



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5134/14

בג"ץ 6151/14

בג"ץ 7501/14

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון

העותרת בבג"ץ 5134/14 : התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותרים בבג"ץ 6151/14 :
1. מפעלי צאן ישראלים בע"מ
2. שיקמים חווה חקלאית בע"מ
3. ניר דמארי ו-17 אחרים

העותרות בבג"ץ 7501/14 :
1. מפעלי צאן ישראלים בע"מ
2. שיקמים חווה חקלאית בע"מ

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 5134/14 :
1. מועצת מקרקעי ישראל
2. רשות מקרקעי ישראל
3. שר הבינוי והשיכון ויו"ר מועצת מקרקעי ישראל
4. שר האוצר
5. היועץ המשפטי לממשלה
6. מפעלי צאן ישראלים בע"מ
7. שיקמים חווה חקלאית בע"מ

המשיבים בבג"ץ 6151/14 :
1. שר האוצר
2. שר הבינוי והשיכון ויו"ר מועצת מקרקעי ישראל
3. מועצת מקרקעי ישראל
4. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבה בבג"ץ 7501/14 : רשות לשירותים ציבוריים – חשמל

המבקשים להצטרף כמשיבים
בבג"ץ 5134/14 : ניר דמארי ו-17 אחרים

עתירות למתן צו על-תנאי

כ"ב באייר התשע"ה (11.5.2015)

תאריך הישיבה :

בשם העותרת בבג"ץ 5134/14 : עו"ד צרויה מידד-לוזון; עו"ד מיקה שינוק קרטן;
עו"ד תומר נאור

בשם העותרים בבג"ץ
6151/14, העותרות בבג"ץ
7501/14, המשיבות 7-6
והמבקשים להצטרף כמשיבים
בבג"ץ 5134/14 : עו"ד צבי אגמון; עו"ד ישראל עטר; עו"ד קירה
לרנר

בשם המשיבים 5-1 בבג"ץ
5134/14, המשיבים בבג"ץ
6151/14 והמשיבה בבג"ץ
7501/14 : עו"ד תדמור עציון; עו"ד ראובן אידלמן

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. שלוש העתירות שלפתיחנו עניינן בשאלת הסדרתו של מתקן פרטי לייצור חשמל בטכנולוגיה פוטו-וולטאית (להלן: המתקן), שהוקם בקרקע הידועה בכינויה "חוות השקמים". כפי שנקבע בפסק דין קודם שניתן בבית משפט זה, הקמת המתקן בחווה לא היתה אפשרית כלל על פי התנאים שהותוו בהחלטה הרלוונטית של מועצת מקרעי ישראל (להלן גם: המועצה), ומשמע שהוא הוקם שלא כדין; ואולם לאחר מכן קיבלה המועצה החלטה חדשה חלף זו הקודמת, ובגדרה הוכשרה כדיעבד הקמת המתקן. לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, החלטתה המאוחרת של המועצה איננה חוקית, ומשום כך הודיע שר האוצר כי אין בכוונתו לאשר אותה.

חוקיות החלטותיהם של המועצה ושל שר האוצר היא שעומדת במוקד העתירות בבג"ץ 5134/14 ובבג"ץ 6151/14, בהתאמה. היבט נוסף של שאלת הסדרת המתקן, שעליו נסוב בג"ץ 7501/14, הוא הודעת הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל (להלן: רשות החשמל) לבעלים של חוות השקמים על פקיעתו של הרישיון המותנה שניתן להם לייצור חשמל, ועל הכוונה להעביר את המכסה התעריפית שהוקצתה להם אל הבאים בתור ברשימת ההמתנה.

רקע כללי

2. מדיניותה של ממשלת ישראל זה כשני עשורים היא לקדם שימוש באנרגיה "ירוקה" ומתחדשת במשק הישראלי, בין היתר באמצעות עידוד יזמות פרטית. בתוך כך

החליטה הממשלה להסיר חסמים לייצור פרטי של חשמל בטכנולוגיות ובהיקפים שונים – וזאת בכפוף לאסדרה (רגולציה) ולעמידה בתנאים מסוימים (ראו: החלטת ממשלה מס' 2178 בנושא "הסרת חסמים במשק האנרגיה" מיום 12.8.2007; החלטת ממשלה מס' 4450 בנושא "קביעת יעד מנחה וגיבוש כלים לקידום אנרגיות מתחדשות בפרט באזור הנגב והערבה" מיום 12.1.2009. ראו עוד: ע"א 4547/13 מינהל מקרקעי ישראל נ' מפעלי צאן ישראליים בע"מ, בפסקה 2 (19.11.2013) (להלן: עניין מפעלי צאן); בג"ץ 446/12 האגודה לצדק חלוקתי בע"מ נ' מועצת מקרקעי ישראל, בפסקה 3 (26.8.2012) (להלן: עניין האגודה לצדק חלוקתי)). לשם קידום המדיניות הממשלתית נתקבלו החלטות מתאימות ברשויות המדינה הרלוונטיות, שיצקו תוכן קונקרטי ליעדים שהציבה הממשלה, כל רשות ותחום סמכותה ואחריותה (עניין מפעלי צאן, בפסקה 3). לענייננו רלוונטיות החלטות רשות החשמל והמועצה העוסקות בקידום ייצור חשמל בטכנולוגיה פוטו-וולטאית, ואותן אסקור כעת.

3. בכל הנוגע למתקנים בטכנולוגיה פוטו-וולטאית (להלן גם: מתקנים סולאריים או מתקנים) – שהיא אחת הטכנולוגיות המאפשרות להפיק אנרגיה חשמלית מאור השמש – החליטו הגורמים המקצועיים כי יינתנו הקצאות לייצור חשמל בשלושה גדלים: ייצור ללא צורך ברישיון במתקנים ביתיים ומסחריים, בהיקף של עד 50 קילו-וואט (גודל קטן); ייצור בהיקף של למעלה מ-50 קילו-וואט, במתקן החייב ברישיון (גודל בינוני); וייצור בהיקף הגדול מ-20 מגה-וואט במתקנים המתחברים לרשת המתח העליון של חברת החשמל וחייבים אף הם ברישיון (גודל גדול). בהתאם לכך, בחודש דצמבר 2009 קבעה רשות החשמל את התנאים לקבלת רישיון להקמת מתקן ייצור חשמל סולארי בהיקף בינוני (גודל מ-50 קילו-וואט וקטן מ-20 מגה-וואט) (ראו החלטה מס' 2 משיבה 284 מיום 29.12.2009 (להלן: החלטה 284)). עוד נקבע, כי רישיון למתקן בגודל בינוני (להלן: רישיון או רישיון ייצור) יעמוד בתוקפו למשך 20 שנה, ובמהלך פרק זמן זה יוכל בעל הרישיון למכור את כל החשמל המיוצר במתקנו לספק שירות חיוני – חברת החשמל לישראל – בתעריף קבוע. מדובר אפוא בהצעה אטרקטיבית ביותר, שכן ליצרנים מובטחת תמורה, ככל שיעמדו בתנאים, לא רק למשך תקופה ארוכה אלא גם בשיעור קבוע שאינו מושפע מהיצע עתידי בשוק. עוד יצוין כי מספר הרישיונות המחולקים מוגבל, בהיותו כפוף לתקרת הספק כולל של 300 מגה-וואט, מתוכם 30 מגה-וואט מוקצים לאזור יהודה ושומרון (ראו: החלטת ממשלה מס' 3484 בנושא "מדיניות הממשלה בתחום הפקת אנרגיה ממקורות מתחדשים" מיום 17.1.2011; סעיף 5 להחלטה 284; בג"ץ 2470/11 יש"ע הירוקה נ' ראש הממשלה, בפסקאות 1-5 (1.11.2011)).

הליך קבלת רישיון הייצור שנקבע על ידי רשות החשמל הוא בן ארבעה שלבים, ועל המבקש לעמוד בדרישות שונות, המכונות "אבני דרך", על מנת להתקדם משלב לשלב. בשלב הראשון ניתן רישיון מותנה לייצור חשמל למי שעמד בתנאים הקבועים בכללי משק החשמל (עסקאות עם ספק שירות חיוני), התש"ס-2000 (להלן: כללי משק החשמל). המדובר בעיקר בהוכחת זיקה למקרקעין שעליהם יוקם המתקן, לפי הגדרת התיבה "זיקה למקרקעין" בכללי משק החשמל כזכויות במקרקעין לצורך ייצור חשמל על פי הרישיון, וכן הוכחת יכולת התחברות לרשת החשמל (ראו גם נספח ב' להחלטה 284). בשלב השני בעל רישיון מותנה שעמד בתנאים הקבועים בו, זכאי לקבל אישור תעריף מותנה; השלב השלישי עניינו "סגירה פיננסית", לפי תנאי הרישיון המותנה; ובשלב הרביעי מוקם המתקן ומחובר לרשת החשמל, וניתן רישיון ייצור קבוע – הכול לפי לוחות הזמנים הקבועים ברישיון המותנה, ובכפוף לעמידה בהם.

בסופו של תהליך מקבל היזם רישיון ייצור ל-20 שנה, שלכל אורכן יישמר התעריף שנקבע באישור התעריף המותנה שקיבל. גובה התעריף מתעדכן מעת לעת בהחלטות רשות החשמל, כשהקצאה של כל תעריף שנקבע מצומצמת, במובן זה שניתנים אישורי תעריף בגובה מסוים רק בתוך פרק זמן מוגבל ובכפוף לתקרת הספק כולל עבור כל אישורי התעריף שניתנו באותו פרק זמן. גובה התעריף הולך ופוחת עם הזמן, בהתאם ל"מתווה תעריפי יורד" שנקבע בהחלטה 284 (וראו גם נספח ג' להחלטה 284), ולנוכח ירידה בעלויות ההקמה של המתקנים. משכך, ובהינתן שהביקוש לרישיונות עלה על ההיצע המוגבל, נוצרה תחרות בין יזמים להשיג אישור תעריף מותנה כמה שיותר מוקדם (ראו גם עניין האגודה לצדק חלוקתי, בפסקה 9). הכמות שהוקצתה לטובת מתקנים בינוניים מוצתה, וישנה שורה של בעלי רישיונות מותנים הממתנים לקבלת אישור תעריף.

4. השלמת הליך הרישוי מול רשות החשמל היא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, לשם הפעלת מתקן פוטו-וולטאי כדין; תנאי מרכזי נוסף – שכלול אף בין תנאי קבלת הרישיון (ראו: סעיף 2א(א)(1) לכללי משק החשמל, וכן עניין מפעלי צאן, בפסקה 6) – הוא שהקמת מתקן כאמור תהווה שימוש חוקי בקרקע שעליה הוא מוקם. ואמנם, לצד רשות החשמל, גם המועצה נדרשה למדיניות עידוד הקמת המתקנים הממשלתית; ובתוך כך נרתמה לקידום מדיניות זו בשורה של החלטות, החל משנת 2008, שעיקרן בקביעת כללים להקצאת מקרקעין למתקנים סולאריים (ראו: החלטה מס' 1157 מיום 6.7.2008; החלטה מס' 1162 מיום 9.9.2008; החלטה מס' 1230 מיום 30.5.2011; עניין האגודה לצדק חלוקתי, בפסקאות 3-6). המועצה היא הגוף הקובע את המדיניות הקרקעית של רשות מקרקעי ישראל, לפי סעיף 3 לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-

1960 (להלן, ולרבות כאשר הרשות נדונה בשמה הקודם, מינהל מקרקעי ישראל: רמ"י; חוק רמ"י); בראשה עמד בתקופה הרלוונטית שר הבינוי והשיכון, וחברים בה נציגים בכירים משבעה משרדי ממשלה, וכן נציגי הקרן הקיימת לישראל (להלן: קק"ל) (סעיף 4א(א) לחוק רמ"י). יצוין כי לאחר האירועים נושא העתירות הועברו סמכויותיו של שר הבינוי והשיכון לפי חוק רמ"י אל שר האוצר (ראו הודעת הממשלה מיום 1.7.2015, י"פ 7092 התשע"ה, בעמוד 7940).

החלטה מרכזית הצריכה לענייננו היא החלטת המועצה מס' 1254 מיום 30.1.2012 (להלן: החלטה 1254). החלטה זו מאפשרת לחוכרים מסוימים לחכור קרקע מרמ"י למטרת הקמת מיזם סולארי בפטור ממכרז. בהחלטה 1254 מוטלות מגבלות משמעותיות יותר על הקמת המתקנים לעומת ההחלטות הקודמות, לאחר שנמצא כי המיזמים הסולאריים נפרשים על שטחים נרחבים ביותר, ומצמיחים רווחים גדולים מהצפוי ליישובים החקלאיים וליזמים שעימם הם מתקשרים (עניין האגודה לצדק חלוקתי, בפסקה 6). כן נקבעו הוראות מעבר, על מנת לאפשר מימוש פרויקטים שקודמו תוך הסתמכות על החלטות קודמות.

החלטה 1254 נדונה בבית משפט זה בשתי פרשות שונות. הפרשה הראשונה עניינה בתקיפה מנהלית של ההחלטה, בשתי עתירות שנדונו במאוחד בעניין האגודה לצדק חלוקתי. העתירות נדחו בפסק דין מיום 26.8.2012 (השופט ע' פוגלמן), לאחר שנקבע כי ההסדר החדש מצמצם את היקף ההטבות שהוענקו מכוח ההחלטות הקודמות ליישובים החקלאיים וליזמים שעימם התקשרו, על חשבון הקופה הציבורית. בכך, נקבע, מביא ההסדר לידי ביטוי עקרונות של צדק חלוקתי ועמידה על האינטרס הציבורי, הקורא למנוע שימוש מסחרי בלתי-מוגבל באדמות חקלאיות. זאת תוך איזון שיקולי המדיניות עם אינטרס ההסתמכות של הפרט, בהוראות המעבר, באופן שאינו חורג ממתחם הסבירות. יצוין כי לאחר מתן פסק הדין הוחלפה החלטה 1254 בהחלטה מס' 1272 מיום 7.11.2012 (להלן: החלטה 1272), אך אין בהבדלים שבין ההחלטות כדי להשליך על ענייננו.

על הפרשה השנייה שבגדרה נדונה החלטה 1254 אעמוד במסגרת השתלשלות האירועים ביחס לעותרות 1-2 בבג"ץ 6151/14 (שתיהן יחד להלן: חוות השקמים או החווה), שאליה אפנה בנקודה זו. סקירה זו תוביל לדיון בהחלטות שבגינן הוגשו העתירות הנוכחיות.

5. חוות השקמים מורכבת משתי חברות פרטיות שחוכרות ומפעילות חווה חקלאית הממוקמת בתחום המועצה האזורית שער הנגב, ומתפרשת על פני שטח של כ- 3,800 דונם (להלן גם: המקרקעין). החל משנת 1972 מצויה החווה בבעלות משפחת שרון. מפעלי צאן ישראליים בע"מ, העותרת 1 בבג"ץ 6151/14 ובבג"ץ 7501/14, היא שחתומה עם רמ"י – המנהלת את המקרקעין השייכים למדינת ישראל – על חוזה חכירה למטרות חקלאות. בעלת השליטה בחברה היא העותרת 2 בבג"ץ 6151/14 ובבג"ץ 7501/14, שיקמים חווה חקלאית בע"מ, היא הגוף שבאמצעותו מנוהלת הפעילות הכלכלית-חקלאית של החווה.

חוות השקמים פנתה לרשות החשמל ביום 8.2.2010, בבקשה לקבל רישיון מותנה על מנת להקים ולהפעיל מתקן לייצור חשמל בגודל בינוני במקרקעין שבחזקתה. הבקשה אושרה ביום 3.11.2010 קיבלה החווה רישיון מותנה המתיר, בכפוף לעמידה בתנאים, להקים מתקן המייצר חשמל בהיקף של 630 קילו-וואט ולמשך 20 שנה. בהמשך לכך ובהתאם לתנאי הרישיון, פנתה חוות השקמים לוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "שמעונים", וביום 13.4.2011 קיבלה ממנה היתר בנייה להקמת המתקן (להלן: הוועדה המקומית ו-היתר הבנייה, בהתאמה). בעקבות הצגת היתר הבנייה לרשות החשמל, קיבלה חוות השקמים ביום 3.8.2011 אישור תעריף מותנה; ולאחריו אישרה רשות החשמל את שלב "הסגירה הפיננסית", שאז ניצבה החווה בפני "אבן הדרך" האחרונה, שעניינה הצגה לרשות החשמל של המסמכים המעידים על הגעת הציוד הראשי לצורך הקמת המתקן. יצוין בהקשר זה כי במכתב מאת רשות החשמל מיום 20.6.2010 נכתב לחווה: "זיקה למקרקעין – לאחר הבהרות רוחביות שקיבלנו ממנהל מקרקעי ישראל לעניין חידוש חוזה החכירה הרינו לאשר כי הוצגו על ידכם המסמכים הנדרשים מהמנהל".

רק בחודש יוני 2012 פנתה חוות השקמים לראשונה לרמ"י, היא כאמור הבעלים במקרקעין, לקבלת אישורה להקמת המתקן על פני שטח של כ-8.7 דונם ולעריכת חוזה חכירה מתאים. ביום 8.1.2013 דחתה ועדת העסקאות של רמ"י את הבקשה. זאת בהתבסס על חוות דעתה של עו"ד מניה לייקין, סגנית בכירה ליועץ המשפטי של רמ"י, ובניגוד לחוות דעת קודמת שניתנה מטעם היועץ המשפטי של מחוז הדרום של רמ"י, עו"ד אמיר ביידא (להלן: עו"ד לייקין; עו"ד ביידא). בהתאם לכך הודיעה רמ"י לחוות השקמים ביום 15.1.2013 כי היא אינה מאשרת את הקמת המתקן בתחומה. הטעם להחלטתה של רמ"י היה הגדרת חוכר בהחלטה 1254:

”מי שהינו צד לחוזה חכירה תקף למעט חוכר על פי חוזה חכירה למטרת מטעים או למטרת עיבוד חקלאי אחר שלא בתנאי נחלה” (ההדגשה הוספה-ע'ב').

נמצא כי חוות השקמים, בהיותה חוכרת למטרת עיבוד חקלאי שלא במסגרת נחלה, אינה נכנסת בגדר החלטה 1254. על כן ובהתאם להסדר הקבוע בהחלטה, נקבע כי היא אינה רשאית להקים מתקן סולארי.

6. בעקבות סירובה של רמ"י לאשר את הקמת המתקן ביקשה חוות השקמים מרשות החשמל לדחות את מועד העמידה בתנאי הגעת הציוד לאתר. במכתבים מיום 29.1.2013 ומיום 7.2.2013 השיבה רשות החשמל לחווה כי אינה רואה מקום לדחיית המועד לאבן הדרך, כי "על פניו, בהתאם להחלטת מנהל מקרקעי ישראל, דין רישיונכם להתבטל שכן חדלו מלהתקיים בו תנאי הסף לקבלתו"; וכן שבהיעדר אישור של רמ"י "אין לכם היתר בנייה בתוקף, על כל המשמעויות הכרוכות בכך מבחינת תוקף רישיונכם ואישור התעריף שבידיכם".

7. בד בבד הגישה חוות השקמים תובענה לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, בדרך של המרצת פתיחה (ה"פ 10824-02-13 מפעלי צאן ישראליים בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (6.6.2013) (להלן: עניין מפעלי צאן – מחוזי)), ובמסגרתה ביקשה לקבוע כי ניתן להחיל עליה את החלטה 1254. בית המשפט (כבוד השופט ע' גרוסקופף) מיקד את הכרעתו בפרשנות המונח "בתנאי נחלה" שבהגדרת "חוכר" בהחלטה 1254; זאת בנימוק שהגם שחוות השקמים איננה נחלה, אין להחריגה מגדרי החלטה 1254, ככל שיימצא כי היא מוכרת בתנאי נחלה. לאחר שעמד על הרציונלים המכוננים את החלטה 1254 – שהם המדיניות השלטונית לעודד הקמת מתקנים סולאריים על ידי גורמים פרטיים, מחד גיסא; והקלה על ציבור החקלאים, המתקשה להתפרנס, על ידי פתיחת אפשרויות פרנסה חלופיות, מאידך גיסא – קבע בית המשפט כי יש ליישם פרשנות המגשימה את תכליות ההחלטה. נמצא כי שתי התכליות יוגשמו באמצעות פרשנות מרחיבה, שלפיה החלטה 1254 חלה לא רק על נחלות ויישובים חקלאיים, אלא גם על חוכרים חקלאיים המתגוררים דרך קבע במקרקעין המוכרים ומתפרנסים מהם, ובכלל זאת חוות השקמים.

