

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6268/00

- בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופט ד' דורנר
- העותרים: 1. קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה
2. קבוצת חול, חברה בע"מ
3. מרכז הזיפזיף נהריה בע"מ
4. קואופרטיב הזיפזיף נהריה בע"מ
5. תחנת הזיפזיף נהריה, שותפות רשומה
6. "תנופה" חברה קבלנית לעבודות עפר וכבישים בע"מ
7. קיבוץ פלמחים, אגודה שיתופית חקלאית רשומה
8. כורים בע"מ
9. "חוף-ים" קואופרטיב לכריית והובלת זיפזיף הרצליה בע"מ
10. קבוצת יבנה אגודה שיתופית
11. מושב ניר גלים
12. כפר דרום
13. סולל בונה בע"מ
14. קיבוץ ניצנים אגודה שיתופית
15. אופק השולה קואופרטיב בע"מ
16. הסתדרות העובדים הכללית החדשה

נ ג ד

- המשיבים: 1. מינהל מקרקעי ישראל
2. מועצת מקרקעי ישראל
3. הצוות הבינמשרדי לבחינת הסדר כריית החול ע"י הכורים הוותיקים
4. שר התשתיות הלאומיות
5. שר האוצר
6. ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת
7. שלומי גולן
8. פ.נ. המשקם עבודות עפר בע"מ

עתירה למתן צו מוחלט

תאריך הישיבה: ב' בכסלו תשס"א (29.11.00)

- בשם העותרים 1-15: עו"ד חנן מלצר, עו"ד נאוה אילן ועו"ד אפרת שפירא
בשם העותרת 16: עו"ד ניסנקורן אבי דניאל ועו"ד נטע רות
בשם המשיבים 1-6: עו"ד מלכיאל בלס
בשם המשיב 7: עו"ד בן שאול דן
בשם המשיב 8: עו"ד רנאטו יארק

פסק-דין

השופט ט' שטרסברג-כהן:

1. עניינה של עתירה זו בהחלטה 833 מיום 30.7.00 של מועצת מינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל להלן: המועצה), שביטלה את החלטת המועצה 121 מיום 5.3.73 שהעניקה לעותרים 1-15 (להלן: הכורים) פטור ממכרז לכריית חול (סוכרי).

רקע עובדתי

2. א. עד שנת 1964 כרו הכורים זיפזיף משפת הים לשימוש כחומר בניה. לטענתם, עוסקים הם בכרייה עוד מתקופת המנדט מכוח היתרים שקיבלו מהרשויות המוסמכות.

בשנת 1964 הוקמה ועדה לבדיקת נושא כריית זיפזיף בחוף הים. הועדה המליצה על הפסקת הכרייה באזור החוף מטעמים אקולוגיים ועל הפניית הכורים לאזור דיונות חול הנמצא מזרחה לאזור שפת הים. דו"ח הועדה נדון בישיבת ממשלה מיום 18.5.64 בה הצהיר שר הפיתוח כי הוא מנהל משא ומתן בנושא זה. הודעה על כך נשלחה על-ידי שר התחבורה ביום 21.5.64 אל מזכירות פלמחים (הוא העותר 7) ונחשולים במכתב.

שר הפיתוח הוציא - בעקבות המלצת הועדה - ביום 31.5.64, צו בדבר הכרזת אזור סגור - האוסר בין השאר כריית חול - בשטח שגבולו 150 מטרים מזרחה לקו חוף הים התיכון ו150- מטרים מערבה לו.

ב. בשנת 1970, מונתה - בעקבות פניות של גורמים אחרים שביקשו היתרים לכרות חול - ועדה נוספת, על מנת שתבחן מחדש - בין השאר - את מדיניות כריית החול והזיפזיף.

ג. ביום 26.7.71, בעקבות המלצת הועדה שאומצה על-ידי שר הפיתוח, קיבלה המועצה החלטה מס' 105, לפיה תינתנה לכורים שעסקו בשנת 1964 בכריית זיפזיף, הרשאות בלעדיות, עתיות, שנתיות לכריית חול, וזאת, עד ל- 31.3.73, שאז ייקבע אם יש לערוך שינויים בהסדר.

ד. ביום 5.3.73 נתקבלה על-ידי המועצה החלטה 121, לפיה הרשאות לכריית חול יינתנו החל מתאריך 1.4.73 בדרך של מכרזים פומביים, למעט הרשאות לכורים, להם תינתנה הרשאות עתיות כאמור,

ללא מכרז. הרשאות אלה תוגבלנה לאזורים בהם נעשית הכרייה על ידם במועד מתן ההחלטה, לפי איתור שייקבע על-ידי המינהל, עד לגמר ניצולם של שטחים אלה. במינהל הוכנה מפה שכותרתה "אתור שטחי חולות השמורות לכריית חול (סוכרי) לקבוצת הכורים אשר עבדו עד שנת 1964 בכריית זיפזיף לאורך שפת הים" (להלן: האזור המתוחם). בעקבות החלטה 121 קיבלו הכורים הרשאות שנתיות לכריית חול, מאז 1973, באתרים שונים באזור המתוחם. כמו כן חויבו הכורים בשמירה על מקרקעין מסוימים באותו אזור.

ה. במשך השנים פנו למינהל גורמים אחרים שביקשו לכרות חול באזור המתוחם, והנושא אף הגיע מספר פעמים לפתחו של בית משפט זה. בבג"ץ 62/76 דבח נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד ל(2) 722 נדחתה טענת הפלייה שהועלתה על-ידי העותרים שם, שביקשו לעצמם הרשאה לכרייה ללא מכרז. בית המשפט ראה בעתירה שם, עתירה להעדפת העותרים על פני אחרים ולא עתירה לשוויון. כן נדחתה טענת העותרים לפיה לא התנגד המינהל למתן רשיון לכרייה באזור המתוחם. העתירה נדחתה. (ראו גם: בג"ץ 3015/90 המעמיס בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם); בג"ץ 423/96 שלומי גולן נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם)).

ו. ב1992- חוקק חוק חובת המכרזים, התשנ"ב1992- (להלן: חוק המכרזים) שקבע, ככלל, חובת קיום מכרז פומבי בהתקשרויות של המדינה בחוזים לביצוע עיסקאות שונות ובמסגרתן עיסקאות במקרקעין. מכוח חוק המכרזים הותקנו בשנת 1993 תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג1993- (להלן: תקנות המכרזים). תקנה 25(27) מאשרת את הפטור ממכרז שניתן לכורים אשר קיימת כלפיהם התחייבות תקפה של המדינה מן העבר וכל עוד התחייבות העבר תקפה. וזו לשון התקנה:

"25. נוסף על האמור בתקנה 3, התקשרות של מינהל מקרקעי ישראל (להלן - המינהל) לביצוע עיסקה במקרקעין של המדינה, רשות הפיתוח או קרן קיימת לישראל, אינה טעונה מכרז כאשר נושא ההתקשרות הוא אחד מאלה:

...

(27) הענקת הרשאה לכריית חול סוכרי, לכורים אשר כלפיהם קיימת התחייבות תקפה של המדינה מן העבר, במסגרת אותה התחייבות וכל עוד התחייבות העבר תקפה, והכל בתחום האזור המסומן לענין זה במפה המופקדת במינהל ביום תחילתן של תקנות אלה;"

ז. בשנת 1998 הנחה היועץ המשפטי לממשלה, להקים צוות בין-משרדי (הוא המשיב 3, להלן: הצוות), בראשותו של היועץ המשפטי של המשרד לתשתיות לאומיות, לשם בחינת הסדר כריית החול על-ידי הכורים. הצוות שמע את טיעוני הכורים, שטענו כי הם בעלי זכויות קנייניות לכריית חול. לטענתם, שלילת זכותם לכרייה בלעדית, מהווה הפקעה שלא כדין של זכותם החוקתית ופגיעה בחופש העיסוק. עוד טענו הם כי ניתנה

להם הבטחה שלטונית לכריית חול, אותה יש לקיים. כן ביקשו הכורים לקבל הרשאות ללא מכרז באתר "מבצע" הנמצא באזור המתוחם, בו הוחל על-ידם בהליכים תכנוניים להכשירו כאתר לכרייה.

ח. ביום 30.12.98 נמסרה עמדת הצוות ליועץ המשפטי לממשלה, לפיה יש לדחות את טענות הכורים. הצוות המליץ לאפשר לכורים את המשך הכרייה בשני אתרים בלבד - אתר ברברה צפון אשקלון ואזור התעשייה אשדוד - בהם כרו כאשר ניתנה החלטה 121, בשנת 1973 ובהם כרו גם בעת מתן ההמלצה (להלן: שני האתרים). ככל שמדובר באתר "מבצע" שבאזור המתוחם, הומלץ לדחות את בקשת הכורים לכרות בו ללא מכרז והומלץ להוציאו למכרז פומבי.

ט. ביום 13.7.00, בעקבות המלצת הצוות ולאחר שהומצאה לו עמדת העותרים בכתב, יצאה מלפני היועץ המשפטי לממשלה חוות דעתו לפיה "...יש יסוד מוצק לסברה כי המטרות שעמדו בבסיס ההסדר [המעניק פטור ממכרז לכורים - ט.ש.כ.] הושגו זה מכבר, ולפיכך היה לדעתנו מקום להביאו לידי סיום לפני זמן". היועץ המשפטי לממשלה דחה את טענות הכורים וציין שלאור שינוי הנסיבות בשלושים ושש השנים שחלפו מאז הוחל ההסדר, מחויבות הרשויות לשוב ולשקול את צידוקו.

י. ביום 18.7.00, לאור חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, התכנסה המועצה וקיבלה את החלטה 833, המבטלת את החלטה 121 וקובעת כי הרשאות לכריית חול תינתנה על יסוד מכרזים פומביים. משכך, המליץ משרד האוצר לבטל את תקנה 25(27) לתקנות המכרזים. ועדת חוק חוקה ומשפט אישרה את ההמלצה וזו ממתינה לחתימתו של שר האוצר.

יא. בשנת 2000, הוצא מכרז לגבי שטח כרייה מחוץ לאזור המתוחם. הזקנה באותו מכרז (המשיבה 8) פתחה בהליך משפטי. הכורים היו צד לאותו הליך, בו בקשה המשיבה 8 למנוע את חידוש ההרשאה שניתנה לכורים בשני האתרים. במסגרת אותו הליך, הוסכם - על דעת הכורים - כי יותר להם להמשיך בכרייה ללא מכרז בשני האתרים עד ליום 15.10.00, אורכה זו היא בת שלושה חודשים נוספים לתקופה מאז 1998, מועד בו הוקם הצוות והיה ידוע שההסדר ממנו נהנו הכורים במשך שנים עומד לבדיקה מחודשת.

יב. ביום 12.10.00 הוצא מכרז לכרייה באתרים הנמצאים באזור המתוחם, [מס' ים/176/00 (להלן: מכרז-ים)]. בעקבות זאת הוגשה עתירה זו, בה עותרים הכורים לביטול החלטה 833. בנוסף או לחילופין, עותרים הם לקבלת הרשאה בלעדית לכריית חול באתרי כרייה מסוימים באזור המתוחם. כמו כן מבקשים הם,

כי תיקבע הוראת מעבר ראויה וכי ייקבע הסדר לפיצויים ראויים עקב ביטול החלטה 121 על-ידי החלטה 833 שלא נקבעו בהחלטה. עוד מבקשים הם לאפשר להם לעיין בחומר שהוגש לצוות, בחוות דעת הצוות ובחוות דעת העוזר ליועץ המשפטי של המשרד לתשתיות לאומיות.

י.ג. במסגרת העתירה הוצא צו על-תנאי וצו ביניים חלקי, המונע מהמשיבים לפתוח את ההצעות במכרזים עד למתן החלטה אחרת.

י.ד. כיום תלויה ועומדת עתירה נוספת שהוגשה על-ידי צרכני החול, התוקפת את מכרזים בשל העדרה של הוראה לקביעת מחיר מקסימלי לצרכן או פיקוח על מחירי החול לצרכן, שהמריאו כתוצאה מההתפתחויות הנ"ל (בג"ץ 8344/00).

תמצית טענות הצדדים

3. לטענת הכורים פגעה החלטה 833 בזכויותיהם החוקתיות לקניין ולחופש עיסוק באופן שאינו מתיישב עם חוקי היסוד והפגיעה בזכויותיהם אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה: הפגיעה לא נעשתה על-פי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו; ההחלטה נעדרת מידתיות; תכליתה אינה ראויה והיא נוגדת את ערכי המדינה. לטענתם, יש בידם זכות קניינית מסוג 'profit a prendre in gross' (להלן: 'זכות נטילה') לכריית החול בכל שטחי האזור המתוחם. זכות זו התגבשה - לטענתם - לפי הדין שקדם לחוק המקרקעין, תשכ"ט 1969 - (להלן: חוק המקרקעין) ונותרה בתוקף לאחריו. כן טוענים הם, כי הם בעלי זיקת הנאה באזור המתוחם, מכוח החלטות 105 ו-121. כמו כן, טוענים הם כי בהחלטת המועצה 833 נפלו פגמים מנהליים: לא ניתנה להם זכות טיעון; המועצה פעלה בחוסר סמכות; היא התפרקה משיקול הדעת שניתן לה; היא לא שקלה את כל השיקולים הרלבנטיים ולא נימקה את החלטתה. לטענתם, יש לבטל את החלטה 833 גם משום שלא נקבעה בה הוראת מעבר או הסדר פיצויים. העותרת 16 (להלן: ההסתדרות) מוסיפה על טענות אלה, כי החלטה 833 והמכרז שהוצא בעקבותיה, שוללים זכויות בסיסיות של העובדים, המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק וכן שוללים הם זכויות אחרות, כמו חופש ההתאגדות והזכות למשא ומתן קיבוצי. כן נטען על-ידי ההסתדרות, כי החלטה 833 והמכרז, נוגדים את סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז 1957 - וכי לעובדים לא ניתנה זכות טיעון עובר למתן ההחלטה וכי הופר מצג שלטוני של שר האוצר, לפיו שינויים מבניים יעשו תוך התייעצות עם העובדים.

4. לעומתם טוענים המשיבים 1-6 (להלן: המשיבים), כי זכותם של הכורים אינה זכות קניינית, אלא זכות חוזית בלבד. לטענתם, משחתמו הכורים על חוזי הרשאה שמשמעם הענקת זכות חוזית, מנועים הם כיום מלטעון לקיומה של זכות קניינית. כן מעלים הם טענה לפיה הזכות לה טוענים הכורים ובה רואים הם 'זכות נטילה', לוקה בהעדר מסוימות. עוד טוענים הם, כי אין בידי הכורים זכות מסוג 'זיקת הנאה', בין השאר משום שזכות זו חייבת להירשם אצל רשם המקרקעין ולא נרשמה. לטענתם, זכותם של הכורים לכרות ללא מכרז, אינה מוגנת על-ידי חוק יסוד: חופש העיסוק. מכל מקום, טוענים הם, כי הפגיעה בזכויות הכורים, אם קיימת כזו, עומדת בדרישות פסקת ההגבלה. עוד טוענים הם, כי החלטה 121 אין בה כדי להעניק זכויות במקרקעין שבאזור המתוחם, באשר היא מהווה במהותה הצהרה המבטאת מדיניות כללית וכלכלית של הקצאת קרקעות ללא מכרז ואינה מגלמת התחייבות. מדיניות זו ניתנת לשינוי עם שינוי העתים והנסיבות. מכל מקום, טוענים הם, כי גם אילו היה מדובר בהתחייבות - ולטענתם אין הדבר כך - הרי שזו מוגבלת רק לשני האתרים בהם כרו הכורים במועד קבלת החלטה 121 ובהם הסתיימה הכרייה. המשיבים מדגישים את חשיבותו של קיום מכרז פומבי לכריית חול. עמדתם היא, כי הזמן הרב שבמהלכו נהנו הכורים מן הפטור ממכרז, כשאין בידם זכות קניינית המצדיקה זאת, פוטר אותם מלשלם לכורים פיצויים. זאת ועוד, לטענתם, העובדה שהכורים ידעו על הכוונה לבטל את הפטור כשנתיים קודם שבוטל למעשה וניתנה להם אפשרות לכרות חול בשני האתרים שלושה חודשים נוספים לאחר תום השנתיים, פוטרת את המשיבים מן הצורך להסדיר תקופת מעבר. לטענתם, לא דבק כל פגם בהליך קבלת החלטה 833 המביא לבטלות ההחלטה, באשר ניתנה לכורים זכות שימוע; המועצה פעלה על פי שיקול דעתה העצמאי ולכורים אין זכות לעיין במסמכים שהעיון בהם נתבקש על-ידם. המשיב 7 מוסיף וטוען לחוסר ניקיון כפיים ולהעדר תום-לב מצד הכורים, המתבטא בכך שלא הודיעו לבית המשפט כי נגד המצהיר מטעמם ואדם נוסף, הוגשו כתבי אישום בנושא גניבת חול, כריה שלא כחוק והונאה במחצבים. המשיב 8 טוענת, כי חוסר ניקיון הכפיים בא לידי ביטוי גם בכך שהעתירה הוגשה רק לאחר שהכורים השתתפו במכרז ים 95/2000 - המתייחס לשטח מחוץ לאזור המתוחם - ולא זכו בו, דבר אותו לא מצאו לנכון להזכיר בעתירתם.

עתירת הכורים מעלה מספר שאלות, כגון: האם קמה לכורים זכות קניין לכריית חול מסוג 'זכות נטילה' או זכות מסוג 'זיקת הנאה', או מכל סוג אחר. אם יימצא שקמה להם זכות כזו ושהחלטה 833 גרמה לפגיעה בה בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או לחוק יסוד: חופש העיסוק או לשניהם, תעמוד לדין השאלה אם הפגיעה עומדת במבחן תנאי פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. שאלה אחרת היא, האם היה צורך לקבוע הוראת מעבר או הסדר לתשלום פיצויים לכורים. שאלה נוספת היא, האם נפלו פגמים בהליך קבלת החלטה 833. אפנה לדון בשאלות אלה.

דין**זכויות קנייניות**

5. הכורים טוענים לקיומה של זכות קניינית בידם, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וכי הפגיעה בה אינה עומדת בפסקת ההגבלה הקבועה בחוק היסוד.

קודם שאדון בטענתם, אייחד דברים למהותה של זכות קניינית. הגדרתה של זכות קניינית, בעייתית היא. לא מעט יגעו בתי משפט ומלומדים בניסיונות להגדירה ולקבוע את מאפייניה של זכות זו. על מנת לזהותה, ניתנו בה סימנים, בין היתר: עבירות; עצמאות; מיידיות; כפיפות הזכות לעקיבה; עדיפות על כל זכות אחרת; ייחודיות והרשימה אינה סגורה. לא תמיד ניתן לייחס לזכות כלשהי סימנים מובהקים של זכות קניינית. לעתים משמשים המאפיינים בערבוביה, כאשר חלקם אופייניים לזכות קניינית וחלקם אינם כאלה. בקצה האחד של הקשת מצויות זכויות שהן קנייניות מובהקות, ובקצה השני, מצויות זכויות שהן אובליגטוריות מובהקות. בין שני הקצוות, מצויות זכויות שמאפייניהן אינם חד משמעיים וחד-סטריים (ראו: דְבָרִי בע"א 2850/99 בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ ואח', פ"ד נד(4) 849, 856-857). מהי זכותם של הכורים לפי מאפייניה? טענתם הראשונה היא, כי יש בידם 'זכות נטילה'. אבחן טענה זו.

זכות הנטילה ('profit a prendre in gross')

6. 'זכות הנטילה', לה טוענים הכורים, היא מוסד משפטי המוכר במשפט האנגלי, הרואה בה זכות של אדם להיכנס למקרקעין של אחר, לשם הפקת הנאה מוגדרת מהם בדרך של **נטילה** מן הקרקע: (Halsbury's E.H. Burn, Cheshire; Laws of England (London, 1975, Fourth ed.), Vol 14 pp. 115-116 and Burn's Modern Law of Real Property, (15th ed. (1994) p. 519). כריית חול הינה נטילה מן הקרקע ומתאימה לשמש מושא ל'זכות נטילה'. (Halsbury's Laws of England, לעיל, בעמ' 116). בדיון האנגלי ניתן ליצור 'זכות נטילה', בשלוש דרכים: **בחוק**, **בהסכם בכתב** ומכוח **שנים** (ראו Halsbury's Laws of England, supra, at pp. 121-126; England, supra, at pp. 121-126; Law of Property Act 1925, s. 51(1)). ככל שמדובר ביצירת הזכות מכוח שנים, הרי שעל-פי החוק האנגלי (Prescription Act 1832), לא ניתן ליצור זכות כזו לטובת **אדם** אלא הזכות נוצרת **כזכות הצמודה למקרקעין** (Halsbury's Laws of England, supra, at p. 124); Shuttleworth v. Le Fleming (1865) 19 CBNS 687 at 709; Welcome v. Upton (1840) 6 M & W 536). על פי המשפט המקובל, זכות כזו נוצרת לעתים נדירות. ככל שמדובר ביצירת הזכות על ידי הסכם בכתב, נדרש, כי תיאור מהות הזכות ותחום התפרסותה, יהיה מסוים ומוגדר בהסכם וכי האדם או הגוף לו

מוענקת הזכות, יהיה מסוים ויהווה אישיות משפטית הרשאית להיות בעלת זכות כזו. כמו כן נדרש, כי הגוף המעניק את הזכות יהיה מוסמך להעניקה (ראו: E.H. Burn, *supra* at p. 524-523). כאשר זכות נוצרת מכוח הסכם, נדרשת מסוימות רבה יותר לגבי מהות הזכות והיקף התפרסותה, מאשר זו הנדרשת לשם הקנייה בהסכם של זכות קניינית לשימוש ללא נטילה (easement). הטעם לדרישה מחמירה זו הוא, שזכות לנטילה מאפשרת פגיעה במקרקעין יותר מאשר זכות שימוש ללא נטילה (*White and Another v. Williams*, [1922]) (1 K.B. 727). בהקשר זה ראוי לציין את פסק הדין *Lowe (Inspector of Taxes) v. J.W. Ashmore Ltd.*, [1971] 1 Ch. 545. באותו מקרה הוסכם על מכירת כר דשא בחווה. נקבע, כי לא נוצרה 'זכות נטילה', בין השאר, מן הטעם שההסכם - שהיה ערוך בצורת מכתב - לא היה פורמלי דיו על-מנת ליצור זכות קניינית.

