

אפלייה בפעולת הרשות

הזכות לשוויון בין פרטים וקבוצות רלוונטיות, כלומר להיעדר אפלייה, היא מיסודות הדמוקרטיה המודרנית, ואחד מן השיקולים החשובים שעל רשות להתחשב בהם בעת הפעלת סמכות החוקית.

המחוקק הסדיר את מתן התמיכות למוסדות ציבור על פי מבחנים שוויוניים, אולם בפועל המבחנים של משרד החינוך אינם מתייחסים כך לתיאטראות. אלה הנחשבים ותיקים, מקבלים תמיכה אוטומטית מדי שנה; כל האחרים נחשבים חדשים, וזכאותם לתמיכה נבדקת מחדש מדי שנה, וגם אז התמיכה בחדשים מותנית בכך שהמשרד יקבל תוספת תקציב. צריך שיהיו מבחנים שיסדירו את החלוקה של כל הסכום שנקבע בתקציב לצורך תמיכה; שאלה יהיו מבחנים של ממש, שיסדירו את החלוקה של הסכום לפי אמות מידה ברורות וידועות; וגם המבחנים לחלוקת הסכום צריכים להיות שוויוניים.

עצם ההשתייכות לקבוצת התיאטרונים הוותיקים יש בה יתרון גדול: מובטחת לו תמיכה מדי שנה, ומשתפר הסיכוי להגדלתה. המעבר לקבוצת הוותיקים מותנה בהגדלה של בסיס התקציב ובהמלצות של גורמים במשרד, ואולם יתכן כי אלה פועלים לפי מבחנים סמויים, ואם כך, אין הם פועלים כנדרש בחוק. יתכן גם כי אין כל מבחנים המסדירים את המעבר הבין הקבוצות, אלא ההמלצה נקבעת לפי חוש המומחיות או השפעות גורמים חיצוניים.

"מבחנים", במשמעות של חוק יסודות התקציב, צריכים לאפשר הערכה אובייקטיבית, במידה סבירה, של המועמדים לתמיכה. זו גם התכלית העיקרית של החוק: לחסל את התופעה, שהיתה ידועה בשם כספים ייחודיים, לפיה היה שר יכול לתת תמיכות מתקציב משרדו לפי שיקול דעת סובייקטיבי, באופן בלתי-מבוקר. המבחנים שנקבעו על ידי משרד החינוך אינם מודדים, לא בנקודות ולא באחוזים. המדדים אינם אלא רשימה של שיקולים, שאין לצידם משקל; ריבוי המדדים, ארבעה עשר במספר, אינו מוסיף אובייקטיביות, אלא להיפך: בהעדר משקל לכל מדד, או דרך לשקול אותו, אפשר בדרך כלל להסתמך על אחד המדדים כדי להצדיק כל החלטה שהתקבלה. ואם אין הם מבחנים של ממש, גם אין בהם כדי להבטיח שוויון של ממש. לדוגמה, כיום קובעים המבחנים כי אחד המדדים הוא מספר ההפקות והיקף ההרצות של ההפקות. זהו שיקול מדיד. אך המבחנים אינם מציינים מה המשקל שניתן לו.

החובה לנהוג בשוויון חלה תמיד כלפי קבוצה מסויימת של אנשים או גופים, המהווים את קבוצת השוויון. מכאן השאלה אם תיאטרונים ותיקים ותיאטרונים חדשים משתייכים לאותה קבוצת שוויון או לא. לצורך תשובה יש לברר, קודם כל, את תכלית התמיכה בתיאטרונים. תכלית זו היא לקיים ולקדם את התרבות והאמנות בישראל. מבחינה זאת יש עדיפות למוסדות ותיקים, שכבר הוכיחו את עצמם. אולם תכלית התמיכה היא, לא רק לשמר את הגוף הקיים, אלא גם לרענן אותו, ולהזרים בו דם חדש, כדי שיוכל לצעוד קדימה. יתכן כי הוותק היה שיקול יחיד בהחלטה להקים את קבוצת התיאטרונים המקבלים תמיכה מתוך בסיס התקציב. יתכן גם כי משרד החינוך העניק לוותק משקל מופרז, וגם אז יש פגם בהחלטה.

הוותק של התיאטרונים, אף כי הוא שיקול ענייני, אינו שיקול יחיד, וספק אם יש בו כדי להצדיק חלוקת התיאטרונים, לשתי קבוצות שוויון. העתירה מתקבלת, במובן שהקריטריונים מוחזרים לקביעה מחדש ע"י השר.

העותרת היא עמותה ששמה לה למטרה לפעול למען כינון חוקה כתובה, אשר ביקשה הכרה כ"מוסד ציבורי" לעניין מס הכנסה, אשר היתה מקנה לה פטור מתשלום המס הכנסה, וזיכוי לתורמים. הבקשה נדחתה בנימוק שמטרותיה אינן נכנסות בגדר המטרות המוגדרות בחוק, וכי הן בעלות גוון פוליטי. כנגד החלטות אלה מכוונת העתירה.

