

**אוניברסיטת חיפה**

ע"י ב"כ עו"ד ד"ר י. וינרוט ושות'  
מרח' ויצמן 14 (מרכז ויצמן), תל אביב  
64239  
טל: 03-7181111, פקס: 03-7181112

המערערת

נגד

1. חנין נעאמנה, ת"ז 021659768

2. מאג'דה כבהא, ת"ז 036714442

3. מרוה עבד, ת"ז 036843050

4. עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד סאוסן זהר ו/או חסן ג'בארין ו/או מרואן  
דלאל ו/או סוהאד בשארה ו/או עאדל בדיר ו/או נביל דכואר  
ו/או נור אלעטאונה ו/או פאטמה עגיו  
מעדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
טל': 04-9501610; נייד: 050-7313075; פקס: 04-9503140  
שפרעם, ת.ד. 510, מיקוד 20200.

המשיבים

סיכומים מטעם המשיבים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מתאריך 13.12.06, מוגשים בזאת סיכומים בכתב מטעם המשיבים לפיהם  
מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחיית הערעור נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה שניתן ביום  
17.8.06 בתיק ה"פ 217/05 נעאמנה נגד אוניברסיטת חיפה וזאת מהנימוקים להלן:

**א. כללי**

1. עניינו של ערעור זה הוא בחוקיות השימוש בקריטריון השירות הצבאי/לאומי/עתודאי (להלן: "השירות  
הצבאי") אשר מזכה את המועמדים המבקשים להתקבל למעונות באוניברסיטת חיפה (להלן: "המערערת")

בניקוד התחלתי המגיע כדי 35% מסך הניקוד הכולל. בית המשפט הנכבד קמא קבע, כי אופן השימוש בקריטריון זה על ידי המערערת מפלה את הסטודנטים הערבים על רקע לאום. קביעה זו התבססה על שני נימוקים עיקריים; הנימוק הראשון התבסס על הלכתו המושרשת של בית המשפט העליון לפיה ההפליה על בסיס חשוד נבחנת במבחן התוצאה. במקרה דנן, תוצאת השימוש בקריטריון השירות הצבאי היא הדרת הסטודנטים הערבים ופגיעה בסיכוייהם להתמודד בהליך הקבלה למעונות על בסיס שוויוני, שכן, כל הסטודנטים ששירתו בצבא, שמרביתם יהודים, יזכו בכ-35% מסך הניקוד המזכה אותם במעונות, ואילו הסטודנטים שלא שירתו בצבא, שמרביתם ערבים, לא יזכו באותו ניקוד. הנימוק העיקרי השני של פסה"ד נשוא הערעור מתבסס על התפיסה החוקתית לפיה לא פוגעים בזכויות חוקתיות או בזכויות יסוד אלא בהתאם לפיסקת ההגבלה. לפיכך נקבע, כי אמנם השימוש בקריטריון השירות הצבאי הינו לגיטימי בנסיבות מסוימות אך לאור התוצאה שהוא מוביל אליה - פגיעה בזכות יסוד - הוא חייב להישען על חקיקה ראשית העומדת בתנאי מבחן המידתיות.

2. יצוין מיד, כי המסכת העובדתית והראייתית שעליה התבססו נימוקיו של בית המשפט קמא קובעות, בין היתר, כי סך הניקוד המזכה את הסטודנטים שעונים על קריטריון השירות הצבאי, מגיע ל-35% מהסך המינימאלי ומכאן, מרבית הסטודנטים הערבים לא יזכו בניקוד התחלתי זה. יתר על כן, בית המשפט קמא התבסס על טענת המערערת לפיה הנימוק המצדיק את השימוש בקריטריון השירות הצבאי הינו נימוק כלכלי, היינו, סיוע בדיוור לאלה ששירתו בצבא (יודגש, כי המערערת לא הסתמכה על נימוק ערכי המבקש לעודד את השירות הצבאי ו/או לפצות את אלה ששירתו בצבא, כפי שמבקשת המערערת לטעון לראשונה בערעור זה).

3. חמור מכל, חמור מכל, מהרציונל של המערערת נובע כי השימוש בקריטריון השירות הצבאי הינו לגיטימי בכל מצב, גם אם אינו נשען על חקיקה ראשית כפי שמתבקש מעקרונות חוקי היסוד ופסיקת בית המשפט העליון. על משקל אותו הגיון, כשם שמזכים את אלה ששירתו בצבא בניקוד כה גבוה על מנת לפצותם בגין שנות שירותם ו/או על מנת לסייע להם במישור הכלכלי ו/או על מנת לעודד את השירות הצבאי, ניתן, מאותם טעמים, לקבוע, למשל, שכר לימוד נמוך יותר לאלה ששירתו לעומת אלה שלא שירתו; ליתן עדיפות לאלה ששירתו בצבא בקבלתם לעבודה באוניברסיטה; ליתן הנחות גדולות לאלה ששירתו בצבא לעומת אלה שלא שירתו בכל הקשור לשימוש במתקני האוניברסיטה ובשירותים שהיא מספקת. במילים אחרות, עמדתה המשפטית של המערערת אדישה ביותר לאפקט החברתי והכלכלי שהשימוש בקריטריון הנדון מוביל אליו; ובמובנים חוקתיים, היא אדישה ביותר לפגיעה בערך השוויון על בסיס לאום. הנשיא (בדימוס) ברק עמד על האפקט המפלה כתוצאה מהשימוש בקריטריון השירות הצבאי לאמור:

"באגודה השיתופית למעלה מ-250 משפחות. הן בנו את ביתן בקציר, תוך ניהול אורח חיים במסגרת קהילתית ושיתופית, על-פי הקבוע בתקנות האגודה. 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"ץ 6698/95 קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, פסקה 2 לחוות דעת הנשיא בדימוס ברק (ההדגשה לא במקור).

4. לא זו בלבד שהמערערת מתעלמת מהיסוד החוקתי הקובע, כי פגיעה בעקרון איסור ההפליה, ובמיוחד כשמדובר על בסיס חשוד, חייב להישען קודם כל על חקיקה ראשית, אלא היא מתעלמת גם ממבחן המידתיות. ביהמ"ש קמא קבע, כי הקריטריון הנדון הוא כה פסול עד כי אינו יכול לעבור את המשוכה הראשונה של מבחן המידתיות הדורש הוכחת קיום קשר רציונאלי הדוק ורציני בין התכלית הנטענת לבין האמצעי. לשיטת המערערת, השימוש בקריטריון הנדון חל באופן גורף על כל אלה ששירתו, עשירים כעניים; ללא הבחנה על בסיס מצבם הכלכלי של המועמדים או הצורך שלהם בסיוע למעונות; ואם הוא מבקש לפצות עבור תקופת השירות הרי שלא רק שהוא לא עושה אבחנה בין אלה ששירתו שלוש שנים, או שנתיים (עתודאים) או שנת שירות לאומי אחת, אלא הוא חל גם על אלה ששירתו לפני חמש שנים ואף על אלה ששירתו לפני עשרים שנה.

5. למעשה, המערערת מבקשת להחזיר את המצב המשפטי בנושא השימוש בקריטריון השירות הצבאי, בכל הקשור להטבות כלכליות-חברתיות, לזה ששרר עד חקיקת חוק קליטת חיילים משוחררים בשנת 1994 (להלן: "החוק" או "חוק קליטת חיילים משוחררים") ולפני חקיקת חוקי היסוד. החוק שביקש להפסיק מצב מפלה ושרירותי זה קבע את סל ההטבות הכלכליות והחברתיות המגיעות למשוחררים תוך הגבלת תקופת הזכאות לחמש שנים מיום השחרור. לפני החוק, כל המוסדות, לרבות המוסדות הדו-מהותיים והפרטיים, היו יכולים להשתמש בקריטריון זה ללא הגבלות ואף היה ניסיון לקבוע שכר לימוד שונה באוניברסיטאות על בסיס מבחן השירות הצבאי/הלאומי. כן קבעו נקודות זיכוי שונות להענקת קצבאות ילדים והטבות שונות על בסיס קריטריון זה - הכל מבלי להישען על חקיקה מידתית. פרופ' אמנון רובינשטיין תיאר שרירותו של מצב קודם זה, כדלקמן:

"במקום, שבו קרוב ל-18% מן האוכלוסייה אינם משרתים בצה"ל על רקע לאומי, יש בהחלט סכנה לשימוש לרעה בזכויות חיילים משוחררים... כך למשל, ב-17 במאי 1987 קיבלה הממשלה, ברוב קטן, את הצעתו של השר גדעון פת לקבוע שכר לימוד נמוך יותר 'לבוגרי שירות צבאי (או שירות לאומי)'. החלטה זו חוללה סערה ציבורית ונראתה כמכוונת נגד סטודנטים ערבים. עקב כך ביטלה הממשלה תוך זמן קצר החלטה זו, וב-14 ביוני 1987 מינתה ועדה ציבורית לקביעת שכר הלימוד, וזו קבעה, לבסוף, שכר לימוד אחיד לכל. עלינו לעשות הבחנה ברורה בין מתן זכויות לחיילים המשוחררים לבין שבירת עקרון שוויון הזכויות של תושבי ישראל ללא הפליה. לשם כך, לדעת המחבר, עלינו לקבוע את הכלל החוקתי המוצע לעיל: אין הפליה בזכויות סוציאליות בין תושבי הארץ: יהודים כערבים, אלה ששירתו בצה"ל ואלה שלא שירתו בצה"ל - כולם זכאים לאותן זכויות סוציאליות, לאותו שכר לימוד באוניברסיטה, לאותם תנאי קבלה, לאותם שיכונים, לאותן קצבות ילדים. הגמול למשרתים בצה"ל על אבדן שנות לימודים ועבודה יקרות צריך להיות אחד וברור - תשלום בכסף בעד השירות: בין אם תשלום חודשי נאות ובין אם מענק שחרור, שגודלו ייקבע על פי תקופת השירות בצה"ל. מי שאינו משרת, אינו ראוי לגמול - בין אם הוא יהודי, בין אם לאו."

א. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך ראשון, הוצאת שוקן 1991) עמ' 315.

6. פרופ' קרצ'מר התייחס ספציפית לשימוש בקריטריון השירות הצבאי בקבלה למעונות אשר שרר בעבר, כדלקמן:

"באשר לקבלה למעונות הסטודנטים, כל האוניברסיטאות כוללות שירות צבאי כאחד הקריטריונים לקבלה, אם כי המשקל הניתן לקריטריון זה, משתנה מאוניברסיטה אחת לשנייה. כתוצאה מכך, בכמה אוניברסיטאות, הפחית השימוש בקריטריון זה באופן משמעותי את סיכויי הערבים לזכות במקום במעונות, במיוחד באותן אוניברסיטאות בהן מספר המקומות במעונות מצומצם במיוחד. מקרה זה מדגים את ההשפעה שיש לשירות הצבאי כקריטריון להטבות בשוק שהוא מוגבל ממילא, על יכולתם של הערבים ליהנות משירותים, אם בכלל."

ד. קרצ'מר, "שירות צבאי כקריטריון להטבות כלכליות", **זכויות האדם והאזרח בישראל**, כרך ג (ירושלים, האגודה לזכויות האזרח, 1992) 196, עמ' 199-200.

7. לא במקרה, על כן, מבקשת המערערת היום להישען על פס"ד בבג"ץ 200/83 **וּוּתַאד נגד שר האוצר**, פ"ד לח(3), 113 אשר דחה את העתירה בעניין השוואת גובה נקודות הזיכוי והתמיכה בעד קצבאות ילדים בין אלה ששירתו לבין תלמידי הישיבות. על פס"ד זה נמתחה ביקורת משפטית חריפה שכן התוצאה של קביעותיו היא שכמעט כל היהודים - אלה ששירתו ואלה שלא שירתו - ייהנו מהטבות מיוחדות ורק האזרחים הערבים לא ייהנו מהן. על פס"ד זה מציין פרופסור רובינשטיין "ניתן לחלוק על החלטה זו, שכן במציאות מדובר על הענקת תמיכה של המדינה למגזר לא מבוטל בקרב האוכלוסייה היהודית, בלא שום הסדר מקביל בקרב אוכלוסיות אחרות. נראה כיצד נחקק הסדר מיוחד זה ומה הייתה כוונתו." ראו הערת שוליים מס' 1, עמוד 303.

7. באמרת אגב נציין כי, לאור ההפליה ההיסטורית אשר שררה בעבר נגד הסטודנטים הערבים באוניברסיטאות בישראל, אזי התביעה שאמורה להיות מונחת היום בפני בית המשפט הנכבד, הינה דווקא תביעת הסטודנטים הערבים נגד אוניברסיטת חיפה הדורשת להנהיג מידיניות העדפה מתקנת בקבלה למעונות ולא ערעורה של אוניברסיטת חיפה נגד סטודנטים ערבים בעניין השוויון (ראו לדוגמה: *Regents of University of California v. Bakke* 438 U.S 265 (1978)).

8. המשיבים יטענו, כי השימוש בקריטריון השירות הצבאי הינו "שימוש חשוד" מאחר והוא מוביל להדרת האזרחים הערבים, שרובם הגדול לא משרת בצבא. לכן, שימוש זה יהיה כשיר אם הוא נשען על חקיקה מסדירה אשר עומדת במבחן המידתיות. החוק, כפי שיוסבר להלן, הוא מידתי ותכליתו להסדיר את התמיכה הכלכלית - חברתית לחיילים משוחררים. החוק מעניק, בין היתר, הטבות הן בסיוע בשכר לימודים והן בסיוע לדיוור. החריגה מהסדר חקיקתי זה תוביל למצב מפלה על רקע לאום בניגוד לעקרונות החוקתיים.

9. המערערת מבקשת במקביל להישען על פס"ד **בשארה**, (בג"ץ 11956/05 **בשארה נגד שר הבינוי והשיכון**) (טרם פורסם, ניתן בתאריך 12.12.06), אשר ניתן לאחרונה ובו אושרו הטבות בסיוע לדיוור לחיילים משוחררים. המשיבים יסבירו ויפרטו בסיכומים שלהלן, כי להבדיל מהמקרה דנן, פסק-דין **בשארה** נשען, בין היתר, על

ההנחה שההטבה ניתנת מכח חקיקה ראשית, וכי ההטבה מוגבלת לחמש שנים ממועד השחרור, ושכל מקרה ההטבה חייבת להיות מידתית. יתר על כן, לפי פרשנותה של המערערת לפסק-דין **בשארה**, שימושה של אוניברסיטת חיפה בקריטריון הנדון הינו דווקא בלתי מידתי, שכן היא מבקשת להעניק למועמדים הטבה בדיוור בקבלה למעונות אשר מתווספת על ההטבות שנקבעו הן בפס"ד **בשארה** והן בחוק קליטת חיילים משוחררים.

### התערבות בשיקול דעת המערערת

המשיבה טוענת, כי היא מוסמכת לכלול את ההטבה בגין שירות צבאי לצורך הענקת ניקוד לקבלה למעונות מכח סמכותה לנהל את ענייניה לפי סעיף 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח - 1958. טענה זו אין לה על מה לסמוך, כיוון שאינה נכנסת לגדר ענייני ניהול אקדמאיים ומנהליים בקמפוס, אלא היא נוגעת למימושן של זכויות היסוד ובראשן הזכות לשוויון אשר חלות על המערערת. המערערת ממלאת תפקיד חברתי ממדרגה ראשונה כגוף ציבורי שזהותו, מהותו ואופיו בעלי חשיבות רבה. על כן הוגדרו המוסדות להשכלה גבוהה ע"י בתי המשפט כמוסדות "דו-מהותיים" המחויבים לכבד ולקיים את עקרונות המשפט הציבורי. להחלת כללי הדואליות הנורמטיבית, ראו: ע"א 249/91 **חברה קדישא נ' קסטנבאום**, פ"ד מו (2) 464, 492; בג"צ 4212/91 **המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל**, פ"ד מז (2) 661, 678; ע"פ 293/89 **סוקולובסקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו (3) 92, עמ' 149-150; רענן הר-זהב וברק מדינה, **דיני השכלה גבוהה**, (תל-אביב, תש"ס 1999), 267-276; ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ**, פ"ד מט (3) 196, 204-205; ראו גם: בג"ץ 731/86 **מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד מא (2) 449; א' בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 11; ד' ברק ארז "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 273; י' זמיר ומ' סובול "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165 בעמ' 174-179. כמו כן, ראו:

*Grutter v. Bollinger et al.* 288; *Regents of University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978)

*Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); F.3d 732;

לא זו אף זו, התערבות בית המשפט בהליכי בית הדין המשמעתי של המשיבה הותרה אף היא הן מכח החלת עקרון הדואליות הנורמטיבית והן מכח ההכרה במימושם של עקרונות היסוד החלים על המשיבה. ראו: ה"פ (מחוזי חיפה) 1393/93 **נפאע נ' אוניברסיטת חיפה**, (לא פורסם), ניתן ביום 27.7.94, עמ' 10-11. ראו גם: ע"א (מחוזי באר שבע) 1038/00 **פנר נ' אוניברסיטת בן גוריון**, לא פורסם, תק-מח 2001(3), 7720, עמ' 8; הפ (מחוזי ירושלים) 1 / 94 **התאחדות הסטודנטים בישראל נ' האוניברסיטה העברית בירושלים** נד (2) 508, עמוד 509, 514-516; ד' ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי - תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה (תשנ"ט-תש"ס) 95, 97-99; י' זמיר, **הסמכות המינהלית**, (ירושלים: נבו הוצ' לאור, 1996) (כרך א), עמ' 277.

11. במהלך הדיון בפני בית משפט קמא, טענה המערערת, כי אין היא טוענת שהשימוש בקריטריון השירות הצבאי נעשה מתוך שיקול ערכי – היינו, תמיכה במי שתרים למדינה - אלא השיקולים העומדים בפניה הינם שיקולים כלכליים בלבד (ראו סעיף 15 לסיכומים שהוגשו מטעם המערערת לבית משפט קמא). בהסתמך על הצהרה זו, קבע בית משפט קמא בסעיף 27 לפסק דינו, כי אין הוא פוסק בשאלת השיקול הערכי וסמך את קביעותיו על השיקול הכלכלי העומד מאחורי חלוקת ההטבות לחיילים משוחררים בקבלה למעונות אצל המערערת. למרות זאת, טוענת המערערת בהודעת הערעור, בין היתר, כי יש להתחשב בשיקול הערכי בכל הנוגע למתן הטבות לחיילים משוחררים בקבלה למעונות. ניסיון הרחבת החזית ו/או שינויה, מופיעים במספר מקומות נוספים בהודעת הערעור ובתצהירים הנתמכים בה. המשיבים יטענו, כי בשל ויתור המערערת על השיקול הערכי בפני בית המשפט קמא, היא מנועה מהעלאת טענות כלשהן אודות השיקול הערכי העומד מאחורי השימוש בשירות הצבאי. הלכה פסוקה היא, כי הרחבת חזית ו/או שינויה לא יותרו אלא בהסכמת בעל הדין שכנגד (ראו: ע"א 3387/03 אלמקייס נגד בן דוד (טרם פורסם, ניתן בתאריך 8.9.05); ע"א 759/76 פז נגד נוימן, פ"ד לא(2) 1699. משלא ניתנת הסכמה להרחבת החזית, יש להורות על פסילת הטענות הנגועות בה. המשיבים התנגדו לניסיון הרחבת החזית ו/או שינויה עוד בשלב הבקשות לעיכוב ביצוע פסק הדין שהגישה המערערת הן לבית המשפט קמא והן לבית המשפט הנכבד. ראו למשל שורות 2-8 לפרוטוקול הדיון בבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין בבית משפט קמא מתאריך 5.3.07 (רצ"ב הפרוטוקול ומסומן א').

12. לחילופין ולמען הזהירות בלבד, יטענו המשיבים כי יש לדחות את טיעון המערערת בדבר קיום שיקול ערכי נוסף מעבר לשיקול הכלכלי העומד מאחורי חלוקת ההטבה בגין השירות הצבאי. בנוסף לטיעונים החוקתיים שהמשיבים יעלו בהמשך, יצוין כי גם בהעדר קיומה של חוקה פורמאלית קבע בימ"ש נכבד זה, כי כל אינטרס המבקש לגבור על מימושן של זכויות יסוד חייב להתבסס על תשתית עובדתית מוצקה, בעלת עוצמה רבה ביותר המשכנעת בדרגה גבוהה כי נסיגת הזכות מפני ההגנה על האינטרס הציבורי הינה מחויבת בנסיבות העניין. תורת המשפט של פס"ד קול העם משנת 1953 היא הבסיס הפילוסופי לכך (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נגד שר הפנים, פ"ד ז(1) 871). לא למותר להוסיף, כי גם כאשר מוסדות ממשלתיים ביקשו להגן על ערכים שעוצמתם הציבורית חזקה בהרבה מאלה שהמערערת מעלה היום, לא נעתר בית משפט נכבד זה לעמדתם והוא נתן משקל מכריע לערך השוויון.

13. כך למשל, בבג"ץ 6698/95 קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 שם הסתמך מינהל מקרקעי ישראל בטענותיו על השיקול הערכי בדבר יישוב יהודים ברחבי הארץ בכלל, ויישוב יהודים באזורים שהנוכחות היהודית בהם היא דלילה, בפרט. בית המשפט הנכבד דחה את טענת המינהל בדבר קיום שיקול ערכי הנותן הכשר להפליה על בסיס לאום; בענין אזורי העדיפות הלאומית שנדונה בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל, תק-על(1) 2006, 2562, נדחתה טענת המשיב בדבר קיומו של שיקול ערכי המצדיק הפליה על רקע לאום. במקרה זה טען המשיב, כי קיים שיקול

ערכי בעידוד התיישבות ביישובי הפריפריה כאשר השיקול החברתי-כלכלי לא היה השיקול המכריע בקביעת אזורי עדיפות לאומית.

### **הרקע העובדתי - שיטת הניקוד לצורך קבלת מעונות**

14. במהלך שנת הלימודים תשס"ו, ניהלה המערערת מעונות המספקים מענה לכ-1,114 סטודנטים. מכלל המעונות הנ"ל, עמדו לחלוקה 517 מעונות בלבד, אשר ניתנה לגביהם אפשרות הגשת בקשת מועמדות לקבלה לפי הקריטריונים המפורטים בתקנון המעונות.

15. בשנת הלימודים תשס"ו, בה הוגשה התביעה לבית משפט קמא, עמדה דרישת הסף המינימאלית אשר זיכתה את המועמדות בקבלת מעון על 61 נקודות, כאשר הניקוד המקסימאלי שניתן היה לצבור עמד על 168 נקודות. מתוך הניקוד המקסימאלי הנ"ל, 20 נקודות הוענקו למי ששירת בצבא (כאמור בהודעת הערעור, בשנת תשס"ו בוטלו 5 נקודות עבור שירות מילואים). **מכאן, מי ששירת בצבא צבר בשל שירותו הצבאי כ-35% מסך הניקוד המינימאלי הנדרש לצורך הקבלה למעונות.**

16. יצוין, כי בין שאר הקריטריונים בבדיקת הזכאות לקבלה למעונות, כללה המערערת קריטריונים הקשורים לבדיקת מצבו הכלכלי של המועמד, כגון: הישגים אקדמאים, מרחק גיאוגרפי בין המגורים לבין האוניברסיטה, הכנסתו של המועמד, מצבה הכלכלי של משפחת המועמד וקריטריונים אחרים אישיים. אין לקבל את שיטת החישוב של המערערת לפיה הניקוד עבור שירות צבאי מהווה 12% מסך הניקוד (ראו סעיף 17 להודעת הערעור), שכן לפי שיטה זו מחושב אחוז הניקוד הנצבר מסך הניקוד המקסימאלי ולא מסך הניקוד המינימאלי. על כן, יש לחשב את משקל הניקוד הניתן עבור קריטריון השירות הצבאי כאחוז מסך הניקוד הנדרש לצורך קבלת הבקשה להתגורר במעונות.

17. מספר המעונות העומד לחלוקה בין כלל המבקשים הינו מוגבל. העובדה שמשקל הניקוד עבור שירות צבאי מזניק את הניקוד שיכול מועמד לקבל ל-35% מסך הניקוד המינימאלי, מדגישה ומחדדת, בין היתר, את חוסר המידתיות שבמתן משקל כה גבוה לקריטריון דנן, יחסית למספר המעונות המצומצם והמוגבל.

### **ב. מדוע השימוש בקריטריון השירות הצבאי במקרה דנן מוביל לתוצאה מפלה על רקע לאום**

18. כידוע, מרבית האוכלוסייה הערבית, אינה נקראת לשירות צבאי ועל כן בניה ובנותיה אינם משרתים בצבא וזאת מסיבות שאין צורך לפרטן במעמד זה. על כך עמד בית משפט קמא בסעיף 35 לפסק דינו.

19. הלכה פסוקה היא, כי המבחן לבדיקת ההפליה על רקע לאום הינו מבחן התוצאה, לכן, כאשר האפקט הוא אפקט מפלה על רקע לאום, אזי האמצעי שהוביל לכך הינו פסול גם בהעדרה של כוונה כלשהי להפלות. ראו: בג"ץ 6698/95 קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל, תק-על(1) 2006, 2562; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נגד שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3), 630, 654.

20. במקרה דנן, קביעת הזכאות לקבלה למעונות אצל המערערת נעשית על פי השוואת הניקוד בין הסטודנטים המועמדים. השוואת הניקוד מהווה אחת השיקולים לקביעת נקודת הסף שעל סטודנט לצבור על מנת שיתקבל למעונות והסף משתנה מדי שנה בהתאם. התוצאה הינה שנקודת הזינוק של הסטודנט הערבי, שלא שירת בצבא היא אפס, בעוד שנקודת הזינוק של סטודנט ששירת בצבא היא לכל הפחות 20 נקודות.

21. יודגש כי בבדיקת **מבחן התוצאה**, יש לקחת בחשבון את אפקט השימוש בקריטריון השירות הצבאי על כלל קבוצת הסטודנטים הערבים. לטענת המערערת, במבחן התוצאה, 35% מסך המועמדים המתקבלים למעונות הינם סטודנטים ערבים, כאשר אחוזם בקרב כלל הסטודנטים הלומדים באוניברסיטה עומד על כ- 20%, אולם אין לקבל טיעון זה, שכן תכלית חלוקת המעונות הינה, כפי שהובהר ע"י המערערת ואושר ע"י בית משפט קמא בפסק הדין, לסייע למי שידו אינו עולה לממן מגורים בתקופת הלימודים וזאת במטרה לסייע ולהקל על אותם סטודנטים במהלך תקופת לימודיהם. אם כל המועמדים מתקבלים על בסיס מעמד כלכלי נחות יחסית לשאר המועמדים, אזי אחוז הסטודנטים הערבים אמור להיות הרבה יותר גבוה מאחוז המתקבלים בפועל העומד על 35%, שכן, מעמדם הכלכלי של הערבים בכלל, הוא מהירודים ביותר מקרב האוכלוסייה. מעמד זה משתקף מנתוני גופים ממשלתיים שונים ומכסה מכלול של תחומי החיים, לרבות רמת שכר, עוני, אבטלה וצפיפות בדיוור (למעמדם הכלכלי של האוכלוסייה הערבית, ראו נספחים 7 עד 12 שצורפו לכתב התשובה של המשיבים אשר הוגש לבית המשפט קמא, המסומן מוצג מס' 5 בתיק המוצגים מטעם המערערת). כאן, יישום נכון של התכלית הכלכלית העומדת מאחורי חלוקת מעונות לסטודנטים לאור אחוז הסטודנטים הערבים היה אמור להניב תוצאה אחרת לפיה מספר הסטודנטים הערבים גבוה בהרבה מאלה המתקבלים היום (35%). גם בית משפט קמא התייחס לכך וקבע, **"ואם המבחן הינו מצב כלכלי, אך טבעי הוא שמספרם של בני המיעוט הערבי הזכאים למעונות בשל מצב כלכלי יהיה גדול."** (ראו סעיף 37 לפסק הדין של בימ"ש קמא).

22. תוצאת הכללת קריטריון השירות הצבאי ברשימת הקריטריונים לקבלה למעונות מביאה לתוצאה אבסורדית, לפיה בבדיקת מועמדות סטודנט יהודי, אפקט התכלית הכלכלית מנוטרל לאור העובדה כי 35% מסך הניקוד הנדרש לצורך הקבלה למעונות נזקף לשירות הצבאי. במצב זה, מתערבב השיקול הכלכלי בשיקולים זרים אחרים ולא רלוונטיים. טלו, למשל, מקרה בו קיימים שני מועמדים, אחד יהודי ששירת בצבא ומצבו הכלכלי טוב והשני ערבי שלא שירת בצבא ומצבו הכלכלי גרוע. היהודי יקבל 20 נקודות עבור השירות הצבאי ולא יקבל מאומה עבור מצב כלכלי, והמועמד השני, הערבי, יקבל את אותו ניקוד אך עבור המצב הכלכלי. השיקולים הנלקחים בחשבון בדיון בבקשות מועמדים ערבים הינם כלכליים גרידא ואילו כשמדובר ביהודים, קיימת תערובת שיקולים שבסופו של דבר מזכים אותם בניקוד נוסף בעל משקל כבד מאוד מסך הניקוד המינימאלי הדרוש לצורך קבלה למעונות.

23. המשיבים יטענו, כי יש לדחות את טענת המשיבה לפיה הטבה לסטודנטים בקבלה למעונות בשל שירותם הצבאי, אינה בגדר שונות בלתי רלוונטית לצורך טענת הפליה. השירות צבאי הוא שם קוד לביצוע הפליה נגד הציבור הערבי. פרופ' קרצ'מר התייחס מפורשות להענקת הטבה בגין שירות צבאי בקבלה לאוניברסיטה



ובקבלה למעונות סטודנטים וציין, כי הן מוגבלות לחיילים משוחררים בלבד. הוא גם ביקר את השימוש שנעשה בעבר בקריטריון השירות הצבאי לצורך תשלום קצבאות ילדים מאת הביטוח הלאומי:

"It seems clear to the present writer that payment of extra children's allowances to "soldiers" and "family members" is an instance of covert discrimination. There is no reasonable connection between service in the army and the extra allowances, as can be seen if the following factors are considered: A soldier is a person who served at any time in the past in the army, and for any length of time. Thus, for example, a person who served for a month thirty years ago, and was then discharged automatically becomes eligible for the extra allowances... The type of payment, a children's allowance for medium-sized and large families, bears no relation to the criterion for payment: service in the army, police or prison service. This type of payment is clearly a social benefit and not some kind of benefit given to ex-soldiers to enable them to adjust to civilian life. Benefits of this type paid either universally, or according to income criteria, are understandable. But it is difficult to understand how army service at any time...can be regarded as a relevant criterion for entitlement to such benefits."

David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Westview press 1990) 101.

24. והשוו עם דברי המלומדים ברק מדינה ואמנון רובינשטיין בספרם **המשפט החוקתי של מדינת ישראל**:

#### עקרונות יסוד :

"ביטוי חשוב להכרה במאפיינים קבוצתיים ייחודיים של המיעוט הערבי- הפעם על בסיס לאומי מובהק- ניתן בתחום אי- גיוס לשירות צבאי [...] הפטור משירות הוא בעל השלכה חשובה מאוד על הלכידות הפנימית של המיעוט הערבי בישראל, ובנסיבות הנוכחיות הוא נתפס כהכרחי לשימור מעמדו המיוחד של המיעוט הערבי במערך היחסים המורכב שבין מדינת ישראל לבין העם הפלסטיני. עם זאת אין להצדיק הפליה קבוצתית כלשהי, הן במישור העירוני (חוסר אימון בציבור הערבי) והן במישור הזכויות האזרחיות והכלכליות של אזרחי ישראל הערבים."

א. רובינשטיין וב. מדינה, **המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד** (ירושלים: הוצ' שוקן, מהדורה שישית, 2005) עמ' 452 – 454.

25. יודגש, כי המערערת עצמה היתה מודעת לבעייתיות הקיימת בהענקת ניקוד בגין שירות צבאי. לראיה, בתאריך 18.2.1998 דנה ועדת המעונות בהצעה שעניינה הפחתת הניקוד שניתן בגין קריטריון השירות הצבאי בהיותו פוגע בסיכויי קבלת סטודנטים ערבים למעונות. בסופו של יום, הוועדה לא ביטלה את קריטריון השירות הצבאי ואף לא המליצה על הפחתת הניקוד עבורו, אך המליצה על מציאת פיתרון לבעיית הנשים מהמגזר הערבי שאינן מתקבלות למעונות במסגרת ועדות הערער. יתר על כן, ממכתבה של גבי דליה מורג, מנהלת המעונות, עולה כי לא זו בלבד שההפליה הינה על רקע לאום אלא שהיא הפליה על רקע מגדרי-לאומי הפוגעת פגיעה כפולה ומפלה נשים גם בתוך הקבוצה הלאומית. העתק מכתבה של גבי דליה מורג אל תיק הקריטריונים, מתאריך 23.2.1998, צורף לתגובת המשיבים שהוגשה לבית משפט קמא וסומנה (13).

26. המדינה עצמה רואה בשימוש לא ענייני בקריטריון השירות הצבאי צורה ברורה ומובהקת של הפליה פסולה. כך, למשל, הוגש כתב אישום נגד חברה שפרסמה מודעות דרושים שכללה תנאי שירות צבאי בקבלה לעבודה נשוא המודעה. בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב, שהוגש בפניו כתב האישום מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח - 1988 אשר כלל אישום של הפליה נגד ציבור מסוים, הרשיע ביוני 2003 את הנאשמים בדין. ראו: פ 1038/99 **מדינת ישראל - משרד העבודה והרווחה נגד תפקיד פלוס בע"מ** (לא פורסם, הכרעה מיום 12.6.03).

### ג. האם השימוש בקריטריון השירות הצבאי במקרה דנן עומד בתנאי פיסקת ההגבלה?

#### הפגיעה בעקרון השוויון לא נעשתה עפ"י חוק

27. בשל התוצאה המפלה הנובעת מהשימוש בקריטריון השירות הצבאי, יש לבחון את המקור לפיו הוסמכה המערערת להעניק את ההטבה כקבוע בפיסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. במקרה דנן, ההסמכה לא נעשתה מכח חוק, אלא בנוהל פנימי של המערערת - תקנון ועדת המעונות, אשר הוא זה שהעניק את ההסמכה לחלוקת ההטבה בגין השירות הצבאי. מכאן ובהעדר הסמכה בהסדר ראשי, פעלה המערערת בחוסר סמכות ההופכת את ההטבה לבלתי חוקית ועל כן יש לבטלה.

28. יתר על כן, חוק קליטת חיילים משוחררים, שהרחיב את ההטבות שהוענקו לחיילים משוחררים עפ"י חוק חיילים משוחררים, התשמ"ד - 1984, (להלן: "**החוק הישן**") , כבר קובע את מסגרת ההטבות שניתן להעניק להם. כך למשל, סעיף 19(א) לחוק הרחיב את תוקף הזכאות לחיילים משוחררים מתקופה של שלוש שנים לחמש שנים מיום סיום השירות הסדיר.

29. המערערת מרחיקה לכת וטוענת, כי רשימת ההטבות שניתן להעניק לחיילים משוחררים לפי חוק זה, הינה פתוחה ומכאן היא מוסמכת להוסיף עליה. המשיבים יטענו, כי טענה זו אין לה על מה לסמוך ויש לדחותה על הסף. השתלשלות התפתחות החוק מעידה, כי המחוקק התכוון שהרשימה הכלולה בו תהא סגורה. סעיף 10 לחוק הישן כלל הטבה לחיילים משוחררים בתחום ההשכלה הגבוהה וקבלה למעונות, אולם היא בוטלה בחוק החדש והמחוקק החליט שלא לאמצה. החלטת המחוקק באה אחרי דיונים רבים בכנסת, במטרה לשמור על עיקרון השוויון וכדי להימנע מהפליית האוכלוסייה הערבית במדינה. דברים אלה מוסברים היטב בדברי ח"כ ענת מאור בדיון שקיימה הכנסת לקראת קריאה שנייה ושלישית לחוק:

**"הנקודה השלישית, הוצאנו מן החוק שני סעיפים שהיו סעיפים מפלים כלפי המיעוט הערבי במדינה - זה שניסה לתת העדפה לחיילים משוחררים בקבלה לעבודה וזה שניסה לתת העדפה בקבלתם להשכלה גבוהה. טוב שהוועדה ביטלה זאת, שכן ענייננו לתת מענק, ובדין, לחיילות ולחיילים ששירתו במשך שנתיים, שלוש שנים ויותר את המדינה, אבל זאת בלי לפגוע בעקרון שוויון האזרחים כולם במדינה, ואני שמחה שבהסכמה הבאנו הצעת חוק שבה הורדו שני הסעיפים הללו."** (ההדגשה לא במקור)

ד"כ כו (תשנ"ד) 6289, עמ' 6296.

לעיון בעמודים הרלוונטיים מפרוטוקול הכנסת מיום 19.4.1994, הצעת חוק קליטת חיילים משוחררים, תשנ"ד-1994 (קריאה שנייה וקריאה שלישית), ראו נספח 17 לכתב התגובה שהוגש מטעם המשיבים לבית משפט קמא ואשר צורף כמוצג 5 בתיק המוצגים של המערערת.

30. האמור לעיל מאשש את המסקנה לפיה התכוון המחוקק לכך שרשימת ההטבות לחיילים משוחררים שנכללו בחוק תהא **רשימה סגורה**. לכן שתיקת בחוק בנושא ההטבות בקבלה למעונות נעשתה מדעת ומהווה הסדר שלילי שלא ניתן להוסיף עליו. ראו: בג"ץ 03 / 212 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, נז (1) 750, עמוד 759-758.

31. חיזוק למסקנה זו עולה מלשון החוק עצמו. עפ"י סעיף 7 לחוק ניתן להקים קרן נוספת אשר תשמש למתן סיוע נוסף מעבר לפיקדון. סעיף 7 (ד) מסמיך את הנהלת הקרן, שר הביטחון, שר האוצר וועדת העבודה הורווחה של הכנסת, לקבוע כללים ומבחנים למתן סיוע לחיילים משוחררים מהקרן לסיוע נוסף. כוונת המחוקק היתה, כי כל הטבה נוספת, כולל דיור, חייבת להיות מוסדרת בכללים למתן סיוע מהקרן לסיוע נוסף. משהטבה במקרה שבפנינו לא הוסדרה במסגרת הקרן לסיוע נוסף שהוקמה לפי החוק, אזי יש לקבוע כי ההטבה ניתנה באופן לא חוקי.

32. יתר על כן, סעיף 19 לחוק מגביל את הזכאות להטבות הניתנות לחיילים המשוחררים על פיו **לחמשת השנים** הראשונות שלאחר סיום השירות הסדיר. לעומת זאת, במקרה שבפנינו, אין כל הגבלה לזכאות להטבה בגין שירות צבאי בקבלה למעונות. מי שסיים שירות צבאי שנה אחת לפני תחילת לימודיו יהא זכאי לאותה הטבה שיהיה זכאי לה מי ששירת 20 שנה לפני כן. מכאן, לא זו בלבד שההטבה ניתנה בחוסר סמכות אלא שהעדר הגבלה על תקופת הזכאות, כקבוע בחוק, הופכת אותה לבלתי מידתית.

33. כמו כן, מטרת ותכלית החוק היא להטיב עם החיילים באופן מפורש, בין השאר, כדי למנוע הפליה בחלוקת הטבות מכוח אותו הקשר. כוונת החוק הברורה היא שלא תהיה זליגה של הטבות או סיוע ממשלתיים תוך שימוש בקריטריון של שירות צבאי, מעבר למה שקבוע ומוגדר בחוק באופן מפורש. כך גם צויין ע"י מדינה ורובינשטיין:

**"החוק היום עורך הבחנה ברורה בין מתן זכויות לחיילים המשוחררים לבין שבירת עיקרון שוויון הזכויות של תושבי ישראל ללא הפליה: כולם זכאים לאותן זכויות סוציאליות, לאותו שכר לימוד באוניברסיטה, לאותם שיכונים, לאותן קצבאות ילדים."** (ההדגשה לא במקור)

אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (תל-אביב, שוקן הוצ' לאור, 1996), חלק ראשון, 302.

34. הענקת ההטבה לחיילים משוחררים מעבר למה שהוסמך בחוק, נוגד את עקרון שלטון החוק באופן מהותי. לכן, לא רק שהמדיניות בה נוקטת המערערת מנוגדת לחוק, אלא יש בה פגיעה באחת הזכויות החוקתיות החשובות ביותר. (על חשיבות עקרון שלטון החוק ואיסור הפגיעה בו, ראו: בג"ץ 428/86 **יצחק ברזילי, עו"ד נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מ (3) 505, 621 – 622; רע"פ 1127/93 **מ"י נגד קליין** מח (3) 485, 515; ע"ב 2/84

ניימן ואח' נגד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-11 לט (2), 225, 261; בג"ץ 3784/95 "בצדק" נגד ממשלת ישראל מט (5) 362, 364.

35. בנוסף, בהיעדר הרשאה מכח חוק המסמיכה את המערערת להעניק הטבה מעבר למה שנקבע בחוק קליטת חיילים משוחררים, קיימת פגיעה בעקרון חוקיות המינהל המחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד. ראו: בג"ץ 428/86 ברזילי נגד ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך א' (נבו הוצאה לאור, 1996), 49.

36. למסקנה זו הגיע גם בית משפט קמא.

#### **אבחנתו הרלבנטית של פסק דין בשארה**

37. המערערת סומכת את טענותיה בהודעת הערעור, בין היתר, על פסק הדין שניתן לאחרונה בעניין **בשארה** (בג"ץ 11956/05 **סוהאד בשארה נגד שר הבינוי והשיכון**) (פסק דין מיום 13.12.06, טרם פורסם). המשיבים יטענו, כי הקביעה בפס"ד **בשארה** מקורה בטעות מהותית, שכן, היא מבוססת, בין היתר על העובדה, כי ההטבה שבמחלוקת נקבעה בחקיקה ראשית, למרות שבפועל היא נקבעה בנוהל פנימי של משרד ממשלתי. בסעיף 5 לפס"ד **בשארה** קבע בית המשפט, כי ההטבות הנסמכות על שירות צבאי, נקבעו בחוק ועל כן אין צורך לבדוק את חוקיותן לאור פסק הדין בעניין **ועדת המעקב העליונה**, אשר פסל חלוקת הטבות לאזורי עדיפות לאומית שנקבעו ע"י הממשלה מכח סמכותה השיורית. אולם, ההטבות נשוא פסק דין **בשארה**, ניתנו מכח נוהל פנימי של משרד ממשלתי ולכן ניתן לטעון שהקביעה בפס"ד **בשארה** לא ביטלה את ההלכה הפסוקה בעניין **ועדת המעקב העליונה**.

38. יודגש, כי הוגשה בקשה לדיון נוסף בעניין פס"ד **בשארה** דנג"ץ 1241/07 **בשארה נגד שר הבינוי והשיכון** (תלוי ועומד), אך טרם נקבע דיון בפני בית המשפט העליון בעניין הדנג"ץ. (רצ"ב העתק הבקשה לדיון נוסף לעיל, מסומנת ב').

39. כך או כך, את פס"ד **בשארה** ניתן לאבחן מהמקרה שבפנינו, שכן עובדתית, קיים שוני מובהק בין שני המקרים. במקרה שבפנינו, מקור ההסמכה להענקת ההטבה אינו קיים מכח חקיקה ראשית או משנית, כי אם מכח נוהל פנימי של המערערת - תקנות המעונות. מכאן, כללי הביקורת השיפוטית שונים מאלו שהופעלו בפס"ד **בשארה**. בית משפט קמא חיזק מסקנה זו, וקבע כי השוני במקור ההסמכה במתן ההטבה מחייב אבחנת פס"ד **בשארה** מהמקרה שבפנינו (רצ"ב ההחלטה, מסומנת ג'). ראו, סעיף 13 להחלטת בית משפט קמא מתאריך 8.3.07 שניתנה בעניין בקשת המערערת לעיכוב ביצוע פסק הדין

40. יתר על כן בפס"ד **בשארה**, קבע כב' הנשיא בדימוס ברק, כי קביעתו באותו פסק דין **נכונה למקרה שנדון בפניו בלבד, וכי בעתיד, על בית המשפט לבדוק כל מקרה לגופו ולנסיבותיו**. כן נקבע, כי לא בכל מקרה ניתן לעשות שימוש בקריטריון השירות הצבאי לצורך מתן הטבות, ולא בכל מקרה בו נעשה שימוש ככזה, ניתן לקבוע באופן חד משמעי שההטבה איננה פסולה (ראו, סעיף 9 לפסק דינו של הנשיא בדימוס ברק). מכאן, תחולת פס"ד **בשארה** אינה מובנת מאליה, אלא בחינה ספציפית של המקרה הנדון, היא זו שתכריע את

התוצאה בכל עניין ועניין. גם בית משפט קמא חיזק מסקנה זו בקובעו בסעיף 14 להחלטה בעניין עיכוב ביצוע פסק הדין (נספח ג'), מתאריך 8.3.07, כי:

**"משמע הקביעה כי לצורכי הסדר מסוים - חלוקת הטבות לפי חוק ההלוואות לדיור - רשאית לכלול קריטריון של שירות צבאי ולאומי - אינה מחייבת מסקנה זהה לגבי ההסדר לחלוקת מעונות."** (ההדגשה לא במקור)

41. בית משפט קמא בחן היטב את סוגית הרלוונטיות של השימוש בקריטריון השירות הצבאי ומידת השגת תכלית חלוקת המעונות באמצעות השימוש בקריטריון הנ"ל וקבע בצדק, כי אין רלוונטיות לשימוש בקריטריון השירות הצבאי בבחינה הכלכלית של המועמד/ת (ראו סעיף 31 לפסק דין קמא). בנוסף, בפס"ד **בשורה** דובר בחלוקת כספי ציבור מהממשלה בתור סיוע בהלוואות לשיכון, כאשר הסיוע לזוג ששירת בצבא מגיע עד לכ- \$29,000 מקסימום לזוג ועליו למלא תנאים נוספים. סכום זה, מהווה אחוז קטן יחסית מהתמורה המלאה עבור רכישת דירת מגורים. לעומת זאת, לעניין המעונות, ההטבה מתבטאת בחלוקת ניקוד עבור סטודנטים ששירתו בצבא, כאשר הניקוד מהווה 35% מסך הניקוד הנדרש לצורך קבלה. במקרה דנן, אין תנאים נוספים שעל הסטודנט למלא בכדי להגיע למלוא 20 הנקודות, שכן מי ששירת בצבא מקבל אוטומאטית 20 נקודות, ומכאן הזינוק הישיר לזכאות בגובה 35% מסך הניקוד המינימאלי הנדרש לצורך הקבלה למעונות. מכאן שקיים הבדל בין טיב ההטבה המוענקת במקרה שבפנינו לבין זו שבפס"ד **בשורה**.

42. יתר על כן, בפס"ד **בשורה** דובר על חלוקת הטבה נוספת למי ששירת בצבא ו/או ביצע שירות לאומי כאשר כל מי שלא שירת בצבא יקבל בכל מקרה הטבות כספיות לרכישת דיור, אם כי סכומים נמוכים יותר. בענייננו, מוענקת ההטבה בגובה 35% למי ששירת בצבא, כאשר מי שלא שירת בצבא עלול לא להגיע לסף המינימאלי הנדרש לצורך זכאות לקבלת מעונות. בנוסף, ההטבה בגינה יינתן הניקוד מוגבלת שכן מדובר ב- 517 מעונות בלבד כאשר במקרה של פס"ד **בשורה** ההטבה הכספית המחולקת אינה מוגבלת ומגיעה מתקציב שהוקצה ע"י המשרד הממשלתי. גם בית משפט קמא בדונו בבקשה לעיכוב ביצוע פסק דין שהוגשה אליו ע"י המערער, אבחן בהחלטתו מיום 8.3.07 בין שני המקרים וציין בהקשר זה בסעיף 15 להחלטתו, כי:

**"לבסוף אציין כי בפסק דין בשורה דן בית המשפט בהענקת הטבה על בסיס הקריטריון של שירות צבאי ושירות לאומי, שכן גם מי אינו עומד בקריטריון זה זכאי לקבל הטבות שונות, אם כי בסכומים נמוכים יותר. לעומת זאת כאשר עוסקים בחלוקת משאב מוגבל למספר אנשים מועט (כמו בעניין חלוקת המעונות), הוספת הקריטריון של השירות הצבאי והשירות הלאומי מיטיבה עם האחד על חשבון האחר. משמע הכרה בקריטריון האמור בנסיבות שכאלה, שהן בשל הוספת הקריטריון נשללת לחלוטין ההטבה מהאחר, חייבת להיבחן על-פי שיקולים אחרים, המתאימים להסדר הספציפי. ניתן כמובן לטעון כי גם כספי המענקים לזכאים על-פי חוק ההלוואות לדיור, בכללותם, הינם מוגבלים, אולם ברי שיש שוני של ממש בין הגבלה כללית על ההיקף הכספי של הטבות לבין חלוקת מספר מעונות מצומצם בין מבקשים רבים."** (ההדגשה לא במקור)

43. כמו כן, תוקף הזכאות להטבות נשוא פס"ד **בשורה** הוא עד חמש שנים מיום השחרור מהשירות הצבאי או הלאומי. לעומת זאת, ההטבות נשוא הערעור אינן מוגבלות בזמן ובשנים שלאחר השחרור מהשירות הצבאי.

כפי שיובהר להלן, אבחנה זו חשובה לעניין חוסר המידתיות שבהעדר הגבלת תקופת הזכאות להטבה נשוא הערעור.

44. המסקנה הינה שבשל השוני בעובדות, פס"ד **בשארה** אינו חל על המקרה שבפנינו. לכן, ניסיונה של המערערת לקרוא אל תוך פס"ד **בשארה** קביעות שיש להחילן על המקרה שבפנינו, אין להן על מה לסמוך.

#### ד. לחילופין: גם אם ייקבע שאין צורך בחקיקה הרי הקריטריון אינו עומד במבחן המידתיות

##### אין קשר רציונאלי בין ההטבה נשוא הערעור לבין תכלית חלוקת המעונות

45. התכלית העומדת מאחורי הענקת מעונות, כפי שנטען על ידי המערערת בפני בית המשפט קמא, הינה תכלית כלכלית אשר נועדה להקל על סטודנטים מיעוטי יכולת שאין ידם משגת להשגת דיור במהלך תקופת הלימודים וזאת בכדי לאפשר להם למצות את כישוריהם ולהגיע להישגים בלימודים. זוהי גם התכלית שנקבעה ע"י בית משפט קמא בסעיף 13 לפסק דינו.

46. השאלה הניצבת כעת הינה: **האם קיים קשר רציונאלי בין ההטבה המוענקת למשרתי צבא לבין התכלית הכלכלית העומדת מאחורי חלוקת המעונות?** יש לבדוק האם קריטריון השירות הצבאי מעיד על מעמד כלכלי של המועמד המצדיק מתן עדיפות בקבלה למעונות והתשובה לכך שלילית. הטיב בית משפט קמא לפרט את חוסר הרלוונטיות בין השירות הצבאי לבין המועמד הכלכלי של המשרת, וזאת בסעיף 31 לפסק דינו.

47. המערערת לא פירטה ולא הוכיחה כל קשר בין השירות הצבאי כשלעצמו לבין מעמדו הכלכלי של המשרת. שירות צבאי חובה חל על כלל הקבוצות החייבות בשירות ללא קשר למצבו הכלכלי של המועמד. כמו כן, גיוס המשרתים בכל יחידה ויחידה אינו נעשה עפ"י מצבו הכלכלי של המשרת. דהיינו, השירות הצבאי אינו אינדיקציה למעמד כלכלי. מי ששירת בצבא הוא לאו דווקא במעמד כלכלי נחות וגם לא גבוה. הכל תלוי בהקשר האישי של כל משרת. מצבו הכלכלי של המועמד אשר שירת בצבא אינו נמדד לפי גובה המענק החודשי המשולם לו במהלך השירות, וזאת כפי שהציגה המערערת בסעיף 29 להודעת הערעור. מעמד כלכלי נבחן לפי מכלול פרמטרים אחרים הקשורים לרקע המשפחתי והכלכלי של המועמד. בעניין זה ניתן להקיש מרשימת הקריטריונים הכלכליים הניצבים לבדיקת בקשות מועמדים למעונות. המערערת אינה בודקת רק את הכנסתו החודשית של המועמד, אלא גם את מצבו המשפחתי, מעמד ורקע כלכלי של בני המשפחה וקריטריונים אחרים.

48. במקרה זה, מבחן הקשר הרציונאלי אמור להיות דומה במהותו למבחני הבדיקה שנקבעו במסגרת מבחן הביקורת השיפוטית הקפדנית (strict scrutiny) הנוהגים בבתי המשפט האמריקאים במקרים בהם קיימת הפליה על רקע גזעני. (*Wygant v. Jackson Board of education*, 476 U.S. 267 at 274 (1986)). במקרה כזה יש להוכיח את הקשר ההדוק בין ההטבה לבין תכלית חלוקת המעונות (narrowly tailored to the achievement of the goal). לשם הוכחת קשר הדוק זה היה על המערערת להוכיח כי מצב כל אחד מהמועמדים ששירתו בצבא מצדיק הענקת הטבה לקבלה למעונות בשל מצב כלכלי ירוד. דהיינו, על

המערערת להוכיח, כי מצבו הכלכלי של מי שמשרת בצבא ירוד מבחינה כלכלית והוא זקוק להטבה הכלכלית (ניקוד המזכה ב-35% מהניקוד המינימאלי לצורך קבלת מעוף) כדי שיוכל למצות את כל כישוריו במהלך תקופת לימודיו.

49. המערערת לא הוכיחה כי קיים קשר הדוק בין ההטבה המוענקת למי ששירת בצבא בקבלה למעונות, לבין התכלית הכלכלית העומדת מאחורי חלוקת המעונות.

### האמצעי שנבחר גורף וקיצוני

50. המשיבים יטענו, כי האמצעי שנבחר לצורך הטבת המשרתים בצבא הינו גורף ולכן בלתי מידתי. כאשר כל קריטריון אחר ברשימת הקריטריונים לקבלה למעונות מיושם באופן אינדיבידואלי על כל מועמד המבקש להתקבל למעונות, מוחל קריטריון השירות הצבאי על בסיס קבוצתי. הוא ניתן באופן גורף לכלל יחידי הקבוצה המשרתים בצבא, שמרביתם יהודים, ומנגד נשלל באופן גורף מקבוצה אחרת שאינה משרתת בצבא - הסטודנטים הערבים. כמו כן, מתן הטבה בגובה 35% מסף הניקוד המינימאלי הינו גורף בהתחשב בעובדה, כי המשקל הכבד ניתן לקריטריון שאינו קשור לתכלית היחידה והעיקרית של חלוקת המעונות וכן בהתחשב בעובדה, כי הטבה גבוהה זו ניתנת אך לקבוצה אחת - המשרתת בצבא, ונמנעת מקבוצה אחרת שמסיבות לאומיות, אינה משרתת בצבא.

51. בנוסף, המשקל הניתן לשירות הצבאי, בגובה 20 נקודות, כמעט שווה לניקוד הניתן עבור הכנסה לנפש, המעידה על מצבו הכלכלי של המועמד. למועמד בעל הכנסה נמוכה לנפש, ניתנים 25 נקודות עבור קריטריון זה. יש להדגיש כי תכלית חלוקת המעונות הינה כלכלית ובמצב בו ניתן לקריטריון השירות הצבאי משקל שווה לזה הניתן עבור הכנסה לנפש, והדבר מעיד על חוסר מידתיות בחלוקת הניקוד ובמשקל הניתן עבור כל אחד מהקריטריונים. האבסורד בחלוקה מחמיר כשאותו משקל כבד ניתן לקריטריון שאינו רלוונטי כלל ועיקר לתכלית חלוקת המעונות. גם בית משפט קמא התייחס לניקוד הגבוה המוענק לשירות הצבאי ובסעיף 4 ציין: "חשוב לציין כי הקריטריון של שירות צבאי העניק ניקוד גבוה יחסית לשאר הנתונים המיוחדים." (ההדגשה לא במקור)

52. יתר על כן, השימוש בקריטריון נגוע בחוסר מידתיות מובהק וזאת לאור העובדה, כי חוק קליטת חיילים משוחררים מעניק הטבות לחיילים המשוחררים המשתלבים בהשכלה גבוהה הן בשכר לימוד והן בדיור למי שחפץ לרכוש דיור במהלך לימודיו. סעיף 13 מעניק סיוע בשכר לימוד בהשכלה גבוהה וסעיף 16 לחוק מעניק סיוע ברכישה דירה. מכאן, מעניק החוק מענה הן לדיור בתקופת הלימודים והן למימון חלקי של שכר הלימוד ובכך מהווה הקלה משמעותית לנטל הכספי שהמערערת חפצה להקל ממנו. הוספת הטבה שלישית נוספת מגבירה את חוסר המידתיות וחוסר הסמכות בהענקתה.

53. מחיקת קריטריון השירות הצבאי תותיר רשימה של קריטריונים הקשורה קשר הדוק לבדיקת מעמדו הכלכלי של המועמד. במקרה זה תתאפשר בדיקה אינדיבידואלית המבוססת על הקריטריונים הרלוונטיים למצבו הכלכלי של המועמד. יתר על כן, השארת קריטריונים המבוססים על בדיקת נתונים אישיים של כל

מועמד ומועמד, יש בה כדי לרפא את הפגם שנוצר עקב השימוש הגורף בקריטריון השירות הצבאי. (לעניין פסלות הבדיקות הגורפות והתוצאה הגורפת והמפלה הנגרמת עקב יישומן ומידתיות הבדיקה האינדיבידואלית, ראו: בג"ץ 8276/05 **עדאלה נגד שר הבטחון** (טרם פורסם, ניתן בתאריך 12.12.06), פסקה 37 לחוות דעת הנשיא בדימוס ברק; בג"ץ 7052/03 **עדאלה נגד שר הפנים** (ניתן בתאריך 14.5.06), חוות דעת הנשיא בדימוס ברק).

### **המבחן השלישי: תועלת מול נזק**

54. במסגרת מבחן זה יש לבדוק את התועלת שבמתן ההטבה יחסית לפגיעה בזכות החוקתית. היינו, השאלה הינה, האם הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון מצדיקה את התועלת שבמתן ההטבה למשרתי צבא ובמשקל כה גבוה יחסית לשאר הקריטריונים?

55. המשיבים פירטו לעיל את הפגיעה החמורה בזכות החוקתית לשוויון והפליית הסטודנטים הערבים על רקע לאום. פגיעה כזו אינה מצדיקה את השימוש בקריטריון השירות הצבאי אשר הוא הגורם לפגיעה, עת ניתן להיפטר ממנה באמצעות ביטול השימוש בקריטריון הנ"ל. פגיעה זו תביא להרגשת ניכור, זרות ובידוד מצד הסטודנטים הערבים המופלים רק בשל השתייכותם לקבוצת המיעוט הלאומי. כמו כן, קבלת עמדתה של המערערת תפתח פתח רחב למזרון חלקלק המצדיק את השימוש בקריטריון השירות הצבאי במקרים רבים אחרים אשר ביכולתם להפוך את הקריטריון הזה כמכשיר להרחבת הפערים הכלכליים והחברתיים בין שתי קבוצות הלאום. על הדוגמאות הרבות להמחשה עמדנו בהרחבה בחלק הראשון של סיכומים אלה.

56. לפיכך, התועלת אשר תצמח מהשימוש בקריטריון הצבאי אינה שקולה כנגד הפגיעה החריפה בזכות החוקתית לשוויון.

### **ה. סיום**

לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הערעור, להשאיר את פסק דין קמא על כנו ולהורות כי השימוש בקריטריון השירות הצבאי בקבלה למעונות הינו בלתי חוקי.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המערערת בתשלום הוצאות משפט.

---

סאוסן זהר, עו"ד

ב"כ המשיבים



