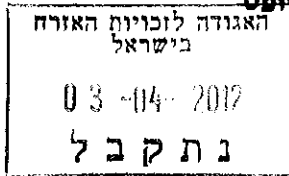


עת"מ 12-03-25573
בקשה מס' 1
קבוע בפני כב' השופט
רון שפירא



בבית המשפט המחוזי
בחיפה
בשבתו כביהמ"ש לעניינים מינהליים

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. אליאטר – עמותה לקידום תרבותי וחברתי – עכו
3. הקליניקה המשפטית לזכויות אדם בחברה – אוניברסיטת חיפה

העותרות:
(חמבקשות)

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 76, תל אביב
טל. 03-5608185; פקס 03-5608165

- נגד -

1. רשות מקרקעי ישראל
2. משרד הבינוי והשיכון

המשיבים:

ע"י פרקליטות מחוז חיפה (אזרחי)
שדי פליים 15 ת.ד. 550 חיפה
טל. 04-8634005; פקס. 04-8634011

3. העמותה לבניית שכונה דתית – עכו

מר' אברהם בן שושן 52, עכו
ע"י ב"כ עוה"ד יצחק קריטנשטיין ו/או דנה אשל
מר' סמילנסקי 4, נתניה 42504

4. העמותה לפיתוח עכו ובנייניה

ע"י ב"כ עוה"ד מנשה וחניש
מר' בן גוריון 1, בני ברק - 51292
(מנדלי ב.ס.ר. 2 - קומה 23)
טל. 03-5789898; פקס. 03-5701118
office@wacnish.co.il

תגובה מקדמית מטעם משיבה 4 לבקשה לצו ביניים

לקראת הדיון הקבוע ליום 4.4.12 בבקשה לצו ביניים (להלן: "הבקשה") שהגישו המבקשות (להלן גם: "העותרות") מוגשת בזה תגובה מקדמית של משיבה 4 (להלן: "המשיבה" ו/או "העמותה") לבקשה.

כמפורט להלן, אין ממש בבקשה ומבוקש לדחותה לחלוטין – ולמצער, ככל שהיא נוגעת למשיבה.

ואלה נימוקי התגובהא. מבוא – תמצית טענות המשיבה לבקשה

1. כפי שיובחר להלן, הבקשה והעתירה שצורפה לה (להלן: "העתירה") אינן מגלות שום עילה כנגד המשיבה, בוודאי לא עילה שמצדיקה מתן צו ביניים.
2. נקודת המוצא של העותרות הינה טענתן העובדתית כי מדובר כביכול, בעמותות אשר: "... הן משווקות בגלוי את הדירות ליהודים דתיים בלבד" (סעיף 11 לבקשה). ככל שהדברים נוגעים למשיבה הרי מדובר בטענה שאיננה אמת ומשוללת כל יסוד. **המשיבה קיבלה את כל מי שפנה אליה, דתיים וחילוניים כאחד. העמותה מעולם לא דחתה אף לא מועמד אחד שביקש להתקבל לשירותיה. למעשה, בניגוד למשתמע מטענות העותרות הרי שמרבית חברי המשיבה הינם חילוניים.**
3. אין בבקשה – וגם לא בעתירה, שום טענה עובדתית ביחס למקרה קונקרטי אחד שבו מאן-דהו טוען שהמשיבה הפלתה אותו לרעה ו/או דחתה את בקשתו להתקבל.
4. העתירה איננה אלא נסיון של העותרות להשתמש בהליך משפטי כדי לקדם את משנתן החברתית-אידיאולוגית במסווה של עתירה מינהלית.
5. לעותרות אין שום זיקה למכרזים נשוא הבקשה. העותרות לא השתתפו במכרזים ולטענתן אף לא ידעו אודות קיומם אלא רק לאחר שגילו באקראי, בפרסום עיתונאי, שהמשיבות 3,4 זכו בהם (כל משיבה וחמכרו שבו זכתה, בהתאמה). לעותרות אין שום מעמד בהליך המשפטי שנקטו ודומה כי תכליתן ומטרתן אינם אלא לנסות ולהשתמש בהליך המשפטי כדי לרתום את בית המשפט הנכבד לקידום משנתן החברתית ו/או האידיאולוגית. עם כל הכבוד, לא לכך נועד בית המשפט לעניינים מנהליים.
6. **העותרות אינן מצביעות על שום עובדה קונקרטית אחת, הנוגעת למשיבה, אשר יש בה כדי לבסס את טענותיהן בדבר "אפליה פסולה", כביכול.**
7. כפי שעוד יפורט להלן, המשיבה הינה עמותה עצמאית שהוקמה בחתאם לתנאי המכרז נשוא העתירה. המכרז איפשר לעמותות לגשת למכרז בחתאם לתנאים שנקבעו בו. המשיבה זכתה במכרז במתחם המיועד לבנייתן של 43 יחידות דיור. כחלק מתנאי המכרז, מספר חברי העמותה צריך להיות תואם למספר יחידות הדיור נשוא המכרז ובאופן שלכל חבר עמותה (לעניין זה בני זוג שהם תא משפחתי אחד – ייחשב כיחידה אחת) תוקצה יחידת מגורים אחת. **כל מי שפנה למשיבה (טרם הגשת ההצעה למכרז) התקבל. חילוניים ו/או דתיים כאחד. המשיבה לא דחתה אף לא פנייה אחת. טרם הגשת ההצעה**

המשיבה מילאה את מכסת חבריה עפ"י מספרן של יחידות הדיור. טענת העותרות בדבר "אפליה פסולה" משוללת כל יסוד.