הפטור הרלוונטי ניתן למוסד שעולותיו משמשות מטרה ציבורית בלבד, כפי שזו מוגדרת בחוק, ולמטרות שאושרו ע"י שר האוצר כמטרה ציבורית. במובן זה, אין לראות בעותרת מוסד ציבורי; מטרתה העיקרית הינה כינון חוקה כתובה, אשר פעולות החינוך והתרבות באות להגשימה, ובמובן מסוים משמשים כאמצעי להשגתה. "מטרה ציבורית" היא כל אשר לציבור - כולו או מקצתו - עניין בה, כלומר כזו שאינה באה לקדם את ענייניהם של פרטים מסוימים. יצויין כי מטרתה של העותרת נופלת לגדר מטרה ציבורית אשר שר האוצר מוסמך להכיר בה. ההכרה ב"מטרה ציבורית" צריכות להעשות באופן סביר וענייני, תוך הקפדה על שוויון. מכאן שהחלטת המשיבים במקרה זה היא בתוך מתחם הסבירות. השר היה רשאי לקבוע כי משאביה של המדינה לא יחולקו לקידום מטרות הקשורות בהליכי חקיקה או השזורות בנושאים ציבוריים שנויים במחלוקת ציבורית או פוליטית.

לעניין עקרון השוויון, כי ההחלטה בעניינו תתקבל מתוך יחס של שוויון כלפיו. החלטה מפלה היא החלטה פסולה. לעניין זה, יש להבחין בין שלושה מצבים: במצב הראשון, לפלוני ולאחרים שכמותו אינטרס המוגן בדיון. הרשות השלטונית מכירה באינטרסים של האחרים, אך בדרך מפלה שוללת זאת מפלוני. במצב השני, לפלוני ולאחרים שכמותו אין אינטרס המוגן באופן אובייקטיבי בהוראת הדיון, אך חרף זאת מעניקה הרשות השלטונית את האינטרס לאחרים ובדרך מפלה אינה מעניקה אותו לפלוני; במצב השלישי, לפלוני ולאחרים שכמותו אין אינטרס המוגן באופן אובייקטיבי בדיון. עם זאת, הרשות השלטונית עושה שימוש בשיקול דעתה, מעניקה את האינטרס לאחרים אך בדרך מפלה שוללת זאת מפלוני.

במצב הראשון האפליה הפסולה מביאה לביטול ההחלטה של הרשות המינהלית. במצב השני ההחלטה המפלה בטלה ומבוטלת; עם זאת, אין בכוח ביטולה של האפליה כדי להעניק לפלוני זכות שהדין אינו מאפשר להעניק לו. כל שביכולתו של פלוני לעשות הוא להביא לידי כך שהרשות המינהלית תפסיק להעניק לאחרים טובות הנאה שאינן מגיעות להם כדיון. בענייננו, אין בטענת האפליה של העותרת כדי להעניק לה את הסעד המבוקש על-ידה. אפילו הופלתה העותרת ביחס לגופים אחרים במסגרת הראש הראשון, הרי אין באפליה זו כדי להעניק לה פטור או זיכוי שהדין אינו מעניק לה. במצב השלישי, שיקול הדעת הניתן לרשות יוצר מיתחם של אפשרויות סבירות. אם הרשות השלטונית קבעה מדיניות לפיה זכאים האחרים לטובת הנאה, הרי לאור הדמיון בין פלוני לבין אותם אחרים, גם פלוני זכאי להיכלל במסגרת מדיניות זו.

במצב זה, אם הרשות מחליטה לאמץ מדיניות חדשה, ולהפעילה באופן שוויוני בעתיד, יש להבחין בין שני מצבי משנה אפשריים. במצב האפשרי הראשון נוקטת הרשות השלטונית במדיניות חדשה, לפיה איש אינו מקבל טובת הנאה. בנסיבות אלה - ובהנחה שהמדיניות החדשה היא כדיון - לא יזכה פלוני לכל טובת הנאה.

במצב אפשרי שני הרשות אינה מעניקה טובות הנאה חדשות, אך אלה שניתנו בעבר באופן מפלה ממשיכות להינתן. הרי אין לו לפלוני על מה להלין. הוא אינו נמנה עם מי שקיבל טובת הנאה בעבר והמדיניות החדשה שוללת כל טובת הנאה. אך לעתים ממשיכה הרשות השלטונית להעניק גם בעתיד טובות הנאה למי שקיבלו אותן באופן מפלה בעבר, וזאת חרף העובדה כי ניתן כדין להימנע ממתן טובות הנאה מפלות בעתיד. במצב דברים זה מדיניותה החדשה של הרשות השלטונית אינה כפי שהיא נחזית להיות. במצב דברים זה ממשיכה האפליה להתקיים, שיקוליה של הרשות השלטונית פסולים, וזכותו של פלוני לקבל טובת הנאה כאחרים.

במקרה שלפנינו, ניתן לקבל מכוח הדין מעמד של מוסד ציבורי למי שנתקיימו בו תנאים מסוימים, אבל גם שיקול דעת לשר האוצר לקבוע מוסדות כמוסדות ציבוריים. עד כמה שיש בהענקה זו אפליה לעומת העותרת, מן הראוי להימנע ממנה לעתיד. הימנעות זו צריך שתחול לגבי מוסדות חדשים שבהענקת טובת הנאה להם יש משום אפליה כלפי העותרת, כולל מוסדות שהוכרו בעבר כ"מוסד ציבורי" ושניתן כדין לבטל את ההכרה בהם לגבי העתיד. לעומת זאת, אם המשיבים יתמידו במתן הכרה במוסד ציבורי על בסיס מפלה גם כלפי מוסדות שניתן כדין לבטל את ההכרה בהם, כי אז תעמוד זכותה של העותרת להכיר גם בה.

