

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6698/95

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופט ת' אור  
כבוד השופט מ' חשין  
כבוד השופט י' קדמי  
כבוד השופט י' זמיר

העותרים:

1. עאדל קעדאן  
2. אימאן קעדאן

נגד

המשיבים:

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

### התנגדות לצו על תנאי

תאריכי הישיבות:

ל' בתשרי התשנ"ז (13.10.96)  
י' באדר ב' התשנ"ז (19.3.97)  
כ"א בשבט התשנ"ח (17.2.98)

בשם העותרים:

עו"ד נטע זיו; עו"ד דן יקיר

בשם המשיבים 1-2:

עו"ד עוזי פוגלמן

בשם המשיבה 3

עו"ד אילן פורת

בשם המשיבה 4

עו"ד ד"ר אמנון גולדנברג, עו"ד אהרון שריג, עו"ד מוטי ארד

בשם המשיבות 5-6

עו"ד גד שטילמן; עו"ד יהודה תורג'מן

פסק-דין

**הנשיא א' ברק:**

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.

**העובדות**

1. מדינת ישראל היא בעלת מקרקעין באיזור 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 מס' 2) שכונת מגורים. המדינה בנתה את יחידות הדירה. היא מקצה אותן לציבור הרחב על פי הכללים המקובלים במשרד הבינוי והשיכון. יהודים וערבים כאחד זכאים לרכוש יחידות דירה בשכונה זו. שטחה של הגבעה השניה (הקרויה "הגבעה המערבית") הוקצה על ידי מדינת ישראל (מינהל מקרקעי ישראל: המשיב מס' 1. להלן: "המינהל") - במסגרת "הסכם הרשאה" לפיתוח - לסוכנות היהודית לארץ-ישראל: המשיבה מס' 4 (להלן - הסוכנות היהודית). ההסכם, שנערך בשנת 1986 הוא לשבע שנים. הוא מוארך מעת לעת. ההסכם האחרון (מיום - 1.9.93) הוא עד לשנת אלפיים.

2. הסוכנות היהודית החליטה להקים על הקרקע שקיבלה מהמדינה (בגבעה המערבית) יישוב קהילתי-כפרי. היא הקימה (ב-1982) את היישוב הקהילתי-קציר (להלן - היישוב הקהילתי). הסוכנות היהודית השקיעה בו השקעות ניכרות בתשתית ובמבנים. קציר היא אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית (המשיבה מס' 5: להלן - האגודה השיתופית קציר). היא התאגדה (בשנת 1981) בסיוע התאחדות האיכרים בישראל (היא המשיבה מס' 6). מטרותיה של האגודה השיתופית קציר הינן, בין היתר, להקים, לקיים ולנהל יישוב כפרי קהילתי שיהא מבוסס על ארגון חבריו כקהילה המקיימת שיתוף בין חבריה. 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-8.2.82). הלכה למעשה, אין מתקבלים ערבים כחברים באגודה השיתופית.

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

4. העותרים הם בני זוג, ולהם שתי בנות. הם ערבים המתגוררים כיום ביישוב ערבי. הם ביקשו - ועודם מבקשים - לגור במקום בו קיימת איכות חיים ורמת חיים שונה מזו בה 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 לה 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 ומנהל המינהל. פניותיה לא נענו עד למועד הגשת העתירה.

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

2. מדוע לא ישנו את מדיניותם או החלטתם לפיה מגרשים לבנייה עצמית ביישוב קציר יוקצו רק לאחר קבלת אישור מן (הסוכנות היהודית והאגודה השיתופית קציר - א' ב') על קבלתו של מועמד למגורים ביישוב כחבר (באגודה השיתופית - א' ב') ומדוע לא ינקטו את כל הצעדים המתחייבים משינוי כאמור; וכן

3. מדוע לא יאפשרו לעותרים לרכוש ישירות מן (המינהל, משרד הבינוי והשיכון או מן המועצה המקומית - א' ב') או מי מהם, מגרש לבנייה עצמית ביישוב קציר, עליו יוכלו לבנות בית להם ולילדיהם."

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 בעל-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 קציר, תוך שהעותרים יציגו את מועמדותם לאגודה השיתופית. עו"ד בר-סלע 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 מכוחה מוקמים ישובים המיועדים אך ורק ליהודים. לטענתם, הקמת ישובים 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, לענין זה, מופנות כנגד המינהל. לטענתם, הוא מפר את מחויבותו לפעול כנאמן עבור כלל אזרחי ותושבי המדינה ולנהוג כלפיהם בשוויון, בכך שהוא מקצה קרקעות מדינה לגופים (דוגמת הסוכנות היהודית, התאחדות האיכרים והאגודה השיתופית קציר) העושים בקרקע שימוש מפלה ובלתי שוויוני.

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, התש"ו-1950. העותרים גם אינם שוללים לחלוטין את זכותה של קהילה סגורה לקבוע תנאי הצטרפות ייחודיים לשורותיה - ובלבד שאכן מדובר בקהילה ייחודית בעלת מאפיינים מובהקים אשר רמת הסולידריות והשיתוף בין חבריה היא גבוהה. מאפיינים אלה אינם מתקיימים, לשיטת העותרים, בישוב הקהילתי קציר.

#### טענות המשיבים

8. למשיבים שתי טענות סף. לטענתם, נגועה העתירה בשיהוי כבד, שכן הקרקע עליה 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 בו 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, טענת האגודה השיתופית, כי העתירה הוגשה טרם זמנה. זאת ועוד, האגודה השיתופית 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.

9. לגוף העתירה טוענים המשיבים 1 ו-2 (המינהל ומשרד הבינוי והשיכון). כי פעלו כדין בהקצותם 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 28.6.79 ("פ תשל"ט 2565, עמ' 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.

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) ליצור ישוב חדש או להצטרף לישוב קיים, אולם אין משמעות הדבר, כי העותרים יכולים לדרוש להתיישב דווקא ביישוב שהוקם על ידי הסוכנות היהודית ולהנות, 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 הישוב הקהילתי דווקא בנחל עירון. גם משיבות אלו אינן כופרות בזכותם של ערבים ישראלים להתגורר על אדמות המדינה ולהנות משוויון מלא. אלא שלשיטתן, אין מקום לקיומם של ישובים קהילתיים מעורבים חרף רצונם של אנשי הישוב.

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. משהוברה 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. אין גם לומר שהעתירה מוקדמת, שכן העותרים לא פנו בבקשה פורמלית להתקבל לאגודה. כפי שעולה מהתשתית העובדתית שהונחה לפנינו, מוסכם על הכל, כי אילו פנו העותרים לאגודה השיתופית קציר בבקשה להתקבל כחברים בה, בקשתם היתה נדחית. בנסיבות אלה, אין תוחלת בפניה חסרת כל ממשות. גם הליך הגישור לא הביא לכל תוצאות בענין זה. נפנה עתה לגוף העתירה.

השאלות שבפנינו:

13. השאלה המשפטית הניצבת בפנינו הינה, אם המדינה (באמצעות מינהל מקרקעי ישראל) פעלה כדין שעה שהקצתה את המקרקעין עליהם 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, האם היתה המדינה (משרד הבינוי והשיכון, מינהל מקרקעי ישראל) פועלת כדין, אם היא עצמה היתה פועלת במישרין תוך שהיתה קובעת לעצמה מדיניות, לפיה 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 האם 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.

המדינה מקצה במקרקעין ליישוב קהילתי כפרי שאינו מקבל ערבים לשורותיו

14. הרשאית היתה מדינת ישראל לקבוע מדיניות לפיה יינתנו על ידה במישרין הרשאות לשימוש בקרקע לשם הקמת היישוב הקהילתי קציר המיועד ליהודים בלבד? מתן תשובה לשאלה זו מחייב פניה 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). עניינו הוא במקרקעי ישראל שהם המקרקעין של המדינה, ובחינתנו מוגבלת למקרקעין אלה בלבד. מקרקעי ישראל מנוהלים על ידי מינהל מקרקעי ישראל (חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך1960-). המדיניות הקרקעית של המינהל נקבעת על-ידי מועצת מקרקעי ישראל (סעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל).

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 כמטריה נורמטיבית על פני כל דברי החקיקה כולם. נבחן תחילה את התכליות המיוחדות ולאחר מכן נפנה לבחינת התכליות הכלליות.

פעילות המינהל: תכליות מיוחדות

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

"...בולטת מגמתו של המחוקק להבטיח שהמדיניות המקרקעית, לפיה יבוצעו בעתיד כל הפעולות והעסקאות 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 והעסקאות ההן, בהתאם למדיניות שנקבעה כאמור, ירוכז, 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, פ"ד כא (2) 718, 727, ראו גם: י' ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (1993) 217-216 ("ויסמן"); ר' אלתרמן "מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל ? בחינה של ההצדקות להמשך הבעלות המקומית על המקרקעין", עיני משפט כא (1998) 535, כן ראו: הצעת חוק יסוד: מקרקעי העם, ה"ח תשי"ט 272, ד"כ 27 (תשי"ט) 2940, 2952).

דא עקא, מעבר לעצם ריכוז הסמכויות הנוגעות לניהול מקרקעין, אין בחוקים הנוגעים בדבר הגדרה באשר לתכליות וליעדים שלשמן תופעל הסמכות הריכוזית. חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך 1960-, אינו מגדיר מהם היעדים והתכליות המיוחדות הניצבים בפני המינהל. כל שנאמר, לעניין זה בחוק הוא, כי:

"הממשלה תקים מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל") שינהל את מקרקעי ישראל"

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', תשנ"ו), עמ' 237-236, ראו גם: י' דותן הנחיות מינהליות (תשנ"ו) 316-315; ד' ברק-ארז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" עיני משפט כא (תשנ"ח) 613, 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, התש"ך 1960 (ה"ח 34) שבדבריה 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."

באמנה האמורה (שנחתמה ביום 28.11.61 ופורסמה ב"פ 1456, בעמ' 1597) נקבע בסעיף 4:

"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 יתנהלו, נוסף לכך, בכפיפות לתזכיר ולתקנות ההתאגדות של הקרן הקיימת לישראל."

18. על התכליות העומדות ביסוד מדיניותו של המינהל ניתן להוסיף וללמוד מהחלטת ממשלה 489 מיום

23.5.65, בה נקבע (סעיף ג' להחלטה):

"על רשויות התכנון השלים 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 נופש ושטחים פתוחים לצרכי ציבור, והבטחת רזרבה קרקעית לצרכים ממלכתיים וציבוריים"

החלטת ממשלה זו הובאה בפני המועצה עובר לקבלתה על ידי הממשלה ואומצה, כמות שהיא (ביום

17.5.65), על ידי המועצה (ראו לענין זה ויסמן, עמ' 243, ה"ש 2). מועצת מקרקעי ישראל שבה ואישרה את

עיקרי מדיניות המינהל בהחלטה מס' 202 מיום 28.3.78, בה קבעה:

"... 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."

19. נמצא אם כן, 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 בטחון ולאפשר ביצוע פרויקטים

לאומיים, דוגמת קליטת עליה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית. כן מונחות ביסוד החקיקה התכליות

המיוחדות שנועדו להקל על מלאכת התכנון תוך שמירת רזרבה קרקעית לצרכים ממלכתיים והקצאת שטחים פתוחים לצרכי הציבור, כל זאת כדי לאפשר יישום תכניות מיתאר ולמנוע סחר ספקולטיבי בקרקעות המדינה (וראו לעניין זה גם יסמ, 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 בענינו - על בית המשפט ללמוד על דבר תכליות מיוחדות לא רק מתוך החוק עצמו, אלא גם מתוך מקורות נוספים ובהם מההיסטוריה החקיקתית, ממהות הענין, 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 תתיישבנה עם מכלול ערכיה של השיטה.

פעילות המינהל: תכלית כללית של שוויון

20. בצד התכליות המיוחדות, המונחות ביסוד סמכותו ושיקול דעתו של המינהל, קיימות גם תכליות כלליות הפרושות כמטריה 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 "מחלחים" לכל דבר חקיקה, ומהווים את תכליתו הכללית (ראו בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 328 - להלן פרשת פורז; בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, - להלן פרשת זוילי; ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 198). עקרונות יסוד אלה מבטאים גם את מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מבין עקרונות אלה, רלבנטי לענינו עקרון השוויון.

השוויון כעקרון יסוד

21. השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל. כל רשות בישראל - ובראשן מדינת ישראל, רשויותיה ועובדיה - חייבת לנהוג בשוויון בין הפרטים השונים במדינה (ראו זמיר וסובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה' (1999) 165). כך מתבקש מאופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה; כך נגזר מעקרון שלטון החוק הנהוג במדינה. ביטוי לכך ניתן, בין השאר, בהכרזת העצמאות, הקובעת כי:

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

אכן, המדינה חייבת לכבד ולהגן על זכותו הבסיסית של כל פרט במדינה לשוויון. השוויון מונח בבסיס הקיום החברתי. הוא "תחילת התחילת" (השופט מ' חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 501) הוא "מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי. הוא חיוני להסכמה החברתית המונחת ביסוד המבנה החברתי" (פרשת זוילי, עמ' 707). הוא מהווה עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן (השופט שמגר בבג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806). עמדותי על כך באחת הפרשות בצייני:

"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, בידועו 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 פורז, עמ' 332)

וברוח דומה ציין השופט מ' חשין:

"טענת הפלייה לעולם נשמע לה, והיא בתשתית התשתיות. עקרון ההפלייה 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 ולמיצער מן האדם... הפלייה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה-של-קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישרים אל קנאה. ובבוא קנאה תאבד תבונה... נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו - השווה לנו - כמותנו ועימנו; אך נתקומם ולא נשלים במקום בו יקבל זולתנו - השווה לנו - את שאנו לא נקבל" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה (טרם פורסם)).

הנה כי כן, "שוויון זכויות וחובות לכל אזרחיה של מדינת ישראל הוא ממהותה ומאופייה של מדינת ישראל" (המשנה לנשיא, השופט אלון בע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 272, ראו גם פסק דינו בבג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221).

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, שם). חובת השוויון חלה גם מקום שהמדינה פועלת בתחומי המשפט הפרטי. על כן היא חלה בהתקשרויות החוזיות של המדינה (ראו בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 746). אכן, ביסוד תפישתנו 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, שם, עמ' 176). עמד על כך השופט זוסמן, בציינו:

"בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את 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, ומשפחה 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' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115).

23. חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה. היא חלה, איפוא, גם לענין הקצאת מקרקעי המדינה. אכן, מינהל מקרקעי ישראל 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 מ' חשין בבר"ע 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 221, 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 בצינו:

"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 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, 801).

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

24. השוויון הוא מושג מורכב. היקפו שנוי במחלוקת. עם זאת, הכל מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום. איסור זה מופיע בהצהרות ובאמנות בינלאומיות (כגון ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם 1948-, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966-, והאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם). הוא מקובל במרבית החוקות המודרניות. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות 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 יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפישות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806). הטיב להביע זאת השופט ברנזון, בצינו:

"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 הנלוזות 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 אוון בכפו. עלינו לגלות יחס אנושי וסובלני כלפי כל מי שנברא 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, פ"ד כז(2) 764, 771)

התרגום המעשי של תפישות 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 הבטחון, פ"ד מט (4) 194, 136-137 להלן - פרשת מילר; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה, פ"ד נב(3) 630, 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) - 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 בו לשונו המפורשת והברורה של דבר חקיקה קובעת תכליות מיוחדות המובילות לטיפול מפלה, ובאיזון שבינן לבין התכלית הכללית בדבר שוויון, ידן של התכליות המיוחדות על העליונה. לאיזון זה שבינן 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 איזון (עקרוני ואנכי) בין התכליות המתנגשות. בדרך זו נקט בית משפט זה מאז פרשת קול העם (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז' 871). באותה פרשה נקבע, כי באיזון בין התכליות המיוחדות שעמדו ביסוד דבר החקיקה שנדון שם ושעניין שלום הציבור ובטחונו, 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 בנוסחת איזון" דומה בשורה ארוכה של התנגשויות בין תכליות מיוחדות לבין תכליות כלליות (ראו 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1). שאלה יפה היא אם נוסחת איזון זו צריכה לשמש אותנו גם בהתנגשות בין התכליות הכלליות לתכליות המיוחדות בענייננו? האם אין מקום לנוסחת איזון שונה, כגון זו של האפשרות הסבירה? והאם לא נדרשות,

בתחום השוויון, נוסחאות איזון מגוונות על פי מהותה של הפגיעה בשוויון? אין לנו צורך לבחון שאלות אלה בגדרי העתירה שלפנינו, שכן, כפי שנראה, בעתירה שלפנינו לא קיימת כלל התנגשות בין התכליות הכלליות לתכליות המיוחדות. נוכל איפוא להשאיר ענין זה בצריך עיון. נעבור, איפוא, עתה לבחינת נסיבות הענין 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. ענין זה לא מתעורר בעתירה שלפנינו, ולא נרחיב בו; שנית, במצבים מיוחדים - בהם התכליות המיוחדות קבועות במפורש בדבר החקיקה או משתמעות בבירור ממנו - לא די בכך שנוסחת האיזון מאפשרת לקבוע את התכלית המונחת ביסוד החוק המסמיך. 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) ופסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). שאלה זו לא מתעוררת בפנינו כלל, שכן שאלת חוקתיותו של חוק מינהל מקרקעי ישראל אינה מונחת להכרעתנו. השאלה היחידה בה נתבקשנו להכריע הינה, אם החלטתו של מינהל מקרקעי ישראל, בכל הנוגע להקצאת קרקעות להקמת היישוב הקהילתי קציר ליהודים בלבד, היא במסגרת הסמכות שהוקנתה למינהל בחוק מינהל מקרקעי ישראל.

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 היתה 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 (מינהל מקרקעי ישראל 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, האם 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. מהן התכליות המיוחדות אשר הגשמתן פוגעות 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 בטחון ישראל על-ידי כך. בהקשר 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 ענינה מכלול ההתיישבות היהודית על כל היבטיה; עתירה זו אין ענינה פעולותיה של הסוכנות היהודית על כל גווניה. העתירה שלפנינו ענינה יישוב קהילתי מסויים 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



ישובים "מעורבים", עירוניים או כפריים, בהם דרים יהודים וערבים באותו ישוב, אותה שכונה, או אותו בית דירות. יתרה מזו, המשיבים אינם חולקים גם על זכותם של העותרים להתגורר בישוב 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 בישוב הקהילתי, מרחק של כ- 2 ק"מ מן השכונה שנבנתה על ידי משרד הבינוי והשיכון, מצדיקה פגיעה בעקרון השוויון.

29. מסקנתי הינה, איפוא, זו: החלטה שהמינהל היה מקבל להקצות במישרין מקרקעין בטל עירון להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד, היתה 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 שבנסיונות העניין - ועל פי נוסחת האיזון הראויה - ידן על העליונה. נמצא, כי החלטה כזאת, לו היתה מתקבלת, היתה בלתי חוקית. כנגד מסקנה זו העלו בפנינו הסוכנות היהודית והתאחדות האיכרים שתי טענות עקרוניות, אליהן נפנה עתה.

30. הטענה העקרונית הראשונה היא זו: החלטה על הקצאת מקרקעין להקמת היישוב הקהילתי קציר ליהודים בלבד אינה פוגעת בשוויון, שכן מנהל מקרקעי ישראל מוכן להקצות מקרקעין גם להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד. טענה זו, בלבשה המשפטי הינה, כי טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול שווה. כידוע, טענה זו הועלתה בשנות החמישים בארצות הברית לענין מדיניות החינוך בארצות הברית שהפרידה בין חינוך לתלמידים לבנים וחינוך לתלמידים אפרו-אמריקאים. בית המשפט העליון החליט (בפרשה של Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)) כי מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הינה מעצם טבעה בלתי שווה ("inherently unequal"). ביסוד גישה זו מונחת התפישה 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 הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה 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 קבוצת מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע "התבוללות כפויה" (כלשונו של השופט שמגר בפרשת בורקאן, עמ' 808; ראו בנבנשתי, "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים", עיוני משפט כ"א 766 (1998) וכן, Days, "Brown Blues: Rethinking the Integrative Ideals", 34 Wm. & Mary L. Rev 53 (1992); Tein, "The Devaluation of Nonwhite Community in Remedies For Subsidized Housing

(1992) 140 U. Pa. L. Rev. 1463 ("Discrimination"). אכן, מוכן אני להניח - בלי לפסוק בדבר - כי קיימים מצבים בהם טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול חוקי. דוגמא לכך יכול לשמש פסק דינו בפרשת אביטן (בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297). שם החליט מינהל מקרקעי ישראל 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 מינהל מקרקעי ישראל 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 מטרת 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 לסייע ולעידוד, תוך התייחסות מיוחדת, מפלה לטובה, ולא העובדה שהם ערבים" (שם, עמ' 304).

מצב דברים זה - בו טיפול נפרד עשוי להחשב 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 ("האפקט") 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 המדיניות ואפקט זה, בענייננו, הוא מפלה (השווה בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ירושלים, פ"ד מח(2) 221, 241; וכן השופט מצא בבג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501); נמצא, כי מדיניות המינהל כיום מעניקה לערבים בפועל, טיפול נפרד ולא שווה. שנית, 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 (כפוף לתנאי קבלה שאינם מופיעים בתקנות האגודה השיתופית ושאת תכנם איננו יודעים). ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים "קבוצה ייחודית" (כלשונו של השופט אור בפרשת אביטן). נהפוך הוא: כל יהודי בישראל כחלק מרוב התושבים, שנפשו חפצה בחיים קהילתיים כפריים כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית. האגודה פונה איפוא, אל רוב רובו של הציבור בישראל. הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או בני הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות הענין שלפנינו, קריטריון מפלה. אכן, מרבית השיקולים שהוצגו בפנינו על ידי הסוכנות היהודית מבוססים על אותו סיווג "חשוד" של השתייכות לאומית, וכל מטרם לא באה אלא לקדם התיישבות יהודית באיזור. אכן, השילוב בין התוצאה הבלתי-שוויונית של המדיניות ובין הטעמים הבלתי-שוויוניים שבבסיסה, יוצר "מסה" חזקה של העדר שוויון, "מסה" שאינה מתבטלת ואף אינה פוחתת נוכח הנכונות העקרונית להקצות מקרקעין להתיישבות

קהילתית כפרית נפרדת של ערבים. אנו דוחים, איפוא, את הטענה כי בנסיבות הענין שלפנינו לא נפגם עקרון השוויון.

31. הטענה העקרונית השניה שהועלתה בפנינו היא זו: גם אילו החליט מינהל מקרקעי ישראל להקצות בנסיבות המקרה שלפנינו במישרין מקרקעין להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד, היתה זו החלטה חוקית, שכן היא היתה מגשימה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. ערכים אלה הם בעלי אופי חוקתי (ראו סעיף 1א' לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) והיה בהם כדי להעניק אופי חוקי להחלטתו של מינהל מקרקעי ישראל. טיעון זה מעלה שאלות רבות וחשובות. אין לנו צורך להכריע במרביתן. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, עד כמה שטעון 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, אינה מקובלת עלינו התפישה 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:

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

אכן, שיבתו של העם היהודי למולדתו נגזרת מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד (ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד י"ט(3) 365, 385). מערכיה אלה של מדינת ישראל - מכל אחד מהם בנפרד ומהשתלבותם זה בדרך זה - מתבקשות מספר מסקנות: כך, למשל, מתבקש כי עברית תהא שפה עיקרית במדינה ועיקרי חגיה 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 לא מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל. "המדינה - מדינת יהודים היא; המשטר המתקיים בה - הוא משטר דמוקרטי נאור, המעניק זכויות לכלל

האזרחים, יהודים כלא יהודים" (השופט ד' לויין בע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-

עשרה, פ"ד מג(4) 221, 231). עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ייחנה כל אדם - תהא דתו ותהא אמונתו ותהא לאומיותו אשר תהא - מזכויות אדם מלאות" (רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 70).

וחברי השופט מ' חשין ציין בפרשה אחרת:

"נזכור ונדע - כיצד נוכל לשכוח - כי לא היתה לו לעם היהודי - לא היתה 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, פ"ד נ(2) 529, 549 - להלן, פרשת איזקסון).

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 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, פ"ד כז(2) 764, 771; בג"ץ 175/71 פסטיבל למוזיקה אבו-גוש קרית-יערים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821). "עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בצווי 'משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה' (ויקרא, כד, כב) שנתפרש בפי חז"ל כמשפט 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, פ"ד לח(3) 113, 119). השופט אלון עמד על כך כי "ייסוד 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' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 298). אכן, "העם היהודי הקים את המדינה היהודית, זו הראשית וממנה נמשך בדרך" (השופט מ' חשין בפרשת איזקסון, עמ' 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, התשי"א-1950). אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדן, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות, אשר קראה "לבני העם הערבי, תושבי מדינת ישראל, לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה". אין, איפוא, 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

ודמוקרטיה. נמצא כי הטענה העקרונית השניה שהועלתה בפנינו, עד כמה שהיא נוגעת לתכלית הכללית המונחת ביסוד החוק, דינה להדחות.

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 עשויות לגבש תכליות מיוחדות, ברמות הפשטה שונות. כפי שראינו, בנסיבות שלפנינו (ראו פסקאות 26-28) לא קיימות תכליות מיוחדות שכאלה אשר ידן על העליונה. נמצא, כי גם היבט זה של הטענה דינו להדחות.

#### סיכום ביניים

33. הגענו איפוא למסקנה כי אם הקצאת זכות במקרקעין להקמת היישוב הקהילתי בקציר היתה נעשית במישרין על ידי המדינה, מוטלת היתה 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 לא מקצה במישרין מקרקעין לבניית בתים ביישוב הקהילתי קציר. הקצאה ישירה של מקרקעין על ידי המדינה נעשתה בהתיישובות העירונית שבמקום, ובה נהגה המדינה בשוויון. ואילו לענין 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, האם המדינה היתה מפירה את חובתה לנהוג בשוויון בכך שהיתה 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 השניה והיא, האם 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 Eldridge v. B.C. (A.G.), Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 721 (1961); 624 S.C.R. 3 [1997]). שאלה זו אינה מתעוררת בפנינו, שכן היא חורגת מגדרה של העתירה. השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם המדינה, היא עצמה, מפירה את חובתה לנהוג בשוויון, שעה שגוף שלישי אליו מועברים מקרקעי המדינה, נוקט במדיניות 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 מצידה העבירה המקרקעין לגוף שאינו מקצה מקרקעין אלא ליהודים בלבד. האם בכך שההעברה בוצעה דרך הסוכנות היהודית יצאה המדינה ידי חובת השוויון, ושוב אין לראותה כמפירה עקרון זה? התשובה על שאלה זו היא בשלילה. חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952- והאמנה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית לארץ ישראל, אינם מעניקים היתר למדינה להפלות בין אזרחי המדינה (ראו סעיף 8(ב) לחוק המעמד 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-יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, פ"ד מז(2) 661, 668: להלן - פרשת בית רבקה). 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 מאופיה 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 יעודה כמדינה יהודית, נוסף להיותה מדינה דמוקרטית. המעמד המיוחד של הסוכנות היהודית בא לידי ביטוי בחוקי המדינה. חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1952-, 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 שתוסיף 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 התשל"ט 1979- נותנת ביטוי למעמד המיוחד ולשליחות החשובה של הסוכנות היהודית. בית משפט זה בפרשת בית רבקה, הביא בהרחבה מהוראות חוק מעמד הסוכנות ומהוראות האמנה וציין (המשנה לנשיא מ' אלון, 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 ובהפרכת הארץ. והיא לא סיימה את התפקיד שנועד לה. עדיין היא משמשת, כ"גוף וולונטרי" (בג"ץ 4212/91, לעיל, בעמ' 670), שליח של העם היהודי בפיתוח המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

37. גם בא-כוח העותרים אינו חולק על התפקיד החשוב שהסוכנות היהודית מילאה בהיסטוריה של מדינת ישראל, ואף אין הוא מותח ביקורת על המדיניות שהיתה נוהגת במשך שנים רבות באשר להקמת יישובים יהודיים ברחבי הארץ. וכך הוא אומר 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".

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 לקחת בחשבון שאפשרויות נסיבות מיוחדות מעבר לסוג היישוב, כמו נסיבות מיוחדות מבחינת בטחון המדינה, שעשויה להיות להן חשיבות. לא שמענו טענות לגבי המשמעות של נסיבות כאלה, ולכן גם לא נביע דעה לגבי המשמעות שלהן. נוסף 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 בזירות 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.

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 מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג1952-, או באמנה שבין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית, המכשירים 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 המעמד, 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.



הסעד

39. מהו, אם כן, הסעד שהעותרים זכאים לו? התשובה אינה פשוטה כלל ועיקר. העתירה, כדברי העותרים, צופה פני עתיד. אך אין לשכוח כי המדינה הקצתה את המקרקעין עליהם הוקם היישוב הקהילתי קציר לסוכנות היהודית על פי הסכם שנערך בשנת 1986. ההסכם נערך מתוך ידיעה שהסוכנות היהודית תשקיע משאבים בפיתוח 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. המתיישבים 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 ותושבי היישוב, לא רק מבחינה חברתית, אלא גם מבחינה משפטית. שכן זאת נזכור: הכרעת הדין ניתנת היום, לאחר שעברו כארבע עשר שנים מאז ההקצאה, ולאחר שהמתיישבים 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 לא יכולים להתעלם מבעיות אלה.

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

א. אנו מצהירים כי המדינה לא היתה 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 בתים, וזאת על יסוד עקרון השוויון, ומתוך התחשבות בשיקולים השייכים לעניין - לרבות השיקולים הנוגעים לסוכנות ולמתיישבים במקום - וכולל הבעיות המשפטיות הכרוכות בענין 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.

שופט

**השופט י' זמיר:**

אני מסכים.

שופט

**השופט מ' חשין:**

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

שופט

**השופט י' קדמי:**

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 עלי. כן מקובלת עלי עמדת הנשיא, לפיה לא ניתן לעקוף את יישום ערך השוויון בהקשר הנדון כאן, על ידי הקצאת קרקע ממלכתית לסוכנות היהודית; אשר לה, כשלעצמה, מותר להגביל את פלג האוכלוסיה שיהנה מפעילותה, בהיותה מוסד התיישבותי יהודי-ציוני.

העמדה העקרונית האמורה - למיטב הבנתי - אינה חוסמת את הפתח בפני איזון בין ערך השוויון לבין ערכים אחרים וביניהם ערך הבטחון 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 ואף לדחות את ערך השוויון (להלן: פתח האיזון).

בראשית דרכה של המדינה, היו היקפו וממדיו של "פתח האיזון" האמור רחבים יחסית, לנוכח המשקל שהיה בשעתו לערכים האחרים - וביניהם ערך הבטחון 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.

#### מן הכלל אל הפרט

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, לפיה: אם היה בהם משום פגיעה בערך השוויון, יש לראותה כפגיעה שהתחייבה מדרישותיהם של ערכים חיוניים מתחרים. המעשה נושא העתירה - קרי: ההחלטה בדבר הקמת ישוב קהילתי בקציר, שאוכלוסייתו מוגבלת ליוצאי צבא בלבד - נעשה לפני כשמונה עשרה שנים; ואנכי לא מצאתי בחומר שבא בפנינו הצדקה לערעור כוחה של החזקה האמורה. לשיטתי, אין די בכך, שמיקומו של הישוב הקהילתי סמוך טופוגרפית ליישוב עירוני שאין לגביו מיגבלות איכלוס, כדי לקבוע שמיגבלות מסוג זה בישוב הקהילתי לא התחייבו בשעתו - על פי מצב הדברים שהיה קיים אז - מאיזון בין ערך השוויון לבין ערכים חיוניים אחרים.

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

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

שׁוֹפֵט

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' התש"ס (08.03.00).

ה נ ש י א   שׁוֹפֵט   שׁוֹפֵט   שׁוֹפֵט   שׁוֹפֵט

העתק מתאים למקור  
שמריהו כהן - מזכיר ראשי  
/דד/A14.95066980