



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2311/11

בג"ץ 2504/11

לפני:

כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופטת (בדימ') ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל

העותרים בבג"ץ 2311/11:

1. אורי סבח
2. נמרוד לוז
3. אליהו שטרן
4. אמירם גולדין
5. יוזמות קרן אברהם
6. האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרים בבג"ץ 2504/11:

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי
3. הקשת הדמוקרטית המזרחית
4. במקום – מתכננים למען זכויות תכנון
5. קול אחר בגליל
6. הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות

נגד

המשיבים בבג"ץ 2311/11:

1. הכנסת
2. שר התעשייה המסחר והתעסוקה
3. מרכז המועצות האזוריות בישראל
4. תנועת מושבי העובדים בישראל

המשיבים בבג"ץ 2504/11:

1. הכנסת
2. שר התעשייה התעסוקה והמסחר
3. מינהל מקרקעי ישראל
4. מרכז המועצות האזוריות בישראל
5. תנועת מושבי העובדים בישראל ברית סיוע אגודה שיתופית

הרן א' פיינשטיין

צד קשור :

התנגדויות לצו על תנאי

תאריך הישיבה : כ' בכסלו התשע"ג (4.12.2012)

בשם העותרים 4-1 ו-6
בבג"ץ 2311/11 :

עו"ד דן יקיר

בשם העותרת 5
בבג"ץ 2311/11 :

עו"ד ארנה לין ; עו"ד אסנת לונגמן

בשם העותרים
בבג"ץ 2504/11 :

עו"ד סוהאד בשארה ; עו"ד חסן ג'בארין

בשם המשיבה 1 בבג"ץ
2311/11 ובבג"ץ 2504/11 :

עו"ד איל ינון ; עו"ד ד"ר גור בליי

בשם המשיב 2 בבג"ץ
2311/11 והמשיבים 2-3
בבג"ץ 2504/11 :

עו"ד אורי קידר ; עו"ד מיכל צוק-שפיר

בשם המשיבים 3-4 בבג"ץ
2311/11 והמשיבים 4-5
בבג"ץ 2504/11 :

עו"ד ירון מאיר

פסק-דין

הנשיא א' גרוניס:

1. יישוב קהילתי קטן בנגב או בגליל, הממוקם על קרקע של המדינה, מעוניין לצרף לשורותיו תושבים חדשים. תיקון לפקודת האגודות השיתופיות מאפשר ליישוב להתנות את הקצאת המקרקעין למועמדים המבקשים להתגורר בו באישור של ועדת קבלה, המורכבת, בין היתר, מנציגי אותו יישוב. התיקון קובע רשימת עילות בגינן רשאית ועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב, ובהן, קביעה כי המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה או כי ישנו חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי. עוד קובע התיקון כי אסור לוועדת הקבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית. שאלת

חוקתיותו של התיקון לפקודת האגודות השיתופיות עומדת במוקד העתירות שלפנינו.

הרקע

2. החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011 (להלן – החוק או הפקודה בהתאם) החל דרכו כשתי הצעות חוק פרטיות (שתי ההצעות נשאו אותו שם: הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים בגליל ובנגב), התש"ע-2009). שתי ההצעות אוחדו להצעה אחת, שעברה בקריאה טרומית ביום 9.12.2009, והועברה לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן – ועדת החוקה).

הצעת החוק עוררה דיון ער בכנסת ובאמצעי התקשורת. בין היתר, נטען כי היא תוביל להפליה בהקצאת מקרקעין ולהדרה של ערבים ושל קבוצות מיעוט אחרות בחברה הישראלית. על רקע טענות אלה קיימה ועדת החוקה שורה של דיונים באשר לנוסח הצעת החוק. במהלך הדיונים הוגשה לחברי הוועדה חוות דעת מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה וכן הוגש מחקר של מרכז המחקר והמידע של הכנסת, העוסק בסוגיות שונות הקשורות להצעת החוק. אף נוסחה של הצעת החוק שונה במהלך הדיונים, בניסיון להתמודד עם טענות שהועלו נגד חוקתיות הצעת החוק. מן העתירה בבג"ץ 2311/11 עולה כי לאחר סיום הדיונים בוועדה, אך טרם נתקיימה הקריאה השנייה והשלישית, נדחה הדיון במליאה לבקשת יו"ר הכנסת, בהתאם לסעיף 124 לתקנון הכנסת. זאת, לצורך חידוש הדיונים בהצעת החוק בוועדת החוקה. לבסוף, לאחר מספר תיקונים נוספים, אישרה מליאת הכנסת ביום 22.3.2011 את הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית.

3. החוק, שכיום הוטמע בסעיפים 6ב-6ד לפקודת האגודות השיתופיות, קובע כי ועדת קבלה תוכל להתנות על הקצאת מקרקעין מרשות מקרקעי ישראל או על העברת זכות במקרקעין ממתיישב יוצא למתיישב נכנס, בהתקיים ארבעה תנאים מצטברים: (1) היישוב נמצא בנגב או בגליל; (2) היישוב מאוגד כאגודה שיתופית, המסווגת כ"יישוב קהילתי כפרי" או כ"אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית" (להלן – יישוב), או שזו מהווה הרחבה של יישוב שהוא קיבוץ, מושב שיתופי,

מושב עובדים או כפר שיתופי, המאוגד באופן האמור (להלן – יישוב מקודר); (3) מספר בתי המשפחה ביישוב, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, אינו עולה על 400; (4) המספר המרבי של בתי המשפחה ביישוב, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, הוגבל בהתאם להוראות תוכנית מיתאר ארצית או תוכנית מיתאר מחוזית, כמשמעותן בחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965. יצוין, כי החוק אינו חל בשני מקרים – במקרה של שכירות שאינה עולה על חמש שנים, או כאשר הנעבר הוא היורש מכוח ירושה או דין. עוד מסייג החוק וקובע כי אין בהחלטה של ועדת קבלה לאשר קבלתו של מועמד כדי לחייב את רשות מקרקעי ישראל להקצות קרקע לאותו מועמד.

בהתאם להוראות החוק מונה ועדת הקבלה חמישה חברים, והם: שני נציגי היישוב הקהילתי, נציג התנועה שהיישוב הקהילתי מסונף אליה או חבר בה (ואם אין הוא מסונף לתנועה כאמור, נציג נוסף של היישוב הקהילתי), נציג הסוכנות היהודית לארץ ישראל או ההסתדרות הלאומית, ונציג המועצה האיזורית שבתחום שיפוטה נמצא היישוב הקהילתי. נציג המועצה האיזורית יכול שיהיה ראש המועצה, סגנו או עובד הרשות (ובלבד שלא יהיה תושב היישוב), והוא יכהן כיושב-ראש ועדת הקבלה.

4. החוק כולל סעיף כללי (סעיף 6ג(ג)) האוסר על הפליה בקבלת מועמדים למגורים ביישוב קהילתי. לפי הסעיף, במסגרת שיקולי ועדת הקבלה, לא תוכל היא לסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית. לצד הוראה כללית זו התווה החוק רשימה של שש עילות בעטיין רשאית ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב קהילתי. ואלה הן העילות:

"6ג(א) ועדת קבלה רשאית לסרב לקבל מועמד ליישוב קהילתי בהתבסס על אחד או יותר משיקולים אלה בלבד:

(1) המועמד הוא קטין;

(2) המועמד נעדר יכולת כלכלית להקים בית ביישוב הקהילתי בתוך פרק זמן הקבוע בהסכם הקצאת המקרקעין;

(3) אין למועמד כוונה לקבוע את מרכז חייו ביישוב הקהילתי;

(4) המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה; החלטת ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד בשל שיקול זה, תהיה על סמך חוות דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה כאמור;

(5) חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה;

(6) מאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי או תנאי קבלה הקבועים בתקנות האגודה, אם ישנם כאלה, ובלבד שקיבלו את אישור הרשם."

היה וועדת הקבלה סירבה לקבל מועמד ליישוב הקהילתי, עליה להמציא לו החלטה מנומקת בדבר סירובה. על החלטות ועדת הקבלה רשאים המועמד והיישוב הקהילתי להשיג לוועדת השגות, המורכבת מחמישה חברים: איש ציבור בעל השכלה בתחומי המשפט, העבודה הסוציאלית או מדעי ההתנהגות; רשם האגודות השיתופיות או סגנו; עובד רשות מקרקעי ישראל; עובד משרד הרווחה והשירותים החברתיים ועובד משרד החקלאות ופיתוח הכפר. על החלטות ועדת ההשגות ניתן לעתור לבית המשפט לעניינים מינהליים.

העתיירות

5. יום לאחר קבלת החוק בקריאה השנייה והשלישית, ואף טרם פורסם ברשומות, הוגשה העתירה בבג"ץ 2311/11. שבוע לאחר מכן הוגשה העתירה השנייה, בג"ץ 2504/11. למעט עותרים 1-4 בבג"ץ 2311/11, שהם תושבי יישובי חבל משגב הפעילים בקבוצה המתנגדת לחוק, כל העותרים בשתי העתירות הם גופים ועמותות ציבוריים. עותרת 5 בבג"ץ 2311/11, עמותת יוזמות קרן אברהם, היא עמותה רשומה הפועלת לקידום שילוב ושוויון בין יהודים וערבים אזרחי ישראל. עותרת 6 היא האגודה לזכויות האזרח בישראל. העותרים בבג"ץ

2504/11 הם ארגון עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל; המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי; הקשת הדמוקרטית המזרחית; עמותת במקום – מתכננים למען זכויות תכנון; עמותת "קול אחר בגליל", וארגון הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות. העתירות הוגשו נגד הכנסת, ונגד שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, ומינהל מקרקעי ישראל (להלן – המשיבים). על פי בקשתם, צורפו כמשיבים לעתירה מרכז המועצות האזוריות בישראל, שהוא ארגון ארצי של כלל המועצות האזוריות בישראל, ותנועת מושבי העובדים בישראל ברית סיוע אגודה שיתופית מרכזית בע"מ, שהיא תנועת ההתיישבות הגדולה בישראל, המאגדת אגודות שיתופיות המסווגות כמושבי עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ או כיישובים קהילתיים (להלן – מרכז המועצות ותנועת המושבים).

טענות העותרים

6. העותרים בשתי העתירות העלו טענות חופפות במידה רבה ועל כן נציגן במאוחד. הטענה המרכזית של העותרים היא כי הגם שהחוק כולל איסור על הפליה, בפועל הוא מכיל קריטריונים עמומים אשר ישמשו כסות להפליה הלכה למעשה. העותרים משליכים ייבם בעיקר על העילות המאפשרות דחיית קבלה של מועמד בשל אי-התאמה לחיי חברה בקהילה ואי-התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב (סעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) לפקודה בהתאמה). לטענת העותרים, עילות אלה מנוסחות באופן כוללני, והן מסתמכות על מבחן פסיכולוגי ולא על קריטריון אוניברסלי. נוסף על שתי עילות אלה טענו העותרים כי סעיף 6ג(א)(6) לפקודה יהווה אף הוא כסות להפליה. הסעיף מאפשר לוועדת קבלה לפסול מועמד בשל אי התאמתו לקריטריונים שנקבעו בתקנון האגודה. לפי הטענה, היישובים יוכלו לשלב בתקנוניהם קריטריונים שנחזים כמאפיינים כלליים של היישוב, אך יהיה בהם כדי להפלות מועמדים באופן מוסווה. כך למשל, ציינו העותרים כי יישובים יוכלו לאפיין עצמם כיישובים ציוניים שחבריהם נוהגים לחגוג במשותף את חגי ישראל, ובדרך זו יוכלו לסנן מועמדים ערבים. לטענת העותרים, מנגנוני הסינון הקבועים בחוק נועדו, הלכה למעשה, להדיר קבוצות הסובלות מהפליה מתמשכת. מאפייני ההדרה, נטען, באים לידי ביטוי בהומוגניות של היישובים הקהילתיים, שבפועל אין להם מאפיין ייחודי, והמשותף להם הוא אך רצונם של

תושביהם לחיות בסביבה כפרית, ליטול חלק בפעילות קהילתית וליהנות מרמה גבוהה של שירותי בריאות וחינוך.

7. העותרים טענו עוד כי החוק פוגע בזכויות יסוד של מועמדים המבקשים להצטרף ליישובים קהילתיים עליהם חל החוק. ראשית, נטען לפגיעה בזכות לכבוד האדם הנגרמת כתוצאה מקיומו של הליך קבלה, במסגרתו נקבעים ממצאים שונים בדבר התאמתו של המועמד למגורים ביישוב קהילתי. שנית, נטען לפגיעה בזכות לשוויון, הנגרמת כתוצאה מההפליה של מועמדים על רקע זהותם או על רקע מאפיינים אישיים שלהם. שלישית, טענו העותרים כי החוק פוגע בזכות לפרטיות, מעצם העובדה שוועדות הקבלה נחשפות לפרטים אישיים אודות המועמדים לקבלה ליישובים. לטענת העותרים, חתימת המועמדים על טופסי ויתור על סודיות ופרטיות אינה מכשירה את הפגיעה, שכן למועמד אין ברירה, אלא לחתום על טפסים אלה כתנאי סף. רביעית, נטען לפגיעה בזכות לאוטונומיה אישית של הפרט, כנגזרת של הזכות לכבוד האדם. הביטוי לזכות זו, נטען, הוא בקיומה של גישה חופשית ושווה למקרקעי ציבור, במסגרתה יכול כל פרט לבחור את מקום מגוריו. בהקשר זה נטען גם לפגיעה בזכות לקניין, הנגרמת כתוצאה מהצורך לעבור ועדת קבלה כתנאי לזכאות, ובשל המגבלות המוטלות על האפשרות של תושבי היישוב הקהילתי להעביר את נכסיהם לצדדים שלישיים.

לטענת העותרים, הפגיעה בזכויות החוקתיות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. העותרים בבג"ץ 2504/11 טענו שהפגיעה אינה "לפי חוק" העונה על הגדרת "הסדר ראשוני". לפי הטענה, הבסיס לפגיעה חוקתית צריך להיות שיקול דעת שלטוני המעוגן בחקיקה, ואילו בחוק הנדון בעתירות שלפנינו, הסמכות לפגיעה בזכויות הועברה לגוף שאינו שלטוני. עוד נטען, גם על ידי העותרים בבג"ץ 2311/11, כי נוכח העמימות בהגדרת הקריטריונים לסינון מועמדים, יש לראות בחוק "חוק סתום", המעניק לוועדות הקבלה סמכות בלעדית לקבוע את עילות הקבלה. שנית, נטען כי תכלית החוק – שמירה על לכידות חברתית ועל רצונם של חברים לחיות יחד – אינה תכלית ראויה, כאשר אין מדובר באוכלוסיה ייעודית או ייחודית. העותרים בבג"ץ 2311/11 טענו עוד כי תכליתו האמיתית של

החוק היא גזענית, ועניינה הדרת ערבים מיישובים יהודיים. עוד נטען כי הפגיעה בחוק אינה מידתית. לפי הטענה, אין קשר סיבתי בין הליכי הסינון לבין תכלית החוק, שכן, ניתן יהיה לדחות מועמד בשל חוסר התאמה ובכך להדיר קבוצות שלמות באופן שיוביל לשמירה על הומוגניות בלבד. כמו כן, טענו העותרים כי מנגנוני הסינון השונים אינם יכולים לנבא את יכולת ההשתלבות של פרט בקהילה. העותרים הוסיפו כי ניתן להגשים את התכליות באמצעים שפגיעתם פחותה. כך למשל, ניתן לקבוע תנאים בתקנון האגודה השיתופית אשר מתייחסים ליכולת הכלכלית של המועמד או לכוונה לקבוע ביישוב את מרכז החיים, תחת קיומם של הליכי סינון וקבלה. בדומה, יכולה רשות מקרקעי ישראל לקבוע תנאים להקצאת המגרשים ביישוב, אשר יאפשרו הקמת יישובים מובחנים וייחודיים. אמצעי נוסף הוא צמצום גודל היישובים עליהם חל החוק (עד 120 בתי משפחה), או החלתו רק על קהילות בהן רמת ההישענות על הקהילה היא גבוהה מאוד בשל בידוד גיאוגרפי. לחלופין נטען כי ניתן היה לקבוע כי ועדת הקבלה תהא חיצונית, שבה חברים אנשים שאין להם קשר ישיר ליישוב.

תגובות הכנסת והמשיבים

8. הן הכנסת הן המשיבים פתחו את תגובותיהן בטענה כי יש לדחות את העתירות על הסף נוכח העובדה שטרם התקבלה החלטה של ועדת קבלה כלשהי על יסוד החוק ואין בנמצא עותרים קונקרטיים. לטענת הכנסת מדובר בעתירה תיאורטית וגורפת, שניתן להחיל לגביה את "דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה". לפי הטענה, פסילת החוק מתבקשת רק בשל החשש מפני פגיעה עתידית בזכויות אדם, וזאת בטרם התברר כיצד החקיקה מיושמת הלכה למעשה. זאת במיוחד, נטען, שעה שהחוק עצמו כולל סעיף מפורש האוסר על כל הפליה כנגד שורה של קבוצות "חשודות".

לגוף העתירה נטען כי יש לדחות את הטענות לפגיעה בזכויות חוקתיות. לעניין הזכות לשוויון, נטען כי העילות לדחיית מועמדים מבוססות על שוני רלוונטי בין קבוצות, וכי המגבלות שמטיל החוק יוצרות איזון ראוי בין הרצון להבטיח את המשך פיתוחם של היישובים לבין מניעת הפליה או חוסר סבירות בהקצאת מקרקעין. האיזון בא לידי ביטוי בהיקף התחולה המצומצם של החוק,

בעובדה שהוא מונה רשימה סגורה של שיקולים על בסיסם רשאית ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב, בצורך בקבלת חוות דעת מקצועית כדי לבסס דחיית מועמד בשל חוסר התאמה לחיי קהילה ובקיומה של ועדת השגות היכולה לבקר את החלטות ועדות הקבלה באופן אפקטיבי. כמו כן נטען כי החוק אינו פוגע בזכות לפרטיות, הואיל ומסירת הפרטים והליך הקבלה נעשים בהסכמה חופשית של המועמד, ואין הוא חורג מהליכי מיון דומים באופיים הנערכים, למשל, למועמדים לעבודה. עוד נטען כי אין פגיעה בכבוד האדם, אלא ישנה לכל היותר פגיעה ברגשות עקב דחיית המועמד. בדומה, לטענת הכנסת והמשיבים אין פגיעה בקניין מעצם מניעת האפשרות להתגורר במקום מסוים, שהרי למועמד להתקבל ליישוב קהילתי אין זכות קנויה להתגורר במקום מסוים דווקא. לפיכך, נטען כי כל עוד אין הדרה שיטתית על בסיס של קריטריונים "חשודים", אין פסול בקביעת תנאים לשמירה על קהילות "רזות", כדוגמת היישוב הקהילתי.

הכנסת והמשיבים טענו כי ככל שישנה פגיעה חוקתית, הרי היא עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה. בעניין זה דחתה הכנסת את הטענה כאילו החוק כוללני, וגרסה כי החוק כולל פירוט מספק אודות הקריטריונים לדחיית מועמדים. עוד נטען כי תכליתו – להגן על לכידותן של קהילות קטנות בפריפריה ולאפשר לאזרחים לממש את זכותם לחיי קהילה במסגרת יישובים אלה – היא תכלית ראויה, וכי גם אם היו חברי כנסת שביקשו לקדם תכלית של הדרת ערבים, בסופו של דבר החוק בנוסחו הסופי אינו מגשים תכלית זו. המשיבים הוסיפו כי בחינה תוצאתית של הליכי קבלה שנהגו על פי החלטות מינהל מקרקעי ישראל שקדמו לחוק מעלה כי בפועל התקבלו ליישובים קהילתיים גם מועמדים המשתייכים לקבוצות "חשודות" כמופלות. יש בכך, לפי הטענה, כדי להפיג את החשש מפני הפליה, וזאת במיוחד בהתחשב בסעיף המפורש שנוסף לחוק, אשר אוסר על הפליה. לבסוף, נטען כי החוק עומד בדרישת המידתיות, נוכח האמצעים הממתנים ששולבו בו.

תגובת מרכז המועצות ותנועת המושבים

9. מרכז המועצות ותנועת המושבים הדגישו בתגובתם את אופיו הייחודי של היישוב הקהילתי, ואת הצורך המהותי במנגנוני סינון, המאפשרים קבלה ליישוב של מועמדים אשר מעוניינים ויכולים לקבל על עצמם את תנאי החיים הייחודיים

ביישוב קהילתי. עוד נטען כי החוק מבטא הכרה בזכות למימוש עצמי דרך השמירה על אורח החיים הקהילתי. לגישתם, יש לראות בזכות למימוש עצמי זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, אותה יש לאזן אל מול הזכות לבחירת מקום מגורים. לתמיכה בטענותיהם צרפו מרכז המועצות ותנועת המושבים סקירה השוואתית אודות המבנה הקהילתי המאוגד במסגרות דמויות אגודות שיתופיות בעולם.

דיון

10. העתירות שלפנינו מעוררות מספר שאלות חוקתיות. העותרים העלו שורה ארוכה של טענות לפגיעה של החוק בזכויות חוקתיות שונות. לגישתי, שתפורט בהרחבה להלן, לא ניתן להכריע בשאלות אלה בשלב הנוכחי. טרם יושם החוק והתקבלו החלטות מכוחו, הפגיעה של החוק בזכויות יסוד (ובכלל זאת, שאלת חוקתיותה של הפגיעה) היא, לטעמי, בגדר אפשרות בלבד, שאין לדעת בשלב המוקדם בו אנו מצויים אם אומנם תתממש. לפיכך, עמדתי היא כי העתירות אינן "בשלות" להכרעה בשלב זה של ההתדיינות החוקתית ויש לדחותן מן הטעם הזה. חשוב להבהיר כי דחיית העתירות בשל חוסר בשלות אין משמעה הבעת עמדה לגבי חוקתיותו או אי-חוקתיותו של החוק. משמעותה של ההחלטה היא כי בעת הנוכחית ובהליך הנוכחי אין בפנינו תשתית עובדתית מספקת להכרעה בשאלות החוקתיות כבדות המשקל, ויש להמתין ליישום של החוק בעתיד.

דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה

11. "דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה", היא עילת הבשלות, חוסה תחת המטריה הרחבה של משפחת עילות הסף, שבית המשפט עושה בהן שימוש לשם הכרעה בשאלה האם יש לדחות עתירה על הסף או שיש מקום לבררה לגופה. ניתן לראות בבשלות מקרה פרטי של עילת הסף בדבר העתירה המוקדמת. עילות הסף אינן קבועות בחוק, אלא הן יצירה שיפוטית. הן מבוססות על הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק, לפי הוראת סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק יסוד: השפיטה, לדון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט אחר (ראו, בג"ץ 86/89 שנקר נ' ראש המועצה המקומית רמת-השרון, פ"ד מב(4)

777, 781 (1989)). מכוחה של סמכות זו, שהיא סמכות שבשיקול דעת, פיתח בית המשפט שורה של עילות סף. עילות הסף מאפשרות לבית המשפט לדחות את הדיון בעתירה מטעמים הקשורים לעותרים או מטעמים הקשורים לשאלה המתעוררת בעתירה (ראו, למשל, ההתייחסות לעילות הסף בבג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 440 (1980)). חשוב להדגיש כי עילות הסף אינן משפיעות על היקף סמכותו של בית המשפט לדון בסוגיה כלשהי, אלא הן מבטאות מגבלות עצמיות של בית המשפט על הפעלת הסמכות הנתונה לו (ראו, בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 457-458 (1988)).

12. ייחודה של עילת הבשלות הוא בהערכה של נקודת הזמן בה ראוי שבית המשפט יבחן סוגיה נתונה. המצב הקלסי בו מתעוררת שאלת הבשלות הוא כאשר עותרים מבקשים מבית המשפט – כפי שארע בעתירות שלפנינו – לבחון חקיקה או חקיקת משנה שטרם יושמו על ידי הרשות המבצעת, או טרם יושמו בהיקף מספק כדי לעמוד על השלכותיהם (ראו, במשפט האמריקאי, שם פותחה עילת הבשלות: Laurence H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 338 (3rd ed. 2000); להלן – Tribe). ההצדקה המרכזית ביסוד השימוש בעילת הבשלות היא למנוע מצב בו בית המשפט מכריע בעניין שתוצאותיו או היקף פרישתו אינם ברורים דיים (ראו, Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein & Mark V. Tushnet, CONSTITUTIONAL LAW 123-124 (Second Ed. 1991)); או למנוע דיון משפטי בעניינים שגופים אחרים, שיפוטיים או מינהליים, יכולים – ובמקרים מסוימים, צריכים – להידרש אליהם (ראו, William Maker Jr., *What do Grapes and Federal Lawsuits Have in Common? Both Must be Ripe*, 74 ALB. L. REV. 819 (2010-2011); Calvin Massey, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW: POWERS AND LIBERTIES 87-88 (2nd ed. 2005); John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL LAW 37-40 (4th ed. 2007)). מיקודה של עילת הבשלות הוא, איפוא, במישור הזמן, ועניינה המועד המתאים ביותר לקיום ההתדיינות השיפוטית (ראו Erwin Chemerinsky, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 103-104 (3rd ed. 2006)).

עילת הבשלות משמשת לבחינת ה"מוכנות" של עניין להכרעה שיפוטית. עניין מסוים הוא "בשל", כאשר יש מחלוקת ממשית בין בעלי הדין, שהיא ברורה וקונקרטיה ולא היפותטית (ראו, *Babbitt v. United Farm Workers Nat'l Union*, (1979) 442 U.S. 289, 298). אם עתירה כלשהי מתבססת על קרות אירועים עתידיים – שאולי לא יתרחשו על פי המצופה, או לא יתרחשו כלל – היא, ככלל, ובכפוף לחריגים, אינה מתאימה לדיון (ראו, *Texas v. United States*, 523 U.S. (1998) 296). דוקטרינת הבשלות נועדה לשימוש במיוחד, אך לא רק, במצב שבו החוק הנבחן "על פניו" אינו מעורר פגיעה חוקתית, ולא ניתן לקבוע, מבלי שהחוק ייושם, אם יש בו כדי לפגוע בזכות חוקתית (ובשלב השני, ככל שישנה פגיעה, אם היא מותרת לפי תנאי פיסקת ההגבלה). במצב טיפוסי זה העתירה אינה בשלה כיוון שבית המשפט נדרש להכריע בה מבלי שתהא לפניו "מערכת עובדתית קונקרטיה, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית" (בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (18.1.2006); להלן – עניין לובל).

13. עילת הבשלות אינה חדשה במחוזותינו. בעבר, השימוש המרכזי בעילה זו היה במסגרת טענת הסף בדבר עתירה מוקדמת, בעתירות שהופנו, ברובן, נגד החלטות מינהליות (ראו הסקירה המובאת בפסק דינה של השופטת מ' נאור בבג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פסקה 26 לפסק דינה (5.1.2012) (להלן – עניין בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי). כן ראו, בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 14 לפסק דינו של השופט י' עמית (7.6.2012) (להלן – עניין המועצה המוסלמית ביפו). עוד ראו, בהתייחס לעתירות מוקדמות, יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כ 93, 97 (תשנ"ו) (להלן – דותן, עתירה כללית)). בעתירות חוקתיות נעשה לאחרונה שימוש רחב יותר בעילת הבשלות, במקרים בהם נדרש בית המשפט לבחון חקיקה שטרם יושמה (ראו, בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פסקה 31 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (12.12.2006) (להלן – עניין עדאלה); עניין לובל, פסקאות 3-8 לפסק דינה של השופטת מ' נאור; בג"ץ 6972/07 לקסר

נ' שר האוצר, פסקה 26 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (22.3.2009); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פסקאות 13-21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (5.2.2012); להלן – עניין איגוד הנאמנים). ראו עוד, ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות: בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419 (2012) (להלן – צ'צ'קו, על בשלות וחוקתיות); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45 (2014) (להלן – פוליאק, בשלות יחסית). הגם שעילת הבשלות מתאימה לשימוש בעתירות חוקתיות ובעתירות מינהליות, אתרכז להלן בהיבטים של טענת הבשלות בעתירות חוקתיות, שהם המתעוררים בעתירות שלפנינו.

14. מתי תהיה עתירה בשלה לדיון? בארצות הברית, הורתה של דוקטרינת הבשלות (The Ripeness Doctrine), התווה בית המשפט העליון מבחן כפול להערכה האם סוגיה כלשהי בשלה להכרעה שיפוטית, בפסק הדין המנחה בפרשת *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967). ראשית, בוחן בית המשפט אם השאלה מתאימה לביקורת שיפוטית ("the fitness of the issues for judicial decision"). כלומר, אם העתירה מעוררת בעיקרה שאלה משפטית ולא שאלה עובדתית, ועל כן, בירורה אינו תלוי בקיומן של עובדות מסוימות. שנית, בוחן בית המשפט את מאזן הנוחות בין בעלי הדין ואת ההשלכות של דחיית הביקורת השיפוטית ("the hardship to the parties of withholding court consideration"); ראו שם, בעמ' 148-149). כך, למשל, עניין ייחשב בשל לדיון אם לחקיקה הנבחנת במסגרתו יש השפעה מיידית וישירה על בעל דין או שהוא יהא צפוי לסנקציה אם לא יפעל בהתאם לקבוע בה (שם, בעמ' 152-153).

15. בפסקי הדין שדנו בעילת הבשלות בבית משפט זה בחן בית המשפט, ככלל, אם העתירה מניחה תשתית עובדתית מספקת להכרעה בשאלות המתעוררות בה (ראו, עניין לובל, עניין בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי, פסקאות 28-29 לפסק דינה של השופטת מ' נאור, עניין איגוד הנאמנים ועניין עדאלה, פסקה 31 לפסק דינו

של הנשיא א' ברק). גם לגישתי המבחן המרכזי לקיומה או להיעדרה של בשלות לדון בעניין מסוים מתרכז בהיקף התשתית העובדתית הנחוצה לשם הכרעה בשאלות שבעתירה. ישנן שאלות שמענה עליהן קשור קשר ישיר למערכת עובדתית מסוימת. כך למשל, כאשר החוק מותיר מרחב תמרון רחב יחסית לפרשנות של הרשות המבצעת בעת יישום החוק, באופן שיישומים מסוימים עשויים להיות חוקתיים ואחרים לא. במקרה כזה, ייתכן כי התשתית העובדתית תסייע לבחינה אם ישנה פגיעה אם לאו, וכן להבהיר, במקרים המתאימים, את טיבה ועוצמתה של הפגיעה הנטענת (ראו, לעניין הצורך בתשתית עובדתית לשם הוכחת הפגיעה בזכות לכבוד האדם, בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלם וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס' (3) 464, 485 (2005)). לעומת זאת, ישנם מצבים בהם עשוי בית המשפט לקבוע כי חלק הארי של השאלה המתעוררת בעתירה הוא משפטי ביסודו, ועל כן, התפתחות עובדתית עתידית לא תתרום להכרעה המשפטית. כזהו, למשל, המצב בחקיקה שבית המשפט משתכנע שכל יישום עתידי שלה יוביל לפגיעה בזכות חוקתית או כאשר הנזק העתידי מן החקיקה הוא ודאי (ראו, Babbitt לעיל, בעמ' 298, המפנה לדברי בית המשפט העליון בעניין *Pennsylvania v. West* (1923) 553, 593 U.S. 262, Virginia, לפיהם: "If the injury is certainly impending that is enough"). בהקשר זה ניתן להזכיר את פסיקת בית משפט זה בפרשת הפרטת בתי הסוהר (בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג' (2) 545 (2009)). שם, קבע בית המשפט, ברוב דעות, כי עצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית סוהר מידי המדינה לידי זכייין פרטי הפועל למטרות רווח פוגעת בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים שאמורים לרצות את עונשם בבית סוהר פרטי. זאת, למרות שהחוק טרם יושם, והסיכונים עליהם הצביעו העותרים היו בגדר אפשרות בלבד. משמעות קביעת בית המשפט היא כי כל הפעלה עתידית של החוק תגרור פגיעה בזכות החוקתית, וזאת על אף מנגנוני הגנה שונים שהותוו בו. על כן, אין משמעות להמתנה לקיומן של עובדות קונקרטיות (אך השוו, בעניין זה, פסק דינו החולק של השופט א' לוי, שסיכם עמדתו במילים: "תמצית עמדתי היא, אפוא, זו: ימים יגידו... ענין לנו...בביצה שלא נולדה. אם טוב הוא היום בו באה לעולם אם לאו, אם ראויה היא לאכילה אם לאו, טרם נדע" (שם, בעמ' 720-721)). במשפט האמריקאי, ראו, למשל, *Pacific Gas &*

Elec. Co. v. State Energy Resources Conservation and Development Comm'n, 461 U.S. 190, 201 (1983); Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568, 581 (1985) ("The issue presented in this case is purely (legal, and will not be clarified by further factual development").

אכן, ככלל, ניתן לומר כי ככל שהשאלה הנדונה בעתירה משפטית ביסודה, מענה עליה יצריך מערך עובדתי מצומצם, ולהפך. במילים אחרות, השאלה היא עד כמה נחוץ יישום של החוק לשם הכרעה בשאלת חוקתיותו. ישנם חוקים שמעצם טיבם מעוררים פגיעה חוקתית ולפיכך, אינם מצריכים יישום עובדתי לשם בחינת חוקתיותם. דוגמה לכך היא חקיקה גזענית במהותה. על פי פסיקת בית המשפט העליון האמריקאי, למשל, חקיקה הקובעת הפרדה גזעית בבתי ספר היא בלתי חוקתית ללא קשר ליישום שלה (ראו, Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954); כן ראו, Richard H. Fallon Jr., *Fact and Fiction about Facial Challenges*, 99 CAL. L. REV. 915, 921 (2011)). מנגד, ישנם מצבים בהם לשון החוק בלבד לא מספיקה להכרעה בחוקתיות החוק, ולכן, נדרשת מסכת עובדתית שתבהיר את היקף פרישתו. מטבע הדברים, ההכרעה האם השאלה המרכזית היא משפטית בעיקרה אינה פשוטה, והיא תוכרע בכל מקרה ומקרה לגופו. סבורני כי לא ניתן, ואף אין זה רצוי, לקבוע אמת מידה אחידה שתחול בכל המקרים (וראו, עמדת השופט ע' פוגלמן בעניין איגוד הנאמנים). השאלה אם קיימת תשתית עובדתית מספקת במסגרת השלב הראשון של בחינת הבשלות אינה בבחינת נייר לקמוס המניב תוצאה חד משמעית. הדבר תלוי, כאמור, בשורה של גורמים, ובהם: הוראות החוק הנבחן, היקפה של התשתית העובדתית שנפרשה לפני בית המשפט, טיבה ועוצמתה של הפגיעה הנטענת ומרחב התמרון שניתן לרשות המבצעת ביישום החוק.

16. המסקנה כי התשתית העובדתית אינה מספקת לשם דיון בעתירה לגופה היא רק השלב הראשון בבחינת הבשלות. כאמור, יש להוסיף ולבחון האם ישנם טעמים המצדיקים את בירור העתירה. במשפט האמריקאי התייחס בית המשפט לשלב השני כשלב שבו נבחן "מאזן הנוחות" בין בעלי הדין. הכוונה היא, לטעמי, לבדיקה האם ישנו אינטרס ממשי בבירור העתירה במועד שהוגשה. החריג המוכר ביותר לדיון

בחוקתיותו של חוק אף טרם יושם הוא החשש מפני קיומו של "אפקט מצנן" (ראו, למשל, *Citizens United v. Federal Election Com'n*, 558 U.S. 310 (2010)). הכוונה היא למצבים בהם הותרת החקיקה על כנה עשויה להרתיע אנשים ולגרור להם להימנע מהתנהגות חוקית כשלעצמה, בשל החשש מפני אכיפת החוק כלפיהם. במקרים כאלה, עצם קיומה של הסמכות בחוק עשוי לפגוע בזכויות חוקתיות, ולפיכך, ביקורתו של בית המשפט נדרשת אף טרם יושם החוק. האפקט המצנן נזכר בפסיקה האמריקאית כחריג המצדיק בחינת עניין אף אם טרם הבשיל. על פי רוב, הוחל חריג זה בעתירות המתייחסות לפגיעה בחופש הביטוי (ראו *Tribe*, בעמ' 339, ופסקי הדין המוזכרים בהערת שוליים 36).

האפקט המצנן יכול ללבוש צורות נוספות, העשויות להצדיק דיון בעתירה שטרם בשלה. כך, יש מקום לבחון דיון בעתירות אם המתנה של בית המשפט ליישום החוק תחשוף את העותר לסיכון כלשהו (ובכלל זאת, לסנקציה כלשהי) או תחייב אותו להפר את החוק (ראו, במשפט האמריקאי, *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518, 521 (1972) ("...persons whose expression is constitutionally protected may well refrain from exercising their rights for fear of criminal sanctions provided by a statute susceptible of application to protected expression"; *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 188 (1973); *Steffel v. Thompson*, 415 U.S. 452, 459 (1974) ("it is not necessary that petitioner first expose himself to actual arrest or prosecution to be entitled to challenge a statute that (he claims deters the exercise of his constitutional rights)"). שנית, אם חקיקה כלשהי תגביר באופן משמעותי, ביחס למצב קיים, את החשש מפני קרות נזק לעותר או לציבור, עשויה זו להיות נסיבה משמעותית לטובת דיון טרום-אכיפתי. שלישית, ניתן לדון בעתירה אם בית המשפט מעריך כי בעקבות דחיית הדיון ייקבעו בשטח עובדות בלתי הפיכות. בדומה, ייתכן שמבחינה מעשית, בשל טיבו של העניין הנדון, אין נקודת זמן שבה העתירה תהא בשלה, ודיון בה לעולם יהיה מוקדם מדי או מאוחר מדי (ראו, בעניין זה *Tribe*, בעמ' 344-350. עוד ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג' (5) 241, 249-250 (1999)). רביעית, בבוא להכריע אם לדון בעתירה שאינה בשלה, על בית המשפט לשקול אם קיים אינטרס ציבורי ממשי בבירור העתירה. כך, למשל, אם העתירה מעלה פגיעה קשה בשלטון

החוק; אם דחיית ההכרעה השיפוטית עלולה להוביל לפגיעה בוודאות המשפטית; או אם בירור משפטי עלול לפגוע ברציפות פעולה מינהלית או ביכולת של הרשות המבצעת לשנות או לתקן מדיניות כלשהי בה נקטה (ראו, בעניין אחרון זה, Ohio Forestry Ass'n, Inc. v. Sierra Club, 523 U.S. 726, 733, (1998) ("In deciding whether an agency's decision is, or is not, ripe for judicial review...we must consider ... whether judicial intervention would inappropriately interfere with further administrative action"); FTC v. Standard Oil Company of California, 449 U.S. 232, 242 (1980) ("the effect of the judicial review sought...is likely to be interference with the proper functioning of the agency and a burden for the courts. Judicial intervention into the agency process denies the agency an (opportunity to correct its own mistakes and to apply its expertise").

17. לסיכום, אם כן, נראה כי יש מקום להחיל במשפטנו מבחן דו-שלבי להערכת בשלותה של עתירה לדיון. בשלב הראשון, על בית המשפט להכריע אם השאלה המרכזית הנדונה בעתירה היא שאלה משפטית שמענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת, או אם נדרש יישום של החוק כדי להשיב על השאלה. בשלב השני נדרש בית המשפט לבחון אם קיימים טעמים לדון בעתירה על אף היעדרה של תשתית עובדתית מספקת. בעניין זה עשויות להיות נסיבות שונות, ועמדנו על חלקן לעיל.

18. הבחינה הדו-שלבית להערכת בשלותה של עתירה היא רלוונטית, כאמור, הן לעתירות מינהליות הן לעתירות חוקתיות. עם זאת, בעתירות חוקתיות דומה כי לעילת הבשלות משמעות ייחודית. בעתירות אלה, על מנת להכריע בשאלת הבשלות, נדרש בית המשפט לבחון – ולו ברמה ראשונית – את החוק הנדון בעתירה (ראו, בהקשר זה, צ'צ'קו, על בשלות וחוקתיות, בעמ' 439). זאת, כדי שניתן יהיה להעריך האם שאלת הפגיעה בזכות היא בעיקרה שאלה משפטית או שנדרשת מסכת עובדתית שתבאר את עצם קיומה של הפגיעה, את טיבה, היקפה או חוקתיותה. מכאן נראה כי בעתירות חוקתיות ישנה זיקה בין עילת הבשלות לבין נטל ההוכחה המוטל על עותרים להוכיח פגיעה בזכות החוקתית. כידוע, נטל ההוכחה בעתירות חוקתיות "מתייחס" להוכחת העובדות שעליהן נשענת טענת

הפגיעה שלא כדין" (אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות
 בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 53,
 54 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); ראו עוד, בג"ץ 10662/04
 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 30 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש
 (28.2.2012)). בעוד המונחים המשפטיים והשאלות שבדין נתונים לפרשנותו
 ולניתוחו של בית המשפט, "האירועים שלפני הטענה מביאים להפעלתו של אותו
 מונח משפטי הם עניין של עובדה, ובהם חלה השאלה בדבר נטל ההוכחה" (שם,
 בעמ' 55). כפי שפורט לעיל, ישנם מקרים בהם תתעורר עילת הבשלות מכיוון
 שאין בפני בית המשפט מערכת עובדתית שלמה וברורה שתאפשר לו להעריך האם
 ישנה פגיעה בזכות חוקתית. במצבים כאלה, העותר יראה כמי שלא עמד בנטל
 ההוכחה הראשוני להוכיח פגיעה בזכות חוקתית, במסגרת השלב הראשון בניתוח
 החוקתי המקובל במשפטנו. זאת, לא משום שהחוק הינו חוקתי בהכרח, אלא משום
 שבהיעדרה של תשתית עובדתית מספקת, לא ניתן לקבוע האם מתקיימת פגיעה אם
 לאו. בהקשר זה, יצוין כי ייתכן שהיעדרו של עותר קונקרטי עשוי להוות
 אינדיקציה לכך שהעתירה אינה בשלה לדין. כנראה שבשיטתנו עתירה כזו לא
 תידחה על הסף בעילה של היעדר זכות עמידה, אך היא עשויה להקרין על שאלת
 הבשלות.

