

העותרת: **האגודה לזכויות האזרח בישראל**

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או  
דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה  
מרגלית ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או תמר פלדמן ו/או נסרין  
עליאן ו/או קרן צפריר ו/או ראויה אבורביעה ו/או משכית בנדל  
ו/או רגד ג'ראיסי ו/או אן סוצ'יו ו/או שרונה אליהו-חי

**מהאגודה לזכויות האזרח בישראל**  
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154  
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

**המשיבות:**

1. **הממשלה**

2. **רשות מקרקעי ישראל**

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

3. **עיריית ירושלים**

ע"י המחלקה המשפטית, עיריית ירושלים  
כיכר ספרא 1, ירושלים 91007  
טל': 02-6297592; פקס: 02-6296490

## **עתירה לצו תנאי**

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבה 1 לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטת ממשלה 4655 מיום 20.5.12 שמנחה את המשיבה 2 להקצות במהלך השנים 2012–2015 קרקע בפטור ממכרז בירושלים, למשרתי קבע בכוחות הביטחון.

## **בקשה לצו ביניים**

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבה 2 לא להקצות קרקע בפטור ממכרז על בסיס החלטת ממשלה 4655, וזאת עד להכרעה בעתירה. הקצאה כזו תיצור עובדות בלתי הפיכות ותסכל את האפשרות לקבל את הסעד המבוקש בעתירה.

## ואלה נימוקי העתירה:

### מבוא

הממשלה החליטה להקצות קרקע בירושלים בפטור ממכרז ולייעדה אך ורק לאנשי קבע, בעלי קריירה צבאית בכוחות הביטחון. האם רשאית הממשלה לחלק קרקע פטורה ממכרז לקבוצה שהיא רוצה ביקרה, בניגוד לחוק חובת המכרזים ולחובתה לכבד את הזכות החוקתית לשוויון? זאת השאלה המונחת לפתחו של בית משפט נכבד זה.

הלכה מבוססת היא שבניהול מקרקעי המדינה על המדינה לנהוג בשוויון וכי לכל אזרח זכות שווה לרכוש זכויות בקרקעות המדינה. אין המדינה רשאית להפלות בין אדם לאדם או לתת יחס מועדף לאדם אחד על פני חברו, כשאין ביניהם שוני רלוונטי להשגת תכלית ראויה ורגישה לזכויות אדם. הפליה מהווה גם קביעת תנאי שלא ממין העניין לרכישת הזכויות בקרקע. מכוח החובה לכבד את זכות החוקתית לשוויון בנגישות למקרקעי המדינה, נקבע בחוק חובת המכרזים, כי הקצאת קרקעות המדינה תיעשה, ככלל, במכרז פומבי.

בבסיס לפטור מחובת המכרז, נאחזת הממשלה בתקנה 25(24) לתקנות חובת המכרזים. בתקנה זו נקבע, כי ניתן להעניק קרקע בפטור ממכרז "למי שמשרתים בכוחות הביטחון או עבורם, במסגרת מיזם של בניית שכונת מגורים המתבצעת ביוזמת צבא הגנה לישראל ובאישור שר הביטחון". אלא שתקנה זו נתפסת על ידי המשיבים כאישור גורף להקמת שכונות סגורות לאנשי קבע בלבד, גם בנסיבות בהם אין הדבר משרת כל צורך מיוחד של הצבא.

בענייננו לא הוצגה כל זיקה בין הקצאת קרקע בפטור ממכרז למשרתי קבע בלבד בירושלים, לבין תפקידם הצבאי של אנשי הקבע, ולא נטען כי שכונה נפרדת וסגורה לאנשי קבע נדרשת לתפקוד תקין של הצבא. היוזמה להחלטה נשוא העתירה הייתה של הממשלה ושל העירייה ולא של הצבא. מכאן שהחלטת הממשלה מהווה אפליה פסולה. נראה שכל מטרתה היא להתגבר על החובה לפעול בשוויון כדי להקים שכונות סגורות לאוכלוסיה המועדפת על פרנסי העיר.

### העובדות

1. ביום 20.5.12, יום ירושלים, התכנסה הממשלה לישיבה חגיגית עם ראש עיריית ירושלים, מר ניר ברקת, בגבעת התחמושת, והחליטה כדלקמן: "להנחות את מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל"), להקצות במהלך השנים 2012–2015, קרקע בפטור ממכרז בעיר ירושלים, למשרתי כוחות הביטחון (צבא ומשטרה), בהתאם לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, וזאת באזורים או בשכונות בירושלים בעלות מאפיינים מיוחדים המצדיקים את ההקצאה בפטור כאמור על פי שיקול דעתו של המינהל".

#### **העתק החלטת הממשלה מצורף ומסומן ע/1**

2. בישיבת הממשלה אמר ראש הממשלה, כי "אנחנו נקבל החלטות היום על הקלות לאנשי כוחות הביטחון, הצבא, המשטרה, על-מנת שיוכלו לגור בירושלים, בשכונות. זה חשוב מאוד, כי יש

מצוקת דיור ויש גם דרישה גדולה לדיור הזה". ראש הממשלה לא ציין כי קיימת יוזמה של הצבא או של משרד הביטחון בהקמת שכונה כזו.

#### **העתק פרוטוקול ישיבת הממשלה מצורף ומסומן ע/2.**

3. ביום 20.6.12 פנתה העותרת ליועץ המשפטי לממשלה וטענה כי ההחלטה אינה חוקית, שכן היא פוגעת בזכות לשוויון. האגודה טענה כי משרתי הקבע אינם קבוצה הזקוקה לטיפול נפרד ומועדף בהקצאת מקרקעי המדינה, אלא זו קבוצה מקצועית שמתוגמלת היטב בשכר ובתנאים נוספים, ונהנית משכר ממוצע גבוה, כך שביחס לאוכלוסיה הכללית, קשה לטעון כי יש אינטרס ציבורי לתת הקצאה נפרדת ומוזלת (בשל הפטור ממכרז) דווקא לקבוצה מקצועית זו, במיוחד שבהקמת שכונה כזו אין כל זיקה ברורה וישירה לשירות הקבע ולצורכי הצבא, כנדרש בתקנה 25(24).

#### **העתק המכתב מיום 20.6.12 מצורף ומסומן ע/3.**

4. ואכן, משרתי הקבע, קצינים ונגדים, כקבוצת ההתייחסות, מתאפיינים בשכר גבוה מהשכר הממוצע במשק והוא עולה בשיעור ניכר ככל שמתקדמים בסולם הדרגות. לעניין זה, לאחרונה פירסם משרד האוצר את נתוני השכר בשירות המדינה לשנת 2011. לפי דוח זה השכר הממוצע לקצינים ונגדים בצבא הקבע הוא 12,463 ₪ בממוצע. שכר זה כולל גם סמלים וקצינים צעירים בשנת קבע, שהם לא קהל היעד הטבעי של הפרויקט. כאשר מדובר בסרן, השכר הממוצע הוא מעל 11,000 ₪, רב סרן זכאי לסכום הקרוב ל-20,000 ₪ בחודש וסגן אלוף מרוויח כמעט 29,000 ₪ בחודש. משרתי הקבע נהנים מהטבות רבות נוספות, כמו גיל פרישה מוקדם, מימון לימודים אקדמאיים והטבות רבות נוספות.

הדוח על הוצאות השכר בשירות המדינה מצוי באתר משרד האוצר, <http://www.mof.gov.il>

5. יודגש, כי אין העותרת מלינה על תגמולם של אנשי הקבע, והדבר משקף את הצורך של החברה בגיוס כוח אדם איכותי לקריירה צבאית, אלא שהנתונים מראים כי אין מדובר בקבוצה "חלשה" מבחינה כלכלית, או כזו שמתקשה, באופן יחסי, יותר מאחרים להבטיח לעצמה דיור נאות, אלא דווקא בקבוצה מקצועית "חזקה" הנהנית מרווחה כלכלית.

