

פס"ד בורקאן - בג"ץ 114/78

בג"צ מס' 114/78,

המרצה מס' 510/78, 451/78

מוחמד סעיד בורקאן

נגד

1. שר האוצר

2. החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ

3. שר השיכון

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[4.7.78, 14.6.78, 26.2.78]

לפני השופטים ח' כהן, שמגר, בכור

חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, ס"ח 118, סעיפים 7(ב), 7(א) - חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, סעיפים 2, 12, 12(ב) - כללי לשכת עורכי הדין כללי, (אתיקה מקצועית), תשכ"ו-1966, ק"ת 584, כלל 16(4).

מיני-רציו:

* משפט מינהלי - בגץ - חובות העותר

* משפט מינהלי - פגמים בשיקול-הדעת - הפליה

בצו-על-תנאי נדרשה המשיבה השניה להראות טעם, למה לא תחכיר לעותר אחת הדירות שלגביהן הוציאה "היצע דירות לציבור", למה לא תבוטל ההוראה שלפיה מוגבל היצע הדירות אך לאזרחי ישראל ולעולים חדשים בלבד.

בית-המשפט הגבוה לצדק פסק:

א. אין לראות בדרישת המשיבה, כי חוכרי הדירות ברובע היהודי בעיר העתיקה חייבים להיות אזרחי ישראל או עולים חדשים, משום הפליה פסולה.

ב. (1) משהוגשה עתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק והענין תלוי ועומד להכרעה שיפוטית, יש בפניה אל כלי התקשורת ובגיוס דעת הקהל משום בזיון בית-המשפט.

(2) עותר הבא לבקש סעד מבית-המשפט הגבוה לצדק חייב לגזור שתיקה על עצמו מחוץ לכתלי בית-המשפט.

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

[1] בג"צ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, ואח', פ"ד כו (1) 118.

[2] בג"צ 262/62 ישראל פרץ, ואח' נ' יושב-ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו, פ"ד טז 2112, 2101.

[3] בג"צ 160/72 אחים רבט, חברה לבנין בע"מ נ' האגודה למען הזקן באזורי העמקים בישראל, ואח', פ"ד כז (1) 620.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו :

[4] YICK WO V. HOPKINS, SHERIFF. ETC. 118 U.S. 356, 373-374; 6 S.C.T. 1069 (1886).

מקורות המשפט העברי שאוזכרו :
(לפי סדר אזכורם)

[א] משנה עבודה זרה, א, ח.
[ב] רמב"ם, הלכות עכו"ם וחוקותיהם, י, ג-ד.

הערות :

1. (א) לסמכותו של בג"צ לפי סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז - 1957, עיין : בג"צ 425/74 "סימרי" חברת בונים בע"מ נ' שר הפיתוח, ואח', פ"ד כט (2) 233.

(ב) עיין גם : פרופ' א' רובינשטיין "סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק", עיוני משפט א 261.

2. לטענת הפליה פסולה, עיין : בג"צ 159/73 אריה יצחקי נ' שר המשפטים, פ"ד כח (2) 692 והערה 2 שם ; בג"צ 209/73 נגילה חסין עלי עודה (לאפי), ואח' נ' שר הפנים, פ"ד כח(1) 13.

3. לחוסר נקיון כפיים בפניה לבג"צ, עיין : בג"צ 609/75 מתתיהו ישראלי נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד ל(2) 304.

התנגדות לצו-על-תנאי מיום י"ט באדר א' תשל"ח (26.2.78). הצו-על-תנאי בוטל.

א' לנמן - בשם העותר ;
גב' ד' בייניש, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה -
בשם המשיבים מס' 1, 3 ;
מ' בן-זאב - בשם המשיבה מס' 2

פסק-דין

השופט ח' כהן : המשיבה היא חברה ממשלתית, ושמה מעיד על תפקידה לעשות למען שיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה של ירושלים. על הריסותיה של העיר בנתה בתים חדשים, ואת הדירות שבבתים אלה מוכנה היא להחכיר למגורים. העותר דן רצה לחכור אחת הדירות הללו למגוריו ולמגורי משפחתו, אך המשיבה השיבה פניו ריקם. בית-משפט זה נתן לו צו-על-תנאי אשר בו נדרשה המשיבה להראות טעם למה לא תחכיר לו אחת הדירות שלגביהן הוציאה "היצע דירות לציבור" בפברואר 1978.

2. אותו "היצע דירות לציבור" קובע כי רק אחד מאלה רשאי "להשתתף בהיצע" : או אזרח ישראל שהוא תושב בה ושירת בצה"ל (או קיבל פטור משירות בצה"ל, או שירת באחד הארגונים העבריים שמלפני 14.5.1948), או עולה חדש שהוא תושב ישראל. העותר

מודה שאין הוא אזרח ישראל ושלא שירת בצה"ל ושאינו הוא עולה חדש: אזרחותו היא ירדנית, ולדבריו היה תמיד תושב העיר העתיקה של ירושלים. הנה-כי-כן נתן לו בית-משפט זה צו-על-תנאי הדורש מן המשיבים להראות טעם אף גם לזאת, למה לא תבוטל ההוראה שלפיה מוגבל היצע הדירות אך לאזרחי ישראל ולעולים חדשים בלבד.

3. עד שהמשיבה החלה להראות לנו טעמיה, חזרה על טענה שכבר נודמנה לה בהליכים קודמים בבית-משפט זה (בג"צ 187/71, (1), ו-בג"צ 275/74 לא פורסם), והיא שאין לנו להיזקק לעתירה זו באשר המשיבה אינה ממלאת תפקידים ציבוריים על-פי דין, כאמור בסעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט, ועל-כן נתונה היא אך לשיפוטם של בתי-המשפט הרגילים, להבדילם מבית-המשפט הגבוה לצדק.

עוד בפסק-דיני ב-בג"צ 262/62, (2), הבחנתי לענין זה בין סעיף 7(א) לבין סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט, וחיווייתי דעתי שהסמכות לפי סעיף 7(א) עומדת לבית-משפט זה גם כנגד משיבים שאינם גופים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין. לא שיניתי דעתי זו מאז, ומה גם שבינתיים אף סמך בית-משפט זה ידו עליה (בג"צ 160/72, (3)).

אלא כידוע מותנית סמכותנו לפי סעיף 7(א) בשניים: שאין סמכות שיפוט לבית-משפט אחר בנדון; ושיש צורך במתן סעד למען הצדק. לדעתי צודק מר-בן-זאב, שטען לפנינו למשיבה, בטענתו שבענין הנדון כאן יש סמכות לבית-משפט אחר: "היצע הדירות לציבור" שפורסם על-ידי המשיבה אינו אלא הזמנה לציבור להגיש למשיבה הצעה (כמשמעותה בסעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973); ואם כי לא נקשר עוד על-ידי הגשת ההצעה שום קשר חוזי בין המציע לבין המשיבה, על-כל-פנים גם ההיצע של המשיבה וגם ההצעה של המציע הם בגדר "משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה", כמשמעותו בסעיף 12 לחוק האמור, ועם אמנם היה בתנאי ההיצע של המשיבה משום חוסר תום-לב או משום התנהגות בלתי-מקובלת, יכול המציע לבוא על עדו ההצהרתי בבית-המשפט המוסמך.

ברם, אחרי שהארכנו בשמיעת טענותיהם ובקריאת תצהיריהם ומסמכיהם של כל בעלי-הדין, אמרנו לחוות דעתנו לגופו של ענין, ולו רק כדי למנוע התדיינות עקרה נוספת בבית-משפט אחר.

4. טענת העותר היא שדירת חפצו נבנתה על נחלת אבותיו, שהוא ואביו היו גרים במקום הזה מאז 1947, ושהבית אשר בו גרו היה "מאז ומעולם" נחלת מוסלמים "ומעולם לא גרו" בו "יהודים". מתברר שהבית הוא עבר מחזקת יהודים לחזקת מוסלמים בתקופת מאורעות הדמים בשנת 1938; ושהעותר ומשפחתו עברו לגור עוד לפני שנים אחדות בבית החדש שבנו להם בבית חנינא.

לצורך ההכרעה בשאלות הענייניות העומדות לפנינו, לא הייתי מייחס חשיבות כלשהי למקום מגוריו הנוכחי או הקודם של העותר: אם רשאי הוא להגיש הצעתו גם כשאיננו אזרח ישראל, אין נפקא מינה היכן הוא היה גר. ואולם שקריו של העותר בדבר מקום מגוריו פוסלים אותו מלעתור לבית-משפט זה: הוא ניסה לעשות רושם כאילו הוציאה המשיבה אותו ואת אשתו ואת ילדיה הפעוטים, בכוח הזרוע של ההוצאה-לפועל, מדירה שישבו בה זה עידן ועידנים בשקט ובשלווה, ועתה משבנתה בו במקום דירה חדשה הראויה והדרושה למגוריהם, מסרבת המשיבה מתוך שרירות-לב והפליה פסולה להחזירם אליה - בו בזמן שהעובדה (המבצבצת מבין השטין של תצהיר העותר בהמרצה 451/78) היא שנטשו את הדירה ההיא מזמן ורק השאירו בה חלק ממטלטליהם.

זאת ועוד: לעומת טענת העותר שבשנת 1947 רכש אביו מקצת בעלות בבית ההוא ומאז היו הוא ומשפחתו גרים בו, הוגש לנו מטעם המשיבה מכתבו של העותר (ושל אביו) אל ראש הממשלה ושר האוצר מיום 16.6.1968, אשר בו כתוב שהם גרים בדירה אחת בבית ההוא בשכירות זה כחמש שנים, כלומר מאז 1963. מכתב זה הוזכר בעתירה אך לא צורף אליה, ולא קיבלנו הסבר סביר על העלמתו מעינינו.

מקרא מפורש הוא מי שנשבע למרמה ונושא לשוא נפשו אינו נמנה על נקיי הכפיים וברי הלבב אשר בית-משפט זה יחוש לעזרתם.

5. העתירה הנוכחית הוגשה ביום 23.2.1978. קדמה לה מלחמה ציבורית ענפה בכלי התקשורת בארץ ובחוץ-לארץ, ואף הטלוויזיה ראתה להיזקק לענין זה ולביים מחזה הפינני של העותר ומשפחתו מדירתם - המשיבה אומרת, ביומו של העותר היה, והעותר אומר ביומה של הטלוויזיה היה אניח לטובת העותר שהוא ניהל מלחמה ציבורית זו בתום-לב ובדרכים כשרות; ובהנחה זו אין אני רואה פסול בכך שבטרם יתדפק על שערי בית-המשפט ניסה לעורר דעת הקהל לענינו ואולי בדרך זו גם להביא את המשיבה והשלטונות לידי שינוי בעמדתם.

אימתי הדברים אמורים, בזמן שלפני הגשת העתירה: משהוגשה העתירה והענין תלוי ועומד להכרעה שיפוטית, יש בפניה אל כלי התקשורת ובגיוס דעת הקהל משום בזיון בית-המשפט. לא שנלך אנחנו בעקבות המשפט המקובל האנגלי ונזמין עורכים ועתונאים לדין וניפרע מהם בעונשין: כבר הורגלנו לשיטה האמריקנית הגורסת כי חופש

העתונות שקול כנגד בזיון בית-המשפט (ראה לענין זה: C.K. ALLEN, ASPECTS OF JUSTICE (1958), P. 48 ואולם עותר הבא לבקש סעד מבית-משפט זה, חייב לגזור שתיקה על עצמו מחוץ לכתלי בית-המשפט, שמא תתפרש פנייתו אל כלי התקשורת כהבעת אי-אמון בבית-המשפט - אם באשר התיאש מראש מנכונותו או יכלתו של בית-המשפט לעזור לו, ואם באשר כסבור הוא שעשוי בית-המשפט להתרשם מפרסומים בעתונות או מדעת הקהל.

והנה הוגש לנו מטעם המשיבה עתון אמריקני מיום 21.5.78 ובו ראיון עם העותר אשר סיפר על משפטו "בפירוט שופע ובעתנוג בולט", כלשון המראייין; ולא זו בלבד אלא אף הגיש למראייין את המסמכים וחילופי המכתבים אשר עליהם הוא מסתמך בעתירתו לבית-משפט זה. אין בכך כלום שהמראייין ניסה להביא לידי ביטוי, ולא רק בקיצור יחסי, גם את עמדת הצד שכנגד, ובכלל אין טיבו ותכנו של המאמר מעלה או מוריד; מה שקובע הוא שהעותר ראה להשתמש בכלי התקשורת כדי לתבוע זכויותיו, שעה שעתירתו היתה תלויה ועומדת לפנינו.

לדידי די בכך כדי שנדחה העתירה על-הסף.

באותו המאמר שפורסם גם שמו של מר אברהם לנמן, עורך-דינו של העותר, וגם מפיו נמסרו שם דברים על משפט זה. לכאורה יש בכך משום הפרת כלל 16(4) לכללי לשכת ורכי-הדין (אתיקה מקצועית), תשכ"ו-1966, ופרקליט המדינה ישקול אם לא מן הראוי הוא להגיש קובלנה.

6. עיקר טענתו של המערער הוא שהמשיבה מפלה הפליה פסולה שלא כדין בין בני-אדם (או בין תושבי המדינה) מחמת דתם או לאומיותם, באשר מוכנה היא להחכיר דירות ליהודים ואינה מוכנה להחכיר דירות למוסלמים.

עד שאומר מה שיש לי לומר לטענה זו לגופה, אקדים ואומר שלא העותר הוא אשר מפיו יכול ותישמע טענה זו בבית-המשפט. מחומר הראיות המונח לפנינו עולה - והעותר אינו מכחיש - שהוא הצהיר כי לפי דתו אסור לו למכור אדמה ליהודים, בו בזמן שמותר לו למכור אדמה למוסלמים, והוא לא יהיה מוכן להפר מצוות דתו לענין זה. ממה נפשך: אם מותר לו לעותר להפלות בין מוסלמים לבין יהודים לענין מכירתם של מקרקעים, והוא אפילו רואה עצמו מצווה להפלות ביניהם, כיצד זה יכול להתרעם על אדם אחר הנוהג כמותו והמפלה בין יהודים לבין מוסלמים לענין החכרתם של מקרקעים? אתמהא! (ושמא הפליה היא לדת המוסלמית, נאה גם לדת היהודית? ראה ודוק: משנה עבודה זרה א, ח, ורמב"ם, הלכות עכו"ם וחוקותיהם י, ג-ד).

ואם תמצי לומר שהפליה המותרת לאזרח מן השורה עדיין אינה מותרת לחברה ממשלתית, אף אני אשיב כי אזרח הבא לבית-משפט זה לדרוש יושר, חייב לנהוג יושר בעצמו תחילה. הטוען בבית-משפט זה כי הפליה פלונית פסולה היא, עליו הראיה שהוא עצמו נקי מכל שמץ הפליה אשר כזאת. ואילו הדוגל בדגל ההפליה הפסולה לגבי עצמו, אומרים לו, טול קורה מבין עיניך תחילה.

7. לא שוכנעתי שיש בדרישת המשיבה, כי חוכרי הדירות חייבים להיות אזרחי ישראל ששירתו בצבא, או עולים חדשים, משום הפליה מחמת דת או לאומיות או משום הפליה פסולה אחרת.

ראשית, על-פי פשוטו כולל "אזרח ישראל" גם לא-יהודי", בין אם הוא ישראלי מוסלמי או ישראלי דרוזי או ישראלי נוצרי. הצהרתו של מר בן-זאב לפנינו שהכוונה היתה ליהודים אזרחי ישראל בלבד, עומדת בניגוד גמור לפשוטו של הכתוב; ואין לו לשופט אלא מה שענינו רואות בכתובים. ההגבלה לאזרחים יוצאי הצבא בלבד מסתברת משיקולם בטחוניים פשוטים.

שנית, אין בהכרח פסול בהפליה בין אזרחים ללא-אזרחים לענין טובת ההנאה מנכסי האומה או שאר זכויות כלכליות (ראה סעיף 2(3) לאמנה הבינלאומית על זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שאושרה בעצרת האומות המאוחדות ביום 16.12.1966).

שלישית, הצורך בשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה התעורר רק מפני שצבאות ירדן פלשו אליו וגירשו את היהודים ושדדו רכושם והרסו בתיהם. מטבע הדברים הוא שהשיקום בא לשם החזרת עטרת הישוב היהודי בעיר העתיקה לישנה, כדי שליהודים יהא שוב, כמו שהיה בעבר, רובע המיוחד להם, ליד רובעי המוסלמים והנוצרים והארמנים. אין כל הפליה פסולה ביחודם של הרובעים הללו, רובע רובע ועדתו.

ורביעית, במידה שיש הפליה נגד אזרחים ירדניים החבים נאמנות לממלכת ירדן (כמו העותר דן), נראית ההפליה מוצדקת וכשרה בעיני: בוכים אנו ומוחים על מה שעוללו לנו הירדניים בעיר העתיקה, ואין לדרוש מאתנו שנפתח אנחנו פתח לרווחה לפניהם לחזור ולהתיישב ברובע היהודי דוקא. גם בשיקולים בטחוניים וגם בשיקולים מדיניים יש משום הסבר והצדק להפליה אשר כזאת.

8. יש לבטל את הצו-על-תנאי ולדחות את העתירה.

הוחלט לבטל את הצו-על-תנאי ולדחות את העתירה.

העותר ישא בהוצאות המשיבה מס' 2 בסכום כולל של 1,000 ל"י.

ניתן היום, כ"ט בסיון תשל"ח (4.7.1978).