19. שתי הערות באשר לאופיה של הביקורת השיפוטית, המשפיעות על אופן
 פיתוחה של עילת הבשלות במשפטנו. ראשית, חשוב להבחין בין עילת הבשלות
 לבין ההבחנה המקובלת במשפט האמריקאי בין ביקורת שיפוטית מופשטת "על
 פני" החוק (facial review) ובין ביקורת שיפוטית "יישומית" (as applied review).
 המונחים "על פני החוק" ו"יישומי" עשויים לעורר את הרושם כאילו מדובר
 בביקורת שיפוטית לפני או אחרי יישום החוק. אולם, עיקרה של ההבחנה המקובלת
 שם אינה בנקודת הזמן בה מתבצעת הביקורת השיפוטית. כלומר, לא מדובר בהכרח
 במצבים בהם החוק נבחן טרם-אכיפתו אל מול מצבים בהם החוק נבחן לאחר
 שיושם במערכת נסיבות קונקרטיות. עיקר ההבחנה רלוונטי לשאלת הסעד. בביקורת
 שיפוטית "על פני" החוק, קביעה של בית המשפט כי החוק אינו חוקתי משמעה כי
 החוק (או סעיפים בו) פסול מעיקרו (void) ולא ניתן להחילו בשום מערכת נסיבות

קונקרטי עתידית. לעומת זאת, קביעה כי חוק פסול במערכת נסיבות קונקרטי (as applied), משמעה כי החוק פסול רק בהתייחס למערכת הנסיבות שנבחנה על ידי בית המשפט, אך ניתן יהיה לשוב ולהפעילו במערכת נסיבות אחרת. מכאן, ברי כי ביקורת שיפוטית מופשטת יכולה להתבצע גם לאחר יישום החוק. למעשה, זוהי דרך המלך בפסיקה האמריקאית. הדבר נובע מן החיוב החוקתי החל על בית המשפט, מכוח סעיף 3 לחוקה האמריקאית, לדון אך במצבים בהם ישנה מחלוקת (דרישת ה-Case or Controversy). בנוסף, למעט חריגים בודדים בלבד, ידון בית המשפט העליון בארצות הברית בתוקפה של חקיקה לאחר שהיא נדונה על ידי ערכאות קודמות. מכאן, הלכה למעשה, הביקורת כמעט תמיד תהא "יישומית", במובן הלשוני של המילה, קרי, היותה מושתתת על מערכת עובדתית קונקרטי (ראו, Fallon, בעמ' 923). כשזו נקודת הפתיחה, יכול בית המשפט לבחור לקיים ביקורת מופשטת, שמשמעה החלת תוצאת ההליך על כל יישום עתידי של החוק הנדון, או ביקורת שיפוטית יישומית, שתוצאתה מתייחסת לסיטואציה העובדתית הקונקרטי שבאה בפני בית המשפט בלבד. חשוב לציין עוד כי ההבחנה בין facial review ל-as applied review אינה חדה וברורה, ונמתחה עליה, כמו גם על התנאים בהם בית המשפט ייעתר לביקורת שיפוטית על פני החוק, ביקורת רבה הן בפסיקה הן בספרות בארצות הברית (ראו, למשל, Fallon, לעיל; Michael C. Dorf, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 STAN. L. REV. 235 (1993-1994); Gillian Metzger, *Facial and As-Applied Challenges Under the Roberts Court*, 36 FORDHAM URB. L. J. 773 (2009). כן ראו, למשל, Chicago v. Morales, 527 U.S. 41 (1999)). בישראל לא מוכרת הבחנה זו, ובית המשפט הגבוה לצדק, בבוחנו עתירות חוקתיות, ערך במרבית המקרים ביקורת חוקתית מופשטת (אבסטרקטית) (ראו בהקשר זה, צ'צ'קו, על בשלות וחוקתיות, בעמ' 421-425). לנוכח הקשיים הרבים שיצרה הבחנה זו במשפט האמריקאי, והביקורת הרבה שנמתחה עליה, לגישתי אין מקום לאמץ הבחנה דומה בישראל. על כן, חשוב להבהיר כי ההתייחסות לעילת הבשלות אין משמעה אימוץ של הבחנות אלה. כאמור, שאלת קיומה של מערכת עובדתית קונקרטי נחוצה, לעיתים, לשם הכרעה בשאלות החוקתיות המתעוררות בעתירה. לשאלה זו אין השפעה בהכרח על אופיה של הביקורת השיפוטית לאחר יישום החוק, בעתירה חדשה שהוגשה לאחר שעתירה קודמת נדחתה בשל חוסר בשלות. הביקורת השיפוטית במקרה כזה יכול

שתיעשה באופן מופשט – גם לאחר שהחוק יושם. דוגמה לביקורת כזו ראו בבג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת (26.6.2013). שם, נבחנה חוקתיותם של הסדרים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 בשני הליכים שאוחדו – האחד, עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק שהוגשה על ידי עותר ציבורי ותקפה את תיקוני החקיקה ב"תקיפה ישירה" ומופשטת; והשני, בקשת הארכת מעצר עד תום ההליכים שיישמה את אחד ההסדרים, ובמסגרתה הועלתה טענה לגבי חוקתיות תיקוני החקיקה ב"תקיפה עקיפה". ביחס לשני המקרים בחן בית המשפט את החקיקה באופן מופשט.

20. הערה שניה בהקשר דומה. ההבחנה בין facial review ל- as applied review ייחודית, אומנם, למשפט האמריקאי, אך היבטים מסוימים של facial review מוכרים גם בשיטות משפט אחרות. הכוונה היא לביקורת שיפוטית אבסטרקטית (abstract review)). באופן כללי, לביקורת אבסטרקטית שלושה מאפיינים מרכזיים. ראשית, בביקורת כזו מסורה לבית המשפט סמכות לבחון דבר חקיקה לפני שנחקק או לאחר שנחקק אך טרם יושם. שנית, על פי רוב קיים טריבונל שיפוטי מיוחד המוסמך לברר תביעות חוקתיות, ועותר פוטנציאלי יכול להגישן ישירות לאותו טריבונל מבלי לעבור קודם במעלה ההיררכיה של מערכת המשפט. שלישית, החלטה של בית המשפט כי החוק סותר את החוקה משמעה ביטול מעיקרו של החוק (void) (ראו, Victor Ferreres Comella, *Commentary: Court in Latin America and the Constraints of the Civil Law Tradition*, 89 (2011) *TEX. L. REV.* 1967, 1968). ביקורת שיפוטית אבסטרקטית מקובלת במדינות המשפט הקונטיננטלי. בצרפת, לדוגמה, מסורה למועצה החוקתית (The Constitutional Council) הסמכות לבחון התאמה של החוק לחוקה. עד שנת 2008 יכולה הייתה המועצה החוקתית להידרש רק לשאלת חוקתיותם של חוקים שטרם נכנסו לתוקף. תיקון חקיקה משנת 2008 מאפשר כיום למועצה החוקתית לבחון גם את חוקתיותם של חוקים שנכנסו לתוקף ויושמו על ידי הרשות המבצעת, ושאלת התאמתם לחוקה התעוררה בבית משפט אחר בדרך של תקיפה עקיפה. המעניין הוא שגם במקרה של בחינה חוקתית של חוק שיושם על ידי הרשות המבצעת, המועצה החוקתית לא מכריעה בהתאם לעובדות מקרה מסוים, אלא בוחנת את החוק באופן מופשט וכללי (ראו, Jacqueline de Guillenchmidt, *The Experience of the*

Constitutional Council of France: The Preliminary Request of Constitutionality (PRC), EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice commission) (2014). לעומת זאת, בשיטות המשפט המקובל, ככלל, ביקורת אבסטרקטית אינה נחשבת רצויה. המקור הרעיוני וההיסטורי לכך נעוץ, ככל הנראה, בעובדה שבתי המשפט במשפט המקובל יצרו תקדימים מחייבים בדרך של פתרון סכסוכים קונקרטיים. יפה בהקשר זה אמרתו של השופט האמריקאי אוליבר וונדל הולמס לפיה "[i]t is the merit of the common law that Oliver) it decides the case first and determines the principle afterwards" Wendell Holmes, *Codes, and the Arrangement of the Law*, 5 AM. L. REV. 1 (1870), reprinted in THE COLLECTED WORKS OF JUSTICE HOLMES 212 (Sheldon M. Novik ed., 1995). ארצות הברית היא דוגמה מובהקת לשיטה כזו. סעיף 3 לחוקה האמריקאית מסמך את בתי המשפט, כאמור, לדון רק בעניין שמקיים את דרישת ה- Case or Controversy. מכאן, דיון בבתי המשפט, וגם בבית המשפט העליון, קשור תמיד לעובדות של עניין מסוים ואינו נעשה במנותק מהן (וזאת, בכפוף לחריגים בודדים בלבד). מכאן נובעת הרטוריקה (גם אם לא הפרקטיקה), למעט בביקורת שיפוטית מופשטת (facial review). בישראל ניתן למצוא חלק מן המאפיינים של הביקורת האבסטרקטית. ראשית, אומנם בחינת חוקתיותם של חוקים אינה נעשית טרם נחקקו, אך יכול שתיעשה זמן קצר לאחר חקיקתם. על פי רוב, בחינה חוקתית זו נעשית על ידי בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, כערכאה ראשונה ואחרונה. שנית, ברוב המכריע של המקרים משמעות החלטה על אי-חוקתיות חוק כלשהו היא כי החוק (או סעיפים מסוימים בו) בטל מעיקרו. ושלישית, בישראל אומנם כל בית משפט מוסמך להכריז על בטלותו של חוק הסותר את חוקי היסוד (הגם שכוחה של הכרזה כזו, אם ניתנה על ידי כל בית משפט למעט בית המשפט העליון, יהיה תקף רק בין בעלי הדין), אך בפועל הנוהג הוא שרק בית המשפט העליון יעשה כן (ראו, אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13 (תשס"ה); להלן – ברק, ביקורת שיפוטית).

21. עילת הבשלות מעוררת את הדיון בביקורת שיפוטית אבסטרקטית משום שהיא מתייחסת למצבים בהם יבחן בית המשפט חקיקה שטרם יושמה, ובמנותק

ממערכת עובדות נתונה. עילת הבשלות מעוררת גם את שאלת ההבחנה בין facial review לבין as applied review, משום שהיא נוגעת בטיבה של הביקורת השיפוטית לפני ולאחר יישום החוק, ובתוצאה של הביקורת האמורה. בשני תחומים אלה, שיטת המשפט שלנו ייחודית. המבנה המשפטי שלנו, המסורת המשפטית, ותפיסת תפקידו של בית המשפט אל מול הרשויות האחרות, מחייבים, לפיכך, את פיתוחה של עילת בשלות "נוסח ישראל". עילה זו תתבסס על המאפיינים הדומיננטיים של הביקורת השיפוטית בישראל, ובהם, מרכזיותה של הביקורת השיפוטית המופשטת שעורך בית המשפט הגבוה לצדק, והיעדר המתנה, ככלל, ליישום על ידי הרשות המבצעת של חוקים העומדים לבחינה חוקתית. יסודות ראשונים לכך הונחו בפסקי הדין שדנו בעילת הבשלות בהקשר החוקתי. יש להניח כי עילת הבשלות תוסיף להתפתח עקב בצד אגודל. פיתוחה ייתן בידי בתי המשפט כלי חשוב בהערכת המוכנות של עתירות לדיון משפטי, ודחיית הדיון העקרוני באלה שאינן בשלות לכך. בהקשר אחרון זה יצוין כי לאחרונה מתח פרופ' י' זמיר ביקורת על הטמעתה של דוקטרינת הבשלות האמריקאית במשפט הישראלי. לגישתו, אין כל תועלת בייבוא דוקטרינת הבשלות, וניתן לעשות שימוש, תחת זאת, בעילות הסף של העתירה המוקדמת או העתירה התיאורטית (ראו, יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1892-1898 (2014)). לתפיסתי, אכן, עילת הבשלות אינה בבחינת עילה חדשה שנוספה בתקופה האחרונה למשפט הישראלי. כאמור, ניתן לראות בעילת הבשלות מקרה פרטי של העתירה המוקדמת, המתייחס למצב בו מתבקש בית המשפט להכריע בעניין כלשהו מבלי שנפרשה לפניו תשתית עובדתית מספקת. כפי שציינתי, אינני סבור שיש לייבא ככתבה וכלשונה את הדוקטרינה כפי שפותחה במשפט האמריקאי. יחד עם זאת, הניסיון שהצטבר שם עשוי לסייע לבתי המשפט בפיתוח העילה ובגיבוש הקריטריונים להפעלתה בארץ במקרה נתון.

22. חשוב להבהיר כי השימוש בעילת הבשלות לא נועד להוות "טכניקת הימנעות" מדיון בחוקתיות החוק העומד לבחינת בית המשפט (ראו, בהקשר זה, דותן, עתירה כללית, בעמ' 134-138). כפי שציינה השופטת מ' נאור בעניין לובל: "החלטה לדחות את ההכרעה במקרה שהובא לפני בית המשפט, על יסוד דוקטרינת

הבשלות, עשויה לעכב את ההכרעה אך לא בהכרח למנוע אותה" (פיסקה 7 לפסק דינה, ההדגשה במקור). השימוש בעילת הבשלות נועד להבטיח שבית המשפט, במשאביו המוגבלים, לא יעסוק בבירורן של טענות היפותטיות ותיאורטיות. יתירה מכך, במצבים מסוימים עשוי השימוש בעילת הבשלות "להציל" עתירה, ולמנוע דחייתה לגופו של עניין, וזאת במקרים בהם החוק הנדון על פניו אינו כרוך בפגם חוקתי, אולם יישום עתידי שלו עשוי להצביע על כך שהחוק פוגע בזכות חוקתית פגיעה שאינה מותרת לפי תנאי פסקת ההגבלה. במקרה כזה, דחיית העתירה בשל חוסר בשלות אין משמעה קביעה כי החוק הינו חוקתי, אלא הותרת פתח להגשת עתירה חוקתית לאחר יישום החוק. לבסוף, באמצעות השימוש בעילת הבשלות יינתן מרחב תמרון לרשות המבצעת ליישום החוק, חקיקת המשנה או המדיניות המינהלית, באופן שיעלה בקנה אחד עם הדרישות החוקתיות ואולי אף ינתר את ההתדיינות השיפוטית (ראו, בהקשר אחרון זה, פוליאק, בשלות יחסית).

23. בשולי הדברים יצוין, כי ייתכנו מקרים בהם דחיית הדיון בעתירות חוקתיות בעילה של חוסר בשלות עשויה להוביל לכך שהדיון בחוקתיות החוק יבוצע במתכונת של "תקיפה עקיפה" בבית משפט שאינו בית המשפט הגבוה לצדק. זאת, מאחר שתקיפת חוקתיות החוק יכול שתיעשה אגב יישומו. בעתירות שלפנינו, למשל, נקבע בחוק כי על החלטות ועדת ההשגות ניתן יהיה לעתור לבית המשפט לעניינים מינהליים. המשמעות היא שטענות חוקתיות נגד החוק יכול שיועלו במסגרת תקיפה עקיפה בבית המשפט לעניינים מינהליים (אגב דיון בעניין קונקרטי). עניין זה מעורר את שאלת הביקורת השיפוטית הריכוזית מול הביקורת השיפוטית הביזורית, והעדיפות של האחת על פני רעותה (ראו, ברק, ביקורת שיפוטית). נושא זה חורג מהעניין שלפנינו, ולפיכך, נותירו בעת הזאת בצריך עיון.

העתירות שלפנינו

24. בעתירות שלפנינו, "היריעה שנגולה...היתה עשירה בהלכה ועניה בעובדות" (בג"ץ 210/60 עבודי נ' שר הדתות, פ"ד יד 2020, 2023 (1960), השופט מ' זילברג). העתירות הוגשו זמן קצר לאחר שהתקבל החוק, ומבלי שתהיה תשתית ראייתית כלשהי לתמוך בטענות החוקתיות שהועלו בעתירות. זאת במיוחד נוכח העובדה שמרבית הטענות שהועלו בעתירה הן תוצאתיות באופיין. כלומר,

מרביתן מתייחסות לתוצאות אפשריות של החוק, לגביהן נטען כי תפגענה בזכויות חוקתיות. אלא שהטענות לעניין התוצאות המפלות, לכאורה, של החוק, אינן נתמכות בעובדות, בנתונים או אפילו בדוגמה אחת של משפחה שבקשתה נדחתה, ואשר יהיה בהם כדי לסייע בקביעה כי אכן יישום החוק יוביל להפליה של קבוצות מיעוט בחברה הישראלית. בעניין זה, אין די בבחינת עתירות שקדמו לחקיקת החוק. במרביתן לא נדונה השאלה העקרונית, ובעיקר, הן התייחסו למצב החוקי הקודם, במסגרתו לא היו מגבלות שונות שקיימות בחוק הנוכחי.

25. דומה כי הצורך בקיומה של תשתית עובדתית מתחדד נוכח העובדה שהטיעון המרכזי בעתירות הוא כי הסעיפים הכלליים בחוק, המאפשרים דחיית מועמד בשל אי-התאמה לחיים קהילתיים או בשל אי-התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב, יהיו כסות להפליה בפועל. קריאה בלבד של לשון החוק אינה תומכת במסקנה זו, שהרי החוק, כאמור, כולל סעיף מפורש לפיו אסור יהיה להפלות בקבלה ליישוב. לפיכך, הטענה היא כי ההפליה תתבצע במנגנון מוסווה כלשהו. הוכחה של מנגנון כאמור אפשרית רק לאחר שהחוק ייושם, וניתן יהיה להצביע על כך שהלכה למעשה הסעיפים הכלליים אכן היוו כסות להפליה. שאלה היא האם הוכחה כאמור יכול שתהיה על ידי הבאת מקרה בודד, בו ניתן יהיה להצביע על כך שהנימוקים שניתנו לדחיית המועמד נועדו לכסות על מניעים נסתרים. ברור, כי ההוכחה יכולה לבוא באמצעות "עדות שיטה", כלומר, על ידי הבאת רצף של מקרים מהם ניתן יהיה ללמוד על מגמה ביישום החוק במסגרתה ניתן להפלות מועמדים, על אף קיומו של סעיף איסור ההפליה. הקושי הוא שכיום, בהיעדרו של יישום כלשהו, לא ניתן לקבוע – על יסוד לשון החוק בלבד – כי הסעיפים הללו יובילו להפליה ולהדרה. מסקנה דומה מתבקשת גם ביחס לטענת העותרים לפיה תקנון האגודה יהווה מנגנון להפליה ולהדרת קבוצות מיעוט. מבלי שתעמוד לפנינו מערכת עובדתית ברורה שתצביע על כך שאושרו על ידי רשם האגודות השיתופיות מאפיינים יישוביים שיש בהם כדי לעורר הפליה, כיצד ניתן לקבוע כבר עתה שהרשם יאשר תקנונים מפלים? קביעה כזו משמעה הכרעה מפורשת בניגוד ללשון החוק, שכאמור, אוסרת על הפליה.

26. יחד עם זאת, כשם שלא ניתן לקבוע בשלב הנוכחי כי החוק פוגע בזכויות חוקתיות (ומכל שכן, שהפגיעה עומדת או לא בתנאי פסקת ההגבלה), כך נראה שלא ניתן לשלול מכל וכל את האפשרות שהחוק יוביל להפליה בפועל. כפי שהציגו העותרים, בתהליך החקיקה הושמעו גם עמדות לפיהן החוק נועד להפלות בין קבוצות אוכלוסייה שונות. בשל קיומן של עמדות אלה, נוספו אמצעים ממתנים שונים לחוק, ובהם גם הסעיף הכללי האוסר על הפליה. כידוע, בבואנו לבחון חקיקה ראשית, "ההכרעה צריכה לפעול על-פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק" (בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 17 (1981)). האנליזה של החוק אינה תומכת, ולו בשלב הנוכחי, במסקנה לפיה החוק פוגע בזכויות חוקתיות. ואולם, בשל האמירות המפורשות שהושמעו בהליך החקיקה, ובהתחשב במקרים שהובאו בעבר להכרעת בית משפט זה, לא ניתן לשלול את האפשרות שהועלתה על ידי העותרים, ולפיה תיתכן הפליה מוסווית בפועל. בחינה כאמור תהא אפשרית רק לאחר יישום החוק, כשיתקבל מידע רחב על יישומו הלכה למעשה.

27. בשל מכלול טעמים אלה, עמדתי היא כי השאלות המרכזיות שהועלו בעתירות הן שאלות שמענה להן מחייב תשתית עובדתית רחבה יחסית. מן הטעם הזה, לא ניתן להכריע בהן בשלב הנוכחי. כפי שצוין לעיל, מסקנה זו אינה בבחינת סוף פסוק. יש להוסיף ולבחון, במסגרת השלב השני של בחינת הבשלות, האם מתקיים אינטרס ציבורי כלשהו המצדיק בירור העתירה בשלב זה. לגישתי, לא מתקיים אינטרס כאמור. ראשית, העותרים אינם מצביעים על נפגע מסוים מן החוק. כל העותרים הם עותרים ציבוריים, ואין בינם ולו אדם אחד או משפחה אחת שנפגעו מן החוק בפועל או בכוח. במובן זה, אין בהחלטה על דחיית הדיון בעתירה כדי לשלול סעד מנפגע קונקרטי. שנית, לא ניתן להצביע במקרה הנוכחי על חשש מפני אפקט מצנן או על חשש מפני הפעלת סנקציה או שינוי מצב לרעה, שכן נראה כי החוק שיפר, או בכל אופן לא הרע, את המצב שקדם לו. טרם קבלת החוק לא היו ועדות הקבלה מוגבלות מבחינת סוג היישובים או מיקומם הגיאוגרפי, ובפועל, הונהגו ועדות קבלה ביישובים רבים יותר מאלה שהחוק חל עליהם. שלישיית, החוק עצמו כולל מספר שלבים עד שמתקבלת במסגרתו החלטה סופית. כפי שצוין

בראשית הדברים, על החלטת ועדת קבלה ניתן להשיג בפני ועדת השגות, ועל החלטתה של האחרונה ניתן להגיש עתירה לבית משפט לעניינים מינהליים. כלומר, קיימים מספר מנגנונים שונים ונפרדים שיהוו מנגנוני בקרה על החלטה של ועדת קבלה, גם טרם קיומו של דיון עקרוני לגבי חוקתיות החוק – בין אם זה יתקיים בדרך של תקיפה עקיפה ובין אם בדרך של תקיפה ישירה בבג"ץ.

28. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את העתירות, תוך שבעלי הדין שומרים על טענותיהם, ויוכלו להעלותן שוב בעתיד, היה ויבחרו בכך. מסקנה זו נכונה גם ביחס לטענות החוקתיות שהועלו בעתירות ואשר אינן מתייחסות לטענת ההפליה, כדוגמת הטענה לפגיעה בפרטיות. הואיל ואין אפשרות, לטעמי, להשיב על הטענות המרכזיות כעת, סבורני כי מוטב להותיר את ההכרעה בטענות האחרות לדיון במועד מאוחר יותר. חשוב לציין, כי הליך עתידי שידון בשאלת חוקתיות החוק יכול שילבש שתי צורות. ישנה, כאמור, אפשרות של תקיפה עקיפה, במסגרתה יעלו בעלי הדין טענות חוקתיות. הליך כזה אפשרי היה ותוגש עתירה על החלטה קונקרטית של ועדת ההשגות לבית המשפט לעניינים מינהליים. בית המשפט לעניינים מינהליים יוכל לדון בטענות החוקתיות, וערעור על החלטתו, ככל שיוגש, יאפשר לבית משפט זה לדון בטענות אלה. ייתכן, כמובן, שיתגלה גם פגם במישור המינהלי ולא דווקא במישור החוקתי. זאת, גם אם מדובר יהיה בפגם חוזר, שיימצא בהחלטה מינהלית אחת אחר השנייה. במקרה כזה אפשר שכלל לא יהיה צורך לבחון את חוקתיותו של החוק. מסלול שני הוא בדרך של הגשת עתירה לבג"ץ שתתקוף בתקיפה ישירה את הסדרי החוק, וזאת, על יסוד תשתית עובדתית מספקת, בהתאם להערותינו בהליך הנוכחי. בשני המסלולים, כאמור, יכול שיועלו טענות חוקתיות המתייחסות להסדרי החוק לגופם וכן טענות מינהליות, המתייחסות ליישום החוק על ידי הרשויות המינהליות. כשלעצמי, דומני כי אין הכרח בשלב זה להגביל את אחת מן הדרכים, אם כי נדמה בעיניי כי יש ליתן עדיפות למסלול הראשון.

ה נ ש י א

1. אדם מבקש לדור ביישוב קטן. סיבות רבות הובילוהו לכך. אפשר שהוא מבקש לעשות זאת בשל מערכת החינוך הטובה הקיימת ביישוב, בה הוא רוצה שישתלבו ילדיו; אפשר שהוא מבקש לעשות זאת בשל הקרבה למקום עבודתו; אולי רצונו נובע ממראה היישוב עצמו ואולי ממוסדות הציבור הקיימים בו, מנהגיו ומסורותיו. לשם כך הוא נדרש לעמוד בוועדת קבלה בפני זרים ולשכנעם כי הוא ראוי להתגורר במחיצתם. הוא נדרש, על מנת שתוקצה לו אדמה מאדמות מדינתו, לספר על כוונותיו, מנהגיו, טעמיו ומחשבותיו. הוא נבחן על השכלתו, על עברו, על פרנסתו, על כישוריו. מנגד עומדים חברי ועדת הקבלה, רובם אזרחים פרטיים, שיכריעו, לעתים ללא נימוק ממש, למעט שיקול דעתם החופשי, אם ראוי הוא לחיות במחיצתם. חוקתיותו של מנגנון ועדות הקבלה המתואר עומדת כעת לבחינתנו.

רקע

2. העתירה שלפנינו מופנית כלפי התיקון לפקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8), התשע"א-2011 (להלן: תיקון 8 או התיקון לפקודת האגודות השיתופיות). תיקון 8 נועד להסדיר את פעולתן של ועדות הקבלה למתיישבים ביישובים קהילתיים. בעבר, מדיניות מיון המתיישבים לשם רכישת זכויות חכירה במקרקעין ביישובים חקלאיים או קהילתיים נעשתה בידי רשויות המדינה. מדיניות זו הותוותה בידי מועצת מקרקעי ישראל שבמינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל). בשנים האחרונות נתקבלו מספר החלטות בידי המינהל, במטרה לגבש מנגנון ראוי שיאפשר להעביר ליישובים הקהילתיים את סמכות מיון המועמדים. במסגרת החלטות אלה נקבעו קריטריונים לשם הבניית שיקול הדעת של ועדות הקבלה. בין היתר נקבעו הרכב ועדת הקבלה; דרכי ההשגה על החלטותיה; היקף תחולת התיקון על-פי גודל היישוב ועוד. האחרונה שבהחלטות אלה היתה החלטה 1195, אשר במישור המהותי קיים דמיון רב בינה לבין תיקון 8, שפרטיו יסקרו מיד. לשם הנוחות יוצגו בטבלה עיקרי החלטה 1195 והחלטות 1015, 1064 שקדמו לה, וכן עיקרי תיקון 8.

הנושא	החלטה 1015	החלטה 1064	החלטה 1195	תיקון 8
תחולת ההחלטה	על יישובים קהילתיים עד 500 בתי אב ועל הרחבות חקלאיות ללא מגבלת גודל.	על יישובים קהילתיים עד 500 בתי אב ועל הרחבות חקלאיות ללא מגבלת גודל.	על יישובים קהילתיים והרחבות חקלאיות – עד 500 בתי אב.	יישובים בגליל או בנגב שהם "אגודה שיתופית – יישוב קהילתי כפרי או להתיישבות קהילתית או הרחבה של קיבוץ; מושב שיתופי/עובדים; כפר שיתופי. בתי האב עד 400
קריטריון ההתאמה החברתית	באמצעות מכון מיון.	באמצעות מכון מיון.	באמצעות מכון מיון פסיכולוגי.	חוות דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה.
ההתאמה לחיי חברה בקהילה	התאמה לחיי קהילה / קהילה מצומצמת (בהתאמה – חקלאיים/קהילתיים)	התאמה לחיי קהילה / קהילה מצומצמת (בהתאמה – חקלאיים/קהילתיים)	חל ביישובים עד 120 בתי אב. מעל - ניתן לדחות רק לפי "קבלת המועמד עלולה לפגוע בחיי הקהילה בישוב".	חל על כל היישובים.
בחינת המועמד על רקע המציאות בישוב	אין הוראה כתובה.	אין הוראה כתובה.	בחינת השפעת קליטת המועמד על היישוב, בשים לב לנסיבות, והאם יש בכך ליצור קהילה נוספת שתביא לפגיעה של ממש באופי הקהילה.	יש לבחון התאמת המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה.

3. כלפי החלטה 1195 והחלטות קודמות הוגשו מספר עתירות לבג"ץ מטעם מועמדים שנדחו בהליכי קבלה ליישובים (ראו בין היתר: בג"ץ 3552/08 קמפלד נ' מינהל מקרקעי ישראל (1.2.2011) (להלן: עניין קמפלד) ובג"ץ 8036/07 זבידאת נ' מינהל מקרקעי ישראל (13.9.2011) (להלן: עניין זבידאת)). העתירות נמחקו או הותלו משהובטח כי החלטות המינהל תיבחנה ותובאנה לידי חקיקה ראשית. וכך, בא תיקון 8 תחת ההחלטות האמורות. לאחר פרסומו, הוגשו עתירות גם כלפיו – הן העתירות שלפנינו.

4. תיקון 8 לפקודת האגודות השיתופיות, כאמור, נועד להסדיר את אופן פעולתן של ועדות הקבלה ליישובים קהילתיים קטנים, ובכללם, הרחבות קהילתיות של קיבוצים, של מושבים שיתופיים, של מושבי עובדים ושל כפרים שיתופיים. התיקון הוחל על יישובי הנגב והגליל, אשר מספר בתי האב בהם אינו עולה על 400. יישובים אלה, על-פי מציעי החוק, מתאפיינים באורח חיים קהילתי-כפרי, המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית אשר מצדיקה מיון מועמדים בקבלה אליהם.

התיקון הסדיר גם את הרכב ועדת הקבלה ואת הקריטריונים שבאמצעותם רשאית היא לקבל או לדחות מועמדים. בתיקון נקבעו מספר קריטריונים לדחיית מועמד. שניים מקריטריונים אלה, העומדים במרכז המחלוקת, הם "המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה" (סעיף 6ג(4) – להלן: מבחן ההתאמה לחיי קהילה); ו"חוסר התאמה של המועמד למרקם התרבותי-חברתי של היישוב" (סעיף 6ג(5) להלן: מבחן ההתאמה החברתית או ההתאמה למרקם החיים). לשם שלמות התמונה יצוין כי ניתן לדחות מועמד מכוח סעיף 6ג(א)(6) אם אין לו "מאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי" או אם אינו עומד ב"תנאי קבלה הקבועים בתקנות האגודה, אם ישנם כאלה, ובלבד שקיבלו את אישור הרשם". הוראה זו מאפשרת ליישוב לקבוע באופן גלוי בתקנון מאפיינים משותפים, כגון אורח חיים אקולוגי, כתנאי לקבלה ליישוב. הוראה זו, מטבעה, אינה מקנה שיקול דעת רחב לוועדת הקבלה, אך מאפשרת ליישוב לשמור על אורח חיים מסוים. לחשיבותה של הוראה זו אדרש בהמשך.

כנגד שיקול הדעת מכוח סעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) נקבעו מנגנוני בקרה ופיקוח. נקבע סעיף נגד הפליה אשר קובע כי הוועדה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי "גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה, או השתייכות מפלגתית-פוליטית". נקבע גם כי החלטת ועדת הקבלה חייבת בהנמקה (סעיף 6ב(ג)); וכי החלטתה נתונה לערור בפני ועדת השגות (אשר כפופה לעתירה מנהלית) (סעיף 6ב(ד)). נקבע כי ועדת הקבלה עצמה מורכבת מחמישה חברים: שני נציגי היישוב הקהילתי, נציג התנועה היישובית, נציג הסוכנות היהודית, ונציג המועצה האזורית, אשר יעמוד בראש ועדת הקבלה.

5. על טענות הצדדים כלפי תיקון 8 עמד חברי הנשיא א' גרוניס, ומשכך לא אחזור על הדברים. אזכיר כי עמדת העותרים היא שתיקון 8 מפלה בעיקר בשל שיקול הדעת הרחב שמוקנה לוועדות הקבלה מכוח סעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5). שיקול דעת רחב זה, לשיטת העותרים, משמש כסות להדרה מן היישובים משיקולים בלתי רלבנטיים. מנגד, המשיבים סבורים כי החשש להפליה מופג באמצעות הוראת איסור ההפליה שנקבעה בתיקון ומכוח מנגנוני הבקרה שהוסדרו בו.

המחלוקת שלפנינו, אם כן, היא בשאלה האם תיקון 8 לפקודת האגודות השיתופיות הוא הסדר מפלה אשר מצדיק את פסילתו. לפני שאדון בגופם של דברים אדרש בקצרה לטענת אי-בשלות העתירה, אותה מצא חברי הנשיא לקבל.

בשלות העתירה

6. חברי הנשיא א' גרוניס סבור כי העתירות אינן בשלות להכרעה. עמדותינו שונות. מקובל עלי כי, ככלל, יתכנו מקרים שבהם תדחה עתירה בשל אי-בשלותה. הטעמים המרכזיים לכך עשויים להיות אי-מיצוי הדין בפני הרשויות; ההנחה כי חקיקה ראשית של הכנסת עולה בקנה אחד עם העקרונות החוקתיים של מדינת ישראל (וכן העיקרון שיש להעדיף הגנה על הזכות החוקתית בדרך של פרשנות חקיקה על פני פסילת חוק); והצורך שיעמדו בפני בית המשפט נתונים קונקרטיים שיאפשרו את בחינת הפגיעה בזכויותיו של הפרט, ככל שישנה, ואת עמידתה במבחני פסקת ההגבלה (ראו: חוות דעתי בעע"מ 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פסקה 4 (7.1.2014) שעניינה בשלות מנהלית (להלן: עניין רחמני)). עם זאת, נפסק לא אחת כי כאשר מתעורר חשש שהמתנה עד ל"הבשלת" העתירה תוביל לפגיעה קשה בעותרים, אפשר שיהיה ראוי לבררה בטרם הופעל החוק ביחס לפרט זה או אחר (בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר, פסקה 31 (5.1.2012)).

7. בהקשר זה, ציינתי בעבר כי שני שיקולים צריכים לעמוד בפני בית המשפט בבואו לבחון טענת אי בשלות (ראו: התייחסות דומה בפסקה 18 לחוות דעתו של חברי הנשיא גרוניס, במסגרת השלב השני להערכת בשלות עתירה לשיטתו). ראשית, יש לאמוד את עצמת הפגיעה שעלולה להיגרם לפרט אם לא תבורר

העתירה, במיוחד כאשר נדונות זכויות יסוד חוקתיות של הפרט. שנית, יש לבחון אם ישנו הליך חלופי לבירור יעיל יותר של הטענות (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יור הכנסת (23.2.2012) (להלן: פרשת ניר); דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כהן, פסקאות 13–17 לפסק דיני (14.4.2013); ראו: גם בפסקה 54 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור באותה הפרשה).

8. שני השיקולים גם יחד תומכים, לטעמי, בדחיית טענת אי-הבשלות במקרה הנוכחי. ככל שיימצא ממש בטענות העותרים, הרי שדחייתן היא הכשרתה של ההפליה מכוח התיקון לחוק, והדרת משפחות מועמדות למגורים ביישובים הקהילתיים תימשך.

9. בהקשר זה, יש להיזהר מהפעלת דוקטרינת אי-הבשלות, מקום בו הטענה היא שהחוק הנדון הוא שגורם מלכתחילה לכך שלא ייווצרו מצבים שבהם תבורר חוקתיותו של החוק באמצעות תקיפה עקיפה. הטענה המרכזית של העותרים בהליך הנוכחי אינה שהחוק מעודד הפליה ופגיעה בזכויותיו החוקתיות של הפרט. טענתם היא שהחוק יוצר מנגנון משפטי אשר מייצר כיום ועתיד לייצר בעתיד הפליה סמויה בקבלה ליישובים קהילתיים. הפליה כזאת, מעצם טבעה, קשה היא לזיהוי ואפשר שתתקיים בהיקף נרחב אף שיהיה קושי במציאת עותר קונקרטי שבעניינו ניתן לדון בה. זאת, בפרט מקום בו ההפליה הסמויה האמורה שלובה, במסגרת ההנמקה (שמטבע הדברים לא תצביע על הבסיס המפלה; וראו גם פסקאות 13–14 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל), בטענות עובדתיות שונים הנוגעים לפרט הקונקרטי ומצדיקים את דחייתו. במסגרת זאת, יכול עצם ה"אפקט המצנן" הגלום בחוק להרתיע פונים מלמש את זכותם לשוויון, ובכך להנציח מציאות מפלה.

10. יתר על כן, כפי שקרה פעמים לא מועטות בכל הנוגע לקבלה ליישובים קהילתיים, הגשת העתירה לבית המשפט עשויה להוביל לשינוי החלטת הדחייה, קבלת העותר ליישוב ומחיקת העתירה, ובכך לסיים את הדיון בעניינו מבלי שתידון הסוגיה העקרונית של הפלייתו (ראו: נטע זיו וחקן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכודת ברשת תובענית ומחוררת" משפט חברה ותרבות – קהילות מגודרות 311 (תש"ע) (להלן: זיו ותירוש); עדי ניר-בנימיני וטל גנור "מתחת לרדאר: מנגנוני הדרה סמויים בהליכי מיון למגורים בישראל"

מעשי משפט ו 143 (2013) (להלן: ניר-בנימיני וגנור); ודוגמה בענייננו ממש בו לאחר שהוחלט על התליית עתירה פרטנית עד הכרעה בעניין לפנינו, התקבל עררם של העותרים והם מחקו את עתירתם: עניין קמפלד; עניין זביזאת; בג"ץ 995/12 כלפה נ' הכנסת (החלטה בעניין הוצאות מיום 4.7.2012) (להלן: עניין כלפה)). מצב דברים זה, המוביל לכך שהסוגיה העקרונית לא תבורר, חרף חשיבותה, בשל נכונות הגורם הפוגע לסגת מפגיעתו מרגע שהחל ההליך השיפוטי, אף הוא מצדיק את בחינת הסוגיה העקרונית המתעוררת (ראו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 249–250 (1999); והשוו Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 125-124 (1973); לניתוח מעניין ודומה של הבעיות שעשויות להתעורר משימוש בתקיפה עקיפה, בעקבות מאפייני הפגיעה והרשות הפוגעת, ראו: רונן פוליאק "בשלות יחסית – ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45, 77–78 (2014)).

11. מאחר שברגיל הליכים כגון ההליך הנוכחי אינם עוסקים בבחינת קיומה של הפליה במקרה קונקרטי בלבד, אלא בבחינת קיומה של מדיניות הפליה סמויה הניתנת להוכחה באמצעים עקיפים, ממילא אובד היתרון שבתקיפה העקיפה של החוק. זאת, מאחר שבמצב דברים זה שבים אנו לדון במישור הכללי, ואיננו יכולים ללמוד מנסיבות הפרטניות של הליך זה או אחר על המגמה הרחבה הרווחת, ועל השאלה האם מתקיימת הפליה הלכה למעשה אם לאו. במילים אחרות, גם בהיבט המוסדי, נדמה שמקום בו עסקינן בעתירה שלשם בירורה נדרשת התבוננות חברתית רחבה, ושעניינה חורג מההליך הפרטני של אדם זה או אחר, אין יתרון של ממש לתקיפה העקיפה של החוק. דווקא בירור סדור, של כלל הסוגיות המתעוררות בהליך, תוך ייצוג ראוי הן של המדינה והן של גופים המתמחים בהליכים מסוג זה (דוגמת העותרים בהליך הנוכחי) יכול לאפשר דיון מושכל יותר בחוקתיותו של החוק.

12. לסיום, אדגיש שאף אם היה בידי להסכים באופן עקרוני להרחבת דוקטרינת הבשלות, כפי שמציע חברי הנשיא, אני סבור כי בעניין שלפנינו לא ראוי להחילה. ראשית, הדמיון בין תיקון 8 לבין החלטה 1195 שקדמה לו הוא רב. עמד על כך היועץ המשפטי לממשלה בהחלטתו, שבמסגרתה נקבע שהתיקון לחוק

מייתר את החלטה 1195, נוכח החפיפה המשמעותית בין שני ההסדרים (ראו: פסקה 2 ו-52 לתצהיר התשובה מטעם המדינה). דומה כי אין בפנינו אלא גלגול נוסף של אותה סוגיה משפטית אשר נדונה לא אחת בערכאות השיפוטיות במשך קרוב לעשרים שנה, החל בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: עניין קעדאן). זו גם עמדתם של המשיבים 4–5, הם מרכז המועצות האזוריות בישראל ותנועת מושבי העובדים בישראל ברית סיוע אגודה שיתופית בע"מ. שנית, וזה העיקר – לצד הדיון העקרוני במסגרת ההליך הנוכחי, הוגשו עתירות פרטניות של מועמדים למגורים ביישובים קהילתיים, ונקבע כי מאחר שבהליך הנוכחי ילובנו הסוגיות העקרוניות, לא ימוצה הדיון העקרוני באותם ההליכים (ראו, בין היתר, עניין כלפה (החלטה מיום 3.4.2012), אשר נמחק לבקשת העותרים ביום 7.6.2012; בג"ץ 7465/11 סודקיס נ' מנהל מקרקעי ישראל (החלטה מיום 7.11.2012), שם הוחלט שלאחר ההכרעה העקרונית בהליך הנוכחי יחודש הדיון בתיק). נדמה כי מקום בו ישנם עותרים קונקרטיים, המתדפקים על דלתו של בית המשפט, ונאמר להם להמתין עד להכרעה עקרונית בסוגיה, אין מקום לדחות את ההכרעה העקרונית בסוגיה רק מהטעם שאין בנמצא עותרים קונקרטיים. על רקע זה מצאתי אפוא כי העתירות שלפנינו הבשילו ומשכך אעבור לדיון בעתירות.

דיון

מסגרת נורמטיבית – הזכות לשוויון

13. יסודה של טענת ההפליה היא בזכות לשוויון. הזכות לשוויון, כידוע, נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פסקה 27 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006) (להלן: עניין חוק טל הראשון)). על-פי התפישה המקובלת, הזכות לשוויון מחייבת מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים, בהתחשב במידת השוני ביניהם (דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 344 (2000) (להלן: דנג"ץ רקנט); בג"ץ 9863/06 קר'ן – עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' מדינת ישראל – שר הבריאות, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת א' חיות (28.07.2008)). על-פי גישה זו, השוויון מוסבר

באמצעות מושג הרלבנטיות, ולא מאפשר להבחין בין אנשים מטעמים לא ענייניים (אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה ב 692 (2014) (להלן: ברק – כבוד האדם)). כאשר נערכת הבחנה מטעמים שאינם רלבנטיים הרי זו הפליה.

14. נהוג להבחין בין שני סוגים של הפליה. הפליה מסוג אחד עלולה להתקיים כאשר ההבחנה האסורה לוקה בחוסר רלבנטיות בהיותה שרירותית ובכך טועה להבחין כראוי בין פרטים. ההפליה מסוג נוסף יכולה להיעשות על בסיס קטגוריות זהות מוגדרות כגון לאום, גזע, או שיוך עדתי. הפליה זו מכונה בפסיקה "הפליה גנרית", והיא נתפסת כהפליה קשה שעולה כדי פגיעה בכבוד האדם (ברק – כבוד האדם, בעמ' 703–704). קטגוריה גנרית זו משקפת אפוא הכרה היסטורית בכך שהקבוצות אשר באות בקהלה הופלו בעבר ועודן מופלות באופן שיטתי בתחומי חיים שונים, לא פעם בנימוקים שונים המנסים להסוות את ההפליה כהבחנה רלבנטית.

15. טענת ההפליה במקרה שלפנינו מופנית כלפי דבר חקיקה של הכנסת. אין חולק שלשונו של החוק אינה מפלה. ההיפך הוא הנכון, לשונו של החוק קובעת איסור על הפליה על בסיס קבוצתי ומגדירה את הקטגוריות שאין להפלות על בסיסן. טענת ההפליה מכוונת כלפי המנגנון שנוצר ממכלול הוראות החוק, כאשר הוא מופעל במציאות החברתית והנורמטיבית הקיימת בישראל. בפרט היא מכוונת כלפי סעיפים 6(א)(4) ו-6(א)(5) לפקודה, אשר מתירים לוועדות הקבלה לקבל או לדחות מועמד על בסיס התאמתו ל"חיי קהילה" ול"מרקם החברתי" הקיים בה. השאלות הדורשות הכרעה, אם כן, הן האם מנגנון המיון שבבסיס התיקון לחוק מפלה את המועמדים בהפליה גנרית? האם ההבחנה נעשית על יסוד שיקולים בלתי רלבנטיים אחרים, ומשכך אינה מצדיקה מתן יחס שונה לשונים?

סעיפים 6(א)(4) ו-6(א)(5) לפקודה

16. סעיפים קטנים 6(א)(4) ו-6(א)(5) הם שניים מתוך שישה קריטריונים הקבועים בסעיף 6ג, שכותרתו "שיקולי ועדת הקבלה". סעיפים קטנים אלה, כאמור, מאפשרים לדחות מועמד למגורים ביישובים קהילתיים על בסיס אי-התאמה ל"חיי חברה בקהילה" ואי-התאמה ל"מרקם החברתי-תרבותי". לתכליתם של סעיפים אלה ולקשיים שהם מעוררים אעבור כעת.

17. קריטריון ה"התאמה לחיי קהילה" מבקש לבחון את התאמתו של מועמד לחיות בחיי שיתוף קהילתיים בקהילה מצומצמת. קריטריון זה דורש שבבסיס ההחלטה תעמוד "חוות דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה כאמור". העותרים סבורים כי נוסחו של הסעיף מקנה שיקול דעת רחב מדי לוועדה. המשיבים סבורים כי שיקול הדעת הרחב מצטמצם דיו בשל הכפפתו לחוות הדעת המקצועית.

