

עע"מ 1789/10
קבוע ליום 21.7.10
בפני הנשיאה ביניש, והשופטים נאור ודנציגר

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט לערעורים מינהליים

המערערים: אסתר סבא ו-27 אחרים

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. מינהל מקרקעי ישראל

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

2. באמונה – דיור לציבור הדתי לאומי, חברה בע"מ

3. אמונה י.ז. ייזום וניהול בע"מ

שתייהן ע"י ב"כ עוה"ד דוד זעירא ואח'
שד' רבי טרפון 5, בני ברק 51420
טל': 03-5702045; פקס: 03-6190723

4. אלחנן שמידע ו-19 אח'

ע"י ב"כ עוה"ד ניצנה דרשן-לייטנר
בית הקרן, רח' התע"ש 10 רמת-גן 52512
טל': 03-7514175; פקס: 03-7514174

סיכומים מטעם המערערים

הערעור המונח בפני בית המשפט הנכבד מציב בפניו שאלה עקרונית מרכזית: האם ובאילו תנאים חייב מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל"), המשווק במכרז מקרקעין ציבוריים לבניית מתחם מגורים, לפסול התמודדות של יזם, שעה שמסתבר כי הוא משווק את הדירות שיבנה בצורה מפלה.

בהתאם, יידרש בית המשפט הנכבד לפסוק האם פעל המינהל כדין עת העביר למשיבה 3 (להלן: "אמונה") את הזכויות במגרש נשוא הערעור, בשכונת עגימי ביפו, חרף מדיניות השיווק המפלה של החברה.

התשתית הנורמטיבית

א. הזכות לנגישות שווה ליחידות דיור הנבנות על קרקע ציבורית שהוקצתה למגורים

1. נקודת המוצא, עליה מסכימים כולם, הינה כי תפקיד המינהל הינו לשמש כנאמן הציבור כולו ולפעול לטובת הציבור כולו בשוויון וללא אפליה (ר' בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי

ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002).

2. הזכות החוקתית לשוויון מחייבת הגנה על זכותו השווה של אדם לרכוש או לשכור יחידת דיור הנבנית על מקרקעין ציבוריים שהוקצו למגורים. אפליה, הפוגעת בנגישות השווה לדיור, פוגעת בצורה עמוקה בזכויות הפרט, בקבוצות המוחלשות ובמיעוטים. היא גם פוגעת בחוסן החברתי ויש לה השלכות חברתיות שליליות מוכחות, המעצימות את הנזקים החברתיים של דפוסי ההפרדה המרחביים הקיימים בכל חברה. בין הנזקים שנמצאו במחקר ניתן למנות: הקצאת חסר לקבוצות מוחלשות, דחיקה של מיעוטים אל מחוץ למוקדי הכוח, חסימת יכולתן של קבוצות מסוימות לממש זכויות בסיסיות, ייצור חשיבה סטריאוטיפית על האחר, ניכור חברתי, התפוררות חברתית, מהומות חברתיות ואלומות (ר' גרשון גונטובניק, "קבוצות מיעוט המבקשות מן המדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור", בקהילות מגודרות (אמנון להבי, עורך), 425, 435-437 (נבו, 2010)).

3. מחקר של בנק ישראל, שפורסם לאחרונה, הראה כי הקמתן של קהילות בררניות והומוגניות גרמה להגירה של אוכלוסייה מבוססת מישובים הטרוגניים בעלי אוכלוסייה מגוונת לאותן קהילות, והיא עלולה לגרום להגדלה של הפערים בין הישובים ברמת השירותים הציבוריים (קובי ברוידא, גיא נבון, "הגירה פנימית והתבדלות", בקהילות מגודרות לעיל, בעמ' 251).

4. לא בכדי הקפיד בית משפט נכבד זה במסורת ארוכה של פסקי דין לשמור מכל משמר על השוויון בחלוקת מקרקעי הציבור ולאסור הפליה והפרדה שרירותית במגורים. לעניין זה, המפורסמת בפסיקת בית המשפט היא פסיקתו בעניין קעדאן, שם אסר בית המשפט הנכבד על המדינה להקצות באופן מפלה מקרקעין בישוב קציר, אשר סירב לקבל לשורותיו משפחה של ערבים. בית המשפט פסק, כי אל למינהל לתת ידו להפליה, גם אם היא נעשית על ידי גוף שלישי המקבל לידיה את המקרקעין.

5. רק במקרים מיוחדים אישר בית המשפט מתן העדפה למגזר מסוים או חריגה מהשוויון לקידום מטרה חברתית מסוימת. למשל, במקרים אחדים אישר בית המשפט העליון יחס שונה כדי לקדם מטרות חברתיות, כמו פתרון למצוקת הדיור של בני המקום ומניעת הדרתם או שיכון לזכאים חסרי דיור (למשל, רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 221 (1995)).

6. בנוסף, בית המשפט אישר להקים שכונות נפרדות לחרדים ולבדואים. הטענה הייתה כי מדובר בקבוצות מיעוט תרבותיות המבקשות בעצמן להסתגר במתחמי מגורים נפרדים מפני

הרוב. עוד נטען, כי הפרדה חיונית לשמירה על אורח החיים התרבותי של קהילות אלו. אך אלו היוצאים מן הכלל (ר' למשל, בג"ץ 528/88 **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4) 297 (1989); גונטובניק, לעיל, בעמ' 451).