6. ביום 12.11.12 התקבל במשרדי העותרת מכתב מאת נציג היועץ המשפטי לממשלה הדוחה את הטענות, וקובע ללא נימוק כי אין פגם בהחלטת הממשלה. מכאן העתירה.

#### **העתק מכתב נציג היועץ המשפטי לממשלה מצורף ומסומן ע/4.**

### **הטיעון המשפטי**

#### **החובה להקצות את מקרקעי המדינה בצורה שוויונית ובאמצעות מכרז פומבי**

7. הכללים המשפטיים בעניין חובתה של רשות שלטונית לנהוג בשוויון הם ברורים, ונקבעו הן בחוקי המדינה והן בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. הכלל הבסיסי הוא, כי לכל אדם זכות שווה להתמודד על רכישת זכויות במקרקעין שמציעה המדינה. אסור למדינה להפלות בין אנשים

המבקשים להתמודד על המקרקעין. אפליה פסולה תיחשב כאבחנה לא עניינית בין אנשים בעלי נתונים שווים או שהשוני ביניהם אינו שוני רלוונטי. השוני הרלוונטי נגזר מהתכלית של הקצאת המקרקעין. אפליה כזו היא פגיעה בזכות לכבוד והיא לא חוקתית.

בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) (2000); בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002); רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 231, 221 (1995); בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 801, 793 (1992).

8. כדי להבטיח את השמירה על הזכות לשוויון נקבע בחוק, כי זכויות במקרקעי המדינה יועברו רק במכרז פומבי. המכרז נועד להבטיח תחרות הוגנת בתנאים שווים בין כל המעוניינים. כלל זה מעוגן גם בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992. על פי החוק, המדינה לא תתקשר בחוזה לביצוע עסקה במקרקעין אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו (סעיף 2(א) לחוק). המדינה יכולה לקבוע תנאים שונים במכרז ובלבד שאינם מפלים בין המציעים. אסור שהתנאים יפלו בין מציעים מחמת אחת הקטגוריות ה"חשודות", כמו לאום, דת, וכיוצ"ב (סעיף 2(ב)), אך גם קביעת תנאים שלא ממין העניין תיחשב אפליה פסולה (סעיף 2(ג)).

9. החוק מתיר לשר האוצר, באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בתקנות סוגי עסקאות בהן ניתן לבצע עסקה במקרקעין ללא מכרז או באמצעות מכרז סגור. אלו החרגי. מטרת החוק היתה לאפשר לרשויות גמישות לקדם מטרות ציבוריות חשובות בנסיבות מוצדקות. המקרים בהם ניתן פטור ממכרז נקבעו בתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993. עם זאת, בתקנות המכרזים נקבע, כי בכל מקרה יש להעדיף מכרז פומבי על פני מכרז סגור או פטור ממכרז (תקנה 1(ב)). כמו כן, נקבע כי גם כאשר ישנו היתר לפטור את הרשות מעריכת מכרז פומבי, עליה לפעול באופן שקוף ככל הניתן בנסיבות העניין, הוגן ושוויוני, המבטיח את מרב היתרונות לגוף הציבורי (תקנה 1(א)).

10. כפי שכתב ד"ר עומר דקל בספרו, "עיון בתקנות חובת המכרזים מגלה כי שר האוצר עשה שימוש נדיב – דומה כי אף נדיב מדי – בסמכות שהקנה לו המחוקק... בסך הכל כוללות כיום תקנות חובת המכרזים 82 הוראות פטור מעריכת מכרז. זהו מספר עצום של הוראות פטור, החורג מכל קנה מידה סביר". ומוסיף ד"ר דקל וטוען: "הוראות הפטור, רבות ככל שיהיו, הן עדיין בגדר חריג לכלל המחייב. נוסף על כך ראוי להתחשב בכך שהתקשרות של הרשות עם גורם פרטי ללא עריכת מכרז עשויה להיחשב כפגיעה לא מידתית בחופש העיסוק של מתקשרים פוטנציאליים אחרים, וכפגיעה בזכותם של מתקשרים פוטנציאליים אלה לשוויון הזדמנויות. **המסקנה המשפטית הנובעת מכך היא שאת הוראות הפטור ראוי לפרש על דרך הצמצום**".

