המקרקעין לידי זרים
68 .....	תיקון מס' 7 – פגיעות מרובות בחוק יסוד: מקרקעי ישראל
68 .....	שינוי הגדרת "קרקע עירונית"
69 .....	"הקניית בעלות" – "עסקה" אשר אינה מוכרת בחוק
69 .....	תיקון מס' 7 מהווה חקיקה החסרה חוסר מהותי בהסדרים ראשוניים
70 .....	על החובה לחוקק – חובתה של הכנסת כרשות המחוקקת
71 .....	תיקון מס' 7 – פגיעה בלתי-מידתית בקניין הכלל
72 .....	Due Process חקיקתי
72 .....	כבוד האדם – הזכות לקורת גג
73 .....	הפליה – דיור ציבורי כמשל
74 .....	החלת "מבחן פסקת ההגבלה" בדרך שיפוטית על תיקון מס' 7
76 .....	פגמים בדרך קבלתו של תיקון מס' 7
76 .....	קצב הדיונים בהצעת החוק
77 .....	תשתית עובדתית חסרה ולקויה
77 .....	אי הבאת העובדות לאשורן לפני המחוקק בדברי ההסבר לחוק
78 .....	תרופה חוקתית
79.....	סיכום
80.....	נימוקים למתן צו ביניים

**"העם יהיה לא רק המייסד, אלא גם בעליו של הרכוש התכליתי הזה (הקרקע), לצמיתות. על ידי זה אי אפשר יהיה ליחידים להשתמש בו ברצון עצמם, באופן שאינו מתאים עם כוונות המייסד."**

**בנימין זאב הרצל, הקונגרס הציוני החמישי, 1901<sup>1</sup>**

**"לאחר שעות ספורות בתפקידי החדש כמושיע-על והוגה דעות ברמת המאקרו ומעלה, החלטתי להפריט את ארבע רוחות השמים ולמלא כך את קופת האוצר השוממה. ... בסופו של תהליך רכש את הזיכיון לכיוון מזרח התאגיד "כותל המזרח", למערב קמה חברה בשם "רוח-ים", את הדרום קנתה קבוצת רכישה בשם "שועלי שמשון", ואת הצפון קנה תאגיד "העם עם הגולן"."**

**סיפורונים/אברי הרלינג, לא חבל?!, הארץ 23.11.09**

**"And truly by natural right, there be common to all; the air, running water, and the sea, and hence the shores of the sea. Nobody is, therefore, prohibited to come to the sea shore."**

**Justinian Institutes1, 2.1.1.<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> נאומו המלא של בנימין זאב הרצל מצורף בדרך האסמכתאות ומסומן "1".

<sup>2</sup> מובא אצל A. Reid Allison III, The Public Trust Doctrine In Washington, 10 University of Puget Sound Law, Review, [1986-7] 633, 639 note 18.

## מבוא והערות פתיחה

1. במסגרת עתירה ציבורית חוקתית זו נתקפות הוראות חקיקה ראשית - חוק מינהל מקרקעי ישראל, (תיקון מס' 7), התשס"ט – 2009<sup>3</sup> (להלן – "החוק" או "תיקון מס' 7"), שנתקבל בכנסת בתאריך 3 באוגוסט 2009. על פי הקבוע בהוראת סעיף 49 לתיקון מס' 7, חלקו נכנס לתוקף 30 יום לאחר תאריך פרסומו וחלקו טרם נכנס לתוקפו ואמור היה להיכנס לתוקף בתאריך 1 בינואר 2010<sup>4</sup>.

העתק החוק כנוסחו בספר החוקים וכן תיקוני טעויות סופר לו מצורפים כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנים באותיות "א" ו-"ב", בהתאמה.

העתקי חוק יסוד: מקרקעי ישראל, חוק מקרקעי ישראל, התש"ך – 1960, וחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך – 1960 כנוסחם ערב חקיקת תיקון מס' 7 מצורפים כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנים באותיות "ג", "ד" ו-"ה", בהתאמה.

2. עיקרי טענות העותרים מכוונות כנגד פגמים וליקויים חוקתיים בהם נגוע תיקון מס' 7, ועיקרם:

- שינוי, ולמיצער, פגיעה חוקתית בעקרון היסודי המעוגן בהוראת סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל – לפיו הבעלות במקרקעי ישראל לא תועבר. שינוי זה שנעשה בחוק ולא על דרך של תיקון/שינוי חוק יסוד, אינו בא בגדרם של החריגים (היתרים) המותרים על פי סעיף 2 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל. כיון שכך אין השינוי יכול לעמוד ודינו בטלות. בין אם יבחן על בסיס הגישה לפיה שינוי או פגיעה בהוראת חוק יסוד "ישן" יכולה להיעשות רק על דרך של שינוי חוק היסוד וכי לא חלה במקרה כזה "פסקת הגבלה שיפוטית" ובין אם יבחן השינוי או הפגיעה במשקפיה של "פסקת הגבלה שיפוטית", שאז סבורים העותרים כי יקבע שאין הוא עומד לא בדרישת התכלית הראויה ולא במבחן המידתיות;
- פגיעה בלתי מידתית בקניין הציבור – העולה כדי פגיעה בקניין המוגנת הן מכח הוראת סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל והן מכח הוראת סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו;
- חקיקה ראשית החסרה הסדרים ראשוניים מהותיים;
- פגיעה בלתי מידתית בכבוד האדם ובזכות לקורת גג כחלק ממנה;
- הליך חקיקה שאינו עומד בדרישת Due Process חקיקתי, הנדרש ומתחייב בנסיבות העניין;
- חקיקה ראשית המסתירה את תכליתה האמיתית והנגועה גם בשרירות והפליה;
- הליך חקיקה לקוי ופסול מן היסוד;

3. הערת יסוד שיש להביאה כבר עתה, גם כדי להדוף טענות שלבטח יבואו מן המשיבים (או חלקם), היא כי העותרים משתייכים עתירתם אך ורק על טענות משפט שבחוקה ובחוק וכי נמנעו במודע ובמכוון

<sup>3</sup> ס"ח 2209, 10.8.09, עמ' 318.

<sup>4</sup> ככל הידוע לעותרים טרם נחתם הסכם קיבוצי המסדיר את זכויותיהם של עובדי מינהל מקרקעי ישראל ולכן ובהתאם להוראת סעיף 49(ב) לתיקון מס' 7 – חלק מן ההוראות שיש להן השלכה על זכויות העובדים, ושהיו אמורות להיכנס לתוקף בתאריך 1.1.2010 טרם נכנסו לתוקף.

מהבאת טענות בעלות אופי אידיאולוגי, היסטורי או המשקף תפיסת עולם מסוימת. יחד עם זאת, הרקע ההיסטורי והאידיאולוגי מובאים כרקע להבנת ההכרעה החוקתית שקיבלה הכנסת, כרשות המכוננת, עת קבעה את עיקרון היסוד של בעלות ציבורית על משאב הקרקע ואסרה על העברת בעלות במקרקעי ישראל.

4. הניתוח החוקתי במסגרת עתירה זו מיוסד על בחינת החוק מתוכו, בהתעלם מרבדים אחרים, כדוגמת הסדרים של חקיקת משנה, הנחיות פנימיות, החלטות מועצת מקרקעי ישראל או הסדרים חוזיים – שהרי אלו אינם יכולים לתקן פגמים חוקתיים או לרפאם בכל דרך אחרת. דרך הבחינה תואמת את הדוקטרינה שעוצבה ויושמה במסגרת בג"צ 2605/05, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.09).

## תמצית העתירה

### תמצית הרקע העובדתי

5. עתירה חוקתית זו ענינה חקיקה ראשית – תיקון מס' 7 לחוק מינהל מקרקעי ישראל, שחלק מהוראותיו - סעיפים 9, 10, 12 ו-13 מהווים תיקונים לחוק מקרקעי ישראל, התש"ך – 1960 (להלן – "חוק מקרקעי ישראל") ולחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך – 1960 (להלן – "חוק מינהל מקרקעי ישראל"). יודגש, כי חוק יסוד: מקרקעי ישראל לא תוקן ולא שונה במסגרת תיקון מס' 7.

6. הוראות סעיפים 9, 10, 12 ו-13 של תיקון מס' 7 עומדות בסתירה חזיתית להוראת סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל הקובעת כציווי חוקתי איסור העברת בעלות במקרקעי ישראל:

### "איסור העברת בעלות"

1. מקרקעי ישראל, והם המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת."

7. הוראת סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל אימצה את העיקרון של בעלות ציבורית-מדינתית על הקרקע ועיגנה אותו כציווי חוקתי מחייב, שלא ניתן לשנותו או לסתור אותו בחקיקה ראשית.

8. תיקון מס' 7<sup>5</sup> מחולל שינוי מהותי ודרמטי במשטר הקרקעי במדינת ישראל, תוך פגיעה אנושה בעיקרון החוקתי של בעלות ציבורית-מדינתית על הקרקע. תיקון מס' 7 מסיט את מרכז הכובד של המשטר הקרקעי במדינת ישראל – ממשטר של בעלות ציבורית-מדינתית על משאב הקרקע למשטר בו יוצרו איים גדולים ומשמעותיים של בעלות פרטית על הקרקע בהם יחזיקו "ברוני קרקעות" מודרניים – תוך שלילת השימוש וההנאה ממשאב הקרקע מן הציבור בכללותו ותוך השאת רווח ממשאב זה לעצמם ושלילתו מן הציבור.

9. העברת הבעלות על מקרקעי ישראל (לידיים פרטיות) כתוצאה מתיקון מס' 7 – לא מוגבלת אך לבעלות פרטית על זכויות בדירות מגורים בבניה רוויה (חלף חכירה מהוונת לדורות)<sup>6</sup> ובניגוד למוצג

<sup>5</sup> בהמשך העתירה נתייחס לתיקון מס' 7 – כאשר כוונתנו לסעיפים מס' 9, 10, 12 ו-13, אלא אם כן צוין או פורט אחרת.  
<sup>6</sup> יצוין כי בשנת 2005, במסגרת הדין וחשבון של הוועדה הציבורית לרפורמה במינהל מקרקעי ישראל (ועדת גדיש) (2005), המליצו רוב חברי הוועדה על המשך משטר החכירה, ורק מיעוט מבין חברי הוועדה המליצו על העברת בעלות, וגם זו, אך ורק בדירות מגורים בחכירה מהוונת לדורות.

על ידי הממשלה ומינהל מקרקעי ישראל – אלא מתפרשת ומתפשטת כגידול ממאיר גם להעברת בעלות מסיבית ובלתי מבוקרת במקרקעי ישראל שהם קרקע בלתי מפותחת ופתוחה במהותה; זאת בהיקפים ניכרים מאד, כפי שנראה בפירוט בגוף העתירה.

10. תיקון מס' 7 עומד בסתירה חזיתית כאמור לצו החוקתי שעוגן ונקבע על ידי הכנסת כרשות מכוונת בסעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, לפיו הבעלות במקרקעי ישראל לא תועבר. להלכה ולמעשה תיקון מס' 7, מהווה שינוי לעיקרון החוקתי ובכל מקרה עולה כדי פגיעה חמורה בעיקרון זה.

11. חוק יסוד: מקרקעי ישראל הינו הבסיס והמסד החוקתי למדיניות הקרקעית של מדינת ישראל. חוק היסוד מהווה את אחד מתווי האופי הייחודיים של זהותה המוסרית והחברתית של המדינה, בהיותה מדינה השואפת לקיים חברה צודקת ושוויונית ברוח חזונו של נביאי ישראל.

12. כבר בשנת 1960, הוצב חוק היסוד כעמוד תווך במערך חוקי היסוד של המדינה, וזאת לאחר למעלה מעשור של דיונים מקיפים וויכוחים בממשלה ובכנסת בנושא המשטר הקרקעי. חוק היסוד אימץ את המדיניות הקרקעית של התנועה הציונית, ושל מנהיגיה והוגיה מרחיקי הראות, שהייתה נהוגה לאורך עשרות שנים לפני קום המדינה<sup>7</sup> וכן את תרגומו המודרני של העיקרון המקראי – "וְהָאָרֶץ לֹא תִמְכַּר לְצַמְתָּת כִּי לִי הָאָרֶץ"<sup>8</sup> – והפך מדיניות זו לחלק מחוקתה המתהווה של מדינת ישראל.

13. תכליתה העיקרית של הבעלות הציבורית על מקרקעי ישראל הינה הבטחת השימוש והזמינות של משאב הקרקע לטובת הקיום הלאומי והמדיני של מדינת ישראל על מגוון המשמעויות החברתיות, הביטחוניות, הכלכליות והסביבתיות שלו. בנוסף מגלם עיקרון הבעלות הלאומית הכרעה ערכית וְחֻקְתִּית לפיה משאב הקרקע הינו "מוצר ציבורי" מובהק שנועד לשמש לרווחת הכלל הן בהווה והן כפיקדון השמור לרווחת הדורות הבאים.

14. עיקרון הבעלות הציבורית נועד למנוע מצב בו מקרקעי ישראל הופכים לסחורה עוברת לסוחר המשמשת להפקת רווח בידי של מאן דהוא, על חשבון הכלל ותוך הפקעת המשאב היקר מן הכלל והדרתו ממנו. תכלית זו עמדה לנגד עיני המחוקק והמכוון לפני 50 שנים, וגם היום, שנות יובל לאחר מכן היא תקפה, חיה ורלבנטית יותר מתמיד.

15. יש לצפות כי המשיבים יטענו כי המדובר בהוראה "הצהרתית" או שמא "חגיגית" שאין מאחוריה תוכן של ממש. יש לדחות טענה מופרכת זו. הן מכיוון שמדובר בהוראה חוקתית מהותית והן לאור ההצדקות העקרוניות המחייבות אותה, הרלוונטיות וחיות היום, אולי אף יותר משהיו לפני כ-50 שנה.

16. למרות האמור, ממשלת ישראל ה-32 גמרה אומר לפעול בניגוד לצו החוקתי תוך שהיא מנסה למחוק ביד גסה את תו האופי הייחודי הזה של הצינונת, וזאת על ידי פגיעה בעיקרון החוקתי ושינוי המדיניות הקרקעית, כך שיתאפשר להעביר בעלות בהיקף ניכר של מקרקעי ישראל (לרבות קרקעות שיעודן איננו מגורים) לידיים פרטיות, יהיו אשר יהיו.

<sup>7</sup> גם בתקופת השלטון העותמני נהגה הבעלות הציבורית על הקרקע – שחלה על כל הקרקעות מסוג מירי – שהיו הלכה ולמעשה מקרקעי ציבור שלא ניתן לרכוש בהם בעלות. ראו: י. ויסמן, עד אנה ישלטו בנו חוקי הקרקעות העותמאניים, משפטים יב, תשמ"ב, 3, 15. המאמר מצורף במלואו לכרך האסמכתאות לעתירה זו, ומסומן "2". פליאה אלבק, רן פליישר, דיני מקרקעין בישראל, 2005, 47.

<sup>8</sup> ויקרא, כ"ה, כ"ג. פרק כ"ה לספר ויקרא מצורף לכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "3".

17. למהלך זה היבט עקרוני ומהותי נוסף, שהוא בבחינת תמונת מראה של הקניית זכות בעלות: המדובר על העברת למעלה מ-800,000 חוכרים, המהווים את הרוב המוחלט מכלל החוכרים במקרקעי ישראל, ממשטר החכירה למשטר בעלות; כלומר הפיכת החוכרים למיעוט בטל בשישים.

18. לממשלה אצה הדרך לפגוע בעיקרון החוקתי המעוגן בחוקתנו כ-50 שנים. העברת בעלות מסיבית ובלתי מבוקרת במקרקעי ישראל נחשבה על ידי הממשלה, כך נראה, כמשימה דוחקת ודחופה, עד כדי כך שלא ראתה לנכון לפעול בדרך המלך, ולנסות לשנות את חוקתה של המדינה האוסרת על פעולה זו. פעולה מסוג זה הייתה גוררת, ודאי, תשומת לב ודיון ציבורי נרחב וראוי. במקום זאת, בחרה הממשלה בדרך הפעולה של הסתרת מהותם האמיתית של החקיקה כמעין "גנבים בלילה", בניסיונה הלא-חוקתי להרחיב חריג צר ומדוד ובעל תכלית תחומה בגדרו של חוק היסוד, בדמות היתר חריג למכירה, לכדי הפרטת כל המקרקעין הזמינים לשימוש בישראל לעשרות השנים הבאות, ולהעברת הבעלות לרוב המוחלט של החוכרים הקיימים במקרקעי ישראל, כפי שיפורט להלן בגוף העתירה.

19. החקיקה האמורה המכניסה כאמור שינויים בחוק מקרקעי ישראל ובחוק מינהל מקרקעי ישראל, מרחיבה באופן משמעותי וחריג הן את היקפי הקרקע והן את סוגי יעודי הקרקע העשויים להיות נשוא להעברת בעלות.

20. השינוי הכמותי, המאפשר העברת בעלות בכל רזרבות הקרקע הזמינות לפיתוח ולשימוש בעשרות השנים הבאות, מהווה שינוי איכותי ומרוקן את חוק היסוד מתוכנו ומעיקרו. יותר מכך, העברת הבעלות לידיהם של כל החוכרים הקיימים במקרקעי ישראל (מעל 800,000), למעט אחוז קטן של החוכרים (כ-10%)<sup>9</sup>, וכן החובה לבצע הקצאות קרקע עתידיות בדרך של מכר בלבד, מהווה שינוי ברור של השיטה האגררית הנוהגת בישראל מזה חמישים שנה בהתאם להוראות חוק היסוד ועל כן מהווה מהפכה רבת. כל זאת נעשה באופן עמום, בלתי מבוקר ותוך פגיעה בשורת עקרונות חוקתיים מוגנים, כפי שיפורט בעתירה.

21. בחפזון ל-"שחרר" את מקרקעי ישראל מעולה של הבעלות הציבורית (מדינת ישראל, רשות הפיתוח וקק"ל) לא טרחו הממשלה והכנסת להתוות את קווי המדיניות החדשה, ופרט לפריצת הסכר אין בחקיקה האמורה כל הסדרים ראשוניים המתווים את דרכה של רשות המקרקעין החדשה, תנאים לפעולתה, הגדרות מחייבות ועוד חוסרים מהותיים נוספים, בבחינת "אחרינו המבול".

העותרים, נאבקו כנגד כוונתה זו של הממשלה (בתקופת 100 הימים מכינון הממשלה ועד החקיקה בכנסת ישראל), ופניותיהם ובקשותיהם לקיים הליך ראוי, מקיף ומעמיק לבחינת כל השלכות תוכניתה של הממשלה, נפלו על אוזניים ערלות, ועל אף שהסבו את תשומת לבם של המחוקקים לתקלה החמורה של שינוי (ולמצער פגיעה) בחוקה בחקיקה רגילה, נאלצים העותרים לפנות לבית משפט זה ולבקש עתה סעד של הכרזה על בטלותם של אותם סעיפים בחוק (ויתר הסעדים שפורטו בפתיח לעתירה), משראו, לחרדתם, כי החקיקה החדשה קורמת עור וגידים ועולה עלי ספר החוקים של מדינת ישראל.

<sup>9</sup> על פי דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל לשנת 2007, עמ' 60, נמצא כי במינהל רשומים 962,926 משתכנים, מתוכם 874,349 בחכירה מהוונת. נתון זה לא עולה בקנה אחד עם הנתון אשר הוצג במצגת מנהל מינהל מקרקעי ישראל בועדת הכלכלה ב-3 ליוני 2009, ונדון בה בהמשך, שם מדובר על 808,424 חוכרים בחכירה מהוונת. בשל הפער הזה ניתן לומר כי אחוז החוכרים אשר יוותרו בחוזה חכירה מול המינהל עומד על 10%-15% מהיקף החוכרים כיום. עמ' 60 לדו"ח פעולות המינהל מצורף גם לכרך האסמכתאות לעתירה זו, ומסומן "4".

22. עתירה זו נתמכת בתצהיריהם של מר פסח האוספטר ומר שני אורן, הבקיאים בכל העובדות נשוא העתירה וכן בחוות הדעת הכלכלית של ד"ר אליהו בורוכוב המנתחת היבטים כלכליים הנוגעים למשאב הקרקע וכן לסוגיות כלכליות מהותיות העולות בגדר עתירה זו.

### העותרים

23. חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7) – התשס"ט-2009 (להלן "תיקון מס' 7" או "התיקון") התקבל בכנסת בתאריך 3 לאוגוסט 2009. מדינת ישראל, אשר קבעה בחוקתה את עיקרון הבעלות הציבורית על מקרקעי ישראל כתו אופי מרכזי בזהותה ומבנה, התעוררה בבוקר שלאחר התיקון וגילתה כי שונו פניה והעיקרון החוקתי שונה ולמיצער נפגע קשות.

24. העותרים הינם גופים המייצגים את מנעד העמדות בחברה הישראלית אך מאוחדים בדעתם כי תיקון מס' 7 הפגיעה החוקתית הגלומה בו ודרך קבלתו מהווים סכנה לקיומה, מהותה ודרכה של מדינת ישראל. בהיותם גופים חינוכיים, התיישבותיים וחברתיים ראו לעצמם חובה למחות, להתריע ולעשות ככל יכולתם על מנת למנוע בואו לעולם.

א. העותרת מס' 1: **תנועת דרור ישראל**. תנועת דרור ישראל הינה תנועה חברתית, חינוכית, שיתופית וציונית ולה עשרות מפעלים חינוכיים והתיישבותיים ברחבי הארץ. התנועה נוסדה בשנת 2006 על ידי חברי תנועת הבוגרים של הנוער העובד והלומד. בשם התנועה מגישה את העתירה עמותת יסודות לצמיחה דרור.

ב. העותרת מס' 2: **הנוער העובד והלומד**. תנועת נוער ציונית-חלוצית, נוסדה ע"י נערים עובדים בשנת 1924, ליד הסתדרות העובדים הכללית. לתנועה קנים וסניפים בכל מגזרי החברה הישראלית; בעיר, בקיבוץ, בכפר ובמושב, בקרב האוכלוסייה היהודית, הערבית, הדרוזית והבדווית. בתנועה עשרות אלפי חניכים.

ג. העותרת מס' 3: **המחנות העולים**. תנועת נוער ציונית-חלוצית, הוקמה בשנת 1926 ע"י חבורת נערים ונערות, כתנועת הנוער הלומד הראשונה בארץ ישראל. לתנועה עשרות מחנות ובהם אלפי חניכים, ברחבי הארץ.

ד. העותרת מס' 4: **השומר הצעיר**. השומר הצעיר הינה תנועת הנוער הציונית הראשונה בעם היהודי אשר הוקמה באירופה בשנת 1913 על ידי קבוצת נערים יהודים. כיום מהווה תנועת השומר הצעיר מסגרת חינוכית-ערכית לאלפי בני נוער בכל רחבי הארץ ומכל רבדי החברה הישראלית – יהודים וערבים, צברים ועולים חדשים. התנועה מחנכת ופועלת למען ערכים של ציונות, צדק חברתי, שוויון, שלום ודמוקרטיה.

ה. העותרת מס' 5: **טבע עברי**. עמותה המורכבת מדתיים וחילונים, פעילי סביבה ואנשי רוח ומעש, ששמו לעצמם למטרה לקדם אחריות סביבתית-יהודית בישראל. העמותה עוסקת בפיתוח תוכניות מנהיגות, בתי מדרש, ימי עיון והדרכת קבוצות לומדות בנושא הקשר בין יהדות וסביבה.

ו. העותרת מס' 6: **חוג הפרופסורים לחוסן מדיני וכלכלי**. הוקם בשנת 1988. עמותה אל-מפלגתית של אקדמאים המאוחדים בדאגה לביטחונה של מדינת ישראל ולציונה היהודי. חברי החוג הם פרופסורים, חוקרים ומדענים הפעילים במוסדות אקדמיים רבים במגוון תחומים. החברות בחוג פתוחה לבעלי תואר דוקטור מן המגזר הפרטי והציבורי.

ז. העותר מס' 7: **המטה השיתופי**. המטה השיתופי הוא גוף משותף לתנועות הקיבוציות ולזרם השיתופי, הוקם בשנות ה-2000 במטרה לטפח את הרעיון השיתופי בתנועות הקיבוציות ולחזק את הקיבוצים השיתופיים.

ח. העותרים מס' 8, 9, ו-10 הם חברי כנסת שהתנגדו לתיקון מס' 7 במהלך חקיקתו בכנסת.

## המשיבים

25. המשיבים הינם הגופים הממלאים תפקידים שונים בהקשר של מדיניות המקרקעין במדינת ישראל על כל רבדיה, החל ברשות המחוקקת, המשך ברשות המבצעת על זרועותיה, וכבעלים של מקרקעי ישראל.

א. המשיבה מס' 1 היא **ממשלת ישראל** "היא הרשות המבצעת של המדינה" (כקבוע בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה) והיא האחראית לביצועה כדין של חקיקת הכנסת, לרבות חוקי היסוד.

ב. המשיב מס' 2, **שר הבינוי והשיכון**, הוא השר הממונה על ביצועם של חוק מקרקעי ישראל וחוק מינהל מקרקעי ישראל ובמסגרת סמכותו זו הוא אמור לשקוד גם על קיום ואכיפת הציוויים החוקתיים והתכליות שבחוק יסוד: מקרקעי ישראל.

ג. המשיב מס' 3, **מינהל מקרקעי ישראל (רשות מקרקעי ישראל) – החל מתאריך 1.1.2010**, הוא הממונה בפועל על ביצועם של חוק מקרקעי ישראל וחוק מינהל מקרקעי ישראל

ד. המשיבה מס' 4, **מועצת מקרקעי ישראל**, היא המופקדת על קביעת המדיניות הקרקעית שמחייבת את מינהל מקרקעי ישראל (ואת רשות מקרקעי ישראל חליפתו החל מתאריך 1.1.10).

ה. המשיב מס' 5, **היועץ המשפטי לממשלה**, הוא המופקד על שמירת ואכיפת שלטון החוק בכלל ועל קיום רוחם ותכליתם של חוקי היסוד המהווים פרקים בחוקתה של מדינת ישראל.

ו. המשיבות מס' 6, 7 ו-8, **מדינת ישראל, רשות הפיתוח וקוון קיימת לישראל**, צורפו בהיותן הבעלים של מקרקעי ישראל – כהגדרתם בחוק יסוד: מקרקעי ישראל. מקרקעי ישראל מהווים 93% משטחה של המדינה<sup>10</sup>.

ז. המשיבה מס' 6 – מדינת ישראל היא הבעלים של כ-14,439,000 דונם קרקע – המהווים כ-69% מסך כל הקרקע בישראל<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> הנתונים בדבר היקפי השטח והבעלות נלקחו ממחקרן של פרופ' רות גביזון ואסנת גריידי-שוורץ, "חומר רקע לדיון בסוגיית ההסדרה החוקתית של נושאי מקרקעין והתיישבות" (להלן – "גביזון וגריידי-שוורץ, ההסדרה החוקתית של נושאי מקרקעין והתיישבות"), טבלה מס' 1: התפלגות הבעלויות במקרקעין המוסדרים, עמ' 11. המחקר מפורסם באתר של ועדת חוקה, חוק ומשפט בתוך אתר הכנסת בכתובת האינטרנט: [http://www.huka.gov.il/wiki/material/data/H02-10-2005\\_8-56-01\\_hityashvut.doc](http://www.huka.gov.il/wiki/material/data/H02-10-2005_8-56-01_hityashvut.doc)

<sup>11</sup> הנתונים שהן מציגות מבוססים על נתונים רשמיים שנמסרו להן על ידי מינהל מקרקעי ישראל בשנת 2004. המחקר מצורף במלואו לכרך האסמכתאות ומסומן "5".  
<sup>11</sup> שם, שם.

ח. המשיבה מס' 7 היא גוף מאוגד שהוקם מכח חוק רשות פיתוח (העברת נכסים), תשי"ז-1950. רשות הפיתוח הבעלים של כ-2,506,000 דונם קרקע – המהווים כ-12% מסך כל הקרקע בישראל<sup>12</sup>.

ט. המשיבה מס' 8 היא קרן קיימת לישראל. הקרן הקיימת לישראל נוסדה כחברה אנגלית על בסיס חזונם של אבות הציונות לרכישת אדמות ארץ ישראל לשם ישובה, פיתוחה וטיפוחה על ידי העם היהודי. כיום רשומה קרן קיימת לישראל כחברה פרטית בישראל. חוק קרן קיימת לישראל, תשי"ד-1953 הסדיר את הקמת קרן קיימת לישראל כחברה הרשומה בישראל והעברת הזכויות והסמכויות שהיו בידי החברה שנתאגדה באנגליה לידי החברה שנתאגדה ונרשמה בישראל.

בשנת 1961 נכרתה האמנה שבין מדינת ישראל לבין קרן קיימת לישראל והסדירה את ניהול קרקעות קק"ל בידי המדינה באמצעות מינהל מקרקעי ישראל.

י. הקרן הקיימת היא הבעלים של כ-2,563,000 דונם קרקע – המהווים כ-12% מסך כל הקרקע בישראל<sup>13</sup> הקרן הקיימת היא בעלים של כמחצית מכלל הקרקע החקלאית בישראל<sup>14</sup>.

על פי תזכיר ההתאגדות של קק"ל לא ניתן למכור את מקרקעי הקק"ל, שכן קק"ל פועלת כנאמן עבור העם היהודי כולו. על מנת לעקוף את איסור המכירה הקבוע בתזכיר ההתאגדות של קק"ל ולהעביר את קרקעות העם היהודי לידיים פרטיות במסגרת תיקון מס' 7 נשוא העתירה, התקשרה המדינה בהסכם עם קק"ל הקובע כי כל אדמות קק"ל אשר מיועדות להימכר בידי רשות המקרקעין לידיים פרטיות יועברו קודם למדינת ישראל. בתמורה תקבל הקק"ל שטחים בלתי מפותחים בנגב ובגליל וכן את ההכנסות בגין מכירת קרקעותיה שהועברו למדינה. בפשטות, המדובר בהעברת מקרקעי הקק"ל לידיים פרטיות תוך שימוש במדינה כמתווך – שנועד לכאורה להתגבר על איסור העברת הבעלות במקרקעי הקק"ל. נושא זה אינו מעניינה של עתירה זו. בימים אלו תלויים ועומדים בבית המשפט המחוזי בירושלים, מספר הליכים משפטיים התוקפים את עצם סמכותה ואפשרותה (שלא לומר חוסר הסמכות והעדר האפשרות) של קק"ל להתקשר בהסכם להפרטת קרקעותיה וכן את ההליכים בחברה שהובילו לאישורו של הסכם זה באסיפה הכללית<sup>15</sup>. יצוין כי בה"פ (מחוזי ירושלים) 8259/09 דיאמנט נ' קק"ל ניתן צו מניעה זמני כנגד יישומו של הסכם המכירה עד להכרעה בתובענה ובכלל עתידו של ההסכם המדובר לוטה בערפל משפטי כבד.

יא. המשיבה מס' 9, **הכנסת**, היא הרשות המחוקקת והמכוננת. צירופה נעשה בהתאם להוראות סעיף 17(ג) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, וברוח החלטות בית משפט זה עת מובאת בפניו עתירה המעוררת שאלה חוקתית. ר' בג"צ 2605/05, המרכז האקדמי

<sup>12</sup> שם, שם.

<sup>13</sup> שם, שם.

<sup>14</sup> הנתון הזה נלקח מתוך מאמרו המקיף של יהושע וייסמן, "מקרקעי ישראל", ספר לנדוי, כרך שלישי, חלק שני, הוצאת בורסי, תשנ"ה, עמ' 1249. המאמר מצורף במלואו לכתב האסמכתאות ומסומן "6".

<sup>15</sup> ה"פ (מחוזי י-ם) 8259/09 צופיה דיאמנט נ' קק"ל, ה"פ (מחוזי י-ם) 8304/09 אורי בנק נ' קק"ל ות.א. (מחוזי י-ם) 3351/09 וידרמן נ' קק"ל.

למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר – (טרם פורסם, החלטה מתאריך 18.6.06).

### תמצית הטיעון המשפטי

26. **תיקון מס' 7 מהווה שינוי של חוק יסוד: מקרקעי ישראל ועל כן דינו בטלות.** תיקון מס' 7 עולה בגדר שינוי (ולמעשה ריקונו מתוכן) חוק יסוד בחוק רגיל – שינויו של סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל הקובע את איסור העברת הבעלות במקרקעי ישראל ועיקרון הבעלות הציבורית על הקרקע, באמצעות חוק "רגיל" – על ידי תיקון סעיף 7(2) לחוק מקרקעי ישראל ופריצת גבולו – העברת בעלות מהותית, מסיבית ובלתי מבוקרת של מקרקעי ישראל, אשר באופן מעשי משמעותה החלפת המשטר האגררי הנוהג של חכירה לדורות במשטר של בעלות פרטית – בסתירה חזיתית לעקרון היסוד שבחוק היסוד.
27. **תיקון מס' 7 מרוקן מתוכן, הלכה ולמעשה, את הוראת היסוד המכוננת של חוק-יסוד: מקרקעי ישראל.** סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל קבע כך:

#### "איסור העברת בעלות"

1. מקרקעי ישראל, והם המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת."
- תיקון מס' 7 מאפשר את העברת הבעלות בכל מקרקעי ישראל המבוניים והזמינים לפיתוח עירוני (והרבה מעבר לכך) ומעקר ומייתר את העיקרון החוקתי הברור. נאמר כאן בתמצית, ובהמשך בהרחבה, כי תיקון מס' 7 מונע את קיום התכליות החינוכיות והרלוונטיות, היום יותר מתמיד, של חוק יסוד מקרקעי ישראל ועל כן מהווה שינוי מובהק של חוק היסוד באמצעות חקיקה רגילה.
28. **מעבר לשינוי של חוק היסוד, תיקון מס' 7 צופן בחובו גם פגיעות מרובות בחוק היסוד.** כפי שיובהר בהרחבה בהמשך חוק יסוד: מקרקעי ישראל הוא חוק מבני, שאינו מכיל פסקת הגבלה. על כן לא ניתן לפגוע בו באמצעות חוק רגיל, ועל כן דינה של כל פגיעה כאמור - בטלות.
29. אחת הפגיעות בחוק יסוד: מקרקעי ישראל באמצעות התיקון נובעות מהוראת סעיף 13(2)(ב) לתיקון מס' 7, בגדרו הורחב ההיתר להעברת בעלות בקרקע – מהיתר להעברת היקף קטן של קרקע לכדי היתר להעברת בעלות בקרקע בהיקף שהוא למעלה מכפליים השטח הזמין לפיתוח עירוני במדינת ישראל וכן העברת הבעלות לכלל החוכרים הקיימים (למעט החוכרים בקרקע חקלאית). ובכך נוצר מצב בו ההיתר-החריג בולע את הכלל ופוגע בהוראות חוק היסוד.
30. שינוייה של הגדרת "קרקע עירונית" במסגרת סעיף 13 לתיקון מס' 7 משנה את סיווג המקרקעין האמורים להיות נשוא להעברת בעלות באופן קיצוני ומרוחק ביותר מתוכנה המקורי של ההגדרה. במקור, בחוק מקרקעי ישראל, הוגדרה קרקע עירונית כך: **"מקרקעין הנמצאים בתחומי שטח תכנון עיר, להוציא תכנון גלילי."** ולאחר התיקון היא מוגדרת כך: **"קרקע עירונית" – קרקע שיעודה לפי תוכנית שניתן להוציא מכוחה היתר בנייה, לפי חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, הוא למגורים או לתעסוקה. "תעסוקה" – תעשייה, מלאכה, משרדים, מסחר, תיירות או מלונאות, למעט חקלאות או גידול בעלי חיים.** נקל לראות, במקום ההגדרה המצמצמת המקורית, המגדירה באופן פוזיטיבי כקרקע עירונית רק קרקע בתחומי שטח תכנון עיר, מופיעה ההגדרה החדשה, הגורפת לתוכה מגוון רחב של ייעודי (סוגי) קרקע והכוללת גם את ייעוד התעסוקה (בנוסף למגורים), והופכת

את מרבית מקרקעי ישראל לקרקע העלולה להיות נשוא להעברת בעלות, ובכלל זאת גם שטחים פתוחים וכפריים במהותם. גם שינוי זה הינו הרחבה גסה לפירצה בגדר, ופגיעה מהותית בחוק היסוד.

31. מנגנון "הקניית הבעלות" שנוצר מכח סעיפים 9 ו-10 לתיקון מס' 7 (המהווים תיקונים או הוספות של סעיפים 4-זכב לחוק מינהל מקרקעי ישראל) אינו בא כלל בגדר העסקאות להן ניתן היתר בסעיף 2 לחוק מקרקעי ישראל, שהן בבחינת העסקאות עליהן לא חלה הוראת סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, ועל כן דינו בטלות.

32. תיקון מס' 7 הינו חקיקה החסרה חוסר מהותי בהסדרים ראשוניים ועל כן דינה בטלות. בחפזון "לשחרר" את מקרקעי ישראל מעולה של הבעלות הציבורית (מדינת ישראל, רשות הפיתוח וקק"ל) לא טרחו הממשלה והכנסת להתוות את ההסדרים המהותיים המתחייבים וקווי המדיניות החדשה, ופרט לפריצת הסכר אין בחקיקה האמורה כל הסדרים ראשוניים המתווים את דרכה של רשות המקרקעין החדשה, תנאים לפעולתה והחלטותיה, הגדרות מחייבות ועוד חוסרים מהותיים נוספים.

