

”והארץ לא תמכר לצמיתות”

בחירת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג”ץ דרור ישראל

מאת

עמית פלדמן* ומיכל מינסקי**

מבוא. א. פסק הדין בעניין דרור ישראל והנמקות השופטים. ב. רקע כללי והתיקון לחוק; 1. שינוי הגדרת קרקע עירונית; 2. הרחבת החרג המתיר העברת בעלות ב”קרקע עירונית”; 3. שינוי ייעודו של מינהל מקרקעי ישראל. ג. חוק-יסוד: מקרקעי ישראל – מבנה ותכלית; 1. הרציונלים שבבסיס חוק היסוד; 2. סעיף 1 – לא זכות אלא אינטרס ציבורי; 3. החרג לכלל וחוק מקרקעי ישראל. ד. חוקתיות התיקון; 1. מעמדו של חוק היסוד; 2. חריג הבולע את הכלל ושינוי הרציונלים שבבסיס חוק היסוד. ה. הצעת פרשנות ראויה לשאלת הפגיעה; 1. פגיעה בחוק יסוד נטול פסקת הגבלה; 2. המנגנון הראוי לבחינת תקפות הפגיעה. סיכום

מבוא

בשנת 2009 חוקקה כנסת ישראל את חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), התשס”ט–2009 כחלק מהרפורמה בקרקעות המדינה וניהולן, כך שגם תוקן חוק מקרקעי ישראל¹ (להלן – התיקון). הרפורמה עוסקת בהרחבת החרג המתיר העברת קרקעות עירוניות לבעלות פרטית והרחבת הגדרת הקרקע העירונית כדי שתכלול שטחים נרחבים יותר. הרפורמה גם שינתה את שמו של מינהל מקרקעי ישראל והפכתהו ל”רשות מקרקעי ישראל”².

לאחר התיקון הגישו ארגונים חברתיים וחברי כנסת מרחבי הקשת הפוליטית עתירה לבג”ץ התוקפת את חוקתיותו של התיקון (עניין דרור ישראל)³ וטענו בה כי החרג בולע את הכלל הקבוע בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל⁴ ולפיכך משנה את חוק היסוד באופן שאינו חוקתי. עוד נטען כי הרפורמה תביא לפגיעה בעתיד בזכות החוקתית לקניין של כלל הציבור.⁵ בית המשפט העליון דחה את העתירה על שני ראשיה וקבע כי התיקון חוקתי ויכול לעמוד בפני ביקורת.⁶

לדעתנו, מתעוררת בעניין זה בעיה משפטית מהותית: לכאורה חוק רגיל משנה חוק יסוד או למצער פוגע בו. אין מדובר בחוק יסוד בעל פסקת הגבלה, המתיר מכוחה פגיעה בעקרונות המוגנים על ידיו (בהתמלא תנאי פסקת ההגבלה). עסקינן בחוק יסוד המעניק מעמד חוקתי לעיקרון ציבורי רחב – עקרון הבעלות הלאומית על הקרקעות. חוק היסוד נועד להגן על העיקרון הנ”ל מפני פגיעה או שינוי על ידי המחוקק, שלא באמצעות תיקון של חוק היסוד עצמו. כפי שנראה, חוק היסוד קובע רשימת חריגים, אשר אינם נחשבים לפוגעים בעיקרון, אך זוהי רשימה מצומצמת, המבחינה בין החרג לבין העיקרון עצמו. חקיקת התיקון, והכשרתה על ידי בג”ץ, מקימה מנגנון ”עוקף חוקה” לשינוי אינטרס ציבורי המעוגן חוקתית בישראל.

* בוגר תואר ראשון במשפטים, אוניברסיטת חיפה. חבר מערכת ”הארץ דיין” בשנת תשע”ג.

** תלמידת תואר ראשון במשפטים, אוניברסיטת חיפה. חברת מערכת ”הארץ דיין” בשנת תשע”ג.

1 ס”ח 318. התיקון העקיף בחוק מקרקעי ישראל מופיע בעמ’ 326–327.

2 חוק רשות מקרקעי ישראל, התש”ד–1960.

3 בג”ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ’ ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012) (להלן – עניין דרור ישראל). עם העותרים נמנו: ח”כ שלי יחימוביץ’, ח”כ נחמן שי, ח”כ אריה אלדד, תנועת דרור ישראל, הנוער העובד והלומד, תנועת המחנות העולים, הסתדרות השומר הצעיר, חוג הפרופסורים לחוסן מדיני וכלכלי והמטה השיתופי של התנועות הקיבוציות.

4 חוק-יסוד: מקרקעי ישראל.

5 כתב העתירה בעניין דרור ישראל (פורסם בנבו).

6 עניין דרור ישראל, לעיל ה”ש 3, בפס’ 32–45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל", **הארץ דין** ח 49 (תשע"ג)

נפתח את ההארה בתיאור פסיקת בית המשפט העליון בעניין **דרור ישראל** ונפרט את הנימוקים שניתנו בה, בהתייחס לשאלות לעיל. לאחר מכן, בפרק השלישי, נציג את הרקע העובדתי וההיסטורי של משטר המקרקעין בישראל. נסביר כיצד הגיעו מרבית קרקעות ישראל לבעלות המדינה, מה הייתה תכלית החקיקה המסדירה את משטר המקרקעין, ומה היה המצב הנורמטיבי ערב הרפורמה. בהמשך נסקור את השינויים האידאולוגיים שהתרחשו בנוף הישראלי בעשורים האחרונים ואת השפעתם על מדיניות ניהול הקרקעות, ולבסוף נדון בהחלטה לבצע רפורמה.

בפרק הרביעי נדון בחוק יסוד: מקרקעי ישראל ונסביר את מבנהו ותכליתו. נעמוד על הרציונלים שבבסיס ההסדר הייחודי לישראל, ונראה כי ההסדר אינו מגבש זכות פרטית לכל אחד מאזרחי המדינה אלא מגבש אינטרס ציבורי. נראה כי סעיף 1 קובע את העיקרון, הכלל, וכי סעיף 2 מאפשר לחרוג ממנו במקרים מיוחדים. נעמוד על היחס שבין החריגים לכלל.

בפרק החמישי נבחן את מעמדו של חוק היסוד ונראה כי מעמדו הוא על-חוקי, ומכאן נגיע למסקנה כי חוק היסוד בעל המעמד העל-חוקי אינו ניתן לשינוי בחקיקה רגילה. לאחר מכן נראה כי הרפורמה המוצעת, כלומר התיקון, עושה בדיוק זאת: משנה את חוק היסוד, או למצער פוגע בו, וזאת על ידי הכנסת חריג "הבולע את הכלל".

בפרק האחרון ננתח את פסק הדין בעניין **דרור ישראל** באמצעות המתווה של הנשיאה ביניש (פגיעה בחוק יסוד) ונציע דרך פרשנית ראויה להתמודד עם הפגיעה בחוק היסוד בהיעדר פסקת הגבלה. נוסף על כך נציע חלופה לרפורמה במקרקעי ישראל, על רקע ביקורתנו על המתווה שהציעה המדינה בתיקון שנחקק.

א. פסק הדין בעניין דרור ישראל והנמקות השופטים

כפי שכבר צוין, נסבה העתירה, שהוגשה על ידי ארגונים פוליטיים וחברי כנסת מקצות הקשת הפוליטית, על אי-חוקתיותו של התיקון. בית המשפט העליון, מפי הנשיאה ביניש, דחה את כל טענות העותרים, ובעיקר לא קיבל את ניתוחם כי התיקון משנה את חוק יסוד: מקרקעי ישראל או למצער פוגע בו.

הנשיאה ביניש פתחה בתיאור המצב הנורמטיבי וההיסטוריה החקיקתית של שלושת החוקים המסדירים את משטר המקרקעין בישראל.⁷ לגישתה, בעת חקיקת החוקים נדון במלואו היחס שבין הכלל (בעלות ציבורית) לחריגיו (הכרה בבעלות פרטית או בבעלות של גורמים ספציפיים), והמחוקק, הן בכובעו כמכונן הן בכובעו כמחוקק הראשי, נתן דעתו על כך שלעקרון הבעלות הלאומית ישנם חריגים, כולל מכר לידיים פרטיות.

