

להציל את הקופסה הכחולה

מאת: יואל גולובנסקי ואריאל גלבוש

האם יש עוד תקווה לציונות בבית המשפט הישראלי?

לכאורה, זוהי שאלה מפתיעה. המערכת המשפטית של ישראל הרי מחויבת להלכה לחזון המדינה היהודית. ככלות הכל, העמדה הציונית, כפי שהדגיש נשיא בית המשפט העליון לשעבר שמעון אגרנט בשנת 1965, היא בבחינת "נתון קונסטטוטיוני"; "לא זו בלבד שישראל הנה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל'", כתב באחד מפסקי הדין המפורסמים שיצאו תחת ידו.¹ ובכל זאת, אף ששום שופט ישראלי לא הכריז מעולם על פקיעת תוקפה של הקביעה הזאת, ספק רב אם יורשיו של אגרנט נכונים להתייבב מאחוריה ולהעניק לה את תמיכתם הבלתי מסויגת. נדמה כי ההיפך הוא הנכון. שלושה מקרים שהובאו בפני בית המשפט העליון במהלך שני העשורים האחרונים העמידו במבחן את מחויבותן של רשויות המשפט במדינה – ובראש ובראשונה בג"ץ – לעיקרי היסוד של הציונות; והתוצאה, כפי שהיא מסתמנת בשלב זה, צריכה להטריד את מנוחתו של אותו רוב מכריע בחברה הישראלית, המאמין עדיין ברעיון המדינה היהודית.

המקרה הראשון, שזכה לתהודה ציבורית רבה, נוגע לעניינו של עאדל קעדאן, אזרח ערבי-ישראלי שפנה בשנת 1995 ליישוב הקהילתי קציר וביקש לחכור מגרש בתחומיו כדי לבנות בו את ביתו. הסיכוי כי הפנייה תיענה בחיוב לא היה גבוה במיוחד מלכתחילה. קציר, הממוקם באזור נחל עירון, נבנה ב-1982 בידי הסוכנות היהודית, על אדמה שחכרה ממינהל מקרקעי ישראל. לנגד עיניה של הסוכנות עמד אז הצורך להגביר את הנוכחות היהודית במרחב התפר, שבו יושבת אוכלוסייה ערבית גדולה. בתקנות היישוב נקבע אפוא כי החברות בו פתוחה רק לאדם ש"סיים שירות [ה]חובה לפי חוק שירות ביטחון... או משוחרר משירות חובה על פי חוק זה או ששירותו הצבאי נדחה לפי חוק זה".² למותר לציין שעאדל קעדאן לא עמד בתנאים הללו.

לאחר שבקשתו נענתה בשלילה, עתר קעדאן לבג"ץ. במרס 2000, בתום דיונים ממושכים, הגיע בית המשפט להכרעה בפרשה וקיבל את עמדת העותר כי הקמת יישובים המיועדים ליהודים בלבד סותרת את עקרון השוויון. בפסק דין מעורר מחלוקת קבע בג"ץ כי "המדינה לא הייתה רשאית על פי דין להקצות מקרקעי המדינה לסוכנות היהודית לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של אפליה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים". נשיא בית המשפט העליון דאז, אהרן ברק, שעמד בראש ההרכב, הטעים ש"לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים אפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים אפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים".³

ארבע שנים מאוחר יותר חזר הסיפור על עצמו בשינויים קלים. בשנת 2004 ביקשו פואד ובהאא עתאמנה אבו ריא, רופא ומשפטנית, לרכוש בית בשכונת המכוש בכרמיאל, שנבנה על קרקע בבעלות הקרן הקיימת לישראל (קק"ל). מנהל מקרקעי ישראל, המנהל ומשווק את אדמות הקרן, סירב לאשר את העסקה, בטענה שתזכיר קק"ל מאפשר ליהודים בלבד לחכור את הנכס. משפחת אבו ריא פנתה לבג"ץ, ובעקבותיה – האגודה לזכויות האזרח והארגונים הערביים 'עדאלה',

ויהמרכז לתכנון אלטרנטיבי, שהגישו עתירות כוללניות נגד מינהל מקרקעי ישראל, בטענה כי מדיניותו בהקצאת קרקעות קק"ל נוגדת את ערך השוויון ומפלה לרעה את אזרחיה הלא-יהודים של ישראל.⁴ העתירה הראשונה נקטה בלשון החריפה מכולן, כאשר קבעה שמדובר במדיניות 'בלתי חוקית בעליל אשר דגל שחור מתנוסס מעליה'.⁵

