

## סוגיית השוויון והמגורים בנפרד בהתיישבות קהילתית וכפרית

# הפסיקה בפרשת בג"ץ קעדאן לא הייתה מחויבת המציאות

פרופ' שמעון שטרית\*

פסיקת בג"ץ בעניין קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל לגבי אפשרות המגורים של משפחה ערבית ביישוב הקהילתי קציר, לא הייתה בלתי נמנעת ואף לא הייתה מחויבת המציאות; בג"ץ יכול היה להשתמש בסמכותו לפי "חוק יסוד: השפיטה" וכלל לא לדון בעתירה מטעמים של עילות סף; מעבר לפן הפרוצדורלי, קיימים נימוקים חזקים לאי התערבות בית המשפט וכן טעמים מבוססים המצביעים על כך שניתן היה, ואף ראוי היה, להגיע לתוצאה שונה.

בפסק דין קעדאן<sup>1</sup> הוגשה עתירה מטעם בני זוג ערבים, המתגוררים ביישוב ערבי, לאפשר להם לרכוש בית ביישוב הקהילתי קציר. הקרקע של קציר נמסרה ממינהל מקרקעי ישראל לידי הסוכנות היהודית, שהקימה עליה את היישוב, המאוגד כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית. בתקנות האגודה נקבע, בין היתר, כי יוכל להתקבל אליה רק אדם שסיים שירות חובה לפי חוק שירות הביטחון, ועל בסיס זה נדחתה בקשתם של בני משפחת קעדאן. הלכה למעשה, לא התקבלו כלל ערבים כחברים באגודה השיתופית. בג"ץ קבע ברוב דעות כי העותרים הופלו לרעה. ביסוד פסק הדין עמדו חשיבותו ומרכזיותו של עקרון השוויון, אשר הופר, על פי פסיקת בית המשפט העליון, על ידי הפליה בין בני אדם לעניין האפשרות להתגורר ביישוב מסוים על רקע השתייכותם הלאומית. הנשיא ברק ערך ניתוח תכליתי של החקיקה המסמיכה – חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 וקבע כי התכליות המיוחדות העומדות ביסוד

\* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. LLB, LLM (האוניברסיטה העברית) MCL, DCL (אוניברסיטת שיקגו).

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

סמכותו של המינהל הן שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה וריכוז וניהול הפיתוח של המקרקעין בישראל בידי רשות סטטוטורית אחת, בין היתר, על מנת לבצע מדיניות ביטחון ולאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים.

אילו תכליות מיוחדות אלה, שבכוחן להצדיק הפליה לטובת המגזר היהודי, היו נובעות מלשונו המפורשת והברורה של החוק, היה ניתן להן משקל מכריע. ואולם, תכליות המינהל כלל אינן מצוינות בחוק, ואף אינן נובעות ממנו באופן ברור, ולפיכך בפרשנות החקיקה יש להזדקק גם לתכליות הכלליות החלות על כלל דברי החקיקה – עקרונות וערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית. העיקרון הרלוונטי לענייננו הוא, כאמור, העיקרון המחייב את המדינה לנהוג בשוויון בכל פעולה מפעולותיה<sup>2</sup>.

לעצם העניין קבע הנשיא ברק, כי המדינה הפרה את החובה המוטלת עליה לנהוג בשוויון בכך שהעבירה מקרקעין לגוף שלישי, הנוקט הפליה ומקצה מקרקעין ליהודים בלבד.

אילו הקצאת זכות במקרקעין להקמת היישוב הקהילתי בקציר היתה נעשית במישור על ידי המדינה, הייתה מוטלת עליה החובה לנהוג בשוויון בין כל המבקשים ממנה זכות להקים בית באותו מקום. לפיכך, היא אינה יכולה להשתחרר מחובתה החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין על ידי שימוש בגוף שלישי. בית המשפט לא מצא במעמדה של הסוכנות היהודית על פי החוק<sup>3</sup> ועל פי האמנה שנחתמה בין ממשלת ישראל לבינה, יסוד המכשיר הפליה זו<sup>4</sup>.

בשאלת הסעד קבע ברק כי יש להתחשב בכך שנוצרה הסתמכות רבת שנים, הן מצד הסוכנות שהשקיעה משאבים בפיתוח המקרקעין על פי מסמכי היסוד שלה, כלומר, כדי להקים יישוב יהודי, והן מצד התושבים, שעברו להתגורר ביישוב על יסוד ההנחה שהתקיימה בשעתו, על כך שיגורו ביישוב יהודים בלבד. לפיכך הצהיר בית המשפט כי המדינה לא היתה רשאית להקצות את מקרקעי המדינה לסוכנות היהודית לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של הפליה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים, ופסק כי על המדינה לשקול את בקשת העותרים לרכוש לעצמם חלקת מקרקעין

2 שם, עמ' 270-278.

3 חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשי"ג, 1952.

4 קעדאן, לעיל הערה 1, עמ' 281-285.

בקציר לצורך הקמת ביתם, מתוך התחשבות בשיקולים השונים השייכים לעניין, בעיקר עקרון השוויון והשיקולים הנוגעים לסוכנות ולמתיישבים, ולהחליט בנושא במהירות הראויה<sup>5</sup>.

השופט קדמי, בדעת מיעוט, הבהיר כי על אף הסכמתו לעמדה העקרונית בדבר מרכזיותו של הצורך בשוויון בהקצאת קרקעות והאיסור לעוקפו על ידי הקצאת קרקע לסוכנות, יש לאזן תמיד בינה לבין ערכים נוספים, ובהם ערך הביטחון הלאומי, שעניינו בהקשר זה הבטחת קיומה של מדינת ישראל.

**"מפסק הדין עולה  
כי בית המשפט  
העליון מפלה  
לרעה את המגזר  
היהודי-חילוני,  
המהווה את רוב  
האוכלוסיה  
בישראל, ואינו  
מכיר בזכותו  
לשמור על צביונו  
ואורח חייו  
ולהתגורר בנפרד  
מאוכלוסיות  
אחרות."**

לדבריו, הפתח המאפשר לדחות את עקרון השוויון לטובת ערכי הביטחון הלאומי, בהתחשב במיקומו או בתכלית הקמתו של יישוב, הצטמצם עם השנים ככל שהמדינה התפתחה, והסיכונים לקיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית פחתו. ואולם דווקא לאור הדינמיות של אותו פתח, מעשי העבר בתחום הקצאת הקרקעות מוגנים מפני שינוי למפרע, כיוון שהם נערכו על סמך האיוון בין השוויון ובין הערכים האחרים שהתקיימו באותה שעה לאור מצבה של המדינה. כך הם הדברים במקרה דנן, היות שההחלטה בדבר הקמת יישוב קהילתי בקציר שאוכלוסייתו מוגבלת ליוצאי צבא בלבד, התקבלה שמונה-עשרה שנים לפני מתן פסק הדין. לפיכך סבר קדמי, כי על בית המשפט להצהיר על מרכזיותו של עקרון השוויון בחלוקת הקרקעות בעתיד, אך אל לו להחיל את פסיקתו התקדימית באופן רטרואקטיבי גם על היישוב קציר<sup>6</sup>.

ברשימה זו ייבחן פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין קעדאן, לאור פסיקה אחרת בנושא השוויון והמגורים בנפרד בהתיישבות קהילתית וכפרית. מקריאת פסק הדין עולות נקודות רבות שבהן שגה, לדעתי, בית

5 שם, עמ' 285-286.

6 שם, עמ' 287-288.

המשפט בניתוחו המשפטי ובהפעלת שיקול דעתו ומדיניותו השיפוטית. פסק הדין של הרוב וההנמקות לא היו בלתי נמנעים, וממספר היבטים, פסק הדין ראוי לביקורת.

## סוגיית השיהוי

ראשית, בית המשפט יכול היה להימנע מלהתערב בעניין בעילת שיהוי. על פי הדינים המקובלים בעניין שיהוי, בית המשפט היה יכול בנקל להימנע מן הצורך לדון בעתירתם של בני משפחת קעדאן. מפסק הדין עולה כי העתירה הוגשה שלושה עשרה שנים לאחר הקמת היישוב הקהילתי קציר והחלת המדיניות של אי קבלת ערבים ליישוב. אך טבעי היה כי בית המשפט יסרב לדון בעתירה לאור השיהוי המשמעותי בהגשתה, תוך הפעלת דוקטרינת השיהוי המקובלת והמתאימה במיוחד בהליכים של בג"ץ.

בפסיקה נמנו שלושה יסודות להתקיימותו של שיהוי<sup>7</sup>: ראשית, ויתור סובייקטיבי מצד התובע על זכותו, שאותו ניתן להסיק מהשתהותו בהגשת העתירה. הנשיא ברק דחה טיעון זה לגבי קעדאן, כיוון שעל אף שהמדיניות שנקטה אינה חדשה, הרי שהעותרים עצמם לא השתהו בעתירתם: הם פנו לאגודה השיתופית קציר בתקופת ההרשמה, ומשהובהר להם כי לא יתקבלו לאגודה בשל היותם ערבים, הם פנו לבית המשפט<sup>8</sup>.

ואולם יסוד זה הוא רק אחד מתוך שלושה, והשקלול ביניהם הוא שמכריע בשאלת השיהוי. היסוד השני הוא שינוי מצבה של הרשות לרעה. יסוד זה מתקיים בעניין קעדאן, היות שבמשך כמעט עשרים שנה השקיעו מינהל מקרקעי ישראל, הסוכנות היהודית והאגודה השיתופית קציר משאבים רבים בהקמתו ובפיתוחו של היישוב על סמך ההנחה כי הוא יהיה יישוב יהודי, ושינוי אופיו של היישוב יוריד את השקעותיהם לטמיון.

היסוד השלישי הוא האינטרס הציבורי הכללי. למותר לציין את רגישותה הציבורית

7 ראו: בג"ץ 2656/00 לוטן נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, פ"ד נה(3) 753, בעמ' 757; בג"ץ 2632/94 דגניה א' נ' שר החקלאות, פ"ד נ(2) 715, עמ' 742.

8 קעדאן, לעיל הערה 1, עמ' 268.

והפוליטית יוצאת הדופן של הסוגיה שעמדה על הפרק, אשר מהווה טעם חזק ביותר לאי התערבות מצד בית המשפט כדי לשמור על האינטרס הציבורי של אמון הציבור בבית המשפט. עוד לפני פסק דין קעדאן נמתחה על בית המשפט העליון ביקורת נוקבת בשל הקו האקטיביסטי שהוא נוקט וכשל התערבותו בנושאים המצויים במחלוקת ציבורית ופוליטית, והחלה להסתמן מגמה של התערעות האמון הציבורי בו. לפיכך, בטרם הדיון בעניין קעדאן, היה על בית המשפט לשקול היטב את השלכות התערבותו בסוגיה זו, קרי, התחזקותן האפשרית של מגמות אלו.<sup>9</sup>

אם כן, שניים מתוך שלושת הקריטריונים מצדיקים את הפעלת דוקטרינת השיהוי, ולדעתי היה טעם לעשות בה שימוש; דווקא בנושאים רגישים הרבה פחות, בג"ץ מרבה לדחות עתירות בהתבססו אך ורק על טענת השיהוי, ולרוב מדובר בשיהוי לתקופות קצרות הרבה יותר מאשר במקרה קעדאן.<sup>10</sup>

### **"המדינה הפרה**

### **את החובה**

### **המוטלת עליה**

### **לנהוג בשוויון,**

### **בכך שהעבירה**

### **מקרקעין לאורך**

### **שלישי, הנוקט**

### **בהפליה ומקצה**

### **מקרקעין ליהודים**

### **בלבד."**

### **סוגיית החלופה הסבירה**

יסוד חשוב נוסף העולה מפסק הדין אשר היה בכוחו להצדיק את דחיית העתירה, הוא כי לקעדאן הוצעה חלופה שוות ערך. היישוב קציר בנוי על שתי גבעות סמוכות, אשר אחת מהן נבנתה על ידי משרד הבינוי והשיכון ויועדה לציבור הרחב, והשנייה, נושא העתירה, הוקצתה לסוכנות אשר הקימה עליה יישוב קהילתי. לא הייתה כל מניעה שבני משפחת קעדאן ירכשו קרקע בגבעה שנבנתה על ידי משרד הבינוי

והשיכון, או ביישוב העירוני הסמוך חריש, ואולם הם דחו את ההצעות והתעקשו לגור דווקא ביישוב הקהילתי. בדיקה שנערכה לאחרונה הוכיחה כי הלכה למעשה,

9 אבל ראו והשוו עם בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678. שם נדונה חשיבותם של האינטרס הציבורי ושלטון החוק. לגבי אמון הציבור וחשיבותו ראו דעה אחרת: ח' כהן, "הרהורי כפירה באמון הציבור" המשפט 14 (2002) 9.