לאחר מכן פנתה הנשיאה ביניש לבחון את מהות הרפורמה המוצעת בתיקון ואת היקפה. היא לא קיבלה את טענות העותרים כי הרחבת החריג השביעי בחוק מקרקעי ישראל, התש"ך–1960, המאפשר כיום העברה לידיים פרטיות של 800,000 דונמים⁸ – פי ארבעה מהמכסה הקודמת לכך – יוצרת חריג הבולע את הכלל ובכך משנה את חוק היסוד. לא זו אף זו, היא לא הכירה אף בפגיעה בחוק היסוד. לשיטתה מדובר בהיתר להעברת בעלות בנתח זניח יחסית מתוך כלל קרקעות המדינה, ולפיכך הוא אינו משנה את העיקרון המהותי. היא לא קיבלה את ניתוחם של העותרים, הסומך בעיקרו על נתונים של מינהל

7 חוק יסוד: מקרקעי ישראל, חוק מקרקעי ישראל וחוק מינהל מקרקעי ישראל. תיאור של הליך חקיקתם של שלושת החוקים הללו, והתפתחות המצב הנורמטיבי של קרקעות המדינה, יובאו להלן בפרק השלישי העוסק ברקע.

8 800 קמ"ר; 1,000 דונמים = 1 קמ"ר.

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל", הארת דין ח 49 (תשע"ג)

מקרקעי ישראל עצמו, כי 800,000 דונמים של קרקע עירונית מהווים נתח ניכר מהקרקעות הזמינות לבנייה בישראל,⁹ וכמחצית מעתודות הקרקע לבנייה הקיימות כיום.¹⁰

לאחר מכן נקטה הנשיאה ביניש מהלך נוסף הראוי לתשומת לב: למעלה מן הצורך, היא בחנה את התיקון בהנחה שהוא אכן פוגע בחוק היסוד. הנשיאה ביניש קבעה כי בחוק היסוד אכן קיים מנגנון מקביל לפסקת הגבלה, הלא הוא סעיף 2 המאפשר קביעת סוגי קרקעות שהכלל האוסר מכר לא יחול עליהם. סעיף 2 הוא אפוא מעין פסקת הגבלה, בדומה לפסקת הגבלה שיפוטית, המגדיר את מידת הפגיעה המותרת בעיקרון המעוגן בחוק היסוד.

בסופו של דבר דחתה הנשיאה ביניש, בהסכמת השופטים ריבלין ונאור, את העתירה וקבעה כי התיקון חוקתי ותקף.

ב. רקע כללי והתיקון לחוק

עוד בימיה הראשונים של מדינת ישראל העסיקה סוגיית הבעלות על מקרקעי המדינה את המחוקק, ושבה ועלתה על שולחנו בעקבות התפתחויות ואירועים ששטפו את הארץ.

ניתן לזהות מאפיינים במשטר המקרקעין הישראלי שמקורם עוד בחוק הקרקעות העות'מני משנת 1858,¹¹ שם הוגדר עיקר הקרקע המעובדת בישראל כ"מירי" – קרקעות מדינה, אשר המדינה מתירה לעבדן תמורת תשלום בלא הגבלת זמן (מודל המזכיר את זה של החכירה לדורות), ומי שהוכיח כי עיבד את אדמותיו במשך עשר שנים, קיבל לידי את הבעלות על הקרקע שעיבד.¹²

את השלטון העות'מני החליף המנדט הבריטי, אשר פעל רבות להסדיר את נושא המקרקעין (מאחר שבתקופת השלטון העות'מני הרישום היה לוקה בחסר ולא מדויק), ובשנת 1921 חוקק המחוקק המנדטורי את פקודת הקרקעות המתות,¹³ אשר העבירה לבעלות המדינה נתח ניכר מהקרקעות אשר הוגדרו "מתות", אולם בשל עיבודן עברו לבעלות המחזיק (בדומה לתצארוף) לפי החוק העות'מני.

בשנות המנדט רכשו ארגונים ותורמים יהודיים (כגון קק"ל) קרקעות פרטיות מידי בעליהן במטרה ליישב את הארץ ולהקים בה בית לעם היהודי. חשוב לציין כי אמנם הבעלות על קרקעות אלה הייתה פרטית, אולם היא נועדה לשמש את כלל העם היהודי במאמצו ליישב את הארץ.¹⁴

בשנת 1948 הסתיים המנדט הבריטי, הוקמה מדינת ישראל ופרצה מלחמת השחרור. לאירועים אלה הייתה השפעה מכרעת על משטר המקרקעין הישראלי, שכן הם לוּו בשינוי דמוגרפי חד: עם סיום המלחמה בשנת 1949 נותרו בישראל רק כ-20% מהתושבים הערבים. רובם המכריע לא שב אל אדמותיו, והן הולאמו בדרכים שונות, ובראשן הלאמה באמצעות חוק

9 בפרק הבא נתאר בהרחבה את פילוח שימושי הקרקעות בישראל, ונבהיר את משמעותה מרחיקת הלכת של הרפורמה לאור נתונים אלו. ראוי לציין כי הנתונים לעיל, שהנשיאה ביניש לא קיבלה כמרכזיים, לקוחים מדוחות רשמיים של מינהל מקרקעי ישראל, ובעיקר מתוך מצגת שהציג מנהל המינהל בוועדת הכלכלה של הכנסת, בדיוניה בנושא התיקון, ב-3 ביוני 2009.

10 העתירה, ובעקבותיה ההארה, עוסקות בעיקר בקרקעות אלו כיוון שהעברה לידיים פרטיות של קרקעות מבונות אינה יוצרת שינוי מהותי, הלכה למעשה, במעמדן (היות שהסדרי החכירה בישראל הם לתקופות ארוכות ביותר – 49 או 98 שנים, ולעתים אף 999 שנים). מאידך גיסא, העברת קרקעות שאינן מבונות, אך המיועדות לשמש עתודות הבנייה של ישראל, תיצור שינוי עתידי מהותי במשטר המקרקעין הישראלי, ובכך יורחב הדיון בהמשך.

11 חוק הקרקעות העות'מני 1274/1858.

12 תצארוף, ס' 78 לחוק הקרקעות העות'מני.

13 פקודת הקרקעות המתות, 1921.

14 יוסי כץ והארץ לא תמכר לצמיתות – מורשת קרן קיימת לישראל והחלת עקרונותיה בחקיקה בישראל 11–17 (2002).

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל", **הארץ דין ח** 49 (תשע"ג)

נכסי נפקדים, התשי"א–1950.¹⁵ החוק העביר את הבעלות באדמות אלה לידי האפוטרופוס לענייני נפקדים. יוזכר שלפני המלחמה מרבית הקרקעות הפרטיות בארץ הוחזקו בבעלות ערבית. חוק רשות פיתוח (העברת נכסים), התשי"א–1950 (להלן – חוק רשות הפיתוח),¹⁶ אשר נחקק במקביל לחוק נכסי נפקדים, הקים את רשות הפיתוח ונתן לה את הסמכות לנהל את הקרקעות אשר בבעלות האפוטרופוס לענייני נפקדים וכן את הקרקעות אשר הולאמו מתוקף חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג–1953 (שעיקר עניינו קרקעות הדרושות לצורכי ביטחון, התיישבות או פיתוח עירוני). זאת ועוד, בשנת 1951 נחקק חוק נכסי המדינה, התשי"א–1951,¹⁷ שהעביר לידי המדינה סמכויות אשר היו בשליטת המנדט הבריטי וכן נכסים אשר הוגדרו "נטולי בעלים" (חלק הארי שבהם הוא 12.6 מיליון דונם של קרקעות הנגב). משנת 1953 הייתה כבר מרביתם המוחלטת של מקרקעי ישראל בבעלות המדינה, לאחר גל החקיקה בעקבות מלחמת השחרור, ושאר השטחים היו בעיקר בבעלות פרטית ובבעלות ארגונים יהודיים (ומתוכם כמעט כל הקרקעות היו בבעלות קק"ל).

את סוגיית מכירת הקרקעות העירוניות לידיים פרטיות במדינת ישראל אנו מוצאים בגלגולה הראשון כבר בחוק רשות הפיתוח, שם נקבעה הוראה¹⁸ המתירה מכירה של קרקע עירונית בשטח שלא יעלה על 100,000 דונם (בבעלות המדינה היו אז 18 מיליון דונם) לבעלות פרטית. הסיבה העיקרית לחקיקת הסעיף הייתה היוקמות של מדינת ישראל לכספים,¹⁹ בעיקר זרים, ולאחר דיונים נוקבים²⁰ במליאת הכנסת בעניין סעיף זה, נקבע כי ועדת הכלכלה של הכנסת תאשר את כל המכירות, לכשיתבצעו.

לאחר עבודת הכנה בהובלת ועדת שרים בראשותו של לוי אשכול, בהיותו שר האוצר,²¹ נחקקו בשנת 1960 חוקי-סוד: מקרקעי ישראל, חוק מקרקעי ישראל וחוק מינהל מקרקעי ישראל. בחקיקה הוחלה בעלות המדינה על כלל מקרקעי ישראל, למעט חריגים אשר נקבעו בחוק מקרקעי ישראל ועיקרם קרקעות פרטיות, ניתן אישור למדינה להעביר קרקעות במסגרת מהלכים מדיניים, ואושרה מכירה של עד 100,000 דונם קרקע עירונית (סעיף אשר "יובא" מחוק רשות הפיתוח). כמו כן הוקם מינהל מקרקעי ישראל – גוף אשר ייעודו הוא ניהול ופיתוח של מקרקעי ישראל.