בעייתם של בני הזוג אבו ריא נפתרה בינתיים, באופן נקודתי,⁶ אך העתירות הכלליות והעקרוניות, המערערות על עצם זכותה של הקרן ליעד את האדמות המצויות בבעלותה להתיישבות יהודית בלבד, עודן תלויות ועומדות בבג"ץ. קק"ל הגיבה לעתירות בטענה שקבלתן משמעה שלילת הציונות והוקעתה כגזענות, אולם המדינה, במעמדה כמשיבה מטעם מינהל מקרקעי ישראל, סברה אחרת. היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, קבע חד-משמעית כי הצדק עם העותרים. "העיקרון החוקתי המחייב את מינהל מקרקעי ישראל לנהוג בשוויון בהקצאת המקרקעין חל... אף בכל הנוגע לאדמות קק"ל", גרס. "עקרון זה חל אף אם היה בו משום סתירה לתזכיר ההתאגדות של קק"ל".⁷ אף שנכון למועד כתיבת הדברים האלו בג"ץ טרם הכריע בסוגיה, הרי שהתבטאויותיהם של שופטי ההרכב הדין בעתירות – ובראשם נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש – מלמדים שדעתם כדעתו של היועץ המשפטי.⁸

הסכר, על כל פנים, נפרץ. בשנת 2006 פנו אחדד ופאתינה זבידאת, זוג טרי, ליישוב הקהילתי רקפת שבחבל משגב בצפון הארץ בבקשה להתגורר בו. כפי שנהוג בכל ישוב קהילתי, הליך הקבלה לרקפת כולל הפנייה למכון אבחון פרטי כדי שזה יקבע את מידת "ההתאמה החברתית" של המועמדים. לאחר בדיקה קבעו מאבחני המכון כי בני הזוג אינם מתאימים לחיי הקהילה, בשל כישוריו החברתיים הבעייתיים של מר זבידאת ואופייה האינדיבידואליסטי של רעייתו. על יסוד אבחון זה החליטה ועדת הקבלה האזורית של משגב, ובעקבותיה ועדת הערר של מינהל מקרקעי ישראל, כי בני הזוג אינם יכולים להתקבל ליישוב.⁹

מובן שבכך לא הסתיימה הפרשה. בני הזוג זבידאת, בשיתוף פעולה עם הארגונים 'עדאללה', 'הקשת הדמוקרטית המזרחית' ו'הבית הפתוח בירושלים', עתרו לבג"ץ כנגד החלטת ועדת הקבלה האזורית וכנגד השימוש בקריטריון ההתאמה החברתית במסגרת הליכי ההצטרפות לרקפת בפרט וליישובים קהילתיים בכלל. בכתב העתירה שהגישו נטען כי קריטריון זה משמש בפועל לאפליה "מנימוקים הקשורים בתכונות אישיות, מעמד חברתי ואישי, השקפות פוליטיות, צבע עור ומוצא עדתי או לאומי", תוך פגיעה בזכויות היסוד לכבוד, לחירות ולשוויון. "לא ייתכן להגביל אזרח ישראלי לבנות ביתו על קרקע ציבורית, שכללי המשפט הציבוריים מחייבים את חלוקתה באופן שוויוני ועל פי קוד הצדק החברתי", כתבו העותרים.¹⁰ באוקטובר 2007 הוציאה שופטת בג"ץ מרים נאור צו ביניים המורה למינהל מקרקעי ישראל וליישוב רקפת לשריין מגרש לבני הזוג זבידאת.¹¹

היהו בוודאי מי שיזהו בשלושת המקרים הללו יד מכוונת, וייחסו לארגונים הערביים המעורבים בהם ניסיון מחושב ושיטתי להשפיע על המפה הדמוגרפית-התיישבותית של מדינת ישראל ולטשטש את אופייה הלאומי. אפשר שיש גרעין של אמת בסברה זו ואפשר שלא; כך או כך, השאלות שהמקרים הללו מעלים נוגעות בליבה החשופה של המפעל הציוני, ומלבנות את הוויכוח הניטש על תכליתו ועל צדקתו גם בעצם הימים האלה.

ואמנם, בהקשר הזה ראוי לחזור ולהזכיר: אף שהציונות לא הייתה מעולם תנועה מונוליתית, ואף שהזרמים השונים שלהם התפצלה במשך השנים יצקו לתוכה תכנים מתכנים שונים, ההתיישבות היהודית בארץ ישראל נתפסה תמיד בעיני כל מרכיביה של התנועה הלאומית כיעד ראשון במעלה.