עומר דקל **מכרזים** כרך א 217-219 (2004) (ההדגשה הוספה).

11. בפרשת **הייב** עמד בית המשפט הנכבד על הצורך לפרש בצמצום את תקנות הפטור. הוא התייחס לתקנה 25(24א) לתקנות חובת המכרזים, לפיה התקשרות של מינהל מקרקעי ישראל לביצוע

עיסקה במקרקעין איננה טעונה מכרז, כאשר נושא ההתקשרות הוא הענקת זכויות במקרקעין ביישובי המיעוטים למי שמשרתים או שירתו בכוחות הביטחון במשך שנתיים לפחות לצורך בנייה למגורים, לפי המלצת משרד הביטחון. העותרים באותו עניין שירתו תקופה קצרה מ-24 חודשים וביקשו מבית המשפט להחיל גם עליהם את התקנה, באמצעות פרשנות. בית המשפט דחה את העתירה ופסק, כי "חובת מכרז היא הכלל והפטור האפשרי הוא חריג לכלל. . . נוכח האמור – יש לוודא כי החריג יהיה אכן מצומצם וספציפי. . . משמעות של כלל פרשני מצר זה הוא כי אין לקבל את טענת העותרים כי יש "לקרוא אל תוך התקנה" או לתקנה, כך שכל מי שסיים את שירותו הצבאי כדין, אף אם בפועל תקופת שירותו היתה קצרה משנתיים (זו התקופה הקצובה בתקנות) – יכלל בה" (בג"ץ 11088/05 הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל (מיום 19.8.10), בפיסקה 17).

### **תקנה 25(24) לתקנות חובת המכרזים**

12. התקנה הרלוונטית לעניינו הינה תקנה 25(24) לתקנות חובת המכרזים. נקבע בה, כי ניתן להעניק קרקע ציבורית בפטור ממכרז "למי שמשרתים בכוחות הביטחון או עבורם, במסגרת מיזם של בניית שכונת מגורים המתבצעת ביוזמת צבא הגנה לישראל ובאישור שר הביטחון".

13. **מלשון התקנה ומתכליתה עולה, כי אין מדובר באישור גורף להקצאת קרקע ללא מכרז להקמת שכונות לאנשי קבע, אחרת לא היה נדרש, כי הקמת השכונה תהיה ביוזמת צה"ל ובאישור שר הביטחון.** הסייגים הללו נועדו להבטיח, כי מדובר במקרה בו השכונה נדרשת לצה"ל בשל זיקה ישירה וברורה בין הקמתה לבין צרכיו המקצועיים של הצבא, והצורך באישורה על ידי שר הביטחון מלמד כי מדובר בהחלטה חריגה, המחייבת אישורו של השר הממונה על מערכת הביטחון בעצמו.

14. גם מבחינה תכליתית יש לפרש את התקנה בצורה מצומצמת. תכלית הסמכות לקבוע מקרים בהם יינתן פטור ממכרז במקרים חריגים אינה כדי לקדם או להעדיף קבוצה חברתית או מקצועית מסוימת על פני שאר התושבים, אלא לאפשר למדינה לקדם מטרות ציבוריות חשובות בנסיבות מיוחדות. המטרה הציבורית חייבת לשרת את כלל הציבור. על כן, המטרה הציבורית המגולמת בתקנה 25(24) אינה מתן זכות יתר לאנשי קבע, המבקשים להתבדל בשכונות משלהם, אלא לקדם צרכים של הצבא בנסיבות ייחודיות.