ממחצית שנות השמונים ואילך אנו עדים לשינוי פרדיגמה חברתית-כלכלית בישראל. מלבד העלייה הניכרת בגודל האוכלוסייה, הלך הרוח בחברה הישראלית הפך סוציאליסטי-קולקטיביסטי פחות וקפיטליסטי-אינדיבידואלי יותר,²² ולכן אין תמה שנושא הבעלות על הקרקע, המבטא יותר מכול את הגשמת הרעיון הסוציאליסטי, צץ שוב. בשנות התשעים החל שוב דיון ציבורי בשאלת הבעלות על הקרקע (לאחר שבשנת 1986 הוקמה ועדת גולדנברג,²³ אולם המלצותיה לא אושרו),

15 ס"ח 37.

16 ס"ח 57.

17 ס"ח 68.

18 ס' 3(4)(ג) לחוק רשות הפיתוח.

19 כץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 23.

20 ד"כ 6א, 2372–2378 (תש"י). בדיון זה ראוי לציין את גישת מפ"ם – איסור גורף למכור קרקעות; גישת מפא"י – גישת הביניים, כפי שנקבעה בחקיקה; וגישת חרות – אין להגביל את המכירה לא בסוגה ולא בכמותה.

21 ועדת שרים בראשותו של לוי אשכול (שר האוצר אז) המליצה בשנת 1957 לרכז בידי גוף אחד את כל הקרקעות אשר היו בידי רשות הפיתוח, המדינה וקק"ל (כ-93% מכלל קרקעות ישראל, 7% הנותרים – קרקעות פרטיות) והמהלך הביא בשנת 1959 להגשת שלוש הצעות חוק חדשות: הצעת חוקי-סוד: מקרקעי העם, התשי"ט–1959, ה"ח 388; הצעת חוק מקרקעי העם, התשי"ט–1959, ה"ח 401 והצעת חוק מנהל מקרקעי העם, התשי"ט–1959, ה"ח 402. לסקירה ראו: כץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 53–56. קק"ל הסכימה לשתף פעולה במהלך, שכן לאחר הקמת המדינה ממילא הושג ייעודה העיקרי, ובלבד שתקבל משקל מכריע בניהול הקרקעות, וכן שיישמרו עקרונותיה בדבר איסור מכירת הקרקע (שלגישתה נתונה בבעלות העם היהודי).

22 דני גוטוויין "לקרוע את מסווה ההפרטה" **ארץ אחרת** 11, 30–33 (2002).

23 ועדה אשר כונסה בשנת 1982 בראשות עו"ד ד"ר אמנון גולדנברג ותפקידה היה לבחון את יעדי המדיניות הקרקעית. המלצות הועדה נגעו להקצאות חדשות של קרקע עירונית אשר תועבר רק בדרך של חכירה או העברה, לפי שיקול דעת המינהל.

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל, הארת דין ח 49 (תשע"ג)

והדבר בא לידי ביטוי בדוח ועדת רוני²⁴ אשר הוקמה בשנת 1997 והמליצה בין השאר להעביר לבעלות פרטית דירות דיור ציבורי שנבנו על אדמות מינהל מקרקעי ישראל, כדי להפסיק את התלות של הדיירים במינהל. לאור מסקנות ועדת רוני והדרישה הגוברת ליעול המינהל, הוקמה ועדת גדיש,²⁵ אשר הגישה בשנת 2005 את המלצותיה ועיקרן הרחבת הזכויות לבעלות פרטית עוד יותר מן המצוין במסקנות ועדת רוני (הוצעו שתי חלופות: חכירה לתקופה של 98 שנים או העברה לידיים פרטיות), בשטחים מבונים ובעתודות קרקע עירוניות (לרבות העברת זכויות עתידיות בקרקע). הממשלה בראשותו של אהוד אולמרט אימצה את המלצות הוועדה והדבר בא לידי ביטוי בשינוי בחוק מקרקעי ישראל בשנת 2006 אשר התיר העברה לידיים פרטיות של עד 200,000 דונם.

הקולות ליעול במינהל מקרקעי ישראל²⁶ המשיכו אף לאחר אימוץ המלצות ועדת גדיש, ובשנת 2009 נעשה ניסיון לאמץ רפורמה מרחיקת לכת (המתבססת רעיונית על המלצות ועדת גדיש) על ידי שילוב הצעת חוק התייעלות כלכלית לשנים 2009–2010 בחוק ההסדרים.²⁷ הרפורמה כללה בין היתר אף הענקת סמכויות נרחבות לרשויות מקומיות ושיווק נרחב של קרקעות. אמנם הצעת חוק זו לא התקבלה כחוק, אולם בעקבותיה נחקק התיקון, המתיר העברה לידיים פרטיות של קרקע עירונית בהיקף של 800,000 דונמים (בשתי פעימות במשך עשר שנים).²⁸ לצד שינוי במבנה המוסדי של המינהל,²⁹ התיקון אף שינה את הגדרתה של קרקע עירונית.

כדי להבין את התמורות במשטר המקרקעי הישראלי שייצור השינוי – שטרם יצא לפועל – יש להביט בפילוח ייעודי הקרקע בישראל.³⁰ לפי נתוני מינהל מקרקעי ישראל יש בישראל כ-22,000 קמ"ר של קרקע יבשתית המשמשת לשלל ייעודים:³¹ הקרקעות החקלאיות מהוות כ-36.5% מכלל שטחי המדינה; שטחי אש מהווים כ-29.7% משטח המדינה; שמורות וגנים לאומיים מהווים כ-16% משטח המדינה; תשתיות לאומיות מהוות כ-13.7% משטח המדינה; יערות מהווים כ-6.85% משטח המדינה וסך כל השטחים העירוניים המבונים בישראל הוא 6.85% משטח המדינה (כ-1,500 קמ"ר).

ניתן להעריך בזהירות כי כיום כ-1,000 קמ"ר של קרקעות עירוניות מצויות בבעלות פרטית (4.5% משטח ישראל) וסך כל השטחים המשמשים זרבות בנייה עירונית מהווים כ-326 קמ"ר בלבד.³² מכאן ניתן ללמוד כי אמנם סך כל הקרקעות

24 ועדה בראשות פרופ' בעז רוני אשר מונתה בשנת 1996 על ידי אריק שרון כדי לבחון בין היתר את העברת הבעלות על קרקע, המעורבות של המינהל ודרכים להפחתת התלות במינהל.

25 ועדה בראשות יעקב גדיש אשר מונתה על ידי אהוד אולמרט בשנת 2004 כדי לבחון רפורמה אשר תצמצם את המגע בין האזרח למינהל ותגביר את מערך שיווק הקרקעות.

26 בטיטות חוק ההסדרים יש דברי ביקורת חריפים על המינהל כמונופול המתכנן באופן בלתי יעיל את שוק המקרקעי ונטען כי נדרש שינוי מהותי בשוק המקרקעי. הטיוטה לקוחה מתוך אתר האינטרנט של ח"כ שלי יחימוביץ'. www.shelly.org.il/files/99-102karka.pdf.

27 שם.

28 משמעותן של עשר השנים היא שאי-אפשר להעביר יותר ממכסה זו במהלך. אם ייוותרו קרקעות ממכסה זו, שטרם נמכרו, הן יוכלו להימכר בכל עת בעתיד. המכסה מהווה "גג עליון" לעשור הקרוב. תכלית הסעיף היא לאפשר העברה הדרגתית של הקרקעות, והוא אינו מונע את המשך העברתן בעתיד אם לא תמולא המכסה.

29 כחלק מתיקון 2 שונה שם החוק. לא עוד חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), אלא חוק רשות מקרקעי ישראל. מלבד שינוי שם הרשות, שינה החוק באופן מהותי את תפקידה. מגוף שתפקידו המרכזי הוא ניהול קרקעות המדינה לטובת כלל האזרחים, ושמירה על עתודות קרקע לטובת אינטרסים ציבוריים עתידיים, לרשות חדשה האמונה על איזון מטרה זו עם שיווק הקרקעות, לצד מטרות נוספות. השינוי המרכזי הוא אפוא בהכנסת רכיב השיווק לתפקידיה של הרשות החדשה (שהוקמה מכוח החוק). זאת ועוד, ראוי לציין ששונה גם הרכבה בפועל של מועצת מקרקעי ישראל.

30 פילוח הקרקעות כפי שהוצג על ידי מינהל מקרקעי ישראל בדיון ועדת הכלכלה מ-3 ביוני 2009, במהלך הדיון בנושא תיקון מס' 7.

31 ישנם שטחים בעלי ייעודים חופפים (למשל, קרקע עירונית המשמשת גם תשתית לאומית/בסיס צה"ל), ועל כן סך הפלחים הוא יותר מ-100%. עם זאת ניתן לקבל תמונת מצב משוערת באשר להקצאת ייעודי הקרקע בישראל ונתח השטחים העירוניים מתוכה.

32 הנתונים לקוחים מתוך השנתון הסטטיסטי לישראל (2009), והם נכונים לשנת 2002, שכן מאז ועד עתה לא הציג מינהל מקרקעי ישראל נתונים מעודכנים. כיוון שיש חסר בנתונים רשמיים מן המינהל, ההערכות באשר ל-1,000 קמ"ר של קרקעות פרטיות הנתונות בידיים פרטיות, הן הערכות זהירות של העותרים, הנסמכות על הנתונים שהוצגו על ידי המינהל בשנים האחרונות. ראוי לציין כי כל הנתונים המצוינים בהארה הם נתונים שהוצגו לבית המשפט העליון בעתירה.

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל", **הארץ דין ח 49** (תשע"ג)

השנויות במחלוקת – הקרקעות אשר בגינן תוקן החוק – הוא 800 קמ"ר בלבד, אולם שטח זה עצמו מהווה יותר ממחצית כלל השטחים העירוניים המבונים בישראל והוא גדול מכלל שטחי רזרבות הקרקעות לבנייה עירונית.

1. שינוי הגדרת קרקע עירונית

בטרם אושר התיקון, הגדרת קרקע עירונית הייתה פשוטה – קרקע הנמצאת בתחומי שטח תכנון עיר. כעת, לאחר התיקון, ההגדרה חולשת על כל שטח שחלה עליו תכנית: עירונית, מחוזית או ארצית, ואשר ניתן מכוחה להוציא היתר בנייה. המשמעות היא שכיום מתוך הגדרת קרקע עירונית הוצאו בפועל שטחי חקלאות וגידול בעלי חיים בלבד.³³

אין להמעיט בחשיבותו של שינוי זה, שכן הלכה למעשה הוא מאפשר העברת בעלות על כל אזור שניתן להחיל עליו תכנית לצורך אחד מהשימושים לעיל, לרבות חופי ים, שטחים פתוחים וריאות ירוקות.

2. הרחבת החריג המתיר העברת בעלות ב"קרקע עירונית"

התיקון מתיר העברת קרקע עירונית לבעלות פרטית בהיקף של עד 800,000 דונם. כאמור, לפני השינוי קבע חוק מקרקעי ישראל כי שטח כלל העברות הקרקע מכוח סעיף 2 לחוק מקרקעי ישראל לא יעלה על 100,000 דונם. בהערכות שנתן מינהל מקרקעי ישראל סמוך לחקיקת התיקון, נמסר כי עד אז הועברו מתוך מכסת 100,000 הדונמים כ-60% בלבד.³⁴

3. שינוי ייעודו של מינהל מקרקעי ישראל

כחלק מהתיקון שונה שם החוק. לא עוד חוק מינהל מקרקעי ישראל אלא חוק רשות מקרקעי ישראל. מלבד שינוי השם, שינה החוק באופן מהותי את תפקידו של גוף זה. מגוף שתפקידו המרכזי הוא ניהול קרקעות המדינה לטובת כלל האזרחים, ושמירה על עתודות קרקע לטובת אינטרסים ציבוריים עתידיים, לרשות חדשה האמונה על איזון מטרה זו עם שיווק הקרקעות, לצד מטרות נוספות. השינוי המרכזי הוא אפוא הכנסת רכיב השיווק לתפקידיה של הרשות החדשה (שהוקמה מכוח החוק). זאת ועוד, ראוי לציין ששונה הרכבה בפועל של מועצת מקרקעי ישראל.

ג. חוק יסוד: מקרקעי ישראל – מבנה ותכלית

1. הרציונלים שבבסיס חוק היסוד

בפרקים הקודמים תיארנו את הרקע העובדתי וההיסטורי למשטר המקרקעין הנוהג בישראל כיום וכן את הליכי החקיקה של הרפורמה במשטר זה. כעת ראוי להסביר, לאור תפקידו ההיסטורי, את הרציונלים שבבסיסו של חוק יסוד: מקרקעי ישראל.

רעיון הבעלות הלאומית על קרקעות ישראל הועלה לראשונה על ידי פרופ' צבי הרמן שפירא בקונגרס הציוני הראשון בשנת 1897. בקונגרס הציוני החמישי בשנת 1901 אושרה הקמת קק"ל, שהחלה להלכה ולמעשה לאסוף תרומות ולרכוש אדמות בארץ ישראל.³⁵ אחד העקרונות המכוננים של קק"ל, אשר אושר בתקנותיה בשנת 1907, הוא עקרון הבעלות לצמיתות של קק"ל על כל קרקע שזו תרכוש למען העם היהודי ומכספו.³⁶ ההסבר לכך: הלגיטימציה של הקרן הלאומית

33 נוסח ס' 1 לחוק מקרקעי ישראל לאחר התיקון: "קרקע עירונית" – קרקע שיעודה לפי תכנית שניתן להוציא מכוחה היתר בנייה לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, הוא למגורים או לתעסוקה; "תעסוקה" – תעשייה, מלאכה, משרדים, מסחר, תיירות או מלונאות, למעט חקלאות או גידול בעלי חיים.

34 הנתונים הובאו בכתב העתירה בעניין **דרור ישראל**, לעיל ה"ש 3.

35 כץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 11.

36 שם.

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל, הארת דין ח 49 (תשע"ג)

(קק"ל) היא שימוש בכספי העם למען כל העם, ולמעשה ניתוק הקשר הקנייני בין התורמים לבין הבעלות על הקרקע, ועיגון הישות הקולקטיבית הנקראת "העם היהודי" (ישות שקיומה באותה עת, חשוב לציין, היה אמורפי למדי) כבעלים המשותף לכאורה.³⁷

לדעתנו, מאחורי ההסבר הפשטני יחסית לעיל עומדים הסברים מהותיים עמוקים יותר לעיגון עיקרון זה בתקנות קק"ל, ולאחר מכן בחקיקת יסוד במדינה. הטעם הראשון הוא העיקרון היהודי-הלכתי-דתי של הבעלות היהודית על הקרקע בארץ ישראל מכוח צו תורה: "והארץ לא תמכר לצמתת, כי לי הארץ".³⁸ עקרון קדושת "הארץ המובטחת" מתבטא באיסור המכר. רק לה' זכות באדמת הארץ, והוא שמעניקה לכלל העם, ולא ליחיד. הטעם השני הוא אידאות חברתיות-כלכליות הקשורות בטבורו של המפעל הציוני הקלסי – סולידריות, קולקטיביזם ועבודת האדמה כתנאי לגאולת הארץ.³⁹

על עקרונות אלו ניתן ללמוד לא רק מדברי קק"ל עצמה, אלא מכתבתם של הוגים ציונים רבים, המבכרים, כחלק מהאתוס הציוני, את עקרון הבעלות הלאומית על הקרקעות על פני הבעלות הפרטית. ערכי השוויון, הצדק החברתי והיושר המעוגנים בתורת ישראל באים, לדידם של הוגי הרעיון הציוני, לידי ביטוי בין השאר בעקרון הבעלות הלאומית על הקרקעות, והם אינם חדשים.⁴⁰ עקרון הבעלות הלאומית נועד גם ליצור מנגנון של צדק חלוקתי, בדומה לרעיון שמיטת החובות בשנת היובל.⁴¹ המשמעות היא שהתפיסה הקרקעית המתגבשת בתנועה הציונית, ולימים במדינת ישראל, גורסת כי הקרקע בישראל איננה קניינו הפרטי של האדם, אלא היא נמסרת לו על מנת שיעבדה (בחכירה), והיא קניינו וזכותו של כל העם. הקרקע משמשת הן בסיס שעליו נבנית החברה היהודית החדשה הן כלי לעצב אותה כחברה שוויונית יותר.⁴²

מלבד הרציונלים האידאולוגיים המנויים לעיל, יש כמה סיבות נוספות לשימור עקרון הבעלות הלאומית שבחוק היסוד. הראשונה שבהן היא שטח הקרקעות המצומצם בישראל והצורך לעשות בו שימוש במשורה. לפיכך ראה לנכון המחוקק להשאיר בידי הרשות המנהלית, ולא בידי פרטיות, החלטות על ייעוד משאבי הקרקע הדלילים של ישראל והשימוש בהם, כדי להבטיח שימוש מיטבי ותכנון מרכזי שישמר עתודות קרקע לצרכים עתידיים של כלל החברה. התרת מכר של נתח ניכר מאדמות המדינה, ועל אחת כמה וכמה אדמות עירוניות אשר שויין גבוה במיוחד, היא זניחה של רעיונות השוויון והצדק החברתי והחלוקתי שבליבת חוק היסוד.