אפילו קיימת אפליה כנגד העותרת, אין בה כדי להעניק כיום לעותרת זכות להכרה בה כמוסד ציבורי. היא אינה זכאית להכרה שכן היא אינה מקיימת את התנאים הנדרשים בפקודה. אפילו מופלה העותרת, אין בכך כדי להעניק לה זכות. עם זאת, במידה ויוכח תוך זמן סביר בעתיד כי האפליה נמשכת, תוכל העותרת לעמוד על זכותה לקבל הכרה לפי המדיניות למעשה הננקטת על-ידי המשיבים. העתירה נדחית.

בשנת 1996 קבע משרד החקלאות, כי חקלאי שהגיש תכנית פיתוח שאושרה ע"י המשרד, יקבל מענק בשיעור 20% מההשקעה, ובנוסף גם מענק מנהלי בשיעור שייקבע לפי האיזור. לאחר שנקבע תקציב המשרד והוגשו הבקשות למענקים, התברר שהמשרד לא יוכל להיענות לכולן, ולכן הוחלט לשנות את התנאים למתן מענק מנהלי לבי מי שהגיש בקשה החל מיוני 96. העותרים מבקשים לבטל את שינויים אלה.

הפרת השוויון, כלומר הפליה, היא עילה לפסול הנחיה מינהלית, ובכלל זה הנחיה המסדירה מתן מענקים. בשלב הראשון יש לקבוע את קבוצת השוויון, כלומר, לקבוע כלפי מי חלה חובת השוויון. בשלב זה, השאלה היא שאלה של שוויון חיצוני, כלומר, האם השוויון נשמר בין מי שבתוך הקבוצה לבין מי שמחוץ לקבוצה. בשלב השני, לאחר שקבוצת השוויון נקבעה, חלה חובת השוויון כלפי כל מי שנכלל בקבוצה זאת. בשלב זה מתעוררת שאלה של שוויון פנימי, כלומר, האם השוויון נשמר כלפי כל מי שנכלל בקבוצת השוויון.

לפי תכנית הפיתוח, בנוסח המקורי שלה, כל מגדלי הפרחים היו כשירים לקבלת מענק מינהלי בתנאים שנקבעו בתכנית. חובת השוויון מאפשרת להבחין בין אדם לאדם, גם בתוך קבוצת השוויון, ובלבד שההבחנה תהיה עניינית וסבירה. בהתאם לכך נקבע בתכנית הפיתוח, בנוסח המקורי, מענק שונה באזורים שונים. אולם כאשר נתברר למשיבים, במהלך השנה, כי הסכום שנקבע בתקציב לצורך מתן מענקים לא יספיק למתן מענקים בשעורים שנקבעו בתכנית הפיתוח, הם שינו את קבוצת השוויון לצורך הקטנת סכום המענקים.

כל קבוצות השוויון נוצרו על ידי המשיבים על יסוד לוח מועדים: הקבוצה הראשונה - המועד בו הוגשה הבקשה על ידי מגדל הפרחים; ארבע הקבוצות הנוספות - המועד בו אושרה הבקשה על ידי המינהלה. השאלה היא, אם כן, אם בנסיבות המקרה המועד, אם המועד לגשת הבקשה ואם מועד ההחלטה בבקשה, מצדיק את היצירה של קבוצת שוויון.

מסתבר שאז ראה המשרד צורך להקטין את הסכום הכולל של הבקשות למענקים. לצורך זה החליט להקטין את מספר הבקשות. לפיכך הודיע ביום 20.6.96 כי יפסיק לקבל בקשות מאותו יום. אמנם, אילוץ תקציבי יכול להיות שיקול ענייני, במיוחד בהקשר של מתן מענקים. אך הוא אינו שיקול יחיד, ויש לאזן בינו לבין שיקולים אחרים, כדי להגיע אל החלטה שיש בה סבירות, מידתיות ושוויון.

משרד החקלאות התעלם משיקולים ענייניים, לבד מן השיקול התקציבי, שהיה עליו לקחת בחשבון. אחד השיקולים שצריך היה להנחות את משרד החקלאות הוא שיקול הצדק. ההחלטה מיום 20.6.96, שלא לקבל בקשות שיוגשו מאותו יום, אינה עושה צדק. כבר בחודש מאי 1996 היה ברור למשרד החקלאות כי תקציב המשרד לא יאפשר לו להיענות לכל הבקשות שהוגשו ויוגשו למשרד. אך זה הודיע ביום 20.6.96 כי בקשות שיוגשו מאותו יום, ללא הודעה מוקדמת וללא תקופת מעבר, לא ייענו. בכך נפגעה חובת ההגיונות.