8. לצורך בנייתן של יחידות הדיור התקשרה המשיבה עם חבי' "באמונה" כדי שזו תנהל עבורה את ניהול הבניה, את הפיקוח הנדסי, את ניהול מערכת גביית הכספים והתשלומים המגיעים מכל חבר ואת כל יתר ההיבטים המקצועיים הנדרשים לשם ניהולו של פרויקט מעין זה – בפרט, כאשר מדובר באוסף אנשים פרטיים וחסרי כל נסיון. לחבי' באמונה יש נסיון בהקמתם של פרויקטים רבים בכל רחבי הארץ ואין שום פסול בהתקשרות של המשיבה עם חברה זו.

9. בהעדר טענות עובדתיות של ממש, מבססות העותרות את טענותיהן (ככל שהדבר נוגע למשיבה) על כך שלפני קרוב לשנתיים, התראיין מנכ"ל חבי' באמונה בראיון עיתונאי כלשהו שבו השיב לשאלות שנשאל בעניין פרויקט ביפו אשר בינו לבין המשיבה ו/או בינו לבין העתירה דנן אין ולא כלום!! הנסיון "להדביק" למשיבה את אותן אמירות באותו ראיון, הינו נסיון נואל ומלאכותי שיש לדחות בשתי ידיים.

10. המשיבה הינה עמותה המחווה אישיות נפרדת לחלוטין מחבי' "באמונה", חברה לניהול פרויקטים, שפועלת על בסיס עסקי. המשיבה התקשרה עם חבי' "באמונה" בחסכם למתן שרותים מקצועיים לצורך הקמתן של היחידות וליווי הפרויקט מטעם המשיבה. העותרות מנסות לטשטש את ההבדל החד והברור בין המשיבה לבין חבי' באמונה ועל כך מבססות, הלכה למעשה, את טענותיהן בעתירה.

11. העותרות מרבות לצטט ולהפנות לעע"ם 1789/10 סבא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' (להלן: "פרשת סבא"). שם, עותרת 1 (האגודה לזכויות אזרח), ניסתה לפעול, ללא הצלחה, לביטול זכויותיה של חבי' באמונה במכרז ביפו, אשר בינו לבין העמותה אין ולא כלום. בתי המשפט (הן ביחמ"ש לעניינים מנהליים והן ביהמ"ש העליון, כערכאת ערעור) דחו את העתירה של עותרת 1. דומה כי העתירה דנן איננה אלא המשך ישיר למלחמת החורמה שמנחלת עותרת 1 בחבי' באמונה ובקהל לקוחותיה בעקבות כשלונה בפרשת סבא. העותרות מנסות לגרור את המשיבה למהלך זה ויש לדחותו על הסף.

12. הציטוטים מפרשת סבא המובאים בעתירה הינם ציטוטים חלקיים שמתעלמים מן העיקר. בתי המשפט דחו בסופו של יום את העתירה. במסגרת הנסיון של העותרות להיבנות מאמירות אגב של חבי' הנשיאה (כתוארה אז), הן מתעלמות מכך שבית המשפט חדגיש כי הוא איננו קובע מסמרות בשאלות שהונחו בפניו. בית המשפט בפרשת סבא לא סטה מחלכות קודמות של בית המשפט ולא שינה אותן. ההלכה הפסוקה עומדת בניגוד גמור לטענותיהן של העותרות. טענות העותרות עומדות בסתירה מוחלטת לזכויות חרות יסודיות של הפרט במדינה דמוקרטית.

13. בבקשה לצו ביניים, שתי השאלות שביהמ"ש בוחן הינן סיכויי העתירה ומאזן הנוחות. לשאלת מאזן הנוחות משקל רב יותר. (ראו בר"מ 2077/06 ימית ניהולית 2000 בע"מ נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבוא) וראו בר"מ 2139/06 מר ושות' (1982) בע"מ נ' משרד התשתיות הלאומיות-נציבות המים, אף הוא פורסם בנבו. במקרה דנן, מאזן הנוחות נוטה באופן מובהק לטובתה של המשיבה. למעשה, העותרות אינן מצליחות להצביע אפילו לא על "נפגע" אחד (!!)) אשר ייפגע אם יאושרו תוצאות המכרז !!

כפי שהודגש לעיל, אין אף פונה אחד שפנה למשיבה ולא התקבל כחבר לעמותה. כל מי שפנה, התקבל עד שהושלמה מכסת הפונים בהתאם למכסת הדירות נשוא המכרז.

מאידך, המשיבה וחבריה, כבר החלו להתארגן לקראת המשך קידומו של הפרויקט, גייסו המשאבים הנדרשים ומבקשים לממש את זכותם הבסיסית לדיור. קבלת צו הביניים תפגע במשיבה ובחבריה ללא כל צידוק.

14. גם סיכויי העתירה להתקבל קלושים. הדיון בעתירה בכלל ובצו הביניים בפרט, הינו דיון בשאלה תיאורטית בלבד, אשר מן המפורסמות היא שבית משפט נכבד זה איננו דן בעתירות תיאורטיות ו/או אקדמאיות.

15. לעותרות אין מעמד בעתירה זו, גם אם הן מציגות עצמן כעותרים "ציבוריים". העותרות מפנות לאמירת אגב שנאמרה בפרשת סבא אך מתעלמות מכך שביהמ"ש אמר את דבריו שם באמירת אגב, תוך הדגשה שביהמ"ש איננו קובע מסמרות בעניין. מאידך, ההלכה הפסוקה הינה כי על אף המגמה הכללית להרחבת "זכות העמידה" הרי שבענייני מכרזים חמגמה מצומצמת ביותר ובכל מקרה לא תהיה על דרך השיגרה (ראו ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי פ"ד נו(1) 883).

