

1. אורהאן שמסי, ת"ז 031418320
2. אדם שוכן, ת"ז 026259242
3. אדם שנאס אבזאק, ת"ז 033235383
4. מוסא קובלה, ת"ז 037385713
5. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד חנין נעאמנה ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או ארנה כהן ו/או מוראד אלסאנע ו/או עביר בכר ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעגיו ו/או רנא עסלי ו/או עלאא מחאגנה, 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 ישנו את התנאי המעניק עדיפות למחוסרי דיור ששירתו בכחות הביטחון על פני מחוסרי דיור שלא שירתו, במכרז מס' צפ/385/2008 להקצאת מגרשים לבנייה עצמית בכפר כמא .

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. עתירה זו עניינה במכרז מס' צפ/385/2008 להקצאת 18 מגרשים לבנייה עצמית בכפר כמא (להלן: המכרז). המכרז נועד למחוסרי דיור לפי קריטריונים שנקבעו על ידי

משרד הבינוי והשיכון, והעדר דיור מהווה תנאי מרכזי לזכאות להשתתפות במכרז. יחד עם זאת, המכרז קובע, כי תינתן עדיפות בהקצאת הקרקע למחוסרי הדיור בכפר כמא מקרב אלה ששירתו בכוחות הביטחון, כך שהקצאת המגרשים תעשה באופן הבא: תחילה תיערך הגרלה בין חברי קבוצת מחוסרי הדיור ששירתו בכוחות הביטחון, ובשלב השני, תיערך הגרלה להקצאת המגרשים הנותרים, אם יהיו כאלה, למחוסרי הדיור שלא שירתו **(להלן: שיטת ההגרלה)**.

העתק של חוברת המכרז מצ"ב ומסומנת 1/ע

2. העותרים יטענו כי עריכת המכרז בשיטה שתוארה לעיל, צפויה לפגוע בהם ובשאר חברי קבוצת מחוסרי הדיור אשר לא שירתו בכוחות הביטחון, ולהותירם ללא כל פתרון למצוקת הדיור שלהם, וזאת בשל העובדה שמספרם של המשפחות מחוסרות הדיור מקרב אלה ששירתו בכוחות הביטחון עולה באופן משמעותי על מספרם של המגרשים המוקצים במכרז. כלומר, למעשה שיטת ההגרלה שנקבעה במכרז מאפשרת הקצאת מגרשים רק לחסרי דיור ששירתו בכוחות הביטחון.

3. עתירה זו מוגשת על רקע מצוקת דיור קשה הפוקדת את היישוב כפר כמא זה שנים ארוכות. העותרים יטענו, כי המשיבים תרמו תרומה משמעותית להחרפתה של מצוקה זו במשך השנים בהתעלמותם רבת השנים מהבעיה הנמשכת של מחוסרי דיור בכפר כמא. כך, מאז שנת 2000 המשיבים לא הקצו כלל מגרשים לבניה למגורים בכפר קמא וההקצאה האחרונה היתה אך ורק למשרתים בכוחות הביטחון.

תצהיריהם של מר ניסים בקיר, יו"ר המועצה המקומית עפר כמא ושל מר חאלד לאפי, מהנדס המועצה המקומית כפר כמא, מצ"ב ומסומנים 2-3/ע.

4. יודגש, כי כפר כמא הינו יישוב שמתגוררת בו **קהילה צ'רקסית** בעלת מאפיינים חברתיים ייחודיים. לפי הערכים החברתיים והמסורתיים של קהילה זו, אין זה מקובל כי בניה ובנותיה יתגוררו באופן קבוע מחוץ למסגרת היישוב, דבר שהחריף את בעיית הדיור בכפר.

5. שיטת ההקצאה שנקבעה במכרז הופכת את תנאי השירות הצבאי לתנאי סף גורף, שאינו מבחין בין מי ששירת לפני חמש שנים ולבין מי ששירת לפני 40 שנה, בניגוד לפסיקה העליונה כפי שיובהר להלן, ולמרות שתכליתו של המכרז היא סוציאלית. כך על פי תנאי המכרז תושב עשיר ששירת לפני 40 שנה זוכה לעדיפות ממשית על פני תושב עני שלא שירת בכוחות הביטחון. לכן השיטה שנקבעה במכרז מנוגדת לעקרון מתן הזדמנות שווה לכל תושבי היישוב. בטיעונו להלן, נסביר תחילה את תנאי הסף וכשנגיע לדיון אודות קיומו של מבחן המידתיות נתייחס גם לגורפות של התנאי.

6. יצוין כבר עתה, כי שררה אווירה של תקווה וציפייה למכרז שיציע מגרשים לבנייה עצמית, אך משנדע לבני היישוב על שיטת ההגרלה של המכרז, אכזבה גדולה פקדה

אותם, עד כדי כך שרבים מחסרי הדיור שחיכו שנים להזדמנות לרכוש קרקע לבנייה, הרימו ידיים ולא נרשמו כלל למכרז.

7. העותרים יטענו, כי התנאים של השיטה שנקבעה במכרז להקצאת המגרשים, כמפורט לעיל, מפלים אותם, פוגעים בזכותם האלמנטרית לדיור, נוגדים את עיקרון הצדק החלוקתי ומצביעים על כשל חמור בתפקודם של המשיבים כמופקדים על ניהול וחלוקה תקינים של הקרקע על בסיס שוויוני. העותרים יטענו עוד, כי תנאים אלה הינם בלתי חוקיים היות ואינם נשענים על חקיקה ראשית וכי חוק קליטת חיילים משוחררים, תשנ"ד-1994, ממלא מעניק זכויות בדיור למשחררים, ועל כן כל הוספה אחרת מעבר לקבוע בחוק זה ובמקרה הספציפי הזה הינה בלתי מידתית.

8. יצוין בשלב זה, כי העותרים לא מתנגדים לכך שמי ששירתו בכוחות הביטחון יזכו במגרשים ו/או ישתתפו במכרז ואולם הם מבקשים שהמכרז שתכליתו היא סוציאלית, יתן הזדמנות שווה לכל מחוסרי הדיור בכפר כמא.

9. **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

10. **העותר מס' 1**, יליד שנת 1977 ונשוי לקוויטה משנת 2001. בני הזוג הינם הורים לשני ילדים והיות ואין בבעלותם דירה אחרת או קרקע לבנייה, הם מתגוררים, מאז נישואיהם בדירה ישנה וקטנה שבבעלות הוריו של העותר מס' 1. במקביל, העותר מס' 1 מנסה כל העת לרכוש מגרש לבנייה. לעותר מס' 1 יש עוד אחים העומדים להתחתן בקרוב אשר גם הם מחוסרי דיור ולפיכך הלחץ עליו למצוא דיור חילופי הולך וגובר. העותר מס' 1, שקיבל פטור משירות צבאי על פי דין מסיבות דתיות, נרשם למכרז חרף ספקותיו בקשר לסיכוייו לזכות בשל שיטת המכרז הנותנת עדיפות למשרתי כוחות הביטחון.

תצהיר העותר מס' 1 מצ"ב ומסומן 4/ע

11. **העותר מס' 2**, יליד שנת 1973 ונשוי לרוזה משנת 1995. בני הזוג הינם הורים לשני ילדים ומתגוררים מאז נישאו בדירה שכורה. העותר מס' 2 מנסה מזה כ- 15 שנה לרכוש קרקע לבניית בית למגורי משפחתו, אך כל ניסיונותיו העלו חרס. הוא נרשם למכרז, חרף אמונתו ששיטת הקצאת המגרשים שנקבעה במכרז, כפי שתוארה לעיל, הופכת את סיכוייו לזכות לקלושים ביותר, היות והוא קיבל פטור משירות צבאי ע"פי דין מסיבות דתיות.

תצהיר העותר מס' 2 מצ"ב ומסומן ע/5

12. **העותר מס' 3**, יליד שנת 1976 ונשוי לאסיה משנת 1998. בני הזוג הינם הורים לשלוש בנות ומצפים ללידתו של ילד רביעי והם מתגוררים מאז נישואיהם בדירה בבעלות הוריו של העותר מס' 3, בתמורה לתשלום דמי שכירות. העותר מס' 4 מנסה מאז נישואיו לרכוש קרקע לבניית בית למגורי משפחתו אך ללא הועיל. בתקופה האחרונה, על העותר ומשפחתו מופעל לחץ מצד אחיו והוריו למצוא דיור חלופי ולעזוב את הדירה אותה הוא שוכר, על מנת שתשמש למגורי אחיו העומדים להתחתן. משנדעו לעותר מס' 3 התנאים שנקבעו במכרז הוא הבין שאין לו, כמי שפטור משירות צבאי על פי דין מסיבות דתיות, כל סיכוי לזכות במגרש ולכן לא נרשם למכרז.

תצהיר העותר מס' 3 מצ"ב ומסומן ע/6

13. **העותר מס' 4**, יליד שנת 1980 ונשוי לראויה משנת 2007. לבני הזוג טרם נולדו ילדים והם מתגוררים מאז נישאו בדירת חדר קטנה בבעלות הוריו של העותר מס' 4. כל מאמציהם לרכוש קרקע לבנייה, לא נשאו פרי. העותר קיבל פטור משירות צבאי ע"פי דין מסיבות דתיות. העותר, החליט לא להירשם למכרז בשל סיכויי המועטים לזכות, נוכח השיטה להקצאת מגרשים שנקבעה במכרז.

תצהיר העותר מס' 4 מצ"ב ומסומן ע/7

14. **העותרת מס' 5** הנה ארגון זכויות אדם, המאוגד כעמותה הרשומה כדין בישראל ואשר נוסדה בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל והמיעוט הערבי בפרט. מטרותיה המרכזיות הן: השגת זכויות שוות, הגנה על הזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי בישראל בתחומים שונים, ומביניהם, זכויות בקרקע, זכויות אזרחיות, זכויות פוליטיות, זכויות תרבותיות, זכויות חברתיות, זכויות כלכליות, זכויות דתיות, זכויות נשים וזכויות אסירים.

תנאי המכרז

15. המכרז נועד להקצות 18 מגרשים לבנייה עצמית בכפר כמא למחוסרי דיור מקרב תושבי הכפר וזאת לפי קריטריונים שנקבעו על ידי משרד הבינוי והשיכון ובשיטת הקצאה הקבועה במכרז. שיטה זו, כפי שנראה להלן הופכת את השירות הצבאי לתנאי סף להקצאת המגרשים.

16. 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. יצוין, כי העותרים מס' 1-4 עונים על הקריטריונים הנ"ל להגדרת מחוסרי דיור.

17. המכרז ערוך לפי שיטת ההרשמה וההגרלה, לפיה, הקצאת הקרקע תעשה לפי הגרלה בין הזכאים מקרב מחוסרי הדיור תושבי כפר כמא אשר נרשמו להשתתף במכרז. המכרז קובע בס' 17, כי לצורך ההגרלה תהינה שלוש קבוצות, כדלקמן:

קבוצה א': נכים (לרבות נכי צה"ל) ואלמנותיהם של מי ששירתו בכוחות הביטחון;

קבוצה ב': מי ששירתו בכוחות הביטחון שרות מלא והינם מחוסרי דיור;

קבוצה ג': מחוסרי דיור שאינם נמנים עם הקבוצות לעיל;

18. ההגרלה תהיה לפי הסדר לעיל: תחילה תיערך הגרלה בין חברי קבוצה א' על הקצאת מגרש אחד. לאחר מכן תערך הגרלה בין חברי קבוצה ב' על שאר המגרשים. באם יוותרו מגרשים שלא הוקצו לחברי שתי הקבוצות הראשונות, תיערך הגרלה נוספת להקצאת המגקשים הנותרים בין חברי קבוצה ג'.

19. כפי שעולה מתצהיריהם של יו"ר המועצה המקומית כפר כמא ושל מהנדס המועצה מר ניסים בקיר (ע/2 ו-3), המכירים היטב את המצב בכפר כמא, 18 מגרשים לא יספיקו לחברי קבוצות א' ו-ב' היות ומספרם גבוה מכך באופן משמעותי. מכאן, כי בשל המספר הנמוך של המגרשים לעומת מספר חברי קבוצות א' וב', שיטת ההקצאה שנקבעה גורמת לכך שהמכרז עתיד לתת מענה אך ורק ליוצאי הצבא מקרב מחוסרי הדיור בכפר כמא ואין כל סיכוי למי שלא שירת בצבא לזכות במגרש. **כלומר, השירות הצבאי הפך לתנאי סף במכרז, ואינו עוד תנאי הנותן עדיפות בלבד.**

20. יודגש, כי מספרם של המשפחות מחוסרות הדיור בכפר כמא הולך וגדל עם הזמן, וזאת בשל מיעוט הקרקע לבניה בכפר והריבוי הטבעי. מצוקת הדיור בכפר כמא הולכת ומחמירה, כפי שמציין בתצהירו מר חאלד המשמש כמהנדס המועצה המקומית כפר כמא מזה כ-15 שנים.

21. העותרים יטענו, כי הפיכת קריטריון השירות הצבאי לתנאי סף להקצאת המגרשים לבנייה, הינו בלתי מידתי בעליל, ואף מנוגד להחלטת בית המשפט העליון, אשר דחה מכל וכל את השימוש בקריטריון השירות הצבאי **כתנאי סף** לחלוקת משאבים ציבוריים. ראו לעניין זה את דברי הנשיא ברק בפרשת **בשורה**:

"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.** התוספת הניתנת בגין השירות הצבאי תלויה באורך השירות הצבאי, וגדלה ככל שהשירות הצבאי היה ארוך יותר. אף ההפרש בין ההטבה הניתנת לאלה ששירתו בצבא לבין ההטבה שניתנת לאלה שלא שירתו, ולו ברמת הזכאות הגבוהה ביותר אליה ניתן להגיע על-ידי קריטריון השירות הצבאי, אינו בלתי סביר. המשיבים הבהירו

כי מטרת תוספת הסיוע ליוצאי צבא אינה לפגוע באלה שלא שירתו, כי אם להיטיב עם קבוצת המשרתים בצבא. בנסיבות אלה, לא ראינו מקום להתערב בכללי הזכאות כפי שנקבעו." (ההדגשה לא במקור)

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

הגיון דומה עומד ביסוד פסק הדין שניתן בפרשת **קעדאן**, שם אמר הנשיא ברק את הדברים הבאים היפים גם לענייננו:

"היישוב הקהילתי קציר פתוח לכל יהודי באשר הוא (כפוף לתנאי קבלה שאינם מופיעים בתקנות האגודה השיתופית ושאת תוכנם איננו יודעים). ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים "קבוצה ייחודית" (כלשונו של השופט אור בפרשת אביטן [20]). נהפוך הוא: כל יהודי בישראל, כחלק מרוב התושבים, שנפשו חפצה בחיים קהילתיים כפריים, כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית קציר. האגודה פונה אפוא אל רוב רובו של הציבור בישראל. הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או של בני הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות העניין שלפנינו, קריטריון מפלה."

בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 280 (2000)

הפרת הדין המנהלי

22. העותרים יטענו, כי המשיבים הפרו את כללי המשפט המנהלי המחייב, כי כל החלטה מינהלית, תהיה מבוססת על תשתית עובדתית איתנה שנאספה טרם קבלת ההחלטה המנהלית. מדיניות הקצאת המגרשים שנקבעה במכרז לא התבססה על תשתית ראייתית כלשהי. על חובת הרשות המינהלית לאסוף ראיות בטרם קבלת החלטותיה, ראו דבריו של בית המשפט הנכבד בעניין **יורונט קווי זהב**:

"[...] הדין אינו סובל החלטה ללא יסוד. הלכה היא שהחלטה מינהלית צריכה להיות מבוססת על תשתית של עובדות. [...] לא פעם פסל בית-משפט זה החלטה מינהלית משום שלא הייתה מבוססת על עובדות כנדרש."

בג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' הגב' שולמית אלוני**, פ"ד מח(5) 412, 423 (1994).

23. ודוק, כפי שיו"ר המועצה המקומית, מר בקיר, ציין בתצהירו (ע/2), מדיניות הקצאת המגרשים, הנותנת עדיפות למחוסרי דיור ששירתו בכוחות הביטחון, נקבעה ע"י מינהל מקרקעי ישראל (**להלן: המינהל המשיב מס' 1**) מבלי להתייעץ עם המועצה המקומית, ומבלי לברר את הצרכים האמיתיים של אוכלוסיית מחוסרי הדיור בכפר. אמנם בפרסומים אודות המכרז ציין המינהל את המועצה המקומית כשותפה במכרז

ואולם למעשה המינהל לא התייעץ עם המועצה המקומית ולא שיתף אותה בהחלטה בדבר שיטת ההקצאה וזאת למרות פניותיו של ראש המועצה למינהל, שנעשו, כפי שיפורט להלן, בשם כלל אוכלוסיית מחוסרי הדיור בכפר כמא, ומתוך כוונה שהקצאת המגרשים תיעשה באופן שווה שיענה על הצרכים של כלל אוכלוסיית מחוסרי הדיור בכפר.

24. בנוסף לכך יודגש, כי ביום 10.7.09 פנתה העותרת מס' 5 למשיב מס' 1, בשמו של מר נהאד אבזאק, חבר המועצה המקומית כפר כמא, המשמש גם כחבר בוועדת התכנון והבנייה של המועצה, בבקשה לשנות את תנאי המכרז המעניקים עדיפות למחוסרי דיור אשר שירתו בכוחות הביטחון והבהירה את התוצאות המפלות הצפויות. פנייתה של העותרת באה לאחר שפנייתו של מר אבזאק מיום 24.5.09 למשיב מס' 1, בה ביקש כי תופסק האפלייה בהקצאת הקרקע בין תושבי כפר כמא מחוסרי הדיור, על בסיס שירות בכוחות הביטחון, נותרה ללא מענה.

פנייתה של העותרת 5 למשיב 1 ופנייתו של מר אבזאק למשיב 1 מצ"ב ומסומנת ע/8-9.

25. ביום 16.7.09 קיבלה העותרת מס' 5 את תשובת המשיב מס' 1 לפיה: "הכללים לשיווק בכפר כמא נקבעו ע"י משרד הבינוי והשיכון אשר הינו הגורם המוביל את השיווק במסגרת הפרוגרמה לחיילים דרוזים וצ'רקסים ע"פי החלטות הממשלה". המשיב מס' 1 לא התייחס בתשובתו לאף אחת מטענות העותרת מס' 5 לגבי מצוקת הדיור בכפר כמא ולא הביע כל עמדה לגבי השפעת המכרז הנוכחי על מחוסרי הדיור שלא שירתו בכוחות הביטחון. הוא אף לא הציע חלופות לפתרון המצוקה והסתפק בהטלת האחריות על המשיב מס' 2. זאת חרף העובדה, שהמשיבים מס' 1 ו-2 יחדיו, הם היזמים, המפרסמים והאחראים על כל הפעולות הקשורות לניהול המכרז וכי על פי הוראת סעיף יא(4) למכרז קובע כי למשיב מס' 1 שמורה הזכות לבטל את ההגרלה או לשנות את תנאיה.

תשובת המשיב מס' 1 מצ"ב ומסומנת ע/10.

26. כפי שצוין בתצהירו של ראש המועצה המקומית כפר כמא (ע/2), הוא פנה למינהל והתריע על התוצאה המפלה של שיטת הקצאת המגרשים שנקבעה במכרז לאחר פרסומו של המכרז. ראש המועצה פנה אל הגב' שלומית מור, מנהלת משרד הבינוי והשיכון במחוז חיפה והציע לשנות את שיטת הקצאת המגרשים הקבועה במכרז כך שישורייין מספר מגרשים מסויים לכל אחת משלושת הקבוצות או לחלופין לערוך מכרז נוסף בעבור מחוסרי הדיור שלא שירתו בכוחות הביטחון. תשובתה של גב' מור באותה שיחה היתה שמדיניות השיווק נקבעה על ידי המינהל, וכי מטרת המכרז הנוכחי הינו הקמת שכונה נוספת לחיילים המשוחררים בכפר כמא. ראש המועצה פנה גם אל מר גבי ויסמן, מנהל מינהל מקרקעי ישראל במחוז הצפון, וביקש כי ידאג לכך שהקצאת המגרשים תהיה שוויונית ותיתן מענה גם לתושבי כפר כמא מחוסרי דיור שלא שירתו בכוחות הביטחון. במכתבו עמד ראש המועצה על העוול ההיסטורי

שנגרם לקבוצת מחוסרי הדיור שלא שירתו, נוכח העובדה שבמכרזים הקודמים להקצאת מגרשים בכפר יכלו להשתתף רק לחיילים משוחררים.

מכתבו של ראש המועצה למר ויסמן מצ"ב ומסומן ע/11.

27. לסיכום נקודה זו, יטענו העותרים שהמשיבים לא דאגו להכיר מקרוב את מצוקת הדיור בכפר כמא בטרם קבעו את תנאי המכרז ואת שיטת הקצאת המגרשים המוצעים בו. הם לא אספו נתונים על מספר חסרי הדיור בכפר וכמה מהם שירתו בכוחות הביטחון. הם לא בדקו את המשתנים החברתיים הייחודיים של הכפר ואת תרומתם למצוקת הדיור. חמור מכל הם לא טרחו להתייעץ עם המועצה המקומית, למרות שהיא מצויינת על ידם כשותפה במכרז. 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 להשתתף במכרז באופן שווה.

קריטריון השירות בכוחות הביטחון

28. העותרים יטענו, כי שיטת ההקצאה הקבועה במכרז לפיה תינתן עדיפות בהגרלה לקבוצת חסרי הדיור מקרב אלה ששירתו בכוחות הביטחון על פני אלה שלא שירתו, ואשר הופכת את השירות בכוחות הביטחון לתנאי סף לזכייה במגרש, הינה בלתי עניינית, בלתי סבירה ובלתי שוויונית. העותרים יטענו, כי שיטת ההקצאה אינה מקדמת את המטרה הסוציאלית העיקרית העומדת בבסיס המכרז - סיוע למחוסרי הדיור מבין תושבי כפר כמא. העותרים יטענו כי מצוקת הדיור הינה בעיה חמורה המשותפת לכלל תושבי כפר כמא חסרי הקרקע, הן אלה ששירתו בכוחות הביטחון והן אלה שלא שירתו והינה מחייבת פתרון שווה לכולם.

29. 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 התנאי המעדיף 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"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, -281 ; 282 (1997);

בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות, הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79, 90-91 (2001).

30. למותר לציין בהקשר זה, כי מחוסרי דיור ששירתו בכוחות הביטחון זכאים להטבות נוספות רבות מהמדינה בגין שירותם הצבאי. כך, המכרז עצמו קובע תמחור שונה בגין פיתוח על בסיס שירות בכוחות הביטחון (ראו נספח ח'1 למכרז, ע/1). כמו כן

נוהל זכאות לסיוע של חסרי דירה שקבע המשיב מס' 2 קובע כי מחוסרי דיוור 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 דיוור 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>

31. לא זו אף זו, כפי שעולה מתצהירו של מהנדס המועצה (ע/3), בעשר השנים האחרונות ערך המינהל מכרז אחד בלבד, בשנת 2000, בו הוקצו 14 מגרשים לבנייה של 29 יחידות דיוור בכפר כמא בשכונה לחיילים משוחררים. תנאי הסף להשתתפות באותו המכרז היה שירות צבאי, ולפיכך לא יכלו חסרי דיוור שלא שירתו בכוחות הביטחון להשתתף במכרז ולזכות במגרש. יצוין, כי המכרז של שנת 2000 נתן מענה למספר גדול יותר של מחוסרי דיוור מזה שניתן על ידי המכרז הנוכחי וזאת למרות שהמכרז הנוכחי פונה לקבוצה גדולה בהרבה הכוללת גם את מחוסרי הדיוור שלא שירתו בכוחות הביטחון.

חוברת מכרז לבנייה עצמית בכפר כמא – שכונת חיילים משוחררים מצ"ב ומסומנת ע/12.

32. שניים מהעותרים, העותר מס' 2 והעותר מס' 3, מציינים בתצהיריהם (ע/5 ו-6) כי רצו להשתתף במכרז בשנת 2000, אך לא יכלו לעשות זאת בשל התנאי של השירות הצבאי. למרות השנים הרבות שחלפו מאז הם טרם מצאו פתרון למצוקת הדיוור שלהם, והנה לאחר שהתפרסם המכרז הנוכחי התברר שגם בו אין מענה אמיתי למצוקתם.

33. יוצא כי התכלית המבקשת להטיב עם חיילים משוחררים, מוצתה עם כל ההטבות הנ"ל שנתנים לחיילים משוחררים, לפיכך, יטענו העותרים כי הפיכת קריטריון השירות הצבאי לתנאי סף לזכייה במגרש לבנייה, הופך להיות בלתי מידתי.

34. לא זו אף זו, אף בהנחה כי השירות בכוחות ביטחון מהווה שיקול ענייני לצורך מימוש מטרת המכרז, הרי יש לפסול אותו בשל המשקל הכבד שניתן לו והפיכתו, הלכה למעשה, לתנאי שמגדיל את סיכוייו של מחוסר דיוור ששירת בכוחות הביטחון על חשבונו של מחוסר דיוור שלא שירת, עד כדי שלילה מוחלטת של סיכוייו של האחרון לזכות במכרז. ראו לעניין זה את דברי השופט זמיר בעניין **תאטרון ארצי לנוער** :

"[...] אפשר גם שקבוצת שוויון תוקם על יסוד שיקול ענייני, ובכל זאת לא תהיה הצדקה לקיום הנפרד של קבוצת שוויון זאת.

הכיצד? אפשר שבנסיבות המקרה המשקל של השיקול הענייני יהיה קטן עד כדי כך שהוא לא יצדיק את הקיום של קבוצת שוויון נפרדת. במקרה כזה, ההחלטה להקים קבוצת שוויון נפרדת על יסוד שיקול זה נפגמת לא בשל שיקול זה, אלא בשל משקל בלתי ראוי שניתן לשיקול ענייני. לשון אחרת, המשקל שניתן לשיקול הענייני חורג ממיתחם הסבירות, ובשל כך ההחלטה להקים קבוצת שוויון על יסוד שיקול זה נעשית בלתי סבירה." (ההדגשה לא במקור)

בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 283 (1997)

אפלייה

35. המשיב מס' 1, ככל רשות ציבורית אחרת, כפוף לערכי השוויון, ההגינות והסבירות. חובתו של המשיב מס' 1 לנהוג בשוויון מקבלת משנה תוקף בשל חשיבות תפקידו כאחראי על ניהול וחלוקת הקרקע במדינה. יפים לעניין זה דברי השופט אור בעניין שיח חדש:

"מתן קרקע לאחד מונע אותה מאחרים, ושאלת סדר העדיפויות צצה ועולה בכל חריפותה. טענות להפליה קיימות בין מגזרים שונים בציבור, כמו גם בין יחידים וקבוצות באותו מגזר. השאלה המתעוררת לא אחת היא אם מדובר בהפליה או בהבחנה מותרת. חייבת להיות רגישות לנושא זה ולמשקל שיש לתת לכל טיעון שעל-פיו יש להיטיב עם מגזר זה או אחר על רקע הבחנה מותרת הקשורה לזכויותיו או לצרכיו המיוחדים."

בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 64 (2002)

ראו גם: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 274 (2000)

36. תנאי המכרז הנותן עדיפות למשרתים בכוחות הביטחון במקרה הנדון הינו בעייתי. כפי שפירטו מהנדס ויו"ר המועצה המקומית כפר כמא בתצהיריהם (ע/ו-3), כי נוכח מספר חסרי הדיור מקרב משרתי כוחות הביטחון, הגדול באופן משמעותי ממספר המגרשים המוקצים, תנאי זה הופך להיות הלכה למעשה, תנאי סף לזכייה במגרשים לבנייה, לפיכך האפלייה הכרוכה בשימוש בתנאי זה משתקפת בתוצאת הפעלתו. בפסיקה נקבע לא אחת כי המבחן הקובע, הינו מבחן התוצאה, והאפקט שיוצרת אותה מדיניות בפועל בשטח. ראו לעניין זה את דברי השופט חשין בעניין שדולת הנשים:

"נזכור עוד זאת, כי עקרון השוויון צופה פני התוצאה: תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאת-הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה."

בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654 (1998).

ראו לעניין זה גם:

בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279-280 (2000).

37. למותר לציין, כי האפליה במבחן התוצאה אינה מתייחסת אך ורק לנקודת זמן זו, אלא גם לתוצאה ארוכת הטווח שיוצר השימוש בקריטריון השירות הצבאי לאור הריבוי הטבעי, והוספתם של עוד ועוד זוגות צעירים למעגל התושבים בכפר, כדוגמת העותר מס' 2 אשר חיפושיו אחרי חלקת קרקע לבנייה נמשכות כבר 15 שנה, וכעת העותר מס' 4 שהתחתן לפני שנתיים, הצטרף למעגל החיפושים אף הוא.

38. העותרים יטענו עוד, כי השימוש בקריטריון הצבאי, כקריטריון סף לזכייה במגרש לבנייה, מפר את תכליתו העיקרית של המכרז הציבורי שהינה הבטחת שוויון הזדמנויות בחלוקת משאבים. ראו לעניין זה סעיף 2(ב) ו-1(ג) לחוק חובת מכרזים, התש"ב – 1992:

(ב) לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטיה מינית, מעמד אישי, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה; בסעיף קטן זה, "מוגבלות" - לקות פיזית, 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;

39. יצוין, כי עצם העובדה שהמשיבים פתחו לכאורה את המכרז הנוכחי לכלל אוכלוסיית מחוסרי הדיור בכפר כמא, לעומת המכרז משנת 2000 (ע/12) שהיה פתוח רק לחיילים משוחררים, מצביעה על כך שהמכרז נועד להקצות מגרשים לכולם. אולם, בפועל שיטת הקצאת המגרשים תביא לאפליה קשה של מחוסרי הדירות שלא שירתו בכוחות הביטחון. לענין זה יפים דברי השופט דנציגר בענין הורן:

"סעיף 2(א) לחוק חובת מכרזים קובע כדלקמן: "2. (א) המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית וקופת חולים, 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". [הדגשה לא במקור - י.ד.]

לשונו של סעיף זה מעגנת באופן מפורש את עקרון השוויון אשר עומד ביסוד דיני המכרזים. בעבר, נקבע כי עקרון זה הינו "נשמת אפו של המכרז" [בג"ץ 47/68 שרמן נ' שר העבודה, פ"ד כב (1) 496, 499 (1968)] וכי הוא מבטא את התכלית הציבורית אשר עומדת ביסוד דיני המכרזים, והיא הענקת הזדמנות שווה והוגנת למשתתפים פוטנציאליים להציע הצעות להתקשרות בחוזה עם רשות או תאגיד של המדינה."

עע"מ 8412/07 חברת מלון ומלון סוויטות אפ.אס.אר. בירושלים בע"מ נ' הורן, פסקה 31 (טרם פורסם, ניתן ביום 4.3.09)

40. ודוק, ביהמ"ש פסק לא אחת שהחובה לפעול בשוויון חלה גם כשהמכרז נערך לפי שיטת ההגרלה, בו נעשה שימוש לרוב במקרים בהם מספר הזכאים לקבל את המשאב המוקצה עולה על היקף ההקצאה, בדומה לעניינינו. ראו לעניין את שנאמר בפרשת **עיריית אילת**:

"על רקע זה מתעורר לעתים הצורך לערוך הגרלה בין המשתתפים במכרז. הכיצד? **כאשר מספר המועמדים, המקיימים את תנאי הזכאות, גדול מהיקף המשאבים שבידי הרשות להעמיד - וכך הוא, לאמיתו של דבר, ברוב המקרים - מוטל על הרשות לבחור את הזוכים על-פי אמת מידה שוויונית.** והדרך המקובלת לבחירה כזאת היא עריכת הגרלה בין כלל המועמדים, שהם כולם בבחינת זכאים בכוח. הגרלה נחשבת כאמצעי בחירה נאות, שכן בעריכתה נשמר שוויון הסיכויים בתחרות בין המועמדים." (ההדגשה לא במקור)

ע"א 1444/95 **עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מט(3) 749, 762 (1995)

פגיעה בשלטון החוק

41. העותרים יטענו, כי המחוקק קבע את המסלול למתן פיצוי ו/או תמיכה לחיילים המשוחררים בתחום הדיור וזאת באמצעות חוק קליטת חיילים משוחררים. לפיכך, אין הצדקה לשיטה בה השתמש המינהל להקצאת הקרקעות במכרז, המהווה הטבה נוספת הגורעת מזכויותיהם של אחרים מחוסרי דיור. הואיל ומדובר בהפרה של זכויות חוקתיות ובראשן הזכות לדיור והזכות לשוויון, והואיל ועסקינן בהקצאת קרקע, שהינה משאב ציבורי בעל חשיבות רבה, מתחייב עיגונה של כל הטבה נוספת בהסדר ראשוני ברור. בהעדר חקיקה כזו אין לרשות המבצעת הסמכות להרחיב לפי שיקול דעתה במיוחד כאשר הדבר פוגע בזכויות לגיטימיות של אחרים.

42. ראו לענין זה את דברי בית המשפט בפרשת **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 11956/05 בשארה נ' השר הבינוי והשיכון, פסקה 5 (טרם פורסם, ניתן ביום 13.12.06)
בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 513-503 ; 538-536 (1998).

מבחני המידתיות

מבחן המשנה הראשון : הקשר הרצינאלי

43. העותרים יטענו, כי אין קשר רצינאלי בין קריטריון השירות הצבאי כתנאי סף לזכייה במגרש, לבין תכלית המכרז המבקשת לסייע לכלל אוכלוסיית מחוסרי הדיוור בכפר, שהינה סוציו-אקונומית באופיה ואין כל קשר בינה לבין עצם השירות הצבאי. למותר לציין, כי אין תכליתו של מכרז זה דומה למכרז הקודם בכפר כמא משנת 2000 (ע/12), שתכליתו היתה בניית שכונה לחיילים משוחררים.

44. למותר לציין, כי הבעייתיות בשיקול השירות הצבאי אינה מסתכמת בעצם משקלו של שיקול זה בלבד, אלא גם בגורפות הכרוכה בשימוש בשיקול זה, כך למשל, אין המכרז מבחין בין חייל משוחרר אשר השתחרר זה עתה לבין חייל ותיק אשר השתחרר לפני שנים רבות. לעניין זה ראו את דברי השופט סוקול בעניין נעאמנה :

"כך למשל נזכיר כי הקריטריונים שנקבעו על-ידי האוניברסיטה אינם נותנים כל חשיבות למועד שבו סיים המבקש את שירותו הצבאי. יש מי שבסיום השירות עובד ומשתכר למחייתו, ומצבו הכלכלי בעת הגשת הבקשה אינו מצדיק קבלת מעונות; יש גם מי שהשתכר במהלך שירותו הצבאי, בין בשירות קבע ובין על-פי הסדרים מתאימים שמאפשרים לחיילים לעבוד במקביל לשירותם הצבאי. מאידך יימצאו גם פונים שלא שירתו בשירות צבאי, אך מצבם הכלכלי קשה מאשר מצבם של מי ששירתו."

ה"פ (חי') 217/05 נעאמנה נ' אוניברסיטת חיפה, פ"מ תשס"ד(2) 652, 669 (2006)

מבחן המשנה השני : אמצעי פחות בחומרתו

45. העותרים יטענו, כי בפני המשיבים עמדו חלופות לשיטת הקצאת המגרשים שפגיעתן פחותה מזו שנבחרה על ידי המשיבים. כך, ניתן היה לשריין מספר מגרשים לכל קבוצה, בדומה לשריון של אחד המגרש לחברי קבוצה א', נכי ואלמנות צה"ל, שנעשה במכרז. בנוסף, העותרים יטענו, כי היה ניתן לפרסם מכרזים נפרדים לכל קבוצה, כך שאחד המכרזים יהיה מיועד רק לחיילים משוחררים והשני רק לאלה שלא שירתו וכך להבטיח הקצאת מגרשים לחברי שתי הקבוצות.

המבחן השלישי הצר

46. העותרים מס' 1-4 יטענו, כי הנזק שייגרם להם, בשל השימוש בקריטריון של השירות הצבאי, כתנאי סף במכרז המציע מגרשים לבנייה עצמית בכפר כמא, עולה לאין

שיעור על הנזק שעלול להיגרם למשיבים באם ישנו את מדיניות ההקצאה של המגרשים, וזאת נוכח המציאות החברתית והמאפיינים היחודיים של היישוב. כפר כמא הינו כפר צ'רקסי, אשר חיים בו קרוב ל- 3000 תושבים. לפי הנוהג, המסורת והאתוסים החברתיים של החברה הצ'רקסית, אין זה מקובל, שתושבים צ'רקסים יעברו לגור כדרך קבע מחוץ לכפר ולקהילה שלהם. לכן, לכלל תושבי כפר כמא אין אופציות רבות בכל האמור למקום מגוריהם ולדבר השלכות על מצוקת הדיור שלהם וזאת בין אם שירתו בכוחות הביטחון ובין אם לאו. כלל מחוסרי הדיור בהם מדובר הינם תושבי אותו הכפר ושוייכים לאותו מערך גיאוגרפי, כלכלי, תרבותי וחברתי ומושפעים באותה המידה מאותם גורמים התורמים להחמרת מצוקת הדיור בכפר. 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 עמותת "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 נתונייהם האישיים. אשר-על-כן, אין להבחין בין הנמנים על קבוצה זו על-פי נתון שאיננו רלוונטי למצוקה ולצורך בסיוע לדיור – השתייכותם לקהילה החרדית." (ההדגשה לא במקור)

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

סוף דבר

47. תנאי המכרז פוגעים קשות לא רק בזכות לשוויון של מחוסרי הדיור מקרב תושבי כפר כמא שלא שירתו בכוחות הביטחון, אלא גם בזכותם החוקתית לדיור, המהוה חלק בלתי נפרד מכבודם כבני אדם וכאזרחים. על חשיבותה של הזכות לדיור כחלק מכבוד האדם וחירותו נקבע בפרשת 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 לחם, 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)

48. בשולי הדברים יצוין, כי עניינה של עתירה זו אינה בדרישה לבטל כליל את זכאותם של חברי קבוצת מחוסרי הדיור ששירתו בכוחות הביטחון אלא לשנות את שיטת הקצאת המגרשים במכרז באופן שיוביל להעלאת סיכוייהם של מחוסרי הדיור שלא שירתו לזכות אף הם במגרשים.

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

חיפה, 26 ביולי, 2009

חנין נעאמנה, עו"ד

ב"כ העותרים