



לכבוד	לכבוד
מר ירון ביבי	מר אריאל אטיאס
מנהל מקרקעי ישראל	שר הבינוי והשיכון
רח' שמאי 6, ת.ד. 2600	קרית הממשלה, ת.ד. 18110
ירושלים 94631	ירושלים 91180
ובפקס: 02-6208427	ובפקס: 02-5824111

שלום רב,

הנדון: בקשה לקביעת התניה מגבילה בנוהל הקצאת קרקע לעמותות

הריני לפנות אליכם, בבקשה לקביעת הנחיות שוויוניות וכתובות להפעלת נוהל משרד הבינוי והשיכון (נוהל מס' 07/08) שכותרתו "מכרזים להקצאת קרקע לעמותות" מיום 1.7.2004 (להלן: "הנוהל"), הכל כמפורט להלן:

1. נוהל הקצאת קרקע לעמותות, שנכנס לתוקף ביום 1.7.04, קובע שיטת מכרז להקצאת קרקע לעמותות הרשומות כדין אצל רשם העמותות, אשר מטרתה הן הינן "להקים בבנייה עצמית אזור או אזורי מגורים, במקום או במקומות שונים בארץ עבור חבריה בלבד". בנוסף, הנוהל קובע כי תקנון העמותה יהווה את התקנון המנחה לצורך הקצאת הקרקע לחברי העמותה, או לאחרים במידה ועלה מספר יחידות הדיור על מספר חברי העמותה הרשומים.

2. הנוהל נעדר כל תנאי המבטיח הקצאה שוויונית של משאבי ציבור. הלכה למעשה, הנוהל מאציל את הסמכות המופקדת בידי מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל") ומשרד הבינוי והשיכון להקצאת קרקע ציבורית, לעמותות מיישבות פרטיות מבלי כל התניה או פיקוח, ומאפשר להן להקצות קרקע אך ורק לחבריהן, לפי שיקול דעתן המוחלט. כתוצאה, תחסם גישתם של אזרחים ותושבים רבים לקרקע ציבורית המוקצת במיוחד לעמותות, ואזורי מגורים רבים בארץ יהיו סגורים בפני מבקשי דיור על רקע השתייכותם הלאומית, הדתית, העדתית ועוד.

3. בפועל עמותות רבות נוסדו בעקבות פרסום מכרזים בהתאם לתנאי הנוהל. עמותות אלו הנהנות מהעדר תנאי שוויוני מגביל בנוהל, מנצלות לרעה את היתרון המוענק לעמותה להקצות קרקע מכוח התקנון שהיא קובעת, ומקבלות חברים הנמנים עם קבוצות אוכלוסייה מסוימות, תוך קידום אינטרסים פוליטיים מפלים וגזעניים. אין זה סוד, כי הרבה עמותות מיישבות בעלות אופי דתי לאומי, נהיו לתופעה שכיחה במיוחד בערים המעורבות, אשר מצוקת הדיור של האוכלוסייה הערבית המגוררת בהן, היא בין הקשות בארץ. דוגמאות לכך: עמותת "באמונה", הפועלת ברמה הארצית על הקמת פרויקטים של דיור ייעודי לציבור דתי לאומי, ובמיוחד בערים יפו ולוד; עמותת "אלישיב" הפועלת באופן שיטתי לקידום אינטרסים של הגרעין תורני בעיר לוד; עמותת "נווה פארק" בעיר רמלה.

P.O. Box 8921 Haifa 31090 Israel Tel: (972)-4-950-1610 Fax: (972)-4-950-3140

חיפה 31090, ص.ب 8921 هاتف 04-9501610 فاكس 04-9503140
חיפה 31090, ת.ד. 8921 טלפון 04-9501610 פקס 04-9503140

Email: adalah@adalah.org

<http://www.adalah.org>

4. ודוק. אין הנוהל הנדון מבחין בין עמותות המאגדות קבוצת פרטים בעלי אופי ייחודי, המצדיק הקצאה בלתי שווה המתבקשת מהשונוות של אותה קבוצה בהסתמך על משתנים אובייקטיביים אמיתיים (ראו: בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 280-281 (2000). אלא עסקינן בריכוז כוח מקצה בידי קבוצות, הקובעות לעצמן אופי ייחודי גורף באופן רנדומאלי הפותח פתח להתבדלות ואפליה, על חשבון קבוצות חלשות אחרות הזקוקות נואשות לדיר. לאחרונה נתן ביהמ"ש העליון את פסק דינו בעניין עע"ם 1789/10 אסתר סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 7 (טרם פורסם, ניתן ביום 7.11.10), אשר בו הציבה כבוד נשיאה ביניים בסימן שאלה את זכותו של הציבור הדתי לאומי, שהינו קהל היעד המרכזי של חברות ועמותות מיישבות בארץ כדוגמת "באמונה", להגנה על מאפייניו הדתיים התרבותיים הייחודיים, וכי אינו בגדר קבוצת מיעוט ככזאת, במיוחד כאשר מדובר בקרקע המיועדת לדיר בתחום ישוב עירוני, ובהתחשב במיקומו של המגרש.

5. הקצאת קרקע ציבורית במסווה העברה לגופים שלישיים - עמותות רשומות בעניינינו - אינה פוטר את הגוף המקצה המוסמך מחובותיו. תקנון העמותה אינו מחליף את הדין המנהלי והחוקתי. הלכת **קעדאן** קבעה את החובה לנהוג בשוויון בהקצאת קרקע, אף אם הדבר נעשה דרך גופים שלישיים:

"חובתה של המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין מופרת אם המדינה מעבירה מקרקעין לגוף שלישי, אשר מצדו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס של דת או לאום. המדינה אינה יכולה להשתחרר מחובתה החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין, על-ידי שימוש בגוף שלישי הנוקט מדיניות מפלה. אכן, את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין".

בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 271-272 (2000)

לעניין החובה הכללית לנהוג בשוויון במכרזים, ראו: סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב - 1992; דפנה ברק ארז "המשפט הציבורי של הפרטה" **עיוני משפט** ל 461, 484-486.

6. העדרה של תניה המבטיחה הקצאה שוויונית, תוך מתן שיקול דעת מוחלט לעמותות פרטיות להקצאת קרקע, מהווה לכל הדעות, הפרטה פסולה של סמכות הקצאת הקרקע על-ידי המינהל ומשרד הבינוי והשיכון. בפסק דינו בעניין הפרטת בתי הסוהר, עמד ביהמ"ש העליון על הסיכון הערכי והמוסרי הכרוך בהפרטת סמכויות הפוגעות בזכויות אדם בחברה המודרנית. ביהמ"ש העליון קבע כי הפרטת שירותים ציבוריים כשלעצמה פוגעת באופן עצמאי בזכות לכבוד, על כן אסור למדינה להעביר את הסמכויות הפוגעניות שהוענקו לה, באופן טוטאלי ובלתי מפוקח, לגופים פרטיים. יפים לעניין זה דבריה של כבוד השופטת פרוקצ'יה, כלהלן:

"מקומו של גורם כח-המרות הממסדי בחברה האנושית המודרנית, הריסון הנדרש בהפעלתו תוך איזונו המתמיד עם זכויות אדם, הסכנה לפגיעה בזכויות יסוד הטמונה בחריגה מהאיזון הנדרש, והכלים והאמצעים הנתונים למדינה בהפעלת הכח הממסדי, כמי שיצרה את כללי השימוש בו, ונושאת באחריות המשפטית, המוסרית והציבורית ליישומם - כל אלה מובילים למסקנה כי אין לנתק בין הגורם השלטוני האחראי ליצירת כללי השימוש בכח, לבין הגורם המפעיל ומיישם אותם, הלכה למעשה.

האמנה החברתית, אשר הפקידה בידי השלטון את האחריות להגדרת נורמות ההתנהגות בחברה, היא שהפקידה בידיו גם את האחריות לאכיפתן, והיא שהתוותה, על פי יסודות השיטה

המשטרתית, את מגבלות השימוש בכח הממסדי, שהגדרת גבולותיו יונקת מחובת כיבוד זכויות האדם באשר הוא.

בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, פסקה 11-12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, ניתן ביום 19.11.09).

ראו לעניין זה גם: יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" **משפטים** לז' 287, 306, 309 (2007); דפנה ברק-אזרז **משפט מינהלי** ב' 406-407 (2010).

7. בנוסף, הפעלת הנוהל באופן מפלה תפגע באופן בלתי מידתי ובלתי סביר בזכויות יסוד מהמעלה הראשונה, ובראשן הזכות לשוויון והזכות לדיור. ראו לעניין זה: בג"צ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464, 481 (2005); עניין **קעדאן** לעיל, עמ' 274-277; בג"צ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25, 65-66 (2002).

8. יודגש כי עצם הרישום החוקי של העמותה המיישבת אצל רשם העמותות, אינו מעלה או מוריד לעניין מילוי גופים פרטיים אלה אחרי החובות הנובעות מסמכויות הקצאה ציבורית. תנאי הרישום החוקי כשלעצמו אין בו בכדי לפטור את משרד הבינוי והשיכון ומינהל מקרקעי ישראל, מחובתם הישירה להקצות קרקע באופן שוויוני. דין שונה חל על רישום עמותה לעומת הקצאת קרקע ציבורית. עמותה הפועלת והמונעת מתוך אג'נדה פוליטית או חברתית זו אחרת, לא תחסם זכות מייסדיה לחופש התאגדות בשל כך, כל עוד היא פועלת במסגרת החוק. מאידך, עמותות מיישבות שמבקשות להשתמש במשאב ציבורי ולחלקו בהתאם להשקפת העולם האישית שלהם, תגרום לפגיעה קשה בזכויות הפרט האחר לקניין, לדיור ולשוויון, ועל כן פסולה היא.

לעניין זה ראו:

בג"צ 5023/91 **פורז נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו(2) 793 (1992); בג"צ 262/62 **פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו**, פ"ד טז 2101 (1962); דפנה ברק ארז "דונם פה דונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" **עיוני משפט** כא 613, 624-628 (1998).

9. כאמור לעיל, ביום 7.11.10 נתן בית המשפט העליון את פסק דינו בערעור שהוגש בפניו כנגד החלטת בית המשפט לעניינים מנהליים בתל-אביב מיום 10.2.10, בה דחה ביהמ"ש עתירה מנהלית שהגישה האגודה לזכויות האזרח כנגד מינהל מקרקעי ישראל וחברת "באמונה", בדרישה שלא להחכיר מגרש במתחם שוק האתרוג בשכונת עגימי ביפו לחברת "באמונה", שזכתה במכרז על המגרש, שכן החברה מסרבת לאפשר לערבים להתמודד על רכישת דירות במתחם המגורים שתקים – עת"מ 2002-09 **אסתר סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל**, (טרם פורסם, ניתן ביום 10.2.10). בעניין **סבא**, עמדה הנשיאה בינייש על החובה המוטלת על המינהל לנהוג בשוויון בהקצאת קרקע לעמותות, גם כשההקצאה עוברת דרך צינור פרטית, כלהלן:

"כן סבורה אני כי יש יסוד לטענה כי המינהל נדרש לפקח על אופן שיווק המקרקעין בשוויון ללא הפליה גם על ידי חברות פרטיות הזוכות במכרזים המוצאים על ידו, כאשר המקרקעין הם מקרקעי המינהל על כל המתחייב מכך".

עע"ם 1789/10 **אסתר סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פסקה 7 (טרם פורסם, ניתן ביום 7.11.10)

10. זאת ועוד. בעניין **אסתר סבא** לעיל (פסקה 7), הודיע המינהל לביהמ"ש במסגרת הערעור, כי בעתיד יוכנס למכרזים המקצים קרקע ציבורית לתאגידים פרטיים, התניה האוסרת על יזמים המשתתפים במכרזים הנערכים על ידו לנקוט אפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדיר. לעניין זה הדגישה כבוד הנשיאה בפסק דינה את חשיבותו של מהלך זה, במילים אלו:

"נראה כי מדובר בקביעה חשובה וראויה נוכח מעמדו הציבורי של המינהל והיותם של מקרקעין לדיר משאב ציבורי מוגבל, שיש לנהוג בשוויון בחלוקתו."

11. בעתירה מנהלית דומה שהגישה האגודה לזכויות האזרח כנגד עיריית תל אביב-יפו וחברת נדל"ן, בעניין מכרז שפרסמה העירייה לרכישת זכויות במתחם השוק הסיטונאי בתל-אביב, וזאת בעקבות פרסומים בתקשורות אודות כוונת יזמים פרטיים להתמודד על המכרז, תוך כוונה לייעד את שיווק המתחם לעובדי שוק ההון וההייטק בלבד. בעתירתה דרשה העותרת מהעירייה, המחזיקה בבעלות משותפת בקרקע, להימנע מהעברת המתחם ליזם אשר מדיניות השיווק שלו מפלה ולהבטיח זאת בחוזה הרכישה (עת"מ 2365/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית תל-אביב יפו**). בדיון בעתירה, מתח ביהמ"ש לעניינים מנהליים בתל-אביב ביקורת קשה על עיריית תל-אביב, אשר נסוגה בעקבות כך מעמדתה והסכימה להוסיף לתנאי מכרז השוק הסיטונאי סעיף המחייב את הזוכה לשווק את הדירות לכל המעוניין, ללא הפליה וללא ועדות קבלה; הסכם זה קיבל תוקף של פסק דין.

12. למיותר להדגיש כי בעתירות המובאות לעיל, נסב הדיון סביב מכרזים ספציפיים שפורסמו מטעם גופים ציבוריים שונים. לעומת זה, בפנייה זו עסקינן בנוהל המסדיר מדיניות רחבה שקובעת שיטת מכרזים מקיפה, כך שההלכה הקבועה לעניין הפיקוח של המנהל או כל גוף מינהלי מקצה, על אופן שיווק הקרקע על-ידי גופים פרטיים, מקבלת משנה תוקף. סטייה מעיקרון השוויון במכרזים המפורסמים מכוח הנוהל, הינה בעלת השלכות רבות ורחבות טווח המתפרשת על מספר רב של מכרזים.

13. ולא זו אף זו, הודעת המדינה בעניין **אסתר סבא** לעיל, לפיה תעוגן תניה האוסרת על אפליה במכרזים עתידיים המקצים קרקע ציבורית לגופים פרטיים, ראוי כי יחול ויחייב את משרד הבינוי והשיכון וכל רשות אחרת המקצה קרקע לגופים פרטיים למיניהם. רק בדרך זו, יובטח עקרון ההרמוניה הנורמטיבית והאחדות המשפטית, אשר יכול את ידי הרשויות השונות הפועלות ככוח מקצה מפני נקיטת יחס מפלה וסלקטיבי. ראו לעניי זה: בג"צ 721/94 **אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דניאלוביץ**, פ"ד מח(5) 749, 761 (1994). זה מתיישב גם עם הגישה הפרשנית בה נקט ביהמ"ש העליון בעניין **קעדאן**, באשר הציב את השוויון כתכלית כללית המתפרשת כמטרייה מעל כל פעולות הרשות המנהלית – ראו עניין **קעדאן** לעיל, עמ' 275-272.

לאור כל האמור לעיל, אנו מבקשים לקבוע התניות ברורות המחייבות את העמותות המתמודדות במכרזים לפי נוהל משרד הבינוי והשיכון (נוהל מס' 07/08) שכותרתו "מכרזים להקצאת קרקע לעמותות", לקיים את עקרון השוויון ואת המשפט המנהלי בכך שיהיה ברור שעליהן להימנע מאפליה מכל סוג שהוא.

בכבוד רב,

חנין נעאמנה, עו"ד