16. בניגוד גמור לנטען בבקשה הרי שהמשיבה לא קבעה שום קריטריון מפלה והיא נצמדה אך ורק להוראות המכרז ולתקנון שצורף אליו. העותרות אינן מצביעות מהיכן הבסיס לטענתן בדבר קיומם של "קריטריונים מפלים" ו/או קריטריונים המושתתים על "בסיס לאום ודת"; העותרות אינן יכולות להצביע על קריטריונים "מפלים" ולו מהטעם הפשוט, שאין בנמצא קריטריונים כאלה !! טענותיהן של העותרות נטענות על דרך הסתם.

17. למעלה מן הצורך יצויין כי העתירה (וממילא גם הבקשה) לוקה בשיהוי ניכר, גם אליבא לטענתן של העותרות; דחינו- העותרות טוענות כי, כביכול, הקריטריונים ששמשו בסיס לקבלתם של חברי העמותה אינם קריטריונים "סבירים". כמובן שאין ממש בטענה זו והיא נטענה על דרך הסתם. עם זאת, אם וככל שהיה ממש בטענה זו, הרי שהיה על העותרות להגיש

את עתירתן עוד קודם לסגירת המכרז. המכרז בנוי באופן שבחלק מתנאיו נכללת החובה של העמותה לכלול מספר חברים במכסה של יחידות הדיור. תנאי זה חייב את העמותה לחשלים את מספר חבריה עוד בעת הגשתה למכרז. אם העותרות סברו שהקריטריונים לפיהם פעלה העמותה לא היו תקינים היה עליהן לפעול עוד בטרם יסתיימו הליכי המכרז ובטרם תוכרז זכייתה של העמותה.

18. מבלי לגרוע מכל האמור לעיל ורק כדי שחלק מטענות העותרים לא תשארנה ללא התייחסות, יצוין כי בפרשת סבא בית המשפט השאיר בצריך עיון את כל השאלות שעלו שם תוך הדגשה כי בדין של אמירות אגביות הוא איננו קובע מסמרות.

יש לזכור כי אחת מזכויות היסוד של הפרט הינה זכות ההתאגדות, זכות שהוכרה בפסיקה (ראו רע"א 7504/95 גאנץ יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד (2) 45). יש לזכור כי לפרט הזכות הבסיסית לבחור כיצד ועם מי ברצונו לחיות את חייו בקהילה תרבותית (ראו פרשת סבא וראו בג"צ 4909/98 "עם חופשי" לחופש דת, מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, המאוזכר בפרשת סבא).

טענותיהן של העותרות "מתנגשות" עם זכויות היסוד הללו (כמו גם בעניין חופש הביטוי באשר לטענות שהן מעלות בעניין הכתבה בעיתון שהתפרסמה בעניין המכרז ביפו של חב' באמונה).

ב. רקע עובדתי

19. כחלק מהמהלכים שנוקטים משיבים 1 ו-2 (מינהל מקרקעי ישראל ומשרד הבינוי והשיכון) להקטנת עלויות הדיור ואפשרות לייצר פתרונות דיור מוזלים ובני השגה, מפרסמת המדינה מכרזים המיועדים לקבוצות רכישה המתאגדות אך ורק כעמותות. מכרזים מעין אלה מונעים ממשקיעים "לספסר" בקרקע, מוזילים את מחירי הדיור.

20. במסגרת תנאי המכרז מחוייבות אותן עמותות לפעול ולאמץ תקנון שנוסח ע"י ממ"י ומשהב"ש, תקנון שנכלל גם כחלק מתנאי המכרז (להלן: "התקנון"). תקנון העמותה הנ"ל הינו המסמך המרכזי והבסיס לפעילותה של העמותה. התקנון קובע כיצד תתנהל העמותה, כיצד יש לקבל החלטות, מהם התנאים לקבלתם של חברים ואו להוצאתם מחעמותה בעל כורחם ויתר הנושאים המפורטים בתקנון. יודגש כי נוסחו של התקנון ותנאיו מוכתבים ומנוסחים ע"י משיבים 1 ו-2 (מינהל מקרקעי ישראל ומשרד הבינוי והשיכון) ובאופן שאין לעמותה או לחבריה את הסמכות לשנותו.

21. בהסתמך על תקנון זה הוקמה המשיבה, המשיבה אימצה את התקנון ככתבו וכלשונו. מצ"ב פנספח מש/1 תעודת התאגדותה של המשיבה כעמותה, הבקשה לרישום שהוגשה לרשם החברות ותקנון המשיבה.

22. כל חבר שפנה וביקש להצטרף כחבר במשיבה, התבקש לחתום על בקשת הצטרפות (להלן: "בקשת הצטרפות"). בקשת הצטרפות נוסחה עבור המשיבה ע"י יועצה המשפטיים. העתק מבקשת הצטרפות מצ"ב כנספת מ/ש/2.

23. מעבר לתקנון ולבקשת הצטרפות אין שום קריטריונים נוספים. כמפורט בבקשת הצטרפות, הבקשה מסדירה בעיקר את ההיבטים הטכניים של הפרויקט ואת חובותיו של כל חבר וחבר בעמותה.

24. די לעיין במסמכי ההתאגדות ובבקשת הצטרפות כדי לדחות מכל וכל את טענותיהן של העותרות. אין במסמכי ההתאגדות שום קריטריון או אפילו איזכור כלשהו לעניין דת או לאום. בניגוד גמור לטענת העותרת, המשיבה לא נקטה שום "מדיניות שיווק מפלה", כנטען ע"י העותרות.