היעד הזה השלים מטרה נכספת אחרת – עליית היהודים למולדתם ההיסטורית – ונחשב בעיני הציונים לדורותיהם לעמוד התווך של הבית הלאומי כולו. על מלאכת הגשמתו הופקדו מוסדות דוגמת ההסתדרות הציונית, קק"ל והסוכנות היהודית, שעסקו – בסיועם ובתמיכתם של אנשים פרטיים – ברכישת קרקעות בכל רחבי הארץ לצורך "גאולת האדמה". מזמור פופולארי שהושר בפי ילדים יהודים בכל רחבי העולם ביטא היטב את המאמץ הקולקטיבי הזה ואת תכליתו: "אספר לך, הילדה, / וגם לך, הילד, / איך בארץ ישראל / אדמה נגאלת: // דונם פה ודונם שם, / רגב אחר רגב – / כך נפדה אדמת העם / מצפון עד נגב. // על הקיר תלויה קופסה / זאת קופסת התכלת – / כל פרוטה שנכנסה / אדמה נגאלת".¹²

עתירותיהם של קעדאן, אבו ריא וזבידאת (ואחרים בעקבותיהם) מעמידות את רעיון ההתיישבות היהודית בסימן שאלה משפטי, פוליטי ומוסרי. הן מציגות אותו כגילוי של אפליה בוטה על רקע אתני, שאינה הולמת מדינה נאורה. תהא אשר תהא דעתנו על המניעים האמיתיים העומדים מאחורי העתירות הללו, אין ספק שהן ראויות לדיון רציני ונוקב. ואמנם, אם משמעותה האמיתית של דרישתן להקצאת קרקעות שוויונית – או שוויונית לכאורה- היא העמדתה לדין של הציונות עצמה, כי אז מן הראוי להציב כנגדה, וכנגד נטייתן של רשויות המשפט להיענות לה בחיוב, עמדה מגובשת ומנומקת בזכות שמירת צביונה היהודי של מדינת ישראל.

ב

איש לא יערער על חשיבותו של ערך השוויון בכל דמוקרטיה ראויה לשמה, וישראל אינה יוצאת דופן בהקשר זה. במגילת העצמאות נקבע כי "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת גזע ומין". אף שהצהרה זו אינה עולה תמיד בקנה אחד עם המציאות, מטעמים שעוד נעמוד עליהם, האידיאה שהיא מבטאת נתפסת בעיני רבים כתכלית מחייבת. ואמנם, המשפט הישראלי מייחס לזכות לשוויון מעמד חוקתי על-חוקי;¹³ בלשונו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר, משה לנדוי, היא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".¹⁴

ועם זאת, למרות חשיבותה, הזכות לשוויון אינה מוחלטת ואינה בלעדית. ראוי וצריך לשקול אותה מול זכויות יסוד אחרות וערכים נוספים, שגם להם מחויבות מדינות נאורות. לעתים נאלצת השאיפה לשוויון, נאצלת ככל שתהיה, לסגת מפני הצורך להבטיח את חירויות האדם, לקיים את עקרון הכרעת הרוב, לשמור על מסגרת של תחרות חופשית וכיוצא בזה. כל אחד מן הערכים הללו הינו מרכיב נחוץ והכרחי לקיומה של חברה פתוחה. דמוקרטיה אינה יכולה, למשל, לבטל את זכות הקניין של אזרחיה כדי לחלק מחדש את נכסיהם באופן שוויוני יותר. ההיסטוריה הוכיחה שהניסיון ליצור חברה על בסיס אוטופי כזה מוביל לכינונה של רודנות טוטאליטרית – ניגודה המוחלט של מהדמוקרטיה והגרוע שבמשטרים.

נוסף על כך, יישומה המעשי של הזכות לשוויון אינו תמיד עניין חד-משמעי. לא פעם יש לפרשה תוך התחשבות בשיקולים רחבים יותר של צדק. מדיניות של "אפליה מתקנת", לדוגמה, פוגעת לעתים בשוויון הפורמאלי כדי לקדם שוויון מהותי יותר ולסייע לקבוצות שסבלו לאורך השנים מקיפוח ומהדרה במאבק על עמדות כוח והשפעה. כך, למשל, נוהגות אוניברסיטאות המעניקות הקלות שונות למועמדים משכבות מצוקה או מן הפריפריה, שלא היו מתקבלים אל שורותיהן בתנאים של תחרות חופשית; וכך נהג גם בג"ץ, שקבע בשנת 1994 בפסק דין תקדימי כי יש לבטל

את מינויים של שלושה דירקטורים בחברות ציבוריות, כיוון שראוי היה להשתדל יותר לאייש עמדות אלה בנשים, גם אם כישוריהן נופלים מאלו של הגברים שכבר נבחרו לתפקיד.¹⁵

הזכות לשוויון נסוגה לא רק מפני זכויות יסוד אחרות ושיקולים של צדק, אלא גם מפני אינטרסים חשובים של המדינה ושל החברה. כך, למשל, מועמדים למשרות רגישות, הכרוכות בסיווג בטחוני גבוה, נדרשים לעמוד לעתים בקריטריונים שיש בהם משום נקיטת איפה ואיפה בין אזרחי ישראל. ואכן, ישראלים ממוצא ערבי יתקשו למצוא עבודה בצה"ל, בשירותים החשאיים, בתעשיות הצבאיות ובמוסדות נוספים שתחום פעילותם נוגע ישירות לביטחון המדינה. במקרים אחרים, הרשויות דווקא מעוניינות להעניק הטבות מסוימות לבני מיעוטים, גם אם כוונתן אינה בהכרח לתקן עוול כזה או אחר. דוגמה מובהקת היא החלטתה של מדינת ישראל להקים שבע עיירות בדוויות בנגב כדי לעודד אוכלוסייה זו להתיישבות קבע. לשם כך הקצתה המדינה מגרשים ושיווקה אותם במחיר מוזל במיוחד. והנה, כאשר אזרח יהודי בשם אליעזר אביטן פנה ליישוב שגב שלום, שיועד להתיישבות בדווית, בבקשה לחכור בו מגרש, סירב מינהל מקרקעי ישראל להיעתר לבקשתו בטענה שאינו עונה על הקריטריונים – דהיינו, כיוון שאינו בדווי. אביטן פנה לבג"ץ בטענה לאפליה, אולם עתירתו נדחתה. השופט תיאודור אור, שישב בדין, נימק את החלטת בית המשפט:

קיים אינטרס ציבורי לסייע לבדווים להתיישב התיישבות קבע ביישובים עירוניים... משיקולים תכנוניים וציבוריים אחרים, הקשורים בצורך לפנות אדמות מדינה שנתפסו על ידי בדווים ולהרוס מבנים אשר נבנו ללא רישיון. אינטרס זה, כשהוא משולב בצורך בשינוי ערכים, מנהגים והליכות של המגזר הבדווי מזה דורות רבים, מצדיק את העדפתם של הבדווים במתן מגרשים בתנאים מסובסדים ביישוב שנועד ליישובם יישוב קבע.¹⁶

במצבים כאלה ואחרים, הזכות לשוויון מופרת או מוגבלת בשל מדיניות המבקשת להיטיב עם מיעוט. ברם, משטר דמוקרטי עשוי לגלות העדפה מסוימת גם כלפי קבוצת הרוב. העדפה מסוג זה מאפינת את מדינת הלאום, המקיימת זיקה מיוחדת אל אומה בעלת זהות תרבותית ו/או אתנית מובחנת.

ישראל, המשתייכת לקטגוריה זו של מדינות, מואשמת תכופות על ידי מבקריה כי הזדהותה המוסדית והתרבותית עם הקיבוץ הלאומי של העם היהודי, החי ברובו מחוץ לגבולותיה, פוסלת אותה מלהיחשב דמוקרטיה נאורה. המבקרים מצביעים בהקשר הזה על מדיניות ההגירה הישראלית – ובעיקר על חוק השבות, המעניק אזרחות באופן אוטומטי לכל יהודי העולה ארצה – ורואים בה צורה חמורה במיוחד של אפליה מטעמי מוצא.¹⁷ אלא שהמשפט הבינלאומי והנורמות החוקתיות הנהוגות במדינות אחרות בעולם המערבי מציינים תמונה אחרת. מספר לא מבוטל של מדינות אירופיות, ובהן גרמניה, פינלנד, יוון, פולין, אירלנד וסלובניה – אם לציין רק כמה דוגמאות בולטות – מעניקות לבני הלאומים שלהן החיים בפזורה פריבילגיות מיוחדות בכל הנוגע להגירה, לקבלת מעמד תושב ולהתאזרחות. כפי שמציינים אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין בספרם ישראל ומשפחת העמים, "זכותה של מדינת לאום להעניק לבני הלאום שלה, שהם אזרחי מדינות אחרות, יחס מועדף בחוקי הגירה והתאזרחות, היא נורמה רווחת ומוכרת באירופה הדמוקרטית".¹⁸ ואמנם, ועדה מיוחדת של משפטנים מומחים לענייני זכויות האדם ליד מועצת אירופה (הידועה גם כ"ועדת ונציה") הכירה באוקטובר 2001 בלגיטימיות של הקשר בין קהילה אתנית תרבותית ובין "מדינת הקרבה" (kin-state) שלה, ובזכותה של מדינה כזאת לדאוג לאינטרסים של אלה שהיא רואה כבני עמה ולסייע להם לשמור על זהותם במקומות מושבם.¹⁹