7. טוענים הכורים כי 'זכות הנטילה' נקלטה המשפט הארץ מן המשפט האנגלי, בטרם חוקק חוק המקרקעין שנכנס לתוקף ב 1.1.70. טענה זו מבססים הם בעיקר על פסק הדין שניתן על ידי בית המשפט העליון בארץ ישראל בתקופת המנדט *C.A. 125/40 The Village Settlement Committee of Arab en Nufe'at v. Ahron Samsonov & 73 others*, (1941) 8 P.L.R 165, 166. שם נדונה תביעה להכרה בזכות בקרקע בשל שימוש בה על דרך של מרעה, כריית עצים והקמת אוהלים ברחבי שטח הקרקע. שם, הוכרה בעיקרון זכות מרעה וכריית עצים במקרקעין אף כי נקבע ששימוש כזה אינו מקנה זכות בקרקע עצמה. מאחר וזכות הכרייה דומה במהותה לזכות המרעה וכריית העצים, ניתן - לטענת הכורים - להקיש מפסק דין זה על קליטת 'זכות הנטילה' לשיטתנו המשפטית. זכות זו המשיכה - לטענתם - להתקיים גם לאחר חוק המקרקעין, מכוח סעיף 166(א) לחוק המקרקעין הקובע, כי על זכות במקרקעין שהוקנתה ערב תחילת החוק ושהחוק אינו מכיר בה, יוסיף לחול הדין הקודם. לחלופין, טוענים הם, כי 'זכות הנטילה' מוכרת כחלק מזכויות הקניין המנויות בחוק המקרקעין עצמו, ועל כן ממשיכה היא להתקיים בידם.

השאלה אם 'זכות הנטילה' היתה מוכרת בשיטתנו המשפטית קודם לחוק המקרקעין, אינה נקיייה מספקות. כך גם השאלה אם, בהנחה שאכן כך הוא, ממשיכה זכות זו להתקיים אחרי חוק המקרקעין. אינני נדרשת להכריע בשאלות אלה, באשר, מוכנה אני לצאת מתוך הנחה, לטובת הכורים, לפיה, זכות זו היתה מוכרת בשיטתנו המשפטית קודם לחוק המקרקעין ונותרה שרירה וקיימת גם לאחריו. אלא שנראה לי, כי גם על בסיס הנחה זו, אין בידי הכורים 'זכות נטילה' ומדוע?

8. הכורים מבססים את 'זכות הנטילה' שבידם על הודעת שר הפיתוח דאז, בישיבת ממשלה מיום 18.5.64. הודעה זו נרשמה בפרוטוקול ישיבת הממשלה (נספח מש/1 לתצהיר מטעם המשיבים) בזו הלשון:

"...שר הפיתוח מודיע כי הוא מנהל מו"מ לביצוע המלצות הועדה לבדיקת בעיית כריית זיפזיף בחופי הארץ, בהסכם של כל הגורמים הנוגעים בדבר ותוך דאגה לזכויות כורי הזיפזיף הותיקים".

הודעה זו הובאה לידיעת מזכירות קיבוץ פלמחים ו"נחשולים" במכתבו של שר התחבורה מיום 21.5.64. במכתב לא מצוטטת הודעת שר הפיתוח בממשלה ותוכנו של המכתב שונה בתוכן ובנוסח מהודעת השר בממשלה. וזו לשונו של המכתב:

"בישיבת הממשלה מ-18.5.64 - נרשמה בפרוטוקול הודעת שר הפיתוח, שלכל הגופים, שעסקו בעבר במשך תקופה מסוימת בכריית זיפזיף, תינתן זכות עדיפות לקבלת זכויות לכריית החומר המחליף (חול וכו'). לידיעתכם." (ההדגשה שלי - ט.ש.כ.).

אין בכוחו של המכתב המתיימר למסור את תוכן דבריו של שר הפיתוח בממשלה, לשנות את תוכן הודעת שר הפיתוח. אין הוא מהווה מקור לזכויות כלשהן ואין הוא יכול להכיל יותר ממה שיש בהודעת שר הפיתוח בממשלה. המכתב איננו יותר מאשר העברה של הודעת שר הפיתוח, כאשר העברה זו איננה מדויקת. זאת ועוד, אין במכתב על פי תוכנו התחייבות כלשהי או הבטחה כלשהי ונוסחו מעורפל ובלתי מסוים. אשר על כן אין הכורים יכולים להסתמך על המכתב כעל מקור לזכויות.

אף שהכורים עצמם לא התייחסו להודעת שר הפיתוח שנרשמה בפרוטוקול הממשלה כמקור לזכותם הנטענת, איחד לכך מספר מילים. כל שהודיע שר הפיתוח לממשלה הוא, כי הוא מנהל מו"מ לביצוע המלצות הועדה (מ-1964) שהמליצה על הפסקת הכרייה באזור החוף ועל הפניית הכורים לאזור אחר. זאת ועוד, בהודעה נאמר, כי המשא ומתן הוא לצורך הסכם עם הגורמים הנוגעים בדבר תוך דאגה לזכויות הכורים. הודעה המוסרת על ניהול משא ומתן, אינה יכול להוות מקור להתחייבות כלשהי. אין היא מצויה במסמך פורמלי היוצר התחייבות; אין היא מהווה מסמך שהכורים צד לו או מסמך המופנה אליהם; אין היא מסוימת דיה; אין היא מבארת את מהות הדאגה לכורים במסגרת המשא ומתן לקראת פתרון; אין היא מפרטת את השטחים לכריה שביחס אליהם נתנה ההודעה. מכאן, שאין להתייחס אליה כמקור לזכות מכל מין שהוא ובודאי לא ל"זכות נטילה" הנטענת על-ידי הכורים.

סוף דבר, לא נוצרה לטובת הכורים 'זכות נטילה' ואין בידם זכות כזו.

זיקת הנאה

9. עוד טוענים הכורים כי מכוח החלטות המועצה 105 ו 121- קמה להם זכות קניינית מסוג 'זיקת הנאה' שנפגעה שלא כדין על-ידי החלטה 833, אלא שכפי שיובהר בהמשך, לא היתה בידם זכות כזו. עם זאת אייחד מילים למהותה של 'זיקת הנאה'. 'זיקת הנאה' היא - על פי הדעה הרווחת - זכות קניינית [י' ויסמן "מושגי יסוד בדיני קניין" משפטים י"א 41, 88-89; י' ויסמן, חוק המקרקעין תשכ"ט 1969- מגמות והישגים, בעמ' 39; ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' מזל אהרונב, בעמ' 35 (קיימת דעה - שבעליה מעיד עליה כי היא דעה חריגה - הרואה בזיקת ההנאה זכות חוזית במהותה (ש' גינוסר, "הזכויות הרכושיות - סיווג חדש ונפקות", משפטים ט 5, 14)).

בסעיף 5 לחוק המקרקעין מוגדרת 'זיקת הנאה' כ"שיעבוד מקרקעין שאין עמו זכות להחזיק בהם". הספרות והפסיקה פירשו סעיף זה ככולל שני יסודות: היסוד האחד הוא חיובי. זהו שיעבוד המקרקעין לזכות של אחר, הגורע מזכות הבעלות בהם. שיעבוד, ללמדנו על הנופך הקנייני של זיקת ההנאה. משמעו של השעבוד, "כאשר מדובר ביחס של כפיפות בין הנכס לאדם... הכוונה בדרך כלל לזכות חפצית" (א' רייכמן "הערות להגדרת זיקת ההנאה", עיוני משפט א' (תשל"א) 345). היסוד השני הוא שלילי, לאמור, הזכות להחזיק במקרקעין הכפופים - לצורך הפקת ההנאה מהם - איננה נובעת מזיקת ההנאה וזו אינה מהווה מקור לזכות להחזיק במקרקעין. (ע"א 700/88 אסטרחאן ואח' נ' בן-חורין זאב ואח' פ"ד מה(3) 720, 732-733 להלן: עניין אסטרחאן, א' רייכמן, לעיל, בע' 352; ג' טדסקי "זיקת הנאה שלא לטובת מקרקעין" משפטים ז' 456, בע' 467 הערה 7א).

10. סעיף 93 לחוק מפרט צורות שונות של 'זיקת הנאה'. חלקן נוגעות ל'זיקת הנאה' לטובת מקרקעין (ס"ק (ב)), שאינה מענייננו. ס"ק (א) עוסק, בין היתר, ב'זיקת הנאה' לטובת אדם, שהיא הזיקה הרלוונטית לענייננו. לפי סעיף 93א), 'זיקת הנאה' יכול שתקבע באופן חיובי, לאמור מי שהזיקה ניתנה לטובתו, זכאי לעשות שימוש מסוים במקרקעין הכפופים (סעיף 93א(1)), ויכול שתקבע באופן שלילי, כך שבעל המקרקעין הכפופים, חייב להימנע מביצוע פעולה מסוימת באותם מקרקעין (93א(2)).

חוק המקרקעין אינו מפרט את הדרכים ליצירת 'זיקת הנאה', לבד מ'זיקת הנאה' מכוח שנים הקבועה בסעיף 94 לחוק. הפסיקה והספרות הכירו בכינון 'זיקת הנאה' על-ידי הסכם. דרכים אחרות שהועלו כאפשריות לכינונה של 'זיקת הנאה', הן: צוואה, פסק דין, מעשה מינהלי והדין (ראו: ג' טדסקי, לעיל, בע' 482-474).