אכן, אין להוציא מכלל אפשרות שבחינת התאמה לחיי קהילה שנעשית בידי גורם מקצועי בלתי-תלוי עשויה להקנות לה מימד אובייקטיבי ומבוסס. בפועל, הפקודה אינה מגדירה כיצד נבחנת התאמה לחיים קהילתיים, ומי הם המומחים המופקדים על בדיקת התאמה זו. הפקודה גם אינה קובעת את הכשרתו המקצועית של מכון המיון. ניר-בנימיני וגנור מראות כי מדובר במגנונים משתנים, כגון אבחון גרפולוגי, שיחה עם פסיכולוג על היחסים האינטימיים של הזוג ומשחקי תפקידים, בהקשרים שאין בהם כדי ללמד על יכולתו של מועמד להשתלב בקהילה. מטבע הדברים המסד העובדתי בעניין דרכי פעולת מכוני המיון לא היה בידי העותרים. לשאלת העותרים שנשאלה בבקשה לפרטים נוספים על מה מבוססת הבחינה המקצועית, לא ניתנה תשובה של ממש מטעם המדינה. לשאלה האם קיים פיקוח על מכוני המיון השיבה המדינה כי מעולם לא נערך פיקוח כזה.

בחירת מכוני המיון נעשית בידי היישובים הממינים בלא הגבלה כלשהי. מכוני המיון מצהירים בגלוי כי בדיקת התאמתו של מועמד ליישוב מסוים נעשית בהתאם לאמות המידה שקבע היישוב עצמו – אמות מידה שכזכור אינן בהכרח קבועות בתקנון (ראו: באתר המקוון של מכון "כיוונים נוספים" [זמין כאן]). באתר המקוון של מכון "אבני", אחד ממכוני המיון, נכתב כי "על-מנת להבטיח את שביעות רצונם המלאה של הלקוחות, מעודד מכון אבני קיום פגישה מקדימה בין נציגי ועדת הקבלה ובין נציגי המכון, לשם תיאום ציפיות ועמדות לגבי המועמדים" [זמין כאן]. תמונה דומה עולה מעיון גם באתרים של מכונים אחרים.

18. במצב דברים זה דומה כי מעורבותם המקצועית של המכונים במיון המועמדים אינה מהווה מנגנון פיקוח ממשי שבכוחו לעמוד בפני רצונם של מעסיקהם – הם היישובים הקהילתיים. מתעורר חשש שמכוני המיון יהיו עלי התאנה של החלטות ועדות הקבלה. מעבר לכך, חוות הדעת המקצועית אינה כפופה לפיקוח מנהלי ולביקורת שיפוטית. במצב דברים זה דומה כי אין במנגנון הקבוע בסעיף 6(א)(4) כדי לשוות להליך המיון מימד אובייקטיבי דיו, וקיים ספק אם בכוחו לשנות מהחלטת ועדת קבלה בעניינו של מועמד זה או אחר. אין זה אומר כמובן, בשלב זה של הדיון, כי המנגנון הוא בהכרח מנגנון מפלה. מסקנת הדיון בשלב זה היא כי שיקול הדעת הרחב המוקנה בו פותח פתח אפשרי להכנסת שיקולים בלתי רלבנטיים.

סעיף 6(א)(5) – קריטריון "חוסר ההתאמה החברתית" – תכלית וקשיים

19. סעיף 6(א)(5) קובע כי ועדת קבלה רשאית לסרב לקבל מועמד ליישוב הקהילתי אם נמצא חוסר התאמה שלו למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה. הוראה זו, על-פי עמדת המדינה, מעגנת את ההכרה באופיה של קהילה מסוימת ואת זכותה לשמור על מאפייניה, מבלי להיות נתונה לאיום של שינוי "מבחוץ". בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי "התיקון מבקש לאזן בין הזכות למימוש עצמי לבין הזכויות לכבוד ולשוויון, הן בקביעת אמות המידה לשיקול דעת של ועדת הקבלה והן בקביעת הליך שיבטיח הפעלה מידתית של אמות המידה הללו" (הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8) (ועדות קבלה בישובים קהילתיים), התש"ע-2010, ה"ח הכנסת 222, 222–224)

20. על חשיבותו של קריטריון זה הרחיבו המשיבים 4–5 בתגובתם. הם ביקשו לעמוד על תכליתו של עקרון ה"קהילתיות" אשר עומד בבסיסו. עקרון ה"קהילתיות", הם מסבירים, מבוסס על רצונן של קבוצות מתיישבים להתקבץ סביב אידיאולוגיה משותפת ולחיות יחדיו חיי שיתוף. הם סבורים כי אין מדובר בעקרון מפלה אך בשל הומוגניות הקבוצה. קבוצות שונות עשויות למצוא רעיונות משותפים שונים. ההתלכדות ההומוגנית של קבוצות שונות סביב רעיונות שונים יוצרת, לשיטתם, התיישבות הטרוגנית, כאשר כל יישוב מחזיק במאפייניו

הייחודיים. זהו "הפסיפס ההתיישבותי", שבו אוסף של יישובים הומוגניים יוצרים מפת התיישבות הטרוגנית. מכיוון שמדובר ביישובים שממוקמים בפריפריה, הם מוסיפים, ישנה חשיבות רבה לכך שתושבים יהיו מגויסים לסייע איש לרעהו. לצורך שמירה על אחדות הקהילה, לטענתם, נדרש לשמור על המאפיינים הדומים שבין תושביה.

21. את עמדתם תומכים המשיבים 4–5 בחוות דעת מקצועית מטעם פרופ' א' בהם, שהתמחותו בתחום העבודה הסוציאלית הקהילתית. יצוין כי חוות דעתו נכתבה בגלגול קודם של הנושא הנדון, בעניין זבידאת, לאחר שמנגנון המיון של ועדות הקבלה עוגן בהחלטות 1015 ו-1064 של המינהל, אך דומה שעיקרי הדברים נותרו רלבנטיים גם לנדון כאן.

22. פרופ' בהם סבור כי מנגנון המיון של ועדות הקבלה חיוני לשם שמירה על קהילות שביישובים הקהילתיים בפריפריה. לדבריו ישנה הסכמה רחבה במדעי החברה שראוי לאפשר קיום של מבנים חברתיים המבטאים ערכים קהילתיים. קהילות מלוכדות מאפשרות לאדם לממש את אישיותו. בקהילות אלה, הוא מסביר, מתפתחות תחושות קהילה חזקות היוצרות ערך מוסף של הון חברתי מלוכד, תוך נכונות בפועל של חברי הקהילה להקריב ולוותר על טובתם האישית למען הכלל. הוא מעריך כי מנגנוני הבקרה והביקורת שעוגנו בהחלטות המועצה האמורות מבטיחים, בסבירות גבוהה, שימוש ראוי שאינו מפלה.

23. עמדתם של המשיבים ודעתו המקצועית של פרופ' בהם, אשר גובו היטב בספרות מקצועית מתחומי מדעי החברה, שובות את הלב במידה מסוימת, ואינן משוללת יסוד. אולם דומה כי הן אינן תואמת את המציאות ההתיישבותית – במישור העובדתי – ואינה מכפיפה עצמה לעקרון השוויון – במישור המשפטי.

24. אפתח במישור העובדתי. מוכן אני להניח, מבלי לדון בדבר, כי עקרון הקהילתיות מגלם ערכים בעלי תרומה ממשית לחיזוק יישובים קהילתיים. אולם נראה כי במציאות ההתיישבותית הקיימת ביישובי הנגב והגליל שעליהם חל החוק, המאפיינים הקהילתיים הנטענים אינם מוצאים ביטוי של ממש (מבלי להביע עמדה לגבי יישובים אחרים) ולכל הפחות, אין לפנינו ראיה לכך. המסד העובדתי שלפנינו

אינו שלם בעניין זה, אך הראיות הקיימות מצביעות על תמונה התיישבותית שונה מן הנטען.

25. אחת הראיות שהובאה לפנינו היא תצהירו של העותר 3 בבג"ץ 2311/11, מר אליהו שטרן (נספח ע' 6 בעתירה בבג"ץ 2311/11 מיום 23.3.2011). מר שטרן הוא תושב היישוב "יעד" משנת 1975. "יעד" הוא ראשון היישובים במועצה האזורית "משגב" שבגליל, בה מצויים היום כ-30 יישובים. מר שטרן שימש חבר בוועדת הקבלה של היישוב פעמים רבות ובחלקן עמד בראשה. לדבריו, מנגנון ועדות הקבלה הקיים ביישובים הקהילתיים עבר במעין ירושה מן הקיבוצים והמושבים, שעליהם לא חל התיקון לחוק, מבלי שניתנה הדעת להבדלים המהותיים במידת הקהילתיות והשיתוף שבינם לבין היישובים הקהילתיים שעליהם חל התיקון לחוק. במציאות החיים הנוכחית ביישוב "יעד", לדבריו, חלק ניכר מן התושבים אינו מכיר את התושבים האחרים. אשר ליישובים אחרים במועצה אזורית משגב, גדולים מ"יעד", הוא סבור, כי הם אינם שונים בהרבה משכונה עירונית בעלת רמת ארגון גבוהה ופעילות קהילתית נרחבת. אשר למאפייני הזהות המייחדים את היישובים הוא סבור, כי רוב התושבים הם "אזרחים רגילים" אשר המאחד ביניהם מתמזה ברצון לחיות בסביבה כפרית, ליטול חלק בפעילות קהילתית נרחבת, וליהנות משירותי חינוך ובריאות טובים. מר שטרן דוחה את הקשר הנטען בין מיקום היישובים בפריפריה לבין התלות ההדדית בין התושבים.

26. תמונה דומה עולה מתצהירה של הגב' ארד בעניין כלפה (נספח 1 לכתב העתירה מיום 1.2.2012). ארד היא תושבת קיבוץ גבים המונה 115 חברים. לדבריה היא אינה מכירה באופן אישי את כל תושבי הקיבוץ; בקיבוץ מתגוררים כ-150 תושבי חוץ (סטודנטים ומורים מהאזור); ומרבית האוכלוסייה אינה חברת קיבוץ.

27. כאמור, המסד העובדתי בדבר האופי ההתיישבות ביישובים הקהילתיים אינו שלם, ולא ניתן לקבוע על בסיסו במידה מספקת אם היישובים עליהם חל החוק מקיימים את עקרונות הקהילתיות הנטענים. בבקשה למתן פרטים נוספים, נשאלו המשיבים האם קיימים מאפיינים נוספים מלבד היותה של הקהילה קטנה ונסמכת על שיתוף והתנדבות, ומהם מאפיינים אלה. בתשובת המשיבים 2-4

(להלן: המדינה) לא ניתן מענה לשאלות אלה. שאלות נוספות שנשארו ללא מענה הן מהי "התאמתו" של מועמד בכל יישוב ויישוב, מהם "אופיו" או "טיבו" של מועמד אשר יש לקבלו בכלל ובכלל יישוב בפרט. היעדר הנתונים מעורר ספק באשר לנכונות הטענה בדבר היסוד הקהילתי ביישובים שבנדון. בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש המחשלה (27.2.2006)) (להלן: עניין ועדת המעקב) נאמר, בהקשר דומה, כי "המשיב לא סיפק לבית המשפט נתונים והבהרות... היעדרם של הסבר או נוסחה, על פיהם נקבע המרחק הגיאוגרפי של אזורי עדיפות לאומית לעניין הטבות בחינוך, מעורר ספק אם ניתן כלל משקל – ומשקל מספק – לשיקול בדבר השמירה על עקרון השוויון בכלל והשוויון בחינוך בפרט (ראו והשוו...)" (עניין ועדת המעקב, בפסקה 17). מכל מקום, מוכן אני להניח, מבלי לקבוע, כי יסוד קהילתי כלשהו קיים ביישובים הקהילתיים בנגב ובגליל. האם תחת הנחה עובדתית זו, מוצדק, כעניין שבמשפט, להתיר לאותם יישובים למנוע הקצאת קרקעות למי שאינו מתאים למרקם החברתי של היישוב?

28. המודל שבבסיס עמדת המשיבים מציע שילוב של הומוגניות בתוך היישוב והטרורגניות בין היישובים כפתרון לפגיעה הנטענת בשוויון. פסיפס התיישובות הטרורגני זה, לשיטתם, שומר על עקרון הקהילתיות מזה, ואינו פוגע בעקרון השוויון מזה. המשיבים סבורים כי אין לאדם זכות להתגורר בכל מקום בו יחפוץ. מוכן אני להניח כי כך הוא. אולם יישומו של עקרון הקהילתיות הנטען, עלול להביא למעשה למתן יחס של "נפרד אבל שווה". יחס כזה, כידוע, נדחה בבית המשפט העליון של ארצות הברית בעניין *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483 (1954)).

29. בישראל, בית המשפט העליון, במספר פסיקות, לא ניאות לקבל טענה זו אלא משיקולים רלבנטיים, אשר מצדיקים מתן יחס שונה לשונים בהתאם למידת השוני שבניהם. בעניין אביטן נקבע, כי "קיים אינטרס ציבורי לסייע לבדואים להתיישב התיישובות קבע ביישובים עירוניים [...] אינטרס זה, כשהוא משולב בצורך בשינוי ערכים, מנהגים והליכות של המגזר הבדואי מזה דורות רבים, מצדיק את העדפתם של הבדואים במתן מגרשים בתנאים מסובסדים ביישוב שנועד ליישובם יישוב של קבע" (בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4)

297, 303 (1989)) (להלן: עניין אביטן). ובעניין קעדאן צוין 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".

30. האם היישובים שהחוק חל עליהם מצדיקים מתן יחס שונה? המשיבים מציגים כדוגמה את היישוב אמירים, המקיים אורח חיים טבעוני; ואת היישוב כליל, המקיים אורח חיים אקולוגי. לשיטתם, ייחודם של יישובים אלה מצדיק מתן יחס שונה. העותרות טוענות מנגד, כי מדובר באחוז זניח מבין היישובים שעליהם חלה הפקודה וכי מרבית היישובים חסרי מאפיינים בולטים. בהיעדר נתונים כמותיים, אין בידי לקבוע את משקלם היחסי של יישובים אלה מבין כלל היישובים המקיימים ועדות קבלה. אכן, יישובים דוגמת אמירים וכליל בולטים במאפיינים הייחודיים. אורח חיים טבעוני או אקולוגי עשוי להיות, על פניו ומבלי להכריע בכך, קריטריון רלבנטי. ככלל, קריטריונים רלבנטיים כגון אלה ניתן לקבוע כתנאי קבלה גלוי בתקנון היישוב מכוח סעיף 6(א)ג(6) לפקודה בכפוף לביקורת שיפוטית בידי הרשם. אולם מבחן ההתאמה החברתית, כפי שראינו עד כה, מסמיך את הוועדה לדחות או לקבל מועמד לאו דווקא מטעמים רלבנטיים שניתן לקבעם בתקנון האגודה השיתופית. ככל שניתן היה לקבוע אותם בתקנון, לא היה צורך במבחן ההתאמה החברתית. מכאן מתבקשת ההנחה שבבסיס מבחן זה עומד הצורך לאפשר דחיית מועמד מטעמים אחרים, בין שהם רלבנטיים ובין שאינם.

31. מסקנת הדיון מן האמור היא כי בהיעדר טעם רלבנטי, לא ניתן ליתן יחס שונה למי שאינו שונה. ככל שקיים טעם רלבנטי, ניתן לקובעו במסגרת התקנון. טעמים רלבנטיים שנקבעו בתקנון כאמור, ממילא, אינם במסגרת המחלוקת הנוכחית. מבחן ההתאמה החברתית נותן מענה לטעמים שככל הנראה לא ניתן לקבוע אותם בתקנון. אין זה אומר בהכרח כי טעמים אלה מפלים בפועל. לשם קביעה כי נעשתה הפליה נדרשת כוונה להפלית או כי נוצרה בפועל מציאות מפלה. לעת עתה, מסקנת הדיון היא כי מבחן ההתאמה החברתית פותח פתח להכנסת שיקולים בלתי רלבנטיים. בהמשך תידון השאלה אם הוא מביא להפליה בפועל.

32. כפי שניתן לראות, סעיפים 6(א)(4) ו-5(א) אינם כפופים לאמות מידה מוגדרות. החוק אינו קובע את היקף שיקול הדעת שהם מקנים לוועדות הקבלה ואינו מגדיר את טיבו. סעיפים קטנים אלה יוצרים הסדר שמכונה "חקיקה עמומה", אשר באמצעותה מעביר המחוקק את עיקר שיקול הדעת לידי גורם אחר (מרגית כהן "רגולציה וחוקיות עמומה: המעורבות הממשלתית במשק הדלק הישראלי" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 535, 568 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005)). שיקול הדעת המועבר במקרה הנוכחי הוא באשר לאישור הקצאת קרקעות. לנוכח סעיף קטן 6(א)(6) – אשר כזכור מאפשר קביעת קריטריונים גלויים בתקנון – נראה גם שבקביעת סעיפים 6(א)(4) ו-5(א) המחוקק ביקש להותיר מקום מסוים לדחיית מועמד שלא משיקולים עקרוניים מוצהרים אלא שיקולים שמתעוררים בנסיבות כל מקרה ומקרה. כשלעצמו אין בשיקול דעת זה פסול. אולם החשש הכרוך בו, בהיעדר אמות מידה להפעלתו, הוא שהקצאת הקרקעות במקרים מסוימים תיעשה שלא משיקולים רלבנטיים.

33. היקפו המופרז של שיקול הדעת שניתן לוועדת הקבלה עולה, בין השיטין, גם מתגובת המדינה לעתירה. בכתב התשובה מציינת המדינה כי הליך הסינון תלוי בסופו של דבר בהתרשמותם הבלתי אמצעית של חברי ועדת הקבלה וכי לא ניתן לקבוע מראש אמת מידה אובייקטיבית (פסקה 108 לתצהיר התשובה). נראה, אם כן, כי תכליתם של סעיפים קטנים 6(א)(4) ו-6(א)(5) לפקודה אינה לאפשר סינון על בסיס קריטריונים קבועים וברורים, אלא לאפשר את דחייתם של מועמדים מבלי להצביע על קריטריון ברור של אי-התאמה.

נקבע בעבר כי חקיקה נעדרת קריטריונים ברורים לקביעת הקצאת משאבים כשלעצמה הופכת את הקריטריונים לשרירותיים ובכך מעוררת חשש לפגיעה בשוויון. בעניין נסר (בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (22.5.2012) (להלן: עניין נסר)) עמדה על כך הנשיאה (בדמ') ד' ביניש בצינה כי:

"פרקטיקה חקיקתית זו – מעבר לשרירותיות הרבה הטמונה בה – מעוררת חשש ממשי לפגיעה בזכות לשוויון, המחייבת מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. היעדרו של קריטריון כלשהו להערכת ההבחנה בין היישובים השונים מקשה על הקביעה האם לפנינו יחס

שונה לשווים או שמא יחס שונה ליישובים המקיימים ביניהם שוני רלוונטי (שם, בפסקה 35 לפסק דינה).

34. נראה שדברים אלו, שנקבעו ביחס לחלוקה שרירותית של כספים ציבוריים בין ישובים, יפים גם להליך בחינתם של אנשים בשר ודם לקבלה ליישובים קהילתיים. שיקול הדעת הרחב שבסעיפים 6(א)(4) ו-5(א) משווה להם מידה לא מבוטלת של שרירותיות. מידה זו של שרירותיות גדלה לנוכח הפטור הקבוע בסעיף 6(ג) לפקודה, שעל פיו אין צורך באישור ועדת הקבלה לגבי קרקע המועברת בירושה. מהוראת הפטור יוצא לכאורה, כי ייתכן שהיורשים, ככל אדם אחר, עלולים שלא להתאים למרקם החברתי והקהילתי של היישוב, אך אי-התאמתם לא תעמוד להם לרועץ וזאת בשונה ממועמדים אחרים. כך גם לגבי האפשרות המסורה לתושבי היישוב להשכיר דירות ללא צורך באישורה של ועדת הקבלה. כזכור, השוויון מוסבר באמצעות מושג הרלבנטיות. מושג השרירותיות, לעומת זאת, מבטא למצער אקראיות במקרה הטוב, ושיקולים בלתי לגיטימיים שיסודם בנטיית לב לא מוצדקת במקרה הטוב פחות. מידת השרירותיות הבלתי מבוטלת שקיימת בקריטריונים, אם כן, מגדילה את החשש שייעשה בהם שימוש לא רלבנטי, ובכך מפלה.

חרף כל האמור, המדינה סבורה כי מנגנוני הבקרה הקבועים בתיקון לחוק – הוראת איסור ההפליה, וזכות ההשגה על החלטת הוועדה – מאיינים את החשש להפליה שנוצר בשל שיקול הדעת הרחב. לבחינתם של מנגנונים אלה אעבור כעת.

סעיף 6(ג) – מנגנון איסור הפליה – האם מאיין את החשש מהפליה?

35. המשיבים טוענים, כי החשש להפליה בהליכי המיון ליישובים קהילתיים מצטמצם בשל איסור ההפליה הקבוע בסעיף 6(ג) לפקודה. האם אפוא הוראה מאינת את החשש מהפליה?

סעיף 6(ג) לפקודה קובע כי:

"ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית".

לכאורה יש בהוראה זו כדי להפיג את החשש מהפליה. בפועל, דומה כי למעט המימד הצהרתי שבה, היא אינה נותנת מענה מספק ואינה מאיינת את החשש מהפליה.

36. ראשית, סעיף 6ג(ג), למצער כלשונו, אינו מקנה הגנה מפני הפליה שנעשית מטעמים שאינם מנויים בו, לאמור, הפליה שאינה "גנרית". שנית, וזה העיקר, שיקול הדעת הרחב שמוקנה לוועדה מכוח מבחן "ההתאמה החברתית", נוטל את עוקצה של הוראת איסור ההפליה שבסעיף 6ג(ג). אם לנוכח שיקול הדעת הרחב שנתון לוועדה, תדחה היא מועמד בתואנה שאינו מתאים למרקם החיים הקונקרטי שקיים ביישוב, כיצד ניתן לדעת אם דחייתו נעשתה דווקא מטעמים ענייניים? קיים חשש שמבחן מרקם החיים ישמש כסות לטעמים אחרים, הגלויים ליודעי ח"ן בלבד, וייתכן שגם בלתי רלבנטיים, ובכך, מפלים. הסמכות לדחות מועמד על יסוד התרשמות אישית שאינה כפופה לאמת מידה ממשית, מרוקנת מתוכן הוראה שאוסרת להפלות על בסיס זה או אחר. הפליה נתפשת לא אחת כאות קין ויש להניח שהמפלה לא יצהיר בחוצות כי שקל שיקולים בלתי רלבנטיים, אלא יסווה זאת בנימוק ענייני. באחת הפרשות ציין השופט א' א' לוי בהקשר דומה כי מקום שנערכת הבחנה מטעמים בלתי רלבנטיים "לעולם ינסו לתרצה בנימוקים 'ענייניים', ולא כאלה שמקורם בחשש עלום ולא מבוסס מן הזר והשונה" (בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פסקה 19 (17.5.2010)).

לסיכומה של נקודה זו, דומה כי הוראת איסור ההפליה הקבועה בסעיף 6ג(ג) אינה מתגברת על שיקול הדעת הרחב הנתון לוועדה ואינה מאיינת את החשש מהפליה. נותרנו אפוא עם החשש להפליה מכוח סעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5).

סעיף 6ב(ה) – הליך השגה – האם מאיין את החשש מהפליה?

37. החוק מאפשר הליך של השגה בפני ועדת השגות. לכאורה יש בכך מנגנון בקרה ממתן, אשר בכוחו למנוע מן הוועדה לחרוג מסמכותה. אולם סמכותה של הוועדה, כזכור, נתונה לה מכוח מבחן ההתאמה לחיי קהילה ומבחן ההתאמה החברתית. לנוכח רוחבו של שיקול הדעת הנתון לוועדה מכוח מבחנים אלה, חריגה משיקול הדעת, כטבעו של שיקול דעת רחב, תתקיים לעתים נדירות. מעבר

לרוחבו, דומה כי טיבו של שיקול הדעת אינו ניתן בנקל לביקורת שיפוטית. מבחן ההתאמה למרקם החברתי מבוסס במידה רבה על התרשמות אישית. כלום ניתן להשיג באופן ממשי על החלטה המושגת, לפחות בחלקה הלא מבוטל, על רחשי לב, או על חוות דעת מכוני המיון אשר אינם כפופים גם הם לאמות מידה כלשהן?

38. פרט לקושי לבקר את שיקול דעתה של ועדת הקבלה, מנגנון ההשגה מותנה בכך שמועמד שנדחה ישיג על החלטת הדחייה. מתצהירי המועמדים עולה שלא אחת התחושה הקשה שבעקבות הדחייה מצננת מוטיבציה לפתיחה בהליך השגה עד כדי חיסולה. מר שטרן, שכזכור כיהן כראש ועדת קבלה וכחבר בה פעמים רבות, הצהיר "רק במקרים נדירים תפנה משפחה כזו למנגנון הערעור" (סעיף 33 לתצהירו). הגב' נינה מיליקובסקי (מצהירה בעניין כלפה), אשר נדחתה משלושה ישובים במועצה האזורית שער הנגב, ציינה כי בפעמיים שעמדה בפני ועדת קבלה נשאלה כבר באותו מעמד אם תערער על החלטת דחייה והשיבה שלא. היא ציינה כי "חשתי מושפלת... החלטתי שלא לערער על הדחייה, לאחר שבירורים שערכתי העלו כי סיכויי הערעור נמוכים ושלכל הפחות מדובר במאבק ארוך ומתיש" (סעיף 19 לתצהירה). מר מאיר אבוטבול (מצהיר בעניין כלפה), אשר נדחה על ידי ועדת הקבלה של אחד היישובים, ציין כי "למרות שהרגשתי שנעשה לי עוול באי קבלתי לישוב, לא פניתי להליך משפטי בניסיון לבטל את החלטת הוועדה בשל המשאבים שזה גוזל" (סעיף 12 לתצהירו).

39. בידי המדינה עמדה האפשרות להראות כי הליכי ההשגה הם אפקטיביים דיים וזאת חרף הקשיים שהוצגו. אולם משנתבקש במסגרת הבקשה לפרטים נוספים, כי תפורטנה ההחלטות שקיבלו ועדות הערר מכוח נוהל 1195 הטעימה המדינה כי לשיטתה "הבקשה אינה רלבנטית להכרעה בהליך זה". בהיעדר נתונים אלה, ולנוכח אופיו הגמיש והרחב של שיקול הדעת שנתון לוועדת הקבלה, מתבקשת המסקנה כי הליך ההשגה אינו מפיג דיו את החשש מקיומה של הפליה.

פיקוח על ועדות הקבלה והיקף תחולת החוק

40. מעבר לאמור, פעילותן של ועדות קבלה אלו לא מתועדת או מפוקחת. ממחקר של מרכז המחקר והמידע של הכנסת עולה גם שבתי המשפט אינם נוטים להתערב בהחלטות של ועדות קבלה (מ.ש. 6 בנספחי המשיבה 1, בעמ' 2).

המדינה בתגובתה מציינת בעצמה כי אין בידה נתונים של ממש ביחס לפעילות הועדות ולכמות היישובים שבהן הן פועלות (סעיף 3 לתצהיר השלמת הפרטים מטעם המדינה, מיום 26.6.2012).

41. עולה מדיוננו עד כה, כי תיקון 8 לפקודת האגודות השיתופיות מעביר את הסמכות להתנות על הקצאת קרקעות מן המינהל לידי ועדות הקבלה, בלא קביעת אמות מידה מספקות להפעלתה. הפעלת הסמכות אינה מפוקחת ואינה מבוקרת באופן אפקטיבי באמצעות ההסדר השגה או ההוראה בדבר איסור הפליה. במצב זה לא ניתן לאיין את החשש מפני הפליה. במילים אחרות, אף שסעיפים 6(א)(4) ו-6(א)(5) כשלעצמם אינם פוגעים בזכות לשוויון, המנגנון הנוצר מכוחם מעורר חשש ממשי להפעלתו באופן מפלה.

האם התיקון מפלה?

42. ניתוח סעיפים 6(א)(4) ו-6(א)(5) לפקודה הראה כי הם נעדרים קריטריונים ברורים למיון מועמדים לקבלה ליישוב ולהקצאת קרקעות. הדבר הביאני למסקנה כי ועדת הקבלה עלולה למיין מועמדים שלא על יסוד שיקולים רלבנטיים.

43. על רקע מסקנה זו יש לבחון אם מנגנון המיון הקבוע בסעיפים 6(א)(4) ו-6(א)(5) לפקודה יוצר הפליה בפועל. כדי להוכיח הפליה אין הכרח להוכיח דווקא כוונה להפלות. די בכך שההסדר החשוד כמפלה יוצר מציאות מפלה. הדברים נכונים גם כאשר נוסחו של ההסדר מבוסס על שיקולים אובייקטיביים. אם תוצאתו של ההסדר מביאה להבחנה בלתי רלבנטית, גם אם הוראותיו משקפות קריטריונים אובייקטיביים, הרי הוא הסדר מפלה. עמד על כך הנשיא א' ברק בעניין ועדת המעקב:

"הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה. כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות – שיכול והתגבשה ללא כוונת הפליה – גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה. הפליה אינה נקבעת אך על-פי מחשבתו וכוונתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה".

44. כזכור, העתירה שלפנינו עוסקת בשאלת חוקתיותו של חוק. בהיעדר מקרה הפליה קונקרטי, לאמור, בהיעדר עותר שהופלה בידי ועדת קבלה, לא בנקל נוכל לומר בפה מלא כי תיקון 8 הסדר חקיקתי מפלה הוא. אולם בחינת הרקע החברתי והמשפטי לתיקון 8 והליכי החקיקה שליוו אותו, שופכת אור שמסייע לבחון את שאלת ההפליה.

45. כזכור, תיקון 8 בא לאחר שניתנו החלטות 1015, 1064 ו-1195 מטעם מועצת מקרקעי ישראל. החלטות אלה עיגנו את מנגנון ועדות הקבלה, והיו מושא לעתירות שונות בטענות של הפליה. המלומד גרשון גונטובניק (אשר סבור שתיקון 8 הוא חוקתי מטעמים שיוסברו בהמשך) מציין בספרו הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות (2014) (להלן: גונטובניק) כי גם עובר לתיקון 8, ועדות הקבלה שימשו הלכה למעשה ככלי להדרה ממגורים ביישובים הקהילתיים:

"הלכה למעשה, במשך עשרות שנים שימשו ועדות הקבלה כלי ראשון במעלה להדרה מהמגורים באגודות שיתופיות. אלה היו חומות משפטיות אפקטיביות. לא היתה זו התנהלות נקודתית; הפרקטיקות המדירות היו תוצר של מדיניות ברורה של הגופים המיישבים (הסוכנות היהודית וקרן קיימת לישראל)...וזאת בשיתוף פעולה מלא עם רשויות המדינה. מדובר במדיניות שנועדה להוביל להגדלת הנוכחות היהודית באזורים הפריפריאליים, ובכלל זה בגליל" (שם, בעמ' 382).

46. סקירת העתירות כלפי מדיניות זו של הגופים המיישבים, אשר מקצתן תובא להלן, מצביעה על כך שבכל אותה תקופה שלאחר עניין קעדאן לא נחלשה המוטיבציה להדרת מועמדים לא רצויים מיישובי הנגב והגליל, כשבני המיעוט הערבי בראשם.

יזכר כי בעניין קעדאן העותרים היו בני-זוג מן המגזר הערבי אשר ביקשו להתקבל לאגודה השיתופית קציר ונדחו. פסק הדין בעתירה הראשונה (מפי הנשיא א' ברק) ניתן בחודש מרץ 2000, אך עד נובמבר 2000 לא ניאות הישוב קציר לאשר את קבלת המשפחה. בנובמבר 2001 החליטה ועדת הקליטה לדחות את מועמדותם של בני הזוג קעדאן בנימוק שהשתלבותם ביישוב לא תעלה יפה.

בספטמבר 2003 הוגשה העתירה השניה. רק בדצמבר 2005 – למעלה מ-10 שנים מהגשת העתירה המקורית – נחתם חוזה החכירה. על רקע זה, הנה מקצת המקרים.

47. בבג"ץ 5601/00 דווירי נ' מינהל מקרקעי ישראל התברר עניינה של משפחה של אקדמאים ערבים, שביקשה להתגורר בשכונת ההרחבה של קיבוץ הסוללים, נוף אלונים, וסורבה. לתושבי שכונת ההרחבה לא היה אפיון ייחודי, אך בתנאי הקבלה נכללו קריטריונים כגון שירות צבאי ונוספים, אשר הביאו לכך שבני המגזר הערבי לא יכלו להקים ביתם בשכונת ההרחבה. לאחר מסכת מבחנים הפכה ועדת הערר את החלטת היישוב והמלצתה אומצה בידי המינהל. היישוב עתר נגד החלטה זו (בג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי הצעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (22.1.2007)). בעתירתו, לא הסווה היישוב את מבוקשו, והודה בפה מלא, כלשונו של השופט ד' חשין, כי כוונת תנאי הסף למנוע קבלתם ליישוב של ערבים וחרדים. העתירה נדחתה בין היתר בנימוק שהחשש מפני פגיעה במרקם החברתי הוא חשש ספקולטיבי (שם, בפסקה 7).

48. בעניין זבידאת, דובר בזוג אדריכלים צעיר ממוצא ערבי אשר נדחו על ידי היישוב רקפת שבמועצה אזורית משגב. הדבר היה מפתיע לנוכח רמתם האישית ה"נאותה" כפי שנמצא במבחן הפסיכו-אנליטי שעברו. העותרת זכתה במספר פרסים ומלגות והיתה אז לקראת סיום תוארה השני בארכיטקטורה בטכניון. ובכל זאת, בתוצאות המבחן הפסיכו-אנליטי שנערך להם צוין:

"פאתנה הינה בחורה אינטליגנטית ובעלת רמה אישית גבוהה [...] שואפת לפתח את עצמה ולהתקדם בחיים. היא גדלה בבית המדגיש טיפוח ונכונות להתנסות ונראה כי אלו אכן ערכים עמם הולכת בחייה הבוגרים [...] לפאתנה יכולות בין אישיות נאותות [...] מרשימה כמי ששואפת להתחבר על הסובבים אותה ונמנעת מקונפליקטים וחילוקי דעות. עם זאת, הרושם הוא שהיא בחורה אינדיבידואליסטית ולכן בסופו של דבר מחפשת להשיג את מטרותיה ופחות מחויבת לכלל ולקהילה בה נמצאת [...]"

"לאחמד רמה אישית נאותה. הוא בחור שאפתן ובעל ציפיות גבוהות מעצמו ויעדים מרחיקי לכת אותם רוצה להשיג בחייו [...] הוא מחפש להתאים עצמו לנורמות ולכללי ההתנהגות המקובלים. אולם, הוא חסר

מידה מספקת של תחכום בין אישי ומתקשה להשתלב
 בטבעיות בחברה" (כתב העתירה בבג"ץ 2504/11,
 בפסקה 18 [זמין כאן]).

כאשר פנו בני הזוג לוועדת הערר נדחו מטעם אחר – הוטעם כי קבלתם
 עלולה לגרום לנזק ממשי ליישוב. רק לאחר שהוגשה העתירה וניתן צו על תנאי,
 החליט המינהל להקצות להם קרקע ביישוב.

49. במקרה נוסף, בג"ץ 8300/08 ניסן נ' מינהל מקרקעי ישראל, נדון עניינה של
 משפחת יהודים מזרחיים שביקשה להתקבל ליישוב הקהילתי יד-חנה חומש. לאחר
 אבחונים פסיכולוגיים שעברו נדחו בני המשפחה. בעקבות העתירה שהגישו,
 ולאחר שהוצא בה צו על תנאי, ערך המינהל שימוע לבני הזוג והוחלט לקבלם.
 העתירה נמחקה בהסכמה.

50. בעניין קמפלר נדחתה משפחת קמפלר על ידי ועדת הקבלה בשכונת
 ההרחבה של קיבוץ מעין ברוך. בפרסומי שכונת ההרחבה צוין כי מטרתה "לתת
 פתרונות נוספים למשפחות המנסות לקבוע את עתידן". היישוב הזמין ציבור
 שמעוניין ב"הזדמנות לשינוי בחיים". מר קמפלר שסבל מנכויות שונות, ביקש
 לקחת בשתי ידיים הזדמנות זו לשינוי. אולם ועדת הקבלה מצאה כי בני הזוג אינם
 מתאימים ליישוב בשל אי-התאמה חברתית. בין הנימוקים הוסבר, כי "העתקת
 מקום המגורים נתפס בעיניו [בעיני מר קמפלר] כמעין מפלט נוכח התמודדויותיו"
 (להרחבה ראו: זיו ותירוש, בעמ' 347).

51. מסקירת מקצת המקרים שבהם נדחו מועמדים בידי ועדות קבלה, ניתן
 לראות כי בתי המשפט היו נכונים להעמיד את שיקול דעתן של ועדות הקבלה
 למבחן, ולהכפיף לכללי השוויון. על רקע זה דווקא התחזקה המוטיבציה של
 היישובים הקהילתיים היהודים לעשות שימוש באגודות השיתופיות ככלי להדרת
 בני קבוצות זהות שונות. בזה אחר זה יישובים שונים החלו מכניסים לתקנוניהם
 הוראות אשר מדירות מי שאינו יהודי. בין היתר נקבעו הוראות אשר מתנות קבלת
 מועמדים בשותפות להשקפות יסוד כגון ערכי הציונות, מורשת ישראל וחגיגת
 חגיה, שירות בצה"ל ועוד (גונטובניק, בעמ' 385). ואכן, 25 שנה מאז הקמת חבל
 משגב, אשר כזכור מונה כ-30 יישובים בגליל, ועד לשנת 2007 לא נמצא אף

אזרח ערבי מתאים להתגורר באף אחד מ-29 היישובים היהודים שבמשגב. 50 המשפחות הערביות שהגישו בקשות קבלה ליישובים נדחו על יסוד מבחן ה"התאמה חברתית" (גונטובניק, בעמ' 386).

52. בחינת תצהירים שהגישו העותרים, מעלה אף היא תחושה של אקראיות בפועלן של הועדות.

העותר 3 בבג"ץ 2311/11, מר שטרן, לשעבר ראש ועדת הקבלה ביישוב יעד, ציין כי מניסיונו, הגורם המרכזי בקביעת עמדתם של חברי הוועדה באשר למועמד פלוני היתה קווי הדמיון שבינו לבין חברי הוועדה. הרכבה של הוועדה, לדבריו, הוא אקראי אך פועל בשל ציבור גדול שהמשותף לו אינו מוגדר. החלטה שלילית לגבי קבלה של מועמד יכולה לדבריו להתקבל בעקבות "גחמה רגעית", של אחד מחברי הוועדה שאינו "אוהב" את המועמד, אף שהדבר אינו משקף בהכרח את רצון כלל הציבור. זכורים לו מקרים רבים שבהם נאמרו דברים כאלה או אחרים על משפחות מועמדים, כגון השערות על מצב זוגי, יושר, ומאפיינים אחרים, אשר בדיעבד התבררו כמופרכים.

53. הגב' ויינברג, תושבת ההרחבה בקיבוץ מעיין ברוך, מספרת כי כאשר נערך לה ראיון בוועדת הקבלה, הוסבר לה, כי "תהליך המיון הינו במקרים רבים 'כיסוי' שמטרתו המרכזית הינה להבטיח מניעת מכירת נכסים ביישוב לערבים ולחרדים. מנגנון ועדת הקבלה מופעל כדי 'לעקוף את בג"ץ' שאסר בפסק דין קעדאן ובפסקי דין אחרים על הפליה במכירת נכסים ביישובים כמו שלנו" (נספח 5 לעתירה מיום 23.3.2011, בעמ' 3, פסקה 12.2). הגב' שם-טוב, מספרת בתצהירה כי "כשעברתי ועדת קבלה אף אחד לא שוחח איתי אודות 'חיי קהילה' הצפויים... והיה די ברור שלא מדובר באנשים שעתידים ליצור 'קהילה' כלשהי. מכאן ברור שההחלטה מי מתאים 'חברתית' למגורים ומי לא הינה שרירותית לחלוטין" (שם, בפסקה 13).

54. במשך תקופה ארוכה עתרו לבית משפט זה מועמדים שונים אשר נדחו בידי ועדות קבלה ועתירותיהם נמחקו או הותלו בין היתר משהובטח כי מנגנון ועדות

הקבלה שנקבע בהחלטות המינהל יוסדר בהליך חקיקה ראשית (ראו למשל: עניין קמפלר; עניין זבידאת; עניין כלפה).

55. העותרים הפנו בעתירתם לתצהירים שהוגשו בעניין כלפה, שחלקם הוצגו בקצרה קודם. מדובר בהליך נפרד, אשר הותלה עד לסיום ההליכים בעתירות שלפנינו. משכך, אף שעיינתי בתצהירים, והבאתי מדבריהם כאמור, מצאתי לייחס להם משקל מוגבל. אחד התצהירים היה של מר אבוטבול, בן 47 וגר עם משפחתו בעיר באר שבע. הוא עובד כמנהל בית ספר יסודי בשדרות, ואשתו מורה לביולוגיה בתיכון. לדבריו:

"אני ומשפחתי הגשנו בקשה להתקבל להרחבה של המושב הדתי-ציוני ניר גלים בעקבות מכרז של מינהל מקרקעי ישראל [...]. ההרחבה אינה שיתופית ובפועל היא רק שכונת מגורים נספחת למושב כאשר המשותף להרחבה ולמושב הם תשלומי מיסים וניהול אורח חיים דתי [...]. בעקבות הגשת הבקשה נתבקשנו ללכת למבחנים במכון פילת בבאר שבע. עלות המבחנים היתה 1,300 ש"ח, אשר שולמו על ידנו [...]. המבחנים בחנו יכולות קוגניטיביות, אינטליגנציה ועמידה בלחץ זמנים וכמעט שלא בחנו יכולות חברתיות [...]. בהמשך זומנו לדיון בפני ועדת הקבלה [...]. הראיון בוועדה ארך כחצי שעה ובמהלכו נשאלנו שאלות שונות כגון, אם אנחנו לא חושבים שאנחנו מבוגרים מדי לעבור להרחבה. חלק גדול מהשאלות התרכז בגיל שלנו ובכך שילדינו בוגרים [...]. נאמר לנו שאחת המטרות של המושב היתה שההרחבה 'תצעיר' את המושב המזדקן. כשבוע לאחר מכן, קיבלנו מכתב בו נתבשרנו שלא עמדנו בדרישות הוועדה. למיטב זכרוני, במכתב לא היה כל נימוק המסביר מדוע לא עמדנו בדרישות הוועדה, ולא צוינה גם אפשרות ערעור על ההחלטה." (עניין כלפה, נספח ב').

56. תצהיר נוסף הגישה הגב' מיליקובסקי, אשר נדחתה משלושה יישובים במועצה האזורית שער הנגב. נינה, בת 46, מתגוררת עם משפחתה בעיר שדרות, ועובדת כחשבת שכר בעמותת 'גוונים'. בעלה עובד כנהג אוטובוס בחברה פרטית. היא מספרת כך:

לפני כשנתיים אני ומשפחתי החלטנו כי ברצוננו לעזוב את שדרות ולעבור להתגורר באחת ההרחבות

[...] הראשונה אליה ניגשנו היתה זו שבקיבוץ אור הנר. בחרנו מגרש, חתמנו על 'זכרון דברים'. מיד לאחר מכן הופנינו למכון 'כיוונים נוספים' לצורך היבחנות במבחנים פסיכוטכניים. ההליך במכון המיון היה עבורי חוויה שלילית ביותר וזכורה לרעה. מאחר ועברית אינה שפת אמי, ועליתי לישראל בשנת 1992, המבחנים אשר התבססו על השפה העברית היו עבורי קשים מאוד. כשהפניתי את תשומת לב אנשי הצוות לבעיה הם הודיעו כי לא קיימים מבחנים בשפה הרוסית וכי אין לי ברירה אלא להיבחן בעברית. חשתי חוסר נוחות במהלך המבחנים, התקשיתי לעמוד במטלות שהוצגו לי, נתקלתי בקשיים להבין חלק גדול מהשאלות שנשאלו ולהשלים בלוח הזמנים שנקבע את כל השאלות [...]. כחודש לאחר המבחנים זומנו אני ובעלי לוועדת קבלה בקיבוץ אור הנר. הריאיון בוועדה ערך כשעה ובמהלכו נשאלנו שורה ארוכה של שאלות אישיות וחודרניות [...]. במהלך הראיון חשנו כי איננו מוצאים חן בעיני חברי הוועדה וכי הראיון מתנהל בצילה של דעה קדומה שלילית לגבינו [...]. בסוף הראיון נשאלנו כיצד נפעל באם לא נתקבל, ובפרט האם בכוונתנו לערער אחר החלטת הוועדה, השבנו כי לא נערער. לאחר מספר שבועות קיבלנו מכתב אשר הודיע לנו כי ועדת הקבלה החליטה שלא לקבל אותנו מאחר שאיננו מתאימים למרקם החברתי-תרבותי של קיבוץ אור הנר (עניין כלפה, נספח ג').

הליכי החקיקה

57. על רקע תהליכים אלה בא לעולם תיקון 8, במטרה להסדיר שיקול דעתן של ועדות הקבלה. ואכן בחוק נוספו מנגנוני הבקרה שנסקרו לעיל, וצומצמה תחולתו של החוק לכדי יישובים של עד 400 בתי אב. אך שיקול הדעת הבסיסי במסגרת מבחני המיון נותר רחב וגמיש. שיקול דעת זה אפשר לאלו מוועדות הקבלה אשר רצו בכך להמשיך במדיניותן המדירה.

עיון בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט מראה כי הרצון להדיר קבוצות מסוימות לא נעלם מעיניהם של יוזמי החוק והוא ליווה לפרקים, לעתים במפורש, לעתים במשתמע, את הליכי חקיקתו. כך למשל משנשאל יושב ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט ויוזם הצעת החוק, ח"כ דוד רותם, מהי תכלית החוק ציין ש"הזכות שלי כאזרח ... היא לעבור לגור במקום שאני רוצה עם אנשים שדומים לי [...]

הזכות שלי לבחור את מקום המגורים נכונה לי וחבריי שרוצים לגור במסגרת סגורה. אני לא מוכן לקבל שאפשר לכפות עלי מי יהיו השכנים שלי, כי זו כפיה שלא מסתדרת עם הנהלים והחיים שלי" [ישיבה מס' 207 מיום 8.6.2010, בעמ' 6]. ובמקום אחר – וגם בהקשר אחר – "זאת מדינה שהעולם החליט שהיא מדינה יהודית, ולא יעזור לכם שום דבר בנושא" [ישיבה מס' 160 מיום 10.2.2010, בעמ' 6 [זמין כאן]] משנשאל אם יש אגודה שיתופית שהוקמה בידי תושבים ערבים ענה שאינו יודע על יישוב כזה. במקום אחר ציין: "סליחה, זה שלא הוקמה אגודה שיתופית ערבית להתיישבות, מה אתה רוצה ממני? למה לא הוקמה? כי אתם לא רוצים להקים" [שם, בעמ' 5 [זמין כאן]].

58. היועצת המשפטית של הוועדה הסבירה בגלוי, כי אחד הטעמים לחקיקת החוק הוא רצונו של הרוב שהמיעוט לא ייטמע בו. בהמשך ציינה כי "יש כאן סכסוך לאומי ויש תחושת איום הדדית, ואין טעם להתעלם מהדבר הזה" וכי "אי אפשר להתעלם מזה שיש כאן דרישה שמובילה, כפי [ש] גם נציג מטעם משרד הרווחה, לטבע ששתי הקהילות לא רוצות להיטמע אחת בשניה" [ישיבה מס' 207 מיום 8.6.2010, בעמ' 15 [זמין כאן]]. למשמע דברים אלה, אמר חה"כ רותם "אני מבקש לא להכניס לחוק הזה את הסכסוכים הלאומיים" [שם], ונענה מפי היועצת המשפטית כי "זה היה חלק לזה שהעילות שקבענו פה, בין היתר, חייבו איזושהי תוצאה של פגיעה. לא יכולנו להתעלם מזה שיש כאן שתי קהילות שיש להם רצון ולפעמים גם אינטרסים מוצדקים לחיות יחד, אבל הקו התחתון שבא לידי ביטוי, לפחות בעילות שקבענו כאן, זה היה שהקבלה תהיה פגיעה באותו אורח חיים, כי אם אין פגיעה קשה לך להצדיק את אי הקבלה" ובהמשך "אבל רציתי שיהיה ברור שמצד אחד הבעיה היתה על השולחן, ומצד שני הקו התחתון שהבנו גם מהכתיבה של מי שתומך ביכולת של הרוב גם לרצות לחיות בקהילות, במיוחד כשזה [ב]יישובים קטנים, זה שאם הקבלה של מי שאינו משתלב תפגע במרקם החיים. זה מה שניסינו כשדיברנו על העילות" [שם, בעמ' 16] חה"כ רותם הגיב בהמשך וציין: "לא, אני לא מסכים איתך שאנחנו צריכים לסבול פגיעות".

59. בישיבה מיום 10.2.2010 נשא דברים חה"כ דב חנין, חבר הוועדה, וציין כי:

"החוק הזה אינו חוק טכני, הוא חוק בעל משמעויות רוחביות מרחיקות לכת לא רק לגבי היישובים הקהילתיים בגליל ובנגב, יש לו גם משמעויות מרחיקות לכת לגבי אופני התפתחותה של החברה הישראלית, הסטנדרטים והנורמות שישלטו בחברה הישראלית. בישיבה הקודמת אני דיברתי על הבעייתיות הגדולה בכל מדיניות הפרדה, בהקצאת מקרקעין, או הפרדה בתחומים אחרים. המדיניות הזו היא פסולה לחלוטין גם ברמה העקרונית הערכית וגם ברמה המשפטית. גם בית המשפט העליון חזר וקבע שהפרדה כזו היא דבר פסול, מפר את עקרון השוויון, שהוא עיקרון בסיסי של המערכת החוקתית שלנו. [...]

ההצעה הזו, אדוני היושב ראש, נומקה גם על ידך בהקשרים שונים כמתחברת להגנה על האופי הציוני והיכולת של יישובים לשמור גם על האופי הלאומי שלהם. פגיעה כזו היא אולי המטרה הבולטת ביותר, המובהק ביותר של החוק, פגיעה שמכוונת כלפי המיעוט הערבי בישראל, אבל הפגיעה לא תיעצר בערבים. היא תמשיך לקבוצות פריפריה אחרות בחברה הישראלית. היא תגיע גם לאתיופים, גם למשפחות חד הוריות, גם לקהילות שמשתייכות לקהילות הלהט"ב. אנחנו מפרקים את החברה הישראלית והופכים אותה לחברה של קבוצות קטנות, מנוכרות זו לזו, שכל קהילה סגורה בתוך עצמה ולא רוצה לקבל, לא רוצה להתחבר לאנשים מקהילות אחרות. זה תהליך מאוד מסוכן ברמה החברתית, ואנחנו צריכים לעשות הכל כדי למנוע אותו" (שם, בעמ' 3 [ימין כאן]).

60. במקום אחר ציין יו"ר הוועדה "כדי שלא יהיה שום ספק, יש פה שתי הצעות חוק. יש הצעת חוק אחת של חברי הכנסת חסון וחרמש, שהם עוסקים בעניינים כלליים. הצעת החוק שלי באה נגד אוכלוסייה אנטי ציונית. אני גאה בכך שמדינת ישראל שאני רוצה שתהיה היא מדינה ציונית" (שם, בעמ' 17 [ימין כאן]).

61. במקום אחר ציין ח"כ אורי אורבך כי:

"ודאי שאזרחים ערבים או חרדים או כל אחד שחי בישוב קהילתי, שהתקבל, שהקים, ודאי שמגיעות לו כל הזכויות מתוקף היותו חבר בישוב קהילתי, אבל

כשאתה מקים ישוב קהילתי וכשאתה בוחר אנשים, יש לך זכות לבחור את אופיו של היישוב עד גודל מסוים. אפשר לדון – לא 500, 300 – מה גודלו של ישוב מספיק גדול שיכול לקבל כל מיני סוגי אוכלוסייה, זה דיון שראוי לעשות אותו. זה לא קדוש, שיהיו 500. אבל לשמוע את הטענות מאוכלוסיות מיעוט, שכאילו מקפחים אותם, זה נכון גם לגבי ערבים אבל זה נכון גם לגבי חרדים בהקשרים אחרים. יש בזה הרבה צביעות, כי גם חרדים וגם ערבים, ליישובים שלהם קשה להתקבל לא כי יש חוק, אלא משום שסגנון החיים והיחס שהם נותנים למי שזר מקבוצת הרוב שבאה לגור בישוב שלהם הוא בלתי אפשרי. זה לא מעשי. לכן להגיד: החוק לא מאפשר לנו, יש מספיק מקומות גם בגליל וגם בנגב לאזרחים יהודים וערבים לגור, ואם ערבים רוצים להקים ישוב קהילתי שבו תנאי הקבלה יהיו שונים וועדת הקבלה תחליט על הקריטריונים שלה, שהם יהיו חוקיים, אהלן וסהלן" (שם, בעמ' 19, [זמין כאן]).

62. אלה הם כמובן רק מקצת הדברים, אשר הובאו חלקם בלא הסבר לרקע שבו נאמרו. אינני מבקש לקבוע על סמך מקצת דברים אלה כי החוק שנתקבל בכנסת בסופו של דבר נתכוון לפגוע בקבוצות אוכלוסייה אלה או אחרות. אולם מדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט קשה שלא להתרשם מכך שנושא הזהות הלאומית של אוכלוסיות הנגב והגליל עמד בלב הדיון וחלק ממנסחי הצעת החוק – נבחרי הציבור ואנשי המקצוע – ציינו זאת במפורש. גם המלומד גונטובניק מציין בספרו, כי הליכי החקיקה לוו באמירות ברורות שלפיהן מטרתה של החקיקה היא להדיר ערבים מקבלה ליישובים אלה והחוק הוא "אינו אלא כסות לקיומו של מנוע הדרה רב עוצמה" (שם, בעמ' 389). דווקא משום עמדתו של גונטובניק (אשר תפורט בהמשך) לפיה תיקון 8 הוא חוקתי, דבריו אלה מקבלים משנה תוקף באשר לשאלה הבסיסית בדבר קיומה של הפליה מכוח הסדר זה.

63. אכן, הרצון לשמור על הזהות הלאומית, כפי שעלה מדברי היועצת המשפטית לוועדה, בא לידי ביטוי בעת קביעת הקריטריונים לדחיית מועמד. במבחן ההסדר בכללותו, אף שהתיקון לחוק כלל הוראת איסור הפליה, דומה כי היא איבדה מכוחה בשל היקפו הרחב של שיקול הדעת שניתן לוועדה במסגרת מבחן

ההתאמה החברתית ומבחן ההתאמה לחיי קהילה. על רקע המוטיבציה לשמר את זהותם ומאפייניהם של היישובים בנגב ובגליל נוסחו סעיפים עמומים אשר היו אמורים לאזן בין רצון היישובים והגופים המיישבים לשמור על קהילתיות, לבין תחולתו הרחבה של עקרון השוויון בהקצאת קרקעות. התיקון לחוק הוא אמנם בחזקת חקיקה חדשה שלכאורה טרם נעשה בה שימוש מפלה; אולם המסגרת החדשה לא הביאה עמה בשורה חדשה. שיקול הדעת לוועדות הקבלה נותר רחב וגמיש. המוטיבציה לעשות שימוש בשיקול דעת זה לא נשתנתה בעקבות התיקון, ולכל הפחות לא הובאה ראייה לכך. שורת המקרים שקדמו לתיקון, דיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט, וסקירת הספרות, הצביעו כולם על מסקנה ברורה דיה בדבר תופעת הדרה.

64. נכון הדבר, אין לפנינו מסד עובדתי מלא בנדון. אין לפנינו החלטות של ועדות ערר, ואין לפנינו החלטות של ועדות קבלה לאחר התיקון. נתונים אלה גם אינם מצויים בידי העותרים. המדינה נתבקשה להציג נתונים אלה – לאחר שעלה מתצהיר התשובה שהגישה שהם בידיה – ומצאה שלא להגישם (ראו: שאלה ה' בבקשה לפרטים נוספים וסעיף 125 לתצהיר התשובה מטעם המדינה). אולם, לנוכח החומר שהונח לפנינו ונסקר לעיל ובכללו תצהירי העותרים, ולנוכח סקירת העתירות הקודמות, הספרות המשפטית, והליכי החקיקה, דומה כי אין בפנינו קושי ממשי לקבוע אם התיקון לחוק מפלה, אם לאו.

65. כאמור, איננו נדרשים לקבוע לשם כך כי הצעת החוק נתכוונה בהכרח להדיר קבוצה זו או אחרת. די לנו בתוצאה המפלה, גם בהיעדר כוונה, כדי לקבוע שהתיקון מפלה. גם איני מבקש לקבוע כי יוצריו נתכוונו להפלות; ואיני מבקש להעמיד את הכנסת בחזקה זו. ההפליה נוצרה על רקע מכלול סעיפיו של התיקון ומנגנון ועדות הקבלה שהם יוצרים. מנגנון זה מקנה שיקול דעת רחב וגמיש מידי לוועדות הקבלה מזה, ואינו נותן בידן כלים מקצועיים מספקים ואמות מידה מדריכות להפעלתו מזה. כשלעצמו, מנגנון שכזה עשוי, במקרים מסוימים, לא להיות מפלה. במקרים אלה מקובל עלי כי לא נעמידו בחזקת הסדר בלתי חוקתי בלא שנצבר ניסיון בהפעלתו (ראו: עניין רחמני, בפסקה 4 לחוות דעתי, בהקשר מנהלי). המקרה שלפנינו שונה. פרקטיקת ועדות הקבלה ליישובים לא מקרוב באה.

היא רווית ניסיון, אשר בחלקו מצביע על שימוש מדיר משיקולים בלתי רלבנטיים. בחלקם, שיקולים אלה נעשו על רקע קבוצתי – וכפי שראינו: לאום, גיל, מוצא – לאמור, הפליה גנרית; בחלקם, שיקולים אלה נעשו ללא קשר לזהות קבוצתית אלא בשרירות.

על רקע דברים אלה, בשונה מחברי השופט א' רובינשטיין, איני סבור כי נדרשים אנו לקבוע "האם פיו וליבו של המחוקק שוים"; איני סבור כי תיקון 8 הוא, כלשונו של חברי, אך "טכסט שבחוק" שיש בו "מרווח יישום" העלול לפתוח פתחי פגיעה אם לא ייושם בהגינות" (פסקה א' לחוות דעתו). די כאמור בתוצאה המפלה כדי להוביל למסקנה שהמנגנון הקבוע בסעיפים 6ג(א) ו-6ג(א)(5) הוא מנגנון מפלה.

האם הפגיעה בזכות עומדת במבחני פסקת ההגבלה

66. כידוע, פסקת ההגבלה מציבה מבחן מרובע לבחינת חוקתיותה של פגיעה בזכות חוקתית. על הפגיעה להיות "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). המבחנים הקבועים בפסקת ההגבלה מבחנים מצטברים הם.

בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק

67. עניינו של תנאי זה אינו בתוכנה של הנורמה אלא בצורתה. הדרישה היא פורמאלית, ועיקרה הוא כי פגיעה בזכות יסוד תיעשה במעשה חקיקה או על פי סמכות מפורשת הקבועה בה (בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (2.4.2013); בג"ץ 6304/09 להב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 104 (2.9.2010)). בענייננו תנאי זה מתקיים.

הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

68. מתעורר ספק אם החוק עולה בקנה אחד עם אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל. המשיבים כולם נמנעו מלטעון לסוגיה זו. ברי, כי עיקרון השוויון

מצוי בלב ליבה של המסורת היהודית מימים ימימה, הן בין יהודים ליהודים והן בין יהודים לבני דתות אחרות (וראו, לעניין הזיקה שבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו למורשת היהודית של מדינת ישראל, בין היתר, בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704 (1992)). לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים. כן, המשטר המתקיים במדינה הוא משטר דמוקרטי נאור, המעניק זכויות שוות לכלל האזרחים, יהודים כלא יהודים (עניין קנדאן).

69. נדמה אם כן, כי ישנו קושי לא מבוטל לומר כי התיקון לחוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. יחד עם זאת, כפי שציינתי בעבר, כיון שהמבחנים לבחינת חוקתיותו של חוק על בסיס הלימתו את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בחיתוליהם, איני מוצא לנכון לפסול את החוק רק על בסיס אי עמידתו בתנאי זה של פסקת ההגבלה (וראו לעניין זה: בג"ץ 466/07 ח"כ גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 8 לחוות דעתי (11.1.2013)) (להלן: עניין חוק האזרחות השני); עניין ניר, בפסקה 41 לחוות דעתי).

מבחן התכלית הראויה

70. מבחן התכלית הראויה נותן מענה לשאלה אם תכליתה של החקיקה מעניקה צידוק מספק לפגיעה בזכות חוקתית (עניין חוק טל הראשון, בפסקה 50 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). מבחן זה בוחן אם התכלית הנבדקת נמנית עם אותן תכליות, אשר בעיני החברה מצדיקות פגיעה בזכויות חוקתיות. בפסיקה נשתרש שימוש בשתי שאלות לבחינת היותה של תכלית ראויה. תחילה נבדק סוג המטרות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית. לאחר מכן נבדקת מידת הצורך בהגשמתן (בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center, פסקה 222 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (29.10.2008)); עניין חוק טל הראשון, בפסקה 53; עניין עדאלה, בעמ' 319 והאסמכתאות שם; אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 301 (2010) (להלן: ברק – מידתיות במשפט)).

71. תכליתו המוצהרת של החוק מצאה ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק:

"הצעת חוק זו נועדה להסדיר את פעולתן של ועדות קבלה ליושבים קהילתיים קטנים המונים לכל היותר 500 בתי אב, ובכלל זה הרחבות קהילתיות של קיבוצים, מושבים שיתופיים, מושבי עובדים וכפרים שיתופיים, ולעגן בחקיקה את דרכי הביקורת על החלטותיהן של ועדות הקבלה. יישובים כאמור מתאפיינים באורח חיים קהילתי-כפרי המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית. קיום מאפיינים אלו מצדיק הפעלת מנגנון של מיון מועמדים בקבלה למגורים ביישובים האלה. התיקון המוצע מבקש לאזן בין הזכות למימוש עצמי בקהילה לבין הזכויות לכבוד ולשוויון, הן בקביעת אמות מידה לשיקול הדעת של ועדת הקבלה והן בקביעת הליך שיבטיח הפעלה מידתית של אמות מידה אלו" (הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים)).

72. מהי הזכות הנטענת לקהילתיות? המשיבים מבססים זכות זו על הזכות להתאגדות, אשר הוכרה כזכות חוקתית. על חופש ההתאגדות נאמר רבות כי הוא חלק מזכויות היסוד של כל אזרח ודומה כי על כך אין חולק. המשיבים מבקשים ליישם את הזכות להתאגדות על תחום הקצאת הקרקעות בישראל. לשיטתם, קבוצות של פרטים אשר מעוניינות באורח חיים ייחודי זכאיות להבטיח זאת באמצעות זכות ההתאגדות.

73. מתי, אם כן, נאמר כי קהילה מסוימת זכאית להקצאת קרקעות נפרדת? בספרות המשפטית קיימת הסכמה על כך שכאשר קיימים לקבוצה, דוגמת חרדים או בדואים, מאפיינים תרבותיים ייחודיים (השונים ממאפייני הרוב), אשר הקצאת הקרקע היא הכרחית לצורך שימורם, היא מוצדקת. המכנה המשותף של חברי קבוצה מסוג זה הוא רחב (איל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769, 781 (1998) (להלן: בנבנישתי); חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59, 65 (2008) (להלן: דגן); גונטובניק, בעמ' 310-311).

74. כאשר דרישה בדבר הקצאה נפרדת של קרקעות מתבססת על זכות ההתאגדות מטעמים של שיתוף קנייני, כגון היישוב הקהילתי, ולא על מאפיינים תרבותיים ייחודיים משותפים, הטעם להיעתר לה נחלש, שכן דחייתה לא תפגע בזהות פרטית (בנבנישתי, בעמ' 790). בקבוצה מסוג זה המכנה המשותף של חבריה הוא "רזה". מה שמכונן את הערכים המשותפים של הקבוצה הוא עצם השיתוף הקנייני (דגן, בעמ' 65). בהיעדר סממנים קבוצתיים משותפים כגון שפה, תרבות ומנהגים ייחודיים, עולה גם החשש כי יעשה שימוש מניפולטיבי בזכות להתאגדות ככסות להפליה (בנבנישתי, בעמ' 790). אין זה מונע לחלוטין מקבוצות שיתוף קניינות כאלה אפשרות להדרה בכניסה ליישובים. הצדקה אחת שהוצעה להדרה בכניסה ליישובים בקבוצה מסוג זה מתקיימת כאשר היא מיועדת למנוע את כניסתו של מי שמאיים על ערך השיתוף – שכן הוא המכנה המכונן של הקבוצה – או כאשר היא נדרשת לביסוס מוסדות וערכים משותפים, שהם תנאי הכרחי ללכידות החברתית של הקהילה הקניינית, שהיא עצמה תנאי להצלחת השיתוף הקנייני (דגן, בעמ' 65). אך גם תומכי הצדקה זו מסכימים שבהיעדר הטעם הרלבנטי – שמירה על ערכי השיתוף – לא ניתן להפלות בכניסה ליישובים.

75. הצדקה אחרת הציע המלומד גונטובניק. הוא סבור כי אין להחיל את ערכי השוויון "המנהלי", כלשונו, על אגודות שיתופיות, שאם לא כן, תחוסלנה זכות ההתאגדות והזכות לקניין פרטי. עמדתו נסמכת על המציאות הקרקעית בישראל, בה מרבית הקרקעות מוחזקות בידי המדינה. הכפפתן של האגודות השיתופיות לערכי השוויון רק בשל היותה של הבעלות בהן ציבורית אינה מוצדקת לטעמו (גונטובניק, בעמ' 389).

76. חרף ההצדקות השונות שהוצגו, שלושת המלומדים מסכימים כי הזכות להקצאת קרקע, אינה יכולה לשמש בסיס להפליה "גנרית" – שנעשית על בסיס קבוצתי כגון דת, לאום או מוצא. השאלה אם יש לבכר את חופש ההתאגדות על-פני השוויון, כפי שמציע המלומד גונטובניק, תיוותר לעת עתה בבחינת מעבר לצורך, לנוכח ההשלכות רבות העוצמה והרגישות הרבה שכרוכה בהכרה בה. נדרש לשם כך דיון ממצה, אשר בנסיבות המקרה הנוכחי (עקב טענת הבשלות) לא נערך בפסק

דיננו. מוכן אני להניח לצורך הדיון כי התכלית של הזכות לקהילתיות היא תכלית ראויה.

מידתיות

האם האמצעי הולם את המטרה?

77. כאמור, תכלית הסעיפים העומדים במוקד דיוננו היא לאפשר יצירת לכידות חברתית ותרבותית המבוססת על יחסי אמון, וזאת נוכח מאפייניהם של היישובים הקהילתיים, כפי שהם מתוארים על ידי המשיבים. שני אמצעים נקבעו לצורך זה בתיקון לפקודה. האמצעי האחד הוא בחינת ההתאמה לחיי חברה בקהילה, הקבוע בסעיף 6(א)(4) לפקודה. על החלטת ועדת הקבלה בהקשר זה להתבסס על חוות דעת מקצועית של "מי שהתמחותו היא באבחון חוסר התאמה כאמור". האמצעי השני הוא בחינת התאמה למרקם התרבותי חברתי, הקבוע בסעיף 6(א)(5) לפקודה. בבחינה זו לא מעורב כל גורם מקצועי, והיא נתונה לשיקול דעתה של הוועדה. יוזכר כי גם האמצעי של קביעת מאפיין של היישוב בתקנונו, מכוח סעיף 6(א)(6) לפקודה, נועד להגשים את תכלית התיקון. מכל מקום, כאמור, איני בוחן בהליך הנוכחי את חוקתיותו של סעיף זה של הפקודה.

78. אשר לאמצעי השני – כפי שנדון בהרחבה בחלקה הראשון של חוות דעתי, הקושי המרכזי הגלום בשני האמצעים הוא בשרירותיותם הרבה. המונח "מרקם תרבותי-חברתי" הוא מונח עמום. התיקון לחוק אינו מקנה אמות מידה מדריכות כיצד למיין מועמדים. כפי שעלה מחלקו הקודם של הדיון, מבחן זה שימש במקרים מסוימים כסות להתרשמותם האישית של חברי הוועדה עצמם מהמועמד. מדובר בהתרשמות קצרה, על ידי קומץ לא בהכרח מייצג מחברי הקהילה. בנסיבות אלה דומה כי אין בידה של ועדת הקבלה לעמוד על התאמתו החברתית והתרבותית ליישוב. דומה כי אין בידה אפשרות לבחון פוטנציאל ליחסי אמון, אשר מטבעם, מתגלים רק במרוצת הזמן. דומה גם כי אין בידם של שלושה מאנשי היישוב – ללא הכשרה מתאימה, ללא מידע בדבר העדפות התושבים, ועל בסיס התנדבותי – לקבוע עמדה שמשקפת את המרקם התרבותי של היישוב כולו במידה מספקת (ראו גם עמדתו של חברי השופט נ' הנדל שסבור כי הרכבה של הוועדה אינו חוקתי). אני

סבור אפוא כי אין מנוס מן הקביעה שמבחן ההתאמה למרקם החיים במתכונתו הנוכחית אינו מגשים את התכלית.

79. אשר לאמצעי הראשון – אמצעי זה, בשונה מהאמצעי השני, כולל רכיב של מיון מקצועי, שאמור לסייע למנוע שרירותיות במיון המועמדים. מסקנתי בדיון שנערך לעיל היתה כי במציאות הקיימת מעורבותם המקצועית של המכונים במיון המועמדים אינה מהווה מנגנון פיקוח ממשי שבכוחו לעמוד בפני רצונם של היישובים הקהילתיים. נמצא כי קיים חשש שמכוני המיון מהווים עלה התאנה להחלטות ועדות הקבלה. נמצא כי חוות הדעת המקצועית אינה כפופה לפיקוח מנהלי ולביקורת שיפוטית. במצב דברים זה מסקנת הדיון היתה כי אין במנגנון הקבוע בסעיף 6(א)(4), בנסיבות האמורות, כדי לשוות להליך המיון מימד אובייקטיבי דיו, וכי שיקול הדעת הרחב המוקנה בו פותח פתח אפשרי להכנסת שיקולים בלתי רלבנטיים. עם זאת, חרף קשיים אלה דומה כי קיים קשר רציונאלי בין רעיון הסינון בידי גוף מקצועי לבין תכלית השמירה על הקהילתיות.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

80. התיקון לפקודה קובע בעצמו, בסעיף 6(א)(6), אמצעי שפגיעתו פחותה. הוא מקנה ליישוב הקהילתי סמכות לקבוע בתקנון קריטריונים ברורים וגלויים לסינון. קריטריונים אלה עומדים לביקורת שיפוטית. השקיפות והפיקוח שבאמצעי זה מאיינים במידה רבה את החשש שיעשה בסמכות ההדרה שימוש שפוגע בשוויון. בה בעת הם גם מאפשרים מרחב מחייה לזכות לקהילתיות. אמצעי זה מתיישב עם ההצדקות להקצאת קרקעות לקהילות בעלות מאפייני תרבותיים ייחודיים או בעלות מאפיינים ברורים כגון היישובים אמירים וכליל.

לעומת סעיף 6(א)(6), מבחן אי-התאמה לחיי קהילה ומבחן אי-ההתאמה למרקם החברתי-תרבותי של הקהילה, במתכונתם הנוכחית, אינם אמצעים שפגיעתם פחותה. פגיעתם אינה מאזנת בין הזכות לשוויון לזכות הנטענת לקהילתיות. שיקול הדעת הרחב פותח פתח להדרה לא מוצדקת סמויה בכסות של שיקולים רלבנטיים. השקיפות שבהפעלת שיקול הדעת היא מצומצמת ביותר. הפיקוח השיפוטי כלפי הפעלה כזו של שיקול הדעת הוא מוגבל. הוא מותנה בכך שהפרט שנדחה יביא את העניין לביקורת שיפוטית. מעבר לכך, הערכאה השיפוטית

או המעין שיפוטית מטבע הדברים תתקשה להתחקות אחרי הטעמים האמיתיים להדרה.

81. מה לגבי קהילות אשר המאפיין המרכזי שלהן הוא עצם השיתוף? כזכור, הנחתי כי עצם השיתוף הקנייני עשוי להצדיק הדרה של מי שמאיים על השיתוף. תחת הנחה זו, מוצדק לאפשר להדיר את מי שאינו רוצה או יכול לקחת חלק בחיי שיתוף. כדי לאפשר הדרה על בסיס זה, לא יהיה זה משולל יסוד לדרוש התרשמות אישית בלתי אמצעית, אשר לא ניתן להחליפה באמצעות קביעת קריטריונים גלויים בתקנון. במילים אחרות – סעיף 6ג(א)(6) – המאפשר קביעת קריטריונים גלויים בתקנון – אינו עונה לדרישת ה"אמצעי שפגיעתו פחותה" תחת ההנחה שמוצדק להדיר את מי שמאיים על השיתוף. מהו אם כן האמצעי שפגיעתו פחותה? כדי לסנן מועמדים שמאיימים על שיתוף, נדרשת התרשמות בלתי אמצעית. כדי שהתרשמות זו תהא בחינת אמצעי שפגיעתו פחותה, היא צריכה להיעשות באופן מקצועי, במנותק מטעמם האישי של חברי היישוב. בכך אין למצות את מכלול האמצעים האפשריים שפגיעתם פחותה, אך לצורך הדיון אסתפק בכך.

מבחן המידתיות במובן הצר

82. עד כה הסברתי מדוע לגישתי סעיף 6ג(א)(4) לפקודה אינו עומד במבחן המידתיות הראשון, ושני הסעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) לפקודה אינם עומדים במבחן המידתיות השני. משכך איני נדרש למבחן המשנה השלישי. אך יש טעם נוסף לכך שבמסגרת הנוכחית אין מקום להידרש למבחן המשנה השלישי. בגדרו של מבחן זה נבדק 'קיומו של יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין הנזק שעלול להיגרם לזכות החוקתית' (ברק – מידתיות במשפט, בעמ' 419). זהו המבחן המרכזי מבין שלושת מבחני המשנה. מדובר במבחן ערכי המאזן בין הערכים והאינטרסים המתנגשים על-פי משקלם" (בג"ץ 7146/12 אדס נ' הכנסת, פסקאות 26–27 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (16.9.2013)). מבחן זה מחייב התייחסות מהותית למשקלן של הזכויות המתנגשות. הנחתי עד כה כי הזכות הנטענת לקהילתיות מוכרת וזכאית להגנה, אולם הנחה זו אינה מספקת כדי לעמוד על משקלן היחסי של הזכויות השונות. ככל שייקבע בעתיד כי יש להכיר בזכות לקהילתיות, יהיה מקום לשוב ולדון במבחן זה.

83. ועדות הקבלה עומדות בפתח היישובים הקהילתיים בנגב ובגליל ומופקדות על פתיחת שעריהם בפני מתיישבים חדשים או על סגירתם. בכוחן לקבוע כי אדמותיה של המדינה לא תוקצינה לאלו מבין המתיישבים אשר נמצאו בלתי מתאימים להתגורר ביישוב שעל שעריה הן מופקדות. הליך קבלה ליישוב כשלעצמו אינו בבחינת רע מכל רע, ובכוחו, לעתים לסייע בפיתוחה ובשימורה של התיישבות זו או אחרת, בפרט כאשר מאפייניה הייחודיים ממלאים חלק משמעותי מזהותם של בניה ובנותיה. אך במציאות הקיימת הגדר המשפטית שיוצרות ועדות הקבלה נעוצה בקרקע שהיא מושא למחלוקות מספר באשר לאופייה ההתיישבותי ובאשר לגיטימיות ההדרה ממנה לשם שימורו של אופי זה. חלק מאותן מחלוקות, ואולי אף מרביתן, אינן נחלתו הטבעית של בית המשפט. אך לאור כך שהנושא הוסדר חוקית, הובא הדבר לפתחו של בית משפט זה.

תיקון 8 לפקודת האגודות השיתופיות שם בכפה של ועדת הקבלה את המפתח לשער היישוב והסדיר את שיקול הדעת שמוקנה לה. עיון בתיקון לחוק על רקע ההסדרים שקדמו לו הביאני למסקנה כי שיקול הדעת שניתן לוועדת הקבלה הוא רחב, ופותח פתח להדרה מכניסה ליישובים הקהילתיים משיקולים לא רלבנטיים. על רקע מפת ההתיישבות הקיימת, והניסיון שנצבר ברבות השנים באשר להפעלת שיקול דעת זה באתי למסקנה כי אין בידי אלא לקבוע הוא מעגן מציאות מפלה.

84. לא בנקל באתי אל מסקנתי. בדרכי עמדו בפני משוכות גבוהות. לא בנקל ביקשתי להכריז כי ההסדר שיצא מידו של המחוקק הוא בלתי חוקתי. מושכלות ראשונים הם שפסילת חוק מבית מדרשה של הרשות המחוקקת היא מוצא אחרון שיש לפנות אליו. לנוכח אופיו המורכב והסבוך של תחום הקצאת הקרקעות ההכרזה על בטלות הסדר שעוסק בה נעשית קשה עוד יותר. הדעות הן רבות ומייצגות השקפות שונות בדבר הסדרת ההתיישבות – אשר נתונה בראש ובראשונה להכרעותיו של המחוקק.

עוד בדרכי נקרתה בפני טענת ה"בשלות", אשר מבקשת למנוע מבית המשפט לדון בדבר חקיקה בין היתר מקום שהפעלתו חסרה בניסיון מצטבר וברור. אולם דקדוק בפרטיו של התיקון לפקודת האגודות השיתופיות, על רקע הסדרים דומים שקדמו לו, אשר עיגנו בשטח פרקטיקה מתמשכת של הדרה משיקולים שחלקם בלתי רלבנטיים, הביאני לכלל מסקנה שאין בהסדר משום בשורה חדשה. מצאתי כי שיקול הדעת המופרז שניתן לוועדות הקבלה, על רקע פרקטיקה רווית ניסיון שנצטברה, אינו מאפשר אלא לומר שהוא מעגן מציאות מפלה. איני מבקש בחוות דעתי להעמיד את המחוקק או את יוזמי החוק בחזקת כוונת הפליה, אלא את המציאות שעוגנה בסופו של דבר בתיקון לפקודת האגודות השיתופיות. אף שנקבעו בתיקון מנגנוני ביקורת שיפוטית ופיקוח דומה כי לא היה בהם די כדי להגן על הזכות לשוויון. מנגנונים אלה לא עיצבו דים את שיקול הדעת שניתן לוועדות הקבלה ולא לווו באמות מידה מספקות להפעלתם.

85. במצב דברים זה, לו תשמע דעתי, נורה על בטלותם של סעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) לפקודת האגודות השיתופיות, ונורה למשיבים יחד לשאת בהוצאות שכר טרחת עורכי דינן של העותרים בבג"ץ 2504/11 בסכום של 50,000 ש"ח ושל העותרים בבג"ץ 2311/11 בסכום של 50,000 ש"ח.

נדמה שאין יפים לסיום הדברים הללו מדברי המשוררת רחל, בכותבה, בין היתר, על רקע הדרתה שלה מקיבוץ דגניה:

"פֶּרֶשׁ פְּפִים. רָאֵה מְנַגֵּד

שָׁמָּה – אֵין בָּא,

אֵישׁ וְנָבוּ לוֹ

עַל אֶרֶץ רְבֵּה."

אמור מעתה: איש ונבו לו, על ארץ רבה, פֶּרֶשׁ כפיים, רָאָה מנגד, ואליה –

בא.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. גם לדעתי, כדעת חברי הנשיא א' גרוניס, העתירות שלפנינו אינן בשלות להכרעה.

אשר לפיתוח תורת "העדר הבשלות" נוסח ישראל – לשיטתי עדיף לעת הזו כי הדין יתפתח עקב בצד אגודל, ובהיאסף מספר מספיק של מקרים יוכל בית המשפט לגבש תמונה כוללת. אני מבקשת להדגיש כי לדחיית ההכרעה החוקתית יש במקרים מתאימים אפקט מצנן דווקא כלפי הרשות, וזאת בלי צורך להגיע לתוצאה של ביטול חוק או סעיפים בו.

2. אחר כתיבת דברים קצרים אלה, קראתי את עמדותיהם של חבריי, השופטים ס' ג'ובראן (שאליו הצטרפו חבריי השופטת (בדימ') ע' ארבל והשופט י' דנציגר) ונ' הנדל, הסבורים כי חלק מן הטענות המועלות בעתירות בשלות להכרעה כבר עתה וכי יש מקום להכריז על בטלותם של חלק מהסעיפים שאומצו במסגרת התיקון לפקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8), התשע"א-2011 (להלן: תיקון מס' 8). לא שיניתי מעמדתי. עודני סבורה כי העתירות שלפנינו טרם הבשילו. עם זאת, אבקש להעיר מספר הערות בקשר לעמדותיהם של חבריי.

3. חברי השופט נ' הנדל הצטרף לעמדתו של הנשיא באשר לדוקטרינת חוסר הבשלות, אולם לשיטתו יש לאמץ דוקטרינה של בשלות חלקית, במובן זה שתוצאת

הפעלתה של הדוקטרינה איננה בינארית: יתכן כי אחדות מהטענות המועלות בעתירה לא תהיינה בשלות, בעוד שאחרות – תהיינה בשלות. על דרך העיקרון, הבחנה זו מקובלת עליי. אף אני סבורה כי יש לבחון כל אחת מבין הטענות בנפרד, ותוצאת בחינת בשלותן אכן יכולה להיות שונה. בישמו הבחנה זו על הטענות שהועלו בעתירות שלפנינו, מגיע חברי למסקנה כי הטענה באשר לחוקתיותו של סעיף 6ב(ב)(1) בפקודת האגודות השיתופיות – שעניינו הרכבה של ועדת הקבלה – בשלה להכרעה כעת. מסקנתו היא כי הוראה זו אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה, בשים לב לכך שבמצבים מסוימים היא מאפשרת הרכב ועדת קבלה שרובו מורכב מנציגי היישוב הרלוונטי. אני מוכנה לקבל כי סיטואציה זו אינה בהכרח ראויה ושהיא מעוררת חששות. אולם, בשונה מחברי השופט נ' הנדל, אינני סבורה כי אך בשל כך בשלה העת להתערב בסעיף זה. הטעם לכך נעוץ בקיומו של מנגנון פיקוח הדוק על עבודתה של ועדת הקבלה: על החלטותיה ניתן להגיש השגה לוועדת ההשגות (סעיף 6ב(ד)), המורכבת מנציגי ציבור בלבד, ללא כל ייצוג ליישוב הרלוונטי (סעיף 6ב(ה)). זה הוא מנגנון פיקוח ובקרה אובייקטיבי, האמון על בחינת החלטותיה של ועדת הקבלה ועל בקרת שיקול דעתה. לנציגי היישוב אין אפוא יכולת לממש את משקלם הרב (2-3 נציגים מתוך ועדה המורכבת מ-5 גורמים) באופן מעשי ולהשפיע על ההחלטה הסופית באופן בלתי מוצדק, מאחר שיש להניח שבמקרה כזה תיפסל ההחלטה בידי ועדת ההשגות. ודוק: ועדת ההשגות איננה גוף מעין שיפוטי הבוחן אך אם שיקול הדעת שהפעילה ועדת הקבלה היה סביר; היא "רשאית לבטל את החלטת ועדת הקבלה, לאשרה, להחזיר את הנושא לדיון מחודש בוועדת הקבלה או לקבל החלטה אחרת במקומה" (סעיף 6ב(ה)). על החלטותיה ניתן להגיש עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים, ועליה יש ערעור בזכות לבית משפט זה.

בשים לב לכל האמור לעיל, אני סבורה כי הטענות בדבר חוקתיות הרכבה של ועדת הקבלה טרם הבשילו. ככל שיתברר כי מנגנון הפיקוח והבקרה – המינהלי והשיפוטי – שהותווה בחוק איננו מספק, אזי פתוחה הדרך לבחינת חוקתיותו של סעיף זה בגדרה של עתירה של עותר קונקרטי, שנפגע מכך.

4. ומכאן לעמדתו של חברי, השופט ס' ג'ובדאן. חברי סבור כי בסעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) בפקודת האגודות השיתופיות מעוגן מנגנון המאפשר קיומה של הפליה סמויה, כתוצאה מהחקיקה העמומה אשר איננה מתחמת את שיקול הדעת הניתן לוועדות הקבלה. הוא סבור גם שבמקרים רבים יירתעו עותרים קונקרטיים לפנות לערכאות בעניינם, לנוכח תחושת הבושה שאותה יחוש, מחמת דחיית בקשתם להתקבל ליישוב. מסיבות אלה סבור חברי כי הטענות החוקתיות בעניינם של סעיפים אלה הבשילו, ומגיע למסקנה כי הם אינם עומדים בתנאיה של פסקת ההגבלה וכי יש מקום לבטלם.

אשר לחששו של חברי כי העדר קריטריונים המתחמים את שיקול הדעת של ועדות הקבלה יוביל להפליה סמויה, לדעתי לא בהכרח כך הוא, ולמצער אין בידנו כלים מספקים כדי לדעת אם כך אכן יהיה בפועל. דעתי היא כי יש מקום להמתין עם הטענות הנ"ל למקרים קונקרטיים. סעיף 6ב(ג) מחייב את ועדת הקבלה להמציא למועמד שקבלתו ליישוב קהילתי נדחתה "החלטה מנומקת בדבר דחייתה". משמעות הדבר שוועדת הקבלה איננה יכולה לדחות את המועמד סתם כך; עליה לנמק את החלטתה בכתב ולהמציא נימוקיה למועמד שנדחה. כפי שהצגתי בהרחבה בפסקה הקודמת, על החלטתה של ועדת הקבלה קיים מנגנון ביקורת שיפוטית המורכב מוועדת השגות, מבית המשפט לעניינים מינהליים ולבסוף גם מבית משפט זה. מנגנון ביקורת זה מחדד את חוסר בשלותה של העתירה הנוכחית: אם החשש שחברי מביע יתממש ותתקיים הפליה סמויה בהחלטותיה של ועדת הקבלה – קיים מנגנון שנועד להתמודד עמו; ככל שלא יצליח המנגנון בכך ולמועמדים תהיינה טענות בדבר הפליה סמויה – שמורות להם הטענות החוקתיות והם יוכלו להעלותן במסגרת ההליכים הקונקרטיים שינהלו, כל אחד בעניינו הוא.

5. דברים אלה מובילים אותי לחשש השני שחברי הציג, כי אדם שנדחה לא ישתמש כלל במנגנון הנ"ל בשל תחושת ההשפלה שיחוש לנוכח דחייתו. מוכנה אני לקבל כי עשויים להיות מועמדים אשר יוותרו על ניהול מאבק כנגד דחייתם, בין היתר מתוך הרצון להימנע ממגורים במקום שבו אינם רצויים (וראו עוד פסקה 38

בפסק-דינו של חברי). אולם, אף אם כך הדבר, אין בכך כדי להצביע על בשלותה של העתירה כבר עתה. תחושת ההשפלה כתוצאה מדחייה איננה ייחודית לתיקון הנ"ל בדבר ועדות קבלה. ניתן לעמוד, למשל – ורק לצורך הדוגמה – על חוק איסור הפליה בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה), על חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 ועל חוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998, שנועדו כולם להתמודד עם הפליה מטעמים שונים. חוקים אלה מעניקים עילת תביעה ובין היתר יכולת לדרוש פיצויים ללא הוכחת נזק בגין הפליה. גם כאן תחושת הדחייה גוררת בושה וישנו חשש כי הנפגעים יימנעו מהגשת תביעה כתוצאה מכך. גם בחוקים אלה ישנם מנגנונים המאפשרים "הפליה סמויה" (ראו, למשל: סעיף 3(ד) בחוק איסור הפליה; סעיף 2(ג) בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה; סעיף 8(ג) בחוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות – הקובעים כולם מצבים שאינם נחשבים להפליה, מבלי לקבוע קריטריונים ברורים בעניינם). והנה, על-אף חשש זה, מוגשות לא מעט תביעות לבתי המשפט השונים בגין הפליה, ואלה מזכות את התובעים לא אחת בפיצויים בלתי מבוטלים (ראו, לאחרונה: רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (16.11.2011)). דוגמה קרובה לענייננו הייתה בבג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק ועולי אתיופיה נ' שרת החינוך פרופ' יולי תמיד (31.8.2010), שם עתרו תלמידים אתיופיים בדרישה שיתאפשר להם ללמוד בבתי ספר שדחו את קבלתם. הדבר מצביע על כך שלא אחת, על-אף ההתמודדות עם דחייה ועם בושה, הרצון להשתייך למסגרת איכותית (בין אם לשם לימודים בבית ספר, בין אם לשם מגורים ביישוב קהילתי) גובר על תחושות אלה. כך, אף בעניין הפליה בדיוור בענייננו זה בדיוק, הוגשו לא מעט עתירות במשך השנים, אף אם מוטב היה אם מספרן היה גבוה יותר (ראו הסקירה בפסקות 47-50 בפסק-דינו של חברי השופט ס' ג'ובראן).

6. אדגיש גם כי כל העתירות שאותן הזכיר חברי מהעת האחרונה – ובהן בג"ץ 3552/08 קמפלר נ' מינהל מקרקעי ישראל (1.2.2011), בג"ץ 8036/07 זבידאת נ' מינהל מקרקעי ישראל (13.9.2011), בג"ץ 995/12 כלפה נ' הכנסת (4.7.2012) ובג"ץ 7465/11 סורקיס נ' מינהל מקרקעי ישראל (עודנו תלוי ועומד) –

הוגשו בהסתמך על החלטות שקדמו לחקיקת תיקון מס' 8 הנ"ל, כך שאין בנמצא כל עתירה של עותר קונקרטי ותשתית עובדתית נתונה, שעל רקען ניתן לבדוק את הטענות החוקתיות דנן. חברי השופט ס' ג'ובראן עצמו מסכים כי "התיקון לחוק הוא אמנם בחזקת חקיקה חדשה שלכאורה טרם נעשה בה שימוש מפלה" (פסקה 63).

7. אני סבורה כי יש בכך כדי להקהות את העוקץ מעמדותיהם של חבריי. הטענות החוקתיות שהועלו בגדרן של עתירות אלה ראויות להתברר בעניינם של עותרים קונקרטיים, בשים לב לתשתית עובדתית נאותה שתאפשר לבחנן. כך, לפניה של הערכאה השיפוטית שבפניה תטענה טענות אלה תונחנה ההחלטה המנומקת של ועדת הקבלה והחלטתה של ועדת ההשגות בהשגה. הנמקותיהן של ועדות אלה תאפשרנה בחינה מהותית – שאיננה מנותקת מהעובדות – של הטענות החוקתיות המועלות. כך ראוי, כך הולם – כאשר אינני מוציאה מכלל ספק שהניסיון בהפעלתן של ועדות הקבלה עשוי, בסופו של יום, לייתר כליל את הטענות החוקתיות דנן.

8. לאחרי ככלות הכול, עלינו לזכור כי מדובר בביטול הוראות חוק. בכגון דא מתבקשים, כידוע, זהירות וריסון. המחוקק קבע הוראות שנועדו למנוע הפליה. הוראות אלה הן פרי לקחי העבר. יש להמתין ולראות אם לקחי העבר יושמו כדבעי.

סוף דבר: אני מצטרפת כאמור לפסק-דינו של חברי, הנשיא א' גרוניס.

המשנה לנשיא

השופטת (בדימ') ע' ארבל:

1. אני מצטרפת לפסק דינו המקיף של חברי, השופט ג'ובראן, וכמוהו סבורה כי העתירות בשלות להכרעה, וכי אין מנוס מלהורות על בטלותם של סעיפים

6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) לפקודת האגודות השיתופיות (להלן: הפקודה) שחוקקו במסגרת התיקון לפקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8), התשע"א-2011 (להלן: התיקון). אוסיף מספר מילים והדגשים משלי.

2. הסעיפים האמורים מאפשרים לדחות מועמד למגורים ביישובים קהילתיים מסוימים מטעמים של אי התאמה לחיי חברה בקהילה, וזאת על בסיס חוות דעת מקצועית; ומטעמים של אי התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי. אני מסכימה עם חברי, השופט ג'ובראן, כי פגיעתם של סעיפים אלו היא כפולה – הם יוצרים הן הפליה ברובד האינדיבידואלי בשל הבחנה לא רלבנטית ושרירותית בין מועמדים; והן הפליה ברובד הקבוצתי, המכונה הפליה גנרית, מטעמים של השתייכות קבוצתית על בסיס של זהות כגון לאום, גזע, עדה וכדומה (ראו פסקה 14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן). הטעמים המאפשרים דחיית מועמד למגורים הינם עמומים ומאפשרים יציקת כל תוכן שהוא על ידי ועדות הקבלה. ברמה האינדיבידואלית מעניק מנגנון זה בידי ועדת קבלה, המורכבת בעיקרה מאנשים פרטיים, כוח לקבל כמעט כל החלטה שהיא על בסיס שרירותי. התרשמותם של חברי ועדת הקבלה מהמועמדים הבאים בפניהם הינה סובייקטיבית לחלוטין, עלולה להיות מושפעת מדעות קדומות וסטריאוטיפים, גם כאשר אלו אינם נוגעים להשתייכות קבוצתית, ותלויה במידה רבה בבוחן ולא רק בנבחן. שרירותיות זו מבססת פגיעה קשה בשוויון בין הפרטים בהקצאת קרקעות ציבוריות. האם יתכן כי על בסיס התרשמות סובייקטיבית של חבר קהילה ממועמד כלשהו, וללא כל קריטריון שקוף, מדיד ואובייקטיבי ניתן יהיה להחליט למי תוקצה קרקע ציבורית ולמי לא? כפי שציין חברי אף מבחני התאמה אינם מדד המאייין פגיעה זו, בהעדר הנחיות ברורות למהותם של מבחני התאמה אלו ובהעדר בסיס להנחה כי יש בכוחם לנבא התאמה לחיי קהילה.

לכך יש להוסיף את הפגיעה בכבודו ובפרטיותו של מועמד שנאלץ לחשוף פרטים אודות חייו האישיים, ולעמוד מול הצורך להוכיח את התאמת אישיותו ותכונותיו למגורים במקום. פגיעה זו עלולה להתעצם בדחייתו של מועמד ממגורים במקום בשל מאפיינים שאינם ידועים לו ושמהווים חלק מזהותו העצמית

ומאישיותו. דחייתו של מועמד שלא על סמך קריטריונים ידועים פוגעת במועמד ופוגעת אף ביכולת להעמיד תחת שבט הביקורת את ההחלטה שהתקבלה, לבחון את הרלבנטיות של הקריטריונים עליהם היא נסמכת, ולהעריך את סבירותה. לטעמי, בחירת מקום מגורים היא חלק מהאוטונומיה האישית של הפרט, מזכותו לטוות את סיפור חייו, וחלק מהביטוי העצמי שלו, המוגנים על ידי הזכות לכבוד האדם:

"דמותו של אדם כישות אוטונומית לא תוכל להתקיים בהיעדרה של תחושת ערך עצמי והכרה פנימית בכוחו לפתח את אישיותו, בכשירותו לעמוד על טיב העדפותיו, בתחושתו כי פעולותיו הרציונאליות מניבות תוצאות נטולות שרירות ובביטחון, כי אין ערכו של כוח ההגשמה האישית המסור לו נופל מזה של רעהו" (בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 781-780 (2006); כן ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 250 ואילך (כרך א, 2014)).

פגיעה, אם כן, בזכות זו, נדרשת לעמוד בכל דרישותיה של פסקת ההגבלה ובמבחני המידתיות בכללן.

3. קריטריונים נסתרים אלו מאפשרים אף לחסות הפליה על בסיס השתייכות קבוצתית, שהיא הרובד השני עליו ביסס חברי, השופט ג'ובראן, את מסקנתו כי הסעיפים הנידונים פוגעים בשוויון ובכבוד. ברמת הפגיעה הקבוצתית בשוויון מצטרפת אני לחששותיו של חברי כי המנגנון הקבוע בתיקון לא יאפשר מניעת אפליה על רקע קבוצתי, הן במודע והן שלא במודע. סקירת המקרים שנדונו בפסיקה ובתצהירי העותרים, אותם מביא חברי, מחזקת ומוכיחה את החשש האמור למצער באשר לחלק מהקבוצות המוחלשות בחברה. ברי כי חשש דומה קיים באשר לקבוצות אוכלוסיה מוחלשות נוספות. אפליה על בסיס קבוצתי תהיה קשה לאיתור והתמודדות בשל הקלות בהסוואתה תחת שיקולים אחרים לאי התאמתו של המועמד למגורים בקהילה (ראו נטע זיו וזן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת", קהילות מגודרות 311, 330 (בעריכת אמנון להבי, 2010) (להלן: זיו ותירוש)). על חובתה של המדינה

שלא להפלות בין אזרחיה כבר עמד בית משפט זה בעבר לא אחת. כך למשל הדגיש הנשיא ברק:

"במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית יהנה כל אדם - תהא דתו ותהא אמונתו ותהא לאומיותו אשר תהא - מזכויות אדם מלאות... ניתן לקיים את אופיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, תוך שמירה על מלוא זכויותיו של כל פרט ושל כל מיעוט" (רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 70 (1996); וראו גם בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נ(1) 258 (2000)).

אכן, התיקון לפקודה מעגן מפורשות את האיסור על ועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית. עם זאת, אין די בהצהרות עלי ספר, כאשר ברור שקל יהיה לכסות את ההפליה הקבוצתית בטעמים לגיטימיים לכאורה ויהיה זה קשה עד מאוד לגלות את האפליה המוסווית. מדינה דמוקרטית הנאבקת בהפליה אינה יכול להסתפק בהצהרות ריקות מתוכן ועליה למנוע מצבים שיאפשרו אפליה הלכה למעשה, בייחוד כאשר מדובר בסוגיה משמעותית כמו הקצאת קרקעות ציבוריות.

4. המיון המתאפשר במסגרת ועדות הקבלה עלול להיות בעל השלכות שליליות לא רק על הפרט אלא גם על החברה בישראל. הועלה חשש כי הקבוצות החזקות יותר בחברה הן אלו שקיבלו ומקבלות לרוב הקצאות מקרקעין משמעותיות. אם אכן כך הדבר, הרי שקבוצות אלו מקבלות במסגרת התיקון כוח נוסף באמצעות בחירת התושבים הנוספים שיקבלו קרקעות ויזכו להיות שכניהם. מטבע הדברים גם שכנים אלו ישתייכו לקבוצות החזקות שבחברה. סביר כי האוכלוסיות החלשות הן שיצאו נפגעות מהסדר זה (ראו קובי ברוידא וגיא נבון "הגירה פנימית והתבדלות", קהילות מגודרות 215 (בעריכת אמנון להבי, 2010)). לצד זאת יש להוסיף את הפגיעה בלכידות החברתית. נראה כי מדינה או חברה המורכבת מקבוצות רבות, מגוונות ושונות לא צריכה לעודד הפרדת מגורים הרמטית בהתאם להשתייכות קבוצתית כזו או אחרת. לטעמי יש בכך מסר מפריד

ומפורר לחברה בישראל. מסר של התבדלות, הזרת האחר והשונה. הפרדה כזו אינה מאפשרת התניידות בין קבוצות חלשות לחזקות, אינה מאפשרת לקבוצה אחת להכיר את רעותה, ובכך יש בה כדי להחליש אף יותר את הלכידות החברתית בישראל. הרצון לגור בקרב אנשים דומים הוא מובן ומקובל, ויש לאפשר ולקבל את הצורך הזה כאשר הוא מתממש באופן טבעי. עם זאת, רצון זה כשהוא מלווה בהומוגניות מוחלטת שאינה מקבלת כלל אנשים שונים ומגוונים יש בה לטעמי משום פגיעה בחברה, בדמוקרטיה, בחינוך לסובלנות ולפלורליזם. כמובן שישנם מקרים ייחודיים שבהם ההפרדה נדרשת כדי לקדם ערכים אלו (ראו למשל בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 303 (1989)).

5. לצד הדברים האמורים, כידוע זכויות אינן מוחלטות ויש לאזן מול זכויות או אינטרסים אחרים הרלוונטיים לסוגיה. בענייננו ניצב האינטרס של הפרט לקיים חיי קהילה תקינים ולבחור את צביון המקום בו הוא מעוניין להתגורר. אינטרס זה יכול להשפיע על איכות חייו של אדם והוא כלול במסגרת האוטונומיה האישית שלו, ולפיכך לא ניתן להתעלם ממנו או להפחית מחשיבותו (ראו למשל אלון קלמנט "הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת", קהילות מגודרות 115 (בעריכת אמנון להבי, 2010); זיו ותירוש, בעמ' 358). עם זאת, עליו להיות מאוזן עם הפגיעה הקשה הנגרמת לפרט. הצורך להגן על אינטרס זה נחלש מתוך הבנה והנחה שהוא יכול להיות מושג, ואף מושג בפועל, במהלכם הטבעי של החיים. קבוצות אוכלוסיה שונות נוטות להתרכז במקומות קרובים. רוב האנשים לא ירגישו בנוח בקרב שכנים השונים מהם באופן מהותי. ניתן לראות זאת בערים, בהן פעמים רבות ניתן לאפיין את האוכלוסיה המתרכזת בשכונה כזו או אחרת. עם זאת, גבולות טבעיים אלו אינם הרמטיים ומאפשרים כניסה של "האחר" לתוך הקבוצה ההומוגנית. כפי שציינתי, אני רואה דבר זה בחיוב, וסבורה כי אין בכך כדי לפגוע באופן משמעותי באינטרס הקהילתי של הפרט ובאוטונומיה שלו בבחירת מקום מגוריו ואופיו. בנוסף, יש מקום להגן על האינטרס האמור רק במקום בו ההסתמכות על הקהילה היא משמעותית וחזקה. המסקנה היא כי יהיה מוצדק להגן על האינטרס הקהילתי רק במקומות קטנים, בעלי אופי קהילתי דומיננטי וחזק,

וכאשר יש חשש מכניסה מאסיבית של אוכלוסיה שעלולה לפגוע באופי הקהילתי של המקום באופן משמעותי.

6. על בסיס המסקנה האמורה ניתן לומר כי התיקון לפקודה אינו מאזן כראוי בין הזכויות והאינטרסים האמורים, וכי הפגיעה בזכויות החוקתיות במקרה דנן אינה מידתית. עם זאת, אין משמעות הדבר כי לא ניתן למצוא נוסחה אשר תאזן באופן מידתי ותיתן משקל אף לאינטרס הקהילתי. כך למשל ניתן להגדיר קהילות קטנות יותר אשר יהיו זכאיות לעריכת ועדות קבלה, ובכך גם לגדר את התחולה ליישובים בעלי אינטרס קהילתי חזק יותר, וגם לצמצם את מספר היישובים בהם ניתן יהיה לדחות או לקבל מועמדים על בסיס קהילתי; ניתן לדרוש הוכחת אופי קהילתי דומיננטי וחזק של היישוב; ניתן לקבוע מכסה של הקצאות במסגרת היישובים שיאפשרו מיון על בסיס ועדות קבלה, בעוד שיתר ההקצאות יעשו שלא על בסיס ועדות קבלה; ועוד.

יש להוסיף כי כפי שציין חברי, השופט ג'ובראן, ביטול סעיפי התיקון אינו מונע מיישובים קהילתיים לקבוע קריטריונים ברורים וגלויים במסגרת תקנון האגודה אשר יחייבו את המצטרפים אליה. קריטריונים אלו יהיו נתונים לפיקוח רשם האגודות ולביקורת שיפוטית. כך ניתן גם להבהיר למועמד את אופי היישוב ואת הכללים הנוהגים בו ואף להחתימו על התחייבות לקבל עליו את כללי המקום (ראו זיו ותירוש, בעמ' 359). הנחה סבירה היא כי רוב האנשים שאינם מתאימים לחיי הקהילה ולאופיה לא ירגישו בנוח להתגורר בה. יש סיכוי רב, אם כן, כי האינטרס עליו מבקש התיקון להגן יושג גם ללא אמצעי חקיקתי כלשהו, אך זאת ללא סגירה הרמטית של כניסת "אחרים" ליישוב הקהילתי. כך תושג באופן טבעי תוצאה רצויה יותר ומאזנת נכונה בין הזכויות והאינטרסים שעל הפרק.

7. לבסוף אציין כי לא נעלמה מעיני עמדתו של הנשיא, אליה הצטרפה המשנה לנשיא, לפיה לא ניתן להכריע בעתירות בשלב הנוכחי שכן השאלות המרכזיות שהועלו בעתירות הן שאלות שמענה להן מחייב תשתית עובדתית רחבה, ולא מתקיים אינטרס ציבורי כלשהו המצדיק את בירור העתירה בשלב זה. לטעמי ראוי

היה להידרש לטענות העותרים בשלב הנוכחי ולהעמיד את הדברים על מכונם, ואני מצטרפת להנמקותיו של חברי, השופט ג'ובראן, לעניין זה.

כאמור, אני סבורה כי יש להורות על בטלותם של סעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) לפקודת האגודות השיתופיות.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט א' רובינשטיין:

מבוא

א. אימתי יבחן בית המשפט במשקפים חוקתיות האם פיו ולבו של המחוקק אינם שווים? האם טכסט שבחוק שעל פניו קשה לזהות בו פגיעה בזכות חוקתית, אך יש בו "מרווח יישום" העלול לפתוח פתחי פגיעה אם לא ייושם בהגינות, אולם ישנם גם ססתומי בקרה המובנים בו לעניין היישום – יש לפסלו חוקתית מראש? אלה השאלות העולות בעתירות אלה, ושלגביהן במהות נחלקו חבריי. אפתח בשורה התחתונה; מצטרף אני לחברי הנשיא גרוניס ולתומכים בעמדתו כי אין להיעתר לעתירות אלה, מטעם הבשלות, קרי – הטענות שביסודן אינן בשלות להכרעה, ויש להמתין ולראות כיצד ייושמו סעיפי החוק הנתקפים. חולק אני – בכל הכבוד – על חברי השופט ג'ובראן – שאליו הצטרפו חברתנו השופטת (בדימוס) ארבל וחברנו השופט דנציגר – הסבור כי כאן ועתה יש מקום לקבלת העתירה, וכן על חברי השופט הנדל בתוצאת הביניים שאליה הגיע. מצטרף אני להערות חברתנו המשנה לנשיא.

ב. העתירות שלפנינו משיגות בעיקר על שתי פסקאות בסעיף 6ג לפקודת האגודות השיתופיות, כפי שנחקק בתיקון מס' 8 לפקודה מתשע"א-2011, ועניינן שיקולי ועדת הקבלה האמורה לפעול ביישובים קהילתיים בני עד ארבע מאות בתי אב בנגב ובגליל. פסקה 6ג(א)(4) כוללת כשיקול לועדה, כי "המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה; החלטת ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד בשל שיקול זה, תהיה

על סמך חוות דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה כאמור". פסקה 6ג(א)(5) עניינה "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה", פסקה נוספת שעליה יצא הקצף היא 6ג(א)(6) שעניינה "מאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי או תנאי קבלה הקבועים בתקנות האגודה, אם ישנם כאלה, ובלבד שקיבלו את אישור הרשם (רשם האגודות השיתופיות – א"ר)". לא למותר לציין כבר כאן, כפי שגם יוטעם להלן, שסעיף 6ג(ג) קובע, כי "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטיה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית". לכך יש כמובן לייחס חשיבות מעיקרא.

ג. חבריי הנשיא והשופט ג'ובראן, וכן חברינו האחרים, כתבו חוות דעת מלומדות ומקיפות, שאין צורך לחזור על האמור בהן, וכאמור, מסכים אני עם הנשיא וחלוק אני על השופט ג'ובראן. כובדו של הנושא החוקתי מוליד חוות דעת ארוכות, שבסופו של יום ייקראו על-ידי יודעי ח"ן בין בעלי הדין ובקהילה האקדמית והמשפטית הרלבנטית, ומי ימוד את השקעת הזמן השיפוטי בכגון דא, אף אם אולי אין מנוס מקום שחוקי הכנסת עומדים לבחינה חוקתית. כשלעצמי ראיתי לנכון להידרש לשאלת הבשלות "בגובה העיניים", בקריאה פשוטה של התיקון לחוק, כדי להטעים מדוע רק בכור הניסיון ובקונקרטיזציה ייבחנו הסעיפים הנתקפים, וכמובן תוך הדלקת נורות מהבהבות לעניין הגינות הליכי הקבלה. כשלעצמי לא אביע דעה על עצם הצורך בתיקון לחוק, שאת תולדותיו החקיקתיות תיאר חברי, וכפי שנאמר לא אחת, לא לנו לשפוט את תבונת המחוקק והצורך בחקיקה פלונית או אלמונית, תהא דעתנו כאזרחים כאשר תהא. לפנינו תוצר חקיקתי שעלינו למוד את מעמדו החוקתי על פי תוכנו – בראש וראשונה – ועל פי תולדותיו, ולא ננעל את הדלת להתפתחויות משפטיות בעקבות יישומו.

סל הצעת החוק והדיונים בה

ד. הצעת החוק שעליה נסב בסופו של יום הדיון בכנסת היא הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), תש"ע-

2010 הצעות חוק הכנסת – 341, א' באב תש"ע, 12.7.10, עמ' 222 – הצעה של חברי הכנסת ישראל חסון, שי חרמש, אורי אריאל, משה (מוץ) מטלון, יצחק וקנין ודוד רותם; הצעה זו היתה איחוד של הצעות החוק הזהות פ/1740/18 ו- פ/1748/18 שהועברו לוועדת חוקה, חוק ומשפט ביום כ"ב בכסלו תש"ע (9.12.09), לאחר דיון בקריאה טרומית במליאה, אשר ברוחו היו גם הדיונים במליאה בהמשך, בקריאה הראשונה ובקריאות השניה והשלישית. הויכוח נסב על הצגת ההצעות – מזה – כמכוונות "להתישבות שרמת הערבות ההדדית והרקמה החברתית שלה חיוניות מאוד להמשך קיומה, ולפיכך... קיומן של ועדות קבלה" (דברי ח"כ ישראל חסון בישיבת המליאה מ-9.12.09), ומזה – הטענה "רובכם לא רוצים לחיות בתוך יישובים ערבים, חלק גדול מהערבים לא רוצה לחיות בתוך יישובים יהודיים, גם זה נכון, אבל בין זה לבין חוקים של אפרטהייד, המרחק גדול ביותר" (ח"כ חנין זועבי באותה ישיבה). ח"כ דוד רותם דיבר על האפשרות שיוקמו "יישובים יהודיים על-ידי אנשים שרוצים לגור בחברה יהודית" וח"כ דב חנין דיבר על מנגנוני סינון ש"ישאירו בחוץ... את הערבים... את האתיופים". שר המשפטים יעקב נאמן ראה את הצעת החוק כ"הגנה על המרקם הקהילתי והחברתי של יישובים קהילתיים קטנים. הנחת היסוד היא שבהקצאת הקרקע ביישובים קהילתיים קטנים יש להתחשב בקריטריונים נוספים מעבר למקסום הרווחים, כגון שמירה על קיומו של אורח חיים קהילתי-כפרי המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית"; הוא הודיע על תמיכת הממשלה בהצעות.

ה. הצעת החוק הנזכרות אוחדו להצעה שנדונה בהמשך, שנדרשה לעניין תחולתה ליישוב קהילתי בן 500 בתי אב (התיקון כפי שנתקבל צומצם ל-400 בתי-אב בעקבות פניה של יושב ראש הכנסת דאז ח"כ ראובן ריבלין), ועסקה מעיקרא במדינה כולה, בעוד התיקון – גם זאת לפי בקשת יו"ר הכנסת – צומצם לימים לנגב ולגליל. בדברי ההסבר נאמר כי "יישובים קהילתיים קטנים מתאפיינים באורח חיים קהילתי-כפרי, המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית", ועל כן מוצדק "מנגנון של מיון מועמדים בקבלה". התיקון המוצע – כך נאמר – "מבקש לאזן בין הזכות למימוש עצמי בקהילה לבין הזכויות לכבוד ולשויון".

ו. הצעת החוק במתכונתה המאוחדת עברה קריאה ראשונה ביום י' באב תש"ע (21.7.10), וח"כ דב חנין נימק את התנגדותו (דברי הכנסת בעמ' 12230) "לא צריך להגיד את הדברים האלה בצורה גלויה, ולהגיד בהחלטת הקבלה: אנחנו לא קיבלנו את המועמד הזה מפני שהוא שייך לעדה האתיופית, או רק מפני שהוא שייך לעם הערבי... ועדות קבלה תמיד יודעות לעטוף את ההחלטות שלהן במגוון של עטיפות רכות ונעימות למראה...". בקריאה השניה והשלישית (דברי הכנסת מיום י"ז באדר התשע"א-23.3.11) נאמר מפי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ דוד רותם (עמ' 18561) – כאמור – כי לפי בקשת יו"ר הכנסת הוסכם שהחוק יחול רק על ישובים בנגב ובגליל שכן בהם "הנימוק בדבר הערבות ההדדית והתלות שבין התושבים מתחזק", והמספר הוקטן ל-400 מ-500. ועוד הוסיף ח"כ רותם (עמ' 18561) "אני לא מתעלם מהחששות בדבר פסילה לא ראויה של אנשים, אך חשש כזה לא יכול למנוע טיפול של הכנסת בנושא קשה אך הכרחי, תוך מענה למצב שבו נמנע פיתוחם של ישובים בשל חששם שלא יוכלו לבנות את הישוב ולחזקו... המענה לחששות – צריך למצוא מענה בהסדרים שקובע החוק...". בדיון ציין – למשל – ח"כ חנא סויד (עמ' 18565), שגם אם אין כוונת הפליה "תצא אפליה רבתי, אפליה גדולה ... מחפשים כל דרך להכשיל את הנרשם". ח"כ חיים אורון (עמ' 18571-18572) ציין, כי "המכשיר לא מתאים. 60 שנה חיינו בלי המכשיר הזה... החוק לא משקף שום מצב קיים"; ראו גם הסתייגות ח"כ שלמה מולה בעמ' 18575. ח"כ ישראל חסון בהודעה אישית (עמ' 18588), ציין מנגד, כי 31 ראשי מועצות אזוריות פנו וביקשו כי קיומן של ועדות קבלה, שכבר קיימות בפועל, יצולם וח"כ שי חרמש בהודעה אישית אמר (עמ' 18590), כי "צריך שתישמר האפשרות לבני הקהילות השונות החיות בארץ, יהודים, ערבים, ואחרים, לבחור ולחיות בסביבה תרבותית תומכת שיש בה רוב מוצק לבני קהילתם".

ז. עינינו הרואות, כי בעוד מציעי התיקון ותומכיו נתנו בו טעם של הגנה על קהילתיות, פיתוחה ושימורה, מתנגדיו ראו בו מרשם להדרה של אוכלוסיות מסוימות, ונאחזו בדברים מסוימים שנשמעו בכנסת. כמו חברי הנשיא לא אביע דעה על אלה כיום הזה; ואולם, תיקון חקיקתי זה משמיע בעיניי במובהק את הצורך לבחון אותו כחלוף הזמן, על פי מקרים קונקרטיים, ושאלת השאלות היא

כמובן האם יופעל ביושר ובהגינות וכתבו יהיה גם רוחו, או חלילה – ואיננו אומרים כך, בודאי כיום – יהא מי שיראהו בחינת "הבה נתחכמה". כפי שאבקש להראות, אין בידינו לומר כל עיקר מדאש כי עסקינן ב"קונספירציה של הדרה", גם אם המסתייגים העלו חששות, ואלה יהיו נתונים לבדיקה קונקרטיית במקרים קונקרטיים.

על עקרון השוויון באשר לאדמות המדינה

ח. נזכיר כי בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל נד(1) 218 (2000) עמד (בפסק דין מפי הנשיא ברק) על עקרון השוויון באשר לאדמות המדינה; נאמר שם (עמ' 285) כלהלן:

"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 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.

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 כהקצאה של מקרקעי המדינה...".

בבג"ץ 8036/07 אבריק – זבידאת נ' מינהל מקרקעי ישראל (13.9.11) (מפי הנשיאה ביניש, בהסכמת השופטת ארבל ובהסכמתי) הוקצה מגרש למגורים לבני זוג ערבים בישוב הקהילתי רקפת (פסק דין זה, מעין יישום של פסק הדין קעדאן, ניתן חודשים אחדים לאחר תיקון החוק נשוא העתירה הנוכחית). הגישה השיפוטית העולה מאלה היא השוויון ביחס לאדמות המדינה, מבלי לעקר כהוא זה את אופיה כמדינה יהודית ודמוקרטית וציונית; והשויון הוא זכות בת חשובה הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם (ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה (תשע"ד – 2014) 695). ארשה לעצמי לצטט מדברים שכתבתי (בהיותי היועץ המשפטי לממשלה) מייד לאחר פסק הדין קעדאן ("לא סוף הגשמת הציונות", קרקע 49 (תמוז תש"ס – יולי 2000), 15). בין היתר נאמר שם (עמ' 15) "פסק הדין הזה של בג"ץ הוא, ללא ספק, ציון דרך המציב בפנינו אתגרים לא פשוטים... הוא אינו סופה של הציונות, כפי שהיו מי שניסו להציגו. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, והאופי היהודי הוא חלק ממהותה והגדרתה... עקרונות ההכרזה הזאת (הכרזת העצמאות – א"ר) כוללים את כל המרכיבים שנמצאים גם בפסק הדין של בג"ץ ושימצאו בכל פסק דין ובכל הליך שמדינת ישראל תקיים גם בעתיד" (הדגשות במקור). ולהלן נאמר (עמ' 18-19):

"ברור מפסק בג"ץ, כי בית המשפט עומד על עיקרון השוויון אבל יחד עם זאת מציין שאין כל סתירה בין מדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין אזרחיה. בית המשפט מדגיש את התכליות המיוחדות של מינהל מקרקעי ישראל – כולל מניעת העברת בעלות בקרקע לגורמים בלתי רצויים, מדיניות ביטחון וכל מה שהוזכר – התכלית הכללית המעוגנת בעקרון השוויון. בית המשפט לא סתם את הגולל על פעולות הסוכנות היהודית אבל הוא אסר על הקצאה מפלה.

הדברים מאוד לא פשוטים. לדעתי לא נסגרה הדלת לסוגי התיישבות בעלי מאפייני קהילה ייחודיים ליהודים או לערבים, אבל לא ברוח של 'נפרד אך שווה'. לדעתי גם לא נסגרה הדלת לשיקולי ביטחון, אבל מעל לראש כולנו הוצבה תווית השוויון. יהיו מי שיאמרו כי יש בדברים אלה מעין ניסיון לרבע את העיגול. זו אינה דעתי. החיים הציבוריים והחיים המשפטיים הציבוריים בכלל זה – ואת זאת אני רוצה

לומר כקו המנחה אותנו במשפט הציבורי בכלל – אינם מקום שבו אתה מחפש חידוד, הקצנה, דחיקה לפינה. אתה מחפש דרכים הוגנות ואלה יכולות להימצא, אף כי לא פשוט למצוא אותן, וזה יכול להיות בהקשרי דת ומדינה וגם בהקשרי ביטחון ובודאי בהקשר שלפנינו.

פסק-דינו זה של בית המשפט הגבוה לצדק הציב בפנינו אתגר. אתגר זה אינו אתגר של 'הבט אחורה בזעם', כי מדינת ישראל יכולה להביט אחורה בהרבה מאוד סיפוק. גם אם נעשו שגיאות בנושאים שונים, מדינת ישראל הגשימה חלק ניכר ממשימותיה ברוח העקרונות של הכרזת העצמאות ובפועל נעשתה כאן כברת דרך עצומה. לכן בעיני האתגר הוא של 'הבט קדימה בתקווה', גם לשויון וגם להמשך הגשמת הציונות. ועל זה אני קורא את הפסוק: "כי קרוב אליך הדבר מאוד, בפיך ובלבבך לעשותו" (דברים, ל', י"ד).

ראו גם להשקפתו של פרופ' ברק בהקשר זה בספרו הנזכר כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה, כרך ב' בעמ' 271 לעניין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ולענין הסינתזה בין ערכיה היהודיים לדמוקרטיים: "... תפיסה חוקתית ראויה מחייבת ניסיון להשגת תפיסה אחידה וכוללת המבוססת על השלמה, הרמוניה וסינתזה בין הערכים השונים" (עמ' 272-275); ועוד ראו אהרן ברק מידתיות במשפט (תש"ע – 2010) 310-312.

ט. לטעמי, העמדה הקוראת לביטול התיקון נשוא ענייננו כיום הזה, בשל פער לכאורה בין לשונו המפורשת של התיקון לבין הכוונות הנסתרות הנטענות העומדות מאחוריו, קשה מאוד להלמה. אינני מתעלם – כאמור – מחששות העלולים להתעורר, ושעליהם נזעקו מתנגדי התיקון בכנסת ומחוצה לה. אך עלינו לקרב מבטנו אל התיקון ולעמוד על תוכנו, בטרם נשקול להעמיד את הכנסת מעיקרא כעוכרת מיעוטים שונים, טיעון שהוא חמור עד מאוד וטעון ראיות מבוססות, שיצטברו (חלילה) או שלא יצטברו (יש לקוות) במבחן הזמן.

על תוכנו של התיקון

י. התיקון בנה מספר שלבים בקבלתו של אדם ליישוב שבדוגמתו עסקינן. ראשית, על היישוב להיות מסווג על-ידי הרשם, על פי ההגדרה שבסעיף 2 לפקודת האגודות השיתופיות (כפי שתוקן בתיקון מס' 8), כ"יישוב בגליל או בנגב המאוגד כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי-כפרי או כאגודה שיתופית להתישבות קהילתית..." או הרחבה שסווגה בהתאם, ומתקיימים בה מספר בתי אב (ביישוב ובהרחבה יחד) שאינו עולה על 400, ותנאי נוסף של מספר מירבי שהוגבל בהתאם לתכנית מתאר. שנית, על המועמד לעבור ועדת קבלה לפי סעיף 6ב(ב)(1) – שזו המשוכה ה"חשודה" העיקרית, ובה שני נציגי היישוב הקהילתי; נציג התנועה שהיישוב הקהילתי מסונף אליה, ובהיעדר כזה – נציג נוסף של היישוב; נציג הסוכנות או ההסתדרות הציונית; ונציג המועצה האזורית שהיישוב בתחומה, שאינו תושב היישוב, והוא יהיה יושב הראש. מובן כי על הועדה למלא תפקידה בהגינות וביושר, ואל נשכח כי לנגד עיניה, ולנגד עיני כל העוסקים בדבר יהא סעיף 6ג(ג) שנשוב ונצטט, לפיו "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטיה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית". נשים אל לב – מנויים כאן בעצם כל סוגי האפליה, בין הנזכרים בהכרזת העצמאות שערכי המדינה מעוגנים בה, כמו דת גזע ומין, ובין האחרים – והם נאסרו מפורשות על-ידי המחוקק ואינם יכולים לבוא כמניין שיקוליה של ועדת הקבלה. ועדת הקבלה, שיש לכבד את חבריה בלא הנחה מראש של חוסר הגינות, אף כי יתכן חשש ל"אינטרס מקומי", נתונה להשגה היררכית בפני ועדת ההשגות (סעיף 6ב(ה) לחוק), ולאחריה בית המשפט לעניינים מינהליים.

יא. מבלי להטיל כל דופי מראש, בודאי לא מניה וביה, בוועדת הקבלה – מבקש אני להפנות את הזרקור אל עבר ועדת ההשגות שבסעיף 6ב(ה) לחוק כאמור, ולסמכויותיה שבסעיף קטן (ו) שם. זה לשונם של הסעיפים הללו:

"(ה) ועדת ההשגות תורכב מחמישה חברים שימנה שר הבינוי והשיכון, והם: איש ציבור בעל השכלה בתחומי המשפט, העבודה הסוציאלית או מדעי ההתנהגות לפי המלצת שר המשפטים – והוא יהיה יושב הראש; רשם האגודות השיתופיות או סגנו;

עובד רשות מקרקעי ישראל; עובד משרד הרווחה והשירותים החברתיים לפי המלצת שר הרווחה והשירותים החברתיים; ועובד משרד החקלאות ופיתוח הכפר לפי המלצת שר החקלאות ופיתוח הכפר.

(ו) ועדת ההשגות רשאית לבטל את החלטת ועדת הקבלה, לאשרה, להחזיר את הנושא לדיון מחודש בועדת הקבלה או לקבל החלטה אחרת במקומה".

יב. הרכבה של ועדת ההשגות, שכל כולה גורמי ציבור וממשל ללא זיקה ליישוב או למועצה האזורית מדבר בעדו. היא אמורה להוות בטוחה, מבלי שנטייל דופי בועדת הקבלה עצמה, לבחינה בעיניים שאינן "יישוביות" או "אזוריות" של הקבלה ליישוב בו עסקינן. בגדרי אותה בשלות בה דובר, האם עלינו להניח מראש כי "המשחק מכור"? איני סבור כן, ואל לנו כבית משפט להניח כן; גם איני סבור, כי ועדת השגה תראה עצמה כבולה כ"ערכאת ערעור" לקביעות עובדתיות של ועדת הקבלה, אם אלה לא ייראו לה, שהרי ס"ק (ו) צייד אותה בכל מגוון הסמכויות הנחוץ, עד כדי קבלת החלטה אחרת במקום ועדת הקבלה. האם נוכל לקבוע ביד קלה בלא כל ראיה כי עובדי הציבור ונציגי הציבור הללו שבועדת השגה עלולים למעול בחובתם? לא ייעשה כן במקומנו. ואחר כל אלה ישנו ערעור לבית המשפט לעניינים מינהליים על החלטת ועדת ההשגות; ואין צורך להוסיף.

יג. העתירות, וגם חבריי השופטים ג'ובראן וארביל, מיקדו מבטם בעמימות שבאמות המידה שבסעיפים 6ג(א) (4) ו-6ג(א) (5), כפגיעה בכבוד ובשויון באורח אינדיבידואלי וקבוצתי, בשל שיקול הדעת הנרחב הניתן לוועדות הקבלה – בסעיף הראשון אי התאמה לחיי החברה, ובאחר אי התאמה למרקם החברתי, רוצה לומר, האחד ממוקד בפרט כשלעצמו והאחר ביחסו לקבוצה. אכן, מדובר באמות מידה כלליות וממילא הן עמומות; אך נזכור, ראשית, כי אי ההתאמה האישית טעונה חוות דעת מקצועית, ושנית, כי ישנם לא מעט תחומים בחיינו שבהם גוף שהוא ועדה, לאחר עיון בחומר מסוגים שונים, קובע גורלות מקצועיים תוך אמות מידה רחבות, וכך גם בועדות האיתור לתפקידים שונים, בועדות המכרזים למשרות ובעודות בחירה אף לכהונות שיפוטיות. בכל אלה נקבע גורל אדם על פי התרשמות

כוללת, בין השאר מחומרים כתובים, מחוות דעת ומראיונות, ויש בכך תדיר עירוב של התרשמות אובייקטיבית וסובייקטיבית. השאלה היא – והאתגר הוא – ענייניות ההכרעה, אי החלת שיקולים זרים, ובענייננו שלנו ציות קפדני להוראת המחוקק באשר לשיקולים שאין לשקלם. גם אם קיימים חששות, אמירה כי מראש יש בכך פגיעה בשוויון אישי וקבוצתי אינה במקומה, לדעתי, לעת הזאת; במלאכתן ייבחנו ועדות הקבלה, והדבר לוט בחיק העתיד. אך לבוא ולהדביק לתיקון מניה וביה תוית "אפרטהייד". לא פחות - לא על ידי חבריי כמובן, אך בדברי חברת הכנסת שצוטטו- הוא עוול בוטה שאינו במקומו.

ושוב לבשלות

יד. נוכח כל אלה, אחזור בקצרה לנושא הבשלות – שלטעמי הוא גם נגזרת של השכל הישר. לא אחת איננו נעתרים, למשל, לעתירות לבג"ץ בהיותן עתירות מוקדמות, קרי, לא מוצו ההליכים המינהליים בטרם ביקורת שיפוטית. ענייננו, בין השאר, אינו שונה גנרית, ומדוע עלינו לקיים כאן, וכשהמדובר בחוק של הכנסת, לא פחות – "מקדימין" (משנה מגילה א', א'), ולהקדים את המאוחר?

טו. חברי הנשיא סקר את הפסיקה בתחום הבשלות, לרבות בג"ץ 3803/22 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (2.5.12) ובג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל (7.6.12), וכן פסיקה משה רבה. אינני מקל ראש בטיעון "האפקט המצנן" העומד כנגד דוקטרינת אי הבשלות; אבל בנידון דידן, אי אפשר לנהוג "חשדהו" בטרם "כבדהו", וגם אם התבטאות זו או אחרת בכנסת עלולה לבטא "חשדהו", בכל זאת בסוף של יום ענייננו הוא "אנאליזה של החוק ולא הפסיכואנליזה של המחוקק", כדברי השופט (כתארו אז) ברק בבג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 17 (1981) שציטט חברי. דוקטרינת הבשלות בעברית משתמשת בדימוי שיסודו בגידולו של פרי. בטבע, השלב שקודם לבשלות הפרי הוא בוסר, וחוששני שעודנו שם – תוך שהעתיד יוכיח.

טז. האמת תורה דרכה, כי במדינה כישראל שמורכבותה האנושית רבה כל כך, יש פער של מציאות בין הנורמה המשותפת לכל ובין בחירותיהם של אנשים שונים – למשל – באשר למקומות בהם ישכנו. על החוק לעמוד על משמר השוויון החוקתי בהקצאת משאבי ציבור, על כל המשתמע, כפי שנעשה גם בתיקון דנא ולהלכה יגורו הכל אלה עם אלה. במציאות, חרדים יעדיפו בחלק ניכר לגור בשכונות לחרדים אחרים, כדי לשמור בנוחות על אורח החיים השונה, וחילוניים וגם דתיים שאינם חרדים יעדיפו שלא להיות בלב אוכלוסיה חרדית. יהודים לא ידורו ככלל ביישובים ערביים, וערבים על פי רוב יעדיפו את מקום גידולם והימצאות משפחתם בעירם ובכפרם; חריג לכך קיים בערים מעורבות, שם הנטיות הללו מרוככות. כל אלה, לא מפני שהמדינה מתוה מדיניות של "שוה אבל נפרד", שבאופן קונצפטואלי היא מוקשה מאוד ופסולה על רקע ההיסטוריה במקומות אחרים, אלא מפני שהמציאות היא כפי שהיא. אך כל אלה – לחוד, וחובת המדינה והמחוקק לעשות למניעת אפליה במובן זה שהרוצה לגור בקרקעות הציבור לא יופלה – לחוד. את אלה יש כמובן לזכור תדיר, וגם לא את אי יכולתו של המשפט להסדיר כל סיטואציה: אך בה בשעה אין לשכוח ולזנוח את חובתם של המשפט ובית המשפט למנוע אפליה, שימוש לרעה בסמכויות ואי שוויון. גם מן הדיונים בכנסת עולה – כאמור – כי חלק ניכר מן הפולמוס הקשה בדיון התיקון לחוק נבע מחשדנות כי מה שעומד מאחורי החוק הוא הפליית ערבים, בעיקר, ואולי גם יהודים מסוימים. כאמור, בשלב זה – בהיעדר בשלות – עלינו להעמיד דברים על חזקתם, בלא שנעלנו כל דלת לבחינת יישומית פרטנית בעתיד, ונקוה שלא ניזקק לכך. לאחר שנכתבו דברים אלה ראיתי את מאמרו של ד"ר גרשון גונטובניק "זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית", משפט ועסקים ט"ז (תשע"ד) 57, הנדרש להיבטים שונים של התיקון נשוא ענייננו, והסבור כי חוק ועדות הקבלה הוא חוקתי, ואף מגביל יתר על המידה את חופש ההתאגדות בהקשרים מסוימים; ומשנתעכב פסק הדין הונח על שולחני ספרו של ד"ר גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות, בין חומות משפטיות לגדרות תרבותיות (תשע"ד), בו נאמרו שוב דברים אלה (עמ' 389-394). המחבר המלומד רואה בתיקון (עמ' 389) "דיאלוג חוקתי לגיטימי בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת, במהלכו ביקשה הרשות המחוקקת להפיח רוח חיים בחופש ההתאגדות, לנוכח ההגבלות הגדלות והולכות

שהטילה עליה הפסיקה". לשיטת המחבר, הודגש חופש ההתאגדות תוך איזון על-ידי איסורי שלילת מועמדויות מטעמים שפורטו. לדבריו (עמ' 391) "אכן, הרקע לחקיקה מטריד. המוטיבציה להדיר מועמדים ערבים ומועמדים אחרים ש'אינם רצויים' בולטת. הדים למוטיבציה זו נשמעו בהליכי החקיקה ובמהלכם. עם זאת לשון החוק ברורה. היא אוסרת הדרה מחמת זהות תרבותית. היא יוצרת איזון ראוי בין חופש ההתאגדות לבין השוויון", והאיסור להדרה הוא חד משמעי. לדעת המחבר, אדרבה, יש בחוק הגבלת-יתר של חופש ההתאגדות (עמ' 192-194) ויש לתקנה כדי לאפשר, למשל, קיום ישובים דתיים. המחבר גם מסתייג מייצוג הסוכנות או ההסתדרות הציונית בועדות הקבלה. כשלעצמי אעיר רק, כי בנידון דידן עסקינן במעין מטוטלת, שבהרחיקה לכת יתר על המידה לצד אחד, יש צורך בתיקון על-ידי הרחקתה לצד האחר, עד שבסופו של דבר תתיצב בנקודת מיצוע ראויה, כדברי הרמב"ם בהקדמתו למסכת אבות (שמונה פרקים), בפרק הרביעי; קרי, עוד יתכן שיהא על המחוקק להידרש לנושא אם לכאן ואם לכאן.

יז. חברי השופט ג'ובראן מסכים כי הלשון בה נוקט המחוקק אינה מפלה (פסקה 15) אך סבור הוא (פסקה 32) כי סעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) לתיקון הם "חקיקה עמומה" ללא אמות מידה מגובשות, והן יוצרות אקראיות. עוד חושש הוא, כי איסור ההפליה ייעקף בנימוקים "ענייניים" כביכול (פסקה 36), כי לא ייעשה שימוש במנגנון ההשגה (פסקה 38), והתוצאה המפלה נוצרת (פסקה 69) "על רקע מכלול סעיפיו של התיקון ומנגנון ועדת הקבלה שהם יוצרים", ומכאן שרירותיות (פסקה 78) גם אם אין "כוונת הפליה". גם חברתי השופטת ארבל סבורה כי יש חשש לשרירותיות ולעמימות. חברי השופט דנציגר נדרש אף הוא לעמימות ותוהה אם יש מקום להגנה המשפטית ליישובים קהילתיים שאין להם אופי ייחודי (למשל קהילות טבעוניות ואקולוגיות). חברי השופט הנדל סבור כי בשלים אנו להכריע שלא לחיוב באשר להרכב ועדות הקבלה, שבשל ייצוג יתר של היישוב בו עלולה להיווצר הפליה ולוא גם בלתי מודעת.

יח. שב אני לעניין הבשלות. דברי חבריי שהוזכרו כבודם במקומם, ועמימות מסוימת באשר לאמות מידה, וחששות לגבי שרירותיות ולגבי ייצוג יתר של

הישוב, כל אלה אין לבטלם במחי פה; אך כך בנושאים רבים בחיינו הציבוריים, מקום שיש נגלה בדמות מסגרת ונסתר בדמות יישומה. אך מכאן ועד לביטול החוק בלא שניתן לו סיכוי הוגן לפעולה ולבחינת הגינותן של המערכות הרלבנטיות, ובלא שנבחן בנסיבות קונקרטיות שלאחריו, להבדיל ממקרי עבר - ישנה כברת דרך ממשית. עלינו להיזהר מהדבקתן מראש של תויות אי הגינות על ועדות הקבלה וועדות ההשגה, ובמשתמע על המחוקק שמאחוריהן, בלא שהדברים נבחנו בכור המציאות והמעשה. לא לנו לעת הזאת לשים את העגלה לפני הסוסים, לבנות בנין של הפליה כשהיסודות טרם הונחו ובודאי לא הוקמו הכתלים. הזמן ייצור את הבשלות הראויה, וככל שיוברר חלילה כי החששות נתקיימו, לא אלמן ישראל, ובית משפט זה אף הוא לא יצא לגמלאות.

כללם של דברים

יט. כאמור, אצטרף לחברי הנשיא. בטרם חתימה אציין, והזכרים מכוונים לחששות שהובעו בתהליך החקיקה לעניין הדרת ערבים, כי ברי שבמדינת ישראל ישנם נושאים ציבוריים שיש בהם ליקויים, ככלל מדינה, והם טעונים תיקון. השויון למיעוטים הוא אחד מהם. אך דווקא לנוכח אותה מורכבות ייחודית שהזכרנו, ראוי לציין כי נעשים לאורך השנים מאמצים לא מעטים לתיקון הפגמים, לרבות בתחום זה, ועליהם יש לברך, ואותם יש להגביר. עמדתי שלי באשר לשויון לערבים, למאמצים הנחוצים וליחס הכבוד הראוי, הובעה לא אחת; ראו רשימותי "על השויון לערבים בישראל", קרית המשפט א' (תשס"א) 17 וכן "המדינה וערביי ישראל, המאבק לשויון במסגרת מדינה יהודית, דמוקרטית ומיוסרת", קרית המשפט ג' (תשס"ג), 107; פורסמו גם בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג) בעמ' 278 ו-293 בהתאמה. עוד ראו לאחרונה רשימתי "שויון המיעוטים במדינה יהודית ודמוקרטית", זהויות 3 (תשע"ג) 141, נאמר שם, בין השאר (עמ' 146):

"המרשם העקרוני ליחסים בין הרוב למיעוט במדינת ישראל הוא מורכב – הוא עניין של תודעה ותובנה, המזמינות הדדיות. הוא כולל תובנה יהודית בדבר הצורך ביחס של כבוד לערבים ומאמץ מתמיד, ללא לאות, לתקן פערי שויון בכל התחומים. עשייה כזאת

היא הכרחית, ונדרשים לשם כך מאמצים חינוכיים, ממשלתיים, פרלמנטרים ומשפטיים. עלינו לעמוס על שכמנו משימה זו במלוא הרצינות והאחריות... אחד התחומים שיש מקום לתקנם הוא לימוד הלשון הערבית. מרבית ערביי ישראל יודעים כיום עברית, משום שהם חיים עם חברת הרוב היהודית. באשר ליהודים המצב שונה בתכלית – מלבד עולי מדינות ערב בני הדורות הקודמים, שזו שפת אמם. אי-ידיעת ערבית מצערת מאוד. למדתי ערבית במגמת מזרחנות בבית הספר התיכון ואחר כך באוניברסיטה. הדבר סייע במשא ומתן, וכן סייעה בכך ידיעה מסוימת בקוראן. ב'שעות משבר' משמימות באולם בית המשפט אני כותב לעתים לחברי השופט ג'ובראן חמשירים בערבית. כאמור, אני רואה עצמי כאחד הראשונים שהיו נכונים להתייבב למשימת התיקון והגישור על הפערים. ואולם מן העבר השני נחוצות תודעה ותובנה גם אצל חלק מן המנהיגות הערבית בישראל. עליה להכיר ולהבין שמטרתו של המאבק במהותה של ישראל עצמה כמדינה יהודית ודמוקרטית. אמנם חובתנו לפעול אינה מותנית בכך, אבל הדברים כרוכים בהיגיון ובפסיכולוגיה פשוטה. אין לנו מדינה יהודית – ודמוקרטית – אחרת. על כן, על השכל הישר לגבור גם כאן".

עסקינן במציאות מורכבת – אך אי אפשר איפוא להציגה כל עיקר כחד-ערכית, שכן חלה התקדמות רבה בתחומים שונים, וגם אם יש נסיגות ומעקשים, בתקופות סוערות, המתרגשות עלינו לא אחת למרבה הצער, חובתנו להכיר בהתקדמות המהותית.

כ. סוף דבר: עסקינן בתיק זה בנושא רגיש. כמות שמעידים הדיונים הטעונים בכנסת בכל שלבי החקיקה, היתה לרגישות עירנות בכנסת. סימני השאלה שהועלו בה לא נשכחו. אך המחוקק קבע "חגורות ביטחון" ברמות השונות, הן בניסוח הבדיקה האישית (דרישת חוות דעת מקצועית), הן בקביעת מערכת ההשגות. לא באה עת בשלות לבחינת הדברים כראוי. ימים יגידו, ואתגר היושר וההגינות מונח לפתח.

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו היסודי של חברי השופט ג'ובראן ולהערותיה של חברתי השופטת (בדימ') אדבל. כמוהם גם אני סבור כי העתירות צולחות את "משוכת" עילת הבשלות, וכי אין מנוס מביטול סעיף 6(ג)(א)(4) וסעיף 6(א)(5) לפקודת האגודות השיתופיות, שהוכנסו לפקודה במסגרת תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות, התשע"ב-2011 (להלן בהתאמה: הפקודה ו- התיקון), לנוכח ההסדר המפלה המעוגן בהם. לא אחזור על הדברים, ואסתפק בשתי הערות קצרות.

2. ראשית, אציין כי לא בנקל הגעתי למסקנה זו, אשר משמעותה הכרזה על שני סעיפי חוק שיצאו תחת ידי המחוקק לאחר הליכי חקיקה ודיונים ארוכים כבטלים בהיותם בלתי חוקתיים, וביתר שאת כאשר מדובר בסעיפים שמהווים חלק מהסדר רחב יותר שבמסגרתו נכללה הוראה מפורשת ורחבה בדבר איסור הפליה (סעיף 6(ג) לפקודה). ודוק, לא בכדי הקדישו המשיבים חלק ניכר מטענותיהם להוראת איסור ההפליה שנקבעה בתיקון, אשר על פני הדברים אמורה ליתן מענה לאלו הטוענים שמנגנון ועדות הקבלה הינו מנגנון מפלה באופן אינהרנטי. אלא שלצד ההוראה האוסרת על ההפליה הקבועה בסעיף 6(ג) לפקודה – אשר יש לברך עליה כשלעצמה – נכללו שתי ההוראות שעמדו במוקד הדיון בעתירות דנן, ההוראות בדבר חוסר התאמה לחיי חברה בקהילה (סעיף 6(4) לפקודה) ובדבר חוסר התאמה של המועמד למרקם התרבותי-חברתי של הישוב (סעיף 6(5) לפקודה).

כפי שהראה חברי השופט ג'ובראן, סעיפים אלו אינם כוללים הגדרות או קריטריונים ברורים בדבר האופן שבו נבחנת התאמתו של המועמד לאותו "מרקם תרבותי-חברתי" או ל"חיי החברה בקהילה". הלכה למעשה יוצרים שני הסעיפים הסדר חקיקתי "עמום", אשר פותח רחב להכנסת שיקולים בלתי רלוונטיים ולהפליה בפועל, תוך ריקון הוראת איסור ההפליה הקבועה בסעיף 6(ג) מתוכן. שיקול הדעת המוקנה לוועדות הקבלה בשני הסעיפים הללו הינו רחב ביותר

(ולמעשה כמעט בלתי מוגבל בהיקפו), כך שהוא מאפשר להן הלכה למעשה לפסול מועמדים באופן שרירותי לחלוטין, תוך שימוש ברטוריקה "עמומה" בדבר חוסר התאמה לחיי חברה או קהילה. אדגיש שוב, והדברים נאמרו מפורשות על ידי חברי השופט ג'ובראן, כי אנו יוצאים מנקודת הנחה שהתכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק בהכניסו את שני הסעיפים הללו לתיקון לפקודה הייתה לאפשר מנגנון סינון ללא הפליה, כלומר שביסוד שני הסעיפים הללו לא עומדת כוונה להפלות. אלא שבסופו של יום שני הסעיפים הללו יוצרים קרקע פורה להפליה בפועל ומאפשרים "להסוות" בקלות הפליה זו ב"צבעי הסוואה" של חוסר התאמה לחיי חברה בקהילה או למרקם תרבותי-חברתי. בכך נוצר, לטעמי, הסדר מפלה ובלתי מידתי. בהקשר זה מקובלת עלי קביעתו של חברי השופט ג'ובראן כי מנגנוני הפיקוח והבקרה שנקבעו בתיקון לפקודה (הליך השגה על החלטת ועדת הקבלה שנדון בפני ועדת השגות, שעל החלטתה ניתן לערער לבית המשפט לעניינים מנהליים) אינם מאיינים את החשש מהפליה, כיוון ששיקול הדעת הרחב המוקנה לוועדת הקבלה בשני הסעיפים הללו ועמימותן האינהרנטית של עילות הפסילה הקבועות בהם, בדבר חוסר התאמה לחיי חברה בקהילה או למרקם תרבותי-חברתי, אינם מאפשרים ביקורת שיפוטית אפקטיבית. משכך, אין לטעמי מנוס מלהצטרף לקביעתו של חברי השופט ג'ובראן כי סעיפים 6(4) ו-6(5) לפקודה אינם צולחים את משוכת המידתיות הקבועה בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

3. שנית, אבקש להעיר הערה בכל הנוגע לטענות שנשמעו לפנינו בדבר הזכות המוקנית לכל אדם (ולכל הפחות האינטרס) לחיות בקהילה בעלת צביון מסוים. מעיון בפרוטוקולים של דיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט עולה כי זהו הנימוק העיקרי שהוצג מטעם יוזמי ותומכי התיקון לפקודה. חברתי השופטת (בדימ') ארבל מציינת בחוות דעתה כי "בענייננו ניצב האינטרס של הפרט לקיים חיי קהילה תקינים ולבחור את צביון המקום בו הוא מעוניין להתגורר... [ה] כלול במסגרת האוטונומיה האישית שלו" וכי "הרצון לגור בקרב אנשים דומים הוא מובן ומקובל". עם זאת, חברתי מדגישה כי "הצורך להגן על אינטרס זה נחלש מתוך הבנה והנחה שהוא יכול להיות מושג, ואף מושג בפועל, במהלכם הטבעי של החיים. קבוצות אוכלוסיה שונות נוטות להתרכז במקומות קרובים. רוב האנשים לא ירגישו בנוח בקרב

שכנים השונים מהם באופן מהותי". דברים אלו מקובלים עלי במלואם. בני אדם הינם יצורים חברתיים ברובם, וספק אם ימצא מי שיחלוק על כך שהבחירה לחיות בסביבה מסוימת ובקהילה בעלת אופי וצביון מסוימים הינה בחירה טבעית ולגיטימית הנעשית באופן כזה או אחר על ידי כל אדם, וספק אם המשפט יכול להתערב בבחירה זו. הדברים נכונים במיוחד בחברה הישראלית, על כל רבדיה (וראו בנקודה זו דברי חברי השופט רובינשטיין בפסקה ט"ז לחוות דעתו).

עם זאת, השאלה שמתעוררת בעתירות שלפנינו אינה האם יש לכל אדם זכות (ולכל הפחות אינטרס) לבחור לחיות בקהילה בעלת צביון מסוים, אלא מהי ההגנה המשפטית שיש להעניק לחברי אותה קהילה, אם בכלל, מפני אלו שמבקשים להצטרף להתגורר בה ואולי אינם מתאימים לצביונה. במילים אחרות, השאלה הינה האם יש לאפשר לקהילות מסוימות (במקרה זנן – הישובים הקהילתיים, כהגדרתם בתיקון לפקודה) לקבוע מי יבואו בשעריהם ומי יוותרו מחוצה להם ולעגן אפשרות זו (ולהגן עליה) בחוק. ודוק, מדובר בשאלה מורכבת במיוחד, כיוון שמעורבת בה סוגיה של הקצאת קרקעות ציבוריות לטובת אותם ישובים קהילתיים. בהקשר זה יצוין כי לא אחת במסגרת הטיעונים לפנינו הוזכרו הישובים אמירים וכליל – אשר תושביהם מקיימים, בהתאמה, אורח חיים טבעוני ואקולוגי – כדוגמאות לקהילות ייחודיות שיש להגן על האינטרס שלהן לקבוע מי יבואו בשעריהן. אכן, נראה על פניו שלשני הישובים הללו מאפיינים ייחודיים, וייתכן – מבלי לקבוע מסמרות – כי מאפיינים אלו מצדיקים לאפשר להם לקיים מנגנוני סינון לגבי אלו המבקשים לבוא בשעריהם. אלא שדווקא בשל אותם מאפיינים ייחודיים מהווים שני הישובים הללו "נקודת התייחסות", ובהשוואה אליהם מתעורר ספק – מבלי לקבוע מסמרות – האם יש לישובים הקהילתיים שעליהם חל התיקון לפקודה מאפיינים ייחודיים המצדיקים מנגנוני סינון כאלו. בנקודה זו מקובלת עלי קביעתו של חברי השופט ג'ובראן כי ישובים בעלי מאפיינים ייחודיים, דוגמת שני הישובים הללו, יכולים לקבוע תנאים ברורים וגלויים לסינון בתקנון הישוב – מכוח סעיף 6(א)6 לפקודה – בכפוף לביקורת שיפוטית של רשם האגודות השיתופיות ובית משפט זה, וכי קביעת תנאים כאלו בתקנון מהווה לכאורה אמצעי שפגיעתו פחותה, בהיותו אמצעי שיש בו שקיפות ופיקוח גדולים

שמאינים במידה רבה את החשש להפליה שטבוע בהסדר "העמום" שנקבע בסעיפים 6ג(4) ו-6ג(5) לפקודה. באותה הרוח מציינת חברתי השופטת (בדימ') ארבל כי לטעמה יהיה מקום להגן על האינטרס הקהילתי ולאפשר מנגנון סינון באמצעות ועדת קבלה "רק במקום בו ההסתמכות על הקהילה היא משמעותית וחזקה... רק במקומות קטנים, בעלי אופי קהילתי דומיננטי וחזק".

כחבריי גם אני סבור כי עקרונית יש מקום להגן על זכותם של בני אדם לחיות בישובים קטנים בעלי מאפיינים ייחודיים ואופי קהילתי דומיננטי וחזק, וכפועל יוצא לאפשר להם לקבוע בתקנון הישוב תנאים ברורים וגלויים לקבלה לישוב (בכפוף לביקורת שיפוטית של רשם האגודות השיתופיות ובית משפט זה) ולאפשר להם לקיים מנגנון סינון הבוחן את התאמתם של אלו המבקשים להיכנס בשעריהם לאופיה הייחודי של הקהילה. אלא שמתעורר בעיני ספק, כאמור, האם יש לישובים הקהילתיים כהגדרתם בתיקון לפקודה מאפיינים ייחודיים – וכאמור, הדבר בולט דווקא על רקע מאפייניהם הייחודיים של הישובים אמירים וכליל – וממילא מתעורר בעיני ספק, מבלי לקבוע מסמרות, האם ישובים שבהם 400 בתי אב ראויים להיחשב כישובים קטנים בעלי אופי קהילתי דומיננטי. כך או כך, שאלות אלה ניתן להותיר להכרעה בעתיד, ככל שנידרש אליהן במקרה מתאים, כיוון שהעתירות שלפנינו נסבו בעיקרן על עילות הפסילה הרחבות שנקבעו בסעיפים 6(ג)(א)(4) ו-6(א)(5) לפקודה.

4. בהינתן האמור לעיל, אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו של חברי השופט ג'ובראן ולהערותיה של חברתי השופטת (בדימ') ארבל.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. לפני כמעט 500 שנה, בארץ ישראל, נשאל המבי"ט – רבי משה מיטראני, שכיחן כרב בצפת במשך למעלה מ-50 שנה בתקופת רבי יוסף קארו – את השאלה הבאה:

"על דבר הסכמה שהסכימו אנשים להיות אגודה אחת בלב שלם ולהתפלל במקום אחד בזמן קצוב ולא יהיו רשאים להתפרד מלהתפלל יחד כל הזמן לא מצד איבה ושנאה כו' רק שירדפו שלום ואיש את רעהו יעזורו כו' ובכל שמחה של אחד מהם או הפכו יכבדוהו וישמחהו... וקבלו כל זה בהסכמה ובכוח חומרות ועונשים ושבועות בלי בטול בשום אופן אם לא בהסכמת כולם ע"כ. ועתה בא אחד מהם ואמר שרוצה להתפרד מהם על מה שכתוב בהסכמה וכל אשר יקום לקנטר ולהזיק וכו' וכן כל עלילה שלא תבוא כו' והם לא סייעו אותו ולא עזרוהו הרי היא כהסכמה על תנאי ובהתבטל התנאי תבטל ההסכמה לפי דעתו ילמדנו הגאון אי בטענה זו יוכל להפטר מההסכמה וללכת להתפלל במקום אחר ואם יעבור מה ענשו גם אם יוכלו קהל אחר להתפלל עמו" (שו"ת המבי"ט, חלק א סימן קנא).

בתשובתו התייחס המבי"ט להיבטי השותפות בקהילה מעין זו והתנאים המתחייבים בה. יוער כי המבי"ט הביע סקפטיות לגבי יכולתה של הקהילה להיות מלוכדת כל הזמן, כך שלא תתעורר לעולם שום מחלוקת או תרעומת בין חבריה: "כי אי אפשר שיעמדו אנשים ביחד זמן ולא יפול ביניהם איזה שנאה". לגופה של הכרעה, קבע המבי"ט כי רצונו של הפרט להיפרד מקהילתו בנסיבות האמורות בשאלה שהוצגה בפניו צריך לידון בפני בית דין. עד אז, הפרט אינו רשאי לצאת מן הקהל (שו"ת המבי"ט, שם).

עינינו הרואות, כי שאלת ההתאגדות של קבוצה אינה חדשה. טיבם של אנשים, או לפחות חלק מהם, לרצות להתאגד ורצון זה עשוי לעורר סוגיות משפטיות. בניגוד לענייננו, המיקוד בשו"ת לעיל אינו בזכות ההצטרפות לקבוצה אלא בזכות להיפרד ממנה. הבדל משמעותי נוסף הוא כי ההתאגדות של ימינו אינה אך שאיפה פרטית אלא חוסה תחת המטריה של דין הציבור. בהקשרנו, דין הציבור הוא החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011 (להלן:

החוק ו- הפקודה), שאף כולל הקצאת מקרקעי ציבור. שאלת ההצטרפות לקהל העדה, התנאים לה וחוקתיותם – הן השאלות העומדות לפתחנו.

2. מונחות בפניי חוות הדעת המקיפות של חבריי, הנשיא א' גרוניס אשר סבור כי יש להורות על דחיית העתירות, והשופט ס' גיבוראן אשר אווז בדעה כי דין העתירות להתקבל מחמת העדר חוקתיות. ברם בפועל, המחלוקת ביניהם אינה נסובה על שאלת החוקתיות, אלא על שאלה מקדמית יותר, והיא האם פְּשֶׁלָה העת להכריע בשאלות החוקתיות שמעוררות העתירות דנא. לשיטת השופט גיבוראן, אין מניעה ואף יש הכרח להכריע בעתירות כעת – ואמנם כך נהג. מנגד, סבור הנשיא גרוניס, כי אין הכרח ואף יש מניעה לעשות כן. לפיכך, הגיע למסקנה כי מדובר בעתירות בוסר שדינן להידחות בשלב זה. תוצאות החלטה של דוקטרינת הבשלות (להלן: דוקטרינת הבשלות או עילת הבשלות) הן, אפוא, שורש המחלוקת בין חבריי.

אפתח ואומר, כי לתפיסתי ניתן לבור דרך ביניים. נתיבה דומה לנתיב בו פסע הנשיא, אך אינו זהה לו. עמדתי היא כי הרוב המכריע של השאלות שמעוררות העתירות אכן אינו בשל להכרעה בנקודת הזמן הנוכחית. לפיכך יש להותיר את הדיון החוקתי בשאלות אלו, ככל שיידרש, לעתיד לבוא. יחד עם זאת, ישנה סוגיה אחת בה ניתן, ראוי ואף נדרש להכריע כבר כעת: הרכב ועדת הקבלה (להלן: הוועדה או ועדת הקבלה). לשון אחר: לגישתי, יש להחיל על העתירות שבפנינו דוקטרינת בשלות חלקית (להלן: דוקטרינת הבשלות החלקית או עילת הבשלות החלקית). אפתח בהתייחסות נורמטיבית לעילה זו ולאחר מכן אפנה ליישומה על העתירות דנא.

על בשלות ובשלות חלקית

3. חברי הנשיא הציג משנה סדורה ומעמיקה ביחס לעילת הבשלות. הוא הפנה לעמדת המשפט האמריקאי בנדון, ואף התבסס עליה. לעניות דעתי, ישנה חשיבות רבה במתווה אשר קבע הנשיא לבחינת סוגיית הבשלות "נוסח ישראל". הדיון במשפט המשווה לא נועד לשם החלטה האם לאמץ שיטה זרה, אם לאו. לעיתים, השיטה הזרה בנויה על רבדים עובדתיים ומשפטיים שאינם רלוונטיים לשיטתנו.

פעמים, ודומני שזהו המצב כאן כפי שעולה גם מחוות דעת הנשיא, יש מן המשותף בשתי השיטות – האמריקאית והישראלית – לסוגיה הנדונה, אך במבט מבחוץ, ניתן להצביע על התפתחויות בשיטה הזרה כך שאין זה רצוי לאמצה כפי שהיא, על פרטיה.

בפסקה 19 לחוות דעתו, סיכם הנשיא את המבחן הדו-שלבי לדוקטרינת הבשלות שהוא סבור כי יש להחיל בשיטתנו: "בשלב הראשון, על בית המשפט להכריע אם השאלה המרכזית הנדונה בעתירה היא שאלה משפטית שמענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת, או אם נדרש יישום של החוק כדי להשיב על השאלה. בשלב השני נדרש בית המשפט לבחון אם קיימים טעמים לדון בעתירה על אף היעדרה של תשתית עובדתית מספקת" (להלן: השלב הראשון ו-השלב השני בהתאמה). כאמור, סבורני כי יש לנהוג על פי המנגנון המוצע.

לצד זאת, הייתי רוצה לפתח נקודה בדוקטרינת הבשלות שבעקבותיה נבדלת דרכי מזו של הנשיא בעתירות הנדונות. לגישתי, תוצאת המבחן הדו-שלבי אינה חייבת להיות בגדר "הכול או לא כלום". לא אחת, עתירה חוקתית מעוררת מספר שאלות משפטיות או שאלה משפטיות אחת אשר מתייחסת לסעיפים שונים בחוק. האם השאלה בדבר בשלות העתירה מחייבת תשובה אחת לכל השאלות שהתעוררו? לדעתי יש להשיב על כך בשלילה. תיתכן בשלות חלקית. תחת עילת הבשלות החלקית, שאלות מסוימות יכולות להיות בשלות להכרעה בעוד ששאלות אחרות תיוותרנה שאלות בוסר, והדיון בהן יתקיים במועד עתידי, אם בכלל.

4. קיימות מספר הצדקות לדוקטרינת הבשלות החלקית. ההצדקה הראשונה היא האמת המשפטית והמסורת המשפטית. אם דוקטרינת הבשלות נכונה היא, וכך אני סבור, אין להניח כי המבחנים המורכבים שהציג חברי הנשיא יביאו תמיד לתוצאה אחידה. למשל, נניח שישנו חוק אחר שרובו דורש תשתית עובדתית קונקרטיה כדי להכריע בשאלת חוקתיותו. ואולם סעיף אחד של חוק זה קובע כי ניתן להעדיף דת אחת על פני רעותה ללא כל הסבר או צידוק הנראה לעין. מנקודת המבט של עילת הבשלות, נראה כי כפי שיש הצדקה שלא לדון במרבית העתירה בשלב זה, כך יש

הצדקה שלא להותיר על כנו ולעת מצוא את הסעיף האמור. מודע אני לכך שמדובר בדוגמה קיצונית, אך היא מובאת כדי להמחיש את הצורך להבחין, כבר בהתחלה, בין סעיפים שונים שבחוק. זאת משום שמבחינה משפטית, חלק מהעתירה בשל להכרעה וחלק לא.

אין זה אומר שלבית המשפט אין שיקול דעת בנדון. ההיפך הוא הנכון. יוזכר, כי עילת הבשלות שייכת למשפחת עילות הסף. עילות אלה הן כלים משפטיים שנועדו לסייע בידי בית המשפט לווסת את זרם העניינים המובאים בפניו (ראו בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר, בפסקה 25 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (5.1.2012) (להלן: פרשת בוגרי התיכון הערבי); בג"ץ 7190/05 אריה לובל נ' ממשלת ישראל, בפסקאות 4-5 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (18.1.2006); וכן בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 440 (1980) (להלן: עניין סגל)). עילות אלה מהוות "יצירות שיפוטיות" (כלשון השופט א' ברק בעניין סגל, שם). מקור סמכותו של בית המשפט בגיבושן הוא בשיקול הדעת השיפוטי שהוענק לו בחוק יסוד: השפיטה. אין מדובר ברשימה סגורה, אלא בכללים הניתנים לשינוי ולפיתוח (וראו פרשת בוגרי התיכון הערבי, שם).

זאת ועוד. בפסקי דין שונים שנדונו בפני בית משפט זה נפסק כי יש לדחות חלק מהעתירה על הסף משום שנושא מסוים לא מוצה, למשל, במסלול המנהלי. זאת בניגוד לחלקים אחרים של העתירה שנשארו תלויים ועומדים להכרעה. למעשה, גישה לפיה בנסיבות מעין אלה קיימות שתי אפשרויות בלבד – דחיית כל העתירה על הסף בשל אי מיצוי הליכים, ולחלופין התעלמות מאותו חלק של העתירה שלא מוצה ודיון בעתירה בכללותה – אינה סבירה בעיניי. אכן, וארחיב על כך בהמשך, שיקול הדעת בטענת בשלות חלקית בעתירה חוקתית רחב יותר מהדוגמה שהוצגה. ואולם אין בכך כדי לגרוע מאפשרות החלטה של בשלות חלקית במקרה המתאים.

5. ההצדקה השנייה לדוקטרינת הבשלות החלקית מקורה במשפט המשווה. כפי שעולה מחוות דעתו של הנשיא, צור מחצבתה של דוקטרינת הבשלות ביחס לעתירות חוקתיות הוא במשפט האמריקאי. בשיטה זו מקובלת הדוקטרינה של הבשלות החלקית. בית המשפט העליון בארצות הברית מכיר מזה תקופה ארוכה באפשרות שהוראה מסוימת של חוק אינה בשלה להכרעה, בניגוד לחלקים אחרים ממנו. כך נקבע במפורש בעניין *Communist Party of U.S v. Subversive Activities Control Bd.*, 367 U.S 1, 71 (1961). "even where some provisions of comprehensive legislative enactment are ripe for adjudication, portions not immediately involved are not thereby thrown open for a judicial determination about constitutionality" דוגמא נוספת לשימוש בעילת הבשלות החלקית היא פסק הדין בעניין *Pacific Gas & Electric Company v. State Energy Resources Conservation*, 461 U.S. 190, 103 S.Ct 1713 (1983). בנסיבות שם, חברה למתן שירותי גז וחשמל עתרה לבית המשפט בטענה שחוק שנחקק במדינת קליפורניה אינו חוקתי. חוק זה התנה את הקמתו של מפעל גרעיני בקיומם של שני תנאים: יכולת אחסון מספקת ומנגנון מקובל להשלכת פסולת. בית המשפט העליון קבע כי שאלת חוקתיותה של הדרישה השנייה הייתה בשלה, ואילו שאלת חוקתיותה של השאלה הראשונה – לא (שם, בעמ' 1720-1722. ראו גם: *Blanchette v. Connecticut General Ins. Corps*, 419 U.S. 102, 95 S.Ct 335 (1974) שעסק בבשלות השאלות החוקתיות שעורר חוק הרכבת האזורית משנת 1973). כפי שכבר הבהרתי, הניסיון האמריקאי אינו מחייב, אך דעתי היא כי בנקודה זו ראוי לאמצו. זאת, גם על בסיס ההצדקות האחרות לדוקטרינת הבשלות החלקית, כפי שהוצגו לעיל ולהלן.

6. ההצדקה השלישית לדוקטרינת הבשלות החלקית נובעת מהתכליות של דוקטרינת הבשלות הכללית. אתמקד בשלוש תכליות. התכלית הראשונה היא יעילות. דרישת הבשלות היא דרישה יעילה. היא מאפשרת לבית המשפט למקד את משאביו המוגבלים, כגון הזמן השיפוטי, רק בשאלות אשר חיוני כי יכריע בהן כעת (ראו, למשל, פרשת בוגרי התיכון הערבי, בפסקה 33). כאשר קיימת שאלה מהותית המעוררת – כבר בבחינה ראשונית – פגיעה חוקתית ואינה מצריכה, כשלעצמה, להמתין ליישום החוק בפועל, היעילות מחייבת שהיא תדון בנקודת הזמן הנוכחית. זאת, גם אם מדובר בבשלות חלקית, דהיינו שקיימות שאלות אחרות שאת הדיון

בהן יש לקיים במועד עתידי, אם בכלל. במיוחד אמורים הדברים כאשר מדובר בסוגיה נקודתית ונפרדת שאינה מצריכה משאבים רבים או שינויים מרחיקי לכת. מעבר לכך, ייתכן ועריכתה של ביקורת שיפוטית מיידית בסוגיה הבשלה תחסוך את הצורך בביקורת שיפוטית רחבה יותר בעתיד. בין היתר, ייתכן שהפיתרון שיינתן במסגרת ביקורת שיפוטית מיידית בגדר הבשלות החלקית יהיה מספק דיו באופן השולל, ולמצער מפחית, את הסיכוי להתעוררותן של שאלות חוקתיות נוספות. גם בהיבט זה מאפשרת עילת הבשלות החלקית חיסכון במשאבים יקרים.

משל למה הדבר דומה? לבשלותם של ענבים. תקופת הבציר נפרשת על פני מספר חודשים. במהלכה, חלק מן האשכולות ממהר להבשיל, וחלקם האחר מתמהמה. בצירת כל האשכולות יחדיו תגרום לפגיעה כפולה: מחד גיסא – חלק מהענבים יהיו ענבי בוסר, ומאידך גיסא – חלק מהענבים יבשילו יתר על המידה ואולי אף עד כדי ריקבון. בין כך ובין כך, לא יהיו הענבים ראויים לאכילה. על כן יש לבצור את האשכולות במועד הראוי להם. אך מובן הוא כי אין הכוונה לבצור כל אשכול ענבים רק לכשיגיע לדרגת הבשלות האידיאלית, שהרי גם בכך כרוכות עלויות גבוהות.

מעניין לציין כי בשלותם של הענבים חשובה לא רק לעניין מועד בצירתם, אלא גם מבחינה הלכתית, כעולה מהמשפט העברי. "כָּל־ל אָמְרוּ בַּמַּעֲשָׂרוֹת, כָּל־שֶׁהוּא אֹכֵל, וְנִשְׁמַר, וְגִדּוּלּוֹ מִן הָאֲרֶז, חֵיב בַּמַּעֲשָׂרוֹת... וְכָל שֶׁאִין תְּחַלְתוּ אֹכְלֵ... אִינוּ חֵיב עַד שֶׁיַּעֲשֶׂה אֹכֵל" (משנה, מעשרות א, א). כלשון המקרא – "מִזְרַע הָאֲרֶז, מִפְּרֵי הָעֵץ" (ויקרא כז, ל), ומסביר הרמב"ם – עד שיגדל ויעשה פרי (משנה תורה, מעשרות, פרק ב, הלכה ג). בשלותם של הפירות – והענבים בכללם – היא הפרמטר הנבחן לצורך החיוב במעשרות. על המשך האמור במשנה – "מֵאִמְתֵּי הַפְּרוֹת חֵיבִין בַּמַּעֲשָׂרוֹת" (שם, ב) – מחדד רבי עובדיה מברטנורה כי "דתחלתן אינו אוכל וצריך ליתן שיעור לכל פרי ופרי מאימתי יגיע זמנו להיות ראוי לאכילה" (פירוש רבי עובדיה מברטנורה, שם). נמצאנו למדים, כי פירות חייבים במעשרות מרגע שבשלו; ולעניין זה בוחנים את בשלותו של "כל פרי ופרי" בנפרד.

צא ולמד, כי ישנם חיובים המתגבשים רק כאשר קיים מימד הבשלות. לעיתים, הבדיקה פרטנית ומופנית לכל פרי בנפרד. העץ עשוי להיות בשל באופן חלקי, ונדמה כי יש קשר בין הנכון בשדה הטבע לבין הנכון בשדה המשפט.

התכלית השנייה שניתן לייחס לדוקטרינת הבשלות היא שימורו של משאב נוסף, והוא אמון הציבור ברשות השופטת. משאב זה קשור באופן הדוק לעיקרון הפרדת הרשויות והכבוד ההדדי ביניהן (ראו: בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, (5.2.2012), פסקאות 17-19 לפסק דינו של השופט א' ריבלין (להלן: פרשת איגוד הנאמנים)). אמנם, אמון הציבור ברשות השופטת עלול להיפגע בירידה לזירת המחלוקת הציבורית שלא לצורך, כלשונו של השופט א' ריבלין (ראו שם). ואולם, באותה המידה עלול אמון זה להיפגע עקב הימנעות מירידה לזירת המחלוקת מקום שזו נדרשת, גם אם ירידה זו – חלקית היא. ככל שהפגיעה החוקתית ברורה ומגובשת דיה, דווקא דחיית בחינתה במשקפי הביקורת החוקתית עלולה לפגוע באמון הציבור.

התכלית השלישית היא טיובה של ההכרעה השיפוטית. עילת הבשלות מאפשרת את קבלתה של החלטה שיפוטית מושכלת, המבוססת על תשתית עובדתית קונקרטית בשאלה שכבר באה לעולם, ואשר בית המשפט מצויד בידע הדרוש להכריע בה. "The demand for specificity, therefore, stems from a judicial desire for better lawmaking" (Gene R. Nikol, *Ripeness and the Constitution*, 54 U. CHI. L. REV. 153, 177 (1987)); ראו גם: פרשת איגוד הנאמנים, בפסקה 16 וכן פרשת בוגרי התיכון הערבי, בפסקה 32). עילת הבשלות אינה רק עניין של יעילות ושמירת משאבים לתיקים בהם הצדדים זקוקים לפיתרון קונקרטי. לפעמים, וכך עולה מהמבחן הדו-שלבי שהציג הנשיא בחוות דעתו, יש להכיר בעילת הבשלות גם משום שללא תשתית עובדתית, קשה יהיה להכריע בשאלה בכלל או להכריע בה בצורה נכונה. ושוב נאמר, כי ייתכנו מקרים שבהם באותו עניין, שאלה חוקתית מסוימת תהיה בשלה בניגוד לשאלה אחרת. קרי: ניתן יהיה להכריע בראשונה בצורה מושכלת גם מבלי להמתין לתשתית עובדתית קונקרטית, ובאחרונה - לא. במקרים אלה יהא זה ראוי ונכון לשקול שימוש בעילת הבשלות החלקית.

הנה כי כן, הנימוקים שהובאו לעיל מבססים ומצדיקים את השימוש בדוקטרינת הבשלות החלקית במקרים המתאימים. כך עולה מהשיטה הישראלית, מהשיטה האמריקאית ומהתכליות שביסוד עילת הבשלות הכללית. על רקע דברים אלה ניתן לומר, כי דוקטרינת הבשלות החלקית מגלה רגישות לאפשרות כי אופיין השונה של השאלות המתעוררות יצריך התייחסות שונה.

7. סוגיה נוספת הדורשת עתה התייחסות היא מתי ובאילו תנאים יש להחיל את דוקטרינת הבשלות החלקית. ככלל, המבחנים שהציג חברי הנשיא לבחינת הבשלות יפים גם לעניין הבשלות החלקית. ואולם, דעתי היא כי ייחודיותה של עילת הבשלות החלקית והשלכותיה מצריכות את בחינתם של שיקולים ומבחנים נוספים. בהתאם להם, על בית המשפט להפעיל שיקול דעתו באשר לשימוש בדוקטרינת הבשלות החלקית. טרם שאפרט את השיקולים הרלוונטיים יודגש, כי יש להימנע משימוש יתר בעילת הבשלות החלקית, והייתי מסווג אותה בגדר חריג. כפי שיובהר, שיקולים של מדיניות משפטית ודוקטרינת הבשלות הכללית תומכים בזאת. כך, ניתן להפנות למבחן הדו-שלבי שהציג הנשיא לגבי בשלות, כדי ללמוד על הצורך לצמצם את השימוש בעילת הבשלות החלקית. זאת על פי השלב השני, מכיוון אחר – ואבאר.

כזכור, השלב השני במבחן שהתווה הנשיא עניינו בשאלה האם, בעתירה שלכאורה אינה בשלה ומצריכה יישום קונקרטי לבחינת החוקתיות, בכל זאת קיים טעם המצדיק את אי דחייתה של הביקורת השיפוטית חרף העדר הבשלות. לשון אחר: האם קיימת הצדקה לסטות מהמסקנה אליה הגענו בשלב הראשון. ומה בעניין הבשלות החלקית? שאלה זו מתעוררת גם כאן, אך כאמור מכיוון אחר: כאשר במסגרת השלב הראשון מתקבלת המסקנה כי רוב וליבת העתירה אינם בשלים להכרעה מחמת העדר תשתית קונקרטית המתחייבת בנסיבות העניין, ואילו חלק מסוים של העתירה בשל להכרעה כבר כעת – עדיין יש לבדוק אם קיימים טעמים לפצל כך בין חלקים שונים של העתירה. פיצול זה הוא, כאמור, חריג ונדרש טעם

מיוחד להצדיקו. תחת עילת הבשלות החלקית, נבחנת למעשה גם ההצדקה לפיצול בין חלקי העתירה – במסגרת החוק מושא העתירה – השונים לעניין בשלותם.

לסיכום נקודה זו: תנאי ראשוני להחלטה של דוקטרינת הבשלות החלקית הוא כי למרות שרובו של החוק אינו בשל להכרעה, ימצא חלק מהחוק שבכל זאת בשל – במובן זה שהוא אינו מצריך יישום קונקרטי והבעייתיות הכרוכה בו גלויה לעין. ואולם, תנאי זה הוא הכרחי אך אינו תנאי מספיק. יש להוסיף ולבחון האם נכון וראוי יהיה לדון כבר כעת באותו חלק של החוק שהבשיל.

8. ומכאן לפירוט השיקולים והמבחנים בדבר הכרה בבשלות החלקית במקרה המסוים. מבלי לקבוע רשימה ממצה, הייתי מצביע על מספר שיקולים שעשויים לסייע בבחינת שאלה זו. ייתכנו יחסי גומלין בין השיקולים, מעין "מקבילית כוחות", באופן שקיומו של שיקול אחד באופן מובהק עשוי "לכפר" על קיומו של שיקול אחר באופן קלוש יותר.

שיקול ראשון הוא באיזו מידה ברור כי השאלה הספציפית המתעוררת אינה מצריכה יישום קונקרטי לצורך הכרעה חוקתית בה. התשובות האפשריות לשאלה זו מצויות על פני רצף וירטואלי: ככל שהשאלה יותר מחייבת יישום קונקרטי לצורך בחינת החוקתיות, כך תגבר הנטייה לדחות את ההכרעה בה לעתיד לבוא – יחד עם יתר השאלות העולות בעתירה; לעומת זאת, ככל שהשאלה מעוררת בעיה מהותית, על פניה, באופן שאינו תלוי או מותנה בצורת יישום החוק, הרי שלפנינו שאלה הניתנת להכרעה כבר בשלב זה.

שיקול שני הוא מידת ההתאמה של העתירה לפיצול הדיון בה. בפסיקה האמריקאית, שיקול זה מכונה Severability (ראו למשל: 13B Fed. Prac. & Proc. Juris. § (3532.1 (3d. ed.), והוא הוגדר כך: "[that] unless it is evident that the Legislature would not have enacted those provisions which are within its power, independently of that which (New York) is not, the invalid part may be dropped if what is left is fully operative as a law" (v. U.S., 505 U.S. 144, 186 (1992)). לאמור, יש לבחון האם ניתן – בצורה שאינה מלאכותית ומבלי להביא ל"קריסת" החוק כמגדל קלפים – להפריד בין שאלה אחת

לבין השאלות הנוספות. ודוק: חוק נועד ליצור הסדר שלם. לכן, במסגרת שיקול זה, יש לוודא כי באמת ניתן, מבחינת ההיגיון הפנימי של החוק, לדון רק בחלק ממנו.

שיקול שלישי שיש להביא בחשבון הוא האם מדובר בשאלה מהותית, גם אם היא איננה השאלה המרכזית או הדומיננטית ביותר בעתירה. השאלה כאן היא לא בהכרח "איכותית" ויכולה להיות גם "כמותית". כך ובאופן דומה, יש להביא בחשבון האם נפח ניכר של החוק בשל להכרעה. ככל שמדובר בנפח רב יותר כך ייתכן שיגבר הצידוק לפיצול.

שיקול רביעי הוא שהפיצול יצמיח תועלת לציבור. בהקשר זה ניתן להפנות למבחן בפסיקה האמריקאית בדבר "מאזן הנוחות" (להרחבה ראו בפסקה 18 לחוות דעתו של הנשיא). במסגרת שיקול זה יש לבחון האם עצם הדיון בשאלה הבשלה להכרעה כעת יצמיח תועלת המצדיקה את הפיצול, או "יחסוך" נזק עתידי. כזכור, זהו למעשה השלב השני במבחן שהציג חברי הנשיא גרוניס, מכיוון אחר. דהיינו, מתוך ידיעה שהדיון ברוב העתירה עשוי להידחות למועד אחר, יש לשאול האם נכון וראוי לדון בחלק מסוים ממנה כעת. האם הדיון החוקתי בשאלה המסוימת בשלב הנוכחי יועיל בעתיד, למשל על דרך של ייתור שאלות חוקתיות שאחרת היו מתעוררות? כמובן, מודע אני לכך שכוח הניבוי של השופט בכגון דא אינו רב. ואולם דעתי היא כי בנסיבות מסוימות ניתן יהיה להעריך, בצורה מושכלת, האם הדיון החוקתי החלקי כיום עשוי לייתר את הדיון החוקתי מחר, כולו או חלקו. אפשרות נוספת היא כי הדיון החוקתי כיום בשאלה שהבשילה להכרעה יפשט או ימקד את הדיון החוקתי בשאלות האחרות, אם וכאשר תתעוררנה. טיפול נקודתי ועכשווי בסוגיה הבשלה לכך עשוי "להוריד אותה מהפרק", מבלי שהיא תסרביל את הבחינה העתידית של יתר הסוגיות, אם זו תידרש.

מצוידים בכלים אלה, נפנה מבטנו לעתירות דנא.

9. מהות החוק היא בקביעה שלפיה הקצאת מקרקעין ציבוריים ביישובים קהילתיים שהחוק חל עליהם מותנית באישורה של ועדת קבלה. הגדרת "יישוב קהילתי" בחוק קובעת את היקף תחולתו, וזו לשונה: "יישוב בגליל או בנגב המאוגד כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית (בהגדרה זו – יישוב), או הרחבה של קיבוץ, של מושב שיתופי, של מושב עובדים או של כפר שיתופי (בהגדרה זו – יישוב מקורי), המאוגדת כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית, ומתקיימים כל אלה: (1) מספר בתי האב ביישוב, או ביישוב המקורי ובהרחבה ביחד, אינו עולה על 400; (2) המספר המרבי של בתי האב ביישוב, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, הוגבל בהתאם להוראות תכנית מיתאר ארצית או תכנית מיתאר מחוזית, כמשמעותן בחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965". מהחומר שהוצג בפנינו עולה כי מדובר על כ-300 יישובים בנגב ובגליל.

נפרט מקצת מסעיפיו הרלוונטיים של החוק, כפי שהוטמעו בפקודה. סעיף 6ג(א) מונה רשימה סגורה של עילות שעל בסיסן רשאית הוועדה לסרב לקבל מועמד ליישוב הקהילתי (להלן: עילות הסירוב). לענייננו, חשיבות יתרה נודעת לתתי-סעיפים (4) ו-(5). לפי סעיפים אלה, רשאית הוועדה לסרב לקבל מועמד אם הוא "אינו מתאים לחיי חברה בקהילה", והחלטה כאמור תתבסס על חוות דעת מקצועית (ס"ק 4); וכן בשל "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה" (ס"ק 5) (להלן, ביחד: עילות ההתאמה). סעיף 6ג(ג) לפקודה אוסר במפורש על הפליה בקבלת המועמדים, ומורה כי "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית". הנחיה כללית נוספת שאמורה להתוות את אופן הפעלת שיקול הדעת על ידי הוועדה קבועה בסעיף 6ג(ב) לפקודה, שלפיו על הוועדה לתת דעתה לגודל היישוב הקהילתי, לוותקו, לחוסנו ולאופי האוכלוסייה בו.

ועדת הקבלה היא הגורם הראשוני בהחלטה אם לקבל את בקשת המועמד להתקבל ליישוב הקהילתי. להרכבה אתיחס בהרחבה בהמשך. על החלטת ועדת הקבלה קיימים מנגנוני פיקוח ובקרה. בשלב הראשון, סעיף 6ב(ג) לפקודה מורה כי סירובה של ועדת הקבלה לקבל מועמד ליישוב הקהילתי חייב להיות מלווה בהחלטה מנומקת שתימסר למועמד. שנית, המועמד (כמו גם היישוב הקהילתי) רשאי להגיש השגה על החלטת ועדת הקבלה לוועדת ההשגות (להלן: ועדת ההשגות). ועדה זו מורכבת מחמישה אנשי ציבור שימונו על ידי שר הבינוי והשיכון, והם: איש ציבור בעל השכלה בתחומי המשפט, העבודה הסוציאלית או מדעי ההתנהגות לפי המלצת שר המשפטים – והוא יהיה יושב הראש; רשם האגודות השיתופיות או סגנו; עובד רשות מקרקעי ישראל; עובד משרד הרווחה והשירותים החברתיים לפי המלצת שר הרווחה והשירותים החברתיים; ועובד משרד החקלאות ופיתוח הכפר לפי המלצת שר החקלאות ופיתוח הכפר (סעיף 6ב(ה) לפקודה). לבסוף, על החלטת ועדת ההשגות ניתן לעתור לבית המשפט לעניינים מנהליים ואף לערער על פסק דינו של האחרון לבית המשפט העליון.

10. מהי התכלית שביסוד הוראות אלה שבחוק? על פי דברי ההסבר להצעת החוק, "היא נועדה להסדיר את פעולתן של ועדות קבלה ליישובים קהילתיים קטנים... ולעגן בחקיקה את דרכי הביקורת על החלטותיהן של ועדות קבלה. יישובים כאמור מתאפיינים באורח חיים קהילתי-כפרי המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית. קיום מאפיינים אלו מצדיק הפעלת מנגנון של מיון מועמדים בקבלה למגורים ביישובים האלה..." (דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), התש"ע-2010, ה"ח הכנסת 341) (להלן: דברי ההסבר). החוק נועד, אם כך, להכיר בייחודיות ההתיישבות ביישובים קטנים בפריפריה, ולאפשר לתושביהם לשמור על לכידות חברתית ותרבותית.

לצורך הבדיקה המצומצמת של הבשלות החלקית, אוסיף ואומר כך באשר לתכלית החוק. מצטרף אני לעמדת חברי, השופט ג'ובראן, ואף אני "איני מבקש

בחוות דעתי להעמיד את המחוקק או את יוזמי החוק בחזקת כוונת הפליה" (בפסקה 84 לחוות דעתו). מסקנה שלפיה תכלית החוק היא להפלות אף אינה מתיישבת עם לשונו הברורה והגורפת של סעיף 6ג(ג) כפי שנתקבל בסופה של דרך ארוכה, האוסר במפורש על הפליה של קבוצות שונות. לא נעלם מעיניי, כי תיתכן תוצאה מפלה גם בהעדר כוונה מפלה: "כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות – שיכול והתגבשה ללא כוונת הפליה – גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה. הפליה אינה נקבעת אך על-פי מחשבתו וכוונתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה... השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת. השאלה הינה מהי התוצאה הסופית הנוצרת במציאות החברתית" (בפסקה 18 לפסק דינו של השופט א' ברק בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.2.2006)). ואולם, מדברים אלה עולה כי על מנת לבחון האם נורמה מסוימת לוקה בהפליה לא מכוונת, שאינה עולה בבירור מלשון החוק, יש לבחון מהי התוצאה הנוצרת בעקבות מימושה של הנורמה. בענייננו, מנגנון הסינון שבחוק ועילות ההתאמה טרם יושמו וממילא לא ניתן, בשלב הנוכחי, לבחון אם תוצאותיהם מפלות. קרי – המקרה ברובו אינו בשל להכרעה ביחס לטענת ההפליה. בנושא התכלית, אפנה גם לדברי כבוד הנשיא, שלא התעלם מהעמדות שהושמעו בתהליך החקיקה לפיהן החוק נועד להפלות בין קבוצות אוכלוסייה שונות. מסכים אני לדעתו, כי בשלב הזה יפה הכלל שלפיו "ההכרעה צריכה לפעול על פי האנאליזה של החוק ולא על פי הפסיכואנליזה של המחוקק" (בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 17 (1981)). אנאליזה זו מובילה למסקנה כי לא ניתן לקבוע, לעת הזו, כי רוב סעיפי החוק יביאו בפועל להפליה מוסווית.

שאלה יפה, שאינה בשלה להכרעה, המתעוררת בקשר לתכלית החוק היא הקשר בין "הזכות לקהילתיות" לבין הדרת מועמדים מיישובים קהילתיים (ראו גם פסקאות 72-76 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן). למעשה, עניין זה קשור לתורת הקהילתנות (Communitarianism). זוהי סוגיה רחבה ומסועפת מאוד ואין זה המקום או העת להאריך בה. לצורך דיוננו ומבלי להכריע בסוגיה, אפנה לגישה שלפיה

בקהילות דוגמת היישוב הקהילתי תיתכן הדרה לגיטימית בתנאים מסוימים.
בהקשר זה ראו דבריו של פרופ' חנוך דגן:

"במקרה זה (בקהילה ה"רזה", דוגמת היישוב הקהילתי) ... ההדרה היא לגיטימית אך ורק באחד משני המקרים הבאים: כאשר היא מיועדת למנוע את כניסתם של מי שעלולים לפגוע בהצלחת השיתוף; או כאשר היא נדרשת כדי לסייע בכינונם או בביסוסם של מוסדות וערכים משותפים שמהווים תנאי הכרחי לכידות החברתית של הקהילה הקניינית, שהיא עצמה תנאי חשוב להצלחתו (ואולי אף להתאפשרותו) של קניין קהילתני" (חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59, 65-66 (2008)) (להלן: דגן, זכות הכניסה).

כך או כך, במסגרת העתירות דנא הנחתי היא שתכלית החוק היא ראויה. באשר לכך שעסקינן ביישובים קהילתיים בפריפריה בלבד, בנגב ובגליל, יצוין כי מדובר באזורים המרוחקים ממרכז הארץ, וניתן לטעון שריחוק זה מחייב שיתוף פעולה נרחב יותר – גם בעידננו המודרני – כתנאי להצלחת ההתיישבות. ניתן לראות בהתיישבות בפריפריה, שהיא אחד מהיעדים שהציבה לעצמה המדינה, כמכנה משותף תוכני-רעיוני בין חברי היישוב (ראו והשוו: אמנון להבי "קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה" דין ודברים ב 63, 95 (התשס"ו)). מכנה משותף זה עשוי לייחד ולאפיין את חברי היישובים הקהילתיים שעליהם חל החוק, מעבר למגוריהם תחת פיסת שמיים אחת. על רקע דברים אלה נכון אני להניח, ולמצער לעת הזו, כי תכלית החוק היא הבטחת לכידותם של יישובים קטנים הממוקמים בפריפריה ומימוש הזכות לחיי קהילה במסגרתם. לא מצאתי בסיס במסגרת העתירות דנא לשלול תכלית זו כתכלית ראויה.

11. בפני העותרים טענות לא רק כנגד תכליתו "האמיתית" של החוק, אלא גם כנגד המנגנונים הקבועים בו. לשיטתם, מנגנונים אלה בתורם יוצרים מנגנון מוסווה המאפשר הפליית מועמדים משיקולים פסולים. בתמצית, מלינים העותרים על כך שההכרעה אם להקצות למועמד מקרקעי ציבור מסורה למעשה בידי גורמים פרטיים – חברי ועדת הקבלה; על עמימות עילות ההתאמה; ועל האפקט המצנן

שיוצר החוק, אפקט שעלול למנוע את עצם הגשת המועמדות ליישוב או את הגשת ההשגה על החלטת ועדת הקבלה. ואולם לראייתי, מרבית חששותיהם של העותרים הם, לעת הזו, השערה בלבד. אני סבור כי – למעט הרכב ועדת הקבלה, כפי שיפורט להלן – אין מקום לפסול את המנגנונים הקבועים בחוק. לעניין עילות ההתאמה, הרי שאין ללמוד מפתיחותן או מכלליותן על כך שהכול מותר בגדרן (והשוו: דגן, זכות הכניסה, בעמ' 73). יש לזכור כי סירובה של ועדת הקבלה לקבל מועמד לשורות היישוב מחייב הנמקה וכפוף לביקורת ולפיקוח של גורמים חיצוניים וציבוריים. איני סבור כי דרישות אלה המחייבות גילוי ושקיפות – ולצידן איסור ההפליה המפורש – הן, על פניהן, "עלה תאנה" בלבד. אינני אומר כי לא תיתכן בעתיד הפליה בחסות עילות ההתאמה. כל שאני אומר הוא כי לא ניתן לקבוע, כבר כעת, שהפליה כזו היא מחויבת המציאות. פתיחותן של עילות ההתאמה מביאה למסקנה כי יש להמתין עד ליישומן בפועל, בטרם תיבחנה במשקפי הביקורת השיפוטית החוקתית. כך הדבר הן לעניין הפליית מועמדים פוטנציאליים, שהיא הטענה המרכזית העולה מהעתירות, והן לעניין זכויותיהם האחרות כגון הזכות לפרטיות. גם הפגיעה בזכות זו מצריכה, לדעתי, יישום בפועל של החוק בטרם תתאפשר בחינתה החוקתית. עם זאת, וכפי שיבואר, ככל שקיים חשש לפגיעה בפרטיות הרי שהוא מתעצם לנוכח הרכבה הנוכחי של ועדת הקבלה.

וזהו עיקרם של דברים להשקפתי: בעוד שמרבית השאלות שמעוררות העתירות דנא אינן בשלות להכרעה, לא כך הוא בכל הנוגע להרכב ועדת הקבלה. לסוגיה זו אפנה כעת. תחילה, אדון בהרכב ועדת הקבלה הנוכחי ובבעייתיות של השלכותיו. לאחר מכן אתייחס לסוגיית ההרכב בראי השיקולים והמבחנים שיש להביא בחשבון לצורך החלטה של דוקטרינת הבשלות החלקית, כפי שהותוו לעיל. לבסוף אבחן את המסקנות הנובעות מכך, לדעתי, בפריזמה של פסקת ההגבלה.

הרכב ועדת הקבלה

12. ועדת הקבלה מורכבת מחמישה חברים: שני נציגי היישוב הקהילתי; נציג התנועה שהיישוב הקהילתי מסונף אליה או חבר בה, ואם היישוב הקהילתי אינו מסונף לתנועה כאמור או חבר בה או אם התנועה ויתרה על נציגות – נציג נוסף של

היישוב הקהילתי; נציג הסוכנות היהודית לארץ ישראל או ההסתדרות הציונית העולמית; ונציג המועצה האזורית שבתחום שיפוטה נמצא היישוב הקהילתי (סעיף 6ב(ב) לפקודה).

בין טיעוניהם, הלינו העותרים גם על הרכב זה. על פי הטענה, החוק הפקיד בידי קבוצה קטנה של אנשים פרטיים, בעלי אינטרס אישי מובהק, את הכוח לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות, על יסוד "תחושה" או "קפריזה" – האם המועמד ראוי להיות שכנם, אם לאו. לשיטת העותרים, הרכב ועדת הקבלה הנוכחי שבמסגרתו יש רוב מובהק לנציגי היישוב או חברי התנועה המיישבת מבטיח הפליה. זאת מן הטעם שחלף שקילת שיקולים ענייניים כפי שמנחה החוק, אותם גורמים פרטיים – המצויים בניגוד עניינים ברור – יעדיפו את האינטרס האישי על פני בחינת התאמתו של המועמד בתום לב. עוד ציינו העותרים כי הרכב ועדת הקבלה הנוכחי אף מחמיר את הפגיעה בזכות לפרטיות, שכן הנחשפים למידע האישי עתידים להיות שכניו של המועמד, אם זה יתקבל.

כפי שציינתי, אני סבור כי מרבית סעיפיו של החוק מצריכים המתנה ליישומם הקונקרטי בטרם יבורר האם הם פוגעים בשוויון, בזכות לפרטיות או בזכויות אחרות כטענת העותרים. לכך טרם באה העת. ואולם, לעניין הרכב ועדת הקבלה סבורני שהעניין מעורר קושי שבשל להכרעה ולטעמי אף דורש התייחסות בשלב זה. ואבאר.

13. מסעיף 6ב(ב)(1) לפקודה עולה, כי מתוך חמשת חבריה של ועדת הקבלה, שני מקומות בהרכב מוקצים לנציגי היישוב הקהילתי. ואולם, החוק מוסיף וקובע כי מקום שבו היישוב אינו מסונף לתנועה כלשהי או אם התנועה אליה משויך היישוב ויתרה על נציג מטעמה בוועדה, אזי ליישוב הקהילתי מוקצה כיסא נוסף – שלישי – בהרכב. יוער כי נציג המועצה האזורית מכהן כיושב ראש הוועדה (סעיף 6ב(ב) לפקודה), אך הדבר נעדר נפקות בהקשר זה שכן לא נלווית לו זכות כגון קול נוסף או הטלת וטו. נדמה כי תיתכנה נסיבות – שאינן חריגות על פניהן – בהן תזכה עמדת היישוב ברוב של הקולות בהצבעה באמצעות שלושת חברי הוועדה

שהם מטעם היישוב. כך, הרכב ועדת הקבלה הנוכחי מפקיד בידיהם של מייצגי עמדת היישוב את הכוח להטות את כף ההכרעה בשאלה האם לקבל את המועמד או לדחותו, ומקנה ליישוב הקהילתי יתרון מובהק בבחירת המועמדים. כפי שיבואר להלן, משמעות הדברים היא מרחיקת לכת ומחייבת לטעמי את התערבותנו כבר כעת.

מוסכם על שני חבריי, הנשיא גרוניס והשופט ג'ובראן, כי קיים סיכון להפליה בבחירת החברים שיתקבלו ליישוב. בהקשר זה יוזכר שוב כי הוועדה רשאית לסרב לקבל מועמד – אם הוא "אינו מתאים לחיי חברה בקהילה", כקבוע בסעיף 6(א)(4) לפקודה; או בשל "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה", כקבוע בסעיף 6(א)(5) לפקודה. סעיפים אלה (עילות ההתאמה כהגדרתן לעיל), ובמיוחד סעיף 6(א)(4), מהווים מעין רקמה פתוחה. גם אם יש יתרונות ברקמה כזו, לא ניתן להתעלם מכך שקריטריונים סובייקטיביים הנתונים להתרשמות אישית מגבירים, במידה זו או אחרת, את הסיכון להפליה. יחד עם זאת, לדעתי טרם הגיעה העת לבחון את הטענה בדבר חסרונותיה של רקמה פתוחה זו, כל עוד לא יושמה במציאות. שונים הם פני הדברים מבחינת עיתוי הביקורת השיפוטית, כפי שיוסבר בהמשך, בעניין הסיכון מהפליה הנובע מהרכב ועדת הקבלה.

על רקע זה יש לזכור כי הפליה היא תופעה מורכבת. ייתכנו לה הסברים שונים. לדעתי ניתן להתייחס לשלושה סוגים של הפליה. הסוג האחד הוא הפליה מכוונת וגלויה. הסוג השני הוא הפליה מוסווית, בגדרה המפלה מסתיר את כוונותיו מהאחר. הסוג השלישי הוא הפליה בלתי מודעת, שבה למעשה המפלה מסתיר את דבר ההפליה מעצמו. לדעתי, הסיכון להפליה הכרוך בהרכב הוועדה משויך בעיקר לסוג האחרון.

במאמר בכתב עת משפטי של אוניברסיטת סטנפורד, הובהר כי הפליה בלתי מודעת ניזונה מסטריאוטיפים שהוטמעו בהכרתנו. ביחס לשונה מאיתנו, קל לנו לפתח תחושות של ניכור וסלידה, המשמשות כר פורה ליצירת תיוגים חברתיים

שלייליים (Charles R. Lawrence III, *The Id, The Ego, and Equal Protection: Reckoning with*)
 (; *Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317 (1987)).

הסבר נוסף להפליה בלתי מודעת מתמקד בנטייתנו להעדיף את בני הקבוצה שלנו על פני בני הקבוצות האחרות (in-group sympathy), ובנטייתנו להירתע מכל מי שאינו משתייך לקבוצתנו (out-group hostility) (Clark Freshman, *Whatever Happened to*)
Anti-Semitism? How Social Science Theories Identify Discrimination and Promote
Coalitions Between "Different" Minorities, 85 CORNELL L. REV. 313 (2000).
 להרחבה ראו: גרשון גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 46-51 (2014) (להלן: גונטובניק, הפליה בדיוור); וראו עוד: מנחם מאוטנר "אחרית דבר: משני צידי הגדר" משפט חברה ותרבות – קהילות מגודרות 537, 538 (התש"ע) (להלן: מאוטנר, משני צידי הגדר).

תימוכין לדברים אלה ניתן למצוא בתחום הפסיכולוגיה החברתית. סיווגו של האדם לקבוצות שונות מהווה תכונה מרכזית של הפסיכולוגיה החברתית, וידוע במונח "סיווג חברתי" (Social Categorization) (ראו למשל: KRUEGER & DiDONATO, *Social Categorization and the Perception of Groups and Group Differences*, in *SOCIAL AND PERSONALITY PSYCHOLOGY COMPASS*, 2(2) pg. 733-750 (2008)). לכך נלווית נטיית הפרט להעריך במיוחד את הקבוצה החברתית שלו תוך הדגשת המרכיבים החיוביים שבה. ניתן לומר כי הקבוצה חפצה ככלל לחזק את עצמה, להנציח את עצמה ולבחור את חבריה החדשים בדמותה. כתוצאה מכך, יש נטייה להעריך פחות (undervalue) את חברי הקבוצות האחרות. זאת, במודע או שלא במודע, במסגרת תהליך הבחירה להשתייכות קבוצתית (וראו: Cialdini & Goldstein, *Social Influence: Compliance and Conformity*. Ann. Rev. Psychol., 55 pg. 591-621 (2004)).

עד כאן הדגשנו את ההשפעה של קיומו של רוב בוועדה מטעם היישוב על תהליכי הבחירה של צדדים שלישיים, הם המועמדים ליישוב הקהילתי. פן נוסף של העניין הוא נושא ה-Conformity. הקונפורמיזם, שעניינו התאמת ההתנהגות של הפרט לסביבתו, עשוי להשפיע גם על חברי הוועדה, בינם לבין עצמם. לאמור, עם הזמן חברי הוועדה שאינם שייכים לרוב של היישוב הקהילתי עלולים "ליישר קו",

במידה זו או אחרת, בין במודע ובין שלא, עם עמדת היישוב הקהילתי. אין להתעלם מהדינאמיקה של הרכב בן חמישה חברים עם יתרון מובנה לקבוצה אחת (וראו למשל: JOHN M. LEVINE, GROUP PROCESSES (FRONTIERS OF SOCIAL PSYCHOLOGY) 138 (2013)). דומני כי אף התיאוריה של תורת המשחקים משחקת לטובת הרוב, ובמיוחד בנושא כה חשוב ורגיש לפרט בדבר השתייכות קבוצתית בכלל והייתי מוסיף גם השתייכות לקהילת מגורים בפרט (DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW 406 (2011)).

מעניין להזכיר בהקשר זה את שירה של אמילי דיקינסון (Emily Dickinson), משוררת אמריקאית, שנכתב כבר בשנת 1860 לערך:

"The Soul selects her own Society
Then – shuts the Door
To her divine Majority
Present no more".

הנשמה בוחרת את החברה הרצויה לה, וסוגרת את הדלת, תוך יצירת רוב המהווה מחסום. זוהי נטייה מובנית, יסודית ועמוקה של טבע האדם. יושם אל לב הקשר בין בחירת חברה סגורה לבין הכוח של הרוב בסגירת הדלת.

לדברים אלה ניתן להוסיף כי "מקום המגורים שלנו הוא אמצעי ראשון במעלה ליצירת ההיבדלות. המיקום החברתי שלנו מגולם במיקום הפיזי של מגורינו" (מאוטנר, משני צידי הגדר, בעמ' 537). על רקע זה, "מה טבעי יותר מאשר לגור במקום שבו אנו מוקפים בני אדם הדומים לנו?" (שם, בעמ' 538). אכן, זהו רצון מובן, אך אליה וקוץ בה. יהיו כאלה אשר יחפצו בחברה הסגורה וישירו הלל ליתרונותיה. ברם יהיו אשר יטענו, מן הצד האחר, כי ההסתגרות עלולה להביא לתוצאות חברתיות לא רצויות כגון הגברת סטריאוטיפים, חוסר הבנה של הזולת והעדר רגישות מספקת לצרכיו, ואף סוג של ניתוק שעלול לפגוע גם בקבוצה עצמה. כמובן, בחברה דמוקרטית החלטות מעין אלו קיימות גם במציאות של בחירת המעורבים ביחס לקרקע פרטית. ככאלה, הן מעוררות שאלות חברתיות וחינוכיות יותר מהיותן סוגיה משפטית. אין צורך כי בית המשפט יקבע

בתיק זה עמדה ביחס לגישות המתחרות. אך שונים פני הדברים כאשר מדובר במקרקעין ציבוריים, המוקצים לקבוצה מסוימת. כידוע, במקרקעין אלה יש לנהוג בשוויון ולהימנע מביטויים של הפליה פסולה, ודאי בגרעין הקשה שלה. ברי בעיני כי מקרקעין ציבוריים מקימים חובות שאינם נחלת הקרקע הפרטית, ובהקשרם על בית המשפט לבחון האם תהליך הבחירה יוצר הפליה כזו. מכאן הלגיטימציה המשפטית והחשיבות של בחינת ההשלכות של הרכב ועדת הקבלה כפי שנקבע בחוק. אינני מתעלם מהעמדה שלפיה לנוכח האחוז הגורף של מקרקעין ציבוריים במדינת ישראל – למעלה מ-90 אחוזים – אין לערוך אבחנה בין קרקע ציבורית לקרקע פרטית (ראו: גונטובניק, הפליה בדיוור, בעמ' 389). ברם סבורני כי אין בכוחה של הכמות לאיין את המהות, ואין השיעור האמפירי יכול לנטרל את ההיבט הנורמטיבי של מקרקעין ציבוריים.

14. החשש הוא, אפוא, כי נציגי היישוב הקהילתי יהפכו לצוואר הבקבוק בסיון המועמדים. אל יקל הדבר בעינינו. נזכיר שוב, כי עסקינן במקרקעי ציבור. אמנם, ניתן למצוא התייחסות להיבט הציבורי בכמה מהוראות החוק, כגון הרכבה של ועדת ההשגות ואפשרות העתירה לבית משפט לעניינים מנהליים. אך יש חשיבות מיוחדת – גם מנקודת מבטה של תיאוריית הריאליזם המשפטי (Legal Realism) – ל"ערכאה הראשונה והמבררת", היא ועדת הקבלה. ועדה זו דנה בשלב הראשון והקריטי בקבלת המועמדים. כפי שיפורט, ייתכן שהמנגנונים הנוספים בחוק בעלי המימד הציבורי-אובייקטיבי, כגון השגה לוועדת ההשגות או עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים, לא בהכרח ימומשו על ידי המועמדים שנדחו. בנוסף, יכולת הפיקוח על קבלת ההחלטות בדיעבד היא מוגבלת יותר (ראו: איל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים עיוני משפט כא(3) 769, 796 (התשנ"ח)). ההיבט הציבורי של המקרקעין חייב אפוא, וביתר שאת, למצוא ביטוי בהרכב ועדת הקבלה, באופן שרוב חבריה לא יימנו על חברי היישוב הקהילתי. ודוק, איני סבור כי אין מקום לנציגות כלשהי מטעם היישוב בוועדת הקבלה. הרי במוקד התהליך עומדת קבלתו של המועמד לשורות היישוב הספציפי. כאמור, לצורך הדיון הנחתי היא כי תכלית החוק היא לשמר את הלכידות החברתית באותם יישובים. ואם אכן כך, נראה כי כל "הנחתה מבחוק" של חברי יישוב

חדשים מבלי להביא בחשבון גם את עמדת חברי היישוב הוותיקים עלולה לפגוע בתכלית זו. יחד עם זאת, מכאן ועד הענקת זכות וטו בדמות רוב לחברי היישוב – עוד ארוכה הדרך. באשר לדברי חברי השופט ח' מלצר בנדון (פסקה 8 לחוות דעתו), אוסיף כי אף אני אינני מתנגד לעצם קיומן של ועדות קבלה או לכך שאנשי המקום יהיו בין חבריהן. הסתייגותי היא על רקע העובדה כי מדובר במקרקעין ציבוריים, ועל מנת למנוע הפליה בהקשר זה, רצוי הוא שאנשי המקום לא יהוו את הרוב בוועדה, כפי המצב כיום.

יודגש, כי אני מביע עמדה ביחס לטענת העותרים שלפיה הקצאה נפרדת של מקרקעין הוכרה כלגיטימית בנסיבות שבהן מדובר ביישובים ייעודיים או קהילה בעלת אפיונים ייחודיים כדוגמת הקהילה החרדית. שאלה זו מצריכה דיון נפרד ואינה השאלה שבפנינו.

על רקע דברים אלה, סבורני כי הרכב ועדת הקבלה מהווה מנגנון לקוי מיסודו ובעייתי מטבעו, המאפשר הפליה בלתי מודעת וייתכן שאף מוסווית. אך בכך לא תמה דרכנו. עלינו לשאול את עצמנו האם, בנסיבות אלה, סוגיית הרכב ועדת הקבלה – להבדיל משאר סעיפי החוק – בשלה להכרעה? האם מתקיימים בענייננו השיקולים והמבחנים שהותוו לעיל ביחס להחלטה של דוקטרינת הבשלות החלקית? לבחינת שיקולים ומבחנים אלה נפנה כעת.

הרכב ועדת הקבלה בראי מבחני הבשלות החלקית

15. כאמור, על מנת לדעת האם – חרף הקביעה שרוב רובו של החוק אינו בשל – יש מקום להגיע למסקנה כי חלקו האחר בשל לביקורת חוקתית, ולהפעיל את הדוקטרינה החריגה של בשלות החלקית, ניתן להיעזר בארבעת השיקולים שנזכרו לעיל. שיקולים אלה בכוחם לסייע במתן מענה לשאלה האם עסקינן בחלק בשל לדיון והאם ראוי לדון בו כעת. יישומם והחלתם על החוק והעתירות דנא הובילו למסקנה כי סוגיית הרכב ועדת הקבלה – והיא בלבד – אכן בשלה וראויה להכרעה בשלב זה.

השיקול הראשון עניינו, כאמור, במידה שבה השאלה המתעוררת מצריכה יישום קונקרטי לצורך הכרעה חוקתית בה. סבורני כי שאלת הרכב ועדת הקבלה – להבדיל מעילות ההתאמה – אינה כזו מעיקרה. הטעם לכך הוא כי בעוד שיישומן של עילות ההתאמה עשוי להשתנות ממקרה למקרה וממועמד למועמד, הרכב ועדת הקבלה הוא קבוע. יציקת תוכן לעילות ההתאמה אינה מחייבת כי הפליה אכן תתרחש, אך הרכב הוועדה הנוכחי מחזק מימוש אפשרות זו. היתרון המוקנה לחברי היישוב בהרכב הנוכחי הוא מובנה ואינהרנטי. ככזה, הוא משפיע למעשה על כל החלטה שתתקבל על ידי ועדת קבלה, יהא אשר יהא תוכנה. עילות הסירוב הן האמצעי המהותי בקבלת מועמדים ליישוב. הרכב ועדת הקבלה הוא המסגרת החולשת עליהן. מסגרת זו היא בעייתית מיסודה וכשלעצמה. הבעייתיות הכרוכה בה אינה מותנית או קשורה בקיומן של נסיבות ספציפיות. משום כך נדמה כי סוגיית הרכב ועדת הקבלה בשלה להכרעה, על אף שיתר השאלות המתעוררות עודן שאלות בוסר.

השיקול השני התייחס, כזכור, למידת ההתאמה לפיצול (Severability). בהקשר זה יצוין כי הרכב ועדת הקבלה הינו סעיף עצמאי ומובחן מיתר סעיפי הפקודה. איני רואה מניעה לבצע הפרדה באופן שסעיף ההרכב ידון כעת, בעוד שהביקורת השיפוטית על יתר הסעיפים, אם תידרש, תידחה למועד עתידי.

השיקול השלישי – שעניינו מהותיות השאלה הבשלה להכרעה או הנפח של החלק הבשל בחוק לעומת חלקיו האחרים – מתקיים אף הוא. גם אם אין מדובר בשאלה המרכזית ביותר שמעוררות העתירות, סבורני כי אין חולק על כך שמדובר בשאלה מהותית. זאת, בין היתר, לנוכח החשיבות הרבה שיש להרכב הוועדה (וראו למשל את התייחסותי לעיל להיבטים של סיווג חברתי וקונפורמיזם).

לבסוף, גם השיקול הרביעי בדבר קיומה של תועלת בפיצול בין השאלות השונות שמעורר החוק מתקיים בענייננו. ראשית, עריכת דיון חוקתי בשאלת הרכב ועדת הקבלה כעת עשויה לפשט את בחינתם של מקרים קונקרטיים ככל שיתעוררו בעתיד. טול לדוגמה מצב שבו המועמד ליישוב הקהילתי נדחה על ידי ועדת

הקבלה, השגתו לוועדת ההשגות נדחתה אף היא וכך גם עתירתו לבית המשפט לעניינים מנהליים. בתרחיש כזה, לעניות דעתי, יהיה קשה יותר לאתר את מוקד הבעיה ולבחון כראוי היכן, אם בכלל, נפל כשל חוקתי (או מנהלי). הבעייתיות המובנית בהרכב הוועדה הנוכחי – שהוא השלב הראשון מבין מספר שלבים – עלולה להיטמע במכלול ולהישכח מלב הדיון. בנוסף, נדמה כי הרכב מאוזן יותר של ועדת הקבלה באופן שאינו מקנה רוב לנציגי היישוב עשוי להביא לתועלת גם בייתרון האפשרי, וכמקווה, של עתירות חוקתיות עתידיות. לבסוף, נזכיר שוב, הפעם מההיבט הסובייקטיבי של המועמד ולא מנקודת המבט של הוועדה, כי ועדת הקבלה היא "המסננת הראשונה" בתהליך קבלת המועמד ליישוב – או דחייתו. התייצבות המועמד בפני ועדת הקבלה היא השעל הראשון בדרכו אל הבית הנכסף. זהו השלב הקריטי מכולם. ניתן לטעון כי "מלכתחילה חוויית הדחייה מיישוב היא חוויה מחלישה" (נטע זיו וחרן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" משפט חברה ותרבות – קהילות מגודרות 311, 346 (התש"ע)). כפי שעולה ממאמר זה, רוב הנדחים מרגישים כי הפגם טמון בהם. תגובה אופיינית אחרת כעולה מהמאמר היא "איני רוצה להשתייך למקום שאינו רוצה בי". תגובה כזו מעקרת כל ניסיון למאבק, שכן המשפחות אינן רוצות להיכנס ליישוב החדש כש"אות קין" מוטבע על מצחן.

בהמשך לכך, שיקול אחר שעלול להרתיע את המועמד מלערער על החלטת ועדת הקבלה נעוץ בעובדה הידועה לו היטב: בסופו של יום הוא יצטרך לגור בשכנות למי שדחה אותו (ראו גם: עדי ניר בנימיני וטל גנור "מתחת לרדאר: מנגנוני הדרה סמויים בהליכי מיון למגורים בישראל" מעשי משפט ה' 143, 155 (2013)). בהקשר זה יצוין כי אף הפגיעה בפרטיות, אם תתרחש, תהיה חמורה יותר ככל שתגדל נציגות היישוב בוועדת הקבלה, שהרי שכנו העתידיים של המועמד יהיו אלה שנחשפים למידע אישי אודותיו. בנסיבות אלה, ייתכן כי לא כל המקרים הראויים יגיעו לבירור במסגרת ועדת ההשגות או בית המשפט לעניינים מנהליים. אין מחלוקת כי מנגנונים אלה של פיקוח ובקרה מורכבים מגורמים חיצוניים ליישוב – ציבוריים, מקצועיים ואובייקטיביים. ככאלה וכשלעצמם, מנגנונים אלה ראויים הם. אך בהמשך למתואר לעיל ניתן להניח כי המועמדים,

ולמצער חלקם, עשויים להימנע מנקיטת הליכי ערר על החלטת הוועדה. מנגנונים אלה הם, אפוא, טובים להלכה אך חשש מרחף על אפשרות מימושם למעשה.

לא נעלמה מעיני הנקודה שהועלתה בחוות דעתם של המשנה לנשיא מ' נאור והשופט א' רובינשטיין, לפיה הביקורת של ועדת ההשגות מאפשרת לה לתת החלטה אחרת בהתאם לשיקול דעתה. על פי נימוק זה, לא מדובר בערכאת ערעור אלא בגורם שיכול לשקול את העניין מחדש (de novo). ובכל זאת, דעתי היא כי אין להמעיט בחשיבותו של הגורם הראשוני – הוא ועדת הקבלה. הרי חזקה היא שגוף זה לא נועד כדי שהחלטותיו תבוטלנה בקלות. מכאן חשיבות הרכב ועדת הקבלה. ועדה זו איננה התחנה האחרונה, אך כוחה מצוי דווקא בכך שהיא התחנה הראשונה והשפעתה על הבחירה – רבה מאד היא. עוד יצוינו האפקט המצנן, והאפשרות כי ההרכב הנוכחי של ועדת הקבלה – רוב של בני המקום – עלול לצמצם את הפניות אליה, מחשש שהבקשה תידחה. כך העניין אף עלול שלא לעבור שלבי ביקורת שונים. אוסיף כי הניסיון של ערכאה ראשונה בבית המשפט, והגורם הראשוני בוועדות למיניהן, מלמד כי לא פעם – וייתכן אף לרוב – החלטותיהם הופכות ל"סוף פסוק".

לסיכום נקודה זו, החלת דוקטרינת הבשלות בהתאם למבחן הדו-שלבי שהתווה הנשיא בחוות דעתו, והשיקולים להחלטה של עילת הבשלות החלקית, מובילים לטעמי למסקנה כי סוגיית הרכב ועדת הקבלה – והיא בלבד – בשלה וראויה לביקורת שיפוטית ולהכרעה כבר בנקודת הזמן הנוכחית. אפנה, אפוא, למלאכה.

הרכב ועדת הקבלה ותנאי פסקת ההגבלה

16. המסקנה אליה הגעתי, שלפיה בהרכב ועדת הקבלה הנוכחי כרוכות בעייתיות מובנית וסכנה ממשית להפליה בלתי מודעת וממילא לפגיעה בשוויון, אינה מנביעה בהכרח את המסקנה כי הרכב זה אינו חוקתי. לשם כך עלינו לבחון האם קיים צידוק שבדין לפגיעה זו, בהתאם לתנאיה המצטברים של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לעניין התנאי הראשון של פסקת ההגבלה, שלפיו הפגיעה תהיה "בחוק", טוענים העותרים כי הוא אינו מתקיים. זאת לנוכח העדרו של גורם שלטוני בוועדת הקבלה ולנוכח עמימות החוק, ובפרט עילות ההתאמה. אין בידי לקבל טענות אלה. כאמור, ניסוחן הפתוח של עילות ההתאמה אינו מחייב יישומן באופן מפלה. בנוסף, המנגנונים הקבועים בחוק כוללים גם גורמים שלטוניים, ולו מבחינה פורמאלית. כך, אישורה של ועדת הקבלה את המועמד אינו מספק, וההחלטה הסופית על הקצאת המקרקעין מסורה באופן בלעדי לרשות מקרקעי ישראל (ראו סעיף 6ד לפקודה). גם בסירובה של ועדת הקבלה לקבל מועמד ליישוב הקהילתי – והוא החשוב לענייננו – מעורבים גורמים שלטוניים: ועדת ההשגות, בית המשפט לעניינים מנהליים ואף בית המשפט העליון כערכאת ערעור מנהלית. לאמיתו של דבר, טרוניית העותרים היא על כך שכוח רב מדי מסור על פי דין בידי אנשים פרטיים; להבנתי, טענה זו היא במישור המידתיות, שידון להלן.

התנאי השני דורש כי החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל. העותרים לא העלו טיעונים מפורשים בעניין זה ולפיכך אשאירו בצריך עיון.

התנאי השלישי דורש כי החוק נועד לתכלית ראויה. כאמור לעיל, לעת הזו נכון אני להניח כי תכלית החוק בכללותו, שעניינה הלכידות החברתית ביישובים קהילתיים בפריפריה, היא ראויה. בשלב הנוכחי של הדיון ממוקד מבטנו בסעיף הקובע את הרכב ועדת הקבלה (ב)6(ב) לפקודה). לצד התכלית הכללית של החוק, נראה כי קיימת לסעיף זה תכלית ספציפית, שנועדה לשרת את התכלית הכללית. להבנתי, התכלית שביסוד הרכב ועדת הקבלה הנוכחי היא רצונו של המחוקק לאפשר את שמיעתם של "קולות מהשטח" – הם נציגי היישוב הקהילתי – בהליך הבחירה של המועמד לשורותיו של היישוב, ובפרט בשלב המיון הראשוני. הדבר משתקף במנגנונים ובשלבם שקבע החוק. כך, בעוד שהרכב ועדת הקבלה מורכב גם מנציגי היישוב הקהילתי, שאף מהווים למעשה את הרוב בהרכב, ועדת ההשגות מורכבת מגורמים ציבוריים או מקצועיים, כולם חיצוניים ליישוב ונעדרי כל זיקה אליו. שלב הביקורת הבא הוא עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים. נראה, אפוא, כי במנגנוני החוק קיים רציונאל של מדרג עולה, מן הפרטי אל הציבורי.

הענקת האפשרות לנציגי היישוב הקהילתי להביע עמדתם, כבר בראשית הדרך, בדבר קבלת המועמד ליישובם או דחייתו היא, בעיניי, תכלית אפשרית ולגיטימית. הרכב הוועדה הנוכחי מעיד כי המחוקק הכיר בחשיבות ובמעמד של חברי היישוב הוותיקים בבחירת חבריהם החדשים, ובייחוד בשלב הראשוני בהליך הבחירה (ראו והשוו: ע"א 3962/97 בארותיים, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' ארד, פ"ד נב(4) 614, 620 (1998) (להלן: עניין בארותיים)). זאת, לצורך וכחלק מהשגת הלכידות החברתית הרצויה. כפי שצינתי, נראה כי קבלת מועמדים ליישוב המסוים מבלי שתילקח בחשבון עמדת חבריו הקיימים עלולה לפגוע בלכידות החברתית, ואף ליצור אנטגוניזם, ובכך לחתור תחת תכלית החוק כולו. ייתכן והענקת מעמד לחברים הוותיקים בבחירת החברים החדשים תומכת ומחזקת את המימד הקהילתי ביישוב המסוים. גם תכליתו הספציפית של הרכב ועדת הקבלה הנוכחי היא, כשלעצמה ועל פניה, ראויה כהגדרתה בפסקת ההגבלה.

יחד עם זאת, אין די בכך. יש להוסיף ולבחון האם האמצעים שננקטו להשגת התכלית הם מידתיים. לכך נועד התנאי הרביעי בפסקת ההגבלה. תנאי זה מבקש להבטיח כי האמצעים להשגת התכלית הראויה יהיו ראויים אף הם, קרי: שאינם פוגעים בזכות החוקתית "במידה העולה על הנדרש". לטעמי, הרכב ועדת הקבלה הנוכחי אינו צולח משוכה זו בשלמותה.

17. דרישת המידתיות מורכבת משלושה מבחני משנה. מבחן המשנה הראשון הוא "מבחן הקשר הרציונאלי" או "מבחן ההתאמה". מבחן זה דורש קשר רציונאלי בין המטרה לבין האמצעי שנבחר להשגתה. "לא נדרשת ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו. די במידת הסתברות רצינית להשגת התכלית על ידי האמצעי הפוגע בזכות" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 420 (1997)). ניתן לראות בעצם קיומה של ועדת קבלה שלחברי היישוב יש נציגות בה כשיקול רציונאלי, המכיר בצורך בבחינה מוקדמת של התאמת המועמדים לחיי קהילה ושיתוף, כמו גם בחשיבות ובמעמד של חברי היישוב לצורך השגת התכלית של לכידות חברתית. מתקיים, אפוא, הקשר הנדרש בין האמצעי למטרה.

הקושי בביקורת החוקתית על הרכב ועדת הקבלה הוא במבחן המשנה השני ובמבחן המשנה השלישי תחת מבחן המידתיות.

מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. על פי מבחן זה יש לבחור באמצעי המשיג את התכלית החקיקתית תוך פגיעה מינימאלית בזכויות, בהשוואה לאמצעים האחרים המגשימים גם הם תכלית זו. לדעתי, ועדת קבלה כשלעצמה, ואף קיומה של נציגות לחברי היישוב במסגרתה, הם אמצעי מידתי להשגת התכלית. לעומת זאת, ההרכב הנוכחי של ועדת הקבלה אינו מהווה את האמצעי שפגיעתו פחותה. כאמור, נציגות של חברי היישוב חשובה וקשורה במישרין להשגת התכלית של לכידות חברתית. אך תכלית זו תושג גם אם לחברי היישוב לא יהיה רוב בוועדת הקבלה. כך תתאפשר התחשבות בעמדת היישוב – הלגיטימית כשלעצמה – מחד גיסא, אך תקטן האפשרות להטיה או הפליה מוסווית

או בלתי מודעת מצד חברי היישוב מאידך גיסא. קיים, אפוא, אמצעי פוגעני פחות להשגת התכלית.

מבחן המשנה השלישי הוא מבחן "המידתיות במובן הצר", הבוחן את היחס הראוי בין התועלת הנלווית להשגת התכלית (הראויה) לבין הפגיעה החוקתית הכרוכה בה. בדומה למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, גם מבחן המידתיות במובן הצר מוליכני למסקנה כי הפגיעה החוקתית הנלווית להרכב הוועדה הנוכחי גוברת על התועלת שהוא מביא עימו. התועלת נובעת, לדעתי, מעצם העובדה שהרכב ועדת הקבלה מאפשר ליישוב להשמיע את עמדתו בעניין קבלת המועמד. ואולם לצורך כך די בנציגות של חברי היישוב ולא נדרש רוב שלהם. נזכיר שוב, כי נציגות של חברי היישוב בוועדה אינה, על פניה, פסולה כשלעצמה – ויתרונותיה בצידה. ברם רוב לחברי היישוב שומט את הקרקע תחת יתרונות אלה ומביא עימו חסרונות ברורים תחתם. ההבדל בין מצב שבו לנציגי היישוב יש רוב בוועדה לבין מצב שבו יש להם אך נציגות בוועדה – ללא רוב – הוא הבדל משמעותי עד מאוד. הרכב הוועדה הנוכחי והמשקל המכריע שניתן לעמדת נציגי היישוב במסגרתו יוצרים סיכון עודף לקיומה של הפליה. הרוב של חברי היישוב הוא שמטה את כפות המאזניים כך שהנזק עולה על התועלת. הנזק שייגרם מהותרת הרכב הוועדה על כנו תואר לעיל בהרחבה, ובעיקר האופן השלילי שבו הוא עלול להשפיע על תהליך הבחירה והחשש ליצירת הפליה בלתי מודעת או מוסווית. זאת לנוכח קלות היתר שבה מבנה החוק מאפשר שהנציג היושב בכיסא השלישי יצטרף לשני חבריו, וייווצר רוב בוועדה לחברי היישוב הקהילתי. שינוי הרכב הוועדה ושלילת כוח הרוב מידי חברי היישוב יכול לשנות את המאזן לכיוון הנכון, כך שהתועלת תעלה על הנזק, כפי שראוי שיהיה.

סיכום

18. ממכלול הדברים עולה כי בהרכב ועדת הקבלה כרוכה פגיעה חוקתית שאינה עומדת במבחן המידתיות ובפסקת ההגבלה. לעמדת, התוצאה האופרטיבית הנובעת מכך, דהיינו הסעד החוקתי, הוא ביטול סעיף 6ב(ב)(1) לפקודה בנוסחו הנוכחי ותיקונו באופן שיבטיח כי היישוב הקהילתי לא יינה מעמדת רוב בוועדה.

ישאל השואל: האין מדובר בשינוי שולי בלבד? האם תהיה לו השלכה ממשית? התשובה לכך בעיניי היא ברורה וחיובית. כפי שהובהר לעיל, שלב הסינון הראשוני בוועדת הקבלה הוא קריטי. סירוב לקבל מועמד מוביל, לצד התחושות הקשות, ל"אפקט מצנן" העלול להרתיע את הנדחים מלמש את זכויותיהם שבחוק. יתרה מכך, לפי דברי ההסבר והוראות החוק לגופן, המחוקק ביקש ליצור איזון ראוי בין הזכות לכבוד ולשוויון לבין הזכות למימוש חיי קהילה ולכידות חברתית ביישובים הקהילתיים שבפריפריה. איזון זה יוצר, בתורו, נקודת שיווי משקל אשר מצד אחד מאפשרת הדרה במקרים מסוימים ולתכליות מסוימות, אך מהצד האחר מבקשת להבטיח מניעתה של הפליה פסולה. רוב לחברי היישוב בהרכב הוועדה עלול להגביר באופן משמעותי וממשי את הסיכון לסטייה מנקודת משקל עדינה זו – מאזור ההדרה המותרת אל תחום ההפליה הפסולה.

לא נעלם מעיניי כי סעיף 6ג(ג) לפקודה קובע איסור מפורש על הפליה. אך הבעייתיות המובנית בהרכב הוועדה הנוכחי עלולה להביא לכך שההפליה בקבלת מועמדים ליישוב תהיה הפליה בלתי מודעת. סבורני כי החשש הממשי מפני הפליה כזו טמון, בשלב זה, בהרכב ועדת הקבלה ולא בעילות ההתאמה. אף אם עילות ההתאמה עלולות לעורר סוגיות משפטיות בהמשך הדרך – לא פחות כבדות משקל, ואולי אף יותר, מהרכב הוועדה – מדובר בסוגיות שאינן בשלות להכרעה לעת הזו מחמת העדר יישום קונקרטי שלהן. ייתכן גם שאין מנוס מבחירת חברים באמצעות קריטריונים סובייקטיביים בעלי רקמה פתוחה (והשוו: עניין בארותיים, בעמ' 620). לעומת זאת, לדעתי אין סיבה לאפשר את המשך קיומו של הרכב ועדה, שמעורר קושי הנראה לעין כבר בנקודת הזמן הנוכחית. הרכב הוועדה הנוכחי עלול להוות קרקע "נוחה" לשימוש פסול ומפלה בעילות ההתאמה. הלכה היא, כי "דין נתון יוצר הפליה כאשר שני בני אדם, השונים זה מזה (חוסר שוויון עובדתי), מטופלים על-ידי הדין באופן שונה, בלי שהשוני העובדתי שביניהם יש בו כדי להצדיק טיפול שונה בנסיבות העניין" (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 761 (1994)). בהקשרנו, התאמתו של המועמד לחיי קהילה או למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הספציפי עשויה, בנסיבות

מסוימות, להצדיק "טיפול שונה". ואולם, בהרכב הוועדה הנוכחי ומסיבות מוכנות ומוכנות, חלף בחינת ההתאמה האמורה – עלולה להיבחן התאמת המועמד לאופיים ורצונותיהם של חברי היישוב עצמם, לעיתים שלא במודע כלל, ובאופן המהווה הפליה פסולה.

שינוי הרכב ועדת הקבלה המתחייב בעיניי הוא אמנם נקודתי. ואולם, אני סבור כי די בשינוי זה, לעת הנוכחית וכמקווה אף בעתיד, כדי לתרום להקטנת החשש מהפליה בלתי מודעת או מוסווית.

19. בסיומו של מסענו, מתבררת התמונה ומתחדדים צבעיה. חשובות וכבדות משקל הן הסוגיות שמעוררות העתירות דנא. אך רובן לא הבשיל לביקורת חוקתית. הרכב ועדת הקבלה, מנגד, הבשיל לעריכתה של ביקורת זו. לאחר בחינת סוגיה זו תחת פסקת ההגבלה, לדעתי התוצאה האופרטיבית המתבקשת היא לקבל את העתירות ולהפוך את הצו על תנאי למוחלט במובן זה שסעיף 6ב(ב) לפקודה במתכונתו הנוכחית יבוטל. תחתיו, סבורני כי יש לקבוע הרכב אחר שאינו מעניק את זכות הבחירה וזכות הוטו בידי נציגי היישוב. זהו העיקרון שאליו יש לשאוף. לתפיסתי, עיקרון זה ניתן למימוש באמצעות הקביעה כי לנציגי היישוב, במישרין או בעקיפין, יוקצו במאוחד שני מקומות בלבד בהרכב, בעוד שהמקום השלישי שיתפנה יוקצה לגורם ציבורי או מקצועי שבכל מקרה אינו בעל זיקה ליישוב. יחד עם זאת, דרך המימוש המדויקת של עיקרון זה היא עניין למחוקק לענות בו.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. תיקון מספר 8 לפקודת האגודות השיתופיות משנת 2011, קובע הסדר נורמטיבי-חוקי לפעילותן של ועדות קבלה ביישובים קהילתיים. יישוב קהילתי הוגדר באותו התיקון כ"יישוב בגליל או בנגב המאוגד כאגודה שיתופית, שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית... או הרחבה של קיבוץ של מושב שיתופי, של מושב עובדים או של כפר שיתופי"

ובלבד שמספר בתי האב בו אינו עולה על 400 וכן כי קיימת לגביו הגבלה על-פי תוכנית מיתאר ארצית או מחוזית באשר למספר המירבי של בתי האב ביישוב.

במסגרת תיקון זה נוספו לפקודה סעיפים 6ב, 6ג ו-6ד. סעיף 6ב קובע את הרכבה של ועדת הקבלה, את מנגנון ההשגה על החלטותיה בפני ועדת השגות וכן את הרכבה של ועדת ההשגות ואת הסמכויות המוקנות לה. סעיף 6ג(א) קובע מהם השיקולים אשר בהתקיים אחד מהם או יותר רשאית ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב קהילתי ואילו סעיף 6ג(ג), עליו אוסיף ואעמוד להלן, קובע טעמים אשר בגינם אין ועדת הקבלה רשאית לסרב לקבל מועמד.

2. העתירות שבפנינו אינן תוקפות את חוקתיותו של מוסד ועדות הקבלה ככזה וכפי שציין חברי השופט ג'ובראן, הטיעונים בעתירות מתמקדים בעיקרם בתקיפת חוקתיותן של שתי הוראות הכלולות בסעיף 6ג(א) לפקודה. האחת קובעת כי ועדת הקבלה רשאית לסרב לקבל מועמד ליישוב קהילתי אם הוא אינו מתאים לחיי חברה בקהילה על-פי חוות דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה כאמור (סעיף 6ג(א)(4)). השנייה קובעת כי ועדת הקבלה רשאית לסרב לקבל מועמד בשל חוסר התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי אשר יש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה (סעיף 6ג(ג)(5)). לגישת העותרים לוקות הוראות אלה בעמימות העלולה לשמש כסות להזרה פוגענית של מועמדים משיקולים שאינם לגיטימיים ובעיקר להזרה של ערבים.

3. חברי הנשיא סבור כי יש לדחות את העתירות בשל חוסר בשלות וזאת מבלי שראה מקום להביע בשלב זה עמדה לגבי חוקתיותן או אי חוקתיותן של ההוראות הנ"ל. הטעם המרכזי אשר בגינו סבר הנשיא כי יש לדחות את העתירות דנן בעילה של בשלות נעוץ בכך ש"בעת הנוכחית ובהליך הנוכחי אין בפנינו תשתית עובדתית מספקת להכרעה בשאלות החוקתיות כבדות המשקל, ויש להמתין ליישום של החוק בעתיד." (פסקה 12 לחוות-הדעת). בחוות-דעתו פרש הנשיא ריעה עיונית רחבה לסקירת "דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה" ששורשיה נטועים בדין האמריקאי ועמד על פיתוחה בפסיקתנו בציינו כי ההבדלים בין שיטת המשפט

הישראלית לזו האמריקאית מחייבים את פיתוח של עילת בשלות "נוסח ישראל".
 אכן, שיטת המשפט הישראלית שונה משיטת המשפט האמריקאית בהיבטים
 מהותיים המשליכים על היקף הביקורת השיפוטית הנוהגת בכל אחת מן השיטות.
 בהקשר זה די אם נצביע על כך שבמשפט האמריקאי דוקטרינת הבשלות מקורה
 בהוראה קונסטיטוציונית המורה לבית המשפט להימנע מהכרעה במחלוקות
 מופשטות שאין בצדן סכסוך אמיתי ("Case" or "Controversy") בין צדדים יריבים
 Richard H. Fallon, *As-Applied*: U.S. CONST. art. III, § 2, cl.1. ראו והשוו גם:
and Facial Challenges and Third-Party Standing, 113 HARV. L. REV. 1321,
 Nathaniel Persily & Jennifer S. Rosenberg, *Defacing*; 1336 (2000)
Democracy? The Changing Nature and Rising Importance of As-Applied
Challenges in the supreme Court's Recent Election Law Decisions, 93 MINN.
 (2009) 1644, 1647-8 (L. REV.), ואילו במשפט הישראלי דוקטרינת הבשלות, כמו
 גם עילות סף אחרות כגון עתירה מוקדמת ועתירה תיאורטית הינן יציר הפסיקה
 ומקורן, בין היתר, בריסון שהרשות השיפוטית רואה עצמה מחויבת לו בהפעילה
 ביקורת שיפוטית (ראו למשל: ע"א 6426/13 קבוצת עזריאלי בע"מ נ' הממונה על
 הגבלים עסקיים, פסקה 11 (25.8.2014); בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד
 לד(4) 429, 440 (1980); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג 1602-1603,
 1697 (2014)), וביתר שאת ככל שמדובר בעתירה לביטול חוק (בג"ץ 7111/95
 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996); ברם 696/06
 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת המשמורת של שוהים שלא כדון, פסקה 14
 (18.12.2006); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 263
 (2002)). עם זאת, מאפשרת שיטת המשפט הנוהגת בישראל מבחנים גמישים
 יחסית בכל הנוגע לזכות העמידה וזכות זו הוקנתה עם השנים, בעיקר מאז שנות
 השמונים של המאה הקודמת, גם לעותרים ציבוריים אשר ביקשו להביא בפני בית
 המשפט עניין ראוי בעל חשיבות ציבורית, בלא שהתלווה לעתירה בהכרח עותר
 אשר היה בידו להציג סכסוך קונקרטי באותו עניין (בג"ץ 910/86 דסלר נ' שר
 הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 464-465 (1988); בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות
 האזרח נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 68-70
 (2003); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקאות 14-15 לפסק דינה
 של השופטת א' פרוקצ'יה (13.4.2011)). גישה זו מבוססת ביסודה על התפיסה כי

בית המשפט כמי שמופקד על שמירת שלטון החוק ועל הגנת זכויות אדם מוסמך להעביר תחת שבט הביקורת השיפוטית את שאלת חוקתיותם של חוקים במנותק מיישומם בנסיבות קונקרטיות (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 176-178 (2005); ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות - בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419, 430-426, 438 (התשע"ג); דנג"ץ 4110/92 הס נ' שר הביטחון, פ"ד מח(2) 811, 816 (1994); בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117, 125 (1998); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009)).

הנה כי כן ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה בישראל אינה כרוכה בהכרח בשאלת אופן יישומו, אם כי ייתכנו בהחלט מקרים אשר בהם החוק נחזה להיות חוקתי על פניו ורק האופן שבו הוא מיושם חושף את אי החוקתיות שבו. במקרים כאלה יש אכן הצדקה לגישה הגורסת כי ראוי להימנע מהכרעה בדבר חוקתיות הוראותיו של החוק במנותק מיישומו במקרים קונקרטיים, בהעדר תשתית עובדתית מתאימה (זמיר, בעמ' 1908; בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 33 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (28.5.2012); בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 14 לפסק דינו של השופט י' עמית (7.6.2012)).

מן הטעמים שאפרט להלן אני סבורה כי כזה הוא המקרה שבפנינו ועל כן אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי הנשיא.

4. חברי השופט ג'ובראן סבור כי אין מקום להחיל את דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה במקרה דנן וזאת משום שהחוק יוצר לגישתו מנגנון משפטי לפיו הוקנה לועדות הקבלה שיקול דעת רחב המאפשר כיום וכן לעתיד לבוא הדרה בלתי לגיטימית והפליה סמויה בקבלה ליישובים קהילתיים אשר מעצם טיבה קשה לזיהוי

ועלולה להתקיים בהיקף נרחב, בלא שיימצא עותר קונקרטי אשר בעניינו ניתן לדון. עוד מדגיש חברי השופט ג'ובראן כי תיקון 8, ובכללו שתי ההוראות העומדות במוקד התקיפה החוקתית בעתירות דנן, דומה במידה רבה להוראותיה של החלטה 1195 של מועצת מקרקעי ישראל אשר קדמה לו וכי נוכח "החפיפה המשמעותית בין שני ההסדרים" הצטברה לדבריו תשתית עובדתית מספקת ואף הוגשו עתירות פרטניות של מועמדים במגורים ביישובים קהילתיים המתייחסים לגלגולו הקודם של ההסדר הנורמטיבי האמור בהחלטה 1195, שהדיון העקרוני בעניינם לא מוצה בנימוק שתחילה יש להכריע בעתירות החוקתיות דנן. לפיכך סבור חברי השופט ג'ובראן כי העתירות שלפנינו הבשילו ויש להכריע בהן לגופן.

5. נימוקיו של חברי השופט ג'ובראן טעמם עמם והחששות שהוא מעלה בדבר הפליה סמויה אשר לא ניתן יהיה לזהותה, אף אותם לא ניתן לפטור כלאחר יד (ראו לעניין זה גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות - בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 387, 391 (2014)). עם זאת, נוסחו של החוק שהתקבל לבסוף בכנסת הוא הקובע את ההסדר הנורמטיבי התקף והמחייב ועיון בו מלמד כי קיים בכל זאת שוני מהותי בין הוראותיה של החלטה 1195 הנ"ל ובין הוראות תיקון 8. שוני זה נעוץ בהוראת סעיף 6ג(ג) לפקודה הקובע:

"ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית"

הוראה זו טובלת כל כולה בערכים של שוויון ומשמיעה לועדת הקבלה ביישובים קהילתיים, כהגדרתם בתיקון 8, איסור נוקשה לסרב לקבל מועמד מן הטעמים המנויים בסעיף שהינם להשקפת המחוקק בלתי לגיטימיים. על מעמד הבכורה שיש לייחס להוראה זו בבוא ועדת הקבלה לבחון את המועמד, ניתן ללמוד מכך שנוסחו של סעיף זה בהצעת החוק היה מרוכך יותר ולפיו נאסר על ועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד "רק" מן הטעמים המנויים בסעיף, דהיינו כאשר זהו השיקול הבלעדי, אך מן הנוסח שהתקבל בכנסת לבסוף הושמטה המילה "רק" והשמטה זו משמיעה לנו כי לא ניתן לסרב לקבל מועמד בשל איזה מן הטעמים

המפורטים בסעיף, בין אם הוא גלוי ובין אם הוא "עטוף" בטעמים אחרים המיועדים להסוותו. השאלה עד כמה תשפיע הוראה זו בפועל על החלטותיהן של ועדות הקבלה היא שאלה אשר התשובה עליה תלויה במידה רבה באופן אשר בו תיושמה הוראות התיקון, אך דומני כי ניתן לומר כבר עתה שעצם קיומה של הוראה זו בין הוראות התיקון מציבה בפני ועדות הקבלה תמרור אזהרה בולט והצבתו יש בה בעיני כדי להחליש מאוד את עוצמת החשש לפגיעה העלולה להיגרם לפרט כתוצאה מהפעלת המנגנון המשפטי הקבוע בתיקון.

בהתייחסו למשמעותה של ההוראה שבסעיף 6ג(ג) מרחיק המלומד גונטובניק לכת והוא סבור כי הוראה זו מבטאת גישה המוכרת בדין האמריקאי כ"עיוורון צבעים" ולפיה לא ניתן לשקול "שיקול פסול של הדרה מחמת זהות תרבותית, יהיה המניע לו אשר יהיה..." (גונטובניק, בעמ' 391). תפיסה זו בשיח השוויון מעוררת קשיים לא מבוטלים והיא אף נשללה בעבר בפסיקה הישראלית כתפיסה שראוי לאמצה (ראו למשל: ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פסקה 41 לפסק דינו של השופט י' עמית (14.9.2010) (להלן: עניין הבית הפתוח); בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (31.8.2010). ראו גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי ב 686 (2010)), לרבות בהקשרים של דיור ושל הקצאת מקרקעי ציבור (בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 509-508 (2000)). על חלק מן הקשיים שמעוררת גישה זו לו תאומץ לעניין פירושה של ההוראה שבסעיף 6ג(ג), עומד המלומד גונטובניק עצמו (גונטובניק, בעמ' 393). כשלעצמי אני סבורה כי אין לאמץ גישה זו בענייננו וכי יש לפרש את ההוראה שבסעיף 6ג(ג) באופן המשמיע עריכת איזונים בינה ובין ההוראות "המתירות סירוב" שבסעיף 6ג(א). זאת תוך מתן משקל מיוחד למעמדה החוקתי של הזכות לשוויון אותה מבטאת הוראה 6ג(ג) וביתר שאת בהינתן העובדה כי עסקינן בהקצאת קרקעות שבבעלות המדינה. על כן, ניתן לומר כי בהתנגשות שבין ההוראה שבסעיף 6ג(ג) ובין אמות המידה הקבועות בסעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) המבטאות את הרצון להגן על חופש

ההתאגדות הקהילתי, תהא ככלל ידה של ההוראה שבסעיף 6ג(ג) על העליונה, בייחוד ככל שהמאפיינים הקהילתיים המוצהרים והמוכחים של היישוב אינם ברורים ואינם מובהקים דיים וכן ככל שמספר בתי האב ביישוב הקהילתי רב יותר, גם אם אינו מגיע כדי 400, והוא נעדר אינטימיות קהילתית אמיתית המדמה מסגרת משפחתית השמורה בדרך כלל לקהילות קטנות דוגמת קהילות המונות עד 50 או 100 בתי אב. כמו כן מן הראוי להחיל בהקשר זה מתודות שונות המוכרות בשיח השוויון (גונטובניק, בעמ' 391, ה"ש 545). כך למשל מקום שבו סירבה ועדת הקבלה לקבל מועמד המשתייך לאיזה מן הקבוצות שאפלייתן נאסרה בסעיף 6ג(ג), יהא הנטל על ועדת הקבלה להוכיח כי הטעם לאי קבלתו הינו טעם לגיטימי ואינו נעוץ בהשתייכותו לקבוצה זו (ראו והשוו: בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, פסקאות 20-25 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (17.5.2012) (להלן: עניין גורן) וכן סעיף 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. להעברה דומה של הנטל בסעיף האוסר על האפליה ב- Fair Housing Act האמריקאי, ראו: 24 C.F.R. § 100.500; McDonnell Douglas Corp. L.C. v. LeFrak Org. Inc., 987 F. ;v. Green, 411 U.S. 792, 801-803 (1973) (Supp. 2d 391, 401-400 (S.D.N.Y. 2013)). מתודה זו הקובעת את העברת הנטל יסודה בהכרה כי קיים קושי אינהרנטי בהוכחת השיקולים שעמדו בבסיס החלטות החשודות כמפלול (עניין גורן, פסקה 22; עניין הבית הפתוח, פסקה 38 לפסק-דינו של השופט י' עמית. ראו והשוו גם: שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד(ג) 529, 530-532 (1999)). כלי עזר נוסף המוכר בפסיקה לאיתור אפליה פסולה, שאותו ניתן להפעיל בבדיקת החלטותיהן של ועדות הקבלה, הוא "מבחן הדומיננטיות" אשר יושם בעבר בפסיקתו של בית משפט זה בהקשרים דומים (ראו והשוו: בג"ץ 153/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 18 (1979); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 276-277 (1988); בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, נג(3) 289, 305 (1999)).

6. לבסוף, אציין כי בנוסף לכל האמור לעיל ועל מנת לצמצם ככל הניתן את עמימותן של ההוראות שבסעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5), ניתן לקרוא אל תוך

הוראות אלה על דרך של פרשנות אמות-מידה אובייקטיביות ליישומן (לעיקרון לפיו עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו, ראו: בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 812-813 (1996); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 66-67 (1996); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 524 (1998)). כך למשל אני סבורה כי חוות הדעת המקצועית אשר עליה רשאית ועדת הקבלה להסתמך בהחלטתה לסרב לקבל מועמד משום שאינו מתאים לחיי חברה בקהילה (סעיף 6ג(א)(4)), צריך שתינתן לא רק על-ידי "מי שהתמחותו באבחון התאמה כאמור" אלא גם על-ידי מי שהינו גורם עצמאי ובלתי תלוי, שאינו מספק באופן קבוע וחוזר שירותי אבחון לועדות הקבלה ואין חשש כי ייתפס כמוטה לטובתן. כמו כן, יש לפרש את הסמכות הנתונה לועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב בשל "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי שיש יסוד להניח כי יהא בו כדי לפגוע במרקם זה" (סעיף 6ג(א)(5)), כסמכות שהיא רשאית להפעילה מלכתחילה רק מקום שבו המרקם החברתי-תרבותי האמור של היישוב קיבל ביטוי מוצהר ומובהק בתקנון האגודה ותואם בפועל את ההוויה הקהילתית של אותו היישוב, שאחרת אין יסוד להניח כי יהא בו לפגוע באותו המרקם.

מכל הטעמים המפורטים לעיל אני מצטרפת כאמור לתוצאה שאליה הגיע חברי הנשיא ולפיה דין העתירות להידחות.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

1. הנני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי הנשיא, השופט א' גרוניס, שלפיה דין העתירות להדחות וכן לעיקרי טעמיו. יחד עם זאת נוכח חשיבות הנושאים שעלו במכלול חוות הדעת של חברי – הנני מרשה לעצמי להוסיף להלן מספר הערות.

2. הנני בדעה כי אכן במקרה שלפנינו יש מקום לדחות את העתירות בשל דוקטרינת "העדר הבשלות" נוסח ישראל, אותה הציג בהרחבה הנשיא. אין בכך כדי לשלול, לדעתי, במקרים הראויים פיצול בין נושאים שעולים בעתירה חוקתית ומגלים בשלות לדיון לבין נושאים שהם עדיין בוסר, ככל שניתן להפריד את אלה מאלה. בנקודה זו הנני מצדד בגישתם של חברתי, המשנה לנשיא, מ' נאור ושל חברי, השופט נ' הנדל, ומבלי לקבוע מסמרות נראה לי כראוי למחשבה הרעיון של: "בשלות יחסית" יחד עם האבחנות אותן העלה רונן פוליאק במאמרו: "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית, או מופשטת", עיוני משפט ל"ז 45 (2014).

ועתה למהות.

3. העתירות מבקשות להביא לביטול תיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) התשע"א-2011 (להלן התיקון החקיקתי) ולתקוף חוקתית שלוש הוראות חוק, שנכללו במסגרתו:

(א) את סעיף 6ג(א)(4) לפקודת האגודות השיתופיות (להלן – הפקודה), הקובע כי ועדת קבלה רשאית לסרב קבלת מועמד לישוב הקהילתי, כהגדרתו בסעיף 1 לפקודה – אם ועדת הקבלה סבורה שהמועמד איננו מתאים לחיי חברה בקהילה.

(ב) את סעיף 6ג(א)(5) לפקודה, הקובע כי ועדת קבלה רשאית לסרב קבלת מועמד כאמור – אם מצאה "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של הישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה".

(ג) את הרכב ועדת הקבלה הקבוע בסעיף 6ב(ב)(1) לפקודה, המבטיח, לדעת העותרים, רוב – במישרין או בעקיפין – לנציגי הישוב הקהילתי (למעשה שלושה חברים) מתוך חמשת חברי ועדת הקבלה.

הסעיפים הללו כולם פסולים חוקתית, לדעת העותרים, שכן:

(1) מתוך דברי חלק מחברי הכנסת שיזמו את התיקון החקיקתי, מושא העתירות, או התבטאו לגביו – עולה, לשיטת העותרים, שכוונת אותם מחוקקים היתה לאפשר הפליה והדרה של מועמדים מטעמים סובייקטיביים פסולים, על אף הוראת סעיף 6ג (ג) לפקודה הקובעת:

"ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל הורות, נטיה מינית, ארץ מוצא, השקפה, או השתייכות מפלגתית פוליטית"

(2) סעיפי שיקול הדעת הנ"ל רחבים מדי ויוצרים עמימות, במיוחד אל מול סעיף איסור ההפליה.

(3) הסעיף המסדיר את הרכב ועדת הקבלה מבטיח רוב לנציגי היישוב הקהילתי ובכך מקנה בפועל לגוף פרטי אינטרסנטי סמכות להקצאת קרקעות ציבוריות ולהדרת מועמדים על דרך של הפליה.

4. חברי, השופט סלים ג'ובראן, בחוות דעת מקיפה ומאתגרת (אליה הצטרפו בהערות מחכימות חברתי, השופטת (בדימ') עדנה ארבל וחברי השופט י' דנציגר) מקבל את טיעוני העותרים לגבי סעיפי שיקול הדעת הנ"ל. חברי השופט נ' הנדל – בפיתוח מעניין – שולל את הסעיף המסדיר את הרכב ועדת הקבלה.

על אף היצירתיות שבגישות הנ"ל – אינני יכול להיות שותף להן ואבהיר טעמי לכך מיד בסמוך.

5. מספר נימוקים דוחקים, לגישתי, לדחיית העתירות:

(א) נעדרת כאן "מערכת עובדות קונקרטית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרזה שיפוטית עקרונית" בנושאים שהועלו. השוו: בג"צ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (18.01.2006) (הציטוט לקוח מפיסקה 3 בחוות דעתה של השופטת מ' נאור בעניין לובל הנ"ל). בסוגיה זו ובגישה שעוד חזון למועד – קרוב אני מאד להשקפתו של חברי השופט א' דובינשטיין בחוות דעתו

הממצה, המניחה כי יסודות היושר וההגינות יש בכוחם לגשר על הפערים. אוסיף ואעיר כי בכך שונות העתירות שבפנינו ממה שהתברר ב-בג"צ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך (להלן – ענין נוער כהלכה) וב-עת"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (4109/2010), שם דנו בעתירה ובערעור (בהתאמה) ונענינו להם, לאחר שהוצגו בפנינו נתונים ממשיים לגבי ההפליה הנטענת.

(ב) העתירות גורסות כי בתיקון החקיקתי הנתקף – שני פגמים עיקריים:

- (1) אין תוכו (של החוק) כברו, וזאת נוכח דברי חלק מהחכ"ים שציידו בו ובסתירה הלכאורית שבין סעיף איסור ההפליה לבין סעיפי ההסמכה, המקנים שיקול-דעת רחב לועדת הקבלה.
- (2) התיקון עמום נוכח הסתירה הנ"ל.

ההשגה הראשונה הנזכרת לעיל – דינה להידחות משני טעמים:

- (1) טענה של Non Est Factum תחיקתי, שהיא זו שעומדת למעשה ביסוד תעצומות העותרים, הצליחה בישראל פעם אחת בלבד ואף זאת רק כנגד חקיקת משנה, כאשר היה ברור שמתקין התקנה עצמו (שר המסחר והתעשייה דאז) נקט בכפל דיבור, דהיינו שמה שפורסם על ידו ברשומות כתקנה – לא היה הדין שעל פיו הוא נהג, והדין ה"אמיתי" נשאר כמוס ולא נתפרסם. ראו: בג"צ 121/68 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה פ"ד כ"ב(2) 551, 559-560 (1968) (להלן – ענין אלקטרה).

אצלנו מדובר בחקיקה ראשית, שאבות רבים לה וסעיף איסור ההפליה שבה מנטרל במידה רבה את החששות, שכן היה ויעשה באמצעות התיקון שימוש פסול – עדיין דבר החקיקה יעמוד בעינו ורק המעשה הפגום שנעשה מכוחו יפסל (השוו: ענין אלקטרה, בעמ' 559).

- (2) הכנסת היא גוף חקיקתי קולקטיבי ולכן אין ליחס בהכרח לדבר חקיקה היוצא הימנה כל אמירה של מי מחברי הכנסת שצייד בחוק. לפיכך התבטאויותיו של מי מחברי הכנסת בהקשרים אלה – אינן באות במקום פעולת הפרשנות של בית

המשפט, הנשענת על נוסח החוק ומטרתו במסגרת מה שאנו מכנים: פרשנות תכליתית. עיינו: בג"צ 491/86 עיריית ת"א נ' שר הפנים, פ"ד מ"א (1), 757, 771; בג"צ 4031/94 ארגון בצדק נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מ"ח (5) 1, 11-12 (1994) ברק, פרשנות תכליתית במשפט, עמ' 177-180 (2003).

ענין אחרון זה מביא אותי להשגה השנייה הנזכרת לעיל, שאף היא דינה להידחות.

הטענה כי החוק הוא עמום ולכן דינו להתבטל שאובה מהמשפט הנוהג בארצות הברית ובקנדה ואולם שם הבסיס הקונסטיטוציוני עליו נשענת הטענה – איננו תואם את המשפט החוקתי הישראלי. עיינו: אהרון ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי 506-505 (1994). יחד עם זאת פרופ' ברק מציע כיוון תקיפה אחר ביחס לביטולה האפשרי של חקיקה סתומה (הלקוח גם הוא מקנדה) ואשר לדעתו ראוי לשקול את אימוצו בישראל. על פי שיטה זו "חוק סתום" נוגד את הטעם העומד ביסוד הדרישה שב"פיסקת ההגבלה" המחייבת שהפגיעה בזכות החוקתית תעשה באמצעות חוק, או מכוח הסמכה מפורשת בו. עמימות איננה עומדת איפוא לכאורה בדרישה זו (שם, שם).

עקרונית אינני שולל דרך תקיפה שכזו ואולם הדבר מותנה בכך שאין להסיר את העמימות באמצעות פרשנות, והרי התפיסה המקובלת אצלנו גורסת שפרשנות היא הדרך העדיפה לפתרון סוגיות הנושקות בשאלות חוקתיות וזאת טרם שאנו מגיעים לאמצעי האחרון של ביטול החקיקה. ראו: פסקי הדין של הנשיא א' ברק והשופטים (כתוארם אז): מ' חשין ו-ד' ביניש ב-בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ"ט (4), 241 (2004); פסק דיני ב-רע"א 7204/06 ישראלה ארליך נ' יהושע ברטל בפסקה 40 (22.08.2012). עיינו גם במשפט המשווה – פסק דינו של נשיא בית המשפט העליון בארה"ב, השופט רוברטס בדעת הרוב שניסח בפרשת *National Federation of independent Business v. Sebelius*, 132 S.ct.2566, (2012) 2593-94.

הנה כי כן ניתן להקטין את העמימות כאן, ככל שהיא קיימת, ע"י פרשנות ובנקודה זו אני מצטרף בהסכמה לאמור בחוות דעתה של חברתי, השופטת א' חיות. הוא הדין באשר להערת ההסתייגות שהשמיעה חברתי השופטת א' חיות ביחס לגישה הגורסת "עיוורון צבעים" בשיח השוויון. גם בנושא זה אני שותף לדעתה ואף התבטאתי ביחס לסוגיה זו בעבר ב-בג"צ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (31.08.2010). ברצוני להוסיף על הדברים הללו עוד מעט בהתייחס להקשרים כאן. זאת אעשה מיד בסמוך.

6. לגישתי, השוויון "עיוור הצבעים" – איננו יכול לשמש אמת מידה בלעדית לפסילת הפליה נטענת, או לפסילת העדפה מתקנת. לצידו של ה"שוויון הניטרלי" קיימים אינטרסים נוספים לשם אבחון בין הפליה אסורה לבין אבחנה מותרת, או העדפה מתקנת, כגון: מטרת ההוראה הנדונה, הצורך לשמור על המרקם החברתי (לרבות פרקטיקות תרבותיות של מיעוטים שונים), עידוד הגיוון והמעורבות בחברה ועוד. עיינו: עת"מ (ירושלים) 1320/03 אלקסלסי נ' עיריית ביתר עילית פסק דינו של השופט ב' אוקון פ"מ, מינהליים (תשס"ג) 641 (2004). עם זאת, הסוואה לא תציל הפליה. המהות קובעת ולא הצורה. ראו: בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 176 מפי השופט י' זמיר (2000). לכן ניסיון להיתפס לנימוק דתי כביכול על מנת להצדיק הפליה עדתית – נמצא פסול. ראו: עניין נועד כהלכה. יתר על כן ניסיון "ההסוואה" כשלעצמו מעיד על כך שמי שמסווה יודע ומבין שמדובר בהפלייה אסורה, או בלתי ראויה.

מאידך גיסא אם טעמי הדחיה, או ההעדפה המתקנת הם גלויים וההחלטה עומדת בחובת ההנמקה – ניתן לבקרו ולבדוק אם הם מוצדקים, או פסולים, ואף כאן יתכנו חילוקי דעות מהותיים. ראו במשפט המשווה דעות הרוב והמיעוט בפרשת PARENTS INVOLVED IN COMMUNITY SCHOOLS v. SEATTLE SCHOOL DISTRICT No. 1, 551 US 701 (2007) (להלן: עניין PARENTS INVOLVED) וחילוקי הדעות שנתגלעו בבריטניה בפרשת R v. JFS (2009) U.K.S.C 15 (להלן: עניין JFS). בשתי הפרשיות הנ"ל דעות המיעוט הליברליות נראות לי יותר מדעות הרוב שהושמעו שם וצידדו בשוויון "עיוור צבעים". לא ארחיב בנושא זה פה ואסתפק בציון העובדה כי דעת

הרוב בעניין JFS ראתה בקריטריון קבלה של תלמיד לבית הספר היהודי שם, בהסתמך על המבחן האורתודוקסי של לידה לאם יהודיה, או גיור כהלכה – שימוש בקריטריון מפלה שיש בו אבק גזענות (הפליה על בסיס אתני) וזאת תוך התעלמות ממטרתו של בית הספר – להעניק חינוך בעל צביון יהודי לתלמידים יהודים אורתודוקסיים (דבר שהוא מותר ואפשרי בבריטניה). דעות המיעוט שם מצאו מנגד הצדקות שונות – מלאות או חלקיות – לעמדת בית הספר היהודי, זאת ככל שההיתלות ב"נימוק הדתי" היה שקוף, כן ואמיתי ולא בא בגדר "הסוואה" להפליה פסולה.

עיינו בהערות לגבי פסק הדין: J.H.H Weiler "Discrimination and Identity in London: The Jewish Free School Case" in JEWISH REVIEW OF BOOKS, Number 1, Spring 2010; Paul Barber "State Schools and Religious Authority: Where to Draw the Line" 12 ECCLESIASTICAL LAW JOURNAL 224 (2010); Anat Scolnicov "A Question of Faith" 69 THE CAMBRIDGE LAW JOURNAL 220 (2010); Michael Connolly "Racial Groups, Sub-Groups, the Demise of the But For Test and the Death of the Benign Motive Defence: R (on the application of E) v Governing Body of JFS" 39 INDUSTRIAL LAW JOURNAL 183 (2010)

הוא הדין עם דעת המיעוט בענין PARENTS INVOLVED, שם השופט BREYER (אליו הצטרפו השופטים SOUTER, STEVENS ו-GINSBURG) קבע כי איסור הפליה ופגיעה על בסיס גזעי – איננו שולל העדפה אתנית שלהם כדי להגביר את שילובם של בני אותה קבוצה בחינוך ובחברה.

עיינו בהערות לגבי עניין PARENTS INVOLVED בארצות הברית – Michelle Adams "Stifling the Potential of Grutter v. Bollinger: Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1" 88 B.U.L REV. 937 (2008); Reginald Oh "On Account of Race or Color: Race as Corporation and the Original Understanding of Race" 72 ALB. L. REV 1027 (2009); Edward C. Combs, Jr. "Parents Involved in Community School v. Seattle School District No. 1: An Endorsement of de-facto Segregation?" 12 BARRY L. REV. 225 (2009); Haley Heath "Comment: Maintaining Diversity After Parents Involved: Supreme Court Precedent Renders Arkansas's School Choice Statute Unconstitutional, and the State Should Respond by Abolishing School Choice" 63 ARK. L. REV 321 (2010)

7. העולה מן המורם מלמד שבעתיד יהיה מקום לבחון כל החלטת סירוב על פי נסיבותיה, מטרתיה ונימוקיה והמרקם החברתי בו מדובר (עיינו והשוו: בג"צ

4293/93 מונה ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מ"ח (5) 199 (1994); יפה זילברשץ, בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האמנם רק זכותו של המיעוט, משפט וממשל ו' 87 (תשס"א-תשס"ב); ד"ר גרשון גונטובניק, הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 401-389 (2010) (להלן – גונטובניק).

הנה כי כן התיקון החקיקתי ככזה איננו פסול חוקתית רק משום שמאן שהוא עלול לעשות בו שימוש לרעה, שהרי אז ינתן הסעד המשפטי ההולם (עיינו: גונטובניק שם, שם).

8. נותרה לדיון הפסילה של סעיף הרכב ועדות הקבלה, בה צידד חברי השופט נ' הנדל. הנני חולק עליו בנקודה זו – משורה של טעמים:

(א) הנושא נטען בשפה רפה ע"י העותרים, ולא בכדי, שכן סעד הפסילה פה הוא מרחיק לכת יתר על המידה.

(ב) הפסיקה הכירה בכך שמוסד ועדות הקבלה הוא לגיטימי ותואם את צורת ההתיישבות הקהילתית המיוחדת. ראו: ע"א 3962/97 בארזתיים מושב עובדים להתיישבות נ' מרים, פ"ד נ"ב (4), 614, 620 (1998). עיינו: גונטובניק עמ' 396-397.

(ג) בהנתן האמור בס"ק (ב) שלעיל (שוועדות הקבלה הן לגיטימיות) – לא נראית לי הגישה (הרווחת לאחרונה) כי יש להרחיק את הנוגעים בדבר מהאינטרסים עליהם הם מופקדים על פי דין. ואכן מי ראוי לקבוע אם מועמד כלשהו יתקבל, או יידחה? דומני שבראש וראשונה מי שצריכים לתת את הדעת לענין זה הם חברי הקהילה ונציגיהם (כך בישובים קהילתיים, כך בקהילות דתיות, כך גם בדיני תאגידיים). מבלי לגרוע מהאמור – ברור שאם יש כללים סטטוטוריים מחייבים בנושא (כמו סעיף איסור ההפליה שהוכנס פה לתיקון החקיקתי) הם מחייבים – וחברי ועדות הקבלה צריכים לציית

להם, מה גם שכל סטייה ניתנת לבקרה ולביטול במנגנונים שהוסדרו כאן בתיקון החקיקתי.

יחד עם זאת אפילו יהיה מי שיסבור אחרת – זוהי בחירת המחוקק, והדבר מצוי בפירוש בלב "מתחם החקיקה".

9. לבסוף מוצא אני לנכון לסיים בהערה שהשמיע בשעתו המשנה לנשיא, השופט מנחם אלון ז"ל, שראה להזכיר אמת חשובה:

"דרישת הטובלנות מטעם הרוב כלפי המיעוט מן הראוי שתאוזן במידה מסוימת של סבלנות מטעם המיעוט כלפי הרוב, איזון שיימצא לפי משקלו הסגולי של כל אחד משני הערכים המתנגדים"
(ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מ"ו (2), 464, 507 (1992)).

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות של הנשיא א' גרוניס, המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים א' רובינשטיין, א' חיות ו-ח' מלצר, לבטל את הצו על תנאי ולדחות את העתירות, בלא שייעשה צו להוצאות. זאת, בניגוד לדעתם החולקת של השופטת (בדימ') ע' ארבל והשופטים ס' גובראן, י' דנציגר ו-נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ב באלול התשע"ד (17.9.2014).

שופט (בדימ')

המשנה לנשיא

הנשיא

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט