

עת"מ 5950-12-15

בפני כב' השופטת נאוה בן אור
קבוע לדיון ביום 15.3.17

בבית המשפט המחוזי בירושלים

בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים

העותרת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

המשיבים:

1. רשות מקרקעי ישראל

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

2. אמונה י.ז. ייזום וניהול בע"מ

3. דוד זעירא

ע"י ב"כ עו"ד אורי ישראל פז
מרח' בן הלל 15, ת"ד 4463 ירושלים 9104302
טל': 072-2150666; פקס: 072-2150999

עיקרי טיעון מטעם העותרת

פתח דבר

"כאן גרים בכיף צבי-יהודה ובת-אל וגם אברהם-יצחק המכונה אברומי, ויסכה-צופיה ומוריה-שיראל, ומנחם-ציון, ועיני כולם בורקות באהבת ישראל, שהיא כידוע כוללת את הכל ואת כו-לם (חוץ ממי שלא). כל ישראל חברים (אך רק אם הם מתפללים בנוסח שלנו). ועמך כולם צדיקים (חוץ מאלה שמצביעים למפלגה אחרת מזו שלנו). לאחר שנים של דיבורים על "התנחלות בלבבות", בחלק מן היישובים (וידוגש, משני צידי הקו הירוק), מוכנים להתנחל בלבם של השני רק בתנאי שיתלבש ויסתפר בדיוק כמונו, ידבר כמונו, ויתפלל כמונו. עולם נפלא של הרמוניה ואחדות. יישובים תורניים מקימים חומה ומגדל משלהם, וחוסמים את הדרך בפני כל מי שעשוי 'לקלקל את האווירה'..." (אביעד הכהן "כאן גרים בכיף (חוץ ממי שלא), אליטיזם, הדרה והכלה בציבור הציוני-דתי" דעות 45 (2009)).

1. עד לפני כשני עשורים, הפרדה מוחלטת במגורים בין אזרחים יהודים לערבים וגם בין קבוצות שונות בחברה היהודית, על בסיס דתי, עדתי ומעמדי, לא רק שנתפסה כרצויה וכלגיטימית,

אלא אף נתמכה במדיניות הממשלה (ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים לחילוניים בישראל" **דין ודברים** ה' 85, 90 (2011) (להלן – **בלנק**)).

2. המדיניות השתנתה, והיום למעט מקרים חריגים ביותר נמנעת המדינה, לפחות ברמה ההצהרתית, מהפרדה מכוונת במגורים על בסיס השתייכות קבוצתית, בוודאי לא בקרקעות המדינה או בגיבוי המדינה. אף קרקעות קק"ל מנוהלות על ידי המדינה תוך התחייבות לשיווק שוויוני. התפקיד של בתי המשפט בהקפדה על השוויון היה חשוב, אולם המדינה עצמה היא זו שבסופו של דבר עיגנה בחוק ובמדיניות שלה את האיסור על הפליה.

3. האוכלוסייה היחידה שעדיין ישנה לגביה מדיניות מובהקת של הפרדה מכוונת הינה האוכלוסייה החרדית, מתוך תפיסה שמדובר בקבוצת מיעוט תרבותית ובדלנית שאינה מסוגלת לחיות בשכונות מעורבות מטעמים תרבותיים מובהקים. לגבי הבדווים בנגב ישנה מדיניות של הפרדה הנובעת בעיקר מהאינטרס של המדינה להסדיר ההתיישבות הקיימת.

4. ואולם המגמה לגבי יתר הקבוצות הינה צמצום האפשרות להתבדל. כך, במגזר הכפרי צומצמה היכולת של ישובים קהילתיים, ושל קיבוצים ומושבים המבקשים להתרחב, לסנן את המבקשים לגור בהם באמצעות ועדת קבלה. כיום זכות זו שמורה רק לישובים קהילתיים קטנים בנגב ובגליל, שבהם עד 400 משפחות ובהתאם לאמות מידה שקבע החוק. במרכז הארץ בוטלו ועדות הקבלה לחלוטין. גם בישובים בפריפריה ועדת הקבלה כפופה לרגולציה הדוקה. בין היתר חל איסור מפורש על הפליה מחמת לאום, ארץ מוצא, דת וכדומה, והחלטות ועדת הקבלה כפופות לוועדת השגות ולביקורת שיפוטית (ר' החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011).

5. במגזר העירוני צומצמו מאוד ההקצאות המגזריות, וככלל המדינה כבר אינה מוכנה להקצות קרקעות נפרדות לקבוצות כאלו או אחרות, לרבות לציבור דתי לאומי (ר' עת"מ (י-ס) 1888/09 **אדרי נ' שר הבינוי והשיכון** (פס"ד מיום 27.12.09) (להלן – **פרשת אדרי**)). השימוש בקריטריונים כמו שירות צבאי צומצם מאוד, והיום מדיניות הממשלה היא להקצות הקרקעות במכרזים מסוג מחיר למשתכן, שההתמודדות בהם על יחידות הדירור נעשית בהגרלה הפתוחה לכל הקבוצות באוכלוסייה (ר' החלטה 1501 של מועצת מקרקעי ישראל). התנאי העיקרי להשתתפות הוא היעדר בעלות קודמת על דירה. באותם מכרזים שהמדינה מוציאה שלא במסגרת מחיר למשתכן, אלא ליזמים במכרזי בנייה רוויה רגילים, היא הוסיפה סעיף מפורש האוסר על הפליה בשיווק הדירות (סעיף 8 לעתירה המתוקנת). רמ"י מאפשרת לשווק דירות רק לתושבי המקום במגבלות ברורות, ומקפידה כי שיעור לא מבוטל של הדירות ישווקו גם למי שאינו תושב המקום (ר' החלטה 1506 של מועצת מקרקעי ישראל).

6. פעולות אלו לא יצרו מהפיכה בין לילה. רחוק מכך. הן הרחיבו את הזדמנויות המגורים של פרטים בחברה, שיפרו את היכולת של פרטים שהופלו להיאבק בהפליה, ואולם דפוסי ההפרדה הם עדיין עמוקים. ישובים רבים מספקים שירותים המותאמים לקבוצה הומוגנית, בעיקר בתחום החינוך, וכך מונעים בפועל הגירה של קבוצות שונות (למשל עת"מ 31499-06-16 **סלום נ' עיריית נצרת עילית** (מיום 10.10.16) (עתירה להקמת בית ספר לערבים תושבי העיר נמחקה לאחר שהמשיבים התחייבו להחליט בתוך זמן קצוב האם להקים בית הספר)). המרכיב הכלכלי

עדיין מהווה שחקן מפתח בהפרדה במגורים בהיעדר מדיניות מספקת ונרחבת של דיור בהישג יד והקפדה על תמהיל דירות. במגזר הכפרי עצם קיומם של הליכי סינון מרתיע רבים אפילו מלנסות להתקבל אליהם.

7. במגזר העירוני ישנה פעילות של תאגידי נדל"ן לשמר את ההפרדה באמצעים שונים ומוסוויים יותר, כמו הפליה סמויה, וכן באצטלה של התאגדות, דרך עמותות וקבוצות רכישה או שיווק סלקטיבי. אלו אפשריים בשל הפער בין המדיניות המוצהרת של המדינה לבין נכונותה להגן על המדיניות מול מי שמבקש לשמר דפוסים של הפרדה, הדרה והפליה. כך הוא במקרה מושא עתירה זו. לכאורה המדינה מצהירה כי המגרש ישווק לכלל הציבור ואף קובעת סנקציות למי שיפלה. בפועל, היא אינה מוכנה לפעול בנחישות נגד הפרת תנאי המכרז.

8. **לכן עניינה של העתירה אינו באתגור המדיניות, אלא באתגור נכונותה של רמ"י לאכוף את המדיניות שהיא עצמה קבעה, ואשר מעוגנת בתנאי המכרז, וזאת גם כאשר הדבר מביא להתנגשות עם קבוצות לחץ חזקות ומשפיעות.** קיים קושי רב כאשר רמ"י אוסרת על שיווק מפלה אך בפרקטיקה יזם נטל את הקרקע הציבורית בעיר, שיועדה לכלל הציבור, ושיווק אותה לציבור בו הוא חפץ, על בסיס לאום ודת, ורמ"י אינה מפעילה סמכויותיה.

9. המשיבה 2 (להלן – **החברה**) מבקשת להחריג אותה מאיסור ההפליה שנקבע במכרז. היא מבקשת להמשיך ולשווק דירות לציבור דתי לאומי בלבד. היא מציגה את הציבור הדתי לאומי לצורך כך כמיעוט תרבותי מתבדל ומגייסת טיעונים עקרוניים ואף אידיאולוגיים אודות הזכות לתרבות, זכות ההתאגדות או הזכות לחיי קהילה. תנוח דעתה של החברה, היא לא היחידה המעלה על נס את כל אלו כדי להצדיק התבדלות מרחבית. טענות דומות עולות גם מהציבור החילוני והמסורתי שמבקש להגן על מרחב המגורים שלו מפני הגירת ערבים, עולים, מהגרים, מבקשי מקלט או חרדים, לפי ההקשר. יש גם מי שלא היו מעוניינים לראות את בני הקהילה הדתית לאומית כשכניהם (אף כי שיעורם נמוך משמעותית ביחס לאלו שלא מעוניינים לגור ליד חרדים). בפי כולם טיעונים על פגיעה בצביון, צרכים קהילתיים, חופש דת או חופש מדת ורצון למנוע חיכוכים.

10. ואולם החברה לא פנתה לרמ"י בבקשה לשנות את כללי המכרז. בעתירה קודמת שניהלה העותרת בשם תושבי יפו נגד שיווק מפלה של החברה, טענתה המרכזית של החברה הייתה שלא היה כלל מפורש במכרז שאוסר על הפליה בשיווק הדירות, וכי אם היה כלל כזה אזי הייתה משווקת הדירות לכלל האוכלוסייה (פיסקה 137 לעתירה המתוקנת). והנה – לאחר שהוכנס תנאי מפורש האוסר על הפליה במכרז, החברה עשתה דין לעצמה ועברה על כלל איסור ההפליה הקבוע במכרז, תוך שמנכ"לה מצהיר מעל כל במה כי זו מדיניותה המפורשת ואף זכותה.

11. לאחר שהפרה את תנאי המכרז מבקשת החברה לשכנע את בית המשפט כי העתירה היא אינה על אכיפת תנאי המכרז אלא על עתיד הקהילה הדתית לאומית, לא פחות. אלא שקבלת העתירה לא תיצור מהפיכה בין לילה, כפי שמאיימת החברה. ובכלל - אם החברה סבורה בכנות ששיווק מגרשים לציבור דתי לאומי הוא ציפור נפשה של הקהילה הדתית לאומית עליה לכוון את חיציה קודם כל נגד מדיניות רמ"י לשווק הקרקעות בשיטת מחיר למשתכן, שכן מרבית המכרזים המוצעים היום הינם בשיטה זו והם פתוחים לכלל המעוניין בהגרלה, לרבות בשכונות שיש בהן

כיום קהילה חרדית או דתית דומיננטית. לכאורה אם תימשך המדיניות יצומצמו מאוד ההזדמנויות של החברה לשווק שכונות דתיות.

12. יתר על כן, הקמת שכונות חדשות על מקרקעי המדינה אינו פתרון הדיור היחיד לציבור הדתי לאומי. מסקירות של משרד הבינוי עולה כי כ-75% מהעסקאות לרכישת דירה הן בכלל בשוק הדירות מיד שניה ולא דירות בבניה חדשה. שם כל אדם רשאי לאתר דירה במקום הנראה לו ולשקול כל שיקול, לרבות השיקול הקהילתי, בכפוף לכך שהזכות נתונה לכל אדם באופן שווה. במגזר הכפרי ישנם ישובים רבים שהאוכלוסייה הדומיננטית בהם היא דתית לאומית וכך גם בישובים קהילתיים מעבר לקו הירוק.

13. מכאן שהטענה כי אי החרגת השיווק לציבור דתי לאומי מכללי המכרז המחייבים שיווק שוויוני תביא לקריסת חיי הקהילה של האוכלוסייה הדתית לאומית היא מופרכת בדיוק כפי שמופרכת הטענה של הקיבוצים שצמצום סמכותם לסנן את המתיישבים בהרחבות, וכניסת שכנים בעלי רקע שונה יובילו להתפרקות הקהילה או טענת תושבים בעפולה כי הגירה של ערבים תפגע בצביון העיר. עתיד חיי הקהילה של הציבור הדתי לאומי אינו מונח על כף המאזניים, וחיי קהילה טובים בעיר אינם מחייבים הומוגניות מוחלטת אלא כבוד הדדי.

14. יתרה מזאת, אף בקרב הציבור הדתי לאומי יש מחלוקת בעניין התועלת והלגיטימיות של ההתבדלות בשכונות נפרדות, ואין אחידות דעות בעניין. כך, למשל, את הביקורת על הסרטון השיווקי שהפיצה החברה הובילו אנשי ציבור ורוח מתוך הקהילה הדתית לאומית. פרופ' אביעד הכהן יוצא נגד ההשפעות השליליות של ההתיישבות הנבדלת במאמרו "הרחק משכן רע! על בחירת מקום מגורים, מגורים בדלניים, הלכה והכלה משפט וחברה" **עמדות** 61 (2015) (להלן – **אביעד הכהן**); ור' גם מאמרו של ד"ר רן ברץ "**דת, מגזריות ופשעי שנאה**" שפורסם באתר מידה 1.8.15.

מסגרת הדין

15. אין בין הצדדים מחלוקת אודות כך שרשות מקרקעי ישראל מחויבת להקצות את קרקעות הציבור אך ורק לחברות המתחייבות להימנע מהפליה פסולה בשיווק הדירות. זו המדיניות המתחייבת מן הדין, ממעמדה הממלכתי של הרשות ומחובתה לפעול בשוויון ובצדק חלוקתי, כמי שמחזיקה בקרקעות הללו כנאמנה של כלל הציבור. זו המדיניות המשתקפת בהחלטת הרשות משנת 2010 להוסיף לכל מכרזי הבניה הרוויה סעיף איסור אפליה, שהפרתו מובילה להטלת סנקציות (להרחבה ר' פסקאות 61-72 לעתירה המתוקנת).

16. לכן השאלה המשפטית המרכזית בתיק זה הינה שאלה של יישום המדיניות בנסיבות העניין. האם החברה פעלה בניגוד להוראה במכרז האוסרת על זוכה במכרז לנקוט אפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדיור?

17. שאלה נפרדת הינה מה הסנקציה שיש להטיל על החברה היה ותתקבל הטענה כי אכן הפרה את תנאי איסור האפליה במכרז. האם יש מקום לקנוס את החברה או שמא יש להסתפק בהצהרה כי על החברה לשווק את הדירות מכאן ולהבא לכל המעוניין.

18. על מנת להכריע בשאלה זו יש לפרש את סעיף איסור ההפליה במכרז. סעיף זה כולל שני חלקים שאל פרשנותם מתייחסים הצדדים: מהי "הפליה אסורה" מחד גיסא, ומה משמעות המונח "שיווק הדירות" מאידך גיסא.

19. השאלה המרכזית הינה האם שיווק לציבור דתי לאומי הינו בגדר "הפליה אסורה" כטענת העותרת או שמא שיווק לציבור דתי לאומי אינו הפליה בשל מאפייניו של ציבור זה. רמ"י מסרבת לנקוט עמדה מאז הובא הנושא לפתחה ואף לאחר שנתבקשה להגיש כתב תשובה.

20. אולם שאלה מקדמית הינה מהי הפרשנות הנכונה לביטוי "שיווק הדירות". העותרת הראתה כי גם בפועל לא מכרה החברה דירות למי שאנו נמנה על קהל היעד שלה ואולם בכל מקרה שיווק דירות הינו ביטוי החולש על כל היבטי השיווק ולא רק על המכירה בפועל. פרסום ושיווק המעבירים מסר ברור, לפיו שכונה מיועדת לציבור מסוים ולא לאחר, הם בגדר שיווק פסול. החברה מצידה טוענת כי אם בפועל היא אינה מסרבת למכור דירות למי שאינו נמנה על קהל היעד שלה, אזי מותר לה לפרסם את הפרויקט כשכונה דתית ואין זה בגדר "שיווק מפלה". בקנס שהטילה רמ"י על החברה בעניין הסרטון השיווקי היא קבעה רף מובהק וברור, לפיו פרסום שיש בו להדיר קבוצות אוכלוסייה הוא אסור גם אם לא הוכח שהייתה קיימת הפליה בפועל, שכן יש בו להוביל להדרה עצמית (כפי שאכן קרה).

העובדות המרכזיות השנויות במחלוקת

21. במוקד העתירה נמצאת שיטת שיווק הדירות של החברה. לטענת החברה זכותה למכור את הדירות לציבור הדתי בלבד (פיסקה 149 לכתב התשובה).

22. החברה טוענת כי "למעלה מן הצורך" היא קיבלה גם מי שאינו דתי וגם משום כך היא אינה מפרה את תנאי איסור האפליה במכרז, שכן בפועל לא תסרב למכור למי שאינו נמנה על הציבור הדתי לאומי. החברה ציינה כי בין 244 לקוחותיה ישנם 15 רוכשים שהצהירו על עצמם כחילונים והותר להם לרכוש דירה לאחר שהוסבר להם כי מדובר בשכונה בעלת אופי דתי לאומי. אלו מהווים 6% מהרוכשים.

23. בעתירה הראתה העותרת כיצד מנכ"ל החברה, מר ישראל זעירא, מצהיר שוב ושוב כי שכונה דתית אינה "גימיק", כי הוא מחויב לספק לרוכשים שכונה דתית, וכי לא ימכור בשום מקרה דירה למי שאינו נמנה על הציבור הדתי לאומי ושומר מצוות אלא במקרים חריגים ביותר, למשל – כשמדובר באדם דתי עם "כיפה שקופה", או שיתחייב לא למכור את הדירה או להשכירה למי שאינו דתי (סעיף 11 לעתירה המתוקנת).

24. העותרת אף הביאה דוגמא להתחייבות חוזית שמחתימה החברה את לקוחותיה בפרויקט קודם שלה, המחייבת את הרוכשים לשמור על אורח חיים דתי ואוסרת עליהם להעביר את זכויותיהם בדירה למי שאינו מקיים אורח חיים דתי (סעיף 12 לעתירה המתוקנת).

25. יתרה מזאת, העותרת שלחה עובדת שלה כ"סטטית", שהציגה עצמה כחילונית שלא מפריע לה לגור ליד דתיים אך היא אינה שומרת שבת. נציג החברה, מר שי שמואל, אמר לה בצורה מפורשת שזו בעיה, כי מדובר באוכלוסייה דתית, וכי גם אם לה אין בעיה עם זה, לאוכלוסייה

עשויה להיות עם זה בעיה. משהתעקשה, הוא התנה את המשך הליך המכירה באישור מיוחד של המנכ"ל, אך לא חזר אליה לאחר מכן (ר' תצהיר שצורף בנושא לעתירה). התברר לעותרת כי אכן הצהרות החברה אינן גימיק אלא מדיניות ברורה ועקבית.

26. הראיות שאספה העותרת די בהן כדי להעביר את הנטל לחברה, ואולם החברה לא הביאה בדל ראיה לסתור את האמור. היא לא סתרה את תוצאת הבחינה היזומה שביצעה העותרת ולא הכחישה אותה. במקום זאת היא החלה נוקטת בלשון מדודה וזהירה יותר, תוך שהיא מעמעמת את הטענה החד משמעית שהשמיע המנכ"ל שוב ושוב, כי זכותה של החברה למכור דירות למי שנמנה על הציבור הדתי לאומי בלבד. בבקשה לפרטים נוספים נתבקשה החברה להבהיר האם ההצהרות של המנכ"ל שהובאו בעתירה כבר לא מייצגות את עמדתה, אך היא סירבה להשיב.

27. גם לאחר שהחברה ספגה ביקורת קשה על הסרטון השיווקי "השכנים של חנוכה" והורידה אותו, היא המשיכה להצהיר כי השיווק הינו לציבור דתי לאומי בלבד.

28. בבקשה לפרטים נוספים נשאלה החברה עוד האם הרוכשים שלה יתבקשו לחתום על התחייבות כלשהי לקיים אורח חיים דתי או לא להשכיר את הדירות למי שלא מקיים אורח חיים דתי, כפי שעשתה החברה בפרויקטים אחרים שלה, אך החברה סירבה להשיב.

29. ואולם בכל מקרה השינוי ברטוריקה בעקבות העתירה הוא סמנטי למדי, ולא בכדי עומדת החברה על זכותה להמשיך ולשווק את השכונה לציבור דתי לאומי. ברור כי החברה רואה ערך רב בשיטת השיווק שלה, שגם אם אין בה למנוע הרמטית ממי שאינו נמנה על הציבור הדתי לאומי לרכוש דירה, די בה כדי להבטיח כי הדירות יימכרו ברובן המכריע לציבור דתי לאומי בלבד.

30. לכן החברה משווקת את הדירות באופן סלקטיבי, כך שפרסומיה יגיעו בעיקר לציבור דתי לאומי, לכן היא מדגישה בפרסומיה באותיות של קידוש לבנה כי מדובר בשכונה של "הסרוגים", של קהילה דתית לאומית, ומצניעה באותיות טל ומטר את העובדה שהשיווק פתוח לכלל הציבור (הערה שמצוינת באתר שמגיעים אליו בעקבות פרסומות שלא כוללות הערה כזאת). לכן היא מסבירה לפונים אליה כי מדובר בשכונה דתית וקהילה דתית על כל המשתמע מכך, וכי המוסדות בשכונה מיועדים לשרת את הציבור הזה בלבד. אם אחרי כל אלו עוד יש רוכש פרטנציאלי שאינו נמנה על הציבור הדתי לאומי שנשאר מעוניין, הרכישה מותנית בהתחייבות לכבד אורחות חיים דתיים ובאישור מיוחד של המנכ"ל.

31. ואכן די בשיווק זה כדי להבטיח כי 94% מהרוכשים יהיו מהציבור היהודי דתי לאומי, ולגבי ה-6% הנוספים, החברה לא סיפקה נתונים של ממש האם מדובר במי שהחברה מגדירה "דתיים עם כיפה שקופה" או מי שלא מנהל אורח חיים דתי כלל. אין חולק כי מדובר בתוצאה שלא הייתה מתקבלת באופן טבעי ורגיל, ואינה מאפיינת את יתר השכונות בקריית גת – עיר מעורבת של חילונים, מסורתיים, דתיים וחרדים.

32. ברור אם כן, כי פעולות השיווק של החברה הן שגרמו לכך שמדובר בציבור רוכשים הומוגני, ולא מדובר בהליך טבעי.

משמעות המונח "שיווק"

33. תנאי המכרז אוסרים על הפליה בשיווק הדירות. השימוש במונח שיווק מצביע על כך שהוא כולל את כל פעולות הפרסום, השיווק והמכירה. אין לצקת למונח זה משמעות צרה שמרוקנת אותו מתוכן, כפי שמציעה החברה. ואכן, בעניין הסרטון השיווקי "השכנים של חנוכה" קבעה ועדת המכרזים של רמ"י כי יש לקנוס החברה בשל שיווק מפלה, הגם שבפועל הסכימה החברה למכור דירות למזרחים. בכך אימצה רמ"י את העמדה של העותרת.

34. שיווק ופרסום הנחזים לקבוע קריטריונים מפלים או לרמוז, כי השכונה אינה מיועדת לכלל הציבור אלא לקבוצה מסוימת או למי שעומד בתנאים מסוימים, מובילים בהכרח לתוצאה מפלה, ובוודאי לתוצאה מהותית שונה מאשר פרסום ניטרלי. כאשר הפרסומים של היזם מפלים, אדם מן הישוב שאינו בקיא בחוק יסבור, כי אין לו סיכוי לרכוש או לשכור דירה בשכונה, או יחוש שזו שכונה בה הוא אינו רצוי, ושהוא יהיה בה מיעוט, ולכן הוא לא ינסה כלל לרכוש בה דירה.

35. כך גם כאשר הפרסום הוא סלקטיבי, במטרה שיגיע רק לציבור מסוים ולא לכלל הציבור. זו דרך ידועה ומוכרת היטב של תאגידי נדל"ן, עמותות, קבוצות רכישה או יזמים, המעוניינים לערוך סינון של הרוכשים דירות בפרויקט ולייעד את הפרויקט רק לאוכלוסייה הרצויה בעיניהם, וכך לעקוף את ההוראות בדבר איסור האפליה.

ר' רות גביזון ואורי שוורץ "הפרדה בדיוור כמרכיב באפליה: הניסיון האמריקאי" **עיוני משפט** כה 73, 96 (2001) (להלן – **גביזון ושוורץ**); יוחאי בנקלר "אי הפליה בדיוור: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים" **עיוני משפט** טז 131, 148 (1991).

36. בכתב התשובה אף הבהירה החברה, כי היא אכן מפרסמת את הפרויקט בעלוני השבת, בעיתון בשבע, באתר כיפה, באתר החברה ובמקומון קריית גת – כלומר השיווק הוא סלקטיבי ונועד להגיע בעיקר לקהל שבו חפצה החברה. כמו כן החברה מפרסמת בגוגל ובפייסבוק אך היא לא פירטה מהם הפילוחים שקבעה בעת רכישת שירותי הפרסום של גוגל ובפייסבוק וסירבה לפרט בנושא זה במענה לבקשה לפרטים נוספים. כמו כן הבהירה החברה בעניין הסרטון כי כוונתה הייתה לפרסם את היתרונות של שכונה דתית הומוגנית בניגוד לשכונה מעורבת.

37. גם החקיקה תומכת בעמדת העותרת. ראשית, חוקי איסור ההפליה הישראלים כוללים גם סעיפים מפורשים נגד פרסום מפלה (ר' סעיפים 117-118 לעתירה המתוקנת). גם בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן – **חוק הגנת הצרכן**) הכיר המחוקק בכך שצרכנים מתבססים באופן משמעותי על הפרסום הבולט ולא על האותיות הקטנות בעלוני המוצר. חוק הגנת הצרכן אוסר על הטעיית לקוחות בפרסומות למוצר (סעיף 7 לחוק). אם השיווק היה פתוח לכלל הציבור הרי שהפרסומות שצורפו לעתירה לוקות בפגם של הטעיה, שכן כל כולן מתייחסות בהבלטה לעובדה שמדובר בקהילה דתית לאומית. העובדה שלאחר הזכייה במכרז הוספה שורה באותיות של טל ומטר, על כך שהשיווק פתוח לכלל הציבור, שמסתתרות בשולי מודעה שכולה זועקת שיווק לאוכלוסייה דתית בלבד, אינה יכולה לרפא את ההטעיה והיא לעג לרש.

38. שיווק סלקטיבי גם הוא פסול, שכן ברור כי מטרתו למנוע מאנשים לא רצויים להיחשף לפרסום. גם כאן ראוי שהמדינה תחייב לפחות כי חלק מהפרסומים ייעשו כך שיהיו נגישים לכל המעוניין, כפי שהיא נוהגת בעצמה בפרסומים שונים בתחום המקרקעין. פילוח מודעות המתייחס למאפיינים אסורים, דבר שהוא זמין ונגיש לכל חברה בהתקשרות שלה עם פייסבוק וגוגל, גם הוא פסול. במענה לבקשה לפרטים נוספים סירבה החברה לפרט אלו פילוחים ביקשה. מי שגולש היום באינטרנט יודע כי הפרסומות שאליהן הוא נחשף הותאמו לו בהתאם לפילוחים שונים כמו הדברים שבהם הוא מתעניין. כך, למשל, יכולה פרסומת להופיע רק בפני מי שמחפש בגוגל "שכונה דתית" או מילים בעלות ערך דתי אחר.

39. החברה מציינת כי בעת"מ (ח"י) 25573-03-12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מנהל מקרקעי ישראל (פס"ד מיום 23.4.12) נמנע בית המשפט לעניינים מנהליים מלפסול זכייה במכרז של עמותות בניה שפרסמו עצמן באופן סלקטיבי לציבור הדתי בהיעדר הוכחה להפליה בפועל. בית המשפט אף ציין כי ייתכן שלא פנו ערבים וחילונים לא מחשש מהפליה אלא משיקולים אחרים. ייתכן כי ביטול הזכייה היה צעד נוקשה מדי בנסיבות אותו מקרה (אז עוד לא נכללה במכרז החלופה של קנס והשיווק המפלה התגלה רק לאחר סיומו), אולם דומה כי דווקא המקרה דנן מוכיח עד כמה לא ניתן להסתפק בבחינת ההפליה בפועל, ואיזו חשיבות מכרעת יש לשאלת השיווק.

40. ואכן הדוגמא של שיווק השכונה בידי החברה מוכיח כי גם אם היא לא מנעה באופן הרמטי רוכשים שאינם נמנים על הציבור הדתי לאומי, די היה בשיווק להטות לחלוטין את הרכב הרוכשים, וליצור תמהיל שבו, אם נסתמך על נתוני החברה, 94% מהרוכשים משתייכים לציבור דתי לאומי – תמהיל שלא היה מתקבל באופן טבעי בקריית גת. יש בפרסומי החברה ליצור חשש מהדרה, או תחושה כי אין ממש טעם לפנות ולהתאמץ, ואולם בכל מקרה יש בהם כדי לעודד הדרה עצמית בשל תחושת הדחיה שמשדרת החברה למי שאינם מהציבור הרצוי.

41. החברה עצמה מבינה היטב כי השיווק הוא חלק בלתי נפרד מאמצעי הסינון שלה. לכן היא מתנגדת נחרצות להסכים אפילו לסעד ההצהרתי שביקשה העותרת, ולהחילו על הדירות שיימכרו מכאן ולהבא. אם החברה באמת הייתה פתוחה לקבל כל אחד, כפי שהיא טוענת, היא לא הייתה אמורה להתנגד לסעד ההצהרתי המבוקש. ההתנגדות שלה חושפת את העובדה כי ברור לחברה ששינוי שיטת השיווק ישפיע על קהל הרוכשים, וכי אם יורידו את קמפיין "הסרוגים", יחדלו לספר למתעניינים כי זו שכונה דתית, לא ידרשו מלקוחות שאינם דתיים דרישות שונות, ישווקו ללא פילוח סלקטיבי לציבור הדתי לאומי בלבד, ויתמקדו רק בשיווק טיב הדירות ואיכותן, מחירן האטרקטיבי והקרבה לכביש 6 ולרכבת – מאזן הקונים ישתנה, השכונה תהיה יותר מעורבת, ותשקף את הביקוש הטבעי למגורים בעיר.

42. לכן החברה טוענת כי שינוי כזה יפגע בהסתמכות הרוכשים, שכן הרוכשים קיבלו מהחברה התחייבות לשכונה דתית הומוגנית. גם אם החברה מוכנה עתה "לספוג" מספר קטן של רוכשים חילוניים, ככל שיש כאלו בכלל, היא עושה זאת, כך נראה, מסיבות טקטיות שקשורות להתדיינות, ולא מתוך שינוי תפיסה.

43. ובעוד שניתן להבין את האינטרס של החברה, לא ניתן להבין את עמדת רמ"י. אחרי הגשת העתירה המקורית החליטה הרשות לקנוס החברה בשל סרטון השיווק המפלה שלה, אף שהחברה הוכיחה כי בין לקוחותיה מספר לא מבוטל של דתיים מזרחים. **בכך קיבלה הרשות את העמדה של העותרת, כי שיווק ופרסום מפלים סותרים את תנאי איסור האפליה במכרז,** אלא שהרשות מסרבת ליישם את אותו הכלל שהחילה ביחס לשיווק מפלה כלפי מזרחים לגבי שיווק ופרסום שמדירים רוכשים שלא משתייכים לציבור הדתי לאומי, למרות שמנכ"ל החברה הודה בשימוע כי זו מטרת הפרסום – להסביר לרוכשים פוטנציאלים את היתרונות של שכונה הומוגנית דתית שהחברה מציעה לעומת שכונה מעורבת.

44. רמ"י אוחזת בעמדה, שאם תנחה את החברה לשווק באופן ניטראלי את יתרת הדירות יביא הדבר לפגיעה בהסתמכות של יתרת הרוכשים. כלומר – גם רמ"י בתוך תוכה מבינה שהשיווק הוא מכריע ומשפיע ושאכן החברה התחייבה לרוכשי הדירות שזו שכונה דתית, הגם שבפרסומיה כתבה שהשיווק לכאורה "פתוח לכלל הציבור". רק כך ניתן ליישב את הסתירה הבולטת בין הטענה שהשיווק ממילא פתוח לבין הטענה כי שינוי השיווק יפגע בהסתמכות של החברה או הרוכשים. אלא שעמדה שאומרת שיש להמשיך ולהפלות בשל הסתמכות של רוכשים שמדיניות ההפליה תימשך היא אמירה פסולה לחלוטין מצד רמ"י.

דרישת החברה להחריגה מכלל איסור ההפליה מטעמים של שימור תרבותי

45. הכלל המשפטי הקיים כיום מאפשר לסטות מהחובה להקצות את משאבי הדיור בצורה שוויונית רק במקרה חריג, שבו מגורים נפרדים נתפסים כתנאי שאין בלתו למימוש הזכות לתרבות, ובאותם מקרים חריגים בהם המגורים הנפרדים באים בהתאם לבקשתה של קבוצת מיעוט תרבותית בדלנית המוכיחה, כי המגורים הנפרדים נדרשים לה למניעת **התבוללות כפויה** בקרב קבוצת הרוב.

46. פרופ' איל בנבנישתי ציין כי "התביעה להפרדה במגורים יכולה להיות מוצדקת כתביעה לקיום תרבות הקהילה, לשימורה ולפיתוחה. ישנן קהילות שחיי הקהילה בהן מחייבים התבדלות מקהילות אחרות. זה המצב אצל החרדים בישראל, המעוניינים בהסתגרות כדי להגן על בני קבוצתם מפני פיתויי "הכופרים" מסביב. זה גם המצב בקהילות של ילידים... בצפון אמריקה, האבוריגינים באוסטרליה והסאמי בסקנדינביה, המבקשים לשמר תרבות עתיקה מפני הקדמה..." (איל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" **עיוני משפט** כא 769, 783 (1998)).

47. פרופ' עידו פורת, שמאמרו מצוטט בהרחבה בתשובת החברה, מציין גם הוא כי "הרציונלים שניתנו להכרה בזכויות קבוצתיות מתאימים יותר למצב סטטי של שימור מאשר לעידוד מצב דינמי של התרחבות או שינוי. המקרים הפרדיגמטיים שהניעו את השיח הרב-תרבותי והשיח של זכויות קבוצתיות נסבו על מיעוטים ועל קבוצות שאינן נוטות להתרחב וחשופות ללחצים חיצוניים מצד קבוצת הרוב, כגון שבטים ילידיים החיים בצפון אמריקה או מיעוטים תרבותיים ואתניים דוגמת דוברי הצרפתית בקנדה. דוגמאות פרדיגמטיות אחרות הן של קבוצות המבקשות לבדד את עצמן כליל מן החברה, מבחינת "לא מדבשך ולא מעוקצך" כדוגמת כת האמיש בארצות הברית. קבוצות אלו זכאיות להגנה מפני הלחצים החיצוניים ולפטורים שונים

מן הכללים הרגילים של החברה, המתנגשים עם נוהגיהן. אך רציונלים אלו חלים במידה פחותה על קבוצות שנטייתן להתרחב, כיוון שנראה שסכנת התבוללותן קטנה יותר מחד, ומאידך, הן עצמן יכולות ליצור לחץ על קבוצות אחרות שבאות אתן במגע" (עידו פורת "זכויות קבוצתיות בישראל – שלושה מבחנים מנחים" **מחקרי משפט** ל 307, 402 (2016) (להלן – פורת)).

48. ייתכן שהציבור החרדי, או רובו המכריע, הינו ציבור שראוי להגנה מפני התבוללות כפויה ולהיענות לבקשתו להקים חומות, במגורים וביתר תחומי החיים. רובו המכריע של הציבור החרדי עדין שומר בקנאות על מסגרות נפרדות ברוב תחומי החיים, ורובו עדיין מתנגד נחרצות לניסיון לכפות עליו השתלבות במסגרות המעוצבות ברוחו של הרוב כמו הצבא ומערכת החינוך הממלכתית. לטענת משרד הבינוי והשיכון הציבור החרדי אף מתקשה להשתלב בשכונות רגילות בשל מחירי הדיור הגבוהים, שעה שהוא נדרש לפתרונות דיור בקרבת המרכזים הרוחניים – ירושלים ובני ברק בעיקר. נטען כי 85% מהאוכלוסייה החרדית גרה במשולש שבין ירושלים, בני ברק ואשדוד, והיתר ליד מרכזים רוחניים אחרים, כמו בנת יבנות ואופקים או בערים החרדיות החדשות שהוקמו מעבר לקו הירוק. בעוד שהמחירים באזורים אלו נוסקים, משפחה חרדית תחפש דירה שמתאימה למספר רב של נפשות במחיר מטרחה של לא יותר מ-700,000 ₪ (ר' ד"ר חיים זיכרמן (עורך) **תכנית אסטרטגית לדיור לחברה החרדית 2016-2035** (משרד הבינוי והשיכון והמכון החרדי למחקרי מדיניות, 2016). לכן המדינה טוענת כי קיים שוני רלוונטי בין הציבור החרדי לציבור הכללי.

49. ואולם הגם שאין חולק כי קיים שוני רלוונטי בין חרדים לשאר האוכלוסייה, קיימת ביקורת גם על האופן שבו המדינה פעלה לכפיית הפרדה במגורים לטובת הציבור החרדי ובמיוחד על הקמת ישובים נפרדים (ר' גרשון גונטובניק **הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות** 238 (2016) (להלן – גונטובניק), **בלנק**). בגדר עתירה זו אין צורך להכריע בעניין המדיניות כלפי הציבור החרדי.

50. **הטיעון של שימור תרבותי לא מוצדק לגבי הציבור הדתי לאומי.** ציבור "הסרוגים" אינו מיעוט מסתגר ומתבדל, שקיים חשש לפגיעה בו רק בשל מפגש עם חברת הרוב. זהו ציבור המשתלב בכל המסגרות של הרוב ואף נמצא בהן בעמדת הובלה והשפעה. הוא חלק מהזרם המרכזי היהודי ציוני במדינה, ו-22% מהציבור היהודי בישראל משייך עצמו במידה כזאת או אחרת למחנה זה לפי **סקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה**, משנת 2014.

51. לאדם חובש כיפה סרוגה גם אין קושי לממש את אורחות חייו באזורי מגורים מעורבים. התשתית הקיימת במדינה מאפשרת להם קיום אורח חיים דתי ללא קושי של ממש, בוודאי לא בעיר מסורתית כמו קריית גת. הציבור הדתי לאומי גם אם הוא מעדיף לגור באזורים מובחנים אינו קבוצה הדומה במאפייניה לכת האמיש בארה"ב, לקבוצות ילידיות ואף לא לציבור החרדי. ואכן קיימת קהילה דתית לאומית כמעט בכל ישוב בארץ (לרבות בערים מעורבות). לכן אין הצדקה שלא להכפיף אותו לאותם חוקים וכללים החלים על כולם.

52. החברה מתבססת בעיקר על פרשת **עם חופשי** ועל האמירות שהושמעו בו בדבר הזכות של קהילות לשמר את ייחודיותן. אלא שהחברה מנסה לצקת פרשנות מאוד מרחיבה לאותן אמירות של הנשיאה ביניש. פרשת **עם חופשי** עסקה בכלל בשאלת חוקיותן של הטבות דיור

ושאלת ההקצאה לציבור חרדי התעוררה בה באופן אגבי בלבד ובית המשפט הדגיש כי "בעניין שלפנינו, איננו צריכים להכריע בשאלות הנכבדות הנוגעות לטיבה של זכות היחיד לחיים בקהילה תרבותית, למקורה של זכות זו ולהיקפה" (בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד (2) 503, 509 (2000) (להלן – פרשת עם חופשי)). מתן פרשנות רחבה לאמור **בעם חופשי** אינה עולה בקנה אחד עם ההלכות הרבות בעניין הקצאה שוויונית של משאבי הקרקע והדיר, ובפרשת **סבא** בית המשפט העליון סייג אותה בצורה מפורשת לגבי התבדלות של הציבור הדתי לאומי בישוב עירוני ולא העניק לה פרשנות רחבה, כפי שמציעה החברה (עע"מ 1789/10 סבא נ' רשות מקרקעי ישראל (פס"ד מיום 7.11.10) (להלן – פרשת סבא)).

53. גם בית המשפט הנכבד פסק כי אין מקום לטיפול מועדף בהקצאת קרקע לציבור הכללי – חילונים ודתיים לאומיים, גם אם יש טעם להקצאה נפרדת לחרדים כקבוצת מיעוט תרבותית. בית המשפט הבהיר כי האפשרות להקצאה נפרדת של קרקעות המדינה למגזר מסוים הוכרה בפסיקה בנסיבות בהן דובר בקבוצת מיעוט התובעת לעצמה את הזכות לבדלנות, ואין להיענות לדרישה כזו כאשר היא מגיעה מציבור המשייך את עצמו לזרם הכללי או לזרם הדתי לאומי במדינה. בית המשפט הנכבד הוסיף כי לחילונים ודתיים לאומיים אין ייחוד כזה המצדיק יחס מועדף מצד המדינה, וכי הקצאה על פי קריטריון של הדרת חרדים היא פסולה ובניגוד לחוק חובת המכרזים (פרשת **אדרי**, בפסקה 18).

54. גם אם נתייחס לציבור הדתי לאומי כקבוצת מיעוט גדולה ובעלת מאפיינים ייחודיים בתוך הזרם המרכזי, בוודאי שאין מדובר במאפיינים כה מובהקים שלא ניתן לממשם אלא בסביבת מגורים הומוגנית ונבדלת (**גונטובניק**, בעמ' 245, **בלנק**, בעמ' 133, **אביעד הכהן**, בעמ' 87, ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 375 (2017) (להלן – **מדינה**)).

55. בנוסף התבדלות בחלק משכונה בתוך עיר אינה יכולה להשיג את האפקט של שימור תרבותי, שכן שלא כמו בישוב קטן נפרד לחלוטין, דוגמת הישוב הקהילתי, או עיר הומוגנית כמו אלעד, או לפחות אזור מובחן ומופרד בתחום עיר, לא יוכלו רוכשי הדירות להקים חומה בינם לבין שכניהם המתגוררים בצד השני של הרחוב. טענה זו עמדה גם בבסיס הערות בית המשפט העליון **בפרשת סבא**).

56. לבסוף הטענה לשימור תרבותי נחלשת מאוד גם משום שלא מדובר בשימור מצב קיים אלא בהתיישבות חדשה. פרופ' פורת מדגיש כי יש הבדל בין היענות לדרישה תרבותית שבאה לשמר מצב קיים לבין דרישת התרחבות. הוא מביא כדוגמא את פס"ד **קריית שמואל**. לטענתו מה שאפיין את פסק הדין הוא בעיקר העובדה שהתביעה הקבוצתית שם הייתה סטטית, ולא דינמית. מבחינה גאוגרפית – השטח שהתפנה, ושנתבקש לשמר לאוכלוסייה דתית הוא בלב השכונה ולא בפאתיה. מבחינת ממד הזמן – אופי השכונה נשמר לאורך עשרות שנים באופן שיצר היבט ההסתמכות, שמודגש בפסק הדין. בית המשפט, ציין פרופ' פורת, אף הדגיש שלא יהיה בכוחה של ההחלטה להוות תקדים שהשלכותיו רחבות (**פורת**, בעמ' 405; (ה"פ (חי) 102/99 שכונה שיתופית של הפועל המזרחי בעמק זבולון קרית שמואל נ' מינהל מקרקעי ישראל (פס"ד מיום 21.3.99)).

57. מכאן שהטיעון האמיתי של החברה הוא לא טיעון של שימור תרבות אלא טיעון אחר שבבסיסו אינטרסים קבוצתיים לגור בשכונה הומוגנית.

התבדלות מטעמים קהילתיים-דתיים

58. לטענת החברה, ההתבדלות בשכונה הומוגנית דתית לאומית דרושה לציבור הדתי לאומי כדי להבטיח אינטרסים קבוצתיים של הפרט הדתי-לאומי. אינטרסים אלו כוללים היבטים טכניים של מפרט הבניה כמו מרפסת רחבה (להקמת סוכה), שני כיורים ומנגנון שבת בכל המעלות בבניין, באופן שאינו מצריך התחשבות כלשהי בבעלי רצונות מתחרים; היבטים של יעילות, שיתבטאו ביכולת לספק ביעילות את משאבי השכונה לפי המקובל בציבור הדתי לאומי, בעיקר בתחום מוסדות החינוך והדת כך שלא יצטרכו לחלק את המשאבים הציבוריים תוך התחשבות במגוון הטעמים והרצונות של תושבי השכונה (על המוטיבציה של אוכלוסיות חזקות להתבדל מאוכלוסיות מוחלשות על מנת להבטיח מערכת חינוך הומוגנית, והמחיר הכבד של הקיטוב ר' ישי בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" עיוני משפט כח 347(2004)); והיבטים חברתיים שמרכזם יצירת הווי חברתי מיוחד וטיפוח זהות קבוצתית (אירועים קהילתיים, גמ"חים, בתי קפה כשרים); עוד נטען, כי הציבור הדתי לאומי מעוניין בכך שהאזורים הציבוריים יתנהלו בצביון דתי, בעיקר בעניין השבת, וכי קיומה של אוכלוסייה מעורבת יגרום לחיכוך. לטענת החברה מדובר בתוצאה המתבקשת מההיבט החיובי של חופש הדת.

59. אינטרסים אלו הם תמונת מראה מדויקת לטיעונים שנשמעים לא פעם גם מצד ציבור חילוני או מסורתי נגד הגירתם של דתיים, חרדים או ערבים לשכונה, והם עמדו במוקד ההתדיינות בבג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות (פס"ד מיום 1.8.10) (להלן – פרשת סולודוך).

60. בעניין סולודוך טענו תושבים חילונים משכונה ברחובות שאין להקים בשכונה מבנה ציבור המיועד לציבור הדתי. הנימוקים שלהם היו דומים כשתי טיפות מים לטיעוני החברה בתיק זה. התושבים טענו כי החלטת ההקצאה לעמותה פגומה מאחר שהרשות לא נתנה משקל ראוי לזכותם החוקתית לחופש מדת כחילוניים. נטען כי הקמת מבנה המיועד לפעילות דתית אינטנסיבית בסמיכות כה גדולה לבתי מגורים של תושבים חילוניים תכפה עליהם שינוי בלתי רצוי באורחות חייהם החילוניים הן ברשות הרבים והן ברשות היחיד, והם יאלצו לשים מגבלות לאורח החיים החילוני המאפיין אותם.

61. בג"ץ דחה את הטענה בצורה מפורשת ומנומקת ופסק כי לא נפל פגם בהליך ההקצאה. בג"ץ ציין כי גם אם תידרש התחשבות מסוימת מצד התושבים החילוניים בשכניהם הדתיים אין משמעות הדבר כפייה, שכן כשם שהאוכלוסייה הדתית נדרשת לווייתורים שונים ברשות הרבים, כך נדרשת האוכלוסייה החילונית גם היא לווייתורים מצידה. בג"ץ קבע כי בחברה הטרוגנית אין מקום לקבל "שכונות מסוגרות המוקפות חומות של ניכור ואיבה, המתבדלות זו מזו על רקע עדתי, דתי, או לאומי...". בג"ץ פסק כי הזכות של קבוצות שונות בחברה לבטא את עצמן בתחום התרבות, הדת והמסורת ואורחות החיים אין פירושה זכות מוקנית להתבדלות, לסגירות ולדחיית השונה והרחקתו (שם, בפיסקאות 131-133).

62. ובעניין **סבא** בית המשפט העליון ציין מפורשות ביחס להתבדלות של ציבור דתי לאומי במתחם מגורים נפרד ביפו, שיזמה החברה, 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" (פרשת **סבא**). אמנם אלו אמירות שנאמרו מעבר לנדרש, שכן הערעור נדחה בשל מעשה עשוי, אולם הן נכללו בפסק הדין לאחר שמיעה מלאה של טענות הצדדים, וראוי להניח כי בית המשפט לא השחית מילותיו לריק וכי הרכב השופטים ביקש בכך לסייע לרמ"י לגבש מדיניות בעתיד (על חשיבות הפסיקה והשלכותיה ר' **גונטובניק**, בעמ' 246 ו**בלנק**, בעמ' 107).

האינטרסים הקבוצתיים עומדים בסתירה לזכויות הפרט ולאינטרסים ציבוריים

63. בכל מקרה האינטרסים הקבוצתיים שמעלה החברה עומדים מול אינטרסים ציבוריים נוגדים וכבדי משקל שהעותרת ציינה, ועמדו עליהם גם שופטי בג"ץ בעניין **סולדוף**. שם עמדו השופטים על הרעה החולה של ההפרדה וההתבדלות במגורים, ויצירת קהילות סגורות המבודדות עצמן בחומות חברתיות, המעודדות הפליה וניכור חברתי, מחלישות את המרקם החברתי, ומעודדות עוינות ויריבות.

64. **ראשית**, יש באינטרסים שמעלה החברה לפגוע בנגישות של קבוצות אחרות לקרקע עירונית מבוקשת, שהושקעו משאבים ציבוריים ניכרים בפיתוחה ובהכנתה לשיווק (באמצעות הסכם הגג), ושיועדה לספק מגורים לכלל הציבור.

65. **שנית**, יש בהם לפגוע בחירות בחירת מקום המגורים של פרטים מהציבור, כאשר צמצום מרחב החיפוש משמעו גם פגיעה באפשרות של פרטים להבטיח לעצמם הזדמנויות הכרוכות במגורים במקום וקריית גת היא בהחלט מקום מבוקש, בקרבה למסילת הרכבת ועם נגישות גבוהה למוקדי תעסוקה במרכז (ר' **בלנק**, בעמ' 41).

66. **שלישית**, יש בהם להנציח הדרה של המיעוט הערבי (**בלנק**, בעמ' 127) ואף החרדי. ואכן ראינו כי החברה גם בונה פרויקטים באותו אופן בערים מעורבות, תוך שמנכ"ל החברה נוקט ברטוריקה גזענית ביותר כלפי מיעוט זה ומצהיר כי הוא מתנגד נחרצות למגורים משותפים של יהודים וערבים (למשל בכתבתה של חן שליטא "**עגימי מאז ולתמיד**" גלובס, 4.3.10). בעיין **סורקיס** (ר' פיסקה 107 להלן) ישנה דוגמא להתבדלות של ציבור דתי לאומי המכוונת נגד חרדים.

67. **רביעית**, יש באינטרסים הקבוצתיים לפגוע בפרטים שמבקשים להתגורר בשכונה, גם אם הם רואים עצמם חלק מהקבוצה. ברגע שיש הליך סינון מופעל שיקול דעת על ידי החברה האם למכור או לא למכור דירה למתעניינים. החברה אמנם אומרת שהיא אינה? בודקת בציציות, אך מנכ"ל החברה ציין בראיונות לתקשורת כי יש לו בהחלט קריטריונים שונים להבחין בין "אנשי שלומנו" לאחרים. מתן סמכות לחברה לסנן את הבאים בשערי השכונה (בניגוד לכלל של מכירה לכל המעוניין) פותחת פתח להפליה ולהטיה. כפי שציין פרופ' אביעד הכהן במאמרו "לא פעם יישובים המתיימרים להתעטר בכתר ה"ייחודיות" (אקסקלוסיביות) והתורניות, נושאים את שם ה' לשווא ומשתמשים בתירוץ הדתי כדי לסנן מועמדים שאינם רצויים בעיניהם

מסיבות שונות לחלוטין, כגון רקע חברתי וכלכלי, מוצא עדתי שונה וכיוצא בזה. בתאונות שווא של "מיוחדות קהילתית-תורנית" כביכול, דוחות ועדות קבלה יישוביות מועמדים שלא דבק בהם כל רבב, רק בשל מראם ולבושם השונה, מוצאם החברתי או העדתי. במקרים אלה משמשת הדת מסווה לאפליה פסולה שלעתיים עולה כדי גזענות ממש" (**אביעד הכהן**, בעמ' 92).

68. הליך סינון שנעשה על ידי גורם בעל עניין, כמו החברה, המעוניין לסנן את השכנים לא רק מבחינה דתית אלא גם מבחינה "איכותית", מוביל על נקלה גם להפליה מוסווית ואף להפליה בלתי מודעת, הנגרמת בשל הסטריאוטיפים שהוטמעו בנו ביחס לשונה מאיתנו, בשל תחושות של ניכור וסלידה ותיוגים חברתיים ובשל הנטייה להעדיף את בני הקבוצה שלנו על פני בני הקבוצות האחרות (ר' עמדת המיעוט של השופט הנדל בבג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (פס"ד מיום 17.9.14) (להלן – פרשת **ועדות הקבלה**)).

69. ואכן, לא פעם ראינו שבמסווה של סינון על פי מידת דתיות התגבשה מדיניות של הפליה על רקע עדתי (**בלנק**, בעמ' 128, בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך**, פ"ד סג(2) 398 (2009) (להלן – פרשת **נוער כהלכה**)).

70. **חמישית**, האינטרסים הקבוצתיים מובילים לפגיעה בשוויון. נפרד אינו שווה, וגישה המפרידה בין קבוצות תרבותיות תורמת תרומה ממשית להבחנה ביניהן על בסיס מרחבי בחלוקת תקציבים, בנגישות ובטיב שירותים ציבוריים ויש בכך להנציח ולהגדיל פערים ולייצר אי צדק חלוקתי. ההפרדה מובילה להקצאת משאבים סלקטיבית באמצעות תקצוב יתר של קבוצות חזקות או קבוצות לחץ ותת תקצוב של אזורים, בהם גרה בנפרד קבוצת מיעוט לא פופולארית. למעט מקרים יוצאי דופן, כמעט כל נתון שנבחן יצביע על כך שהאוכלוסיות ה"חלשות", שלגביהן מידת ההפרדה המרחבית היא הרבה ביותר – הערבים בכלל, הבדווים בפרט, והחרדים, מתגוררות בישוים המצויים בתחתית הרשימה של הדירוג הסוציו-אקונומי, והדבר מתבטא בטיב השירותים הציבוריים וזמינותם, בהישגים נמוכים יותר בחינוך ובמחסור בתשתיות בסיסיות. לעומת זאת, קבוצות הומוגניות חזקות המתבדלות בישוים פרבריים של דתיים לאומיים או חילוניים מצליחות ליצור ישוים המדורגים בראש רשימת הדירוג הסוציו-אקונומי והדבר מתבטא בשירותים מצוינים, רמת החינוך והתשתיות המשודרגות (**בלנק**, בעמ' 129).

71. השלכה נוספת היא התקבעות תפיסות שליליות וסטריאוטיפיות של בני הקבוצות השונות על קבוצות אחרות. כפי שצינו הפרופסורים **בלנק ורוזן-צבי**: "במקרים רבים ילדים גדלים עד גיל מאוחר מבלי שפגשו בחברי קבוצות חברתיות אחרות והם ממשיכים את חייהם מבלי שהם נתקלים זה בזה. יהודי וערבי אינם פוגשים זה את זה; חרדי וחילוני אינם נפגשים; ותיקים רבים אינם פוגשים את יוצאי אתיופיה. זאת, לאור המגורים הנפרדים אשר מיתרגמים באמצעות משפט השלטון המקומי למערכות חינוך נפרדות, למתנ"סים נפרדים, ולתמריצים אחרים המעודדים את דפוסי המגורים הנפרדים" (ישי **בלנק ואיסי רוזן-צבי** "הצעת חוק העיריות, הווה ללא עבר, רפורמה ללא עתיד" **חוקים** א 49, 96 (2009) (להלן – **בלנק ורוזן-צבי**)).

72. כשמתבוננים בחברה, באופן שבו היא מתנהלת ובאופן שבו המנכ"ל שלה מתבטא ניתן לראות כיצד הדבקות במגורים נבדלים ונפרדים אכן מפתחת תפיסה סטריאוטיפית וקיצונית של

האחר. הדבר בא לידי ביטוי בסרטון המבחיל שיצרה החברה כדי להסביר לרוכשים פוטנציאליים כמה מגורים משותפים עם מי שאינו דתי לאומי (חילונים או מזרחים) הוא נורא ואיום וכן איום בלתי נסבל שכל מי ששואף לחיים איכותיים צריך להתרחק ממנו. זה מתבטא באמירות גזעניות ומקוממות של מנכ"ל החברה נגד ערבים, שעה שהחברה בונה את הפרויקטים שלה לא פעם בערים מעורבות. זה מתבטא בעמדות הומופוביות שבהן מתהדרת החברה גם בתכתובת רשמית, לפיה בניגוד לקהילה הדתית לאומית הקהילה הלהט"בית מגדירה עצמה רק על פי "הצורך הזמני לספק יצרים חסרי שליטה" (ע/8). כאמור, גם בתוך הציבור הדתי-לאומי יש מי שמזהירים מפני ההקצנה והאליטיזם בציבור הדתי לאומי וקושר אותה להתבדלות המרחבית (אביעד הכהן).

73. האינטרסים הקבוצתיים שהעלתה החברה מתמרצים מנגנונים של ביצור החומות כדי לשמר רוב, קיפוח של קבוצות מיעוט ואף אלימות חברתית. כללים שמאפשרים לקבוצת הרוב המקומית להשליט את הנורמות הרצויות לה, לרבות נורמות דתיות (או אנטי דתיות) גורמים לא פעם ל"מאבקי שליטה" ולניסיון למנוע בכוח הגירה של קבוצות תרבותיות אחרות לתוך מתחם המגורים (בלנק).

74. כך, למשל, הגירה של אוכלוסייה ערבית לנצרת עילית גרמה לראש העירייה לצאת בהצהרות לוחמניות נגד מתן שירותים בסיסיים לאוכלוסייה זו, כמו בית ספר המותאם לזרם החינוך הערבי (ג'קי חורי, "הארץ" 17.1.13). בפתח תקווה ראש העירייה נאבק בכלים שונים נגד הגירה של יוצאי אתיופיה ושל מבקשי מקלט באמצעות אי רישום של ילדים לבתי הספר ובאמצעות ניתק דירות של מבקשי מקלט מחשמל באמצעות הפעלת סמכות העירייה לנתק מחשמל בניינים שנעשה בהם פיצול דירות לא היתר (אילן ליאור, "הארץ" 28.2.17; ור' עת"מ (מרכז) 62635-02-17 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית פתח תקווה (החלטה מיום 1.3.17)).

75. השופטת ארבל התייחסה אף היא לסוגיה זו בפרשת ועדות הקבלה. לדבריה: "נראה כי מדינה או חברה המורכבת מקבוצות רבות, מגוונות ושוונות לא צריכה לעודד הפרדת מגורים הרמטית בהתאם להשתייכות קבוצתית כזו או אחרת. לטעמי יש בכך מסר מפריד ומפורר לחברה בישראל. מסר של התבדלות, הדרת האחר והשונה. הפרדה כזו אינה מאפשרת התניידות בין קבוצות חלשות לחזקות, אינה מאפשרת לקבוצה אחת להכיר את רעותה, ובכך יש בה כדי להחליש אף יותר את הלכידות החברתית בישראל. הרצון לגור בקרב אנשים דומים הוא מובן ומקובל, ויש לאפשר ולקבל את הצורך הזה כאשר הוא מתממש באופן טבעי. עם זאת, רצון זה כשהוא מלווה בהומוגניות מוחלטת שאינה מקבלת כלל אנשים שונים ומגוונים יש בה לטעמי משום פגיעה בחברה, בדמוקרטיה, בחינוך לסובלנות ולפלורליזם". השופטת ארבל הצטרפה לעמדת המיעוט שסברה כי יש לפסול את ועדות הקבלה בישובים הקהילתיים, בעוד שעמדת הרוב הייתה כי הנושא אינו בשל להכרעה שיפוטית (פיסקה 4 לפסק דינה של השופטת ארבל).

על נזקי ההפרדה ר' גונטובניק, בעמ' 118; בלנק, בעמ' 39; גביזון ושוורץ, בעמ' 80; בלנק ורוזן-צבי, בעמ' 93.

76. לאור האמור אין מקום להכיר באינטרסים הקבוצתיים כעילה לחרוג מתחולת סעיף איסור ההפליה במכרז.

המענה לאינטרסים הקבוצתיים שמעלה החברה אינו מחייב הפרדה במגורים

77. המענה לאינטרסים הקבוצתיים שמעלה החברה הוא בקביעת איזונים עדינים בניהול המרחב הציבורי (בעיקר על ידי הרשות המקומית) והפרטי, כאשר גרות בו במשותף קבוצות מגוונות. זאת גם אם הדבר מחייב התחשבות הדדית וויתורים הדדיים.

78. ואכן, כפי שמציין בלנק, בית המשפט העליון צועד כבר בנתיב זה, אשר מתחשב בזכויות הרוב מבלי לשלול את זכויות המיעוט. במקום כלל משפטי מסוג "המנצח לוקח הכל", המאפשר לרוב מקומי לשלוט ולהשליט נורמות המקובלות עליו, דבר היוצר תחרות לא רצויה על "שליטה" במקום, נוצרים כללים פלורליסטיים יותר (בלנק, בעמ' 113). כך היה בעניין **סולודוך**. כך בפרשת **הבית הפתוח**, שם חייב בית המשפט העליון את עיריית ירושלים להקצות כספים לקהילת הלהט"ב, חרף הרוב הדתי ששלט בה ושהתנגד נחרצות להקצאה כספים למטרה זו (עע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, פ"ד סד(2) 1 (2010)). כך בעע"מ 662/11 **סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים** (פס"ד מיום 9.9.14) שם בית המשפט העליון חייב ישוב בעל רוב חילוני להקים מקוואות לציבור הדתי, שהווה מיעוט בישוב. כך בעע"מ 8840/09 **באואר נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה** (מיום 11.9.14), שם אישר בית המשפט העליון את פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים אשר ביטל את החלטת מוסדות התכנון למנוע הגבהה של מוסד דתי חרדי משיחי רק בשל התנגדות תושבי השכונה. זאת, כאשר לא הייתה סיבה תכנונית לא לאשר הגבהת המבנה. בית המשפט העליון התבסס על הלכת **סולודוך** ופסק כי בחברה בעלת מרקם סוציולוגי הטרוגני דחיית התכנית מטעמים של פגיעה ברגשות דת איננה מתיישבת עם הצורך לכונן אמונות ואורחות חיים, על רקע של חיים משותפים ומגורים משותפים.

79. מכאן שחזקה על עיריית קריית גת כי תפעל לכך שלבני הקהילה הדתית לאומית יהיו מוסדות ושירותים הנדרשים לה גם אם תגור בשכונה מעורבת, גם אם מספר הדתיים יהיה קטן ממספר הלא דתיים, ובלי שהדבר מחייב התבדלות מוחלטת או כמעט הרמטית.

80. ביחס למישור היחסים הפרטיים בין התושבים, הרי שגם פה השאלה היא שאלה של איזונים. החברה טוענת כי מותר ליזם המקום שכונת מגורים לקבוע הגבלות על דרך הפעולה המותרת במרחב הציבורי המקומי. אם בדעת החברה לכפות על מי שרוכש ממנה דירה לנהל אורח חיים דתי, כפי שדרשה החברה בפרויקט שלה בפרדס חנה, הרי שזו דרישה פסולה וממילא בית משפט אינו יכול בכלל לאכוף התחייבות לנהל אורח חיים מסוים, דתי או חילוני.

81. מנגד, מפרט בניה שהולם את צרכי הציבור הדתי אינו סותר את צרכי הציבור החילוני, ואין כל קושי לקבוע מפרט שמאפשר בחירה בין כיוור אחד או שניים או שיש בו מראש הכנה לשעון שבת. כללים מידתיים לגבי השימוש ברכוש המשותף וכללי התנהגות לרכוש הציבורי יכול שייקבעו באמצעות תקנון הבית המשותף בהסכמת הדיירים או רוב של הדיירים, בהתאם לעניין. התארגנות וולונטארית לקידום הווי או פעילות קהילתית גם היא לגיטימית וקיימת בשכונות רבות.

82. יש לציין כי סוגיית מנגנון שבת במעלית בבניינים שבהם שתי מעליות (כפי שצפויות להיבנות בשכונה) כבר הוסדרה בחוק המקרקעין. סעיף 59(א) לחוק קובע כי בבית משותף שבו מותקנת יותר ממעלית אחת, ובאחת המעליות הותקן מנגנון פיקוד שבת, רשאי כל בעל דירה לדרוש כי המעלית שבה הותקן המנגנון תופעל כמעלית שבת. בתקנות המקרקעין (זמני הפעלת מעלית שבת בבית משותף שבו שתי מעליות לפחות), התשע"ד-2014 נקבע כי דרישה של דייר אחד דיה כדי להפעיל מנגנון שבת באופן זמני ואילו דרישה של 75% מהדיירים דיה כדי להפעיל המנגנון בכל השבת באחת המעליות. כך יצר מחוקק המשנה איזון בין הרוב למיעוט. לכן דרישה לכפות מראש כי שתי המעליות יופעלו במנגנון שבת היא לא מידתית.

לחלופין – יזם פרטי בכל מקרה אינו יכול ליזום התבדלות ולשווק לציבור דתי לאומי בלבד

83. גם אם בית המשפט הנכבד יגיע למסקנה שונה מזו של העותרת, הרי שאין כל ספק שמדיניות שמוכנה להקצות קרקע ציבורית רק לציבור מסוים תוך הדרת שאר האוכלוסייה חייבת להתבטא בהחלטה רשמית ושקופה של הרשות המוסמכת. היא אינה יכולה להיעשות בדרך של קביעת עובדות בשטח על ידי יזם פרטי מטעמיו האישיים. היא אינה יכולה להיכפות על הרשות הר כגיגית.

84. החלטה על הקצאת קרקע באופן בלעדי לקבוצת מיעוט תרבותית הינה החלטת מדיניות מסוג נפרד אך שווה, והיא מחייבת שיקול דעת מעמיק. מדיניות של נפרד אך שווה היא מדיניות חשודה, שיש לנקוט בה רק במקרים חריגים ביותר (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 280, 258 (2000) (להלן – פרשת קעדאן); פרשת נוער כהלכה, בפיסקה 24).

85. החברה נסמכת להצדקת דרכה על פסק הדין בפרשת עם חופשי, בו ציין בג"ץ, כאמור, כי אין פסול בהקצאה נפרדת לקבוצות בעלות אורח חיים ייחודי (באותו עניין דובר על חרדים), אך היא שוכחת לציין כי בג"ץ הוסיף כי "על הקצאה כזו להיעשות על-פי שיקולים ענייניים ורלוונטיים, שיקולים המצדיקים הקצאה נפרדת של קרקע בתנאים הוגנים הנקבעים על-פי אמות-מידה שוויוניות; תנאים המביאים בחשבון חלוקה ראויה של המשאבים במסגרת התכניות הכלל-ארציות והאזוריות של משרד הבינוי והשיכון, ותוך מתן הטבות הנקבעות על-פי עקרונות זהים לכלל האוכלוסייה, ללא הפליה" (שם, בעמ' 509).

86. ואכן, כאמור לעיל, לאחרונה המדינה בוחנת לעומק את הסוגיה ואת פתרונות הדיור הרצויים לאוכלוסייה החרדית ומיקומם, וחזקה עליה ששיקללה זאת מול הצורך להקצות משאבים בצורה שוויונית. המדינה אף תכננה להפוך את העיר חריש לעיר חרדית חדשה, והוגשה עתירה נגד תכנית זו. מפסק הדין שניתן בעתירה ניתן ללמוד על מידת החשיבה שהושקעה, שכן בית המשפט התייחס לתגובת המדינה וקבע כי "ההחלטה לייעד את הישוב חריש לאוכלוסייה החרדית התקבלה לאחר שניסיונות לאכלס את הישוב במשך שנים לא צלחו, ולאחר עריכת בדיקות מקיפות שנערכו במשך שנים, בחינת חלופות, עריכת דיונים במשרדי הממשלה הרלוונטיים ובמוסדות התכנון. המשיבים הדגישו את העובדה לפיה נכון להיום, הוקמו בישוב 300 יחידות דיור בלבד במשך שני עשורים. הישוב אינו ממצה את ייעודו התכנוניים בהתאם למגמות התכנון שעוגנו בתוכנית המתאר. בישוב הושקעו מיליונים רבים להקמת תשתיות אשר תשרתנה את אלפי יחידות הדיור שייבנו".

87. השופטת וילנר פסקה כי אין לתכנן ישוב לחרדים בלבד כאשר מדובר בישוב קיים שכבר גרה בו אוכלוסייה חילונית והעתירות נדחו רק לאחר שהוכנסו שינויים בתכנית (עת"מ (חי) -11475-07-11 **חריש הירוקה אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית בע"מ נ' ועדת העררים שליד המועצה הארצית לתכנון ולבניה** (פס"ד מיום 1.5.12)). בפועל, החרדים נטשו את העיר חריש ולא עוברים אליה, ואילו הציבור הדתי לאומי דווקא עובר אליה חרף הקהילות החילוניות שגרות בה.

88. ההתדיינות בעניין חריש מדגימה את הקשיים הרבים של התבדלות מרחבית, גם באותם מקרים שנקבע שהיא לגיטימית לאור השוני הרלוונטי בין הציבור החרדי לציבור הכללי, ואת הצורך לעשותה רק בכפוף לעבודת מטה יסודית ותוך שקילת שיקולים רבים, מלבד האינטרס הפרטי של היזם.

89. גם דיני המכרזים קובעים, כי אם מבקשים לקבוע תנאים מיוחדים למכרז, כמו האפשרות להתמודדות של חברות המשווקות לציבור דתי לאומי בלבד, חייב הדבר לבוא לידי ביטוי בתנאי המכרז, כדי שכל מי שמעוניין להתמודד במכרז יפעל על פי אותם כללים. בפרשת **פורז פסק בג"ץ** כי גם אם הקצאת הקרקע נועדה לקדם מטרה חברתית מסוימת, יש להצהיר על כך מראש ולתת הזדמנות הוגנת לכל המעוניין להתמודד באופן שוויוני (הגרלה או מכרז סגור) (בג"ץ 5023/91 **פורז נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992) (להלן – **פרשת פורז**)). גם בעניין זה יצרה לעצמה החברה יתרון לא הוגן על פני מתחרותיה, כאשר נקטה בשיווק שעל פניו סותר את תנאי המכרז.

90. במקרה דנן החברה היא שיזמה ופעלה ולא רמ"י ודי בכך לקבוע שפעלה שלא כדון, כיוון שהשיגה לעצמה יתרון על מתחרותיה. בעתיד – אם רמ"י תחשוב שיש לשנות את תנאי המכרזים הרי שעליה לעשות זאת מראש בהחלטה ברורה ושקופה, אותה יהיה ניתן להעמיד למבחן משפטי ולביקורת הציבור.

91. יתרה מזאת, העותרת סבורה כי החלטה של מועצת מקרקעי ישראל לא תסייע כאן, שכן יש צורך **בחקיקה** כדי להתגבר על הפגיעה בשוויון ולאפשר לשווק במכרזים קרקע לציבור דתי לאומי בלבד. אין שוני רלוונטי המצדיק טיפול נפרד בהקצאת הקרקע, בניגוד לחרדים, ולכן מדובר בפגיעה בזכות החוקתית לשוויון המחייבת הסמכה מפורשת בחוק שהוא לתכלית ראויה ומידתית. כך נעשה גם לגבי סוגיית ועדות הקבלה בישובים הקהילתיים, שבמשך שנים התבססה על החלטות מועצת מקרקעי ישראל, ורק לאחר שבג"ץ הוציא צווים על תנאי בעתירות נגד החלטות אלו, נדרשה הכנסת לנושא ועיגנה בחקיקה את פעילות ועדות הקבלה.

92. החקיקה הקיימת לא מסמיכה את רמ"י להקצות קרקע לציבור הדתי לאומי בלבד. סעיף 2 לחוק רשות מקרקעי ישראל מסמיך את הרשות "להקצות קרקעות למטרות מגורים, דיור בהישג יד, דיור ציבורי, תעסוקה, שטחים פתוחים ולמטרות אחרות, במקומות ובהיקפים הנדרשים על פי צרכי המשק, החברה והסביבה, לרבות צרכים עתידיים". אין בכך הסמכה מפורשת להקצות קרקע לצרכי מגורים של קבוצה מסוימת.

93. חוק חובת המכרזים מחייב את רמ"י לשווק הקרקעות במכרז למעט באותם מקרים שנקבע פטור. החוק אף אוסר על עורך המכרז להפלות בין מציעים מחמת דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה וכדומה. תקנות חובת המכרזים קובעות שורה של פטורים בהקצאת קרקע על ידי רמ"י אולם אין הם מתייחסים להקצאה לציבור דתי לאומי. התקנות קובעות כי ניתן לערוך מכרז סגור או הגרלה ביחס להענקת זכויות במקרקעין לקבוצות בעלות אופי ייחודי, אולם רק באזורים בהם היצע המקרקעין עולה על הביקוש או יש למדינה ענין מיוחד בעידוד ההתיישבות (תקנה 26(2)). זה לא המצב לגבי קריית גת.

94. מכאן שכל עוד אין חקיקה מפורשת, ברירת המחדל היא שמועצת הרשות כלל לא מוסמכת להקצות קרקע לציבור דתי לאומי בלבד.

התבדלות מטעמים של חופש התאגדות

95. טענה נוספת שמעלה החברה היא כי עומדת לה זכות ההתאגדות, וזאת במיוחד לנוכח הטענה כי מדובר בהתאגדות המבטאת יחסים אינטימיים ו/או כי מדובר בהתאגדות רעיונית/אידיאולוגית. לטענתה זכות ההתאגדות גוברת על סעיף איסור הפליה במכרז.

96. חופש התאגדות אין משמעו חופש לעשות ככל העולה על דעתך, ויש לדחות את הטענה מכל הסיבות שלהלן: **ראשית** החברה הינה חברה **מסחרית** המשווקת דירות לציבור ולכן הרაციונלים של זכות ההתאגדות, שהיא מציינת, כלל אינה רלוונטיים במקרה שלה. החברה בונה את הפרויקט ולאחר מכן הדירות מועברות לבעלות הרוכשים והחברה יוצאת מהתמונה. גם אין מדובר בהתאגדות של מספר חברים לרכישת מגרש משותפת. אם היו כמה אנשים, שהם כולם דתיים (או חילוניים), מתאגדים על בסיס היכרותם המוקדמת לצורך רכישה משותפת של הקרקע לבניה עצמית של בית מגורים, העותרת לא הייתה רואה בזה פסול. זה לא המקרה.

97. החברה היא עסק והרוכשים הם לקוחותיה. לרוכשי הדירות מהחברה, בין שמדובר בשלב השיווק הראשוני שבו נעשה ניסיון מסחרי לחלוטין לקדם רכישה משותפת, ובין בשלב השני לאחר הזכייה, שבו השיווק נעשה כשיווק קבלני רגיל, אין דבר וחצי דבר במשותף מלבד הלאום והדת והרצון לרכוש דירה בשכונה. אין בין הרוכשים יחסים אינטימיים או היכרות מוקדמת. מדובר בפרויקט מסחרי גדול לכל דבר ועניין והניסיון לצבוע זאת כהתאגדות אינטימית או רעיונית הוא מלאכותי לחלוטין.

98. **שנית**, בכל מקרה זכות ההתאגדות כפופה לתנאי המכרז, המשקפים את העובדה כי מדובר **בהקצאה של קרקע ציבורית**. חברה הזוכה בקרקע ציבורית שמשווקת לה במטרה להקים פרויקט מגורים צריכה לנהוג כאילו היא זרועה הארוכה של הרשות וחלות עליה חובות מוגברות. לעמדת העותרת אף אין צורך בסעיף איסור הפליה מפורש, ואולם קל וחומר כי שיש סעיף מפורש במכרז על החברה לפעול לפי לשונו ורוחו.

99. בפסיקת בית המשפט העליון ניתן משקל משמעותי לשמירה על השוויון בהקצאת קרקע ציבורית. יפים לעניין זה דבריו של השופט הנדל בעניין **ועדות הקבלה**, שנדמה שנותנת תשובה ישירה לטענות החברה. השופט ציין כי גם אם יש תפיסות חברתיות מתנגשות לגבי התועלת

בהתבדלות מרחבית "שונים פני הדברים כאשר מדובר במקרקעין ציבוריים, המוקצים לקבוצה מסוימת. כידוע, במקרקעין אלה יש לנהוג בשוויון ולהימנע מביטויים של הפליה פסולה, ודאי בגרעין הקשה שלה. ברי בעיני כי מקרקעין ציבוריים מקימים חובות שאינם נחלת הקרקע הפרטית, ובהקשרם על בית המשפט לבחון האם תהליך הבחירה יוצר הפליה כזו" (שם. ר' גם פרשת **קעדאן**; בג"ץ 4124/00 **יקותיאלי נ' השר לענייני דתות** (מיום 14.6.10); בג"ץ 8300/02 **נסר נ' ממשלת ישראל** (מיום 22.5.12); בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (2002); בג"ץ 1113/99 **עדאלה נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 164, 170 (2000); רע"א 5817/95 **רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נ(1) 221, 231 (1995); פרשת **פורז**, בעמ' 801).

100. לכן מי שמבקש לרכוש מגרש המוצע במכרז פומבי על ידי רמ"י שבו סעיף איסור הפליה צריך להתאגד באופן שעולה בקנה אחד עם הוראות המכרז. אין, למשל, בעיה בעצם העובדה שקבוצות רכישה נישות למכרז ובלבד שההצטרפות לקבוצת הרכישה תהא פתוחה לכל המעוניין. כך גם לגבי עמותות בניה, אשר במכרזים הפתוחים לעמותות רמ"י היא זו שמכתיבה אפילו את תקנון ההתאגדות, כחלק ממסמכי המכרז.

101. **שלישית**, במשפט הישראלי הוכרה הזכות של תאגידי דיור ליהנות מאוטונומיה בבחירת חבריהן רק בסוגים מסוימים מאוד של תאגידי דיור שהם אגודות שיתופיות הפועלות במגזר הכפרי, ותחת רגולציה הדוקה. לא ניתנה הכרה לאוטונומיה של חברות נדל"ן המקימות פרויקטים בישובים עירוניים לבחור את לקוחותיהם.

102. כך, אוטונומיה רחבה יחסית בבחירת החברים ניתנה לאגודות שיתופיות שנוסדו להקמת התיישבות כפרית בישובים שהם קיבוץ ומושב. זאת בשל צורת ההתיישבות המיוחדת שלהם (לפחות בצורתם המקורית), הדורשת חיים בקהילה קטנה מאוד המחייבת ערבות הדדית בכל תחומי החיים, ויתור ניכר על חירויות בסיסיות, שיתוף בזכויות וחובות ומחויבות עמוקה של החברים לאידיאולוגיה שבבסיס סוג זה של התיישבות.

103. גם כאשר מדובר באגודות שיתופיות שלל בג"ץ את הטענה כי יש להן חירות בלתי מוגבלת לבחור את חבריהן. בעניין קיבוץ **הסוללים**, למשל, נקבע כי ההחלטה לקבוע בתקנון האגודה תנאי קבלה כמו שירות צבאי וכשירות לחברות בהסתדרות הציונית העולמית היא בטלה. "לא מצאתי צורך להידרש לשאלות הנכבדות שמעלים העותרים בעניין זכויותיהם החברתיות-והתרבותיות של יהודים חילוניים, המבקשים לשמור על אופיו של יישובם כיהודי-חילוני, והסכנות הנשקפות, לטענתם, לחיי הקהילה שלהם אם תיפתח הדרך בפני בני הזוג להצטרף ליישוב. העותרים אמנם אינם מסווים את טענתם ומבוקשם, אלא אווזים את השור בקרניו ומודים בפה מלא כי כוונת תנאי הסף למנוע קבלתם ליישוב של ערבים (וחרדים). ואולם, בנסיבות המקרה ה"סכנות" עליהן מצביעים העותרים הינן תיאורטיות וספקולטיביות. ככאלה, ברי שאינן יכולות לבסס הבחנה בין פרטים המתבססת על לאום", נפסק (בג"ץ 7574/06 **הסוללים נ' מינהל מקרקעי ישראל** (מיום 22.1.07), בפיסקה 7).

104. לעומת זאת, האוטונומיה שניתנה לאגודות שיתופיות להתיישבות קהילתית שמקימות ישובים קהילתיים ושכונות הרחבה קהילתיות (לצד הקיבוצים) לבחור את חבריהן הלכה וצומצמה,

והיא נשענת בעיקר על בסיס היותן קהילות קטנות ופריפריאליות. השיתופיות בישובים הקהילתיים מצומצמת ומתבטאת בעיקר בתשלום דמי חבר לאגודה, שמעניקה שירותים לחבריה. המתגוררים בה גרים על פי רוב בבתיים פרטיים ומרווחים, הרשומים על שמם במרשמי המקרקעין. הם עוסקים ככלל במקצועות חופשיים ולא בחקלאות. ברוב המקרים העבודה מתבצעת מחוץ לישוב, אליה מגיעים ברכב פרטי, ובסוף יום העבודה חוזרים לישוב. את משכורתם ורכושם שומרים התושבים לעצמם. גם אם קיימת בחלק מהישובים קהילה מעורבת, ופעילות פנאי מפותחת, היא אינה דורשת מחויבות וערבות הדדית עמוקה, זהות אידיאולוגית או דרישה לויתור משמעותי על חירויות.

105. פרופ' אמנון להבי שחקר בנושא כתב כי "הניסיון אכן מלמד כי עצם השימוש במונח "קהילתי" מהווה מנוף שיווקי. אף שהישוב הקהילתי אינו כולל באופן מובנה רכיבים של שיתוף כלכלי, רשת ביטחון סוציאלית או כל סוג אחר של ערבות הדדית, הוא מבקש, לפחות ברובד ההצהרתי, להציג את עצמו כמי שמתקיים בו רכיב של "קהילתי" אותנטית על בסיס מתמשך, כך שלצד התועלת שבקידום מטרות פרטיות באמצעות הארגון המשותף ניכר רצון ליצור, לעיתים יש מאין, מכנה משותף ערכי... מאחורי אמת המידה של "קהילתי" נראה כי הישוב הקהילתי מתיימר לייצר מדדים של איכות אנושית ולהעניק לתושביו "תעודת ביטוח" בדבר זהותם ההומוגנית של חברי הקהילה בהווה ובעתיד" (אמנון להבי "מבוא: קהילות מגודרות בישראל – בין העיר לכפר" **קהילות מגודרות** (אמנון להבי, עורך), 9, 14 (2010); ור' גם גלעד רוזן, ערן רזין "מתחמי מגורים מגודרים בישראל: אוטופיות קהילתיות או מועדוני חברים אקסקלוסיביים בעידן נאו-ליבראלי?" **קהילות מגודרות** לעיל, בעמ' 80-78).

106. לאור זאת אגודות שיתופיות שהן ישוב קהילתי או שכונת הרחבה שלא נמצאות בנגב או בגליל (אלא באזור קריית גת למשל) וכן אגודות שמספר המשפחות בהן גדול מ-400, בכל הארץ, כלל לא זכאיות עוד לסנן את המבקשים לגור בהם. מכירת בית בישובים אלו לא כרוכה באישור ועדת קבלה וככל שמדובר בחכירת מגרש חדש מרמ"י, היא תיעשה במכרז או הגרלה. רק בישובים קהילתיים קטנים, בהם עד 400 משפחות, בנגב ובגליל, מותנית רכישת בית באישור ועדת קבלה, הבוחנת התאמה לחיים בקהילה קטנה והתאמה למרקם חברתי-תרבותי (ר' תיקון מספר 8 לפקודת האגודות השיתופיות הידוע גם בשם "חוק ועדות הקבלה"). המדינה הפקיעה מהאגודה השיתופית את השליטה הבלעדית בוועדת הקבלה וגם אסרה על התניה של רכישת דירה בחברות באגודה השיתופית. הליך הקבלה מעורר לעמדת העותרת קושי רב ואולם ישנה רגולציה הדוקה עליו. נקבע כי ההתאמה הקהילתית אסור שתהיה מבוססת על הפליה מחמת לאום, דת, מין, נטייה מינית וכיו"ב (סעיף 6ג) לפקודת האגודות השיתופיות), והוקמה ועדת השגות, שיכולה להתגבר על כל החלטה של ועדת קבלה.

107. לעניין זה נפנה שוב לעמדת המדינה בבג"ץ 7465/11 **סורקיס נ' רשות מקרקעי ישראל** (להלן - **פרשת בר יוחאי**), שצורפה לתיק. בתיק זה נבחנת זכותו של ישוב קהילתי דתי לאומי קטן בגליל למנוע קבלת של זוג חרדים. המדינה התבקשה על ידי שופטי בג"ץ להסביר כיצד ראוי לפרש הסעיף המאפשר סינון לישובים קהילתיים על רקע התאמה למרקם חברתי תרבותי לאור האיסור על אפליה, שגם קבוע בחוק ועדות הקבלה. וכך כתבה המדינה:

“לטעמנו יש לפרש את החוק באופן בו רק במקרים חריגים, בהם קבלתו של פלוני ליישוב עלולה להעמיד בסכנה את המשך קיומו של היישוב כיישוב קהילתי או להוביל לפירוק הקהילה המתקיימת בו, ניתן לסרב לקבלת אותו פלוני על יסוד מבחן תת הקהילה. רק פגיעה ממשית ומשמעותית מאוד בחיי הקהילה, ביציבותו ובחוסנו של היישוב כקהילתי תצדיק סירוב לקבלת מועמד מחשש ליצירת תת קהילה/פגיעה במרקם החברתי-תרבותי”.

108. עמדת רמ"י לבג"ץ, כפי שניתן לראות, היא כי רק במקרים חריגים וקיצוניים, כמו איום על עצם המשך קיומו של היישוב כיישוב קהילתי דתי-לאומי, ניתן לדחות את מי שאינו חלק מהקהילה החברתית-תרבותית, וזאת כאמור רק בישובים קטנים כפריים בפריפריה.

109. קל וחומר כי בעיר אין כל הכרה מפורשת בזכות ההתאגדות, ומכלל ההן נלמד גם כלל הלאו. ההסדר שנקבע בחוק ועדות הקבלה הוא הסדר שלילי לגבי שאר סוגי ההתיישבות ולגבי שאר סוגי האגודות.

110. אם אוסרת המדינה על ישוב קהילתי קטן בגליל בו מתגוררות 140 משפחות מהציבור הדתי לאומי לדחות את מי שאינו נמנה על הציבור הדתי לאומי אלא במקרים של איום על עצם קיומו של היישוב, קל וחומר כי סעיף איסור ההפליה במכרז לבניית שכונת ענק בעיר מרכזית אינו מאפשר, גם לפי פרשנותה של המדינה, להדיר את מי שאינו נמנה על הציבור הדתי לאומי.

111. גם כאן טענת החברה אינה מקורית, וחופש ההתאגדות מועלה גם במקרים אחרים. למשל, בעת"מ 2365/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית תל-אביב** נדונה מידת האחריות של העירייה לפעול נגד יזם שאירגן קבוצת רכישה, שהקבלה אליה היא למועסקים בשוק ההיי-טק ושוק ההון בלבד שעברו סינון על ידו. היזם הצהיר כי יתמודד במכרז ענק לבניית שכונה במתחם השוק הסיטונאי בתל-אביב. המודל השיווקי של היזם היה שאנשים רוצים לגור עם מי שדומה להם. העירייה, בעלת המקרקעין, טענה כי אינה יכולה למנוע מקבוצה כזו להתמודד בשל חופש ההתאגדות. אלא שבעקבות הערות בית המשפט לעניינים מנהליים בתל-אביב, שצידדו בעותרת, נסוגה העירייה מעמדה זו ופסק הדין עיגן פשרה לפיה יתווסף לחוזה הרכישה סעיף המחייב את היזמים לשווק את יחידות הדיור לכל המעוניין.

112. מכאן שגם הזכות להתאגדות אינה מכשירה את החריגה מכללי המכרז, בוודאי כשמדובר במכרז על קרקע עירונית מבוקשת, וכאשר ההתאגדות הינה מסחרית.

הסנקציה הראויה בנסיבות העניין

113. בעתירתה המקורית ביקשה העותרת להפעיל את הסנקציות הקבועות במכרז – ביטול הזכייה והשתת קנס. בעתירה המתוקנת הסעדים הם קנס וסעד הצהרתי ביחס לשיווק הדירות הנותרות לכל המעוניין. העותרת סבורה כי אין מניעה לקנוס החברה ואולם אם בית המשפט יקבע כסעד הצהרתי כי יש למכור הדירות לכל המעוניין תבוא על סיפוקה.

114. הטענה המרכזית של המשיבות נגד השתת קנס הינה שהחברה פעלה בידיעת רמ"י, ואולי אף בהסכמתה, תוך שהיא מסתמכת על כך. למעשה זאת הייתה הסוגיה במכרז ההתדיינות עד כה.

בית המשפט הנכבד אף המליץ לעותרת לשקול למחוק העתירה בשל נקודה זו. העותרת נימקה בפירוט רב מדוע היא אינה סבורה כי יש ממש בטענת ההסתמכות ובטענה כי החברה קיבלה כביכול אישור לשווק את הדירות. לא נחזור שוב על כלל הטענות, אולם נדגיש כי החברה ניגשה למכרז עוד בטרם ניתנה התייחסות כלשהי מצד רמ"י. ברירת המחדל במכרז הוא סעיף איסור הפליה ומי שפועל בניגוד אליו ברור שלוקח סיכון רב. יתר על כן החברה עצמה בהתדיינות הקודמת נתנה משקל רב לעובדה כי לא היה סעיף איסור הפליה מפורש במכרז כהצדקה לשיווק שלה. אז טענה החברה כי לו היה סעיף מפורש הייתה משווקת לכלל הציבור. לכן יש מידה לא מבוטלת של היתממות מצד החברה בטענה כי יש להגן על אינטרס ההסתמכות שלה. בניגוד לנטען לא ניתן לחברה אישור מוקדם לשיטת השיווק. רק לאחר ששולשלה הצעת החברה לתיבת המכרזים התייחסה רמ"י לראשונה לפניית העותרת. רמ"י סירבה להתערב לאחר מעשה, וזאת בדיוק ההחלטה שעל חוקיותה מלינה העותרת.

115. לאחר תיקון העתירה והוספת הסעד ההצהרתי יצא המרצע מן השק, שכן גם לכך מתנגדת רמ"י. הפעם הטענה היא שהדבר יפגע בהסתמכות הרוכשים. לטענה זו יש השלכות מרחיקות לכת ויש לדחות אותה מכל וכל. ראשית, אם החברה טוענת שלא תסרב למכור לאף אחד, אז על איזו הסתמכות מדובר? שנית, אין לרוכש דירות בפרויקט מסחרי בעיר זכות מוקנית לכך שלא יגורו לידו אנשים שאינם דומים לו או שאינם משתייכים לקבוצה אליה הוא שייך, ובוודאי שאין לו זכות שמדיניות מפלה תימשך רק משום שהוא נהנה ממנה.

116. לכן אין מניעה להטיל על החברה קנס וראוי לעשות כן, ואולם אם בית המשפט הנכבד יחליט כי בנסיבות העניין יש להעניק סעד הצהרתי בלבד, הרי שהנימוק לכך אסור שיהיה הסתמכות הרוכשים לגבי זהות השכנים שלהם.

טענות נוספות מצד רמ"י

117. העותרת תתייחס בקצרה לטענות נוספות שעלו בכתבי התשובה.

118. רמ"י טוענת כי אין מקום להתערבות בית המשפט בטרם גיבשה הרשות מדיניות בנושא. יש לדחות טענה זו. רשות צריכה לדון ולהכריע בטענות המגיעות אליה בתוך זמן סביר ובהתאם לחוק. בענייננו רמ"י נוקטת סחבת ממושכת ונמנעת בכל מחיר מלגבש עמדה בשאלה שהובאה לפתחה לפני למעלה משנתיים. ברגע שאישרה רמ"י את זכיית החברה היה על ועדת המכרזים לדון ולהכריע בתלונה כי החברה מפרה את תנאי המכרז, ומשלא עשתה זאת לא עמדה בפני העותרת ברירה אלא לפנות לבית המשפט בהתאם ללוח הזמנים הקבוע בחוק. אם העותרת הייתה מוותרת על פנייה לערכאות וממתינה עד בוש, הייתה יכולה להיטען טענת שיהוי.

119. יתר על כן, רמ"י כבר ערכה שימוע ציבורי בחודש יולי 2015 ולמיטב ידיעת העותרת פנתה לגופים שונים שאינם צד לעתירה זו לקבל את התייחסותם, ומכאן שלא היה קושי בגיבוש עמדה מושכלת והגשתה לבית המשפט.

120. העותרת ייחלה בכל ליבה שרמ"י תואיל לנקוט עמדה כלשהי ואילו הייתה עושה זאת אולי הייתה העותרת מסתפקת בה ואולי לא, אך רמ"י התמקדה אך ורק בטיעונים פרוצדוראליים

לדחיית העתירה ואי טיפול בתלונה. גם תשובתה לבית משפט נכבד זה, לאחר שקיבלה הוראה להגיש כתב תשובה, כוללת רק התייחסות לטענות המקדמיות ואף מילה לגופו של עניין. זהו מצב שבו הרשות המינהלית מתפרקת מחובתה להכריע. רמ"י מעמידה את העותרת ואת בית המשפט הנכבד במצב מביך שאינו מכבד את ההליך המשפטי ואת בית המשפט הנכבד. מצד אחד היא מסרבת לקבוע מדיניות, ומצד שני היא טוענת כי עקב מחדלה זה על בית המשפט לדחות העתירה.

121. חומרה יתרה יש להתנהלות רמ"י משום שהדבר כבר הובא לפתחה גם במקרי עבר, היה בדיונים משפטיים ואין מדובר בסוגיה חדשה. לכן משלא הואילה רמ"י לגבש מדיניות יש לדחות את הטענה כי אין מקום להתערבותו של בית המשפט.

122. בכל מקרה, ההתערבות הנדרשת כאן היא באכיפת תנאי המכרז הנוכחי ואם הרשות תרצה בסיום עבודת המטה שלה לקבוע מדיניות כללית אחרת ולשנות את ברירת המחדל במכרזים, היא תוכל לעשות זאת, והחלטה זו תיבחן בעתיד.

123. רמ"י טוענת בנוסף כי הסעד החלופי בעתירה המתוקנת לוקה בשיהוי. גם טענה זו יש לדחות. הסעד ההצהרתי כי השיווק פסול היה בבסיס העתירה מקורית, שכן לא ניתן לקנוס החברה או לבטל זכייתה בלי להצהיר כי מדיניותה מנוגדת לתנאי איסור ההפליה במכרז. גם סוגיית השיווק והפרסום הייתה בלב התלונה שהוגשה לרשות וניתן לראות התייחסות מפורטת לנושא כבר במכתבה הראשון של העותרת לרמ"י. לכן כלל הטענות העולות בעתירה המקורית והמתוקנת הובאו להכרעת הרשות, אך היא מיאנה לקבל החלטה.

124. לגבי הטענה כי המדובר בהחלטה שעל היועץ המשפטי לממשלה לקבל, אין בכך ממש. ההחלטה הנתקפת היא החלטת ועדת המכרזים של רמ"י לא להפעיל סמכותה, וככל שרמ"י נסמכת על היועץ המשפטי לממשלה, אין בכך כדי לשנות את העובדה כי רמ"י היא הרשות המוסמכת ובעלת הסמכות, ולא היועמ"ש.

טענות נוספות מצד החברה

125. החברה טוענת כי יש לצרף את רוכשי הדירות וחברות נדל"ן המשווקות לציבור הדתי לאומי. יש לדחות טענה זו. הסעד המבוקש לא יפגע באינטרס לגיטימי של רוכשי הדירות, בוודאי כאשר ביטול הפרויקט אינו על הפרק. הקנס המבוקש הוא נגד החברה. הטענה כאילו הקנס יגולגל לרוכשים חסרת יסוד. הטענה כאילו יש לרוכשים אינטרס שהשיווק המפלה יימשך, כאמור, אינה ראויה ויש לדחותה.

126. לגבי חברות נדל"ן אחרות, הרי שככל שאלו מעוניינות להצטרף לעתירה בוודאי היו יכולות להגיש בקשה מתאימה. ייתכן שהן לא עשו זאת מכיוון שבניגוד לחברה, הן לא מפרות עוד את תנאי המכרז ומשווקות לכלל הציבור. כך, למשל, העותרת הגישה תלונה על הפליה סמויה נגד ערבים בפרויקט של חברת משהב, שגם היא בעבר שיווקה לציבור דתי לאומי בלבד. ואולם במכרז מושא התלונה החברה משווקת לכלל הציבור ולא רק לציבור דתי לאומי, והבעיה שהועלתה שם הייתה הפליה סמויה בשיווק הדירות וסירוב לתת גם לערבים הנחות שניתנו

לרוכשים יהודים. בתלונה ובמענה לתלונה מצד החברה הוזכרה התדיינות זו ולמרות זאת משהב לא הגישה בקשה להצטרף להליך (ר' התלונה ב: <https://www.acri.org.il/he/38183>).

127. לגבי טענות בדבר היעדר סמכות עניינית, העותרת תפנה לאמור בהתייחסותה לנושא מיום 13.4.16 ולהתייחסות הפרקליטות מיום 6.7.16, ולהבנת העותרת בית המשפט כבר הכריע בסוגיית הסמכות ולא ניתן לשוב ולעורר אותה מחדש בשלב זה.

128. לגבי הטענות בדבר אי צירוף נפגע קונקרטי תפנה העותרת לאמור בפיסקאות 5-1 לעתירה המתוקנת. זכות העמידה של ארגונים דוגמת העותרת כעותר ציבורי הוכרה בשורה ארוכה של פסקי דין, במיוחד בסוגיות של שמירה על זכויות אדם ושלטון החוק, ובהן שוויון בהקצאת משאבים ציבוריים, ומשאב המקרקעין בפרט (ר' עע"מ 8412/07 **חברת מלון ומלון סוויטות אפ.אס.אר. בירושלים נ' הורן** (פס"ד מיום 4.6.09)). העותרת אף ביצעה בדיקה באמצעות סטטריט כך שהיא יכולה להביא בפני בית המשפט תשתית עובדתית מלאה וקונקרטית של אופן השיווק של החברה, שאכן תאם את הצהרות החברה. אף בפרשת **סבא** הכיר בית המשפט העליון בזכות העמידה של העותרת במקרה כמו זה ודחה טענות בנושא. בסוגיות של הפליה ניתן מעמד בחוק לארגונים דוגמת העותרת הפועלים להגנה על השוויון וזאת בשל החשיבות בפעילות למיגור הפליה. כך, חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 מעניק לארגון הפועל להגנה על זכויותיה של קבוצה מסוימת זכות להגיש תביעה מכח החוק. כך בחוקי שוויון אחרים. אם העותרת יכולה לתבוע בעצמה את החברה בהליך אזרחי-נזיקי, קל וחומר שהיא יכולה לייצג את הקבוצה הנפגעת בהליך מינהלי ולדרוש מרמ"י לאכוף את סעיף איסור ההפליה.

129. לעניין טיעוני החברה בדבר מניעה של העותרת – מוטב להם לטיעונים שלא נטענו משנטענו. העותרת פועלת להבטחת שוויון בנגישות למשאבי דיור ולמרבית הצער עדיין צריכה להגיש לא מעט הליכים מינהליים ואזרחיים בנושא. ההליכים שמנהלת העותרת ביחס להפליה בשוויון הנם נגד פרקטיקות מפלות של המדינה ושל חברות. כפי שידוע היטב לב"כ החברה, הפעילות נגד החברה תופסת חלק קטן מפעילותה של העותרת בתחום. העותרת פועלת נגד כל מי שמפלה – חילונים ודתיים כאחד. פעילות העותרת בעניין ועדות הקבלה בקיבוצים ובשייכים הקהילתיים השפיעה בעיקר על אוכלוסייה חילונית מבוססת. העותרת אף ייצגה שוטר יהודי נגד החלטה ליישב את שגב שלום רק באוכלוסייה בדווית, בתמיכת הבדווים, שהתנגדו להפרדה (בג"ץ 528/88 **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4) 297 (1989) (להלן – **פרשת אביטן**)). אף במקרה מסוים יזם התגונן נגד עתירה שהגישה העותרת נגדו בשל הפליית ערבים בטענה שהוא בכלל חבר במפלגת מרצ. רק החברה ממחרת לצבוע פעילות זו כפעילות אנטי דתית או אנטי ימנית וחבל. יש בכך מעשה הכפשה מכוער וניסיון להסית הדיון מהעיקר לתפל.

סיכום

החברה הפרה את תנאי איסור ההפליה במכרז. הניסיון של יזם פרטי לזכות בקרקע מדינה, שהוצאה במכרז לצורך הקמת שכונה לכלל הציבור עם סעיף מפורש האוסר הפליה, ולשווק אותה רק לציבור דתי לאומי דינו להיכשל. גם הניסיון לעטוף את הפעילות המסחרית הסגרגטיבית של היזם בעטיפה

נוצצת של שימור תרבותי והזכות לדת הוא בסופו של דבר תמונת ראי לאינטרסים שמעלות קבוצות חזקות אחרות כהצדקה להתבדלותן.

קבלת העתירה לא תוביל למהפכה אלא תהיה חלק משינוי איטי נדרש. אנשים דתיים המעוניינים בכך יוכלו לבחור את מקום מגוריהם גם בהתאם לאינטרסים הקהילתיים שלהם, כמו כל אחד אחר. אולם היא תהיה צעד חשוב בעמידתה של רשות מקרקעי ישראל על מדיניות שוויונית ואנטי-סגרגטיבית, שאכן משתקפת בתנאי המכרז. מדיניות שתבטיח נגישות שווה למקרקעי הציבור ולמשאבי הדיור ואשר יש בה להעביר מסר כי למעט המקרים החריגים ויוצאי הדופן שצוינו לעיל, המדינה לא תתמוך בהתבדלות של קבוצות חזקות ולא תיתן ידה לדפוסים של הפרדה, הפוצעים את החברה הישראלית ומנציחים את ההפליה והאיבה בין הקבוצות המרכיבות אותה.

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהורות על מתן הסעד המבוקש. כמו כן מתבקש בית המשפט להורות למשיבות לשאת בהוצאות העותרת.

9 במרץ 2017

דן יקיר, עו"ד גיל גן-מור, עו"ד
ב"כ העותרת