

הפרטה והדרה בעיר: העמותות לבנייה עצמית כמייצרות מובלעות מרחביות מופרדות

מאת

מנאל תותרי-ג'ובראן*

מאמר זה מתחקה אחר תהליך הפרטה ושיווק של קרקעות ציבוריות לבנייה למגורים מטעם רשות מקרקעי ישראל בתוך הערים לידי עמותות לבנייה עצמית – תהליך המוסדר באמצעות דיני המכרזים. מטרת המאמר היא לבחון את תפקיד העמותות לבנייה עצמית בעיצוב מרחבי המגורים בעיר, המושפע ממדיניות משרד הבינוי והשיכון ורמ"י (רשות מקרקעי ישראל); ההטבות שניתנות להן; הדוקטרינה המשפטית שפותחה בהקשר של הקצאת קרקעות ציבוריות לקבוצות; פסיקת בית המשפט שניתנה לאחרונה בתחום דיני המכרזים. תהליך ההפרטה של הקרקעות הציבוריות במרכז הערים, המתרחש לאחרונה ביתר שאת, מעורר שאלות בהיבטים אחדים: היקף החובות והכללים המוטלים על רמ"י בשיווק קרקעות מדינה בכלל ועל גופים פרטיים בפרט; סוגיית כפיפותם של תאגידים פרטיים לערכים שונים מתחום המשפט הציבורי כגון עקרון השוויון בשיווק קרקעות ציבוריות; האיזון הראוי בין הזכות לקניין והזכות להתאגד בתוך קהילות, ומכאן הזכות להדיר פרטים מאותן קהילות, לבין הזכות לשוויון במגורים – בייחוד בכל הנוגע לקרקעות ציבוריות. שאלות אלה מקבלות משנה תוקף בשל הריבוי המתמיד של גופים פרטיים המשווקים מרחבי מגורים לקבוצות מוגדרות על קרקעות ציבוריות, ובהם העמותות לבנייה עצמית, לעתים בתוך הדרתם של פרטים על בסיס השתייכותם הקבוצתית.

אבקש להעלות טענה והצעה. הטענה היא שהעמותות לבנייה עצמית המתמודדות על מכרזי רמ"י בשיתוף משרד הבינוי והשיכון מייצרות מובלעות מגורים מופרדות בשביל קבוצות מוגדרות בתוך העיר על קרקעות ציבוריות. בכך הן עוקפות את דוקטרינת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" שפותחה בפסיקה ונועדה להסדיר ולהגביל את ההקצאה הייעודית של קרקעות ציבוריות לקהילות תרבותיות. הדבר מתאפשר למרות תחולתו של עקרון השוויון על מכרזים שעורכת רמ"י ועל אף עיגון תנאי איסור האפליה בשיווק יחידות דיור על קרקעות ציבוריות המוטל על גופים הזוכים במכרזים. משכך, אציע להגביל את שיווק הקרקעות הציבוריות באמצעות עמותות לבנייה עצמית במסגרת מנגנון "המכרז הסגור" כדי להגביר את הביקורת השיפוטית המוטלת עליהן. מנגנון זה מאפשר הקצאה ייעודית של קרקע ציבורית לקבוצה סגורה ומוגדרת כדי לקדם צורך ציבורי שקובעת רמ"י, בעודו נתון לביקורת השיפוטית של בית המשפט הבוחן את חוקיות ההקצאה הייעודית לאותה קבוצה; בד בבד הוא מאפשר להיטיב עם קבוצות הזקוקות להגנה וחיזוק.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אבקש להודות למיכאל בירנהק, לישי בלנק, לסוהא ג'ובראן-בלאן, לשגית מור, לטלי מרגלית, לרועי קרייטנר, לאלכסנדר (סנדי) קדר, לתמר קריכלי-כץ ולאסי (יששכר) רוזן-צבי, שקראו טיוטות מוקדמות של מאמר זה, העירו והאירו הערותיהם. כן אני מודה לחברי סגל הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ובאוניברסיטת חיפה שלפניהם הוצג מאמר זה במסגרת סמינר פקולטתי ושאלו הם תרמו למאמר והעשירו אותו בהערותיהם. כמו כן תודה מיוחדת שלוחה לחברי מערכת כתב העת משפטים, אשר עמלו על הוצאת מאמר זה לאור.

מבוא. א. משפט וגאוגרפיה. ב. שיווק קרקעות לבנייה למגורים במכרזים; 1. שיווק קרקעות ציבוריות במסגרת דיני המכרזים: עקרון התחרות החופשית והשוויונית; 2. דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי"; 3. עיגון תנאי איסור האפליה לשיווק יחידות דיור על ידי גופים פרטיים. ג. הטענה: העמותות לבנייה עצמית כמנגנון סינון; 1. עמותות לבנייה עצמית לעומת פרטים ויזמים: האומנם תחרות חופשית ושוויונית?; 2. סעיף העמותות תחת עקרון איסור האפליה: עניין עכו; 3. העמותות לבנייה עצמית כמניעות התארגנות קהילתית: מקרה בוחן – חריש. ד. ההצעה: מכרז סגור לשיווק קרקעות לעמותות לבנייה עצמית; 1. שיווק קרקעות לבנייה למגורים במכרז הסגור; 2. ביקורת שיפוטית בהפעלת המכרז הסגור: דילמות ואתגרים. ה. סיכום.

מבוא

במאמרה המסכם שני עשורים לאחר בג"ץ קעדאן¹ והמנתח את פסק הדין שניתן לאחרונה על חוקיות השימוש בוועדות הקבלה על ידי האגודות השיתופיות,² פרופ' נטע זיו מסיימת וכותבת:

"פסק הדין בעניין חוקיות ועדות הקבלה מהווה אם כן הזדמנות לעצור ולחשוב מחדש על מקומן של הוועדות באג'נדה לקידום זכויות אדם וצדק מרחבי בישראל. הצעתי: הניחו לישובים הקהילתיים. עזבו את ועדות הקבלה. שימינו את עצמם עד כלות. העתיד – ובכלל זה המאבק לשוויון וצדק מרחבי – נמצא ממילא בעיר."³

במאמר זה אבקש להעביר את אור הזרקורים מהיישובים הקהילתיים וועדות הקבלה אל היישובים העירוניים והעמותות לבנייה עצמית הפועלות בתוכן. אתחקה אחר תהליך ההפרטה והשיווק של קרקעות ציבוריות לבנייה למגורים מטעם רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י) – המוסדר באמצעות דיני המכרזים.

תהליך ההפרטה של הקרקעות הציבוריות במרכזי הערים, המתרחש לאחרונה ביתר שאת, מעורר שאלות בהיבטים אחדים: היקף החובות והכללים המוטלים על רמ"י בשיווק קרקעות מדינה בכלל ועל גופים פרטיים בפרט; סוגיית כפיפותם של תאגידי פרטים לערכים שונים מתחום המשפט הציבורי כגון עקרון השוויון בשיווק קרקעות ציבוריות; האיזון הראוי בין הזכות לקניין והזכות להתאגד בתוך קהילות, ומכאן הזכות להדיר פרטים מאותן קהילות, לבין הזכות לשוויון במגורים, בייחוד בכל הנוגע לקרקעות ציבוריות. שאלות אלה מקבלות משנה תוקף בשל הריבוי המתמיד של גופים פרטיים, כגון העמותות לבנייה עצמית, המשווקים יחידות דיור ומרחבי מגורים לקבוצות ייעודיות על קרקעות ציבוריות בתוך הדרתם של פרטים על בסיס השתייכותם הקבוצתית.

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

2 בג"ץ 2311/11 סבא נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014).

3 נטע זיו "הניחו לוועדות הקבלה – (בקרוב) עשרים שנה לקעדאן" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 35, 4, 21 (2014) www.colman.ac.il/sites/default/files/35_nov_2014_3_ziv.pdf

בהתייחס לשאלות אלו שיווק קרקעות ציבוריות לבנייה למגורים המתנהל בהליך המכרזי כפוף לשני הסדרים ממוקדים, שנועדו להבטיח שיווק שוויוני של הקרקעות הציבוריות על ידי רמ"י: הראשון הוא חוק חובת המכרזים,⁴ המטיל חובה על רמ"י לעריכתו של מכרז פומבי ופתוח האמור להעניק הזדמנות שווה לכלל המשתתפים כדי ליהנות מתחרות חופשית על המשאב הציבורי המוצע; השני הוא תנאי המעוגן בחוזי המכר הנערכים בין רמ"י לבין הזוכה/ים במכרז המטיל איסור על נקיטת אפליה פסולה בשיווק יחידות דיור מצד הזוכה, ובכך מכפיף את הגופים השונים – פרטיים וציבוריים – לעקרון השוויון גם בשלב שלאחר סיום המכרז. הסדר כללי חשוב נוסף הוא דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי", המסדיר את סוגיית ההקצאה הייעודית של קרקעות ציבוריות בשביל קבוצות תרבותיות, והוא בבחינת חריג לתחולת עקרון השוויון.

מאמר זה מתמקד במכרזים פתוחים הנערכים על ידי רמ"י בשיתוף עם משרד הבינוי והשיכון. מכרזים אלה כוללים סעיף שאותו מכנה "סעיף העמותות". התמקדותו של המאמר באלה נועדה לבחון את תפקידן של העמותות לבנייה עצמית בעיצוב המרחב העירוני. סעיף העמותות הוא סעיף ספציפי המאפשר את השתתפותן של עמותות לבנייה עצמית במכרזים פתוחים בהתקיימם של תנאים מסוימים.⁵ אבקש להעלות טענה ולהציע הצעה: הטענה היא שעמותות לבנייה עצמית שמטרתן "להקים בבנייה עצמית אזור או אזורים מגורים [...] עבור חברי העמותה בלבד ובני משפחותיהם [...] שיתקבלו לעמותה עפ"י קריטריונים שייקבעו על ידה",⁶ מייצרות מובלעות מגורים קהילתיות מופרדות (separated) בתוך העיר. עמותות אלה זוכות למענקים ולהטבות שונות, המעניקים להן יתרון כלכלי ומעמידים אותן בעמדת פתיחה טובה מזו של פרטים ויזמים המשתתפים במכרז, ובכך השתתפותן במכרזים פתוחים פוגעת בעקרון השוויון החל על ניהולו של המכרז. נוסף על כך עמותות אלו, מעצם הגדרתן והדרישות המוטלות עליהן מטעם משרד הבינוי והשיכון, פוגעות במימוש תנאי איסור האפליה המוטל על גופים הזוכים במכרזים. לכן על אף קיומם של שני ההסדרים הללו העמותות לבנייה עצמית מדירות פרטים וקבוצות מתחרות שוויונית על רכישת קרקע ציבורית, תוך עקיפתה והרחבתה של דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" לקבוצות המבקשות לקדם אורח חיים נפרד ושונה.

משכך, יש להגביר את הביקורת השיפוטית המוטלת על אותן עמותות, וזוהי ההצעה של המאמר: יש לשקול הגבלת השתתפותן של העמותות לבנייה עצמית במסגרת מנגנון המכרז הסגור. מנגנון זה מאפשר הקצאה ייעודית של קרקע ציבורית לקבוצה סגורה ומוגדרת כדי

4 חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.

5 זהו בדרך כלל סעיף 2 המופיע בחלק הראשון של חוברת המכרז תחת הכותרת "תנאי המכרז" ואשר מפרט את רשימת הגופים הרשאים לגשת למכרז וזהו נוסחו: "רשאים להגיש הצעה גם מציעים שהם עמותות, בתנאים הבאים: [...]". לפירוט התנאים שעל העמותות לבנייה עצמית לעמוד בהם וכן דיון בחשיבותם ראו חלק ב' להלן.

6 נוסח סטנדרטי זה מופיע במסמך המטרות הרשמיות שמוגש לרשם העמותות על ידי כלל העמותות לבנייה עצמית, והוא מנוסח על פי דרישות משרד הבינוי והשיכון ובהתאם לתנאים המופיעים בסעיף 2 לחוברת המכרזים הסטנדרטית המאפשרת השתתפותן של עמותות לבנייה עצמית. ראו "תקנון עמותה" משרד הבינוי והשיכון, www.moch.gov.il/SiteCollectionDocuments/shivuk/takanon_amuta.pdf (נצפה לאחרונה ביום 9.4.2017).

לקדם צורך ציבורי שקובעת רמ"י, בעודו נתון לביקורת השיפוטית של בית המשפט, הבוחן את חוקיות ההקצאה הייעודית בשביל אותה קבוצה. בד בבד הוא משמש כלי המיטיב עם קבוצות הזקוקות להגנה ולחיוזוק, מספק להן מענה ראוי לצורכיהן בשל ההטבות והתנאים שלהם הן זוכות במסגרת המכרז הסגור.

הפסיקה שניתנה עד כה בהקשר הממוקד של הפעלת סמכות רמ"י במכרזים לשיווק קרקעות לבנייה לעמותות לבנייה עצמית היא דלה יחסית. כמו כן כמעט אין בנמצא בישראל כתיבה משפטית או מחקרים בתחומים אחרים על עמותות אלה, בהקשר המובא כאן.⁷ הכתיבה המשפטית על פרקטיקות ההדרה המרחביות שמפעילים גופים פרטיים בקרקעות ציבוריות התמקדה עד כה בתפקיד האגודות השיתופיות וועדות הקבלה של היישובים הקהילתיים שהן מפעילות.⁸ לכן הנתונים המופיעים במאמר זה מבוססים על מחקר שטח שערכתי, הכולל: איסוף מידע על עמותות מדוחות ממשלתיים (כגון דוחות מבקר המדינה ודוח רשות המסים); נתונים מאתר "גידסטאר ישראל" – האתר המרכזי לחיפוש מידע על עמותות בישראל והמציג מידע רשמי מתוך מאגרי רשם העמותות;⁹ נתונים שהתקבלו ממשרד המשפטים; ראיונות שערכתי עם עורכי דין שייצגו עותרים ועם עורך דין מהמחלקה המשפטית של רמ"י; ידיעות מהעיתונות.

לצורך בחינה, תיאור וניתוח ביקורתי של תהליך שיווק הקרקעות הציבוריות המאמר נשען על גישת הגאוגרפיה המשפטית "Legal Geography", המחברת בין חקר המשפט למרחב, שאותה אציג בחלק הבא, שהוא החלק השני. הזרם הביקורתי בגישה זו מצביע על הקשר ההדוק בין מבנים משפטיים לבין עיצובן של תופעות מרחביות וקובע כי תופעות מרחביות הן תוצאה של תהליכים רבים ומורכבים אשר בהתהוותם יש למשפט חלק פעיל באמצעות דוקטרינה משפטית, מדיניות ציבורית ומוסדות משפטיים שונים. על פי גישה זו, אי אפשר לנתק את הזיקה הקיימת בין יוזמות פרטיות לבין תרומתם ותפקידם של המדינה ומוסדותיה להיווצרותן של תופעות מרחביות. מתוך כך אבחן את תפקיד העמותות לבנייה עצמית בעיצוב המרחב העירוני כמרחב סגרגטיבי המושפע מפעילותם וממדיניותם של משרד הבינוי והשיכון ורמ"י, ואבקש להוסיף לכתיבה המתפתחת בתחום "גאוגרפיה ומשפט" את דיני המכרזים ולעורר דיון ביקורתי באשר להשלכות הסדרתו על המרחב.

7 אמנם קיימת כתיבה (מעטה) על המתרחש בעיר, אך כזו המתמקדת בעמותות לבנייה עצמית אינה ניכרת כלל למעט כמה עמודים בתוך ספרו של גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 401–410 (2014) (להלן: גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות).

8 ראו למשל את המאמרים שפורסמו בגיליון מיוחד של משפט וממשל 1 (2001); איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769 (1998); נטע זיו ורונן שמיר "בנה ביתך: פוליטיקה גדולה ופוליטיקה קטנה במאבק נגד אפליה בקרקע" מרחב, אדמה, בית 84 (יהודה שנהב עורך, 2003); שי שטרן "הכלה והדרה במרחב הישראלי: הזכות לקניין כמפתח לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית" עיוני משפט לו 95 (2014); נטע זיו וחן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" קהילות מגוררות 311 (אמנון להבי עורך, 2010); יוסף ג'בארין "עשור לפסק-דין קעדאן: הרהורים ביקורתיים על השוויון" מעשי משפט ג 173 (2010).

9 זהו פרויקט משותף למשרד המשפטים, יד הנדיב וג'וינט ישראל ומופעל על ידי חברת NPTEch – טכנולוגיות למגורר השלישי בע"מ (חל"צ). כל הנתונים המופיעים במאמר מעודכנים עד ל-23.6.2014. ניתן לצפייה באתר האינטרנט www.guidestar.org.il.

אדגיש כי מאמר זה אינו עוסק בתאוריה של דיני המכרזים אלא בוחן את האופן שבו כללים נתונים המעוגנים במכרזי רמ"י מיושמים הלכה למעשה בידי אותם גופים ותורמים לעיצוב המרחב העירוני על רקע מבנים משפטיים.

החלק השלישי מציג את שלושת ההסדרים המרכזיים החלים על מכרזי רמ"י לשיווק קרקעות לבנייה. ההסדר הראשון, שהוא הסדר כללי, הוא עקרון השוויון החל מכוח חוק חובת המכרזים. השני, שהוא חריג לעקרון השוויון ובבחינת הסדר-על המסדיר את סוגיית ההקצאה של קרקעות ציבוריות לקבוצות ייעודיות, הוא דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי". ההסדר השלישי, שהתפתח בשנים האחרונות, הוא עקרון איסור האפליה המעוגן בחוזי החכירה של רמ"י והמטיל חובות על הזוכים במכרזים. החלק הרביעי מציג בהרחבה את מנגנון העמותות לבנייה עצמית ואת הרקע להתפתחותן. במסגרתו אעמוד על ההטבות והמענקים שלהם זוכות עמותות אלה; לאחר מכן אציג מקרה בוחן שהובא לדיון בפני בית המשפט ואשר ממחיש את אחת הטענות המרכזיות של המאמר בדבר המגבלה בהטלת ביקורת שיפוטית על התארגנות; אציג את דרכי הפעולה שלהן, את כוחן והשפעתן הרבה על עיצוב המרחב ובהנעתן של התארגנויות קהילתיות מרחביות באמצעות הצגת מקרה בוחן של מאבק הקרקעות ביישוב חריש. החלק החמישי עובר לבחינת ההצעה של המאמר בדבר הצורך בהחלת ביקורת שיפוטית מוגברת על פועלן של עמותות לבנייה עצמית באמצעות הגבלת השתתפותן במנגנון המכרז הסגור, שהוא בבחינת מנגנון חריג למימוש עקרון השוויון בשיווק קרקעות ציבוריות. לבסוף אסכם.

א. משפט וגאוגרפיה

ארגון המרחב התפתח כתחום טכני צר יחסית של פיתוח כלכלי ושל תשתיות פיזיות בשביל אוכלוסייה נתונה במרחב נתון. בשנות השלושים של המאה הקודמת צצו גישות ביקורתיות: מרקסיסטית, גאומרקסיסטית¹⁰ ופמיניסטית,¹¹ הבוחנות את השלכות הארגון המרחבי, בעיקר העירוני, על המבנה החברתי במסגרת הקשרים נתונים מבחינה היסטורית, חברתית-פוליטית וכלכלית.¹² במסגרת זו פותח מושג "המרחב החברתי" (Social Space),

10 החוקרים המרקסיסטים הבולטים הם מתחום הסוציולוגיה האורבנית, ואלו העיקריים שבהם: David Harvey, *Social Justice and the City*, Don Mitchell ו-Henre Lefevre. ראו David Harvey, *Social Justice and the City* (rev. ed. 2009); Don Mitchell, *The Right to the City: Social Justice and the Fight for Public Space* (2003); Henri Lefebvre, *The Production of Space* (Donald Nicholson-Smith trans., 1991).

11 הכתיבה הפמיניסטית מבקשת לעמוד על האופן שבו המרחב מכונן יחסי כוחות בהקשר המרחבי, אשר יש בהם כדי לשמר את אי-השוויון המגדרי הקיים. לדוגמה, במוקד מחקרם קיימים תכנון חברתי ותכנון של מוסדות למיניהם אשר מרחיקים את הנשים ממוקד הכוח. ראו Tovi Fenster, *Planning as Control – Cultural and Gendered Manipulation and Mis-Use of Knowledge*, 3 HAGAR: STUD. CULTURE, POLITY & IDENTITIES 67 (2002).

12 אציין כי כתיבה מתחום האורבניזם, המתארת את צמיחת המודרניזם לאחר מלחמת העולם הראשונה, עוסקת בקשר ההדוק שבין מרחב פיזי להנדסה חברתית. כתיבה זו, מבית מדרשם של לה קורבוזיה, גרופיוס (אבי הבאוהאוס) ואחרים, מראה כי ניתן לעצב את המרחב בעידן התיעוש והאורבניזציה באופן שיאפשר לפרטים השכלה, תעסוקה ושיפור אנושי באמצעות הבניה נכונה של המרחב הבנוי. ראו

שהוא המרחב שבו מתרחשת החוויה האנושית והבין־אישית; בו פרטים מתקשרים זה עם זה ומנהלים קשרים יום־יומיים.¹³ המרחב החברתי מעצב ומעוצב, משפיע ומושפע מתהליכים חברתיים כלליים המשליכים ישירות על יחסי קהילות ופרטים בתוכו.¹⁴ לפיכך כתיבה זו הצביעה על ההשפעות החשובות שיש לתכנון המרחב לא רק על עיצוב המרחב הפיזי אלא על מגוון גורמים: על ההרכב החברתי באזורים שונים, על איכות החיים, על הפיתוח הכלכלי, על הקצאת משאבי טבע ומשאבים ציבוריים לטובת קבוצות מסוימות תוך העדפתן על פני אחרות, וכן על מידת השוויון ואי־השוויון בין קבוצות חברתיות כדבר הקשור במהודק למיקום הגאוגרפי של מגוריהן.¹⁵

ארגון המרחב, כההליך דיאלקטי המעוצב בידי פרטים, קהילות ותהליכים חברתיים שונים, הפך בהדרגה למושא לדיון בתחומים שונים ומגוונים כגון הגאוגרפיה הפוליטית, תכנון ערים, היסטוריה ומדעי החברה. בעשורים האחרונים נבחן הנושא גם בתחום המשפט באמצעות אסכולת "משפט ומרחב" (המכונה גם "גאוגרפיה משפטית" – Legal Geography).¹⁶ אסכולה זו מחברת בין שני תחומים שהיו מנותקים זה מזה במשך השנים:

- Hayley A. Rowe, *The Rise and Fall of Modernist Architecture*, 3 INQUIRIES J. 1 (2011), <http://www.inquiriesjournal.com/articles/515/the-rise-and-fall-of-modernist-architecture> (last visited Dec. 29, 2016). עם זאת, על אף הכרה בקשר זה ובנחיצות השימוש בתכנון האורבני-פיזי לעיצוב חברתי וכלכלי של קהילות, כתיבה זו אינה ביקורתית במובן שהיא אינה מצביעה על הקשר שבין הפערים הכלכליים והחברתיים שנוצרים בין קבוצות לבין השימוש בתכנון המרחב ככלי לשליטה ודיכוי קבוצות. כאמור, כתיבה זו התפתחה מאוחר יותר בשנות השלושים בתחום הסוציולוגיה האורבנית. סויה כותב בספרו כי חשיבה על המרחב בתוך הקשר היסטורי וחברתי מאפשר ראייה רחבה יותר של המתרחש בו כדבר מיוצר לפי תנאים חיצוניים ופנימיים ולא כמציאות נתונה. ראו EDWARD W. SOJA, *POSTMODERN GEOGRAPHIES: THE REASSERTION OF SPACE IN CRITICAL SOCIAL THEORY* 21 (1989).
- סויה כותב על המעבר שחל בהבנת המרחב במהלך המאה התשע-עשרה כמוצר משתנה המעצב את חיי בני האדם ומעוצב על ידיהם בעת ובעונה אחת. הוא מנתח את המבנה המרחבי כמערכת דיאלקטית המגדירה את מערכת הקשרים הכללית של דפוסי הייצור, שהם חברתיים ומרחביים. על פיו: "[...] social life must be seen as both space-forming and space contingent [...]" (שם, בעמ' 129).
- אחת הדוגמות המעידות על האופן שבו החלטות מרחביות בנוגע להקמתם של פרויקטים למיניהם קיימות בבסיס מאבקי הכוחות בין היישובים השונים ובתוכם נוגעת לסכסוכים להעברת שטח בסיסי בית הספר למ"כים ולעיר הבה"דים המתוכננת. ראו יניר יגנה "המועצות בנגב נאבקות על ההכנסות מארנונה בדרישה לצדק חלוקתי" **הארץ** 26.4.2012 www.haaretz.co.il/news/education/1.1693747. כן ראו נעמה הלר "הליכי התכנון להקמת עיר הבה"דים בסמוך לרמת חובב בראי עקרונות המשפט הסביבתי" **תכנון** 8, 172 (2011).
- לכתיבה המהווה בסיס תאורטי קלאסי לתאוריית הגאוגרפיה המשפטית, ראו Nicholas Blomely, *Law and Geography*, 8 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL AND BEHAVIORAL SCIENCES 461 (Neil J. Smelser & Paul B. Baltes eds., 2001); LAW AND GEOGRAPHY (Jane Holder & Carolyn Harrison eds., 2003); THE LEGAL GEOGRAPHIES READER: LAW, POWER, AND SPACE (Nicholas Blomley, David Delaney & Richard T. Ford eds., 2001); NICHOLAS K. BLOMLEY, LAW, SPACE, AND THE GEOGRAPHIES OF POWER (1994); DAVID DELANEY, RACE, PLACE, AND THE LAW: 1836–1948 (1998); Richard Thompson Ford, *The Boundaries of Race: Political Geography in Legal Analysis*, 107 HARV. L. REV. 1841 (1994) (להלן: Ford, *The Boundaries of Race*); Richard T. Ford, *Law's Territory (a History of Jurisdiction)*, 97 MICH. L. REV. 843 (1999) (להלן: Ford, *Law's Territory*); Nicholas K. Blomley & Joel C. Bakan, (Ford, *Law's Territory*)

משפטים מו תשע"ז הפרטה והדרה בעיר: העמותות לבנייה עצמית כמייצרות מובלעות מרחביות מופרדות

גאוגרפיה ומשפט,¹⁷ ובכך מאפשרת הבנה מעמיקה ומורכבת יותר של השפעת המשפט על תופעות מרחביות.¹⁸ מאמר זה נשען על הזרם הביקורתי בתחום מחקר זה,¹⁹ המקשר בין משפט למרחב ולחברה. זרם זה מצביע על האופן שבו מבנים משפטיים מעצבים צורות מרחביות שונות, ובכך מכוננים קטגוריות חברתיות ואנושיות המשפיעות על מערכת היחסים בין פרטים וקהילות בחברה. חוקרים המשתייכים לזרם זה עומדים על כך שהמרחב משתנה ואינו קבוע, וכי הוא מיוצר ומעוצב בקביעות, במישרין ובעקיפין, באמצעות פרטים, קהילות, כללים ומוסדות משפטיים שונים. כך תופעות מרחביות כגון פרבור, עיור, הפרדה ושילוב (בין חברות, תרבויות, שכונות ועוד) אינן תופעות נתונות או תוצר של בחירות אישיות וחופשיות של קבוצות ופרטים אלא תוצאה של תהליכים רבים נוספים. למשפט חלק פעיל בעיצובם באמצעות קביעת כללים משפטיים המבטאים בבסיסם שיקולי מדיניות המעודדים ומניעים אותם תהליכים מרחביים.

זרם זה מתמקד בחקר אי-השוויון והריבוד החברתי, הכלכלי והפוליטי הקיים בחברה ומנסה להציע הסברים לאופן שבו מוסכמות ופרקטיקות משפטיות, כמו גם מוסדות, תורמים לביסוסו של מצב זה ולעתים מצדיקים את המשך קיומו. חוקרים המשתייכים לזרם זה מראים כי הטריטוריאליזציה של היחסים החברתיים משרתת אינטרסים מוסדיים למיניהם, מבחינה מעמדית, אתנית או אידאולוגית, יותר מכל כלי אחר.²⁰ הם מראים כי ההסדרה המשפטית של המרחב ושל התארגנויות קהילתיות אינה "רק" מכירה בקיומם של קהילות ומרחבים אלא גם מייצרת אותם. הסדרה מעין זו עשויה לשמש מצע או בסיס להדרה חלקית

בחורש. *Spacing Out: Towards a Critical Geography of Law*, 30 OSGOOD HALL L.J. 661 (1992)

מאי 2014 ראה אור ספר נוסף חשוב בחקר תאוריית משפט וגיאוגרפיה: THE EXPANDING SPACES OF

LAW: A TIMELY LEGAL GEOGRAPHY (Irus Braverman, Nicholas Blomley, David Delaney &

Alexander Kedar eds., 2014) (להלן: THE EXPANDING SPACES OF LAW).

17 בלנק ורוון-צבי מציגים במאמרם את התפתחות חקר המרחב בתאוריה המשפטית ואת השינויים שעברו על התאוריה המרחבית במשפט. הם מראים כי העיסוק באופן שבו כללים משפטיים מעצבים את המרחב ובאופן שבו המרחב מעצב כללים משפטיים קיים הרבה לפני שאסכולת "משפט ומרחב" הוכרה כתאוריה משפטית עצמאית. כתיבה זו עסקה בחלקה הניכר בעיקר בהיבטים הפיזיים והחומריים של המרחב, תוך זניחת ההיבטים החברתיים והמנטליים שלו (כגון הכתיבה של Margrit, Carol Rose, Robert Ellickson, Joseph Singer, Radin). למרות החיבור בין משפט ומרחב בסוגיות קנייניות, תכנוניות ונושיות, חוקרים אלה לא עסקו במחקר ביקורתי או חברתי המחבר בין תחומים אלה ובהשפעתם על החברה. ראו Yishai Blank & Issi Rozen-Zvi, *The Spatial Turn in Legal Theory*, 10 HAGAR: STUD. CULTURE, POLITY & IDENTITIES 37, 39 (2010).

18 שם, בעמ' 37–39.

19 הזרם הביקורתי בתוך תאוריית זו נקרא ה-Critical Legal Geography (CLG) והוא נשען על תובנות תנועת ה-Critical Legal Studies (CLS). זרם זה מראה כי המבנה הריבוני מתאפשר בין היתר באמצעות הסדר הליברלי, המשמר את ההבחנה בין הפרטי לבין הציבורי כנתון המגביל את האסדרה של המתרחש במרחב המוגדר כפרטי ואת הביקורת השיפוטית המוטלת עליו.

20 פורד עוסק במאמרו באופן שבו גבולות שיפוט של רשויות מקומיות יוצרים זהויות חברתיות ובאופן שבו כללים משפטיים משפיעים על עיצובן. הגבולות המרחביים של הרשות המקומית הם המכניזם העיקרי שבאמצעותו מגדירים את גבולות הקהילה הפוליטית המתגוררת בתוכה. כדי להבין את חשיבותם ואת מורכבותם של גבולות השיפוט הוא מציע לבחון את הגבולות כסט של מנהגים הנוצרים באופן דינמי ולא כמערכת קיימת ונתונה (Ford, *Law's Territory*), לעיל ה"ש 16, בעמ' 843–846.

או מלאה של כל מי שאינו נמנה עם אותה קהילה, ובכך היא מחדדת את גבולותיה ואת זהות חבריה פנימה וחוצה.²¹ בכך גבולות מרחביים – כגון גבולות שיפוט או גבולות שכונתיים – אינם אך מכירים בזהות פוליטית, חברתית וקהילתית של תושבי אותו מרחב אלא גם מכוננים אותן.

תחומי המחקר בתחום זה מגוונים. יש מחקרים המתמקדים באופן שבו גבולות טריטוריאליים מעצבים את היחסים החברתיים; אחרים עוסקים באופן שבו צורות מרחביות שונות – כגון פרברים לעומת יישובים כפריים ועירוניים – מעצבים את המבנה החברתי;²² יש המנתחים את המבנה המשפטי של המרחב והשלטון המקומי בכלל כמעצב ומארגן יחסים חברתיים.²³ מאמר זה מבקש להוסיף לרשימה את חקר דיני המכרזים ולעורר דיון ביקורתי באשר להשלכות המרחביות של הסדרתו, דיון בגופים המשתתפים בהליכים המכרזיים ובמשמעות ההחלטות המנהליות והשיפוטיות המתקבלות בהקשר הממוקד של שיווק קרקעות ציבוריות לבנייה למגורים.

בהישען על גישת הגאוגרפיה המשפטית אבקש לבחון את האופן שבו רמ"י, משרד הבינוי והשיכון, ועמם עמותות לבנייה עצמית הזוכות במכרזים לשיווק קרקעות, מעצבים את המרחב העירוני ואת יחסי הקהילות בתוכו. הישענות על גישה זו מאפשרת לחבר בין תופעות מרחביות מתהוות לבין פרקטיקות של גופים פרטיים וציבוריים והחלטות מנהליות ומשפטיות תוך חשיבה מחודשת על האופן שבו כל אלה מעצבים יחסי קהילות בתוך המרחב. כן היא מאפשרת בחינתה של תופעת ההפרדה המרחבית במגורים בין קהילות ויצירתן של מובלעות מרחביות מופרדות בתוך העיר כתופעה מיוצרת (produced) ולא כשיקוף של מצב קיים (being). בהיבט הזה, הגאוגרפיה המשפטית נשענת במהותה על הנחות היסוד של הראליזם המשפטי (Legal Realism)²⁴ בנוגע לבחינת החוק כפי שהוא מגולם בפעולה (law in action) ולא כפי שהוא מנוסח בחוקים ובהכרעות שיפוטיות (law in the books).²⁵ בהתבסס על מסגרת זו אראה כי המרחב העירוני כיום מתפתח ומושפע

21 העניין באופן שבו תחום המשפט והמרחב מייצרים קהילות או משפיעים על יצירתן של קהילות ניכר, בין השאר, במחקרים הבאים: Jerry Frug, *The Geography of Community*, 48 STAN. L. REV. 1047 (1996); Richard Briffault, *Our Localism: Part I – the Structure of Local Government Law*, 90 COLUM. L. REV. 1 (1990); Richard Briffault, *Our Localism: Part II – Localism and Legal Theory*, 90 COLUM. L. REV. 346 (1990).

22 THE EXPANDING SPACES OF LAW, לעיל ה"ש 16, בעמ' 5–1.

23 כתיבה זו בהקשר האמריקאי ניכרת בעיקר בחיבוריו של פרוג: Gerald E. Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 HARV. L. REV. 1057 (1980); Gerald Frug, *A "Rule of Law" for Cities*, 10 HAGAR: STUD. CULTURE, POLITY & IDENTITIES 63 (2010); Gerald Frug, *Philipopoulos-Mihalopoulos, A., Law and the City*, 58 BRIT. J. SOC. 728 (2007) (book review); David J. Barron & Gerald E. Frug, *After 9/11: Cities*, 34 URB. LAW. 583 (2002); Gerald E. Frug, *Empowering Cities in a Federal System*, 19 URB. LAW. 553 (1987).

24 להרחבה ראו Joseph William Singer, *Legal Realism Now*, 76 CAL. L. REV. 465 (1988); John Dewey, *Logical Method and Law*, in AMERICAN LEGAL REALISM 185, 189 (William W. Fisher III, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed eds., 1993).

25 הראשון שטבע רעיון זה על החשיבה המשפטית היה רוסקו פאונד, המזוהה עם "תורת משפט סוציולוגית" (sociological jurisprudence) פאונד הציע במאמרו: Roscoe Pound, *Law in Books and*

משפטים מו תשע"ז הפרטה והדרה בעיר: העמותות לבנייה עצמית כמייצרות מובלעות מרחביות מופרדות

מהכללים הנקבעים במכרזי רמ"י לשיווק קרקעות לבנייה; מהחלטות בית המשפט; מדרכי הפעולה של העמותות לבנייה עצמית ועוד.
כפי שאציג בחלק הבא, כללים אלו מוסדרים בשתי מסגרות נורמטיביות עיקריות: דיני המכרזים הכלליים והדינים החלים על מכרזי רמ"י לשיווק קרקעות לבנייה למגורים. זאת, נוסף על דוקטרינת על שמסדירה את סוגיית ההקצאה הייעודית של קרקעות ציבוריות לקבוצות שחלה גם בתחום המכרזים.

ב. שיווק קרקעות לבנייה למגורים במכרזים

על פי המדיניות הקרקעית של מינהל מקרקעי ישראל: "מסירה של קרקע עירונית, למעט המיועדת למטרות ציבוריות, תיעשה על פי מכרז פומבי, להוציא מקרים בהם שחררה מועצת מקרקעי ישראל את רשות מקרקעי ישראל מחובת מכרז".²⁶ בשיווק קרקעות לבנייה למגורים רמ"י נוקטת שתי שיטות מכרז עיקריות: השיטה הראשונה, שהיא הכלל, היא מכרז למרבה במחיר, המכונה "מכרז פתוח", ובו אתמקד בחלק הזה ובחלק הבא. כשמו של מכרז זה כן הוא: מכרז המיועד לכלל הציבור ואינו מוגבל לקבוצה מסוימת.²⁷ במסגרתו נקבע מחיר מינימום של הקרקע, ומגיש ההצעה הגבוהה ביותר זוכה, בתנאי שהוא מקיים את שאר תנאי המכרז. אלה כוללים בעיקר תנאי סף, לרוב טכניים של מועד ההגשה, הפקדת ערבות וכדומה,²⁸ ואילו השיטה השנייה, שתיבחן בהרחבה בחלק ה, מתבססת על שיטת הרשמה והגרלה במסגרת מכרז סגור.²⁹ חלק ממכרזי רמ"י משווקים על ידיה שיווק עצמאי, חלק אחר משווק בשיתוף עם הרשות המקומית שבה ממוקמת הקרקע, לעתים גם בשיתוף משרדי ממשלה; העיקרי שבהם הוא משרד הבינוי והשיכון (כשמו דאז).³⁰ על מכרזים שרמ"י משווקת חלים שלושה הסדרים עיקריים: אחד מכוח חוק חובת המכרזים, השני הוא דוקטרינה כללית שפותחה בפסיקה ואשר חלה על שיווק קרקעות לקבוצות ייעודיות,

26 המשפט ואת עבודתו המעשית של המשפט. *Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910), להשתמש בתוכנות סוציולוגיות כדי להבין את דרכו של

27 רמ"י בשיתוף עם אגף שיווק וכלכלה מחליטים על הקצאת קרקע מסוימת לציבור בדרך של מכרז וכן על אופי המכרז ותנאיו. ראו "תחומי הפעילות המרכזיים של הרשות" *מקרקעי ישראל* www.mmi.gov.il/Static/p19.asp (נצפה לאחרונה ביום 30.12.2016).

28 להרחבה על הרקע התאורטי למכירה פומבית וחופשית בדיני המכרזים ראו עומר דקל *מכרזים כרך ראשון* 37, 337–346 (2004).

29 להרחבה ראו שם, פרק 5.

30 מדוח רמ"י משנת 2008 עולה כי קיימת עדיפות ברורה לשיווק קרקעות על בסיס השיטה הראשונה (66% מהקרקעות שווקו במכרזים להרשמה והגרלה) על פני השיטה השנייה (34% מהקרקעות שווקו במכרזים למרבה במחיר). מינהל מקרקעי ישראל *דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל – לשנת התקציב 2007 – מס' 47* (2008). כמו כן על פי הנתונים של רמ"י, שיעורם של מכרזים שפורסמו בפרסום פומבי הוא 60% מכלל המכרזים. מכרזים סגורים בשיתוף עם משרד הבינוי והשיכון מחולקים לשני מסלולים עיקריים: שיעור המכרזים במחיר למשתכן – מסלול חדש: דירות קטנות – הוא כ-30%; מחיר למשתכן במסלול הישן מהווים, כ-9%. ראו מינהל מקרקעי ישראל *דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל לשנת התקציב 2011 – מס' 51*, 17 (2012).

והשלישי הוא הסדר חוזי המחייב את הזוכים במכרז לרכישת/חכירת קרקע לבנייה. את שלושתם אציג בהתאמה בחלקים הבאים.

1. שיווק קרקעות ציבוריות במסגרת דיני המכרזים: עקרון התחרות החופשית והשוויונית

דבר החקיקה המרכזי המסדיר את תחום דיני המכרזים הוא חוק חובת המכרזים, שבעקבותיו התקבלו תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות המכרזים).³¹ החידוש העיקרי שנוצר בעקבות חקיקת החוק מעוגן בסעיף 2, הקובע: "המדינה, כל תאגיד ממלכתי, 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".³² כלומר, חשיבותו נוגעת להטלת חובה על מוסדות אלה לקיים מכרז לעומת המצב ששרר טרם חקיקתו, שבו לא הוטלה חובה שבדין לעריכת מכרז.

על אף תרומתו החוק אינו מגדיר מהו "מכרז", אינו מונה הסדרים מהותיים בנוגע לאופיו ולהליך המכרזי. כללים אלה הוסדרו בתקנות ובפסיקה הענפה של בית המשפט,³³ אשר הגדיר את המושג "מכרז" כתחרות מאורגנת (מעין שוק), שבה מתבקשות ומתקבלות הצעות הנבחנות בתחרות חופשית.³⁴ על פי בית המשפט, למכרז שלוש מטרות עיקריות: ראשית, קידום יעילות בסביבה תחרותית³⁵ בהנחה שהליך תחרותי יביא להתקשרות חוזית יעילה

31 עוד שלל דברי חקיקה המעגנים את חובת קיומם של מכרזים, כגון תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת הארץ), התשנ"ה-1995; תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית), התשנ"ח-1998; תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993; תקנות חובת המכרזים (התקשרויות של מוסד להשכלה גבוהה), התש"ע-2010; תקנות חובת המכרזים (חובת שיתוף פעולה תעשייתי), התשס"ז-2007.

32 עוד לפני קבלת חוק חובת המכרזים, צוין לא אחת בפסיקה כי עקרון השוויון הוא "נשמת אפו" של המכרז הציבורי, בהיותו העיקרון החשוב ביותר בדיני המכרזים. עקרון השוויון נגזר מעצם מהותו ומעצם אופיו התחרותי של המכרז, ולפי כל משתתף במכרז זכאי ליהנות ממעמד שווה למעמדם של מתחריו. תחרות חופשית והוגנת בין המציעים במכרז הציבורי תבטיח שלכל אורח תינתן הזדמנות שווה להציע את הצעתו ולהימנות עם המועמדים להתקשרות עם הרשות, ואילו הציבור יצא נשכר בכך שתושג ההתקשרות החוזית הטובה ביותר. ראו ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 465 (1989); בג"ץ 703/87 קראון (קרן) נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מה(2) 512, 522 (1991); ע"מ 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 16.1.2007).

33 במשך השנים עיצבה פסיקת בית המשפט תחום זה, ועל אף חקיקת חוק חובת המכרזים והתקנות המשיכה הפסיקה להיות מקור נורמטיבי חשוב ועיקרי הממלא תוכן, כשאין בחוק תשובה או כשקיים הסדר שלילי בנוגע לסוגיה מסוימת. להרחבה ראו דקל, לעיל ה"ש 27, בעמ' 359.

34 על פי בג"ץ 118/83 אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729, 734 (1984), ועניין בית יולס, לעיל ה"ש 32, מכרז הוגדר כמסגרת ממוסדת לניהול משא ומתן לקראת כריתת חוזה בדרך של תחרות בין הצעות שונות. כן ראו דקל, לעיל ה"ש 27, בעמ' 37-42, 69-72.

35 ממבט ראשון הגדרה זו נראית מובנית מאליה. היות שקיימים סוגים שונים של מכרזים שנעדר מהם אלמנט התחרות, הגדרה זו הופכת מורכבת יותר. לסקירת סוגי המכרזים הקיימים ראו שם, בעמ' 345-376. דקל מחלק את סוגי המכרזים על פי שני צירים: הציר הכלכלי והציר המשפטי. כאן הצגתי את הציר המשפטי בלבד. להרחבה על אודות הציר הכלכלי ראו שם, בעמ' 333-343.

יותר עבור הרשות המנהלית המייצגת את כלל הציבור;³⁶ שנית, מניעת שחיתות ומשוא פנים בכל הנוגע לניהול משאבי ציבור;³⁷ שלישית, הענקת הזדמנות שווה לכל פרט בחברה להתמודד על ההתקשרות החוזית עם הרשות המנהלית בתנאי שוויון והגינות.³⁸ המכרז הציבורי נתפס כמכשיר כלכלי-משפטי להשגת התוצאות הטובות ביותר בעבור הרשות, תוך הקפדה על עקרונות היסוד של פעילות המנהל הציבורי. ההנחה היא שתחרות חופשית בין המציעים במכרז הציבורי תבטיח שלכל אזרח תינתן הזדמנות שווה להציע את הצעתו ולהימנות עם המועמדים להתקשרות עם הרשות.³⁹ בחלק ד אבקש להראות כי בהקשר של שיווק קרקעות לבנייה למגורים שבניהול רמ"י, עריכתו של מכרז פתוח, הכולל את סעיף העמותות, פוגעת בעקרון השוויון בין המתחרים, שהוא כאמור יסוד מהותי בקיום מכרז פתוח.

להסדר זה, המחיל את עקרון השוויון על מכרזים לשיווק קרקעות ציבוריות, חריג שהתפתח בפסיקה המאפשר הקצאת קרקעות ציבוריות על ידי רשות מקרקעי ישראל לקבוצות ייעודיות – אשר נבחן בבית המשפט גם בתחום המכרזים, שעליו ארחיב להלן.

2. דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי"

עניין אביטן⁴⁰ נחשב לאבן הפינה בהבנייתה של דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" המסדירה את חוקיותה של הקצאת קרקעות ציבוריות לקבוצות ייעודיות לצורך הקמת מרחב מגורים נפרד.⁴¹ פסק הדין שניתן בשנת 1989 עסק בעתירה שהגיש תושב יהודי אשר ביקש לחכור קרקע במחיר מוזל ביישוב שגב שלום, שהוקם למטרת יישוב בדואים באזור הנגב. אביטן, שנענה בסירוב על ידי המנהל, טען כי החלטה זו פוגעת בעקרון השוויון.⁴² בית המשפט העליון הבחין בין עקרון השוויון המהותי לפורמלי וקבע שכדי לבסס טענת אפליה יש להוכיח כי היחס השונה ניתן מתוך שיקולים פסולים, וכי אין די לציין יחס שונה בין קבוצות כאקט לא חוקי, אלא יש להצביע על היותו לא מוצדק בנסיבות העניין. באותו מקרה הצדיק בית המשפט את הדרתו של אביטן מהיישוב הבדואי העתיד

36 עקרון קידום האינטרס הכלכלי של הרשות בא לידי ביטוי בס' 4(א)(7) לחוק חובת המכרזים, שלפיו המכרז אמור להיות יתרון, ולא מגרעת, לבעל המכרז. נוסף על כך, תקנה 22 לתקנות המכרזים, הקובעת את אמות המידה לבחירת ההצעה "המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז", מקדמת את האינטרס הכלכלי ומשמשת יד לרעיון בדבר הגשמת היעילות הכלכלית במכרז.

37 בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא(1) 505, 511 (1976); ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749, 760–761 (1995); ע"א 5035/98 משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 11, 25 (2002).

38 עניין קראון, לעיל ה"ש 32; בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793 (1992).

39 גבריאלה שלו חוזים ומכרזים – של הרשות הציבורית 164 (1999); עניין עיריית אילת, לעיל ה"ש 37, בעמ' 761.

40 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989).

41 ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" דין ודברים 85, 93–99 (2011) (להלן: בלנק "איים של פלורליזם").

42 בהתבסס על שני טיעונים עיקריים: ראשית, יש להחכיר קרקע בתוך היישוב שגב שלום גם למי שאינו בדואי; שנית, יש להחכיר באותם תנאים שמוחכרים לבדואים. לטענתו, כיוון שאין זה המצב, מופרים עקרונות השוויון ואיסור אפליה מטעמים לאומיים.

להיבנות ואת ההקצאה הייעודית של קרקע ציבורית לקהילת הבדואים בהסתמכו על דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי", ובכך ביסס את האדנים להנהגתה של מדיניות העדפה מתקנת בהקשר המרחבי.⁴³ חשיבותו של עניין אביטן התבטאה בהדגשתה את הכלל שעל רמ"י, המופקדת על ניהולו של משאב ציבורי, מוטלת החובה לשווק קרקעות ציבוריות שיווק שוויוני (עיוורת צבעים), והחריג לזה הוא קידום מדיניות של העדפה מתקנת (גישה מודעת לצבעים) כשמדובר בקהילת "מיעוט בעלת אורח חיים ייחודי".

מקרה נוסף שעסק בסוגיית ההקצאה הייעודית של קרקעות ציבוריות לקהילות הוא עניין עמותת "עם חופשי", שבו נתקפה חוקיתה של הענקת הטבות בשיווק קרקעות ציבוריות לקהילה החרדית.⁴⁴ בית המשפט קבע בפסק דינו, שניתן בשנת 2000, כי מתן הטבה ייחודית לתושבי היישוב אלעד ואימתן הטבה כספית דומה לזכאים אחרים באזור מרכז הארץ הם אכן אפליה פסולה.⁴⁵ עם זאת בית המשפט הסביר כי הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא בגדר מהלך מותר שאין בו פסול כשלעצמו.⁴⁶ בלנק ציין במאמרו כי השימוש בדוקטרינה זו בעניין עמותת "עם חופשי" הרחיב את כללי ההדרה והוסיף נדבך רב-תרבותי וקהילתני להכרה בזכות לאוטונומיה של קבוצות אלו.⁴⁷ לדבריו, לעומת עניין אביטן, שבו הוגבלה דוקטרינה זו לקבוצת הבדואים והחרדים, בעניין עמותת "עם חופשי" החלטת בית המשפט מאפשרת לקיים מדיניות גלויה של הקצאות נפרדות של משאבי ציבור לקבוצות מיעוט נוספות בעלות אורחות חיים ומאפיינים ייחודיים. אכן, כפי שאבקש להראות בהמשך, דוקטרינה זו זכתה להרחבה נוספת בבית המשפט בהקשר המרכזי אשר אפשר הקמתם של מרחבי מגורים בשביל קהילות שאינן בהכרח מיעוט אך מבקשות לקדם אורח חיים ייחודי נפרד ושונה על קרקעות ציבוריות.

נוסף על שני ההסדרים האלו, אשר מעגנים תחולת (ואי-תחולת) עקרון השוויון על רמ"י (כגוף ציבורי), התפתח בשנים האחרונות הסדר נוסף האוסר על שיווק מפלה של יחידות דיור בקרקעות ציבוריות בידי גופים פרטיים שאותו אציג להלן.

3. עיגון תנאי איסור האפליה לשיווק יחידות דיור על ידי גופים פרטיים

מעבר להוראה בדבר ניהול המכרז בתנאי תחרות חופשית, חוק חובת המכרזים והתקנות שהותקנו מכוחו אינם עוסקים באופן היישום של עקרון השוויון, בשאלת היקף תחולתו על

43 ראו פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג' 145, 152 (1995); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 202 (1999); בנבנשתי, לעיל ה"ש 8.

44 בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000). נטען כי ההטבות בדיוור שניתנו לרוכשי הדירות ביישוב על ידי משרד הבינוי והשיכון הן חריגות, ולא ניתנו לרוכשי דירות במקומות אחרים במרכז הארץ, באזורים הסמוכים לאלעד, ועל כן הטבות אלו אינן שוויוניות.

45 שם, בעמ' 514.

46 שם, בעמ' 508–510.

47 שכן לדבריו, החלטת בית המשפט מאפשרת לקיים מדיניות גלויה של הקצאות נפרדות של משאבי ציבור לחרדים ולקבוצות מיעוט אחרות בעלות אורחות חיים ומאפיינים ייחודיים (בלנק "איים של פלורליזם", לעיל ה"ש 41, בעמ' 97).

שלבי המכרז השונים ובתחולת כללים נוספים מתחום המשפט הציבורי על מקרה שבו חברה פרטית (קבלנית או עמותות לבנייה עצמית) זוכה במכרז לרכישת קרקע ציבורית למגורים ומשווקת דירות לקבוצה מוגדרת (תרבותית ואחרת). החוק גם אינו עוסק בהיקף האחריות של המוסדות הציבוריים – בהקשר הזה אחריות רמ"י – לפקח על יישום עקרון זה לאחר זכיית גופים פרטיים במכרז לשיווק קרקעות לבנייה למגורים ובעת החתימה על חוזים עם רוכשים.

שאלות אלה התעוררו לראשונה בפרשת שיווק דירות על בסיס השתייכות מקצועית על ידי חברת "העיר החדשה".⁴⁸ לאחר זכייה במכרז לרכישת מתחם השוק הסיטונאי בתל-אביב, שהיה בבעלות משותפת של עיריית תל-אביב וחברת השוק הסיטונאי, עתרה האגודה לזכויות האזרח נגד החוקיות של סינון רוכשים על בסיס השתייכות מקצועית בקרקעות ציבוריות. בעתירה דרשה האגודה מעיריית תל-אביב להימנע מהעברת המתחם ליום המקדם מדיניות שיווק מפלה. בית המשפט מתח ביקורת על הכוונה לאפשר למתמודדים במכרז להפלות בין רוכשי דירות פוטנציאליים בעת שיווק המתחם,⁴⁹ אך לא התקיים דיון מהותי בעניין, שכן הצדדים הגיעו לפשרה שלפיה החברה תשווק את הדירות במתחם שיווק שווה לפי יכולת כלכלית ולא לפי הקריטריון התעסוקתי.⁵⁰

אעיר כאן כי אף על פי שהדרה על בסיס כלכלי חופפת תכופות הדרה על בסיס מאפיינים אחרים, שיווק קרקעות על בסיס יכולת כלכלית אינו מוסדר אף לא בדבר חקיקה אחד או בפסיקת בית המשפט כלא חוקי, בהיותו כביכול מונע מכוחות השוק הפרטי. תקיפת חוקיות השימוש בכלים מסננים על בסיס כלכלי מתאפשרת אם היא חופפת מאפיינים המעוגנים על פי חוק כפסולים, כגון סינון על בסיס לאומי, גזעי, דתי וכדומה. הדרת פרטים השייכים לאחת הקבוצות תהיה חשודה בהיותה מבוססת על השתייכות קבוצתית, לעומת הדרה על בסיס כלכלי שנתפסת כמבוססת על מאפיינים אישיים ועל יכולת אובייקטיבית של הפרט לרכוש דירה בפרויקט מגורים יוקרתי. למשל, יש הבדל בין דחייתו של רופא ערבי, בעל אמצעים כלכליים המבקש לקנות דירה ב"מגדל הרופאים" שמשווקת חברת נדל"ן פלזנית, לדחייתו של תושב ערבי שאין בידיו אמצעים כלכליים לרכוש דירה באותו פרויקט. סביר להניח כי לרופא הערבי יהיה בסיס איתן יותר לתקיפת הדרתו, בהיותה חשודה כמבוססת על השתייכותו הלאומית, לעומת התושב הערבי שמבחינה כלכלית אינו יכול לעמוד במחיר הדירה, ולכן לכאורה מבחינה אובייקטיבית אינו יכול להתקבל לפרויקט.

48 על פי אתר האינטרנט של החברה, הזכאים להגיש מועמדות הם מי שעובדים בתחום ההייטק ושוק ההון או שעבדו בתחום לפחות 12 חודשים במהלך 30 החודשים האחרונים, מי שאינו עובד בתחום אך קשור אליו בתרומה נכבדה, דוגמת חוקרים באקדמיה העובדים עם חברות ההייטק או רופאים המסייעים בפיתוח.

49 עת"מ (מינהליים ת"א) 2365/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית תל-אביב יפו (פורסם בנבו, 2.9.2008).

50 יש להניח שהמניע העיקרי של חברת "העיר החדשה" להגיע לפשרה היה להימנע מתקדים לרעתם בנושא זה. התחייבותה של עיריית תל-אביב שלא לאפשר אפליה בשיווק הדירות במתחם השוק הסיטונאי קיבלה תוקף של פסק דין בבית המשפט לעניינים מנהליים. יש לציין כי כמה חודשים לאחר מכן ביטלה העיר החדשה את המכרז ולא הקימה את הפרויקט המיועד.

זו סוגיה סבוכה ובעייתית מאוד היות שבמקרים רבים הדרה על בסיס כלכלי חופפת הדרה על בסיס מאפיינים אחרים ואף משמשת לה מסווה,⁵¹ שכן מעמדן הכלכלי של קבוצות ויכולתן לקיים ניעות (מוביליות) חברתית הם בגדר מהלכים המושפעים מתהליכים פוליטיים, היסטוריים, משפטיים וכלכליים, שאינם קשורים בהכרח למאפיינים אישיים. המציאות שאליה נולדו או נקלעו אותם פרטים קובעת ומגבילה את יכולת התפתחותם העתידית.⁵² במובן זה לא ברור מדוע הבחנה על בסיס השתייכות לקבוצה מסוימת של גזע, לאום או דת נחשבת לאפליה לעומת הבחנה על בסיס השתייכות לקבוצה מוחלשת כלכלית, שאפשרויות הפרטים בתוכה מוגבלות בגלל השתייכותם הקבוצתית, שאינה נחשבת לאפליה.⁵³ סוגיה זו מעוררת דיון המחייב חשיבה מחודשת ביקורתית כללית בהבנה עמוקה יותר של משמעות קיומה של תחרות "חופשית" ו"שווה" בין פרטים המצויים מלכתחילה בנקודת פתיחה נחותה בשל מצבם החברתי-כלכלי. דיון ביקורתי מסוג זה מוכר בתחום דיני החוזים אשר בעקבותיו הוספו כללים שנועדו לאזן את יחסי הכוחות בין צדדים.⁵⁴ על אף חשיבותו הוא מצריך בחינה נפרדת החורגת מגבולות מאמר זה, שמטרתו היא להתחיל דיון מסוג זה בהקשר הממוקד של מכרזים לשיווק קרקעות לבנייה והיחס בין שתי קטגוריות המשתתפים בו: יזמים לעומת עמותות.⁵⁵

סוגיית השיווק של מרחבי מגורים לקבוצות מוגדרות והיקף תחולת עקרון השוויון על תאגידים פרטיים המתמודדים על מכרזי רמ"י שבה ועלתה לדיון בבית המשפט בעניין

51 כך לדוגמה McKenezie מראה כי מדיניות ההפרדה המרחבית על בסיס גזעי הוחלפה, או ליתר דיוק הוסוותה, במדיניות הפרדה על בסיס כלכלי. למרות החפיפה בין שני המאפיינים סגרגציה על בסיס כלכלי נחשבת מבחינה משפטית לחוקית ולגיטימית בהיותה מושפעת כביכול מכוחות השוק. לעומת זאת בעקבות חקיקת ה-Fair Housing Act סגרגציה על בסיס גזעי נחשבה לפסולה ולא חוקית. ראו EVAN MCKENEZIE, PRIVATOPIA: HOMEOWNER ASSOCIATIONS AND THE RISE OF RESIDENTIAL PRIVATE GOVERNMENT 110-111 (1994).

52 ראו את הדיון שמקיים רבינוביץ בהקשר הישראלי: דני רבינוביץ "האופציה שנשכחה: השיכון העירוני השיתופי" **מרחב, אדמה, בית** 113 (יהודה שנהב עורך, 2003).

53 לקריאה ריאליסטית של דיני הקניין כמעוצבים באמצעות מסגרות חברתיות וכוחות פוליטיים וציבוריים ולא כ"זכות" נתונה ראו את המאמר הקלאסי הזה: Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly NonCoercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470 (1923). להתפתחו מאוחר יותר ראו Duncan Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1349 (1982); Morton J. Horwitz, *The History of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1423 (1982).

54 ראו הלה קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" **משפטים** לא 269 (2000). לניתוח תאורטי ביקורתי כללי של דיני החוזים ראו MICHAEL J. TREBILCOCK, *THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT* (1993).

55 סוגיה מרתקת זו קשורה לשאלות נוספות בנוגע לזכות לדיוור, היקף מחויבות המדינה לספק דיוור לקבוצות השונות, מחויבותן של חברות נדל"ן פרטיות לספק דיוור לקבוצות לנזקקות כחלק מהאחריות החברתית שלו ועוד. לדיון בסוגיה שמעלה שאלות דומות בהקשר של הזכות למים, שניתן ליצור היקש בינה לבין סוגיית הדיוור, ראו נטע זיו "מים זה לא בחינם". למה לא, בעצם? **האם המשפט חשוב** 171 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010); נטע זיו "עוני, צמצום פערים ושוויון: המקרה של הזכות למים" **משפט וממשל** ז 945 (2004); נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום? הצעה לאג'נדה משפטית לעוסקים בייצוג אוכלוסיות החיות בעוני" **עלי משפט** ד 17 (2005).

ובעקרונות המשפטיים החלים על רמ"י ועל גופים פרטיים במסגרת ההליך המכרזי משפיע במישרין על כללי ההדרה המשפטיים,⁶⁴ שכן יש בהם כדי לקבוע את היקף זכותם של גופים אלה לקדם היבדלות והדרה מרחבית ולהחליט מי יגור באותו מרחב מגורים, וחשוב מזה – מי לא יגור בו.

למרות חשיבותן ומורכבותן של שאלות אלו דחה בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב את העתירה בלי דיון מפורט וענייני בהן. הוא קבע כי "אני לא מוצא פגם בהתארגנות של קבוצת אנשים המבקשים לגור בשכונת, כדי לאפשר להם לקיים אורח חיים הרצוי להם [...]".⁶⁵ גם בערעור שהוגש נגד ההחלטה של בית המשפט לעניינים מנהליים ונדחה מחמת שיהוי ומעשה עשוי, שאלות חשובות אלו לא נדונו לגופן.⁶⁶ עם זאת חשוב לציין כי השופטת ביניש העירה כי אכן הערעור מעורר שאלות עקרוניות חשובות, ובהן כפיפותם של תאגידים פרטיים לאיסור האפליה מטעמי דת ולאום, היקף הפיקוח הנדרש מהמינהל על אופן שיווק הקרקעות שהוא מחכיר וכן חוקיות הקצאת מקרקעין לקבוצות בעלות מאפיינים תרבותיים או דתיים ייחודיים.⁶⁷ בכל אופן במבחן התוצאה, משמעות פסק דינו של בית המשפט העליון היא מתן הכשר להקמתו של מרחב מגורים בשביל קבוצה ייעודית על ידי תאגיד פרטי שזכה בקרקע ציבורית במכרז פתוח למרבה במחיר.

בד בבד עם הגשת העתירה פנתה האגודה לזכויות האזרח במכתב ליועץ המשפטי של המינהל ובו ביקשה להחיל את עקרון השוויון על כלל היזמים וקבוצות הרכישה, בהתייחס לעובדה כי מדובר בזכויות במקרקעי ציבור.⁶⁸ בעקבות הפנייה של האגודה החליט היועץ המשפטי לממשלה (שקיבל העתק מאותה פנייה) כי מכאן ואילך יכללו מכרזי המינהל תנאי שלפיו המגשים מתבקשים להצהיר כי לא תינקט אפליה פסולה במהלך שיווק יחידות דיור הנבנות על קרקע ציבורית.⁶⁹ מאוחר יותר התקבלה החלטה, ביזמת פרקליטות מחוז

64 המושג שאוב ממאמרו של בלנק ומשמש אותו שם. ראו בלנק "איים של פלורליזם", לעיל ה"ש 41.
 65 נוסף על דחיית העתירה, השופט זפט חייב את העותרים בהוצאות משפט בסך 20,000 ש"ח לכל אחת מהמשיבות: מינהל מקרקעי ישראל, עיריית תל-אביב, חברת "באמונה" וקבוצת הרוכשים. ראו עת"מ (מינהליים ת"א) 2002/09 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 10.2.2010) (להלן: עניין עג'מי).
 על המשמעות החשובה בהטלת הוצאות בהליך משפטי ראו Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *When Courts Determine Fees in a System with a Loser Pays Norm: Fee Award Denials to Winning Plaintiffs and Defendants*, 60 UCLA L. REV. 1452 (2013).
 66 בין השאר משום שעסקת החכירה הושלמה, התשלומים בוצעו, והזכויות במגרשים כבר ניתנו לחברת באמונה ולפרטים שרכשו ממנה זכויות בדירות.
 67 ע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 7.11.2010).
 68 מכתב מעו"ד גיל גן-מור, האגודה לזכויות האזרח בישראל, ליעקב קווינט, היועץ המשפטי של מינהל מקרקעי ישראל (31.12.2008), לעיל ה"ש 59.
 69 עדי בן ישראל "סוף לסינון רוכשי דירות? מזוז שוקל את פסילת 'מגדלי ההיי-טק'" גלובס 15.7.2009 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000481299; רנית נחום-הלוי "משרד המשפטים: שיווק נדל"ן לעובדי ההיי-טק בלבד – אפליה פסולה; יש לאסור במכרזי המינהל" TheMarker 15.7.2009 www.themarker.com/realestate/1.544180; כן ראו מכתב מאריאל צבי, מחלקת יעוץ וחקיקה (אזרחי), משרד המשפטים, לעו"ד גיל גן-מור, האגודה לזכויות האזרח בישראל www.acri.org.il/pdf/beemuna010709.pdf (1.7.2009).

חיפה,⁷⁰ ולפיה תתווסף לחוזי ההתקשרות עם היוזמים סנקציה של חיוב בפיצויים מוסכמים כאשר הרשות תמצא כי היוזם הפר את ההתחייבות שלא לנקוט אפליה פסולה בשיווק יחידות דיור.⁷¹ בכך נתן תנאי זה מענה לשאלות שעלו בעניין עג'מי ושהוצגו בפתח המאמר, שכן משמעותו המעשית היא שעקרון השוויון יחול לא רק במהלך עריכת המכרז, כמעוגן על פי החוק, על תאגיד ציבורי אלא יוסיף ויחול גם על תאגיד פרטי בשלב השני שלאחר סיום המכרז – השלב החוזי שבו החוכר משווק את הדירות לפרטים. בחלק הבא אבקש להראות כי התנאים הייחודיים המעוגנים בסעיף העמותות, נוסף על ההטבות שלהן זוכות אותן עמותות, פוגעים במימוש ההסדרים שהוצגו לעיל תוך הרחבת דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי".

ג. הטענה: העמותות לבנייה עצמית כמנגנון סינון

כאמור, שיווק קרקעות ציבוריות על ידי רמ"י, המתנהל בהליך מכרזי, כפוף לשני עקרונות: הראשון הוא עקרון השוויון בין המתחרים בשלב עריכת המכרז, מכוח דיני המכרזים הכלליים; השני הוא עקרון איסור האפליה בשיווק יחידות דיור לרוכשים פוטנציאליים לאחר סיום המכרז, מכוח תנאי המעוגן בחוזה הרכישה של הקרקע. כפי שיתואר להלן, בחינה ביקורתית של ניהול מכרזי רמ"י בשיתוף עם משרד הבינוי והשיכון המאפשר את השתתפותן של העמותות לבנייה עצמית מגלה כי הליך זה פוגע בעקרון השוויון ובקיומה של תחרות חופשית וכן מגביל את מימוש תנאי איסור האפליה. לפיכך מכרזים האמורים להיות שוויוניים ופתוחים לכלל הציבור מביאים, הלכה למעשה, להדרתם של פרטים על בסיס השתייכות קבוצתית מרכישת קרקעות ציבוריות במכרזים ובכך מייצרות מובלעות מגורים מופרדות בערים. התוצאה המעשית היא שסעיף העמותות מאפשר לסטות מהכלל שנקבע בעניין אביטן, המגביל הקצאה ייעודית של קרקעות ציבוריות לקבוצת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי", ללא הטלת ביקורת שיפוטית ראויה על כך.

הדיון להלן מחולק לשלושה חלקים: הראשון פותח בהצגה כללית של התפתחות מנגנון העמותות לבנייה עצמית במכרזים לשיווק קרקעות לבנייה, ובו אעמוד על ההטבות והמענקים הניתנים לעמותות לבנייה עצמית אשר מעמידות אותן בנקודת פתיחה טובה מזו של מתחרים אחרים, ובכך השתתפותן פוגעת בקיומה של תחרות שוויונית על קרקעות ציבוריות. בחלק השני אראה כי עמותות אלה, שמעצם הגדרתן משווקות מרחבי מגורים

70 נוסח זה התווסף בעקבות תא"מ (שלום חי) 12-12-1749 הווארי נ' משה חדיף בנית והשקעות בע"מ (לא פורסם, 12.6.2013). ראו עידו באום "הוצאת הגזענות משוק הנדל"ן – מינהל מקרקעי ישראל יתבע פיצוי מקבלנים שיפלו ערבים" TheMarker 12.6.2013 www.themarker.com/law/1.2044258

71 זהו נוסח התנאי 12 המופיע בכל מכרזי רמ"י לשיווק קרקעות לבנייה: "הקונה מתחייב להמנע מלנקוט אפליה פסולה בעת שיווק יחידות דיור, והוא מצהיר בזאת כי הוא יודע, שאם יפר התחייבות זו, המוכר יהא רשאי, מבלי לפגוע מכל סעד אחר העומד לזכותו על פי דין, לבטל חוזה זה ו/או לדרוש ולקבל ממנו פיצויים מוסכמים בשיעור של 15% מהתמורה בצירוף הפרשי הצמדה בין המדד היסודי למדד המחירים לצרכן האחרון שיהיה ידוע במועד התשלום, ולא יהיו לו כל טענות ו/או דרישות ו/או תביעות כלפי המוכר במקרה כזה" ("חוזה מכר – מבוא ותנאים" רשות מקרקעי ישראל www.land.gov.il/static/271_7.htm (נצפה לאחרונה ביום 10.4.2017)).

לחברים שהן בוחרות טרם הגשת הצעתן למכרז, אינן יכולות לקיים את תנאי איסור האפליה בשלב שלאחר סיום המכרז. כלומר, קיימת סתירה אינהרנטית שאיננה ניתנת ליישוב כשמדובר בעריכתו של מכרז פתוח הכולל את סעיף העמותות ושעליו אמורים לחול עקרון השוויון ותנאי איסור האפליה. עם זאת מבחינת בית המשפט כל עוד העמותות עומדות בתנאים הטכניים בשלב קיום המכרז והמכרז הוא פומבי ופתוח לכול, הן מקיימות את עקרון השוויון. בחלק השלישי אעמוד על האופן שבו עמותות אלה מניעות תהליך של התארגנות קהילתית ובכך מייצרות מובלעות מרחביות מופרדות על קרקעות ציבוריות בתוך העיר על בסיס השתייכות קבוצתית.

1. עמותות לבנייה עצמית לעומת פרטים ויזמים: האומנם תחרות חופשית ושוויונית?

שיווק קרקעות ציבוריות באמצעות מכרזים פתוחים לעמותות לבנייה עצמית בשיתוף משרד הבינוי והשיכון ורמ"י היה נפוץ במחצית הראשונה של שנות התשעים, במהלך ההגירה ההמונית מברית המועצות לשעבר. עמותות אלה נועדו להקטין את העלויות הכרוכות בבניית דירות לחבריהן מתוך הנחה שעמותה המאגדת בה כמה חברים היא בעלת כוח ארגוני וכלכלי המאפשר לה לקבוע את המסגרת המתאימה להקמתם של מרחבי מגורים. מלבד זאת, מסגרת זו אמורה להביא לחיסכון בעלויות קבלן המגולמות בהוצאות מימון, שיווק ומכירה ובכך תאפשר לחברי העמותה להשיג דירור בתנאים טובים מתנאי השוק.⁷² כלומר, שיווקן של קרקעות לבנייה לעמותות נועד לשמש אמצעי למתן פתרונות דירור מהירים ולהשיג יתרונות החיסכון בעלויות, במיוחד בשל האמצעים הכספיים המוגבלים של המהגרים שהגיעו ארצה באותה תקופה.

שיווק זה הופסק בשל אי-סדרים חמורים בפעילות העמותות לבנייה עצמית שהתגלו ופורסמו בדוחות מבקר המדינה.⁷³ אי-סדרים אלה נגעו בשימוש לרעה בהטבות שלהן זכו חברי העמותות, שכללו רכישת קרקע במחיר מוזל; הטבות שמעניק משרד השיכון לחברי העמותה; מענקים לקיצור משך הבנייה; קבלת הקרקע בפטור ממכרז,⁷⁴ ועוד.⁷⁵ הדבר נעשה באמצעות מכירת הדירות במחיר שוק זמן קצר לאחר מסירת הדירות לחברי העמותות (הזכאים), ובכך אותם חברים או הקבלן המנהל את העמותה גרפו רווחים מאותן הטבות פרטניות שהיו מיועדות למימוש העצמי.

72 מבקר המדינה דוח שנתי 49 – לשנת 1998 ולחשבונות שנת הכספים 1997, 12, 13 (1999) (להלן: מבקר המדינה דוח שנתי 49).

73 ראו שם, בעמ' 12–18; מבקר המדינה דוח שנתי 48 – לשנת 1997 לחשבונות שנת הכספים 1996, 140 (1998); מבקר המדינה דוח שנתי 43 – לשנת 1992 ולחשבונות שנת הכספים 1991, 136 (1993). הליקויים כללו גם מנהלי עמותות שגרפו כספים לכיסם על חשבון החברים ורישום פרטים שאינם זכאים להיות חברים בעמותה.

74 באוגוסט 1991 הוציא משרד הבינוי והשיכון נוהל "המלצה להקצאת קרקע לעמותות". הנוהל בוטל, ובמקומו עומדת הוראת נוהל 07/08 "מכרזים להקצאת קרקע לעמותות" (1.7.2004) (להלן: נוהל ההקצאה), שעליו ארחיב להלן.

75 מבקר המדינה דוח שנתי 49, לעיל ה"ש 72, בעמ' 14.

כדי לטפל בבעיות אלה פרסם משרד הבינוי והשיכון בשנת 2004 נוהל הקצאת קרקעות לעמותות (להלן: נוהל ההקצאה).⁷⁶ בעקבותיו אישרה הממשלה מחדש את שיווק הקרקעות לבנייה לעמותות על ידי משרד הבינוי והשיכון בניהול רמ"י.⁷⁷ על פי הנוהל, הקצאת קרקע לעמותות תיעשה במכרז פומבי (מכרז פתוח) או במכרז הרשמה והגרלה (מכרז סגור).⁷⁸ עמותות המבקשות להתחרות על מכרזים לשיווק קרקעות חייבות למלא אחר התנאים האלה, הקבועים בנוהל ההקצאה:⁷⁹ על העמותה להיות רשומה כדין אצל רשם העמותות ולהגיש רשימה שמית סגורה של חברים, אשר מספרם יהיה לפחות כמספר יחידות הדיור במתחם הגדול ביותר מבין הצעותיה.⁸⁰ כמו כן על פי הנוהל, עמותה הזוכה במכרז מתחייבת לכלול בחוזה בינה לבין המשתכן תנאי האוסר על חבר בעמותה למכור את דירתו במשך שלוש שנים ממועד סיום בנייתה. תנאים אלו הוספו בעקבות המלצת מבקר המדינה שמטרתה להגביל את מסחור ההטבות שבהן זוכים חברי העמותה וכדי לוודא כי רק הזכאים לקבל את ההטבה הם שיממשו אותה וייהנו ממנה.⁸¹ על פי זה החברים המתקבלים לעמותה מחויבים לחתום על תקנון סטנדרטי שנוסח במשרד הבינוי והשיכון, שקובע את מטרות העמותה,⁸² את סמכויותיה, חובותיה, חובות וזכויות החברים בעמותה ועוד.⁸³ נוסף על כך, עמותות לבנייה עצמית מחויבות למלא אחר הדרישות הכלליות של רשם העמותות בנוגע לניהול ורישום עמותה, כגון ניהול תקין, רישום חברים, ניהול ועדת ביקורת ותנאים נוספים המעוגנים בחוק העמותות, התש"ס-1980.⁸⁴ עיקרי התנאים הללו, שמקורם בנוהל הקצאת

- 76 ראו נוהל ההקצאה, לעיל ה"ש 74.
- 77 זיו מאור "הממשלה אישרה שיווק קרקע לעמותות בנייה" הארץ 21.8.2002 www.haaretz.co.il/misc/1.818730.
- 78 לאחרונה אף הושק אתר אינטרנט של רשות מקרקעי ישראל בשיתוף עם משרד הבינוי והשיכון שמטרתו לפרוץ: "בפני הציבור את מפת שיווק הקרקעות לשנים 2014–2015 בצורה חדשנית, אינטראקטיבית ובהירה". ראו שיוקים 2014–2015 www.land.gov.il/SHIVUKWEB/pages/index.html.
- 79 על פי אתר משרד הבינוי והשיכון הוא "מפרסם מכרזי קרקע גם לעמותות. קבוצת אנשים המעוניינת לבנות יחדיו מוזמנת להתארגן ולהירשם כעמותה". משרד הבינוי והשיכון קובע תנאים שעל העמותה למלא על מנת להשתתף במכרז ונוסף על קביעת תנאי התקשרות של העמותה עם המשרד ועם חבריה, ראו "שיווק קרקע לעמותות" משרד הבינוי והשיכון www.moch.gov.il/shivuk/masluley_shivuk/Pages/shivuk_karka_lemutot.aspx (נצפה לאחרונה ביום 4.1.2017). מילוי אחר הוראות נוהל ההקצאה הוא תנאי להשתתפות במכרז, ואי-מילוי אחריהן יכול להביא לפסילת ההצעה שמגישה העמותה.
- 80 ס' 4 לנוהל ההקצאה, לעיל ה"ש 76. חשוב לציין כי אי אפשר להגיש רשימת חברי עמותות שמספר החברים בה פחות ממספר יחידות הדיור במתחם. אם עלה מספר החברים בעמותה ברשימה שהוגשה למכרז על מספר הדיור שבהן זכתה, תיערך הגרלה, כמפורט בתקנון העמותה אשר נקבע במינהל ואושר בידי רשם העמותות.
- 81 מבקר המדינה דוח שנתי 49, לעיל ה"ש 72, בעמ' 15.
- 82 מטרת העמותה להקים בבנייה עצמית אזור או אזורי מגורים במקום או במקומות שונים בארץ בשביל חבריה ובני משפחותיהם בלבד על מנת לשפר את תנאי המגורים ואיכות החיים של החברים שיתקבלו לעמותה על פי קריטריונים שהיא תקבע.
- 83 לעיון בנוסח הסטנדרטי של תקנון עמותה לבנייה עצמית המנוסח במשרד הבינוי והשיכון, ראו www.moch.gov.il/SiteCollectionDocuments/shivuk/takanon_amuta.pdf.
- 84 לדרישות המתבקשות מעמותות ראו ס' 18–34 לחוק העמותות.

קרקעות לעמותות, מעוגנים כאמור הלכה למעשה בסעיף 2 למסמכי מכרזים אשר פועלים ומחויבים לנוהל זה.

אציין בהקשר הזה כי עמותות לבנייה עצמית דומות למנגנון "קבוצות הרכישה", שהפך לאחרונה נפוץ. בשני המקרים מדובר בהתארגנות קולקטיבית של פרטים שמטרתה לקדם בנייה משותפת של מרחב מגורים.⁸⁵ לעתים ההתארגנות נעשית על ידי גוף מארגן חיצוני היוזם את המיזם ומקבל על כך שכר. ההבדל העיקרי בין עמותות לבנייה עצמית לבין מנגנון קבוצות רכישה הוא במסגרת השיתופית המשפטית הקובעת את יחסי החברים וכן בהטבות שמקבלות העמותות לבנייה עצמית. חברי העמותה כבולים לתקנון העמותה, המנוסח במשרד הבינוי והשיכון, לדרישות של ניהול תקין, רישום חברים, ניהול ועדת ביקורת ותנאים המעוגנים על פי חוק העמותות והנחיות רשם העמותות בנוגע לניהול ורישום עמותה. לעומת זאת פרטים בקבוצת רכישה שאינם מאוגדים בעמותה קובעים את המסגרת השיתופית ביניהם על פי הסכם שיתוף בין השותפים שהם הבעלים של הקרקע העתידים להיות שכנים. הסכם השיתוף מעגן כללים גמישים יותר המותאמים לצורכיהם של חברי הקבוצה, ללא הגבלות חיצוניות (למעט אלה הכפופות לדיני החוזים ודיני המקרקעין) וכן ללא קבלת ההטבות והמענקים שהעמותות מקבלות. עם זאת קבוצת רכישה המעוניינת להתחרות על קרקע ציבורית חייבת להתאגד במסגרת עמותה לבנייה עצמית הכפופה לתנאי המכרז שמפרסמת רמ"י בשיתוף משרד הבינוי והשיכון ולמסגרת הנקבעת בתוכו.⁸⁶ אעיר כאן כי על סמך נתונים מהאגף המשפטי של רמ"י, מכרזים לשיווק קרקעות לבנייה רוויה שרק רמ"י משווקת אותן אינם כוללים את סעיף העמותות, ולכן הניגשים למכרזים מסוג זה אינם מחויבים להתאגד בעמותה.⁸⁷

בתחרות על מכרזי הקרקעות לבנייה שמשווקת רמ"י בשיתוף משרד הבינוי והשיכון⁸⁸ יש להתארגנות באמצעות עמותות יתרונות כלכליים אשר פוגעים בקיומה של תחרות חופשית ובניהולו של מכרז שוויוני בין לבין שאר המתחרים. יתרונות אלה מחולקים לשלושה סוגים: הסוג הראשון הוא תנאים ומענקים שלהם הן זכות ממשרד הבינוי והשיכון כביטוי למדיניות ציבורית המבקשת להיטיב עם גופים אלה. לדוגמה, לקבלנים פרטיים הזוכים במכרז ניתנים 50 יום להסדרת תשלום הוצאות הפיתוח ו-60 יום לתשלום הסכום שהציעו לרכישת הקרקע. לעומת זאת לעמותות ניתנים 170 ימים להסדרת תשלום הוצאות

85 לסקירה בנדון ראו רשות המסים בישראל דוח הועדה לבחינת היבטי המס בקבוצות רכישה 20–29 (2010).

86 קבוצות רכישה המתאגדות בעמותות לבנייה עצמית מוכרות בעיקר בהקשר של היישוב חריש. ראו רז סמולסקי "מה מדאיג את הבנקים בפרויקטים החדשים בחריש?" *TheMarker* 4.7.2014 www.themarker.com/realestate/1.2366437.

87 בריאיון טלפוני עם עו"ד ישי לוי, העוסק בניהול מכרזי רמ"י באגף המשפטי ברשות מקרקעי ישראל (25.6.2014), מתברר כי כל מכרזי רמ"י הנערכים בשיתוף עם משרד הבינוי והשיכון כוללים תנאי זה.

88 על פי נתוני משרד הבינוי והשיכון, בשנת 2013 בוצעו 3,040 עסקות במסגרת מכירות לעמותות וקבוצות רכישה. היישובים הבולטים הם בית שמש, ירושלים, באר שבע ומודיעין. נוסף על היישובים הללו, באותה שנה נמכרו כ-3,000 דירות דרך עמותות וקבוצות רכישה ביישוב חריש. להערכת משרד הבינוי, בשנת 2014 צפוי המשך גידול במכירה זו. ראו משרד הבינוי והשיכון ענף הבנייה בישראל – ניתוח כלכלי 2013, 40–39 (2013).

הפיתוח ו-180 ימים לתשלום סכום הרכישה.⁸⁹ כמו כן תוקף הצעתה של עמותה למכרז ארוך בארבעה חודשים מזה של הצעה של קבלן. על אלה נוספות ההטבות הניתנות לחברי העמותות שהוצגו לעיל, כמו מענקים ברכישת דירה ראשונה ובתנאי משכנתה המשתנים מעת לעת על פי מדיניות משרד הבינוי והשיכון.⁹⁰

הסוג השני הוא יתרונות באופי ההתארגנות שיש בהם כדי להביא לחיסכון בעלויות כגון היתרון הקיים בחיסכון ברווחי קבלן. **הסוג השלישי** הוא הטבות בהיבט המיסוי המוענקות לעמותות (לא רק לבנייה עצמית) שעליהן מוטלת החובה להירשם כמוסדות ללא כוונת רווח באגף המכ"ס ומע"מ. על פי חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975⁹¹ ופקודת מס הכנסה [נוסח חדש]⁹², הכנסותיהן של עמותות המאגדות למען מטרה ציבורית תהיינה פטורות ממס אם הן לא הושגו מפעילות עסקית.⁹³ בכך להתאגדות בעמותה יש יתרון כלכלי נוסף בתחום המיסוי לעומת קבלנים.⁹⁴ דוח מבקר המדינה הצביע על מקרים שבהם עמותות לבנייה עצמית ניצלו את מעמדן המועדף לרעה כשחמקו באמצעותו מתשלומי מסים. לפיכך המליץ משרד מבקר המדינה כי מבחינת החבות במס יש להבחין בין שני סוגים של עמותות: האחת עמותת "משתכנים", שאין בצדה רווח, לחברים בה זכות בהכרעות העמותה, שהיא רק כלי ארגוני – כנאמן של אותה קבוצה. השנייה עמותת "קבלן" – המשיאה רווח עסקי והמתפקדת כקבלן לכל דבר ועניין, רוכשת קרקע ומחייבת את הרוכשים לאתר קרקע ושירותי בנייה, ויש לראות בה מי שמוכרת דירות מגורים. חשיבותה של הבחנה זו מתבטאת בכך שהעברת דירה לחבר בעמותת קבלן תיחשב עסקה החייבת במס, ואילו עסקה להעברת דירה בעמותות משתכנים נחשבת העברת זכויות בקרקע מנאמן לנהנה, ולכן על פי חוק מס שבח תהיה פטורה ממס.

89 ראו ס' 5 לנוהל ההקצאה, לעיל ה"ש 76. בנוסף יש לציין כי לעומת עמותות לבנייה שאין חלות עליהן הוראות מיוחדות, על קבלן פרטי חלות הוראות חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974. על פי ס' 3 לחוק זה, מוכר ימסור לממונה בסמך לחתימת חוזה המכר באשר למכירה של כל דירה בפרויקט בנייה שלו: את שם קונה הדירה, שם המוכר, פרטי המקרקעין, נותן הבטחה וסוג הבטחה שניתנה לטובת הקונה לפי הוראת סעיף 2.

90 לדוגמה, היישוב חריש נכלל ברשימת היישובים שבהם ניתן מענק לרוכשי דירה ראשונה בפרויקט. המענק המוענק לרוכשים מורכב מ-60 אלף ש"ח דרך המשכנתה האישית ו-50 אלף ש"ח שיועברו לעמותה ממשרד הבינוי והשיכון. בחלק מהעמותות מלוא הסכום יוחזר לרוכש אם נמצא זכאי על פי הקריטריונים.

91 ההגדרה הרלוונטית לפעילות עמותות על פי ס' 1 היא זו: "מוסד ללא כוונת רווח" שהוא: "חבר-בני-אדם, מואגד או לא מואגד, שאין עיסוקו לשם קבלת רווחים ושאינו מוסד כספי".

92 ס' 2(9) לפקודת מס הכנסה מגדיר "מוסד ציבורי" כך: "חבר-בני-אדם [...] [ש]פועלים למטרה ציבורית ונכסיהם והכנסותיהם משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד [...]". כמטרה ציבורית קובעת פקודת מס הכנסה מספר תחומים ופעילויות, כגון דת, תרבות, חינוך, מדע, בריאות, סעד או ספורט. רשימת תחומי הפעילות אינה רשימה סגורה. בחוק נקבע שגם מטרה אחרת שאושרה על ידי שר האוצר תיחשב למטרה ציבורית. שר האוצר רשאי להוסיף על תחומים אלה נושאים אחרים.

93 מבקר המדינה דוח שנתי 49, לעיל ה"ש 72, בעמ' 14. אכן בשנת 1996 יצאה הוראת ביצוע מטעם רשות המסים, שבה הבחינו בין שני סוגי עמותות.

94 להרחבה על אודות הכדאיות של רישום תאגיד כעמותה בשל הפטור ממס, ראו אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 76 (2002); ישי בר "מיסוי ערך מוסף של מלכ"רים – עיוותי הדין הנוהג, מגבלות תכנון המס והצעה לדין נורמטיבי" משפטים כג 487 (1994); ישי בר "מיסוי מוסדות ציבור: הדין הנוהג והדין הראוי" משפטים כד 283 (1994).

הנתונים המתקבלים מרשם העמותות מעידים על עלייה מתמדת ברישום עמותות לבנייה עצמית. כאשר בשנים 2011–2014 חלה עלייה עצומה בהיקפן, אז נרשמו 206 עמותות לבנייה עצמית, לעומת כ-100 עמותות שנרשמו במהלך כל העשור שעבר.⁹⁵ למרות היעדרם של נתונים פורמליים ניתן להניח כי עצם העלייה ברישום העמותות ברשם העמותות יכול בהחלט להעיד על התרחבות המגמה של זכייה באותן עמותות ובביקוש שלהן, שאם לא כן, אין סיבה להקמת עמותות לבנייה עצמית בהיקף כה ניכר.⁹⁶ לולא ההטבות הניתנות לעמותות וחבריהן לא היה לפרטים ולקבוצות כל תמריץ להתאגד בגופים אלו ולהיות כבולים לתקנון שלהם ולהגבלות המוטלות עליהם מטעם רמ"י ומשרד הבינוי השיכון ושל רשם העמותות.⁹⁷

שלוש מסקנות עולות מהאמור: ראשית, היתרונות שהובאו לעיל מתמציים פרטים להתארגן במסגרת מנגנון העמותות לבנייה עצמית, דבר שבעיניי אינו פסול בפני עצמו. שנית, בשל ההטבות שהן מקבלות, העמותות לבנייה עצמית מצויות בנקודת פתיחה טובה מזו שמצויים בה יזמים (ופרטים) המתחרים על מכרזי רמ"י לשיווק קרקעות לבנייה בשיתוף עם משרד הבינוי והשיכון. שלישית, בשל מיקומן בנקודת פתיחה מיטיבה מבחינה כלכלית, עמותות אלה יכולות להרשות לעצמן להציע מחיר גבוה מזה שמציעים מתחרים אחרים ובכך גם להעלות את הסיכוי שלהן לזכות במכרז. לכן השתתפותן אינה מאפשרת קיומה של תחרות חופשית ושוויונית, כמובטח בעריכתו של מכרז פתוח.⁹⁸

כפי שנראה להלן בעניין עכו, מלבד הפגיעה בקיומה של תחרות חופשית ובעקרון השוויון המעוגן בדיני המכרזים הכלליים, השתתפותן של העמותות לבנייה עצמית פוגעת גם בתנאי איסור האפליה החל על השלב שלאחר סיום המכרז והחתימה על חוזי הרכישה עם הזוכים, תוך הרחבת דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי". הדבר מטריד ובעייתי משום שקיים קושי להטיל ביקורת שיפוטית על השלכות סעיף העמותות המעוגן במכרזים פתוחים, וכך הן חומקות מתחולת עקרונות אלה עליהן.

2. סעיף העמותות תחת עקרון איסור האפליה: עניין עכו

"העמותה לבניית שכונה דתית – עכו" ו"העמותה לפיתוח עכו ובנייניה"⁹⁹ זכו במכרז רמ"י לשיווק קרקעות לבנייה בעיר זו.¹⁰⁰ האגודה לזכויות האזרח, ועמה עמותת "אליאטר" –

95 ניתן לצפייה באתר האינטרנט: www.guidestar.org.il/organization.

96 בתאריך 22.6.2014 פניתי למשרד השיכון בבקשה על פי חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998, לבחינת אחוז הזכייה של העמותות במכרזי רמ"י בשיתוף משרד הבינוי והותם המגורית בשלוש השנים האחרונות ולא נענית.

97 לדעתי זוהי הסיבה שעמותות לבנייה עצמית בונות על קרקעות ציבוריות, ואילו רוב הפרויקטים למגורים המקודמים על ידי חברות נדל"ן המשווקות את מותג "קבוצות הרכישה" מוקמים רובם על קרקעות פרטיות. ראו רשימת מאגרי המגרשים המוצעים למכירה לקבוצות רכישה, הכוללים בעיקר קרקעות פרטיות: www.kvr.co.il/grounds.

98 להבחנה בין השוויון המהותי לשוויון הפורמלי בהקשר דיני המכרזים, ראו דקל, לעיל ה"ש 27, בעמ' 107–115. לדוגמאות שהוא נותן אשר ממחישות את ההבדל בין שני סוגי השוויון ראו שם, בעמ' 114.

99 שתיהן עמותות בת לחברת "באמונה דיור לציבור הדתי לאומי", שהוצגה לעיל.

100 עת"מ (מינהליים חי') 25573-03-12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בבבו, 23.4.2012) (להלן: עניין עכו).

עמותה ערבית מקומית¹⁰¹ – והקליניקה המשפטית לזכויות האדם בחברה באוניברסיטת חיפה¹⁰² הגישו עתירה התוקפת את זכייתן של עמותות אלו, בטענה כי הן נקטו מדיניות שיווק מפלה של דירות המיועדות לתושבים יהודים מהציבור הדתי-לאומי בלבד. לעומת עניין עג'מי ביפו, במכרז הנדון נכלל תנאי האוסר על הזוכה להפלות בשיווק דירות (אך לא תנאי האכיפה של האיסור שהתווסף לאחר מכן).¹⁰³ לצד תנאי איסור האפליה כלל המכרז את סעיף העמותות, ועל סמך סעיף זה ניגשו העמותות הללו למכרז וזכו בו.

העותרים טענו כי רמ"י אינה מתפרקת מאחריותה לשיווק מקרקעין בהקצאה לצד שלישי, וכי "להחלטה על ייחוד שכונת מגורים לסקטור מסוים והדרתם של פרטים ממנה רק בשל השתייכותם לקבוצות אחרות יש השלכה ישירה על זכויות אדם, וגם בשל כך על רמ"י לקבל החלטות מסוג אלו בעצמה, מתוקף סמכותה, ובאופן שקוף ופומבי".¹⁰⁴ העותרים הדגישו כי סעיף האוסר על אפליה במכרז משקף נאמנה את חובת רמ"י לפקח שלא תהיה אפליה פסולה בשיווק דירות שבונות העמותות שזוכות במכרז. בהתבסס על כך, הם ביקשו לאכוף תנאי זה ולבטל את זכיית העמותות. לטענתם, על העמותות הללו לא חל החריג של הקצאה נפרדת "לקבוצת מיעוט תרבותית" החל על חרדים ובדואים, שכן מדובר בקבוצה חזקה שאין לתת לה הגנה משפטית להדרת פרטים שאינם נמנים עם הקבוצה.¹⁰⁵

המשיבים בעתירה, שהם מינהל מקרקעי ישראל, משרד הבינוי והשיכון ושתי העמותות שזכו במכרזים, טענו כי העמותות עמדו בכל תנאי המכרז, המאפשרים להם להתמודד בשוויוניות על הקרקעות. לא הייתה כל הפרה של תנאי המכרז, שכן לא הוכחה טענת השיווק המפלה שהעלו העותרים, בין היתר משום שלא היה מצב שבו פנו תושבים לרכישת דירות בפרויקט ונענו בשלילה. מלבד זאת, רמ"י ומשרד השיכון ציינו כי הקצאת מקרקעין על בסיס מאפיינים חברתיים היא חוקית, ולעתים אף מתחייבת ומתבקשת. לדברי המשיבים, משמעות הסעד המבוקש בעתירה היא הטלת איסור על קבוצת אנשים המעוניינים להתגורר בשכונות לעשות כן. לטענתם, לא הובאו ראיות כי מדובר בעמותות שקיבלו חברים לשורותיהן על פי קריטריונים לא סבירים. המשיבים ציינו עוד כי מבחינת דיני המכרזים לא נפל כל פגם בהתנהלות, בפרסום או בזכייה במכרז, וכי כוחות השוק הם שקבעו את הרכב חברי העמותה ולא שיקולי דת, גזע, מין או עדה. לדבריהם, המכרז היה פתוח, וכל מי שחפץ היה יכול להגיש הצעה. דומה כי זוהי בדיוק הנקודה הבעייתית, שכן סעיף העמותות הופך

101 עמותת אליאטר נוסדה בשנת 1996 על ידי קבוצה של משכילים וסטודנטים כדי לחולל שינוי חברתי בקרב האוכלוסייה הערבית בעכו. העמותה מתמקדת בשתי סוגיות מרכזיות: חינוך ודור. היא פועלת בכמה דרכים: ארגון חברתי, סנגור, תמיכה בקבוצות לא מאורגנות ועוד.

102 הקליניקה לזכויות אדם בחברה בפקולטה למשפטים בחיפה היא מסגרת אקדמית הכוללת סטודנטים למשפטים, עורך דין ומנחה אקדמית, העוסקים בעבודת שטח לשם זיהוי חסמים למימוש זכויות. הם פועלים בכלים משפטיים מגוונים להסדרת אותם חסמים ולשינוי מדיניות.

103 זהו כאמור תנאי שהוסף בעקבות עניין הוארי, לעיל ה"ש 70, אשר מטיל סנקציה כספית בגין הפרה של תנאי איסור האפליה.

104 ס' 31 לכתב העתירה המינהלית בעניין עכו, לעיל ה"ש 100.

105 נוסף על כך, הוצגה טענה כי העמותות פעלו בניגוד לס' 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. למרות היותה טענה חדשנית היא לא נדונה בבית המשפט.

את המכרז הפתוח האמור להיות שוויוני, למכרז שעליו מתחרים באי-שוויוניות פרטים ויזמים עם עמותות. "כוחות השוק" אינם ניטרליים ואינם פועלים בחלל הריק, אלא הם חלק בלתי נפרד ממערך שלם המושפע מההטבות והמענקים הניתנים לעמותות אלה, אשר כמובא בחלק הקודם, מעמידים אותן בנקודת פתיחה עדיפה בשלב ההתארגנות למכרז והמעניקה להן יתרון בולט. זאת, כפי שנראה להלן, ללא כל אפשרות להטלת ביקורת שיפוטית על השלכותיהם.

בית המשפט המחוזי בחיפה דחה את העתירה וקבע כי לא נמצא כל פגם בהליך של פרסום, התנהלות, שיווק ואישור המכרז.¹⁰⁶ נוסף על כך, לא הוכחה הטענה כי בפועל הייתה דחייה כלשהי של תושב ערבי או יהודי חילוני שביקש להתקבל לפרויקט. בית המשפט קבע כי מדובר בעתירה תאורטית ואקדמית,¹⁰⁷ שכן בפועל נשמרו הערכים הבסיסיים לקיומו של מכרז תקין. אמנם הוא קיבל את הטענה העקרונית כי על המינהל לפקח על העמותות ולמנוע אפליה בשיווק קרקעות המדינה. עם זאת נתן בית המשפט שני הסברים בהתייחסו לטענה כי מעצם טיבן של העמותות שזכו במכרזים לא יפנו אליהן דיירים ערבים וחילונים (וחרדים), ובכך הגביל בפועל את היקף חובת הפיקוח של רמ"י ביישום עקרון השוויון.

ההסבר הראשון הוא שייתכן כי אנשים נרתעים מכך ולא ייגשו למכרז, שכן הם אינם מעוניינים להפריע לניהולו של "מרחב הומוגני זה". קיימת סבירות שאנשים לא יגישו בקשה להצטרף לעמותה המזוהה עם הציבור הדתי בשל השוני בתפיסת העולם והרצונות. על פיו, "כל מגזר מעוניין לבחור לעצמו מרחב אחר, בהתאם לאופן שבו הוא מגדיר את מהות החיים הטובים – אף אם הדבר אינו מתיישב עם ערכים אוניברסליים של שוויון".¹⁰⁸ שנית, הוא ציין כי עצם הזיהוי של מרחב כמיועד לשמש קבוצה מסוימת אין בו אקט של הדרה; ייתכן מאוד כי לפרטים יש שיקולים מורכבים יותר באשר לבחירה במקום המגורים. בסוף החלטתו הדגיש בית המשפט כי –

"המבחן המשפטי במקרה שלפני הוא שוויון ההזדמנויות שהיה בעת שפורסם ונערך המכרז נשוא העתירה ושוויון ההזדמנויות בפנייה ובקבלה לעמותות להשתתף כדייר במיזם. כל עוד זה נשמר, ואין לפני ראייה לכל אפליה כזו או אחרת, עצם העובדה שיתכן שמגזרים מסוימים לא יבקשו להתגורר באותו מיזם, אין בה כדי להצביע על פגם בחוקיות הליך המכרז, בחוקיות התנאים שנקבעו ע"י מנהל מקרקעי ישראל לעמותות הזוכות במכרז או פגם באופן בו פועלות העמותות שזכו במכרז".¹⁰⁹

106 העתירה נדחתה ללא צו הוצאות. עניין עכו, לעיל ה"ש 100, בעמ' 9.

107 יש לתהות בעניין נפקותו ומשמעותו של נימוק זה שלאחרונה הופך לפופולרי בדחייתן של עתירות המעלות שאלות לא פשוטות בפני בית המשפט. ראו למשל את הנימוקים של השופט גרוניס בדחייתו את העתירה בעניין סבח, לעיל ה"ש 2.

108 עניין עכו, לעיל ה"ש 100, בעמ' 7.

109 שם, בעמ' 8.

דבריו אלה של בית המשפט מתעלמים מהשלכות פרקטיקת השיווק של המרחב על ידי אותם גופים על בסיס דתי, חרדי, לאומי, חילוני או מוצא, המשפיעה על שיקול הדעת והבחירה של פרטים לבחון בו כמקום מגורים. מחקרים מראים כי פרקטיקות השיווק של פרויקט מגורים ככולל משאבים המספקים צורכי ציבור מסוים (כגון מוסד דתי יהודי או לחלופין בית ספר ממלכתי ערבי) יש בהן כדי להשפיע מהותית על אופי האוכלוסייה שתתגורר במרחב זה, ולעתים יש בהם כדי לשמש מנגנון הדרה.¹¹⁰ נוסף על כך, בניגוד לדבריו לעיל, זיהוי משפטי של מרחב מסוים כמיועד ליישובה של קבוצה מסוימת בהכרח מדייר ממנו פרטים.¹¹¹ אמנם ייתכן שפרטים לא יבחרו בו כמקום מגורים משלל שיקולים, אך גם אם יבקשו לגור בו, הרי זיהוי כמרחב דתי, חילוני, יהודי או ערבי, אשר פסיקת בית המשפט מאשררת אותו מבחינה משפטית, מונע מפרטים שאינם נמנים עם הקבוצה להתגורר בו. זיהוי משפטי של המרחב מגדיר גם את גבולות הקהילה ואת היקף זכותה – מבחינה משפטית – להדיר ממנו כל מי שאינו חבר בה. בכך החלטתו מאפשרת יצירתה של הפרדה מרחבית בין דתיים לחילונים ובין יהודים לערבים על קרקע ציבורית במסגרת הליך מכרזי.

בהקשר הזה ראוי להעיר כי אין ספק שקבלן פרטי עשוי, מטעמים שונים בעיקר כלכליים (כגון הניסיון להעלות את הביקוש לדירות), לנקוט פרקטיקות שיווק מפלות ומסננות, שתכליתן לשווק את הדירות שבנה רק למגזר אחד. בכך ניתן לטעון כי התוצאה המדירה יכולה להישמר גם כאשר קבלנים פרטיים משווקים דירות, ואין דבר מיוחד בשיווק על ידי עמותות לבנייה עצמית דווקא. טענתי היא שקיים הבדל מהותי בין שיווק דירות על ידי קבלן פרטי לעומת עמותה לבנייה עצמית הטמון בשוני בדרישות המוטלות על העמותות לבנייה עצמית אשר יש בהן כדי לסתור אינהרנטית את מהות עקרון השוויון ואיסור האפליה. שכן, עמותות אלו מחויבות, על פי דרישות משרד הבינוי והשיכון, לארגן ולבחור חברים על פי שיקול דעתן – בשלב הטרם-מכרזי בטרם הפנייה וההרשמה למכרז. כלומר, ייתכן מאוד שכבר בשלב הזה יפלו גופים אלה בין פרטים אשר יבקשו להיות חברים בעמותה. לפיכך העמותות לבנייה עצמית אינן יכולות לעמוד כלל וכלל בתנאי איסור האפליה החל על מכירת יחידות דיור בשלב החוזי לאחר סיום המכרז, שכן תמיד רשימת החברים-הרוכשים תהיה סגורה וידועה. עם זאת מבחינת בית המשפט, הרי ברגע שהן עומדות בתנאי משרד הבינוי והשיכון, וכשהן עומדות בשאר הדרישות של המכרז, הוא אינו רואה הצדקה להתערב בתוצאה. בכך אין מוטלת, הלכה למעשה, ביקורת שיפוטית על אופן בחירת החברים ועל מהותה. משמעות הדברים היא שעניין סעיף העמותות במכרז פתוח חוסם את

110 ראו ישי בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" עיוני משפט כח 347 (2004) (להלן: בלנק "ממלכתיות מבוזרת"); ישי בלנק "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל" משפטים לד 197 (2004) (להלן: בלנק "מקומו של המקומי").

111 ריצ'רד פורד הטמיע את המושג "Racially Identified Space", שאותו הגדיר: מרחב פיזי שבו שוכנת קבוצה גזעית, המשוויה על בסיס המאפיין הגזעי. מרחב כזה מייצר, ומעצים, את ההפרדה הגזעית והשלכותיה, הכוללות בידוד של אותה אוכלוסייה, החלשתה, דיכוייה, הרחקתה ממרכזי הכוח ופגיעה ביכולתה לקיים ניעות כלכלית וחברתית. Ford, *The Boundaries of Race*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1845.

האפשרות לנהל דיון בהבנת השלכותיו ופגיעתו לא רק בעקרון השוויון אלא גם בתנאי איסור האפליה.

לעומת זאת, אין מוטלת על קבלן דרישה מקדמית כזו כתנאי להגשה למכרז, ולכן אם נמצא כי קבלן אשר זכה במכרז לשיווק קרקעות ציבוריות לבנייה למגורים נקט פרקטיקה מפלה, אזי סביר מאוד להניח כי בית המשפט לא יהסס להפעיל את הסנקציה של תשלום פיצויים כמובא לעיל בחלק ב.3.¹¹² בהיבט הזה עיקר החשש שאותו אני מבקשת להציף כאן הוא מפני שימוש במנגנון העמותות לבנייה עצמית ככלי להדרתם של פרטים וקבוצות בחסות עקרון השוויון ואיסור האפליה. אין לי ספק כי גם חברות פרטיות וקבלנים למיניהם עלולים לקדם פרקטיקות ואסטרטגיות שיווק מפלות ומדירות מתוחכמות, שאף הן חומקות מפני תחולת עקרון השוויון עליהם, ולכן יש לבחון מחקר עתידי נפרד בסוגיה זו. אבהיר עוד כי לעמדותי אין מניעה שקבוצות מאורגנות (בדמות קבוצות רכישה לדוגמה) המעוניינות לגשת למכרז כקולקטיב יעשו כן כל עוד הן עומדות בתנאי המכרז ומממשות את עקרון התחרות החופשית, השוויונית ואיסור האפליה או לחלופין עומדות במבחן הביקורת השיפוטית. שוב אדגיש כי הרתיעה שלי מעמותות לבנייה עצמית היא מההסדרה המשפטית של הדרישות המוטלות עליהן אשר סותרת ועוקפת תנאים בסיסיים לקיומו של מכרז פתוח תקין, ועל זה יש לתת את הדעת בצורה מעמיקה ומקיפה יותר. אמירה נוספת חשובה של בית המשפט נוגעת לביקורת שהוא מעלה נגד הניסיון להסדיר תופעות חברתיות (וכן מרחביות) באמצעות דיני המכרזים. הוא כותב:

”סבור אני כי המחשבה ששינוי כזה או אחר בתקנוני העמותות שזכו במכרז או קביעת הגבלות בירוקרטיה כאלו או אחרות על אופן פעולתן הם המכשירים להסדרת כל התופעות החברתיות, לרבות רצונן של קהילות כאלו ואחרות לבדל עצמן, היא בגדר טעות קונספטואלית.”

קביעתו של בית המשפט הדוחה כביכול את ניסיונות ההסדרה החברתית והמרחבית באמצעות דיני המכרזים היא בעצמה מכוננת הסדרה מסוג זה, שכן משמעותה המעשית היא שעמותות לבנייה עצמית, הבוחרות את חבריהן והמקימות מרחבי מגורים בשביל ציבור המעוניין לגור בנפרד על קרקע ציבורית, הן לגיטימיות וחוקיות. יתרה מזאת, כל עוד הדבר נעשה במסגרת הליך מכרזי – לכאורה חופשי ושוויוני – הוא אינו נדרש לעמוד בשום ביקורת משפטית נוספת. ודוק, גם כאן, בדומה לעניין עג'מי, כללי ההדרה המשפטיים של פרטים על קרקעות ציבוריות נמתחים, וכעת הם כוללים כל התארגנות קבוצתית המעוניינת לנהל מרחב מגורים נפרד, נבדל ושונה. בכך, בהקשר המכרזי, עיגון סעיף העמותות במכרז

112 סוגיה זו התעוררה בתביעה שהוגשה לבית משפט השלום בחיפה בשם תושב העיר עכו סאמי הוארי, האגודה לזכויות האזרח ועמותת אליאטר מעכו. במסגרת זו נטען כי מר הוארי ניסה לרכוש יחידת דיור בפרויקט הנדל"ן "גריין פאלאס" בעכו ונענה בסירוב בשל השתייכותו הלאומית. התביעה הוגשה נגד חברת הנדל"ן ורמ"י, ונטען כי משום שהפרויקט נבנה על קרקע ציבורית, ששווקה במכרז, על הרשות מוטלת אחריות לפקח כי גם יחידות הדיור אינן משווקות שיווק מפלה. העתירה נמחקה לאחר שהושג הסכם פשרה שלפיו תשלם החברה הנדל"נית 50 אלף ש"ח לשתי העמותות התובעות בתק לצורך קידום פעולות חינוכיות למניעת אפליה (עניין הוארי, לעיל ה"ש 70).

פתוח מביא הלכה למעשה להרחבת דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" באופן שבו הוא מכשיר את התארגנותן של קבוצות סגורות המתחרות במכרזים על חכירת קרקעות ציבוריות ללא צורך בהצדקת הדרתם של פרטים וקבוצות מהן; ללא הטלת ביקורת שיפוטית על בחירת חברי הקבוצה, על היותן קבוצת מיעוט ועל שאלת קיומו ואופיו של אורח חיים המחייב הפעלת החריג. הסכנה שבסעיף העמותות ניכרת בפתח שהוא פותח להכרה בבסיסים שונים ורבים של התארגנויות קבוצתיות המצדיקות הדרת פרטים ממרחבי המגורים שהן מקימות, ובכך מביא לפגיעה קשה ביותר ביישום עקרון איסור האפליה בשיווק יחידות דיור על קרקעות ציבוריות.

הדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר בקבוצות חזקות שאין כל הצדקה משפטית להקצות להן קרקע ציבורית לעתים אף בתנאים מיטיבים במסגרת מכרז שאמור להיות שוויוני ופתוח לכול. בעייתיות זו בולטת במיוחד בשל הקשיים הניכרים ביכולת ההתארגנות של קבוצות אלה בכלל ובתחום הקרקעות בפרט. אולסן (OLSON) כותב על קבוצות שקולן אינו נשמע בשל היעדר יכולת להתארגן לצורך קידום פעולה משותפת לעומת קבוצות חזקות שמניעים כלכליים ופוליטיים מניעות אותן להתארגן. הקבוצות המוחלשות מנהלות מאבקים יום-יומיים להישרדות אינדיווידואלית, ולכן אינן מצליחות לקדם שיתוף פעולה קבוצתי ביניהן.¹¹³ נקודה זו מומחשת היטב בדוח עמותת סיכוי, שאמנם עוסק ביזמה לשווק קרקעות ציבוריות לבנייה למגורים ביישובים הערביים, אך יכול לספק דוגמה טובה המלמדת על יכולת גישתן של קבוצות מוחלשות להליך המכרזי ככלל הקשורה ליכולתם (או היעדר יכולתם) להתארגן. מהדוח עולה כי היזמה נכשלה מכמה סיבות, ובהן בעיית יכולת גישתם של התושבים הערבים למכרזים שמפרסמת רמ"י ולמידע נדל"ני בכלל. היעדר כינוסים ואמצעים ליידוע האוכלוסייה הערבית בדבר קיומן של קרקעות לבנייה אף היא מהווה חסם בפניהם.¹¹⁴ כלומר בהקשר הזה סעיף העמותות מכשיל קבוצות מסוימות בגישתן לזכות באותם מכרזים.

לאור האמור קיים חשש מפני הפיכת העמותות לבנייה עצמית למכשיר סינון מתוחכם וסמוי, אשר כפי שראינו, חומק מכפיפותו לעקרון השוויון ואיסור האפליה ובכך מאפשר הדרתם של פרטים מרכישת קרקעות ציבוריות על בסיס השתייכות קבוצתית בחסות ההליך המכרזי ובאמצעותו. חשש זה הופך לממשי לנוכח העלייה בשיעור העמותות המשווקות פרויקטים למגורים נפרדים ומופרדים על בסיס דתי, חרדי ולאומי בתוך הערים השונות, כאשר מתוך 206 עמותות הרשומות בשנים 2011–2014 רק שמונה עמותות הן ערביות.¹¹⁵ כמו כן מהרשימה שקיבלתי מרשם העמותות עולה כי בשנת 2013 לפחות כ-30% מהעמותות לבנייה עצמית הן עמותות המזוהות כחרדיות או דתיות המשווקות דירות לציבור

MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS 165–167 (1971). בחלק האחרון של ספרו על תאוריה של התארגנות קבוצתית הוא נותן דוגמה של מהגרי עבודה העוסקים בקידום אינטרסים מסוג אחר. בהקשר הישראלי, ראו בלנק "ממלכתיות מבוזרת", לעיל ה"ש 110.

¹¹⁴ סיכוי מחסמים לסיכויים – שיווק קרקעות מדינה לפיתוח ובנייה ביישובים הערביים 10, 38–42 (2011).

¹¹⁵ שש מהן נוסדו בשנת 2013.

זה.¹¹⁶ העלייה במספרן של העמותות החרדיות לבנייה עצמית הביאה לתגובת נגד מצד התושבים החילונים, שאף הם מתחילים להתארגן בעמותות לבנייה עצמית על בסיס מאפיין החילוניות.¹¹⁷ תגובה זו תורמת להתהוות הדרגתית של מרחבי מגורים קהילתיים בתוך העיר ומעצימה את ההפרדה הקיימת זה מכבר בין הקבוצות.¹¹⁸ כדי להמחיש את הדברים אציג בחלק הבא מקרה בוחן של שיווק קרקעות באמצעות מכרזי רמ"י ביישוב חריש, המלמד על האופן שבו סעיף העמותות מניע התארגנות קהילתית במרחב.

3. העמותות לבנייה עצמית כמניעות התארגנות קהילתית: מקרה בוחן – חריש

לאחר נטישת תושבי חריש את הקיבוץ בשנות השמונים, נערכו רמ"י בשיתוף עם משרד הבינוי והשיכון לתכנון מחדש של היישוב הקיים כדי להקים עיר בעלת צביון חרדי.¹¹⁹ תושבי האזור, החילונים והערבים, הביעו התנגדות עזה להקמת היישוב והלינו על שני דברים – על עצם ייעודו של היישוב החדש לציבור החרדי במיקום זה ועל מתן הטבות מפליגות בשיווק הקרקעות לציבור זה.¹²⁰ מלבד סוגיית חוקיות ההקצאה הלא-שוויונית של קרקע ציבורית לקבוצה מסוימת תוך העדפתה על פני אחרות, התעוררו שאלות בנוגע ליתרונות ולחסרונות הכרוכים בקיומם ובהקמתם של יישובים עירוניים הומוגניים, בייחוד

116 אציין כי בפנייה לרשם העמותות לקבלת פילוח אחוז העמותות החרדיות נעניתי שהדבר אינו אפשרי. הודעה שהתקבלה ביום 8.7.2014. הסימון נעשה לפי זיהוי השמות של העמותות; את חלקן הצלחתי לזהות משום שכבר ראיתי את שמותיהן במסגרת מחקרי על חריש. ייתכן שמספר העמותות גדול יותר, אך לא הצלחתי לזהותן כחרדיות או דתיות.

117 קשה למצוא נתונים מדויקים באשר להתפלגות האוכלוסייה בהקשר הדתי מכיוון שזוהי הגדרה עצמית של פרטים אשר משתנה מפרט לפרט. אף על פי כן על פי סקר הלשכה הסטטיסטית המרכזית משנת 2011, 8% מהיהודים בגיל 20 ומעלה מגדירים עצמם חרדים, 12% דתיים, 13% מסורתיים-דתיים, 25% מסורתיים-לא כל כך דתיים ו-42% – לא דתיים או חילוניים. שיעור החרדים הוא 14% מבני 20–24, 12% מבני 25–44, 6% מבני 45–74, 4% מבני 45–64. אוכלוסיית הערבים היא כ-20% (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה הסקר החברתי 2009 (2011); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 2011, 62, 20).

118 דוגמה למאבק על האופי החילוני של שכונות הוא בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220 (2000). כן ראו בלנק "איים של פלורליזם", לעיל ה"ש 41.

119 על פי החלטה 3071 של הממשלה ה-31 "הקמת יישוב חדש באזור עירון", אושרה הקמתה של עיר שתוכנן כמיועדת לאוכלוסייה בעלת צביון קהילתי דתי באזור עירון. הממשלה הסמיכה את יו"ר המועצה הארצית לתכנון ולבנייה להביא את הנושא לדיון ולאישור בפני המועצה הארצית לתכנון ולבנייה. על פי זה יום משרד הבינוי והשיכון הקמתה של עיר חרדית במרכז הארץ בין ראש העין לבן שמן. כן נקבע בהחלטת ראש הממשלה כי יינתן סיוע לבניית 2,000 יחידות דיור בעיר בתנאים מועדפים תוך מתן הלוואות דיור, כאשר חלק מהסכום יהיה בגדר מענק.

120 נגד תכנית המתאר הוגשה עתירה מנהלית על ידי האגודה השיתופית "חריש הירוקה", בטענה כי התכנית מתעלמת מצורכי האוכלוסייה הקיימת ביישוב ובכך מפלות אותה לרעה, פוגעות בעקרון השוויון ואינן מתיישבות עם עקרונות המשפט החוקתי והמנהלי. העתירה נדחתה בשל תיקון התכנית המפורטת של היישוב, אשר על פי בית המשפט מבטא איזון ראוי בין האינטרס הציבורי להקל את מצוקת הדיור של האוכלוסייה החרדית לבין האינטרס של האוכלוסייה הקיימת לשמר את אורחות חייה. ראו עת"מ (מינהליים חי') 11475-07-11 חריש הירוקה אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית בע"מ נ' ועדת הערים שליד המועצה הארצית לתכנון ולבניה (פורסם בנבו, 1.5.2012).

משפטים מו תשע"ז הפרטה והדרה בעיר: העמותות לבנייה עצמית כמייצרות מובלעות מרחביות מופרדות

חרדיים.¹²¹ מכל מקום, לאחר דיונים רבים בממשלה ולאחר מאבק ציבורי ומשפטי¹²² הוחלט על שינוי התכנית ועל שיווק הקרקעות בתחום היישוב המיועד בשוק החופשי באמצעות מכרזים פתוחים של רמ"י.¹²³

בתחרות על המכרזים לשיווק הקרקעות ביישוב התארגנו 13 עמותות חרדיות לבנייה עצמית במסגרת חברה בע"מ, ששמה "ועד הדיור המאוחד חריש בע"מ", לרכישה במשותף את הקרקעות שמשווקים רמ"י ומשרד השיכון באזור, כדי לפתח עיר בעלת צביון חרדי.¹²⁴ ועד הדיור פרסם קול קורא שמטרתו לגייס את הציבור החרדי להשתתף במכרז רמ"י לשיווק קרקעות לבנייה באמצעות חתימה על בקשת הצטרפות. ועד הדיור היה אמור לפצל את הנרשמים לעמותות לפי שיוכם הקהילתי ולהוציא את הפרויקט לפועל לאחר שלב סיום המכרז. יש לציין כי חלק מהעמותות החרדיות והדתיות מבקשות כדרישת קדם המלצה של רב, המעידה על אופי המבקש ועל מידת התאמתו לחיי הקהילה שעתידיה להתגורר במרחב.¹²⁵ מועצת העמותה היא שמחליטה בדרך כלל על קבלתם או על דחייתם של המבקשים.¹²⁶ עקרונית, תקנוני העמותה אינם מטילים הגבלה על זהות החברים הפוטנציאליים. עם זאת נציגי העמותות הדתיות והחרדיות מצהירים כי על אף הנכונות למכור דירות לציבור החילוני¹²⁷ הם אינם מוכרים דירות לציבור הערבי כלל.¹²⁸ נקודה זו ממחישה פעם נוספת את הסתירה הקיימת בין עיגון סעיף העמותות לתנאי איסור האפליה.

121 רוגית נחום-הלוי "דו"ח של משרד הפנים: 'להימנע מהקמת ערים נבדלות לחרדים'" **TheMarker** 9.8.2011 www.themarker.com/realestate/1.680153. לפי דוח מבקר המדינה, הקמתם של יישובים חדשים, כולל היישוב חריש, ההחלטות הממשלתיות בנדון לא היו מקיפות, לא נבחנו בהן חלופות, לא בוצע אומדן כספי ראוי, ולא הוכן סקר חברתי וסביבתי מתאים. ראו מבקר המדינה דוח שנתי 55 – לשנת 2004 ולחשבונות שנת הכספים 2003, 436–441 (2005).

122 ראו לעיל ה"ש 119.

123 ראו אורי חודי "סופי: חריש לא תהיה חרדית; 'העיר נפתחה לכלל הציבור'" **גלובס** – נדל"ן וחשניות 18.2.2014 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000918216; נמרוד בוסו "המועצה הארצית לתכנון ובנייה: יש לשנות את אופי התכנון של חריש" **TheMarker** 24.12.2013 www.themarker.com/realestate/1.2198647.

124 ההתארגנויות החרדיות באמצעות חברות נדל"ן מסחריות לצורך הקמת ערים ואף שכונות ומרחבי מגורים שלמים בתוך הערים ניכרות גם בתוך הערים שאין בהן ריכוז גבוה של תושבים חרדים. לסקירת אופן השתלשלות הבנייה וההקמה של היישוב חריש באזור ראו אורי טל החלטת הממשלה להקים יישוב באזור ואדי-עארה (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2008).

125 כך, לדוגמה, עמותת "נאות חנן" בחריש מבקשת מכל נרשם: "המלצה מרב ציוני מוכר, זאת כדי לוודא התאמה לאופי הקהילה וכן להתארגן בעתיד באשר למוסדות חינוך עבור הילדים. נוסף על כך, הנהלת 'נאות חנן' מבקשת מחברי העמותה הסכמה עקרונית לתרומה עבור בניית בית כנסת קהילתי, בסכום של 150 נ"ח לחודש לתקופה של 3 שנים".

126 לא תמיד ניתן למצוא הגבלות ספציפיות בנוגע לזהות החברים שיכולים להתקבל כחברים בעמותה. למשל, בתקנון עמותת "נאות חנן" חריש מוצגים כללים שיכולים להתאים לכל זוג המבקש לרכוש דירה במסגרת הפרויקט: היות המבקש בגיר, עמידה בלוחות זמנים, ומטרת הרכישה היא למגורים. עם זאת זהות העמותה כעמותה דתית או חרדית יש בה כדי לצמצם במידה רבה את קהל היעד שאליו היא פונה.

127 בעמותה חברים גם קבוצת משפחות ויחידים שאינם מגדירים עצמם דתיים. לחברים אלו יוקצה מתחם עצמאי של בניינים.

128 ראו ס' 14–19 בכתב העתירה של העתירה המנהלית בעניין עכו, לעיל ה"ש 100, אשר בהם העותרים מביאים ציטוטים שמתוכם המשיבים מצהירים במפורש כי אינם מוכנים למכור דירות לערבים.

באותו מכרז ניגשו, נוסף על העמותות החרדיות, קבוצות רכישה חילוניות ודתיות-לאומיות שהתאגדו במסגרת עמותות לבנייה עצמית וכן חברות בנייה פרטיות. בעקבות התאגדות העמותות החרדיות פנו עמותת "חריש הירוקה" (המזוהה כעמותה חילונית)¹²⁹ ו"נאות חריש" (שהקימה חברת באמונה המזוהה עם הציבור הדתי-לאומי)¹³⁰ לוועדת המכרזים של רמ"י בבקשה לפסול את זכייתן של העמותות החרדיות.¹³¹ בפנייה נגד החלטת הזכייה של העמותות החרדיות נטען כי הן התאגדו תחת חברת ועד הדיור החרדי המאוחד כדי לתאם ביניהן מחירים לצורך הגשת הצעות למכרז. בכך פעלה חברה זו כקרטל ועברה על הוראות המכרז, על חוק חובת המכרזים ועל חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

כדי להבהיר את הסוגיה אציין כי תיאום מחירים בין גופים מציב את המתאמים בעמדת פתיחה טובה מזו של שאר המשתתפים במכרז. למעשה תיאום זה מביא להטבה במצבם הכלכלי של המציעים המתאמים על גבי הציבור הרחב. משכך, הדבר פוגע בעקרון השוויון בין המציעים האמור להתקיים בייחוד כשמדובר בתחרות על משאבים ציבוריים.¹³² בהקשר הנדון, בעקבות הפנייה והוכחת הטענה בדבר תיאום המחירים בין העמותות, ביטלה ועדת המכרזים את זכייתן של העמותות החרדיות, ומכירת הקרקעות נפתחה לכלל הציבור.¹³³ לאחר פסילת העמותות החרדיות זכו במכרז, נוסף על חברות פרטיות, שתי העמותות שפנו לוועדת המכרזים, נוסף על העמותה החרדית "ערבים לדיור", שהתמודדה מחוץ לוועד

129 ראו אתר הבית של "חריש הירוקה" והפרויקטים לבנייה המפורסמים בו www.harish4all.co.il.
 130 ראו אתר האינטרנט www.bemuna.co.il/?post_type=product, בעניין שיווק דירות בחריש: "חריש – נווה פורת", "חריש נאות חנן", "חריש – בית וגן" (נצפה לאחרונה ביום 5.1.2017).
 131 אציין כי ניכרת התארגנות גם מצד עמותות יהודיות המקימות פרויקטים למגורים בשביל הציבורי הדתי-לאומי, אשר אף הן נאבקות על צבינה החרדי של העיר חריש. כך למשל עולה מאתר האינטרנט של חברת באמונה, שבו מופיע מידע בנוגע לצבינה העתידי של העיר אותו מנסה לקדם החברה, כצביון אנטי-חרדי. עד חודש דצמבר 2013 היו הפרסומים נגישים לכלל הציבור, וכעת הם נגישים רק לחברים באתר והשייכים לעמותות המשתכנים של חברת "באמונה", ולכן לא אוכל להפנות לידיעה בנדון.
 132 הצעה זו מכונה "הצעה תכסיסנית", והפגיעה בזכות לשוויון בין המתחרים יכולה לקרות באמצעות סיכום בין מציעים כי ינקבו אותו המחיר, אף כי די ביידוע מציע אחד את האחר, מה תהא הצעתו במכרז, כדי שיראו בדבר תיאום, שכן די בידיעה זו כדי להשפיע על התחרות. יידוע המציעים זה את זה בדבר פרטי הצעותיהם יכול להתבצע ישירות או באמצעות שימוש בצד שלישי שירכז אצלו את המידע ויארגן את ההצעות באופן שייטיב עם המציעים המתאמים. להרחבה ראו RICHARD WHISH, COMPETITION (2009) LAW 520. כן ראו ע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ) (פורסם בנבו, 11.2.2008); ע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח(3) 293, 306 (2004); ע"מ (מינהליים י-ם) 3340-07-10 י.ע.ז. חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 11.10.2010).
 133 ועדת המכרזים מיום 17.1.2013, בהתייחס למכרז ח/149/2012 בחריש. בעקבות החלטת הפסילה של ועדת המכרזים הגישו העמותות החרדיות שנפסלו עתירה מנהלית לבית המשפט לעניינים מנהליים בחיפה, שבה התבקש בית המשפט להורות על ביטול החלטת הפסילה של ועדת המכרזים שנדחתה. בית המשפט דחה את הבקשה. ראו ע"מ (מינהליים ח"י) 14134-02-13 עמותת שבות יעקוב-חריש נ' ועדת המכרזים שליד מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2013).

הדיוור המאוחד.¹³⁴ למרות זאת העמותות החרדיות ממשיכות לפעול במרץ כדי לזכות במכרזי רמ"י באזורים אחרים ביישוב.¹³⁵

המאבק על הקרקעות המשולב במאבק על זהותו של היישוב חריש ממחיש את כוחן של העמותות לבנייה עצמית בעיצוב הזהות הקולקטיבית של מרחבי המגורים כחילוניים, דתיים או חרדיים¹³⁶ ומכאן גם את עיצוב אורח החיים העתידי בהם הכולל זהות משאבי הציבור השונים שיוקצו בו ואשר ישרתו אותה אוכלוסייה.¹³⁷ מחדד המקרה שהובא לעיל מראה כי ההתארגנות הגלויה של עמותות לבנייה עצמית היא שמנעה (בלי קשר לשיפוט נורמטיבי של תוצאה זו) את היותה של חריש עיר לחרדים בלבד, ומאידך הוא מלמד על האופן שבו עמותות לבנייה עצמית מניעות תהליך של התארגנויות קהילתיות לרכישת קרקעות ציבוריות. לדוגמה, בדומה לתהליך ההתחרדות שמתרחש בערים השונות,¹³⁸ המתבטא במעבר התושבים החרדים לשכונות חילוניות,¹³⁹ המשפיע על אופי מרחבי המגורים בתוך העיר ועל תפוסת התושבים בתוכה, גם במקרה של חריש ניכרת התארגנות של קבוצות על בסיס המאפיין החילוני והדתי-לאומי, לעתים כתגובת נגד, הנאבקות על אופיו וצביונו של

134 בדומה לזה, לאחרונה ניתן פסק דין בבית המשפט המחוזי בירושלים המאשר את החלטת ועדת המכרזים של רמ"י לפסול את התמודדותן של עמותות חרדיות בעיר בית שמש אשר הוכח כי תיאמו ביניהן על מנת לזכות זכייה קולקטיבית במכרז. ראו עת"מ (מינהליים י-ם) 55729-03-14 עמותת ברכת יוסף שלום לדיוור נ' ועדת מכרזים, רשות מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 1.7.2014).

135 שלמה כהן "תקנות השוק? ארבע עמותות חרדיות משווקות דירות בחריש" JDN – חדשות היהדות החרדית כ"ג בתשרי תשע"ג www.jdn.co.il/breakingnews/126132. על פי המאמר יש לפחות שלוש עמותות חרדיות לבנייה עצמית המשווקות דירות למגורים לציבור החרדי: "לעבדך באמת", "ערבים לדיוור" ו"תפארת הדיוור". כן ראו "חריש: עיר חרדית – נגד כל התחזיות!" בחדרי חרדים 19.6.2013 www.bhol.co.il/article.aspx?id=55789. במאמר זה מרווח על שיווק של יותר מ-1,000 יחידות דיור עבור הציבור הדתי.

136 ראו שאול אמסטרדמסקי "קבוצות הרכישה הפכו לכלי למשקיעים כבדים ולחרדים" כלכליסט 8.4.2013 www.calcalist.co.il/real_estate/articles/0,7340,L-3599446,00.html. ראו למשל יוסי ניסן "קבוצת רכישה חרדית השתלטה על שכונה חילונית בעפולה" גלובס – נדל"ן ותשתיות 1.1.2011 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000612405. עוד ראו ציפי מלכוב "חדש בעיר: סירת חרדית לחיפוש דירות" mynet 31.7.2011 www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4101057,00.html. על התארגנות קבוצות חרדיות בירושלים לרכישת דירות.

137 ראו בהקשר זה בלנק "מקומו של המקומי", לעיל ה"ש 110, המצביע על הקשר ההדוק שבין זהות משאבי הציבור לזהות הציבור שיתגורר במרחב המגורים.

138 כגון הערים בית שמש, ירושלים, צפת, רחובות ועוד. התושבים החילונים מגדירים זאת כתהליך השתלטות חרדית, שבו התושבים החדשים מקימים מוסדות קהילה התואמים את צורכיהם ומקיימים אורח חיים מרחבי המביא לדחיקת רגליהם של התושבים החילונים. ראו תני גולדשטיין "התחרדות שכונות: כוח השוק או כוח ההתארגנות?" ynet 9.6.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4073197,00.htm.

139 רוזן-צבי מציין בספרו כי כניסתם של תושבים חרדים לשכונות בתוך העיר משנה את אופיין שינוי מהותי בשל הריבוי הגובר של התושבים החרדים ובשל יכולתם למשוך משפחות נוספות למרחב השכונתי. לאחר שהם הופכים לרוב הם מתחילים להפעיל פרקטיקות מרחביות חרדיות, כגון סגירת רחובות השכונה בפני תנועה בשבת והטלת מגבלות על הלבוש והתנהגות התושבים במרחב הציבורי. ראו ISSACHAR ROSEN-ZVI, TAKING SPACE SERIOUSLY: LAW, SPACE AND SOCIETY IN CONTEMPORARY ISRAEL 100–101 (2004).

היישוב.¹⁴⁰ על פי בלנק, ההתארגנות של קבוצת החילונים מלווה בהמשגתם כ"קהילה בעלת אורח חיים ייחודי", המחייבת לטענתן הגנה משפטית מפני תהליכים חברתיים שפוגעים בה.¹⁴¹ עוד אשוב לנקודה זו בחלק הבא, שבו אציע את ההצעה העיקרית של המאמר.

מלבד זאת, המקרה של חריש מדגים מחד את האופן שבו במקרים מסוימים בית המשפט כן מצליח להטיל ביקורת שיפוטית על מנגנון זה, ומאידך ממחיש כי לעת עתה היכולת להטיל ביקורת זו מוגבלת לרגולציה הקיימת דרך קונסטלציות כמו איסור על תיאום מחירים ובעצם על יצירת קרטל, אם היא קיימת. כלומר כפי שראינו בחלק הקודם, כשמדובר בעמותה אחת המסננת חברים על בסיס השתייכות קבוצתית, או לחלופין כשמדובר בעמותות שלצורך העניין אינן מתאמות ביניהן מחירים, בית המשפט נותר מוגבל ביכולתו להעביר ביקורת שיפוטית על היקף מחויבותם של גופים אלה למימוש עקרון השוויון ועל הסתירה הקיימת בין עיגון סעיף העמותות לכלל איסור האפליה שעליה הצבעתי לעיל. לכן אמנם נראה כי מקרה זה הביא לתוצאה רצויה, אך המקרה שאליו אפנה להלן מעיד שוב על מורכבות הסוגיה המצריכה פתרון משפטי ראוי.

נוסף על המאבק שצוין לעיל, בדצמבר 2012 הוגשה לבית המשפט המחוזי בחיפה עתירה נגד משרד הבינוי והשיכון ורמ"י, התוקפת במישירין את חוקיותו של סעיף העמותות במכרזי רמ"י, אשר אף היא מחדדת את הבעייתיות הכרוכה בו באשר להדרתם של פרטים מתחרות שיויוניות בקרקע – בהקשר הזה התושבים הערבים. את העתירה הגישו ארגון "עדאלה" ו"המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי", בשם תושב ערעה, אשר ביקש לקנות דירה בפרויקט למגורים ששיווקה עמותה לבנייה עצמית. כיוון שהוא אינו חבר בעמותה שהתמודדה במכרז, לא היה ביכולתו לזכות ביחידת דיור. העותרים ביקשו לשנות את תנאי המכרז לבניית יחידות דיור בשכונה ביישוב חריש באופן שלא יאפשר לעמותות להגיש הצעות לזכייה בקרקע, ובכך לקבוע התניות ברורות המחייבות את העמותות המתמודדות לקיים את עקרון השוויון.¹⁴² למרות הפרסום שהקרקעות יועדו לכלל הציבור כללו המכרזים את "סעיף העמותות". בעתירה זו התבקש בית המשפט לבטל את נוהל ההקצאה, בהיותו נעדר כל תנאי המבטיח הקצאה שוויונית של משאבי ציבור, כפי שמתחייב מן החוק.¹⁴³ נטען כי הנוהל מאציל הלכה למעשה את הסמכות להקצאת קרקע ציבורית לעמותות מיישבות פרטיות בלא כל התניה או פיקוח ומאפשר להן להקצות קרקע אך ורק לחבריהן, לפי שיקול דעתן. בכך, במקרה של זכיית עמותה במכרז, הופך תנאי איסור

140 נמרוד בוסו "חריש: עמותות חילוניות מציעות דירות ב-600 אלף ש"ח" *TheMarker* 10.10.2012; www.themarker.com/realestate/1.1839702; מוטי קורנפלד "החילונים בדרך לחריש? עמותה חילונית הודיעה שתיגש למכרזים" *פתרונט לדיור ט"ו במרחשוון התשע"ג*.

141 בלנק "איים של פלורליזם", לעיל ה"ש 41, בעמ' 101. לעתים המשגה זו אף כוללת דרישה להקצאה ייעודית של קרקע לבניית מרחבי מגורים ייעודיים בשביל התושבים החילונים.

142 עת"מ (מינהליים ח') 58680-12-12 מולחם נ' מינהל מקרקעי ישראל ירושלים (פורסם בנבו, 30.12.2012).

143 ראו ס' 4-8 לכתב העתירה.

האפליה בשיווק הדירות במכרז ללא אפקטיבי.¹⁴⁴ הטיעונים שהובאו בעתירה ממחישים פעם נוספת את הבעייתיות הבסיסית של סעיף העמותות, הנגזרת משילובו עם תנאי איסור האפליה. עם זאת למרות חשיבותה ולמרות השאלה שהיא מעוררת באשר לחוקיות סעיף העמותות העתירה נמחקה בעצת בית המשפט, לאחר שציין בפני נציגת העותרים כי נושא העמותות במכרזים הוא תחום חדש, שנמצא, מבחינת בית המשפט, בתהליכי למידה.¹⁴⁵ לסיכום, השתתפותן של עמותות לבנייה עצמית פוגעת בניהולו של מכרז פתוח חופשי ושוויוני וכן פוגעת במימוש עקרון איסור האפליה החל על שיווק יחידות דיור תוך הרחבתה של דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" לקבוצות המבקשות לקדם אורח חיים נפרד ושונה, ללא הטלת ביקורת שיפוטית ראויה על כך. הן הופכות למנגנון המייצר מובלעות מרחביות קהילתיות מופרדות בעיר. משכך טעמי יש להגביר את הביקורת השיפוטית המוטלת על אותן עמותות. עם זאת אין במסקנה זו כדי לשלול כליל את חשיבותן של התארגנויות קבוצתיות לרכישת קרקע במסגרת העמותות לבנייה עצמית. כפי שמובא בחלק ד.1, למנגנון העמותות לבנייה עצמית יתרונות רבים בעידודה וזירוזו של בנייה ייעודית עבור קבוצות שונות; הן מאפשרות לשלל קבוצות אוכלוסייה מוחלשות להתמודד במכרזים להפרטת קרקעות ציבוריות עירוניות (ובכלל) ולזכות בתנאים והטבות למיניהם. בכך הן דווקא יכולות לקדם את עקרון השוויון ואינטרסים רבים של הקבוצות השונות.¹⁴⁶ בשל יתרונותיהן של העמותות לבנייה עצמית לצד הבעיות שהן יוצרות אציע בחלק הבא להגביל את השתתפותן במכרזים למקרים שבהם הוחלט להקצות קרקע מיוחדת לציבור מסוים, כאשר הכלי המתאים לכך הוא מנגנון "המכרז הסגור". זהו כלי המאפשר הקצאה ייעודית של קרקע ציבורית לקבוצה סגורה ומוגדרת, ומטרתו לקדם צורך ציבורי שקובעת רמ"י, בעודו נתון לביקורת השיפוטית של בית המשפט, הבוחן את חוקיות ההקצאה הייעודית לאותה קבוצה.

ד. ההצעה: מכרז סגור לשיווק קרקעות לעמותות לבנייה עצמית

כאמור, רמ"י נוקטת שתי שיטות מכרז לבנייה עצמית על הקרקע שבניהולה בשיתוף עם משרד הבינוי והשיכון: השיטה הראשונה, שבה התמקדתי עד כה, היא שיטה של "מכרז פתוח", והיא הכלל; שיטת המכרז השנייה שבאמצעותה רמ"י משווקת קרקעות ציבוריות היא "מכרז סגור", והיא בבחינת החריג לכלל.¹⁴⁷ מכרז סגור הוא תחרות סגורה בין חברי

144 בס' 6 לכתב העתירה נטען: "עד כמה שידוע לעותרים, לא קיימים נהלים או כללים המסדירים כיצד שיקול דעת זה יופעל, באלו מקרים ולפי אילו נסיבות. בעתירה נטען כי הנוהל הנדון אינו מתייחס אך ורק לעמותות המאגדות קבוצת פרטים בעלי אופי ייחודי (תרבותי או דתי); מדובר בריכוז כוח בידי קבוצות הקובעות לעצמן אופי גורף באופן רנדומלי הפותח פתח להתבדלות ואפליה, על חשבון כלל אזרחי המדינה, ובין היתר קבוצות חלשות אחרות הזקוקות נואשות לדיור. אלו מקבלים משנה תוקף גם לאור ההטבות הרבות שיינתנו לרוכשי הדירות במסגרת המכרז".

145 ריאיון טלפוני עם סוהאד בשארה, עו"ד בארגון עדאלה (24.6.2014), בנוגע לסיבת המחיקה של העתירה.

146 אבקש להודות למערכת כתב העת משפטים על הערה זו.

147 ראו תק' 1ב לתקנות המכרזים הקובעת עדיפות לקיומו של מכרז פתוח על פני סגור.

הקבוצה שעליה מחליטה רמ", והוא סוג של הקצאה ייעודית של קרקע ציבורית בשביל אותה קבוצה.¹⁴⁸ מכרז מסוג זה יכול להיערך בשתי שיטות: השיטה הראשונה היא תחרות בין חברי הקבוצה, שעל זהותם כאמור מחליט עורך המכרז, ואז בדרך כלל מגיש ההצעה הגבוהה ביותר זוכה במכרז אם הוא מקיים את שאר תנאי המכרז.¹⁴⁹ השיטה השנייה היא שיטת "הרשמה והגרלה". במסגרת שיטה זו נקבע מחיר מינימום משותף לכלל המגישים, ואליה נרשמים מבקשים שזהותם נקבעת מראש על פי תנאי המכרז. לאחר עריכת הגרלה ביניהם מוכרז הזוכה, בכפוף למילוי אחר שאר תנאי המכרז.¹⁵⁰ עריכתו של מכרז סגור לעומת מכרז פתוח, בהתייחס לסוגיית שיווק הקרקעות, נתון לשיקול דעתה של רמ". גם ההחלטה איזה סוג של שיטה לנקוט במסגרת המכרז הסגור (מכרז סגור תחרותי לעומת מכרז בהרשמה והגרלה) נתונה בידי רמ".

כפי שאציע להלן, מנגנון המכרז הסגור הוא לגיטימי כלי ראוי להתמודדות עם האתגרים שהובאו לעיל בהיותו מממש שני אינטרסים עיקריים: מחד הוא מביא לחיזוק עצמות והתארגנויות קבוצתיות הזקוקות להגנה באמצעות הבטחת השתתפותן במכרזים סגורים – לעתים אף בתנאים מיטיבים יותר, ומאידך הוא מחייב הטלת ביקורת שיפוטית מוגברת על הגופים המשתתפים במכרז הסגור, וכך עמותות אלה לא תוכלנה להתחמק מתחולת עקרונות בסיסיים לניהול תקין של המכרז. אציג קודם את שני ההסדרים העיקריים המסדירים את מנגנון המכרז הסגור ולאחר מכן אציג את הביקורת השיפוטית המוטלת על השימוש בו ואת עיקר האתגרים שיעמדו בפני בית המשפט בהקשר של השתתפותן של העמותות לבנייה עצמית במכרזים סגורים.

1. שיווק קרקעות לבנייה למגורים במכרז הסגור

ההסדרים העיקריים הקובעים את המסגרת הנורמטיבית לשיווק קרקעות לבנייה למגורים לפי מנגנון המכרז הסגור הם שניים: אחד ספציפי ומסדיר את סוגיית השיווק של קרקעות לבנייה לידי עמותות, והשני הוא הסדר כללי שאינו ייחודי לעמותות. ההסדר הראשון הוא סעיף 2.2 לנוהל ההקצאה שהוכן במשרד הבינוי והשיכון בשנת 2004 המאפשר עריכתו של מכרז סגור לעמותות לבנייה עצמית. סעיף זה קובע כי "באתרים/ישובים בעלי צביון דתי יבוצעו המכרזים או מכרזי ההרשמה והגרלה לעמותות בעלות צביון דתי וזאת לאחר התייעצות עם הרשות המקומית. ההתייעצות עם הרשות המקומית מהווה תנאי לפרסום

148 החוק אינו מגדיר מהו "מכרז סגור". המושג מוגדר בתקנות המכרזים. בתק' 1, הכוללת הגדרות, מכרז סגור מוגדר כך: "מכרז שבו הפנייה לקבל הצעות מופנית לספקים מסוימים בלבד, לפי תקנה 4". דקל מציג להגדיר את המכרז הסגור ככולל שתי דרישות: הדרישה הראשונה היא שהמגבלה על מספר המציעים הרשאים להשתתף במכרז אינה רלוונטית למהות המכרז; הדרישה השנייה היא שהמגבלה הלא עניינית על מספר המשתתפים תהפוך את ציבור המציעים הפוטנציאליים לציבור "מסוים" באופן שניתן להגדרה ולתיאור בהירים (דקל, לעיל ה"ש 27, בעמ' 85–86).

149 נוסף על האמור, תק' 25 לתקנות המכרזים מפרטת נסיבות שבהן ניתן להקצות קרקע בפטור ממכרז. 150 יתרת המגרשים, שלא העלו זוכים במכרזים, ישווקו לעתים, על פי שיקול דעתה של הרשות, בשיטת המדף במלוא המחיר, בדרך כלל לתקופה של שישה חודשים. המודעה המתפרסמת בעיתון מפנה את הנרשמים לחוברת המכרז שקיימת בעניין אותו אתר.

הפרוייקט". אף כי הנוהל אינו מוגבל ליישובים בעלי צביון דתי-יהודי, בפועל הוא הוחל רק על יישובים יהודיים.

בית המשפט נדרש לבחון את חוקיותה של הקצאת קרקעות ציבוריות מכוח הסדר דומה שקדם להסדר האמור במסגרת עניין פורז, שניתן כמה חודשים לפני חקיקת חוק חובת המכרזים.¹⁵¹ פסק דין זה עסק בהקצאת קרקע לעמותות בעלי צביון דתי-מפלגתי בשכונה בעיר פתח תקווה ללא מכרז וללא הגרלה. ההקצאה ניתנה מכוח "נוהל המלצה להקצאת קרקעות לעמותות" משנת 1991 (להלן: ניהול המלצה, שהוחלף בשנת 2004 בנוהל ההקצאה האמור).¹⁵² בדונו בטענות הצדדים ציין בית המשפט כי מקרקעי ציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות הכוללות את החובה לנהוג על פי כללי המנהל התקין, בהגינות ובשוויון כלפי כלל האזרחים, תוך קידום תחרות הוגנת בין כל המעוניינים בקרקע.¹⁵³ נקבע כי מכרז סגור של עמותות מאורגנות נועד בין היתר לממש מטרה ציבורית שהרשות מעוניינת בקידומה, כגון שיווק לציבור מסוים מוגדר וידוע מראש הזקוק לעזרה. לפיכך הקצאת מקרקעין ללא תחרות צריכה להצטמצם למקרים יוצאי דופן, הכוללים: "צורכי ביטחון, הקמת שכונה המשרתת מפעל פיתוח, הרחבה החיונית למפעל קיים או הרחבה של יישוב לקליטת דור שני, והיא חייבת בכל מקרה להיות מנומקת".¹⁵⁴ בבחינת חוקיותה של ההחלטה בדבר עריכת מכרז סגור נדרש בית המשפט לבדוק את הרלוונטיות של הגבלת זהותם של המשתתפים למטרות שהמכרז נועד לקדם. נקבע כי הנוהל מאפשר הקצאת קרקע לעמותות בעלות צביון דתי בתור שכאלה, כשקיימים שיקולים ענייניים רלוונטיים ומקצועיים המצדיקים הקצאת קרקע נפרדת של אתרים לציבור החילוני מזה ולציבור הדתי מזה.¹⁵⁵

חשוב לציין כי סוגיית שיווק קרקעות ציבוריות לאוכלוסייה בעלת צביון דתי על פי ניהול המלצה נדונה ברוח מבקר המדינה בשנת 1998, אשר בחן את הגדרת המושג "צביון דתי" ומצא כי משרד הבינוי והשיכון לא פעל לכלול בנהליו הגדרה מתאימה של "צביון דתי". כן נמצא כי משרד הבינוי והשיכון לא ערך מחקר על היקף הצרכים ומאפייני הדור של האוכלוסייה בעלת הצביון הדתי השואפת למגורים נפרדים מכלל האוכלוסייה, אלא התמקד

151 פסק הדין ניתן ב-31.3.1992, אך אף על פי שחוק חובת המכרזים התקבל בשנת 1992, תחולת פסק הדין היא ב-16.5.1993. ראו עניין פורז, לעיל ה"ש 38.

152 לפי תנאי ניהול המלצה קיימת חובת פרסום מראש בעיתונות היומית של זכות ההרשמה וכן חובה לקיום הגרלה פנימית בין המתחרים על תנאי המכרז. חלק מהתנאים הטכניים הנוגעים לאופן הפרסום לא התקיימו במקרה הנדון.

153 נוסף על כך דן בית המשפט בפרשנותו הראויה של חוק הליכי תכנון ובניה (הוראת שעה), התש"ן-1990, ועסק בשאלה אם החוק חל גם כאשר הפשרת קרקעות לבנייה במסגרתו כוללת היערכות כללית באמצעות הגדלת היצע הדירות הכללי (עניין פורז, לעיל ה"ש 38, בעמ' 797).

154 שם, בעמ' 801.

155 לביקורת על פסק דין זה ראו בלנק "איים של פלורליזם", לעיל ה"ש 41, בעמ' 96; דפנה ברק-ארז "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות – בעקבות בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות" המשפט 291, 294 (2005); יוסי דהאן "למי שייכת האדמה הזו?" – על זכויות ותפיסות צדק חלוקתי" משפט וממשל ח 223, ה"ש 85 (2005).

בעיקר בנושא צורכי הדיור של האוכלוסייה החרדית בלבד.¹⁵⁶ צוין כי הפעלת סעיף 2.2 לנוהל ההקצאה על ידי משרד הבינוי והשיכון מלווה בדרך כלל במתן הטבות ייחודיות ליישובים שבהם שוכנת אוכלוסייה חרדית בהעניקם מעמד של אזור בעל עדיפות לאומית (א' או ב'). בכך סעיף זה נוצל למתן הטבות לציבור החרדי בלבד ללא בחינת היקף הצורך בהטבות אלו והעדפת ציבור זה על פני ציבורים אחרים.¹⁵⁷

בכל אופן נראה כי בעקבות דוח המבקר חלה ירידה בשימוש בנוהל זה, וחלק ניכר מהמקרים של פטורים מעריכת מכרז פתוח נעשים כיום לפי ההסדר השני, שעליו אפרט להלן. כפי שנראה בחלק העוקב, המבחנים שנקבעו בהקשר נוהל זה שימשו בסיס לביקורת השיפוטית שבית המשפט מפעיל במקרים שבהם הוא נדרש לבחון חוקיות סגירתו של מכרז, בייחוד בשל עיגונם בהוראות החוק שהתקבל מיד לאחר מתן פסק דין בעניין פורז.

ההסדר השני הוא תקנה 26 לתקנות המכרזים, שהוא הסדר כללי ואינו מתמקד במכרזים לשיווק קרקעות לעמותות. הסדר זה קובע כי התקשרותה של רמ"י לביצוע עסקה במקרקעין אינה טעונה מכרז פומבי אלא מכרז סגור בשלל מקרים המנויים בתקנה, ובהם הענקת זכויות במקרקעין במסגרת תכנית "בנה ביתך" או ל"קבוצות בעלות אופי יחודי"¹⁵⁸ – הכול באזורים שבהם היצע המקרקעין עולה על הביקוש, או יש למדינה עניין מיוחד בעידוד ההתיישבות;¹⁵⁹ הענקת זכויות במקרקעין לבנייה למגורים בשכונות מצוקה או בשכונות שיקום, על פי המלצת משרד הבינוי והשיכון ולפי מבחנים שוויוניים;¹⁶⁰ הענקת זכויות במקרקעין לבעלי צרכים מיוחדים;¹⁶¹ הענקת זכויות בנייה למגורים לבדואים ביישובי הבדואים,¹⁶² ועוד.¹⁶³

למעשה המכרז הסגור אינו שיווני מעצם הגדרתו, שכן זכות הגישה אליו פתוחה רק למי שנמנה עם הציבור הייחודי שלשמו נסגר המכרז, כלומר נוצר מצב של אי-שוויון בין מי

156 מבקר המדינה דוח שנתי 49, לעיל ה"ש 72, בעמ' 125. עוד מציין מבקר המדינה כי קיימת חשיבות ניכרת לתכנון ראוי של הקצאת קרקע לקבוצה הומוגנית בעלת אורח חיים נבדל התואמת את צרכיה.

157 בנושא הדיור הטבות אלה כוללות השתתפות בשיעור הוצאות הפיתוח; סיוע ברכישת דירה; הענקת מענק; הנחות בדמי חכירה של הקרקע באזורי העדיפות השונים ועוד. נוסף על ביקורת זו, לעתים הקמתן של השכונות החרדיות בתוך הערים זוכה לסיוע ממשלתי, אשר במסגרתו מוענקות הטבות למשתכנים, ובהן "המחיר למשתכן". הקריטריונים של ההטבות הללו נקבעים במשרד הבינוי והשיכון ובין היתר מעניקים יתרון למשפחות חרדיות. ראו מבקר המדינה דוח שנתי 49, לעיל ה"ש 72, בעמ' 123–144, המרחיב על אודות סוגיה זו. במקרים רבים הטבות אלה הן תוצאה של הסכמים קואליציוניים של מפלגות המזוהות עם הציבור החרדי המעוניינות לקדם את האינטרסים שלהן בתחום הדיור. הכניסה של השר אריאל אטיאס ממפלגת ש"ס למשרד הבינוי והשיכון, המעוניין בקידום תכניות והטבות לאוכלוסייה החרדית, הביא לידי כך שתנאי המחיר למשתכן מיטיבים עם התושבים החרדים ומעניקים להם עדיפות על פני תושבים אחרים. ראו רנית נחום-הלוי "עתירה לבג"ץ: לעצור את מכרזי בנייה שיצאו לפי מחיר למשתכן" *TheMarker* 18.3.2012 www.themarker.com/realestate/1.1666291.

158 לפי המושג המופיע בתק' 26(2) לתקנות המכרזים, ראו פירוט בחלק הבא.

159 תק' 26(2) לתקנות המכרזים.

160 תק' 26(3) לתקנות המכרזים.

161 תק' 26(4) לתקנות המכרזים.

162 תק' 26(1) לתקנות המכרזים, המפנה לתק' 25(20).

163 ראו תק' 26(1) לתקנות המכרזים, הקובעת כי ניתן לערוך מכרז במקרים המנויים בחלק מהוראות תק' 25.

שרשאי להשתתף במכרז לבין מי שנמנעה ממנו האפשרות לעשות כן.¹⁶⁴ נוסף על כך, במקרה של ניהול מכרז סגור בשיטת הרשמה והגרלה הרשות יכולה להציע את הנכס לא למרבה במחיר אלא במחיר קבוע וידוע מראש ואף במחיר נמוך משוויו הראלי, אשר אין בו רווח כלכלי לרשות. על כן למכרז לשיווק קרקע ציבורית תיתכן גם מטרה שאינה השגת התמורה הכספית הגבוהה ביותר, למשל הקצאת קרקע לקבוצה נזקקת.¹⁶⁵ בכך תוענק לזכאים טובת הנאה על חשבון הציבור, ולכן קיים צורך להצדיק זאת במקרים שהדבר נעשה לקידום מטרה (מדינית, משקית, דתית¹⁶⁶ או חברתית) שהיא מעניינו של כלל הציבור.¹⁶⁷ אכן, כעולה מרשימת המקרים המנויים בתקנה 26, המכרז הסגור הוא כלי מרכזי לקידום ערכים חברתיים של צדק חלוקתי, לחיזוק קבוצות ולהעדרה מתקנת בתחום המכרזים, וזו חשיבותו ותורמתו הניכרת לקבוצות ולעמותות לבנייה עצמית.

דקל מסביר בספרו כי הוראות הפטור מקיום מכרז פתוח הן בגדר חריג לכלל המחייב עריכת מכרזים ושמירה על עקרון השוויון, ולכן יש לפרשן על דרך הצמצום.¹⁶⁸ משכך, הרי שהרשימה לעיל היא רשימה סגורה, ורק במקרים המנויים בה יהיה ניתן לערוך מכרז סגור. גישה זו באה לידי ביטוי גם בפסיקת בית המשפט, שבה מודגש אופיין החריג של הוראות הפטור בד בבד עם הכרה בחשיבותן בקידום אינטרס ציבורי מוגדר וקבוע, הנתון לביקורת שיפוטית.¹⁶⁹ על אף קיומם של מבחנים ואמות מידה לבחינת חוקיות סגירתו של המכרז, ההצעה בדבר הגבלת השימוש של העמותות לבנייה עצמית במנגנון המכרז הסגור מאתגרת במיוחד, והיא תחייב את בית המשפט להתמודד עם כמה דילמות ייחודיות שיעלו, שעליהן אעמוד להלן.

2. ביקורת שיפוטית בהפעלת המכרז הסגור: דילמות ואתגרים

סבירות ההחלטה באשר לחוקיות סגירתם של מכרזים נדונה בבית המשפט בכמה מקרים שבהם נקבעו אמות מידה להפעלת שיקול דעתה של רמ"י, כאשר חוקיות עריכתו של מכרז סגור בפני בית המשפט נבחנת בהתייחס לשני מישורים של יחסים. המישור הראשון – שאותו אכנה המישור הפנימי – נוגע ליחסים הפנימיים בין המשתתפים במכרז, ובמסגרתו מוטלת חובה לקיים את עקרון השוויון בין כלל המשתתפים על פי כללים קבועים וידועים

164 דקל, לעיל ה"ש 27, בעמ' 85.

165 עניין פורז, לעיל ה"ש 38, בעמ' 801.

166 תק' 26(1) לתקנות המכרזים, המפנה לתק' 25(17), 25(17א).

167 עניין עיריית אילת, לעיל ה"ש 37, בעמ' 760.

168 דקל, לעיל ה"ש 27, בעמ' 219; כן ראו ה"פ (מחוזי חי') 199/96 קיבוץ גשר נ' מינהל מקרקעי ישראל 3 (פורסם בנבו, 13.5.1996); ע"א 6996/97 חברת א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נג(4) 117 (1999); בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3) 267 (1992); בג"ץ 6176/93 אליקים 1986 – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מח(2) 158 (1994). עוד קבע בית המשפט כי הפטור מהחובה לקיים מכרז אינו פוטר את הרשות הציבורית מהחובה הכללית לנהוג בהגינות ובשוויון כלפי האזרח (רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 221, 226 (1995)).

169 עניין עיריית אילת, לעיל ה"ש 37, בעמ' 760; עת"מ (מינהליים ת"א) 2724/07 ביחד עטרת אבות נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.5.2011).

מראש. בהקשר הזה נבחנים קריטריונים ותנאי זכאות ייחודיים להשתתפות במכרז. מספר הנרשמים ומאפייניהם נקבעים על פי המוסד היוזם את המכרז ועל פי הדרישות שהוא קובע, התלויות בין היתר בתנאי תכנית המתאר החלה במקום.

המישור השני – שאותו אכנה המישור החיצוני – נוגע ליחסים שבין משתתפי המכרז לבין מי שנמנע מהם להשתתף בו. כדי להבהיר ולחדד את העניין, מכרז סגור ייחשב לאמצעי שוויוני רק אם אוכלוסיית המועמדים נבחרה על פי אמת מידה שוויונית ותוך התחשבות במהות התכלית הציבורית שהרשות מבקשת להגשימה. ההחלטה בדבר עריכתו של מכרז סגור לעומת פתוח מערבת אינטרסים של שמירה על המרחב לצד חיזוקו וחיזוק הקהילה שבתוכו. כפועל יוצא מכך שיווק קרקעות במסגרת מכרז סגור מקדם הלכה למעשה הדרה מרחבית של פרטים על בסיס השתייכותם הקבוצתית הנקבעת במוסד היוזם את המכרז. לכן ההחלטה בדבר הפעלת החריג ועריכת מכרז סגור איננה טכנית אלא כרוכה בהשלכות מרחביות וחברתיות רחבות היקף על תושבי מרחב השכונה, תושבי הרשות המקומית ותושבי הרשויות הסובבות אותה. משכך, המישור החיצוני רלוונטי יותר לעניינו (וכן גם מאתגר יותר), ולכן אתמקד בו בשורות הבאות.

התקנה הרלוונטית להפעלת מנגנון העמותות לבנייה עצמית היא תקנה 26(2), וזהו לשונה: "הענקת זכויות במקרקעין במסגרת תכנית 'בנה ביתך' או לקבוצות בעלות אופי ייחודי, הכל באזורים בהם היצע המקרקעין עולה על הביקוש או יש למדינה עניין מיוחד בעידוד ההתיישבות" (ההדגשה שלי – מת"ג). אביא להלן את עיקר הדילמות אשר יצריכו דיון משפטי עתידי במקרה שיוחלט על הגבלת השתתפותן של העמותות במכרזים סגורים, ואתייחס למבחנים שפותחו בפסיקת בית המשפט בהפעלת החריג של המכרז הסגור. הדילמה הראשונה היא זו: מהי "קבוצה בעלת אופי ייחודי" הזכאית להגנה לצורך מימוש אינטרס מיוחד שמצדיק שימוש בחריג המכרז הסגור? השנייה: כיצד מגדירים "מרחב", או על פי לשון התקנה "אזור", המצדיק סגירתו לצורך הקצאה ייחודית של קרקע לאותה קהילה/ קבוצה? שתי השאלות האלה קשורות זו בזו ומשליכות זו על זו; בשורות הבאות אסרטט קווים כלליים להתמודדות התחלתית עמן בהקשר הנדון.

נקודת המוצא של העמדה הנורמטיבית שאותה אבקש לקדם במענה לשאלות אלה מתבססת על כתיבה שלפיה פרטים, העדפותיהם והתנהגותם מעוצבים על פי שלל זהויות ושייכויות קבוצתיות.¹⁷⁰ לחלק מן הזהויות אנו נולדים, כגון זהויות לאומיות ודתיות, ואילו

170 בהיבט הזה החוקר הקנדי צ'רלס טיילור, שהוא אבי גישת הפוליטיקה של ההכרה (the politics of recognition) הניח את יסודות ההכרה בחשיבות הזהויות והשייכויות השונות שיש לפרט כבסיס ליצירתו של "האני" בתוך מערכת חברתית. על פיו זהות עצמית מעוצבת בחלקה באמצעות ההכרה, היעדרה או הכרה שגויה מצד אחרים הנעשית באמצעות חיכוך ואינטראקציה מתמשכת עם אחרים תוך שיקוף עצמי כנגד האחר. הייחוד העיקרי של גישתו ניכר בהדגשתה את האופן שבו ה"אני" (כלומר הפרט) מעוצב עיצוב מתמיד, בין השאר דרך האחרים ולא במנותק מהם וללא תלות בהם. על פי טיילור, מתוך הנחה זו קיימת חשיבות להכרה בקבוצות ובתרבויות שונות, שכן זהויות קולקטיביות למיניהן ולא רק תרבותיות אינן בבחינת מתווה אחד ויחיד לדרך התנהגות; הן קיימות כצורה (mode) שיכולה להסביר דרך התנהגות בעקבות דו-שיח מתמיד. ראו Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in Amy Gutmann ed., 1994; CHARLES TAYLOR, SOURCES OF THE MULTICULTURALISM 25

חלקים אחרים משתנים ונרכשים במהלך החיים – כגון הורות או השתייכות למרחב מקומי או ארצי.¹⁷¹ כל אחת מהזהויות הללו מעצבת את התפקוד היום-יומי של הפרט, פותחות בפניו אופקים, ואחרות כובלות אותו. השייכות לכל סוג של קהילה מתבטאת באופנים שונים לפי ההקשר שבו היא מתעוררת, שלו השפעות שונות על התנהגות הפרט, כאשר קיימות זהויות דומיננטיות המשפיעות על עיצוב החלטותיהם של פרטים יותר מאחרות,¹⁷² נוסף על השפעתם של כללים משפטיים התורמים לעיצוב בחירות אלה.¹⁷³ כלומר, לרבדים השונים בתוך הזהות יש השלכות שונות ומשתנות המושפעות משלל פרקטיקות פנימיות וחיצוניות לפרט ולשלל הקהילות השונות שאליהן הוא משתייך.¹⁷⁴ גישה זו יכולה להסביר את קיומן של בחירות מרחביות שונות של פרטים הנמנים עם אותה קבוצה. למשל, מתוך תושבי העיר הנמנים עם אותה קבוצה – יהודים, ערבים, חרדים, דתיים, חילונים וכד' – יש מי שיבחרו להתגורר במרחב מגורים הומוגני, ויש מי שיבחרו להתגורר במרחב מגורים הטרוגני. כן היא מביאה להכרה בקשת רחבה ומקיפה יותר של סוגים שונים של קהילות בהתייחס לשאלה הראשונה – מהי "קבוצה בעלת אופי ייחודי" הזכאית להגנה – וכפי שראינו במהלך המאמר, הדוקטרינה הקיימת במשפט הישראלי ואשר מאפשרת הקצאה ייעודית של קרקע לקבוצות מוגדרות היא דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי". כלומר, לעניין הדין הנוהג "קבוצה" הזכאית לקבל הטבה, תוך סטייה מהכלל המטיל את חובת השוויון בהקצאת קרקעות בהקשר המרחבי, צריכה לענות על שני אלמנטים: 1. מיעוט מספרי; 2. קיום אורח חיים ייחודי. הרציונל שמאחורי דוקטרינה זו הוא הכרה

SELF: THE MAKING OF THE MODERN IDENTITY (1989); Charles Taylor, *Two Theories of Modernity*, 11 PUB. CULTURE 153 (1999).

171 להרחבה על השפעת קיומן של כמה זהויות קבוצתיות על הקיום האנושי של פרטים ועל הצפיות מאנשים להתנהגות מסוימת ראו, Audre Lorde, *Age, Race, Class, and Sex: Women Redefining Difference*, in OUT THERE: MARGINALIZATION AND CONTEMPORARY CULTURES 281 (Russell Ferguson, Martha Gever, Trinh T. Minh-ha, Cornel West eds., 1990).

172 להבנה דינמית של זהויות וקהילות, להיותן בלתי קבועות ומשתנות ראו את קובץ המאמרים המנחה AFTER IDENTITY: A READER IN LAW AND CULTURE, xv (Dan Danielsen & Karen Engle eds., 1995).

173 למשל, פרוג מספק הסברים לסיבה שאנשים יבחרו לגור ביישובים הומוגניים ובהם הרצון לחיות עם הדומים להם בשל הצורך ליציבות וביטחון. אנשים חוששים מהלא-נודע ולכן מעדיפים לחיות עם המוכרים להם. הזהות הקהילתית שהם יוצרים לעצמם אינה בהכרח קיימת, עם זאת היא מעניקה להם ביטחון. זהות זו מורכבת ממטרות, דרישות, מאפיינים ואינטרסים משותפים. הקבוצה שורדת באמצעות ההדרה של הזר והשונה שיכול על פי גישתה של הקבוצה להפריע להשלטת הסדר במרחב. הבנה כזו יש בה כדי להגביל את התפתחויות הפרט בתוך הקהילה. ראו GERLAD E. FRUG, CITY MAKING: BUILDING COMMUNITIES WITHOUT BUILDING WALLS 119–120 (1999).

174 גם גישות ליברליות רב-תרבותיות מדגישות כי בחירותינו תלויות בקונטקסט החברתי והתרבותי שבו אנו חיים. יש הטוענים כי קיימים הבדלים מבניים ומולדים בין הקבוצות השונות, ולכן טיעון זה הוא אינו רלוונטי כלל. ראו KENJI YOSHINO, COVERING: THE HIDDEN ASSAULT ON OUR CIVIL RIGHTS (2006).

בחולשתן של קבוצות מסוימות והצורך בחיזוקן, ובכך כאמור היא ביססה את האדנים להנהגת מדיניות העדפה מתקנת במרחב.¹⁷⁵

בהקשר הזה גישתי באשר לבחינת זכאותה של קבוצה להשתתף במכרז הסגור נשענת על הרציונל האמור של הצורך בחיזוק קבוצות אוכלוסייה מוחלשות במקרים מסוימים, אך היא חלוקה באשר לתנאים שדורשת הדוקטרינה של "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" בפועל ובאשר ליכולתם להשיג את המטרה הרצויה. לפי הצעתי, שימוש באפשרות של סגירת המכרז ראוי אם הוא נועד להיטיב עם קבוצה – בין שהיא מיעוט ובין שהיא רוב מבחינה מספרית – אשר סבלה מאפליה קבוצתית או לכל הפחות מנחיתות ניכרת בהקשר חברתי נתון. בנוסף, יש לשים לב כי על פי ההצעה, הטעם אשר יצדיק את סגירת המכרז לטובת חברי הקבוצה הוא לא הצורך בהגנה על אורחות חיים ייחודיים שלה אלא העובדה כי קבוצה זו הוחלשה בתוך המרחב או ההקשר החברתי הרלוונטי.

הצעתי זו מחד מרחיבה את דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" ומאידך מצמצמת אותה. היא מרחיבה אותה משום שהיא זונחת את מרכיב ה"מיעוט" מתוכה, מבקשת להחיל את מדיניות ההעדפה המתקנת וההקצאה הייעודית של קרקע על כל קבוצה שסבלה / סובלת מאפליה או מנחיתות מרחבית וחברתית בתוך מרחב מוגדר. לשם הבהירות, "אפליה מרחבית" כוללת אפליה בהקצאת קרקעות, אפליה בפיתוח קרקעות וניהולן, אפליה בתקציבים באשר לנושאים הקשורים לפיתוח מרחבי ועוד. בהקשר הזה "מרחב מוגדר" יכול להיות מרחב שכונתי, מקומי או מטרופוליני, ובמקרים מסוימים הסטנדרט יכול להיות גם בקנה מידה ארצי – הכול תלוי בנסיבות כל מקרה לגופו ולמטרה שיוזם המכרז מעוניין לקדם. לעומת זאת גישה זו מצמצמת את דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" מכיוון שהיא זונחת את מרכיב "אורח חיים ייחודי" ומציעה שלא לאפשר הקצאה ייעודית של קרקע ציבורית לקבוצה רק מהסיבה שהיא מקיימת אורח חיים ייחודי-שונה.

בטרם אצלול להצדקת המבחן המוצע אבהיר מדוע דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי", על שני מרכיביה שהוצגו לעיל, איננה ראויה לטעמי. תחילה באשר לתנאי הראשון, שלפיו על הקבוצה המבוקשת להיות מיעוט מספרי בקרב כלל תושבי המדינה. "מיעוט" הוא מושג משתנה ונזיל שאינו משקף בהכרח את חולשתן של קבוצות. ייתכנו הקשרים מסוימים שבהם קבוצות מיעוט יתאפיינו דווקא ביכולת התארגנות גבוהה, ומשכך קשה להצדיק את ההגנה המשפטית אשר הייתה ניתנת להם לפי דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח החיים הייחודי" בתוך הדרתם של פרטים אחרים ממרחבי מגורים. דוגמה טובה לכך היא הציבור

175 רדאי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 145, 152; זמיר וסובל, לעיל ה"ש 43, בעמ' 165, 202; דפנה ברק-ארז ואורן פרו "תכנון במקרקעי ישראל: לקראת פיתוח בר-קיימא" **משפט וממשל** ז' 867, 98 (2004). לעומת זאת קרצמר טוען כי מדיניות ההעדפה המתקנת בהקצאת משאב הקרקע הוכרה דווקא בבג"ץ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 800 (1978), ראו דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית-המשפט העליון – זכויות אדם" **משפט וממשל** ה' 297, 318 (1999). כן ראו יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" **משפט וממשל** ט' 11, 36 (2005) בנוגע להצעות לקידום מדיניות העדפה מתקנת עבור האוכלוסייה הערבית בהקשר המרחבי.

החרדי,¹⁷⁶ אשר כפי שראינו מאופיין במקרים רבים ביכולת התארגנות מרחבית גבוהה לעומת למשל התושבים החילונים, שמבחינה מספרית הם הרוב.¹⁷⁷ לפיכך במקום החלוקה למיעוט ורוב מוצע להשתמש בקריטריונים של קבוצה חזקה וקבוצה מוחלשת בתוך מרחב מוגדר. השימוש בקריטריונים האלו יבטיח שהשימוש באופציית סגירת המכרז לטובת חברי קבוצה מסוימת יתאפשר רק כאשר יש לזה הצדקה עניינית בהקשר החברתי האמור.

מרכיב זה של הצעתי הומשג לראשונה, אם כי חלקית, בעתירה שהגישו חברי מועצת העיר בית שמש נגד משרד השיכון והבינוי ומינהל מקרקעי ישראל בבקשה לבטל מכרז לבנייה עצמית בעיר.¹⁷⁸ העותרים, שאינם נמנים עם הציבור החרדי בעיר, דרשו לשווק את השכונה שעתידיה לקום בחלוקה למגורים: דתי-לאומי, חרדי וחילוני, כדי למנוע את מה שהם מכנים "השתלטות" תושבים חרדים על השכונה באמצעות עמותות לבנייה עצמית במכרזים פתוחים.¹⁷⁹ לטענתם: "הניסיון מלמד כי האוכלוסיה החרדית מאורגנת בצורה טובה יותר ונוכח הצהרות ראשי עמותות חרדיות, קבלנים ומשווקי דירות במגזר החרדי, יש להניח כי הציבור החרדי יזכה ברוב המכרזים".¹⁸⁰ העתירה שנדונה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, נדחתה בנימוק שאין למנוע מאדם השתתפות במכרז או רכישת דירה רק בשל שיוכו הדתי וסיווגו כחרדי, אף על פי שניתן לעשות זאת אם הוא חילוני והקרקע משווקת לחרדים בלבד, בהתבסס על דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי".¹⁸¹ חילונים, או כפי שבית המשפט מכנה אותם [...] ציבור המשייך את עצמו לזרם הכללי, אינם כאלה, ועל כן אינם זכאים לטיפול מיוחד של הרשויות.¹⁸² גם הערעור בפני בית המשפט העליון נדחה ללא דיון מהותי בטענות הצדדים בעילת שיהוי בהגשת העתירה. העמדה שאני מציעה לעיל תאפשר הכרה בקבוצת החילונים במרחב נתון – בהקשר הזה מרחב שכונתי או מרחב עירוני מקומי – כקבוצה שייתכן שהיא

176 ראו בלנק "איים של פלורליזם", לעיל ה"ש 41, בעמ' 88, הכותב על היחס שבין מיעוט לרוב כשמדובר ביחס שבין חרדים לחילונים ובמאפייני ההתארגנות השונים שלהם.

177 אבקש להבהיר ולחדד כי אין בהערה זו כדי לנקוט עמדה שלפיה יהיה בלתי אפשרי לסגור מכרז לטובת האוכלוסייה החרדית. אלא שאם בהקשר מרחבי נתון קבוצת החרדים תתגלה כקבוצה מוחלשת, יהיה ניתן לסגור לטובתם מכרז במרחב האמור. אך לא כאשר בתוך אותו מרחב או הקשר אותה קבוצה אינה מוחלשת כלל, ואף נהנים מיתרונות מסוימים המעצימים אותם ומעניקה להם כוח יותר מקבוצות אחרות הנחשבות לרוב ברמה הארצית.

178 ע"מ (מינהליים י-ם) 1888/09 אדרי נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 27.12.2009) (להלן: ע"מ אדרי); ע"מ (מינהליים י-ם) 209/01 פינץ חניט נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 14.11.2004).

179 לדוגמה מוקדמת יותר למאבק התושבים החילונים על אופי השכונה בהקשר הקצאת משאבי ציבור המשפיעים על אופי השכונה, ראו עניין בלומנטל, לעיל ה"ש 118; בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ"ד סד(1) 331 (2010); ע"מ (מינהליים מר) 20029-06-10 אלי נ' רשות הרישוי, ועדה מקומית לתכנון ובנייה רחובות (פורסם בנבו, 17.2.2011). כן ראו בלנק "איים של פלורליזם", לעיל ה"ש 41, בעמ' 119–112.

180 ע"מ 68/10 אדרי נ' שר הבינוי והשיכון, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 31.1.2010).

181 ע"מ אדרי, לעיל ה"ש 179, פס' 18 לפסק דינו של השופט סובל.

182 שם. לדיון מפורט בפסק הדין, ראו גרשון גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור" קהילות מגודרות 425, 462–464 (אמנון להבי עורך, 2010) (להלן: גונטובניק "קבוצות מיעוט").

זקוקה להגנה ייחודית ולהקצאה ייעודית של קרקע במסגרת מכרז סגור לעמותות לבנייה עצמית.

באשר למרכיב השני בדוקטרינה הנוהגת, קיומו של אורח חיים ייחודי לחברי הקבוצה, לעמדתו הוא איננו ראוי בעת בחינת זכאותה של קבוצה להיבדלות מרחבית באמצעות סגירת מכרז. הטיעון הנורמטיבי שאבקש להציג נשען על גישתו של רצ'רד פורד (Ford), משפטן אמריקני, שהיא בסיס תאורטי כללי להבנת הקשר הממוקד שבין משפט למרחב ולקהילה. בספרו RACIAL CULTURE, שראה אור בשנת 2005,¹⁸³ פורד מוסיף על הכתיבה הענפה הקיימת העוסקת בשיח הרב-תרבותי ובשימוש הנעשה בו בהקשר משפטי כדי לקדם שוויון בין קבוצות. הוא מבקר קו טיעון ממוקד בתוכו, המכונה "שיח השונות", המקדש את הזכות לשונות (Right to Difference), וכפועל יוצא מכך – את הגיוון (diversity) הקיים בין הקבוצות ובייחוד בין קבוצות חזקות לבין קבוצות מוחלשות ומופלות לרעה. פורד מתמקד באופן שבו שיח זה שימש בסיס לטיעונים חברתיים ומשפטיים לקידום עקרון השוויון וקיומה של חברה צודקת ומבחיין אותו מקו טיעון המבקש לאסור אפליה נגד פרטים בשל עצם השתייכותם לסטטוס מסוים (גזעי, לאומי, מגדרי ועוד) או לקבוצה מסוימת, ללא קשר לשוני או למשותף ביניהם. הוא מראה כי הנהגתה של מדיניות מודעת-צבעים (color conscious) הנשענת על שיח השונות הביאה דווקא להמשך קיומה של אפליית קבוצות מוחלשות תוך העצמת הפערים בינן לבין קבוצות חזקות. במקום להיאבק נגד ההדרה, ההכפפה וחוסר הצדק החברתי שנוצר בעקבות היסטוריה רבת שנים של אפליית פרטים על בסיס השתייכותם הקבוצתית, שיח השונות מסיט את הדיון לעיסוק בפרקטיקות קהילתיות, שהן אמנם לעתים הפועל היוצא של האפליה אך לא המקור שלה. משום כך הן אינן יכולות להוות בסיס לטיעון איסור האפליה.¹⁸⁴ הוא מסיק כי הנהגת מדיניות מודעת לצבעים מוצדקת אם היא נועדה לתקן אפליה שנגרמה בשל ההשתייכות לסטטוס או לקבוצה מסוימת. לפיו מדיניות מודעת לצבעים מוצדקת לצורך קידום העדפה מתקנת שמיטיבה עם פרטים בקבוצות שהופלו לרעה בשל השתייכותם הקבוצתית.

אמנם פורד מתמקד בטענות שמעלות הקבוצות הטוענות לקיומה של אפליה, אך גישתו יכולה לשמש בסיס לניתוחן ולהבנתן של התוצאות של טיעון משפטי הנשען על שיח השונות בהקשר המרחבי ביחסים בין קהילות לצורך קידום היבדלות מרחבית. כמו פורד, גם אני מוטרדת מהשלכות השימוש בשיח השונות כבסיס לטיעונים משפטיים שמעלות הקהילות השונות – רוב כמיעוט – שנועדו כביכול להגן על קיומן ואשר מקדמים הפרדה מרחבית. לטענתי, מדיניות של הפרדה בהתבסס על הנמקה שיסודה בשיח השונות עלולה להביא לכפיית נורמות ופרקטיקות של קהילה על פרטים שאינם בהכרח מקבלים זאת, והיא מעלה דילמות של מיעוט בתוך מיעוט.¹⁸⁵ לעתים מה שנתפס כתיאור אובייקטיבי של שונות

183 RICHARD T. FORD, RACIAL CULTURE: A CRITIQUE (2005).

184 שם, בעמ' 53–55.

185 הוא נותן דוגמה של בחורה צעירה שחורה שעבדה במועדון, שלאחר שהרתה מחוץ לנישואין פוטרה מעבודתה. הבחורה טענה כי הוראת ההעסקה האוסרת על העסקת בחורות שהיו מחוץ לנישואין מפלה על בסיס גזעי לאור האחוז הגבוה של שחורות ההורות מחוץ לנישואין. פורד מסביר כי זהו טיעון בעייתי, שכן הוא מקבע את מעמדן של בחורות שחורות כמביאות ילדים מחוץ לנישואין. ראו Richard T. Ford,

בין קבוצות, במסגרת הליך משפטי, מתברר בפועל כדעות קדומות כלפיהן. תיאור זה מחייב פרטים בתוך הקבוצה לתייג את עצמם על פי הפרקטיקות והתכונות שכביכול מוענקות לה.¹⁸⁶ בנוסף, אף כי הדעה הרווחת של הגישות הרב-תרבותיות היא כי זיהוי של תכונות מגן על קבוצות אלו, בפועל זיהוין מבחינה משפטית עלול דווקא להביא לקיבוע מעמדן ולפגיעה בהן.¹⁸⁷ בכך השימוש בשיח השונות בספרה המשפטית מייצר ומעצב מציאות חברתית ולא רק מכיר בה גרידא, ובכך גם מעניק לה משמעות ונפקות אחרת.¹⁸⁸

הבעיה המרכזית בדוקטרינה הקיימת, על פי המוצע כאן, היא הדגשתה המופרזת של שונות הקבוצה כאלמנט המצדיק את היבדלותה. דוקטרינה ה"מיעוט בעל אורח החיים הייחודי" מבקשת לאפשר את ההיבדלות המרחבית של חברי קבוצה מסוימת מהטעם היחיד שאלו מנהלים אורח חיים שונה. לטעמי, כל קבוצה – רוב ומיעוט, כולל תתי-קבוצות – מקיימת אורח חיים שהוא ייחודי במהותו. לפיכך מדובר בבסיס רחב מדי להצדקת הקצאה ייעודית של קרקע, שהוא בבחינת משאב יקר ומצומצם מאוד. דומה כי גם בית המשפט היה מוטרד מהיות הבסיס רחב מדי, ולכן נאלץ לקבוע כי הציבור החילוני ("ציבור המשייך את עצמו לזרם הכללי") בישראל איננו נחשב לציבור בעל אורח חיים ייחודי. הנמקות מסוג זה מחייבות את בית המשפט להכתיר ציבורים מסוימים בתור ייחודיים, וציבורים אחרים בתור כאלו שלא, ובכך ייתכן שהן משדרות מסר מכליל ומבטל בדבר ציבורים שונים ובתוכם תתי-קבוצות. על פי המוצע כאן, יש לתלות את ההצדקה להטבה עם קבוצה אחת בעצם היותה מוחלשת בתוך מרחב נתון, ועל אותו בסיס יהיה ניתן לדחות קבוצות אשר ההטבה עמן אינה נראית מוצדקת בנסיבות העניין.

אדגיש כי גם לפי ההצעה האמורה כאן יש צורך לאפיין קבוצות שונות בתוך מרחב נתון, על פי מאפייני זהות כלליים. לכן היה ניתן לטעון כי גם הצעה זו מתבססת על שיח השונות האמור, והיא חשופה לביקורת זהה. אינני סבורה כך. אכן, מידה מסוימת של הכללה הכרחית, ובלעדיה אי אפשר כלל לזהות קבוצות אשר סבלו מאפליה כזו או אחרת, אולם עדיין יש הבדל מהותי בין ההצדקות. כאן, לא ייחודיותה של הקבוצה או שונותה ניצבות במוקד ההתעניינות של בית המשפט ולא הן שמצדיקות את ההטבה אתה, אלא חולשתה היחסית של הקבוצה היא שמצדיקה את ההטבה עמה. בנוסף, יש לזכור שעל פי המוצע כאן, בהקשרם של מרחבים נתונים שונים, יהיה ניתן לזהות קבוצות מוחלשות שונות. לפיכך לא

Beyond "Difference": A Reluctant Critique of Legal Identity Politics, in LEFT LEGALISM/LEFT CRITIQUE 38, 57 (Wendy Brown & Janet Halley eds., 2002)

186 אחת הדוגמאות לכך בהקשר הישראלי היא הביקורת המועלית על עניין אביטן, לעיל ה"ש 40, המתאר את כלל קהילת הבדואים כנוודים, כאשר בפועל הם אינם כאלה. ראו ארנון בן-ישראל ואבינועם מאיר "על עיור פרבור ודרדור עיירות הבדווים בנגב" *הבדווים בנגב אתגר אסטרטגי לישראל* 40 (ראובן פדחצור עורך מדעי, 2013), שבו הם מציגים את ההיסטוריה של תפוסת הבדואים בישראל החל מהקמתה ואת השפעתה של הקמת המדינה על האופי הנייד של קבוצה זו, על תהליכי העיור שעברו. ראו שם, בעמ' 44. כן ראו יוסף בן-דוד ועמירם גונן *בדווים ובדווים-פלאחים בתהליך העיור בנגב* (2001), המבחינים בין דפוסי ההתנהגות המרחבית של הבדואים מן הבדואים הפלאחים.

187 Ford, לעיל ה"ש 183, בעמ' 61.

188 Nancy Fraser & Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange* 9–26 (Joel Golb, James Ingram & Christiane Wilke trans., 2003).

תהיה כאן קביעה אפריורית של בית המשפט שלפיה רק ציבורים מסוימים יהיו זכאים להטבה. משכך, ולפי טענתי, הצדקה מהסוג המוצע כאן תמתן חלק מהקשיים שאוזכרו לעיל, כגון כפיית פרטים בתוך חברה מסוימת להתנהגות נתונה כלשהי או קיבוע דעות קדומות באשר לחברה זו.

נוסף על כך הצעתי מבקשת לצמצם הלכה למעשה את היקף ההכרה המשפטית בזכותן של קבוצות להיבדלות מרחבית על בסיס לאומי, דתי, מוצא ועוד. לאלמנט זה חשיבות ניכרת במציאות הישראלית שקיימת בה עלייה בגילוי העוינות בין שלל הקבוצות.¹⁸⁹ מחקרים עדכניים מלמדים על קיומן של העדפות מפורשות של פרטים למגורים נפרדים מחוסר עניין באחר ובשונה ולעתים אף מתוך סלידה ממנו.¹⁹⁰ האחר יכול להיות ערבי, דתי, חרדי, אתיופי, עובד זר וכד'.¹⁹¹ כללים ומבנים משפטיים משפיעים בעקיפין ובמישרין על העדפות אלה, כאשר הכרה משפטית בזכות ובצורך להיבדלות מרחבית עלולה להחריף ולהצדיק את חוסר העניין באחר. וכך במקום שהמרחב בכלל והעירוני בפרט יהפוך למרחב החברתי שבו מתקיימים דו-שיח ואינטראקציה בין פרטים וקבוצות, שבו הם חשופים זה לזה, למנהגים ולאורחות החיים השונים, הוא הופך לכלי שבאמצעותו משמרים את הריחוק, את ההבדלים ואת הדעות הקדומות.

אבהיר כי אני טוענת כאן שיש לכפות מציאות של שילוב על קבוצות שונות, אלא במציאות שאינה היפרדותית יש קשת רחבה יותר של אופציות למגורים, שיביאו לגישור בין השונות, הפרקטיקות וההבדלים הקבוצתיים בהקשר המרחבי. כן היא מאפשרת הובלתם של שינויים מרחביים הודות למעבר החופשי יחסית שיוענק לפרטים ולקבוצות. גישה זו מתחברת לגישתו של בלנק, המנתח את הכללים המשפטיים המעצימים את ההפרדה בין דתיים לחילונים בישראל. הוא מציע במאמרו לשנות את הכללים המשפטיים כדי "לעודד יצירה של מרחבים דה-סגרגטיביים ופלורליסטיים, שבהם מתקיימים לפחות 'איים' של הטרוגניות": מרחבים שבהם אין נשללת הדומיננטיות של קהילה מסוימת, אולם חרף הדומיננטיות האמורה מתקיימים בהם גם אורחות חיים של בני קהילות אחרות, המוגנים מדיכוי ומהדרה של הרוב".¹⁹²

השאלה השנייה שיהיה על בית המשפט לעסוק בה נוגעת כזכור להגדרה של גבולותיו ומהותו של המרחב אשר בתוכו תיבחן חולשתה או חוזקה של קבוצה מסוימת. תחילה אציין כי בפעם הראשונה שבה נדרש בית המשפט לבחון את חוקיות עריכתו של מכרז סגור

189 על מהותה של החברה הישראלית שכחברה שסועה מלאה קונפליקטים ביחסים בין שלל הקבוצות המכוננות אותה ראו סמי סמוחה "החברה הישראלית: ככל החברות או מקרה יוצא דופן?" סוציולוגיה ישראלית יא 297 (2009).

190 ראו סמי סמוחה לא שוברים את הכלים – מדד יחסי ערבים-יהודים בישראל 2012 (2013).
191 מחקר שנערך במכללה האקדמית אחוזה מראה כי כ-70% מהחילונים אינם מכירים, ואינם מעוניינים להכיר, את אורח חיי החברה החרדית; 66% מהיהודים בארץ מעדיפים לא להכיר את אורח חיי החברה הערבית בישראל; יותר מ-50% מהציבור היהודי בישראל חשים פחד או אי-נוחות כאשר הם עוברים בשכונה חרדית. ראו "שכן ערבי יוריד ערך הדירה?" ynet 20.5.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4521406,00.html. מלבד זאת יש לציין את גילויי הגזענות השונים כלפי המהגרים הלא-חוקיים שהגיעו ארצה וכלפי העובדים הזרים השונים.

192 בלנק "איים של פלורליזם", לעיל ה"ש 41, בעמ' 131.

בהרשמה ובהגדרה לרכישת קרקע מכוח תקנה 26 לתקנות המכרזים (מישור היחסים החיצוניים), הוא דן אגב כך בשאלת הגדרת המרחב הראוי לצורך הדיון. מדובר בעתירה שהוגשה נגד מכרז סגור שפורסם בעיר רמת השרון. המכרז הנדון אפשר את השתתפותם של זכאי משרדי השיכון תושבי העיר בלבד, ונטען כי בכך הוא מפלה זכאי משרד השיכון ממרחבים אחרים שאינם תושבי רמת השרון. בית המשפט דחה את הערעור וקבע כי יש להבחין בין אפליה פסולה בין תושבי המקום לאלה שאינם תושביו לבין הבחנה מותרת בנסיבות העניין, המצדיקה את סגירת המכרז בפניהם. במילים אחרות, העתירה עסקה בשאלה מהו גבול ה"מרחב" המצדיק סגירת מכרז עבור תושביו – האם מרחב הרשות המקומית רמת השרון, או שמא מרחב מטרופולין תל-אביב? בדונו בשאלות אלו ציין בית המשפט כי תכלית התכנית במקרה הנדון הייתה להקל את מצוקת הדיור שאלה נקלעו בני המקום, זכאי משרד הבינוי והשיכון, ההיבט האישי המיוחד שלהם וחשיבות הזיקה שמפתח אדם למקום מגוריו.¹⁹³ על כן, על פי בית המשפט, המרחב הרלוונטי הוא מרחב רמת השרון, והקבוצה הרלוונטית היא זכאי משרד השיכון של יישוב זה.¹⁹⁴

ראשית, זהו שיח מרענן, בהיותו מכיר בקשרים ובזיקות מגוונות יותר בין הפרט לקהילה, ובכלל זה זיקתו של הפרט למקום מגוריו, למקום עבודתו, למוסדות החינוך שילדיו מתחנכים בהם וכד'.¹⁹⁵ מכל מקום, מהנמקתו זו של בית המשפט ניתן ללמוד כי גבולות המרחב הנתון שבתוכו נחוץ לבדוק מי היא קבוצה מוחלשת נגזרים מתכליתו של סגירת המכרז ומהמטרה שבבסיסו. המשמעות היא שבהקשרים שונים המרחב יכול להיות עיר מסוימת, ובהקשרים אחרים הוא יכול להיות מקיף בהרבה ולהתמקד אף בקנה מידה ארצי, הכול לפי תכלית סגירת המכרז הספציפית.

שנית, אני סבורה כי הכרתו של בית המשפט במקרה זה בזיקתו המיוחדת של הפרט למקום מגוריו מאפשרת לנו לקבוע קריטריון נוסף שיהיה על בית המשפט לשקול בעת בחינתה של חוקיות החלטה לסגירת מכרז. שיקול זה נוגע להבחנה בין סגירתם של מכרזים למקרה של חיוק תושבים מוחלשים במרחב עירוני קיים לבין סגירתם להקמתו של מרחב

193 לדברי בית המשפט, זיקה זו מורכבת מ"מכלול של קשרים משפחתיים, חברתיים, תרבותיים ולעיתים אף תעסוקתיים, לסביבה ולקהילה. זו זיקתו וכן זיקת ילדיו כלפי חברתם ובית-ספרם. התחשבות כלפי מי שקשה עליו ההתנתקות מהסביבה שבה חיה שורשים, חרף מצוקת הדיור שבה הוא מצוי, משקפת, לדעתי, מדיניות ראויה, שיש בכוחה להצדיק את ההבחנה בין תושבי היישוב לשאר תושבי המדינה" (עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 168, בעמ' 228). לניתוח מקיף של פסק הדין, ראו ברק-ארוז ופרז, לעיל ה"ש 176, בעמ' 902.

194 במקרה אחר, הפוך, התבקש בית המשפט על ידי עיריית אילת להטיל חובה על המינהל לבחון את אפשרות עריכתו של מכרז סגור במקום מכרז פתוח לשיווק קרקעות לבנייה. הוצע כי במסגרת המכרז יוענקו הנחות והטבות ניכרות לזוכה בחכירת הקרקע בתוך העיר. נטען כי באילת קיימת מצוקת דיור ייחודית, ולכן יש להעדיף את זכות תושביה לרכישת קרקע על פני רוכשים אמידים מחוץ לעיר. בית המשפט קיבל את עתירת העירייה, חייב את המינהל לבטל את המכרז והורה על עריכת מכרז סגור לתושבי העיר בלבד. נקבע כי שיווק קרקע במכרז פומבי ופתוח למרבה במחיר הוא חלופה לגיטימית אך אינה היחידה ואינה מתחייבת בכל מקרה, וייתכנו מקרים שבהם אין הצדקה לעריכת מכרז כזה (עניין עיריית אילת, לעיל ה"ש 37, בעמ' 754–755, 764–765).

195 בהקשר הזה השופט חשין, שהיה בדעת מיעוט, ציין כי אין הצדקה להגבלת המכרז לזכאי משרד השיכון בעיר רמת השרון בלבד, וכי אין להבחין בין מצוקת תושב זכאי משרד השיכון בעיר רמת השרון לבין זכאי משרד השיכון שאינו תושב רמת השרון (עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 168, בעמ' 231–243).

חדש. בהקשר הזה על בית המשפט יהיה להביא בחשבון כי במרחב קיים יש משאבי ציבור האמורים לשרת את האוכלוסייה שכבר קיימת, ולכן ממילא יהיה ביקוש גבוה יותר לקבוצה זו. משום כך ייתכן שההצדקה לסגירת המכרז בפני הקבוצה השוכנת במרחב תהיה חלשה יותר, בין היתר משום שככל הנראה ניהולו של מכרז פתוח במסגרת כללי השוק ישמור על אופי השכונה. כך למשל ניתן להניח כי כשמדובר בשכונה המזוהה עם הציבור הדתי, שבה קיימים משאבי ציבור דתיים, ככל הנראה ממילא יבוא הביקוש למכרז מצד ציבור זה ללא צורך בהקצאה ייעודית למרחב נתון זה ובקביעה משפטית באשר לזהותה המרחבית של השכונה.¹⁹⁶ כלומר, כמו שגונטובניק מראה, במקרה כזה הגדרות החברתיות (המושפעות ממילא מכללי רקע משפטיים אחרים ונוספים)¹⁹⁷ "יעשו את העבודה" היטב, ולכן אין להיוקק לחומות המשפטיות¹⁹⁸ אשר יעצימו את ההפרדה המרחבית ויעניקו לה גושפנקה משפטית-מרחבית. הכרה וזיהוי משפטיים של מרחב כמיועד ליישובה הבלעדי של קבוצה מסוימת עלולים למנוע הלכה למעשה מפרטים המוכנים להתאים את עצמם לפרקטיקות של קהילה במרחב נתון להיות חלק מאותו מרחב. לדוגמה, ייתכן מאוד כי יש פרטים חילונים ששומרים שבת מתוך גישה מסורתית ולא מתוך אמונה דתית, ושהיו מעוניינים להתגורר במרחב כזה, או תושבים ערבים שיהיו מוכנים להתחייב לקיים את אורחות החיים תושבי של המקום, אך לא תינתן להם כל אפשרות – משפטית ולא רק חברתית – לעשות כן.

נוסף על כך, בשקילת ההבחנה בין סגירת מכרז במרחב קיים לעומת חדש יהיה על בית המשפט להביא בחשבון שמצד אחד הכרה במרחב קיים בתוך העיר והקצאת קרקעות בשכונה מסוימת לתושבי קבוצה אחת היא בעלת השלכות קלות מאלה של מצב שבו מקימים עיר חדשה נבדלת לטובת אותה קבוצה, משום שבתוך עיר קיימת, שהיא בעיקרה מעורבת ומורכבת מכמה קהילות, גם אם השכונות שבתוכה נבדלות ונפרדות, עדיין יש נקודות מפגש וממשק בין תושבים מקבוצות שונות. לעומת זאת במצב שבו מקצים מרחב עירוני כולל חדש¹⁹⁹ לתושבים המשתייכים לקבוצה מסוימת שבו, הרי שההפרדה היא קיצונית יותר, ולכן יש לה השלכות מקיפות מרחיקות לכת יותר,²⁰⁰ במיוחד כאשר קיים חשש מן הגרסה הקיצונית של הפרדה, העלולה להביא למצב של אפרטהייד בשם השמירה

196 בית המשפט נדרש לדון בסוגיה דומה בפרשת השכונה השיתופית בחיפה. באותה עתירה נדרש בית המשפט לבטל מכרז פתוח שפרסם המינהל לשיווק קרקעות לבנייה בעיר חיפה בשכונה בעלת צביון דתי. בית המשפט המחוזי קיבל את העתירה וקבע כי יש לערוך מכרז סגור המיועד לאוכלוסייה בעלת צביון דתי בלבד. בית המשפט הכיר בהחלטתו בזכות הציבור הדתי להתקיים בשכונה, לכן על פיו יש לערוך מכרז סגור שבו יוצעו קרקעות עבור "הציבור הדתי". הוא הבהיר כי החלטתו מבוססת על הנסיבות המיוחדות של המקרה, המצדיקות – ואף מחייבות – הבחנה שהיא מותרת ואינה בגדר אפליה, ולכן אין בהחלטתו כדי להיות תקדים שהשלכותיו רחבות היקף ומסוכנות. ראו ה"פ (מחוזי חי') 102/99 שכונה שיתופית של הפועל המזרחי בעמק זבולון קרית שמואל בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ התשנ"ח(3) 193 (1999).

197 בלנק "איים של פלורליזם", לעיל ה"ש 41.

198 גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 244–246.

199 יישובים כאלה מוכרים לנו בנוף הישראלי, והם יועדו בעיקר לקבוצת החרדים (אלעד) ולקבוצת הברואים (שגב שלום ורהט).

200 היישובים הייעודיים שהוזכרו בהערה הקודמת ממוקמים על פי המדד החברתי-כלכלי של המועצות המקומיות והעיריות באשכולות הנמוכים ביותר. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 59 (2008).

על השונות הקבוצתית. פעמים רבות הפרדה יכולה לשמש כלי מסווה להדרה ולאפליה של פרטים על בסיס קבוצתי כדבר אשר נתפס לכאורה כשרירותי וניטרלי, ולכן הופך בעייתי יותר.²⁰¹ אכן, בהקשר המרחבי מחקרים מראים כי במהלך השנים רוששו מיעוטים והפכו לחסרי יכולת פוליטית וכלכלית, בין היתר באמצעות ההפרדה במגורים.²⁰² תופעה זו, המשכפלת ומשמרת את עצמה, עלולה להוסיף לדיכוי ולהחלשתן של קבוצות האוכלוסייה החלשות,²⁰³ למנוע מהן ניעות חברתית וכלכלית²⁰⁴ ורכישת הון חברתי²⁰⁵ – נוסף על השפעתה על הפרדה בתחומים נוספים, כגון חינוך²⁰⁶ ותעסוקה.²⁰⁷

לסיכום, ההצעה שהובאה לעיל מעלה כמה אתגרים שיהיה על בית המשפט להתמודד עמם בעת שהוא בוחן את חוקיות סגירתו של מכרז להתמודדותן של עמותות לבנייה עצמית המקדמות אינטרסים וצרכים של קבוצות מוגדרות. עמדותי היא שעל בית המשפט יהיה לבחון כל מקרה לגופו ולברר את האינטרס העיקרי שבבסיס סגירתו של המכרז, את המוטיבציה להענקת ההטבה של המכרז הסגור ואת זיקתה של ההטבה לתושבי המרחב הנתון. ההחלטה בדבר קביעת גבולות המרחב הנדון, ומכאן זהות הקבוצה המכוננת אותו, יכולה להשתנות לפי משתנים אלו. היא יכולה לכלול מרחב קיים או חדש; במקרה אחד היא יכולה לכלול את המרחב המקומי של הרשות המקומית, ובמקרים אחרים את המרחב

201 להרחבה על האופן שבו ההפרדה המרחבית בהקשר הישראלי קידמה פערים כלכליים וחברתיים בין קבוצות או שימשה מסווה לאפליה ראו: Blank and Rozen zvi, לעיל ה"ש 17, בעמ' 88, 94.

202 MASSEY ו-DENTON מראים בספרם כי ההפרדה המרחבית הביאה לגטואיזציה של התושבים השחורים, להרחקתם ממרכז הכוח ולהפיכתם לחלויים בקבוצות הרוב החזקות. הסיבה העיקרית לכך היא שבארצות הברית (כמו במקומות נוספים רבים בעולם) החתך הכלכלי-חברתי חופף את החתך הגזעי – במקרה הזה השחור. מחקרים רבים מראים כי ההפרדה הפיזית הביאה להעמקת הפערים הכלכליים בין שתי הקבוצות, ובעיקר העצימה את ממדי העוני בקרב השכונות השחורות, שהפכו לגטאות מוזנחים וצפופים. להרחבה ולדין מעמיק ומקיף בנדון, ראו: DOUGLAS MASSAAY & NANCY DENTON, (1993) AMERICAN APARTHEID: SEGREGATION AND THE MAKING OF THE UNDERCLASS.

203 שכן הרצון והשאפה לשמירה על ייחוד מסוים של זהות קהילתית מגיע בעיקר מצדן של קבוצות חזקות (איריס פרנקל-כהן ורחל אלטרמן "רגולציה של מתחמי דיור – תכנון מרחבי או אמצעי לברירת השכנים" קהילות מגודרות 361, 364 (אמנון להבי עורך, 2010). פערים כלכליים ניכרים עלולים לעודד קבוצות אוכלוסייה אמידות להתבדל מקבוצות מעוטות יכולת כדי להבטיח לעצמן רמת שירותים נאותה, ביטחון ושמירה על ערך הבתים בשכונה. על פירוט ההשלכות השליליות של ההפרדה במגורים ראו גונטובניק "קבוצות מיעוט", לעיל ה"ש 182, בעמ' 435–437.

204 Ford, *The Legal Geographies*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1887.

205 המונח "הון חברתי" (Social Capital) מתייחס בדרך כלל לרשת קשרים אנושיים המסייעים לשפר את יעילות התפקוד של חברה או קבוצה מסוימת בגלל יצירת האפשרות לבצע פעולות מתואמות בין יחידה. קשרים אלה נרכשים, בין השאר, באינטראקציה המרחבית המתרחשת בין אנשים גם במרחבי מגורים. לכתובה על המושג "ההון החברתי", ראו SOCIAL CAPITAL: CRITICAL PERSPECTIVES (Stephen Baron, John Field & Tom Schuller eds., 2000); Robert Putnam, *The Prosperous Community: Social Capital and Public Life*, 35 AM. PROSPECT (1993), available at <http://prospect.org/article/prosperous-community-social-capital-and-public-life>.

206 על הקשר שבין האפליה בחינוך לשוק הדיור לבין יצירתן של מובלעות נפרדות בין שחורים ולבנים בארצות הברית ובהקשר הישראלי ראו בלנק "ממלכתיות מבוזרת", לעיל ה"ש 110. בלנק מצביע על הקשר הישיר שבין היפרדות מרחבית במגורים לבין אי-השוויון במערכת החינוך הציבורי.

207 חוקרים רבים מצביעים על הקשר ההדוק בין מיקום המגורים לבין אפשרויות התעסוקה העומדות בפני התושבים השונים. כתובת המגורים יכולה להוות תמריץ שלילי לקיבוע אפשרויות התעסוקה ומקומות התעסוקה. ראו Fenster, לעיל ה"ש 11.

השכונתי או לחלופין את המרחב המטרופוליני של אזור מסוים. אם הצעתי בדבר שינוי דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" שהובאה לעיל לתקבל, הרי שההחלטה יכולה לכלול שלל סוגים של קבוצת שונות ומגוונות שסובלות מאפליה קבוצתית, ובכך להיטיב עם מי שנמצא במצב נחות ודורש הגנה ייחודית.

ה. סיכום

בעקבות תהליך הפרטתן של הקרקעות הציבוריות בכלל והעירוניות בפרט הפכו העמותות לבנייה עצמית הזוכות במכרזי רמ"י לשיווק קרקעות לבנייה למגורים, לגופים מרכזיים המעצבים את פני המרחב העירוני. עמותות אלה מניעות תהליך התארגנות קהילתית המייצר מובלעות מרחביות למגורים בתוך העיר, ללא הטלת ביקורת משפטית ראויה על פועלן. תהליך זה טרם זכה לתשומת הלב הראויה, ובמאמר זה ביקשתי למלא חלל זה באמצעות ניתוח משפטי-מרחבי של ממצאים שאספתי על גופים אלה. הניתוח הצביע על מרכזיותם של דיני המכרזים וההלכות המשפטיות הנוצרות בתחום זה ועל השפעתם על ארגון יחסי קהילות במרחב.

לאחר הצגת גישת ה"גאוגרפיה המשפטית", שהיא הגישה התאורטית שעליה נשענת ושלח ביקשתי לתרום, הצגתי את שני ההסדרים הממוקדים הנוגעים בשיווק הקרקעות הציבוריות במסגרת מכרזי רמ"י: האחד הוא עקרון השוויון המעוגן בדיני המכרזים הכלליים, והשני הוא עקרון איסור האפליה המעוגן בחוזי הרכישה הנחתמים בין רמ"י לזוכים במכרז, נוסף על דוקטרינת-העל "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי", המסדירה את סוגיית ההקצאה הייעודית של קרקע ציבורית לקהילות. בחלק ד הצגתי את מנגנון העמותות לבנייה עצמית וביקשתי להראות כי מכרזי רמ"י, בשיתוף עם משרד הבינוי והשיכון הכוללים את "סעיף העמותות", פוגעים במימוש עקרון השוויון במכרזים ואיסור האפליה המעוגן בחוזי הרוכשים תוך הרחבת דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי". כמו כן הצגתי באותו חלק מקרה בוחן הממחיש את תהליך ההתארגנות הקבוצתית שסעיף העמותות מניע בתוך שהוא מייצר הפרדה מרחבית בין קבוצות. בחלק ה הצעתי להגביל את השתתפותן של עמותות לבנייה עצמית במכרזים סגורים לשיווק קרקעות לבנייה. עריכת מכרזים מסוג זה כפופה לביקורת השיפוטית של בית המשפט, הבוחן את חוקיותה של סגירת המכרז, את רלוונטיות הזהות של הקבוצה במילוי מטרות המכרז ואת התאמתו לצורכי הקבוצה. לכן אפשר לראות חשיבות במנגנון זה כמיטיב עם העמותות לבנייה עצמית.

לסיום, אמנם מאמר זה התמקד בניתוח עיצוב המרחב בהקשר המכרזי, אך העלאתן של פרקטיקות ההדרה בניסיון להסדירן משליך על תחומים נוספים רבים כגון חינוך, תעסוקה, מקומות בילוי ועוד. כן הוא משליך על הבנת גבול הסובלנות והסבלנות שלנו כחברה וכמערכת משפטית הפועלת בתוכה, המסדירה מרחבים, יחסי פרטים וקהילות בתוכם. השוני בין הקבוצות, הנוצר והמתעצב בדינמיות, צריך להיות הגשר המאפשר הידברות ולא חומה המגבילה אותה. לגיטימיות קיומן של קבוצות שונות אמורה לשמש כלי שיאפשר הכרה בשונות להמשך החיים יחדיו ולא כלי להדרה. שאם לא כן, אין דרך להכיל את כל השוני הקיים כיום והמוצף בייחוד במרחבים העירוניים המורכבים מקבוצות הטרוגניות.