גם בהדגשת מוטיבים ותכנים יהודיים בסמלי המדינה, בהמננה ובמוסדותיה ישראל אינה נבדלת ממדינות אחרות, שאין חולקים על אופיין הדמוקרטי. סמל הצלב הנוצרי מתנוסס, למשל, על דגליהן של שווייץ, שבדיה, פינלנד והממלכה המאוחדת. נוסף על כך, חוקות לא מעטות מעניקות לדת או לכנסייה כלשהי מעמד רשמי בכיר במדינה. כך הוא המצב בנורווגיה, בדנמרק, באנגליה וביוון. "המציאות בעולם הדמוקרטי המודרני היא כזאת שלא ניתן לטעון כי ה'נייטרליות' היא העיקרון השליט, ואילו הסטיות מעיקרון זה הן חריגות שוליות בלבד", מעירים יעקבוסון ורובינשטיין.²⁰ מובן שהמיעוטים החיים במדינות המוזכרות – יהודים, מוסלמים, זרמים שונים בנצרות – עשויים לחוש שלא בנוח עם סמלים ממלכתיים והסדרים חוקתיים שאינם משקפים את אמונותיהם ואת תרבותם; ועם זאת, ערכי הדמוקרטיה המקובלים אינם מאלצים את מדינת הלאום לוותר על צבינה המיוחדת לטובת מיעוט כזה או אחר המתגורר בתוכה.

אבל הלגיטימציה של קבוצת הרוב בישראל לעצב את המדינה ברוח הזהות היהודית שאובה לא רק מן החוק הבינלאומי ומן הנורמות הנהוגות בדמוקרטיות מערביות אחרות, אלא גם מן ההיסטוריה של הלאום הזה ומן הנסיבות שדחקו בו לכונן ישות ריבונית בארץ ישראל. היהודים סבלו רדיפות, פוגרומים והשפלה לאורך אלפיים שנה, וניצבו תחת איום ממשי של הכחדה פיזית אך לפני עשורים ספורים. בניגוד לערבים תושבי הארץ, אין באפשרותם לבטא את מורשתם ואת שאיפותיהם הלאומיות בשום מקום אחר. במובנים חשובים, מדינת ישראל מושתתת על הניסיון ליצור מסגרת של העדפה מתקנת – פוליטית, משפטית, תרבותית – לעם היהודי. לפיכך, למרות טענותיהם של הפלסטינים בדבר העוול ההיסטורי שנגרם להם, בפרספקטיבה רחבה ניצבת הציונות על אדנים מוצקים של צדק. כך סברו גם אומות העולם שתמכו בהקמת בית לאומי לעם היהודי-תמיכה שבאה לידי ביטוי באישור כתב המנדט הבריטי בידי מועצת חבר הלאומים ב-24 ביולי 1922, בכפוף להתחייבותה של ממשלת הוד מלכותו בהצהרת בלפור, ובהחלטת העצרת הכללית של ארגון האומות המאוחדות על אישור תכנית החלוקה ב-29 בנובמבר 1947.

הקצאת קרקעות להתיישבות יהודית בלבד אינה מדיניות אתנוצנטרית במפגיע, הנובעת משנאת הזר. היא משרתת את אחת המטרות המרכזיות שקבעה לעצמה הציונות: יצירת סביבה שבה יכולים היהודים לפתח את זהותם הלאומית והתרבותית. מאחר שזהותו של אדם נקבעת ומתגבשת במידה רבה בהשפעת החברה הסובבת אותו, בוחרים רבים לחיות במסגרות קהילתיות, שבהן יש באפשרותם לפתח ולטפח יחדיו מכנה משותף תרבותי ו/או אתני. גם התיאוריה הליברלית, העומדת לנגד עיני אבירי זכויות האזרח, מצדיקה, בעיקרון, את הבחירה הזאת ורואה בה מימוש של זכות מהותית.²¹ בג"ץ כבר השמיע את דעתו ש"קיימים מצבים בהם טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול חוקי"; דא עקא שבפסק הדין בפרשת קעדאן הוא רמז גם שהזכות לקיים חיי קהילה על יסוד עקרון זה שמורה רק למיעוטים המבקשים לשמור על אורחותיהם; היהודים, המהווים רוב במדינה אינם יכולים, על פי ההיגיון שהתווה בית המשפט, לתבוע אותה לעצמם.²² המשפטן אליאב שוחטמן, שמתח ביקורת נוקבת על פסיקת בג"ץ, עמד היטב על חולשתה של טענה

: 11

אינני סבור שזכותה של קבוצה לשמור על תרבותה ועל אורח חייה ורצונה למנוע התבלבלות כפויה צריכות להיות נחלתן של קבוצות מיעוט בלבד. סבורני, שרבים הם היהודים החיים בארץ אשר

עזבו את מקומות מושבם בגולה כדי לשמר את תרבותם ואת אורחות חייהם במסגרת יהודית. וכי זכותם של יהודים אלה – שייתכן כי הם הרוב – צריכה להיות מקופחת רק משום שהם נמנים עם הרוב? ושמה צריכים היהודים בארצם לשאוף לחזור למצב של מיעוט כדי ליהנות מן הזכות לשמר את תרבותם ואת אורחות חייהם באין מפריע?²³

