

1. ש.ע.ל – שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים, ע"ר
580037430

2. חגית עופרן

העותרות

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או חגי בנימין ו/או אלון ספיר ו/או
קלה ספיר מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 65157; טל: 03-
6206947/8/9 פקס': 03-6206950

-- נ ג ד --

1. שר הביטחון

2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

3. ראש המינהל האזרחי בגדה המערבית

4. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש

באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה, מחלקת בג"צים

המשיבים

5. החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית

המלך ג'ורג 48 ירושלים, טל'- 02-6202799 פקס- 02-6202487

OfficeHatal@wzo.org.il

עתירה למתן צו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי במסגרתה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לתת טעם מדוע לא יתקנו את הפגמים ב"נוהל פרסום מתן הקצאות והרשאות של מקרקעין בשטחים שמחוץ לתחומי יישוב" אשר פורסם ביום 7.11.2018 (להלן: "הנוהל"), באופנים הבאים:

- א. ניסוח מחדש של שניים מארבעת החריגים לחובת הפרסום הכללית שבנוהל והם: סעיף 4(ה)1 "חשיבות מיוחדת לסדר הציבורי" וסעיף 4(ה)4 "פרויקט הקצאה מצומצם בהיקפו", וזאת בהיותם עמומים, רחבים ובלתי בהירים באופן שמאפשר הימנעות בלתי מוצדקת מפרסום, אינו סביר ויוביל להתדיינות משפטיות רבות;
- ב. מחיקת הסיפא לסעיף 3(ג) לנוהל הפוטר מפרסום הקצאות כשמדובר בקרקעות מסוג - (1) "אדמות יהודים", (2) מקרקעין פלסטיניים תפוסים (בתפיסה צבאית), ו- (3) מקרקעין בסטטוס נכסי נפקדים;
- ג. תיקון סעיף 4(ז) לנוהל כך שחובת הפרסום תחול גם על הארכת הקצאות שניתנו בעבר וכן הקצאות משנה;
- ד. תיקון הנוהל כך שיכלול הוראה שתבטיח פרסום הקצאות הניתנות למשיבה 5 וכן הקצאות משנה המבוצעות על-ידיה לגורם שלישי;

הנוהל נושא עתירה זו מצ"ב ומסומן נספח ע/1.

ואלה נימוקי העתירה:

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בחובת המשיבים לפרסם הקצאות קרקע שנעשות בתחומי הגדה המערבית. חובה זו עוגנה לאחרונה על ידי המשיבים ב-"נוהל פרסום מתן הקצאות והרשאות של מקרקעין בשטחים שמחוץ לתחומי יישוב" (להלן: "הנוהל", מסומן כאמור לעיל נספח ע/1 לעתירה דנן), אשר פורסם ביום 7.11.2018 על ידי המשיב 1, בעקבות עתירה שהגישו העותרות דנן בבג"צ 8217/15 ש.ע.ל. – **שלום עכשיו לישראל נ' שר הביטחון ואח'** (להלן: "העתירה הקודמת"). עם זאת, בד בבד עם עיגון החובה הכללית, עיקרו המשיבים מתוכן את החובה על ידי החלטה של "מדיניות חריגים" נרחבת, אשר כמעט ומאיינת את האפשרות כי הנוהל יקדם שקיפות משמעותית כלשהי בסוגיית ההקצאות, ובכך נמנע מראש מימוש תכליתו.

העתירה הקודמת לבג"צ 8217/15 (ללא נספחים) מצורפת ומסומנת נספח ע/2.

2. במסגרת העתירה הקודמת, שהתנהלה במשך ארבע שנים בבית המשפט הנכבד, דרשו העותרות שתוסדר ותעוגן חובת פרסום של כוונה להקצאה ו/או הרשאה לתכנון של מקרקעי ציבור בגדה המערבית, באופן ובמועד שיאפשר למי מהציבור שיש לו נגיעה לעניין או מידע רלוונטי, להביאו בפני הרשויות המתאימות ולהביע את עמדתו ביחס להקצאה/הרשאה. דרישתן של העותרות הייתה **מהותית** ולאור חובתן של הרשויות לעקרונות מנהליים בסיסיים של שקיפות ואחריות ציבורית, וכן כדי להפחית את הפגיעה באינטרס הציבורי ובשוויון הנגזרת מהמצב בפועל.

3. לאחר שני דיונים בתיק, ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 13.9.2018, עדכנו המשיבים ביום 8.11.2018 כי יום קודם לכן פורסם הנוהל.

1. היות והנוהל היה בגדר התפתחות מאוחרת להגשת העתירה הקודמת, בהצעת בית המשפט הוסכם על הצדדים בדיון ביום 1.8.2019 כי העתירה הקודמת תימחק (תוך חיוב המשיבים בהוצאות העותרות בסך 7,500 ₪) וכי העותרות יפנו כעת למשיבים בדרישה לתיקונים שלדעתן נדרשים בנוהל החדש.

2. אין חולק כי פרסומו של הנוהל בעקבות העתירה הקודמת מהווה התקדמות מסוימת, לפחות הצהרתית, "לכיוון הנכון". אף על פי כן, עמדת העותרות הינה כי הנוהל רחוק מאד מלמלא את חובת השקיפות שרובצות לפתחי המשיבים וממשיך לייצר בפועל מציאות שבה ניתן להדיר ציבורים שלמים מהתחרות על משאבי קרקע בגדה, ומאפשר קבלת החלטות הרות גורל ובעלת משמעויות כלכליות, תכנוניות ומדיניות במחשכים. משכך עמדת העותרות היא שבקביעת הנוהל האמור לא התאימו המשיבים את מדיניותם לעקרונות המינהל התקין אשר נקבעו בפסיקה. זאת משהנוהל **אינו חל על הקצאות בתוך**

תחומי היישובים (עניין שאינו נושא העתירה דנן, ושלגביו העותרות שוקלות את צעדיהן), לא חל על הקצאות החטיבה להתיישבות, וכן בשל היותו מלא כרימון בחריגים שונים ורחבים באופן בלתי סביר אשר יפורטו להלן, ולפיכך במקרים רבים מאפשר ואף מעודד אי-פרסום הקצאות שונות ללא כל הצדקה עניינית. על כן, המצב הבלתי תקין שעליו הלינו העותרות בעתירה הקודמת נותר ברובו הלכה למעשה על כנו.

3. כפי שיפורט להלן על אף הבטחות המשיבים למענה ענייני, פניות העותרות לאחר פרסומו של הנוהל ומחיקת העתירה הקודמת למשיבים – נענו באופן לקוני וכללי בלבד מבלי התייחסות מהותית לטענות, ולאחר מכן לא נענו בכלל, ולפיכך ובלית ברירה מוגשת העתירה דנן.

ב. הצדדים לעתירה

4. העותרת עמותת "ש.ע.ל – שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים" הינה עמותה רשומה, העוסקת, בין היתר, בפעילות חינוכית לקידום השלום באמצעות פרסום חומרי הסברה, כינוס אספות הסברה וכיו"ב. עמותה זו מפעילה את תנועת "שלום עכשיו" שהיא תנועה חוץ-פרלמנטארית הפועלת למעלה מארבעה עשורים למען שלום בר קיימא בין מדינת ישראל ושכניה.

5. העותרת מספר 2, גב' חגית עופרן, היא רכזת צוות מעקב התנחלויות בעותרת מספר 1 ובמשך שנים היא וצוותה חוקרים, לומדים ומדווחים על פעילות ההתנחלות הישראלית בגדה (ובעבר ברצועת עזה).

6. המשיב מספר 1 הינו שר הביטחון של מדינת ישראל. משיב מס' 1 מופקד על המינהל האזרחי בגדה המערבית ובידו הסמכות להתקין תקנות והנחיות המחייבות את המינהל וזרועותיו.

7. המשיב מספר 2 הינו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובידו מצויות כל סמכויות הניהול והחקיקה של השטח המוחזק על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית.

8. המשיב מספר 3 הינו ראש המינהל האזרחי אצל המשיב מס' 2, אשר לו סמכויות ניהול של החיים האזרחיים בשטחים הכבושים. בין היתר אמון המשיב מס' 3 על אכיפת חוקי התכנון והבנייה החלים באזור.

9. המשיב מספר 4 הינו הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש המנהל את הרכוש הממשלתי באזור יהודה ושומרון בהתאם לסמכויותיו על פי **הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59) התשכ"ז – 1967** ובהתאם למדיניות הנקבעת על ידי משרד הביטחון.

10. המשיבה מספר 5 הינה החטיבה להתיישבות, יחידה עצמאית בתוך ההסתדרות הציונית העולמית – גוף דו-מהותי ולא שקוף המשמש כזרוע המבצעת של ממשלת ישראל בהקמת וביסוס ההתנחלויות הכפריות ביהודה ושומרון. לאורך השנים הקצתה המדינה באמצעות הממונה על הרכוש הממשלתי לחטיבה להתיישבות לפחות 60% מכלל אדמות המדינה שהוקצו בשטחי הגדה המערבית.

ג. רקע עובדתי

I. כללי

11. במשך חמשה וחצי העשורים בהם מדינת ישראל שולטת בגדה המערבית, מנהל צה"ל, בהיותו הכוח הכובש כהגדרת מונח זה במשפט הבינלאומי, את הקרקעות הציבוריות בשטח הכבוש. מאז הקמת המינהל האזרחי בתחילת שנות השמונים, מלאכת ניהול הקרקעות הציבוריות הופקדה בידיו של המשיב מספר 4, הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, העושה זאת בין היתר בהתאם להנחיות ראש המינהל האזרחי, מפקד כוחות צה"ל בגדה והדרג המדיני.

12. סוגיית האדמות ה"ציבוריות" בגדה המערבית הכבושה והקצאתן היא סוגיה רגישה ביותר. לפי נתונים שנמסרו ע"י המינהל האזרחי, **כל ההקצאות שנעשו עד היום, כמעט ללא יוצא מן הכלל, יועדו לצרכיו של פרויקט ההתנחלות הישראלי.** להקצאות אלה יש חשיבות ציבורית ומדינית שקשה להפריז בה, והן משפיעות באופן דרמטי על העתיד של כל אדם החי במרחב שבין הים התיכון ונהר הירדן, וייתכן שגם על רבים החיים מחוץ למרחב זה.

13. בשלב זה יצוין כי "הקצאה", לצורך העניין ועל פי הגדרתה בנוהל הינה **"השלב בו ניתנות הזכויות במקרקעין לגורם שלישי באמצעות חוזה. הכוונה במקרה דנן כוללת גם מכרזים או פעילויות כלכליות שמקודמות על ידי גורמים שלישיים (אל מול משרדי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש) על שטח נתון"** (סעיף 3(ט) לנוהל).

14. כלומר, המונח כולל את השלב הטרומי תכנוני שאינו כולל בהכרח הקצאת זכויות קניין במקרקעין, אלא זכויות חוזיות לתכנון ופיתוח.

15. מעבר למשמעויות הפוליטיות-מדיניות של ההקצאות, מאגר אדמות הציבור הוא מאגר חשוב מעין כמותו לפיתוחן של הקהילות השונות החיות במרחב וחלקן מתפרנסות מחקלאות, בעיקר באזור C שמצוי בשליטה אזרחית וביטחונית ישראלית.

16. לאורך השנים ביצע הממונה אלפי הקצאות במסגרתן העניק זכויות שימוש וזכויות קנייניות כאלו ואחרות לגורמים שונים באדמות הציבוריות של הגדה המערבית הכבושה. הקצאות אלו נעשות על דרך של חתימת חוזים מסוגים שונים – לתכנון, לפיתוח, לבנייה, להקמת יישוב, לחקלאות וכד'. לעתים קרובות יחסים חוזיים אלה הינם תוצאה של קשרים פסולים בין גופים מיישבים פרטיים עם גורמים ממשלתיים ועם גורמים בחטיבה להתיישבות.

העתק מנייר העמדה מטעם האגודה לזכויות האזרח בצירוף הנתונים והטבלאות שהועברו מידי המינהל האזרחי במסגרת עתירת חופש מידע, בנוגע להקצאות שבוצעו לאורך השנים, מצ"ב ומסומן נספח ע/3.

17. למרות משמעותן העצומה של ההקצאות – פוליטית, מדינית, חברתית ומבחינת ההשפעה על זכויות האדם של הקהילות שבקרבת המקרקעין, **הקצאות אלו נעשו במשך שנים רבות ועד לעתירה הקודמת ופרסום הנוהל בעקבותיה בחדרי חדרים, תחת מעטה של סודיות, וללא שהציבור ידע עליהן אלא –**

לעיתים – בדיעבד, ולעיתים אף זמן רב (שנים) לאחר מעשה, וכמעט תמיד לאחר שהמדובר היה במעשה עשוי שלא ניתן לערער עליו.

18. להשלמת התמונה יצוין, כי כפי שפירטו המשיבים בתגובתם לעתירה הקודמת מיום 19.1.2017 (בסעיף 41-42), ההקצאות **במגזר העירוני** (כ-2% משטחי הגדה) נעשות באמצעות מכרזים, בהתאם לכללי השוויון והמנהל התקין. כאשר מדובר בקרקע לתעשייה מחוץ למגזר הכפרי, ההקצאה נעשית במכרז או בפטור ממכרז, שאף הוא הליך פומבי. גם ההקצאות של שטחים המיועדים לצרכי ציבור בתוך הרשויות המקומיות ("שטחים חומים") בגדה, עוברים בסופו של דבר הליך של פרסום שכן הרשויות המקומיות שמקבלות את ההקצאה מהממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (ללא הליך פומבי), מחויבות לנהוג במקרקעין בהתאם ל"נוהל הקצאת מקרקעין בפטור ממכרז ללא תמורה או בתמורה סימלית", הליך הכרוך בפרסום, כפי שמפורט בחוזרי מנכ"ל של משרד הפנים.

תגובת המשיבים לעתירה הקודמת מיום 19.1.2017 מצורפת ומסומנת נספח ע/4.

19. הנה כי כן, המשיבים גילו דעתם, שיש חשיבות רבה בשקיפות ובמינהל התקין בניהול המקרקעין בשטחים במגוון הקשרים. ואכן, ככל שמדובר למשל **במגזר העירוני**, מתנהלים הדברים באופן שקוף ובתקינות מינהלית ראויה.

20. **במהלך כל שלבי הדיון בעתירה הקודמת המדינה לא הסבירה בתגובותיה ולא נתנה טעם מדוע לא יחולו אותם הכללים גם על המגזר הכפרי בשטחים (הכולל נתח גדול בהרבה משטחי הגדה), והדבר אומר דרשני.** לשם השוואה, שטחי השיפוט שבמגזר העירוני מוערכים ע"י העותרות (ע"פ נתונים שהתקבלו מהמינהל האזרחי), בכ-110,600 דונם (כ-3.3% משטחי C) בעוד שאדמות המדינה שבמגזר הכפרי בשטח C מוערכות בכ-1,300,000 דונם (כ-39% משטחי C). או במילים אחרות, מכל השטחים שמנהל המשיב 4 ובסמכותו להקצות לצדדים שלישיים (לא כולל "אדמות יהודים", שטחים בתפיסה צבאית או אדמות נפקדים), 92.10% לא מנוהלים בשקיפות ולפי כללי המינהל התקין, ורק כ-7.9% מנוהלים כנדרש.

המשיבה 5

21. ההסבר להבדל הניכר נעוץ ככל הנראה בעובדה **שאת הקרקעות במגזר העירוני מנהל הממונה על הרכוש הממשלתי באופן ישיר**, או בעזרת משרד השיכון. לעומת זאת **במגזר הכפרי**, נתן הממונה את **רוב** סמכויות ניהול המקרקעין לידי המשיבה 5, החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית, אשר כעניין עקרוני של ממש אינה נוהגת בשקיפות, ורחוקה כמזרח ממערב מכללי הניהול התקין בכל הקשור בניהול המקרקעין בשטחים. להבנת העותרות מאחורי העברת הניהול למשיבה 5 עומד הרצון הפסול להקצות קרקעות אלה באופן בלעדי למגזר הישראלי.

22. לפי תגובת המדינה לעתירה הקודמת, ישנם שני סוגים של הקצאות שניתנות לחטיבה להתיישבות (סעיף 35):

א. "**חוזה משבצת**" שלפיו הוקצו לחטיבה רוב המקרקעין, ותוקפו 49 שנים – חוזים אלה כוללים זכויות תכנון, שיווק ובניה, ולמעשה כל פעולות הפיתוח הנדרשות להקמת ישובים. חוזים אלה ניתנו עד 1995.

ב. הרשאה לתכנון ל-7 שנים – על פיה מבצעת החטיבה להתיישבות את התכנון "ולאחר אישור התכנית משווקת ההסתדרות הציונית העולמית (או מי טעמה) את המגרשים, ללא מעורבות הממונה, על יסוד ההרשאה" (סעיף 35, ההדגשה אינה במקור).

23. לפי הנתונים שהעביר המינהל האזרחי לאגודה לזכויות האזרח ולעמותת במקום במסגרת ההליך המשפטי בעת"מ 40223-03-10 "במקום" – מתכננים למען זכויות תכנון ואח' נ' המנהל האזרחי בגדה המערבית ואח'. (להלן: "עת"מ 40233-03-10") לאורך השנים הקצתה המדינה באמצעות הממונה על הרכוש הממשלתי לחטיבה להתיישבות לפחות 60% מכלל אדמות המדינה שהוקצו בשטחים (ראו נספח ע/3 לעתירה – נייר עמדה של האגודה לזכויות האזרח עם הנתונים שהתקבלו).

24. החטיבה קיבלה לעצמה גם סמכויות ניהול ורישום של זכויות בקרקעות שהוקצו לה. לימים התברר כי הממונה לא בודק ואפילו לא יודע מה עושה החטיבה להתיישבות בקרקעות שהוא מקצה לה. הממונה על הרכוש הממשלתי גם לא דואג לקבלת התשלום על הקרקעות, והחטיבה מחלקת אותן בחינם ללא כל פיקוח כבתוך שלה, כפי שנראה להלן.

25. בדיון שנערך אצל המשנה ליועמ"ש, דינה זילבר ב-18/4/15, בהשתתפות נציגי משרדים רבים, עלו הבעיות במלוא חריפותן. וכך נכתב בסיכום הדיון:

- התמונה שהצטיירה בדיון היא כי לאורך השנים הוקצו לחטיבה להתיישבות מאות אלפי דונמים של קרקע (סדר גודל של 400,000 – 500,000 דונם), אשר בכולן או בחלקן העבירה החטיבה להתיישבות זכויות לגורמים שלישיים, וכל זאת כאשר לממונה אין מידע אודות היקף הקרקעות שהועברו בהן זכויות; טיב הזכויות שהועברו; התנאים להעברתן; קיומה או העדרה של תמורה בגין העברת הזכויות; זהות הגורמים אליהם הועברו הזכויות; אופן ניהול מרשמי אותן זכויות...
- העדרם המוחלט של מנגנוני פיקוח מטעם המינהל ובאמצעות הממונה על ביצוע הפעולות ע"י החטיבה להתיישבות...
- העדר מערך גביה של דמי שימוש ודמי חכירה בגין הזכויות שהוקצו והועברו במקרקעין אל החטיבה ומהחטיבה לגורמים שלישיים...
- ישנם מקרים בהם הועברו זכויות על ידי החטיבה להתיישבות לגורמים שלישיים, על אף שכלל לא ניתן היה מלכתחילה להעביר זכויות באותם המקרקעין ממגוון סיבות, כגון: הזכויות הועברו במקרקעין שכלל לא הוקצו לחטיבה; מקרקעין בבעלות פרטית פלסטינית; מקרקעין שאינם בבעלות הממונה; מקרקעין שנגרעו מקו כחול וכד'.

סיכום דיון מיום 18.4.2015 במעמד המשנה ליועמ"ש (צורף כנספח 1 לתגובת המדינה לעתירה הקודמת מיום 28.6.2017) מצורף ומסומן נספח ע/5

26. בנוסף, כפי שמציינת המשנה ליועמ"ש לממשלה (כתוארה אז), דינה זילבר, בסיכום הדיון לעיל, וכפי שנודע לעותרות ממקורות שונים, ישנם מקרים שבהם קיבלו ישראלים חוזי בר רשות מהחטיבה

להתיישבות, המעניקים להם זכויות במקרקעין שהם **בבעלות פרטית של פלסטינים**. כך קרה בעמונה, בעפרה, במאחז מצפה כרמים ובמקומות נוספים (להרחבה בעניין זה ראו דו"ח שלום עכשיו, "קומבינת המאחזים", שלב שני – קבלת זכויות בקרקע, מרץ 2017, http://peacenow.org.il/wp-content/uploads/2017/02/TheCombina_Heb.pdf).

27. למעשה, בנוהל נושא עתירה זו המשיבים נותנים יד להמשך ההתנהלות הבלתי תקינה של החטיבה להתיישבות. ללא שקיפות ופרסום יכולים ראשי "החטיבה" להמשיך ולהתנהל באופן שאינו עולה בקנה אחד עם כללי המנהל התקין, תוך קידום מדיניות הקצאה מפלה באופן מובהק וכל זאת על אף שקיבלו לידיהם אחריות כמעט מלאה (וללא פיקוח הרשויות) על משאב ציבורי יקר מפז ואשר חשיבותו רבה במעלה.

28. בדו"ח שפיגל שהוכן ע"י משרד הביטחון עבור ראש הממשלה כדי לבחון את מצבן הקנייני והתכנוני של ההתנחלויות הישראליות בגדה, מפורטת רשימת חוזי ההרשאה שניתנו לחטיבה להתיישבות בכל התנחלות. במקרים רבים מצויין כי פג התוקף של חוזה ההרשאה (למשל באיתמר, אלון מורה, אספר, בית אל ועוד). למרות זאת, בחלק מהמקומות הללו נעשה שימוש בקרקע ע"י ישראלים לבניה ולחקלאות. במקרים אחרים, נתנה החטיבה זכויות שימוש למגורים ולבניה, למרות שההרשאה שבידיה היא לתכנון בלבד. (לקריאה נוספת בדו"ח ובמה שנכתב עליו <http://peacenow.org.il/spiegel-report>).

29. בקרקעות במגזר העירוני, שמנהלות ע"י הממונה על הרכוש הממשלתי, קיים מערך גביה מסודר הגובה דמי חכירה מבעלי הזכויות בקרקע. בקרקעות במגזר הכפרי – אין כל תשלום, והחטיבה להתיישבות נמנעת מלגבות תמורה על המקרקעין. בלי שום החלטת ממשלה או אישור, החטיבה פשוט לא גובה כסף על הקרקע ולא מעבירה למינהל האזרחי כספים עבור הקרקע שהיא קיבלה. לפי דוח מבקר המדינה מ-2013, ההפסד לקופת המדינה בשל כך מוערך **במאות מיליוני שקלים** (ויש להניח שבשל פרק הזמן שחלף מאז 2013 – יש לעדכן את ההערכה לגבוהה בהרבה).

עותק מתמצית העמודים הרלוונטיים מדו"ח מבקר המדינה 2013 מצורף ומסומן נספח ע/6.

30. חשוב להדגיש, עתירה זו לא עוסקת בשאלת חוקיות ניהול המקרקעין ע"י החטיבה להתיישבות, אלא בשאלת היקף חובת פרסום הקצאות המקרקעין. טענת העותרים שתפורט בהמשך היא כי הרעות החולות שנתגלו באופן ניהול המקרקעין היו נמנעות, או לכל הפחות מצטמצמות, לו הייתה איזושהי מידה של שקיפות בהקצאות הקרקע.

31. כן נזכיר את אשר צוין אף בעתירה הקודמת: **על פי הנתונים שבידי העותרות כמעט כל ההקצאות של האדמות שהוכרוזו במהלך השנים כאדמות מדינה הוקצו ומוקצות לטובת בניה ופיתוח של ההתנחלויות הישראליות, תוך הדרה מוחלטת של הציבור הפלסטיני שבשל הסודיות האופפת את ההקצאות אינו יכול אף לנסות להתחרות על הקצאות או להתנגד להן.**

32. לפי מידע שהועבר ע"י המינהל האזרחי לעמותות "במקום" ולאגודה לזכויות האזרח בעקבות עתירה לפי חוק חופש המידע מסתבר שמתוך כל אדמות המדינה שהוקצו, **98.7% הוקצו למטרות ישראליות, ורק 1.27% הוקצו לפלסטינים. מן הנוהל שפורסם וכן מהתנהלות המשיבים בדיון בעתירה הקודמת ניתן להסיק כי אין בכוונת הרשויות לשנות מהותית ממדיניות מפלה זו.**

33. נתונים דומים הוזכרו בפסק-דין של בית המשפט הנכבד בפרשת "חוק ההסדרה" (בג"צ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, תק-על 2020(2), 7767 (09/06/2020)) – בפסקה 49 לפסק-דין של כב' הנשיאה חיות:

"עולה כי מאז שנת 1967 הוקצו כ-1625 דונמים בלבד של אדמות מדינה לאוכלוסייה הפלסטינית. ולשם השוואה, משנות ה-70 של המאה הקודמת ועד אמצע שנות ה-2000 הקצה הממונה לחטיבה להתיישבות כ-450,000 דונמים של אדמות מדינה בשטח C לצורך יישובם על ידי ישראלים. כ-3,500 דונמים נוספים הוקצו למשרד הביטחון לשימוש על ידי צה"ל, ושטחים נוספים הוקצו לטובת חקלאים ישראלים, לאזורי תעשייה בניהול ישראלי ולתחנות דלק ישראליות"

34. על כך אמר בית המשפט באותה פרשה (פסקה 46 לפסק-דין של הנשיאה):

"נפסק בעבר כי המבחן לקיומה של אפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת, והוא אינו מוגבל אך למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת, אלא מהי התוצאה הנוצרת במציאות בעקבותיה (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 18 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (27.2.2006))"

35. העותרות סבורות שאפליה בוטה זו מתאפשרת ומהווה בין היתר תולדה של אי-התקינות באופן שבו נעשות הקצאות אלו: במחשכים, בחדרי חדרים ובסודיות מוחלטת. "אור השמש הוא המחטא הטוב ביותר", אמר השופט האמריקאי לואי ברנדייס, ונדמה כי המשיבים בהתנהלותם חוששים בדיוק מכך.

II. ההליכים בעתירה הקודמת ונוהל הפרסום

36. העתירה הקודמת הוגשה ביום 1.12.2015. במסגרתה ביקשו העותרות מבית המשפט להורות, לראשונה, למשיבים לעגן הליך הקצאות שקוף הכולל יידוע של דבר החלטה על הקצאה בטרם מימושה בפועל, פרסומה בציבור הרחב ומתן אפשרות לציבור להביע עמדה ולספק מידע ככל שנדרש בטרם קבלת החלטה סופית. עוד נדרש כי על פרוצדורה כזו להיות נגישה לדוברי השפה הערבית ולאפשר לכל אזרח או תושב בעל עניין בהקצאה להשיג עליה באופן ריאלי ואפקטיבי.

37. העתירה הקודמת, כמו גם העתירה דנן, לא נועדה לאתגר את מדיניות ההקצאות בכללותה, אלא את הפרוצדורה שלה, מתוך אמונה שפרוצדורה תקינה הראויה למשטר המבקש לקיים מינהל תקין, תביא עמה בטווח הרחוק את מניעתן ולכל הפחות צמצומן של הפגיעה באינטרס הציבורי שהקצאות של משאב ציבורי מוגבל תעשינה באופן המוצלח ביותר ושל הפליה בהקצאה כאמור. בחלק העובדתי של העתירה הקודמת הביאו העותרות שלוש דוגמאות עדכניות למקרים בהם הקצאות נדונו בבתי המשפט באיחור

ניכר ובאופן המרמז על התנהלות שאינה תקינה מצד המשיבים, בלשון המעטה, ובכך מלבד אי-שקיפות גם הפליה פסולה ופעולות בהעדר סמכות בניגוד לאינטרס הציבורי.

38. בתגובת המשיבים לעתירה הקודמת מיום 19.1.2017 (נספח ע/4 לעתירה דנן), הביאו באי כוחה של המדינה את "עמדת הדרג המדיני" (מעשה לא שגרתי שכן מדובר בשאלה משפטית שהדרג המקצועי והמשפטי אמור להכריע בה), לפיה בין היתר, יש מקום להבחין בין הרשאות לתכנון במקרקעין המצויים מחוץ לתחומי היישובים הישראלים בגדה (ההתנחלויות), לבין הרשות לתכנון במקרקעין המצויים בתוך תחומן. לטענת המשיבים, בין היתר גם במענה מיום 10.8.2020 למכתב מיצוי הליכים שיפורט בהמשך, הקצאת אדמות מדינה בתחומי ההתנחלויות מהווה למעשה מימוש של החלטה קודמת על קביעת תחום היישוב, החלטה המתקבלת לכאורה באישור הדרג המדיני. על כן, לעמדת המשיבים כאשר מדובר במקרקעין המצויים בתחום יישוב או רשות מקומית, אין לפרסם הרשאות לתכנון.

39. לאחר סיום הדיון השני במספר בתיק העתירה הקודמת, הורה בית המשפט הנכבד בהחלטתו מיום 13.9.2018 למשיבים להגיש שתי הודעות עדכון: האחת ביחס לנוהל שיסדיר את סוגיית הפרסום של מתן הרשאות לתכנון והקצאות של מקרקעין בשטחים שמחוץ לתחומי יישוב בגדה המערבית, והשנייה שתפרט את תוצאות הבחינה שנעשתה אצל המשיבים לפי הצהרתם בנוגע לסוגיית פרסום הרשאות לתכנון והקצאות בתוך תחומי היישובים הישראלים - במגזר הכפרי.

40. בהתאם, הגישו המשיבים הודעת עדכון בתאריך 8.11.18 שאליו צורף הנוהל שנולד ופורסם בעקבות דרישת העותרות וכתוצאה מהעתירה כאמור לעיל. **זהו הנוהל נושא עתירה זו.**

41. הנוהל כפי שפורסם כולל מספר פטורים המחריגים סוגי הקצאות מסוימים מחובת הפרסום וכלפיהם מופנות טענות העותרים בעתירה דנן. להלן החריגים (אשר יפורטו ביתר הרחבה בהמשך בחלק המשפטי):

א. הגדרת "מקרקעין" בסעיף 3(ג) פטורת מפרסום הקצאות/הרשאות כשמדובר ב"אדמות יהודים", מקרקעין תפוסים (תפיסה צבאית לצרכי ביטחון) ואדמות שהן נכסי נפקדים. **בשני המקרים האחרונים מדובר במקרקעין פרטיים השייכים לפלסטינים ולפיכך אי תחולת חובת הפרסום חמורה במיוחד.**

ב. הנוהל קובע בסעיף 4(ה) פטור מחובת הפרסום במקרים של "חשיבות מיוחדת לסדר הציבורי", או כשמדובר ב"פרויקט הקצאה מצומצם בהיקפו". שתי עילות הפטור ("חשיבות מיוחדת לסדר הציבורי" ו"פרויקט מצומצם בהיקפו") אינן מוגדרות, נוסחן עמום ונתון לפרשנות מרחיבה, ולפיכך יכולים בפועל לשמש את המנהל בכל הקצאה/הרשאה.

ג. לפי סעיף 4(ז) לנוהל, חובת הפרסום שנקבעה חלה רק על הקצאה או הרשאה ראשונה ולא על הארכת הקצאה/הרשאה וגם לא על הקצאת-משנה או הרשאת-משנה. ויצוין כבר כעת כי המשמעות של חריג זה היא שחובת הפרסום אינה חלה על **מרחבי שטח עצומים** באזור C שכבר הוקצו בעבר והקצאה לא מומשה או מומשה באופן חלקי.

באימרת אגב יצוין כי חסרה בנוהל הגדרה הכרחית ומתבקשת למונח "פעולה במקרקעין", אשר לגביה הנוהל קובע חובה לבצע פרסום, בסעיף 4(א) לנוהל.

42. בתגובתן לנוהל פרשו העותרות כבר בעת ההיא בפני בית המשפט הנכבד את הפגמים הרבים שנפלו בו לשיטתן, ובהם העובדה שהחריגים לחובת הפרסום רחבים ביותר ומוציאים ממנו שטחי קרקע עצומים, שחריגים אחרים הם עמומים ובלתי מוגדרים, וכי חובת הפרסום שנקבעה בו חלה רק בהקצאה ראשונה וכך היא אינה חלה על מרבית הקרקע בשטחי C שכבר הוקצתה בעבר (ראו פירוט בהרחבה בהמשך).

- עותק של תגובת העותרות מיום 18.11.2018 בעתירה הקודמת מצ"ב ומסומן נספח ע/7.

43. הודעת העדכון השנייה מטעם המדינה הוגשה לעיון בית המשפט לאחר מתן מספר הארכות מועד ביום 15.4.2019. בהודעה זו נכתב כי ככל שהדברים נוגעים לקרקע בתוך תחומי יישובים, המשיבים יגבשו נוהל שיחול אך ורק על שטחים בייעוד של צרכי ציבור ("השטחים החומים") ובו יוסדר "הליך פרסומי ביישוב הכולל פירוט אודות השימוש המבוקש לעשותו, באופן שיאפשר הגשת התנגדות וזו תיבחן על-ידי הרשות המקומית שבתחומה נמצא היישוב" (פסקה 10 להודעה המעדכנת השנייה). העותרות הגיבו להודעה מעדכנת זו ביום 7.5.2019, וטענו, בין היתר, כי ההליך ששורטט בהודעת המשיבים יעניק מידע מצומצם ביותר ופרסום ביישוב בלבד אינו מספיק או משרת את התכלית שבגינה התבקש הפרסום. בנוסף, נטען כי המדובר בנוהל קיים ומחייב הנהוג בכל הרשויות המקומיות ואין בו כל חידוש (ראו פירוט בהרחבה בהמשך). יצוין כבר כעת כי נראה כי המשיבים זנחו טענה זו (במענה למכתבי העותרים, בהמשך).

44. כאמור לעיל, לאור היותו של הנוהל התפתחות מאוחרת לעתירה הקודמת, זו נמחקה בסופו של דבר תוך פסיקת הוצאות לטובת העותרות, ובית המשפט הפנה את הצדדים לנהל מיצוי הליכים בעניין הוראות הנוהל השונות והפגמים בו, ובמקרה הצורך להגשת עתירה נוספת – זוהי העתירה דנן.

