

## חוק יסוד הלאום: פרשנות סעיף ההתיישבות היהודית בראי עקרון השוויון

מנאל תותרי-ג'ובראן\*

- א. מבוא
- ב. ערך ההתיישבות היהודית בבינוי המדינה
- ג. ערך ההתיישבות היהודית מול עקרון השוויון בהקצאת קרקעות ציבוריות
- ד. עקרון השוויון מול האפליה בשיווק מתחמי מגורים על ידי גופים פרטיים
- ה. סיכום

### א. מבוא

חוק יסוד הלאום שהתקבל ביולי 2018, מתווסף לשנים עשר חוקי יסוד שהתקבלו במהלך שבעים שנות קיומה של מדינת ישראל, אותם ניתן לסווג, ביחס לתחומים שהם מסדירים, לשתי קבוצות. קבוצת חוקי יסוד אחת אשר מסדירה את שיטת המשטר של המדינה והיחסים בין הרשויות השונות, וכוללת את: חו"י הכנסת, חו"י נשיא המדינה, חו"י הממשלה, חו"י ירושלים-בירת ישראל, חו"י השפיטה, חו"י משאל עם, חו"י מבקר המדינה, חו"י משק המדינה, חו"י מקרקעי ישראל וחו"י הצבא. הקבוצה השנייה קובעת הסדרים מהותיים בנוגע לאופיה של המדינה; מהות הקהילה האזרחית; יחסה כלפי אזרחיה והיקף הזכויות הפוליטיות של הפרטים בתוכה. בפועל הקבוצה השנייה של חוקים מסדירה את חיי היומיום של אזרחי המדינה; היחסים בין האזרחים; היחסים בין האזרחים לקהילות אליהם שייכים והיחסים בין הקהילות למדינה והם כוללים את: חו"י חופש העיסוק; חו"י כבוד האדם וחירותו, והאחרון שהתקבל חו"י ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, נשוא אסופה זה.

חוק יסוד הלאום מסדיר מספר נושאים מהותיים הנוגעים לאופיה של המדינה תוך עמידה על מרכזיות יהדותה הכוללים: סמליה;<sup>1</sup> בירתה;<sup>2</sup> שפתה הרשמית;<sup>3</sup> לוח השנה הרשמי;<sup>4</sup> ימי החג הרשמיים,<sup>5</sup> ועוד. לכאורה חוק זה עוסק במעמד וזכויות קבוצת הרוב היהודית ואינו מתייחס לזכויות האזרחים הערבים ואזרחים אחרים שאינם חלק מהעם היהודי, עובדים זרים שהתאזרחו ואחרים שקיבלו אזרחות ישראלית. בהתאם לכך, ישנם הטוענים כי הוא אינו מתיימר להסדיר את מעמדם של האזרחים הלא יהודים ולכן אינו בא לשנות דבר בנוגע למעמדם המשפטי.<sup>6</sup> על אף זאת, ההסדרה של נושאים מהותיים הנוגעים לאופיה של המדינה ולאופי המרחב הציבורי שלה משליכים בצורה ישירה על אופי וגבולות הקהילה האזרחית הישראלית, על מי נכלל בה ומי מודר

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

אבקש להודות לעורכי אסופה זו, פרופ' ידידיה שטרן ופרופ' יובל שני על ההערות החשובות ששירגו מאמר זה וכן לנדיב מרדכי שריכז את הפרויקט בנעימות ומקצועיות.

<sup>1</sup> ס' 2 לחוק יסוד הלאום.

<sup>2</sup> ס' 3 לחוק יסוד הלאום.

<sup>3</sup> ס' 4 לחוק יסוד הלאום.

<sup>4</sup> ס' 8 לחוק יסוד הלאום.

<sup>5</sup> ס' 9 לחוק יסוד הלאום.

<sup>6</sup> טובה צימוקי "המשנה ליועמ"ש: חוק הלאום לא פוגע בשוויון שמוגדר בחוקים אחרים" *Ynet* (9.10.2018); אמנון לורד "חוק הלאום לא פוגע בשום אזרח" *ישראל היום* (8.8.2018).

ממנה, על זכויותיהם ומעמדם. באופן ממוקד חוק יסוד הלאום משפיע בראש ובראשונה על מעמד וזכויות המיעוט הלאומי הילידי הגדול ביותר החיי במדינה ומהווה 20 אחוז מאזרחיה.

מאמר זה יתמקד בניתוח סעיף 7 לחוק יסוד הלאום שכותרתו "ההתיישבות היהודית", הקובע כי: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". סעיף ההתיישבות היה אחד הסעיפים העיקריים אשר היה שנוי במחלוקת משפטית ושעבר מספר גרסאות עד שאושר באופן סופי.<sup>7</sup> אתמקד בהשפעתו על זכויות המיעוט הערבי בתחום הדיור ואבקש לטעון שתי טענות.

הטענה הראשונה היא שחוק יסוד הלאום, המבוסס על שיח קהילתני, סותר את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, המבוסס על שיח ליברלי. באופן ממוקד, סעיף 7 יוצר מתח בין עליונות ערך ההתיישבות היהודית שהפך לערך חוקתי בשל עיגונו בחוק יסוד לבין עקרון השוויון החל על התיישבות אזרחי המדינה הלא יהודיים על קרקעות ציבוריות המצויות בבעלות המדינה ומוסדרותיה.<sup>8</sup> מתח זה יחייב עריכת איזון בין הזכויות והערכים החוקתיים המתנגשים תוך פירוש הוראות שני חוקי היסוד באופן שיתיישבו אחד עם השני.

בהתאם לכך, הטענה השנייה נוגעת להיבט הפרשני הראוי של סעיף 7 לחוק יסוד הלאום ככל שמדובר בהתיישבות אזרחי המדינה על קרקעותיה. הכלל שהתפתח בפסיקה ענפה שניתנה במהלך שני העשורים האחרונים בסוגיה זו הוא שקרקעות מדינה ישווקו בצורה שיוויונית לכלל אזרחיה. החריג היחיד שהוכר עד כה בפסיקה לעניין הסטייה מעקרון השוויון הוא דוקטרינת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי".<sup>9</sup> דוקטרינה זו נשענת על מסד של תיאוריות רב תרבותיות קיימות והיא נועדה להגן על אורחות החיים של קבוצות מיעוט מוחלשות שלוליא התערבות המדינה הן עלולות להישחק ולהיטמע בתרבות הרוב. הרציונל שעומד מאחורי הדוקטרינה הוא שקבוצת הרוב אינה זקוקה להגנה משפטית שכן בהיותה רוב היא לא רק מגנה על עצמה היטב אלא גם יוצרת מרחב הגמוני שעלול לאיים על זהות ותרבות המיעוט.

סעיף 7 הוא דוגמא לכוחו של הרוב לקבוע את אופי המרחב המדינתי, במקרה הזה היהודי, אשר בדמוקרטיה ליברלית כפוף לעקרון השוויון שהוכר מזה כבר על ידי בית המשפט העליון כנשמת אפו של משטר מדינת ישראל.<sup>10</sup> על כן, אטען, בהתבסס על התיאוריה הפוליטית של הליברליזם הרב תרבותי, כי במצב של סתירה בין עקרון ההתיישבות היהודית לבין עקרון השוויון יש לפרש את סעיף 7, המשמר את כוחו של הרוב בקביעת אופי המרחב ההתיישבותי, בכפיפות לעקרון השוויון ובהתאם לפסיקה הקיימת בנדון. כל פרשנות אחרת לסעיף זה תסתור תיאוריות פוליטיות קיימות לעניין יחסי רוב-מיעוט במדינה דמוקרטית ליברלית (או המתיימרת להיות כן).

המאמר מתחיל בהצגת ערך ההתיישבות היהודית בבינוי המדינה. לאחר מכן אציג את המצב המשפטי בנוגע למתח כפי שהוא עלה בפסיקה ובחקיקה טרם חקיקת סעיף 7 לחוק יסוד הלאום. הצגת המעמד המשפטי של ערך ההתיישבות תחולק לשני חלקים, אחד שעוסק בהתיישבות על קרקעות ציבוריות והשני שעוסק בשיווק קרקעות פרטיות והיא חיונית להבנת החלל המשפטי שבו (או אולי, בתגובה אליו) צמח סעיף 7 לחוק יסוד הלאום. נוסף לכך, הצגה זו היא הכרחית להבנת משמעות השלכות סעיף 7 לחוק יסוד הלאום על אזרחי המדינה הלא יהודיים- המיעוט הערבי הפלסטיני. החלקים העוקבים מציגים את שתי הטענות של המאמר. הראשונה בעניין המתח החוקתי שמתעורר בין סעיף 7 לעקרון השוויון והשנייה בעניין הדרך הפרשנית הראויה של סעיף 7 לבסוף אסכם.

<sup>7</sup> רונית לוי- שנור ואדם שנור, "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום- האם ניתן ליישב את המחלוקת?" 4 **תרבות דמוקרטית** 20 חש"א.

<sup>8</sup> לעניין משמעות עיגון ערך ההתיישבות במסגרת חוק יסוד ראו חלק טיעון I במאמר זה.

<sup>9</sup> בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989); בג"ץ 6864/13 רשימת "חרדים לאלעד" נ' מנהל הבחירות לעיר אלעד (פורסם בנבו, 15.10.2013).

<sup>10</sup> בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 5823/12 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (פורסם בנבו 15.11.2012).

## ב. ערך ההתיישבות היהודית בנינו המדינה

האדיאולוגיה הציונית שעמדה בבסיס מדיניות התכנון בראשית ימיה של המדינה, תרמה רבות להתפתחות המרחב הישראלי כמרחב המבוסס על עליונות הערך של ההתיישבות היהודית. אדיאולוגיה זו קידמה שני עקרונות מרכזיים: <sup>11</sup> הראשון הוא קליטה ושיכון מהיר של מהגרים יהודים שהגיעו למדינה לאחר שהוקמה. השני הוא פיזור אוכלוסיה כאמצעי בטחון שמטרתו לשמור ולהגן על מרחבים בלתי מיושבים, <sup>12</sup> אזורים הסמוכים לגבול, <sup>13</sup> אזורי הפריפריה ואזורים בהם ניכר אחוז גבוה של אוכלוסיה ערבית. <sup>14</sup>

לצורך כך, בשנים הראשונות לאחר קום המדינה החל תהליך של הלאמת הקרקעות והבתים הנטושים והעברתם לבעלות ציבורית בהסתמך על מגוון עילות משפטיות. אלה כללו הכרזה על אדמות בבעלות ערבית כשטחים סגורים לצורכי ביטחון או אימונים צבאיים <sup>15</sup> והפקעה מסיבית לצורכי ציבור ולצורכי פיתוח. <sup>16</sup> ההפקעה של הקרקעות הערביות בשנות החמישים והשישים נעשתה באופן ברור ובמוצהר לטובת קידום ההתיישבות היהודית. כך לאחר ההלאמה החל תהליך הקצאה של הקרקעות לצורך הקמת יישובים יהודיים חדשים והרחבת הקיימים, בעיקר באזור הגליל (אך לא רק) כמו נצרת עילית (כיום נוף הגליל) וכרמיאל.

לעומת זאת, במהלך שבעים שנות קיומה של המדינה, לא הוקם אף יישוב ערבי אחד למעט מספר יישובים בדויים באזור הנגב. <sup>17</sup> כל היישובים הערבים הם יישובים הקיימים מלפני קום המדינה, <sup>18</sup> חלקם הוקמו בתקופה העותמאנית, <sup>19</sup> חלק אף קודם לכן. <sup>20</sup> חשוב מכך, שטחי השיפוט שהוקנו ליישובים הערביים <sup>21</sup> לאחר קום המדינה היו מצומצמים מאוד ביחס למספר תושביהם וביחס לשטחי השיפוט של היישובים היהודים. על פי רוב הם כללו את השטח הבנוי של היישוב בלבד, <sup>22</sup> דבר אשר הגביל מאד את התפתחותם של היישובים הערבים וחשוב מכך את יכולתם לייצר הכנסות מארנונה ממסחר ותעשייה, שהיא משמעותית הרבה יותר מאשר ארנונה המתקבלת ממגורים. נוסף לכך, במשך מספר עשורים ממשלות ישראל נמנעו מלהקצות קרקעות ליישובים הערבים, לצד קידום מדיניות של "יהוד המרחב", כמהלכים שנועדו להגביל את ההתפתחות וההתרחבות הפיזית

<sup>11</sup> אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" 18 **מרחב: אדמה, בית** (יהודה שנהב- עורך, 2003).

<sup>12</sup> הדבר התבטא בתכנית המתאר הראשונה של מדינת ישראל, שהוכנה על ידי אריה שרון בשנת 1951. התכנית התבססה על עקרון פיזור האוכלוסין ויישוב הספר, תוך חלוקת מרחב המדינה לארבעה מטרופולינים עיקריים: הצפון (שבירתו תהיה חיפה), אזור המרכז (שבירתו תל אביב), אזור ירושלים, ואזור הדרום והנגב (שבירתו תהיה באר שבע). ראו: אריה שרון **תכנון פיזי בישראל** (1951).

<sup>13</sup> אדריאנה קמפ "הגבול כפני יאנוס: מרחב ותודעה לאומית בישראל" **מרחב: אדמה, בית**, 52 (יהודה שנהב עורך, 1999).

<sup>14</sup> רחל קלוש ויוברט לו-יון "הבית הלאומי והבית האישי: תפקיד השיכון הציבורי בעיצוב המרחב" **תיאוריה וביקורת** 156, 153, 16 (2000).

<sup>15</sup> תהליך הלאמת הבתים הנטושים של התושבים הערבים, נעשה באמצעות חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, ס"ח 86, במסגרתו הוקם "האפוטרופוס לנכסי נפקדים", אליו הוקנו רכוש הנפקדים; חוק רשות הפיתוח (העברת נכסים) התש"י-1950, ס"ח 278, באמצעותו הוקמה רשות הפיתוח. מטרת רשות הפיתוח היא לנהל את האדמות שהופקדו בידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים לאחר מלחמת 1948 וכן הקרקעות שהופקעו על פי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, ס"ח 58.

<sup>16</sup> ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 **דו"ח הוועדה** סע' 33 (2003) (להלן: ועדת אור).

<sup>17</sup> אלה כוללים שבעה יישובים: רהט, כסיפה, חורה, ערעה בנגב (ערוער), לאקיה ושגב-שלום, כולם באזור בקעת באר-שבע-ערד.

<sup>18</sup> הערים הערביות מונות כיום 11 יישובים: נצרת, אום אלפחם, טירה, טייבה, רהט, שפרעם, סח'נין, קלאנסואה, כפר קאסם, טמרה, באקה אלג'ריבה. ארבעה מתוכם נמנים על מחוז המרכז, אחת מחוז הדרום והשאר מחוז חיפה וצפון. רשימה זו משתנה מעת לעת לאור הוספתם של יישובים כפריים אשר מקבלים מעמד של עיר.

<sup>19</sup> אציין כי היישובים הערבים הכפריים מורכבים משני סוגים כפריים מוכרים ולא מוכרים. להרחבה ראו את שלל הדוחות שחברו על ידי: ארגון רופאים לזכויות אדם באתר הארגון: [www.phr.org.il/default.asp?PageID=47](http://www.phr.org.il/default.asp?PageID=47); האגודה לזכויות האזרח בישראל **זכויות האדם בישראל - תמונת מצב 2007** (2007); **הוועדה להצעת מדיניות להסדרת ההתיישבות הברואית בנגב, דו"ח הוועדה** (2008).

<sup>20</sup> כגון נצרת ושפרעם. בדומה ליישובים העירוניים היהודיים, חלק מהערים הערביות הוקמו ככאלה וחלק אחר הוקמו כיישובים כפריים, אשר בעקבות תהליכי עירו למיניהם הם קיבלו מעמד של עיר (אלה כוללים טמרה, טייבה, סח'נין ושאר ערי המשולש).

<sup>21</sup> אמנם הסקירה בחלק זה מתמקדת ביישובים העירוניים, אך בפועל היא נכונה גם ליישובים הכפריים לאור המאפיינים המשותפים הריבים במבנה המרחבי והתכנוני שלהם, ולכן נעשה שימוש במושג "יישובים" במקום "ערים".

<sup>22</sup> לרחבה ראו: אורן יפתחאל **קרקעות תכנון ואי-שוויון: חלוקת המרחב בין יהודים וערבים בישראל** (2000).

של היישובים הערבים<sup>23</sup> תוך ריכוזם באזורים מוגדרים ומצומצמים.<sup>24</sup>

ככל שהפרדה המרחבית בין יהודים לערבים נשמרה, חוקיות מדיניות ההתיישבות היהודית והאפשרות של התנגשות בינה לבין עקרון השוויון לא עלתה כמעט כלל לדיון משפטי וציבורי. חוקיות מדיניות זו אותגרה לראשונה בפני בית המשפט העליון בעקבות תהליך הגירה של התושבים הערבים מהיישובים הערבים ליישובים הקהילתיים היהודיים אשר לעתים נתקלו בסירוב בקבלה ליישוב בנימוק של שמירה על הצביון היהודי של אותו מרחב. למעשה תופעת ההגירה עוררה דיונים משפטיים בנוגע לחוקיות קידום הערך של ההתיישבות היהודית על קרקעות ציבוריות ולאחר מכן גם על קרקעות פרטיות שלרוב עמד בסתירה מובנת עם קידום עקרון השוויון והזכות של כל אזרח במדינה להתגורר היכן שיבחר. בעקבות כך, בעשורים האחרונים התפתחה פסיקה והסדרים חקיקתיים ורגולטורים שביססו את מרכזיות עקרון השוויון בעיצוב המרחב הישראלי וכפיפות ערך ההתיישבות היהודית לעקרון זה, ושאותה אציג בשני החלקים הבאים.

### ג. ערך ההתיישבות היהודית מול עקרון השוויון בהקצאת קרקעות ציבוריות

העתירה הראשונה שזכתה לדיון מקיף בבית המשפט, בתקשורת ובמחקר האקדמי ונחשבה להחלטה תקדימית בסוגיית המתח שנוצר בין יישום ערך ההתיישבות היהודית והפגיעה בעקרון השוויון היא עתירתם של בני הזוג קעדאן.<sup>25</sup> העתירה הוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח כנגד מנהל מקרקעי ישראל, הסוכנות היהודית והיישוב הקהילתי קציר, לאחר שבקשת בני הזוג קעדאן לחכירת בית נדחתה על ידי ועדת הקבלה של היישוב. הדחייה התבססה על הטענה שהסוכנות היהודית החתומה על הסכם החכירה והאמונה, בין היתר, על מימוש עקרון ההתיישבות היהודית אינה מחכירה קרקעות לערבים.<sup>26</sup> קעדאן הציף לראשונה ובמישרין את סוגיית נגישותם של התושבים הערבים, כקבוצת מיעוט לאומית, לקרקעות המדינה שהוקצו במהלך השנים באופן לא שוויוני תוך קידום ערך ההתיישבות היהודית במרחב.<sup>27</sup>

לאחר דיונים ומאמצים רבים להגיע לפשרה ולהימנע מהכרעה תקדימית בנושא, קבע בית המשפט העליון בראשות הנשיא (דאז), השופט ברק, כי המדינה מחויבת לנהוג ולפעול על פי עקרון השוויון. מסיבה זו אין היא יכולה לעשות שימוש בסוכנות היהודית כדי לעקוף החלת עיקרון זה בהקצאת קרקעות לערבים.<sup>28</sup> בכך, הפך בג"ץ קעדאן להחלטה תקדימית בה בית המשפט הצהיר כי עקרון השוויון גובר על ערך ההתיישבות היהודית ואינו יכול להוות פתח לאפליית לא יהודים ובפרט אזרחי המדינה הערבים בהתיישבות.<sup>29</sup>

עם זאת, בית המשפט נמנע מלדון ולקבוע מסמרות בשני עניינים חשובים: 1. עצם חוקיות השימוש בוועדות הקבלה והאגודות השיתופיות כגופים הממלאים תפקיד ציבורי של הקצאת קרקעות המדינה;<sup>30</sup> 2. חוקיות פעילותה של הסוכנות היהודית כמיישבת יהודים בלבד, וכן הכללים הראויים

<sup>23</sup> המדיניות המרחבית המפלה מצטרפת למדיניות המפלה בתחומים נוספים רבים, כגון תחום החינוך. להרחבה ראו: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (2006).

<sup>24</sup> מדיניות ייחוד המרחב, ובייחוד ייחוד הגליל, באה לידי ביטוי בין השאר בהפקעת הקרקעות המסיבית שהתרחשה באזור הגליל העליון וקיצוץ השטח המוניציפלי של היישובים הערבים, כמהלך אשר הביא לצמצום נוסף של הקרקעות בשטחי היישובים השונים. הפקעה מסיבית זו הגיעה לשיאה בהחלטת הממשלה להפיקע 20,000 דונם באזור סח'נין למטרט "ייחוד הגליל". בשנת 1976 פרסם מינהל מקרקעי ישראל הודעה בדבר הפקעת מקרקעין באזור כרמיאל לפי סעיפים 5 ו-7 בפקודת הקרקעות המנדטורית משנת 1943 (רכישה לצורכי ציבור). הפקעת הקרקעות נעשתה לצורך הרחבת העיר כרמיאל, ע"פ תכנית שתוכננה באותה עת על ידי משרד השיכון לפיתוח עירוני מואץ בגליל (תוכנית פ.ע.מ.). הפקעות אלו היו המשך של הפקעות קודמות שמטרתן הייתה "ייחוד הגליל", ועליהן התקומם הציבור הערבי בסוף שנת 1975. להרחבה, ראו: ועדת אור, לעיל ה"ש 16, בסע' 33-44.

<sup>25</sup> בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד1 (2000) 258 (להלן: פרשת קעדאן).

<sup>26</sup> חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, תשי"ג-1952, ס"ח 112.

<sup>27</sup> לסקירת השיבות השאלות העלו בעתירה זו ראו: רות גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" משפט וממשל ו (2001) 25.

<sup>28</sup> פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 259.

<sup>29</sup> למשמעות העתירה ראו: נטע זיו, עריכת דין למען מטרה ציבורית-מיהו ציבור? מהי מטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות מיעוט בישראל, משפט וממשל ו 129 תשס"א.

<sup>30</sup> פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 14.

לחול עליה.<sup>31</sup> למעשה, אופי הפעילות של שיווק הקרקע על ידי הסוכנות לקבוצה אחת, תוך העדפתה על פני אחרת, והשלכותיה של התנהלות זו לא נדונו כלל בפס"ד וגם לא בפסקי דין אחרים מאוחרים יותר.<sup>32</sup>

כמו כן, בית המשפט הדגיש כי פסיקתו אינה מותחת ביקורת על המדיניות שהייתה נהוגה במשך שנים בעניין הקמתם של יישובים יהודיים הומוגניים המדירים מהם ערבים. נכתב כי זוהי "עתירה צופה פני עתיד הממוקדת ביישוב הקהילתי קציר ובנסיבות המיוחדות לו (ההדגשה שלי, מ. ת. ג.). יישובים מסוגים שונים, כגון קיבוצים, מושבים ומצפים, עשויים לעורר בעיות שונות, שידרשו מענה שונה. לנסיבות מיוחדות ביחס לסוג היישוב, כמו גם לנסיבות מיוחדות מבחינת ביטחון המדינה, עשויה להיות חשיבות, ואין פסק-הדין קובע עמדה לגבי המשמעות שלהן".<sup>33</sup> במשפט המסויג הזה המשפט הותיר פתח לביסוס חוקיות ההדרה מאותם יישובים ככל שישנן "נסיבות מיוחדות" או ככל ש"סוג היישוב" מצדיק זאת. על אף זאת, בג"ץ קעדאן, עליו בוססו החלטות עוקבות של בית המשפט העליון שיוצגו להלן, עורר הדים רבים בקרב חוקרי משפט שחלקם ראו בו צעד מבורך לקידום השוויון בין כלל אזרחי המדינה ואחרים שראו בו צעד מסוכן העלול לאיים על ההגמוניה והשליטה היהודית במרחב.<sup>34</sup>

בית המשפט חזר על אותה הלכה שוב בעתירה שהוגשה על ידי בני הזוג דווירי, תושבי העיר נצרת אשר ביקשו לרכוש מגרש בהרחבה של קיבוץ סוללים, אך בקשתם נדחתה על הסף על ידי ועדת הקבלה של היישוב.<sup>35</sup> הנימוק לסירוב היה כי הם אינם עומדים בתנאי הסף של שירות צבאי וכשירות לחברות בהסתדרות הציונית העולמית. לאחר מסכת הליכים ושימועים,<sup>36</sup> ועדת הערר של ממ"י אישרה עבורם את הקצאת הקרקע במסגרת ההרחבה של השכונה הקהילתית "נוף אלונים" הצמודה לקיבוץ, ולכן הם משכו את עתירתם. עם זאת, קיבוץ הסוללים ותושבי השכונה החדשה (להלן: "הסוללים"), התנגדו נחרצות להחלטת המינהל ועתרו לבג"ץ כנגד החלטת ההקצאה.<sup>37</sup> בעתירתם הוצגו מספר טענות. ראשית, נטען כי תנאי הסף של שירות צבאי וכשירות לחברות בהסתדרות הציונית (שמשמעותם היא שערכים וחרדים לא יוכלו לרכוש מגרש בסוללים), הם תנאים לגיטימיים בהתייחס לעובדה כי מדובר ב"יישוב קהילתי קטן". שנית, נאמר בעתירה כי הקבלה של הזוג דווירי ואחרים תביא להפיכתו ל"יישוב מעורב" וכך תשפיע באופן משמעותי על אורח החיים בו. שלישי, נטען כי קיימת "הסכמה מקורית" שעומדת בבסיס הקמת היישוב, שהיא

<sup>31</sup> ראו עמדתו של השופט קרמי בקעדאן: "כן מקובלת עלי עמדת הנשיא, לפיה לא ניתן לעקוף את יישום ערך השוויון בהקשר הנדון כאן, על ידי הקצאת קרקע ממלכתית לסוכנות היהודית; אשר לה, כשלעצמה, מותר להגביל את פלג האוכלוסייה שיהנה מפעילותה, בהיותה מוסד התיישבותי יהודי-ציוני". שם, בפסקה 1.

<sup>32</sup> בפרשת קעדאן עלתה שאלה שלפיה: "אם בקבלת זכות במקרקעי המדינה הוטלה על הצד השלישי גם החובה שלא להפלות בין יהודים לערבים", אך נקבע כי פס"ד אינו דן בשאלה זו. באשר למהות והיקף הזכות לקהילה בישראל, מציין השופט ברק: "העותרים אינם מתעלמים מן היסוד היהודי בזהותה של מדינת ישראל, כמו גם מן ההיסטוריה ההתיישבותית של ישראל. עתירתם צופה פני עתיד. לשיטתם, היסוד היהודי בזהותה של המדינה הוא בעל משקל מכריע רק בעניינים היורדים לשורש מהותה היהודית של המדינה – דוגמת חוק השבות, התש"ו-1950. העותרים גם אינם שוללים לחלוטין את זכותה של קהילה סגורה לקבוע תנאי הצטרפות ייחודיים לשורותיה – ובלבד שאכן מדובר בקהילה ייחודית בעלת מאפיינים מובהקים אשר רמת הסולידריות והשיתוף בין חבריה היא גבוהה...". שם, בעמ' 7.

<sup>33</sup> שם, בעמ' 284-285.

<sup>34</sup> לשלל העמדות בנדון ראו את החוברת המיוחדת של כתב העת **משפט וממשל** ו (תשס"א) שכותרתה "בעקבות פסק דין קעדאן".

<sup>35</sup> בג"ץ 5601/01 דווירי נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 4.10.2006).

<sup>36</sup> הליכים אלה כללו דיון בעתירה ביום 24.8.2000, שבמהלכו הסכימו הצדדים כי "יניחו בצד" את טענותיהם העקרוניות בעניין חוקיותם של תנאי הסף, וכי בני הזוג יופנו להליכי קבלה רגילים, בהתעלמות מתנאי הסף, תוך שמירת זכויות הצדדים להעלות טענותיהם בעניין תנאי הסף בשלב מאוחר יותר. מכאן ואילך נכנסו הצדדים למסכת רבת שנים של הליכים, חוות דעת פסיכולוגיות נוגדות ושימועים על גבי שימועים. בתמצית, בקשתם של בני הזוג נדחתה על ידי ועדת הקבלה של היישוב, לאור חוות דעת פסיכולוגית שלילית שהוגשה לה בעניין בני הזוג. בהמשך נדונה הבקשה בשתי ועדות ערר מטעם המינהל. הראשונה לא ראתה טעם להתערב בהחלטתה של ועדת הקבלה. בעקבות פנייה מצד בני הזוג, הסכים המינהל לקיים דיון מחודש בעניינם, תוך קביעה כי הוועדה תדון הפעם גם בבקשה גופא. ועדת ערר שנייה, שהוקמה על פי החלטת מועצת מקרקעי ישראל מספר 1015, המליצה לקבל את הערר על בסיס חוות דעת פסיכולוגית בלתי תלויה שהוגשה לה ולהקצות לבני הזוג מגרש בשכונת ההרחבה.

<sup>37</sup> בג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 23.1.2007) (להלן: פרשת הסוללים).

בבחירת זכות יסוד לקיומם החברתי של תושביו, וכי קבלת בני הזוג ליישוב תביא לפגיעה בזכות  
זו.<sup>38</sup>

מנהל מקרעי ישראל השיב כי לפי הלכת קעדאן, בהיותו רשות ציבורית הוא מחויב להקצאה  
שוויונית של קרקעות המדינה וכי עליו להימנע מלתת תוקף לתנאים המובילים לדחייתה על הסף  
של בקשה להתקבל ליישוב רק בשל שייכות לאומית. כלומר גם הגוף המדינתי המרכזי המנהל את  
קרקעות המדינה הפנים את עליונות עקרון השוויון על ערך ההתיישבות היהודית בכל הנוגע  
לזכותם של אזרחי המדינה להתיישב על קרקעות ציבוריות.

בסופו של יום, בהתבסס על בג"ץ קעדאן, בית המשפט דחה את העתירה, בהדגישו כי הגוף המוסמך  
להחליט על ניהול והקצאת קרקעות המדינה הוא מנהל מקרעי ישראל, וכי אינו כפוף לתנאי הסף  
הנקבעים על ידי האגודה השיתופית.<sup>39</sup> באשר לטענות שהועלו על ידי קיבוץ הסוללים בדבר החשש  
בפגיעה באופי היהודי-חילוני שלו, המצדיק סינון של ערבים וחרדים ממנו, בית המשפט קבע כי  
אינו נדרש לדון בטענותיו, שכן מדובר ב"סכנה" תיאורטית שאינה יכולה לבסס הבחנה מוצדקת  
בין פרטים על בסיס לאום. כך או כך ניתן להיווכח כי במתח הקיים בין עקרון השוויון לבין ערך  
ההתיישבות היהודית בית המשפט וגם מנהל מקרעי ישראל (כיום רשות מקרעי ישראל) מכירים  
בעליונות ערך השוויון ככל שהוא מתנגש עם ערך ההתיישבות היהודית.

מקרה נוסף שהגיע לדיון בפני בית המשפט העליון הוא סיפורם של בני הזוג זבידאת, שביקשו  
לחזור בית ביישוב רקפת באזור שגב. לאחר מסכת ארוכה של דחיות בשני ראיונות של ועדת קבלה  
של היישוב עקב אי-התאמה לחיי הקהילה והגשת שני עררים בפני מנהל מקרעי ישראל, הגישו  
בני הזוג עתירה לבית המשפט העליון. בעתירה נטען כי "לא ניתן להגביל אזרח ישראלי לבנות ביתו  
על קרקע ציבורית, שכללי המשפט הציבוריים מחייבים את חלוקתה באופן שוויוני ועל פי כללי  
הצדק החלוקתי. זו אפליה מנימוקים הקשורים בתכונות אישיות, מעמד חברתי ואישי, השקפות  
פוליטיות, צבע עור ומוצא עדתי או לאומי".<sup>40</sup> בסופו של דבר, באותה פרשה, בג"ץ הורה לקבל את  
בני הזוג כחברים ליישוב, בהסתמך על החלטת מקרעי ישראל, שנתן החלטה סופית ומחייבת כי  
עררם של העותרים התקבל וכי הם יוכלו ליהנות מהקצאת מגרש ביישוב הקהילתי.

חשוב לציין כי מדיניות סינון מועמדים מלהיות חברים באגודה השיתופית, שהופעלה תחילה כנגד  
התושבים הערבים, הופעלה גם כנגד מועמדים שאינם עונה על הפרופיל שנקבע על ידי חברי  
היישוב כולל מאפיינים כלכליים, אתניים, דתיים, מוצא ועוד. חוקיות פרקטיקות ההדרה נדונה  
במספר מקרים בפני בית המשפט ונגעה בעיקר בשאלת היקף סמכותן של האגודות השיתופיות  
האחריות, הלכה למעשה, לניהול קרקעות המדינה להדיר מהם אזרחים השייכים לקבוצות מיעוט  
שוונות.<sup>41</sup>

בעקבות הפסיקה שניתנה במהלך השנים, התקבל בשנת 2011 תיקון לפקודת האגודות  
השיתופיות,<sup>42</sup> אשר מתיר ליישובים המוקמים באזור הגליל והנגב ומונים עד 400 בתי אב להקים  
ועדות הקבלה. ועדות אלה יוכלו לסנן מועמדים שאינם מתאימים לחיי החברה בקהילה או שנמצא  
חוסר התאמה של המועמדים למרקם החברתי – תרבותי של היישוב הקהילתי, ואשר יש יסוד להניח  
כי יהיה בהם כדי לפגוע במרקם זה.<sup>43</sup> כנגד חוקיות התיקון הוגשו מספר עתירות על ידי ארגון

<sup>38</sup> נוסף על הטענה שלא ניתן לרכוש מגרש בהרחבה ללא חברות באגודה השיתופית הקהילתית וכי חברות כזו לא  
הושגה.

<sup>39</sup> פרשת **הסוללים**, לעיל ה"ש 37, בפסקה 5.

<sup>40</sup> בג"ץ 8036/07 **זבידאת נ' מינהל מקרעי ישראל** (פורסם בנבו, 13.9.2011). בני הזוג יוצגו על ידי ארגון עדאלה,  
ואליו הצטרפו קול אחד בגליל, המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, הקשת הדמוקרטית המזרחית, במקום – מתכננים  
למען זכויות תכנון, הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסבלנות.

<sup>41</sup> ראו לדוגמה: ע"א 10419/03 **דור נ' כפר שיתופי להתיישבות** (פורסם בנבו, 5.9.2005); ה"פ 362/03 **רוזן נ' בני  
דרור – מושב שתופי להתיישבות בע"מ** (פורסם בנבו, 19.1.2004); ה"פ (י-ם) 168/03 **מנשה נ' ועד מקומי עלי** (פורסם  
בנבו, 19.9.2004); בג"ץ 272/74 **כפר אז"ר מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר העבודה**, פ"ד  
כט(2) 667 (1975); ע"א 8398/00 **יונה כץ נ' קיבוץ עין צורים**, פ"ד נו(6) 602 (2002); ע"א 7094/10 **צורן נ' האגודה  
שיתופית נחושה** (פורסם בנבו, 18.4.2012). להרחבה על ההדרה של פרטם על בסיס שייכות קבוצתית על ידי ועדות  
הקבלה המופעות על ידי האגודות השיתופיות, ראו: נטע זיו וחן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים  
קהילתיים מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" **קהילות מגודרות** 311 (אמנון להבי-עורך, 2010).

<sup>42</sup> סעי' 6ב – 6ג לפקודת האגודות השיתופיות.  
<sup>43</sup> מעבר לכך, כפי שנטען על ידי האגודה לזכויות האזרח, הרקע העיקרי לחקיקת החוק הוא הרצון לעקוף את בג"ץ  
קעדאן ולהבטיח את קיומם של יישובים יהודים בלבד. ראו: בג"ץ 2311/11 **אורי סבח נ' הכנסת**, סעי' 47-40 לעתירה  
(פורסם בנבו, 17.09.2014).

עדאלה וארגונים אחרים לבית המשפט העליון אשר נדונה יחד,<sup>44</sup> ובהן נטען כי יש בתיקון משום פגיעה בזכות למגורים, וכי אין כל אפיון ייחודי באותם יישובים המצדיק פגיעה מסוג זה.<sup>45</sup> הרכב מורחב של תשעה שופטים דן בעתירות, ודחה אותן ברוב דחוק של חמישה נגד ארבעה שופטים, בנימוק שאינן "בשלוח" להכרעה.<sup>46</sup> בכל מקרה תיקון זה אינו מאפשר דחיית מועמד על ידי ועדת הקבלה מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית – פוליטית. כלומר הגנה על מרקם חברתי-לאומי או לצורך עניינו מימוש הערך של התיישבות יהודית אינו יכול לשמש טיעון משפטי לדחייה של מועמד, בכך גם תיקון זה כפוף לעקרון השוויון.

אציין כי ביום 12.12.2018 הגיש חבר הכנסת סמוטריץ' הצעת תיקון נוספת לפקודת האגודות השיתופיות אשר מגדיל את מספר היישובים הקהילתיים שיכולים להפעיל ועדות קבלה מכאלה המונים 400 בתי האב ל-700. בדברי ההסבר להצעה נכתב, כי "החל משלהי שנות ה-70 של המאה הקודמת, יזמה המדינה הקמת שורה של יישובים קהילתיים קטנים בגליל (מפעל ה"מצפים") ובנגב. היישובים נועדו להגשים את יעדי הממשלה בדבר פיזור האוכלוסייה, וכמו כן לאפשר לתושבי יישובים אלה קיום אורח חיים קהילתי-כפרי המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית. מימוש מטרות אלה חייב, ועודנו מחייב, קיום מנגנון של מיון בקבלת המועמדים להתיישבות ביישובים, וזאת כל עוד היישובים מוגדרים, על-פי החוק, כיישובים כפריים". הצעת חוק זו עברה בקריאה טרומית בכנסת, אבל בשל פיזור הכנסת היא ירדה מסדר היום. חשיבותה מתבטאת בהבנת המניעים לעיגון מעמד ועדות הקבלה שנועדו לשמר את אופיו היהודי של המרחב.

על כל פנים, כפי שלוין – שנור ושנער מציינים, אחת המטרות לחקיקת סעיף ייחודי במסגרת חוק יסוד הלאום שיסדיר את נושא ההתיישבות היהודית הייתה לעקוף את בג"ץ קעדאן כך שתתאפשר מבחינה משפטית התיישבות יהודית נבדלת-חוקית.<sup>47</sup> בדיון על סעיף ההתיישבות נדון גם היחס בין הסעיף המוצע לתיקון פקודת האגודות השיתופיות אשר אוסר באופן מפורש על אפליה, בין היתר, על בסיס לאומי. עולה מכך שההתפתחות המשפטית של ההשוואה המשפטית של הקצאת משאבי קרקע בתחום ההתיישבות הקהילתית היוותה אחד המניעים לחקיקת סעיף 7.

בשנים האחרונות אנו עדים לעלייה בתהליכי הגירה של התושבים הערבים מהיישובים הערבים לערים המעורבות וליישובים היהודים, כגון נוף הגליל (לשעבר נצרת עילית), עפולה וכרמיאל. לעתים מעבר זה, התלווה בדחייה של משפחות ערביות מרכישת דירות בפרויקטים למגורים בשל רצון החברה המשווקת לשמר את אופי מתחם המגורים כיהודי. מקרים אלו העלו לדיון משפטי (וציבורי) את המתח הקיים שבין קידום ושמירה על ערך ההתיישבות היהודית למימוש עקרון השוויון בספרה הפרטית, עליו ארחיב בחלק הבא.

<sup>44</sup> בג"ץ 2504/11 **עדאלה נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 17.9.2014). העתירה הוגשה על ידי עדאלה, המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, הקשת הדמוקרטית המזרחית, במקום – מתכננים למען זכויות תכנון, קול אחר בגליל, הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות.

<sup>45</sup> בעתירה שהוגשה על ידי קרן אברהם והאגודה לזכויות האזרח נטען: "במסגרת תיקון פקודת האגודות השיתופיות עוגנה בחוק סמכותם של מעל ל-30 יישובים קהילתיים ויישובים כפריים בהם הוקמו שכונות הרחבה קהילתיות, שנבנו על קרקעות הציבור, לערוך הליכי מיון לתושבים המבקשים להתגורר באותם יישובים. תושבי יישובים אלו הוסמכו למעשה לברור את שכניהם על פי פרמטרים רחבים ועמומים ובין היתר לדחות מועמדים רק משום שאינם חלק מ'המרקם החברתי-תרבותי' של היישוב, גם כשמדובר ביישובי ללא כל אפיון תרבותי ייחודי". נטען גם כי מדובר בחוק שפוגע בזכות לבחור את מקום המגורים, המהווה חירות אישית המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן כל אדם יוכפף להליכי סינון כתנאי לקבלה ליישוב, וזאת אף שלמרבית היישובים הממוקמים על קרקעות ציבוריות אין כל מרכיב של שיתופיות כלכלית או אפיון ייחודי המצדיק את הליכי הסינון הללו. הליכי הסינון אף פוגעים בפרטיות ומדירים קבוצות אוכלוסייה הרואות חשיבות מיוחדת בשמירה על פרטיותן. עוד נטען כי החוק פוגע בזכות לשוויון, שכן הקריטריונים הכלולים בו מאפשרים לסנן אדם רק משום שהוא שונה (אינו מתאים למרקם החברתי של היישוב), וכי הם מביאים לאפליה של קבוצות מיעוט, באופן שמייחד ומעקר את האיסור להפלות אדם בשל השתייכותו הקבוצתית. בנוסף טענו כי החוק פוגע בזכות הקניין וכי פגיעה זו אינה מידתית. להרחבה ראו את העתירה שהוגשה – ניתן לצפייה באתר: [www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2011/03/hit2311.pdf](http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2011/03/hit2311.pdf).

<sup>46</sup> בג"ץ **סבח**, לעיל ה"ש 43.

<sup>47</sup> התיאור הלכת קעדאן בהקשר החברתי-משפטי שלה וכתשתית החוקתית שקדמה לחוק הלאום ראו גם: עשור ויצמן וברק מדינה, סעיף 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה" (עתידי להתפרסם באסופה זו, 2021); וכן לויין-שנור ושנער, לעיל ה"ש 7, בעמ' 5, 20..

#### ד. עקרון השוויון מול האפליה בשיווק מתחמי מגורים על ידי גופים פרטיים

ההפרדה וההדרה במגורים על בסיס לאומי באות לידי ביטוי גם בספרה הפרטית במרחבים עירוניים שבהם פרטים וגופים פרטיים, כגון חברות נדל"ן ועמותות לבניה עצמית מוכרים דירות למגורים רק ליהודים.<sup>48</sup> גופים אלה מקדמים את ערך ההתיישבות היהודית הנפרדת לא פחות מאשר גופים ציבוריים.<sup>49</sup> עם זאת, במשך שנים רבות כמעט ולא בנמצא עניין או מחקר משפטי המתמקד במה שמתרחש בספרה הפרטית וכיצד במסגרתה מקודם לעתים בצורה סמויה ולעתים אחרות בצורה מוצהרת ערך ההתיישבות היהודית. הסיבה להיעדר עניין משפטי היא שעד לאחרונה כמעט ולא הוגשו עתירות או תביעות אשר תקפו את קידום ערך ההתיישבות היהודית על ידי פרטים וגופים פרטיים וזאת כתוצאה מההפרדה העמוקה שהייתה קיימת בין יהודים לערבים. סיבה נוספת למיעוט המחקר נעוצה בהנחה שהייתה רווחת - והמוטעית בעיני - כי הספרה הפרטית פחות חשובה מהספרה הציבורית, וכן כי היא מוגנת מביקורת משפטית בהיותה מגלמת את מהות המרחב הפרטי של פרטים, בו הם זכאים לעשות ככל שעולה על רוחם כל עוד אינם גורמים נזק לאחרים.

בעקבות תהליכים רבים המתרחשים בשנים האחרונות, ניכר במסגרת המשפט הישראלי כי הקו המבחין בין הפרטי לבין הציבורי משתנה ולעתים אף נמחק.<sup>50</sup> לכן מה שהוגדר כפרטי יכול להפוך לציבורי ולהיפך. נוסף לכך, גוברת ההבנה שגם אם קו זה נשמר, הרי מה שמתרחש בספרה הפרטית בהכרח משפיע על המתרחש בספרה הציבורית וכי הסדרים מתחום המשפט הפרטי כגון דיני קניין וחוזים המאפשרים לפרטים להפלות במכירה או בהשכרת דירתם או האוסרים עליהם לעשות כן מעצבים את המרחב לא פחות מאשר הסדרים מתחום המשפט הציבורי כגון דיני תכנון ובניה.<sup>51</sup> תובנות אלה מקבלות משנה תוקף בהקשר הישראלי שבו תאגידים שהוקמו במסגרת המשפט הפרטי טרם הקמת המדינה ואשר לאחר הקמתה הפכו לדו-מהותיים, כגון הקרן קיימת לישראל והסוכנות היהודית, קידמו התיישבות יהודית במרחב לא פחות ממוסדות המדינה עצמה.<sup>52</sup>

מחקריי, כולל מאמר זה, משתייכים להתפתחות מחקרית זו ובהתאם לכך, בעת בחינת השלכות סעיף 7 לחוק יסוד הלאום על משמעות ערך ההתיישבות לא ניתן, בעיני, להתעלם מממדו המשפטי של ערך זה בספרה הפרטית שיוצג בהרחבה בחלק הזה.

שאלת תחולת עקרון השוויון על גופים פרטיים המשווקים מתחמי מגורים ייעודים רק ליהודים ומממשים בכך את עקרון ההתיישבות היהודית, התעוררה במספר מקרים. אציג להלן שניים מתוכם שהם בעיני משמעותיים. הראשון משום שהוא יצר הסדר חדש לעניין איסור ההפליה החל על גופים פרטיים המשווקות דירות למגורים על קרקעות ציבוריות והשני מכיוון שהוא הוכרע לאחר חקיקת חוק יסוד הלאום והיה בבחינת הזדמנות לבחינת היחס שבין החוק לבין המצב הקיים וזה שנוצר.

המקרה הראשון נכלל בתביעה שהוגשה לבית המשפט השלום על ידי סמי הוארי, אזרח ערבי תושב העיר עכו, האגודה לזכויות האזרח ועמותת אליאטר מעכו. מר הוארי טען כי ניסה לרכוש יחידת דיור בפרויקט הנדל"ן "גרין פאלאס" בעכו, וכי נענה בסירוב בשל היותו ערבי. במסגרת התביעה נטען לראשונה כי חוק איסור הפליה אוסר על מי שעיסוקו באספקת מוצר להפלות מחמת לאום, וכי מכירת דירות על ידי תאגיד נדל"ן היא בבחינת שיווק מוצר ציבורי ולכן נכללת בחוק. בהתאם

<sup>48</sup> ראו: מנאל תותרי-ג'ובראן, "התהוות הערים המעורבות בהתהוות: בין הפרטי לציבורי", דין ודברים י' 17 (תשע"ז).  
<sup>49</sup> אציין כי מימוש ערך "ההתיישבות היהודית" בהקשר המרחבי העירוניים מקבל משמעות אחרת שונה מזו המוכרת באתוס ההתיישבות ההיסטורי כפי שהוא מוכר בהקשר הכפרי. עם זאת ההדרה במגורים על בסיס לאומי במרחבים עירוניים מביאה לתוצאה דומה לזו בהקשר הכפרי שנועדה לשמר את הסטטוס קוו המרחבי של הפרדה במרחב בין יהודים לערבים ושל שמירה על אפיון המרחב כמרחב יהודי.  
<sup>50</sup> דפנה ברק ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות – גומלין", **משפט וממשל** ה' 95, 96 (תש"ס) 95.

<sup>51</sup> תותרי-ג'ובראן, לעיל ה"ש 49.

<sup>52</sup> גם בהקשר המרחב האמריקאי קיים יחס מורכב בין הפרטי לציבורי שתרם רבות לעיצובם של כללי ההפרדה וההדרה, להרחבה ראו: רות גביון ואורי שוורץ, "הפרדה בדיור כמרכיב בהפליה: הנסיון האמריקאי", **עיני משפט** כה 73, 97-98 (2001).



לכך הוא ביקש להראות כי הסירוב של חברת "גרין פאלאס" אסור על פי חוק.<sup>53</sup> בסופו של יום העתירה נמחקה לאחר שהושג הסכם פשרה ולכן שאלת תחולת החוק על תחום הדיור לא נדונה.

לתביעה זו חשיבות ניכרת שכן בעקבותיה התקבלה החלטה, ביוזמת פרקליטות מחוז חיפה,<sup>54</sup> לפיה תתווסף לחוזי ההתקשרות עם היזמים סנקציה של חיוב בפיצויים מוסכמים כאשר הרשות תמצא כי היזם הפר את ההתחייבות שלא לנקוט אפליה פסולה בשיווק יחידות דיור.<sup>55</sup> בכך, הוחל עקרון השוויון גם על חברות נדל"ן פרטיות שמשווקות דירות למגורים על קרקעות ציבוריות באמצעות רגולציה חוזית. במלים אחרות, בדומה לספרה הציבורית כיום גם בספרה הפרטית המערבת גופים פרטיים המשווקים דירות למגורים על קרקעות מדינה עקרון השוויון גובר על ערך ההתיישבות היהודית.

מקרה נוסף שנוגע בתחולת עקרון השוויון על שיווק דירות למגורים על ידי גופים פרטיים ואיסור הפליה על בסיס לאומי הגיע לדיון בפני בית המשפט העליון באוגוסט 2019, כשנה לאחר קבלת חוק יסוד הלאום, בעקבות תביעתם של בני זוג ערבים שביקשו לרכוש דירת מגורים חדשה בירושלים. בקשתם נדחתה על ידי נציגת חברת מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ בנימוק שהיא אינה מוכרת דירות לערבים. נוכח סירובה של מי-טל הגישו בני הזוג תביעה לפיצוי כספי לבית המשפט השלום שהתבססה על סעיף 5 לחוק איסור הפליה אשר מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק בהתקיים אחת מהעילות המנויות בחוק. למעשה תביעה זו עוררה שתי שאלות עיקריות: האם דירת מגורים היא "מוצר ציבורי" על פי חוק איסור האפליה? אם כן, האם יש להחיל את עקרון השוויון ואיסור האפליה על גופים המשווקים מוצרים אלה?<sup>56</sup>

בית המשפט השלום והמחוזי קבעו כי פרשנות ההוראות הרלוונטיות בחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים מאפשרת מבחינת לשון את החלתן על מקרקעין שהן דירות מגורים שנבנו על ידי מי שעיסוקו בכך, במיוחד כאשר מדובר בדירות שנבנו על מקרקעי ציבור.<sup>57</sup> בהתאם לכך נפסק לכל אחד מבני הזוג תשלום פיצויים בסך 20,000 ₪. חברת הנדל"ן מי-טל הגישה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון וטענה שאין להחיל את חוק איסור הפליה על מכר דירות. בדיון בבקשה נחלקו שופטי בית המשפט העליון באשר לתחולת חוק איסור הפליה על מכירת דירות בשוק הפרטי.<sup>58</sup> השופט מזוז, תוך שהדגיש את חשיבותה הציבורית, הערכית והמעשית הרבה של ההכרעה בשאלה זו, קבע כי חוק איסור הפליה חל על מכירת דירה על ידי מי שעיסוקו בכך. כן ציין כי מסקנה זו עולה הן מכוח תכלית החוק, אשר נועדה להגשים את עיקרון השוויון בתחומי החיים החשובים בחיי הפרט, בהם גם רכישת דירה, והן מלשונן של החוק, אשר אינו מגדיר את הביטוי "מוצר", המופיע בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה, ובכך כולל גם מכירת דירה.<sup>59</sup>

מנגד, השופט שטיין קבע כי חוק איסור הפליה אינו חל על מכירת דירה על ידי מי שעיסוקו בכך, שכן פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק, שכן פרשנותה של המילה "מוצר" היא חפץ מטלטלין ולא נכס דלא נידי, וכן, מכיוון שכוונת מחוקקי החוק, כפי שהובאו בדברי ההסבר לחוק איסור הפליה, היתה כי האיסור לא יחול על מקרקעין.<sup>60</sup> השופט הנדל, נמנע מלהכריע בשאלה עקרונית זאת, תוך שהוא מותיר את ההכרעה בשאלת תחולת חוק איסור הפליה על מכירת דירות

<sup>53</sup> הסעד שהוא ביקש בעתירה היה סעד של פיצויים לפי סעיף 5 לחוק איסור אפליה. ראו כתב התביעה: תא"מ (חי') 1749-12-12 הוראי נ' משה חדיף ובניו השקעות בע"מ (פורסם בנבו, 16.12.2012).

<sup>54</sup> עידו באום "מינהל מקרקעי ישראל יתבע פיצוי מקבלנים שיפלו ערבים" *The Marker* (12.6.2013).

<sup>55</sup> זהו נוסח התנאי 12 המופיע בכל מכרזי רמ"י לשיווק קרקעות לבניה: "הקונה מתחייב להימנע מלנקוט אפליה פסולה בעת שיווק יחידות דיור, והוא מצהיר בזאת כי הוא יודע, שאם יפר התחייבות זו, המוכר יהא רשאי, מבלי לפגוע בכל סעד אחר העומד לזכותו על פי דין, לבטל חוזה זה ו/או לדרוש ולקבל ממנו פיצויים מוסכמים בשיעור של 15% מהתמורה בצירוף הפרשי הצמדה בין המדד היסודי למדד המחירים לצרכן האחרון שיהיה ידוע במועד התשלום, ולא יהיו לו כל טענות ו/או דרישות ו/או תביעות כלפי המוכר במקרה כזה". ראו: מנאל תותרי-גיבראן, "הפרטה והדרה בעיר: העמותות לבניה עצמית כמייצרות מובלעות מופרדות", *משפטים* 443, 458-459 (תשע"ז).

<sup>56</sup> שאלות אלה הועלו על ידי בלנק, אך לא נדונו. ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" *דין ודברים* 85, 108 (2011).

<sup>57</sup> ת"א 14-01-14/17-18 סלמאן נ' מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ (פורסם בנבו, 12.3.2017).

<sup>58</sup> רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (פורסם בנבו, 19.8.2019).

<sup>59</sup> שם, בפסקאות 10, 23-24 לפסק דינו של כב' השופט מזוז.

<sup>60</sup> שם, בפסקאות 4 ו-9 לפסק דינו של כב' השופט שטיין.

מגורים, למקרה מתאים יותר.<sup>61</sup> על כן, לעניין סוגיית תחולת חוק איסור ההפליה על מכירה ושיווק בתי מגורים פרטיים, בית המשפט הותיר שאלה זו פתוחה להכרעה, למרות שבסופו של דבר הערעור נדחה והחלטת בתי המשפט קמא נותרה על כנה.

בכדי לסכם, המצב המשפטי עד לחקיקת חוק יסוד הלאום הוא שעקרון השוויון גובר על ערך ההתיישבות היהודית ככל שמדובר בשיווק דירות מגורים המשוקות על ידי פרטים והמוקמות על קרקעות ציבוריות. באשר לשאלת תחולת חוק איסור ההפליה ועקרון השוויון על תחום הדיור בספרה הפרטית הנושא נותר בצריך עיון. זאת למרות שפס"ד סלמאן היה בבחינת הזדמנות פז עבור בית המשפט להוקיע כל אפליה בתחום הדיור גם ובמיוחד כשהיא מתקיימת בספרה הפרטית. חשוב מכך פס"ד היה יכול להוות חלון הזדמנות לפרשנות היחס בין חוק יסוד הלאום לחקיקה הקיימת במשפט האזרחי ומעמד ההתיישבות היהודית, שכאמור מקודמת גם במסגרת הספרה הפרטית.

כפי שראינו בחלקים לעיל, ערך פיתוח ההתיישבות היהודית באמצעות הקמה של יישובים יהודים חדשים (אף מעבר לגבולות המדינה, באופן לא חוקי ובניגוד לכללי המשפט הבינלאומי) והרחבה של יישובים יהודים קיימים היווה מאז ומתמיד ערך לאומי עליון אשר עמד בבסיס המדיניות המרחבית והתכנונית של המדינה. כך שמבחינת המצב העובדתי אין בסעיף 7 כל חידוש לעניין מרכזיות אופיה היהודי של המדינה ומחויבותה לקדם התיישבות יהודית במרחב.

אף על פי כן, לעיגון ערך ההתיישבות במסגרת חוק יסוד הלאום משמעות נורמטיבית ומשפטית רבה, של הפיכתו לערך חוקתי. ערכים חוקתיים המעוגנים בחוקי יסוד מכתבים את "האני מאמין" של שיטת הממשל וחשוב מכך הם מגדירים את מהות הקהילה האזרחית ואת היקף הזכויות החוקתיות של אזרחי המדינה. לכן גם אם סעיף זה אינו יוצר נורמות חדשות בהקשר הזה אלא מעגן הסדרים קיימים בתוך חקיקת יסוד, ישנה בכל זאת משמעות חוקתית-משפטית רבה לעיגון הזכויות הפרטיקולאריות של הלאום היהודי דווקא בחוק יסוד, לעומת העיגון הקודם שהיה ברמה של חוק או מדיניות ממשלתית. בהתאם לכך מתעוררת שאלה בנוגע ליחס בין הערך של התיישבות יהודית לבין עקרון השוויון במרחב, בה אדון בחלק הבא.

### טיעון I: מתח חוקתי בין חוק יסוד הלאום לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו

בשונה מחוקי היסוד שמעגנים נורמות משטריות ומוסדיות,<sup>62</sup> חוק יסוד הלאום מסדיר נורמות זהותיות של המדינה כאשר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מסדיר נורמות של מגילת הזכויות בתוכה.<sup>63</sup> בחלק זה ארצה לטעון כי בכל הנוגע להסדרת תחום ההתיישבות, שיווק והקצאת קרקעות שני חוקי יסוד כוללים בתוכם הסדרים מתנגשים. הטיעון נשען על ניתוח השיח הנבדל שכל חוק יסוד נשען עליו ככל שהם מסדירים את סוגיית ההתיישבות היהודית. שיח נבדל זה מייצר מתח חוקתי בין הערכים המוגנים בכל אחד מחוקי היסוד.

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, העוסק במעמד החוקתי של זכויות אדם בישראל, נשען על שיח ורטוריקה ליברלית המספקת הגנה לזכויות האדם בשל היותו אדם – ללא קשר להשתייכותו הקבוצתית לעם היהודי או אחר. כך קובע סעיף 1 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו: "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו", שכולל הגנה על: הקניין, שמירה על החיים והגוף; חירות אישית; חופש התנועה ועוד. למרות שהזכות לשוויון לא מופיעה במי מחוקי היסוד, ובפרט לא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בית המשפט העליון קבע כי מדובר בזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד שבחוק היסוד. כפי שמסביר הנשיא (בדימוס) של בית המשפט העליון השופט ברק: "כבוד האדם מניח כי כל אדם הוא ייצור חופשי, המהווה מטרה בפני עצמו. תפישה זו מחייבת שוויון בין בני אדם ואין להכיר במושג של כבוד האדם מבלי לגזור מכך, כמסקנה הכרחית, את השוויון בין בני האדם. זהו השוויון בזכויות האדם; זהו שוויון בהטבות שהמדינה מעניקה ובהזדמנויות שהיא יוצרת."<sup>64</sup> במסגרת כך בוססה עליונותה התורתית של הזכות לשוויון בתחומי משפט מגוונים – רווחה, קניין, בריאות, חינוך ועוגנה כחלק בלתי נפרד מהערך החוקתי המוגן של כבוד האדם.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> שם, בפסקה 4 לפסק דינו של כב' השופט הנדל.

<sup>62</sup> כגון חוק יסוד הממשלה, חוק יסוד מבקר המדינה ועוד.

<sup>63</sup> נוסף לחוק יסוד חופש העיסוק.

<sup>64</sup> אהרן ברק "כבוד האדם" משפטים ז 517 (תשס"ב).

<sup>65</sup> ראו: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 5823/12 התנועה לאיכות

לעומת זאת, חוק יסוד הלאום נשען על שיח ואתוס קהילתני יהודי ששם את הקהילה וההשתייכות הקהילתית ל- "עם היהודי" במרכזו ושבנו הקהילה היהודית היא החשובה ולא הפרט. בהתאם לכך הוא מעגן הסדרים משני סוגים: אחד נוגע למהות הזכויות הקבוצתיות של הרוב היהודי והשני נוגע לאופיה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי.

שני האתוסים לעיל יכולים להתיישב אחד עם השני ככל שמדובר בפרטים יהודים שמקבלים הגנה גם מכוח חוק יסוד הלאום וגם מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אך מה קורה כאשר אזרח מבקש לקבל הגנה בהתבסס על ערך המוגן בחוק יסוד כבוד האדם אך הסותר את הערכים המוגנים בחוק יסוד הלאום? מצב זה יכול להתעורר כאשר מדובר באזרחים לא יהודים, למשל משפחה ערבית המבקשת לקנות בית בתוך יישוב קהילתי או בתוך שכונה יהודית בעיר והיא נתקלת בסירוב מטעם ועדת הקבלה או מטעם כל גוף אחר כגון חברת נדל"ן בטענה שההתיישבות היהודית היא ערך לאומי מוגן על פי חוק יסוד הלאום.

עיון ערך ההתיישבות היהודית במסגרת סעיף זה יצר מצב חוקתי חדש שבו קיימת התנגשות בין שני ערכים מוגנים. למעשה חוק יסוד הלאום המבוסס על אתוס קהילתני סותר את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו המבוסס על אתוס ליברלי ופוגע בזכויות הליברליות של כל מי שאינו נמנה על קבוצת הרוב היהודית או לפי המונח של החוק מי שאינו חלק מ"העם היהודי" – שכוללים בין היתר האזרחים הערבים (אך גם אזרחים אחרים שאינם חלק מהעם היהודי- עובדים זרים מתאזרחים, פרטים מתאזרחים אחרים).

המצב המשפטי שהיה עובר לקבלת חוק יסוד הלאום היה שבמידה וקיים חוק מסוים, מדיניות, החלטה מנהלית או רגלטרית שפוגעת בזכויות האדם המעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, היה על בית המשפט לבחון אם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה המאפשרת פגיעה מוגבלת בזכויות. במידה והפגיעה איננה מידתית ואינה למטרה ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל אז ניתן יהיה לפסול אותה. בעקבות חוק יסוד הלאום המצב המשפטי הופך למורכב יותר. שכן, כעת המהלך של חוק יסוד הלאום נועד כאמור, להעלות ערכים שבעבר היו מעוגנים בחקיקה רגילה או במדיניות ממשלתית לרמה החוקתית ובכך הן הפסיקו להיות כפופים להוראות חוקי יסוד והפכו בעצמן לחוקתיות. משמע שכעת במידה ומתעוררת סתירה בין ערך חוקתי אחד לבין ערך חוקתי אחר, בית המשפט יידרש להחליט איזה מביניהם גובר על השני: האם ערך ההתיישבות היהודית המוגן בחוק יסוד הלאום או ערך השוויון המוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

בחלק הבא אבקש להציע דרך לפרשנות סעיף 7 ככל שהיא מתעוררת בהקשר של הדרתם של האזרחים הערבים בטענה של קידום ומימוש ערך ההתיישבות היהודית.

## טיעון II: פרשנות ראויה של סעיף 7

בחלק זה אטען כי יש לפרש את סעיף 7 לחוק יסוד הלאום המעגן את עליונות ערך ההתיישבות הקהילתית היהודית בכפיפות לעקרון השוויון ובאופן שמשתלב עם הפסיקה שנסקרה בחלקים הקודמים. טענה זו מתבססת על שני אדנים, האחד עובדתי והשני נורמטיבי. ראשית, אראה כי הדוקטרינה המשפטית אשר התפתחה בסוגיית הענקת זכויות קבוצתיות בתחום ההתיישבות והדיוור בישראל נשענת על התיאוריה הפוליטית של הליברליזם הרב תרבותי המאפשרת הענקת זכויות קבוצתיות בתנאים מסויים לקבוצת המיעוט בלבד. בהתאם לכך יש לפרש את ההסדרים הנוגעים לזכויות קבוצתיות הרוב כהסדרים הצהרתיים שנועדו לעמוד על אופיה ומהותה של המדינה ואין בהם משום הענקת זכויות או הגנות קבוצתיות באופן אקטיבי. שנית, זוהי לטעמי הפרשנות הראויה גם מבחינה נורמטיבית להסדרת יחסי רוב ומיעוט במדינה בהקשר המרחבי, כל פרשנות אחרת תפגע קשות באופיה הליברלי של המדינה ותשחק בראש ובראשונה את זכותם של קבוצת המיעוט הערבי שיוותרו ללא הגנה. אתחיל ברובד הראשון של הטיעון.

על פי התיאוריה של הליברליזם הרב תרבותי בדמוקרטיה ליברלית, פרטים משתייכים בו זמנית לשתי קהילות מרכזיות. האחת, היא הקהילה הפוליטית – אזרחית, במסגרתה יש לפרט זכויות וחובות כלפי הקולקטיב האזרחי (המדינה). השנייה, היא הקהילה התרבותית במסגרתה חבריה חולקים: תרבות, שפה, היסטוריה ומעצבים את תפיסת עולמם ומטרותיהם.<sup>66</sup> תיאוריה זו מכירה

השלטון בישראל נ' שר הביטחון (פורסם בנבו 15.11.2012); בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 296 (2006); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (2006).  
<sup>66</sup> WILLIAM KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE 176 (1989).

בחשיבות ההשתייכות הקהילתית-תרבותית של פרטים שהם חלק מקבוצת המיעוט וכן מקבוצת הרוב וזאת הודות לתרומתה במימוש יכולת הבחירה האוטונומית של פרטים. עם זאת, נקודת ההנחה של גישה זו היא שיחסי הכוחות בין שתי הקבוצות: המיעוט והרוב אינם יחסים סימטריים וכי הרוב אינו זקוק להגנה מיוחדת כי הוא קובע את כללי המשחק ומכתיב את מהות התרבות השלטת - שהיא התרבות שלו. לעומת זאת, קבוצות מיעוט נמצאות בסכנת שחיקה מפני הרוב השולט בסמלי המדינה, מרחבה, ואורחות חייה ולכן על המדינה לספק הגנה מיוחדת לקבוצות המיעוט על מנת לשמר את תרבותם. מתוך הבנה זו צמח המושג "זכויות קבוצתיות" (group rights) שנועד לקדם, לשמר ולהגן על תרבות המיעוט.<sup>67</sup> אלה הן זכויות אשר מוענקות לחברי קבוצות מיעוט בנוסף לזכויות האזרחיות הבסיסיות - המוענקות לכלל האזרחים.

תיאוריית הליברליזם הרב תרבותי בתחום המרחב אומצה על ידי בית המשפט העליון בשתי פרשות שעסקו בפיתוח דוקטרינת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי".<sup>68</sup> הפרשה הראשונה שנחשבת לאבן הפינה של דוקטרינה זו היא פרשת אביטן,<sup>69</sup> בעלת הקשר רקע לאומי. השנייה, פרשת עם חופשי, היא בעלת הקשר רקע דתי.<sup>70</sup>

פרשת אביטן עסקה בעתירה שהוגשה על ידי תושב יהודי אשר ביקש לחזור קרקע במחיר מוזל ביישוב שגב שלום, שהוקם למטרת יישוב בדואים באזור הנגב. אביטן, שנענה בסירוב, טען כי קיימת פגיעה בעקרון השוויון בהתבסס על שני טיעונים עיקריים: ראשית, יש להחזיר קרקע בתוך היישוב שגב שלום גם למי שאינו בדואי; שנית, יש להחזיר באותם תנאים שמוחזרים לבדואים. לטענתו, כיוון שאין זה המצב מופרים עקרונות השוויון ואיסור אפליה מטעמים לאומיים. בית המשפט קבע שכדי לבסס טענת אפליה יש להוכיח כי היחס השונה ניתן מתוך שיקולים פסולים, וכי אין די לציין יחס שונה בין קבוצות כאקט לא חוקי, אלא יש להצביע על היותו לא מוצדק בנסיבות העניין. בהחלטתו בית המשפט קבע כי מדובר בקהילה תרבותית בעלת מאפיינים ייחודיים שמחייבים הגנה, ובהתבסס על גישת הליברליזם הרב-תרבותי הוצגה לראשונה דוקטרינת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי". הוא הצדיק את ההדרה של אביטן מהיישוב שגב שלום ואת ההקצאה הייעודית של קרקע ציבורית עבור קהילת הבדואים על ההבנה כי מדובר בקהילה בעלת צרכים ואורח חיים שונים, המחייבת יחס שונה.<sup>71</sup>

פרשת הקמתו של היישוב החרדי אלעד הוא מקרה נוסף שבו עסק בית המשפט בחוקיות ההטבות בשיווק קרקעות ציבוריות ייעודיות לקהילות תרבותיות. טענת העותרים הייתה שההטבות בדיוור שניתנו לרוכשי הדירות ביישוב על ידי משרד הבינוי והשיכון הן חריגות ולא ניתנו לרוכשי דירות במקומות אחרים במרכז הארץ, באזורים הסמוכים לאלעד, ועל כן הטבות אלו אינן שוויוניות.<sup>72</sup> בית המשפט קבע כי מתן הטבה ייחודית לתושבי אלעד ואי-מתן הטבה כספית דומה לזכאים אחרים באזור מרכז הארץ אכן מהווה אפליה.<sup>73</sup> עם זאת, בית המשפט הסביר כי הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד עבור האוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה הוא בגדר

67 WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 84-93 (1995).

68 ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" **דין ודברים** 85, 99-93 (2011).

69 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989) (להלן: פרשת אביטן).

70 בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000) (להלן: פרשת עם חופשי).

71 לגישות השונות באשר להבנת וניתוח פס"ד זה ראו: Ronen Shamir, *Suspended in Space: Bedouins Under the Law of Israel*, 30 L. & SOC. REV. 231 (1996); איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים "עיוני משפט" כא 769 (תשנ"ח), המציג ניתוח המצדד בהחלטת בהמ"ש העליון שלפיו ההקצאה הייעודית היא צורך של הבדווים ונועד לטובתם ומציינ כי פס"ד אביטן הכיר בדרישה הקהילתית להקצאה ייעודית של קרקע למגורים.

72 העותרים טענו שההטבות שתושבי אלעד קיבלו יצרו מצב של אי-שוויון בין משתכני אלעד לבין אחרים משתי סיבות: היא מהווה אפליה קיימת ביחס לכלל האוכלוסייה וכן ביחס לאוכלוסייה החרדית במקומות אחרים במדינה. כמו כן נטען כי לא ברור אם יש צורך בהענקת תנאים מועדפים כל כך.

73 בהקשר הנדון תכליתה של הנורמה היא מתן סיוע לדיוור לאוכלוסייה שעל פי מדיניות הממשלה ראוייה לתמיכה בדיוור. האינטרסים הציבוריים והשיקולים העומדים בבסיס ההטבות כוללים "פיתוח אזורים גיאוגרפים שאינם מבוקשים, הצורך לעודד פיזור אוכלוסיין בהתחשבות בצורכיהם הביטחוניים והכלכליים של יישובים הקרובים לגבול, שיקולים הנוגעים למדיניות הדיוור והעיוור של הממשלה על כל היבטיה הפוליטיים, החברתיים והגיאוגרפיים". במקרה זה מצוקת הדיוור היא אותה מצוקה לכל משפחה נזקקת; כל הנזקקים לסיוע מהווים קבוצת שוויון אחת, תהא אשר תהא השתייכותם הלאומית, הדתית, הקהילתית והחברתית. פרשת עם חופשי, לעיל הע"ש 70, בעמ' 514.

מהלך מותר שאין בו פסול כשלעצמו.<sup>74</sup> לטענתו, לעתים אין די ביחס שווה כדי להבטיח שוויון, אלא הדבר מחייב יחס שונה והעדפה מסוימת כדי להטיב עם הקבוצה.<sup>75</sup> מהלך זה הוכר כבר על ידי בית משפט גם בהתייחסו לאוכלוסייה אחרת, האוכלוסייה הברואית.<sup>76</sup> בכך בית המשפט ביסס את זכותם של התושבים החרדים למגורים נבדלים על דוקטרינת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי".<sup>77</sup>

בשני המקרים הללו בית המשפט העליון הישראלי הכיר בעליונות עקרון השוויון בשיווק קרקעות למגורים והחיל את החריג שמאפשר סטייה מהזכות לשוויון רק כאשר מדובר ב"מיעוט, בעל אורח חיים ייחודי" במטרה להגן על אותה קבוצה. הגנה כאמור של זכויות קבוצתיות מעוגנת בדרך כלל בחוקתה וחוקיה של המדינה, היא יכולה להיות אקטיבית או פסיבית והיא ניתנת אך ורק למיעוט ולא לרוב. ככל שקיים עיגון של הזהות או אינטרסים אחרים של הרוב המטרה איננה הענקת הגנה משפטית לשם שימור התרבות של הרוב משום שאין סכנה של פגיעה, הטמעה או הכחדה של התרבות שלו. תרבות הרוב משתמרת מדי יום באמצעות שליטתו במערכת הפוליטית, בסמלי המדינה ומרחבה, במערכת החינוך ועוד. לכן בדומה לשאר ההסדרים האחרים המעוגנים בחוק יסוד הלאום, יש לפרש סעיף זה כסעיף הצהרתי שנועד לעמוד על מרכזיות אופייה היהודי של המדינה. הצהרה זו מאשררת את המדיניות והמציאות המרחבית של המדינה מאז קומה; היא גם תואמת הצהרות קודמות שנדונו בפסיקת בית המשפט העליון<sup>78</sup> וכן גם חקיקה קיימת ואף חקיקת יסוד.<sup>79</sup>

יהיו שיטענו בתגובה כי בחקיקת חוק יסוד הלאום המחוקק מבקש כעת להחיל הסדרים נורמטיביים אחרים הסוטים מהתיאוריה הפוליטית של ליברליזם רב תרבותי ומהדוקטרינה המשפטית שהתפתחה עד כה בנושא. במלים אחרות שכיום המצב המשפטי השתנה ואין לפרש את ערך השוויון כעליון על פני ערכים אחרים, כולל ערך ההתיישבות היהודית. נקודה זו מובילה אותי לדיון ברובד הנורמטיבי של הטיעון לעניין רציות ההיצמדות לתיאוריה הפוליטית של ליברליזם רב תרבותי ולהיותה, בנסיבות המיוחדות של ישראל, התיאוריה הראויה להסדרת יחסי רוב-מיעוט.

למעשה הביקורת שיכולה לעלות כנגד הפרשנות המוצעת כאן נוגעת לשאלה רחבה יותר בנוגע לסוג ואופי הדמוקרטיה שמסדירה את המשטר הישראלי ובפרט למה הרוב יכול לקבוע/לשנות/לחוקק, להגבלות המוטלות על המחוקק והרשות המבצעת, על היקף פגיעתו בזכויות האדם ובהתאם לכך ליחסי רוב-מיעוט ועוד. בהקשר הזה ישנן צורות שונות של משטרים דמוקרטיים, כאלה העומדים על קיומן של בחירות פומביות ושוויוניות כל מספר שנים במסגרתם נבחרים מנהגי המדינה לתקופה קצובה של שלטון ובהם ישנם הגבלות מנימליות על פעילות השלטון (דמוקרטיה פורמלית/ הליכית). תפיסות אחרות של משטרים דמוקרטיים כוללות בחובם, מלבד קיום סדיר של בחירות כל כמה שנים, גם מחויבות עמוקה לקידום ושמירה על זכויות האדם

<sup>74</sup> שם, בעמ' 508-510.

<sup>75</sup> בהחלטתו, בהמ"ש מציינ כי יש שני קריטריונים הקובעים את אמות המידה לבדיקה: 1. קבוצת ההשוואה, 2. הנורמה שאליה משווים, העשויה להיות חוק, החלטה מנהלית או פס"ד של בהמ"ש. "נורמה מפלה, הפסולה מבחינה משפטית, היא נורמה שקובעת יחס שונה כלפי אנשים שקיימת חובה לנהוג כלפיהם בשוויון. הקבוצה אשר כלפיה קמה החובה לנהוג בשוויון היא קבוצה שהמאפיינים המייחדים אותה רלוונטיים לתכליתה של הנורמה, למהות העניין ולנסיבותיו המיוחדות, קבוצה שיש לראותה כקבוצה הנבדלת מהאחרים לצורך אותו עניין." שם, בעמ' 513.

<sup>76</sup> לדבריו: "ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על פי צרכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת גישה הרווחת כיום בקרב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד – בין יתר זכויותיו – לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו." שם, בעמ' 508-509.

<sup>77</sup> השופטת בנייש, שכתבה את עיקר פס"ד, מציינת בהערת אגב כי אינה נדרשת להכריע בשאלות הנוגעות לטיבה של זכות היחיד לחיים בקהילה תרבותית, למקורה של זכות זו ולהיקפה – הסוגיה העיקרית שבה עוסקת עבודה זו. עם זאת היא בעצמה נוטה להכיר בקיומה של זכות זו בהקשר הנדון, בהיקף המתאים למגבלות השיטה הישראלית. על פיה, הזכות למימוש האוטונומיה האישית של הפרט והשתייכותו לקהילה ולתרבות מיוחדת הוכרה זה מזמן בהקשר של קבוצות מיעוט, בדווים וחרדים, לכן גם ההקצאה הלא-שוויונית של קרקע מדינה עבור קבוצה מסוימת מוכרת ומצדקת במשפט. בגישתה בייניש משלבת תובנות ליברליות, המדגישות את זכותו של הפרט להשתייך לקהילה תוך מימוש האוטונומיה האישית שלו כפרט, עם תובנות רב-תרבותיות המדגישות את הזכות לקהילה, קיומן של מאפיינים משותפים, גורל משותף ורצון להגן על הקהילה. שם, בעמ' 510.

<sup>78</sup> בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 475 (1994); ע"א 6821/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995); בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 423 (1995); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 35, 42-47 (1997).  
<sup>79</sup> ראו סע' 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק שקובעים מטרה כפולה: "...להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

והמיעוט, תוך הטלת הגבלות על רשויות הממשל (דמוקרטיה מהותית/ליברלית).<sup>80</sup>

כל מדינה בוחרת לעצמה שיטת ממשל ייחודית המתאימה לצרכיה ומאפייניה, כך גם ישראל, בה מזה שנים מתקיים ויכוח משפטי, ציבורי ואקדמי באשר להיקף ומהות אופיה היהודי והדמוקרטי הקיים והראוי להתקיים ולהסדיר, בין היתר, את יחסי רוב מיעוט בתוכה.<sup>81</sup> בהקשר הזה הפרשנות המוצעת כאן נשענת על גישתו של ברק מדינה לפיה הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל, לפחות לאחר חקיקת חוקי היסוד, מאופיינת כדמוקרטיה ליברלית.<sup>82</sup> על פי מדינה, לא רק שזוהי השיטה שמאפיינת את משטרה של ישראל, אלא גם שהיא ראויה מבחינה מוסרית לאפיין אותה. זוהי שיטה המבוססת על שלטון הרוב שכפוף למגבלות הנובעות מעקרונות היסוד של הליברליזם. אלה כוללים את החובה לכבד זכויות אדם, את עקרון הפרדת הרשויות, החובה לקיים בחירות חופשיות וכלליות.<sup>83</sup>

ישראל הינה מדינה רב-תרבותית רב-לאומית משוסעת, המוגדרת כמדינת הלאום של העם היהודי ושבוניה כתנאי לשמירה על הגדרה זו על שימור יחסי הכוחות בין הרוב היהודי למיעוט הערבי. כפי שראינו בחלקים לעיל, בהקשר המרחבי, כמו גם בהקשרים אחרים, ישנם הסדרים חקיקתיים ופרקטיקות מדינתיות שמשמרות יחסי כוחות אלו ואשר מייצרות פערים בין שתי הקבוצות תוך פגיעה בזכות לשוויון של האזרחים הערבים. נוסף לכך, כפי שמדינה וגם אחרים מראים, הרי שבשארל קיים מאבק מתמיד על הגדרת המרכז מצד קבוצת המיעוט וגם מצד קבוצת הרוב. המיעוט הערבי אינו מסכים להגדרה היהודית של המדינה ובעוד שחלקים מהרוב אינם מסכימים להגדרתה הדמוקרטית. במצב של חוסר הסכמה שכזה ובמדינה בה שימור יחסי הכוחות בין הרוב למיעוט הוא תנאי להמשך קיומה, דמוקרטיה ליברלית היא בעיני המשטר היחיד שיכול לספק הגנה בסיסית מפני הפרות פוטנציאליות של זכויות בסיסיות של אלו המשתייכים לקבוצת המיעוט.<sup>84</sup>

אומנם חוק יסוד הלאום עומד על אופיה היהודי של המדינה, אך אין בו כדי לרוקן מתוכן את היסודות הדמוקרטיים – ליברליים שלה המעוגנים בשלל דברי חקיקה, חוקי יסוד שקדמו לו ופסיקה ארוכת שנים של בית המשפט בכלל ובהיבט המרחבי בפרט. יתרה מכך, אין זה ראוי לשנות את היקף מחויבותה וההגנה הקיימת (בתחומים מסוימים מעטה מאד) לזכויות האדם והמיעוט. הגנה זו נחוצה דווקא במדינה היהודית שכפי שראינו בחלק הראשון של המאמר מבוססת על העדפה אתנו-לאומית של הרוב היהודי. בהתאם לאמור, ככל שייוצר מצב של מתח או סתירה בין ערך ההתיישבות היהודית לעקרון השוויון, על בית המשפט להבהיר כי מדובר בסעיף הצהרתי שמטרתו לאשרר ולעמוד על אופי ומהות המדינה כיהודית ואין בו כדי לשנות מאופיה הדמוקרטי – ליברלי ומחויבותה לעקרון השוויון.

## ה. סיכום

חוק יסוד הלאום מתווסף ליוזמות חברתיות וחקיקתיות המגבירות את הניכור והשסע הקיים כבר בין חלקים שונים בחברה הישראלית, בין היתר בין יהודים וערבים. חמור מכך הוא מתווסף ליוזמות המגבילות ומצמצמות את היקף מחויבות המדינה לערכים הליברלים שאמורים לעמוד ביסודה.

חוקתיות חוק יסוד הלאום עומדת בימים אלה בפני דיון משפטי בפני בית המשפט הגבוה לצדק.<sup>85</sup> בהנחה (סבירה) כי בית המשפט לא יתערב, ישנה או יבטל סעיף כלשהו ממנו יהיה עליו במקרים ממוקדים לדון במהותו וביחס שלו עם חקיקה אחרת קיימת.

ערך ההתיישבות היהודית היה ועודנו ערך בסיסי למיסוד אופייה היהודי של המדינה. הוא בא לידי ביטוי בבנייה של יישובים יהודים, הקצאת קרקעות ויחידות דיור לציבור היהודי, תכנון מרחבי

<sup>80</sup> לסקירה בנושא ראו: ברק מדינה, דמוקרטיה הליכית ודמוקרטיה מהותית, **עיוני משפט** (עתיד להתפרסם ב 2021).  
<sup>81</sup> מדינה במאמרו סוקר בצורה ממצה ויכוח זה, שם. ראו גם את הדיון במאמרו: רות גביון ופניה עוז-זלצברגר "ישראל כמדינה יהודית וליברלית" **משפט ועסקים** יד 293, 297 (תשע"ב).

<sup>82</sup> לעומתו גביון ועוז-זלצברגר טוענות כי משטרה של ישראל הוא דמוקרטיה הליכית. שם.

<sup>83</sup> מדינה, לעיל הע"ש 80, בעמ' 14.

<sup>84</sup> להרחבה ראו: שם, בפרק ה.

<sup>85</sup> בג"ץ 5555/18 **חסון נ' הכנסת** (תלוי ועומד).

לטובתו ולרוב תוך אפליית האזרחים הערבים. יחד עם זאת, ככל שמימוש ערך זה התנגש עם זכויותיהם הליברליות של אזרחי המדינה, נקבע באופן חד משמעי כי עקרון השוויון גובר על פני ערך ההתיישבות. חוק יסוד הלאום יצר מצב משפטי שבו ערך זה הפך לחוקתי. בכדי שמהלך זה ישתלב עם מהות הדוקטרינות המשפטיות הקיימות בתחום זה ובכדי לשמר את אופייה הדמוקרטי של המדינה ומחויבותה לערכי הליברליזם הבסיסיים, הרי יש לפרש אותו ככפוף לעקרון השוויון כמוצע ברשימה זו.