רבות הטענות כי אין זה תפקידה של המדינה לייצר שוויון מלאכותי בין אזרחיה, וממילא יש לה מנגנוני ויסות אשר יכולים להבטיח, על ידי רגולציה, מניעת ריכוזיות בשוק הקרקעות אם יועברו קרקעות רבות לידיים פרטיות.⁴³ לדידנו, טענה זו, על שני חלקיה, איננה נכונה. מוטלת על המדינה חובה פוזיטיבית להבטיח שוויון בין אזרחיה. היא שומרת על השוויון בהחלת חוקיה, בהגנה על הזכויות ובאיזון אינטרסים ציבוריים למיניהם. לא זו אף זו, הזכות לשוויון אף הוכרה כזכות יסוד

37 "מהו הנציג-פונד העברי ומה תעודתו", תזכיר שיצא לאור בשנת 1906 בהוצאת הוועד המרכזי של הסתדרות הציונים ברוסיה: "תעודת הנציג-פונד העברי היא לפעול ולעבוד לכבוד עם ישראל ובשביל העתיד שלו. על-כן הוחלט מראש כי הוא שייך לעם ישראל, כי האדמה והקרקעות אשר יקנו על-ידי הנציג-פונד נחשבים לקניין העם העברי לצמיתות, כי העם בעצמו, כשם שהוא נותן מכספו להפונד, כן צריך שיהיה הוא לעולם השליט על הפונד ועל תעודתו".

38 ויקרא כה, כג. פסוק זה הפך ברבות הימים למוטו של קק"ל.

39 כץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 12.

40 כך מנסח זאת מנחם אוסישקין, לימים ראש דירקטוריון קק"ל, במאמרו "מהותה וערכה של הקרן הקיימת": "רעיון סוציאלי-מוסרי זה כבר טבוע בתורתנו ע"י מחוקקנו הראשון, משה, שחזה מראש את כל הרעה העתידה לצמוח לחברה האנושית אם לא יושם סייג לבעלות הפרטית על הקרקע – הלוא היא הרעה האוכלת ומכרסמת עד היום את גופה של האנושות. ססמת משה 'כי לי כל הארץ' מצאה את ביטוייה בשנת היובל, אשר בה שבה האדמה לבעליה הקדומים או ליורשים. כל יובל תיקן, אפוא, את אי-השוויון שנגרם בשל נסיבות רבות ושונות. עתה, שאנו רוצים לשוב לארצנו, אין לנו אלא ללכת בעקבות מחוקקנו ולנקוט מראשית צעדינו את כל האמצעים כדי להרחיק מארצנו את מארת הבעיה האגררית [...] על כן תהא אדמת ארץ-ישראל שייכת לעם כולו ותימסר בחכירה לכל מי שיעבדה".

41 שם.

42 אהרון דוד גורדון **האדם והטבע** (1951). על מזיגה זו של רעיונות דתיים-הלכתיים ומטרות חילונית פרגמטיות ראו את כתיבתו של א' ד' גורדון בנושא "הרליגיוזיות החילונית", בין השאר בספר זה.

43 הרפורמה במקרקעי ישראל, שאלות ותשובות לציבור, www.mmi.gov.il/hodaotmmiint/show_h.asp?key=880&CodeMaarecet=1.

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל", **הארץ דין** ח 49 (תשע"ג)

חוקתית. אמנם מדובר בשוויון פורמלי, ולא בשוויון חברתי-כלכלי, אך לדידנו בסוגיית הקרקעות השניים חד הם. אם תותר העברה במכר של קרקעות לידיים פרטיות, תיפגע זכותם של מי שידם אינה משגת לרכוש קרקעות.

נשקפת סכנה ממשית של ריכוזיות בשוק הקרקעות, שכן בעלות פרטית על קרקעות כשלעצמה אינה בגדר "פתרון קסם" לבעיית הריכוזיות, והדבר תלוי בגורמים נוספים כגון אופן שיווק הקרקעות ("טפטוף" של שטחים קטנים על פני זמן רב או "פתיחת הסכר" ושיווק שטחים גדולים בבת אחת). אמצעי הרגולציה שבידי המדינה לא תמיד מספקים, כפי שאנו למדים ממצב הריכוזיות במשק הישראלי.

יתר על כן, מדוע על המדינה להפעיל רגולציה כדי למנוע ריכוזיות בשוק הקרקעות, כאשר בנקל היא יכולה, כבעלת הרוב המכריע של קרקעות המדינה, להחיל רפורמות אשר יביאו לירידה במחירי הקרקע והדיר, ייטיבו את השירות לאזרח ויותירו מספיק עתודות קרקע לשטחים ירוקים ולשימוש עתידי? משטר המקרקעין הישראלי, כפי שעוצב על ידי הוגי התנועה הציונית ועל ידי כנסת ישראל כרשות המכוננת, מניח בבסיסו את עקרון השוויון בשימוש בקרקע. חריגה זו מן העיקרון היא כה חריפה שלדעתנו היא עולה לדרגת שינוי חוק היסוד והאינטרס הציבורי המעוגן בו, ולפיכך אינה יכולה לעמוד בפני הביקורת. חשוב בעינינו לציין כי כל הרציונלים שהוצגו לעיל, האידאולוגיים והפרגמטיים, עוררו ביקורות רבות, אך מפאת קוצר היריעה לא נעסוק בהן.⁴⁴ זאת ועוד, שמירת הרוב המכריע של קרקעות ישראל בידי המדינה מונעת את העברתן לגורמים זרים וייתכן אף לבעלי אינטרסים עוינים, והדבר מהווה נדבך חשוב בשמירה על ביטחונה המדיני של ישראל ועל ביטחונה הכלכלי.

2. סעיף 1 – לא זכות אלא אינטרס ציבורי

כאמור, מטרת חוק היסוד הייתה לעגן את מעמדן של קרקעות המדינה כנכס לאומי בבעלות ציבורית. המשמעות בפועל הייתה כי הבעלות על חלק הארי של הקרקעות וניהולו (מלבד אלו שהוחרגו) נותרת בידי המדינה כדי שתוכל לשמור על הקרקעות ולנהל אותן לטובת הציבור כולו, בהווה ובעתיד.

עולה השאלה כיצד יש לסווג את סוגיית הבעלות הלאומית על הקרקעות. האם מדובר בזכות של כל פרט במדינה, אשר מצאה לה עיגון בחוק יסוד, או אולי מדובר באינטרס ציבורי? ההבחנה בין זכות אישית לאינטרס ציבורי חשובה מאחר שיש להם נפקות משפטית נבדלת, והם זוכים להגנות נבדלות. קו הגבול בין זכויות הפרט לבין אינטרסים ציבוריים לעתים אינו מנותח בפסיקה באופן חד דיו, ולעתים אינטרסים ציבוריים זוכים להגנה כאשר פורטים אותם לזכויות פרט ומטשטשים עוד יותר את ההבחנה החשובה בין זכות לאינטרס.⁴⁵

אמנם הבעלות על הקרקע מעוגנת בחקיקת יסוד, כפי שמעוגנות זכויות יסוד אחרות (כגון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק), אך אין הדבר מעיד בהכרח על הכרה בבעלות לאומית על הקרקע כזכות של הפרט. הגנות חוקתיות ניתנו בחוקי היסוד לא רק לזכויות יסוד אלא גם לאינטרסים ציבוריים. לראיה, עיגונם של עקרונות משטריים כגון חוק יסוד: הכנסת, חוק יסוד: הצבא ואף חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (חוק יסוד דקלרטיבי במהותו, שאינו מקנה זכויות ממשיות או חובות של המדינה, ועם זאת קיבל מעמד חוקתי ואף חלק מסעיפיו שוריינו).

ניתן להיווכח בבירור כי חוק יסוד: מקרקעי ישראל אינו מקנה זכויות או חובות לאזרחי המדינה, אלא מקבע את עקרון הבעלות הציבורית על אדמות ישראל כאינטרס ציבורי בעל מעמד חוקתי. נוסף ונעיר כי לדעתנו עקרון הבעלות הלאומית על הקרקעות אף עולה למדרגה גבוהה יותר של עיקרון משטרי – אחת מההסכמות האינהרנטיות שבבסיסה של החברה, אשר

44 ראו עומר יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחודש בהלכת הנגב המת: זכויות קניין במרחב הבדואי" **משפט וממשל** יד 7 (תשע"ב), על משטר המקרקעין המעגן אתנוקרטית יהודית בישראל ופוגע בערך השוויון; טענת המדינה במסמך השאלות והתשובות על הרפורמה במקרקעי ישראל כי ניהול מרכזי של הקרקעות פוגע ביעילות ואף בשוויון, ואינו מביא לשימוש מושכל יותר בעתודות הקרקע של ישראל.

45 אמנון רייכמן ואורן גזל-אייל "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא 97 (2011).

מגדירה את מערכת היחסים הפונדמנטלית בין הפרטים בחברה, בין הפרטים למשטר ובין האורגנים השונים של המדינה. דוגמה לעקרונות שכאלה היא עקרון הפרדת הרשויות, וכחלק ממנו עקרון עצמאות הרשות השופטת. עקרונות משטריים באים לידי ביטוי בחוקי יסוד משטריים כגון חוק-יסוד: משק המדינה וחוק-יסוד: הצבא. בענייני החלטת אבותיה המייסדים של המדינה, עוד מימיה של התנועה הציונית, להפוך את קרקעות הארץ לנחלת הכלל ולמצרף בבעלות העם היהודי כולו, הופכת עיקרון זה לאחת מהסכמות הבסיס של החברה, המהוות את התשתית להקצאת סמכויות שליטה במדינה. אמנם לצורכי הדיון כאן אין צורך לדון לעומקו של רעיון זה, כיוון שהבעייתיות העולה מהפסיקה נוגעת להתנגשות בין חוק רגיל לחוק יסוד. לו היה מדובר בשינוי של חוק-יסוד: מקרקעי ישראל על ידי חוק יסוד אחר, היה ניתן לטעון כי בנותנו ביטוי משפטי לעיקרון משטרי, אין לשנות את חוק-יסוד: מקרקעי ישראל באמצעות חוק יסוד אחר, וכל שינוי כזה יהא בבחינת תיקון חוקתי שאינו חוקתי, הנתון לביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית שיכולה להביא לבטלותו.⁴⁶ עם זאת, ההכרה בכך שמדובר בעיקרון משטרי משפיעה לדעתנו על האופן שבו יש לפרש את היקפו של חוק היסוד, באופן שדורש לכל הפחות שינוי באמצעות חוק יסוד.

3. החריג לכלל וחוק מקרקעי ישראל

לאחר הבנת חשיבות עקרון הבעלות הלאומית על הקרקע, וההגנה שהוא זוכה לה מכוח סעיף 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ניתן להיווכח שסעיף 2 לחוק היסוד מתיר פגיעה בעיקרון זה. סעיף 2 לחוק מוציא מגבולות ההגנה של העיקרון המשטרי, עסקאות מכר בסוגי אדמות שיוגדרו בחקיקה ראשית של הכנסת. כלומר ראתה לנכון הכנסת, בכובעה כרשות מכוונת, להשאיר לשיקול דעתו של המחוקק אילו סוגי קרקעות יוחרגו מהעיקרון המשטרי של הבעלות הציבורית על הקרקעות.

בסעיף 2 לחוק מקרקעי ישראל מנויים שבעה סוגי עסקאות שהעיקרון המשטרי של בעלות לאומית לא יחול עליהם.⁴⁷ זוהי הרשימה המפורטת והסגורה של חריגים שנקבעה מתוקף הסמכות שהקנה המכונן בסעיף 2 לחוק היסוד למחוקק הראשי. נכון לומר כי משבחר המכונן להשאיר את הסמכות לקבוע חריגים למחוקק הראשי, הוא נתן בידי את הכוח המשפטי לקבוע את החריגים, וכן להוסיף חריגים לרשימה או לשנותם באמצעות תיקון החוק, כל עוד החריגים אינם "בולעים" את העיקרון האמור בחוק היסוד, שאם לא כן מה הועילה הכנסת בבואה להפריד בין חוק יסוד: מקרקעי ישראל

46 לקריאה נוספת על עקרונות משטריים, תיקון חוקתי שאינו חוקתי, וביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית ראו אהרן ברק "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" ספר גבריאל בן 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בן, עורכים, 2010). יש להוסיף כי את דוקטרינת הביקורת השיפוטית המטא-טקסטואלית, שנועדה להגן על עקרונות היסוד של המשטר, הכיר ופיתח בית המשפט העליון כבר בשנות השישים בפרשת ירדור – עב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365 (1965).

47 להלן נוסחו המקורי של סעיף 2 לחוק מקרקעי ישראל:

"ואלה סוגי העסקאות שסעיף 1 לחוק היסוד לא יחול עליהן:

- (1) פעולות רשות הפיתוח לפי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ג-1953;
 - (2) העברת בעלות במקרקעי ישראל, לפי כללים שייקבעו בתקנות, באישור ועדת הכספים של הכנסת, לנפקדים הנמצאים בישראל או ליורשיהם הנמצאים בישראל, תמורת מקרקעין שהוקנו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים מכוח חוק נכסי נפקדים, תשי"ו-1950;
 - (3) העברת בעלות במקרקעי ישראל למילוי התחייבות שנתחייב בה כדין או חבות שנוצרה כדין לגבי אותם מקרקעין לפני תחילת חוק היסוד;
 - (4) העברת בעלות במקרקעי ישראל תוך חליפין במקרקעין שאינם מקרקעי ישראל או כפיצוי בעד מקרקעין כאלה שהופקעו על פי חוק, ובלבד שלא תוחלף קרקע חקלאית בקרקע עירונית אלא בנסיבות מיוחדות ובאישור שר החקלאות;
 - (5) העברת בעלות במקרקעי ישראל במידה שיש בכך צורך ליישר גבולות או להשלים נחלאות, ובלבד ששטח המקרקעין לא יעלה על מאה דונם כל פעם; היתה ההעברה ללא תמורה, טעונה היא אישור ועדת הכספים של הכנסת;
 - (6) העברת בעלות במקרקעי ישראל בין המדינה, רשות הפיתוח והקרן הקיימת לישראל לבין עצמם; ואולם העברת בעלות במקרקעי המדינה או במקרקעי רשות הפיתוח לקרן הקיימת לישראל טעונה אישור ועדת הכלכלה של הכנסת;
 - (7) העברת בעלות במקרקעי המדינה או במקרקעי רשות הפיתוח למטרת פיתוח לא-חקלאי, או העברת מקרקעין כאלה שהם קרקע עירונית, ובלבד ששטח כל ההעברות מכוח פסקה זו יחד לא יעלה על 100 אלף דונם.
- ובלבד שהעברת בעלות במקרקעי הקרן הקיימת לישראל לא תיעשה אלא באישורה".

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל", **הארץ דין ח** 49 (תשע"ג)

לחוק מקרקעי ישראל? חוק מקרקעי ישראל נחקק בשנת 1960 במקביל לחוק היסוד ולחוק מינהל מקרקעי ישראל. שלושת החוקים נדונו יחדיו, אושרו יחדיו במליאת הכנסת, ונועדו לשמש מקשה אחת להסדרת הבעלות על כלל קרקעות המדינה וניהולן.⁴⁸

ד. חוקתיות התיקון

1. מעמדו של חוק היסוד

בשנת 1994 הוכרה עליונותם של כל חוקי היסוד על ידי בית המשפט העליון בפרשת **בנק המזרחי**.⁴⁹ נקבע שאין לפגוע בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל, אלא אם כן החוק הרגיל ממלא את תנאי פסקת ההגבלה. בענייננו מתעוררת שאלה שכמעט לא נדונה בפסיקה – כיצד יש להתייחס לפגיעה בחוק יסוד נטול פסקת ההגבלה? או לחלופין: מהו מעמדו של חוק יסוד המעגן עיקרון משטרי, והאם ניתן לפגוע בו בחוק רגיל?

העמדה העולה מאמירות אגב בפסיקת בג"ץ היא כי אין לכנסת כמחוקק סמכות לסתור את האמור בחוק יסוד, לפחות כל עוד התווית "חוק-יסוד" אכן הוצמדה לחוק בעל תוכן חוקתי, כלומר חוק יסוד העוסק בהגנה על זכויות אדם או על עיקרון משטרי.⁵⁰ לחוקי היסוד ה"ישנים" מעמד בכורה כמו לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, והם מורמים מכל דבר חקיקה אחר, ומכאן שאי-אפשר לשנותם בחוק רגיל. יתר על כן, יש הסוברים שהיעדר פסקת ההגבלה מעיד על כוונת המכונן שלא לאפשר שום פגיעה בעיקרון המוגן בחוק היסוד.⁵¹

2. חריג הבולע את הכלל ושינוי הרציונלים שבבסיס חוק היסוד

לאחר שהבהרנו כי אין לשנות את חוק היסוד בחוק רגיל, עלינו לבדוק אם התיקון בחוק מקרקעי ישראל, שנדון כאן, משנה את חוק-יסוד: מקרקעי ישראל. נראה כי התיקון יצר מצב של **שינוי חוק היסוד** באופן שאינו חוקתי, שכן החריג בולע את הכלל. לדידנו שגה בית המשפט העליון משלא הכיר בשינוי זה.

במהלך חקיקת התיקון והעתיירה נגדו טענה המדינה ששטח סך הקרקעות הניתנות למכר בשל החריג המורחב הוא כ-4% מכלל שטח המדינה, ולפיכך זניח יחסית ואינו חורג מגבולות העיקרון המוסדר בחוק היסוד. מאידך גיסא טענו העותרים כי אמנם אין חולק כי 800,000 דונם הם אכן נתח זניח יחסית מכלל שטחי המדינה, אולם במבט מעמיק יותר באופן פילוח קרקעות המדינה, אותם 800,000 דונם הם למעשה הרבה יותר מ-4% מהקרקעות בנות הניצול במדינת ישראל.⁵² אי-אפשר להפריז בתיאור חשיבות הפולמוס לעיל והשפעתו על המשך הניתוח החוקתי בסוגיה.

48 על התכלית שבבסיס שלושת החוקים אנו למדים מדברי הכנסת בדיונים אשר קדמו לחקיקתם ומדברי ההסבר להם. לקריאה נוספת על הליך חקיקתם ראו: כץ, לעיל ה"ש 14.

49 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת **בנק המזרחי**).

50 המבחנים שהותוו בפסיקה להכרה בחוק כחוק יסוד הם **המבחן הצורני**, **המבחן המהותי**, ובהמשך **המבחן המשולב**. ראו: פרשת **בנק המזרחי**, שם; בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 4.7.2010) (בעניין חוק יסוד שהוא הוראת שעה). חוק-יסוד: מקרקעי ישראל עומד מן הסתם במבחן הצורני. הוא גם עומד במבחן המהותי כיוון שהוא מעגן אינטרס ציבורי העוסק בליבת ההסכמות החברתיות המכוננות את החברה. מטבע הדברים, הוא גם עומד במבחן המשולב עקב תוכנו ולשונו.

51 הנשיא ברק בבג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר וועדת הבחירות** (פורסם בנבו, 16.1.2003) (להלן – עניין **חרות**). אמירת אגב זו של הנשיא ברק הביאה לפולמוס בקרב הקהילייה המשפטית. לקריאה נוספת ראו: אמנון רייכמן "ככה לא בונים חוקה" **עורך הדין** 35, 42 (2003); אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" **משפט וממשל** ו 305 (2003).

52 ראו לעיל פרק ג להארה המסביר את פילוח שימושי הקרקע בישראל על פי נתוני מינהל מקרקעי ישראל, ומראה כי 800,000 דונמים הם למעשה יותר ממחצית השטחים המיועדים להיות עירוניים ומבונים.

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל, הארת דין ח 49 (תשע"ג)

ההסתכלות הצרה של המדינה ורשויותיה בהשפעות התיקון אינה מספקת לדעתנו. בית המשפט העליון לא התחשב מספיק בניתוח על סמך פילוח השימושים בקרקע, ועל כן לא היה דיון ממצה בשאלה החוקתית הנובעת מ"חריג הבולע את הכלל". "חריג" משמעו יוצא מגדר הנורמה.⁵³ נדרש בניתוח לבחון אם הכלל נשאר אותו כלל לאחר הרחבתו המסיבית של החריג. לעניות דעתנו, התשובה על כך שלילית. הרחבת החריג, כאשר מנתחים את משמעותו בהקשר הריאלי של שימושי הקרקע ועתודות הקרקע הקיימות, מפרה את היחס בין כלל לחריג. אף מחציתו של החריג יכולה להביא לכילוי מוחלט של זרבות הקרקע העירוניות כולן, ונתון זה בלבד יש בו כדי להעיד על השינוי מרחיק הלכת שנעשה בתיקון.

ראוי לציין כי לא היה דיון ממצה בשאלת השפעות הרפורמה על הרציונלים שבבסיס חוק היסוד. גם אם נקבל את עמדת המדינה כי החריג איננו כה רחב עד כדי בליעת הכלל, הוא בכל זאת נוגס ברציונלים שתוארו בפרק הקודם. המדינה מאפשרת, באמצעות חקיקה ראשית, לשנות עיקרון הטבוע במעמקי ההיסטוריה הלאומית והפוליטית שלנו. גם אם נתעלם מן הטיעונים הנובעים מהאיסור המקראי, ניכר כי "האבות המייסדים" של ישראל ראו לנכון לאסור מכר אדמות מדינה מטעמים סוציאליים של שוויון וצדק חברתי וחלוקתי. התרת מכר של נתח ניכר מאדמות המדינה, ועל אחת כמה וכמה אדמות עירוניות אשר שוויון גבוה במיוחד, היא זניחה של רעיונות השוויון והצדק החברתי והחלוקתי שבליבת חוק היסוד. לכל הפחות תתכבד הכנסת ותתקן את חוק היסוד במישרין (וזאת כאמור בלי לקבוע מסמרות בשאלה אם לפנינו עקרון יסוד הנובע מהחוקה המטריאלית והמצוי מחוץ להישג ידה של הסמכות הפוזיטיבית המסורה בידי הכנסת).

ה. הצעת פרשנות ראויה לשאלת הפגיעה

הראינו לעיל כי התיקון יוצר שינוי בחוק היסוד, ולפיכך אינו יכול לעמוד במבחן הביקורת. כעת נפסע בדרכה של הנשיאה ביניש, ונבחן את תקפות התיקון בהנחה שהוא פוגע בחוק היסוד.

ניתוח זה מחייב מענה על שתי שאלות:

1. האם ניתן בעזרת חוק רגיל לפגוע בחוק יסוד שאין בו פסקת הגבלה?

2. אם הפגיעה אפשרית, מהו המנגנון הראוי לבחינת תקפות הפגיעה?

1. פגיעה בחוק יסוד נטול פסקת הגבלה

לכאורה, פגיעתו של חוק בהוראה שבחוק יסוד מותרת רק אם בחוק היסוד הותרה פגיעה כאמור.⁵⁴ האם סעיף 2 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל מתיר פגיעה גורפת, או אולי פגיעה בחוק יסוד: מקרקעי ישראל כפופה לפסקת הגבלה, ולפיכך אפשרית רק אם מתמלאים תנאיה? בעניין חרות⁵⁵ אמר הנשיא ברק, בהערת אגב: "בדומה, אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק יסוד, אלא אם כן מתאפשר הדבר על ידי פסקת הגבלה".⁵⁶ הדברים נאמרו בהקשר של פגיעה בחוק יסוד שאין בו פסקת הגבלה (חוק יסוד: השפיטה). לדעתנו, גישה זו מתאימה גם למקרה שבו חוק היסוד מתיר פגיעה אך אינו קובע את גבולותיה, או נוקט לשון כללית כגון "פרטים ייקבעו בחוק". המבנה החוקתי הכללי של ישראל מחייב, כך נראה, כי

53 מתוך: מילון אבן-שושן.

54 אהרון ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3 (התשס"ד). הערת אגב זו עוררה פולמוס רבתי, ודיון ב"מהפכה חוקתית" שנייה. ראו לעיל הי"ש 51 וה"ש 52, המאמרים המובאים בהן והטקסט שלידן.

55 עניין חרות, לעיל הי"ש 51.

56 שם, בפס' 4 לפסק דינו של הנשיא ברק.

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל", **הארץ דין** ח 49 (תשע"ג)

דינו של חוק הפוגע בחוק יסוד כאמור ייקבע בהתחשב גם במידת עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה.⁵⁷ המשמעות היא כי לא תתאפשר פגיעה ללא מנגנון בחינה חוקתי,⁵⁸ באמצעות פסקת הגבלה שיפוטית.⁵⁹

2. המנגנון הראוי לבחינת תקפות הפגיעה

עד כה גובשו פסקות הגבלה שיפוטיות לחוקי היסוד נטולי פסקת ההגבלה במקרים של פגיעה ב**זכויות**. אך כפי שהסברנו לעיל, חוק יסוד : מקרקעי ישראל אינו מעגן זכויות, אלא **אינטרס ציבורי העולה כדי עיקרון משטרי**.

הנשיאה ביניש צעדה בכיוון זה בניתוחה :

"ייתכן כי ניתן היה לראות בסעיף 2 לחוק יסוד : מקרקעי ישראל מעין פסקת הגבלה, המורה כי פגיעה בעיקרון הכללי שנקבע בחוק היסוד תיעשה על ידי המחוקק בחוק, לעניין סוגים מסוימים של עסקאות ולעניין סוגים מסוימים של מקרקעין. פרשנותו של חוק היסוד עשויה להניב תנאים נוספים, ובהם, למשל, הדרישה כי מכסת הקרקע המותרת להעברה תהווה החריג ולא הכלל, וכי העברה כאמור תהא רק ביחס לקרקע עירונית. תיקון 7, כפי שעמדנו בהרחבה לעיל, עומד בתנאים אלה".⁶⁰

אך בשונה מדוקטרינת פסקת ההגבלה השיפוטית ה"קלסית", גזרה הנשיאה ביניש פסקת הגבלה מסעיף 2 ומפרשנותו של חוק היסוד בכללותו. לדעתנו לא זה המנגנון הראוי, ויש להחיל פסקת הגבלה על כל מרכיביה, כמפורט בסעיף 8 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו : פגיעה מכוח חוק או בהסמכתו, ההולמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לתכלית ראויה ומידתית. כפי שצינו, במקרה דנן מדובר באינטרס ציבורי ולכן על הניתוח כולו להתנהל באספקלריה זו. המשמעות היא כי אין מדובר באיזון אופקי של זכות מול זכות, או איזון אנכי של זכות מול אינטרס ציבורי, כי אם באיזון אופקי של אינטרס ציבורי מול אינטרס ציבורי.

בענייננו האינטרס המוגן בחוק היסוד הוא ה**בעלות הלאומית על קרקעות המדינה**, והאינטרס שבבסיסו של התיקון (על פי טענת המדינה בעתירה) הוא **יעילות המנהל הציבורי והוזלת מחירי הדיור**. לדעתנו, אם נעביר את התיקון במסגרת פסקת ההגבלה השיפוטית שתוארה לעיל, נראה כי הוא איננו ממלא את תנאיה.

ראשית ראוי לציין כי התיקון חותר תחת חלק ניכר ממהותה היהודית של מדינת ישראל, כפי שהיא באה לידי ביטוי בהגותם של אבותיה המייסדים של ישראל.⁶¹ גם אם נתעלם מקושי זה (כיוון שלרוב בתי המשפט "מדלגים" בניתוחם החוקתי על משוכה זו), נבחין כי התיקון אינו עומד במבחני המידתיות, אף אם הוא נועד "לתכלית ראויה". התיקון אינו עומד במבחן הקשר הרציונלי. לו רצתה מדינת ישראל להוריד את מחירי הדיור, יכלה לעשות זאת בהיותה בעלת חלק הארי בקרקעות המדינה, ובלי להעבירן לידיים פרטיות. זאת ועוד, לו רצתה המדינה לייעל את ניהול הקרקעות, יכלה לעשות זאת על ידי רפורמה במינהל מקרקעי ישראל ובוועדות התכנון והבנייה המקומיות. אין סימוכין לכך שהעברה לידיים פרטיות תזיל או תייעל את שוק המקרקעין בישראל. התיקון גם אינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. החריג טרם התיקון הוא האמצעי שפגיעתו פחותה. ודוק, מתוך 100,000 דונמים שהותרו למכר פרטי, משנת 1960 ועד חקיקת התיקון בשנת 2009 העבירה המדינה רק כ-60% ממכסה זו.⁶² ולבסוף, התיקון אינו עומד במבחן המידתיות "הצר". לדעתנו התועלת הצומחת ברובד יעילות המינהל והוזלת מחירי הדיור בטלה בשישים לעומת הפגיעה החמורה בעקרון הבעלות הלאומית על קרקעות

57 ברוח דומה נפסק בפרשת **מופז** כי יש לבחון פגיעה של חוק רגיל בחוק יסוד גם אם יש שריון פורמלי בג"ץ 92/03 **מופז נ' יו"ר וועדת הבחירות המרכזית לכנסת**, פ"ד נו (3) 793 (2003).

58 ברק, לעיל, ה"ש 54.

59 עמדת השופט זמיר בבג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נ(3) 57 (1996); ברק, לעיל ה"ש 54.

60 עניין **דרור ישראל**, לעיל ה"ש 3, בפס' 42 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

61 ראו לעיל את הדיון ברציונלים שבבסיס חוק היסוד בפרק 4 להארה, ובספרו של כץ, לעיל ה"ש 14.

62 מתוך נתוני מינהל מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 30.

עמית פלדמן ומיכל מינסקי, "והארץ לא תמכר לצמיתות" – בחינת חוקתיות הרפורמה במקרקעי ישראל לאור בג"ץ דרור ישראל, הארת דין ח 49 (תשע"ג)

המדינה: ספק רב אם אכן תתממש התועלת שבבסיס אינטרס היעילות, ובד בבד יש לזכור את חשיבותו ומרכזיותו של עקרון הבעלות הלאומית לאור הרציונלים שבבסיסו, היונקים מההיסטוריה הלאומית שלנו.⁶³

לפיכך ניתן לראות כי גם בנתיב הפגיעה, בדומה לנתיב השינוי, התיקון לחוק אינו עומד במבחן הביקורת.

סיכום

סוגיית הבעלות על מקרקעי ישראל היא מהסוגיות הרגישות בתולדות המדינה, ועל כן הייתה ואף עודנה נתונה בלבו של פולמוס ציבורי שבו מתנגשים עקרונות שונים של זרמים נבדלים בזירה הציבורית הישראלית. עקרונות אלה באים לידי ביטוי בדיון באשר למשאב הבסיסי ביותר של מדינה – אדמותיה. בהארה ניסינו להתחקות אחר הניתוח המשפטי שבפסק הדין בעניין **דרור ישראל** ולהציע מנגנון חלופי לניתוח סוגיית העברת הבעלות על המקרקעין.

לדעתנו שגה בית המשפט שגיאה כפולה – הן בתפיסת מהות השינוי בחוק היסוד שגרם התיקון, שינוי שהפך את החריג שבחוק לחריג הבולע את הכלל, הן באופן ההתמודדות עם סוגיות של פגיעה בחוק יסוד נטול פסקת הגבלה.

לדידנו, דרוש מנגנון ראוי ותקיף יותר להתמודדות עם פגיעה באינטרסים ציבוריים, לעומת המנגנונים הקיימים אשר נועדו להגביל פגיעה בזכויות הפרט, וזאת משום הרצון לשמר את מהותם של חוקי היסוד.

עם זאת אין להתעלם מהקונצנזוס הפוליטי והמשפטי הקיים כיום בדבר הצורך ברפורמה בניהול מקרקעי ישראל. אנו מצטרפים לקריאה זו ליעול ולשינוי, אך חולקים על האופן שבו היא נעשית בתיקון. אנו מאמינים כי ייעול ניהול הקרקעות ויעול ניהול שוק המקרקעין מחייבים "שינוי מלמטה" – יש להחיל רפורמה מבנית רחבה בוועדות המקומיות והמחוזיות לתכנון ולבנייה וכן במינהל מקרקעי ישראל ובמרשם המקרקעין כפי שהציעו ועדות רונן וגדיש.

הרפורמה צפויה להציף בעיות חמורות, ובהן פגיעה עתידית בזכות הקניין של ציבורים רחבים, דלדול בלתי הפיך של עתודות הקרקע של המדינה וסבירות גבוהה שיווצר שוק קרקעות ריכוזי שידייר את רוב אזרחי המדינה מתוכו. נציין כי ההפרטה הצפויה לא תפתור את הבעיות הביורוקרטיות הרבות של מינהל מקרקעי ישראל, ולא זו בלבד אלא שהיא תחריף אותן ושוק המקרקעין יהפוך למעין "בורסת קרקעות" הנתונה לשליטתו של מיעוט ריכוזי.

לו רצה המחוקק לחולל שינוי מהותי ומהפכני במשטר המקרקעין בישראל, היה עליו לעשות זאת בדרך המלך של שינוי חוק היסוד. אם כוונתו הייתה ליעל את ניהול הקרקעות, היה עליו לפנות לדרך של שינויים מבניים ברמת השטח, בוועדות המקומיות לתכנון ולבנייה, אשר ישפרו את נגישות המנהל הציבורי לאזרח ואת האוטונומיה שלו לפעול כרצונו בדלת אמותיו, ואף "לסגור מרפסת", אך ללא פגיעה בעקרון הבעלות הלאומית.

כמו כן חשוב לציין כי אמנם ההארה התמקדה בנושא המקרקעין, אולם סוגיה זו של שמירה על עקרונות יסוד ואינטרסים ציבוריים (המוגנים בחקיקת יסוד), ושינויים, עלתה בעבר בדיונים שונים ואף צפויה לעלות בעתיד, בייחוד בתקופה זו של שינויים מרחיקי לכת במבנה החברה הישראלית והמשך גיבוש הגדרתה העצמית.

⁶³ "העם יהיה לא רק המייסד, אלא גם בעליו של הרכוש התכליתי הזה (הקרקע), לצמיתות. על ידי זה אי אפשר יהיה ליחידים להשתמש בו ברצון עצמם, באופן שאינו מתאים עם כוונות המייסד" בנימין זאב הרצל, הקונגרס הציוני החמישי, 1901.