25. כאמור, כל מי שפנה למשיבה, ללא יוצא מהכלל, התקבל כחבר במשיבה. אף פונה לא נדחה. בבדיקה שנעשתה בעקבות הנטען בעתירה עולה כי מרבית חברי האגודה מגדירים עצמם כ"חילונים".

26. יודגש כי עפ"י תנאי המכרז חל החובה על העמותה להתקשר בהסכם עם חברת ניהול שאמורה לספק לה שרותי ניהול וליווי של הפרויקט. בנוסף לכך, למשיבה אין שום נסיון בהקמת פרויקטים. לפיכך, חיה על המשיבה להתקשר בהסכם עם חברת ניהול שתלווה אותה, תמורת תשלום, בהקמת הפרויקט ובניהולו-ובכלל זה לצורך פיקוח הנדסי, ניהול כספי, יעוץ בנושאי התכנון וקבלת חיתר בניה, הכנת אומדנים, ניהול מו"מ עם קבלנים וכיוצא באלה. לאחר בדיקה ביחס למסי חברות וגופים מקצועיים החליטה המשיבה להתקשר עם חב' "באמונה" בהסכם למתן שרותי ניהול. העתק מההסכם שנחתם בין העמותה לבין חב' אמונה י.ז. ייזום וניהול בע"מ (לעיל ולהלן: "חב' באמונה") מצ"ב כנספת מ/ש/3.

27. המשיבה אכן זכתה באחד מהמתחמים נשוא המכרז, המיועד לבנייתן של 43 יחידות דיור והיא נערכה לקראת הקמתו.

ג. העמותה (המשיבה) הינה גוף נפרד לחלוטין מחב' "באמונה"

28. המשיבה הוקמה כעמותה לצרכי המכרז. חב' באמונה הינה חב' ניהול בעלת ותק ונסיון רב העוסקת שנים בתחום זה של פרויקטים ובליווי קבוצות רכישה.

29. עצם העובדה שהעמותה התקשרה עם חב' "באמונה" בהסכם לקבלת שירותי ניהול איננה הופכת את העמותה לאחראית לפעילות אחרת של החברה או לאמירות של מנהליה או מי מעובדיה. מאידך, אין לחברת באמונה שום סמכות בנוגע לקבלת החלטות של העמותה – ובכלל זה אין לה שום סמכות לקבל חברים לעמותה. יודגש כי עפ"י

התקנון הסמכות לקבלת חברים מסורה אך ורק למועצת העמותה ולא לשום גורם אחר, בוודאי שלא לגורם חיצוני כמו חברת "באמונה".

ד. לעותרות אין זכות עמידה בחליך דנן

30. בע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי (פ"ד נו(1) 883, 893) סקר ביהמ"ש העליון את ההתפתחות שחלה בפסיקה לעניין "זכות העמידה" בענייני מכרזים. בין היתר נאמרו שם הדברים הבאים:

"זכות העמידה בכל הנוגע למכרזים הורחבה בפסיקתנו במהלך השנים, אף כי מסיבות הקשורות באופיו ובתכליתו של הליך המכרז-ובהו בעיקר הצורך ביעילות הליכי המכרז-לא הורחבה זכות העמידה באותה מידה שהורחבה בכל יתר העניינים הנוגעים לעתירות לבית המשפט הגבוה לצדק. בעניינו זה עולה השאלה בדבר זכות העמידה לטעון כנגד מכרז בשעה שהטוען לא השתתף במכרז כלל. משאמרנו כי אפשרות זו קיימת אך במקרה מתאים שלא על דרך השיגרה, עלינו לבחון מהו המקרה יוצא-הדופן שלא נדקדק בו בשאלת זכות העמידה ביחס לעותר שלא השתתף במכרז..."

במקרה דנן, לא הוכיחו העותרות כי מדובר בענין "יוצא דופן" שמקנה להן מעמד בעתירה על אף שלא השתתפו ולא נטלו בו חלק.

31. בניגוד לנטען ע"י העותרות, הרי שבפרשת סבא ביהמ"ש הדגיש כי הוא איננו מכריע בשאלת זכות העמידה של עותר ציבורי בדיני המכרזים. לעניין זה נקבע בפרשת סבא:

"הערעור שלפנינו מעורר שאלות חשובות בשורה של נושאים, ובהם מעמדם של עותרים ציבוריים בדיני המכרזים, כפיפותם של תאגידיים פרטיים לאיסור ההפלייה מטעמי דת ולאום, היקף הפיקוח הנדרש של המינהל על אופן שיווק הקרקעות המוחכרות על ידו וחוקיות הקצאת מקרקעין לקבוצות בעלות מאפיינים תרבותיים או דתיים יהודיים. שאלות חשובות אלה לא תוכרענה במסגרת פסק דינו זה נוכח נסיבותיה הקונקרטיות של הפרשה שלפנינו....אמנם נוטה אני לדעה כי למערערים הקובלים כנגד פגם בעקרונות היסוד המובהקים של מכרז מטעם רשות ציבורית יש זכות עמידה להעלות טענות כנגד תוצאות המכרז על אף שלא השתתפו בו (השוו: "ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נז(1) 338 (2003)); כן סבורה אני כי יש יסוד לטענה כי המינהל נדרש לפקח על אופן שיווק המקרקעין בשווין ללא הפליה גם על ידי חברות פרטיות הזוכות במכרזים המוצאים על ידו, כאשר

המקרקעין הם מקרקעי המינהל על כל המתחייב מכך. עוד יתכן כי יש ממש בטענה שהציבור הדתי לאומי אינו בגדר קבוצת מיעוט הדורשת הגנה על מאפייניה הדתיים והתרבותיים הייחודיים, בפרט כאשר מדובר בקרקע המיועדת לדיור בתחום ישוב עירוני; ובהתחשב במיקומו של המגרש הנדון. אולם, בגסיבות העניין איננו רואים כי עלינו להכריע בסוגיות הללו כיוון שאין זה מעשי להעניק למערערים את הסעד המבוקש על ידם..." (הדגשות שלי). (מ.ו.).

32. בשולי הדברים יצויין כי טענתן של העותרות-ובעיקר של עותרת 2 (עמותת אליאטר), כי היא פועלת "לחולל שינוי חברתי בקרב האוכלוסייה הערבית בעיר" ומתמקדת בסיוע בחינוך ודיור לאוכלוסייה זו מהווה, במובן מסויים, סתירה מינייה וביה בנוגע לטענותיהן. מדוע לעמותת אליאטר "מותר" לפעול לפתרונות דיור דווקא לאוכלוסייה הערבית בעיר ואילו לעמותות אחרות, לשיטתן של העותרות, אין זכות כזו כאשר מדובר באוכלוסייה יהודית?? הרי מדובר במכרז פתוח לכל.

על סתירה זו עמד ביהמ"ש לעניינים מינהליים בת"א בפרשת טבא כאשר דחה עוד בפעם הראשונה את העתירה שהגיש שם עותרת 1. דומה כי הדברים שנאמרו שם יפים, בשינויים המחוייבים, גם למקרה דנן. העתק מפסקי הדין של ביהמ"ש לעניינים מינהליים בפרשת טבא מצ"כ כנספחים מש/4 מש/5.

ה. עתירה תיאורטית

33. בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי ביהמ"ש איננו נדרש לעתירה תיאורטית:

"עתירה המוגשת לבית המשפט צריכה להיות בעלת נפקות מעשית. עתירה שאינה מקיימת את דרישת המעשיות היא עתירה תיאורטית. במשפט המינהלי, בדרך כלל, עתירה תיאורטית לא תידון לגופה. "הלכה היא שבית משפט זה אינו נדרש לעתירות תיאורטיות". הדברים נכונים גם כאשר העתירה התיאורטית מעלה שאלות משפטיות חשובות ועקרוניות". (המשפט המנהלי, כרדן||, "עילות הסף", אליעד שרגא ורועי שחר). (ראו גם בג"צ 10126/04 פועלים אי.בי.אי. בי הממונה על הגבלים וראו בג"צ 2406/05 עיריית באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה).

34. במקרה דנן אין שום נפגע קונקרטי. אין שום פונה שנדחה. ממילא אין בכך כדי לפשט את זכיותם של תמשיבה וחבריה במכרז.

ו. מאזן הנוחות וסיכויי העתירה

35. בבחינת בקשה לצו ביניים, בוחן ביהמ"ש את סיכויי העתירה ואז מאזן הנוחות. לעניין זה ראו בר"מ 5286/02 בלעם חברה לבניין ופיתוח בעמ' 1 א.י.ש.י.ש.ר. נכסים והשקעות בע"מ (פורסם בנבו):

"בעת בחינת בקשה לצו ביניים על בית המשפט לשקול את סיכויי העתירה ואת "מאזן הנוחות". (ראו בר"מ 8777/06 מפעלי תחנות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה טבריה (לא פורסם) [פורסם בנבו] 19.11.2006); בר"מ 2077/06 ימית ניהולית 2000 בע"מ נ. עריית ירושלים (לא פורסם) [פורסם בנבו] 09.3.2006) נפסק כבר כי שני השיקולים משפיעים אחד על השני, אך לרוב השיקול המשמעותי יותר מבין השניים הוא שיקול "מאזן הנוחות" (בר"מ 8777/06 הנ"ל; בר"מ 2139/06 מר ושות' (1982) בע"מ נ' משרד התשתיות הלאומיות - נציבות המים. (לא פורסם) [פורסם בנבו] 6.4.2006); בשג"ץ 2598/95 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה (לא פורסם) [פורסם בנבו] 30.4.1995"

36. סיכויי העתירה להתקבל, קלושים אם בכלל. העתירה איננה מגלה שום עילה של ממש לטענות העובדתיות הנטענות כלפי המשיבה. בנוסף, העתירה הינה תיאורטית בלבד, בהעדר נפגע קונקרטי כלשהו.

זאת ועוד-העותרים שבים ומפנים לפרשת סבא, אך מתעלמים מן העיקר. והעיקר הוא שבפרשת סבא דחה, בית המשפט לעניינים מנהליים את טענת העותרת 1 (ראו פסקי הדין המצורפים) גם הערעור נדחה בסופו של יום.

37. מאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת המשיבה. בהעדר צד נפגע כלשהו, הרי שמתן צו ביניים יעכב את השלמת הליכי המכרז. וישבש את לוח הזמנים של מימוש הפרויקט לזמן לא ידוע. יתר על כן, עפ"י תחזית מומחים בענף הבניה, שירותי הבניה ומוצרי הבניה צפויים להתייקר באופן משמעותי הן לאור העלייה התלולה במחירי הדלקים והחשמל, (שמחווים רכיב משמעותי מאוד בייצור מוצרי הבניה), הן לאור צמצום מכסות העובדים חוזרים בענף והן לאור הגידול הצפוי בהתחלות בנייה בארץ נוכח החלטת ממשלת ישראל ביישום המלצותיה של ועדת טרכטנברג (בניה של כ 185,000 יחידות דיור ב 5 שנים הקרובות).

ככל שהמשיבה תקדים את התקשרותה עם קבלנים ומספקי שירותים ותתחיל בבניה היא תצליח לחסוך עלויות ניכרות עבור חברה. אין לשכוח כי כל הרעיון המונח בבסיס המכרז הנו לגרום להוזלה משמעותית במחירי הדיור. צו ביניים עלול לגרום לתוצאה הפוכה.