ביום 12.6.2013 הודיעה חוות השקמים לרשות החשמל על עמידה באבן הדרך שעניינה הגעת הציוד העיקרי לאתר.

8. רמ"י הגישה ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי לבית משפט זה (עניין מפעלי צאן), וכן בקשה לעיכוב ביצועו של פסק הדין. בקשת עיכוב הביצוע נדחתה (בהחלטת חברי, השופט י' עמית, מיום 7.7.2013), לנוכח סד הזמנים הקבוע ברישיון המותנה, ממנו עולה כי השהיית חתימת ההסכם בין חוות השקמים לרמ"י עלולה לסכל את פסק הדין הלכה למעשה. עם זאת הוטעם, לעניין סיכויי הערעור, כי הוא "מעלה שאלה של ממש בסוגיית הפרשנות", וכן הודגש כי "ברי למשיבות כי כל עוד לא ניתן פסק דינה של ערכאת הערעור וכל עוד פסק הדין לא נעשה חלוט, הן נוטלות על עצמן סיכון לגבי השקעותיהן בהקמת המתקן".

בעקבות זאת נחתם ביום 21.7.2013 חוזה פיתוח בין רמ"י לבין החווה, ולפיו יוחכר שטח של כ-9 דונם למטרת הקמת המתקן, לתקופה של 24 שנים ובתמורה לסך של 765,000 ש"ח בתוספת מע"מ. בחוזה נכתב כי תנאי סף למעבר לחוזה חכירה הוא קבלת רישיון קבוע לייצור חשמל; וכן הובהר כי כל החלטה שתתקבל בערעור, התלוי ועומד בעת חתימת החוזה, תחול עליו.

9. ביום 19.11.2013 ניתן פסק הדין בערעור, ובגדרו התקבלו טענותיה של רמ"י. בעניין מפעלי צאן הובהר (על ידי השופטת ד' ברק-ארז ובהסכמת השופטים א' רובינשטיין ו-י' עמית) כי יש לפרש את המונח "נחלה" בתוך ההקשר הכולל של דיני מקרקעי ישראל. בחינה זו העלתה כי ההבחנה בין החכרה של נחלות לבין החכרות חקלאיות אחרות היא יסוד מוסד במדיניות הקרקעית מקדמת דנא, כאשר החכרת נחלה "היא 'עסקת חבילה' שלה יתרונות וחסרונות" (בפסקה 26): נחלות מצויות בבעלות לאומית ומוחכרות לטווח ארוך, לחקלאים שמחויבים להתגורר בנחלתם ובמטרה שיתפרנסו מעיבוד הקרקע שבה. גודלן של נחלות מוגבל, שווה לכל יחידות המשק ביישוב מסוים, ואינו ניתן לפיצול, לצד מאפיינים נוספים. בחוות השקמים מאפייני היסוד של נחלה אינם מתקיימים, מאחר שגודלה 3,800 דונם, בעוד שגודלן הטיפוסי של נחלות אינו עולה על 80 דונם; מגורי החוכרים בחווה הם רשות ולא חובה; ולא חלות יתר המגבלות על החכרת נחלה – ולפיכך נקבע כי לא ניתן לראות בה כמוחכרת "בתנאי נחלה".

בית המשפט הוסיף ודן במקומה של החלטה 1254 על רצף החלטות הממשלה והמועצה הנוגעות לשימושים לא-חקלאיים בקרקע חקלאית שהוחכרה בתנאים מיטיבים. הודגש, כפי שהודגש בעבר בפסיקתו של בית משפט זה, כי שינוי יעוד כאמור הוא הטבה הניתנת ממשאבי הציבור, שלהם אופי מוגבל, ולפיכך יש לתיתה במשורה ותוך התחשבות בשיקולי צדק חלוקתי – כ"רע הכרחי" שתכליתו סיוע לביטחון סוציאלי, ולא כמנוף לעשיית ממון. בהתייחס לתכליות ההחלטה קבע בית המשפט כי

לצד אלה שעליהן עמד בית המשפט המחוזי, נועדה החלטה 1254 גם להציב "גבולות נאותים באשר ל'זחילת' שימושים לא חקלאיים לקרקעות חקלאיות שהוחכרו בתנאים מיטיבים מתוך הנחה שישמשו לחקלאות בלבד". על רקע זה נקבע כי החלטה 1254 לא נועדה לחרוג מיתר ההחלטות בנושא, שהעניקו זכויות ליישובים חקלאיים ולא לחוכרים חקלאיים אחרים, כגון חוות השקמים. עוד הודגש בפסק הדין (בפסקה 38):

"השאלה שהובאה לפתחנו היא האם החלטה 1254, על-פי פרשנותה הנכונה, חלה גם על חוכרים חקלאיים כדוגמת המשיבות. על שאלה זו אנו משיבים בשלילה. איננו נדרשים לשאלה העצמאית האם – נוכח מאפייניו של משק האנרגיה, כמו גם מצבם של חקלאים כדוגמת המשיבות – ראוי להרחיב את החלטה 1254 כך שתחול גם [על] חוכרים חקלאיים נוספים. שאלה זו היא עניין למועצת מקרקעי ישראל לענות בו במסגרת סמכותה, אם תמצא לנכון לעשות כן, במסגרת העקרונות הכלליים והמדיניות הקרקעית כמפורט לעיל".

חוות השקמים הגישה בקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין, שנדחתה (דנ"א 8255/13 מפעלי צאן ישראליים בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (29.12.2013)).

10. לאחר מתן פסק הדין פנתה חוות השקמים לרמ"י בניסיון למצוא פתרון מעשי שיאפשר, חרף פסק הדין, להפעיל את המתקן בשטחה – באמצעות הקצאת הקרקע בפטור ממכרז או הקצאתה במכרז תוך הבטחת השקעותיה, שעומדות לטענתה על כ-8.5 מיליון ש"ח. במכתב מיום 13.4.2014, ובהמשך לישיבה שקוימה במשרדי הפרקליטות בהשתתפות גורמים בכירים ובהם מנהל רמ"י, הודיעה לחוות השקמים המשנה לפרקליט המדינה (עניינים אזרחיים), עו"ד אורית סון (להלן: המשנה לפרקליט המדינה), כי לא ניתן להיעתר לבקשתה. במכתב הודגש כי לא ניתן הסבר מניח את הדעת לכך שהפנייה לרמ"י נעשתה רק כשנתיים לאחר הנעת המהלכים לקבלת רישיון מול רשות החשמל; ובפרט שעה שבתווך, ביום 5.4.2011, נחתם חוזה חכירה חדש בין רמ"י לחוות השקמים, שבו מוגבלת מטרת החכירה לעיבוד חקלאי וגידול בעלי חיים ומוטל איסור לעשות בקרקע שימוש אחר. עוד נכתב בהקשר זה: "מכאן נגזר לכאורה כי הרשיון המותנה שניתן בשעתו ע"י רשות החשמל, על בסיס הנחה בדבר קיומה של זיקה לקרקע למטרה הייעודית, שאינה קיימת כיום, לא יכול לעמוד עוד". לגופו של עניין נדחתה הצעת החווה להחיל בעניינה את אחד הפטורים הקבועים בתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות חובת המכרזים); וכן נדחתה ההצעה לקיים מכרז, בעיקר מן הטעם שלא נמצאה לכך הצדקה עניינית בגדר המדיניות הקרקעית הלאומית, לבד מהאינטרס הכלכלי של חוות השקמים.

11. חרף האמור לעיל, חוות השקמים הגישה לרשות החשמל בקשה לקבלת רישיון ייצור קבוע ביום 1.5.2014, ונכתב בה כי החווה השלימה את הדרוש לעמידה בכל אבני הדרך.

רשות החשמל השיבה לפנייה במכתב מיום 1.7.2014, ובו הודע לחווה כי לנוכח פסק הדין בעניין מפעלי צאן ובהתאם לחוות דעתה של המשנה לפרקליט המדינה, אין באפשרות הצוות המקצועי ברשות החשמל להמליץ למליאת הרשות על הענקת רישיון קבוע כמבוקש. עוד הוער כי ממילא פקע הרישיון המותנה, משחלף המועד הקבוע בו לסנכרון המתקן לרשת החשמל, ללא שעלה בידי החווה להוכיח כי היא בעלת הזכויות במקרקעין, כנדרש בהוראות תקנה 20(3) לתקנות משק החשמל (תנאים ונהלים למתן רישיון וחובות בעל רישיון), התשנ"ח-1997 (להלן: תקנות משק החשמל) ותקנות 10(ד) ו-10(ה) לתקנות משק החשמל (קוגנרציה), התשס"ה-2004.

עוד באותו יום העלתה החווה טענות לפני רשות החשמל, שלפיהן לא היה מקום להודיע על פקיעת הרישיון המותנה, בין היתר מאחר שלא נערך לה שימוע טרם שהתקבלה ההחלטה.

העתירות שלפנינו

12. ביום 9.7.2014 קיבלה המועצה את החלטה מס' 1374 (להלן: החלטה 1374). במסגרת ההחלטה תוקנה החלטה 1272 (אשר החליפה, כזכור, את החלטה 1254), באופן שמרחיב את מעגל הזכאים להקים מתקן סולארי על קרקע של רמ"י:

"לא תותר הקמת מתקן סולארי על מקרקעין אשר לגביהם נחתם חוזה למטרת מטעים או חוזה למטרת כל עיבוד חקלאי שלא בתנאי נחלה, למעט לחוכרים בעלי חוזה חכירה בתוקף בנגב ובערבה, המחזיקים בקרקע 10 שנים לפחות, ובלבד ששטח המקרקעין המוקצה לטובת מתקן סולארי לא יעלה על 10% משטח המקרקעין המוחכר, אולם בכל מקרה לא יותר מאשר 10 דונם לחוכר" (הודגשה התוספת לעומת החלטה 1272-ע'ב').

לצד הרחבת מאגר החוכרים עליהם חלה ההחלטה הורחב גם מועד תחולתה, ונקבע כי החלטה 1374 תחול למפרע, מיום קבלת החלטה 1272 – הוא יום 7.11.2012. יתר הוראות ההסדר שנקבע בהחלטה 1272 נותרו בעינן, והנוסח "המשולב" של החלטה 1374 כולל גם אותן, עם השינויים האמורים.

ההחלטה התקבלה ברוב של שישה מול אחד, כשבעד ההחלטה הצביעו יו"ר המועצה, שהיה אז שר הבינוי והשיכון, וכן נציגי משרדי ראש הממשלה, הפנים, החקלאות ופיתוח הכפר, הבינוי והשיכון והגנת הסביבה. סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר התנגד להחלטה; ונציגת משרד המשפטים, כמו גם נציגי קק"ל, נעדרו מהשיבה.

13. החלטה 1374 נתקבלה חרף התנגדות הנהלת רמ"י, היועץ המשפטי לרמ"י (להלן: יועמ"ש רמ"י) והיועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: היועמ"ש). לקראת הדיון בהחלטה ערך יועמ"ש רמ"י, עו"ד יעקב קווינט, חוות דעת שלפיה ההחלטה המוצעת "מעוררת קשיים משמעותיים", ש"יש בהם כדי להטיל ספק בדבר חוקיות ההחלטה, ככל שתתקבל". בחוות דעתו עמד יועמ"ש רמ"י על כך ששינויי יעוד קרקע ממטרת חקלאות לתעסוקה אושרו בעבר ליישובים חקלאיים בלבד, לנוכח חובת בעלי הנחלות להתגורר בהן, בעוד שאפשרויות ההשתכרות שלהם מוגבלות. בהרחבת ההיתר לבצע פעילות שאינה חקלאית גם לחוכרים שלא בתנאי נחלה, מבקשת ההצעה לשנות מדיניות עקרונית ועקבית, ובפרט משהמגמה ביחס להקצאת קרקע למתקנים סולאריים היתה לצמצם את ההטבות אף למי שהם חוכרים בתנאי נחלה. עוד נכתב כי לא ניתן משקל מספיק לשיקולים של צדק חלוקתי, ובהם בירור מספר החוכרים שייחוו מההטבה המוצעת וגודל השטחים שבחזקתם; וכן כי הצעת ההחלטה כוללת הבחנה מוקשית בין חוכרים בנגב ובערבה שעתידיים ליהנות מההחלטה, וחוכרים בתנאים דומים כגון באזורי עדיפות לאומית שלא ייהנו ממנה. קושי מיוחד נעוץ לשיטת יועמ"ש רמ"י בתחולתה הרטרואקטיבית של ההצעה, שלא תועיל אלא למי שפיתח מיזם סולארי בניגוד להחלטות המועצה הקודמות.

הנהלת רמ"י קיימה דיון בנוגע להצעה ביום 17.6.2014, ובהחלטתה מס' 3579 מאותו יום הביעה פה-אחד את התנגדותה לקבלת ההצעה, מעיקרי הטעמים שמנה יועמ"ש רמ"י. יובהר כי הנהלת רמ"י היא גוף מקצועי שאין בסמכותו להתערב בהחלטות המועצה, אלא אך לחוות לפנייה את דעתו. בנוסף, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), עו"ד ארז קמיניץ (להלן: המשנה ליועמ"ש), שלח מכתב לחברי המועצה ביום 19.6.2014, שבו אומצה עמדתו של יועמ"ש רמ"י. כך, על דעת היועץ המשפטי לממשלה ותוך שהודגש כי "אישור הצעת ההחלטה בידי המועצה יהיה בלתי-סביר".

כאמור, למרות הדברים הללו ההצעה התקבלה במועצה, ונחתמה ביום 21.7.2014 על ידי שר הבינוי והשיכון ויו"ר המועצה דאז, מר אורי אריאל.

14. החלטה 1374 עומדת במוקד בג"ץ 5134/14 (להלן גם: בג"ץ המועצה), שהוגש ביום 22.7.2014 על ידי עמותת התנועה למען איכות השלטון בישראל (להלן: התנועה לאיכות השלטון או התנועה), כעותרת ציבורית. בעתירה מבוקש שנקבע כי החלטה 1374 בטלה, וכן שנורה לשרי הבינוי והשיכון והאוצר שיתייצבו ויתנו טעם מדוע לא יימנעו מלחתום על ההחלטה (יוער כי העתירה מתייחסת לכאורה להחלטה 1272, אך למעשה עוסקת בתיקון לה, דהיינו בהחלטה 1374, הגם שמספר זה לא נזכר בה); ולרמ"י שתיתן טעם מדוע לא יבוטל הסכם החכירה עם חוות השקמים, ותימנע מליזום פתרונות אלטרנטיביים שיאפשרו לחווה ליהנות מהמתקן שהקימה.

כן התבקש צו ביניים שיורה למדינה להימנע מלנקוט צעדים מכוח החלטה 1374 עד להכרעה בעתירה. בקשה נוספת הוגשה בגדרי הליך זה, מטעם חקלאים המחזיקים בקרקעות חקלאיות בנגב, שהם גם העותרים 3-20 בבג"ץ 6151/14 (להלן: קבוצת החקלאים). החקלאים ביקשו להצטרף להליך כמשיבים, משום שלטענתם קבלת העתירה עלולה לפגוע בהם. ביום 26.8.2014 דחה השופט א' שהם את הבקשה לצו ביניים, וקבע כי הבקשה להצטרף להליך תוכרע על ידי ההרכב שידון בעתירה.

15. בעקבות קבלת החלטה 1374 פנה ביום 20.7.2014 היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר יהודה וינשטיין, לשר האוצר דאז, מר יאיר לפיד – שההחלטה טעונה לכאורה את אישורו מכוח סעיף 40(ג) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: סעיף 40(ג); חוק יסודות התקציב) – והנחה אותו שלא לחתום על הצעת ההחלטה, מחמת היותה בלתי-סבירה.

ביום 9.9.2014 הודיע שר האוצר (באמצעות עו"ד עמית שטאובר מהלשכה המשפטית במשרד האוצר) לחוות השקמים, בעקבות פנייתה אליו וכפי שכבר פורט בתגובת המדינה לבג"ץ המועצה מיום 18.8.2014, כי בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה – הוא אינו מתכוון לחתום על ההחלטה.

לנוכח הודעת שר האוצר הגישו חוות השקמים וקבוצת החקלאים את בג"ץ 6151/14 (להלן גם: בג"ץ שר האוצר). הסעדים המבוקשים במסגרת העתירה הם שנורה כי החלטה 1374 שרירה וקיימת; כי היא אינה טעונה את אישורו של שר האוצר; וכי אף אם נדרש אישור כאמור, אין מניעה לתיתו.

16. במקביל חלו תמורות גם במישור האסדרה שעליו אמונה רשות החשמל. זו השיבה לפנייתה של החווה הנוגעת לפקיעת הרישיון, במכתב מיום 29.10.2014. במכתב שבה רשות החשמל על נימוקיה להחלטה שלא להמליץ על מתן רישיון קבוע, והוסיפה כי במקרה של פקיעת רישיון זמני בשל אי-עמידה בתנאים הקבועים בו, להבדיל מהחלטה על ביטול רישיון, אין חובה בעריכת שימוע. זאת מאחר שהרישיון פקע מעצמו עם תום התקופה המוגדרת בו. לפיכך, נכתב, "המכסה התעריפית תועבר לבא בתור".

נגד הודעה זו של רשות החשמל הגישה חוות השקמים את בג"ץ 7501/14 (להלן גם: בג"ץ רשות החשמל). בגדרי העתירה מבוקש כי נורה לרשות החשמל לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטתה האמורה, וכן כי נצהיר על דחיית המועד הקבוע לסנכרון המתקן עם רשת החשמל עד לסיום ההליכים שלפנינו. התבקש גם צו ביניים שיורה על הקפאת פקיעת הרישיון והעברת המכסה התעריפית לאתר, עד להכרעה בעתירות, שהתבקש כי יידונו במאוחד.

הבקשה למתן צו ביניים התקבלה, וביום 25.11.2014 הורה בית משפט זה (השופט צ' זילברטל) על הקפאת ההחלטה בדבר פקיעת הרישיון המותנה והעברת המכסה התעריפית של החווה לאחר, עד להכרעה בעתירה; בהחלטות מיום 14.9.2014 (השופט נ' סולברג) ומיום 17.2.2015 (השופט צ' זילברטל) נקבע כי העתירות שלפנינו יידונו במאוחד.

17. יצוין כי עוד קודם להגשת העתירות שבהן עסקינן, ביום 16.6.2014 הגישה התנועה עתירה נוספת (בג"ץ 4250/14). עניינה בבקשה להורות לרשות החשמל לבטל את הרישיון המותנה שניתן לחווה, ולנמק מדוע לא תועבר המכסה לייצור חשמל ליזמים הבאים אחרי חוות השקמים ברשימת ההמתנה למכסות; וכן התבקש צו ביניים שיורה לרשות החשמל להימנע מלתת לחוות השקמים רישיון קבוע. רשות החשמל הודיעה כי ממילא עמדתה היא שאין מקום להעניק לחוות השקמים רישיון קבוע, ומשכך נדחתה הבקשה למתן צו ביניים (החלטות השופט ע' פוגלמן מיום 9.7.2014 ומיום 9.12.2014). עוד נקבע כי לפי שעה לא תיקבע העתירה לדין, וכי הודעת עדכון תימסר לאחר מתן פסק הדין בבג"ץ 5134/14 (החלטת השופט פוגלמן מיום 11.11.2014), דהיינו פסק דין זה.