תכלית חוק ההשקעות היא עידוד השקעות הון בחקלאות. ההחלטה של משרד החקלאות, שלא לדון כלל בבקשות למענק שיוגשו לאחר יום 20.6.96, אינה משרתת תכלית זאת: אין הבדל בין מגדלי פרחים שיש להם משק חקלאי דומה ותכנית השקעה דומה, אלא שאחד הגיש את הבקשה למענק ימים אחדים, או אף שבועות אחדים, לפני השני. במקום לפזר את הפגיעה הכספית

המתחייבת מאילוץ התקציב, באופן יחסי בין מגדלי פרחים רבים, היא ממקדת את הפגיעה, באופן קשה, במספר מסויים של מגדלי פרחים שהגישו את הבקשות בין יום 20.6.96 ליום 31.7.96. פגיעה כזאת עלולה לערער את האמון של חקלאים בתכניות הפיתוח שתארכים מסויים. משרד החקלאות ולפגוע בנכונות שלהם להשקיע מכספם בפיתוח המשק בעתיד.

הצדק, ההגינות והתכלית של החוק הם שיקולים ענייניים חשובים. משרד החקלאות צריך היה לקחת אותם בחשבון, נוסף לאילוץ התקציבי, ולאזן ביניהם כראוי. אך אין טענה או סימן שכך עשה. משרד החקלאות היה צריך לקבוע מלכתחילה תכנית אחרת, שתמנע את הצורך לשנות את תכנית הפיתוח באופן שיפגע בשוויון, וזאת במיוחד לאור הנסיון של המשרד בשנים קודמות. המשרד החקלאות עצמו הגיע, אף כי מאוחר מדי, למסקנה שראוי למצוא דרך שונה למתן המענקים.

כאשר נתברר למשרד החקלאות האילוץ התקציבי, יכול היה המשרד לפעול על פי אילוץ זה בדרך אחרת, שלא תהיה בה פגיעה קשה כל כך בשוויון. לדוגמה, המשרד יכול היה, כבר בחודש מאי 1996, להודיע ברבים כי הוא ימשיך לקבל בקשות עד יום 31.7.96, כפי שנקבע בתכנית הפיתוח, כי הוא ידון ויחליט בהן ללא שיהוי, אך בשל האילוץ התקציבי הוא לא יקבע את שיעור המענק אלא רק לאחר יום 31.7.96, כאשר יהיה ידוע מהו הסכום הכולל של הבקשות שהוגשו. בדרך זאת ניתן היה לחלק באופן שוויוני, בהתחשב באילוץ התקציבי, את הסכום הכולל של הבקשות שהוגשו וטרם הוכרעו. אמנם אין זו דרך מושלמת, אך במצב שנוצר לא היתה דרך מושלמת.

ההחלטה שהתקבלה בסופו של דבר מתעלמת משיקולי הצדק, ההגינות והתכלית של החוק, שהם שיקולים ענייניים חשובים, ומכל מקום אינה מאזנת כראוי בין השיקול התקציבי לבין שיקולים אלה. לפיכך ההחלטה פסולה ובטלה. התוצאה היא, שהמינהלה חייבת כעת לדון ולהחליט לגוף העניין בבקשות למענק שהוגשו על ידי העותרים, כאילו הוגשו לפני יום 20.6.96. העתירה מתקבלת.

העותרת הינה חברה שהוקמה במטרה לפתח ולהקים בירושלים מרכז רפואי חדיש. העותרת פנתה למשיבים לשם קבלת רשיון למרכז, אולם נענתה כי מדיניות משרד הבריאות היא שלא לאשר הקמת בתי חולים חדשים, למרות שערכה חלק מהשינויים בתכניות שביקשו. החוק לא נותן למשיבים כל סמכות לסרב מתן אישור לרישוי בית חולים פרטי מטעמים של מדיניות גרידא, ולכן פירסמו צו שהסדיר, לדעתם, את סמכותם זו. כנגד הצו הוגשה העתירה.

לפי החוק, כאשר ממלא גוף המבקש להקים בית חולים אחר הדרישות הענייניות והמעשיות (הלוגיסטיות) שבו, אין ברירה מלפני הרשות המוסמכת, שהוא המנהל הכללי של משרד הבריאות, מלאש את הרישום, שכן בהתמלא הדרישות אין לו שיקול הדעת לסרב את הרישום מטעמים אחרים, לרבות מטעמי מדיניות כללית.

אמנם, עבודות הבנייה לא הסתיימו ערב פרסום הצו ברשומות, והמוסד שהוקם לא היה זכאי להירשם כבית חולים. אולם במשך המן מאז ועד היום, סטו המשיבים ממדיניותם המוצהרת בשלושה: אישרו את פתיחת בית החולים במרכז חורב בחיפה; הוחלט על פתיחת מחלקה חדשה לניתוחי לב בבית החולים וולפסון בחולון; והוחלט למכור בית חולים ממשלתי. ערב פרסומו של הצו הנ"ל טרם הוחל בהקמתו של בית החולים במרכז חורב בחיפה, ואילו המרכז הרפואי שהוקם על ידי העותרת עמד כבר על תילו והיה כמעט ערוך ומוכן להפעלה.

מדיניות אחת, ורק אחת, הדריכה את המשיבים בסרובם להתיר פתיחת בית חולים חדש בחיפה ובירושלים. עובדתית, הדמיון בין הבקשות לפתיחת בתי החולים בחיפה ובירושלים, ולהליכים שננקטו בהקשר לכך הוא רב מאד, והדברים אמורים לא רק בפניות ובמועדיהן אלא גם בכספים שהושקעו לקידום הפרוייקטים בשני המקרים וההדגשה כי מדובר בהשקעה מבורכת של משקיעים זרים. בבית חולים שאינו גדול בממדיו, אין בו כדי לפגוע בבתי החולים הקיימים באזור ירושלים. כשם שבתי החולים האחרים משרתים את תושבי ירושלים ולא רק אותם, כך גם בית החולים של העותרת ישרת במידה מצומצמת גם את אלה וגם את אלה. אין הצדקה להפלות בין שתי החברות. העתירה מתקבלת.

העותר הוא בדואי מן הנגב. בשנת 1993 פנה העותר לבג"ץ יחד עם אחרים, וביקשו שיותר להם לרעות באין מפריע בשטחי מרעה מסוימים. העתירה נסתיימה בפשרה. לאחר מכן פנה העותר בבקשה כי תוקצה לו "קרקע להתיישבות בודדים לשם גידול מקנה", אך בקשתו נדחתה, ומכאן העתירה הנוכחית.

לטענת העותר הוא סובל מהפלייה מכיוון שאחרים זוכים לחכור מאת המינהל קרקע לרעייה ואילו הוא נדחה שוב ושוב. על הטוען הפליה להיכבד ולהצביע על פלוני או על פלוני הזוכים - שלא כדין, לטענתו - במה שהוא אינו זוכה בו. לא עוד, אלא ששומה עליו על עותר לצרף אותו פלוני או אותם פלוני כמשיבים לעתירה, כדי שתיתן להם האפשרות ההוגנת להגן על עניינם. העותר אינו מצביע אלא על שני בעלי חוות אשר ביחס אליהם, לטענתו, הופלה הוא לרעה; שהם זכו לחכור שטח מרעה של כ-10,000 דונם, בעוד אשר הוא נדחה ולא זכה לקבל אף שטח מרעה מצומצם יותר. לטענתו של העותר זכו אותם שניים באשר לא זכה הוא אך באשר הינם יוצאי "הסיירת הירוקה".

העותר לא צירף את אנשי החוות האמורות כמשיבים לעתירה ואלה אינם לפנינו. משהסבנו את תשומת לב בא-כוחו למחדל זה, השיב כי אין ברצונו לצרף משיבים נוספים. מכיוון שכך, ממילא נסתתמו טענות ההפליה שבפיו. לאחר מכן טען כי מפלים המשיבים את הבדואים לעומת יהודים, אך באשר בדואים הם. טענה זו הינה טענה חמורה ביותר, והיה על העותר להניח תשתית עובדתית ומשפטית ראויה קודם שבא לבנות עליה בניין של הפליה, כביכול. אך גם זאת לא עשה העותר, ולכן דינה של הטענה הוא אפוא דחייה.

העותר אינו מעוניין ב"התיישבות בודדים" אלא בחכירת שטח למרעה. אותה "התיישבות בודדים" אינה אמורה לשמש אלא יתד שעליה אומר העותר לתלות את בקשתו לחכור שטח בן אלפי דונמים. העותר ביקש בתחילה לחכור שטח של כ-3,000 דונם באזור הנגב. המדובר הוא בשטח המצוי בתחומי שטח אש, המשמש לאימונים לצה"ל, והרעייה בו מותרת רק לאחר קבלת אישור מאת רשויות הצבא המוסמכות. צה"ל אינו מאשר לרעות בשטח אלא בחודשי האביב, וממילא אין אפשרות לעשות שימוש בשטח אלא בחודשים אלה בלבד. באותם חודשי האביב משמש השטח המבוקש למרעה אלפי ראשי צאן של עשרות בדואים אחרים, וממילא אין אפשרות להחכירו לעותר בלבד, לאמור, להקנות לו זכות בלעדית לעלות על השטח ולהאכיל את מקנהו שלו. אין כל הצדק להעדיף את העותר על אחרים.

לאחר מכן ביקש העותר כי יוחכר לו שטח ספציפי בן כ-4,000 דונם באזורי עדולם ולכיש. גם שטח זה הוא "שטח אש", ויש עשרות בדואים אחרים המבקשים להעלות, והמעלים, את מקניהם על אותו שטח אדמה שהעותר מבקש לעצמו, ולעצמו בלבד, ואין כל הצדק לפגוע באותם בדואים אך באשר העותר מבקש כי ייטיבו עמו. העתירה נדחתה.

הערת העורך: יצויין כי חלק ניכר – ואולי רוב – שטח המדינה סגור בפני אזרחים, בהיותו מוגדר כשטח צבאי, בייחוד באזור הנגב. חלק ניכר משאר השטח (ושוב - אפילו אולי רובו) סגור להתיישבות של לא-יהודים, גם לאחר פס"ד קעדאן, מכיוון שהוא מוכר לסוכנות ולקרן הקיימת.

העותרים מתגוררים בבניין גדול בבאר-שבע, המתואר על ידם כנמצא בשכונת מצוקה. יום אחד החליטו הדיירים בבניין להביע מחאה על ההזנחה של השכונה והעזובה של הבניין; הם ביקשו לשכנע את העירייה ורשויות מוסמכות אחרות, לכלול את הבניין בתכנית לשיקום שכונות. למטרה זאת תלו כרזות על קירות הבניין הפונים לרחוב. על גבי הכרזות כתבו הדיירים דברי ביקורת ומחאה כלפי העירייה וכלפי ראש העירייה.

