ציונות בישראל?

בעקבות בג"ץ קעדאן[1]

רות גביזון*

א. מבוא. ב. ההחלטה. ג. יהודיות, ציונות ושוויון אזרחי. ד. סוף דבר: קוצים או שושנים לבית־המשפט?

א. מבוא

ארבע שנים ביקש בג"ץ מרשויות המדינה לפתור, בלא הכרעה שיפוטית, את המחלוקת בין הווג קעדאן, שביקש לבנות את ביתו בקציר, ובין מדינת ישראל, שהקצתה את הקרקע ליישוב: לסוכנות היהודית, שפיתחה את הקרקע; ולאגודה השיתופית קציר, שכללי החברות שלה פסלו לא־יהודים מלהשתלב ביישוב. אומרים כי הנשיא ברק התבטא באחד הדיונים, כי הבעיה העולה כאן היא הקשה ביותר שבה נתקל כשופט.[2] ואכן, פסק־הדין

* פרופסור בקתדרה ע"ש חיים ה' כהן לזכויות האדם, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

גרסה מקוצרת של חיבור זה פורסמה בכיוונים חדשים 2 (תש"ס) 21; ובמחברות עראלה 2 (חורף 2000) 28. אני מודה לדוד הד, למנחם מאוטנר, לדן יקיר ולעלי זלצברגר על הערות מועילות. אורי שוורץ סייע לי בהכנת המאמר לדפוס.

1. בג"ץ 6698/95 ע' קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1) 258 (להלן: בג"ץ קעדאן).

2. הנשיא פירט, כי הקושי בהחלטה הוא בכך שלה תוצאות מרחיקות־לכת שקשה לחזות אותן וכי העניין אינו בשל להכרעה משפטית. מטעם זה המריץ הנשיא את הצדדים לנסות לפתור את הבעיה בדרך של פישור. רק לאחר שנסיונות הפישור נכשלו, חזר הנושא להכרעה שיפוטית.

nevo.co.il

שניתן לבסוף הוא טקסט מורכב, שישנם בו מתחים פנימיים מעניינים. מצד אחד, ניכרת בו נטייה ברורה של הרוב לצמצם את ההלכה לעובדות המקרה הנידון בפניו, בלי לקבוע הלכות כלליות. בית־המשפט אף מציין במפורש כי מדובר בתהליך ארוך וכי יש לפסוע בו בזהירות. הוא מרגיש (וגם שלא ברור מה הבסיס המשפטי לקביעה זו) כי ההחלטה צופה רק פני עתיד. מצד אחר, ישנן בפסק־הדין אמירות כלליות, שיכולה להיות להן משמעות מרחיקת־לכת. המתח הזה מתבטא גם בפסיקתא: בסופו של דבר בית־המשפט קובע מפורשות, כי ביישוב קציר לא היתה הצדקה להדיר ערבים. למרות זאת הוא אינו נותן לעותרים את הסעד המתבקש – תוראה כי ישקלו לגופו של עניין, בלי להתחשב בלאומיותם. במקום זה הוא מנחה את המדינה להחליט "במהירות הראויה" אם יש לאפשר לזוג קעדאן לבנות את ביתו בקציר, בשל מעבר הזמן, ציפיות המתיישבים ושיקולים משפטיים ואחרים, שטיבם אינו מובהר ואשר לא ברור מדוע אין החלטת בית־המשפט פוסקת בהם. שמועות מספרות כי שופטי הרוב, ואולי גם אחרים, סברו כי פסק־הדין לא יביא בפועל לשילובה של משפחת קעדאן בקציר.[3]

לכן אין זה מפתיע כי התגובות לפסק־הדין מעורבות. ישנם המשבחים את בית־המשפט על מתוויבותו האמיצה לשוויון. אחרים רואים בהחלטה הכרזה על עקרונות בלבד, שסביר כי לא תביא שינוי ממשי במציאות המפלה כלפי ערבים. הם מציינים את ההחלטה כתרגיל ביחסי־ציבור של בית־המשפט, הנותן הכשר לעוולות העבר של מדיניות ההתיישבות, בלי לתת כלים של ממש להילחם באפליה גם בעתיד. עוד אחרים מציינים, כי תפיסת השוויון העולה מפסק־הדין אינה רגישה דיה לעובדה כי החברה בישראל היא במובהק חברה קהילתית על בסיס לאומי וכי היא ממעיטה במשקלו של האינטרס הלגיטימי של אנשים וחברות – יהודים וערבים כאחד – בשימור חברתם ותרבותם ובמשקל חשיבותן של קהילות תרבותיות תומכות לשימור כזה. ולבסוף, ישנם הקובעים כי בית־המשפט מחליש את ייחודה הציוני והיהודי של המדינה וחלוקים ביניהם רק על ההערכה של מגמה זו. כולם צודקים, שכן אפשר למצוא בפסק־הדין, בשורות וביניהן, ביסוס לכל העמדות האלה.[4]

עצם הגיוון הזה בתגובות אומר, כי בית־המשפט עשה לחברה הישראלית שירות חשוב: פסיקתו מעלה על סדר־יומה בעיה מרכזית וכואבת ביחסי יהודים וערבים בישראל.

---

3. ואכן, שנה לאחר ההכרעה עדיין לא הסתיימו התהליכים הקשורים בהקצאת מגרש בקציר עבור משפחת קעדאן. במארס 2001 חייב בג"ץ את קציר לסיים את הליכי הטיפול בבקשתה של משפחת קעדאן תוך חודשיים.

4. לשבחים על המתוויבות לשוויון ועל העמדה הפוסט־ציונית של פסק־הדין ראו, למשל, נחום ברנע, "אדמה, אדמתי – שלוש מצוקות מקומיות", **ידיעות אחרונות – המוסף לשבת** (10.3.00) 2. ברנע קורא להחלטה "נדבך משפטי ראשון לחוקתה של מדינת ישראל אחרת, פוסט־ציונית, מדינה שחדלה להשתמש בהתיישבות לצדכים מדיניים ובטחוניים... האדמה היא נדל"ן, נכס של המדינה, שמוצע במחיר שווה לכל דורש. כל גידסה אחרת חשודה בגזענות". מכלל הזן של ברנע אפשר לראות את הבסיס לאלה המבקרים את ההחלטה על "סוף הציונות" שלה. לביקורת על הגישה "עיוורת־הלאומיות" מנקודת־המבט של הערבים בישראל ראו, למשל, ג'מיל דקואר, "עד כמה זה הישגז", **הארץ** (15.3.00) 2ב.

nevo.co.il

טסיבות רבות בג"ץ לא פתר, ולא יכול היה לפתור, את הבעיה החברתית הכוללת. בפניו היתה עתירה יחידה של משפחה ערבית אחת, שבידה המשאבים הכספיים לחיות ביישוב בעל רמת־חיים גבוהה ואשר היתה מוכנה להיכנס לקהילה שהיא יהודית בהרכבה ובאורחות־חייה. בהרבה יישובים יהודיים כאלה חיות משפחות ערביות יחידות בלא כל הפרעה או התנגדות.[5] הבעיה החברתית הכוללת אינה מתמצה בקשיים שנתקלות בהן משפחות ערביות אמידות כאשר הן מחפשות להן בית, אלא גם – ואולי בעיקר – במצוקת הדיור של חלק ניכר מן האוכלוסייה הערבית בישראל. יתירה מזו: הבעיה אינה הנגישות לדיור הולם של משפחה זו או אחרת, אלא היכולת של בני קבוצות תרבותיות ולאומיות שונות להגיע לדיור הולם ומגוון במסגרת קהילתית תומכת. עולה מכאן, כי החשיבות של פסק־הדין אינה בהחלטתו לגבי משפחת קעדאן עצמה (וכאמור, בעניין זה עצר בג"ץ לפני מתן הסעד).

אלא שמגבלות ההליך השיפוטי מכבידות מאוד על יכולתו של בית־המשפט לפסוק לגבי הבעיה בכללותה, שכן מאפייני הבעיה הכללית אינם משתקפים – ואינם יכולים להשתקף – באופן מלא בעתירה הספציפית של בני הזוג קעדאן הרוצים להתגורר בקציר. מנגד, ובגלל אילוצים מבניים של ההכרעה השיפוטית, פסק־הדין בבג"ץ קעדאן חייב להתבסס על הנמקות כלליות, שכוחן יהיה יפה גם במקרים אחרים. בפני בית־המשפט לא הונחה התשתית להכרעה בשאלות כלליות אלה ולא ברור שלבית־משפט הכישורים וההכשר להחליט בחלק מן השאלות המתעוררות אגב הדיון. בפני בית־המשפט עמדה אפוא בעיה מבנית המוכרת היטב לחוקרי השפיטה. לעותרים היתה טענה חזקה על פגיעה, אלא שפגיעתם היתה תוצאה של מבנים חברתיים מורכבים ולכל החלטה לגבי פגיעתם־הם היו השלכות מרחיקות־לכת עליהם. בית־המשפט חייב לתת סעד לעותרים שנפגעו, אולם לא ברור שהוא יכול לעשות זאת בשל הרקע המבני המורכב. ייתכן, כי זו הסיבה לכך שאהרן ברק התבטא שהחלטה זו היא מן הקשות שידע. בסופו של החיבור אשוב להערכת ההחלטה הזו על הרקע שבו ניתנה.

מכל־מקום, הניסיון מלמד כי אי־אפשר להעריך את השפעותיהן המעשיות של החלטות מסוג זה בזמן שהן ניתנות. החלטה של בית־המשפט העליון בעניין אלון מורה (שלפיה אסור למדינה להפקיע קרקעות פרטיות כדי להקים התנחלויות) הביאה לפיתוח מסלול

5. זה המצב, למשל, בכוכב יאיר. גם בקציר עצמה ישנן דעות מגוונות בלפי עתירתה של משפחת קעדאן וכלפי האפשרות כי תחיה ביישוב. ביישובים כגון אלה מה שקובע את יכולת הכניסה הוא המעמד החברתי־כלכלי, ובמעמד חברתי־כלכלי גבוה פוטנציאל החיכוך בין משפחות נמוך בהרבה מאשר זה בין משפחות ממעמד חברתי־כלכלי נמוך יותר, לפחות כל עוד אין מגמה מַספרית המאיימת להפוך רוב למיעוט. תופעה זו אינה ייחודית לישראל והיא נצפית גם בהקשרים אחרים שבהם ישנן בעיות של שילוב. בארצות־הברית, למשל, ההפרדה בדיור כיום היא בעיקר על בסיס מעמד כלכלי־חברתי, ההפרדה נשארת בעיה של שחורים, היספנים ומזרח־אסיאתיים מפני שהם "מיוצגים" בצורה לא־יחסית בשכבות העניות של החברה.

nevo.co.il

עוקף לאיתור שטחים להתנחלות, ובוודאי לא סיכלה את מפעל ההתנחלות.[6] ישנם הסבורים כי התלטת בית־המשפט העליון בארה"ב בעניין בראון,[7] שפסקה כי השוויון מחייב ביטול ההפרדה בין שחורים ללבנים במערכות החינוך הציבורי, היא ההחלטה החשובה ביותר של בית־המשפט במאה העשרים. מבחינה סמלית זו אכן התלטה חשובה, אולם ישנה מתלוקת קשה לגבי השפעותיה המעשיות. מערכות־חינוך נפרדות בחסות החוק אכן בוטלו, וחלק מן השחורים (בעיקר אלה ממעמד כלכלי־חברתי גבוה יותר) משתלבים בחברה האמריקנית. עם זאת, במובנים רבים החברה האמריקנית ובתי־הספר שלה הם היום נפרדים אף יותר משהיו בשנות החמישים.[8] החלטת בית־משפט לבדה אינה משנה מציאות

6. דיון מקיף בהחלטה זו ובתוצאותיה ראו אצל מנחם הופנונג, ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 1948–1991 (נבו, תשנ"א), 304–310. לענייננו כאן רלבנטי לא רק לחשוב על השפעת החלטה שיפוטית על מדיניות ההתנחלות, אלא גם על השפעתו של מפעל ההתנחלות על המציאות האזורית. עדיין אי־אפשר להעריך את התשובה לשאלה זו, אולם אין ספק כי ההתנחלויות תרמו תרומה מכרעת להעמקת הקיטוב בחברה הישראלית. המפעל כוון להקשות על חלוקת הארץ. עדיין לא ברור אם הדבר הזה עלה בידי המתנחלים ושולחיהם. ודאי הוא, כי ההתנחלות וקצבה היו שיקול חשוב בהתגבשות ההתנגדות הפלשתינאית וגם שיקול למען הסכם שימנע את המשך ההתנחלות. נראה גם, כי לפחות ההתנחלויות המסיביות אכן עשויות להביא לסטייה מטוימת מקווי 1967. מנגד, המפעל הזה הוא מרכיב מרכזי בהתגברות של תפיסת ישראל כמתפשטת, כמנשלת וככובשת. לעניינו היה זה מאוד מפתיע, ואף לא רצוי, אם ויכוח פולישי כה מרכזי בתוויה הישראלית היה נתתך בידי בית־המשפט כעניין של חוק או של זכויות אדם.

7. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686 (1954), (להלן: פרשת בראון).

8. לדיון בסוגיה של שוויון והפרדה בחינוך בארה"ב ובישראל ראו: Ruth Gavison, "Can Separate Be Equal: A Case Study", 3 *Democratic Culture* (2000) 37. בפסק־דינו מזכיר הנשיא ברק את הלכת בראון (לעיל, הערה 7) אגב דיון קצר בהלכה כי נפרד אינו יכול להיות שווה, ואפשר שיהיו לו חריגים. אבל מעבר לכך ישנם סימנים לכך שבג"ץ רצה להזכיר בפסיקתו בבג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1) את הלכת בראון ולהעמיד אותן על בסיס דומה. סימן בולט לכך הוא, שגם בפרשת בראון הפריד בית־המשפט העליון האמריקני בין הקביעה העקרונית – נפרד בחינוך אינו יכול להיות שווה ולכן מערכות־חינוך נפרדות אינן חוקתיות – ובין הסעד. למעשה, שני חלקי ההחלטה ניתנו בשתי התלטות שונות, כאשר ביניהן עברה שנה שלמה ולקראת ההחלטה השנייה היה שיעון מיוחד ומפורש באשר לסעד. ההחלטה השנייה, שבה דובר על ביצוע ב"מהירות הראויה", זכתה לתגובות מעורבות. היו שבירכו על תבונת ההחלטה ועל ההדרגתיות שאפשרה, והיו שסברו כי נפתח בה פתח להתמקות־רבתי ממנה. מכל־מקום ברור, כי בית־המשפט העליון של ארה"ב לא ראה את העתירה כחלה רק על העותרים לפניו, אלא על כלל מערכת־החינוך במדינות הדרום. הוא היה ער לגמרי לכך שהוא יוצר דעידת־אדמה וכי הדבר יחייב היערכות מבנית ומערכתית

nevo.co.il

חברתית מורכבת. חשוב גם מה עושות רשויות אחרות ואיך פועלים הכוחות החברתיים והכלכליים.[9] פסיקת בג"ץ קובעת לתהליכים אלה גבולות משפטיים חדשים, שתוכנם המדויק ייקבע אף הוא במהלך הזמן, תוך כדי יישומם לבעיות שתתעוררנה. ודאי מוקדם מאוד לדבר על "סוף האפליה" או על "סוף הציונות". למרות זאת, ההחלטה בבג"ץ קעדאן היא החלטה חשובה ביותר: ראשית, היא פותחת דרכים אפשריות רבות של התפתחות. ושנית, היא מציבה את מצבם של הערבים בישראל, ובעיקר את סוגיית הנגישות שלהם לקרקעות המדינה, במסגרת חובת המדינה להתייחס אל כל אזרחיה בשוויון.

בינתיים התרומה העיקרית של ההחלטה היא בקביעת המסגרת הכללית לדיון הציבורי, שהוא כל־כך חיוני. חשוב להדגיש כי בדיון הזה אין למשתתפים החירות (ואולי גם החובה) להתרכז במקרה שהגיע לדיון בפני בית־המשפט. אין להם גם החירות להשאיר בצריך עיון שאלות נורמטיביות, שאלות של מדיניות ושאלות אידיאולוגיות כלליות, שלא היו צריכות לאותה החלטה, ולא ראוי שתוכרענה על־ידי בית־משפט. רק דיון רחב כזה יכול לאפשר לנו הערכה מלאה יותר של ההחלטה שניתנה, ופעילות מושכלת ונכונה בתכנון צעדינו לעתיד. אני אבחן את ההחלטת בג"ץ מתוך מסגרת דיון זו. פסיקתו של בג"ץ מעלה סימני־שאלה על מרכיבים מרכזיים של מדיניות ההתיישבות בישראל ומתדדת אחד מן ההקשרים שבהם עמום במיוחד היחס בין שני המרכיבים של זהותה העצמית של המדינה: יהודיות ודמוקרטיות. אפתח בתיאור קצר של ההחלטה ולאחר־מכן אתרכז בהיבטים האידיאולוגיים והכלליים. אשוב רק בסיום הדברים להערכת ההחלטה של בית־המשפט בעניין זה.

כבר בפתח הדברים אדגיש כי אין כוונתי לכתוב כאן מאמר שיטתי, מלומד ומקיף, על אף אחת מן הסוגיות המרתקות המועלות אגב ההכרעה בבג"ץ קעדאן. מטרתי היא לנתח את ההחלטה החשובה הזאת על־ידי שרטוט קווים כלליים של הרקע שבתוכו היא נמצאת. אין לי ספק כי ההחלטה תניב עבודה מחקרית חשובה, ותקוותי היא כי הערת־פסיקה זו תסייע לראות באיזו מידת היא צריכה להיות רחבה ומגוונת.

ממושכת. לכן נמנע מלצוות, כי העותרים יורשו ללמוד בבתי־הספר שבהם בחרו והטיל חובה להיערך למצב שוויוני "במהירות הראויה". זהו אותו ביסוי עצמו שנקט בג"ץ כאן. אלא שבג"ץ כאן מדגיש חזור והדגש כי הוא מצמצם את דבריו למקרה הזה ולעתיד לבוא. לכן ההימנעות ממתן סעד מפורש תמוהה וכלל לא ברור מדוע יש כאן צורך בזמן היערכות ממושך. בישראל, בשאלה הדומה יותר לפרשת בראון, זו של אבו שאמיס, נוקט בית־המשפט טכניקה של צמצום וכלל אינו מעלה היבטים עקרוניים של הסוגיה או של השלכותיה הכלליות. ראו המאמר (שם).

9. לדיון מרתק ומשוב בהלכת בראון (לעיל, הערה 7) מתוך ניתוח כזה ראו: Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* (University of Chicago Press, Chicago, 1993), 39-172.

nevo.co.il

ב. ההחלטה

בהחלטתו של בג"ץ שלושה מרכיבים מרכזיים: ראשית, הוא הכריז (פה אחד), כי העובדה שהמדינה היא יהודית אינה מצדיקה אפליית לא־יהודים החיים בה. שנית, הוא קבע במפורש (גם זאת פה אחד), כי מדינת ישראל אינה יכולה להתפרק מחובתה שלא להפלות לא־יהודים באמצעות הקצאת קרקעות לסוכנות היהודית (או לכל גוף אחר). שלישית, הוא קבע, כי בדרך־כלל שוויון מחייב התעלמות משיקולים, כגון לאום או דת. בית־המשפט מונה נסיבות, שבהן תזקת ההתעלמות משיקולי לאום יכולה להיסתר, אולם הרוב קובע כי בנסיבות המקרה לא היתה הצדקה לפסילה על הסף של מועמדים לא־יהודים.[10]

אין זה מקרה כי אין מחלוקת בין השופטים לגבי שתי הקביעות הראשונות. לא היה אפשר, משפטית ונורמטיבית, להגיע למסקנה אחרת. העיקרון הראשון, של מחויבות לאיסור אפליה מטעמי דת או לאום, מלווה אותנו מאז הכרזת העצמאות, והוא כלול גם בהכרזת בלפור ובהחלטת האו"ם על הקמת המדינה היהודית. אבל מעבר לעובדה שעקרון אי־האפליה נכלל במסמכי־היסוד של המדינה עומד כוחו המוסרי האוניברסלי של העיקרון, הבא לידי ביטוי, למשל, בעובדה כי הוא כלול בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם. לא היה עולה על הדעת, כי בית־משפט בישראל או כל רשות אחרת יכריזו שישראל מתפרקת מחובתה שלא להפלות משיקולי לאום או דת.[11] גם העיקרון השני –

10. בנקודה זו ישנה מחלוקת בין השופטים, שכן השופט קדמי אינו מצטרף לקביעה הזאת לגבי היישוב קציר, בין השאר כי ההקצאה לאגודה השיתופית נעשתה לפני זמן רב. השופט חשין מצטרף להכרעת הרוב, אולם לא ברור לאיזה חלק מהנמקותיה הוא מסכים. שלושה שופטים מתוך החמישה שישבו בדין (הנשיא ברק והשופטים אור וזמיר) מסכימים באופן מלא לפסק־הדין על כל חלקיו.

11. מעניין להיכנס כאן לקצת היסטוריה. עד ההלכה בבג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), וגם לאחריה, שילב בית־המשפט הצהרה על מחויבות לשוויון עם נכונות לקבל כללי הדרה המגינים על יישובים מפני קליטה או השתלבות של "אחרים". כך אישר בית־המשפט את המדיניות שלא לאפשר לערבים להתיישב ברובע היהודי: בג"ץ 114/78, המ' 451/78 ואח' בורקאן נ' שר האוצר ואח', פ"ד לב (2) 800 (להלן: בג"ץ בורקאן). כך הוא אישר את המדיניות שלא לאפשר ללא־ברואים לרכוש מגרשים ביישובים שיועדו לבדואים: בג"ץ 528/88, בשג"ץ 335/89 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג (4) 297 (להלן: בג"ץ אביטן). כך הוא הגן על העיקרון של הקמת יישובים חרדיים: בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון (טרם פורסם, ניתן ביום 30.5.00) בעניין היישוב אלעד (להלן: בג"ץ עם חופשי). ראו גם לאחרונה בג"ץ 3638/99 בלומנטל ואח' נ' עיריית רחובות (טרם פורסם, ניתן ביום 24.8.00) (להלן: בג"ץ בלומנטל), שבו מגן בית־המשפט (מפי השופטת שטרסברג־כהן) על שכונה חילונית מפני הקמת מוסד חרדי בתוכה. לייצוב רטוריקה של הדרה עם חשיבות השוויון ראו, למשל, פסק־דינו של השופט שמגר בבג"ץ בורקאן, 806. מעניין לציין כי זה הוא הקטע מבג"ץ

nevo.co.il

שהמדינה אינה יכולה להתפרק מתובותיה לתושביה הלא־יהודיים על־ידי הקצאת קרקע לגופים אחרים, כגון המוסדות הלאומיים היהודיים – הוא בעצם רק תזכורת פשוטה של העובדה היסודית כי יש הבדל גדול בין מדינה, המרכזת בידיה את המונופול על הכוח והמשאבים לרווחת כל התושבים, ובין מוסדות של תנועה לאומית פרטיקולרית, העוסקת בגאולת הקרקע וברכישתה לטובת בני עם אחר.[12]

על רקע המציאות בישראל, להכרזה שעקרון אי־האפליה חל גם על הקצאות קרקע ליהודים ולערבים, ובעיקר לקביעה כי המדינה אינה יכולה לעקוף אותו על־ידי הקצאה לאחר – חשיבות מעשית וסמלית גדולה,[13] על רקע מציאות מתמשכת של אפליה בנושאי קרקע כלפי ערבים בישראל ראוי בית־המשפט לשבחים גדולים על ההבהרה הזאת.[14]

אלא שמשני עקרונות חשובים אלה לבדם לא נובעת תשובה לשאלות העיקריות והקשות של המתח בין דמוקרטיה ובין יהודיות או ציונות. גם לא נובע מהן, כי לעולם אין להצריק כללים שיבטיחו את אופיים של יישובים כיהודים או כערבים וכי בכל הדרה כזו יש משום אפליה פסולה. מוסכם כי המדינה מחויבת שלא להפלות על בסיס לאום, באופן ישיר או עקיף. אולם אפליה היא טיפול שונה שאינו מוצדק, ושאלת־המפתח היא האם ומתי, בהקשר שלפנינו, טיפול הרגיש לזהות הלאומית או הדתית של אנשים יכול

בורקאן המצוטט בפסק־הדין בבג"ץ קעדאן. פסק־הדין כלל אינו מתמודד עם העובדה שההלכה בבג"ץ בורקאן היתה הפוכה.

12. אחת ההשלכות החשובות של נקודה זו היא העובדה, כי פסק־הדין מוגבל לקרקעות בבעלות המדינה. הוא אינו נוקט עמדה בשאלה, אם טותר להגביל העברת זכויות ללא־יהודים בקרקעות השייכות למוסדות הלאומיים היהודיים? גם שאלה זו אינה טריביאלית. במצב הקיים, חלק מהקרקעות של המוסדות הלאומיים נקנו על־ידיהם, וחלק אחר הועברו אליהם על־ידי המדינה באופן גורף, על בסיסים משפטיים שונים, כגון העברות מרשות הפיתוח או העברות של נכסי נפקדים. סביר להניח, כי שאלת ההצדקה של בעלות המוסדות הלאומיים על חלק מן הקרקעות הרשומים על שמם תועלה בעתיד.

13. אם ההקצאה לסוכנות היהודית נועדה רק לאפשר נקיטת מדיניות מדירה אסורה כלפי ערבים, אם כל המדיניות הזו אסורה ואם הסוכנות היהודית אינה יכולה או מוכנה לעסוק בפעולות התיישבות שאינן מדירות ערבים כאשר הדבר בלתי־חוקי – אזי יכולות להיות לקביעה זו גם השלכות מעשיות מרחיקות־לכת, עד כדי ייתור תפקיד עתידי לסוכנות היהודית בהתיישבות בארץ. דברים ברוח זו הושמעו על־ידי השר יוסי ביילין, אך מפסק־הדין כשלעצמו מוקדם להסיק מסקנות כה מרחיקות־לכת. שאלה מעניינת יכולה להתעורר לגבי שימוש בכספי תרומות מיועדות לסוכנות היהודית כדי לפתח התיישבות הפתוחה לכל תושבי המדינה. ראוי להזכיר, כי הסוכנות היהודית טענה שפעולותיה אינן בלתי־חוקיות מטעמים של אפליה אסורה בין יהודים ללא־יהודים. בבג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1) טענתה נדחתה על־ידי הרוב.

14. לסקירה מקיפה ראו: David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Westview Press, Boulder, Colo., 1990).

nevo.co.il

להיות מוצדק ולכן לא להיחשב אפליה פסולה? מכיוון שפסק־הדין עצמו מדגיש, כי לעתים יכולה להיות הצדקה לקחת בחשבון שיקולים של השתייכות לאומית או דתית, השאלה החשובה היא ויהום של הנסיבות ותנאי־הרקע שבהם שיקולים כאלה רלבנטיים.

בית־המשפט עשה כאן קפיצת־דרך מסוימת. הוא מחליט מפורשות כי במקרה של קעדאן אסור היה לאמץ כלל המדיר ערבים, אך קובע כי אינו צריך להכריע בטענות הכלליות אשר – לטענת הסוכנות וקציר – מצדיקות את אימוצו גם שם.[15] מצד אחד, הוא משאיר פתוחה את הלגיטימיות של טענות כגון פיזור אוכלוסין, השתלבות טובה או הומוגניות תרבותית. מצד אחר, הוא דוחה אותן במשתמע כאשר הוא קובע שאינן תלות במקרה של קציר.[16] קציר הוא יישוב שהוא חלק מתוכנית הכוכבים, שנועדה לשבור את הרצף הערבי בגליל ובמשולש. מסיבות אלה ייתכן שישנן אף סיבות "ביטחון" במובן הצר המצדיקות הקמתו של קציר דווקא כיישוב יהודי. פיזור אוכלוסין כולל רצון למנוע היווצרות של רוב אתני מסוים בתחומים מסוימים. האם רצון זה אינו לגיטימי? בית־המשפט מסתפק בכך שהוא מצביע על כך שסמוך מאוד לקציר, ביישוב חריש, ואף באותו יישוב עצמו, אין מניעה משפטית של שילוב ערבים. אלא שזה כשלעצמו אינו אומר, כי מדיניות שאינה "עיוורת לאומיות" באיזור זה אינה מוצדקת. יכול להיות כי דווקא מדיניות ניטרלית היתה בלתי־מתאימה בנסיבות השוררות באיזור?

אולם חשוב יותר ומרתיק־לכת יותר: בג"ץ קובע מפורשות, כי אין לְסטות מעקרון "עוורון הלאום" בהיעדר שיקולים מיוחדים, כגון קיום אורח־חיים ייחודי (הוא מזכיר

15. מעניין ההבדל בין טענות המדינה ובין טענות הסוכנות וקציר לעניין זה. דווקא מפני שהמדינה אכן אינה יכולה להתפרק מחובותיה על־ידי העברת תפקידים לאחר, היא זו החייבת להגן על אלה מתפקידיה שהיא רואה כחיוניים ובלגיטימיים. במקרה זה העתירה אִפשרה למדינה להעביר את האחריות בכך שאפשרה לה לא לטעון טענות מסוימות שנטענו על־ידי הסוכנות היהודית וקציר. בג"ץ נותן את הסעד נגד המדינה ובכך הוא מניח, ובצדק, את האחריות לפתחה־היא. נקודה זו מעוררת שאלה נכבדה מאוד של ייצוג המדינה בבג"ץ. לא ברור אם קדם להחלטה על עמדת המדינה דיון מוסמך ברשויותיה הנבחרות, אולם נראה כי זו החלטה שאינה צריכה להידון ולהתקבל רק על־ידי הצוות המשפטי־מקצועי. לבעייתיות שבתפיסה מרחיבה של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה נכללת גם החלטה בשאלות אידיאולוגיות ראו רות גביזון, "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות", **פלילים** ה (תשנ"ו-תשנ"ז) 27.

16. יכול להיות, שתסעד העמום מצביע על עידנות של הדוב של בית־המשפט לקושי במסקנה הזאת. לכאורה אם אפשר לפסוק כי במקרה של קציר אין הצדקה להדרה של משפחת קעדאן בשל היותה ערבית, מדוע אין לחייב את האגודה השיתופית לשקול את משפחת קעדאן לגופה? אף אם אכן קיימות בעיות משפטיות בכך שניתנה למתיישבים התחייבות שעתה אי־ אפשר לעמוד בה, למתיישבים אולי ישנה תביעה נגד המדינה והסוכנות ואולי ישנה תביעה לסוכנות נגד המדינה, אבל תביעות אלה אינן יכולות לעמוד בדרכה של משפחת קעדאן, ואם שיקולים כאלה יכולים להצדיק החלטה שלא לשקול את משפחת קעדאן לגופה, מדוע אין בית־המשפט פוסק לפיהם? הדרך שבזר בית־המשפט מאפשרת לו לעקוף בעיה רצינית

nevo.co.il

מפורשות קיבוץ, מושב או יישוב חרדי)[17] או ביטחון, במלים אחרות: אין זה לגיטימי מצד המדינה להקצות קרקע להקמתו של יישוב שייקבע מראש כי יהיה "סתם" יהודי.[18]

זוהי מסקנה מרחיקת־לכת, שאינה נחוצה להכרעה במקרה זה. זו המסקנה שממנה אפשר לגזור, כי אכן בהנמקה זו יש רמז להחלשה ניכרת של הצדקה ציונית להתיישבות. היא מרחיקת־לכת מפני שמעתה ואילך לא יהיה אפשר, בלא בחינה מדוקדקת ומבלי להיזקק לצורות יישוב בעלות אופי מיוחד, לתכנן הקמת יישובים יהודיים בישראל. על רקע המציאות ההתיישבותית בישראל ווהי בבחינת רעידת־אדמה, אלא שהיא אינה נובעת ישירות מעקרון אי־האפליה. היא מחייבת דחייה מפורשת של העמדה, שנידונה בפסק־הדין רק אגב אורחא ובלא דיון מעמיק, כי שוויון יכול להיות מושג – ולעתים אף עדיף שיהיה מושג – בדרך של הקמת קהילות נפרדות, שכל אחת מהן תוכל לשמור על אופיה התרבותי הייחודי.

מסקנה זו אינה נחוצה להכרעה במקרה זה, כי קציר הוא כבר יישוב יהודי. משפחת קעדאן ערה לכך ומוכנה לקבל על עצמה את המחיר הזהותי־תרבותי שהיא תידרש לשלם בשל כך שתחיה ביישוב אשר תרבותו הציבורית, דתו, שפתו, תגיו והנרטיב ההיסטורי שלו שונים משלה. קבלתה של משפחת קעדאן ליישוב, אף אם תצטרפנה אליה עוד משפחות ערביות יחידות, לא תשנה עובדה זו. באשר לעובדות המקרה מצב זה היה מצדיק

ביותר בסוגיות כגון אלה: הטענה של קציר כי היא, להבדיל מן המדינה או אף מן הסוכנות, היא גוף התיישבותי פרטי, שאינו חייב בעקרון אי־האפליה, שכן הוא נהנה מההגנה של עקרון חופש ההתאגדות. במצב בישראל אכן קל לדחות טענה זו, שכן בידי המדינה שליטה על יותר מתשעים אחוז מקרקעות המדינה ומעולם לא הוקצתה בה קרקע להקמתו של יישוב ערבי (פרט ליישובים הבדואים). אלא שלא ברור, כי המדינה יכולה לחייב את קציר להתיר למשפחת קעדאן להתגורר בה ואף לא ברור כי בג"ץ יכול לעשות זאת (קציר אינה גוף הפועל על־פי דין ולא ברור אם הפסיקה, המחילה את כללי המשפט הציבורי על גופים מעין־ציבוריים, יכולה להיות מודחבת על אגודה שיתופית, בהיעדר חקיקה מפורשת). כאמור, טענה שבית־המשפט כלל אינה מתמודד עמה היא, כי קציר ויישובים דומים בסביבה נועדו לשבור את הרצף שבין יישובי הגדה המערבית ויישובי המשולש כדי למנוע סכנה של תביעה פלשתינאית לשינוי גבולות ושילוב שטחי המשולש בישות הפלשתינאית. אם היה בית־המשפט מודה כי נכון להתמודד עם השאלה הזו, היה צורך לטפל גם בסוגיית השפיטות שלה. בית־המשפט אפשר לעצמו לעקוף את הטכשול הזה בכך שהגיע למסקנתו בלי לעסוק בטענות אלה לגופן.

17. ואכן, בג"ץ פסק כמה פעמים, כי הרצון לתת לשכונה או עיר צביון חרדי מצדיקה מניעת השתלבות בהן של לא־חרדים. ראו, לדוגמא, בג"ץ 1/98 ואח' כבל נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם); ובג"ץ עם חופשי (לעיל, הערה 11).

18. ייתכן כי בג"ץ היה מוכן לאפשר הקמת יישוב ערבי בלבד, שכן הוא מכיר בהערת־אגב בזכותם של מיעוטים לתבוע הפרדה כדרך להגנה עצמית תרבותית: בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), פסקה 30 לפסק־הדין. כאמור, בעניין זה סוטה בית־המשפט מהלכת בג"ץ בורקאן (לעיל, הערה 11).

nevo.co.il

לכאורה העקתו של סעד מותלט למשפחת קעדאן, שכן הוא מאפשר להבחין בין האינטרס החברתי-תרבותי של תושבי קציר לחיות ביישוב יהודי ובין האינטרס שלהם לחיות במקום שאין בו ערבים כלל ועיקר. כפי שאסביר למטה, האינטרס הראשון ניתן להגנה, ואולי אף ראוי להגנה, בעוד שמן האינטרס השני עולה בהתלט ריח של התבדלות בלתי־מוצדקת.

אלא שגישתו של בג"ץ אינה עוסקת רק ביישוב קציר. היא קובעת כלל רחב, האמור לחול על כל התיישבות. הכלל שנקבע מניח את שאלת אופיו של יישוב חדש ליד המקרה והשוק. לפי הניתוח שלו, אין זה לגיטימי כי אדם בישראל יבחר מראש לחיות ביישוב יהודי, ערבי או מעורב. ובהמשך, לא יכולה להיות לאדם תלונה אם תהליכי שוק יהפכו את היישוב שבו הוא חי מיישוב יהודי לערבי (או להיפך). תרופתו היחידה היא לעבור למקום מגורים אחר שבו תהיה לו – לפחות זמנית, ורק כל עוד כוחות השוק ישמרו על כך – קהילה תרבותית תומכת. ואכן, קציר יכול היה להעלות את הטענה כי כלל ההדרה מוצדק בשל כך שאי־אפשר לשלוט בהרכבו של היישוב בלעדיו. אם אסור להדיר את משפחת קעדאן, אסור יהיה להדיר גם משפחות ערביות אחרות. הצטרפותן של משפחות ערביות רבות תיצור תהליך של "בריחה" של משפחות יהודיות וכך תהפוך את היישוב לדו־לאומי, או אף, בהמשך התהליך – ליישוב ערבי. תהליך כזה יפגע באינטרסים תרבותיים וכלכליים של המתיישבים היהודים. בקביעתו החוקה מרמז בית־המשפט, כי ההתלטה במקרה אינה מחייבת התייחסות לטענות אלה.[19] קביעה זו היתה מוצדקת לו פסק בית־המשפט כי יש להתיר למשפחת קעדאן, ורק לה, להשתלב בקציר. מכיוון שבג"ץ פוסק רק בעתירה זו, הוא יכול היה לתת בה צו מותלט, אך להבהיר כי החלטתו אינה חלה על פונים אחרים. בתנאים כאלה תחשש של קציר אכן לא היה מוצדק. אך בג"ץ אינו עוצר כאן וקובע כי הכללים המדירים ערבים אינם חוקיים. ייתכן כי בית־המשפט מרשה לעצמו שלא להתייחס לטענה זו, כי הוא סבור שהתהליך שממנו תששה האגודה אינו מציאותי. זוהי הנחה אמפירית וקשה לנקוט לגביה עמדה לכאן או לכאן. ישנם יישובים יהודיים שבהם הגבלות כאלה אינן מוכרות, או שהן מוכרות בהן רק באופן חלקי, ואשר מספר המשפחות הערביות בהן אינו גדול. והו המצב, למשל, בחריש הסמוכה לקציר, ואף בחלקים של קציר שאינם בתחום האגודה השיתופית והאיזור היוקרתי של "בנה ביתך" שבו מדובר כאן.[20]

19. קציר טענה בטפודש, כי משפחת קעדאן תעמוד בפני בעיה של השתלבות חברתית ותרבותית ביישוב. בג"ץ אינו דן בטענה זו ואף אינו מטפל בשאלה אם זו טענה פטרונית, שאין לשמוע אותה מפי היישוב. שוב לא ברור, כי קשיי השתלבות חלים על משפחה אחת או משפחות מועטות מאותו מרקם חברתי־כלכלי, או שמא טענה זו נכונה רק לגבי קבוצה גדולה היכולה להשפיע על אופי היישוב או השכונה.

20. בית־המשפט אינו מתייחס לקשיים אלה. כך, למשל, הוא דוחה את הטענה כי ישנה הצדקה להדרה בקציר בקביעה כי בגבעה הסמוכה אין הדרה משפטית של ערבים, אולם הוא אינו בודק את המציאות החברתית באותם יישובים. יש לזכור, כי באוורים שבהם מדובר שוררת מצוקת דיור ערבית גדולה וכי תהליך של מעבר של משפחות ערביות ליישובים היהודיים הוא תהליך סביר. כך קורה למעשה ב"גבעה הסמוכה", ובין התושבים כבר מתעוררות רגישויות. סביר להניח כי בעיות של חינוך ושל פולחן עשויות להתעורר בהמשך. אפשר

nevo.co.il

ביישובים אחרים ישנם ריכוזים ערביים מסוימים, אולם אופי היישוב נשאר יהודי. כך המצב בכרמיאל ובנצרת עלית. במקומות אלה חלק מן הקרקעות הוא כזה שאי־אפשר להגביל גישת ערבים אליהן, וחלק אחר חסום בפניהם.[21] אלא שישנם מקומות והקשרים שבהם מתרחשות תופעות כגון אלה שמהן חוששים אנשי קציר. כך בשכונות עירוניות בישראל העוברות תהליכי התחרדות או באזורים בארה"ב שיש מהם בריחת לבנים בשל השתלבות של משפחות שחורים והיספנים.[22] גם לא ברור איך יכולה החלטת בג"ץ להשפיע על רכישת בתים או דירות ביישובים קיימים.[23]

ייתכן, כי הימנעותו של בית־המשפט מלעסוק בחשש הזה נובעת מצירוף של אמונה כי החשש לא יתממש ומהרגשה כי טענות אלה, כולן, משקפות אינטרסים לא־לגיטימיים; או לפחות שהן משקפות אינטרסים שלא ראוי, ואי־אפשר, להגן עליהם באמצעות המשפט. אלא שאמונה אחרונה זו שנויה במחלוקת עמוקה, בישראל ובארצות אחרות. קל לקבוע שהדרה אינה מוצדקת אם היא מבוססת על "גזענות", אבל האם נכון תמיד שהרצון לחיות בקהילות הומוגניות מבוסס על גזענות בלבד? האם החשש לאלימות ולמתחים, או לחוסר־יציבות ולהתדרדרות בעדך הנכסים ובאיכות החיים, אינם אינטרסים לגיטימיים? איך ניישב את החלטת בג"ץ עם העיקרון, כי אסור למדינה להגביל את חירות הפרטים להחליט בעצמם עם מי יתלקו את ביתם או את שכונתם? מדוע כוחות השוק והבחירה הכלכלית עדיפים בעינינו על העדפות עמוקות לגור בשכונה אחת עם בני קבוצתך הלאומית, הדתית או הגזעית?

למצוא דרכים להתגבר על קשיים כאלה גם בלא הדרה מוחלטת, אבל ודאי שאין זה נכון להתעלם מקיומם, להניח כי הם ייפתרו מאליהם ולהדביק על מי שמצביע עליהם תוויות של גזענות.

21. לדיון מרתק בדילמות של הקיום המשותף הזה בנצרת עלית ראו: Dan Rabinowitz, *Overlooking Nazareth* (Cambridge University Press, Cambridge, Great Britain, 1997).

22. תופעה זו של בריחת חברי קבוצת־הרוב מאיזור מסוים עקב עלייה באחוז בני־המיעוטים בו מוכרת גם במקומות אחרים, בארצות־הברית, למשל, מוכרת תופעת ה־white flight, המתארת עזיבה המונית ולאורך פרק־זמן קצר של תושבים לבנים את איזור־המגורים שלהם כאשר אחוז בני־המיעוטים שם הגיע לרמה מסוימת, מה שהביא להפיכת האיזור לאיזור עם רוב "שחור" של ממש. לדיון בתופעה ראו, לדוגמא: Rodney A. Smolla, "Integration Maintenance: The Unconstitutionality of Benign Programs that Discourage Black Entry to Prevent White Flight", *Du. L.J.* (1981) 891, p. 895.

23. במציאות הישראלית פסק־הדין יכול לתת הכשר לא־רק להשתלבות מקרית של משפחות ערביות ביישובים קיימים או חדשים, אלא גם להתארגנות ממשית של משפחות כאלה כדי להפוך רוב, או לפחות מרכיב של ממש, ביישוב חדש. לכן לא ברור אם בג"ץ יכול להגביל את העיקרון שהוא קובע לעתיד בלבד: האם הוא יכיר ב"ספיפים מגבילים" של יישובים קיימים, שקמו על בסיס הדרה, הגם שהדרה כזו אינה חוקית? ייתכן כי זה הטעם לכך שבג"ץ נמנע מלתת סעד מוחלט. אם יתמידו הסוכנות והיישוב בהתנגדותם, ייתכן כי הכלל יחול – בפי שרצה השופט קרמי – רק על יישובים חדשים או כאלה הנמצאים בתהליכי הקמה עתה.

nevo.co.il

מדינת ישראל אינה היחידה המתמודדת עם שאלות אלה. הרוב של בית־המשפט צודק כאשר הוא קובע, כי כללים מדירים צריכים להיראות "חשודים" וכי הנטל הוא על מי שמנסה להצדיק אותם. יהודים, שהיו קורבנות של גזענות בוטה רק לפני חצי־מאה, אינם יכולים להישאר שווי־נפש לגילויים של גזענות בתוכם. אבל אם כל זה כל־כך פשוט, מדוע נזקקנו לארבע שנים כדי לקבל החלטה? ולמה ההחלטה כאן היתה כה קשה? התשובה היא מורכבת: ראשית, גם אם ההעדפות להתגורר רק עם הדומים לך אכן מבוססות על פחדים קמאיים וסטראוטיפיים, שאין להם הצדקה במציאות, או אף על שילוב של אלה עם תחושות של עליונות וגזענות, וההדרה מבוססת על רצון להנציח את האפליה והשונות – לא ברור שנבון ויעיל מצד בית־המשפט (או אף מצד המחוקק עצמו) לשים את עצמו שופט מוסרי של ההעדפות האלה ולצוות על שילוב כפוי. שנית, ברוב המקרים מצטרפים לדעות הקדומות גם שיקולים אחרים, כגון הרצון להוש "בבית" או לא להיות מנוכר לסביבתך, אצל רבים שייכות מלאה כזו קיימת רק בסביבה תרבותית-לשונית תומכת. הדבר בולט במיוחד בקהילות שבהן חל איסור על היתון בין־קהילתי. הרצון להימנע מן החשש כי מפגש מקרי יכול להצית אהבה אסורה יכול להיות לא־מעשי, אבל הוא אינו מבוסס על גזענות או אף על שנאה. שלישית, בתנאים מסוימים יכול להיות גם בסיס מציאותי לפחד מפני הזרים או האחרים הן מבחינת החשש כי שכונה מעורבת תהיה פחות מושכת ולכן ירד ערך הנכסים בה, הן מבחינת החשש להתפרצות של אלימות במקרה של התלהטות רוחות. ולבסוף, גם אם נקבל – כפי שאני מקבלת – שהרצון להקים ולחזק את ישראל כמדינה שבה יש לעם היהודי מימוש לזכותו להגדרה עצמית לאומית אינו מצדיק אפליה, יכול להיות שהוא מצדיק מדיניות מסוימת של פיזור אוכלוסייה שתמנע היווצרותו של רצף טריטוריאלי עם שטחי הישות הפלשתינאית שיש בו רוב גדול לערבים. הרצון למנוע תביעות להיפרדות הוא רצון לגיטימי (גם אם לפרקים נבון יותר לסמן שטחים שבהם יש רוב של בני העם האחר ולצרף אותם מרצון למדינה השכנה, כדי להקטין את המתחים בין המדינות ובין תושביהן). כל אלה מרמזים על שתיים: יכולים להיות שיקולים כבדי־משקל להקים באזורים מסוימים יישובים שיהיו יהודיים; והשאלה אם מדיניות כזאת יכולה להיות לגיטימית אינה עניין לשופטים, כל עוד אין בה אפליה.[24]

24. מדיניות התיישבות היא עניין שיש לראות אותו בישראל על רקע המאבק המתמשך בין הקהילות. מאבק זה ודאי לא נגמר, אף אם כולנו מקווים כי עברנו את החלק האלים שלו. כך, למשל, ניטש כיום ויכוח בין שתי תפיסות: שתי מדינות לשני עמים או מדינה אחת על כל השטח שבין הים לירדן. בין חסידי המדינה האחת ישנם כמה גוונים: ישנם כאלה הרוצים מדינה יהודית, כאלה הרוצים מדינה פלשתינאית וכאלה המדברים על מדינה דו־לאומית, או דמוקרטית חילונית. מדיניות ההתיישבות היא כלי מרכזי בידי מדינאים לעודד או לעכב את המדיניות שבה הם חפצים, בין השאר בסוגיות אלה. בתנאים של אי־ודאות לא תמיד ברור מה תהיינה התוצאות של מדיניות יישובית מסוימת, אבל אין ספק כי תפיסה מדינית שונה תניב מדיניות התיישבות שונה וגישה אחרת לשאלות הדמוגרפיות. דומה כי שאלות כאלה נמצאות במרכז הדוקטרינה של היעדר השפיטות. רק הצגת השאלה העומדת בפני בית־המשפט כאילו אינה מעוררת קושיות אלה יכולה לתת הכשר להכרעה שיפוטית במונחים של שוויון.

nevo.co.il

אכן, יכול להיות כי השאלה לא תתעורר במציאות, שכן כוחות חברתיים או כלכליים יקבעו, גם בלי כללים מדירים, את אופיו של יישוב חדש שיוקם. אבל האומנם בתנאי החיים בישראל אין זה לגיטימי מצד אדם לבחור אם יתגורר ביישוב ערבי, יהודי או מעורב? יותר מזה: האם אין לאדם זכות לתבוע ממדינתו כי תאפשר לו לחיות בסביבה תרבותית וזהותית תומכת? ולפי זה, האם אין זה לגיטימי והגיוני מצד המדינה לתכנן יישובים כך שיושביהם ידעו מראש באיזה סוג סביבה תרבותית יחיו? יכול להיות כי ישנן תבדות שבהן מחיר ההסדרה המשפטית של יישובים מטיפוסים שונים כה גבוה, שמוטב להניח את הנושא לכוחות החברתיים הלא־פורמליים. אנשים יגורו בסביבה שבה נוח להם, ואם טיבה של הסביבה משתנה כך שהם אינם שמחים בה עוד – יעקרו שוב לסביבה התואמת את העדפותיהם. זו הגישה ברוב מדינות המערב, אבל ישנם הקשרים שבהם פתרון כזה אינו קביל. במקרים כאלה ישנם אף ליברלים המצדיקים כללים המגבילים את חופש החווים וחופש התנועה במטרה להבטיח את השליטה של קהילות מסוימות על שטחי מחייתן.[25]

חשוב להזכיר כאן, כי הטענה שלגיטימי, או אף מוצדק, לאפשר לאזרחי המדינה לבחור את מקום מגוריהם מבחינת אופיו התרבותי וכי אפשר אף להגן על בחירה כזו באמצעים משפטיים מסוימים – אינה עומדת למדינת ישראל בתנאים הנוכחיים. ראשית, ה"נפרד" של יהודים וערבים בישראל ברוב היישובים רחוק מאוד מלהיות שווה. משפחת קעדאן היתה מעדיפה חיים ברמה טובה בחברה ערבית על־פני חיים כאלה בקציר היהודית. אלא שאפשרויות הבחירה של ערבים בישראל מוגבלות מאוד בגלל צירוף של תנאים משפטיים, תכנוניים וחברתיים. שנית, יהודים משתמשים בכללים משפטיים ובלחצים חברתיים כדי להדיר ערבים, אך אינם מניחים להם למנוע מהם מלהתיישב בלב אזורים ערביים כאשר הם רואים בכך חשיבות (למשל: ברובע המוסלמי בירושלים, בחברון או בשכונת ראס־אל־עמוד).[26] יהודים יכולים לבחור לגור ביישובים ליהודים בלבד, והמעטים בהם הרוצים לחיות דווקא ביישוב ערבי מוצאים דרך לעשות זאת. אולם אנחנו איננו מבירים בזכותם של ערבים להדיר יהודים מתוכם במקרים שבהם הם רואים התיישבות יהודית בזאת משום איום על קהילתם ועל יכולתם להמשיך לחיות במקום.[27] יש משהו

25. דוגמא בולטת היא ההגנה על השטחים של השבטים המקומיים בקנדה. ראו, למשל, חיבוריו של קימליקה: Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Clarendon Press, Oxford, 1995); *The Rights of Minority Cultures* (Clarendon Press, Oxford, 1995).

26. ואכן, השופט חיים כהן, שהיה בין השופטים בבג"ץ בורקאן (לעיל, הערה 11), מוכן להגן על ההחלטה רק כל עוד לא הותר ליהודים להתיישב ברובע המוסלמי. עקב המגבלות המבניות של החלטה שיפוטית לא יכול היה בית־המשפט להתייחס לאפשרויות כאלה בזמן שנתן את ההחלטה בבג"ץ בורקאן, אלא שההחלטה בבג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1) אינה עוסקת מפורשות בנקודה זו.

27. חשוב לציין פה, כי לא נעשו מחקרים לגבי עמדות הציבורים השונים בסוגיה זו. לפי דיווחים

nevo.co.il

מקומם בעובדה שהרוב היהודי במדינה, בתנאים האלה, מתבסס על זכויות לתרבות קהילתית כדי להדיר ערבים המתדפקים על דלתותיו של יישוב יהודי חדש הנמצא בשכנות להם.[28]

אבל זה הקושי בהלכות כלליות הנקבעות במקרה אחד ותורגות ממנו־עצמו. פסק־הדין אינו מגביל את עצמו למצב הנוכחי: הוא אוסר כללים מדירים מעיקרם, גם אם הנפרד אכן יהיה שווה. כאמור, קביעה זו לא היתה נתונה להכרעה במקרה הזה, ואפשר היה להימנע ממנה. אפשר היה להכות למקרה מתאים, שבו נפרד יהיה שווה בתנאים הפיזיים, ואז לדון בשאלה של ההצדקה ל"נפרד אבל שווה". אפשר היה להסתפק כאן בקביעה כי בעובדות המקוה, ההורה אכן מונעת ממשפחת קעדאן להשיג דיור ההולם את רצונה ואת יכולתה.[29] אלא שבית־המשפט בוחר להידרש לשאלה, האם שוויון מחייב שילוב? והוא נותן לה תשובה בלי להתייחס לתנאי הרקע של החברה בישראל, תוך כדי קביעה כי כל הדרה וכל ניסיון להבטיח באמצעותה הומוגניות לאומית של קהילות חשודים לכאורה כאפליה פסולה. בכך הולך בית־המשפט שלנו בעקבות המסורת הקובעת כי שוויון יכול להיות מושג בצורה הטובה ביותר בדרך של "עיוורון", ואת אומרת: בדרך של שלילת הרלבנטיות של משתנים של גוע, לאום או רת בהחלטות על שילוב במקומות מגורים, במקומות עבודה או במוסדות־תינוך.[30]

בעיתונות, עמדת האגודה השיתופית קציר, שביקשה לתמוך בכללים המדירים בבג"ץ, אינה משותפת לכל התושבים בה. ישנם ביניהם כאלה המתנגדים נחרצות לשילוב משפחות ערביות, אך ישנם גם כאלה שאינם מתנגדים ואף כאלה המקבלים שילוב בברכה. כך גם בצד האחר: נאמר לי, כי ישנם בדואים ששמחו על החלטה בבג"ץ אביטן (לעיל, הערה 11), שמנעה מיהודים מלהתיישב (או מלרכוש מגרשים) בייישוביהם, אף כי היו גם כאלה שהצרו על כך, מתוך שקיוו כי שילוב של יהודים יעלה את רמת־החיים ביישוב. הן בבג"ץ בורקאן (לעיל, הערה 11) הן בבג"ץ אביטן הביאו העותרים תצהירים של בני המקום שתמכו בעתירתם. בשני המקרים לא התחשב בית־המשפט בעמדות אלה והעדיף את המדיניות המרירה, המקנה בלעדיות ליהודים או לבדואים, לפי העניין.

28. למען שלמות התמונה יש לציין, כי בציבור הערבי מתפתחת עוינות גדולה כלפי ערבים המוכרים את זכויותיהם בקרקע ליהודים וכי מופעלים על אנשים לחצים כבדים, ולעתים מוטלים עליהם עונשים כבדים, אם הם עושים זאת. כך הדבר גם בישראל, ובמידה גדולה אף יותר – בקרקעות בבעלות ערבית באזורי המחלוקת. סביר להניח, כי בשטחים שבשליטה פלשתינאית לא יוכלו יהודים לרכוש אדמה ולהתיישב בה. אני מניחה, כי מדיניות כזו תוצדק על הרקע ההיסטורי של גזילת אדמותיהם של הפלשתינאים בידי היהודים. כך או כך: עוורון צבעים או שוויון לא יהיה כאן.

29. נראה כי זוהי עמדתו של השופט השין, המסתפק בקביעה כי משפחת קעדאן הופלתה וכי לכן מגיע לה הסעד ההולם אפליה כזו.

30. הסעמות כלפי בית־המשפט מצד השמאל הפוליטי יכולות להתבסס על העובדה, כי בית־המשפט אינו מפעיל כאן את קני־המידה המתמירים מאוד הנהוגים במקרים של אפליה

nevo.co.il

למסורת הזאת היגיון רב, שכן ההיסטוריה האנושית יודעת הרבה מאוד הקשרים שבהם הדרה שיטתית היתה דרך בידי רוב או מיעוט להנצית אפליה ונישול של מיעוטים. לכאורה ביטול של הוקיות ההפרדה הוא דרך חשובה, מבחינה מעשית וסמלית כאחד, להבטיח שוויון בהתייחסות. אלא שבסוגיות כאלה חובה לבחון היטב גם את המציאות התברתית שבתוכה התעורר העניין שהגיע לבית־המשפט,[31] בתנאים של חיים יחד של קהילות שונות זו מזו בשפתן, בדתן ובגרטיב ההיסטורי שלהן, שאינן נטמעות ואינן רוצות להיטמע ואשר חיות עדיין בצל סכסוך מתמשך שיש עמו תחושת איום הדדית – מדיניות שוויון רגישה תתן אפשרות רבה ומובנית לחיים קהילתיים מלאים לבני שתי הקבוצות. מדיניות כזאת תחייב ותצדיק רגישות להשתייכות לאומית ותרבותית בתכנון יישובים ולא תוכל לאמץ, כעניין שבשגרה, מדיניות של "עוורון לאומיות".[32] השיקולים והכלים יהיו שונים כמובן בצורות יישוב שונות. כללים היפים לעיר גדולה אינם יפים ליישוב קטן, שאינו יכול לפרנס יותר ממרכז חיים, בית־ספר ומתנ"ס אחד, אבל עוורון צבעים לאומי אין כאן.

מדיניות כזו אינה דווקא ביטוי לייחודה היהודי-ציוני של המדינה. היא ביטוי לעובדה הכללית כי אנשים אינם חיים רק לעצמם וכי חלק חשוב מאוד מזהותם נקבע לפי הנוחות שיש להם בסביבתם. במובן מסוים דווקא למיעוט הערבי חיוני יותר שיוכר האינטרס הלגיטימי שלו לשלב מוביליות ופתרונות דיור במקומות שיש בהם תעסוקה ורמת־חיים הולמת יחד עם סביבה תרבותית-זהותית תומכת.[33]

"חשודה" והמביאים ברוב המקרים לפסילת כל אפליה על בסיס של השתייכות לאומית או גזעית. יחד עם ההימנעות לתת סעד לקעדאן אפשר להציב את פסק־הדין הזה כניצחון של יחסי־ציבור ונאורות, בלא תרומה ממשית, היכולה להיות כואבת, לפתרון בעיות הדיור של הערבים בישראל.

31. מעניין לראות בי הקונספציה ששימשה בסיס להלכת בראון (לעיל, הערה 7), שלפיה נפרד הוא בלתי־שוויוני בעיקרו, נמצאת מזה שני עשורים בבדיקה ובדיון משפטי וציבורי מחודש, עד כי יהיה זה נכון לומר שהיא נזנחת אט־אט. עסקתי בשינוי זה בתחום החינוך בנייר־העמדה, האם שוויון מחייב שילוב? המקרה של החינוך הממלכתי ביפו (נייר עמדה מס' 9, המרכז לחקר החברה הערבית בישראל, 1999), 27-39.

32. איני עוסק כאן בשאלה הקשה, אם מדיניות כזו מצדיקה גם כלל של הדרה מוחלטת. לגופו של עניין, אין לאדם זכות, או אף אינטרס לגיטימי, לחיות ביישוב שאין בו בני לאום אחר. יש לו זכות לבחור לחיות במידת האפשר בחברה תרבותית-זהותית תומכת. לכאורה ניסוח זה מצדיק רק קביעת מכסות, אבל גם מכסות שונות מעיקרון של "עוורון לאום". השוב לציין, כי דווקא יישובים המוקמים בכוונה תחילה כיישובים דו־לאומיים אינם יכולים להרשות לעצמם עוורון לאומיות: הם חייבים להבטיח איזון באוכלוסיות שני העמים.

33. כאמור, בית־המשפט מבטא רגישות אגב אורחא לרעיון זה וחשוב להזכיר כי גם בערים או ביישובים אחרים (וישנם רבים כאלה), שבהם אין דרך משפטית למנוע מאדם לרכוש או לשכור נכס, מי שנתקל בבעיות של הדרה הוא ערבים. אין זה מפתיע כי עדאלה, ארגון זכויות האדם הערבי בישראל, מצביע גם על החשש כי דווקא השתלבות של משפחות ערביות מבוססות ביישובים יהודיים עלולה להחליש את המאבק הערבי לפתרונות דיור

nevo.co.il

אלא שכאן אנו תוזרים לציונות. חלק מן הטעם המיוחד להקמתה של מדינה יהודית היה הרצון של יהודים לתדול מן החוויה הנצחית והקשה של היות מיעוט מנוכר וזר (ולעתים קרובות – אף נרדף) במדינות, שזהותן הדתית-לשונית-תרבותית שונה משלהם. ואכן, בישראל יהודים הם רוב, והתרבות הציבורית היא יהודית-עברית. אולם אדם אינו חי את חיי היומיום שלו במדינתו. איכות חייו נמדדת בחייו בעירו, בכפרו, בשכונתו ובבית־הספר שאליו הוא שולח את ילדיו. במדינה היהודית יש מיעוט לא־יהודי גדול. הקהילה היהודית בישראל עצמה היא מיעוט קטן בתוך סביבה שהיא בעיקרה ערבית ומוסלמית. אני נמנית עם אלה הסבורים, כי ישראל תאבד את הצדקתה אם תיטול לעצמה היתר לפגוע בזכויותיהם של תושביה הלא־יהודים.[34] עם זאת, מתן אפשרות ליהודי החפץ בכך לחיות בישראל ביישוב יהודי אינו זכות-יתר או לגיטימציה לבדלנות, ומציאת הכלים שיאפשרו בחירה זו אינה בהכרח אפליה בלתי־מוצדקת.

אני מסכימה אפוא עם בית־המשפט, כי חובה עלינו לאמץ רק אותו מובן של ציונות (או יהודיות) של המדינה, שאינו דורש אפלייתם של לא־יהודים בישראל.[35] חשוב ודחוף

ערביים מספקים. אין זה מפתיע גם כי האגודה לזכויות האזרח, העוסקת בזכות לשוויון כאינטרס כללי של החברה הישראלית, ולא רק של המיעוט הערבי בה, ייצגה את משפחת קעדאן (כמו את משפחת אבו־שאמיס). בטבע הדברים, ארגון כללי, שיש בו רוב יהודי, רגיש יותר להדרת ערבים. לעומתו, ארגון ערבי רגיש יותר גם למחיר הזהותי שערבים עלולים לשלם בגין אינטגרציה.

34. הקמתה של מדינה יהודית, במובן המינימלי ביותר של מדינה שיש בה רוב יהודי גדול, פוגעת בתושבים ובאזרחים הלא־יהודים במדינה במובן חשוב: היא הופכת אותם למיעוט בתוך מדינה שהוקמה על שטח שבו הם היו בעבר רוב. חשוב להודות בפגיעה הזאת וגם בכך שהיא מתמשכת ומתמידה. המדינה היהודית מאופיינת גם בשליטה על ההגירה ובמאמץ שיטתי להגדיל את הרוב היהודי בארץ. יתירה מזו: המדינה היהודית "חוגגת" את יהדותה באופן סמלי ומכונן. הדבר מגביר את הניכור ממנה של אזרחיה הערבים, שכינון המדינה נבנה על אסונם. אבל כל אלה, חשובים ככל שיהיו להבנת הקשיים העמוקים ביחסם של הערבים אזרחי ישראל למדינה, אינם עולים כדי אפלייתם לרעה.

35. אינני מסכימה עם קביעתו של בית־המשפט, כי החלטתו אינה צריכה לעסוק כלל במתח בין "יהודיות" ו"דמוקרטיות" בחוקי־היסוד מפני שעקרונות היהודיות עצמם נוגדים אפליה. דיון מקיף בסוגיה זו חורג ממסגרת מאמר זה. ראו, למשל, בספרי, ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים (ון ליר והקיבוץ המאוחד, תשנ"ט). לטעמי, איננו מרוויחים דבר מכך שאנחנו ממעיטים את המשמעות הפרטיקולריסטית של הייחוד היהודי של המדינה. חשוב להדגיש, כי גם ייחוד כזה אינו מצדיק אפליה ואין זה נכון להציג את המסורת היהודית כאילו היא רק קנקן לשוני שונה לערכים אוניברסליים. במסורת היהודית ישנם יסודות אוניברסליים בצד יסודות פרטיקולריים, ודווקא בהקשר של הקמת המדינה נראה כי הכוונה היתה, לפחות חלקית, ליסודות הפרטיקולריים דווקא.

nevo.co.il

לטפל בגילויים הרבים של אפליה כזו הקיימים בישראל גם בתחום הדיור וההתיישבות.[36] ביטול כללי ההדרה לא יפתור בעיות אלה באופן מלא (ערבים מתקשים להשתלב גם ביישובים שבהם כללים כאלה אינם קיימים, ופעמים רבות אינם מוכנים לשלם את מחיר הניכור שבחיים בסביבה יהודית). אבל חשוב גם לא להתעלם מן המאפיינים המיוחדים של המציאות בישראל. אלה כוללים, ומוצדק שיכללו, מרכיבים קהילתיים-זהותיים רבים. שימורם מחייב במקרים רבים הסתמכות על השתייכות לאומית-תרבותית כשיקול בהשתלבות בשכונה, ביישוב או במוסד חינוכי. אינטגרציה היא כלי טוב לביטול פערים מובָנים אחדים, וטוב לעודד בחירה מושכלת בה.[37] לעומת זאת, אינטגרציה כפויה עלולה להיות כלי לא נכון (ולא יעיל) להשגת שוויון בין תת־חברות המקפידות על שימור זהותן הייחודית.[38] מן המקובץ עולה, כי ישראל צריכה לעודד ולאפשר, בהתאם לבחידת תושביה, צורות התיישבות מגוונות גם מבחינת הרכבן הלאומי או הדתי. אבל צורות אלה צריכות לכלול גם יישובים שיהיו יהודיים או ערביים, ויישובים כאלה יצטרכו להסתייע בכללים משפטיים שיאפשרו להם לשמור על אופיו של היישוב.

מכיוון שבית־המשפט לא עורר את הסוגיות האלה ולא עסק בהן, הוא לא הרחיב גם בדיון חשוב באחד הכלים המשפטיים החשובים המלווים דיונים כאלה בעולם – ההבחנה בין ציבורי לפרטי. ברור כי המדינה אינה יכולה להפלות, בטישרין או בעקיפין. פחות

36. ראו קרצמר (לעיל, הערה 14); וכן איל בנבנשתי, "נפרד אך שווה' בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 769.

37. הניסיון של נווה שלום הוא דוגמא מצוינת לסוג אינטגרציה שיש לעודד אותה. זהו יישוב שבו חיים, על בסיס של שוויון, יהודים וערבים שבחרו במודע לחיות ביישוב דו־לאומי שיתמודד שיטתית עם הבעיות של קיום דו־לאומי בישראל. היישוב אף מקיים בית־ספר המחויב לאותה מטרה: להראות איך יהודים וערבים בישראל יכולים לחיות יחד, זה בצד זה, מתוך שוויון המודה בשונות ואף בקשיים המתעוררים מן הקונפליקט המתמשך. היישוב מציב דוגמא מעודדת לאפשרויות של קיום וחינוך כאלה, אלא שוו מבוססת במידה רבה על המחויבות של המשתתפים בו. למורכבות ולקושי המובנה של נסיונות כאלה, גם כאשר הם מלווים אידיאולוגיה של שוויוניות, ראו נרי ליבנה, "הסכסוך", **הארץ** – מוסף (28.7.00) 22.

38. כך, למשל, ישנם ערבים החוששים מן ההכשר שניתן בפסק־הדין הזה למאמצים לבנות שכונות יהודיות במקומות כגון ראס־אל־עמוד. ישנם גם כאלה החוששים מכך שמצב משפטי לכאורי של פתיחות ושל אינטגרציה יכביד על הניסיון להקים יישובים או שכונות ערביים מובהקים. מנגד, סביר להניח כי גם בקרב היהודים הרצון לשמור על בידול הוא גדול וכי ייתכן מאוד כי רווקא בעקבות ההלטת בית־המשפט תתהלנה יוזמות להקמת יישובים ערביים, בתקווה כי פעילות כזאת תקטין את הלחץ על שילוב ערבים ביישובים יהודיים. שתי התוצאות נצפו במהלך ההתמודדות של ארצות־הברית עם דפוסי ההפרדה בין שחורים ובין לבנים: ישנם הקשרים שבהם הלכת **בראון** (לעיל, הערה 7) גרמה לגידול במציאות ובהכשר של נפרד שאינו שווה, וישנם הקשרים שבהם החשש מפני תביעת שילוב גרמה להקצאת משאבים ייחודיים להעצמת השחורים במקומותיהם הנפרדים.

nevo.co.il

ברור שנכון לא לתת לגיטימיות לזכויות כגון חופש ההתאגדות וחופש ההוזים, שיש בהן כדי להבטיח לאנשים לקיים פעילויות מסוימות בקבוצות וולונטריות, אשר לא תל עליהן עקרון אי־האפליה. שוב לא אוכל לדון כאן בסוגיה מורכבת זו. במציאות בישראל אין כמעט הקצאות ישירות לאנשים או לגופים פרטיים ולכן הבעיה נהיית פחות רלבנטית. מנגד, בהחלט נהוג בישראל להקים שכונות או אף יישובים של קציני צה"ל או של עולי ארץ מסוימת. ייתכן כי פסק־הדין מתיישב עם הקמת יישובים כאלה, אך נראה כי בכולם תהיה "זכות" להדיר ערבים (וגם חרדים או כל מי שלא ייכלל בקבוצה הרלבנטית).[39] תשומת־לב לנקודה זו עשויה לספק כלים משפטיים לגיטימיים להסדרים מגוונים יותר של דיור, כאשר המדינה מצדה מקפידה על אי־אפליה בהקצאות לגופים שונים הפונים אליה ומבקשים להקים שכונות או יישובים עם אופי מיוחד.[40]

ג. יהודיות, ציונות ושוויון אזרחי

פסק־הדין הזה מעמיד רגע של אמת בפני יחסים בין המדינה (ויהודיותה) ובין הציונות. הוא אומר, כי המדינה אינה יכולה להמשיך ולהתזיק בחבל משני קצותיו: לטעון ללגיטימיות של שלטונה על כל אזרחיה, יהודים ולא־יהודים, מכוח הדמוקרטיות שלה, ובאותו זמן להפקיד פונקציות ממלכתיות, באופן בלעדי, בידי המוסדות הלאומיים של העם היהודי. הציונות היא התנועה הלאומית של העם היהודי. הישגה הגדול הוא הקמת המדינה, מתוך תהליכים של עלייה, התיישבות, פיתוח כלכלי, תחייה תרבותית ומאבק צבאי ומדיני. המצב שהיה קיים עד עתה, זה של סימביוזה בין השתיים, כאשר המדינה מתגייסת למימוש מטרות הציונות – כבר אינו קביל.

39. שאלה כזו נשאלה בדין על־ידי השופט חשין, אולם נציג הפרקליטות סירב להתייחס לשאלות תיאורטיות – לכאורה תגובה נאותה כאשר עוסקים בעניין כה רגיש וכה ראשוני. אולם המסקנה המתבקשת היא, כי פסק־הדין אינו צריך אף הוא לנקוט עמדה בשאלות כאלה. לא כך נעשה בפסק־הדין שלפנינו.

40. נקודה זו חשובה גם מפני שלא תמיד הקצאות נעשות למטרה של הקמת יישוב. לעתים מדובר בהקצאת קרקע למוסד ייחודי, כגון מוסד דתי או בית־אבות. סביר להניח, כי לגבי מוסדות כאלה הכללים של אי־אפליה יהיו רגישים יותר לתנאי הרקע ולרצון של פרטים בהתבדלות, שינבעו מאופי המוסד המוקם. כזה היה המקרה שנידון בבג"ץ בלומנטל (לעיל, הערה 11). כאמור, שם פסק בית־המשפט כי לתושבים חילוניים מותר להתנגד להחלטת הקצאה של העירייה העלולה לפתוח תהליך של פגיעה באורח־חייהם החילוני. לא ברור מדוע אורח־חיים יהודי־חילוני ראוי להגנה מפני חרדים יותר מאשר הוא ראוי להגנה מפני כניסה של מתיישבים ערבים? העובדה כי בית־המשפט בבג"ץ בלומנטל כלל אינו עוסק בבג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1) אף היא מעוררת מחשבה. האם ההבדל מבוסס על כך שבתנאי הארץ התנגדות חילונית ל"הדירה" חרדית נתפסת כפחות "גזענית"? או שמא הגנה כזו נראית מוצדקת יותר בעיני השופטים?

nevo.co.il

בית־המשפט מרמז על אחד הפתרונות האפשריים, זה של מדינה ליברלית ניטרלית, ה"מפריסה" את הזהויות הלאומיות והלא־אזרחיות של תושביה. בסיסמאות המקובלות היום, המודל שלו הוא זה של "מדינת כל אזרחיה". זה אכן מודל המשווה בין יהודים ללא־יהודים, בכך שהוא נוטל משניהם את תביעתם להכרת המדינה בזכויותיהם הלאומיות־תרבותיות, אבל הוא אינו הפתרון היחיד, ולא ברור שהוא הפתרון העדיף והתואם יותר את משאלותיהם וערכיהם של תושבי הארץ כולם.[41] הפתרון השני הוא הכרה רשמית כלפי שתי הקבוצות בחשיבות של המימד הלאומי־תרבותי בחיי פרטים ובלגיטימיות של התארגנות כדי לקדמו. חשוב לציין, כי פתרון זה מועדף בתוך משנות ליברליות חשובות ומוכר גם כחלק חשוב ממסורת זכויות האדם. הליברליזם וזכויות האדם אינם דורשים התעלמות מן העובדה שפרטים חיים בקבוצות. להיפך: דווקא ההתמקדות בפרטים מחייבת לראות באיזו מידה חשובה להם ההשתייכות לקבוצתם התרבותית־לאומית.[42]

חשוב להדגיש, כי שני הפתרונות האלה – גם זה של ניטרליות גם זה של הכרה שוויונית בזהויות קבוצתיות – מחייבים הבחנה בין המדינה ובין התנועה הציונית ומוסדותיה. בכולם המדינה משרתת באופן שווה את כל אזרחיה ותושביה, בלי הבחנה על בסיס לאום או דת. התנועה הציונית היא תנועתו הלאומית של העם היהודי בארץ ובעולם. היא משרתת קבוצה אחרת מקבוצת אזרחי הארץ ותושביה והיא מחויבת לחברי הקבוצה, ולהם בלבד. חשוב לא פחות להדגיש, כי אין בהם בהכרת אובדן הייחוד של ישראל כמדינה יהודית. בישראל רוב יהודי גדול, וזה יכול להבטיח הסדרים שיעניקו ליהודים ולתרבות היהודית בה הגנה פיזית ותרבותית, בכפיפות לזכויותיהם של האזרחים כולם. הסדרים אלה יכולים לכלול העדפת יהודים בהגירה והקפדה על תנאי־היסוד הנדרשים כדי שישראל תוכל להמשיך ולמלא את תפקידה כמדינה היחידה בעולם שבה ממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית מדינית. כשטותר למדינה לעסוק בהיבטים אלה של רווחת העם היהודי, מותר לה גם להיעזר בכך במוסדות הלאומיים היהודיים. פתרונות אלה גם אינם דורשים את ביטול הזיקה בין ישראל ובין העם היהודי בתפוצות, זיקה היכולה להמשיך ולהתקיים בשיתוף־פעולה בין ישראל ובין המוסדות הלאומיים היהודיים. ולבסוף, הם מתיישבים בהחלט עם שימור הקשר בין השית המכונן של מדינת ישראל

41. במצב הקיים, כאשר מוסדות מוכרים לאוכלוסייה הערבית כמעט שאינם קיימים, בעוד המוסדות הלאומיים היהודיים מעוגנים בחוק, והמדינה וכל סמליה הם יהודיים במובהק – פתרון "ליברלי" טהור מסוג זה יכול להיראות כלעג לרש.

42. חשוב להזכיר, כי שני המסמכים המרכזיים של האו"ם העוסקים בזכויות האדם – האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, והאמנה לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות – פותחות שתיהן בהכרזה על זכותם של עמים להגדרה עצמית (לאו דווקא מדינית). לעיון בהתיישבות שבין ליברליזם ובין הכרה בזכותם של פרטים להשתייכות קבוצתית ראו: Yael Tamir, *Liberal Nationalism* (Princeton University Press, Princeton, NJ, 1996). לזכויות לתרבות ראו אבישי מרגלית ומשה הלברטל, "ליברליזם והזכות לתרבות", רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן־צבי ז"ל (מנחם מאוסנר, אבי שגיא ורונן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 93.

וסמלית ובין גורל העם היהודי והתנועה הציונית. תהיינה ההתפתחויות מה שתהיינה – התנועה הציונית והמאבקים לכינונה ולפריחתה של המדינה הם חלק חשוב מן ההיסטוריה שלה.

הגם שהפתרון הניטרלי והפתרון של הכרה שווה במעמד לאומי מביאים בסוגיות אלה לתוצאות שוות, הבחירה בין שתי האפשרויות חשובה. לדעתי, הפתרון הנכון יותר לארץ ולשימור הישגה של הציונות הוא לא ה"הפרטה" של שתי התנועות הלאומיות, אלא הנכונות להעניק לשתיהן הכרה. ראשית, ניסיון כזה של הפרטה לא יועיל, שכן המציאות בארץ אצל שתי הקבוצות הגדולות היא עדיין בעיקרה מציאות של תודעה לאומית חזקה, ואולי אף מתחזקת.[43] יתירה מזו: האיזור נמצא בתהליך, שסופו אינו נראה עדיין באופק, של הגדרת גבולות וזהות מדינתית ואין זה סביר כי יהיו יהודים רבים שיחיו תחת שיפוטה והגנתה של הרשות או המדינה הפלשתינאית. זו תהיה מדינת־לאום פלשתינאית עם רוב פלשתינאי מכריע. אולם רבים מבין הפלשתינאים אינם מקבלים עדיין את הרעיון של "שתי מדינות לשני עמים", שכן הם אינם מוכנים לקבל את ההצדקה והלגיטימיות של מדינה יהודית, שלא־יהודים בה הם בהכרת אזרחים בעלי דרגת שייכות שונה ונמוכה יותר. שנית, המציאות הקיימת בישראל היא של שליטה יהודית־עברית. זו מתבטאת בשפה, בחגים, בסמלים ובקווי־מדיניות לא־מעטים. אף אם יבוטלו קווי־מדיניות מפלים, יישארו הסמלים וקווי־המדיניות הלגיטימיים. על רקע זה, התביעה ל"הפריש" את הזהות הלאומית הפלשתינאית היא־עצמה תביעה מפלה, שכן היא מעמידה את הפלשתינאים אזרחי המדינה במצב שבו אין לגיטימיות לשאיפתם לקבל הכרה במרכיב ההשתייכותי־קבוצתי של חייהם.[44]

מנגד, חשוב להדגיש שוב כי הכרה בזכויות הלאומיות־תרבותיות של הערבים בישראל איננה ויתור על הייחוד היהודי של המדינה. הערבים אזרחי ישראל הם מיעוט, ובמדינה דמוקרטית הם זכאים להגנה על זכויותיהם, אך לא למימוש מלא של העדפותיהם. בעתיד הנראה לעין רק לעם היהודי תהיה זכות להגדרה עצמית מדינית בישראל. אסור שהדבר יביא להתעלמות מוחלטת מן הזכויות הקבוצתיות של הערבים בה. יתירה מזו: הכרה באינטרסים הלאומיים של הערבים תושבי ישראל אינה רק עניין מוסרי, אלא צורך פוליטי דחוף – טיפשי להתעלם מן העובדה שהערבים אזרחי ישראל רואים בלאומיותם הפלשתינאית חלק מרכזי בזהותם. רק הכרה במציאות זו תאפשר סוף־סוף את סוג הדיאלוג שהתנועות הלאומיות האלה חייבות לקיים כדי להגיע להבנות על דו־הקיום שלהן במסגרת מדינת ישראל. הבנות כאלה תסייענה לתת לזכות לשוויון אזרחי משמעות

43. ב־1995 דיווח סמי סמוחה על מגמה של הסתגלות גוברת של הערבים אזרחי ישראל לישראל כמדינה יהודית: סמי סמוחה, "דמוקרטיה אתנית: ישראל כאב טיפוס", השסע היהודי־ערבי: מקראה (רות גביזון ודפנה הקר – עורכות, המכון הישראלי לדמוקרטיה, תש"ס) 153, עמ' 188-190. נראה כי הערה זו אינה משקפת את המצב בעת כתיבתו של מאמר זה (אביב 2001).

44. ראו הניתוח המזוקק של יואב פלד, "זרים באוטופיה: מעמדם של האזרחים הפלשתינים בישראל", תיאוריה וביקורת 3 (1993) 21.

nevo.co.il

מלאה יותר ולתת מענה הוגן הן לצרכים של ערבים כפרטים הן לאינטרסים של ערבים כקבוצה (או כקבוצות). וחשוב מכול – רק הבנה כזו תאפשר להגיע להסכמות אחראיות על פירוש הזיקה האזרחית המלכדת את כל אזרחי המדינה, שבצִדה קיימת הזהות הלאומית הפעילה, אך השונה, של הקבוצות השונות. רק הכרה בחשיבות הזיקה הלאומית-תרבותית של הערבים, שתקבל מימוש מדיני במדינה פלשתינאית, יכולה להצדיק תביעה להכרה ערבית בחשיבות הזיקה הלאומית-תרבותית של היהודים, המצדיקה מדינה יהודית. התארגנותם של מוסדות תנועה לאומית ערבית בישראל תסייע למדינה היהודית להיות הוגנת כלפי הערבים החיים בה. היא גם תחייב את הערבים החיים בישראל לא להסתפק עוד בתלונות (מוצדקות) על אפליה, אלא לשתף פעולה באופן בונה ואחראי במחשבה משותפת על דרכים לדו־קיום בישראל.

דווקא ישראל, הרוצה לשמור על זיקה חזקה בינה ובין התחייה של העם היהודי בארצו, על כל צורותיה, תשכיל לעשות אם לא תזהה את יהודיותה של המדינה עם מוסדותיה ומטרותיה של הציונות. ניתוק זה עדיין אינו סוף הציונות. להיפך: יכול להיות כי הוא תנאי הכרחי לחידוש תיוגיותה ולתיזוק יכולתה להתמודד עם היעדים הלאומיים החשובים הניצבים בפני העם היהודי בישראל ובעולם. אחד מהם הוא ההדגמה כיצד מדינה, הגאה באופיה היהודי והחפצה לשמר אותו, יכולה להיות מדינה דמוקרטית וצודקת גם כאשר חיה בה אוכלוסייה מקומית גדולה, השייכת ללאום אחר.[45] אתגר חיוני אחר הוא שימור ופיתוח של הזהות היהודית על כל צורותיה, בישראל ובעולם, או חשיבה־מחדש, ובצורה יצירתית, על הקשרים בין המדינה היהודית ובין התפוצות היהודיות. המדינה היא כלי שחשיבותו עצומה, אולם כלי נמרד ביכולתו לשמור על תכנים ועל ערכים, ואלה אינם יכולים להיות מסופקים רק על־ידי מדינה.

צריך גם לזכור, כי היהודיות של המדינה מעמידה שאלות קשות לא רק בתהום היחסים בין יהודים לערבים בישראל. חשיבה־מחדש על היחס בין המדינה ובין המוסדות הציוניים, כמו גם על היחס בין המדינה ומוסדותיה ובין העם היהודי, היא אתגר חיוני. חשוב לזכור, למשל, כי גם היחסים בין הציונות ובין כל הזרמים ביהדות אינם פשוטים. ציונות אף היא עניין עמום, והיחס בינו ובין תפיסות שונות של הקיום היהודי בחו"ל מורכב למדי. הזיהוי, הפשוט לכאורה, בין ישראל, יהודיות וציונות, הוא למעשה תיאור מורכב מאוד. ההתעלמות מן המתחים הפנימיים שבויהוי זה היתה עד עתה דרך מפתה לטשטש אותם לטובת "אחדות" מושכת. אבל המציאות שוב אינה מאפשרת להסתפק בטיסמאות על אחדות, שכן בג"ץ קעדאן הוא רק מקרה אחד, הממחיש כי מתחת לאחדות מסתתרים קונפליקטים עמוקים.[46]

---

45. דנתי כבר בכמה מהדרכים שבהן יכולה מדינת ישראל לפרוק במה מהמתיחויות הקיימות בה כמדינה יהודית ודמוקרטית הן ביחסים שבין יהודים ושאינם־יהודים הן ביחסים שבין דתיים וחילוניים. ראו רות גביזון, "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", **עיוני משפט** יט (תשנ"ה) 631; וכן ספרי (לעיל, הערה 35).

46. לחלק מן המורכבות ביחס שבין הציונות ובין גישות חרדיות מסוימות ראו: Alon Harel, "The Separation of Zionism from the State", 3 *Democratic Culture* (2000) 89.

מובן כי פיתוח שיטתי של היחסים המורכבים האלה בין שוויון אזרחי, המתחייב מן הדמוקרטיה, והאופי היהודי של המדינה, ובין שני אלה ובין השורשים הציוניים של המאבק שהניב את המדינה ועדיין הוא רעיון מלכד ליהודים רבים, בארץ ובעולם – חורג בהרבה ממאמר זה. חשוב רק להדגיש כי המורכבות הזו אינה מיוחדת לישראל ולעם היהודי, והצורך להתעמת אתה אינו סימן של חולשה או של התפרקות פנימית. דווקא ההכחשה של המורכבות, ואף של המתחים הפנימיים בין חלקיה, החלישה אותה, מפני שהיא הביאה להתעלמות מעובדות חשובות של החיים היהודיים בארץ ובעולם.

היחס המרכזי בין המדינה ובין אלה החיים בה הוא היחס המשפטי של אזרחות. במידה פחותה יותר, המדינה חולשת על תושביה ועל מי שנמצא בה. דמוקרטיה היא צורת ממשל שלה צידוקים מוסריים ומעשיים כאחד. היא מבוססת על קשב להעדפות ולערכים של האזרחים. בין אזרחים צריך להיות שוויון אזרחי ופוליטי. דמוקרטיה ראויה לשמה מקבלת החלטות בצורה מוסכמת ומגינה על זכויותיהם של הפרטים והמיעוטים שלה. יש ויכוח גדול בשאלה, אם מדינות יכולות להיות ניטרליות כלפי תפיסות החיים הטובים של אזרחיהן. מכל־מקום, ברור כי בדמוקרטיה יש משקל להעדפות של התושבים בקביעת השאלה, האם מדינה חייבת להיות ניטרלית כלפיהן. ישראל הוקמה כמדינת־הלאום של העם היהודי ויש בה כיום רוב גדול הרוצה כי תמשיך להיות כזאת.[47]

גם רוב מוחלט אינו מצדיק כי מדינת ישראל, אף אם היא ממשת את זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, תפגע בזכויותיהם של אזרחיה ותושביה הלא־יהודים. אבל עיקרון זה משאיר את הדרך פתוחה לשאלות חשובות. מה צריכים להיות היחסים בין ישראל ובין התפוצות היהודיות? האם ישנה הצדקה לכך שנציגי העם היהודי בחו"ל ישתתפו באופן מובנה כלשהו בהחלטות המתקבלות בישראל? האם יש מקום להבחין לצורך זה בין שאלות כגון "מיהו יהודי", ובין שאלות כגון מעמדם של לא־יהודים בישראל? תשובות לשאלות אלה אינן מוכתבות על־ידי האפיון של ישראל כמדינה יהודית, אבל התשובות תשפענה על המובן שבו ישראל תיראה כמדינה יהודית בעיני עצמה ובעיני אחרים.

47. לכן יש להתייחס בזהירות לרעיונות המועלים חדשים לבקרים לגבי התיבה "לאום" בתעודת־הזהות ובמרשם התושבים. מחיקת התיבה הזו יכולה להיות פתרון למחלוקות בשאלה "מיהו יהודי" ולבעיה של אלה מאזרחי המדינה שלא נוח להם בהגדרת לאומם. מנגד, ברור כי ישנה התנגדות למהלך כזה מצד אלה הרואים בלאומיות היהודית משהו שלא יאה לטחוק אותו מן המרשם בישראל מטעמים אידיאולוגיים. כך או כך: הרעיון של רישום לאום "ישראלי" הוא בעייתי, שכן הוא מנסה ליצור זהות בין האזרחות ובין הזהות הלאומית. משמעותו היא, כי זהויות כגון "יהודי" תהפוכנה לזהויות דתיות בלבד וכי לזהות כגון "ערבי" לא תהיה כלל מקום במרשם. להבדיל מן המחיקה, ההופכת את שאלת הזהות הלאומית לעניין סוציולוגי-היסטורי-אידיאולוגי, שאין לו ביטוי רשמי במסמכי המדינה – רישום לאומו של אדם כ"ישראלי" מעוררת בעיות מורכבות של היחס בין אזרחות להשתייכות לאומית. בתנאים של ישראל כיום, אינני סבורה כי הצעה זו תורמת לבהירות המחשבה או לסיכויי הקיום המשותף.

nevo.co.il

ישנם ישראלים רבים שאינם יהודים וישנם גם יהודים רבים, בארץ ובחו"ל, שאינם ציונים. ישנם אף יהודים שלהם התנגדות עמוקה, אידיאולוגית, לציונות. זו יכולה לבוא מכיוון חרדי, שהוא יהודי-פרטיקולריסטי-דתי, או מכיוון קוסמופוליטי – ליברלי או סוציאליסטי – כזה המתנגד לביטויים של לאומיות מדינית וחושש מן הקלות שבה היא מתדרדרת ללאומנות ולהאלהת המדינה. על רקע זה, דיבורים המושמעים בישראל בזמן האחרון על "סוף הציונות", ולא רק בהקשר ההחלטה בבג"ץ קעדאן, הם חשובים. הם נותנים לציונות משמעות צרה מאוד ומסוימת מאוד ומשמיעים כי אם משמעות זו – דבקות בכל חלקי ארץ-ישראל והעיקרון שאין מפנים יישובים – נחלשת, לא נוכל להגדיר את עצמנו כציונים ולשמור על הייחוד והעוצמה של התנועה שהביאה להקמת המדינה. ישנם גם כאלה הסבורים, כי הציונות איבדה את טעמה ברגע שישראל הוקמה כמדינה ואשר על כן ישראל צריכה לנהוג כמדינה "נורמלית" ולראות את הציונות רק כחלק מן ההיסטוריה שלה ולא כהלק מן ה"אני המאמין" הערכי הממשיך לפרנס אותה.

אלה הם דיונים חשובים, החיוניים לחיפושה של ישראל אחרי זהותה ואחרי טעם קיומה.[48] ישנם הרוצים בפוסט-ציונות כדי להחליש, או אף לבטל, את היהודיות של ישראל; וישנם הסבורים כי פוסט-ציונות שוללת רק את הציונות ככוח מפעיל, אך מתיישבת היטב עם אופי יהודי-פרטיקולרי של המדינה. ודאי כי הרדים ייטו לעמדות באלה, אבל אפשר לצפות שיהיו להן תומכים גם בקרב השמאל החילוני. כל שאני רוצה לומר כאן הוא רק שישראל קיימת היום, במובנים רבים, כמדינה יהודית. למרות זאת, ניטש בה ויכוח מתמיד, ואף מתעצם, על זהותה המדינית והאזרחית. סביר כי התוצאות של ויכוחים אלה ימצאו ביטוי גם בחוקי המדינה ובהסדרים הפוליטיים, האזרחיים, התרבותיים והחינוכיים שלה. אסור שהוויכוחים האלה יתדרדו לתוך סיסמאות מטשטשות או שיהפכו לעניינים משפטיים, המוכרעים על-ידי משפטנים מקצועיים.

ד. סוף דבר: קוצים או שושנים לבית-המשפט?

אחרי כל הדברים האלה אפשר לחזור אל החלטת בית-המשפט בבג"ץ קעדאן. אני מקווה, כי ברור עתה שהמקרה של משפחת קעדאן והיישוב קציר הוא קצה קרחון. המים כאן אכן עמוקים ומעלים סוגיות רבות שבית-משפט אינו יכול ואינו צריך לפסוק בהן.[49] במקרים

---

48. אני מברכת על תדיון הציבורי בנושאים אלה שהתל אגב הדיונים בתוכני ספרי-הלימוד בהיסטוריה, כמו אגב הוויכוח המרתק המתנהל כאן בשנים האחרונות סביב ההיסטוריוגרפיה של המפעל הציוני. אני מצרה על כך שבוויכוחים האלה מסתמנת נטייה רבה שלא לעסוק בשאלות לגופן, אלא להכתים את מתנגדיך במאמץ להוציא אותם (ואת דעותיהם) מתחום הלגיטימיות.

49. דומני כי על טענה זו יסכימו גם רוב חסידי האקטיביזם השיפוטי, שכן כאן מדובר בשאלות יסוד של אידיאולוגיה, שהמנדט השיפוטי להחליט בהן נתפס כמוגבל על-ידי רוב החוקרים. לדיון כללי באקטיביזם של בג"ץ ראו רות גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן, **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** (מאגנס, תש"ס).

nevo.co.il

כאלה בית־משפט נוהג למצוא דרישת־סף שתאפשר לו להימנע מהכרעה, או, כאשר הדבר אינו אפשרי – למצוא דרך שלא לדון בנושא לגופו.[50] גם בית־המשפט הפעלתן שלנו נוהג לעשות כך במקרים לא־מעטים,[51] ואולי זה מה שקיווה להשיג כאשר שלח את המקרה לפישור.

אלא שכאן היתה לבית־המשפט בעיה של ממש, שכן הדרכים המקובלות להימנע מהחלטה בצורה משכנעת, כמו היעדר מקום עמידה או חוסר־שפיטות, אינן ישימות. שלא כמו במקרה של העתירה נגד חוקיותן של ההתנחלויות,[52] העותר כאן הוא אדם הטוען כי זכותו נפגעה. שלא כמו במקרה של בנימין שליט,[53] הפגיעה בעותר היא תמורה ואינה רק סמלית. משנכשלו נסיונות הפישור, בית־המשפט היה חייב להחליט.

צריך לברך ולשבח את בית־המשפט על שלא נתן הצדקה מהותית לכללים המדירים של קציר. צריך גם לברך אותו על כך שלא נמנע מלדון בעניין בשל חוסר־שפיטות, הגם שחלק מן הטענות שהועלו בפני בית־המשפט יכלו בהחלט לבסס טענה כזו. על רקע האפליה השיטתית נגד ערבים בהקצאת קרקעות למגורים, הימנעות כזאת היתה מתן הכשר להמשך מדיניות שהיא בלתי־מוסרית ובלתי־נבונה.[54] ראינו כבר בעבר כי המחוקק והרשויות אינם מודרזים לשנות את המצב, משפטי או מינהלי, כאשר בית־המשפט אינו מנופף מעל ראשם בחרב של אי־חוקיות. טוב היה להכריז כי המדינה אינה יכולה להפלות, במישרין או בעקיפין, כדי להביא את המדינה ואת רשויותיה ללמוד את המסקנות. ההתארגנות, הן בקרב הסוכנות והממשלה הן בקרב ערביי ישראל, לביזון של מחשבה על הקצאות של קרקע למגורים לאוכלוסייה הערבית היא תוצאה שהחלטת בג"ץ נתנה לה בלא ספק דחיפה חשובה בכיוון הנכון.[55]

---

50. זו ההמלצה העיקרית הכלולה בספרו החשוב ובעל־ההשפעה של ביקל: Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press, New Haven, 1986).

51. כגון דחיית עתירות, שבהן הוא מתבקש למנוע את פתיחת המעבר הבטוח בין הגדה לרצועת־עזה, או עמדתו בעניין עתירות למנוע שחרור אסירים במסגרת עסקאות מדיניות.

52. בג"ץ 4481/91, בשג"ץ 5156/91 ואח' ברגיל נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מז (4) 210.

53. בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים ואח', פ"ד כג (2) 477.

54. מבקרי הבג"ץ משמאל, אלה האומרים כי ההחלטה היא רק תרגיל ביחסי־ציבור ואינה מטפלת בבעיה החריפה לעיצומה, צריכים לחשוב בכנות על השאלה, מה היו אומרים לו נמנע בג"ץ מלהכריז את מה שהכריז? אני חבה נקודה זו לפרופ' קלוד קליין, שהנחה דיון ציבורי בפסק־הדין שהתקיים מטעם מרכז מינרבה בירושלים ב־10.4.2000, בהשתתפות עו"ד מוחמד דחלה, פרופ' עמירם גונן ואנוכי.

55. ייתכן כי חלק מן התהליכים האלה החלו כבר לפני פסיקת בג"ץ. כך היוזמות לבית־ספר משולב מרצון (לפחות בחלק מן הכיתות) בין משגב וסחנין, כך הקמת אינור־תעשייה לאומי ליד סחנין וכך תכנון של בנייה רוויה יותר ביישוב הערבי, לראשונה בישראל – המסמלת נכונות של המיעוט הערבי לקבל כי הנורמה של בתים חד־קומתיים למשפחה על חלקת־קרקע – כבר אינם מתיישבים עם גידול האוכלוסייה וצורכי הדיור שלה.

אבל דווקא מפני שהטענות הכלליות כאן הן כאלה שבית־המשפט אינו עוסק בהן לעומקן – טענות שלא נטענו בפניו במפורש ואשר לא ברור שהוא הגוף הנכון להכריע בהן – חבל שלא מצא דרך להצטמצם בפסק שייתמך באופן משכנע על־ידי טעם פסק, בלי להרחיב את אמרות־האגב, שיש בהן רמזים להכרעה בדיוק באותן סוגיות שבית־המשפט מכריז, בצדק ובתבונה, כי לא יעסוק בהן. שלד ההכרעה יכול היה להיראות כך: העיקרון הוא שאסור להפלות. על רקע המציאות הנתונה, כללים מדירים בקציר מפלים באופן בלתי־מוצדק את משפחת קעדאן. את האפליה כלפי משפחת קעדאן יש לתקן. בתנאי הרקע המורכבים יש לטפל באופן מושכל ומתוך ידיעה, כי המדיניות שתאומץ תצטרך לעמוד במבחן אי־האפליה בבג"ץ.

החלטה כזו היתה מבריחה את הרשויות לשנות את התנהגותן כך שזו תובל לעמוד בדרישות אי־האפליה ומחייבת אותן לרון בכובד־ראש בשאלות של החוקיות וההצדקה של קווי־מדיניות שונים. תוצאות החלטות אלה היו מגיעות עם הזמן לביקורת בג"ץ. ההחלטה היתה נהיית פחות פגיעה אם לא היתה נוקטת עמדה בשאלות, כגון פרשנות "יהודית" ראויה של חוקי־היסוד או נקיטת קני־המידה העקרוניים להכרה בהשתייכות לאומית או דתית כקנה־מידה בתכנון יישובים.

להחלטה מצומצמת כזו היו כמה יתרונות. חשוב מכול הוא זה, שהיא לא היתה נוקטת עמדות, אשר חרף הטנטטיביות שלהן נראות בעייתיות, לגבי ההצדקה לתכנן יישובים יהודיים. בכך היא לא היתה יוצרת ניכור של חלקים בציבור היהודי ולא היתה מניבה יוזמות חקיקה מסוכנות. החלטה כזו היתה גם יותר עקיבה. היא לא היתה יוצרת את העימות הלא־ברור בין ההלכה שבכאן ובין שורת ההלכות האחרות שבהן עוסק בית־המשפט בסוגיית של הדרת "אחרים" כדי להגן על אופי או בלעדיות של יישוב או שכונה. בלבול זה מתליש את פסק־הדין, מפני שהוא מעמעם את ההלכה שבו. אבל, כאמור למעלה, הוא גם יוצר תחושה של הוסר התמודדות מספקת עם הטיעונים שהצדיקו בהלכות הקודמות את אישורה של מדיניות ההדרה.[56]

56. צריך לציין, כי גם בכך שונה פסק־הדין בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1) מזה של פרשת בראון (לעיל, הערה 7). בפרשת **בראון** עוסק בית־המשפט במפורש בהלכה הקודמת, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 16 S.Ct. 1138 (1896), שקבעה כי אפשר למלא את דרישת השוויון החוקתית באמצעות הסדרים שווים אך נפרדים, ודוחה אותה במפורש. בג"ץ **קעדאן** אינו עוסק בכך לגבי ההלכה הקרובה ביותר לענייננו – הלכת בג"ץ בורקאן (לעיל, הערה 11). אפשר היה לומר כי הלכת בורקאן בטלה, אך אז היה צורך להתמודד עם הצדקותיה. אפשר היה גם להבדיל אותה (באמירה כי אין רובע יהודי בירושלים העתיקה דומה ליישובים בארץ כולה, למשל). אפשר היה לומר גם, כי הלכת **בורקאן** תלה רק כאשר מוגנת זכותם של ערבים לשמור על ייחודיותם של יישוביהם וכי מכיוון שזה אינו המצב בישראל היום, אין זה יכול לחול על קציר או על יישובים אחרים. אבל לא ברור כי מה שעושים יהודים בירושלים צריך בהכרח לאצול על מדיניות ההתיישבות בנגב או בגליל.

nevo.co.il

אפשר בהחלט לטעון נגדי כי לא נכון עושה בית־המשפט, כאשר הוא מחליט בעניין כה עקרוני להסתפק בהלכה מצומצמת. אחד מתפקידיו של בית־המשפט הוא לשמש גורם מחנך ומנחיל ערכים ונורמות. המקרה דרש פסק־דין ערכי. לטעמי, גם העמידה הברורה על עקרון אי־האפליה היא אמירה ערכית מן המדרגה הראשונה. אבל אני מוכנה לקבל כי המקרה הזה "הזמין" פסק־דין עקרוני יותר. אלא שההחלטה לכתוב פסק־דין כזה תייבה התמודדות ממשית יותר עם המורכבות של הבעיות. התמודדות כזאת לא קיבלנו כאן. היעדרה אחראי לחלק מן הקשיים שההחלטה מעוררת. האומנם אפשר לטפל בסוגיה זו בלי לבחון את המתח בין זכויות פרטים ובין זכויות וצרכים של קבוצות בלי להתייחס לתרומה של קהילות לחייהם של פרטים,[57] בלי להתייחס למרכיב ההתיישבותי של המפעל הציוני ובלי להתייחס לבעיות המתעוררות בעולם כולו במציאות של שילוב מגורים של קהילות ששורר ביניהם קונפליקט העלול להפוך אלים?

דווקא מפני שאני שותפה לרתיעה של בית־המשפט מלהיכנס למים האלה וחושבת כי היא מוצדקת ונבונה, אני ממליצה על פסיקה צרה. אבל אין זה נכון לנסות להחזיק במוט בשני קצותיו – גם לכתוב פסק־דין עקרוני ופורץ־דרך, המעלה על נס את "עוורון הלאומיות", גם להשאיר את כל השאלות המרכזיות האלה סמויות מן העין, בלי לדון בהן ובשאלת שפיטותן.

בית־המשפט אומר בבג"ץ קעדאן, כי זהו רק צעד ראשון בהתפתחות ארוכה. אולי קיווה בית־המשפט כי פסק־הדין יביא לשקט ממושך שיאפשר התארגנות וחשיבה. זו היתה תקוות־שוא, שכן עתירה דומה כבר מצאה את דרכה לבית־המשפט.[58] בדרך הטבע היא קוראת את הלכת קעדאן כאוסרת כללים מדירים של ערבים ביישוב שהיה מיועד להיות יהודי. נראה כי המשיבים יסתמכו על אחד החריגים שנרמזים בבג"ץ קעדאן: השכונה שבה מדובר נבנית על אדמות שהופשרו לבנייה במשבצת השייכת לקיבוץ. האם שכונה "אזרחית" הנבנית על קרקע שהיתה שייכת לקיבוץ היא שכונה הראויה להגנה מיוחדת על אורח־חיים, כמו קיבוץ? האם רלבנטי כי כאן מדובר בשכונה הסמוכה לנצרת ולא בחלק מתוכנית ה"כוכבים" במשולש?

כך או כך: המקרה של קעדאן אינו מקרה יחיד במינו. לבית־המשפט ישנה אופציה לטפל לגופו בכל מקרה המגיע אליו. ראינו, כי אולי מוטלת עליו גם חובה לעשות כך ולא לחרוג מתפקידו השיפוטי המצומצם. שונה המצב אצל רשויות המדינה והתכנון. חובתן של אלה להתמודד עם הבעיה הכוללת בכל מורכבותה ולתת תשובות שמטרתן לפתור בצורה הוגנת והולמת את סוגי הבעיות היוצרות את הפניות לבג"ץ,[59] האתגר הזה עדיין

57. להערה התוקפת ההחלטה אחרת של בג"ץ בגלל היעדר דומה ראו יובל לבנת, "פרט וקהילה: בקורת קומוניטריאנית על בג"צ 205/94 נוף ג' שר הביטחון", משפטים לא (תש"ס) 219.

58. בג"ץ 5601/00 א' דוידי ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' (נמצא בהליכי פישור).

59. אולי תתרום החלטת בג"ץ לכך, שעבודות תכנוניות שכבר נעשו בעבר ואשר בחנו לעומקן את השאלות המערכתיות האלה והמליצו על בנייה מוגברת של יישובים ושכונות ערביים

nevo.co.il

עומד לפתחנו. ההחלטה של בית־המשפט היא ציון־דרך חשוב ואמיץ מאוד בהתמודדות שלנו עם הבעיות האלה ונראה כי תהיה לו, ולכולנו, השלכות לעסוק בהן בעתיד.

ברמה גבוהה יחד עם פתרונות תעסוקה מתאימים לידם), תקבלנה עדיפות ביצועית. ראו, למשל, עמירם גונן וראסם חמאיסי, **מדיניות של מוקדי עיור לאוכלוסיה הערבית בישראל** (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 1993); ראסם חמאיסי, **הצורך בהרחבת תחומי השיפוט של היישובים הערביים** (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 1999); **לקראת מיתוח יזום במרחב בצרת** (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 1999).

nevo.co.il