18. התנועה לאיכות השלטון טוענת כי דינה של החלטה 1374 בטלות, מחמת היותה "בלתי סבירה במידה קיצונית היורדת לשורשם של דברים". לטענת התנועה, מסקנה זו מתחייבת משורה ארוכה של פגמים מהותיים שדבקו בהחלטה: ההחלטה בטלה משום היותה מנוגדת לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, המחייבת את הרשות המבצעת; ההחלטה נתקבלה בחוסר סמכות, הואיל והיא מנוגדת למדיניות הממשלה כפי שזו באה לידי ביטוי בהחלטות קודמות; נציגי הממשלה שהצביעו בעד ההחלטה חטאו לחובת הנאמנות שלהם כלפי הציבור והאינטרס הציבורי; ההחלטה חריגה בהיותה פרסונלית ורטוראקטיבית, כך שהיא מקדמת את האינטרסים של החווה לבדם, בניגוד למדיניות רמ"י; קיים חשש ממשי למשוא פנים ולשיקולים זרים; ההחלטה פוגעת בעקרון שלטון החוק, ביוצרה תמריץ שלילי הן לגופים פרטיים שיעשו דין לעצמם, והן לשומרי הסף ברמ"י שידעו כי גורמים בעלי שורה יגברו על מאמצייהם לאכוף את הדין; היא מנוגדת לעקרון הצדק החלוקתי, שעה שהיא מאפשרת זחילה של התרת שימושים לא חקלאיים במקרקעין שנועדו לחקלאות, ושמחכיריהם קיבלו הטבות למטרה זו; ההחלטה מנוגדת לחובתה של רמ"י לנהוג באופן שוויוני – ראשית בכך שהיא מפלה לרעה יזמים שנשמעו להוראות ההחלטות הקודמות וכעת משמוצו כל המכסות עומדים מול שוקת שבורה, שנית בכך שהיא יוצרת הבחנה בלתי-מוצדקת בין חוכרים שלא בתנאי נחלה בנגב ובערבה לעומת אזורים אחרים, ושלישית בכך שהיא מאפשרת לחוכרים שלא בתנאי נחלה לבנות מתקנים גדולים יותר מאשר בעלי נחלות; ההחלטה נעדרת תשתית עובדתית ראויה; והיא פוגעת באמון הציבור. בנוסף נטען כי שר הבינוי והשיכון לא השיב לפניויה של התנועה, ומשכך יש להעביר לפתחו את נטל הראיה בשאלת חוקיות ההחלטה.

המשיבים 1-5 בבג"ץ המועצה (להלן: המדינה) טוענים כי דין העתירה להימחק, מחמת היותה תיאורטית. בתגובתה – שהוגשה גם בשם המועצה ויושב הראש שלה, שר הבינוי והשיכון – טוענת המדינה כי עמדתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את זרועות השלטון המרכזי, וכי לדעת היועץ המשפטי "בהחלטה 1374 נפלו פגמים של ממש, היא אינה חוקית ועל כן היא בטלה מעיקרא". לגופה של ההחלטה נטען כי היא מהווה שינוי מהותי במדיניות הקרקעית שהונהגה מאז הקמת המועצה, ושעיקרה בשמירה על קרקע חקלאית ככזו. חרף זאת, הדבר נעשה ללא תשתית עובדתית מספקת וללא בחינה של הנתונים הכלכליים והתכנוניים ושל השלכות הרוחב. עוד נטען כי ההחלטה חורגת ממתחם הסבירות בהעניקה משקל קטן מדי לשיקולי צדק חלוקתי, בהינתן שמאז ומתמיד רמ"י נהגה לאשר שימושים לא-חקלאיים בקרקע חקלאית רק למטרות שימורם של יישובים חקלאיים והגנה על ביטחונם הסוציאלי של המתיישבים; לעומת זאת, במקרה דנן אושרה חריגה מהמטרה החקלאית שלשמה נמסרו המקרקעין

לחוכרים, ללא מכרז ובלא שמתקיימות ההצדקות האמורות. בנוסף הודגש כי לא הוצגו נתונים כלשהם על אודות מספר החוכרים והיקף השטחים שייכללו בהחלטה ולא הוסברה ההבחנה שהיא יוצרת בין מי שייחנה ממנה לבין אלה שלא, כמו למשל אזורי עדיפות לאומית וקו עימות צפון. המדינה מוסיפה וטוענת כי התחולה הרטרואקטיבית חריגה ואיננה סבירה, באשר היא אינה מגנה על מי שהסתמך על מדיניות קודמת, אלא דווקא על מי שפעל בניגוד למדיניות הקודמת. עוד נטען כי המטרה לסייע לענייניו של פרט מסוים דווקא ללא הצדקה עניינית, היא פגם בפני עצמו; וכך הדבר ביחס לחוות השקמים, שהרי לנוכח מיצוי המכסות ההחלטה לא תועיל לחוכרים אחרים. ואמנם, בהתאם להנחיית היועמ"ש הודיע שר האוצר כי אין בכוונתו לחתום על החלטה 1374, אם זו תגיע לשולחנו; במצב דברים זה, כאשר ממילא ההחלטה אינה עתידה להיכנס לתוקף, נטען כי העתירה תיאורטית ויש לדחותה בשל כך.

המדינה לא הגישה תגובה מטעמה בבג"ץ שר האוצר, בשל סכסוך עבודה בפרקליטות המדינה שחל במועד שנקבע לכך.

19. חוות השקמים, כמשיבה בבג"ץ המועצה וביחד עם קבוצת החקלאים כעותרת בבג"ץ שר האוצר, טוענת כי החלטה 1374 כלל אינה טעונה את אישור שר האוצר; ואף אם נדרש האישור, ההחלטה "מאוזנת, סבירה ומידתית", ולפיכך אין מניעה לתיתן. בנוגע לשר האוצר נטען כי בהימנעותו מאישור ההחלטה שם עצמו כמי שאמון על המדיניות הקרקעית של ישראל, בעוד שסעיף 40(ג) מעניק לו סמכות להטיל וטו על החלטות המועצה רק כאשר הן כרוכות בהפחתת הכנסות המדינה ומטעמים תקציביים בלבד. במקרה דנן, נטען, אין פגיעה בהכנסות המדינה, הואיל והחוזה שילמה לרמ"י במסגרת ההתקשרות ביניהן דמי חכירה מלאים לפי אומדן השמאי הממשלתי, ומשום כך לא נדרש אישורו של שר האוצר. עוד טוענות החווה וקבוצת החקלאים, כי הימנעותו של השר מאישור ההחלטה בעקבות הנחייתו של היועמ"ש לבדה, מהווה "שימוש לא ראוי בסמכותו" שאף מונע משיקולים זרים. זאת מאחר שהשר לא הוסמך לשקול אלא שיקולים שעניינם תקציב המדינה – והנחיה מטעם היועמ"ש אינה באה בגדר שיקולים אלה.

ביחס להחלטה 1374 עצמה, טוענות החווה וקבוצת החקלאים כי ההחלטה היא בעיקרה עניין של מדיניות מקצועית, ולא של פרשנות משפטית. לפיכך נטען כי היה על חברי המועצה לשקול את עמדתם של היועצים המשפטיים – אך לא להיכבל על ידה; אדרבה, חובה היה על חברי המועצה להפעיל את שיקול דעתם באופן עצמאי, תוך איזון בין הקשיים אל מול התועלת שתצמח מההחלטה. עוד נטען כי ההחלטה תואמת

את תקנה 25(1) לתקנות חובת המכרזים שעניינה פטור ממכרז בהקצאת מקרקעין למי שמחזיק בהם במשך עשר שנים; וכי לנוכח ההיקף הקטן של המתקן ביחס לגודל החווה, והקמתו על שטח שממילא מיועד למתקנים הנדסיים ומתקני תשתית, לא יהיה בהפעלתו כדי לפגוע בייעודה החקלאי של הקרקע. בתגובה לטענות התנועה לאיכות השלטון והמדינה מוסיפה החווה כי ההחלטה עולה בקנה אחד עם מדיניות הממשלה והמועצה לעידוד מיזמים להקמת מתקנים סולאריים, כמו גם התרת מגוון שימושים לא-חקלאיים אחרים, במטרה להקל על חקלאים להוציא את לחמם. כך בפרט באזור הנגב והערבה, שבו התנאים הם המתאימים לכך ביותר ושבו סובלים החקלאים מהשלכות כלכליות קשות של המצב הביטחוני. כן טוענת החווה כי הגם שעניינה הוא שהיווה את "הטריגר" להעלאת הנושא לסדר היום, ההחלטה איננה פרסונלית משהיא עשויה לחול גם על חקלאים נוספים. אין פסול בתחולה הרטרואקטיבית, נטען, משהיא רק מוסיפה זכויות ולא גורעת מהן – למעשה ההחלטה איננה יוצרת אפליה, כי אם מתקנת את האפליה שיצרו ההחלטות הקודמות בהבחנה בלתי-עניינית בין מחזיקי נחלות לחוכרים חקלאיים אחרים. בהתייחס לטענה בדבר עשיית דין עצמי טוענת החווה כי הסתמכה על היתר הבנייה שניתן לה כדין ועל תכתובות עם רשות החשמל שמהן עלה עוד בשנת 2010 כי אין בעייתיות בנושא דרישת ה"זיקה למקרקעין".

בנוסף טוענת חוות השקמים כי דין בג"ץ המועצה להידחות על הסף – מחמת אי-דיוקים בהצגת העובדות; מחמת אי-צירוף משיבים רלוונטיים, הם החקלאים המצויים במצב דומה לזה של החווה ועלולים להיפגע כמוה מקבלת העתירה; ומחמת חוסר נקיון כפיים של התנועה, מאחר שיושב הראש שלה, עו"ד אליעד שרגא, שימש כדירקטור חיצוני בחברה הפועלת בתחום האנרגיה הסולארית. ועוד טוענת החווה, כי יש מקום להביא לפני בית המשפט את עמדתה העצמאית של המועצה, במנותק מעמדת המדינה.

20. בבקשת קבוצת החקלאים להצטרף לבג"ץ המועצה נטען כי מרביתם מחזיקים בקרקעות בדרום הארץ מאז שפוננו מרצועת עזה במסגרת תכנית ההתנתקות בשנת 2005, ואילו המבקשת להצטרף 18 מחזיקה בקרקע בנגב מזה כ-25 שנה – כולם חוכרים שלא בתנאי נחלה. החקלאים טוענים כי הם מתקשים להתפרנס על רקע המציאות הביטחונית והכלכלית בדרום, וכי בזכות החלטה 1374 עשוי להתאפשר להם לקבל קרקע בפטור ממכרז ולהקים מתקנים סולאריים; ומשכך יש להם אינטרס ישיר בתוצאות ההליך.

המדינה מותירה את ההחלטה בבקשה להצטרף להליך לשיקול דעתו של בית המשפט; התנועה לאיכות השלטון מתנגדת לבקשה. לטענת התנועה, לקבוצת החקלאים לא נשקף סיכון לנזק ממשי, ואין אפוא מקום לצרפם לעתירה. זאת באשר הכמות התעריפית שהוקצתה למתקנים בינוניים על ידי רשות החשמל מוצתה, ולכן – ומשלא נטען כי מי מהחקלאים קידם כבר מתקן סולארי כשם שעשתה החווה – ממילא אין בידיהם אפשרות לקדם הקמת מתקנים, וקבלת העתירה לא תפגע בהם.

21. בעניין בג"ץ רשות החשמל, חוות השקמים טוענת כי החלטת רשות החשמל המודיעה על פקיעת הרישיון, דינה להתבטל. כך משום שלפי סעיף 9(ג) לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק משק החשמל), וכן תנאי הרישיון המותנה, רשות החשמל רשאית לבטל רישיון רק לאחר שנתנה לבעליו הזדמנות להשמיע את טענותיו לפניה – וכזאת לא נעשה. בנוסף נטען כי על ההחלטה היה להתקבל במליאת רשות החשמל, לפי סעיף 25(ב) לחוק משק החשמל; וכן נטען כי לנוכח ההשקעה הגדולה של החווה במתקן, יש בהודעה החד-צדדית משום חוסר סבירות וחוסר תום לב.

בתגובת רשות החשמל בבג"ץ רשות החשמל נטען כי אין צורך להידרש לעתירה עד שיוכרעו העתירות בבג"ץ המועצה ובבג"ץ שר האוצר. זאת משום שאם תיפסל החלטה 1374, ממילא יישמט הבסיס מכל טענה של החווה בדבר זכאות לרישיון ייצור קבוע, מחמת היעדר "זיקה למקרקעין" כמשמעותה בכללי משק החשמל; ואם לא, ולנוכח צו הביניים שמקפיא את ההחלטה להעביר את המכסה לאחר, תלמד רשות החשמל את ההכרעה ותפעל בהתאם. לגופו של עניין טוענת הרשות כי דין העתירה להידחות, מפני שהרישיון המותנה לא בוטל אלא פקע – אירוע שמתרחש מעצמו ומכוח הדין, ללא פעולה אקטיבית של הרשות, ומשום כך אינו דורש עריכת שימוע או דיון במליאת הרשות. כך קרה בענייננו, נטען, מאחר שפרק הזמן שנקצב ברישיון המותנה על מנת להביא לחיבור קבע של המתקן עם רשת החשמל – 42 חודשים – חלף ביום 3.5.2014 והחווה כשלה לעמוד ביעד זה בהיעדר זיקה למקרקעין.

דיון והכרעה

22. בדיון שקיימנו בעתירות חזרו הצדדים על טענותיהם. בא-כוח החווה וקבוצת החקלאים הדגיש כי אמנם נכון לעת הזו אין החקלאים יכולים ליהנות מהחלטה 1374, אך הדבר עשוי להשתנות בעתיד אם יורחב היקף המכסות. לשאלתנו את התנועה לאיכות השלטון אם עתירתה לא התייתרה בעקבות הודעת שר האוצר, השיבה באת-כוחה כי אין להותיר את גורל החלטה 1374 בידי שר האוצר שדעתו עשויה להשתנות, אלא יש לקבוע כי ההחלטה בטלה. באת-כוח המדינה הוסיפה ביחס לסעיף 40(ג) לחוק

יסודות התקציב, כי אישור שר האוצר נדרש מכיוון שלפטור ממכרז יש שווי כלכלי שעשוי להשפיע על הכנסות המדינה, הואיל ולעתים קרובות תחרות פומבית מסתיימת בהצעות ששווין עולה על הסכום שקבע השמאי הממשלתי.

יצוין כי ביום 15.11.2015 ביקשה חוות השקמים להגיש הודעת עדכון, ובה נמסר כי הובאו לידיעתה מסמכים שיכול ויש בהם כדי לשפוך אור חדש על עניינה, והם הועברו לרמ"י. המסמכים האמורים לא הובאו לעיוננו. ביום 19.11.2015 עדכנה המדינה כי פניית החווה נלמדת; וביום 6.12.2015 הודיעה החווה כי הגם שלשיטתה מהמסמכים החדשים עולה כי ניתן להגדירה כחוכרת בתנאי נחלה, רמ"י לא מצאה מקום לשינוי עמדתה ביחס לסטטוס הסכם החכירה של החווה.

ומכאן הכרעתנו.

23. טרם שנצלול לעומקם של דברים – שלוש סוגיות מקדמיות.

ראשית, לא ראיתי מניעה לצירוף קבוצת החקלאים כמשיבים בבג"ץ המועצה. גם כך קבוצת החקלאים שותפה לעתירה בבג"ץ שר האוצר, ויוצגה בהליך על ידי אותם באי-הכוח של החווה, ששטחו לפנינו את הטענות הן בכתב והן בעל פה. מכך עולה לכאורה כי עניינה של קבוצת החקלאים בגדרי בג"ץ המועצה מיוצג כדבעי בידי בעלת דין אחרת, היא החווה – ועניין זה מטה את הכף לדחיית הבקשה; ואולם מנגד עולה כי אין בצירוף הקבוצה כדי לסרבל את ההליך במידה ניכרת, שכן היא ממילא לקחה חלק בדיון המאוחד (ראו רע"א 1502/11 חברת חזקיהו בע"מ נ' הרב גרשם הרפנס (14.8.2011) (להלן: עניין חזקיהו); בג"ץ 1901/94 ח"כ עוזי לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403, 415 (1994) (להלן: עניין לנדאו)). בנוסף, שאלת ההשלכות של החלטה 1374 על עניינם של חקלאים שונים בדרום הארץ היא שאלה שראוי כי נידרש לה בתוך הטרקלין ולא רק בפרוזדור הדיוני המוביל אליו, תוך בחינת מגוון העמדות השונות והמידע הקיים. למותר לציין, כפי שיבואר, כי צירוף החקלאים להליך אין משמעו קבלת טענותיהם.

שנית, אין מקום לדחייה על הסף של בג"ץ המועצה. משצורפה להליך קבוצת החקלאים, נשמט היסוד לטענת החווה כי לא נשמעו עמדות כל המשיבים הרלוונטיים. ממילא לא היה מקום לצרף "את כל החקלאים המחזיקים בקרקעות חקלאיות בנגב ובערבה שלא בתנאי נחלה", כטענת החווה; שהרי בהיעדר אפשרות לדעת מי מהם עומד בתנאי החלטה 1374 ובעל כוונה ויכולת להקים מתקנים סולאריים, צירופם לעתירה היה בלתי-מעשי ומסרבל את ההליך שלא לצורך (ראו והשוו: בג"ץ 8122/11

עיריית ירושלים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בפסקה 5 (21.12.2011) (להלן: עניין עיריית ירושלים); עניין חזקיהו; עניין לנדאו). גם טענות הסף החלופיות שבפי החווה אינן במקומן. לא התרשמנו שהעתירה לוקה בחוסר נקיון כפיים או שיש בה משום סילוף או הסתרה מכוונים של מידע. התנועה היא עותרת ציבורית וככזו אין לצפות כי יהיו בידיה כל פרטי ההתכתבויות בין החווה לבין הרשויות השונות, בפרט משנתקלה בקשיים בקבלת מענה לפניוטיה מחלק מאותן רשויות; עם זאת העתירה מניחה תשתית עובדתית שדי בה לשם קיום דיון בטענות המועלות במסגרתה. כך, גם לא ראיתי מדוע יש בעיסוקיו הקודמים של יו"ר התנועה משום מניעה לקיום דיון לגופו של עניין, ולא שוכנעתי כי עניינה של העתירה בתחרות עסקית (ראו בג"ץ 7542/05 פורטמן נ' שר התחבורה, בפסקה 9 (11.2.2007), וכן עניין האגודה לצדק חלוקתי, בפסקאות 22-23).

שלישית, בצדק ציין בא-כוח החווה וקבוצת החקלאים כי עמדת המועצה לא יוצגה לפנינו, אלא כחלק מעמדת המדינה בכללותה, ולפיה החלטה 1374 בטלה. אכן, ממכתבים שכתב יו"ר המועצה דאז שר הבינוי והשיכון וצורפו מטעם החווה, עולה שעמדתו שונה; ואולם זוהי אינה אלא עמדתו האישית. לצורך העניין שלפנינו, עמדת המועצה ושר הבינוי והשיכון היא שההליך היה פגום, ההחלטה אינה סבירה והיא אינה יכולה לעמוד. לא ראינו לחרוג בעניין זה מהכלל שלפיו המדינה מדברת בערכאות "בקול אחד", ומי שאמון על ניסוחו של מוצא פיה, בהיבט המשפטי, הוא היועץ המשפטי לממשלה; כך במיוחד מקום שעמדתו של יועמ"ש רמ"י אינה שונה מעמדת היועמ"ש, ועמדה זו היא שהחלטה 1374 נגועה באי-חוקיות ברורה וגלויה (ראו בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית, בפסקאות 21-26 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג, ובפסקה ד' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (6.6.2016)). בעניין זה מצא בית המשפט לאפשר לרשות מנהלית לטעון בניגוד לעמדת היועמ"ש – תוך שהודגש כי מדובר בחריג לכלל; ויצוין שדיון נוסף בפרשה זו תלוי ועומד (דנג"ץ 5026/16). ראו עוד: בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 474 (1993) (להלן: עניין אמיתי); אליקים רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק: מטלות ומורכבות במדינה יהודית ודמוקרטית, מקוטבת" מחקרי משפט יז 7, 10 (2001) (להלן: רובינשטיין); יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא 411, 418 (1986) (להלן: זמיר – חוקיות השלטון)). ראו גם אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 361 (2016).

24. בשלוש העתירות דנן מועלות טענות כנגד פעולות שלטוניות שביצעו ארבע רשויות מנהליות: שר האוצר, היועץ המשפטי לממשלה, מועצת מקרקעי ישראל ורשות החשמל. דיוננו יתמקד בבג"ץ שר האוצר, והמסקנות שאליהן נגיע ינביעו מאליהן את המסקנות המתחייבות בעתירות האחרות. במוקד בג"ץ שר האוצר ניצבת החלטת שר האוצר לנוכח עמדת היועץ המשפטי לממשלה, ולפיה אין מקום לאשר את החלטה 1374. הכרעה בשאלה זו טעונה דיון בתוקפה של החלטה 1374, ומשמע שהיא כוללת מניה וביה הכרעה בבג"ץ המועצה; משכך, טרם שאגש לבחינת ההחלטה שקיבל שר האוצר אקדים ואדרש לניתוח של החלטה 1374 לגופה. זאת ועוד, אם יימצא כי החלטה 1374 נטולת תוקף, אזי החווה ממילא אינה עומדת בתנאי הרישיון וגם העתירה בבג"ץ רשות החשמל דינה להידחות.

אומר כבר עתה כי בסופו של יום אציע לחבריי לדחות את העתירה בבג"ץ שר האוצר – דהיינו לקבוע כי החלטת שר האוצר תקפה ואף מתחייבת, באשר החלטה 1374 נגועה באי-חוקיות. במצב דברים זה מתייחר הצורך לדון בהחלטת רשות החשמל, ואתייחס לכך בתמצית בסוף הדברים.

הליך קבלת החלטה 1374

25. כבר בהליך קבלת ההחלטה נפל פגם מלפני המועצה, שעניינו בכך שהחלטתה נסמכה על תשתית עובדתית חסרה. כידוע, אֵל לה לרשות מנהלית לעשות מעשה טרם שעמדה על משמעויותיו, וזאת באמצעות הקפדה על פרוצדורה נאותה של איסוף ועיבוד מידע. הרשות מחויבת לאסוף את הנתונים הרלוונטיים להחלטה, לבדוק את משמעותם, לוודא שהם מספיקים לשם ביסוס החלטה, ולסכם את ממצאיה בהחלטה מנומקת (ראו למשל, בג"ץ 8082/15 עמותת ה"ה – עמותה למען הקשיש נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, בפסקה 17 (10.7.2016); בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, בפסקאות 35-36 (9.6.2011) (להלן: עניין פורום הערים העצמאיות); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב' 1119-1132 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן: זמיר); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 444-439 (2010) (להלן: ברק-ארז)). כך במיוחד משיש בהחלטה משום חידוש ושינוי מדיניות, כפי שיפורט בהמשך; יפים לעניין זה דברי חברי השופט (כתוארו אז) רובינשטיין: "החלטה בדבר מדיניות – קל וחומר החלטה המשנה מדיניות – צריכה להיעשות בהליך מינהלי ראוי" (בג"ץ 7120/07 אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, בפסקה כ"ו (23.10.2007)).

יוער תחילה כי התמונה שהוצגה לנו לגבי הליך קבלת ההחלטה היא חלקית, ולא כך מצופה מהמדינה. בתגובתה לבג"ץ המועצה הפנתה המדינה לפרוטוקול הדיון מיום 9.7.2014, שבו קיבלה המועצה את החלטה 1374, ולא בא זכרם של דיונים נוספים במועצה; ואולם למקרא דברי הנוכחים באותה ישיבה כמו גם ממסמכים שונים שהביאו לפנינו הצדדים, כגון מכתבים מאת יו"ר המועצה, עולה כי קוימו בנושא ישיבות נוספות. ואכן, מעיון באתר האינטרנט (מרשתת) של רשות מקרקעי ישראל עולה כי הנושא נדון לראשונה במועצה בישיבה מיום 31.3.2014 (להלן: הישיבה הראשונה), אם כי שלא בהתייחס להצעה ספציפית. בישיבה הבאה, ביום 13.5.2014, הנושא מופיע ברשימת הנושאים שעל סדר היום, מלווה בהערה "דיון מותנה בקבלת התייחסות הגורמים המקצועיים", ואינו מופיע בפרוטוקול עצמו; אם התייחסות הגורמים המקצועיים אי פעם ניתנה – פרט להנהלת רמ"י, שהמלצתה החד-משמעית היתה להימנע מקבלת ההחלטה – איננו יודעים. דיון שני לגופו של עניין, ושבו הוצגה הצעה מפורטת, נערך ככל הנראה רק ביום קבלת ההחלטה, 9.7.2014 (להלן: הישיבה השנייה). הצגתה של המדינה את הדברים לוקה בחוסרים נוספים, שכן בחוות דעתו של יועמ"ש רמ"י שנערכה לקראת הישיבה השנייה צוין כי קיימים דברי הסבר להצעת ההחלטה וכי צורך לה חומר כתוב – אך אלה לא הובאו לעיוננו ואף לא נזכר קיומם (והשוו לעניין מפעלי צאן, בפסקה 36 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז, ובפסקה ז' לחוות דעתו של השופט דובינשטיין). ואולם חרף החוסרים בחומר שהוצג לפנינו, התמונה המצטיירת מדיוני המועצה ועבודת ההכנה לקראתם היא עגומה. לא התקיים כראוי הליך איסוף הנתונים הצריכים להחלטה 1374, והתשתית העובדתית שבבסיס ההחלטה לקויה וחסרה. ואפרט.

26. מספר אי-בהירויות הוצפו בישיבה הראשונה באשר למשמעויות הרוחביות ולהשלכות הכלכליות, התכנוניות והעקרוניות של ההחלטה, וזאת הגם שבאותו שלב היא טרם גובשה לפרטיה; לכשהגיעה הישיבה השנייה ובה הצעה מפורטת, נותרו השאלות פתוחות, והערפל האופף אותן נותר כשהיה. זאת למעט סוגיית חוקיות ההחלטה המתגבשת, אשר עד מועד הישיבה השנייה זכתה לעמדה נחרצת – ושלילית – מאת הגורמים המשפטיים.

כך, למשל, היקפו של מאגר החוכרים שעליהם תחול או תשפיע ההחלטה לא הוברר. המשנה ליועמ"ש הקשה בישיבה הראשונה: "אנחנו יודעים שיש לנו בקנה עוד לקוחות בכלל לדבר הזה?" (עמוד 39 לפרוטוקול הישיבה הראשונה), שאלה שלכאורה נענתה בדברי יו"ר המועצה, שטען כי "אנחנו מכירים עוד אירועים כאלה ברחבי הארץ, מסוגים שונים" (עמוד 36 לפרוטוקול הישיבה הראשונה), אך בשום שלב לא הוצגו

נתונים התומכים בכך או דוגמאות כלשהן; וככל שישנם חוכרים העומדים בתנאי ההחלטה ואינם מתגוררים באזור הנגב והערבה – ההחלטה ממילא אינה חלה עליהם. נושא היקף תחולתה הצפוי של ההחלטה נותר עמום גם בישיבה השנייה, כפי שעולה למשל מדברי חבר המועצה, מנכ"ל המשרד להגנת הסביבה דאז מר דוד לפלר (להלן: מר לפלר): "מצד אחד אומרים שיש לזה השלכות רוחב, אני לא הצלחתי להבין איזה עוד חוות יש במצב הזה [...] ומצד שני אומרים שזו חליפה שנתפרה במיוחד לאנשים האלה" (עמוד 73 לפרוטוקול הישיבה השנייה). מכאן ברור שגם בשלב זה לא ידעו חברי המועצה מיהם החוכרים שעליהם החלטתם עתידה לחול, מה מספרם ומה גודל השטחים שבחזקתם. רק זאת ידעו לבטח – כי על חוות השקמים ההחלטה תחול.

ועוד נותרה פתוחה השאלה אם ההחלטה תקדם את השגת היעדים הלאומיים בתחום האנרגיה הסולארית. בתחילת הישיבה הראשונה נכחה מנכ"לית משרד האנרגיה דאז (שאינה חברת מועצה), גב' אורנה בכור, שהסבירה את מדיניות הממשלה לגבי אנרגיות מתחדשות וציינה שטרם הושגו היעדים שהוצבו. מהדיון שנערך לאחר עזיבתה את הישיבה עולה כי הנוכחים התרשמו שההחלטה תתרום לקידום הנושא, אלא שבאותה ישיבה הוטל ספק בקשר שבין ההחלטה המסתמנת לבין מימוש המדיניות בתחום האנרגיה. זאת לאחר שמר יואב שגיא, משקיף מטעם מכון דש"א (ראו סעיף 4א(2)(1) לחוק רמ"י; להלן: מר שגיא), וגב' פאני ששפורטה מרשות מקרקעי ישראל, הסבירו כי החסמים למימוש הפוטנציאל בתחום הטכנולוגיות הסולאריות הם מחסור במכסות וירידת התעריפים (עמודים 42-43 לפרוטוקול הישיבה הראשונה) – סוגיות שהחלטה 1374 אינה נוגעת להן. בישיבה השנייה לא נוהל דיון מחודש בסוגיה, והשאלה אם אמנם תקדם ההחלטה את מדיניות הממשלה נותרה ללא מענה מקצועי וללא שהוצגו נתונים מתאימים.

27. החווה וקבוצת החקלאים הדגישו כי החלטות המועצה ברגיל אינן נסמכות על חוות דעת מקצועיות מקיפות, וההחלטה הנוכחית אינה שונה מיתר החלטות המועצה בהיבט של עבודת ההכנה העובדתית שנערכה לקראת קבלתה. דומה שאין יסוד לטענה זו, באשר ברמ"י מתבצעות הערכות כלכליות מקיפות בעניין החלטות מועצה שונות (ראו למשל את השתלשלות העניינים בקשר עם בג"ץ 6292/14 האגודה לצדק חלוקתי בע"מ נ' מועצת מקרקעי ישראל, לגבי החלטת המועצה מס' 1370). בין כך ובין כך, הדרישה הבסיסית מרשות מנהלית כי החלטתה תתבסס על מידע מלא, אמין ורלוונטי – למשל, באמצעות הערכה של היקף התחולה של ההחלטה, או של הדרכים שבהן מיועדת ההחלטה להגשים את התכליות המנחות אותה – לא קוימה כדבעי. נראה שחברי המועצה הצביעו בעד ההחלטה ללא שמשמעותה היתה נהירה להם לאשורה,

והדעת נותנת כי זה איננו המצב הרגיל בדיוני המועצה. אכן, בישיבה הראשונה העיר חבר המועצה, סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר מר ערן ניצן: "זה לא מכבד את הפורום, כי הוא לא יכול באמת להתמודד עם הנושא הזה וזה מצער" (עמוד 42 לפרוטוקול הישיבה הראשונה). מהחומר הקיים משתקף שהתשתית העובדתית הנדרשת נותרה חסרה גם בעת קבלת ההחלטה.

תחולתה הרטרואקטיבית של החלטה 1374

28. היעדרו של מסד עובדתי שלם ומספק משליך מטבע הדברים על היבטים שונים של ההחלטה עצמה, ולא בכדי נאמר שהליך תקין "עשוי לשמש ערובה, גם אם חלקית, להגעה להחלטות ראויות לגופו של עניין" (עניין פורום הערים העצמאיות, בפסקה 35). במקרה דנן – לא רק שלא הונחה תשתית עובדתית ראויה, אלא שאף תוכן ההחלטה כשלעצמו מעורר קשיים ניכרים.

כזכור, החלטה 1374 הרחיבה את קודמתה (החלטה 1272) בשני אופנים – בעלי הזכאות לעשות שימוש במקרקעי ישראל לצורך הקמת מתקנים (סעיפים 1-2 להחלטה), והמועד שהחל ממנו קמה הזכאות, שנקבע למפרע (סעיף 3 להחלטה). סוגיית תחולת ההחלטה על ציר הזמן, המצויה בתפר שבין הליך למהות, היא בעייתית במיוחד; זאת מפני שהרחבת התחולה בזמן יוצרת, הלכה למעשה, החלטה פרסונלית. לשון אחר, את ההחלטה להחיל את החלטה 1374 רטרואקטיבית לא ניתן להבין אלא כמכוונת לחוות השקמים באופן ספציפי, תוך פגיעה בערכי השוויון וההוגנות שבהם מחויבת המועצה מתוקף היותה נאמנת הציבור.

29. ככלל, תחולתן של החלטות מנהליות היא מעתה ולהבא, והן אינן חלות לגבי אירועים שהתרחשו בעבר. יסודו של כלל זה בטעמים כבדי משקל ובהם עקרון שלטון החוק, חשיבותה של הוודאות במשפט, הסתמכותם של פרטים על המצב המשפטי הקיים ותכליתם של הסדרים משפטיים להכווין התנהגות לעתיד (ראו ע"א 1013/15 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' מלול, בפסקאות 9-15 (1.11.2016)); בג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410, 421-426 (1997) (להלן: עניין עזרא); ברק-ארז כרך א', בעמוד 349). קיימת קשת של אפשרויות הנוגעות למועד תחולתם של הסדרים נורמטיביים, כאשר החלטה 1374 מצויה בקצה "החשוד" ביותר של הסקאלה, בהיותה רטרואקטיבית:

"חיקוק הוא רטרואקטיבי אם הוא משנה לעבר את מעמדה המשפטי, תכונותיה המשפטיות, או תוצאותיה המשפטיות של פעולה שנעשתה לפני כניסתו של אותו חיקוק לתוקפו [...]. בדרך כלל הדבר נעשה על ידי

הקדמת תחולתו של חיקוק למועד הקודם לחיקוקו, כך שהוא פועל אחורה בזמן ומשנה למפרע את הדין ששרר לפני חקיקתו" (בג"ץ 11088/05 הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד סד(1) 453, 468 (2010) (להלן: עניין הייב), מפי השופט ח' מלצר. הדברים נאמרו ביחס לחיקוקים, וכוחם יפה גם לעניין החלטות מנהליות. ראו גם ברק-ארז כרך א', בעמודים 351-369).

על מנת שתיסתר החזקה הפרשנית נגד רטרואקטיביות, הרשות נזקקת להסמכה בחוק, ולהפעלת שיקול דעת ראוי בנסיבות המקרה (דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 55-57 (2009); בג"ץ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(3) 837 (1996); ברק-ארז כרך א', בעמוד 365), והדבר נכון גם לגבי תיקונן של החלטות קודמות (עניין פורום הערים העצמאיות, בפסקה 135; ברק-ארז כרך א', בעמוד 384). בענייננו לא ראיתי לקבוע מסמרות בשאלת הסמכות – שאינה נקייה מספקות בעיניי – מאחר שממילא מצאתי כי שיקול דעתה של המועצה בעניין זה היה לקוי.

30. לא עלה בידי החווה או המדינה להצביע על צידוק כלשהו לקביעת תחולה רטרואקטיבית להחלטה 1374, פרט להכשרת המתקן הספציפי שהקימה חוות השקמים; ומאחר שהחלטות המועצה מיועדות להתוות מדיניות כללית, יש בכך טעם לפגם. בישיבה הראשונה לא נדון כלל נושא מועד כניסתה לתוקף של ההחלטה (שטרם גובשה באותה עת), ובישיבה השנייה הצביעו מספר משתתפים על הבעייתיות הטמונה בהוראה זו – יועמ"ש רמ"י, מר לפלר ומר שגיא (עמודים 51, 53 ו-56, בהתאמה, לפרוטוקול הישיבה השנייה) – ללא שמי מהמשתתפים הצביע על הצדקה כלשהי, לא כל שכן הצדקה עניינית, לקביעת תוקף רטרואקטיבי להחלטה. גם במכתבים שצירפה החווה מאת שר הבינוי והשיכון אין לכך כל התייחסות. הדבר תמוה במיוחד לנוכח התרעתו של יועמ"ש רמ"י במכתבו לחברי המועצה לקראת הישיבה השנייה, כי אין אח ורע לצעד זה בהיסטוריה של החלטות המועצה. חוות השקמים טוענת כי החלטה 1374 אך מתקנת אפליה שיצרו ההחלטות הקודמות, בהבחינן ללא הצדקה בין בעלי נחלות לבין חקלאים אחרים. מענה לטענה זו נמצא כבר בעניין מפעלי צאן (בפסקה 37): "כאשר מביאים בחשבון את השוני המשמעותי בין חוכרים חקלאיים בעלי 'נחלה' לבעלי זכויות חכירה בחוות רחבות ידיים קשה לדבר על הפליה. להבדיל מאשר על הבחנה מותרת".

אין גם להלום את טענתה הנוספת של החווה, כי המימד הרטרואקטיבי בהחלטה הוא מיטיב, היינו מוסיף זכויות ולא גורע מהן, ולכן אין בו פסול. אכן, בית המשפט ייטה שלא לפסול החלטה רטרואקטיבית אם היא מיטיבה (ראו למשל, עע"מ 2647/05 פז חברת נפט בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז, בפסקאות 9-11

(30.3.2007)). אך זאת רק ככל שהיא אינה פסולה מטעמים אחרים, כגון שאופייה המיטיב טומן בחובו הבחנה בלתי-מוצדקת בין מי שהחלטה תחול עליו לבין מי שלא; לעיתים "האופי הרטרואקטיבי שבהחלטה הוא הפוגע בשוויון" (בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 538 (1990); ראו גם עניין הייב, בעמודים 470-472). ועוד נקבע בפסיקה, כי בכל מקרה "יש להתייחס להשלכות הציבוריות של שאלת התחולה למפרע" (עע"מ 9807/09 זרינה נ' משרד הפנים, בפסקה 21 (1.8.2011)). הדברים יפים לענייננו, ומצביעים על קושי משמעותי בסעיף הרטרואקטיביות, שעניינו העדפת יזמים שפעלו בניגוד להחלטות המועצה הקודמות (וככל הידוע החווה היא החוכרת היחידה העונה להגדרה זו), על פני אלה שפעלו בהתאם להן. אלה האחרונים נחלקים לשני סוגים: בעלי נחלות, שעזימו ביקשו ההחלטות הקודמות להקל ולהיטיב; וחוכרים חקלאיים אחרים, שלא קידמו מתקנים סולאריים משום שלא עמדו בתנאים. החלת החלטה 1374 לאחור שינתה בדיעבד את מערך הסיכויים והסיכונים בין המבקשים להקים מתקנים סולאריים, והצמיחה יתרון בלתי-הוגן לחוות השקמים לבדה, על חשבון חברי שתי הקבוצות הללו.

כנזכר לעיל, אופן הקצאת המכסות לייצור חשמל יצר בין היזמים תחרות להשגת אישור תעריף, כשכמות המכסות מוגבלת הן מבחינת התעריף והן מבחינת ההספק. לפי נתוני רשות החשמל, הוגשו לה למעלה מ-750 בקשות לרישיונות, בהספק כולל של למעלה מ-1500 מגה-וואט, היינו פי חמישה מהכמות שהוקצתה ושמוצתה. לכן, לא רק שלא ניתן להצביע ולו על גורם נוסף אחד שייחנה מההחלטה המיטיבה למפרע, אלא שאף לא ניתן לומר כי היא אינה פוגעת בצדדים שלישיים; ונמצא שרק החווה "שריינה" לעצמה, באופן לא חוקי, מכסה. עוד יצוין כי אצל רשות החשמל התקבלו פניות מאת חברת סאנפלאוור השקעות מתחדשות בע"מ, ביום 16.7.2014 ושוב ביום 10.11.2014, בטענה שהמתקן שאותו היא מבקשת לקדם מצוי בראש רשימת ההמתנה. קידום המתקן שלה כמו גם התעריף שייקבע באישור שתקבל אם תקבל, דומה שתלויים אפוא בגורלו של המתקן שהקימה חוות השקמים; ומכאן ש"שריון" התעריף של החווה מסב לה לכאורה נזקים.