III. מיצוי הליכים

45. בעקבות מחיקתה של העתירה הקודמת, פנו העותרות למשיבים בדרישה לתקן את הנוהל ביום 12.9.2019.

46. עמדתן של העותרות שהובהרה במכתבן זה היא כי בטרם כל חתימה על כל חוזה בהם מועברות זכויות במקרקעין ציבוריים, וכמובן במקרקעין פרטיים שמצויים בניהול ו/או חזקה ציבוריים (כמו מקרקעין תפוסים או נכסי נפקדים), לגורמים חיצוניים למשיבים, על המשיב 1 לפרסם את הכוונה להקצות ולאפשר לציבור להביע התנגדות, ו/או לספק לציבור מידע רלוונטי להקצאה המתוכננת. כל חריג לכלל זה ראוי שיהא מצומצם, מוגדר היטב, וישמש לתכלית סבירה.

47. עוד נטען כי לפי הנוהל המשיבים פטורים מהחובה לפרסם חידוש של הקצאות עבר או הקצאות משנה, והקצאות רבות לא יפורסמו בשל קיומם של חריגים עמומים וכוללניים ביותר (כפי שפורט לעיל ויורחב להלן בחלק המשפטי), כל זאת ללא תכלית ברורה למעט הסתרה. למעשה, החשאיות שבה נעשים הדברים מלמדת על המודעות של המשיבים כי מדיניות ההקצאות עצמה אינה ראויה וייתכן ולא הייתה מתקיימת תחת עינו הפקוחה של הציבור. כך "עוקפים" המשיבים את פיקוח ואולי אף רצונו של הציבור, ומתחמקים מ-accountability (אחריותיות). כך גם נמנע מהמשיבים לשקול אלטרנטיבות להקצאה המתוכננת ולבחון האם אלה ישרתו טוב יותר את האינטרס הציבורי.

- פניית העותרות למשיב 3 מיום 12.9.2019 מצורפת ומסומנת נספח ע/8.

48. ביום 10.8.2020 התקבל אצל העותרים מענה קצר לטענותיהם ששוגר על-ידי הממונה על חופש המידע בלשכת המשיב 3.

- המענה מטעם המשיב 3 מיום 10.8.2020 מצורף ומסומן נספח ע/9.

49. במסגרת המענה נטען ראשית, בסעיף 5, כי ההקצאות וההרשאות בתחומם של ההתנחלויות הישראליות מהווה "מימוש של החלטה קודמת על קביעת תחום היישוב" ועל כן אין צורך לפרסום הרשאות והקצאות מעין אלו. כאמור לעיל, העתירה דן אינה נפרשת גם על נושא זה, והעותרות שוקלות את צעדיהן בנפרד באשר אליו.

50. שנית, ביחס להקצאות החטיבה להתיישבות (מחוץ לתחומי היישוב), נטען (בסעיף 6 למכתב) כי "המדובר במקרקעין שכבר הוקצו לגוף מסוים" ועל כן אין צורך לשיטת המשיבים בפרסום חידוש או הארכת הקצאותיו.

51. שלישית, באשר לסוגי המקרקעין ה"ייחודיים" ("אדמות יהודים" ו"רכוש נפקדים"), לתפיסת המשיבים – "אין עניינם דומה לאדמות אחרות המנוהלות על ידי הממונה" ו-"מכלול השיקולים הצריך לעניין הוא שונה לחלוטין ומתבסס על מסגרת משפטית שונה לחלוטין מאדמות המדינה המנוהלות ברגיל על ידי הממונה" (סעיף 7). לא ניתן הסבר כיצד שוני זה משליך על חובת הפרסום **ומדוע** הוחרגו סוגי מקרקעין אלו מעקרון השקיפות בהקצאה.

52. רביעית, וביחס לטענות העותרים בקשר לחריגים הקבועים בסעיף 4(ה) לנוהל לפיהן אין לפרסם הקצאות כאשר קיימת "חשיבות מיוחדת לסדר הציבורי", או כשמדובר ב"פרויקט הקצאה מצומצם בהיקפו" – השיבו המשיבים (בסעיף 8 למכתבם) כי:

"חריגים אלו נדרשים כדי לממש את חובות המפקד הצבאי ושלוחיו ביחס לשמירה על הסדר הציבורי באזור, או משום שמדובר בעניינים מצומצמים שאין בהם כדי להשפיע על הציבור הרחב".

53. כלומר, על פי הרישאה, פוטרים את עצמם המשיבים מחובת השקיפות בפרסום הקצאות בעלות משקל וחשיבות מסיבה עלומה של "שמירה על הסדר הציבורי באזור", ועל פי הסיפא – פוטרים עצמם המשיבים מחובת השקיפות מפרסום הקצאות "קטנות" כי לטענתם מדובר בעניינים שלא משפיעים על הציבור הרחב. המענה לא כלל, כמו הנוהל, הגדרה איזו הקצאה תיחשב ל"מצומצמת", ולא התמודדות עם המצב הידוע שבו יש מקומות שגם שטח קטן יחסית יש לו משמעות עצומה. **נותר רק לתהות אילו הקצאות כלל נותרו בגדר הנוהל לאור חריגים אלו ופירושם של המשיבים אותם.**

54. חמישית, לעניין היעדר פרסום בדבר הארכות של הרשאות והקצאות, כדרישת העותרים, טוענים המשיבים, באופן די סתמי ובלתי מנומק, כי פרסום שכזה "יסרב לא לצורך את ההליכים הקיימים".

55. לבסוף, נטען באופן כללי כי הנוהל במתכונתו הנוכחית "משקף איזון ראוי בעניין".

56. לאור פרוץ מגפת הקורונה, נעצר הטיפול בנושא אצל העותרות לזמן מוגבל. בשל כך, חידשה את מיצוי ההליכים במכתב נוסף מיום 21.2.2021.

57. המשיבים לא הגיבו למכתב הנוסף מטעם העותרות. מכאן הצורך בעתירה דן.

ד. הטיעון המשפטי

58. העותרים יטענו כי הנוהל נגוע בפגמים חמורים של אי-סבירות קיצונית ואי-מידתיות הקבועים במשפט המנהלי הישראלי.

59. כמו-כן, העותרים יטענו שהנוהל – והמדיניות שהוא מאפשר – מפירים ברגל גסה את חובת המשיבים כרשויות ציבוריות המנהלות נכסי ציבור מכוח הסמכתם בדיני התפיסה הלוחמתית הבינלאומיים (דיני הכיבוש). העותרים יטענו כי הממשל הצבאי בגדה, שהמשיבים הם חלק ממנו, משמש במעמד של נאמן של נכסי הציבור בשטח הכבוש, וככזה חייבים בכללי המינהל התקין ובכלל זאת בשקיפות בהקצאות תוך דגש על מתן אפשרות לאזרחים המוגנים, שהם המוטבים של הנאמנות, להתחרות על הקצאות כאמור.

60. להלן ירחיבו העותרות ראשית בדבר הכללים והעקרונות המשפטיים החולשים על סוגיית פרסום ההקצאות, ובהם, כאמור, המשפט המינהלי הישראלי ודיני המשפט הבינ"ל הפומבי. בפרקים העוקבים יוצג יישום עקרונות ודינים אלו לענייננו, ותיבחן עמידתו של הנוהל בסטנדרטים אלו.

I. יידוע, פרסום, שקיפות וזכות הטיעון של הציבור – עקרונות יסוד בדיני הקצאת משאבי ציבור במשפט המינהלי הציבורי, החל על המשיבים

61. כידוע, אזור הגדה המערבית אשר נכבש על ידי מדינת ישראל במהלך מלחמת ששת הימים מוחזק ומנוהל על ידי ממשל צבאי במסגרת הנורמטיבית של "תפיסה לוחמתית". סמכויותיו השלטוניות של מפקד האזור וזרועותיו המינהליות השונות, נובעות מכמה מקורות: מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי הנוגעים לתפיסה הלוחמתית, מהדין המקומי שהיה קיים בשטח קודם לכיבוש, מחקיקה חדשה שנחקקה על ידי הממשל הצבאי, ומעקרונות המשפט הישראלי (ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאונה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, בעמ' 792-793 (להלן: אסכאן); (ע"א 6860/01 חמאדה נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב פ"ז נו(3) 8, בעמ' 15-17).

62. במנשר מס' 2 של מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון מ-7.6.1967 הורה המפקד הצבאי כי כל הרכוש שהיה שייך או רשום על-שם הממלכה הירדנית יועבר לחזקתו הבלעדית ויהיו נתונים להנהלתו (סעיף 4 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה ושומרון) (מס' 2), התשכ"ז-1967). הצו בדבר רכוש ממשלתי (מס' 59), התשכ"ז-1967, שהוצא בידי מפקד כוחות צה"ל באזור, הוא שהסמיך את הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון בין היתר, ליטול חזקה ברכוש ממשלתי ירדני, ולנהל רכוש זה.

63. אם כן, על עצם הסמכות שיש למשיב מספר 4 להכריז על מקרקעין כרכוש ממשלתי ולנהלן – לרבות קבלת החלטות על הקצאתן – אין חולק, ואולם על אופן הפעלת הסמכות קובלת עתירה זו.

64. כפי שעלה מהחלק העובדתי, אופן הקצאת המקרקעין ע"י משיב מספר 4 על פי הנוהל לוקה בפגמים מהותיים שאינם עולים בקנה אחד עם הכללים והעקרונות של המשפט המינהלי.
65. בבסיס טענתן של העותרות ניצבת החובה של משיב מספר 4 לפרסם כל החלטה על הקצאת מקרקעין כשם שחובתה של כל רשות ציבורית לפרסם את החלטותיה, למעט חריגים אשר היקפם ומהותם סבירים. חובת הפרסום המלווה הן ע"י חובת השימוע והן ע"י עקרון השקיפות היא לב ליבו של המשפט המינהלי.
66. תכליתיה של חובת פרסום המעשה המינהלי הציבורי רבות וביניהן חשיבותה של השקיפות הציבורית. "הפרסום תורם לשקיפות, כלומר חושף את פעולותיהן של הרשויות לביקורת (הבוחנת אם הן תואמות את הדין ואם הן מקדמות מדיניות ראויה)", דפנה ברק ארז **משפט מינהלי**, כרך א', (2010) עמ' 327 (להלן: "**ברק ארז המשפט המינהלי**"). רשות מינהלית מחויבת לפעול באופן פומבי ושקוף כך שעיקרי פעולתה יהיו פתוחים וגלויים בפני הציבור. שקיפות כזאת מאפשרת לאנשים וגופים מקרב הציבור הרחב לנקוט מבעוד מועד צעדים על מנת למנוע התנהלות בלתי ראויה ואולי אף בלתי חוקית שנעשית ע"י רשות מינהלית (ראו בעניין זה: זמיר, **הסמכות המינהלית** בעמ' 1035 (להלן: "**זמיר, הסמכות המינהלית**").
67. אחת התכליות הנוספות העומדות בבסיס חובת הרשות לפרסם את החלטותיה נובעת בין היתר מהרצון לאפשר לפרטים לתכנן את מעשיהם, כמו גם מהצורך לחזק את הוודאות המשפטית, כמתחייב מעקרון החוקיות. החובה לתת פומבי להחלטות הרשות מבוססת בנוסף על המגמה הכללית הקוראת להעמקת השקיפות והביקורת הציבורית, על הרצון לחשוף את פעילות הרשות ולבדוק האם היא תואמת את הדין ומקדמת מדיניות ראויה (ראו ברק ארז **משפט מינהלי**, בעמ' 235, בג"צ 5537/91 **אפרתי נ' אוסטלפד**, פ"ד מו(3) 513 (1992) (להלן: "**פרשת אפרתי**"), וכן ע"א 321/97 **יחזקאל נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה בהרצליה**, נג (4) 625 (1999)).
68. בית המשפט הנכבד הכיר זה מכבר בחובה לפרסם החלטות שיש להן השפעה על תכנון פעולות הפרט מתוך שאיפה להגן על הסתמכות הפרטים וציפיותיהם הלגיטימיות (ראו ברק ארז, **משפט מינהלי**, עמ' 347; בג"צ 3930/94 **ג'זמאוי נ' שר הבריאות** פ"ד מח(4) 778 (1994); וכן פרשת אפרתי).
69. בפסק הדין המנחה בסוגיית הקצאת אדמות ציבור (בישראל) – בג"צ 3638/99 **בלומנטל נ' עיריית רחובות**, פ"ד נד(4) 220 (2000) – קבעה כבוד השופטת שטרסברג-כהן (בפסקה 11 לפסק דינה) דברים שיפים לענייננו:

"נדבך ראשון בהליך הקצאה תקין הוא הפרסום. חובת הפרסום היא פועל יוצא של השקיפות הנדרשת לצורך תקינותו של ההליך המינהלי (על חשיבותה של השקיפות בפעילותה של הרשות, ראו רע"פ 1127/93 **מדינת ישראל נ' קליין** [14], בעמ' 516). חובת הפרסום של ההליך המינהלי נגזרת מאופייה הדמוקרטי של המדינה, מחובת הנאמנות של נבחר הציבור ומזכות הציבור לדעת (בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס [15], בעמ' 364-365). חשיבות הפרסום מקבלת משנה תוקף שעה שמוקצים משאבי ציבור לגוף פרטי או לעמותות, בפטור ממכרז וללא תמורה, וזאת לשם מניעת חשש להענקת טובות הנאה למקורבים ולתומכים (א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א) [26], בעמ' 667; א' דה־הרטוך, במאמרו הנ"ל [28], בעמ' 106).

70. מקביעותיו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 5808/93 **חברה כלכלית לירושלים בע"מ נ מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נט(1) 89 (בעמ' 100), ניתן ללמוד אודות החשיבות שמעניקה פסיקת בית המשפט הנכבד לפרסום החלטות הרשות הישראלית גם בשטחים שמעבר לקו הירוק. באותו מקרה אומנם דובר על החובה לפרסם דברי חקיקה בגדה המערבית, אך ניתן להסיק מכך גם לענייננו, בשינויים המתחייבים.

71. מכאן כי אף אם קודם לפרסום הנוהל לא הייתה כל חובת פרסום הקבועה בדין כתוב, בית המשפט הנכבד כבר הכיר בה על דרך של הסקה מהעקרונות הכלליים של המשפט המינהלי כאמור, ועל הרשות לפרסם החלטותיה – ככלל – על פי שיקול דעתה המינהלי (ראו ברק ארז, **משפט מינהלי**, עמ' 329). שיקול דעת זה כפוף גם הוא לעקרונות המשפט המינהלי המחייבים את הרשות בכל החלטותיה ופעולותיה ולביקורת שיפוטית. כפי שבית המשפט קבע בע"פ 6914/04 **פיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(6) 49, 63-65 בעמ' 65: **"גם אם חובת פרסום מכוח החוק - אין, חובת פרסום מכוח עיקרי היסוד של שיטת המשפט - יש ויש"** (ראו זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 1327).

72. כפי שצוין לעיל, את חובת הפרסום מלווה עקרון השקיפות שעל חשיבותו ניתן ללמוד מדבריו המדויקים של כבוד השופט חשין בבג"ץ 3751/03 **יוסי אילן נ' עיריית תל אביב יפו**, פ"ד נט(3), 817 בעמ' 14 ודבריו הידועים של כבוד השופט חיים כהן המצוטטים בו (ניתן ביום 22.12.04, הדגשים אינם במקור):

*"להבטחת תקינות פעילותו של המינהל הציבורי נוצק כלל התנהגות שמקומו בכותל המזרח של התנהלות המינהל הציבורי. העיקרון הוא עקרון השקיפות. ראו, למשל: עע"מ 10112/02 **אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז ירושלים** (טרם פורסם), בפיסקאות 26 ו-27 לפסק-הדין, והאסמכתאות שם. מקורו של עקרון השקיפות הוא בתפישת היסוד של המינהל הציבורי כנאמן הציבור: כל אשר מחזיק הוא בו - כנאמן הציבור מחזיק הוא בו, ואילו משלו אין לו ולא כלום. אכן, כלשונו המרהיבה של השופט חיים כהן, הרשות "כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות": בג"ץ 142/70 **שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין**, פ"ד כה(1) 325, 331.*

המחזיק בסמכויות על-פי דין חייב לפעול אפוא מתוך אמון ונאמנות ושומה עליו לשוות נגד עיניו כל העת, ערב ובוקר בכל יום תמיד, את טובת הציבור ואת טובת הציבור בלבד. ומשידענו כי עובד הציבור עושה בנאמנות כשליח הציבור, חייב הוא ממילא בחובותיו של שליח ובהן החובה ליתן דין-וחשבון על מעשיו, קרי, לגלות לשולחיו - לכלל הציבור - מה עשה ומה לא עשה, מדוע עשה כך ולא אחרת, וכשלא עשה - מדוע לא עשה".

73. ניתן ללמוד אודות חשיבות עקרון השקיפות ותרומתו לשיטה הדמוקרטית גם מסעיף 100 **לחוק תכנון ובנייה, תשכ"ה-1965**. סעיף זה מעניק זכות טיעון "לכל מעוניין בקרקע הרואה את עצמו נפגע" ומאפשר לו להשתתף בהליך ולהתנגד להפקדת תוכנית מתאר מקומית, מחוזית או מפורטת. הסעיף פורש כמתייחס לכל מי שעלול להיות מושפע מהתוכנית ולא רק לבעלי זכות וזאת בכדי להבטיח שקיפות ואת

עקרון שיתוף הציבור בתהליך קבלת ההחלטות, כנגזרת של הרעיון הדמוקרטי וה"דמוקרטיזציה של הליך התכנון" (ברק ארז משפט מינהלי בעמ' 296, ו-464-463, ע"א 2962/97 ועד אמנים - חוכרים ביפו העתיקה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב, פ"ד נב(2) 362, 380 (להלן: ועד האמנים), בבג"צ 288/00 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673 (2001), בעמ' 691). ענייננו הנוגע להקצאות קרקע קרוב מאוד לנושא התכנון של קרקע ומכאן שהעקרונות של שקיפות שנקבעו באחד יפים מכח קל וחומר לשני.

74. חשיבותה של השקיפות בענייננו כפולה ומכופלת: גורלם של שטחים נרחבים בגדה המערבית, עצם ואופן ניהולם על ידי המשיבים השונים עומד במוקד המחלוקת הפוליטית בישראל. משכך, על אחת כמה וכמה שיש לשאוף לשקיפות רבה כלפי הציבור בשאלה מי מקבל שטחים אלו לידי ומה אושר לו לעשות בהם על ידי רשויות השלטון.

75. חובת הפרסום ועקרון השקיפות פניהם כלפי כולי עלמא אך יד ביד איתן צועדת גם זכות השימוע. זכות הטיעון או זכות השימוע לנפגעים פוטנציאלים מהחלטת רשות מינהלית אף היא חלק מכללי המינהל התקין (ואף נחשבות לחלק מזכויות הצדק הטבעי) ולא ניתן לקיימן ללא שמתממשת חובת הפרסום. זוהי זכות בסיסית ויסודית. זוהי זכותם של אזרחים ותושבים להשמיע בפני רשות מינהלית את טענותיהם בטרם זו הפעילה את סמכותה באופן שפוגע באינטרסים שלהם (ראו זמיר הסמכות המינהלית עמ' 1147).

76. זכות הטיעון טומנת בחובה את הזכות להתחרות על משאב ציבורי. ללא שקיפות לא יוכל האזרח לדעת שמשאב זה עומד להקצאה, שיש כוונה להקצותו למאן דהוא, ולא יוכל להציע לרשות להעדיף הקצאה אחרת ו/או שימוש אחר. כשאי-הפרסום הוא מדיניות או התרחשות נרחבת, הדבר עלול ליצור כפי שהוא יוצר בפועל בעניין שלפנינו, הדרה קבוצתית של אלו שאינם "קרובים לצלחת". אין לנו תוצאה קשה יותר ופסולה יותר בשירות הציבורי מחלוקת משאבים ציבוריים מוגבלים באופן מפלה, והיעדרה של שקיפות תורמת מאוד לתוצאה כזו.

77. יתר על כן, הזכות לטיעון הכלולה בזכות להליך הוגן מוכרת אף כחלק מהזכות לכבוד האדם (ראו בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 519 (2004)), ולפיכך לאור החשיבות הרבה שהמשפט הישראלי מייחס לשמירה קפדנית על כללי הצדק הטבעי בכלל ועל כלל השמיעה בפרט, זכותו של אדם להישמע בטרם ייפגע היא אחת מזכויות היסוד שלו וחובתם של המשיבים לפעול בהגיונות וביושר היא אחת מחובות הבסיס שלהם (ראו בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד דרום, מד(4) 626, 640 (1990)).

78. לאור האמור לעיל חובת הפרסום, היידוע, השקיפות וזכות השימוע הנם כללי ברזל של המשפט המינהלי וכל אחת מהן מופרת או נפגעת, הן במסגרת הנוהל בו בחר המשיב מספר 4 במדיניות של הימנעות מפרסום כוונה להקצות במקרים של "חשיבות מיוחדת לסדר הציבורי", "פרוייקט הקצאה מצומצם בהיקפו", כאשר מדובר באדמות יהודים, מקרקעין תפוסים ונכסי נפקדים, וכן אף ביחס להימנעות מפרסום החלטותיו על הקצאת קרקעות בדיעבד, הארכתן או הקצאתן בהקצאת משנה, הקצאות החטיבה להתיישבות וכלל ההקצאות בתוך תחומי יישובים.

79. אמנם אל מול הפגיעה יכול ויהיו שיקולים ואינטרסים לגיטימיים נוגדים, אלא שהמשיב לא הציג תכלית ולא סיפק נימוק המצדיק הסתרת החלטות המינהליות על הקצאת אדמות בגדה.

80. למעשה, המצב חמור יותר משום החשד שהסתרה נועדה לתכלית פסולה – לאפשר מדיניות מפלה.

II. התחרות ומכרזים, החובה לאפשר הצעות אלטרנטיביות לשימוש במשאב ציבורי

81. אם לא די בכל מה שנאמר ונכתב עד כה, חריגי הנוהל, הפטורים שבו וההקצאות שאינן כלולות בו בכלל, יוצרים בהכרח סטייה מהחובה הקבועה אף היא במשפט המינהלי - לקבל הצעות מגורמים שונים בטרם יקבלו החלטות הקשורות להקצאת משאב ציבורי מוגבל כמקרקעין. אמנם **חוק חובת המכרזים**, **תשנ"ב-1992** אינו חל ישירות על השטחים המוחזקים ע"י ישראל בתפיסה לוחמתית, אולם כפי שצוין, פעולה של הקצאת מקרקעין ע"י רשות מינהלית ככל פעולה אחרת, כפופה לקריטריונים כללים של הגינות, שקיפות, סבירות ומידתיות (בג"צ 69/81 באסיל אבו-עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2), 197, בעמ' 226-227 (1983), בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2), 529, 539-540 (1989)).

