

ענ"מ 1789/10

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט לעורורים מינהליים



אסתר סבא ואחות'
 על ידי ב"כ עוזי גיל גן מורה ואחות'
 מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
 רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
 טלפון : 03-5608185 ; פקס : 03-5608165

המערערים

ג א ד

1. **מינהל מקראי ישראלי**
 על ידי פרקליטות חמדינת,
 משרד המשפטים, ירושלים
 טלפון : 02-6466590 ; פקס : 02-6467011
2. **באמונה – דירקטוריון לאומי, חברה בע"מ**
3. **אמונה 2. ייזום וניהול בע"מ**
 ע"י ב"כ עוזי דוד זעירא ואחות'
 מריח' שוו' רביעון 5 בני ברק, 51420
 טל': 03-5702045 פקס : 03-6190723
4. **אלחנן שמידע ואחות'**
 ע"י ב"כ ניצנה דרשו-לייטנר ואחות'
 מבית הקון, רח' התע"ש 10. רמת גן, 52512
 טל': 03-7514175 פקס : 03-7514174

המשיב**סיכום מטעם המשיב 1**

בהתאם לצו סכומי טענות מיום 24.5.2010 ולהחלטת בית המשפט הנכבד (כבי הרשם ג' שני) מיום 9.5.2010
 מוגשים בזאת סכומים מטעם המשיב 1 (להלן: "המשיב").
 כן מצורף תיק מוגנים.

היום : ט"ז תמוז תש"ע, 28 يونيو 2010

ר.ס.א.ס
 תדמור עציוון
 סגן בכירא א' לפרקליט המדינה

- ענינו של ערעור זה הוא פסק דין של בית המשפט הנכבד קמא (כב' סגן נשיאה י' זפט) מיום 10.2.2010.
- בפסק דין, דחה בית המשפט קמא את עתירת המערערים, אשר ביקשו כי בית המשפט קמא יורה למשיב שלא לחכיר מגש ברוחב בית פלט ביפו (להלן: "המרקען") למשיב 3 (להלן: "אמונה"), מושם שלטענת המערערים, מדיניות השיווק של אמונה הינה מפללה ולא שוויונית. בית המשפט קמא קבע, בין היתר, כי משוקו המרכיבי במרקען פומבי ופתוח לכל, נהג המשיב על פי עקרון השוויון. עד צין בית המשפט קמא כי כדי להטיל על הזכות במרקען מגבלות על אופן שיווק המרכיבי, נדרשת תניה מפורשת במרקען, וכי לא נפל פגס בהתארכות קבוצת אנשים המבקשת להתגורר בשכנות.
- עמדת המשיב היא כי דין ערעור להידחות, חוץ לנוכח שייחוי ניכר בו הייתה גנואה העתירה בעת שהוגשה, והעובדיה כי בינתיים נוצר "מעשה עשו" בו לא ראוי להתערב, והן מושם שלגופם של דברים, לא מצא המשיב כי יש במדיניות של אמונה מושם אפליה אסורה, אשר יש בה כדי להצדיק את ביטול זכייתה.
- לצד האמור, ביקש המשיב לחודיע כי צופח פני עתידי, הוחלט כי במרקען לתקצת יחידות דירות לבנייה רוויה או 20 יחידות דירות ומעלה לבנייה נמוכה תוכנס לחובת המרכיבי תניה על פיה היוס מתחייב להימנע מלנקוט אפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדירות. תניה דומה תוכנס לתנאים חמיוחדים בחוזה הפיתוח שיחתמו עם הזוכה במרקען.

עיקרי העובדות הדריכות לענו:

4. המרכיבי נושא הילך זה המצויים ברוחב בית פלט ביפו. המרכיבי מיועדים להקמת מבנה מגורים בן 20 יחידות דירות, על מגרש בגודל של 337.1 מ"ר.
5. בעבר, ניסח המשיב לשוק מרכיבי אלו לציבור הרחב במסגרת שלושה מכרזים קודמים למרקען נשוא הליך זה. שני המכרזים הראשונים (בשנים 2006 ו- 2007) לא הוגשו הצעות כלל, ובמרקען שהתרפס בשנת 2008 הוגשה הצעה אחת, על ידי אמונה, אלות הצעה הייתה נמוכה ממהיר המינימום שנקבע על סמך שותמת המגרש שנערכה על ידי השמאלי מטעם המינהל, ועל כן, לא זכתה. במרקען נשוא ערעור זה, אשר פורסם בחודש מרץ 2009, הוגשו שתי ההצעות, אשר אחת מהן היא ההצעה הזוכה מטעם אמונה, אשר אין חולק כי היא ההצעה הגבוהה מבין השתיים. לנוכח האמור, זכתה אמונה במרקען ביום 20.5.2009. יותר, כי אף לא אחד מן המערערים הגיע למפקדו.
6. עוד יזכיר כי באותו המתחם בו מצויים המרכיבי (ברוחב החתרוג) מצוי מגרש נוסף, גדול יותר, המועד להקמת 40 יחידות דירות וمسחר. המשיב ניסה לשוק אף מגרש זה באربعة מכרזים קודמים, אלות לא הוגשו באף אחד מהמכרזים חלו הצעות עבור מגרש זה (מרקען חמישי פורסם ביום 10.6.2009. אלות בוטל בהמשך על ידי המשיב, לאחר הגשת העתירה המנהלית).
7. לשם השלמת התמורה, נפנה את בית המשפט הנכבד אל מכתבו של מנהל ממי' חקדס, מר יעקב אפרתי, מיום 4.1.2007, המפרט בפניו שר השיכון את המהלך הרבים שננקטו על ידי המשיב על מנת לחותמוד עם מצוקת הדירות של האוכלוסייה הערבית ביפו. המכתב הוגש אף לביהם"ש קמא (המכتب – מrogate).

