

ראב"ד מגריזו בנקל ושות'  
**RAVED MAGRISO BENKEL & CO.**  
 עורכי דין ונוטריונים ADVOCATES & NOTARIES

יורם ראב"ד  
 דוד מגריזו  
 יוסף בנקל  
 עופר זוזובסקי  
 שמואל גלימקא  
 עינת וידברג  
 גלעד שפירא  
 אלי כהן  
 עופר לריש\*\*\*  
 נירית אבטליון  
 כלנית בר  
 ניר שמרי  
 משה מזרחי  
 אמיר און  
 אמיר פרתקל  
 מירי אליה-קזש  
 רינת דבש  
 יצחק כהן-הונטן  
 מאיה קובי ברא-גו  
 ענבל רו  
 שירי שפירא  
 זורון קויאסק  
 צחי הראל  
 עודד נבון  
 אלון קזיוף  
 אורלי קציר  
 גדעון אורבר  
 דקל וייזר  
 אסף שיר  
 סנדרה מנור-ריכטר  
 שרון ריבק\*\*  
 הילה לב  
 תמר מרלי  
 אייל רון  
 הילה רינת  
 ענת פישר  
 חן טסל  
 בן רוטם חודי  
 יואב מנור  
 רחלי רוט כצלסון  
 עידן זוהר  
 עטרה שובע  
 עומר זייס  
 ספיר אבן חן-בכר  
 שירה הדר  
 ספיר בוכריס  
 טל ביגניץ  
 גלעד גוני  
 אורי סגיב  
 מור אנגלשטיין  
 רון גל  
 חן קובליו  
 נאור טרייטל  
 ליאור לפיד  
 איתי קביליו

תאריך: 06/07/2017  
 סימוכין: 3023/431

במסירה אישית

לכבוד  
 עו"ד גיל גן-מור  
 האגודה לזכויות האזרח בישראל  
 נחלת בנימין 75  
 תל אביב

ח"י,

הנדון: שיווק בלעדי לחברי מועדון חבר צרכנות בפרוייקט גינדי ברחובות

מרשתנו, גינדי גרדנס בע"מ, מילאה ידינו להשיב למכתבך מיום 28.6.2017 בנושא שבנדון:

1. מרשתנו מבקשת להקדים ולהבהיר כי היא דוחה בשתי ידיים את האמור והנטען במכתבך, משאין במבצע המכירות שעורכת מרשתנו בשיתוף מועדון הצרכנות "חבר" (להלן: "מועדון חבר") - נושא מכתבך האמור - כדי לפגוע בשיויון או להקים אפליה פסולה כלשהי.
2. בנסיבות אלה ברי כי אין לאמור במכתבך שבנדון ואו לחלק מהאמור בו על מה שיסמוך מבחינה עובדתית ומשפטית כאחד וצר למרשתנו לא רק על כי ראיתם לנכון לטעון כלפיה טענות מסוג זה, אשר מוטב היה להן לו לא היו נטענות כלל משנטענו, אלא אף הגדלתם עשות וגרמתם לפרסומים בעניין זה באמצעי מדיה שונים, הכל מתוך מטרה לפגוע במרשתנו ולהפעיל עליה לחץ פסול.
3. ודוק: מרשתנו התקשרה בהסכם לפיו הוקנו לה זכויות החכירה במקרקעין המצויים בשכונת חצרות המושבה ברחובות שהינם בבעלות רשות הפיתוח המיוצגת ע"י רשות מקרקעי ישראל (להלן: "הפרוייקט"). כחלק מהליך השיווק של הפרוייקט, התקשרה מרשתנו עם מועדון חבר, לצורך קידום מבצע מכירות של דירות בפרוייקט לחברי מועדון הצרכנות האמור.
4. למען סבר את האוזן והעמדת הדברים על דיוקם, יצויין כי המדובר בפרוייקט מגורים של כ-400 יחידות דוור, ובמסגרת מבצע מכירות, מוגבל בזמן, התחייבה מרשתנו לאפשר לחברי מועדון חבר לרכוש לא פחות מ-170 יחידות דוור בתנאים מועדפים מבחינת המחיר.

במסגרת מבצע המכירות ניתנת לחברי מועדון חבר "זכות קדימה" לרכוש בתקופת זמן מוגבלת יחידות דוור בתנאים מועדפים, כאשר המכירה בפועל תיעשה לאחר קיום הגרלה בין כלל הנרשמים לפרוייקט (הגרלה שתיערך לאחר סיום הרישום באינטרנט ולא יאוחר מיום 10.7.2017). למותר לציין כי להגרלה זו זכאים חברי מועדון חבר להירשם באופן

\* ה"ח  
 \*\* יועץ  
 \*\*\* חבר בלשכת עורכי-הדין  
 בני יורק  
 חבר בלשכת עורכי-הדין  
 באנגליה



ראב"ד מגריזו בנקל ושות'  
**RAVED MAGRISO BENKEL & CO.**  
 עורכי דין ונוטריונים ADVOCATES & NOTARIES

שיויוני, וזאת עד ליום 9.7.2017 בשעה 10:00.

יודגש, כי מועדון חבר, או מי מתבריו, לא התחייבו לרכוש כמות מסויימת של יחידות דיור בפרוייקט (או בכלל), ובמידה שבתום תקופת המבצע יוותרו יחידות דיור במלאי, אלו יוצעו ע"י מרשתנו לציבור הרחב.

4. כאמור לעיל לדידה של מרשתנו, ובכל הכבוד, אין בהתקשרות מרשתנו עם מועדון חבר לצורך מבצע המכירות האמור כדי לפגוע בשיויון או להקים אפלייה פסולה כלשהי. ראשית, יודגש כי מועדון חבר הינו אחד ממועדוני הצרכנות הגדולים בישראל בו חברים משרתי הקבע, גמלאי צה"ל, ארגון עובדי צה"ל, עובדים וגימלאים של גופי ביטחון נוספים, חברי ארגון נכי צה"ל ובני משפחותיהם של כל אלה. מכאן, כי המדובר בקבוצה הטרוגנית שבין חבריה אין ייחוד מבחינת דת, גזע, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות וכן אין כל אפלייה לא כל שכן אפלייה פסולה בתנאי הקבלה של חברים למועדון חבר.

5. מצידה של מרשתנו הבסיס להתקשרות עם מועדון חבר כאמור, הינו בשל "יתרון הגודל" והכוח הכלכלי הגלום בפניה למועדון צרכנות בהיקף גדול. מרשתנו סבורה כי מדובר בעסקה מסחרית כדאית מבחינה כלכלית וכי מתן האפשרות לחברי מועדון הצרכנות לרכוש יחידות דיור בתנאים מועדפים אינה נובעת בשל ייחודיות כלשהי המאפיינת את החברים במועדון זה (אשר כאמור, למיטב ידיעתה של מרשתנו מורכב מקבוצת חברים הטרוגנית).

לאמור: מטרת מבצע המכירות אינו לפגוע באלו שאינם חברים במועדון חבר, או להפלותם בשל השתייכות לקבוצה אתנית, מגדרית, דתית או אחרת - אלא - להעניק הטבה צרכנית לחבריו. אותה תכלית בדיוק שלשמה הוקמו מועדוני צרכנות רבים אחרים, בין אם על בסיס השתייכות מקצועית ובין אם על בסיס מאפיינים צרכניים משותפים (כגון: מועדוני צרכנות של לשכת עורכי הדין; מועדון צרכנות הוט המעניק הטבות והנחות מיוחדות לציבור ההנדסאים והטכנאים; מועדוני צרכנות של מחזיקי כרטיסי אשראי מסוימים וכיוצ"ב).

6. ויודגש: מתן הטבות במסגרת מבצעי מכירות לחברי מועדוני צרכנות שונים הינה פרקטיקה נהוגה ומקובלת המהווה את הבסיס הענייני לעצם החברות במועדוני צרכנות ככלל. עניין זה אף קיבל ביטוי מפורש בהוראותיו של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: "חוק איסור הפליה"), המתריג מגדרי "הפליה" פעולות הנעשות על ידי ארגון או מועדון, שאינם למטרות רווח, הפועלים לרווחת קבוצה מסוימת, וזאת על מנת לאפשר למשתייכים לקבוצה מסוימת ליהנות מהווי תרבותי או חברתי המשותף לכלל החברים, או בכדי לקדם אינטרס של קבוצה מסוימת (סעיף 3(ד)(2) לחוק איסור הפליה; וכן דברי הסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 2871, עמ' 370, 372).

7. ואם לא די באמור לעיל הרי שבנוסף לכל האמור חוק איסור הפליה כלל אינו חל על ענייננו, שכן הוא מתריג מפורשות ענייני מקרקעין. כפי שבואר בדברי הסבר להצעת החוק האמור: "האיסור להפלות חל על כל מי שעיסוקו בהספקת המוצרים והשירותים או בהפעלת מקום ציבורי. האיסור אינו חל על מקרקעין, העשויים להיות נושא לחקיקה נפרדת" (ה"ח 2871, עמ' 370, 372 וכן ר' (תא) (נצרת) - 53172-02-16 בכ"ר נ' (ס.א.מ) נופי - קבוצת ניהול בע"מ, 7.8.2016; ה"פ (רמלה) 13-10-22908-10 חדאד נ' חברת



ראב"ד מגריזו בנקל ושות'  
**RAVED MAGRISO BENKEL & CO.**  
 עורכי דין ונוטריונים · ADVOCATES & NOTARIES

מעות טל יזמות בע"מ, 17.9.2014.


8. יחד עם זאת ומכל מקום, יש באמור לעיל ללמדך כי אף לו נרצה לומר שחוק איסור הפליה חל על ענייני מקרקעין – ולא היא – הרי שמבצע הטבות לחברי מועדון צרכנות, כגון מבצע המכירות קא עסקינן, אינו מקים הפליה ו/או פגיעה בשיוויון, בין היתר, בשל הוראות סעיף 3(ד)(2) לחוק.
9. למען הזהירות גרידא, גם אם נניח שההתקשרות עם מועדון חבר לצורך מבצע המכירות האמור, מקימה הטבה לקבוצה ייחודית של חברים – אשר המאפיין המשותף להם הינו שירות בכוחות הביטחון השונים – הרי שזה מכבר נפסק שהבחנה המבוססת על קריטריון של שירות צבאי או שירות לאומי אינה בהכרח הבחנה מותרת או אפלייה פסולה, וכי יש לבחון את הקשר הדברים (בג"צ 11956/05 סוהאד בשארה ואח' נ' שר הבינוי והשיכון, 13.12.2006).
10. בענייננו, עצם החברות במועדון הצרכנות חבר מהווה יישום לגיטימי של האפשרות של משרתי כוחות הביטחון למנף את כוחם הצרכני המצרפי לצורך השגת הטבות כלכליות לחברים בו. והרי, פסיקת בתי המשפט לאורך השנים הכירה באפשרות להעניק הטבות כלכליות למי ששירתו בכוחות הביטחון כאפשרות לגיטימית וכפי שנפסק ע"י המשנה לנשיא (כתוארה אז) כבי' השופטת בן פורת בבג"צ 200/83 (וואד נ' שר האוצר (פ"ד לח (3) 113) מתן הטבות לחיילים משוחררים הינו דוגמא ליחס שונה שניתן להצדיקו בטעמים של ייחודיות, או של שוני הנסיבות שהם גם רלוונטיים לשוני ביחס.
11. היינו: התאגדותם המשותפת של החברים במועדון חבר המאפשרת להם למקסם את יכולתם להשיג הטבות צרכניות – הינה התאגדות לגיטימית ועצם ההתקשרות עם מועדון חבר לצורך מבצע מכירות כגון דא, הינה – לכל היותר – הבחנה מותרת.
12. זאת ועוד. הלכה היא שניתן להכיר בקריטריון של שירות צבאי בהקשר של הטבות בתחום הדיור וכי אין פסול בכך שבמכרזים פומביים של רשות מקרקעי ישראל תינתן עדיפות למי ששירת בצבא לתקופה מסוימת או למשרתי מילואים (בג"צ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל, 7.6.2012; בג"צ 11088/05 הייב ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל ואח', 19.8.2010).
- לאמור: גם ביחס למדיניות הקצאת מקרקעין (או משאבים ציבוריים אחרים) רשאיות רשויות המנהל לקחת בחשבון את הקריטריון של שירות צבאי. מכאן, מקל וחומר, לכל היותר, מהווה ההתקשרות של מרשתנו עם מועדון חבר הבחנה מותרת, המתחשבת במאפיין הייחודי המשותף היחיד של חברי המועדון והוא שירות בכוחות הביטחון (על כלל ההרחבות המאפשרות הצטרפות למועדון זה, כמפורט לעיל).
13. בהקשר זה, עוד יצויין כי הגם שחוק איסור הפליה אינו חל בענייננו כאמור לעיל- בשל העובדה כי מדובר בענייני מקרקעין, ניתן לראות כי אך לאחרונה ראה המחוקק לנכון להוסיף במסגרת סעיף 3 (א) לחוק - איסור הפליה של אנשי כוחות הביטחון וההצלה (תיקון מס' 5, התשע"ז-2017). דברי ההסבר לתיקון זה מדגישים כי אין ולא הייתה למחוקק כוונה להגביל את האפשרות להעניק למשרתים בכוחות הביטחון הטבות ולראות במתן הטבות כאלו כהפליה פסולה (ה"ח הכנסת תשע"ז מס' 570, עמ' 163).



ראב"ד מגריזו בנקל ושות'  
 RAVED MAGRISO BENKEL & CO.  
 עורכי דין ונוטריונים ADVOCATES & NOTARIES

14. הרבה הרבה למעלה מן הצורך ואף שהיא בטוחה ומשוכנעת בצדקת עמדתה המובאת בפירוט להלן, פנתה מרשתנו בעקבות מכתבכם, למען הזהירות והסרת ספק לפרופסור יואב דותן, פרופ' מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, וקיבלה חוות דעתו המנומקת המאשרת את זכותה, כיום פרטי, להתקשר עם מועדון חבר במבצע לשיווק יחידות הדיור בפרוייקט.
- חוות דעתו של פרופסור יואב דותן מצורפת למכתבנו זה **נספח 1**.
15. אשר על כן, ועל יסוד כל האמור לעיל, דוחה מרשתנו את כל טענותיכם.
16. מרשתנו מבקשת להדגיש כי אף שהיא סבורה כי לאגודה לזכויות האזרח מקום חשוב בשיח הציבורי ובשמירה על השוויון והדמוקרטיה במדינת ישראל ובאופן כללי היא מעריכה את פועלה, הרי שבמקרה זה נפלה כאמור שגגה חמורה מלפניה ומרשתנו ממליצה לה לרכז מאמציה בשמירה על השוויון והדמוקרטיה במקומות אחרים. מאידך מבקשת מרשתנו להבהיר כי היא רואה בחומרה רבה את ניסיונה של האגודה לזכויות האזרח לפגוע במרשתנו ובשיווק הפרוייקט באמצעות פירסומים מוטעים שהאגודה יזמה כאמור לעיל ועוד מבלי שהמתניה לתשובת מרשתנו לפנייתה, ועל כן על אף ההערכה שהיא רוכשת לאגודה כאמור היא לא תחסס להיפרע ממנה כל נזק ו/או הוצאה ו/או אובדן רווח שיגרמו לה כתוצאה מהתנהלותה זו של האגודה.
17. אין באמור במכתבנו זה ו/או במה שלא נאמר בו כדי לפגוע ו/או לגרוע מכל זכות, טענה ו/או סעד העומדים למרשתנו עפ"י דין.

בכבוד רב ובכ"ח,

  
 יוסף בנקל, עו"ד

ראב"ד, מגריזו, בנקל ושות'  
 עורכי דין ונוטריונים

העתק:

מר יעקב קוינט, היועץ המשפטי, רשות מקרקעי ישראל, בדואר רשום ובפקס  
 מר ארז קמיניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי), בדואר רשום ובפקס  
 מר אווקה קובי זנה, מתאם המאבק בגזענות ובהפליה במשרד המשפטים, בדואר רשום ובפקס  
 מר אברמי טורם, נציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, בדואר רשום ובפקס  
 מר מוטי לוי, מנכ"ל מועדון חבר צרכנות, בדואר רשום ובפקס

לכבוד

עו"ד עופר זרובסקי

ראב"ד, מגריזו, בנקל ושות'

באמצעות ד"א

שלום רב,

הנדון: הקצאת זכויות בפרויקט נדל"ן לחברי 'חבר' – נייר עמדה מקדמי

1. התבקשתי על ידכם לחוות את דעתי לגבי היבטים שונים הנוגעים לחוקיות ההתקשרות בין יזם בינוי (חב' גינדי גרדנס בע"מ – להלן היזם או גינדי) לבין מועדון חבר צרכנות בע"מ (להלן: חבר), זאת על רקע מכתבה של האגודה לזכויות האזרח מיום 28 ביוני 2017 (להלן: **מכתב האגודה**) בו נטען כי התקשרות זו נוגדת את כללי המשפט הציבורי ובראשם חובת השוויון.
2. לאור קוצר הזמן שהועמד לרשותי יש לראות במסמך הנוכחי נייר עמדה מקדמי בו יפורטו השאלות העיקריות שהנושא מעורר, זאת על סמך הנתונים שהועברו לי על ידי נציגיכם עד לשלב זה.

רקע עובדתי

3. הרקע העובדתי לדיון הוא כדלקמן: תאגיד בשם חצרות המושבה ('חצרות') התקשר עם רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י) בחוזה חכירה של מקרקעי מדינה באזור רחובות אשר יועדו לבנייה למגורים. בחוזה החכירה נכלל במפורש סעיף שבו החוכר מתחייב "להימנע מלנקוט הפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדיר".
4. חצרות העבירה את זכויותיה בחוזה לגינדי וזו יזמה פרויקט של בניית דירות למגורים על המקרקעין הנדונים.
5. גינדי מצידה התקשרה בחוזה עם מועדון חבר ולפיו היא תציע חלק ניכר מהדירות בפרויקט לחברי המועדון בתנאים מועדפים מבחינת המחיר.

רקע נורמטיבי

6. השאלה העיקרית שמכתב האגודה מעלה היא: האם ההתקשרות הנדונה עומדת בדרישות השוויון על פי המשפט הציבורי בישראל. לעניין זה, יש להבחין בין שתי מערכות דינים, שלמרות דמיון מסויים ביניהן אינן זהות לחלוטין:

א. המערכת הראשונה נוגעת לדרישת השוויון החלה על המדינה ועל רשויותיה, כלומר על רמ"י. דרישת השוויון הזו נובעת מכללי המשפט הציבורי כפי שפותחו, בעיקרם, על ידי פסיקת בית המשפט העליון.

ב. מערכת הדינים השנייה נוגעת לחובת השוויון ככל שהיא חלה על גינדי כתאגיד פרטי. חובה זו מעוגנת כיום בעיקרה בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן: **חוק איסור הפליה**).

ג. כאן המקום להדגיש כי היקף חובת השוויון על פי שתי מערכות הדינים אינו זהה, וכי חובת השוויון החלה על רמ"י היא רחבה יותר מזו שחלה על תאגיד פרטי כמו גינדי. הנחת העבודה שלי בשלב זה תהיה כי לאור העובדה שהקרקע בה עסקינן נמצאת בבעלות המדינה, על הטרוזקציה הנדונה לעמוד במערכת הדרישות התובענית מבין השתיים. לכן, עיקר הניתוח להלן ייעשה על פי מערכת דינים זו. עם זאת, לא אמנע מהתייחסות למערכת הדינים הצרה יותר של חוק איסור הפליה במקומות בהם יהיה הדבר רלוונטי.

ד. אוסיף עוד ואציין כי, למעשה, עצם התחולה של חוק איסור הפליה על העסקה הנדונה מוטלת בספק. זאת משום שבדברי ההסבר להצעת החוק מצוין כי איסור הפליה הכלול בסעיף 3 לא כוון לחול על עסקאות מקרקעין (ראו ה"ח התש"ס 2871 מיום 15.5.2000 בעמ' 373, להלן: **הצעת החוק**), וכך גם נפסק מספר פעמים על ידי בתי המשפט השלום (ראו הפ (רמ') 22908-10-13 **חזאד נ' חברת מעלות טל יזמות בע"מ** (2014) בעמ' 19; ת"א 53172-02-16 **בברי ואח' נ' (ס.א.מ) נופי – קבוצת ניהול בע"מ** (2016) בס' 18, אך השוו ת"א 54070-01-14 **סלמאן נ' מי-טל הנדסה ושות'** (2017) בס' 91-88). אלא, שגם בעניין זה, למרות הספקות, אניח את ההנחה המזמירה יותר לפיה על גינדי לעמוד בהוראותיו של חוק איסור הפליה.

#### חובת השוויון ואיסור הפליה

7. אין חולק על העובדה כי הן למדינה ורשויותיה והן לתאגידים פרטיים המספקים מוצרים או שירותים אסור בתכלית האיסור להפלות בין לקוחות או מקבלי שירותים על בסיס של דת, גזע או מוצא אתני.

8. אולם, על פני הדברים ברי כי מתן העדפה בעסקה מסויימת למועדון חבר איננה מהווה, חלילה, הפליה פסולה כזו. זאת משום שכפי שנמסר לי, מה שמייחד את חברי המועדון הוא המגוון הרחב וההטרוגני של החברים בו. בין היתר, המדובר במשרתים בשירות קבע בצה"ל וגמלאיו, אזרחים עובדי צה"ל, אזרחים העובדים בגופים אחרים במערכת הביטחון וכן חברי ארגון אלמנות ונכי צה"ל וארגונים נוספים אשר אינם שייכים לקבוצה אתנית או דתית כזו או אחרת. שהרי, אין חולק על העובדה שבין משרתי הקבע בצה"ל וארגונים נוספים אלו נמנים יהודים אך גם בני עדות ודתות אחרות, לרבות, למשל, דרוזים, נוצרים, צ'רקסים, ומוסלמים בני העדה הבדווית. ולית מאן דפליג,

- שכל משרתי צבא הקבע והגופים שהוזכרו לעיל רשאים להצטרף למועדון חבר וליהנות מן הטבות הכלולות בכך, ללא הבדל דת, גזע או מוצא אתני.
9. לפיכך, האסמכתאות שעליהן נסמכים כותבי מכתב האגודה (ובראשן בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל ו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל (2006)) אינן רלוונטיות כלל לדיון הנוכחי, שכן באותם מקרים נדונה מדיניות ממשלתית שהפלתה בין יהודים ללא יהודים לצורך הענקת זכויות במקרקעין או הטבות מן המדינה, ולא בין מי שמשרתים בשירות ביטחון, או בצבא הקבע, לעומת מי שאינם משרתים.
10. לעומת זאת, כותבי מכתב האגודה מתעלמים, למרבה הצער, משורה של אסמכתאות שבהם כן נדונה באופן ישיר ההבחנה בין מי שמשרתים בצה"ל לבין מי שאינם משרתים, ובהן נקבע באופן מפורש כי הבחנה כזו אינה מהווה, כשלעצמה, הפליה פסולה, אלא היא מהווה הבחנה לגיטימית, ואף ראויה, במקרים המתאימים.
11. כך, למשל, בבג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (2006) עלתה לדיון השאלה האם מותר למדינה להביא בחשבון, בגדר כללי הזכאות שקבע משרד הבינוי והשיכון למתן הלוואות לדיור, את העובדה שמבקשי ההלוואה שירתו בצה"ל. בית המשפט דחה את הטענה שמתן נקודות זיכוי למשרתים בצה"ל מהווה הפליה פסולה, וקבע כדלקמן:

**הבחנה המבוססת על קריטריון של שירות צבאי או לאומי אינה בהכרח הבחנה מותרת או הפליה פסולה. הכל תלוי בהקשר. קבוצת המשרתים בצבא או בשירות לאומי שונה, במאפיינים חשובים, מאלה שלא שירתו. כך למשל, המשרתים בצבא או בשירות לאומי מקדישים מזמנם ומרצם לטובת הכלל. הם אינם יכולים לעבוד ולהשכר למחיתם בתקופת שירותם. ככל שהבחנה מתבססת על מאפיינים אלה, וככל שהיא רלוונטית לתכלית ההסדר בו מדובר, אין לראות בה הפליה פסולה. לפיכך, 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. ההכרעה בשאלה זו תיקבע על-פי הוראותיו ותכליותיו של ההסדר הספציפי בו מדובר. זאת ועוד, גם כאשר קריטריון השירות הצבאי הינו קריטריון רלוונטי, יש להפעילו בסבירות ובמידתיות. יש ליתן לשיקול זה את משקלו הראוי בהתחשב, בין השאר, בתכליותיו הנוספות של ההסדר בו מדובר.**

(ראו שם, בסעיף 9 לפסק דינו של הנשיא ברק, (ההדגשות הוספו, י.ד.) וראו גם בג"ץ 8956/06 אוניברסיטת חיפה נ' נעאמנה (2007) שבו נקבע כי אין פסול עקרוני במתן העדפות מסוימות ליוצאי צבא בקריטריונים לזכאות למעונות סטודנטים באוניברסיטה ציבורית).

12. זאת ועוד, לא רק שבית המשפט העליון קבע שהקריטריון של שירות צבאי מהווה קריטריון לגיטימי בכל הנוגע להלוקת משאבי מדינה (בין אם משאבים כספיים ובין אם משאבי מקרקעין), אלא שהוא אף קבע שאין פסול עקרוני במתן העדפות כאלו לקבוצות מוגדרות מבין יוצאי הצבא, וזאת בהתאם לאופי השירות הצבאי, או לאורכו. כך נפסק בבג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל (2012) כי אין פסול בכך שבמכרזים פומביים של רמ"י להקצאת מקרקעין תינתן עדיפות להיילים המשרתים במילואים. וכך נפסק גם כי אין כל פסול בהקצאת

מקרקעין במסגרת מכרזים כאלו שבהן תינתן עדיפות למי ששירת בצבא תקופה מסוימת, אך לא למי ששירתו היה קצר יותר (ראו בג"ץ 11088/05 הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל (2010)).