10 ראו למשל: בג"ץ 4113/01 סיעת הליכוד במועצת עיריית צפת נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים, תק"על 2001(2), 695 – שם נפל שיהוי של 14 חודשים; בג"ץ 5562/00 שרביב בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה והמסחר, תק"על 2000(3), 116 – שם נפל שיהוי של 5 חודשים; בג"ץ 2345/01 רשת מרגלית נ' הוועדה לעניין מעונות יום, תק"על 2001(2), 23 – שם נפל שיהוי של 3 חודשים בלבד.

היישוב חריש פתוח למגורי ערבים. ביישוב מתגוררים כמאתיים ערבים, המהווים 20 אחוזים מתושביו, ומגמה זו של מעבר ערבים ליישוב גוברת<sup>11</sup>. עובדה זו עשויה לעלות כחוסר תום לב, ומהווה טעם נוסף שבגיננו יכול היה בית המשפט להחליט לדחות את העתירה לאחר דיון קצר<sup>12</sup>.

כנגד כך טוענת רות גביזון, כי טוב עשה בית המשפט שלא נמנע מלדון בעתירה בשל חוסר שפיטות, משום שהימנעות כזו היתה נותנת הכשר להמשך מדיניות ההפליה השיטתית נגד ערבים בהקצאת קרקע למגורים, שהיא, לדבריה, בלתי מוסרית ובלתי נבונה<sup>13</sup>. לדעתה, פסק דין קעדאן מהווה ציון דרך חשוב ואמיץ בהתמודדות עם השאלות הרות הגורל שעמן מתמודדת מדינת ישראל, ולהכרזת בית המשפט, שלפיה עקרון אי ההפליה חל גם על הקצאות קרקע, והמדינה אינה יכולה לעוקפו על ידי הקצאת קרקעות לצד שלישי, יש חשיבות מעשית וסמלית גדולה<sup>14</sup>.

## מגורים בנפרד לגיטימיים בעיר העתיקה בירושלים ובהתיישבות קהילתית לבדווים ולחרדים, אבל לא לחילוניים?

לגופו של עניין, ניתן להצביע על א-סימטריה ביחסו של בית המשפט העליון כלפי קבוצות אוכלוסייה שונות, המבקשות לשמור על בידול ועל ייחודיות מקבוצות אחרות. המשיבים בפרשת קעדאן הצהירו כי מינהל מקרקעי ישראל מוכן להקצות קרקע להקמת יישוב קהילתי שייועד לערבים בלבד, ואולם בית המשפט, בהתבסס על פסק הדין האמריקאי הנודע, *Brown v. Board of Education*<sup>15</sup>, דחה את המדיניות של "נפרד אבל שווה", אשר משרדת עלבון כלפי המיעוט ומקבעת את תחושת הנחיתות שלו.

כנגד כך ניתן לטעון, ראשית, כי על אף הרצון להשליך מהלכת *Brown* לגבי ישראל, קיים שוני רב וברור בין שתי המדינות. הרקע להלכה זו היה ההיסטוריה של העבדות

11 א' שמואל, "מבט על קציר-חריש: לא מחכים לחרדים", הארץ, מוסף נדל"ן, א' בסיון תשס"ב, 12/5/02.

12 ייתכן אף שהרבר יכול להיחשב כחוסר ניקיון כפיים, אך זו טענה מרחיקת לכת.

13 ר' גביזון, "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" משפט וממשל ו (תשס"א) 25, עמ' 48.

14 שם, עמ' 31, 51.

15 *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954)

**"בג"ץ התעלם  
לחלוטין  
מאינטרסים  
לגיטימיים שיכולים  
להצדיק הפרדה  
כדור: ראשית,  
חשש ממתחים  
ומאלימות; שנית,  
חשש מהתדרדרות  
באיכות החיים  
ובערך הנכסים;  
שלישית, העדפות  
עמוקות לגור  
בשכונה אחת עם  
בני אותה קבוצה  
לאומית, תרבותית  
ולשונית אינן עולות  
כדי גזענות."**

וההפליה הגזעית כנגד שחורים שהתקיימה מאות שנים בארצות הברית, אך בישראל ברור כי הדרישה לכדלנות, בין שהיא באה מצד הרוב ובין שמצד המיעוט, אינה נובעת מרצון לקבע תחושה של נחיתות, אלא מרצון לעצב זהות לאומית או תרבותית ולשמר אורח חיים ייחודי, בעיקר על רקע המציאות הפוליטית הקשה והמורכבת<sup>16</sup>.

אך חשוב מכך, קביעה זו אינה עולה בקנה אחד עם פסיקות אחרות של בית המשפט העליון. בפסיקה שזורת דוגמאות רבות וידועות שבהן נקט בית המשפט הלכה למעשה מדיניות של הבחנה, הפרדה והעדפה בין קבוצות אוכלוסייה שונות.

כך למשל, בפסק דין בורקאן<sup>17</sup> נדחתה עתירתו של אזרח ירדני לאפשר לו לחכור דירה ברובע היהודי בירושלים, אשר לטענתו הייתה שייכת לו, מידי החברה הממשלתית לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה, אשר העניקה זכאות לחכירת דירה רק למי שהנו אזרח ישראל ששירת בצבא, או שקיבל פטור משירות, או שהוא עולה חדש. בית המשפט פסק כי אין מדובר בהפליה פסולה, כי אם בהבחנה לגיטימית, על רקע מטרת ההסדר: שיקום הרובע היהודי וייחודו עבור

היהודים, ואף מכוח שיקולים ביטחוניים, שעניינם חוסר הנאמנות של האזרחים הירדנים למדינת ישראל, ושיקולים מדיניים, שעניינם הרס הרובע היהודי על ידי הצבא הירדני. לדברי אליאב שוחטמן, החלת הלכת בורקאן, שלפיה אין הפליה בכך שלכל עדה דתית שמורה הזכות להתגורר ברובע המיוחד לה, הייתה חייבת להביא לקביעה בעניין קעדאן, כי אין כל הפליה פסולה בייחודם של יישובים קהילתיים למגזרים שונים; אין כל שוני מהותי בין שני המקרים הללו<sup>18</sup>.

16 י' זילברשץ, "כדלנות במגזרים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו (תשס"א) 87.

17 בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800.

18 א' שוחטמן, "חוקיותה ותוקפתה של התיישבות יהודית בארץ ישראל" משפט וממשל ו (תשס"א) 109, עמ' 121.



קציר - יישוב אחד על שתי גבעות סמוכות. על גבעה אחת בנה משרד השיכון עבור הציבור הרחב. הגבעה השנייה הוקצתה לסוכנות, שהקימה עליה יישוב קהילתי.





משפחת קעדאן יכלה לרכוש קרקע ביישוב הסמוך חריש - הפתוח למגורי ערבים.

חסן ג'בארין מספק הסבר משלו להבדל המהותי בין תוצאות פסק דין בורקאן ופסק דין קעדאן. לדבריו, בורקאן, בטענתו כי הדירה שביקש לרכוש נכנתה על אדמת אבותיו והייתה מאז ומתמיד נחלת מוסלמים, הדגיש את שייכותו לקבוצה היושבת במולדת שלה, ובכך הציג נרטיב היסטורי מתחרה לצורך השבת ביתו וערער על ההיסטוריה שבית המשפט מציג. לעומת קו מאיים זה, שהרתיע את בית המשפט, הרי שבני הזוג קעדאן היו "ידידותיים" בעיניו, כיוון שרק ביקשו להשתלב במוסד ציוני, והופיעו כאזרחים הדואגים לחינוך ילדיהם בבתי ספר טובים ובמקום איכותי<sup>19</sup>.

בפסק דין אביטן<sup>20</sup> אושרה המדיניות שננקטה על ידי מינהל מקרקעי ישראל, אשר ייעד את היישוב שגב שלום לאוכלוסייה הברדווית בלבד והעניק לברדווים תנאים נוחים לחכירת קרקעות; בית המשפט דחה את העתירה שהגיש אזרח יהודי שביקש שיאפשרו לו לחכור קרקע ביישוב, אפילו ללא ההטבות הניתנות לברדווים. הנימוק לדחיית העתירה היה כי אין מדובר בהפליה אסורה על רקע לאומי, אלא בהבחנה מותרת, הנובעת מן האינטרס הלגיטימי של המדינה לעודד התיישבות קבע של הברדואים, אשר לאור אופיים ודרך חייהם מהווים קבוצה ייחודית, ביישובים עירוניים נפרדים.

בשני פסקי הדין בעניין שדולת הנשים, נקט בית המשפט העליון מדיניות של העדפה מתקנת כלפי נשים, ופסל מינויים של גברים לתפקידים בכירים במוסדות שבהם נשים לא זכו לייצוג הולם, או שלא זכו לייצוג כלל, באותם הדרגים הבכירים. אולם בשעה שבפסק הדין הראשון<sup>21</sup> התבסס בית המשפט לצורך פסילת המינויים על סעיף חוק<sup>22</sup>, הרי בפסק הדין השני<sup>23</sup> נקט בית המשפט מדיניות העדפה, על אף שמדובר באותו חוק, ושום חוק אחר המחייב העדפה מתקנת לא חל על המינוי שהיה נושא העתירה; הבסיס לכך היה שכל פעולה בתחום המשפט הציבורי אשר מביאה לתוצאה של הפליה, דינה להיפסל.

19 ח' ג'בארין, "ישראליות' הצופה פני עתיד' של הערכים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלשטיני" משפט וממשל 1 (תשס"א) 53, עמ' 66-67.

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

21 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501.

22 סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה, 1975.

23 בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630.

בפסק הדין בפרשת חורב<sup>24</sup> שבו הוגשה עתירה כנגד החלטת שר התחבורה לסגור לתנועה את כביש בר אילן בירושלים בשעות התפילה בשבתות ובחגים כדי לא לפגוע ברגשות תושבי השכונות החרדיות הסמוכות, הכיר בית המשפט בערך הרגשות הדתיים, אשר לשם ההגנה עליהם ניתן לפגוע בחופש התנועה של אזרחים רבים; עם זאת, בסופו של דבר ביטל בג"ץ את החלטת השר לאור הפגיעה החמורה שנגרמה לתושבי האזור החילוניים.

**"ניתן לומר כי  
דווקא לעם  
היהודי, אשר חוד  
מהגלות לאחד  
אלפיים שנה,  
חייבת להינתן  
עדיפות ביישוב  
אדמת מולדתו  
שאליה שב; ייתכן  
כי לאחר מאה  
שנות קיום של  
מדינה יהודית,  
שבה יתבססו  
היהודים על  
אדמתם, יהיה ניתן  
להתכנות לתכלית  
השגת השוויון."**

בבג"ץ עם חופשי<sup>25</sup> קבלו העותרים כנגד הטבות חריגות שנתנה המדינה לרוכשי דירות בעיר החרדית אלעד, ותבעו את השוואת התנאים לרוכשי דירות באזור המרכז בסמוך לאלעד. בית המשפט, על אף שפסל את ההטבות משום שניתנו שלא על פי קריטריונים שוויוניים, ציין שוב כי "הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול".<sup>26</sup>

בפסק דין בלומנטל<sup>27</sup> הוגשה עתירה כנגד החלטת עיריית רחובות להקצות קרקע לעמותה החרדית "הליכות חיים", לשם הקמת מרכז רוחני להפצת היהדות. העתירה הוגשה על ידי תושבים בשכונה שבה הוקצתה הקרקע, אשר רוב תושביה חילוניים. בית המשפט פסל את החלטת העירייה בשל פגמים טכניים רבים שנפלו בה, כגון פעולה בהיעדר תשתית עובדתית מספקת ושלא על פי קריטריונים ברורים, אימוץ המלצות ועדה מקצועית על ידי העירייה כחותמת גומי וללא דיון של ממש ואי מתן זכות שימוע הוגנת לתושבי השכונה על אף שהעירייה ידעה על התנגדותם הנמרצת

24 בג"ץ 5016/96 חורב נ' המפקח על התעבורה, פ"ד נא(4) 1.

25 בג"ץ 490698/ עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503. שם, עמ' 508.

27 בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220.

לתכנית. ואולם ההנמקה כללה גם רכיב מהותי הרבה יותר, שעניינו התעלמות החלטת העירייה משיקולים כגון צורכי השכונה, התאמת המרכז לאופי השכונה וההשפעה שיש להקמת המרכז על איכות החיים של תושבי השכונה<sup>28</sup>. כלומר, במישור העקרוני, היותה של השכונה חילונית עשויה להצדיק אי הקמת מרכז חרדי בתחומיה. בית המשפט כלל לא התמודד בפסק דין זה עם השוני שבפסיקה לעומת פסיקתו בעניין קעדאן. גביוזן כותבת, כי לא ברור מדוע אורח חיים יהודי-חילוני ראוי להגנה מפני חרדים, יותר משהוא ראוי להגנה מפני כניסה של מתיישבים ערבים<sup>29</sup>.

גם הפסיקה האמריקאית קבעה שרשויות המדינה רשאיות, ובמקרים מסוימים אף חייבות, להפעיל קריטריונים של השתייכות אתנית כדי לרפא מדיניות בלתי חוקתית של הפרדה<sup>30</sup>. בפסק הדין המרכזי בעניין זה, פרשת *Swann*<sup>31</sup>, אישר בית המשפט העליון את החלטתו של בית משפט מחוזי בצפון קרוליינה להוציא צווים כנגד מועצת חינוך מחוזית, במטרה לשים קץ למערכת בתי הספר הכפולה והנפרדת ללבנים ולשחורים, שהתקיימה תחת אחריות המועצה. צווים אלו הורו, בין היתר, על הצבתם מחדש של מורים ועל חלוקה שונה של התלמידים בין בתי הספר, כך שהרכב כל בית ספר ישקף, כנקודת פתיחה להפסקת ההפליה, את החלוקה הגזעית הקיימת בקהילה, ואף על תגבור מערך ההסעות כדי לסייע לתלמידים שחורים להגיע לבתי ספר מרוחקים יותר, שבהם הייתה דומיננטיות מכרעת ללבנים. הפסיקה הרחיבה את העיקרון והכירה ב"העדפה חיובית" (affirmative action) שהממשלה יכולה לנקוט לביצוע העדפה מתקנת, כלומר הענקת העדפה לבני קבוצות מיעוטים אתניות כדי לרפא הפליה בלתי חוקתית, הגם שאינה עולה כדי הפרדה, או אפילו חוסר שוויון המתרחש בפועל בהיעדר הפליה בלתי חוקתית<sup>32</sup>.

קשה ליישב בין עמדתו העקבית של בית המשפט העליון הישראלי, שתוארה לעיל, לבין פסיקתו בפרשת קעדאן. מן האמור לעיל עולה, כי בית המשפט העליון מפלה לרעה את המגזר היהודי-חילוני, המהווה את רוב האוכלוסייה, ואינו מכיר בזכותו לשמור על צביונו ועל אורח חייו ולהתגורר בנפרד מאוכלוסיות אחרות.

28 שם, עמ' 234.

29 גביוזן, לעיל הערה 13, עמ' 42 (הערות שוליים 40).

30 W.B. Lockhart, Y. Kamisar, J.H. Choper & S.H. Shiffrin *Constitutional Law: Cases – Comments – Questions* (7th ed., 1991), p. 1279.

31 *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971).

32 W.B. Lockhart, Y. Kamisar, J.H. Choper & S.H. Shiffrin, לעיל הערה 30, עמ' 1279.



הרובע היהודי. הפסיקה בפרשת קעדאן אינה עולה בקנה אחד עם החלטות בג"ץ, למשל בעתירת אזרח ירדני לאפשר לו לחכור דירה ברובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים.

הנשיא ברק מנסה להתמודד עם הדבר בפסק דינו<sup>33</sup>. ראשית, ברק מציין כי אין די בנכונות העקרונית להקצות קרקעות להתיישבות קהילתית של ערבים, היות שבפועל המדינה מקצה קרקעות ליישובים קהילתיים יהודיים בלבד, ולכן לא ניתן לומר כי אכן קיים טיפול נפרד ושווה. כנגד כך העלה שוחטמן את העובדה שמינהל מקרקעי ישראל הצהיר בתשובה לעתירה על נכונותו להקים יישוב קהילתי למגזר הערבי, וטען כי די בכך כדי להביא לפתרון נאות של הסוגיה<sup>34</sup>.

לדברי יפה זילברשץ, הנמקתו של בית המשפט בנקודה זו מעלה תמיהה, כיוון שאם רשות מינהלית כדוגמת מינהל מקרקעי ישראל נוקטת הפליה שלא כדין, מוסמך בג"ץ להורות לה כיצד לנהוג, כפי שעשה פעמים רבות בעבר; היה הגיוני יותר לו היה בית המשפט מחייב את המינהל להקצות קרקע להקמת יישובים ערביים, ולא מענישו על ידי חיובו להקצות לערבים קרקע ביישובים יהודיים<sup>35</sup>. שנית, לדברי ברק, האפשרות לטיפול "נפרד אבל שווה" מתקיימת בעיקר כשהרצון לכך בא מצדן של קבוצות המיעוט, המבקשות לשמור על תרבותן ועל אורח חייהן.

כנגד כך טוען שוחטמן:

"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 החיים בארץ אשר עזבו את מקומות מושבם בגולה כדי לשמר את תרבותם ואת אורחות חייהם במסגרת יהודית. וכי זכותם של יהודים אלה, שייטכן כי הם הרוב, צריכה להיות מקופחת רק משום שהם נמנים עם הרוב? ושלא צריכים היהודים בארצם לשאוף לחזור למצב של מיעוט כדי ליהנות מן הזכות לשמר את תרבותם ואת אורחות חייהם באין מפריע?"<sup>36</sup>

שלישית, כותב ברק, תושבי קציר אינם חולקים ביניהם כל מאפיין היכול להגדיר אותם כקבוצה ייחודית, פרט להיותם יהודים, וקריטריון הלאום כקריטריון מבחין חשוב תמיד בהפליה.

33 קעדאן, לעיל הערה 1, עמ' 279-280.  
 34 שוחטמן, לעיל הערה 18, עמ' 128.  
 35 זילברשץ, לעיל הערה 16, עמ' 97.  
 36 שוחטמן, לעיל הערה 18, עמ' 123.

על כך מגיב שוחטמן:

"לא עלה בידי להבין מדוע מורשתם ותרבותם של הבדווים עושה אותם לקבוצה ייחודית אשר אין לאפשר לשום גורם אתני אחר – כולל יהודים –

להתגורר בקרבם; בעוד המורשת והתרבות של היהודים אין די בהן כדי ליצור מאפיינים המייחדים קבוצה זו, כדי שתהיה זכאית אף היא להתיישבות שאינה פתוחה אלא ליהודים בלבד." <sup>37</sup>

**"אין במתן מעמד**

**מיוחד ליהודים**

**מעושה הפליה של**

**לא יהודים, אלא**

**ביטוי למהותה של**

**המדינה כמדינה**

**יהודית. כשם שאין**

**להעלות על**

**הדעת שהסוכנות**

**היהודית תעלה**

**לארץ לא יהודים,**

**כך לא ייתכן**

**שהיא תפעל**

**להתיישבות של**

**לא יהודים."**

גם רות גביון מסכימה כי אין עקביות בפסיקת בית המשפט, ואין התמודדות עם ההלכות הקודמות אשר אישרו מדיניות של הפרדה<sup>38</sup>. לדבריה, בג"ץ התעלם לחלוטין מאינטרסים לגיטימיים אשר יכולים להצדיק הפרדה בדיוור: ראשית, חשש ממתחים ומאלימות. שנית, חשש מהתדרדרות באיכות החיים ובערך הנכסים, בעקבות עזיבת יהודים העלולה להיגרם מכניסת ערבים רבים ליישוב. שלישית, העדפות עמוקות לגור בשכונה אחת עם בני אותה קבוצה לאומית, תרבותית ולשונית, אינן עולות כדי גזענות. לגיטימי כי אדם יבחר אם להתגורר ביישוב יהודי, ערבי או מעורב. לדברי גביון, גם אם העדפות אלו סטריאוטיפיות ואינן מוצדקות, אל לו לבית המשפט לשים עצמו כשופט מוסרי שלהן ולצוות על שילוב

כפוי. רביעית, האינטרס הלגיטימי של המדינה לפיזור אוכלוסייה שימנע את היווצרותו של רצף טריטוריאלי עם שטחי הרשות הפלשתינית שבהם יש רוב גדול לערבים, הוא עניין פוליטי, ובו אסור לשופטים להתערב<sup>39</sup>. וחמישית, ואולי החשוב מכל, התחשבות במציאות החיים בישראל.

37 שם, שם.

38 גביון, לעיל הערה 13, עמ' 49.

39 שם, עמ' 35.

כך כתבה גביון:

"בכך הולך בית המשפט שלנו בעקבות המסורת הקובעת כי שוויון יכול להיות מושג בצורה הטובה ביותר בדרך של 'עיוורון', זאת אומרת: בדרך של שלילת הרלוונטיות של משתנים של גזע, לאום או דת בהחלטות על שילוב במקום מגורים, במקומות עבודה או במוסדות חינוך, אלא שבסוגיות כאלה חובה לבחון היטב גם את המציאות החברתית שבתוכה התעורר העניין שהגיע לבית המשפט. בתנאים של חיים יחד של קהילות שונות זו מזו בשפתן, בדתן ובנרטיב ההיסטורי שלהן, שאינן נטמעות ואינן רוצות להיטמע, ואשר חיות עדיין בצל סכסוך מתמשך שיש עמו תחושת איום הדדית, מדיניות שוויון תחייב ותצדיק רגישות להשתייכות לאומית ותרבותית בתכנון יישובים ולא תוכל לאמץ, כעניין שבשגרה, מדיניות של 'עיוורון לאומיות'.<sup>40</sup>

חיזוק לדעה זו ניתן לקבל ממבט על השלכותיו המעשיות של פסק דין Brown המפורסם: האיסור על מניעת כניסת תלמידים שחורים לבתי ספר של לבנים לא הצליח לשנות את המציאות החברתית. ההפרדה המשיכה במידה רבה מאוד להתקיים בפועל, היות שהאוכלוסייה הלבנה החלה להתרחק מאזורים שבהם ישנה דומיננטיות של השחורים, או לשלוח את ילדיה לבתי ספר פרטיים, מה שלא התאפשר לשחורים בשל מצבם הסוציו-אקונומי הנמוך יותר.

כמו כן, יורם חזוני מותח ביקורת על כך שמפסק הדין משתמע כי עקרון השוויון הוא החשוב והמכריע מבין כל העקרונות הדמוקרטיים, וכי הוא גובר על כל השאר, וכי לאור זאת אין כל ערך אחר וכל היבט בחיים היהודיים בישראל שיוכל לעמוד נגדו<sup>41</sup>.

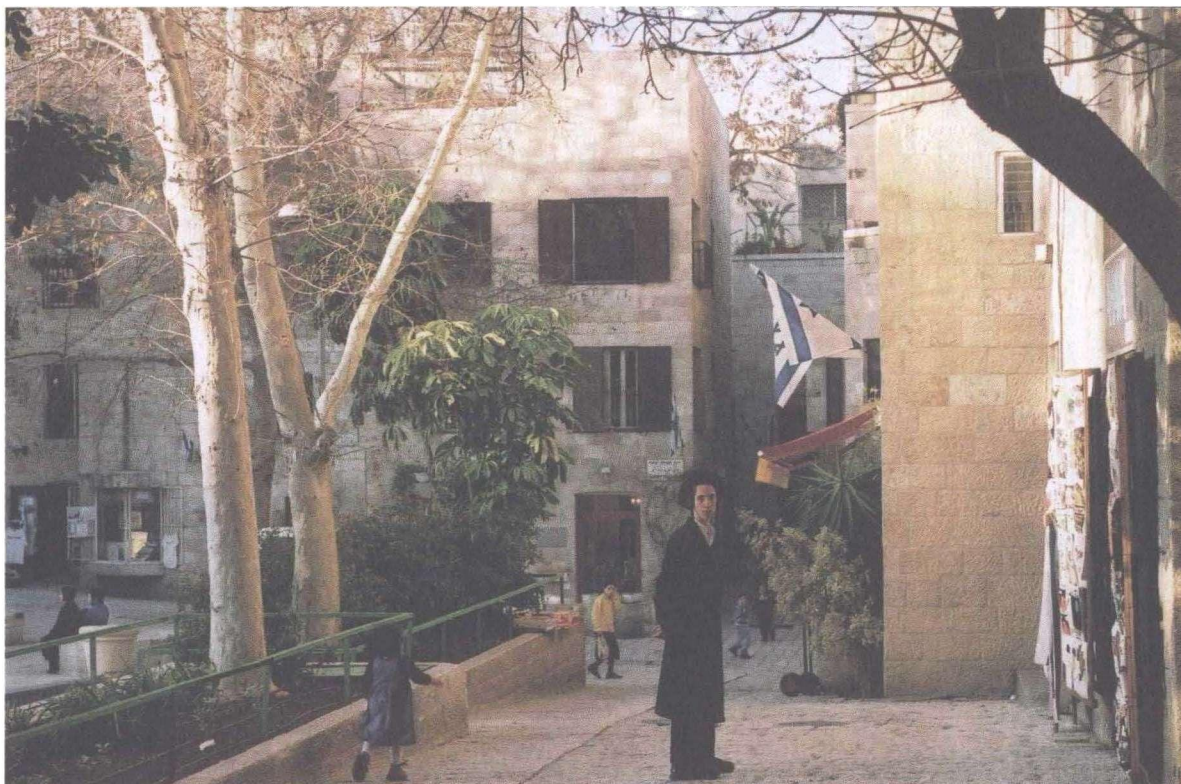
## **שיקולי מדיניות: פעולות התיישבות של הסוכנות היהודית לגיימיות מתוקף החקיקה ויעדי ההתיישבות היהודית במדינה היהודית**

ניתן להרחיק מעבר לטעון שלפיו לאוכלוסייה היהודית-חילונית צריכה להינתן זכות

40 שם, עמ' 38-39.

41 "יהודית דמוקרטית - מתח ולא סתירה: רב-שיח" כיוונים חדשים - כתבי-עת לציונות וליהדות 3 (2000) 50, עמ' 62-63.





החברה הממשלתית לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה העניקה זכאות לחכירת דירה רק למי שהיגו אורח ישראל ששירת בצה"ל ובית המשפט פסק כי לא מדובר כאן בהפלייה

שווה לבידול, כפי שניתנה למגזרים אחרים, ולבסס את זכותה של האוכלוסייה היהודית להעדפה ולא רק לשוויון. קיימים שיקולים כבדי משקל אשר בכוחם להצדיק את ההכרה בזכותם של היישוב, של הסוכנות היהודית ושל המדינה ליעד את היישוב קציר ליהודים בלבד. המשיבים טענו כי היישוב קציר הוא חוליה בשרשרת מצפים שנועדה לשמור על מרחבי ישראל למען העם היהודי. היישוב קציר תוכנן כחלק מתכנית התיישבותית וביטחונית שנועדה לשבור את הרצף הערכי בגליל ובמשולש. ניתן לומר כי מכוח היותה של המדינה יהודית, ניתן להתיר לה להתחשב באינטרסים ביטחוניים והתיישבותיים ולהקים יישובים יהודיים במקומות שבהם היא רואה צורך בכך, על מנת "לייחד" אזורים שהנוכחות היהודית בהם דלילה, או אזורי ספר. קיומן של חלופות הדיור לבני משפחת קעדאן בפרט ולאזרחים הערבים בכלל, מצדיקות את ייחודן של קרקעות מסוימות לאוכלוסייה היהודית<sup>42</sup>.

שיקולי העדפת היהודים במקרה דגן מתחזקים לאור העובדה כי באזור המשולש, שבו שוכן היישוב קציר, קיימת מתיחות ביטחונית, ואף אירעו בו פעולות טרור. מצב זה מחייב כי תושבי היישוב יציבו עליו שמירה; מבחן ההיגיון מורה כי אין זה סביר שתושב ערבי ישמור על היישוב ויילחם במפגעים פלשתינים<sup>43</sup>. יש לציין כי עניין קעדאן נדון והוכרע עוד לפני תחילתה של אינתיפאדת אל-אקצה, וכיום השיקולים הביטחוניים משמעותיים יותר עשרות מונים.

הנשיא ברק התעלם בפסק דינו מן המאפיינים הגיאוגרפיים, הדמוגרפיים והפוליטיים החשובים של אזור ואדי ערה: בין תדרה לעפולה מתגוררים 5,000 יהודים לעומת 100,000 ערבים, ונטען כי התעוררות הלאומנות הערבית וההזדהות עם הארגונים הפלשתיניים והאיסלאמיים בקרב האוכלוסייה באזור זה, הסמוך למחוז ג'נין שבשליטת הרשות הפלשתינית, מהווה איום על ביטחונה ועל שלמותה הטריטוריאלית של ישראל. לדעת שטיינברג, המהומות הקשות שהתרחשו באוקטובר 2000 באזור זה ממש מהוות ראייה חזקה לבעיה הביטחונית האקוטית<sup>44</sup>.

42 ראו גם שוחטמן, לעיל הערה 18, עמ' 123.

43 עם זאת, יש לציין שייחון שאם המבקש הוא דרוזי ששירת בצבא, או לא ניתן יהיה למנוע את מגוריו רק בשל שיקול זה.

44 ג' שטיינברג, "עניי עירן קדמים: השגות על בג"ץ קעדאן-קציר" כיוונים חדשים - כתבי-עת לציונות וליהדות 4 (2001), עמ' 32-33.

הנשיא ברק דחה את הטיעונים שהעלו המשיבים בנקודה זו, תוך התייחסות לשכונה הסמוכה שהקים משרד הבינוי והשיכון, ואשר בה נמכרת הקרקע לכל דורש. כאמור, ברק לא ראה כחוסר תום לב את העובדה שקעדאן יכול היה לעבור לגור באותה שכונה, אך התעקש לגור בקציר. תחת זאת, הוא הגדיר את המדיניות שנקטה לגבי אותה שכונה כראיה לכך שהשיקולים שלהם טענה המדינה אינם מבוססים, שכן אין הבדל ענייני בין שני האתרים הקרובים כל כך לצורך השיקולים ההתיישבותיים והביטחוניים.

**"פסק הדין בעניין  
קעדאן מהווה את  
החוליה  
המשמעותית  
ביותר בתהליך  
השוואת זכויות  
אזרחי המדינה  
הערבים לאלה  
היהודים,  
ומשמעותו תהיה,  
בסופו של דבר,  
הפסקת היותה  
של המדינה  
"יהודית" והפיכתה  
למדינת כל  
אזרחיה".**

לדברי פרופ' שוחטמן, גם בנקודה זו מתגלית סתירה לעומת פסיקת בית המשפט בעניין אביטן. שיקול מרכזי בדחיית העתירה בעניין אביטן היה כי מתן אפשרות ליהודים להתגורר ביישובים הבודדים עלול לסכל את מדיניות הממשלה ליישב את הבודדים ביישובי קבע; אין כל הבדל בין מקרה זה לבין סוגיית קעדאן, שאף בה ברור כי מתן אפשרות לערבים להתגורר בקציר עלול לסכל את מדיניות הממשלה לעודד התיישבות יהודית גדולה בחבל ארץ זה<sup>45</sup>.

וכך כתב בעבר הנשיא ברק עצמו כאשר לסוגיית "המדינה היהודית":

"מדינה 'יהודית' היא אפוא מדינתו של העם היהודי; 'זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם העומד 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, שעיקרי חגיה

משקפים את תקומתה הלאומית. 'מדינה יהודית' היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה. 'מדינה יהודית'

היא מדינה המנציחה את זכרם של היהודים שנטבחו בשואה, ואשר נועדה להיות 'פתרון' בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל'. 'מדינה יהודית' היא מדינה המטפחת תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי. 'מדינה יהודית' היא 'הגשמת שאיפת הדרורה לגאולת ישראל'. 'מדינה יהודית' היא מדינה שערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. 'מדינה יהודית' היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיסי שבספריה, ושנביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. 'מדינה יהודית' היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושענייני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים בה על פי דין תורה. 'מדינה יהודית' היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים.<sup>46</sup>

מדברים אלה ניתן לגזור בנקל עיקרון בדבר מתן העדפה ליהודים בחלוקת הקרקעות וביישוב הארץ, לאחר ששבו למולדתם מגלות בת אלפיים שנה; אך קשה ליישב ביניהם לבין פסיקתו של ברק בעניין קעדאן, אשר שללה את העדפת האוכלוסייה היהודית והטילה מגבלה משמעותית על ערך ההתיישבות היהודית, שהוא עצמו מציין כמרכזי כל כך. ברק אינו מתכחש לדבריו אלה, אך טוען כי בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אין כדי להצדיק מדיניות כללית של הפליה בין יהודים ללא יהודים. על אף היותה של המדינה יהודית, כל אזרחיה שווי זכויות וחובות. הוא מוסיף כי ערכי היהדות עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים, ואף מביא מספר ציטטות מן המקורות.

שופטי הרוב בפרשת ירדור<sup>47</sup>, בשנת 1965, נתנו ביטוי לעקרונות היסוד בדבר היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ובדבר נצחיותה של המדינה, והשופט זוסמן אף הגדיר אותם כעקרונות על-חוקתיים; בהתבסס על עקרונות אלה, פסלו השופטים רשימה שרצתה לרוץ לכנסת אשר שללה את קיומה של המדינה כמדינה יהודית, וזאת בהיעדר כל הוראת חוק ספציפית שהורתה להם לפסוק כך.

כך כתב השופט זוסמן בפסק דינו:

"הזכיר חברי הנכבד, השופט ויתקון, את הצורך ללמוד לקח מן הניסיון שעבר

46 א' ברק, פרשנות במשפט - כך שלישי: פרשנות חוקתית (1994), עמ' 332.

47 ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט(3) 365.

**"חסן ג'בארין, ראש  
ארגון 'עדאללה',  
טוען כי נושאים  
הקשורים  
ב'מולדת' הם  
רכיב עיקרי ביותר  
בתביעות  
האזרחים  
הפלשתינים, כגון  
החזרת הקרקע  
המופקעת, זכות  
השיבה אל הכפר  
העקור, ההכרה  
בכפר הלא מוכר,  
החזרת נכסי'  
הנפקדים, הרחבת  
שטחי השיפוט של  
היישובים הערבים  
ועוד. מושג  
ה'אדמה' הפך  
לסמל לאומי  
במאבק זה."**

על הרפובליקה של ויימר. אולי אין זה מקרה שביית המשפט העליון של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית שקמה לאחר תום מלחמת העולם השנייה הוא, עד כמה שידיעתי מגעת, בית המשפט הראשון שקבע את העיקרון כי השופט חייב לפסוק גם על פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים... הכללים היסודיים, העל-חוקתיים, האמורים אינם בעצם, לגבי ענייננו, אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה. שותף אני לדעה, שהניסיון שבחיים מחייב אותנו שלא לחזור על אותה שגיאה שכולנו היינו עדים לה."

ואולם בעניין קעדאן, עמדתו של בית המשפט העליון היתה שונה. לאור הרציונל שעמד בבסיס פסק דין ירדור, ניתן היה לומר כי דווקא לעם היהודי, אשר חזר מהגלות לאחר אלפיים שנה, חייבת להינתן העדיפות ביישוב אדמת מולדתו שאליה שב; ייתכן כי לאחר מאה שנות קיום של מדינה יהודית, שבה יתבססו היהודים על אדמתם, יהיה ניתן להתפנות לתכלית השגת השוויון.

גם שוחטמן מציין, כי אף אם פעולות ההתיישבות של הסוכנות מהוות הפליה, הרי זו אך העדפה מתקנת לשם יישוב היהודים בארצם לאחר שנושלו וגורשו ממנה. זכות זו אף הוכרה, לדבריו, בכתב המנדט על ארץ ישראל שניתן על ידי ארגון חבר הלאומים ב-1922<sup>48</sup>.

רעיון הדמוקרטיה המתגוננת אינו רלוונטי רק לעניין פסילת מפלגות השוללות את

48 שוחטמן, לעיל הערה 18, עמ' 114-116. ראו גם שטיינברג, לעיל הערה 44, עמ' 42.

קיום המדינה, כפי שיושם בפסק דין ירדור, אלא גם לתחומים נוספים, ובהם התחום הדמוגרפי וההתיישבותי. במיוחד לאור הדרישות הגוברות והולכות למתן זכות שיבה לפליטים הפלשתינים מ-1948, לא ניתן לומר כי מדינת ישראל כה חזקה ובטוחה עד שהיא יכולה להרשות לעצמה להתגונן במידה פחותה מבעבר. משמעותה של ההתגוננות במקרה זה היא, כאמור, הבטחת הדומיננטיות היהודית בשליטה על הקרקעות בארץ ישראל.

## המחוקק לימד במשתמע על כוונה ברורה להצדיק הקצאת קרקע למגורים בנפרד בהתיישבות קהילתית וכפרית ליהודים

השוני בין פסיקת בית המשפט בפרשת קעדאן לבין פסיקתו בפרשת ירדור בולט עוד יותר לאור העובדה שכאן ניתן היה להגיע לתוצאה של העדפת היהודים בלא צורך להיזקק לעקרונות על-חוקיים, היות שקיים חוק המתייחס למצב המשפטי – חוק מינהל מקרקעי ישראל, אשר תכליתו המובהקת היא קיבוץ גלויות ויישוב הארץ. אין הכרח בהוראת חוק מפורשת הקובעת את מטרתו של המינהל או את המטרה היהודית-ציונית של הסוכנות. כך, למשל, הרכבה של מועצת מינהל מקרקעי ישראל מלמד בבירור על כך שמטרת ההסדר המשפטי היא להעניק העדפה ליהודים ברכישת קרקעות. החוק עצמו קובע: "מחצית מחברי המועצה יהיו מטעם הממשלה, ומחציתם יהיו מטעם קק"ל ועל פי הצעתה"<sup>49</sup>; "החברים מטעם קק"ל יהיו חברי דירקטוריון, עובדי קק"ל או אנשי אקדמיה"; "כן רשאית קק"ל להציע נציג אחד מטעם הסוכנות היהודית."<sup>50</sup>

ההיסטוריה מלמדת כי לאורך השנים העניקה קק"ל קרקעות ליהודים, ועצם ייעודה היה גאולת הקרקע לשם יישוב הארץ על ידי יהודים. טבעי לומר כי מטרתיה של מועצת מינהל מקרקעי ישראל נובעות במידה רבה מהרכבה. ואולם הנשיא ברק כלל לא התמודד עם טיעון זה, וקבע בלאקוניות יחסית כי החוק אינו מציב תכליות ברורות, וכי יש לפנות לתכליות הכלליות.

חוק נוסף שניתן להיזקק לו בפרשנות ההסדר המשפטי הקיים הוא חוק מעמדן של

49 ס' 4א(א)1 לחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך 1960.

50 ס' 4א(ב) לחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך 1960.

ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1953. פרופ' שוחטמן חולק על קביעתו של ברק, שלפיה חוק זה אינו מסמיך את הסוכנות להפלות לטובה יהודים. סעיפים 3 ו-4 לחוק מכירים בכך שההסתדרות הציונית והסוכנות היהודית הן הגוף המוסמך במדינה לפעול לקליטת עלייה, לפיתוח הארץ וליישובה, וברור מאליו כי ההתיישבות שבה מדובר היא התיישבות יהודית.

### **"אין אסמכתא**

### **מובהקת יותר**

### **מחוק השבות**

### **להגדרתה של**

### **מדינת ישראל**

### **כמדינה יהודית**

### **המעניקה העדפה**

### **לאזרחיה**

### **יהודים."**

שוחטמן מדגיש כי האיסור על הפליה חל על הממשלה בפעולותיה, בהיעדר חוק מסמיך; ואולם הפרת עקרון השוויון אפשרית כאשר היא מעוגנת בחוק, כבמקרה זה, לדבריו<sup>51</sup>.

נוסף על כך, אין אסמכתא מובהקת יותר מחוק השבות, תשי"ג-1950, להגדרתה ולתכליתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית המעניקה העדפה לאזרחיה היהודים, כאשר היא נותנת לכל יהודי בעולם זכות אוטומטית (פרט לחריגים צרים של סיכון שלום הציבור או ביטחון המדינה) לעלות אליה ולהיות אזרחים שלה. מן הרציונל של חוק זה, המייצג המובהק והקיצוני ביותר של היותה של המדינה

יהודית וציונית, ניתן לגזור בנקל היתר למתן עדיפות ליהודים ביישוב הארץ. ואולם הנשיא ברק כותב בפסק דינו:

"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, התש"ג-1950). אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים."<sup>52</sup>

פרופ' שוחטמן חולק על דיכטומיה זו. לדבריו, כמו בנושא העלייה, כך גם בנושא ההתיישבות, אין במתן מעמד מיוחד ליהודים בתור שכאלה משום הפליה של לא יהודים, אלא ביטוי למהותה של המדינה כמדינה יהודית. כשם שאין להעלות על הדעת שהסוכנות היהודית תעלה לארץ לא יהודים, כך לא ייתכן שהיא תפעל להתיישבות של

51 שוחטמן, לעיל הערה 18, עמ' 111-114.

52 קעדאן, לעיל הערה 1, עמ' 282.

לא יהודים<sup>53</sup>. לדבריו, זכות ההתיישבות היהודית בארץ היא נגזרת של מהות המדינה כמדינה יהודית, ואף נובעת ממורשת ישראל (שבה הכיר ברק, כאמור לעיל, כחלק ממהות המדינה כמדינה יהודית), שחלק מרכזי ממנה הוא ההתיישבות היהודית במסגרות קהילתיות המשמרות את התרבות ואת אורח החיים היהודי תוך הימנעות מחיכוכים עם זרים. השמטת מאפייני העלייה וההתיישבות היהודית מאופייה של המדינה תהווה ביטול אופייה של המדינה כמדינה יהודית, לדברי שוחטמן<sup>54</sup>. שוחטמן נותן לדברים אלה תוקף מעשי, ולא רק נורמטיבי: יש לנקוט העדפה מתקנת של היהודים כדי לבסס ולחזק את מדינת ישראל כמדינה יהודית, לא רק עד שער הכניסה למדינה, אלא אף בתוכה; בעקבות פסק דין קעדאן עלולים גורמים עתירי ממון בעולם הערבי להזרים הון עתק לרכישת קרקעות של המדינה, ואילו לגורמים היהודיים יהיה קשה להתחרות עמם, והדבר עלול להמיט אסון על מפעל ההתיישבות בארץ כולה<sup>55</sup>.

לבסוף, הנשיא ברק יכול היה לפרש את המצב המשפטי גם לאור הפרקטיקה; לפי הפרקטיקה שהיתה נהוגה במשך יותר מחמישים שנה עד למתן פסק הדין, המינהל רשאי להקצות קרקעות המיועדות ליהודים בלבד.

## משמעות פסק הדין לעניין היעדים הציוניים של מדינת ישראל

היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין הביע את דעתו, בהרצאה בפני פורום המכון לחקר שימוש קרקע, כי אין משמעותו של פסק דין קעדאן סופה של הציונות, כפי שניסו להציגו אחדים. לדבריו, לא נסתם הגולל על פעולות הסוכנות היהודית, ולא נסגרה הדלת בפני סוגי התיישבות בעלי מאפייני קהילה ייחודיים ליהודים או לערבים, ואף לא בפני השיקולים הביטחוניים, אולם השוויון הוצב כעת כעיקרון המרכזי. רובינשטיין מציין את עמדתו של בית המשפט שלפיה אין כל סתירה בין היותה של המדינה יהודית לבין שוויון גמור לכל אזרחיה, ומדגיש כי כשם שיש להיאבק למען שוויון לאוכלוסייה הערבית, כך יש לדחות את הנוסחה "מדינת כל אזרחיה", אשר משמעותה האמיתית היא שלילת התווית היהודית מן המדינה<sup>56</sup>.

53 שוחטמן, לעיל הערה 18, עמ' 112, 115.

54 שם, עמ' 118.

55 שם, עמ' 127.

56 א' רובינשטיין, "לא סוף הגשמת הציונות", קרקע 49 (2000), 15, עמ' 16, 19.



**על בית המשפט  
להימנע ככל  
האפשר מלפתוח  
חזיתות מאבק עם  
גורמים בחברה  
ובממשל; דומה כי  
ברק נוקט גישה  
הפוכה, ונוטה  
להגביר את  
האקטיביזם  
השיפוטי  
ולהתערב  
במתכוון בנושאים  
הטעונים רגשית  
ופוליטית, גם  
כאשר הוא יכול  
להימנע מכך  
בנקל."**

ואולם לדעת יואב פלד, פסק דין קעדאן אכן מהווה את החוליה המשמעותית ביותר בתהליך השוואת זכויות אזרחי המדינה הערבים לאלו היהודים, אשר משמעותו תהיה, בסופו של דבר, הפסקת היותה של המדינה יהודית והפיכתה למדינת כל אזרחיה. הוא מקשר את עניין קעדאן לשני פסקי דין חשובים נוספים שבהם התבטאה מחויבותו הגוברת והולכת של בית המשפט העליון לערכים ליברליים, אפילו בתחום ביטחון המדינה שבעבר היה חסין מהם כמעט לחלוטין: פסק הדין אשר אסר על המדינה להחזיק באזרחים לבנונים חטופים כקלפי מיקוח למשא ומתן עתידי על שחרור שבויים ישראלים<sup>57</sup> ופסק הדין אשר אסר על השב"כ להפעיל אמצעי עינויים בחקירותיו<sup>58</sup>.

גישתו של פלד היא כי לאור המחאה המתגברת בקרב הציבור החילוני כלפי מה שנתפס על ידו ככפייה דתית, בנושא ההסדרה ההלכתית של נישואין, גירושין וקבורה, הפטור משירות צבאי לבחורי הישיבות, חוק משפחות ברוכות ילדים ועוד, הרי בשלב מסוים בעתיד יעשה הלחץ את שלו, והדת בישראל תופרד מהמדינה. לדבר תהיינה השפעות חוקתיות מרחיקות לכת; בראש ובראשונה, כיוון שלא יהיה ניתן להפלות בין האזרחים על סמך זהותם הדתית, יתחייב ביטולו או שינויו

הדרסטי של חוק השבות. כיוון שלדעת פלד למושג "יהודי" אין משמעות לאומית נפרדת ממשמעותו הדתית, במצב כזה הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית תתרוקן מכל תוכן ממשי, ובסופו של דבר אף הגדרתה הרשמית של המדינה, הדגל, ההמנון וכיוצא בזה יתנוונו ויתבטלו<sup>59</sup>.

57 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721.

58 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(4) 817.

59 י' פלד, "האם תהיה מדינת ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה?" מחקר משפט יז (חש"כ 2001) 73, עמ'

לדעת רובינשטיין, הסעד שפסק בית המשפט משקף יישום זהיר של קביעותיו החדות במישור העקרוני והערכי<sup>60</sup>. כאמור, ברק לא חייב את היישוב ואת הסוכנות לקבל את משפחת קעדאן לקציר, אלא ביטל את החלטתם הקודמת והחזיר אליהם את הסוגיה על מנת שישקלו אותה מחדש בהתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים. ברק מוסיף ומרכך את תוצאות פסק דינו בכך שהוא מציין כי תיתכנה נסיבות מיוחדות, כגון נסיבות הקשורות לביטחון המדינה, שבכוחן יהיה לאפשר סטייה מעקרון השוויון, ומדגיש כי ראוי לצעוד בדרך החדשה שמתווה בעניין זה בית המשפט, עקב בצד אגודל.

ואולם הסעד שפסק הנשיא ברק משקף את השיטה השיפוטית שהוא נוקט לאורך השנים. ברק נוהג לקדם מהפכות שיפוטיות נדבך על גבי נדבך, כאשר בשלב הראשון הוא נוהג להציב את התשתית העיונית לגישותיו החדשות, ורק בפסקי דין מאוחרים יותר ליישמן עד תום ולעלות מדרגה בסולם האקטיביזם. יש יסוד לחשוב כי כך יעשה גם בסוגיית הקרקעות, וכי בפעם הבאה שיובא לפניו מקרה דומה, הוא יחייב את הגורם הרלוונטי לקבל תושבים ערבים ליישוב יהודי. עמדתו, שאותה הבעתי פעמים רבות בעבר, היא כי על בית המשפט להימנע ככל האפשר מלפתוח חזיתות מאבק עם גורמים בחברה ובממשל; דומה כי ברק נוקט גישה הפוכה, ונוטה להגביר את האקטיביזם השיפוטי ולהתערב במתכוון בנושאים הטעונים רגשית ופוליטית, גם כאשר הוא יכול להימנע מכך בנקל.

ניתוח נוסף שנכתב על פסק דין קעדאן ממקם אותו בתוך ההקשר החברתי-תרבותי הכולל. זהותם של הערבים אזרחי ישראל מפוצלת ובעייתית: מחד גיסא, הם לא נטלו חלק בציונות ובבניין המדינה, אך מאידך גיסא, פעילותם הגוברת בשדה הפוליטי והכלכלי הישראלי, בתוך תרבות דומיננטית עברית ויהודית, מרחיקה אותם מעמדה של שותפות גורל עם הפלשתינים. נוסף על כך קיימות מגמות סותרות בחברה הערבית: האחת, מאבק אינדיבידואלי לשוויון זכויות אזרחי, שאותה מייצגת פרשת קעדאן, והשנייה, גיבוש מודעות קולקטיבית כמיעוט לאומי ומאבק להכרה במעמד זה. בניתוח נאמר כי בית המשפט מתייחס כאל עובדה מוגמרת אל ההקשר החברתי שבו מתקיימת העתירה, קרי, היחסים בעבר בין מדינת ישראל לאזרחיה הערבים, עבר של הפרדה ושל מתן העדפה ליהודים בתחומים רבים,

60 רובינשטיין, לעיל הערה 54, עמ' 19.

**"התזה שלפיה אין להגן על קבוצת הרוב ועל תרבותה רק מעושה שהיא קבוצת הרוב ומגילא תרבותה היא השולטת והדומיננטית הלכה למעשה - אין בה מעשה."**

ביניהם בתחום השליטה על הקרקעות. פסק הדין מופנה כלפי העתיד בלבד, כיוון שבית המשפט, על אף שהוא מבקש לקדם שינוי שהוא תופס כמתחייב, מכיר במגבלות יכולותיו לשנות לבדו את המציאות הקיימת. לפיכך נטענת גם הטענה כי השאיפה להכרה במעמד קולקטיבי של מיעוט לאומי נדחתה על ידי בית המשפט, אשר לא עסק בצורך לתקן את הבדלי איכות החיים בין היישובים הערביים ליישובים היהודיים, אלא אישש את צביונה של המדינה כיהודית וכציונית ואת מודל ההיטמעות של הערבים בחברה הישראלית וכמרחב הציוני. בית המשפט הכיר בכך ששאלות הזהות של המיעוט הערבי בישראל ויחסיו עם הרוב היהודי ועם המדינה אינן יכולות להיקבע אלא על ידי החברה בכללותה על מוסדותיה השונים.<sup>61, 58</sup>

הגישה בפסיקה האמריקאית כלפי "פעולות חיוביות" היא אמביוולנטית, וכך נטען: מחד גיסא, היא תומכת במטרות הפעולה החיובית, אך מאידך גיסא, היא פוסלת חלק מהאמצעים שננקטים להשגת מטרות אלה בהיותם בלתי חוקתיים. מגמה זו קיימת מאז פסק דין Bakke ומשתקפת בפסק הדין עצמו. השאלה המרכזית שהתעוררה

61 י' תירוש, "על קציר וליסבון כמקומות לימניליים במאבקים למימוש עצמי ולשוויון" המשפט 13 (2002) 42, עמ' 53-47.

58 דוגמה לעימות זה ניתן לראות בפסק דין אשר ניתן לאחרונה: בג"ץ 4112/99 עדאללה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' עיריית תל-אביב-יפו (ניתן בתאריך 25.07.2002). עתירה זו ביקשה לחייב את העירייה, אשר בתחומן מתגוררת אוכלוסייה מעורבת, להשתמש כשפה הערבית – בצד השפה העברית – בכל השילוט העירוני. עתירה זו התבססה, בין השאר, על סימן 82 לרבר המלך במועצתו אשר קובע שהערבית הנה שפה רשמית בישראל, וכן על עקרון השוויון. בפסק הדין התגלעה מחלוקת בין דעת הרוב (הנשיא ברק והשופט דורנר), אשר קיבלה את העתירה, לבין דעת המיעוט של השופט חשין שדחה אותה. השופט חשין טען שאין זכות קיבוצית לשימורה של זהות לאומית ותרבותית. המשפט אינו מכיר בזכות לטפח זהות ותרבות של קבוצת אוכלוסייה מסוימת. יתרה מזאת, העותרים מבקשים הכרעה שבמהותה ובאופייה אין היא מתאימה לבית המשפט, אלא מרובר בהכרעה חברתית-פוליטית ולא בהכרעה משפטית. ניתן עוד להצביע על העלות הצפויה והגדולה של שינוי השילוט במספר רב של ערים, ואין מנוס מהשאלה, האם לא ראוי היה שתקציב הרשויות המקומיות יופנה לכיוונים מועילים יותר, כגון שיפור תשתיות ותקציבים למגור הערבי בעיר? במבט לטווח ארוך, נראה שעתירה זו יכולה להוות פתח, או המשך המסלול שהותחל בקעדאן, להכרה בזכויות מיעוט קולקטיביות, וקיים חשש שהתוצאה העתידית של החלטות מעין אלה היא ערעור התשתית הרעיונית של המדינה היהודית והפיכת מדינת ישראל למדינת כל אורחיה. תוצאה אפשרית למשל היא פחיתות בחשיבותו של חוק השבות, שהוא אחד מסממניה המובהקים של היותה של ישראל מדינה יהודית.

במספר מקרים מרכזיים היא, האם ניתן לעשות שימוש בסעיף השוויון (equal protection) של התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית, שנחקק כדי להגן על השחורים מפני הפליה, על מנת להגן על אזרחים לבנים מפני התוצאות המפלות של פעולות של המדינה אשר נועדו לתקן עוולות שהתרחשו בעבר?<sup>62</sup>

בפרשת Bakke<sup>63</sup> פסל בית המשפט העליון מדיניות קבלת תלמידים ללימודי רפואה המבוססת על קריטריונים של השתייכות גזעית. האוניברסיטה הקצתה בכל שנה 16 מקומות מתוך 100 לבני מיעוטים משכבות חלשות, וכתוצאה מכך היו תלמידים לבנים, ובהם העותר, שלא התקבלו ללימודים במסלול הרגיל, אף שציוניהם במבחני הכניסה היו גבוהים מאלה של התלמידים שהתקבלו במסגרת המכסה המיוחדת. דעת הרוב של חמישה שופטי בית המשפט העליון קבעה כי מדיניות המביאה בחשבון שיקולים של גזע אינה חוקתית, כאשר היא מפרה את התיקון ה-14 לחוקה, אך מנגד, רוב של חמישה שופטים (ללא חפיפה מוחלטת בין שתי דעות הרוב) הפך את קביעת בית המשפט העליון של קליפורניה, אשר הטיל על האוניברסיטה איסור גורף להביא בחשבון כל שיקול של גזע בכל קביעת מכסות עתידית.

בפרשת Richmond<sup>64</sup> פסק בית המשפט העליון כי מועצת העיר ריצ'מונד, וירג'יניה, הפרה את דרישת השוויון שבתיקון ה-14 לחוקה בכך שתבעה מתברות קבלנות ראשיות שאינן שייכות לבני מיעוטים, שעמן התקשרה בחוזים לבנייה עירונית, לספק לפחות 30 אחוזים מהעבודה, מבחינת השווי הכספי, לקבלני משנה, שהיו חברות הנמצאות בבעלות דומיננטית של בני מיעוטים. בית המשפט קבע כי לא הוכחה רמה כזו של הפליה היסטורית המצדיקה פעולה חיובית.

לעומת זאת, בפסק דין Fullilove<sup>65</sup> אישר בית המשפט חוק של הקונגרס, שקבע כי לפחות עשרה אחוזים מהמימון הפדרלי לתמיכה בפרויקטים ציבוריים מקומיים ישוריינו ליוזמות עסקיות של בני מיעוטים.

לדברי גביוון, הבעיה החברתית הכוללת שהתעוררה בעניין קעדאן אינה מתמצה

R. J. Steamer & R. J. Maiman *American Constitutional Law: Introduction and Case Studies* 62  
(1992), pp. 495, 506.  
Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978) 63  
Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989) 64  
Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980) 65

בקשיים שנתקלות בהם משפחות ערביות אמידות כאשר הן מחפשות להן בית, אלא בעיקר במצוקת הדיוור של חלק ניכר מהאוכלוסייה הערבית בישראל. מאפייני הבעיה הכללית אינם משתקפים באופן מלא, ואינם יכולים להשתקף, בעתירה הספציפית של בני משפחת קעדאן<sup>66</sup>. עניין קעדאן הוא רק קצה הקרחון של סוגיות נרחבות הרבה

יותר, שעניינן הוויכוח הציבורי המתמיד על אופייה של המדינה, זהותה וטעם קיומה. במרכזו של ויכוח זה עומדת השאלה, האם בימינו יש לשמור על הזיקה שבין המדינה לבין הציונות ועל היותה של המדינה יהודית, או שמא תפקידה ההיסטורי של הציונות, הקמת המדינה, הסתיים עם השגת מטרה זו, וכעת על המדינה להתנהל כמדינה "נורמלית" לכל אזוריה? לדברי גביוון, אסור שוויכוחים אלו, אשר מקומם בספירה הפוליטית, החינוכית והתרבותית, יהפכו לעניינים משפטיים ויוכרעו על ידי משפטים<sup>67</sup>. כיוון שבית המשפט אינו הגוף שיכול וצריך להכריע

בסוגיות אלו, ראוי היה לו צמצם את פסיקתו למציאות הנתונה של העתירה ולא הרחיב אותה להערות אגב<sup>68</sup>.

במסגרת זו מונה גביוון שתי אמירות מרכזיות של בית המשפט. ראשית, בג"ץ קבע מפורשות כי אין לסטות מעקרון עיוורון הלאום בהיעדר שיקולים מיוחדים, כגון קיום אורח חיים ייחודי או ביטחון. כלומר, אין זה לגיטימי עוד מצד המדינה להקצות קרקע להקמת יישוב שייקבע מראש כי יהיה יהודי, למטרה זו כשלעצמה. לדברי גביוון, קביעה זו מרחיקת לכת, ולא היה בה צורך לשם ההכרעה. אפשר לראות בה רמז להחלשה ניכרת של הצדקה ציונית להתיישבות: מעתה לא יהיה אפשר לתכנן הקמת יישובים יהודיים מבלי להזדקק לצורות יישוב בעלות אופי מיוחד<sup>69</sup>. שנית, פסק הדין אוסר "כללים מדירים" מעיקרם, גם אם הנפרד יהיה שווה. לדברי גביוון, גם קביעה זו לא היתה נחוצה להכרעה הסופית, שאיתה היא מסכימה, כיוון שבפועל אין למשפחת קעדאן אופציית מגורים שווה, מכחינת איכות החיים, בכל יישוב ערבי

66 גביוון, לעיל הערה 13, עמ' 27.

67 שם, עמ' 47.

68 שם, עמ' 49.

69 שם, עמ' 32-33.

שהוא. לדעתה, ראוי היה להסתפק בקביעה כי נוכח העובדות במקרה זה, ההדרה אכן מונעת ממשפחת קעדאן להשיג דיור ההולם את רצונה ואת יכולתה – כפי שמשתמע, כפי הנראה, מפסק דינו הקצר של השופט חשין<sup>70</sup>.

לדברי גביוון, לא ניתן לטפל בסוגיה שעל הפרק מבלי להתייחס לרכיב ההתיישבותי של המפעל הציוני, ומבלי להתייחס לבעיות המתעוררות בעולם כולו במציאות של שילוב מגורים של קהילות ששורר ביניהן קונפליקט העלול להפוך אליים<sup>71</sup>; אינטגרציה כפויה עלולה להיות כלי לא נכון להשגת שוויון בין תת-קבוצות המקפידות על שימור זהותן הייחודית<sup>72</sup>.

## ביקורת על הפסיקה בעניין קעדאן מנקודת מבט ציונית

ביקורת חריפה נמתחה על הפסיקה בעניין קעדאן בשל סטייה מעקרונות שהיו מקובלים וברורים בעבר בסוגיית ישראל כמדינת היהודים, כגון בפרשת ירדור והמגורים בנפרד או בעניין בורקאן או אביטן.

לדעת ד"ר יורם חזוני, מייסדו ונשיאו של מרכז שלם בירושלים למחשבה יהודית חברתית ופוליטית, פסק דין קעדאן הוא חלק ממגמה בולטת של סטייה מהאידיאולוגיה הציונית בתוך הזרם המרכזי של השית הציוני והאקדמי, המתרחשת בחמש-עשרה השנים האחרונות<sup>73</sup>.

ג'ראלד (גרשון) שטיינברג כתב דברים ברוח דומה:

"בתקופת כהונתו של אהרן ברק כנשיא בית המשפט העליון, מוכן בית הדין ואף להוט ליטול חלק בניסיון לשפוט את היבטיה האידיאולוגיים המרכזיים והשנויים ביותר במחלוקת של החברה הישראלית כיום. דעותיו השנויות במחלוקת של השופט ברק בנושאים כגון היחס בין דת למדינה, שוויון וזכויות הפרט והאיזון בין עקרונות דמוקרטיים מערביים ליברליים לערכי המסורת

70 שם, עמ' 38.

71 שם, עמ' 50.

72 שם, עמ' 41.

73 "יהודית ודמוקרטית – מתח ולא סתירה: רב-שיח", לעיל הערה 41, עמ' 60-62.

היהודית, שינו את המערכת המשפטית תוך פיחות ניכר בערכם של הנורמות והחוקים היהודיים. הדמיון בין הדעות הנשמעות בבית המשפט העליון ובין אלה המנוסחות במסגרת החשיבה הפוסט-ציונית, יש בו כדי להטריד.<sup>74</sup>

לדברי שטיינברג, בעוד הציונות המסורתית, כמו תנועות לאומיות אחרות, מדגישה את הזכויות הקולקטיביות, הרי האידיאולוגיה הפוסט-ציונית נותנת עדיפות מכרעת

**"כשם שדמוקרטיה**

**צריכה לעתים**

**לנקוט פעולות**

**קיצוניות על מנת**

**לשמר את**

**הדמוקרטיה, גם**

**מדינה יהודית,**

**אשר יהדותה היא**

**ערך עליון, ואשר**

**ערעורו יחתור**

**תחת אושיות**

**היסוד שלה,**

**חייבת לפעול כדי**

**לשמר את קיומה."**

לזכויות הפרט ובעיקר לשוויון; וכך גם פסיקתו של בית המשפט, אשר התמקד בזכויות הפרט ובשוויון על חשבון הזכויות הקולקטיביות של העם היהודי.<sup>75</sup> שטיינברג מייחס גישה זו לשאיפה, או לאשליה, כדבריו, כי ישראל תהיה מדינה "נורמלית", ליברלית ואוניברסלית הדוגלת בשוויון זכויות והמאמצת נורמות של ארצות הברית ושל חברות דמוקרטיות ליברליות בהקשר הישראלי. ואולם, לדבריו, מרבית הישראלים מגדירים את עצמם לפי השתייכותם הלאומית והדתית יותר מאשר כאינדיבידואלים, והמדינה נוסדה בראש ובראשונה כמדינה יהודית המעניקה בעניינים עקרוניים עדיפות לעם היהודי. שוני משמעותי נוסף בין ישראל למדינות ליברליות מערביות הוא העדר הגבולות הברורים והכחשת הלגיטימציה של קיומה על ידי מדינות שכנות.<sup>76</sup>

שטיינברג טופל חלק ניכר מן ה"אשמה" בתוצאת פסק הדין על המשיבים, שטיעוניהם היו טכניים בעיקרם, ולא הדגישו את ההיבטים הביטחוניים כבדי המשקל ואת רלוונטיות הפרשה להמשך קיומה של ישראל כמדינה יהודית; מדבריו של ברק, שלפיהם בנסיבות מיוחדות, משיקולים ביטחוניים או משיקולים של ייחודיות קבוצות אוכלוסייה, ניתן יהיה להצדיק הקמת יישובים נפרדים, הוא מסיק כי הפסיקה יכולה הייתה להיות שונה לו טענו זאת המשיבים. שטיינברג מנסה להסביר חידלון זה בכך שבמשך שנים רבות

74 שטיינברג, לעיל הערה 44, עמ' 32-33.

75 שם, עמ' 33-35.

76 שם, עמ' 40.

הייתה זכות ההתיישבות היהודית-ציונית כה מובנת מאליה, עד שנציגי המוסדות הציוניים כבר לא היו כשירים להגן עליה מבחינה רעיונית<sup>77</sup>. שטיינברג מסכם כי אף שפסק הדין לא נתן גושפנקא לפוסט-ציונות, הוא מייסד את מה שעלול להיות בטווח הרחוק צעד חשוב בכיוון זה<sup>78</sup>.

גם בעיתונות נכתב, כי ההחלטה חותרת תחת עיקרון בסיסי של הציונות, היינו קידום נוכחות יהודית על האדמה.<sup>79</sup> עוד בטרם פרוץ אינתיפאדת אל-אקצה ומהומות אוקטובר 2000, ציין חבר הכנסת פרופ' אמנון רובינשטיין את המהפך המשמעותי בהנהגה הפוליטית של ערביי ישראל, שתכלית מאבקה אינה השגת יותר זכויות לאזרחים הערבים, כי אם התקוממות נגד עצם קיומה ומהותה של ישראל כמדינת העם היהודי, וכתב כי אי אפשר לצפות להשוואת זכויות המיעוט במדינה שהמיעוט כופר בלגיטימיות של קיומה<sup>80</sup>.

על רקע מהומות אוקטובר 2000, התגברות הנימות המיליטנטיות האנטי ציוניות במגזר הערבי והמאזן הדמוגרפי המתדרדר לרעת היהודים, עורר פסק דין קעדאן שיח נרחב והיווה גורם מרכזי להתנעת יוזמות חשובות, שמטרתן לתת משקל נגד להחלטה ולהבטיח את אופייה היהודי של המדינה. כדבריו של יו"ר הסוכנות וההסתדרות הציונית, סלי מרידור: "אם המדינה עומדת על שתי רגליים – היהודית והדמוקרטית – מה שקרה בשנים האחרונות, באמצעות חוקי היסוד, הוא שהרגל הדמוקרטית התארכה מאוד, והרגל היהודית עלולה למצוא את עצמה מתנדנדת באוויר." היוזמות המרכזיות המתוכננות הן הצהרה של הקונגרס הציוני על אופייה היהודי של המדינה, השקת קמפיין ציבורי בנושא זה וחקיקת חוק יסוד שיבטיח באמצעות שריון את אופייה היהודי של המדינה. הצעת הסוכנות מבקשת לעגן בחוק יסוד, בין היתר, את מעמדם של ההמנון, הדגל והסמל, את זכות השבות, את מעמדן של הסוכנות וההסתדרות הציונית ואת הזכות להקמת יישובים ליהודים בלבד, אשר נשללה כבג"ץ קעדאן. מספר הצעות נוספות, השונות זו מזו בהיקפן ובמידת השריון שהן מעניקות לחוק היסוד, גובשו על ידי חברי כנסת שונים אך לא התקבלו<sup>81</sup>.

77 שם, עמ' 38.

78 שם, עמ' 42.

79 י' שלג "מקציר עד: מדינת כל אזרחיה", הארץ, 14/3/2000.

80 א' רובינשטיין "הרדיקלים החדש של חד"ש", הארץ, 16/5/2000.

81 י' שלג, "קודם כל יהודית, אחר כך דמוקרטית", הארץ, 16/4/2002.



לדעת יפה זילברשץ, להבדיל ממקרים שבהם הנימוק של הזהות הלאומית משמש להבחנה בין אנשים בקבלה לעבודה, במינוי למשרות ציבוריות, בקבלת רישיונות עסק וכדומה, שאז ההבחנה אינה רלוונטית ולפיכך מהווה הפליה פסולה, הרי שכאשר קבוצת אוכלוסייה מבקשת בדלנות במגורים כדי לשמר את זהותה הלאומית, ההבחנה רלוונטית לעצם השגת המטרה, ולפיכך לגיטימית. לענייננו, ברור כי אוכלוסייה יהודית עשויה לרצות לקיים אורח חיים שבו ישנה הדגשה על ההיסטוריה היהודית, על השפה העברית, על חגי ומועדי ישראל וכדומה, וכי מגורים משותפים עם אוכלוסייה ערבית שלה תרבות, שפה ומסורת שונות עלולים לפגוע בכך. מפסק הדין עולה כי גם אם עשר משפחות ערביות או יותר תבקשנה להתגורר בקציר, לא ניתן יהיה למנוע זאת מהן, והדבר עלול לפגוע ביכולת האוכלוסייה היהודית לממש מסגרת חיים לאומית ולשמר את אופי החיים הרצוי לה<sup>82</sup>. נוסף על כך, כאשר קיים מתח בין קבוצות אוכלוסייה, עלולים מגורים משותפים לשמש איום על הסדר הציבורי, ובמקרה כזה, לדברי זילברשץ, יש לקבל הן את תביעת הרוב והן את תביעת המיעוט לבדלנות במגורים<sup>83</sup>.

לדברי זילברשץ, אם בוחרים לאמץ גישה רב-תרבותית לאזרחות המכירה בייחודן של קבוצות לאומיות במסגרת המדינה (בדיוק כפי שגורס ג'בארין), הרי שרצונן של קבוצות לאומיות ליצור התיישבות נפרדת אינו צריך להתפרש כמפלה, בהנחה שזכות זו מוענקת בשוויון לכל קבוצות האוכלוסייה<sup>84</sup>.

לטיעונים אלו יש כוח משכנע, ואולם ספק אם ניתן לגבש חקיקה ראויה שתפתור את הקשיים שיצרה פסיקת בג"ץ לגבי נושא הקצאת הקרקעות להתיישבות יהודים בנפרד בהתאם לדפוסים שהיו נהוגים במשך כל שנות קיומה של המדינה.

## קעדאן מזווית ראייה של האזרחים הערבים בישראל

חסן ג'בארין, ראש ארגון "עדאלה" הפועל למען זכויות המיעוט הערבי, אף הוא ביקורתי לגבי הפסיקה בעניין קעדאן. וכך הוא מסכם את ביקורתו:

82 זילברשץ, לעיל הערה 16, עמ' 106-107.

83 שם, עמ' 91.

84 שם, עמ' 103.

"המודל של בג"ץ קעדאן, הנשען על הקונספציה בדבר מהותה של המדינה כמדינה 'יהודית-דמוקרטית', מציג ישראליות ה'צופה פני עתיד' – ישראליות שבה, מחד גיסא, קיימת הכרה בעבר ובהיסטוריה של היהודים כעם היחיד בארץ זו הזכאי להגדרה עצמית במדינה זו, ומאידך גיסא, הערבים הם חסרי היסטוריה ואינם מכוננים עם או קבוצת מולדת הזכאית גם היא להגדרה עצמית במדינה זו. ישראליות זו 'צופה פני העתיד' בכך שהיא מכירה על תנאי בחלק מהזכויות ומהחובות האזרחיות-פוליטיות של אזרחיה ה'לא יהודים', ובו זמנית מבקשת מהם לקבל את המטריה האידיאולוגית של המדינה כמדינה יהודית-ציונית. לפי מודל זה, הערבים-פלשתינים במדינת ישראל הם מהגרים במולדתם."<sup>85</sup>

ביקורתו העיקרית של ג'בארין היא על כך שבית המשפט בפרט, והמדינה בכלל, מוכנים לכל היותר להתייחס לערביי ישראל במעמד של קבוצת הגירה אתנית, שאינה יושבת במולדתה, אלא בארץ שאליה היגרה. קבוצות כאלה מתאפיינות בכך שהגירתן היא אקט אינדיבידואלי, ובכך שחבריה נקלטים בארצם החדשה כיחידים המבקשים להשתלב בה, ולא כקהילה המבקשת לבנות חיים לאומיים בטריטוריה החדשה, ולכן תביעותיהם מתמצות בזכויות הפרט האזרחיות-פוליטיות. יחס זה, לדעת ג'בארין, אינו הולם את המציאות לגבי הפלשתינים אזרחי ישראל, שיש להכיר בהם כמיעוט לאומי, כ"קבוצת מולדת" הזכאית להגדרה עצמית במסגרת המדינה.<sup>86</sup>

ג'בארין מאפיין את העתירה עצמה ואת פסק הדין כעוסקים אך ורק בזכות אזרחית-פוליטית שעניינה רכישת בית על קרקע, וזאת במקום לדרוש את החזרת הקרקע המופקעת שעליה הוקם, לדבריו, היישוב קציר; הדבר מהווה כניעה למטרות הלא לגיטימיות של הקמת היישוב, שהן, לדבריו, שלילת נוכחותה של הזהות הערבית בוואדי ערה על ידי יישובם של יהודים שם.<sup>87</sup> ג'בארין מותח ביקורת על כך שהרטוריקה של פסק הדין מתייחסת למיעוט הערבי כאל קבוצה שדאגתה היחידה היא איכות חיים טובה יותר, ומתעלמת במובהק מזהותו הלאומית הקולקטיבית

85 ג'בארין, לעיל הערה 19, עמ' 76.

86 שם, עמ' 53-54, 57.

87 שם, עמ' 62-63.

**"נוכח המהפך  
המשמעותי  
בהנהגה הפוליטית  
של ערביי ישראל,  
שתכלית מאבקה  
אינה השגת יותר  
זכויות לאזרחים  
הערבים, אלא  
התקוממות נגד  
עצם קיומה  
ומהותה של  
ישראל כמדינת  
העם היהודי, אי  
אפשר לצפות  
להשוואת זכויות  
המיעוט הכופר  
בלגיטימיות של  
קיום המדינה."**

ומהקשר שלו לאדמה, ובפרט, מההפליה ההיסטורית של הערבים בישראל ביחס להקצאת קרקעות ולמצוקת הדיור בקרב הערבים<sup>88</sup>.

"נושאים הקשורים במולדת הם רכיב עיקרי ביותר בתביעות האזרחים הפלשתינים, כגון החזרת הקרקע המופקעת, זכות השיבה אל הכפר העקור, ההכרה בכפר הלא מוכר, החזרת נכסי הנפקדים, הרחבת שטחי השיפוט של היישובים הערבים וכו'. מושג ה'אדמה' נהפך לסמל לאומי במאבק זה."<sup>89</sup>

ג'בארין קובל על כך שאפילו ההכרה בזכויות האזרחיות-פוליטיות פחותות המשקל מתרחשת תוך תלות בעוצמתו של המפעל הציוני, ולענייננו – מאחר שאין היום חשש להיחלשות שליטתה של הסוכנות היהודית בקרקע, ומשום שהעתירה צופה פני עתיד בלבד. זכותם של העותרים לשוויון הוכרה רק לאחר שעברו את ה"משוכה" היהודית תוך הצגת רטוריקה לאומית ציונית עשירה מצד בית המשפט, המדגישה את היותה של המדינה מדינה יהודית, ובכך מרוקנת את הנוכחות הפלשתינית מפסק הדין ומכירה בקיומה של זכות אחת ובקיומו של עם אחד בלבד בארץ ישראל. הענקת הזכויות מותנית בויתור על רכיבי הזהות הפלשתינית ובקבלת הערכים האידיאולוגיים של הציונות<sup>90</sup>.

ג'בארין מותח ביקורת על כך שבית המשפט מחויב למודל הציוני, וחולק על עצם הגדרתה של מדינת ישראל כמדינת לאום ולא כמדינה דו-לאומית, וממילא חולק על

88 שם, עמ' 63, 68.

89 שם, עמ' 58.

90 שם, עמ' 53, 68, 73.

הלגיטימיות של היותה מדינה יהודית. הוא מתייחס אף לזכותם של חברי הקבוצה הלאומית היושבים בפזורה, קרי, לזכות השיבה<sup>91</sup>.

ג'בארין העלה במאמרו מספר טיעונים מעוררי תמיהה. ראשית, הוא קובע כי הזכות להגדרה עצמית של המיעוט הלאומי היא תביעת המעמד שהיה בו עוֹבֵר לשינוי שהתרחש – ה"השתלטות" על אדמתו וה"חורבן" שעבר<sup>92</sup>. ואולם, ידוע לכל כי טרם הקמתה של מדינת ישראל לא הייתה לאוכלוסייה הערבית בארץ ישראל כל עצמאות שהיא. שנית, הוא קובל על כך שפסק הדין לא סיפק הצצה אל חייהם האישיים של העותרים<sup>93</sup>. ואולם, למותר לציין כי פסקי דין עוסקים בזכויות משפטיות ולא בסיפור חייהם האישיים של בעלי הדין.

שלישית, הוא טוען שבית המשפט חרג מהנוהג המקובל וציטט בפסק דינו את דברי באי כוח העותרים, אשר ציינו כי אינם חולקים על הלגיטימיות של מפעל ההתיישבות הציוני בעבר<sup>94</sup>. ואולם, ברור כי המטרה הייתה תחימת המחלוקת, הנחוצה במיוחד בעתירה מעין זו, כדי להבהיר כי נושא טעון זה אינו עומד לדיון. ג'בארין אף מתלונן על כך שבית המשפט כינה את ואדי ערה בשמו העברי, נחל עירון<sup>95</sup>.

## ישראל נוהגת הפרדה במגורים של קהילות שונות

פרופ' איל בנבנשתי עמד על כך שהמחוקק הישראלי והרשות המבצעת הנהיגו מדיניות של הפרדה במגורים של קהילות שונות. "לא זו בלבד שהמדינה אינה מתערבת בשוק המקרקעין כדי לאסור במפורש על פרטים לערוך הבחנות בין מתקשרים פוטנציאליים על בסיס קבוצתי בכיצוע עסקות במקרקעין, התערבות שנמצאה נחוצה וראויה במדינות אחרות, אלא היא פועלת במקרקעין הרבים שבבעלותה או בשליטתה דווקא מתוך מגמה של יצירת הפרדה טריטוריאלית בין קהילתית. וכך, אזורים שונים בארץ מתאכלסים על פי מפתח קבוצתי: שכונות ואף ערים מיועדות לציבור החרדי, אגודות שיתופיות ועמותות שונות משיגות בלעדיות

91 שם, עמ' 53, 56, 76.

92 שם, עמ' 55.

93 שם, עמ' 66.

94 שם, עמ' 64.

95 שם, עמ' 66.

ביישוב או ביישובים חדשים, ותושבי יישובים שונים מקבלים עדיפות ולעתים בלעדיות בחכירתן של יחידות דיור באזור יישובם.<sup>96</sup>

לדברי בנבנשתי, שיטת ה"פסיפס ההתיישבותי" עומדת בסתירה לעקרון יסוד בסיסי בחשיבה החוקתית בישראל, הרי הוא "עיוורון הצבעים" השולל כל מדיניות של

**"אין חולק על כך  
כי מיעוט כזה או  
אחר זכאי לשוויון  
זכויות; יחד עם  
זאת, קביעה זו  
כשלעצמה, אין  
בה כדי למונע  
מקבוצה אחרת,  
בין אם היא  
מוגדרת כקבוצת  
הרוב ובין אם לאו,  
להגשים את  
שאיפתה למגורים  
בתנאי קהילה  
"יחודיים".**

הפרדה, אפילו אם היא שוויונית; אך לדעתו, שלילת ההפליה על כל צורותיה אינה סותרת תביעה של בני קהילה ייחודית ליחס מיוחד, שיכול להתבטא גם בתביעה להקצאה ייחודית של קרקע למגורים.<sup>97</sup> הגישה הקהילתנית גורסת כי הפונקציה שממלאת הקהילה בחייו של האדם רבת משמעות לגביו, מעבר לכל השתייכות אחרת שלו (כגון למקום עבודה או לחוג חברים): השתייכותו של אדם לקהילה, במיוחד אם היא בעלת מאפיינים מייחדים כדת, לאום או שפה, מעצבת את אופיו ואת העדפותיו במגוון עניינים, ומגדירה אותו בראש ובראשונה כחלק ממנה, הן בעיני עצמו והן בעיני הסביבה החיצונית, וכל זאת עד כדי כך שטובת הקהילה הופכת לטובתו של היחיד ולהפך. ישנן גם גישות ליברליות המכירות בחשיבות הקהילה על ידי הכרה בזכות יסוד של האדם להשתייך לקהילה, זכות אשר נובעת מחופש הבחירה שלו או מזכותו לשמר את זהותו האישית.<sup>98</sup>

ואולם לדעתו של בנבנשתי (כפי שהובעה לפני שניתן פסק הדין בעניין קעדאן), טענת ההפרדה השוויונית לא תוכל להישמע מפי קבוצת הרוב המבקשת לחסום את זכות כניסתם של בני הקבוצה האחרת, הרוצים להתערות בתוכה מבלי לפגוע באופייה ובאורח חייה. בישראל, אם כן, בשל הדומיננטיות החברתית של החברה היהודית-חילונית, וכל עוד לא נשקף איום ממשי לאורח חייה, אין למונע כניסת אחרים לתחומי השכונה היהודית-חילונית. תביעה להפרדה היא

96 א' בנבנשתי, "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא (תשנ"ח), עמ' 769, 771.

97 שם, עמ' 772-775.

98 שם, עמ' 775-777.

לגיטימית רק אם היא באה מצד קהילת המיעוט, כיוון שמטרתה במקרה כזה היא למנוע פגיעה קשה במורשתה וכתרבותה, והיא אינה יוצרת תחושת נחיתות בקרב קבוצת הרוב. לדבריו, הקהילות הזכאיות להתיישבות נפרדת הן רק כאלה שיש להן מאפיינים תרבותיים יחודיים שאותם הן יכולות לשמר רק תוך הפרדה במגורים, והדוגמאות שהוא נותן לכך במדינת ישראל הן הקהילה הברדווית והקהילה החרדית<sup>99</sup>.

בנבנשתי מוסיף כי ההקצאה הייחודית חייבת להיעשות באופן שוויוני שימנע העדפת מגזרים שונים באוכלוסייה, כגון מגזרים בעלי השפעה פוליטית משמעותית או קבוצות של אזרחים מבוססים מבחינה חברתית-כלכלית, על פני מגזרים אחרים, וזאת בניגוד להליכי ההקצאה הלא שוויוניים, הפוליטיים והלא שקיפים הנוהגים כיום, ואשר עד פרשת קעדאן לא זכו לפיקוח קפדני מצד בתי המשפט<sup>100</sup>. מסקנתו של פרופ' בנבנישתי תואמת את פסיקת קעדאן, אך כמפורט ברשימה זו, אינה מתיישבת עם הטיעון המרכזי שגם לקהילת הרוב קנויות זכויות לזהות תרבותית ולאומית.

## סיכום

לאחר בחינת פסק הדין בעניין קעדאן והביקורת שבעקבותיו, אכן מצטיירת תמונה אשר לפיה פסיקת בית המשפט לא הייתה בלתי נמנעת, ואף לא הייתה מחויבת המציאות. בג"ץ יכול היה להשתמש בסמכותו לפי "חוק יסוד: השפיטה" וכלל לא לדרון בעתירה מטעמים של עילות סף. מעבר לפן הפרוצדורלי, קיימים נימוקים חזקים לאי התערבות בית המשפט, וכן טעמים מבוססים המצביעים על כך שניתן ואף ראוי היה להגיע לתוצאה שונה.

הפרדה במקומות מגורים איננה תופעה חדשה, והיא קשורה מעצם טיבה וטבעה להיותה של מדינת ישראל מדינת העם היהודי. פרקטיקה זו, שהתבססה במהלך השנים, אף מעוגנת בדבריו של בית המשפט העליון ובדברי נשיאו, אהרן ברק.

יתרה מזאת, אין חולק כי מיעוט כזה או אחר זכאי לשוויון זכויות. יחד עם זאת, קביעה זו כשלעצמה, אין בה לדעתי כדי למנוע מקבוצה אחרת, בין אם היא מוגדרת כקבוצת הרוב ובין אם לאו, להגשים את שאיפתה למגורים בתנאי קהילה ייחודיים.

99 שם, עמ' 783-787.

100 שם, עמ' 791-799.

התזה שלפיה אין להגן על קבוצת הרוב ועל תרבותה רק משום שהיא קבוצת הרוב, וממילא תרבותה היא השולטת והדומיננטית הלכה למעשה, אין בה ממש. בית המשפט יכול וצריך להגן על קבוצות תרבותיות שונות, וכשם שהוא מצא לנכון לעשות זאת במקרים קודמים, לא הייתה מניעה עקרונית לעשות זאת גם בעניין קעדאן. נכון הדבר שהפרדות בעבר התבססו, בין אם בגלוי ובין אם בצורה מוסווית, על מדיניות של העדפה מתקנת וכן על מניעים פוליטיים שונים, אך אין זו הדוקטרינה הבלעדית שבאמצעותה ניתן להכשיר מגורים נפרדים לקהילות שונות. ישנם טעמים קהילתניים וליברליים כאחד, אשר מצדיקים ומקבלים רצונות של פרטים ושל קהילות לשמור על ייחודן התרבותי והלאומי. גודל הקהילה אינו חייב להיות שיקול מכריע בעניין זה, ואין להיתלות רק בו כדי לבסס הכרעה נורמטיבית כזו או אחרת.

שיקול נוסף החייב לבוא לידי ביטוי הנו המודל של דמוקרטיה מתגוננת ויצירת מודל של מדינה יהודית מתגוננת. לקבוצה הלאומית יש זכות קולקטיבית לנקוט פעולות תוך שמירה על זכויותיו של הפרט כפי שהובטחו במגילת העצמאות, בחוקי היסוד ובדברי החקיקה השונים. אין זה ראוי שפרט כזה או אחר יגביל את זכותה של הקבוצה הלאומית. בהקשר זה ניתן לבחון את זכות הקבוצה להקים יישוב נפרד. זכות זו נובעת מהטעמים שהוזכרו לעיל, אך ישנו טעם רחב יותר, והוא הטעם הלאומי, מודל המדינה היהודית המתגוננת. כשם שדמוקרטיה צריכה לעתים לנקוט פעולות קיצוניות על מנת לשמר את הדמוקרטיה<sup>101</sup>, כך גם המדינה היהודית, אשר יהדותה היא ערך עליון, ואשר ערעורו של ערך זה יחתור תחת אושיות היסוד של מדינת ישראל.

ראינו שבג"ץ, בפועל, הכיר בהתיישבות ייחודית. אין להגביל התיישבות ייחודית רק למגזר כזה או אחר, ויש צורך בחקיקה אשר תכיר בהתיישבות ייחודית לכולם ותעגן אותה בחוק.