15. לעניין זה יפים דבריו של בית המשפט הנכבד בעניין **עיריית אילת**: "יש שבהציעה למכירה נכס השייך לציבור פועלת הרשות לא לקידומו של האינטרס הרגיל (קרי: השגת התמורה הכספית הגבוהה ביותר), אלא לקידומו של אינטרס ציבורי אחר. **אינטרס כזה מתקיים כאשר הקצאת הנכס, לחלק מבני הציבור, מיועדת להשגתה של תכלית ציבורית מוגדרת.** בכגון דא עשויה הרשות להציע את הנכס לא למרבה במחיר, אלא במחיר קבוע וידוע מראש, ואף במחיר נמוך משווי הריאלי. בכך תוענק לזכאים טובת הנאה, על חשבון הציבור, אך הדבר ייעשה לקידום מטרה (מדינית, משקית או חברתית) שהיא מענייניו של כלל הציבור. כך הוא, למשל, כשהמכרז מיועד לסייע בשיכון של זוגות צעירים, עולים חדשים או אוכלוסיות חלשות; או לעודד התיישבות

במקום מסוים לשם פיתוחו והרחבתו... (ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749, 760 (1995) (ההדגשה הוספה)).

**בהיעדר זיקה ישירה וברורה בין הקמת השכונה לצרכיו המקצועיים של הצבא לא מתקיימות הנסיבות להקצאה ללא מכרז**

16. בענייננו לא הוצג כל צורך מצד הצבא בהקמת שכונה לאנשי קבע בלבד בירושלים, והיוזמה, כפי שעולה מפרוטוקול ישיבת הממשלה, כלל אינה של הצבא אלא של עיריית ירושלים והממשלה. גם בתשובה לפניית העותרת ליועץ המשפטי לממשלה לא הוצגה כל זיקה בין צרכי הצבא לבין הקמת שכונה לאנשי קבע בלבד בירושלים. הטעמים שהציג ראש הממשלה בישיבת הממשלה הם שיש בירושלים מצוקת דיור וכי יש ביקוש לשכונה לאנשי קבע.

17. לגבי הטעם הראשון – מצוקת הדיור בירושלים אכן חריפה, אך הסמכות להקצות קרקע בפטור ממכרז לאוכלוסיית משרתי הקבע לא נועדה כדי להתמודד עם מצוקת הדיור אלא לקדם את צרכי הצבא. ממילא פעולה כזו לא רק שאינה פותרת את מצוקת הדיור של תושבי העיר, אלא דווקא מחריפה אותה.

18. אם הממשלה מעוניינת להשתמש בקרקעות המדינה לפתרון מצוקת הדיור, היא צריכה לייעדן לפי קריטריונים ענייניים ורלוונטיים לפתרון מצוקת הדיור. בית המשפט הנכבד כבר פסק, כי כאשר המדינה רוצה לתת סיוע למצוקה חברתית, כמו מצוקת הדיור, עליה לפעול באופן אוניברסאלי לפי אמות מידה ממלכתיות: "מצוקת דיור היא אותה מצוקה לכל משפחה נזקקת. כל הנוקקים לסיוע מהווים קבוצת שוויון אחת, תהא אשר תהא השתייכותם הלאומית, הדתית, הקהילתית והחברתית" (בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 514 (2000)).

19. גם הטענה שיש ביקוש לשכונות אלו דורשת הסברים. נראה כי הכוונה היא שהביקוש הוא מטעם פרנסי העיר, המעוניינים באוכלוסיה של אנשי הקבע בשל התכונות החיוביות שלה – אוכלוסיה עובדת, צעירה, בריאה בעלת הכנסה יציבה וגבוהה – אוכלוסיה שערים רבות היו רוצות למשוך אותה להתגורר בתחומן. אלא שהעובדה שהעירייה רוצה ביקרה של אוכלוסיה זו אינה מצדיקה לתת פרשנות מרחיקת לכת לתקנה 25(24) ולאפשר מתן קרקע בפטור ממכרז.

**בנסיבות העניין, הקצאת קרקע ללא מכרז להקמת שכונה לאנשי קבע בלבד היא אפליה פסולה**

20. בהיעדר זיקה ישירה וברורה בין צרכי הצבא לבין ההחלטה להקצות בפטור ממכרז את המקרקעין, העדפת משרתי קבע שבחרו בקריירה צבאית על פני בעלי מקצוע אחרים הינה אפליה פסולה. אין שוני רלוונטי בין קצין משפטן במחלקת הדין הבינלאומי בקריה לבין משפטן במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה.

21. כדי להדגיש את היעדרו של שוני רלוונטי, נתייחס לפסיקת בית המשפט הנכבד לעניין מתן הטבות כלכליות לחיילים משוחררים ("יוצאי צבא"). בית המשפט הנכבד הכיר בכך שהטבות כלכליות

ליוצאי צבא, אשר אינן חלק מסל השחרור, הניתן לכל חייל משוחרר, הן הטבות "חשודות", שיש לבחון אותן בזהירות. הסיבה היא שהטבות המבוססות על שירות צבאי בישראל מובילות לתוצאה מפלה לגבי קבוצות אוכלוסיה שפטורות משירות צבאי ובמיוחד הציבור הערבי ואנשים עם מוגבלות, כמו גם רבים מקרב הציבור החרדי.

22. בעניין **בשארה** 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 **בשארה נ' שר הבינוי והשיכון** (2006)

23. 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 למחייתם בתקופת שירותם משפיע על מצבם הכלכלי של המבקשים הלוואות לפי חוק הלוואות לדירור". בית המשפט הדגיש, כי בכל מקרה אין מדובר בתנאי סף, וכי גם מי שלא שירת זכאי לקבל משכנתא מסובסדת, וכי ההפרש אינו בלתי סביר.

24. בעניין **הייב**, כאמור, בו דן בית המשפט העליון בפטור ממכרז להקצאת קרקע ל"בני מיעוטים" ששירתו בכוחות הביטחון שנתיים לפחות (תקנה 24(א25) לתקנות חובת המכרזים). נקבע, בדומה, כי תכליתה המרכזית של תקנת הפטור היא לצמצם את הפער הכלכלי הנוצר בין האוכלוסייה המשרתת לבין זו שאינה משרתת ולהוקיר את מי שהקדיש את שנות נעוריו לצבא, שכן "המשרתים שירות צבאי אינם יכולים לעבוד ולהשתכר בתקופה זו, מעבר למשכורתם הצבאית המוגבלת". בית המשפט עמד על כך שהגבלת ההטבה למי ששירת שנתיים לפחות הולמת את התכלית, שכן "קיימת זיקה ברורה בין משך השירות של החייל המשוחרר ו"הפער" שנוצר בינו לבין מי שלא שירת כלל, או ששוחרר לאחר תקופה קצרה יותר. על כן, רק הגיוני הדבר שיהיה ביטוי לזיקה זו גם באופי ההטבות הניתנות למי ששירת תקופה ממושכת יותר מחברו" (בג"ץ 11088/05 **הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל** (מיום 19.8.10), בפיסקאות 13-20).

25. בעניין **שמסי** אישר בית המשפט לעניינים מינהליים בנצרת מתן עדיפות לחיילים משוחררים צ'רקסים במסגרת הקצאת מגרשים לבניה עצמית, לפי תקנה 25(א24) 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 למחייתם בתקופת שירותם. ככל שהבחנה 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), בפיסקה 4).

26. בניגוד להצדקות שצוינו לעיל, אין מדובר בענייננו בפיצוי לחיילים משוחררים על אבדן כלכלי בשל השנים בהם שירתו בשירות סדיר ולא יכלו להשתכר או ללמוד. מדובר כאן בהטבה לקצינים ולנגדים, שבחרו בקריירה צבאית מקצועית, ומתוגמלים על כך בשכר ובהטבות רבות נוספות (שכוללות בין היתר יציאה מוקדמת לפנסיה, מימון לימודים אקדמאיים והטבות כלכליות רבות). משכורתם הממוצעת של רוב משרתי הקבע גבוהה באופן ניכר מזו של תושבי המדינה. לכן הרציונל של פסק דין בשארה לאבחנה בין מי ששירת לבין מי שלא שירת בתחום הדיור אינו מתקיים.

27. בנוסף, בניגוד לאמור בעניין בשארה, כאן שירות הקבע הוא תנאי סף למגורים בשכונה. היא פוגעת ומדירה את אלו שאינם נמנים על אנשי הקבע מטעמי מוגבלות או גיל, או שפטורים משירות מטעמי לאום, מצפון ודת. היא מדירה גם מי ששירת בשירות סדיר ולא חתם קבע או מי שהשתחרר מקבע.

### שיקול זר בהפעלת הסמכות

28. בהיעדר זיקה מובהקת וישירה בין ההקצאה לבין צרכי הצבא, השימוש בסמכות להעניק פטור ממכרז להקמת שכונה לאנשי קבע הוא שימוש פסול, שמונע מטעמים זרים, שאינם בבסיס הסמכות. טעמים אלו הם מצד אחד הרצון של הרשות המקומית באוכלוסיה, הנתפסת על ידה כאוכלוסיה "רצויה" או "איכותית", ומצד שני בבלימת אוכלוסיה הנתפסת על ידה כ"לא רצויה" – מבוגרת, מעוטת הכנסה, המחייבת התאמות ושירותי רווחה, או אוכלוסיה הנמנית על מיעוטים שלא משרתים בצבא מטעמי לאום ודת.

29. קריטריון של שירות בצבא קבע הוא קריטריון שמאפשר לרשות לעצב את האוכלוסייה הרצויה בצורה מוסווית. אם ראש העירייה היה מציע להקצות קרקע ללא מכרז בעיר, וקובע כי הדירות בשכונה יימכרו רק למי שהוא בריא, צעיר, יהודי, לא חרדי ומרוויח מעל השכר הממוצע במשק, היה קם קול זעקה. צעד זה היה נתפס כאפליה בוטה והתנכרות לאוכלוסיה ה"חלשה" שמתגוררת בעיר. הקצאה למשרתי קבע בלבד (בהיעדר הצדקה צבאית ייחודית) אינה אלא דרך עקיפה להדיר אוכלוסיה לא רצויה ולבכר אוכלוסיה שהעיר רוצה ביקרה בלי צורך להשתמש באפליה ישירה.

30. כתופעה חברתית, ניסיונות של ערים למשוך אוכלוסיה "חזקה" ולהדיר אוכלוסיה "חלשה" מתועדים היטב במחקר. חוקרים מצאו, כי לרשויות מקומיות יש נטייה טבעית ותמריץ לשאוף למשוך לעיר אוכלוסיה "חזקה" ואמידה, שמגדילה את בסיס המס וצורכת פחות שירותים עירוניים יקרים, והן משתמשות בכלים מגוונים לצורך כך (תכנון, הקצאות, תמיכות עירוניות וכיוצ"ב). נטייה זו גברה מאוד לאור השינויים בדיני השלטון המקומי והמעבר למימון עצמי וליצירת תחרות בין רשויות. לרשויות יש עניין להעדיף אוכלוסיה "חזקה" על פני אוכלוסיה "חלשה", שעלולה לפגוע ב"תדמית העיר" או ב"מיתוג" הרצוי לה. גם קבוצות לחץ של אוכלוסיות אמידות פועלות כדי ליצור בידול בין לבין אוכלוסיה ענייה יותר. בידול מרחבי כזה מאפשר להן, בין היתר, להשקיע ביעילות כסף פרטי במערכת החינוך הציבורית ולהבטיח הומוגניות בבתי הספר.



31. ניסיונות לבלום אוכלוסיה מעוטת הכנסה משקפים פעמים רבות גם חששות, הנובעים מסטריאוטיפים ומדעות קדומות, במיוחד כאשר ישנו מתאם בין מעמד חברתי-כלכלי לבין השתייכות לקבוצות מיעוט, הנתפסות כמאיימות על אורח החיים ועל רמת המחירים בשוק הדיור. ואכן - השימוש בפרקטיקות מדירות הלך וגבר ככל שנעשה בלתי לגיטימי להדיר אוכלוסיה על רקע גזעי או לאומי, והיווה תחליף לאפליה ישירה, אשר השיג בפועל את אותה המטרה.

ר' יששכר (איסי) רוזן-צבי "ממקומיות לאזוריות – לקראת סדר יום חדש למשפט השלטון המקומי" **דין ודברים** ב 159 (2006); ישי בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" **עיוני משפט** כח 347 (2005); ישי בלנק "משפט השלטון המקומי, ביזור ואי שוויון בישראל" **משפטים** לד (2) 197 (2004).

32. אם לערים יתאפשר מבחינה חוקית לסנן את הבאים בשעריהן, על ידי יעוד שכונות מגורים לקבוצה הרצויה על ידן, תוך זמן קצר התופעה הזאת תתפשט לערים רבות. בתחילה זו תהיה הקצאה לאנשי קבע ולאחר מכן יוקמו שכונות לאנשי הייטק, שכונות לרופאים ושכונות לאקדמאים. כבר היום יש ניצנים לתופעה זו, והיא רק תתרחב אם תזכה ללגיטימציה. לתופעה זו יהיו השלכות מרחיקות לכת. היא תגרום לדחיקה לשוליים של קבוצות מיעוט וקבוצות חלשות מבחינה כלכלית-חברתית, ותצמצם את אזורי החיפוש שאפשריים עבורם. היא תרחיב את הקיטוב המרחבי וההפרדה במגורים. תהיה לכך השלכה קשה על זכותם של פרטים לבחירת מקום מגורים, לשוויון בהזדמנויות עבודה וחינוך והיא תחזק דעות קדומות וסטריאוטיפים. בית המשפט הנכבד עמד על כך בפרשת **סולודוך**, שם דחה בית המשפט בקשה של תושבים חילונים למנוע הקמת מוסד דתי בשכונתם מחשש לאיבוד הצביון של השכונה. השופטת פרוקצ'יה ציינה, כי "רעתה הגדולה של ההפרדה וההתבדלות במגורים, ויצירת קהילות סגורות המבודדות עצמן בחומות חברתיות, מעודדות הפליה וניכור חברתי. הן עלולות להחליש את המרקם החברתי. הפרדה וניתוק בין קבוצות תרבותיות מעודדים עוינות ויריבות" (בג"ץ 10907/04 **סולודוך נ' עיריית רחובות** (מיום 1.8.10) בפיסקאות 131-133).

על הבעיות בהפרדה במגורים ר' גם גרשון גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מן המדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור", **בקהילות מגודרות** (אמנון להבי, עורך), 425, 435-437 (2010); ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" **דין ודברים** ה 1, 39 (2011); רות גביזון, אורי שוורץ "הפרדה בדיור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי" **עיוני משפט** כה 73, 80-82 (2001); ישי בלנק, איסי רוזן-צבי "הצעת חוק העיריות, הווה ללא עבר, רפורמה ללא עתיד" **חוקים** א 49, 93 (2009).

33. **לכן על בית המשפט למלא תפקידו ולשמור על הזכות לשוויון מול רצון הרוב להתבדל ולהדיר את המיעוט.**

**הפעלה בלתי סבירה של הסמכות**

34. למען הזהירות נוסיף, כי גם אם המדינה תציג זיקה צבאית כלשהי, הרי שעל הפעלת הסמכות הנתונה בתקנה 25(24) להיעשות בכל מקרה במשורה, רק כמוצא אחרון, וזאת נוכח הטעמים המנויים לעיל. אם יש אנשי קבע שהמדינה צריכה שיתגוררו בירושלים מטעמים צבאיים היא יכולה לעזור להם באופן פרטני לרכוש או לשכור דירה בעיר, ולהעדיף זאת על פני הקמת שכונה סגורה לאנשי קבע, שמדירה את שאר תושבי העיר. כך, למשל, אנשי צבא קבע העוברים להתגורר בסמוך לעיר הבה"דים בנגב זכאים לסיוע פרטני בתשלום שכר דירה או משכנתא לצורך המעבר לנגב. אם המדינה סבורה כי זו אוכלוסייה שהעיר ירושלים מתברכת בה, הרי שדווקא שילובם של אנשי הקבע בשכונות הקיימות יכול להרים תרומה גדולה יותר לעיר מאשר ריכוזם בשכונה ייעודית וסגורה, תוך מניעת הנאתם של שאר תושבי העיר מקרקעות המדינה הנדירות המשוקות למגורים בעיר.

**לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובות המשיבים, לעשותו למוחלט.**