למחרת היום הופיעו בבניין פקחי העירייה, וטענו באוזני הדיירים כי הכרזות נתלו שלא כחוק, שכן על פי חוק עזר של העירייה חובה היתה עליהם לבקש ולקבל רשיון לתליית הכרזות, ותלשו את הכרזות שנתלו על קירות הקומות הנמוכות. לאחר מכן עלו הפקחים לדירות שבקומות הגבוהות, ביקשו וקיבלו רשות להיכנס לדירות, ואז הורידו כרזות שניתלו על גבי הקירות החיצוניים של דירות אלה. אולם הפקחים ידעו להבחין בין כרזה לכרזה. כרזות שהביעו ביקורת כללית על הזנחת השכונה, וכרזות של תעמולת בחירות, שהודבקו על גבי הבניין בזמן מערכת הבחירות חודשים אחדים קודם לכן, נותרו תלויות במקומן. רק כרזות שמתחו ביקורת על ראש העירייה באופן אישי נתלשו.

בבאר שבר מסדיר חוק עזר, בין השאר, את השילוט מבחינות שונות. סעיף 16 לחוק מקנה סמכות לראש העירייה להוריד שילוט אשר הוצג שלא כדיון, וזה אצל את סמכויותיו לפי חוק העזר למנהל הכללי של העירייה, ואת מרבית הסמכויות גם למנהל אגף הפיקוח בעירייה.

לעתים קרובות אין אכיפה מלאה, ומבחינה מעשית אף לא יכולה להיות אכיפה מלאה, של חוק או תקנות; אכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה, שהרי הרשויות אינן יכולות להקצות אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק. לכן רק טבעי וראוי הדבר שהמדינה ורשויות אחרות יקבעו לעצמן מדיניות שתקבע סדר עדיפות לאכיפת החוק. אכיפה כזאת, אף שהיא אכיפה חלקית, אינה אכיפה בררנית.

אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע בקבלת החלטה לאכוף את החוק, כדי לפסול את החלטה. אכיפה היא הרסנית לשלטון החוק, מקוממת מבחינת הצדק, ומסכנת את מערכת המשפט.

אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המינהלית. כתוצאה עובר הנטל אל הרשות המינהלית להראות כי האכיפה, אף שהיא נראית בררנית, בפועל היא מתבססת על שיקולים ענייניים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות.

במקרה שלפנינו, מדברות העובדות בעד עצמן: עולה מהן כי העירייה ביקשה להשתמש בסמכות שסעיף 16 לחוק העזר מקנה לראש העירייה כדי להפעיל צנזורה כנגד ביקורת על ראש העירייה. אין ספק כי זהו שיקול זר לחוק העזר, כמו גם לפקודת העיריות, והוא אינו יכול לבסס החלטה להסיר את הכרזות שהוסרו. העתירה מתקבלת.

הרכבת הוציאה מכרז בעניין הרחבת המסילה בדרום, בו תיקבע החברה הזוכה לפי אמת מידה כלכלית ומקצועית. נכתב כי אמת המידה המקצועית תורכב משלושה חלקים: הרכב ורמת העובדים, ניסיון מוכח בעבודות דומות ושביעות רצון הלקוחות. נקבע גם המשקל באחוזים שיינתן לכל מרכיב, אך פירוט זה לא פורסם במסמכי המכרז. הזוכה היתה חברת ברן, וכנגד החלטה זו הוגשה עתירה לבית המשפט המחוזי, אשר קבע כי הרכבת לא נהגה בשיוויון בכך שקבעה את אמת המידה של שביעות רצון קודמת, וכי שיטת החישוב היא פגומה, אולם לא במידה המצדיקה התערבות החלטת ועדת המכרזים. בית המשפט קבע שיטת חישוב משל עצמו, לפיה חברת צומת היתה צריכה לזכות במכרז.

השימוש באמת מידה של "שביעות רצון" הינו מורכב ביותר; לכאורה, עלולה אמת מידה זו ליצור הפליה בין ספקים וותיקים, מה גם שהוא קשה להערכה, עניין העלול לפתוח פתח לעיוותים ואף למניפולציות אסורות. עם זאת, לא ניתן לוותר לגמרי על השימוש בה שכן טמונים בכך גם יתרונות עבור הרשות, וגם הידיעה כי הרשות בוחנת ביצועי עבר לצורך קבלת החלטות עתידיות תשפיע לטובה על איכות עבודתם של הספקים. במסגרת זו, יש לעמוד על הקריטריונים שייבחנו במסגרת "שביעות הרצון"; מה המשקל שיינתן לאמת המידה באופן כללי ולכל קריטריון באופן ספציפי; כיצד ייאסף המידע על המציעים; וכן הלאה.

לעניין שיטת החישוב שקבע בית המשפט המחוזי, זו לא היתה ידועה לצדדים לפני שפורסם פסק הדין והתבססה על הנחות שכלל לא נדונו בבית המשפט; לו היה נקבע תחום שונה במקצת היתה מתקבלת תוצאה הפוכה מזו שנקבעה. במקרה כזה בית המשפט להעזר בחוות דעתם של מומחים, ומשבחר בית המשפט להציע דרך משלו במקום ועדת המכרזים ולהכריע על פיה, אין החלטתו יכולה לעמוד ודינה להתבטל.

אמנם, לא הונח כל יסוד לטענה, שהרכבת "התאימה" את שיטת החישוב שלה להצעות שהתקבלו, מתוך כוונה מראש להביא באופן בלתי ראוי לזכייתה של ברן, וגם שיטת החישוב שקבעה אינה כה בלתי סבירה עד שמוצדק יהיה להתערב בשיקול דעתה של ועדת המכרזים; עם זאת, במכרז נפל פגם מסוג אחר, בכך שהרכבת נמנעה מלפרסם מראש את השיטה אותה התכוונה להפעיל, וגם את חלוקת המשקל לרכיבים שהרכיבו את אמת המידה המקצועית, אף שחלוקה זו נקבעה על ידי ועדת המכרזים לפני פרסום המכרז.

הדרישה לפרסם במסמכי המכרז את מירב הפרטים אודות אמות המידה נגזרת מחובתה של הרשות המינהלית להודיע על הקריטריונים להכרעתה. בפרסום המוקדם יש כדי לסייע למשתתפים להכין את הצעותיהם בצורה טובה יותר; יצויין כי ייתכנו מצבים בהם פרסום יתר של פרטים יקשה על עורך המכרז לממש את חופש הבחירה שלו על פי מטרות המכרז והאינטרס הציבורי.

בענייננו, לא היתה כל מניעה לכך ששיטת החישוב והמשקלות שנקבעו ברכיב המקצועי יפורסמו מראש. בצורה כזו ניתן היה למנוע את מרבית המחלוקות שהתעוררו מאוחר יותר: החברות היו יכולות להעלות את השגותיהן ביחס אליה בשלביו המוקדמים של המכרז והענין היה יכול להתברר מבלי שצד כזה או אחר היה נפגע מכך, והיו פחות מחלוקות מכיוון שאין אדם יכול להשתתף במכרז ולאחר שיתברר שלא זכה בו, להעלות כנגדו טענות.

פגמים בניסוח מסמכי המכרז, כגון חסרים או סתירות, שארעו עקב התרשלותה של הרשות, מזיקים לכל הצדדים להליך המכרז ויכולים לעתים להביא אף לביטולו; ואף אם הפגמים אינם עולים בחומרתם כדי הצדקת ביטול המכרז, הרי שהם עלולים, בנסיבות מסוימות, לגרום למשתתפים במכרז להוציא הוצאות מיותרות ובנסיבות אלו מפרה הרשות את חובתה כלפי משתתפי המכרז, ואף ייתכן כי היא גורמת להם נזק שהוא בר-פיצוי. אין מדובר בעילה נזיקית או חוזית דווקא אלא בעילה מינהלית הנעוצה בהתנהגות הרשות ועל כן, יש להבחין בין הפיצוי בגין נזק זה לבין הפיצוי בגין נזק שנגרם למי שראוי היה כי יזכה במכרז. יש לקבוע פיצוי למי שניזוק מהתרשלותה של הרשות בניסוח המכרז, או מאופן ניהולו, התרשלות שהיא בעוצמה פוגענית באופן ממש. במקרה שלפנינו, אף כי לא הוכחה מידת הנזק שנגרם לצומת מאופן ניסוח תנאי המכרז, הרי שבגין ההוצאות שנגרמו לצומת כתוצאה מהפגמים שנפלו במכרז יש לפצותה בסכום של 150,000 ₪. הערעור מתקבל.

מועצת מקרקעי ישראל קיבלה מספר החלטות, העוסקות בשינוי הייעוד בקרקעות מדינה שייעודן חקלאי. בהקשר זה נקבע בחוק מקרקעי ישראל, כי קיים איסור על העברת הבעלות בהם, בכפוף למקרים מיוחדים; קרקע חקלאית נמסרת לחוכריה לצרכי חקלאות וצרכים הנלווים לכך. על החוכר הוטלה חובת עיבוד הקרקע ובהתחשב בכך נקבעו גם דמי החכירה, שהיו נמוכים מאוד, להבדיל משיעור דמי החכירה בערים. בחוזי החכירה נקבע כי באותם מקרים שבהם ישונה ייעודה של הקרקע - היא תושב למינהל והחוכר יהא זכאי לפיצויים, לפי הקריטריון של השבה לחקלאי את שווי זכויותיו והשקעותיו בקרקע, ללא כל זיקה לערכה לאחר שינוי היעוד. החל מתחילת שנות התשעים הונהגה מדיניות חדשה, ובמסגרתה גם ההחלטות החדשות. יש, על כן, לבחון את חוקיות שלוש ההחלטות על רקע עמדה זו; יצויין כי המדינה ביטלה בינתיים את ההחלטות, אולם והיתה מחלוקת בקשר אליהן, יש לדון בסבירותן.

המקרקעין הם משאב חיוני מאין כמותו. בנסיבות אלה, על המדינה ועל המופקדים מטעמה על מקרקעיה לפעול בשיקול דעת זהיר בכל הנוגע לויתור על זכויות בקרקע. תקופת ההחכרה המקובלת היא ל-98 שנים ואף יותר. כל החכרה יש עמה, במידה רבה, דחיקת רגליו של המינהל מהשפעה על הקורה במקרקעין ועל קביעת עתידה.

אחת התכליות הכלליות של כל גוף מינהלי היא לנהוג בשוויון. מתן קרקע לאחד מונע אותה מאחרים, ושאלת סדר העדיפויות צצה ועולה בכל חריפותה. טענות להפליה קיימות בין מיגזרים שונים בציבור, כמו גם בין יחידים וקבוצות באותו מיגזר. גם החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית. יש להבטיח כי החלטות בעלות השלכות חלוקתיות יהיו תוצאה של הליך צודק ופתוח, במיוחד לנוכח הסכנה שהחלוקה תטיב רק עם קבוצות לחץ מאורגנות היטב.

החלטה 727 איפשרה לחוכרים להנות משינוי הייעוד בקרקע חקלאית שהוחכרה להם, על אף שהזכויות בחוזה החכירה לא הקנו להם זכות כזאת. עמדת המדינה היא, שמתן הטבה זו הינה כלי מדיניות בו נקט המינהל כלפי חוכרי קרקעות חקלאיות כדי לתמרץ את החוכרים להסכים לשינוי הייעוד. המניע המרכזי היה החשש שללא מנגנון מהיר להפשרת קרקע בהסכמת החוכרים, צפויה בעיה חמורה בתחום הדיור.

עומדים כנגד מגמה זו מספר שיקולים. האחד הוא הגורם התכנוני, אשר ביסודו הצורך לשמור על שטחים פתוחים. שיקול נוסף שהיה על המועצה לשקול, הוא השיקול החברתי הנוגע לגובה הפיצויים. טובות ההנאה על פי החלטה 727 מעניקות לחוכר פיצוי כספי גבוה בהרבה מזה המגיע לו כ"פיצויים חקלאיים" לפי חוזה החכירה. על רקע זה קמה גם התעוררות בחוגים שונים באוכלוסיה, המתריעים נגד הענקה מוגזמת של זכויות במקרקעין של המדינה למי שאינם זכאים לכך, המיגזר החקלאי, תוך הפליה של מיגזרים אחרים. נשאלת השאלה האם היה קיים הכרח לסייע לפיתרון בעיות הדיור על ידי הפשרת קרקעות חקלאיות. אם התשובה לכך היא חיובית, נשאלת השאלה אם עשה המינהל די כדי לגרום להפשרת קרקעות חקלאיות בדרכים המשפטיות העומדות בפניו.

ראוי היה שההחלטה תתייחס לאזורים בהם קיים ביקוש לקרקע לדיור בהקדם. אך למה ייקבע מתן פיצויים על פי ההחלטה בהפשרת קרקעות חקלאיות באזורים בהם אין נדרשת קרקע זמינה

במועד ההחלטה? המציאות מלמדת, כי הסיכוי לקבלת פיצוי מוגדל מעודד חוכרי קרקע חקלאית להפעיל לחצים בכיוון שינוי הייעוד מקרקע חקלאית לקרקע לבנייה. אם נדרשים עידוד ותמריץ לשינוי ייעודן של קרקעות חקלאיות, מן הראוי שייקבעו התחומים הטריטוריאליים בהם, על פי שיקולי תיכנון ודרישות קרקע למגורים.

שאלה אחרת היא, אם ראוי הדבר שבמסגרת קביעת גובהו של הפיצוי תילקח בחשבון עובדת מצבם הכספי הקשה של הקיבוצים והמושבים. קיימים רמזים שבפועל לשיקול זה היה משקל בקביעת שיעורם. האם שיקול הינו שיקול ראוי ורלוונטי? – כנראה שלא. על המועצה הוטל לקבוע את המדיניות הקרקעית על פיה יפעל המינהל. מה שהוטל עליה לקבוע זה את "המדיניות הקרקעית". ניצול הזדמנות זו כדי להיטיב עם המיגזר החקלאי על רקע מצבם הכלכלי והכספי הקשה, כמוהו כשימוש בשיקול זר. בנסיבות מתאימות, יכולה לעשות זאת הממשלה והכנסת על פי סמכויותיהן.

בכל מקרה, מדובר על סכומי עתק לא-סבירים, אפילו יינתן משקל מתאים לזכויות ההיסטוריות של החוכרים ביישובים החקלאיים. על רקע זה מובנת גם להיטותם של חקלאים באזור המרכז להביא לשינוי ייעוד הקרקעות ולקיים עיסקאות שיבטיחו להם את הפיצויים. החלטה 727 הינה החלטה בלתי סבירה בעליל ובטלה ואין לפעול על פיה. העתירה מתקבלת.

הערת העורך: בהקשר פסק-דין זה עולה שאלה אחרת, מה יקרה אם ישונה חוק יסוד מקרקעי ישראל ויתאפשר למדינה למכור את הקרקעות שבידה ולא רק להחכירן; פתרון ביניים בין עמדת החקלאים לזו של חלק מהעותרים תהיה מתן אפשרות חוכרים לרכוש את הקרקעות במחיר ריאלי לקרקע חקלאית, אבל אם ישונה יעודן לאחר מכן, ממילא ירוויחו מכך. פתרון אפשרי אחר הוא לאפשר לחוכרים לרכוש את הקרקעות בתנאים נוחים יותר מתנאי השוק.