7. חשיבות השמירה על הזכות לשוויון עוברת כחוט השני בין שלל פסיקותיו של בית המשפט הנכבד בנושא, לפי העקרונות הבאים: ראשית, אל למינהל לתת ידו לאפליה פסולה בהקצאת מקרקעין לדיור, בין במישרין ובין בעקיפין על ידי העברת המקרקעין לגורם שלישי הנוקט באפליה. שנית, מתן העדפה למגזר מסוים או למטרה מסוימת ייעשה במשורה ותוך הפעלת שיקול דעת, ויהווה חריג לכלל השוויון רק כאשר ישנה הצדקה חברתית מיוחדת. שלישית, המינהל הוא האחראי לעריכת שיקול הדעת ולפיקוח על הגורמים המממשים את מדיניותו, תוך איזון בין אינטרסים שונים לערך השוויון והצדק החלוקתי.

ב. חובת המינהל להבטיח נגישות שווה לדיור חלה גם שעה שהקרקע מוקצית במכרז בנייה

8. אין מקום לסייג את חובת המינהל לשמור על הזכות לנגישות שווה ליחידות הדיור במתחמי דיור הנבנים על מקרקעי הציבור, כשהקצאת המקרקעין נעשית בדרך של מכרז פומבי.

9. בית המשפט קמא פסק לעניין זה, כי המינהל קיים את מחויבותו לשוויון בהכרזה על ההצעה הגבוהה ביותר. פסיקתו של בית המשפט קמא מגלמת שלוש הנחות שגויות. הראשונה – שהזכות לשוויון משמעותה שוויון פורמאלי בלבד. השנייה – שבמכרז בנייה של המינהל השוויון מתייחס רק ליזמים המתמודדים במכרז ולא לרוכשי או לשוכרי הדירות. השלישית – שהשיקול היחיד במכרז בנייה הוא מי הציע את ההצעה הטובה ביותר. יש לדחות את ההנחות הללו שבבסיס פסיקת בית המשפט קמא.

10. נתחיל בהנחה הראשונה. השוויון שבית המשפט קמא מבטיח הוא שוויון פורמאלי בלבד. הזכות היחידה שמובטחת מפסיקת בית המשפט קמא היא זכותם השווה של פלוני ואלמוני להפלות זה את זה ולהדיר זה את זה. זהו שוויון פורמאלי מן הסוג של "נפרד אך שווה". לכאורה גם יזם ערבי יכול היה להתמודד במכרז ולשווק לערבים, ולכן נשמר השוויון בין המתמודדים, ויצא המינהל ידי חובתו.

11. תפיסה זו של השוויון נדחתה כבר על ידי בית המשפט העליון בפרשת **קעדאן**, שם פסק בית המשפט, כי אין רבותא בטענה כי גם ערבים יכולים לכאורה לבקש הקצאה נפרדת של מקרקעין למגוריהם, שכן בפועל אין הקצאה נפרדת ובכל מקרה הקצאה נפרדת מוליכה לאי שוויון, שכן "השילוב בין התוצאה הבלתי שוויונית של המדיניות ובין הטעמים הבלתי שוויוניים שבבסיסה, יוצר "מסה" חזקה של היעדר שוויון, "מסה" שאינה מתבטלת ואף אינה

פוחתת נוכח הנכונות העקרונית להקצות מקרקעין להתיישבות קהילתית כפרית נפרדת של ערבים" (שם, בעמ' 280; ר' גם בג"ץ 1067/08 **נוער כהלכה נ' משרד החינוך** (מיום 6.8.09), בפיסקה 24; מרדכי קרמניצר, יעל כהן, "**הכניסה לערבים אסורה**", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, <http://www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/183.aspx>).

12. אין הבדל בעניין זה בין הקצאת מקרקעין לבין מכרזי בנייה. בשני המקרים מתן לגיטימציה לקבוצת הרוב להפלות ולהדיר את המיעוט, רק משום שתיאורטית יכול המיעוט להדיר את הרוב באותם כלים, הוא פסול מוסרית ומנותק מן המציאות. מתן לגיטימציה לקבוצת הרוב להדיר את המיעוט יוביל לכך, שמתחמי בנייה שלמים שמשווק המינהל ישמשו רק את קבוצת הרוב, בין מטעמים של גזענות, ובין מטעמים של הדרת אוכלוסיות שמקובל לחשוב עליהן כי הן "מורידות את ערך הדירות" או סיבות דומות. השוויון המהותי ייפגע קשות.

13. גם ההנחה השנייה בבסיס פסיקתו של בית המשפט קמא דינה להידחות. בית המשפט קמא מתייחס רק לשוויון (פורמאלי) בין היזמים המתמודדים במכרז, ומתעלם משאלת השוויון בנגישות לדירות שייבנו במקרקעין. הנחה זו שגויה, שכן המינהל אינו בעלים פרטי של מקרקעין המוכר אותם למרבה במחיר, בלי לתת את הדעת לשימוש שייעשה במקרקעין. תכלית המכרז אינה מכירת מקרקעין למרבה במחיר אלא הקמת מתחם מגורים לרווחת הציבור כולו. לכן המינהל מעורב ומשוקע בפרויקטים הללו מתוקף תפקידו.

14. המינהל הוא זה המחליט איזו קרקע לשווק ומתי, בין היתר בהתאם לצרכי המגורים של תושבי המדינה או האזור, ולמטרות חברתיות שונות, כמו צמצום הפער בין הביקוש וההיצע למגורים, קליטת עליה, התחדשות עירונית או פתרון מצוקת דיור במקום מסוים. במכרזי בנייה, המינהל משווק את המקרקעין למטרת מגורים בלבד (מטרת החכירה היא חלק בלתי נפרד מחוזה החכירה), כשהתכנון נקבע על ידי המחכיר ומספר יחידות הדיור ידוע מראש (גם כאן מתחייב החוכר לקדם רק את התוכנית של המחכיר ולא אחרת). המינהל אף מחייב את היזם לסיים את הבנייה בתוך זמן ידוע מראש כדי להבטיח את מטרת ההחכרה ולמנוע ספקולציות במקרקעין. המינהל אף מסבסד לעיתים את עלות הקרקע במכרזי בנייה ואת עלות הפיתוח. גם לאחר החכירה, שומר לעצמו המינהל זכות להתערב בפרויקט, כמו למשל, לבצע פעולות מסוימות במקום החוכר (ר', למשל, את חוזה החכירה נשוא הערעור, עמ' 258 לתיק המוצגים מטעם המערערים).

15. כאשר המינהל מחכיר ליזם פרטי מקרקעין ציבוריים שאחזקתם, שיווקם, פיתוחם ומכירתם הם לצרכי כלל הציבור וממומנים על ידי הציבור, על אף העובדה שאותו יזם מסרב לאפשר

לקבוצות מסוימות לרכוש או לשכור דירות במתחם, הוא מעביר לאותן קבוצות מסר חמור לפיו הדרתן היא לגיטימית, ונתמכת על ידי המינהל עצמו. המסר החמור שעובר מכך לחברה אינו שונה מהמסר החמור שעובר מאפליה ישירה או מהקצאה ישירה לגוף שלישי שנוקט באפליה, כמו שנדון בפרשת **קעדאן**. מסר זה הוא מסר משפיל הפוגע בכבוד האדם של אלו שמודרים מהפרויקט. המסר עובר גם לחברה כולה, לפיו הפרדה בדיור היא לגיטימית ובכך מתמרצת המדינה עוד ועוד יזמים לבנות מתחמי מגורים סגורים (על האיסור החל על שיתוף פעולה של רשות מינהלית עם פעילות מפלה של גוף פרטי ר' בג"ץ **נוער כהלכה** לעיל, בפיסקאות 25 ו-27; דפנה ברק ארז, **משפט מינהלי** (כרך ב'), 721 (הוצאת לשכת עוה"ד, 2010)).

16. יתר על כן, כשהמינהל מחכיר מקרקעין, שמיועדים למגורים, ליזמים שמסרבים למכור את הדירות לקבוצות מסוימות, הרי שהדבר מהווה לא רק פגיעה בשוויון אלא גם פגיעה בקניין ובזכות לדיור, שכן מאגר הדירות הנגישות לאותן קבוצות מצטמצם, וצמצום ההיצע מייקר עבורם את עלות הדיור ועלול, במקרים שבהם הקבוצה המודרת היא מוחלשת, לגרום להדרה חברתית ומרחבית, דחיקה לשוליים החברתיים ולריכוזי עוני ופגיעה בחיי הקהילה ובקשרים הקהילתיים (ר' גם חנוך דגן, "זכות הכניסה", **מחקרי משפט** כ"ד, 59, 67 (2008)).

17. זאת ועוד, כשהמינהל מסכים להחכיר מקרקעי ציבור ליזם שחוסם את הנגישות מבני קבוצות מסוימות, הוא מתפרק מאחריותו ונותן יד להפרטת המרחב ולניהול המקרקעין לטובת היזמים הפרטיים והאינטרסים שהם מקדמים. באופן זה מועבר משאב ציבורי הנמצא במחסור לקבוצות החזקות שמסוגלות להפעיל מנגנוני סינון. הדבר פוגע בצדק החלוקתי, שהמינהל מחויב לשקול בעת הקצאת מקרקעי ציבור (ר' בג"ץ **שיח חדש** לעיל, בעמ' 64-63).

18. גם ההנחה השלישית שבבסיס פסק דינו של בית המשפט קמא, לפיה השיקול היחיד במכרזי בנייה הוא מי הציע את ההצעה הגבוהה ביותר, דינה להידחות. ראשית, במכרז עצמו נקבע כי המינהל שומר לעצמו את הזכות לדחות את כל ההצעות, לרבות את ההצעה הגבוהה ביותר (ר' למשל, המכרז נשוא הערעור). שנית, ההנחה סותרת את התפיסה הכללית בחוק ובפסיקה, המעניקה לרשות המפרסמת מכרזים פומביים סמכות רחבה לקדם ערכים חברתיים לטובת הכלל כמו שמירה על זכויות עובדים, או קידום קבוצות ומטרות חברתיות כאלו או אחרות, מעבר להשגת המחיר הטוב ביותר למציע המכרז. גם כאשר הקריטריון המרכזי הוא המחיר, על פי תקנה 21(ב) לתקנות חובת המכרזים נקבע כי רשות שפרסמה מכרז רשאית שלא לבחור בהצעה הטובה ביותר בנסיבות מיוחדות (ר' והשוו עת"מ (ת"א) 1464/07 **פרח השקד בע"מ נ'**

עיריית בת-ים (מיום 14.4.2008) (מחויבות ועדת המכרזים של רשות מינהלית להבטיח כי מציע ההצעה הטובה ביותר במכרז לקבלני ניקיון יוכל לעמוד בתשלום הזכויות הסוציאליות לעובדים שיעסיק).

19. שמירה על השוויון היא באופן מובהק אחת מתכליות העל של כל רשות מינהלית וגם של רשות המציעה טובין ציבוריים למרבה במחיר. לפי סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, אסור לרשות להפלות בין מציעים מחמת גזע, מין וכדומה, ומה שאסור לרשות לעשות במישרין אין היא יכולה לעשות בעקיפין דרך צד שלישי. במקרה של מכירת מקרקעין לצורך הקמת פרויקט בנייה, הרי שמטרת המכרז הסופית היא מכירת דירות ולא מכירת המקרקעין, ומכאן נגזרת התכלית הכללית, שהיא מכירת הדירות ללא הפליה בין המבקשים לרכוש אותן.

20. גישתו הפורמאלית של בית המשפט קמא למימוש הזכות לשוויון אף אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה הקיימת. כך, למשל, בפרשת **פינץ** פסק בית המשפט לעניינים מינהליים, כי ביטול מכרז בנייה על ידי המינהל, משום שחרדים רכשו חלק מהמגרשים בשכונה שיועדה לאוכלוסיה הכללית, הינו שלא כדין. "יש לשלול שלילה מוחלטת כל הפליה, לרבות הפליה בדיוור, על בסיס אינדיווידואלי. ההבדל במאפיינים האישיים, אין בו כדי להצדיק יחס שונה... יש הבדל מהותי בין הקצאת קרקע לשכונה חרדית לבין פסילתם של פרטים חרדיים מלרכוש קרקע בשכונה המיועדת לאוכלוסיה כללית (עת"מ (ירושלים) 209/01 **פינץ נ' שר הבינוי והשיכון** (מיום 14.11.04))."

21. עמדת המינהל עצמו אינה תומכת בפסיקת בית המשפט קמא. המינהל סבור, כי יש בסמכותו להתערב ולפסול מתמודדים במכרז כאשר השימוש שיעשו במקרקעין אינו לגיטימי. עם זאת נאמר, כי המינהל אימץ מדיניות מצמצמת להתערבות במקרים אלו. הסיבה המרכזית לכך שציין המינהל היא "היעדר יכולתו הפרקטית של ממ"י לבחון כל תג ותו של המשתתפים במכרזיו" – כלומר – סיבה טכנית ולא מהותית. לדעת המינהל, במכרזי בנייה, הסתמכות על כוחות השוק החופשי מפחיתה במידה רבה את החשש לפגיעה בשוויון, ולכן הוא יתערב ויפסול מתמודדים במכרזים רק במקרים חריגים, כמו למשל – שמידע מוקדם ומבוסס מצביע על שימוש לא לגיטימי שעשוי לעשות המתמודד במקרקעין (עמ' 252 לתיק המוצגים).

22. המערערים סבורים כי המקרה דנן נופל בבירור לקטגוריה המצומצמת הזאת, אך יוסיפו כי לדעתם תפיסת המדינה את חובתה מצומצמת שלא כדין. לא ברור על מה סומכת אותה "חזקת כוחות השוק" אשר אימץ המינהל, כאשר חדשות לבקרים מופיעים פרסומים אודות מתחמי מגורים בהם ננקטים הליכי אפליה וסינון (על העלייה במתחמי המגורים המגודרים

בערי ישראל בשנים האחרונות ר' גלעד רוזן, ערן רזין, "מתחמי מגורים מגודרים בישראל: אוטופיות קהילתיות או מועדוני חברים אקסקלוסיביים בעידן ניא-ליבראלי?", **בקהילות מגודרות** לעיל, בעמ' 41). נראה שהמינהל חושש מהנטל שיוטל עליו "לבחון בציניותיהם" של המתמודדים, אלא שנטל כלכלי אינו עילה מוצדקת לאפליה, וניתן לפתור את החשש בנקלה – לדרוש מהמתמודדים לפרט מהי מדיניות השיווק שלהם, במקרה שאינה "לכל המעוניין" ולדון באותם מקרים בהם עולה חשש לשיווק לא לגיטימי.

23. המינהל אף ציין, בעקבות העתירה, כי כדי לחסוך את הצורך בבחינת מדיניות השיווק של המתמודדים הוא ישקול להוסיף לחלק מהמכרזים הוראות בדבר מדיניות השיווק המותרת. עד היום טרם נעשה הדבר, אך אם אכן יפעל כך המינהל יש לברך על כך, וזה גם ימנע את הצורך בהקצאת משאבים נוספים. אולם, גם במקרה שבו אין הוראות במכרז, אסור למינהל החכיר את המקרקעין למתמודדים המשווקים את הדירות בצורה מפלה (עמ' 240, 254, לתיק המוצגים).

24. המינהל אף מציין כי הוא חושש מכך שמתחרים ישחירו האחד את רעהו כדי להביא לפסילתם (עמ' 246 לתיק המוצגים). אין בטיעון זה ממש. ראשית, אין כל בסיס עובדתי לטענה. ושנית, לציבור הרחב יכולה לצמוח תועלת מכך שהמתחרים יפקחו זה על זה, וישגחו כי המתמודדים האחרים אינם משווקים את יחידות הדיור בצורה מפלה.

ג. האיסור על החכרת קרקע ציבורית ליזם הנוקט במדיניות מפלה אינו דורש סעיף מפורש

25. בית המשפט קמא פסק, כי נדרש תנאי מפורש במכרז כדי להגביל את מדיניות השיווק של המתמודדים במכרז. קביעה זו לא נומקה והיא תמוהה. מאחר שהדין הוא, שהמינהל אינו רשאי להחכיר מקרקעין לגוף שלישי הנוקט באפליה, אין צורך לציין זאת במפורש, אלא מדובר בתנאי מכללא, שחל על כל התקשרויותיו של המינהל. תנאי מפורש נדרש דווקא בשעה שהמינהל מבקש לסטות מעקרון השוויון ולייעד את המקרקעין למטרה מסוימת או לקבוצה מסוימת. כך נוהג המינהל כאשר הוא מבקש לתת עדיפות לבני מקום או לאנשי קבע וכדומה. אם אין תנאי מפורש, חזקה כי המינהל התכוון לשווק את המקרקעין לכלל הציבור, ועליו להבטיח נגישות שווה ליחידות הדיור לכל המעוניין.

26. גם המינהל שותף לעמדה זו. המינהל ציין כי בכוונתו לבחון הוספת תנאי מפורש האוסר על המתמודדים להפלות בין הקונים הפוטנציאליים אך מוסיף כי "ניתן לומר כי קיימת כבר, ממילא, תניה מכללא ברוח זו, שאינה אלא שיקוף של הדין הקיים, ותניה זו מצויה כבר בין שורות כל מכרזי המדינה" (עמ' 254 לתיק המוצגים).

ד. חובת המינהל להבטיח שוויון בנגישות לדיור חלה גם על החכרת מקרקעין ל"קבוצות רכישה"

27. מאותם טעמים בגינם אסור למינהל למכור קרקע ליזם המתמודד במכרז ואשר יש לו מדיניות שיווק מפלה, על המינהל להבטיח כי יזם המתמודד עם קבוצת רכישה אינו נוקט במדיניות שיווק מפלה. אין נפקא מינא לעניין זה בין מכירת דירות שהיזם בונה על המקרקעין, לבין מכירת "דירות פוטנציאליות" מראש לאנשים במסגרת קבוצת רכישה שהיזם מארגן.

28. קבוצות הרכישה הפכו לתופעה מרכזית בשוק הדיור, וקשה שלא להבחין בשלטים או במודעות עם הכיתוב "מתארגנת קבוצת רכישה", הצצים כפטריות אחר הגשם בערים המרכזיות. רוב קבוצות הרכישה הן מסחריות לחלוטין ומלוות על ידי יזם פרטי. ברוב המקרים הציבור מוזמן להצטרף לקבוצה. כאשר קבוצת רכישה מוכנה לקבל לשורותיה את כל המעוניין, ללא אפליה – בוודאי שאין בכך בעיה.

29. שונה הדבר כאשר יזם מארגן קבוצת רכישה בעלת מדיניות קבלה מפלה. במקרה זה, אל לו למינהל להחכיר לאותה קבוצה את המקרקעין הציבוריים ולתת לגיטימציה לאפליה. השאלה החשובה אינה האם המתמודד על המקרקעין הוא יזם פרטי או מארגן קבוצת רכישה, אלא האם מדיניות השיווק שלו מפלה (ר', למשל, עת"מ (ת"א) 2365/08 **האגודה לזכויות האזרח נ' עיריית תל-אביב יפו**) (מתן תוקף של פס"ד להתחייבות של עיריית תל-אביב לחייב את הזוכה במכרז השוק הסיטונאי בתל-אביב לשווק את הדירות לכל המעוניין ולמנוע התמודדות של קבוצות רכישה עם מדיניות קבלה מפלה, ההתחייבות נמצאת באתר האגודה לזכויות האזרח,

<http://www.acri.org.il/pdf/petitions/hit2365hodaa.pdf>

30. המינהל טען, כי במקרה של התאגדות מוקדמת של דיירים פוטנציאלים קשה לטעון כי מדובר באפליה פסולה. המינהל נותן כדוגמא קבוצה של אנשים שלהם "חברות אישית ארוכת שנים", הניגשת למכרז לבניית פרויקט דירות עבור עצמם (עמ' 254 לתיק המוצגים). נדמה שאף אחד לא יחלוק שמקרה כזה, שבו כל הדירות סגורות מראש לאותה קבוצת חברים אישיים, אינו בגדר אפליה פסולה, אך התארגנות שבה משווקים דירות לציבור תוך שימוש בהליכי סינון, שהמחנה המשותף להם הוא הרצון להדוף בני קבוצות "לא רצויות", שאינם משתייכים לקבוצה מבחינה אתנית, גזעית, דתית או אחרת, היא בוודאי התארגנות מפלה.

ה. חובת המדינה להבטיח שוויון בנגישות לדיור מול האינטרס לחיים בקהילה

31. שאלת קיומו והיקפו של אינטרס לגיטימי לחיים בקהילה אינה נדרשת לערעור זה. המערערים אינם ממעיטים מחשיבות החיים בקהילה, ואף הם רואים חשיבות בשמירה על חיי קהילה.

חיים קהילתיים קיימים במקומות רבים בארץ. אנשים בוחרים להתגורר בסמיכות לחברי קהילתם ולמוסדות קהילתיים ואין בכך כל פסול. גם בית המשפט קמא פסק, כי אינו מוצא פגם בהתארגנות של קבוצת אנשים המבקשים לגור בשכנות ולקיים אורח חיים הרצוי להם. אך בית המשפט הלך צעד נוסף וחמור, והעניק לאותם אנשים זכות משפטית להפלות את מי שאינו רצוי בעיניהם (בעניין ההבחנה בין הלגיטימיות של האינטרס בחיי קהילה לבין אי הלגיטימיות של הענקת כלים משפטיים לאפליה ראו: גונטובניק לעיל, בעמ' 445-449; נטע זיו, חן תירוש, "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת", **בקהילות מגודרות** (אמנון להבי, עורך), 311, 348 (נבו, 2010)).

32. פסיקת בית המשפט קמא קובעת בצורה בלתי מנומקת הלכה מרחיקת לכת וכוללנית, שנותנת עדיפות מוחלטת לאינטרס של פלוני לחיים בקהילה סגורה על פני הזכות החוקתית לשוויון, בלי להבחין בין אינטרס הראוי להגנה לבין אינטרס שאינו ראוי להגנה ובלי לערוך כל דיון באיזון הראוי בין האינטרס האמור לזכות לשוויון. בית המשפט קמא נתן יד חופשית לכל התארגנות ללא הבחנה, לרבות התארגנות של אנשים מקבוצות הרוב, שהמשותף ביניהם הוא אך הרצון לסגור את מרחב המגורים שלהם בפני מיעוטים. פסיקה זו היא שגויה ומסוכנת, ותוביל להגברת האפליה וההדרה הקיימת ממילא. לכאורה נותנת פסיקת בית המשפט קמא יד חופשית לכל יזם לארגן קבוצות לרכישת מקרקעי המינהל, ולסגור אותן בפני מיעוטים כמו ערבים או יוצאי אתיופיה, הומואים או אנשים עם מוגבלות, כל יזם וכל התארגנות לפי גחמתם ושרירות לבם.

33. יש לציין, כי גם אם נצא מתחום דיני החוקה למסגרת של דיני הקניין, ספק רב האם מותר לקבוצה, בשם הקניין, להפלות אדם רק בשל השתייכותו הקבוצתית ובלי שהקבוצה התרבותית תראה כי אי הגבלת הכניסה תפגע באופן קונקרטי בהצלחת השיתוף הקנייני (רי' דגן לעיל, בעמ' 72).

מן הכלל אל הפרט

34. המקרקעין נשוא הערעור הינם מקרקעין ציבוריים בניהול מינהל מקרקעי ישראל הנמצאים בלב שכונת עגימי ביפו. רוב התושבים בשכונה הם ערבים. התושבים הוותיקים בשכונה, ערבים וגם יהודים, סובלים ממצוקת דיור חריפה עקב תהליכי הג'נטריפיקציה באזור, שמעלים את מחירי הנדל"ן. האוכלוסייה המקומית נמצאת בסכנה של דחיקה מהשכונה והרס של הקהילה (עמ' 10-5 לתיק המוצגים). המינהל השקיע כספי ציבור רבים כדי להכשיר את המגרש, לפנות אותו מהשוק שפעל בו קודם ולהעמידו למכרז לצורך בניית 20 יח"ד.

במכרז זכתה המשיבה 3, "אמונה", לאחר שהמינהל דחה טענה מוקדמת, כי יש לפסול אותה בשל מדיניות השיווק המפלה שלה.

א. מדיניות השיווק של "אמונה" היא מפלה

35. לאור עמדותיו העקרוניות, שצוינו לעיל, בית המשפט קמא כלל לא דן במדיניות השיווק הספציפית של "אמונה". בפרויקט דן מדיניות השיווק של "אמונה" היא מפלה – ליהודים בלבד. ערבי שהיה מבקש או שיבקש בעתיד לרכוש או לשכור דירה במתחם יענה בסירוב מוחלט. הסירוב אינו אישי אלא מבוסס על השתייכות קבוצתית, וזאת אף אם יסכים לכבד את אורח החיים של שכניו.

36. הסירוב של החברה לקבל ערבים למתחם אינו מפתיע לאור הרוח הגזענית שהפגין בעלי החברה, ישראל זעירא, כלפי הציבור הערבי ביפו, תוך שימוש בלשון בוטה ומכלילה כלפי התושבים הערבים והצגתם כאיום שיש להיאבק בו. זעירא נוקט בביטויים נלוזים: "יש אזור שלם ביפו של נשים [יהודיות] שנשואות למוסלמים וכידוע, לא רוות נחת מהמצב הזה", אמר זעירא בראיון והוסיף: "אנו מקווים שבתוך תקופה המציאות ביפו תתהפך ובמקום 13 בתי ספר שכיום הם מעורבים יהודים וערבים, חוץ מבית הספר הממ"ד של חב"ד, יהיו כאן בתי ספר יהודים מלאי אמונה והערבים ילמדו בבתי הספר שלהם" (עמ' 197 לתיק המוצגים).

37. הניסיונות של "אמונה" לטעון להגנה של קבוצת מיעוט תרבותית הם מופרכים. כל מטרתה של הקבוצה היא למנוע מערבים וגורמים "לא רצויים" אחרים להתגורר במתחם. גם אם נקבל את העמדה שהוצגה בפני בית המשפט קמא כפי שהיא, לפיה המטרה של הקבוצה היא לנהל מתחם בעל אופי דתי, הרי החריג של קבוצת מיעוט תרבותית הינו חריג שניתן לקבוצות מיעוט המבקשות להסתגר מפני הרוב ולהגן מפניו על אורח חייהן הייחודי, והוא לא נועד לשרת פרטים מקבוצת הרוב הדומיננטית כעילה לסגור את שעריהם מפני פרטים הנמנים על קבוצות מיעוט.

38. הציבור היהודי, לרבות הזרם הדתי לאומי, הוא חלק מהרוב הדומיננטי במדינה בכלל וגם ביפו. הוא לא סובל מהפליה בתחום הדיור והוא אינו זקוק להקצאת קרקע ייחודית כדי להגן על אורח חייו. בעניין זה יפים דבריו של בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים: "במקרה זה ההקצאה הנפרדת (של אותם חלקים בשכונה החדשה שהעותרים דורשים ליעד לציבור שאינו חרדי) לא תהיה לקבוצת מיעוט התובעת לעצמה את הזכות לבדלנות, אלא לציבור המשיך את עצמו לזרם הכללי או לזרם הלאומי (אם כי דתי) במדינה. בהיות ציבור כזה הרוב במדינה, ולעת הזאת אף הרוב (67%) בבית שמש, קיים קושי של ממש בדרישתו לקבלת הגנה

בדרך של טיפול "נפרד אך שווה" או של טיפול מאבחן ומעדיף (עת"מ (י-ס) 1888/09 **אדרי נ' שר הבינוי והשיכון** (פס"ד מיום 27.12.09)).

39. אין רבותא גם בטענת "אמונה" כי היא בסך הכול מייצגת קבוצת רכישה של מספר חברים מבני הציבור הדתי לאומי המבקשים לרכוש במשותף את המקרקעין על מנת להקים שם את בתיהם. טענה זו גם היא אינה אמת, ולכל היותר יש בה קמצוץ של אמת. הפרויקט או חלק ניכר מהדירות בו, שווק לציבור הרחב באמצעי תקשורת שונים, ביוזמה של "אמונה", וכך גם התוודעו המערערים לפרויקט - דרך פרסומים שונים. אנשים שאין ביניהם היכרות מוקדמת ביקשו והצטרפו לפרויקט, אך ערבים אינם יכולים להתקבל לפרויקט (עמ' 215-216 ועמ' 191 לתיק המוצגים).

ב. החלטת המינהל להחכיר את המגרש לאמונה – מתן לגיטימציה להפליה ולגזענות

40. מאחר שמדיניות השיווק של אמונה מפלה, הרי שהחלטת המינהל לאשר את זכייתה של אמונה חרף המדיניות המפלה שלה נתפסת כמתן לגיטימציה להפליה זו. היא מעבירה לתושבים מסר לפיו האפליה שלהם היא לגיטימית. זהו מסר היוצר ניכור וכעס רב בקרב הקהילה הערבית ביפו, שממילא סובלת ממצוקת דיור וחשה מאוימת. החלטת המינהל מעבירה מסר גם לכלל החברה, כי אפליה של ערבים היא לגיטימית, וכי כל יזם המעוניין בכך, בכל פרויקט עתידי ביפו, או בכל מקום אחר בארץ, יוכל לשווק את הדירות ליהודים בלבד ללא תגובה. בית המשפט קמא חידד את המסר ונתן לו גושפנקא חוקית. זהו מסר חמור.

41. חמורה במיוחד העובדה, כי המינהל ממשיך להגן על זכייתה של אמונה במכרז חרף הצהרותיו המכלילות והגזעניות של בעלי החברה בכלי התקשורת נגד הציבור הערבי ביפו. הצהרות גזעניות אלו, כאשר הן מתקבלות על ידי המינהל בגלגול עיניים, מובנות בציבור כהסכמה שבשתיקה ואף רוח גבית למימושם. הסכמת המינהל להחכיר את המגרש למי שמתבטא בצורה כזאת, וכאשר המגרש הוא הבסיס להוצאה לפועל של תוכניתו הגזענית, פוגעת בצורה קשה באמון הציבור במינהל וביכולתו לשמש כנאמן נטול פניות בטיפול בהקצאת מקרקעין (השוו לבג"ץ 4646/08 **לביא נ' ראש הממשלה** (מיום 12.10.08), פסקאות 25-26).

ג. טעמי המינהל להכשיר את מדיניות השיווק המפלה של אמונה – בלתי סבירים באופן קיצוני

42. למינהל טעמים שונים להצדיק את החלטתו שלא לפסול את התמודדותה של אמונה ואת זכייתה במכרז, אף שמדיניות השיווק המפלה שלה הובאה לידיעתו עוד קודם לסגירת המכרז. טענתו המרכזית של המינהל היא שאין מדובר באפליה פסולה, אלא בקבוצה תרבותית שמבקשת לסגור את שעריה בפני פרטים שאינם מקבוצתה כדי להגן על אורח חייה הדתי, כמו

חרדים ובדואים, וכי זה מצדיק את ההדרה הנלווית לפרויקט (עמ' 254 לתיק המוצגים). הניסיון, לקשור בין הפרויקט המפלה הזה לתופעה הלגיטימית של קבוצת מיעוט תרבותית המבקשת הגנה, הוא תלוש מהמציאות. הרי אמונה אפילו לא מנסה להסוות את עמדתה, כי אינה מוכנה למכור או להשכיר דירות לערבים, אפילו יכבדו את אורח החיים של שכניהם הדתיים.

43. בנוסף, המינהל עצמו מכיר בכך שההכרה שהעניק בית המשפט העליון בפסיקתו לרצון בקהילה סגורה לקבוצות מיעוט בדלניות, כמו חרדים ובדואים, היא מצומצמת. "היושר האינטלקטואלי מחייב להודות כי קבוצות מעין אלו ישתייכו – על פי רוב – לקבוצות מיעוט ולא לקבוצות הרוב" (עמ' 251 לתיק המוצגים). נותר לתהות לאן נעלם אותו יושר אינטלקטואלי, שעה שהמינהל מעניק לקבוצה כמו הציבור הדתי לאומי, הנמנית על הזרם המרכזי בחברה הישראלית, את החירות להפלות קבוצת מיעוט מופלית כמו ערבים, בשם ההגנה על אורח החיים, ועוד במתחם מגורים עירוני הנמצא בלב שכונה שבה רוב התושבים הם ערבים הסובלים גם כן ממצוקת דיור קשה ולחצי דחיקה.

44. גם אם נניח שהמינהל סבור כי דין דתיים כדין חרדים ובדואים, הרי שדרך המלך היא הקצאה ישירה או מכרז ייעודי תוך שקילת כל השיקולים הרלוונטיים, לרבות המיקום והפיקוח, ולא באמצעות התנערות מאחריות לטובת גורמים פרטיים, העושים במקרקעין שימוש מפלה כרצונם. אם כך היה נוהג המינהל, בוודאי שלא היה מקצה דווקא את המקרקעין נשוא הערעור, בלב שכונה שרוב תושביה ערבים ושיש בה מצוקת דיור גדולה, להקמת שכונה סגורה ליהודים דתיים. גם מלומדים שאינם שוללים את הלגיטימיות של הקצאה נפרדת של מקרקעין לקבוצות שונות סברו, כי הקצאה מסוג זה היא חשודה וחייבת להתקבל על ידי מוסד ציבורי נטול אינטרס, שיש בו נציגות למיעוטים והוא שקוף (למשל, איל בנבנישתי, נפרד אבל שווה בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים, **עיוני משפט** כ"א (3) 769, 797 (1998)).

45. עוד טוען המינהל, כי מדובר בפרויקט של 20 יח"ד בלבד, וכי יש חלופות דיור אחרות באזור (עמ' 255 לתיק המוצגים). טענה זו לא רק שאינה סבירה אלא מקוממת. המינהל אינו מייחס את המשמעות הנכונה לקיומו של מתחם מגורים מפלה באמצע שכונה שרוב תושביה אינם מורשים להתגורר בו, ולתחושת הקיפוח וההשפלה שמתחם כזה יוצר, במיוחד כשהוא מאושר על ידי בית המשפט והרשויות ובמיוחד כשהוא מונע מאידיאולוגיה גזענית גלויה. כלום אפליה היא לגיטימית יותר רק משום שהיא באה במנות קטנות? ומה לגבי השלכות הרחוב? אם הפרויקט הזה מאושר, ואם זה חוקי להחכיר קרקע ליזם שמדיניות השיווק שלו מפלה, מה

ימנע מיזמים רבים נוספים, ביפו ובכלל, להתחרות במכרזי בנייה של המינהל לצורך הקמת פרויקטים סגורים לערבים או למיעוטים אחרים, שאינם רצויים?

טענות הסף נגד המערערים – היעדר זכות עמידה ושיהוי, חוסר תום לב

46. לעניין טענות הסף שהיוו חלק מנימוקי בית המשפט קמא נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לאמור בכתב הערעור (פיסקאות 10-13; 42-53). נזכיר כי אפילו המשיב לא העלה את טענות הסף הללו, ויש להפכן בערעור.

משוא פנים של בית המשפט קמא והחיוב בהוצאות

47. גם בעניין זה מבקשים המערערים להפנות את בית המשפט לנימוקי הערעור הכלולים בכתב הערעור (פיסקאות 54-67).

הסעד המבוקש

48. הסעד המבוקש בערעור הינו להפוך הן את הקביעות העקרוניות של בית המשפט קמא והן את החלטתו לדחות את העתירה. במישור העקרוני, קביעותיו של בית המשפט קמא הן שגויות וחמורות מבחינת השמירה על השוויון המהותי, והשלכתן הרוחבית תהיה העמקת האפליה וההדרה בדיוור, על תוצאותיה החברתיות השליליות והפוגעניות.

49. במישור הפרטני, קבלת הסעד המבוקש משמעה ביטול חוזה החכירה בין המינהל לאמונה וביטול ההכרזה על זכייתה במכרז. הדבר יגרור גם את ביטול חוזה המכירה של אמונה עם הרוכשים. אף שהדבר יפגע ברוכשים, יש לזכור כי הם לקחו חלק בפרויקט מגורים שנוי במחלוקת המבוסס על אפליה. הסיכון שהזכייה לא תצא לדרך או תבוטל ידוע להם כבר חודשים ארוכים, שכן כל הרוכשים הם משיבים בעתירה ובערעור. הזכויות במתחם נשוא הערעור הועברו למשיבה 3 רק לאחר מתן פסק הדין של בית המשפט קמא, וזאת לפי דרישתם ובלי להמתין 30 ימים כדי לדעת האם יוגש ערעור על פסק הדין. למעשה – הם לא המתינו כלל ותוך 6 ימים כבר נחתם חוזה החכירה ומיד לאחר מכן החוזים מול הרוכשים. הרוכשים היו אם כן ערים לסיכון שהם לוקחים על עצמם, ואין מדובר במקרה של פגיעה בצדדים שלישיים הזכאים להגנה בשל הסתמכות בתום לב.

מכל הטעמים לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור.