

Uri Israel Paz, Advocate

LL.B, LL.M.

Ha-human 25 st. Jerusalem

Tel: 072-2150666 : סלי : פקס: 072-2150999 Fax: סלי : 054-4316485 Cel:

E-mail: uripaz@bezeqint.net : דוא"ל:



אורי ישראל פז, עורך דין

מוסמך (תואר שני) במשפטים

רח' האומן 25, ירושלים

Tel: 072-2150666 : סלי : פקס: 072-2150999 Fax: סלי : 054-4316485 Cel:

E-mail: uripaz@bezeqint.net : דוא"ל:

9.3.2015

- מבלי לפגוע בזכויות -

בס"ד

י"ח באדר, תשע"ה

לכבוד

עו"ד מלי טל-וגנר

לשכת היועץ המשפטי לרשות מקרקעי ישראל

ת"ד 2600, ירושלים 9438622

בפקס: 073-2021500

בפקס' ובד"ר

ח.נ., שלום רב,

הנדון: שיווק "מפלה" על ידי חברה המתמודדת במכרז כרמי גת

סימוכין: מכתבך מיום 4.3.2015

פניית האגודה לזכויות האזרח מיום 17.2.2015

כסם מרשתי, חברת אמונה י.ז. בע"מ (להלן: "מרשתי") ובהתייחס לנדון ובמענה לפניית שבסימוכין, הנני מתכבד להשיבך כדלקמן:

1. במכתב מטעם האגודה לזכויות האזרח מלין עו"ד גיל גן-מור בקשר לקמפיין שיווק של מרשתי בהתמודדות על מכרז כרמי גת בקריית גת. בפנייתך שבסימוכין התבקשה מרשתי להעביר את התייחסותה לטענות המועלות במכתב של האגודה (להלן: "פניית האגודה").
2. מרשתי סבורה כי ככלל, אין לאף אחד "דתומטר" כדי לאבחן מתי התאגדות דתית היא כשרה ומתי היא פסולה. ומרשתי סבורה כי בכל הכבוד לפניית האגודה, לא נפל כל פגם משפטי במסע השיווקי של מרשתי לקהל-יעד מאובחן של שומרי שבת דתיים בהתמודדותה המתוכננת על מכרז כרמי גת. וזאת, בין היתר, מן הנימוקים המשפטיים המפורטים במכתב תשובה זה.
3. שאלת השמירה על הזכות לשוויון בעת שיווק מקרקעי ציבור באמצעות מכרז של רשות מקרקעי ישראל אכן עלתה בשלחי פרשת סבא, כשבית המשפט העליון הטיל ספק אם הציבור הדתי-לאומי הוא בגדר קבוצה הדורשת הגנה על מאפייניה הדתיים והתרבותיים הייחודיים. אולם, מדובר באימרת-אגב של בית המשפט העליון, כי השאלה העקרונית הזאת הפכה שם לשאלה תיאורטית ונותרה להכרעה לעתיד לבוא (ראו: עע"מ 1789/10 אסתר סבא ו-27 נוספים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פורסם בנבו, 07.11.2010). אין אפוא כל הלכה פסוקה ומחייבת, ה"קבועה במסמרות", שיצאה מבית מדרשו של בית המשפט העליון בנושא – לגופו של עניין – משזו הפכה לשאלה תיאורטית בפרשת סבא.
4. מעבר לכך, קיימת בעייתיות משפטית להחיל את עיקרון השוויון על המשפט הפרטי (ראו: ד"ר גרשון גונטובניק "זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים טו, תשע"ד (דצמבר 2013), 57; ד"ר אברהם וינרוט חברות ממשלתיות: תחולת המשפט המינהלי, ת"א 1995, 411).
5. עיון בהלכה פסוקה שיצאה מבית מדרשו של בית המשפט העליון ברבות השנים האחרונות מעלה כי כאשר בניין יידרש להכריע בנדון, המסקנה המתבקשת היא שלא כל חומה משפטית באשר היא, הנבנית על-ידי המדינה, היא פסולה ובטלה על פי ברומטר חוקתי:

Uri Israel Paz, Advocate



אורי ישראל פז, עורך דין

LL.B, LL.M.

Ha-human 25 st. Jerusalem

מוסמך (תואר שני) במשפטים

רח' האומן 25, ירושלים

טל': 072-2150666 Tel: פקס': 072-2150999 Fax: סל': 054-4316485 Cel:

דוא"ל: E-mail: uripaz@bezeqint.net

א. ניתן למצוא פתח לדבר בהלכת קעדאן הידועה (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000)). הלכה זו אמנם סתמה את האפשרות לאפליה על בסיס לאומי, אבל ל:זו דווקא על האפשרות לאפליה על בסיס דתי. הלכת קעדאן איננה סותרת את האפשרות של סגירת ישובים של קהילות מיעוט, באופן שיאפשר להן לשמור על צביון החברתי או הדתי. זאת, בשונה מסגירת יישובים מפני מיעוטים, כפי שאכן אירע בפרשת קעדאן (ראו: פרופ' דפנה ברק-ארז, אזור-נתין-צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה, אור יהודה תשע"ב-2012, עמ' 212 ו-454).

ב. התוצאה המעשית של הלכת קעדאן היא הטלה גורפת של החובה לנהוג בשוויון על יותר מ-90% מאדמות המדינה המנוהלות על-ידי רשות מקרקעי ישראל, ועל מגוון רחב של דיירים. אולם, הנשיא פרופ' אהרן ברק, באחת הפסקות החשובות בהלכת קעדאן, הדגיש עקרונית כי "לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או למצער, שההפרדה מוצדקת על-אף הפגיעה בשוויון. בעיקר כך, בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה' בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע 'התבוללות כפויה'" (עמ' 279).

ג. בפרשת פורז בית המשפט העליון הכיר בהקצאת קרקע מיוחדת המיועדת לציבור הדתי-לאומי (ראו: בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793). בפרשת פורז פסלו אמנם את ייחוד הקרקע, אולם זאת בגלל שלא היה מכרו – ולא בגלל העיקרון של ייחוד קרקע לדתיים.

ד. בפרשת אלעד הכיר בית המשפט העליון בלגיטימיות של הקמת עיר לחרדים, ואף הביע חסכמה עקרונית לבנייה נפרדת לציבור החרדי על ידי המדינה (ראו: בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503). בפרשת אלעד עלתה שאלת האיזון שבין הזכות החוקתית לשוויון לבין הזכות לחיים בקהילה תרבותית, ונפסק עקרונית כי –

"...הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול... האפשרות להקצות משאבי קרקע לבנייה בעבור קבוצת אוכלוסין אחת, אשר על-פי צרכיה יש הצדקה לאפשר לה בנייה נפרדת, כבר הוכרה בבית-משפט זה גם ביחס לאוכלוסייה אחרת – האוכלוסייה ה**בדואית**... החכרה 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 הרווחת כיום בקרב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד – בין יתר זכויותיו – לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו... בעניין שלפנינו, איננו צריכים להכריע בשאלות הנכבדות הנוגעות לטיבה של זכות היחיד לחיים בקהילה תרבותית, למקורה של זכות זו ולהיקפה. נוטח אני להשקפה כי במגבלות ובהיקף ההולמים את עקרונות שיטתנו המשפטית ואת המציאות החברתית שאנו נתונים בה, מדובר בזכות הראויה להכרה לעצמה" (עמ' 508-509, ההדגשות אינן במקור).

ה. ואכן, כיום ניתן למצוא בסביבת מגורים כללית ריכוזים נפרדים ונבדלים של תושבים חרדים (למשל, בירושלים ובאשדוד). בית המשפט העליון הכיר בצורך להקצות מקומות דיור נפרדים

Uri Israel Paz, Advocate



אורי ישראל פז, עורך דין

LL.B, LL.M.

מוסמך (תואר שני) במשפטים

Ha-human 25 st. Jerusalem

רח' האומן 25, ירושלים

טל: 072-2150666 Tel: פקס: 072-2150999 Fax: סל: 054-4316485 Cel:

דוא"ל: E-mail: uripaz@bezeqint.net

ומיוחדים לציבור החרדי, כדברי השופט מישאל חשין: "משפחות חרדיות – **כולנו נשכים** – יש מהן הזקוקות לשכירות בדיר הציבורי. ועוד **נשכים** כי החרדים ראויים וזכאים, אם אך יחפצו בכך, כי נעשה כמיטבנו להקצאת מקומות דיור ייחודיים להם, כדי לאפשר להם להוסיף ולקיים את אורחות חייהם..." (בג"ץ 1/98 ח"כ איתן כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241 (1999) 256).

1. **מרשתי סבורה כי אין כל סיבה מחותית לאבחנה בין המיעוט החרדי ובין המיעוט הדתי בעניין זה, ו"אכן, בחברה מודעת-צבעים כחברה הישראלית ייתכנו מהלכי בנייה של חומה משפטית לגיטימית", כפי שמסיק ד"ר גרשון גונטובניק במאמרו "קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיר", קהילות מגודרות: משפט, חברה, תרבות, ד"ר אמנון להבי עורך, אוניברסיטת תל-אביב 2010, עמ' 425 ו-462.**

6. יתרה מזו, למהלך השיווקי של מרשתי סיבות חברתיות, תרבותיות ודתיות – מוצדקות וכבדות משקל:

א. **הזכות לעצב חיי קהילה ותרבות** – המיעוט הדתי-לאומי זקוק לחיי קהילה ותרבות אוטונומיים, בדיוק כמו המיעוט החרדי או המיעוט הערבי. ההצדקה החזקה ביותר למתן אפשרות של היבדלות לקבוצות דתיות מבוססת כידוע על אוטונומיה תרבותית. בקרב המלומדים שוררת הסכמה כי במצב שבו היכולת התרבותית של הקהילה לחיות את חייה, על-פי תפיסתה, תגדל לאין שיעור במרחב הנפרד – ישנה הצדקה לדרישת הסגירה (הגישות השונות מובאות במאמרו הנ"ל של ד"ר גונטובניק, בעמ' 443). יש אף המצדיקים אפשרות שהמדינה תפריד במגורים בין קבוצות תרבותיות כדי לשמור על הסדר הציבורי (ראו: פרופ' יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?!" משפט וממשל ו' 87, 91 (2001)).

בהקשר זה, המצב המשפטי בארצות הברית, כנטען בפניית האגודה, אינו הולם את מאפייניה של החברה הישראלית השסועה מבחינה תרבותית ודתית, שבה קיימת חשיבות להישמר מפגיעה באוטונומיה התרבותית של ציבורים שלמים, בפרט של ציבור שומרי המצוות. בחברה רב-תרבותית אין מקום ל"פגיעה גורפת באוטונומיה, המגיעה עד לרמה האינטימית ביותר, וקשה לקבלה בחברה שסועה כחברה הישראלית", כפי שטוען בצדק ד"ר גונטובניק (במאמרו "זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית", משפט ועסקים טז, תשע"ד, 98).

"התביעה להפרדה במגורים יכולה להיות מוצדקת כתביעה לקיום תרבות קהילה, לשימורה ולפיתוחה", קובע גם פרופ' אייל בנבנישתי. "ישנן קהילות שחיי קהילה בהן מחייבים התבדלות מקהילות אחרות..." (במאמרו "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 769, 783).

ב. **חופש ההתאגדות** – יש לזכור עוד כי מדובר בהתאגדות אידיאולוגית (דתית), וככזו היא צריכה ליהנות מהגנה חזקה על יכולתה לממש את חופש ההתאגדות (ראו את גישתה של השופטת אוקונור (O'Connor) בפסק הדין הידוע (Jaycees Roberts v. United States, 468 U.S. 609 (1984)), שבו קבעה כי זכות היסוד לחופש ההתאגדות חזקה במיוחד ביחס לאגודות "אקספרסיביות").

Uri Israel Paz, Advocate

LL.B, LL.M.

Ha-human 25 st. Jerusalem

טל: 072-2150666 Tel: פקס: 072-2150999 סל: 054-4316485 Cel:

דוא"ל: uripaz@bezeqint.net E-mail:



אורי ישראל פז, עורך דין

מוסמך (תואר שני) במשפטים

רח' האומן 25, ירושלים

ג. חופש דת במגורים קהילתיים – קהילות מגורים דתיות, נפרדות ומגובשות, קיימות בישראל מאז ראשית ימיה של התנועה הציונית, ושורשיה ההיסטוריים נעוצים בראשית הימים ממש, באופן החוצה גבולות של זמן, זהות ומרחב. מגורים קהילתיים במסגרת של מוסד "הקהילה" מבטאים מודעות קולקטיבית פנימית מפורשת, בקרב הציונות הדתית בדומה למיעוט החרדי, המבחינה אותה מן הסביבה הכללית שמחוצה לה, ומתבטאים:

1. בפעולה משותפת שנועדה הן לספק טובין ושירותים לחברי הקבוצה שומרי המצוות במרחב הציבורי – דוגמת בתי כנסת עם מנייני תפילות מסביב לשעון, מקוואות טהרה, ישיבות תיכוניות, מרכזי תנועת בני עקיבא ועזרא, שיעורי תורה, קייטנות וחוגי העשרה לנוער ועוד;

2. וביצירת הווי חברתי מיוחד של מערכת פנים-חברתית המטפחת את הזהות הקבוצתית של מגורים בתאים של משפחות מרובות ילדים (ביחס למקובל באוכלוסייה הכללית) – במרכזים רוחניים, מוסדות חינוך ייחודיים המכפילים את עצמם בשל ההפרדה המגדרית, אירועים קהילתיים (כמו: מסיבות פורים, שמחת בית השואבה, שבת חתן), שוקי ארבע-מינים וקישוטים לסוכה, הגעלות כלים מרוכזות לקראת פסח, בתי קפה ומסעדות וחנויות ייעודיות החולמות את אופיייה של תרבות הצריכה ואת תרבות הפנאי של המיעוט הדתי, רשת גמ"חים ובתי תמחוי ועוד. דווקא בעידן שבו ערכי השבת הפכו למרמס בידי תרבות הצריכה הקפיטליסטית, חשוב במיוחד בעיני הציבור הדתי צביונה של השבת – הן בדיור הקהילתי שיש בו מרפסות סוכה בדירות ומעליות שבת בבנייני המגורים, והן בפרהסיה ברחובה של הקהילה הדתית. למעלה מכך, יש בהתבדלות הציבור הדתי גם כדי למנוע חיכוכים מיותרים בסוגיות של החופש מדת של הרוב החילוני, ברשות הרבים ואף ברשות הפרט.

לכן גם כמות מבני הציבור הנדרשים לקהילה הדתית-חרדית גבוהה בהרבה מהמקובל במגזר הכללי, וכך גם מתוכננות לרוב הפרוגרמות האדריכליות לשכונות אלה (ראו, למשל: משרד הבינוי והשיכון, צרכי הדיוור של המגזר החרדי, 2006).

יש אפוא במסע השיווקי של מרשתי כדי לבטא את זכות היסוד החוקתית של הציבור הדתי לחופש הדת בישראל (ראו: פרופ' אהרן ברק, כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, כרך ב', 755-779 (2014)).

7. מעבר לכך, ההיתלות בפניית האגודה בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 – חוטאת לאמת, משום שדווקא הוראות הסעיפים 3(ד)(1)-(3) לחוק זה מאפשרות את קיומה של ההפרדה האמורה כאשר זו מוצדקת, חיונית ומתחשבת.

8. בניגוד לנטען בפניית האגודה, מרשתי פועלת כחוק כדי לאפשר בידי המעוניינים בכך לחיות בחיי קהילה דתית הומוגנית (שומרת שבת), חיים שנוצרים בטבעיות בתוככי יישובים עירוניים הטרוגניים, בפזורה הפריפריאלית (קרית גת). וזאת, בדומה למיעוט החרדי (למשל: בבית שמש, ברכסים או באשדוד) או המיעוט הבדואי (בנגב), המבקשים לשמר את אורחות החיים הייחודי להם, בבחינת "שותפות והשתלבות – בלא טמיעה והתבוללות".

Uri Israel Paz, Advocate

LL.B, LL.M.

Ha-human 25 st. Jerusalem

טל: 072-2150666 Tel: פקסי: 072-2150999 Fax: סל: 054-4316485 Cel:

דוא"ל: E-mail: uripaz@bezeqint.net



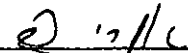
אורי ישראל פז, עורך דין

מוסמך (תואר שני) במשפטים

רח' האומן 25, ירושלים

9. מעבר לכך, טובתה של מדינת ישראל שיהיו בכל עיר ועיר שכונות דתיות של קהילות שוקקות חיים, במקום שירוכזו רק בשטחי יהודה ושומרון. כזה הוא נדבך מחשבון-הנפש שנערך בקרב החברה הדתית בעקבות תוכנית ההתנתקות בקיץ 2005. הציונות הדתית, שמעצם הגדרת זהותה העצמית מהויבת הן לרעיון הציוני ולמדינת ישראל והן למסורת הדתית ולהלכה היהודית, מתמודדת מאז ומתמיד עם המתחים והניגודים בין שתי מחויבויות שנטלה על שכמה: מחד, שותפות בולטת עם הרוב החילוני בבניין המדינה היהודית והדמוקרטית בתחומי הכלכלה והחברה, הביטחון והמדע, האמנות והתרבות; ומאידך, שותפות אמביוולנטית עם המיעוט החרדי המתבדל בעמדות הלכתיות מובהקות, כמו: שמירת שבת והכשרות בפרהסיה, חינוך דתי נפרד וקדושת ארץ ישראל עם תורת ישראל. המיעוט הדתי אינו צריך להיענש בגלל שעיצב את דרכו הייחודית בחברה הישראלית מול שני המחנות האחרים (הרוב החילוני המיליטנטי והמיעוט החרדי) והביא למיתון השסע החרדי-חילוני בשיח הציבורי. אדרבה, יש להגן על זכותו של המיעוט הדתי לחיי דת ותרבות עשירים בקהילות אוטונומיות משלו, ובהן: מוסדות חינוך ייחודיים, שמירת השבת בפרהסיה ואורח-חיים דתי-תרבותי עשיר משלו, כשקהילות הומוגניות אלה נוצרות בטבעיות של גידול דמוגרפי בתוככי יישובים עירוניים הטרונגניים, בפזורה הפריפריאלית.
10. לסיכום, מרשתי פונה במסע שיווקי לגיטימי וחוקי, חיוני ומתחשב, שאינו עולה כדי אפליה פסולה ואסורה שנועדה או מכוונת לפגוע ברוכשים פוטנציאליים שלא נמנים על קהל יעדה; השיווק של מרשתי פונה מטבעו לקהל-יעד שומרי-שבת מתוך עניין רב שישנו מקרב בני ובנות קבוצות מיעוט דתיות המבקשות לשמור על תרבותן ואורח-חייחן, והחפצות למנוע "התבוללות כפויה" במישור הדתי והחינוכי, כמי שמבקשים לקיים אורחות חיים בחיי קהילה דתית עשירה והומוגנית בתוככי יישובים עירוניים הטרונגניים, דווקא בפזורה הפריפריאלית, כחלק מהותי בהשקפת עולמם הציונית-דתית, המשלבת בין קודש לחול.
11. לא רק שאין בפעילותה של מרשתי כל ניסיון או רצון "לעקוף" דין חרות או הלכה פסוקה ומחייבת, אלא שפעילותה בנדון מבטאת היא את ערכי היסוד המקודשים בחברה רב-תרבותית ישראלית שסועה, כמו: הזכות לעצב חיי קהילה ותרבות אוטונומית, הזכות לחופש דת במגורים קהילתיים כחלק מזכות היסוד החוקתית לכבוד האדם וחירותו, הזכות לחופש ההתאגדות, וזכויות יסוד נוספות השמורות למרשתי על פי כל דין.

בכבוד רב ובב"ח,



אורי ישראל פז, עו"ד



העתקים:

- עו"ד יעקב קוינט, היועץ המשפטי לרשות מקרקעי ישראל
- עו"ד אריאל צבי, מחלקת יעוץ וחקיקה, משרד המשפטים
- עו"ד ארז קמיניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי)
- עו"ד גיל גן-מור, האגודה לזכויות האזרח