82. בדיון בעל פה בפרשת תל רומיידה (בג"ץ 1711/14 עיריית חברון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), אשר הוזכרה ונדונה בין היתר במסגרת הדיון בעתירה הקודמת כדוגמא בולטת לחשיבות פרסום ההקצאות לענייננו, התברר שקרקע בעיר חברון שבה נתגלו ממצאים ארכיאולוגיים, הוקצתה לניהולה של עמותת מחדשי היישוב בחברון, במחשכים וללא מתן אפשרות לאף גורם אחר להתחרות על ההקצאה. כבוד השופטת ברק-ארז עמדה במהלך הדיון על החובה של הרשויות הרלבנטיות לפעול באופן המאפשר לגורמים אחרים להתחרות על ההקצאה: "באופן כללי כשמדובר בנכסים שמנוהלים ע"י רשויות, כשיש הקצאה או החכרה אז הדבר הזה נעשה בצורה מסודרת. מקבלים הצעות מגורמים שונים" (עמ' 3 שורות 22-24 לפרוטוקול הדיון מיום 31.12.2014).

- עותק של פרוטוקול הדיון בבג"ץ 1711/14 מצ"ב ומסומן נספח ע/11

83. אי-פרסום גורר בהכרח פגיעה ביכולת ההתחרות על המשאב, ומניעת הצעות אפשריות מהגעה לרשות כדי שזו תשקול אותן. בכך נפגעות גם זכויות הציבור לקבל הזדמנות להתחרות על משאב זה וגם התוצרים החשובים של ההתחרות על משאב ציבורי.

84. על התכלית הציבורית של חובת המכרזים ניתן ללמוד מדבריו של נשיאו לשעבר של בית המשפט הנכבד, כבי' השופט ברק:

"המאפיין את המכרז הוא קיומה של 'תחרות מאורגנת', דהיינו, יצירתה של מסגרת אירגונית, מעין 'שוק', שבה מתבקשות ומתקבלות הצעות הנבחנות זו כנגד זו תוך תחרות חופשית ביניהן. מטרתה של מסגרת זו היא השגתן של הצעות, שהן הראויות ביותר מבחינתו של המזמין, תוך שמירה על עקרונות יסוד של שוויון, הגינות וטוהר המידות"

(בג"ץ 118/83 אינווסט אימפקט נ' המינהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729, 734).

85. במקרה אחר הבהיר בית משפט נכבד זה שחשיבותו של הליך המכרז נעוצה בהיותו אמצעי השומר על שוויון ותחרות הוגנת שהינם חלק מחברה מתוקנת וצודקת. בבג"צ 368/76, אליהו גוזלן ואח' נ' המועצה המקומית בית שמש ואח' לא(1), 505 (1976), כתב כבי' השופט (כתוארו אז) שמגר, בעמ' 511:

”שניים הרעיונות העיקריים ביסודו של המכרז :

(א) האינטרס הציבורי - היינו הבטחת ממשל תקין על ידי ניהול עניינה של הרשות בדרך שיש בה משום מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לכל איש מתוך הציבור. בשל אינטרס זה על הרשות לכלכל מעשיה באופן כזה שלא תעניק זכויות במתן אספקה או שירותים, אלא על-פי כללים, שנועדו להבטיח שוויון והעדר משוא-פנים וליצור אמון בשיקוליהם והוראותיהם של המופקדים על המינהל הציבורי.

(ב) האינטרס העסקי - משמע, המטרה להשיג מן הקבלן או הספק, המציע שירותים או אספקה, את האיכות המעולה ביותר האפשרית, של השירות או המוצר, תמורת מחיר נמוך ככל האפשר ותוך המועד התואם דרישותיה של הרשות.”

86. בבג”ץ 5023/91 פורז נ’ שר הבינוי והשיכון אריאל שרון ואח’ מו(2) 793 קבע כב’ הנשיא שמגר, ביחס למקרקעי ציבור :

”מקרקעי הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות. אימוץ אמת מידה כאמור הוא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תרגומן של אמות המידה האמורות לאופני התנהגות מצביע, בין היתר, על החובה לנהוג בהגינות ובשוויון ועל-פי כללי המינהל התקין... המינהל התקין והחובה לנהוג בהגינות ובשוויון כלפי כל אזרח מחייבים חלוקתם של מקרקעין שהם רכוש הציבור והמיועדים לעמותות משכנות, על יסודה של תחרות בדרך של מכרז או של הגרלה, המאפשרים, לפי תנאיהם, תחרות הוגנת בין כל המעוניינים” (שם, בעמ’ 801).

87. באותו עניין הוסיף וקבע כבוד הנשיא שמגר כי הענקת קרקע ללא תחרות צריכה להיות ”תופעה נדירה, המיוחדת לנסיבות מוגדרות יוצאות דופן”... וכי ”בנסיבות רגילות אין כל הצדקה לוותר על התחרות השוויונית” (שם בעמ’ 802).

88. רק ע”י מתן הזדמנות לגופים שונים להתחרות על המקרקעין ולהציע הצעות תוכל רשות מינהלית לקבל את העסקה הטובה ביותר. החובה למצוא את הגופים המתאימים, האמינים, הזולים והמקצועיים ביותר תבטא את השמירה על האינטרס הציבורי בדרך הטובה ביותר. כלל זה חל גם במקום בו לא חל חוק חובת המכרזים. לא ייתכן שרשות מינהלית הפועלת מכוח חוק תפשוט את עורה כשהיא פועלת מחוץ לקו הירוק ותתכחש לתכליות, לכללים ולעקרונות המחייבים אותה בכל פעולותיה, תוך שימוש בחריגים מנוסחים במעורפל בכוונה תחילה, בנוהל אותו קבעה לעצמה. בית המשפט הנכבד כבר קבע בכמה פרשות כי כללי המינהל התקין חלים בגדה המערבית. וכך נאמר בפרשת אסכאן :

”הביקורת השיפוטית של בית-משפט זה משתרעת הן לעניין בדיקת קיומו של מקור פורמאלי לסמכותו של הממשל הצבאי (אם בדין המקומי ואם בחקיקת הביטחון) והן לעניין אופן השימוש בסמכות זו. בדיקה אחרונה זו נעשית הן לאור כללי המשפט הבינלאומי המנהגי והן לאור כללי המשפט המינהלי הישראלי. מבחינה זו ניתן לומר, כי כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי

הפומבי המנהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי
הישראלי"

(שם, בעמ' 810).

89. בוודאי שאם כל חייל פשוט אמור לשאת עמו בתרמילו את כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי קל וחומר שבתיקם של המשיבים חובה שכללים אלה ישמרו מכל משמר.

90. אף בבג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 444 (עמ' 455) חזר בית המשפט הנכבד על הקביעה כי חלים על מפקד האזור בין השאר, כללי המשפט הציבורי, ובתוכם כללי הצדק הטבעי והסבירות המינהלית.

91. העותרות יטענו כי מכל האמור לעיל עולה שהפסיקה בסוגייה מושא עתירה זו היא ברורה וחד משמעית: האינטרס הציבורי מחייב כי כל החלטה מינהלית בעניין הקצאת משאב ציבורי מוגבל כמו קרקע, תתבצע תוך פרסום דבר ההחלטה, בשקיפות, תוך מתן זכות שימוע כנה ופתוחה ותוך מתן הזדמנות שווה לגופים שונים להתמודד על האפשרויות והתנאים לקבלת זכויות, למעט בחריגים מצומצמים וסבירים לפרסום, אשר תכליתם ראויה.

III. המשפט הבינלאומי – החובה לפעול לטובת האוכלוסייה המוגנת

92. בחלק העובדתי הבאנו את הנתונים המצביעים על התוצאה החמורה של מדיניות ההקצאות הנוהגת עד היום: אפליה ברורה וקיצונית של צרכי התושבים הפלסטינים בכל הנוגע לאדמות ציבור. אפליה זו לא רק מהווה פגיעה ממשית בעקרון השוויון, אלא גם עומדת בניגוד לרציונל הבסיסי ביותר של דיני הכיבוש אשר תכליתם לשמור ולהגן על האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית הכבושה.

93. הוראת תקנה 43 לתקנות האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: "תקנות האג") החלה בשטח, והמשמשת כמעין "חוקה בזעיר אנפין" קובעת את חובתו של מפקד האזור לפעול לטובת האזור בלבד תוך איסור מוחלט לעשות שימוש בנכסי הציבור לטובת המעצמה הכובשת וצרכיה שאינם ביטחוניים (ראו לעניין זה בין היתר את בבג"צ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון ואח, פ"ד כז(1) 124 (1972); בג"צ 69/81 באסיל אבו עטיה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197; בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פד מח(5) 807 (2004); ועוד רבים אחרים).

94. הפועל היוצא מכך, מלבד האיסור על הקצאה לצרכי אוכלוסייה אזרחית של המעצמה הכובשת המתנחלת בשטח הכבוש, שהינו עניין החורג מגדריה של עתירה זו, היא שלכל הפחות על המפקד הצבאי לעשות כל שביכולתו לשקול את האינטרסים והצרכים של האוכלוסייה המוגנת, וזאת הוא יוכל לעשות רק אם יאפשר להם להשתתף בתחרות על הקצאות קרקע.

95. תקנה 55 לתקנות האג מסדירה את כוחות וחובות המעצמה הכובשת ביחס לרכוש ציבורי. התקנה קובעת כי המעצמה הכובשת מתפקדת כנאמן של השטח הכבוש, וכי עליה לנהל כפקדון המוחזק על ידה באופן

זמני, תוך שמירת הקרן ושימוש בפירות לטובת **מוטבי הנאמנות** – תושבי השטח המצויים תחת כיבוש. בשל חשיבות התקנה לענייננו נביאה במלואה:

"המדינה הכובשת נחשבת רק לנאמן ולנהנה של הבנינים הציבוריים, נכסי דלא נידי, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת ההנאה"

96. מן האמור עולה כי הוטלה על המשיבים חובה ואחריות לניהולו, שמירתו וקיומו של הרכוש השמור אצלם בנאמנות – כלפי התושבים הפלסטינים באזור. פרשנות זו התקבלה בפסיקת בית המשפט העליון, ראו למשל בבג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פד"י לו(1) 701, (בעמ' 704).

97. ניהול בנאמנות ולטובת האוכלוסיה שתחת כיבוש, אינו עולה בקנה אחד עם הקצאות סודיות, במיוחד כשכולן כמעט עד לאחרונה שבהן נועדו לשימוש האוכלוסייה הישראלית בגדה (גם המיעוט המצומצם של ההקצאות לשימוש פלסטיני הוא בחלקו הגדול נוגע לקרקע המוקצת לשירות העברות כפויים של קהילות פלסטיניות ממקומן – וזאת על מנת לאפשר פינוי שטח לטובת הרחבת התחלואות).

98. מחדל אי-הפרסום של כוונה להקצות, **במיוחד במקרים בהם מדובר בקרקע פלסטינית פרטית**, מניעת מימוש זכות השימוע והטיעון, והפרת עקרון השקיפות גורמים כולם לכך שהמפקד הצבאי מועל בחובתו הקבועה במשפט הבינלאומי לפעול למען ולטובת האזרחים המוגנים, קרי הפלסטינים.

99. גם מטעם זה פטורים וחריגים לחובת הפרסום מנוגדים לדין אם אין להם תכלית ראויה במונחים של אינטרס ציבורי שעליו הם מגינים, ושחשיבותם גוברת על האינטרסים הנפגעים מאי-פרסום.

ה. יישום העקרונות המשפטיים לענייננו

I. הפגמים החמורים בנוהל

100. כאמור לעיל, מיצויה של העתירה הקודמת הוליד נוהל חדש שנכתב במשרדי המשיבים.