- .8. בשלחי 2008 ובאפריל 2009 פנה ב"כ המערערים למשיב בגין מכרז זה. ביום 20.4.2009 חשיבה עי"ד אופיר, מהלכה המשפטית של המשיב לפניה וଘbir כי אין למשיב כוונה לפסול התמודדותה של קבוצה דתית לאומיות במכרז. ביום 22.6.2009 הגישו המערערים עתירה מנהלית לביחמ"ש לעניינים מנהליים בתל אביב (עת"מ 09/02/2002), בה תקפו את זכויות אמונה במכרז. ביום 23.6.2009, ומבליל לבקש את עדמות המשיבים, דחה ביהמ"ש לעניינים מנהליים את העתירה על הסף, מאחר וסביר כי אין הוא מוסמך לדון בה (פסה"ד הראשון – מוצג ב'). על פסק דין זה הוגש ערעור (עע"ט 5514/09), אשר עסק בשאלת סמכותו של ביחמ"ש לעניינים מנהליים לדון בעתירה, ולצדיו בקשה לسعد זמני בערעור. ביום 14.9.2009 הגיע המשיב את תגובתו לבקשת לسعد זמני (התגובה – מוצג ג'). ביום 13.10.2009 ניתן על ידי בית משפט נכבד זה (כב' השופטת אי פרוקציה) סעד זמני אשר הקפיא את המצב במרקעין, עד להכרעה בערעור. ביום 10.12.2009 הגיע המשיב עקריו טיעון מטעמו, אשר עסכו בשאלת הסמכות, בהם הביע המשיב את דעתו כי דין הערעור בנושא הסמכות לחתקבל. זאת, מבליל שתהא בהסכמה האמורה מושום הסכמה לגופם של דברים (עקריו הטיעון – מוצג ד'). ביום 16.12.2009 דין בית משפט נכבד זה בערעור. נקבע כי העתירה שהוגשה על ידי המערערים תוקפת את תוכאות המכרז, ועל כן, מצויה בסמכותו של ביחמ"ש לעניינים מנהליים. ביחמ"ש חכבד הותיר את הסעד הזמני על כנו לפחות 30 ימים נוספים, על מנת לאפשר למערערים לשוב ולהגיש את עתירותם המנהליות (פסה"ד בע"ם – מוצג ח'). בעקבות פסה"ד, חדש החליך ביהמ"ש לעניינים מנהליים. תגובה מקדמית לעתירה מטעם המשיב הוגשה ביום 8.2.2010 (התגובה – מוצג ו'). ביום 10.2.2010 ניתן פסק דין של בימ"ש קמא אשר, כאמור לעיל, לא מצא כל פגם בהתנהלות המשיב ודחה את העתירה (פסה"ד השני של ביחמ"ש קמא – מוצג ז').
- .9. על פסק דין השני של ביחמ"ש קמא הוגש הערעור דין, ולצדיו הוגשה בקשה חדשה לسعد זמני בערעור. ביום 17.3.2010 הגיע המשיב את תגובתו לבקשת לسعد זמני. בתגובהו הבתייר המשיב כי ביום 16.2.2010 נחתם חוזה חכירה בין המשיב לבין המשيبة 3. עוד צוין כי בימים 11.2.2010 ו- 16.2.2010 שילמה אמונה את מלאה יתרת חטנותו ונדרשה לשלם למנהל בגין רכישת הקרקע והוצאות הפיתוח (תשלים ואסון בגין הקרקע נעשו עוד בחודש יוני 2009, בטרם ניתן צו ארעי על ידי בית משפט נכבד זה במסגרת החליך הקיים, והוא עע"ט 5514/09). סה"כ שולמו למעלה מ- 4.5 מיליון מ"ל. בכך הושלמה בין המשיב לבין אמונה עסקת הקניית הזכיות במרקעין (חכירה טרם נרשמה בפקסי המקרקעין עקב הצורך בחליך פרצלציה להפיקת המגרש לחלקת רישום עצמאית) (תגובה המשיב, על נספחיה – מוצג ח').
- .10. ביום 22.3.2010 ניתנה החלטת ביחמ"ש חכבד (כב' השופטת אי חיות), בה התייחסה אל חתימת הסכם החכירה, כמו גם אל הסכמי מכור אשר נכרתו בין אמונה למשיבים 4, לשיעבודים שנרשמו. בנסיבות אלה, לא ראה בית המשפט חכבד ליתן סعد זמני (ההחלטה – מוצג ט').

טענות המערערים:

11. לטענת המערערים, יש לפסול את זכייתה של אמונה במכרז, לנוכח מדיניות השיווק המפלח בה היא נוקטת, כשמטרתה – כך לגישת המערערים – למכור ייחדות דירות "לייהודים בלבד" (סעיף 35 לסקומיהם). לגישת המערערים, הgas שהמקורקען שוקן במכרז פומבי, אין בכך כדי לחסיר מן המשיב את הזכותו לווזיא כי המקורקען יימכרו באופן שוויוני לרווחי הדיירות מן החוצה במכרז.

עדות המשיב:

12. עדות המשיב הינה כי דין הערעור להיזמות. ראשית, לנוכח שיינוי ניכר אשר נפל עוד בהגשת העתירה. שנית, לנוכח העובדה כי בפנינו "מעשה עשייה", ושלישית, אף לגופם של דבריות. כפי שנפרט להלן.

שיטתו ומעשה עשייה:

13. הגשת העתירה ביום 22.6.2009 הייתה נגעה בשינוי ניכר כבר אז. ככל שהמעערערים סברו כי יש למנוע את השתתפותה של אמונה במכרז לנוכח מדיניות השיווק שלת, הפטולה בעיניהם, היה עליהם לעשות כן כבר במהלך שנת 2008. כאמור לעיל, חברות אמונה נῆשה עד למכרז שפורסם בשנת 2008 (בו לא זכתה מושט שהצעתה, שהיתה הצעה ייחודית, הייתה נמוכה ממחיר המינימום). היה אפוא על המערערים להעלות את טענותם, מיד עם הגשת הצעת אמונה למכרז בשנת 2008, ולכל חיאור, מיד לאחר שקיבלו את תשובת המשיב מיום 20.4.2009. אלא שהמעערערים המתינו עד לאחר זכייתה של אמונה במכרז, בטרם עתרו.

14. כאמור נסיף כי ככל שהמעערערים מבקשים לתקוף את עצם החלטת המינהל לשוק את המגרש במכרז פומבי ולא להקצתו לבני המקום בלבד (זאת לנוכח מצוקת הדירות של האוכלוסייה המקומית הוותיקה, לה חס טוענים), הרי שטענה זו נגעה בשינויי כבד עוד יותר. המועד בו היה על המערערים לעתור ולטעון כי מדיניות הקצאות הכספיות צריכה להיות שונה מזו שננקטה על ידי המשיב, היה מיד עם הפרסום הראשון של המכרז לשיווק הקruk' בשנת 2006. הנטיון להעלות טענה זו באחוריה ניכר, לאחר שנבחרו זוכים במכרז הרביעי שנערך, נגעה בשינויי כה ניכר עד כי ברור שדינה של טענה מעין זו להיזמות.

15. הלהבה היא כי לא די בשינוי סובייקטיבי, כפי שהוא נפל בעניינו, אלא שיש לבחון את השינוי האובייקטיבי (ראו למשל בגץ 2285/93 אוטי נחום י' גירא לב ואח', פ"ד מ"ה(5), 630). במקרה שלפניו, עומדים אנו בפני מעשה עשייה, שאין כל מקום להתערב בו ולהזחיר את הגלגל לאחר, תוך פגיעה ברוחשי הדירות. כאמור, חכסם החכירה בין המשיב לאמונה נתמס זה מכבר. לטענת אמונה, כל הדירות כבר נמכרו לרווחים השונים (המשיב 4). במצב מעין זה, ולאחר שהמעערערים השתוו שייפוי של ממש בטרם הגיעו את עתירותם, לא קמה כל עילה לביטול הזכיה בשלב כה מאוחר, תוך פגעה ברוחשי הדיירות. למעשה, די כאמור על מנת להביא לדוחיתו של הערעור.

לגופו של עניין:

16. אף לגופם של דבריות, סבור המשיב כי דין הערעור להיזמות. עדות המשיב הינה כי ניתן להכיר באופן עקרוני ביצירתו של קהילות מגורים נפרזות על בסיס מאפיינים תרבותיים חברתיים מוגדרים. הכרה זו

- תיכון בכל מקרה ל גופו, בהתחשב - בין היתר - בטיב הזיקה הקהילתית, גודל המקרקעין וכמות יהידות הדיוור המיועדות לשיווק, אופי ההתישבות הנבחנת וכיו"ב.
- ונדרש, לטעמו, השאלה המתעוררת בעורור זה, אינה השאלה האם יש מקום לפסול את הצעת אמונה אשר זכתה במכרז, אלא, האם רשאי המשיב למנוע מאמונה את הזכות להשתף במכרז פומבי הפתוח לכל, לרכישת המקרקעין. בובנו להסביר על שאלה זו, علينا ליתן משקל לעובדה כי המשיב מנהל עברו מדינת ישראל את רוב רובן (למעלה מ- 90%) של חקרקעות המדינה ישראל, וכי יכולתו של פרט (יהיא זה יוסי, אדם פרט או קבוצת רכישה) לרכוש מקרקעין ממוקור אחר ולא מיידי המדינה, היא קטנה ביותר.
- וזו – כפי שיווהר להלן, המערערים מעניקים משקל רב בטענותיהם לפסק הדין שנitin בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' ממ"י, פ"ד נ(1) 258 (להלן: "הלכת קעדאן"), אולם, כבר כאן המקום לציין כי הלכת קעדאן עוסקת במקרקעין אשר הוקטו בפטור ממכרז. על כן, השאלה העולה במקרה שלפנינו, שונה מן השאלה שנדרונה בעניין קעדאן, והיא האם הייתה למשיב הצדקה למנוע מאמונה מהתמודד במכרז.
- בפתח הדברים נפנה אל מכתבו של נציג המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזורתי) לפניות ב"כ המערערים. במכתו מיום 1.7.2009 ציין כי: "שאלת החקצאות מקרקעין על ידי ממ"י במכרז לגורם המשווק את המקרקעין באופן מפלתلقאה, היא שאלה כבדת משקל. בין היתר, השאלה מעוררת מחד את הקושי שבחקצאת קרקע על ידי המדינה באופן אשר עשוי להביא לשיווק המקרקעין באופן מפלת, ומайдך את הקושי שבהתשלת חובת פיקוח על המינהל על אופן שיוק הקרקע על ידי הזוכה. מכיוון שכן, הוחלט לבחון את האפשרות להוסיף מכון ולהבא חלק מסווגי המכירות, דרישת מן המגישי לחצהיר כי לא ינקטו באפליה פסולה במהלך שיוק הקרקע, וזאת במקרה מותני המכraz". טאמור לעיל, אכן הוחלט על חוספת דרישת ברות זו, במכרזים מתאימים בעתיד, כפי שיפורט להלן. עוד הובהר במכותב, כי בנסיבות המקרה חטפניות (כגון נסיבות השיווק במכרזים קודמים שנכשלו, ומספר יהידות הדיוור קטן), ביטול בדיעבד של הזוכה אינו מידוני ואינו סביר (מכותב נציג המשנה ליועץ המשפטי לממשלה – מוצג י').
- איו חולק, כמובן, כי על המשיב לפעול על פי עקרון השוויון בפועלותיו להקצאות מקרקעין. ראו למשל בג"ץ 91/5023 ח"כ אברהת פורץ נ' שר הבינוי ותשיכון, פ"ד מו(2), 793, בו נאמר כי מקרקעי הציבור צרכיכם לחגנהל לפי אמות מידה מלכתיות. לטעמו, "זריך המלך" להקצאות מקרקעין באופן שוויוני הינה באמצעות מתן חזדיונות שווה לכל לווכשם, דהיינו, על ידי פרסום מכרז פומבי, שוויוני ופתוח לכל, תוך השתמכות על כוחות השוק החופשי. שיוק מקרקעין באמצעות מכרז, מחייב במידה רבה את החשש לגמיעה בערך השוויון (ראו למשל ע"מ 10/68 ג'קי אדרי חברות מועצת העיר בית שם ואח' (פורטים בבנו)). כך נעשה אף במקרה שלפנינו - המשיב העמיד את המקרקעין למכירה במכרז פומבי, שוב ושוב. ואולם, כידוע - חזדיות לשוויון אינה חזות יחידה. לצורך קיימות חזדיות נוספות העומדות לפרט וביניהם, חזות הקניין, חזות היחיד להתאגד והחזות להקהילתית - חזות המאפשרת לקבוצה של פרטיים לשמור את אופיים התרבותי (לרובות אופיים הדתי), המivid אותו כקבוצה. כפי שנראה להלן, אף חזויות אלו חוכרו

בפסקתו של בית משפט נכבד זה. על כן, המשיב סבור כי הפקאת מקרקעין על בסיס מאפיינים חברתיים – תרבוטיים אשר יש בהם ממש, היא חוקית. במקרה שלפנינו, איזון ראוי בין זכות השוויון לבין הזכות לחייבויות, מוביל אל המסקנה כי יד הזכות החקילתיות של רוכשי הדירות על העליונה, ועל כן, אין מקום לבטל את זכיתה של אמונה במכרז.

21. עם זאת, כאמור במכtab נציג המשנה ליעומ"ש, אף המשיב אינו סבור כי קיומו של מכרז הינו "חוות הכל". על כן, יתכוו מקרים, בהם התקיים אפליה אסורה ברורה וגוליה על פניה, בהם יתרב המשיב וימנע את העברת הזכות במרקען לידי הגורם המפלה, אף כאשר המקרקעין ישוקו באמצעות מכרז. לשם כך אף הוחלט לאחרונה על ידי המשיב כי צופה פni עתיד, במכרזים להקצת יהיזות דיר בבנייה רוויה או 20 יחידות דיר ומעלה בבניה נמוכה תוכנס לחוברות המכרז תנינה גדרקמן:

"למען הסר ספק, היות מתחייב להמנע מלנקוט אפליה פסולה בעת שיוקיח יהיזות הדיר, והוא מצהיר בזאת, כי הוא יודע, שאם יפר התחייבות זו, המינהל יוכל לבטל זכייתו במכרז ולבטל את החוזה שיחתם עמו בעקבות הזכיה, ולא יהיה לו כל טענות ואו דרישות ואו תביעות לפני המינהל במקרה כזה."

תנינה דומה תוכנס לתנאים חמוידים בהזות הפיטתו שיחתם עם הזכות במכרז.

22. לדעת המשיב, הצדקה למניעת הגשת הצעות במכרז פומבי כאמור, תקום רק במקרים נדירים, בהט קיומה של האפליה יהיה ברור על פניו. אין לצפות או לזרוש מן המשיב לקיים תקירות אדוות מציע כזה או אחר, שכן המשיב נעדר הכלים והמשאבים לעורך בירורים מסווג זה, ובהתחשב בעובדה כי מדובר בהקצת חמרקען במסגרת מכרז פומבי הפתוח לכל.

יתר על כן, השאלה היכן נוקט הפרט בנסיבות שיוקם מפללה ועל כן אסורה, והיכן מדובר בנסיבות לגיטימית, כגון הזכות לחייבויות ולהזאות, כלל אינה פשוטה. אף בפסקות בית משפט נכבד זה, טרם גובשו אמות מידת חז' שימושיות, אשר יהיה בחן כדי לחזיב גבולות ברורים. וזאת, כאשר עסקינו בשיווק הנעשה בסופו של דבר-בידי גורם פרטי אשר זכה במכרז פומבי, להבדיל מהנסיבות אליהן נסובה הלכת קעדיין. לנוכח כל אלה, עדות המשיב היא כי בכלל, נוכחה העדר יכולתו של המינהל לבחון את מדיניות השיווק של הניגשים למכרז, במקרים בהם היום נוקט בנסיבות שיוקם אשר על פניה מבוססת על מאפיין לגיטימי (כגון הזכות לחייבויות), וכאשר לא ברור למינהל כי מדיניות השיווק מהוועה למעשה אפליה אסורה, לא יمنع המשיב את התמודדותו במכרז של יומם כאמור. ככל שמאן דחו יבקש לחלק על החלטה קונקרטיבית כזו או אחרת של המשיב, יהא עליו לפנות לעראות ולבירר בפניהן את הטענות.

23. כאמור נוסף כי במקרה שלפנינו קיימת אלטרנטיבת ברורה למגוירים באוצר המדובר (וזהו לרוב תמצב באוצר עירוני). על כן, הכרה בנסיבות החקילתיות של רוכשי הדירות, נסיבות שלפנינו בחן לא הוכח כי מתיקיות אפליה פטולח, אינה מחווה תזרות הactor באופן פסול. זאת, נוכח העובדה כי ככל יש באוצר עירוני אפשרויות רבות למימוש זכותו של אדם לבחירות מקומות מגורייו. על כן, בהעברת מקרקעין בהיקף

שאינו גדול במיוחד לידי מי שייחס לקבוצה חברתית מסוימת, אין מושם הדרה ביחס למי שאינו משתيق לאוותה הקבוצה, שכן, בפניהם נتونות אלטרנטיביות נוספות למגורים באותו אזור.

24. להלן נבחן את החלטות אשר יצאו תחת ידו של בית משפט נכבד זה, ביחס לזכותם של פרטימ ליצור עצמאם מסגרת מגורים קהילתית נפרזת. בהמשך, נבחן את העניין שלפנינו לנוכח קביעות אלו של בית המשפט הנכבד ונבתר מדוע, לטעינו, אין מקום לחתערב בזכייתה של אמונה במכרו.

הזכות להילתיות בפסקת בית המשפט:

25. נפתח את דברינו באזכור בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד נג(2) 800, שם נדון פרויקט שיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים. הדיירות ברובע הוחכרו "ליוצאי צבא" או "עלים חדשים", ובפועל, ליהודיים בלבד. ביהם יש הנכבד קבוע כי אין כל אפשרות פסולה ביחיד כל אחד מן הרובעים בעיר העתיקה לעדתה מסוימת, וכי מטרות השיקום של הרובע היהודי היא לאפשר ליהודים לשוב ולהתגורר ברובע שלהם.

26. בbg"ץ 528/88 אליעזר אביטן נ' מינוח מקרקעי ישראל ו-2 אה', פ"ד נג(4), 297 נבחנה חכורת מגרשים במתיר מסובסד לאוכלוסייה הבודואית בלבד. העותר, יהודי שהתגורר בbara שבע, ביקש כי יוקצה לו מגרש בישוב, ובאותם תנאים. לחופין, ביקש כי יתאפשר לו לרכוש מגרש, גם אם במחיר מלא. ביהם יש דחה את העתירה על שתי חלופותיה, ולא ראה בחעדפת הבדיקות משומם אפשרות על בסיס לاءו:

"הנחה היסוד של בא-כוח העוטר, שבഫלה על רקע לאומי עסקין - בטעות יסודה. ההתייחסות אל הבדיקות כאלו מי שראויים לטיוע ולסבסוד על-מנת שייעברו למגוריו קבוע ביישוב אינה התייחסות אל בני לאום מסוימים, ואני העודפתם על רקע לאומי עלי פני בן לאום אחר... התופי מרדף החיות של גווניות ללא יישובי קבוע מסודרים, על כל החלוץ בכך, הם העושים את הבדיקות לבני קבוצה יהודית, שהמשיבים סבורים שראויים חס לטיוע ולעיזוז, תוך חתיחות מיוחדת, מפלח לטובה, ולא העובדה שהם ערבים. והוא ראייה, שלא רק לייהודים, אלא גם לעربים-דרוזים או מוסלמים - או לכל מי שאינו בודאי, אין המינוח מוכן להחכיר מגרש ביישוב.

נראה לי, על-כן, שהקצתה משאבי ציבור מוגברים וייחוד היישוב לבדיקות בלבד לא נעשו מטעמים של הפליה על רקע לאומי, וכל הטענות בדבר נטול הוהכה וטיב השיקולים חרואים, כשהואם לפוגע בזכותם לשווין ללא הבדל גוע או לאום, אין עניין לכך" (פסקה 9 לפסה"ד, הזגש הוסף).

27. כעבור לאחר מכן, זו בית המשפט הנכבד במתן זכאות לציבור החזרי לשכור בתנאי סיבוסד דירות חמוץות בעלות המדינה. זהו בג"ץ 1/98 ח"כ בבל נ' ראש ממשלה ישראל, פ"ד נג(2) 241. בית המשפט (ביד רובה) קיבל את העתירה וביטל את הקצתה חמוץות לציבור החזרי. יחד עם זאת, בפסק דין של צבי השופט חסין, אשר כתב את עמדת הרוב, הוכרה החקדקה להקצת דירות יהודית לחברת החזרית:

"משפחות חרדיות - כולנו נסכים - יש מהן הזכאות לשכירותם בדירות הציבורי. ועוד נסכים, כי חרדים ראויים וזוכים, אם אך יחפכו בכך, כי נעשה כמיטיבנו להקצתה מקומות דירות יהודים להם, כדי לאפשר להם להוציא ולקיים את אורחות-חייהם" (פסקה 17 לפסה"ד).

.28

דברים דומים נאמרו על ידי בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 4906/98 **"עמוות עט חופשי"** נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503. העתירה עסקה בהטבות שנתנה המדינה לרוכשי יחידות דיור באלעד, עיר חרדיות חדשה שהוקמה במרכז הארץ. בית המשפט קבע כי קבוצה אחת של אוכלוסייה קיבלה טובות הנאה שלא ניתנו לאוכלוסייה אחרת שנוטניה הרלוונטיים שווים. על כן, הורה להפסיק את חלוקת התנאים חמיטיביים שניתנו למשתכנים באלעד, ולא ניתנו למשתכנים ביישובים אחרים באזור המרכז. יחד עם זאת, בפסקה"ד נאמר מפי כב' השופטת ד' בגין (בתווארה DAO):

"ייאמר בפתח תזיון בסוגיה שלפנינו, כי הקצתה קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשרם את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול. (ראו בג"ץ 8/98 כבל נ' ראש ממשלה ישראלי; וכן בג"ץ פורז חניל). האפשרות לחקצות משאבי קרקע לבנייה עברו קבוצת אוכלוסין אחד, אשר על-פי זריכת יש הצדקה לאפשר לה בנייה נפרדת חוכרה כבר בבית משפט זה גם ביחס לאוכלוסייה אחרת - האוכלוסייה הבדואית. (בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(7) 297 (להלן: בג"ץ אביטן)).

חכרה באפשרות לחקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהם ונסיבותן, משלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מעוטת מעוניינות בכך, לשמר את ייחוזיהן; זהה תפיסה המיציגת גישה הרווחת כיום בקרוב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד - בין יתר זכויותיו - למשש את השתייכותו להקללה ולתרבותה הייחודית חלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו; (ראו לעניין זה: בג"ץ 5/95 קעadan נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(278) 258, 279-279 (1); נאמרו של אייל בנבנשתי:

"נפרד אבל שווה בהקצתה מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט CA (תשנ"ח), 769).

בעניין שלפנינו, איןנו צריכים להזכיר בשאלות הנכבדות הנוגעות לטيبة של זכות היחיד להיות בקהילה תרבותית, למקורה של זכות זו ולהיקפה. נוטה אני לחשוף כי במגבות ובתקיפת תחולמיות את עקרונות שיטות המשפט ואת המיציאות החברתיות שאנו נתונים בה, מזכור בזכות הרואויה לחכורת עצמה. אלא, שנוכח צמצומה של העתירה, יכולם אנו להשאיר שאלות נכבדות ומורכבות אלה לעת מצוא. לצורך דיונו נקודת המוצא שלנו היא, כי אין לפסל את מדיניותה העקרונית של הממשלה להקצתה מקרקעין ליישוב חרדי" (פסקה 3 לפסקה"ד, הדנסים הוסיף).

.29

בע"מ 8354/04 האגודה לסייע וחגנה על זכויות הבזיאיס בישראל ואח' נ' **"הMOVEMENT HARZIT TZACHON VENEGIAH - זעירות המשנה לערעוידים ואח'"** (תיק-על 2006(1), 1046), דין בית המשפט בערעור שהוגש על ידי בדואים משבט התראBIN, אשר תקפו את ההחלטה להקים יישוב חדש בסמוך לבאר שבע, כישוב כפרי פתוח לכל, ולא כישוב המיעוד להתיישבות בדואים דווקא. ביהמ"ש המזויף שדן בעתירה דחאה אותה, וכן אף בימ"ש נכבד זה, משורה של שיקולים שפורטו בפסקה"ד. לעניינו, נפנה אל הדברים הבאים:

"בית משפט זה חזר והציג את חובתה של כל רשות מינהלית לנוהג בשוויון בכל פעולה מפעולותיה... כך גם בהקצת קרקע המדינה. שכן, המקרקעין "הוא משאב לאומי. כמוות המקרקעין אינה ניתנת להגדלה" ... ו"על המדינה לככל צדידה בהתחשב במצב המקרקעין שבידיה" ... הgeshatot ערך השוויון בתחום הקצתה המקרקעין, נקבע בפסקה, מחייבת התחשבות גם בערך של הצד החלוקתי... מימוש ערך השוויון עולה בקנה אחד גם עט "הכרה באפשרות

להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ונסיבותיהן"... על רקע זה אף הבהיר בית המשפט העליון ביהדותו של האוכלוסייה הבודהיסטית אשר עשויה להצדיק הפליה לטובה בהקצאות מקרקעין" (עמוד 1054, הדגש הוסף).

אשר לחייב קעדאן, ראשית נשוב ונזכיר כיבושונה מחמקרה שלפנינו, בו חוקצו המקרקעין בחלוקת שוויוני של מכرو, באותו מקרה לא הוקצו המקרקעין במכרז, אלא מדינת ישראל הקצתה קרקע לסוכנות יהודית, אשר הקיימה על הקרקע יישוב קהילתי כפרי, באמצעות אגודה שיתופית. על פי מטרותיה, הסוכנות היהודית עוסקת ביישוב יהודים במדינת ישראל. האגודה השיתופית מצדיה קיבלה לשירותיה, הלכה למעשה, רק יהודים חברים. התוצאה הייתה כי עברי לא היה יכול לבנות את ביתו על קרקע המדינה המוקנית לסוכנות. השאלה בה זו ביהם"ש, מהגרת מהנשיא ברק היתה:

"האם בתנאים אלה - ובהתחשב בנסיבות המקרה - החלטת המדינה להקצות קרקע לסוכנות הינה החלטה בלתי חוקית בשל הפליה פסולה כלפי ערבי?"

כפי שהבהיר הנשיא ברק בפסקה 34 לפטק דינו, ביהם"ש לא דין בשאלת מהן החובות שמוטלות על צד שלישי שרכש את המקרקעין מן המדינה, והאם בעצם קיבלת מקרקעי המדינה הוטלה עליו החובה שלא להפלות בין יהודים לעربים, אלא הדיוון הוא בשאלת האם המדינה עצמה מפרה את חובתה לנוכח בשווין, כשהיא מkaza מקרקעין לגוף שלישי הנוקט במדיניות הקצהה ליudeים בלבד. על שאלה זו השיב ביהם"ש בחיבור, שכן: "הפליה אינה מأدמת את האופי המפלח שלח, גם אם תיא נעשית באמצעות הסוכנות היהודית" (בעמוד 284 לפסקה "ד").

בקשר זה, נזכיר כי בעבודת הזוקטורט של ד"ר גרשון גונטובסקי (אליה נתיחס ביתר הרחבת להלן), נטען כי תוצאת פסק הדין מוצדקת, בהתחשב באופיה הציבורי ממילא, של הסוכנות היהודית, המהווה שלעצמה זרוע שלטונית ועל כן מחייבת בכללי המשפט המנהלי. שונות יהיה הדבר מקום בו המקרקעין והוקצ-לאוט פרט, או אז, יש ליתן משקל לאוטונומיה הפרט זכותו לקניין (ראו בעמוד 166 לعبدת). לטעינו, קבוצת רכישה בת עשרים משפחות, כבמקרה שלפנינו, דומה במאפייניה יותר ליחיד הרוכש זכות בקרקע, מאשר ליטוכנות היהודית, עלייה עשויה לחול חובות מכוח המשפט הציבורי.

הוסיף בית המשפט הנכבדodon בפסק דין בטענת הסוכנות כי אין פגט בהקצאות הקרקע עבור יהודים בלבד משום שהמנהל מוכן אף להקצות מקרקעין לישובים ערביים בלבד. ביהם"ש פסל טיעון של זה, של "נפרד אבל שווה" משותי סיבות. ראשית, משום שלא הובאה כל תשתיות עובדיה שתלמיד על כוונה לחוקים ישוב קהילתי ערבי. שנית, כי:

"אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב קהילתי באמצעות האגדה השיתופית קציר, המצדיקים הקצתה קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב הקהילתי קצר פתוח לכל יהודי אשר הוא (כפוף לתנאי קבלת שאנים מופיעים בתקנות האגודה השיתופית ושאות תנאים אינם יודעים). ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים "קבוצה יהודית" (כלשונו של השופט אור בפרשת אבטן). ההפוך הוא: כל יהודי בישראל כחלק מרוב התושבים,

שנפשו חפצה בחינוך קהילתיים כפריים כשרה להתקבל להתקבל לאגודה השיתופית. האגודה פונה איפוא, אל רובו של הציבור בישראל. הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו ביעוד זה או אחר של הקבוצה או בני הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות העניין שלפנינו, קריטריון מפלח" (פסקה 30 לפסקה י"ד, הדגש חוץ).

מכאן כי גם בעניין קעדאן, בית המשפט הנכבד לא פסל את האפשרות כי היו מקרים בהם תוכר "קבוצה יהודית" שתוכל לחנות מהקצתה קרקע, מבליל שחדבר יהווה אסורה על פי דין. אלא שביחמ"ש לא מצא שנסיבות כאלה מתקיימות במקרה זה. עוד יצוין כי ביהמ"ש הבהיר מפורשות שאין הוא דין בנסיבות אחרות שמאפייניהם יכול שייהיו שונים מן "היישוב היהודי קצר". בהקשר זה נציין כי בנסיבות בוחן מדובר במתחם עירוני, כבעניינו, להבדיל מיישוב קהילתי, כבפרשות קעדאן, קיומה של אלטרנטיבה זמנית למקומות באיזור מקהה את עוקצאה של טענת האפליה הפסולה.

.33. מכל האמור עד כה עולה כי נקודות המוצא היה שעל המדינה מוללת תחובה לנחות בשוויון בחלוקת מקרקע על ידה. תחובה זו אינה פגה מקום בו הוקצו המקרכען לצד שלישי, כאשר הצד השלישי נהוג באופן מפלח האסור על פי דין. שכן, מה שאסור למדינה לעשות במישרין, אסור לה לעשות אף בעקיפין. לצד קביעה זו, הייתה ההחלטה מוכנה להכיר בהקצות מקרכען לאוכלוסייה מסוימת, בהקצתה מותרת שאינה עולה כדי אפליה אסורה אותה יש לפסול. זאת מקום בו מדובר ב"קבוצה יהודית", "בעל מאפיינים יהודיים".

.34. מתעוררת אפוא השאלה, מהם המקרים בהם קבוצה ותשב כבעל מאפיינים יהודים, אשר הקצות משאים לקבוצה זו ולא תחוות אפליה פטולה.

.35. במאמרו משנת 1998 "גפרד אבל שווה" בהקצות מקרכען ישראל למגורים' (פורסם בעיוני משפט, كذلك כא (תשנ"ח), 769), טען פרופ' אייל בנ賓שטי Ci במדינת ישראל, לא זו בלבד שהמדינה אינה מתערבת בשוק המקרכען כדי למנוע מפרטים מלהתגורר ברכוצים על פי מפתח קבוצתי, אלא התנהלותה לאורך השנים עוזדחה פילוח כזה – כך בשכונות וערים לציבור חרדי, וכך באגודות שיתופיות בעלות יכולת לחייב מי יctrף לאגודה וכו'. גישה המאפשרת פילוח על פי מפתח קבוצתי שונה מעהרוון "יעורון הצבעים" שנקבע עוד בהלכת *Brown Vs. Board of Education* אשר דחתה את הטענה לקיומה של הפרדה שווונית. לגישתו של בנ宾שטי, אין הצדקה להחיל את עקרון "יעורון הצבעים" על קבוצות מיעוט או קבוצות מזוכחות (להבדיל מקבוצות הרוב), אשר רואות בחפרדה אמצעי חיוני לשימור תרבותן ולקידום מעמדן. לגישתו, יש מקום לפיתוח גישת "הפרדה שוויונית" בקשר ההתיישבותי. בנ宾שטי רואה בזכות לחיילות – הזכות להשתיין לקהילה, **זכות יסוד של היחיד**, המאפשרת למשתיכים לאותה קהילת לשמור את תרבותם ואורחות חייהם ולהגן עליה מפני זרים. יהיו, לגישתו, מקרים בהם על מנת לאפשר את שימור אורחות החיים של הקהילה תדרש הפרדה מגורייהם של חברי הקהילה ממגורים אחרים (כגון הבדואים בעין אביטן או אוכלוסייה חרדית). בנוסף – "קהילה התרבות היהודית", מכיר בנ宾שטי גם

בהתאגדות, שטטרתת יצירת תנאי חיים במסגרת משותפת, כזכות שיש בה כדי להצדיק הקצתה מקרקעין למוגרים נפרדים. זכות ההתאגדות מאפשרת לפרט לעצב לעצמו את טביעתו החברתית. דוגמא לכך הם הקיבוצים או המושבים השיתופיים שמקיימים אורח חיים משותף המבוסס על בסיס אידיאולוגי ושיתוף פעולה הדוק. בנכונותיו מודיעו לכך שיתכננו מקרים בהם טענת הזכות להתאגדות, כאשר אין היא מבוססת על סמנים כגון שפה, תרבות ומנהגים מיוחדים, עלולה לשמש כסות להפליה פסולה של הזולת. מסקנותו היא כי יש מקום לאפשר את ההתיישבות הנפרדת אבל שווה, אלא שלא שום כך יש לדאוג כי הילicity ההקצתה יהיה כולם רואים, שkopim, גלויים ונגישים לציבור הרחב. זאת, על מנת לאפשר ביקורת ציבורית ולמנוע תופעות של אפליה אסורה בכיסות של אינטלקטים לגיטימיים כאמור.

עוד נפנה אל עבודת הדוקטורט של ד"ר גרשון גונטובניק "הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות" (אשר הוגשה לפיקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב). בעבודתו, חיעץ הכותב לח奸ין בין "גדרות חברתיות" לבין "חומות משפטיות". לטענתו, בחברה רב תרבותית ליבראלית, יוצרו לא אחת, גדרות חברתיות אשר יובילו להדרה ולהתבדלות של הקבוצות השונות. כך למשל נוצרות שכונות חרדיות, אף ללא כל מעורבות ממשתנית. חומה המשפטי תיווצר כאשר יעשה שימוש באמצעי משפטי על מנת להדר את الآخر מלהצטרף לקבוצה. השני בין הגדר לבין החומה הוא במידה העברות: בעוד שאות הגדר ניתן לעבור, באמצעות שינוי חברתי, הרי שבמקרים בו חוקמה חומה המשפטי, המשפט מונע את העברות.

טענת גונטובניק, בכלל, די בגדרות חברתיות על מנת להגן על קבוצות תרבותיות, מסקנותו היא כי יש להתייחס ביחס ראיוני של "עינוי" כלפי החומות המשפטיות, וכי על המבקש לייצר אוזן לחריט את הנטול ולספק את החזקה להקמת החומה המשפטי (ראו עמוד 156 לעובדה). יחד עם זאת, גם לגישתו, יהיו מקרים בהם ניתן יהיה להרים את הנטול ולהצדיק את קיומו של "חומות משפטיות". לדבריו, יש לאזן בין הזכות לשווון לבין זכותו של הפרט למסח את קניינו הפטרי זכותו להתאגד. ככל שמדובר במימוש זכות הנוגעת לצרכים התרבותיים המשמעות של קבוצות תרבותיות, כך תクトן הנכונות להתערב בזכות התאגדות ובחילוטה להתאגדות את מי לצרף לשורחותה (ראו עמי' 206 לעובדה). תאגיד הדיור המקדם פעילות תרבותית מיוחדת, המבקשת להתקיים על ידי ייחוד החברות בתאגיד הדיור רק לבני קבוצה תרבותית מסוימת, יכול לגשתו, לבדוק את הרצון לחסנה, ועל החברה לנתח בזירות בטראם וגענרב בהתאגדות כזו, גם בתחום הדיור.

לסימן פרק זה נפנה אף אל אבחנה שנעשתה במאמרו של חנן דגן "זכות הכנסה" מוחקי משפט כד'(1) 59, 64-65 (2008). דגן מבחין בין שני סוגים קהילوت, לעניין מידת מתדרה חממותה לחן: קהילות "עובדות" – המקיימות זיקות חברתיות ומאפייניות חברתיים משותפים מעבר למכנה המשותף היסודי שהוא הבעלות על רכוש משותף, וקהילות "רוות" – בחן עצם השיתוף הכספי מכון ערכיהם משותפים (כדוגמת יישובים קהילתיים). לדעת דגן, קהילות "עובדות" תהיינה זכויות להדר אחרים מכינה לקרקעין במקרים בהם מדובר בקהילות שההדרה חיונית לשימור אורות חייהם ולשם ביסוסן ושגשוגן. בנוסף, ניתן יהיה

להצדיק הדרת זרים מכונסה למקראין גם כזו נעשית בידי קהילות "רשות" יחסית, אולם היקפה של זכות זו יהיה מצומצץ יותר - קהילות "רשות", רשויות לשיטתו למנוע כניסה אליהן רק כאשר היא נועדה למנוע כניסה של גורמים העולאים לפגוע בשיתוף חקניני או כשהיא נדרשת לשם טיפולה של הלכידות החברתית בקהילה.

מן הכלל אל הפרט - יישום המבחנים על חומרה שלפנינו:

38. עד עתה עמדנו על כך שהן פסיקת בית משפט נכבד זה, והן המלומדים שהוזכרו לעיל, מוכנים להכיר בחקצתה מקראין לאוכלוסיה מסויימת, בחקצתה מותרת שאינה עולה כדי אפליה אסורה אותה יש לפסול. זאת, מקום בו מדובר ב"קבוצה יהודית", "בעל מאפיינים יהווים". נותר לבחון אפוא, האם במקרה שלפנינו מתקיימים בחברות "אמונה" (ולמעשה, ברוכשי הדירות אותן היא מייצגת) מאפיינים תרבותיים ממשיים, הרואים להגנה, מכוח זכותם של הפרטים לחטא, המכוח זכותם להילתיות. או, במילוטיו של פרופסור דגן – האם עומדת לפנינו קהילה "עבה", אשר יש לאפשר לה להדר את الآخر על מנת לשמר את אורחות חייהם?
39. עמדתו של המשיב היא כי על פני הדברים, התשובה לשאלת זו היא בחוב. כנטען על ידי אמונה והמשיבים 4, קבוצת הריכשה שחוקמה מיועדת ליוזדים דתיים-לאומיים. וזוק – אין עסקין, כבעניין קעandan, בקבוצה שהמאפיין היחיד המשותף לכל חבריה היה היומת "יהודים", אלא בקבוצה של יהוזדים זתאים-לאומיים, בעלי אורח חיים ומאפיינים קהילתיים יהודים מובהקים (כגון שירות שבת, שירות, צניעות לבוש וכדומה). לטעמוני, לנוכח הפסיקה ועמדות המלומדים שהוזכרו לעיל, מאפיינים אלו ראויים להגנה, ושימורם אינם מהוות אפליה אסורה של الآخر, אשר אינם מותיק לקבוצה בעלות מאפיינים אלה.
40. דברים אלו נכונים ביטר ש Tat, כאשר נבחנים הנתונים הקונקרטיים של מקראין ששוווקו במכרז זה: המדובר בご紹ש בשיטה של פחות מזונם וחצי בלבד אזור עירוני, המיחיד להקמת 20 יח"ד בלבד. ודוק, מספר ייחדות הדיור אינם בא ללמד כי אפליה בקנה מידה קטן היא מותרת (נכיסונים של המערערים להציג את טענת המשיב), אלא שיש בו כדי להעיד כי אין בהקצתה מקראין בקנה מידה קטן מעין זה, בלבד השיטה העירוני, כדי להדר את الآخر, באופן משמעותי אשר יצדיק לאסור הקצתה כאמור.
- יתר על כן, בסמוך אל המקראין יישנו מגרשים דומים וסמכיים לשט חקמת יהדות דיור באוטה שבונה ביפו. מכזים שפורסמו לשיווקו לא הוגשו הצעות לרבייה. גם مكان נובע כי אין בעצם זכיתה של אמונה במכרז כדי להדר אחרים מרכוש מגרשים דומים וסמכיים לשט חקמת יהדות דיור באוטה שבונה ביפו.
- לאמור נוסף כי אין לקבל את חנחת המערערים לפיה חברי קבוצת הריכשה משתיכים ל"קבוצת חרוב" אשר כמובן, אינה זקופה להגנה על זכotta להילתיות. מבלי להזכיר לשאלת זכותו של הרוב לשמור לעצמו סטטוטים קהילתיים (שאלה שאינה פשוטה כלעצמה, וראו: ר' גביזון וא' שוווץ, "הפרדה בדיור כמרכיב בחפותה: הניסיון האמריקאי", עיוני משפט כה(1)73; וכן: חומר רקע לדין בסוגיית החסדרה החקותית של נושא מקראין והתיישבות http://www.metzilah.org.il/webfiles/fck/mekarkein_vchitiashvot.pdf, חרוי

שאין עסקינו בקבוצת רוב, אלא באחת מקבוצות המיעוט בישראל (שכון, דתיים לאומיים אינס רוב מדינה).
דברים נוכנים אף אם נבחן את השכונה הספציפית בה מצויים המקרים. מכאן, שקבוצה קטנה בת 20 משפחות, בעלות אורח חיים יהודי (ה殊ונה מסביבתו) זכאי למש את הזכות להילתיות, על ידי הקמתה בנין מגורים אשר תושבו ישתייכו כולם לאותה קהילה תרבותנית-דתית, ואין הדבר מהו אפליה אסורה על פי הדין. יתר על כן, במתחם עירוני בו קיימת מטבח הדברים אלטרנטיבת זמינה למגורים, קשה להצביע על קיומה של אפליה פסולה בהקמת בניין כאמור.

.42. כאמור עד כה נסיף כי כפי שעולה מתוגבות אמונה וחמשגים 4, במקרה שלפנינו, כמחצית מחברי קבוצה הרכישה התארגנו יחדיו מראש – לפני חוגשה החוצה למכרו, ופנו אל חברות אמונה אשר תייצגם במכרו ותאטור עבורם את יתר חברי הקבוצה. אף המערערים (ראו סעיף 30 לסקומיהם), מסכימים כי מקום בו התארגנה מראש קבוצת חברים המכירים זה את זה, ואשר ניגשו יחדיו למכרו – אין בזכיותם משום אפליה אסורה. היכן אפוא עובר הגבולו, האם כאשר מחצית מחברי הקבוצה התארגנו מראש וניגשו יחדיו (בomezutot amuna) למכרו, הדבר מהו אפליה פסולה?

.43. המערערים אינם מספקים מענה לשאלת זו, אלא טוענים שאין ממש בטענה כי לקבוצת הרכישה מאפיינים יהודים, וכי אין היא אלא כסות לגישת מפלחה וגזענית, אשר כל מטרתה, למנוע מערבים מלהתגורר בבניין. עמדת המשיב היא כי המערערים לא הציבו על ראיות מספיקות על מנת לתמוך בטענה קשה מעין זו. כאמור לעיל, עמדת המשיב היא כי כאשר על פני הדברים, לקבוצה המתארגנת ישנים מאפיינים תרבותיים לגיטימיים (כגון מאפיינייה של קהילה דתית-לאומית), אין למנוע ממנה מלהגשה למכרו.

המשיב אינו בוחן כלויות ולפ, ואין עומדים לרשותו הכללים והמשאים, לבצע חקירות ולהתחקות אחר בוגנות סמויות ככלות או אחריות של מציעים למכרו. אף אין לחטיל עליו נטל כבד שכזה.

לכל היותר, כאשר מועלות בפני המשיב טענות אודות אפליה אסורה, יכול המשיב להפנות את הטענות אל המציע, לבקש את התייחסותו לנטען ולבחון את תשובתו. ואולם, מקום בו יציג המציע על אינטנס ליגיטימי על פני הדברים, לא יתרעב המשיב ולא יمنع את השתתפותו של אותו מציע למכרו.

אשר לקרים חחריגים בהם יהיה ברור וגלי על פני הדברים כי ישנה אפליה מובהקת הרי שזו יכול המשיב לפעול בהתאם לאמור בתניה אשר בכוונתו להוציא במכרים החדשניים כאמור לעיל, ולמנוע את העברת הזכויות במרקען לידי הגורם המפלחה.

.44. הדברים האמורים לעיל נכונים אף לעניינו. הרף טענות המערערים לפיהן קבוצת הרכישה מהוות בסות בלבד למדיניות שיווק מפלחה וגזענית, המשיב סבור כי אמונה ורכשי הדירות ממנה, הציבו על קיומו של מאפיין תרבותי לגיטימי אשר יש בו ממש, ואשר יכול להצדיק את מדיניות השיווק של הדירות, מבלי שתהייה נגעה באפליה אסורה. ויובהר, אף לאחר הגשת הערעור דעתן, פנה ב"כ המערערים אל המשיב וփנה את תשומת ליבו אל כתבה עיתונאית (צידוף הכתבה כראיה בערעור התבקש על ידי המערערים, טרם ניתנה החלטה בבקשתה). המשיב מצדיו פנה אל ב"כ אמונה וביקש את התייחסותה לנטען. אמונה התנערה

מן האמור בכתבה. במצב דברים זה, לא קמלה למשיב עילח למנוע מחברת אמונה מلغשת למכרו פומבי הפתוח לתחרות, וזאת שכן הצדקה לביטול זכייתה בדיעד.

סיכום:

- .45. ערעור זה מעלה שאלת כבotta משקל, אודוות הזכות לשווין מחד, לעומת זכות הקניין, אוטונומיות הפרט, וזכות התאגדות ולקhilתיות מאידך. עמדת המשיב חינה כי כפי שנקבע על ידי בית משפט נכבד זה לאורך השנים, קיימת זכות לקבוצה בעלת מאפיינים תרבותיים, חברתיים ודתיים, להתאגן ולשמר את מאפייניה בקהילה אשר לא תפחה את שעריה בפני מי שאינו חולקם את אותם מאפיינים.
- .46. גבולותיה של זכות זו אינם פשוטים לאבחן. למשיב אין המשאים יכולות החקירה הנדרשים על מנת לתהות על כנות דבריהם של מציעים כאלה או אחרים, ואין הוא יכול לבחון את מדיניות השיווק. על כן, ככל, כל עוד אין מדובר באפליה אסורה גלויה על פניה, לא יתערב המשיב במדיניות השיווק של הנגנים למכרז ואף לא יمنع את הגשת ההצעה. על המבקש לתקן החלטה כאמור של המשיב, יהיה לפנות לרשותות חמთאיות ולבקש לברור שטענותיו בדבר קיומה של אפליה.
- .47. במקרים החוריגים בהם יהיה ברור כי מדובר באפליה אסורה (והמקורה שלפנינו אינו אחד מהם), יפעל המשיב לפסילת המצע ולא יעבור לידיז את הזכויות במרקען. על מנת להביא פומבי למדיניות זו של המשיב תוכנס תניה בעניין זה למקרים עתידיים מן הסוג שהוזכר לעיל.
- .48. במקרה שלפנינו, סבור המשיב כי אמונה ורכשי הדירות באמצעות החכemu על מאפיינים תרבותיים - דתיים לגיטימיים, ועל כן, אין לראות במדיניות השיווק של אמונה כאסורה מחמת אפליה. כאמור נוסיף כי מדובר בגורם קטן ייקף יחסית, ומספר דירות מועט, בלב שטח עירוני - בו קיימת אלטרנטיבה דומה בסביבות מקום, כך שלא נוצרת חדרה של ממש, בחקצתה חמרקען לאמונה.
- יתר על כן, לנוכח השינוי הנזכר במועד הגשת העתירה, וההשתלשלות העובדתית המאוורת לה, עומדיםanco בפני מעשה עשוי, כאשר העסקה בין המשיב לבין אמונה הסותיימה, והזכויות כבר הועברו לידי הרוכשים הפרטיים. במצב זה, לא קמה כל עילה לביטול זכייתה של אמונה במכרז, ביטול אשר יגע באופן ממשי אף ברוכשי הדירות. לנוכח כל האמור, סבור המשיב כי דין הערעור להידחות.

אשר על כן, يتבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הערעור ולהחייב את המערערית בתשלוט הוצאות משפט ושפ"ט עוזי, דין.