11. לעניין טענת הכורים בדבר זכותם ל'זיקת הנאה' מכוח החלטות 105 ו 121- ראוי להביא החלטות אלה כלשונן:

בהחלטה 105 של המועצה מיום 26.7.71 נקבע:

"בתוקף סמכותה לפי סעיף 3 של חוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, מחליטה מועצת מקרקעי ישראל בהמשך להחלטתה מיום 30.11.70, בדבר מתן הרשאות וזיכיונות לכריית וחציבת חומרים, ע"י מינהל מקרקעי ישראל, על מתן הרשאות לכריית חול כדלקמן:
 1. הרשאות לכריית חול (סוכרי) יינתנו רק לאותן קבוצות כורים אשר בשנת 1964 עסקו בכריית זיפזיף ועבודתם הופסקה על יסוד החלטת הממשלה לאסור את כריית הזיפזיף מחופי הארץ.
 2. ההרשאות יינתנו לתקופה שלא תעלה על שנה, על בסיס תשלום תמלוגים על-פי המחירון.
 3. החלטה זו תהיה בתוקף עד לתאריך 31.3.73. אחרי תאריך זה יקבע אם יש להציע שינויים."

בהחלטה 121 מיום 5.3.73 נקבעה מדיניות ההרשאות לכריית חול בזו הלשון:

"בתוקף סמכותה לפי סעיף 3 של חוק מקרקעי ישראל תש"ך-1960, מחליטה מועצת מקרקעי ישראל, בהמשך להחלטותיה מיום 30.11.70 ומיום 26.7.71 בדבר מתן הרשאות וזיכיונות לכריית חול כדלקמן:
 1. הרשאות לכריית חול (סוכרי) יינתנו החל מתאריך 1.4.73, בדרך של מכרזים פומביים, למעט מקרים בהם יש למינהל התחייבויות קודמות, כמו כן להוציא צרכי הממשלה, אשר לגביהם תינתן עדיפות כריה.
 2. על אף האמור בסעיף 1 דלעיל יינתנו הרשאות לכריית חול (סוכרי), ללא מכרז, לאותן קבוצות כורים אשר בשנת 1964 עסקו בכריית זיפזיף, ועבודתם הופסקה על יסוד החלטת הממשלה לאסור את כריית הזיפזיף מחופי הארץ, בתנאים הבאים:
 א. ההרשאות לכרייה ללא מכרז יינתנו רק בתחום אותם האזורים שבהם נעשית הכרייה על ידם, עד לגמר ניצולם של שטחים אלו למטרת כריית חול (סוכרי), לפי איתור שיקבע על-ידי מינהל מקרקעי ישראל. באזורים אלה לא יינתנו הרשאות לכריית חול (סוכרי) לאחרים.
 ב. ההרשאות יינתנו לתקופה שלא תעלה על שנה, תמורת תשלומים על בסיס המחירון שאושר על-ידי מועצת מקרקעי ישראל בישיבתה מיום 30.11.70. המחירון יעודכן מדי שנה בשנה לאחר התייעצות עם שר המסחר והתעשייה, על-יסוד העקרונות שאושרו כנ"ל ועל יסוד התמלוגים שהמינהל יקבל בעד שטחים שימסרו על ידו לכריית חול (סוכרי) בדרך של מכרז."

החובה להוכיח קיומה של זכות קניינית או כוונה להעניקה, היא על הטוען זאת. לא הוכיח הטוען כוונה

לכינון זכות קניינית, הרי שלפנינו יחסים חוזיים בלבד (ראו ג' טדסקי, לעיל, בעמ' 475). הכורים לא הוכיחו זכות

כזו. הכיצד?

12. מכוח החלטות 105 ו 121 נחתמו עם הכורים הסכמי הרשאה עתיים שנתיים המעניקים להם

הרשאות לכרייה בשטחים מסוימים עד גמר ניצול אותם שטחים. החלטה 105 היתה תקפה עד 1973 ואילו

תוקפה של החלטה 121 החל ב- 1973 ועד 2000, משניתנה החלטה 833 ובעקבותיה הופסק מתן ההרשאות

השנתיות. אין לראות בהרשאות שמוצו על-ידי הכורים, הרשאות המעניקות 'זיקת הנאה'. ראשית, משקיימים

הסכמי הרשאה הכוללים את תנאי ההרשאה ואינם מכילים הקניה של 'זיקת הנאה', אין לייחס להרשאה אופי

של 'זיקת הנאה'. שנית, מהסכמי ההרשאה עולה בבירור כי לא היתה כוונה להעניק לכורים זכות מסוג 'זיקת

הנאה'; נהפוך הוא, בהסכם הרשאה לדוגמא (נספח י' לעתירה) נכלל איסור מפורש, האוסר על הכורים למשכן

או לשעבד את זכויותיהם או לרשום הערת אזהרה לטובתם בלשכת רישום המקרקעין ללא הסכמת המינהל מראש ובכתב. איסור זה מהווה אינדיקציה לכוננת המינהל שלא להקנות לכורים זכות קניינית מכל סוג שהוא, ובכלל זה 'זיקת הנאה'. שלישית, בכותרתן של החלטות 105 ו- 121 ננקטת לשון "הרשאות וזיכיונות לכריית חול" ובהמשך ננקטת לשון "הרשאות". מונחים אלה אינם מוגדרים בהחלטות. ניתן לשאוב השראה פרשנית לגביהן מסעיף 1 לחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951- המגדיר זיכיון ככולל זכויות מדרגות שונות, בין השאר, רשיונות ותעודות היתר. רשיון מקנה "... זכות אישית להחזיק או להשתמש במקרקעין" (ראו נ' זלצמן "רשיון במקרקעין" הפרקליט מב(א) 24, 62). רשיון אינו מקנה זכות קניינית (ראו: ע"א 318/83 אגוזי שפע בע"מ (בפירוק) נ' אוגנין שיבר, פ"ד לט(4) 322; נ' זלצמן, לעיל). הפסיקה דנה בזכות מסוג "רשות" במשקפי הדין החוזי, האובליגטורי (ראו, למשל: ע"א 496/82 יצחק רוזן נ' יגאל סלונים, ע"ד, פ"ד לט(2) 337). המסקנה היא, איפוא, כי החלטות המועצה והסכמי ההרשאה שנכרתו בעקבותיהן, כיוונו להענקת זכות אובליגטורית מסוג "רשות" ולא למתן 'זיקת הנאה'. רביעית, 'זיקת הנאה' הנוצרת בהסכם היא 'עסקה במקרקעין' כהגדרת סעיף 6 לחוק המקרקעין, ובהתאם להוראת סעיף 7(ב) שבו, "עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה" (ראו גם: ג' טדסקי, לעיל, בעמ' 474). זכותם הנטענת של הכורים, לא נרשמה כדין והם גם לא פנו לבית המשפט המוסמך בבקשה לרושמה. בכך יש כדי להוסיף משקל למסקנה כי אין בידם 'זיקת הנאה' מכוח הסכם.

13. אשר ל'זיקת הנאה' מכוח מעשה מנהלי, טענה כזו אומנם לא הועלתה בפה מלא, אולם, מאחר וניתן לראותה כעולה במשתמע, אייחד לה דברים קצרים. החלטות 105 ו- 121 הן החלטות מינהליות של המועצה, שהיא רשות שלטונית. בהנחה שניתן ליצור 'זיקת הנאה' מכוח החלטה מנהלית - ואין אני מחווה דעה בעניין זה - הרי שתנאי לכינונה של זכות כזו הוא שהזכות תוענק על-ידי רשות מינהלית מוסמכת, בכוונה להעניק 'זיקת הנאה'. מקום בו לא התכוונה הרשות להעניק זכות או שהתכוונה להעניק זכות אובליגטורית, לא תיווצר זכות מסוג 'זיקת הנאה' (ראו. ג' טדסקי, לעיל, בעמ' 482). כפי שהובהר לעיל, לא זו בלבד שהכורים לא הוכיחו כי הייתה כוונה להעניק להם 'זיקת הנאה' וכי הוענקה להם כזו, אלא שעולה מן החומר שלא היתה כוונה מצד המינהל להעניק להם 'זיקת הנאה' ולא הוענקה להם כזו.

14. אשר ל'זיקת הנאה' מכוח שנים, זיקה כזו לא נוצרה, באשר במשך כל השנים ניתנו לכורים הרשאות עתיות שנתיות, ולא יותר מכך. אלה צריכות היו להתחדש מדי שנה. זכות זמנית כזו, גם אם היא מוענקת מחדש, איננה עולה בקנה אחד עם רכישת 'זיקת הנאה' מכוח שנים. (השוו לסעיף 96 לחוק המקרקעין לפיו "זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת, זולת אם נקבעה לה תקופה בתנאי הזיקה..."). כאן ראוי להעיר, כי בנוסף לאמור, לא נתקיים תנאי דרוש ליצירת 'זיקת הנאה' מכוח שנים, משום שלא חלפו שלושים שנה מיום

26.7.71, מועד קבלת החלטה 105 (המוקדמת מבין השתיים שמכוחן נטען כי הוענקה 'זיקת הנאה') ועד יום 18.7.00, מועד קבלת החלטה 833 (סעיף 94(ב) לחוק המקרקעין).

העולה מן האמור הוא, שהחלטות 105 ו-121 אינן מקימות לכורים זכות מסוג 'זיקת הנאה'.

15. אשר לזכות קניינית מסוג אחר, למעשה לא טענו הכורים לקיומה של זכות כזו. הטענות התמקדו ב'זכות נטילה' וב'זיקת הנאה' בלבד. בכל מקרה, עולה מן החומר שניתנה לכורים הרשאה לכריית חול, בעלת אופי אובליגטורי זמני, מדי שנה, לשנה אחת. אומנם, יכול זכויות אובליגטוריות תחסנה בצילו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו (ראו בג"צ 5263/94 הירשזון ואח' נ' שר האוצר פ"ד מט(5) 837,846; ע"א 6291/95 בן יקר חברה להנדסה בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבניה מודיעין, פ"ד נא(2) 825, 842-843) אולם, גם אם כך, וגם אם הזכות נפגעה על ידי החלטה 833, סבורה אני כי הפגיעה בה היא לתכלית ראויה ואינה לוקה בחוסר מידתיות. במה דברים אמורים?

החלטה 833 באה לעולם כתוצאה משינוי מדיניות נשאלת השאלה האם היו המשיבים רשאים לשנות את מדיניותם בדבר מתן הרשאות לכריית חול שנקבעה בהחלטה 12, לפיה זכו הכורים בהרשאות ללא מכרז, ולקבוע בהחלטה 833 כי אלה ינתנו רק על פי מכרז פומבי? תשובתי על כך היא בחיוב.

כלל הוא כי אין לאדם מסוים או לציבור מסוים כלשהו, זכות קנייה, לתבוע, שמדיניות שהטיבה עימו בעבר תישאר בתוקפה גם לעתיד לבוא (ראו: בג"ץ 4806/94 ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193; בג"ץ 382, 363/71 טחנת קמח דגן נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כו(1) 292, בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466, 470). זאת ועוד, סמכות הנתונה לרשות שלטונית, כוללת גם את הכוח לשנות, לתקן, להתלות או לבטל מעשה מינהלי שעשתה מכוח סמכותה (סעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א 1981-). הרשות רשאית, ולעתים אף חייבת, לתקן או לבטל את החלטתה (בג"ץ 715/89 אהרון ויהודית שריג ואח' נ' שר החינוך (לא פורסם)).

16. החלטה 121 מ-1973 קובעת, כי הרשאות כרייה תינתנה בדרך של מכרזים פומביים למעט הרשאות לכורים להם תינתנה הרשאות עתיות, שנתיות ללא מכרז. חוק המכרזים ותקנות המכרזים מעגנים את הכלל של התקשרויות המדינה בעסקאות בדרך של מכרזים פומביים. מתן הפטור לכורים הוא חריג לכלל. תקנה 25(27) לתקנות המכרזים מסדירה חריג זה. תקנה זו עומדת בפני ביטול לאור החלטה 833 וזאת משום שבמתן הרשאה לכורים להמשיך ולכרות חול ללא מכרז, יש כדי לסכל את מטרת החוק. זאת לזכור, כי החול הוא משאב

לאומי-ציבורי ההולך ואזל ועל הרשות לנהוג בהגינות ובשוויון בחלוקת הרשאות לכרייתו. (ראו: בג"ץ 3638/99 אמנון בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, בו עמדתי על חשיבות הקצאת משאב לאומי - מקרקעי ציבור - בהתאם לכללי המינהל התקין ועקרונות של הגינות ושוויון). בית משפט זה עמד לא אחת על החשיבות שיש לייחס למשאב זה בהקשר לעבירות של כריית חול בלתי חוקית באומרו: "חריפותה של תופעה זו [של כרייה ללא היתר וגניבת חומרי חציבה - ט.ש.כ.] בולטת במיוחד נוכח התמעטות עתודות החול הניתנות לכרייה במדינה, והאמצעים שיש לנקוט על-מנת לנצל באופן מושכל עתודות אלה..." (רע"פ 1702/99 אלי גאלי נ' משטרת ישראל, פ"ד נג(3) 312, 327). בענייננו, אומנם נדון בזמנו הצורך לתת לכורים "סידור חלוף" לכריית זיפזיף על שפת הים בו עסקו קודם לכן, אלא שסידור כזה אכן נעשה. הוא נעשה על-ידי מתן הרשאות עתיות, שנתנו לכורים להמשיך בכרייה במקומות מסוימים שהוקצו על-ידי המינהל למטרה זו, במשך עשרות שנים. דומה שבכך באו לקראת הכורים בצורה נדיבה.

17. הדברים הנ"ל מוצאים ביטוי חד-משמעי בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 13.7.00, שמפאת חשיבותם אביאם כלשונם:

"מאז הוחל ההסדר הקבוע בהחלטה 121 של מועצת מקרקעי ישראל חלפו כ-36 שנים. יש יסוד מוצק לסברה כי המטרות שעמדו בבסיס ההסדר הושגו זה מכבר ולפיכך היה לדעתנו מקום להביאו לידי סיום לפני זמן. המדובר בהסדר לפיו ניתנה לקבוצה מסוימת בלעדיות, לאורך זמן ובהיקף ניכר, בנוגע לניצול משאב חיוני, תוך יצירת ריכוזיות ומניעת האפשרות מאחרים להתמודד על ניצולו. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין מקום להמשיך הסדר זה באופן הנוגד כללים בסיסיים של שוויון והגינות שהמדינה מחוייבת בהם, כמו גם חובת המדינה, כנאמנת הציבור לטיפול נאות במשאביו.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, בכל הכבוד, כי אין בטענותיהם של שולחים כדי למנוע יישומן של ההמלצות האמורות: לא הוצג כל מקור - החלטות ממשלה, החלטה של מועצת מקרקעי ישראל או אחר -מכוחו הוקנתה לשולחים זכות להמשיך ולכרות במקרקעי ציבור ללא הגבלת זמן, בוודאי לא באתרים שטרם הוחלה הכרייה בהם. ההסדר שנעשה הוא זמני על פי טיבו ותכליתו, וגם אינו יכול להיות אחרת; ככזה אין בו כדי להקים לשולחים זכות שאינה מוגבלת בזמן, בוודאי לא זכות קניינית, בין מכוח חוק המקרקעין התשכ"ט 1969-, ובין מכוח כל דין אחר, כנטען על ידכם. כאמור ההסדר נוהג מזה 36 שנים, וממילא גם לשיטתם של שולחים קרובים הם עד גמר ניצולם של השטחים בהם נעשתה הכרייה על ידיהם.

מכל מקום אף לו קמה לשולחים זכות כנטען, הרי שנוכח שינוי הנסיבות המשמעותי בחלוף 36 שנים, מחויבות הרשויות הנוגעות בדבר לשוב ולשקול את הצידוק שבהמשך ההסדר, וכאמור הדעת נותנת כי היה מקום לעשות כן מזה זמן (היועץ המשפטי לממשלה הינחה לטפל בעניין זה מייד משהובא לידיעתו). כך נעשה, ולאחר שיקול ושמיעת טענותיהם של שולחים הומלץ כאמור לעיל."

לאור האמור, ניתן לקבוע, כי החלטה 833 המבטלת את הפטור ממכרז שניתן לכורים, ראויה היא

ונעשתה כדין.

18. אף אילו ניתן היה לראות בהחלטה 105 שתוקפה פג ב-1973 ובהחלטה 121 שבוטלה בהחלטה 833 בשנת 2000, כמקימות הבטחה מינהלית לכורים - ואינני סבורה כן - הרי שרשאי היה המינהל להשתחרר מהבטחתו, מקום שקיים לכך "צידוק חוקי" (ראו: בג"ץ 5018/91 גדות תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(2) 733 (להלן: עניין גדות); בג"ץ 321,135/75 הנ"ל). ככלל, צידוק חוקי קיים, מקום שמשקלו של האינטרס הציבורי גובר על אינטרס הפרט והציבור בקיומה של ההבטחה (בג"ץ 580/83 אטלנטיק נ' שר התעשייה והמסחר פ"ד לט(1) 29; ר' הר זהב, המשפט המנהלי הישראלי, בעמ' 531-530; א' שטיין "הבטחה מנהלית" משפטים י"ד (תשמ"ד-תשמ"ה) 225). האיזון נעשה בין האינטרס להגן על צורך ציבורי לאומי בעל חשיבות ועל ערכי יסוד של השיטה כמו שוויון, לבין האינטרס הפרטי והציבורי שההבטחה תקיים. (בג"ץ 4383/91 שפקמן נ' עיריית הרצליה פ"ד מו(1) 447, וכן עניין גדות, בע' 784). לאור חשיבותו של משאב החול האוזל, לאור חובת הנאמנות של המדינה המופקדת על משאבי המדינה לטובת כל תושביה ולאור חובתה לנהוג בהגינות ובשוויון יש צידוק חוקי לשינוי המדיניות, ולהשתחררות מהבטחה, גם אם הייתה כזו - ואינני סבורה כי הייתה.

ניתן לסכם פרק זה ולומר כי לא היתה בידי הכורים זכות קניינית וכל שהיה בידם היא זכות אובליגטורית, זמנית, עתית לכרייה באזורים מסוימים וזכותם זו מוצתה. גם אם נצא - לצורך הדיון - מתוך הנחה שהייתה בידם זכות כזו - וכאמור אינני סבורה כן - סבורה אני כי החלטה 833 המבטלת את החלטה 121 נתקבלה כדין לא רק לעניין הטענה לפגיעה בקניין אלא גם לעניין הטענה בדבר פגיעה בחופש העיסוק. אבהיר עמדתי.

חופש העיסוק

19. אין חולק כי כתוצאה מהחלטה 833, לא יוכלו הכורים להמשיך בכרייה, ללא השתתפות במכרז וזכייה בו. בכך נפגעו בעיסוקם. אולם, אין בפגיעה זו, כדי לתת בידי הכורים זכות העומדת בניגוד לחובות המוטלות על המדינה בהקשר להענקת זכויות ליהנות ממשאביה. על המדינה רובצת חובה לחלק את משאביה בצורה הוגנת ושוויונית, על ידי מכרזים, באופן שלא תוענקה זכויות בהם, בשרירות. החלטה 833 אינה מונעת מן הכורים להגיש הצעתם למכרז פומבי, באופן שאם הצעתם תזכה יוכלו להמשיך ולעסוק בכרייה חול (השוו: בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661). החלטה 833 מקדמת את עיקרון התחרות החופשית ואת עקרון השוויון העומדים בבסיסו של חוק היסוד. (ראו א' ברק, "חוק יסוד: חופש-העיסוק" משפט וממשל ב' (תשנ"ד) 195, בעמ' 202; נ' כהן "תחרות מסחרית וחופש העיסוק" עיובי

משפט י"ט (תשנ"ה) 353, 357). דומה, כי המשך הענקת בלעדיות לכורים, ממנה נהנו עד לקבלת החלטה 833, אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות חוק היסוד (ראו: בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קווי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה (לא פורסם); בג"ץ 5936/97 ד"ר אורן לם ואח' נ' בן ציון דל ואח' (לא פורסם)) וכן אין היא עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של השיטה. אכן, הכורים נפגעו מכך שבלעדיותם בכרייה נשללה מהם, אלא שפגיעה זו, גם אם היא מהווה פגיעה בחופש העיסוק לפי חוק היסוד, עומדת בפסקת ההגבלה, באשר היא נעשתה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

פיצויים והוראת מעבר

20. הכורים טוענים לפגם בהחלטה בהיעדר הוראות מעבר והסדר פיצויים בה. אשר להיעדר הוראות מעבר, יצוין, כי עוד בשנת 1998 נהלו הכורים מגעים עם הצוות לעניין הסדרת תקופת מעבר. עמדת הצוות אז, שהיתה מקובלת על היועץ המשפטי לממשלה, הייתה, כי יש לאפשר לכורים להמשיך לכרות באתרים בהם כרו עד אותה עת, באזור המתוחם, עד גמר החול בהם. אתרים אלה - אתר אזור התעשייה באשדוד ואתר ברברה צפון באשקלון - הם אותם אתרים בהם כרו הכורים בעת שניתנה החלטה 121. בקשתם של הכורים להרחיב הרשאה זו ולכלול את אתר "מבצע" לא התקבלה. גם לאחר שניתנה החלטה 833 נמשכו המגעים בין הצדדים בעניין הוראת מעבר. בא-כוח הכורים ביקש הרשאות כריה גם באתרים "אשקלון" "מעין שורק" ואתר "בח"א 30". המשיבים לא הסכימו לכך. לא הושגה הסכמה ביחס להוראות מעבר ובפועל המשיכו הכורים לכרות גם אחרי 1998 ועד סוף 2000, שאז הרשאות באתרים הפעילים ניתנו מבלי שהמשיבים והכורים הגיעו להוראת מעבר מוסכמת. בעקבות הליך משפטי שהוזכר לעיל (סעיף 2 לפסק-דין זה), הוגבלו ההרשאות לאתרים הפעילים בהסכמת הכורים לתקופה של שלושה חודשים בלבד, מעבר ליום 18.7.00 מועד בו בוטלה החלטה 121 על-ידי החלטה 833. תוקפן של ההרשאות נסתיים ביום 15.10.00. משכך, הייתה לכורים בפועל תקופת מעבר בת למעלה משנתיים, במהלכה ידעו כי הרשאותיהם לא תחודשנה ללא מכרז, לפיכך אין פגם בכך שבהחלטה לא נקבעו הוראות מעבר.

העדרו של הסדר להענקת פיצוי, איננו פוגע בהחלטה ובודאי שאיננו מביא לבטלותה. אם סבורים הכורים כי יש להם זכות כזו, רשאים הם להגיש תביעה לבית המשפט האזרחי הרגיל. העדר הסדר לפיצויים אינו עומד בעוכם, אם אכן קמה להם עילה לפיצויים.

מכאן לטענות הכורים בעניין פגמים שנפלו - לטענתם - בהליך קבלת החלטה 833.

הליך קבלת החלטה 833

21. הכורים טוענים לפגיעה בזכות הטיעון שלהם. אין חולק כי לזכות הטיעון ולחובת השימוע מקום כבוד בשיטתנו המשפטית. מתן זכות טיעון חיוני לשם שמירת אמון הציבור ברשות ולשם הבאת תשתית עובדתית מלאה, שתאפשר לרשות לקבל החלטות מושכלות וראויות (ראו: בג"ץ 3638/99 אמנון בלומנטל ואח' נ' עריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 230-231; י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב, תשנ"ו) ע' 796-793). לכורים כמי שנפגע מהחלטה 833, ניתנה זכות טיעון. עיון בהשתלשלות ההליכים שקדמו לקבלת החלטה 833, מעלה, כי הכורים נשמעו בעל-פה ובכתב, בפני הצוות שהוקם בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה ואף הגישו טענותיהם בכתב ליועץ המשפטי לממשלה. אכן, הם לא הופיעו בפני המועצה עצמה, אלא שטיעון בפני גורם מטעם הרשות המוסמכת להחליט - בענייננו, המועצה - יכול להחליף טיעון בפני הרשות עצמה (ראו: י' זמיר, לעיל, בע' 815-814; בג"ץ 290/65 אלאתגר נ' ראש העירייה ועיריית רמת גן, פ"ד כ(1) 29). טענותיהם הכתובות של הכורים הונחו בפני חברי המועצה. כמו כן הונחה בפניה חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, שדנה בטענותיהם של הכורים. כעולה מפרוטוקול המועצה, נידונו טענות הכורים באריכות, במהלך הדיון במועצה. בנסיבות אלה ניתן לקבוע, כי לא נפגעה זכות הטיעון של הכורים, קולם נשמע ומהיבט זה אין ההחלטה לוקה באי תקינות באופן המביא לבטלותה.

22. טענה אחרת שהועלתה, נוגעת לשלילת זכות הטיעון המשנית, עקב מניעת עיון בחוות הדעת המשפטית שהוכנה על-ידי העוזר ליועץ המשפטי של משרד התשתיות הלאומיות, בחוות הדעת של הצוות ובמסמכים שהוגשו לצוות לשם הכנתה. אין בידי לקבל טענה זו. חוות הדעת של עוזר היועץ המשפטי של משרד התשתיות היא חוות דעת משפטית-פנימית. הלכה היא, כי כאשר בחוות דעת כאלה עסקינן, לא מוטלת על הרשות חובה למסרה לאחר (בג"ץ 2534/94 ח"כ יהב ואח' נ' פרקליטות המדינה (החלטה מיום 15.6.97) (לא פורסם); מ"ח 6148/95, בש"פ 1780/96 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, 361). חוק חופש המידע, התשנ"ח 1998 - עיגן הלכה זו בחוק הקובע בסעיף 9(ב)(4), חריג לחובת הרשות הציבורית למסור מידע. לפי חריג זה אין הרשות חייבת למסור מידע בדבר דיונים פנימיים, תרשומות של התייעצויות פנימיות, חוות דעת, טיוטה, עצה, או המלצה, שניתנו לצורך קבלת החלטה. חוות הדעת האמורות באות בגדרי אלה. לפיכך, לא היתה על המשיבים חובה להעבירן לעיון הכורים. זאת ועוד לטענת המשיבים לא בוססו חוות הדעת על מידע סודי כלשהו והנתונים העובדתיים המופיעים במסמכים שהוגשו לצוות, נמצאים בידיעתם של הכורים.

23. פגם נוסף שטענו לו העותרים הוא העדר שיקול דעת עצמאי של המועצה, שאמצה לטענתם באופן "אוטומטי וגורף" את המלצות הצוות. לטענתם, חלף רק יום אחד ממועד העלאת הצעת ההחלטה על סדר יומה

של המועצה ועד למועד קבלת ההחלטה. אין בסיס לטענה זו. פרוטוקול הדיון מעיד על דיון ענייני ומושכל שהתקיים במועצה במסגרתו נשקלו השיקולים הרלבנטיים ונעשה איזון ביניהם. זאת ועוד, העזרות בעצת מומחים בחוות דעתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה ושל הצוות ראויה היא לא רק כאשר מדובר בסיוע טכני אלא גם כאשר הסיוע מצריך הפעלת שיקול דעת שבמומחיות (בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 449; בג"ץ 77/58 טחן בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד יג(1) 80). יתר טענות הכורים לעניין פגמים נוספים שנפלו בהליך קבלת החלטה 833 ושנטענו בשפה רפה אינם מצריכים התייחסות.

טענות ההסתדרות

24. ההסתדרות טוענת כי החלטה 833 פוגעת בחופש העיסוק של העובדים. על כך יאמר, שחופש העיסוק אינו הזכות להיות מועסק ואין חוק היסוד מגן על המשך העסקת עובד על-ידי מעביד מסויים במקום עבודה מסויים. (א' ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195, 202-200; השוו: בג"ץ 5936/97 ד"ר אורן לם ואח' נ' בן ציון דל ואח' (לא פורסם)). בכל מקרה, גם אם נפגעו עובדי הכורים על-ידי ההחלטה, אין מקומן של הטענות בדבר פגיעה בזכויות העובדים בבית משפט זה. עניינן של הטענות ביחסי עבודה בין הכורים לעובדיהם. מקומן של טענות אלה, בבית הדין לעבודה. הכורים, המעסיקים עובדים, רשאים להשתתף במכרזים לכריית חול ואם יזכו בהם, יוכלו הם להמשיך להעסיקם. אם לא יזכו ותתעוררנה שאלות בהקשר לזכויותיהם של העובדים, יכולות אלה להתברר במערכת משפטית אחרת, כאמור. לפיכך נדחות טענות אלה.

25. לאור כל האמור לעיל, אני מציעה לדחות את העתירה. ממילא מתבטל צו הביניים שהוצא ביום 31.10.00.

אין צו להוצאות.

שׁוֹפֵט

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה לדעתה של חברתי, השופטת טובה שטרסברג-כהן, כי יש לדחות את העתירה. עם זאת, נימוקי לתוצאה זאת שונים במידת-מה מאלה של חברתי. אפרט איפוא את נימוקי.

העובדות, ההליכים והטענות

1. חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, פירטה את הרקע העובדתי לעתירה. כאמור, בשנת 1964, דרשה הממשלה מן העותרים 1-15, קיבוצים, מושבים ותאגידיים אחרים (להלן יחד: התאגידיים), שעסקם מאז תקופת המנדט הבריטי היה בכריית חול ובמכירת זכיונות לכריית חול, להפסיק את פעילותם באיזורים מסוימים. לנוכח השקעותיהם בהקמת התשתית הנדרשת לכרייה באיזורים שבהם הופסקה פעילותם, לרבות רכישת ציוד כרייה, הוחלט לפצות את התאגידיים. נקבע שתינתן להם הרשאה בלעדית לכריית חול במקרקעין שבבעלות המדינה, המנוהלים מכוח סעיף 2(א) לחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך1960-, על-ידי המשיב 1 (להלן: המינהל). מקרקעין אלה משתרעים על רצועת החוף שבין קיסריה לבין אשקלון, וכן על חלק מעמק זבולון (להלן: איזור הכרייה). התאגידיים מורשים איפוא, החל משנת 1964, לכרות את החולות שבאיזור הכרייה, על-בסיס חוזי הרשאה שנתיים שהמינהל חזר וקרת עימם מעת לעת ללא מכרזים. משעוגנה חובת עריכת המכרזים בחוק חובת המכרזים, תשנ"ב1992- (להלן: חוק המכרזים), אף הותקנה תקנה 25(27) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג1993-, שפטרה את המינהל מן החובה לערוך מכרזים לצורך התקשרות בחוזי הרשאה עם התאגידיים.

2. כעבור כ-34 שנים, בתאריך 1.7.98, המליץ היועץ המשפטי לממשלה על ביטול ההסדר עם התאגידיים. זאת, לאחר שבדיונים שקדמו להמלצה נשמעו טענות התאגידיים בעניין זה. המינהל אימץ את ההמלצה, אך חידש את חוזי ההרשאה עד לתאריך 15.10.00, ולקראת תקופת תום ההרשאה פירסם מכרז לכריית חול באחד האתרים שבאיזור הכרייה. ברם, בגדר העתירה שהגישו התאגידיים כנגד החלטת המינהל לבטל את ההסדר (להלן: החלטת המינהל), הוצא צו ביניים האוסר על המשך הליכי המכרז, כך שבפועל ממשיכים העותרים בכריית חול. בתוך כך, בתאריך 16.1.01, בוטלה תקנה 25(27) הנ"ל.

לעתירת התאגידיים צורפה, לפי בקשתה, העותרת 16 (להלן: ההסתדרות), שביקשה לייצג את העובדים המועסקים על-ידי התאגידיים. לבקשת העותרים הוצא צו על-תנאי.

3. טענות התאגידים בעתירתם היו, כי רכשו באיזור הכרייה זכות קניין מסוג נטילה או זיקת הנאה, כי החלטת המינהל פוגעת בזכותם זו, אינה לפי חוק, ואף אינה עומדת בדרישות של תכלית ראויה ומידתיות, ולפיכך מנוגדת להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שזכות הקניין קבועה בו. כן טענו התאגידים, כי בהיותה של כריית חול מקור פרנסתם, ההחלטה פוגעת שלא כדין גם בזכותם לחופש העיסוק, הקבועה בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

ההסתדרות טענה, כי החלטת המינהל, שבעקבותיה פוטרו 50 עובדים ויותר העובדים צפויים להיות מפוטרים, פוגעת בזכות העובדים לחופש העיסוק ואינה מידתית, וכי המינהל לא שקל את זכויות העובדים ואף לא שמע אותם, הן לפני גיבוש החלטתו והן לפני פרסום המכרז.

