

עיון ביקורתי בגישתה של פרופ' רות גביון בתחום ההתיישבות

מיטל פינטו, * מרים מרקוביץ-ביטון**

תקציר

הלכת קעדאן מהווה נקודת-ציון מרכזית בכל הקשור למציאות המשפטית בנושא ההתיישבות של יהודים וערבים בישראל. על רקע המהומות האחרונות ביישובים המערובים, כמו-גם ההתפתחות המשפטית האחרונה בנושא ההתיישבות (כפי שבאה לידי ביטוי בחקיקת חוק-יסוד הלאום ובפסיקה בנוגע לחוקתיותו), מצאנו לנכון לחזור ולבחון את הלכת קעדאן. אנו סבורות כי אחד הניתוחים המעניינים יותר של פסק-הדין הוצג בשעתו על-ידי פרופ' רות גביון, זכרה לברכה.

מטרת מאמרנו היא להציג את עמדתה של גביון ביחס לתחום ההתיישבות ולהתמודד עימה באופן ביקורתי. גביון צידדה במסקנות בית-המשפט בעניין קעדאן, הואיל ואופייה היהודי של ישראל אינו מצדיק הפליה של אזרחים לא-יהודים. אולם היא סברה כי אינטגרציה כפויה בין יהודים לערבים עלולה להיות כלי לא-נכון להשגת שוויון בין חברות המקפידות על שימור זהותן הייחודית. לכן, לדעתה, ישראל צריכה לעודד ולאפשר צורות התיישבות שאופיין הלאומי או הדתי מוגדר מראש ואינו בר-שינוי.

מחד גיסא, אנו משבחות את גביון על כך שחזתה באופן מדויק את ההשלכות של הלכת קעדאן, שכללו פעילות חקיקתית ושיפוטית מואצת בתחום ההתיישבות, בעיקר בעקבות אמירותיו הכלליות של בית-המשפט.

* דוקטור, מרצה וחוקרת-אורחת של המכון הישראלי באוניברסיטת שיקגו לשנת 2022; מרצה בכירה בבית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית צפת, ובפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.

** פרופסור-חברה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אנו מבקשות להודות לדני בומבך על עזרה מעולה במחקר לקראת כתיבתו של מאמר זה, ולמערכת כתב-העת מאזני משפט על הארות והערות מחכימות שהשביחו את המאמר.

מאידיך גיסא, המאמר מציג כמה טענות ביקורתיות בנוגע לגישתה של גביון. ראשית, בניגוד לגביון, איננו סבורות כי שימור זהות תרבותית נפרדת לקהילות תרבותיות מחייב הקמה ושימור של יישובים שאופיים קבוע מראש. שנית, נבקר את נקודת המוצא של גביון, המניחה סימטרייה בין הגנה על קבוצות מיעוט תרבותיות לבין הגנה על קבוצות רוב תרבותיות. שלישית, נטען כי עמדתה של גביון התעלמה מההשלכות השליליות שיש להדרה של קבוצות מיעוט בכל הנוגע בהדרה של קבוצות חלשות בתוך קבוצת הרוב, במיוחד בהליכי קבלה ליישובים קהילתיים. רביעית, נצביע על כך שעמדה כמו זו של גביון, שאינה רואה פסול ביישובים נפרדים לערבים וליהודים, אינה תורמת ליצירת מכנה משותף אזרחי בין יהודים לערבים.

מבוא

- א. הפרדה מרחבית ופסיקת בית-המשפט העליון בעניין קעדאן
- ב. עמדתה של פרופ' גביון בתחום ההתיישבות
- ג. כיצד חזתה גביון כמעט במדויק את ההתפתחויות בחקיקה ובפסיקה לאחר פסק-דין קעדאן
- ד. כשלים בטיעוניה של גביון ביחס לתחום ההתיישבות
 1. שימור זהות תרבותית נפרדת אינו מחייב מגורים נפרדים
 2. העדר סימטרייה בין הגנה על תרבות המיעוט לבין הגנה על תרבות הרוב
 3. הדרה של קבוצת המיעוט גורמת לבסוף גם להדרה של קבוצות חלשות בתוך קבוצת הרוב
 4. עידוד יישובים נפרדים לערבים וליהודים לא יתרום ליצירת מכנה משותף אזרחי

מבוא

תחום ההתיישבות בישראל מעורר שורה ארוכה של אתגרים, אשר מגיעים לא אחת לפתחו של בית-המשפט. רק לאחרונה התעוררו שאלות ביחס לחוקתיותו של מכרז לדיור בר-השגה לערבים תושבי יפו בלבד, ובנוגע להחלטת ועד בעפולה לא לאפשר לערבים לרכוש דירה במתחם דיור שמתגוררת בו אוכלוסייה יהודית בלבד.¹ מדובר בשאלות לא-פשוטות, אשר נעשות מורכבות אף יותר על רקע דחיית העתירות בנושא חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד הלאום),² שמתייחס לראשונה לנושא ההתיישבות ברמה החוקתית, ולנוכח המהומות שהתחוללו במאי 2021 ביישובים מעורבים דוגמת לוד, חיפה ורמלה, אשר מחדדות את הקשיים שאוכלוסיות המתגוררות ביישובים מעורבים חוות בתקופות של אי-שקט בטחוני וחברתי.

מאמר זה נכתב לזכרה של פרופ' רות גביון, שבמסגרת כתיבתה האקדמית והפובליציסטית התבטאה גם בסוגיית ההתיישבות, בעיקר במאמרה הנוגע בעניין קעדאן.³ גביון התייחסה לנושא ההתיישבות גם בכתיבה מאוחרת יותר, שעסקה בחוק-יסוד הלאום.⁴ מטרת מאמרנו היא להציג את עמדתה של פרופ' גביון ביחס לתחום ההתיישבות ולהתמודד עם עמדתה באופן ביקורתי.

בג"ץ קעדאן⁵ היה פסק-הדין הראשון והמרכזי שבו דן בית-המשפט העליון בשאלת הפליה של האוכלוסייה הערבית בתחום ההתיישבות. פסק-הדין עסק בסירובו של היישוב קציר לקבל לשורותיו את בני משפחת קעדאן. בית-המשפט העליון קבע כי חל איסור להפלות את בני-הזוג בקבלה ליישוב קציר, וכי יש להקצות קרקע לבני-הזוג. בית-המשפט לא הסתפק בהכרעה פרטנית בנסיבות שהתעוררו במקרה שבא לפתחו, אלא ניצל את ההזדמנות לומר את דברו ביחס

1 הילה ציאון "מאות זכאים ערביי יפו מתחרים על 28 דירות מוזלות" ynet: נדל"ן (3.5.2021) <https://www.ynet.co.il/economy/article/rkR6hwaVd>; אלי אשכנזי "ועד שכונה בעפולה דחה בקשת אזרח ערבי להתקבל כדייר במקום" וואלה! חדשות (25.5.2021) <https://news.walla.co.il/item/3437502>.

2 לפסק-הדין שדחה בדעת רוב את חמש-עשרה העתירות נגד חוק-יסוד הלאום ראו בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו) (8.7.2021).

3 רות גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" משפט וממשל ו 25 (2001) (להלן: גביון "קעדאן").

4 ראו, למשל, רות גביון ואור בסוק "חוק הלאום הוא טעות, אך אסור לבג"ץ לתקנה" הארץ: דעות (7.5.2019) 1.7211921-premium-1 <https://www.haaretz.co.il/opinions/>.

5 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

להפליה בהתיישבות באופן כללי, בקובעו כי גם מדיניות של "נפרד אבל שווה" היא בעייתית בתחום ההתיישבות.⁶

פרופ' גביון סברה כי בית-המשפט העליון צדק כאשר בחר לדרון בעניין קעדאן ולא נמנע מכך בשל חוסר שפיטות.⁷ לטעמה, מסקנות בית-המשפט בעניין קעדאן היו מתבקשות, הואיל ואופייה היהודי של ישראל אינו מצדיק הפליה של אזרחים לא-יהודים.⁸ אולם גביון סברה כי בית-המשפט היה צריך לצמצם את הכרעתו לנסיבות המקרה, ולא לציין במסגרתו אמרות-אגב עם השלכות כלליות לעניין ההתיישבות.⁹ לטעמה, החלטה כזו הייתה מאפשרת הימנעות מנקיטת עמדות שנראות בעייתיות לגבי ההצדקה לתכנון יישובים יהודיים, ובכך מונעת ניכור ויוזמות חקיקה מסוכנות.¹⁰ במישור הפתרונות לפערים החברתיים סברה גביון כי יש מקום להכרה רשמית בחשיבותו של המימד הלאומי-התרבותי בחייהם של פרטים, ובלגיטימיות שלהם להתארגן על-מנת לקדמו. לדעתה, רק הכרה במציאות זו תאפשר לקיים דיאלוג בין התנועות הלאומיות, אשר יוביל להבנות ויסייע לתת לזכות לשוויון אזרחי משמעות מלאה יותר.¹¹ לטעמה של גביון, אינטגרציה היא כלי טוב לביטול פערים מסוימים, אך אינטגרציה כפויה עלולה להיות כלי לא-נכון ולא-יעיל להשגת שוויון בין חברות המקפידות על שימור זהותן הייחודית.¹² לכן, לדעתה, ישראל צריכה לעודד ולאפשר צורות התיישבות שאופיין הלאומי או הדתי מוגדר מראש ואינו בר-שינוי.

בנוגע לחוק-יסוד הלאום סברה גביון כי בחזון של מדינת-ישראל קיימים שלושה מרכיבים מרכזיים: יהודיות, דמוקרטיה וזכויות אדם. לתפיסתה, לערביי ישראל אין קושי לפעול למימוש האידיאלים של דמוקרטיה וזכויות אדם, אולם עם היהודיות של המדינה יש להם קושי להזדהות. לדבריה, חוק-יסוד הלאום מבקש לקבע ברמת חוק-יסוד הסדרים שאינם חלק מגרעין החזון, כגון מפעל ההתיישבות היהודי המוכר בחוק-יסוד הלאום כערך לאומי. לכן, טענה גביון, חוק-יסוד הלאום עלול לצמצם את ההסכמה הרחבה ביחס למרכיב היהודיות בגרעין זה. אולם למרות התנגדותה לחקיקת חוק-יסוד הלאום, התנגדה גביון בכל תוקף לפסילתו

6 שם, בעמ' 278–279.

7 גביון "קעדאן", לעיל ה"ש 3, בעמ' 48.

8 שם, בעמ' 30.

9 שם, בעמ' 47–51.

10 שם.

11 שם, בעמ' 42–47.

12 שם, בעמ' 41.

על-ידי בג"ץ, בשל היות הנושא פוליטי ובלתי-שפיט, וגם מחשש לגרירת בית- המשפט לזירה הפוליטית.¹³

המאמר מבקש להציע עיון ביקורתי בגישתה של פרופ' גביון בתחום ההתיישבות. מחד גיסא, מאמר זה משבח את גביון על כך שחזתה באופן מדויק את השלכותיה של הלכת קעדאן, שכללו פעילות חקיקתית ושיפוטית מואצת בתחום ההתיישבות, בעיקר בעקבות אמירותיו הכלליות של בית-המשפט. מאידך גיסא, המאמר מציג ביקורת על גישתה העקרונית בדבר התיישבות יהודית. ביקורת זו מתכנסת לארבע טענות עיקריות. ראשית, נטען כי שימור זהות תרבותית נפרדת לקהילות תרבותיות אינו מחייב הקמה ושימור של יישובים שאופיים קבוע מראש, כפי שגביון מציעה. שנית, נבקר את נקודת המוצא של גביון המניחה סימטריה בין הגנה על קבוצות מיעוט תרבותיות לבין הגנה על קבוצות רוב תרבותיות. שלישית, נטען כי עמדתה של גביון מתעלמת מההשלכות השליליות שיש להדרה של קבוצות מיעוט על קבוצות שונות בתוך קבוצת הרוב. אחת ההשלכות השליליות המרכזיות של הדרת קבוצת מיעוט היא הדרה של קבוצות חלשות בתוך קבוצת הרוב. אנו נראה במאמר כיצד הדבר בא לידי ביטוי במיוחד בהדרה של קבוצות שונות ביישובים קהילתיים באמצעות ועדות קבלה יישוביות. רביעית, נצביע על כך שעמדה כמו זו של גביון, שאינה רואה פסול ביישובים נפרדים לערבים וליהודים, אינה תורמת ליצירת מכנה משותף אזרחי בין יהודים לערבים.

להלן מבנה המאמר. חלק א של המאמר פותח בהצגה תמציתית של פסק-דין קעדאן. חלק ב של המאמר מציג בהרחבה את עמדתה העקרונית של פרופ' גביון בנוגע לעניין קעדאן ולסוגיית ההתיישבות בכלל, ואת עמדתם של מלומדות ומלומדים נוספים שתומכים בעמדתה. חלקים ג ו-ד משקפים את תרומתו המרכזית של המאמר. חלק ג דן בפסקי-הדין המרכזיים של בית-המשפט העליון ביחס להפרדה מרחבית בתחום ההתיישבות בישראל ובהתפתחויות החקיקה השונות בתחום. כל אלה מוכיחים כי בכתיבתה על עניין קעדאן השכילה גביון לצפות את העתיד ואת הגבולות שהותוו עד היום ביחס ליכולת ההדרה בהתיישבות. חלק ד מציע עיון ביקורתי בטיעונה העקרוני של גביון בדבר נחיצות קיומה של התיישבות שאופייה הלאומי או הדתי מוגדר מראש ואינו בר-שינוי.

א. הפרדה מרחבית ופסיקת בית-המשפט העליון בעניין קעדאן

מדינת-ישראל מקיימת מדיניות של הפרדה מרחבית בין קבוצות אוכלוסייה שונות. מבחינה היסטורית, מדיניות ההתיישבות של מדינת-ישראל הפרידה בין קבוצות אוכלוסייה על בסיס עדתי, אתני ודתי.¹⁴ שורשיה של מדיניות זו נעוצים במתח הלאומי המאפיין את המרחב הישראלי, אך השלכותיה היו רחבות יותר, והשפיעו על מגוון השסעים בחברה הישראלית, ויש שיאמרו כי אף העמיקו אותם. הדוגמאות להדרה מרחבית בישראל רבות, ומקיפות את מכלול המרחבים החברתיים והגיאוגרפיים במדינה. הדוגמאות הבולטות להדרה מרחבית זו כוללות, בין היתר, את מדיניות פיזור האוכלוסין בשנותיה הראשונות של המדינה, אשר הפנתה את עולי ארצות האסלאם לעיירות-הפיתוח;¹⁵ את משיכת-הרגליים בכל הנוגע ביישוב הבדווים בנגב;¹⁶ את מדיניות "הבנים הממשיכים" בהתיישבות העובדת;¹⁷ וכן גילויים שונים של הדרה במרחב הכפרי והעירוני.¹⁸ מדיניות זו משפיעה על המרחב הישראלי כולו, על כלל קבוצות האוכלוסייה הפועלות בו. גם יישובים קהילתיים נמצאים כיום במוקד השיח בנוגע להתיישבות בישראל.

14 ראו אורן יפתחאל "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב'אתנוקרטיה הישראלית': התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים" עיוני משפט כא 637, 659–660 (1998); ארו צפדיה "במסווה הפרטה וקהילתיות – עמדה ביקורתית כלפי שיח ליברלי בנושא קהילות מגורים חדשות בישראל" דין ודברים ב 141, 148–149, 153 (2005); נטע זיו וחוץ תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" קהילות מגודרות 311, 327 (אמנון להבי עורך 2010); חיים זנדברג "מימוש ההבטחה הכפולה של מגילת העצמאות בתחום המקרקעין" ספר אליקים רובינשטיין כרך א 729, 755 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים 2020) ("המצאות בישראל בתחום המקרקעין היא בעיקרה מציאות של 'נפרד אבל שווה'").

15 יפתחאל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 638. ראו גם Deborah Bernstein, *Immigrant Transit Camps—The Formation of Dependent Relations in Israeli Society*, 4 ETHNIC & RACIAL STUD. 26 (1981).

16 ישי בלנק "קהילה, מרחב, סובייקט – תזות על משפט ומרחב" דין ודברים ב 19 (2005); איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769 (1998); יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו 87 (2001); גרשון גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 248–255 (2014).

17 ראו בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002).

18 ראו, לדוגמה, עת"ם (מנהליים י-ם) 5950-12-15 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות מקרקעי ישראל (נבו 19.4.2017); רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (נבו 19.8.2019).

המדיניות שמאפשרת התבדלות מרחבית של קהילות נוצקה תחילה בהחלטותיה של מועצת מקרקעי ישראל.¹⁹ בשלב מאוחר יותר היא בוססה בפקודת האגודות השיתופיות, ונהפכה הלכה למעשה לעוגן שקהילות מרחביות בישראל משתמשות בו כדי לקיים התבדלות מרחבית ולהדיר מועמדים שונים.²⁰ התוקף החוקי שניתן בפקודת האגודות השיתופיות לקיומן של ועדות קבלה – אשר נשלטו בעבר על-ידי חברי הקהילה הגיאוגרפית או על-ידי אלה ששימשו זרועם הארוכה, קרי, תנועות ההתיישבות והסוכנות היהודית – היווה חסם בפני אלה שביקשו לרכוש נכס למגורים או להצטרף לקהילה מרחבית המאוגדת כאגודה שיתופית. בכך אפשרה פקודת האגודות השיתופיות לחברי הקהילה הקיימים לקבוע את זהות שכניהם.²¹ על מציאות זו נמתחה ביקורת רבה, אשר עסקה בעיקרה בהשלכות שיש להפקדת מנגנוני סינון והדרה מרחביים בידי חברי הקהילות המרחביות – מציאות הנשללת מרוב בעלי זכויות הקניין במדינת-ישראל. במסגרת זו הועלו טענות בנוגע לעיוותים כלכליים, לאומיים, דתיים וחברתיים, ובעיקר על ההפליה המרחבית הנוצרת בעקבות יישומה של מדיניות זו.²² ביקורת זו הייתה מצע להתמודדותו של בית-המשפט העליון עם שאלת ההדרה המרחבית בעניין קעדאן,²³ אשר זכה בתהודה ציבורית רבה לצד חשיבותו המשפטית.

19 זיו ותירוש, לעיל ה"ש 14.

20 ראו ס' 6ב(א)(1)–(2) לפקודת האגודות השיתופיות.

21 ראו יפתחאל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 659–660; זיו ותירוש, לעיל ה"ש 14, בעמ' 327–328; צפדיה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 145–154.

22 ראו את המקורות בה"ש 16 לעיל. לביקורת ציבורית ראו חן מענית "ועדות הקבלה הדור החדש: בואו לגור איתנו! אלא אם כן אתם דתיים, ערבים, רווקים או סתם נראים קצת שונה" גלובס 1.2.2019 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001271315>.

23 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 5. מעניין שלפני פרשת קעדאן הציגו הערכאות הנמוכות עמדה לא-אחידה בסוגיית ההדרה המרחבית. למשל, פסק-הדין בעניין ה"פ (מחוזי נצ') 29/88 שיבלי נ' פישר ויורשי פישר, פ"מ התשמ"ט(3) 499 (1989) עסק בתביעה לאכיפת חוזה למכירת נכס שהותנה בקבלה לאגודה השיתופית. האגודה דחתה את בקשת ההצטרפות של הרוכש בשל מוצאו הבדווי (אף שהוא התגייר והתחתן כדת משה וישראל עם אישה יהודייה), ומשכך בוטל החוזה בין הצדדים. בית-המשפט המחוזי קבע כי להבדיל ממגורים בכפר או בעיר, חיים משותפים במסגרת אגודה שיתופית מחייבים ערכות הדדית של כלל חברי המושב. לפיכך ספק רב אם ניתן לכפות את חברי המושב לקבל למושב משפחה שיש התנגדות של רוב החברים לקבלתה, גם אם המניעים להתנגדות זו אינם טהורים לחלוטין. כלומר, אף אם יש ספק בצדקת המניעים להחלטת האגודה, אין לכפות את חברי המושב לצרף משפחה שרוכם מתנגדים לקבלתה. כתוצאה מכך דחה בית-המשפט את התביעה, וקבע כי אין לאכוף את החוזה. ראו שם, בפס' 2.

באמצע שנות התשעים של המאה הקודמת פנו בני-הזוג קעדאן, תושבי באקה אל-גרבייה, לוועדת הקבלה של היישוב קציר וביקשו לרכוש בו בית. בקשתם של בני-הזוג קעדאן נדחתה, והם פנו בעתירה לבית-המשפט העליון בטענה כי החלטתה של ועדת הקבלה לדחות את בקשתם להתקבל כחברים ביישוב נבעה אך ורק מהיותם ערבים, ומכאן שהיא פוגעת בזכותם לשוויון.²⁴ בכיקורתו על מדיניות הקצאת המקרקעין של מנהל מקרקעי ישראל (כיום רשות מקרקעי ישראל), קבע בית-המשפט העליון בעניין זה כי עקרון השוויון מחייב שמנהל מקרקעי ישראל יימנע מלהקצות מקרקעי מדינה ליישובים המפלים בין יהודים לבין מי שאינם יהודים כאמת-מידה לקבלה ליישוב.²⁵ עוד קבע בית-המשפט כי לא זו בלבד שעקרון השוויון אינו מנוגד לערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יישומו אף מחויב על-פי ערכים אלו ממש.²⁶ קביעתו של בית-המשפט העליון שבה ואישרה כי עקרון השוויון אינו מאפשר החלת מדיניות המושתתת על גישת "נפרד אבל שווה", קרי, מדיניות המאפשרת מתן הטבות זהות לקבוצות שונות תוך שמירה על הפרדה ביניהן.²⁷

עם זאת הותיר בית-המשפט מרחב תמרון מסוים להתבדלות מרחבית, משקבע כי ייתכנו מקרים שבהם יהיה אפשר לחרוג מקביעה עקרונית זו.²⁸ בית-המשפט הביא כדוגמה את פסיקתו בעניין אביטן,²⁹ אשר עסקה בשלילת יכולתו של רוכש פוטנציאלי ממוצא יהודי לרכוש קרקע ביישוב שיועד לאוכלוסייה הבדווית. באותו מקרה נקבע כי בשל ייחודיותה של הקהילה הבדווית ראוי לשמור על הומוגניות קהילתית, גם במחיר הדרתם של מי שאינם משתייכים לקהילה הבדווית.³⁰

24 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 266.

25 שם, בעמ' 278–286.

26 שם, בעמ' 281 ("לא זו אף זו: לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים...").

27 שם, בעמ' 279–281.

28 שם.

29 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989).

30 שם, בעמ' 304 ("הנחת היסוד של בא-כוח העותר, שבהפליה על רקע לאומי עסקינן – בטעות יסודה. ההתייחסות אל הבדואים כאל מי שראויים לסיוע ולסבסוד על-מנת שיעברו למגורי קבע ביישוב אינה התייחסות אל בני לאום מסוים, ואינה העדפתם על רקע לאומי על פני בן לאום אחר. ההתייחסות היא אל בדואים, אשר במשך שנים רבות חיו חיי נוודות, וניסיונות שלהם להשתקעות במקום קבע לא עלו יפה והיו כרוכים בהפרות חוק, עד שנוצר אינטרס למדינה לסייע להם, ובכך גם להשיג מטרות ציבוריות חשובות. האופי ודרך החיים של נוודים ללא יישובי קבע מסודרים, על כל הכרוך בכך, הם העושים את הבדואים לבני קבוצה ייחודית, שהמשיבים

בית-המשפט הבהיר כי בעניין קעדאן אין הצדקה להתבדלות מרחבית, וזאת משני טעמים: ראשית, המדינה לא הראתה שיש תוכנית להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד, אלא היא מקצה מקרקעין רק ליישובים קהילתיים יהודיים; שנית, אין מאפיינים ייחודיים לאוכלוסייה היהודית המבקשת לבנות את ביתה ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר המצדיקים הקצאת קרקע של המדינה להתיישבות יהודית בלבד – כל יהודי בישראל שמעוניין בחיים קהילתיים כפריים כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית קציר.

ב. עמדתה של פרופ' גביון בתחום ההתיישבות

גביון כתבה מאמר ארוך המנתח את פסק-הדין בעניין קעדאן ואת השלכותיו. נפנה עתה להציג את עיקריו.³¹ גביון סברה כי פסק-הדין מורכב ומכיל מתחים פנימיים מעניינים. מצד אחד, קיימת בו נטייה ברורה של הרוב לצמצם את ההלכה לעובדות המקרה הספציפיות, מבלי לקבוע הלכה כללית. מן הצד האחר, יש אמירות כלליות שיכולה להיות להן משמעות מרחיקת לכת. לדעתה, חשיבותו של פסק-הדין אינה רק בהחלטתו של בית-המשפט לגבי משפחת קעדאן, אלא גם בדיון העקרוני ביכולתם של בני קבוצות תרבותיות ולאומיות שונות לזכות בדיור הולם ומגוון במסגרת קהילתית תומכת. בית-המשפט בחר לא להשאיר ב"צריך עיון" סוגיות נורמטיביות עקרוניות שלא היו צריכות לאותה החלטה, וליצור מסגרת כוללת לדיון בנושא.³²

גביון סברה כי לא היה אפשר להגיע לתוצאה אחרת מבחינה משפטית ונורמטיבית ביחס לשני מרכיבים בפסק-הדין: האחד, שעובדת היות המדינה יהודית אינה מצדיקה הפליית לא-יהודים שחיים בה, וזאת גם בהתבסס על מסמכי-היסוד (הכרזת העצמאות, הצהרת בלפור והחלטת האו"ם) וגם בהתבסס על כוחו המוסרי האוניוורסלי של עקרון השוויון; והאחר, שהמדינה אינה יכולה להתפרק מחובתה לא להפלות לא-יהודים באמצעות הקצאת קרקעות לסוכנות היהודית, מכיוון שיש הבדל גדול בין מדינה, המרכזת בידה את המונופול על הכוח

סבורים שראויים הם לסיוע ולעידוד, תוך התייחסות מיוחדת, מפלה לטובה, ולא העובדה שהם ערבים. והא ראייה, שלא רק ליהודים, אלא גם לערבים-דרוזים או מוסלמים – או לכל מי שאינו בדואי, אין המינהל מוכן להחכיר מגרש ביישוב".

31 גביון "קעדאן", לעיל ה"ש 3, בעמ' 25–42.

32 יופי תירוש "על קציר וליסבון כמקומות לימינליים במאבקים למימוש עצמי ולשוויון" המשפט ח 105, 123 (2003).

והמשאבים לרווחת כל התושבים, לבין מוסדות של תנועה לאומית פרויקולרית שעוסקת בגאולת הארץ.³³

עם זאת, גביזון סברה כי שני עקרונות אלו אינם מנביעים תשובה לשאלות העיקריות העוסקות במתח שבין דמוקרטיה לבין יהדות או ציונות. הם גם אינם קובעים כי לעולם אין להצדיק כללים שיבטיחו את אופיים של יישובים כיהודיים או כערביים.³⁴ שאלת-המפתח היא מתי טיפול אשר רגיש לזהות לאומית או דתית הוא רלוונטי ואינו מפלה בצורה אסורה. גביזון טענה כי קביעת בג"ץ שאין לסטות מעקרון "עוורון הלאום" בהעדר שיקולים מיוחדים היא מרחיקת לכת, אינה נחוצה להכרעה במקרה הזה, ואף מחלישה בצורה ניכרת את ההצדקה הציונית להתיישבות. זאת, מאחר שפסק-הדין קובע כי מעתה ואילך לא יהיה אפשר לתכנן הקמת יישובים יהודיים בישראל מבלי להזדקק לצורות יישוב מיוחדות.³⁵

זוהי לדעתה רעידת-אדמה שאינה נובעת ישירות מאיסור הפליה. משפחת קעדאן הסכימה לקבל על עצמה את המחיר של מגורים ביישוב עם נרטיב ותרבות שונים משלה. קבלת המשפחה ליישוב לא תשנה אופי זה. לכן תמכה גביזון, במקרה ספציפי זה, בסעד מוחלט לקעדאן, שיאפשר להבחין בין האינטרס החברתי-התרבותי של תושבי קציר לחיות ביישוב יהודי (אינטרס שניתן להגנה, ואולי אף ראוי לכך) לבין האינטרס שלהם לחיות במקום ללא ערבים כלל (המדיף ריח של התבדלות בלתי-מוצדקת). אלא שלדידה של גביזון גישת בג"ץ הייתה רחבה מדי, והחילה כלל שאמור לחול על כל התיישבות באשר היא. הכלל מניח את שאלת אופיו של כל יישוב ליד המקרה והשוק.³⁶ לפי גישתו של בית-המשפט בעניין קעדאן, אין זה לגיטימי שאדם יבחר מראש לחיות ביישוב יהודי, ערבי או מעורב, ולא יכולה להיות לאדם תלונה נגד ה"שוק" ששינה את אופי יישובו. תרופתו היחידה של אותו אדם היא להעתיק את מגוריו ליישוב שיש לו – באופן זמני לפחות – אופי אחר.

לשיטתה של גביזון, אנשי קציר היו יכולים לטעון כי כלל ההדרה מוצדק כי בלעדיו אי-אפשר לשלוט בהרכב היישוב, שכן לאחר הלכת קעדאן יוכלו להגיע משפחות ערביות נוספות, שיובילו לשינוי אופיו של היישוב ולבריחת משפחות יהודיות, ותהליך זה יפגע באינטרסים תרבותיים וכלכליים של המתיישבים היהודים.³⁷

33 גביזון "קעדאן", לעיל ה"ש 3, בעמ' 30.

34 שם, בעמ' 31-32.

35 שם, בעמ' 32.

36 שם, בעמ' 34.

37 שם.

בית-המשפט העליון רמז כי קביעתו החזקה אינה מחייבת התייחסות לטענות אלו. לשיטת גביון, קביעה זו הייתה מוצדקת אילו אפשר בית-המשפט רק לקעדאן להשתלב בקציר, ואילו הבהיר כי קביעתו אינה חלה ביחס לעותרים אחרים. אך בג"ץ לא עצר בנקודה זו את פסק-דינו. ייתכן שבג"ץ הרשה לעצמו לקבוע כלל רחב כי הוא הניח שהחשש אינו מציאותי, שכן האוכלוסייה הערבית ממילא אינה נוטה להצטרף בהמוניה ליישובים יהודיים. ייתכן שניסוח הכלל הרחב על-ידי בג"ץ נובע מצירוף של הנחה זו יחד עם ההרגשה שטענות אלו משקפות אינטרסים לא-לגיטימיים או לפחות כאלה שאין זה ראוי שבית-המשפט יגן עליהם.³⁸

לשיטתה של גביון, בית-המשפט צודק בקובעו כי כללים מדירים צריכים להיראות "חשודים" וכי הנטל הוא על אלה שמנסים להצדיקם. יהודים אינם יכולים להישאר שווי-נפש כלפי גזענות. אולם לגישתה של גביון, לקביעה זו יש השלכות בעייתיות מהטעמים הבאים. ראשית, גם אם ההעדפות להתגורר עם הדומה לך מבוססות על פחדים קמאיים וסטריאוטיפיים חסרי עיגון במציאות, או אף על שילוב של אלה עם תחושת עליונות וגזענות, וההפליה מבוססת על רצון להנציח הפליה ושונות, לא בטוח שנכון ויעיל מצד בית-המשפט, או אף מצד המחוקק עצמו, לשים עצמו לשופט מוסרי של ההעדפות האלה ולצוות על שילוב כפוי של אוכלוסיות. שנית, ברוב המקרים מצטרפים לדעות הקדומות גם שיקולים נוספים, כגון הרצון לחוש "בבית" או לא להיות מנוכר לסביבתך. השתייכות מלאה זו מתקיימת אצל רבים רק בסביבה תרבותית-לשונית תומכת. שלישית, בתנאים מסוימים יכול להיות גם בסיס מציאותי לפחד מפני הזר או האחר, בין בדמות חשש לערך הנכסים ובין בדמות חשש להתפרצות של אלימות במקרה של התלהטות הרוחות. לבסוף, גביון חידדה כי "גם אם נקבל – כפי שאני מקבלת – שהרצון להקים ולחזק את ישראל כמדינה שבה יש לעם היהודי מימוש לזכותו להגדרה עצמית לאומית אינו מצדיק אפליה, יכול להיות שהוא מצדיק מדיניות מסוימת של פיזור אוכלוסייה שתמנע היווצרותו של רצף טריטוריאלי עם שטחי הישות הפלשתינאית שיש בו רוב גדול לערבים. הרצון למנוע תביעות להיפרדות הוא רצון לגיטימי..."³⁹.

מדברים אלו של גביון ניתן להסיק שתי מסקנות: האחת, שיכולים להיות שיקולים כבדי-משקל להקמת יישובים בעלי אופי יהודי קבוע; והאחרת, שההכרעה בשאלה אם מדיניות כזאת היא לגיטימית אינה עניין לשופטים, כל עוד היא אינה כוללת הפליה על בסיס פרטני.⁴⁰ לטעמה של גביון, זה הקושי בהלכות כלליות

38 ש.ם.

39 ש.ם, בעמ' 36.

40 ש.ם.

שנקבעות במקרה אחד וחורגות ממנו. פסק־הדין בעניין קעדאן אוסר כללים מדירים מעיקרם, גם אם יובטח שהנפרד יהיה שווה, אף שהיה אפשר לחכות למקרה מתאים ואז לדון בשאלת ההצדקה של "נפרד אבל שווה".⁴¹

במקום זאת, לדעת גביון, בחר בית־המשפט בדרך העיוורון – שלילת הרלוונטיות של משתנים של גזע, לאום או דת בהחלטות על שילוב במגורים, בעבודה או במוסדות חינוך. גביון מודה כי יש בזה היגיון, לנוכח ההיסטוריה האנושית של נישול מיעוטים. אלא שראוי לדעתה לבחון היטב את המציאות החברתית שבתוכה התעורר העניין. מדיניות שוויון רגישה תיתן אפשרות רבה ומוכנת לחיים קהילתיים כאשר מדובר בקהילות שונות בשפתן, בדתן ובנרטיב ההיסטורי שלהן, שאינן מעוניינות להיטמע זו בזו, ואשר יש ביניהן סכסוך ותחושת עוינות הדדית. השיקולים והכלים יהיו שונים בצורות יישוב שונות (עיר גדולה לעומת יישוב קטן). גביון מחדדת כי "מדיניות כזו אינה דווקא ביטוי לייחודה היהודי-ציוני של המדינה. היא ביטוי לעובדה הכללית כי אנשים אינם חיים רק לעצמם וכי חלק חשוב מאוד מזהותם נקבע לפי הנוחות שיש להם בסביבתם. במובן מסוים דווקא למיעוט הערבי חיוני יותר שיוכר האינטרס הלגיטימי שלו לשלב מוביליות ופתרונות דיור במקומות שיש בהם תעסוקה ורמת-חיים הולמת יחד עם סביבה תרבותית-זהותית תומכת".⁴²

גביון מדגישה בדבריה גם את המימד הציוני, קרי, את הטעם המיוחד להקמת המדינה היהודית לעם-ישראל לאחר מאות השנים שבהן היה מיעוט מנוכר, זר ולעיתים נרדף. לכן במדינת-ישראל הרוב הוא יהודי והתרבות הציבורית היא יהודית-עברית. גביון מציינת כי אדם חי את חיי היומיום שלו בעירו, בכפרו, בשכונתו ובבית-הספר של ילדיו, ולא "במדינתו". על-כן היא "נמנית עם אלה הסבורים, כי ישראל תאבד את הצדקתה אם תיטול לעצמה היתר לפגוע בזכויותיהם של תושביה הלא-יהודים. עם זאת, מתן אפשרות ליהודי החפץ בכך לחיות בישראל ביישוב יהודי אינו זכות-יתר או לגיטימציה לבדלנות, ומציאת הכלים שיאפשרו בחירה זו אינה בהכרח אפליה בלתי-מוצדקת".⁴³

גביון מסכימה עם בית-המשפט כי חובה לאמץ רק את המובן של ציונות (או יהודיות) של המדינה שאינו דורש הפליה של לא-יהודים בישראל, וכי חשוב ודחוף לטפל בגילויי הפליה גם בתחום הדיור וההתיישבות. עם זאת, היא טוענת כי חשוב להתייחס גם למאפיינים המיוחדים של המציאות בישראל, הכוללים

41 שם, בעמ' 36–41.

42 שם, בעמ' 39.

43 שם, בעמ' 40.

מרכיבים קהילתיים-זהותיים רבים. לשיטתה, אינטגרציה היא כלי טוב לביטול פערים מסוימים, וטוב לעודד בחירה מושכלת בה, אך אינטגרציה כפויה עלולה להיות כלי לא-נכון (ולא-יעיל) להשגת שוויון בין תת-חברות המקפידות על שימור זהותן הייחודית. ישראל צריכה לעודד ולאפשר, בהתאם לבחירת תושביה, צורות התיישבות מגוונות גם מבחינת הרכבן הלאומי או הדתי. אבל צורות אלו צריכות לכלול גם יישובים שיהיו יהודיים או ערביים, ויישובים כאלה יצטרכו להסתייע בכללים משפטיים שיאפשרו להם לשמור על אופיו הקבוע של היישוב.⁴⁴

אולם חשוב להבהיר כי אף שגביון טוענת כי לגיטימי – ואף מוצדק – לאפשר לאזרחי המדינה לבחור את מקום מגוריהם מבחינת אופיו התרבותי הקבוע, היא מסייגת את עמדתה ומציינת כי טענה זו אינה חזקה במישור של המציאות הנוכחית. ראשית, ה"נפרד" של יהודים וערבים רחוק מלהיות שווה. תנאיה של האוכלוסייה היהודית טובים מאלה של האוכלוסייה הערבית. דהיינו, מי שנהנה מזכויות מסוימות אינו יכול להדיר את זה שאינו נהנה מהם. אולם, אם המציאות הייתה שונה והזכויות של שתי האוכלוסיות היו שוות (כלומר, החברה הערבית הייתה זוכה בתשתיות, בחינוך ובתנאי תעסוקה שווים לאלה של האוכלוסייה היהודית), היה מותר ליהודים להדיר ערבים, גם כאשר היהודים הם הרוב החזק והשולט. שנית, יהודים משתמשים בכללים משפטיים ובלחצים חברתיים כדי להדיר ערבים, אך אין כמעט תופעה הפוכה שבה ערבים משתמשים בכלים אלו כדי להדיר יהודים.

נוסף על כך, בהערת-אגב חשובה גביון מציינת כי יש לעשות הבחנה בין ההקשר הציבורי להקשר הפרטי. המדינה אינה יכולה להפלות במישרין או בעקיפין, אך יש בהחלט לגיטימיות לזכויות כגון חופש ההתאגדות וחופש החוזים, שיש בהן כדי להבטיח לאנשים את האפשרות לקיים פעילויות מסוימות בקבוצות וולונטריות, אשר עקרון אי-ההפליה אינו חל עליהן, לטעמה. בישראל אין כמעט הקצאות ישירות לאנשים או לגופים פרטיים, ולכן הבעיה רלוונטית פחות. אך נהוג להקים יישובים של קציני צה"ל או יישובים לעולי מדינה מסוימת, ולכן, לדעתה, "ייתכן כי פסק-הדין מתיישב עם הקמת יישובים כאלה, אך נראה כי בכולם תהיה 'זכות' להדיר ערבים (וגם חרדים או כל מי שלא ייכלל בקבוצה הרלבנטית)".⁴⁵

פסק-הדין מורה למדינה כי היא אינה יכולה להמשיך להחזיק בחבל משני קצותיו: לטעון לגיטימיות של שלטונה על כל אזרחיה – יהודים ולא-יהודים – מכוח הדמוקרטיה שלה, ובאותו זמן להפקיד פונקציות ממלכתיות, באופן בלעדי,

44 שם, בעמ' 42–47.

45 שם, בעמ' 42.

בידי המוסדות הלאומיים של העם היהודי.⁴⁶ המצב שהתקיים עד עתה – ששיקף סימביוזה בין השתיים, שבמסגרתה המדינה מתגייסת למימוש מטרות הציונות – כבר אינו קביל. לדעתה של גביון, ישראל תשכיל לעשות אם לא תזהה את יהודיות המדינה עם מוסדותיה ומטרותיה של הציונות. ניתוק זה אינו סוף הציונות, אלא להפך – זהו תנאי הכרחי לחידוש חיוניותה ולחיזוק יכולתה להתמודד עם היעדים הלאומיים של העם היהודי. אחד מהם הוא ההדגמה כיצד מדינה אשר גאה באופייה היהודי יכולה להיות מדינה דמוקרטית וצודקת.⁴⁷

מלומדים נוספים מחזיקים בעמדות דומות לאלה של גביון ביחס להלכת קעדאן ולתחום ההתיישבות. גרשון גונטובניק סובר שמדיניות השוויון צריכה להיות רגישה. מחד גיסא, עליה למנוע הפרדה כופה, אך מאידך גיסא, גם אין לגייס את המשפט לשם כפיית מגע, וזו בדיוק המשמעות של הטלת החובה לנהוג בשוויון על בעלי יחידות הדירור. כך גם בין יהודים לערבים וגם בין יהודים דתיים ליהודים חילוניים. אין זה יעד ראוי במציאות הרב-תרבותית של החברה הישראלית. הצרכים התרבותיים של הקבוצות שונים אלה מאלה. בין ערבים ליהודים יש סכסוך לאומי המטיל צד כבד על החברה הישראלית. בין דתיים לחילוניים יש סכסוך תרבותי פנימי על-אודות צביון המדינה. אלה וגם אלה זקוקים לאוטונומיה תרבותית (למרות ההבדל המשמעותי בין ה"סכסוכים"). גונטובניק מבהיר כי "עניין לנו בהפרדה חברתית ולא בהפרדה משפטית. אין זו הפרדה נוקשה וקשיחה, והיא עדיין מאפשרת קיומו של מגע מהותי בין הקבוצות השונות המרכיבות את החברה הישראלית... ניתן ואף רצוי לעודד אינטגרציה במגורים, אך לא לכפות אותה".⁴⁸

שלום לרנר מבקר אף הוא את פסק-הדין בעניין קעדאן,⁴⁹ וטוען כי היה אפשר להעניק סעד הולם למשפחת קעדאן גם בפסק-דין מצומצם העוסק במקרה של היישוב קציר בלבד, כפי שהציעה גביון, או כשיטת השופט חשין, אשר הצטרף לדעת הנשיא ברק אך בצורה לקונית, ללא פירוט של נסיבות ההפליה. לרנר מזהה את ההבדל בין השופט חשין לנשיא ברק בכך שהאחרון קבע במפורש כי גם אילו התקיימה הקצאת מקרקעין שווה אך נפרדת לערבים, הייתה משפחת קעדאן זכאית לסעד המבוקש. אפשרות נוספת הייתה לדבוק בדעת המיעוט של השופט קדמי, שהעניק משקל משמעותי לערך הביטחון הלאומי, ואגב כך לחסוך את הצורך להגדיר את גבולות השוויון.

46 שם, בעמ' 42–47.

47 שם, בעמ' 45.

48 גונטובניק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 566.

49 שלום לרנר "אדמות ארץ-ישראל: טריטוריה, מולדת ולאום" מחקרי משפט כד 343 (2008).

לשיטת לרנר, פסק-הדין העקרוני של הנשיא ברק מערער את היסוד המוסרי של התנועה הציונית ואת אופן התפתחותה של המדינה. לגישתו, פסק-הדין אינו מאפשר למדינה להגשים את ערכי הציונות, שההתיישבות היהודית בארץ היא מוטיב מרכזי שלהם. לרנר מבקר גם את ה"אין" בפסק-הדין. לדבריו, אין בפסק-הדין התייחסות לקשר המיוחד בין העם היהודי לארץ-ישראל, אשר מתבטא, למשל, בחוק השבות. פסק-דינו של הנשיא ברק, לדעת לרנר, מותיר אותנו עם "הבחנה לא ברורה בין ההחזקה במפתח הכניסה לבין החיים בתוך הבית".⁵⁰ לרנר מנתח את המונחים "מדינה יהודית" ואף "מורשת ישראל" המופיעים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בחוק-יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, כמתייחסים אל היהדות כציונות. לפי הציונות, הפתרון הראוי לבעיותיו של עם-ישראל הוא ריכוזו בטריטוריה נפרדת, שבה יממש את זכותו הריבונית. שני הדגלים המשמעותיים של הציונים הם עלייה לישראל והתיישבות בה. הדגל האחרון קיבל ביטוי בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל. הנשיא ברק העדיף להדגיש במקום זאת את חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 (כיום חוק רשות מקרקעי ישראל), המרכז את הטיפול במקרקעי המדינה וקק"ל תחת קורת-גג אחת.⁵¹

לדברי לרנר, בעניין קעדאן אימץ הנשיא ברק את הלכת *Brown* האמריקאית המפורסמת,⁵² אך סוגיית המגורים המעורבים בישראל שונה מהעניין שעלה בעניין *Brown*. רובו המכריע של הציבור הערבי בישראל עודנו מעדיף מגורים נפרדים, שבהם יוכל לשמר את תרבותו. בני-הזוג קעדאן נמנים עם מיעוט שולי שמעדיף מגורים משותפים. לכן יש להתחשב ברצון הקהילה היהודית במגורים נפרדים, ואין במדיניות של "נפרד אבל שווה" משום פגיעה בערך השוויון. לרנר מציע איוון מחודש בין ערך השוויון, מחד גיסא, לבין מימוש האידיאל הציוני ביחס לבעלות הלאום במקרקעי ישראל, מאידך גיסא.⁵³

יפה זילברשץ מבקרת אף היא את פסק-הדין, וסבורה כי הערך הלאומי אינו ערך גזעני בהכרח, ולכן לעיתים תיתכן בגינו הבחנה מותרת.⁵⁴ לדבריה, אם במדינה מסוימת יש מתח בין קבוצות שונות, אזי מגורים משותפים עלולים לפגוע בסדר הציבורי, ולעיתים אף לפגוע בבטחון המדינה, ולכן יש מקום להגבילם. במקרה כזה יש מקום לקבל את דרישות הרוב והמיעוט לבדלנות במגורים.

50 שם, בעמ' 346.

51 שם, בעמ' 347.

52 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

53 לרנר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 348.

54 זילברשץ, לעיל ה"ש 16, בעמ' 103.

זילברשץ סבורה כי אין לזהות באופן אוטומטי דת ולאומיות עם גזענות. ייחוד גזעי אינו מותיר מקום לביטוי של אוטונומיה ורצון פרטי, שכן אדם נולד לגזע מסוים. לאומיות, לעומת זאת, עשויה אומנם לכלול פן סביל מולד כמו גזענות, אבל ייתכן שיש בה גם פן פעיל של אורח חיים על-פי עקרונות, מנהגים וסמלים מוגדרים, אולי בדומה לדת. לדעת זילברשץ, חוסר הבהירות ביחס לסוגיה זו בא לידי ביטוי בהלכת קעדאן באמירות הסותרות לעיתים השלכות בפסק-הדין. מחד גיסא, פסק-הדין מגבה התייחסות ללאום בשאלות של הגירה ואזרחות, אך כאשר מדובר בפיתוח זהות לאומית יהודית בקשר להתיישבות יהודית, פסק-הדין קובע כי אין מאפיינים המצדיקים זאת. פסק-הדין מקבל את ההלכה שנקבעה בבג"ץ אביטן, שבו הכיר בית-המשפט בייחוד האתני של הבדווים כלגיטימי, אך דוחה את טענת הייחוד לאומי כאשר הטוענים לה נמנים עם קבוצת הרוב.⁵⁵

גם זילברשץ סבורה כי יש הבדל בין הלכת *Brown* האמריקאית לעניין קעדאן, שכן בעניין *Brown* המטרה הייתה להתגבר על תחושת הנחיתות הנגרמת לשחורים מהפרדה במוסדות חינוך, ולא להתמודד עם שאלת הבדלנות על בסיס לאומי. אזרחי ישראל הערבים מצויים בסכסוך פוליטי ארוך עם היהודים, שטרם הגיע לסיומו. נוסף על כך, לערביי ישראל יש רצון לגיטימי בבדלנות ובגיבוש זהות עצמאית נפרדת, שאינו נובע מרצון לקבע תחושת נחיתות, אלא מרצון לעצב זהות לאומית. מכאן מסקנתה של זילברשץ היא שמציאות ההתיישבות הנפרדת של יהודים וערבים אינה בהכרח מערכת יחסים של עליון ונחות או פגוע ונפגע. הצורך בבדלנות נובע מהרצון לקיים אורח חיים מסוים. הבדלנות המתבקשת על-ידי הרוב מוצדקת כל עוד היא נועדה לאפשר קיום של אינטרס לגיטימי של הרוב, וכל עוד היא מכבדת במקביל דרישות לבדלנות של המיעוט.⁵⁶

לשיטתה של זילברשץ, אזרחי מדינה יכולים לפתח, במקביל לאזרחותם, גם זהות אתנית-לאומית, בין שהם משתייכים לרוב ובין שהם משתייכים למיעוט. כאשר משתמשים בנימוק של הזהות הלאומית כדי להבחין בין אנשים בקבלה לעבודה, במינוי למשרות ציבוריות, בקבלת רשיונות לעיסוקים ולמקצועות שונים, אזי יש בכך שימוש בזהות הלאומית באופן שאינו תואם את מטרת ההבחנה. לכן אין הצדקה להבחנה כזו, והיא בגדר הפליה פסולה. לעומת זאת, אם קבוצת אוכלוסייה מבקשת בדלנות במגורים כדי לגבש זהות לאומית ולשמר אותה, אזי ההתייחסות השונה לאנשים, המאפשרת רק לבן הלאום לגור עם קבוצת הלאום, היא רלוונטית לעצם הזהות הלאומית, ולפיכך מהווה הבחנה מוצדקת.

55 שם, בעמ' 99–102.

56 שם, בעמ' 103–107.

גם אליאב שוחטמן מבקר את פסק-הדין וטוען כי הוא שגוי מכיוון שהוא מתעלם הן מהוראת חוק מפורשת והן ממסורת הפסיקה בעניין השוויון.⁵⁷ גם אם עקרון השוויון הוא חוקתי, והוא בלא ספק יסוד מיסודות שיטתנו המשפטית, אין הוא חוק-על הגובר על חוקים אחרים. שוחטמן סבור כי ערך ההתיישבות היהודית בארץ מעוגן בחוק מכוח מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל. גם אם סמכותה של המדינה לקדם את ההתיישבות בארץ לא הייתה מעוגנת במפורש בחוק, סמכות זו היא פועל יוצא של היותה מדינה יהודית, כמוכרז במגילת העצמאות ובחוקי-היסוד. השמטת מאפיין העלייה וההתיישבות היהודית מאופי המדינה מבטלת את אופייה כמדינה יהודית. שוחטמן טוען, תוך שהוא מסתמך על דברי גביון, כי "חלק מרכזי ממורשת זו הוא ההתיישבות היהודית המסורתית במסגרות קהילתיות, המשמרות את ההווי, התרבות, המנהגים ואורחות-החיים היהודיים, תוך הימנעות מחיכוכים עם זרים על רקע דתי או לאומי. בשימורה של המסגרת ההתיישבותית היהודית אין משום אפליה, אלא משום טיפוח ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, כשבכך אין משום פגיעה כלשהי בהיותה של ישראל בעת ובעונה אחת גם מדינה דמוקרטית".⁵⁸

לסיכום, גביון ומלומדים בולטים נוספים לצידה סברו כי בית-המשפט שגה בעניין קעדאן בקובעו קביעות החורגות מהכרעה בסכסוך הפרטני. לדעתם, איסור ההפליה על בסיס "נפרד אבל שווה" במסגרת פסק-הדין לא היה חיוני להכרעה במקרה, ואין הוא ראוי לגופו של עניין. יש מקום, לדעתם, לאפשר התיישבות יהודית נפרדת בנסיבות מסוימות. גביון סברה כי התנאי היסודי לקיום נסיבות כאלה הוא מצב דברים שבו יש שוויון זכויות בין יהודים לערבים בישראל. רק אז תיתכן הפרדה במגורים בתנאים מסוימים.

בחלק הבא נטען כי ברמה האסטרטגית השכילה גביון לצפות את הנולד, וכי החששות שאותן הביעה ביחס להשלכות של עמדתו העקרונית של בית-המשפט בעניין קעדאן לא איחרו להתממש. למעשה, ההתפתחויות שחלו בחקיקה ובפסיקה אחרי עניין קעדאן מבטאות עמדה המבקשת למנוע את מימוש עמדתו העקרונית של בית-המשפט בנוגע לאיסור התיישבות נפרדת של קהילות.

57 אליאב שוחטמן "חוקיותה וחוקתיותה של התיישבות יהודית בארץ-ישראל" משפט וממשל ו 109 (2001).

58 שם, בעמ' 118.

ג. כיצד חזתה גביזון כמעט במדויק את ההתפתחויות בחקיקה ובפסיקה לאחר פסק-דין קעדאן

בכתיבתה הביקורתית על הלכת קעדאן טענה גביזון כי פסק-דין מצומצם היה עדיף על פסק-הדין שניתן, מכיוון שפסק-הדין במתכונתו הקיימת נקט עמדה שנויה במחלוקת ביחס להצדקה של תכנון יישובים יהודיים. בשל כך, לטעמה, פסק-הדין יצר ניכור של חלקים בציבור היהודי, ועתיד להניב יוזמות חקיקה מסוכנות שתוצאתן תהיה "משפטיזציית-יתר" בתחום ההתיישבות. אכן, גביזון חזתה באופן מדויק את ההתפתחויות שחלו בעקבות פסק-הדין בעניין קעדאן, כמתואר להלן. ראוי לציין כי קודם למתן פסק-הדין בעניין קעדאן לא התנהל שיח כללי ומשפטי משמעותי ביחס לתכנון יישובים יהודיים. לעומת זאת, לאחר מתן פסק-הדין השתנו פני הדברים, והיכולת לתכנן יישובים יהודיים ולהדיר מיעוטים במסגרת מיזמי דיור שונים במגזר העירוני ובמסגרת מפעלי ההתיישבות השונים נהפכה לסוגיה מרכזית בשיח הציבורי והמשפטי.

אכן, הכרעת הדין בעניין קעדאן הדהדה הן במישור הציבורי הן במישור הפוליטי.⁵⁹ במישור הציבורי נמתחה ביקורת על הכרעת הדין בציבור היהודי ובציבור הערבי כאחד.⁶⁰ טענות אלו הובילו את הזירה הפוליטית בישראל לכמה נסיונות להתגבר על הכרעת בית-המשפט בעניין קעדאן המשקפים במידה רבה את "יוזמות החקיקה המסוכנות" שחזתה גביזון. בניסיון ראשון להתמודד עם תוצאותיה של הלכת קעדאן קיבלה מועצת מקרקעי ישראל את החלטה מס' 1015, שקבעה מנגנון מוסדר לקבלת מועמדים לרכישת זכויות ביישובים חקלאיים וקהילתיים.⁶¹ ההחלטה קבעה כי ביישוב קהילתי קטן וביישוב חקלאי יונהגו

59 ראו את המקורות המופיעים בה"ש 16 לעיל. כן ראו את חוות-הדעת של פרופ' שמעון שטרית שהוגשה לקק"ל לאחר קבלת פסק-הדין בעניין קעדאן: שמעון שטרית "הפסיקה בפרשת בג"ץ קעדאן לא הייתה מחויבת המציאות" קרקע 56, 27 (2003) <https://din-online.info/pdf/kk> 56.pdf.

60 ראו את המקורות המופיעים בה"ש 16 לעיל. כן ראו יוסף ג'בארין "עשור לפסק-דין קעדאן: הרהורים ביקורתיים על השוויון" מעשי משפט ג 173 (2010).

61 החלטה 1015 של מועצת מקרקעי ישראל "הליכי המלצה על קבלת מועמדים לרכישת זכויות חכירה במקרקעין ביישובים חקלאיים וביישובים קהילתיים" (1.8.2004) (להלן: החלטת מועצת מקרקעי ישראל 1015). ראו גם בג"ץ 8036/07 אבריק-זבידאת נ' מינהל מקרקעי ישראל (נבו) (13.9.2011), שבו הוגשה עתירה נגד החלטת יישוב לדחות את בני-הזוג זבידאת. העתירה עסקה גם בטענה שיש לבטל את מוסד "ועדת הקבלה" במסגרת הליך הקבלה של משתכנים ליישובים קהילתיים, לנוכח ההסדר הקבוע בהחלטות מס' 1015, 1064 ו-1095 של מועצת מקרקעי ישראל.

אמות-מידה שלפיהן תוכל ועדת הקבלה ביישוב להמליץ על קבלתו של מועמד. בין יתר אמות-המידה נקבע כי ביישוב קהילתי יידרש המועמד להימצא מתאים ל"חיי חברה בקהילה מצומצמת", ואילו ביישוב חקלאי הוא יידרש להימצא מתאים ל"חיי חברה בקהילה".⁶² אמת-מידה עמומה זו, של התאמה חברתית ל"חיי הקהילה", הותירה שיקול-דעת נרחב לחברי הקהילה בכל הקשור לקבלתם של מועמדים חדשים, ונמנעה מלקבוע מסמרות נוקשים בדמות אמות-מידה ספציפיות שימשו לשקילת מועמדות.

החוליה הבאה בשרשרת הנסיונות להתמודד עם השלכותיה של הלכת קעדאן התבטאה בתיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות,⁶³ אשר התקבל בשנת 2011 ונועד להסדיר את פעולתן של ועדות קבלה ליישובים קהילתיים קטנים "[ה]מתאפיינים באורח חיים קהילתי-כפרי המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית".⁶⁴ התיקון מאפשר ליישוב קהילתי שעומד בתנאים מסוימים (מאוגד כאגודה שיתופית, מונה עד ארבע מאות משפחות, נמצא בנגב או בגליל וממוקם על קרקע של המדינה) להתנות קבלת תושבים ליישוב באישור של ועדת קבלה המורכבת, בין היתר, מנציגי אותו יישוב. התיקון קובע רשימה של עילות שבגינן ועדת הקבלה רשאית לסרב לקבל מועמד ליישוב, ביניהן קביעה שהמועמד "אינו מתאים לחיי חברה בקהילה" או שיש "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב".⁶⁵ עוד קובע התיקון כי אסור לוועדת הקבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית. אם ועדת הקבלה מסרבת לקבל מועמד ליישוב, עליה לנמק את החלטתה. המועמד רשאי לערער על החלטה זו לוועדת השגות, שמורכבת מחמישה חברים שאין להם קשר לתושבי היישוב, ועל החלטתה של ועדה זו ניתן לערער לבית-המשפט לעניינים מנהליים.

לכאורה, נראה כי התיקון ביקש להרחיב את חובת השוויון במרחב הישראלי, תוך צמצום ניכר של תחולתם של מנגנוני הסינון וההדרה הנוהגים בו בשלושה

הדיון בקבלת העותרים ליישוב התייטר לאחר שמנהל מקרקעי ישראל קיבל את הערעור והחליט להקצות לבני-הזוג קרקע ביישוב.

62 ס' 2.4 להחלטת מועצת מקרקעי ישראל 1015, לעיל ה"ש 61.

63 חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683 (להלן: תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות).

64 הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), התש"ע-2010, ה"ח 222, 222.

65 ג6(א) (4) ו-ג6(א) (5) לפקודת האגודות השיתופיות, שהוספו במסגרת תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות.

מישורים: טריטוריאלי, דמוגרפי ונורמטיבי.⁶⁶ עם זאת, לצד ביסוס השוויון הפורמלי ביסס התיקון לחוק גם את ההפליה המהותית במרחב הישראלי, וזאת הן בשל שימור העמימות בפעולתן של ועדות הקבלה ובאמות-המידה שלפיהן הן עתידות לפעול, והן משום שרוב היישובים הקהילתיים בישראל חוסים תחת כנפי החוק.⁶⁷ לפיכך, חרף היות התיקון מיטיב לכאורה, עתרו סבך ואחרים לבית-המשפט העליון בבקשה לפסול את ההסדר הקבוע בפקודת האגודות השיתופיות בנוגע לסמכותם של יישובים קהילתיים לממש הדרה מרחבית באמצעות שימוש בוועדות קבלה.⁶⁸ הסוגיה חזרה אפוא לבית-המשפט העליון בניסיון נוסף להבהיר את תחולתה של הלכת קעדאן, קרי, להנהיר את פועלו של התיקון בנוגע לחובת השוויון במרחב הישראלי.

בעניין סבך נמנע בית-המשפט העליון מלדון לגופן של הטענות בנוגע לתיקון ולהכשר שניתן במסגרתו לוועדות קבלה ביישובים קהילתיים. במקום זאת בחרו שופטי הרוב למקד את פסק-הדין בעניין פרוצדורלי, ולהימנע מלתת החלטה מהותית בשל היות העתירות מוקדמות.⁶⁹ שופטי הרוב סברו כי יש לדחות את העתירה מכוח דוקטרינת הבשלות. לצורך הערכת בשלותה של העתירה לדיון, החיל בית-המשפט מבחן דו-שלבי: האם נדרש יישום של החוק כדי להשיב על השאלה המשפטית העולה לדיון? והאם קיימים טעמים לדון בעתירה על-אף העדרה של תשתית עובדתית מספקת? שופטי הרוב סברו כי יישום מבחן זה מוביל לתוצאה שהעתירה אינה בשלה לדיון. הם סברו כי טענות העותרים הן טענות תוצאתיות באופיין, ולכן יש להמתין ליישום החוק קודם בחינתן. בית-המשפט פסק כי רוב השאלות שהעתירה מעוררת מתייחסות לתוצאות אפשריות של החוק, שנטען כי יפגעו בזכויות חוקתיות. אלא שהטענות לעניין התוצאות המפלות לכאורה של החוק אינן נתמכות בעובדות, בנתונים או אפילו בדוגמה אחת של משפחה שבקשתה נדחתה, ואשר יהיה בהם כדי לסייע בקביעה כי יישום החוק אכן יוביל להפליה של קבוצות מיעוט בחברה הישראלית.

66 להרחבה באשר להוראות תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות ראו שי שטרן "הכלה והדרה במרחב הישראלי: הזכות לקניין כמפתח לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית" עיוני משפט לו 95 (2014); עדיאל זימרון "חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011" חוקים בקצרה (2015).

67 שטרן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 97.

68 בג"ץ 2311/11 סבך נ' הכנסת (נבו 17.9.2014).

69 שם, בפס' 11–23 לפסק-הדין של הנשיא גרוניס. יש לציין כי בית-המשפט פיתח את דוקטרינת העדר הבשלות לצורך התמודדות עם העתירות בתיק זה.

דעת הרוב סברה כי החוק מכיל מנגנונים שנועדו למנוע הפליה וכן מנגנוני אכיפה (ועדת השגות) שנועדו לפקח על יישום החוק ולהעניק הגנה לזכויות יסוד. עם זאת, שופטי הרוב מעירים הערות חשובות בנוגע לפועלו של החוק, שיש בהן כדי להגביל בצורה משמעותית את פועלן של ועדות הקבלה היישוביות. למשל, השופטת חיות מעירה כי על-מנת לצמצם את עמימותן של ההוראות שבסעיפים 6ג(א) ו-6ג(א) (5) שבפקודה, ניתן לקרוא אל תוך הוראות אלו, על-דרך פרשנות, אמות-מידה אובייקטיביות ליישומן. לדעתה, חוות-הדעת המקצועית שוועדת הקבלה רשאית להסתמך עליה בהחלטתה לסרב לקבל מועמד משום שהוא אינו מתאים לחיי חברה בקהילה צריכה להינתן על-ידי גורם עצמאי שאינו תלוי בוועדה וביישוב, ואשר אין חשש שהוא יתפס כמוטה לטובתן. נוסף על כך, השופטת חיות מחדדת כי את הסמכות לסרב לקבל מועמד על רקע אי-התאמה למרקם החיים הקהילתי יש לראות כסמכות שהוועדה רשאית להפעילה רק מקום שהמקם החברתי-התרבותי האמור של היישוב קיבל ביטוי מוצהר ומובהק בתקנון האגודה ותואם בפועל את ההווייה הקהילתית של אותו יישוב.⁷⁰

השופט רובינשטיין, שנמנה אף הוא עם דעת הרוב, העיר בהמשך להלכת קעדאן כי "לדעתי לא נסגרה הדלת לסוגי התיישבות בעלי מאפייני קהילה ייחודיים ליהודים או לערבים, אבל לא ברוח של 'נפרד אך שוה'. לדעתי גם לא נסגרה הדלת לשיקולי ביטחון, אבל מעל לראש כולנו הוצבה תווית השויון".⁷¹

השופט הנדל סבר כי יש לבטל רק את סעיף 6ב(ב) לפקודה, העוסק בהרכב של ועדת הקבלה. הוא סבר כי מאחר שבהרכב הוועדה יש שלושה נציגים מטעם היישוב ורק שני נציגים חיצוניים, יש חשש גדול שהנציגים החיצוניים יושפעו מנציגי היישוב ושנציגים אלו מטעם היישוב ייפכו ל"צוואר הבקבוק" בסינון המועמדים. ככזה, לטעמו, המנגנון לקוי מיסודו ובעייתי, ומאפשר הפליה בלתי-מודעת ומוסווית.⁷²

השופט ג'ובראן, בדעת מיעוט, סבר כי יש לנצל את העתירות כדי להכריע – או לכל-הפחות לדון – בשאלות המהותיות העולות מהוראותיה של פקודת האגודות השיתופיות, במיוחד בנוגע למנגנוני הסינון וההדרה המרחביים הקבועים בה.⁷³ לדידו, העתירות בשלות להכרעה, וראוי להידרש לטענת העותרים בשלב הנוכחי.⁷⁴

70 שם, בפס' 6 לפסק-הדין של השופטת חיות.

71 שם, בפס' ח לפסק-הדין של השופט רובינשטיין.

72 שם, בפס' 12-14 לפסק-הדין של השופט הנדל.

73 שם, בפס' 8-12 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן.

74 שם.

השופט ג'ובראן מנתח אם הפגיעה בזכות עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה, ומגיע למסקנה שהיא אינה עומדת בהם. הוא מניח כי החוק נחקק לתכלית ראויה, שהיא הזכות לקהילתיות. לטעמו, הפגיעה בזכות לשוויון עולה מטענות העותרים לגבי ההפליה הנוצרת משימוש בסעיפים 6(א) ו-6(א) (5) לפקודה, אשר מתירים לוועדות הקבלה לקבל או לדחות מועמד על בסיס התאמתו ל"חיי קהילה" ול"מרקם החברתי" הקיים בה. לדעתו, הסעיפים מקנים שיקול-דעת רחב מדי, הפותח פתח אפשרי להכנסת שיקולים לא-רלוונטיים.⁷⁵ הסעיפים יוצרים "חקיקה עמומה", שבאמצעותה המחוקק מעביר את עיקר שיקול-הדעת לידי גורם אחר. לדעתו, תכליתם של סעיפים אלו אינה לאפשר סינון על בסיס תבחינים (קריטריונים) קבועים וברורים, אלא לאפשר את דחייתם של מועמדים מבלי להצביע על תבחין ברור של אי-התאמה,⁷⁶ ולכן הם אינם עומדים במבחני המידתיות של פסקת ההגבלה.⁷⁷

גם השופטים דנציגר וארבל החזיקו בעמדה זהה לזו של השופט ג'ובראן, וסברו כי סעיפי התיקון אינם כוללים תבחינים ברורים בנוגע להתאמתו של המועמד ל"מרקם החברתי-תרבותי" או ל"חיי חברה בקהילה", וכי בפועל סעיפים אלו מרוקנים מתוכן את הוראת איסור ההפליה הקבועה בסעיף 6(ג). השופטת ארבל סברה כי עיגון האיסור לסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום וכולי אינו מבטיח שההפליה האסורה לא תתקיים באמצעות הסוואתה בטעמים לגיטימיים לכאורה שיקשו מאוד את הוכחתה. לטעמה, מדינה דמוקרטית הנאבקת בהפליה אינה יכול להסתפק בהצהרות ריקות מתוכן, אלא עליה למנוע מצבים שיאפשרו הפליה הלכה למעשה, במיוחד בסוגיה משמעותית כהקצאת קרקעות ציבוריות.⁷⁸ נוסף על כך, ארבל מדגישה כי המיון עלול לכלול השלכות שליליות לא רק על הפרט, אלא גם על החברה בישראל. הקבוצות החזקות בחברה הן אלה שקיבלו ומקבלות הקצאות מקרקעין משמעותיות, ובעקבות התיקון בני קבוצות אלו מקבלים כוח נוסף המאפשר להן גם לקבוע מי יהיו שכניהם, ובמצב עניינים כזה יש להניח שגם אותם שכנים ישתייכו לרוב לקבוצות החזקות בחברה. נוסף על כך, יש פגיעה בלכידות החברתית, שכן מדינה המורכבת מקבוצות רבות ומגוונות אינה יכולה לעודד הפרדת מגורים הרמטית בהתאם להשתייכות קבוצתית כזו או אחרת. הרצון לגור בקרבת אנשים דומים מובן ומקובל, ויש לאפשרו כאשר הוא מתממש

75 שם, בפס' 17–18 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן.

76 שם, בפס' 30–33 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן.

77 שם, בפס' 66–82 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן.

78 שם, בפס' 3 לפסק-הדין של השופטת (בדימ') ארבל.

בטבעיות. אך כאשר רצון זה מלווה בהומוגניות מוחלטת שאינה מקבלת כלל אנשים שונים ומגוונים, הוא פוגע בחברה, בדמוקרטיה ובחינוך לסובלנות ולפלורליזם. ארבל סבורה כי יש אומנם מקרים ייחודיים שבהם נדרשת הפרדה כדי לקדם ערכים אלו, אך הם היוצאים-מן-הכלל. כלומר, יש לאזן בין האינטרס של הפרט לקיים חיי קהילה תקינים ולבחור את צביונו של המקום שהוא מעוניין להתגורר בו לבין הפגיעה הקשה הנגרמת לפרט.⁷⁹

אולם קריאתם של השופט ג'ובראן ויתר שופטי המיעוט נותרה ללא מענה. הימנעותם של שופטי הרוב בעניין סבך מלדון בהוראותיה של פקודת האגודות השיתופיות בכל הקשור ליכולתם של יישובים קהילתיים להשתמש במנגנוני סינון והדרה, ובעיקר בוועדות קבלה, שימרה את העמימות ביחסו של המשפט הישראלי להתבדלות מרחבית.

לאורך השנים שחלפו מאז ניתנה הלכת קעדאן ניתן לראות, כפי שחזתה גביון במדויק, כי נוצר ניכור בולט בקרב חלקים שונים בציבור היהודי, אשר התבטא, בין היתר, בשורה של מקרים שהגיעו לפתחו של בית-משפט בנוגע ליכולת ההדרה המרחבית. אכן, לאורך השנים ניתנו פסקי-דין בולטים נוספים שעסקו באתגרי ההדרה המרחבית בישראל במגוון הקשרים. למשל, פסק-הדין בעניין סבא⁸⁰ עסק במכרז של המדינה על מגרש בשכונת עג'מי ביפו שבו זכתה חברת "אמונה" בשיווק זכויות החכירה. הוגשה עתירה מנהלית נגד החברה, לאחר שהתברר כי בכונתה לשווק את הדירות ליהודים בני הציבור הדתי-הלאומי בלבד. בית-המשפט המחוזי דחה את טענת העותרים משלל סיבות, אך זו הרלוונטית לענייננו היא דחיית הטענה לקרוא לתוך תנאי המכרז תנאי מכללא המחייב את הזוכה במכרז לשווק את הדירות לכל המעוניין. בית-המשפט ציין כי מגבלות בנוגע לאופן שיווק הדירות היו חייבות למצוא ביטוי בתנאי המכרז. כמו-כן קבע בית-המשפט כי אין פגם בהתארגנות של קבוצת אנשים המבקשים לגור בשכונת ולקיים אורח חיים רצוי להם, ובהתמודדות של קבוצה כזו במכרז לרכישת זכויות במקרקעין.

בערעור על פסק-הדין לבית-המשפט העליון קבע בית-המשפט כי אין צורך לדון בתנאי המכרז מכיוון שאין זה מעשי להעניק למערערים את הסעד המבוקש על-ידיהם. זאת, מאחר שזכויות החכירה הועברו מהחברה הקבלנית לידי עשרים זוגות.⁸¹ עם זאת, הנשיאה ביניש, בהסכמת השופטים נאור ודנציגר, מעירה במסגרת אמרות-אגב בפסק-הדין כי יש יסוד לטענה שהמנהל נדרש לפקח על אופן שיווק

79 שם, בפס' 4-5 לפסק-הדין של השופטת (בדימ') ארבל.

80 ע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (נבו 7.11.2010).

81 שם, בפס' 7.

המקרקעין בשוויון וללא הפליה גם כאשר זכויות החכירה במקרקעין עברו לידי חברות פרטיות במסגרת מכרזים שנעשו על-ידי, שכן המקרקעין הם מקרקעי המנהל, על כל המתחייב מכך. בית-המשפט מרחיב בכך את תחולתו של עקרון השוויון גם לזוכים במכרזים שהם גורמים פרטיים. נוסף על כך, ובהמשך לדיון שקיים הנשיא ברק בהלכת קעדאן בדבר גבולות ההדרה המותרת בהתיישבות, הנשיאה ביניש מחדדת כי לטעמה הציבור הדתי-הלאומי אינו בגדר קבוצת מיעוט הזכאית להגנה על מאפייניה הדתיים והתרבותיים הייחודיים, בפרט כאשר מדובר בקרקע המיועדת לדיוור בתחום יישוב עירוני.⁸²

בעקבות פסק-הדין בעניין סבא שילב מנהל מקרקעי ישראל במסגרת ההסכמים שהוא עורך עם זוכי מכרזים תניה שלפיה הם מחויבים לעקרון השוויון במסגרת מימוש זכיתם במכרז. אכן, לאחרונה, בפסק-הדין בעניין סלמאן,⁸³ פסע בית-המשפט צעד נוסף בפיתוח ההלכה בתחום ההתיישבות, הפעם ביחס להפליה של זוג ערבי במכירת דירות על-ידי קבלן פרטי. פסק-הדין עסק בחברה קבלנית שזכתה בשטח מקרקעין בירושלים במכרז של המדינה, בנתה דירות והחלה לשווקן, אך סירבה למכור דירה לזוג ערבים. בתי-המשפט השלום והמחוזי קיבלו את טענת בני-הזוג וקבעו כי החברה נקטה כלפיהם הפליה פסולה וכי עליה לפצותם.

בית-המשפט העליון עסק בשאלה אם איסור ההפליה בהספקת מוצרים הקבוע בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה), חל גם על מכירת דירה על-ידי חברה קבלנית, אף שהחוק אינו מציין כי הוא חל על מקרקעין. השופט מזוז, בדעת מיעוט, סבר כי התשובה לשאלה המשפטית היא חיובית לאור תכליתו של חוק איסור הפליה, ולכן החוק חל על שיווק דירות על-ידי מי שעיסוקו בכך, להבדיל ממכירה פרטית. השופט מזוז חלק על עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שסבר כי אין צורך להכריע בשאלת תחולתו של החוק על-ידי מי שעיסוקו בכך הואיל ובנסיבות המקרה ניתן להגיע לתוצאה זהה באמצעות כלים משפטיים אחרים.⁸⁴ לדידו של השופט מזוז, לנוכח מרכזיותה וחיבותה של הזכות לשוויון במרקם החיים החברתי, "קיימת... חשיבות ציבורית-ערכית רבה לשיגור מסר חד-משמעי בגנותה של האפליה ולהעמדת כלים משפטיים אפקטיביים לרשות נפגעי האפליה לתבוע את עלבונם".⁸⁵ כלומר, מעבר לתכלית ההרתעתית-המעשית שיש

82 שם.

83 עניין סלמאן, לעיל ה"ש 18.

84 שם, בפס' 11 לפסק-הדין של השופט מזוז.

85 שם, בפס' 14 לפסק-הדין של השופט מזוז.

לחוק איסור הפליה, יש לו גם משמעות ערכית-חינוכית. משכך, על בית-המשפט לדון בשאלת תחולתו של איסור ההפליה על תחום הדיור, שהוא תחום מרכזי בחיי האזרחים, ובכך לקבוע הלכה ונורמות לסוגיות עקרוניות שהן רחבות יותר מהמקרה הפרטני שהגיע לפתחו.⁸⁶

לדידו של השופט מזוז, מנגנון האכיפה של חוק איסור הפליה נועד לתת מענה לקשיים ייחודיים הכרוכים באפשרות להוכיח הפליה (פערי מידע, שימוש בתנאים ומגבלות בעלי חזות ניטרלית, האשמה עצמית ועוד). אומנם, במקרה זה ההפליה אינה מוסווית באמתלה מתוחכמת של ספק המוצר או השירות, אלא היא בולטת לעין, אך במקרים רבים של מכר דירות יהיה צורך בחוק על-מנת למנוע הפליה מתוחכמת כזו.⁸⁷

השופט מזוז פירש בדרך מרחיבה את המונח "מוצר" המופיע בסעיף 3 של חוק איסור הפליה, אשר קובע את הנורמה וההיקף של איסור הפליה בהספקה של מוצרים ושירותים ובמתן כניסה למקומות בידור ולמקומות ציבור, וזאת בהתבסס על ניתוח תכליתו של החוק – האובייקטיבית והסובייקטיבית. את התכלית האובייקטיבית הוא ניתח באמצעות פרשנות לשונית, בהתבסס על השוואה למילונים ולדברי חקיקה מקבילים, והגיע למסקנה שדירה כלולה בהגדרת "מוצר". לשיטתו, לנוכח התוכן הרחב של המונח, היה על המחוקק להחריג מפורשות מקרקעין מגדרי החוק אם חפץ בכך.⁸⁸ נוסף על כך, לצורך ניתוח תכליתי של החוק, הוא פנה לסעיף המטרה ולערכי-היסוד שהחוק בא להגשים: קידום השוויון ומניעת הפליה בהספקת מוצרים, ללא סייג באשר לסוג המוצר.⁸⁹

בשאלת התכלית הסובייקטיבית נתקל השופט באינדיקציות סותרות. מחד גיסא, ניתן לפרש את ההיסטוריה החקיקתית, כפי שהשתקפה בדברי ההסבר של החוק, כרמז רצון להחריג ממנו מקרקעין.⁹⁰ אך לפי מזוז, פירוש זה אינו חד-משמעי, משום שהוועדה לא התייחסה לכך בנוסח החוק שעבר בקריאות השנייה והשלישית.⁹¹ כמו-כן, לשון החוק מורה על רצון לכלול מקרקעין, ולשיטתו, בעת התנגשות בין שני מקורות אלו לשון החוק היא שגוברת.⁹²

86 שם, בפס' 15 לפסק-הדין של השופט מזוז.

87 שם, בפס' 16–18 לפסק-הדין של השופט מזוז.

88 שם, בפס' 22–26 לפסק-הדין של השופט מזוז.

89 שם, בפס' 27–28 לפסק-הדין של השופט מזוז.

90 שם, בפס' 38–41 לפסק-הדין של השופט מזוז ("בדברי ההסבר לסעיף 3 להצעת החוק צוין בין היתר כי איסור הפליה אינו חל על מקרקעין העשויים להיות נושא לחקיקה נפרדת").

91 שם, בפס' 40 לפסק-הדין של השופט מזוז.

92 שם, בפס' 31 לפסק-הדין של השופט מזוז.

השופט שטיין, שכתב את דעת הרוב בפסק-הדין, הציג גישה הפוכה מזו של מזוז. גרסתו של השופט שטיין, המתאפיינת במקורנות, היא שדירה אינה "מוצר"⁹³. בפן הלשוני, "מוצר" הוא חפץ מיטלטלין בלבד. נוסף על כך, כוונת המחוקק הייתה להחריג מקרקעין, כפי שמשקף בדברי ההסבר,⁹⁴ ומשכך בחר המחוקק להתעלם מזכויות מסוימות במכוון, ולשופט אין סמכות להוסיף זכויות חיצוניות לחוק. השופט שטיין סבור כי הדין הוא לטובת בני-הזוג, אך מסיבות הקשורות לכללי המשפט המנהלי ולדיני החוזים. ראשית, מדובר בהקצאת זכויות במיזם משותף עם רשות מקרקעי ישראל, וכללי המשפט המנהלי אוסרים על חברה הפועלת במסגרת מיזם משותף עם רשות מקרקעי ישראל להפלות במכירת דירות על רקע תכונות אישיות או קבוצתיות של הרוכשים כגון לאום, דת או גזע.⁹⁵ כוחה של רשות מקרקעי ישראל הוא רב בשל החזקתה ברוב שטחי המדינה, ולכן השימוש במקרקעין והקצאתם מעצבים את פני המדינה ואת הצדק החלוקתי שלה. לכן רשות מקרקעי ישראל אינה יכולה להשתמש בקרקעות שבניהולה ככל העולה על רוחה, אלא היא כפופה לכללי המשפט המנהלי, שמטילים איסור חמור על הפליה.⁹⁶ איסור זה אינו נעלם לאחר שרשות מקרקעי ישראל כורתת חוזה עם קבלן פרטי שבמסגרתו הוא יבנה דירות על מקרקעי המדינה ואחר כך ימכור אותן לאזרחים.⁹⁷ נוסף על כך, מנקודת-מבט קניינית, מקרקעי המדינה, אשר רשות מקרקעי ישראל מופקדת על ניהולם, כפופים לאינטרס של הציבור כולו, ולא לאינטרס של ציבור מסוים.⁹⁸

לפי השופט שטיין, ניתן לתקוף את ההפליה אף דרך דיני החוזים, שכן החברה כפופה לאיסור הפליה דרך עקרון תום-הלב במשא-ומתן ובקיום חוזה, המעוגן בסעיפים 12(א) ו-39(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. לכן בנסיבות אלו ניתן לפסוק פיצוי לבני-הזוג מכוח הפרתו של עקרון תום-הלב.⁹⁹ השופט שטיין מוסיף בסוף דבריו כי יש לשקול פתרון לסוגיה באמצעות חקיקה.¹⁰⁰ גם השופט הנדל מצטרף לחוות-דעתו של השופט שטיין, פוסק בהתאם לחובת השוויון במשפט המנהלי, ומשאיר את תחולתו של חוק איסור הפליה ב"צריך עיון".¹⁰¹

93 שם, בפס' 3-4 לפסק-הדין של השופט שטיין.

94 שם, בפס' 5-10 לפסק-הדין של השופט שטיין.

95 שם, בפס' 1 לפסק-הדין של השופט שטיין.

96 שם, בפס' 14 לפסק-הדין של השופט שטיין.

97 שם, בפס' 16 לפסק-הדין של השופט שטיין.

98 שם, בפס' 17 לפסק-הדין של השופט שטיין.

99 שם, בפס' 19 לפסק-הדין של השופט שטיין.

100 שם, בפס' 25 לפסק-הדין של השופט שטיין.

101 שם, בפס' 3-4 לפסק-הדין של השופט הנדל.

יש להדגיש כי הפתרון המוצע על-ידי השופטים שטיין והנדל אינו נותן סעד של אכיפה, המחייב את הקבלן למכור דירה לבני-הזוג, אלא סעד של פיצויים בגין ההפליה, וזאת ביחס למי שעוסק במכירת דירות. לא ברור אם דין שווה יחול ביחס לאדם פרטי שמפלה אדם פרטי אחר במכירת דירה – סוגיה שככל הנראה עוד תגיע להכרעתם של בתי-המשפט בעתיד הקרוב.

לבסוף, חשוב לציין את חקיקתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שהתקבל ב-19 ביולי 2018. במסגרת סעיף 7 לחוק-היסוד נקבע כי "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". בכך פסע המחוקק צעד נוסף במתן מקום מרכזי לקידום ההתיישבות היהודית, ועיגן את החובה לפעול באופן יזום לקידום הקמה וביסוס של התיישבות יהודית במדינה במסגרת חוק-יסוד.

לסיכום, תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות, חוק-יסוד הלאום וכן פסקי-הדין המרכזיים שנתן בית-המשפט העליון בנושא למן הלכת קעדאן – בין בהלכות מפורשות ובין באמרות-אגב בולטות של שופטים – פיתחו את הדין הישראלי ביחס ליכולת ההדרה של קבוצות מיעוט בהקצאת מקרקעין ובמכר דירות. המגמות שעולות מכלל המקרים שהגיעו לפתחו של בית-המשפט וכן מהתיקון לפקודת האגודות השיתופיות ומאימוץ חוק-יסוד הלאום מעידות על יוזמות חקיקה המבקשות לבטל את פועלה של הלכת קעדאן או לצמצם את תחולתה, וכן על ניכור בולט בקרב קבוצות בציבור היהודי ביחס להחלטתו של בית-המשפט בעניין קעדאן בנוגע ליכולת לתכנן יישובים יהודיים. מגמות ניכור אלו עולות מנסיבות המקרים המגיעים לפתחו של בית-המשפט העליון ובכלל מתופעות ההדרה של קבוצת המיעוט הערבי במסגרת שוק הדיור הישראלי. עם זאת, במבחן התוצאה, למעט בהלכת סבח (אשר סירבה לבחון את חוקתיותו של ההסדר המשפטי שבפקודת האגודות השיתופיות ביחס לוועדות הקבלה בשל אתגר הבשלות של העתירה, וזאת כנגד דעתם החולקת של שופטי המיעוט), הביע בית-המשפט העליון תמיכה עקיבה באיסור הפליה גורף במסגרת מפעלי התיישבות, הן במרכזי ערים הן ביישובים דוגמת היישוב קציר, בין על-ידי המדינה ובין על-ידי קבלנים פרטיים מכוח זכייתם במכרז על קרקע בבעלות מדינתית. שאלה חשובה אשר טרם זכתה במענה בפסיקה היא היקף איסור ההפליה ביחס לקניינו הפרטי של אדם.

ד. כשלים בטיעוניה של גביון ביחס לתחום ההתיישבות

כאמור, גביון סברה כי הכרעת בית-המשפט במקרה הספציפי של משפחת קעדאן הייתה מוצדקת. לדידה, אופייה היהודי של מדינת-ישראל אינו מצדיק הפליה של לא-יהודים. אנחנו מסכימות עם מסקנה זו. הביקורת שלנו כלפי עמדתה של גביון נוגעת בחלק השני של טיעונה, שלפיו בית-המשפט שגה כאשר הכריע בשאלה העקרונית בדבר האפשרות להדיר פרטים מיישובים על רקע לאומי, דתי או תרבותי.

גביון קוראת נכון את ההלכה בעניין קעדאן. אכן, התוצאה מהכרעת בית-המשפט בעניין קעדאן היא שאי-אפשר להבטיח מראש אופי קבוע של יישוב מסוים כיהודי או ערבי. הכלל שקבע בית-המשפט הוא שאי-אפשר להדיר ערבי מיישוב יהודי או יהודי מיישוב ערבי, אלא אם כן מדובר בהתיישבות מיוחדת של קהילה תרבותית מובדלת.¹⁰² לכן בית-המשפט מניח את שאלת אופי היישוב ליד המקרה והשוק. דהיינו, אם אין מדובר בצורת התיישבות "מיוחדת" של קהילה תרבותית מובדלת, אין זה לגיטימי שאדם יבחר מראש לחיות ביישוב יהודי, ערבי או מעורב. אין זה לגיטימי שיוקם יישוב בעל אופי יהודי או ערבי קבוע. אופי היישוב יכול להשתנות בהתאם לאופיים של התושבים המתגוררים בו, של אלה שעוברים להתגורר בו ושל אלה שבוחרים לעוזבו. לכן לא יכולה להיות לאדם תלונה נגד "השוק" ששינה את אופי יישובו. תרופתו היחידה היא להעתיק את מגוריו ליישוב אחר, אשר נושא את אופי היישוב הרצוי לו נכון לאותו זמן.¹⁰³

גביון מתנגדת לכלל עקרוני זה. לדעתה, כלל עקרוני שאינו מאפשר הקמת יישובים שאופיים הקבוע הוא יהודי פוגע במפעל ההתיישבות הציוני. גביון אף מבינה את הכלל שנקבע בעניין קעדאן ככזה היוצר אינטגרציה "כפויה" בין יהודים לערבים – שתי קבוצות המקפידות על שימור זהותן הייחודית. לדידה, מדינת-ישראל צריכה לעודד ולאפשר צורות התיישבות מגוונות גם מבחינת הרכבן הלאומי או הדתי, ובכלל זה גם יישובים יהודיים ויישובים ערביים.¹⁰⁴

כפי שאנו רואות זאת, העמדה של גביון ושל אלה שתמכו בה לוקה בכמה כשלים. להלן נתייחס לכל אחד מהם.¹⁰⁵

102 כפי שציינתי חיים זנדברג, בצדק, בפסק-דין קעדאן בחר בית-המשפט במודל ההיטמעות של שילוב ערבים ביישובים יהודיים, להבדיל ממודל ההפרדה (זנדברג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 749).

103 גביון "קעדאן", לעיל ה"ש 3, בעמ' 32–34.

104 שם, בעמ' 41.

105 ראו גם מנאל תותרי-ג'ובראן "מחשבות ותובנות על תרומת פרופ' גביון לשיח יחסי יהודים-ערבים במרחב הישראלי" **ICON-S-IL Blog** (25.10.2020) <https://tinyurl.com/4jv468xu> (פורסם כחלק מהסימפוזיון "אחרי לכתה של ענקית משפט: סימפוזיון לזכרה של רות גביון").

1. שימור זהות תרבותית נפרדת אינו מחייב מגורים נפרדים

נראה כי גביון מניחה שהמטרה של שימור זהות לאומית ודתית נבדלת (אשר הן יהודים והן ערבים אכן מעוניינים בה) מחייבת את האמצעי של יישובים נפרדים ליהודים ולערבים. דהיינו, זהות לאומית ודתית נפרדת מחייבת יישובים בעלי גוון יהודי מובהק ויישובים בעלי גוון ערבי מובהק. לכן היא מכירה בחשיבות של זכויות קבוצתיות לערבים, המגינות על תרבותם ולאומיותם ומכוננות את זהותם,¹⁰⁶ אך מימושן של זכויות אלו צריך להיות, לדעתה, במתחם המוגבל של היישובים הערביים. אלה הן זכויות קבוצתיות המוגבלות למרחב הערבי, ואל להן לחזור למרחב המשותף של יהודים וערבים.¹⁰⁷ כך, למשל, בהקשר של זכויות קבוצתיות המגינות על מעמדה של השפה הערבית טענה גביון כי "טוב עשתה ישראל שאפשרה לבתי הספר הערביים ללמד בשפתם. חשוב לתת לערבים תחושת בית במקומותיהם, ולאפשר להם לעשות בהם שימוש בשפתם. יחד עם זאת, צריך להיזהר מהחלטות והכרעות שתדללנה את העובדה ששפת המדינה היא עברית... במובן זה, אף כי גם הערבית היא שפה רשמית במדינה, אין סימטריה במעמדן של שתי השפות".¹⁰⁸ גביון מכירה בכך שגם יהודים וגם ערבים זקוקים למקומות מגורים שמהווים עבורם "סביבה תרבותית-זהותית תומכת",¹⁰⁹ אך היא מניחה שהדרך הטובה ביותר להשיג סביבות תומכות כאלה היא לאפשר את הקמתם ושמירתם של יישובים נפרדים לערבים וליהודים.

אנו חולקות על הנחה זו בגלל שתי סיבות. ראשית, אנו סבורות כי במציאות הישראלית כיום אין סכנה אמיתית לסביבה תרבותית תומכת ליהודים או לערבים. לפחות בכל הנוגע בערבים, השמירה על זהות תרבותית נפרדת אינה מהווה צורך דחוף. אין סכנה אמיתית לאובדן זהותו התרבותית של המיעוט הערבי בישראל.¹¹⁰ הבעיה של אזרחי ישראל הערבים אינה היכולת לשמור על זהותם התרבותית הייחודית, אלא היכולת ליצור מכנה משותף עם קבוצת הרוב היהודית. העדר המכנה המשותף בין ערבים ליהודים הוא הגורם לכך שהמיעוט הערבי מעולם לא

106 גביון "קעדאן", לעיל ה"ש 3, בעמ' 44.

107 שם. על ההבדל בין זכויות קבוצתיות למיעוט הערבי המוגבלות למרחב הערבי בלבד לבין זכויות קבוצתיות למיעוט הערבי במרחב הישראלי המשותף של ערבים ויהודים ראו מיטל פינטו "בין זכויות קבוצתיות למיעוט הערבי הנוכחות במרחב היהודי לבין זכויות קבוצתיות הנעדרות ממנו" תרבות דמוקרטית 19, 175 (2020).

108 רות גביון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה" תכלת 13, 50, 87, ה"ש 26 (2002) (ההדגשה הוספה).

109 גביון "קעדאן", לעיל ה"ש 3, בעמ' 39.

110 גונטובניק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 254–255.

השתלב באופן מלא בחברה הישראלית.¹¹¹ כפי שציין אלכסנדר יעקובסון, "מבין שתי התביעות היסודיות (שיש ביניהן תמיד גם מידה של מתח) של כל מיעוט שאינו מבקש להיטמע ולהתבולל – הזכות להיות שונה והזכות להיות משולב – הבעיה היא בבירור בנושא השני, ולא הראשון: לא באשר לזכות להיות ערבי, אלא באשר לזכות להיות ישראלי".¹¹² אזרחי ישראל הערבים בוודאי אינם זקוקים למגורים נפרדים כדי למנוע התבוללות בציבור היהודי; רחוק מכך – התבוללות היא תהליך אשר מואץ בדרך-כלל באמצעות נישואים בין בני לאומים או דתות שונים, אולם בישראל, אף שערבים ויהודים פוגשים זה את זה במוסדות להשכלה גבוהה ובמקומות עבודה, אחוזי הזוגות ה"מעורבים" שואף לאפס.¹¹³

שנית, בניגוד למדינות אחרות, שיש בהן סכנה לזהותן הנבדלת של קבוצת הרוב ושל קבוצות מיעוט, בישראל אין סכנה אמיתית לזהות הנבדלת של יהודים או של ערבים, הואיל ואין בישראל זהות לאומית משותפת לכל האזרחים שעלולה להחליף או "לבלוע" את הזהויות הלאומיות, הדתיות והתרבותיות הנבדלות של יהודים וערבים. בניגוד למדינות אחרות, שבהן הזהות הלאומית וההשתייכות הלאומית זהות לזהות האזרחית, בישראל הזהות הלאומית וההשתייכות הלאומית מזהות רק עם אחת מהקבוצות הלאומיות בתוך המדינה: יהודים או ערבים. אם במדינות דוגמת איטליה, ספרד, קנדה, אוסטרליה או צרפת אזרחים מזהים את עצמם כ"איטלקי מוסלמי" או כ"קנדי יהודי", בישראל אין לאום "ישראלי". מדינת-ישראל אינה מכירה בלאום "ישראלי". פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין אורנן¹¹⁴ שלל

111 על העדר המכנה המשותף, המוביל לאי-שילובם המלא של אזרחים ערבים בחברה הישראלית, מתווספים גם הדרה של ערבים ממקומות תעסוקה ומשותפות קואליציונית (למעט השותפות הקואליציונית של מפלגת רע"ם בקואליציה של הממשלה הנוכחית) והקצאה לא-שוויונית של משאבי ציבור בין ערבים ליהודים. ראו, למשל, אסעד גאנם "על מצבו של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל, 2003" מדינה וחברה 4, 933, 937-938, 946 (2004); יוסף ג'בארין "על מעמדו החוקתי של המיעוט הערבי בישראל: הצעה חדשה לסדר" מדינה וחברה 7, 105, 110-114 (2010).

112 אלכסנדר יעקובסון "ציונות ורב-תרבותיות" משפט ועסקים יד: משפט ואדם 677, 699 (2012).

113 שרון רוז, מאיר יעיש וטלי כץ-גרו "יישומו של מדד סדר מיצב חדש לחברה הישראלית" מגמות מח 366, 375, ה"ש 4 (2012); ליאורה שיאון "זוגיות של יהודיות ופלסטינים בישראל" הפורום לחשיבה אזרחית (4.12.2018) <https://www.regthink.org/articles/mixed-couples-in-israel>. על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2008, רק 2.1% מהגברים היהודיים הנישואים בארץ היו נשואים לנשים פלסטיניות אזרחיות ישראל. מבין אלה, רובם המוחלט (97%) היו נשואים לנשים נוצריות, ורק מיעוט קטן (3%) היו נשואים לנשים מוסלמיות. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 59 (2008).

114 ע"א 8573/08 אורנן נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 44 (2013).

את האפשרות של אזרחים יהודים וערבים להירשם במשרד הפנים בסעיף הלאום כישראלים. על-פי תפיסתו של בית-המשפט העליון, הסטטוס האזרחי "ישראלי" הוא סטטוס משפטי בעיקרו, בעל תוכן רזה מאוד, שאינו מבטא השתייכות קהילתית. הסטטוס הלאומי, לעומת זאת, מבטא השתייכות קהילתית בעלת תוכן מהותי ומשמעותי.¹¹⁵

פרטים המשתייכים ללאומים שונים, לדתות שונות ולתרבויות שונות יכולים בהחלט לשמר את זהותם ולהגן עליה גם בתוך יישוב מעורב. אין ספק שצורת מגורים מעורבת מספקת אתגרים גדולים בכל הקשור לאופיו של המרחב הציבורי, לשפת הלימודים בבתי-הספר ולתכנים הנלמדים בהם,¹¹⁶ אך הדבר אפשרי בהחלט.

2. העדר סימטרייה בין הגנה על תרבות המיעוט לבין הגנה על תרבות הרוב

ההנחה מאחורי הטענות של גביון היא כי יישובים בעלי גוון לאומי מובהק וקבוע (יהודים או ערבים) נחוצים על-מנת להגן על התרבות היהודית והערבית. כאשר גביון טוענת כי יהודים וגם ערבים זקוקים למקומות מגורים נפרדים, שיהוו עבורם "סביבה תרבותית-זהותית תומכת",¹¹⁷ היא מניחה סימטרייה בין ההצדקות להגנה על שתי התרבויות. אולם סימטרייה כזו אינה קיימת. יש הצדקה נורמטיבית משכנעת לאפשר לקבוצת מיעוט המעוניינת להתבדל ולשמור על תרבותה הייחודית להדיר את קבוצת הרוב, אולם אין הצדקה נורמטיבית משכנעת לאפשר לקבוצת רוב להדיר קבוצת מיעוט על-מנת לשמור על ייחוד תרבותי או לאומי.¹¹⁸

החריג שנוסח בפסק-דין קעדאן ביחס לאפשרות של קהילות מיעוט מתבדלות ומובחנות להדיר את מי שאינו מתאים לאורח חייהן אינו מקרי. חריג זה מוכר בספרות האקדמית והמשפטית כחלק מההגנה על הזכות לתרבות של קהילות מיעוט, המאפשר להן להגן על עצמן מפני שחיקה והתערות בחברת הרוב. כאשר גביון טוענת לסימטרייה בין ההצדקה להגנה על תרבות המיעוט לבין ההצדקה להגנה על תרבות הרוב, היא מניחה שהזכות לתרבות מגינה על קבוצת רוב בדיוק כפי שהיא מגינה על מיעוטים. לעמדה זו של גביון שותפים גם מלומדים אחרים,

115 תמר הוסטובסקי-ברנדס "נאמנות, אזרחות וסולידריות חברתית: שיח הנאמנות והלגיטימציה של האפליה" אזרחות על תנאי: על אזרחות, שוויון וחקיקה פוגענית 31, 34-36, 47-50 (יוסף ג'בארין ושרה אוסצקי-לזר עורכים 2016).

116 אתגר זה בא לידי ביטוי, למשל, בפסק-הדין בעניין המחלוקת על הקמתו של בית-ספר ערבי לתושביה הערבים של נוף הגליל (ע"ע 7058/19 סלום נ' עיריית נוף הגליל (נצרת עילית) (נבו 20.4.2021)).

117 גביון "קעדאן", לעיל ה"ש 3, בעמ' 39.

118 תותרי-גיבראן, לעיל ה"ש 105.

כגון זילברשץ וגונטובניק. זילברשץ, כזכור, טוענת כי באופן עקרוני גם קבוצות מיעוט וגם קבוצות רוב זכאיות להיבדלות מטעמים לאומיים-תרבותיים.¹¹⁹ לפי גונטובניק, הזכות לתרבות אינה שונה במאפייניה מהזכות להתאגדות, שהיא "אחת הזכויות הראשונות במעלה למימוש מפעל קבוצתי-תרבותי בחברה דמוקרטית",¹²⁰ המאפשרת "פעילות קבוצתית להשגת יעדים קבוצתיים משותפים" תוך "מימוש המפעל התרבותי באופן קבוצתי".¹²¹ לכן, אצל גונטובניק, הזכות לתרבות מגינה על יהודים חילונים כשם שהיא מגינה על יהודים דתיים וכשם שהיא מגינה על ערבים.¹²²

הטיעון של גביוזן, כמו זה של זילברשץ וגונטובניק, אינו משכנע. טיעונם בדבר סימטרייה בין ההגנה על תרבות רוב לבין ההגנה על תרבות מיעוט חורג גם מהספרות הדומיננטית המצדיקה את קיומה של הזכות לתרבות. נתעכב לרגע על טיבה וטבעה של זכות זו. הזכות לתרבות מגינה על האינטרס של פרטים בזהות ובאוטונומיה. הגנה על תרבות שפרטים מזוהים איתה נחוצה משום שהיא מרכיב חשוב בזהותם האישית,¹²³ ומשום שהיא כוללת לפחות חלק מהערכים ומהנורמות שעל בסיסם הם מיישמים בחירות ומממשים את האוטונומיה שלהם.¹²⁴ הזכות לתרבות מגינה על הזהות התרבותית של כל איש ואישה. לכולן ולכולם מגיעה הזכות לממש את זהותם התרבותית ולפתח את האוטונומיה שלהם.¹²⁵ אולם הזכות לתרבות חזקה יותר כאשר היא מגינה על תרבויות שנמצאות במצב חלש יותר ביחס לתרבויות אחרות.

מאחר שלא כל הפרטים זקוקים בפועל להגנה חזקה על הזכות לתרבות, הגנה חזקה על הזכות לתרבות מוענקה לקבוצות מיעוט או לקבוצות פגיעות שזקוקות לה. להבדיל מקבוצות רוב תרבותיות או מקבוצות תרבותיות שתרבויותיהן נהנות

119 זילברשץ, לעיל ה"ש 16.

120 גונטובניק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 329.

121 שם, בעמ' 81. ראו גם שם, בעמ' 308 ו-311.

122 שם, בעמ' 258.

Avishai Margalit & Joseph Raz, *National Self-Determination*, in THE RIGHTS OF MINORITY CULTURES 79 (Will Kymlicka ed., 1995)

WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 82-83, 105 (1995). על ההבחנה בין האינטרס בזהות המבסס את הזכות לתרבות לבין האינטרס באוטונומיה ראו מיטל פינטו "זכויות שפה, הגירה ומיעוטים בישראל" משפט וממשל י' 223, 230, 255-257 (2006). ראו גם גונטובניק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 78-80, 82-83 ו-88-89.

125 שם, בעמ' 81, 308, 311 ו-329.

מדומיננטיות במרחב הציבורי, קבוצות מיעוט נתונות בלחץ מתמיד של שחיקה והיטמעות בתוך תרבות הרוב החזקה והדומיננטית. גם אם הן אינן נתונות בלחץ של היטמעות בקבוצת הרוב, הן אלה שחסרות בדרך-כלל משאבים כלכליים כדי לקיים את המוסדות התרבותיים והלאומיים שלהן. בשל לחץ השחיקה והעדר המשאבים, רק פרטים המזוהים עם קבוצות מיעוט תרבותיות זכאים להגנה חזקה על הזכות לתרבות. קבוצות תרבותיות חזקות, אשר מקבלות תמיכה פעילה מן המדינה או נהנות מדומיננטיות גם בלי תמיכה רשמית של המדינה, מלכתחילה אינן מצדיקות התערבות של המדינה בשם הזכות לתרבות. ייחודה של הזכות לתרבות להגנה חזקה על קבוצות מיעוט תרבותיות מיועד אפוא לקדם שוויון והגינות רבים יותר בין קבוצות תרבותיות שונות.¹²⁶

Margot E. Salomon, *Socio-economic* ;130–107 בעמ' 124, לעיל ה"ש 126, KYMLICKA, *Rights as Minority Rights*, in UNIVERSAL MINORITY RIGHTS 431 (Marc Weller ed., 2007); Denise Réaume, *Individuals, Groups, and Rights to Public Goods*, 38 U. TOR. L.J. 1, 8–27 (1988); Leslie Green, *Two Views of Collective Rights*, 4 CAN. J.L. & JURIS. 315 (1991); Michael McDonald, *Questions about Collective Rights*, in LANGUAGE AND THE STATE: THE LAW AND POLITICS OF IDENTITY 3 (David Schneiderman ed., 1991); Avishai Margalit & Moshe Halbertal, *Liberalism and the Right to Culture*, 61 SOC. RES. 491 (1994); James W. Nickel, *Group Agency and Group Rights*, in ETHNICITY AND GROUP RIGHTS 235 (Ian Shapiro & Will Kymlicka eds., 1997); Yael Tamir, *Liberal Nationalism* 42 (1993); Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights* 22–23 (2001); Dwight G. Newman, *Collective Interests and Collective Rights*, 49 AM. J. JURIS. 127 (2004); Gidon Sapir, *Religion and State—A Fresh Theoretical Start*, 75 NOTRE DAME L. REV. 579, 624–625 (1999); Gidon Sapir & Daniel Statman, *Why Freedom of Religion Does Not Include Freedom from Religion*, 24 LAW & PHIL. 467, 478–484 (2005); Barak Medina, *Enhancing Freedom of Religion Through Public Provision of Religious Services: The Israeli Experience*, 39 ISR. L. REV. 127, 137 (2006); Avihay Dorfman, *Freedom of Religion*, 21 CAN. J.L. & JURIS. 279, 287–289 (2008); Meital Pinto, *The Right to Culture, the Right to Dispute, and the Right to Exclude: A New Perspective on* הזכויות *Minorities Within Minorities*, 28 RATIO JURIS. 521 (2015) אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241, 260–261 (2002); איל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" עלי משפט ג 463 (2003); מיכאיל קרייני "על השלנו": רב-תרבותיות בהקשר הערבי-יהודי" עיוני משפט כז 71 (2003); דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5, 15–19 (2004); גדעון ספיר "גבולות מיסוד הדת" משפט וממשל ח 155, 178–179 (2005); גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות" משפט וממשל יב 191 (2009); יואב המר "משפט, תרבות מקומית

יש הטוענים כי אין לייחד את ההגנה החזקה על הזכות לתרבות לקבוצות מיעוט, הואיל וההבחנה בין קבוצת רוב לקבוצות מיעוט היא קשה עד בלתי־אפשרית. כך, למשל, גונטובניק סובר כי יהודים חילונים, יהודים דתיים וערבים הם כולם דוגמאות לקבוצות שזכאיות לאותה מידה של הגנה על הזכות לתרבות.¹²⁷ לפי קו מחשבה זה, לכל קבוצה שתופסת את זהותה התרבותית כשונה וכמאוימת על־ידי אחרים יש זכות חזקה לתרבות, הכוללת, בין היתר, את האפשרות להדיר את מי שאינו משתייך לקבוצה על־מנת לשמור על מאפייניה. למעשה, הבסיס לקו מחשבה זה הוא המחלוקת על הגדרתה וזיהויה של קבוצת מיעוט. בריאן ברי (Barry), למשל, טוען כי אין להעניק היקף הגנה חזק יותר לקבוצות מיעוט מאחר שאי־אפשר להבחין בין קבוצות תרבותיות מקופחות לבין קבוצות תרבותיות שאינן מקופחות. ברי טוען כי אם נאמץ הגדרה כלשהי לקבוצות מקופחות וננסה לקבוע מיהן הקבוצות הסובלות מקיפוח בארצות־הברית, נגלה כי 90% מהאוכלוסייה בארצות־הברית מקופחת.¹²⁸

יש המוסיפים וטוענים כי גם אם ניתן לזהות קבוצות מיעוט באופן מובהק, מהלך זה אינו רצוי בהכרח במדינות שבהן קבוצת הרוב חשה מאוימת מקבוצות המיעוט. כך, למשל, ליאב אורגד טוען בספרו כי מדינות רבות מתמודדות כיום עם משברים תרבותיים בעקבות גלי הגירה גדולים. במצב כזה, טוען אורגד, יש להכיר בכך שגם קבוצת הרוב זכאית להגנה על זכויותיה, הואיל וזהותה התרבותית מאותגרת או נמצאת בסכנה. אורגד אינו מתייחס בספרו במפורש למדינת־ישראל, אך נדמה כי המצבים שהוא מתאר כמצבים שבהם קבוצת הרוב חשה מאוימת מקבוצות מיעוט כאילו נלקחו ישירות מהמציאות הישראלית. אורגד מתייחס, למשל, למצב של "מיעוט אזורי", שבו קבוצת הרוב בתוך מדינה מסוימת מהווה קבוצת מיעוט באזור הגיאוגרפי שהמדינה נמצאת בו, וכן למצב שבו קבוצת הרוב הייתה בעברה קבוצה נרדפת והאיום לשוב למציאות כזו עודנו קיים. במצבים כאלה, לדידו של אורגד,

ותרבות מיעוט: דרישות תוכן בשידורי רדיו וטלוויזיה בישראל" משפט וממשל יד 149 (2012); מיטל פינטו "על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק 'הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות'" דין ודברים ט 497, 508–511 (2016). לטעונו המדגישים במיוחד את נחיצותה של הזכות לתרבות לקידום שוויון והגינות בין קבוצות מיעוט תרבותיות לקבוצות רוב ראו KYMLICKA, שם, בעמ' 107–115; ALAN PATTEN, EQUAL RECOGNITION: THE MORAL FOUNDATIONS OF MINORITY RIGHTS 149–182 (2014).

127 גונטובניק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 96, 97–99 ו-258–259.

BRIAN BARRY, CULTURE AND EQUALITY: AN EGALITARIAN CRITIQUE OF MULTI-CULTURALISM 306 (2002).

קבוצת רוב שחשה מאוימת זכאית גם היא להגנה על תרבותה.¹²⁹ בהקשר של הגירה בין מדינות טוען אורגד כי כדי לשמור על הזכויות התרבותיות של קבוצת הרוב, כמו גם על הזכויות התרבותיות של קבוצות מיעוט, יש להעניק הגנה לתרבותן של קבוצות מיעוט רק עד הנקודה שבה הגירה נוספת של קבוצות מיעוט עלולה לאיים על היסודות התרבותיים החיוניים לתרבות הרוב.¹³⁰

אנו חולקות על שתי הגישות האלה. לדעתנו, קיימות בהחלט שיטות להגדרה ולזיהוי של קבוצות מיעוט תרבותיות. כפי שאנו מבינות זאת, יש להבין את המושג "מיעוט תרבותי" במונחים של מעמד אזרחי והשתייכות לחברה נתונה (citizenship and belonging), אל מול זרות או ניכור (alienation). מונחים אלו שאולים מהשיח על הצורך בניטרליות של המדינה כלפי תפיסות תרבותיות שונות, בעיקר בהקשר של סובלנות, חופש דת וחופש מדת.¹³¹ השתייכות, זרות או ניכור של קבוצות מיעוט אינם נמדדים בתחושות סובייקטיביות של פרטים, אלא כתבחינים הנגזרים ממידת ההכרה וההכרה (recognition) של מאפיינים זהותיים של קבוצות כאלה בחברה הכללית. ככל שמאפייניה התרבותיים של קבוצה מסוימת מודרים יותר מהחברה הכללית, כן מעמדה החברתי נמוך יותר, ויש להגדירה כקבוצת מיעוט תרבותית. הדרך לבחון את מידת ההדרה היא לבדוק, למשל, את מידת הנראות של אותה קבוצה בתקשורת, את הדרך שבה קבוצה זו מתוארת בדרך-כלל בתקשורת (שלילית או חיובית) ואת מידת השתלבותם של חברי הקבוצה בחיים הפוליטיים והכלכליים של החברה.¹³² נוסף על התבחינים הנוגעים במידת ההכרה וההדרה של קבוצת זהות מסוימת בחברה הכללית, בהקשר של התיישבות ושל האפשרות להדיר אחרים בשל מאפיינים זהותיים שונים יש לבחון גם את מידת הלכידות הערכית של תושבי היישוב המבקשים להדיר את אלה שאינם חולקים איתם מאפיינים זהותיים. ככל שמידת הלכידות גדולה יותר, כן לגיטימי יותר להכיר

LIAV ORGAD, THE CULTURAL DEFENSE OF NATIONS: A LIBERAL THEORY OF 129 MAJORITY RIGHTS 9, 189–195 (2015).

130 שם, בעמ' 198.

131 ראו מיטל פינטו ויובל יקותיאל "הרוב ידאג לעצמו: מדוע בתי משפט צריכים להתערב בעיקר לטובתם של מיעוטים, כאשר זכויותיהם מתנגשות באופן מובהק עם זכויותיה של קבוצת הרוב" ספר גרוניס (קרן וינשל, גלעד לובינסקי ורון גולדשטיין עורכים, עתיד להתפרסם ב-2022). ANNA ELISABETTA GALEOTTI, TOLERA- TION AS RECOGNITION 66, 67, 114 (2002); Andrew Koppelman, *Corruption of Religion and the Establishment Clause*, 50 WM. & MARY L. REV. 1831 (2009); Nimer Sultany, *Religion and Constitutionalism: Lessons from American and Islamic Constitutionalism*, 28 EMORY INT'L L. REV. 345, 395 (2014).

132 פינטו ויקותיאל, לעיל ה"ש 131.

באפשרותה של אותה קבוצה להדיר את אלה שאורח חייהם אינו דומה לאורח החיים הייחודי הנהוג בה. הדבר נכון בישראל לקבוצות שונות של ערבים, דרוזים וחרדים. גם לקבוצות שונות של יהודים דתיים (שאינם חרדים) יש בהחלט מאפיינים חזקים של לכידות רעיונית, הבאה לידי ביטוי באורח חיים קהילתי מובהק. בניגוד להערתה של הנשיאה בניש בעניין סבא,¹³³ אנו סבורות כי מאפיינים חזקים אלו מצדיקים בהחלט הגנה חזקה על הזכות לתרבות של קבוצות של יהודים דתיים, אשר תאפשר גם הדרה של מי שאינם משתייכים לקבוצה זו או אינם מוכנים להסכים עם אורח החיים הנהוג בה, אם כי לא ברור אם ראוי לאפשר זאת בגבולות יישוב עירוני, כפי שנעשה בנסיבות פסק-הדין בעניין סבא.

גם הגישה הגורסת כי לקבוצת הרוב יש זכויות תרבותיות חזקות המאפשרות לה להדיר את מי שאינם משתייכים לה אינה משכנעת, לדעתנו. לתפיסתנו, כל עוד לקבוצת הרוב אין מאפיינים ייחודיים של לכידות רעיונית ואורח חיים קהילתי מובהק, ההצדקות הנורמטיביות העומדות בבסיס הגישה שמעניקה הגנה נרחבת לתרבותן ולזכויותיהן של קבוצות מיעוט תרבותיות אינן יכולות לשמש הצדקה נורמטיבית להגנה על זכויותיה של קבוצת הרוב. מתן הגנה חזקה יותר לתרבותן של קבוצות מיעוט נגזר מההכרה ביחסי הכוח הקיימים בחברה ומהניסיון לגשר עליהם ולספק הגנה לקבוצות תרבותיות בעלות כוח חלש יחסית או בעלות מרקם חיים ייחודי ומלוכד המגדיר אותן. ההנחה היא שזכויותיו של הרוב מוגנות הן באמצעות ההליך הדמוקרטי, שמושגת על עקרון הכרעת הרוב, והן מכוח העובדה שתרבות המדינה היא למעשה השתקפות של תרבות הרוב.

בישראל אין ספק שהקבוצה הדומיננטית במדינה היא קבוצת הרוב היהודית שאינה חרדית או דתית. יש לקבוצה זו יתרון מספרי ויתרון של דומיננטיות לאומית ותרבותית. מדינת-ישראל מזוהה עם הלאום היהודי והדת היהודית ותומכת בהם באופן פעיל. לכן, כל עוד אין מדובר בקבוצה יהודית בעלת מאפיינים מלוכדים וייחודיים, אין הצדקה לאפשר לה להגדיר מראש גבולות של יישוב ולקבע את אופיו היהודי, תוך הדרת אלה שאינם יהודים. גם אם נדמיין לעצמנו מצב – אשר נכון להיום רחוק מאוד מהמציאות – שבו ערבים מתקבלים במספרים גדולים ליישוב בעל צביון יהודי והופכים את התרבות הערבית ל"נוכחת" בו, יהיו עדיין באותו יישוב בתי-ספר המזוהים עם הדת היהודית והלאום היהודי. ימי החג הרשמיים באותו יישוב יהיו ימי החג הרשמיים במדינה, המזוהים עם הדת היהודית והלאום היהודי. דהיינו, עדיין תהיה ליהודים באותו יישוב תמיכה תרבותית ולאומית חזקה

133 ראו לעיל ליד ה"ש 78.

מאוד מהמדינה שתרכותה מקיפה את אותו יישוב. הדת, התרבות והלאום שלהם לא יהיו בסכנת "הכחדה".

3. הדרה של קבוצת המיעוט גורמת לבסוף גם להדרה של קבוצות חלשות בתוך קבוצת הרוב

אנו משערות שגביון ואחרים שתומכים בטיעון שלה בדבר האפשרות ליצור מראש ולשמר אופי קבוע של יישובים יהודים וערכים לא שיערו כי אפשרות זו תוביל בסופו של דבר גם להדרה של קבוצות חלשות בתוך קבוצת הרוב היהודית. אולם מציאות ההתיישבות הישראלית הוכיחה כי הדרה של קבוצות חלשות בתוך קבוצת הרוב היא תולדה של תמיכה בהפרדה בין קבוצת הרוב לבין קבוצת המיעוט. המידע האמפירי הקיים מלמד כי לפחות ביחס לוועדות קבלה ביישובים קהילתיים, אף שהמנגנון נולד באופן ראשוני על-מנת לאפשר הקמת יישובים יהודיים בתגובה על פסק-הדין בעניין קעדאן, בפועל נעשה בו שימוש הולך וגובר גם להדרת אוכלוסיות שונות ומוחלשות הנמנות עם קבוצת הרוב, ולא רק להדרת המיעוט הערבי.

כפי שחוקרים וחוקרות הראו, חלק גדול מהמשפחות שנדחו על-ידי ועדות הקבלה, הן לפני התיקון לפקודת האגודות השיתופיות והן לאחריו, היו יהודיות. המכנה המשותף לכולן היה שהן השתייכו לקבוצות מוחלשות, כגון משפחות המכילות פרטים עם מוגבלות, משפחות מזרחיות, משפחות חד-הוריות, משפחות מבוגרות, עולים חדשים וכולי.¹³⁴ ועדות הקבלה ביישובים שיתופיים בגליל ובנגב מורכבות ברובן מ"דור המייסדים" – אותו דור של יהודים שהוא חזק מבחינה חברתית-כלכלית ואשר קיבל את השליטה בקרקע ללא מכרז ובסבסוד ציבורי משמעותי.¹³⁵ אותו דור ממשיך "לגלגל" במרוצת השנים את היתרון החברתי-

134 נטע זיו "הניחו לוועדות הקבלה: (בקרוב) עשרים שנה לקעדאן" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 35, 4, 17–21 (2014); עדי ניר-בנימיני וטל גנור "מתחת לרדאר: מנגנוני הדרה סמויים בהליכי מיון למגורים בישראל" מעשי משפט ה' 143, 150, 153–154 (2013). ראו גם תומר זרחין "פעיל חברתי נדחה מקיבוץ גבים: 'לא מתאים לקהילה'" הארץ (12.2.2012) <https://www.haaretz.co.il/news/education/1.1639354> (דחייה של פעיל חברתי מזרחי משרות); ירון רונן "חוק הלאום נגד מזרחים, ערבים וקשישים" ynet (15.5.2018) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5260204,00.html> (מתאר שתי דחיות ליישובים בצפון על רקע נכות וגיל); גילי מלניצקי "רוצים לגור כאן? קודם תעברו כמה מבחנים" TheMarker (15.10.2019) <https://www.themarker.com/realestate/.premium-MAGAZINE-1.7907721> (דחייה שניסתה להתקבל כחברה בקיבוץ חילוני וסורבה על רקע דת).

135 זיו, לעיל ה"ש 134, בעמ' 10–11.

הכלכלי שלו בזכות היותו זה שמחליט למעשה מי יתקבלו למגורים ביישוב.¹³⁶ אלה שבקשתם להתקבל נדחית מתקשים מאוד לערער על החלטתה של ועדת הקבלה, אשר מנוסחת לרוב בצורה כללית של "חוסר התאמה" ואינה מכילה ביטויים המרמזים על הפליה אסורה.¹³⁷ בדומה למנגנון הסינון הנהוג בשוק העבודה, אחת התוצאות המיידיות של מנגנון הסינון בהתייבשות היא הדרה של מיעוטים ושל קבוצות חלשות בקבוצת הרוב מיישבים אלו.¹³⁸

מלבד זאת חשוב לציין נתון אמפירי נוסף בנוגע לפעילותן של ועדות הקבלה היישוביות. פקודת האגודות השיתופיות כוללת מנגנון השגה על החלטות של ועדות קבלה יישוביות.¹³⁹ הפקודה קובעת כי למועמד וליישוב הקהילתי נתונה זכות להשיג על החלטה של ועדת הקבלה היישובית לפני ועדת ההשגות, שהרכבה קבוע בחוק, ואשר בסמכותה לאשר את החלטת הוועדה היישובית, לבטלה, לקבל החלטה אחרת במקומה או להחזיר את הדיון לוועדת הקבלה היישובית. אולם בדומה לפעילותן של ועדות הקבלה היישוביות, גם פעילותה של ועדת ההשגות לוטה בערפל. בעקבות פנייה של התנועה לחופש המידע ושל עיתון גלובס התקבלו הנתונים הבאים, המלמדים על בעייתיות בפעילותן של ועדות הקבלה היישוביות.¹⁴⁰ ניתוח של החלטות הוועדה בשנים 2014–2016 ו-2018 מלמד כי היא קיבלה את רוב ההשגות שהגישו משפחות על החלטות של ועדות קבלה לא לקבלן ליישבים קהילתיים. בשנים 2014–2018 הוגשו 55 השגות לוועדת ההשגות. 32 השגות התקבלו, 17 השגות נדחו, ו-6 השגות הסתיימו בהסכמה, בהחזרת הבקשה לוועדת הקבלה לצורך דיון מחודש או בשליחת המועמדים לאבחון חוזר במכון מיון. נראה אפוא כי רבות מהחלטותיהן של ועדות הקבלה שהוגשו עליהן השגות (58.2%) נהפכו. עיון בחלק מההחלטות של ועדת ההשגות מלמד על חלק מהסיבות שבעטיין ועדות הקבלה ביישבים קהילתיים מסרבות לקבל מועמדים: סגנון לבושם של המועמדים, רמתם הדתית, הסטטוס המשפחתי שלהם ועוד. מההחלטות עולים פגמים שונים בפעילותם של ועדות הקבלה היישוביות ומכוני המיון. למשל, חלק מוועדות הקבלה לא נימקו את החלטות

136 שם, בעמ' 11.

137 שם, בעמ' 16.

138 מרים מרקוביץ-ביטון ושי שטרן "חומות של ייאוש – על הליכי מיון של מועמדים ליישבים קהילתיים" משפט וממשל כג (צפוי להתפרסם ב-2022).

139 ס' 6(ד)-(ז) לפקודת האגודות השיתופיות.

140 חן מענית "ועדות הקבלה הדור החדש: בואו לגור איתנו! אלא אם כן אתם דתיים, ערבים, רוקים או סתם נראים קצת שונה" גלובס (1.2.2019). <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001271315>.

הדחייה שלהן ולא נתנו למועמדים כל הסבר בדבר סיבת הדחייה, וזאת תוך הפרת הנחיה מפורשת של החוק.¹⁴¹ יש בממצא זה כדי ללמד על הבעייתיות של מנגנון ההדרה שוועדות אלו יוצרות.¹⁴²

גם אם נקבל את ההנחה שיש מקום ליצירת בסיס להדרה מרחבית ביישובים קהילתיים וביישובים אחרים, קשה להתחמק מהעיסוק בשאלה מה הם התבחינים להדרה וכיצד ניתן לעצב תבחינים שלא יהיו מפלים. הניסיון מלמד כי ברוב היישובים הקהילתיים בישראל תבחיני הסינון אינם ברורים, ולכן קשה ליצור מתווה ברור המאפשר הפרדה מרחבית חוקית. מחקרים מורים כי קיימת בעייתיות בכלים השונים שמכוני המיון משתמשים בהם לצורך מיון מועמדים להתיישבות. לצד סימני השאלה הגדולים הקיימים בנוגע לתוקפם של כלים אלו, נמצא כי ראיונות מובנים, שאלונים ביוגרפיים ומשימות של שיפוט מצבים יוצרים פער בינוני עד גדול בין מועמדים מאוכלוסיות שונות.¹⁴³ נתון אמפירי זה זכה באישוש במחקרן

141 ס' 6ב(ג) לפקודת האגודות השיתופיות.

142 מרקוביץ-ביטון ושטרן, לעיל ה"ש 138, תת-פרק ג2.

143 נועם פישמן ויהודית קינג אבחון מותאם תרבות (אמ"ת) : סקירת ספרות בין-לאומית על תהליכי מיון לעבודה ובחינת השלכותיה בהקשר הישראלי (2013) <https://www.thejoint.org.il/wp-content/uploads/2020/09/MulticulturalDiagnostics.pdf> פישמן וקינג מתבססת בעיקר על ספרות ומחקר אמריקאיים: Frank L. Schmidt & John E. Hunter, *The Validity and Utility of Selection Methods in Personnel Psychology: Practical and Theoretical Implications of 85 Years of Research Findings*, 124 PSYCHOL. BULL. 262 (1998); Leaetta M. Hough, Frederick L. Oswald & Robert E. Ployhart, *Determinants, Detection and Amelioration of Adverse Impact in Personnel Selection Procedures: Issues, Evidence and Lessons Learned*, 9 INT'L J. SELECTION & ASSESSMENT 152 (2001); Leaetta M. Hough & Adrian Furnham, *Use of Personality Variables in Work Settings*, in 12 HANDBOOK OF PSYCHOLOGY 131 (Walter C. Borman, Daniel R. Ilgen & Richard J. Klimoski eds., 2003); Deniz S. Ones, Chockalingam Viswesvaran & Frank L. Schmidt, *Comprehensive Meta-analysis of Integrity Test Validities: Findings and Implications for Personnel Selection and Theories of Job Performance*, 78 J. APPLIED PSYCHOL. 679 (1993); Philip Bobko, Philip L. Roth & Denise Potosky, *Derivation and Implications of a Meta-analytic Matrix Incorporating Cognitive Ability, Alternative Predictors, and Job Performance*, 52 PERSONNEL PSYCHOL. 561 (1999); Allen I. Huffcutt, Philip L. Roth & Michael A. McDaniel, *A Meta-analytic Investigation of Cognitive Ability in Employment Interview Evaluations: Moderating Characteristics and Implications for Incremental Validity*, 81 J. APPLIED PSYCHOL. 459 (1996); Denise Potosky, Philip Bobko & Philip L. Roth, *Forming Composites of Cognitive Ability and Alternative Measures to Predict Job Performance and Reduce Adverse Impact: Corrected Estimates and Realistic Expectations*, 13 INT'L J.

של ניר-בנימיני וגנור על מיון מועמדים להתיישבות, שבמסגרתו שבה ועלתה הטענה בדבר הפליה מובנית בהליכים במכוני המיון המקצועיים.¹⁴⁴ התחקות אחר עיקר הטענות מגלה כי תחושה זו של הפליה מקורה בשלושה גורמים: ראשית, שרירותיותם של ההליכים ואי-שקיפותם;¹⁴⁵ שנית, הטיות הנובעות מטבעם של המבחנים השונים, המשמרות את הפערים בין מועמדים מקבוצות חזקות לבין אלה המשתייכים לקבוצות מוחלשות;¹⁴⁶ ולבסוף, אי-התאמת המבחנים השונים לאמת-המידה הנדרשת ("חיי קהילה") והתמקדותם באינטליגנציה של המועמדים השונים וביכולותיהם השכליות.¹⁴⁷ דעת המיעוט בעניין סבה התמקדה בעיקר בשרירותיותם של ההליכים ובאי-שקיפותם. השופט ג'ובראן שלל את המימד האובייקטיבי והמקצועי המאפיין לכאורה את פעילותם של מכוני המיון המקצועיים, וקבע כי אומנם אי-אפשר לקבוע כי מנגנון זה הוא מפלה, אולם שיקול-הדעת הרחב המוקנה בו "פותח פתח אפשרי להכנסת שיקולים בלתי רלבנטיים".¹⁴⁸ שרירותיותו של מנגנון מיון זה, כך על-פי השופט ג'ובראן, והכנסת שיקולים שאינם רלוונטיים עלולות להביא לידי הפליה בין מועמדים.¹⁴⁹

- SELECTION ASSESSMENT 304 (2005); Michael A. McDaniel et al., *Situational Judgment Tests, Response Instructions, and Validity: A Meta-analysis*, 60 PERSONNEL PSYCHOL. 63 (2007); Deborah L. Whetzel, Michael A. McDaniel & Nhung T. Nguyen, *Subgroup Differences in Situational Judgment Test Performance: A Meta-analysis*, 21 HUM. PERFORM. 291 (2008); Robert E. Ployhart & Brian C. Holtz, *The Diversity-Validity Dilemma: Strategies for Reducing Racioethnic and Sex Subgroup Differences and Adverse Impact in Selection*, 61 PERSONNEL PSYCHOL. 153 (2008); Philip L. Roth, Allen I. Huffcutt & Philip Bobko, *Ethnic Group Differences in Measures of Job Performance: A New Meta-analysis*, 88 J. APPLIED PSYCHOL. 694 (2003); Philip Bobko, Philip L. Roth & Maury A. Buster, *Work Sample Selection Tests and Expected Reduction in Adverse Impact: A Cautionary Note*, 13 INT'L J. SELECTION ASSESSMENT 1 (2005); Patrick F. McKay & Michael A. McDaniel, *A Reexamination of Black-White Mean Differences in Work Performance: More Data, More Moderators*, 91 J. APPLIED PSYCHOL. 538 (2006); J.M. Collins et al., *Can Basic Individual Differences Shed Light on the Construct Meaning of Assessment Center Evaluations?*, 11 INT'L J. SELECTION ASSESSMENT 17 (2003)
- 144 ניר-בנימיני וגנור, לעיל ה"ש 134, בעמ' 153 ("למרות הסעיף המפורש האוסר על אפליה בהליך הקבלה למגורים, חלק מהמרוואיינים תיארו את דחייתם במונחים של אפליה אתנית").
- 145 שם, בעמ' 149 – 151; עניין סבה, לעיל ה"ש 68, בפס' 17 – 18 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן.
- 146 ניר-בנימיני וגנור, לעיל ה"ש 134, בעמ' 150.
- 147 שם.
- 148 עניין סבה, לעיל ה"ש 68, בפס' 18 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן.
- 149 שם.

4. עידוד יישובים נפרדים לערבים וליהודים לא יתרום ליצירת מכנה משותף אזרחי

המציאות הישראלית העכשווית היא שרוב הערבים גרים ביישובים שהרוב המכריע בהם של התושבים בהם הוא ערבי, ואילו היהודים גרים ביישובים שהרוב המכריע בהם הוא יהודי.¹⁵⁰ מצב זה אינו תורם מאומה ליצירת מכנה משותף אזרחי בין יהודים לערבים. למעשה, הוא מונע יצירת מכנה משותף בין אזרחים ערבים לאזרחים יהודים, כי הוא מאפשר ליהודים ולערבים לא "להיתקל" אלה באלה עד לגיל מאוחר מאוד שבו הם רוכשים השכלה גבוהה או מצטרפים לשוק העבודה. כפי שציינ מיכאל קרייני, המכנה המשותף בין ערבים ליהודים בישראל מתמצה בנתוני אזרחות "בסיסיים ביותר, כגון נשיאת דרכון ותעודת-זהות והצבעה בבחירות".¹⁵¹ כפי שטוען אמנון רובינשטיין בצדק, יש לעודד בניית ערים שמקדמות שילוב, ולא מעמיקות את הפרדה. זאת, למרות הבעיות והניגודיות בין האוכלוסיות בשל הסכסוך הממושך. רובינשטיין מסיק מקיומן של ערים מעורבות את האפשרות ששתי האוכלוסיות יתגוררו זו לצד זו מבלי שאחת מהן תוותר על מאפייניה הדתיים והלאומיים.¹⁵² חשוב גם לחדד כי אין כמובן שום מניעה להמשיך לקיים אורח חיים בדלני ככל שהפרדה הזו במגורים היא רצונית, וזה המצב ביחס להתיישבות של ערבים ויהודים ביישובים לא-מעטים בישראל. עם זאת, ככל שיש רצון בהתיישבות מעורבת מטעמים שונים, קשה להצדיק את מניעתה, במיוחד כאשר מדובר בהתיישבות במרכזי ערים וביישובים נעדרים וקהילות חזקות. גם ביישובים קהילתיים קטנים הניסיון הקיים מלמד שמנגנוני ההדרה בוועדות הקבלה אינם נעוצים במאפייני היישוב, אלא במאפייני המועמדים, ו"אי-התאמתם" של המועמדים נקבעת על רקע שאינו קשור למאפייני היישוב כלל.

לסיום, נראה כי הטיעון של גביון בדבר הצורך לייחד מגורים נפרדים ליהודים ולערבים נועד להצדיק את מציאות ההתיישבות הקהילתית הקיימת בישראל. מציאות זו כוללת הפרדה (מעשית, גם אם לא משפטית) בין יהודים לערבים ברוב היישובים הקהילתיים בישראל, אף שאלה נעדרים יסודות של שיתוף או אפילו של תפיסת טוב משותפת.¹⁵³ אנו שותפות להנחתה של גביון כי חיי הקהילה של פרטים

150 ידידיה צ' שטרן "עלי קללתך בני": בית-המשפט העליון ואתגר הזהויות הישראליות" משפט וממשל יב 13, 29 (2009).

151 קרייני, לעיל ה"ש 126, בעמ' 72.

152 אמנון רובינשטיין שבטי מדינת ישראל: ביחד ולחוד – ליברליזם ורב-תרבותיות בישראל 358–359 (2017).

153 שי שטרן "כניסה, משטר ויציאה: קהילות מגורים במשפט הישראלי" משפט וממשל יח 7, 15 (2017).

חשובים להם ומכוננים חלק חשוב בזהותם האישית. אולם, כדי שחיי קהילה כאלה יצדיקו הדרה של מי שאינם משתייכים אליה, על קהילה זו להיות בעלת מאפיינים ייחודיים, שאינם מתמצים בהשתייכות "גנרית" לקבוצת הרוב היהודית. לדעתנו, המשימה החשובה בעניין זה היא הגדרת מאפיינים של קהילה תרבותית המצדיקים הדרה של מי שאינם משתייכים אליה. בלי הגדרה כזו, כל הדרה נחשדת, ובצדק, כהפליה בלתי-מוצדקת.