

1. עיריית נצרת

2. ת.ז. [REDACTED]

ע"י ב"כ עוה"ד סוהאד בשארה ו/או אראם מחאמיד ו/או חסן
גיבארין ו/או ארנה כהן ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעג'ו
ו/או נדים שחאדה ו/או גילאל דכואר, מעדאלה - המרכז
המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, טל' 04-9501610,
פקס' 04-9503140, ת"ד 8921 חיפה 31090.

העותרים

- נ ג ד -

1. מינהל מקרקעי ישראל

רח' שמאי 6 ת"ד 2600 ירושלים 94631

2. משרד הבינוי והשיכון

ת"ד 18110 ירושלים 91180

באמצעות פרקליטות מחוז צפון (אזרחי), רח' גלבע 9 נצרת
עלית 17000, טל' 04-6478128/145, פקס' : 04-6478141

המשיבים

עתירה מנהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות למשיבים לבוא ולנמק מדוע לא יבוטל התנאי
בדבר יוצאי/משרתי כוחות הבטחון כתנאי סף להשתתפות במכרז מס' צפ/200/2012
להקצאת מגרשים לבנייה עצמית בעיר נצרת.

ואלה הם נימוקי העתירה:

מבוא

1. עתירה זו עניינה במכרז מס' צפ/200/2012 להקצאת 5 מגרשים לבנייה עצמית בעיר נצרת
(להלן: המכרז). המכרז אשר נועד לתושבי מקום מחוסרי דיור קובע, כי תנאי סף
להשתתפות במכרז הוא שהמשתתף הינו יוצא/משרת בכוחות הבטחון. המועד האחרון
להגשת מועמדות במסגרת המכרז הנו 28.11.2012.

מצ"ב העתק חוברת המכרז, כנספח ע/1.

2. המכרז דנן פוגע ברוב המוחלט של תושבי העיר נצרת מחוסרי הדיור אשר רובם ככולם אינם יוצאי/משרתי כוחות הביטחון. שיטת ההקצאה שנקבעה במכרז שקובעת את תנאי השירות הצבאי לתנאי סף מנוגדת לעקרון המחייב מתן הזדמנות שווה לכל תושבי העיר נצרת ואיננה משרתת באופן שוויוני את מחוסרי הדיור בעיר.
3. בנוסף, המכרז דנן הינו קיצוני ביותר בתנאיו וזאת לא רק משום שהוא מיועד לקבוצה מסוימת בלבד, דבר הפוגע בעקרון השוויון, אלא מדובר בקבוצה מצומצמת ביותר עד כדי שהוא פוגע בעקרון פומביות המכרז האוסרת את שיטת "תפירת מכרזים".
4. העותרים יטענו כי המכרז לא מקיים את תנאי פיסקת ההגבלה: מהווה חריגה קיצונית מסמכות, תנאי הסף הנ"ל הפוגע בזכויות יסוד, אינו נשען על חקיקה ראשית המרשה למשיבים הוצאת מכרז מסוג זה, והוא לא לתכלית ראויה ולא מידתי בהיותו גורף ביותר.
5. הסמכות העניינית הינה של בית משפט נכבד זה מכוח סעיף 5(1) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, ולסעיפים 5 לתוספת הראשונה לחוק הנ"ל. עפ"י הסעיפים הנ"ל לבית משפט לעניינים מנהליים סמכות לדון בענייני מכרזים של המדינה מיוצגת על ידי מינהל מקרקעי ישראל שעניינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה במקרקעין.

הרקע העובדתי

6. **העותרת מס' 1** הינה עיריית נצרת אשר בשטח שיפוטה מוקצות הקרקעות נשוא המכרז דנן.
- מצ"ב תצהיר מר ראמז ג'ראיסי ראש עיריית נצרת לתמיכה בעתירה.**
7. **העותר מס' 2**, נשוי [REDACTED] (להלן "בני הזוג") ובני זוג אלה הם תושבי העיר נצרת, מחוסרי דיור ובעלי תעודת זכאות בתוקף מטעם משרד הבינוי והשיכון.
- מצ"ב העתק תעודת זהות ותעודת זכאות משרד הבינוי והשיכון אשר הוצאה לבני הזוג, כנספח ע/2.**
8. העותר מס' 2 הנו נכה בדרגת נכות של 100% כתוצאה מתאונת עבודה, ומוגבלותו בניידות הנה 40% על פי קביעת המוסד לביטוח לאומי. הוא ובת זוגו חיים מגמלת נכות המשולמת על ידי המוסד לביטוח לאומי בסך של 6,464 ש"ח לחודש.
- מצ"ב העתק "אישור על תשלומים בגמלת נכות מעבודה לשנת 2012" ואישור על אחוזי מוגבלות בניידות, כנספח ע/3.**

9. מחמת מצבו הפיזי ומוגבלותו בתנועה של העותר מס' 2, בני הזוג יצטרכו דירת קרקע, מרווחת אשר תאפשר חניה צמודה לביתם, כמו גם אמצעי נוחות ונגישות נוספים. דהיינו, המצב האידיאלי מבחינת בני הזוג הנו תכנון ביתם בהתאם לצורכיהם, ובייחוד צורכי העותר מס' 2, כאשר כל זה צריך להיות במחירים סבירים אותם הם יכולים לשאת ובעזרת בני משפחה. ואכן, מלוא ערך הקרקע כפי שנקבע במכרז (401,000 – 590,000 ש"ח) יכול לתת לבני הזוג את האפשרות לממש את החלום שלהם בהתאם לצרכיהם המיוחדים ואפשרויותיהם הכלכליות.

10. יצויין, כי מזה כחודש וחצי ולאחר נישואיהם, שכרו בני הזוג דירה בנצרת עילית ועברו להתגורר בה באופן זמני, וזאת עד למציאת פתרון מגורים הולם ומתאים עבורם בנצרת. בני הזוג היו מעדיפים להתגורר בנצרת בקרבת משפחותיהם, אך בהעדר היצע דיור אשר יתאים לצורכי העותר מס' 2, נאלצו בני הזוג לחפש פתרונות דיור זמניים בקרבת מקום, דהיינו בנצרת עילית.

מצ"ב תצהיר [REDACTED] לתמיכה בעתירה.

תנאי המכרז

11. המכרז נועד להקצות 5 מגרשים לבנייה עצמית בעיר נצרת למחוסרי דיור מקרב תושבי העיר וזאת לפי קריטריונים שנקבעו על ידי משרד הבינוי והשיכון. יחד עם זאת, המכרז קובע, תנאי סף נוסף להשתתפות במכרז, ולפיו אך ורק יוצאי/משרתי כוחות הבטחון, יוכלו להגיש הצעות למכרז. הקצאת הקרקע תעשה לפי שיטה של הרשמה והגרלה בין הזכאים מקרב מחוסרי הדיור תושבי נצרת אשר יירשמו להשתתף במכרז. מחירי המגרשים במכרז הנם קבועים מראש.

12. משרד הבינוי והשיכון קבע קריטריונים ברורים להגדרת אדם כמחוסר דיור, הנסמכים על הסטאטוס הסוציו-אקונומי של היחיד או המשפחה. קריטריונים אלה בודקים בין היתר, באם יש לאותו יחיד או משפחה זכויות קנייניות בדירה אחרת מכוח חוק הגנת הדייר, מכוח זכות לפי חוזה בעלות/חכירה/חכירה לדורות או בכל דרך אחרת, או מכוח היותו ברשות ליחידת דיור במשק חקלאי. בנוסף, נבדק אם אותו יחיד או משפחה קיבלו בעבר סיוע ממשלתי כלשהו לדיור.

13. לפי סעיף 18 לחוברת המכרז (עמ' 5), ההרשמה וההגרלה תיערך לפי קבוצות כלהלן:

א. קבוצה א' – בקבוצה זו זכאים להירשם תושבי מקום מי שהם: "נכה צה"ל קשה במיוחד בדרגת נכות 100%"; "נכה צה"ל קשה"; "נפגע פעולות איבה" ו"נכה בדרגת נכות של 75% לפחות עקב מוגבלות בניידות לצמיתות". לקבוצה זו יוקצה מגרש אחד חד משפחתי. יצויין, כי דרגת נכותו של העותר מס' 2 עקב מוגבלות

בניידות הינה 40% ובכך הוא אף לא עונה על המנויים בקבוצה זו אשר שורייך עברה מגרש אחד בלבד על פי המכר.

ב. **קבוצה ב'**: "בקבוצה זו רשאים להירשם מי שאינם נמנים על קבוצה א' תושבי מקום שהינם, **יוצאי/משרתי כוחות הביטחון אשר שרתו שרות מלא**, מומלצי משרד הבטחון [...] אשר הינם מחוסרי דיור." (ההדגשה במקור)

בקבוצה זו תיערך ההרשמה וההגרלה עבור 4 המגרשים הנותרים, על פי סדר הקדימות הבא:

"**2 נרשמים במשותף למגרש** – ליוצאי משרתי כוחות הביטחון אשר שרתו שרות מלא, מומלצי משרד הבטחון **אשר הינם משפחות מחוסרות דיור** [...]" (ההדגשה במקור).

"**2 נרשמים במשותף למגרש** – ליוצאי משרתי כוחות הביטחון אשר שרתו שרות מלא, מומלצי משרד הבטחון אשר הינם **רווקים מחוסרי דיור**." (ההדגשה במקור).

ג. לפי סעיף 19 לחוברת המכרז (עמ' 6), אם יוותר המגרש מקבוצה א', יתווסף מגרש זה למגרשים שיוגרו בקבוצה ב'.

14. "**יוצא/משרת כוחות הביטחון**" הוגדר בסעיף 2 לחוברת המכרז כמי ששירת "**שרות מלא**", דהיינו "מי ששירת או ששירת בכוחות הביטחון שנתיים לפחות בכפוף להמלצת משרד הבטחון."

15. כפי שעולה מהאמור לעיל, **השירות בכוחות הביטחון מהווה תנאי סף במכרז**. יודגש, כי המכרז פורסם ללא כל התייעצות מוקדמת עם יו"ר העותרת מס' 1, עיריית נצרת, ואף ללא יידועו מראש.

16. העיר נצרת מונה כיום כ- 80,000 תושבים. כלל האוכלוסייה בעיר הינה ערבית המשויכות לשתי קבוצות דתיות, מוסלמים ונוצרים. כך שרוב אוכלוסיית העיר ככולה איננה משרתת בפועל בכוחות הביטחון ולא תהא זכאים להירשם למכרז כלל וכלל, כולל העותר מס' 2 ובת זוגו. אמנם קיימים מעטים מאוד מבין תושבי העיר אשר מתנדבים בשירות הביטחון, אך אלה הם בודדים בלבד ומספרם מאוד מצומצם מבין כלל אוכלוסיית העיר. דבר כשלעצמו מייצר בעייתיות בפומביות המכרז. בו בזמן, מספרם של התושבים מחוסרי הדיור בעיר הולך וגדל עם הזמן, וזאת בשל מיעוט הקרקע לבניה בנצרת והריבוי הטבעי הגבוהה יחסית. מצוקת הדיור בעיר נצרת הולכת ומחמירה, כפי שמציין בתצהירו מר ראמו ג'ראיסי יו"ר העירייה.

17. ביום 10.10.2012, פנה מר ראמו ג'ראיסי, יו"ר עיריית נצרת לשר הבינוי והשיכון הרב אריאל אטיאס וכן למר בנצי ליברמן, מנהל רשות מקרקעי ישראל, וביקש כי תנאי הסף

של שירות בכוחות הבטחון יבוטל במכרז הנ"ל. עד ליום הגשת עתירה זו, טרם התקבלה כל תשובה ממי מהמכותבים לעיל בעניין.

מצ"ב העתק מכתב ראש עיריית נצרת מיום 10.10.2012 כנספח ע/3.

הפרת הדין המנהלי - העדר תשתית עובדתית

18. לפני הדיון החוקתי נבקש לציין את הבעייתיות של המכרז במישור המינהלי. העותרים יטענו, כי ההחלטה בדבר קביעת תנאי המכרז לעיל התקבלה בניגוד מוחלט לכללי המינהל התקין ובניגוד לעקרונות הבסיסים של המשפט המינהלי, לפיהם על הרשות המנהלית להניח בפניה תשתית עובדתית ראויה ונאותה בטרם קבלת החלטה (בג"צ 297/82 ברגר נ' שר המשפטים, פ"ד לז (3) 29; יורונט קווי זהב (בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח (5) 412).

19. המשיבים לא עשו בדיקה עניינית המתבססת על תשתית עובדתית ראויה עובר לקבלת ההחלטה בדבר קביעת הקריטריונים להשתתפות במכרז. לא היו בפניהם ממצאים מקצועיים אודות הצורך, אם בכלל, להכללת קריטריון שירות בכוחות הבטחון; לא הובאו ממצאים ונתונים אודות אופי האוכלוסייה בעיר נצרת, מצוקת הקרקע שבעיר מחוסרי הדיור שבה וכד'.

20. כמו כן, לא הוצגו ממצאים כלשהם המצדיקים את קריטריון השירות בכוחות הבטחון שנקבע במכרז, או היוצרים קשר ענייני וישיר בין קריטריון זה לבין מצוקת הדיור בנצרת והצורך בהקצאת קרקעות למחוסרי הדיור שבה. המשיבים לא בדקו את צרכי כלל האוכלוסייה ולא נשענו על נתונים המעידים כי אך ורק המשרתים בכוחות הבטחון הם אלה הזקוקים או הראויים למגרשים לבניה למגורים.

21. יפים לענייננו דברי כב' השופטת, דאז, ביניש בעניין העיר אלעד, עיר חרדית חדשה שהוקמה במרכז מדינה, היא התייחסה באופן ביקורתי ביותר, להחלטת משרד הבינוי והשיכון אשר העניקה הטבות מפליגות לרוכשי יחידות דיור בעיר זו, מבלי שהונחה תשתית עובדתית ראויה המצדיקה את ההעדפה הייחודית. בית המשפט העליון קבע, כי יש צורך בבחינת צרכי כלל הציבור והמגזרים השונים בטרם קבלת החלטה המתייחסת להטבות בדיור:

"...לא הובאו בפנינו נתונים המלמדים כי צרכיה של כלל האוכלוסייה החרדית נבחנו לאשורן בטרם הוחלט על הקמת אלעד ועל היקף שיווק הדירות בשיטת, מחיר משתכן" בה. למעשה, נראה כי לא נעשה מחקר על היקף הצרכים בקרב האוכלוסייה החרדית, וכן לא נבדקו צרכי כלל האוכלוסייה, לרבות אוכלוסייה בעלת צביון דתי שאינה חרדית, בטרם הוחלט על הקצאת הדירות באלעד."

בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 517, 503 (2000).

22. פסק הדין המשיך וקבע, כי מתן העדפה לציבור אחד תוך כדי העדפתו על פני אחר שצרכיו כלל לא נבדקו או הובאו בחשבון, הינה לא לתכלית ראויה, וכלשון פסק הדין:

"מתן הטבות לדיור למגזר אחד של האוכלוסייה מבלי שנבחנו ונשקלו צרכי כלל האוכלוסייה במחוז המרכז, הוא בבחינת שימוש בלתי נאות במשאבי הציבור לטובתו של ציבור מסוים; לכאורה, נראה כי מדובר בעניינו בציבור אשר המופקדים על הדיור הציבורי היו מעוניינים בייקרו, ולפיכך העדיפו ציבור זה על-פני כלל הציבור."

בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 518 (2000).

23. עוד קבעה כב' השופטת, דאז, בייניש בפסק הדין:

"גם לשיטת הגורסים שראויה היא האוכלוסייה החרדית לישוב נפרד בהתאם לצרכיה, לא הונחה תשתית בתצהיר התשובה לטענה כי במועד בו הוחלט על הקמת עיר לחרדים בתנאים מועדפים, בשנת 1996, היה מחסור ביחידות דיור לחרדים, שהצדיק בניה בהיקף כה נרחב תוך הענקת תנאים מועדפים וייחודיים רק לקבוצה אחת מקרב כלל האוכלוסייה. תשובותיה של המדינה בתצהירה אינן מניחות, איפוא, תשתית מספקת לדחיית טענות העותרים ולביסוס הטענה כי הקצאת יחידות דיור מוזלות בכמות שהוקצתה לאלעד, נעשתה על פי אותם עקרונות שלפיהם ניתנו ההטבות לכלל האוכלוסייה במרכז הארץ, במקומות הישוב הסמוכים לאלעד"

בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 510 (2000).

24. הנה כי כן, החלטת המשיבים הינה שרירותית ביותר, מאחר ואינה נשענה על תשתית עובדתית ראויה, לא נתנה משקל הוגן או שווה לכלל השיקולים הרלבנטיים, ולא ביססה את ההחלטה על ממצאים ונתונים רלבנטיים המצדיקים את קביעת קריטריון הסף של שירות בכוחות הבטחון. המשיבים לא דאגו להכיר מקרוב את מצוקת הדיור בנצרת בטרם קבעו את תנאי המכרז ואת שיטת הקצאת המגרשים המוצעים בו. הם לא אספו נתונים על מספר חסרי הדיור בעיר וכמה מהם שירתו בכוחות הביטחון. הם לא בדקו את המשתנים החברתיים הייחודיים של העיר ואת תרומתם למצוקת הדיור. חמור מכל הם לא טרחו להתייעץ עם הרשות המקומית. מכאן, כי מידע חיוני לא נאסף על ידי המשיבים בטרם קבעו את תנאיו של המכרז. מחדל זה גרם לקביעת שיטה מפלה שתוצאתה הצפויה הינה שלילת זכותם של מחוסרי הדיור שלא שירתו בכוחות הביטחון, עליהם נמנים כמעט כלל מחוסרי הדיור בנצרת, להשתתף במכרז באופן שווה.

פסקת ההגבלה

25. הדיון לפי פסקת ההגבלה מבקש ראשית כל להראות כי מדובר בפגיעה בזכויות יסוד ולאחר מכן לדון בשאלת החוקיות והסמכות, תכלית ומידתיות.

פגיעה בזכות לשוויון

26. העותרים יטענו, כי השימוש בקריטריון הצבאי, כקריטריון סף לזכייה במגרש לבנייה, מפר את תכליתו העיקרית של המכרז הציבורי שהינה הבטחת שוויון הזדמנויות בחלוקת משאבי ציבור. תנאי הסף הנ"ל מנוגד להוראות חוק חובת המכרזים, התשנב – 1992 (להלן: "חוק חובת המכרזים"), ולכללי המשפט הציבורי החלים על המכרזים הציבוריים. סעיף 2 לחוק חובת המכרזים קובע:

"(א) המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו.

(ב) לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטיה מינית, מעמד אישי, גיל, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה; בסעיף קטן זה, "מוגבלות" - לקות פיסית, נפשית או שכלית כמשמעותה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998.

(ג) לענין סעיף קטן (ב) –

(1) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין הענין;

(2) אין רואים בהבחנה המתחייבת מאופיו או ממהותו של המכרז, הפליה."

27. יתירה מכך, חוק חובת המכרזים אף קובע כי אין להתנות על השתתפות מציעים במכרז, אלא אם הדבר מתחייב מאופיו של המכרז:

א. (א) עורך מכרז לא יקבע תנאי להשתתפות של מציע במכרז, אלא אם כן התנאי מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז.

(ב) קבע עורך המכרז תנאי בנושא מן הנושאים המנויים בטור א' לתוספת, המצב דרישה מחמירה יותר מהאמור בטור ב' לתוספת, או תנאי הדורש ניסיון מוכח בעבודה עם עורך המכרז או עם גופים אחרים המנויים בסעיף 2, ינמק את החלטתו במסמכי המכרז.

(ג) שר האוצר, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לשנות, בצו, את התוספת.

28. בענייננו, לא מדובר במכרז העוסק בהעסקה במערכת הביטחונית או הצבאית ולא מדובר במכרז המשתייך לתחום הדורש ניסיון צבאי או ביטחוני ואף לא מדובר במכרז הנעשה על פי חוק המייעד את המכרז ליוצאי צבא. מדובר במכרז אזרחי שהתכלית הדומיננטית שלו הינה חברתית. לכן, תנאי הסף אינו מתחייב מאופיו של המכרז. לכן המכרז מפר את

העיקרון העומד מאחורי חובת המכרז הפומבי הציבורי והוא עיקרון השוויון ומתן הזדמנות שווה לכלל הציבור להגיש מועמדות ולזכות במכרז. כללי המשפט הציבורי חלים על דיני המכרזים אף ככללים קוגנטיים שאין עליהם עוררין (ראו: ע"א 6929/93 **מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ ואח'**, פ"ד מח (3) 749, עמ' 770-769).

29. כידוע, עקרון היסוד ו"נשמת אפו" של המכרז הציבורי הנו "הגשמת המטרה הציבורית של שמירה על עקרון השוויון וטוהר המידות על-ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים" (עע"מ 1966/02 **המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אבראהים**, פ"ד נו (3) 505, 510).

30. כלל מחוסרי הדיור בהם מדובר הינם תושבי אותה עיר ושייכים לאותו מערך גיאוגרפי, כלכלי, תרבותי וחברתי ומושפעים באותה המידה מאותם גורמים התורמים להחמרת מצוקת הדיור בנצרת. לפיכך, האבחנה בין מחוסרי הדיור ששירתו בכוחות הביטחון לבין אלה שלא שירתו הינה מלאכותית ובלתי רלבנטית לתכלית המכרז. יפים לעניין זה דברי השופטת בייניש בעניין **"עם חופשי"**:

"מצוקת דיור היא אותה מצוקה לכל משפחה נזקקת. כל הנזקקים לסיוע מהווים קבוצת שוויון אחת, תהא אשר תהא השתייכותם הלאומית, הדתית, הקהילתית והחברתית. לשיעור התמיכה יש להוסיף, כאמור, נתון רלוונטי נוסף והוא האזור הגאוגרפי. לפיכך בענייננו קבוצת האוכלוסין הזכאית לסיוע בדיור באזור המרכז, שהיא קבוצת שוויון אחת, היא קבוצת ה"זכאים", שההבחנה ביניהם תיעשה רק על-פי נתוניהם האישיים. אשר-על-כן, אין להבחין בין הנמנים על קבוצה זו על-פי נתון שאיננו רלוונטי למצוקה ולצורך בסיוע לדיור – השתייכותם לקהילה החרדית."

בג"צ 4906/98 **עמותת "עם חופשי"**, לחופש דת מצפון, חינוך ותרבות נ' **משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד(2) 503, 513-514 (2000)

31. העותרים יטענו, כי קביעת קריטריון השירות בכוחות הבטחון כתנאי סף להקצאת המגרשים לבנייה, הינו מפלה, ואף מנוגד לפסקי דין של בית המשפט העליון אשר דחו מכל וכל את השימוש בקריטריון זה כתנאי סף לחלוקת משאבים ציבוריים. כך למשל היה בעניין **קעדאן**, בו קבע נשיא בית המשפט העליון, דאז, ברק כי השימוש בקריטריון השירות הצבאי כתנאי סף בקבלה לישוב קציר מהווה הלכה למעשה קריטריון מפלה. דהיינו זהו קריטריון חשוד שיש לבחון אותו לפי מבחן התוצאה שהוא מוביל אליה ויהיו הכוונות אשר יהיו:

"תקנות אלו קובעות, בין השאר, כי לאגודה יוכל להתקבל רק אדם, שבין היתר "סיים שרות (ה)חובה לפי חוק שרות בטחון, תשי"ט-1959 [נוסח משולב] או משוחרר משרות חובה על פי חוק זה או ששירותו הצבאי נדחה לפי חוק זה" (פרק ג', סעיף 6 לתקנות, כפי שתוקנו ב־ 8.2.1982). הלכה למעשה, אין מתקבלים ערבים כחברים באגודה השיתופית."

בג"צ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 265 (2000)

32. גם בעניין **בשארה** קבע נשיא בית המשפט העליון, דאז, ברק, כי השימוש בקריטריון השירות הצבאי כתנאי סף הנו בלתי מידתי ולא ראוי ולכן הוא אישר את השימוש בו כל עוד הוא אינו תנאי סף והוא גם מידתי :

"אף אין לומר שהשימוש בקריטריון השירות הצבאי או הלאומי בהקשר זה נעשה בחוסר סבירות. **השירות הצבאי או הלאומי איננו תנאי סף לקבלת הלוואות כי אם קריטריון המגדיל את מידת זכאותו של המבקש.**" (ההדגשה לא במקור)

בג"צ 11956/05 **בשארה נ' השר הבינוי והשיכון**, פסקה 11 (טרם פורסם, ניתן ביום 13.12.06)

33. בפסק דין **נעאמנה** נקבע, כי שימוש בקריטריון השירות הצבאי מפלה נגד מגזרים נרחבים באוכלוסייה, וכדברי השופט סוקול בעניין **נעאמנה** :

"הואיל ותוצאת הכללתו של הקריטריון בדבר שירות צבאי ולאומי הינה הפליה של מגזרים נרחבים (ובמיוחד של המגזר הערבי), הרי שגם מטעם זה דינו של הקריטריון להתבטל."

ה"פ (ח"י) 217/05 **נעאמנה נ' אוניברסיטת חיפה**, פ"מ תשס"ד(2) 652, 672 (2006).

34. יצוין כי המבחן לבדיקת איסור ההפליה הינו מבחן תוצאתי ובג"צ קבע כי הבדיקה לא אמורה לעסוק במניעים של הרשות אלא בתוצאה שמוביל אליה הקריטריון. כך נקבע בהלכה הפסוקה בעניין סיווג הישובים הערבים לאיזורי עדיפות לאומית על ידי שבעה שופטים אשר הורו על ביטול הסיווג רק מחמת התוצאה הסופית אליה מוביל השימוש בקריטריון, ומבלי ליתן משקל כלשהו למניע של הרשויות. הנשיא, דאז, ברק קבע בעניין זה :

"המבחן לקיומה של אפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת. הוא אינו מוגבל למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת."

בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסקה 18 (טרם פורסם, ניתן ביום 27.2.06)

35. חובתם של המשיבים לנהוג בשוויון מקבלת משנה תוקף בשל חשיבות תפקידם כאחראי על ניהול וחלוקת הקרקע במדינה. על אמות המידה, העקרונות והכללים שאמורים להנחות את המשיבים נקבע בעניין **עמותת שיח חדש** :

"המינהל משמש נאמנו של הציבור בנהלו את מקרקעי המדינה. עליו לנהלם תוך שמירה על אינטרס הציבור בהם, לרבות שמירה על המקרקעין לתועלת הציבור כולו, כולל הצורך להימנע ממתן טובות הנאה בלתי מוצדקות במקרקעין לאחרים. כנדרש מכל גוף מינהלי, על המינהל לפעול בהגינות על פי שיקולים ענייניים ובשוויון, תוך מתן הזדמנויות שוות לכלל הציבור אחת התכליות הכלליות של כל גוף מינהלי היא לנהוג בשוויון. כך גם בקביעת מדיניות הקצאת קרקעות ויישומה.

בג"צ 3939/99 **קיבוץ שדה נחום ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'**,
פ"ד נו(6) 25, 64 (2002).

36. ובעניין **פורז קבע כב' הנשיא (דאז) שמגר לאמור** :

"מקרקעי הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות – אימוץ אמת מידה כאמור היא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה ככל שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תרגומן של אמות המידה האמורות לאופני התנהגות מצביע, בין היתר, על החובה לנהוג בהגינות ובשוויון ועל פי כללי המינהל התקין."

בג"צ 5023/91 **פורז נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו (2) 793,
801.

37. הדברים שלעיל מקבלים משנה תוקף במציאות שבה משאב הקרקע חשוף לכליה, ובמצב שבו המדינה שולטת בפועל ב-93% מהקרקעות בשטחה ומנהלת אותם; אלה הם "מקרקעי ישראל" על פי הגדרתם בחוק יסוד: מקרקעי ישראל. במצב נתון זה, המדינה והגופים האחראיים מטעמה בנושאי המדיניות הקרקעית, כגון המשיבים, הופכים לחורצי גורלות בכל הקשור לפיתוח משאבי הקרקע וחלוקתם. על כך עמדה דפנה ברק-ארז במאמרה במאמרה **דונם פה דונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים** (דפנה ברק-ארז "דונם פה דונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים", **עיוני משפט**, כא(3), 613-636 (1998)), כלהלן:

"מקרקעין הם מקור עושר חשוב וכן תנאי הכרחי למימושה של השאיפה לבית חם. 'מקרקעי ישראל', המנוהלים על ידי מינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל) תופסים את רוב שטחה של המדינה. עובדה זו הופכת את המינהל לחורץ גורלות – עסקיים ופרטיים. החלטותיו על הקצאת קרקעות ועל תנאי ההקצאה [...] הן בעלות השפעה ניכרת על סיכוייו של הפרט להיות 'בעל בית'."

38. חשיבות יתירה ניתנת לעניין זה מאחר וחלוקה קרקע לקבוצה מסויימת תמנע גישה של קבוצות אחרות לאותה קרקע (בג"צ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25, 64 (2002); בג"צ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 274 (2000)).

39. ואכן, בית המשפט העליון לא היסס פעמים רבות להתערב ולפסול החלטות מינהליות בעלות השלכות חלוקתיות, אשר העדיפו קבוצות אחדות על פני אחרות ללא כל הצדקה עניינית, זאת נוכח חשיבותו של משאב הקרקע. כך למשל, ביטל בית המשפט העליון, בעניין **קיבוץ שדה נחום** (בג"צ 3939/99 **קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל** (2002) פ"ד נו(6) 25 (2002)) את החלטות 717, 727 ו-737 של מועצת מקרקעי ישראל אשר היטיבו שלא בצדק עם תושבי הקיבוצים והמושבים במדינה. ההחלטות הנ"ל נפסלו כולן מחמת היותן בלתי סבירות ונוגדות את עקרונות הצדק החוקתי. דוגמה נוספת ניתן למצוא בעניין **פורז** (בג"צ 5023/91 **פורז נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו(2) 793 (1992)), שבו ביטל בית המשפט העליון הקצאת קרקע ללא מכרז לעמותות בעלות צביון דתי-מפלגתי מאחר שההקצאה בנסיבות העניין לא נתנה הזדמנות שווה לאחרים. ובעניין

אליקים (בג"צ 6176/93 אליקים 1986 – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מח(2) 158 (1994), בוטלה החלטה להחכיר לקיבוצים קרקע לצורך הקמת תחנה לשירותי דרך שהיה גלום בה יתרון כלכלי, מאחר שהיא שוללת הזדמנות שווה להתחרות ולקבל את הקרקע. לבסוף נזכיר כמובן את פסק הדין בעניין קעדאן (בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נד(1) 258 (2000)) אשר לו השלכות חלוקתיות ברורות בין הקבוצות השונות במדינה.

פגיעה בזכות לכבוד

40. תנאי המכרז פוגעים קשות לא רק בזכות לשוויון של מחוסרי הדיור בנצרת שלא שירתו בכוחות הביטחון, אלא גם בזכותם החוקתית לדיור, המהווה חלק בלתי נפרד מכבודם כבני אדם וכאזרחים. על חשיבותה של הזכות לדיור כחלק מכבוד האדם וחירותו נקבע בעניין גמזו:

"כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע."

רע"א 4905/98 פרופ' יוסף גמזו נ' נעמה ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001)

41. הזכות לדיור מקבלת משנה חשיבות בענייננו מאחר ורוב מחוסרי הדיור במדינה, כמו גם בנצרת, תלויים באופן כמעט בלעדי, במדיניות הקצאת הקרקעות על ידי המדינה ששולטת ברוב משאבי הקרקעות בשטחה, כאמור. דהיינו, מימוש הזכות לדיור של רוב מחוסרי הדיור בנצרת, תלויה, באופן בלעדי, בהקצאות המשיבים לצורך כך.

הפגיעה אינה לפי או על פי החוק ולכן מדובר בחריגה מסמכות

42. התנאי הראשון לפי פסקת ההגבלה לאחר הוכחת הפגיעה בזכויות יסוד הוא לבדוק באם הפגיעה הינה על פי חוק. העותרים יטענו כי הפגיעה אינה נשענת על חקיקה ראשית ולכן מדובר בחריגה מסמכות.

43. המכרז הנדון אינו רק חורג מלשון חוק חובת המכרזים, אלא הוא מעניק הטבה לחלק מסוים ומצומצם מהציבור ופוגע בזכויות יסוד של אחרים מבלי להישען על הסדר ראשוני. כידוע, הטבות לחיילים או משוחררים נקבעו בחקיקה מיוחדת והוא חוק קליטת חיילים משוחררים, תשנ"ד – 1994. חוק קליטת חיילים משוחררים קובע בסעיפים 16 ו-1

17 הטבות של הלוואות מוגדלות לצורכי דיור וכן השתתפות ברכישת דירת מגורים מכספי הפקדון על פי החוק.

44. כך למשל, קבע נשיא בית המשפט העליון דאז השופט ברק בעניין **בשארה** (בג"צ 11956/05 **סוהאד בשארה נגד שר הבינוי והשיכון**, (פסקה 5 לפסק הדין מיום 13.12.06)), עת דן בהענקת נקודות זכות עודפות למשרתים בצבא בזכאות למשכנתאות, כי הטבה ספיציפית מסוג זה חייבת למצוא את העיגון שלה בחקיקה ראשית לפי ההלכה שנקבעה בפס"ד **ועדת המעקב** ועל כן הוא קבע כי "ההטבות נקבעו בחקיקה ראשית (ראו לעניין זה חוות דעתו של השופט מ' חשין בבג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם), להלן – **עניין ועדת המעקב**)."

45. יצוין כי בעניין **נעאמנה** לעיל נקבע בין היתר כי ההעדפה במעונות נעשתה לא על פי חקיקה ראשית ומהטעם הזה, המחוקק נאלץ לאחר פסק דין זה, לעגן את ההעדפה הזו בחקיקה ראשית (תיקון מס' 8 לחוק קליטת חיילים משוחררים, תשנ"ד – 1994 משנת 2008, לפיו נקבע בסעיף 19ב לחוק הנ"ל, כי "למען הסר ספק, מוסד להשכלה גבוהה, מוסד להכשרה מקצועית ומכינה קדם אקדמית רשאים לקבוע כי בקביעת הזכאות לדיור במעונות או להטבות כלכליות אחרות, יינתן משקל, בין השאר, להיותו של המבקש חייל משוחרר.")

46. לפיכך, המכרז דנן מהווה חריגה מסמכות הואיל ומדובר בהפרה של זכויות חוקתיות ובראשן הזכות לדיור והזכות לשוויון, והואיל ועסקינן בהקצאת קרקע, שהינה משאב ציבורי בעל חשיבות רבה, והכל ללא עיגון כלשהו בהסדר ראשוני ברור ומפורש. יפים לענייננו דבריו של כבוד השופט, דאז, חשין בעניין **ועדת המעקב** בהתייחס לשאלת עיגון ההטבה בחקיקה ראשית:

"תפישת-היסוד המפעמת בגופה של שיטת המשטר החוקתית בישראל מורה אותנו, כי הרשות המחוקקת - הכנסת - היא הרשות הניצבת בפיסגת הפירמידה של הרשויות הקובעות את הנורמות אשר תנהגנה במדינה, וכי הממשלה ושלוחותיה נועדו להן תפקידי ביצוע הנורמות שקבעה הכנסת. בלשון אנשי המשפט ייאמר: הכנסת היא המוסמכת לקבוע, בחוקים, "הסדרים ראשוניים" - הסדרים הקובעים את הנורמות העיקריות ואת אמות-המידה להפעלתן - בעוד אשר הממשלה מוסמכת, על דרך העיקרון, לקבוע - בתקנות למיניהן ובמעשים - "הסדרים מישניים" בלבד. ובלשון אחר: אין הממשלה ובנותיה מוסמכות לקבוע "הסדרים ראשוניים" אלא על-פי המחוקק, מכוחו של חוק הכנסת."

בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסקה 28 (טרם פורסם, ניתן ביום 27.2.06)

ראו גם:

בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 513-503; 538-536 (1998).

תכלית לא ראויה

47. העותרים יטענו, כי ההחלטה להכליל קריטריון סף של שירות בכוחות הבטחון במכרז דגן אינה לתכלית ראויה. הפסיקה קבעה כי תכלית אשר לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם אינה תכלית ראויה. תכלית אשר מתעלמת מזכויות חוקתיות אינה תכלית ראויה. בעניין **מועצת חוף עזה** (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005)) נקבע על תכלית ראויה צריכה לשרת מטרות ציבוריות חשובות והמבקשת לשמור על זכויות אדם ולקדמן.

ראו לעניין זה גם :

רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד נא(4) 625 (1997); ע"א 524/88 **"פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות**, פ"ד מה (4) 529 (1991); אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (2003).

48. שיטת ההקצאה במכרז נשוא העתירה דגן אינה מקדמת את המטרה הסוציאלית העיקרית העומדת בבסיס המכרז - סיוע למחוסרי הדיור מבין תושבי נצרת. מצוקת הדיור הינה בעיה חמורה המשותפת לכלל תושבי נצרת חסרי הדיור, הן אלה הבודדים ששירתו בכוחות הביטחון והן אלה שלא שירתו, ואשר נמנים על רוב האוכלוסייה בנצרת ככולה. מצוקה זו מחייבת פתרון שווה לכולם.

49. כאמור לעיל, הקריטריונים להגדרת חסרי דיור אשר נקבעו ע"י המשיב מס' 2, נסמכים על עקרון העדר אופציות מגורים חלופיות ותו לא. לפיכך, לא ברור מה פשר תנאי הסף אשר מעדיף את קבוצת המשרתים על פני אלה הלא משרתים, כאשר כולם עונים על הגדרתו של משרד הבינוי והשיכון כמחוסרי דיור.

לעניין זה ראו :

ה"פ (ח"י) 217/05 **נעאמנה נ' אוניברסיטת חיפה**, פ"מ תשס"ד(2) 652, 669 (2006); בג"צ 3792/95 **תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות**, פ"ד נא(4) 259, 281-282 (1997); בג"צ 727/00 **ועד ראשי הרשויות המקומיות, הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד נו(2) 79, 90-91 (2001).

מבחני המידתיות

מבחן המשנה הראשון: הקשר הרציונאלי

50. העותרים יטענו, כי אין קשר רציונאלי בין קריטריון השירות בכוחות הבטחון כתנאי סף להגשת מועמדות וזכייה במגרש, לבין תכלית המכרז המבקשת לסייע לכלל אוכלוסיית

מחוסרי הדיור בעיר נצרת, שהינה סוציו-אקונומית באופיה ואין כל קשר בינה לבין עצם השירות בכוחות הבטחון.

51. לפי הפסיקה, מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני בין אמצעי לתכלית, אלא הדגש במבחן זה הוא על היותו של הקשר רציונלי, היינו קשר שלא נוקט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון. בהקשר זה מתאימים דבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בעניין **מוראד** בהם חידדה הנ"ל את מבחן הקשר הרציונלי לאמור:

"מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון (ראו: **בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 279**; **א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** 542, 621)."

בג"ץ 9593/04 **ראשד מוראד נגד מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת ביניש (טרם פורסם, 26.6.2006).

מבחן המשנה השני: אמצעי פחות בחומרתו

52. הבעייתיות בקריטריון השירות בכוחות הבטחון נעוצה, בין היתר, בעצם קביעתו כתנאי סף. דהיינו בגורפות הכרוכה בשימוש בקריטריון זה ועל ידי כך מניעת רוב מחוסרי הדיור בעיר נצרת ככולם, מלהגיש מועמדות לזכייה במכרז. במילים אחרות, גם אם התושב עונה על כל הקריטריונים ומצב הדיור שלו הינו קשה ביותר ומעמדו הסוציו אקונומי הינו החמור ביותר בעיר, כגון העותר מס' 2 ובת זוגו, די בכך, לפי הקריטריון הסף, שהוא לא שירת בצבא כדי לפסול את מועמדותו. לכן מדובר בהסדר גורף מאחר והוא לא נותן משקל כלשהו לשיקולים רלוונטים אחרים ומוציא מתוכו את עקרון הבדיקה הפרטנית.

53. השימוש בקריטריון השירות בכוחות הבטחון כתנאי סף מדיח הצידה ובאופן טוטאלי כל שיקול רלוונטי אחר והופך אותו לבעל משקל אפסי. השיקולים הרלוונטיים, כגון צורכי מחוסרי הדיור ומצוקת הדיור בנצרת, הופכים להיות לבלתי רלוונטיים ומחוסרי כל משקל. וכך רוב רובה של קבוצת מחוסרי הדיור והזכאים בנצרת, הופכים להיות חסומים ומנועים מלהגיש מועמדות לזכייה במכרז וכך מאבדים הם את זכותם לקבל הזדמנות שווה להקצאת מגרש ממשאב הקרקע הציבורי.

54. אף בהנחה כי השירות בכוחות ביטחון מהווה שיקול ענייני לצורך מימוש מטרת המכרז, הרי יש לפסול אותו בשל המשקל המכריע שניתן לו וקביעתו כתנאי סף הקובע זכאות להירשם למכרז אך ורק למשרתי כוחות הבטחון, על חשבונו של מחוסר דיור שלא שירת, ובעצם שלילה מוחלטת של זכותו של האחרון להגיש מועמדות למכרז ולזכות בו.

55. בית המשפט העליון פסל לא אחת אף הסדרים ראשוניים מחמת גורפתם אשר לא עמדה במבחני המידתיות. כך למשל ביטל בית המשפט העליון, בעניין **יקותיאלי**, תשלום גמלת הבטחת הכנסה לתלמידים אברכים כאשר הוצאו מתוך ההסדר סטודנטים שמצבם הסוציו אוקונומי הינו קשה ביותר אך ורק בהיותם לא אברכים וכדברי הנשיאה, דאז, ביניש :

"הסעיף התקציבי מייחד עצמו לאברכי כוללים בלבד, ומי שאינו אברך אינו יכול לבוא בגדרי הסעיף. התוצאה היא שסטודנט באוניברסיטה או סטודנט במוסד דת או במוסד תורני – אף אם הם באותו מצב כלכלי של אברך הזכאי לגמלת הבטחת הכנסה, ואף אם הם עומדים בתנאים הקבועים בחוק הבטחת הכנסה – אינם זכאים לגמלה. עמיתם האברך, לעומת זאת, זכאי לגמלת הבטחת הכנסה מכוח הסעיף התקציבי."

בג"צ 4124/00 **ארנן יקותיאלי ז"ל נ' השר לענייני דתות** (טרם פורסם)(ניתן ביום 14.6.2010), פסקה 46 לפסק הדין.

56. כך גם היה בפסק הדין בעניין **סלאח** בו ביטל בית המשפט העליון את סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, אשר שולל את הזכות לקצבת הבטחת הכנסה למי שבבעלותו או ברשותו רכב, ללא כל אבחנה. נשיאת בית המשפט העליון, דאז, ביניש הבהירה הבעייתיות בעניין זה :

"דומה כי המקרה שלפנינו מוסיף וממחיש את הקושי הגלום בהחלת הסדרים גורפים במקרים בהם נשללת זכאות לסיוע מדינתי כלשהו. הסדרים גורפים, מעצם טיבם, אינם מתחשבים במצבו הפרטני של כל אדם ואדם. הם מבוססים על מבחנים סטטיסטיים ועל הערכה שמוחלת באופן אחיד וללא הבחנה. קיימת בהם בעייתיות טבועה בשל נכונותם להתעלם מנסיבות של מקרים קונקרטיים. בית המשפט עמד על קושי זה לא אחת."

בג"צ 10662/04 **סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (טרם פורסם) (ניתן ביום 28.2.2012), פסקה 66 לפסק הדין.

57. דוגמא נוספת ניתן למצוא בעניין **עדאלה** בו ביטל בית המשפט העליון את סעיף 5ג לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, אשר קובע כי המדינה אינה אחראית בנזיקין לנזק הנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון, ובכך החוק התעלם מהבדיקה הפרטנית וקבע קביעה גורפת שלפיה די בכך שהניזוק הינו מתגורר בשטחים הכבועים כדי לשלול ממנו את הזכות בניזיקין.

"הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של "פעולה מלחמתית", תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת."

בג"צ 8276/05 **עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הבטחון** (טרם פורסם) (ניתן ביום 12.12.2006), פסקה 37 לפסק הדין.

58. למותר לציין בהקשר זה, וכאמור לעיל, מחוסרי דיור ששירתו בכוחות הביטחון זכאים להטבות נוספות רבות מהמדינה בגין שירותם הצבאי. כך, המכרז עצמו קובע תמחור

שונה על בסיס שירות בכוחות הביטחון (ראו נספח ח' לחוברת המכרז ע/1). כמו כן נוהל זכאות לסיוע של חסרי דירה שקבע המשיב מס' 2 קובע כי מחוסרי דיור ששירתו בכוחות הביטחון זכאים לתוספת סיוע לרכישת דירה המוענקת על ידי משרד הבינוי והשיכון למי ששירתו בצבא או עשו שירות לאומי. בנוסף לכך, סעיף 16 לחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994, מעניק הלוואה מוגדלת לשיכון לחיילים משוחררים הזכאים להלוואה מאת המדינה או מטעמה לצורכי דיור וסעיף 17(א) לאותו החוק קובע כי "חייל משוחרר שהתקשר בחוזה לרכישת דירת מגורים, זכאי להשתתפות בהוצאות רכישת הדירה מכספי הפקדון".

ראו: נוהל זכאות לסיוע של חסרי דירה "הוראה מס' 08/01 – יוני 1999)

<http://www.moch.gov.il/NR/rdonlyres/26B17C47-4D82-4F39-986D-D5297BD1E68D/4482/0801.pdf>

59. יוצא כי התכלית המבקשת להטיב עם משרתי כוחות הבטחון, מוצתה עם כל ההטבות הנ"ל שנתינות לקבוצה זו. לפיכך, יטענו העותרים כי הפיכת קריטריון השירות הצבאי לתנאי סף לזכייה במגרש לבנייה, הופך להיות בלתי מידתי.

המבחן השלישי הצר

60. העותרים יטענו, כי הנזק שייגרם להם ולשאר תושבי נצרת, בשל השימוש בקריטריון של השירות בכוחות הבטחון, כתנאי סף במכרז המציע מגרשים לבנייה עצמית בעיר, עולה לאין שיעור על הנזק שעלול להיגרם למשיבים באם ישנו את מדיניות ההקצאה של המגרשים, וזאת נוכח המציאות החברתית והמאפיינים היחודיים של העיר נצרת.

61. בפועל רוב תושבי העיר ככולם אינם משרתים כאמור, מלבד בודדים אשר בחרו לעשות כן מרצונם. רוב הדור הצעיר בעיר מעדיף להישאר ולהתגורר בה, מחמת אופיה של החברה הערבית וההעדפה להישאר קרובים לסביבה המשפחתית והחברתית בה הם גדלו. לכן, לכלל תושבי נצרת אין אופציות רבות בכל האמור למקום מגוריהם ולדבר השלכות על מצוקת הדיור עליהם וזאת בין אם שירתו בכוחות הביטחון ובין אם לאו. אי לכך, רוב מחוסרי הדיור בעיר ככולם, לא יהיו זכאים כלל להגיש מועמדות לזכייה במגרש על פי המכרז.

על יסוד כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים כמבוקש בראשית עתירה זו ולחייבם בהוצאות משפט.

סוהאד בשארה, עו"ד
ב"כ העותרים

חיפה, 11 בנובמבר, 2012