

בעניין:

1. ח"כ ד"ר חנא סוייד

2. סאלח אדריס תיתי

ע"י ב"כ עו"ד קייס נאסר
מהקליניקה לצדק חלוקתי, המרכז לחינוך משפטי קליני
הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים
שכתובתו לצורך המצאת כתבי בי-דין הינה כלהלן:
רח' צלאח א-דין 15, ת.ד. 19919
ירושלים 91199
טל: 02-6282650, פקס: 02-6289369

העותרים

-נגד-

1. ממשלת ישראל

2. כנסת ישראל

3. שר האוצר

4. מנהל מקרקעי ישראל

5. רשות מקרקעי ישראל

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים
רח' סלאח א-דין 29, ירושלים

המשיבים

עתירה דחופה למתן צו על תנאי ולמתן צו ביניים

(במעמד צד אחד)

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם כדלקמן:

(1) מדוע לא יקבע כי ההסדר שנקבע בתיקון מס' 7 לחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, והמאפשר למשיב 3 למכור את קרקעות העותר 2 שהגיעו לידי המשיב 3 לאחר שהופקעו בטענה לצורך ציבורי (חלקות: 253, 255, 163 גוש 189840; חלקות 21, 93, גוש 18986; חלקות 73, 74, גוש 18987; חלקות 26, 27, גוש 18991-להלן: קרקעות העותר 2) הוא לא חוקתי, לא מידתי ולא סביר באופן קיצוני.

(2) מדוע לא יאסר על המשיבים לבצע כל עסקה, מכוח תיקון מס' 7 הנ"ל, למכירת קרקעות העותר 2 לגוף פרטי לפני שיוצע לעותר 2 לקבל את הקרקעות שלו בחזרה.

(3) מדוע לא יקיים המשיב 3 שימוע לעותר 2 עובר לקבלת כל החלטה מטעמו להעביר בעלות בקרקעות של העותר לגוף פרטי.

כמו כן, יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו במעמד צד אחד צו ביניים או צו ביניים-ארעי עד לדיון בבקשה לצו ביניים, האוסר על המשיבים 3-4 ו/או מי מטעמם לבצע כל עסקה במקרקעין של העותר וזאת עד למתן פסק דין בעתירה.

לדחיפות הבקשה למתן צו ביניים או צו ביניים-ארעי, מופנה בית המשפט הנכבד לסעיפים 118-140 לעתירה.

ואלה נימוקי העתירה:¹

פתח דבר:²

1. עתירה זו הינה עתירה עקרונית הנוגעת לציבור רחב מהאוכלוסיה הערבית בישראל.
2. המדובר בציבור רחב שהקרקעות שלו הופקעו והגיעו לידי מינהל מקרקעי ישראל בטענה לקיום צורך ציבורי המחייב את הפקעתם.
3. כיום, לפי תיקון מס' 7 לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, אשר פורסם לאחרונה, יוצעו קרקעות אלה למכירה לחוכרים הנוכחיים של המקרקעין. כלומר, קרקעות רבות מהמקרקעין של הציבור הערבי אשר הופקעו תחת אסטלה של "מטרה ציבורית" יימכרו לפרטים.
4. הסדר זה נוגד את כל התורה המשפטית העומדת ביסוד סמכות ההפקעה. לפי תורה זו אסור למדינה להפקיע מקרקעין אלא לצורך ציבורי וכלי ההפקעה אינו יכול להיות בשום אופן כלי להעברת קניין מאדם לאדם אחר. השימוש בכלי ההפקעה ייעשה אך לשם העברת קניין מרשות הפרט לרשות הציבור.
5. גדולה מזו, תיקון מס' 7 משנה את חוק יסוד: מקרקעי ישראל בצורה לא חוקתית. חוק יסוד: מקרקעי ישראל אוסר על מכירת "מקרקעי ישראל" זולת אם הדבר הותר בחוק המפרט את סוג העסקה וסוג המקרקעין. והנה, בתיקון מס' 7 נקבע כי סוג המקרקעין המתאימים למכירה, טיבם והיקף שטחם, ייקבעו על ידי החלטה של מועצת מינהל מקרקעי ישראל, ולא בחוק. לשון אחר: המשיבים מבקשים לשנות את חוק היסוד לא על דרך חוק אלא בדרך של החלטה מינהלית!

על אלה ואחרים, קמה זעקתנו בעתירה זו.

תמצית העובדות הדרושות לעתירה:

6. העותר מס' 1- ד"ר חנא סויד, הינו חבר בכנסת ישראל מטעם תנועת חד"ש. במסגרת תפקידו כנבחר ציבור, עוסק ח"כ סויד בצורה פעילה בסוגיות של תכנון וצדק חלוקתי בקרב האוכלוסיה הערבית בישראל.
7. העותר מס' 2- מר סאלח אדריס תיתי הוא בעל זכויות בחלקות 253, 255, 163 גוש 189840; חלקות 21, 93, גוש 18986; חלקות 73, 74, גוש 18987; חלקות 26, 27, גוש 18991 (להלן: "הקרקעות של העותר").

מצ"ב נסחי רישום של החלקות, כנספח א'-סידורי לעתירה.

8. העותרים מיוצגים על ידי הקליניקה לצדק חלוקתי מהמרכז לחינוך משפטי קליני בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. הקליניקה עוסקת בענייני צדק חלוקתי בכלל וצדק חלוקתי בדיני מקרקעין ודיני תכנון ובניה בפרט. הקליניקה פרסמה ניירות עמדה בנושאים אלה, ומייצגת גופים ציבוריים מאוכלוסיות מוחלשות בהליכים הקשורים לצדק חלוקתי.

¹ כל ההדגשות בעתירה הוספו על ידי הח"מ, אלא אם נאמר אחרת.

² העתירה נכתבה בעזרת תלמידי הקליניקה סוהיר אסעד, ראניה עלימי, אמיר עאקלה, שי בר-דוד ובסיוע מאת המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי (ע"ר).

9. המשיבה 1, ממשלת ישראל, הינה הרשות המבצעת במדינת ישראל מכוח חוק יסוד: הממשלה, והיא הגורם שהציע את תיקון 7 הנ"ל (ה"ח הממשלה תשס"ט מס' 436 עמ' 348, 514).

10. המשיבה 2, כנסת ישראל, הינה הרשות המחוקקת במדינת ישראל מכוח חוק יסוד: הכנסת, ואשר חוקקה את תיקון מס' 7 בתאריך 3.08.2009 (ס"ח תשס"ט מס' 2209 מיום 10.8.2009 עמ' 318).

11. המשיב 3, שר האוצר, הוא השר המוסמך לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) משנת 1943 להפקיע קרקע למטרה ציבורית ולנקוט בהליכים הכרוכים בכך לפי הפקודה.

12. המשיב 4, מנהל מקרקעי ישראל, הינו הגוף, שהיה מוסמך, לפני תיקון הנ"ל, לנהל את "מקרקעי ישראל" כהגדרתם בחוק יסוד: מקרקעי ישראל, וזאת לפי חוק יסוד: מקרקעי ישראל ולפי חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960.

13. המשיבה 5, רשות מקרקעי ישראל, היא הרשות החדשה שהוקמה לפי תיקון 7 הנ"ל תחת מינהל מקרקעי ישראל כדי לנהל את "מקרקעי ישראל".

14. בשנת 1976 פרסם שר האוצר (להלן: השר) מכוח סמכותו על-פי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הציבור), 1943 (להלן: הפקודה) הודעות על כוונתו לרכוש חזקה בקרקעות של העותר 2.

מצ"ב נוסח ההודעות, **כנספח ב'** לעתירה.

15. עם קבלת ההודעה התנגד העותר 2 להפקעה.

מצ"ב התנגדות העותר, **כנספח ג'** לעתירה.

16. התנגדותו של העותר להימנע מהפקעת הקרקעות לא התקבלה.

17. העותר לא קיבל בזמנו פיצויים על הקרקעות שהופקעו ממנו.

18. חלק מהקרקעות של העותר נוצלו, וחלקן נותרו כמות שהוא.

מצ"ב תצלום אווירי למצב הקיים **כנספח ד' (1)** לעתירה.

מצ"ב סיכום לתכניות החלות על המקרקעין של העותר, **כנספח ד' (2)** לעתירה.

19. לאחרונה, נחקק תיקון מס' 7 לחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960.

20. בתיקון זה נקבע הסדר המאפשר לכאורה למשיב 4 להציע את הקרקעות שמסוג "קרקע עירונית", כהגדרתה בחוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, לחוכרים הנוכחיים של הקרקעות.

מצ"ב חוק מינהל מקרקעי ישראל בגרסתו האחרונה לאחר תיקון מס' 7, **כנספח ה'** לעתירה.

21. להלן מובאים הסעיפים הרלוונטיים לעתירה מתיקון 7:

"4ז. (א) בסעיף זה ובסעיפים 4 יח עד 4 כא –

"בניין רווי" – בניין הבנוי על מקרקעי ישראל, בן שתי קומות לפחות, שיש בו לא פחות מארבע דירות – דירה אחת לפחות בכל קומה;

"דירה", "חכירה", "לשכת רישום", "פנקס הבתים המשותפים", "רישום", "רשם", "שטר עסקה" – כמשמעותם לפי חוק המקרקעין;

"הקניית בעלות" – הקניית בעלות בנכס מקרקעין, בתמורה או בלא תמורה, מהבעלים לחוכר של אותו נכס מקרקעין;

"חוזה חכירה מהוון" – חוזה חכירה שדמי החכירה לפיו, בעבור יתרת תקופת החכירה, שולמו מראש בהתאם להוראותיו או בהתאם להחלטת המועצה, או חוזה חכירה שניתן לשלם מראש את דמיה חכירה לפיו בהתאם להחלטת המועצה;

"חוזה חכירה מהוון למטרת מגורים או למטרת תעסוקה" – למעט אחד מאלה:

(1) חוזה חכירה לגבי קרקע שייעודה חקלאי;

(2) חוזה חכירה מהוון שהחוכר לפיו הוא גוף ציבורי; בפסקה זו, "גוף ציבורי" – חברה ממשלתית, חברת בת ממשלתית או חברה מעורבת, כהגדרתן בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, חברה שאין לה הון מניות או תאגיד כאמור בסעיף 60 לחוק האמור, תאגיד שהוקם בחוק או לפיו, רשות מקומית, או תאגיד שרשות מקומית היא בעלת חלק מההון בו או שיש לה חלק מכוח ההצבעה בו;

"חוכר" – מי שרשום או זכאי להירשם בפנקסי המקרקעין, ובכלל זה בפנקס הבתים המשותפים, כחוכר של נכס מקרקעין על פי חוזה חכירה מהוון למטרת מגורים או למטרת תעסוקה, למעט –

(1) חוכר משנה;

(2) חוכר שהפר את חוזה החכירה עם המינהל, ולא תיקן את ההפרה;

(3) חוכר של נכס מקרקעין הבנוי שלא כדין או שלא בהסכמת המינהל;

"חוק המקרקעין" – חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969;

"חוק התכנון והבניה" – חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965;

"נכס מקרקעין" – מקרקעין ממקרקעי ישראל שהם קרקע עירונית, כהגדרתה בחוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960;

"נכס מקרקעין שהקניית הבעלות בו פטורה מתשלום" – נכס מקרקעין, שבהתחשב, בין השאר, בסוגו, מיקומו והיקף שטחו, החליטה לגביו המועצה, כי על המינהל להציע את הקניית הבעלות בו בלא תמורה, לרבות דירה בבניין רווי;

"נכס מקרקעין שהקניית הבעלות בו כפופה לתשלום" – נכס מקרקעין, שבהתחשב, בין השאר, בסוגו, מיקומו והיקף שטחו, החליטה לגביו המועצה, כי על המינהל להציע את הקניית הבעלות בו בתמורה, כמפורט באותה החלטה;

"שומה כללית" – אומדן שווי של זכויות הנכסי מקרקעין שנערך על ידי השמאי הממשלתי הראשי או שמאי מקרקעין מטעמו, בדרך של עריכת לוח שומה כמשמעותו בתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה;

"שומה פרטנית" – אומדן שווי של זכויות בנכס מקרקעין מסוים, שנערך על ידי השמאי הממשלתי הראשי או שמאי מקרקעין מטעמו;

"תעסוקה" – כהגדרתה בחוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960;

"תשלומי החובה" – מסים, אגרות, היטלים, ארנונות או תשלומי חובה אחרים המגיעים למדינה, לרשות מקומית, או למוסד תכנון כהגדרתו בחוק התכנון והבניה.

(ב) המינהל ישלח לכל חוכר של נכס מקרקעין שהקניית הבעלות בו פטורה מתשלום, הודעה, בדואר רשום, על כוונתו להקנות לו בעלות בנכס בלא תמורה (בסעיף זה – הודעה לחוכר הפטור מתשלום), ויחולו לעניין זה הוראות אלה:

(1) הסכים החוכר בכתב להקניית הבעלות על סמך ההודעה לחוכר הפטור מתשלום (בסעיף זה – כתב הסכמה), או לא הודיע למינהל, בתוך 60 ימים מיום משלוח ההודעה האמורה, על התנגדותו להקניה כאמור, וזכותו בנכס נרשמה בפנקסי המקרקעין ביחס לכל המקרקעין או לחלק בלתי מסוים מהם, יגיש המינהל ללשכת הרישום בקשה, בחתימת נציג המינהל, לרישום הבעלות על שם החוכר על סמך ההודעה לחוכר הפטור מתשלום (בסעיף זה – בקשה לרישום); היתה זכות החוכר בנכס רשומה בחלק מסוים מהמקרקעין, או שלא היתה רשומה כלל, תוגש הבקשה לרישום במועד שבו יהיה ניתן לרשום את זכות הבעלות בשל אותה חכירה, ובלבד שהמינהל יהא רשאי להגיש בקשה לרישום זכות הבעלות כאמור, לפי כל דין;

(2) הגיש המינהל ללשכת רישום בקשה לרישום לפי הוראות פסקה (1) יחולו הוראות אלה:

(א) הרשם ירשום בפנקסי המקרקעין את הבעלות בנכס על שם החוכר, ובלבד שבבקשה לרישום ייכלל אישור מאת המינהל ולפיו נשלחה הודעה לחוכר הפטור מתשלום, והחוכר הסכים להקניית הבעלות או לא הודיע למינהל על התנגדותו להקניה כאמור בתוך התקופה האמורה בפסקה (1);

(ב) לא יידרשו, כתנאי לרישום הבעלות על שם החוכר, מסמכים או אישורים נוספים על האישור האמור בפסקת משנה (א), ובכלל זה שטר עסקה, ייפוי כוח מאת החוכר, וכל מסמך או אישור המהווה הוכחה לכך ששולמו תשלומי החובה, למעט לעניין תשלומי החובה שהיו נדרשים לצורך רישום החכירה בנכס, ככל שמדובר בחכירה שלא היתה רשומה.

(ב1) המינהל ישלח לכל חוכר של נכס מקרקעין שהקניית הבעלות בו כפופה לתשלום, הודעה, בדואר רשום, על כוונת המינהל להקנות לו בעלות בנכס בכפוף לתשלום כפי שיפורט בה, הכולל את התמורה בעד הקניית הבעלות וכן תשלום מס רכישה כמשמעותו בסעיף 9 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963, בשיעור שנקבע בסעיף האמור או לפיו, לגבי אותה תמורה (בסעיף קטן זה – הודעה לחוכר החייב בתשלום), ויחולו הוראות אלה:

(1) היתה זכותו של החוכר בנכס רשומה בפנקסי המקרקעין, למעט אם היתה זו זכות חכירה בחלק מסוים במקרקעין, יצורף להודעה לחוכר החייב בתשלום, שטר עסקה החתום על ידי המינהל, לרישום הבעלות בנכס על שמו של החוכר, בכפוף לביצוע מלוא התשלום כמפורט בהודעה לחוכר; לא היתה זכותו של החוכר בנכס רשומה בפנקסי המקרקעין, או שהיתה רשומה כזכות חכירה בחלק מסוים במקרקעין, ישלח המינהל לחוכר את שטר העסקה החתום על ידי הרשות במועד שבו יהיה ניתן לרשום את זכות הבעלות בשל אותה חכירה, ובלבד שהמינהל יהא רשאי לחתום על שטר העסקה לצורך רישום זכות הבעלות כאמור, לפי כל דין;

(2) הגיש החוכר ללשכת הרישום את שטר העסקה להעברת הבעלות בנכס על שמו, כאמור בפסקה (1), יחולו הוראות אלה:

(א) הרשם ירשום בפנקסי המקרקעין את הבעלות בנכס על שם החוכר, ובלבד שצורפו לבקשה שטר העסקה כשהוא חתום גם בידי החוכר, וכן הוכחה לכך שהתשלום שולם למינהל במועד, כמפורט בהודעה לחוכר;

(ב) על רישום הבעלות כאמור בפסקת משנה (א) יחולו הוראות לפי חוק המקרקעין, ואולם לא יידרשו כתנאי לרישום הבעלות על שם החוכר, ייפוי כוח מאת המינהל, וכל מסמך או אישור המהווה הוכחה לכך ששולמו תשלומי החובה, למעט לעניין תשלומי החובה שהיו נדרשים לצורך רישום החכירה בנכס, ככל שמדובר בחכירה שלא היתה רשומה.

(2ב) המועצה תקבע תנאים שלפיהם יהא חוזה חכירה למטרת מגורים או למטרת תעסוקה, לחוזה חכירה מהוון.

(ג) (בוטל).

(ד) הודעה לחוכר או תשלום לפיה, כתב הסכמה, ורישום בעלות על שם חוכר לפי הוראות סעיף זה, לא ייחשבו –

(1) לענין חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 לגבי נכס מקרקעין שהקניית הבעלות בו לחוכר פטורה מתשלום – כמכירת זכות במקרקעין;

(2) לענין התוספת השלישית לחוק התכנון והבניה – כמימוש זכויות במקרקעין.

(ה) בכפוף להוראות סעיפים קטנים (ב)(2)(ב) ו-(ב)(1)(2)(ב), הוראת כל דין האוסרת רישום זכויות בפנקסים כל עוד לא שולמו תשלומי החובה במלואם לא תחול על רישום בעלות בנכס מקרקעין על שם חוכר לפי סעיף זה; ואולם לא תירשם בעתיד, בפנקסים, העברת זכויות בנכס מקרקעין, המותנית לפי דין בהוכחת תשלומי החובה, מידי מי שהיה חוכר ונרשם כבעלים לפי הוראות סעיף זה, אלא לאחר הוכחת תשלומם של תשלומי החובה שהיו נדרשים בעת רישום זכות הבעלות על שמו אלמלא הוראות סעיף קטן זה.

(ו) העניק חוכר, ביחס לזכותו לגבי נכס מקרקעין, זכות כלשהי לאדם אחר, או שזכותו כאמור עוקלה או שהוצא לגביה צו בידי בית משפט או רשות אחרת, לפי דין, ולאחר מכן הוקנתה הבעלות באותו נכס מקרקעין לחוכר לפי סעיף זה, יראו את זכותו של האדם האחר, את זכותו של המעקל או את הצו, לפי הענין, כזכות או כצו החלים ביחס לבעלות שקיבל החוכר לפי הוראות סעיף זה; המינהל יביא לידיעתו של החוכר, בהודעה לחוכר, את תוכן הוראת סעיף קטן זה.

(ז) הוראות סעיף זה באות להוסיף על הוראות כל דין אחר, ואולם במקרה של סתירה, יגברו הוראות סעיף זה.

(ח) על אף הוראות סעיף קטן (ז) –

(1) הוראות סעיף זה יחולו בכפוף להוראות חוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960;

(2) אין בהוראות סעיף זה כדי למנוע מהמינהל או מחוכר רישום הבעלות בנכס מקרקעין על שמו של החוכר, על סמך שטר עסקה, בהתאם להוראות לפי חוק המקרקעין.

(ט) קבעה המועצה כי התמורה, לגבי נכס מקרקעין שהקניית הבעלות בו לחוכר כפופה לתשלום תיקבע לפי שומה פרטנית בלבד, בלא אפשרות לתשלום לפי שומה כללית, יציע המינהל לחוכר להקנות לו בעלות בנכס, ורישום הבעלות יהיה בהתאם להוראות לפי חוק המקרקעין, והוראות סעיף זה לא יחולו

4יח. העברת בעלות במקרקעי ישראל בין המדינה, רשות הפיתוח והקק"ל לבין עצמן, תהיה פטורה מתשלום חובה כלשהו, אלא אם כן החליטה הממשלה על הפחתת מספר נציגי הקק"ל במועצה כאמור בסעיף 4א(א1).

4יט. (א) המינהל רשאי, בין השאר בשל חשיבותם המיוחדת של מקרקעי ישראל, להתנות את הקניית הבעלות בנכס מקרקעין לפי הוראות סעיפים 4יז או 4כ, בתנאים ובהגבלות, לרבות לעניין הקניית זכויות בו בעתיד או לעניין התחייבות להקניה כאמור, מידי החוכר או מידי אדם אחר שיהיה בעל זכויות לגבי אותו נכס מקרקעין, ובלבד שלא ייקבעו סוגי תנאים או הגבלות שלא חלו על נכס המקרקעין או על העברת הזכויות בו, במועד משלוח ההודעה לחוכר כאמור בסעיף 4יז(ב) או (ב1), או במועד עריכת ההסכם על הקניית הבעלות, לפי העניין.

(ב) קבע המינהל תנאי או הגבלה כאמור בסעיף קטן (א), יציין זאת בבקשה לרישום או בשטר העסקה, לפי העניין, והרשם ירשום הערה על כך בפנקסי המקרקעין; נרשמה הערה כאמור, וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם בפנקסים עסקה הסותרת את תוכן ההערה.

4כ. המועצה רשאית להחליט, בהתאם לכללים שתקבע, כי הקניית בעלות על ידי הרשות, בנכס מקרקעין באגודה שיתופית שהיא יישוב קהילתי קטן או יישוב חקלאי, תותנה בהסכמת האגודה השיתופית, הסוכנות היהודית לארץ ישראל או ההסתדרות הציונית העולמית, לפי העניין; החליטה המועצה כאמור, לא יקנה המינהל בעלות בנכס מקרקעין באגודה השיתופית, אלא לאחר שתימסר לו הסכמה כאמור בכתב; בסעיף זה –

"יישוב חקלאי" – אגודה שיתופית שסווגה על ידי רשם האגודות השיתופיות, לפי פקודת האגודות השיתופיות, כמושב עובדים, ככפר שיתופי, כקיבוץ, כמושב שיתופי, כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית או כיישוב קהילתי כפרי, לרבות הרחבה למגורים של היישוב;

"יישוב קהילתי קטן" – אגודה שיתופית שסווגה על ידי רשם האגודות השיתופיות, לפי פקודת האגודות השיתופיות, כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית או כיישוב קהילתי כפרי, ומספר בתי האב ביישוב אינו עולה על 500 או על מספר אחר שקבעה המועצה;

"רשם האגודות השיתופיות" – כמשמעותו בפקודת האגודות השיתופיות.

4כא. על אף הוראות סעיפים 4יז ו-4כ, לא תקנה הרשות בעלות בנכס מקרקעין ששטחו עולה על 16 דונם, אלא אם כן החליטה המועצה שקיימות נסיבות שבשלהן ניתן להקנות בעלות כאמור."

22. להלן יקרא להסדר המפורט לעיל "ההסדר החדש" או "תיקון 7".

23. ביום 19.10.09 פנה העותר 2 למנהל מקרקעי ישראל- מחוז צפון בבקשה להימנע מביצוע כל עסקה בקרקעות הנ"ל, להעברת המקרקעין לבעלות צד ג' לפי תיקון מס' 7.

מצ"ב עותק מפניית העותר כנספח ו' לעתירה.

24. במסגרת פנייתו ביקש העותר 2 לדעת מי הם החוכרים הנוכחיים של הקרקעות שלו (ככל שקיימים חוכרים). (הפנייה הועברה בדואר רשום וב"כ העותר וידא את קבלת הפניה גם בטלפון).

25. מינהל מקרקעי לא השיב כלל לפניית העותר.

26. ומכאן לעתירה.

הטיעון המשפטי

27. העותרים יטענו כי ההסדר החדש בטל מעיקרו ו/או דינו להתבטל וזאת, בין היתר, מהנימוקים הבאים:

- (1) ההסדר החדש מהווה שינוי לא חוקתי לחוק יסוד: מקרקעי ישראל.
- (2) הפקעת קרקע לא יכולה להיות צינור להעברת בעלות מאדם אחד לאדם אחר.
- (3) ביצוע פעולה לפי ההסדר החדש מעיד כי תכלית ההפקעה לא היתה חוקית.
- (4) שינוי מטרת ההפקעה הציבורית נותן לעותר מס' 2 את הזכות לקבל את הקרקע שלו בחזרה.
- (5) ההסדר החדש פוגע בהרמוניה במערכת החקיקה.
- (6) ההסדר החדש פוגע בזכות השימוע.
- (7) ההסדר החדש אינו חוקתי ואינו מידתי.
- (8) ההסדר החדש בלתי סביר באופן קיצוני.
- (9) ביצוע עסקה לפי ההסדר החדש יהיה נגוע בחוסר תום לב ובחוסר הגינות.
- (10) ההסדר החדש אינו מקיים צדק חלוקתי.

(1) ההסדר החדש מהווה שינוי לא חוקתי לחוק יסוד: מקרקעי ישראל

28. מקרקעי העותר 2, לאחר שהופקעו, נחשבים ל"מקרקעי ישראל" לפי חוק יסוד: מקרקעי ישראל.

29. חוק יסוד: מקרקעי ישראל אסר על העברת בעלות ב"מקרקעי ישראל", אלא אם הדבר הותר בחוק המפרט סוג המקרקעין וסוג העסקאות:

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

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

30. והנה, בניגוד לכללים החוקתיים לעיל, בהסדר החדש נקבע כי סוג הקרקע המתאימה למכירה תיקבע בהחלטה של מועצת מינהל מקרקעי ישראל.

31. אמנם, ההסדר החדש נותן היתר למכירת קרקע עירונית. יחד עם זה, ההסדר החדש אינו מפרט מהי הקרקע המותרת למכירה מבחינת סוג, שטח ותנאים. ההסדר החדש הותיר עניינים אלה הותיר להחלטה מינהלית של מועצת מינהל מקרקעי ישראל.

32. העותרים יטענו כי בכך משנה תיקון 7 את חוק היסוד בצורה לא חוקתית: תחת שההיתר למכירת הקרקע ייקבע בחוק, הוא ייקבע בהחלטה מינהלית של מועצת מינהל מקרקעי ישראל.

33. לשון אחרת: האיסור למכירת "מקרקעי ישראל" שנקבע בחוק יסוד: מקרקעי ישראל ישתנה בהחלטה של מועצת המשיב 4 (לפי התיקון המשיב 5) ולא בחוק.

34. אם כן, העותרים יטענו כי עסקינן בשינוי לא חוקתי לחוק יסוד.

35. בנסיבות אלה, מוסמך בית המשפט הנכבד להכריז על בטלותו של תיקון 7.

[ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995)].

(2) הפקעת מקרקעין לא יכולה להיות צינור להעברת בעלות מאדם לאדם אחר

36. לפי פקודת הקרקעות, רשאי שר האוצר, כעיקרון, להפקיע קרקע במקום שהוא ראה מול עיניו מטרה ציבורית שההפקעה דרושה או נחוצה לשם מימושה.

37. אמנם יש לשר האוצר שיקול דעת רחב לפי סעיף זה. יחד עם זאת, בפרשת קרסיק, קבע בית משפט נכבד זה כי בשל חשיבותה של זכות הקניין של היחיד, כוחו של השר הצטמצם והפקעה כדין תקום רק אם התקיימו שלושה תנאים במצטבר: קיומו של צורך ציבורי מוגדר ומסוים; קיומה של זיקה בין הצורך הציבורי המסוים לבין המקרקעין המסוימים שמיועדים להפקעה; אי אפשר היה לממש את המטרה הציבורית באמצעי שעוצמת פגיעתו פחותה מזו של ההפקעה.

[בג"ץ 2390/96 יהודית קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2), 625 (2001) (להלן: "פרשת קרסיק")].

38. קרא: ניתן להפקיע קרקע וליטול אותה מבעליה רק אם הדבר נחוץ באופן מיידי והכרחי למטרה ציבורית. הקשר בין ההפקעה לבין צורכי ציבור הוא קשר בל יינתק. על עניין זה עמד בית משפט זה באומרו:

"בין הפקעת הקרקע לבין צורכי הציבור קיים קשר בל-יינתק, עד כי ניתן לומר שמבחינה רעיונית זכות הקניין שרוכשת המדינה בקרקע שהופקעה מן הפרט - אף אם הושלמו הליכי ההפקעה היא זכות "מותנית", והתנאי הוא נחיצות הקרקע להגשמת צורך ציבורי"

[בג"צ 2739/95 סליבא סלימאן מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1), 309, 319 (1996)].

39. בניגוד לעקרונות אלה, לפי ההסדר החדש, הקרקע שהופקעה מהעותר 2 תחת אצטלה של מטרה ציבורית, תועבר לאדם פרטי (החוכר הנוכחי של המקרקעין).

40. העותרים יטענו כי העברת בעלות בקרקע המופקעת לידיים פרטיות אינה "מטרה ציבורית", אלא המדובר בעסקה הנוגעת לעניינו הפרטי של החוכר, ולא לעניין הכלל הציבורי.

41. כפי שלא מותר להפקיע קרקע משמעון על מנת להעבירה ישירות לראובן, אסור להעביר קרקע שהופקעה משמעון ומוחזקת כיום על ידי המדינה ולהעבירה לראובן.

42. אחרת, יטענו העותרים כי המדובר, עם כל הכבוד הראוי, ב"תרגיל": הרשות המפקיעה שיודעת היטב כי אינה יכולה להפקיע לצורך פרטי מפקיעה תחילה לטובתה (תחת אצטלה של צורך ציבורי) ולאחר מכן מעבירה את הבעלות לאדם פרטי.

43. העותרים יטענו כי אם חדלה המטרה הציבורית שלשמה הופקעו המקרקעין של העותר 2 מלהתקיים, או שהמדינה אינה יכולה עוד להחזיק בעצמה במקרקעין אלה, מחובתה של המדינה להחזיר את הקרקע לעותר ולא להעבירה לצד פרטי אחר.

44. העותרים יוסיפו כי המדינה אינה יכולה לסחור בקרקע שהופקעה למטרה ציבורית, כפי שאדם רגיל סוחר בקרקע הפרטית שלו. המדינה מחזיקה בקרקע מופקעת בנאמנות עבור הציבור. על המדינה, בכל רגע, להשתמש בקרקע המופקעת למטרה ציבורית, המשרתת את הציבור כולו, ולא יכולה לנהוג בקרקע המופקעת לטובת אדם פרטי.

(3) ביצוע פעולה לפי ההסדר החדש מעיד כי תכלית ההפקעה לא היתה חוקית

45. הלכה היא כי הפקעת קרקעות לשם אינטרס פרטי ולא אינטרס של הכלל והציבור הינה מטרה לא חוקית ודינה להיפסל:

"ההפקעה צריכה להיות 'חוקית' במובן זה שהיא תשרת את האינטרס הציבורי ולא כל אינטרס אחר. הפקעה שנועדה ליצור רווחים לרשות המפקיעה לא תעמוד במבחן הצורך הציבורי הנ"ל והיא עשויה להיפסל"

[א' נמרד וא' בן חמו, "עילות לביטולה של הפקעה", **מקרקעין** ה'35, 39 (ינואר 2006).]

46. מכאן, העותרים יטענו כי עצם העובדה כי הקרקע המופקעת תעבור לפי ההסדר החדש לידיים פרטיות, מעיד בדיעבד כי מטרת ההפקעה לא היתה לצורך ציבורי.

47. ההסדר החדש מעיד כי ההפקעה היתה מעין "שלב מעבר" מבעלות העותר 2 לבעלות החוכרים של הקרקעות (ככל שקיימים).

48. המשיבים שידעו כי לא ניתן להפקיע את קרקעות העותר על מנת להעבירם בצורה ישירה לאדם אחר, ביצעו מהלך דו-שלבי: תחילה להפקיע בשם מטרה ציבורית כדי שהמדינה תקבל חזקה בהם. לאחר מכן, להעביר את הקרקעות מהמדינה לאדם פרטי.

49. העותרים יטענו כי מהלך זה, אף אם הוא דו-שלבי, ואינו לכאורה העברה ישירה מהעותר 2 לאדם פרטי, הוא פסול ולא חוקי לפי דיני ההפקעה עליהם עמדנו לעיל.

(4) שינוי מטרת ההפקעה הציבורית נותן לעותר את הזכות לקבל את הקרקע בחזרה

50. לאור חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתנה לזכות הקניין הגנה חוקתית.

51. נקבע כי סמכותה של הרשות המפקיעה צריכה להיות צמודה לאורך כל הדרך למטרה שלשמה הופקעה הקרקע. בית משפט נכבד זה קבע כי זיקתו של אדם לקרקע שלו צריכה להישמר גם אחרי שהופקעה וגם אחרי שהוא קיבל פיצויים. ברגע שלא מומשה המטרה הציבורית או ששינתה הרשות את המטרה או שנעשה שימוש אחר בקרקע, יש להחזירה לבעלה או לתת לו פיצוי נאות בשל כך.

[פרשת קרסיק, עמ' 656]

52. הלכה זו נכונה שבעתיים כאשר הרשות המפקיעה מבקשת לעשות שימוש בקרקע המופקעת לצורך פרטי או עסקי, קרי כאשר המדינה משנה את מטרת ההפקעה ממטרה ציבורית (שעמדה לכאורה ביסוד ההפקעה) למטרה פרטית או עסקית, לענייננו מכירת הקרקע לאדם פרטי.

53. אי לכך, העותרים יטענו כי בהעברת הקרקע לידיים פרטיות לפי ההסדר המוצע, עומדת לעותר 2 הזכות לדרוש את החזרת הקרקע.

5) ההסדר החדש פוגע בהרמוניה במערכת החקיקה

54. על המחוקק להבטיח הרמוניה בין יתר החוקים. זהו ערך חשוב במשפט הישראלי.

[בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996), עמ' 70].

55. העותרים יטענו כי ההסדר החדש חורג באופן בולט מההסדר הקבוע בחוק התכנון והבניה, התשכ"ט-1965 לגבי שינוי יעוד של קרקע מופקעת. נסביר:

56. בסעיפים 195 ו-196 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, נקבע כי:

195" מקרקעין שנרכשו בביצוע תכנית על פי הסכם או שהופקעו כך תמורת תשלום פיצויים, יחולו עליהם הוראות מיוחדות אלה:

(1) כל עוד לא שונה ייעודם על-פי הוראות חוק זה, מותר להשכירם לגוף ציבורי או לאדם אחר, למטרה שלה נועדו בתכנית, ובלבד ששר הפנים, בהתייעצות עם הועדה המחוזית, נתן אישור על כך;

(2) שונה ייעודם על-פי הוראות חוק זה, מותר באישור ובהתייעצות כאמור למכרם, להשכירם או לעשות בהם העברה אחרת, ובלבד שניתנה למי שרכשו ממנו את המקרקעין או לחליפו הודעה שהוא רשאי, תוך שלושים יום, לקנותם במחיר שלא יעלה על הסכום שבו נרכשו ממנו, בצירוף שווייה של כל השבחה בהם הנובעת מהתכנית; הודיע מקבל ההודעה תוך המועד האמור שהוא מוכן לקנות את המקרקעין, יועברו אליו כאמור.

196. (א) מקרקעין שהופקעו לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים וייעודם שונה לייעוד שלמענו אין להפקיע מקרקעין לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים, תשלם הועדה המקומית פיצויים למי שהיה זכאי להם בשעת ההפקעה אילו היתה ההפקעה מחייבת תשלום פיצויים באותה שעה, או אם רצה בכך, תחזיר את המקרקעין למי שהופקעו ממנו.

(ב) פעולה לפי סעיף זה – לענין סעיף 12 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, יבוא במקום מועד הפרסום של ההודעה על הכוונה לרכוש מקרקעין – המועד של שינוי הייעוד, ושווי המקרקעין ייקבע בשים לב לייעודם מחדש."

57. כלומר, חוק התכנון והבניה הנ"ל קובע שני כללים, בעיקר, למקרה בו שונה ייעוד הקרקע שלמענו הופקעה הקרקע לייעוד שלא ניתן לשמו להפקיע קרקע:

(1) הפקעה תמורת תשלום פיצויים, יוצע למי שהופקעה ממנו הקרקע לרכוש את הקרקע בחזרה;

(2) בקרקע שהופקע ללא תשלום פיצויים, תחזיר הועדה המקומית את הקרקע למי שהופקעה ממנו אם רצה זאת.

58. יודגש: כי בהלכת קרסיק הנ"ל הסתמך בית המשפט העליון על הסדר ההשבה הקבוע לעיל בחוק התכנון והבניה:

"נספק עצמנו באומרנו, כי במקום זה הכיר המחוקק מפורשות בזיקה נמשכת והולכת בין בעלים (לשעבר) לבין קרקע שהופקעה מבעלותו, ובאופציה החייבת להינתן לבעלים, בנסיבות מסויימות, להחזיר את הקרקע לבעלותו. ואלו הן הנסיבות: שונה ייעודה של הקרקע על-פי חוק התיכנון - קרא: הייעוד שונה מכוח תוכנית שנתקבלה על-פי חוק התיכנון - תינתן לבעלים-לשעבר אופציה לקנות את הקרקע בתמורה; ובקרקע שהופקעה לפי חוק התיכנון ללא תשלום פיצויים, וייעודה שונה לייעוד שלמענו אין להפקיע קרקע לפי חוק התיכנון - תוחזר הקרקע לבעליה חנם או ישולמו פיצויים למי שהיו בעלים בעת ההפקעה אילו היתה ההפקעה מחייבת תשלום פיצויים. בדונו בפקודת ההפקעות בעבר הזכיר בית-המשפט הסדר זה כהסדר הוגן, בהביעו תיקווה כי ההסדר - או הסדר דומה לו - יוחל גם על פקודת ההפקעות... והגם שאלה השניים - הסדר חוק התיכנון והסדר פקודת ההפקעות - זרים הם, לכאורה, זה-לזה, יהא זה אך מוזר אם בבניית מערכת הנורמות שתשלוט על נכס שהופקע לפי פקודת ההפקעות נתעלם מכל-וכל מהסדר חוק התיכנון... ברור לכל, כי ההוראות העקרוניות שבסעיפים 195-196 לחוק התיכנון, דוקטרינת הזיקה הנמשכת והולכת ילדה אותם, ובאומרנו כך נמצא חיזוק לפירושה של פקודת ההפקעות כמיוסדת אף-היא על אותה דוקטרינה. לשון אחר: גם בהפקעה שלפי פקודת ההפקעות שומר הבעלים-לשעבר על זיקה לקרקע שהופקעה מחזקתו, ובסטיה כי תבוא ממטרת ההפקעה הראשונית, יהא הבעלים-לשעבר זכאי בנסיבות מסויימות להשבת הקרקע לבעלותו. הוא הדין בעקרונות הקבועים בסעיף 2(195), לעניין התמורה שיידרש הבעלים המקורי להחזיר לרשויות (אם קיבל פיצויים לעת ההפקעה) עבור החזרת הקרקע לבעלותו."

[פרשת קרסיק, עמ' 663-664]

59. והנה, ההסדר החדש קובע כללים אחרים: להעביר קרקע מופקעת לאדם פרטי כאילו האדם שממנו הופקעה הקרקע אינו קיים עוד. כלומר, לגבי נושא זהה, בפנינו של הסדרים שונים.

60. העותרים יטענו, אם כן, כי ההסדר חורג מההסדר הקיים בחוק התכנון והבניה.

61. העותרים יטענו כי פגם זה כלשעצמו מהווה טעם לביטול ההסדר או לתיקונו.

[א' נמרד וא' בן חמו, "עילות לביטולה של הפקעה", מקרקעין 1/35, 40 (ינואר 2006)].

6) ההסדר החדש פוגע בזכות השימוע

62. הלכה היא כי רשות מינהלית המתכוונת לפגוע בפרט עליה להעניק לו זכות טיעון עובר לקבלת החלטה סופית בעניינו.

63. יפים לענייננו דבריו של השופט זילברג בבג"ץ 3/58 ברגמן נ' שר הפנים, בעמ' 1508:

"...לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין שיפוט) – לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה. היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיות של הענין הנדון."

[בג"ץ 3/58 ברגמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508 (1958)].

64. כלל השימוע הוא חלק מחובת ההגינות המוטלת על הרשות והוא כלל בסיסי מכללי הצדק הטבעי. זכות הטיעון קיימת ללא קשר אם היא מוזכרת בהוראה מפורשת בחוק וללא קשר במידת ידיעותיה של הרשות ובאופן התנהגותו הקודמת של בעל הקרקע, היינו, הנפגע.

65. לאור הטעמים הרבים שעומדים ביסוד חובת השימוע, נקבע כי המבחן למתן זכות השימוע אינו מבחן זהות הרשות הפוגעת אלא מהות הפגיעה. אי לכך, הורחבה חובת השימוע לכלל גוף שלטוני.

[י' זמיר, הסכמות המינהלית, כרך ב', עמ' 793-794; בג"ץ 3/58 ברגמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1501 (1958)].

66. על חשיבות זכות הטיעון עמד בית המשפט העליון בהאי ליסנא :

"כלל יסוד הוא במשפטנו, מאז ומקדם, כי עד שמוותרת היא רשות בת־סמך לפגוע בחירותו של אדם, בגופו, ברכושו, בעסקו, במעמדו או בכל אינטרס אחר הקנוי לו, חובה היא המוטלת עליה ליתן לו לאותו אדם הזדמנות הוגנת להשמיע דבריו ולהעלות טענותיו על־שום־מה ולמה אין זה ראוי ונכון לפגוע בו..."

[ע"א 6185/00 עו"ד מאהר חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366, פס" 7 לפסק דינו של השופט חשין (2001)].

ראה גם: בג"ץ 290/65 אלתגר נ' ראש העיריה, פ"ד כ(1) 29, 33; בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 654; ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 363; בג"ץ 5621/96 הרמן – ראש־עיריית אופקים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 791, 816; י' זמיר הסכמות המינהלית (כרך ב) (תשנ"ו) בעמ' 793.

67. והנה, ההסדר המוצע מאפשר לכאורה למינהל להעביר את הבעלות בקרקע המוכרת, מבלי שיהיה המשיב 3 חייב ולו לפנות לאדם שממנו הופקעה הקרקע כדי שישמיע את עמדתו, ובמקרה זה העותר 2.

68. העותרים יטענו כי הסדר זה פוגע בזכות הטיעון העומדת לעותר 2 באופן בלתי הוגן ובלתי צודק.

69. ככל שבכוונת המשיב 4 לבצע כל פעולה ו/או עסקה בחלקות עליו להודיע לעותר 2 על כך ולהעניק לו הזדמנות סבירה כדי שישמיע את עמדתו לגבי הפעולה המוצעת.

(7) ההסדר החדש אינו חוקתי, לא מידתי ובלתי סביר באופן קיצוני

70. העותרים יטענו כי ההסדר החדש פוגע בזכויות היסוד של העותר 2.

71. בין היתר, ההסדר החדש בזכותו של העותר 2 לכבוד. זאת, כאשר ההסדר מתייחס אל העותר 2 כאילו אינו קיים. העותר יטען כי זוהי פגיעה אנושה בכבודו, באוטונומיה שלו, ובזכותו כאדם הקיים בעולם שיש לשקול את זכויותיו ואת הפגיעה בו.

72. ההסדר פוגע גם בזכות הקניין של העותר 2, זכות המוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

73. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי :

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

74. העותרים יטענו כי ההסדר החדש אינו חוקתי משום שאינו עומד במבחני פסקת ההגבלה הנ"ל שבסעיף 8 לחוק היסוד.

75. ראשית כל, העותר יטען כי החוק אינו הולם את עריכה של מדינת ישאל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

76. ערכים אלה אוסרים על המדינה לפגוע בזכויות אדם, לנהוג באפליה, ולפגוע בזכויות של מיעוט.

77. והנה, ההסדר החדש פוגע בזכויות היסוד של העותר 2 מפלה אותו, ומנשל אותו מקניינו לטובת אדם אחר.

78. ההסדר אף פוגע בזכויות המיעוט הערבי שקרקעות רבות הופקעו ממנו לאחר קום המדינה לטובת המדינה תחת בשם "מטרה ציבורית". קרקעות אלה יהפכו מכוח ההסדר החדש לקניינים הפרטים של אזרחים לא ערבים. במלים אחרות, ההסדר אף מנשל את המיעוט הערבי מהקרקעות שלו, שהופקעו לכאורה בשם המטרה הציבורית. משכך, יטענו העותר כי המדובר בהסדר שאינו הולם את עריכה של מדינה דמוקרטית ויהודית האסורים על אפליה ערביי ישראל ועל פגיעה במעמדם כאזרחים שווים במדינה.

[בית המשפט הנכבד מופנה בעניין זה לפסק הדין ב בג"ץ 6698/95 עאדל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1), 258 (2000).]

79. יתירה מזו, העותר כופר בכך כי התכלית מאחורי ההסדר החדש הינה "תכלית ראויה".

80. כאמור, תכלית ההסדר היא למכור את הקרקע של העותר 2, כיתר הקרקעות המופקעות, לחוכר הנוכחי של הקרקע.

81. תכלית זו לא ראויה משום שהיא מעבירה קניין מהרכוש של אדם אחר לרכוש של אדם אחר בטענה למטרה ציבורית. תכלית זו נוגדת כפי שפירטנו לעיל את כל התורה מאחורי הליך הפקעה שמסתכמת בכך שהמדינה יכולה להפקיע קרקע מידי אדם רק אם היא דרושה לצורך ציבורי ואינה יכול להפקיע קרקע מאדם ולהעבירה לאדם אחר.

82. זאת ועוד, ההסדר פוגע בזכויות העותר 2 "במידה העולה על הנדרש".

83. מבחן מפתח שאומץ בפסיקה הישראלית לשם ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל הוא מבחן המידתיות, מבחן אשר בוחן האם הפגיעה בזכויות החוקתיות הייתה כדין. מבחן המידתיות התקבל תחילה בישראל כחלק מהמשפט המקובל הישראלי באשר לחובת המינהל הציבורי. לאחר זמן נקבע מבחן המידתיות "בחוקה" של ישראל, קרי בחוקי היסוד שעסקו בזכויות אדם- חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו אשר נקבע בו :

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

84. המידתיות היא אמת מידה הבוחנת את היחס בין המטרה אשר הרשות מבקשת להגשים ואשר יש בה כדי לפגוע בזכות אדם, לבין האמצעי שהיא בחרה בו להשגת המטרה הפוגעת. מידתיות כיום הינה אמת מידה להכוונת פעולותיה של הרשות המבצעת. הרשות השופטת בוחנת אם אכן קיימה הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת את מבחן המידתיות.

85. המידתיות עניינה היחס של האמצעי אל המטרה, שניהם, גם המטרה וגם האמצעי צריכים להיות ראויים.

86. ביהמ"ש פיתח שלושה מבחני משנה :

המבחן הראשון דורש כי יתקיים קשר התאמה בין המטרה לבין האמצעי, בעניין זה, כך שהאמצעי צריך להיות מתאים להשגת המטרה ובצורה רציונאלית.

[א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 536, 369-374, (2004)]

המבחן השני דורש כי הרשות המנהלית תנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה ביותר מבין האמצעים העומדים לרשותה, מבחן חוקתי זה מהווה את ליבה של פסקת ההגבלה. על פי מבחן זה ביטל בית המשפט בעבר הוראות חוק שפגעו בזכויות חוקתיות המעוגנות בחקיקת היסוד.

[בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1998); בג"צ 6055/95 שגיא צמח ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"צ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002)].

המבחן השלישי קובע כי האמצעי שהמינהל בחר בו, והפוגע בזכות אדם, יהיה ראוי אם הוא יקיים יחס ראוי בין האמצעי למטרה. במלים אחרות: האמצעי שהמינהל בחר בו אינו ראוי אם פגיעתו בפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשמת התכלית.

[א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 369-374 (2004)].

87. ההסדר החדש פוגעת אינו מקיים את מבחני המידתיות שתוארו לעיל. ההסדר החדש פוגע בזכויותיו של העותר בצורה לא חוקתית, וזאת, בין היתר מטעמים אלה:

- א. לפי ההסדר החדש יהיה המשיב 4 רשאי לכאורה למכור את הקרקע של העותר 2 מבלי להציע לו לקבל את הקרקע בחזרה
- ב. לפי ההסדר החדש יהיה המשיב 4 רשאי לכאורה למכור את הקרקע של העותר 2 מבלי לשלם לעותר פיצויים הולמים.
- ג. לפי ההסדר החדש יהיה המשיב 4 רשאי לכאורה למכור את הקרקע של העותר 2 מבלי להעניק לעותר זכות טיעון.

88. על כן, יתבקש בית המשפט הנכבד להכריז על ההסדר כבלתי חוקתי.

8) ההסדר החדש בלתי סביר באופן קיצוני

89. חזקה היא שרשות מנהלית לא מוסמכת לפעול שלא בסבירות:

"מבחן המפתח הוא הסבירות. הרשות המבצעת חייבת לפעול בסבירות. פעולה לא סבירה היא פעולה לא חוקית. גישה זו עוגנה בעבר בפירושו של כל חוק וחוק, שכן אין להניח כי פירוש חוק על פי תכליתו מוביל להסמכת המנהל לפעול שלא בסבירות. גישה זו מעוגנת כיום בתפיסה כוללת של תפקיד הרשות המבצעת ובמעמדה כנאמן הציבור. מנאמנות זו נגזרת חובתם של הרשות המבצעת ושל כל אחד מיחידיה לפעול בסבירות. פעולה בלתי סבירה מפרה את חובת הנאמנות הכללית המוטלת על המינהל ועל נושאי דברו. היא מפרה גם את זכותו של כל פרט במדינה לכך שהמינהל הציבורי יפעל על פי החוק, בסבירות ובהגינות."

[א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 366 (2004)].

90. עניינו של מבחן הסבירות בכך שעל הרשות המינהלית לאתר את השיקולים הרלוונטיים להחלטה, ולאזן כראוי ביניהם. "החלטה היא סבירה אם היא נתקבלה על ידי מתן משקל ראוי לשיקולים השונים שיש להביאם בחשבון, ובהם ערכי יסוד בכלל, וזכויות אדם בפרט". קרי, שעל הרשות המינהלית לשקול את כל הנתונים הנוגעים לעניין, ואסור לה להכניס לגדר שיקוליה נתון שאינו נוגע לעניין.

91. העותרים יטענו כי ההסדר המוצע הינו בלתי סביר באופן קיצוני וכך כל החלטה שתקבל מכוחו, וזאת, בין היתר, מטעמים אלה:

א. ההסדר החדש כלל לא שוקל את זכויות העותר 2 כאדם שהקרקע הופקעה ממנו;

ב. ההסדר החדש לא קובע כל הוראה למתן שימוע לעותר 2;

ג. ההסדר החדש לא קובע כל אפשרות להחזרת הקרקע לעותר 2;

ד. ההסדר החדש לא קובע כל אפשרות לתשלום פיצויים לעותר 2.

ה. ההסדר החדש מתייחס לעותר 2 כאילו אינו קיים כלל לצורך קבלת החלטה בנושא הבעלות והחזקה על הקרקע שהופקעה.

92. על כן, העותרים יטענו כי ההסדר החדש הינו בלתי סביר באופן קיצוני והוא בטל מעיקרו או דינו להתבטל.

9) ביצוע עסקה לפי ההסדר החדש יהיה נגוע בחוסר תום לב ובחוסר הגינות

93. הלכה היא כי המשיב 3 חייב, אף במסגרת פעולתו לאינטרסים הפרטיים שלו, לפעול בהגינות ובתום-לב.

94. חובתה של רשות מינהלית לנהוג בתום-לב בהתקשרויותיה החוזיות נגזרת הן מן המשפט האזרחי, המטיל חובת תום-לב על כל מתקשר, והן מן המשפט הציבורי, המחייב רשות ציבורית לנהוג בהגינות וביושר כלפי אזרחיה בכל מגעיה עימם.

95. אולם, חובת ההגינות המינהלית - שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור - מחמירה יותר מחובת תום-הלב הנדרשת מן הפרט. המידה המחמירה חלה בין אם פועלת הרשות בתחום המשפט האזרחי, ובין אם פועלת היא בתחום המשפט הציבורי. זוהי חובת תום לב מוגברת.

[בג"ץ 4422/92 עפרון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853 (1993)]

96. העותרים יטענו כי ביצוע כל עסקה בקרקע של העותר לפי ההסדר החדש יהיה כרוך בהפרה בוטה מצד המשיב 4 לחובתו לנהוג בתום לב, בשוויון ובהגינות.

97. כאמור, ההסדר החדש, אינו מעניק לעותר זכות טיעון, פיצויים ו/או הזכות לרכוש את הקרקע שלו בחזרה.

98. העותרים יטענו כי בכך יפר המינהל את חובותיו לנהוג בתום לב, בהגינות ובשוויון.

10) ההסדר החדש אינו מקיים צדק חלוקתי

99. הלכה היא כי על המינהל להציב לנגד עיניו אך את אינטרס הציבור ולהימנע ממתן טובות הנאה במקרקעין לאחרים.

100. כל אימת שהמינהל מעניק קרקע לפלוני ומונע אותה מאלמוני, עולה חשש ממשי להפליה, לשיקולים זרים ולפגיעה קשה בעקרונות של צדק חלוקתי:

"המינהל משמש נאמנו של הציבור בנהלו את מקרקעי המדינה, עליו לנהלם תוך שמירה על אינטרס הציבור בהם, לרבות שמירה על המקרקעין לתועלת הציבור כולו, ובכלל זה הצורך להימנע ממתן טובות הנאה בלתי מוצדקות במקרקעין לאחרים. כנדרש מכל גוף מנהלי, על המינהל לפעול בהגיונות על פי שיקולים ענייניים ובשוויון תוך מתן הזדמנויות שוות לכלל הציבור... מתן קרקע מונע אותה מאחרים ושאלת סדר החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית אשר בסמכות להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים... קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על ידי המדינה או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר."

[בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התיירות הלאומית, פ"ד נו(6), 25, 71-72 (2002) להלן: פרשת שיח חדש"].

101. יתירה מזו, בנוסף לתכליות המיוחדות של המינהל עומדות תכליות כלליות אשר משקפות ערכי יסוד אשר מבססים את המשפט בישראל, ועיקרון השוויון כאחד מהם חל על הרשות המינהלית במלוא היקפו:

"לצד התכליות המיוחדות של המינהל, עומדות גם תכליות כלליות המשקפות את ערכי היסוד של החברה והמשפט בישראל, ובהם עיקרון השוויון (ראו בפרשת קעדאן; ד' ברק-ארז "דונם פה דונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 613, 624 - להלן: דונם פה דונם שם). ואכן, זאת יש לזכור: מינהל מקרקעי ישראל הוא רשות מינהלית, וחלים עליו העקרונות והכללים של המשפט הציבורי במלוא היקפם. עמד על כך הנשיא שמגר, בצינו:

"מקרקעי הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות. אימוץ אמת מידה כאמור הוא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה ככל שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תירגומן של אמות המידה האמורות לאופני התנהגות מצביע, בין היתר, על החובה לנהוג בהגיונות ובשוויון ועל פי כללי המינהל התקין" (ההדגשות במקור; בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(801), 793 (2).

[פרשת שיח חדש, עמ' 41-42].

102. כאמור, ההסדר החדש מהווה צינור להעברת הקרקע מהעותר לאדם פרטי.

103. העותרים יטענו כי בכך יפר מינהל מקרקעי ישראל את חובותיו לנהוג בשוויון ולהבטיח צדק חלוקתי:

"התפיסה לפיה מי שמחזיק כיום בקרקע רשאי להעבירה לבעלותו הפרטית, גם אם לא נערכה תחרות הוגנת וגם במידה ולא שולמה תמורה הולמת עבורה, אינה עולה בקנה אחד עם ערכי שוויון להם מחויבת המדינה... המינהל כנאמנו של הציבור על מרבית הקרקעות הרשומות על שם המדינה, מצווה להבטיח כי הזכויות במקרקעין אלה יועברו על בסיס שוויוני."

[ר' ברילנשטיין "הפרטת קרקעות והרפורמה המוצעת ממבט של צדק חלוקתי" מקרקעין ח/5, 32, 49 (ספטמבר 2009)].

104. מכאן, יתבקש בית המשפט הנכבד להכריז על בטלותו של ההסדר החדש.

הצידוק המשפטי במתן צו על תנאי בעתירה

105. העותרים יטענו כי, על בסיס טעמי העתירה שפורטו לעיל, קיים בסיס משפטי מוצק להוצאת צו על תנאי.

106. על המקרים בהם ראוי להוציא צו על תנאי, עמד פרופ' יצחק זמיר (שופט בית המשפט העליון בדימוס) במאמר בנושא ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק.

107. אחד המקרים שלפי המלומד זמיר מחייבים הוצאת צו על תנאי, הינו כאשר הרשות המינהלית נוקטת צעד היוצא מן הכלל:

"החוק עשוי להטיל את נטל הראיה על הרשות המינהלית לא רק במפורש אלא גם במשתמע. לדעתי, כך ראוי יהיה ללמוד מן החוק במקרים מסוימים בהם החוק קובע כלל וצידו יוצא מן הכלל. אם הרשות המינהלית נוקטת צעד היוצא מן הכלל, סביר יהיה, בדרך כלל, לפטור את העותר מן הנטל של חזקת החוקיות, ולהעביר אל הרשות, באמצעות צו על תנאי, את נטל הראיה להצדיק את הצעד היוצא מן הכלל."

ראה נא: י' זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 303 (התשנ"ג) (להלן: "זמיר").

108. כאמור, לעיל ההסדר החדש שינה את חוק יסוד: מקרקעי ישראל שלא לפי התנאים שנקבעו בחוק היסוד: בעוד שחוק יסוד דורש כי סוג העסקה והקרקע שיהיו מותרים למכירה ייקבעו בחוק, עניינים אלא ייקבעו לפי תיקון 7 בהחלטה מינהלית של המשיב 4!!!

109. בנוסף לכך, ההסדר המוצע מהווה צעד היוצא מן הכלל ככל שמדובר בעניין הפקעות למטרות ציבור: בעוד שדיני ההפקעה אוסרים על המדינה להפקיע קרקע אלא לצורך ציבורי, ההסדר החדש מעביר את קרקעות העותר 2 שהופקעו לכאורה למטרה ציבורית לקניינים הפרטי של אנשים אחרים!!! בעניין זה, הוכיחו העותרים אף כי ההסדר החדש חורג גם מההסדר הקבוע בחוק התכנון והבניה למקרה שבו שונה יעוד של קרקע שהופקעה ואשר מחייב להציע לבעל הקרקע את הקרקע בחזרה או תשלום פיצויים לפי הנסיבות, שתי חלופות שלא עוגנו כלל ועיקר בהסדר החדש.

110. המלומד זמיר, רואה גם ב"חוסר סבירות לכאורי" טעם מספיק להוצאת צו על תנאי:

"אם אין בידי העותר להוכיח מה המטרה, השיקולים או משקל השיקולים אשר בפועל הובילו את הרשות אל ההחלטה, יספיק אם ישכנע את בית- המשפט כי בנסיבות העניין ההחלטה, על פניה, נראת בלתי-סבירה באופן מהותי. חוסר סבירות לכאורי יכול להספיק כדי שבית-המשפט יוציא צו-על-תנאי ויעביר אל הרשות את נטל הראיה כי לא נפל כל פגם בשיקול-הדעת שלה וכי בנסיבות העניין ההחלטה נמצאת בתוך מתחם הסבירות"

[זמיר, עמ' 304].

111. עמדנו לעיל בעתירה על חוסר הסבירות וחוסר המידתיות שבהסדר החדש.

112. במעמד זה נזכיר רק כי חוסר הסבירות מתבטאת בעיקר בכך שההסדר מתייחס אל בעל הקרקע המקורית, כמות העותר 2, כאילו אינו קיים. זאת, למרות שלפי פסיקת בית המשפט העליון זיקתו של בעל הקרקע שהופקעה לקרקע נשמרת ונמשכת לאורך תקופת ההפקעה, וכי זכותו לדרוש את הקרקע בחזרה כל אימת שלא נוצלה הקרקע לצורך הציבורי או כל אימת שמוצה הצורך הציבורי שלשמו הופקעה הקרקע.

113. המלומד זמיר ראה גם ב"חשיבות העניין" טעם מספיק להוצאת צו על תנאי:

”חשיבות העניין כשהיא לעצמה עשויה לשכנע את בית-המשפט להרים את המחסום של חזקת החוקיות ולבקש מן הרשות, באמצעות צו- על- תנאי, שתציג בפני בית המשפט את הטעמים והעובדות התומכים בהחלטתה. כך, למשל, אם יש במקרה עניין ציבורי מיוחד או אם יש בהחלטה המינהלית פגיעה קשה באחת מזכויות היסוד של האדם”.

[זמיר, עמ' 305].

114. ההסדר החדש יחול על היקף רחב של קרקעות שמוכרים כיום על ידי מינהל מקרקעי ישראל. היינו, ההסדר החדש נוגע לזכויותיהם של קבוצה רחבה של תושבים שקרקעותיהם הופקעו בשם המטרה הציבורית והם יועברו, לפי ההסדר החדש, לידיים פרטיות.

115. באותה העת, ההסדר החדש הוא צעד גורלי והיסטורי כלפי המיעוט הערבי בישראל. שכן, מיעוט זה איבד את מרבית הקרקעות שלו בדרך של הפקעה ל”מטרה ציבורית” ואלה עברו לידי המדינה. והנה, לפי ההסדר החדש הקרקעות של המיעוט הערבי יימכרו כיום על ידי המדינה לאנשים פרטיים!!! קרי, ההסדר החדש הוא מעין מהלך לנישולו של המיעוט הערבי מהקרקעות שלו לטובת אוכלוסייה אחרת.

116. מכאן, המדובר בסוגיה ציבורית ארצית הנוגעת לזכויות הקניין והקיום של המיעוט הערבי בישראל, ולשאלת קיומו של צדק חלוקתי במדינה יהודית ודמוקרטית.

117. מטעמים אלה, יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו-על-תנאי כמבוקש בפתח העתירה, ולהפכו בסוף הדיון בעתירה, לצו מוחלט.

הבקשה לצו ביניים

118. כמו כן, יתבקש בית המשפט הנכבד, במעמד צד אחד, להוציא צו ביניים, ולחלופין צו ארעי עד להכרעה בבקשה לצו ביניים, האוסר על המשיב 4 והמשיבה 5 לבצע כל עסקה להעברת הקרקעות של העותר לחוכרים הנוכחיים של הקרקע או לכל גורם פרטי אחר.

119. דחיפות הבקשה נובעת מכך שהמשיב 4 יוכל לפתוח בכל רגע בעסקה למכירת הקרקעות של העותר 2.

120. כאמור, העותר פנה עובר להגשת העתירה למשיב 4 בדרישה מנומקת כי לא יעשה כל עסקה בקרקעות הנ”ל של העותר 2 מכוח תיקון 7 החדש.

121. אולם, עד לכתיבת שורות אלה, המשיב 4 לא ענה כלל לפניית העותר.

122. מכאן, לדחיפות הוצאת צו ביניים כמבוקש.

המבחנים שנקבעו בפסיקה למתן צו ביניים

123. שני שיקולים המקובלים לבחינת בקשה לצו ביניים: מאזן הנוחות וסיכויי העתירה.

124. על שיקולים אלה עמד בית המשפט העליון, לאמר:

”בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים עליו לבחון שני עניינים עיקריים. האחד, ‘מאזן הנוחות’, שבו בוחן בית המשפט את הנזק שייגרם למבקש במידה שלא יינתן צו ביניים אל מול הנזק שייגרם למשיב במידה ויינתן צו כמבוקש; והאחר, סיכויי העתירה להתקבל. במסגרת שיקולי מאזן הנוחות יבחן בית המשפט, בין יתר שיקוליו, אם אי מתן הצו יסכל את בירור ההליך העיקרי, וכן יבחן את

הצורך לשמר מצב קיים לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. אבן הבוחן העיקרית היא מאזן הנוחות, ויפיים לעניין זה דברי השופט חשין בבשג"צ 2598/95 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה (לא פורסם):

'אכן, עיקרה של בקשה למתן צו ביניים רואה אני במה שקרוי 'מאזן הנוחות' – יהא כינויו של אותו מאזן אשר יהא: שימור הסטטוס קוו אנטה, שינויו של הסטטוס קוו, נזקים בלתי הפיכים וכיוצ"ב – מאזן נוחות להבדילו מסיכויי העתירה לגופה שאני רואה בהן יסוד מישני בבקשה"'

[בר"מ 301/03 אחים סקאל בע"מ נ' רשות שדות התעופה (18/3/2003 טרם פורסם).]

ראה נא עוד בעניין זה: בר"מ 1557/02 מגמארט ציוד ספורט בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבטחון (תק-על 2)2002 (1807); בר"מ 10812/02 חן המקום בע"מ נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ (לא פורסם).

125. העותרים יטענו כי שני התנאים לעיל מתקיימים בענייננו ביתר שאת.

מאזן הנוחות - שמירת המצב הקיים בשטח

126. בפרשת מפעל תחנות בע"מ, נתן בית המשפט העליון צו ביניים להפסקת עבודות בנייה, תוך מתן משקל נכבד לאינטרס בשמירת המצב הקיים, בציינו כי:

"לעניין מאזן הנוחות, שהוא, כאמור, השיקול המכריע: בבוא בית המשפט לבחון את שאלת מאזן הנוחות עליו לקחת בחשבון את הצורך שבשמירת המצב הקיים, לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. נקבע, כי בית המשפט יעדיף, במסגרת שיקוליו, לשמר מצב קיים ... כאן מדובר בביצוע של עבודות בניה אשר נמצאות בעיצומן של עבודות פיתוח ותשתית... נראה כי בענייננו יש הצדקה למתן צו הביניים, בעיקר כדי למנוע היווצרותו של "מעשה עשוי"...בנסיבות אלו גובר הצורך בשמירת המצב הקיים באמצעות צו הביניים, עד למתן פסק דינו של בית משפט קמא בעתירה העיקרית."

[בר"מ 8777/06 מפעל תחנות בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה טבריה, מיום 9.11.06 (פורסם בנבו)]

עוד נקבע בפרשה אחרת:

"לעניין מאזן הנוחות, שהוא כאמור השיקול המכריע: כאן יש לבחון את הצורך שבשמירת המצב הקיים, לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. במקרה שלפנינו מדובר בביצוע של עבודות בניה. בהתחשב בשלב המתקדם בו הן מצויות, גובר החשש כי המשיב ישלים את מלאכת הבניה בקרוב, עוד בטרם יסתיים בירור ההליך לגופו. נראה אפוא כי אם בסופו של יום תתקבל עתירתו של המבקש, יהיה זה קשה להשיב את המצב לקדמותו (ראו בר"מ 2577/06 אריאלי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה "זמורה", החלטה מיום 17.5.2006, מפי השופט לוי). נראה כי בענייננו יש הצדקה למתן צו הביניים, בעיקר כדי למנוע היווצרותו של "מעשה עשוי". בנסיבות אלו גובר הצורך בשמירת המצב הקיים באמצעות מתן צו הביניים, עד למתן פסק דינו של בית משפט קמא."

[בר"מ 5793/06 ד"ר ח'אלד דיאב נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה - נצרת, תק-על 2006 (3), 4630, 4633 (2006)]

127. המצב הקיים כיום, כפי שידוע לעותרים הינו, שהקרקעות של העותר 2 טרם עברו לידיים פרטיות והן עדיין מוחזקות על ידי מינהל מקרקעי ישראל.

128. הנזק שייגרם לעותר 2, במידה ולא ינתן צו ביניים כמובקש הינו חמור מאוד: עם העברת הקרקע של העותר לאדם אחר תנותק זיקתו של העותר לחלוטין מהקרקע שלו. זאת, שעה שלפי המצב המשפטי הנוכחי, כאשר הקרקע מופקעת, נשמרת זיקתו של העותר לקרקע שלו, וזכותו בכל עת לדרוש את הקרקע בחזרה כל אימת שחדלה המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע מלהתקיים.

אי מתן צו ביניים עלול לייתר את הדיון בעתירה

129. טעם נוסף המטה את הכף לטובת קבלת הבקשה לצו ביניים, הינו שבמידה ולא יינתן צו ביניים כמבוקש, ומינהל מקרקעי ישראל יפתח בעסקה להעברת הקרקע של העותר לצד ג' תתייתר העתירה ותהפוך לתיאורטית ממש.

130. כלומר, אף אם בסופו של יום תתקבל העתירה, דבר שסיכויו טובים מאוד, לא יהיה ניתן לבצע את פסק הדין, שכן עד אז עלול המשיב 4, או המשיבה 5 תחתו, להשלים את העברת הקרקע לחוכר הנוכחי של הקרקע. אז, לא יהיה ניתן להחזיר את המצב לקדמותו, או שהחזרת המצב לקדמותו תצריך הליכים ארוכים ובלתי סבירים.

131. המדובר בשיקול חשוב אותו מונה בית המשפט הנכבד בין שיקוליו שעה שהוא בוחן בקשה לצו ביניים. בפרשת מר ושות' הנ"ל, נתן בית המשפט העליון צו ביניים להוצאת מכרז לפועל, מן הטעם כי אי מתן צו ביניים עלול לייתר את הדיון בעתירה, בציינו כי:

"אל מול זאת יש לזכור כי ענייננו במכרז העוסק, בין היתר, בהקמת מערכת. באין צו ביניים עלולה להתייתר העתירה ולאחר ההקמה כבר לא ניתן יהיה "להפקיע" את זכייתה של אפסק אם ימצא כי יש לקבל את העתירה (השוו בר"מ 2233/06 מפעט 1695 (1987) בע"מ נ' מועצה מקומית פרדסיה (טרם פורסם)) מה גם שבין יתר שיקוליו במסגרת מאזן הנוחות, יעדיף בית המשפט לשמר מצב קיים (בר"מ 10812/02 חן המקום בע"מ נ' התעשיה האווירית לישראל בע"מ (לא פורסם, פסקה 7))."

[פרשת מר ושות', לעיל, פסקה 14].

הנזק של המשיבים ניתן לפיצוי

132. מנגד, העותרים יטענו כי לא ייגרם למשיב 4 או לחוכרים הנוכחיים של קרקעות העותר 2 (ככל שקיימים) כל נזק.

133. שכן, ההסדר שהיה עד לאחרונה, לפני תיקון 7, ואשר לפיו לא היה מותר למכור לחוכרים קרקעות מינהל, נמשך כ- 40 שנה. מכאן, לא ייגרם למשיבים כל נזק אם ההסדר הקודם ימשיך לעמוד תקופה נוספת עד אשר יאמר בית המשפט הנכבד את דברו בעתירה.

134. זאת ועוד, ככל שייגרם כל נזק ממתן צו ביניים כאמור, דבר המוכחש על ידי העותרים, המדובר בנזק כספי הניתן לפיצוי.

135. שיקול זה נחשב לשיקול עיקרי נוסף לשם בחינת בקשה לצו ביניים. כך, נתן בית המשפט צווי ביניים, בפרשות שונות, כאשר הוכח בפניו כי הנזק של המשיב הינו נזק הניתן לפיצוי.

בית המשפט הנכבד עמד על שיקול זה במספר פרשות: בר"מ 9760/06 רחמני ששון (אפיק) 1991 בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבטחון, תק-על 2006(4), 2746, 2749 (2006); בר"מ

2870/06 שאל עבדו נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב, תק-על 2006(2), 462, 468
(2006); בשי"א (מחוזי נצי') 1260/07 מטיילי קריית שמונה בע"מ נ' עיריית צפת, תק-מח
2007(3), 6492, 6497 (2007).

סיכויי העתירה להתקבל

136. כאמור, העתירה מעלה שורה של פגמים חמורים בהסדר החדש.
137. העותרים ביארו לעיל כי פגמים אלה מספיקים בשלב זה, להוצאת צו-על-תנאי, ולהעביר את נטל ההוכחה אל המשיבים, להוכיח לבית המשפט הנכבד כי ההסדר החדש יסודו בדין.
138. במלים אחרות, אין ספק כי העתירה אינה משוללת יסוד. נהפוך הוא: סיכויי העתירה להתקבל טובים מאוד.
139. אשר על כן, מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה לצו ביניים.
140. כאמור, לאור הנזק החמור שעלול להיגרם לעותר 2, עד להכרעה בבקשה לצו ביניים, יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים-ארעי עד להכרעה בבקשה לצו ביניים.

אחרית דבר

141. אשר על כן, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה לצו על תנאי המבוקש ברישא של העתירה, ולהפכו למוחלט בתום הדיון בעתירה.
142. בית המשפט הנכבד יתבקש גם להוציא צו ביניים כמובקש לעיל בעתירה.
143. בית המשפט הנכבד יתבקש לחייב המשיבים בהוצאות משפט ושכר טרחת עורך כדין בתוספת מע"מ כדין.
144. מן הדין ומן הצדק לקבל את העתירה.

קייס נאסר, עו"ד
הקליניקה לצדק חלוקתי, המרכז לחינוך משפטי קליני
הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים
ב"כ העותרים