טעם נוסף ליישוב אוכלוסייה יהודית ברחבי ישראל הוא החשש מפני איריזנטיות ערבית. כפי שמדגישה המשפטנית רות גביזון, לשעבר נשיאת האגודה לזכויות האזרח, "לישראל יש הצדקה מלאה להקים יישובים יהודיים על מנת למנוע יצירת רצף טריטוריאלי של ערים וכפרים ערביים בתחומה, העלולים לחבור אל ריכוזי אוכלוסייה ערביים מעבר לגבול ולתבוע פרישה מן המדינה. נטרול האיום של תהליכי פרישה והיפרדות הוא יעד לגיטימי של רשויות המדינה".²⁴ ואמנם, ההיסטוריה הוכיחה שמדינות לאום – ואפילו מדינות רב-לאומיות – מתקשות לשלוט באזורים שבהם התבסס רוב דמוגרפי מוצק של אוכלוסייה החשה כלפיהן ניכור ואף עוינות. כך אירע, למשל, לגרמניה, שאיבדה את מחוז אלזס-לורייין לצרפת לאחר מלחמת העולם הראשונה; לצ'כוסלובקיה, שנאלצה למסור את חבל הסודטים לגרמניה הנאצית ב-1938; ולסרביה, שניסתה לשווא שמר את שליטתה בקוסובו – ניסיון שסבך אותה בעימות מזוין עם כוחות נאט"ו ב-1999 ושעלה סופית בתוהו עם הכרזת העצמאות החד צדדית של החבל בפברואר 2008.

הנה כי כן, השמירה על צביונם היהודי של יישובים שונים המפוזרים ברחבי הארץ – ובעיקר אם מדובר בקהילות קטנות יחסית – היא כורח המציאות הגיאוגרפית כשם שהיא מוצדקת מסיבות היסטוריות ומעוגנת בנורמות רווחות במשפט העמים. כמובן, ישראל אינה רשאית להפלות את המיעוטים החיים בקרבה. ואולם, אפילו מדיניות שוויונית אין פירושה בהכרח חלוקה שווה של כל משאב ומשאב באופן דווקני וללא מחשבה יתרה. יש לקחת בחשבון את התמונה הכוללת ואת הצרכים השונים של האזרחים והקבוצות השונות. המדינה היהודית יכולה לממש את חובותיה כלפי אזרחיה הלא-יהודים באופנים שונים: היא יכולה להקצות יישובים או שכונות נפרדות ללא-יהודים (כפי שאמנם נהגה ביחס לאוכלוסייה הבדווית); להוציא מכרזים המיועדים לבני מיעוטים בלבד, במקומות שבהם שוכנת אוכלוסייה גדולה מאותו מגזר, או להעניק להם עדיפות במכרזים בערים מעורבות. כל הדרכים הללו פתוחות בפני המדינה היהודית, ובלבד שתזכור את התכלית שלשמה נועדה מלכתחילה, ואת העובדה שערך השוויון, היקר כל כך ללבם של שוחרי הדמוקרטיה בישראל ובעולם כולו, אינו יכול לשמש אמתלה לפגיעה בזכויותיו של לאום הנלחם על עצם קיומו במדינה משלו.

ג

למרבה הצער, זה זמן מה שרשויות המשפט במדינה, ובג"ץ בראשן, מתנערות בהדרגה מן העקרונות המונחים ביסודו של מפעל ההתיישבות היהודית. נטייה זו באה לידי ביטוי מובהק ביחסן לקק"ל, אחד הגופים המרכזיים המשרתים את החזון הציוני. הקרן, שמילאה תפקיד מכריע בשיבת עם ישראל למולדתו ההיסטורית, מוצאת עצמה כיום מתגוננת על עצם ההצדקה לקיומה – בעוד שהמדינה לה תרמה כה רבות מפנה לה כתף קרה.

מוטב אפוא שנרענן מעט את זיכרונו בנוגע למטרותיה של קק"ל ולדרך שעשתה עד כה. בשנת 1901, במהלך הקונגרס החמישי של התנועה הציונית בבאזל, הודיע חוזה המדינה, בנימין זאב הרצל, על הקמת 'קרן קיימת לישראל' כזרוע הביצועית לרכישת קרקעות של ההסתדרות הציונית העולמית. שמו של הארגון נלקח מפסוק במשנה – "ואלו דברים שאדם אוכל מפירותיהן בעולם

הזה, והקרן קיימת לו לעולם הבא".²⁵ התנועה הציונית החליטה שהקרן תהיה פרטית, ושמקור הכנסותיה העיקרי יהיה תרומות של יהודים מכל רחבי העולם. הרצל, שראה בחזונו מדינה שבה יחיו גם מיעוטים, קבע שהקרן צריכה לשרת את העם היהודי ואותו בלבד. "הקרן הקיימת היא רכושו של העם היהודי, רכוש שאין לנגוע בו", קבע, והוסיף: "העם יהיה לא רק המייסד של הרכוש לשם מטרה זו, אלא תמיד ותדיר גם בעליו. על ידי כך יימנע שימוש שרירותי, שלא כמטרות המייסד".²⁶ כלל ברזל שאומץ בידי קק"ל כבר מראשית דרכה היה ההחלטה שלא למכור קרקעות אלא להחכירן בלבד, בהתבסס על הפסוק המקראי "והארץ לא תמכר לצמיתת".²⁷

קק"ל נרשמה כחברה פרטית באנגליה בשנת 1907. למן ימיה הראשונים עסקה באינטנסיביות ברכישת אדמות בארץ ישראל עבור העם היהודי – "גאולת קרקעות" בלשון הימים ההם. הודות למאמצי ההתרמה העולמיים הנרחבים שמימנו את פעילותה, עלה בידי קק"ל לקנות, "רגב אחר רגב" כמילות השיר, כמעט מיליון דונם עד קום המדינה. היישובים שקמו על האדמות הללו לא רק פיתחו את החקלאות העברית ושינו את המבנה הסוציו-אקונומי של האוכלוסייה היהודית בארץ; הם גם עיצבו, במידה לא מעטה, את הגבולות שעל פיהם קיבל האו"ם את החלטת החלוקה.²⁸

זמן קצר לאחר הקמת המדינה עוגן מעמדה של קק"ל בדין הישראלי. מתוך הכרה בחשיבות תרומתה של קק"ל למפעל הציוני, חוקקה הכנסת ב-23 בנובמבר 1953 את חוק קרן קיימת לישראל. החוק לא הפך את קק"ל לגוף ממשלתי או ציבורי; היא נרשמה כחברה ישראלית פרטית, והיא מוסיפה להיות כזו עד עצם היום הזה.²⁹ תזכיר הקרן, שאושר בידי שר המשפטים דאז, פנחס רוזן, קבע כי המטרה שלשמה הוקמה היא "לקנות, לרכוש בחכירה או בחליפין, לקבל בחכירה או באופן אחר – קרקעות, יערות, זכויות חזקה ושעבודי הנאה וכל זכויות כיוצא באלו, וכן נכסי דלא ניידים מכל סוג אחר, בתחום שנקבע (והוא כולל לפי מובנו בתזכיר זה, את מדינת ישראל בכל שטח הנתון לשיפוטה של ממשלת ישראל) או בכל חלק ממנו, לשם יישוב יהודים על הקרקעות והנכסים כאמור".³⁰

בעשור הראשון לקיומה של המדינה, עם גלי העלייה הגדולים, פקד את ישראל משבר כלכלי חמור. במשרדי הממשלה תרו אחר מקורות הכנסה שיאפשרו למדינה הצעירה לשאת בנטל. בין השאר פנו הרשויות לקק"ל, שנהנתה מעודפי נזילות, וביקשו ממנה כי תרכוש קרקעות מן המדינה. ב-1949 וב-1950 מכרה המדינה לקק"ל כשני מיליון דונם במסגרת מה שזכה לכינוי "עסקת המיליון הראשון" ו"עסקת המיליון השני". החוגים העומדים מאחורי העתירות נגד מדיניות הקצאת הקרקעות של קק"ל טוענים כיום כי אדמות אלו, שברובן היו נכסי נפקדים ערבים מ-48, הועברו לקרן ללא תמורה הולמת. לדבריהם, העסקאות בין המדינה לקק"ל לא היו אלא מעשה מרמה שנועד להבטיח שליטה יהודית בקרקע ערבית גזולה. אלא שמחקרו של הגיאוגרף ארנון גולן מאוניברסיטת חיפה מעלה כי הקרן שילמה מחיר ריאלי עבור האדמות שרכשה – 18.25 לירות לדונם. אחרי הכל, מטרתן של עסקאות אלו הייתה מלכתחילה הזרמת מזומנים לקופתה הריקה של המדינה.³¹

בשנות החמישים ניהלה קק"ל בכוחות עצמה את הקרקעות שרכשה לאורך השנים. כאשר פנתה אליה המדינה בבקשה שתעביר את ניהולן של האדמות האלה לידי מינהל מקרקעי ישראל, כדי לרכז את הטיפול בקרקעות המדינה בידי גוף אחד, הסכימה קק"ל, אך התנתה מספר תנאים: שהבעלות על האדמות שתמסור לניהול המדינה תיוותר בידיה, כלומר בידי העם היהודי; שקרקעות קק"ל לא תימכרנה, אלא תוחכרנה בלבד; ושמנהל מקרקעי ישראל ינהל את קרקעות

הקרן בכפוף לתזכיר קק"ל, הקובע, כזכור, שרק יהודים יוכלו לחכור את האדמות הללו או לשבת עליהן דרך קבע.

