

24 ביוני, 2012

לכבוד
מר יהודה וינשטיין
היועץ המשפטי לממשלה

שלום רב,

הנדון: החלטת ממשלה 4465 – הקמת שכונות בירושלים עבור משרתי קבע בכוחות הביטחון

1. הריני לפנות אליך ולבקשך להנחות את הממשלה ואת רשות מקרקעי ישראל (רמ"י), כי ההחלטה שבנדון אינה חוקית, שכן היא פוגעת באופן לא מידתי בזכות החוקתית לשוויון בנגישות למקרקעי המדינה ובצדק החלוקתי.
2. החלטה 4465 מיום 20.5.12 קובעת, כי הממשלה החליטה להנחות את רשות מקרקעי ישראל "להקצות במהלך השנים 2012–2015, קרקע בפטור ממכרז בעיר ירושלים, למשרתי כוחות הביטחון (צבא ומשטרה), באזורים או בשכונות בירושלים בעלות מאפיינים מיוחדים המצדיקים את ההקצאה בפטור כאמור על פי שיקול דעתו של המינהל". החלטה זו משמעה, שניתן יהיה להקים שכונות סגורות על מקרקעי מדינה בעיר ירושלים, שבהן תינתן זכות לרכוש דירה רק לאנשי קבע בכוחות הביטחון (צבא ומשטרה).
3. תקנה 25 (24) לתקנות המכרזים מאפשרת, אמנם, להעניק בפטור ממכרז זכויות במקרקעין "למי שמשרתים בכוחות הביטחון או עבורם, במסגרת מיזם של בניית שכונת מגורים המתבצעת ביוזמת צבא הגנה לישראל ובאישור שר הביטחון". אלא שלשון התקנה מצביעה על כך שיש צורך להראות טעם מיוחד, שנטוע בשיקולי הצבא או משרד הביטחון, להקמת שכונה סגורה למשרתי קבע בכוחות הביטחון, וזו הסיבה בגינה נקבע שהשכונה חייבת להיות ביוזמת הצבא ולקבל אישור של שר הביטחון. בוודאי שאין בתקנה משום היתר גורף להקמת שכונות סגורות למשרתי קבע.

פגיעה בזכות לשוויון

4. הקצאה סלקטיבית של מקרקעין ציבוריים לפי פרמטר של שירות בכוחות הביטחון מעוררת קשיים. רמ"י מחויבת להקצות קרקע תוך שמירה על הזכות לשוויון ועל הצדק החלוקתי. על מנת להבחין בין פלוני לאלמוני יש להראות כי קיים ביניהם שוני רלוונטי להגשמת תכלית ראויה הרגישה לזכויות אדם.
5. בעניין **בשורה** פסק בית המשפט העליון, כי הבחנה המבוססת על קריטריון של שירות צבאי אינה בהכרח הבחנה מותרת או הפליה פסולה. "אין לקבל את העמדה הגורפת לפיה מדיניות הבאה להיטיב כלכלית עם המשרתים בצבא ובשירות לאומי הינה תמיד מדיניות מפלה. אף אין לקבל את העמדה הגורפת לפיה מדיניות מעין זו היא תמיד חוקית".

בג"ץ 11956/05 בשורה נ' שר הבינוי והשיכון (2006)

6. באותו עניין נדונה חוקיותה של ההחלטה להגדיל את גובה המשכנתא המסובסדת של אלו ששירתו בצבא. בית המשפט פסק, כי ההבחנה מותרת שכן "חוסר היכולת של המשרתים בצבא ובשירות הלאומי לעבוד ולהשתכר למחיתם בתקופת שירותם משפיע על מצבם הכלכלי של המבקשים הלוואות לפי חוק הלוואות לדיור". בית המשפט הדגיש כי בכל מקרה אין מדובר בתנאי סף, וכי גם מי שלא שירת זכאי לקבל משכנתא מסובסדת, וכי הפרש אינו בלתי סביר.

7. בעניין הייב, בו דן בית המשפט העליון בפטור ממכרז להקצאת קרקע ל"בני מיעוטים" ששירתו בכוחות הביטחון שנתיים לפחות (תקנה 24(א25) לתקנות המכרזים). נקבע, בדומה, כי תכלית הפטור ממכרז, כמו גם במתן הטבות כלכליות שונות נוספות, היא לצמצם את הפער הכלכלי הנוצר בין האוכלוסייה המשרתת לבין זו שאינה משרתת, שכן "המשרתים שירות צבאי אינם יכולים לעבוד ולהשתכר בתקופה זו, מעבר למשכורתם הצבאית המוגבלת".

בג"ץ 11088/05 הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל (מיום 19.8.10)

8. בעניין שמסי אישר בית המשפט לעניינים מינהליים מתן עדיפות לחיילים משוחררים צ'רקסים במסגרת הקצאת מגרשים לבניה עצמית, לפי תקנה 24א לתקנות המכרזים. גם כאן ציין בית המשפט, כי השוני הרלוונטי נובע מכך ש"קבוצת המשרתים בכוחות הביטחון שונה במאפייניה, מאלה שלא שירתו, בעיקר בשל כך שהמשרתים בצבא מקדישים מזמנם וממרחם לטובת כלל הציבור. הם אינם יכולים לעבוד ולהשתכר למחיתם בתקופת שירותם. ככל שההבחנה מתבססת על מאפיינים אלה, וככל שהיא רלוונטית לתכלית המכרז בו עסקינן, אין לראות בה הפליה פסולה". בית המשפט אף הוסיף, כי בעקבות העתירה שינה המינהל את תנאי המכרז כך ש"קריטריון השירות הצבאי איננו מהווה עוד תנאי סף. לפיכך, מתבקשת המסקנה שהמינהל הפעיל את קריטריון השירות הצבאי באופן סביר ומידתי".

עת"מ (נצרת) 201/09 שמסי נ' מינהל מקרקעי ישראל (מיום 20.12.09)

9. הפסיקות שציינתי מעוררות קושי רב, אך הן מבליטות את חוסר החוקיות של ההחלטה דנן. בניגוד להצדקות שצוינו לעיל, אין מדובר בעניינים בפיצוי לחיילים משוחררים על אבדן כלכלי בשל השנים בהם שירתו בשירות סדיר ולא יכלו להשתכר או ללמוד. מדובר כאן בקצינים ובקצינות ובנגדים ובנגדיות, שבחרו בקריירה מקצועית בצבא או במשטרה, ומתוגמלים על כך בשכר ובהטבות רבות נוספות (שכוללות בין היתר יציאה מוקדמת לפנסיה, מימון לימודים אקדמאיים והטבות כלכליות רבות). לפי נתונים שפרסם משרד האוצר, משכורתם הממוצעת של רוב משרתי הקבע גבוהה מ-15,000 ₪ לחודש (בערך כפול מהשכר הממוצע במשק), ואנשי מקצוע שהם אנשי קבע משתכרים משמעותית יותר ממקביליהם בשירות המדינה.

10. בנוסף, בניגוד לאמור בעניין בשארה, כאן השירות הוא תנאי סף למגורים בשכונה. לכן לא מדובר כאן רק בהטבה למשרתי קבע אלא בהטבה שבאה על חשבון אלו שאינם אנשי קבע בכוחות הביטחון. ההחלטה דנן אינה רק מטיבה עם המשרתים, אלא פוגעת ומדירה את אלו שאינם משרתים מטעמי מוגבלות או גיל, או שפטורים משירות מטעמי לאום, מצפון ודת (כמו ערבים וחרדים ששיעורם בירושלים גבוה). להחלטה יש השפעות ברורות על עיצוב המרחב

והפיכתו למקוטב וסגרגטיבי יותר כמו גם על צמצום אפשרויות המגורים של רוב תושבי העיר ירושלים, בין ששירתו בשירות חובה ובין אם לאו, המשוועים לפתרונות דיור.

11. יש לזכור כי בעיר ירושלים מחסור חריף בקרקעות ציבוריות לבניה, כך שיש טעם לפגם להקצאתן בפטור ממכרז דווקא לאוכלוסיה אמידה ומבוססת מחוץ לעיר במקום לעשות שימוש בקרקעות אלו לצורך דיור בר השגה לתושבים הסובלים מצוקת דיור.

12. יתר על כן, ההחלטה להקים שכונות לאנשי קבע בירושלים אינה באה לשרת תכלית הקשורה לתפקוד הצבא ו/או לצרכי הצבא בעיר ירושלים. למיטב הבנתנו זו אינה יוזמה של הצבא או משרד הביטחון אלא של העירייה. ונדגיש כי אין באמור כדי לחוות דעה על קיומן של נסיבות כאלו במקרים ובמקומות אחרים.

13. זאת ועוד, המהלך גם לא ייטיב בצורה אחידה עם אנשי הקבע, אלא רק עם בני המזל שיזכו במכרזים ו"יגרפו את כל הקופה", ויש להניח כי המהלך ייטיב דווקא עם אלו מאנשי הקבע שמצבם הכלכלי משופר ויכולים להרשות לעצמם רכישת דירה בערכי הדיור של ירושלים. בית המשפט העליון העיר לאחרונה לממשלה על כך, ששימוש במכרזים איננו דרך נאותה להיטיב עם משרתי מילואים, והדבר יפה גם לאנשי הקבע.

בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל (מיום 7.6.12), פיסקה 18.

14. נראה שבבסיס החלטה עומד אך ורק הרצון של העירייה לנצל את התקנה כדי להקים בירושלים שכונות סגורות לאוכלוסיה המועדפת על פרנסיה, שתבוא ברובה מחוץ לעיר, קרי – צעירה, בריאה, בעלת הכנסה גבוהה מהממוצע, יהודית ברובה ולא חרדית. כלומר – כדי לסנן אוכלוסייה, או כדי למשוך אוכלוסייה מסוימת על ידי הקמת שכונה סגורה, הומוגנית במאפיינים רבים, ומדירה אוכלוסיות המהוות חלק בלתי נפרד מהעיר ירושלים. זו אינה תכלית ראויה למתן פטור ממכרז, זו אינה התכלית של התקנה, ומכאן – שמתן הפטור והקמת שכונות סגורות למשרתי קבע בכוחות הביטחון מהווים אפליה אסורה בנסיבות העניין.

15. גם האופן שבו נקבע, כי הקרקע תינתן בהתאם ל"מאפיינים המיוחדים" של השכונות בירושלים, מעלה חשש כי שיקול זר עומד בבסיס ההחלטה. זו הכוונה עמומה ונתונה לפרשנות שרב הנסתר בה על הגלוי.

16. לסיום אוסיף, כי אין במכתבי כדי לשלול תגמול הולם לאנשים שבחרו בקריירה צבאית או משטרתית, שישקף את הערכת החברה ואת רצונה להפוך מקצועות אלו לאטרקטיביים ולהגדיל את יכולתה להתחרות בשוק הפרטי. אלא שככלל, יש להימנע ממתן תגמול דרך מתן זכות להדיר ולהפלות אזרחים אחרים ועל חשבון זכויותיהם, ובמיוחד לא באמצעות הקמת שכונות מגורים סגרגטיביות בחסות הממשלה.

היעדר קריטריונים למתן פטור ממכרז

17. תקנה 25(24) לתקנות המכרזים מסמיכה, כאמור, את המדינה להקצות קרקע בפטור ממכרז בנסיבות המתוארות בה, אך ככל הידוע לנו מעולם לא נקבעו קריטריונים מפורטים ושקופים להפעלת הסמכות. הדבר בולט בהחלטה דנן, שהתקבלה ללא נימוקים או הסברים, ונראית

שרירותית לחלוטין. מתן סמכות להקצאת טובין ציבוריים שלא על פי פרמטרים שקופים וידועים מראש מובילה לאפליה ולשרירות, וגם בכך יש פגם.

ר' בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (מיום 22.5.12), בפיסקה 35.

לאור האמור במכתבי, אבקשך להנחות את הממשלה לבטל את ההחלטה, שכן אין זה חוקי להקצות קרקע ציבורית בפטור ממכרז לשימושם הבלעדי של משרתי קבע בכוחות הביטחון בירושלים.

כמו כן, אבקש, כי תנחה את מועצת מקרקעי ישראל, שעליה לקבוע קריטריונים שקופים וברורים להפעלת הסמכות שבתקנה 25(24), שישקפו את חובת המדינה לשמירה על הזכות החוקתית לשוויון בנגישות למקרקעין הציבוריים – וזאת בטרם תפעיל את הסמכות.

בכבוד רב,

גיל גן-מור, עו"ד

העתקים:

מר אריאל אטיאס, שר הבינוי והשיכון ויו"ר מועצת מקרקעי ישראל

מר צבי האוזר, מזכיר הממשלה

מר יעקב קוינט, יועמ"ש רמ"י

מר ניר ברקת, ראש עיריית ירושלים