31. זאת ועוד. החלטה מנהלית המשנה מדיניות קודמת עשויה להצריך את הרשות לקבוע הוראות מעבר, שיגנו על מי שהסתמכו על המדיניות הקודמת בתום לב ושינו את מצבם בהתאם לה, כך ששינוי מידי יפגע בהם; וזאת בכפוף לעקרון שלפיו לאיש אין זכות קנויה כי מדיניות מסוימת תיוותר על כנה (ראו למשל עניין האגודה לצדק חלוקתי, בפסקאות 15, 44-46, 53; בג"ץ 1398/07 לביא-גולדשטיין נ' משרד החינוך, בפסקאות

25-21 (10.5.2010); זמיר כרך ב', בעמודים 1362-1369). יש ממש בטענת המדינה והתנועה, כי בסיטואציה הנוכחית יש משום היפוך היוצרות: החלטה 1374 מגנה על האינטרסים של מי שפעלו בניגוד לדין, תוך הכרה של הרשות בזהותם המסוימת וללא ידיעה על אודות גורמים נוספים באותו מעמד, ונותנת פרי למאמציהם שהיו עד לאותה נקודת זמן מנוגדים לחוק. אכן, מהלך זה מהווה פגיעה בעקרון שלטון החוק, "שהרי מפר החוק נהנה מפרי הפרתו" (עניין פורום הערים העצמאיות, בפסקה 51, וראו האסמכתאות שם).

בהתייחס לטענת החווה כי היא הסתמכה על מצגים מאת הרשויות השונות שלפיהם אין מניעה חוקית לקידום המתקן, אומר מבלי לקבוע מסמרות בעניין, כי על פניה טענה זו מוקשית בעיניי. טענת ההסתמכות נשענת על עמדותיהם של נציגי שלוש רשויות שונות: רמ"י, הוועדה המקומית ורשות החשמל. לגבי רמ"י יוזכר כי החווה לא ביקשה את אישורה לבנייה ולא יזמה כל פנייה אליה בנושא המתקן אלא בשנת 2012, כשנתיים אל תוך הליך הרישוי. זאת למרות שהן ניהלו מגעים בתקופה זו בנושא הסכם החכירה, שנחתם ביום 5.4.2011 ונקבע בו כי לחוכר מותר להשתמש בקרקע רק למטרות עיבוד חקלאי וגידול בעלי חיים. בא-כוח חוות השקמים טען בדיון לפנינו להסתמכות על חוות דעתו של עו"ד ביידא (יועמ"ש מחוז דרום ברמ"י), ולפיה על החווה חלה החלטה 1254, שהתירה הקמת מתקנים לחוכרים "בתנאי נחלה". אלא שטענה זו אינה מתיישבת לכאורה עם טענת החווה בתגובתה המקדמית לעתירה בבג"ץ המועצה, שלפיה חוות דעתו של עו"ד ביידא הומצאה לה רק "במסגרת ההליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי"; ומשמע שהחווה למדה את פרטי חוות הדעת רק לאחר שכבר ניתנה חוות דעתה הנוגדת של עו"ד לייקין (סגנית יועמ"ש רמ"י), שבהתאם לה בקשת החווה להחיל עליה את החלטה 1254 סורבה על ידי רמ"י – ובעקבות זאת הוגשה התובענה בעניין מפעלי צאן – מחוזי. בהתחשב בכך, והואיל וחוות דעתו של עו"ד ביידא ממילא נושאת בראשה את הכיתוב "לשימוש פנימי בלבד", קשה לקבל שחוות הדעת היוותה מצג שהחווה יכלה להסתמך עליו. וקשה עוד יותר לקבל טענת ההסתמכות מצד מי שהשקיעה מיליוני שקלים בהקמת המתקן, בשעה שכבר ידוע לה שרמ"י אינה מאפשרת את הפעלתו. בהקשר לוועדה המקומית, יצוין כי בהיתר הבנייה נכתב כי רמ"י היא הבעלים בקרקע שעליה עומדת החווה, אך למרות זאת נדמה שלא התבקש אישורה קודם לקבלתו, וממילא כזה לא ניתן; וברור שלא ניתן לבנות ללא אישור של רמ"י. הדבר אף קיבל ביטוי מסוים גם בהיתר הבנייה, שם צוין כי הוא תקף "בתנאי שהעבודות האמורות תבוצענה בהתאם לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), התש"ל-1970", כאשר סעיף 1ג2(א) לאותן תקנות מורה כי "לא יינתן היתר בנכס שהוא מקרקעי ישראל, אלא אם כן הודיע מינהל מקרקעי ישראל כי אינו מתנגד

לבקשה". ואילו ביחס לרשות החשמל, החווה קיבלה מכתבים מנציגיה בימים 13.6.2010 ו-20.6.2010, שבהם נכתב כי התקבלו מאת רמ"י הבהרות שלפיהן חוזה החכירה של החווה מספק את דרישת רשות החשמל לקיום "זיקה למקרקעין"; ואולם לא נדון נושא עמידת חוות השקמים בתנאים שמציבה רמ"י לעניין הקמת מתקנים, להבדיל מאלה שמציבה רשות החשמל.

ובחזרה לעיקר. לנוכח הכרעתו של בית משפט זה בעניין מפעלי צאן, ברי כי במצב ששרר ערב קבלת החלטה 1374, השימוש שביקשה חוות השקמים לעשות בקרקע היה בלתי-חוקי; ודי בכך כדי לבסס את הפגם בסעיף הרטרואקטיביות שבהחלטה. המשפט איננו מגן על ציפייה כי פעולה בלתי-חוקית תיוותר על מכונה (בג"ץ 6414/15 ענק הבטיחות נ' משרד התקשורת, בפסקה 41 (15.8.2016)), וככל שהחווה או אף רשויות המדינה שגו באשר לטיבו של המצב החוקי – זה איננו מוקד העתירות דנן.

32. בנקודה זו יוער כי אין בטענות קבוצת החקלאים, שלפיהן החלטה 1374 מיטיבה גם איתם ולא רק עם החווה, כדי לשנות מניתוח הדברים. בתנאים הקיימים, שבהם המכסות לייצור חשמל סולארי מוצו זה מכבר וישנה רשימת המתנה ארוכה לקבלתן – המונה למעלה מ-140 מיזמים – החלטה 1374 לא תסייע לקבוצת החקלאים בין אם תאושר ובין אם תיפסל; ומשכך אין לעמדתם נפקות מעשית לענייננו. הדבר נכון שבעתיים ביחס להוראת התחולה הרטרואקטיבית של החלטה 1374, שלגביה קבוצת החקלאים אף לא טענה כי מי מהם עשוי ליהנות ממנה.

החלטה 1374 חורגת ממתחם הסבירות

33. סעיפים 1-2 להחלטה 1374, שעניינם הרחבת תחולת החלטה 1272 גם לחוכרים מסוימים שלא בתנאי נחלה, אף הם טומנים בחובם קשיים חוקיים בלתי-מבוטלים. החלטה 1374 סוטה באופן משמעותי ממדיניותה הקודמת של המועצה בדבר שינוי יעוד קרקע חקלאית בכלל, ולמטרת הקמת מתקנים סולאריים בפרט; ובלשונו של המשנה ליועמ"ש, "אנחנו חוצים איזה שהוא רוביקון" (עמוד 39 לפרוטוקול הישיבה הראשונה). רשות מנהלית רשאית אמנם, ולעתים אף חייבת, לסטות ממדיניות קיימת, אך סטייה כאמור טעונה הקפדה מיוחדת על הליך תקין, וכן על קיומם של טעמים ענייניים שיצדיקו זאת, בגדרי מתחם הסבירות הנתון לרשות (ראו ע"מ 4573/12 פיינגולד נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז ירושלים, בפסקאות 5-6 (22.12.2013)); בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, 658-659 (2001) (להלן: עניין קיבוץ החותרים); בג"ץ 5277/96 חוד,

חברה לתעשיות מוצרי מתכת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854, 860-861 (1997); יואב דותן הנחיות מינהליות 138-147, 386 (1996)). במקרה דנן, על שיקול הדעת שהפעילה המועצה מעיב צל כבוד של היעדר טעם ראוי לסטייה ממדיניות קודמת ואיזון לקוי בין השיקולים השונים, ממנו לא ניתן להתעלם.

34. בעניין מפעלי צאן נקבע כי תכלית מרכזית של החלטה 1254, לצד אלה הנוגעות לקידום הקמת מתקנים סולאריים ולסיוע לפרנסתם של חקלאים, היא מניעת הרחבה בלתי-מבוקרת ובלתי-מוצדקת של הגבולות שהתגבשו לשימושים לא-חקלאיים בקרקע שהוכרה למטרות חקלאיות. והוטעם (בפסקה 34):

“גבולות אלו עולים בקנה אחד עם העקרונות שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה בכל הנוגע למתכונת המוגבלת והזהירה שבה ראוי לנקוט בעת הענקת זכויות במקרקעין – הן נוכח העובדה שמקרקעי ישראל הם משאב במחסור והן נוכח השווי הכספי הבלתי מבוטל של זכויות מסוג זה, אשר ככל הטבה שלטונית, צריכות להתחלק באופן שוויוני ומידתי”.

זאת על רקע ההיסטוריה של החלטות המועצה בדבר שינוי יעוד קרקע חקלאית, וכן ההתדיינויות המשפטיות שהן הצמיחו, ומהן עולה כי החלטות מסוג זה יכול שיתקבלו רק “במקרים יוצאים מן הכלל” (לשון החלטת המועצה מס' 1 מיום 17.5.1965, המתווה את עקרונות היסוד למדיניות ולהתנהלות של רמ"י (להלן: החלטה 1)) ותוך שקילה זהירה ומושכלת של שיקולי צדק חלוקתי ועקרונות של הגינות ושוויון בהקצאת זכויות ומשאבים (ראו עניין האגודה לצדק חלוקתי, בפסקאות 47-48; עניין פורום הערים העצמאיות, בפסקה 50; בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 64-67 (2002) (להלן: עניין שיח חדש); עניין קיבוץ החותרים; דפנה ברק-ארז אזור-נתין-צרכן 206-221 (2012) (להלן: אזור-נתין-צרכן); מיכאל בירנהק “צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין” מחקרי משפט כא 439 (2005)). כפי שהוסבר בפסיקה, בבסיס הדברים ניצב הצורך לאזן בין מדיניות עידוד החקלאות כעדיפות לאומית מחד גיסא, ובין הקושי להתפרנס מחקלאות מאידך גיסא, בשים לב להתפתחויות נוספות באורחות החיים ובצורכי החברה; וכל זאת מבלי להזניח את האינטרס הציבורי הרחב.

במועד קבלת החלטה 1374 הסביר מנכ"ל משרד החקלאות דאז, מר רמי כהן (להלן: מר כהן), את הרציונל שהנחה את המשרד בהניחו את הצעת ההחלטה על שולחן המועצה:

"לא בסדר שלא לאפשר למישהו שמחזיק קרקע, יהיה גודלה אשר יהיה, והוא קיבל אותה או בחכירה או בסידור אחר מהמדינה [...] לעסוק בדברים שייצרו לו הכנסה [...] אנחנו מבקשים בכל לשון של בקשה לתמוך במתיישבים באשר הם ולאפשר להם לעשות את כל מה שניתן כדי לייצר שם הכנסות" (עמוד 50 לפרוטוקול הישיבה השנייה; ההדגשות הוספו—ע'ב').

זהו הנימוק היחיד שנשמע בדיון בעד קבלת החלטה, אך לא ניתן לקבל את הדברים כפשוטם. הרצון לסייע במציאת פתרונות למצוקותיהם הכלכליות של החקלאים אינו יכול לעמוד כבסיס יחידי לקבלת החלטה, ומהגדרת סמכות המועצה לפי סעיפים 1א(1) ו-3 לחוק רמ"י אף לא מתחייב שהמועצה רשאית לשקול שיקול זה כלל (עניין שיח חדש בעמודים 73-74; ברק-ארז כרך ב', בעמוד 637. והשוו עניין מפעלי צאן, בפסקאות 34-28; עניין האגודה לצדק חלוקתי, בחוות דעתו של חברי, השופט רובינשטיין; עניין פורום הערים העצמאיות, בפסקאות 97, 104-105, 112). בעת קביעת המדיניות מוטלת על כתפי המועצה אחריות לאומית להביא בחשבון את מגוון המשתנים הרלוונטיים, כגון גודל השטח המוכר, סיווג החוכר ואופן החכירה, וכן את ענייניהם של פרטים וקבוצות שייצוגם לפנייה אולי לוקה בחסר, לרבות דורות העתיד (סעיף 1א(1) לחוק רמ"י; עניין שיח חדש, בעמודים 63-64; אזרח-נתין-צרכן, בעמודים 220-221). זאת על מנת ליתן מענה כולל לשלוש השאלות שעליהן באה קביעת המדיניות לענות: הייעוד שלשמו משתמשים בקרקע; בידי מי נעשה השימוש בקרקע; ובאלו תנאים נמסרות זכויות בקרקע (גדעון ויתקון דיני מקרקעי ישראל כרך א' 233 (מהדורה רביעית, 2009) (להלן: ויתקון)). החלטה לאפשר לעשות "כל מה שניתן" בקרקע כמוה כהתנערות מאחריות זו; וכוונתיה של המועצה גם אם הן טובות, אינן מכשירות את פעולתה בניגוד לעקרונות שהותוו בהחלטה 1 ושהתבססו בהחלטות שבאו בעקבותיה, בשים לב לפרשנות שניתנה להן בבית משפט זה.

35. חוסר האיזון בין השיקולים הצריכים לעניין בא לידי ביטוי, בין השאר, בכך שלא ניתנה הדעת על ההשלכות החלוקתיות של החלטה 1374 – הן בהשוואה בין קבוצות החקלאים השונות; הן ביחס להטבות הניתנות לחקלאים אל מול כלל הציבור; והן ביחס לחשיבות השמירה על עתודות קרקע חקלאית. היעדר משקל מספיק לנושא הצדק החלוקתי יוצר חריגה ממתחם הסבירות (עניין שיח חדש, בעמודים 59-67; ברק-ארז כרך ב', בעמוד 735). כבר בעניין האגודה לצדק חלוקתי, שבו נדונה החלטה 1254 ובעיקר הוראות המעבר שנקבעו במסגרתה, קבע בית משפט זה כי ייתכן שההסדרים שהיו קיימים ערב קבלת החלטה 1254 "עוררו קשיים במישור הצדק החלוקתי", אלא שהם לא נתקפו; והחלטה 1254 נמצאה חוקית לנוכח התמורה החיובית שהיא סימנה:

”המדיניות הנוכחית של מועצת מקרקעי ישראל, כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטה 1254 העומדת לבחינתנו, היא בבחינת ’תיקון’ המצב הקודם מנקודת המבט של עקרונות הצדק החלוקתי” (בפסקה 14).

אף אנחנו מצווים לבחון את מצב העניינים שביקשה החלטה 1374 ליצור אל מול המצב הקיים. בעשותנו כן נמצא כי ההחלטה אינה עולה בקנה אחד עם מגמת הצמצום ההדרגתי והעקבי שנקטה המועצה בנוגע להחכרת קרקעות לצורך הקמת מתקנים סולאריים בפטור ממכרז. בניגוד למגמה זו, לא רק שהחלטה 1374 מרחיבה את היקף הקרקעות המוחכרות בפטור ממכרז, אלא שהיא אף עושה כן עבור חוכרים עצמאיים ולא רק לבעלי נחלות ביישובים חקלאיים. החוכרים הללו עשויים להחזיק בשטחים נרחבים פי עשרות מונים לעומת נחלות, ולפי לשון ההחלטה עשויים אף להקים מתקנים הגדולים מאלה שרשאים בעלי נחלות להקים. כפי שמציין יועמ”ש רמ”י במכתבו לחברי המועצה, ”החלטות המועצה, המאפשרות שינוי יעוד קרקע שהוחכרה למטרה חקלאית, למטרת תעסוקה של החוכר (ואף זאת רק בהיקף מצומצם), ייחודיות ליישובים חקלאיים. אין החלטות דומות בקשר לקרקע שהוחכרה למטרת חקלאות שלא בתנאי נחלה”. איזון השיקולים בדבר התרת שימושים לא-חקלאיים בקרקע המיועדת לחקלאות קשור בטבורו להבחנה בין אופני ההחכרה של קרקעות חקלאיות, כאשר רק בעלי נחלות מחויבים להתגורר בהן וקיימות הגבלות על עבירות, לצד הטבות בתנאי החכירה (זו ”עסקת החבילה” שנדונה בעניין מפעלי צאן, וראו גם בג”ץ 4736/03 אלון חברה הדלק לישראל בע”מ נ’ שר התעשייה והמסחר ויושב ראש מועצת מקרקעי ישראל, בפסקה 27 (15.6.2008)). כשעסקינן בחווה בשטח כה גדול כדוגמת חוות השקמים, שבעליה אינם מחויבים להתגורר בשטחה, איזון זה משתנה והכף אינה נוטה לכיוון מתן הטבות מהמדינה על מנת לאפשר אפיקי תעסוקה חלופיים במקום העיסוק בחקלאות. נקודת האיזון חייבת לנוע משהתוצאה של החלטה 1374 אינה מיישמת את העקרון המנחה שלפיו ”התרת השימוש הלא חקלאי בקרקע, נעשתה בגדר רע הכרחי”. היא לא ניתנה לו כדי להרחיב את גדר הכנסותיו מעבר לאלה שבהן יכול היה לזכות כחקלאי” (עניין פורום הערים העצמאיות (מפי השופטת ע’ ארבל), בפסקה 104). ואולם חרף חידוד בעייתיות זו על ידי היועצים המשפטיים, סוגיית השתלבות החלטה 1374 במדיניות הקרקעית של המועצה, ומשמעותו של שינוי הכיוון שהיא מסמנת, לא זכו לליבון של ממש ולמענה מנומק מצד חברי המועצה.

36. יוער כי לא נעלמו מעיני טענות החווה שלפיהן אין בהחלטה כדי לפגוע בשימוש החקלאי בקרקע, מפני שהשטח שהוקצה למתקנים – 10% או 10 דונם, הקטן מביניהם – הוא ”בשולי הדברים” ביחס לשטחה הנרחב של החווה, ובמיוחד שעה

שממילא אותו חלק בחווה מיועד למתקני תשתית. בעניין זה מנסה החווה לאחוז במקל משני קצותיו, כשמצד אחד נטען כי ההחלטה תקפה כעניין של מדיניות כללית, ומצד שני אין כל התייחסות למשמעויותיה ביחס לחוכרים אחרים מלבד החווה. מבלי לגרוע מכך שנראה כי אישור ההחלטה כלשונה לא יצמיח תועלת לאיש מלבד החווה, בטווח הארוך עשויות להיות לה השלכות עקרוניות שונות, בדמות דרישות להחיל את אמות המידה שנקבעו בהחלטה 1374, בהקשרים שונים. לשם המחשה, לעתירה בבג"ץ שר האוצר צורפו הסכמי חכירה של שניים מבין חברי קבוצת החקלאים – האחד בהתייחס לשטח בן כ-40 דונם, והשני ביחס לשטח בן כ-3,000 דונם; ואת ההבדלים הללו, כמו גם הבדלים אחרים כדוגמת מקומות שונים בארץ, יש לקחת בחשבון בגדרי תבחינים (קריטריונים) מושכלים (והשוו לעניין האגודה לצדק חלוקתי, בפסקאות 34-40).

ועוד יוזכר במענה לטענות החווה וקבוצת החקלאים, כי ככלל משאבים ציבוריים צריך שיוקצו במכרז, והדבר הוא בגדר מושכלות ראשוניות. אין די בהתאמתה של החלטה 1374 לפטור הקבוע בתקנה 25(1) לתקנות חובת המכרזים, שעניינו הענקת זכויות במקרקעין למי שמחזיק בהם עשר שנים, כדי לקבוע שראוי להפעיל חריג זה בנסיבות המקרה; התקיימות פרטי הוראת הפטור ממכרז במקרה מסוים היא תנאי הכרחי, אך לא תנאי מספיק. פטור ממכרז הוא הטבה בעלת שווי כלכלי, כפי שמעידה השקעתה של החווה במתקן, וכך במיוחד בהינתן הסיכון שנטלה בקידומו; לפיכך יש לפרש את הוראת הפטור בצמצום, ובשים לב לתכליותיהם של ההסדרים בעניין המדיניות הקרקעית הלאומית (ראו תקנה 1ב(א) לתקנות חובת המכרזים; עניין הייב, בעמוד 464; עע"מ 8412/07 חברת מלון ומלון סוויטות אפ.אס.אר בירושלים בע"מ נ' הורן (4.3.2009); בג"ץ 6057/00 זוהר נ' שר האוצר, פ"ד נו(3) 569, 573-574 (2002) (להלן: עניין זוהר); אזרח-נתין-צרכן, בעמוד 214).

37. החווה וקבוצת החקלאים נאחזות בדברי בית המשפט בעניין מפעלי צאן, שלפיהם הרחבת החלטה 1254 גם לחוכרים נוספים "היא עניין למועצת מקרקעי ישראל לענות בו במסגרת סמכותה, אם תמצא לנכון לעשות כן, במסגרת העקרונות הכלליים והמדיניות הקרקעית" (בפסקה 38; ההדגשה הוספה-ע'ב'). ואולם החלטה 1374 מהווה סטייה של ממש מהעקרונות שנקבעו בהחלטות המועצה ובפרשנותן בפסיקה. סטייה כאמור אין לבצע אלא ביישוב הדעת ותוך איזון ראוי של השיקולים השונים. לא בכדי הפנה יועמ"ש רמ"י את חברי המועצה לדברי חברי, השופט (כתוארו אז) רובינשטיין, ב-ע"א 8325/12 מדינת ישראל מינהל מקרקעי ישראל נ' מהדרין בע"מ (5.6.2014):

"המינהל – כיום הרשות – אינו מקום לספקולציות קרקעיות. תפקידו אינו לפגוע חלילה בחקלאות או לחסלה. מדינה זקוקה לחקלאות, גם אם, בשל הטכנולוגיה וההתייעלות, בהיקפים פחותים מאשר בימים עברו [...] ככל שתתקבל החלטה לשנות את יעוד הקרקע הנחכרת על-ידי המשיבות, חזקה שתתקבל לאחר בחינה מעמיקה של הנסיבות בידי הרשויות הרלבנטיות, תוך שקילת האפשרויות השונות בכובד ראש, ומתוך הבנה שניצולה לשימושים חדשים ישרת את הציבור באופן המיטבי [...] יהא על המינהל, איפוא, מתוקף סמכותו, וכדי לשרת את טובת הכלל, לשקול היטב את הדרוש. ואולם, אם סבורות הרשויות, לאחר שיקול דעת ראוי, שלשם סיפוק צרכי הציבור נדרש לשנות את יעודה של קרקע פלונית ואת השימושים הנעשים בה, מחובתו של המינהל לדאוג לכך ששינוי כזה ייעשה [...] ; אך אין הדברים צריכים להיעשות ביד קלה. פיתוח הארץ – כן; ספקולציות – לא, כך למינהל, כך לחוכרים" (בפסקה נ"א).

ביקורת שיפוטית על הנחיית היועץ המשפטי לממשלה

38. אחר הדברים האלה יוטעם כי הלכה למעשה הביקורת השיפוטית במקרה דנן אינה מכוונת כלפי החלטה 1374 ישירות, אלא כלפי הנחיית היועמ"ש לשר האוצר שלא לאשרה. אמנם, החווה וקבוצת החקלאים עתרו לכך שייקבע כי החלטה 1374 היא חוקית; ואם אכן זהו מצב הדברים, נמצא שהיועמ"ש שגה בחוות דעתו וכי ההצדקה למיאנו של השר לאשר את החלטה אינה מתקיימת עוד (ובשים לב לכך שחזקת התקינות המנהלית עודנה עומדת גם כאשר הרשות עצמה טוענת נגד תקינות המעשה, ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 472 (1995)). ואולם אין מקום לטענה זו, במובן זה שלא ניתן להתעלם מההתפתחויות שחלו בנוגע להחלטה 1374; עליה להיבחן בשים לב למעמדה הנוכחי, ככזו שהיועץ המשפטי לממשלה חיווה זה מכבר את דעתו שהיא איננה חוקית; מה גם ששר האוצר נשמע להנחייתו של היועמ"ש ומטעמיו (ראו בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, בפסקה 21 (12.10.2008) (להלן: עניין לביא)). יוער כי באותו מקרה הופנתה העתירה ישירות נגד חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, אך במהותה הסיטואציה שלפנינו מקבילה לזו שנפרשה באותו עניין).

39. בין המשתנים המשפיעים על היקף הביקורת השיפוטית ביחס לשיקול דעתן של רשויות מנהליות, בולטים מעמדו של הגורם העומד לביקורת, ומהות החלטה הנבחנת (ראו עניין לביא, בפסקה 18; בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 493 (1999) (להלן: עניין קניאל); ברק-ארז כרך ב', בעמוד 625). לעניין

הגוף העומד לביקורת, הלכה היא כי "ככל ששיקול הדעת המינהלי רחב יותר, כך הולך וצר תחום ההתערבות השיפוטי במעשה המינהלי" (בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 474, 445 (2007)), ובהתאם לכך נקבע לא אחת כי היקף הביקורת על היועץ המשפטי לממשלה, בהפעילו סמכויות אופרטיביות הנתונות לו כגון החלטות על העמדה לדין, מצומצם ביותר (ראו למשל, בג"ץ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 753-746 (2008); בג"ץ 8340/99 גורלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(3) 79 (2001); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 530-525 (1990); דוד קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה 121 (1996)); זאת משום רוחב שיקול הדעת הנתון בידי, מומחיותו, והאחריות המונחת על כתפיו.

לעניין מהות המעשה המנהלי, החלטת היועץ הנתונה לביקורתנו איננה ככובעו כראש התביעה הכללית וכמופקד על האינטרס הציבורי, כי אם ככובעו כיועץ לרשויות השלטון – כפרשן הדין (בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86, 163 (2009); ברק-אדו, בעמוד 757; דפנה ברק-ארז "בג"צ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה 219, 227-229 (1996)). החלטות בכגון דא נתונות לביקורת שיפוטית רחבה יותר, בהיותן שאלות משפטיות מובהקות. שכן הגם שנודע משקל לעמדתה של הרשות המבצעת, פרשנות הדין (ובכלל זה הפסיקה בנושאי המשפט המנהלי) היא עניין נורמטיבי, המצוי בתחום מומחיותו של בית המשפט, בגדרי "אחריותו של בית המשפט לפירוש החוק. מאחריות זו אין הוא יכול להשתחרר ואין הוא יכול להעבירה לאחר" (אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך שני – פרשנות החקיקה 796 (1993) (להלן: ברק); ראו גם רע"א 3898/04 קיבוץ להב נ' מדינת ישראל, בפסקה 26 (4.10.2010); בג"ץ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 305-306 (1987); זמיר כרך א', בעמודים 221-228).

על רקע זה וכעולה מן המקובץ בהתייחס לפגמים שנפלו בהחלטה 1374, המסקנה המתחייבת היא שלא נפל פגם בקביעתו של היועץ המשפטי לממשלה כי החלטה 1374 נגועה בחוסר חוקיות. בדין נקבע כי דבקו בהחלטה זו שורה של פגמים מהותיים, שבעטיים לא ניתן לאשרה. פגמים אלה דבקים הן בהליך קבלת ההחלטה והן בשיקול הדעת שהופעל בעת קבלתה. ואף אם ניתן היה לרפא פגם פלוני לו עמד לבדו, ואינני מביעה דעה בעניין זה, משקלם המצטבר של הפגמים הוא חד-משמעי – קרי: החלטה 1374 אינה יכולה לעמוד.

40. ומכאן – לחוליה האחרונה בשרשרת המעשים המנהליים הנוגעים לתוקפה של החלטה 1374.

החלטת שר האוצר – מישור הסמכות

41. כפי שכבר צוין, שר האוצר הודיע למועצה כי לא יאשר את החלטה 1374, וזאת מתוקף סמכותו לפי סעיף 40(ג) לחוק יסודות התקציב. וכך קובע הסעיף:

”החלטות של מועצת מקרקעי ישראל בדבר הדרך והשיטה לקביעת דמי חכירה או בדבר מועדי תשלום דמי חכירה, שבביצוען כרוכות הפחתה של דמי החכירה או דחיית מועדי תשלומם, וכתוצאה מכך הפחתה של הכנסות המדינה לכל תקופה שהיא, טעונות אישור שר האוצר; נחלקו דעותיהם של יושב ראש המועצה ושר האוצר בשאלה האם בכיצועה של החלטה מוצעת כרוכה הפחתה של הכנסות המדינה, יכריע בדבר ראש הממשלה או, לפי החלטתו – הממשלה.”

ההוראה היא אפוא שאישור שר האוצר נדרש כאשר המועצה מקבלת החלטה בעלת שני מאפיינים: ראשית, היא עוסקת ב”דרך והשיטה לקביעת דמי חכירה” או במועדי תשלומם; שנית, בביצוען (של הדרך והשיטה) “כרוכות הפחתה של דמי החכירה או דחיית מועדי תשלומם, וכתוצאה מכך הפחתה של הכנסות המדינה לכל תקופה שהיא”. אין חולק כי החלטה 1374, בהמשך להחלטות הקודמות בנושא, נסבה על הדרך לקביעת דמי חכירה; לטענת החווה וקבוצת החקלאים החלטה 1374 אינה באה בגדרי הוראת סעיף 40(ג), משום שהיא אינה כרוכה בהפחתת הכנסות המדינה. זאת שעה שסעיף 2.3 להחלטה 1272, שלא שונה בהחלטה 1374, קובע כי לרמ”י ישולמו בגין הקצאת הקרקע למתקנים סולאריים דמי חכירה מהוונים מלאים, על פי תוצאות מכרזים ותוך התאמות שיערוך השמאי הממשלתי בשומה פרטנית; ועוד נקבע שם, בסעיף 2.5, כי לא יחולו על התשלומים “הנחות אזור”, כגון אלה שמוקנות ליישובי קו עימות. ואמנם, בענייננו שילמה החווה לרמ”י עבור הקצאת המקרקעין בפטור ממכרז סך של כ-900,000 ש”ח (כולל מע”מ), על פי הערכת נציג השמאי הממשלתי – מחיר המשקף, כנטען, את שווי השוק.

משכך, נטען שאין נפקות להודעת שר האוצר כי אינו מתכוון לחתום על ההחלטה – ואין מניעה לכניסתה לתוקף. טענה זו תוקפת אפוא את הודעת שר האוצר כעניין של סמכות, דהיינו כמנוגדת לעקרון חוקיות המנהל, על יסוד פרשנות מצמצמת לסעיף 40(ג). זאת בנפרד מהטענה לעניין שיקול דעתו של השר, שתיבחן מיד לאחריה.

42. הדין עם המדינה כי לפטור ממכרו יש כשלעצמו שווי כלכלי, וכי בסופה של תחרות פומבית עשוי המחיר שיתקבל לעלות על זה שקבע השמאי הממשלתי. חרף האמור, לצורך הדיון אני נכונה להניח שהסכום ששילמה החווה עבור הקרקע תואם את מחיר השוק שהיה מתקבל אילו נערך מכרו, ומשמע שלפטור שקיבלה החווה לא הייתה השלכה על הכנסות רמ"י. אף על פי כן סבורתני כי יישום החלטה 1374 כרוך בהפחתה של הכנסות המדינה, לצורך קביעת תחום התפרשותו של סעיף 40(ג) בענייננו. משכך אין תוקף להחלטה 1374 ללא חתימת שר האוצר. ואבאר.

בבואנו לפרש הוראה מהוראותיו של חוק יסודות התקציב – עלינו לתת את הדעת להקשר הנורמטיבי של סעיפי החוק, למקומו במערך החקיקה ולתכליתו הכוללת של החוק (ראו למשל, רע"ב 4393/11 מוסלי נ' מדינת ישראל, בפסקה 16 (8.11.2011)); דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193, 201-202 (2000); ברק, בעמודים 327-331). בהתאם, נקודת המוצא הפרשנית ביחס לחוק יסודות התקציב צריכה להביא בחשבון את רוחב היריעה הנפרשת במסגרתו ואת "העוצמה הפנימית הבוקעת ממנו" (בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 383 (1999) (להלן: עניין התנועה המסורתית)). כך לנוכח תכליתו של החוק, שעיקרה בהתוויית כללים ונורמות למנהל ציבורי תקין, כמו גם למדיניות פרלמנטרית-כלכלית ראויה ואחראית, לרבות הגברת הפיקוח על רשויות המנהל בכל הנוגע לחלוקת נכסים מן הקופה הציבורית לטובת גורמים פרטיים (ראו למשל, בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142, 170 (2010) (להלן: עניין יקותיאל)); עניין עזרא, בעמודים 413-414; יוסף מ' אדרעי חוק-יסוד: משק המדינה 285 (יצחק זמיר עורך, 2004); דפנה ברק-ארז "אכיפתו של תקציב המדינה וחוזי המנהל" המשפט א 253, 254 (1993) (להלן: ברק-ארז – תקציב המדינה)); כך לנוכח מעמדו המיוחד במסכת החיקוקים הנוגעים לניהול הקופה הציבורית, כ"חוק מסגרת" לחוקי התקציב השנתיים (ראו עניין יקותיאל, בעמודים 167-171; עניין התנועה המסורתית, בעמודים 355-358, 385-388; והשוו בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, בפסקה 36 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית (17.9.2014)); וכך אף לנוכח כותרתו, שמצביעה על היותו חוק שמניח יסודות להסדרים תקציביים היונקים ממנו את תוקפם (זאת בדומה לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שמתווה יסודות לפרשנות שיפוטית, ראו למשל ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 742 (1982)).

43. עמדתו של שר האוצר כי אישורו דרוש על מנת שהחלטה 1374 תיכנס לתוקף, נסמכת על זו של היועץ המשפטי לממשלה, הוא הפרשן המוסמך של החוק כלפי רשויות המנהל (וראו דיון מפורט בסוגיה זו בהמשך). המועצה אף היא לא חלקה על

כך; למיטב ידיעתנו לא הופעל המנגנון הקבוע בסעיף למקרים של חילוקי דעות ביחס לשאלה אם החלטה מסוימת כרוכה בהפחתה של הכנסות המדינה – בהכרת המחוקק בכך שתיתכן קשת של מקרי-ביניים בנושא זה – ולפיו יכריע בדבר ראש הממשלה. ויושם אל לב כי הוראת סעיף 40(ג) אינה מקנה לראש הממשלה סמכות ליטול את זו של שר האוצר, אלא אך להכריע בשאלה אם החלטת מועצה פלונית טעונה את אישורו של שר האוצר כדי שיינתן לה תוקף. המדינה על כל זרועותיה הרלוונטיות, שחלקן אף היו שותפות לקביעת ההסדר הנורמטיבי הקבוע בסעיף 40(ג), גיבשה אפוא את עמדתה, והיא שהאישור דרוש.

אינני מוצאת בעמדה זו חריגה מן המתחם שמתווה לשון החוק, או כוונה המנוגדת לתכליתו (ראו זמיר כרך א', בעמודים 133-136). אדרבה, פרשנות משפטית זו מתיישבת היטב עם המדיניות ביחס לסעיף 40(ג) גם בהקשרים אחרים, ועיקרה במתן פרשנות מרחיבה להוראה; וכפי שראינו מדיניות זו היא ראויה. כך למשל, מציין המלומד גדעון ויתקון:

”החלטה בדבר תנאי תשלום דמי חכירה בדרך של היוון היא החלטה המחייבת את אישור שר האוצר, על אף שפעולת ההיוון אינה כרוכה בהפחתה של דמי החכירה מאחר ותשלום דמי היוון יביא להפחתת הכנסות המינהל מדמי חכירה בעתיד. יושם אל לב שנוסח ההוראה בסעיף 40(ג) מתייחס אך ורק להכנסות המדינה והוא אינו מתייחס להכנסות בגין מקרקעי הקרן הקיימת לישראל והכנסות רשות הפיתוח. על אף זאת, יישום הסעיף הוחל על כל סוגי הבעלות במקרקעי ישראל” (ויתקון כרך א', בעמוד 266 וראו גם בעמוד 228).

כן נודעת משמעות ויש משקל לכך שהרשות נהגה לפי הפרשנות האמורה לאורך תקופה, ובלא שהיה מי שהשיג על כך (עניין האגודה לצדק חלוקתי, בפסקה 32; עניין עיריית ירושלים, בפסקה 6; בג”ץ 11075/04 גרבי נ’ שרת החינוך התרבות והספורט – יו”ר המועצה להשכלה גבוהה, בפסקה 13 (5.12.2007); שמעון שטרית “המנהג במשפט הציבורי” 400 ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר עורך, 1993)). כל אחת מההחלטות בשרשרת החלטות המועצה הנוגעות להתקנת מתקנים סולאריים, הונחה על שולחנו של שר האוצר, ונכנסה לתוקף רק עם אישורו. כך החלטה 1254; כך החלטה 1272; וכך גם החלטה מס’ 1427, שבאה לעולם לאחר האירועים נושא הערעור דנן, נתקבלה על ידי המועצה ביום 29.6.2015 ונכנסה לתוקף עם חתימתו של שר האוצר, ביום 3.8.2015 (אמנם ביני לביני ממילא היה שר האוצר ליו”ר המועצה, כנזכר לעיל, אך דומה שחתימתו על ההחלטה נעשתה תחת כובעו כשר האוצר).

עוד יוער כי המקרה שלפנינו איננו הראשון בהיסטוריה של החלטות המועצה שעניינן שינויי יעוד קרקע חקלאית, שבו נמנע שר האוצר מלאשר החלטה בהתאם לסמכות שהופקדה בידיו לפי סעיף 40(ג), בעקבות חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כי ההחלטה אינה חוקית (ראו בג"ץ 9591/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מנהל מקרקעי ישראל (20.3.2014)); עניין פורום הערים העצמאיות, בפסקאות 8-13). הדבר הביא בעבר להתדיינות משפטיות ענפות, הן בקרב גורמי הממשל והן בבית משפט זה, וברי כי לסוגיית שינויי יעוד קרקע חקלאית יש חשיבות רבה, השלכות רחבות ורגישות מיוחדת (ראו עניין מפעלי צאן; עניין פורום הערים העצמאיות; עניין שיח חדש). הקפדה על מנגנוני הבקרה הקבועים בחוק תתרום לכך שהחלטות בסוגיה זו לא יידונו בקלות ראש ולא יוכרעו בהינף יד.

44. הוראת המחוקק להביא החלטה של גורם מנהלי לאישורו של גורם נוסף – ועל ידי כך להעניק לזה האחרון זכות וטו על ההחלטה – נועדה להגן על אינטרס חשוב במיוחד (זמיר כרך ב', בעמוד 979; ברק-ארז כרך א', בעמוד 320). אינטרס זה בהקשר לחוק יסודות התקציב הוא הקפדה על ריסון תקציבי ועל חלוקת משאבים מסודרת, שוויונית ואחראית, שמירה על אוצר המדינה והידוק הפיקוח על רשויות המנהל בכלל, ובסעיף 40(ג) על המועצה בפרט. לא בכדי מפקיד החוק את מנגנון הבקרה על החלטות המועצה הקבוע בסעיף 40(ג), דווקא בידי שר האוצר, שכן המועצה היא גוף המתווה מדיניות לאומית בעלת משמעויות תקציביות רחבות היקף (ויתקון כרך א', בעמודים 226-231). תכליתה של הפקדת זכות הוטו בידי שר האוצר היא אפוא שייתן דעתו למשמעויות הכלכליות הרחבות ולהשלכות הכוללות של החלטות המועצה המגיעות לשולחנו (ראו בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749, 773, 786 (1995) (להלן: עניין זגורי); בג"ץ 539/85 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(4) 834, 837 (1987)). זכות זו העניק המחוקק לשר האוצר משום האינטרסים הציבוריים העומדים ביסודו של חוק יסודות התקציב, והגוברים על האינטרס של הפרט – אף במחיר של פגיעה מסוימת בו (ראו סעיפים 27, 43(ב) לחוק יסודות התקציב; עניין זגורי, בעמודים 773-777; גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 48-50 (1999); ברק-ארז – תקציב המדינה). האינטרס הציבורי מטה את הכף לכיוון קיום הליך הבקרה. ויוער בהקשר זה, כי לשר האוצר מעמד גם בחוק רמ"י עצמו, בהיותו אחד משני שרים הממונים יחד על ביצוע החוק ועל התקנת תקנות בכל הנוגע לביצועו (סעיף 7 לחוק רמ"י), מה גם שכיום כאמור "השר" כמשמעו בחוק רמ"י, ושר האוצר – חד הם.

45. זאת ועוד. לצד הוראות סעיפים 2.3 ו-2.5, שאותם מציינות החווה וקבוצת החקלאים, כוללת החלטה 1272 הוראות נוספות שלא שונו בהחלטה 1374 – והחלטה 1374 אישרה אותן, בהיותן חלק מהנוסח המשולב, הסופי של ההחלטה – ושיש בהן כדי להביא להפחתה בהכנסות המדינה. כך למשל, סעיף 2.4 קובע כי על אף האמור בסעיף 2.3, הנהלת רמ"י רשאית לגבות את מלוא התשלום בגין הקצאת הקרקע או את חלקו, בדרך של תמלוגים; לפי סעיף 2.8, רמ"י לא תגבה תשלום עבור מתקנים לאנרגיה חלופית שהוצבו על גגות של מבנים קיימים; עבור "מתקן סולארי דו תכליתי", כהגדרתו בסעיף 3, ישולמו דמי חכירה מהוונים בשיעור של 31% בלבד (סעיף 3.1); ועוד. יישומן של הוראות אלה עשוי להביא להפחתה בהכנסות לעומת מחיר השוק כתוצאה מאופן קביעת דמי החכירה, ולראיה שמלכתחילה הובאה החלטה 1272 לאישור שר האוצר. די בכך כדי לקבוע שהחלטה 1374 טעונה אף היא את אישורו (ראו עניין זוהר, בעמודים 573-574).

46. מכל הטעמים שנזכרו, ובהם ההקפדה על מנגנון הבקרה בהתאם לפרשנות הרחבה שיש להעניק לסעיף 40(ג) ולתכליתו בהגנה על האינטרס הציבורי; המשקל שניתן לעמדת המדינה ולהיסטוריה של יישום הוראה זו; ומכלול הוראות החלטה 1374 – המסקנה המתחייבת היא שהחלטה 1374 טעונה את אישור שר האוצר.

החלטת שר האוצר – מישור שיקול הדעת

47. שר האוצר פעל אפוא בסמכות, שהופקדה בידיו בהוראת סעיף 40(ג), כאשר החליט כי הוא מסרב לאשר את החלטה 1374 ומשמע שלא יינתן לה תוקף. נותרת בעינה השאלה אם השר עשה שימוש ראוי בסמכותו, כלומר אם הפעיל שיקול דעת כדין.

הטענה שהועלתה בהקשר זה היא שהימנעותו של שר האוצר מלחתום על החלטה 1374 נובעת משיקולים זרים, משום שהטעם לה איננו שיקול תקציבי – שאותו מסמיכו סעיף 40(ג) לשיקול – אלא הנחייתו של היועמ"ש לבדה. לשון אחר, נטען שאין זה בסמכותו של היועמ"ש "להנחות" את השר, כי אם רק להניח לפניו את חוות דעתו, שתילקח בחשבון מכלול השיקולים שישקול השר בגדרי חובתו להפעיל שיקול דעת מקצועי בגבולות שמתווה החוק המסמיך.

דינה של טענה זו להידחות.

48. הלכה מושרשת היא שהיועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של החוק כלפי רשויות המנהל, וחוות דעתו מחייבת אותן – כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת. עמד על כך פרופ' אהרן ברק:

”המסורת הקונסטיטוציונית שלנו קובעת, כי פרשנות הדין על ידי היועץ המשפטי לממשלה מהווה תיאור מחייב של הדין לרשות המבצעת. אין אורגן זה או אחר של הרשות המבצעת – כגון הממשלה או שר משרה – רשאים לפרש את החוק (אם בעצמם ואם בעזרת יועציהם) באופן השונה מהפירוש הניתן לחוק על ידי היועץ המשפטי לממשלה. פירושו שלו הוא הפירוש המחייב את הרשות המבצעת” (ברק, בעמוד 791).

ראו גם, למשל, עניין לביא, בפסקאות 32-33; בג”ץ 4247/97 סיעת מדצ במועצת עיריית ירושלים נ’ השר לענייני דתות, פ”ד נב(5) 241, 278 (1998); עניין אמיתי, בעמוד 476; רובינשטיין, בעמוד 10. לדעה שונה ראו איתן לבונטין ורות גביון “עמדתו ‘המחייבת’ של היועץ המשפטי לממשלה” ספר שמגר – מאמרים חלק א’ 221 (2003).

אכן, היועץ המשפטי לממשלה, כמו גם נציגיו במשרדי הממשלה השונים, הם שומרי הסף של שלטון החוק ופעילותם ככזו חיונית בכל רשות מרשויות המדינה. פירושו של דבר שהיועצ”ש, בפרשנותו את הדין הקיים, איננו רק “מייעץ”; הוא גם “מפקח” על הממשלה (זמיר כרך א’, בעמוד 106), משמש עבורה כ”כלב שמירה” של שלטון החוק (זמיר – חוקיות השלטון, בעמוד 412). לחוות דעתו יש אופי מעין-שיפוטי, מפני שהיועצ”ש גוזר מסקנות נורמטיביות המתחייבות, להבנתו המקצועית, מיישום הדין הקיים על נסיבותיו של מקרה ספציפי (עניין לביא, בפסקה 17). במובן זה, מבחינתה של הרשות המנהלית, פעולה בניגוד לדעת היועצ”ש כמוה כפעולה בניגוד לדין, ופשיטא שאין רשות רשאית לפעול בניגוד לדין; כדברי פרופ' יצחק זמיר:

”מן הבחינה של כל רשות ממשלתית, חוות דעת משפטית של היועץ המשפטי לממשלה משקפת את הדין הקיים [...] פירושו של היועץ המשפטי מחייב לא משום שהוא מצווה על הרשות לפעול בדרך מסוימת, שהרי אין לו סמכות לצוות עליה; הוא מחייב משום שכל רשות אמורה לפעול אך ורק לפי החוק, ואין בפני הרשות פירוש מוסמך יותר של החוק מן הפירוש של היועץ המשפטי” (זמיר כרך א’, בעמודים 106-107).

וייאמר המובן מאליו, והוא ששיקולי חוקיות לא יכול שיהיו שיקולים זרים, ומקומם לעולם אינו נפקד מגדרם של השיקולים הצריכים לעניין. קבלתה של כל החלטה מנהלית וביצועה של כל פעולה מנהלית, מותנות בהיותן חוקיות. היותה של

פעולה בלתי-חוקית – כקביעת היועמ"ש – היא אפוא סיבה מספקת שלא לבצעה במתכונת המבוקשת, והימנעות הרשות מביצועה היא שיקול דעת נכון ואף מתחייב (זמיר – חוקיות השלטון, בעמוד 417). המשמעות איננה שהשר כפוף ליועמ"ש, אלא שהשר כפוף לחוק – ופירושו של היועמ"ש את החוק מחייב אותו. ויודגש כי לא הונח לפנינו כל בסיס לסבור כי השר שקל שיקולים של מדיניות קרקעית או ששם עצמו כ"ערכאת ערעור" על המועצה, כטענת החווה, ולא נטען שהיועץ המשפטי לממשלה שקל שיקולים שאינם משפטיים גרידא. עוד יודגש כי היועץ המשפטי לממשלה איננו סבור כי החלטה 1374 היא גבולית מבחינה חוקית, או שהעניין נתון לפרשנות, אלא קבע באופן חד וברור שהחלטה בלתי-חוקית ועל כן היא בטלה.

49. יצוין כי בעניין לביא נדון מקרה שבו מתח היועמ"ש את גבולות סמכותו והלך צעד נוסף אל מעבר להם, כאשר "חסם" את עצם קיומו של דיון בממשלה בדבר מועמדותו של העותר באותו עניין לתפקיד מנהל רמ"י, משום דעתו של היועמ"ש כי מינויו יהא בלתי-חוקי. באותה פרשה נאמר על ידי המשפט, מפי הנשיאה ד' ביניש (בפסקה 34):

"קביעתו של היועץ המשפטי לממשלה לפיה הממשלה מנועה מלדון במועמדותו של העותר לתפקיד מנהל המינהל, שללה מן הממשלה את ההזדמנות להפעיל את סמכותה בהתבסס על חוות-הדעת הנדונה, וליטול על עצמה את האחריות הציבורית הנלווית להחלטה שלא למנות את העותר לתפקיד הנדון [...] עשויה היתה הממשלה, למשל, לנהוג כמתחייב מחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אך להוסיף בהחלטתה כי לולא חוות-הדעת היתה רואה לפעול אחרת; זאת, במבט הצופה פני עתיד, שמא ימצא בית-משפט זה לדחות את עמדתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה בנסיבות העניין [...] שקלנו בשעתו האם אין מקום לקבלת העתירה במובן זה שמועמדותו של העותר תובא בפני הממשלה, אשר מצידה תהיה מחויבת לחוות-דעתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה כל עוד בית-משפט זה לא יפסוק אחרת בנסיבות המקרה. אילו סברנו כי איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים לעניין עשוי היה להוביל בסופה של דרך לתוצאה שונה בעניינו של העותר, היינו נוהגים כן" (ההדגשה במקור-ע'ב').

אין זה המקרה שלפנינו. היועמ"ש לא מנע מההחלטה להגיע אל שולחן השר – הוא בעל הסמכות בענייננו – אלא הנחה אותו שלא לחתום עליה, לכשתונח על שולחנו, מפני שזו תהא פעולה בלתי-חוקית; השר הודיע שימלא אחר הנחיה זו, בהסתמך על הטעמים שנמנו בתגובת המדינה לבג"ץ המועצה. מכאן, שלא נפל פגם בשיקול דעתו של שר האוצר וכן שהיועמ"ש לא חרג מסמכותו – אדרבה, "טלו מן היועץ המשפטי

לממשלה את כוחו המחייב במניעת הפעלה פסולה [...] של שיקול-דעת שלטוני, ונטלתם מן התפקיד את עיקר מהותו" (אריאל בנדור וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והמימשל" הפרקליט מד 423, 437 (1999); ראו גם ע"א 8265/00 שופרסל בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז מרכז, פ"ד נו(5) 885, 911 (2002) (להלן: עניין שופרסל)).

היחס בין מועצת מקרקעי ישראל ליועץ המשפטי לממשלה

50. בהמשך לאמור אי-אפשר שלא להידרש, בקיצור נמרץ, לשאלת מעמדה של חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כלפי המועצה. הדיון בהצעת החלטה 1374 נפתח בדבריו של מר כהן (מנכ"ל משרד החקלאות): "אני רוצה לבקש, למרות שהפנו את תשומת לבי קודם לכן, שיש מצב שמה שאני הולך להציע הוא בלתי חוקי, אני בכל זאת רוצה להביע את דעתי" (עמוד 50 לפרוטוקול הישיבה השנייה; ההדגשה הוספה – ע'ב'). כמוכן שאין פסול בהבעת דעה, נהפוך הוא (ראו עניין שגיא, בפסקה 34); אלא שחברי המועצה לא הסתפקו בכך, וקיבלו החלטה חרף הבנתם כי היא איננה חוקית – מהפרוטוקול אף לא עולה כי המועצה פירשה את הדין אחרת מהיועצים המשפטיים, אלא שהיא סברה ששיקולי המדיניות המנחים אותה גוברים על שיקולי החוקיות. בכך שגתה המועצה. יפים לעניין זה דברי פרופ' זמיר:

"במדינה דמוקרטית טובת הציבור נקבעת על-ידי הציבור עצמו, באמצעות נציגיו, בדרך של חוק. מכאן שהחוק הוא שמבטא את טובת הציבור. הגבול שמציב החוק לסמכויות השלטון הוא הגבול של טובת הציבור. רשות שלטונית שפורצת גבול זה ואפילו היא מתכוונת באמת ובתמים להיטיב עם הציבור, פועלת בניגוד לטובת הציבור" (זמיר – חוקיות השלטון, בעמוד 413).

כפי שפורט לעיל, לפרשנותו של היועצ"ש את הדין נודע כוח מחייב כלפי רשויות המנהל; אין חולק כי על המועצה חלים כללי המשפט המנהלי, אך שאלת כפיפותה לעמדת היועצ"ש הושארה בפסיקה בצריך עיון. זאת לנוכח ייחודיותה של המועצה, בשילוב המתקיים בה בין נציגי ממשלה לנציגי קק"ל (על מעמדה המשפטי של קק"ל ראו בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, 715-717 (2001); ויתקון כרך א', בעמודים 201-209), ובדומה ל"גוף קולגיאלי", שהינו גוף שמכהנים בו מכוח חוק גם אנשים שאינם עובדי מדינה, המייצגים מגוון אינטרסים, מגזרים וקבוצות, כגון ועדות ערר בנושאי תכנון ובנייה. בהתאם לכך נקבע כי ספק אם יש לראות גופים אלה כגופים ממשלתיים לכל דבר ועניין, הכפופים למרות היועצ"ש – הגם שברי כי עליהם לתת לעמדתו משקל נכבד

(ראו והשוו: בג"ץ 3805/06 אדרעי נ' משרד הבטחון – אגף השיקום, בפסקה 16 (15.9.2011); עע"מ 1446/06 הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מרכז נ' השתתפויות בנכסים בישראל בע"מ, בפסקה 8 (21.9.2010); עע"מ 3286/02 ועדת ערר לעניין קרקע חקלאית ושטחים פתוחים נ' חברת דור אנרגיה (1988) בע"מ, פ"ד נח(1) 502, 513-515 (2003); עניין שופרסל, בעמודים 910-912; ע"א 4541/91 לוביניאקר נ' שר האוצר, פ"ד מח(3) 397, 410-411 (1994)).

כך, בבג"ץ 10934/02 קיבוץ כפר עזה אגודה להתיישבות חקלאית שיתופית נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(3) 854 (2004) (להלן: עניין כפר עזה) נדונו הוראות מעבר שקבעה המועצה בעקבות פסילת החלטותיה בעניין שיח חדש, ונטען כי דינן להיפסל משום שהתקבלו רק מחמת עמדתו של היועמ"ש; הסוגיה לא הוכרעה, משנקבע כי המועצה ממילא הפעילה שיקול דעת עצמאי, שעלה בקנה אחד עם עמדת היועמ"ש:

”נוכח המסקנה שהגענו אליה לעיל, אין צורך שנחליט במחלוקת שבין הצדדים בשאלה באיזו מידה הייתה המועצה חייבת, בנסיבות ענייננו, לפעול ולהחליט על-פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה. מתייגר גם הצורך להכריע בשאלה זו על רקע הרכבה המיוחד של המועצה, אשר מחצית מחבריה ממונים מטעמה של הממשלה, ומחציתם מטעמה של הקרן הקיימת לישראל” (עניין כפר עזה, בעמוד 863).

51. גם במקרה דנן אינני רואה צורך להיכנס לעובי הקורה של מהות המועצה מבחינת המשפט המנהלי (ראו לעניין זה בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 15, 38 (9.7.2001)), וכנגזר מכך – מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כלפיה. כך משום שבנסיבות המקרה ממילא נכחו בעת ההצבעה על החלטה 1374 נציגי הממשלה בלבד, ונציגי קק"ל נעדרו מהשיבה. בתיקון מס' 7 לחוק רמ"י משנת 2009 הוסיף המחוקק לחוק את סעיף 4(א) (קובע כי "נציגי הממשלה במועצה יהיו כפופים למדיניות הממשלה, כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטותיה"); הוראה זו מבחינה בין נציגי הממשלה לבין נציגי קק"ל, ונובע ממנה כי למצער חברי המועצה עובדי המדינה "כבולים" בפרשנות של היועמ"ש לעניין אי-חוקיות ההחלטה ואינם יכולים להישמע בטענה כי שיקולי מדיניות, שאותם הוסמכה המועצה לשקול, גוברים.

מדיניות הממשלה כוללת מניה וביה את עמדתה של הממשלה בעניין חוקיותה של ההחלטה הנבחנת, וזו מנוסחת על ידי היועץ המשפטי לממשלה (אף חוק רמ"י עצמו מקנה מעמד מיוחד ליועמ"ש, בסעיף 2 המתנה הקצאת מקרקעין המוחזקים שלא כדין באישורו). ברי כי היועמ"ש אינו מוסמך לשקול שיקולים של מדיניות

קרקעית, ודאי שאינו רשאי לכפות מימושה של מדיניות הרצויה בעיניו, והסמכות לקבל החלטות שבמדיניות נתונה לפי חוק רמ"י למועצה לבדה. אין בכך משום סתירה לקביעה כי כיבוד עמדת היועמ"ש בשאלות של חוקיות משמעותו ייצוג הממשלה נאמנה, כפי שמורה החוק; וכך שומה היה על המועצה לנהוג.

בג"ץ רשות החשמל

52. כפי שהוברר, אין תוקף להחלטה 1374, מששר האוצר לא חתם עליה – ונכון היה שלא לחתום. במצב דברים זה אין עוד משמעות לדיון בהחלטת רשות החשמל על פקיעת הרישיון. כפי שמציינת המדינה בתגובתה, אין חולק כי לצורך הפעלת המתקן שומה על החווה להוכיח "זיקה למקרקעין" כמשמעותה בסעיפים 1, 2א(א)(1) לכללי משק החשמל, כלומר זכויות במקרקעין לצורך ייצור חשמל על פי הרישיון (ראו גם תקנה 20(3) לתקנות משק החשמל וסעיף 15.3 לרישיון המותנה). בהיעדר תוקף להחלטה 1374 אין הסכמה מטעם הבעלים של המקרקעין – מדינת ישראל – לכך שהחוכרת תעשה בהם שימוש של ייצור חשמל. שימוש כזה יהא אפוא מנוגד להסכם החכירה; ומשכך, החווה ממילא אינה עומדת בתנאי ה"זיקה למקרקעין". לפיכך, אף אם נפל פגם בהודעת רשות החשמל כי הרישיון המותנה של החווה פקע, לא היה בקבלת העתירה כדי להועיל לחווה במישור התוצאה המעשית. עם זאת יוער כי נראה, מבלי לקבוע מסמרות, שהדין בעניין זה עם רשות החשמל. כך הואיל ובהיעדר "זיקה למקרקעין" כנדרש לא מתקיים אחד התנאים לתוקפו של הרישיון, ומשחלפו המועדים הקבועים בו להוכחת זיקה כאמור, פקע הרישיון מעצמו – בשונה מביטולו על ידי הרשות, פעולה שמחייבת את עמידתה בתנאים כגון עריכת שימוע (ראו בר"מ 10310/09 טופ לייך תקשורת בע"מ נ' רשות השידור, בפסקה 4 (27.12.2009); ע"פ 2388/97 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 822, 834-835 (1998)).

דומה שאף החווה מודעת להבחנה זו. במכתב חוות השקמים לרשות החשמל מיום 17.2.2014, טרם קבלת מכתבה של המשנה לפרקליט המדינה, ביקשה חוות השקמים להתלות את הרישיון המותנה, עד שתתקבל החלטה בעניינה; זאת משום חששה של חוות השקמים, כפי שכתבו בשמה מי שהיו אז באי-כוחה, כי "המתנה לתשובת הרשויות עלולה לסכל את יכולתה לעמוד באבן דרך הקבועה ברישיון, ובכך לסכן את תוקפו של הרישיון. ככל שחלילה יפקע או יבוטל תוקפו של הרישיון, הרי שמבדיקה כלכלית שערכה מרשתנו, ירדו מרבית השקעותיה, בסך של כ-8.5 מיליוני שקלים, לטמיון" (ההדגשה הוספה-ע'ב'). לא רק שחוות השקמים ידעה אפוא כי מופעל נגדה שעון עצר להוכחת "זיקה למקרקעין", אלא שגם היתה מודעת היטב

לאפשרות פקיעת הרישיון (לבד מן האפשרות לביטולו) במקרה של אי-עמידה באבני הדרך.

סוף דבר

53. סופו של דבר, נמצאנו למדים כי החלטה 1374 שקיבלה מועצת מקרקעי ישראל היא בלתי-חוקית – משום הפגמים שנפלו בהליך קבלתה, מבחינת התשתית העובדתית שעליה נסמכה ההחלטה; משום התוקף הרטרואקטיבי שנקבע לתחולת ההחלטה; ומשום חריגתה ממתחם הסבירות משלא ניתן משקל לשיקולי צדק חלוקתי ובהיעדר טעם ראוי לסטייה ממדיניותה הקודמת של המועצה. עוד נקבע כי ההחלטה טעונה את אישורו של שר האוצר מכוח חוק יסודות התקציב, וכי לנוכח אי-חוקיותה לא נפל פגם בהחלטתו שלא לאשרה, בהסתמך על חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה.

54. העולה מן האמור הוא שאם תישמע דעתי נדחה את שלוש העתירות.

העתירה בבג"ץ שר האוצר תידחה משמצאתי כי בדין נמנע שר האוצר מלאשר את החלטה 1374, וכי לא ניתן לאשרה.

מכאן נובע מאליו כי גם דין העתירה בבג"ץ המועצה להידחות, משממילא ניתן הסעד המבוקש בעניין זה, הוא הכרזה על בטלות החלטה 1374. לנוכח האמור, מתקבל הסעד המבוקש בדבר ביטול החוזה בין רמ"י לחווה להקמת המיתקן, שנחתם בעקבות פסק הדין בעניין מפעלי צאן – מחוזי, ביום 21.7.2013. עם זאת אין מקום להורות על מתן הסעד הנוסף שהתבקש בעתירה זו, והוא שרשויות המדינה "ימנעו מליזום ו/או לקבל החלטות נוספות ו/או פתרונות שונים ו/או להעניק הטבות למשיבות 6-7 [החוזה-ע'ב'] ו/או להתקשר עמן, באופן אשר יאפשר להן ליהנות מהמתקן הסולארי שהקימו" – בהיותו גורף, כללי ותיאורטי.

כך גם מתייתר כאמור הדיון בעתירה בבג"ץ רשות החשמל. בין אם הרישיון המותנה פקע כדין ובין אם לאו, כפי שהוברר החווה אינה עומדת בתנאים להיותו של הרישיון בתוקף, ולפיכך אין מקום להורות על בטלות הודעת רשות החשמל לחווה על פקיעת הרישיון. צו הביניים מיום 25.11.2014 מבוטל, ומשמע שרשות החשמל רשאית לפעול ביחס למכסה שיועדה לחוות השקמים בהתאם לשיקול דעתה של הרשות ובכפוף לדין.

55. לבסוף ולעניין הוצאות משפט ושכר טרחת עורכי הדין. בגדרי בג"ץ המועצה אציע כי נעשה צו להוצאות מאת החווה לתנועה לאיכות השלטון, בסך של 30,000 ש"ח. אמנם עתירתה של התנועה נדחתה, אך זאת תוך שניתן הסעד המבוקש בה – בטלות החלטה 1374 – ותוך שהתקיים הדיון המהותי שהציפה התנועה. לא יעשה צו

להוצאות לטובת המדינה בהליך זה, לנוכח היעדרו של פירוט ההליך המנהלי שהתקיים במועצה, בניגוד למצופה מהמדינה. בבג"ץ שר האוצר, שבגדרו נמצא כי לא נפלו פגמים בהחלטותיהם של שר האוצר ושל היועמ"ש, אציע להעמיד את סכום ההוצאות לטובת המדינה על סך של 20,000 ש"ח, חציו של הסכום מאת החווה וחציו מאת יתר העותרים, חברי קבוצת החקלאים. בבג"ץ רשות החשמל, עתירה שהדיון המהותי בה התייטר לנוכח התוצאה בבג"ץ שר האוצר, תשלם החווה למדינה הוצאות על הצד הנמוך, בסך של 5,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

החלטה 1374 היא החלטה שנתפרה בדיעבד למידותיה של חוות השקמים, החלטה פרסונלית, רטרואקטיבית, שנתקבלה בניגוד לדעתו של היועץ המשפטי של רשות מקרקעי ישראל, בניגוד לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה, וללא אישורו של שר האוצר שנהג בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה. גם באספקלריה של מירון אל המכסות ומירון אל התעריפים שנקבעו בשעתו, יש בהחלטה 1374 משום פגיעה בשוויון, כלפי אחרים שעמדו או שיכולים היו לעמוד במועדים ובתנאים הנדרשים. לדידי, די בכל אלה כדי לדחות את העתירה. משכך, איני רואה להידרש לשאלה הסבוכה, כשלעצמה, של שימוש לא-חקלאי בקרקעות שהוחכרו למטרה חקלאית, על מנת לסייע לחקלאים ולחקלאות במובן הרחב או לצורך אינטרסים נוספים, כמו שמירה על קרקעות המדינה.

אכן, לא כל כך נעים לראות מתקן סגור, מתקן שבו הושקעו, על פי הטענה, כ-8.5 מליון ש"ח, למטרה שעולה לכאורה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי לאנרגיה ירוקה. ואף על פי כן, יש לזכור שהורתו של המתקן בחטא הקדמון של "נעשה ונשמע", כאשר הפנייה לרמ"י כבעלים של הקרקע, נעשתה רק בשלב מאוחר.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לחוות דעתה היסודית של חברתי השופטת ברון ולהערות חברי השופט עמית. אוסיף דברים אחדים. צדקה באת כוח העותרת בבג"ץ 5134/14 שענייננו

כאן בתהליך קבלת ההחלטות אשר הוליד את החלטה 1374. מועצת רשות מקרקעי ישראל, "מועצת המנהלים" של הרשות, על האחריות הכבדה שמוטלת עליה בקביעת המדיניות החלוקתית של מקרקעי ישראל לדור ודורות, קיבלה החלטה באופן שלא התבסס על נתונים כראוי, בניגוד לחוות דעת מפורשת של היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לרשות, תוך רטרואקטיביות לא מוסכרת ותוך פגיעה בשוויון. בכך הוציאה שם לא טוב לגוף ציבורי חשוב כמו המועצה, שפעלה כאן – כפי שהראתה חברתי בעליל – באורח לא תקין. כבר היו דברים מעולם באותו גוף; פרשת ברכות המלח משכבר הימים היא דוגמה מובהקת לכך; ראו בג"ץ 9591/03 התנועה למען איכות השלטון נ' מועצת מינהל מקרקעי ישראל (2014) והתמונה העגומה שם כעולה מפסק דינה של המשנה לנשיא (כתארה אז) נאור, וראו גם בג"ץ 446/12 האגודה לצדק חלוקתי נ' מועצת מקרקעי ישראל (2012), שאליו הפנתה חברתי. הפרשה שנדונה בבג"ץ 6292/14 האגודה לצדק חלוקתי נ' מועצת מקרקעי ישראל היא במידה רבה כזאת. בהחלטת ביניים מיום 4.11.15 באותה עתירה, שעסקה בהחלטה 1370 של המועצה, נאמר בין השאר, "עוד מתבקש להבטיח, כי בדיון במועצה יובאו נתונים ועמדות לפני חבריה באופן שהשיקולים לכל הכיוונים יהיו נהירים כדבעי". דברים אלה מדברים בעדם, וסוף דבר שאותה החלטה בוטלה. אכן, גם בעבר היו מקרים שבהם נתקבלו החלטות שלא במסד נתונים ראוי, וחוששני – מעבר לתיק זה – שבתולדות המדינה היו כאלה אף החלטות הרות גורל; מקום שבו "שומרי הסף", היועצים המשפטיים, מתריעים ואין שומע לקולם, חובתו של בית המשפט להתערב. מקרקעי ישראל, רכוש הציבור, משאב לאומי ממעלה עליונה, ואשר שימוש בהם הוא טרף קל ומפתה – הזהירות לגביהם צריך שתהא כפולה ומכופלת.

ב. חוששני, למקרא החומר, כי פרשה זו ותהליך קבלתה של החלטה 1374 מצדיקים את התואר שדבק בישראל לעתים, "פארטצ'יה" או מדינת הפרטץ', על פי מילוני היידיש "רישול", ויהא מי שיאמר, כשם סיפורו של הסופר י"ל פרץ, ולהבדיל, "אם לא למעלה מזה". לנושא זה מזויות מסוימות הקדיש הסופר אפרים קישון את רשימתו "פארטצ'יה, אהובתי", בספר הכיפה הסרוגה ועוד כמה סאטירות (תשע"ג-1993, 19), והשאלה הרצינית עד מאוד שלפנינו היא היחס הבעייתי למקרקעי ציבור, ולשויוניות ככל הניתן שיש לנהוג בהם. הקורא את פסק דינה של חברתי ואת החומרים העגומים במבחן התוצאה שביסודו, אינו יכול שלא לתמוה כיצד כעשור השביעי למדינת ישראל מתקבלות החלטות בדרך זו. פסקאות 25-31 לפסק הדין מצביעות על חוסר נתונים, על היעדר הסברים ליחס שבין ההחלטה לבין היעדים הלאומיים בתחום האנרגיה הסולארית, ועל היעדר צידוק לרטרואקטיביות שעליה הוחלט. כמות שכותבת חברתי בפסקה 31, "יש ממש בטענת המדינה והתנועה, כי בסיטואציה הנוכחית יש

משום היפוך היוצרות: החלטה 1374 מגנה על האינטרסים של מי שפעלו בניגוד לדין, תוך הכרה של הרשות בזהותם המסוימת וללא ידיעה על אודות גורמים נוספים באותו מעמד, ונותנת פרי למאמציהם שהיו עד לאותה נקודת זמן מנוגדים לחוק". חברתי כתבה בלשון משפטית מקצועית, אך מאחוריה עומדת ביקורת נוקבת שיש לה כתובות; וכמובן קושי מרכזי הוא הפגיעה המובהקת בשוויון כלפי מי שהחלטה אינה חלה עליהם, מה שלא ייעשה. מדברי חברתי מתגלה איפוא, באופן מדאיג בלשון המעטה, תמונה קודרת של קבלת החלטות בגוף שכבר כשל בעבר. לתועלת הקורא שאינו בקי ברזי המשפט, הנה בפשטות: הכשרת מתקן פרטי לייצור חשמל, שלא צלחה בדרך המקצועית הישרה, חישבה להתקבל בהחלטה של מועצת הרשות בהליך פגום, תוך שחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לרשות היו כקליפת השום בעיני המועצה. איני מתעלם מכך שבשעתו חשב גורם משפטי מחוזי במינהל, וגם בית המשפט המחוזי בגלגול הראשון של ע"א 4547/13 מינהל מקרקעי ישראל נ' מפעלי צאן ישראליים (2013) – אחרת. ואולם, בינתיים ניתן פסק הדין באותו עניין, והאמור בו היה ברור בהקשר המשפטי.

ג. ההסבר שניתן בענייננו על ידי מנכ"ל משרד החקלאות דאז (פסקה 34 של חברתי) "לתמוך במתיישבים באשר הם ולאפשר להם לעשות את כל מה שניתן כדי לייצר שם הכנסות", כפי שתיארה חברתי בהרחבה, אינו יכול – בכל הכבוד – לעמוד לבדו, בהקשרי שוויון, ייעוד חקלאי של הקרקע, גודל נחלות רלבנטיות, רטרואקטיביות ונושאים אחרים, וראו בהקשר זה דברי חברתי (שם ובפסקה 35).

ד. כאן עלי להקדיש דברים קצרים ללקח שיש בפרשה זו – כיצד אין מערכת ציבורית צריכה להתנהג, ועד כמה חיונית השתתפותם של "שומרי סף" משפטיים ואחרים. יש טענה חוזרת ונשמעת בדבר "משפטיזציה" יתרה, אולם המשפטנים אינם קובעי המדיניות, ואילו היה הכל נעשה כדין לא היו עולות אותן טענות; אך ענייננו הוא דוגמה לכך שאילולא המעורבות המשפטנית היו נעשות שגיאות קשות. חכמי המשפט העברי אמרו מפי התנא שמעיה (משנה אבות א', י') "ואל תתודע לרשות", על כך אומר הפרשן ר' עובדיה מברטנורא "השררה קרויה רשות מפני שהרשות בידיה לעשות כרצונה". האיזונים והבלמים מטרתם למנוע אותו "כרצונה".

ה. נזדמן לי בעבר להידרש למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה בכובעו הייעוצי, והדברים יפים בשינויים המחויבים גם ליועץ המשפטי של משרד; ראו גם בהתאמה הנחיות 1.0000 ו-9.0000 של היועץ המשפטי לממשלה. בדנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית (2016) נזדמן לי לומר:

"אפתח בעניין היועץ המשפטי והתייצבותו; דבריי שאובים גם מניסיון במילוי תפקיד היועץ המשפטי לממשלה במשך קרוב לשבע שנים. מכל עובדי הציבור היועץ המשפטי מצוי אולי על הכיסא החם ביותר, ואחריותו כבדה עד מאוד; ניתן לומר כי בתוככי מערכת ציבורית-פוליטית של הממשלה, עליו להיות קולו של החוק, קול צלול ללא אינטרס פוליטי; ראו דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים בכהונתו (ועדת שמגר), תשנ"ט-1998, עמ' 23-24. בדבר האמון אותו רוחש המחוקק ליועץ המשפטי שיפעל באופן אובייקטיבי והוגן..."; ראו גם דינה זילבר, בשם החוק (2012); יצחק זמיר 'קו הגנה ראשון לשלטון החוק' (גלובס ל' בניסן – א' באייר תשס"ח, 5-6 במאי 2008); עידו באום, "שומרי הסף של שלטון החוק", The Marker, 16.7.2009.

ברשימתי 'יועץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק, מטלות ומורכבות במדינה יהודית, דמוקרטית ומקוטבת' מחקרי משפט י"ז (תשס"ב-2001), 7 (הובאה גם בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 41), נדרשתי לארבעת ה"כובעים" שחובש היועץ המשפטי (נתיבי ממשל ומשפט 43-45), והם ראשות התביעה הפלילית, ייצוג המדינה בבתי המשפט, הייעוץ המשפטי לרשויות וייצוג אינטרס הציבור (ויש אומרים כי ישנו כובע חמישי הוא כובע הטיפול בחקיקה); ראו גם רע"א 5208/06 דיוויס נ' מלכה (2006).

אחד ה'כובעים' שלראש היועץ המשפטי הוא אינטרס הציבור, הבא לכלל ביטוי בשימוש בפקודת ההתייצבות. זו לשונו של סעיף 1 לפקודה:

'ראה היועץ המשפטי לממשלה, כי זכות של מדינת ישראל או זכות ציבורית או עניין ציבורי מושפעים או כרוכים, או עלולים להיות מושפעים או כרוכים, בהליך פלוני שלפני בית משפט או לפני פקיד מסדר כמשמעותו בפקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין), רשאי הוא, לפי ראות עיניו, להתייצב באותו הליך ולהשמיע דברו, או להסמיך במיוחד את נציגו לעשות זאת מטעמו.'

הלשון רחבה מאוד, ודומה כי היא משקפת כוונה ברורה מאוד של המחוקק ל'שיק פתוח' של התייצבות היועץ, לא רק באשר לזכויות המדינה אלא גם בגדרי מונחים רחבים כמו 'זכות ציבורית או עניין ציבורי'; כביכול 'השמים הם הגבול'. ומכאן לטעמי ככל שירבה היועץ בשימוש בכך, לשם האינטרס הציבורי הרחב, הריהו משובח" (פסקאות ה'-ז').

ראו גם בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית (6.6.16) פסקה ד' לחוות דעתי, שם נאמר בין השאר "תפקידן של פרקליטות המדינה ופרקליטויות המחוזות על מחלקותיהן

הרלבנטיות בתחום האזרחי, הבג"צי והמינהלי בכלל, להציג לבית המשפט עמדה משפטית מאוזנת, וכך צריך שיהא גם בעתיד". אציין, למען הסדר הטוב, כי עניין גיוני מצוי בדיון נוסף. עוד ראו מאמריו של פרופ' יצחק זמיר, לשעבר היועץ המשפטי לממשלה (ושופט בית משפט זה) "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור לא משרת הממשלה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 451 (1993); "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא 411 (1986).

ו. פרופ' ח' זנדברג בספרו חוק יסוד: מקרקעי ישראל (תשע"ו-2016) בסדרה פירושו לחוקי היסוד (בעריכת י' זמיר) עומד (עמ' 32) על הערות בית משפט זה, כי הסדרים ראשוניים רבים ביחס למקרקעי ישראל נקבעים לא בחקיקה ראשית אלא בהחלטות של מועצת מקרקעי ישראל; ראו גם האסמכתאות שם (הע' 106) ובהן מאמרה של ד' ברק-ארז "בין ניהול ציבור להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המינהלי", בתוך צדק חלוקתי בישראל 203, 205 (מ' מאוטנר עורך, תשס"א). לשיטת המחבר יש בקבלת החלטות שלא בדרך חקיקה כמה יתרונות – של גמישות, ביקורת שיפוטית בגדרי משפט מינהלי ולא חוקתי ועוד. ואולם, דווקא עצם קיומן של הכרעות במועצה בנושאים חיוניים ורבי משקל מחייב עבודת מטה ומסד נתונים, וכמובן גם תפקידו של בית המשפט (ראו עמ' 58-62 בספרו של פרופ' זנדברג), בפיקוח על רשות מקרקעי ישראל שהיא נאמן הציבור – מתעצם (בג"ץ 4736/03 אלון נ' שר התעשייה והמסחר (2008); ע"א 1257/01 אביעזר נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(5) 625 (2003)). בנידון דידן עסקינן בנגזרת של הפרטה, ועל בית המשפט, על פי פסיקה לא מעטה, לפקוח עינו עליה בביקורתו השיפוטית על הרשות והמועצה (וראו עמדת העקרונית המסתייגת ממגמת ההפרטה היתרה של שירותים ציבוריים-שלטוניים – דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, 729-730 (2000); ובג"ץ 9488/11 מטריאל נ' משרד החקלאות ופיתוח הכפר (2014), פסקה כ'); נזכור כי תפקיד המועצה, לפי סעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, הוא בין השאר לקבוע "את המדיניות הקרקעית של הרשות". פרופ' זנדברג מציין (עמ' 98), והדברים מקובלים עלי בהקשר לענייננו: "בעיית הנציג של הדרג הפוליטי (בניהול מקרקעי ישראל - א"ר) חריפה אף היא ומועדפים אינטרסים של קבוצות לחץ או הישגים קצרי מועד בדעת הקהל על פני תועלת כלל-חברתית ארוכת טווח. ניהול מלאי המקרקעין הציבורי סובל מקשיי המשילות הכלליים של המשטר והמינהל הציבורי. כל אלה מקשים מאוד על הפקת התועלות המצופות משמירת הבעלות וגם גורמים לתופעת ההפרטה בטרם עת. הדרך האופטימלית לשיפור המצב היא טיפול בכשלי המשילות ולא דווקא בהפרטה בטרם עת". בנידון דידן, עסקינן – כאמור – בסוג של הפרטה ללא שהנושא לובן כדבעי.

ז. בע"א 4547/13 מינהל מקרקעי ישראל נ' מפעלי צאן ישראלים הנזכר מעלה, ציינה חברתי השופטת ברק-ארז, כי עסקינן בפרשנות ולא בעיצוב מדיניות (פסקה 37). החלטה 1374 ביקשה לעצב לכאורה מדיניות, אך כשלה בפרמטרים שתיארה חברתי השופטת ברון, ואחתום איפוא בקטע מדברי בעניין מפעלי צאן (פסקה ו'): "המשאב הציבורי מקרקעי-חקלאי אינו רק מקור חלוקה עכשוי. הוא נכס לדורות. השימושים בו צריך שיהיו מושכלים (הדגשה לא במקור - א"ר) ועל דעת גורמי המינהל, שבידם הפקיד המחוקק את האחריות"; אבל כמובן גם גורמי המינהל צריכים לפעול לפי חוק.

ח. כללם של דברים, דומני שחיוניות שומרי הסף בייעוץ המשפטי הוכחה בעליל, וכאמור אצטרף לחברתי.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, י"ג בחשון התשע"ז (14.11.2016).

שופטת

שופט

המשנה לנשיאה