33. תיקון מס' 7 הינו פגיעה קשה, שתכליתה לא ראויה והיא בלתי מידתית בקניין הכלל, קניין שנקבע כקניין הכלל בגדר הוראת סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל והמהווה קניין המוגן חוקתית לפי הוראת סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן דינו בטלות.

34. הפגיעות החמורות בחוק יסוד: מקרקעי ישראל אינן עומדות במבחן פסקת ההגבלה, באם תוחל בדרך שיפוטית. זאת משום שהפגיעות אמנם מתקבלות בחוק, אך הן אינן עולות בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, תכליתן אינה ראויה, והן בלתי-מידתיות.

35. בהליך חקיקת תיקון מס' 7 נפלו פגמים היורדים לשורש הליך החקיקה ובכוחם לאין את המהות הדמוקרטית של התהליך הפרלמנטארי. הניסיון להעביר חקיקה כה דרמטית בפרק זמן כה קצר, תוך הצמדתו להליך הפגום של "חוק ההתייעלות הכלכלית" (שמו העכשווי של "חוק ההסדרים"), קצב הדיונים בועדת הכלכלה, התשתית העובדתית החסרה מהותית והלקויה עליה התבססו הדיונים בהצעת החוק ובמיוחד אי הבאת העובדות לאשורן בפני המחוקק בדברי ההסבר להצעת החוק אכן איינו את יכולת הדיון – היא מהות הדמוקרטיה הפרלמנטארית – ומהווים פגמים המצדיקים את ביטול החוק, ולמצער, מעידים על תוכנו שאיננו חוקתי.

36. מסיבות אלו, כולן יחד וכל אחת לחוד, עולה כי יש ליתן את הסעדים כמפורט בפתיח לעתירה ובכללם לקבוע ברורות כי דינם של סעיפים מס' 9, 10, 12 ו-13 לתיקון מס' 7 בטלות.

## המסגרת העובדתית

### קרקע היא משאב ייחודי ונדיר

37. לא ניתן להפריז בחשיבות וייחודיות הקרקע כמשאב, וכל אחת ואחד מאיתנו מכירים בכך באופן בלתי-אמצעי ויומיומי. הקרקע, כמו אוויר, כמו מים, הינה יסוד הקיום האנושי. יש האומרים "האדם – תבנית נוף מולדתו", ועמי העולם כולם נצרפו בדיוק כך, בכור מחצבת שטח גיאוגרפי מסוים ומובהק, על גבעותיו, עמקיו וצמחייתו<sup>16</sup>.

38. משחר ההיסטוריה מובילות מחלוקות על קרקע לעימותים אלימים בין שבטים, עמים ומדינות, ובשם בעלות על קרקע וזכויות היסטוריות על שטחים שונים יוצאים בני אדם להילחם זה בזה, לקטול ולהיקטל, לעתים בהמוניהם. בשל כך נקשרת לאדמה הילה מיסטית, ואנו מכירים בשפתנו את הביטויים: "אדמה קדושה", "אדמה ספוגת-דם", "אדמת מולדת" ו-"אמא אדמה".

39. חברות ותקופות היסטוריות נבדלות זו מזו בדרכי החלוקה של משאב זה ובאופן השימוש בו; אופי החזקה על הקרקע והשימוש בה בתקופה הפיאודלית שונה בתכלית לעומת אופי החזקה על הקרקע והשימוש בה לאחר המהפכה התעשייתית. וכבר נאמר שלא הייתה מהפכה בתולדות החברה האנושית אשר לא הושלמה בחלוקה מחדש של משאב זה.

40. וכל כך למה? משום שהקרקע, ממנה אנו ניזונים, ועליה אנו חיים, הינה משאב שהיקפו נתון, קבוע, ידוע ושלא ניתן להגדילו – למעט באמצעות הרחבת הטריטוריה או באמצעים חריגים<sup>17</sup> ומוגבלים בהיקפם. גם חידוש והגברת ניצול משאב הקרקע היא מוגבלת וקשה ביותר<sup>18</sup>.

41. במדינת ישראל משאב הקרקע הוא מצרך חיוני ומוגבל המצוי במחסור מובהק, האמור לספק מגוון רב של צרכים בסיסיים:

**א. מגורים – כולל קורת גג ודיור בר השגה לכלל תושבי המדינה וכן סיפוק צורכי הדיור של עולים חדשים;**

**ב. חקלאות;**

**ג. תעשייה, מסחר ושירותים;**

**ד. תיירות ונוף;**

**ה. ביטחון;**

**ו. שימור ויצירת שטחים ירוקים;**

42. אדריכל שמאי אסיף, ראש מינהל התכנון במשרד הפנים, מדבר על משאב הקרקע בישראל במונח "ארץ מלאה" ועל היותו משאב נדיר<sup>19</sup>:

<sup>16</sup> ראו גם בעניין זה שירו של Woody Guthrie – "This Land is your Land" – המתאר את נופי הטבע והפרא של המרחבים הפתוחים של ארצות הברית. מובא במלואו אצל Scott Lehmann, Privatizing Public Lands, Oxford University Press, 1995, p. 3.

<sup>17</sup> כדוגמת יבוש ימים ואגמים - כפי שנעשה בהולנד (יבוש ים) או הקמת איים מלאכותיים – כפי שנעשה בדובאי.

<sup>18</sup> כוונתנו לניצול מוגבר של קרקע מפותחת חלקית – כדוגמת פרויקטים מסוג בינוי-פינוי – שמורכבותם רבה והיתכנותם נמוכה, ככלל.

"אנחנו נמצאים ב"ארץ מלאה". תכנית שרון 1951, פגשה ארץ שבתפיסה הייתה "ארץ ריקה", המגמה הייתה למלא את הארץ, לפזר בתוכה התיישבות בל מקום ומקום שניתן.

... באה ישראל 2020, ושמה על השולחן בצורה מאוד ברורה את נדירות הקרקע והיא אמרה בעצם "הארץ מלאה". יש בה כבר הרבה ישובים ויש בה המון אינטרסים."

43. מכאן עולה כי על המדינה לנהוג במשאב הקרקע משנה זהירות ובעיקר כי מוטלת עליה חובה לשמר ולטפח את משאב הקרקע כיסוד חיוני לקיום המדינה ולרווחת הדורות הבאים.

הדרך היעילה, הפשוטה והמוסרית ביותר לעשות כן היא על ידי בעלות ציבורית בקרקע תוך מתן זכויות החזקה ושימוש בקרקע לידיים פרטיות.

44. נקדים ונאמר כבר עתה, כי הכרעת הכנסת כרשות המכוננת עת חוקקה את חוק יסוד: מקרקעי ישראל, הייתה כי הבעלות על הקרקע תהא ציבורית-מדינית, עת קבעה כציווי חוקתי כי הבעלות במקרקעי ישראל לא תועבר.

45. חוק מינהל מקרקעי ישראל, (תיקון מס' 7), התשס"ט-2009 משנה בהינף קולמוס (ולמיצער פוגע) את הציווי החוקתי שקבעה הכנסת כרשות מכוננת, עת הוא מאפשר העברת בעלות בלתי מבוקרת ובהיקף ניכר ביותר של מקרקעי ישראל, וזאת תוך מתן אפשרות להעברת קרקע במגוון יעודים, ללא כל סייג או התניה של תכלית העברת הבעלות ובכלל זאת העברת בעלות לרוב המוחלט של החוכרים הקיימים.

46. עו"ד רחל זכאי, היועצת המשפטית (לשעבר) של מינהל מקרקעי ישראל גילתה דעתה על מעשה ההפרטה, במילים ברורות<sup>20</sup>:

"מדינת ישראל אינה משופעת בקרקע, כך שהרפתקה של התפרקות מהמשאב החיוני הזה והעברתו לידיים אחרות מסוכנת מדי. הצורך המשתנה בשימוש בקרקע אינו טעון הוכחה. החובה לשמור בידי המופקדים על כך את היכולת לתת מענה ליעדים לאומיים ממש חיונית, הן לנו והן לדורות הבאים. זה המקום להבהיר נקודה חשובה ביותר כדי שלא יהיה מקום לטעות: אם תופרט הקרקע היא לא תעבור לידי הציבור הרחב במתכונת של צדק חלוקתי. היא תעבור לידי בעלי הון שישלטו גם במשאב היקר והחשוב הזה. ..

הפרטה מן הסוג שכל כך מרבים לדבר עליה היא בעיני באמת רעיון עוועים שמשמעותו אחת – חיסול מקרקעי המדינה מתוך חוסר אחריות וחוסר ראייה של צורכי הדורות הבאים."

47. עד כמה חמורים הדברים, ומה היה הלך הרוח בממשלה ובעקבותיה בכנסת, אשר יצאו מתוך ההנחה המוטעית, כי אין בחקיקת תיקון מס' 7, כל "חיכוך" עם הוראות חוק היסוד, ניתן ללמוד מן

<sup>19</sup> דברים שנאמרו ביום עיון "הרפורמה בתכנון – לאן?!", מכון ירושלים לחקר ישראל, 2.11.09, תמליל הכנס נצפה בכתובת האינטרנט: [http://www.jiis.org.il/imageBank/file/conferences/epc/data/timlul\\_kenes.pdf](http://www.jiis.org.il/imageBank/file/conferences/epc/data/timlul_kenes.pdf), עמ' 5. הקטע מצורף גם לכרך האסמכתאות ומסומן "8".

<sup>20</sup> רחל זכאי, הפרטת מקרקעי ישראל אינה הפתרון, קרקע, הוצאת המכון לחקר מדיניות קרקעית ושימושי קרקע, 30.4.08. מצורף גם לכרך האסמכתאות לעתירה זו, ומסומן "9".

הויכוח המאלף והמטריד כאחד, בין ירון ביבי, מנהל מינהל מקרקעי ישראל (המביא פרשנות צרה ו"יצירתית" לחוק היסוד) לבין פרופ' יהושע ויסמן בכנס שהתקיים בעקבות חקיקת תיקון מס' 217:

"עדי ניב:

אני רוצה לעמוד על נקודה ששאל אותי קודם פרופ' יהושע וייסמן, ... האם אין סתירה בין כל מה שנעשה פה במסגרת התיקון לחוק, לבין חוק יסוד מקרקעי ישראל.

ירון ביבי:

התשובה פשוטה ביותר. בחוק יסוד מקרקעי ישראל כתוב שמקרקעי ישראל לא יעברו אלא בדרך של חכירה, עושה המשפט שכולם מכירים. החוק קצר מאד, אבל בסופו כתוב - 'אלא אם נקבע בחוק אחרת', ומכיון שהתיקון לחוק הוא חוק, אז נקבע בחוק אחרת. התשובה המשפטית היא נורא קצרה.

פרופ' יהושע ויסמן:

אני חושב שהתשובה לא יכולה להיות כל כך קצרה.

ירון ביבי:

זה ההבדל בין כלכלנים למשפטנים.

פרופ' יהושע ויסמן:

חוק יסוד מקרקעי ישראל קובע את העיקרון הכללי; במדינת ישראל לא רק מגדירים בעלות על מקרקעי ישראל: זה העיקרון הכללי. זאת הייתה השיטה שמחוקק רצה בה כשהוא חוקק את חוק יסוד מקרקעי ישראל. כאשר קבעו את הכלל הזה בכנסת, הרים אחד מחברי הכנסת את ידו, ושאל את אשכול המנוח: 'מה יהיה אם משקיע אמריקאי יהיה מוכן להקים בית חרושת בנגב, אבל רק בתנאי שתיתן לו בעלות? כי עם המושגים שלו בארצות הברית, הוא לא מוכן להשקיע כסף בקרקע אם הוא לא מקבל את הבעלות'. ענה לו אשכול 'אתה יודע מה? נקבע חריג. נקבע בחוק כ-100,000 דונם, תהיה מכסת קרקע שתעמוד לרשות המינהל ובה אפשר יהיה, אם יבוא משקיע כזה, להעניק לו את הבעלות'. במילים אחרות, ההוראה אותה הזכרת, 'אלא אם נקבע בחוק אחרת', הייתה אמורה להיות בבירור דבר חריג, יוצא דופן, במקרים נדירים. ולאן הביאה אותנו הרפורמה? למצב שבו כל התושבים בערי ישראל יקבלו בעצם את הבעלות במקרקעין שלהם. זה חריג? חריגה כזו אפשר ליישב עם העיקרון הכללי הברור שמשקיעי ישראל לא מעבירים בעלות?

אני לא רוצה לדבר בשלושה סימני קריאה במקום שאתה מתכוון אליו. איני אומר שהרפורמה עומדת בבירור בסתירה לחוק יסוד מקרקעי ישראל, אני רק אומר כי קיימת אפשרות, ולו תיאורטית, שמחר, מישהו יגיש עתירה לבג"צ וכי בית הדין הגבוה לצדק יקבע כי אכן יש פה סתירה לעיקרון היסודי של "אין בעלות פרטית, ככלל, במקרקעי מדינת ישראל".

האם "התשובה המשפטית היא נורא קצרה"?<sup>22</sup> – אנו סבורים שלא כך הדבר ולכן מוגשת עתירה זו.

<sup>21</sup> במסגרת כנס על חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), התשס"ט – 2009, הפורום הישראלי למדיניות קרקעית לאומית, נובמבר 2009, עמ' 10-11. תמלול הכנס מצורף לכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "10".

## הקרקע היא משאב נתון, נדיר ובמחסור - אשר יש הצדקה להגביל או למנוע רכישת בעלות בו

48. הקרקע היא, כאמור, משאב שהיקפו נתון והוא מצוי במחסור בכל חברה מתפתחת או מפותחת. זו הסיבה כי מדינות מטילות מגבלות על עצם הבעלות בקרקע והסחר והשימוש בקרקע בתחומן באמצעות כלים מכלים שונים: החל בהלאמה, המשך בהגבלות על זהות בעלים, רגולציה של התכנון והבנייה והגבלות נוספות.

49. עצם טיבה של הקרקע (כמשאב שהיקפו נתון ואשר שימושים מסוימים בה עלול ליצור מצבים בלתי הפיכים) - מצדיקה ומחייבת ניהול ציבורי של משאב חיוני זה. בעניין טיבו של משאב הקרקע כמו גם הצורך החיוני לניהול ציבורי ארוך טווח שלו, קובע פרופסור Paul Wilkinson כד<sup>23</sup>:

**"In this respect, there is a need for a long-term public management of land as a finite and fragile resource. While to a small degree land can be "created" (e.g. by land-fill sites), the major dangers are that it can be destroyed or rendered obsolete for other purposes."**

50. פרופ' רחל אלטרמן ואיריס האן, במחקר משותף, מדברות על משאב הקרקע במונחים הבאים<sup>24</sup>:

**"משאב הקרקע נמנה על החשובים, הנדירים והיקרים שבמשאבים. זהו משאב סופי, מוגבל, שאינו מתחדש - וכמעט כל פעולת בנייה או פיתוח נוגסת ממנו נתח נוסף אשר אינו ניתן להשבה."**

51. אדריכל שמאי אסיף, העומד בראש מינהל התכנון במשרד הפנים התייחס כך למשאב הקרקע<sup>25</sup>:

**"אנחנו עברנו כברת דרך ארוכה, כאשר כבר בשנות ה-90 היה ברור שהמדינה אינה ריקה, המדינה מלאה, גם אז יש ספק עד כמה היא הייתה ריקה, זאת שאלה מורכבת יותר ופוליטית שאני לא אגע בה, אבל ללא ספק היתה הרבה יותר מאשר עכשיו ובשנות ה-90 כבר היה ברור לחלוטין ולכולם, כי אנחנו נמצאים במדינה שהיא במידה רבה מלאה."**

52. מכאן, וכמפורט גם בחוות הדעת הכלכלית של ד"ר אליהו בורוכוב התומכת בעתירה זו, היצע הקרקע הינו נתון קשיח בעיקרו והיכולת להשפיע על ההיצע הכולל הינה מוגבלת ביותר.

53. פרופ' אריאל רובינשטיין<sup>26</sup> בדבריו הקולעים, רואה בקרקע נכס מתאים ביותר להפקעתו מתחום הבעלות הפרטית:

**"קרקע היא המועמדת הטובה ביותר להפקעה מתחום הנכסים שניתן לצבור. את הרעיון הזה ידע גם המקרא. המשמעות הכלכלית של רעיון היובל היא שהקרקע מוחזקת בידי פרטים לתקופה**

---

<sup>22</sup> השתמשנו בעברית המשובשת - על בסיס הניסוח המקורי של השואל - מנהל מינהל מקרקעי ישראל.  
<sup>23</sup> Paul Wilkinson, Public Land Ownership and the Management of Resources, Public Land Ownership: Frameworks for Evaluation (D. Kehoe, D. Morley, S. B. Proudfoot, N. A. Roberts, ed.), Lexington Books, 1976, p. 84. הקטע מצורף לכרך האסמכתאות ומסומן "11".  
<sup>24</sup> רחל אלטרמן, איריס האן, הכלים לשמירה על שטחים פתוחים: מה ניתן ללמוד ממדינות אחרות וליישם בישראל?; מוסד שמואל נאמן הטכניון, חיפה, 2004, תקציר לקובעי מדיניות, עמ' ג'. הקטע מצורף לכרך האסמכתאות לעתירה זו, ומסומן "12".  
<sup>25</sup> ניתן לצפות במאמר במלואו בכתובת האינטרנט: <http://alterman.technion.ac.il/admin/files/article26.pdf>  
<sup>26</sup> עדות בפני ועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפולן של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון, 22.9.09, עמ' 66-7. מובא בכרך האסמכתאות המצורף ומסומן "13".  
<sup>26</sup> אריאל רובינשטיין, אגדות הכלכלה, כנרת זמורה-ביתן, 2009, עמ' 190-1. מצורף לכרך האסמכתאות ומסומן "14".

מוגבלת ובסופה שבים הנכסים להתחלק בין הכול. קרקע הינה נכס ייחודי גם בדור ההיי טק:  
"אוצר מבוקש, הנמצא בצמצום רב, שאי אפשר להבריחו לחו"ל ולא ניתן לייבאו ללא מלחמות."

54. גם במדינות הדוגלות במובהק בכלכלת "שוק חופשי" כדוגמת ארצות הברית – קיימת בעלות ציבורית נרחבת על משאב הקרקע:

"Extensive Public Lands and resources, whose use is governed by regulations rather than the wishes of those willing to pay most to satisfy their desires, may seem anomalous in a country ideologically committed to individual freedom, private property, and the free market. "Why," as Robert Nelson puts it, "should land be an exception to the American consensus against government ownership?" Some critics, in fact, see federal land and resource management as "socialism," afflicted with the usual problems of central economic planning. Arguing that we'd be far better off if "this land" were "your land" and "my land" in a stronger sense, they urge that federal lands be privatized."<sup>27</sup>

55. לסיכום ניתן לקבוע כי מדינה חפצת חיים הדואגת להבטחת קיומה ורווחת תושביה במבט ארוך טווח, חייבת לנהוג במשאב הקרקע באופן זהיר ומדוד ותוך ראייה של צרכי העתיד, על מנת שלא תיקלע למצב של מחסור בקרקע זמינה לצרכיה, מחסור שכאמור איננו ניתן לפתרון.

#### מדינת ישראל קבעה את עיקרון הבעלות הציבורית על הקרקע בחוקתה על בסיס הנחת היסוד כי הקרקע היא משאב נתון, נדיר ובמחסור

56. מדינת ישראל ביססה את מדיניות ניהול קרקעותיה על יסודות ערכיים, תרבותיים, משפטיים וכלכליים הרואים בקרקע משאב נתון, נדיר ובמחסור. נסקור בקצרה את המהלך ההיסטורי שתחילתו עוד בתקופת המקרא והמשכו בימינו אנו.

57. בתקופת המקרא ביקשו אבותינו להתמודד עם מאפייניו הייחודיים של משאב הקרקע והשפעתו על מבנה החברה, ועשו כן על ידי קביעת איסורים והגבלות בסחר הקרקע, כך שהקרקע תשמש כמשאב לטובת הכלל, ולא להפקת הנאה ורווח למעטים.

58. לכן נקבעה השיטה המורכבת של נחלות וחוקי היובל, אשר כל כולה מכוונת להעמדת הקרקע במעמד חוקי ייחודי ומוגבל במסחר. נבות היזרעאלי סירב למכור את כרמו למלך ישראל בטענה: "חֲלִילָה לִי מֵה', מִתַּתִּי אֶת-נַחֲלַת אֲבֹתַי לְךָ"<sup>28</sup> וסירובו הוביל לאחריתו.

59. מקורו של הציווי האלוהי, המוזכר בדברי נבות, הוא בספר ויקרא: "וְהָאָרֶץ לֹא תִמְכַּר לְצַמְתָּת כִּי לִי הָאָרֶץ"<sup>29</sup>, ומתוך כך: "וְקִדְשְׁתֶּם אֶת שְׁנַת הַחֲמִשִּׁים שָׁנָה וּקְרַאתֶם דְּרוֹר בָּאָרֶץ לְכָל יֹשְׁבֵיהָ יוֹבֵל הוּא תְהִיָּה לָכֶם וְשַׁבְתֶּם אִישׁ אֶל אַחֲזָתוֹ וְאִישׁ אֶל מִשְׁפַּחְתּוֹ תִּשְׁבוּ"<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Scott Lehmann, Privatizing Public Lands, Oxford University Press, 1995, p. 3 ומסומן "7".  
<sup>28</sup> ספר מלכים א', פרק כ"א, פס' ג'. סיפור נבות היזרעאלי מצורף לכרך האסמכתאות ומסומן "16".

60. כפי שכותב פרופ' יוסי כץ, ערך מקראי זה משקף ערכים חברתיים ראויים ומודרניים:

**"נראה שמצוות היוכל – מלבד העניין האמוני שבה, הקובע שהבעלות העליונה על הקרקעות בארץ ישראל נתונה בידי אלוקים ולא בידי אדם ועל כן יש איסור למכור אותן – מגלמת גם רעיונות יסוד של מניעת מקח וממכר וספסרות בקרקעות, מניעת ריכוז מקרקעין ויצירת ליטיפונדיות אנג נישול אנשים מאדמתם, והבטחת חלקו של כל אדם מישראל באדמת ארץ-ישראל"<sup>31</sup>.**

61. לא ייפלא איפוא כי בבוא ראשוני הציונים לפתוח במפעל שיבת-ציון של העת החדשה שב ציווי מקראי ומוסרי זה והאיר את דרכם. על מנת להגשים את מטרתה, קוממיות לאומית לעם היהודי, העמידה התנועה הציונית בראש יעדיה האסטרטגיים רכישת קרקעות בארץ ישראל. והלא, זה פשוט: ללא קרקע לא יהיה לעם היכן להתיישב. ומתוך כך שנדרשו העולים לקרקע בארץ ישראל עלתה מיד השאלה: כיצד תירכש קרקע זאת? האם בדרך של רכישה פרטית, עיקרה על ידי יהודים נדבנים, שהיו בימים ההם מעשירי תבל (בעיקר מפורסמות בכך משפחת הברון רוטשילד), ומיעוטה על ידי המתיישבים עצמם באופן פרטי או האם בדרך קולקטיבית – היינו בדרך של איגום משאביו של העם במפעל מאוחד לרכישת קרקעות.

62. שתי דרכי רכישת קרקע התקיימו זו לצד זו בארץ ישראל בראשית הציונות, אך התנועה הציונית, כתנועה, בחרה באופן חד משמעי בדרך השנייה – הבעלות הקולקטיבית על הקרקע.

63. שתי סיבות שהן אחת היו להכרעה מהותית זו: האחת, עצם מהותה של הציונות הייתה בהשגת קרקע לשם קיום חיים יהודיים-לאומיים, שהרי ללא קרקע לאומית לא תצמח תנועה לאומית, שלא לומר יישות לאומית ושנית, "לאופי החוקה על הקרקע נודעת השלכה ברורה לגבי אפשרויות ההתיישבות ועל אופייה"<sup>32</sup>. כלומר יש להבטיח כי הקרקע תוכל לשמש לתכליות הנדרשות לכלל, וזאת באמצעות בעלות הכלל על הקרקע.

64. "הקולוניזציה הנדבנית לא הצליחה, הלאומית הצליח" – כך פתח חוזה המדינה, בנימין זאב הרצל, את נאומו בקונגרס הציוני החמישי בבאזל. בקונגרס זה הוחלט כי הקמת התשתית הלאומית תתבסס על ההון הלאומי. קביעה זו נבעה מתוך המסקנה אליה הגיעו מנהיגי הציונות, כי לא ניתן יהיה להסתמך על הונם ונדבנותם של אילי ההון היהודים. "העם יהיה לא רק המייסד, אלא גם בעליו של הרכוש התכליתי הזה לצמיתות. על ידי זה אי אפשר יהיה ליחידים להשתמש בו ברצון עצמם, באופן שאינו מתאים עם כוונותיו של המייסד" הוסיף הרצל<sup>33</sup>.

65. י.ל. פינסקר כותב על כך בחיבורו "אוטואמנציפציה":

<sup>29</sup> ספר ויקרא, פרק כ"ה, פסוק כ"ג. כאמור, פרק כ"ה מצורף לכרך האסמכתאות ומסומן "3".

<sup>30</sup> שם, פסוק י".

<sup>31</sup> יוסי כץ, והארץ לא תמכר לצמיתות, מורשת קרן קימת לישראל והחלת עקרונותיה בחקיקה בישראל, המכון לחקר תולדות קרן קימת לישראל, 2002, עמ' 13. (להלן – "כץ", והארץ לא תמכר לצמיתות"). ספרו של יוסי כץ מכיל תיאור מקיף ומלא של היווצרות מערך חוקי הקרקע בישראל, ובשל חשיבותו צירפנו אותו במלואו לכרך האסמכתאות לעתירה זו, והוא מסומן "16".

<sup>32</sup> כץ, והארץ לא תמכר לצמיתות, עמ' 12.

<sup>33</sup> הנאום החשוב של הרצל בקונגרס הציוני החמישי, הקונגרס שבו הוחלט על הקמת קרן קימת לישראל, מצורף גם לכרך האסמכתאות לעתירה זו, ומסומן "1".

“האדמה אשר נרכוש לנו צריכה להיות אדמה פוריה שמצבה טוב וכמותה מספקת לשוב של מיליונים אחדים. וצריכה האדמה הזאת להיות קניין לאומי שאינו יוצא לרשות אחרים עולמית.”<sup>34</sup>.

66. מנחם אוסישקין, ממנהיגי הישוב, מתאר את האופן בו על התנועה הציונית לתרגם את התפיסה המבוטאת במקרא אל שפה משפטית של המאה ה-20:

“רעיון סוציאלי מוסרי זה כבר טבוע בתורתנו על ידי מחוקקנו הראשון, משה, שחזה מראש את כל הרעה העתידה לצמוח לחברה האנושית אם לא יושם סייג לבעלות הפרטית על הקרקע – הלוא היא הרעה האוכלת ומכרסמת עד היום את גופה של האנושות... עתה, שאנו רוצים לשוב לארצנו, אין לנו אלא ללכת בעקבות מחוקקנו ולנקוט מראשית צעדינו את כל האמצעים כדי להרחיק מארצנו את מארת הבעיה האגרית... על כן תהא אדמת ארץ-ישראל שייכת לעם כולו ותימסר בחכירה לכל מי שיעבדה.”<sup>35</sup>

67. פרופ' פראנץ אופנהיימר, מסביר את מקורו של אי השוויון הכלכלי בין בני האנוש בחלוקת משאב הקרקע המוגבל:

“העיקר השלישי נוגע למקורו של אי-השוויון הכלכלי בין בני-האדם. כל בני הסמכא הקלאסיים מסכימים ביניהם שלא יתכן אי-שוויון אלא לאחר שנושבו כל אדמות הבור ושוב אין גישה חופשית אל הקרקע.”<sup>36</sup>

68. אמרו – ועשו. התנועה הציונית הקימה לה מכשיר לצורך בעלות לאומית על קרקע – קרן קיימת לישראל. על כך כותב פרופ' יוסי כ"ץ:

“רעיון הקמתה של קרן לאומית שכספיה ייאספו מן העם היהודי כולו, ייחדו לרכישתן של קרקעות ארץ-ישראל, והללו לא יימכרו לעולם אלא יוחזרו לתקופה של ארבעים ותשע שנים, הועלה על ידי פרופ' צבי הרמן שפירא בקונגרס הציוני הראשון ב-1897. שפירא כבר העלה למעשה את רעיונו בוועידתם הראשונה של חובבי ציון בקטוביץ בשנת 1884, אך רק מאז הקונגרס הציוני הראשון הוא זכה לתשומת לב. בקונגרס הציוני החמישי ב-1901 אושרה הקמתה של קק"ל על-פי המתווה והעקרונות שקבע שפירא, ובהם עקרון הבעלות לצמיתות של העם היהודי על הקרקעות שיירכשו. עקרון זה ימומש באמצעות קק"ל. כעבור שש שנים, באפריל 1907, אושרו תקנות קק"ל המעגנות מן הבחינה המשפטית את עקרון הבעלות לצמיתות של קק"ל על כל הקרקעות שזו תרכוש.”<sup>37</sup>

69. מוסד זה ועקרונותיו התגלגלו, בתהליך כמו אבולוציוני, לכדי ליבת מדיניות המקרקעין של מדינת ישראל. נרחיב על תהליך חשוב זה בהמשך בשל המשמעויות המשפטיות המקיפות שלו, עתה אך נציין כי תהליך זה הינו התגשמות חזוניתיהם וחלומותיהם של נביאים, חולמים ומנהיגים, לכדי מציאות מדינית, ממשית וריאלית.

<sup>34</sup> החיבור “אוטואמנציפציה”, אשר חובר בגרמנית על ידי ד"ר יהודה לייב פינסקר, יצא לאור בוינה בשנת 1882, בעילום שם (“מאת: יהודי רוסי”). לכרך האסמכתאות לעתירה זו מצורף התירגום לעברית פרי עטו של “אחד-העם”, וכפי שניתן למוצאו באתר האינטרנט של “פרוייקט בן-יהודה”. החיבור מסומן בכרך האסמכתאות בסימון “17”.

<sup>35</sup> מובא אצל כ"ץ, והארץ לא תימכר לצמיתות, עמ' 13.

<sup>36</sup> פראנץ אופנהיימר, התנועה הקואופרטיבית בעולם ובא"י, בין קפיטליזם לקומוניזם, מחבר כתבים, ספרית פועלים, 1994, עמ' 45.

<sup>37</sup> כ"ץ, והארץ לא תימכר לצמיתות, עמ' 11.

## מדינת ישראל קבעה בחוקתה: מקרקעי ישראל יהיו בבעלות ציבורית

70. ואכן, המופע המודרני של עיקרון "וְהָאָרֶץ לֹא תִמְכַר לְצַמְתָּת" התגלם במבנה חקיקתי ולו האבן הראשה החוקתית – חוק יסוד: מקרקעי ישראל; יחד עימו נחקקו, חוק מקרקעי ישראל וחוק מינהל מקרקעי ישראל וכל אלו שימשו כמצע לאמנה בין המדינה לקרן קיימת לישראל. תהליך זה הושלם, לאחר למעלה מעשור של דיונים בממשלה ובכנסת, לקראת סוף שנת תש"ך-1960.

71. חוק יסוד: מקרקעי ישראל קובע בסעיף 1 כך –

### "איסור העברת בעלות"

1. מקרקעי ישראל, והם המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן

הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת."

72. על מנת לקיים, במסגרת ציווי חוקתי עליון זה, משק מודרני, יעיל ותחרותי, אשר שוק הנדל"ן הינו חלק בלתי נפרד ממנו, וכמובן להתמודד עם כלל אתגריה של המדינה, הכוללים: פיתוח התיישבות, חקלאות, תעשייה והתמודדות עם צרכי ביטחון, בחקיקה נוצר המוסד הייחודי של "חכירה לדורות" פרי מחשבת קק"ל ואימוצה במסגרת החלטתה הראשונה של מועצת מקרקעי ישראל<sup>38</sup>, ונוצרו המוסדות המנהלים ומסדירים את משק הקרקע. יצוין עוד כי בעלות ציבורית על הקרקע מוכרת וידועה גם בתקופות ותרבויות אחרות: כך קבע המחוקק העותומני את עיקרון הבעלות הציבורית על אדמות "מיריי", שהיו סוג של מקרקעי ציבור בתקופה העותמנית<sup>39</sup>.

73. כך נוצרה המסכת החקיקתית, שקבעה את הכלל החוקתי העליון וחוקקה בחקיקה ראשית את המבנים, המוסדות וההסדרים האמונים על מימוש אותו כלל עליון. זאת כהכרעה חד משמעית של הכנסת, כמוסד מכונן, בויכוח אשר התגלע מפעם בפעם בצמתי ההכרעה של מדינת ישראל במדיניות הקרקע שלה.

74. עם קום מדינת ישראל נשאלה השאלה האם הבעלות הקולקטיבית של הלאום היהודי על קרקעותיו, כפי שנהגה ונעשה באמצעות קק"ל בטרם היות מדינה, תמשך בדמות בעלות המדינה על הקרקעות. המציאות החדשה, עצם הקמת המדינה, חייבה את השאלה הזו ולו בגלל העברת השליטה בהיקף אדיר של קרקעות לרשות המדינה, קרי כל הקרקע בשטחה שאיננה בבעלות פרטית: ובעיקר כלל הקרקעות שהיו בבעלות ושליטה של שלטונות המנדט הבריטי וקרקעות שהיו בבעלותם של הפליטים הפלשתינאים אשר נמלטו מבתיהם ואדמותיהם כפליטי מלחמה. המדינה החדשה נאלצה להתמודד עם השאלה כיצד נכון וראוי לנהל מרחב קרקעי זה, המורכב מכ-21.5 מיליון דונם (יחד עם מקרקעי קק"ל והקרקע הפרטית – האחרונה מהווה אך 7% משטח המדינה).

75. תומכי הבעלות הפרטית על הקרקע, ובראשם דוד בן גוריון, טענו כי המדינה אינה זקוקה לבעלות על מנת לקיים את שלטונה ומדיניותה בתחומי החיים השונים, מביטחון ועד כלכלה. למדינה מודרנית וריבונית האפשרות להטיל מסים ולקיים רגולציה מסוגים שונים על השימוש בקרקע ועל כן ניתן להעביר את מקרקעי ישראל, לידיים פרטיות. יתרה מכך, לטענתם, אי העברת הבעלות לידיים

<sup>38</sup> החלטה מס' 1 של מועצת מקרקעי ישראל, הובאה בפני מועצת מקרקעי ישראל ביום 17.5.65 ואושרה ע"י הממשלה בהחלטה מס' 489 מיום 23.5.65. ההחלטה מצורפת לעתירה זו ומסומנת כנספח "ו".

<sup>39</sup> י. ויסמן, עד אנה ישלטו בנו חוקי הקרקעות העותומאניים, משפטים יב, תשמ"ב, 3, 15 ו-א. גרנובסקי, המשטר הקרקעי בארץ ישראל, דביר 1949, עמ' 80. פליאה אלבק, רן פליישר, דיני מקרקעין בישראל, 2005, 47. מאמרו של יהושע ויסמן מופיע גם בכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "2".

פרטיות תציב מכשולים בפיתוחה של הארץ, ותביא גם לאובדן מטבע-זר נחוץ ביותר, מאחר ומשקיעים פרטיים מעבר לים לא יחפצו להשקיע בפיתוחה ללא קבלת הבעלות על הקרקע לידיהם.

76. תומכי הבעלות הלאומית שבו ונשענו על אותה מערכת ערכים וטיעונים עליה התבססו מייסדי והוגי הציונות, אותן הסברנו לעיל ונזכירן בקיצור נמרץ: א) ההנחה כי לאופי החזקה על הקרקע השלכה ישירה על אפשרויות ההתיישבות ואופיה; ב) הרצון למנוע מקח וממכר וספסרות בקרקעות, למנוע ריכוז מקרקעין ויצירת ליטיפונדיות אגב נישול אנשים מאדמתם, ו-ג) האמונה כי יש להבטיח שיוויון וצדק בחלוקת השימושים בקרקע בין אזרחי מדינת ישראל. בקיצור, על מנת ש"אי אפשר יהיה ליחידים להשתמש בו (ברכוש התכליתי - הקרקע) ברצון עצמם, באופן שאינו מתאים עם כוונותיו של המייסד" כאמירתו הקולעת של הרצל באותו קונגרס ציוני מכריע, צידדו מעצבי המדיניות בבעלות לאומית על הקרקע.

### הכרעה זו היוותה הבסיס המוסרי לציונות

77. סמיכותה של הכרעה הרת גורל זו, המעצבת דמותה של מדינתנו וחברתנו לדורות, לאירוע היסטורי מעצב אחר מחייבת אותנו להתייחסות קצרה. הויכוח המוזכר לעיל מתרחש במדינה המשתקמת מהמלחמה לעצמאותה ובידיה נמצאים גם אותם נכסים קרקעיים של הפליטים הערבים אשר נמלטו ממנה מאימת המלחמה. ואין המדובר בפרט שולי: כמות הנכסים הקרקעיים, ועוצמתה של שאלת הפליטים הערבים ביחסינו עם שכנינו ועם מדינות העולם, חייבה התייחסות של מעצבי המדיניות לאופן השימוש בקרקע זו.