13. מכל האמור לעיל עולה כי במסגרת מדיניות הקצאת מקרקעין (או משאבים ציבוריים אחרים) מותר לרשויות המנהל (וקל וחומר – לגורמים פרטיים, ראו להלן) לקחת בחשבון את הקריטריון של שירות צבאי, כמו גם את אופי השירות ואת היקף התרומה למדינה. יחד עם זאת, ההכרה בקריטריון זה של שירות צבאי איננה תזות הכל, אלא ההתחשבות בו כפופה לדרישות נוספות של המשפט המינהלי ובראשן **דרישת הענייניות ודרישת המידתיות** (ר' עניין בשארה, בפסקה 11 לעיל, שם), ועל כן יש מקום לדון כעת בדרישות אלו כסדרן.

#### דרישת הענייניות

14. א. דרישת הענייניות משמעה כי על ההעדפה הניתנת לקבוצה הרלוונטית להיות רלוונטית לתכלית ההסדר שבמסגרתו ניתנת ההעדפה (עניין בשארה, שם, שם).

ב. במקרה הנדון, ההעדפה הניתנת לחברי מועדון חבר לגבי מחיר הדירות מבוססת על שני שיקולים שונים, כל אחד מהם רלוונטי בעיקרו לגבי גורם אחר שהיה מעורב בהקצאת המשאב הקרקעי: השיקול העסקי של גינדי, והשאיפה לתמוך ולעודד את השירות בצבא הקבע ובגופים הנוספים – מבחינת המדינה ורמ"י כשלוחתה.

ג. השיקול הראשון מבחינת דרישת הענייניות, מתייחס לגינדי. מנקודת ראותה של גינדי, מתן ההעדפה לחברי מועדון חבר איננה נובעת (לפי הנחתי) מהייחוד של אוכלוסיית החברים במועדון (כאנשי צבא הקבע וארגוני הביטחון), אלא מגודלו של המועדון (מבחינת מספר חבריו וכד') ומהכוח הכלכלי שיש לו. מנקודת ראותה של גינדי, העיסקה עם מועדון חבר היא עיסקה כלכלית כדאית, משום שהיזם אמנם נותן הנחה מסוימת לחברי המועדון במחיר, אך הוא מקבל בתמורה עסקה המאפשרת לו לשווק בבת אחת מספר גדול של דירות, על ידי כך להבטיח מראש מכירה של חלק גדול מהפרויקט, ולחסוך בעלויות שונות של שיווק, מימון וכד'. מבחינה זו, אין הבדל מבחינתו אם העסקה נעשית מול מועדון חבר או מול כל מועדון חברים גדול המסוגל להציע לו עסקה דומה. אין בעיני ספק כי השיקול של היזם בהקשר זה הוא שיקול עסקי וענייני לחלוטין, ואין בו כל פגם. (למעשה, אף במכתב האגודה נאמר במפורש כי היא אינה מבקשת לערער על הענייניות והלגיטימיות של השיקול הזה, ר' סעיף 9 למכתב האגודה).

ד. במאמר מוסגר ראוי לציין כי כפי שהוסבר לעיל, גינדי איננה כפופה למלוא ההיקף של דרישת השוויון הנדרשת מרשויות ציבוריות, אלא אך (אם בכלל, ראו סעיף 76 לעיל) לדרישות חוק איסור הפליה. ולית מאן דפליג, שבין סוגי הפליה האסורים המנויים בסעיף 3 לחוק איסור הפליה אין כלולה הפליה 'כלכלית' בין מי שהם חברים במועדון צרכנות לבין מי שאינם כאלה, דבר המחזק את המסקנה לגבי הענייניות והלגיטימיות של השיקול העסקי. לעניין זה ראוי להדגיש כי מועדון חבר הוא מועדון צרכנות, שתכליתו להעניק לחבריו הטבות צרכניות מכסימליות. הטבות כאלה, המוענקות במסגרת מבצעי מכירות לחברי מועדונים שונים (כגון, מועדונים של כרטיסי



אשראי שונים, מועדון הצרכנות של לשכת עורכי הדין וכד'), הינן פרקטיקה נהוגה ומקובלת שאינה מהווה כשלעצמה הפליה על פי חוק איסור הפליה (ראו סעיף 3(ד)(2) לחוק המחריג מהגדרת הפליה הבחנה הנעשית "על ידי ארגון או מועדון, שאינו למטרת רווח, ונעשה לשם קידום צרכים מיוחדים של הקבוצה שאליה משתייכים התכרים במועדון או בארגון..." וכן את דברי ההסבר לסעיף 4 להצעת החוק, שם).

ה. להשלמת התמונה מבחינתה של גינדי אוסיף כי ככל שמדובר בהבחנה בין המשרתים בשירות ביטחון לבין מי שאינם כאלו (או בין משרתי הקבע – לאחרים) לא רק שסעיף 3 אינו כולל הבחנה כזו בין העילות המקימות טענת הפליה, אלא שלאחרונה אף דאגה הכנסת להכניס תיקון לסעיף האמור, ובו דווקא הודגש האיסור להפלות לרעה משרתים בשירות ביטחון בשל היותם נושאי מדים (ראו תיקון מס' 5 לחוק איסור הפליה מיום 8.4.2017 ס"ח תשע"ז מס' 2642 עמ' 984 האוסר על הפליה במתן שירותים בגין "לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם". וראו גם הצ"ח הכנסת תשע"ד מס' 570 עמ' 163 ודברי ההסבר שם). היינו, ככל שניתן ללמוד על עמדת הכנסת לעניין זה, דומה שאין דבר רחוק יותר מכוונת המחוקק ומתכלית החקיקה מאשר הטענה שמתן הטבת מסויימות למשרתים בשירות ביטחון נכנסת בגדר איסור ההפליה הכלול בסעיף 3.

15. א. השיקול השני מבחינת דרישת הענייניות רלוונטי אך ורק לבחינת הענייניות של רמ"י בהקשר של הקצאת המקרקעין לטובת העסקה הנדונה והוא מבוסס על ההבחנה בין המשרתים בצבא הקבע ובגופים הנוספים לבין מי שאינם משרתים בהם. כלומר, השאלה היא האם מותר לרמ"י לכלול בין שיקוליה בהקצאת מקרקעין את השיקול של מתן העדפה מסויימת למשרתים בצבא הקבע ובגופי הבטחון הנוספים? כאמור שאלה זו נשאלת רק משום שהחלטתי לכהון את הסוגיה במבחנים המחמירים יותר ולא אלו החלים על גינדי כגוף פרטי.

ב. לדעתי, התשובה לשאלה זו היא חיובית. כבר ציינתי לעיל כי לא רק שהשיקול של מתן הטבות בהקצאת משאבים ציבוריים ליוצאי צבא הוא לגיטימי, אלא שמותר (ואף ראוי) שהרשויות יתחשבו בהקשר זה לא רק בעצם השירות הצבאי, אלא גם באורך השירות, בחשיבותו למדינה ובתרומה הנובעת ממנו וכיו"ב (ראו עניין המועצה המוסלמית ועניין הייב לעיל).

ג. זאת ועוד, מתן הטבות כלכליות מסויימות לעמיתי מועדון חבר אינו נובע אך מהכרת תודה ומהתחשבות בתרומתם למדינה, אלא גם מן הרצון לעודד ולתמרץ את המשרתים בקבע להמשיך בשירותם, ואת המועמדים המתאימים בפוטנציה לשירות כזה לקחת על עצמם את המטלה של התגייסות לצבא ולגופי הביטחון לתקופות ארוכות (והשוו עניין הייב לעיל, בסעיפים 10 ו-12 וכן וראו עת"מ (נצ') 201/09 שמסי נ' מינהל מקרקעי ישראל (2009) בסעיף 2).

ד. אשר על כן, מסקנתי היא שככל שהדברים אמורים מנקודת הראות של המדינה ושל רמ"י הפועלת בשמה, מתן העדפות מסויימות (ראו להלן) בנגישות למשאבי מדינה, לרבות משאבי מקרקעין, משרתת היטב את התכליות של המדינה והן רלוונטיות ישירות להסדר הגדון כאן ולהסדרים דומים.

ה. [עוד אציין במאמר מוסגר כי במכתב האגודה הכותבים מנסים להסתמך על עוד הליך משפטי ובו, לטענתם, בית המשפט קיבל את טענת האגודה ופסל הסדר הקצאת מקרקעין (ראו בסעיף 10 למכתב). מעבר לעובדה שאותו הליך הסתיים בפשרה, ושאינן כל פסק דין שניתן להתייחס אליו כאסמכתא משפטית, הרי, ככל שניתן לברר מההפניה שבמכתב, דובר שם בהקצאת מקרקעין למי שעוסק במקצועות מסויימים (בתחום ההייטק וכד') ולא להבחנה הכרוכה בשירות צבאי ובתרומה למדינה.]

### דרישת המידתיות

16. הדרישה הנוספת שבה נדרש לעמוד ההסדר הנדון כאן היא המידתיות. על פי דרישה זו, יש לבחון לא רק את עצם הלגיטימיות של שיקול מסויים, אלא גם את משקלו היחסי בין שאר השיקולים שצריכים לעצב את ההסדר המינהלי הנדון. לענייננו, יש מקום לבחון את המשקל היחסי של השאיפה לתת העדפה מסויימת למשרתים בצבא הקבע ובגופים הנוספים אל מול שאר השיקולים שצריכים לעצב את המדיניות הקרקעית של רמ"י בכגון דא.

17. ומהם השיקולים שאותם יש לשקול בעניין זה, בנוסף לשאיפה לעודד את השירות בצבא הקבע ובגופי הבטחון (כאמור לעיל)? ברי, שכאשר מדובר בהקצאה של משאבים ציבוריים מוגבלים, הרי שהענקת הטבה לקבוצה מסויימת, באה בהכרח על חשבון קבוצות אחרות, קרי על חשבון כלל הציבור (לענייננו, כל הציבור שאינו נמנה על עמיתי מועדון חבר). אשר על כן יש מקום לבחון האם המשקל הניתן לשיקול של עידוד השירות בצבא הקבע אל מול השיקולים האחרים הוא ראוי.

18. א. טענה נוספת המופיעה במכתב האגודה בהקשר זה של שיקולים רלוונטיים אחרים היא שהענקת הטבות יחסיות לעמיתי מועדון חבר, פוגעת במיוחד בקבוצות מסויימות באוכלוסייה שאינן מתגייסות לצבא ולגופי הבטחון ולכן אינן משרתות גם בצבא הקבע ובגופים הנוספים (כגון האורחים הערבים (המוסלמים) והחרדים). כלומר, שמתן העדפה למשרתי הקבע מפלה משום – שבמישור התוצאתי – העדפה זו מדירה אוכלוסיות אלו במיוחד ביחס למשאבים הנדונים (סעיף 4 למכתב האגודה).

ב. לגבי טענה זו, אעיר כי ספק בעיני אם יש לה מעמד בנסיבות העניין הנדון. זאת משום שה'הדרה' כביכול של אוכלוסיות אלו אינה נובעת לכאורה מתנאי העסקה הנדונה כאן, אלא מעובדת הבסיס שהמשתתפים לאוכלוסיות אלו אינן משרתים מלכתחילה בשירות הצבאי (ולא משום שאינם משרתים בצבא הקבע). (השוו לעניין זה את דברי השופט זילברטל בעניין המועצה המוסלמית, לעיל, בסעיף 2 לעומת עמדת השופט עמית בסעיף 13 לפסק דינו).

ג. ניתן להדגים נקודה זו על ידי כך שנצביע על כך שאם מקבלים את ההיגיון של עמדת האגודה לעניין זה של 'הפליה תוצאתית' לכל אורכו, הרי המסקנה היא שלכאורה גם מתן העדפות במשאבים קרקעיים (למשל) לנכי צה"ל (כפי שנוהגת רמ"י, לעניין זכינות להפעלת תחנות דלק וכד') – מהווה 'הדרה' והפליה אסורה של אותן אוכלוסיות, משום ש'ברמת התוצאה'

הן 'סובלות' מתת-ייצוג בקרב הקבוצה 'הנהנית' מההטבות – של נכי צה"ל. זומני, שדוגמא היפותטית זו מדגישה את הבעייתיות של הטענה האמורה.

ד. ואולם, לאור האופי המקדמי של הוות דעת זו, ובשל העובדה שאין באמור כדי לשנות לדעתי את התוצאה הסופית של ניתוח המידתיות, אין לי צורך להיכנס לעובי הקורה לגבי שאלה סבוכה זו. אלא, אניח לצורך הדיון כאן, כי טענת ההדרה שמעלה האגודה היא אכן שיקול שיש לקחתו בחשבון.

19. כאשר שוקלים את המשקל היחסי הניתן על ידי רמ"י לרצון להעניק הטבות לעמיתי מועדון חבר אל מול השיקולים האחרים הרלוונטיים להחלטה – ברי בעיני כי ההעדפה הניתנת כאן לעמיתי מועדון חבר היא מידתית – וזאת מהשיקולים הבאים: ראשית, מדובר בהעדפה מוגבלת, המתייחסת לפרויקט בינוי ספציפי. היינו, אין מדובר כאן במדינות כללית של רמ"י, המתייחסת לפרויקטים רבים של הקצאת מקרקעין, אלא במתן העדפה נקודתית, הבאה לידי ביטוי בהנחה כספית מסויימת (הטבת מחיר) שהוצעה לזמן מוגבל, והמתייחסת לפרויקט הנדון בלבד; שנית, הענקת ההטבה האמורה אינה מבטאת מדיניות יזומה של רמ"י אלא היא נבעה מהחלטה עסקית ספציפית של הזים הנדון, כאשר רמ"י מעורבת בהחלטה זו רק כאופן עקיף וכדיעבד כתוצאה מהחלטה עסקית של גינדי. אני מוכן להניח, כי לו היתה רמ"י נוקטת במדיניות יזומה של מתן העדפה למשרתי צבא הקבע במספר רב של פרויקטים המהווים נתח משמעותי מהקצאות המקרקעין שבבעלות המדינה, אזי השאלה של ההשלכות של מתן ההעדפה על כלל הציבור, היתה יכולה להתעורר. אך, מן העובדות שהובאו בפני, אין שום סיבה להניח בהקשר זה הנחות היפותטיות מרחיקות לכת (והשוו, עניין המועצה המוסלמית, בסעיף 15 לפסק דינו של השופט עמית). שלישית, ובהתאם, אפקט ההדרה של קבוצות אחרות באוכלוסייה או של כלל מחפשי הדיור, ככל שיש כזו, הוא מוגבל ביותר. היינו, לאור האופי הנקודתי והמוגבל של מתן ההעדפה (הטבת מחיר בפרויקט בינוי אחד), ניתן לומר כי משקלה – ברמת התוצאה, וברמת ההשפעה על כלל מחפשי הדיור – הוא מוגבל ביותר ועומד היטב במתחם המידתיות.

#### סיכום

20. סיכומי של דבר, לדעתי העסקה בין גינדי לבין חבר, והקצאת המקרקעין לטובת עסקה זו על ידי רמ"י אינן מפרות את דרישת השוויון או כל כלל אחר של המשפט הציבורי.

תאריך: 3.7.17

חתימה:

A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line on the left, a horizontal line at the top, and a curved line on the right that loops back towards the vertical line.

פרופ' יואב דותן