בתשובה לעתירה נטען, כי לתאגידים אין זכות קניינית או חוזית המחייבת את המינהל להמשיך בהסדר עימם. עוד נטען, כי החלטת המינהל להסדיר את חלוקת ההרשאות לכריית חול באמצעות מכרזים הייתה סבירה ואף לא פגעה בזכות התאגידים לחופש העיסוק, שאינה כוללת את הזכות לפטור מהשתתפות במכרזים שעניינם הקצאת משאבים שבבעלות המדינה. לבסוף נטען, כי ההסדר, שבגדרו רשאים גם התאגידים להתמודד במכרזים על הזכות לכרות באיזור הכרייה, הוא מידתי. בעניין זה טענה המדינה, כי לתאגידים נקבעה תקופת מעבר ראויה, ואף ניתנה להם זכות הטיעון.

התכלית

4. לצד אינטרס כלכלי-עסקי של המינהל, נועדה החלטתו לקיים שוויון בין אלו המבקשים להתחרות על הרשאות לכריית חול. אינטרס זה מבטיח "ממשל תקין על-ידי ניהול עניניה של הרשות בדרך שיש בה משום מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לכל איש מתוך הציבור" (דברי השופט מאיר שמגר בבג"ץ 376, 368/76 **גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש**, פ"ד לא(1) 505, בע' 511).

אכן, חוק המכרזים מאפשר ויתור על הדרישה לפרסם מכרז, וזאת לצורך השגת יעדים מדיניים, משקיים וחברתיים מוגדרים, שהציבור מעוניין בהם. ברם, גם אז, במקום שיש מספר גורמים שהקצאת הנכס להם מגשימה את אותם היעדים, חייבת הרשות לבחור את הזוכה בנכס על-פי אמות-מידה שוויוניות. ראו ע"א 1444/95 **עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מט(3) 749, בע' 762.

ספק בעיניי, אם מלכתחילה מתן הרשאה לתאגידים לכריית חול בשטחים נרחבים ביותר ללא מכרז עמד במבחנים הדרושים לסטייה המותרת מעקרון השוויון. ראו בג"ץ 3136/98 **אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה**, פ"ד נב(5) 705 (להלן: בג"ץ **אגד**), בע' 710. אך ודאי שלאחר 36 שנים, שבהן לתאגידים היה למעשה מונופול על כריית חול שהוא רכוש המדינה, ביטול ההסדר מגשים תכלית ראויה, ובגידרה מקדם גם את הערך של צדק חלוקתי. זאת על-ידי פתיחת פתח לתחרות בתנאים שווים לכל איש או גוף, ובכללם התאגידים.

הטענות בדבר פגיעה בזכות הקניין ובחופש העיסוק

5. כאמור, איזור הכרייה הוא בבעלות המדינה, והתאגידים הורשו לכרות את החולות שבו מכוח חוזי הרשאה שנתיים. אכן, גם זכות מכוח חוזה עשויה להיחשב זכות קניין, כמשמעותה בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, בע' 328, 431. עם זאת, תוקפם של החוזים שמכוחם הורשו התאגידים לכרות את החולות פג. במצב משפטי זה אין עוד לתאגידים זכויות קניין באיזור הכרייה.

יש לדחות גם את טענת התאגידים בדבר פגיעת ההחלטה בזכותם לחופש העיסוק. שכן, מן התאגידים לא נמנע להשתתף במכרזים, ואם יזכו בהם, להמשיך לעסוק בכריית חול. ביטול ההסדר המיוחד

עימם אך השווה את זכויותיהם לזכויות כלל הציבור, ומנע פגיעה בחופש העיסוק של אחרים. ראו בג"ץ **אגד הנ"ל**, בע' 710.

6. לעומת זאת, בטענת ההסתדרות בדבר הפגיעה בחופש העיסוק של עובדי התאגידים יש פנים לכאן ולכאן.

מצד אחד, הזכות לחופש העיסוק בדרך-כלל אינה מחייבת את המדינה לספק עיסוק זה ואחר לכל המעוניינים בו. ככלל, פגיעה בחופש העיסוק קיימת כאשר רשות שלטונית אוסרת על העיסוק או מגבילה אותו, או, למיצער, אם מדיניותה מביאה, למעשה, לשלילה או להגבלה קשה של אפשרות העיסוק, אף אם אינה מטילה עליו איסור. ראו בג"ץ 5936/97 **לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נג(4) 673, בע' 681-682. ואילו בענייננו, גם בהנחה כי העיסוק בכריית חול אפשרי רק באיזור הכרייה שנכלל בהרשאה, הרי החלטת המינהל כשלעצמה אינה מונעת מן העובדים את האפשרות להמשיך בעבודת הכרייה בשירות הגופים שיזכו במכרז.

מצד שני, הדעת נותנת כי לפחות עובדים ותיקים עשויים להתקשות להשתלב בשירותם של גופים אחרים. מבחינת עובדים כאלה החלטת הממשלה תהיה שקולה, אם התאגידים לא יזכו במכרז, לשלילת אפשרותם לעסוק במקצועם ואולי תביא גם להוצאתם ממעגל העבודה בכלל.

מידתיות

7. כך או אחרת, לעניינם של העובדים משקל נכבד, והוא זכאי להגנה משפטית ממשית. על-כן פגיעה בו, גם אם תכליתה ראויה, תוכל להיעשות רק במידה שאינה עולה על הנדרש, כלומר, באופן מידתי. ראו בג"ץ 987/64 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, בע' 430-435; בג"ץ 3477/95 **בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1; בג"ץ 4330/93, 196/94 **גאנם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין**, פ"ד נ(4) 221, בע' 231. מידתיות כוללת שלוש דרישות מצטברות. אלה הן דרישת ההתאמה, שעל-פיה על הפעולה הפוגעת להיות מתאימה להשגת תכליתה; דרישת הפגיעה המזערית, שעל-פיה יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות או באינטרס היא הקלה ביותר האפשרית; ודרישת היחסיות, שעל-פיה פעולה הפוגעת בזכות או באינטרס תותר רק אם היחס שבין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת

הוא סביר. ראו בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, בע' 385-384. מידת הדווקנות שבה יש להפעיל את הדרישות השונות תלויה במשקלם הסגולי של הזכויות והאינטרסים המוגנים, מצד אחד, ושל תכלית הפעולה, מצד שני. הסביר זאת השופט יצחק זמיר:

ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש.
[בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, בפסקה 31 לפסק-דין]

ראו גם בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, בע' 140-141; דליה דורנר, "מידתיות", **ספר ברנזון** (אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, תש"ס) 281, בע' 288-291.

8. עם זאת, לא כל אינטרס זכאי להגנת המידתיות. שכן, לפחות הדרישה של פגיעה במידה המזערית האפשרית אינה הולמת, אפילו לא תיושם בדווקנות יתרה, אלא זכויות מוקנות או אינטרסים כבדי משקל. אין פירוש הדבר כי רשות מינהלית לא נדרשת לתת משקל ראוי למכלול האינטרסים הרלוואנטיים שהחלטתה עשויה להשפיע עליהם. אלא שמקום שבו אין מדובר בזכות משפטית קיימת או באינטרס כבד משקל של פרטים, לא מוטלת עליה חובה לקבל דווקא החלטה, מבין החלופות האפשריות, הפוגעת באינטרס במידה מזערית.

ההחלטה, כאמור, לא פגעה בזכויות התאגידיים. האינטרס שלהם שבו היא פגעה, כלומר, עניינם בחידוש זכיונם ללא מכרז, במהותו לא שיקף אלא את תקוותם להמשך מעמדם כמופול. משקלו של אינטרס זה אינו נכבד עד כדי כך שפגיעה בו נדרשת להיות במידה המזערית האפשרית. עם זאת, גם לאינטרס זה יש לתת משקל יחסי סביר. בהתחשב בכך שביצוע ההחלטה, שתכליתה ראויה, עוכב במשך זמן ניכר, כך שהתאפשר לתאגידיים להיערך לקראת המציאות החדשה, ובכך שלתאגידיים ניתנה אפשרות להשתתף במכרזים בעתיד, אני סבורה שלאינטרס התאגידיים ניתן משקל סביר, ודין עתירתם להידחות.

9. אינטרס העובדים בא לכלל ביטוי בשאיפתם לשמור על מקום עבודתם ועל תנאי ההסכמים הקיבוציים החלים עליהם. גם אם אין בהחלטת המינהל משום פגיעה בזכות העובדים לחופש העיסוק, וכאמור, בשאלה זאת יש פנים לכאן ולכאן, עדיין כתוצאה מהחלטה זו עשויים העובדים לאבד את מקום עבודתם הנוכחי ואולי אף את האפשרות לעבוד בכלל. על-כל-פנים, המשך העסקתם ותנאי עבודתם יהיו מותנים ברצון הזוכים במכרזי

המינהל, שלא יהיו קשורים בהסכמים הקיבוציים החלים על העובדים ואשר שיקוליהם בהעסקת העובדים יהיו כלכליים ועסקיים. משקלו של האינטרס הנפגע מושפע גם ממספר העובדים, גילם, תקופת עבודתם, וכיוצא באלה נסיבות רלוואנטיות. ההסתדרות, המייצגת את העובדים, לא התייחסה בעתירתה לנסיבות הקונקרטיות של העובדים, ואינטרס העובדים, כשהוא עומד לעצמו, לפי שעה אף לא נשקל על-ידי המינהל. על-כל-פנים, פיטורי העובדים כולם אינו מהווה בהכרח אמצעי מידתי - הן לפי דרישת ההתאמה, הן לפי דרישת הפגיעה המזערית והן לפי דרישת היחסיות - להגשמת התכליות שביסוד ההחלטה.

אלא שאין החובה להגן על אינטרס העובדים ולא לפגוע בו במידה העולה על הנדרש מטילה על המינהל להמשיך ולהעניק לתאגידים הרשאות לכרייה ללא מכרז, באופן הפוגע, כאמור, בעקרונות של שוויון, מינהל תקין, וצדק חלוקתי. על המשיבים לבחון את אינטרס העובדים בעת גיבוש תנאי המכרז, ללא קשר לאינטרס מעבידיהם, התאגידים. ראו, למשל, דב"ע 3-98 מועדים נ' משרד הביטחון - מדינת ישראל, פד"ע לג 441, שבו נקבע כי זכויותיהם של עובדים אינן מונעות העברת זיכיון להפעלת מזנונים בתוך יחידות הצבא מחברה ממשלתית לחברה פרטית, וכי אחת האפשרויות להגן על זכויות העובדים היא הצבת תנאים במסגרת המכרז שיבטיחו את המשך העסקתם. אפשרות זאת אינה היחידה, וניתן להעלות על הדעת גם אפשרויות אחרות, אם יסתבר שיש בדבר צורך.

על המינהל לשמוע את טענות ההסתדרות בעניין זה. ממילא הדרך תהיה פתוחה לתקוף, במקרה הצורך, את תנאי המכרזים בערכאה המתאימה. אשר-על-כן, ובכפיפות לאמור לעיל, אני מסכימה לדחיית העתירה.

שׁוֹפֵט

הנשיא א' ברק:

1. מסכים אני למסקנותיהן של חברותי, השופטת ט' שטרסברג-כהן והשופטת ד' דורנר, לפיהן יש לדחות העתירה. עמדתי זו מבוססת בראש ובראשונה על נסיבותיו המיוחדות של המקרה שבפנינו. אין חולק כי העותרים - הכורים (עותרים 1-15) עסקו בכריית חול מקדמת דנא, אולי אף מימי המנדט הבריטי. היא נמשכה - תחת מצב משפטי זה או אחר - עד לימינו אלה. לענייננו שלנו, הרלבנטיות העיקרית של העתירה היא להחלטה מס' 105 של מועצת מקרקעי ישראל (מיום 26.7.71) לפיה המשך כריית הזיפזיף (החול) תיעשה על דרך של

מתן הרשאות "לתקופה שלא תעלה על שנה, על בסיס תשלום תמלוגים לפי המחירון". גם החלטה 121 של מועצת מקרקעי ישראל (מיום 5.3.73) קבעה משטר משפטי דומה להמשך הכרייה, קרי, הרשאות חד שנתיים. בעתירה שבפנינו קבלו העותרים - הכורים על החלטת מועצת מקרקעי ישראל מיום 18.7.01 (מס' 833) שביטלה את החלטה 121 (וממילא את החלטה 105 בכל האמור לגבי ההרשאות). לטענתם, המשטר המשפטי תחתיו פעלו לאורך השנים הצמיח להם זכות להמשך הכרייה.

2. אכן, נחה דעתי כי בנסיבות המקרה לא השכילו העותרים - הכורים לבסס כל זכות שבדין להמשך הכרייה. טענות העותרים - הכורים הינה כי קמה להם זכות להמשיך בכרייה, אם מכוח זיקת הנאה ואם מכוח זכות נטילה. במסגרת העתירה שבפנינו, לא ניתן לקבל טענה זו. כך, שכן קבלת טענות העותרים - הכורים בהקשר זה אינה עולה בקנה אחד עם החלטה 121 של מועצת מקרקעי ישראל, עליה נסמכה זכות הכרייה שלהם משנות השבעים המוקדמות, ועליה מבססים הם את עתירתם להמשך הכרייה. אכן, אם לעותרים - הכורים היתה כטענתם זיקת הנאה או זכות נטילה עוד משנת 1964, כלומר, טרם חקיקתו של חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ממילא לכאורה, לא היה יסוד לצמצום זכות זו והתנייה בהסכמי הרשאה חד שנתיים. משפעלו העותרים - הכורים על פי החלטה 121 לאורך השנים, והיו צדדים להסכמי הרשאה, הרי שאין מקום להיזקק בעתירה זו, בחלוף קרוב לשלושים שנה, לטענתם כאילו מקור זכותם הינו בזיקת הנאה או בזכות נטילה ממקרקעי הזולת. הוא הדין אשר לטענתם לפיה קמה להם זכות קניין בנדון. העותרים - הכורים פעלו לאורך קרוב לשלושים שנה על יסוד הסכמי הרשאה שנחתמו עימם לאור החלטה 121 ואשר על כן, לא מצאתי כי יש מקום במסגרת הליך זה להצהיר, למעשה, על קיומה של זכות במקרקעין שאיננה מגולמת בהסכמי הרשאה ובהחלטה 121 עצמה. אשר על כן, אין אני נדרש להביע עמדתי בשאלות הנכבדות המועלות בפסק דינה של חברתי, השופטת ט' שטרסברג-כהן, הן בענין קליטתה ותחולתה של הזכות מסוג "זכות נטילה" במשפט הישראלי; הן בשאלת היקפה ותחולתה של זיקת ההנאה על נסיבות המקרה; הן בהגדרת היקפה של זכות הקניין החוקתית. לדידי, ההכרעות בשאלות אלו אינן נדרשות בנסיבות המקרה וניתן להשאירן בצריך עיון.

4. לאורך טיעונם שבו העותרים - הכורים וטענו, כי הפגיעה בקניינם מוצאת ביטוי באובדן ההשקעות הרבות שהשקיעו לאורך השנים בשטחי הכרייה. לדידם, השקעות אלו ביססו את ציפיתם להמשך מתן ההרשאות והפכו לזכות להמשך הכרייה. אין בידי לקבל טענה זו. חובתם של העותרים - הכורים לפתח את שטחי הכרייה עולה בפירוש מהסכמי הרשאה שעליהם חתמו (ראו הסכמי הרשאה שצורפו לתצהיר התשובה של משיבים 1-5), הסכמים, שכאמור בהחלטה 121 של מועצת מקרקעי ישראל וכאמור בהסכמים עצמם, היו לשנה אחת בלבד. אכן, מקובלת עלי מסקנתה של חברתי, השופטת ט' שטרסברג-כהן בעניין זה, כי

ככל שיש לעותרים - הכורים עילה לסעד אזרחי בעניין ההשקעות שביצעו (ובעניין זה איני מביע כל עמדה), הרי שאין בכך יסוד לחיוב המשיבים 1-5 להמשיך וליתן בידי העותרים - הכורים הרשאות להמשך הכרייה.

5. מקובלת עלי המסקנה אליה הגיעו חברותי, כי בנסיבות המקרה אין לראות בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל משום הבטחה מנהלית או התחייבות להמשך הכרייה. יתכן ולעותרים - הכורים היתה ציפיה להמשך הכרייה, אולם מהחלטה 121 עצמה ברור היה כי ההרשאות תהיינה חד שנתיות בלבד. כן קבוע בפירוש בחוזי ההרשאה שנחתמו עם העותרים - הכורים. במצב דברים זה, אין בפנינו בסיס למתן משמעות משפטית מחייבת לציפיה זו של העותרים - הכורים. שוכנעתי גם, על יסוד החומר שבפני, כי לא נפל בהליכי קבלת ההחלטה המבטלת את החלטה 121 פגם, המצדיק את התערבותו של בית משפט זה. כן שוכנעתי, כי נוכח התמשכות ההליכים בעניינם של העותרים - הכורים וידיעתם כי המשך ההרשאות מצוי בספק לאורך מספר שנים; וכן נוכח העובדה כי מלכתחילה דובר בהסכמי הרשאה חד שנתיים, הרי שאין בפנינו מקרה בו נפל פגם בהחלטת הרשות בהיעדרה של הוראת מעבר ראויה (השוו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367).

6. אין בידי לקבל את טענת העותרים - הכורים, כאילו הפסקת הסכמי ההרשאה עימם ופתיחת הכרייה למכרז, מהווה פגיעה בחופש העיסוק שלהם. אמת, יתכן ולעותרים - הכורים נגרם הפסד כספי עקב פתיחת השוק לתחרות חופשית וסיום הזכיון שהיה בידם. בה בעת, לא כל הפסד כספי הנגרם לפרט על ידי המדינה עולה כדי פגיעה בחופש העיסוק. העותרים - הכורים יכולים עדיין להשתתף במכרזים לכריית חול ובמובן זה, חופש העיסוק שלהם לא נפגע. אין המקרה שבפנינו עולה כדי פעולה של הרשות השוללת - אפקטיבית - את יכולתו של הפרט לעסוק במקצועו (ראו והשוו: בג"ץ 5936/97 ד"ר אורן לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נג(4) 673). זאת ועוד: קשה בעיני הטענה של העותרים - הכורים לפיה בשם הבטחת חופש העיסוק שלהם, יש למנוע פרסום מכרז לכריית חול באזורים בהם פעלו. כידוע, דווקא הענקת מונופול (זכיון) היא אחת הצורות המובהקות של פגיעה בחופש העיסוק, שעה שהרשות מעניקה לאחד אפשרות לעסוק תוך שלילת אפשרותו של האחר. כך במיוחד מקום בו המדובר במשאב ציבורי הדורש היתר לניצולו על פי הדין. הנה כי כן, דווקא פתיחת השוק לתחרות היא המקדמת את חופש העיסוק של הכורים האחרים וממילא, אין אני סבור כי ניתן לראות בנסיבות המקרה משום פגיעה בחופש העיסוק של העותרים - הכורים. אשר על כן אין אני נדרש לשאלה אם ה"פגיעה" בחופש העיסוק בנסיבות המקרה נעשתה בהתאם לאמור בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

7. מקובלת עלי מסקנת חברותי, לפיה אין בעמדת ההסתדרות ובטענתה בדבר הפגיעה בעובדים בנסיבות המקרה, משום עילה לקבלת העתירה. אכן, אין חולק כי בעקבות הפסקת הסכמי ההרשאה ופתיחת

השוק לתחרות, יכול ותהא פגיעה בעובדים, כפי שיכולה להיות פגיעה בעותרים - הכורים עצמם. בה בעת, מקובלת עלי מסקנתה של חברתי, השופטת ט' שטרסברג-כהן, לפיה אין פגיעה זו עולה כדי פגיעה בחופש העיסוק. אכן, חופש העיסוק של הפרט אינו משמיע חובת העסקה על ידי המדינה, בוודאי בנסיבות בהן העותרים - הכורים, כמו גם עובדיהם, יכולים לכאורה להשתלב במסגרת המכרזים שיתקיימו. אשר על כן, לא מצאתי באי חידוש הסכמי ההרשאה עם העותרים - הכורים יש משום פגיעה בחופש העיסוק של העובדים. בה בעת, מקובלת עלי עמדתה של חברתי, השופטת ד' דורנר, לפיה יתכן ובמסגרת תנאי המכרז שיפורסמו יהא ראוי ליתן הדעת על הגנת זכויות העובדים הפועלים במקום. שאלה זו נפרדת מן השאלה העיקרית העומדת לבחינה בעתירה שלפנינו, והיא החלטה 833 של מועצת מקרקעי ישראל, בעניין הפסקת הסכמי ההרשאה.

מטעמים אלו, נחה דעתי כי דין העתירה להידחות.

ה נ ש י א

הוחלט כאמור בפסק-דינה של כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן.

ניתן היום, ג' באב תשס"א (23.7.01).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור L14.00062680
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו
בקובץ פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל" 02-6750444