101. הנוהל מעגן את חובת פרסום ההקצאות בשטחים מחוץ ליישובים בגדה המערבית, אך גם כולל בתוכו חריגים רחבים ביותר, אשר קרוב לוודאי אף יתפרשו בהרחבה, באופן שיאפשר למשיבים למנוע פרסומן מראש של רוב רובן של ההקצאות.

102. העותרות מזהות ארבעה כשלים עיקריים בנוהל אותם יש לתקן לאלתר:

א. שני הכשלים הראשוניים נעוצים בהגדרת "מקרקעין" בסעיף 3(ג). ההגדרה מחריגה "אדמות יהודים", מקרקעין תפוסים (בתפיסה צבאית) ונכסי נפקדים. החרגה זו פוטרת מפרסום הקצאות/הרשאות כשמדובר בקרקעות בסטטוסים האלה. **בשני המקרים האחרונים (מקרקעין תפוסים ונכסי נפקדים) מדובר במקרקעין פרטיים בבעלות פלסטינים ולפיכך אי תחולת חובת הפרסום חמורה במיוחד.** זאת, הן בשל רצינות ה"תחרותיות", האיסור על הפליה והפגיעה בעקרון השוויון שטמונה בכך. ללא חובת פרסום, לא יוכלו פלסטינים להשיג על ההקצאות של שטחם שלהם, ואחרים לא יוכלו להתחרות על הקצאה ששוויה הכלכלי ניכר. יתר על כן, הסתרה

בקרקעות אלו מדיפה ניחוח ציני במיוחד, באופן המגלה על אי-עמידת ישראל בחובותיה כמעצמה הכובשת על פי הדין הביני"ל.

המשיבים הגיבו לטענה זו במכתבם מיום 10.8.2020 כד :

"מכלול השיקולים הצריך לעניין הוא שונה לחלוטין ומתבסס על מסגרת משפטית שונה לחלוטין מאדמות המדינה המנוהלות ברגיל על ידי הממונה, ומשכך אין הדבר רלוונטי לעניין נימוקים הנוגעים לניהול אדמות המדינה. הרכוש המכונה 'אדמות יהודים' וכן 'רכוש נפקדים' הם מקרקעין מסוג ייחודי ואין עניינם דומה לאדמות אחרות המנוהלות על ידי הממונה"

זוהי איננה הנמקה ולא כלול בה שום הסבר **מדוע** לטענתם אין להחיל את חובת הפרסום על אדמות מסוגים אלו, אלא רק ש"מכלול השיקולים הוא שונה". עם כל הכבוד, יתכבדו המשיבים ויסבירו מהו **השוני הרלוונטי** אשר מצדיק פטירת הקצאה של אדמות אלו מחובת הפרסום שבנוהל כטענת העותרים. לכאורה, בכל הנוגע במקרקעין שנתפסו לצרכי ביטחון ובמקרקעין שהם נכסי נפקדים – חובת השקיפות בהקצאות אמורה להיות מוגברת עוד יותר **שהרי לא מדובר כלל באדמות ציבור אלא באדמות פרטיות**.

בהיעדר הנמקה והסבר, לא עמדו המשיבים בנטל להוכיח שהפגיעה בחובה המינהלית לפרסום סבירה ומידתית ולפיכך חוקית.

ב. הנוהל קובע בסעיף 4(ה) פטור מחובת הפרסום מן הטעם של "חשיבות מיוחדת לסדר הציבורי", או כשמדובר ב"פרויקט הקצאה מצומצם בהיקפו". שני המבחנים ("חשיבות מיוחדת לסדר הציבורי" ו"פרויקט מצומצם בהיקפו") אינם מוגדרים כלל ולפיכך יכולים לשמש את המנהל בכל הקצאה/הרשאה. חוסר הבהירות במינות, יוביל בוודאות להתדיינות משפטיות עתידיות רבות - ככל שארגונים כגון העותרת 1 בכלל ידעו די פרטים שיאפשרו לנקוט בצעדים להשיג על ההקצאה.

כאמור לעיל, המשיבים הגיבו במכתבם מיום 10.8.2020 בהקשר זה כי :

"חריגים אלו נדרשים כדי לממש את חובות המפקד הצבאי ושלוחיו ביחס לשמירה על הסדר הציבורי באזור, או משום שמדובר בעניינים מצומצמים שאין בהם כדי להשפיע על הציבור הרחב".

אלה הם טיעונים סתומים וכלליים, שאינם מספקים שום נימוק והסבר להפרת חובת הפרסום וככאלה אינם יכולים לעמוד. ביחס לרישא, מדובר בתשובה טאוטולוגית ומתחמקת. המשיבים פוטרים עצמם מבלי להסביר מהי "חשיבות מיוחדת לסדר הציבורי" ומדוע למעשה הפטור נדרש לצורך "שמירה על הסדר הציבורי באזור". ביחס לסיפא, לא הוסבר מהם אותם עניינים "מצומצמים" ומדוע הקצאות, קטנות ככל שיהיו "אין בהם כדי להשפיע על הציבור הרחב", ומדוע הקצאות, קטנות ככל שיהיו, צריכות להיות מוחרגות מחובת הפרסום.

על מקרה דומה של ניסוח עמום וסתום, גם שם על רקע חשש לכך שבבסיסו כוונה להפליה אסורה בין יהודים לערבים בחלוקת משאבים, כתבה השופטת (כתוארה אז) ד' בייניש בבג"ץ 727/00 **ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון**, פד"י נו (2) 79, בפס' 7 לפסק דינה:

"משום מה בחרה הוועדה הבין-משרדית לנסח את הקריטריונים בשפה טכנית ועמומה המובנת ככל הנראה ליודעי ח"ן בלבד. דומה כי ראוי הוא שקריטריונים החלים על הציבור ינוסחו בצורה מפורטת, מפורשת וברורה יותר. כך, למשל, ראוי שיפורט תוכנו של הביטוי "מצוקה רב ממדית" וכן שיפורטו כל המשתנים הכמותיים הרלוונטיים, בין במישרין ובין על דרך של הפניה, כך שהנוגעים בדבר – יישובים יהודיים וערביים כאחד – ידעו מה הן אמות-המידה להקצאת תקציבי הפרויקט והחלתו עליהם."

ג. לפי סעיף 4(ז) לנוהל, חובת הפרסום שנקבעה חלה רק על הקצאה או הרשאה ראשונה ולא על הארכת הקצאה/הרשאה ולא על הקצאה או הרשאת מישנה. המשמעות של חריג זה היא שחובת הפרסום אינה חלה על **מרחבי שטח עצומים** באזור C שכבר הוקצו בעבר וההקצאה לא מומשה או מומשה באופן חלקי. הארכת הקצאות אלה ו/או הרשאות אלה פטורות מפרסום. נזכיר כי לפי סיכום הדיון במעמד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (**נספח ע/5** לעתירה דנן) שצורף כנספח לתגובת המשיבים בעתירה הקודמת מיום 28.6.2017, הממונה כבר הקצה לחטיבה להתיישבות (ביחס אליה יפורט בהמשך) בין 400,000 ל-500,000 (!) דונם בחוזי משבצת והרשאות לתכנון, בצורה סיטונאית במטרה שהחטיבה תנהל את אותן קרקעות ותקצה אותן **באמצעות הקצאות משנה**.

103. פגמים אלה בנוהל יוצרים **וודאות קרובה לכך שייפגעו הן זכויותיהם של תושבי השטח** אשר לא ידעו מבעוד מועד על הקצאות או הרשאות רבות וקריטיות, ולא יוכלו לכלכל את צעדיהם בטרם ההקצאה/הרשאה תהא לבלתי הפיכה (בין אם בשל אינטרסים של צדדים שלישיים ובין אם משום שהיא תצא לפועל מבלי שהם ידעו שהתרחשה זמן רב קודם), והן האינטרס הציבורי לקבלת החלטות מנהליות ראויות על יסוד מכלול האפשרויות שעומד בפני הרשות.

104. פגמים אלה יתרחשו בשל אי-פרסום הכוונה להקצות וזאת **כשאינן לחיסוי כל הצדקה והוא אינו משרת כל תכלית לגיטימית** אלא נועד פשוטו כמשמעו להסתיר מהציבור המתנגד להקצאות שעניינן הרחבת התנחלויות ופיתוחן את היכולת לפעול בכלים המשפטיים העומדים לרשותם כדי להתנגד להן. ומעבר לכך, הוא מונע מהאוכלוסיה המוגנת, שמהווה כ-86% מתושבי האזור, גישה לחלקים עצומים מהמשאב הציבורי היקר ביותר – הקרקע.

105. **במונחים של המשפט המנהלי: חריגי חובת הפרסום בנוהל כושלים בהענקת משקל ראוי לשיקולים החשובים שביסוד חובת השקיפות והפרסום של אקטים מנהליים, ולצד זאת בהענקת משקל לשיקולים זרים שאסור לשוקלם (ולחלופין – מעניק משקל-יתר לשיקולים עלומים המצדיקים חיסוי).**

106. התוצאה היא שכל אחד מהחריגים לחובת הפרסום של כוונה להקצות קרקע ציבורית (או קרקע בניהול ציבורי כאמור), יוצר פגיעה בלתי מידתית בזכויות של הציבור ובאינטרס הציבורי שמשאבים ציבוריים ינוהלו באופן מיטבי. היות שכך, הנוהל לוקה בפגם של חוסר סבירות קיצוני.

II. יש לחייב פרסום הקצאות החטיבה להתיישבות

107. על פי הנוהל, החטיבה להתיישבות אשר מנהלת שטחי מדינה נרחבים ביותר בגדה ומעבירה אותם לצדדים שלישיים ללא תמורה (והכל כפי שפורט לעיל בחלק העובדתי), לא מחויבת בפרסום הקצאותיה. הדבר עלה לדיון נוקב בעתירה הקודמת, אך לא מצא כל ביטוי בנוהל.

108. בתגובתם מיום 19.1.2017 לעתירה הקודמת מציינים המשיבים (בסעיף 35) כי "במגזר הכפרי, במרבית הישובים, הוקצו מקרקעין ע"י הממונה להסתדרות הציונית אשר פועלת לתכנון ולהקמת ישובים במגזר הכפרי". עוד הם מוסיפים (סעיף 36) כי "בראשית חודש פברואר 2016 מינה רה"מ ועדת מנכ"לים לבחינת נושא ניהול אדמות המדינה במגזר הכפרי ביו"ש". ככל הידוע לעותרות, ועדה זו לא הגישה את המלצותיה עד עצם היום הזה ועל אף שעברו כ-5 שנים מאז מינויה. בפסק הדין בבג"צ 8261/15 מ.י. שחם נדל"ן בע"מ נ' ההסתדרות הציונית העולמית, החטיבה להתיישבות ואח' (2019) אשר עסק בסכסוך אזרחי (ועל כן נדחתה שם העתירה) בין חברת נדל"ן לחטיבה, כתב בית המשפט הנכבד (כבוד השופטים עמית, מזוז, וקרא) כי "הוועדה הייתה צריכה להגיש את מסקנותיה זה מכבר" (בפס' 4). כמו כן, נכתב אז, לפני כמעט שנתיים, כי:

"רשמנו בפנינו כי כיום מתבצעת עבודת מטה לשם עיצוב הסדר בנושא הקצאת מקרקעין במגזר הכפרי באיו"ש, בדגש על פעילותה של החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית. נושא זה אמור לבוא בפני הממשלה הנכנסת ומשכך, איננו רואים בשלב זה להידרש לנושא על אף חשיבותו".

