

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 אח'**

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**

שתיהן 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

**סיכומי תשובה מטעם המערערים**

בהתאם לצו סיכומי טענות מיום 9.5.10 ולהחלטות בית המשפט הנכבד מיום 24.5.10 ומיום 11.7.10 מוגשים בזאת סיכומי תשובה מטעם המערערים.

---

גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ המערערים

14 ביולי, 2010

1. הערעור המונח בפני בית המשפט הנכבד מציב בפניו שאלה עקרונית מרכזית: האם ובאלו תנאים חייב המינהל, המשווק במכרז מקרקעין ציבוריים לבניית מתחם מגורים, לפסול התמודדות של יזם, שעה שמסתבר כי הוא משווק את הדירות שיבנה בצורה מפלה.
2. אכן, דרך ארוכה צעדה המדינה בתיק זה. לפני הגשת העתירה החזיק המינהל בעמדה, כי מדיניות השיווק של מתמודדים במכרזי הבנייה אינה מעניינו. החלטתו, שעליה נמסר לראשונה בסיכומים מטעמו בערכאה זו, מהווה שינוי משמעותי. לפי ההחלטה בכל המכרזים בבנייה רוויה ולכל מכרז מ-20 יח"ד ומעלה בבניה נמוכה, יוסף סעיף בו ייכתב כי "למען הסר ספק", המינהל יוכל לבטל את זכייתו של יזם שינקוט באפליה פסולה בעת שיווק הדירות.
3. לאור עמדת המדינה, ברי כי התשתית הנורמטיבית-עקרונית, שהניח בית המשפט קמא, אינה יכולה לעמוד. המחלוקת שנוטרה נוגעת לעמדת המדינה, לפיה "אמונה" לא נוקטת באפליה פסולה, בשל היותה קבוצה בעלת אורח חיים ייחודי. עמדה זו יש לדחות מכל וכל.

#### האפליה של "אמונה" היא ברורה

4. האפליה במקרה הנוכחי גלויה וברורה ויש לדחות את ניסיון המשיבים לעטות על אפליה זו מעטה של לגיטימיות, המנומק בהגנה על אורח חיים ייחודי. ראשית, מדובר במתחם מגורים בתוך שכונה קיימת ולא בישוב כפרי או קהילתי חדש, המאופיין במאפיינים מיוחדים. בשכונה זו גרים יהודים וערבים, חילונים ודתיים, בני דתות שונות. האזור מאופיין בפעילות ערה גם בסוף השבוע והסביבה פלורליסטית. מי שמעוניין לגור דווקא ביפו אינו יכול לטעון ברצינות, כי ההפרדה וההדרה של האחר דרושים לו לצורך שמירה על אורח חיים חברתי-תרבותי מיוחד. במתחם הרלוונטי אין כל אפשרות, גם אם כל השכנים כולם יהיו דתיים, שלא להיחשף לאורח החיים הפלורליסטי או לא להיחשף לחילול שבת וכדומה.
5. שנית, אורח החיים עליו מבקשים המשיבים להגן אינו אורח חיים מיוחד, שמחייב יחס מועדף מן המדינה, או מעניק לגיטימיות לאפליה של אחרים מן המקרקעין הציבוריים, השייכים לכלל הציבור. הציבור הדתי הוא חלק מהרוב הדומיננטי במדינה, הוא משולב בחיים הפוליטיים והציבוריים, אינו סובל מהפליה ומהדרה, נהנה מתמיכה וקבלה ציבורית (לפי סקרי הלמ"ס רוב היהודים במדינה מגדירים את עצמם כמסורתיים, דתיים או חרדים). הציבור הדתי במדינה יכול לקיים באין מפריע את אורחות חייו ודתו. בתי כנסת פזורים בכל הערים במדינה. גם בתי ספר מהזרם הממלכתי-דתי קיימים ביישובים רבים. לצרכים מיוחדים של הקהילה הדתית, כמו כוירים נפרדים או מעלית שבת, ניתן לתת מענה גם בלי הפליה והדרה של לא דתיים. הדבר אינו שונה מצרכים מיוחדים של אנשים עם מוגבלות למשל.

6. אין מקום להשוות את המקרה הזה למקרה של חרדים או בדואים, אשר הם מקרים חריגים. שם דובר בקבוצות מיעוט תרבותיות בעלות מאפיינים ייחודיים, בדומה לקבוצות ילידיות שונות במדינות אחרות, שביקשו את ההסתגרות בעצמן, כאמצעי שאין בלתו לשמור על זהותן ותרבותן. "תביעה כזו להפרדה אינה יוצרת בקרב הלבנים תחושת נחיתות; היא נועדה למנוע פגיעה אנושה במורשת ובתרבות של קהילת מיעוט" (איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" **עיוני משפט** כא 769, 783 (1998)). באותם שני מקרים ההקצאה המיוחדת היוותה ביטוי של השוויון המהותי, והפרשנות כאילו מדובר בלגיטימציה גורפת להפרדה בדיוור של כל קהילה או קבוצה המעוניינת בכך היא שגויה (ר' עת"מ (י-ם) 1888/09 **אדרי נ' שר הבינוי והשיכון** (פס"ד מיום 27.12.09, בפיסקה 18)).
7. גם אין מקום להשוות את המקרה להחלטות המדינה בעניין ישובים קהילתיים קטנים בעלי מאפיינים מיוחדים. הליכי הסינון במקרים אלו נועדו להבטיח התאמה לחיים בקהילה מצומצמת, או בקהילה עם מאפיינים מיוחדים בישוב קהילתי או כפרי נפרד ולא במתחמי מגורים בלב הערים. הליכי הסינון הללו שנויים במחלוקת. עתירות בעניינים תלויות ועומדות בבית משפט נכבד זה. יש לציין, כי גם במקרים אלו המינהל מפקח על הליכי הסינון והוא הפוסק הסופי בקבלה לישוב, והוא אינו מותיר את שיקול הדעת לגופים פרטיים, כטוב בעיניהם (ר' החלטה 1195 של מועצת מקרקעי ישראל מיום 15.3.10).
8. שלישית, יש מידה רבה של חוסר תום לב בטענת "אמונה" בדבר רצונה להגן על אורח חייה בעוד בעליה מכריז בתקשורת על רצונו לשנות את המציאות בשכונה ולפגוע באורח החיים הקיים בה, תוך שימוש בביטויים גזעניים ומכלילים כלפי האוכלוסייה הערבית.
9. רביעית, ממילא הטענות העובדתיות של אמונה, עליהן התבססה המדינה, אינן נכונות.
10. חמישית, גם אם המינהל היה סובר בטעות, כי יש מקום להקצאה ייחודית של מקרקעין לאוכלוסייה דתית לאומית, עליו היה למצוא את המיקום המתאים לכך, ולקבוע קריטריונים מתאימים. אין המינהל רשאי להתפרק מתפקידו ומסמכויותיו ולהפריט את האחריות ליזמים פרטיים, במקרקעין שמיועדים מראש לשרת את צרכי הדיוור של כלל הציבור. לו כך היה נוהג, הרי שלא היה מציע דווקא את המגרש נשוא הערעור לצורך מתחם סגור ליהודים דתיים, שעה שקיימת במקום מצוקת דיוור גדולה לאוכלוסייה המקומית, שרובה ערבים. לו כך היה מחליט המינהל, הייתה זו החלטה נפסדת בשל חוסר סבירות קיצוני.

11. שישית, גם לו סבר המינהל בטעות, כי אין מניעה חוקית להקצות את המקרקעין ליזם, שמייעד אותם ליהודים דתיים בלבד, הרי שהיה עליו לפסול את "אמונה" בשל ההתבטאויות המפורשות של בעליה, המצביעות על מטרה גזענית בהתמודדות על המגרש נשוא הערעור. החכרת הקרקע חרף התבטאויות אלו מכתימה את המינהל, אשר נתפס כמי שתומך במטרה הגזענית, והיא שוחקת את אמון הציבור במינהל כנאמן נטול פניות על מקרקעי הציבור.
12. למען הסר ספק נדגיש, כי גם במישור העקרוני, מעבר למקרה המובהק של "אמונה", שהוא בגדר אפליה ברורה, שמניעה גזעניים, המערערים סבורים כי אין בעמדתם כל פגיעה בחירותו של אדם ליטול חלק בחיים קהילתיים, יכולתו להצטרף לקהילה ולצאת ממנה לפי בחירתו, והחירות שלו לפעול במסגרת קהילתית. כל אלו הן חלק מחירויותיו הבסיסיות של אדם לאוטונומיה אישית, שהיא ביטוי של כבוד האדם, לחופש הביטוי, ולחופש ההתאגדות.
13. אלא שערעור זה אינו מערער על חופש ההתאגדות ועל החירות לפעול במסגרת קהילה ועל האוטונומיה של אדם לבחור את המסגרת החברתית שלו או את מקום מגוריו. כל אלו יפים וטובים. השאלה העומדת בפני בית המשפט הנכבד היא האם המדינה רשאית להקצות מקרקעין ציבוריים ליזם, נוכח רצונו להדיר מהמקרקעין כל מי שאינו נמנה על קהילה מסוימת או קבוצת אנשים, ומתי ובאיזה אופן יהווה הדבר אפליה פסולה.
14. ערעור זה אינו בא לתחום מראש את כל המקרים האפשריים שיתעוררו בעתיד, אך הרצון של אדם להקים בקרקע ציבורית מתחם מגורים הסגור לקבוצת אנשים החביבה עליו, או לבחור את שכניו כרצונו, בוודאי, לכשעצמו, אינו מצדיק סגירת המתחם בפני אחרים, שכן הדבר מהווה בסיס לאפליה פסולה. כדי שמקרקעין ציבוריים ישרתו רק מגזר מסוים, יש צורך להראות הצדקה חברתית מיוחדת. קבוצה בעלת מאפיינים חברתיים משותפים כלשהם איננה זכאית לייחוד מקרקעין ציבוריים לעצמה. אם קבוצות כמו אנשי היי-טק, חובבי גולף או צעירים תל-אביבים יוכלו להתמודד על מכרזים ולהקים מתחמי מגורים סגורים, שקבלה אליהן כרוכה בהליך קבלה, יעקר הדבר מתוכן את הזכות החוקתית לשוויון.
15. אדרבא, דווקא ההגנה על האוטונומיה של הפרט, על זכותו לבחור את מהלך חייו ואת מקום מגוריו ועל חירותו ליטול חלק בחיים קהילתיים, היא המחייבת את המדינה להסיר חסמים מפלים ולמגר תופעות של אפליה בדיור. למעט מקרים חריגים (בהם תתקבל ההחלטה על ידי הרשות הציבורית ולא היזם הפרטי), הכלל צריך להיות השוויון.