חוקיותה וחוקתיותה של התיישבות יהודית בארץ־ישראל

אליאב שוחטמן*

א. הפסיקה בפרשת קעדאן. ב. עיגונה של ההתיישבות היהודית בחוק.
ג. מדינת ישראל כמדינה יהודית. ד. פסק־הדין בפרשת בורקאן.
ה. פסק־הדין בפרשת אביטן. ו. ערך השוויון אינו ערך מוחלט.

א. הפסיקה בפרשת קעדאן

פסיקת בית־המשפט העליון בבג"ץ קעדאן[1] יש בה משום שינוי ערכים מוחלט בכל הקשור למבנה ההתיישבות היהודית בארץ־ישראל.

היישובים בישראל נחלקים, מבחינת הרכב האוכלוסייה, לשני סוגים: (א) יישובים מעורבים, שבהם מתגוררים בני יותר מלאום אחד; (ב) יישובים חד־לאומיים, שבהם מתגוררים בני לאום אחד בלבד. עם הסוג הראשון נמנים, בעיקרו של דבר, יישובים עירוניים, כמו לוד ועכו; ואילו עם הסוג השני נמנים יישובים כפריים וקהילתיים למסגרותיהם השונות. מציאות זו היתה קיימת בארץ עוד לפני הקמתה של מדינת ישראל, ודבר לא השתנה בדפוסי התיישבות אלו גם לאחר־מכן.

הסקטוריאליות המאפיינת את ההתיישבות הלא־עירונית בישראל מוצאת את ביטויה גם בצורות התיישבות שונות, הפתוחות רק בפני מי שעומד באמות־המידה של אותה מסגרת התיישבותית שאליה הוא מעוניין להצטרף. כדוגמא לכך אפשר להצביע על ההתיישבות הדתית, הקיבוצית והמושבית, כצורות התיישבות שאינן פתוחות לכול, אלא רק בפני מי שעומד בתנאים של כל אחת ואחת.

לפני כמה שנים היה ניסיון לתקוף, במסגרת של עתירה לבג"ץ, את חוקיותן של פסקאות ההגבלה שבחווי התכירה של הקרן־הקיימת־לישראל, המונעות מסירת קרקע ללא־יהודים.[2] ברם, שאלה זו לא הגיעה אז להכרעה שיפוטית, לאחר שהעותר, חבר־הכנסת (לימים, שר־החקלאות) חיים אורון, משך את העתירה.

---

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

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

2. בג"ץ 5762/91 ואח', בשג"ץ 5872/91 ואח' ח"כ אורון נ' שר הבינוי והשיכון ואח' (לא פורסם).

nevo.co.il

בבג"ץ קעדאן, שנידון לאחרונה, העתירה היתה לא כנגד חוקיותן של פסקאות הגבלה בתווים, כי אם כנגד עצם מדיניות הקצאת הקרקעות של הממשלה, אשר לטענת העותרים היא בלתי־חוקית בהיותה נגועה באפלייתם־לרעה של לא־יהודים. לטענת העותרים, נבעה אפליה זו מכך, שהם, בהיותם ערבים, מנועים מלרכוש קרקע למגורים בתחומיו של היישוב הקהילתי קציר, אשר הקרקע שעליו הוא יושב הוקצתה לו על־ידי המדינה באמצעות הסוכנות היהודית.

העובדות הצריכות לעניינו, הן – בתכלית הקיצור – כדלהלן: העותר, ערבי, תושב בקה־אל־גרבייה, ביקש לרכוש בית או מגרש למגורי משפחתו בתחומי היישוב הקהילתי קציר אשר בנחל עירון (ואדי ערה), אדמות היישוב הן אדמות מדינה אשר הוקצו לסוכנות היהודית, בשנת 1982 הקימה הסוכנות על אדמות אלו את היישוב הקהילתי קציר, באמצעות אגודה שיתופית המסונפת להתאחדות האיכרים. על־פי מטרותיה, עוסקת הסוכנות היהודית ביישוב יהודים בארץ־ישראל, וגם האגודה השיתופית קציר אינה מקבלת לשורותיה, הלכה למעשה – כך, על־פי קביעת בית־המשפט העליון (ובכך ידובר להלן) – אלא יהודים בלבד.

משמענה העותר בשלילה – לטענתו, משום ש"אדמות היישוב הקהילתי מיועדות ליהודים בלבד"[3] – עתר לבג"ץ. השאלה שבה נדרשה הכרעתו של בית־המשפט העליון היתה, האם בנסיבות המקרה, החלטת המדינה להקצות קרקעות לסוכנות היא החלטה בלתי־חוקית בשל אפליה פסולה כלפי ערבי? בית־המשפט המליץ לצדדים להגיע להסדר מוסכם, ומשנכשלו הנסיונות – נתן בית־המשפט את החלטתו. בית־המשפט קיבל את העתירה, ואם כי סייג את התלטתו למקרה שלפניו בלבד ונקט לשונות שונות של זהירות,[4] מכל־מקום השורה התחתונה של פסק־הדין היא, שמדיניות הקצאת הקרקעות של המדינה באמצעות הסוכנות, כמבואר לעיל, היא בלתי־חוקית. בפסק־הדין נקבע, כי המדינה (משרד־השיכון ומינהל מקרקעי ישראל) היתה פועלת שלא כדין אילו היא־עצמה היתה פועלת במישרין בכל הנוגע להקצאת האדמות ליישוב קציר, כשזכות ההתיישבות במסגרתו היא ליהודים בלבד; ואין היא הדלה מלפעול שלא כדין כשהיא פועלת באמצעות הסוכנות היהודית, המקיימת מִצְדָה מדיניות מפלה.

בית־המשפט קבע, כי חובתה של המדינה היא לנהוג בשווין בכל פעולותיה וכי חובה זו היא חובה חוקתית. אכן – קבע בית־המשפט – טיפול שונה על רקע של דת או לאום עשוי להיות מוצדק, כגון כשמדובר באפליה מתקנת או שהטיפול השונה הוא בהתאם לחוק. וכך נאמר בפסק־הדין:[5] "טיפול שונה על בסיס דת או לאום עשוי להיות בהתאם לחוק. דבר זה יקרה, למשל, מקום בו לשונו המפורשת והברורה של דבר חקיקה קובעת תכליות מיוחדות המובילות לטיפול מפלה, ובאיזון שבינן לבין התכלית הכללית בדבר שיוויון, ידן של התכליות המיוחדות על העליונה".

3. בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), 265.
4. שם, 285-286.
5. שם, 276.

nevo.co.il

בית־המשפט לא מצא בסיס חוקי למדיניות המפלה של המדינה, וגם במסגרת כללי המשפט המינהלי לא נמצא – לדעת בית־המשפט – כל יסוד להצדקת מדיניותה המפלה של המדינה ולכן החליט לקבל את העתירה בהצהירו, כי "המדינה לא היתה רשאית על־פי דין להקצות מקרקעי המדינה לסוכנות היהודית לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של אפליה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים".[6]

ב. עיגונה של ההתיישבות היהודית בחוק

האומנם נגועה מדיניות הקצאת הקרקעות של המדינה באי־שוויון ועל־כן היא פסולה? לעניות דעתי, שגה בית־המשפט העליון במסקנתו, בהתעלמו הן מהוראת חוק מפורשת בנידון הן ממסורת הפסיקה הנוגעת לענייננו בנושא השוויון.

השאלה הנשאלת היא: מה מקומו של הערך "התיישבות יהודית בארץ ישראל" בתוק ובפסיקה של מדינת ישראל, ומה היחס בינו ובין ערכים אחרים שעמם הוא עשוי להתנגש, כמו ערך השוויון, למשל?

מפסיקת בית־המשפט העליון שבעניינו עולה, כי על ערך השוויון לגבור בכל מחיר על הערך של התיישבות יהודית בארץ־ישראל במתכונתה המסורתית – מתכונת שעל־פיה פעלו כל ממשלות ישראל וכל הגופים המיישבים עד היום. האומנם?

עקרון השוויון, גם אם הוא עיקרון חוקתי, והוא בלא ספק מיסודות השיטה המשפטית שלנו,[7] מכל־מקום אין הוא חוק־על הגובר על חוקים אחרים.

כאמור בדברינו לעיל, גם בפסק־הדין שבעניינו נאמר, שהוראת חוק מפורשת הכוללת תכלית מיוחדת יש בכוחה לגבור על התכלית הכללית של עקרון השוויון.

לעניות דעתי, הערך של התיישבות יהודית בארץ־ישראל מעוגן בחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ־ישראל, תשי"ג־1953.[8] סעיף 3 לחוק קובע: "ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית לארץ־ישראל שוקדות כמקודם על העלייה ומנצחות על מפעלי קליטה והתיישבות במדינה". על פי סעיף 4 לחוק, מכירה המדינה בגופים אלה כסוכנויות המוסמכות במדינה "לפיתוח הארץ ויישובה, לקליטת עולים מהתפוצות ולתיאום פעולותיהם בישראל של מוסדות וארגונים יהודיים הפועלים בתחומים אלה".

משמעותן של הוראות אלה בחוק היא, "שמדינת ישראל הכירה בסוכנות כגוף המוסמך לפעול לפיתוח הארץ ולייישובה".[9] לא למותר לציין, כי הטיעון בדבר ההכרה הסטטוטורית במעמדה של הסוכנות היהודית בנושא ההתיישבות הועלה על־ידי המשיבים בפני בית־

---

6. שם, 286.
7. ראו אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 273; יצחק זמיר ומשה סובול, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (תש"ם) 165.
8. ס"ח 2.
9. ע"א 535/89 נציב המים נ' פרלמוטר ואח', פ"ד מו (5) 695, עמ' 701.

המשפט העליון בעתירה שלפנינו. עוד יצוין, כי ההכרה הסטטוטורית במעמדה של הסוכנות היהודית כ"מוסד מיישב" כלולה גם בסעיף 1 לחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, תשי"ג-1953,[10] על מעמדה המוכר, סטטוטורית, של הסוכנות היהודית כגוף העוסק בהקמת יישובים במדינת ישראל, אפשר ללמוד גם מתקנה 3(19)(א) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993,[11] הפוטרת כל התקשרות עם הסוכנות לביצוע מטרותיה (ובהן התיישבות) מחובת מכרז.

כל בר־דעת מבין שההתיישבות שבה מדובר בחוק, ואשר הסוכנות היהודית הוסמכה לטפל בה, היא התיישבות יהודית, כשם שהעלייה שבה מדובר בחוק, ושאף בה הוסמכה הסוכנות לטפל, היא עליתם של יהודים. זוהי מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. נושאים אלה – אף־על־פי שעניינם בעליל הוא יהודים בלבד – מעוגנים אפוא בחוק של הכנסת. למעשה, חוק זה הוא "אחות והשלמה לחוק השבות, וכחוק הזהוא היא משקפת ייהודה וייעודה של מדינת ישראל" – כלשונו של ראש הממשלה, דוד בן־גוריון, בהציגו את הצעת החוק ההיא בכנסת לקריאה ראשונה.[12] עוד אמר בן־גוריון בכנסת: "החוק המוצע לפניכם איננו חוק רגיל, אלא אחד מחוקי היסוד המרכזיים, המייחדים מדינה זו כמדינה שנועדה לשמש מכשיר וסדן לגאולת ישראל. הוא כולל משום כך הוראות עקרוניות... הממצות משמעותה ההיסטורית המיוחדת של מדינת ישראל... הן גם מקנות להסתדרות הציונית העולמית וכויות ממלכתיות בתוך מדינת ישראל... לפיתוח הארץ וייישובה... שבדרך כלל הן עניינה של המדינה עצמה".[13]

אם נכון לומר על מדיניות הממשלה בהקצאת קרקעות ליהודים כי היא לוקה בהוסר־שוויוניות, הרי שלאמיתו של דבר חוק הכנסת לוקה בחוסר־שוויוניות; ולא רק החוק בדבר מעמדן של הסוכנות היהודית וההסתדרות הציונית, אלא גם חוק השבות. אולם התפיסה שהיתה מקובלת כל השנים היא, כי במתן מעמד מיוחד ליהודים בתור שכאלה בנושאי העלייה וההתיישבות אין משום אפליה של לא־יהודים, אלא יש בכך ביטוי לעצם מהותה של מדינת ישראל כמדינת היהודים.[14] מעולם לא העלה איש על דעתו – עד לפסיקת

10. ס"ח 126.

11. ק"ת 826.

12. ד"כ 11 (תשי"ב) 1886.

13. ד"כ 13 (תשי"ג) 24. על הפקדתן של משימות שלטוניות בטבען בידי המוסדות הלאומיים ראו דוד קרצמר, "הסדרים מיוחדים למוסדות הלאומיים", זכויות האדם והאזרח בישראל (כרך ג, טלי בן־גל, דנה אלכסנדר, אריאל בנדור ושרון רבין – עורכים, האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשנ"ב) 194.

14. ראו ע"ב 2/88 בן־שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה ואח', פ"ד מג (4) 221, עמ' 272-273. על כך שבחוק השבות אין משום אפליה פסולה כלפי לא־יהודים ראו חיים ה' כהן, המשפט (מהדורה שנייה, מוסד ביאליק, תשנ"ז), 491; רובינשטיין (לעיל, הערה 7), 296-297; אשר מעוז, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", עיוני משפט יט (תשנ"ה) 547, עמ' 616-619. ראו גם דברי השופט לנדוי בבג"ץ 209/73 עודה (לאפי) ואח' נ' שר הפנים, פ"ד כח (1) 13, עמ' 17, לעניין סמכותו של שר־הפנים מכוח חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, ס"ח 354.

בג"ץ – כי על הסוכנות לטפל בהתיישבות של לא־יהודים, כשם שאיש לא העלה על דעתו כי מתפקידה של הסוכנות לטפל בעלייה של לא־יהודים. דומה גם, שמעולם לא פקפק איש בזכותם הטבעית של יהודים לקיים בארצם מסגרות קהילתיות, שבהן יוכלו לפתח ולשמר את תרבותם ואת אורחות־חייהם בלא התחככות עם בני לאומים אחרים.

בפסק־הדין שלפנינו מבקש בית־המשפט העליון להבחין בין חוק השבות ובין נושא ההתיישבות:[15]

> משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה. מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות). אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות, אשר קראה "לבני העם הערבי, תושבי מדינת ישראל, לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה". אין, אפוא, כל סתירה בין ערביה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא – נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

לדעת בג"ץ, יש להבחין אפוא בין אי־השוויון שבחוק השבות ובין אי־השוויון שבנושא ההתיישבות. רק לעניין הכניסה לישראל ישנה הצדקה לחוסר־השוויוניות.

הבחנה זו אינה נראית לי. כשם שהעדפת יהודים לעניין הכניסה לישראל מעוגנת בחוק, כך גם העדפתם לעניין ההתיישבות הקהילתית בישראל מעוגנת בחוק. כך עלה לרצון לפני בית־המחוקקים של מדינת ישראל, שבשני נושאים מהותיים אלה – של עלייה והתיישבות – המייחדים את מדינת ישראל כמדינה יהודית, תישמר המסגרת היהודית: העלייה תהיה עלייה יהודית ויתאפשר ליהודים בישראל לחיות במסגרות התיישבותיות יהודיות. גם אילו היתה בחוק מידה בלשהי של אי־שוויוניות כלפי לא־יהודים – ולהלן יתברר, כי לאמיתו של דבר אין כאן, לעניות דעתי, כל חוסר־שוויוניות – ואפילו עמד הדבר בניגוד לעקרונות מגילת־העצמאות המבטיחה שוויון־זכויות לכל האזרחים, כלל הוא שלחקיקת הכנסת ישנה עדיפות. כך, למשל, קבע בית־המשפט העליון לפני שנים רבות, לגבי עקרון חופש הדת והמצפון, כי "חוק המדינה... עדיף על עקרון חופש המצפון, כשם שכל הוראת חוק מפורשת אחרת גוברת על כל דבר אחר האמור בהכרזת העצמאות".[16]

15. בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), 282.

16. ע"א 450/70 רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 129, עמ' 135.

כנגד חוק מעמד הסוכנות היהודית אין להעלות כל טענה באשר לחוקתיותו של החוק, נוכח האמור בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו;[17] שכן גם אם החוק בא להגן על הזכות לשוויון (במסגרת ההגנה הכללית על הזכות לכבוד, למשל) – מה שלגמרי אינו נקי מספקות[18] – מכל־מקום, על־פי סעיף 10 לחוק־היסוד, אין בחוק־היסוד כדי לפגוע בתוקפה של חקיקה קיימת, וחוק מעמד הסוכנות הוא, כזכור, משנת תש"ג-1953.

בפסק־הדין שלפנינו, בבג"ץ קעדאן, מאוזכר חוק מעמד הסוכנות היהודית, וזה אשר נאמר שם:[19] "חוק מעמד הסוכנות והאמנה [בין המדינה והסוכנות – א"ש] אינם מעניקים היתר למדינה להפלות בין אזרחי המדינה (ראו סעיף 8(ב) לחוק מעמד הסוכנות וסעיף 2 לאמנה)... הסוכנות היהודית ממלאת תפקידים חשובים. היא פועלת, כאמור באמנה, 'על יסוד תכנית מוסכמת מראש עם הממשלה' (סעיף 3 לאמנה). תכנית זו, אשר המדינה צד לה, אינה יכולה להיות תכנית מפלה".

לעניות דעתי, אמנם נכון שתוכנית, אשר הממשלה צד לה, אינה יכולה להיות מפלה. אולם במה דברים אמורים, בתוכנית שאין לה כל עיגון בחוק, אבל התוכנית שבה מדובר מעוגנת בסעיף 4 לחוק, המסמיך את המדינה לפעול באמצעות הסוכנות היהודית בנושא ההתיישבות, והתיישבות זו היא התיישבות יהודית, באשר הסוכנות, על־פי מטרותיה, אינה עוסקת אלא בהתיישבות יהודית.[20] משהסמיך המחוקק את המדינה לפעול בדרך זו בנושא ההתיישבות, אי־אפשר לטעון שתוכנית כזו של המדינה נגועה באפליה פסולה.

חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ־ישראל, שבו מעוגנת סמכות המדינה לפעול בנושא ההתיישבות באמצעות הסוכנות היהודית ולקדם בכך את ההתיישבות היהודית בארץ־ישראל, בא למעשה לעגן בחוק את המצב המשפטי ששרר בארץ עוד בתקופת השלטון הבריטי, מכוח כתב המנדט על ארץ־ישראל. כתב המנדט ניתן על־ידי ארגון חבר־הלאומים ביום 24.7.1922 ובו הוטלה על ממשלת בריטניה המשימה של הוצאתה לפועל של תוכנית הקמת הבית הלאומי היהודי בארץ־ישראל, קרי: הקמתה של מדינה יהודית בארץ־ישראל.

במסמך חשוב זה, שבו מוכרת זכותו של העם היהודי על ארץ־ישראל, ניתן מעמד מיוחד לסוכנות היהודית בכל הקשור לפיתוח הארץ ולהתיישבות היהודים בה. בסעיף 4 של כתב המנדט נאמר:[21]

> סוכנות יהודית נאותה תוכר כמוסד ציבורי, שתכליתו לייעץ את ממשלת ארץ־ישראל (Administration of Palestine) ולשתף

17. ס"ח תשנ"ב 150.
18. ראו זמיר וסובול (לעיל, הערה 7), 210.
19. בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), 283-284.
20. ראו קרצמר (לעיל, הערה 13), 194.
21. ראו דב יוסף, השלטון הבריטי בזארץ־ישראל: פרשת כשלונו של משטר (מוסד ביאליק, תש"ח), 271-272.

> פעולה אתה בכל אותם העניינים הכלכליים, החברתיים והאחרים הנוגעים להקמת הבית הלאומי היהודי ולענייניה של האוכלוסייה היהודית בארץ־ישראל, וכן, בהתחשב תמיד עם פיקוחה של הממשלה, לסייע ולהשתתף בפיתוח הארץ.
> ההסתדרות הציונית, כל זמן שארגונה והרכבה יהיו נאותים לדעת בעל־המנדט, תוכר בתורת סוכנות זו. היא תנקוט בצעדים תוך התייעצות עם ממשלת הוד מלכותו מלך בריטניה הגדולה כדי להבטיח את שיתוף־הפעולה של כל היהודים הרוצים לסייע בהקמת הבית הלאומי היהודי.

ובסעיף 6 נאמר:

> ממשלת ארץ־ישראל, בהבטיחה שזכויותיהם ומצבם של חלקי אוכלוסיה אחרים לא ייפגעו לרעה, תקל על עליה יהודית בתנאים נאותים, ותעודד תוך שיתוף־פעולה עם הסוכנות היהודית הנזכרת בסעיף 4, התיישבות צפופה של יהודים על הקרקע, לרבות אדמות המדינה ואדמות שוממות שאינן דרושות למטרות ציבוריות.

הקניית מעמד מיוחד לסוכנות היהודית לצורך קידום פיתוח הארץ ויישובה ב"התיישבות צפופה של יהודים על הקרקע" אין בה אפוא – גם מבחינת המשפט הבינלאומי – משום אפלייתם־לרעה של ערביי ארץ־ישראל; שכן סעיף 4 עצמו קובע, כי על הממשלה להבטיח שזכויותיהם של חלקי אוכלוסייה אחרים לא תיפגענה לרעה. לאמור: ההכרה בקיומן, בנפרד, של מסגרות התיישבותיות שונות, ליהודים ולערבים, אין בה משום אפליה של הציבור הלא־יהודי בארץ־ישראל.

הסוכנות היהודית, כגוף העוסק בהתיישבות יהודית בארץ־ישראל, קיבלה אפוא מעמד מיוחד וזכויות מיוחדות, שאין מקנים אותם בדרך־כלל לאדם פרטי או לגוף כלשהו, וזאת במישור המשפט הבינלאומי.[22] הטעם לכך הוא, שארץ־ישראל הוכרה כארצו של העם היהודי (כולל אלו שבפועל אינם מצויים בה), והסוכנות היהודית, כמייצגת את העם היהודי, קיבלה אפוא מעמד מיוחד זה. מובן, ואין צריך לומר, כי בספי התרומות של העם היהודי, שבאמצעותם הסוכנות היהודית ממנת את פעולות ההתיישבות, נועדו ליישובם של יהודים בלבד; וכשם שאין להעלות על הדעת שהסוכנות תשתמש בכספי תרומות אלה להעלאתם של לא־יהודים לארץ, בניגוד למטרותיה, כך גם אין להעלות על הדעת שהסוכנות תשתמש בכספים אלה ליישובם של לא־יהודים, בניגוד למטרותיה.[23]

22. שם, 103–104, 108–109.

23. פסיקת בית־המשפט העליון בבג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), הגורמת לשינוי ייעודם של הכספים שנתרמו לסוכנות כדי לבנות התיישבות יהודית בארץ־ישראל, פוגעת לכאורה

nevo.co.il

אם בפעולותיה המיישבות של הסוכנות היה טשום אפליה, לא היתה זו אלא אפליה מתקנת.[24] יש לזכור, כי בשעה שהוכרה זכותו המשפטית של העם היהודי על ארץ־ישראל על־ידי אומות־העולם ועל־ידי ארגון חבר־הלאומים מנתה האוכלוסייה היהודית בארץ כשישים אלף נפש בלבד – כעשרה אחוזים מכלל האוכלוסייה המקומית. כדי להכשיר את הארץ לשמש בית לאומי ליהודים צריך היה לנקוט פעולות מיוחדות לטובת יישובם של היהודים בארצם לאחר שנושלו וגורשו ממנה. בפעולות אלה – שעליהן ניצחה הסוכנות היהודית, כמייצגת את העם היהודי – לא היה אלא כדי לתקן במעט את העוול שנעשה לעם היהודי במשך דורות רבים על־ידי שליטי הארץ השונים.

חוק הכנסת משנת תשי"ג, שבו עוגנה סמכות המדינה לפעול ליישובם של יהודים באמצעות הסוכנות היהודית, לא יצר אפוא מציאות חדשה, אלא היה בו ביטוי – כפי שנאמר במפורש בסעיף 4 לחוק – להמשך המצב שהיה קיים לפני קבלתו של החוק. חוק זה מכיר בערכה של ההתיישבות היהודית כתכלית מיוחדת, אשר בכוחה לגבור על תכליות כלליות, כמו ערך השוויון (ולהלן יתבאר, שלמעשה אין כאן כל התנגשות עם ערך השוויון).

לא למותר לציין, כי סמכות המדינה לפעול ליישובם של יהודים מעוגנת גם בתקיקה הנוגעת לאדמות הקרן־הקיימת־לישראל, המנוהלות על־ידי מינהל מקרקעי ישראל.

תוכיר הקרן־הקיימת־לישראל קובע בסעיף 3(א), כי מטרת הקרן היא "לקנות... קרקעות... לשם יישוב יהודים".[25] פעילותה של הקרן מעוגנת בתוק קרן קיימת לישראל, תשי"ד-1954:[26] "באמנה שנכרתה בין מדינת ישראל לבין קק"ל, בשנת 1961, שבעקבותיה תוקקו את חוק יסוד: מקרקעי ישראל, את חוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, ואת חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, הוסכם שמִנהל מקרקעי ישראל ינהל את אדמות קק"ל 'בכפיפות לתזכיר ולתקנות ההתאגדות של קק"ל'. לפי זה, אמור מִנהל מקרקעי ישראל, בנהלו את מקרקעי קק"ל, להגביל עצמו למטרות קק"ל, דהיינו: שימוש בקרקע לשם יישוב יהודים".[27]

בזכותם של התורמים שכספם ייועד למטרות שלשמן הוא נתרם. כיצד אפשר לשנות את תכלית התרומות שניתנו לסוכנות בלא לשאול כלל לדעתם של התורמים? האם אין כאן פגיעה בזכויות־יסוד מוגנות, כמו זכות הקניין והזכות לכבוד?

24. ראו גם דבריו של השופט שטרוזמן, להלן, ליד הערה 47.

25. י"פ 354 (תשי"ד) 1196.

26. ס"ח 34.

27. יהושע ויסמן, "מקרקעי ישראל", ספר לנדוי (כרך ג, אהרן ברק ואליעזר מזוז – עורכים, בורסי, תשנ"ה) 1245, עמ' 1261. והשוו עם דעתו של קרצמר, שם, ליד הערה 65.

nevo.co.il

ג. מדינת ישראל כמדינה יהודית

גם אם סמכותה של המדינה לקדם את נושא ההתיישבות היהודית בארץ־ישראל באמצעות הסוכנות היהודית לא היתה מעוגנת במפורש בחוק, דומה בעיני שסמכות זו היא פועל יוצא של היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית – כמוכרז במגילת־העצמאות וכקבוע בחוקי־היסוד. אכן, מגילת־העצמאות מצהירה על שמירת זכויותיהם של המיעוטים במדינת ישראל, עם היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית. גם בחוקי־היסוד מוגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. האם אופיה הדמוקרטי של המדינה מונע ממנה מלהגשים את הערך של התיישבות יהודית בארץ־ישראל?

בשעתו כתב נשיא בית־המשפט העליון, השופט אהרן ברק, את הדברים הבאים לגבי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית:

> ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה... אין לשכוח כי בישראל מצוי מיעוט לא יהודי ניכר. אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית.[28]

במלים אחרות: ערך יהודי ראוי לכאורה להימנות עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית רק אם הוא עולה בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה. פועל יוצא של הגדרה זו הוא, שאם הערך היהודי של התיישבות יהודית בארץ־ישראל אינו עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון של הדמוקרטיה, אין הוא ראוי להימנות עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית.

אולם לבד מן העובדה שאין תפיסה זו מוסכמת על דעת הכול,[29] הנה השופט ברק עצמו כתב במקום אחד, שהתיישבות היהודים בארץ־ישראל היא מערכיה הראשיים של המדינה, ואלו דבריו:[30]

> מהם, אפוא, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? נראה לי כי אלה ערכי היסוד של הציונות וערכי היסוד של היהדות (במובן ההלכה היהודית לדורותיה) המאפיינים את ישראל. על ערכים אלה

28. אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, עמ' 30-31.

29. ראו מנחם אלון, "דרך חוק בתוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, עמ' 684-688.

30. אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 331-332.

> יש ללמוד מתוך תפיסותיה הפנימיות של הציונות והיהדות... יהדותה של המדינה היא המאפיינת אותה, היא שונה בכך מכל מדינה אחרת. זהו 'טעם' קיומה, ואלה מאפייניה העיקריים. רבות הן המדינות הדמוקרטיות בעולם, אך רק מדינת ישראל היא מדינה שאינה רק דמוקרטית אלא היא גם יהודית... 'מדינה יהודית' היא אפוא מדינתו של העם היהודי; 'ווהי וכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית'. מדינה שלכל יהודי הזכות לעלות אליה ושקיבוץ גלויות הוא מערכיה הבסיסיים. 'מדינה יהודית' היא מדינה שההיסטוריה שלה שלובה ושזורה בהיסטוריה של העם היהודי, ששפתה עברית, ושעיקרי חגיה משקפים את תקומתה הלאומית. 'מדינה יהודית' היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה, ובמושבותיה היא בראש דאגותיה.

"התיישבות יהודים" היא התיישבות במסגרות קהילתיות של יהודים, בלא שמתקפחת זכותם של לא־יהודים להתיישב במקומות אחרים שאינם מוגדרים כהתיישבות יהודית. גם בעלייתם של יהודים לארץ אין משום קיפוחם של לא־יהודים. זכות ההתיישבות היהודית בארץ־ישראל, וזכותם של יהודים לעלות לארץ הן נגזרות של מהות המדינה כמדינה יהודית. השמטת מאפיין בסיסי זה, של עלייה והתיישבות יהודית, מאופיה של המדינה, יש בה משום ביטול אופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

בפסק־הדין שלפנינו – בהצדיקו את השקפתו, כי בהקצאת קרקעות להתיישבות יהודית בלבד יש משום אפליה – כותב הנשיא ברק, כי מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית "מתבקשות מסקנות מספר: כך, למשל, מתבקש כי עברית תהא שפה עיקרית במדינה ועיקרי תגיה ישקפו את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מתבקש מכך גם כי מורשת ישראל תהווה מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית, ומתבקשות מסקנות נוספות שאין לנו צורך לעמוד עליהן. אך מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה".[31] וכיוון שבהקצאות הקרקעות ליישוב הקהילתי קציר יש משום אפליה, הריהי פסולה.

לעניות דעתי, אם מהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית נגזרת המסקנה כי "מורשת ישראל מהווה מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית", הרי חלק מרכזי ממורשת זו הוא ההתיישבות היהודית המסורתית במסגרות קהילתיות, המשמרות את ההווי, התרבות, המנהגים ואורחות־החיים היהודיים, תוך הימנעות מחיכוכים עם זרים על רקע דתי או לאומי. בשימורה של המסגרת ההתיישבותית היהודית אין משום אפליה, אלא משום טיפוח ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, כשבכך אין משום פגיעה כלשהי בהיותה של ישראל בעת ובעונה אחת גם מדינה דמוקרטית. לעניות דעתי, דווקא בשלילת

31. בג"ץ **קעדאן** (לעיל, הערה 1), 281.

nevo.co.il

זכותם של יהודים להתאגד במסגרות התיישבותיות משלהם יש משום פגיעה בזכויות־היסוד של יהודי בארצו ובמהותה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

גם פרופ' רות גביזון, בנתחה את משמעותו של פסק־הדין בבג"ץ קעדאן, כותבת:[32]

> חלק מן הטעם המיוחד להקמתה של מדינה יהודית היה הרצון של יהודים לחדול 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־ערבית. אולם, אדם אינו חי את חיי היום־יום שלו במדינתנו. איכות חייו נמדדת בחייו בעירו, בכפרו, בשכונתו, בבית הספר אליו הוא שולח את ילדיו... מתן אפשרות ליהודי החפץ בכך לחיות בישראל ביישוב יהודי איננה זכות־יתר או לגיטימציה לבדלנות, ומציאת הכלים שיאפשרו בתירה זו אינה בהכרח הפליה בלתי מוצדקת.

ד. פסק־הדין בפרשת בורקאן

דומה בעיני, כי התפיסה, שלפיה אין בהקצאת קרקעות להתיישבות יהודית משום פגיעה בעקרון השוויון, מעוגנת גם בפסיקה קודמת של בית־המשפט העליון – פסיקה שאף אווכרה בפסק־דינו של בג"ץ בגידון שלפנינו.

נפתח בבג"ץ בורקאן.[33] ערבי, שאינו אזרח ישראל, שהתגורר בעבר בעיר העתיקה בירושלים ואף החזיק בה רכוש, ביקש לרכוש דירה ברובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים מאת החברה לשיקום הרובע היהודי. בקשתו נדחתה לאחר שנמצא כי אינו עומד בדרישות שפרסמה החברה, שלפיהן רק אזרחים יוצאי־צבא רשאים להשתתף בהיצע הדירות לציבור. האיש עתר לבג"ץ כנגד החלטת הדחייה ובין השאר טען לאפליה. העתירה נדחתה פה אחד ונקבע שאין מדובר כאן באפליה פסולה. מעניין לדון בכמה מן הנימוקים שניתנו להחלטה תקדימית זו.

השופט חיים כהן – לימים, המשנה־לנשיא, ובמשך שנים רבות נשיא האגודה לזכויות האזרח בישראל – קודם שבא לפרט את נימוקיו לדחיית הטענה בדבר אפליה פסולה, מצא לנכון להעיר, כי העותר, אשר על־פי הצהרתו אסור לו, כמוסלמי, למכור קרקע ליהודי (בעוד שאינו אסור במכירת קרקע למוסלמי), אינו יכול לטעון לאפליה שהוא־עצמו לוקה בה: "הטוען בבית־משפט זה כי הפליה פלונית פסולה היא, עליו הראיה שהוא עצמו נקי

32. רות גביזון, "האמנם יהודית ודמוקרטית – משמעות בג"ץ קעדאן", כיוונים חדשים 2 (תש"ס) 21, עמ' 25.

33. בג"ץ 114/78, המ' 451/78 ואח' בורקאן נ' שר האוצר ואח', פ"ד לב (2) 800 (להלן: בג"ץ בורקאן).

מכל שמץ הפליה אשר כזאת. ואילו הדוגל בדגל ההפליה הפסולה לגבי עצמו, אומרים לו, טול קורה מבין עיניך תחילה".[34]

בבג"ץ קעדאן אין כל התייחסות להשקפותיו של העותר בנושא מכירת קרקעות ליהודים. ייתכן כמובן, שהוא־עצמו אינו דוגל בהשקפותיו של העותר בבג"ץ בורקאן, אבל ראויה לציון העובדה שבית־המשפט כלל לא מצא לנכון לדון בשאלה זו.

את עיקר החלטתו לדחות את העתירה ביסס השופט חיים כהן על כך, שבדרישה "כי חוכרי הדירות חייבים להיות אזרחי ישראל ששירתו בצבא או עולים חדשים" לא נמצא יסוד של אפליה פסולה מחמת דת, לאומיות או כל גורם אחר.

מבין ארבעת הנימוקים שנותן השופט חיים כהן להחלטתו, שניים, בעיקר, הם הנוגעים לענייננו. ראשית – כותב השופט כהן – "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 שעיניו רואות בכתובים. ההגבלה לאזרחים יוצאי הצבא בלבד מסתברת משיקולים בטחוניים פשוטים".[35]

אילו יישם בית־המשפט העליון בבג"ץ קעדאן את קביעתו זו של השופט חיים כהן (שאליו הצטרפו גם שני חבריו, השופטים שמגר ובכור),[36] היה עליו לדחות את העתירה; שהרי גם במקרה זה לא נאמר שהיישוב קציר פתוח ליהודים בלבד, אלא נאמר שהקבלה ליישוב היא ליוצאי צבא. אם לגבי תנאי הכניסה לרובע היהודי של העיר העתיקה בירושלים – שהוא בגדר של שכונה עירונית – נכון לומר, שההגבלה ליוצאי צבא בלבד מסתברת "משיקולים בטחוניים פשוטים", קל־וחומר שנכון לומר כך גם לגבי היישוב הקהילתי קציר, הממוקם באיזור מאוד בעייתי מבחינה בטחונית (ועל כך עוד ידובר להלן). לא ייתכן, שאותו סעיף מגביל ליוצאי צבא נמצא מוצדק מן השיקול הבטחוני בבג"ץ בורקאן, ואילו בבג"ץ קעדאן נמצא שסעיף זה יש בו משום אפליה פסולה.

נימוק אחר שהשופט חיים כהן נותן לכך שאין כאן אפליה הוא, "שהשיקום בא לשם החזרת עטרת הישוב היהודי בעיר העתיקה לישנה, כדי שליהודים יהא שוב, כמו שהיה בעבר, רובע המיותד להם, ליד רובעי המוסלמים והנוצרים והארמנים. אין כל הפליה פסולה בייחודם של הרובעים הללו, רובע רובע ועדתו".[37]

34. שם, 804.

35. שם, 805.

36. הנקודה הבטחונית מוצאת ביטוי גם בפסק־דינו של השופט בכור, אשר כתב (שם, שם): "כלל מקודש לנו הוא שחס וחלילה לנו מלתת את ידנו לכל דבר שיש בו משום אפליה בין בני־אדם בגין דתם או לאומיותם, אבל יחד עם זאת בישום הכלל הגדול הזה אל לנו להתעלם מן המציאות והמצב בשטח, ועלינו להישמר שלא ליצור אפליה מסוג אחר או בכיוון הפוך ושלא לפגוע בבטחון חיי אדם".

37. שם, שם.

nevo.co.il

גימוק זה נשען על ההנחה, שהדירות ברובע היהודי אכן מוצעות למכירה ליהודים בלבד כדי לשמור על ייחודו של הרובע כרובע יהודי. לדעת השופט כהן, אין בכך משום אפליה, אם לכל עדה דתית שמורה הזכות להתגורר ברובע המיוחד לה.

אילו יישם בית־המשפט העליון בבג"ץ קעדאן את האמור לעיל, היה עליו לקבוע ש"אין כל הפליה פסולה בייחודם של ישובים קהילתיים, ישוב ישוב ועדתו". וכי יש בסיס להבחנה בין הרובע היהודי בירושלים ובין יישוב יהודי קהילתי במקום כלשהו בארץ־ישראל? דומה בעיני, שאם נכון לומר כי ישנה הצדקה לייחודיותו של הרובע היהודי בירושלים כמקום מגורים לאוכלוסייה יהודית בלבד, ישנה גם הצדקה לייחודיותו של כל יישוב קהילתי אחר בארץ, המבקש לקיים מסגרת התיישבותית הפתוחה בפני יהודים בלבד. מה שאינו נחשב כאפליה פסולה לגבי הרובע היהודי בירושלים אינו יכול להיחשב כאפליה לגבי יישוב קהילתי אחר במקום כלשהו בארץ.

האם התעלם בית־המשפט העליון בבג"ץ קעדאן מן הפסיקה בבג"ץ בורקאן? עיון בפסק־הדין יגלה, כי בית־המשפט לא התעלם ממנה. הוא אף מאזכר פעמיים את קביעתו של השופט שמגר בפתח פסק־דינו שבאותו עניין, כי "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי... לאום... דת... הוא עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן".[38]

אולם מה שחשוב בפסק־הדין אינו הקביעה כי השוויון הוא עיקרון חוקתי. החשוב הוא, שבבג"ץ בורקאן נקבע במפורש, כי לעיקרון החוקתי של שוויון אין כל רלבנטיות לנסיבותיו של אותו מקרה, דהיינו: לעניין זכותן של הרשויות לשכן ברובע היהודי יהודים בלבד. בפסק־הדין נקבע, כי שלילת זכותו של ערבי לרכוש זכויות מגורים ברובע שיוחד לשכונה יהודית אין בה משום אפליה פסולה. חלק זה שבפסק־הדין, שהוא עיקרו של פסק־הדין, אינו מאוזכר כלל בבג"ץ קעדאן. מן הראוי היה לו לבית־המשפט העליון, כי בחדשו הלכה כה מפליגה, ובניגוד לכל מה שהיה מקובל עד כה בנושא ההתיישבות – הלכה שלפיה אין הרשויות מוסמכות להגביל את זכות המגורים ביישוב קציר ליהודים בלבד – יבהיר יחד עם זאת במה שונה היישוב הקהילתי קציר מן הרובע היהודי בירושלים. אם שלילת זכות המגורים מערבי יש בה משום אפליה פסולה, הרי שתיא צריכה להיות פסולה לכאורה בכל מקום, ועצם העובדה שבעבר היה הרובע מיושב ביהודים בלבד אינה צריכה לגרום לכך שגם בעתיד יהיו ערבים מנועים מלהתגורר שם, ובכך תונצח ה"אפליה". ואם, מנגד, נכונה פסיקתו של בית־המשפט בבג"ץ בורקאן וישנה הצדקה לשלילת מגוריהם של ערבים בתוך הרובע היהודי בירושלים, מדוע לא קיימת אותה הצדקה, ומאותם נימוקים, לגבי היישוב הקהילתי קציר?

מאחר שבית־המשפט לא מצא לנכון להבדיל את המקרה שלפניו מן המקרה שבבג"ץ בורקאן, אין לנו אלא לעורר את התהיות בלא שיש בידנו הסברים מספקים.

38. שם, 806.

nevo.co.il

ה. פסק־הדין בפרשת אביטן

מכאן לבג"ץ אביטן,[39] שאף ממנו עולה העיקרון, כי התיישבות על בסיס אתני אין בה משום אפליה כלפי מי שאינו שייך לאותה קבוצה אתנית. וזה טיפור המעשה: במסגרת מדיניות הממשלה ליישב את הבדואים ביישובי־קבע הוצעו על־ידי מינהל מקרקעי ישראל מגרשים לחכירה בגוש שגב־שלום הסמוך לבאר־שבע. ההצעה כוונה לבדואים בלבד, ומשביקש יהודי אחד, אליעזר אביטן שמו, לחכור מגרש לבניית ביתו, נתקל בסירוב מכיוון שאינו בדואי. האיש עתר לבג"ץ וטען לאפליה על רקע לאומי, אבל עתירתו נדחתה.

בנימוקי החלטתו קובע בית־המשפט העליון, מפי השופט אור, כי:

> יש אינטרס ברור למדינה לעודד את התיישבות הבדואים... נוצר אינטרס למדינה לסייע להם, ובכך גם להשיג מטרות ציבוריות חשובות. האופי ודרך החיים של נוודים ללא יישובי קבע מסודרים, על כל הכרוך בכך, הם העושים את הבדואים לבני קבוצה ייחודית, שהמשיבים סבורים שראויים הם לסיוע ולעידוד, תוך התייחסות מיוחדת, מפלה לטובה ולא העובדה שהם ערבים.[40]

בית־המשפט קובע בין השאר, שאם יתאפשר לעותר, ולאחרים שאינם בדואים, להתיישב בעיירות המתוכננות לבדואים, עלול הדבר לגרום לכך שבדואים נוספים לא ירצו לבוא להתגורר בהן, ואלה הגרים שם עלולים לעזוב, וכך תסוכל מדיניות הממשלה ביישובם של הבדואים ביישובי־קבע.[41]

בבג"ץ קעדאן מובאת פסיקה זו שבבג"ץ אביטן כדוגמא לכך, שישנם מצבים שבהם טיפול נפרד, אבל שווה, עשוי להיות חוקי, ולא בגדר של אפליה פסולה. לדעת בית־המשפט, מצב דברים זה אינו מתקיים במקרה שלפנינו, וזאת משני טעמים: (א) מאחר שבפועל אין המדינה מקצה קרקע אלא ליישובים קהילתיים יהודיים, ולא לערבים, מדובר בקיומה של אפליה, הלכה למעשה, אף שהמניע להפרדה אינו הרצון להפלות; (ב) "אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב הקהילתי קציר פתוח לכל יהודי באשר הוא (כפוף לתנאי קבלה שאינם מופיעים בתקנות האגודה השיתופית ושאת תוכנם איננו יודעים). ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים 'קבוצה ייחודית'... נהפוך הוא: כל יהודי בישראל, כחלק מרוב התושבים, שנפשו חפצה בחיים קהילתיים כפריים, כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית קציר. ...

---

39. בג"ץ 528/88, בשג"ץ 335/89 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג (4) 297 (להלן: בג"ץ אביטן).
40. שם, 302-304.
41. שם, 305-306.

nevo.co.il

הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או של בני הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות העניין שלפנינו, קריטריון מפלה. אכן, מרבית השיקולים שהוצגו בפנינו על־ידי הסוכנות היהודית מבוססים על אותו סיווג 'חשוד' של השתייכות לאומית, וכל מטרתם לא באה אלא לקדם התיישבות יהודית באוור".[42]

טעמים אלה מוקשים מאוד בעיני. לעותר שבבג"ץ קעדאן הוצעו כמה הצעות חלופיות: לרכוש בית בעיר הסמוכה חריש או לרכוש בית ביישוב קציר עצמו, בשכונה אחרת הנפרדת מתחומי היישוב הקהילתי. לא זו בלבד, אלא כפי הצהרת הרשויות, ישנה נכונות מטעם המדינה להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד. כלומר: אין מדובר במדיניות השוללת מן העותר את הזכות הבסיסית לרכישת בית־מגורים לו ולמשפחתו, אלא למעשה בכיבוד זכותם של יהודים, המעוניינים בכך, להתגורר במסגרת התיישבותית יהודית המקובלת עליהם. האם בשלילת זכותם של יהודים לקבוע לעצמם את אורח־חייהם אין משום קיפוחם־הם?!

לא עלה בידי להבין מדוע מורשתם ותרבותם של הבדואים עושה אותם לקבוצה ייהודית אשר אין לאפשר לשום גורם אתני אחר – כולל יהודים – להתגורר בקרבם; בעוד שהמורשת והתרבות של היהודים אין די בהן כדי ליצור מאפיינים המייחדים קבוצה זו כדי שתהיה וכאית אף היא להתיישבות שאינה פתוחה אלא ליהודים בלבד.

לא עלה בידי להבין מדוע במדינה יהודית אין זו זכותו היסודית של יהודי לחיות במסגרת קהילתית יהודית, הן כדי לנהל את אורחות־חייו בסביבה חברתית־תרבותית כרוחו הן כדי להימנע מחיכוכים עם בני עם אחר על רקע גורמים שונים שאין צורך לפרטם.

בפסק־הדין שלפנינו קובע בית־המשפט העליון, כי מדיניות של "נפרד אבל שווה" עשויה להיות מוצדקת, על־אף הפגיעה בשוויון, "בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע 'התבוללות כפויה'".[43] אינני סבור, שזכותה של קבוצה לשמור על תרבותה ועל אורח־חייה ורצונה למנוע התבוללות כפויה צריכות להיות נחלתן של קבוצות־מיעוט בלבד. סבורני, שרבים הם היהודים התיים בארץ אשר עזבו את מקומות־מושבם בגולה כדי לשמר את תרבותם ואת אורחות־חייהם במסגרת יהודית. וכי זכותם של יהודים אלה – שייתכן כי הם הרוב – צריכה להיות מקופחת רק משום שהם נמנים עם הרוב? ושמא צריכים היהודים בארצם לשאוף לחוור למצב של מיעוט כדי ליהנות מן הזכות לשמר את תרבותם ואת אורחות־חייהם באין מפריע?!

ועוד קשה בעיני: סיבה עיקרית לכך שבבג"ץ אביטן נמצאו הרשויות מוצדקות בסרבן לאפשר ליהודי לרכוש זכויות מגורים בתחומי היישוב הבדואי היתה, שמתן אפשרות

---

42. בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), 280.

43. שם, 279. ראו גם לאחרונה בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, תיגוך ותרבות ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון** (טרם פורסם), פסקה 3 לפסק־הדין.

nevo.co.il

ליהודים להתגורר בתחומי היישובים הבדואיים עלולה לסכל את מדיניות הממשלה ליישב את הבדואים ביישובי־קבע, משום שהבדואים לא ירצו להתגורר ביישובים אלה.

אם כך, הבה ונראה מה עומד ביסוד הקמתו של היישוב קציר? יישוב זה הוקם בלב ואדי ערה (נחל עירון), המאוכלס בצפיפות על־ידי רוב ערבי מוחלט, כדי לחזק את האחיזה היהודית בחבל־ארץ זה. על החשיבות הלאומית והבטחונית בחיזוק ההתיישבות היהודית בחבל־ארץ זה דומה שאין צורך להכביר מִלים.

מכל־מקום, מן הראוי לצטט דברים בעניין זה, הכלולים בתצהיר התשובה שהוגש לבית־המשפט העליון בעתירה שלפנינו מטעם האגודה השיתופית "קציר". וכך נאמר שם:

> לייזמים ולמתיישבים היה ברור מלכתחילה שהקמת היישוב קציר ע"י האגודה הינו חלק אינטגרלי ממימוש החזון הציוני של ביסוס הישוב היהודי בארץ ישראל, המיקום הספציפי של הישוב בלב האזור הערבי המכונה "המשולש" שב"ואדי ערה" נבחר מתוך מטרה ברורה של חיזוק האחיזה היהודית באזור בו קיים לערביי ארץ ישראל רוב מוחלט. מדובר בחבל ארץ שסופח למדינת ישראל בהסכמי רודוס 1949. מאז קום המדינה התרבו בו הישובים הערביים והאוכלוסיה הערבית מהווה בו רוב מכריע יחסית לכמות התושבים היהודיים. הישוב ממוקם על קו התפר שבין האוכלוסיה הערבית־ישראלית לבין האוכלוסייה הערבית־פלסטינאית (גבול הישוב הוא הקו הירוק). המוסדות המיישבים וחברי האגודה הראשונים ראו במטרה החלוצית של הקמת ישוב יהודי בלב אוכלוסיה ערבית בארץ־ישראל מטרת ציונית בפני עצמה.

ההחלטה על מיקומו של היישוב קציר היתה מעוגנת במדיניות ההתיישבות של הממשלה, אלא שהתגלו קשיים במשיכת מתיישבים יהודים לאיזור זה. על כך נאמר בתצהיר הנ"ל:

> עיקר חששה של האגודה מעתירה זו היא בקשתו של העותר להקצאת ישירה של מקרקעין מהמינהל תוך עקיפת הליכי המיון בקבלת הברים לאגודה. העתירה אם תתקבל, תרוקן מתוכן את מנגנוני המיון והקליטה של האגודה וקיים חשש שכתוצאה מכך יוצף היישוב בתושבים ערבים מהיישובים הסמוכים שלא יעברו כל הליכי מיון. לעניין זה יש להדגיש שהיישוב בגלל היותו בלב האוכלוסיה הערבית מהוה מקום אטרקטיבי דווקא לאוכלוסיה זו, בעוד שלאוכלוסיה ישראלית אינו זה, ולצערנו, לקח למעלה מעשור שנים עד שהאגודה הצליחה למשוך אליה אוכלוסיה ישראלית מתאימה להרחבת שורותיה (עד שנת 1990 היו ביישוב פחות מ־100 נפשות).

nevo.co.il

יוצא אפוא, שמתן אפשרות לערבים לרכוש בתים ומגרשים בתוככי היישוב הקהילתי קציר היה בו כדי לסכל בעליל את מדיניות הממשלה לעודד התיישבות יהודית גדולה בחבל־ארץ זה. האם מה שנכון היה לומר לגבי יישובם של הבדואים ביישובי־קבע אינו נכון לפחות באותה מידה גם באשר ליישובם של יהודים בנחל עירון ובמקומות רגישים אחרים? מדוע לגבי יישובם של הבדואים נכון היה לומר, שהחשש שמא תסוכל מדיניות הממשלה הוא שיקול מוצדק ועל־כן אין בשלילת זכותו של יהודי להתגורר שם משום אפליה פסולה, בעוד שבאשר ליישובים קהילתיים יהודיים, שאף הם הוקמו כיישובים יהודיים על רקע של מדיניות ממשלתית מסוימת, אין לשלול מערבי את זכותו להתגורר בהם, גם אם בכך תסוכל מדיניות הממשלה?

לעניות דעתי, אימוץ העקרונות שנקבעו בבג"ץ אביטן היה מחייב לא את קבלתה של העתירה בבג"ץ קעדאן, כי אם את דחייתה; שהרי – כלשונו של השופט טירקל בעניין אחר – "לא כל הנחזה כאפליה פסולה – אפליה יקרא לו",[44] ומה שלא נחשב כאפליה פסולה בבג"ץ בורקאן ובבג"ץ אביטן לא צריך היה להיחשב כאפליה בבג"ץ קעדאן.

לא למותר לציין, כי בתצהיר התשובה של האגודה השיתופית "קציר" הוטעם, כי אין האגודה דוגלת באפלייתם של ערבים:

> לדעת האגודה, החיים בארץ של שני הלאומים זה בצד זה ביישובים נפרדים, המקיימים קשרים ביניהם בכל מגוון החיים, היא הצורה הנכונה והתורמת ביותר לדו קיום בשלום ובשוויון של שני הלאומים. לעומת זאת, לדעת האגודה, ניסיון לחיים משותפים זה בתוך זה ביישוב קהילתי אחד, היא דרך חיים אשר תשרת מטרה הפוכה: חידוד המחלוקות שבין הלאומיים; צורה זו נועדה לכישלון מלכתחילה, ואין כל מקום לעשות ניסיונות על גבם של המתיישבים אשר הגיעו ליישוב מתוך הנחה ברורה שהם לוקחים חלק במפעל אישי וציוני – הקמת יישוב יהודי... קיום אורח חיים משותף לשתי תרבויות שונות הדרות בכפיפה אחת במסגרת אגודה שיתופית, לא רק שלא תקרב את התרבויות זו לזו, אלא שיווצרו ביישוב שתי אוכלוסיות נפרדות עם מנהגים שונים, אורחות חיים שונים, בעלי אירועים חגיגיים שונים, האוכלוסיה ביישוב תפוצל לשתי חברות נפרדות, ולסכסוכים בלתי פוסקים. מצד שני, קיום בשלום ובאחוות עמים, זה בצד זה, של יישובים שכנים המקיימים כל אחד לעצמו ובתוכו, את תרבותם ואורחות חייהם, מאפשר שילוב ושיתוף בתחומים שונים, תוך כיבוד הדדי.

44. בג"ץ 200/83 ותאד ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לח (3) 113, עמ' 121.

nevo.co.il

דומה בעיני, כי לשיקול זה בדבר הצורך בקיום מסגרות התיישבותיות נפרדות של זה לצד זה, ולא זה בתוך זה, למען החיים המשותפים של שני העמים החיים בארץ־ישראל, כמו למדיניות הממשלה בביסוסה של התיישבות יהודית באיזור המשולש – לא ניתן המשקל הראוי, כמתחייב מן הפסיקה בבג"ץ בורקאן ובבג"ץ אבישן. אילו הלך בג"ץ בעניין שלפנינו בעקבות הפסיקה ההיא, היה עליו לדחות את העתירה.

ו. ערך השוויון אינו ערך מוחלט

מעבר לכל האמור, ערך השוויון – כמו כל ערך חשוב אחר – אינו ערך מוחלט, וייתכן חייב להיעשות תוך התחשבות עם ערכים אחרים, העשויים להתנגש עמו. על הערך הלא־פחות חשוב של חופש הביטוי כתב השופט אגרנט:

> הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית, הניתנת לצמצום ולפיקוח לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים־חברתיים חשובים, הנחשבים בתנאים ידועים כעדיפים מאלה המובטחים על ידי מימוש העיקרון של חופש הביטוי. תיחום התחומים לשימוש בזכות לחופש הדיבור והפרסה (*press*) נעוץ, אפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה.[45]

כך, לדוגמא, מביא השופט ברק באחד מפסקי־הדין את האיזון בין הערך של שלום הציבור, מחד גיסא, ובין הערך של חופש הביטוי, מאידך גיסא: "מקום שהאינטרס הציבורי בשלום הציבור וביטחונו מתנגש בחופש הביטוי, ידיו של האינטרס הציבורי בשלום הציבור על העליונה".[46]

גם אם במדיניות הקצאת הקרקעות על־ידי המדינה באמצעות הסוכנות היה משום חוסר־שוויון מסוים – ולדעתי, כמבואר לעיל, אין בה כל חוסר־שוויוניות – מכל־מקום, על בית־המשפט היה לאזן בין ערך זה ובין הערך של התיישבות יהודית, שראוי להעדיפו בשל אופיה ומהותה של המדינה כמדינה יהודית, כאמור בדברינו לעיל. זהו אינטרס ציבורי מובהק של העם היהודי השב לארצו – לקיים מסגרות של התיישבות קהילתית יהודית, כמקובל מזה דורות.

חוששני שבענייננו לא רק האינטרס הציבורי בקיומם של יישובים קהילתיים יהודיים – בלא לגרוע מזכותם של לא־יהודים לקיים מסגרות דומות משלהם – לא נלקח בחשבון על משקלו הראוי. לעניות דעתי, גם האינטרס הציבורי של שלום הציבור ובטחונו – וקיום

45. בג"ץ 73/53 ואח' **חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר האוצר**, פ"ד ו 871, עמ' 879.

46. ע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת־עילית ואח'**, פ"ד מו (5) 189, עמ' 204. ראו גם ברק (לעיל, הערה 30), 215-227.

מפעל ההתיישבות בארץ־ישראל הוא בלא ספק מרכיב חשוב בביטחון הלאומי – לא נלקח בחשבון על משקלו הראוי. בעקבות פסיקת בג"ץ, הפותחת את הדרך בפני רכישת מקרקעין בתוך היישובים הקהילתיים היהודיים על־ידי לא־יהודים, עלולים גורמים עתידי־ממון בעולם הערבי להזרים כספי־פתק לשם רכישת נכסים שיוצעו למכירה על־ידי המדינה במכרזים הציבוריים. לגורמים יהודיים קשה יהיה להתחרות עם גורמים עתידי־ממון אלה, מה שעלול להמיט אסון על מפעל ההתיישבות בארץ כולה.

העם היהודי, אשר השקיע מאמצים עצומים בגאולת קרקעות בארץ־ישראל מראשיתו של תהליך שיבת ציון לפני כמאה ועשרים שנה, עלול – בעקבות הפתח שנפתח עם פסיקת בית־המשפט העליון בבג"ץ קעדאן – למצוא את עצמו בעוד זמן לא רב בלא חלקים ניכרים מארצו, שנרכשו בדמים מרובים, תרתי משמע, בדרכים דמוקרטיות לחלוטין. כלום נתן בג"ץ את דעתו להשלכות חמורות אלה העלולות לנבוע מפסיקתו?

בנתחו את משמעותה של פסיקת בית־המשפט העליון בבג"ץ קעדאן, כותב השופט שטרוזמן:[47]

> כדי שישראל תהיה מדינה יהודית, שאף מיעוט לאומי איננו מאיים עליה בגלל קרבתו האתנית, הלאומית, התרבותית והפיסית, למדינות סמוכות העויינות את מדינת ישראל – גם אם עתה קיים עם כמה מהן שלום קר מאוד כשביתת נשק – צריכה להיות העדפה מתקנת ברורה לבני העם היהודי בנושאים הרלוואנטיים לביסוסה ולחיזוקה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, לא רק עד שער הכניסה למדינה [חוק השבות – א"ש], אלא גם בתוכה. ההעדפה המתקנת הלאומית היא העדפה מוצדקת בגלל הצורך, שהיה מטרת הציונות, להקים בארץ־ישראל מדינה יהודית שתביא לתקון של עוול רב שנים, שנגרם לעם היהודי ובשל היותם של יהודי ישראל מיעוט מוערי במורח־התיכון הערבי, ובגלל מלחמתה של מדינת ישראל לעצמאותה ולקיומה בערבים הסובבים אותה מאז סירובם להכיר (הכרה "דה יורה" ולא הכרה הנכפית עליהם "דה פקטו") בזכות עמנו לתקומה במדינתו בארץ מולדתו. "חוקה אינה מירשם להתאבדות, וכויות אזרח אינן במה לכיליון לאומי...", קבע השופט ברק. לכן, יכול היה בג"ץ לקבוע, ברוח דומה, שעקרון השוויון איננו מיועד לבלימת התפתחותה של מדינה ישראל כמדינה יהודית בהתאם למטרת הציונות, שבאה לביטוי במגילת העצמאות... ודינה של ההעדפה המתקנת בבית, כדינה בדרך לבית, הא בהא תליא. ולכן, ההתיישבות היהודית על

47. אורי שטרוזמן, "בג"ץ: הקונספציה, הסוכנות היהודית והישוב קציר", האומה 140 (תש"ס) 14, עמ' 23-24.

nevo.co.il

אדמות מדינה בארץ ישראל בכספי העם היהודי המיועדת ליהודים,
היא בתחום ההעדפה המתקנת לטובת העם היהודי.

ייתכן שלעותר שבבג"ץ קעדאן, ואולי גם לאחרים במגזר הערבי, בעיות אמיתיות של הקצאת קרקע למגורים. ייתכן שהמדינה לא עשתה די לפתרון בעיות אלה. אבל פתרון הבעיה של מצוקת הקרקעות במגזר הערבי אינו צריך להיעשות תוך יצירת בעיה חדשה, וחריפה אולי הרבה יותר, במגזר היהודי. מאחר שהוצהר מטעם הרשויות (מינהל מקרקעי ישראל והסוכנות היהודית) במהלך המשפט על נכונותן לפתור את בעיית העותר במסגרות כאלה ואחרות – כולל הקמתו של יישוב קהילתי לבני המגזר הערבי – דומה בעיני, כי על בית־המשפט העליון היה להיאחז בכך ולמצוא בדרכים אלה את הפתרון הנאות ולא לקבוע נורמה חדשה המנוגדת לכל מה שהיה מקובל עד כה בנושא ההתיישבות היהודית בארץ־ישראל, וספק אם הוא מקובל על דעתו של רוב הציבור היהודי בארץ.

כבר נאמר בשעתו על־ידי בית־המשפט העליון, בהקשר אחר, כי "יהס של שוויון אינו מוביל תמיד לתוצאה צודקת, ולעתים יש לנהוג בחוסר שוויון כדי להשיג צדק, הכל בהתאם למטרה, שאליה אנו שואפים להגיע... הצדק שבתוצאה הוא הקובע ולא קדושת העיקרון של השוויון, שבא רק לשרת את מטרת הצדק".[48]

בשעתו השכיל בית־המשפט העליון לדחות על הסף עתירה כנגד חוקיותה של ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון, בסיום פסק־דינו באותה פרשה כתב השופט גולדברג: "זכותם של העותרים להניח 'טוקש משפטי' על סִפו של בית־המשפט, אולם אין על בית־המשפט לדרוך על מוקש אשר עלול לקעקע את יסודותיו, שהם אמון הציבור בו".[49]

חוקיותה של מדיניות ההתיישבות של הממשלה באמצעות הסוכנות היהודית היא מוקש משפטי, שאינו קטן מן המוקש שבאמצעותו נעשה בשעתו הניסיון להעלות את הכורת על מפעל ההתיישבות ביהודה ושומרון באמצעות בג"ץ. ואולם הפעם, שלא כבפעם ההיא, לא נמנע בג"ץ מלדרוך על מוקש, העלול חלילה לקעקע לא רק את יסודותיו־הוא, אלא אף להמיט אולי תוצאות הרות־אסון על מפעל ההתיישבות בארץ־ישראל כולה.

48. בג"ץ 720/82 אליצור נ' עירית נהריה ואח', פ"ד לז (3) 17, עמ' 21.

49. בג"ץ 4481/91, בשג"ץ 5156/91 ברגיל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (4) 210, עמ' 220.

nevo.co.il