38. זאת ועוד – הגשתה של העתירה כבר החלה לגרום לחלק מחברי המשיבה להסס האם להמשיך בתשלומים הנדרשים לצורך קידום הפרויקט. יצויין כי הפרויקט נמצא בשלב שבו יש לבצע תשלום לאנשי תכנון, יועצים, אדריכלים וכו'. עיכוב התשלומים, עקב צו ביניים יגרום לדחייה מהותית בחליכי התכנון בהוצאת היתרי חבנית, ויגרום נזק של ממש על כל המשתמע מכך.

ז. טענת העותרות עומדות בניגוד גמור לזכויות יסוד של הפרט

כללי- סמכות העמותה עפ"י התקנון

39. כידוע, לא כל אפליה הינה אפליה פסולה. תנאי המכרו אוסרים אפליה פסולה-ברם; הם עדיין משאירים שיקול דעת לעמותה לסרב לקבל חבר /או לגרום להוצאתו של חבר בעל כורחו. סעיף 6 לתקנון העמותה, עוסק בקבלת חברים משתכנים לעמותה. סעיף 6א' מקנה למועצת העמותה את הסמכות להחליט באשר לקבלת חברים לכל מי שעומד בקריטריונים סבירים שנקבעו על-ידי העמותה. סעיף 6ד' לתקנון מעניק למועצה שיקול דעת:

"בדונה בבקשת המבקש להצטרף לעמותה, תשקול מועצת העמותה כל שיקול שהוא לדעתה לטובת העמותה וחבריה".

40. מכאן, שעצם הפנייה של מועמד להתקבל כחבר לעמותה איננו מקנה זכות אוטומטית לקבלתו כחבר ועדיין ניתן שיקול דעת המונחה עפ"י טובת האגודה וחבריה.

ח. זכות ההתאגדות-כזכות יסוד

41. לא אחת, קבע ביהמ"ש העליון כי זכות ההתאגדות הינה אחת מזכויות היסוד ומחירויות האדם. ברע"א 7504/95 גאנס יאסין ואח' נ' רשם המפלגות ואח' (פ"ד ז' (2) 45, 58):

"10. הזכות החוקתית הראשונה היא זכות ההתאגדות. "זוהי זכות שהיא אחת מחירויות האדם". (השופט זוסמן בד"נ 18/61 רשם החברות נ' כרדוש [2] בעמ' 1220): "חופש ההתאגדות הוא מעיקרי המשטר הדמוקרטי ואחת מזכויות היסוד של האזרח". (השופט ויתקון בבג"ץ 253/84 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה (להלן פרשת ג'ריס [3] בעמ' 679) "...אחת מכל זכויות האזרח המוכרות בכל חברה דמוקרטית - זכות ההתאגדות" (בג"ץ 124/70 שמש ואח' נ' רשם החברות [4] בעמ' 509) "חופש ההתאגדות כבר הוכר כבר עת רבה כאחת מחירויות היסוד של האדם"... (הנשיא שמגר בע"א 4531/91 נאסר ואח' נ' רשמת העמותות [5] בעמ' 301) היטיב להביע זאת הנשיא שמגר בציינו:

"זכות ההתאגדות היא זכות יסוד הן מבחינת זכויותו האישיות של האזרח במדינה דמוקרטית, הן מבחינת העיקרים החברתיים המנחים אותה והן מבחינת אופייה כמדינת חוק. חופש ההתאגדות הוא זכות היחיד והכלל, והוא תנאי שאין בלעדיו לקיומה של הדמוקרטיה". (ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' ב' כהנא ואח' [6] בעמ' 106).

אכן, לכל אדם בישראל נתונה הזכות להתאגד, יחד עם האחרים, לשם קידום מטרות משותפות. התאגדות לשם הקמתה של מפלגה פוליטית מהווה אך מקרה מיוחד הנגזר מזכות ההתאגדות הכללית. הגבלה על חירות ההתאגדות כמפלגה מהווה אפוא גם הגבלה על זכות ההתאגדות הכללית."

42. על אף שאין זה המקרה דנו, הרי שעצם העובדה שקבוצת פרטים מבקשת להתאגד יחדיו על רקע חברתי ו/או אידיאולוגי משותפים (בין אם במגזר יהודי ובין אם במגזר הערבי ו/או בכל מגזר אחר) כדי להקים יחדיו את בתי מגוריהם, מהווה ביטוי לגיטימי לזכות ההתאגדות. אין לראות בכך פסול כלשהו ובלבד שאפשרות הגישה למכרזים היא שוויונית ופתוחה לכל. אין לראות בכך אפליה אסורה.

43. עובדה היא שעותרת מסי' 2 (עמותת אליאטר) חרתה על דגלה לסייע למגוריהם של ערבים בעכו. איך בכך פסול. כך גם ביחס לקבוצות נוספות. מה שמותר ולגיטימי לעמותת אליאטר מותר ולגיטימי גם לעמותות במגזר היהודי.

44. תנאי חמכרז אוסרים "אפליה פסולה בעת שיווק הדירות". התארגנות של חברי קבוצה הנמנים על זרם מסויים (בין אם חרדים, בן אם "דתיים לאומיים") איננה בגדר "אפליה פסולה" לדוג' – אם קבוצה של משפחות שומרי שבת מעוניינת לחקים יחדיו בית דירות שדיריו יהיו שומרי שבת בכל הנוגע לרכוש הציבורי והמשותף – מה פסול בכך?? ויודגש – הכרה בזכות ההתאגדות של פרטים המבקשים להקים קהילה משותפת (ואפילו בעיר) איננה בגדר "אפליה פסולה". עצם רצונם להתאגד כקהילה איננה מהווה חדרתם של אחרים – שכן, זכות ההתאגדות פתוחה באופן שווה לכולם. אין כאן העדפה של קבוצה מסוימת אלא רצון לממש זכות חירות בסיסית.

ט. הזכות לחיים בקהילה

45. בנוסף לזכות ההתאגדות, זכות יסוד, עומדת לפרט הזכות לחיים בקהילה תרבותית התואמת את אורח חייו והשקפת עולמו. גט בפרשת סבא הכיר בית המשפט בזכות זו. בית המשפט אף ציין כי הקצאת מקרקעין לקבוצה בעלת מאפיינים תרבותיים או דתיים יהודיים איננה בהכרח אפליה פסולה והיא מחייבת איזון בין הזכות החוקתית לשיווין לבין זכויות אחרות כגון הזכות לחיים בקהילה תרבותית. בית המשפט נמנע מלקבוע את

המבחנים לכך- ברם; ברור מעל לכל ספק, גם לשיטת ביהמ"ש בפרשת סבא, **כי עצם התאגדותם של פרטים בעלי מאפיינים וצרכים תרבותיים וקהילתיים איננה בהכרח הופכת אותם למי שנקטו אפליה פסולה.**

46. אם בוחנים את פסיקת בית המשפט העליון נראה כי עצם הפרדת מגורים, גם באותה עיר, בין יהודים לערבים איננה בהכרח הפרדה פסולה. בבג"צ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר (פ"ד לב) (2) (800) דן ביהמ"ש העליון בפרוייקט שיקום הרובע היהודי בעיר ירושלים. באותו עניין, בנתח החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בירושלים בע"מ (חברה ממשלתית) בתי מגורים חדשים והציעה אותם להחכרה רק **ליוצאי צבא**. העותר, ערבי במוצאו, עתר נגד תנאי זה. ביהמ"ש דחה את העתירה והכיר ביחודו של הרובע היהודי לתושבים יהודים. בין היתר קבע כבי השופט חיים כהן:

"... הצורך בשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה התעורר רק מפני שצבאות ירדן פלשו אליו וגירשו את היהודים ושדדו רכושם והרסו בתיהם. מטבע הדברים הוא שהשיקום בא לשם החזרת עטרת הישוב היהודי בעיר העתיקה לישנה, כדי שליהודים יהא שוב, כמו שהיה בעבר, רובע מיוחד להם, ליד רובעי המוסלמים והנוצרים והארמנים. אין כל הפליה פסולה בייחודם של הרובעים הללו. רובע רובע ועדתו."

47. בבג"צ 528/88 אליעזר אביטון נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' (פ"ד מג (4) 297) עסק ביהמ"ש העליון בהקצאת מגרשים לבניה במחיר מסובסד לאוכלוסיה בדואית בלבד. העותר, יהודי במוצאו, טען לאפליה פסולה. גם כאן, דחה ביהמ"ש טענה זו והכיר ביחודיות הקהילתית של הבדואים:

"האופי ודרך החיים של נוודים ללא ישובי קבע מסודרים, על כל הכרוך בכך, הם העושים את הבדואים לבני קבוצה ייחודית, שהמשיבים סבורים שראויים הם לסיוע ולעידוד, תוך התייחסות מיוחדת, מפלה לטובה, ולא העובדה שהם ערבים. והא ראייה, שלא רק ליהודים, אלא גם לערבים - דרוזים או מוסלמים - או לכל מי שאיננו בדואי, אין המינהל מוכן להחכיר מגרש ביישוב.

נראה לי, על-כן שהקצאת משאבי ציבור מוגברים וייחוד היישוב לבדואים בלבד לא נעשו מטעמים של הפליה על רקע לאומי, וכל הטענות בדבר נטל ההוכחה וטיב השיקולים הראויים, כשבאים לפגוע בזכות לשוויון ללא הבדל גזע או לאום, אין עניינן לכאן."

48. בעע"מ 8354/04 האגודה לסינוע וחגנה על זכויות הבדואים בישראל ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה – ועדת משנה לעררים ואח'. (פורסם בנבו) הכיר בית המשפט העליון בחקצאת אדמה מאדמות המדינה לקבוצת אוכלוסין בעלת מאפיינים מיוחדים.

"... מימוש ערך השוויון עולה בקנה אחד גם עם ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסיה בעלות מאפיינים מיוחדים, על פי צרכיהן ושאיפותיהן..."

49. בבג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון (פ"ד נד (2) 503) הכיר בית המשפט העליון (כבי' השופטת ביניש) בזכות הפרט להתגורר בסביבה שבה, הוא ובני קהילתו, יכולים לשמר את אורחות חייהם:

"...אמר בפתח הדיון בסוגייה שלפנינו, כי הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול. (ראו בג"צ 1/98 כבל נ' ראש ממשלת ישראל; וכן בג"צ פורז הנ"ל). האפשרות להקצות משאבי קרקע לבנייה עבור קבוצת אוכלוסין אחת, אשר על-פי צרכיה יש הצדקה לאפשר לה בנייה נפרדת הוכרה כבר בבית משפט זה גם ביחס לאוכלוסייה אחרת - האוכלוסייה הבדואית. (בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (להלן: בג"צ אביטן)). ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צרכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת גישה רווחת כיום בקרב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד - בין יתר זכויותיו - לממש את השתייכותו ולקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה אישית שלו; (ראו לעניין זה: בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 278-279; מאמרו של אייל בנבנישתי: "נפרד אבל שווה בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא (תשנ"ח), 769).

50. בבג"צ 1/98 ח"כ איתן כבל נ' ראש ממשלת ישראל (פ"ה נג(2) 241) הכיר בית המשפט העליון בהצדקה להקצות אזורי דיור למגזר החרדי.

51. העותרות מקדישות חלק ניכר מטענותיהן בהסתמך על הלכת קעדאן. יצויין כי בעניין קעדאן לא הוקצו המקרקעין בהליך של מכרז - ולפיכך, מדובר במקרה השונה באופן מהותי מהמקרה דין שבו המשיבה נגשה למכרז, שחיה פתוח לכל, וזכתה בו. בעניין קעדאן נמנעה מהעותר האפשרות לגשת למכרז.

52. הזכות לחיי קהילה נתמכת גם בקרב האקדמיה. כנגד חדעות שמביאות העותרות בעתירה ממאמרו של ד"ר גונטובניק, ניתן לתביא כמשקל נגד מאמרים של אנשי אקדמיה אחרים המתנגדים לטענות העותרות.

53. פרופ' רות גביוון, במאמרה "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" (משפט וממשל ו' תשס"א, 25) מציינת בין היתר, את הדברים הבאים:

"מוסכם כי המדינה מחוייבת שלא להפלות על בסיס לאום, באופן ישיר או עקיף. אולם אפליה היא טיפול שונה שאינו מוצדק, ושאלת-המפתח היא האם ומתי, בהקשר שלפנינו, טיפול הרגיש לזהות הלאומית או הדתית של אנשים יכול להיות מוצדק ולכן לא להיחשב אפליה פסולה? מכיון שפסק-דין עצמו מדגיש, כי לעיתים יכולה להיות הצדקה לקחת בחשבון שיקולים של השתייכות לאומית או דתית, השאלה החשובה היא זיהוים של הנסיבות ותנאי-הרקע שבהם שיקולים כאלה רלבנטיים."

וחמשך (שם, עמ' 35):

"קל לקבוע שהדרה אינה מוצדקת אם היא מבוססת על "גזענות", אבל האם נכון תמיד שהרצון לחיות בקהילות הומוגניות מבוסס על גזענות בלבד? האם החשש לאלימות ולמתחים, או לחוסר-יציבות ולהתדרדרות בערך הנכסים ובאיכות החיים, אינם אינטרסים לגיטימיים? איך ניישב את החלטת בג"ץ עם העיקרון, כי אסור למדינה להגביל את חירות הפרטים ולהחליט בעצמם עם מי יחלקו את ביתם או את שכונתם? מדוע כוחות השוק והבחירה הכלכלית עדיפים בעינינו על העדפות עמוקות לגור בשכונה אחת עם בני קבוצת הלאומית, הדתית או הגזענית?

54. פרופסור אליאב שוחטמן, במאמרו: "חוקיותה וחוקתיותה של התיישבות יהודית בארץ ישראל" (משפט וממשל כרך ו', עמ' 209) עוסק אף בשאלה דומה. בין היתר הוא מציין (על רקע פסק הדין בעניין בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר תאוצר) את הדברים הבאים:

"וכי יש בסיס להבחנה בין הרובע היהודי בירושלים ובין יישוב יהודי קהילתי במקום כלשהו בארץ ישראל? דומה בעיני, שאם נכון לומר כי ישנה הצדקה לייחודיותו של הרובע היהודי בירושלים כמקום מגורים לאוכלוסייה יהודית בלבד, ישנה גם הצדקה לייחודיותו של כל יישוב קהילתי אחר בארץ המבקש לקיים במסגרת התיישבותית הפתוחה בפני יהודים בלבד. מה שאינו נחשב

כאפליה פסולה לגבי הרובע היהודי בירושלים אינו יכול להיחשב כאפליה
לגבי יישוב קהילתי אחר במקום כלשהו בארץ."

ובהמשך (עמ' 123):

"לא עלה בידי להבין מדוע במדינה יהודית אין זו זכותו היסודית של יהודי לחיות במסגרת קהילתית יהודית, הן כדי לנהל את אורחות-חיוו בסביבה חברתית-תרבותית כרוחו הן כדי להימנע מחיכוכים עם בני עם אחר על רקע גורמים שונים שאין צורך לפרסם.


"... אינני סבור, שזכותה של קבוצה לשמור על תרבותה ועל אורח-חיייה ורצונה למנוע התבוללות כפויה צריכות להיות נחלתן של קבוצות מיעוט בלבד. סבורני, שרבים הם היהודים החיים בארץ אשר עזבו את מקומות מושבם בגולה כדי לשמר את תרבותם ואת אורחות חיייהם במסגרת יהודית. וכי זכותם של יהודים אלה – שיייתכן כי הם הרוב – צריכה להיות מקופחת רק משום שהם נמנים עם הרוב? ושלא צריכים היהודים בארצם לשאוף לחזור למצב של מיעוט כדי ליהנות מן הזכות לשמר את תרבותם ואת אורחות-חיייהם באין מפריע?"

י. סיכום

55. כך או אחרת, בוודאי שהעתירה דגן איננה המקום לברר את כל השאלות המורכבות הללו. יש לדחות את נסיונו של העותרות לגרור את בית המשפט לדון בשאלות הללו, שכלל אינן נצרכות לשם הכרעה בעתירה.

56. מבוקש, איפוא, לדחות הבקשה ולחייב העותרות, ביחד ולחוד, בהוצאות ובשכ"ט עו"ד.

57. ייאמר מיד כי האמור בתגובה זו איננו ממצה את כל טענותיה של המשיבה והיא שומרת על זכותה להוסיף עליהן, אם וככל שיידרש.


מנשה וצניש, עו"ד
ב"כ משיבה 4