78. עובדה היסטורית היא כי ממשלת ישראל וכנסת ישראל החליטו כי המדינה (בעיקר באמצעות רשות הפיתוח) תהיה הבעלים של קרקע זו, וכי לא יתאפשר ליחידים, יהודים או לא-יהודים, להיות בעליה. בכך מנעו מצב אשר יש בו אי צדק מובנה – כי האירוע אשר יצר את מצב הפליטות, מלחמתה של ישראל לעצמאות, יוביל להתעשרותם של יחידים בעלי-קרקע על חשבונם של ערבים אשר איבדו את עולמם במלחמה. העברת הבעלות במקרקעי ישראל שמקורם בנכסי נפקדים לידיים פרטיות, עלולה להביא לטענות מוסריות וחוקתיות כנגד מדינת ישראל.

79. ולסיכום: מדינת ישראל קבעה ככלל, וציוותה בחוקתה, כי קרקע איננה מקור לרווח ו"ביזנס" לאדם הפרטי, אלא נכס שאין לו שיעור בכסף ושווה-כסף, לטובת הכלל והדורות הבאים. בכך תרגמה המדינה את האמרה העתיקה כי העושה שימוש בקרקע מחויב "לעבדה ולשמרה" למשמעותה המודרנית והעכשווית.

מסמך המתאר את דרך היווצרות מערך חוקי מדיניות המקרקעין של ישראל וההיסטוריה החקיקתית של עיקרון הבעלות הציבורית על הקרקע ותכליותיו, החל בחוק רשות הפיתוח (העברת נכסים), התשי"י - 1950 עבור בחוק נכסי המדינה, התשי"א - 1951 וכלה במארג המשולש של חוק יסוד: מקרקעי ישראל, חוק מקרקעי ישראל, התש"ד - 1960 חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ד - 1960, מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "ז".

### "בעלות מטרד" - חכירה לדורות או בעלות - מה ההבדל?

80. טיעון נוסף המשמש את תומכי הבעלות הפרטית על הקרקעות, אז כהיום, הוא כי זכות החכירה לדורות, המגלמת זכויות שימוש והחזקה בקרקע לשנים רבות, מהווה 'בעלות דה-פקטו', ואין הבדל של ממש בין חכירה לדורות לבעלות.

81. ח"כ כרמל שאמה, יו"ר ועדת המשנה של ועדת הכלכלה לענייני הרפורמה במקרקעי ישראל כינה את הבעלות של המדינה על מקרקעי ישראל המוכרים לדורות כ"בעלות מטו"ד"<sup>40</sup>. טענות אלו מחייבות התייחסות ומענה הולם.

82. יש גם כיום משמעות וערך עודף לבעלות על פני החכירה לדורות, ערך שיגרע מרכוש הכלל ויעבור באופן בלתי מבוקר ולא שקוף לידיים פרטיות, היה ותועבר בעלות "סיטונית" במקרקעי ישראל, ונבאר. יש להדגיש כי, בדיון שיובא להלן, התייחסותנו לחכירה לדורות – הינה להיקף וסוג השימוש המותר על פי תנאי החכירה – קרי אנו יוצאים מתוך הנחה ששינוי מהותי בהיקף השימוש במקרקעין (למשל הגדלת שטח של דירה) המוכרים או בסוג השימוש בהם (למשל שינוי יעוד ממגורים למסחר), יחייב הסכמה של בעל המקרקעין או החזרת המקרקעין לידי הבעלים.

83. ההבדל בין חכירה לדורות לבעלות בא לכדי ביטוי בעיקר ביחס לשטחי קרקע גדולים ותכליות נרחבות מזו של בעל זכות החכירה לדורות בדירת מגוריו. הבדל זה תואר כבר בשנת 1949 על ידי השרה דאז גולדה מאיר, בדיון בממשלה בנושא מדיניותה הקרקעית:

"זה [הבעלות הציבורית על הקרקע – ג.ב.] מגביל את המפעל בדבר אחד בלבד: ספקולציה בקרקעות. בזה מעוניינת אני שתהיה הגבלה, כי האיש הרוצה להקים מפעל יוכל להיות מובטח לתקופה של חשעים וחשע שנים, ואז הוא מובטח כל חייו ומבטיח גם הבאים אחריו. בדבר אחד הוא מוגבל: אין הוא יכול למכור את האדמה ולעשות ספקולציה בקרקעות שהיו ברשות המדינה. אני מציעה לכן שתהיה רשות חכירה אך לא רשות מכירה."<sup>41</sup>

וכך היה. נוסף על משמעויות ההבדל בין הבעלות לבין החכירה לדורות.

84. על פי הוראת סעיף 2 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969 – הבעלות היא:

#### בעלות

"2. הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם."

85. הבעלות מייצגת את אגד הזכויות המלא והרחב ביותר שניתן לרכוש בנכס – לענייננו נכס מקרקעין.

86. משמעותו של ההבדל בין בעלות לחכירה לדורות הינו מהותי. השוני בין הזכויות מתבטא בשלושה הבדלים מרכזיים שבין הבעלות לבין החכירה לדורות אשר עמדו ביסוד כוונת המכונן בקובעו את איסור העברת הבעלות ואשר עד לחקיקתו של תיקון מס' 7 נשמרו בידי כל ממשלות ישראל:

א. תחמת השטח המוכר לנכס הפיזי עצמו ושימור זכות ההחזקה והשימוש בחלל הרום ובעומק הטח שמתחת לקרקע;

ב. הגבלת זכות השימוש והחזקה ליעוד מסויים ושימור היכולת למיחזור הקרקע בידי המדינה, בהתאם לצרכי השעה;

<sup>40</sup> מתוך דבריו בכנס המכון לחקר מדיניות קרקעית ושימושי קרקע, שהתקיים בירושלים בתאריך 6 לינואר 2010.  
<sup>41</sup> פרוטוקול ישיבת ממשלה מתאריך 29.11.49, מובא אצל כ"ץ, והארץ לא תימכר לצמיתות, עמ' 24.

ג. הגבלה על העברת המקרקעין לידי זרים<sup>42</sup>.

87. הוראת סעיפים 11 ו-12 לחוק המקרקעין שעניינן תחום הבעלות מוסיפות וקובעות כך:

#### סימן א': תחום הבעלות

##### עומק וגובה

11. הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע, בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה, והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו, אולם, בכפוף לכל דין, אין בכך כדי למונע מעבר בחלל הרום.

##### המחובר לקרקע

12. הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנוטע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה, ואין נפקא מינה אם המחוברים נבנו, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר.

88. הפועל היוצא מכך הוא כי הבעלות כאמור מקנה זכויות גם בתת-הקרקע והן בחלל הרום וכן בכל המחבר לקרקע דרך קבע. לעומת זאת, חכירה ניתנת להגבלה ותחומה מרחבית (למשל יחוד החכירה לשכבה תלת-מימדית) – כפועל יוצא מהוראת סעיף 78 לחוק המקרקעין:

##### שכירות של חלק מסויים של מקרקעין

78. על אף האמור בסעיף 13 ניתן להשכיר חלק מסויים של המקרקעין.

89. מכאן עולה כאמור כי מתן זכות שכירות (וחכירה לדורות במשמע) ושימור זכות הבעלות למדינה, מאפשר לתחום את זכות החוכר רק בנכס הנמצא בפועל בשימוש, קרי הדירה או כל נכס בנוי אחר, ולשמר ולשייר בידי המדינה את הזכויות בתת-הקרקע או בחלל הרום, שיוותרו כאמור בידי המדינה לצורך ניצול עתידי.

90. די להזכיר את הצורך שנתעורר לשימוש בתת הקרקע בפרשת מנהרות הכרמל, עת הצורך הציבורי הצריך סלילת מנהרה בתת הקרקע, וכאשר בעלי המקרקעין שבתת הקרקע שלהם עבר תוואי המנהרה התנגדו לכך. בסופו של דבר באותו מקרה נבחר הפיתרון של הפקעה "שכבתית" של אותה שכבה בה עבר תוואי המנהרה<sup>43</sup>, מהלך מורכב ויקר זה היה מיותר ונחסך, אם הזכויות בתת הקרקע היו נשמרות בידי המדינה (לפחות בכל הנוגע לקרקעות שהן מקרקעי ישראל).

91. במדינת ישראל, הצפופה כבר כעת והצפויה להיות צפופה אף יותר בעתיד, צפוי שימוש מאסיבי למטרות ציבוריות בעומק הקרקע. בין השימושים הצפויים – הקמת מנהרות לכבישים ולרכבות תחתיות, הקמת תשתיות מים וביוב, הקמת חניונים תת קרקעיים עם התמעטות מקומות החנייה על פני הקרקע ביחס למספר כלי הרכב, בנייה של מקלטי חירום מתקדמים נגד נשק טילים מסוגים שונים המאיימים תדיר על ישראל וכן הלאה שימושים שמטרתם העיקרית טובת הציבור.

<sup>42</sup> על שני ההבדלים האחרונים אף עמדה הועדה הציבורית לבחינת מדיניות המקרקעין (ועדת גולדנברג) – ראה עמ' 34 לדו"ח, ראה בהמשך נספח י"ב.

<sup>43</sup> ע"א 119/01, אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817.

92. לשם שלמות התמונה יש לציין כי מעבר לשיטת רישום תלת-מימדית עשוי לאפשר בעתיד יחוד הבעלות לשכבה בלבד, אלא ששינוי זה רחוק ואולי לא ימומש כלל, ממילא בכל קרקע בה תועבר מלוא הבעלות היום לא ניתן יהא, בדעיבד, לצמצם ולתחום הבעלות רק לאותה שכבה תלת-מימדית בעתיד. שהרי העברת בעלות, בהיותה העברה של אגד הזכויות המלא במקרקעין היא בלתי הפיכה, והמעביר מאבד כל זיקה או שליטה בנכס המועבר.

93. חיזוק משמעותי לדברינו, ניתן למצוא באחד מנוסחי חוזה החכירה של מנהל מקרקעי ישראל (הלקוח ממכרז שפורסם לאחרונה), המסייג ותוחם את זכות החכירה הניתנת בגדרו לקרקע ולבנוי עליה ואינה כוללת את תת-הקרקע:

**“9. המוחזר מכח חוזה זה, הינו המרחב שמעל שטח פני הקרקע. אלא אם כן הוקנו לחוכר במפורש זכויות במרחב שמתחת לשטח פני הקרקע. האמור בסעיף זה אינו בא לגרוע מזכויות שהוענקו לחוכר בתכנית תקפה ובכלל זה אישור לבניית מרתף”**

פשיטא כי במקרה של העברת בעלות לא ניתן יהיה לסייג סייג כזה, אלא אם כן נעבור לשיטת הרישום המרחבית קודם להעברת זכויות בעלות.

העתק חוזה החכירה של מנהל מקרקעי ישראל מתוך מכרז מר/123/09 מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן באות “ח”.

94. היבט חשוב נוסף הממחיש את הפער שבין הבעלות לחכירה הוא המקרה של ניצול זכויות בנכס החורגות מגדר החכירה, ונבאר. כדי לחדד הדברים נתמקד דווקא במקרה של בניה רוויה למגורים.

95. נניח למשל כי המדינה מחכירה קרקע המיועדת לבניית בנין מגורים בן 3 קומות ובו 6 דירות, בנין כזה נחשב בגדר “בנין רווי” כמשמעות המונח בסעיף 4(א) לחוק מנהל מקרקעי ישראל.

96. עתה, נניח כי בשלב מאוחר יותר בעתיד ניתן להקים באותה חלקה קרקע בנין מגורים בן 20 קומות, ברור כי אם המדינה מעניקה בעלות לבעלי הדירות, הרי שלא תזכה לכל חלק בזכויות הבניה הנוספות. וזאת למרות שבמצב כזה רק צודק והוגן הוא כי הקופה הציבורית, והציבור הם שיהנו מתוספת העושר. במצב בו מועברת הבעלות האינטרס הציבורי עלול להימצא חסר.

97. דוגמא חשובה, נוספת, הינה שאלת סוג השימוש הנעשה במקרקעין ואף עצם השימוש. על פי חוזה החכירה הנכרת בין מדינת ישראל לחוכר מקבל האחרון את המקרקעין בתנאי שישתמש בה לשימושים שהוגדרו בהסכם החכירה. אם החוכר אינו משתמש במקרקעין בהתאם למטרות אלו רשאית המדינה לבטל את חוזה החכירה ולתפוס במקרקעין את החזקה. כך למשל, חוכר אשר חכר מקרקעין לצורך הקמת מפעל תעשייתי אינו רשאי להרוס את המפעל ולהקים תחתיו בנין מגורים, גם אם הדבר רווחי עבורו, שכן הסכם החכירה אינו מאפשר זאת, אף אם הדבר אפשרי מבחינה תכנונית. החלפת מטרות חוזה החכירה מחייבות חתימה על הסכם חדש ובו ייקבע כמובן פיצוי לקופה הציבורית. אם המעבר לבעלות מלאה במקרקעי המדינה יוכל כל בעלים חדש להתעלם מהמטרות שלשמן הוחכרו לו המקרקעין מלכתחילה ולעשות בהם כרצונו.

98. כמו כן, לעניות דעתם של העותרים, אף קיומן של תכניות מיתאר ובניין לא יוכל למנוע מצב בו בעלים משתמשים במקרקעין בניגוד למטרות שלשמן הוחכרו להם, טרם הועברו לבעלותם. לבעל המקרקעין ודאי תעמוד הזכות שלא להשתמש כלל במקרקעיו, תוך פגיעה באינטרס הציבורי, עד שיהיו אנוסות

ועדות התכנון והבניה לאשר את שינוי הייעוד המבוקש בידו, שכן הסנקציה של החזרת המקרקעין לידי המדינה על מנת שישמשו בפועל למטרות שלשמן הוחכרו לא תעמוד עוד למדינה.

99. לבסוף, הבדל חשוב בין החכירה לדורות לבעלות הינה זכותו של בעל המקרקעין להתערב בעת העברת זכויות מידי החוכר לצדדים שלישיים בנכס. עניין זה משמעותי בעיקר לעניין החזקתם ו/או בעלותם של זרים במקרקעי ישראל. כיום חוכר אינו רשאי להעביר את מקרקעיו לאחרים באופן חופשי, וכל העברה דורשת את הסכמתו של המינהל. מטרתה העיקרית של דרישה זו היתה מאז ומתמיד למנוע מצב בו מועברת החזקה במקרקעי ישראל לידי גורמים זרים. מטרה זו נבעה מהחשיבות שייחסה המדינה ולפניה התנועה הציונית לתובנה כי הבעלות במקרקעין תכריע גם את אופי ההתיישבות בהם ואת זהות ההתיישבות בהם.

100. העברת הבעלות במקרקעי ישראל לידיים פרטיות תאיין את יכולתה של מדינת ישראל להבטיח כי המקרקעין שבשטחה לא יועברו לזרים. שהרי הגבלה כזאת הינה פגיעה ברורה בקניין הפרטי המוגן במדינת ישראל מכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל כן אינה חוקתית, בייחוד במצב דהיום בו לא קיימים הסדרים ברורים מכוחו של חוק בעניין זה ועוד טרם דיון בהתאמתם של אמצעים אלו למגבלותיה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוק היסוד.

101. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, נראה בהמשך העתירה, כי החכירה המהוונת לדורות, הפכה למעין בעלות דה-פקטו – אשר השוק ובתי המשפט מתייחסים אליה ככזו – מנקודת ראותו של החוכר ("כ"צרכן הקצה") העושה שימוש במקרקעין המוחכרים לו בגדר המותר על פי הסכם החכירה. על כך גם נמתחה ביקורת קשה על ידי פרופ' ויסמן<sup>44</sup>.

### **התכליות שמשרת המארג החוקתי הקיים**

102. לפני שניגש לבדיקה בשם אלו תכליות נחקק חוק מנהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), עלינו לבדוק אלו תכליות שירת מארג החקיקה שהתקיים ערב חקיקת תיקון זה. תכליות אלו היו:

- **שמירת הבעלות על הקרקע בידי הלאום:** עקרון בעלות הלאום על הקרקע הינו עקרון יסודי בהיסטוריה של העם היהודי, עקרון זה היווה בסיס מרכזי בהתחדשותו של העם במאה ה-20. התכלית הראשונה והמרכזית של בעלות הלאום על הקרקע היא עצמה. הבטחתו של קיום שטח ארץ לקיומו של העם היהודי;
- **עיגון עקרונות של צדק חלוקתי:** המדינה מעצם טבעה מחויבת לנורמות של צדק חלוקתי ושקיפות באופן השימוש במשאביה, במידה והמדינה אינה נוהגת באופן זה ישנן מספר רב של דרכים חוקיות לחייבה לעשות כן. קרקע בבעלות פרטית לא תאפשר ליישם לגביה עקרונות של צדק חלוקתי;
- **שמירה על עקרון השוויון:** מקום המדינה מוצהר עקרון השוויון כעקרון מרכזי בקיומה:

<sup>44</sup> יהושע ויסמן, חכירה כתחליף לבעלות, ספר זיכרון לגד טדסקי, מסות במשפט האזרחי, 1995, עמ' 211. מובא בכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "18".

“מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושחתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין”<sup>45</sup>.

מיותר לציין שבכוחה ומחובתה של המדינה לקיים שוויון בהקצאת משאביה ובשימוש בהם, לרבות משאב הקרקע<sup>46</sup>. קיום ואכיפת השוויון בנגישות לקרקע ולשימושיה השונים, ובראשם דיור, יקשה בקרקעות שימצאו בבעלות פרטית. כדוגמא, ניתן לראות את מכרז השוק הסיטונאי בתל-אביב, בו על פי פרסומים שונים היה בכוונת חלק מהמתמודדים במכרז להחיל מדיניות מפלה של רכישת דירות במתחם המגורים שיקימו. בית המשפט קבע לאחרונה כי על עיריית ת"א, אשר מחזיקה בבעלות על חלק מקרקעות המתחם לוודא בחתימה על מסמכי המכרז עם הקבוצה הזוכה במכרז כי זאת לא תקיים מדיניות מפלה של שיווק מקרקעין<sup>47</sup>. ספק אם בבעלות פרטית על הקרקע ניתן יהיה לדרוש ויתר על כן לאכוף, עקרונות של שוויון בזכותם של אזרחי ותושבי ישראל לנגישות למשאב הקרקע – הן לדיור, והן לשימושי קרקע אחרים;

- **קניין הכלל**: הקרקע היא חלק מוצר הקרוב במהותו למוצרים ציבוריים מובהקים כמו אויר ומים. לכן קיימת הצדקה חזקה לקבוע כי הבעלות על הקרקע תהיה בידיים ציבוריות בלבד, כדי להבטיח שמירת המשאב החיוני והמוגבל כך שישמש באופן מיטבי ולאורך זמן לטובת הכלל. יש הגורסים כי נימוק זה מצדיק אפילו הפקעה של משאב הקרקע מידיים פרטיות וריכוזה כולה בידיים הציבוריות<sup>48</sup>;

- **שמירה על משאב הקרקע מפני השתלטות ידיים זרות וגורמים עוינים**: במשטר החכירה יכולה המדינה להגביל את מעגל המשתמשים בקרקע ויתר על כן היא יכולה (ויש מי שיגיד מחויבת) היא לסיים את חוזה החכירה עם חוכר אשר הפר את הסכם החכירה ולפנותו מהקרקע עליה הוא יושב. אחת הסכנות אשר קיימות למדינה כמדינת ישראל, היא השתלטות על שטחיה באמצעות העברת בעלות לאזרחים זרים ולגורמים עוינים למדינה. כל עוד מדובר בהסדרי חכירה יכולה המדינה להשתמש בכלים משפטיים פשוטים וקבילים הן במשפט הישראלי והבינלאומי על מנת לסיים חוזה חכירה עם מי שיסכן את קיומה של מדינת ישראל. בקרקעות הנמצאות בבעלות פרטית אין המדינה יכולה להגביל העברת בעלות או למנוע השתלטות באמצעות גורמים שלישיים על קרקעותיה. בחודש אוגוסט

<sup>45</sup> מגילת העצמאות של מדינת ישראל. המסמך מובא גם בכרך האסמכתאות ומסומן "19".

<sup>46</sup> ר' סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985 וכן בג"צ 5023/91, ח"כ אברהם פורז נ' שר הבינוי והשיכון, אריאל שרון, פד"י מו(2) 793.

<sup>47</sup> ראו עת"מ 2365/08, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית ת"א-יפו – הודעת מטעם הצדדים ובקשה למתן תוקף של פסק דין. מצורף בכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "20"; "בעקבות ביקורת בית המשפט: חברת השוק הסיטונאי לא תוכל לשווק קרקעות לאנשי היי-טק ושוק ההון בלבד", רנית נחום הלוי, 20.10.09, אתר האינטרנט של the marker. מצורף גם בכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "21"; כן ראו פסק הדין בענין פרויקט אנדרומדה - ב הפ (ת"א) 200681/04, עמותת יפו לזכויות אדם נ' גבעת אנדרומדה ניהול בע"מ (לא פורסם, 1.8.07). מצורף גם בכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "22" דוגמא נוספת היא העניין נשוא עת"מ 2002/09, סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל – אשר טרם הוכרע. להחלטה בבית משפט זה לעניין הסמכות העניינית ראו עע"מ 5514/09, סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 13.10.09).

<sup>48</sup> אריאל רובינשטיין, אגדות הכלכלה, הוצאת כנרת זמורה-ביתן, 2009, עמ' 191-190. ראו אסמכתא "14"

2009 נחשפו ניסיונות של אזרחים זרים לרכוש את הקרקעות הפרטיות במושבות הגליל והמרכז אשר נמצאות בבעלות פרטית<sup>49</sup>;

- **יצירת איזון ושיווי משקל בשוק הדיור:** כאשר בבעלות המדינה מצוי חלק משמעותי של הקרקעות המיועדות למגורים יש ביכולתה, אם היא בוחרת בכך, לתת מענה לביקושים וליצור היצע של קרקעות זמינות למגורים בעינות משבר או צורך לאומי דוחק (כדוגמת עלייה גדולה ולא צפויה - עלית שנות ה-90, צרכי פיתוח עקב פינוי ישובים - פינוי סיני וחבל עזה). הבעלות הציבורית מאפשרת מניעת "אגירתן" של עתודות קרקע למגורים, המונעת משיקולי השאת רווח ויצירת "בועת מחירים";

- **שמירה על ערכים תכנוניים להם המדינה מחויבת:** המדינה מחויבת מתוקף אחריותה לעתיד המדינה ואזרחיה לשמור על ערכים תכנוניים, הכוללים מכלול של נושאים ביניהם: שטחים פתוחים, מערכת התשתיות, דיור בר השגה, מקורות תעסוקה, שטחי נופש ופנאי, שטחי חקלאות ושטחים הנדרשים לביטחון המדינה ותושביה. במדינה בה היקף השטח מצומצם יכולה המדינה לתכנן ולשמור על ערכים תכנוניים אלו בצורה המיטבית רק שבידיה נמצאים חלק מכריע מהשטחים המיועדים לפיתוח;

- **הקרקע כמשאב ציבורי לרווחת הכלל:** רק בעלות ציבורית על הקרקע יכולה להבטיח באופן נאות שימור ושימוש קרקעי המיועד לרווחת הכלל – קרי הקרקע כמוצר ציבורי מובהק, בדמות שטחים פתוחים וירוקים. הבעלות הציבורית מבטיחה באופן טוב יותר "עמידות" של קרקע שנועדה לשמש כשטח פתוח או "ריאה ירוקה" בפני לחצי פיתוח ועיור;

- **היבטי אנרגיה חילופית:** היום יותר מתמיד יש למשאב הקרקע פוטנציאל וזמינות כמענה הולם גם כמקור לאנרגיות חילופיות ונקיות, כדוגמת אנרגיה סולארית ואנרגית רוח. שימושים אלו, מצריכים שטחי קרקע ניכרים ("חוות"), לאו דווקא באיזורי פיתוח או ביקוש. ללא הבעלות הציבורית על שטחים אלו והפקרתם בידי "ברוני קרקעות", לא ניתן (או יידרש מחיר יקר) לפתח שימושים חיוניים אלו לרווחת הכלל;

- **שימושי קרקע עתידיים או נוספים:** היבט נוסף המחזק הצורך בבעלות ציבורית הוא ההיבט של שימושי קרקע עתידיים שלא תמיד ניתן לצפותם מראש. כך למשל השימוש בתת-הקרקע לצורכי רכבת תחתית או העברת תשתיות שונות – בהעדר בעלות ציבורית על הקרקע – עלולה פעולה מעין זו להיתקל בהתנגדות בעלי הקניין הפרטי, מכח זכותם הקניינית. כך היה למשל בפרשת מנהרות הכרמל, לה נמצא פיתרון יצירתי בדמות הפקעה שכבתית<sup>50</sup>, כאמור;

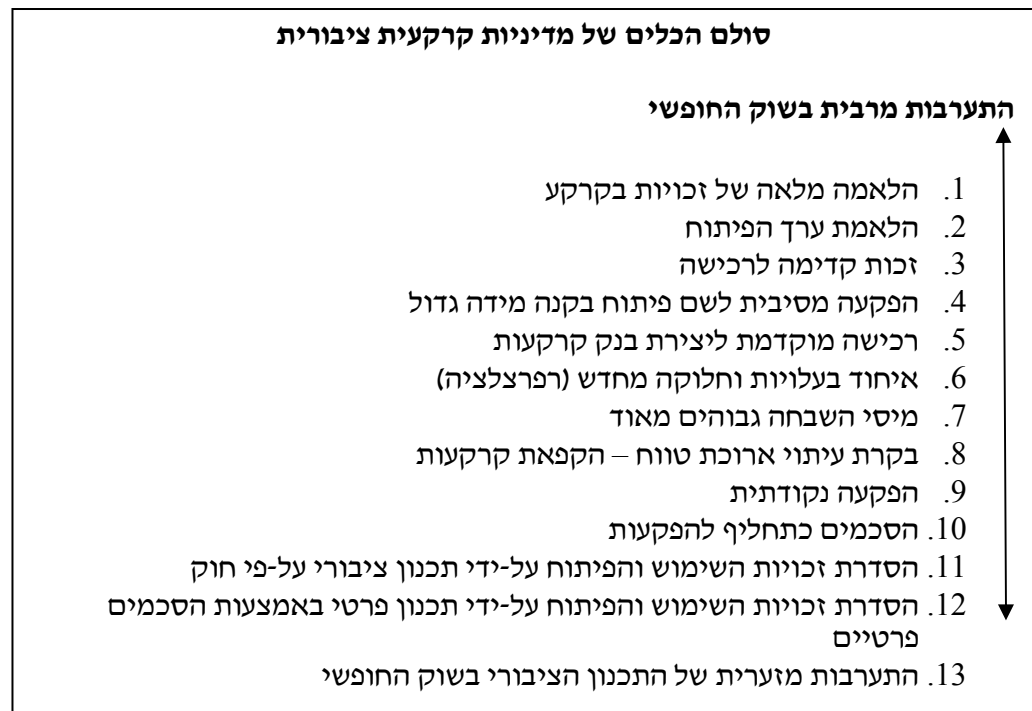
103. פרופ' ויסמן מונה שורת נימוקים עיקריים, שהועלו בכנסת, לאימוץ המשטר הקרקעי המבוסס על חכירה עקב איסור העברת בעלות בקרקע<sup>51</sup>:

<sup>49</sup> אילי הון ערבים רוכשים קרקעות מצאצאי הבילויים, עידן יוסף, אתר news1, 23.8.09, נצפה בכתובת <http://www.news1.co.il/Archive/001-D-211492-00.html?tag=13-39-35> ומצורף גם לכרך האסמכתאות לעתירה זו, מסומן "23".

<sup>50</sup> ע"א 119/01, פרץ אקונס נ' מדינת ישראל, פד"י נד(1), 817.

<sup>51</sup> יהושע ויסמן, הפרטה מוסווית של מקרקעי ישראל, מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי, הוצאת רמות, 1999, 257. מובא גם בכרך האסמכתאות לעתירה זו, מסומן "24".

- שלילת בעלות פרטית במקרקעין היא עיקרון מקראי<sup>52</sup>;
  - בעלות הלאום על הקרקע נדרשת למען קיום חברה צודקת ושוויונית;
  - הבעלות הציבורית על הקרקע עשויה להגביר את הזיקה שבין יהדות התפוצות, שתורמת למען רכישת המקרקעין, לבין מדינת ישראל;
  - בעלות ציבורית על הקרקע מסייעת בקליטת עלייה חסרת אמצעים;
  - בעלות ציבורית על הקרקע מונעת פיצול הבעלות – עקב נפילת המקרקעין לידי בעלים משותפים מרובים כתוצאה מירושה של מספר דורות;
  - שיטת החכירה מאפשרת ישום נוח של שיקולים תכנוניים בפיתוח משאב הקרקע;
  - בעלות ציבורית מונעת ספסרות במחירי המקרקעין;
  - בעלות ציבורית במקרקעין מקילה על מניעת העברה של מקרקעין לידי זרים בלתי רצויים;
104. פרופ' אלתרמן מונה שורת כלים של מדיניות קרקעית, המדורגים לפי מדרג מבחינת רמת ההתערבות בשוק החופשי<sup>53</sup>:



<sup>52</sup> "והארץ לא תמכר לצמיתת, כי לי הארץ כי גרים ותושבים עמדי", ויקרא, כ"ה, כ"ג.

<sup>53</sup> רחל אלתרמן, מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל, מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי, הוצאת רמות, 1999, 267. (להלן – "אלתרמן, מי ימלל גבורות ישראל?!"). המאמר מובא במלואו בכרך האסמכתאות לעתירה זו, ומסומן "24".

**מניין ההצדקות להתערבות ציבורית**

- א. הצדקות כלכליות (כשלי-שוק "קלסיים")**
1. הגנה על מוצרים ציבוריים (ו"טרגדיית המרעה המשותף").
  2. שמירה על משאבים מיוחדים לדורות הבאים.
  3. טיפול בהשפעות חיצוניות, חיוביות ושליליות.
  4. התמודדות עם "דילמת האסיר".
  5. שליטה בעיתוי הפיתוח ורציונליזציה של השקעות ציבוריות בתשתיות.
  6. ליקוט קרקע או הון לפרויקטים גדולים ארוכי-טווח שהשוק אינו מספק.
  7. טיפול בבעיית המידע הלא-שלם.
  8. שבירת מונופולים
- ב. הצדות חברתיות-תכנוניות אחרות**
1. קידום ערכים פוליטיים-אידיאולוגיים.
  2. חלוקה צודקת יותר של הנאות או סבל (השוואת תנאים בפריפריה וכולי).
  3. קידום יעדים חברתיים ל"זכאים".
  4. הערכות והתמודדות עם משברים: "משברים חיוביים" (עלייה, שלום) ו"משברים שליליים".
  5. מיתון השיקולים הפוליטיים של קבלת החלטות.
  6. מיתון קונפליקטים בין קבוצות.

106. פרופ' אלתרמן קובעת כי בישראל, בניגוד לארצות אחרות (אותן סקרה) בעלות לאומית על קרקע ועל מלוא זכויות הפיתוח עשויה להיות מוצדקת כדי לשמר אזורים של נוף כפרי, עקב לחצי הפיתוח החזקים במיוחד<sup>55</sup> :

"בישראל, בניגוד לארצות אחרות (שסקרנו לעיל בפרק 1), בעלות לאומית על קרקע ועל מלוא זכויות הפיתוח עשויה להיות מוצדקת כדי לשמר איזורים אלה, משום שלחצי הפיתוח אצלנו חזקים במיוחד, והם צפויים לגבור עוד ועוד לנוכח תחזיתיה של תוכנית-האב. השוק המשוכלל לא ישמר לעולם על השטחים הכפריים והמיוערים, וכלים חליפיים של ויסות ובקרה באמצעי תוכניות סטטוטוריות ומיסוי, החלים גם על קרקע פרטית, ספק אם יספיקו במציאות הישראלית. מתאים איפוא שגם איזורים אלה יקבלו עדיפות בבעלות הלאומית, וכאמור הם נמצאים כיום ברובם בבעלות כזו. אולם התהליכים של הפרטה זוחלת, המתעצמים בשנים האחרונות במגזר הכפרי, מאיימים לאיין את היתרון שקיים בבעלות הלאומית"

107. מכאן שאפילו פרופ' אלתרמן, שהינה אחת המצדדות בהעברת בעלות מן הקרקע, סבורה כי יש להבחין הבחן היטב בין העברת בעלות בקרקע מפותחת ומנוצלת (כמו בניה רוויה למגורים) לבין קרקע בלתי מפותחת ובלתי מנוצלת – כדוגמת שטח חקלאי או שטח פתוח.

108. גדעון ויתקון ושלמה בן-אליהו, עמדו במסגרת מחקר מקיף שנעשה על ידם על חשיבות הבעלות הציבורית על הקרקע (נציין כי הם תומכים בהעברת בעלות במקרקעין עירוניים המוכרים בהון מלא)<sup>56</sup> :

<sup>54</sup> שם, 280.

<sup>55</sup> שם, עמ' 287.

**"כשהמדינה היא בעלת הקרקע, ובנוסף יש לה משאבים ו"זאורך נשימה" יתרה מכפי שיש למגזר הפרטי, התערבותה בשוק המקרקעין הינה לא פעם חיונית."**

109. במחקרם מפרטים ויתקון ובן-אליהו את יתרונות הבעלות כגורם מאזן בתכנון ומדגישים את "עמידות" הקרקע הציבורית בפני לחצי תכנון שאינם עולים בקנה אחד עם האינטרס הציבורי<sup>57</sup>:

**"כאשר קיימות מגבלות להיצע המקרקעין, הנובעות מחוקים או מתוכניות סטטוטוריות, האינטרס של בעל קרקע הפרטי יהיה ללחוץ ולהשפיע על רשויות התכנון אישור פרויקטים, שאינם חופפים בהכרח עם האינטרס הציבורי. אולם, כאשר הבעלות היא בידי המדינה, התכנון והדיון בתוכנית נעשים תוך ראיית האינטרס הציבורי בעיקר. למערכת התכנונית יהיה קשה לעמוד בלחצי בעלי הקרקע הפרטיים לאורך זמן. שמירה על איכות החיים או אתרים בעלי חשיבות היסטורית או לאומית, קלה יותר בבעלות ציבורית, היכולה לוותר על השיקול הכלכלי ולהקצות קרקעות לשטחים ירוקים, פארקים, אתרים היסטוריים. כמו כן לצמצם את האינטרס הכלכלי בהגדרת הצפיפות ובהקצאת שטחים למוסדות ציבור ביד רחבה וכדומה."**

110. דוגמא עכשווית ומשמעותית ל"עמידות" היא המקרה של עמק הצבאים (עמק פרי-הר) בירושלים – שטח פתוח וירוק של כ-227 דונם בלב העיר ירושלים על מקרקעי ישראל, שהיה בעבר שטח חקלאי ועמד להפוך לשטח מבונה למגורים, בעיקרו – ואשר בעקבות התארגנות תושבים נדחתה תכנית לבניה בשטח, ולאחר מכן הופקדה ואושרה תכנית לשימור השטח כפארק עירוני ירוק<sup>58</sup>.

111. כסיכום לפרק זה ניתן לומר כי לבעלות הציבורית על הקרקע יש תכליות ייחודיות וחשובות וכי בהינתן המחסור בקרקע במדינת ישראל, ניתן להשיג תכליות אלו רק באמצעות הבעלות הציבורית על הקרקע.

### נתוני יסוד על הקרקע בישראל

112. נתאר כעת את המציאות שנוצרה בישראל מבחינה קרקעית בעקבות החלטות מכוונות אלו.

113. סך כל שטחה היבשתי של מדינת ישראל 21,842 קמ"ר<sup>6059</sup>. מתוכם כ-950 קמ"ר הינם קרקע בלתי מוסדרת (זהות הבעלים טרם הוכרעה). על כן נתייחס בניתוח פילוח הבעלות על הקרקע רק למקרקעין המוסדרים.

114. 93% מהקרקע בישראל הינה בבעלות ציבורית והינה "מקרקעי ישראל" כהגדרתם בחוק יסוד: מקרקעי ישראל. 7% מהקרקע בישראל נמצאים בבעלות פרטית.

<sup>56</sup> שלמה בן-אליהו, גדעון ויתקון, מקרקעי ישראל, הצעה לצמצום המעורבות הציבורית בניהול המקרקעין, מפעלות המרכז הבינתחומי הרצליה, 2003, עמ' 44. מצורף גם לדרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "26". ראו גם הרצאתו של גדעון ויתקון בכנס "מקרקעי ישראל לאן?", מגמות הפרטה במקרקעין עירוניים, 10.5.07, מצורף גם לדרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "27".

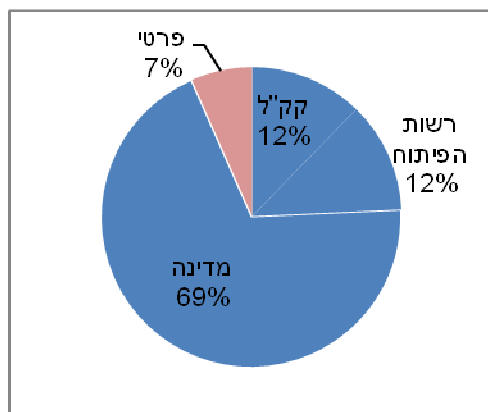
<sup>57</sup> שם, 44.

<sup>58</sup> תכנית בנין עיר (ירושלים) מס' 20000 המייעדת את השטח לפארק טבע עירוני.

<sup>59</sup> 1,000 דונם = 1 קמ"ר. המלומדים והמחוקק אשר נצטט משתמשים במידות דונם וקמ"ר בעירבוביה.

<sup>60</sup> הנתונים המספריים המוצגים כאן הם המדויקים ביותר שעלה בדינו להשיג, אף שעיון זהיר בהם מגלה אי-התאמות קלות. בכדי לאתר נתונים מדויקים ככל האפשר, הסתמכנו בעיקר על מקורות רשמיים, אולם גם בנתונים אלה קיימות לא אחת סתירות כלשהן, באשר חלק מן המספרים מבוססים על אומדנים וכיו"ב. יחד עם זאת, אותן סתירות או סטיות המופיעות בטבלאות אינן בסדרי גודל אשר שוללים את יכולת הניתוח והסקת המסקנות הכלליות, ועל כן לא מצאנו לנכון להימנע מן השימוש בנתונים האמורים. למען האחידות בחלק זה, הנתונים שניגו בו יהיו מתוך המחקר גביון וגריידי-שוורץ, ההסדרה החוקתית של נושאי מקרקעין והתיישבות, שם הן מציינות כי הן מבססות את נתוניהן על אלה של ממ"י (מתוך דו"ח שנתי של ממ"י, 2004). המחקר מובא גם בכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "6", כאמור.

115. מקרקעי ישראל כוללים את מקרקעי המדינה (14,439 קמ"ר), מקרקעי רשות הפיתוח<sup>61</sup> (2,506 קמ"ר), ומקרקעי הקרן הקיימת לישראל (2,563 קמ"ר).



בעלים	השטח בקמ"ר	באחוזים
מדינת ישראל	כ-14,439	69%
רשות הפיתוח	כ-2,506	12%
קרן קיימת לישראל	כ-2,563	12%
<b>סה"כ מקרקעי ישראל</b>	<b>כ-19,508</b>	<b>93%</b>
פרטי	כ-1,384	7%
לא-מוסדר	כ-950	לא מחושב
<b>סה"כ שטח המדינה</b>	<b>כ-21,842</b>	<b>100%</b>

116. בטרם נבחן כיצד משתמשת האוכלוסייה בישראל בתא שטח קטן זה נתייחס לצפיפות האוכלוסין בשטח זה.

117. נכון לשנת 2008 עמדה אוכלוסיית ישראל על 7.3 מיליון בני-אדם. בתוך גבולות מדינת ישראל ("הקו הירוק") חיים יותר מ-7 מיליון בני אדם. צפיפות האוכלוסין הרשמית במדינת ישראל (בתוך גבולות "הקו הירוק") עומדת על 320.9 נפש לקמ"ר<sup>62</sup>.

118. על פי ההערכות של עורכי תכנית ישראל 2020 צפיפות האוכלוסייה בישראל בשנת 2020 תהיה 372.1 נפש/קמ"ר<sup>63</sup> וצפיפות האוכלוסייה במדינת ישראל ללא נפת באר שבע (המאוכלסת בדלילות) תהא 857.8 נפש/קמ"ר<sup>64</sup>.

119. אם לא לוקחים בחשבון את נפת באר שבע כאמור, הרי שהאוכלוסייה בישראל צפופה כיום בשיעור כפול מזו שבהולנד, הצפופה בארצות המערב. למעשה ישראל היא אחת מ-25 המדינות הצפופות בעולם (שמרביתן הן ערי מדינה כגון הוותיקן, מקאו שבסין; וכן איים זעירים כגון סינגפור, מלטה איי התעלה הבריטית ועוד).

120. ניתן להסיק כמסקנה ראשונה מנתוני יסוד אלו כי מדינת ישראל היא מדינה קטנה וצפופה; ועובדות אלו הופכות את משאב הקרקע בישראל למשאב במחסור וליקר-המציאות.

121. נבחן עתה את השימושים הנעשים בקרקע שבשטח המדינה<sup>65</sup> מהם עולה כי רק כ-1,500 קמ"ר משמשים כשטחים עירוניים מבונים.

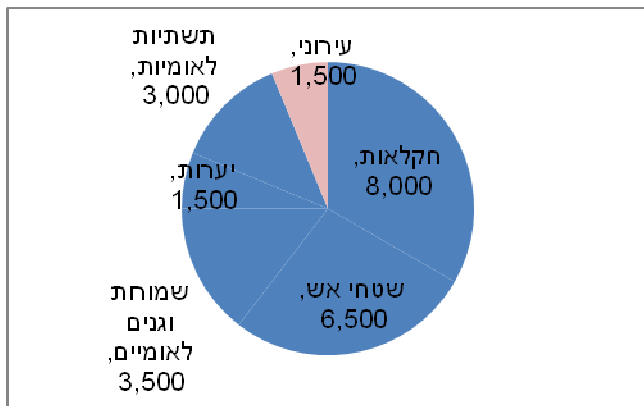
<sup>61</sup> הכוללים נכסי נפקדים שהועברו מכח חוק נכסי נפקדים תש"י-1950.

<sup>62</sup> לוח 2.14, השנתון הסטטיסטי לישראל לשנת 2009, הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. עותק של הלוח מצורף לדרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "28".

<sup>63</sup> "ישראל 2020 – תוכנית אב לישראל בשנות ה-2000" הינו שמו של צוות מחקר ותכנון בראשות אדם מזור, אשר שם לעצמו למטרה: "להתוות תפיסה כלכלית, חברתית וסביבתית משולבת לפיתוחה של ישראל לקראת המאה ה-21 ולזהות את כלי המדיניות להגשמתה" כהגדרת הצוות את תפקידו. הצוות פעל במסגרת מוסד שמואל נאמן בטכניון. הנתון המתואר מובא שם, טבלה 1.2, עמ' 140. עותק של הטבלה מצורף לדרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "29".

<sup>64</sup> שם, שם.

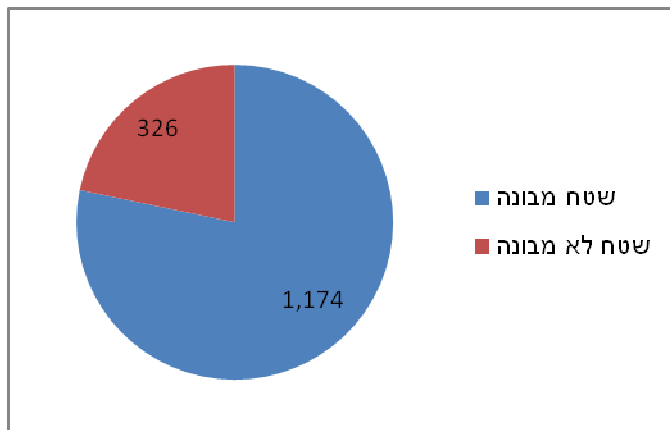
<sup>65</sup> הנתונים שיוצגו להלן הם נתונים שהוצגו על ידי מנהל מינהל מקרקעי ישראל בבדיון שהתקיים בתאריך 3.6.09 בועדת הכלכלה של הכנסת במסגרת הדיון בנושא תיקון מס' 7 (להלן – "מצגת מנהל המינהל"). הנתונים לגבי חלק מהשטחים חופפים ועל כן



השימוש	שטח בקמ"ר	באחוזים
חקלאות	8,000	36.53%
שטחי אש	6,500	29.7%
שמורות וגנים לאומיים	3,500	15.98%
תשתיות לאומיות	3,000	13.7%
יערות	1,500	6.85%
שטחים עירוניים מבונים	1,500	6.85%
סה"כ שטח יבשתי	21,900	100%

122. כאמור, קיימת חפיפה בין השטחים, וכן השטח העירוני כולל גם שטחים עירוניים לא מנוצלים.

123. אין בידינו, וייתכן שאף אין כלל<sup>66</sup>, נתונים המראים כמה מתוך השטח העירוני הוא בבעלות פרטית, אך משילוב הנתון לפיו מרבית הקרקע בבעלות פרטית מצויה במרכזי ערים<sup>67</sup> והנתון כי כ-808,000 חוכרים עירוניים יושבים על 251.6 קמ"ר של מקרקעי ישראל<sup>68</sup> ניתן להעריך בזהירות – מעל 1,000 קמ"ר עירוניים הינם בבעלות פרטית.



124. השטח המבונה במדינת ישראל היה בשנת 2002: 1,174 קמ"ר<sup>69</sup>. כלומר – בשנת 2002 היו במדינת ישראל רזרבות לבנייה עירונית בהיקף של 326 קמ"ר. אין נתון ידוע על היקף השטח שהינו בבעלות ציבורית מתוך שטח לא מבונה זה.

125. ודאי ישנם מבין מקבלי החלטות והדיוטות המתבוננים על נתונים אלו

ואומרים בלבם כי בבוא השעה ניתן יהיה לצמצם את שטחי החקלאות של מדינת ישראל, או שמא דווקא את שטחי האש לצורך הרחבת השטח העירוני. חשוב לזכור, ויש לקוות כי יהיה מי שיזכיר, כי חקלאות ושטחים פתוחים הינם צרכים חיוניים למדינה חפצת-חיים.

אין כאן תמונה מדויקת. עם זאת, לצורך הבנת אפשרויות הפיתוח של הארץ לטובת מגורים ניתן להסיק מסקנות נכוחות. עותק של המצגת מצורף לעתירה זו ומסומן כנספח "ט".

<sup>66</sup> מנהל המינהל לא המציא נתונים מן הסוג הזה לחברי הכנסת אשר ביקשו כן בדיוני ועדת הכלכלה על חקיקת תיקון מס' 7 – כפי שניתן לראות במכתבו של ח"כ עמיר פרץ ליו"ר ועדת הכלכלה מיום ה-29 ליוני 2009 – מצורף כנספח לעתירה זו ומסומן "י".

מכתבו של מנהל המינהל (להלן – "מכתב מנהל המינהל") שהתקבל בתשובה מצורף כחלק מעתירה זו, ומסומן כנספח "יא".

<sup>67</sup> מופיע גם במצגת מנהל המינהל וגם אצל גביזון וגריידי-שוורץ, ההסדרה החוקתית של נושאי מקרקעין והתיישבות. <sup>68</sup> מצגת מנהל המינהל ובמכתבו אשר צוינו לעיל.

<sup>69</sup> לוח 1.2, השטח הבנוי לפי שימושי קרקע, 2002, השנתון הסטטיסטי לישראל לשנת 2009, כאן נאלצנו להסתמך על נתונים הנכונים לשנת 2002, זאת בשל חסרונם של הנתון הזה מדיווחי מינהל מקרקעי ישראל. ניתן לצפייה בכתובת: [http://gis.cbs.gov.il/landuse\\_2002/tables/km\\_build.pdf](http://gis.cbs.gov.il/landuse_2002/tables/km_build.pdf) ומצורף גם לכרך האסמכתאות לעתירה זו, מסומן "30".

126. נוכח החשיבות והחיוניות נוסף פירוט נוסף על היקף השטחים הכפופים לשימושים בטחוניים, על פי נתונים מקורבים שנמסרו מענף תשתית ופריסה, באגף התכנון בצה"ל למבקר המדינה, 30% מכלל שטחה של מדינת ישראל הינו שטחי אימונים, 4% מכלל שטחה של מדינת ישראל הינו מתקני צה"ל, 1% מכלל שטחה של מדינת ישראל הינו מתקני מערכת הביטחון (כולל משרד הביטחון, מתקנים ביטחוניים ומתקני התעשיות הביטחוניות) וכמו כן על 11% מכלל שטחה של מדינת ישראל חלות מגבלות מערכת הביטחון.<sup>70</sup>

127. שיפר ואורן במחקרם על ההשלכות הכלכליות של השימוש בקרקע על ידי מערכת הביטחון מאמצים הנתונים דלעיל וקובעים כך:<sup>71</sup>

**"מתוך הנתונים שהציג צה"ל בשנת 2004, שליש מהיקף השטחים הפתוחים, שטחים שאין בהם בינוי, הם שטחי אימונים. המחנות הקיימים ושאר מסגרות מערכת הביטחון ובעיקר התעשיות הביטחוניות נמצאים על כ-5% משטח המדינה. על עוד 11% משטחי המדינה מטילה מערכת הביטחון מגבלות שונות.**

...

**אם כן, רק כחצי משטחי המדינה הם שטחים אזרחיים ללא זיקה ביטחונית. ואולם, נתונים אלה שמקורם בצה"ל אינם משקפים את ההיקף האמיתי של שיעור שימושי הקרקע לצורכי ביטחון, שכן גם בחצי המוצג כשטח אזרחי נמצא זיקה ושימוש ביטחוני עקיף, כמוצג לעיל.**

128. לפי שיפר ואורן, כלל שטחי האש והניסויים בישראל עומד על 8,900 קמ"ר מתוכם כ-7,500 קמ"ר בתחום המדינה. מכאן שהשטח האפשרי למגורים ושימושים אזרחיים אחרים בישראל עומד על כ-14,000 קמ"ר בלבד<sup>72</sup> כלומר כ-1,000 קמ"ר פחות משהנחנו לעיל.

129. המסקנה החד-משמעית הנובעת מן הנתונים שהוצגו עד כה היא כי יכולתה של מדינת ישראל לספק דיור (שלא לומר דיור בר-השגה), שטח לשימושי תעסוקה, שטחים ציבוריים עירוניים וכיו"ב להתמודד על כלל האתגרים העומדים בפני המדינה בהקשר של משאב הקרקע היא מצומצמת מאוד, וכי עומדים לרשותה כמה מאות קמ"ר של קרקע זמינה לכל היותר.

130. כפי שנבהיר בהמשך בהרחבה, הוראת סעיף 13(2) לתיקון מס' 7 (המתקנת את סעיף 7(2) לחוק מקרקעי ישראל) המאפשרת העברת בעלות ב-800 קמ"ר (שהם כאמור 800,000 דונם) ממקרקעי ישראל לבעלות פרטית משמעותה פגיעה אנושה לעיקרון החוקתי של הבעלות הציבורית על הקרקע – וכן היא לוקה בחוסר מידתיות קיצוני. טענתם המיתממת של המשיבים בהזדמנויות שונות כי מדובר בלא יותר מ-4% משטח המדינה מתבררת כהטעייה בוטה. **השטח נשוא העברת הבעלות הינו בשיעור כפול מסך כל השטח שיש במדינה כעתודה לבנייה עתידית. במובן זה, מדובר בהפרטה של למעלה מ-100% מהקרקע הזמינה לפיתוח עירוני.**

<sup>70</sup> מבקר המדינה, דו"ח שנתי 55א, לשנת 2004, עמ' 78. הקטע מצורף לכרך האסמכתאות ומסומן "31".

<sup>71</sup> זלמן שיפר, עמירם אורן, ההשלכות הכלכליות של האחזקה והשימוש בקרקע על ידי מערכת הביטחון, מוסד שמואל נאמן, הטכניון, 31.5.07, עמ' 13. הקטע מצורף לכרך האסמכתאות ומסומן "32".

<sup>72</sup> שם, שם.

## הצעות לרפורמה – סקירת דוחות גולדנברג, רוני וגדיש

131. עם השנים היה שמו של מינהל מקרקעי ישראל למילה נרדפת לחוסר יעילות, בירוקרטיה ו"סחבת". שאלות שונות, חלקן מהותיות ונוגעות למדיניות המקרקעין של ישראל – יחסה להתיישבות העובדת, יחסה לערביי ישראל, התמודדותה עם שאלות ביטחון ועוד, וכן שאלות מנהלתיות הנוגעות לתחומים בהן זקוקים החוכרים לאישור המנהל, לרבות תשלום של "דמי היתר", "דמי הסכמה" וכיו"ב, שאלות אלו ודרכי פתרון העסיקו רבות את כל הנוגעים בתחום.

132. ממשלות ישראל הקימו מספר לא מבוטל של ועדות לבחינת מדיניות המקרקעין של המדינה, וכפועל יוצא מכך, בחינת מבנה ופעולת מינהל מקרקעי ישראל. מבין ועדות אלו נתייחס לשלוש מהן: הועדה הציבורית לבחינת יעדי המדיניות הקרקעית (ועדת גולדנברג) – אשר סיימה עבודתה בינואר 1986; הועדה לרפורמה במדיניות מקרקעי ישראל (ועדת רוני) – סיימה בתאריך 7.4.97; והועדה הציבורית לרפורמה במינהל מקרקעי ישראל (ועדת גדיש), אשר הגישה מסקנותיה בתאריך 1.6.05.

דו"חות ועדת גולדנברג, ועדת רוני וועדת גדיש מצורפים כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנים באותיות "יב", "יג" ו-"יד" בהתאמה בכרך הנספחים. תמצית משווה של דו"חות אלו מצורפת ומסומנת באות "טו" בכרך הנספחים.

133. משלושת הדו"חות עולה מסקנה מרכזית: אף אחת מהוועדות לא המליצה על העברת בעלות גורפת, משוללת יכולת בקרה ופיקוח, של כל מקרקעי ישראל או במלים אחרות: שינוי המשטר הקרקעי בישראל ממשטר של חכירה לדורות למשטר של בעלות פרטית. אף אחת מהוועדות אף לא הציעה הצעה הקרובה לכך. ובכל זאת – ממשלת ישראל החליטה על הפרטה של נתח מהותי של מקרקעי ישראל, המהווה את כל יתרת השטח הזמין לפיתוח והרחבה עתידית של השטחים העירוניים ונוגס גם בשטחים פתוחים במהותם. זאת, יחד עם העברת הבעלות לידיים פרטיות של כלל מקרקעי ישראל (למעט קרקע חקלאית).

134. יתרה מכך, ממשלת ישראל נסמכה, בהגישה את הצעת החוק, הנתקפת בעתירה זו, לכנסת, על דעת המיעוט בועדת גדיש, כלומר העמדה שנדחתה על ידי הועדה. הממשלה עשתה כן באופן מטעה – כאילו הייתה זו המלצת הועדה – ולא כך היא<sup>73</sup>.

135. בפני ממשלת ישראל עמדו מספר חלופות לפיתרון הבעיות במינהל מקרקעי ישראל. (1) ניתן היה להגדיל את מצבת כוח האדם במינהל לצורך התמודדות עם העומס הרב המוטל עליו; (2) ניתן היה לבצע היוון של תשלומי החכירה בשטחים המוחכרים ולצמצם את החיכוך בין כלל החוכרים למינהל תוך שימור משטר החכירה לדורות (המלצת הרוב בועדת גדיש); ועוד אפשרויות ואפשרויות ביניים בין חלופות אלו. הממשלה בחרה בדרך אחרת, בניגוד להמלצות ועדות ציבוריות וללא דיון מספק ומבלי שנסקלו החלופות.

<sup>73</sup> הממשלה התעלמה מהמלצת הרוב בועדת גדיש הממליצה להשאיר את משטר החכירה, ראו דין וחשבון הועדה הציבורית לרפורמה במינהל מקרקעי ישראל (ועדת גדיש), עמ' 14.

**ממשלת ישראל ה-32 מחליטה להפריט את כל מקרקעי ישראל הזמינים לפיתוח ולהעביר את הבעלות לידי הרוב המוחלט של החוכרים במקרקעי ישראל – מחטף 100 הימים**

136. במהלך חודש אפריל 2009 למדו העותרים מן התקשורת כי בנימין נתניהו קיבל לידי דו"ח, מצוות שמינה לקראת כניסתו לתפקיד ראש ממשלת ישראל, ובו המלצות לפעולות שעליו לבצע ב-100 הימים הראשונים לכהונתו (ועל כן כונה הצוות "צוות 100 הימים"). מבין המלצות אלו, כפי שהתפרסמו בתקשורת, נדחמו העותרים לקרוא על הכוונה להפוך על פיה את המדיניות הקרקעית של מדינת ישראל במהלך 100 ימים, ולהפריט את כל מקרקעי ישראל הבנויים, כמו גם הזמינים לפיתוח (ואף מעבר לכך), תחת אצטלת "רפורמה במינהל מקרקעי ישראל".

137. יודגש: ישנה, כך נראה, הסכמה מקיר אל קיר בחברה הישראלית בנוגע לצורך לקיים רפורמה מעמיקה במינהל מקרקעי ישראל. מדוע נבחרה החלופה של הפרטת מקרקעי ישראל, כל מקרקעי ישראל הזמינים לפיתוח לעשרות שנים רבות, במקום לערוך את השינויים המבניים הנדרשים כל כך – לכך לא נמצאה תשובה.

138. חששם הכבד של העותרים כי מהפכה זו תתרחש כמהלך בזק אנטי-חוקתי על מנת להימנע מדיון ציבורי וההתנגדות הציבורית אשר תתלווה אליו התאמת. בהחלטת הממשלה מס' 23 (המסומנת לעתים גם כהחלטה 117) אשר קיבלה תוקף ב-12 למאי 2009 (להלן – "החלטת הממשלה מס' 123") נקבע כך (ההדגשות אינן במקור):

"מחליטים:

...

1. להקים רשות מקרקעין ממשלתית (להלן – הרשות) אשר תנהל את מקרקעי ישראל ותפקידיה יהיו כמפורט להלן:

...

ב. שיווק קרקעות עירוניות למטרות מגורים ותעסוקה במכר...

9. לקבוע בחקיקה כי תועבר הבעלות בקרקע לידי חוכרים על פי חווי חכירה לדורות בקרקע עירונית למטרות מגורים ותעסוקה... בהתאם לכללים וגו':

15. להטיל על יו"ר מועצת מקרקעי ישראל להביא לאישור מועצת מקרקעי ישראל הצעות החלט בדבר שינויים במדיניות המקרקעין כמפורט להלן:

א. הקצאות חדשות של קרקעות עירוניות למגורים והקצאות חדשות במכרזים של קרקעות עירוניות למטרות תעסוקה תתבצענה, אך ורק, בדרך של הקניית זכות בעלות או זכות לגבי בעלות, ולא של הענקת זכות חכירה או זכות לגבי חכירה...

ב. מתן אפשרות להקצאת זכות בעלות או זכות לגבי בעלות בקרקעות המיועדות בתוכניות מתאר מקומיות לפיתוח על אף שלא חלה עליהן תוכנית מפורטת.

16. להטיל על ועדת השרים לבחון את האפשרות להעברת בעלות בקרקעות המפורטות להלן:

א. קרקעות שבגינן ניתן חוזה פיתוח וטרם נחתם בגינן הסכם חכירה.

ב. השטח המיועד למגורים במשקי עזר.

ג. השטח המיועד למגורים בחלקות המגורים במושבי עובדים ובכפרים שיתופיים ומגרשי מגורים ששויכו לחברי קיבוץ וחברי מושב שיתופיים...

17. להטיל על ועדת השרים לבחון ולהחליט... בדבר שינויים במדיניות הפיזיים לחוכרי קרקע חקלאית בגין שינוי ייעוד...

23. להטיל על שר האוצר להודיע לקק"ל... על השינויים שהממשלה מעוניינת לעשות באמנה (האמנה בין המדינה לקק"ל) לצורך יישום החלטה זו...

החלטת הממשלה מס' 123 מצורפת כחלק בלתי נפרד מעתירה זו ומסומנת באות "טז".

139. במסווה של רפורמה במינהל מקרקעי ישראל הוחלט להפריט (קרי להעביר בעלות בהיקף מסיבי) את מקרקעי ישראל, ולהעבירם לידי החוכרים (קיימים ועתידיים). מהלך זה יביא לכך שחלק ניכר ממקרקעי ישראל יעבור לרשות בעלי הון, מהארץ ומחו"ל, אשר יצברו באמצעות הונם שטחי קרקע משמעותיים, תוך ציפייה לעשיית רווחים מהם בעתיד והדרתם מבעלות ורשות הציבור. ממילא ברור כי הרוב המוחלט של תושבי אזרחי ישראל, לא יהיו ביניהם.

### **הכנסת מחוקקת את תיקון מס' 7**

140. ב-3 לאוגוסט 2009, 83 ימים לאחר החלטת הממשלה מס' 123, אישרה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את תיקון מס' 7. מעשה החקיקה נעשה תוך התעלמות מחוק יסוד: מקרקעי ישראל ושינוי, שלא לומר איוון, למעשה, של הוראת סעיף 1 שלו. זאת, תוך פריצת מסגרת "ההיתר" (שנקבעה בסעיף 2 לחוק היסוד) מגדרה המקורי ותכליתה. מעשה החקיקה עיקר מתוכנה את המסגרת החוקתית של המשטר הקרקעי של מדינת ישראל, ונעשה בדרך עקיפין פתלתלה, שנועדה להסתיר את הפירצה והשינוי החוקתי שנעשה. על ידי שינוי הגדרות ("קרקע עירונית") והרחבת החרגים שנועדו למקרים יוצאים מן-הכלל (תיקון סעיף 7)2 לחוק מקרקעי ישראל) נוצר מצב חוקתי חדש דה-פקטו. מצב זה לא עוגן, ולו באופן לכאורי, דה-יורה, בפרק המסדיר את המשטר הקרקעי בחוקתה של המדינה – הוא חוק יסוד: מקרקעי ישראל.

141. כאמור, המרכיבים המרכזיים בריקונה מתוכן של הוראתו החוקתית של סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל הינם שני מעשי חקיקה עיקריים: שינוי ההגדרה ל"קרקע עירונית", והרחבת היקף הקרקע העירונית אשר יש היתר להעברת בעלות בו.. אלו מצאו דרכם לספר החוקים באמצעות תיקון מס' 7.

### **שינוי הגדרת קרקע עירונית: "קרקע עירונית" – האמנם?**

142. במסגרת סעיף 13 לתיקון מס' 7 – הוחלפה הגדרת "קרקע עירונית" שבסעיף 1 לחוק מקרקעי ישראל:

הסעיף הישן	הסעיף החדש – אחרי תיקון מס' 7
"קרקע עירונית" – מקרקעין הנמצאים בתחומי שטח תכנון עיר, להוציא תכנון גלילי.	"קרקע עירונית" – קרקע שיעודה לפי תוכנית שניתן להוציא מכוחה היתר בנייה, לפי חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, הוא למגורים או לתעסוקה.
	"תעסוקה" – תעשייה, מלאכה, משרדים, מסחר, תיירות או מלונאות, למעט חקלאות או גידול בעלי חיים.

143. עיון מדוקדק בהגדרה החדשה שהוכנסה במסגרת תיקון מס' 7 ילמדנו כי אין תוכו כבד, ונבאר.

144. לכאורה, כפשוטו עשוי הקורא התמים לסבור כי המונח "קרקע עירונית" משמעותו קרקע המצויה בתחומי עיר, או לפחות בתחומי ישוב, אך לא כך.

145. ההגדרה שנקבעה במסגרת תיקון מס' 7, היא הגדרה חובקת עולם, ועלולה אף להטעות. בגדרה של ההגדרה כלולה כל קרקע עליה חלה תכנית שמכוחה ניתן להוציא היתר בניה (קרי ברוב המקרים תכנית מפורטת<sup>74</sup>), אך לעיתים גם תוכנית מקומית, מחוזית ואפילו ארצית – כמו תמ"א 38) – ואשר ייעודה לפי אותה תכנית הוא אחד מאלה: "מגורים" ו- "תעשייה, מלאכה, משרדים, מסחר, תיירות או מלונאות". מן ההגדרה מועטו שימושי חקלאות וגידול בעלי חיים.

146. משמע עתה לאחר תיקון מס' 7, כל קרקע עליה חלה כאמור תכנית (שמכוחה ניתן להוציא היתר) במגוון רחב מאד של שימושים – "תעשייה, מלאכה, משרדים, מסחר, תיירות או מלונאות", היא קרקע העשויה להיות נשוא להעברת הבעלות בה מידי המדינה (או הקק"ל) לידיים פרטיות.

147. המסקנה העולה מניתוח שינוי הגדרת "קרקע עירונית" היא כי הקרקע העלולה להיות (וכפי הנראה תהיה) נשוא להעברת בעלות כוללת מגוון רחב של שימושים, ולא רק קרקע ליעוד למגורים. כן ברור כי הקרקע העלולה להיות (וכפי הנראה תהיה) נשוא להעברת בעלות כוללת קרקעות המצויות במרחבים פתוחים, ולא רק קרקע המצויה בתוך שטח עירוני מפותח ומבונה.

148. הדברים חמורים ומטרידים עוד יותר, ומעוררים חשש כבד כי קיימת כוונת מכוון בהרחבת השינוי.

#### **"מכבסת הקרקעות" – מקרקע חקלאית – לקרקע בבעלות פרטית**

149. בקשנו לבחון את המשמעויות בפועל של שינוי הגדרת "קרקע עירונית" על מקרקעי ישראל.

150. ערכנו בדיקה מדגמית של תכניות שיעודן העיקרי תיירות או מלונאות – והעלינו כ-15 תכניות כאלה החלות על קרקעות בהיקפים ניכרים – כולן "מקרקעי ישראל" – ובכולן מסתמנת תופעה מטרידה ביותר.

טבלה המפרטת את מספרי התכניות, מטרתן והשטחים עליהן הן חלות מצורפת כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנת באות "יז" בכרך הנספחים גם תקנוני חלק מהתכניות מצורפים ומסומנים באות "יח" בכרך הנספחים. מסמכי כל התכניות ניתנים לצפייה באתר מינהל מקרקעי ישראל:

<http://www.mmi.gov.il/lturTabot/ta1.asp>

151. מסתבר, כי בשנים האחרונות הואצה מגמה מסוכנת של הפיכת קרקע חקלאית לקרקע שיעודה תיירות, נופש או מלונאות.

152. המדובר על שורת תכניות רחבות היקף, החלות על שטחים פתוחים בלתי מבונים, ואשר גם על פי הוראות התכנית כוללים בינוי בהיקף דליל ומינימאלי. בגדרן של תוכניות אלה שטחים פתוחים שהיו ברובם שטחים חקלאיים, והפכו מכח התכנית לשטחים שיעודם תיירות ומלונאות.

153. עתה, לאחר חקיקת תיקון מס' 7, ניתן יהיה להעביר את הבעלות בשטחים אלו, שהינם בגדר "קרקע עירונית" (כמשמעות המונח בחוק מקרקעי ישראל), לידיים פרטיות. לכאורה יש אמנם חסם כנגד העברת בעלות במתחמים שגודלם עולה על 16 דונם, לאור הוראת סעיף 4כא לחוק מינהל מקרקעי

<sup>74</sup> ר' סעיף 145(ז) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965, כפי שתוקן במסגרת תיקון מס' 43 לחוק התכנון והבניה, ס"ח 1544, 24.8.95, 473, 450, 473. מצורף גם לכרך האסמכתאות ומסומן "33".

ישראל (כפי שהוסף במסגרת תיקון מס' 7) – אך גם חסם זה הינו יחסי וניתן להתגבר עליו בקלות – די בהחלטת מועצת מקרקעי ישראל שתחליט כי "קיימות נסיבות שבשלן ניתן להקנות בעלות כאמור". החלטה שלא נקבעו לה כל מגבלות מהותיות ואשר היכולת לפקח ולבקר את ההעברות שנעשות מכוחה בפועל קטנה שלא לומר אפסית.

154. ברי כי אם יעשה כן תאבד המדינה כל שליטה על השטחים הנרחבים והבלתי מפותחים הללו, שטחים אלו יוצאו מחזקת הכלל לצמיתות ובעליהם הפרטיים יוכלו לעשות בהם כרצונם. כך למשל לא ניתן יהיה למנוע הפיכת השטחים לחוות סגורות ומגודרות בבעלות פרטית.

155. אפשרות זו – להעביר בעלות בשטחים פתוחים ובלתי מבונים בעיקרם – עשויה להסביר מדוע גם ביקשה הממשלה להגדיל את מסת הקרקע שניתן להעביר בה בעלות להיקף אדיר של 800,000 דונם.

156. **העברת בעלות בשטחים פתוחים ובלתי מפותחים ובלתי מבונים – משמעותה פגיעה בגרעין הקשה של האיסור החוקתי על העברת הבעלות; ולכן היא לא יכולה להיעשות.**

### החריג בולע את הכלל

157. תיקון מס' 7 פרץ את גבולות ההיתר שעוגן במסגרת סעיף (7)2 לחוק מקרקעי ישראל והפך אותו לסעיף המתיר העברת בעלות "סיטונית" במקרקעי ישראל – ללא כל התניה מהותית וללא כל בקרה על התכליות לשמן מבוצעת העברה כזו וכן על זהות הנהנה הסופי מן הבעלות המועברת.

158. בחוק מקרקעי ישראל נקבע ההיתר המיוחד, החריג, למכירת מקרקעי ישראל בעקבות ההכרעות העקרוניות בכנסת הרביעית (להן קדמו ויכוחים עקרוניים בממשלה ובכנסת), בעניין היקף השטח שיותר למכירה (סעיף (7)2 בחוק מקרקעי ישראל). ההיקף שנקבע בשעתו היה של 100 אלף דונם (100 קמ"ר), תוך ששר האוצר מתחייב להודיע לכנסת אם וכאשר אי פעם יגיעו להיקף שכזה – מתוך הערכה שמכירת היקף כה גדול ממקרקעי ישראל לא סביר שתתרחש<sup>75</sup>.

159. אין איש יודע מהו היקף הקרקעות ממקרקעי ישראל שנמכרו על בסיס ההיתר שבסעיף (7)2 לחוק מקרקעי ישראל. מנהל מינהל מקרקעי ישראל (שהוא מנהל "בנק הקרקעות" של המדינה) הודה בהגינותו, במהלך דיוני ועדת הכלכלה בנוגע לתיקון מס' 7<sup>76</sup>, שהוא אינו יודע מה היקף הקרקע שהבעלות בה הועברה במסגרת החריג, והוא מעריך כי נמכרו בין 60 ל-80 קמ"ר (קרי, 60,000-80,000 דונם) – כלומר, על בסיס מידע זה, טרם "נצרכה" מלוא המכסה המותרת בחוק.

160. למרות זאת, ההיתר הורחב בשנת 2006 לכדי היתר למכירת 200 אלף דונם – כדי לאפשר העברת בעלות לחוכרים לדירות של דירות בבניה רוויה – כשאליו נלווית, כהוראת שעה (לתקופה קצובה עד 30.6.2011), הוראה המסדירה את העברת הבעלות – הוספת סעיף 4יז לחוק מינהל מקרקעי ישראל<sup>77</sup>; התיקון לחוק לא גרר תשומת לב ציבורית של ממש והתרחש יחד עם מאות חוקים ותיקוני חוקים נוספים במסגרת "חוק ההסדרים במשק".

161. עתה בא תיקון מס' 7 ומרחיב את ההיתר החריג לכדי 800 אלף דונם, תוך שהוא מאפשר העברת הבעלות בשתי "מנות" של 400 אלף דונם כל אחת בתקופה של 5 שנים. מנהל ממ"י עצמו הודה,

<sup>75</sup> מופיע אצל כ"ץ, "והארץ לא תמכר לצמיתות", עמ' 51.

<sup>76</sup> ראה מכתב מנהל המינהל. נספח "יא" כאמור.

<sup>77</sup> חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2006), התשס"ו – 2006, ס"ח 2057, 15.6.06, 306, 312.

באותם דיונים, כי המינהל לא ביקש אלא את העברתם של 251,600 דונם לידי חוכריהם<sup>78</sup>. אולם תיקון מס' 7 הביא להעברת בעלות מסיבית ובלתי מבוקרת מעל ומעבר לעתודת הקרקע העירונית של מדינת ישראל, כפי שכבר צויין לעיל.

162. השינוי הכמותי במקרה זה הוא כה גדול שהוא הופך לשינוי איכותי, תוך שהוא גורם לחריג לבלוע את הכלל.

### תיקון מס' 7 יאפשר העברת חלק מהותי ממקרקעי ישראל לבעלות פרטית

163. נבחן את קצב ניצול הקרקע במדינת ישראל.

164. ממחקר מקיף שנעשה על ידי המשרד לאיכות הסביבה ומכון ירושלים לחקר ישראל<sup>79</sup> עלה כי בשנים 1998-2003 הגידול בתכסית הארצית בשימוש למגורים היה 34,080 דונם ואילו הגידול בתכסית הארצית בשימוש לתעשייה ולתעסוקה היה 9,287 דונם<sup>80</sup>. שימושי מגורים ותעסוקה הם שני מרכיביה של "קרקע עירונית" כהגדרתה בחוק מקרקעי ישראל.

165. מכאן עולה כי השיעור השנתי הממוצע של הגידול בתכסית בשימוש למגורים הוא 6,816 דונם לשנה והשיעור השנתי הממוצע של הגידול בתכסית בשימוש לתעשייה ולתעסוקה הוא 1,857 דונם לשנה, וביחד 8,673 דונם לשנה.

166. על פי נתוני מינהל מקרקעי ישראל, כפי שנמסרו לוועדת הכלכלה של הכנסת, סך כל מקרקעי ישראל המשמשים למגורים ותעסוקה וקיימים בהם חוכרים אשר על פי תיקון מס' 7 יהיו זכאים לבעלות על המקרקעין הוא 251,600 דונם<sup>81</sup>. כלומר, אלו כל מקרקעי ישראל המבונים ומוחכרים.

167. כך שאם נחסיר מ-800 אלף הדונם אשר הכנסת אישרה להעביר בהם בעלות את 251,600 הדונם המבונים יוותרו 548,400 דונם "פנויים" להעברת בעלות.

168. בקצב ניצול הקרקע הנוכחי יידרשו למעלה מ-63 שנים על מנת לבנות תכסית עירונית על שטח שכזה. גם אם ניקח בחשבון צמיחה בקצב ניצול הקרקע בשיעור של 200 ו-300 אחוז, עדיין מדובר בעשרות של שנים.

169. ממידע עדכני שפירסם מינהל התכנון במשרד הפנים, במסגרת מעקב אחר ביצוע של תמ"א 35 עולה כי קצבי "צריכת" הקרקע בשנים 2003-2007 נמוכים באופן משמעותי מאשר בשנים שקדמו להן – כך מתברר כי השיעור הממוצע של "צריכת" קרקע לפיתוח עירוני היה כ-2,320 דונם לשנה בלבד<sup>82</sup>.

### טבלה הכוללת ניתוחי רגישות לקצבי צריכה שונים מצורפת כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנת באותיות "יט".

170. כאשר בוחנים את החלטת הממשלה 123 נמצא כי שיעור השיווק המתוכנן לקרקעות בסדר גודל של בין 25 אלף ל-35 אלף יחידות דיור לשנה. בהנחה שמדובר על בנייה לגובה, ובהתבסס על נתוני המינהל

<sup>78</sup> ראה מצגת מנהל המינהל, ומכתב מנהל המינהל.

<sup>79</sup> דפוסי השימוש בשטחים הבנויים 2003 ומחקר השוואתי 1998-2003, מ. קפלן, ח. דין, ש. בוקוולד, ל. דבצירי-דרום, מכון ירושלים לחקר ישראל והמשרד לאיכות הסביבה, מאי 2006. המחקר מצורף לכרך האסמכתאות לעתירה זו, ומסומן "34".

<sup>80</sup> יש לציין כי השימוש תעשייה ותעסוקה איננו חופף באופן מלא את ההגדרה "תעסוקה" שבחוק מקרקעי ישראל.

<sup>81</sup> ראה מצגת מנהל המינהל.

<sup>82</sup> תמ"א 35 ליווי, מעקב ועדכון, דו"ח שלב ב', מינהל התכנון, משרד הפנים, אוגוסט 2009, עמ' 209. קטע זה מצורף לכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "35".

כי 808,000 חוכרים עירוניים יושבים על שטח של 251,600 דונם (כלומר: ממוצע של פחות משליש דונם ליחידת דיור), יש לשער כי קצב ניצול הקרקע יישאר פחות מ-10,000 דונם לשנה. כלומר, בכל מקרה, ישראל "תצרוך" את היקף הקרקע האמור (800,000 דונם) במשך עשרות שנים.

171. נדמה כי ההידרשות להשערות וניתוחים משלנו מיותרת. הנה הודעת דובר ראש הממשלה אחרי שהכנסת חוקקה את תיקון מס' 7<sup>83</sup>, ההדגשה איננה במקור:

**"אף שהיה לקואליציה רוב מוצק לחוק, נעתר ראש הממשלה לפנייתו של השר ברק והסכים להכניס בו תיקון מכני... לפי התיקון ישווקו 800 אלף הדונם בשתי מנות: 400 אלף דונם ראשוניים בחמש השנים הבאות; ואחר כך עוד 400 אלף דונם. תיקון זה אינו משמעותי, משום שקצב המכירה הצפוי הוא איטי בהרבה (הצפי לביקוש הכולל לקרקעות בעשר השנים הבאות הוא פחות מ-400 אלף דונם)."**

172. ואלו היו דברי מנכ"ל משרד ראש הממשלה, שבועיים קודם לכן<sup>84</sup>:

**"כנסתום ביטחון נוסף, הרפורמה תחול על אחוזים בודדים מקרקעות המדינה, כאשר המדינה והקרן הקיימת לישראל ימשיכו להיות הבעלים של מרבית מקרקעי ישראל. עם זאת, השיעור שבו מדובר נותן מענה לכל צורכי שיווק הקרקע במדינה לעשרות השנים הבאות."**

173. על פי דברי ראש הממשלה עצמו (באמצעות דוברו), ודברי מנכ"ל משרדו, מדובר בהפרטה מנותקת מכל צורך ממשי לשנים הקרובות, וכי כמות הקרקע המדוברת היא כל כמות הקרקע אשר מדינת ישראל תעשה בה שימוש בעשרות של שנים.

174. **מכאן עולה המסקנה הברורה והמתחייבת כי היקף הקרקע הזמינה להעברת בעלות (800,000 דונם) חורג באופן דרמטי מהיקף הקרקע הנחוץ למדינה לשימושי מגורים ותעסוקה ל-10 השנים הבאות (לכל היותר כ-87,000 דונם).**

### **הטענות בדבר הגברת הסחירות של משאב הקרקע וכפועל יוצא מכך ריסון עליות מחירי הקרקע ודירות המגורים**

175. אחת הטענות שהעלתה הממשלה היא כי השינויים שבוצעו בחקיקה נועדו לקדם את הגברת הסחירות של משאב הקרקע בשוק וכן את הגדלת היצע הקרקע הזמין בשוק.

176. פשיטא, כי סחירותו של מוצר משפיעה על זמינותו בשוק וכפועל יוצא עשויה להשפיע על מחיר המוצר בשוק. ככל שמוצר סחיר ואין מגבלות על סחירותו, תצפה כי מחירו ישקף את ההיצע שלו באופן נכון ומדויק יותר. הגבלת הסחירות עלולה ליצור מצב של מחסור "מדומה" בשוק – גם אם המוצר מצוי בכמות מספקת כדי לענות על הביקושים לו – וכפועל יוצא מכך, לעליית מחירו.

177. האם אכן יש ממש בטענה כי אי-מתן זכות הבעלות בקרקע פוגעת בסחירותה? או במילים אחרות – האם מתן זכות חכירה בקרקע מפחיתה מסחירות הקרקע.

<sup>83</sup> הודעה לעיתונות בדבר חוק המשילות וחוק הרפורמה במינהל מקרקעי ישראל, 3 לאוגוסט 2009, מתוך הודעות הדובר באתר ראש הממשלה. מצורפת גם לכרך האסמכתאות לעתירה זו, ומסומנת "36".

<sup>84</sup> הסרת הנטל הבירוקרטי תזייל את מחירי הדירות, 15 ליולי 2009, אייל גבאי, עיתון "דה-מרקר". מצורף גם לכרך האסמכתאות לעתירה זו, ומסומן "37".

178. יש לדייק הדברים ולומר, כי כוונתנו לזכות חכירה מהוונת לדורות, שהיא הזכות הניתנת באופן רגיל לחוכרים במקרקעי ישראל. אין מדובר בחכירה לתקופה קצרה ואף לא בחכירה בלתי מהוונת.

179. עיון במרשם המקרקעין – ילמד כי עת נרשמת זכות חכירה מהוונת לדורות על מקרקעי ישראל (לרבות מקרקעי הקרן הקיימת לישראל) מתלווה אליה הערה בנוסח הבא: **"אין הגבלה בהעברה או בירושה"**.

דוגמאות נסחי רישום של מקרקעין כאמור מצורפות כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנות באות "כ" בכרך הנספחים.

180. מבדיקת נוהלי אגף רישום מקרקעין, שהן ההנחיות הפנימיות על פיהן פועלים רשמי המקרקעין עולה כי כל פעולת העברה ליחיד אזרח ישראלי, של זכות חכירה במקרקעי ישראל שלגביהם קיימת הערה כאמור ("**אין הגבלה בהעברה או בירושה**") מתבצעת על בסיס שטר עסקה חתום ומאושר כדין וללא כל דרישה לקבלת אישור או הסכמה ממינהל מקרקעי ישראל. רק במקרה בו ההעברה מתבצעת ליחיד שאיננו אזרח ישראל או לתאגיד נדרשת הסכמת מינהל מקרקעי ישראל.

העתק הקטע הרלוונטי מנוהלי אגף רישום מקרקעין מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן "כא" בכרך הנספחים.

181. משמע, בפועל, העברות בין יחידים אזרחי ישראל מבוצעות ללא כל הגבלה. לכן טענת הממשלה היא חסרת יסוד ככל שהיא מתייחסת להעברות כאמור.

182. ממילא, באשר להעברות למי שאיננו אזרח ישראלי – אף הממשלה עומדת על כך שתהינה מגבלות – ראו סעיף 4 לטווח לחוק מינהל מקרקעי ישראל. יחד עם זאת נאמר, כי ספק רב אם סעיף זה יעמוד במבחן משפטי, שהרי למעשה הוא יוצר מושג חדש לבעלות – בעלות נחותה – שאיננה כוללת את כל הזכויות, באשר היא כפופה להערת אזהרה המגבילה עבירות הזכות. אך נושא זה חורג מגדרי עתירתנו.

183. גם מבחינה כלכלית אין כל יסוד לטענת הממשלה בהקשר זה. ראו בעניין זה את חוות דעתו הברורה של ד"ר א. בורוכוב, מאמרו, מאמרו של א.ורצברגר וכן את מחקריהם ומאמריהם המשותפים בעניין<sup>85</sup>.

184. פרופ' ביגור וד"ר קרטיץ, במחקר השוואתי של מדיניות קרקעית, שוללים אף הם טענה זו וקובעים כי שוק המקרקעין לא מתנהג כשוק משוכלל בשיווי משקל<sup>86</sup>:

**"אף-על פי שמן המדינות במחקר זה הצטבר רק ניסיון מוגבל, סימנים ראשוניים מעידים שהצפת שוק המקרקעין בקרקע זמינה לפיתוח אינה מובילה בהכרח לירידת מחירי הדיור לאזרח. העדויות מראות דווקא ששוק המקרקעין מתנהג כמערכת של שווקים נפרדים מן הבחינה**

<sup>85</sup> א. בורוכוב, האם רצויה הפרטת קרקעות בבעלות ציבורית, נייר עמדה שהוכן לכנס של "הפורום למדיניות כלכלית ע"ש פנחס ספיר", יוני 1997; אליה ורצברגר, בעלות ציבורית על הקרקע: מרכיב חיוני במדיניות קרקעית או שריד אנאכרוניסטי, נייר עמדה שהוכן לכנס שהוזכר לעיל. מצורף לכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן; אליהו בורוכוב, אליהו ורצברגר, האם הבעלות הציבורית על הקרקע עדיין רצויה, המכון למחקר מדיניות קרקעית ושימושי קרקע, נובמבר 2003. המאמר מצורף לכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן. מצורפים כולם לחו"ד הכלכלית לעתירה זו.

<sup>86</sup> גדעון ביגור, אמנון קרטיץ, מחקר השוואתי של מדיניות קרקעית לאומית, המכון למחקר מדיניות קרקעית ושימושי קרקע, יולי 2004, עמ' 54. קטע זה מצורף לכרך האסמכתאות, ומסומן "38".

המרחבית והתפקודית ולא כשוק משוכלל בשיווי משקל – שוק שבו הגדלה כוללת של כמות הקרקע המוצעת מביאה להגדלת היקף הבנייה ולהוזלת הדיור.”

185. מכאן הן מבחינה משפטית והן מבחינה כלכלית אין בסיס של ממש לטענות הממשלה בדבר השפעת המעבר מבעלות לחכירה או להגדלת היצע הקרקע על הוזלת מחירי הדיור לתושבי המדינה.

#### **אובדן השליטה על עיתוי הפיתוח – “אגירת קרקעות” ספקולטיבית**

186. אחד ההיבטים המשמעותיים ביותר של הבעלות הציבורית על הקרקע הוא השליטה על עיתוי וייזום הפיתוח של הקרקע.<sup>87</sup>

187. ככלל, בהעדר בעלות ציבורית על הקרקע, נשללת מן המדינה היכולת החיונית לשלוט על עיתוי הפיוח והייזום של הקרקע.

188. כפי שנראה, אין מדובר בטיעון תיאורטי, אלא בתופעה רחבת היקף של “אגירת קרקעות” על ידי חברות יזמיות. חברות אלו שברשותן מאגרים עצומים של קרקע לבניה (אנו נתמקד בקרקע למגורים), מתוכננת, שניתן לבנות עליה יחידות דיור – בשוק בו קיימים ביקושים ניכרים לדירות מגורים. אלא שחברות אלו מטעמיהן, שאינם עולים במקרה זה עם טובת הכלל, ומתוך רצון להשיא עוד יותר את רווחיהן, לא בונות את הדירות הללו. הן עושות זאת מתוך ציפייה לעליית מחירים נוספת מחד, ומאידך מתוך חשש כי בניית דירות בהיקף משמעותי תביא לירידת מחירים.

189. אדריכל שמאי אסיף, ראש מינהל התכנון במשרד הפנים, קבע כי קיים מלאי של למעלה מ-200,000 יחידות דיור<sup>88</sup>:

**“מילה אחת על המלאים. אני רוצה להביא לתשומת ליבכם את העובדות הבאות: יש לנו למעלה ממאתיים (כנראה אפילו יותר ממאתיים) ושישה אלף יחידות דיור כמלאי תכנון. יש יחס מאוד נכון וטוב בין מספר האישורים, המגיעים במוצע לשנה ל- 38,000 או ל- 40,000 יחידות דיור, לבין המימוש בפועל, שזה 30,000 יחידות דיור. זאת אומרת לא רק שאנחנו עם ערימה של יחידות דיור במחסנית כל הזמן, אלא שאנחנו מדי שנה מוסיפים מעבר למה שמתממש, עוד עשרת אלפים יחידות דיור.**

**סך הכל מבחינת המצאי התכנוני, מצבנו טוב. בירושלים עלולה להתפתח מצוקה. בחיפה, במקרה יש לנו הרבה מאוד בגלל שהתחלות בנייה היו נמוכות במחוז חיפה. במחוז המרכז, למרות שכל הזמן אומרים ששם יש עליית מחירים שנובעת מתוך חוסר במלאי תכנון, זה לא נכון, כיוון שעדיין אנחנו מייצרים יותר תכנון מאשר יחידות דיור נבנות באופן שוטף.”**

(ההדגשה לא במקור – ג.ב.)

190. פעם נוספת הובא הנתון לפיו יש מלאי של 200,000 יחידות דיור, על ידי ראש מינהל התכנון במשרד הפנים, שמאי אסיף בפני ועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפולן של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון<sup>89</sup>:

<sup>87</sup> אליהו בורוכוב, אליה ורצברגר, האם הבעלות הציבורית על הקרקע עדיין רצויה, המכון למחקר מדיניות קרקעית ושימושי קרקע, נובמבר 2003, 30 ו-48.

<sup>88</sup> דברים שנאמרו ביום עיון “הרפורמה בתכנון – לאן?“, מכון ירושלים לחקר ישראל, 2.11.09, תמליל כנס נצפה בכתובת האינטרנט: [http://www.jiis.org.il/imageBank/file/conferences/epc/data/timlul\\_kenes.pdf](http://www.jiis.org.il/imageBank/file/conferences/epc/data/timlul_kenes.pdf), עמ' 7. דברים אלו מצורפים לכרך האסמכתאות ומסומנים “8”.

"אנחנו, המענה הבסיסית שלנו זה שעם התכנון המתארי שהיום קיים, עם הרזרבות שקיימות היום, מאפשרות את הגמישות הזאת ונותנות את הפיתרון כמו שהיה אז. אנחנו לא שקטנו על השמרים, אנחנו היום מדי שנה בונים לצערנו רק אבל בונים 30,000 יחידות דיור כל שנה במדינת ישראל, אנחנו יוצרים מלאי תכנון מדי שנה בחמש השנים האחרונות, של 40,000 כל שנה. זאת אומרת, אנחנו, וזה, אנחנו היום במצב שהיום על השולחן יש לנו סדר גודל של 200,000 יחידות דיור שהן מלאי תכנוני.

עכשיו אתה, שואל, זה מתאים? זה לא מתאים? זה קהילתי, זה עירוני, זה כזה, זה אחר, וכו' וכו', זה מכל טוב. איפה זה נמצא? זה מחולק על-פני הארץ בצורה די מאוזנת, נכון, באזור המרכז, צפוי שאנחנו ננסה לצמצם את המלאים האלה, על-מנת להבטיח שבכלל זאת ייוצר יותר, תיווצר עדיפות מסוימת לפריפריה.

... אבל בעיקרון, יש פוטנציאל, כולל במחוז המרכז."

191. מבדיקה מדגמית שערכנו עלה מספר חברות יזמיות גדולות אגרו קרקעות מתוכננות לבניה למגורים בהיקפים שדי בהם כדי לתת מענה לכלל הביקושים למשך מספר שנים ניכר – אך הן נמנעות במכוון מבניית הדירות.

טבלה המפרטת את היקפי הקרקעות המתוכננות למגורים של מספר חברות יזמיות המבוססות על דוחות שהגישו חברות אלו לבורסה לניירות ערך מצורפת כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנת כנספח "כב". הדוחות במלואם ניתנים לצפייה באתר הבורסה לניירות ערך:  
<http://maya.tase.co.il/bursa/indeximptoday.htm>

192. פשיטא, כי בעלות ציבורית על קרקעות אלו – הייתה מאפשרת לממשלה לקדם את בניית הדירות ולהביא למיתון עליות המחירים בשוק הדירות.

193. במאמר שלא נס ליחו, מתוארת השפעתה של הבעלות הפרטית על פניהן של הערים של ארצות הברית:

**"Unrestricted private ownership of land has encouraged an ant-social and uneconomic utilization of property in the typical American city. Wildcat speculation has resulted in either premature and poorly planned subdivisions or the overdevelopment of land in concentrated areas."**<sup>90</sup>

#### **תקנה 2 לתקנות התכנון והבניה – "סגירת מרפסות"**

194. טענה נפוצה היא כי החוכר לדורות נאלץ להתחכך ולהתענות במגעיו עם מינהל מקרקעי ישראל לצורך ביצוע פעולות שונות.

195. הדוגמא השכיחה היא "סגירת מרפסת", כמשל למסע התלאות שעל החוכר לעבור כדי לסגור מרפסת.

196. אין ממש בטענה זו ונבאר.

<sup>89</sup> פרוטוקול הדיון בפני ועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפולן של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון, בעמ' 5-114. הדברים מצורפים לכרך האסמכתאות ומסומנים "39".  
<sup>90</sup> Public Land Ownership, 52 Yale Law Journal 634, 635, 1942-43. מובא בכרך האסמכתאות ומסומן "40".

197. בעוד שבעבר נדרשה הסכמה של בעל המקרקעין לשם הגשת בקשה להיתר, הרי שבאפריל אשתקד תוקנו תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות), (תיקון מס' 7), התשס"ט – 2009<sup>91</sup>. שם נקבע מפורשות כי לעניין חוכר לדורות במקרקעי ישראל שאינו מבקש להוסיף שטח רצפה חדש או שימוש אשר טרם ניתן לו היתר לא נדרשת עוד הסכמת מינהל מקרקעי ישראל, אלא די בהסכמת החוכר עצמו, גם אם זכויותיו בנכס טרם נרשמו:

#### "בעל זכות בנכס שחתימתו דרושה"

גא. בעל הזכות בנכס שחתימתו על הבקשה להיתר דרושה לענין תקנה 2 הוא:

...

(6) בנכס שהוא מקרקעי ישראל, בין אם הוא רשום במרשם המקרקעין ובין אם לאו, ובעל הזכות אינו אחד מאלה המנויים בפסקאות (1) עד (5) לעיל, והוא אחד מאלה:

(א) בעל חוזה חכירה לדורות עם מינהל מקרקעי ישראל אף אם עסקת החכירה כאמור לא נגמרה ברישום;

(ב) מי שמיונהל מקרקעי ישראל אישר כי הוא בעל זכות בנכס שחתימתו דרושה; אישור כאמור יכול שיינתן לסוגים של בעלי זכויות, סוגים של נכסים או סוגים של בקשות להיתר;

...

#### הודעת מינהל מקרקעי ישראל בטרם מתן היתר

ג12. (א) על אף האמור בתקנות גא2(6) ו-ג2, לא יינתן היתר בנכס שהוא מקרקעי ישראל, אלא אם כן הודיע מינהל מקרקעי ישראל כי אינו מתנגד לבקשה.

(ב) האמור בתקנת משנה (א) יחול רק בבקשה להיתר אשר מבוקשים בה שטח רצפה חדש או שימוש אשר טרם ניתן לו היתר.

198. לכן, הטענה בדבר החיכוך הבירוקראטי בין החוכר למנהל מקרקעי ישראל על רקע "סגירת מרפסת" אין לה על מה לסמוך. בצד האמור, נקבעה נוסחת איזון נכונה וראויה המבטיחה, מחד, כי החוכר יוכל לפעול במסגרת דירתו ללא הגבלה אך, מאידך, מוודאת כי תישמר בקרה על שינוי מהותי בשימוש או הרחבה מהותית של השטח.

#### הליך חקיקה פגום

199. תיקון מס' 7 לוקה בבעיות קשות נוספות עליהן נרחיב במסגרת הטיעון המשפטי: אין בו הסדרים ראשוניים מתחייבים לנושא מדיניות הקרקע, באופן כזה שהכנסת, הריבון, למעשה מאצילה את סמכותה (בחוסר סמכות) לידי הרשות החדשה לכשתקום; יש בו פגיעה קשה בקניין הכללי; הוא מכיל הטעיות בדברי ההסבר לחוק; הוא מעביר את מקרקעי ישראל לידיים פרטיות בסוג חדש של עסקה – "הקניית בעלות" – אשר איננו מותר על פי חוק מקרקעי ישראל, וכאמור – הוא משנה הוראת חוק יסוד באמצעות חוק רגיל בדרך אשר משמעותה שינוי חוק מרכזי במערך חוקי היסוד של מדינת ישראל שלא בדרך של שינוי החוקה.

<sup>91</sup> ק"ת 6775, 30.4.09, עמ' 886. מובא בכרך האסמכתאות ומסומן "41".

200. אין לתהות על "תקלות" חמורות אלו – לא ניתן לצפות כי חוק אשר נחקק במהלך כה בהול יעמוד בדרישות האלמנטאריות של חקיקה ראויה; תחילה הורתה הממשלה לשלב מהפכה אנטי-חוקתית זו במסגרת "חוק ההתייעלות הכלכלית" (שמו העכשווי של "חוק ההסדרים במשק") יחד עם מאות חוקים ותיקוני-חוקים אחרים, המתקבלים תוך כדי דיוני התקציב (אשר הפעם אף היה לתקציב דו-שנתי). לאחר התנגדות בכנסת, וככל הידוע בעיקר של יושב-ראש הכנסת, הופרד תיקון מס' 7 מ"חוק ההתייעלות" ונדון עצמאית בוועדת הכלכלה, תוך שיו"ר הוועדה מודיע כי הפרדה הינה "וירטואלית" בלבד<sup>92</sup>, וכי לוחות הזמנים להעברת החוק יישמרו (כאשר חברי הכנסת, כאמור, עדיין צריכים לדון בחוק התקציב ובמערך החוקים האינסופי הנלווה אליו).

201. במהלך הדיון בהצעת החוק בוועדת הכלכלה של הכנסת, ביקש חבר הוועדה, חבר הכנסת עמיר פרץ (פניה אליה הצטרפו מספר חברי ועדה נוספים) במכתב מתאריך 29 ליוני 2009: "להמציא לידי פירוט מלא והעתיקים של כל ניירות העמדה, חוות הדעת [כלכליות, משפטיות או אחרות], נתונים ומסמכים – שהובאו בפני וועדת השרים, טרם קבלת החלטה הנ"ל, וכן קודם לכך בפני ראש הממשלה ושר האוצר". העתק המכתב מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן באות "י".

202. בתגובה נתקבל מכתבו של מנהל מינהל מקרקעי ישראל, מתאריך 7 ליולי 2009, המפרט מהם המסמכים שעל בסיסם נתקבלה החלטה.

העתק המכתב מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן באותיות "יא".

203. מן האמור בסעיף 3 למכתב זה עולה בבירור כי החלטת ממשלת ישראל נתקבלה ללא כל חוות דעת משפטית הבוחנת את הסוגיה החוקתית. אנו סבורים, כאמור, כי קידום חקיקה שיש בה, ולו לכאורה, משום פגיעה או "חיכוך" עם עיקרון חוקתי מוגן, מחייב הבאתה של חוות דעת משפטית של היועץ המשפטי לממשלה, בפני הממשלה, קודם קבלת החלטה. זאת לא נעשה; לא בשלב הדיון (אם ניתן לכנותו כך) בוועדת השרים, ולא בשלבי החקיקה בכנסת, למרות שכאמור הדבר נתבקש על ידי מספר חברי כנסת באופן ברור ומפורש.

204. כן עולה בבירור כי התשתית העובדתית שהייתה בפני הממשלה היא חלקית וחסרה ביותר, בלשון המעטה, עת באה הממשלה לערוך רפורמה מרחיקת לכת במשטר הקרקעי של מדינת ישראל. לא הובאו נתונים לגבי היקף הקרקע שבו כבר הועברה בעלות ולא הובאה כל חוות דעת משפטית בשאלה החוקתית, לא הובאו נתונים על היקפי קרקע וסוגיה שבהם תועבר הבעלות וממילא לא נבחנו כיאות השפעות והשלכות מקרו-כלכליות רלוונטיות.

### **פניות חברי הכנסת והעותרים**

205. העותרים פעלו כמיטב יכולתם על מנת למנוע את חקיקת תיקון מס' 7. פעולותיהם נעשו במישור הציבורי וכן נעשה מאמץ רציף ליצור קשר עם חברי הכנסת, ולהסביר על הסכנות הגדולות הטמונות בתיקון זה, בין היתר על ידי השתתפות רציפה ופעילה בדיונים המעטים של ועדת הכלכלה בנושא. חרף התנגדותם שהובאה בפני הממשלה והכנסת כאחד, נחקק החוק במתכונתו הנתקפת כעת. פניות העותרים כללו גם פניות בכתב בשםם כמתואר להלן.

206. בתאריך 7 ביוני 2009, פנה ב"כ העותרים עו"ד ג. ברנע, במכתב לראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, לשר האוצר, ד"ר יובל שטייניץ, לשר השיכון, מר אריאל אטיאס, ליו"ר הכנסת, מר ראובן ריבלין, וכן

<sup>92</sup> פרוטוקול מס' 36, ישיבת ועדת הכלכלה, יום שלישי, 23.6.09, עמ' 3. הפרוטוקול מצורף לכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "42".

ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד מני מזוז; וזאת עוד בשלב הנחת הצעת החוק על שולחן הכנסת, בבקשה להורדת הצעת החוק משולחן הכנסת.  
העתק מכתב ב"כ העותרים מתאריך 7 ביוני 2009 מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "כג".

207. תאריך 7 ביוני 2009, השיבה מנהלת לשכת יו"ר הכנסת בשמו למכתבו זה של ב"כ העותרים ובו הצהיר כי הוא: "שותף מלא לעמדתך לפיה אין מקומה של הרפורמה בממ"י בחוק ההסדרים, מן הסיבות שציינת במכתבך, ואף הצהיר בימים האחרונים כי חוק ההסדרים לא יקודם בכנסת אם לא תוצא הרפורמה האמורה מן החוק."  
העתק מכתב מנהלת לשכת יו"ר הכנסת מתאריך 7 ביוני 2009 מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "כד".

208. תאריך 14 ביוני 2009, השיבה היועצת המשפטית, עו"ד נ. אלשטיין, הכנסת למכתבו של ב"כ העותרים: "חוק ההסדרים יונח בקרוב על שולחן הכנסת, ובעת הדיון בו סביר כי הטענות שהעלתם ישקלו בחוך מכלול השיקולים השונים בעניין זה."  
העתק מכתב היועצת המשפטית הכנסת מתאריך 14 ביוני 2009 ומכתב לשכת היועץ המשפטי לממשלה, מצורפים כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנים כנספחים "כה", "כו" בהתאמה.

209. בתאריך 25 ביוני 2009 שב ופנה ב"כ העותרים בעניין בבקשה להוצאת החקיקה האמורה מגדר "חוק ההסדרים".  
העתק מכתב ב"כ העותרים מתאריך 25 ביוני 2009 מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "כז".

210. לשם שלמות התמונה, נביא גם חלק מן הפניות והמכתבים של חברי הכנסת שניסו לפעול ולהתמודד מול מכבש החקיקה והעלו פעם אחר פעם את ההיבט הלא-החוקתי הכרוך ושלוב בה.  
העתקי מכתבי חברי הכנסת מתאריכים 29.6.09, 5.7.09, 12.7.07, 15.7.09 (שניים), 20.7.09 ו-28.7.09 מצורפים כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנים כנספחים "כח", "כט", "ל", "לא", "לב", "לג" ו-"לד", בהתאמה.

211. בתאריך 14 ביולי 2009 השיבה עוזרת ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד ד. גלוק, למכתבה של ח"כ ש. יחימוביץ', בעניין מתן (אי-מתן) חוות דעת משפטית כתובה לגבי חוקתיות תיקון מס' 7:

"נציגי משרד המשפטים היו שותפים לניסוח הרפורמה במקרקעי ישראל שנכללה בהצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט – 2009. במסגרת ניסוח תיקוני החקיקה נערכו דיונים, לרבות אצל היועץ המשפטי לממשלה, לשם ליבון השאלות המשפטיות הכרוכות ברפורמה. הסוגיות ופתרון לא גובשו לכדי חוות דעת כתובות פורמליות."

מכאן עולה בבירור כי היועץ המשפטי לממשלה ולא מי מטעמו לא ערכו כל חוות דעת משפטית הבוחנת את חוקתיות (שלא לומר אי-חוקתיות) תיקון מס' 7.

העתק המכתב מתאריך 14 ביולי 2009 מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "לה".

212. בתאריך 12 באוגוסט 2009, סמוך לאחר חקיקת החוק, פנה ב"כ העותרים במכתב למשיבים מס' 2 ו-5 והודיעם על הכוונה להגיש עתירה תוקפת חוקתיות הוראות סעיפים 9, 10, 12 ו-13 לתיקון מס' 7 – ובו נתבקשו להשעות ביצועם בהתאם.

העתק מכתב ב"כ העותרים מתאריך 12 באוגוסט 2009 מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "לו".

213. בתאריך 17 באוגוסט 2009, נשלח מלשכת היועץ המשפטי לממשלה מכתב המאשר קבלת מכתב זה של ב"כ העותרים, המודיעו כי העניין הועבר לטיפול של מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.

העתק המכתב מתאריך 17 באוגוסט 2009 מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "לז".

214. לא נתקבלה כל תשובה עניינית לפניית אלו עד למועד הגשת העתירה.

215. נוכח האמור וחומרת הפגיעה בהוראות חוק יסוד: מקרקעי ישראל כמו גם היבטים חוקתיים נוספים, לא נותרה לעותרים כל ברירה כי אם להגיש עתירה חוקתית זו ולבקש סעד מבית המשפט הנכבד.

**”בשעתו, בתפקידי כיועץ משפטי לממשלה, הבעתי הסתייגות ממה שנראה לי כצעד של הפרטתו של מוביל המים הארצי, בביטוי ”את אמא אין מוכרים””**  
**השופט א. רובינשטיין, עע”מ 4011/05, דגש סחר חוץ (ספנות) בע”מ נ’ רשות הנמלים**  
**(חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע”מ (טרם פורסם, 11.2.08))**

**"Frankly, I'd like to see the government get out of war altogether and leave the whole feud to private industry."**

**Major Milo Minderbinder, Joseph Heller, Catch-22, Simon and Schuster,  
1961, p. 267**

## הטיעון המשפטי

### מעמדו הנורמטיבי של חוק יסוד: מקרקעי ישראל

216. חוקי-היסוד כולם בעלי מעמד חוקתי על-חוקי ומצויים במדרג נורמטיבי גבוה מזה של חוקים "רגילים".

ע"א 6821/93, בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

כבוד הנשיא (דימ). א. ברק הבהיר כי: "אין לשנות חוק-יסוד או הוראה מהוראותיו אלא בחוק-יסוד" ע"א 6821/93, בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 406.

217. במהלך חקיקת חוק יסוד: מקרקעי ישראל הועלתה טענה עקרונית כנגדו לפיה אין הנושא, איסור מכירת מקרקעי ישראל, מתאים להיכלל במסגרת החוקה. בעניין זה חיווה דעתו היועץ המשפטי לממשלה, חיים כהן (לימים שופט בית המשפט העליון), וקבע כי המדובר בעיקרון חשוב הצריך להיכלל בחוקה<sup>93</sup>. יתרה מכך, בעת הדיון בקריאה שנייה ושלישית בחוק היסוד הועלתה ונדונה הסתייגות מהענקת מעמד של חוק יסוד לחוק זה. ההתנגדות נדחתה<sup>94</sup>.

218. סוגיה זו זכתה לדיון וליבון יסודי במסגרת ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת; מצד אחד טען ח"כ אברמוב שהתנגד לעצם הרעיון לקבוע איסור על מכירת מקרקעי ישראל כי אין מקום לעגן העיקרון בחוק יסוד. לעומתו, שר המשפטים, פנחס רוזן, היה נחרץ בעמדה שיש להעניק לחוק מעמד של חוק יסוד.

219. בסופו של דבר קבעה ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת כי העיקרון יקבע ויהיה חלק מחוק היסוד – ובהתאם נחקק חוק יסוד: מקרקעי ישראל.

220. לדיון והכרעה אלו משמעות שלא ניתן להפריז בחשיבותה: הכנסת, כרשות המכוננת, קבעה מפורשות ולאחר שבחנה העניין ביסודיות כי יש לעגן את איסור העברת הבעלות במקרקעי ישראל בחוק יסוד, כחלק מחוקתה של המדינה, על המשתמע והנובע מכך.

221. חקיקת חוק יסוד: מקרקעי ישראל יחד עם חוק מקרקעי ישראל וחוק מינהל מקרקעי ישראל עיגנה את הבסיסים עליהם יש להשתית את המדיניות הקרקעית הממלכתית של מדינת ישראל במישור החוקתי והחוקי כאחד, והחילה את עקרון בעלות הלאום על הקרקע על כלל מקרקעי ישראל.

222. חוק יסוד: מקרקעי ישראל הינו חוק יסוד מדגם "ישן" – בו אין "פסקת הגבלה". מצב זה מעורר את השאלה מהי דרך הבחינה החוקתית הראויה במקרה של שינוי או פגיעה בעיקרון חוקתי המוגן מכוחו.

223. אנו סבורים כי חוקי יסוד שהינם חלק מן תשתית או המבנה החוקתי בהם אין "פסקת הגבלה" משמעותה כי אין לפגוע בעקרונות המוגנים בגדרם באמצעות חוק רגיל. מסקנה זו מתחייבת הן מכח העובדה שמדובר בחוק יסוד עקרוני העוסק ומסדיר תחום מרכזי – משטר הקרקע – שהינה כאמור מרכיב חיוני לקיומה של כל מדינה וכן בשל העובדה, שיש לתת לה את המשקל הראוי והמתחייב – שלא נכלל בו מנגנון איזון כדוגמת "פסקת הגבלה".

<sup>93</sup> י. כץ, והארץ לא תימכר לצמיתות, עמ' 72.

<sup>94</sup> י. כץ, והארץ לא תימכר לצמיתות, עמ' 84-82.

224. נאמר כבר עתה, כי לגישתנו אין לחשוש מבחינה חוקתית – שבה לאחר שנקבע כי קיימת פגיעה חוקתית (או שינוי) – התוצאה נגזרת ונקבעת ללא מנגנון מאזן. ישנם תחומים ונושאים בהם עצם הפגיעה בנושא כה יסודי, מחייבת את המסקנה שדינה של הפגיעה בטלות, וביצוע איוון אינו מתאים והינו אף מלאכותי.

225. אנו סבורים כי אין גם מקום להחלת "פסקת הגבלה שיפוטית" – עת לא מדובר על פגיעה ישירה בזכות מוגנת – אלא על פגיעה מבנית או מוסדית. וכך יש לדעתנו להתייחס לדבריו של הנשיא (דימ). א. ברק בבג"צ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750 :

**"אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק-יסוד אלא אם כן הדבר מתאפשר על-ידי פסקת ההגבלה."**<sup>95</sup>

226. על אף האמור, ומבלי לגרוע מתוקפו, נציין כי ישנה גם מסורת פרשנית נוספת בבית המשפט הנוגעת להחלתם של מבחני פסקת ההגבלה בדרך שיפוטית על חוקי היסוד כולם. אנו סבורים וכך נראה שממילא תיקון מס' 7 – אינו צולח גם את מבחני פסקת ההגבלה.

227. מכל האמור עולות שלוש מסקנות עיקריות. הראשונה – לחוקי-היסוד מעמד נורמטיבי חוקתי, על-חוקי, ולא ניתן לשנותם אלא בחוק-יסוד. השנייה – לא ניתן לפגוע בחוקי יסוד מבניים-תשתיתיים, הנוגעים לדמותה של המדינה בכוחו של חוק רגיל ואין להחיל את מבחני פסקת ההגבלה. השלישית – אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בחוק-היסוד, אלא אם הוא עומד במבחני פסקת ההגבלה (אם נניח החלת "פסקת הגבלה שיפוטית").

#### **"שינוי" חוק יסוד ו"פגיעה" בחוק יסוד**

228. מאז פסיקת בית המשפט העליון בפרשת בנק המזרחי, מקבלת ההבחנה בין "שינוי" חוק יסוד ו"פגיעה" בחוק יסוד חשיבות מחודשת. כפי שצויין לעיל, שינוי של חוק-יסוד יעשה בחוק-יסוד. פגיעה בחוק-יסוד יכול שתעשה בחוק רגיל העומד במבחני פסקת ההגבלה. בעניין זה ראו את דבריו של הנשיא (בדימוס) שמגר בסעיף 27 לפסק דינו בפרשת בנק המזרחי :

**"(א) בעת בחינת הסדרי המידרג הנורמטיבי העליון יש מקום להבחין בין "שינוי" של הזכות המוגנת לבין "פגיעה" בה. המדובר בזכות מוגנת בחוק-יסוד. שינוי הזכות עצמה (כגון: צמצומה או הרחבתה, הוספה עליה או ביטולה) מחייב הליך של חקיקה בתחום חוקי היסוד. הדרישה כי השינוי ייעשה בחוק-יסוד נובעת מן התשתית העיונית של חקיקת היסוד במשפטנו. לפי מידרג הנורמות החקיקתיות, שינוי אקט מדרגה מסוימת מן הראוי שיחייב אקט מאותה רמה נורמטיבית או מרמה גבוהה יותר. חקיקת משנה איננה יכולה לשנות חוק. חקיקה רגילה אין בה כוח לשנות חקיקת יסוד, שהיא במידרג נורמטיבי גבוה יותר.**

...

<sup>95</sup> להרחבה בעניין זה ראו: אהרון ברק, פרשנות במשפט, פרשנות חוקתית, כרך ג', בורסי, תשנ"ג, עמ' 37-57; אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד", ספר ברנזון, כרך ב' (אהרון ברק וחיים ברנזון – עורכים) נבו, תש"ס, 119, עמ' 158-160; אריאל בנדור, "ארבע מהפכות חוקתיות?", משפט וממשל ו' (תשס"ג) 305.

(ב) עם התקדמות גיבושה של חוקה וההכרח לאמץ תיזה היוצרת תשתית עיונית לחקיקתן של הוראות חוקתיות, מן הנכון, כאמור כבר לעיל, שנתווה דרך חדשה המבטאת את קיומו של המידרג הנורמאטיבי החקיקתי. במילים אחרות, על רקע חקיקת שני חוקי היסוד החדשים הדנים במישרין בהגנה על זכויות יסוד נפתח עתה לפני הרכב מורחב זה פתח להתוויית שיטה שלמה, המותאמת למטרייה החוקתית שלפנינו, בדומה למה שנעשה בשעתו בבית-משפט זה, במישור אחר ובצורה אחרת בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693. מעתה ואילך, מן הנכון לאמץ כלפי כל חוקי היסוד את המדיניות החקיקתית שהיא ביטוי לתורת המידרג הנורמאטיבי, ולפיה אין משנים חוק-יסוד אלא על-ידי חוק-יסוד.

ע"א 6821/93, בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

229. הנשיא (בדימוס) ברק קובע בספרו<sup>96</sup> כי הוראות השריון הקבועות בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק-יסוד: הממשלה, מתייחסות למצב בו הכנסת קיבלה חוק ה"פוגע" בהוראות חוק-היסוד. במקרים אלה, קובע הנשיא ברק, כי על חוק רגיל הפוגע בחוק-יסוד: הממשלה, להתקבל ברוב מבין חברי הכנסת. להלן דבריו בעמ' 51-52 לספרו (ההדגשות אינן במקור – ג.ב.):

"בחוק-יסוד: הממשלה החדש נקבעה הוראת שריון פורמאלית, לפיה "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא ברוב חברי הכנסת". כפי שראינו, שיטת חקיקה זו אינה ראויה. אין זה ראוי לאפשר לחוק רגיל – יהא הרוב בו נתקבל אשר יהיה – לשנות מהוראות חוק-היסוד. דומה, שזו גם אינה תכלית הוראת השריון. מטרתה היא לאפשר חקיקה הפוגעת בחוק-היסוד (בדומה לפסקת "על-אף האמור"), אך לא חקיקה שמשנה אותו. על רקע זה מתעוררת השאלה הבאה: הניתן לשנות את שיטת הבחירות או את ההוראה בדבר יציבות החוק או את חוק-יסוד: הממשלה החדש על-ידי חוק-יסוד שנתקבל ברוב רגיל? אכן, אילו ההבחנה בין שינוי חוק-יסוד לבין פגיעה בהוראותיו (שאינה גוררת אתה שינוי חוק-היסוד) הייתה מקובלת בחקיקת היסוד שלנו, ניתן היה לומר כי חוק רגיל חייב להתקבל ברוב מיוחד כדי לפגוע כדין בחוק-יסוד, אך רק חוק-יסוד שנתקבל ברוב מיוחד יכול לשנותו. לדעתי, ניתן לבסס גישה זו גם כיום. אם מבקשים לשנות את שיטת הבחירות – כגון לעבור לבחירות אזוריות – יש לעשות כן בחוק-יסוד המתקבל ברוב מיוחד. לעומת זאת, אם מבקשים רק לפגוע בשיטת הבחירות מבלי לשנותה – כגון לקבוע הסדר לא שוויוני בדבר תעמולת הבחירות או מימון מפלגות – די בחוק "רגיל" שנתקבל ברוב מיוחד."

230. בהמשך הדברים נראה כיצד תיקון מס' 7, המכיל תיקוני חקיקה במספר חוקים, הסעיפים כולל הן שינוי והן פגיעות בחוק היסוד: הוא משנה את חוק יסוד: מקרקעי ישראל מעיקרו, וגם, פוגע בו מגוון נרחב של פגיעות.

### תכליות חוק יסוד: מקרקעי ישראל

231. חוק יסוד: מקרקעי ישראל הוא קצר ותכליתי, הן מבחינת מספר סעיפיו והן מבחינת תוכן הסעיפים, וככזה הוא משתלב במתכונת המקובלת והראויה לחוקה: מסמך יסודי ומכוון הקובע עקרונות יסוד ואיננו עוסק בהסדרים פרטניים. עיקרו בסעיף 1:

<sup>96</sup> אהרון ברק, פרשנות במשפט, פרשנות חוקתית, כרך ג', בורסי, תשנ"ג.

## "איסור העברת בעלות"

1. מקרקעי ישראל, והם המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת."
232. כבר במבט ראשון ניתן לראות כי הכנסת עשתה מעשה חריג, בקובעה איסור חוקתי (שאיננו מתייחס במישרין לזכות יסוד מוגנת) – דבר נדיר לכשעצמו. הרי בדרך כלל נמצא בחוקה הוראות המסדירות היבטים מבניים (למשל תפקידי הרשויות השונות והפרדת הרשויות) או הוראות הקובעות ו/או מגנות על זכויות וחירויות יסוד. כאן מצאה לנכון הכנסת להגביל את המדינה באופן וכוללני רחב מאד.
233. כאמור, אין בחוק יסוד: מקרקעי ישראל פסקת הגבלה או פסקת התגברות, ועל כן אנו מפרשים אותו כחוק יסוד אשר אין לפגוע בו בחקיקה רגילה בשום תנאי.
234. ניגש עתה לבחינת התכליות הייחודיות של חוק יסוד: מקרקעי ישראל. כך מתאר הנשיא אגרנט את התכלית העולה משלושה החוקים הנזכרים שקבעוהו:

"...כאשר מתבוננים אל הדברים הכתובים בחוק יסוד: מקרקעי ישראל, בחוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, ובחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960 – ושלושת החוקים הללו נחקקו ונכנסו לתקפם בעת ובעונה אחת – אזי בולטת מגמתו של המחוקק להבטיח שהמדיניות המקרקעית, לפיה יבוצעו בעתיד כל הפעולות והעיסקות הנוגעות למקרקעין של המדינה בישראל, של רשות הפיתוח ושל הקרן הקימת לישראל, תהא מדיניות ממלכתית מתואמת, שיחולו עליה העיקרים שנקבעו בחוק מזה, ואשר תיקבע, בנתון לעיקרים אלה, על-ידי מועצה המתמנית על-ידי הממשלה, מזה; וכן להסדיר שדבר עשייתן של הפעולות והעיסקות ההן, בהתאם למדיניות שנקבעה כאמור, ירוכז, מכאן ואילך, בידי מינהל אחד ויחיד, מינהל המתמנה על-ידי הממשלה ופועל תחת פיקוחה של המועצה הנ"ל, ואשר מעשיו נחונים, עקב חובתה של הממשלה לדווח עליהם, גם לשבט הביקורת של הכנסת"

ע"א 55/67, הושע קפלן, ו-13 אח' נ' מדינת ישראל ו-רשות הפיתוח, פ"ד כא(2) 718, 726-7.

235. בית משפט זה מנה את התכליות הכלליות של המדיניות הקרקעית:
5. "המתווה הנורמטיבי של פעולות המינהל בקרקעות המדינה נדון בהרחבה בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (להלן – פרשת קעדאן). חברי הנשיא ברק עמד שם גם על התכליות המיוחדות המונחות ביסוד חוק המינהל, בציינו:

"נמצא אפוא כי התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל הן שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה וריכוז הניהול והפיתוח של המקרקעין בישראל בידי רשות סטטוטורית אחת. זאת, על-מנת למנוע את העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים, לבצע מדיניות ביטחון ולאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים, דוגמת קליטת עלייה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית. כן מונחות ביסוד החקיקה התכליות המיוחדות שנועדו להקל על מלאכת התכנון תוך שמירת רזרבה קרקעית לצרכים ממלכתיים והקצאת שטחים פתוחים לצורכי הציבור – כל זאת כדי לאפשר יישום תכניות מיתאר ולמנוע סחר ספקולטיבי בקרקעות המדינה" (בעמ' 271-272).

לצד התכליות המיוחדות של המינהל עומדות גם תכליות כלליות המשקפות את ערכי היסוד של החברה והמשפט בישראל, ובהם עקרון השוויון... ואכן, זאת יש לזכור: מינהל מקרקעי ישראל הוא רשות מינהלית, וחלים עליו העקרונות והכללים של המשפט הציבורי במלוא היקפם. עמד על כך הנשיא שמגר, בציינו:

”מקרקעי הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות. אימוץ אמת מידה כאמור הוא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה ככל שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תירגומן של אמות המידה האמורות לאופני התנהגות מצביע, בין היתר, על החובה לנהוג בהגינות ובשוויון ועל-פי כללי המינהל התקין” (בג”ץ 5023/91 פורו נ’ שר הבינוי והשיכון [8], בעמ’ 801).

בג”ץ 244/00, עמותת שיח חדש, למען השית הדמוקרטי נ’ שר התשתיות הלאומיות, פ”ד נו(6) 25, 38-9.

236. כבוד השופטת א. פרוקציה קבעה כבר כי מקרקעי ישראל הם משאב חיוני רב-ערך שיש לנהוג בהקצאתו על פי עקרונות של צדק חלוקתי:

”מקרקעי המדינה הם משאב חיוני בעל ערך רב, ובנהלו אותם משמש המינהל נאמנו של הציבור, ועליו להגן על ייעודם לתכליות שלהן נועדו. שומה עליו לשמור בקפדנות על עקרונות הצדק החלוקתי בהקצאת המקרקעין.”

ע”א 1257/01, אביעזר נ’ מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ”ד נו(5) 625, 643.

237. כבוד המשנה לנשיאה, א.ריבלין, ביאר כי המטרה העיקרית העומדת בבסיס חוק היסוד – היא מניעה של העברת מקרקעי ישראל לידיים פרטיות – וכי מטרה זו אינה נפגעת בעקבות הפקעת המקרקעין על ידי הרשויות המקומיות:

”12. בחינת הוראות אלה ובחינת מטרת האיסור הקבוע בחוק היסוד מביאות אותנו למסקנה הברורה כי קיימת סמכות עקרונית להפקיע מקרקעי ישראל על ידי הועדות המקומיות. זו העמדה אשר הציג היועץ המשפטי לממשלה וזו המסקנה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי. המטרה העיקרית העומדת בבסיס חוק היסוד – מניעה של העברת מקרקעי ישראל לידיים פרטיות – אינה נפגעת בעקבות הפקעת המקרקעין על ידי הרשויות המקומיות. רשויות מקומיות מהוות אף הן חלק ממארג הגופים הציבוריים-השלטוניים בישראל והן עושות שימוש במקרקעין המופקעים לצרכי הציבור. יתרה מכך, אם וכאשר יחלוף מן העולם הייעוד הציבורי, קמה זכות לבעלים המקורי לשוב ולקבל לידיה את הקרקע – כך קובע חוק התכנון והבניה בסעיפים 195 ו-196 (ראו בהקבלה גם בג”ץ 2390/96 קרסיק נ’ מדינת ישראל, פ”ד נו(2) 625 לעניין הפקעה לפי פקודת הקרקעות). כאשר הקרקע המופקעת משמשת לצרכי ציבור בידי הרשות המקומית, או כאשר היא מוחזרת לבעלים המקורי לאחר שנתאינה המטרה הציבורית, שוב אין מתקיים חשש כי מקרקעי ישראל יועברו כתוצאה מההפקעה לידיים פרטיות. יש גם לציין כי חוק התכנון והבניה – אשר הקנה את סמכויות ההפקעה לועדות המקומיות – נחקק אך שנים ספורות לאחר חקיקת חוק היסוד וחוק מקרקעי ישראל, ונקבעה בו תחולה גורפת, למעט סייגים שאינם רלוונטיים לענייננו, על מקרקעי ישראל. חוק זה אינו בגדר ”הוראה ארכאית”, בשונה מהוראת החוק העותמנית שנדונה בעניין שבלי הנ”ל.”

(ההדגשה לא במקור – ג.ב.).

עע”ם 3535/03, הוועדה המקומית לתכנון הבניה השומרון נ’ הקרן הקיימת לישראל (פסק דין מתאריך 10.8.08).

238. כבוד השופטת ע. ארבל, חוותה דעתה באותה פרשה :

**"אני מסכימה עם פסק דינו של חברי השופט א' ריבלין ועם המגמה הבסיסית הנשענת על חוק יסוד: מקרקעי ישראל (להלן: חוק היסוד) כי אדמת מדינה אינה עוברת לידיים פרטיות למעט בהתקיים חריגים שנקבעו במפורש בחוק ומצדיקים סטייה מהכלל.**

על יסוד גישה זו יש לבחון כל הוראת חוק הקובעת הוראת בעלות לא רצונית כפי שנבחנו הוראות חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 בדבר הפקעה על ידי ועדה מקומית. עם זאת, מקובל גם עלי כי המטרה העיקרית העומדת בבסיס חוק היסוד היא מניעת העברתם של מקרקעי ישראל לידיים פרטיות. מגמה זו אינה נפגעת בעקבות הפקעת המקרקעין על ידי רשויות מקומיות העושות שימוש במקרקעין המופקעים לצרכי הציבור."

(ההדגשה לא במקור – ג.ב.).

עע"ס 3535/03, הוועדה המקומית לתכנון הבניה השומרון נ' הקרן הקיימת לישראל (פסק דין מתאריך 10.8.08).

239. באנלוגיה ניתן ללמוד על מהותם של מקרקעי ישראל, מן ההתייחסות בחקיקה לגבי המיס, שלגביהם נקבע כי הם קנין הציבור - בסעיף 1 לחוק המיס, התשי"ט - 1959:

#### **"מקורות המיס ויעודם"**

1. מקורות המיס שבמדינה הם קנין הציבור, נתונים לשליטתה של המדינה ומיועדים לצרכי תושביה ולפיתוח הארץ."

240. המסקנה המתבקשת והמתחייבת היא כי האיסור החוקתי שנקבע הינו בעל היקף רחב שנועד למנוע העברת בעלות במקרקעי ישראל. תכליתו איסור העברת הבעלות לידיים פרטיות ושימור הבעלות הציבורית במקרקעי ישראל לטובת ורווחת כלל הציבור.

#### **היקף תחולתו של סעיף 2 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל**

241. בסעיף 2 לחוק היסוד קבועה הוראה המתירה לקבוע חריגים לעיקרון החוקתי בדבר איסור מכירת מקרקעי ישראל. נוסח הסעיף:

#### **"היתר על פי חוק"**

2. סעיף 1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לעניין זה בחוק."

242. העותרים סבורים כי ההיגיון המשפטי מחייב שבמקום בו עוסקים בפרשנות של עיקרון חוקתי והחריג לעיקרון זה, יש ליתן לעקרון החוקתי פרשנות רחבה, "מלכותית", ולחריג פרשנות דווקנית ומצמצמת. ברי, כי מקום שבו ניתן לפגוע בעיקרון חוקתי פגיעה קשה הרי שזה אינו קיים עוד. למשל, לו ניתן היה, בעזרת פסקאות ההתגברות וההגבלה, הקבועות בחוק יסוד: חופש העיסוק, לפגוע פגיעות קשות וחמורות בחופש העיסוק עד כי חלק ניכר מאוכלוסיית המדינה לא היה רשאי לבחור לעצמו את עיסוקו הרי שלא היה עוד טעם לעצם העיקרון של חופש העיסוק ולמעשה לא הייתה לעיקרון תחולה (על מי שבכל זאת זכו לחופש עיסוק במצב כזה לא נאמר שהם נהנו מחופש העיסוק כי אם מפריבילגיה). במלים אחרות, נאמר כי הכלל קובע כי אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד אך ניתן

לפגוע בחוק יסוד בהתאם להוראות פסקת התגברות. אך מקום שבו פסקת ההתגברות הפכה לכלל והוראותיה המהותיות של חוק היסוד לחרוג אין עוד מדברים על פגיעה בחוק היסוד אלא על שינויו.

243. היקף התפרשותו של העיקרון החוקתי בדבר איסור המכירה נדונה ופורשה בענין שבלי<sup>97</sup>:

"בבואנו לפרש את סעיף 1 לחוק היסוד עלינו לחתור להגשמת מטרתו ולהעדיף פירוש, שיתיישב עם מטרת חקיקתו ולא יביא לידי סיכולה של מטרה זו. מטרתו הברורה של חוק היסוד היא למנוע העברת הבעלות במקרקעי ישראל (פרט לחרוגים שקבע המחוקק) לידיים פרטיות, בבחינת "והארץ לא תמכר לצמיתות". אם בא חוק היסוד לשרת מטרה זו, על שום מה עלינו ליתן לסעיף 1 שבו פרשנות מצמצמת ולומר, כי לא נתכוון סעיף זה אלא לאסור העברה רצונית של הבעלות ולהתיר העברת בעלות שאינה לרצונה של המדינה (או של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל)? והרי מקל וחומר, שאם נאסרה, במצוות המחוקק, העברה, חרף רצונה של המדינה לעשות כן, על אחת כמה וכמה שאין מקום להתיר העברת בעלות הנוגדת את רצונה של המדינה.

משהגענו למסקנה, כי אין לפרש את סעיף 1 לחוק היסוד על דרך הצמצום, ...

... הנה כי כן, פירושנו את סעיף 1 לחוק היסוד לא רק שהוא עולה בקנה אחד עם רוח חוק זה ועם מטרתו, אלא שהוא גם מביא למסקנה, כי אין הצדקה להעדיף את הוראתו הארכאית של סעיף 78, שמעמו במל, על המגמה העולה מחוק היסוד, כי אדמת מדינה לעולם אינה עוברת לידיים פרטיות (למעט חריגים שנוקבעו במפורש, המצדיקים סטייה מן הכלל).

12. בנדון זה נראית לנו עמדתו של פרופ' י' ויסמן במאמרו "מקרקעי ישראל" משפטים כא (תשנ"א-נ"ב) 79, 103-

... "כי אין לשלול מראש תחולת חוק-היסוד על העברת בעלות שמכוח הדין. יש לבדוק כל העברת בעלות שמכוח הדין על רקעה ומטרותיה" (ההדגשה שלי - א' ג').

זאת כשם שמקובלת עליו דעתו במאמרו "ההתיישנות והמדינה" משפטים יד (תשמ"ד-מ"ה) 3, 9, כי הנוסח, שהמחוקק בחר בו בסעיף 1 לחוק היסוד "הבעלות בהם לא תועבר"

"מצביע על כך שהחוצאה של העברת הבעלות היא שהיתה מוקד התענינותו של המחוקק, ולא הדרך שבה מועברת הבעלות. גם הסיפא - 'הבעלות בהם לא תועבר אם במכר ואם בדרך אחרת', מחוקת מסקנה זו."

בנוסף לטיעון פרשני אחר, שסעיף 78 לחוק אינו מצוי בין החרוגים שבסעיף 2 לחוק מקרקעי ישראל, מעלה פרופ' ויסמן את השאלה (שם, בעמ' 10), "האין זה סביר להניח כי מחוקק המבקש למנוע העברת בעלות במקרקעי ישראל לא ישלים עם האפשרות שהבעלות במקרקעין שכאלה תועבר באמצעות ההתיישנות?". כן הוא מוסיף, כי "בשימת משפט שבה תפקידה העיקרי של ההתיישנות הוא לחסוך למי שמחזיק במקרקעין תקופה ממושכת את הצורך להוכיח

<sup>97</sup> ע"א 520/89, מדינת ישראל נ' עבדאללה אסעד שבלי, פ"ד מו(2) 81, 85.

כי רכש את הבעלות מאת הבעל הקודם, אין מקום להתיישנות בנכס שהמחוקק שולל העברת בעלות בו”.

.. 13

משמע, כי החל מחוק היסוד, ההתיישנות באדמות מדינה לפי סעיף 78 לחוק, אינה עוד “רוכשת”, ומקנה זכויות קניין, אלא דיונית בלבד, כהגנה נגד תביעה לסילוק יד בגין הסגת גבול.”

244. תחולתו המצומצמת של סעיף 2 נלמדת גם מלשונו שכן לשון כותרת הסעיף: “היתר על פי חוק” מלמדת כי המדובר בחריגים שהם בבחינת היתר, היינו חריג פרטני ונקודתי.

245. סממן מצמצם נוסף הוא דרישתו של סעיף 2 לחוק היסוד כי רק סוגי מקרקעין מסוימים או סוגי עסקאות מסוימות יוצאו תחולתו של סעיף 1. לשון סעיף 2 אינה מרמזת כי סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות יכולים להיות מגוון רחב של סוגי מקרקעין (למעשה כל מקרקעין למעט ביעוד חקלאי או לגידול בעלי חיים) וכל העסקאות, כפי שהחליטה הממשלה או כמעט כולם, כפי שנובע מתיקון מס' 7.

246. בחינה של החריגים לעיקרון החוקתי של איסור מכירה המנויים בסעיף 2 כפי שהיו טרם תיקון מס' 7 מראה כי כולם עסקו בסוגי מקרקעין מצומצמים או סוגי עסקאות מצומצמות ונמנה אותם באופן כללי:

א. החריג הראשון מיוחד לפעולות רשות הפיתוח לפי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), כלומר, המדובר באי פגיעה בחוק הקיים בעת כניסתו של חוק היסוד לתוקף ותחולתו מצומצמת לפעולות על פיו בלבד – לאמור, לסוג עסקה אחת הנערכת על פי החוק.

ב. החריג השני עוסק בהעברת בעלות במקרקעי ישראל לנפקדים הנמצאים בישראל או ליורשיהם הנמצאים בישראל, תמורת מקרקעין שהוקנו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים מכוח חוק נכסי נפקדים, תשי”א-1950, המדובר בעסקה מסוימת של חילופי מקרקעין עם יחידים המתאימים להגדרות הסעיף.

ג. החריג השליש, העברת בעלות במקרקעי ישראל למילוי התחייבות שנתחייבו בה כדין או חבות שנוצרה כדין לגבי אותם מקרקעין לפני תחילת חוק היסוד הינה למעשה הוראת שמירת דינים ומוגבלת בזמן ולכמות עסקאות מצומצמת שהתרחשה בגדרי אותה תקופה.

ד. החריג הרביעי, העברת בעלות במקרקעי ישראל תוך חליפין במקרקעין שאינם מקרקעי ישראל או כפיצוי בעד מקרקעין כאלה שהופקעו על פי חוק; המדובר בסוג עסקאות מצומצם, חילופי מקרקעין עקב הפקעה, אשר מטרתו הצודקת אינה דורשת הסבר.

ה. החריג החמישי, העברת בעלות במקרקעי ישראל במידה שיש בכך צורך ליישר גבולות או להשלים נחלאות, הינו חריג מצומצם בהיקפו המוגבל לסוג עסקאות מסוים עד מאוד ותחום, יישור גבולות והשלמת נחלות.

ו. החריג השישי, העברת בעלות במקרקעי ישראל בין המדינה, רשות הפיתוח והקרן הקיימת לישראל לבין עצמם; חריג זה החל על עסקאות מסוימות בלבד, כלל אינו חריג, שכן העברות מכוחו אינן מוציאות את המקרקעין מתחולת סעיף 1 לחוק.

ז. החריג השביעי, כנוסחו טרם תיקון מס' 7, עסק בהעברת בעלות במקרקעי המדינה או במקרקעי רשות הפיתוח למטרת פיתוח לא חקלאי, או העברת מקרקעין כאלה שהם קרקע עירונית, ובלבד ששטח כל ההעברות מכוח פסקה זו יחד לא יעלה על מאתיים אלף דונם. המדובר בחריג היחיד שעסק בסוג מקרקעין ולא בסוג עסקאות ועל כן הגביל עצמו החריג לתחום מצומצם של מקרקעין – קרקע עירונית, שהגדרתה טרם תיקון מס' 7 היתה מצומצמת למדי וחלה על מקרקעין בתחומי שטח תכנון עיר בלבד. כמו כן, הגביל עצמו החריג לעסקאות בכמות שהיקפה המצרפי לא יעלה על 200,000 דונם (כמות שנקבעה רק בשנת 2006 במחטף חקיקתי דרך חוק ההסדרים של אותה השנה ולפני כן עמדה על 100,000 דונם).

247. נראה כי המשותף לכל החריגים לעיקרון החוקתי הינו ברור, חריגים נקודתיים<sup>98</sup> אלו **חינויים והכרחיים** לקיום מדיניות קרקעית בעלת היגיון פנימי וצדק בסיסי. החריג השביעי נועד לגיוס מטבע זר, שהיה נחוץ למדינת ישראל בעת שחוקק החוק כאוויר לנשימה ולאפשר השקעות של תושבי חוץ שלא הכירו באותה עת את משטר החכירה שהונהג. **בכל החריגים ניתן לומר כי התועלת הציבורית הברורה המופקת מפעולה בגדר ה"היתר" עולה על הפגיעה השולית יחסית בעיקרון החוקתי ובציבור ועל הנזק שנגרם בכך למקרקעי ישראל, אם נגרם (כמחצית החריגים ענינם בחילופי שטחים).**

248. פרשנות מצמצמת של סעיף 2 לחוק היסוד, אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם סעיף 7(2) לחוק מקרקעי ישראל כנוסחו לאחר תיקון מס' 7. סעיף 7(2) המתוקן הנו בבחינת שתל זר הנדחה מפני הוראות סעיף 2 לחוק היסוד שאינו מתיר ואינו מאפשר חריג כזה. כפי שהוסבר באופן מפורט לעיל, משמעותו המעשית של סעיף 7(2) המתוקן היא הותרת משטר החכירה לדורות בתחולה על מספר אלפים בודדים של חוכרים חקלאיים בלבד והעברתם של בין 800,000 ל-1,000,000 חוכרים למשטר של בעלות פרטית, וכן קיום של משטר בעלות פרטית בכל הקצאת קרקע עתידית. במלים פשוטות יש לומר כי אין כאן הגבלה לסוג עסקאות מצומצם אלא כל העסקאות במקרקעין בין המדינה לשוק הפרטי ייעשו בדרך של מכירה למעט חריג יחיד של החכרת שטחים חקלאיים, אשר מהווים אחוז נמוך מאוד מכלל העסקאות הנערכות בין מינהל מקרקעי ישראל (וחליפתו רשות מקרקעי ישראל) לבין השוק הפרטי.

249. כמו כן, סוגי המקרקעין הנכללים בהגדרת קרקע עירונית לאחר תיקון מס' 7 הינם באופן כללי כמעט כל מקרקעי ישראל הזמינים לפיתוח, למעט שטחים חקלאיים. אין עוד הגבלה לשטח תכנון עיר אלא כל שטח המשמש לכל מטרה שאינה חקלאות עלול להיות נשוא למכירה לשוק הפרטי.

250. **אם כן, עינינו הרואות סעיף 7(2) כנוסחו לאחר תיקון מס' 7 אינו מגביל עצמו לא לסוג עסקאות ולא לסוג מקרקעין ולכן אינו עומד בדרישות סעיף 2 לחוק היסוד.** הכלל החוקתי הרחב – בעלות ציבורית על הקרקע ואיסור העברת הבעלות – הפך לחריג. כעת העיקרון החוקתי הקבוע בסעיף 1 לחוק היסוד הוא זה המגביל עצמו לסוג עסקאות – החכרת שטחים חקלאיים ולסוגי מקרקעין – קרקע חקלאית, בעוד סעיף 2 לחוק היסוד חל על כל קרקע אחרת והינו בגדר ברירת המחדל.

<sup>98</sup> ראו רחל אלטרמן, בין הפרטה להמשך הבעלות הלאומית מדיניות קרקע עתידית לישראל, מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, אפריל 1999, עמ' 15: "סעיפי חוק מקרקעי ישראל כוללים רשימה סגורה של סוגי נסיבות שבהן יהיה מותר להעביר בעלות באופן נקודתי, למילוי צורך מסוים, ...". הקטע מצורף גם לכרך האסמכתאות לעתירה זו "43". במאמר במלואו ניתן לצפות בכתובת האינטרנט: <http://alterman.technion.ac.il/admin/files/article22.pdf>

251. ברי, כי במקרה כזה אין מדברים עוד בפגיעה בחוק יסוד אלא בשינוי חוק יסוד. אם כן, סעיף 2(7) לחוק מקרקעי ישראל אינו יכול לדור תחת ההיתר שבסעיף 2 לחוק, שכן הוא מהווה שינוי של חוק היסוד ומשעה שלא חוקק כחוק יסוד אין לא תוקף.

#### האם חכירה לדורות = בעלות?

252. נתייחס עתה לשאלה עד כמה, אם בכלל, יש הבדל בין חכירה לדורות לבין בעלות מבחינת החוכר – העושה שימוש מותר במקרקעין בגדרי הסכס החכירה. האמור מובא מבלי לגרוע מן המפורט לעיל לגבי ההבדל המהותי שישנו מבחינת המדינה בין העברת בעלות לבין הותרת משטר החכירה לדורות על כנו.

253. אחת הטענות המועלות בפי תומכי "הרפורמה" היא הצורך במעבר ממשטר של חכירה למשטר של בעלות על הקרקע (הכוונה היא כמובן למקרקעי ישראל).

254. כדי לבחון הטענה יש לאפיין ולבדוק מה טיבה של זכות החכירה הקיימת במקרקעי ישראל – ובמה היא נבדלת מן הבעלות המלאה.

255. בעלות במקרקעין משמעה:

"2. הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכס."

256. בית משפט זה קבע כי חוזי חכירה לדורות של דירת מגורים, שנערכו בין מינהל מקרקעי ישראל בין אנשים פרטיים כמוה כחוזים להעברת בעלות. כבוד השופט עצינוני קבע בפרשת בסו כך:

"אין זה סוד, כי במציאות הרווחת בישראל, מרביתם של חוזי החכירה לדורות שנערכו ונערכים בין מינהל מקרקעי ישראל או הקרן הקימת לישראל לבין אנשים פרטיים, כמוהם כחוזים להעברת בעלות, כאשר הצדדים, ובעיקר המחכירים, מעדיפים, מסיבות שלא אתעכב עליהן כאן, צורה זו של החכירה לדורות על-פני צורה של העברת הבעלות באופן פורמלי, למרות שנוסח החוזים הללו איננו מותיר למעשה כמעט כל הבדל בין השתיים.

כמובן, הדבר תלוי בכל חוזה וחוזה לגופו, לפי ניסוח תניותיו, והדרך בה יש לפרשן ולהבין.

במקרה אשר בפנינו מעיד חוזה החכירה על עצמו ברורות, כי הוא משתייך לקטיגוריה זו של חוזי-חכירה לדורות, אשר כמוהם כהעברת בעלות, ודי לי אם אצביע על האופציה המועננת לחוכר בסעיף 5 לחוזה, להאריך למעשה את החוזה ל-72 שנים נוספות, אופציה המועננת בסעיף 22 לחוזה, אף ליורשיו החוקיים של החוכר, או על תנאי התשלום כפי שנקבעו בסעיף 5 לחוזה, ואשר אינם משקפים אלא תשלום עבור הערך הריאלי של הדירה.

בנסיבות אלה נראה לי, כי לאחר תקופת חכירה של 25 שנים, חידוש החוזה הוא ענין פורמלי בלבד, והעדר חידוש כשלעצמו אין בו כדי למנוע מזכות החכירה לעבור לעובד, מה עוד שלא נשמעה כל טענה מפיהם של המחכירים עצמם כאילו אין הדבר כך. בכך דוחה אני את טענתו של בא-כוח המערערת שלפיה זכות החכירה כלל לא עברה לעובד."

ע"א 355/76, רבקה בסו נ' יוסף מלאך, פ"ד לא(2) 359, 361-2.

257. פרופ' ויסמן ביקר את המצב בו חכירת ארוכת שנים הפכה להיות בבחינת תחליף לבעלות, בהתייחסו לפסק הדין בעניין בסו נ' מלאך :

"דברים אלה שנאמרו לגבי חכירות במתכונת המקובלת כיום, מעידים שכבר במצב הנוכחי היטשמש ההבדל שבין חכירה לבין בעלות."<sup>99</sup>

258. כבוד השופט ד. דורנר תיארה את המציאות של תושבי ישראל המחזיקים בדירותיהם מכח חוזה חכירה לדורות שנערכו עם מינהל מקרקעי ישראל :

"1. מרבית הקרקעות במדינת ישראל מצויות בבעלות המדינה. הן מנוהלות מכוח סעיף 2(א) לחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, על-ידי המשיבה (להלן – המינהל). על-פי סעיף 3 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל (להלן – חוק היסוד), כוללים המקרקעין שבבעלות המינהל את המבנים שהוקמו עליהם וכן כל דבר המחובר לקרקע חיבור קבע. סעיף 1 לחוק היסוד אוסר על העברת הבעלות במקרקעין ובמחוברים אליהם על-ידי מכר או בכל דרך אחרת.

כתוצאה מכך, רוב תושבי הערים במדינה מחזיקים בדירות מגוריהם מכוח חוזה חכירה עם המינהל. עם זאת, בפועל מעניקים חוזים אלה לחוכרים את מרב הזכויות האופייניות לבעלות. ואכן, מחירי השוק של דירות מוחכרות אינם שונים בדרך-כלל ממחירי השוק של דירות מקבילות המצויות בבעלות פרטית. ראו ר' אלתרמן בין הפרטה להמשך הבעלות הלאומית – מדיניות קרקע עתידית לישראל [3], בעמ' 16.

המקרקעין שבבעלות המינהל מוחכרים לתקופה ממושכת של 49 שנים, אשר יוצרת הנחה שמקרקעין אלו לא יחזרו עוד לרשות המינהל. עמד על כך השופט עציוני, באומרו כי "...במציאות הרווחת בישראל, מרביתם של חוזה החכירה לדורות שנערכו ונערכים בין מינהל מקרקעי ישראל... לבין אנשים פרטיים, כמוהם כחוזים להעברת בעלות... בנסיבות אלה נראה לי, כי לאחר תקופת חכירה של 25 שנים, חידוש החוזה הוא עניין פורמלי בלבד..." [ע"א 355/76 בסו נ' מלאך [1], בעמ' 361-362]. ראו גם: אלתרמן בספרה הנ"ל [3], בעמ' 14-15 וכן ר' אלתרמן "מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל? בחינה של ההצדקה להמשך הבעלות המקומית על מקרקעין" [8], בעמ' 545.

רע"א 8733/96, לנגברט נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(1) 168, 171-2

259. כך ראתה כבוד השופטת (כתוארה אז) ד. ביניש, חכירה לדורות לתקופה ממושכת כמתקרבת לבעלות :

"משאמרו כי השאלה תוכרע על-פי כוונות הצדדים לחוזה החכירה, לא המעטנו מהמשמעות שיש לייחס לכך שחוזה החכירה הוא לתקופה ממושכת, עובדה שהיא ללא ספק נסיבה כבדת משקל בגדר הנסיבות שיש לבחון לצורך הפירוש שיש לתת לכוונת הצדדים שהתקשרו בחוזה מסוג זה. יתרה מזו, ניתן לומר כי כשמדובר בחכירה לדורות לתקופה כה ממושכת, יש יסוד להנחה הפרשנית שבהיעדר ראייה לכוונה אחרת, התכוונו הצדדים להעביר את מרב הזכויות בנכס ככל שהדבר ניתן, ובכך מתקרבת החכירה ככל האפשר לבעלות."

<sup>99</sup> י. ויסמן, הפרטה מוסווית של מקרקעי ישראל, מקרקעין בישראל : בין הפרטי ללאומי (בעריכת ח. דגן), 1999, 255, 261. כאמור המאמר מצורף גם לכרך האסמכתאות לעתירה זו, ומסומן "24".

רע"א 2821/95, שמחה לוסטיג, נ' נעמי מייזלס, פ"ד נ(1) 517, 522.

260. כבוד השופטת א. פרוקצ'יה עמדה על כך שזכויות חוכר קרקע עירונית "עמידות" יותר מזכויות חוכר חקלאי וכי בית משפט זה הכיר בחוכרי קרקע עירונית כבעלי זכות הקרובה במהותה ואופיה לבעלות:

"28. על-פי התפיסה הבסיסית המעוגנת בהחלטה מס' 1, זכויותיו בקרקע של חוכר קרקע עירונית "עמידות" יותר בפני שינויים מזכויותיו של החוכר החקלאי (למעט באשר לחלקת מגוריו של החקלאי). הדבר נובע, בין היתר, מהשוני המשמעותי בהיקפי הקרקע המוחכרים, ומשיעור דמי החכירה המשולמים לשני סוגי הקרקעות, ומהאינטרס הציבורי לשמר את המרחבים החקלאיים פתוחים וירוקים לטובת הציבור כולו, ולריווחת הדורות הבאים. ואמנם, ביחס לחוכרי קרקע עירונית, בית משפט זה הכיר בהם, לא אחת, כבעלי זכות חכירה הקרובה במהותה ובאופיה לבעלות (פרשת בלייכפלד, עמ' 250 רע"א 2821/95 לוסטיג נ' מייזלס, פ"ד נ(1) 517, 526). עם זאת, גם החכרות הקרקעות העירוניות אינן עשויות מקשה אחת, ואף בגידן ניתן למצוא הסדרים שונים הנוגזרים ממטרת החכירה ודמי החכירה, העשויים להשליך על עוצמתה של זכות הקניין שבידי החוכר."

בג"צ 4736/03, אלון חברה הדלק לישראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ויושב ראש מועצת מקרקעי ישראל (לא פורסם, 15.6.08)

261. כבוד השופטת ע. ארבל עמדה על כך שחכירה לתקופה של 99 שנים שקולה להעברת הבעלות הכלכלית כמעט במלואה לחוכר וכי החוכר מניח כי זכותו במקרקעי אינה קצובה בזמן וכי לא ידרש לפנות המקרקעין בתום תקופת החכירה:

"15. ...

בקביעת אופי העסקה עם המנהל יש להתחשב גם במגמה המחלישה את כוח המגבלות ששומר המנהל בידיו במסגרת הסכם החכירה. כך למשל, סבור דויטש כי בחכירה לתקופה של 99 שנים ומעלה הבעלות הכלכלית עברה כמעט במלואה אל החוכר, בעוד שזיקתו של הבעלים הפורמאלי לנכס הינה שולית. לפיכך הוא סבור כי במצבים אלה יש להחליש את כוח הסירוב של הבעלים ביחס לפעולות העברה או בניה, בייחוד לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (דויטש, בעמ' 285). ויסמן מצייין כי במציאות הקיימת רווחות הפרות של הוראות בהסכמי חכירה שעניינן באיסור העברת זכויות במקרקעין ללא הסכמת המנהל (ויסמן, בעמ' 222). כן הוא גורס כי רוכש מקרקעין מצוי אינו מניח כי זכותו בקרקע קצובה בזמן וכי הוא ידרש לפנותה בתום התקופה האמורה בחוזה החכירה. הנחה זו נובעת, בין היתר, מהמחשבה לפיה לא יעלה על הדעת שרשות ציבורית כמנהל מקרקעי ישראל תעמוד על הדרישה לפינוי הנכס לאחר שהחוכר שילם עבורו חלק משמעותי משווי הקרקע. ויסמן אף מעריך כי כאשר יגיעו לקיצן תקופות החכירה יגברו אילוצי המציאות על האילוצים המשפטיים, והוא סבור כי על המנהל להיערך לכך (ויסמן, בעמ' 224-223, 265).

ע"א 8301/04, פקיד השומה למפעלים גדולים נ' פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ (לא פורסם, 28.10.07).

262. יש לציין כי כבוד השופט א. רובינשטיין הצביע על כך שבאותו עניין החוכרת טענה לאופי אחד של החכירה לצורכי מס ולאופי שונה שלה ולצורכי קבלת פיצוי במקרה של שינוי יעוד הקרקע:

"מצטרף אני לחוות-דעתה המקיפה של חברתי השופטת ארבל, שאימצה ברובו הגדול את פסק-דינה המלומד של השופטת (כתארה אז) אופיר-תום. יכולתי להסתפק בהסכמה זו, אלמלא ביקשתי לתרום לחידוד משמעותה של החכירה בה מדובר. המערערת מבקשת להחזיק את החבל בשני קצותיו, והוא סיפור ישראלי כמשל. אכן, יתכנו מקרים – ולעניות דעתי הם המעטים – שבהם יונכו דמי החכירה לצרכי מס בנסיבות מסוימות. ואולם, לאמיתו של דבר המדובר במציאות הישראלית בחכירה הטבולה בהיבט המשפטי-רעיוני של העיקרון שביסוד סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, הקובע כי "מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת". אשר על כן, באה החכירה ל-49 שנים ול-49 שנים נוספות וכיוצא בזה. ראוי היה כי יתקיים הרעיון שביסוד חכירות אלה, כך שהקרקע תשוב בסופה באורח "נקי" לבעלות המדינה, בתנאים שבחוזים; אך המערערת ושכמותה נאבקים בעוז במקום אחר שלא להחזיר את הקרקע בלא תמורה הולמת לשיטתם; המאפיינים ה"רכים" להם טוענת המערערת בסיכומיה בקשר למס, כגון התחייבותה לפנות את המקרקעין, הקביעה כי הבעלות אינה עוברת אליה, הגבלת השימוש, דרישת אישור המחכיר, איסור ההעברה בלא הסכמת המינהל, החזרת המבנים למינהל בתום התקופה – אילו דבקה המערערת בכל אלה כנתינתם, היינו מדברים ב"זכות שכירות (מוגבלת ומצומצמת) בלבד", כלשונה שלה. אבל במציאות (העגומה) אין המערערת דבקה באלה; בצדק מציין המשיב, כי בשעה שבאה עת שינוי ייעודו של המתחם בו עסקין לכיוון בניה למגורים, הפכה המערערת עצמה כביכול לשותף מלא בו, בעמדה על זכות בעלות בקרקע; והריהו איפוא אדם הבא לשכור דירה ברחוב הירקון בתל-אביב ושואל את המשכיר, היש בדירה משב רוח בקיץ מהים? והמשכיר אומר בוודאי, הנה הבית והנה הים, ואז שואל השוכר, היש טחב בחורף מהים? והמשכיר משיב: חלילה, איפה הבית ואיפה הים? כך, אוחזת המערערת בחבל בשני קצותיו כאמור, וטוענת דבר והיפוכו במקומות שונים – בתיק מס לחוד ובתכנון מקרקעין לחוד. אם נרצה, לפנינו השתק שיפוטי ככל משפטו וחוקתו (ראו רע"ב 4224/04 בית ששון נ' שיכון עובדים, פ"ד נמ(6) 625). כשם שהמדינה כמייצגת הציבור אמורה לעמוד על זכויותיה הקרקעיות, וכמובן ככל שאלה ימומשו, ינוכה הטעון ניכוי והמערערת לא תצא מן הסתם נפסדת, כך לענין מס הכנסה, בתיקנו שלנו. אמנם ניתן להידרש עיונית להבחנה בין החכרה חוקית להחכרה פיראטית, וכמובן יש בכך אתגר לא קטן (ראו הדרי בהשתתפות סרוסי מיסוי מקרקעין א' (מה' 2, 2000), עמ' 177-180). אך בסופו של יום, במהות, ידענו את העובדות כהייתן; בחכירה מימונית עסקינן. ככל שחוות הדעת הכללית מטעם המערערת נדרשת דווקנית להסכמי החכירה, הריהי נותרת במישור התיאורטי ולא במציאות הקשה במקומותינו."

ע"א 8301/04, פקיד השומה למפעלים גדולים נ' פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ (לא פורסם), 28.10.07.

263. בית משפט זה התייחס גם לכך שאף מבחינה כלכלית ישנם מקרים בהם אין השוק נותן ערך מוסף לבעלות מול החכירה לדורות, אך לעיתים יש לבעלות ערך עודף משמעותי:

"מהו למעשה ההפרש בתוצאה של העיסקה בין הצדדים, כפי שעלתה מתוך החוזה לפני תיקונו, לבין העיסקה, המשתקפת ממנו אחרי התיקון? התשובה לשאלה זו היא, כי נושאו של החוזה עובר לתיקונו הוא העברת זכויות חכירה לדורות ואחרי תיקונו העברת בעלות מלאה. אין צורך

להרבות דברים, כי ישנו הבדל גדול בין בעלות וחכירה לדורות, ולמותר לציין כאן את ההבדלים שבין שני סוגי זכויות קנייניות אלה.

אמנם יש מקרים, בהם ההבדל המעשי הולך ומיטשטש, כך שלגבי סתם קונה ומוכר אין נפקא מינה בין שני הסוגים של הזכויות, עד כדי כך שהקונה יהיה מוכן לשלם אותה התמורה עבור חכירה לדורות כמו עבור זכות בעלות, ובכיוון זה העיד אחד המתווכים. עם זאת ישנן כמה נקודות, היכולות להשפיע על מחיר של נכס בדרך שיעלו את ערכו בשוק, כשמתלווה אליו בעלות מלאה. חכירה לדורות בארצנו היא זכות, שהעברתה כרוכה לא רק בהסכמת המחכיר, אלא בדרך כלל גם בתשלום דמי הסכמה, לעתים בסכומים נכבדים.

הרוכש זכויות חכירה עושה לעתים קרובות כבר בעת הרכישה את החשבון, שאם ירצה אף הוא ביום מן הימים להעביר את זכויותיו, ייאלץ להפריש חלק פלוני מתוך התמורה כדמי הסכמה. עצם החלות בהסכמת הבעלים להעברת זכויות החכירה אף היא גורם מכביד העלול לגרום לאיבוד זמן ולטורח רב. על-כן אין ספק, כי אמנם זכות בעלות במקרקעין שווה יותר לקונה, ולפיכך שווה יותר למוכר.

ע"א 593/79, חווה מימוני נ' דוד פרלמן, פ"ד לו(2) 319, 325.

264. גם פרופ' אלתרמן מאשרת כי אין הבדל של ממש בין הבעלות לבין החכירה המהוונת לדורות הניתנת לבעלי דירות בעיר:

"על תושבי הערים חלים חווי חכירה, אך חוזים אלה מעניקים בפועל כמעט את כל תמהיל הזכויות הטיפוסי לבעלות פרטית, תוך הוספת מגבלות מנהליות מסוימות, .."<sup>100</sup>

265. פרופ' אלתרמן מוסיפה וטוענת כי השוק מתייחס מזה עשרות שנים למקרקעי ישראל עירוניים מוכרים כמעט כאילו היו מקרקעין בבעלות פרטית<sup>101</sup>.

266. המסקנה העולה מכל האמור היא שמבחינת החוכר העושה שימוש במקרקעין על פי הסכם החכירה אין הבדל של ממש בין זכותו כחוכר לדורות לבין היותו בעלים של המקרקעין. לעומת זאת, בכל מצב בו החוכר מבקש לחרוג מגדר מטרות החכירה – הרי שאז יש משמעות ותוכן ממשי לבעלות הציבורית על המקרקעין.

### נטלי הוכחה חוקתיים

267. נקדים כאן הערה לעניין נטל ההוכחה: הכלל הרגיל הוא כי על הטוען לפגיעה או לשינוי חוקתי נטל ההוכחה<sup>102</sup>. בענייננו, עצם הפגיעה (שלא לומר שינוי) בעיקרון החוקתי איננה שנויה במחלוקת: כל הגדלה של מכסת הקרקע העשויה להיות מושא להעברת בעלות הינה (לכל הפחות) פגיעה, ולמעשה פגיעה נוספת, בעיקרון החוקתי המוגן; מה גם שהכנסת עיגנה פגיעה זו במסגרת הוראת סעיף 2(7) לחוק מקרקעי ישראל כאחד "החריגים" עליהם חל ההיתר המעוגן בסעיף 2 לחוק היסוד.

<sup>100</sup> אלתרמן, מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל?, עמ' 275. ראו גם שם, בעמ' 276-7, פרופ' אלתרמן מכנה תופעה זו "הפרטה זוחלת". מובא גם בכרך האסמכתאות של עתירה זו מסומן "25".

<sup>101</sup> שם, עמ' 279.

<sup>102</sup> ע"א 6821/93, בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

268. מכאן שנטל ההוכחה הוא על המשיבים לטעון ולשכנע כי תיקון מס' 7 לחוק בא בגדר הריג לעיקרון הקבוע בחוק היסוד וכי חל עליו היתר, וכי לא מתקיימת בו פגיעה ואו שינוי של חוק היסוד.

269. עצמנו בכפוף לאמור ומבלי לגרוע ממנו, נראה כיצד משנה תיקון מס' 7 את חוק יסוד: מקרקעי ישראל, ופוגע בו פגיעות קשות ומרובות.

### תיקון מס' 7 – הסעיפים הפוגעים

270. העותרים לא יטענו כי תיקון מס' 7 הוא פסול כולו; אף להפך. העותרים מברכים על כוונת הממשלה להסדיר את פעולת מינהל מקרקעי ישראל בחקיקה ראשית ולפעול לצמצום הבירוקרטיה וחוסר היעילות אשר דבקו בו. אולם חלק מהסעיפים המופיעים בו משנים את חוקת המדינה באופן פסול, ואחרים פוגעים בחוק יסוד: מקרקעי ישראל.

271. סיבה נוספת לבטלות תיקון מס' 7 נובעת מן החסר המהותי שבו בהסדרים ראשוניים הכרחיים למדיניות המקרקעין בישראל.

272. הסעיפים הנתקפים בעתירה זו הינם:

- סעיף 13 – תיקון סעיף 7(2) לחוק מקרקעי ישראל – שינוי הגדרת "קרקע עירונית" כפי שפורט לעיל. השינוי יאפשר העברת בעלות בכל סוג ייעוד של מקרקעי ישראל, למעט מקרקעי ישראל בייעוד חקלאות או גידול בעלי חיים.
- סעיף 13 – תיקון סעיף 7(2) לחוק מקרקעי ישראל המאפשר העברת בעלות בהיקף של 800 אלף דונם, בשתי תקופות של חמש שנים כל אחת.
- סעיף 9 (וסעיף 12 שהוא בגדר הוראת שעה של חלק ממנו) – המהווה תיקון לסעיף 14 לחוק מינהל מקרקעי ישראל ומתאר את מנגנון העברת הבעלות לחוכרים וקביעת התמורה בעבור העברה זו, תוך שהסעיף מגדיר את סוג העסקה בה תתבצע העברת הבעלות – "הקניית בעלות". הסעיף מאפשר, לכאורה, העברת בעלות במקרקעי ישראל, גם ללא תמורה ותוך חסר מהותי בהסדרים ראשוניים;
- סעיף 10 (וסעיף 12 שהוא בגדר הוראת שעה של חלק ממנו) – המוסיף את סעיפים 4-4א-4ב לחוק מינהל מקרקעי ישראל – המסדירים בין היתר הגבלת היקף השטח של הקרקע העשויה להיות נשוא להעברת בעלות והגבלות על העברת הבעלות לגורמים שונים והנגועים בחסר מהותי בהסדרים ראשוניים;

### תיקון מס' 7 – שינוי חוק יסוד: מקרקעי ישראל

273. תיקון מס' 7 מהווה שינוי העיקרון החוקתי הקבוע בסעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל. זאת באמצעות חקיקה ראשית – ושלא בדרך של תיקון חוק היסוד.

274. נוכח היקף, עומק ומשמעות העברת הבעלות במקרקעי ישראל הצפונה בתיקון מס' 7 – ברור כי מדובר בשינוי של ממש בעיקרון החוקתי האוסר העברת בעלות במקרקעי ישראל. כפי שהראינו לעיל, ברקע העובדתי, תיקון מס' 7 מוביל להעברת בעלות מסיבית, בלתי מבוקרת ומבלי מסויגת, הכוללת שטחים עצומים, בכללם גם שטחים פתוחים במהותם. יותר מכך, תיקון מס' 7 יוביל להעברת הבעלות לידיהם של כלל החוכרים במקרקעי ישראל שאינם קרקע חקלאית (800,000 חוכרים קיימים) ועל כן מהווה

שינוי של המשטר הקרקעי, המבוסס על חכירה לדורות, הנוהג בישראל מכח חוק היסוד. זהו שינוי של העיקרון החוקתי.

275. חשוב לציין את המובן מאליו: תיקון מס' 7 שולל מידי המדינה את היכולת לקיים את תכליות החקיקה המקורית בחוק יסוד: מקרקעי ישראל. נפנה שוב אל תכליות החקיקה כפי שתוארו לעיל על ידי כבוד הנשיא (בדימוס) ברק<sup>103</sup> וניווכח: הסעיפים הנתקפים במסגרת עתירה זו שוללים את יכולתה של המדינה לקיים את תכליות החקיקה כפי שתוארו כבוד הנשיא (בדימוס) ברק: א) למנוע העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים; ב) לבצע מדיניות ביטחון; ג) לאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים, דוגמת קליטת עלייה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית; ד) להקל על מלאכת התכנון תוך שמירת רזרבה קרקעית לצרכים ממלכתיים והקצאת שטחים פתוחים לצורכי הציבור; ה) לאפשר יישום תוכניות מתאר ו-ו) למנוע סחר ספקולטיבי בקרקעות המדינה.

276. בדברים שהובאו לעיל בעניין עמותת שיח חדש צויינה גם תכלית נוספת, מרכזית, מהותית וחשובה, והיא שמירה על עיקרון השוויון בניהול מקרקעי ישראל.

277. העותרים יטענו כי תכליות אלו, חיות ורלוונטיות כתמיד, המהוות את עצמותו של חוק יסוד: מקרקעי ישראל, יחדלו מלהתקיים, בעקבות קבלת תיקון מס' 7. זו מהות שינוי העיקרון החוקתי. להלן שתי דוגמאות כיצד תכליות אלו יחדלו מלהתקיים בעקבות אובדן שני מאפיינים מרכזיים של משטר החכירה, אשר תיקון מס' 7 מאינם. **הראשון**: הגבלת זכות השימוש והחזקה לייעוד מסויים ושימור היכולת למיחזור הקרקע בידי המדינה; **והשני**: הגבלת העברת המקרקעין לידי זרים.

#### **הגבלת זכות השימוש והחזקה לייעוד מסויים ושימור היכולת למיחזור הקרקע בידי המדינה**

278. סוג השימוש הנעשה בקרקע, כמו גם עצם השימוש, נקבעים בחוזה החכירה הנכרת בין מדינת ישראל לחוכר; האחרון מקבל את הקרקע לשימושו בתנאי שישתמש בה לשימושים שהוגדרו באופן מפורט בהסכם החכירה. אם החוכר אינו משתמש בקרקע בהתאם למטרות אלו רשאית המדינה לבטל את חוזה החכירה ולתפוס בה את החזקה. כך למשל, חוכר אשר חקר קרקע לצורך הקמת מפעל תעשייתי אינו רשאי להרוס את המפעל ולהקים תחתיו בניין מגורים, גם אם הדבר רווחי עבורו, שכן הסכם החכירה אינו מאפשר זאת, אף אם הדבר אפשרי מבחינה תכנונית. החלפת מטרות חוזה החכירה מחייבות חתימה על הסכם חדש, ומותרת את שיקול הדעת בידי הבעלים – המדינה.

279. דוגמא נוספת תמצא במקום בו נדרש מעבר לבנייה גבוהה במקום בנייה נמוכה, או, בשפה התכנונית, תהליך פינוי – בינוי, אשר מהווה לדעת כל צורך סביבתי בוער כבר כיום במדינת ישראל. כיום יכולה המדינה לקבוע, לדוגמא, כי חידוש החכירות בבניינים נמוכים ייעשה רק עם הסכמת החוכר למעבר לבנייה גבוהה (קרי פינוי בינוי). לו תהא הבעלות בידי עשרות אם לא מאות בעלי דירות יהיה תהליך זה בלתי אפשרי.

280. במקרים מסויימים עלולים חוכרים להפר את חוזה החכירה באי-עשייה. כך ינהג למשל חוכר של שטח עירוני נרחב למטרות מגורים המעוניין להעלות את מחיר הדירות העתידות להיבנות, ועל כן מקטין את ההיצע (באמצעות אי בנייה). זכות בעלים היא לבטל את חוזה החכירה ולכרות חדש עם קבלן אשר יבצע את המטרה אותה קבעה המדינה: הגדלת היצע הדירות. בעלות פרטית על הקרקע

<sup>103</sup> בג"צ 6698/95, קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 271-2.

שוללת אפשרות זו בפני המדינה, ולא יועילו ועדות תכנון מקומיות ושאר מנגנונים, אשר אין לטעון כי הם חזקים מבעלות המדינה.

### **הגבלת העברת המקרקעין לידי זרים**

281. העברת הבעלות במקרקעי ישראל לידיים פרטיות תאיין את יכולתה של מדינת ישראל להבטיח כי המקרקעין שבשטחה לא יועברו לזרים. הרי הגבלה כזאת הינה פגיעה ברורה בקניין הפרטי המוגן במדינת ישראל מכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל כן אינה חוקתית.

282. על מנת ליצור הגבלה שכזאת הרי שעליה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה – קרי, שתהא בחוק או מכוחו, בהתאם לערכיה של מדינת ישראל, למטרות ראויות ובאופן מידתי. כיום, אין הגבלה כזאת בחוק או מכוחו ועל כן, תתאפשר העברה סיטונית של מקרקעי ישראל לידיים זרות. גם אם תבוא לעולם הגבלה שכזאת בחוק או מכוחו וגם אם נניח כי הינה תואמת את ערכיה של מדינת ישראל ומטרותיה ראויות הרי שספק אם תוכר כמידתית, שכן פגיעתה בקניין ובאפשרות לרווח ממנו קשה במיוחד – והרי מן המפורסמות הוא כי זרים מוכנים לשלם בעד מקרקעין בישראל מחיר הגבוה מזה שמוכנים או יכולים ישראלים לשלם. כמו כן, אין הגבלה דומה על כל קניין פרטי אחר בישראל.

283. אמנם אין העותרים סבורים כי ממשלת ישראל הנוכחית, אשר הביאה לעולם את תיקון מס' 7, מעוניינת בהעברתם של מקרקעי ישראל לידיים זרות. אך בחפזונה "לגאול" את מקרקעי ישראל מעול הבעלות הציבורית נמנעה מלכלול הוראות בחוק לעניין זה, במה שנראה שעתיד להוות רשלנות בקנה מידה היסטורי.

284. כאמור, ולסיכום: שינוי העיקרון החוקתי יכול להיעשות, אם בכלל, רק בדרך של שינוי חוק היסוד. זאת לא נעשה כאן ולכן דינו של השינוי בטלות מטעם זה בלבד.

### **תיקון מס' 7 – פגיעות מרובות בחוק יסוד: מקרקעי ישראל**

285. כעת נרחיב על הפגיעות בחוק יסוד: מקרקעי ישראל המתקיימות בגין קבלתו של תיקון מס' 7 וזאת כתוספת, ולמעלה מן הנדרש, כאמור לעיל.

#### **שינוי הגדרת "קרקע עירונית"**

286. כפי שהראינו במסגרת העובדתית לעיל, בעמ' 38, תיקון מס' 7 צופן בחובו הרחבה דרמטית של ההגדרה "קרקע עירונית" – הרחבה שתוצאתה האפשרות להעביר בעלות במגוון עצום של יעודי מקרקעין – שלמעשה כולל את כל הייעודים המקובלים להוציא חקלאות וגידול בעלי חיים.

287. הרחבה זו, מעבר לעצם הסתירה שיש בה לעיקרון החוקתי, אינה עומדת בגדריו של סעיף 2 לחוק היסוד, באשר היא אינה מסויגת לסוגי מקרקעין אלא גורפת ורחבה. להלכה ולמעשה ההגדרה הותירה מחוץ למעגל הקרקע המוגדרת כ"קרקע עירונית" רק קרקעות ביעוד חקלאות או כאלו המשמשות לגידול בעלי חיים.

288. פשיטא, כי מצב דברים מעין זה לא יכול לבוא בקרבה של הוראת סעיף 2 לחוק היסוד.

## "הקניית בעלות" – "עסקה" אשר אינה מוכרת בחוק

289. במסגרת סעיף 9 של תיקון מס' 7 נעשה שינוי נרחב ומקיף בסעיף 4 לחוק מינהל מקרקעי ישראל תוך שהוא יוצר עסקה מסוג חדש, ושאינו מוכר בחוק מקרקעי ישראל: הקניית בעלות לחוכרים תוך קביעת התמורה באופן ושרירותי שלא נקבע בחוק ועל פי שיקול דעת הרשות החדשה לכשתקום.
290. מיותר לציין – עסקה מסוג זה אינה אחת מהחריגים הקבועים בחוק מקרקעי ישראל ועל כן ישנה פגיעה בחוק יסוד: מקרקעי ישראל. יתרה מכך – העברת בעלות ללא תמורה, כפי שמתאפשר על פי הוראות תיקון מס' 7, אינה עולה כלל לכדי "עסקה".
291. פשיטא כי סעיף 9 (הוא סעיף 4 לחוק מינהל מקרקעי ישראל) המהווה פגיעה בהוראת סעיף 1 לחוק היסוד, לא יכול לבוא בשעריו של סעיף 2 לחוק היסוד.

## תיקון מס' 7 מהווה חקיקה החסרה חוסר מהותי בהסדרים ראשוניים

292. נבחן עתה את המשמעות התיקונים לחוק מינהל מקרקעי ישראל המופיעים בסעיפים 9, 10 ו-12.
293. עיקרם של תיקונים אלו בחוק מינהל מקרקעי ישראל, הוא מערכת של הסדרים ומנגנונים הקשורים להעברת בעלות במקרקעי ישראל. בכללם ישנם הסדרים הקשורים להיבטים כמו מיסוי, מנגנון העברת בעלות חד-צדדי.
294. במסגרת תיקונים אלו נכללו הוראות שאינן עומדות בדרישה כי המחוקק יקבע הסדרים ראשוניים (כפי שיוסבר להלן) ובכללן הוראות הבאות:
- ההגדרות הבאות "חווה חכירה מהוון למטרת מגורים או למטרת תעסוקה", "נכס מקרקעין שהקניית הבעלות בו פטורה מתשלום", "נכס מקרקעין שהקניית הבעלות בו כפופה לתשלום";
  - סעיף 4(ז)ט) – "קבעה המועצה כי התמורה ..";
  - סעיף 4(א)ט) – "הרשות רשאית, בין השאר בעל חשיבותם המיוחדת של מקרקעי ישראל, להתנות את הקניית הבעלות בנכס מקרקעין לפי הוראות סעיפים 4 או 4כ, בתנאים ובהגבלות ...";
  - סעיף 4כ – "המועצה רשאית להחליט, בהתאם לכללים שתקבע, כי הקניית בעלות על ידי הרשות, בנכס מקרקעין באגודה שיתופית שהיא יישוב קהילתי קטן או יישוב חקלאי, תותנה בהסכמת האגודה השיתופית, הסוכנות היהודית לארץ ישראל או ההסתדרות הציונית העולמית, לפי העניין; החליטה המועצה כאמור, לא יקנה המינהל בעלות בנכס מקרקעין באגודה השיתופית, אלא לאחר שתימסר לו הסכמה כאמור בכתב";
  - סעיף 4כא – "על אף הוראות סעיפים 4 ו-4כ, לא תקנה הרשות בעלות בנכס מקרקעין ששטחו עולה על 16 דונם, אלא אם כן החליטה המועצה שקיימות נסיבות שבשלן ניתן להקנות בעלות כאמור".
295. הוראות מהותיות ומרכזיות אלו יש להן השפעה של ממש על היקפי התפרשותה של העברת הבעלות במקרקעי ישראל – הן מבחינת סוגי המקרקעין, גודל המקרקעין והשאלה האם יועברו בתמורה או שלא בתמורה.
296. פשיטא כי כל אלה הסדרים ראשוניים, המחייבים הסדרה בחקיקה ראשית<sup>104</sup> – והחובה לעשות כן מוגברת עת מדובר בהעברת בעלות הנעשית בניגוד לצווי החוקתי האוסר על העברת בעלות.

<sup>104</sup> בעניין זה חוותה דעתה ע"ד א. בנדלר, היועצת המשפטית של ועדת הכלכלה של הכנסת בישיבת הוועדה בתאריך 25 ביוני 2009, עמ' 49-50 לפרוטוקול הישיבה. פרוטוקול הישיבה זמין בכתובת האינטרנט <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/kalkala/2009-06-25.rtf>

297. טרם יבשה הדיו על כתב עתירה זו נתבשרנו כי בתאריך 28 בדצמבר 2009, מועצת מקרקעי ישראל קיבלה החלטה בעניין "רפורמה בניהול מקרקעי ישראל". עיון בהחלטה זו ממחיש מיד את החסר המהותי בהסדרים ראשוניים, שתוצאתו הקשה היא קבלת החלטות שמשמעותן העברת זכויות בעלות במקרקעי ישראל – לרבות מקרקעין בלתי מפותחים באופן מלא ולרבות מקרקעין למטרות תעסוקה – ללא כל תמורה.

נוסח הצעת החלטה מס' 278 של מועצת מקרקעי ישראל מצורפת כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנת כנספח "לח".

### על החובה לחוקק – חובתה של הכנסת כרשות המחוקקת

298. הכנסת היא הרשות המחוקקת של המדינה. על כך אין מחלוקת או ויכוח<sup>105</sup>. פועל יוצא מהיותה של הכנסת הרשות המחוקקת היא הסמכות (ולעיתים אף החובה) לחוקק נורמות בדמותם של חוקים.

299. תפקידו של המחוקק הוא קביעת הנורמות הבסיסיות והיסודיות המסדירות את תפקוד החברה במדינה. במובחו, קביעת הסדרים פרטניים ומשניים נתונה בידי הרשות המבצעת או גופים אחרים שהוסמכו לכך בחוק.

300. עמדתנו היא כי המחוקק כשל ולא מילא חובתו היסודית והבסיסית במסגרת תיקון מס' 7, עת נמנע מלקבוע ולהסדיר שאלות יסוד במסגרת המדיניות הקרקעית, והותיר אותן פרוצות ועמומות, כפי שפורט בהתייחס לעיל לסעיפים 9, 10 ו-12 לתיקון מס' 7.

301. יתרה מכך, משפעל המחוקק ותיקן את חוק מקרקעי ישראל, הייתה זו חובתו לבחון בחינה יסודית את כלל ההסדרים הנורמטיביים שבחוק זה, ולהסדיר באופן חוקתי גם נושאים או תחומים נוספים<sup>106</sup>.

302. כבוד השופט (כתוארו אז) מ. חשין קבע בעניין הענקת סובסידיה לחברת אל-על בבג"צ 1703/92, ק.א.ל. קווי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4), 193, עמ' 203-204 :

"מימון הוצאות האבטחה של אל-על הינו בגדר מענק-מדינה (סובסידיה): הענקת כספים מתקציב המדינה במישרין, ושלא על-פי הסמכה מפורשת בחוק הקובע הסדרים ראשוניים לחלוקתם של אותם כספים... צא וראה : הביטוח הלאומי (למשל) לא ישלם לנוקק מאות בודדות של שקלים, אלא אם יעמוד במבחנים מפורטים ומדוקדקים שהדין הציב לפניו. לא עוד, שלעניינו של כל תשלום ותשלום תיערך בדיקה - ובדיקה חוזרת - וכל החלטה וכל תשלום יעמדו לבחינתם של בתי-דין ובתי-משפט על-פי כללים שנקבעו מראש לדקדוקיהם. כל כך בפת-לחם. ואילו בהענקתם של סכומי-עתק, המיבחנים אינם אלא מבחנים כלליים ועמומים: מדיניות הממשלה היא שתקבע, מדיניות שלא נצרפה בכור-של-חוק מהותי, ספציפי ומפורט, וביקורת ראויה - ביקורת מראש - של מחוקק ושל עם לא עלתה על ראשה. אמנם כן: אין הממשלה מורשית להוציא מכספי מדינה אלא על-פי האמור בחוק התקציב, אך הכל יודעים שלא הרי חוק תקציב כהרי חוק שבגופו מפרט ומפרש תשלומים שייעשו וזכאים שיהיו.

303. כך אף נקבע בפרשת ועדת המעקב במישור ההלכה המשפטית לגבי הסדרים ראשוניים :

<sup>105</sup> בחוק יסוד: הכנסת הוגדרה הכנסת כ- "בית הנבחרים של המדינה", בעוד שבהתייחס לממשלה נקבע מפורשות במסגרת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה כי: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". אך ראו והשוו גם להוראת סעיף 7(א) לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח - 1948, לפיו: "מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת".  
<sup>106</sup> ראו והשוו למצב בו המחוקק מתקן חוק בלתי חוקתי - ומפחית הפגיעה החוקתית - כבר נקבע כי אין די בכך - וכי התיקון המשפר חייב לעמוד הוא עצמו במבחני פסק ההגבלה - בג"צ 6055/95, צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241.

28. תפישת-היסוד המפעמת בגופה של שיטת המשטר החוקתית בישראל מורה אותנו, כי הרשות המחוקקת - הכנסת - היא הרשות הניצבת בפיסגת הפירמידה של הרשויות הקובעות את הנורמות אשר תנהגנה במדינה, וכי הממשלה ושלוחותיה נועדו להן תפקידי ביצוע הנורמות שקבעה הכנסת. בלשון אנשי המשפט ייאמר: הכנסת היא המוסמכת לקבוע, בחוקים, "הסדרים ראשוניים" - הסדרים הקובעים את הנורמות העיקריות ואת אמות-המידה להפעלתן - בעוד אשר הממשלה מוסמכת, על דרך העיקרון, לקבוע - בתקנות למיניהן ובמעשים - "הסדרים מישוניים" בלבד. ובלשון אחר: אין הממשלה ובוותיה מוסמכות לקבוע "הסדרים ראשוניים" אלא על-פי המחוקק, מכוחו של חוק הכנסת. תפישת-יסוד זו, ששורשיה בעקרון שילטון החוק (במובנו המהותי), זכה לביסוס ולביאור בהלכה ובדיברי חכמים."

בבג"צ 11163/03, ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (פסק דין מתאריך 27.2.06, טרם פורסם) - ס' 28 ואילך לפסק דינו של כבוד המשנה לנשיא, מ. חשין בבג"צ 11163/03.

304. הממשלה מבקשת לעשות שימוש בסעיף 72(7) המתוקן לחוק מקרקעי ישראל – שהינו מעין "הרשאה תקציבית" להעברת בעלות ב-800,000 דונם ממקרקעי ישראל בהעדר חוק של מהות (שהרי הוראות סעיפים 4-זי-4כא לחוק מינהל מקרקעי ישראל העוסקת בהעברת הבעלות לוקות בחסר מהותי בהסדרים ראשוניים). הפרטת הקרקעות דכאן, דומה היא לתופעה שכונתה "היניקה מן המקור" (מימון מכספי מדינה ללא חוק של מהות) ולגביה נקבע כי היא עולה כדי חוסר סמכות, עת היא נעשית בידי הממשלה:

43. עניינו הוא אפוא בניסיון - וניסיון לא קל הוא - למתוח קו ולהבחין בין אותם נושאים הנופלים בתחום המינהל והכופפים עצמם לכללי המשפט המינהלי המקובלים, לבין נושאים הבאים בחלקת המחוקק באשר הסדרים ראשוניים הם. כהנחת מוצא ונכל לומר, כי חלוקת כספים בידי הממשלה - מכוח חוק התקציב, כמובן - מבלי שהכנסת נתנה דעתה לאותה חלוקה באורח מפורש ומפורט, פירושה אינו אלא זה, שהממשלה - היא ולא הכנסת, קבעה הסדר ראשוני לחלוקה. וביודענו כי הממשלה נעדרת סמכות היא לקבוע הסדרים ראשוניים אלא אם הוסמכה לדבר בחוק, נדע כי חלוקת כספים כזו אין היא בסמכותה גם אם נועדה היא למטרה ראויה. אלא שלא כך יהיה בכל מקרה ומקרה, וכל מקרה יידרש לדיון משלו. כזאת נוכל לומר, ש"אם מעניק חוק התקציב סמכות לממשלה להוציא כך-וכך מיליארדי שקלים, בלא שיש בנמצא חוק ספציפי ומפורט הקובע תנאים וסייגים ומדיניות ספציפיים - קרא: בלא שנחקק חוק הקובע הסדרים ראשוניים - שקול המעשה לדלגציה של סמכות החקיקה מן הכנסת לממשלה. וכזאת לא ייכון במשטר דמוקרטי הבנוי על עקרון ביזור הסמכויות" (פרשת שמעוני, בפיסקה 3 לחוות דעתי).

סעיף 43 לחוות דעתו של המשנה לנשיא, מ. חשין, בבג"צ 11163/03.

305. נוכח האמור עולה כי דינם של הסעיפים 9, 10 ו-12 לתיקון מס' 7 בטלות גם מן הטעם שאין הם עומדים בדרישת היסוד לקבוע בחוק הסדרים ראשוניים של מהות.

#### תיקון מס' 7 – פגיעה בלתי-מידתית בקניין הכלל

306. חוק יסוד: מקרקעי ישראל עיגן בחוקתה של מדינת ישראל את עיקרון הבעלות הציבורית על הקרקע. חוק היסוד קבע כקביעה חוקתית מחייבת כי מקרקעי ישראל הם משאב ציבורי הנתון כפיקדון

לטובת כלל הציבור בידי המדינה. עובדה זו באה לכדי ביטוי מלא גם בחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951.

307. מכאן עולה כי מקרקעי ישראל הם קניין הכלל – וכי פגיעה בהם עולה גם כדי פגיעה בקניין.
308. השילוב של הוראות חוק יסוד: מקרקעי ישראל יחד עם הוראת סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (הגנת הקניין) – מביא למסקנה כי ההגנה החוקתית על הקניין פרושה וחלה גם על קניין הכלל שנקבע במסגרת הוראות חוק יסוד: מקרקעי ישראל.
309. מכאן מתחייב כי יש לבחון כל פגיעה בקניין זה גם במסגרת של "פסקת ההגבלה" של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8), אשר במקרה זה חלה במישור, מאחר שמקרקעי ישראל נהנים אף הם מהגנת הקניין.
310. הפגיעה בקניין הכלל הינה בלתי מידתית באופן קיצוני, ולכן גם מטעם זה דינה בטלות.

### Due Process חקיקתי

311. חוק יסוד: מקרקעי ישראל מחייב, במסגרת סעיף 2 שלו, כי ההיתרים החריגים יקבעו בחוק, ודוק בחוק ולא מכח חוק.
312. משמע, במקרה זה, קבע חוק היסוד חובה חוקתית ברורה ולא ניתנת לפשרה, הרוצה לקבוע סייג לעיקרון הבעלות הציבורית חייב לעשות כן בחוק, להבדיל מכח חוק, קרי חקיקת משנה.
313. הכנסת לא קיימה חובתה זו, עיקרים משמעותיים בתיקון מס' 7, אינם קבועים כלל בחוק, אלא הושארו לחקיקת משנה או להחלטות של מועצת מקרקעי ישראל.
314. בכך הופרה הדרישה החוקתית המחייבת חקיקה ראשית, דרישה המשתלבת גם בדוקטרינה של הסדרים ראשוניים.
315. לדרישה זו מעמד עצמאי במקרה זה, מאחר שמקורה כאמור בהוראת חוק היסוד גופה – הוראה ייחודית ועקרונית.
316. מכאן שגם מטעם זה דינו של תיקון מס' 7 בטלות.

### כבוד האדם – הזכות לקורת גג

317. תיקון מס' 7 פוגע שלא כדין גם בזכות היסוד לקורת גג. זכותו של כל אדם לקורת גג הוכרה במשפטנו כחלק מכבוד האדם שלו:

"אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע (ראו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית [13], בעמ' 423).

רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(2) 360, 375-376.

וכן כפי שקבע לאחרונה כבוד השופט א. רובינשטיין:

"כ"ב. ברי לכל בן אנוש ולכל בר דעת כי קורת גג לאדם היא בסיס הכרחי לחייו, וכמאמר הנביא "הלא פרס לרעב לחמך ועניים מרודים תביא בית, כי תראה ערום וכסיתו ומבשרך לא תתעלם"

(ישעיהו נ"ח, ז') וראו גם דברי השופט לוי בע"א 2001/01 בן בסט נ' עין דר, פ"ד נמ(1) 481, 492-491 לעניין משמעות ביתו של אדם ("הבית אינו רק קורת גג"); ועוד ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(2) 360, 375-376 "אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע" (דברי הנשיא ברק); ע"א 9136/02 מיסטר מאני נ' ריז, פ"ד נח(3) 934, 942.

רע"פ 2885/08, הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב-יפו נ' מוסא דכה (טרם פורסם, 22.11.09)

318. העברת בעלות מסיבית ובלתי מבוקרת בקרקע הציבורית, משמע גם פגיעה ישירה בזכות החוקתית לכבוד האדם, הזכות לקורת גג. העברה כזו מביאה לצמצום שלא לומר לחיסולו של משאב ציבורי חיוני להבטחת קורת גג לכלל תושבי המדינה.

319. בדומה, נקבע בחלק ממדינות אפריקה לעניין משאב המים<sup>107</sup>, כי יש הצדקה לקבוע איסור חוקתי על העברתו לידיים פרטיות, וזאת על בסיס ההבנה כי המדובר בפגיעה בזכות בסיסית וחיונית המחייבת הגנה חוקתית.

320. לכן, גם במקרה זה ישנה פגיעה בלתי מידתית אנושה בזכות לקורת גג כחלק מגרעינו הקשה של כבוד האדם, פגיעה שאינה משיגה תכלית ראויה ושהינה כאמור גם בלתי מידתית ומטעם זה דינה בטלות.

#### **הפליה – דיור ציבורי כמשל**

321. היבט נוסף העולה מבחינת תיקון מס' 7 והשוואת פועלו לחקיקה ראשית שנחקקה באותה עת – תיקון חוק זכויות הדייר בדיוור ציבורי מס' 3 (פרק י"ט בחוק ההתייעלות הכלכלית) - מעלה צל כבד של הפליה ומניעים זרים, ונבאר.

322. בעוד שתיקון מס' 7, כדברי יוזמיו בא להקטין החיכוך של החוכרים לדורות של דירות מגורים בבניה רוויה עם מינהל מקרקעי ישראל ולאפשר לחוכרים אלו לקבל את מלוא הזכויות בדירותיהם, קרי זכויות הבעלות בדירה, הרי שבאותה עת אותה ממשלה פוגעת בפגיעה אנושה בזכות קניינית מוגנת, היא זכותו של הדייר הממשיך בדיוור הציבורי.

323. הוראת סעיף 3(א) לחוק זכויות הדייר בדיוור הציבורי, התשנ"ח – 1998 כתוקפה עד לתאריך 15 ביולי 2009, קבעה ועיגנה בחוק את זכותו של הדייר הממשיך להמשיך ולהתגורר בדירה הציבורית, בה התגורר יחד עם הזכאי, על פי התנאים שנקבעו בה:

#### **"זכות לשכירות של דייר ממשיך"**

3. (א) נפטר זכאי או עבר להתגורר במוסד סיעודי, יהיה הדייר הממשיך רשאי להמשיך ולהתגורר בדירה הציבורית עם קרוביו, ובכפוף להוראות סעיף קטן (ג) תחתום עמו החברה לדיור ציבורי על חוזה שכירות, ויראו את הדייר הממשיך כמי שבא בעלי הזכאי לכל דבר וענין.

324. במשך למעלה מעשור הייתה זכות זו מעוגנת בחוק.

<sup>107</sup> South African Constitution, Chapter 2, Bill of Rights, Section 27, Constitution of Gambia, Section 216(4), Constitution of Ethiopia, Section 90(1), Constitution of Zambia, Article 196. מצורף בכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "44".

325. עתה, ובמהלך שנעשה במקביל לחקיקת תיקון מס' 7, חוקקה הכנסת, ביוזמת הממשלה, את הוראת סעיף 69 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), תשס"ט-2009:

3" (א) נפטר זכאי או עבר להתגורר במוסד סיעודי, לא יהיה הדייר הממשיך רשאי להמשיך ולהתגורר בדירה הציבורית עם קרוביו, והוא יפנה את הדירה הציבורית בתוך תשעה חודשים מהמועד שבו נמסרה לו הודעה מאת משרד הבינוי והשיכון, בדבר אי-זכאותו לדירה ציבורית לפי הכללים.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על דייר ממשיך שמוקנית לו זכות לדירה ציבורית לפי הכללים, ויראו אותו כמי שבא בנעלי הזכאי לכל דבר ועניין; ואולם היתה לדייר ממשיך כאמור זכות לדירה ציבורית בשטח אחר מהדירה הציבורית שבה התגורר הזכאי – יפנה את הדירה הציבורית שבה התגורר, לדירה הציבורית שהוקצתה לו לפי הכללים."

326. הוראה זו פוגעת פגיעה אנושה בזכותו של הדייר הממשיך להתגורר בדירה הציבורית, פגיעה כאמור בזכות קניינית החוסה בצילה של ההגנה החוקתית על הקניין.

327. קשה להלום את המצב שאותה ממשלה ואותה כנסת, מחד מבקשות להתיר העברת בעלות בדירות מגורים לחוכריהן לדורות ובאותה נשימה ואותה עת, פוגעות אנושות בזכותם הקניינית (במובן החוקתי) של הדיירים הממשיכים בדיור הציבורי, להתגורר בדירות הציבוריות.

328. מצב דברים זה יש בו, גם, משום הפליה פסולה ומקוממת וגם כדי ערעור של אמינות טענות הממשלה בדבר תכלית ומידתיות תיקון מס' 7.

### **החלת "מבחן פסקת הגבלה" בדרך שיפוטית על תיקון מס' 7**

329. כאמור גישתנו היא כי תחולה לפסקת הגבלה על שינוי או פגיעה בחוק יסוד מוסדי או מבני. לשם הזהירות בלבד נערוך בחינת ההוראות במשקפי פסקת הגבלה.

330. **האם החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל?** הפגיעה הברורה בחוק יסוד: מקרקעי ישראל אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל; מדינת ישראל קבעה, באמצעות כנסת ישראל, את הערך "יְהִאָרֵץ לֹא תִמְכַּר לְצַמְתָּת" בתור הערך המכונן ביחסה למקרקעי ישראל. תיקון מס' 7 מבוסס על תפיסה ערכית שונה לחלוטין המבקשת לשנות מן היסוד את ההכרעה החוקתית תוך שינוי היסודי של עיקרון הבעלות הציבורית על הקרקע והמרתו בבעלות הפרטית.

331. **האם החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה?** התכלית אשר בשמה מתקיימת הפגיעה בחוק יסוד: מקרקעי ישראל אינה ראויה; אמנם התכליות המוצהרות הינן ראויות – אך בינן לבין העברת הבעלות במקרקעי ישראל לא נמצא קשר רציונלי כלשהו.

332. אלו הן התכליות הנטענות לחוק כפי שניתן לראותן בדברי ההסבר לפרק י"ח להצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009<sup>108</sup>:

ייעול עבודת מינהל מקרקעי ישראל:

<sup>108</sup> דברי ההסבר לחוק נמצאים בהצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, הצעות חוק הממשלה 436, עמ' 514-527, 16.6.09. הם מובאים כנספח לעתירה זו ומסומנים "לז".

"עבודת המינהל כיום מאופיינת ברמת יעילות שאינה גבוהה. הדבר נובע בעיקר משימת החכירה המטילה על המינהל נטל של חיכוך מתמיד עם ציבור החוכרים, וכן מריבוי התפקידים והמשימות אשר הוטלו על המינהל ואשר אינם מתפקידי ה"ליבה" של ניהול מקרקעי ישראל. המינהל פועל על פי מערכת החלטות מסורבלת ובמבנה ארגוני אשר אינו תואם את תהליכי העבודה הנדרשים לצורך ניהול המקרקעין בעת הזאת."

הקלה על החוכרים שלא ידרשו לקבל את הסכמת המנהל לביצוע פעולות שונות

"העברת הבעלות במקרקעין אלה לידי החוכרים תמריץ את הפעילות הכלכלית במשק, תקל באופן משמעותי על החוכרים שלא ידרשו עוד לקבל את הסכמת המינהל לביצוע פעולות שונות."

שחרור הרשות החדשה מטיפול בחוכרים

"ברור מאליו כי מעת שתועבר הבעלות לידי החוכרים, והרשות החדשה לא תיאלץ להידרש לטיפול בהם, היא תוכל לקיים בצורה יעילה ומיטבית את תפקידיה האחרים.."

הסרת "המגבלה המשפטית הפוגעת ביעילות המשקית" הקרויה בעלות ציבורית על מקרקעי ישראל

"זכות החכירה לדורות זהה במובנים רבים לזכות בעלות; ואולם העובדה כי לפרטים רבים בישראל מוענקת זכות החכירה לדורות, תוך שיור זכות הבעלות למדינה, לרשות הפיתוח או לקק"ל, מייצרת מגבלות משפטיות לא מעטות, ופוגעת ביעילות המשקית."

333. התכליות המוצהרות של תיקון מס' 7 מובאות בתמצית בדבריו של ראש הממשלה, בנימין נתניהו, שהובאו ב"כנס קיסריה", שנערך באילת בחודש יולי:

"קשה לבנות, קשה לקנות, קשה לתכנן ואפילו לשפץ. לך תסגור פה מרפסת. לכן הרפורמה הראשונה והפשוטה ביותר היא לפשט את תהליך הבניה ולהביא להזלת מחירי הדירות. לקצץ בבירוקרטיה ולשחרר את האזרחים."<sup>109</sup>

334. כעולה מן המפורט בעתירה ומחוות הדעת הכלכלית של ד"ר אליהו בורוכוב התומכת בה, אין תוקף של ממש לטיעון כי תיקון מס' 7 יוביל לירידת מחירי הדיור, וכן ברור כי בידי הממשלה היו חלופות נוספות, טובות לא פחות ואף יותר מזו שנבחרה, לצמצום הבירוקרטיה והחיכוך בין החוכר למינהל (בעיקר בדמות תשלומי דמי היוון כפי שהמליצה ועדת גדיש).

335. מאחר וטענות אלו הובאו בפני המשיבים תוך כדי הליך החקיקה, המשיבים לא יוכלו לטעון כי הן לא עמדו לפניו. לעותרים לא נותר אלא לטעון כי התכליות המוצהרות לחקיקה לא מהוות את התכלית האמיתית של תיקון מס' 7, אשר תכליתו היא תוצאתו הישירה והמיידי: העברה מסיבית של מקרקעי ישראל לבעלות פרטית לצורך סחר בהם למרבה במחיר.

336. החוק פוגע... "במידה שאינה עולה על הנדרש": העותרים יטענו כי הפגיעה המתקיימת בחוק יסוד: מקרקעי ישראל אינה מידתית בכל קנה מידה. די בעובדות וניתוחן המראות כי המדובר על העברת בעלות בהיקפי קרקע אדירים העולים כל צורכי המשק לעשרות שנים ועל היקף העולה על כל יתרת

<sup>109</sup> רה"מ בנימין נתניהו בכנס קיסריה 2.07.09, מצוטט ב: "נתניהו בכנס קיסריה: לך תסגור פה מרפסת", שאול אמסטרדמסקי, ynet, 3.7.09. מצורף לכרך האסמכתאות לעתירה זו ומסומן "45".

השטח הזמינה לפיתוח עתידי באזורים העירוניים. כמו כן, המדובר בהעברת בעלות לכלל החוכרים הקיימים כיום במקרקעי ישראל (למעט קרקע חקלאית) ללא כל הבחנה או הגבלה וברוב המקרים אף ללא כל תמורה לקופה הציבורית. כן נפנה שוב לדברים אשר כבר הובאו לעיל מפי מנהל מינהל מינהל מקרקעי ישראל, מנכ"ל משרד ראש הממשלה וראש הממשלה עצמו (באמצעות דוברו) על כך שתיקון מס' 7 מאפשר העברת בעלות בהיקפי קרקע שעולים עשרות מונים על הצרכים של המשק.

### **פגמים בדרך קבלתו של תיקון מס' 7**

337. בית משפט נכבד זה, כבר קבע כי פגמים היורדים לשורש הליך החקיקה, עשויים להביא לבטלות החקיקה:

**"לביית המשפט סמכות להצהיר על בטלותו של חוק, שנפלו פגמים בהליכי חקיקתו. סמכות זו תצא מן הכוח אל הפועל מקום בו הפגמים הם מן הסוג היורד לשורש ההליך, ויש בהם לאיין את מהותה הדמוקרטית של הפעולה הפרלמנטרית."**  
בג"צ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת ואח', פ"ד נט(5), 567.

338. המבחן המשפטי להתערבותו של בית המשפט הוא כי הפגם בהליך החקיקה ירד לשורשו של הליך וכי יש בפגם לאיין את מהותה הדמוקרטית של הפעולה הפרלמנטרית. המבחן המשפטי מציב בפני משוכה גבוה ביותר לטוען להתקיימותו. מדובר אך במקרים קיצוניים בהם יבטל בית המשפט הוראת חוק של הכנסת שבהליך קבלתה נפלו פגמים. אנו סבורים כי במקרה זה קיימים מספר נימוקים לביטולו של התיקון על בסיס מבחן משפטי זה.

339. כבר הבאנו לעיל, במסגרת העובדתית לעתירה זו, את תמציתו של הליך החקיקה הלקוי: כיצד החל תיקון מס' 7 את דרכו כחלק מ"חוק ההתייעלות הכלכלית", חוק אשר נחקק בצמוד לתקציב דו-שנתי, ומכיל 327 עמודים של מאות חוקים ותיקוני-חוקים; כיצד התגלגל תיקון מס' 7 לחוק נפרד, אך הדיונים בחוק נמשכו במקביל ובצמוד לחוק התקציב וחוק "ההתייעלות הכלכלית"; כיצד נתבקשו יוזמי התיקון לספק מידע תשתיתי וחיוני לחברי הכנסת, וכיצד בקשתם הושבה ריקם. כל אלו כבר הפכו, לצערנו, למנהג המקום, ועל כן אנו איננו מטילים עליהם את מלוא כבוד המשקל. נרחיב, עם זאת, על שתי נקודות חיוניות, היורדות לשורש ההליך הפרלמנטרי.

### **קצב הדיונים בהצעת החוק**

340. לאחר ש-"פוצל" תיקון מס' 7 מ"חוק ההתייעלות". חשף חה"כ אופיר אקוניס, יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת, את הכוונה האמיתית מאחורי מהלך זה כאשר אמר בישיבת הועדה ב-23.6.09, כי הפיצול היה "פיצול וירטואלי" בלבד, וכי בפועל בכוונתו לקיים "דיונים מרתוניים" בחוק, במסגרת ועדת המשנה בראשותו של חה"כ כרמל שאמה, כדי להביאו להצבעה במועד שבו יובאו להצבעה חוק התקציב וחוק ההסדרים, קרי עד ל-15 ביולי 2009.

341. הדיונים המרתוניים של ועדת המשנה התקיימו תוך כדי הדיונים על אישור תקציב המדינה לשנים 2009-2010, לכשעצמו עניין מורכב, ייחודי ומסובך. על האופן המבוזה בו התנהלו דיוני הועדה כתבה חה"כ שלי יחימוביץ' ב-5.7.2009, ליו"ר הועדה, אופיר אקוניס, כך:

**"...זהו ביזוי מוחלט של אזרחי ישראל מן ההתיישבות העובדת, ביזוי מוחלט של ערביי ישראל, וביזוי מוחלט של כל אזרחי ישראל, הבא לידי ביטוי בהיעדר ליבון עמוק של סוגיות איכות סביבה ופיתוח בר קיימא, סוגיות קריטיות הנגזרות מהרפורמה...**

...אני קוראת לך ולא בפעם הראשונה - שמור על כבודה של הכנסת ובעיקר על כבודו של הציבור, ואפשר לקיים את הדיון שהוא אולי החשוב בתולדות המדינה בכלים אחראיים ודמוקרטיים. אני מציעה לך שוב, לבטל את הישיבות שנקבעו במקביל לישיבות על התקציב ועל חוק ההסדרים, ובוודאי להימנע מבושת הדיון ביום שלישי..."<sup>110</sup>

342. הדיונים בועדת המשנה של ועדת הכלכלה התקיימו בקצב בלתי סביר, גם בלי שים לב לדיונים החשובים המתקיימים במקביל: 3/6/2009, 23/6/2009, 25/6/2009, 29/06/09, 7/7/2009, 9/7/2009, 12/7/2009, 20/7/2009. 8 דיונים בפחות מ-45 ימים! הדיון ב-12 ליולי, שהיה בעצם הדיון המכריע בו הצביעו על כל תיקוני החקיקה, התחיל בשעה – 10:00 בבוקר של אותו יום ונסתיים רק ב-2:00 לפנות בוקר של היום שלמחרת

### תשתית עובדתית חסרה ולקויה

343. כפי שכבר הראנו בעמ' מס' 46-47 (וראו נספח "י") חברי כנסת שביקשו מידע הדרוש להבנת הצעת התיקון לחוק, לא קיבלוהו. שאלה לדוגמא שלא ניתן עליה מענה היא: מהו ההיקף (בדונמים) של הקרקעות שהועברה בהם בעלות עד היום מכח הוראת סעיף 7(2) לחוק מקרקעי ישראל? דומה שתשובה לשאלה זו חיונית לצורך קבלת החלטה על היקף השטח אשר יש להתיר העברתו בהוראת סעיף זה.

### אי הבאת העובדות לאשורן לפני המחוקק בדברי ההסבר לחוק

344. בדברי ההסבר להצעת החוק מצויות עובדות לא נכונות אשר אין לפרשן אלא כהטעיית המחוקק על ידי המנסחים.

345. יודגש כי דברי ההסבר להצעת החוק מהווים חלק בלתי נפרד מהצעת החוק, ובוודאי חלק שורשי מההליך הפרלמנטרי.

346. בדברי ההסבר להצעת החוק נמצא כתוב:

**"השינוי השני שמוצע לקדמו במקביל לשינוי הראשון הוא שינוי ביחס לזכויותיהם של פרטים במקרקעי ישראל. לאורך השנים מצאו ועדות ציבוריות שונות שעסקו בנושא, לרבות ועדת גדיש, כי ביחס למקרקעין עירוניים רצוי שהבעלות בהם תועבר לחוכריהם, כדי להביא לצימצום בין המינהל לחוכרים."** (ההדגשה אינה במקור, ג.ב.)

דברי ההסבר להצעת החוק מצורפים כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנים באות "לט"

347. דא עקא, עמדה זו **לא** הייתה עמדת ועדת גדיש. בדו"ח ועדת גדיש (המצורף כנספח ומסומן "יד") נמצא כתוב

**"הועדה סברה כי יש לשנות את שיטת הקצאת הקרקע על ידי המינהל, כך שרוכש או בעל זכויות מהוונות במקרקעי ישראל למטרת מגורים לא יזדקק בעתיד לשירותי המינהל. הדבר ניתן להשגה בשתי דרכים. רוב חברי הועדה בדעה כי ניתן להשיג את המטרה של מניעת חיכוך על ידי החכרת המקרקעין, תוך הקניית מלוא הזכויות שניתן להפיק מהן, לשתי תקופות של 98 שנה ובכך לאפשר ישום ההמלצות תוך זמן סביר. הדבר יאפשר קיום זיקה ולו מינימאלית בין הבעלים (המדינה, קק"ל ורשות הפיתוח) לבין הקרקע ועשוי להקל על מימוש במדיניות מקרקעין מבלי להכביד על החוכרים. חברי הועדה האחרים סוברים, מן הטעמים שפורטו ליל,**

<sup>110</sup> העתק המכתב צורף כנספח "כט" לעתירה זו.

לפיהם החכירה הארוכה עם מלוא הזכויות הקיימות והעתידיות משמעות בעלות בפועל, כי מן הדין לאפשר לרכוש את הבעלות על הקרקע. לפיכך החליטה הועדה להציג לממשלה ולמועצת מקרקעי ישראל את שתי החלופות על מנת שיקבלו את החלטה העקרונית על יישום אחת מהן.” (ההדגשה אינה במקור, ג.ב.).

348. מן הכתוב עולה בבירור כי לא רק שמנסחי הצעת החוק לא הציגו למחוקק את שתי החלופות, אלא הם השמיטו דווקא את החלופה בה תמכו רוב חברי ועדת גדיש, והשאירו רק את עמדת המיעוט. כך יצרו מצג שווא כאילו תיקון מס' 7 הינו על דעת ובהמלצת ועדת גדיש הנכבדה.

349. יתרה מכך, אין, ולא הייתה, ועדה מקצועית אשר הוקמה על ידי הממשלה לאורך השנים אשר המליצה על העברת בעלות גורפת וכוללת במקרקעי ישראל. מדוע בחרה הממשלה לפעול כנגד המלצות ועדות מומחים אשר היא עצמה הקימה? לכך אין לעותרים תשובה. אולם הסתרת עובדה זו, והטעיית המחוקק במסגרת דברי ההסבר לחוק עולים לכדי פגיעה יסודית ושורשית בהליך הפרלמנטרי.

### תרופה חוקתית

350. נדמה כי אין מנוס מביטולם של הוראות תיקון מס' 7 נשוא עתירה זו.

351. נראה כי במקרה נשוא עתירה זו אין דרך של ממש להפעיל "עיתרון כחול" חוקתי, ראו והשוו סעיף 65 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ד. ביניש וסעיף 56 לפסק דינה של כבוד השופטת א. פרוקציה בבג"צ 2605/05, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.09).

352. יחד עם זאת, ניתן להציע כי חלף הכרזה על בטלות הסעיפים הנתקפים בעתירה זו, דרך נוספת, ונרשה לעצמנו להצביע עליה, היא הדרך שהותוותה במסגרת דעת הרוב בבג"צ 9098/01 ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון פ"ד נט(4) 241.

353. באותו עניין אימצה עמדת הרוב את הגישה לפיה אין צורך להכריז על בטלותו של החוק הפוגע כי אם ניתן להגיע לאותה תוצאה על דרך של פרשנות אותו חוק. כפי שאמר מפורשות כבוד השופט מ. חשין:

”36. חברי המשנה לנשיא מצא רואה לנכון לבטל הוראת-חוק, ואילו אני מותיר אותה הוראת-חוק על-כנה תוך פירושה בצמצום. ואולם ניסוח הדברים כך אינו אלא אשליה אופטימית. מבחינה אופרטיבית שקול הפירוש המצמצם שאימצתי לי כנגד ביטול מקצתה של הוראת סעיף 20 לחוק ההסדרים. ההבדל בין פירושו של חברי לבין פירושי-שלי הוא זה שהפירוש המצמצם – המקובל עליי – הוא בבחינת סוף פסוק למי שהסתמכו על התחייבות המדינה ושינו מצבם, בעוד שפירושו של חברי מותיר לחוק-שלעתיד אפשרות ליצור פראמטרים העלולים אולי לפגוע בזכויותיהם של מי שהסתמכו על התחייבות המדינה. ואני אשאל: משעה שהגיע חברי לכלל מסקנה כי אותם פלוניום שהסתמכו על התחייבות המדינה והכניסו עצמם להוצאות יתרות זכאים לבוא אל-שלהם, מה הַצֶּדֶק ימצא לנו שלא לזכותם – ולאחר – במבוקשם? השאלה שאלה והתשובה בה.”

שם, עמ' 269.

354. כן עמד שם כבוד השופט חשין על האפשרות להחלת "עיתרון כחול" גם לגבי חקיקה ראשית:

”34. חבריי לא יכפרו בוודאי בעקרון העיפרון הכחול, הוא עקרון ההפרדה וההבדלה בין חלקו הפסול והחולה של חוק – לביטולו – לבין חלקו התקף והבריא של אותו חוק. ראו למשל א’ ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית [44], בעמ’ 735 ואילך (וכפי שראינו, פסילת חוק – או מקצתו – שקולה כנגד מעשה חקיקה). מדוע אפוא לא נחיל עיקרון זה על עניינינו אף-הוא? אכן, המקרים נבדלים זה מזה. עקרון העיפרון הכחול (הרגיל) מניח אפשרות פיזית להקיף בקו (של ”עיפרון כחול”) את חלקו הפגום של החוק (או של החוזה) ולגזור אותו מגופו של הטקסט. לא כן הוא בעניינינו, שסוגי הזכאים אינם מנויים בחוק בזה-אחר-זה, בשורה עורפית, אלא נכללים הם בחוק בהיעלם אחד. ואולם, כשאני לעצמי, איני רואה כל קסם ביכולת ה”פיזית” לגזור חלקים מן החוק ולהשליכם אל הפח למען יחיה חלקו האחר של החוק. אין מניעה לרעתי לפרש את סעיף 20 כמו מנויים בו, בשורה עורפית, כל סוגי הזכאים שדיברנו בהם (ראו לעיל, פסקה 30; ואם החסרתי סוג אחד של זכאים, נוסיפנו לרשימה), ולאחר בחינה מקרוב נגזור ונרחיק את החולה ונותר את הבריא על-כנו. ניתן אף לראות את הזכאים כמנויים בחוק זה-על-גבי-זה, ואנו נקלוף את החוק כקלוף גלדי הבצל: גלדים בריאים נותרו וגלדים חולים נשלח לאשפה. הגזירה לא תהא אנכית – כגזירת העיפרון הכחול – אלא אופקית, כקלוף הבצל.”

שם, עמ’ 8-267.

355. גם בעניינינו ניתן להגיע לאותה התוצאה בדרך זו – קרי פרשנות חוקתית המקיימת את האיסור החוקתי ודוחה מפניו את הפירוש הפגוע וזאת ללא צורך בהכרזת בטלות.

## סיכום

356. עתירה זו היא כאמור עתירה חוקתית המבקשת למנוע את השינוי והפגיעות החוקתיות הקשות שצופן בחובו תיקון מס’ 7, הכוללים העברת בעלות מסיבית ובלתי מבוקרת בהיקפי קרקע אדירים החורגים מכלל יתרת שטחי הקרקע הזמינים לפיתוח, והיותם בניגוד חזיתי להוראת סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל.

## נימוקים למתן צו ביניים

357. מתן צו הביניים חיוני בנסיבות שתוארו בעיקר לאור העובדה שהעברת בעלות, מעצם טיבה עלולה ליצור מצב בלתי הפיך (או שיטען כי הוא בלתי הפיך), לרבות טענות בדבר הסתמכות של מי שהבעלות תועבר להם, שזהותם אינה ידועה כלל לעותרים, וכי ייתכן שישנם למעלה מ-808,000 חוכרים אשר עלולים לטעון טענה מסוג זה.

358. ממילא נוכח העובדה שמדובר בעתירה חוקתית שעניינה משאב חיוני ויקר ערך ישנה הצדקה שינתן צו הביניים המונע העברת בעלות במקרקעי ישראל כל עוד לא הוכרע תוקפם של הסעיפים הנתקפים בגדר העתירה.

359. חומרת הדברים כמו גם ההשלכות הקשות ביותר על מקרקעי ישראל, משק המדינה וזכויות כלל הציבור מחייבים הקפאת המצב עד לבחינה יסודית ומעמיקה של התיקון על ידי בית המשפט הנכבד.

360. ממילא, מתן צו הביניים ימנע טענות המועלות תדיר על ידי המדינה בדבר העלויות התקציביות הנגזרות מהחלטות בית המשפט – והשווה הטענות (חסרות היסוד) שהועלו בעניין פסק הדין בבג"צ 2605/05, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם), 19.11.09.

361. על מנת למנוע טענות בדבר מעשה עשוי, כמו גם שיהוי יש חיוניות יתר בצו הביניים המבוקש.

362. אין בצו הביניים כדי לפגוע במי מן המשיבים, ולמצער פגיעתו קטנה מן הנזק החמור שיגרם אם לא יינתן.

363. כן יצוין כי מבחינת המכרזים שפרסם מינהל מקרקעי ישראל בחודשים האחרונים, עולה כי עד עתה לא פורסם כל מכרז בגדרו הוצעו זכויות בעלות (למעט מספר קטן של מכרזים שאינם קשורים להפרטת הקרקעות) וכי בכל המכרזים מוצעות לכל היותר זכויות חכירה לדורות.

364. מנהל מינהל מקרקעי ישראל, ירון ביבי דיווח לוועדת הכלכלה בתאריך 1 לדצמבר 2009, בדיון על יישום הרפורמה, על התהליך שעוד יש לעבור עד להחלת "הקניית הבעלות" כאמור ועל קצבי הביצוע המתוכנן<sup>111</sup>:

**"באשר להעברת הבעלות, אנחנו מכינים הצעת החלטה למועצת הרשות שאמורה לקבוע את התנאים בהם תועבר הבעלות – חלקה ללא תמורה, חלקה בתמורה. המועצה הזאת מונתה על-ידי הממשלה בהתאם לחוק ביום ראשון לפני שבועיים והיא זומנה לסוף החודש הזה. המועצה הזאת אמורה לדון בראש ובראשונה בהעברת הבעלות.**

**במינהל מקרקעי ישראל עשינו איזו עבודת מטה בעניין הזה. אנחנו יודעים פחות או יותר לאילו חוכרים אנחנו יכולים להעביר בעלות ואילו חוכרים אנחנו צריכים לבדוק טוב יותר. קבענו גם סדר עדיפות, לפיו קודם כול נכתוב מכתבים על העברת בעלות לכל מי שזכאי לכך חינם, כי הוא זכאי ולא צריך לשלם. על-פי החוק שחוקקתם אדם כזה שמקבל הודעה על העברת הבעלות, אם לא מתנגד בתוך 3 חודשים מרגע שמקבל את ההודעה למעשה הבעלות נרשמת על שמו.**

<sup>111</sup> פרוטוקול הישיבה זמין לצפייה באתר האינטרנט של הכנסת בכתובת: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/kalkala/2009-12-01.rtf>

יש לנו סיכום עם הטאבו על הקצב שבו הוא יכול לקלוט את האנשים האלה, כי הרי לא נשאיך אנשים באוויר. מרגע שאני מעביר תיק לטאבו, התיק הזה לא מטופל יותר אצלנו כי אחרת יוצר כפל רישום. הטאבו מסוגל לקלוט בין 15,000-30,000 חונרים בחודש. זה תלוי בכוח האדם שיקבל. זה אומר שאנחנו יכולים, אם הכול יילך למישרין ואם אף אחד לא יפריע בדרך, בתוך שנה וחצי לסיים את העברת הבעלות לכל מי שיכולים להירשם בטאבו ככלל, בהנחה שונלך על המסלול של 30,000 בחודש.”

מכאן, ש”הקפאת המצב” בשלב זה לא תגרור כל נזק, כאמור ותימנע היווצרות מצבים בלתי הפיכים או כאלה שזכויות צדדים שלישיים מעורבות בהם.

365. בדיון שהתקיים בוועדת המשנה של ועדת הכלכלה לעניין יישום מדיניות המקרקעין, בתאריך 19 לינואר 2010, מסר מנהל מינהל מקרקעי ישראל כי תהליך העברת הבעלות טרם החל, וכי הוא אמור להתחיל בעוד כשבועיים.<sup>112</sup> במסגרת זו הציג מנהל מינהל מקרקעי ישראל מצגת ממנה עולה כי תהליך העברת הבעלות מותלה בקבלת החלטה של מועצת מקרקעי ישראל (אשר ככל הידוע נתקבלה בתאריך 28 בדצמבר 2009, אך טרם קיבלה תוקף מחייב מאשר שטרם נחתמה על ידי שרי האוצר והבינוי והשיכון) וכי “גובשה טיוטת נוהל העברת בעלות” – קרי עדיין לא הושלמו המהלכים הנדרשים לשם ביצוע בפועל של העברת בעלות במקרקעי ישראל.

העתק מצגת מנהל מינהל מקרקעי ישראל מתאריך 19.1.10 מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן באות “מ”.

366. כאמור, העובדה שעד היום לא בוצע כל מהלך של מכירת קרקע עולה בבירור גם מנוסח הצעת החלטת מועצת מקרקעי ישראל מס’ 278 מתאריך 21 לדצמבר 2009, שעניינה “רפורמה בניהול מקרקעי ישראל”<sup>113</sup> – החלטה האמורה להתוות כללי ביצוע להעברת הבעלות על מקרקעי ישראל.

367. עוד יצוין, בבחינת למעלה מן הנדרש, כי לבית משפט נכבד זה יש גם הסמכות ליתן במקרים המתאימים צו ביניים חוקתי על חוקי מכח הוראות סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. ראו בג”צ 3511/02, עמותת “הפורום לדו קיום בנגב” נ’ משרד התשתיות, החלטה למתן צו ביניים מתאריך 16.1.03, פ”ד נו(2) 102.

**ירושלים, היום 31 ינואר, 2010.**

נדב ארגוב, עו”ד  
ב”כ העותרים

גלעד ברנע, עו”ד  
ב”כ העותרים

<sup>112</sup> נכון לעת הגשת עתירה זו פרוטוקול הישיבה טרם פורסם  
<sup>113</sup> ההחלטה כאמור צורפה כנספח לעתירה זו ומסומנת “לוי”.