109. בתגובתם לעתירה הקודמת המשיבים לא פירטו את הרקע להקמת הוועדה האמורה, או על דוחות מבקר המדינה שגילו ליקויים קשים בניהול אדמות המדינה במגזר הכפרי, או את התלונות שהצטברו על שולחן היועץ המשפטי לממשלה בהקשר זה.

110. אף במענה המשיבים מיום 10.8.2020 למכתבי העותרים שקדמו לעתירה דן – לא התייחסו המשיבים לנוהל שכזה או לעיצובו ביחס לפעילות החטיבה להתיישבות. להפך, נראה כי המשיבים דוחים מכל וכל טענת העותרים (שעוגנה בהחלטת בית המשפט לעיל) כי קיים צורך ממשי בעיצוב הסדר בנושא הקצאת המקרקעין ביחס לפעילות החטיבה להתיישבות. כך נכתב שם, בסעיף 6: "לא ברור מה מקור הדרישה להחיל חובות כלשהן בקשר לפרסום הקצאות על החטיבה להתיישבות [...] המדובר הוא במקרקעין שכבר

הוקצו לגוף מסוים, ועל פי המסגרת החוזית למולו הוא רשאי לעשות שימוש במקרקעין בהתאם לאותו החוזה". אמרו ולא הוסיפו.

111. החטיבה להתיישבות הינו גוף דו-מהותי - גוף פרטי בעל מאפיינים דומים לרשות ציבורית הממלא תפקיד בעל חשיבות ציבורית. תקציבה של החטיבה להתיישבות מגיע מכספי ציבור והיא מנהלת את נכסיו. אופייה הציבורי של החטיבה להתיישבות אינו רעיוני בלבד ואינו מתמצה בסוג השירות שהיא מספקת לתושבי ישראל, אלא יש לה "זיקה מוסדית" חזקה ביותר לרשויות השלטון.

112. בהתאם, נקבע בעבר כי החטיבה להתיישבות מחויבת לנורמות הקבועות במשפט המינהלי – בהן, למשל ובמפורש - עקרון השקיפות (בג"צ 3301/15 זהבה גלאון נ' סיעת הליכוד בכנסת ה-20 ואח' (פורסם בנבו, 29.6.2015). שם קבע כב' השופט רובינשטיין בפסי' טז לפסק דינו (ההדגשות שלנו):

החטיבה להתיישבות היא חלק מן המוסדות הלאומיים – ההסתדרות הציונית – ומעוגנת מוסדית בהיסטוריה חשובה ומשמעותית של הציונות ובניין הארץ [...] קשה מאד להתייחס אליה כ"קבלן שירותים" גרידא". על החטיבה לפעול על פי דין ובשקיפות, ולא להיות חלילה "חור שחור" באופן כלשהו לעומת מערכת הממשל בחינת "עוקף כללי הממשל"

113. לענייננו מדובר בהפעלת סמכות שלטונית קלאסית – והרשות אינה יכולה להתחמק מחובותיה המנהליות באמצעות הפרטת הניהול של האדמות הציבוריות לידי החטיבה. בהקצאתן לחטיבה היא הופכת את החטיבה למנהלת נכסים ומשאבים ציבוריים וגורם המקצה אותם לצדדים שלישיים. במצב כזה החובות המנהליות זורמות יחד עם הסמכויות שמועברות לחטיבה.

114. תחולת הדין המנהלי על גוף דו-מהותי מושפע מכמה פרמטרים. מבחן מרכזי הוא השפעה של פעילות הגוף על אינטרס הציבור בכללותו או על אינטרסים של קבוצות שונות בציבור (ראו: אייל בנבנשתי, "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים", משפט וממשל ב (התשנ"ד), 11, בעמ' 32). ככל שהשפעה זו מהותית יותר, יטה בית המשפט להחיל חובות ציבוריות על הגוף הפרטי. בענייננו אין ולא יכול להיות ספק שהעברת מאות אלפי דונמים של קרקע ציבורית לניהול המשיבה 5 יוצר השפעה עצומה של פעילותה בהקשר לקרקע זו על הציבור, על זכויותיו ועל האינטרסים שלו.

115. שיקול שני הוא מידת המונופולין של הגוף על הפעילות שמשפיעה על האינטרס הציבורי, ראו בעניין זה את פסק הדין המרכזי ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464. בענייננו לחטיבה יש מונופולין כמעט מלא על ניהול מקרקעי הציבור בגדה.

116. פרמטר נוסף מברר האם ריכוז הכוח בידי הגוף הדו-מהותי יוצר פוטנציאל לניצול לרעה ופגיעה בקבוצות חלשות בציבור, וכפועל יוצא האם יש הצדקה יתרה להחלת הדין המינהלי בעניינים המתאימים על הגוף. כאמור לעיל בחלק העובדתי – חשש זה מתקיים לעניין הקצאות והרשאות מקרקעין בגדה המערבית, בלשון המעטה, לאור כל העובדות המפורטות בעתירה זו.

117. לאור כל האמור – יש להחיל על המשיבה 5 חובות שקיפות זהות לאלה שחלות על המשיבים 1-4, בכל הנוגע להקצאות ולהרשאות שהיא מנפקת לטובת גופים שלישיים.

118. לפיכך חובת הפרסום מתפרשת לא רק על ההקצאות שמעניק הממונה לחטיבה להתיישבות (ההקצאות הראשונות) אלא גם על ההקצאות המשניות שמעניקה החטיבה להתיישבות לגורמים שלישיים (הקצאות המשנה).

119. ככל הידוע לעותרות, כאשר מדובר בפרויקט בניה מסודר, נותנת החטיבה להתיישבות זכויות במגרשים שונים לגופים כגון ועד הישוב, יזמי בניה (כגון חברת בנייני בר אמנה) וייתכן שאף לגורמים אחרים נוספים, ועל בסיס אותה הרשאה מהחטיבה להתיישבות הם מתחילים בעבודות הפיתוח והבנייה (להלן: **"הקצאת בניינים"**). בשלב האיכלוס, חותמים הרוכשים עם ועד הישוב ו/או היזם חוזה לרכישת שירותי בנייה, ובמקביל הם חותמים על חוזה ברשות עם החטיבה להתיישבות.

120. יש לציין שלאור היעדר השקיפות שבניהול הקרקעות במגזר הכפרי, מתקשות העותרות להבין מהן בדיוק הזכויות שמעניקה החטיבה להתיישבות בהקצאת הבניינים ליזמים או לוועד הישוב שעל בסיסן הם מבצעים את עבודות הפיתוח, ומדוע כאשר מועברות הזכויות במגרש לצדדים שלישיים לא משולם מס שבת. **לדעת העותרות, ככל שמדובר בהעברת זכויות כלשהן מידי החטיבה להתיישבות לגורם אחר (או מתן זכויות במקביל), הרי שיש חשיבות עצומה לפרסום ההקצאה וזאת מכל הטעמים שפורטו לעיל.**

121. **הדברים נכונים ביתר שאת בכל הקשור בהקצאות לחקלאות ולמראה.** החטיבה להתיישבות מקצה, דבר של יום ביומו, קרקעות בשטחים עצומים לידי גורמים פרטיים לצרכי חקלאות ומראה. לעיתים מדובר בהקצאות של עשרות ואף מאות דונמים שמהם יכולים הנהנים להפיק רווחים נאים. שטחים נרחבים אלה הם שטחים שאינם בתחום תכניות לבנייה, הם במרחק גדול מיישובים קיימים, וגם אותם חלקים מביניהם שנכללו בתחום שיפוט של יישוב אינם מהווים חלק אינטגרלי מהיישוב ומפוטנציאל הפיתוח שלו. הקצאת שטחים אלה ללא כל פירסום וללא כל כללי מינהל תקין יוצרת אפליה לא רק כלפי גורמים פרטיים ישראלים שאולי ירצו גם הם ליהנות משלל הקרקע שבשליטה הישראלית בשטחים אך אינם מקושרים דים לאנשי החטיבה להתיישבות, אלא מדובר באפליה מובנית וחמורה כלפי מיליוני פלסטינים מהאוכלוסיה המוגנת, שרבים מהם עוסקים בחקלאות ושטחים נרחבים אלה (כ-39% מאזור C, שהם כרבע משטחי הגדה המערבית) חסומים בפניהם.

122. העותרות סבורות שמבחינה ציבורית, השלב הקריטי בהקצאה הוא השלב שבו יוצאים המקרקעין מידי החטיבה להתיישבות ומגיעים לידי גורמים אחרים לשם מימוש מטרות ההקצאה. אך כאשר דירה, לדוגמא, מחליפה בעלים (דבר שחייב להיעשות באמצעות החטיבה להתיישבות, בחתימה על חוזה ברשות), **ובלבד שאין בהחלפת הבעלות הזאת מן הדברים החייבים במכרז לפי הכללים החלים בישראל,** החשיבות הציבורית בפרסום יורדת. כלומר, השלב הקריטי לפרסום הוא השלב שבו החטיבה להתיישבות מוציאה מידיה לראשונה את הזכויות ומעבירה אותם לגורמים אחרים (בדרך כלל בדרך של הקצאת בניינים), **וכן בעת חידוש הקצאה שכזאת.**

123. **הקצאות ישירות לרוכשים בלי הקצאת בניינים** – כל ההקצאות שנעשות ישירות בין החטיבה להתיישבות לבין גורמים פרטיים מבלי הקצאת בניינים לידי ישוב או יזם (במקרים של פיתוח מגרש פרטי שלא במסגרת פרויקט בניה, בהקצאות לחקלאות ולשימושים אחרים) – הרי שההקצאות הללו חייבות גם הן בפרסום מכל הטעמים שנמנו לעיל.

ו. סוף דבר

124. הקצאת מקרקעין הינה מעשה מינהלי הכפוף לכללי המינהל התקין. פרסום, יידוע, שקיפות, שימוע והנכונות לקבל הצעות שונות הינם כללי יסוד שאין בלעדיהם מינהל תקין ושלטון חוק, שבהפרתם נכשל בהכרח השלטון בהשגת האינטרס הציבורי.

125. כפי שהוצג בעתירה דנן, המשיבים ובפרט משיב מספר 4 אינם מכבדים כיום את העקרונות המינהליים שהוזכרו והנוהל הפרסום הקצאות שאימצו מחורר כמסנת. על פי עמדות המשיבים שהוצגו לעיל והנוהל שפורסם, רוב רובן של ההקצאות אינן מפורסמות ואינן שקופות לציבור.

126. בניגוד לרושם שנוצר כי סוגיית הפרסום של הקצאות מחוץ לתחומי יישוב נפתרה עם פרסום הנוהל שבנדון, החללים שקיימים בנוהל מתירים חלק גדול מהחששות שהפרסום נועד לפתור, על כנס. על כן, ועל מנת שהנוהל האמור לא ישמש כמס שפתיים שמטרתו היחידה היא להתחמק מההתחייבות לפרסם הקצאות או הרשאות, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לתקן את הפגמים שנמנו לעיל באופן שיבטיח פרוצדורה שקופה ותקינה של הליך ההקצאות.

127. ניסוחו של הנוהל כיום הוא בלתי סביר באופן קיצוני. עמדת העותרות הינה כי החריגים הקיימים בנוהל מאיינים כמעט כל אפקטיביות למילוי תכליותיו המוצהרות. על כל חריג אפשרי לכלל פרסום ההקצאות להיות מצומצם, מוגדר ומתוחם היטב.

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש ברישא לכתב עתירה זה ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעון בעל-פה, להופכו למוחלט.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרות וכן בשכר-טרחת עו"ד בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

לעתירה מצורף תצהיר מטעם העותרת 2 ומסומן ת/1 וכן ייפוי כוח.

תאריך: _____

אלון ספיר, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרות