

פסיקת בג"צ פוגעת בלגיטימיות של ישראל כמדינה יהודית

פרופ' שמעון שטרית

הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית

כאשר אני דן בצדק החלוקתי בקרקעות המדינה, אני חייב להבהיר בראש ובראשונה, באופן חד-משמעי וכדי שלא תהיה טעות: אני בעד שוויון בין יהודים ללא-יהודים. ולא זו בלבד שאני דוגל בשוויון אלא שבכל התפקידים הציבוריים והממלכתיים שמילאתי בעבר התאמצתי לקדם את השוויון הזה ולהעביר אותו מנתיב תיאורטי לפסים מעשיים. במשרד הכלכלה, למשל, הפעלתי תוכנית לשילוב עובדים ערבים ודרוזים בשירות המדינה בהיקף התחלתי של 330 משרות וזאת על אף התנגדות היועץ המשפטי לממשלה והתנגדות היועץ המשפטי של משרד ראש הממשלה. במשרד הדתות הפעלתי תוכנית של שוויון בהקצבות למוסלמים, נוצרים ודרוזים. מלבד שוויון תעסוקתי אני גם בעד שוויון חברתי. כדי לממש את עמדותי זו עמדתי בראש הלובי החברתי בכנסת ובמסגרת פעילותי הממשלתית פעלתי למציאת פתרון למצוקות חברתיות. אבל יחד עם המאמצים לקידום השוויון אני גם בעד התיישבות, בעד ציונות וגם בעד מדינה יהודית, ציונית ודמוקרטית.

על רקע המחויבות שלי לשוויון וכו זמנית גם המחויבות למדינה יהודית ודמוקרטית, אני מבקש להציג ניתוח המשפטי של שני פסקי דין של בית המשפט העליון העוסקים בנושא. תחילה אתמקד בפסק הדין "שיח חדש"¹ המכונה בשפת העם בג"צ הקרקעות ולפעמים, בטעות, הורבק לו התואר בג"צ הקשת המזרחית. העותרים במשפט זה היו אנשי "שיח חדש", קבוצה שמאלית שבה חברים מספר פרופסורים ודוקטורים. משפט שני שאנתח, בקצרה, הוא בג"צ קעדאן.²

לפני שאגע במהות, רצוני להדגיש, בכל האחריות אבל גם באכזבה גדולה, מספר נקודות יסוד:

1 בג"צ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות נד' (6) 25.

2 בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד' (1) 258.

הנקודה הראשונה: בשנים האחרונות אנו עדים מצד בית המשפט העליון לגישה שונה מהמקובל כלפי הנחות יסוד חוקתיות וערכי יסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית. הנחות היסוד החוקתיות שעמדו לפני בית המשפט העליון בהרכבה פסקי דין בעבר שוב אינן משמשות השראה לבית המשפט. עדיפות הפסיקה של בית המשפט העליון מופנית כיום לערכים אחרים, אוניברסליים יותר, אולי אפילו מוצדקים כשלעצמם, אבל שניתן להם משקל לא נכון. הגישה השונה הזו באה לידי ביטוי בפסקי הדין שעוסקים בהתיישבות היהודית, בחקלאות היהודית ובחזיון ההתיישבות היהודית.

"פסק הדין" שיח
חדש" שגוי
ומוטעה מכל
בחניה אכשרית.
הוא שגוי מבחינה
כלכלית, הוא שגוי
מבחינה ציונית
והתיישבותית, הוא
שגוי מבחינה
משפטית והוא

הנקודה השנייה: לאחר בחינה כוללת של הסוגיות עולה מסקנה חשובה, לפיה עדיף לכל הגופים העוסקים בניהול קרקעות המדינה וקרקעות הלאום להימנע מלהגיע להתדיינות בזירה המשפטית. במצב הדברים הנוכחי, ומנקודת מבט פרגמטית וננקודתית, עדיף בעיני לווטר בסיטואציה מסוימת ולא להגיע להכרעה משפטית, שיוצרת תקדים עקרוני מזיק. אני משוכנע שחלק מסוים מהבעיות ניתן היה לפתור מבלי להגיע להכרעות עקרוניות וחבל שהגענו לפסיקות משפטיות אלה.

הנקודה השלישית עוסקת בסוגיית המדינה היהודית והדמוקרטיה. בהקשר זה חשוב לבחון מה אומר על הנושא השופט אהרון ברק בכתיבה המאוד ענפה שלו, ובעיקר בספרו על הפרשנות החוקתית,³ שם הוא דן במאפייני המדינה בהתייחס לשאלה מהם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. מפאת קוצר הידיעה לא אצטט הכול, אבל בכל מה שנוגע להתיישבות אומר ברק כי המדינה היהודית מתבססת על ערכי היסוד של הציונות, על ערכי היסוד של היהדות ועל זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם העומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית. המדינה היהודית היא על כן מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה, במושבותיה היא "בראש דאגותיה". ומה פירוש צמד המילים הזה "בראש דאגותיה"? הפירוש פשוט: בסדר עדיפות גבוה ובמינון ובשקלול מאוד משמעותיים. כאשר קוראים את הדברים

3 אהרון ברק, פרשנות חוקתית, הוצאת נבו, 2003, עמוד 332.

האלה בזיקה לכג"צ קעדאן ולפסיקה הנוספת, עולה מיד השאלה, איך מתרגמים את ההצהרה הערכית הזאת לנתיבים אופרטיביים?⁴

לדעתי, הנחת היסוד הזאת, השקלול הזה, לא באים לידי ביטוי בפסיקה האופרטיבית ועל כך אני חש אכזבה גדולה. פעמים רבות יש השואלים בהקשר זה, האם הפיגומים של הבניין, כלומר, הציונות שבנתה את מדינת ישראל, כבר סיימו את תפקידם ואפשר לפרק אותם? אני יודע שיש המשיבים שצריך לפרק. אני, לעומת זאת, משיב חד-משמעית: עדיין לא חלף זמנם של הפיגומים הציוניים והחישוקים הציוניים. אנחנו זקוקים עדיין לחישוקים של הציונות ושל ההתיישבות, ובעיני, ההתיישבות זו הציונות.

בתקופה האחרונה מתחוללת מתקפה על הלגיטימיות של ישראל, בעיקר מצד הפלסטינים, הטוענים שאינם מוכנים להכיר בישראל כמדינה יהודית. נוכח מתקפה זו עלינו לדבוק במתווה שיגן על ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ולא יאפשר סדיקת החישוקים והפיגומים המעניקים עיבוי וגיבוי לאופייה היהודי של ישראל. אחרי כל הדברים הכלליים האלה, אני רוצה להבהיר כי מנקודת הראות האישית שלי, וגם מן הבחינה המקצועית-משפטית, פסק הדין "שיח חדש" שגוי ומוטעה מכל בחינה אפשרית. הוא שגוי מבחינה כלכלית, הוא שגוי מבחינה ציונית והתיישבותית, הוא שגוי מבחינה משפטית והוא שגוי ופגום גם מבחינה דמוקרטית.

אני יודע שקביעה כזו אינה פשוטה, אבל אנסה להוכיח כאן את המסקנה הזו.

ראשית, הניתוח הכלכלי. כדי להבין את המשגה הכלכלי יש צורך לשאול את השאלה הבאה: האם נאמר לבעלים של דירת שיכון ברמת אביב, שהרוויח מפני שבעבר קיבל אותה בחכירה ואחר כך היא עברה לבעלותו, להתחלק ברווח שלו עם המדינה או עם כולנו, משלמי המסים? איש אינו יכול להעלות על דעתו אמירה כזו. זה ועוד.

האם פסק הדין שינה משהו במלאי הדירות, האם הוא העביר משהו מגעש לירוחם או לנתיבות, כפי שצדק חלוקתי היה אמור להביא? בהקשר זה אני מצטרף לדעה שהביעה בתקשורת פרופ' רחל אלטרמן, התופסת את פסק הדין הזה כתפנית היסטורית לרעה בתכנון הקרקעות בישראל. לדעתה המקצועית, בית המשפט פסק מה שפסק מבלי

4 הרחבה נוספת ראו, Shimon Shetreet, Between Three Branches: The Balance of Human Rights in Matters of Religion, The Florsheimer Institute 2003, p.79.

לחשוב על ההשלכות הכלליות של החלטותיו. יותר מאשר לבקר את הפסיקה עצמה, פרופ' אלתרמן השמיעה ביקורת קשה מאוד על ההנמקה שניתנה על ידי השופטים במה שהיא מכנה, "הקיץ השחור של 2002".⁵ מסתבר כי בפני בית המשפט העליון עמדה אפשרות לא לקבל את העתירה, על סמך העובדה שלהחלטות מינהל מקרקעי ישראל לא נמצאו תומכים. פרופ' אלתרמן אומרת שבג"צ לא הסתפק בכך, אלא ביטל את

ההחלטות מפני שהן העניקו לקיבוצים ולמושבים "פיצוי לא הוגן, לא צודק". ואני מצטרף לדעתה של פרופ' אלתרמן ושואל, לפי איזו אמת מידה ערכית קבע בית המשפט שזה לא הוגן ולא צודק? ואין תשובה לשאלתי, מכיוון שפסק הדין לא פירש את החלטתו.

"גישת בית המשפט, מבחינת התפיסה הכלכלית הכוללת של שוק

חופשי, לוקה בחוסר הדגשה ערכי כלפי קבוצות חלשות או כלפי קבוצות שראוי לתת להן העדפה או משקל ערכי מיוחד – כמו התנועות

ההתיישבותיות של המושבים והקיבוצים".

לא אמשיך לצטט את הדברים הקשים הנוספים של פרופ' אלתרמן, אבל אני רוצה להציג שאלה נוספת: במסגרת ההסדרים שגובשו בעת מפולת הבנקים בין המדינה לבין בעלי השליטה במערכות הבנקאיות שקרסו, שילמה המדינה 12 מיליארד דולר. האם בית המשפט היה מונע את ההסדרים הללו משום שהם מהווים פגיעה בצדק החלוקתי, משום שהם העבירו משאבים מצד לצד ללא בדיקת עקרון השוויון? ואם לא פעלו אז, מדוע עושים זאת עכשיו לגבי "ברי רשות" או "חוכרי קרקע" שהם בעצם ברי רשות במגזר החקלאי?.

בפסיקתו שולל בית המשפט את ההזדקקות לשיקול המצוקה הכלכלית והכספית של תנועות ההתיישבות החקלאית. גישה זאת אינה מובנת לי, כיוון שבהשוואה למגזרים אחרים לא היה עולה על הדעת לפגוע באפשרות

של המדינה לסייע למפעלים במצוקה או להעניק ערכות למפעלים כלכליים. ואם מסייעים לאלה, למה דווקא ייגרע חלקן של תנועות ההתיישבות, גם כיחידים וגם כתנועות קולקטיביות? בית המשפט קבע כי המדינה יכולה לסייע, כפי שעשתה באמצעות חוק ההסדרים במגזר המשפחתי והחקלאי במסגרת מה שמכונה "חוק גל",

5 "רעידת אדמה" – ריאיון ביקורתי על בג"צ הקרקעות, הדף הירוק, 14 ביוני 2007. 5 שנים לבג"ץ שתקע את קרקעות ישראל", סבר פלוצקר בראיון עם רחל אלתרמן, ידיעות אחרונות, 7.9.07.

אבל לא במסגרת קרקעות. גם בהקשר זה שגה בית המשפט, כי אם המדינה יכולה לסייע באמצעות חוק הסדרים של המשק המשפחתי, למה אינה יכולה לסייע במסגרת קרקעות?

גישת בית המשפט, מבחינת התפיסה הכלכלית הכוללת של שוק חופשי, לוקה בחוסר הדגשה ערכי כלפי קבוצות חלשות או כלפי קבוצות שראוי לתת להן העדפה או משקל ערכי מיוחד, כמו התנועות ההתיישבותיות של המושבים והקיבוצים. אין ספק שהמושבים והקיבוצים אינם שייכים לקבוצה חזקה. בעבר היה לתנועות האלה חלק נכבד בהגמוניית המדינה. היו להן שרים בממשלה וגם לא מעט חברי כנסת. היום אין מחלוקת על כך שהתנועות הללו שייכות לקבוצה המוחלשת, אם להשתמש במונחים של השיח הציבורי החברתי. מן הטעם הזה אני משוכנע שבית המשפט היה צריך לאפשר את הפיצוי ולהעניק תוקף או לגיטימיות להחלטות שהתקבלו על ידי מועצת מינהל מקרקעי ישראל.

קיים עוד אלמנט חשוב שבית המשפט התעלם ממנו, והוא ההיבט המוסרי. אמנם בית המשפט העניק בפסיקתו הכרה בתרומה ההיסטורית של ההתיישבות, אבל בפועל הוא לא נתן כל משמעות להכרה זו. פסק הדין אומר, כי אין לחלוק על חשיבות תרומתה של ההתיישבות החקלאית לארץ לישראל ולמדינת ישראל. המתישבים החקלאים עיבדו את קרקעות המדינה תקופה ממושכת כשהם חדורי אידיאולוגיה ונכונים לתרום למפעל הציוני. רבים מן היישובים החקלאיים הוקמו כיישובי ספר אשר התוו את גבולות המדינה, שמרו עליהם, הקנו ביטחון לתושבים במרכז הארץ. מלים יפות, אבל מה המשמעות האופרטיבית של האמירות הערכיות האלה? כלום? אפס?

גם כאן אני משוכנע שמבחינה ציונית והתיישבותית שגה בית המשפט. חובתו של בית המשפט היתה להכיר בכך שהמדובר בתנועת התיישבות חקלאית שעובדת את אדמות ארץ ישראל, ועשתה את כל המעשים הנאים שבית המשפט טרח להזכיר.

ניתוח של עמדת בית המשפט מגלה כי היושבים בדין רואים במונח "צדק חלוקתי" ערך כבד משקל ומציגים טיעון ש"צדק חלוקתי" יכול להיות גם צדק מתקן. כדי להבהיר את דעתי לגבי זה, אזכיר את פסק הדין אביטן.⁶ אותו אביטן ביקש לרכוש

6 בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד (מג) 297.

קרקע ביישוב בדווי. התשובה שקיבל היתה שלילית ופסקה כי קרקע כזו מיועדת רק בעבור הבדווים. ואני שואל שוב, אם "צדק חלוקתי" יכול להיות מתקן כלפי בדווים, למה הוא לא יכול להיות מתקן כלפי ההתיישבות? ההיגיון טוען בדיוק ההיפך. אם הצדק יכול להיות נכון כלפי הבדווים, הוא יכול להיות נכון גם לגבי המושבים וגם לגבי הקיבוצים.

בציבור הרחב מקובל להשמיע את האמירה הכללית שלפיה "העשירים התעשרו מהקרקעות". האם העשירים יושבים כמושבים? האם הם מתגוררים כאכיבים, בדובב,

"הגישה העוינת

והחשדנית של

בית המשפט

העליון לאוסדות

השלטון של

המדינה משחקת

לידיהן של אותן

קבוצות המבקשות

להחליש אם לא

לקעקע את יסודות

הלגיטימיות של

מדינת ישראל".

בלוזית, בכל יישובי הגבול האלה? ביישובים האלה יושבים עולים שחלקם הגדול יוצא ארצות המזרח. במשך שנים רבות אני אוהז בדעה שיש צורך בהעדפה מתקנת ביחס ליוצאי ארצות המזרח. עד היום לא שיניתי את דעתי, למרות דעתם של אלה החושבים שאין בכך צורך, אבל אני גם בעד העדפה מתקנת לערבים ולנשים. ומדוע ייגרע חלקם של אחרים? מדוע לא להעניק העדפה מתקנת גם לקיבוצים ולמושבים? אם העדפה זו טובה לציבורים שמניתי, מדוע לא תהיה טובה גם לאלה?

כדי להבין מה משמעות הפסיקה של בג"צ מנקודת הראות של מדינת ישראל אני רוצה לצטט דברים שכתב פרופ' שלמה אבינרי⁷ בהארץ מיום 3.12.07 בהקשר לסוגיה זאת. "הגישה העוינת והחשדנית של בית המשפט העליון למוסדות השלטון של המדינה", כתב אבינרי, "משחקת מבלי משים לידיהן של אותן קבוצות המבקשות להחליש אם לא לקעקע את יסודות הלגיטימיות של מדינת ישראל. לא ייפלא שבג"צ הופך – בוודאי שלא בהתאם לכוונתו שלו וגם אני כמובן בטוח בזה – לבעל הברית הנאמן ביותר של קבוצות וחוגים שהלגיטימיות של מדינת ישראל היא פרובלמטית בעיניהם". ממש מילים כדורבנות.

ובכן, לדעתי, גם בניתוח הציוני וההתיישבותי, שגה בית המשפט.

7 שלמה אבינרי, מאמר בהארץ, 3.12.07, (<http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/930751.html>)

עתה ברצוני לגעת בהיבט נוסף הכלול בפסיקת בג"צ, ההיבט הדמוקרטי. בהקשר זה יש לשים לב לגישתו המוטה של בג"צ. כל אימת שכית המשפט היה צריך לשקול בין עמדות הצדדים, מצד אחד עמדתה של ועדת מילגרום ומצד שני עמדת מועצת מינהל מקרקעי ישראל, את מי הוא העדיף? בחינה מדוקדקת של הדברים מגלה כי בית המשפט העניק, ברצף, העדפה רק לוועדת מילגרום.

כאן ראוי לנסות ולהבין, מהי ועדת מילגרום? האמת פשוטה וברורה. המדובר בוועדה של פקידים. פקידים חשובים, אנשי מקצוע, אנשים מלומדים, אבל כולם לא נבחרו לוועדה באופן דמוקרטי. הם מונו. מועצת מינהל מקרקעי ישראל, לעומת זאת, היא גוף שנוצר בהתאם לחוק, שנבחר על ידי הממשלה בגיבוי הגושפנקה הדמוקרטית של הכנסת, שבחרה את השרים. מועצת המינהל קיימת על כן על בסיס העיקרון הדמוקרטי. לפקידים ממונים, לעומת זאת, אין אחריות במובן הדמוקרטי. מן הטעם הזה ברור כי כאשר באים לרון בהחלטה של מועצת מקרקעי ישראל, היא משקפת את הביטוי הדמוקרטי של הציבור, של העם. והנה, לפתע, באה ועדה מקצועית וקובעת מהו פיצוי הוגן ומה לא. ואת מי בית המשפט מעדיף? את הוועדה, ועדת מילגרום הממונה, מבלי שהוא לוקח בחשבון במידה מספקת את השיקול הדמוקרטי. מכל הדברים האלה ברור כי פסק הדין "שיח חדש" פגום גם מבחינה דמוקרטית, כי הוא מעדיף את ההמלצות המקצועיות של דרג מקצועי ממונה, מבלי לקחת בחשבון את העובדה שכאשר הוא אמור לעסוק בסוגיה ערכית עקרונית עליו להעדיף את עמדת המועצה, שהיא גוף שנבחר על פי חוק ומשקף את עמדות הציבור באופן דמוקרטי.

המשגה הטמון בהחלטת בג"צ קשור באקט טכני לכאורה, אך בעל חשיבות. בג"צ, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, הוציא תחת ידו פסק דין של "פה אחד". בהרכב המורחב הזה ישבו תיאודור אור, הנשיא אהרון ברק, השופט אליהו מצא, השופט טובה שטרסברג-כהן, השופטת דליה דורנר, השופטת דורית בייניש, השופטת איילה פרוקצ'יה וכולם כתבו: "אני מסכים לתיאודור אור".

הסוגיות שנידונו בדיון המשפטי של "שיח חדש" היו מורכבות ויסודיות וניתן היה להתייחס אליהן תוך הבעת דעות שונות שיכלו להציג כיווני חשיבה מקוריים. איך, אם כך, נוצר המצב שבעת הדיון בסוגיה כל כך מרכזית, שמעורבים בה יסודות הלגיטימיות של ההתיישבות ומדד ערכי, יחד עם עקרונות של צדק ותפיסה כלכלית ותפיסה חברתית, פתאום כל היצירתיות של השופטים נעלמה ונאלמה דום והם הסתפקו רק במילים "אני

מסכים?" נראה לי כי הדבר נעשה כי השופטים הבינו שיש בפניהם "ים" של בעיות, ושאוּלי לא רצו לדרת לעומקן. סיטואציה של פסק דין "פה אחר" בהרכב רחב מעידה על חולשה מסוימת של בית המשפט, ועל כך שהשופטים "המסכימים" לא רצו באמת להתמודד עם כל הבעיות שלהן לא מצא פתרון. סיבה נוספת נעוצה כנראה באפשרות שבית המשפט רצה ליצור מגננה בפני מתקפות וביקורות שידע שיגיעו לאחר מתן הפסיקה. אולם ככה לא בונים חומה משפטית. ליצירת חומה משפטית נדרשת הנמקה משמעותית. פסיקה בנושא רגיש ומשמעותי כדוגמת בג"צ הקרקעות, סביר שלא תינתן בפה אחד. מגוון דעות, למשל דעת המיעוט של השופט קדמי בפסק דין קעדאן, תורם לליבון ולהבנת הסוגיה. תחושת היא שבהינתן פסק דין בהרכב מורחב בפה אחד, קיים תכנון מוקדם של בית המשפט כהגנה מראש בפני מבקריו. הגנה זו, בהעדר הנמקה משמעותית ודעות שופטים שונות, מצביעה על חשש מפני ביקורת.

אי אפשר לרונ בפסיקה של בג"צ ב"שיח חדש" מבלי לבקר את בג"צ קעדאן שגם הוא, לדעתי, היה שגוי. הטעם השגוי הראשון: בית המשפט יכול היה להימנע מלדון בעתירה. לפי פסיקות קודמות של בג"צ, כאשר עותר מגיע לבית המשפט 13 שנה אחרי שהקרקע נמכרה, או 18 שנה לאחר שנתקבלו ההחלטות הראשונות – זה מצב העומד בכל דרישות השיהוי. דווקא בנושאים רגישים הרבה פחות בג"צ מרבה לדרחות עתירות, בהתבססו אך ורק על טענת השיהוי, ולרוב מדובר בשיהוי לתקופות קצרות הרבה יותר מאשר במקרה קעדאן.⁸ אבל בית המשפט, מטעמים השמורים עמו, שלא זכו להסבר ציבורי נאות, לא התחשב בעובדה זו. זאת ועוד. לקעדאן היתה חלופה סבירה והגיונית לבנות לעצמו בית. ביישוב חריש, למשל, ולא ביישוב הקהילתי קציר. שני היישובים האלה ממוקמים במרחק קצר זה מזה וגם אופיים דומה למדי.

בית המשפט לא התחשב גם בעובדה חשובה אחרת. בעבר התיר בית המשפט לקבוצות קטנות בעלות אופי מסוים קיום יישוב ומגורים בנפרד. כך היה בעיר העתיקה בירושלים, (בורקאן)⁹ כך היה בעניין אביטן, שביקש לרכוש בית ביישוב ברזי, כך היה בפסק הדין בעניין אלעד¹⁰ בו הכיר בית המשפט במגורים בנפרד בעיר החרדית אלעד. בכג"צ

8 ראו למשל, בג"צ 4113/01 סיעת הליכוד במועצת עיריית צפת נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים, תקעל 2001(2), 695 – שם נפל שיהוי של 14 חודשים; בג"צ 5562/00 שריב בעיימ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה והמסחר, תקעל 2000(3), 116 – שם נפל שיהוי של 5 חודשים; בג"צ 2345/01 רשת מרגלית נ' הועדה לעניין מעונות יום, תקעל 2001(2), 23 – שם נפל שיהוי של 3 חודשים בלבד.

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

10 בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503.

"עם חופשי" קבלו העותרים כנגד הטבות חריגות שנתנה המדינה לרוכשי דירות בעיר החרדית אלעד, ותבעו השוואת התנאים לרוכשי דירות באזור המרכז בסמוך לאלעד. וממה נפשך – אם ביישוב חרדי מותר לקיים הפרדה ואם אסור ליהודים להתיישב במחיצת בדווים, למה אסור שתהיה הפרדה לקבוצה ייחודית כמו יישוב קהילתי? על פי כללי הצדק גם לחילונים מותר לרצות לקיים אופי יישובי מיוחד. בג"צ גם הכיר בהערפה מתקנת לגבי נשים. בשני פסקי הדין בעניין שדולת הנשים,¹¹ נקט בית המשפט העליון במדיניות של הערפה מתקנת כלפי נשים, ופסל מינויים של גברים לתפקידים בכירים במוסדות בהם נשים לא זכו לייצוג הולם, או שלא זכו לייצוג כלל, באותם הדרגים הבכירים.

קשה ליישב בין עמדתו העקבית של בית המשפט העליון הישראלי, לבין פסיקתו בפרשת קעדאן. בית המשפט העליון אינו מכיר בזכותו של המגזר היהודי החילוני, המהווה את רוב האוכלוסייה, לשמור על צביונו ואורח חייו ולהתגורר בנפרד מאוכלוסיות אחרות כשמדובר ביישוב קהילתי קטן (להבדיל ממקרה של יישובים עירוניים).

מכל הטעמים האלה לא ברור מדוע צריך בית המשפט להתעמר דווקא בקבוצה הזאת, להתנכל לה ולא לאפשר לה לקיים, ללא הפרעה, את האופי הייחודי שהם מבקשים לעצמם?

בית המשפט שגה בעניין קעדאן, שגה בעניין "שיח חדש" ולמרכה הצער פתח גם את השער לצאצאים הנובעים מפסק הדין הזה של קעדאן. כמו למשל פסיקת הביניים שניתנה באשר לבקשת משפחה ערבית לרכוש לעצמה בית ונחלה ביישוב הקהילתי רקפת במועצה האזורית משגב.¹²

כדי לתקן את המשגים ראוי שבית המשפט יחשוב מחדש על המשמעות של חלק מהפסיקות שלו, אולי בהרכבים אחרים. אין זו בושה, ואולי זה דווקא כורח מכובד, לסטות מהחלטות שגויות של העבר ולהעניק חיזוק למדינה יהודית דמוקרטית, להתיישבות, לציונות, לחקלאות.

11 בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501. בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630.

12 בג"צ 8036/07 פאתנה אבריק'ובידאת נגד מינהל מקרקעי ישראל, לא פורסם, 31/10/2007.