

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט לערעורים מינהליים

המערערים: 1. אסתר סבא

[...]

26. במקום – מתכננים למען זכויות תכנון
27. שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם
28. האגודה לזכויות האזרח בישראל

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

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

- נ ג ד -

המשיבים: 1. 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

הודעת ערעור

מוגש בזה ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בת"א-יפו מיום 10.2.10 (סגן הנשיאה יהודה זפט), בו נדחתה עתירה מינהלית שהגישו המערערים. בעתירה נדרש בית המשפט להורות למינהל מקרקעי ישראל להימנע מלהחכיר למשיבה 3 את המגרש שברחוב בית פלט ביפו, אשר הוצע במסגרת מכרז תא/54/2009, כל עוד היא מסרבת למכור את הדירות שתבנה במגרש בצורה שוויונית וללא הפליה, ואם הוחכר המגרש – לקבוע כי חוזה החכירה בטל.

העתק פסק הדין מצורף לכתב הערעור, נספח א'.

בפסק הדין מופיעה בטעות עיריית תל-אביב יפו כמשיבה 2, אף שלבקשתה נמחקה כמשיבה בעתירה.

ואלה נימוקי הערעור:

הרקע

1. פסק הדין נשוא הערעור ניתן בעתירה שעניינה מכרז של המשיב 1, מינהל מקרקעי ישראל (להלן – "המשיב" או "המינהל"), לרכישת הזכויות במגרש שבו פעל בעבר שוק האתרוג, בין רחוב האתרוג לרחוב בית פלט בשכונת עגימי שביפו (להלן – "מתחם שוק האתרוג" או "המגרש") לצורך בנייה למגורים.
2. במרץ 2009 פירסם מינהל מקרקעי ישראל את המכרז. בחודש אפריל נודע למערערים, כי על המקרקעין מתחרה המשיבה 3, חברת "אמונה", אשר משווקת את הדירות רק למי שנמנה על הציבור הדתי לאומי (כהגדרתה). המשיבים 4, הם רוכשי הדירות הפוטנציאלים. עוד נודע לעותרים, כי היזם העומד בראש החברה התבטא בצורה גזענית ומכלילה כלפי הקהילה הערבית בעיר וכי הוא שואף לשנות את פני שכונתם מתוך מניעים גזעניים ולפעול להפרדה בין תלמידים יהודים וערבים. לפני סגירת המכרז פנה הח"מ למינהל בדרישה לפסול את התמודדותה של המשיבה 3 במכרז ולהימנע מלהחכיר לה מקרקעין ציבוריים.
3. בתשובת המינהל נטען, כי המינהל כלל אינו מחווה דעה על מדיניות השיווק של יזמים שזוכים במכרזיו, וכי אין לו את המשאבים הדרושים לכך. בטרם הוגשה העתירה פנו המערערים גם ליועץ המשפטי לממשלה, אך משתשובתו התמהמה הוגשה העתירה ועמה בקשה לצו ביניים.
4. ביום 23.6.09, למחרת הגשת העתירה, ומבלי לבקש את תשובת המשיבים, פסק בית המשפט לעניינים מינהליים (סגן הנשיאה זפט) כי דין העתירה להימחק על הסף. בית המשפט קמא קבע, כי מאחר ש"המבקשים לא תקפו את תנאי המכרז, ואינם מצביעים על פגם כלשהו בהחלטת ועדת המכרזים להכריז על הצעת המשיבה 3 כהצעה הזוכה", הרי שאין מדובר בעתירה בענייני מכרזים שבסמכות בית המשפט לעניינים מינהליים. בית המשפט הוסיף, כי הסעד המבוקש הוא למעשה "ביקורת על כוונת המשיבה 3 לייעד את הדירות שייבנו למגזר מסוים" וכי "משיבה 3 אינה נמנית על הגופים שלבית המשפט לעניינים מינהליים הוענקה הסמכות לפקח על החלטותיהם ופעולותיהם".
5. ביום 2.7.09 ערערו המערערים על פסק הדין. עם הערעור הוגשה בקשה לסעד זמני. ביום 6.7.09 הורה בית המשפט הנכבד בצו ארעי כי המינהל לא יחכיר את המקרקעין נשוא העתירה לחברת אמונה, וביום 13.10.09, לאחר קבלת תגובות הצדדים, החליט בית המשפט הנכבד להפוך את הצו הארעי לצו זמני עד להכרעה בערעור.
6. ביום 16.12.09 קיבל בית המשפט הנכבד את הערעור שהגישו המערערים ופסק כי בית המשפט לעניינים מינהליים נתפס לידי טעות, וכי עניינה של העתירה מצוי בסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים וכי עליו לדון בעתירה לגופה. בית המשפט הנכבד הותיר את הסעד הזמני על

כנו לתקופה של 30 ימים נוספים על מנת לאפשר למערערים לשוב ולפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים בעניין.

7. ביום 14.1.10 הגישו המערערים בקשה לצו ביניים לבית המשפט לעניינים מינהליים. לאחר קבלת תשובות הצדדים החליט בית המשפט קמא (סגן הנשיאה זפט) לקיים דיון מוקדם בעתירה בלי להכריע בבקשה לצו ביניים.

8. ביום 7.2.10 הגישו המערערים בקשה לפסילת שופט בשל כך שהערותיו של בית המשפט קמא בפסק הדין הראשון בו מחק על הסף את עתירת המערערים מלמדות כי דעתו נעולה וכי הוא הטיל דופי ממשי בתום לבם ובכנות טענותיהם של המערערים.

9. ביום 10.2.10 התקיים דיון בעתירה. בית המשפט קמא החליט שלא לפסול את עצמו והתקיים דיון קצר בתיק. שעות ספורות לאחר מכן ניתן פסק הדין, בו נדחתה העתירה בשנית.

טעמי הערעור

טעה בית המשפט קמא הנכבד בקובעו שאין למערערים מעמד להתערב בהליכי המכרז

10. בית המשפט קמא פסק, כי אין להכיר במעמדם של המערערים, כעותרים ציבוריים, להתערב בהליכי המכרז, כיוון שהם לא תקפו את תנאי המכרז, ולא השתתפו במכרז. אפילו המינהל לא טען זאת. קביעה זו מבוססת על סברת בית המשפט, כי סמכותו לדון בעתירה אסור שתחרוג מדיני המכרזים, וכי המערערים, שהם עותרים ציבוריים, לא השתתפו במכרז ולא תקפו את תנאי המכרז לכן על פי דיני המכרזים, אין להם מעמד לתקוף את המכרז.

11. עמדה זו בטעות יסודה. ראשית, טענות המערערים ללא ספק נכללות בדיני המכרזים הציבוריים, שכן הן מעלות סוגיות משפטיות הקשורות לתכליות המכרז, ולחובותיה של רשות ציבורית המוציאה משאב ציבורי למכירה במכרז פומבי כלפי הציבור הרחב.

12. שנית, סמכותו של בית המשפט קמא אינה מצומצמת לדיני המכרזים אלא חלה על כל הטענות המשפטיות בקשר לסכסוך, ולכן דיני המעמד לגבי טענות שטובות להישמע בבג"ץ חלים גם בבית המשפט קמא. לעניין זה יפים דבריו של בית המשפט הנכבד בעניין **המועצה המקומית אבו סנאן**. באותו מקרה נדונה השאלה האם בית הדין לעבודה מוסמך לדון גם בטענות שהועלו בבג"ץ נגד ביטול מכרז, כאשר לעמדת בית המשפט נושא הסכסוך היה בסמכות מקבילה של בית הדין לעבודה, ולא הייתה סיבה לבירור הסכסוך דווקא בבג"ץ. בית המשפט הנכבד פסק:

בדונו בעניין נושא העתירה שלפנינו יפעיל בית הדין לעבודה את כללי המשפט הפרטי והציבורי. הוא יכריע בתובענה שלפניו על-פי אותה מערכת נורמאטיבית שהייתה מופעלת על-ידי בית המשפט הגבוה לצדק, אילו זה היה דן בעתירה. אין שתי מערכות דינים בישראל, האחת המיוחדת לבית הדין לעבודה והאחרת המיוחדת לבית המשפט הגבוה לצדק...

אחדות נורמאטיבית זו חלה גם לעניין דיני המעמד... על כן, מי שיש לו מעמד כדין בפני בית המשפט הגבוה לצדק, יש לו גם מעמד כדין בפני בית הדין לעבודה. רק

כך ניתן לקיים הרמוניה בשיטת המשפט. רק כך ניתן להבטיח חוסר שרירות בתוצאות. רק כך ניתן למנוע מצב שבו אותו עניין עצמו יידון בבית הדין לעבודה (בתובענה של עובד או עובד פוטנציאלי) ובבית המשפט הגבוה לצדק (בעתירה של עותר שאינו עובד או עובד פוטנציאלי) (בג"ץ 3991/92 **המועצה המקומית אבו סנאן נ' שר החינוך**, פ"ד מז(3) 234, 238 (1993)).

13. לאור זאת, טעה בית המשפט קמא בקביעתו כי עליו להתייחס רק לטענות בתחום הצר של דיני המכרזים ולמסקנתו הנלווית, כי דיני המכרזים אינם מתירים לעותרים ציבוריים לתקוף מכרז בו לא השתתפו.

טעה בית המשפט קמא הנכבד בקובעו, כי בעצם הקצאת המקרקעין במכרז למרבה במחיר יצא המינהל ידי חובתו לקיים את עקרון השוויון

14. בית המשפט קמא פסק, כי בכך שהציע את המגרש למרבה במחיר יצא המינהל ידי חובתו לכבד את מחויבותו לעקרון השוויון ובכך דחה את טענת המערערים, כי על המינהל חלה חובה לפקח גם על מדיניות השיווק של המתמודדים במכרז, כדי שהדירות שיוקמו יוצעו לכל המעוניין וללא אפליה פסולה.

15. עמדה זו של בית המשפט קמא תרוקן מתוכן את חובת המינהל, כנאמן הציבור כולו, לכבד את הזכות החוקתית לשוויון בהקצאת מקרקעי ציבור ותרוקן מתוכן את פסיקת בית המשפט הנכבד בדבר העקרונות המנחים בהקצאת מקרקעין, ותכליותיו הכלליות והפרטניות של מכרז ציבורי.

16. בית המשפט הנכבד חזר ופסק, כי תפקיד המינהל הינו לשמש כנאמן הציבור כולו ולפעול לטובת הציבור כולו בשוויון וללא אפליה (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)). לכן, פסק בית המשפט כי ייחוד דירות או מגרשים במקרקעי ציבור למגורי מגור מסוים או קבוצה מסוימת ייעשה במשורה, ורק בהתקיימם של טעמים חברתיים מוצדקים. כמו כן נקבע, כי לא די ברצונה של קבוצה מסוימת להסתגר במתחם מגורים מסוים אלא שיש מקום להקצאה ייעודית רק בהתקיים נסיבות מיוחדות כמו הצורך של קבוצת מיעוט בהגנה על אורח חיים או הצורך לדאוג למחוסרי דיור מקרב בני המקום כדי למנוע הדרה חברתית (למשל, למשל, בג"ץ 528/88 **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4) 297 (1989); רע"א 5817/95 **רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נ(1) 221 (1995)).

17. כמו כן נפסק, כי המינהל אינו משתחרר מחובתו באמצעות הקצאת המקרקעין לגוף שלישי, המשווך את יחידות הדיור או המגרשים בצורה מפלה (פרשת **קעדאן**, בעמ' 283), ואין די בכך שבאופן תיאורטי גם ערבים יכולים לבקש קרקע נפרדת, 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).

18. ואכן בשנים האחרונות אוכף המינהל מדיניות זו ואין הוא מקצה מקרקעין באופן מגזרי אלא שיש הצדקה לכך, ואף למערערים, תושבי השכונה, מסרב המינהל להקצות להם קרקע בצורה ייעודית לצורך פתרון מצוקת הדיור שלהם, בין אם בצדק ובין אם לאו.
19. לעמדת המערערים יפים הדברים גם להקצאת קרקע בדרך של מכרז פומבי ואין מקום לפטור את המינהל מאחריות לשיווק שוויוני של הדירות על ידי הזוכה. אם יהיה המינהל משוחרר מכל אחריות לשיווק מפלה או מגזרי של דירות על ידי הזוכה במכרז בזכות לבנות את הדירות ולמכרן, הרי שתרוקן מתוכן הלכת **קעדאן**. במקום לפנות למינהל בבקשה להקצאה נפרדת של קרקע, כל מי שיהיה חפץ בקהילה סגורה, בה יוכל לסגן את המבקשים לרכוש דירות כאוות נפשו, יעשה זאת דרך התמודדות במכרזים.
20. ואכן – בעוד אנו רואים כי חל צמצום בהעברת מקרקעי ציבור למגזרים שונים ללא הצדקה, גדל מאוד השימוש של חברות מסחריות ויזמים פרטיים, המתמודדים במכרזי המינהל לצורך הקמת פרויקטים שמשווקים רק לציבור מסוים או שאינם משווקים לציבור מסוים או שנוקטים בתהליכי סינון שונים. יש מי שמשווק לאנשי היי-טק בלבד, יש מי שמשווק לציבור דתי-לאומי בלבד ויש מי שמשווק רק ליוצאי טייסת. פרויקטים אלו אינם משרתים מטרה חברתית כלשהי. הם מבוססים על הרצון למגורים בקהילה סגורה ועל האטרקטיביות כביכול שבמתחם מגורים הומוגני, שבו אין לאוכלוסיות מסוימות אפשרות להתגורר.
21. זאת ועוד, פסיקת בית המשפט קמא מרוקנת מתוכן את תפקידו החשוב של המינהל. מפסיקת בית המשפט נכבד זה עולה, כי תפקידו של המינהל הוא ניהול אחראי של משאב הקרקע לטובת הציבור וצרכי החברה ואין תפקידו מתמצה במכירת קרקעות למרבה במחיר, כפי שעולה מפסיקת בית המשפט קמא. מכירת הקרקע היא אמצעי בלבד להגשמת תכליות המינהל, ובהן פתרון לצרכי הדיור של מדינת ישראל, קליטת עליה, פיתוח הארץ וכדומה והכול תוך שמירה על השוויון והצדק החלוקתי (פרשת **שיח חדש**, בעמ' 61; פרשת **קעדאן**, בעמ' 272).
22. נציין כי גם בטענה זו הרחיק בית המשפט אל מעבר לטענות המינהל עצמו, כפי שתפס את חובתו הוא. אף לדידו של המינהל, כפי שנמסרה לבית המשפט לעניינים מינהליים, מוסמך המינהל לפסול מתמודדים במכרז במקרים בהם הוא סבור, כי בכוונת המתמודד לעשות שימוש שהוא בלתי לגיטימי במקרקעין. בעקבות העתירה אף הודיע המינהל כי ייקבע כללים בעניין.
23. בין המערערים למינהל מחלוקת על היקף הביקורת שעל המינהל להפעיל כלפי מדיניות השיווק של מתמודדים במכרז. המינהל טוען שרק בנסיבות מיוחדות, בהן יש ראיות הסותרות חזקה, לפיה המקרקעין ישווק בצורה לגיטימית, הוא יתערב ויפסול את המועמדות. לעמדת המערערים על המינהל מיוזמתו לבחון את מדיניות השיווק של יזמים. כך או כך, בית המשפט קמא הרחיק לכת ופסק, כי ברגע שהוצעו המקרקעין למכרז פומבי, מתמצה כל תפקידו של המינהל בהכרזה על בעל ההצעה הגבוהה ביותר במכרז.

**טעה בית המשפט קמא הנכבד בקובעו כי רק במידה שנכלל במכרז תנאי מפורש בדבר שיווק יחידות
הדירור קמה מגבלה על שיווק הדירות**

24. בית המשפט קמא פסק, כי כדי להטיל מגבלות על אופן שיווק המקרקעין היה צריך להיכלל תנאי מפורש במכרז. פסיקה זו עומדת בסתירה להלכה כי אחת מתכליותיו הכלליות של המינהל, ושל כל רשות מינהלית אחרת, בכל פעולותיו, היא הגנה על זכויות האדם בכלל והזכות החוקתית לשוויון בפרט (פרשת **שיח חדש**; פרשת **רוזנברג**, בעמ' 231; בג"ץ 5023/91 **פורז נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992); בג"ץ 2887/04 **אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל** (מיום 15.4.07)).

25. לכן, כל עוד לא נקבע אחרת, מנוע המינהל מלהחכיר קרקע בצורה מפלה או להעביר לגוף שלישי שמשווק את הדירות בצורה מפלה, והדבר הובהר היטב בפסיקה. קביעתו של בית המשפט קמא הופכת את החריג לכלל. המערערים סבורים, כי תנאי מפורש במכרז נדרש שעה שהמינהל מבקש לחרוג מכלל ההקצאה השוויונית. למשל, כשהוא רוצה שהדירות יימכרו למגזר מסוים או ישמשו למטרה מסוימת. אם אין כלל מפורש סותר, הרי שחל הכלל בדבר הקצאה שוויונית של המקרקעין והוא בגדר תנאי מכללא בכל חוזה רשות.

26. גם בעניין זה הרחיק בית המשפט קמא אל מעבר לעמדת המינהל, אשר ציין כי גם לעמדתו קיימת תניה מכללא המשקפת את הדין הקיים, האוסרת על שיווק מפלה של הדירות.

**טעה בית המשפט קמא הנכבד בקובעו כי יש לדחות את העתירה גם כי אין פגם בהתארגנות של
קבוצת אנשים לרכישת מגרש לצורך בניית דירותיהם**

27. בית המשפט קמא פסק, כי אין פגם בהתארגנות של קבוצת אנשים המבקשים לגור בשכנות, כדי לאפשר להם לקיים אורח חיים הרצוי להם, לרכישת מגרש כדי לבנות עליו את דירותיהם, ולכן הוא גם לא רואה פגם בהתמודדות קבוצה כזו במכרז מקרקעין המפורסם על ידי המינהל.

28. בית המשפט קמא קבע הלכה מרחיקת לכת וכוללנית, שנותנת עדיפות מוחלטת לאינטרס של פלוני לחיים בקהילה סגורה על פני הזכות החוקתית לשוויון, ללא נימוק או הצדקה.

29. ראשית, בית המשפט קמא אינו מבחין בפסק דינו בין אינטרסים הראויים להגנה לבין אינטרסים שאינם ראויים להגנה. בית המשפט הנכבד הכיר בעבר במספר אינטרסים לגיטימיים הראויים להגנה, כמו הגנה על קהילות מיעוט, שעה שהמגורים הנפרדים נדרשים להן לצורך הגנה על אורח החיים (בג"ץ 1/98 **כבל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נג(2) 241, 258 (1999)), או כדי להקל על מצוקת הדירור שאליה נקלעו בני המקום (פרשת **רוזנברג**). בית המשפט הנכבד יושב היום על המדוכה בעניין חוקיות השימוש בוועדות קבלה בישוב קהילתי קטן כדי להגן על המרקם החברתי של הישוב (בג"ץ 3552/08 **קמפלר נ' מינהל מקרקעי ישראל**; בג"ץ 8036/07 **אבריק-זבידאת נ' מינהל מקרקעי ישראל** (בעתירות ניתן צו על תנאי)).

30. בניגוד לאינטרסים המצוינים לעיל, רצונו של פלוני לבחור לו את השכנים כטוב בעיניו מעולם לא הוכר בישראל כזכות או כאינטרס בר הגנה, בוודאי לא כאינטרס הגובר על הזכות לשוויון.

31. שנית, בית המשפט קמא אינו מבחין בין סוגים שונים של התארגנות פרטית לרכישת מגרש. למשל, בית המשפט קמא אינו מבחין בין התארגנות מוקדמת הפתוחה לכל המעוניין, כמו קבוצת רכישה רבות, שכלל הציבור יכול להירשם אליהן, לבין התארגנות הסגורה למגזרים מסוימים, כמו ההתארגנות דנן. בית המשפט אינו מבחין בין התארגנות של חברים, המכירים זה את זה שנים ארוכות, לבין התארגנות של אנשים שהמחנה המשותף היחיד ביניהם הוא הרצון לגור בקהילה סגורה. לא כל התארגנות של אנשים המעוניינים לגור בשכנות מהווה אפליה פסולה, אך גם לא כל התארגנות כזאת ראויה להגנה, בוודאי כשהיא מבוססת על אפליה. גם לעמדת המינהל יש לבחון כל מקרה לגופו. בית המשפט קמא לא עשה כן.

32. שלישית, בית המשפט קמא אינו מבחין בין מקרקעי ציבור לבין מקרקעין פרטיים. גם אם נניח, שיזם הרוכש קרקע פרטית לחלוטין רשאי לשווק את הדירות למגזר מסוים או לארגן קבוצה סגורה, דבר שאינו ברור כלל ועיקר, הרי שהמינהל במוכרו מקרקעי ציבור מחויב לנורמות ציבוריות וממלכתיות בנוסף לנורמות של המשפט הפרטי. ונוסיף על כך, כי דווקא העובדה שבשוק הפרטי יש ממילא טכניקות רבות ומגוונות להפלות אנשים, המשתייכים לאוכלוסיות לא רצויות, וממילא ישנו קושי למנוע הקמת שכונות סגורות בקרקע פרטית, ישנה חשיבות מיוחדת לכך שהמינהל יקפיד הקפדה יתרה על כך שבמתחמי מגורים שנבנים על מקרקעי הציבור תהיה לכלל הציבור הזדמנות שווה לרכוש דירה, ללא אפליה פסולה.

33. לאור קביעותיו הגורפות הנ"ל של בית המשפט הנכבד, כלל לא דן בית המשפט בשאלה האם בנסיבות המקרה היה על ועדת המכרזים לפסול את התמודדותה של "אמונה" ומכאן, האם על המינהל להימנע מהחכרת המכרז ל"אמונה". גם לעמדת המינהל יש מקרים, בהם יפסול התמודדות במכרז של יזם, המשווק את הדירות באופן מפלה, אלא שבשיקול דעת לאחר מעשה החליט המינהל בנסיבות העניין שלא מדובר באפליה פסולה וכי יש אינטרסים נוגדים שמצדיקים, לעמדתו, את החלטת המינהל לאשר את זכיית החברה. בית המשפט הנכבד יתבקש לבחון גם את שיקול הדעת של המינהל, שכן לעמדת המערערים שיקול הדעת הקונקרטי של המינהל במקרה דנן לוקה בחוסר סבירות קיצוני.

34. בקצרה, המינהל טוען כי הראיות שהובאו בפניו אינן מהוות עילה לפסול את הקבוצה, שכן מדובר בקהילה של ציבור דתי-לאומי, אשר לדעתו זכאית להקצאת מקרקעין נפרדת גם במחיר פגיעה בעקרון השוויון. בין היתר מציין המינהל את רצונה של הקהילה במעלית שבת ושמירת השבת בבניין. כמו כן, מציין המינהל כי חלק מהרוכשים הפוטנציאליים התאגדו מראש. בנוסף מציין המינהל, כי המכרז נכשל בעבר וכי מדובר במספר נמוך יחסית של יחידות דיור ויש אלטרנטיבות למגורים באזור.

35. למרות זאת, במסגרת העקרונות שנקבעו בפסיקה אין הצדקה להקצאה נפרדת של מקרקעין לציבור דתי לאומי, ובעניין זה יפים דבריו של בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים:

במקרה זה ההקצאה הנפרדת (של אותם חלקים בשכונה החדשה שהעותרים דורשים לייעד לציבור שאינו חרד) לא תהיה לקבוצת מיעוט התובעת לעצמה את הזכות לבדלנות, אלא לציבור המשייך 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-ם) 1888/09 **אדרי נ' שר הבינו והשיכון** (פס"ד מיום 27.12.09)).

36. גם אם באופן עקרוני נכון המינהל להקצות קרקע להקמת מתחם מגורים לציבור דתי לאומי בלבד, דרך המלך של יזמים המעוניינים בכך היא לפנות אל המינהל מבעוד מועד ואז על המינהל להקצות לכך את המקרקעין המתאימים. אין ספק, כי מינהל סביר לא היה מייעד דווקא את המגרש נשוא העתירה, בלב שכונת עגימי, באזור שקיימת בו מצוקת דיור קשה, להקמת מתחם מגורים סגור שהדירות בו אינן פתוחות לתושבי המקום הערבים, שהם הסובלים העיקריים ממצוקת הדיור.

37. על המינהל היה לתת משקל רב לראיות שהובאו בפניו, לפיהם ראש החברה פועל מתוך אידיאולוגיה גזענית, שתגרום נזק משמעותי לדו הקיום העדין הקיים ביפו. בעלי החברה התבטאו בצורה מכיליה נגד הציבור הערבי ביפו, אמר כי יש לפעול לשינוי פני השכונה, להיחלץ לטובת נשים יהודיות שנישאו לערבים ואינן רוות נחת מהמצב, כלשונו, וכי יש להפריד בין תלמידים יהודים לערבים הלומדים יחדיו בבתי הספר. בנסיבות אלו העברת המקרקעין אינה אלא מרכיב בתוכנית גזענית מוצהרת. אל למינהל לתת לה יד, אחרת יחטיא הדבר גם את המינהל עצמו (בג"ץ 4646/08 **לביא נ' ראש הממשלה** (מיום 12.10.08)).

38. גם הטענה שחלק מהרוכשים הפוטנציאליים התאגדו מראש אינה כשלעצמה מכשירה את הפגיעה בשוויון. ראשית, אין חולק כי הדירות במתחם (דירות על הנייר) שווקו מראש רק לציבור דתי לאומי, וגם החברה מודה כי השקיעה משאבים ניכרים בשיווק הפרויקט, כך שלא מדובר כאן בקבוצת חברים טובים שרוצים לגור יחדיו, אלא באנשים שנאספו על ידי חברה מסחרית על רקע היותם שותפים להשקפת העולם הדתית-פוליטית של הקבוצה או הרצון במתחם מגורים סגור לאנשים הנמנים על ציבור דתי לאומי. אין זה מסוג האינטרסים הראויים להגנה או שיש לתת להם מעמד עודף על הזכות לשוויון.

39. בנוסף, הטענה כי מדובר במכרז לבניית מספר קטן יחסית של יחידות דיור וכי יש אלטרנטיבות אחרות למגורים באזור דינה להידחות. ראשית, למארגני הקבוצה בהחלט אין כוונה להסתפק במגרש הזה, והם מצהירים כי בכוונתם להקים שכונה גדולה לציבור הדתי לאומי. שנית, כפי שמצוין בדוחות שצורפו לעתירה, אחת הבעיות הבולטות של תושבי יפו הערבים היא כי אין להם חלופות מגורים באזור. זוהי קהילה שלחצי הפיתוח ביפו ועליות מחירי הנדל"ן מאיימים עליה ממילא, במקומות אחרים באזור לא אחת הם נתקלים בסירוב בבואם לשכור דירות, ובהיותה

קהילת מיעוט אתנית ודתית באזור, וכן היותה קהילה ילידית, היא קשורה למקום בו היא נמצאת ועתיד קיומה תלוי במידה רבה ביכולתה להמשיך ולהתגורר בו.

40. שלישית, המינהל אינו מייחס משקל ראוי לתחושת האפליה והניכור החברתי שיוצרים מתחמי מגורים מסוג זה, באמצע שכונה שרוב תושביה אינם נמנים על אלו המורשים להתגורר בהם. דומה הדבר לערבי שתיאסר עליו הכניסה למסעדה, אך יוסבר לו כי מדובר בסך הכול במסעדה קטנה, וכי הוא יכול להקים מסעדה משלו במקום סמוך. דומה כי איש לא יטען שלא מדובר באפליה פסולה.

41. לבסוף, הטענה כי המכרז נכשל בעבר בוודאי שאינה רלוונטית לשאלת חוקיות ההקצאה הנוכחית.

טעה בית המשפט קמא בקובעו כי העתירה לוקה בשיהוי

42. בית המשפט קמא פסק, כי העתירה לוקה בשיהוי שכן המערערים לא פנו לבית המשפט לפני סגירת המכרז אלא רק כחודש וחצי לאחר סגירתו. גם בטענה זו הרחיק בית המשפט מעבר לטענות המינהל. המינהל טען כי אם המערערים מבקשים לבחון את חוקיות ההחלטה להוציא את המגרש למכרז פומבי, כי אז היה עליהם לפעול לפני סגירת המכרז, אלא שהסעד אינו לגבי עצם הוצאת המגרש למכרז אלא לגבי הזכייה של אמונה במכרז, ובעניין זה אף המינהל לא טען כי השתהו המערערים שלא כדין.

43. בהתאם למבחני הפסיקה, אין חוסמים דרכו של אדם לערכאות שיפוטיות על דרך הסתם, אלא בנסיבות מיוחדות, אך בית המשפט קמא פסק כי מדובר בשיהוי על דרך הסתם ובלי שנימק את קביעתו, ואף בלי להתייחס למבחני השיהוי. בנסיבות העניין המערערים הגישו את עתירתם בתוך פרק זמן סביר לחלוטין מהמועד בו נודע להם על זכיית החברה ולא חרגו מפרק הזמן המותר על פי תקנות סדר הדין, וזאת בהתחשב, בין היתר, בגילוי המאוחר והמקרי של עצם קיומו של מכרז ושל ההתמודדות של אמונה במכרז, בעובדה שמדובר בעותרים ציבוריים ללא מטרת רווח הפועלים עם משאבים מוגבלים, ובמורכבות הנושא.

44. המערערים פעלו בצורה מיידית מייד לאחר שגילו את העניין ופנו למינהל וליועץ המשפטי לממשלה תוך שהם מכתבים את בעלי החברה על כל פניותיהם. בעקבות פניית המערערים ליועץ המשפטי לממשלה אכן הזדרז המינהל והקפיא את הליכי החכירה, עוד קודם להגשת העתירה. המערערים לא המתינו לקבלת תשובת היועץ המשפטי לממשלה והגישו עתירתם משתשובתו בוששה להגיע.

45. גם אין שיהוי אובייקטיבי בנסיבות העניין. לא נגרם נזק של ממש לחברה מהגשת העתירה במועד שהוגשה. ממילא, עוד קודם להגשת העתירה הקפיא המינהל מיוזמתו את הליכי החכירה והזכויות במגרש טרם הועברו לה. ממילא לא יכולה הייתה החברה להעביר זכויות שטרם הועברו לה לצדדים שלישיים. בנוסף, ברור היה למשיבים כי בכוונת המערערים לעתור נגד החלטת

המינהל להחכיר את המקרקעין והדבר נאמר בצורה מפורשת. כל שינוי לרעה במצבם או התחייבויות שניתנו, נעשו תוך מודעות מלאה לסיכון זה.

46. בנוסף, המערערים מצביעים על פגיעה חמורה בזכויות חוקתיות, ועל התעלמות המינהל מחובותיו לפי החוק והפסיקה. כמו כן מדובר בסוגיה חברתית רגישה, המעסיקה אלפי תושבים ביפו וישנה חשיבות רבה בהכרעה שיפוטית בטענות לגופן (עע"מ 2273/03 **אי התכלת נ' החברה להגנת הטבע** (מיום 7.12.06), בפסקה 96).

טעה בית המשפט קמא בקובעו כי העתירה לוקה בחוסר תום לב

47. בית המשפט קמא פסק כי העתירה לוקה בחוסר תום לב כי "בעוד רוממות עקרון השוויון בגרונו, מהעתירה עולה בבירור שלשיטת העותרים ראוי לייעד את המגרש למגזר המסוים ביקרו הם חפצים".

48. מהשימוש במילים "חוסר תום לב" ניתן להסיק בטעות, כי המערערים הסתירו דבר מה מבית המשפט, או שהם שיקרו בדבר, אלא שגם מדברי בית המשפט עולה בבירור כי המערערים לא הסתירו דבר והם גלויים לחלוטין בכל פעולותיהם ועמדותיהם, וכי בית המשפט נסמך על דברי המערערים עצמם לצורך קביעתו. אם סבור היה השופט, בטעות, שיש סתירה בעמדתם הקוהרנטית של המערערים, היה עליו לומר זאת בפשטות ולא לייחס בשל כך חוסר תום לב למערערים. השימוש בביטוי זה מלבין ברבים את פני המערערים בהם נציגי ציבור וארגוני זכויות אדם מקצועיים בעלי מוניטין של אמינות ופעילות לקידום השוויון לכל אדם באשר הוא אדם. במיוחד נכון הדבר, כאשר אמירה זו באה מעטו של שופט, ומוטב היה שלא תיכתב.

49. מדברי בית המשפט עולה, כי בית המשפט סבר בטעות שמטרת המערערים היא למנוע מאנשים המשתייכים לציבור הדתי לאומי להפלות רק כדי שתושבי המקום הערבים יפלו אחרים. אין דבר יותר רחוק מכך. המערערים, תושבי השכונה, אינם מפלים איש ואינם מבקשים להפלות איש. הם פועלים מול המינהל ומול עיריית תל-אביב וגם מול משרד השיכון ועמידר לפתרון מצוקת הדיור ביפו ובאזור עג'מי בפרט. לשיטתם, מדובר במאבק לגיטימי המבוסס על רצונם בשוויון זכויות מהותי, וזאת לאור העובדה שמדובר בקהילה דלת אמצעים, שסבלה מהזנחה והפליה במשך שנים, ועתה מוצאת עצמה באזור שבו לחצי פיתוח ומחירי הנדל"ן מאמירים.

50. בין היתר עלה רעיון גם לשימוש במגרש נשוא העתירה לצורך התמודדות עם מצוקת הדיור במקום והשפעות הפיתוח על הקהילה המקומית. גם בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בהצדקה להקצאה ייעודית בנסיבות דומות ולא ראה בזה אפליה פסולה (למשל, פרשת **רוזנברג**). ראש העיר, רון חולדאי, אף פנה למינהל בבקשה לא לשווק את המגרש במכרז פומבי אלא לעשות בו שימוש לפתרון מצוקת הדיור. בוודאי שראש עיריית תל-אביב יפו לא ביקש לתת ידו לאפליה פסולה אלא סבר, כמו המערערים, שבנסיבות המקרה העדפה מתקנת היא הגשמת השוויון בניגוד להתעלמות ממצוקת הדיור, שתנציח את אי השוויון.

51. כל זה נאמר בצורה מפורשת בעתירה. לא מדובר, חלילה, בנתון שהמערערים הסתירו מבית המשפט, משום שאין להם דבר להסתיר. לא מדובר ברצון לעשות שימוש מפלה במקרקעין אלא שימוש שייתן מענה למטרה לגיטימית של פתרון מצוקת הדיור של תושבי המקום והעדפה מתקנת ולצורך כך המערערים פועלים בגלוי ובתום לב מול הרשויות. ממילא, קבלת העתירה לא תאפשר לעותרים לעשות במגרש שימוש מפלה, שכן מדובר במגרש של המינהל והוא זה שיחליט האם להוציא אותו מחדש למכרז או להקצות אותו לצורך מטרה כזאת או אחרת.

52. ולהשלמת התמונה, לא רק שזה לגיטימי מצד המערערים לפעול לפתרון מצוקת הדיור שלהם מול המינהל, אלא שזה אך חופף והולם את דרישתם שלא ייבנו בשכונתם מתחמי מגורים סגורים, בהם הם לא יכולים לרכוש דירה, שכן הדבר לא רק מפלה אלא גם מצמצם את היצע הקרקע והדירות הנגישות גם עבורם באזור.

53. לעותרים עמדה קוהרנטית לגבי עקרון השוויון, ואין זה שוויון פורמאלי אלא שוויון מהותי. הם סבורים, כי בנסיבות העניין יש הצדקה ליעד את המגרש לפתרון מצוקת הדיור ככלי להעדפה מתקנת לאחר שנים של הזנחה, ומאידך הם סבורים כי אין הצדקה שעל המגרש יוקם מתחם סגור לציבור דתי לאומי בלבד. מדובר בהבחנה לגיטימית ועניינית ולא שירותית ולכן אין מקום לטענה של חוסר תום לב.

משוא פנים

54. קביעתו של בית המשפט קמא, כי המערערים עושים שימוש בזכות השוויון בחוסר תום לב, בנוסף להיותה טעות ברורה, מבססת גם את שטענו המערערים עוד טרם מתן פסק הדין, בבקשם מבית המשפט קמא לפסול עצמו מלדון בעתירה, כי בית המשפט קמא נהג במשוא פנים ודעתו הייתה נעולה ואינה ניתנת לשכנוע.

55. העתירה הוגשה ביום 22.6.09 וכבר למחרת מיהר בית המשפט קמא למחוק אותה על הסף בטענה של חוסר סמכות, וזאת אף בלי לבקש תגובת המשיבים. מעבר לטעות בקביעה שהעתירה אינה בסמכותו – קביעה שנהפכה לאחר מכן בערעור – הוסיף בית המשפט קמא את ההערות הבאות בפסק דינו: "במאמר מוסגר ומעבר לצורך אצייך כי על פני הדברים עמדת המערערים כפי המשתקף מהעתירה לוקה בסתירה מובנית. מחד טוענים המבקשים כי הגבלת מכירת הדירות למגזר הדתי לאומי פסולה כל עוד הדירות אינן מוצעות למכירה "בצורה שוויונית וללא הפליה". מאידך, כעולה מהעתירה, המבקשים פעלו ופועלים למציאת פתרונות דיור לקהילה הערבית ביפו, ולשם כך באו בדברים עם המינהל והעירייה, ואין להניח שכוונתם להקצאת מתחמים לבנייה לשיווק שוויוני לכל דורש, כי אם להקצאה מגזרית. נראה שאילו הזוכה במכרז היה מייעד את הדירות לשיווק לבני הקהילה הערבית ביפו לא היו המבקשים מוצאים בכך פגם".

56. לאחר קבלת הערעור שהגישו המערערים על פסק דינו הראשון של בית המשפט קמא, הגישו המערערים בקשה לצו ביניים לבית המשפט קמא והדיון חזר לסגן הנשיאה, השופט זפט. לאחר קבלת תשובות המשיבים סירב בית המשפט קמא להכריע בבקשה, וביום 28.1.10 קבע דיון

מוקדם בעתירה כולה ליום 3.2.10, דיון שנדחה ליום 10.2.10 בעקבות בקשת הפרקליטות. הפרקליטות ביקשה מבית המשפט קמא לדחות את הדיון בחודש לפחות בטענה שמדובר ב"שאלת כבדת משקל", שהתקיימו בפרקליטות מספר ישיבות בנדון, במסגרתן גובשו קווי יסוד ועקרונות, שהפרקליטות מבקשת להכין תגובה מקיפה ומאירת עיניים בתיאום עם ממ"י, פרקליטות המדינה ומחלקת יעוץ וחקיקה במשרד המשפטים. הפרקליטות לא טענה שבעמדת המערערים ישנה סתירה ובוודאי לא חוסר תום לב.

57. לא רק שבית המשפט קמא סירב לדחיית הדיון ביותר משבוע, אלא שכתב בהחלטתו מיום 3.2.10 כי סבר שהתשובה לבקשה לצו הביניים שהגישה הפרקליטות מביאה את עמדת המדינה וטענותיה גם לגוף העתירה, וזאת חרף העובדה שתשובת המדינה לצו הביניים הייתה תשובה קצרה בת כשלושה עמודים, שעסקה במאזן הנוחות בלי לפרט את הטענות המהותיות.

58. ביום 10.2.10 נערך דיון מוקדם בעתירה. בראשיתו דחה בית המשפט קמא את בקשת המערערים כי יפסול עצמו מלדון בעתירה, לאור הערותיו בפסק הדין הראשון, בנימוק התמוה, שאם אין הוא פסול לדון בעתירה בשל קביעתו לגופה ודאי שאינו פסול מלדון בעתירה בשל הערת אגב.

העתק ההחלטה מצורף לכתב הערעור, נספח ב'

59. בדיון הביע בית המשפט את דעתו על הפסיקה עליה התבססו המערערים באומרו כי "הלכת קעדאן היא הלכה הגיונית, אם מנתקים אותה מהמציאות בה אנו חיים". בתגובה לטענות המערערים על האמירות הגזעניות של בעלי החברה כלפי תושבי יפו הערבים אמר השופט "עזבו פוליטיקה" או דבר דומה. שעות ספורות לאחר הדיון ניתן פסק הדין.

60. התנהלותו של בית המשפט קמא מצביעה על משוא פנים ועל כך שדעתו בעניין הייתה נעולה מרגע קבלת העתירה ואינה ניתנת לשכנוע. לבית המשפט קמא אצה הדרך לדחות את העתירה, גם בפעם הראשונה וגם לאחר הערעור. העובדה שבית המשפט קמא לא הביע כל עניין בעמדתה המפורטת של הפרקליטות מצביעה על כך שהיה נחוש לדחות את העתירה רק על בסיס האמור בה, ובמיוחד על בסיס עמדתו המוטעית, כי המערערים עושים שימוש סלקטיווי בזכות השוויון. אין לתמוה איפוא שעל הערותיו בפסק דינו הראשון חזר בית המשפט ואף ביתר שאת בפסק דינו, וזאת אף שהפרקליטות לא העלתה טענה מסוג זה בשום שלב בדיון. גם מן הטעם האמור, יש לקבל את הערעור.

טעה בית המשפט בהשיתו הוצאות כה כבדות על המערערים

61. בית המשפט השית הוצאות כבדות על המערערים, שהם עותרים ציבוריים, בסך 40 אלף ש"ח. אף אם ידחה בית המשפט הנכבד את הערעור מתבקש הוא לבטל חיוב זה.

62. בעידן החוקתי, בו הסעד הולך אחר הזכות, בוחן בית המשפט מחדש את אופן השימוש בכלים הדיוניים באופן שיעלה בקנה אחד עם הזכויות, המעוגנות בחוקי היסוד (ראו, למשל, בג"ץ 3914/92 לב נ' ביה"ד הרבני האזורי, פ"ד מח (2) 491 (1994) (לעניין צו עיכוב יציאה מן הארץ);

בש"א 4459/94 סלמונוב נ' שרבני, פ"ד מט (3) 479 (1994) (לעניין צו עיקול זמני); שלמה לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ו) 451.

63. זאת ועוד, מדיניותו השיפוטית של בית משפט העליון הינה להימנע מלהטיל הוצאות על בעלי דין, המעלים סוגיות בעלות חשיבות ציבורית-כללית הנוגעות לזכויות יסוד. זו המדיניות הנוהגת בבג"צ, בו ככלל אין נפסקות הוצאות נגד עותר, המעלה סוגיה הנוגעת להגנה על זכויות האדם הבסיסיות שלו, אף אם עתירתו נדחית. העובדה, כי ענייננו מתברר בבית המשפט המינהלי, אין בה כדי להצדיק מדיניות שיפוטית שונה.

64. מגמתו הנזכרת של בית המשפט העליון, ולצידה הפן החוקתי של הסוגיה כמו גם החשיבות שבאי הרתעת מתדיינים, התובעים את מימוש זכויות היסוד שלהם, תומכים כולם בביטול חיוב המערערים בהוצאות משפט על ידי בית המשפט קמא.

65. במקרה דנן אף הביאה העתירה לשינוי חשוב בעמדת המינהל ולכן גם אם המינהל סבר שהמקרה הפרטני אינו מצדיק את ביטול הזכייה במכרז, הרי שהוא עתה סבור כי במקרים מסוימים יש לו סמכות לפסול מתמודדים במכרז, אם וכאשר יובאו ראיות לשימוש לא לגיטימי במקרקעין. המינהל אף הודיע כי ישקול לכלול תנאי מפורש בדבר האופן שבו על הזוכה להקצות את המקרקעין, כך שהדברים יהיו ברורים ולא יהיה צורך לפקח על מדיניות השיווק של מתמודדים.

66. גם לגופו של עניין, אף אם נתעלם מהליכי הערעור שכל הצדדים נגררו אליהם בעל כורחם עקב טעותו הברורה של בית המשפט קמא, אשר מחק על הסף את העתירה בטענה של חוסר סמכות, הרי שלאחר קבלת הערעור, ההליך נערך במהירות, נערך בתיק רק דיון אחד ולכן ההוצאות מופרזות.

67. דומה כי ההוצאות הגבוהות ביטאו את מורת רוחו של בית המשפט קמא, מה שסבר כי הוא התנהלות חסרת תום לב מצד המערערים, אך כאמור, קביעה זו בטעות יסודה.

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