



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1462/20

לפני :
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופט י' כשר

העותרת : יסמין ח'טיב

נ ג ד

המשיבים :
1. משרד הביטחון
2. שר האוצר
3. ממשלת ישראל

התנגדות לצו על-תנאי

תאריך הישיבה : כ"ה בסיוון התשפ"ג (14.6.2023)

בשם העותרת : עו"ד רוני קרדונר

בשם המשיבים : עו"ד אבי טוויג ; עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט א' שטיין:

מהות העתירה

1. בעתירה שלפנינו מבקשת העותרת כי נורה למשיבים לתקן את תקנה 25(א24) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות המכרזים), באופן שיעניק לבנות מיעוטים אשר שירתו בצה"ל שירות מלא, או כמעט מלא, הטבות הזהות לאלו שניתנות לבני מיעוטים אשר שירתו בצה"ל שירות חלקי. ההטבה שבה עסקינן היא הקצאת מגרש השייך למדינה והמנוהל על ידי רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י) לבניית בית-מגורים. לחלופין, מבקשת מאתנו העותרת כי נוציא מלפנינו צו אחר אשר יימצא צודק, נכון וראוי בנסיבות העניין, בהתבסס על בחינה פרטנית של עניינה ושל חברות אחרות לקבוצת בנות-המיעוטים אשר שירתו בצה"ל שירות מלא או כמעט מלא – וזאת, בהתאם לתקנה 28(3) לתקנות המכרזים.

2. סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק המכרזים), קובע כדלקמן:

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

עינינו הרואות כי דרך המלך של המדינה, כמו גם של יתר הגופים הממלכתיים המנויים בחוק המכרזים, היא להתקשר בחוזה לביצוע עסקה – ובפרט, עסקה במקרקעין – על בסיסו של מכרז פומבי אשר נותן לכל אדם הזדמנות שווה להתחרות על ההתקשרות.

3. לעיקרון זה נקבע סייג בסעיף 4 לחוק המכרזים, אשר קובע כדלקמן:

"(א) שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יקבע בתקנות –

(1) סכומים או סוגי עסקאות ונהלים לסיווג עסקאות, שלגביהם, על אף האמור בסעיף 2 –

(א) לא תהיה חובה לערוך מכרז כלל [...]"

4. בהתאם, בתקנות המכרזים נקבעה רשימה של עסקאות שניתן לבצע ללא מכרז. התקנה הרלבנטית לענייננו-שלנו הינה תקנה 25(א24) (להלן: תקנה 25(א24)), אשר קובעת כדלקמן:

"25. נוסף על האמור בתקנה 3, התקשרות של מינהל מקרקעי ישראל (להלן – המינהל) [היום, רמ"י – א.ש.] לביצוע עסקה במקרקעין של המדינה, רשות הפיתוח או קרן קיימת לישראל, אינה טעונה מכרז כאשר נושא ההתקשרות הוא אחד מאלה:

[...]

25(א) הענקת זכויות במקרקעין ביישובי המיעוטים, למי שמשרתים או ששירתו בכוחות הביטחון שנתיים לפחות, לצורך בניה למגורים, לפי המלצת משרד הביטחון. (ההדגשה הוספה – א.ש.).

תקנה זו מסמיכה את רמ"י להעניק זכויות במקרקעין ביישובי המיעוטים לצורך בניה למגורים, ללא מכרז (להלן: ההטבה), כאשר הזכויות מוענקות לאדם אשר משרת או שירת בכוחות הביטחון במשך שנתיים לפחות. בנוסף, הענקת הזכויות תיעשה לפי המלצת משרד הביטחון.

5. בהתאם לאמור בתקנה 25(א24), נקבע בסעיף 6.3 בפרק 6 לקובץ החלטות מועצת מקרקעי ישראל (להלן: החלטה 6.3) – שכותרתו "תנאי הקצאת קרקע למגורים למשרתי כוחות הביטחון שהם בני מיעוטים ביישובי המיעוטים" – כי "מומלץ" לצורך הקצאת מקרקעין הוא מי שמשרת או שירת שירות מלא בשירות הביטחון, וכי שירות מלא הינו שירות של 24 חודשים לפחות. כמו כן נקבע כי "הקצאת מגרש למומלץ תיעשה בדרך של מכרז או בדרך של הרשמה והגרלה, בהתאם להחלטת הרשות". ברם, לצד זאת נקבע גם כי "במקרים חריגים על פי תבחינים שתקבע הרשות [רמ"י – א.ש.], יוקצה מגרש למומלץ בפטור ממכרז, בהתאם להוראות תקנה 25(א24) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993".

הרקע לעתירה

6. העותרת הינה אזרחית ישראלית, בת מיעוטים מוסלמית, המתגוררת בישוב טמרה עם בעלה וילדיה. העותרת נולדה כיהודייה, ולכן בהגיעה לגיל 18 נקראה לשירות סדיר בצה"ל בהתאם לסמכותו של הפוקד הקבועה בסעיף 13 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות ביטחון). העותרת התגייסה לצה"ל בשנת 1993. באותה שנה, נהג הפוקד לזמן נשים לשירות סדיר לתקופות קצרות משנתיים, בהתאם לצרכי כוח האדם של צה"ל. העותרת נקראה לשירות של 20 חודשים, ולאור צבירת חופשת השחרור עם ימי חופשות נוספים, השתחררה מצה"ל לאחר 18 חודשי שירות, בתום שירות צבאי מלא.

7. לאחר שחרורה מצה"ל, הכירה העותרת את בן זוגה – בן מיעוטים מוסלמי. בהמשך, העותרת נישאה לו והתאסלמה. העותרת פנתה לרמ"י בשנים 2003 ו-2009 בבקשה כי יתאפשר לה לרכוש חלקת מקרקעין ללא מכרז. העותרת הלינה על כך שתקנה 25(א24) מובילה להפליה בין בני מיעוטים לבנות מיעוטים – וזאת, מכיוון שבני מיעוטים אשר שירתו שירות חלקי בלבד, שני שליש מתקופה של 3 שנים אליה נקראו, יהיו זכאים להטבה, בעוד שבנות מיעוטים אשר שירתו שירות מלא או כמעט מלא, בהתאם לתקופה אליה נקראו, אינן זכאיות לה.

8. ביום 3.3.2016, העותרת הגישה עתירה לבית משפט זה בטענה לאפליה כאמור (ראו: בג"ץ 1816/16 ח'טיב נ' רשות מקרקעי ישראל) (להלן: העתירה הראשונה). בעתירתה, ציינה העותרת כי נדחתה בקשתה לקבלת המלצה ממשרד הביטחון לשם קבלת עדיפות במכרז אליו ביקשה לגשת, מכיוון שלא שירתה שירות צבאי במשך שנתיים, כנדרש בתקנה 25(א24).

9. ביום 5.6.2017, התקיים דיון בעתירה הראשונה, בו הודיעו המשיבים דשם – רמ"י והמשיבים בעתירה שלפנינו – כי הם נכונים לקיים דיון בטענת ההפליה לעניין משך השירות המזכה בהטבה. בעקבות הודעת המשיבים, ולאחר המלצת בית המשפט (הנשיאה מ' נאור והשופטים ח' מלצר וי' דנציגר), הסכימה העותרת למחיקת העתירה הראשונה.

10. ביום 11.3.2018, לאחר שהתרשמה כי הנושא אינו מקודם באופן מספק מבחינתה, העותרת הגישה עתירה נוספת לבית משפט זה (ראו: בג"ץ 2050/18 ח'טיב נ' משרד הביטחון) (להלן: העתירה השנייה). העתירה השנייה הוגשה ללא זיקה למכרז ספציפי כלשהו. בגדרה, טענה העותרת כי יש להורות על תיקון תקנה 25(א24). בעקבות העתירה השנייה, הודיעה רמ"י כי משרד הביטחון המליץ לתקן את תקנה 25(א24) באופן שיותאם למשך השירות של נשים בנות מיעוטים בצה"ל. בנוסף, הודיעה רמ"י כי לאור המלצת משרד הביטחון, העניין יבוא לפני הנהלתה, אשר תשקול את הנושא בעצמה. בהמשך לכך, הודיעה רמ"י כי תפעל לתיקון התקנה באופן בו הענקת הפטור תותנה בשירות של שנתיים לפחות עבור גברים; וכן 18 חודשים לפחות עבור נשים. לאור האמור, העותרת הגישה בקשה למחיקת העתירה השנייה, וזו נמחקה ביום 3.7.2019.

11. לצדה של מסכת עובדתית זו, כידוע, ביום 26.12.2018 פוזרה הכנסת העשרים. בבחירות שהתקיימו ביום 9.4.2019 נבחרה הכנסת העשרים ואחת, אשר פוזרה ביום 30.5.2019 לאחר כישלון המגעים להקמת ממשלה. בהמשך, ביום 17.9.2019, נבחרה הכנסת העשרים ושתיים, אשר פוזרה ביום 12.12.2019 לאור כישלון המגעים להקמת ממשלה. לבסוף, ביום 2.3.2020 נבחרה הכנסת העשרים ושלוש; ולאחר מכן, ביום 17.5.2020, הושבעה ממשלת ישראל השלושים וחמש. לדברי המשיבים, תקופה זו יצרה עיכוב באישור נוסחה המתוקן של התקנה מכיוון שלמלאכה זו נדרשים מספר משרדי ממשלה; על התיקון אמון שר האוצר; וכן נדרש אישורה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת – אשר עבודתה הושהתה במהלך התקופה כאמור.

12. ביום 2.12.2019 פנתה העותרת אל רמ"י בדרישה לתיקון תקנה 25(א24) באופן מידי. משלא נענתה לדרישתה, הגישה העותרת את העתירה שלפנינו, שלישית במספר, ביום 24.2.2020.

ההליכים שהתקיימו

13. ביום 11.8.2020, הוגשה תגובה מקדמית לעתירה, בה חזרו המשיבים על הודעתם כי בכוונתם לקדם את תיקון תקנה 25(א24). לדבריהם, קידום התיקון התעכב בשל עניינים דחופים שפקדו את הממשלה דאז, וביניהם התמודדות עם משבר הקורונה, והצורך בהעברת תקציב המדינה. בנוסף, הדגישו המשיבים כי תיקון התקנה שבכוונתם לקדם נוגע לשני היבטים. ההיבט הראשון הוא ההבדל במשך השירות המינימלי של גברים מזה ושל נשים מזה כתנאי לזכאות להטבה. ההיבט השני הוא הבהרת המצב המשפטי הנוהג: לשיטת המשיבים, זכות הכניסה בשערי התקנה נתונה רק לבני מיעוטים אשר שירתו בכוחות הביטחון בהיותם בני מיעוטים, ולא כיהודים. משמעות הדבר היא כי התיקון הצפוי ישפיע רק על נשים אשר שירתו בכוחות הביטחון כבנות מיעוטים במשך תקופה הקצרה משנתיים, קבוצה שלא תכלול בתוכה את העותרת.

14. לנוכח עמדת המשיבים, כי הזכאות לכניסה בשערי תקנה 25(א24), כפי שתוקן, תינתן רק לבני מיעוטים אשר שירתו בכוחות הביטחון כבני מיעוטים, ולא כיהודים שהתאסלמו לאחר שירותם, הורה בית משפט זה (השופט ד' מין) ביום 19.8.2020 כי העותרת תשיב לתגובה המקדמית של המשיבים.

15. ביום 19.10.2020, השיבה העותרת לתגובה המקדמית של המשיבים. בתשובתה טענה העותרת כי ביום 5.6.2017, במהלך הדיון בעתירה הראשונה, בא-כוחם של המשיבים ציין כי עולה שאלה האם תכליתה של תקנה 25(א24) רלבנטית למי שלא היה בן מיעוטים בעת שירותו בכוחות הביטחון. בתגובה, השיב השופט דנציגר: "טוב שהשאלה הזאת בכלל לא תעלה"; והשופט מלצר הצטרף לדבריו, באומרו: "אני חושב בדיוק כמו חברי".

16. בנוסף, העותרת הדגישה בתשובתה כי בהודעת המשיבים בעקבות העתירה השנייה הועלתה נכונות הרשות לתיקון תקנה 25(א24), מבלי שהוזכר הנושא של המרת דת. העותרת טענה כי הסכימה למחיקת העתירה השנייה לאור הודעת רמ"י ממנה עלה כי תפעל לתיקון תקנה 25(א24) באופן שיתאים את התקנה למשך השירות של נשים בנות

מיעוטים בצה"ל – וזאת, מבלי שנשמעה כל הסתייגות הקשורה להמרת דתה של מי ששירתה כחיילת בצה"ל כיהודייה.

17. באשר לטענת המשיבים גופה, טענה העותרת כי תקנה 25(א24) אינה עוסקת בסוגיית שינוי הדת ומועד שינוי הדת. יתרה מכך: העותרת ציינה כי התקנה אינה מכוונת בהכרח לבני ובנות מיעוטים; וכי הזכאות להטבה מוענקת לפי סיווג הישוב כישוב מיעוטים, ולא לפי המענה לשאלה "האם הזוכה בפטור ממכרז הינו בן מיעוטים?".

18. ביום 12.5.2021 התקיים דיון בעתירה. במהלך הדיון, עדכנונו המשיבים כי כוונתם לתקן את תקנה 25(א24) עומדת בעינה, הגם שאין באפשרותם להצביע על המועד המדויק בו יושלמו הליכי התיקון הנדרשים. עוד באותו יום, הורה בית המשפט (השופטים ע' פוגלמן, נ' סולברג וי' וילנר) כי המשיבים יגישו עדכון בדבר הליכי התיקון.

19. ביום 3.10.2021 הוגשה הודעה מטעם המשיבים ובה נמסר כי הטעמים לעיכוב התיקון, אשר פורטו בתגובתם המקדמית, עומדים בעינם. המשיבים הוסיפו כי תיקון תקנה 25(א24) מתוכנן כחלק מעבודה כוללת לתיקון פרק ג' של תקנות המכרזים, אשר טרם הושלמה. לדברי המשיבים, גורמי המקצוע במשרד האוצר רואים חשיבות רבה בתיקון הפרק כמכלול, להבדיל מתיקון פרטני של כל תקנה ותקנה בנפרד.

20. לאור החלטת בית המשפט (השופט פוגלמן) מיום 3.10.2021, המשיבים הגישו הודעת עדכון נוספת ביום 2.1.2022, בה שבו על טענתם כי אין בתיקון המקודם על ידם כדי להיטיב עם העותרת מכיוון שזו שירתה בכוחות הביטחון כיהודייה, ולא כבת מיעוטים.

21. ביום 25.5.2022, עדכנונו המשיבים כי העבודה על תיקון תקנות המכרזים טרם הסתיימה, אך מצויה בשלבים מתקדמים. המשיבים מסרו כי להערכתם ניתן יהיה לפרסם את טיוטת התקנות המתוקנות להערות הציבור בתקופה הקרובה, בכפוף לקבלת כלל האישורים הנדרשים.

22. ביום 26.5.2022, לאחר דיון בעתירה, הוציא בית משפט זה (השופטים סולברג, ע' ברון ווילנר) צו על-תנאי המורה למשיבים "ליתן טעם מדוע לא יתקנו את תקנה 25(א24) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, באופן שיעניק לבנות מיעוטים אשר

שירתו בצה"ל שירות מלא או כמעט מלא, הטבות זהות לאלו הניתנות לבני מיעוטים אשר שירתו בצה"ל שירות חלקי".

23. ביום 24.11.2022 הגישה העותרת בקשה לצו ביניים המורה למשיבים לאפשר לה להגיש הצעה כמומלצת למכרז שמספרו צפ/249/2022, ללא צורך בהמצאת המלצה ממשרד הביטחון; וכן צו ארעי המורה למשיבים שלא לפרסם את תוצאות המכרז ולא לאפשר חלוקת מגרשים על פי המכרז, עד להחלטה בעתירה. ביום 29.11.2022, דחה בית משפט זה (השופט סולברג) את בקשתה של העותרת לצו ביניים.

טענות הצדדים

24. לטענת העותרת, התניית ההטבה בשירות של שנתיים בכוחות הביטחון מהווה הפליה נעדרת הצדקה של בנות מיעוטים, לעומת בני מיעוטים. בעוד האחרונים זכאים להטבה אף אם שירתו שירות חלקי בלבד, בנות מיעוטים אינן זכאיות להטבה ככל שלא שירתו את מלוא תקופת השירות אליה נקראו, ובמקרים מסוימים אינן זכאיות להטבה אף אם שירתו את מלואה. העותרת מוסיפה וטוענת כי מדובר בהפליה שרירותית ובלתי סבירה באופן קיצוני.

25. העותרת מדגישה כי שירות בכוחות הביטחון במשך 24 חודשים אינו אפשרי לחלק ניכר מאוכלוסיית הנשים אשר שירתו בכוחות הביטחון, מכיוון שישנן נשים רבות שגויסו מלכתחילה לתקופה קצרה משנתיים; וכן מכיוון שבמקרים רבים, נשים אשר נקראות לשירות לתקופה של שנתיים משרתות בפועל תקופה קצרה משנתיים עקב קיצור שירותן וסיומו המוקדם מהמתוכנן.

26. העותרת גורסת כי בעת התקנת תקנה 25(א24), ראו המשיבים לנגד עיניהם את קבוצת בני המיעוטים ששירתו בכוחות הביטחון בלבד, תוך התעלמות מוחלטת מקבוצת בנות המיעוטים אשר אף הן שירתו בכוחות הביטחון. לדבריה, התעלמות מוחלטת מקבוצה זו הינה פסולה ונגועה בחוסר סבירות קיצוני אשר יורד לשורש העניין – זאת, למרות שמדובר בקבוצה קטנה, אשר לדברי המשיבים מונה עשרות בודדות של נשים בנות מיעוטים אשר שירתו בכוחות הביטחון.

27. לגישת העותרת, אין הצדקה להמשיך ולהפלות, בכוונת מכוון או בשגגה, אוכלוסייה של בנות מיעוטים אשר שירתו בכוחות הביטחון – זאת, במיוחד לאור הכרת

המשיבים בקיומה של ההפליה. העותרת מוסיפה ומביעה תמיהה מדוע, חרף הכרת המשיבים בהפליה, תקנה 25(א24) לא תוקנה עד היום.

28. העותרת מבקשת אפוא מאיתנו כי נקבל את עתירתה הנוכחית ונהפוך את הצו על-תנאי שהוצאנו מלפנינו לצו מוחלט.

29. מנגד, המשיבים סוברים כי דין העתירה להידחות. לדבריהם, גם לאחר שתיקון תקנה 25(א24) יושלם, מצבה של העותרת ביחס להטבה המבוקשת יוותר על כנו.

30. לטענת המשיבים, התקנה בנוסחה הנוכחי, כמו גם בנוסח המתוקן אשר מקודם על ידם, לא נועדה לחול על אלה שלא שירתו בכוחות הביטחון כבני מיעוטים.

31. כמו כן, מדגישים המשיבים וטוענים כי הם פועלים לתיקון תקנה 25(א24), וכי כוונתם להביא לתיקון התקנה נותרה בעינה. המשיבים מבהירים כי בכוונתם לפעול לתיקון התקנה בשני היבטים. הראשון – ביחס להתאמת משך השירות הנדרש מבנות מיעוטים; והשני – ביחס להבהרת המצב המשפטי הנוהג אשר בו, בהתאם לתכלית המונחת ביסוד תקנה 25(א24), הזכאות לכניסה בשערי התקנה ניתנת אך ורק לבני מיעוטים אשר שירתו בכוחות הביטחון כבני מיעוטים.

32. המשיבים מוסיפים וטוענים כי העיכוב בתיקון התקנה נבע, בין היתר, מהמצב הפוליטי במדינה, אשר הוביל לסבבי בחירות ולחילופי שלטון תכופים. לצד מכשול חקיקתי זה, בשנים האחרונות חלק ניכר מעבודת הממשלה התמקד בהתמודדות עם משבר הקורונה העולמי. ברם, המשיבים מצהירים ומדגישים בפנינו, כי תיקון התקנה, כחלק מתיקונו של כל פרק ג' לתקנות המכרזים, נמצא בשלב מתקדם: עבודת המטה המקצועי הושלמה והמשך קידום התיקון תלוי באישורם של שר האוצר וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

33. נוכח האמור, מסכמים המשיבים וטוענים כי אין עילה להפיכת הצו על-תנאי למוחלט באופן אשר יטיל עליהם חובה להביא לתיקון התקנה לאלתר, מבלי לאפשר את מיצויו והשלמתו של הליך התיקון, שכאמור נמצא בשלב מתקדם מאד. עוד טוענים המשיבים כי קביעת תמריצים לשירות ביטחון בקרב בני ובנות מיעוטים היא החלטה מקצועית הנטועה בשיקולים כלכליים-חברתיים בהם בית משפט זה אינו אמור להתערב, אלא במקרי קצה של הפליה מוכחת וברורה, שרירות-לב, שיקולים שלא ממין העניין,

וכיוצא באלה. זאת במיוחד כאשר בבסיסה של תקנה 25(א24) עומד רציונל חברתי ראוי; כאשר במבחן התוצאה, אין מדובר בפגיעה משמעותית בשוויון בין בנות מיעוטים לבני מיעוטים; וכאשר תיקון התקנה, אשר ימחק את ההפליה, ממילא נמצא בשלבים מתקדמים.

דיון והכרעה

34. לאחר עיון בכתובים ושקילת טענות הצדדים, הגעתי למסקנה כי דין העתירה להידחות.

35. סבורני כי פרשנות הדין הקיים בסוגיה שלפנינו מובילה למסקנה חד-משמעית: העתירה דנן אינה נוגעת לזכויות העותרת, מאחר שהיא שירתה בצה"ל כיהודייה, ולא כבת מיעוטים, ומאחר שתקנה 25(א24) מיטיבה – ונועדה להיטיב – רק אם אלו שכלל לא היו חייבים לשרת בכוחות הביטחון. תיקון התקנה, שאודותיו קיבלנו דיווח מפורט מהמשיבים, לא נועד להיטיב עם העותרת, אשר אינה מופלית – ולא תופלה – לרעה, בהשוואה לנשים יהודיות אשר שירתו בזרועות הביטחון כיהודיות, וכמי שהיו חייבות לשרת בזרועות הביטחון. כמו כן, אין העותרת יכולה להצליח בעתירתה כעותרת ציבורית, מאחר שהעתירה, במתכונתה הנוכחית, אינה עומדת בתנאי הסף לשמיעת עתירות ציבוריות.

36. אלה הם הדברים בתמציתם, וכעת אפרט ואנמק.

מצבה המשפטי של העותרת

37. החלטה 6.3 מהוה חלק מרכזי מהדין אשר חל על הסוגיה נושא דיוננו. כאמור, כותרתה של החלטה 6.3 היא "תנאי הקצאת קרקע למגורים למשרתי כוחות הביטחון שהם בני מיעוטים ביישובי המיעוטים". החלטה זו קובעת כי הקצאת מגרש למי שמשרת או שירת בשירות הביטחון במשך שנתיים לפחות, תיעשה, ככלל, בדרך של מכרז; וכי במקרים חריגים ניתן להקצות מגרש בפטור ממכרז בהתאם להוראות תקנה 25(א24), שכאמור מאפשרת למדינה להתקשר בעסקה להענקת זכויות במקרקעין ביישובי המיעוטים ללא מכרז, עם מי ששירת או משרת בכוחות הביטחון שנתיים לפחות.

38. אין חולק כי העותרת הינה בת מיעוטים אשר שירתה בכוחות הביטחון במשך 18 חודשים. לפיכך, משך שירותה הצבאי אינו עומד ברף הקבוע בדין המאפשר לה ליהנות

מההטבה. משך שירותה הצבאי של העותרת, הנמוך משנתיים, מהווה עבורה מכשול בדרך לקבלת הזכאות להטבה כאמור. אין חולק כי ככל שישונה הדין הקיים, בהתאם להודעות המשיבים, באופן בו רף הזכאות להטבה יונמך ל-18 חודשי שירות, משך שירותה הצבאי של העותרת לא יהווה עוד מכשול בדרכה להטבה. לאור מכלול הנסיבות המיוחדות של המקרה דנן; לנוכח שינויה הממשמש ובא של תקנה 25(א24); ובפרט לאור פועלה של העותרת לקידום השינוי – אהיה מוכן לעשות כברת דרך למען העותרת ולהפעיל לטובתה את הכלל של דיני היושר המאפשר לראות את אשר אמור להיעשות כנעשה (equity regards as done that which ought to be done). מהלך זה מאפשר לעותרת לעמוד בתנאי של תקופת השירות הצבאי.

39. ברם, עמידה בתנאי זה אינה מביאה לעותרת רווח והצלחה. זאת, מאחר שקיים מכשול נוסף אשר מפריד בין העותרת לבין הזכאות להטבה: העובדה שהעותרת שירתה בצה"ל כיהודייה חייבת-שירות, ולא כבת מיעוטים שהתנדבה לשרת. מכשול זה נובע מהאמור בכותרתה של החלטה 6.3 – "תנאי הקצאת קרקע למגורים למשרתי כוחות הביטחון שהם בני מיעוטים ביישובי המיעוטים" (ההדגשה הוספה – א.ש.). – החלטה שמכוחה המדינה מקצה, במקרים חריגים, מגרשי מקרקעין בפטור ממכרז למי שמשרת או שירת בכוחות הביטחון במשך התקופה הקצובה, בהתאם לתקנה 25(א24). כותרת זו מלמדת על כך שההטבה שבה עסקינן נועדה למשרתי כוחות הביטחון שהם בני מיעוטים, קרי: למי ששירת או שמשרת בכוחות הביטחון בהיותו בן מיעוטים. זאת, מאחר שלא יכולה להיות מחלוקת על כך שהתיבה "שהם" מתייחסת הן ל"משרתי כוחות הביטחון" – התיבה שבאה לפניה – והן ל"בני מיעוטים", צמד המילים אשר בא אחריה. הווה אומר: מדובר, ללא צל של ספק, בבני המיעוטים שמשרתים בכוחות הביטחון בהיותם בני מיעוטים.

40. ברי הוא, אפוא, כי ההטבה המבוקשת על ידי העותרת נועדה לאותם משרתי ביטחון אשר התנדבו לשרת בכוחות הביטחון חרף היותם בני מיעוטים שאינם חייבי שירות. המילה "שהם", אשר מופיעה בכותרתה של החלטה 6.3 מלמדת אותנו דבר נוסף. היא מלמדת אותנו כיצד יש לפרש את האמור בתקנה 25(א24) שבמוקד דיוננו. כאמור, תקנה זו מאפשרת מתן פטור ממכרז ל"הענקת זכויות במקרקעין ביישובי המיעוטים למי שמשרתים או ששירתו בכוחות הביטחון שנתיים לפחות, לצורך בניה למגורים, לפי המלצת משרד הביטחון" (ההדגשה הוספה – א.ש.). ברי הוא כי התיבה "למי" אינה מתייחסת אלא ל"מיעוטים" הנזכרים לפניה בהקשר של "יישובי המיעוטים" – זאת, כאשר המילה "שמשרתים", בלשון הווה, אף היא מתייחסת למיעוטים. הווה אומר: תקנה 25(א24) מדברת על מיעוטים בזמן השירות; וכך הוא גם לגבי המילים "או ששירתו"

אשר מופיעות בתקנה ואשר בלי ספק מכוונות לאלה ששירותו בכוחות הביטחון כבני מיעוטים.

41. לא למותר לציין, כי זוהי גם תכליתה של תקנה 25(א24). יפים לעניין זה דבריו של השופט מלצר בעתירה אשר תקפה את חוקיות התקנה:

“אף בענייננו, בהתחשב בהיותו של משאב הקרקע בישראל בכלל, ובישובים הבדואים בפרט, משאב מוגבל כאמור [...] כמעט בלתי נמנע שבמתן הטבה – כגון עיגון הפטור האפשרי ממכרז וההטבות הנלוות לו בגובה דמי החכירה – ייעקף הצורך בקביעת גבול מסוים. הגבול איננו יכול להיות, כמובן, שרירותי וצריך שיהיה מבוסס על רציונאל כלשהו. במקרה שלפנינו, הרציונאל העומד בבסיס קביעת תקופת מינימום שירות ביטחוני של שנתיים ימים הוא כאמור עידוד צעירים מקרב המגזר הבדואי להתנדב לשירות צבאי משמעותי. ואמנם, על פי הודעת המדינה, כיום, לאחר הוספת התקנה הנ”ל, כ-68% בקרב המשרתים במסלול של מורים-חיילים משלימים תקופת שירות של שנתיים ומעלה ונראה כי קביעתה של תקופת שירות מינימאלית זו משרתת נאמנה את התכלית שלשמה, בין היתר, ניתנה אפשרות הפטור – עידוד שירות צבאי משמעותי בקרב האוכלוסייה הבדואית” (ראו: בג”ץ 11088/05 הייב נ’ מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 13 (19.8.2010); ההדגשות הוספו, והציטוטים הפנימיים הוסרו – א.ש.).

ברצוני להפנות גם לדברי המשנה לנשיאה א’ רובינשטיין בעתירה אשר עסקה בתכנית מתאר לשיווקם של מגרשים בכפר ראמה, תוך מתן העדפה לחיילים משוחררים, בהתאם לתקנה 25(א24).

ואלה היו דבריו:

“עסקינן איפוא בהבחנה המבוססת על שונות רלבנטית, שעניינה תרומה למדינה ונשיאה בנטל השירות הצבאי, על המחירים הכלכליים – כמו גם הפיזיים והנפשיים – הכרוכים בו [...] שיקולים רלבנטיים אלה שנמנו על-ידי חברי השופט מלצר עולים בקנה אחד עם השכל הישר, ועם הרצון לעודד בני מיעוטים לשרת בצה”ל” (ראו: בג”ץ טוהא נ’ רשות מקרקעי ישראל, פסקה כו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (7.2.2017); ההדגשה הוספה – א.ש.).

42. מכל האמור עולה כי העותרת אינה זכאית לפטור ממכרז לקבלת זכויות במקרקעין ביישובי המיעוטים – זאת, מכיוון שלא שירתה בצה"ל בהתנדבות כבת מיעוטים.

43. משמעות הדבר היא כי לא ניתן להתייחס אל העותרת כעותרת פרטית אשר באה לממש או לקדם את זכאותה שלה. באין זכאות כאמור, פשיטא הוא שדין העתירה האישית להידחות. אשר על כן, אחרי שידענו כי תקנה 25(24א) לא חלה על העותרת, וגם לא תחול עליה אחרי תיקונה הקרב-ובא, על כורחנו מגיעים אנו למסקנה כי עלינו לעשות אחד משני אלו: (1) לדחות את העתירה מחוסר עילה; או (2) לדון בעתירה כעתירה ציבורית (ראו: בג"ץ 5480/14 ועד ארגון הסגל האקדמי הבכיר באקדמיה למוסיקה ולמחול בירושלים נ' המועצה להשכלה גבוהה, פסקה 64 לפסק דינו של השופט סולברג (10.11.2016)). בהתחשב במאמצים שהושקעו על ידי העותרת במסגרת עתירה, ובשים לב לכך שהעותרת מזהה את עצמה לא רק כעותרת פרטית, אלא גם כמי שבאה בנעליו של עותר ציבורי, סבורני כי טוב נעשה אם נבחן את העתירה גם במתכונתה זו.

עתירה ציבורית

44. דיני בג"ץ מבחינים בין עתירה שבמוקדה עניין ציבורי-כללי, ושאינה נוגעת במישרין לענייניהם האישיים של העותרים (עתירה ציבורית), לבין עתירה אשר נטועה בענייניהם אישיים של העותרים (עתירה אישית) (ראו, בין היתר: בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פסקה 7 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (17.9.2014)). נפקותה המרכזית של הבחנה זו מצויה בהלכה לפיה בית משפט זה לא ידון, ככלל, בעתירה ציבורית מקום שמצוי נפגע ישיר מהמעשה או מהמחדל נושא העתירה – זאת, בין אם נפגע זה פונה לבית המשפט בבקשת סעד ובין אם לאו (ראו: בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 69 (2003); בג"ץ 3304/20 רוזנשטיין נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פסקה 7 (31.5.2020); בג"ץ 4244/17 הר שמש נ' מנהל רשות המיסים, פסקה 4 (12.4.2018); בג"ץ 1724/18 שמיר נ' שרת המשפטים, פסקה 3 לפסק דיני (11.6.2019); וכן בג"ץ 4343/23 שרכת כהרבא מחאפטית אל קדס אל מסאהמה אל מחדוזה נ' ממשלת ישראל, פסקה 16 (11.7.2023)).

45. בענייננו-שלנו, הנפגעות הישירות מהאמור בתקנה 25(24א) במתכונתה הנוכחית הן בנות מיעוטים ששירתו בכוחות הביטחון כבנות מיעוטים, ואשר שירותן קוצר או שמלכתחילה נקבע לפרק זמן קצר יותר משנתיים.

46. מהכתובים שהצדדים הניחו לפנינו עולה כי ישנן נשים הנמנות על קבוצה זו – אך מספרן מועט. בנות מיעוטים אלה לא הגישו שום עתירה ולא השמיעו את קולן בנוגע לתקנה 25(24א). עובדה זו עומדת לעותרת לרועץ ומסמנת את עתירתה כעתירה שנועדה לדחייה (ראו: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 509 (1988)).

47. האם לפנינו אחד המקרים החריגים-שבחריגים בהם בית משפט זה יידרש לשמוע עתירה ציבורית למרות קיומו של נפגע ישיר ממעשה הרשות, אשר אינו משמיע את קולו? בעניינם של מקרים אלו נפסק כי –

"במקרים נדירים, עשוי בית המשפט להידרש לעתירה ציבורית גם מקום שקיים נפגע ישיר שנושא העתירה נוגע לו אך הוא אינו עותר, וזאת כאשר הסוגיה המועלית בעתירה הינה בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה, המתפרשת מעבר למחלוקת הפרטנית, וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי ולזכויות האדם. כך, למשל, נהג בית משפט זה בעתירה ציבורית בנושא תקינות הליכי בחירות, המצויים בלב המשטר הדמוקרטי וחופש הביטוי הפוליטי [...]. בנסיבות כגון אלה, חשיבות הביקורת השיפוטית שנועדה להגן על ערכי היסוד של שיטת הממשל גוברת אף על הכלל כי אין להיענות לעותר ציבורי המתערב בריב לא לו" (ראו: בג"ץ 962/07 לידן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 (1.4.2007); הציטוטים הפנימיים הוסרו – א.ש.).

48. העתירה שלפנינו אינה נמנית עם אותם מקרים חריגים-שבחריגים. היא אינה עוסקת ביסודות המשטר הדמוקרטי או בחירויות היסוד; והפגיעה בזכות לשוויון שבה עסקינן תתוקן בזמן הקרוב בעקבות השינוי אשר יחול בתקנה 25(24א), שהמשיבים התחייבו לעשותו. בנסיבות כאלה, ובשים לב להתחייבות המשיבים, אין הצדקה לשמוע עתירה ציבורית, קל וחומר, להכריע בה על ידי מתן צו עשה לרשויות (ראו: בג"ץ 9682/10 מילענוף אינטגרציית פטם אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' שר החקלאות – משרד החקלאות ופיתוח הכפר, פסקה 6 (24.11.2011); בג"ץ 9028/18 העמותה לקידום מוסר התשלומים נ' שר האוצר, פסקה 6 (30.3.2020)).

49. מתן סעד קיצוני בדמותו של צו לתקן חקיקת משנה, אף הוא לא בא בחשבון בנסיבות דוגמת אלו שלפנינו (ראו: בג"ץ 5677/04 עמותת "אלערפאן" נ' שר האוצר (16.3.2015); בג"ץ 5438/19 צ'ברטקין נ' מדינת ישראל משרד המשפטים, פסקה 16 והאסמכתאות שם (26.2.2020)).

50. מהטעמים שמניתי לעיל, אציע לחבריי לדחות את העתירה ולבטל את הצו על-תנאי שיצא מלפנינו, ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים. מסקנתו של חברי, השופט א' שטיין, נכונה, נימוקיו משכנעים.

ש ו פ ט

השופט י' כשר:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט א' שטיין, בחוות דעתו.

אני מסכים גם לפרשנות המוצעת על ידו לתקנה 25(א24) לתקנות המכרזים, התשנ"ג-1993, ולכך שהינה חלה על מי ששירתו בצה"ל בהיותם בני מיעוטים, ולא על מי ששירתו כיהודים והמירו את דתם לאחר מכן.

אני מסכים כי אין להיעתר לעתירה דנן, מתוך תפיסתה כעתירה ציבורית, וזאת לאור נסיבות העניין דנן.

את שאלת גדריה העקרוניים של העתירה הציבורית, אבקש להותיר לעת מצוא.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, י"ט באב התשפ"ג (6.8.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט