

- א
1. עאדל קעדאן
 2. אימאן קעדאן
- נגד
1. מינהל מקרקעי ישראל
 2. משרד הבינוי והשיכון
 3. מועצה מקומית טל-עירון
 4. הסוכנות היהודית לארץ-ישראל
 5. קציר, האגודה השיתופית להתיישבות קהילתית בשומרון בע"מ
 6. התאחדות האיכרים לישראל

ג בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[8.3.2000]

לפני הנשיא א' ברק והשופטים ת' אור, מ' חשין, י' קדמי, י' זמיר

ט המדינה, באמצעות מינהל מקרקעי ישראל (המשיב 1; להלן – המינהל), הקצתה קרקע באזור נחל עירון לסוכנות היהודית לארץ-ישראל (המשיבה 4; להלן – הסוכנות). הסוכנות הקימה על הקרקע את היישוב הקהילתי קציר. הדבר נעשה באמצעות אגודה שיתופית (המשיבה 5; להלן – האגודה השיתופית). על-פי מטרותיה, הסוכנות היהודית עוסקת ביישוב יהודים במדינת ישראל. האגודה השיתופית מצדה מקבלת לשורותיה, הלכה למעשה, רק יהודים כחברים. מטרותיה של האגודה השיתופית הינן, בין היתר, להקים יישוב כפרי-קהילתי שיהא מבוסס על ארגון חבריו כקהילה המקיימת שיתוף בין חבריה, לקיימו ולנהלו.

העותרים הם בני-זוג, ולהם שתי בנות. הם ערבים המתגוררים כיום ביישוב ערבי. הם ביקשו – ועודם מבקשים – לגור במקום שבו קיימות איכות חיים ורמת חיים שונות מאלה שבהן הם חיים כיום. הם פנו לאגודה השיתופית קציר, וביקשו לברר את האפשרויות העומדות בפניהם לרכישת בית או מגרש ביישוב הקהילתי קציר. לטענת העותר 1, נאמר לו בו במקום, כי לא יתקבל ליישוב הקהילתי בשל היותו ערבי, שכן אדמות היישוב הקהילתי מיועדות ליהודים בלבד. לאחר שפניות נוספות של העותרים למשיבים בעניין זה לא נענו הוגשה העתירה.

בית-המשפט העליון פסק:

א. (1) התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל – על-פי חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960 – הן שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה וריכוז הניהול והפיתוח של המקרקעין בישראל בידי רשות סטטוטורית אחת. זאת, על-מנת למנוע את העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים, לבצע מדיניות ביטחון ולאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים. כן מונחות ביסוד החקיקה התכליות המיוחדות שנועדו להקל על מלאכת התכנון תוך שמירת רזרבה קרקעית לצרכים ממלכתיים והקצאת שטחים פתוחים לצורכי הציבור (271 – 272 א).

- (2) בצד התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו ושיקול-דעתו של המינהל, קיימות גם תכליות כלליות הפרוסות כמטרייה נורמטיבית מעל דברי החקיקה כולם. תכליות כלליות אלו משקפות את ערכי היסוד של המשפט והחברה בישראל. עקרונות יסוד אלה מבטאים גם את מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מבין עקרונות אלה, רלוונטי לעניין הנדון עקרון השוויון (ג272 – ה).
- א. ב. (1) השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל והוא מחייב כל רשות מרשויותיה וכל פעולה מפעולותיה. מכאן, שעקרון השוויון מחייב גם את המינהל שעה שהוא פועל בתור נאמן של המדינה ומקצה את קרקעותיה לציבור (ג272 – ז, ז1274 – ז).
- ב. (2) הגם שעקרון השוויון הוא עיקרון מורכב, הרי שאין חולק כי טיפול שונה על בסיס דת או לאום הוא טיפול "חשוד" המהווה לכאורה הפליה (ג275, ג276 א).
- ג. (3) אכן, טיפול שונה על בסיס דת או לאום יכול שלא יהווה הפליה במקום שבו האזיון בין התכליות המיוחדות של החקיקה הנוגעת לדבר לבין התכלית הכללית של השוויון מוביל למסקנה בדבר היעדר הפליה. ואולם, במקרה דנן אין קיימת כלל סתירה בין התכליות הכלליות לתכליות המיוחדות של החקיקה המסמיכה (ג276 – ד, ז).
- ג. (1) ככלל, מדיניות הנוהגת הפרדה במגורים או בתחומים אחרים על בסיס דת או לאום היא פסולה מנקודת הראות של עקרון השוויון, אפילו בהנחה שהמדיניות כלפי כל קבוצה מופרדת היא שווה. התפיסה של "נפרד אבל שווה" היא מעצם טבעה בלתי שווה ומהווה הפליה כלפי קבוצות מיעוט. הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצות מיעוט המוצאות מן הכלל, מחדדת את השוני בינן לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית (ג278 – ג279 ב).
- ד. (2) אכן, לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או למצער, שהפרדה מוצדקת על-אף הפגיעה בשוויון. בעיקר כך, בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע "התבוללות כפויה" (ג279 – ה).
- ה. (3) ואולם, מצב דברים זה אינו מתקיים בסוגיה הנדונה, משום שבפועל המדינה אינה מקצה מקרקעין אלא ליישובים קהילתיים יהודיים. לכן, התוצאה של המדיניות הקיימת היא הפליה (ג279).
- ו. (4) בנוסף לכך, אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב קהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב הקהילתי קציר פתוח לכל יהודי באשר הוא. ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים "קבוצה ייחודית" שעשויה להיכנס לגדר החרג בנוגע לאיסור על הפרדה על רקע לאום או דת (ג280 – ג).
- ד. (1) עקרון היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית לא רק שאין בו כדי להצדיק הפליה בין אזרחי המדינה על בסיס דת או לאום אלא אף נובע ממנו איסור ההפליה על רקע דת, לאום או גזע (ג280, ג281 – ג282).
- ז. (2) אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עשויים לגבש תכליות מיוחדות, ברמות הפשטה שונות. ואולם, בנסיבות הנדונות אין קיימות תכליות מיוחדות שכאלה אשר ידן על העליונה ביחס לעקרון השוויון (ג282).

- ה. (1) המינהל אינו רשאי להקצות קרקע במישרין להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד, שכן בכך יש לפגוע בתכלית הכללית המונחת ביסוד סמכותו של המינהל והיא הגשמת השוויון (1278).
- א (2) חובתה של המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין מופרת גם אם המדינה מעבירה מקרקעין לגוף שלישי, אשר מצדו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס של דת או לאום. המדינה אינה יכולה להשתחרר מחובתה החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין, על-ידי שימוש בגוף שלישי הנוקט מדיניות מפלה. את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין אין היא רשאית לעשות בעקיפין (283ג – ה).
- ב (3) חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, תשי"ג-1952 והאמנות שנחתמו בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, נועדו להדגיש את התפקיד ההיסטורי החשוב של הסוכנות בפיתוח המדינה ובהגשמת ייעודה כמדינה יהודית. ואולם, אין בחוק או באמנות כדי להעניק היתר למדינה להפלות בין אזרחיה (283 – 284ה).
- ג (4) בחקיקה הנוגעת לסוכנות היהודית ולמערכת ההסכמים שיש לה עם המדינה אין דבר המכשיר הפליה בהקצאת מקרקעין בין אזרחי המדינה השונים (285ד – ה).
- ד (5) אשר-על-כן, המדינה אינה רשאית לאפשר הפליה בהקצאת מקרקעי המדינה באמצעות העברה של המקרקעין לסוכנות היהודית (285ו).
- ה (6) העתירה אינה מותחת ביקורת על המדיניות שהייתה נוהגת במשך שנים רבות באשר להקמת יישובים יהודיים ברחבי הארץ. לא זו בלבד שהעתירה צופה פני עתיד, אלא היא גם ממוקדת ביישוב הקהילתי קציר, בנסיבות המיוחדות לו. יישובים מסוגים שונים, כגון קיבוצים, מושבים ומצפים, עשויים לעורר בעיות שונות. לנסיבות מיוחדות ביחס לסוג היישוב, כמו גם לנסיבות מיוחדות מבחינת ביטחון המדינה, עשויה להיות חשיבות, ואין פסק-הדין קובע עמדה לגבי המשמעות שלהן (284 – 285ג).
- ו. (1) בשוקלו את הסעד המגיע לעותרים, אין בית-המשפט מתעלם מן העובדה כי הכרעת-הדין ניתנת 14 שנים לאחר הקצאת הקרקע, ולאחר שהמתיישבים והסוכנות היהודית פעלו על סמך ציפיות שהיו מקובלות במקומן ובשעתן. הדבר מעורר בעיות קשות מבחינת הסוכנות, האגודה השיתופית ותושבי היישוב, מבחינת חברתית ומבחינת משפטית. הוא גם מקשה על המדינה ועשוי להטיל עליה מגבלות משפטיות (285ב – 286ב).
- ז (2) על-כן הצו המוחלט שניתן בעתירה הוא במובן זה שמוצהר כי המדינה לא הייתה רשאית על-פי דין להקצות מקרקעי המדינה לסוכנות היהודית לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של הפליה בין יהודים ללא יהודים, ועליה לשקול את בקשתם של העותרים לרכוש חלקת מקרקעין ביישוב על יסוד עקרון השוויון וכל השיקולים השייכים לעניין (286ג – ה).
- ז. (דעת מיעוט – השופט י' קדמי):
- (1) העמדה העקרונית המחייבת שוויון בהקצאת מקרקעין של המדינה, ולרבות בהקצאה הנעשית על-ידי הסוכנות, אינה חוסמת את הפתח בפני עריכת איזון בין ערך השוויון לבין ערכים אחרים וביניהם ערך הביטחון הלאומי (287ג – ה).

פ"ד נד (1) 258

(2) ערך הביטחון הלאומי, המדובר בהבטחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יכול, בנסיבות מסוימות, לכרסם את ערך השוויון ואף לדחותו. ככל שהמדינה מתפתחת והסיכונים לביסוסה כמדינה יהודית ודמוקרטית איבדו מכוחם, הולך ומצטמצם הפתח המאפשר פגיעה מכוח הערך האמור בעקרון השוויון, אך עדיין ייתכנו נסיבות – נדירות ככל שיהיו – שבהן יידרש איזון שיחייב את דחיית השוויון (287ה – 1).

א

(3) על רקע קיומו של פתח האיזון האמור, מוגנים מעשי העבר בתחום הקצאת קרקע ממלכתית מפני עיון חוזר ותיקון למפרע. ראשית, מן הטעם שעומדת לזכותם חזקה, שלפיה, אם היה בהם משום פגיעה בערך השוויון, יש לראותה כפגיעה שהתחייבה מדרישותיהם של ערכים חיוניים מתחרים. ושנית, לנוכח החידוש שיש בפסק-הדין, הן לעניין כוחו של ערך השוויון בכל הקשור לניצול קרקע ממלכתית בדרך-כלל והן לעניין תחולתו לגבי הקצאת קרקע כזאת לסוכנות היהודית בפרט. על-פי טיבו, חידוש כזה אינו פועל למפרע (287 – 288ג).

ב

(4) אשר-על-כן יש מקום, במקרה דנן, להסתפק בפסק-דין הצהרתי בדבר מעמדו ומשקלו של ערך השוויון לעניינה של הקצאת קרקע ממלכתית, וזאת תוך הבהרה כי פניו של פסק-הדין לעתיד, וכי אין בו כדי לבסס דרישה לעיון חוזר במעשי העבר (288ג – ד).

ג

חוקי יסוד שאוזכרו:

- חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, סעיף 1.
- חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 1א, 8.
- חוק-יסוד: חופש העיסוק, סעיף 4.

ד

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- חוק השבות, תש"י-1950.
- חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, תשי"ג-1952, סעיפים 2א, 3, 4, 8(ב).
- חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, סעיפים 2(א), 3.

ה

אמנות שאוזכרו:

- אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, עמ' 269.
- אמנה בין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 25, עמ' 27.

ו

הצעות חוק שאוזכרו:

- הצעת חוק-יסוד: מקרקעי העם.
- הצעת חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960.

ז

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- א [1] ע"א 55/67 קפלן נ' מדינת ישראל, פ"ד כא (2) 718.
- [2] בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309.
- [3] בג"ץ 869/92 זווילי נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו (2) 692.
- [4] ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז (5) 189.
- [5] בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ (3) 485.
- ב [6] בג"ץ 114/78, המ' 451/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב (2) 800.
- [7] בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב (4) 193.
- [8] ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג (4) 221.
- [9] בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221.
- [10] בג"ץ 840/79, המ' 830/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729.
- ג [11] בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101.
- [12] רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ (1) 221.
- [13] בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו (2) 793.
- [14] בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז (2) 764.
- ד [15] בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94.
- [16] בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 630.
- [17] בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871.
- [18] בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא (2) 509.
- [19] בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1.
- ה [20] בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג (4) 297.
- [21] בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ירושלים, פ"ד מח (2) 221.
- [22] בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501.
- [23] ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365.
- ו [24] רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ (2) 45.
- [25] רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ (2) 529.
- [26] בג"ץ 175/71 פסטיבל למחזיקה אברגוש קרית-יערים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה (2) 821.
- ז [27] בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח (3) 113.
- [28] ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225.
- [29] בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, פ"ד מז (2) 661.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [30] *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954). א
 [31] *Burton v. Wilmington Parking Authority* 365 U.S. 721 (1961).

פסקי-דין קנדיים שאוזכרו:

- [32] *Eldridge v. B.C. (A.G.)* [1997] 3 S.C.R. 624.

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [33] י' ויסמן דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג).
 [34] י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו).
 [35] י' דותן הנחיות מינהליות (תשנ"ו).

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [36] ר' אלתרמן "מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל? בחינה של ההצדקות להמשך
 הבעלות הלאומית על המקרקעין" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 535. ג
 [37] ד' ברק-ארוז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים"
 עיוני משפט כא (תשנ"ח) 613.
 [38] י' זמיר, מ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165. ד
 [39] א' בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט
 כא (תשנ"ח) 769.

מאמרים זרים שאוזכרו:

- [40] D. Days "Brown Blues": Rethinking the Integrative Ideals" 34 *Wm. &*
Mary L. Rev. (1992) 53. ה
 [41] M. Tein "The Devaluation of Nonwhite Community in Remedies for
 Subsidized Housing Discrimination" 140 *U. Pa. L. Rev.* (1992) 1463.

שונות:

- [42] ההכרזה על הקמת מדינת ישראל.
 [43] ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם.
 [44] האמנה האירופית בדבר זכויות האדם.

התנגדות לצור-על-הנאי מיום 31.10.1995. העתירה נתקבלה ברוב דעות כנגד דעת
 החולקת של השופט י' קדמי. הצור-על-הנאי נעשה מוחלט במובן זה שבית-המשפט הצהיר
 כי המדינה לא הייתה רשאית על-פי דין להקצות מקרקעי המדינה לסוכנות היהודית
 לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של הפליה בין יהודים לבין מי שאינם
 יהודים. בית-המשפט הורה למדינה לשקול את בקשת העותרים לרכוש לעצמם חלקת
 מקרקעין ביישוב הקהילתי קציר. ז

נטע זיו, דן יקר – בשם העותרים;

- א עוזי פוגלמן, מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה – בשם המשיבים 1-2;
 אילן פורת – בשם המשיבה 3;
 ד"ר אמנון גולדנברג, אהרון שריג, מוטי ארד – בשם המשיבה 4;
 גד שטילמן, יהודה תורג'מן – בשם המשיבות 5-6.

ב

פסק-דין

הנשיא א' ברק

ג

מדינת ישראל הקצתה קרקע לסוכנות היהודית לארץ-ישראל. הסוכנות הקימה על הקרקע יישוב קהילתי-כפרי. הדבר נעשה באמצעות אגודה שיתופית. על-פי מטרותיה, הסוכנות היהודית עוסקת ביישוב יהודים במדינת ישראל. האגודה השיתופית מצדה מקבלת לשורותיה, הלכה למעשה, רק יהודים כחברים. התוצאה הינה, כי במצב זה ערבי אינו יכול לבנות את ביתו על קרקע המדינה המוקצת לסוכנות. האם בתנאים אלה – ובהתחשב בנסיבות המקרה – החלטת המדינה להקצות קרקע לסוכנות הינה החלטה בלתי חוקית בשל הפליה פסולה כלפי ערבי? זו השאלה הניצבת בפנינו בעתירה זו.

ד

העובדות

ה

1. מדינת ישראל היא בעלת מקרקעין באזור נחל עירון. בחלקם היא מקימה יישוב עירוני גדול הקרוי חריש. בחלק אחר, המצוי מרחק מה מחריש, יושבו שתי גבעות סמוכות המהוות יחדיו את היישוב קציר. על אחת הגבעות הקרויה "הגבעה המרכזית" הקימה המדינה (משרד הבינוי והשיכון: המשיב 2) שכונת מגורים. המדינה בנתה את יחידות הדיור. היא מקצה אותן לציבור הרחב על-פי הכללים המקובלים במשרד הבינוי והשיכון. יהודים וערבים כאחד זכאים לרכוש יחידות דיור בשכונה זו. שטחה של הגבעה השנייה (הקרויה "הגבעה המערבית") הוקצה על-ידי מדינת ישראל (מינהל מקרקעי ישראל: המשיב 1; להלן – המינהל) – במסגרת "הסכם הרשאה" לפיתוח – לסוכנות היהודית לארץ-ישראל: המשיבה 4 (להלן – הסוכנות היהודית). ההסכם שנערך בשנת 1986 הוא לשבע שנים. הוא מוארך מעת לעת. ההסכם האחרון (מיום – 1.9.1993) הוא עד לשנת אלפיים.

ו

ז

2. הסוכנות היהודית החליטה להקים על הקרקע שקיבלה מהמדינה (בגבעה המערבית) יישוב קהילתי-כפרי. היא הקימה את היישוב הקהילתי קציר (להלן – היישוב

הקהילתי). הסוכנות היהודית השקיעה בו השקעות ניכרות בתשתית ובמבנים. קציר היא אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית (המשיבה 5; להלן – האגודה השיתופית קציר). היא התאגדה (בשנת 1981) בסיוע התאחדות האיכרים בישראל (היא המשיבה 6). מטרתה של האגודה השיתופית קציר הינן, בין היתר, להקים יישוב כפרי קהילתי שיהא מבוסס על ארגון חבריו כקהילה המקיימת שיתוף בין חבריה לקיימו ולנהלו. באגודה השיתופית למעלה מ-250 משפחות. הן בנו את ביתן בקציר, תוך ניהול אורח חיים במסגרת קהילתית ושיתופית, על-פי הקבוע בתקנות האגודה. תקנות אלו קובעות, בין השאר, כי לאגודה יוכל להתקבל רק אדם, שבין היתר "סיים שרות (ה)חובה לפי חוק שרות בטחון, תשי"ט-1959 [נוסח משולב] או משוחרר משרות חובה על פי חוק זה או ששירותו הצבאי נדחה לפי חוק זה" (פרק ג', סעיף 6 לתקנות, כפי שתוקנו ב-8.2.1982). הלכה למעשה, אין מתקבלים ערבים כחברים באגודה השיתופית.

א

ב

3. מבחינה מוניציפלית מתנהל היישוב הקהילתי קציר על-ידי ועד מקומי. הוא מצוי בתחום שיפוטה של המועצה המקומית טל-עירון (המשיבה 3). בתחום שיפוטה של זו מצוי גם היישוב העירוני חריש.

ג

4. העותרים הם בני-זוג, ולהם שתי בנות. הם ערבים המתגוררים כיום ביישוב ערבי. הם ביקשו – ועודם מבקשים – לגור במקום שבו קיימות איכות חיים ורמת חיים שונות מאלה שבהן הם חיים כיום. העותר פנה (בחודש אפריל 1995) לאגודה השיתופית קציר. הוא ביקש לברר את האפשרויות העומדות בפניו לרכישת בית או מגרש ביישוב הקהילתי קציר. לטענתו, נאמר לו בו במקום, כי לא יתקבל ליישוב הקהילתי בשל היותו ערבי, שכן אדמות היישוב הקהילתי מיועדות ליהודים בלבד. לאור זאת פנתה (ביום 4.7.1995) האגודה לזכויות האזרח בישראל, בשם העותרים, למועצה המקומית טל-עירון והלינה על התשובה שלה זכו העותרים. המועצה השיבה (ביום 16.7.1995), כי הליכי הקבלה ליישוב הקהילתי מצויים בשליטת האגודה השיתופית, וכי העותרים יוכלו לרכוש יחידת מגורים ביישוב העירוני חריש. האגודה לזכויות האזרח הלינה על כך בפני שר הבינוי והשיכון ובפני מנהל המינהל. פניותיה לא נענו עד למועד הגשת העתירה.

ד

ה

ו

5. עם הגשת העתירה הוצא בה (ביום 30.10.1995) צו-על-תנאי. המשיבים נתבקשו ליתן טעם:

1" מדוע לא יציעו [המינהל, משרד הבינוי והשיכון והמועצה המקומית – א' ב'] או מי מהם לציבור מגרשים לבנייה עצמית ביישוב קציר, בין בדרך של מכרז ובין בדרך אחרת בה נשמר שוויון ההזדמנויות בין הפונים להתיישבות ביישוב; וכן

ז

2. מדוע לא ישנו את מדיניותם או החלטתם לפיה מגרשים לבניה עצמית בישוב קציר יוקצו רק לאחר קבלת אישור מן [הסוכנות היהודית והאגודה השיתופית קציר – א' ב'] על קבלתו של מועמד למגורים בישוב כחבר [באגודה השיתופית – א' ב'] ומדוע לא ינקטו את כל הצעדים המתחייבים משינוי כאמור; וכן
3. מדוע לא יאפשרו לעותרים לרכוש ישירות מן [המינהל, ממשרד הבינוי והשיכון או מן המועצה המקומית – א' ב'] או מי מהם, מגרש לבנייה עצמית בישוב קציר, עליו יוכלו לבנות בית להם ולילדיהם.

א

ב

ג

ד

העתירה נשמעה (ביום 13.10.1996) בפני הרכב של שלושה (השופטים גולדברג, קדמי וזמיר). הרכב זה החליט כי נוכח השאלות המתעוררות בעתירה, יש להרחיב את ההרכב שידון בה. קיימנו (ביום 19.3.1997) דיון על-פה, וביקשנו לשמוע טענות הצדדים בדרך של סיכומים בכתב. עם תום סבב הסיכומים (ביום 17.2.1998) המלצתי לצדדים לעשות מאמץ למצוא פתרון פרקטי לבעיית העותרים. ציינתי כי פתרון זה עשוי להימצא במסגרת היישוב העירוני חריש או היישוב הקהילתי, תוך שהעותרים יציגו את מועמדותם לאגודה השיתופית. עורך-דין ברסלע מונה כמגשר. מאמציו נכשלו. העותרים הודיעו לנו (ביום 17.12.1998) על כך, וביקשו כי יינתן פסק-דין בעתירתם.

טענות העותרים

6. טענתם העיקרית של העותרים מכוונת נגד המדיניות שמכוחה מוקמים יישובים המיועדים אך ורק ליהודים. לטענתם, הקמת יישובים כאמור, כמו גם הקצאת קרקע על בסיס לאום או דת (בין באופן ישיר ובין על דרך של הקצאה לגורמים המשתיתים את פעילותם על קריטריונים אלה), סותרת את עקרון השוויון ולפיכך אינה יכולה לעמוד. עיקר טענותיהם של העותרים, לעניין זה, מופנות כנגד המינהל. לטענתם, הוא מפר את מחויבותו לפעול כנאמן בעבור כלל אזרחי המדינה ותושביה ולנהוג כלפיהם בשוויון, בכך שהוא מקצה קרקעות מדינה לגופים (דוגמת הסוכנות היהודית, התאחדות האיכרים והאגודה השיתופית קציר) העושים בקרקע שימוש מפלה ובלתי שוויוני.

ה

ו

7. 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, תש"י-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

ז

הסולידריות והשיתוף בין חבריה היא גבוהה. מאפיינים אלה אינם מתקיימים, לשיטת העותרים, ביישוב הקהילתי קציר.

א

טענות המשיבים

8. למשיבים שתי טענות סף. לטענתם, נגועה העתירה בשיהוי כבד, שכן הקרקע שעליה שוכן היישוב הקהילתי הוקצתה לסוכנות היהודית לפני שנים רבות, ומאז השקיעו המשיבים השקעות ניכרות בפיתוח ובתשתיות. המשיבים ממשיכים וטוענים, כי שינוי המצב המבוקש על-ידי העותרים כיום יגרום גם לפגיעה קשה באוטונומיה ולהתערבות במרקם החברתי-התיישבותי שבו בחרו חברי האגודה. לעניין זה, ממשיכים המשיבים וטוענים, כי אם חפצים העותרים בשינוי המצב הקיים, עומדת לרשותם האפשרות להמתין עד 1.9.2000, אז יפקע הסכם ההרשאה לפיתוח. על-כן לוקה העתירה הן בשיהוי והן באי-בשלות. טענת סף נוספת שמעלה האגודה השיתופית קציר נוגעת לעובדה שהעותרים לא הגישו כלל בקשה להתקבל כחברים באגודה השיתופית. בקשתם לא נדונה לגופה, וממילא לא נדחתה. לפיכך, טוענת האגודה השיתופית קציר, כי העתירה הוגשה טרם זמנה. זאת ועוד, האגודה השיתופית קציר טוענת, כי נתונה לה סמכות אוטונומית להחליט מי מבין המועמדים יתקבל כחבר בה ומי יידחה וכי הסמכות לביקורת על שיקול-דעתה נתונה לבית-משפט כללי ולא לבית-המשפט הגבוה לצדק.

ב

ג

ד

9. לגוף העתירה טוענים המשיבים 1 ו-2 (המינהל ומשרד הבינוי והשיכון), כי פעלו כדין בהקצתם קרקע לסוכנות היהודית, בהסתמך על חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, תשי"ג-1952 (להלן – חוק מעמד הסוכנות) ועל "אמנה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית לארץ-ישראל" מיום 28.6.1979 (י"פ תשל"ט 2172; להלן – האמנה). האמנה החליפה אמנה קודמת משנת תשט"ו-1954), וכי בנסיבותיו הספציפיות של המקרה ונוכח לשונו המצרה של הצו-על-תנאי שהוצא, אין בית-המשפט נדרש להיכנס לעומקן של הסוגיות החוקתיות הכלליות שמעוררים העותרים אגב עתירתם הספציפית.

ה

ו

10. הסוכנות היהודית מבהירה, כי שמה לה למטרה ליישב יהודים ברחבי הארץ בכלל, ובאזורי ספר, כמו גם באזורים שהנוכחות היהודית בהם היא דלילה, בפרט. לשיטת הסוכנות היהודית, מטרה זו, יחד עם שאר המטרות שהציבה לעצמה, היא מטרה לגיטימית המעוגנת בחוק מעמד הסוכנות ובהוראות האמנה והעולה בקנה אחד עם עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. קבלת העתירה משמעה, הלכה למעשה, שימת קץ למפעל ההתיישבות הענף שהקימה הסוכנות מאז תחילת המאה; פגיעה בחופש ההתאגדות שלה וסיכול אחת התכליות העיקריות העומדות ביסוד קיומה. זאת ועוד: איש אינו חולק על זכותם של העותרים (או של כל אדם או גוף אחר)

ז

ליצור יישוב חדש או להצטרף ליישוב קיים, אולם אין משמעות הדבר, כי העותרים יכולים לדרוש להתיישב דווקא ביישוב שהוקם על-ידי הסוכנות היהודית וליהנות, במישרין או בעקיפין, מהשקעתה של הסוכנות היהודית. לעניין זה היא מוסיפה וטוענת, כי בית-המשפט העליון הכיר בעבר בסמכות להקצות מקרקעין למגורים לאוכלוסייה מזוהה, בין על בסיס לאום ובין על בסיס אחר.

11. התאחדות האיכרים והאגודה השיתופית קציר מדגישות, מצדן, את המטרות הלאומיות שבבסיס הקמת היישוב הקהילתי דווקא בנחל עירון. גם משיבות אלו אינן כופרות בזכותם של ערבים ישראלים להתגורר על אדמות המדינה וליהנות משוויון מלא, אלא שלשיטתן, אין מקום לקיומם של יישובים קהילתיים מעורבים חרף רצונם של אנשי היישוב.

טענות הסף

12. אפתח בטענות הסף שהעלו בפנינו המשיבים. את טענת השיהוי יש לדחות מאחר שהעותרים לא השתהו בפנייתם. הם פנו לאגודה השיתופית קציר בתקופת ההרשמה. משהובהר להם כי בהיותם ערבים הם לא יתקבלו לאגודה, הם פנו לבית-משפט זה. אמת, המדיניות המונחת ביסוד הפעולה של המשיבים אינה חדשה, אך אין בכך כדי למנוע את בחינתה. בוודאי כך – כפי שנטען בפנינו על-ידי העותרים – בכל הנוגע לעתיד. גם אין לומר שהעתירה מוקדמת, שכן העותרים לא פנו בבקשה פורמאלית להתקבל לאגודה. כפי שעולה מהתשתית העובדתית שהונחה לפנינו, מוסכם על הכול, כי אילו פנו העותרים לאגודה השיתופית קציר בבקשה להתקבל כחברים בה, הייתה בקשתם נדחית. בנסיבות אלה, אין תוחלת בפנייה חסרת כל ממשות. גם הליך הגישור לא הביא לכל תוצאות בעניין זה. נפנה עתה לגוף העתירה.

השאלות שבפנינו

13. השאלה המשפטית הניצבת בפנינו הינה, אם המדינה (באמצעות המינהל) פעלה כדין שעה שהקצתה את המקרקעין שעליהם הוקם היישוב הקהילתי קציר לסוכנות היהודית, כאשר על מקרקעין אלה – שהוקצו לאגודה שיתופית שאינה מקבלת לשורותיה ערבים – לא יוכל העותר (או כל ערבי אחר) לבנות את ביתו. לאור מורכבותה של בעיה זו, מן הראוי הוא לפצלה לשתי שאלות משנה: האחת, אם הייתה המדינה (משרד הבינוי והשיכון, המינהל) פועלת כדין, אם היא עצמה הייתה פועלת במישרין תוך שהייתה קובעת לעצמה מדיניות שלפיה היא מעניקה הרשאות או משכירה את קרקע המדינה ליישוב הקהילתי קציר, המגביל עצמו ליהודים בלבד. אם התשובה על כך הינה כי מדיניות שכזו הינה בלתי חוקית, כי אז מתעוררת שאלת המשנה השנייה, והיא אם חדלה המדינה מלפעול שלא כדין, אם היא עצמה אינה פועלת במישרין בגדריו

של היישוב הקהילתי קציר, אלא כפי שקורה הלכה למעשה, מקצה זכויות במקרקעין לסוכנות היהודית אשר מצדה מתקשרת עם האגודה השיתופית קציר. נפתח בשאלת המשנה הראשונה.

א

המדינה מקצה מקרקעין ליישוב קהילתי כפרי שאינו מקבל ערבים לשרותיו

14. הרשאית הייתה מדינת ישראל לקבוע מדיניות שלפיה יינתנו על-ידיה במישרין הרשאות לשימוש בקרקע לשם הקמת היישוב הקהילתי קציר המיועד ליהודים בלבד? מתן תשובה לשאלה זו מחייב פנייה אל המערכת הנורמטיבית החלה על הקצאת מקרקעין של המדינה. נקודת המוצא היא חוק-יסוד: מקרקעי ישראל. חוק יסוד זה קובע כי "מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת" (סעיף 1). ענייננו הוא במקרקעי ישראל שהם המקרקעין של המדינה, ובחינתנו מוגבלת למקרקעין אלה בלבד. מקרקעי ישראל מנוהלים על-ידי המינהל (חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960). המדיניות הקרקעית של המינהל נקבעת על-ידי מועצת מקרקעי ישראל (סעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל).

ב

ג

15. בקביעת מדיניות המינהל, על מועצת מקרקעי ישראל לפעול להגשמת התכליות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל והקובעות את היקף שיקול-דעתו. תכליות אלה – כתכליות המונחות ביסוד כל סמכות המעוגנת בדבר חקיקה – הן משני סוגים: תכליות מיוחדות, הנובעות באופן ישיר מהחוק המסדיר את סמכותו של המינהל, ותכליות כלליות, הפרוסות כמטרייה נורמטיבית על פני כל דברי החקיקה כולם. נבחן תחילה את התכליות המיוחדות ולאחר מכן נפנה לבחינת התכליות הכלליות.

ד

ה

פעילות המינהל: תכליות מיוחדות

16. בחינת התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל מגלה תמונה מורכבת: ביסוד החוקים המסדירים את ניהול מקרקעי ישראל עומדת השאיפה ליצירת ניהול אחיד ומתואם של מכלול המקרקעין. לעניין זה נכתב:

ו

"...בולטת מגמתו של המחוקק להבטיח שהמדיניות המקרקעית, לפיה יבוצעו בעתיד כל הפעולות והעיסקות הנוגעות למקרקעין של המדינה בישראל, של רשות הפיתוח ושל הקרן הקיימת לישראל, תהא מדיניות ממלכתית מתואמת, שיחולו עליה העיקרים שנקבעו בחוק מזה, ואשר תיקבע, בנתון לעיקרים אלה, על-ידי מועצה המתמנית על-ידי הממשלה, מזה; וכן להסדיר שדבר עשייתן של הפעולות והעיסקות ההן, בהתאם

ז

למדיניות שנקבעה כאמור, ירוכו, מכאן ואילך, בידי מינהל אחד ויחיד, מינהל המתמנה על-ידי הממשלה ופועל תחת פיקוחה של המועצה הנ"ל, ואשר מעשיו נתונים, עקב חובתה של הממשלה לדווח עליהם, גם לשבט הביקורת של הכנסת" (ע"א 55/67 קפלן נ' מדינת ישראל [1], בעמ' 727; ראו גם: י' ויסמן דיני קניין – חלק כללי (להלן – ויסמן [33]), בעמ' 216-217; ר' אלתרמן "מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל? בחינה של ההצדקות להמשך הבעלות הלאומית על המקרקעין" [36]; כן ראו הצעת חוק-ייסוד: מקרקעי העם, ה"ח תשי"ט 272 וד"כ 27 (תשי"ט) 2940, 2952).

דא עקא, מעבר לעצם ריכוז הסמכויות הנוגעות לניהול מקרקעין, אין בחוקים הנוגעים בדבר הגדרה באשר לתכליות וליעדים שלשם תופעל הסמכות הריכוזית. חוק מינהל מקרקעי ישראל אינו מגדיר מה הם היעדים והתכליות המיוחדים הניצבים בפני המינהל. כל שנאמר לעניין זה בחוק הוא, כי:

"הממשלה תקים מינהל מקרקעי ישראל (להלן: 'המינהל') שינהל את מקרקעי ישראל" (סעיף 2(א)).

הסדר זה זכה לביקורת רבה. נטען נגדו כי הוא מהווה אקט של "חקיקה עצלנית", כי אין הוא מתיישב עם התפיסה של שלטון החוק וכי יש בו סכנה לעקרונות של מינהל תקין (ראו י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א) [34], בעמ' 236-237. ראו גם: י' דותן הנחיות מינהליות [35], בעמ' 316; ד' ברק-ארז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" [37], בעמ' 620).

17. נוכח שתיקה זו של החוק, שומה עלינו לפנות למקורות חיצוניים לו ולבחון את התכליות המיוחדות שעמדו ביסודו. לעניין זה, נפנה תחילה להצעת חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960 שבדברי ההסבר לה נכתב:

"לפי האמנה, העומדת להיכרת בין המדינה ובין הקרן הקיימת לישראל על דעת ההסתדרות הציונית העולמית, תקים הממשלה מינהל מקרקעי ישראל וכן מועצה שתקבע את המדיניות הקרקעית של המינהל, תאשר הצעת תקציב המינהל ותפקח על פעולותיו.

החוק המוצע בא להקנות למינהל מקרקעי ישראל ולמועצת מקרקעי ישראל את המעמד החוקי הדרוש להם לביצוע תפקידיהם לפי האמנה. המינהל יהיה חלק ממנגנון הממשלה" (שם, בעמ' 37).

א

"מקרקעי ישראל יתנהלו לפי החוק, לאמור על פי העקרון כי אדמה אינה נמסרת אלא בחכירה בלבד, ולפי המדיניות הקרקעית שתיקבע על ידי המועצה שהוקמה לפי סעיף 9. המועצה תקבע את המדיניות הקרקעית במגמה להגביר את כוח הקליטה של האדמה ולמנוע ריכוזים קרקעיים בידי יחידים. אדמות הקרן הקיימת ינוהלו, נוסף לכך, בכפיפות לתזכיר ולתקנות ההתאגדות של הקרן הקיימת לישראל".

ב

18. על התכליות העומדות ביסוד מדיניותו של המינהל ניתן להוסיף וללמוד מהחלטת ממשלה 489 מיום 23.5.1965, שבה נקבע (סעיף ג' להחלטה):

ג

"על רשויות התכנון להשלים בהקדם ולהגיש לאישורה של הממשלה תכנית ארצית ליעוד, לשימוש ולניצול קרקעות המדינה אשר תבטא מדיניות הממשלה ובכלל זה מדיניות לפיזור האוכלוסיה, מדיניות הבטחון, שמירה על קרקע חקלאית, והקצאת שטחי ירק ואזורי גופש ושטחים פתוחים לצרכי ציבור, והבטחת רזרבה קרקעית לצרכים ממלכתיים וציבוריים".

ד

החלטת ממשלה זו הובאה בפני מועצת מקרקעי ישראל עובר לקבלתה על-ידי הממשלה ואומצה, כמות שהיא (ביום 17.5.1965), על-ידי המועצה (ראו לעניין זה ויסמן [33], בעמ' 243-244, ה"ש 2). מועצת מקרקעי ישראל שבה ואישררה את עיקרי מדיניות המינהל בהחלטה מס' 202 מיום 28.3.1978, שבה קבעה:

ה

"...מינהל מקרקעי ישראל הינו הגוף היחיד המנהל את מקרקעי ישראל בהתאם למדיניות הקרקעית שנקבעה על ידי המועצה. הן בהתאם לאמנה שבין ממשלת ישראל וקרן קיימת לישראל והן על פי החוק, מינהל מקרקעי ישראל הוא הגוף הבלעדי והמוסמך לנהל את מקרקעי ישראל. מדיניות המועצה מכוונת על ידי הצורך לשמור את הקרקע כנכס לאומי ועל ידי המגמה להביא לפיזור נכון של האוכלוסיה".

ו

19. נמצא אפוא כי התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל הן שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה וריכוז הניהול והפיתוח של המקרקעין בישראל בידי רשות סטטוטורית אחת. זאת, על-מנת למנוע את העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים, לבצע מדיניות ביטחון ולאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים, דוגמת קליטת עלייה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית. כן מונחות ביסוד החקיקה התכליות המיוחדות שנועדו להקל על מלאכת התכנון תוך שמירת רזרבה קרקעית לצרכים

ז

ממלכתיים והקצאת שטחים פתוחים לצורכי הציבור – כל זאת כדי לאפשר יישום תכניות מיתאר ולמנוע סחר ספקולטיבי בקרקעות המדינה (וראו לעניין זה גם ויסמן [33], בעמ' 216-218). ודוק: עד כמה שהתכליות המיוחדות קבועות באופן מפורש בחוק או נובעות ממנו בצורה ברורה, על השופט לתת להן ביטוי. עד כמה שהתכליות המיוחדות אינן קבועות במפורש בחוק ואינן נובעות ממנו באופן ברור – כפי שהדבר בענייננו – על בית-המשפט ללמוד על דבר תכליות מיוחדות לא רק מתוך החוק עצמו, אלא גם מתוך מקורות נוספים ובהם מההיסטוריה החקיקתית, ממהות העניין, ממהותה של הרשות המוסמכת ומערכיה הכלליים של שיטת המשפט. אכן, בגיבוש התכליות המיוחדות – עד כמה שהן אינן עולות במפורש ובאופן ברור מהחוק – יש לעמוד על כך שאותן תכליות תתייבנה עם מכלול ערכיה של השיטה.

פעילות המינהל: תכלית כללית של שוויון

ג 20. בצד התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו ושיקול-דעתו של המינהל, קיימות גם תכליות כלליות הפרוסות כמטרייה נורמטיבית מעל דברי החקיקה כולם. תכליות כלליות אלו משקפות את ערכי היסוד של המשפט והחברה בישראל. הן ביטוי לכך שכל דבר חקיקה הוא חלק אינטגרלי משיטת משפט כוללת. עקרונות היסוד של השיטה "מחלחלים" לכל דבר חקיקה, ומהווים את תכליתו הכללית (ראו בג"ץ 869/92 זוייל פורד נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו (להלן – פרשת פורד [2]), בעמ' 328; בג"ץ 869/92 זוייל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה (להלן – פרשת זוייל [3]); ע"א 105/92 דאם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית [4], בעמ' 198). עקרונות יסוד אלה מבטאים גם את מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מבין עקרונות אלה, רלוונטי לענייננו עקרון השוויון.

השוויון כעקרון יסוד

ג 21. השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל. כל רשות בישראל – ובראשן מדינת ישראל, רשויותיה ועובדיה – חייבת לנהוג בשוויון בין הפרטים השונים במדינה (ראו י' זמיר, מ' סובל "השוויון בפני החוק" [38]). כך מתבקש מאופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה; כך נגזר מעקרון שלטון החוק הנוהג במדינה. ביטוי לכך ניתן, בין השאר, בהכרזת העצמאות [42], הקובעת כי:

"מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין..."

אכן, המדינה חייבת לכבד זכותו הבסיסית של כל פרט במדינה לשוויון ולהגן עליה. השוויון מונח בבסיס הקיום החברתי; הוא "תחילת התחילות" (השופט חשין

הנשיא א' ברק

פ"ד נד(1) 258

בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת [5], בעמ' 501; הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי. הוא "חיוני להסכמה החברתית המונחת ביסוד המבנה החברתי" (פרשת זיילי [3], בעמ' 707). הוא מהווה עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן (השופט שמגר בבג"ץ 114/78, המ' 451/78 בורקאן נ' שר האוצר [6], בעמ' 806). עמדתי על כך באחת הפרשות, בציני:

א

"אכן, השוויון הוא ערך יסוד לכל חברה דמוקרטית, 'אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו'... (הנשיא אגרנט בד"נ 10/69...) הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, ביודעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם" (פרשת פורו [2], בעמ' 332).

ב

ג

ד

וברוח דומה ציין השופט חשין:

"...טענת הפליה לעולם נשמע לה, והיא בתשתית התשתיות. עקרון ההפליה יסודו בצורך עמוק הטבוע בנו, בכל אחד מאתנו – שמא נאמר ביצר ובצורך שבאדם: באדם, אך לא רק בו – כי לא יפלו אותנו לרעה, כי נזכה לשוויון, מאלוה ממעל ולמצער מן האדם... הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה של־קיפוח ותסכול, תחושת־קיפוח ותסכול מִישירים אל קנאה, ובבוא קנאה תאבד תבונה:

ה

ו

...

נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו כמותנו ועמנו, אך נתקומם ולא נשלים במקום בו יקבל זולתנו – השווה לנו – את שאנו לא נקבל" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש־הממשלה [7], בעמ' 204-203).

ז

הנה־כִּי־כן, "...שוויון זכויות וחובות לכל אזרחיה של מדינת ישראל הוא ממהותה ומאופיה של מדינת ישראל" (המשנה לנשיא השופט אלון בע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת

הבחירות לכנסת השתיים-עשרה [8], בעמ' 272. ראו גם פסק-דין בבג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות [9].

א

22. חובתה זו של המדינה לפעול בשוויון חלה על כל פעולה מפעולותיה. היא חלה בוודאי מקום שרשויות המינהל פועלות בתחומי המשפט הציבורי. ברשימה ארוכה של פסקי-דין חזר בית-המשפט העליון והדגיש את חובתן של רשויות המינהל לפעול בשוויון כלפי הפרטים (ראו זמיר וסובל, במאמרם הנ"ל [38]). חובת השוויון חלה גם מקום שהמדינה פועלת בתחומי המשפט הפרטי, על-כן היא חלה בהתקשרויות החוזיות של המדינה (ראו בג"ץ 840/79, המ' 830/79 מרכז הקבלנים והבונינים בישראל נ' ממשלת ישראל [10], בעמ' 746). אכן, ביסוד תפיסתנו עומדת הגישה כי המדינה ורשויותיה הם נאמני הציבור. "רשויות השלטון מקבלות את הסמכות מן הציבור, שבחר בהן באופן שוויוני, ולכן הן גם חייבות להפעיל את הסמכות כלפי הציבור באופן שוויוני" (זמיר וסובל, במאמרם הנ"ל [38], בעמ' 176). עמד על כך השופט זוסמן, בציינו:

ב

ג

"...בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שווים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית-משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית-משפט זה" (בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו [11], בעמ' 2115).

ד

ה

ו

ז

23. חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה. היא חלה אפוא גם לעניין הקצאת מקרקעי המדינה. אכן, המינהל מחזיק במקרקעי המדינה "...על דרך של נאמנות, וממילא חלות עליו כל אותן חובות החלות על נאמן. והואיל והמינהל הוא גם להלכה וגם למעשה – המדינה בכבודה ובעצמה, חלות עליו מעצמן כל החובות החלות על רשות הציבור" (השופט חשין ברע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון [12], בעמ' 231). על-כן, ההחלטות של מועצת מקרקעי ישראל המגבשות את מדיניות הקצאת מקרקעי המדינה חייבות להתקבל על בסיס של שוויון. עמד על כך הנשיא שמגר, בציינו:

"מקרקעי הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות. אימוץ אמת מידה כאמור היא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה ככל שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תירגומן של אמות המידה האמורות לאופני התנהגות מצביע, בין היתר, על החובה לנהוג בהגינות ובשוויון ועל-פי כללי המינהל התקין" (בג"ץ 5023/91 פורד נ' שר הבינוי והשיכון [13], בעמ' 801).

א

הנה-כי-כן, עקרון השוויון קובע, כי אל לה למדינה להפלות בין פרטים שעה שהיא מחליטה להקצות להם מקרקעי המדינה.

ב

24. השוויון הוא מושג מורכב. היקפו שנוי במחלוקת. עם זאת, הכול מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום. איסור זה מופיע בהצהרות ובאמנות בין-לאומיות (כגון: ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948 [43], האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966 והאמנה האירופית בדבר זכויות האדם [44]). הוא מקובל במרבית החוקות המודרניות. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות [42] שלנו, אשר קבעה כי מדינת ישראל "...תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין...". בית-משפט זה הוסיף וקבע – מפי השופט שמגר – כי "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי... לאום... דת... הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (בג"ץ 114/78 הנ"ל [6], בעמ' 806). היטיב להביע זאת השופט ברנזון, בציינו:

ג

ד

"כשגלינו מארצנו ונתרחקנו מעל אדמתנו קרבנות היינו לאומות העולם שבתוכם ישבנו, ובכל הדורות טעמנו את הטעם המר של רדיפות, נגישות והפלות רק בגלל היותנו יהודים 'שדתיים שונות מכל עם'. מלומדי נסיון מר ואומלל זה, שחדר עמוק עמוק להכרתנו ולתודעתנו הלאומית והאנושית, ניתן לצפות שלא נלך בדרכים הנלוות של הגויים, ובהתחדש עצמאותנו במדינת ישראל עלינו להיזהר ולהישמר מכל צל של הפליה ומנהג של איפה ואיפה כלפי כל אדם לא-יהודי שומר חוק הנמצא אתנו ורוצה לחיות עמנו בדרכו שלו, לפי דתו ואמונתו. שנאת זרים קללה כפולה בה: היא משחיתה את צלם אלוהים של השונא וממיטה רעה על השנוא על לא אָוון בכפר. עלינו לגלות יחס אנושי וסובלני כלפי כל מי שנכרא בצלם ולקיים את הכלל הגדול של שוויון בין כל בני-אדם בזכויות ובחובות" (בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה [14], בעמ' 771).

ה

ו

ז

התרגום המעשי של תפיסות יסוד אלה באשר לשוויון הינו כי תכליתה (הכללית) של כל חקיקה הינה להבטיח שוויון בין בני-האדם בלא הפליה על בסיס של דת או לאום. טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול "חשוד" והוא לכאורה טיפול מפלה (השוו: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון (להלן – פרשת מילר [15]), בעמ' 136-137; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה [16], בעמ' 659). אמרנו שהטיפול הוא "לכאורה" מפלה, שכן עשויות להיות נסיבות – כגון בגדרי ההעדפה המתקנת (על-פי ההשקפה הרואה בהעדפה המתקנת הגשמה של עקרון השוויון ולא חריג לה, ראו עמדת השופט מצא בפרשת מילר [15]) – שבהן טיפול שונה בשל דת או לאום לא יהיה טיפול מפלה. זאת ועוד: טיפול שונה על בסיס דת או לאום עשוי להיות בהתאם לחוק. דבר זה יקרה, למשל, מקום שבו לשונו המפורשת והברורה של דבר חקיקה קובעת תכליות מיוחדות המובילות לטיפול מפלה, ובאיון שבינן לבין התכלית הכללית בדבר שוויון, ידן של התכליות המיוחדות על העליונה. לאיון זה שבין התכליות המיוחדות לתכליות הכלליות נעבור עתה.

25. בגיבוש תכליתה של החקיקה יש להתחשב בתכליות המיוחדות ובתכליות הכלליות גם יחד. לעתים קרובות הן מובילות כולן לכיוון אחד, ומחזקות האחת את רעותה. אך לעתים מתגלות סתירות בין התכליות השונות. כך, למשל, עשויות להתעורר סתירות בין תכליות מיוחדות, המבקשות להגשים יעדים חברתיים, לבין תכליות כלליות המבקשות לקיים זכויות אדם. כאשר התנגשות כזו מתרחשת יש לקיים איון (עקרונות ואנכי) בין התכליות המתנגשות. דרך זו נקט בית-משפט זה מאז בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים [17]. באותה פרשה נקבע, כי באיון בין התכליות המיוחדות שעמדו ביסוד דבר החקיקה שנדון שם ושעניינן שלום הציבור וביטחון, לבין התכלית הכללית בדבר חופש הביטוי, תינתן עדיפות לתכלית המיוחדת (שלום הציבור) אם קיימת ודאות קרובה כי הגשמת התכלית הכללית (חופש הביטוי) תגרום לנזק ממשי, קשה ורציני לאפשרות הגשמתה של התכלית המיוחדת (שלום הציבור). מאז נוקט בית-משפט זה "נוסחת איון" דומה בשורה ארוכה של התנגשויות בין תכליות מיוחדות לבין תכליות כלליות (ראו: בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' מחשלת ישראל [18]; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה [19]). שאלה יפה היא אם נוסחת איון זו צריכה לשמש אותנו גם בהתנגשות בין התכליות הכלליות לתכליות המיוחדות בענייננו? האם אין מקום לנוסחת איון שונה, כגון זו של האפשרות הסבירה? והאם לא נדרשות, בתחום השוויון, נוסחאות איון מגוונות על-פי מהותה של הפגיעה בשוויון? אין לנו צורך לבחון שאלות אלה בגדרי העתירה שלפנינו, שכן כפי שנראה, בעתירה שלפנינו אין קיימת כלל התנגשות, בין התכליות הכלליות לתכליות המיוחדות. נוכל אפוא להשאיר עניין זה בצריך עיון. נעבור אפוא עתה לבחינת נסיבות העניין שלפנינו. בטרם נעשה כן, ברצוננו להעיר שתי הערות אלה: ראשית, עוסקים אנו בתכלית המונחת ביסוד חוק

מינהל מקרקעי ישראל. במצב הדברים הרגיל לאחר שנקבעה התכלית – ובמסגרת בחינת חוקיות פעולות המינהל – יש לבחון גם אם האמצעים הננקטים להגשמת התכלית הם מידתיים. עניין זה אינו מתעורר בעתירה שלפנינו, ולא נרחיב בו; שנית, במצבים מיוחדים – שבהם התכליות המיוחדות קבועות במפורש בדבר החקיקה או משתמעות בבירור ממנו – לא די בכך שנוסחת האיזון מאפשרת לקבוע את התכלית המונחת ביסוד החוק המסמך. יש להמשיך ולבחון אם תכלית זו היא חוקתית, וזאת מנקודת המבט של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם (חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק-יסוד: חופש העיסוק) ופיסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). שאלה זו אינה מתעוררת בפנינו כלל, שכן שאלת חוקתיותו של חוק מינהל מקרקעי ישראל אינה מונחת להכרעתנו. השאלה היחידה שבה נתבקשנו להכריע הינה, אם החלטתו של המינהל, בכל הנוגע להקצאת קרקעות להקמת היישוב הקהילתי קציר ליהודים בלבד, היא במסגרת הסמכות שהוקנתה למינהל בחוק מינהל מקרקעי ישראל.

מן הכלל אל הפרט

26. מקובל הוא על המדינה, כי שעה שהיא עצמה הקימה (באמצעות משרד הבינוי והשיכון) את היישוב העירוני חריש, ושכונה נוספת בגבעה המרכזית בקציר, הקצאת הקרקעות נעשתה "לציבור הרחב לפי הכללים המקובלים במשרד הבינוי והשיכון". הקצאה זו הייתה שוויונית, ואין כל הבחנה בין ערבי ליהודי. אכן, המדינה ציינה בתשובתה, כי "אין לנו מחלוקת עם העותרים על כך שהזכאות לגור במועצה המקומית טל עירון בהווה ובעתיד תהיה בדומה לכל מועצה מקומית אחרת, תוך מתן הזדמנות לרכישת דירות לציבור הרחב. כל זאת למעט בתחומיה של האגודה השיתופית, שם מותנית הקבלה לאגודה בהליכים הקיימים בכל אגודה שיתופית בהתאם לתקנונה". אך במה שונה היישוב הקהילתי מהיישוב העירוני? על כך לא באה כל תשובה בתצהיר התשובה של המדינה (המינהל ומשרד הבינוי והשיכון), פרט לציון העובדה שהקרקע הוקצתה לסוכנות הפועלת כזרוע של העם היהודי בתפוצות. אך עתה איננו עוסקים בסוכנות היהודית אלא במדינת ישראל. אנו שואלים, אם המדינה (כלומר, המינהל) רשאית לקבוע כי היא עצמה תקצה מקרקעין ליישוב הקהילתי קציר המיועד ליהודים בלבד, בגדרי המועצה המקומית טל-עירון. הקצאה כזו פוגעת בזכות לשוויון של העותרים שכן יש בה טיפול שונה על בסיס של לאום. מה הן התכליות המיוחדות אשר הגשמתן פוגעת כדין בעקרון השוויון? על שאלה זו לא שמענו כל תשובה מטעם המדינה.

27. תשובה לטענות אלה באה מפי הסוכנות היהודית, התאחדות האיכרים בישראל והאגודה השיתופית קציר. בתשובה הן ציינו, כי היישוב הקהילתי הינו "חוליה

בשרשרת המיצפים שנועדו לשמור על מרחבי ישראל למען העם היהודי" (כאמור במגילת היסוד של היישוב הקהילתי) וכי קיומו מתיישב עם התכליות שהתוו לעצמן, היינו יישוב יהודים ברחבי הארץ בכלל, ובאזורי כפר ואזורים שהנוכחות היהודית בהם דלילה בפרט; פיזור אוכלוסין והגברת ביטחון ישראל על-ידי כך. בעניין הספציפי, טוענת התאחדות האיכרים, כי מתיישבים ערביים עלולים להיתקל בקשיים במילוי חובות השמירה על היישוב, שנחשף בעבר לפעולות טרור שונות. זאת ועוד, לטענת המשיבות, עלולה נוכחותם של תושבים ערבים ביישובים יהודיים לגרום לעזיבתם של התושבים היהודים ולהפיכת יישוב שנועד להתקיים כיישוב יהודי ליישוב ערבי.

28. תשובות אלו מעוררות בעיות כלליות קשות וסבוכות. יש להן חשיבות הן לגבי העבר והן לגבי העתיד. עם זאת, אין לנו צורך להתמודד עמן בעתירה שלפנינו. עתירה זו, אין עניינה מכלול ההתיישבות היהודית על כל היבטיה; עתירה זו אין עניינה פעולותיה של הסוכנות היהודית על כל גווניה. העתירה שלפנינו עניינה יישוב קהילתי מסוים שהקמתו אינה מעוררת את מכלול הבעיות שהסוכנות היהודית והתאחדות האיכרים מעוררות. אכן, המשיבים אינם חולקים על זכותם של העותרים להתגורר באזור נחל עירון. אין הם שוללים את קיומם של יישובים "מעורבים", עירוניים או כפריים, שבהם דרים יהודים וערבים באותו יישוב, באותה שכונה או באותו בית דירות. יתרה מזו, המשיבים אינם חולקים גם על זכותם של העותרים להתגורר ביישוב קציר עצמו, בשכונה שנבנתה על-ידי משרד הבינוי והשיכון, יחד עם יתר תושבי השכונה, יהודים וערבים כאחד, תחת חסותה של אותה מועצה מקומית ותוך קיום מסגרות חינוכיות וחברתיות משותפות. לא ניתן להבין – ולא הונחה בפנינו כל תשתית עובדתית – מדוע דווקא מגוריהם של העותרים ביישוב הקהילתי, מרחק של כ-2 ק"מ מן השכונה שנבנתה על-ידי משרד הבינוי והשיכון, מצדיקה פגיעה בעקרון השוויון.

29. מסקנתי הינה אפוא זו: החלטה שהמינהל היה מקבל להקצות במישרין מקרקעין בטל-עירון להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד הייתה פוגעת בתכלית (הכללית) המונחת ביסוד סמכותו של המינהל, והיא הגשמת השוויון. החלטה כזו, לא היה בה כדי להגשים תכליות מיוחדות של חוק מינהל מקרקעי ישראל שבנסיבות העניין – ועל-פי נוסחת האיזון הראויה – ידן על העליונה. נמצא, כי החלטה כזאת, לו הייתה מתקבלת, הייתה בלתי חוקית. כנגד מסקנה זו העלו בפנינו הסוכנות היהודית והתאחדות האיכרים שתי טענות עקרוניות, ואליהן נפנה עתה.

30. הטענה העקרונית הראשונה היא זו: החלטה על הקצאת מקרקעין להקמת היישוב הקהילתי קציר ליהודים בלבד אינה פוגעת בשוויון, שכן המינהל מוכן להקצות מקרקעין גם להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד. טענה זו, בלבושה המשפטי, הינה כי טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול שווה. כידוע, טענה זו הועלתה בשנות החמישים

בארצות-הברית לעניין מדיניות החינוך בארצות-הברית שהפרידה בין חינוך לתלמידים לבנים לחינוך לתלמידים אפרו-אמריקנים. בית-המשפט העליון החליט (בפרשה של [30] *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954)) כי מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הינה מעצם טבעה בלתי שווה ("inherently unequal"). ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית. ביטוי לגישה זו ניתן בסעיף 3 לאמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית. במשך השנים רבתה הכתיבה בנושא זה, תוך שהודגש, כי לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או למצער, שההפרדה מוצדקת על-אף הפגיעה בשוויון. בעיקר כך, בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע "התבוללות כפויה" (כלשונו של השופט שמגר בפרשת בורקאן [6], בעמ' 808; ראו: א' בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" [39] וכן D. Days "Brown Blues": Rethinking the Integrative Ideals" [40]; M. Tein "The Devaluation of Nonwhite Community in Remedies for Subsidized Housing (Discrimination)" [41]). אכן, מוכן אני להניח – בלי לפסוק בדבר – כי קיימים מצבים שבהם טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול חוקי. דוגמה לכך יכול לשמש פסק-דיןנו בבג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל (להלן – פרשת אביטן [20]). שם החליט המינהל להחכיר מקרקעין רק לבדואים, וזאת במסגרת מדיניותו להעברתם של הבדואים למגורים של קבע. בקשתו של עותר יהודי לחכור מקרקעין אלה נדחתה על-ידי המינהל. העתירה כנגד המינהל נדחתה. בנמקו את עמדת בית-המשפט, ציין השופט אור:

"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 סבורים שראויים הם לסיוע ולעידוד, תוך התייחסות מיוחדת, מפלה לטובה, ולא העובדה שהם ערבים" (שם, בעמ' 304).

מצב דברים זה – שבו טיפול נפרד עשוי להיחשב חוקי – אינו מתקיים במצב הדברים שבפנינו, וזאת משני טעמים: ראשית, הלכה למעשה אין פנייה להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד. בפועל אין מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא ליישובים קהילתיים יהודיים. התוצאה (ה"אפקט") של מדיניות ההפרדה הנוהגת כיום היא מפלה, גם אם המניע להפרדה אינו הרצון להפלות. קיומה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי

האפקט של ההחלטה או של המדיניות ואפקט זה, בענייננו, הוא מפלה (השווה: בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ירושלים [21]), בעמ' 241; וכך השופט מצא בבג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל [22]). נמצא, כי מדיניות המינהל כיום מעניקה לערבים בפועל טיפול נפרד ולא שווה. שנית, אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב הקהילתי קציר פתוח לכל יהודי כאשר הוא (כפוף לתנאי קבלה שאינם מופיעים בתקנות האגודה השיתופית ושאת תוכנם איננו יודעים). ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים "קבוצה ייחודית" (כלשונו של השופט אור בפרשת אביטן [20]). נהפוך הוא: כל יהודי בישראל, כחלק מרוב התושבים, שנפשו חפצה בחיים קהילתיים כפריים, כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית קציר. האגודה פונה אפוא אל רוב רובו של הציבור בישראל. הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או של בני הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות העניין שלפנינו, קריטריון מפלה. אכן, מרבית השיקולים שהוצגו בפנינו על-ידי הסוכנות היהודית מבוססים על אותו סיווג "חשוד" של השתייכות לאומית, וכל מטרתם לא באה אלא לקדם התיישבות יהודית באזור. אכן, השילוב בין התוצאה הבלתי שוויונית של המדיניות ובין הטעמים הבלתי שוויוניים שבבסיסה, יוצר "מסה" חזקה של היעדר שוויון, "מסה" שאינה מתבטלת ואף אינה פוחתת נוכח הנכונות העקרונית להקצות מקרקעין להתיישבות קהילתית כפרית נפרדת של ערבים. אנו דוחים אפוא את הטענה כי בנסיבות העניין שלפנינו לא נפגם עקרון השוויון.

31. הטענה העקרונית השנייה שהועלתה בפנינו היא זו: גם אילו החליט המינהל להקצות בנסיבות המקרה שלפנינו במישרין מקרקעין להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד, הייתה זו החלטה חוקית, שכן היא הייתה מגשימה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. ערכים אלה הם בעלי אופי חוקתי (ראו סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) והיה בהם כדי להעניק אופי חוקי להחלטתו של המינהל. טיעון זה מעלה שאלות רבות וחשובות. אין לנו צורך להכריע במרביתן. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, עד כמה שטיעון זה בא לומר כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (המהווים תכלית כללית המונחת ביסוד החוק) מתנגשים עם הערך בדבר השוויון, הרי התשובה היא שהתנגשות כזו אינה קיימת. אכן, אין מקובלת עלינו התפיסה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בהם כדי להצדיק – ברמה של תכלית כללית – הפליה על-ידי המדינה בין אזרחים של המדינה על בסיס דת או לאום. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע (בסעיף 1א), כי:

"חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בין היתר, מבססים את זכותו של העם היהודי לעמוד ברשות עצמו במדינתו הריבונית. כלשונה של הכרזת העצמאות [42]:

א

"בארץ־ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכס־תרבות לאומיים וכלל־אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחיים."

ב

אכן, שיבתו של העם היהודי למולדתו נגזרת מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד (ראו ע"ב 1/65 ידדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית [23], בעמ' 385). מערכיה אלה של מדינת ישראל – מכל אחד מהם בנפרד ומהשתלבותם זה בגדר זה – מתבקשות מסקנות מספר: כך, למשל, מתבקש כי עברית תהא שפה עיקרית במדינה ועיקרי חגיגה ישקפו את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מתבקש מכך גם כי מורשת ישראל תהווה מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית, ומתבקשות מסקנות נוספות שאין לנו צורך לעמוד עליהן. אך מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא־יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל. "המדינה – מדינת היהודים היא; המשטר המתקיים בה – הוא משטר דמוקרטי נאור, המעניק זכויות לכלל האזרחים, יהודים כלא יהודים" (השופט ד' לוין בע"ב 2/88 הנ"ל [8], בעמ' 231). עמדותי על כך באחת הפרשות, בצייני:

ג

ד

"...במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית יינהג כל אדם – תהא דתו ותהא אמונתו ותהא לאומיותו אשר תהא – מזכויות אדם מלאות" (רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות [24], בעמ' 70).

ה

וחברי השופט חשין ציין בפרשה אחרת:

"נזכור ונדע – כיצד נוכל לשכוח – כי לא הייתה לו לעם היהודי – לא הייתה לו ואין לו – מדינה אחרת זולתי מדינת ישראל, מדינת היהודים. ואולם בתוככי המדינה כל אזרחי המדינה הם שווי זכויות" (רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות (להלן – פרשת איזקסון [25]), בעמ' 549).

ו

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 (ראו: בג"ץ 392/72 הנ"ל [14], בעמ' 771; בג"ץ 175/71 פסטיבל למוזיקה אבוגוש קרית־יערים נ' שר החינוך והתרבות [26]). "עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בצווי 'משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה...' (ויקרא, כד, כב)

ז

שנתפרש בפי חז"ל כ'משפט השווה לכולכם' (כתובות, לג, א; בבא קמא, פג, ב), התקדש בתורת ישראל מאז היה לעם" (השופט טירקל בבג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר [27], בעמ' 119). השופט אלון עמד על כך כי "יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית, א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם – כל אדם באשר הוא – שוויונו ואהבתו" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יר"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה [28], בעמ' 298). אכן, "...העם היהודי הקים את המדינה היהודית. זו הראשית וממנה נמשיך בדרך" (השופט חשין בפרשת איזקסון [25], בעמ' 548). אך משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה. מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות [42], אשר קראה "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה...". אין אפוא כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני-האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא – נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. נמצא, כי הטענה העקרונית השנייה שהועלתה בפנינו, עד כמה שהיא נוגעת לתכלית הכללית המונחת ביסוד החוק, דינה להידחות.

32. היבט אחר של הטענה בדבר ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הוא לעניין השפעתם של ערכים אלה על גיבוש התכליות המיוחדות המונחות ביסוד החוק. אכן, מקובל עלינו כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עשויים לגבש תכליות מיוחדות, ברמות הפשטה שונות. כפי שראינו, בנסיבות שלפנינו (ראו פסקאות 26-28) אין קיימות תכליות מיוחדות שכאלה אשר ידן על העליונה. נמצא, כי גם היבט זה של הטענה דינו להידחות.

1 סיכום ביניים

33. הגענו אפוא למסקנה כי אם הקצאת זכות במקרקעין להקמת היישוב הקהילתי בקציר הייתה נעשית במישרין על-ידי המדינה, מוטלת הייתה על המדינה החובה לנהוג בשוויון בין כל המבקשים ממנה זכות להקים בית באותו מקום. משמעות הדבר הינה, כי כל אדם בישראל, תהא לאומיותו אשר תהא, כשיר היה להשתתף בתחרות על הזכות לבנות ביתו ביישוב הקהילתי בקציר. אך כידוע מדינת ישראל אינה מקצה במישרין מקרקעין לבניית בתים ביישוב הקהילתי קציר. הקצאה ישירה של מקרקעין על-ידי המדינה נעשתה בהתיישבות העירונית שבמקום, ובה נהגה המדינה בשוויון. ואילו

לעניין היישוב הקהילתי, המדינה הקצתה מקרקעין – במסגרת "הסכם הרשאה" – לסוכנות היהודית, אשר מצדה סייעה – באמצעות התאחדות האיכרים בישראל – במסירת הקרקע לאגודה השיתופית קציר, אשר מקבלת לשורותיה יהודים בלבד. האם הפרה מדינת ישראל את חובתה לנהוג בשוויון בכך שהעבירה המקרקעין (על-פי הסכם ההרשאה) לסוכנות היהודית? שאלה זו "נפצל" לשתי שאלות משנה: האחת, אם המדינה הייתה מפרה את חובתה לנהוג בשוויון בכך שהייתה מעבירה מקרקעין (על-פי הסכם הרשאה) לגוף שלישי כלשהו (שאינו הסוכנות היהודית) המשתמש במקרקעין בדרך מפלה. אם התשובה על שאלה זו היא בחיוב, יהא מקום לדון בשאלה השנייה, והיא – אם אין לומר כי חובתה של המדינה לנהוג בשוויון אינה מופרת אם העברת המקרקעין נעשית דווקא לסוכנות היהודית. לבחינתן של שתי שאלות אלה נעבור עתה.

העברת מקרקעין לגוף שלישי כלשהו המתקשר עם יהודים בלבד

34. חובתה של המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין מופרת אם המדינה מעבירה מקרקעין לגוף שלישי, אשר מצדו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס של דת או לאום. המדינה אינה יכולה להשתחרר מחובתה החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין, על-ידי שימוש בגוף שלישי הנוקט מדיניות מפלה. אכן, את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין. ודוק: איננו עוסקים בשאלה אם בקבלת זכות במקרקעי המדינה הוטלה על הצד השלישי גם החובה שלא להפלות בין יהודים לערבים (ראו: *Burton v. Wilmington Parking Authority* [32] (1997) *Eldridge v. B.C. (A.G.)* [31] (1961)). שאלה זו אינה מתעוררת בפנינו, שכן היא חורגת מגדריה של העתירה. השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם המדינה, היא עצמה, מפרה את חובתה לנהוג בשוויון, שעה שגוף שלישי שאליו מועברים מקרקעי המדינה, נוקט מדיניות המקצה מקרקעין ליהודים בלבד. על שאלה זו תשובתנו הינה בחיוב.

העברת מקרקעין לסוכנות היהודית

35. בעתירות שלפנינו הוקצו המקרקעין, על-ידי המדינה, לסוכנות היהודית, אשר מצדה העבירה המקרקעין לגוף שאינו מקצה מקרקעין אלא ליהודים בלבד. האם בכך שהעברה בוצעה דרך הסוכנות היהודית יצאה המדינה ידי חובת השוויון, ושוב אין לראותה כמפרה עיקרון זה? התשובה על שאלה זו היא בשלילה. חוק מעמד הסוכנות והאמנה אינם מעניקים היתר למדינה להפלות בין אזרחי המדינה (ראו סעיף 8(ב) לחוק מעמד הסוכנות וסעיף 2 לאמנה). אכן, חוק מעמד הסוכנות "...ביסודו, אינו אלא הצהרתי בלבד, אין הוא קובע סמכויות שלטוניות ואין הוא מאציל אותן" (המשנה לנשיא אלון בבג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יטודי לבנות "בית רבקה" נ')

הסוכנות היהודית לארץ-ישראל (להלן – פרשת בית רבקה [29]), בעמ' 668). הסוכנות היהודית ממלאת תפקידים חשובים. היא פועלת, כאמור באמנה, "על יסוד תכנית מוסכמת מראש עם הממשלה" (סעיף 3 לאמנה). תכנית זו, אשר המדינה צד לה, אינה יכולה להיות תכנית מפלה. פעולת מדינה שהיא מפלה בנסיבותיה אם היא נעשית כלפי צד שלישי כלשהו, אינה מאבדת מאופייה המפלה, אם היא נעשית באמצעות הסוכנות היהודית.

36. כמובן, אין להתעלם מן המעמד המיוחד של הסוכנות היהודית במדינת ישראל ומן הזכויות הרבות של הסוכנות היהודית בפיתוח המדינה ובהגשמת ייעודה כמדינה יהודית, בנוסף להיותה מדינה דמוקרטית. המעמד המיוחד של הסוכנות היהודית בא לידי ביטוי בחוקי המדינה. חוק מעמד הסוכנות קובע כי הסוכנות היהודית "...פועלת במדינת ישראל בתחומים שבחרה בהסכמת הממשלה" (סעיף 2א); כי ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית "...שוקדות כמקודם על העליה ומנצחות על מפעלי קליטה והתיישבות במדינה" (סעיף 3); כי מדינת ישראל מכירה בסוכנות היהודית כסוכנת מוסמכת שתוסף לפעול "...לפיתוח הארץ ויישובה, לקליטת עולים מהתפוצות ולתיאום פעולותיהם בישראל של מוסדות ואיגודים יהודיים הפועלים בתחומים אלה" (סעיף 4) ועוד. גם האמנה שנכתבה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית בשנת תשל"ט-1979 נותנת ביטוי למעמד המיוחד ולשליחות החשובה של הסוכנות היהודית. בית-משפט זה, בפרשת בית רבקה [29], הביא בהרחבה מהוראות חוק מעמד הסוכנות ומהוראות האמנה וציין (המשנה לנשיא אלוו, בעמ' 667) כי "עיקרו של חוק מעמד הסוכנות במתן ביטוי לקשר ההיסטורי בין עם ישראל למדינת ישראל...". מעמד זה בא לידי ביטוי ברחבי הארץ במשך עשרות שנים: לפני הקמת המדינה, בדרך אל הקמת המדינה ולאחר הקמת המדינה עד היום. הסוכנות היהודית מילאה תפקיד ראשון במעלה בהגשמת החזון הציוני, בקיבוץ גלויות ובהפרחת הארץ, והיא לא סיימה את התפקיד שנועד לה; עדיין היא משמשת, כ"גוף וולונטרי" (פרשת בית רבקה [29], בעמ' 670), שליח של העם היהודי בפיתוח המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

37. גם באי-כוח העותרים אינם חולקים על התפקיד החשוב שהסוכנות היהודית מילאה בהיסטוריה של מדינת ישראל, ואף אין הם מותחים ביקורת על המדיניות שהייתה נוהגת במשך שנים רבות באשר להקמת יישובים יהודיים ברחבי הארץ. וכך הם אומרים בעתירה:

"עתירה זו צופה בעיקרה פני עתיד. אין בכוונת העותרים להעביר תחת שבט הביקורת את המדיניות ארוכת השנים, לפיה הוקמו ברחבי הארץ (בסיוע מוסדות ההתיישבות) יישובים – קיבוצים, מושבים ומצפים – שבהם התגוררו בעבר ומתגוררים היום, כמעט תמיד, אך ורק יהודים העותרים

אינם ממקדים את טיעוניהם בלגיטימיות של המדיניות ששררה בעניין זה בתקופה שקדמה לקום המדינה ובשנים שחלפו מאז הקמתה. הם אף אינם מערערים על התפקיד המכריע שמילאה הסוכנות היהודית ביישוב יהודים ברחבי הארץ במהלך המאה הזו.

א

לא זו בלבד שהעתירה צופה פני עתיד, אלא היא גם ממוקדת ביישוב הקהילתי קציר, בנסיבות כפי שהובאו בפנינו. מטבע הדברים, קיימים יישובים מסוגים שונים, כגון: קיבוצים, מושבים ומצפים. יישובים מסוגים שונים עשויים לעורר בעיות שונות. לא שמענו טענות בנוגע ליישובים מסוגים שונים ולכן גם לא ננקוט עמדה לגבי יישובים כאלה. זאת ועוד: יש להביא בחשבון שאפשרויות נסיבות מיוחדות מעבר לסוג היישוב, כמו נסיבות מיוחדות מבחינת ביטחון המדינה, שעשויה להיות להן חשיבות. לא שמענו טענות לגבי המשמעות של נסיבות כאלה, ולכן גם לא נביע דעה לגבי המשמעות שלהן. בנוסף לכך, לדעת ולזכור כי אנו עושים כיום צעד ראשון בדרך קשה ורגישה. מן הראוי לצעוד בדרך זאת עקב בצד אגודל, שלא נמעד וניכשל, אלא נתקדם בה בזהירות ממקרה למקרה, לפי הנסיבות של כל מקרה. עם זאת, גם אם הדרך תהיה ארוכה, חשוב שנדע תמיד, לא רק מאין באנו, אלא גם לאן אנו הולכים.

ב

ג

38. מה עולה מכל האמור לגבי המקרה שלפנינו? קבענו כי המדינה אינה רשאית להפלות במישרין על בסיס של דת או לאום בהקצאה של מקרקעי המדינה. מכאן נובע כי המדינה אף אינה רשאית להפלות בעקיפין על בסיס של דת או לאום בהקצאה של מקרקעי המדינה. פועל יוצא הוא, שהמדינה אינה רשאית לאפשר הפליה כזאת במקרקעי המדינה באמצעות העברה של המקרקעין לסוכנות היהודית. אין דבר בחוק מעמד הסוכנות, או באמנה, המכשיר הפליה כזאת בהקצאת מקרקעין של המדינה. אכן, לפי סעיף 3 לאמנה, הסוכנות היהודית פועלת "על יסוד תכנית מוסכמת מראש עם הממשלה". אולם, לפי סעיף 8(ב) לחוק מעמד הסוכנות, שיתוף הפעולה שבין מדינת ישראל לבין הסוכנות היהודית צריך להיעשות "בהתאם לחוקי המדינה". ברור לפי סעיף זה ולפי עקרונות יסוד, כי תכנית לשיתוף פעולה בין המדינה לבין הסוכנות היהודית אינה יכולה להיות תכנית מפלה. ההפליה אינה מאבדת את האופי המפלה שלה, גם אם היא נעשית באמצעות הסוכנות היהודית, ולכן אין היא מותרת למדינה.

ד

ה

ו

הסעד

39. מהו אפוא הסעד שהעותרים זכאים לו? התשובה אינה פשוטה כלל ועיקר. העתירה, כדברי העותרים, צופה פני עתיד, אך אין לשכוח כי המדינה הקצתה את המקרקעין שעליהם הוקם היישוב הקהילתי קציר לסוכנות היהודית על-פי הסכם שנערך בשנת 1986. ההסכם נערך מתוך ידיעה שהסוכנות היהודית תשקיע משאבים בפיתוח

ז

המקרקעין על-פי מסמכי היסוד שלה, כלומר כדי להקים יישוב יהודי. ואכן, על יסוד הסכם זה, ובהתאם למסמכי היסוד של הסוכנות היהודית, השקיעה הסוכנות היהודית משאבים בהקמת היישוב הקהילתי קציר. לצורך זה היא אף ערכה הסכם עם האגודה השיתופית קציר. זאת ועוד: המתישבים ביישוב הקהילתי רכשו בתים במקום, ועברו להתגורר בו, על יסוד הסתמכות על המצב כפי שהיה קיים בשעתו. כל אלה מעוררים בעיות קשות מבחינת הסוכנות, האגודה השיתופית קציר ותושבי היישוב, לא רק מבחינה חברתית, אלא גם מבחינה משפטית. שכן, זאת נזכור: הכרעת-הדין ניתנת היום, לאחר שעברו כארבע-עשרה שנים מאז ההקצאה, ולאחר שהמתישבים והסוכנות היהודית עצמה פעלו על סמך ציפיות שהיו מקובלות במקומן ובשעתן. כל אלה מקשים על המדינה ועשויים להטיל עליה מגבלות גם מבחינה משפטית. גם אנו איננו יכולים להתעלם מבעיות אלה.

40. במצב זה, מתוך רצון להביא את כל השיקולים והקשיים בחשבון, ולהגיע לכלל איזון ראוי, החלטנו לעשות בעתירה זאת צו מוחלט במוכח הבא:

א. אנו מצהירים כי המדינה לא הייתה רשאית על-פי דין להקצות מקרקעי המדינה לסוכנות היהודית לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של הפליה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים.

ב. על המדינה לשקול את בקשתם של העותרים לרכוש לעצמם חלקת מקרקעין ביישוב קציר לצורך הקמת ביתם, וזאת על יסוד עקרון השוויון, ומתוך התחשבות בשיקולים השייכים לעניין – לרבות השיקולים הנוגעים לסוכנות ולמתישבים במקום – וכולל הבעיות המשפטיות הכרוכות בעניין זה. על יסוד שיקולים אלה, על המדינה להחליט במהירות הראויה אם יש בידה לאפשר לעותרים, במסגרת הדין, להקים לעצמם בית בתחום היישוב הקהילתי קציר.

השופט ת' אור
אני מסכים.

השופט י' זמיר
אני מסכים.

השופט מ' חשין

א

בחלוקת משאבי-הכלל בין יחיד החברה בישראל הופלו העותרים לרעה, וממילא זכאים הם לסעד שלו זכאי מי שהופלה לרעה. מטעם זה אני מסכים להכרעת-הדין של חברי הנשיא ברק.

השופט י' קדמי

ב

הערות פתיחה

1. העמדה העקרונית המוצגת בפסק-דינו של הנשיא בדבר מיקומו של ערך השוויון בין ערכיה של מדינת ישראל וההשלכה שיש לכך על הקצאת קרקע ממלכתית, מקובלת עליי. כן מקובלת עליי עמדת הנשיא, שלפיה לא ניתן לעקוף את יישום ערך השוויון בעניין הנדון כאן, על-ידי הקצאת קרקע ממלכתית לסוכנות היהודית, אשר לה, כשלעצמה, מותר להגביל את פלג האוכלוסיה שייחנה מפעילותה, בהיותה מוסד התיישבותי יהודי-ציוני.

ג

העמדה העקרונית האמורה – למיטב הבנתי – אינה חוסמת את הפתח בפני איזון בין ערך השוויון לבין ערכים אחרים וביניהם ערך הביטחון הלאומי. ערך זה מדבר בהבטחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובנסיבות שבהן יש לכך הצדקה – בהתחשב במיקומו או בתכלית הקמתו של יישוב המוקם על קרקע ממלכתית – בכוחו לכרסם את ערך השוויון ואף לדחותו (להלן – פתח האיזון).

ד

ה

בראשית דרכה של המדינה, היו היקפו וממדיו של "פתח האיזון" האמור רחבים יחסית, לנוכח המשקל שהיה בשעתו לערכים האחרים – וביניהם ערך הביטחון הלאומי – בנסיבות המיוחדות שהיו קיימות אז. ברם, ככל שהמדינה התפתחה והסיכונים שעמדו על דרך ביסוסה כמדינה יהודית ודמוקרטית איבדו מכוחם, כך הלך והצטמצם הפתח. כיום ממדיו של הפתח צרים ומצומצמים ביותר, ואיזון כאמור יתחייב בנסיבות נדירות בלבד. לדאבון הלב, טרם הגענו אל המנוחה ואל הנחלה, וכל עוד לא נגיע אליה, לא יהיה – ככל הנראה – מנוס מהותרת שרידים מן הפתח האמור על מכונם.

ו

מן הכלל אל הפרט

ז

2. על רקע קיומו של פתח האיזון, מוגנים – לשיטתי – מעשי העבר בתחום הקצאת קרקע ממלכתית מפני עיון חוזר ותיקון למפרע. ראשית, מן הטעם שעומדת לזכותם חזקה שלפיה, אם היה בהם משום פגיעה בערך השוויון, יש לראותה כפגיעה

שהתחייבה מדרישותיהם של ערכים חיוניים מתחרים. המעשה נושא העתירה – קרי: ההחלטה בדבר הקמת יישוב קהילתי בקציר, שאוכלוסייתו מוגבלת ליוצאי צבא בלבד – נעשה לפני כשמונה-עשרה שנים, ואנוכי לא מצאתי בחומר שבא בפנינו הצדקה לערעור כוחה של החזקה האמורה. לשיטתי, אין די בכך שמיקומו של היישוב הקהילתי סמוך טופוגרפית ליישוב עירוני שאין לגביו מגבלות אכלוס, כדי לקבוע שמגבלות מסוג זה ביישוב הקהילתי לא התחייבו בשעתו – על-פי מצב הדברים שהיה קיים אז – מאיזון בין ערך השוויון לבין ערכים חיוניים אחרים.

א

ב

ושנית, לנוכח החידוש שיש בפסק-הדין, הן לעניין כוחו של ערך השוויון בכל הקשור לניצול קרקע ממלכתית בדרך-כלל והן לעניין תחולתו לגבי הקצאת קרקע כזאת לסוכנות היהודית בפרט. על-פי טיבו – ובמיוחד אמורים הדברים לעניין הקצאת קרקע ממלכתית לסוכנות היהודית – חידוש כזה אינו פועל למפרע.

ג

משני הטעמים הנ"ל, מן הראוי – לשיטתי – להסתפק במקרה דנן בפסק-דין הצהרתי בדבר מעמדו ומשקלו של ערך השוויון לעניינה של הקצאת קרקע ממלכתית, כמפורט בפסק-דינו של הנשיא; וזאת, תוך הבהרה כי פניו של פסק-הדין לעתיד, וכי אין בו כדי לבסס דרישה לעיון חוזר במעשי העבר.

ד

התוצאה היא כי אנו עושים, ברוב דעות (כנגד דעתו החולקת של השופט קדמי), את הצו-על-תנאי מוחלט כאמור בפסקה 40 לפסק-דינו של הנשיא.

ניתן היום, א' באדר ב' תש"ס (8.3.2000).

ה

ו

ז

*** מקרקעין – מקרקעי ישראל – הקצאתם**

תכליתו של חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960 – תכליות מיוחדות – תכליות כלליות – הקצאת מקרקעין של המדינה לבניית יישוב קהילתי באמצעות הסוכנות היהודית – החובה לנהוג בשוויון – האיסור להפלות בין יהודים לשאינם יהודים בקבלה ליישוב.

*** משפט חוקתי – זכויות הפרט – שוויון בפני החוק**

טיפול שונה על בסיס דת או לאום – טיפול המוחזק כחשוד בהפליה – תפיסת "נפרד אבל שווה" – פסלותה – אימתי היא מותרת – כאשר מטרתה להגן על קבוצת מיעוט לשמר את תרבותה ואת אורח חייה – ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית – האם מצדיקים הפליה במגורים על רקע דת או לאום – בחינת שאלת השוויון על-פי האפקט של המדיניות הנוהגת – ולא על-פי כוונותיה – מדיניות הקצאת מקרקעין שהאפקט שלה הוא הפליה לרעה של ערבים – פסלותה – גם כאשר המדיניות המפלה נקבעת על-ידי גוף שלישי שלו הוקצתה הקרקע.

*** משפט חוקתי – חוקי יסוד – מדינה יהודית ודמוקרטיה**

משמעות המונח – האם מצדיק הבחנה לעניין מגורים בין יהודים ללא יהודים – עקרון השוויון כערך יסוד של המדינה.

*** משפט חוקתי – שלטון החוק – הסדרים ראשוניים ומשניים**

החובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית – שתפרט את מטרות הפעולה של הרשות המינהלית המוסמכת – אי-פירוט מטרות הפעולה כפגיעה בעקרון שלטון החוק.

*** משפט מינהלי – בג"ץ – פנייה מוקדמת**

אי-הגשת בקשה פורמאלית בנושא העתירה לרשות המוסמכת – מצב שבו ברור שלו הוגשה בקשה כזו היא הייתה נדחית לאור מדיניות הרשות.