



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1027/04

בג"ץ 5794/07

בג"ץ 6403/07

בג"ץ 8877/07

בג"ץ 144/08

בג"ץ 295/08

בג"ץ 2974/08

בג"ץ 2090/09

בפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופטת (בדימי) א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ס' גיובראן
כבוד השופטת א' חיות

- העותרים בבג"ץ 1027/04 :
1. פורום הערים העצמאיות
2. עיריית תל אביב ו-14 עיריות אחרות
- העותרת בבג"ץ 5794/07 :
אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה
- העותרת בבג"ץ 6403/07 :
האגודה לצדק חלוקתי בע"מ
- העותרים בבג"ץ 8877/07 :
1. ירון חמל
2. חגי דביר
3. מאיה דביר
4. איילת גלס
5. אייל גורן
6. עוזי לבנה
7. אביהו כרמל
8. תנועת "כאן ביתי"
- העותר בבג"ץ 144/08 :
יצחק פינטו
- העותרת בבג"ץ 295/08 :
אדמתי, עמותה רשומה
- העותרים בבג"ץ 2974/08 :
1. גיל שינה

2. ברק ניר
3. קרן ניתאי
4. יעקב בכר
5. גלעד שפרן
6. יואב גיסיס
7. חיה פייר
8. מרקוס בן אליאס
9. ערן ורדון
10. הועד הציבורי כאן ביתי

- | | |
|--------------------------------|-----------------|
| 1. קיבוץ מרחביה | העותרים |
| 2. קיבוץ מעין הצבי | בבג"ץ 2090/09 : |
| 3. קיבוץ רגבים | |
| 4. קיבוץ פלמחים | |
| 5. קיבוץ החותרים (בהסדר נושים) | |
| 6. קיבוץ בית אורן | |
| 7. קיבוץ הסוללים | |
| 8. התנועה הקיבוצית המאוחדת | |
| 9. הקיבוץ הארצי | |

נ ג ד

- | | |
|-----------------------------------|---|
| 1. מועצת מקרקעי ישראל | המשיבים בכל התיקים : |
| 2. מינהל מקרקעי ישראל | |
| 3. שר התעשייה והמסחר | |
| 4. שר האוצר | |
| 5. היועמ"ש | |
| 6. ראש הממשלה | |
| | המשיבה 7 בבג"ץ 1027/04 |
| | והמשיבה 5 בבג"ץ 5794/07 : תנועת המושבים |
| 8. התנועה הקיבוצית המאוחדת | משיבים נוספים בבג"ץ |
| | : 1027/04 |
| 9. הקיבוץ הארצי | |
| 10. הקיבוץ הדתי | |
| 11. התאחדות האיכרים בישראל | |
| 12. תנועת משקי חירות בית"ר | |
| 13. איגוד המושבים של הפועל המזרחי | |

המשיב 2 בבג"ץ 6403/07,
והמשיב 1 בבג"ץ 8877/07 : שר הבינוי והשיכון

קשור 2 בבג"ץ 1027/04,
בבג"ץ 5794/07
ובבג"ץ 6403/07 : שלמה בן שלמה

- קשור 3 בבג"ץ 1027/04 : ארגון המושבים של העובד הציוני
- קשור בבג"ץ 6403/07 : מתכננים למען זכויות תכנון
- עתירה למתן צו על תנאי
- תאריך הישיבה : ד' בניסן תשס"ט (29.03.2009)
- בשם העותרים בבג"ץ : 1027/04
עו"ד רענן הר-זהב
- בשם העותרת בבג"ץ : 5794/07
עו"ד אלי בן ארי ; עו"ד נירית לוטן
- בשם העותרת בבג"ץ : 6403/07
עו"ד רויטל ברלנשטיין ; עו"ד נדיה רם
- בשם העותרים בבג"ץ : 8877/07
ובבג"ץ 2974/08 : עו"ד צפריר בן אור ; עו"ד דגן סלע
- בשם העותרים בבג"ץ : 144/08 והעותרים 1-7 ב-
בג"ץ 2090/09 : עו"ד רון רוגין
- בשם העותרת בבג"ץ : 295/08
עו"ד עופר נועם
- בשם המשיבים 1-6 בבג"ץ : 1027/04, המשיבים 1-4
בבג"ץ : 5794/07, והמשיבים בבג"ץ : 6403/07, 8877/07
בבג"ץ 144/08, בבג"ץ : 295/08 ובבג"ץ 2974/08
וב-בג"ץ 2090/09 : עו"ד אסנת מנדל ; עו"ד אביטל סומפולינסקי
- בשם המשיבה 7 בבג"ץ : 1027/04
המשיבה 5 בבג"ץ 5794/07, המשיבים 12-14 וקשור 3
בבג"ץ 1027/04 : עו"ד חגי שבתאי ; עו"ד גלי פלד
- בשם המשיבים 8-9 בבג"ץ : 1027/04 והמשיבים 8 ו-9

בבג"ץ 2090/09 : עו"ד יעקב שרביט ; עו"ד צחי שרגא

בשם המשיב 10 בבג"ץ

עו"ד חיים הלפרין : 1027/04

בשם שלמה בן שלמה : בעצמו
(קשור 1):

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

תוכן העניינים

5	מבוא
6	מצב הדברים והשתלשלות העניינים המרכזית עובר לקבלת החלטות 979 ו-1101
6	(א) החלטה מספר 1 של מועצת מקרקעי ישראל
7	(ב) המצב קודם להחלטה 979: זכויות הבנייה למגורים
8	(ג) המצב קודם להחלטה 1101: תעסוקה לא חקלאית במושבים
9	(ד) החלטות 717, 727 ו-737 וביטולן בפסק הדין בפרשת שיח חדש
10	(ה) החלטה 979 המקורית וחוות דעת היועצים המשפטיים לממשלה בעניינה
11	(ו) ועדת הבר
		החלטת 979 – קביעת זכויות המגורים בחלקת המגורים ביישובים חקלאיים שהם מושב
13	עובדים, כפר שיתופי, מושב שיתופי, קיבוץ או אגודה חקלאית שיתופית
13	...	(א) זכויות המגורים במושבים
14	(ב) זכויות המגורים בקיבוץ
16	החלטה 1101 – שימוש לתעסוקה לא חקלאית בחלקת המגורים של הנחלה
17	טענות העותרים
22	טענות המשיבים
26	דיון
26	האם החלטות 979 ו-1101 נתקבלו באופן תקין מבחינת ההליך
27	(א) ההליך המינהלי-כללי
28	(ב) מן הכלל אל הפרט
31	האם בעת קבלת החלטות 979 ו-1101 ניתן משקל הולם לשיקולים השונים
31	(א) סבירות ההחלטות – כללי
32	(ב) סבירות החלטות המועצה בענייננו – כללי
34	(I) שיקולים תכנוניים

37	(II) שוויון וצדק חלוקתי
38	(III) אכיפת החוק
40	(ג) החלטה 979 לעניין בנייה למגורים במגזר המושבים
41	(I) הסדר הזכויות החלקי
51	(II) הסדר הזכויות המלא
67	(ד) החלטה 1101 – תעסוקה לא חקלאית בנחלה במושבים
67	(I) הקמת המבנים והתשלום עבורם
71	(II) השכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית בנחלה
80	(III) הסדרת שימושים לא חוקיים בנחלה
87	(ה) החלטה 979 לעניין בנייה למגורים במגזר הקיבוצים
87	(I) התמורות שחלו בקיבוצים
90	(II) השיקול בדבר עיגון זכויות חבר הקיבוץ בחלקת המגורים
92	(III) שטח חלקת המגורים בקיבוץ
95	(IV) החשש מפני פרבור
96	(V) גובה התשלום הנדרש בגין שיוך חלקת המגורים
101	(VI) היחס בין החלטה 979 להחלטה 751 שקדמה לה
106	(VII) קביעת "יום קובע" להחלת ההסדר בקיבוצים
110	(ו) סוף דבר

מבוא

1. בלב העתירות שלפנינו, שתי החלטות שנתקבלו על-ידי מועצת מקרקעי ישראל (להלן: מועצת מקרקעי ישראל או המועצה) ואושרו על-ידי ראש הממשלה ועל-ידי ממלא מקום שר האוצר. ההחלטה הראשונה שמספרה 979, עוסקת, בקווים כלליים, בזכויות המגורים באזורים המיועדים לכך ביישובים חקלאיים; ההחלטה השנייה – היא החלטה מספר 1101 – עניינה בהסדרת הפעילות שאינה חקלאית בנחלות שבמושבים. ההחלטות נתקבלו בהסתמך על דו"ח שנכתב על-ידי צוות בין-משרדי שבחן את ההיבטים השונים של הסוגיה, שבראשו עמד ראש אגף התקציבים באוצר דאז, מר קובי הבר (להלן: דו"ח הבר), ובהתבסס על מסקנותיו. כפי שיפורט להלן, העותרים שלפנינו יוצאים כולם נגד החלטות אלה מכיוונים שונים ותוך הצגת עמדות שהן, בחלקן, מנוגדות.

אקדים את המאוחר ואציין כבר עתה, כי בנוגע למרבית חלקיהן של ההחלטות נושא העתירות, לא חרגה מועצת מקרקעי ישראל ממתחם הסבירות הנתון לה, באופן המצדיק את התערבותנו. עם זאת, בנוגע לשתי הוראות שניתנו בהחלטות, מסקנתי היא כי באיזון שנעשה על-ידי המועצה, לא ניתן משקל הולם למכלול השיקולים השונים, והן חורגות ממתחם הסבירות. הראשונה שבהן היא ההוראה הכלולה בהחלטה 1101, המתירה השכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית בחלקת המגורים במושב, בהיקפים שנקבעו בהחלטה. כפי שיובהר להלן בפירוט, מסקנתי היא כי בקבלת ההחלטה בעניין זה, לא ניתן משקל מספיק, בין היתר, לאופיו של היישוב החקלאי ולתכלית שבעטיה ניתנה הקרקע, לאיזון שבין הכפר לבין העיר, לשיקולי חלוקה ולהשלכות תכנוניות. ההוראה השנייה שבה מצאתי להתערב היא זו הנוגעת לקביעת "היום הקובע" בנוגע להחלת ההסדר הקבוע בהחלטה 979 במגזר הקיבוצים. מצאתי, כי בקביעת היום הקובע, לא ניתן משקל מספיק לשיקולים של שוויון בין חברי הקיבוץ השונים, לשאיפה לעודד הצטרפות של חברים חדשים לקיבוץ ולצורך לשמר קשר רציונאלי בין המטרה לבין האמצעים הננקטים בגדרה. נוכח זאת, מצאתי כי יש מקום להתערבותנו גם בהוראה זו.

כפי שהוצג בפירוט בתוכן העניינים שלעיל, מהלך הדברים בבואנו להכריע בעתירות יהיה כדלקמן: בתחילה אציג את מצב הדברים החוקי ואת השתלשלות העניינים העיקרית עד לקבלת ההחלטות נושא העתירות. בהמשך, אעמוד על מרכיביהן המרכזיים של ההחלטות, תוך התמקדות בסעיפים שנתקפו על-ידי כל אחד מן העותרים. לאחר מכן אסקור בקצרה את השאלות העיקריות העולות מטענות הצדדים. מכאן אעבור לליבו של פסק הדין, ולדיון בחוקתיות ההחלטות עצמן, תוך בחינה פרטנית של ההסדרים שנקבעו במסגרתן, במישור ההליך ובמישור המהות.

מצב הדברים והשתלשלות העניינים המרכזית עובר לקבלת החלטות 979 ו-1101

(א) החלטה מספר 1 של מועצת מקרקעי ישראל

2. בחינת השתלשלות העניינים מוליכה אותנו 45 שנה לאחור, אל החלטה מספר 1 של מועצת מקרקעי ישראל מיום 17.5.1965, שנתקבלה מכוח סמכות המועצה לקבוע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל מינהל מקרקעי ישראל (להלן גם: המינהל), כאמור בסעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960. לפי ההחלטה, קרקע חקלאית תימסר בדרך של חכירה בלבד. סעיפים 3-4 להחלטה קובעים כי במושבים תוחכר קרקע חקלאית במתווה של נחלות, שיוחכרו ישירות למתיישב במושב בתיאום עם האגודה.

במסגרת זו, יסווגו החלקות באותיות א' ב' וג', כשחלקה א' – הרלוונטית לענייננו – מיועדת למגורי החקלאי, להקמת מבני משק ולעיבוד חקלאי. בקיבוץ יוחכרו הנחלות לקיבוץ עצמו, כשהשטח הכולל – הוא שטח המשבצת – יתחלק לשטח המחנה, שבו תותר הקמת מבנים למגורים, מבני ציבור, מבני משק ואזורים לתעשייה; ולשטח העיבוד, שבו תתבצע עיקר הפעילות החקלאית. משך תקופת החכירה בשתי צורות ההתיישבות יעמוד על 49 שנים, עם אפשרות לתקופה נוספת של 49 שנים. סעיף 5 להחלטה מעמיד את דמי החכירה שישלם החוכר על 2% מן ההכנסה הנורמטיבית הנקייה שהנחלה אמורה להניב. בעת הגשת העתירות דנן, עמד סכום דמי החכירה השנתיים על כ-680 ש"ח לנחלה. סעיף 7 להחלטה מוסיף כי חוכר של קרקע חקלאית חייב להתגורר בנחלה, וכן חייב הוא "לנצלה ולעבדה ברציפות ובקביעות למטרות לשמן הוחכרה הקרקע". סעיף 10 להחלטה קובע כי בהסכמי החכירה של הנחלה ייקבע כי במקרה שבו ישונה ייעודה של קרקע חקלאית, יפקע הסכם החכירה, והקרקע תוחזר למינהל לצד מתן פיצוי לחוכר.

(ב) המצב קודם להחלטה 979: זכויות הבנייה למגורים

3. עובר להחלטה 979, רשאי היה בעל זכויות בנחלה במושב לבנות שלוש יחידות דיור בנחלתו: הראשונה, שנועדה לשימוש בעל הנחלה, בשטח של עד 160 מ"ר; השנייה, אף היא בשטח מרבי של 160 מ"ר, נועדה לשימוש של "בן ממש"ך; והשלישית, שהיתה צמודה לאחד ממבני המגורים הקיימים והתפרסה על פני שטח מרבי של 55 מ"ר, הותרה רק כאשר היה לחוכר "בן ממש"ך מהדור השלישי המבקש להתגורר בנחלה ולעבדה. חוכר שביקש לבנות תוספת בנייה מעל לסך השטחים האמורים או אף לבנות יחידת מגורים בשטח גדול יותר, אפילו לא בנה יחידות נוספות, חויב בתשלום דמי חכירה מהוונים בשיעור של 91% או בשיעור של 46% במקרה שבו חלה עליו חובת תשלום היטל השבחה. שיעור זה של 91% נדרש החוכר החקלאי לשלם גם במקרה שבו ביקש לפצל את מגרש המגורים, כך שחלקו יהיה למגרש נפרד שאיננו חלק מהנחלה, ויותר בו עסקאות. במקרה שבו ביקש חוכר להעביר את זכויותיו בקרקע לצד ג' בטרם היוון, נדרש הוא לשלם למינהל דמי הסכמה שעמדו, ככלל, על כ-33% מערך הקרקע.

4. באשר לקיבוץ, כאמור, עובר להחלטה 979 ועד לקבלת החלטה 751 של המועצה באמצע שנות ה-90 של המאה ה-20, הוקנתה זכות החכירה של שטח המשבצת לקיבוץ בלבד, ולא לכל אחד מחבריו באופן פרטני. במסגרת זו, לא הוטלה מגבלה על מספר יחידות הדיור שרשאי היה הקיבוץ להקים בשטח המחנה; לא נדרש תשלום של

תמורה נוספת עבור הקמת היחידות; ולקיבוץ לא הותר להעביר את זכות החכירה לאחר ואף לא להשכיר יחידות דיור בשטח המחנה למי שאינו חבר קיבוץ. בהחלטה 751 של המועצה, נקבע הסדר וולונטרי של שיוך יחידות מגורים לחברי הקיבוץ באופן ישיר, בדרך של הוצאתן ממאגר הזכויות של האגודה השיתופית והקניית הזכויות בהן לחברים. לפי ההחלטה, חברי קיבוץ שהיו זכאים לשיוך הם אלה שהיו חברים במועד קבלת החלטת האסיפה הכללית בנושא זה. על אף שכ-160 קיבוצים אישרו זה מכבר את החלטה 751, רק מספר קטן של קיבוצים השלים עד כה הליך שיוך מכוח החלטה 751, בין היתר בשל אי הסדרת הסוגיה בדיני האגודות השיתופיות.

על רקע זה, ונוכח התמורות הרבות שחלו במשק הקיבוצי (שעליהן יורחב להלן), החליטה הממשלה בשנת 2002 על הקמת ועדה ציבורית לבחינת השינויים שחלו בקיבוצים בראשות פרופ' אליעזר בן רפאל, היא הוועדה הציבורית לעניין הקיבוצים. בדו"ח הוועדה, שפורסם בשנת 2003, הוצע להמיר את הסיווג המסורתי של "קיבוץ" בשלושה סיווגים, והם: קיבוץ שיתופי, קיבוץ מתחדש וקיבוץ עירוני. הסיווג של "קיבוץ מתחדש" שבו נרחיב את דיוננו, ביקש לתת ביטוי לשינויים הרבים שהתרחשו בקיבוצים, ולאפשר, בגדר כך, הכרה בזכות לקניין פרטי, בכפוף לשמירה על עקרונות הערבות ההדדית והשוויון. אחד הביטויים לעניין זה מצוי באפשרות הנתונה לקיבוצים אשר יחליטו על כך, לשייך דירות לחבריהם. המלצות הוועדה הציבורית לעניין הקיבוצים אומצו בממשלה, ובעקבותיהן הותקנו תקנות האגודות השיתופיות (שיוך דירות בקיבוץ מתחדש), התשס"ו-2005 (להלן: תקנות השייך), וכן תקנות האגודות השיתופיות (ערבות הדדית בקיבוץ מתחדש), התשס"ו-2006, (להלן: תקנות הערבות ההדדית) שבהן נקבעו תנאים שיאפשרו לשייך דירות בקיבוצים המקיימים את הקריטריונים של "קיבוץ מתחדש".

(ג) המצב קודם להחלטה 1101: תעסוקה לא חקלאית במושבים

5. בתחילה, לא נתאפשר בדרך כלל, לבעלי הזכויות, לקיים שימוש לא חקלאי בנחלות שבמושבים. ואולם, עם הירידה שחלה ברבות השנים ביכולת להתפרנס מענף החקלאות, והמשברים שליוו את הענף, החלה להסתמן הגמשה בגישה הקטגורית כלפי תעסוקה לא חקלאית. כך, למן המחצית השנייה של שנות ה-80, נתקבלו בגופי המינהל החלטות שונות שאפשרו לבעל הזכויות בנחלה לבצע שימושים לא חקלאיים בחלקה א' של הנחלה. גם במצב דברים זה, הוסיפו חקלאים רבים לעשות שימוש לא-חקלאי בלתי מוסדר בנחלותיהם בהיקפים ניכרים. על רקע זה, הוקמה בשנת 1994 ועדה שביקשה לבחון "היבטים מרחביים פיזיים וארגוניים" של "פעילות יצרנית נוספת במשק

המשפחתי" (להלן: ועדת קדמון). ועדת קדמון מצאה כי על אף שבמרבית המקרים, רצוי לרכז את התעסוקה הלא חקלאית במרכז מלאכה אחד ביישוב החקלאי, הרי שבהתחשב במציאות שנוצרה, לרבות מצב המשק החקלאי, התכנון הפיסי של חלקה א' והמבנים החקלאיים העומדים בחלקה זו כאבן שאין לה הופכין, יש מקום לאפשר תעסוקה לא-חקלאית גם בחלקה א'. במסגרת זו, הומלץ להתיר שימושים לתעסוקה לא חקלאית בחלקה א' בהיקף של 500 מ"ר, במקרה של הסבת מבנה חקלאי קיים, ו-300 מ"ר, במקרה של הקמת מבנה חדש. אופי השימושים במבנים אלה הוגבל לתעשייה חקלאית זעירה, שירותי משרד, שירותי אחסנה ותיירות כפרית, ונאסרה השכרתם לצדדים שלישיים.

6. מועצת מקרקעי ישראל אימצה את דו"ח ועדת קדמון וקיבלה על בסיסו את החלטה 755. במסגרת ההחלטה נקבע, בין היתר, כי השימוש לתעסוקה לא חקלאית בחלקה א' של הנחלה יותר על-פי תכנית או במסגרת היתר לשימוש חורג; בד בבד עם שימוש זה יחויב החוכר להתגורר בנחלה ולעבדה; המבנה המשמש למפעל, שכפי שהומלץ על-ידי ועדת קדמון, גודלו יגיע ל-500 מ"ר במבנה מוסב ול-300 מ"ר במבנה חדש, יהיה חלק אינטגרלי מן הנחלה ולא תותר העברת הזכויות בו לרבות בדרך של שותפות או השכרה; ועבור חובות עבר בגין שימוש לא חוקי, ישולמו רטרואקטיבית דמי שימוש בשיעור 10% לשנה מערך הקרקע לאותו שימוש. בצד זה, לא אימצה המועצה את המלצתה של ועדת קדמון להקים מרכזי מלאכה. תחת זאת נקבע, כי פעילות לא חקלאית תוגבל אך לחלקה א' של הנחלה.

(ד) החלטות 717, 727 ו-737 וביטולן בפסק הדין בפרשת שיח חדש

7. במהלך שנת 1995 קיבלה המועצה שלוש החלטות העוסקות בשינוי ייעוד של קרקעות חקלאיות שהוחכרו ליישובים חקלאיים. כבר עתה ייאמר, כי בכך שונות החלטות אלה מן ההחלטות נושא דיוננו, שאין חלקן בשינוי ייעוד של קרקעות חקלאיות, אלא בזכויות הנוגעות לשטחים המיועדים למגורים. החלטות אלה כללו את החלטה 717, שאפשרה פיתוח של אזורי תעשייה ביישובים חקלאיים כמקור תעסוקה נוסף; החלטה 727, שאפשרה שינוי ייעוד של קרקעות לצורך בנייה למגורים, לתעשייה, מסחר, תיירות או קיט; והחלטה 737, שאפשרה הרחבה של שטחי המגורים ביישובים חקלאיים בדרך של שינוי ייעוד קרקע חקלאית, במטרה להגדיל את האוכלוסייה החיה ביישובים אלה ולהצעירה. שלוש החלטות כללו הטבות ותמריצים לחוכרים ולמצטרפים חדשים, שנועדו להקל על הגשמתן. גורמים שונים ראו לעתור לבית משפט זה נגד ההחלטות. בפסק הדין שניתן בבג"צ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי

ישראל, פ"ד נו(6) 25 (להלן: פרשת שיח חדש), קבע בית משפט זה כי דינן של שלוש ההחלטות להתבטל, שכן הן חורגות ממתחם הסבירות, בין השאר, בנוגע לגובה הפיצוי שיינתן למתיישבים החקלאיים במקרה של שינוי ייעוד; להיקף השטחים שיימסרו להם; ולגובה דמי החכירה שיידרשו לשלם למינהל. בין היתר, מצא בית המשפט, כי בעת קבלת ההחלטות, לא ניתן משקל מספיק לשיקולים של שוויון ושל צדק חלוקתי, להשלכות החברתיות הכרוכות במתן הטבות בהיקף ניכר לסקטור קטן באוכלוסייה ולקשיים התכנוניים שעלולים להיווצר. עוד נקבע, כי חלק מן השיקולים שנשקלו בעת קבלת ההחלטות היו זרים. בכך, אומצו מסקנות דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת מכלול ההיבטים הנוגעים לשינוי ייעודה של קרקע חקלאית (להלן: ועדת מילגרום), שהוקם זמן לא רב לאחר הגשת העתירות, וקבע כי שלוש ההחלטות אינן סבירות, בעיקר על רקע גובה ההטבות הגלום בהן.

(ה) החלטה 979 המקורית וחוות דעת היועצים המשפטיים לממשלה בעניינה

8. ועדת מילגרום כללה בדו"ח שכתבה המלצה לחזק ולבסס את זכויות החוכרים החקלאיים כך שגם אם ישונה ייעוד הקרקע שבה הוא מתגורר, יוסיף החוכר להחזיק בשטח שיוגדר כ"חלקת המגורים" והוא לא יהיה מחויב בהשבתו למינהל. בגדר כך, הומלץ לאפשר לחוכר בתנאי נחלה לבחור בין חלופה הניתנת ליישום מהיר באופן יחסי, שלפיה ייערכו שינויים מסוימים בחוזה החכירה הקיים על מנת להביא לחיזוק זכויותיו של החוכר בקרקע, לבין חלופה שתחייב היערכות מוקדמת של המינהל והחוכרים, שלפיה יתאפשר לבעל הנחלה לרכוש זכויות בחלקת המגורים במסגרת של חוזה חכירה מהוון. בעקבות פסק הדין בפרשת שיח חדש, החליטה ממשלת ישראל לאמץ את דו"ח ועדת מילגרום בשינויים המתחייבים מפסק הדין, וכן "להנחות את מינהל מקרקעי ישראל לפעול במהירות וביעילות להענקת זכות חוזית לחוכר קרקע חקלאית בהתאם לדו"ח הוועדה". מצב דברים זה עמד ברקע לידתה של החלטה 979 הראשונה (להלן, גם: החלטה 979 המקורית).

בהחלטה זו, נקבע, בין היתר, לגבי החוכרים במושב, כי אלו יהיו זכאים להוון זכויות בנייה למגורים, קרי לזכות בפטור מתשלום דמי הסכמה בעת העברת הזכויות בנחלה, על שטח של 2.5 דונם מחלקה א' של הנחלה שהוגדרה כ"חלקת המגורים", בתמורה לתשלום דמי הוון בשיעור של 3.75% מערכה. כמו-כן, ניתנה לחוכר אפשרות לפצל יחידות מגורים מהנחלה ולהעביר את זכויותיו בה בתמורה ל-31% מערכה – אם מדובר בהעברה לצד שלישי – ובתמורה ל-11% מערך הקרקע אם מועברות הזכויות לבן משפחה. בצד זה, אפשרה החלטה 979 המקורית פעילות לא חקלאית בחלקת

המגורים, לרבות אפשרות להשכיר שטח בהיקף של 500 מ"ר מן הנחלה, כנגד תשלום בשיעור של 41% מערכה. עוד ניתנו בהחלטה תמריצים להסדרת השימושים הלא חוקיים בנחלה בדרך של ויתור חלקי על תשלומים בגין חובות עבר. באשר לקיבוצים, התירה החלטה 979 המקורית לחברי הקיבוץ לחכור את שטח חלקת המגורים בהיקף של מכפלת 2.5 דונם בנמוך מבין משפחת החברים ותקן הנחלות, תמורת תשלום דמי היוון בשיעור של 3.75%. לחברי קיבוץ קיימים שהחכירו את השטח, ניתנה אפשרות לשייך לעצמם דירות מגורים ללא תשלום נוסף. העברת הזכויות לצד ג', לעומת זאת, חייבה השלמת תשלום לכדי 31% מערך המגרש (11% לבן משפחה), ואילו שיוך דירות לחברי קיבוץ חדשים התאפשר תמורת תשלום של 31% מערך המגרש.

9. הצעת החלטה 979 המקורית הגיעה – קודם שהובאה לאישור – לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין. היועץ רובינשטיין סבר כי ההצעה "חורגת באופן מהותי ויסודי מן המציאות המעשית והנורמטיבית הקיימת, מן הכוונה המקורית של דו"ח מילגרום, מהמלצות הצוות, ומהחלטת הממשלה שאימצה אותן". עוד סבר היועץ המשפטי לממשלה, כי הצעת ההחלטה "טומנת בחובה פוטנציאל רב לחולל שינויים וליזום תהליכים רחבי היקף ובלתי הדירים באופי ההתיישבות החקלאית, בניצול הקרקע החקלאית, באיזון הקיים שבין הערים לפרברים ובמציאות התכנונית", מבלי שהדבר לובן ונבחן באופן מעמיק. אשר על-כן, הורה היועץ להסיר את ההצעה מסדר היום, ולמנות צוות בין-משרדי שיבחן את ההחלטה על כל היבטיה והשלכותיה. על אף המלצה זו, אושרה ההחלטה במועצה, אך לבקשת היועץ המשפטי לממשלה החדש, מני מזוז, עוכב אישור ההחלטה על-ידי שר האוצר עד לקבלת חוות דעתו. לאחר שעיין בהחלטה, סבר גם היועץ מזוז כי היא לוקה בפגמים וליקויים שונים שבעטים על שר האוצר להימנע מלאשרה. לדידו, בעת קבלת ההחלטה, לא ניתן משקל מספיק להשלכותיה התכנוניות מרחיקות הלכת – בין היתר בנוגע לשימור אופיו החקלאי של היישוב ולתהליך פרבור המרחב הכפרי שאליו היא עלולה להוביל – ולא נבחנה דיה מידת התאמתה של ההחלטה להחלטות אחרות. עוד סבר היועץ המשפטי לממשלה, כי ההחלטה עלולה ליצור תחרות לא הוגנת עם שטחי המסחר בערים; היא מעניקה הטבות כלכליות מופלגות בזכויות הבנייה למגורים ובזכויות לתעסוקה; והיא אינה מגשימה יעדים של צדק חלוקתי. על רקע זה, סבר גם היועץ המשפטי מזוז כי יש להקים צוות בין-משרדי לבדיקה מעמיקה של ההיבטים השונים הנוגעים להחלטה.

(1) ועדת הבר

10. נוכח חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, מינה, כאמור, השר הממונה על המינהל את ועדת הבר. על הוועדה הוטל להמליץ על אופן הסדרת הזכויות בחלקת

המגורים ביישובים החקלאיים, ולהציע תיקונים להחלטה 979 המקורית, כדי שניתן יהיה להביאה לאישור הממשלה והמועצה. ארבע מטרות הנחו את ועדת הבר בעבודתה: (1) חיזוק וביסוס זכויות החוכר החקלאי בחלקת המגורים; (2) פישוט הליכים וצמצום המגע הנדרש בין החוכר לבין המינהל; (3) שימוש יעיל יותר בקרקע ובתשתיות הקיימות ביישובים החקלאיים, בכפוף להוראות התכנוניות העדכניות; (4) הסדרת הפעילות שאינה חקלאית בחלקת המגורים. מטרות אלה – קבעה הוועדה – יש להגשים תוך מתן אפשרות לפיתוח היישובים החקלאיים; שימור ופיתוח המרחב העירוני; צמצום תופעת הפרבור; וחלוקה הוגנת של נכסי המדינה.

11. בהתייחס למגורים במושב, הציעה ועדת הבר, בין יתר המלצותיה, לאפשר לחקלאי במושב לבחור באחת משתי חלופות: הראשונה – חלקית – שלפיה כנגד תשלום בשיעור מופחת, יעוגנו זכויות המגורים באופן שלא תחול חובת השבה של חלקת המגורים במושב במקרה של שינוי ייעוד; יבוטלו דרישת הרצף הבין-דורי באכלוס דירות המגורים והכללים החלים בדבר חלוקת זכויות הבנייה לשלוש יחידות דיור בגודל קבוע; וניתן יהיה לפצל יחידת דיור מתוך חלקת המגורים, ולהעבירה לצד ג' תמורת השלמת תשלום, אף הוא בשיעור מופחת. החלופה השנייה תאפשר לחקלאי לרכוש את מלוא זכויות המגורים בחלקת המגורים, לרבות אלו העתידיות, בתמורה לתשלום חד-פעמי מופחת.

12. באשר לתעסוקה הלא חקלאית במושבים, צוין בדו"ח הבר, כי היות שלא ניתן להתעלם מן המציאות בשטח, ובאין אפשרות מעשית למנעה, יש להסתפק בצמצומה ובהסדרתה. משכך, הומלץ כי השימושים לתעסוקה לא חקלאית יותרו רק אם אושרו בתכנית או בהיתר לשימוש חורג, וכי סך השטח הבנוי לתעסוקה, לרבות קיט, לא יעלה על 500 מ"ר. עוד הציעה ועדת הבר להעלות את דמי החכירה המופחתים שנקבעו בהחלטה 979 המקורית, ולהעמידם על דמי חכירה בשיעור מלא, ולקבוע תמריצים להסדרת השימושים הלא חוקיים בנחלה. בהמלצות נקבע עוד, כי כל אחד מן ההסדרים כפוף למגבלות התכנוניות שבחמ"א 35 – היא תכנית המתאר הארצית הקובעת את העקרונות התכנוניים למדיניות הבנייה, הפיתוח והשימור למגורים – אשר כוללת רף מקסימאלי למספר יחידות הדיור שניתן לבנות ביישובים החקלאיים.

13. בהתייחס לקיבוצים, הוגדר שטח "חלקת המגורים", והוחלט על היקף זכויות הבנייה בה. עוד נקבע, כי כנגד תשלום בשיעור מופחת, יוכל הקיבוץ לעגן את זכויותיו כך שלא תחול עליו חובת ההשבה של חלקת המגורים. בהתאם לכך, יוכל קיבוץ שיוגדר כ"קיבוץ מתחדש" לשייך יחידת דיור בחלקת המגורים למי שהיתה משפחת

חברים בקיבוץ ביום שיוגדר כ"יום הקובע". משפחת חברים ששויכה לה יחידת דיור, תהיה רשאית לרכוש את מלוא הזכויות במגרש שעליו יחידת הדיור, כנגד השלמת תשלום בשיעור מופחת. משפחת חברים שהצטרפה לקיבוץ לאחר היום הקובע, וזכאית לשיוך, תוכל לשייך בתנאים נוקשים יותר. העברת זכויות לצד ג' תתאפשר רק ביחידת דיור בחלקת מגורים משויכת. אם נרכשו מלוא הזכויות בקרקע, תיעשה ההעברה ללא תמורה, ואם טרם נרכשו הזכויות – היא תותנה בהשלמת תשלום בשיעור מופחת. בהמלצות נקבע כי עוד כל אחד מן ההסדרים כפוף למגבלות התכנוניות שבתמ"א 35.

ממשלת ישראל אישרה את עיקרי דו"ח הבר, והוא אומץ בהמשך גם על-ידי המועצה. לאחר-מכן, קיבלה המועצה את החלטות 979 ו-1101 נושא העתירות שלפנינו.

החלטת 979 – קביעת זכויות המגורים בחלקת המגורים בישובים חקלאיים שהם מושב עובדים, כפר שיתופי, מושב שיתופי, קיבוץ או אגודה חקלאית שיתופית.

14. החלטה 979 פותחת שעריה במספר עקרונות כלליים החלים על כל אחת מצורות ההתיישבות שאליהן היא ממוענת. ראשית, מגדירה ההחלטה את מטרתה לעגן את זכויות החקלאים בחלקת המגורים שביישוביהם, כך שלא תחול חובת השבת הקרקע למינהל בעת שינוי ייעודה. שנית, נקבע כי ההסדר בהחלטה הוא וולונטרי, שההצטרפות לו נתונה, במושב, להחלטתו של בעל הזכויות בנחלה, ובקיבוץ – בכפוף לתנאים שונים – להחלטתה של האגודה השיתופית. שלישית, נקבע כי חובת עיבוד הנחלה תוסיף להתקיים ברציפות לאורך כל תקופת החכירה, בין אם הצטרף החוכר להסדר שבהחלטה ובין אם לאו. רביעית, כתנאי להצטרפות להסדר, נדרשת התחייבות לכך שמספר יחידות הדיור בשטח היישוב החקלאי יעלה בקנה אחד עם המגבלות התכנוניות שבתמ"א 35. לבסוף, מציבה ההחלטה כתנאי את הסדרתם החוקית של כל השימושים שנעשו בנחלה אם ניתן לייחס אותם לחוכר (במושב), ואת הסדרתם של כל השימושים בשטח המשבצת (בקיבוץ), לרבות תשלום בגין שימושים שנעשו בעבר. לאחר קביעת העקרונות הכלליים, פונה ההחלטה לפריטתם של אלה לפרוטות.

(א) זכויות המגורים במושבים

15. סעיף 4 להחלטה 979 קובע את ההסדרים הנוגעים לחלקת המגורים במושב. סעיף 4.1 מגדיר את החלקה כשטח רציף בגודל מרבי של 2.5 דונם המיועד למגורים בתכנית תקפה, וכולל את יחידות הדיור הקיימות בחלקה א'. סעיף 4.3 מוסיף כי במקרה שבו במועד אישור ההחלטה, השטח המיועד למגורים יהיה גדול מ-2.5 דונם,

החוכר יהיה זכאי לבקש את תחולת ההסדר שבהחלטה גם על שטח נוסף זה, בהתאם לתנאים שייקבעו על-ידי המינהל, ובתמורה לתשלום דמי חכירה מלאים (91%). בהמשך, סוקרת ההחלטה את שתי החלופות העומדות בפניו של החוכר החקלאי.

לפי החלופה הראשונה, הקבועה בסעיפים 4.4-4.7, ירכוש החוכר בתמורה לתשלום דמי חכירה למינהל בשיעור של 3.75% מערך הקרקע, זכויות בנייה בהיקף מרבי של 375 מ"ר. כתוצאה מן הרכישה, לא יידרש החוכר להשיב את הקרקע למינהל במקרה של שינוי ייעוד; לא תוטל עליו מגבלה בנוגע לחלוקה הפנימית של יחידות הדיור במסגרת זכויות הבנייה שיימסרו לו; תבוטל הדרישה לרצף בין-דורי (וניתן יהיה לשכן ביחידות הדיור שייבנו גם את בני משפחת החוכר מדרגה ראשונה); ניתן יהיה להוסיף זכויות בנייה למגורים מעבר ל-375 המ"ר הבסיסיים, כנגד דמי חכירה מהוונים בשיעור מלא; וניתן יהיה לפצל מגרש מחלקת המגורים לשם בניית יחידות דיור, בתמורה לתשלום של 29.25% מערך הקרקע, המשלימים את ה-3.75% ששולמו לכדי 33% מערך המגרש המפוצל. אפשרות אחרונה זו, כמו גם יתר ההסדרים הקבועים בחלופה הראשונה, כפופים לקיומה של תכנית תקפה ולמגבלות תמ"א 35. לעניין אפשרות הפיצול, נקבע עוד כי המגרש המפוצל יכלול זכויות בנייה שלא יפחתו מ-160 מ"ר, אשר ייגרעו ממכסת זכויות הבנייה בחלקת המגורים. עוד נקבע, כי בכל מקרה תישאר בנחלה יחידת דיור עם זכויות בנייה כוללות שלא יפחתו מ-160 מ"ר, המשמשת בפועל למגורי החוכר, ולא ניתן יהיה להעבירה במסגרת הפיצול.

לפי החלופה השנייה, הקבועה בסעיף 4.8 להחלטה, תינתן לחוכר אפשרות לרכוש את מלוא הזכויות למגורים בחלקת המגורים, כנגד תשלום של 33% מערך הקרקע, לרבות זכויות הבנייה המאושרות והפוטנציאליות. מסכום זה ינוכו, במידה ושולמו, דמי החכירה בגין חלקת המגורים בשיעור של 3.75%, וכן החלק היחסי של דמי הסכמה אשר שולמו בגין העברת הזכויות בחלקת המגורים. חרף ניכויים אלה, נקבע כי גובה דמי הרכישה של מלוא הזכויות למגורים לא יפחת מ-20% מערך הקרקע. סעיף 4.9 קובע, כי בין אם הצטרף החוכר בעבר להסדר ובין אם לאו – אם יבקש הלה להעביר את זכויותיו בנחלה, הוא יידרש, כתנאי לכך, לשלם למינהל דמי רכישה עבור מלוא הזכויות למגורים בשיעור של 33% מערך הקרקע. בעשותו כן, יופטר החוכר מתשלום דמי הסכמה בעת העברת זכויות בחלקת המגורים.

(ב) זכויות המגורים בקיבוץ

16. סעיף 5 להחלטה 979 קובע את ההסדרים הנוגעים לחלקת המגורים בקיבוץ. סעיף 5.1 מגדיר את חלקת המגורים כשטח רצוף מתוך שטח המחנה של הקיבוץ

המשמש למגורי חבריו ומיועד למגורים על-פי תכנית תקפה. גודלו של השטח יחושב כנמוך מבין מכפלת שני דונמים בתקן הנחלות או במספר משפחות החברים באגודה ביום 2.9.2003, הוא היום הקובע שבו נידונה לראשונה החלטה 979 המקורית במועצה. אם יבקש הקיבוץ להשלים מהלך תכנוני שבו יוגדרו מגרשי המגורים בקיבוץ וייקבע שטחה של חלקת המגורים, הוא יהיה רשאי לעשות כן בכפוף לכך שהתכנית תקיים את תנאי תמ"א 35; שחלקת המגורים תכלול את יחידות הדיור הקיימות; ושמשפר מגרשי המגורים בחלקת המגורים לא יעלה על הנמוך מבין מכפלת 2.33 בתקן הנחלות או במספר משפחות החברים באגודה. סעיף 5.2 קובע כי אם בעת אישור ההחלטה, האזור המיועד למגורים בשטח המחנה יעלה על השטח שיוגדר כחלקת המגורים, יוכל החוכר לבקש להגדיל את חלקת המגורים, ולהחיל את ההסדר גם על השטח הנוסף, בהתאם לתנאים שיקבע המינהל וכנגד דמי חכירה מהוונים בשיעור מלא. סעיף 5.3 מוסיף כי קיבוץ שלאחר הצטרפותו להסדר, נותרו שטחים המיועדים למגורים על-פי תכנית תקפה, מחוץ לחלקת המגורים, והוקמו עליהם יחידות דיור לפני אישור החלטה 979, יוכל לעשות שימוש במבנים אלה בהרשאה זמנית, כנגד דמי שימוש.

סעיף 5.4 קובע את היקף הבנייה הבסיסי המרבי למגורים כנמוך מבין מכפלת תקן הנחלות או מספר משפחות החברים באגודה ב-375 מ"ר. כדי שיהיה זכאי לזכויות בנייה אלה, יידרש הקיבוץ לשלם למינהל דמי חכירה בשיעור של 3.75% מערך הקרקע של חלקת המגורים. לאחר שיעשה כן, וימציא למינהל אישור על סיווגו כ"קיבוץ מתחדש" ועל עמידתו בתקנות הרלוונטיות, נפתח הפתח לשיוך יחידות הדיור בחלקת המגורים למשפחת חברים ותיקה או חדשה, בכפוף לתכנית תקפה ולמגבלות תמ"א 35. במסגרת זאת, ישויך לכל משפחת חברים מגרש ליחידת דיור אחת עם זכויות בנייה של 160 מ"ר לפחות מתוך היקף הבנייה הבסיסי למגורים בקיבוץ. קיבוצים שמספר חבריהם גדול באופן ניכר מתקן הנחלות, יהיו רשאים – בהתאם לתנאים שונים – לשייך יחידות עם זכויות בנייה קטנות מ-160 מ"ר, ובלבד שהן לא תפחתנה מ-120 מ"ר. בדרך זאת יובטח, כי די יהיה בזכויות המוקצות כדי לאפשר שיוך יחידת מגורים לכל חברי הקיבוץ המתגוררים בו כיום.

בנוגע לתמורה עבור שיוך יחידות הדיור, נקבע בהחלטה 979, כי משפחת חברים שבניה היו חברי קיבוץ ביום הקובע, כמו גם ביום קבלת ההחלטה על השיוך באסיפה הכללית של הקיבוץ, או יורשיה, תהיה זכאית לשיוך יחידת דיור ללא תשלום נוסף. אם תרצה אותה משפחה להרחיב או לממש את זכויות הבנייה שניתנו לה, ולבנות מעבר לזכויות הבניה ששויכו לה – תוכל לעשות כן בתמורה לדמי היתר בשיעור של 31% מעליית ערך הקרקע כתוצאה מתוספת או מימוש הזכויות. משפחת חברים שתרצה

לרכוש את מלוא הזכויות למגורים במגרש שעליו יחידת הדיור המשויכת, תוכל לעשות כן, כנגד תשלום של 33% מערך המגרש, לרבות זכויות הבנייה הצמודות, הקיימות והפוטנציאליות, ובקיצוז תשלומים ששולמו. משפחת חברים שהצטרפה לאגודה לאחר היום הקובע, והאסיפה הכללית של הקיבוץ אישרה את זכאותה לשיוך, תוכל לשייך יחידת דיור כנגד תשלום של 33% מערך הקרקע, לרבות זכויות הבניה הקיימות והפוטנציאליות, ובקיצוז תשלומים ששולמו. אם תרצה אותה משפחה להוסיף זכויות במגרש המגורים מעבר לאלה שניתנו לה – תוכל לעשות כן ללא תמורה נוספת.

סעיף 5.7 להחלטה 979 דן באפשרות העברת זכויות ביחידת הדיור המשויכת בחלקת המגורים בקיבוץ. נקבע, כי אם טרם נרכשו מלוא הזכויות ביחידת הדיור, תהיה העברתה מותנית בתשלום של 33% מערך הקרקע עם זכויות הבניה הקיימות והפוטנציאליות ובקיצוז תשלומים ששולמו. אם נרכשו הזכויות במלואן – לא תחויב ההעברה בתמורה נוספת למינהל.

שתי הוראות אחרונות הרלוונטיות לענייננו הן הוראות 5.8 ו-5.11. הוראה 5.8 קובעת כי במקרה שבו יתבקשו הגדלה או מימוש של זכויות הבנייה למגורים בחלקת המגורים מעבר להיקף הבסיסי, יתאפשר הדבר בכפוף לתשלום דמי חכירה מהוונים בשיעור מלא. הוראה 5.11 דנה ביחס שבין החלטה 979 לבין החלטות 692 או 751 של המועצה שקדמו לה, העוסקות, בהתאמה בשיוך יחידות דיור במושב שיתופי ובקיבוץ (נוכח זהות ההוראות בשתי החלטות בסוגיית השיוך, נתמקד, להלן, בהחלטה 751). נקבע, כי קיבוצים שעובר לאישור החלטה 979 קיבלו החלטה בדבר שיוך דירות לפי החלטה 751, והחלטתם אושרה בוועדת הפרוגראמות של הרשות לתכנון חקלאי, יהיו רשאים להמשיך את תהליך השיוך לפי החלטה זו או לפי החלטה 979, לפי בחירתם.

החלטה 1101 – שימוש לתעסוקה לא חקלאית בחלקת המגורים של הנחלה

17. בצד החלטה 979, שהסדירה את זכויות המגורים בחלקת המגורים ביישובים החקלאיים, קיבלה המועצה את החלטה 1101, הקובעת את התנאים לקיומה של תעסוקה לא חקלאית במושבים. כפי שציינה המדינה, ביסוד ההחלטה עמד רצון להתחשב במציאות שנוצרה בשטח מן הצד האחד, ובצורך לצמצם את מימדיה של תופעה זו, מן הצד השני. על רקע זה, נקבע בסעיף 2 להחלטה 1101, כי המבנה המיועד לתעסוקה לא חקלאית – ששטחו הכולל לא יעלה על 500 מ"ר – ימוקם בחלקת המגורים, ובה בלבד. עם זאת, במקרים חריגים, יאשר המינהל שימוש לתעסוקה לא חקלאית בשטח חלקה א' שמחוץ לחלקת המגורים. בשונה מהחלטות קודמות, נכללו

בהחלטה 1101 זכויות הבנייה להקמת מבני קיט כפרי, בגדר 500 המ"ר המוקצים לתעסוקה לא חקלאית בחלקה א' של הנחלה.

סעיף 3 להחלטה קובע כי בהימצא תכנית מאושרת המתירה שימוש לתעסוקה לא חקלאית, יישא בעל הזכויות בנחלה בדמי חכירה מהוונים בשיעור של 91% משווי הקרקע – אם היטל השבחה אינו חל על בעל הזכויות – ובשיעור של 46% אם היטל חל עליו. אם שולמו בעבר דמי חכירה מהוונים בגין שימושים לתעסוקה לא חקלאית, לא יוטל על החוכר תשלום נוסף. אם הותרה תעסוקה לא חקלאית בדרך של אישור לשימוש חורג המוגבל בזמן, יישא בעל הזכויות בנחלה בדמי הרשאה בגובה 5% לשנה משווי הקרקע המשמשת לתעסוקה לא חקלאית לכל תקופת ההיתר. על התשלומים האמורים לא תינתן ההנחה הניתנת לאזורי עדיפות לאומית.

פרק מרכזי בהחלטה מוקדש להסדרת חובות עבר בגין שימושים לא חוקיים, עניין המשמש, כאמור, גם תנאי לעיגון זכויות המגורים בהחלטה 979, ונקבע כאחת ממטרותיה של ועדת הבר. סעיף 4 להחלטה קובע, כי עבור שימושים לא חוקיים בתקופה שקדמה להחלטה, ישלם בעל הזכויות בנחלה למינהל, תשלום בשיעור של 5% מערך הקרקע ששימשה לתעסוקה לא חקלאית, לכל שנה שבה נעשה שימוש כאמור, ולא שולמה תמורתו. כדי לתמרץ הסדרה מהירה של חובות העבר, נקבע כי בעל זכויות שיסדיר בתוך שנתיים מאישור ההחלטה את השימושים הלא מוסדרים בנחלה, יחויב בתשלום 5% בגין חובות העבר, רק עבור 4 השנים שקדמו להחלטה, משמע עד לסכום מרבי של 20% מערך הקרקע, אפילו משך השימוש היה ארוך יותר. בגין חובות עבר שנוצרו ממועד אישור החלטה 1101 ועד למועד הסדרת השימושים הבלתי חוקיים בנחלה, יידרש בעל הזכויות לשלם סך של 5% מערך הקרקע לשנה.

רכיב אחרון בהחלטה 1101 הנוגע לענייננו, עוסק באפשרות הניתנת לבעל הזכויות בנחלה להשכיר את המבנה המשמש לתעסוקה לא חקלאית. בסעיף 5 להחלטה נקבע, כי במקרה שבוצעה עסקה לתעסוקה לא חקלאית לפרק זמן של 49 שנה על-פי תכנית שבתוקף (להבדיל מהיתר לשימוש חורג), ובעל הנחלה שילם בגינה דמי חכירה מהוונים מלאים, ניתן יהיה להשכיר את השטח המשמש לתעסוקה לא חקלאית, אך לא למוכרו או לפצלו מתוך הנחלה.

טענות העותרים

18. תילי תילים של טענות הועלו על-ידי כל אחד מבעלי הדין בעתירות, ואלה נפרסו על פני מאות עמודים. בין העותרים נמצאו, מן הצד האחד, גופים המייצגים את

התיישבות החקלאית, ומן הצד השני – גופים הפועלים בשם היישובים העירוניים. אלה וגם אלה לא רוו נחת מן ההחלטות, ובפיהם טרוניות בנוגע להוראות שונות המופיעות בהן. עוד עתרו נגד ההחלטות גופים הפועלים למען אינטרסים סביבתיים ולמען קידום צדק חלוקתי. להלן יובאו עיקרי הנושאים שהועלו על-ידי הצדדים. התייחסות פרטנית לטענות תיעשה במסגרת הדיון.

19. במוקד דברם של העותרים בבג"צ 1027/04 (להלן: פורום הערים או הפורום) עומדת הטענה כי החלטות המועצה מתעלמות מן האינטרסים של המגזר העירוני, ואינן מתחשבות בפגיעה הצפויה בערים כתוצאה מיישומן. לדבריהם, ההחלטות צפויות להביא להתפשטות הבניה לפרברים, דבר שיוביל לנטישתן של אוכלוסיות חזקות את האזורים העירוניים לטובת יישובים שמחוץ לעיר, ולמעבר של מרכזי עסקים, מסחר ותעשייה ליישובים אלה. עוד מוסיף הפורום, כי החלטות המועצה אינן מידתיות, בשים לב למטרה שעמדה בבסיסן – חיזוק זכויות המגזר החקלאי, והפגת החשש כי אנשיו ייוותרו חסרי כל אם ישונה ייעוד הקרקע, ולא ניתן בהן משקל לערך השוויון והצדק החלוקתי בין המגזרים השונים.

בצד זה טוען הפורום, כי החלטות המועצה נתקבלו בחוסר סמכות, נפלו פגמים בהליך קבלתן ולא ניתן בהן משקל לשיקולים תכנוניים, ובכלל זה לעיקרון בדבר עיבוי הערים ולצורך להכווין את עיקר הפיתוח למרקמים העירוניים. בהקשר זה הוא מוסיף, כי על אף שכדי לאשר את החלטות המועצה נדרשים הליכי תכנון על-פי חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבנייה), במציאות מופעלת על מוסדות התכנון מערכת לחצים שעלולה להפכם לחותמת גומי.

20. טענותיה של העותרת בבג"צ 5794/07 (להלן: אדם טבע ודין) מופנות בעיקרן כלפי שני סעיפים בהחלטה 1101: זה המתיר השכרת מבני תעסוקה בנחלה במושב לצדדים שלישיים (סעיף 5) (להלן: סעיף ההשכרה), וזה המחייב חוכרים במושב בתשלום חובות עבר בגין שימוש בלתי מוסדר עבור תקופה של 4 שנים בלבד (סעיף 4) (להלן: סעיף המחילה). לדידה, הסעיפים עומדים בניגוד להחלטות מוסדות התכנון ופוגעים בסמכותם, וכל עוד לא יאושרו על ידם – אין הם יכול לעמוד. בנוגע לסעיף ההשכרה מציינת אדם, טבע ודין, כי הוא עתיד לשנות לחלוטין את המצב הקיים, בהוסיפו היצע ניכר של שטחי תעסוקה בכל רחבי הארץ, שיצטרף בתנאים מועדפים לשוק הכלל ארצי של שטחי תעסוקה להשכרה, ויתחרה באופן לא שוויוני בשטחי התעסוקה בערים. השכרת שטח נרחב זה לצדדים שלישיים נוגדת גם את מגמות התכנון הקיימות, המבקשות לרכז את אזורי התעסוקה בשטח אחד; היא תכביד על התשתיות

הקיימות ותחייב הקמתן של תשתיות חדשות; והיא תמשוך בינוי ופיתוח לשטחים שנועדו לשמש חיץ ירוק או לפיתוח מתון בלבד. חרף השלכות אלה, טוענת אדם, טבע ודין, לא וידאה המועצה, כי בטרם תקבל את ההחלטה תעמוד בפניה תשתית עובדתית בדבר משמעויותיה התכנוניות, הכלכליות והחברתיות. חומרתו של העניין בולטת במיוחד נוכח העובדה שבכל ההחלטות הקודמות שיצאו מתחת ידי המועצה, לא התאפשרה השכרת מבנים לשימוש לא חקלאי בנחלה. בהתייחס לסעיף המחילה, סבורה אדם טבע ודין, כי נוכח אובדן ההכנסות המשמעותי הכרוך בה לקופת הרשות, ניתן היה לקבלה רק על בסיס תשתית עובדתית הבוחנת, בין היתר, את משמעויותיה התקציביות. לטענת העותרת, הפגמים שנפלו בדרך קבלת ההחלטות מחייבים את בטלותן.

21. העותרת בבג"צ 5794/07 (להלן: האגודה לצדק חלוקתי או האגודה) משליכה את מרבית יתביה על הטענה כי החלטות 979 ו-1101 פוגעות בזכות לשוויון ובעקרון הצדק החלוקתי, בהעניקן הטבות לבני המגזר החקלאי שאינן ניתנות למגזרים אחרים, ואף מסכות להם נזק. לטענתה, הזכויות הרבות שלהן זכה המגזר החקלאי לאורך השנים ניתנו ללא תמורה או כנגד תמורה מינימאלית, כרכיב משלים לחובות המוטלות עליו, הנגזרות מן החיים בישוב חקלאי. זכויות אלה – לגישת האגודה – נובעות מן הרצון לעודד ולטפח את החקלאות, מתוך הכרה בחשיבותה למדינת ישראל. החוכר העירוני, לעומת זאת, אשר שילם דמי חכירה ראשונים בשיעור משמעותי, אינו נהנה מזכויות מסוג זה: הוא חוכר לרוב דירה בגודל ממוצע, בבנייה רוויה, על אדמה שערכה נמוך באופן יחסי; הוא אינו נהנה מאפשרויות הפיתוח וההתרחבות שהן מנת חלקו של המגזר החקלאי: ומעולם לא נערכו לגביו הסדרים של שמיטת חובות. לדברי האגודה, ההסדר הנוכחי, המשווה בין גובה התשלומים שנגבו במבצעי ההיוון בעיר לבין אלה שייגבו במגזר החקלאי, שומט את הקרקע מתחת שיווי המשקל שהיה קיים עד עתה, בכך שהוא מעניק לחוכר החקלאי, שלא שילם דמי חכירה ראשונים בשיעור משמעותי, זכויות בהיקף ניכר ובמחיר נמוך, בלא שהדבר מותנה בחובות, ובלא שיש בכך כדי לקדם תכלית "חקלאית". בכך, חוטאות ההחלטות גם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן אפילו תכליותיהן ראויות, אין בהחלטות כדי להגשימן, וממילא השיקולים המצדיקים את מתן ההטבות למגזר החקלאי זניחים ביחס להיקף שבו ניתנו במקרה זה.

בצד האמור, טוענת האגודה לצדק חלוקתי, כי ההחלטות נושא העתירה התקבלו מבלי שעמד בפני מקבליהן מלוא המידע הנחוץ לשם קבלתן, ומבלי שנדרשו לשאלות רלוונטיות, ובכלל זה שוויין הכולל של ההטבות הניתנות מכוח ההחלטות ומשמעותן התקציבית. לטענתה, העובדה כי ההחלטות מחייבות את חתימת שר האוצר בטרם כניסתן לתוקף אינה מקהה מחומרת העניין נוכח זהות השר במקרה הנוכחי, מר

אהוד אולמרט, אשר היה מיוזמי ומקדמי ההחלטות הנ"ל. עוד טוענת האגודה לצדק חלוקתי, כי מקבלי ההחלטות לא העניקו משקל לכל השיקולים הרלוונטיים, ובכלל זה שיקולים תקציביים, ושיקולים הנוגעים להיקף הבנייה הצפוי כתוצאה מקבלתן, וכי גם השיקולים שנזכרו בדו"ח כשיקולים רלוונטיים לא באו לידי ביטוי מעבר לרמה ההצהרתית. לדבריה, אין די בהסתמכות הוועדה על תמ"א 35 כמי שתשמור על האיזון בין המגזר העירוני לבין המגזר הכפרי, כדי להשיג מטרות אלה. לבסוף, גורסת האגודה כי החלטות המועצה התקבלו תוך פגיעה בכללי הצדק הטבעי. לדבריה, לאחר קבלת ההמלצות, ניתנה לתנועת ההתיישבות, ולה בלבד, הזכות להתערב באופן פעיל בניסוח ההחלטות, חרף היותה גורם מעוניין.

22. העותרים בבג"צ 8877/07, שהינם חברי קיבוצים מכל רחבי הארץ, מפנים את ליבת טענותיהם כלפי הגדרת "משפחת חברים" בהחלטה 979, הקובעת כי אלה יהיו "בני זוג או יחיד אשר ביום 2.9.03 היוו יחידה משפחתית בקיבוץ והיו חברי אגודה השותפים בכל נכסי האגודה, ובכל החובות הקיימים לחברים כלפי האגודה, וכן בכל הזכויות המוקנות מהאגודה לחברים". לטענתם, החלטה 979, אשר קבעה "יום קובע" אקראי לעניין חלוקתה, שחל ארבע שנים עובר להחלטה, הינה רטרואקטיבית ושרירותית; היא תביא ליצירת מעמדות בתוך הקיבוץ; וגלומה בה הנחה כי מי שהתקבלו לחברות בקיבוץ לאחר 2.9.2003 אינם אלא "נדל"ניסטים הבאים לחמוס מהזכויות המיטיבות המוענקות לקיבוצים". לדידם של העותרים, דרך פעולתם של המינהל והמועצה בהגדרת "משפחת חברים" מהווה חריגה מסמכות, היא יכולה להיעשות רק בחקיקה ראשית, ויש בה סטייה מעקרונות יסוד המקנים לקיבוץ ולחבריו אוטונומיה בקביעת אורחות חייהם.

23. גם העותרים בבג"צ 2947/08, שהינם חברי קיבוצים החברים בחלקם בוועד הפעולה של העותר 10 (עמותת "כאן ביתי"), פועלים להגנת אינטרסים הנוגעים להתיישבות הקיבוצית. טענתם העיקרית היא כי ההסדרים בהחלטה 979, הקובעים כי מספר יחידות הדיור המרבי בחלקת המגורים בקיבוץ יהיה לפי "צילום מצב" של משפחות החברים שהתגוררו בקיבוץ ביום 2.9.2003, ולחלופין לפי מספר משפחות החברים או הנחלות המאוישות המוקנות לקיבוץ, אוכפים שינוי מהותי באופיו. שינוי זה מתבטא בביתורו של שטח המגורים בקיבוץ לשניים, הותרת חלק אחד כ"תחום מושב" לחברי הקיבוץ, ואיסור על חברי הקיבוץ לקיים "חיים קיבוציים" בחלק האחר שמחוץ לתחום חלקת המגורים, הגם שזה הוחכר לקיבוץ כדין. מעתה, ה"חיים הקיבוציים", קרי הזכות להיות חבר קיבוץ ובעל זכויות ביחידת דיור אחת במקרקעין, מוגבלים רק לחלקת המגורים הקבועה בו, דבר הפוגע בחופש הקניין והתאגדות של

הקיבוץ וחבריו, עומד בסתירה להנחיות גופי התכנון, לחוק התכנון והבניה ולתמ"א 35, ומנוגד לחוזה החכירה שבין הקיבוץ לבין המינהל והמועצה.

24. העותרים בבג"צ 144/08 הינם, לפי דבריהם, אנשים מדור המייסדים של קיבוציהם, המצויים מזה שנים בתהליך של שיוך דירות מגוריהם לפי החלטה 751. לטענתם, לכל אחד מן העותרים עומדת זכות משפטית אישית, להביא לשיוך הדירה שבה הוא מתגורר בתנאי ההנחה הקבועים בהחלטה 751. מקורה של זכות זו – לדעת העותרים – בין היתר, בהסתמכותו של חבר הקיבוץ ובשינוי מצבו לרעה כפועל יוצא של ציפייתו הסבירה כי ההחלטה תיושם; בחלוף הזמן מאז אישור ההחלטה; באישורה בוועדת הפרוגרמות; ובאמור בהחלטה עצמה, הרואה בזכות לשייך דירות מגורים, זכות רכושית אישית וחלק ממצבת הנכסים של החבר. לדברי העותרים, העובדה שטרם הושלם השלב המהותי של השיוך – שאין מחלוקת שהיה מגבש את זכותם הקניינית במגרש שעליו בנוי ביתם – אינה רובצת לפתחם, ואין מקום כי הם שישלמו את מחירה. לגישתם, הוראות המעבר שנקבעו בהחלט 979 שוללות באופן רטרואקטיבי את זכותם המשפטית המוגנת לשייך דירת מגורים בתנאי ההנחה הקבועים בהחלטה 751, והן פוגעות בזכותם החוקתית לכבוד. כך, עצם הכפפת זכותו האישית של חבר הקיבוץ לאפשרות כי תבוטל בהחלטה של צד שלישי, שעליו אין לחבר שליטה, על רקע האפשרות שמעניקות הוראות המעבר לאסיפה הכללית של הקיבוץ להחיל על כלל חברי הקיבוץ את החלטה 979, היא, כשלעצמה, פגיעה בזכות מוגנת. בנוסף, שלילת הזכות להחיל את החלטה 751 תיצור ניגוד עניינים בין חברי הקיבוץ הוותיקים, שעבורם גלום יתרון בהחלטה 751 בשל ההנחה הניתנת בה בגין ותק, לבין אלה הצעירים שיבכרו את החלטה 979, והיא עלולה להביא למאבק בין-דורי.

25. העותרת בבג"צ 295/08 (להלן: אדמת) הינה עמותה הפועלת לקידום זכויותיהם של חבריה בקרקע החקלאית שבהחזקתם. לטענתה, החלטה 979 לוקה באפליה פסולה של היישובים חברי העמותה לעומת חוכרי המגזר העירוני, בעיקר בנוגע לשיעור דמי ההיוון שנקבע עבור חלקת המגורים. לגישתה, החלטה 979 מתעלמת מכך שבשונה מהחוכרים העירוניים, שלכל היותר שילמו דמי חכירה בשיעור מזערי, רבים מהחוכרים החקלאיים הוותיקים שילמו דמי חכירה ראשונים בסכומים נכבדים, שהיה מקום לראות בהם, למצער, מקדמה על חשבון דמי ההיוון הנדרשים מהחוכר עת מבקש הוא כיום להוון את זכויותיו. בעניין זה מזכירה אדמת, כי היישובים הוותיקים הרבים – חכריה – נאלצו, עם היווסדם לפני קום המדינה, לעמוד בהוצאות פיתוח כבדות על מנת להכשיר את הקרקע כדי שתהיה ראויה למגורים ולחקלאות, להשביח אותה ולשמור עליה. עוד מזכירה היא כי רבים מן היישובים אף השתתפו ברכישת הקרקע עצמה. בצד זה מוסיפה

אדמתי, כי האדמות שבנדון הוחכרו ליישובים על-ידי קק"ל בחוזים שנשענו על ההנחה שלפיה החוכר רוכש קניין בקרקע לצמיתות תמורת גמול מלא, שהתבטא בדמי החכירה ששולמו על-ידי היישובים, במימון הפיתוח של כל מערכת התשתיות שנדרשה ליישוב, וכן בהכשרת הקרקע ובהקמת היישוב. על רקע זה, סבורה אדמתי, כי החלטה 979, שאינה מתחשבת בהשתתפות החוכר או היישוב בהכשרת הקרקע וכיישובה, לוקה בחוסר סבירות.

26. העותרים בבג"צ 2090/09 מאגדים שבעה קיבוצים שונים. לטענתם, קביעת דמי היוון לחוכר בקיבוץ, הגבוהים פי תשעה מאלו שבמגזר העירוני, עולה כדי הפליה פסולה של המגזר הקיבוצי. לדידם, אפילו הייתה הצדקה ליצור הבחנה בין המגזרים, על בסיס טענת המינהל כי במגזר העירוני שולמו דמי חכירה בשיעור גבוה מאלו ששולמו במגזר החקלאי – טענה שעליה הם חולקים – לא היה מקום לפער כה מרחיק לכת בין התנאים הנדרשים מכל אחת מן הקבוצות, בפרט נוכח התמורה הלא כספית ש"שילמה" ההתיישבות הקיבוצית עבור הקרקע. לטענתם, החלטה 979 עוסקת אך בחלק קטן מכלל השטחים המוחזקים על-ידי הקיבוץ, הוא שטח חלקת המגורים. שטח זה אינו נבדל מבחינת ייעודו והשימושים הנעשים בו משטחי המגורים בעיר, ומכאן שאין כל מקום לנקוט לגביו במשטר החלטות שונה.

טענות המשיבים

27. בתשובה לטענות העותרים, גורסת המדינה, כי לא נפלו פגמים בהליך קבלת החלטות 979 ו-1101 על-ידי המועצה, והוא נעשה באופן מקצועי, ענייני וראוי, לאחר דיון ציבורי שבו נשקל מכלול ההיבטים.

בהתייחס להחלטה 979, מציינת המדינה כי זו ביקשה להביא לקיצו מצב שבו על-פי חוזי החכירה, השטחים המיועדים למגורים מתוך חלקה א' הוכפפו לחובת השבת הקרקע למינהל עם שינוי ייעודה, דבר שגרר חוסר ודאות בקרב בעל הנחלה לגבי מגוריו. תכלית שנייה שביקשה המועצה להגשים באמצעות ההחלטה הינה פישוט הליכים וצמצום המגע בין החוכר לבין המינהל. משכך, קבעה החלטה 979 חלופה המאפשרת לבעל הזכויות לרכוש, באחת, את מלוא זכויות החכירה בחלקת המגורים. עוד טוענת המדינה כי אף במסלול המימוש החלקי (קרי, תשלום 3.75% מערך הקרקע עבור היקף זכויות מגורים בסיסי) טמונה התייעלות ביחס למצב שקדם לו. מטרה שלישית שעליה מצביעה המדינה היא זו של ייעול השימוש בקרקע ובתשתיות הקיימות. לדבריה, המועצה ביקשה ליצור תמריץ לעיבוי היישובים עד למגבלת תמ"א 35, על-ידי הגברת ניצולן של חלקות מגורים קיימות והימנעות מהרחבת הבנייה, תוך

פגיעה בשטחים פתוחים. משכך, הוחלט לגבות מחיר נמוך יותר עבור יחידות הדיור בתחומי היישוב החקלאי, לעומת מחיר יחידות המצויות בשטח ההרחבה הקהילתית. המטרה הרביעית שעמדה ביסוד ההחלטה היא זו של פיתוח המרחב הכפרי והתחדשות היישובים החקלאיים. על רקע זה, הוחלט לאפשר פיצול מגרש מחלקת המגורים תמורת תשלום מופחת. לשם הגשמת תכלית זו, הוחלט גם להרחיב את האפשרות לאייש את יחידות הדיור בבני משפחה שאינם "בן ממשיך" כנגד תשלום בשיעור מוגבל.

מטרה נוספת שעליה עומדת המדינה היא זו של שימור ופיתוח המרחב העירוני. לדבריה, שמירת האיזון בין המרחב הכפרי לבין המרחב העירוני נעשתה על-ידי מוסדות התכנון במסגרת תמ"א 35, המיושמת ומוטמעת בגדריה של החלטה 979. המטרה האחרונה שעמדה בבסיס החלטה 979 היא זו של חלוקה הוגנת של נכסי המדינה. לדברי המדינה, בעניין זה יש לתת את הדעת לכך ששיעור התשלומים הכולל שנגבה מן החוכר העירוני לאורך השנים, עולה על זה שנגבה מן החוכר במגזר החקלאי. מן הצד השני, יש להביא בחשבון את תרומת המגזר החקלאי לעבודת האדמה והפרחת השממה; את העובדה שהקצאת הקרקע במגזר החקלאי אינה עולה כדי הקצאת קרקע חדשה אלא היא אך שינוי של זכויות קיימות; את העובדה שבחלק ניכר מהנחלות הוקמה יחידת דיור שנייה עבור בן ממשיך, דבר המצמצם את יכולתו של המושב להמשיך ולצמוח נוכח מגבלות תמ"א 35; ואת העובדה שבשטח המיועד למגורים, רשאים החקלאים גם כיום לעשות שימוש למגורים ללא תשלום כלשהו למינהל.

28. בהמשך דבריה, סוקרת המדינה את השיקולים שעמדו ביסוד ההחלטות. לדבריה, ביסוד ההסדר "החלקי" במושבים, עמדו רצון לעגן את זכות החוכר בחלקת מגוריו; ההבנה כי לא קיימת הצדקה לעמוד על אופן חלוקת זכויות הבנייה בין יחידות הדיור ועל דרישת ה"בן הממשיך"; ומן הצד השני – העובדה ששיעור דמי החכירה ששולם בעיר לאורך השנים עלה על זה שבמגזר החקלאי.

אשר להסדר "המלא", המאפשר רכישת מלוא הזכויות בחלקת המגורים במושב כנגד תשלום של 33% מערכה, מציינת המדינה כי ביסודו עמד הרצון לתמרץ עיבוי של היישובים החקלאיים; להביא לצמצום שינויי ייעוד לשם הקמת הרחבות קהילתיות; לעודד שימושי מגורים בחלקת המגורים על פני תעסוקה לא חקלאית; ולייעל את עבודת המינהל. עוד שורטט ההסדר על יסוד ההכרה בזכויות המגורים המצויות בידי בעלי הזכויות בנחלות בהווה, שאותן יש להפחית מגובה דמי החכירה שבו יחויבו ביחס לדמי החכירה המלאים; ועל יסוד הרצון שלא לחייב את החוכר בתשלום שיעלה על דמי ההסכמה שבהם הוא מחויב כיום.

אשר לקיבוץ, היקף זכויות הבנייה הבסיסי למגורים נקבע מתוך רצון להתוות כללים אחידים ככל הניתן למושב ולקיבוץ, ומתוך שאיפה להותיר די זכויות בנייה לשם קליטת חברים חדשים כנגד דמי חכירה בשיעור מופחת. לטענת המדינה, לא קיים חשש שהחלטה תגרום לתופעה של פרבור, שכן היא כפופה למגבלות תמ"א 35. מן הצד השני, הגדרת חלקת המגורים אינה מונעת מן הקיבוץ לממש את תמ"א 35 עד למכסה המרבית של יחידות דיור שנקבעה בה, גם אם בתנאי מימוש שונים. אשר לשיעורי התשלום שנקבעו, מציינת המדינה כי הם פרי של איזון בין שיקולים שונים: מן הצד האחד, שיוך מגרשי המגורים משנה את מערך זכויות הקניין בקיבוץ, שכן לראשונה הוא מאפשר לחבר הקיבוץ לרשום את חלקת המגורים על שמו, להורשה ולסחור בה; ומן הצד השני, אין מדובר בהקצאת קרקע חדשה, וממילא מדובר בשטח תפוס שהמדינה אינה יכולה להקצותו לאחרים. שיקולים נוספים שעליהם נסמך גובה התשלומים בקיבוץ כוללים, מחד גיסא, את ההכרה בתרומת ההתיישבות הקיבוצית ליישוב הארץ; ומאידך גיסא, את העובדה שהקיבוץ לא שילם דמי הסכמה או היתר; את רצונה של המדינה להבטיח קבלת סכום השווה לדמי הסכמה מחבר הקיבוץ; את גודל השטח המוכר לחבר הקיבוץ, העולה על זה שניתן לחוכר בעיר; ואת העובדה שהחלטה 979 אינה מבצע היוון אלא שינוי כולל במערך הזכויות בקיבוץ.

29. בהתייחס להחלטה 1101, מזכירה המדינה כי תעסוקה לא חקלאית הותרה בתנאים מסוימים גם בהתאם להחלטות קודמות, וכי ממילא אין זה ישום לאסור שימושים אלה. חרף כך, מצאה ועדת הבר, כי הצורך במניעת פרבור ובחזיון המגזר העירוני מחייב לפעול לצמצום ולהסדרת התעסוקה הלא חקלאית בחלקת המגורים, ולהקטנת הכדאיות הכלכלית שלה, והוראות החלטה מבטאות יעד זה. אשר להסדרת השימושים הבלתי חוקיים בנחלה, מציינת המדינה כי החלטות הקודמות בעניין לא הביאו לידי הסדרה מלאה של שימושים אלה, ולפיכך נקבע כי הסדרתם הינה תנאי להצטרפות להסדרים שבהחלטה 979. כצעד משלים, נקבעו בהחלטה 1101 תמריצים כלכליים שיקדמו את "חיסול" התופעה.

30. בהמשך דבריה, משיבה המדינה על הטענה כי חתימת "יום קובע" בהחלטה 979 מהווה התערבות בדיני האגודות השיתופיות ובתקנון. לדברי המדינה, הגדרת היום הקובע כמועד שבו נידונה החלטה 979 המקורית במועצת מקרקעי ישראל, נועדה למנוע תמריץ לקיבוץ להגדלה מלאכותית של שטח חלקת המגורים וזכויות הבנייה על-ידי הוספת חברי קיבוץ רק לצורך זה, ואין בה כדי לפגוע ביכולתו של הקיבוץ לקלוט חברים חדשים ולשייך להם חלקת מגורים. אשר לטענה כי החלטה פוגעת בחברי הקיבוץ הוותיקים שנהנו מהנחות ותק בהחלטה 751, מציינת המדינה כי המועצה סברה

שיש לקבוע מסלול אחד בלבד לביצוע שיוך מגרשים בקיבוץ, ומשכך נקבע בהחלטה 979 כי החלטה 751 תבוטל, כשבד בבד נקבעו הוראות מעבר שביקשו ליתן מענה לאינטרס ההסתמכות של קיבוצים שכבר החלו בהליכי שיוך. לדברי המדינה, בקביעת הסדר זה, אין כדי לפגוע במי מחברי הקיבוץ, מה גם שהבחירה איזו מבין ההחלטות להחיל נתונה להחלטתה של האסיפה הכללית של הקיבוץ.

31. המשיבות 8-9 (להלן: התנועה הקיבוצית) חוזרות בתשובתן לעתירות, על מרבית הטענות שהועלו על-ידי העותרים בני המגזר הקיבוצי. בגדר כך, דוחה התנועה הקיבוצית את טענות האגודה לצדק חלוקתי בדבר מעורבותה בקבלת החלטה 979. לדידה, כל שעשתה היה להעביר את התייחסויותיה לסוגיות שעל הפרק לגופי המינהל, בהתאם לזכות המוקנית לה על-פי המשפט המינהלי. לגופו של עניין, גורסת היא כי לא זו בלבד שהחלטה 979 אינה מעניקה לחברי הקיבוצים זכויות יתר, אלא שיש בה אף כדי לקפחם, בהטילה עליהם דמי חכירה עבור זכויות שהם זכאים לקבל ממילא. לטענתה, תרומתם הייחודית של הקיבוצים לגאולת הארץ, כמו גם הכספים ששילמו לרכישת הקרקע, יצרו ציפיות סבירות להארכת החכירה ללא תמורה או כנגד תמורה מינימאלית. עוד עומדת התנועה הקיבוצית על הכרתו של המינהל, הלכה למעשה, בהיותם של חברי הקיבוצים – החוכרים לדורות של קרקעותיהם, ומצביעה על הזיקה הקניינית שנוצרה בינם לבין המקרקעין. לדבריה, יש לדחות את הטענה כי קודם להחלטה 979, יכול היה המינהל לפנות את משפחות חברי הקיבוץ מבתיהם במקרה של שינוי ייעוד, שכן שטח המחנה אינו קרקע חקלאית, וההוראות הנוגעות לשינוי ייעוד של קרקע חקלאית אינן חלות עליו. בצד זה גורסת התנועה הקיבוצית, כי החלטה 979 פוגעת בזכויותיהם התכנוניות של הקיבוצים הקבועות בתמ"א 35, בהגדירה את שטח "חלקת המגורים" בקיבוץ, שחל רק על חלק מן האזור המשמש בפועל למגורים, ובהטילה דמי שימוש שנתיים ביתרת השטח. בנוסף, בהגבילה את מספר יחידות הדיור שניתן לשייך לחברי הקיבוץ, מונעת החלטה 979 את מימוש מספר יחידות הדיור שרשאי הקיבוץ לבנות לפי תמ"א 35. גם בהגדרת "המועד הקובע", רואה התנועה הקיבוצית פגיעה בזכויותיה המהותיות, שכן הוא מפלה באופן שרירותי בין משפחות חברים שהצטרפו לקיבוץ לפניו לבין משפחות שהצטרפו אליו אחריו.

32. המשיבות 7, 12 ו-13 (להלן: תנועת המושבים) צירפו אף הן תשובתן לעתירות. לגישת תנועת המושבים, ההחלטות נושא העתירה מהוות החמרה ביחס כלפיה בהשוואה להחלטות קודמות. לדידה, אין כל בסיס לטענה כי החוכרים בעיר שילמו דמי חכירה ראשונים בשיעור ניכר, וכי היקף הזכויות שניתן לחוכרים אלה מצומצם מזה שניתן לחוכרים במגזר החקלאי. עוד היא מוסיפה, כי היות שהשטח נושא העתירה מצוי

בחלקת המגורים במושב, ואין מדובר בשינוי ייעוד של הקרקע, הרי שהטענה כאילו צפוי אובדן הכנסה לערים עקב מעבר מעיסוק בחקלאות לעיסוק במסחר ביישובים החקלאיים, הינה חסרת יסוד. לדבריה, כל שהעניקו ההחלטות לחוכר החקלאי הוא עיגון זכויותיו הקיימות בחלקת המגורים, ואין ממש בטענות כי הדבר יביא להקמת יחידות דיור ותעסוקה ללא הגבלה. עוד טוענת תנועת המושבים, כי גם החשש מאובדן אופיו החקלאי של היישוב אינו צפוי להתממש, שכן חובת עיבוד הנחלה ברציפות מוסיפה לחול על כלל חוכרי הקרקע במושב.

בהתייחס לאפשרות להשכיר מבנים לתעסוקה לא חקלאית בנחלה, טוענת תנועת המושבים, כי על זו יש להתבונן על רקע אי אימוץ המלצת ועדת קדמון להקים אזורי מלאכה מרכזיים במושב. לדבריה, מטרת האיסור על השכרת מתחמי התעסוקה לצדדים שלישיים בהחלטות קודמות הייתה ליצור תמריץ למעבר עסקים למתחמי התעסוקה המרכזיים, ומשאלה לא הוקמו בסופו של יום – אבדה ההצדקה למניעת השכרת המבנים גם בחלקה א'. לגישתה, נוכח המשבר בענף החקלאות ושחיקתה כמקור פרנסה בלעדי, קיימת חשיבות במתן אפשרות רחבה לחקלאי להתפרנס מתעסוקה לא חקלאית, לרבות באמצעות השכרת המבנים. עוד מוסיפה תנועת המושבים, כי השכרה שאינה משנה את ייעוד הקרקע אינה עניין תכנוני, ואין גם יסוד לחשש כי היא תביא לתוספת היצע משמעותית של שטח לתעסוקה. בצד זה היא מוסיפה, כי לטענות בדבר פגמים שנפלו בהליך קבלת החלטה 1101 אין כל יסוד, שכן זו נתקבלה בהתאם להמלצות ועדת הבר, שבחנה את הנושא בדקדקנות ושקלה את כל השיקולים הרלוונטיים. אין גם יסוד לטענה כי בהחלטתה, יצרה המועצה מצב שבו יופעל לחץ על מוסדות התכנון, שכן אוזלת ידה הפוטנציאלית של רשות שלטונית אינה סיבה מספקת למנוע מלכתחילה זכות מאזרח.

ד"ר

33. עיון בטענות הצדדים השונים מעלה כי אלו מכילות, אלה בצד אלה, טענות הנוגעות ל"איך", משמע לאופן שבו נתקבלו ההחלטות; וטענות הנוגעות ל"מה", קרי לטיב ההחלטות האמורות מבחינת מהותן. אפתח בבחינת הטענות הנוגעות להליך שבו נתקבלו ההחלטות, ובהמשך אעבור לבחינה פרטנית של ההחלטות לגופן, ובה אתמקד.

האם החלטות 979 ו-1101 נתקבלו באופן תקין מבחינת ההליך

34. כשם שנסקר, מרכיב חשוב בביקורת שנמתחה על-ידי שני יועצים משפטיים לממשלה על החלטה 979, נגע לאופן קבלת ההחלטות ולתקינותו. כך, במכתבו מיום

21.8.2003 ציין היועץ המשפטי לממשלה דאז, א' רובינשטיין, כי "מתבקש וראוי (...)
 כי הנושאים בהם מבקשת הצעת ההחלטה לעסוק ילובנו וייבחנו באופן מעמיק ומסודר
 על ידי הנהלת המינהל בשיתוף עם כל הגורמים הממשלתיים הנוגעים בדבר", וכי
 "הצעת ההחלטה עדיין אינה בשלה לדיון בפני מועצת מקרקעי ישראל". לפיכך, הורה
 היועץ על הקמת צוות בין-משרדי שיבחן את ההחלטה על כל היבטיה והשלכותיה. חרף
 כך, כאמור, הובאה ההחלטה לדיון בפני המועצה. גם היועץ המשפטי לממשלה, מ'
 מזוז, חיווה דעתו במכתב כי "הליך קבלת ההחלטה לא לווה על-ידי צוות מקצועי", וכי
 "בולטת בחסרונה תשתית מקצועית עובדתית ודבריי הסבר מפורטים למרכיביה השונים
 של ההחלטה", וחזר על הנחיית קודמו להקמת צוות מקצועי בין-משרדי שיבחן את כל
 השאלות הרלוונטיות ויגבש המלצותיו.

לטענת העותרים, הקשיים שעליהם עמדו היועצים המשפטיים לא רופאו גם
 בהחלטות נושא העתירות, שלא נתקבלו בכבוד ראש מספק, על יסוד תשתית עובדתית
 איתנה ותוך שמיעת כל הצדדים הרלוונטיים. האם בדין טענתם?

(א) ההליך המינהלי – כללי

35. קבלת החלטה או הפעלת סמכות אינם מתמצים רק "בשורה האחרונה" או
 בתוצאה המעשית הנובעת מהם. להיבט האופרטיבי צריך שיקדם הליך הדרגתי, יסודי
 ומפורט של גיבוש ההחלטה בהסתמך על מידע מקיף ומעודכן (ראו למשל בג"צ
 7120/07 אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, סעיף כ"ו (לא
 פורסם, 23.10.07); בג"צ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר
 התחבורה, פ"ד נ"ב(5) 705, 714 (1999)). אין מדובר בדרישה שטיבה טכני. ודוק:
 הקפדה על הליך תקין מגבירה את הסיכוי כי ההחלטה תתקבל על יסוד מלוא הנתונים
 הנוגעים בדבר, תוך עמידה על מכלול האינטרסים המשלימים והנוגדים ולאחר שקילה
 רצינית ובחינה עצמית. הילוך בדרך זו עשוי לשמש ערובה, גם אם חלקית, להגעה
 להחלטות ראויות לגופו של עניין (ראו גם דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 261-266
 (2010) (להלן: משפט מינהלי)). יפים לעניין זה דבריו של הנשיא שמגר בבג"צ 297/82
 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983) (להלן: עניין ברגר), שם נקבע כי-

"ההקפדה על דרך ההפעלה של שיקול הדעת, קרי על
 דרך קבלת ההחלטה (...) חיונית לשם שמירה על קיומו
 של שלטון החוק המהותי: החובה לנקוט דרך פעולה,
 שתהיה כרוכה בשקילתם ובבחינתם העניינית של כל
 הנתונים הרלוונטיים, ואשר לפיה הבדיקה של הנתונים
 הנוגעים לעניין קודמת להחלטה, היא הדרך ההוגנת

להבטחת זכויות על-פי דין של הפרט, אשר לשם שמירה על ענייניו ולשם שירות צרכיו הוקנתה הסמכות למינהל" (עמ' 49-50).

לקבלת ההחלטה על-פי הליך תקין קיימת חשיבות גם מטעמים הנוגעים ליחסי האמון שבין הציבור לבין הרשות, שכן היותם של תהליכי קבלת ההחלטות מסודרים, שיטתיים, נגישים ושקופים תורמת לתחושתו של הציבור כי ההחלטה נתקבלה בכבוד ראש ולא "כלאחר יד".

36. על רקע דברים אלה, שרטט הנשיא שמגר בעניין ברגר מסגרת פרוצדוראלית מובנית להליך המינהלי, הפותחת באיסוף ובסיכום הנתונים הרלוונטיים להחלטה; ממשיכה בבדיקת משמעותם של נתונים אלה; וחותרת בסיכום ההחלטה המנומקת (שם, בעמ' 48; ראו גם בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 50-52 (1987)). בהמשך, חולק שלב איסוף וסיכום הנתונים לארבעה תתי שלבים, והם: איסוף הנתונים על-פי מבחנים של סבירות; בחינת מידת הרלוונטיות שלהם; בחינת אמינותם לפי מבחן הראיה המנהלית; וביסוס ההחלטה על יסוד תשתית ראייתית מספקת (בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-425 (1994); ראו גם משפט מינהלי, בעמ' 439-443). עוד לעניין ההליך המינהלי, יש להזכיר את חובתה של הרשות המינהלית ליתן לפרט להשמיע את טענותיו בפניה ולשטוח את עמדתו באופן אפקטיבי, שיש בו פוטנציאל אמיתי להשפיע על החלטתה (ראו בג"צ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771 (1995); בג"צ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577, 598 (2003); בג"צ 6834/07 מנאע נ' מדינת ישראל, סעיף 42 (לא פורסם, 20.12.10) (להלן: עניין מנאע)). זכות זו, הנכללת בכללי הצדק הטבעי, נגזרת מטעמים דמוקרטיים – הנוגעים לרצון לשתף את הציבור בהחלטות הנוגעות ומשפיעות על חייו; מטעמים תועלתניים, שעניינם בהנחה שמימוש הזכות תביא לשיפור ההחלטה; ומטעמים שבאמון הציבור וכבוד האדם (משפט מינהלי, בעמ' 262-263).

(ב) מן הכלל אל הפרט

37. לא מצאתי כי בהליך קבלת החלטות 979 ו-1101 – על מרבית מרכיביהן – נפלו פגמים המקימים עילה להתערבותנו. כאמור, להחלטות נושא העתירות קדמה החלטה 979 המקורית, שזכתה לביקורת נוקבת, בין היתר בעניינים הנוגעים לדרך קבלתה. בצד הביקורת, הוכר בחוות הדעת הצורך בגיבוש החלטות שיתנו מענה לכמה מן הקשיים שבהם ביקשה ההחלטה המקורית לטפל. ביקורתם של היועצים המשפטיים

לממשלה הופנמה על-ידי הגורמים הנוגעים בדבר, ולשם גיבוש החלטה חדשה, הוקמה ועדת הבר, שכללה חמישה חברים מדיסציפלינות שונות. בין היתר, ניתן בהרכב הוועדה ביטוי לחבר בעל אוריינטציה "תכנונית" (מר עופר גרידינגר, מנהל אגף בכיר לתכנון משולב במינהל התכנון במשרד הפנים); לחבר בעל אוריינטציה "חקלאית" (מר שלמה בן אליהו, מנכ"ל החטיבה להתיישבות ונציג משרד החקלאות); וכן למנהל המינהל, מר יעקב אפרתי. חבר נוסף בוועדה היה מנכ"ל משרד המשפטים דאז, מר אהרון אברמוביץ'. בצד זה, לוותה עבודת הוועדה בגורמים נוספים, שביניהם אנשי תכנון מנוסים בתפקידים בכירים. כפי שמשתקף בדו"ח ועדת הבר, עשתה הוועדה מאמץ ניכר לתקן את הפגמים שנפלו בהחלטה המקורית, תוך התייחסות פרטנית לכל פגם ולבעייתיות הנובעת ממנו, והכללת הוראה "מתקנת" בגדר ההמלצות. קיומם של קשיים בהחלטה 979 המקורית היה להנחת מוצא, והצורך לתקנם – לאחת המטרות המרכזיות. לדברי המדינה, במהלך עבודתה, נועצה ועדת הבר ביועץ המשפטי לממשלה בסוגיות שונות שנבחנו על-ידיה, וקודם לגיבושן הסופי של המלצותיה, הוצגו עיקרי ההמלצות בפניו, בפרט אלה הנוגעות לקשיים שהועלו על-ידו בהחלטה המקורית. אמנם, חלק ממרכיביה של ההחלטה המקורית – לרבות כאלה שנתקלו בביקורת – הושארו על כנם. ואולם, ועדת הבר לא התעלמה מן הביקורת, וראתה לפרוס בהרחבה את השיקולים שהובילו לכל מרכיב בהמלצותיה באופן פרטני, וכן את הטעמים שעמדו ביסוד מסקנותיה הסופיות.

38. ועדת הבר קיימה 15 ישיבות עבודה שהשתרעו על פני 60 שעות דיונים במליאת הוועדה. דבר קיומם של דיוני הוועדה פורסם והיה ידוע לציבור על מגזריו השונים, והדרך היתה פתוחה בפניו, להביא את דברו בפני הוועדה ולנסות להשפיע. על רקע ריבוי הנושאים שעל הפרק, הוחלט בוועדה כי השימוע בפניה ייעשה בכתב, והודעה על כך נמסרה באמצעים שונים. בכך, כשלעצמו, אין כל פגם. אכן, כפי שנקבע לא פעם, את זכות הטיעון ניתן להגשים במספר רב של דרכים ובדרך כלל, תצא הרשות המינהלית ידי חובתה בקיומו של שימוע בכתב. רק בנסיבות מיוחדות עשויה חובת השימוע לחייב את הרשות המינהלית לקיים שימוע בעל-פה (ראו למשל בג"צ 3194/10 צוריאנו נ' שר הביטחון, פסקה 4 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (לא פורסם, 23.3.2011); בג"צ 10307/08 איגוד חברות הפרסום נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, סעיף 5 (לא פורסם, 8.12.2008); בג"צ 6339/05 מטר נ' מפקד כוחות צהל בחבל עזה, פ"ד נט(2) 846 (2005); בג"צ 161/84 חברת ווינדמיל הוטל בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד מב(1) 793, 796 (1984)). השאלה המרכזית אינה שאלת אופן עריכת השימוע, אלא שאלת היותו אפקטיבי והוגן, ובר יכולת השפעה פוטנציאלית על הגורם המחליט.

במסגרת הליך השימוע בכתב, קיבלה ועדת הבר עשרות פניות של גורמים שונים, ובכללם גורמי התיישבות, גופים עירוניים, גורמי סביבה וגורמי תכנון, וכן של העותרים בעתירות שלפנינו, שהציגו בפני הוועדה ניירות עמדה מטעמם. בהקשר זה יצוין, כי בניגוד לטענות שהועלו, לא התרשמתי שבמסגרת דיוני הוועדה נרשמה דומיננטיות יתר במעורבותו של מי מן הגורמים בגיבוש ההחלטה או כי ניתן משקל עודף לעמדה אחת על פני רעותה. לכל הגורמים המעוניינים ניתנה הזדמנות להביע את עמדתם, וככל שהתרשמתי, כך הם אמנם עשו. בצד הטיעונים בכתב, נשמעו במהלך הדיונים עמדותיהם של משרדי הממשלה שלהם נגיעה לנושאים הנדונים, ובכלל זה מינהל מקרקעי ישראל, משרד הפנים, משרד המשפטים, משרד החקלאות ורשות המסים, שמסרו לוועדה מידע בסוגיות תכנוניות כמו גם בשאלות של אכיפת חוק. בפני הוועדה אף עמדה שורה של מסמכים שנבדקו ונבחנו בטרם נתקבלה ההחלטה, לרבות דו"חות קודמים שנכתבו בסוגיות דומות; החלטות המועצה שבתוקף; מסמכי תמ"א 35; וכן סקירה של אגף החוכרים במינהל על אודות המדיניות הרב השנתית של הקצאת זכויות חכירה למגורים במגזר העירוני, לפני הקמת המינהל ולאחריו.

39. בהתבסס על המידע שהונח בפניה, ישבה הוועדה על המדוכה פרק זמן משמעותי, ובחנה את החלופות בשאלות השונות שעל הפרק. ההמלצות שגובשו, בסופו של יום, שהתקבלו בוועדה "פה אחד", למעט הסתייגות מסוימת של נציג משרד החקלאות, הן, ברובן, פרי של בחינת התשתית העובדתית שהונחה בפניה, של העמדות השונות שנסקרו, של המסקנות שנלמדו מהמלצותיהן של ועדות קודמות וכן של ניסיון חבריה ומיומנותם. אפשר אמנם, שבנוגע לחלק מן ההמלצות שנתקבלו ניתן היה לבחון היבטים נוספים, ולא מן הנמנע שקיימים מקורות מידע שהיו תורמים ומשפרים את התוצאה הסופית. עם זאת, כאמור, השאלה אינה אם ניתן היה לבחון אינפורמציה או נתונים נוספים, אלא אם כלל המידע שעליו הושתתו ההחלטות, הוא כזה שאדם סביר היה סומך עליו ומשתית עליו את החלטתו (בג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337 (1972); משפט מינהלי, בעמ' 446-447). בענייננו, מצאתי כי התשתית העובדתית שעליה נסמכו המלצות ועדת הבר – על היקפה ותוכנה – הינה, ברובה, מספקת וסבירה.

40. עם גיבוש דו"ח הוועדה, הונחו ההמלצות ועיקרי הדו"ח בפני ממשלת ישראל, והוצגו בפניה על-ידי ראש אגף התקציבים במשרד האוצר ויו"ר הוועדה, מר קובי הבר. לאחר בחינת ההמלצות, אישרה ממשלת ישראל, עקרונית, את ההסדרים שהומלצו בדו"ח. גם בנקודה זו, אפשר שהיה ניתן להעמיק עוד בבחינת ההמלצות ולקיים לימוד יסודי יותר של השלכות השונות הטמונות בהן, ואולם, לא מצאתי כי אישור הממשלה

את ההמלצות נעשה בחטף או במחי יד, או כי לא ניתנה להן תשומת לב סבירה בטרם אישורן. לאחר אישורה העקרוני של הממשלה, הוגש דו"ח הבר למועצה, ואושר על-ידה בהחלטה מס' 1067. במקביל, החליטה המועצה להקים צוות לעיבוד מסקנות הדו"ח לנוסח סופי של החלטות מועצה. בהמשך, הובאו ההחלטות הסופיות לאישור המועצה. קודם להצבעה במועצה, התקיימו דיונים שונים, שבגדרם הונחו בפני המועצה, בצד הדו"ח, גם החומרים הגולמיים שהביאו לגיבושו, ובכלל זה ניירות העמדה של הגופים השונים, לרבות העותרים, וכן שינויים מסוימים שהוכנסו בהחלטות ביחס לדו"ח הבר. יצוין, כי עצם הכנסתם של שינויים בהחלטות ביחס להמלצות, גם אם מדובר בשינויים שמשמעותם מוגבלת, יש בה כדי ללמד כי המועצה לא שימשה "חותמת גומי", ובחנה את הדברים בכובד ראש. בחודש מרץ 2007 אישרה המועצה את נוסחן הסופי של החלטות 979 ו-1101.

41. עינינו הרואות, החלטות 979 ו-1101 נתקבלו – על מרבית מרכיביהן – בהליך מסודר, מקצועי ושיטתי, שנתן דעתו לפגמים שנפלו בעבר וביקש לתקנם. במסגרת הדיונים בוועדה, שהורכבה מחברים מתחומים רלוונטיים שונים, הוענקה זכות טיעון לגורמים הנוגעים בדבר, נבחנו מסמכים ומקורות מידע, וההחלטות שנתקבלו בסופו של דבר, בוססו על תשתית עובדתית הולמת. במבט רחב, לא מצאתי כי נפלו פגמים בהליך קבלת ההחלטה המצדיקים את התערבותו של בית משפט זה. חרף האמור, במהלך בחינת ההחלטות לגופן מצאתי לתת דעתי גם לדרך בחינתן של שאלות פרטניות שהועלו בהן, ולתשתית שעמדה בבסיס המסקנות. במסגרת בחינה זו מצאתי, כפי שיובהר להלן, כי באחת הסוגיות המרכזיות שהוחלטו בגדרה של החלטה 979, היא סוגיית השכרת המבנים לתעסוקה לא חקלאית, לא התקיימה בחינה מספקת של התשתית העובדתית. ארחיב בשאלה זו להלן, בפרק שיוחד לה.

האם בעת קבלת החלטות 979 ו-1101 ניתן משקל הולם לשיקולים השונים

(א) סבירות ההחלטות – כללי

42. החלטה מינהלית תיחשב להחלטה סבירה אם קבלתה היתה תוצאה של איזון בין שיקולים ואינטרסים רלוונטיים שונים, ואם ניתן לשיקולים אלה משקל הולם בנסיבות העניין. כפי שנאמר בעבר –

"סבירות היא לעולם פועל יוצא של הגורמים הרלוונטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים. מושג הסבירות מניח תפיסה פלורליסטית, המכירה בקיומם של מספר שיקולים ראויים והמבקשת

לאזן ביניהם על ידי מתן משקל 'ראוי' ליחסים הפנימיים שביניהם (...) משקלם 'הראוי' של הגורמים הרלוונטיים נקבע על פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה), אשר סבירותה עומדת לבחינה. אכן, משקל 'ראוי' אינו תופעת טבע הטבועה בגורמים הרלוונטיים. משקל 'ראוי' לא נקבע על-פי דוקציה לוגית (...) משקל 'ראוי' הינו הערכה, עד כמה הגורמים השונים מקדמים את המטרות אשר הפעולה (או ההחלטה) באה להגשים" (בג"צ 935/95 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513 (1990)).

בהתאם לכך, החלטה עלולה להיות פגומה, אפילו שקלה הרשות שיקולים ענייניים בלבד ולא בא זכרו של שיקול זר בין שיקוליה, אם האיזון הפנימי בין השיקולים, והמשקל היחסי שניתן לכל שיקול, היו מעוותים (ראו בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור פ"ד לה(1) 421, 437 (1980) (להלן: עניין דפי זהב); בג"צ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 6.12.2007) (להלן: עניין אמונה); עע"מ 8284/08 תעשיית אבן וסיד בע"מ מינהל מקרקעי ישראל, סעיף 30 (לא פורסם, 13.9.2010); משפט מינהלי, בעמ' 725).

(ב) סבירות החלטות המועצה בענייננו – כללי

43. בחינת סבירות החלטותיה של המועצה בענייננו מצריכה עמידה על טיב השיקולים שנשקלו על-ידה, בכוח ובפועל, בעת קבלת ההחלטה; על אופן עריכת האיזון ביניהם ועל המשקל שניתן לכל שיקול כשם שהוא מתגלם בהוראותיה. לשם כך יש לפנות, בראש ובראשונה, אל מקור הסמכות. זה מצוי בסעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל תש"ך-1960 (להלן: חוק המינהל) שקובע כי-

הממשלה תמנה מועצת מקרקעי ישראל שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל, תפקח על פעולות המינהל ותאשר הצעת תקציבו שייקבע בחוק.

הא ותו לא. עניינו הרואות, המחוקק נמנע מלהתוות את שיקול הדעת שעל בסיסו תפעיל מועצת מקרקעי ישראל את סמכותה או את אמות המידה, העקרונות, הערכים והמטרות שעליה לשוות לנגד עיניה, והסתפק בתיבה הכללית "המדיניות הקרקעית", המותירה בידי המועצה סמכות רחבה במיוחד, נטולת הנחייה פרטנית, לקבל את החלטותיה. הגם שכפי שנקבע בפרשת שיח חדש, פרקטיקה זו של "חקיקה עצלנית", אינה שוללת את עצם סמכותה של המועצה להוציא מתחת ידה החלטות הקובעות הסדרים מעין אלה (עמ' 57-58), ביקורת רבה נמתחה על המציאות זו בספרות ובפסיקה (ראו למשל דפנה ברק-ארז "דונם פה דונם שם: מקרקעי ישראל בצבת

האינטרסים" עיוני משפט כא(3) 613, 634-635 (1998) (להלן: דונם פה ודונם שם)).
 ואולם, גם בהינתן מתחם שיקול הדעת הרחב העומד בפני המועצה, וההלכה הרחבה
 הקובעת כי בית המשפט לא ישים עצמו בנעליה של הרשות המינהלית המוסמכת,
 הנהנית ממיומנות וממקצועיות רלוונטיות (ראו למשל בג"צ 2324/91 התנועה למען
 איכות השלטון נ' המועצה הארצית, פ"ד מה(3) 678 680-681 (1991); עע"מ 3478/07
 ביקל נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה/מחוז מרכז (לא פורסם, 29.6.2009), שם צוין כי
 בית המשפט אינו מוסד תכנון על, והתערבותו בהחלטותיהם של גופים תכנוניים
 מוגבלת למקרים מיוחדים), אין מדובר במרחב בלתי מוגבל.

מועצת מקרקעי ישראל, הקובעת את המדיניות שלפיה פועל המינהל, חבה
 חובת נאמנות לציבור כמי שבידיה הופקדה אחריות על האינטרס הציבורי (ראו בג"צ
 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745-746
 (1980); עניין שיח חדש, בעמ' 64; רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד
 נ(1) 221, 231 (1995)). ככל רשות מינהלית, נתונות גם החלטות המועצה לביקורת
 שיפוטית, ואם מתברר כי נפל בהן פגם, כגון שהן מפלות, בלתי סבירות או מבוססות
 על מטרות זרות או שיקולים בלתי רלוונטיים, עשוי הדבר להביא לפסילתן (ראו למשל
 עע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן (טרם פורסם, 6.10.2009) (להלן: עניין נאמן);
 בג"צ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 858 (1993)). ההקפדה
 על הנורמות האמורות מתחדדת במאטריה שלפנינו, נוכח העובדה שהשאלות שעל
 הפרק, עניינן בתחום המקרקעין, שעל חשיבותו המיוחדת כמשאב מוגבל, בפרט
 בישראל צרת הגבולות, עמד בית משפט זה פעמים רבות (ראו למשל ע"א 3901/96
 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 938-939 (2002)
 (להלן: עניין הורוויץ); ראו גם בפרשת שיח חדש, עמ' 62-63). חשיבותן של השאלות
 ניכרת גם נוכח היקפן ומשמעותן של הסוגיות התכנוניות הכרוכות בהכרעות שבעניינו,
 שאינן מתמצות עוד – כבעבר – רק בשימושי קרקע למיניהם "אלא בתפישה סביבתית
 כוללת של חברה, של כלכלה ושל איכות חיים בעיר ובכפר" (בג"צ 2920/94 אדם טבע
 ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, פ"ד נ(3) 441, 454-455 (1996); עע"מ
 10277/06 חברת פנינת אילת בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז דרום, סעיף
 12 (לא פורסם, 15.9.2010)).

44. בקבלת החלטותיה, רשאית המועצה לשקול רק שיקולים ענייניים המשרתים
 את הסמכות שבה היא מחזיקה ונועדו להגשים אותה (ראו ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ'
 נציב המים, פסקאות 41-42 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם,
 5.6.2011). כן, מחויבת המועצה בשקילת כל השיקולים הרלוונטיים ואין היא רשאית

להתעלם משיקול שהוא ממין העניין (ראו עניין אמונה, סעיף 2 לחוות דעתי (לא פורסם, 6.12.2007)). מעצם תפקידה של המועצה כמי שמתווה את המדיניות הקרקעית, נגזרים מספר שיקולים בעלי אופי כללי שעליה להציב לנגד עיניה בעת הפעלת הסמכות. שיקולים אלה כוללים, בין היתר, את אלה הבאים:

(I) שיקולים תכנוניים

45. הליכי התכנון במדינת ישראל, שכוללים את קביעת יעדי התכנון והמסגרת התכנונית, מופקדים לפי חוק התכנון והבנייה בידיהן של רשויות תכנון שונות, ובכלל זה המועצה הארצית לתכנון ולבניה, הוועדות המחוזיות והוועדות המקומיות. רשויות אלה משמשות כגופים המקצועיים המחזיקים בראייה תכנונית כוללת, אשר באה לידי ביטוי מעשי באמצעות תכניות מתאר ברמה הארצית, המחוזית והמקומית. הקפדה על הכללים המותווים בתכניות אלה נושאת חשיבות רבה, באשר הן משמשות כלי רב ערך בהגשמת יעדים חברתיים, תוך איזון בין קניינו של הפרט לבין הצרכים הציבוריים (ראו עניין הורוויץ, בעמ' 938-939; ע"א 8797/99 אנדרמן נ' ועדת הערר המחוזית לפי חוק התכנון והבנייה-חיפה, פ"ד נו(2) 466, 478-479 (2001)). הדברים מקבלים משנה תוקף לאור אופיים האמור של המקרקעין כמשאב מוגבל, במיוחד במדינה קטנת מימדים וצפופה כישאל, והנחיצות הנובעת מכך בתכנון מדוקדק בטרם ביצוע מהלכים בקרקע, שהרי כמעט בלתי אפשרי לתקן טעויות תכנוניות לאחר שנעשו.

46. אך גופי התכנון אינם היחידים שפעולתם כורכת סביבה היבטים תכנוניים. גם להחלטותיה של מועצת מקרקעי ישראל, הקובעת לפי סעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960 (להלן: חוק המינהל) את המדיניות שלפיה פועל המינהל, נודעת השפעה על תכנון השימושים במקרקעי ישראל (ראו דפנה ברק-ארז ואורן פרוז תכנון במקרקעי ישראל: לקראת פיתוח בר קיימא משפט וממשל ז(2) 867, 872-877 (2004) (להלן: ברק-ארז ופרז)). משכך, כמי שמשמשת נאמן הציבור, שומה על המועצה, בקבלה את החלטותיה, ליתן משקל מרכזי לשיקולים תכנוניים, ובכלל זה ליעדי התכנון שנקבעו על-ידי הגופים המוסמכים, ולהתאים את החלטותיה ליעדים אלה. כשם שנקבע בע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל-מחוזי ירושלים, פ"ד נג(1) 743, 759 (1999) (להלן: עניין כהן)-

"שקילת השיקול התכנוני שעליו חיוותה העירייה את דעתה, באה במסגרת חובתו של המינהל לפעול בסבירות (...). וזאת חרף העובדה שאין הוא הרשות המוסמכת לענייני תכנון ובנייה. מינהל מקרקעי ישראל, כמו גם רשויות התכנון והבנייה, הינן רשויות מינהליות,

הפועלות מכוח חוק על-מנת לשרת את אינטרס הציבור, כל רשות בתחומה היא. נוכח הזיקה ההדוקה בין ניהול מקרקעי ישראל מחד גיסא, ובין היבטי תכנון ובנייה המצויים בתחומן של הרשויות המופקדות על כך מאידך גיסא, מן הראוי הוא שתתקיים מידה של שיתוף פעולה בין הרשויות המוסמכות, על-מנת שכל רשות תוכל להציג בפני רעותה שיקולים רלוונטיים הקשורים בתחום שעליו היא מופקדת (...) במקרים שבהם שיקולים שעליהם אמונות רשויות התכנון והבנייה, עשויים להשליך על ניהול מקרקעי ישראל בידי המינהל, יובאו אלה במניין שיקוליו בטרם יפעיל האחרון את סמכותו. שהרי, ככלות הכול, האינטרס הציבורי וטובת הכלל הם המשמשים "עמוד האש" המדריך את פעולתן של הרשויות כולן" (עמ' 759-760).

47. בהקשר זה ייאמר, כי ככל שהחלטת המועצה אינה עולה בקנה אחד עם המגמות התכנוניות שבתוקף, לא ניתן להסתפק בדרישה הקיימת כי זו תאושר על-ידי מוסדות התכנון כדי לצאת ידי חובת מתן משקל לשיקולים התכנוניים. אכן, כפי שצוין בפרשת שיח חדש בהתבסס על האמור בדו"ח ועדת מילגרום, והוזכר אף בדברי היועץ המשפטי לממשלה בהתייחס להחלטה 979, מצב שבו החלטה שהתקבלה על-ידי המועצה אינה עולה בקנה אחד עם המגמות התכנוניות, עלול להוביל גורמים מעוניינים להפעיל לחץ על גופי התכנון לאשר את אשר כבר ניתן למתיישב בהחלטת המועצה. הדבר עלול לגרור גופים אלה לאישורן של תכניות בלתי רצויות מבחינה תכנונית (עמ' 70 לפסק הדין). משכך, שומה על המינהל ועל המועצה, כמי שמחויבים בשמירה על האינטרס הציבורי מכוח תפקידם המיוחד, שלא יציבו מכשולים בפני גופי התכנון, שיקשו עליהם לעמוד בפני בקשות העומדות בניגוד לאינטרס זה (עניין כהן, עמ' 164). המועצה מחויבת, אפוא, לתת דעתה לשיקולי התכנון עוד בטרם תקבל החלטה, לפני שייקבעו "עובדות בשטח" או שתיווצר דינאמיקה שתלך ותתגלגל עד כי יהיה קשה להשיבה לאחור. עוד יודגש, כי כאמור, בדברנו על שיקולים תכנוניים, אין מדובר אך במוכנו הגרעיני, הצר והחד ממדי של המונח, אלא גם בשיקולים חברתיים וסביבתיים וכן שיקולים ארוכי טווח מתוך אחריות ציבורית, לאומית וחברתית, במבט להווה ולעתיד גם יחד" (עמ' 1446/06 הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מרכז נ' השתתפויות בנכסים בישראל בע"מ, סעיף 17 (לא פורסם, 21.9.10); ראו גם עמ' 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ, סעיף 30 (לא פורסם, 20.10.10) (להלן: עניין איגנר); עמ' 8193/02 ראובן נ' פז חברת נפט בע"מ, פ"ד נח(2) 153, 162 (2003)).

48. נדמה שלא יכולה להיות מחלוקת כי ההחלטות נושא העתירות דנות במאטריה הטומנת בחובה, ולו באופן פוטנציאלי, משמעות תכנונית, כך בנוגע להיקף הבנייה, לשימוש בקרקע לצורך תעסוקה לא חקלאית, לשמירה על שטחים פתוחים וליחס שבין

הכפר לבין העיר בתחומי המגורים והתעסוקה. אכן, בחוות דעתם עמדו היועצים המשפטיים לממשלה על קיומן של השלכות תכנוניות ניכרות להחלטה 979 המקורית. חלק מהשלכות אלו נותר רלוונטי גם לאחר השינויים שהוכנסו, וקבלת החלטה 979 החדשה ועימה החלטה 1101. על רקע המשמעות התכנונית האמורה, כללה, כאמור, ועדת הבר בין חברה ובין הגורמים שליוו את עבודתה, אנשי תכנון מנוסים בתפקידים בכירים. במצב דברים זה, יש לבחון אם בעת קבלת ההחלטות, ניתן משקל מספיק לשיקולים תכנוניים ולמגמות התכנוניות הרווחות, ואם נעשה ניסיון ליישב את תוכן ההחלטות עם מגמות אלו.

49. כיצד ניתן לאתר את המגמות התכנוניות הקיימות? מקור מרכזי לעמידה על מגמות אלו הוא תכנית המתאר הארצית שבתוקף, היא תמ"א 35. תמ"א 35 מגדירה בין מטרותיה, מתן מענה תכנוני לצורכי הבנייה והפיתוח של מדינת ישראל, תוך הכוונת עיקר הפיתוח למרקמים העירוניים וצמצום תופעת הפרבור; שמירה על עתודות קרקע עבור הדורות הבאים, תוך הקפדה על ערכי טבע, חקלאות, נוף ומורשת, ועל האופי הכפרי של ההתיישבות החקלאית; ומתן עדיפות לפיתוח הפריפריה. על מטרות אלה, בעיקרן, עמדה גם ועדת מילגרום, שציינה כי "בנייה בהיקף רחב בשטחים חקלאיים במסגרת הכפלת השטח הבנוי בישראל עלולה להיות בכייה לדורות, שכן לשטחים הפתוחים יש ערך רב חשיבות. בינוי נרחב בשטחים הפתוחים יפגע בדורות הבאים שעלינו להתחשב גם בצרכיהם". משכך, המליצה ועדת מילגרום "להתמקד בעיבוי וחיזוק הערים, ובמקרה שהדבר הכרחי – לבנות בנייה רוויה בשולי הערים בלבד" (עמ' 60 לדו"ח). יעדי התכנון האמורים נכללו גם בחוות דעתו של היועץ המשפטי מזוז בנוגע להחלטה 979 המקורית, שם ציין כי-

"מגמת הפרבור (...) צפויה לייצר תהליך של שאיבה של שטחי מסחר ותעסוקה מיישובים עירוניים אל יישובים חקלאיים וכפריים, וזאת תוך תחרות בלתי הוגנת עם שטחי המסחר והתעסוקה בערים ופגיעה ביכולת הקיום של היישובים העירוניים הסמוכים, ותוך השלכות על איכות החיים והסביבה ביישובים חקלאיים" (עמ' 5 לחוות הדעת).

בדומה, התייחס אף בית משפט זה בפרשת שיח חדש ליעד התכנוני שבמניעת פרבור, בציינו כי משיכת "אוכלוסייה חזקה יחסית אל מחוץ לערים" הינה "תופעה אשר אינה עולה בקנה אחד עם מגמות התכנון. יש בה גם להגדיל את עומסי התנועה בין הערים לבין הפריפריה, תופעה לא רצויה כשלעצמה" (עמ' 77).

המועצה מחויבת, אפוא, לתת דעתה לשיקולים תכנוניים ולהבטיח כי החלטתה תעלה בקנה אחד עם יעדי התכנון שבתוקף, בטרם תקבל החלטה שהיא בעלת השלכות על יעדים אלה.

(II) שוויון וצדק חלוקתי

50. שיקול כללי מרכזי שני הוא זה של הגשמת הערך בדבר צדק חלוקתי בין קבוצות אוכלוסייה מובחנות שחבריהן חולקים מאפיינים משותפים. עיקרון זה, שהפסיקה והספרות טרם עמדו על מלוא משמעויותיו, מתרכז ביחס שבין קבוצות וקהילות נבדלות – להבדיל מן הדיון המסורתי בעיקרון השוויון המתמקד בהשוואה בין יחידים – ובצורך להעניק משקל סביר לצרכיה של כל קבוצה ולאינטרסים הרלוונטיים לה בעת גיבוש מדיניות (ראו דפנה ברק-ארז "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"צ הקרקעות החקלאיות" המשפט י' 291, 302 (2005) (להלן: ברק-ארז); משפט מינהלי, בעמ' 708-710). בהתאם לשקילה זו, ועל יסוד שיקולים רחבים של שוויון מהותי, של צדק, של הגינות, וכן של האינטרס הציבורי בכללותו, נקבעים הקריטריונים החלוקתיים שעל בסיסם מוענקים טובין ציבוריים. במסגרת זו, ניתן לתת את הדעת לשיקולים היסטוריים, הנוגעים, בין היתר, לזכויות הפורמאליות שרכשה אותה קבוצה בדרך קניינית; לזיקתה ולחיבורה לקרקע באמצעות עבודה (ועל כך ראו יוסי דהאן "למי שייכת האדמה הזו?" – על זכויות ותפיסות צדק חלוקתי" משפט וממשל ח(1) 223, 231 (2005) (להלן: דהאן)); לתרומתה האפשרית של אותה קבוצה לשיפור מצבו של הכלל; ולקשיים שנתקלה בהם, בפרט ככל שאלה היו כרוכים בהגשמת מטרות החורגות מאלה של הקבוצה, שאחרת ייוותרו קשיים אלה, ששירתו את הכלל, על כתפיה הצרות של קבוצה אחת (ראו והשוו בתחום הפקעת המקרקעין, בג"צ 3421/05 מח'ול נ' שר האוצר, סעיף 34 לפסק הדין (18.6.2009)). כן יש מקום להעמיד לנגד העיניים שיקולים ארוכי טווח, הנוגעים להשלכותיה העתידיות של בחירה חלוקתית מסוימת על הדורות הבאים (ברק-ארז, בעמ' 303; ברק-ארז ופרז, בעמ' 894-890; ראו גם: David Harvey *Social Justice and the City* 101-108 (1973); Jhon Rawls *A Theory of Justice* 284-293 (1971)). הדברים מקבלים משנה תוקף כשהטובין שבהם מדובר – עניינם בשימושים במקרקעין, שהם, כאמור, משאב מוגבל בעל רגישות מיוחדת, בפרט במדינת ישראל. בהקשר זה נאמר בפרשת שיח חדש כי-

"הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים. לדברים אלה משקל מיוחד במקרה שבפנינו. מינהל מקרקעי ישראל הינו גוף המופקד על כלל מקרקעי ישראל. לא ניתן

להפריז בחשיבותו של נכס זה ובחשיבות שיש לחלוקתו ולהקצאתו באופן צודק וראוי (...). קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על-ידי המדינה או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר".

ועוד-

"בדברים אלה אין, כמובן, כדי להכתיב למדינה או לרשויות הפועלות מטעמה פתרון מסוים אחד. בעיצובן של החלטות מן הסוג שמדובר בו ישנו תפקיד נכבד להכרעות ערכיות. מאליו ברור, כי סדר עדיפויות ערכי שונה יכול להכתיב דרך חלוקה שונה בלא שהדבר יהא בלתי חוקי. ברם, מכך אין נובע כי כל חלוקה תהא בהכרח חוקית. על הרשות הקובעת את אופן חלוקת המשאבים שעליהם היא מופקדת, להביא בחשבון את מכלול ההשלכות וההקשרים שיש להחלטתה ולתת להם משקל ראוי במסגרת סדר העדיפויות שבחרה בו" (עמ' 64-67).

לשיקולי צדק חלוקתי יש ליתן, אפוא, משקל ניכר בעת קבלת החלטות שעניינן זכויות ושימושים במקרקעי ישראל.

(III) אכיפת החוק

51. שיקול כללי נוסף שמן הראוי שיוצב בראש מעייניה של המועצה בעת שהיא מתווה את החלטתה, הינו זה של שלטון החוק ואכיפת החוק. אכן, עקרון יסודי בשיטתנו הוא כי הפרטים אינם יכולים לעשות ככל הישר בעיניהם ולפעול על-פי רצונותיהם ושיקוליהם הבלתי מוגבלים, ובמעשיהם, כפופים הם לנורמות קבועות ויציבות הפועלות על הכל במידה שווה (ראו דברי הנשיא שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 261 (1985); ראו גם ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, סעיף 14 (לא פורסם, 9.12.2008); בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' וועדת השחרורים, פ"ד נה(2) 838 (2001)). כדי לאפשר מסגרת חברתית שבה ניתן יהיה לפעול לפי כללי משחק ידועים המאפשרים מידה של ביטחון ומקדמים סדר ציבורי, שומה, אפוא, על הפרטים החיים במדינה ועל רשויות השלטון לפעול על-פי חוק, גם אם סבורים הם כי מן הראוי לתקנו (זהו שלטון החוק במובנו הפורמאלי, ראו, בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986); ראו גם אמנון רובינשטיין "שלטון החוק: התפיסה הפורמלית והמהותית" הפרקליט כב 453 (תשכ"ו)). מרכיב מרכזי נוסף של שלטון החוק, הוא ידיעתו של מפר החוק, כי בעשותו כן צפוי הוא לסנקציה מאורגנת של החברה. אכן, שלטון החוק מחייב שוויוניות והיעדר שרירותיות באכיפתו, שאחרת ייעשה החוק פלסטר, ייפגע

אמון הציבור בשלטון ותישחק ההרתעה מפני אפשרות הפרתו (ראו עניין מנאע, סעיף 27; ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 456, 441 (1993); ראו גם אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 116-122 (2004)). אכיפת החוק באופן בלתי שוויוני אף עלולה להביא למצב שבו חוטא יוצא נשכר, שהרי מפר החוק נהנה מפרי הפרתו (ראו ע"א 6416/01 בבנישתי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נז(4) 197, 206 (2003)).

כך באופן כללי וכך גם בהקשר הדברים שלפנינו, הנוגע לפעולה בהתאם לחוק בתחום של שימושים בקרקע ושל עבירות תכנון ובנייה, לאור משמעותם המיוחדת של דינים אלה "בהגנה על האינטרס הציבורי בדבר בנייה מסודרת ומאורגנת, הנתונה לפיקוח נאות, ובדבר הבטחת תנאים סביבתיים נאותים, כדי למנוע מפגעים שעלולים להיגרם מבנייה פרועה" (ראו ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה- נתניה, פ"ד מו(5) 727 (1992)). על אי ההקפדה על דיני התכנון והבנייה, בבחינת "איש הישר בעיניו יעשה", שהייתה לחזון נפרץ, נאמר כי "זוהי פגיעה חמורה וקשה בשלטון החוק, המזולזל לעין השמש, ואין איש שם לב לאזהרות הגורמים המוסמכים ולפסקי הדין של בית המשפט" (ראו ע"פ 917/85 הוועדה המקומית גליל מזרחי נ' אבו נימר, פ"ד מא(4) 29, 31 (1987); ראו גם ע"מ 3319/05 פונטה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה באר-שבע (לא פורסם, 1.8.2005) (להלן: עניין פונטה)).

52. מציאות זו, והנזקים ארוכי הטווח הנובעים ממנה, אף הולידו אמירות בפסיקה הקוראות להטלת עונשי מאסר בפועל בשל עבירות לפי חוק התכנון והבנייה (ראו למשל ר"ע 23/83 פור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 533 (1983); ע"פ 917/85 הוועדה המקומית נ' אבו נימר, פ"ד מא(4) 29 (1987); ע"פ 4603/90 גבירצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 529, 554-555 (1993)). אין גם חולק כי מוסדות התכנון – והמועצה השוקלת שיקולים תכנוניים בגדר כך – רשאים לשקול את ההגנה על שלטון החוק ואי עידודה של עבריינות בין שיקוליהם (ראו למשל עניין פונטה; ע"מ 6807/07 אוהרנטיאן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (לא פורסם, 28.5.2008); עניין איגנר, סעיף 30). בעניין זה אף נקבע בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 8.1150 מיום 24.1.2001 – כי

"אין זה מופרך, כי במסגרת מכלול השיקולים שרשאית ועדת התכנון לשקול לעניין הטיפול והאישור של תכנית המוגשת לה על-ידי מי שתלויים ועומדים נגדו הליכים פליליים, כאמור, רשאית היא להביא בגדר שיקוליה גם את העובדה שמדובר בבקשה המיועדת להכשיר בדיעבד עבירות בנייה, וכן את השיקול של מניעת עידוד עבריינות בנייה".

אמנם, אין להתעלם מכך שרשויות מינהליות פועלות תחת אילוץ משאבים שעשויים להביאן, לעיתים באופן מודע, שלא להפעיל באופן מלא את סמכויות האכיפה הנתונות להן, כשאלו כרוכות בקשיים המחייבים השקעה מיוחדת (ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 36-42 (2008)). כפי שציין השופט י' זמיר באחת הפרשות –

”אכיפת החוק, כל חוק, היא יסוד מוסד של שלטון החוק(...) הרשויות המוסמכות אינן רשאיות להתנער מתפקיד זה (...) עם זאת, התפקיד של אכיפת החוק מוטל על הרשויות המוסמכות על המינהל הציבורי ולא על בית המשפט. בידי הרשויות המוסמכות מופקדים המשאבים הנדרשים לאכיפת החוק. משאבים אלה לעולם אינם מספיקים לצורך אכיפה מלאה של כל החוקים. לכן שומה על הרשויות המוסמכות לכלכל את צעדי האכיפה במסגרת המשאבים, בהתאם למדיניות האכיפה ולפי סדרי עדיפות המשתנים עם הנסיבות” בג”צ 551/99 שקם בע”מ נ’ מנהל המכס והמע”מ, פ”ד נד(1) 112, 124 (2000).

ברי גם, כי על אף שיש לעשות כל שניתן לשם מיצוי הדין עם מפרי החוק, מוטב לעיתים – על רקע קשיי האכיפה וריבוי העבריינים, ובאין חלופה מעשית אחרת – “להסתפק” בהטלת סנקציה מוגבלת על פני אי הטלת סנקציה כלל, בבחינת “תפסת מרובה – לא תפסת”. כך, הן משיקולי הרתעה, הן משיקולים שבאמון הציבור. עם זאת, עצם הלגיטימיות שבשקילת קשיי אכיפה ושיקולים תקציביים אינה משמיעה דבר בנוגע למידה שבה ראוי לתת לאלה משקל. נוכח חשיבות שמירת החוק, בפרט במאטריה נושא דיוננו, אין להתעלם מהקושי בהעלאתו של שיקול זה עד כדי הכשרת הפרות חוק רק על שום הקושי למנען.

נעמוד עתה על יישומם של שיקולים אלה בגדרן של ההחלטות שלפנינו, ונבחן את סבירותן.

(ג) החלטה 979 לעניין בנייה למגורים במגזר המושבים

53. בבסיס הוראותיה של החלטה 979 עומד איזון שנעשה בין מספר יעדים שאותם ביקשה המועצה להגשים בעת קבלתה. כמפורט בהחלטה, חקלאי המבקש להצטרף להסדר שבה רשאי לבחור בין שתי חלופות: אחת שהינה חלקית, המעניקה לו בתמורה ל-3.75% מערך הקרקע מאגר זכויות מוגבל, ושנייה – מלאה, המאפשרת לו לרכוש את מלוא הזכויות בחלקת המגורים כנגד 33% מערך הקרקע. מהם השיקולים אשר עמדו ביסודם של הסדרים אלה וכיצד בוצע האיזון ביניהם?

(i) השיקול בדבר עיגון זכויות החוכר החקלאי בקרקע

54. לדברי המדינה, היעד המרכזי שעמד בבסיס התווית ההסדר במושבים, וזכה לביטוי כבר במסגרת הסדר הזכויות החלקי, הוא זה של חיזוק וביסוס זכויות החוכר החקלאי בחלקת המגורים. המועצה ביקשה לשים קץ לאי הודאות המלווה את המתיישבים החקלאיים לאורך שנים, שהתבטאה באפשרות המרחפת כל העת, כי במקרה של שינוי ייעוד הקרקע או במקרה שיחדלו מלעבד אותה, יאלצו המתיישבים להשיבה אל המינהל (סעיפים 7, ו-10 להחלטה מס' 1 של המועצה). אכן, אף כי בפועל, נמנע המינהל מלדרוש באופן חד-צדדי את השבת הקרקע שעליה מצויה חלקת המגורים של החקלאי, ואף כי כשם שמציינת פרופ' דפנה ברק-ארז, ניתן היה לצפות כי הממשלה תימנע אף היא מלפעול בניגוד לציפיותיהם של החקלאים להוסיף ולחכור את הקרקע שאותה עיבדו שנים ארוכות (ראו דונס פה ודונס שם, בעמ' 614-615; דפנה ברק-ארז "מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המינהלי", בתוך צדק חלוקתי בישראל 203, 212 (מנחם מאוטנר עורך, 2000) (להלן: צדק חלוקתי בהליך המינהלי)), ביקשה המועצה להפיג את החשש המקנן בליבו של החקלאי כי יידרש להשיב את הקרקע שעליה עמד בית מגוריו לפי חוזה החכירה.

55. השיקול בדבר הצורך לעגן את זכויות החקלאי בחלקת המגורים לא נולד לראשונה בהחלטה 979. בעמדה זו החזיקה עוד קודם לכן ועדת מילגרום, אשר המליצה בעמ' 2 לדין וחשבון מטעמה "על חיזוק וביסוס זכויות החוכרים החקלאיים בתנאי "נחלה" בחלקת המגורים", וזו אף היתה עמדתם של שני יועצים משפטיים לממשלה בחוות דעתם בנוגע להחלטה 979 המקורית. אכן, ענייננו בבית מגורים, שאינו ככל נכסיו של אדם, אלא הוא מבטא "את הקשר שבינו לבין מרכז חייו, הציר שסביבו סובבים חייו מבחינה מעשית, פיסית ורגשית" (ע"א 4127/95 זלקינד נ' בית זית, פ"ד נב(2) 306, 319 (1998); ראו גם: רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550, 566 (1994); ע"פ 7453/08 מדינת ישראל נ' אואזנה, סעיף 8 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (לא פורסם 31.12.2008); רע"א 8233/08 כובשי נ' שוורץ, סעיף 33 (לא פורסם, 10.10.2010); על ההיבטים החוקתיים של הזכות לדיוור מינימאלי, ראו גם בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005)).

על אודות הזיקה המיוחדת שבין אדם לבית מגוריו, עמד פרופ' חנוך דגן –

"דירתו של אדם אינה משאב שהחזקה בו הינה מכשירנית או תועלתית גרידא. נהפוך הוא, באופן טיפוסי, אנשים קרובים אצל ביתם (...) שכן, חלק

מזהותם העצמית משתקפת בה: 'ביתי הוא מבצרי', או לפחות 'משכני', שחלק מחיי משוקע בו (...) התערבות של מאן דהוא באופן שבעליה פועל בה, בשליטתו לגביה, נתפסות לפיכך כעלבון, כחדירה בלתי-ראויה למשאב שהינו, במידה גבוהה למדי, סמל של ה'אני', המשיך סימבולי של זהותו העצמית; משאב, במילים אחרות, שתביעתו של בעליו לשליטה בו נתפסת אצלנו כחזקה (...) במיוחד" (חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 371 (2005)).

56. על רקע האמור, נראה כי ההחלטה כי כבר במסגרת הסדר הזכויות החלקי, לא תחול על החקלאי חובת השבת הקרקע למינהל במקרה של שינוי ייעוד, יוצרת איזון בין הרצון בהסדרה פורמאלית של זכות החקלאי בבית מגוריו, שתספק לו ביטחון וודאות, על רקע שנות החכירה הארוכות, הציפיות הסבירות שהתפתחו בעקבותיהן, ועבודת האדמה; לבין העובדה שבפועל, נמנע המינהל מלממש את זכותו זו, ואפשר שבלא הסדר – לא היה זוכה בתמורה כלשהי כנגדה. הגבלת ביטול חובת השבתה של הקרקע לחלקת המגורים, ביקשה להעמיד את ההחלטה באור מידתי, ולחזק את הקשר בין הרציונל שהיא מבקשת להגשים לבין האמצעי שבו נעשה שימוש. יצוין בהקשר זה, כי בניגוד לטענתם של כמה מן העותרים, אין בחלק זה של ההסדר לבדו כדי לסטות מייעודה החקלאי של החלקה. ודוק: לפי סעיף 1.3 להחלטה, תמשיך חובת עיבוד הנחלה לחול גם על מי שהצטרף להסדר, ולפחות יחידת דיור אחת בגודל מינימאלי של 160 מ"ר תישאר צמודה לנחלה, דבר שישמר את קשר המגורים שבין החקלאי לבין החלקה.

(ii) הגמשת השימוש בזכויות הבנייה בנחלה

57. ההסדר החלקי מוסיף ומעניק לחקלאי במושב מספר זכויות נוספות, ובכללן, הזכות לחלק את זכויות הבניה המוקנות לו כשם שיחפוץ, בניגוד למגבלה שהוטלה קודם לכן, ולאכלס את יחידות הדיור הנוספות בבני משפחתו תוך הסרת מגבלת ה"רצף הבין-דורי". לכאורה, ממה נפשך, שהרי היקף הזכויות למגורים נותר כשהיה, וכל שהשתנה הוא החלוקה הפנימית ביניהן וזהות המשתמשים. המדינה נימקה הסדר זה ברצון ליתן חופש פעולה וגמישות רבים יותר לחקלאי בחלקת המגורים שלו וברצון לקדם ערך של התייעלות, שתושג על-ידי צמצום הצורך בפיקוח המינהל על אופן חלוקת זכויות הבנייה למגורים בין יחידות הדיור השונות. עוד נומק ההסדר בטעמים חברתיים הקשורים במחלוקות שהתגלעו בתוך משפחות החקלאים סביב זהות הבן הממשיך.

58. שיקולים אלה, גם אם חלקם נמצאים במעגל הרחב של השיקולים הנוגעים לקביעת המדיניות הקרקעית, רשאית הייתה המדינה לשקול, באשר הם נובעים ונגזרים מן הסמכות, ויש בהם כדי לסייע ולעיתים אף לאפשר את ההסדרים הבאים מכוחה (ראו והשווה המ' 468/81 נוצר חברה לנאמנות בע"מ נ' אורביט מדיסנטרס, פ"ד לה (4) 736, 740 (1981) (להלן: עניין נוצר), שם צוין כי גם שיקולים שאינם נזכרים במפורש בין מטרות התכנון בחוק התכנון והבנייה, עשויים לבוא בחשבון שיקוליהם של הגורמים המתווים את המדיניות התכנונית בקרקע). באשר לשיקול האחרון שהוזכר, הרי שהסדר שטבועים בו אבני נגף למימוש זכויות קנייניות, אין מניעה כי המועצה תשנה אותו כדי להקל על החוכרים להוציא את זכויותיהם אל הפועל. הדבר משקף את המדיניות האמורה בדבר התייחסות לתכנון כאל דבר דינאמי ורחב, שנועד לקדם גם מטרות חברתיות, ציבוריות ואחרות. בפסיקתנו, הוכרו בהקשר זה, בין היתר, שיקולים של עידוד עליה (עניין נוצר); חינוך (בג"ץ 595/75 סלמאן נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים פ"ד ל (3) 337, 353 (1976)); וכן מניעת פגיעה ברגשות דתיים (בג"ץ 237/88 מועצה מקומית גבעת שמואל נ' מנהל משרד הפנים, פ"ד מב (4) 841, 849 (1989)) כשיקולים ששקילתם מותרת על-ידי גופי התכנון. בהמשך לקו זה, איני סבורה כי קיימת מניעה כי יישקלו שיקולים חברתיים של הקטנת החיכוך הפנים משפחתי של החוכרים. גם התכלית בדבר צמצום המגע עם המינהל, פישוט ההליכים והשגת יעילות הינם, לטעמי, שיקולים ענייניים בקביעת ההסדרים הפרטניים בדבר חלוקת הזכויות בקרקע. אלא שכדי לבחון אם ניתן לשיקולים אלה המשקל המתאים, יש לזכור מהם השיקולים העומדים מנגד. זאת נעשה עתה.

(iii) השיקול בדבר שימור אופיו החקלאי של היישוב

59. כפי שהוסבר, מטרת מסירת הקרקע החקלאית למתיישב היתה כי זה יעבדה עיבוד חקלאי, כשכל המרכיבים הקשורים בקרקע, לרבות גודלה, חלוקת מבני המגורים בה וכיו"ב, נקבעו על יסוד מטרה זו. ההוראה בדבר שמירת הרצף הבין-דורי מגשימה עיקרון זה, שכן היא מותנית בהוכחה שאותו בן (או נכד) הוא בעל אמצעים ויכולת להמשיך לעבד את הקרקע. החלוקה הפנימית בין המבנים נועדה אף היא לשרת תכלית זו, שכן מבנים אלה מיועדים לשרת את החקלאי, את הבן הממשיך ואת הנכד הממשיך, שאחרת לא יקבל החקלאי את זכויות הבנייה עבור היחידות הנוספות. ויתור על תנאים אלה מהווה, אפוא, מעבר ממתן זכויות שנועדו לשרת מטרות של עיבוד חקלאי, למתן זכויות לצורך שימוש החוכר-החקלאי, לפי שיקול דעתו. כך, זוכה החקלאי, בתמורה לתשלום דמי חכירה שנתיים סמליים של 2% מן ההכנסה הנקייה, המגיעים כדי 680 ש"ח, ובתמורה לתשלום נוסף של 3.75% מערך חלקת המגורים, בזכות להקים יחידות

מגורים שמספרן מוגבל רק על-ידי מגבלת זכויות הבנייה (375 מ"ר) והמגבלות התכנוניות, ומתאפשר לו להעביר זכויות לקרוב, ולא רק לבן ממשיך, כש"קרוב" כולל, בין היתר, בן זוג, הורה, צאצא וצאצא של בן זוג.

60. ברם, דברים אלה יש לראות על רקע מגמה רחבה יותר שמצאה את ביטויה במספר החלטות שיצאו מתחת ידי המועצה (כדוגמת החלטות 370, 653 ו-426) כמו גם בדו"חות של גופים מקצועיים (כגון דו"ח קדמון ודו"ח הבר), ועניינה הכרה בשינויים שעובר ענף החקלאות לעבר שחיקתו כענף הפרנסה העיקרי של החקלאים בנחלות, הן מסיבות הקשורות בענף עצמו כגון מיכון וניצול יתרונות לגודל, שהביאו לאיחוד משקים ומכסות, הן מסיבות הקשורות בציבור החקלאים, ובכלל זה הזדקנות האוכלוסייה (ראו דו"ח הבר, בעמ' 38-39; על ירידת משקלה של החקלאות במשק הלאומי בשנים שבין 1995 ל-2008 מ-3.3% ל-2.3% מן התוצר, ומ-2% ל-1.7% מן המועסקים, ראו דין וחשבון כלכלי על החקלאות והכפר 2008, באתר משרד החקלאות:

[http://www.moag.gov.il/NR/rdonlyres/A816A9F6-67CF-4F2F-B4A7-](http://www.moag.gov.il/NR/rdonlyres/A816A9F6-67CF-4F2F-B4A7-E6D0B6A102C0/0/report_2008.pdf)

[E6D0B6A102C0/0/report_2008.pdf](http://www.moag.gov.il/NR/rdonlyres/A816A9F6-67CF-4F2F-B4A7-E6D0B6A102C0/0/report_2008.pdf). אכן, חיים אנו בעולם דינאמי, והמציאות ששררה בשנות הקמת המדינה, שונה במאפייניה מזו של ימינו אנו. פועל יוצא של עובדה זו הוא היווצרותן של בעיות דמוגרפיות ביישובים החקלאיים על רקע הידלדלות האוכלוסייה והגבלת היתר המגורים בנחלה רק לבן ממשיך.

61. במצב דברים זה, ביקשה המועצה לאזן בין מה שהגדירה ועדת הבר כ"אינטרס לאומי בהמשך קיומה של החקלאות וההתיישבות החקלאית במדינה", לבין הכרה במציאות המתהווה ושאיפה למצוא פתרונות מעשיים ריאליים. נכון הוא כי ועדת הבר ביקשה בין מטרותיה לפתח את היישוב החקלאי ולשמר את החקלאות, אך הדבר צריך להיעשות תוך תנועה הרמונית עם תנאי המציאות המשתנה, ולא באמצעות כפייה של תנאים המנוגדים לתהליכים טבעיים. על רקע זה, נתנה המועצה דעתה גם לשיקולים נוספים, וביניהם הרצון לקיים את ההתיישבות החקלאית ולהביא למפנה במגמות הדמוגרפיות שבה, שיאפשר גם שיפור של התשתיות הפיסיות; הרצון למנוע התרחבות של היישובים החקלאיים מעבר לסביר, והתפתחות תהליך של פרבור המנוגד למגמות התכנוניות שצוינו; העובדה כי ברבות מן הנחלות מומשו זה מכבר זכויות הבנייה בנחלות עבור הבן הממשיך; העובדה כי במצב הדברים הנוכחי לא מקבל המינהל כל תשלום (זולת דמי החכירה השנתיים הסמליים) בגין זכויות הבנייה הניתנות; וכן שיקולים שעניינם חלוקה צודקת של משאבים ציבוריים וצדק חלוקתי.

62. יתרה מכך, חרף הגריעה המסוימת מאופיו החקלאי של היישוב, כתוצאה מן ההסדר האמור בהחלטה 979, בפועל, במרבית חלקיו של הסדר זה אין כדי להביא לשינוי מרחיק לכת באופיו של היישוב. כך למשל, על אף המשמעות הסמלית הנובעת מביטול הרצף הבין-דורי ועימו החלוקה הפנימית של אחוזי הבנייה, למעשה מדובר בהטבה בעלת אופי מוגבל. אכן, גם לאחר הכניסה להסדר חלקי זה, נותרות בידי החקלאי זכויות בנייה בשיעור של 375 מ"ר, ואף שעתה הוא יכול לחלקן אחרת, ולבנות מספר יחידות דיור גדול יותר, הוא עודנו נתון למגבלה התכנונית של תמ"א 35 – שהוכנסה כתניה בחוזה שבין המינהל לבין האגודה ביישוב החקלאי – אשר מבטאת את השקפת גורמי התכנון בנוגע ליחס הנכון שבין העיר לבין הכפר, וליעד שבמניעת פרבור. בנוסף, וכשם שיובהר להלן, החקלאי מוסיף להיות מחויב בשימורה של יחידת דיור אחת הכוללת זכויות בנייה בנות לפחות 160 מ"ר שתשמש למגוריו בפועל, ובכך יש לצמצם עוד יותר את אפשרויותיו. עניין אחרון זה יש לקרוא לצד החובה שמוסיפה, כאמור, לחול על החקלאי לעבד את הקרקע ולהתגורר בה, דבר שמשמר את אופייה החקלאי, הגם שתוך נכונות להכיר בשינויי העיתים והנסיבות. נכון הוא כי בעקבות ההחלטה, יוכל החוכר לבנות מספר גדול יותר של יחידות דיור שיאוכלסו על-ידי מעגל רחב יותר של קרובים, אך הדבר נועד לשרת גם מטרה שהמועצה ראתה כבעלת חשיבות לאומית, היא המטרה של חיזוק היישובים החקלאיים וחדושם. על השפעתו של ההסדר החלקי על אופיו החקלאי של המושב, יש להתבונן, אפוא, בהקשר המתאים, בשים לב למציאות שברקע ולתכליות הנוספות שביקשה המועצה להגשים.

(iv) השינויים בהסדר ביחס זה ביחס להחלטה 979 המקורית

63. את היקף הזכויות שמקבל החקלאי מכוח החלטה 979 יש לראות גם על רקע היקף הזכויות אשר ניתן לחקלאי כנגד אותו סכום בהתאם להחלטה 979 המקורית. כאמור, בהתאם להחלטה 979 המקורית היה בעל הזכויות בנחלה זכאי, בתמורה לתשלום דמי חכירה בשיעור של 3.75%, להוון את זכויותיו בחלקת המגורים, דבר אשר הקנה לו פטור עתידי מתשלום דמי הסכמה. כפי שהוסבר, החלטה 979 החדשה אינה מאפשרת לבעל הזכויות להוון את הקרקע בתמורה לדמי החכירה האמורים, אלא רק מסירה כמה מן המגבלות המוטלות על שימוש בזכויות הבנייה למגורים, ומאפשרת לו שלא להשיב את הקרקע למינהל כשישתנה ייעודה. לשם היוון הזכויות בקרקע – יהיה על בעל הזכויות לשלם, בהתאם להחלטה החדשה, סכום של 33% מערכה. בכך, ניתן מענה לכמה מן הקשיים שעליהם הצביעו מבקריה של החלטה 979 המקורית, ובכלל זה שני היועצים המשפטיים לממשלה, אשר הביאו בסופו של יום לפסילתה. כך למשל, יש בשינוי שחל בהיקף הזכויות שניתן בתמורה לתשלום של 3.75% מערך

הקרקע, הפנמה של ביקורתו של היועץ המשפטי מזוז, שקבע במכתב שמועץ לשרי האוצר והתמ"ת כי מתן אפשרות להיוון הקרקע בתמורה ל-3.75% – אשר נקבע בהתבסס על שיעורי ההיוון שנקבעו במבצעי ההיוון במגזר העירוני – אינו מתחשב בנקודות המוצא השונות של שני המגזרים, בכל הנוגע לתשלום דמי חכירה ולהיקף הזכויות שניתן לכל מגזר. תוכן ההחלטה בסוגיה זו גם מעניק משקל לעמדת היועץ המשפטי מזוז שלפיה בהחלטה המקורית לא ניתן די משקל לשיקולים של צדק חלוקתי ולטענה כי ההטבות הניתנות בתמורה ל-3.75% מערך הקרקע, חורגות מן התכלית שעליה דובר גם בדו"ח ועדת מילגרומ, בדבר הענקת זכות חוזית לחקלאי בבית מגוריו. לעומתה, ההטבה המרכזית שניתנת במסגרת החלטה 979 החדשה בתמורה ל-3.75% מערך הקרקע, היא ביסוס זכותו של בעל הזכויות בנחלה בחלקת המגורים שלו, ואי חיובו בהשבתה במקרה של שינוי ייעוד.

(v) סיכום ביניים

64. לאחר סקירת מכלול השיקולים שעמדו בבסיס ההחלטה והעמדתם אלה מול אלה, מסקנתי היא כי אין בהסדר הזכויות החלקי שניתן לחוכרים במושבים כדי לחרוג ממתחם הסבירות הנתון למועצה, ואין להתערב בשיקול דעתה. ודוק: נוכח השאיפה להסיר את אי הוודאות שעימה נאלץ החוכר החקלאי להתמודד בנוגע לאפשרות שינוי ייעודה של הקרקע; ההכרה במציאות המשתנה במגזר החקלאי; הרצון להביא להתחדשות ביישובים החקלאיים; הזכויות שקיימות כבר כיום למתיישב החקלאי והמטרות הרחבות הנוספות שיוגשמו באמצעות הסדר זה, יש לקבוע כי תשלום בגובה 3.75%, אשר לפי החלטה 979 המקורית העניק למתיישב סל זכויות גדול בהרבה, מעניק משקל הולם לשיקולים השונים ואינו חורג ממתחם הסבירות.

(vi) פיצול יחידת דיור מן הנחלה

65. הסדר הזכויות החלקי, מאפשר למתיישב החקלאי לפצל יחידת דיור מחלקת המגורים תמורת תוספת תשלום בת 29.25% (ובסה"כ 33%). אפשרות לפיצול חלקת המגורים הוצעה עוד בדו"ח ועדת מילגרומ, שבו הומלץ כי במסגרת חיזוק זכויות החקלאי בחלקת המגורים, תינתן "אפשרות מוסדרת לפיצול מבנה או מגרש מהנחלה" (עמ' 2 לדו"ח), הגם שבהתאם לאותו דו"ח, נדרש החקלאי לשלם סכום של 66% מערך הקרקע עבור הפיצול (סעיף 11-12 לדו"ח). הטעם העיקרי למתן אפשרות הפיצול על-ידי המועצה, כך לפי טענת המדינה, הוא להביא להגדלת האוכלוסייה ביישובים החקלאיים ולקדם בכך מפנה דמוגרפי. בהינתן מטרה זו, סברה אף ועדת הבר כי יש להתיר פיצול של יחידות הדיור הקיימות, שכן יש בכך כדי לקדם את היעד בדבר

העדפת עיבוי ישובים על פני הרחבתם, דבר המביא לפגיעה פחותה בשטחים פתוחים, מגשים מטרות תכנוניות, ומאפשר שימוש בתשתיות קיימות ושיפורן, תחת הקמת תשתיות חדשות. היעד בדבר שמירה על שטחים פתוחים מגשים גם עיקרון של צדק חלוקתי "בין דורי", שכן הוא כולל התייחסות לצרכיה העתידיים של מדינת ישראל, בהותירו עתודות קרקע בלתי מנוצלות עבור דור העתיד, שיאפשרו להם לכלכל את דרכם בכפוף למגבלות דומות לאלה שניצבו בפני קודמיהם (ראו: ברק-ארז ופרז, עמ' 892; ברק-ארז בעמ' 303). לדבר קיימות גם השלכות "תוך-דוריות", על כלל הציבור ועל קבוצות מסוימות באופן פרטני, כאשר "צמצום השטחים הירוקים בשם פיתוח נדל"ני מואץ פוגע לא רק בדור העתיד, אלא גם במעוטי יכולת, שאינם יכולים לרכוש תחליף לשטחים הציבוריים הפתוחים המתכלים – באמצעות רכישת בית פרטי, שלו צמודה חצר רחבת-ידיים, או באמצעות טיול לחו"ל" (ברק-ארז ופרז, בעמ' 894; צדק חלוקתי בהליך המינהלי, בעמ' 214-25). יעד ראוי נוסף שאמצעי זה מבקש להגשים הינו זה של הגברת הגמישות הניתנת לחקלאי בשימוש שהוא עושה בחלקת המגורים, דבר המתיישב עם המפנה שעובר אופיה של החלקה, אשר שומט את הקרקע מתחת הדבקות חסרת פשרות באיסור הפיצול, ומחליש את עוצמת התכליות שעמדו ביסודו.

66. כמה מן העותרים העלו חשש כי פיצול המגרש יאפשר בנייה מאסיבית בניגוד למגמות התכנוניות, ויעודד פרבור. דא עקא, ששלוש הוראות בהחלטה מפחיתות מעוצמתו של חשש זה, הן ההוראה שלפיה פיצול המגרשים ייעשה רק בהתאם להגבלות שנקבעו בתמ"א 35 (סעיף 4.7.1.3 להחלטה 979), ההוראה כי "יחידת דיור קיימת (..) עם זכויות בניה כוללות של לפחות 160 מ"ר, המשמשת בפועל למגורי החוכר, תישאר תמיד צמודה לנחלה ולא תתאפשר פיצולה מן הנחלה (סעיף 4.7.1.1); וההוראה כי "גודל המגרש המפוצל וזכויות הבניה שיוצמדו לו אשר לא יפחתו מ-160 מ"ר, יופחתו משטח חלקת המגורים ומהיקף הבניה הבסיסי למגורים או מזכויות הבניה למגורים הקיימות במועד אישורה של החלטה זו, בהתאמה" (סעיף 4.7.1.4).

בנוגע להוראה הראשונה, הרי שבהכפפת החלטות שבנדון לתמ"א 35, המתווה את מדיניות הבניה, הפיתוח והשימור ברמה הארצית עד לשנת 2020, כתנאי מקדים, ושילובה במערכת החוזית בין המינהל לחוכר, יש כדי לספק תשובה לכמה מן החששות התכנוניים המרכזיים שהביע פורום הערים, כמו גם עותרים נוספים. ודוק: התכנית קובעת רף מרבי דיפרנציאלי לפי היישובים השונים, למספר יחידות הדיור שניתן להקים מכוח תוכניות חדשות, בין היתר ביישובים החקלאיים, דבר שיסייע בשמירת האיזון בין היקף המגורים בכפר ובעיר. עוד נקבעו בתכנית הוראות ביחס למידת צפיפות המגורים ביישובים השונים, תוך מתן עדיפות ליישובים הנמצאים

בפריפריה, דבר שיגשים את השקפת גורמי התכנון בכל הנוגע ליעדים של שמירה על שטחים פתוחים וניצול אופטימאלי של השטח ושל התשתיות הקיימות. אכן, באמצעות הטמעתה של תמ"א 35 בחוזי החכירה, יוכל המינהל להשפיע על אופיים של יישובים אלה ולאכוף את המגמות התכנוניות הקיימות (ברק-ארז ופרז, עמ' 875).

באשר להוראות השנייה והשלישית, שאותן יש לקרוא במאוחד, הרי שכשם שמציינת המדינה, יש בהן כדי לשמר את מגבלת זכויות הבנייה הבסיסיות ולמנוע יצירת זכויות בניה ויחידות דיור בנחלה המפוצלת, יש מאין, שתפר את האיזון בין העיר לבין הכפר ותרחיב את היקף יחידות הדיור מעבר לרצוי על-ידי גורמי התכנון. אכן, משסך זכויות הבניה עומד על 375 מ"ר, הרי שהחובה להותיר 160 מ"ר בשטח הלא מפוצל של הנחלה (בהתאם להוראה 4.7.1.1) מאפשרת להקים בשטח המפוצל בנייה בהיקף מקסימאלי של 215 מ"ר בלבד. מגבלה זו אף מלמדת כי בעל הזכויות בנחלה יוכל לפצל את חלקתו רק פעם אחת ולא יותר, שכן החובה להותיר אחוזי בנייה בשיעור של 160 מ"ר בנחלה ועוד 160 מ"ר בכל יחידה מפוצלת, אינה משאירה לבעל הזכויות די אחוזי בנייה לפיצול נוסף. עניין נוסף שממתן את החשש מפני פרבור נעוץ בכך שכפי שמציינת המדינה, בחלק ניכר מן הנחלות הוקמה זה מכבר יחידת דיור שנייה עבור "בן ממשיך", ובחלק מן המושבים הוקמו גם שכונות בהרחבה קהילתית. במצב דברים זה, נוכח המגבלות הקבועה בתמ"א 35, והקביעה כי זכויות הבנייה למגורים בחלקה המפוצלת ייגזרו מתוך היקף הבנייה הבסיסי למגורים, ניתן אכן לומר כי מצטמצם החשש מפני פרבור שייגרם בעקבות מתן האפשרות לפצל שטחים מחלקת המגורים. נוכח היתרונות הגלומים בפיצול, שעליהם עמדנו, אין, אפוא, להתערב בהחלטת המועצה בנקודה זו.

67. קושי אחר שמתקשר בהחלטה זו נדון זה מכבר בפרק הקודם, הוא הקושי שבמתן גושפנקא רשמית המכירה בניתוק הקשר שבין החלקה לבין השימוש החקלאי. כפי שהוזכר, מהחלטה מס' 1 של מועצת מקרקעי ישראל עולה, כי הנחלה הינה יחידה אחת שנועדה לאפשר לחקלאי מגורים ועבודה חקלאית נושאת רווח, ומכאן שגם לאחר מותו של החקלאי, לא ניתן לפצלה בין יורשיו (סעיף 9). בשנים שקדמו להחלטה 979 ניתנה אמנם לחקלאי אפשרות לפצל בית מגורים אחד מתוך חלקה א' של הנחלה, אך אפשרות זו ניתנת הייתה למימוש רק במקרים חריגים, והיא הוכפפה לאישורה של ועדה בין-מוסדית, להכנת תכנית מפורטת ולתשלום של דמי חכירה מלאים. קושי זה, אכן קושי הוא, ואולם כשם שפורט לעיל, נראה כי מדובר בכורח המציאות, וכי החלטת הוועדה אינה מכוננת מציאות אלא רק מתאימה עצמה אליה (ואמנם, עוד בדו"ח ועדת מילגרום הומלץ ליתן "אפשרות מוסדרת לפיצול מבנה או מגרש מהנחלה" (עמ' 2)).

יוזכר עוד, כפי שכבר צוין, כי גם החלטה 979 אינה זונחת את הרציונאל ההיסטורי הבסיסי שבמתן הנחלה לחקלאי, ומותירה על כנה את חובת עיבודה של הקרקע.

68. עניין נוסף שיש להידרש אליו הוא זה של גובה התשלום הנדרש כנגד הזכות לפצל את חלקת המגורים. הסכום שנקבע לעניין זה עומד, כאמור, על 33% מערך הקרקע של המגרש המפוצל, הכולל גם זכויות עתידיות. לדברי המדינה, בקביעת שיעור זה ניתנה הדעת, בין היתר, לעובדה שהקרקע משמשת כדין, מזה שנים, למגורי החקלאי, שרשאי לעשות בה שימושים שונים, הניתנים לכימות כספי, בלא תשלום למינהל; לתשלומים נוספים שיש לשלם לרשויות כגון היטל השבחה; וליתרונות הנלווים למהלך זה מבחינת האינטרס הציבורי, ובכלל זה עיבוי הישובים החקלאיים ועשיית שימוש אפקטיבי בתשתיות הקיימות. הכללת הזכויות העתידיות בגדר הפיצול, וקביעת הסכום שיש לשלם גם על יסוד זכויות אלה, נועדו, בין היתר, לצמצם את המגע בין החוכר החקלאי לבין המינהל, וכך לקדם ערכים של יעילות בעבודת המינהל ולשפר את השירות שהוא מספק לציבור. עתה, לא יידרש עוד החקלאי "לכתת את רגליו" במערכת ביורוקרטית מפותלת, סבוכה ומכבידה של היתרים, ולקבל את אישור המינהל או לשלם סכום נוסף כשירצה לממש זכויות נוספות בחלקת המקרקעין. על מרכזיותו של שיקול זה ניתן גם ללמוד מההסברים שליוו את הרפורמה שעתידה להתבצע במינהל מקרקעי ישראל, אשר ביקשה לייעל את עבודת המינהל ולקצר את ההליכים הביורוקראטיים הנדרשים במסגרת המגעים עימו (ראו הסבר באתר מינהל מקרקעי ישראל - <http://www.mmi.gov.il/static/faq41.pdf>).

שיקול נוסף שנלקח בחשבון הוא גובה דמי ההסכמה שנאלץ לשלם מי שמבקש להעביר את נחלתו לאחר, המגיעים כדי כ-33% מערך הקרקע. היות שלפי סעיף 4.9.2 להחלטה 979, תתבצע העברת זכויות במגרש שפוצל מתוך חלקת המגורים ללא תשלום נוסף למינהל, ביקש המינהל בקביעתו של סכום זה להבטיח כי יקבל לידיו למצער סכום השווה לדמי הסכמה. בגדר החלטה 979 נקבע עוד, כי בשונה מהחלטה 979 המקורית, שהבחינה בין פיצול מגרש מחלקת המגורים לבין משפחה, שהיה כרוך בתשלום מופחת של 11% משווי המקרקעין המפוצלים, לבין פיצול מגרש למי שאינו כזה, שחייב את החוכר בתשלום בן 31%, לא יותנה גובה התשלום בגין פיצול חלקת המגורים בזהות מי שעבורו מפוצל המגרש. גם החלטה זו נעוצה ברצון לפשט את הפרוצדורות והמגעים מול המינהל ולהקל עליהן. לכך ניתן להוסיף, כי בהינתן הגידול בגמישות בכל הנוגע לשימושים שרשאי החקלאי לעשות בהיקף הבנייה הבסיסי למגורים, הן ביחס למספר יחידות הדיוור שהוא רשאי לבנות, הן ביחס לזכות הנתונה לו להעביר זכויות אלה שלא רק לבן ממשך, נחלשת ההצדקה לקבוע תנאים מיוחדים

עבור מי שהינו בן משפחה בעת פיצול חלקת המגורים, ולהבחין בינו לבין כל חוכר אחר. במובן מסוים, זהו "הצד השני" של היחלשות האופי החקלאי של החלקה, וה"מחיר" שנדרש לשלם בעל הזכויות בנחלה בגין כך.

69. התבוננות על השיקולים שנסקרו מלמדת, לטעמי, כי ההחלטה להתיר פיצול של חלקת מגורים מן הנחלה בתמורה ל-33% מערך הקרקע למגורים של המגרש המפוצל, לרבות זכויות עתידיות, מצויה במתחם הסבירות. מן הצד האחד של המשוואה מצויים הרצון למנוע הידלדלות דמוגרפית ביישובים החקלאיים (שהרי – וזאת יש לזכור, הישובים החקלאיים והעירוניים אינם מצויים ב"משחק סכום אפס" וחיזוקם של הישובים הכפריים אינו גורר אחריו בהכרח את החלשתם של היישובים העירוניים); הזכויות שבהן מחזיקים החוכרים החקלאיים מזה שנים; השינויים המתרחשים בענף החקלאות; הרצון לנצל את התשתיות הקיימות מטעמים כלכליים וסביבתיים; והרצון לעודד ריכוז הבנייה בישובים החקלאיים בחלקת המגורים, תחת עשיית שימוש כאמור בהרחבה קהילתית. עניין אחרון זה, המקדם שמירה על שטחים פתוחים נושא חשיבות מיוחדת, מעבר להיותו יעד תכנוני רשמי, בשל שורת הערכים הארוכה שנושאים עימם שטחים אלה, ובכלל זה ערך תרבותי, כמי שמשמרים את המורשת התרבותית וההיסטורית של המדינה; ערך מערכתי, כמי שיוצרים גבול בין ישויות בנויות לאזורים מטרופוליניים באמצעות מרחבים פתוחים; ערך סביבתי, כמי שמאפשרים קיומו של מגוון ביולוגי ומערכות אקולוגיות ומבטיחה את איכות וכמות המים; ערך חברתי, כמי שמשמשים "ריאות ירוקות" ומאפשרים פעילויות פנאי ונופש לכל שכבות האוכלוסייה; ערך כלכלי ותיירותי; וכאמור – ערך עתידי כמי שמספקים מרחב אשר יותיר מגוון אפשרויות לדורות הבאים (ראו רחל אלתרמן ואיריס האן הכלים לשמירה על שטחים פתוחים 7-8 (2004)). אפשרות פיצול הנחלה בתנאים הקבועים בהחלטה אף מבקשת להתמודד עם הקושי שהיה כרוך בהגבלות השונות שהוטלו בעבר על עבירותה, שהתבטאו, בין היתר, בחובתו של החוכר לעמוד במגבלות ולזכות באישורים הנדרשים במסגרת "החווה המשולש" בין המינהל, הסוכנות והאגודה השיתופית (ועל כך ראו ע"א 1622/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295 (2002)).

מן העבר השני של המתרס מצויים, בין היתר, האינטרס הציבורי בתשלום תמורה שתשקף את ההטבה שלה זוכים החקלאים, בהפיכת יחידות דיור בחלקת מגוריהם לסחירה; הרצון שלא לפגום באיזון שבין יישובים עירוניים ליישובים חקלאיים; ושיקולים של צדק חלוקתי, שעל אודותם ארחיב בהמשך, בחלק העוסק בחלופה המאפשרת לחוכר החקלאי לרכוש את מלוא הזכויות למגורים בנחלה. עוד יש ליתן את הדעת בגדר שיווי המשקל האמור, למענה שמספקת ההחלטה לקשיים

התכנוניים המתוארים; לעובדה שהמינהל זוכה מהחוכר לסכום שכמוהו כדמי הסכמה; לכך שבנוגע לשימוש חקלאי, מאזן ההסדר שבהחלטה בין הצורך לשמר את הזיקה לחקלאות לבין הכרה במציאות שהתפתחה; לרצון לתמרץ העדפת בנייה בשטח חלקת המגורים על פני בנייה בהרחבה קהילתית (הכרוכה בדמי חכירה מלאים); וליעדים האחרים שמושגים כפועל יוצא של ההחלטה.

אכן, אפשר שניתן היה ליתן משקל מעט שונה בעריכת האיזון בין השיקולים, ולהגיע לתוצאה אחרת. כך, אפשר שניתן היה להפחית מן המידה שבה נגזרות החלטות מהותיות המיתרגמות לסכומי כסף משיקולי יעילות. אפשר גם שבהינתן ההיחלשות המשמעותית באופיו החקלאי של המושב, הזוכה להכרה בהחלטה זו, לא היה מקום ליתן משקל כה רב לשיקול בדבר עיבוי היישובים החקלאיים, שהרי באופן עמוק יותר, עם ההיחלשות באופי החקלאי של היישוב, הופך הרצון בעיבוי היישובים החקלאיים, במידת מה, לרצון בפריסת האוכלוסייה ברחבי הארץ, שאז נשאלת השאלה מדוע יש ליתן עדיפות דווקא ליישובים חקלאיים. כל אלה אפשר שהיה מקום לעשות, ואפשר שלא, אך רבותא אין בכך, שכן הגורם בעל הסמכות אינו בית המשפט היושב בדין כי אם הרשות המינהלית המוסמכת, הנהנית מניסיון וממומחיות, והיא המפקדת על הנושא. רשות זה רשאית לשקול, בין יתר שיקוליה, גם שיקולים ערכיים ושיקולים חלוקתיים, ובית המשפט לא יתערב באלה, כל זמן שהינם סבירים (ראו למשל בג"צ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון נ' המועצה הארצית, פ"ד מה(3) 673 680-681 (1991)). באיזון שבין הטעמים והרציונאלים העומדים ביסוד ההחלטה, סבורה אני כי המשקל שהוענק לשיקולים השונים במסגרת ההחלטה לאפשר פיצול של חלקת המגורים, בתנאים שצוינו, אינו חורג ממתחם הסבירות המוענק למועצה.

(II) הסדר הזכויות המלא

כאמור, החלופה השנייה המוקנית לחוכר החקלאי במושב היא זו של רכישת מלוא הזכויות בחלקת המגורים בתמורה ל-33% מערך החלקה. אבחן עתה מהם השיקולים אשר עמדו ביסוד החלטה זו, שהיא "גולת הכותרת" של ההסדר בנוגע לשימושי המגורים במושב, וכיצד בוצע האיזון ביניהם.

(i) נקודת המוצא לבחינת ההסדר

70. ראשית יש להצביע על נקודת המוצא. נקודה זו ממוקמת במקום שבו מצויים חקלאי המושבים עובר לקבלת החלטה 979. אכן, העתירות שלפנינו תוקפות את החלטה 979, וכל אשר קדם לה, ככל שהוא קיים בפועל ומעוגן בהחלטות פורמאליות

– הינו בגדר נתון. יש, אפוא, להציב, אלה מול אלה, את התוספת בהיקף הזכויות הניתן לחברי המושבים אל מול גובה התשלום הנגבה מהם בגין ההחלטה ולבחון, בין היתר, אם על רקע השוואה זו, ניתן לומר כי ההסדר שנקבע – סביר הוא. במסגרת זאת, יש לתת את הדעת לכך שהמקרקעין שבהם מדובר מוחזקים כדין על-ידי החוכרים החקלאיים מזה שנים, ועל-פי חוזי החכירה שעליהם הם חתומים, רשאים הם להוסיף ולהחזיק בהם עוד שנים ארוכות (ראו עמ' 57 לדו"ח ועדת הבר). כשם שצוין, אף בתום שנים אלה, קיים ספק בנוגע לאפשרות שניתן יהיה לפנות חוכרים אלה מן הקרקע (עניין שיח חט, עמ' 63). בהקשר זה, יש להתחשב גם בכך שכאמור, חרף הקביעה כי בעת שינוי הייעוד אמורה הקרקע לשוב למינהל, בפועל נמנע המינהל מלפעול בדרך זאת. יש שסברו כי חכירת הקרקע על הזכויות הניתנות מכוחה, מתקרבת במאפייניה, ועל רקע זה גם בציפיות שהיא יוצרת בקרב החוכרים, למעין בעלות (ראו צדק חלוקתי בהליך המינהלי, בעמ' 212; אברהם גרנובסקי המשטר הקרקעי בארץ ישראל 312 (1949)). כך או כך, כשם שהוזכר, זכות החכירה המוקנית למתיישבים החקלאיים מאפשרת להם לבנות עד 3 יחידות דיור בשטח כולל של 375 מ"ר בתוך חלקה המספקת להם מגורים ומחיה מעבודה. חלק מן הזכויות הכלולות במסגרת אלו הנרכשות מכוח ההסדר, מומשו זה מכבר על-ידי החוכרים, ובכלל זה בניית יחידת דיור עבור "בן ממש" ובניית יחידות נוספות בהרחבה קהילתית "על חשבון" המגבלה המרבית הקבועה בתמ"א 35. אין, אפוא, להתבונן בהסדר הנוכחי – בצד כל היתרונות הגלומים בו – כבכזה המעניק לחקלאים זכויות חדשות בקרקע, ובכל שהיה להם עד כה כ"טאבולה ראסה".

בהינתן נקודת מוצא זו, המעמידה את ההטבה שניתנה לחוכרים במושב באור פחות "נוצץ", יש לבחון מה היו המטרות שביקשה המועצה להשיג באמצעות התווית ההסדר בדרך שנבחרה. חלק ממטרות אלו חופף ליעדים שעמדו ביסוד ההחלטה לאפשר פיצול של יחידות דיור מן הנחלה, ולא בכדי, שכן פועל יוצא של שני ההסדרים הוא האפשרות להעביר את המקרקעין, במלואם או בחלקם, לצד ג' (ואמנם בסעיף 4.9.1 נקבע כי תנאי להעברת הזכויות בנחלה הינו רכישת מלוא הזכויות בחלקת המגורים בעבור 33% מערך הקרקע).

(ii) תמריצים כלכליים להצטרפות להסדר

71. מטענות המדינה עולה, כי בין מטרותיו של ההסדר מצויים יעדים עצמאיים, שאותם היא ביקשה להגשים אף במנותק מתכליתה המרכזית של החלטה 979, להסדיר את זכויותיהם הקנייניות של החוכרים. במובן זה סיפקה החלטה זו פלטפורמה מתאימה להגשמת מטרות ציבוריות, בד בבד עם הגשמת יעדים קנייניים ותכנוניים. בהינתן זאת,

ניתן להבין את רצונה של המועצה לתמרץ ולעודד את החוכרים החקלאיים להצטרף להסדר כדי לאפשר את הגשמת המטרות שביקרו היא חפצה (שעליהן נשוב ונעמוד בהמשך הדיון). על רקע זה יש לראות גם את החלטת המועצה, כי הסכום שייגבה כנגד רכישת מלוא הזכויות בנחלה לא יעלה על דמי ההסכמה, שאחרת אפשר שהחוכרים החקלאיים היו בוחרים שלא להצטרף להסדר, ולבכר העברת זכויות לצד ג' במנותק מן התנאים הקבועים בו. מן הצד האחר, קביעת סכום זה מותירה את המועצה כמי שאינה חסרה, באשר ההסדר מבטיח כי עבור האפשרות להעביר זכויות לצד ג', היא תזכה לפחות במה שקיבלה קודם לכן כדמי הסכמה.

קביעת תנאי ההסדר מתוך רצון לתמרץ את אלה שההסדר מופנה אליהם, להסכים לו ולהצטרף אליו כדי להגשים מטרות ציבוריות רחבות, היה המתווה שבו הילכה המועצה גם בהחלטה 727 שנידונה בפרשת שיח חדש. באותו מקרה, ביטל בית המשפט את ההחלטה האמורה בעיקר משום שמצא כי לא ניתן משקל מספיק לשיקולים תכנוניים ולשיקולים של צדק חלוקתי. עם זאת, האפשרות ליתן תמריצים כלכליים לא נשללה באותו מקרה, ככלי לגיטימי במסגרת קביעת מדיניות קרקעית (עמ' 76). אין, אפוא, טעם לפגם בעצם מתן תמריצים כלכליים על מנת לעודד הצטרפות להסדר, כשיקול עצמאי לעניין קביעת גובה הסכומים שיוטל על החוכרים, כל עוד אין גובהם של תמריצים אלה חורג משיווי המשקל עם יתר המטרות שעל הפרק.

(iii) השיקול בדבר עיבוי וחידוש היישובים החקלאיים

72. מטרה מרכזית שעמדה ביסוד התנאים שנקבעו בהסדר היתה הרצון לקדם עיבוי של היישובים החקלאיים ולמנוע את התדלדלותם והזדקנותם. המועצה ביקשה להגשים מטרה זו תוך שמירה על שטחים פתוחים ותוך שימוש בתשתיות הקיימות ושיפורן. משכך – מעבר למגבלות שבתכנית המתאר – נקבע רף תעריפים שיש בו, מן הצד האחד, כדי לעודד בנייה למגורים בחלקת המגורים ביישובים החקלאיים שבה מותרת הבנייה ממילא, ולא נדרש שינוי ייעוד, ומן הצד השני – לדכא בנייה מחוץ לחלקה זו. כך, בעוד שעבור רכישת מלוא הזכויות למגורים ביחידת המגורים, נדרש החוכר לשלם 33% מערך חלקת המגורים שהינו שיעור מופחת, נדרש הוא לשלם דמי חכירה מלאים עבור בנייה בהרחבה קהילתית. עניין זה – יש בו כדי להפחית במידה בלתי מבוטלת גם את החשש מפני פרבור, שעליו יורחב להלן, באשר הוא מצמצם את היתרון במחיר שיש לרכישת הזכויות ביישוב החקלאי – מעבר לבנייה בחלקת המגורים – על פני זה שביישובים העירוניים.

(iv) השיקול בדבר ייעול מערכת היחסים בין החוכר לבין המינהל

73. שיקול נוסף שהתווה את אופי ההסדר, שעליו עמדנו עוד בשלב הסדר הזכויות החלקי, הוא זה של ייעול "מערכת היחסים" בין החוכר לבין המינהל באמצעות הפחתת היקף המגע עימו בעת ביצוע פעולות על-ידי החוכר. המדינה עמדה בהרחבה על החשיבות המיוחדת שבייעול עבודת המינהל ובהסרת החסמים הבירוקראטיים הכרוכים בעבודה מולו, הנובעת, לטענתה, מההיקף הרחב של תשומות שאותן נדרש המינהל להקצות למגזר החקלאי, שאינו עומד ביחס ישר למספר בעלי הזכויות. ההסדר שנקבע נועד ליתן מענה לקושיה זו, באשר הוא מאפשר לבעל הזכויות לרכוש, באחת, את מלוא זכויות החכירה, לרבות עתידיות, וחוסך את ההידרשות לאישורים והסכמות מצד המינהל עובר לביצוע פעולות. עוד חוסך ההסדר את הצורך בחישוב דמי הסכמה – עניין שלדברי המדינה, טמונה בו מורכבות – בקובעו כי בעת העברת הזכויות בנחלה, על בעל הזכויות לרכוש את מלוא זכויות החכירה בחלקת המגורים, אפילו לא הצטרף להסדר הקבוע בהחלטה 979 מלכתחילה. עשויה כמובן לעלות השאלה, מדוע, על רקע תכלית זו בדבר ייעול פעולות המינהל, נקבע ההסדר הקבוע בהחלטה 979 כהסדר וולונטרי, עניין שלא זו בלבד שאינו מחיל את ההוראות בדבר צמצום המגע עם המינהל על כל החוכרים, אלא אף עלול ליצור קושי מסוג חדש, על רקע הדיפרנציאציה שבין הסכומים וההסדרים המוחלים על חוכרים שונים. ואולם, התכלית בדבר ייעול והסרת חסמים אינה היחידה ואינה חזות הכל, ולצדה עומד הרצון שלא לכפות על החוכרים הסדר הכרוך בשינוי ניכר בזכויותיהם ומחייבם בביצוע פעולות שונות, ובעיקר הקושי בחיובם בתשלומים בהיקף ניכר עבור זכויות שאפשר שמידת הרלוונטיות שלהם לגבי חוכר זה או אחר הינה מוגבלת. בנקודה ספציפית זו, נראה, אפוא, כי ההחלטה לקבוע הסדר וולונטארי הינה סבירה.

(v) שיקולים תכנוניים

74. כפי שהוסבר, בגבשה את החלטה 979, ביקשה המועצה להטמיע היבטים תכנוניים באמצעות עיגון תמ"א 35 בתוך המערך ההסכמי שבין הצדדים, בדרך של קביעת תניה חוזית שלפיה הצטרפות לאחד ההסדרים המוצעים בהחלטות מותנה בהתחייבות מצד האגודה לכך שמספר היחידות שייבנה בשטח היישוב החקלאי, לרבות הרחבות קהילתיות, יעלה בקנה אחד עם תמ"א 35 ועם נספחיה (סעיף 3.5 להחלטה 979). במסגרת תמ"א 35 קבועות מגבלות, הן ביחס למספר היחידות שניתן לבנות, הן בנוגע לצפיפותן. עוד קובעת התכנית כי הוספת יחידות דיור כפופה להכנת תכנית כוללת ליישוב, עניין שכפי שמציינת המדינה, יקדם ראייה תכנונית כוללת ליישוב, ויאזן בין צרכיהם של המתישבים השונים החיים בו. בכל אלה, יש כדי לספק מענה

לכמה מן החששות התכנוניים שהובעו על-ידי העותרים. אף מעבר להכפפת החלטה 979 לתכנית המתאר הארצית, עוצב הסדר רכישת מלוא הזכויות כך שיקדם מטרות תכנוניות

75. כזה הוא למשל היעד בדבר מניעת פרבור. אכן, כפי שהוסבר, בין היתר, בחוות דעתו של פרופ' שחר ז"ל, שהובאה על-ידי פורום הערים והתייחסה להחלטה 979 המקורית, הפרבור, אשר בא לידי ביטוי במעבר של פרטים ושל עסקים ממרכזי הערים אל עבר ישובים חקלאיים, נושא עמו השלכות שונות המקימות קושי. אלו מתבטאות, בין השאר, בפגיעה במקורות ההכנסה של הערים בשל הירידה בגביית המיסוי העירוני; בעזיבתה של אוכלוסיה מבוססת ובהתרכזותה של אוכלוסיה נזקקת במגזר העירוני; בהתעוררותו של צורך להקים תשתיות חדשות ויקרות; בהגברת השימוש ברכב פרטי, הנושאת עימה תוצאות סביבתיות וחברתיות וכיו"ב (ראו למשל ערן רזין ואנה חזן "צעדים לבלימת הפרבור המפוזר: בקרה או שינוי "כללי המשחק" (1996)). יצוין, כי בחוות דעת מאת פרופ' ד' צ'מנסקי, אשר הובאה על-ידי תנועת המושבים, והתייחסה להחלטות העדכניות נושא העתירה, הובעה דעה כי החלטות אלה אינן צפויות לגרום להשלכות האמורות וכי "מדובר בהחלטות בעלות השלכות מזעריות על המבנה המרחבי של המשק בישראל, על הערים בישראל, על היקף ואופי השטחים הירוקים ועל צביונה ודמותה של החברה והכלכלה בכלל". מכל מקום, ועדת הבר ולאחריה המועצה, לא התעלמו מן החשש, למצער, מפרבור וכדי למנעו – שרטטו את ההסדר באופן המעניק תמריץ כספי לבנות בחלקת המגורים, וכפועל יוצא לעשות שימוש בתשתיות קיימות, תחת בנייה בהרחבה קהילתית; ובאופן המעניק תמריץ לבנייה על פני תעסוקה לא חקלאית. במצב דברים זה, פוחת החשש מפני מעבר של היקף אוכלוסייה משמעותית מן העיר אל הכפר, וכפי שיובהר בהמשך, גם מפני הקמת תעסוקה לא חקלאית ביישובים שתוכל להתחרות בזו העירונית – ככל שזו תופעל על-ידי החוכר החקלאי עצמו – הן בשל המגבלה הכמותית, הן בשל היותה תחליפית לבנייה למגורים, הן בשל דמי החכירה המלאים הנדרשים תמורתה. תוצאה נוספת של עידוד ריכוז הבנייה בחלקת המגורים ושל עיבוי היישובים הינה שמירה על שטחים פתוחים, שעל יתרונותיה כבר עמדנו.

באשר לסוגיית הפגיעה בעקרון הצדק החלוקתי, שהועלתה על-ידי העותרים השונים בני המגזר העירוני, וכן על-ידי האגודה לצדק חלוקתי, אך עוררה גלים וטענות גם מצד בעלי הדין בני המגזר החקלאי – הרי שזו מחייבת בדיקה דקדקנית של הטענות הנגדיות שהעלה כל צד בנוגע לסבירות ההחלטה. כך אעשה עתה.

76. העיסוק בשאלות של צדק מאפשר בחינה רחבה של סוגיות החורגות לעיתים ממונחים משפטיים פורמאליים, ובין היתר, בשאלות של תרומה לכלל ושל נשיאה בעול. לצורך עמידה על אלה, יש להפנות מבט, בין היתר, גם לעבר ההיסטוריה, ולהתבונן אל קבוצות כאל ישויות מגובשות, גם אם זהות הפרטים המרכיבים אותן השתנתה עם השנים. כך למשל יש להביט על המגזר החקלאי. לא ניתן לחלוק על תרומתו הייחודית של מגזר זה להפרחת השממה ולעבודת האדמה כבסיס להתחדשות לאומית בעשורים שלפני ואחרי קום המדינה. על תרומה זו עמד בית משפט זה פעמים מספר. כך למשל, ברע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 403-402 (2003) ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי-

"תרומתו הכבירה של מגזר זה (המגזר החקלאי-ע.א.) ליישובה של הארץ, לבנייתה, לביטחונה ולגיבוש התשתית החברתית והכלכלית שלה לפני קום המדינה ולאחריה (...) מדובר במגזר שתרומתו לחיים הלאומיים גדולה ללא שיעור. אכן, קשה להעריך את המפעל הציוני בישראל לדורותיו בלא הכרה בתרומתו המכרעת של המגזר החקלאי להגשמתו, תרומה שאינה מתמצית בענף כלכלי גרידא, אלא ניכרת בכל תחום של חיי החברה, התרבות, הערכים והתפיסה הלאומית הכללית של העם בישראל" (עוד על "עמל כפיו" של המגזר החקלאי, ראו גם הציטוטים המובאים בע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור סעיף 9 לפסק הדין (לא פורסם, 4.9.2007)).

דברים ברוח זו נאמרו על-ידי בית המשפט גם בפרשת שיח חדש (עמ' 64; על משמעותה הסמלית של העבודה החקלאית בשנות הקדם-מדינה ובשנים הראשונות לאחר הקמת המדינה, כמי שמהווה "תמצית הנורמליזציה" ומבטאת את "הקץ לנדודים ואת ביטול הזרות והנידוי של היהודים במשפחת העמים", ראו עוז אלמוג הצבר-דיוקן 255 (1997)). אכן, ההתיישבות החקלאית שהפכה ברבות השנים לקרקע מבוקשת ובעלת ערך כלכלי רב, היתה בראשיתה אזור ספר, שאדמתו אדמת טרשים ובשביליו ביצות. התבוננות אל המציאות הנוכחית כנקודת מוצא, תוך התעלמות מהשתלשלות העניינים אשר הובילה אליה, והתייחסות אל המתישבים כאל "מתעשרים" הזוכים באופן שרירותי לשטח רחב במחיר מוזל, מעוותת את ההשוואה, ופוגמת ביכולת לגזור ממנה מסקנה חלוקתית הוגנת.

הכרה עקרונית בקשר ובזיקה אל הקרקע הנוצרים באמצעות עבודה, נסמכת בקווים כלליים, גם על בסיס תיאורטי, הוא תורתו הקלאסית של איש תורת המדינה, ג'ון לוק, שסבר כי "כאשר אני משקיע את עבודתי, משקיע מעצמותו, במשאב שאינו

שייך לאיש, כגון קרקע או חומרי גלם אחרים, אותו משאב נעשה שייך ליי" (ראו ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני (תרגום: יוסף אור, תשס"ב; ראו גם אצל דהאן, בעמ' 234). גם אם עמדתו של לוק כוללת הנחות יסוד שאינן בהכרח יפות לענייננו, ואין מקום ללכת את כברת הדרך שהולך הוא, עד למסקנה בדבר זכות קניינית הנגזרת מעבודת הקרקע, יש בתורה זו כדי להכיר בחשיבות הגלומה בעבודת האדמה – בהחזקה, בעיבוד, בטיפוח ובהגנה – ובזיקה הנוצרת בעטייה בין החקלאי לבין הקרקע. דרך אחרת שהוצעה להכרה בקשר זה, מופיעה בתיאוריה של לורנס בקר (Lawrence C. Becker), הגורסת כי חלוקת משאבים חברתיים נסמכת על התרומה החברתית היחסית של בני אותה חברה, לחברה בכללותה, וכמידתה של תרומה זו (ראו Lawrence C. Becker, *Property Rights Philosophic Foundation* 49-56 (1977); ראו גם אצל דהאן, בעמ' 243). כאמור, אין חולק בנוגע לתרומתו הייחודית של המגזר החקלאי למדינה, בהיבטים שונים. אף אם לא נאמר כי חלוקת המשאבים נסמכת במישרין על תרומה זו, הרי שלמצער מהווה היא שיקול בבואנו להכריע בדבר טיב הזכויות המגיעות לחוכר החקלאי במקרקעין. ואולם, עצם ההכרה בתרומת המגזר החקלאי למדינה, אינה מכריעה בשאלת היקף ההטבה המגיעה לו עקב כך. כשם שציין השופט אור בפרשת שיח חדת "השאלה היא מה משקל יש לתת לזכויות אלה ואם ההחלטות שבהן עסקינן לא חרגו מכל מסגרת סבירה בטובות ההנאה שהעניקו לחוכרים ביישובים החקלאיים" (עמ' 64).

77. שאלה מרכזית לעניין זה, שעוררה פולמוס בין הצדדים, נוגעת להיקף התשלומים ששולם על-ידי המגזר החקלאי עבור המקרקעין שקיבל, בהשוואה לזה ששולם על-ידי העירוניים כנגד הקרקע שקיבלו לחכירה, ולצדו – להיקף הזכויות שקיבל כל מגזר בתמורה לכספו, משחרר ההיסטוריה ההתיישבותית בימים טרם קום המדינה ועד לימינו אנו. היועץ המשפטי לממשלה, א' רובינשטיין, סבר בחוות דעתו בהתייחס להחלטה 979 המקורית, כי שני משתנים אלה מורים כי על דמי ההיוון הנגבים ביישובים החקלאיים להיות גבוהים מאלה הנגבים ביישובים העירוניים שכן, כלשונו-

"הקבלה (...) בין המגזר העירוני למגזר החקלאי אינה מביאה בחשבון את ההפרש שבין דמי החכירה הבסיסיים הנגבים במגזר החקלאי-כ-600 ש"ח לנחלה (...) לשנה - לבין דמי החכירה הנגבים במגזר העירוני, המבוססים כעיקרון על מלוא ערך הקרקע. ההקבלה גם אינה מתחשבת בהבדל הניכר בין הזכויות הקיימות לחוכרים במגזר העירוני לעומת הזכויות שמבקשת הצעת החלטה להעניק, למשל, לגבי היקף השטח והשימושים המותרים בו".

היועץ המשפטי לממשלה, מ' מזוז, שהביע עמדה דומה בחוות דעתו, ציין עוד כי ההקבלה בין המגזר העירוני למגזר החקלאי-

"אינה מביאה בחשבון את זכויות המוצא השונות: בעוד במגזר העירוני כבר שולמו, ככלל, דמי חכירה ראשוניים של 40%-80%, הרי במגזר החקלאי לא שולמו ככלל דמי חכירה ראשוניים, אלא רק דמי חכירה שנתיים בסך של כ-400-600 ש"ח בלבד עבור הנחלה כולה (...). ההקבלה גם אינה מתחשבת בהבדל הניכר בין הזכויות הקיימות לחוכרים במגזר העירוני, לעומת הזכויות הנרחבות שמבקשת ההחלטה להעניק לגבי היקף השטח והשימושים המותרים בו."

המדינה חזרה על עמדה זו גם במסגרת תשובתה לעתירות דנן. נבדוק עתה טענות אלה.

78. אפתח בבחינת ההבדלים בין הזכויות שלהן זכו החוכרים במגזרים השונים. השוואה בין זכויות אלה מלמדת כי החוכר העירוני קיבל לידיו זכויות חכירה בקרקע המיועדת לרוב למגורים בלבד, שבה רשאי היה לבנות, ככלל, יחידת מגורים אחת על שטח מוגבל בהיקפו. החוכר החקלאי, לעומתו, מקבל מכוח החלטה 979, בתמורה לדמי היוון בני 33% משווי הקרקע, זכות לבנות יחידות דיור בשטח כולל של 375 מ"ר, שמספרן וגודלן מוגבל רק על-ידי תכנית המתאר ועל-ידי חובת קיומה של תכנית תקפה, ובשטח גדול מזה שלו זוכה חברו העירוני. נכון הוא שגודלו האבסולוטי של השטח הינו קריטריון שקושי בצדו, שהרי אין דינו של שטח באזור מבוקש כדין שטח באזור ספר, ואולם כפי שיוסבר עוד, דמי החכירה שמשלם החוכר העירוני נגזרים מערך הקרקע שבה מגולם גם מיקומה, בעוד החוכר החקלאי משלם דמי חכירה סמליים שאינם תלויים בגודל הקרקע או במיקומה. ניתן כמובן להצדיק את ההבדלים בהיקף הזכויות, בחובות העיבוד המוטלות על החוכר החקלאי, בעבר ובהווה, שעל בסיסן ועבורן נקבע גודל השטח, כך שההבדלים בגודל השטח ודמי חכירה בהיקף הזכויות "מקוזזים" על-ידי חובת העיבוד המוטלת על החוכר החקלאי ואינה מוטלת על מקבילו העירוני. אלא שבעשותנו זאת, שומה עלינו לתת את הדעת לתמונה הרחבה, שבה – הגם שחובת העיבוד מוסיפה להיות מוטלת על כתפיו של החוכר – כל מסגרת חלקת המגורים פועלת תחת הנחת מוצא חדשה, שבה נחלש המרכיב החקלאי ועימו מוסרות גם כמה מן המגבלות שהיו מוטלות על המגורים בחלקה. עניין זה, הגם שאינו מאיין את ההבדלים בין שני סוגי החכירה שמוסיפים להיות ניכרים, מקרב הוא אותם, ומקל על ההשוואה ביניהם. במסגרת זאת, ניתן לקבוע כי סל הזכויות הניתן לחוכרים בעיר נופל מזה הניתן לחוכרים ביישובים החקלאיים.

בהקשר זה יוסף, כי אין לקבל את טענת תנועת המושבים כי היקף זכויות הבניה שהוקצה לה אינו כה גדול כשם שמצטייר בתחילה, שכן אלו צריכות להספיק לבניית שלוש יחידות דיור נפרדות. ודוק: שלוש יחידות אלה, אינן נבנות אלא עבור קרוביהם של החקלאיים, ועד להחלטה 979 – רק עבור בן ונכד ממשיך. באפשרות זו, שכלל לא קיימת במגזר העירוני, יש לראות משום הטבה ולא ביטוי להגבלה בזכויותיהם של אנשי המושבים. אין ממש גם בטרוניה הנוגעת להכפפת זכויות החוכרים במושב במסגרת ההחלטות לתמ"א 35, שהרי כתכנית מתאר ארצית, ממילא שומה על תכניות המתאר המחוזיות והמקומיות לעלות עימה בקנה אחד (ראו סעיפים 129-131 לחוק התכנון והבנייה), ואף שיש בהכללת התמ"א בגדר החלטות המינהל ובגדר המערך החוזי שבינו לבין החוכרים, כדי לחזק את תוקפה, אין לומר כי יש בכך משום פגיעה במגזר החקלאי או אפליה שלו. יתרה מכך, הכללת תמ"א 35 בגדר ההחלטות תמנע דיסהרמוניה בין החלטות במדרגים שונים, דבר שיפחית את הסיכוי כי יופעל לחץ על רשויות התכנון ליתן היתרים המנוגדים למגמות התכנוניות.

הנה כי-כן, סל הזכויות שניתן לחוכר החקלאי עולה על זה שניתן לחוכר בעיר. מהן ההשלכות הנובעות מכך בנוגע ליחס התשלומים שיש להטיל על המגזר החקלאי במסגרת ההחלטה? ומהו המשקל שיש להעניק לתשלומים ששולמו על-ידי כל מגזר כנגד קבלת הקרקע לידיו? ומהו המשקל שיש ליתן בהקשר זה, לתרומתו של מגזר זה להתיישבות בארץ ולעבודת האדמה, שעליה עמדנו לעיל?

79. שאלת גובה התשלומים ששולמו על-ידי כל אחד מן המגזרים הינה סוגיה מורכבת, הנושאת עמה קושיות בעלות אופי עובדתי. אמנם, החלטה מספר 1 של המועצה קובעת כי דמי החכירה הראשונים שישולמו בקרקע עירונית יעמדו, ככלל, על שיעור שנע בין 40% ל-80%, כשדמי החכירה השנתיים יועמדו בהתאמה להם על שיעור של 5% מיתרת ערך הקרקע שלא שולמה כדמי חכירה ראשונים (סעיף ב(5)(א) להחלטה). ואולם, בהחלטה נקבע עוד כי המועצה רשאית לקבוע גם דמי חכירה אחרים או שיטות חישוב וצורות תשלום אחרות לגבי חכירה של נכסים מסוימים (סעיף ב(5)(ב)). תנועת המושבים וכן התנועה הקיבוצית יגעו ומצאו מקורות מספר שלטענתן מלמדים כדלקמן:

(א) כי בשנים שקדמו להקמת המינהל לא שילמו החוכרים העירוניים דמי חכירה ראשונים כלל;

(ב) כי חוכרי קרקע עירונית בשנים שלאחר הקמת המינהל, שילמו בפועל סכומים שנפלו מאלו שנקבעו בהחלטה מספר 1 של המועצה, וחרף כך התייחס אליהם המינהל

כאל מי ששילמו את מלוא הסכום הנדרש (על כך ראו גם: אלכסנדר פוזננסקי "בתום יובל חכירה קרקע 93, 102 (1983) (להלן: פוזננסקי); גדעון ויתקון דיני מינהל מקרקעי ישראל 702, 707 (2004) (להלן: ויתקון); בהתייחס לבנייה רוויה, ראו בעמ' 551);

(ג) כי במרוצת השנים ניתנו במגזר העירוני הנחות מפליגות בתשלום דמי היתר עבור שינוי ייעוד, שינוי ניצול ותוספת בנייה;

(ד) כי במהלך השנים נשחק ערכם הריאלי של דמי החכירה השנתיים ששולמו במגזר העירוני עד שהיו לסמליים בלבד, ונעדרי קשר לשווייה הריאלי של הקרקע;

(ה) כי המגזר העירוני נהנה לאורך השנים משורה של מבצעי היוון שבמסגרתם התאפשר לחוכר בעיר להוון את דמי החכירה בנכס המגורים כנגד דמי חכירה בשיעור של 3.75% מערך הקרקע או תשלומים אחרים בשיעור נמוך. דמי חכירה אלה העניקו לחוכר גם פטור מתשלום דמי חכירה שנתיים, פטור מתשלום דמי הסכמה בעת העברת זכויות לצד ג' ופטור מתשלום דמי היתר עבור תוספת זכויות בניה עד ל-160 מ"ר. מבצעי ההיוון לא הבחינו בין חוכרים ששילמו דמי חכירה ראשונים בשיעורים הקבועים בהחלטת המועצה מספר 1, לבין כאלה שלא שילמו סכומים אלה;

(ו) כי מן העבר האחר – היישובים החקלאיים השתתפו ברכישת הקרקע שקיבלו בחכירה, בדרכים שונות, ובכלל זה ברכישה ישירה והעברת הקרקע לקק"ל בשנים שקדמו להקמת המינהל. לזאת יש להוסיף את השקעתו הרבה של החוכר החקלאי בעבודת הקרקע וטיובה.

יצוין, כי המדינה אינה חולקת על עצם הטענה כי בחלק מן המקרים לא שולמו דמי חכירה ראשונים במגזר העירוני, כי במגזר זה התעורר קושי בעדכון דמי החכירה לערכים ריאליים וכי לאורך השנים נערכו מבצעי היוון במגזר העירוני שבמסגרתם הוונה הקרקע כנגד סכום של 3.75% מערכה, ולאחר מכן כנגד תשלום של 5.5% מערכה. ברם, גם במצב זה, דבקה המדינה בעמדתה, כי דמי ההיוון שנגבו במגזר העירוני היו בסה"כ גבוהים יותר.

80. בפני ועדת הבר, שהתוותה בהמלצותיה את ההחלטות נושא העתירה, עמד מגוון רחב של מסמכים, החלטות מועצה קודמות ונתונים, ואין חולק כי לגורמים השונים מקרב המגזר החקלאי ניתנה אפשרות לשטוח טענותיהם בפניה. הוא הדין בנוגע למועצה, שקיבלה את ההחלטה עצמה. לאחר שבחנה את החומר, מצאה ועדת הבר כי "ככלל, שולמו בקרקע עירונית דמי חכירה ראשונים ודמי חכירה שנתיים כנגד זכות החכירה. עם זאת, ידוע כי גם בקרקע עירונית ישנה שונות רבה בין נכסים שונים ותקופות שונות לעניין גובה דמי החכירה הראשוניים והשנתיים ששולמו למינהל" (עמ' 44). במצב דברים זה, "על רקע ההבדלים בהיקף הקרקע בה מדובר ובהיקף תשלומי

העבר למינהל, מצאה הוועדה לנכון להחיל על חלקות המגורים שיוסדרו בהתאם לאמור בהמלצות אלה, מערכת כללים שונה מזו שנקבעה ביחס לקרקע עירונית" (שם).

81. המחלוקת בשאלת היקף התשלומים ששילם כל מגזר נושאת אופי עובדתי המחייב בירור יסודי תוך בחינה פרטנית של מסמכים וראיות. ברי כי לא ניתן לקיים בירור מסוג זה בגדר דיון בבית המשפט הגבוה לצדק נוכח סדרי הדין המיוחדים החלים בו ומתכונת הדיון, שלרוב אינם מאפשרים לבעלי הדין לפרוש בפני בית המשפט את מלוא התשתית העובדתית, להביא ראיות ולחקור עדים, ומשכך מקשים הם על קביעת ממצאים חדים בשאלות שבעובדה, לא כל שכן כשמדובר בעניין פרטני כדוגמת זה שלפנינו (ראו לעניין זה דברי הנשיא ברק בבג"צ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 10.5.2006); בג"צ 991/91 פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50, 61, 63 (1991); יצחק זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א' 295 (תשנ"ג); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – סדר הדין והראיות בבג"צ 96, 125-136 (2010); רענן הר זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 83-91 (1991); השו"ת: תקנה 18 (א) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984). על המבקש לטעון כי בפעולתה של הרשות נפל פגם של אי סבירות על בסיס טענה עובדתית שלגביה קיימת מחלוקת בינו לבין הרשות, מוטל לבסס את הטענה על תשתית ראייתית איתנה, שיהיה בה כדי להעביר את הנטל אל כתפי המדינה להצדיק את כשרות פעולתה (ראו למשל בג"צ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה, פ"ד נד(4) 433, 445-446 (2000)). לצדה של הרשות עומדת בהקשר זה חזקת חוקיות, המניחה כי היא פעלה כדין, ועל המבקש לסתור אותה – מוטל להביא ראיות שיעוררו ספק מהותי בתקינות פעולתה ויעבירו את הנטל אל הרשות המינהלית להראות כי לא נפל פגם במעשיה.

לא למותר לציין בהקשר זה את דבר הקושי הכרוך בהכרעה עובדתית ששורשיה נעוצים בתקופה שבה נהגו שיח שונה ונורמות אחרות, הן בנוגע לתיעוד ההסכמים בין הישובים החקלאיים לרשויות השלטון, הן במישור העמוק יותר של היחסים בין המדינה לבין הישובים החקלאיים. אלה האחרונים, ראו עצמם, במידה רבה, כחלק מהרשות המדינתית, וודאי לא כגוף נפרד שצריך להבטיח את זכותו מפני "פגיעת המדינה". נורמות אלה והשלכותיהן על התשתית הראייתית לא נעלמו מעיניי, ואולם, על אף הכרה זו, אין לנו כלים טובים יותר ל"חקר האמת" מסדרי הדין וכללי הראיות הנהוגים, ולא ניתן להניח הנחות כלליות שאינן מבוססות על נתונים קונקרטיים.

82. המחלוקת בענייננו נוגעת לתשתית אשר עמדה ביסוד החלטתה של הרשות. עיון בחומר שהונח לפנינו על-ידי הצדדים מלמד, לטעמי, כי העותרים והמשיבים בני המגזר החקלאי לא ביססו את טענתם העובדתית בדבר גובה התשלומים ששילמו כנגד הקרקע, באופן שיסתור את חזקת החוקיות של הרשות ואת ההחלטה לקבוע את ההסדר על יסוד ההנחה שהמגזר העירוני שילם דמי חכירה בשיעור גבוה יותר. אף אם התעורר ספק בנוגע להיקף התשלומים ששולם במגזר העירוני, קיימות אינדיקציות בעלות משקל לכך שגובה התשלומים במגזר העירוני עלה על זה ששולם במושבים, באופן שמותיר במתחם הסבירות את החלטתה של הרשות לגזור מהנחה זו את תוכן ההסדר.

83. עיגון לקביעה זו מצוי, למשל, בבסיס החישוב של דמי החכירה השנתיים בכל אחד מן המגזרים: כאמור, דמי החכירה השנתיים המשולמים עבור קרקע חקלאית עומדים על 2% מההכנסה הנורמטיבית הנקייה מהנחלה, מבלי להתחשב בערך הקרקע. כשם שמראה המדינה, שיעור דמי החכירה השנתיים התעדכן מאז שנות ה-70 אך בהפרשי הצמדה, ובנקודה מסוימת נקבעה הכנסה נורמטיבית אחידה לנחלה שאינה תלויה בהכנסה בפועל, העומדת על סכום קבוע של כ-700 ש"ח. היות שסכום זה טומן בחובו גם את מרכיב הקרקע החקלאית המשמשת אמצעי הייצור – שאינו כלול בקרקע העירונית – יש לנטרל מרכיב זה מן המשוואה. כפי שמבהירה המדינה, בעשותנו כן, מתברר כי מרכיב המגורים בנחלה ניתן לחוכרים לאורך השנים בלא כל תשלום. לעומתו, במגזר העירוני שימש ערך הקרקע בסיס חישוב לדמי החכירה, וזה נגזר, בין היתר, ממיקומה, גודלה ומידת הציפייה הכרוכה בה לפיתוח עתידי. אכן, כפי שטוענים העותרים, ערך זה נשחק לאורך השנים, ואולם שחיקה זו מותנה עם הכללתו בחוזה החכירה של סעיף הקובע כי בעת העברת זכויות חכירה לצד ג', יתבצע עדכון של דמי החכירה לפי שוויה העדכני של הקרקע, ומשווי זה ייגזרו דמי ההסכמה ודמי החכירה השנתיים.

84. היבט אחר הוא זה הנוגע לתשלום דמי החכירה הראשונים. מהאינדיקציות שהובאו עולה כי אפשר שאלה לא שולמו במלואם, או אף בחלקם, על-ידי חלק מהחוכרים במגזר העירוני, וחרף כך – דמי החכירה השנתיים שבהם חויבו הניחו תשלום כאמור מצידם, וגובהו נקבע בהתאם להנחה זו. על זאת ייאמר כך: ראשית, מטענות העותרים אכן עולה כי בחלק מהמקרים ניתן פטור מתשלום דמי חכירה ראשונים ובחלק אחר של המקרים חושבו דמי החכירה על בסיס הנחה של תשלום דמי חכירה ראשונים בשיעור של 80%. ואולם הנחה זו נבעה פעמים רבות מקשיים שבהם נתקל המינהל לגבי השאלה מה היו דמי החכירה ששולמו. כפי שמציין ויתקון בספרו-

”סיבת הויתור נעוצה בין היתר בהיסטוריה של התפתחות דמי החכירה שהקשתה על יכולת מינהל מקרקעי ישראל לאתר בכל עסקת החכרה, מה היה שיעור תשלום דמי החכירה הראשוניים על ידי החברות שבנו את השיכונים הציבוריים ועל ידי החוכרים. לפיכך, ”יושר קו” בהנחה, גם אם לא נכונה, שכל החוכרים בבנייה רוויה בשיכונים ציבוריים שילמו דמי חכירה ראשונים”.

ואמנם, העותרים אינם מבקשים לטעון כי דמי חכירה ראשונים לא שולמו באופן מוחלט, או באף אחד מן המקרים, אלא רק כי המינהל לא ערך בירור בשאלה, והניח הנחות לטובת החוכרים בעיר. גם החלטות המועצה המובאות על-ידי ויתקון בחוות דעתו המצורפת אינן מובילות בהכרח למסקנה שאותה הוא מבקש להסיק, כי במגזר העירוני לא שולמו כלל דמי חכירה ראשונים בשיעור של 80% (ראו למשל הוראת האגף העירוני במינהל מספר 279 מיום 18.5.89 המובאת בחוות הדעת). כשברקע הדברים עומדת החלטה מספר 1 של המועצה, הנחת המוצא שבני המגזר החקלאי – עותרים ומשיבים כאחד – לא הצליחו לסתור הינה כי במקרה הרגיל שילמו החוכרים העירוניים דמי חכירה ראשונים. כך, אפילו ניתנה להם הנחה בתשלום דמי החכירה, ואפילו הוכר להם בהמשך אחוז תשלום גבוה מזה ששילמו בפועל. אכן, אף מכמה מן המקורות אשר הובאו על-ידי התנועה הקיבוצית עולה, כי דמי חכירה ראשונים שולמו על ידי אנשי המגזר העירוני, גם אם במחיר שאינו מגיע כדי 40%-80% מגובה הקרקע, אלא רק כדי 20% ממחיר השוק שלה (ראו דו”ח מינהל מקרקעי ישראל לשנת 1974-1975, בעמ’ 31; ראו גם דו”ח שנתי של מבקר המדינה מס’ 28, בעמ’ 468). אין לחדד כי אפשר שיש מידה של שרירות בהנחת המוצא האמורה, שייתכן שלא התממשה בכל מקרה ומקרה, ואולם זהו ”המחיר” שראתה המועצה לשלם לשם התווית הסדר אפקטיבי (כל זאת תוך מתן פתח לטענות פרטניות החורגות מהנחה זו, ככל שיוכחו).

הנחת מוצא זו כי החוכרים העירוניים שילמו דמי חכירה ראשונים במקרה הרגיל, יש להציב אל מול הנתון שלפיו במגזר החקלאי לא שולמו דמי חכירה כלל. כפי שמובא על-ידי הקיבוצים העותרים בבג”צ 2090/09, ממאמרו של פוזננסקי -

”הבעיות שהתעוררו במגזר העירוני אינן קיימות בכלל או קיימות במידה מזערית בלבד במגזר החקלאי. החוכרים החקלאיים לא שילמו אף פעם דמי חכירה ראשונים או דמי השתתפות” (עמ’ 107).

85. עובדה זו משתקפת גם בהחלטה מס' 1 של המועצה, אשר אינה מטילה על החוכר בנחלה חובת תשלום דמי חכירה ראשוניים. תנועת המושבים ועותרים נוספים מן המגזר החקלאי מצביעים בהקשר זה על השתתפותם ברכישת הקרקעות ובמימון העבודות הקשורות בהכשרת הקרקעות שעליהן הוקמו יישוביהם, וגורסים כי בהשתתפות זו יש לראות מקבילה לדמי החכירה הראשוניים שהוטלו, ככל שהוטלו, על המגזר העירוני. תנועת המושבים מפנה בעניין זה למאמרה של מיכל אורן-נורדהיים, שבו מובא מחקר הנותן – לדידם – תוקף לטענתם זו (ראו מיכל אורן-נורדהיים "הרכשת וגם חכרת: תרומת ההתיישבות העובדת למימון קרקעות הקרן הקיימת" קרקע 51 (2001)). על כך יש להשיב בשלושה: ראשית, גם במאמר שאליו מפנה תנועת המושבים לא ברור היקף השתתפותם של המתיישבים ברכישת הקרקעות ועד כמה פשתה תופעת ההשתתפות ברכישת הקרקע ביישובים השונים. כשם שמצוין במאמר-

"מהמסמכים הקיימים בידינו לא קל להעריך את שיעור ההשתתפות בכל היישובים. לשם כך אנו זקוקים לעדויות בדבר עלות האתר הנרכש, או לפחות העלות הממוצעת באזור המדובר ובמועד הרכישה. כן נדרשת ידיעת סכום ההכשרה ויתר העלויות הנלוות. אולם, חלקיות המידע המצוי מקשה על החישובים. ניתן אמנם לאמוד את שיעור ההשתתפות באמצעות אקסטרפולציה שתבסס על מידע מפורט שישנו בחלק המקרים, אולם בשלב זה של המחקר עדיין חסרים נתונים רבים להשלמת התמונה".

בהיעדר תשתית עובדתית משמעותית לביסוס הטענה, קשה לגזור ממנה מסקנה אופרטיבית שתשפיע על בחינת סבירות פעולתה של הרשות. שנית, כפי שמצוין במאמר, אפילו השתתפו המתיישבים בחלק מהמקרים ברכישת הקרקעות, החלטתם למסור את הקרקעות לקק"ל לוותה ביתרונות ארגוניים שונים, לרבות השגת אשראי להתיישבות, תמיכה מוסדית ואדמיניסטרטיבית והכוונה משקית. שליטת, כפי שעולה מן המאמר, יש לזכור כי גם בהינתן השתתפות המתיישבים ברכישת הקרקע, לא נתפסה השתתפות זו כתחליף לתשלום דמי חכירה ו"המתיישבים אף הם ידעו שלהשתתפותם במחיר הקרקע אין קשר לעניין הבעלות עליה". לא עלה, אפוא, בידי תנועת המושבים או בידי הצדדים האחרים מקרב המגזר החקלאי לבסס את טענתם כי המגזר החקלאי השתתף ברכישת הקרקע שעליה הוקמו היישובים עד כי יש לראות בכך מקבילה לתשלום דמי חכירה ראשוניים כדוגמת אלה ששולמו במגזר העירוני.

86. בצד זה יש להזכיר את דמי ההיתר שנדרש החוכר העירוני לשלם בגין תוספת זכויות בנייה מעבר לשטח כולל של 160 מ"ר, ובגין הקמת יחידת דיור נוספת מעבר לזו האחת המותרת לו. תשלום אחרון זה עומד כיום, לפי דברי המדינה, על שיעור של 31%

מעריך הקרקע. במושבים, כזכור, היתה תמונת המצב שונה. עובר להחלטה 979, יכול היה החוכר לבנות שלוש יחידות בלא תוספת תשלום (אלא אם ביקש לבנות מעבר לאחוזי הבנייה המותרים לגבי כל אחת מהן), ואילו לאחר ההחלטה יכול החוכר לבנות עד 375 מ"ר כנגד תשלום של 3.75% מערך הקרקע, במסגרת הסדר הזכויות החלקי שתואר. גם בכך יש לשקף את המגמה האמורה, בדבר תשלום בשיעור גבוה יותר במגזר העירוני, כנגד היקף זכויות נמוך יותר.

להשלמת התמונה יצוין, כי מאז שנת 1988 נערך שינוי מבני באופן גביית דמי החכירה בבנייה נמוכה (המקבילה לענייננו) במגזר העירוני, כך שאלו מהוונים ומשולמים על-ידי החוכרים במועד החכרת הקרקע בשיעור של 91% מערכה.

87. אכן, אין להתעלם מההנחות המרובות אשר ניתנו במגזר העירוני לאורך השנים, הן במסגרת מבצעי היוון, הן במסגרת החלטות שונות הנוגעות להכרה בדמי חכירה ראשונים בשיעור גבוה מזה ששולם, הן בהיבטים אחרים. אף אם ניתן לקבל את טענת המדינה כי מטרות אחרות עמדו ביסוד מבצעי היוון אלה, ובראשן צמצום החיכוך בין החוכר העירוני לבין המינהל, אין הדבר מאיין את משמעותה החלוקתית של ההנחה הגלומה במבצע ההיוון, שהרי גם מאחורי החלטה 979 עמדו מספר טעמים ומספר יעדים, והתשלומים שנקבעו בה נגזרו גם מתוך רצון לתמרץ את החוכרים להצטרף אליה. כל זאת אינו מוציא את היבט ההנחה שבה, ואת הצורך לבוחנו גם באספקט החלוקתי שבין מגזר למגזר. ואולם, כפי שהוסבר בפירוט, ועדת הבר מצאה בסופו של יום כי ככלל – במגזר העירוני שולמו דמי חכירה בשיעור גבוה יותר מאשר במגזר החקלאי, וכנגד זכויות בהיקף נמוך יותר. מבצעי היוון ופטור מדמי חכירה ראשונים, הם, אפוא, החריג, ולא הכלל, ואף אם במקרים מסוימים היה סך התשלומים ששולם על-ידי החוכר העירוני נמוך או אף זניח, בחינה קבוצתית מלמדת, כי לא נפל פגם במסקנתה של ועדת הבר בשאלת שיעורי התשלום היחסיים ובמסקנותיה, ככל שנגזרו מהנחה זו.

(vii) האיזון בין השיקולים השונים ובחינת סבירות ההחלטה

88. עד כה, נמצאו למדים כי סך דמי החכירה ששולם במושבים נפל מזה ששולם במגזר העירוני. עוד נמצא כי סך הזכויות וההטבות שניתנו לבני המושבים בעיקר ככל שהדברים אמורים בשטח ובאחוזי בנייה, עולה על זה שניתן לבני המגזר העירוני. בצד זה עמדנו על עבודת האדמה ועיבוד הקרקע שבוצעו לאורך שנים על-ידי בעלי הזכויות בנחלה, שיצרו אצלם ציפיות בנוגע להמשך החזקתם קרקע. בשקלול נתונים אלה, נראה ששיעור של 33% מערך הקרקע שעבורו נרכשות מלוא הזכויות בחלקת המגורים, לוקח

בחשבון גם את ההיבטים החלוקתיים, ובכלל זה את היקף התשלומים, היקף השירותים והיקף ההנחות שניתנו בכל מגזר, וכן שיקולים חלוקתיים רחבים יותר.

89. כך, מן הצד האחד נלקחת בחשבון העובדה שהחוכרים החקלאיים מחזיקים בקרקע מזה עשרות בשנים, שבמהלכן עיבדו את האדמה, הוציאו לחם מן הארץ וקידמו את מטרות הציונות, וכי על-פי החלטות המועצה, הם בעלי זכות חכירה או זכות לקבל חוזה חכירה על שטחי המשבצת לתקופה של עד 198 שנים (ראו דו"ח הבר בעמ' 57). עוד יש לתת את הדעת לכך, שגם לאחר החלטה 979, מוסיפה לעמוד חובת החקלאי לעבד את הקרקע ולהתגורר בנחלה במבנה בן 160 מ"ר. בצד זה, לא ניתן להתעלם מהתשלומים הנוספים שהמושבים נדרשים לשלם, במיסים ותשלומי חובה אחרים, המעלים את גובה דמי החכירה המשולמים בפועל מעל ל-33% הנדרשים מכוח ההסדר; מתשלומים מסוימים ששולמו על-ידי אחדים מן המתישבים כהשתתפות ברכישת הקרקע בתקופת ק"ל; וכן מהמטרות הנלוות להסדר, אשר פורטו לעיל, שבעטין מבקשת המועצה לתמרץ את המגזר החקלאי לקחת בו חלק, תוך הכרה בכך שבהינתן גובה דמי ההסכמה הנגבים – קביעת דמי היוון גבוהים יותר עלולה לסכל הצטרפותם של חוכרים להסדר. למטרות נלוות אלה יש משמעויות כלכליות שגם הן צריכות להילקח בחשבון, ובכלל זה הקדמת קבלת דמי היוון שהם כגובה דמי הסכמה בהעברת נכס, וקבלתם בבת אחת על-ידי המדינה; חיסכון במנגנוני גבייה וכשם שנראה להלן, גם במנגנוני אכיפה מטעם המינהל; ובאותו עניין אחרון – קבלת תמורה עבור שימוש לא חוקי שעד כה נעשה בלא תשלום.

לצד כל אלה, ועת עוסקים אנו בסוגיות בעלות אופי חלוקתי, יש לתת את הדעת גם להיקף התשלומים ששולמו על-ידי המגזר העירוני, ובגדר כך – להנחות הניכרות שניתנו לאורך השנים, שעליהן אין חולק; למבצעי ההיוון; וככל הנראה גם למידה מסוימת של אי תשלום דמי חכירה ראשוניים בקרב מגזר זה. הנחות אלה, אף אם גם בהינתן עולה סך התשלומים ששולמו על-ידי המגזר העירוני על אלו הנומינאליים-הסמליים ששולמו על-ידי המושבים – שאף לא נדרשו לשלם דמי חכירה ראשוניים כלל – יש ודאי לתת להם משקל בעת שנבחנות שאלות של צדק חלוקתי. עוד יש לקחת בחשבון השיקולים את השינוי שנרשם בהחלטה הנוכחית בהשוואה להחלטה 979 המקורית, עת ניתנה למגזר החקלאי אפשרות להוון את זכויות הבנייה למגורים תמורת תשלום של 3.75% מערך הקרקע בלבד, הגם שהיוון זה לא טמן בחובו את רכישת מלוא הזכויות בחלקת המגורים כשם שמתאפשר בהחלטה הנוכחית. על אף שאין לראות בהחלטה 979 המקורית משום נקודת מוצא, ואין לבחון את תקינות ההחלטה הנוכחית כנגזרת מן היחס בינה לבין ההחלטה המקורית, שאינה משום אמת מידה, יש בפער

המשמעותי בסכומים המשולמים כדי לספק בכל זאת אינדיקציה מסוימת לתקינותו של גובה הסכום שנקבע בהחלטה זו. שיקולים אלה מורים כי אין מקום לגבות מבעל הזכויות בנחלה את מלוא ערכה של חלקת המגורים.

91. מן הצד השני, יש לתת את הדעת לרצונה של המדינה – בעת שהיא מעבירה את מלוא הזכויות בקרקע – לזכות בסכום השווה לדמי הסכמה ולו פעם אחת; להיקף הקרקע הנרחב והזכויות הנלוות לה, שבו זוכה המגזר החקלאי בעקבות ההחלטה; ליתרונות שמהם נהנים החוכרים במגזר החקלאי בעקבות ההחלטה, בין היתר בכל הנוגע לצמצום המגבלות המוטלות על עבירותה – בפרט בדרך של הורשה; לכך שבעוד שבמגזר העירוני נדרש החוכר לשלם דמי היתר עבור כל יחידת דיור מעבר ליחידה שלה הוא זכאי, במגזר המושבים רשאי החוכר להקים שלוש יחידות דיור ללא תשלום נוסף; להיקף התשלומים היחסי ששולם על-ידי כל אחד מן המגורים; ולעובדה שבסופו של יום, אין לגזור גזירה שווה בין ההחלטה האמורה לבין מבצעי היוון שנערכו במגזר העירוני, שבהם לא בוצע שינוי במערך הזכויות הקיים, אלא רק במנגנון גביית דמי החכירה.

92. התבוננות על הסדר רכישת הזכויות המלא במגזר המושבים, כשלעצמו, ובאופן יחסי להסדר הנוגע למגזר העירוני, מלמדת כי ההוראות השונות שנקבעו בו בנפרד וכמכלול, אינן חורגות ממתחם הסבירות. ודוק: נוכח תרומתו של המגזר החקלאי, הקשיים שעיימם נאלץ להתמודד והזכויות שצבר לאורך השנים מן הצד האחד, והיקף הזכויות שלהן זכה מגזר זה, התשלומים ששילם, ושיקולים תכנוניים שונים, מן הצד השני, ניתן לקבוע – בשים לב לשיקול הדעת הרחב הנתון למועצה בגיבוש החלטותיה – כי בגיבוש ההסדר ניתן משקל הולם לשיקולים הרלוונטיים השונים. לא ראיתי, אפוא, עילה להתערב בהחלטת המועצה בסוגיה זו.

(ד) החלטה 1101 – תעסוקה לא חקלאית בנחלה במושבים

(I) הקמת המבנים והתשלום עבורם

93. כאמור, ההחלטה השנייה הנוגעת למגזר המושבים הנתקפת בעתירה היא החלטה 1101, המאפשרת הקמת מבנים לתעסוקה לא חקלאית בחלקת המגורים. אפשרות זו לא נולדה לראשונה בהחלטה 1101, ואולם, משהחלטות הקודמות אינן נתקפות במסגרת העתירה הנוכחית, יש לבחון במסגרת סבירות ההחלטה את תוספת הזכויות הניתנת בה ביחס למצב הדברים שקדם לה, לרבות זה התכנוני, אשר התיר שימוש לתעסוקה לא חקלאית בנחלה בתכניות שונות, לרוב בהיקף של עד 500 מ"ר. חרף כך, ברי כי משמדובר בהחלטה חדשה, שמרכיביה עשויים מקשה אחת, ומאזנים

אחד את השני, תיעשה בחינת ההחלטה מתוך פרספקטיבה רחבה וכוללת, אשר תתחשב, בין השאר, גם בהוראות שיש בהן כדי לשמר את המצב הקיים.

94. העותרים השונים מתריעים מפני מגמת פרבור שצפויה להתרחש בעקבות מתן האישור לתעסוקה לא חקלאית. אכן, פתיחת פתח נרחב לאפשרות של תעסוקה לא חקלאית עלולה לקדם תהליך של פרבור, המנוגד למגמות התכנוניות. זאת על רקע העלויות הפחותות, בין היתר במיסוי, שהמושב יכול להרשות לעצמו להטיל על עסקים אלה, בהשוואה לערים. על התופעות השליליות הנלוות לפרבור, ובכללן הפגיעה במרקם החיים החברתי ובשירותים שהעיר יכולה לספק; חיזוק הסגרגציה החברתית; הגברת האבטלה בערים והתרכזות של אוכלוסיה חלשה בהן; והגדלת עומסי התנועה בין הערים לפריפריה, עמדנו זה מכבר לעיל. ואולם, מעיון בהחלטה מתקבל הרושם כי המועצה נתנה דעתה לשיקול זה במסגרת החלטה 1101, וניתן לו ביטוי בהוראותיה.

95. כך, נקבע כי היקף השטח שבו תתאפשר התעסוקה הלא חקלאית מוגבל לשטחה התחום של חלקת המגורים, באופן שמעמיד זה כנגד זה את זכויות הבנייה לתעסוקה ולמגורים – שכן את שתיהן ניתן לממש רק בגבולותיו של אותו שטח – ומגביל את תחום הפעולה המוקצה להקמת תעסוקה לא חקלאית. בכך, הוכנס גם שינוי ביחס להחלטה 755 שבתוקף, המתירה הקמת תעסוקה לא חקלאית בכל שטח חלקה א' ולא רק בשטח חלקת המגורים. עוד נקבע בהחלטה, כי אחוזי הבנייה המוקצים לתעסוקה לא חקלאית כוללים גם את מבני הקיט, דבר שיש בו כדי לצמצם את מרחב האפשרויות העומד בפני החקלאים בישובים עתירי תיירות, ולהקטין את החשש מפני תחרות מול מרכזי התעסוקה בערים. בהקשר זה יצוין, כי ספק אם מבני הקיט בתיירות הכפרית מהווים מוצר תחליפי למלונות שבערים, כך שבאפשרות שניתנת להקמתם של אלה יש פגיעה בתיירות העירונית (ולעניין זה ראו סקר נופשים שנערך מטעם האוניברסיטה העברית על-ידי ד"ר עליזה פליישר, יוסף אבי, יאיר אנגל וענת צ'צ'יק בסוגיית האירוח הכפרי בישראל ב- <http://www.galil.gov.il/About/AboutCategory.asp?td=42&f=244&svf=493>). עוד יוזכר, כי הנקודה הנוכחית מבטאת שינוי ביחס להחלטה 979 המקורית, שבה נכללו מבני הקיט בגדר אחוזי הבנייה שהוקצו לתעסוקה לא חקלאית. ביטוי נוסף להפנמת החשש מפני פרבור בהחלטה 1101, מצוי בכך שזו הגדילה את דמי החכירה שנקבעו בהחלטה 979 המקורית עבור תעסוקה לא חקלאית, והעמידה אותם על דמי חכירה מלאים (91%). עובדה זו, כשהיא ניצבת אל מול שיעור דמי החכירה הנגבים עבור בנייה למגורים בנחלה, המתבצעת – כאמור – באותו שטח, יש בה כדי לעודד העדפת בנייה למגורים על פני בנייה לתעסוקה לא חקלאית. בצד האמור, נמנע ההסדר הקבוע בהחלטה 1101

מקביעת הנחות איזור על תשלום דמי חכירה במגזר הכפרי, בניגוד לקבוע כיום, דבר שגם בו יש כדי לקדם את המגמה האמורה. גם בהשוואת דמי החכירה הנגבים במושבים עבור תעסוקה לא חקלאית, לאלה הנגבים בערים (כאחוז מערך הקרקע), יש כדי להתמודד עם חלק ניכר מן החששות מפני יצירת תמריץ להעברת העסקים לעבר הכפרים.

96. החלופות שביניהן יצטרך עתה החוכר לבחור והעומדות עתה זו כנגד זו, הן, מן הצד האחד, הקמת מבנה לתעסוקה בעיר, לרוב בקרבה לספקים ולתשתיות תומכות, בתמורה לתשלום דמי חכירה מלאים; ומן הצד השני, הקמת מבנה מעין זה ביישוב חקלאי, בשטח מוגבל מראש, הנמצא לרוב במרחק מה מספקי הציוד ומחייב תובלה; לשימוש הנוגס בשימוש למטרות קיט, ועלול אף לנגוס בשימוש הזול יותר לצורך מגורים, ובתמורה לתשלום של דמי חכירה מלאים. נכון הוא כי גם בהתאם להסדר זה עשויים להשתמר תמריצים להקמת תעסוקה לא חקלאית ביישובים החקלאיים, ובכלל זה דמי ארנונה בשיעור נמוך יותר. ואולם, גם אם בנסיבות מסוימות יוסיפו חוכרים מסוימים לדבוק בחלופה הכפרית, איני סבורה כי החלטה 1101 מספקת תמריצים ממשיים שעלולים להפוך העדפה פרטנית מעין זו לכלל מגמה ולתופעה של פרבור. עוד יש לשוב ולהזכיר, כי ההחלטה קובעת את תמ"א 35, שלא היתה בתוקף עת נתקבלה החלטה 979 המקורית, כתנאי בחוזה בין המינהל לבין החוכר, וכוללת הוראות שנועדו למנוע תופעות של פרבור (ראו למשל סעיף 7 לתמ"א). על רקע האמור, ובשים לב לאפשרות הנתונה בידי החוכר בנחלה כיום להקים מבנים לתעסוקה לא חקלאית בתנאים שונים, נראה כי בהתייחס לחלק זה של ההסדר, לא חרגה המועצה ממתחם הסבירות באיזון שערכה בין החשש הקיים מפני פגיעה במגזר העירוני ופרבור לבין הצורך שהתפתח בהרחבת מעגלי התעסוקה אל מעבר לאלה החקלאיים, על רקע היחלשות הענף וצמצום היכולת להניב ממנו פרנסה.

97. לסיום נקודה זו, יוזכרו חוות הדעת השונות שהובאו על-ידי כל אחד מן הצדדים בנוגע לשאלת הפרבור. פורום הערים הצטייד בחוות דעתו של פרופ' שחר ז"ל, שבה כבר דובר, המצביע במחקרו על השפעותיה השליליות של תופעת הפרבור ועל ההסתברות המוגברת להתפתחותה אם ייושם ההסדר הנוגע לתעסוקה הלא חקלאית בשל התמריץ המצוי בו למעבר של תעשייה לא חקלאית אל המושבים. מנגד מצויה חוות דעתו של פרופ' צ'מנסקי שאינו סבור כי בהסדר – כפי שנקבע – קיים חשש אמיתי להתפתחות תופעה נרחבת של פרבור, על רקע מימדיה המצומצמים של הבניה הצפויה ביישובים החקלאיים וחוסנו של המגזר העירוני.

קראתי בעיון את שתי חוות הדעת. אציין, כי לא ניתן להתעלם מכך שחוות הדעת שהובאה על-ידי פרופ' שחר מתייחסת להחלטה 979 המקורית שכאמור, אף היועץ המשפטי לממשלה הסתייג ממנה והתריע על תופעת הפרבור שהיא עלולה לקדם, ולא להחלטה נושא דיוננו. עובדה זו, אין לפטרה בעלמא, לאור ההבדלים המשמעותיים שנכללו בהחלטות 979 החדשה ו-1101, בין היתר באותן סוגיות שאליהן התייחסה חוות דעתו של פרופ' שחר. ודוק: בעוד שבהחלטה 979 המקורית עמד שיעור התשלום עבור שימושים לא חקלאיים על 41% מערך הקרקע, עומד שיעור זה בהחלטה הנוכחית על דמי חכירה בשיעור מלא. בעובדה זו, יש, כאמור, כדי לצמצם את החשש שעליו עמד פרופ' שחר מפני "מעבר מהיר ונמרץ של מרכזי תעסוקה, מסחר ותעשייה אשר יצאו ממרכזי הערים אל עבר האזורים החקלאיים" (עמ' 26 לחוות הדעת). השינויים הנוספים שהוכנסו להחלטה 979 המקורית, כמו גם מרכיבים מסוימים אשר נותרו בתכנית, "מתכתבים" אף הם עם החשש מפני פרבור המובע בחוות דעתו של פרופ' שחר. כך, הכללת מבני הקיט במכסת השטח הבנוי לתעסוקה נועד לצמצם שימוש שיהיה בו כדי ליצור תחרות לא הוגנת עם המגזר העירוני, מעבר מוגבר של עסקים אל הכפר ופגיעה בגביית הארנונה במגזר העירוני. העובדה שמבני המגורים ומבני התעסוקה ייבנו על אותו שטח תחום ומוגבל (שכן על-פי החלטה 1101 ימוקם המבנה לתעסוקה לא חקלאית רק בתוך חלקת המגורים, אלא אם התקבל אישור מיוחד), ושהתשלום שישולם עבור אחוזי הבנייה למגורים נמוך משמעותית משזה שישולם עבור אחוזי בנייה לתעסוקה, משמשת אף היא גורם מתמרץ להעדפת בנייה למגורים על פני בנייה לתעסוקה, באופן שמחליש את החשש מפני פרבור ומפני פגיעה באפשרויות התעסוקה בעיר.

גם החשש מבנייה מרובה ובלתי נשלטת במגזר החקלאי, בניגוד להוראות תמ"א 35, שלא היתה – כאמור – בתוקף בעת קבלת החלטה 979 המקורית, זוכה ל"טיפול" בהחלטה, המעגנת את התמ"א בגדרם של היחסים החוזיים בין המינהל לבין החוכר. כזה הוא אף החשש מפני התפשטות של שכבות מבוססות לעבר שטחים חקלאיים ופגיעה בשטחים פתוחים, שאינו צפוי להתממש נוכח העובדה שאין עניינה של ההחלטה בשינוי ייעוד של שטחים חקלאיים, אלא בבנייה בשטחים המשמשים ממילא לצורך מגורים. אמנם, גם בשטחים אלה התקיימה פעילות חקלאית על-ידי בעל הזכויות בנחלה, ואולם – כפי שהוסבר – ההחלטות שלפנינו אינן מבטלות את חובתו של זה להמשיך ולעבד את הקרקע, ואינן מגדילות את היקף השטח המותר גם כיום לבנייה לצורך תעסוקה לא חקלאית. פרופ' שחר גורס כי יכולתם של היישובים הכפריים לגבות ארנונה נמוכה, אשר הופכת אותם מוקד משיכה להקמת מבנים לתעסוקה לא חקלאית, נסמכת, בין היתר, על דלילות האוכלוסין בסקטור הכפרי,

המביאה למיעוט יחסי בהיקף המשימות הנדרשות בו ביחס לאלה המוטלות על השלטון המקומי בעיר. כאמור, אחת ממטרותיה של החלטה 979 החדשה, כפי שצוינו על-ידי ועדת הבר, היתה פתיחת פתח ל"התחדשות חברתית ופיזית של הישובים החקלאיים". מטרה זו מושגת, בין היתר, באמצעות ביטול דרישת הרצף הבין-דורי, האפשרות הקיימת לפצל את החלקה ומתן אפשרויות עיסוק זולת אלה החקלאיות. אמנם, אמצעים אלה נושאים עימם סיכונים מסוימים להגשמת מטרות בלתי רצויות הכרוכות במעבר אנשים מן העיר אל הכפר, ואולם, כפי שהוסבר, המנגנון שנקבע בהחלטה 979 החדשה מתחשב בשיקול זה, מאזן בינו לבין התכליות האחרות ומנפק תוצאה סבירה.

לא מצאתי, אפוא, עילה להתערב בתנאי ההסדר הקבוע בהחלטה 1101, המתיר הקמת בניה לתעסוקה לא חקלאית בנחלה.

(II) השכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית בנחלה

98. מרכיב נוסף בהחלטה 1101 שאותו תוקפים העותרים, ובפרט אדם טבע ודין, הוא זה המאפשר השכרתם של המבנים לתעסוקה לא חקלאית בנחלה לצדדים שלישיים. מרכיב זה של ההחלטה מבטא שינוי משמעותי מהחלטות קודמות וממצב הדברים הנוכחי, באשר מכוחו מתאפשר לראשונה שימוש לתעסוקה לא חקלאית בחלקה א', שלא על-ידי בעל הנחלה עצמו. אמנם, גם בהתאם להחלטה הנוכחית הוגבל השימוש לתעסוקה לא חקלאית רק להשכרה, ולא למכירה, ונקבע כי לא ניתן להפריד את זכויות הבנייה לתעסוקה לא חקלאית מהנחלה או לפצל אותם ממנה, ואולם, גם בתנאים הנוכחיים, יש בהחלטה כדי לשמש גורם בעל משמעות בבחינת היקף המבנים שיוקמו לתעסוקה לא חקלאית, הן באופן מוחלט, הן ביחס למצב הדברים בערים.

לטעמי, ההחלטה להתיר השכרת השטחים המיועדים לתעסוקה לא חקלאית לבעלי הזכויות בנחלה אינה מעניקה משקל ראוי לשיקולים השונים ואינה מאזנת כהלכה ביניהם, ומשכך חורגת היא ממתחם הסבירות.

99. אין מדובר בשאלה בינארית או בעניין שאופיו מוחלט. חרף מסקנתי האמורה, ניתן למנות שורה של שיקולים טובים – שחלקם הובאו על-ידי הצדדים – לתמיכה בהסדר המתיר השכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית, כדוגמת זה נושא העתירה. כך, בהינתן סבירות ההחלטה המאפשרת שימוש לא חקלאי בנחלה, תתעורר השאלה: מה לי שימוש הנעשה על-ידי בעל הזכויות בנחלה, מה לי שימוש הנעשה על-ידי צד שלישי שלו מושכר השטח, בין כך ובין כך מוקמת תעסוקה לא חקלאית בנחלה, בהיקף נתון, שפוטנציאל הפגיעה הטמון בו לשטחים פתוחים והאפשרות שיקדם תופעות של פרבור,

הינן, על פניהן, דומות. עוד ניתן לטעון כי חרף האתוס החקלאי שעליו הצביעו העותרים, שוודאי יכורסם אם תינתן לבעלי הזכויות בנחלה אפשרות להשכיר את נחלותיהם, הרי שלא מתן אפשרות ההשכרה הוא ששחק את אופיה החקלאי של ההתיישבות החקלאית אלא עצם פתיחת הפתח לתעסוקה לא חקלאית, וזו – אין מקורה בהחלטה הנוכחית אלא בהחלטות שנתקבלו כבר לפני עשרות בשנים, ובכורח המציאות אשר גרם להן.

טענה שלישית שניתן להעלות לתמיכה באפשרות של השכרה נוגעת לגובה דמי החכירה שישלם מי שיבקש להשכיר מבנים לתעסוקה לא חקלאית, העומדים על שיעור של 91% משווי מלוא ערך הקרקע, קרי דמי חכירה בשיעור מלא. לצד סכום זה, קיימות מגבלות נוספות שעל בעל הזכויות בנחלה לעמוד בהן בטרם יוכל להשכיר מבנים לתעסוקה לא חקלאית, לרבות הסדרת חובות עבר, וקיום התנאים התכנוניים. בנוסף, סכום החכירה אינו יכול להיות מומר בתשלום דמי חכירה שנתיים, כפי שהיה הדבר בהחלטה 755 שקדמה להחלטה זו, דבר שעשוי היה להקל על אפשרות התשלום של בעל הנחלה, בהיותו תשלום נפרס ולא חד פעמי. הקמת המבנה אף אינה יכולה להיעשות בדרך של שימוש חורג שקיבל היתר, אלא רק במסגרת תוכנית מאושרת המשנה את ייעוד הקרקע לתעסוקה לא חקלאית. דבר זה נושא עימו חשיבות, שכן הגם שבמקרים מסוימים סטייה מתכנית הינה כורח המציאות, להסדרה תכנונית וקיום תנאיה של תכנית קבועה נודעים יתרונות על-פני סטייה ממנה בדרך של היתר. בין יתרונות אלה מנויים העובדה שהליך תכנוני שיטתי נעשה תוך ראייה רחבה וכוללת של הצרכים התכנוניים לטווח ארוך, ולא על-פי דרישה המתעוררת באופן נקודתי (ראו בג"צ 235/76 בנייני קדמת לוד (1973) בע"מ נ' הוועדה המקומית, פ"ד לא(1) 579, 584 (1976); בג"צ 157/77 לוי נ' שר הפנים, פ"ד לב(2) 100, 107 (1978) (להלן: עניין לוי); ע"א 402/80 "אתגר" הקלוב הישראלי החדש למסחר ביהלומים בע"מ נ' מ.ב.א. החזקות ונכסים בע"מ, פ"ד לה(3) 309, 315 (1981)); פעולה על-פי תוכנית יוצרת וודאות (עניין לוי, בעמ' 107-108); היא מקדמת שוויון; והיא מפחיתה חשש מפני לחצים ומפני שיקול דעת לא ענייני (ראו דנג"צ 3201/96 שר החקלאות נ' המועצה האזורית עמק לוד, פ"ד נא(3) 661, 683-684 (1997); לעמדה שונה, השוו ד"ר אסף רנצ'ר שימוש חורג במקרקעין 235-246 (2009) (להלן: רנצ'ר)). יושם על לב עוד, כי התנאי בדבר קיומה של תוכנית תקפה חל רק לגבי השכרת מבנים, ואינו נדרש לגבי עצם הקמתם של מבנים לתעסוקה לא חקלאית, שאז ניתן להסתפק בהיתר תקף לשימוש חורג. תנאי זה מציב רף תכנוני ופרוצדוראלי נוסף לפני מי שמבקש להשכיר מבנה לתעסוקה לא חקלאית, והוא מגדיל את הסיכוי כי אפשרות ההשכרה תיבחן במבט רחב.

טעם נוסף המצדד בעמדה זו, משקיף על המציאות כהויתה, ומגלה לנגד עיניו – בהתאם לנתונים שהוצגו על-ידי בעלי הדין – תופעה נרחבת של השכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית לצדדים שלישיים, הנעשית באופן בלתי חוקי. אכן, קיים קושי בהתייחסות לשיקול זה כאל שיקול התומך במתן גושפנקא רשמית להשכרה, שהרי הדבר מביא למצב שבו חוטא יוצא נשכר. על קושי זה יורחב להלן בעת בחינת ההסדר בהחלטה הנוגע לשימושים בלתי חוקיים. ואולם, יש רגליים לטענה כי במצבים מסוימים, קשה להתעלם ממציאות של בנייה קיימת, הנעשית במספרים גדולים, בין אם בשל כך שעלות האכיפה עולה על התועלת שבמניעה, בין אם מן הטעם שלעיתים, תופעה רווחת מעין זו עלולה ללמד על קיומו של צורך אובייקטיבי שאינו זוכה למענה בתנאים הנוכחיים. שיקול אחרון התומך בהתרת השכרה נגזר דווקא ממיקומם של המבנים לתעסוקה לא חקלאית בחלקת המגורים. מיקום זה עשוי לשמש גורם שידכא הקמת מבני תעשייה בהיקף ניכר שיושכרו לצדדים שלישיים, באשר אלה ימוקמו בסמוך לבית מגוריו של בעל המקרקעין וסביר שיפריעו ליכולתו ליהנות מאפשרות לקיים חיים פרטיים בנחלתו.

100. ואולם, בסופו של יום, שיקולים אלה, שחלקם בגדר הערכות והנחות שהעתיד יבחנן, אינם שקולים לטעמי לקשיים ולבעיות המלווים את ההסדר, שלהם לא ניתן די משקל. הראשון שבהם נעוץ בחשש המוגבר המלווה את אפשרות התרת ההשכרה, מפני תופעה של פרבור. כפי שהוסבר לעיל, לא שוכנעתי כי קיים חשש של ממש מפני מגמה של פרבור בעקבות עצם קיומה של תעסוקה לא חקלאית בנחלה, הקיימת ממילא גם מכוח ההחלטות הקודמות. ואולם, פני הדברים עלולים להיות שונים כשמדובר בתעסוקה לא חקלאית המושכרת לצדדים שלישיים. במצב דברים זה, עשויה הכמות הגדולה להפוך לאיכות, ולעורר חשש להתפתחות כמה מן המגמות שעליהן התריעו העותרים השונים.

ודוק: עצם קיומו של צורך בהשכרת המבנים ומציאות שבה מבנים מושכרים בצורה בלתי חוקית, מלמדת כי קיים היצע של זכויות בניה שאם לא יושכר, אפשר שלא ייעשה בו שימוש לצורך תעסוקה לא חקלאית על-ידי בעל הזכויות בנחלה בעצמו. ללמדך, כי האפשרות הניתנת לבעל הנחלה להשכיר את המבנה עשויה להגדיל את היקף התעסוקה הלא חקלאית במושב. אכן, כל עוד התעסוקה הלא חקלאית נעשית על-ידי החוכר עצמו, הרי שכפי שמראה אדם טבע ודין, יביא הדבר לכל היותר להקמת מבני תעסוקה על-ידי מעט יותר מ-30,000 בעלי נחלות בכל הארץ, ככל שאלה אמנם יבקשו לממש את האפשרות שנפתחה בפניהם. החובה המוסיפה להיות מוטלת על החוכר לעבד את הקרקע בנחלה, מקטינה אף היא מיכולתו להקים בעצמו עסק לא

חקלאי בעל היקף נרחב (כמובן, אלא אם כן משפחה הרשאי לעשות כן הוא שיקים את העסק). התרת ההשכרה, לעומת זאת, תגדיל משמעותית את גדר האפשרויות הקיים ואת היצע התעסוקה הלא חקלאית בישובים הלא חקלאיים.

אמנם, החסרונות שעימם נאלץ להתמודד חוכר המבקש להקים תעשייה בחלקת המגורים בעצמו, חלים לכאורה גם כשהחוכר מבקש להשכיר את המבנה בנחלה, ואולם חסרונות אלה עשויים ללבוש משקל שונה כשהם עומדים אל מול אפשרות של השכרה. כך למשל, תשלום דמי החכירה בשיעורם המלא נבחן אל מול דמי השכירות שיתקבלו עבור המבנה (שעשויים להיות בשיעור גבוה לנוכח דמי הארנונה הנמוכים יחסית לעיר, שיהיה על השוכר לשלם). יתרונם – מבחינתו של החוכר המשכיר – של קבלת דמי השכירות על פני הקמת תעסוקה לא חקלאית מתבטא, בין היתר, ביכולתו לאמוד אותם ולהשוותם אל מול דמי החכירה; בוודאות שהם מספקים לו; בחוסר הסיכון הכרוך בהם; בחוסר התלות שביניהם לבין כישוריו או יכולותיו של החוכר, ובעיקר ביכולתו להתוותם מראש, כך שלא ייפלו מן הסכום שהוא נדרש לשלם עבור החכירה. כמובן, בעל הזכויות יכול גם לכלול את דמי החכירה במסגרת תנאי החוזה בינו לבין השוכר.

101. הגידול האפשרי האמור בתעסוקה לא חקלאית בנחלות עלול לגרור איתו את אותן תופעות בלתי רצויות שעליהן התריעו היועצים המשפטיים לממשלה בהתייחס להחלטה 979 המקורית, שוועדת הבר הגדירה בין מטרותיה את השאיפה למנען ושזכו להתייחסות דומה גם בגדרה של תמ"א 35. כך, כאמור, הוא הדבר בעיקר בכל הנוגע לחשש מפני פרבור מואץ. כפי שצוין, חשש זה הובע עוד בנוגע להחלטה 979 המקורית, ועל רקע זה הגדירה ועדת הבר בין מטרותיה את הצורך לשמר ולפתח את המרחב העירוני ולצמצם את תופעת הפרבור. גידול ניכר בהיקף הבנייה לתעסוקה לא חקלאית עלול לממש לפחות חלק מן החששות הכרוכים בתופעת הפרבור, ובכלל זה מעבר עסקים מן העיר לכפר בשל תנאים טובים יותר שיוצעו להם; החמרת גודש התנועה והתחבורה בעורקים שאינם מיועדים לכך שיגרום בתורו לפגיעה סביבתית; ושינויים דמוגרפיים הנוגדים את המגמות הרצויות. כן עלול הדבר להביא להכשרת דרכים חדשות וחניונים בשטחים פתוחים, לשימוש מוגבר ברכב פרטי ולהחמרת מפגעי זיהום.

אמנם, לא ניתן לומר בביטחון שחששות אלה אכן יתממשו. ואולם, מקורו של הקושי שבהשכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית אינו בודאות הקיימת בנוגע לתוצאותיה, אלא בכך שלא ניתן לחששות הכרוכים בה משקל של ממש בעת גיבוש ההחלטה. אכן, אין לטעון כי כל אפשרות – ואפילו תהיה היא רחוקה – חייבת להישקל

על-ידי הוועדה היושבת על המדוכה ועל-ידי המינהל. ואולם, כפי שהוסבר, השיקול התכנוני הינו שיקול אינטגרלי שחובה על המינהל לשיקול במסגרת חובתו לפעול בסבירות. לא כל שכן, כאשר אי עמידה ביעדים התכנוניים היה גורם בעל משמעות בהחלטה לפסול את החלטה 979 המקורית והצורך להגשים יעדים אלה עמד ביסוד הקמת ועדת הבר. עיון בדו"ח ועדת הבר אינו מעלה כל הסבר שיבהיר את נכונותה של הוועדה להתיר לראשונה השכרה של מבנים לתעסוקה חקלאית או שיצביע כי לחשש מפני פרבור ניתן משקל בהחלטה. החלטה 1101 כוללת אמנם התייחסות לחשש מפני פרבור, אך זו אינה עוסקת באופן פרטני בחשש המוגבר להתממשות תופעה זו בעקבות התרת ההשכרה.

102. כאמור, התמיהה שמעוררת אי בחינתן של ההשלכות התכנוניות הנוגעות להשכרה, גדלה, נוכח העובדה שהחלטה 979 היא הראשונה המתירה אפשרות זו, שנשללה בכל ההחלטות שנתקבלו בעבר. כך למשל, בהחלטה 426 משנת 1989, שכותרתה "החלטה בדבר תנאים לפיהם תימסר קרקע לשימוש שאינו חקלאי בנחלות (...)", נקבע בסעיף 2.3. כי "הזכויות בקרקע ובמבנה המפעל תהיינה של בעל הזכויות בנחלה בלבד, ללא זכות להעבירן בדרך כלשהי לאחר, וללא זכות לשותפות או להשכרה". הוראה זהה לה נתקבלה בסעיף 5 להחלטה 703 משנת 1995. ועדת קדמון שישבה על המדוכה בשנת 1994, קבעה כי ככלל, רצוי שתעסוקה לא חקלאית תרוכז במרכז מלאכה אחד במושב. ואולם, נוכח המציאות הקיימת והבנייה בפועל, המליצה הוועדה לאפשר שימושים לתעסוקה לא חקלאית בחלקה א', ובלבד שלא תותר העברת זכויות לשימושי התעסוקה בחלקה זו, לרבות בדרך של השכרה. אשר למבנים שיוקמו במרכז המלאכה, המליצה הוועדה להתיר בתנאים מסוימים הקמת שותפויות בנוגע להם, אך שללה אפשרות להשכירם. כאמור, בסופו של יום, לא אומצו ההמלצות בנוגע להקמת מרכזי מלאכה במסגרת החלטה 755 משנת 1996, ופעילות לא חקלאית הותרה רק בחלקה א' של הנחלה, ללא אפשרות השכרה (סעיף 5 להחלטה). הודגש, כי ה"מפעל" שמותר לחוכר להקים בנחלה "מיועד לפרנסת החוכר" (סעיף 1.1 להחלטה). ועדת מילגרום ציינה אף היא כי "יש להמשיך ולראות במתחמי התעסוקה שלעיל פתרון תעסוקתי חלופי לחברי האגודה החקלאית ולא כמיזם בתחום הנדל"ן" (עמ' 84 לדו"ח; ההדגשה הוספה).

במסגרת החלטה 979 המקורית הותרה לראשונה השכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית מחלקה א' בשיעור תשלום של 41%. מהלך זה זכה לביקורת נוקבת מצדם של היועצים המשפטיים לממשלה, דבר שהביא בסופו של יום לתיקון ההחלטה, לנוסחה הנוכחי. בין היתר, כתב היועץ המשפטי לממשלה מזוז כי "ההחלטה מאפשרת לבעל

הנחלה במושב להשכיר לגורמים מסחריים חיצוניים את המבנים בנחלה המיועדים לשמש לתעסוקה, ובכך היא פורצת את העיקרון הבסיסי של דו"ח קדמון ואת המלצות ועדת מילגרום" (עמ' 6 למכתבו לשר התמ"ת ולשר האוצר). ואמנם, בגדר החלטה 1101 נעשו שינויים מסוימים גם בסעיף ההשכרה, בעיקר בנוגע לתשלום שיחויב בו בעל הזכויות בנחלה, אשר הועלה מ-41% ל-91% מערך הקרקע. עם זאת, עצם האפשרות להשכיר מבנים לתעסוקה לא חקלאית נותרה בעינה. ראשוניות מתן ההיתר להשכרת מבנים, לאחר ההתנגדות העזה שנרשמה לה, מחייבת הסבר בדבר מקור השינוי ובדבר הטעם המצדיק צעדת צעד נוסף בדרך לחיזוק המרכיבים הבלתי חקלאיים במושבים. ועדת הבר תלתה צעד זה במציאות שנוצרה בעקבות ועדת קדמון, וציינה כי "אלמלא המלצות ועדת קדמון (...) אישורן של המלצות אלה (...) והמציאות שנוצרה בשטח כתוצאה מכך, נכון היה לצמצם, ככל הניתן, את השימושים לתעסוקה לא חקלאית בשטח חלקת המגורים" (עמ' 66 לדו"ח). אם אמנם דו"ח קדמון הוא הבסיס להמלצות, אזי כיצד זה כוללות הן בחובן גם המלצות להשכרה שנשללו באותו דו"ח? גם המדינה בטענותיה, הסבירה את התרת ההשכרה בהחלטה 1101 בעיקר בהתאמה למציאות קיימת שבה מושכרים מבנים לתעסוקה לא חקלאית באופן בלתי מוסדר. האם די בשיקול זה להצדיק את השינוי המשמעותי המוצע? ספק.

103. הקושי הכרוך בהתרת ההשכרה אך בשל מציאות קיימת, קשור גם בעובדה שמציאות זו התהוותה ונוצרה באמצעים בלתי חוקיים. במהלך "זוחל" שניצל את חוסר האפקטיביות של האכיפה, הושכרו עוד ועוד מבנים בנחלה באופן בלתי חוקי. המבנים נותרו על תילם, חוזי ההשכרה נחתמו וקוימו – ובאין תגובה מרתיעה – נוצר תמריץ להקמתם של מבנים נוספים לשם השכרתם לתעסוקה לא חקלאית. כבר עמדנו על הבעייתיות הגלומה ב"הכשרת" בנייה בלתי חוקית ובמתן "פרס" למי שפעל תוך הפרת חוק ותוך פגיעה לא הוגנת בפרנסתם של אלה שביקשו לקיימו. ואמנם, כאמור, הסדרת השימושים הבלתי חוקיים הנעשים בנחלות היתה אחד מיעדיהן המרכזיים של החלטות 979 ו-1101. על ההסדר שנקבע בעניין זה בהחלטה 1101, נעמוד בהרחבה להלן בפרק הבא. בשלב זה יצוין רק כי אפילו יש בנמצא מציאות קיימת שאינה מאפשרת התעלמות, אין משמעות הדבר כי מציאות זו עשויה להכשיר כל תוצאה בלתי רצויה, וכמלוא פריסתה של אותה מציאות. בעת שקילת הדבר, מתחייב כי תינתן הדעת – בצד קשיי האכיפה – גם למשמעות הנובעת מהכרה באותה מציאות, הן בנוגע למאטריה הנוגעת בדבר לגופה – מבחינות תכנוניות, חלוקתיות וכיו"ב, הן בנוגע למסר המועבר עקב כך למפרי חוק. לא מצאתי כי לאלה ניתן משקל מספיק בעת ההחלטה להתיר השכרה לתעסוקה לא חקלאית בנחלה.

104. שיקול נוסף שלא ניתן לו די משקל בעת קבלת ההחלטה להתיר השכרה, נוגע לתכלית שבעטייה הותרה הקמת תעסוקה לא חקלאית מלכתחילה. כאמור, הירידה ברווחיות העיסוק החקלאי, וקשיי הפרנסה שבהם נתקלו החוכרים במושבים, הביאו את המועצה לאורך השנים להגמשת הזיקה שבין הקרקע בנחלה לבין העיבוד החקלאי, ולפתיחת פתח מוגבל לעיסוק בלתי חקלאי בחלקה א'. ואולם, כפי שהודגש בוועדות השונות שנדרשו לעניין, וזכה לביטוי בהחלטות, השימוש בקרקע החקלאית לצורך תעסוקה לא חקלאית הוגבל לחוכר עצמו, כמרכיב משלים לפרנסתו מחקלאות, שלא היה די בה עוד. התרת השימוש הלא חקלאי בקרקע, נעשתה בגדר "רע הכרחי". היא לא ניתנה לו כדי להרחיב את גדר הכנסותיו מעבר לאלה שבהן יכול היה לזכות כחקלאי, ולא כדי להרחיב את גדר עיסוקיו עד כדי הפיכת אדמתו החקלאית ל"שטח להשכיר" לצורך הקמת מבני מסחר ותעשייה שיושכרו לגורמים עסקיים חיצוניים.

כך, בדו"ח ועדת קדמון, הוסבר המניע להמלצות הוועדה לאפשר יזמות עסקית בנחלה ב"ירידה ברווחיות וצמצום היכולת להתפרנס מיחידת משק מושבית" ובשאיפה למצוא "פרנסה חליפית" לחקלאי בדרך של "הקמת עסקים לא חקלאיים על חלקה א' ליד ביתו של המתיישב" (עמ' 7). בסעיף 3.1 להמלצות הוועדה, מוסברת נכונותה להתיר הקמת מבנים לתעסוקה לא חקלאית בכך ש-"יש יתרונות רבים להקמת עסק כלכלי בסמיכות למקום המגורים (...). הקירבה לבית מאפשרת גם ניצול יעיל יותר של מימד הזמן, ושילוב בין עבודה בחקלאות לבין עיסוק חדש אחר". לשון אחר: התרחיש שראתה הוועדה לנגד עיניה הוא של חקלאי המוסיף לעבוד בחקלאות, אך בשל מגבלותיו של עיסוק זה, נאלץ לחלק את זמנו ולעסוק בעיסוק נוסף – לא חקלאי – אשר מיקומו בצמוד לבית החקלאי מאפשרת לו ניצול יעיל של הזמן. תרחיש זה אינו תקף כשהתעסוקה הלא חקלאית מנוהלת ומבוצעת כולה על-ידי צד ג', שאינו גר בנחלה, ואין לו כל נגיעה בעיסוק חקלאי. כאמור, גם דו"ח ועדת מילגרם הכיר באופיו של ההיתר לתעסוקה לא חקלאית ככזה המבקש לספק לבעלי הזכויות בנחלה פתרון תעסוקתי חלופי ולא לשמש "כמיזם בתחום הנדל"ן", וכמוהו – גם מביקורתו האמורה של היועץ המשפטי לממשלה מזו על החלטה 979 המקורית, ניתן ללמוד כי המבנים לתעסוקה לא חקלאית נועדו לשימושו של החוכר עצמו. אמנם, בדומה לפרשנותם של טקסטים כתובים, כך גם בעת בחינת הסדר קיים, לא בהכרח תינתן הבכורה לכוונתו המקורית של מתווה ההסדר ולתכלית שביקש להגשים. תכלית זו אף עשויה לעבור לגולים שונים וללבוש צורות חדשות עם מעבר הזמן ושינוי הדגשים. ואולם, כשביסודה של החלטה מינהלית עומד רציונל ברור המספק לה מסגרת, נדרשים טעמים טובים ואינדיקציות ברורות לשינוי במציאות ולשינוי תפישתי בקרב מקבלי ההחלטות, המצדיק את השינוי בהחלטה. נדרש כי החלטה החורגת במשמעויותיה מזו שקדמה לה,

שהיתה פרי איזון של שיקולים שונים, תנומק בהסבר שיאירה באור מידתי. ההחלטה בשאלת ההשכרה, החורגת מן התכלית המקורית – כמו ניתנה בעלמא, בלא הסבר מדוע צורכי הפרנסה והתעסוקה של החוכרים בנחלה זוכים למשקל גבוה משקיבלו בהחלטות קודמות, כל זאת על חשבון שימור מה שנוותר מן האופי והאתוס החקלאי של המושב ושיקולים חלוקתיים וסביבתיים, כפי שיובהר להלן.

105. כדי להמחיש את הקושי הכרוך בהשכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית, שומה עלינו להתבונן על תמונת הזכויות והחובות הרחבה הכרוכה בקבלת זכות חכירה בנחלה על-ידי החוכר החקלאי. לחוכר בנחלה ניתנה קרקע חקלאית בהיקף נרחב, שלה אחוזי בנייה ניכרים להקמת מבנים צמודי קרקע, שאותם יוכל להעביר ל"בן ממשיך". זכויות אלה ניתנות לו בהתאם להחלטה מס' 1 של המועצה, כנגד תשלום דמי חכירה בשיעור של 2% מגובה ההכנסה הנקייה מהנחלה, וכן כנגד חובתו "להתגורר בנחלה ולנצלה ולעבדה ברציפות ובקביעות למטרות לשמן הוחכרה הקרקע" (סעיף 7 להחלטה). חוכר שלא עשה כן – זכותו בקרקע פקעה, ונחלתו הוחזרה למינהל. מתן הנחלה לחוכר נעשה, אפוא, כדי להגשים צורך לאומי בשנים הרלוונטיות, בהפרחת השממה ובעיבוד הקרקע, כשהדאגה לאינטרסים של החוכר נעשתה רק ככל שהיא שירתה צורך זה.

ואולם, הגם שהמטרה העיקרית היתה זו הציבורית, הדאגה לפרנסת החוכר מעבודתו לא נזנחה, והוטמעה במסגרת הוראות ההסדר. ההסדר יצר, אפוא, איזון בין זכויות בעל הנחלה לבין חובותיו, הן בהיבט הפנימי, קרי מה הוא מקבל תמורת מה שהוא נותן; הן בהיבט החיצוני, קרי, היקף הזכויות שניתן לו ביחס לזה שניתן למי שאינו חוכר קרקע במושב, ובמיוחד לחוכר העירוני. מכל מקום, ההסדר לא נועד להביא את החוכר לעשיית רווח או ממון מן העבודה בקרקע, אלא בעיקר לדאוג לפרנסתו ולביטחונו הסוציאלי (ראו ע"א 1257/01 אביעזר נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נז(5) 625, 643 (2003)). מטרה שונה, מרחיבה יותר, אפשר שהיתה חורגת מן האיזון שבין זכויות לבין חובות. כפי שהוסבר, בשלב מסוים, עם הירידה ביכולת להתפרנס מחקלאות, לא היה עוד בהסדר זה כדי לספק את צרכיהם של החוכרים בנחלות. האיזון שהיה גלום בהסדר, אשר "הופר" על-ידי המציאות, תוקן בשורת ההחלטות שאפשרה עיסוק לא חקלאי בחלקה א'. אמנם, מרחב הרווחים והאפשרויות שנפתח בעקבות התרת עיסוק לא חקלאי בנחלה גדל, וכפועל יוצא הוחלט לחייב את החוכר הבוחר לפעול בהתאם להסדר זה בתשלום דמי חכירה מלאים, ובעמידה בתנאים נוספים. עם זאת, בכל ההחלטות שהתקבלו בהקשר זה נשמר האתוס המקורי המבקש לשמור על האופי היצרני האישי של החוכר ומשפחתו, על השימוש באדמה כמקור פרנסה ועל הזיקה שבין הזכויות לבין החובות של החוכר. אכן, לא בכדי לא הותרה

הוצאת הנכס מידי של החוכר בנחלה במסגרת החלטה 755, בהשכרה, בשותפות ובמכירה (סעיף 5). גם בהחלטה 979 נותרה הקביעה כי על החוכר להמשיך ולהתגורר בנחלה כשלושתו מבנה למצער בגודל של 160 מ"ר ולעבד את האדמה.

אפשרות ההשכרה הניתנת לראשונה בהחלטה הנוכחית, הינה אנומלית להסדר זה, ואינה יכולה, לטעמי, לדור עימו בכפיפה אחת. יש בה כדי "לשבור" את המבנה הכלכלי שעמד בבסיס מתן זכות החכירה בנחלה, שהוגבלה לחוכר ומשפחתו המתגוררים בנחלה. יש בה כדי להעביר את המבנה בנחלה, בהשכרה, למי שנעדר זיקה כלשהי לנחלה, תוך שהחוכר, שמוסיף להתגורר במקום, הופך, לכל היותר, למי שביכולתו לפקח על הנעשה בנחלה על-ידי אחרים. באין יכולת לאמוד מראש את טיב הפעילות שתוקם בשטח, את סוגה וכן את היקף הפעילות העסקית שתוקם ואת מספר המבנים המיועד לתעסוקה לא חקלאית (זאת, בשונה ממצב שבו החוכר עצמו הוא שמבצע את התעסוקה הלא חקלאית, שאז ניתן לבצע הערכה כללית של מספר המבנים שיוקם, וקיימת מגבלה פיסית-אובייקטיבית למספר המבנים שיוקם, זולת זו הקשורה באחוזי הבנייה), נשבר גם האיזון שאפיין את מארג הזכויות והחובות ונפרץ העיקרון הרחב הגורס שמטרת עבודת האדמה – מבחינתו של החוכר – הינה דאגה לצרכיו, ולא הפקת רווחים.

אכן, אפשר שגילם או מצב בריאותם של חלק מן החוכרים מכתוב מצב שבו השכרת המבנים היא הדרך היחידה עבורם לממש את זכותם להקים תעסוקה לא חקלאית בנחלה. אין להתעלם מקושי זה, אך שקילתו צריך שתיעשה נוכח יתר השיקולים האמורים, ותוך איזון ביניהם. בגדר כך יש להדגיש, כי אף באין אפשרות להשכרת המבנים, אין מניעה כי הפעילות הלא חקלאית תופעל על-ידי בני משפחתו של החוכר הזכאים לכך. ממילא לא קיימת דרישה כי החוכר החקלאי יהיה אחראי, אופרטיבית, להפעלתה של תעסוקה זו, והוא יכול לנהלה "מלמעלה", תוך האצלת סמכויות לאחרים שיבחר להעסיק. עוד יש להדגיש בהקשר זה, כי גם במסגרת ההסדר הקבוע בהחלטה 1101, מוסיף החוכר להיות מחויב בעבודה חקלאית בנחלה. אף בכך יש כדי להחליש את הטיעון בדבר קיומה של מניעה אובייקטיבית להפעלת תעסוקה לא חקלאית על-ידי החוכר. על רקע זה, ונוכח שאר השיקולים שנסקרו, סבורה אני כי אין בקושי האמור כדי ליתן "משקל נגד" לטעמים השוללים את התרת הסדר המתיר השכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית בנחלה.

106. מעבר לקושי הענייני שכרוך בכך, בנוגע לתוכן ההחלטה, מעלה הדבר תהיות גם ביחס לשאלת הליך קבלת ההחלטה, במיוחד נוכח היותה ראשונית ולאור השינוי

הגלום בה ביחס למצב הקיים. זאת, אף מבלי להכריע בשאלה שהתעוררה בין הצדדים האם יש לראות בהשכרה משום עניין תכנוני.

כאמור, אינני סבורה כי נפל פגם אינהרנטי בהרכב הוועדה, בזהות העדים ששמעה, בחומר שהוצג לה או בגופים שעמם התייעצה. עם זאת, סבורה אני כי ההחלטה הפרטנית להתיר השכרת מבנים כמושב לא נסמכה על בסיס עובדתי מספק וגם בכך יש כדי להצדיק את פסילתה. כאמור, הצורך בהחלטה וההצדקה לה לא זכו לנימוק של ממש בדו"ח ועדת הבר, שיבהיר מדוע החלטה המשנה מצב קיים שנמשך לאורך שנים, הנושאת עימה השלכות משמעותיות כל כך, אמנם מתקבלת. כפי שמצוין בחוות דעת המומחה של יעל דורי שצורפה לעתירת אדם טבע ודין (ע/5), בטרם קיבלה את החלטתה, לא עמדה הוועדה על שאלות כגון: מהו היקף שטחי התעסוקה והמסחר שיתווספו בעקבות התרת ההשכרה בכל מחוז; מהו היקף הבנייה הבלתי חוקית הקיימת עתה (שהרי על יסוד אותה בנייה נומקה התרת ההשכרה); מה תהייה ההשפעה של צעד מעין זה על שטחי התעסוקה והמסחר המתוכננים בכל מחוז, מבחינה תכנונית, כלכלית וחברתית וכיוצא באלה. בכך נפל פגם בכל אחד מהשלבים שנקבעו בעניין יורונט: הרשות (ותהיה זו ועדת הבר או המועצה) נמנעה מלאסוף את הנתונים הדרושים, עניין המונח לפתחה ומצוי באחריותה; לא בחנה מהם הנתונים הרלוונטיים לשם קבלת ההחלטה, וביססה את החלטתה על יסוד תשתית בלתי מספקת. הקושי הכרוך בהתנהלות זו בולט במיוחד, נוכח העובדה שבין החומרים שעמדו בפני הוועדה היתה חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה שהתריעה, כאמור, מפני תופעת הפרבור תוך שימת דגש מיוחד על הבעייתיות הכרוכה בהשכרה. כפי שהוסבר, ועדת הבר אמנם בחנה מידע וחומרים שונים ובכלל זה דו"חות עבר שנכתבו בסוגיה, החלטות מועצה וסקירות שונות, והאזינה לעמדותיהם של גופים שונים שלהם נגיעה בעניין. עם זאת, הגעתי לכלל מסקנה כי – מהטעמים שצוינו – ההחלטה בשאלת ההשכרה לא נסמכה על תשתית מוצקה במידה מספקת "שרשות סבירה היתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנדונה" (עניין יורונט, בעמ' 425).

107. מכל הטעמים שלעיל, סבורה אני כי בכל הנוגע לאפשרות להשכיר מבנים לתעסוקה לא חקלאית, יש לעשות את הצו על תנאי שהוצא לצו מוחלט ולבטל את סעיף 5 להחלטה 1101 המתיר השכרה של מבנים לתעסוקה לא חקלאית בנחלה.

(III) הסדרת שימושים לא חוקיים בנחלה

108. מרכיב אחרון של ההסדר הקבוע בהחלטה 1101, הנתקף בעתירות, עניינו בהתייחסותה לפעילות בלתי מוסדרת בנחלה ולחובות עבר שנצברו בעטייה. כפי

שהוסבר, בין מטרותיה השונות, ביקשה החלטה 1101 להסדיר את הבנייה והשימושים הלא חוקיים שבוצעו על-ידי החוכרים בחלקה א' של הנחלה בהיקף נרחב. בהתאם לכך, נקבעו בהסדר הוראות שנועדו לתמרץ את החוכר להסדיר את שימושיו בקרקע. בגדר האמור נקבע, כי הסדרת השימושים הלא חוקיים בנחלה היא תנאי מוקדם לחתימה על חוזה חכירה ולעיגון זכויות המגורים בנחלה מכוח ההסדר הקבוע בהחלטה 979 (סעיף 3.2 להחלטה). עוד נקבע בסעיף 4 להחלטה 1101, כי כנגד כל שנה שבה נעשה שימוש לא חקלאי בנחלה בתקופה שקדמה להסדרתם החוזית של השטחים המשמשים לתעסוקה לא חקלאית, ישולם למינהל על-ידי בעל הזכויות בנחלה תשלום בגובה 5% מערך הקרקע שבה נעשה שימוש לצורך התעסוקה הלא חקלאית. בצד זה, נקבע פרק זמן בן שנתיים שיחל במועד אישורה של החלטה 1101, שבמהלכו ניתן יהיה להסדיר את חובות העבר בגין תעסוקה לא חקלאית, כך שבתשלום של 5% לשנה עבור 4 שנים בלבד (ובסה"כ 20%), יהיה כדי להסדיר את מלוא חובות העבר, אף אם משך השימוש הבלתי מוסדר לתעסוקה היה ארוך יותר. כמה מן העותרים, ובכלל זה האגודה לצדק חלוקתי, יוצאים נגד הסדר זה בטענה כי הוא משדר אוזלת יד מצד הרשויות בנוגע לאכיפת החוק במגזר ההתיישבותי.

109. קשה להגזים בנזק שעלול להיגרם בעקבות שימוש בלתי חוקי או בלתי מוסדר במקרקעין, הנעשה על-ידי בעל הזכויות בנחלה לשם תעסוקה לא חקלאית. בשימוש הלא חוקי יש כדי לפגוע בשלטון החוק, המשמש, כאמור, עיקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית, באשר מוחלות נורמות שונות על אנשים שונים. כן יש בשימוש הבלתי חוקי להביא לפגיעה באמון הציבור ברשויות השלטון. בצד זה, פוגע הדבר, פעמים רבות, בנוחותם ובהנאתם של אלה המתגוררים בסמוך לו; הוא משנה את אופייה של הסביבה הכפרית ומשתלט על שטחים פתוחים; הוא משפיע לרעה על התשתיות, שאינן מיועדות לעמוד בעומס התחברותי שנוצר בעקבות שימוש מעין זה; הוא יוצר מפגעים סביבתיים, ובאין פיקוח – מגביר סיכונים אקולוגיים; הוא מביא לירידת ערך המקרקעין הסמוכים, ללא פיצוי; הוא פוגע בקופה הציבורית, שכן לא ניתן תשלום עבור השימוש שנעשה בפועל במקרקעין; והוא פוגע בתחרות העסקית מול אלה הפועלים תחת רישיון (ראו דנצלד, בעמ' 28-29). לא בכדי, אפוא, ביקש המינהל להסדיר את השימושים בנחלה באופן שיביא אל סופו מצב מתמשך של אי חוקיות, וועדת הבר הציבה מטרה זו בין יעדיה המרכזיים. על כך ראויה היא לברכה. ואולם, עצם הצורך בהסדרה אינו משמיע דבר בנוגע לאופן שבו היא תיעשה.

110. כפי שכבר צוין, אין חולק כי המועצה רשאית, ואף מחויבת היתה, לשקול בין שיקוליה את השאיפה למנוע עידוד של עבריינות בנייה. השאלה היא כיצד תיושם

שאיפה זו בשטח וכיצד היא מתיישבת עם שיקולים אחרים שאף להם חשיבות. אמנם, ניתן היה לצפות כי הרשויות תעשינה כל שביכולתן לצמצום תופעת העבריינות בדיני התכנון והבנייה ותצבנה במדרג גבוה בסדר העדיפויות את הצורך בהגברת האכיפה והענישה של מפריהם. עם זאת, המציאות והניסיון מלמדים כי רשויות האכיפה חסרות פעמים רבות את המשאבים להילחם בעבריינות הקיימת בתחום, להביא להריסת מבנים לא חוקיים ולהפסקת שימושים בלתי מוסדרים (ראו ונצלר, בעמ' 322).

בהינתן מציאות זו – חרף הקושי הכבד הגלום בה – היה על הוועדה לתור אחר האמצעי היעיל ביותר למניעת התופעה של בניה בלתי חוקית, או למצער לצמצומה. המוצא שנבחר מביא בחשבון את מגוון השיקולים הרלוונטיים הנוספים שעליהם עמדתי לעיל. הוא מבקש להתמודד עם הקשיים האמורים בדרך של פתיחת הדלת עבור המשתמשים הלא חוקיים להסדיר את שימושיהם, מתוך הנחה שסירוב דווקא למצוא פתרון של פשרה גם עבור מפרי חוק, יגרום – באין אכיפה – אך להגברת העבריינות ולהתעצמותה. יצוין, כי החלטה 1101 ודו"ח ועדת הבר אינם מרחיבים בשאלת אופן ההסדרה – בין אם בדרך של אישור בדיעבד ובין אם בדרך של הריסת חלק מהמבנים (לביקורת על הסדרים של אישור בדיעבד של פעילות לא חוקית ראו יאיר הורוביץ "אכיפת חוקי התכנון והבנייה – צווי הריסה" הפרקליט לז(ג) 387, 393 (תשמ"ז)).

תשלום בגין שימוש לא חוקי לצורך הסדרתו לאחר מעשה, מהווה, אפוא, פתרון ריאלי – גם אם לא אופטימאלי – של פשרה. זהו פיתרון המכיר מצד אחד בהיעדר היכולת לקיים אכיפה אפקטיבית של בנייה לא חוקית, ומצד שני אינו "מרים ידיים". הוא מנצל את רצונם של מרבית העושים שימוש מעין זה לצעוד בדרך המלך ולהסדירו, מונע מצב שבו חוטא יוצא נשכר, או למצער מצמצם אותו, ומבקש להפיק מן ההסדר את המירב מן הבחינה הכספית, מן הבחינה ההרתעתית, מן הבחינה החלוקתית וכיוצא באלה. יתרונותיו של ההסדר ברורים – הוא מצמצם חלק ניכר מן החוליים שעליהם עמדנו לעיל הקשורים בקיומה של בנייה בלתי מוסדרת; הוא מונע מצב של הפרת חוק לאור היום בהיקף נרחב; הוא מביא לגידול משמעותי בהכנסות הרשות, ומכניס לכיסה דמי חכירה ל-4 שנים בבת אחת, שאפשר שאחרת לא היו מגיעים לידיה לעולם; הוא מביא לחיסכון בהוצאות הרשות על אכיפה; והוא מביא לסיומו מצב ארוך שנים של כאוס, אי ודאות וחוסר פיקוח, דווקא במקום שזה נדרש ביותר. בצד האמור, נושא עימו הסדר זה יתרונות חלוקתיים שכן, במצב של אין אכיפה, קיימים יתרונות כלכליים ברורים להקמת תעשייה בלתי מוסדרת במושבים, שאינה טעונה תשלום מסים, דמי חכירה וכיוצא באלה, דבר שעלול להביא לפגיעה בערים בשל התמריץ הגלום במעבר תעשייה אל הכפר. לזכותו של ההסדר האמור יוסף עוד כי

הוא קבע תמריץ ממשי להתחיל בהליך ההסדרה לאלתר, באשר, כשם שנטען, מדובר בהליך מורכב וממושך, שבמהלכו על החוכר לקיים חובות ומגבלות שונות, ומשעליו לסיימו בתוך שנתיים ימים – חזקה על מי שמעוניין להשלימו במועד, לפתוח בו מוקדם ככל הניתן, דבר שיביא לצמצום מהיר בתופעה של הפרת חוק.

111. גם בחינת השיקולים שהותוו בפסיקה בסוגיה זו, אינה שוללת את הטעמים והרציונאלים העומדים ביסוד עצם הנכונות להכשיר בדיעבד בנייה בלתי חוקית במקרים חריגים. בעניין איגנר ציינה חברתי, השופטת נאור, כי בעת בחינת השאלה אם "להכשיר" בניה בלתי חוקית, שומה על גופי התכנון להציג לעצמם תחילה את השאלה, אם – בהנחה שלא היתה בניה בלתי חוקית בשטח – היה מקום לאשר את התכנית. אם התשובה לכך שלילית, אזי אין התכנית ראויה, והנטייה תהיה שלא להכשירה. עם זאת, הוסיפה חברתי, שאלת הכשרתה של בנייה בלתי חוקית כרוכה בהפעלת שיקול דעת, והגם שהנטייה היא שלא להכשיר את הבניה הבלתי חוקית ולא לאשר את התכנית, הרי שאין לומר שזו תהיה התוצאה בכל מקרה ומקרה, והעניין ייקבע באופן פרטני על-פי הנסיבות הרלוונטיות (שם, בסעיף 30). באותו פרשה, הוזכרו שיקולים שונים שעשויים להישקל במצב מעין זה, ובכלל זה חומרת הפגיעה בשלטון החוק, האינטרסים העומדים ביסוד התוכנית – ציבוריים או כלכליים צרים, כמה זמן קיים המבנה, האם הרשויות נקטו בפעולה כלשהי ומה היתה תוצאתה, וכן שאלת קיומה של הסתמכות. ואמנם, כפי שצינתי בעניין פינקלשטיין, במרבית ענפי המשפט השונים בדין הישראלי, קיים יחס מורכב לתוצאותיה של פעילות בלתי חוקית, וחרף הצורך להתמודד עם מצבים של אי חוקיות בכלים נוקשים שיבטיחו הרתעה וימנעו אכיפה סלקטיבית, לא בכל תמיד ניתן יהיה לשלול הכרה מאוחרת, למצער בחלק מהשלכותיה, מכל וכל (השוו לשאלת היחס לחוזה בלתי חוקי, עמדות השופטים מ' בן פורת ומ' אלון בע"א 533/80 אדרעי נ' גדליהו, פ"ד לו(4) 281 (1982) ועמדות השופטים מ' חשין וי' טירקל בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001); השוו לשאלת היחס לרווח שהופק כתוצאה מפעולה שבוצע שלא כדין, כשאינ אדם שניתן להעביר אליו את הרווח, ע"א 711/72 מאיר נ' הנהלת הסוכנות היהודית לא"י, פ"ד כח(1) 393, 403-407 (1974); השוו לשאלת היחס לעליה בשווי הקרקע כתוצאה מבניה בלתי-חוקית לעניין דיני המס, ע"א 471/03 אהרוני נ' מנהל מס שבח מקרקעין (חדרה), פ"ד נח(3) 54 (2004), אך ראו עמדת השופט רובינשטיין בע"א 6726/05 הידרולה בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1 (לא פורסם, 5.6.2008); השוו לשאלת היחס לטענתו של ניזוק התובע את השבת המצב לקדמותו, כי הכנסתו לצורך חישוב נזקיו, היתה גבוהה מזו שדיווח עליה לשלטונות המס, ע"א 5794/94 אררט חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' בן שבח, פ"ד נא(3) 489, 494-498 (1995)).

112. בחינת השיקולים שהוזכרו בעניין איגור מעלה, כי בנסיבות המקרה, עצם הסדרתה המאוחרת של הבניה הבלתי חוקית לתעסוקה לא חקלאית אינה בלתי סבירה. הנזקים שתוארו, לא פחות משהיו פועל יוצא של עצם הבניה, נבעו מהאופן הבלתי חוקי שבו היא נעשתה, ומאי הסדרתה. אכן, ככל שמדובר בבניה לתעסוקה לא חקלאית בהיקף המגיע עד 500 מ"ר, הרי שזה הותר בתנאים מסוימים גם בהתאם להחלטה 755 שקדמה להחלטה הנוכחית, ובמסגרת החלטה 1101 – לא עתידים להיות מוכשרים מבנים לתעסוקה לא חקלאית בהיקף רחב יותר. בנוגע להיקף זה, לא עצם הבניה היא שגרמה, אפוא, את עיקר הנזק, אלא העובדה שנבנתה באופן בלתי חוקי, שגורם נזקים סביבתיים, תכנוניים וכלכליים. גם הימנעותם של הגופים המוסמכים מלאכוף את איסור הבנייה לאורך שנים והתשלום שישולם בגין המבנים (עניין שלגביו יורחב להלן) שהינו שווה ערך לזה המשולם על-ידי מי שמגיש בקשה לשימוש חורג מוגבל בזמן, עשויים לשמש שיקול התומך בנסיבות המקרה בהכשרה מאוחרת של הבנייה.

אך יותר מכל אלה, ניצבות המטרות הרחבות העומדות ביסוד ההחלטה ובכלל זה, מתן אפשרות פרנסה למי שהחקלאות אינה מספקת לקיומו ולקיום משפחתו; הסדרה כוללת של הבניה באופן מאוזן השוקל שיקולים תכנוניים, סביבתיים וכלכליים ומונע פגיעה נוספת בהם; קבלת תמורה בעד השימוש הבלתי חוקי שאחרת ספק אם היה משולם; ובעיקר מניעת הפרת חוק בהיקף נרחב שאינה זוכה למענה.

אין לכחד, כי מצדו האחר של המתרס עומדים שיקולים המעמידים את ההוראה באור בעייתי, ובכלל זה הפגיעה בשלטון החוק ובשוויון בפני החוק; הפגיעה בהרתעה ובאמון הציבור; וכן עצם הקושי בהותרת, למצער, חלק מהמבנים שהוקמו על תילם, חרף הקמתם בדרך פרטיזנית. כפי שכבר הוסבר, איני סבורה כי ניתן "להכשיר" כל בנייה בלתי חוקית, וכל שימוש הנעשה בה, כדי להגשים את התכליות שביסוד ההחלטה, ובהיותם אילוץ המציאות – יש לצמצמם למימדים מינימאליים. כאמור, הכשרתה של השכרה הנעשית באופן בלתי חוקי חורגת לטעמי מגדריו של אותו מינימום. ואולם, באשר להכשרת שאר המבנים והשימושים הקבועים בהסדר, מצאתי, לא בלי התלבטות, כי באין מוצא מעשי אחר, נוכח היתרונות החלוקתיים, התכנוניים והכלכליים הגלומים בו; על רקע הגבלת שטח הבניה לחלקה א' של הנחלה, הכפפתה לתמ"א 35, והגבלת היקפה; נוכח השימושים שהותרו לפניה; וכן לאור התקווה המתלווה להסדר בדבר הפסקתם של השימושים הבלתי חוקיים, שהיו לתופעה נרחבת – לא חרגה המועצה ממתחם הסבירות בעצם החלטתה להסדיר את הבניה הבלתי חוקית בסעיף 4 להחלטה 1101.

113. בצד זה, הגעתי למסקנה – וגם זו הפעם לאחר לבטים – כי אין מקום להתערבותנו גם בנוגע לגובה דמי החכירה שנקבעו בגין שימושים אלה, והגבלת תשלום החובות אך ל-4 שנים לאחור. כפי שהוסבר, המועצה ביקשה לתמרץ את החוכרים להסדיר את השימושים הבלתי חוקיים הקיימים בנחלות בהיקף נרחב. אשר על-כן, היה עליה לקבוע סכום שבאין אכיפה אקטיבית, יביא את החוכר להסדרת השימושים שהוא עושה בקרקע – דבר שכשלעצמו כרוך בודאי בתשלום בלתי מבוטל – על אף שבפועל, דבר לא מנע ממנו לאורך שנים לקיים את השימושים האמורים בלא תשלום. למעשה, כפי שהסדרת השימושים בנחלה היא אינטרס של החוכר, כך היא – אולי אף ביתר שאת – אינטרס ציבורי ששומה על המועצה לקדם, נוכח הנזקים שבהם מדובר, הכרוכים בהותרתם של שימושים אלה בשטח. אמנם, על מנת להיכנס בשעריו של ההסדר הקבוע בהחלטה 979, מוטל על החוכר, כתנאי מוקדם, להסדיר את שימושיו בקרקע. עם זאת, משהכניסה בגדר ההסדר שבהחלטה 979 הינה עניין וולונטרי, ומשגם מי שלא עיגן את זכויותיו בחלקת המגורים בהתאם להחלטה 979 יכול להקים בחלקתו תעסוקה לא חקלאית לפי החלטה 1101, ביקשה המועצה ליצור תמריץ עצמאי להסדרת השימושים שיגביר את הסיכוי שהדבר אמנם יתממש.

התשלום שנקבע עומד, כאמור, על סך של 5% מערך הקרקע ששימשה לתעסוקה לא חקלאית לכל שנה שבה נעשה שימוש. סכום זה מהווה שינוי ביחס להחלטה 755 אשר קדמה להחלטה הנוכחית, שקבעה כי בעד שימוש לא חקלאי בחלקה א' של הנחלה ללא היתר ישולמו דמי שימוש בשיעור של 10%. שינוי זה וההצדקה לו, לא הוסברו בדו"ח ועדת הבר. יש להצר על כך. אפשר שהיה מקום להותיר את גובה דמי השימוש על 10% ובכך ליצור הבחנה בין מי שפעל בהתאם לחוק, והסדיר את השימושים שעשה בקרקע, לבין מי שפעל באופן בלתי חוקי. ניתן, עם זאת, להניח כי הצורך בקביעת דמי שימוש בשיעור נמוך מזה שבהחלטה 755 נבע, בין היתר, מכך שהסכום שנקבע בהחלטה הקודמת לא הביא את החוכרים להסדרת השימושים בנחלה, שאחרת סביר שלא היינו מגיעים עד הלום, למצב שבו היקף השימושים הלא חוקיים גדל. מן הצד השני, ברי כי דמי השימוש אינם יכולים ליפול מ-5%, שכן שיעור תשלום זה הוא הסכום הנדרש לשם קבלת אישור לשימוש חורג המוגבל בזמן, ואין לקבל מצב שסכום זה יהיה גבוה מזה הנדרש ממי שפעל בדרך לא חוקית, דבר שיביא למצב שבו חוטא יוצא נשכר. בגדרו של טווח זה, בחרה ועדת הבר, שביקשה להגביר את הסיכוי שהשימושים הלא חוקיים אמנם יוסדרו, ברף התחתון, והעמידה אותם על שיעור של 5% לשנה. לכאורה, סכום זה שוחק את מרכיב ההרתעה בהיותו שווה ערך לסכום הנדרש כנגד קבלת היתר. יאמר החוכר לעצמו – אקים את המבנים באופן בלתי מוסדר,

לכל היותר אחויב בתשלום שממילא עליי לשלם כנגד היתר לשימוש חורג. קשה להתעלם מקושי זה ונראה שהיה מקום ליתן לו ביטוי בהחלטה. ואולם, כאמור, לא לנו להתוות את ההחלטות עצמן, להיכנס בנעליה של המועצה או להעמיד את שיקול דעתנו תחת שיקול דעתה. בחינתנו מתמצה בבחינת סבירות ההחלטה, ורק כשהרשות המינהלית חורגת מן המתום המוקנה לה, תידרש התערבותו של בית המשפט. במקרה דנן, בשים לב לאינטרס המובהק שבהסדרת השימושים על כל היבטיו כפי שפורטו, איני סבורה כי ההחלטה להעמיד את הסכום באופן חד פעמי על 5% כדי להתמודד "אחת ולתמיד" עם בעיית הבנייה הבלתי חוקית חורגת ממתחם הסבירות.

114. שאלה נפרדת היא אם היה מקום להסתפק בתשלום עבור 4 שנים בלבד כדי להסדיר את מלוא השימושים שעשה החוכר בנחלה, אפילו מדובר במספר שנים גדול יותר. גם בשאלה זו מסקנתי היא כי לא קמה עילה להתערבותנו. ראשית, יש לשוב ולהזכיר את מטרת העל של הסדר זה, היא המטרה של הסדרת השימושים הבלתי חוקיים בנחלה, שלמועצה יש אינטרס מובהק בקידומה ושלשמה יש ליצור תמריץ ממשי לחוכרים לקבל על עצמם את "עסקת החבילה". שנית, וכפועל יוצא של השיקול הקודם, חיוב החוכר בתשלום עבור השימושים הבלתי חוקיים לאורך כלל השנים שבהם נעשה בהם שימוש, עלול להביא את הסכום שבו יחויב החוכר לגובה שבו הוא לא יוכל לעמוד, או שתשלומו לא יהיה כדאי עבורו, בהשוואה לחלופה של המשך הבנייה בלתי מוסדרת, שלא זוכה לאכיפה. שלישית, חיוב החוכר בתשלום עבור השימושים הלא חוקיים שעשה לכל אורך השנים עלול לעורר התדיינות בינו לבין המועצה בשאלת מספר השנים המדויק שבו נעשה שימוש לא חוקי, דבר שיאריך את משך הזמן שהשימוש הבלתי מוסדר – על כל נזקיו – מוסיף לעמוד, בניגוד למטרה בדבר צמצום המגע בין החוכר לבין המינהל, שהוגדרה על-ידי ועדת הבר כאחת מן המטרות המרכזיות שביסוד ההסדר החדש.

נוכח המקובץ, מסקנתי היא כי אין מקום להתערבותנו בהסדר הקבוע בסעיף 4 להחלטה 1101.

תם ולא נשלם הדיון בהחלטות הנוגעות למגזר המושבים. כאמור, לא ראיתי להתערב בהסדרי הבנייה למגורים בנחלה שנכללו בהחלטה 979. אשר להחלטה 1101, לא ראיתי להתערב במרבית ההסדרים שנקבעו בה, זולת החלק בהחלטה העוסק בהשכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית. לגבי חלק זה מסקנתי כי בהתוותה אותו, חרגה המועצה ממתחם הסבירות. אשר על-כן, בהתייחס להסדר זה, אציע לחבריי לעשות את הצו על תנאי למוחלט.

(ה) החלטה 979 לעניין בנייה למגורים במגזר הקיבוצים

115. החלק בהחלטה 979 הנוגע למגזר הקיבוצים עורר אף הוא פולמוס של ממש בין בעלי הדין השונים, כאשר כל צד טוען לאי סבירות ההחלטה מטעמיו שלו. פורום הערים והעמותה לצדק חלוקתי ממקדים את טיעוניהם בעמדתם כי למגזר הקיבוצי ניתנו הטבות מופרזות בגדר ההסדר החדש, תוך הצבעה על חשש מפני פרבור בעקבות מעבר מוגבר של "עירוניים" למגורים בקיבוץ. בני המגזר הקיבוצי לעומתם, שמוחים על מה שלדידם הוא תנאים מועדפים שלהם זוכה המגזר העירוני, גורסים כי ההחלטה עולה כדי התערבות באוטונומיה של הסקטור הקיבוצי, ויוצאים נגד כמה מן ההסדרים הפרטניים הכלולים בהחלטה, כדוגמת קביעת "יום קובע". אבחן עתה את הטענות כסדרן.

בטרם דיון שתי הערות: ראשית, כמו לגבי מגזר המושבים, גם כאן בחינת ההסדר אינה נעשית בחלל ריק. את החלטה 979 יש לבחון על רקע המצב המשפטי שקדם לה, ובכלל זה החלטה 751 של המועצה, שאפשרה לראשונה שיוך של בתי מגורים בקיבוץ לחברי הקיבוץ. היות שהחלטה אחרונה זו אינה עומדת למבחן במסגרת העתירות, הרי שאת סבירות החלטה 979 יש לבחון, בעיקר, ככל שהיא משנה את מאזן הזכויות שניתן בגדרה של החלטה 751 והחלטות אחרות שהיו בתוקף. עם זאת, נוכח יחסי הגומלין הקיימים בין ההוראות השונות שבהסדר, הרי שברי כי במסגרת בחינת החלטה 979 תינתן הדעת גם להתאמתן העדכנית להסדר החדש של הוראות קודמות. שנית, חלק מן הטענות המועלות נגד ההסדר, דומות באופיין לאלה שהועלו נגד ההסדר החל במגזר המושבים. יתרה מכך, כפי שמציינת המדינה, כמה מן ההוראות שנקבעו לעניין המגזר הקיבוצי נגזרות מאלה שנקבעו במגזר המושבים והותוו מתוך רצון ליצור אחידות בין ההוראות בשני המגזרים. משנתתי דעתי לטענות אלה בהרחבה בדיון שלעיל, ארחיב את הדיבור בחלק זה, רק ככל שיש בו שוני ביחס לדברים שנאמרו לגבי מגזר המושבים.

(I) התמורות שחלו בקיבוצים

116. החלטה 979 לעניין מגזר הקיבוצים ביקשה לאזן בין שורה של שיקולים שונים ולגבש הסדר המעניק משקל, ככל הניתן, לכל אחד מהם. כאחד השיקולים המרכזיים, וגם כרקע לדיון כולו, עומדת ההכרה בשינויים העוברים על הקיבוץ, המלמדים גם, בזעיר אנפין, על השינוי העובר על החברה הישראלית כולה.

117. הקיבוץ הוקם בראשיתו, והתקיים לאורך שנים, על בסיס עקרונות של שיתוף ושוויון מלא בין חבריו בכל תחומי החיים, ועל יסוד ערכים של ערבות הדדית, על-פי העיקרון: "כל אחד לפי יכולתו ולכל אחד לפי צרכיו" (ראו לעניין זה ע"א 1773/06 אלף נ' קיבוץ איילת השחר, סעיפים 27-28 לפסק דינה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 19.12.2010) (להלן: עניין אלף); בג"צ 5747/07 רותם נ' קיבוץ שדות ים, סעיף י"ג (27.10.2010); בג"צ 3132/92 מושלב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון, פ"ד מז(3) 741, 746 (1993)). תפיסת העולם השיתופית שעמדה בליבת החיים הקיבוציים לא הסתכמה בבעלות משותפת על הקניין הקיבוצי, והיא שלחה את זרועותיה גם לגידול הילדים, לחינוך, לתרבות, לעבודה, לרווחה ולשאר אורחות החיים. ביסודה עמדה השאיפה להקים בארץ "חברה חדשה" – יצרנית, שוויונית ובוטחת בעצמה, ובכך גם לקדם את התכלית הציונית-לאומית של יישוב הארץ ובנייתה (עניין אלף, שם; ע"א 11533/05 קיבוץ קלי"ה נ' הרטי, סעיף 2 לפסק דינה של חברתי, השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם, 10.3.2009)).

118. במרוצת השנים, ובפרט בשלושת העשורים האחרונים, חלו תמורות משמעותיות במבנה הקיבוצי, בתפיסה ההתיישבותית שליוותה אותו ובאורחות חייו.

היו שייחסו את התמורות לשינויים אובייקטיביים שהתרחשו במשק הקיבוצי, שהיו גם תוצאה של משבר כלכלי כבד שפקד את הקיבוצים במהלך שנות ה-80 והסדרי חוב שנחתמו בעקבותיו בינם לבין משרד האוצר והבנקים. השינויים במשק הקיבוצי כללו, בין היתר, חיזוקן של מגמות אינדיבידואליות בקרב חברי הקיבוץ; ירידת משקלה של החקלאות בחיים הקיבוציים וחיזוק משקלם של ענפים עתירי ידע וטכנולוגיה וענפי שירותים; הפרטה של שירותים שונים הניתנים על-ידי הקיבוץ; הפרטה של התעסוקה בקיבוץ, שבאה לידי ביטוי בהנהגת שכר דיפרנציאלי לחברים בחלק מן הקיבוצים, לפי התפקיד שממלא כל חבר; נסיגה במעורבות החברתית של הקיבוצים בחברה הישראלית; וכן, הידלדלות דמוגרפית בקרב בני הדור השני (אבי לפידות, לביאה אפלבוים ומירה יהודאי "הקיבוץ בסביבת משתנה – בין הישרדות לשמירת ערכים" אופקים בגאוגרפיה 66, 7, 8, 10, 15-16 (2006); עניין אלף, סעיפים 29-32). מיטיב לתאר פרופ' שמואל נח אייזנשטט:

"רבים מהקיבוצים והמושבים נקלעו בשנות השמונים למצב כלכלי קשה (...), ונזקקו לעזרת המדינה כדי להיחלץ ממצוקתם הכלכלית. כך עברו הקיבוצים תמורות מרחיקות לכת – חלקם עברו תהליכי הפרטה שחיסלו למעשה את האתוס הקולקטיביסטי שלהם או לפחות החלישו אותו; חלקם עברו משברים כאשר גדל

הפער בין אלה המבוססים לבין אלה הכושלים – גם אם פותחו בקרב התנועות הקיבוציות השונות מגמות של עזרה מצד החזקים לחלשים. תמורות אלה שינו באופן רדיקלי את מקומם בחברה הישראלית, דבר שהיווה חלק חשוב מתהליכי התמורה בחברה. הקיבוצים איבדו את מקומם כאליטה נושאת חזון חברתי או לאומי מובהק והפכו להיות לחלק מהנוף החברתי-כלכלי החדש, כשהם נאבקים על האינטרסים שלהם ומייצגים לכל היותר דרכי חיים ספציפיות בתוך נוף זה" (שמואל נח אייזנשטט תמורות בחברה הישראלית 59 (2004)).

אחרים ראו בשינויים בקיבוץ, אך סימפטום לתמורות שהתחוללו בחברה הישראלית כולה, שהתבטאו בירידת חלקה של החקלאות במשק הלאומי לטובת ענפי טכנולוגיה, ובהפיכת החברה הישראלית להישגית יותר ולקולקטיבית פחות. ברוח זה, כותב פרופ' זאב צחור –

"הבשורה קרסה במלחמת יום הכיפורים. הקונספציה שהתמוטטה סחפה עימה את האתוס הקולקטיבי ואת האמונה בתקפותו של רעיון הקולקטיב (...). החרדה מפני המדיניות החדשה הולידה מאמץ מהיר להתאים את המערכת המשקית הוותיקה למה שנדמה כמשק קפיטליסטי פתוח. קיבוצים רבים נחפזו לאמץ תהליך של תיעוש מואץ על-פי אמות מידה של המשק הפרטי (...). הקיבוץ שהורגל להיות מקור לגאווה לאומית נקלע לעמדת התגוננות רפויה. שוויון האדם כיסוד מכוון רב עוצמה של הקיבוץ, הנכסים הכלכליים הגדולים שצבר בשנותיו הטובות והעובדה שמעבר לרעיון הוא היה מקבץ של משפחות שחיהם משולבים בו, גוננו על הקיבוץ כקהילה פעילה (...). מעתה הוקצה המאמץ העיקרי להישרדות כקהילה" (זאב צחור עיצוב הישראליות 114 (2007)).

בסופו של יום, נראה כי אין לייחס את השינוי בקיבוץ לגורם אחד זה או אחר, והוא היה תוצאה של תהליכים הדרגתיים, שמקורם בטעמים רחבים הקשורים בחברה הישראלית, ובטעמים פרטניים הקשורים בקיבוץ עצמו, שהשתלבו ונשזרו אלה באלה (ראו הוועדה הציבורית לעניין הקיבוצים "דין וחשבון בעניין הקיבוצים" 24 (2003) (להלן: דו"ח הוועדה לעניין הקיבוצים); עניין אלף, סעיף 30).

119. הקיבוצים לא היו מקשה אחת בנוגע לתהליכים הכלכליים שהתרחשו בהם, וכמוהם נבדלות ביניהם גם דרכי ההתמודדות ותבניות הפעולה של כל קיבוץ. חלק מן הקיבוצים נותרו קרובים יותר למודל הקיבוצי המקורי, וחלק התרחקו ממנו עד מאוד; חלק מן הקיבוצים התקשו יותר מאחרים בהסתגלות למצב החדש ונאלצו להתמודד עם

קשיים כלכליים שהגיעו לעיתים עד כדי חדלות פירעון. נוכח ההבדלים בין אופיים של הקיבוצים השונים ובין מידת הדומיננטיות של עקרונות השיתוף החלים בכל אחד מהם, הוחלט – בהתאם להמלצות דו"ח הוועדה לעניין הקיבוצים – להגדיר סוגי קיבוצים שונים תוך החלת נורמות שונות על כל סוג. מסיווגם של הקיבוצים נגזרה גם המסגרת הנורמטיבית שבה פעלו. כך, כפי שהוסבר, רק קיבוצים המוגדרים כ"קיבוץ מתחדש" וסיפקו למינהל אישור לגבי כך, זכאים לשייך דירות מגורים לחבריהם.

מתוך מצב הדברים המתואר, ונוכח האינטרס הציבורי בהמשך קיומו של הקיבוץ, ביקשה המועצה לגבש פתרון שיספק מענה לאופיו החדש של הקיבוץ ושל חבריו, תוך שימור המסגרת הקיבוצית, גם באופיה העדכני, ונקיטה באמצעים שיגדילו את האטרקטיביות שלה ויסייעו בכלימת מגמת העזיבה של צעירים.

(II) השיקול בדבר עיגון זכויות חבר הקיבוץ בחלקת המגורים

120. בראש ובראשונה, ביקשה המועצה – וזאת בדומה להסדר החל לגבי המושבים – להבטיח את זכויותיהם של חברי הקיבוץ בחלקת מגוריהם, על רקע החשש (שאמנם מעולם לא התממש) שניקר בלב הקיבוץ וחבריו, כי במקרה של שינוי ייעוד, יאבד הקיבוץ, ועימו גם חבריו, זכויות אלה. כשמדובר בקיבוצים, טומן בחובו חשש זה מרכיב נוסף, שמקורו בעובדה שבשונה מן החוכר במושב, שלו עצמו חוזה חכירה מול המינהל, במגזר הקיבוצים, האגודה השיתופית, קרי הקיבוץ עצמו, היא שחוכרת את הקרקע, לרבות את "שטח המחנה" שעליו מצויים מבני המגורים. לחברי הקיבוץ לא מוקנות, אפוא, זכויות קנייניות רשמיות בקרקע שבה הם גרים. משמעות הדבר הוא כי חבר הבוחר לעזוב את הקיבוץ, עלול למצוא את עצמו ללא כל זכות בקרקע, שכן זו נותרת בידי הקיבוץ, המחזיק בזכות החכירה מבחינה חוזית. בדומה לכך, גם יורשיו של חבר קיבוץ אשר הלך לעולמו, אינם נהנים מן הזכויות שמהן הוא נהנה בחייו, באשר הזכויות בקרקע אינן מהוות חלק מעיזבונו. המצב הכלכלי הקשה שבו נתונים הקיבוצים נושא אף הוא משמעות בהקשר זה, בשל החשש כי קיבוצים יהיו לחדלי פירעון, וחבריהם יוותרו אף ללא רשת הביטחון הסוציאלית הבסיסית של דירת המגורים (לעניין זה ראו גם דו"ח הוועדה לעניין הקיבוצים, בעמ' 15).

על רקע זה, ומתוך רצון להתמודד עם הקשיים האמורים, אשר כפי שהוסבר לעיל, נושאים רגישות מיוחדת הנובעת מן העיסוק בבית מגוריו של חבר הקיבוץ, נקבעו בהסדר הוראות המבססות את הקשר שבין חבר הקיבוץ לבין בית מגוריו. כך, נקבע כי כנגד תשלום של 3.75% מערך הקרקע על-ידי הקיבוץ, יעוגנו זכויותיו של

הקיבוץ בחלקת המגורים, כך שגם אם ישונה ייעודה של חלקת המגורים, לא תחול עליו חובת השבה של הקרקע. תשלום סכום זה גם הופך את הקיבוץ לזכאי לשיוך מגרשי המגורים שעליהם זכויות בניה של לפחות 160 מ"ר למשפחות שהיו חבריו ביום שהוגדר כיום הקובע. משמעות השיוך הינה הוצאתן של יחידות דיור בקיבוץ ממאגר הזכויות של האגודה השיתופית מול המינהל, והקנייתן במישרין לחברי הקיבוץ עצמם, שיוכלו לרשום את יחידות הדיור על שמם ואף להגדילן, לכל הפחות עד לגודל של 160 מ"ר.

121. לגבי חלק זה של ההסדר נטען, בין היתר, על-ידי התנועה הקיבוצית, כי הוא מחייב את הקיבוץ בתשלום עבור דבר מה שהיה בידיו ממילא עוד קודם להסדר. יש לדחות טענה זו. הגם שבפועל מעולם לא הוחזרה למינהל קרקע חקלאית שייעודה שונה לאחר שנים שבה התגוררו בה חברי קיבוץ – וטוב עשה המינהל שכך פעל – הרי שעמדה לו למצער טענה (גם אם קיימות לה טענות שכנגד) כי הוא רשאי לעשות כן, בהתאם לאמור בסעיף 10 להחלטת מועצת מקרקעי ישראל מס' 1. הוודאות המושגת בהסדר הנוכחי אינה בטלה בשישים, וודאי שיש לה ערך כלכלי. גם בנוגע לאפשרות הנתונה בפני חבר הקיבוץ לרשום את חלקת המגורים על שמו ולהעבירה – בחייו או כירושה – לקרוב (המוגדר בסעיף ההגדרות של החלטה 979 כ"ב זוג, הורה, צאצא וצאצא בן הזוג, מאומץ ומאומץ בן הזוג, ובן זוגו של כל אחר מאלה), אין לומר כי היא נטולת כל ערך. שיוך חלקת המגורים והבית שעליה, והעברתם בחכירה על שם חבר הקיבוץ, יאפשרו לחבר הקיבוץ לבצע בביתו שימושים שונים הנגזרים מהיותו חוכר, ובכלל זה – ככל שהדין מאפשר לו – שיעבוד של הקרקע כבר ממועד השיוך. כאמור, אפשרות זו ניתנה לחבר הקיבוץ עוד בהחלטה 751, ואולם גם שם היה יישומה כרוך בתשלום (שהשתנה בהתאם לוותק החבר בקיבוץ), וממילא רק קיבוצים מעטים השלימו את הליך השיוך מכוח אותה החלטה.

תשלום של 3.75% מערך הקרקע מזכה את חבר הקיבוץ באפשרות לשייך אליו את חלקת המגורים, להוסיף ולהתגורר בבית בשטח מינימאלי של 160 מ"ר ללא חשש כי יישלל ממנו, ולהעבירו בחייו או כירושה לצאצאיו. מן הצד השני, אין בסכום זה כדי להעניק לחבר הקיבוץ את מלוא הזכויות בקרקע, ואין בו כדי לאפשר את העברתה לצד ג', קרי את הפיכתה לסחירה. לשם כך יהיה על חבר הקיבוץ לרכוש את מלוא הזכויות בבית המגורים, תמורת 33% מערך השטח. גם כאן אין בודאי לומר כי סכום זה מעניק לחבר הקיבוץ דבר שהיה לו ממילא, וברי כי להפיכתה של הזכות לסחירה, בפרט בתקופה שבה לא רק דבק אידיאולוגי או שותפות דרך עומדים ביסוד המגורים בקיבוץ, קיים ערך רב. באפשרות השיוך ובהפיכתה של הזכות בבית המגורים לסחירה יש כדי

להגשים יעדים נוספים, לרבות ניסיון התאמה למגמות הרווחות בשאר הסקטורים במשק, הגדלת האטרקטיביות של המגורים בקיבוץ וחסמת תופעת הידלדלות האוכלוסייה, פתיחת פתח לקליטת חברים חדשים, העדפה של בנייה בשטח הקיים על פני בנייה בשטחים פתוחים וכיוצא באלה. יצוין עם זאת, כי הרצון לשמור על המסגרת הקיבוצית ועל יכולתם של קיבוצים שרוצים בכך להבטיח גרעין מסוים של מאפייניה, הביא את מחוקק המשנה לקבוע הוראות שונות, שיש בהן כדי להגביל את סחירותן של הדירות ששויכו (ראו סעיפים 9,6 לתקנות השיוך).

אין לומר, אפוא, כי החלטה לאפשר שיוך של בית המגורים, מחד גיסא, ועצם חיובה בתשלום, מאידך גיסא, הינן בלתי סבירות או כי הן מעניקות לחבר הקיבוץ דבר שהיה לו ממילא.

(III) שטח חלקת המגורים בקיבוץ

122. עוד בטרם נעמוד על השיקולים הנוגעים לגובה הסכום שנקבע בהסדר, יש להתעכב ולתת את הדעת למרכיבים נוספים הכלולים בו. טענות שונות הועלו על-ידי כמה מבעלי הדין בני מגזר הקיבוצים בשאלת היקף השטח שניתן לכל חבר קיבוץ מכוח השיוך והיקף זכויות הבנייה שבאפשרותו לשייך. מן הצד השני, התריעו בעלי הדין בני המגזר העירוני על חשש מפני תופעה מוגברת של פרבור כתוצאה מאפשרויות המגורים שייפתחו בפני בני המגזר הקיבוצי. קודם לבחינת השאלה, יש לעמוד על היקף הזכויות שהיו בידי של חבר הקיבוץ עובר להחלטה.

כאמור, בהתאם להסדר שקדם להחלטה 979, חולק שטח המשבצת של הקיבוץ לשטח המחנה שבו הוקמו, בין היתר, מבני המגורים, ולשטח העיבוד שבו התבצעה עיקר הפעילות החקלאית. הקיבוץ לא הוגבל במספר יחידות הדיור שהיה רשאי להקים בשטח המחנה (זולת מגבלות תכנוניות ככל שאלה קיימות בתכניות החלות על השטח), והוא לא נדרש לשלם תמורה נוספת עבור הקמתן. בהחלטה 751 הותר לראשונה לחבר הקיבוץ לשייך את חלקת המגורים תמורת תשלום שגובהו עומד כיום על 91% מערך השטח, תוך מתן הנחה לחברי קיבוץ ותיקים. בהחלטה 979 נקבעה מערכת חלוקה שונה של שטח הקיבוץ, שלפיה הוגדרה מסגרת שטח חדשה, היא "חלקת המגורים". מסגרת זו הוגדרה בסעיף 5.1 להחלטה 979 כ:

"שטח רצוף המהווה חלק או חלקים משטח המחנה של הקיבוץ המשמשים למגורי משפחות החברים באגודה והמיועדים למגורים על פי תוכנית תקפה. שטחה הכולל של חלקת המגורים בקיבוץ לא יעלה על שני דונם כפול

תקן הנחלות או מספר משפחות החברים באגודה ביום 2.9.03, הנמוך מבין השניים".

אשר להיקף הבנייה, נקבע בסעיף 5.4 להחלטה כי זה "לא יעלה על מכפלת תקן הנחלות או מספר משפחות החברים הנמוך מבין השניים, ב-375 מ"ר, בכפוף לקיומה של תוכנית תקפה". השתתת גודל השטח והיקף הבניה על 2 דונם ו-375 מ"ר בהתאמה אינה מלמדת כי אלו הם השטחים שיינתנו לחברי הקיבוץ בפועל. למעשה, לכל משפחת חברים בקיבוץ ישוּך על-פי ההסדר מגרש הכולל יחידת דיור אחת עם זכויות בנייה של 160 מ"ר לפחות (או 120 מ"ר בקיבוצים גדולים, בהתאם לתנאים שונים) מתוך היקף הבנייה הבסיסי למגורים בקיבוץ. היקפן של זכויות הבנייה נקבע בהתאם לגודל הסטנדרטי המקובל במינהל ליחידת מגורים. ומה יהא על יתר זכויות הבנייה? אלה ירכיבו "מאגר זכויות" שישמש את יתר חברי הקיבוץ ויאפשר קליטה של חברים חדשים.

123. בהסתמך על מצב דברים זה, נטען כי ההחלטה החדשה גורעת מחבר הקיבוץ שטחים וזכויות בניה שהיו בידי קודם לכן.

יש לדחות טענה זו. אמנם, קודם להחלטה 979, לא הוגדרת שטח בהיקף מוגבל בתוך שטח המחנה כדוגמת זה המוגדר במסגרת ההחלטה הנוכחית. עם זאת, לא מצאתי כי יש בכך כדי לגרוע דבר מה מזכויותיו של חבר הקיבוץ.

ראשית, ככל שמדובר בחבר הקיבוץ, להבדיל מן הקיבוץ עצמו, הרי שלא חוסר ממנו מאום, באשר קודם להחלטה לא היה בידיו שלו דבר, ומלוא זכויות הבנייה היו בידי הקיבוץ.

שנית, עדיין מנקודת מבטו של חבר הקיבוץ, ההשוואה בין היקף הזכויות הנוכחי לזה שקדם לו הינה מוקשה, שכן לזכויות הבנייה הניתנות לחבר הקיבוץ עתה מוצמד סד זכויות נוסף ומשמעותי שמקורו בשיוך הזכויות לו עצמו. אפשר אמנם שבנסיבות מסוימות, נהנה אותו חבר קודם לכן מזכויות בנייה, שנחכרו על-ידי הקיבוץ, בהיקף רחב יותר, שנפרשו על פני שטח גדול יותר. עם זאת, איני סבורה כי משהוחלט על תוספת זכויות משמעותית לאותו חבר קיבוץ, בדרך של שיוכן לו והפיכתן לסחירות כנגד תשלום בשיעור מופחת, יש טעם לפגם בחלטה להעניק את אותן זכויות נוספות בתנאים אלה, רק בחלק מן השטח.

שלישית, גם טעמים חלוקתיים, שכפי שהוסבר, צריכים להיות כל העת לנגד עיניה של המועצה, מעמידים את היקף זכויות הבנייה שמתאפשר לקיבוץ לשייך בהתאם להסדר, באור סביר. אמות המידה לקביעת גודל השטח וזכויות הבנייה בחלקת המגורים בקיבוץ נקבעו תוך הפניית מבט לאלה הקבועים במושב ששימש כנקודת ייחוס, כך במיוחד נוכח ההתקרבות שחלה בין שתי צורות ההתיישבות, עם החלשת המרכיב הקולקטיבי בקיבוץ. על רקע זה, נמצא כי את גודל השטח וזכויות הבניה המצרפיים בקיבוץ, יש לחשב בשים לב לגודל השטח והיקף זכויות הבניה הניתנים לחוכר בנחלה בחלקת מגוריו, קרי 2.5 דונמים ו-375 מ"ר בהתאמה. עם זאת נקבע, כי בניגוד למושב, בחישוב סך שטח בקיבוץ חלקת המגורים, "יוסיף" כל חבר קיבוץ לכלל השטח, סך של 2 דונמים בלבד. עוד הוחלט, כי לכל חבר קיבוץ יש להקצות זכויות בנייה מינימאליות בשיעור של 160 מ"ר בלבד. הבחנה זו לא נעשתה בעלמא. ודוק: בתקופה שקדמה להחלטה 979, לא זכו צאצאיו של החוכר במושב לשטח משל עצמם, אלא – לכל היותר – כבנים ממשיכים. כפועל יוצא, גודל השטח וזכויות הבנייה שנקבעו לחוכר בהחלטה 979 ניתנו לו עבורו ועבור כל בני המשפחה המבקשים להתגורר עימו. בקיבוץ, לעומת זאת, לא היתה מניעה כי בשטח המחנה יתגוררו צאצאיו של חבר הקיבוץ, שעשויים להפוך ברבות הזמן לחברי קיבוץ. במצב דברים זה, יחושב סך חלקת המגורים בקיבוץ על בסיס מספר חברים גדול יותר מאשר במושב, ביחס למספר המשפחות, וכך יחושב גם היקף זכויות הבנייה. בכך יש כדי להסביר את השטח הקטן יותר שעל בסיסו מחושבת חלקת המגורים המצרפית בקיבוץ, וכן את היקף זכויות הבנייה הפחותות המוענקות לכל חבר קיבוץ, הדומות להיקף שניתן בעבר לחוכר בנחלה, בניכוי הזכויות המוענקות ל"בן ממשיך". טעם נוסף המסביר את השוני בהיקף זכויות הבנייה בין הקיבוץ למושב מצוי בכך ששטח חלקת המגורים במושב כולל בתוכו את השטח המיועד לתעסוקה לא חקלאית, בעוד שבקיבוץ מרוכזים רוב שטחי התעסוקה מחוץ לחלקת המגורים. גם בטעמים חלוקתיים יש כדי להצדיק, אפוא, את מימדי השטח וזכויות הבניה שניתנים לחבר קיבוץ מכוח ההסדר.

רביעית, הגבלת היקף זכויות הבנייה הניתנות לכל חוכר בקיבוץ, דרה בכפיפה אחת עם התכלית שעליה עמדנו בדבר שינוי מגמת ההגירה השלילית בקיבוץ, והרצון למנוע את הידלדלות האוכלוסייה המתגוררת בו. אכן, כל חבר קיבוץ "מושך" למאגר הזכויות הכולל 375 מ"ר של זכויות בנייה, שהם 2.33 יחידות דיור שאותן ניתן לחכור במחיר מופחת. 1.33 יחידות הדיור הנותרות לאחר גריעת היחידה האחת הניתנת לחוכר עצמו, מצטברות, אפוא, למאגר הזכויות הכללי, וניתן לאכלס בהן חברים חדשים, שיוכלו לחכור את הקרקע במחיר אטרקטיבי.

חמישית – וזה העיקר, אין בהחלטה 979 כל מניעה עקרונית להקמת מבני מגורים בשטח רחב יותר – במגבלות שמטילה תמ"א 35 – מזה הבסיסי הניתן בגדר ההחלטה, אלא שקיבוץ שיבקש לעשות כן ולהתרחב אל מחוץ לחלקת המגורים, יידרש לשלם דמי חכירה בשיעור מלא. תשלום זה יעניק אף הוא לקיבוץ את האפשרות לשייך את השטח לחבר הקיבוץ שלו הוא מיועד ולסחור בו, בשונה מן המצב שקדם לו. גם מבנים שנבנו בקיבוץ קודם להגדרת שטח "חלקת המגורים", ולאחר סימון השטח נמצא כי הם מחוצה לו, לא ייגרעו מן הקיבוץ ולא יישללו ממנו, ולקיבוץ יותר לעשות שימוש בהם במסגרת הרשאות זמניות, תמורת תשלום דמי שימוש בשיעור של 5% לשנה. אין יסוד, אפוא, לטענות כי הגדרת חלקת המגורים בקיבוץ מגבילה ומצמצמת את יכולתו הפיסית להתפשט ולצמוח בשטחים החורגים מחלקת המגורים הבסיסית.

(IV) החשש מפני פרבור

124. מן הצד השני, יש לדחות את הטענה כי היקף השטח שנקבע עלול לקדם תופעה של פרבור מואץ. כאמור, קודם להחלטה 979 התאפשר לקיבוץ לבנות על כל שטח המחנה ללא שנדרש לעמוד בתשלום כלשהו. אמנם, החלטה 979 פתחה, לראשונה, בפני חבר הקיבוץ את האפשרות לסחור בקרקעות ולצרף לקיבוץ בדרך זו חברים חדשים, ואולם גם לפניה התאפשרה קליטת חברים חדשים בהתאם לתנאים שונים. ככל שהקיבוץ רצה להגדיל את שורותיו והיה לכך ביקוש, הרי שמתחם האפשרויות שלו בכל הקשור במבני הקיבוץ לא נפל מזה שקיים היום. יתרה מכך, בשונה מהדין שחל בעבר, כיום מחויב הקיבוץ בתשלום דמי חכירה מלאים כנגד בנייה מעבר לזו המוגבלת שלה הוא זכאי בחלקת המגורים הבסיסית. על כל פנים, זכויות הבנייה הניתנות לקיבוץ במסגרת החלטה 979 כנגד דמי חכירה בשיעור מופחת, אשר מחושבות על בסיס משפחות החברים המתגוררות בקיבוץ ב"יום הקובע", יאפשרו לקיבוץ מכירה של חלקות מגורים לצדדים שלישיים בהיקף שהינו תחום ומוגבל. אין זה סביר כי הפיכתן של זכויות בניה בכמות מוגבלת זו תביא לתופעה נרחבת של פרבור, מה גם שכל עוד נשמר היקף מדוד זה, הרי שיש בו כדי להגשים מטרה רצויה של מניעת התדלדלות הקיבוצים ושל מניעת התפשטות אל עבר שטחים פתוחים. בנוסף, גם הסדר זה כפוף, חוזית, לתנאים התכנוניים הקבועים בתמ"א 35, שכוללת רף מרבי למספר יחידות הדיור שניתן לאשר לבנייה ביישובים החקלאיים. בהקשר זה מצוין בחוות דעתו של פרופ' ברוך קיפניס, שהובאה על-ידי התנועה הקיבוצית, ולא נסתרה, כי:

"המסקנה המתבקשת מהערכת הפוטנציאל לתוספת יחידות דיור הגלום בקיבוצים הממוקמים באזורי הביקוש על-ידי מימוש המספר המרבי של יחידות הדיור לפי תמ"א 35, כי אין הם יכולים להיות גורם המאיץ את

הפרבור. לכל היותר הם יכולים להיות גורם שולי להגירת משפחות של בנים חוזרים" (עמ' 11 לחוות הדעת).

125. זאת ועוד. חרף השינוי שחל באופיו של הקיבוץ, אין כל וודאות גם עתה אם נוכח מאפייני החיים הקיבוציים, החובות הכרוכים בהם (וראו לעניין זה תקנות הערבות ההדדית) והעובדה שרבים מהקיבוצים ממוקמים בפריפריה, הוא משמש מוקד משיכה במידה המסכנת את חוסנן של הערים. מחקרים המובאים בחוות דעתו של פרופ' קיפניס מלמדים כי במעבר בין המאה ה-20 למאה ה-21, העדפתו העיקרית של "הישראלי" המתגורר בעיר לטווח הרחוק הינה להתגורר ביחידת דיור משלו, הממוקמת בשכונה עירונית עתירת שירותים בסמוך למקום העבודה (עמ' 5 לחוות הדעת). עוד יש להוסיף, כי האפשרות לרכוש את מלוא הזכויות בחלקת המגורים ניתנה לחבר הקיבוץ בלבד בנוגע לחלקה ששויכה לו, ולא לקיבוץ עצמו, דבר שנועד למנוע מסחור של חלקת המגורים, והרחבה מאסיבית של היקף המתגוררים בה. לבסוף, יש רגליים לטענת התנועה הקיבוצית כי החשש מפני פרבור שהובע בחוות דעתו של פרופ' שחר שהובאה על-ידי פורום הערים, התמקד בעיקרו באפשרויות התעסוקה הלא חקלאית, ולא בבניה ביישובים החקלאיים. היות שבגדריהן של ההחלטות נושא העתירה, סוגיית התעסוקה הלא חקלאית רלוונטית אך למגזר המושבים, ממילא אין בחוות דעת זו כדי לבסס באופן משכנע טענה ממשית לפרבור מואץ ככל שהדבר נוגע לקיבוצים.

126. מכל המקובץ, עולה, לטעמי, המסקנה, כי בהחלטה בדבר הקצאת השטח, ובאיזון שנערך בגדרה, העניקה המועצה משקל ראוי לשיקולים חלוקתיים, תכנוניים ופרקטיים. האיזון שנערך אינו חורג ממתחם הסבירות, ולא מקים עילה להתערבותו של בית המשפט.

(V) גובה התשלום הנדרש בגין שיוך חלקת המגורים

127. בצד החלטה בדבר עצם הקצאת השטח והיקפו, מתנוססת בלב טענות הצדדים שאלת התשלום הנדרש מן הקיבוץ עבור הזכויות שקיבל. כאמור, לשם שיוך חלקת מגורים שבה זכויות בניה של 160 מ"ר, נדרש הקיבוץ לשלם סכום של 3.75% מערך הקרקע. הפיכת בית המגורים לסחיר תעלה 29.25% נוספים מערך הקרקע ובסה"כ 33%. אם ירצה הקיבוץ לשייך יחידות דיור לחברים חדשים מעבר לסך השטח המוקצה לחלקת המגורים, יהיה הדבר כרוך בתשלום דמי חכירה מלאים. בד בבד, אם לאחר הצטרפות הקיבוץ להסדר ייוותרו שטחים המיועדים למגורים על-פי תוכנית תקפה שלא נכללו בחלקת המגורים, והוקמו עליהם מגורים לפני אישור החלטה 979 – יותר לקיבוץ לעשות בהם שימוש בדרך של קבלת הרשאת שימוש זמנית, כנגד דמי שימוש

בשיעור של 5% לשנה. לבסוף, משפחת חברים שנקלטה בקיבוץ לאחר "היום הקובע" תוכל לשייך אליה את חלקת המגורים – על כל זכויותיה – תמורת דמי חכירה בשיעור של 33%.

עמדנו זה מכבר על השיקולים שהובילו לעצם יצירת שתי החלופות האמורות – זו החלקית שכנגדה משולם סכום של 3.75% מערך הקרקע, וזו המלאה הטעונה תשלום של 33% מערך זה. בנוגע לחלופה החלקית, המועצה מצאה, כאמור, כי קיים אינטרס ציבורי במתן וודאות לחברי הקיבוץ ביחס לבית מגוריהם, וכד בכד – כי רוח התקופה והמציאות שהתהוותה מורים כי יש לאפשר לחברי הקיבוץ להפוך לחוכרי הקרקע בעצמם. עוד נמצא כי הסדר חלקי זה, היוצר זיקה ישירה בין האדם המתגורר בקרקע לבין בעליה, ומוותר על הגורם המתווך, מגשים ערכים רצויים של יעילות ושל חיסכון ומפחית את המגע עם המינהל – מטרות שעמדו בין יעדיה המוגדרים של ועדת הבר. עוד ניתנה הדעת לעובדה שבאופן מעשי, המינהל מעולם לא מימש את האפשרות הנתונה בידיו ליטול מחבר הקיבוץ את הקרקע במקרה של שינוי ייעוד, כי מדובר בשטח תפוס שהמינהל אינו יכול להקצותו לכל גורם אחר וכי מעבר לאפשרות לסחור בקרקע – שאינה ניתנת במסגרת החלופה החלקית – במקרים רבים לא בהכרח היתה משמעות ניכרת מבחינת חבר הקיבוץ לשיוך הקרקע אליו. בצד זה, בקביעת הסכום לתשלום בגדר שתי החלופות, נלקחו בחשבון חלקו ותרומו של המגזר הקיבוצי בעיבוד האדמות ובהתיישבות בארץ, כמו גם בגיבוש האתוס הצינוני בעשורים הראשונים לחיי המדינה בכל תחומי החיים. בגדר כל אחת מן החלופות אף ניתן משקל לכך שחרף השינויים שהתרחשו בסגנון החיים של הקיבוצים, החיים במרבית הקיבוצים עודם כרוכים בחובות שונות, החורגות מאלה הנדרשות ממי שחי ביישוב "רגיל". מן הצד השני, ניתנה התייחסות ליתרונות שעליהם עמדנו, הנובעים משיוך הקרקע וביטול חובת ההשבה במקרה של שינוי ייעוד; לאפשרויות החדשות שנפתחו לפני חבר הקיבוץ, בין היתר, להוריש את הקרקע לילדיו או להשתמש בה כבטוחה קניינית; להגנה הניתנת לו מפני נטילת הנכס מידי גם במקרה שבו הקיבוץ הופך חדל פירעון; ובנוגע לחלופה המלאה – גם לאפשרות למכור את הקרקע לצדדים שלישיים.

128. עוד שוקללו בעת קביעת הסכום שיקולים חלוקתיים. מרכיב אחד מאלה נוגע, כאמור, לסכום שנקבע לשם כניסה להסדר החלקי במגזר המושבים. סכום זה, שפטר את החוכר בנחלה מחובת השבה של הקרקע במקרה של שינוי ייעוד, מעניק זכות זו גם לחבר הקיבוץ, בצד זכות נוספת – היא שיוך הקרקע אליו והפיכתו לחוכר בעצמו. באין טעמים שיצדיקו זאת, ברי, אפוא, כי סכום התשלום בגין ההסדר החלקי צריך לעמוד למצער על זה שבו חויב החוכר בנחלה, קרי 3.75% מערך הקרקע. גם בין ההסדר המלא

במושבים לבין זה שבמגזר הקיבוצי ניתן לגזור גזירה שווה. כך, מהותה העיקרית של החלופה המלאה במושבים, הינה הפטור שהיא מעניקה מתשלום דמי הסכמה בעת העברת הזכויות בנחלה לצד ג'. בקיבוץ, מעניקה החלופה המלאה לחוכר את עצם האפשרות להעביר את חלקת המגורים לצד שלישי, כשהתשלום בגין חלופה זו פוטר את החוכר גם מדמי הסכמה. גם בחלופה זו, מצדיקים, אפוא, שיקולים חלוקתיים כי התשלום הנגבה בקיבוץ לא ייפול, למצער, מזה שמחויב בו החוכר במושב.

היבט חלוקתי נוסף, שלגביו הורחב הדיבור במסגרת טענות הצדדים, הוא זה שעניינו בהשוואה למגזר העירוני. התנועה הקיבוצית שהיתה משיבה בעתירות וכן עותרים נוספים, הצביעו על מבצעי ההיוון בעיר, שבגדרם התאפשר לחוכר העירוני להוון את זכותו בקרקע, כך שלא יחויב בתשלום דמי הסכמה בעת העברתה לצד שלישי, תמורת סכום של 3.75% מערכה. בעלי דין אלה הביעו תרעומת על כך שמערך הזכויות שניתן לקיבוץ ולחבריו עבור סכום זה מצומצם מזה שניתן בעיר, והוא אינו מאפשר להם לסחור בקרקע, וכי רכישת מלוא הזכויות בקרקע לרבות אפשרות העברתה לצדדי ג', הניתנים לחוכר העירוני במבצעי ההיוון תמורת סכום של 3.75% מערך הקרקע, טעון תשלום של 33% מערכה על-ידי הקיבוץ. עוד בטרם דיון יצוין, כי ספק עד כמה ניתן בכלל לקיים השוואה ישירה ברת תוקף בין הזכויות שניתנו בכל מגזר, שהרי החוכר העירוני היה מלכתחילה החוכר הישיר של הקרקע, ולא עמדה בפניו מגבלה "פיסית" להעברת השטח לצד שלישי.

129. מה היו השיקולים החלוקתיים שעמדו ביסוד מערך הזכויות שניתן לחבר הקיבוץ בהסדרים אלה?

ראשית, וכפי שכבר הוסבר, סך התשלומים ששולמו במגזר העירוני כנגד הקרקעות שנחכרו, עולים על אלה ששולמו על-ידי הקיבוצים, וזאת כנגד זכויות שהיקפן נופל מאלו שנתקבלו על-ידי אלה האחרונים. בהקשר זה יצוין, כי לא ראיתי להרחיב בטענות העובדתיות שהעלה, בעיקר, קיבוץ מרחביה, ששבות ותוקפות את הטענה כי המגזר העירוני שילם יותר, שכן ההשוואה הנערכת בהן מצטמצמת לתקופת זמן מסוימת ברצף, הנוגעת לחוכר העירוני הוותיק, ולתקופה שקדמה להקמת המינהל – שאף לגביה קיים ספק עובדתי בשאלה זו – ולא למכלול התקופות, מאז ועד היום. במהלך שנות ה-90 נערכו, אמנם, מבצעי היוון במגזר העירוני שבגדרם בוצע היוון של דמי החכירה השנתיים כנגד סכום של 3.75% משווי הקרקע ובהמשך 5.5% משווי זה, ואולם מבצעים אלה באו לאחר שנים שבהם חויבו העירוניים בתשלומים שונים שלא הוטלו על בני המגזר הקיבוצי. תשלומים אלה כללו, בין היתר, דמי חכירה ראשונים

שנעו בין 40%-80% (בהתאם להחלטה מס' 1 של המועצה); דמי חכירה שנתיים אשר עומדים על 1%-3% מערך הקרקע; תשלום מהוון עבור הקצאת זכות חכירה למגורים בשיעור של 91% מערך הקרקע, שהוחל, החל משנת 1974 בכנייה רוויה, והחל משנת 1988 בכנייה לא רוויה; וכן תשלום בגין תוספת זכויות בשיעור של 31% מערך הזכויות הנוספות. כנגד תשלום זה, ניתנה לחוכר העירוני בדרך-כלל אפשרות לבנות יחידת מגורים אחת על שטח שהיקפו מוגבל. יצוין, כי במסגרת מבצעי ההיוון, התאפשר לחוכר בעיר להגדיל את המבנה שעל הקרקע עד לשטח של 160 מ"ר ללא תשלום של דמי חכירה נוספים. אין חולק אמנם שתשלומים אלה, ובפרט דמי החכירה הראשוניים, לא שולמו בכל המקרים במלואם, וכי לאורך השנים ניתנו לחוכר העירוני הנחות שונות, שהפחיתו מגובה התשלומים שהוא נדרש לשלם. חרף כך, העותרים לא עמדו בנטל להראות כי היקף התשלום שהוטל על המגזר העירוני נפל מזה שהוטל עליהם.

130. אכן, אל מול שיעור התשלומים האמור, שהוטל על החוכר בעיר, ניצבים שיעורי התשלום המינימאליים שבהם חויב הקיבוץ במשך שנים ארוכות, כנגד הזכויות שלהן זכה מן המועצה. כאמור, החלטה מס' 1 של המועצה אינה מטילה על הקיבוץ חובת תשלום דמי חכירה ראשוניים, ודמי החכירה השנתיים שבהם הוא מחויב עומדים על 2% מן ההכנסה הנורמטיבית הנקייה לנחלה, מבלי להתחשב בערך הקרקע. בשלב מסוים, נקבעה הכנסה נורמטיבית לנחלה שאינה תלויה בהכנסתו של הקיבוץ בפועל או במאפיינים נוספים כגון מיקומו, שטחו או מספר יחידות הדיוור שהקים, ועומדת על כ-700 ש"ח לנחלה. כפי שמציינת המדינה, חלקם של המגורים בתשלום זה הינו זניח, והתשלום ניתן בעיקרו בגין חכירה של השטח לחקלאות, דבר הנלמד, בין היתר, מכך שסכום זה נותר קבוע בלא קשר למספר הבתים שנבנה בשטח. כנגד תשלום זה, זכה הקיבוץ לסל של זכויות – שנועדו לשרת את המבנה הכלכלי, החברתי והאידיאולוגי של הקיבוץ – הכוללות, בין השאר, תקן נחלות העומד ברגיל על 120 נחלות, כששטח כל נחלה נע בין 25-80 דונם לנחלה; זכות לבנות יחידות מגורים לחברי הקיבוץ ללא הגבלה, זולת זו התכנונית, וללא תשלום של דמי היתר; ואפשרות להעביר בתי מגורים בין חברי קיבוץ אחד למשנהו ללא תשלום של דמי הסכמה. המסקנה היא – אם-כן – שהחוכר העירוני שילם בסך הכל סכומים גבוהים יותר וקיבל מקבץ זכויות צר יותר – גם אם ניתן להצדיק היקף זכויות זה בתנאים שבהם ניתנו הזכויות לכלל מגזר, באופי הקולקטיבי של האגודה השיתופית ובתכלית החקלאית שעמדה ביסוד הענקת הזכויות לקיבוץ.

131. שיקול נוסף המצדיק קביעת שיעור תשלום גבוה יותר עבור מסחר בקרקעות בסקטור הקיבוצי, ביחס לזה הנגבה בעיר, נעוץ בכך שהקיבוץ, שלא יכול היה להעביר שטחי מקרקעין לצדדים שלישיים, גם לא נדרש ולא שילם מעולם דמי הסכמה למינהל. לעומתו, החוכר העירוני, שאצלו העברת בית המגורים לצדדים שלישיים הינה משום מחזה שכיח, נדרש בכל פעם שעשה כן להעביר שלישי מעליית ערך הקרקע למינהל כדמי הסכמה. המועצה ביקשה, אפוא, להבטיח כי המינהל יזכה לפחות פעם אחת בסכום ששוויו כשווי דמי הסכמה המשולמים במגזר העירוני, בעת שהקיבוץ מעביר את שטחו לצד ג'.

132. על רקע כל האמור לעיל, אין לומר כי החלטתה של המועצה להגביל את היקף הזכויות הניתן לקיבוץ כנגד דמי חכירה בשיעור של 3.75%, ולא לאפשר לו לסחור בחלקת המגורים כנגד סכום זה, אלא רק כנגד סכום גבוה יותר של 33%, שאף הוא מופחת, הינה בלתי סבירה.

133. בצד האמור, קובלים העותרים בני המגזר הקיבוצי גם על גובה התשלום שנדרש לשלם הקיבוץ אם ירצה לחכור קרקעות בשטח החורג מזה הניתן לו בגדר חלקת המגורים. כאמור, קיבוץ המבקש לבנות בשטחים החורגים מן השטח המצרפי של חלקת המגורים ובאחוזי בנייה החורגים מאחוזי הבנייה הנתונים לו באופן מצרפי, נדרש לשלם דמי חכירה בשיעור מלא. העותרים מצביעים על האפשרות שניתנה לחוכר העירוני להוסיף זכויות בנייה מעבר ל-160 מ"ר עבור דמי חכירה בשיעור של 31% מערך הקרקע בלבד, וטוענים לאפליה. לטעמי, אין הנדון דומה לראיה, ואין לראות בשיעור התשלום במגזר העירוני אינדיקציה לזה שמן הראוי לדרוש במגזר הקיבוצים.

ראשית, בעוד שקודם להחלטה 979, עמדה בפני הקיבוץ אפשרות להקים יחידות דיור בשטח המחנה ללא הגבלה זולת זו התכנונית, וללא שנדרש לשלם דמי היתר, חויב החוכר העירוני בתשלום דמי היתר כנגד כל בנייה מעבר לזכויות הנתונות לו, והוא מוסיף להיות מחויב לכך גם מכוח מבצעי ההיוון. חלוקה הוגנת שאינה מתמקדת רק בפרק זמן מסוים אלא משווה בין שני המגזרים לאורך תקופה ממושכת, מורה כי הפער בין התשלומים בגין תוספת זכויות בכל אחד מן המגזרים לאורך התקופות לטובת הקיבוץ, צריך שישתקף גם בתשלום שמחויב הקיבוץ לשלם בגין תוספת זכויות מכוח ההסדר הנוכחי, לחובתו.

שנית, היקף הזכויות הבסיסי הניתן לחוכר העירוני במסגרת מבצעי ההיוון עומד על 160 מ"ר. לעומתו, היקף הזכויות הבסיסי הניתן לקיבוץ עומד על מכפלת 375

מ"ר בנמוך מבין מספר משפחות חברים או תקן הנחלות. הקיבוץ רשאי, אפוא, לשייך פי 2.33 יותר שטח מאשר החוכר בעיר, תמורת דמי חכירה בשיעור מופחת של 33%. בהתחשב ביעד בדבר חיזוק המגזר העירוני, אי פגיעה בשטחים פתוחים ומניעת פרכור, סביר בעיני כי מעבר להיקף השטחים הבסיסי הניתן בקיבוץ תמורת דמי חכירה בשיעור מופחת, יידרש הקיבוץ לשלם דמי חכירה מלאים אם ירצה להקים יחידות דיור נוספות מעבר לשטח הבסיסי שהוקצה לו.

שלישית, כאמור, היקף התשלומים ששולם במגזר העירוני, בדמי חכירה ראשונים ושנתיים, העולה על זה ששולם על-ידי הקיבוצים, מצדיק אף הוא פער מקביל בתשלום בגין זכויות החורגות מההקצאה הבסיסית.

לסיכום נקודה זו, לא מצאתי כי המועצה חרגה ממתחם הסבירות ביחס לגובה התשלומים שנקבעו בעבור כל אחת מן הזכויות שניתנו למגזר הקיבוצים במסגרת החלטה 979.

(VI) היחס בין החלטה 979 להחלטה 751 שקדמה לה

134. נושא נוסף שמתעורר בעתירה נוגע ליחס שבין החלטה 751 לבין החלטה 979. כאמור, להחלטה 979 בנוגע למגזר הקיבוצים, קדמה החלטה 751, שנתקבלה על-ידי מועצת מקרקעי ישראל בשנת 1996. החלטה זו אפשרה אף היא שיוך של חלקת המגורים לחבר הקיבוץ, ואולם נקבעו בה תנאים שונים מאלו שנקבעו מאוחר יותר בהחלטה 979.

בהתאם להחלטה 751, חבר קיבוץ בעל ותק של עד 15 שנה, ישלם דמי היוון בשיעור של 66%, בעוד שחבר בעל ותק של יותר מ-15 שנה, ייהנה מהנחה בשיעור של 2% לכל שנת ותק, עד לשיעור היוון מינימאלי של 11%. נקבע, כי ההחלטה תוחל על בסיס וולונטרי, ותקבע את התנאים והמסגרת לשיוך רק בקיבוצים שהאסיפה הכללית בהם החליטה על אימוצה. במועד החלטה זו, גם יחושבו שנות הוותק של החברים בקיבוץ לצורך ההחלטה. לדברי העותרים בבג"צ 144/08 (בפרק זה, להלן: העותרים), מאז אישור ההחלטה, בחרו למעלה ממחצית הקיבוצים לאמצה, בעוד שאר הקיבוצים נמנעו מלעשות כן, חלקם ממניעים אידיאולוגיים.

החלטה 979 שהחליפה את החלטה 751 האמורה קבעה, כאמור, תנאים שונים מאלו שנקבעו בהחלטה 751. בין היתר, בוטלה ההבחנה בין חוכרים ותיקים לחוכרים חדשים, ונקבע כי עבור שיוך המקרקעין (לרבות סחירותם), מוטלת על כל החוכרים

חובת תשלום של 33% מערך הקרקע. בסעיפים 5.11.1-5.11.2 להחלטה 979 נקבעו הוראות מעבר, הקובעות כי קיבוץ שבטרם אישור החלטה 979 על-ידי המועצה – אסיפתו הכללית קיבלה החלטה על שיוך דירות בהתאם להחלטה 751, וההחלטה אושרה בוועדת הפרוגרמות, יוכל להמשיך את הליך השיוך בהתאם להחלטה אחרונה זו. אותו קיבוץ, אם לא הגיע לשלב של שיוך הדירות בפועל, יהיה רשאי לחלופין להשלים את השיוך לפי החלטה 979. בפני הקיבוץ המבקש לשייך את דירת המגורים לחבריו נתונה, אפוא, אפשרות לבחור באחת מבין שתי חלופות – המשך שיוך בהתאם להחלטה 751, או שיוך בהתאם להחלטה 979. כל חלופה שתיבחר תחייב את כל הקיבוץ, ותחול על כל חבריו, בין אם תמכו בה ובין אם לאו. טענתם העיקרית של העותרים בהקשר זה, הינה כי בשל הוראות המעבר שנקבעו בהחלטה 979, נשללה מהם הזכות לשייך את חלקות מגוריהם כנגד תשלום של 11% מערך הקרקע כחוכרים וותיקים, ותחת זאת מחויבים הם בתשלום של 33% מערך הקרקע. לדבריהם, הדבר נעשה באופן רטרואקטיבי, תוך פגיעה בזכותם המגובשת לשייך את בית מגוריהם במחיר נמוך, והתעלמות מציפייתם והסתמכותם הסבירה. האם בדין טענתם?

135. החלטה 751 של המועצה היא בבחינת הנחייה מינהלית או הוראת מינהל (ראו ע"א 5035/98 משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 11, 23-22 (2002); ראו והשוו גם ויתקון, בעמ' 233-237). ככזו, ניתנת היא לשינוי ולתיקון כאמור בסעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרשנות), הקובע כי:

"הסמכות להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל –
משמעה גם הסמכה לתקן, לשנות, להתלות, או לבטלן
בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה"

ברם, עצם קיומה של סמכות אינה משמיעה כי ניתן לממשה בלא כל מגבלה. אחת המגבלות בהקשר זה נוגעת לאפשרות לממש את הסמכות "לאחור", משמע באופן רטרואקטיבי. הכלל הוא כי הסמכה כללית לפי סעיף 15 לחוק הפרשנות אינה כוללת הסמכה לשינוי תוצאותיהן של החלטות לגבי העבר, באין התייחסות מפורשת לכך בחקיקה הנוגעת בדבר (דנג"צ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נו(5) 673 (2003); משפט מינהלי, בעמ' 384).

לטענת העותרים, הוראות המעבר עלולות להחיל עליהם את החלטה 979 באופן רטרואקטיבי, הגם שהחלו, ואף הגיעו לשלבים מתקדמים בשיוך הדירות בהתאם לתנאי החלטה 751. יש לדחות טענה זו. החלטה 979 אינה מחילה עצמה על מי

שהשלים את הליכי שיוך מבני המגורים באופן פורמאלי וחתם על חוזה חכירה עם המינהל, אלא רק על זה המצוי בעיצומם של הליכים אלה, אך טרם הביאם לידי גמר. אותו חוכר – אפשר שהסתמך על הוראות החלטה 751, ועל כך נדון להלן, אך לא גיבש זכות סופית לפיה, וממילא לא נשללה ממנו כל זכות באופן רטרואקטיבי לאחר שכבר גובשה. יתרה מכך, הוראות המעבר אינן הוראות כופות, במובן זה שהקיבוץ אינו מחויב באימוץ החלטה 979, ובידיו מצוי שיקול הדעת אם להמשיך במלאכת השיוך לפי החלטה 751, או שמא לאמץ את ההסדרים הקבועים בהחלטה 979. להיעדרה של הסמכה לתיקון רטרואקטיבי אין, אפוא, משמעות בענייננו, ולא היתה מניעה עקרונית כי המינהל יקבל החלטה שתחליף את החלטה 751, ותבוא במקומה.

136. חרף האמור, האופן שבו שורטטו הסדרי המעבר בהחלטה 979, מציב את הקיבוץ במצב דברים מוקשה. ראשית, ברי כי הוראות המעבר, כפי שהותוו, יביאו לכך שחברים מ"סוג" אחד, קרי אלה הוותיקים, צפויים להעדיף את ההסדר הקבוע בהחלטה 751, בעוד חברים מ"סוג" שני, משמע אלה החיים בקיבוץ 15 שנה ופחות, יבכרו את ההסדר הקבוע בהחלטה 979. הדבר עלול לגרור מתחים חברתיים פנימיים בשלב אישור ההחלטה, ולפגוע ביכולתו של חבר הקיבוץ לקבל החלטה עניינית שתשרת את טובתו של הקיבוץ בכללותו. שנית, בקיבוצים שבהם קיים רוב של חברים שהוותק שלהם נופל מ-15 שנה, שוללות הוראות המעבר מחברי הקיבוץ הוותיקים את פירות מאמצייהם לממש את החלטה 751. אמנם, כפי שמדגישה המדינה, לקיבוץ נתונה הבחירה אם לאמץ את ההחלטה או לא, ואולם, בחירה זו הינה בחירה מצרפית של כל חברי הקיבוץ, וחבר הקיבוץ הבודד שהסתמך על החלטה 751 ופעל על-פיה, עלול לצאת וידיו על ראשו. הלכה למעשה, אותו חבר קיבוץ ימצא את עצמו כמי שהשקיע השקעות סבירות על סמך מצג שהוצג לו, ובלא שיש לו שליטה על כך – נשללה ממנו זכותו לקבל את שהובטח לו בתנאים המקוריים.

137. אכן, גם באין זכות שהתגבשה, עשויה הסתמכות על החלטה או מעשה מינהלי לשמש אינטרס הראוי להגנת המשפט. כפי שציינן השופט י' זמיר באחת הפרשות:

"ההגנה ניתנת בדרך כלל לזכויות מוקנות. אולם בנסיבות מסוימות אינטרס ההסתמכות, או הצורך לכבד ציפיות ראויות, מצדיקים מתן הגנה גם לאינטרס שאינו מגיע כדי זכות במובן המקובל או לאינטרס שטרם התגבש לזכות כזאת" (בג"צ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד מה(4) 540, 552 (2001); ראו גם רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי (לא פורסם, 20.6.2005), סעיף 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין נאמן, סעיף 22).

ואולם, כדי שהסתמכותו של הפרט תזכה להגנה, עליו להוכיח, לצד עצם קיומה של הסתמכות, גם כי זו היתה סבירה בנסיבות העניין (בג"צ 8371/09 דורון נ' שר הפנים, סעיף 16 (לא פורסם, 7.7.2010); בג"צ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ(3) 397, 410 (1996); משפט מינהלי, בעמ' 396). גם במצב זה, לא יהיה בהסתמכות כדי להגביל את עצם סמכותה של הרשות לפעול, אלא אך לשמש אחד השיקולים ששומה עליה לשקול במסגרת שיקול דעתה.

138. שאלת סבירותה של ההסתמכות לובשת פעמים רבות אופי נסיבתי המשתנה ממקרה למקרה. עם זאת, קיימים נתונים שונים שיכולים לספק אינדיקציה כללית התומכת בתוצאה כזו או אחרת. כך, ברי כי אם נחתם חוזה חכירה פורמאלי בין חבר הקיבוץ לבין המינהל, הרי שהסתמכותו של חבר הקיבוץ על החוזה תזכה להגנת הדין. הנחה זו נסמכת על העיקרון הבסיסי שלפיו חוזים יש לקיים; על ההכרה באינטרס ההסתמכות של מי ששינו את מצבם לרעה בשל התחייבות חוזית מפורשת; על החשיבות שבקיום התחייבויותיו החוזיות של המינהל, כגוף ציבורי; ועל שיקולים פיננסיים-כלכליים הקשורים בחשש שהמינהל יהיה חשוף לתביעות אזרחיות מצד הנפגעים מהפרת התחייבויותיו כלפיהם (ראו בג"צ 10934/02 קיבוץ כפר עזה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(3) 854, סעיף 12 (2004) (להלן: עניין כפר עזה)). לעומת זאת, בטרם נחתם חוזה מחייב בין הצדדים, כשכל שיש בידיו של החוכר הם מצגים שהוצגו לו והביאוהו לפעולות שונות, תיחשב ההסתמכות לסבירה רק אם ניתן יהיה להצביע על התקדמות ניכרת על ציר התכנון (עניין כפר עזה, שם; ראו גם בג"צ 3101/08 כפר הנוער יוהנה ז'בוטינסקי נ' מינהל מקרקעי ישראל, סעיף 18 (לא פורסם, 5.9.2010)). בין היתר נקבע, כי משהפקדתה של תוכנית מלמדת על תמיכתם של מוסדות התכנון בתוכנית ועל סיכוייה הגבוהים לקבל אישור בסופו של ההליך, עשויה הסתמכות על שלב זה, בנסיבות מתאימות, לזכות להגנת הדין (עניין כפר עזה, סעיף 19). שאלת ההתקדמות על ציר התכנון" במקרה שלפנינו נוגעת להתקדמות לעבר גמר הפעולות הנדרשות לשם חתימה על הסכם סופי מול המינהל שיאפשר את שיוך הדירות.

139. לדברי העותרים, למן אישור החלטה 751 באסיפה הכללית של הקיבוץ, בוצעו על-ידי העותרים פעולות שונות במטרה להשלים את הליכי המימוש על-ידי הקיבוץ. כך, ניתן אישור רשמי של ועדת הפרוגרמות לשיוך הדירות בכל קיבוץ וקיבוץ; רשם האגודות השיתופיות אישר בכל קיבוץ את חוקיות כינוס האסיפה הכללית שבה התקבלה החלטה בדבר שיוך דירות מגורים בהתאם להחלטה 751; התקבלה הסכמת נושי הקיבוץ להליך השיוך, ולהחרגת השעבודים הרובצים על מקרקעי הקיבוץ מהחלק המיועד לשיוך; והקיבוצים שבהם חברים העותרים פועלים לאישורה של תכנית מתאר

חדשה לקיבוץ, בהתאם לדרישות החלטה 751. בעניין אחרון זה מציינים העותרים, כי תוכניות אלה הגיעו לשלבי תכנון מתקדמים, לרבות הפקדה בוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה והליך שמיעת התנגדויות לתוכניות, וחלקן אף זכה לאישור. פעולות אלה שבוצעו על-ידי הקיבוצים, והאישורים שנתקבלו, מעידים, לטעמי, על כוונה רצינית וכנה של הגורמים המעורבים להביא להשלמת השיוך ולחתימה על חוזה מחייב. האישורים שניתנו על-ידי הגורמים השונים, והפקדת תוכניות המתאר, נעשו לאחר פרק זמן משמעותי שבו הגורמים הרגולטוריים ורשויות התכנון עסקו בעניין, ולאחר שהושקעו בקידומו זמן, מאמצים וממון. שלב הפקדתה של תוכנית המתאר נושא עימו גם השלכות נורמטיביות, באשר ההפקדה מטילה מגבלות על שימושים נוגדים בקרקע (סעיף 97 לחוק התכנון והבניה) ומקנה למוסד התכנון שיקול דעת לאסור מתן היתרי בניה או לקבוע תנאים לכך (סעיף 98 לחוק התכנון והבניה) (עניין כפר עזה, סעיף 19; ראו גם ע"א 653/97 חברת מרכז ברוך וצפורה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נג(5), 817, 838 (1999)). על רקע זה, ניתן לטעמי לומר כי השלב שבו מצויים העותרים בהליכי שיוך הדירות, מספק אינדיקציה לכך שככל שהם שהסתמכו על שלב זה – אין לשלול את האפשרות כי הסתמכותם היתה סבירה.

140. ברם, גם אם כפי שמציינים העותרים, חברי הקיבוצים ביצעו פעולות שונות כגון שיפוץ בית מגוריהם, וויתור על זכויות שונות שלהן היו זכאים, על מנת לקדם את פני החלטה 751 – ובהסתמך על ההנחה כי תאושר – לא שוכנעתי כי פעולות אלה ירדו לטמיון אם תוחלף החלטה זו בהחלטה 979. אכן, החלטה 751 קובעת תנאים כספיים עדיפים עבור החוכרים הוותיקים בכל הנוגע לאפשרות שיוך בית מגוריהם ביחס להחלטה 979, ואולם, כל אחת מן הפעולות שבוצעו על-ידם – תוקפן וכוחן יפה גם בהתאם לתנאי החלטה 979, המאפשרת אף היא את שיוך בית מגוריהם, גם אם תמורת דמי חכירה בשיעור גבוה יותר. כמובן, אפשר שהמעבר מתנאי החלטה 751 לתנאי החלטה 979 ימנע מחלק מן החוכרים את האפשרות לחכור את בית מגוריהם, בשל המחיר הכרוך בכך, ואולם לא הובאה תשתית עובדתית לביסוסה של אפשרות מעין זו, ולפי דברי המדינה, קיים בקיבוץ מנגנון לתשלום דמי איזון אשר ימנע את הפגיעה בחבר הקיבוץ אשר המעבר משיוך דירות בהתאם להחלטה 751 לשיוך בהתאם להחלטה 979 יפגעו בו ברמה האישית.

141. הנה כי-כן, בשאלת סבירותן של הוראות המעבר עומדים, זה כנגד זה, שיקולים שונים. מצדו האחד של המתרס, ניצבים ההצדקה העניינית ליתן לחבר קיבוץ ותיק הנחה ביחס לחבר קיבוץ שזה לא מכבר בא; החשש מפני עימות בין-דורי בקיבוץ בשל האינטרסים המנוגדים של חברי קיבוץ בעלי ותק שונה; הפגיעה הפוטנציאלית ביכולתו

של הקיבוץ לקבל החלטה עניינית בשאלה מהותית, על רקע האינטרס המובהק שיש לכל חבר קיבוץ בכל אחת מן ההחלטות; וכן המרכיב ההסתמכותי המסוים של חברי קיבוץ ותיקים, לזכות בשיוך דירות לפי תנאי החלטה 751, אשר כפי שכבר הוסבר – היקפו מוגבל. מצדו השני של המתנס, ניצבים זכות הבחירה – שאחרי ככלות הכל מוסיפה להיות נתונה בידי הקיבוץ, איזו מן ההחלטות לאמץ; הרצון להציע לחברים חדשים מחיר אטרקטיבי על מנת להביא להרחבת שורות הקיבוץ ולמניעת הידלדלות האוכלוסייה בו; והרצון ליצור מנגנון אחיד שבו כל חברי הקיבוץ פועלים בהתאם לאותם תנאים, דבר שיצמצם את המגע בין הקיבוץ למינהל ויקדם יעילות. באיזון בין מערך שיקולים זה, אני סבורה כי החלטתו של המינהל להעדיף את אלה האחרונים אינה חורגת ממתחם הסבירות, ואינה מקימה עילה להתערבותנו. יצוין בהקשר זה, כי לא שוכנעתי כי עימות בין-דורי בקיבוץ הוא כורח המציאות. בסופו של יום, המחלוקת בין הצדדים תוכרע על-ידי הקיבוץ בדרכים דמוקרטיות. חזקה על הקיבוץ, כי חבריו יקבלו את החלטתם באופן ענייני המיטיב עם הקיבוץ כולו, וכי ככל שחבר זה או אחר ייפגע מן ההחלטה שתתקבל, יידע הקיבוץ להתמודד עם מצב זה במוסדותיו הפנימיים, ברוח עקרונות השיתוף שעמדו ביסוד הקמתו.

(VII) קביעת "יום קובע" להחלת ההסדר בקיבוצים

142. טענה אחרונה המועלית לתקיפת ההסדר הקבוע בהחלטה 979 בעניין מגזר הקיבוצים נוגעת לקביעת "יום קובע" בקיבוץ, שחל ביום 2.9.2003, עת אושרה החלטה 979 המקורית במועצת מקרקעי ישראל. רק מי שהיה חבר קיבוץ במועד זה – תחול עליו החלטה 979 על תנאיה, וכל מי שהצטרף אחריו יוכל לשייך דירת מגורים תמורת דמי חכירה במחיר מלא. לטענת העותרים בבג"צ 8877/07 (בפרק זה, להלן: העותרים), המועד שנקבע הינו שרירותי, יש בו משום התערבות באוטונומיה של האגודה השיתופית להחליט מי יצטרף לקיבוץ, והוא מונע באופן רטרואקטיבי מחבר קיבוץ שהצטרף לאחר המועד שנקבע, ליהנות מן הזכויות המנויות בהחלטה 979, על סמך הנחות בלתי מבוססות.

ראיתי להיעתר לטענת העותרים בסוגיה זו. לטעמי, יש להמיר את היום הקובע שנקבע בהחלטה למועד מאוחר יותר, הוא יום 27.3.2007, שבו אושרו החלטות 979 ו-1101 במועצה, באופן שיהיה בו כדי להיטיב עם חברי קיבוץ שהצטרפו אליו לאחר החלטה 979 המקורית, אך לפני ההחלטה נושא דיוננו. אבהיר את טעמי.

143. אכן, בקביעתו של יום קובע, ככלל קביעה שעניינה מידות ושיעורים, קיימת שרירותיות מסוימת שיסודה בהפניה למועד מסוים וקביעת סף קשיח שעל פיהם ייפול

דבר (ראו בג"צ 4886/06 עיריית באר שבע נ' שר הפנים (לא פורסם, 14.1.2007)). עם זאת, במקרים רבים, אין מנוס מקביעת יום קובע, בשל הוודאות שהוא מספק ותרומתו להכוונת התנהגות ולהתנהלות קבועה, יעילה ובהירה (בג"צ 9634/08 מועצה אזורית חוף השרון נ' שר הפנים, סעיף 18 (לא פורסם, 5.10.2009)). פעמים רבות, משמשת קביעת יום קובע גם אמצעי אפקטיבי למניעת התנהגות "אסטרטגית", הנוקטת בפעולות שונות בשל מודעות להטבות שעתידות להינתן מכוחה של החלטה צפויה (וראו ההתייחסות בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 595-596 (2005)). כך גם נעשה במקרה דנן, עת נקבע "יום קובע" בתאריך 2.9.2003, הוא תאריך אישורה של החלטה 979 המקורית במועצת מקרקעי ישראל. בקביעת יום זה, ביקשה המועצה למנוע יצירת תמריץ לקיבוץ להגדלה מלאכותית של שטח חלקת המגורים וזכויות הבנייה על-ידי הוספה של חברי קיבוץ רק לצורך זה. על פניה, גם אם מדובר במטרה גורפת, שאינה בוחנת את מניעי ההצטרפות של כל חבר קיבוץ באופן פרטני, מדובר ביעד סביר, המבקש למנוע קבלה בלתי מוצדקת של הטבות ממי שהשיקולים התומכים במתן ההטבות אינם חלים לגביו.

144. ברם, חרף השרירותיות המסוימת שעליה עמדנו, שהינה אינהרנטית לקביעת מועדי תחולה, מן הראוי כי "היום הקובע" שעליו יוחלט יהיה בעל זיקה להחלטות שבהן מדובר, וככל שהוא ייקבע במועד מוקדם, הרי שקביעתו תיעשה לשם הגשמת תכליות ראויות שהגשמתן תלויה בקביעתו של מועד זה. היות שההבחנה בין חברי קיבוץ לפי מועד הצטרפותם לקיבוץ עלולה לעורר שאלות שעניינן בזכות לשוויון, נדרש כי הפגיעה בזכות זו תהיה מידתית, ולא תעלה על הנדרש מהצורך להגשים את התכלית בדבר וודאות ובדבר מניעת פעולות "אסטרטגיות" על-ידי מצטרפים חדשים לקיבוץ. לטעמי, המועד שנקבע, אשר חל כשלוש שנים וחצי טרם אישורה של החלטה 979 החדשה, ופרק זמן נוסף קודם לאישור החלטה זו באסיפה הכללית של הקיבוץ, הגם שאינו שרירותי לחלוטין, אינו מעניק משקל מספיק לשיקולים של שוויון בין חברי הקיבוץ השונים, לשאיפה לעודד הצטרפותם של חברים חדשים לקיבוץ ולשאיפה לשמר קשר רציונאלי בין המטרה לבין האמצעים הננקטים בגדרה. ביום שנקבע יש כדי לפגוע בפרטים שהצטרפו לקיבוץ בין יום אישור החלטה 979 המקורית במועצה, לבין יום אישור ההחלטה נושא דיוננו, במידה העולה על הנדרש. אשר על-כן, מסקנתי היא כי חלק זה של החלטה חורג ממתחם הסבירות. לאור זאת, סבורה אני כי בסוגיה זו יש להפוך את הצו על תנאי למוחלט, ולהיעתר לסעד החלופי המבוקש על-ידי העותרים, בדבר קביעת "היום הקובע" במועד אישורה של החלטה 979 החדשה, שחל ביום 27.3.2007. אסביר את טעמי.

145. כאמור, המטרה בדבר הכוונת התנהגות ומניעת פעולות "אסטרטגיות" הפוגעות בקופה הציבורית, הינה מטרה ראויה, שמן הראוי שיוענק לה משקל. מידתו של משקל זה צריכה להיגזר ממכלול נסיבות העניין. אחת מנסיבות אלה הינה פרק הזמן שנקבע לשם מניעת פעולות אלה, קרי משך הזמן שבין יצירת האפשרות לביצוע פעולות אסטרטגיות בטרם גובשה ההחלטה והתקבלה, ועד לאישורה הסופי של ההחלטה (שאז ברי כי לא ניתן עוד להצטרף להסדר המזכה בהטבות מכוחה).

בענייננו, חלפו, כאמור, שלוש שנים וחצי מאז מועד אישור החלטה 979 המקורית במועצה, ביום 2.9.2003, ועד לאישורה של החלטה 979 החדשה במועצה, ופרק זמן נוסף עד לאימוץ החלטה זו באסיפה הכללית של הקיבוץ. ברי אמנם כי פרק זמן זה נקבע על רקע ההחלטה המקורית, ואולם משזו בוטלה – אין לטעמי עוד מקום להתייחס אליה כאל נקודת מוצא. אכן, אפילו הצטרפו חברים נוספים לקיבוץ קודם לקבלת ההחלטה המקורית מטעמים "אסטרטגיים" שעניינם ברצון להחיל על עצמם את תנאיה, סביר שלא היו נותרים להתגורר בקיבוץ למשך כל תקופת הזמן עד לאישור ההחלטה החדשה, אם הצטרפותם הראשונית נבעה אך מרצון לזכות בהטבות כלכליות. אם בכל זאת נותרו לגור בקיבוץ – אפשר שלא רק שיקולים אסטרטגיים עמדו ביסוד הצטרפותם אליו. הוא הדין בכל הנוגע לאלה שהצטרפו לקיבוץ בין מועד קבלת ההחלטה 979 המקורית, לבין מועד קבלתה של החלטה 979 נושא ענייננו. חברים אלה הצטרפו לקיבוץ לאחר קבלת החלטה 979 המקורית, והיו מודעים ליום הקובע שנקבע בו, ולכך שבעקבותיו הם אינם צפויים ליהנות מחלק מן ההטבה הגלומה בה לחברי הקיבוץ. הם נותרו בקיבוץ גם לאחר פרסום חוות דעת היועצים המשפטיים לממשלה בנוגע להחלטה המקורית, שנוכח האמור בהם, ניתן היה להניח כי לא תאושר כלשונה. הם הוסיפו להתגורר בקיבוץ גם כשהוטל על ועדת הבר תפקיד גיבושו של הסדר חדש, שהוראותיו לא היו ידועות מראש וניתן היה להניח שהיקף "ההטבות" הטמון בהן למגזר הקיבוצי יהיה מצומצם יותר. על רקע כל זה, ספק עד כמה היתה הצטרפותם פרי של התנהגות "אסטרטגית".

הרצון למנוע כניסה פיקטיבית לקיבוץ – חייב שישמור על זיקה ישירה למועד תחילת חלוקתה של ההחלטה על הקיבוץ, ואינו יכול להיקבע פרק זמן כה ניכר לפניו רק מפני שכך נקבע במקור. אם בעת קבלת החלטה 979 המקורית נקבע כי "היום הקובע" הוא ביום אישורה, לא ראיתי מדוע יש לדבוק בתאריך זה גם בעת קבלת ההחלטה החדשה, ולא לנהוג באותה דרך שבה נהגה ההחלטה המקורית – קרי לקבוע את "היום הקובע" בתאריך אישור ההחלטה החדשה עצמה. כאמור, בדבר יהיה כדי

להיטיב עם פרטים שהצטרפו לקיבוץ בתום-לב בין ההחלטה הראשונה לבין ההחלטה השנייה, והיו לחברי קיבוץ לכל דבר.

146. העותרים טוענים כי על "היום הקובע" לחול במועד אימוץ ההחלטה על-ידי האסיפה הכללית של הקיבוץ. מועד זה – ודאי מועד אפשרי הוא, וזה הוא אמנם המועד שנקבע כ"יום הקובע" לעניין החלטה 751. ואולם, מועד זה מספק, לטעמי, מענה חלקי ביותר לחשש מפני התנהגות אסטרטגית מצד חברי קיבוץ שיצטרפו אליו רק לשם זכייה בהטבות. אשר על-כן, יש, לדעתי, להיעתר לעתירה, אך במובן זה שיוענק להם הסעד החלופי שלו עתרו, בדבר קביעת היום הקובע במועד אישורה של החלטה 979 החדשה. מועד זה מעניק, לטעמי, משקל הולם לשאיפה לקדם קליטת חברים חדשים, ולשיקולים של שוויון וודאות מן הצד האחד, וכן לשיקולים של מניעת התנהגות אסטרטגית ושל שמירה על הקופה הציבורית, מן הצד השני.

147. לסיום נקודה זו, ראיתי להתייחס גם לטענת העותרים כי קביעת "היום הקובע" בהחלטה 979 פוגעת בחופש ההתאגדות שלהם ובזכותם לקבוע בעצמם את אורחות חייהם. יש לדחות טענה זו. אין חולק בדבר האוטונומיה ושיקול הדעת הרחבים המוענקים לאגודה השיתופית להתוות את אורחות חייה וחיי חבריה כרצון הגוף הנבחר על-ידה (ראו למשל ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ (לא פורסם, 5.9.2005)). ואולם, לא מצאתי כי בהחלטה הנוכחית יש משום התערבות באורחות חיים אלה, החורגת מן האיזון הראוי שבין משפט המדינה לבין הכללים החלים בתוככי הקיבוץ. ברי אמנם, כי בעצם קביעת יום קובע – כמו גם ביתר רכיבי החלטה 979, יש כדי להשליך על חיי הקיבוץ, על מבנהו ועל הרכב החברים בו. מלומדים מראים, כי במשך שנים ארוכות היה כל עירוב שכזה בין משפט המדינה לבין מנגנון הפעולה הפנימי החל בקיבוצים, מן הבחינה התודעתית, לצנינים בקרב קברניטיו, שנקטו בפעולות הזרה של המשפט החיצוני והסתתרו לשוליים (ראו אביטל מרגלית "הקיבוץ ומשפט המדינה: זרות או הזרה" דין ודברים ה(1) 265, 299-305 (2010) (להלן: מרגלית)). גופי המינהל של המדינה, לא עשו מצדם מאמץ מיוחד לגלות התערבות ניכרת בנעשה בקיבוצים חרף קיומן של סמכויות חוקיות לעשות כן, בין היתר, אצל רשם האגודות השיתופיות (מרגלית, בעמ' 300). ואולם, החל מתחילת שנות ה-90 של המאה הקודמת, עם המשבר הכלכלי והתודעתי שפרץ בחלק גדול מן הקיבוצים, ותהליכי ההפרטה שהתרחשו בו, גבר משמעותית חלקה של הסדרה משפטית מודעת וגלויה בחיי הקיבוץ (מרגלית, בעמ' 304-305). החלטה 979 היא בבחינת ביטוי למגמה בלתי נמנעת זאת, המשקפת איזון בין הסדרה ציבורית כללית של החיים בקיבוץ, תוך שמירה על אוטונומיה נרחבת להתוות את אורחות חייו וזרות

חבריו. כיצד מתבטא האיזון? גם עתה, נותרת עצם ההחלטה בדבר שיוך בתי מגורים בידי הקיבוץ עצמו והיא נתונה לשיקול דעתה של האסיפה הכללית. החלטת האסיפה הכללית הינה משום תנאי ראשוני לשיוך בית המגורים, ורק לאחריה מתחילים ההליכים הנוגעים לעניין מול רשויות המינהל. יתרה מכך, גם חבר קיבוץ שלא היה כזה ביום הקובע יוכל לשייך את דירת המגורים, הגם שכתנאים נחותים מאלה הקבועים בהחלטה 979. אין, אפוא, יסוד לטענת העותרים לפגיעה באוטונומיה הקיבוצית או להפרה של דיני האגודות השיתופיות בהחלטה 979.

הנה כי-כן, מועצת מקרקעי ישראל – וועדת הבר לפניה – לא חרגו ממתחם הסבירות בהתוותן את מרבית ההסדרים הנוגעים למגזר הקיבוצי בהחלטה 979, ויש להותירם על כנם. בצד זאת, מצאתי כי לא ניתן משקל הולם לשיקולים השונים, בנוגע לקביעת "היום הקובע" לעניין החלת ההסדר בקיבוצים. על-כן, בשאלה זו, אציע לחבריי לעשות את הצו על תנאי לצו מוחלט, ולהורות כי "היום הקובע" יחול בעת מועד אישור החלטה 979 החדשה, במועצת מקרקעי ישראל, הוא יום 27.3.2007.

(1) טוף דבר

148. לפני כ- 100 שנה הגיע דור של חלוצים לאדמות הארץ על מנת לשוב ולהכות שורש ולהקים בית לאומי בארץ ישראל. כשרוח ציונית מפעמת בהם ורעיונות של התחדשות תוססים בלבם, החלו החלוצים מייבשים ביצות, מעבדים את האדמה ומוציאים לחם מן הארץ:

”הם היו עלמים צעירים
הן היו עלמות צעירות,
כעולים חדשים עם צרורות זעירים
התהלכו ביהודה ובבקעת כנרות.

הם בערך לפני חמישים שנים
ארצה באו להיות חלוצים ראשונים,
וכל רואיהם
אמרו עליהם-
איזה מן בני אדם משונים...

עולים ארצה אל ארץ ביצות ושממות,

באמת בני אדם משונים מאוד!

(...)

מפליגים בדמיון וחולמים חלומות

באמת בני אדם משונים מאוד!" (נתן אלתרמן).

השנים חלפו, מדינה קמה, וברכות הזמן הומרו הצרכים, התחלפו ההעדפות ונחלש האתוס. גם עתה לא פס מקומה של התיישבות החקלאית ולא נס ליחם של הרעיונות שעמדו ביסודה. ואולם בצד ההכרה בחשיבות פועלה של התיישבות זו וייחודה, יש לתת את הדעת למציאות המשתנה, לתמורות הכלכליות ולהכרח שבפעולה לפי הסדרים חוקיים ברורים ומוגדרים מראש. ההסדר שנקבע בהחלטות 979 ו-1101, על מרבית היבטיו, זולת אלה שצוינו, מאזן לטעמי ונותן משקל הולם למציאות המורכבת, לעבר וגם להווה, להתיישבות החקלאית וגם להתיישבות העירונית, למאמץ שהושקע ולתמורה שראוי שתינתן בגינו, לשינוי וגם להתחדשות.

אציע, אפוא, לחבריי שלא להתערב במרבית הוראות החלטות 979 ו-1101, ולהותירן על כנן. בנוגע לשניים מרכיבי החלטות – זה העוסק בהשכרת מבנים לתעסוקה לא חקלאית בהחלטה 1101, וזה העוסק בקביעת "יום קבוע" לעניין החלת ההחלטה 979 על חברי הקיבוץ, שלגביהם מצאתי כי לא ניתן משקל הולם לשיקולים רלוונטיים, וכי הם חורגים ממתחם הסבירות הנתון למועצה, אציע לחבריי לקבל את העתירות, ולעשות את הצו על תנאי לצו מוחלט.

ש ו פ ט ת

השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק-דינה המקיף והמעמיק של חברתי, השופטת

ארבל.

ש ו פ ט ת (בדימ')

הנשיאה ד' ביניש:

אני מסכימה לפסק-דינה המקיף של חברתי השופטת ע' ארבל.

ה נ ש י א ה

כבוד השופט א' א' לוי:

אני מסכים לעיקרי האמור בחוות-דעתה המקיפה והבהירה של חברתי, השופטת ארבל. עם זאת, לו נשמעה דעתי כי אז לא הייתי מאפשר את זניחתו של הרציונל שעמד בבסיסה של החלטה 751, באשר יש בו, להשקפתי, כדי ליתן ביטוי לשיקולים של צדק בין-דורי. לא זו בלבד שיש להכיר בעקרון של ההסתמכות של מי שכבר העמיק ופעל לאורה של החלטה 751 הנ"ל, אלא שלדעתי ראוי כי יוכר עוד השוני הרלוונטי בין ותיקי התושבים בקיבוצים, שגם אין זה מופרך להניח שהם בני גיל מבוגר יותר וקשרו את גורלם הכלכלי בזה של הקיבוץ במשך שנים ארוכות, לבין מי שהצטרף לקיבוץ בשנותיו המאוחרות ועלול לטרפד (כתלות ביחסי הכוחות באסיפות החברים) את יישומה של החלטה 751 בקיבוצו. בענין זה (העתירה בבג"ץ 144/08) הייתי מציע, אפוא, לחברי כי יעשה צו מוחלט. ביתר הנקודות אני מצרף את דעתי לדעתה של חברתי.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה לחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת ארבל. אבקש להוסיף רק מספר הערות.

2. ההחלטות 979 ו-1101 לא ניתנו כשבפני מועצת המינהל עומד לוח חלק. גם בית משפט זה, כשהוא בוחן אם להתערב בדרך זו או אחרת בהחלטות אותן תקפו העתירות השונות, מניח כי כל שקדם להחלטות הנתקפות בעתירה זו הוא בגדר החוק

(סעיף 70 לחוות דעתה של חברתי). זוהי נקודת המוצא לדיון. בעשורים הראשונים של המדינה (ואף לפני קום המדינה), בימי ישוב הארץ ההתייחסות לקרקע לא הייתה כאל נכסי דלא נידי. קרקעות הוקצו למתיישבים בצורות התיישבות שונות לעובדן ולשומרן. ישובים שהיו בעבר בפריפריה מצויים היום במרכז הארץ. בעת שנמסרו הקרקעות לחקלאים, הביטוי "צדק חלוקתי" לא היה בלקסיקון ולא בתודעה. העיתים השתנו. לקרקעות המדינה יש כיום ערך כלכלי רב. העתירות שלפנינו עליהן עמדה חברתי בפירוט מוכיחות עד כמה כל "מגזר" פוזל אל עבר צלחתו של חברו וטוען להפליה. זאת – כשנתוני הפתיחה של המגזרים השונים אינם זהים. מאידך גיסא – לשיקולים שראוי לתת להם משקל כמו השקעת המתיישבים בפיתוח הארץ – לא היה בעבר ביטוי משפטי מתאים בהסכמים וקשה לכמת את המשקל הכספי של השקעה כזו.

3. הבעיות שנידונו בפני המינהל כעולה מן העתירות שלפנינו הן בעיות רב-קודקודיות, כפי הביטוי היפה שטבע בזמנו השופט זמיר (בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 644-645 (2001); וראו עוד: בג"ץ 3677/09 איגוד שמאי ביטוח ישראל נ' המפקח על ביטוח ושוק ההון (טרם פורסם, 7.12.2010)). כבכל מקרה של בעיות רב-קודקודיות המצריכות הכרעות מורכבות ואיזון בין אינטרסים שונים, היקף ההתערבות של בית משפט זה בהחלטות הרשות המוסמכת, הוא מצומצם. אין פתרון קסם כזה או אחר לבעיות שסקרה חברתי השופטת ארבל, בהקשרים שונים – אפשר כך ואפשר אחרת. המגמה המשתקפת מפסק דינה של חברתי למעט בהתערבות מתאימה לנסיבות העניין, ואני מצטרפת לחוות דעתה. השינויים המוצעים על ידי חברתי הם מינוריים, והם מקובלים עליי.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לפסק דינה המקיף והמעמיק של חברתי השופטת ע' ארבל.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתה המקיפה והממצה של חברתי השופטת ע' ארבל.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, ז' בסיון התשע"א (9.6.2011)

שופט

שופטת (בדימ')

הנשיאה

שופט

שופטת

שופטת

שופטת