ואמנם, המדינה קיבלה את תנאי קק"ל ועיגנה אותם בשלושה חוקים שהתקבלו בכנסת בשנת 1960. חוק יסוד: מקרקעי ישראל, חוק מקרקעי ישראל התש"ך-1960 וחוק מנהל מקרקעי ישראל התש"ך-1960 מהווים למעשה מקשה חוקתית אחת ומתווים את ההסדרים המרכזיים הנהוגים כיום בישראל בענייני מקרקעין.³² ערב חקיקת החוקים האלה הציע חבר הכנסת משה סנה מהמפלגה הקומוניסטית הישראלית להעביר גם את הבעלות על אדמות קק"ל – ולא רק את ניהולן המעשי – לידי המדינה. חבר הכנסת זרח ורהפטיג, יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, יצא נחרצות נגד הרעיון. "הצעתו של חבר הכנסת סנה היא מרחיקת לכת", אמר. "הוא מדבר על הלאמת הקרן הקיימת לישראל. הוא מציע שכל הקרקעות יהיו מקרקעי המדינה. קרן קיימת לישראל – וזה וודאי זכור לחבר הכנסת סנה – קנתה את כל קרקעותיה תמורת כספים שקיבלה מהעם כולו... וכיוון שהקרקע נקנתה בכספי האומה, הרי היא צריכה להישאר ברשותה של הקרן הקיימת. באיזו זכות אנו יכולים לקחת את קרקעותיה ולהעבירן למדינה?"³³

נוסף על חקיקת הכנסת, התחייבויותיה של המדינה לקק"ל קיבלו משנה תוקף באמנה שנכרתה בין השתיים ב-28 בנובמבר 1961. באמנה נקבע חד-משמעית כי "אדמות הקרן הקיימת לישראל ינוהלו... בכפיפות לתזכיר ותקנות ההתאגדות של הקרן הקיימת לישראל".³⁴ במילים אחרות, המדינה קיבלה על עצמה להחכיר את קרקעות קק"ל, המצויות ב"בעלות העם", לצורך התיישבות יהודית בלבד. כל חריגה מן העיקרון הזה, כך הוסכם, תחייב את הסכמתה של הקרן.³⁵

וחריגות, חשוב להדגיש, אמנם התרחשו לא פעם ולא פעמיים בחלוף השנים, אלא שהמדינה וקק"ל הסדירו אותן לרוב ביעילות. כל אימת שהרשויות נזקקו לאדמות המצויות בבעלותה של הקרן כדי להקצותן למגורי בני מיעוטים – בדרך כלל באזורים שבהם חיו ממילא ריכוזים צפופים של קבוצות אלו, דוגמת המשולש והגליל – הן העניקו לה תמורתן קרקעות באזורים שבהם התגוררה אוכלוסייה יהודית. ברם, נוהג זה הוקפא ב-2004 בהחלטת היועצת המשפטית של מינהל מקרקעי ישראל, רחל זכאי, בעקבות מסקנות הביניים של ועדת גדיש. הוועדה, שמונתה על ידי הממשלה כדי לבחון אפשרויות לרפורמה יסודית בתחום המקרקעין, המליצה על עסקת חילופין גדולה, שבמסגרתה תעביר הקרן עשרות אלפי דונמים של קרקע עירונית לידי המינהל, בתמורה לבעלות על אדמות בהיקף זהה בגליל ובנגב.³⁶

המגעים בין מינהל מקרקעי ישראל ובין קק"ל לקראת ביצוע "עסקת המקרקעין הגדולה" – הנמשכים, רצופי מהמורות, זה שנים מספר – הביאו, כאמור, להפסקת עסקאות החילופין הפרטניות, המצומצמות בהיקפן, בין הגופים. כתוצאה מכך, כאשר ביקשו בני הזוג אבו ריא (שאותם הזכרנו בתחילת המאמר) לרכוש בית על קרקע בבעלות קק"ל, לא ההין מינהל מקרקעי ישראל לפתור את בעייתם על פי המתכונת שהייתה מקובלת עד אותו זמן, והשיב פניהם ריקם. עתירתם לבג"ץ, והעתירות הכוללניות שהגישו בעקבותיה הארגונים הערביים, ערערו על עיקרי היסוד של קק"ל והציגו אותם כפגיעה בוטה בערך השוויון. בטענות אלה אין אולי משום הפתעה של ממש; תשובת היועץ המשפטי, לעומת זאת, מזעזעת את אמות הספים של המפעל כולו.

ואמנם, תמיכת היועץ בעמדות העותרים הערבים עומדת בניגוד גמור לאמנה שנחתמה בין מינהל מקרקעי ישראל ובין קק"ל ב-1961 ולמארג החקיקתי השלם שנועד לעגן את עקרונותיה ואת ייעודה של הקרן במשפט הישראלי; קביעת היועץ המשפטי כי על קק"ל לנהוג באורח שוויוני בהקצאת קרקעותיה לאזרחים משמעה בעצם התנערות של המדינה מהתחייבויותיה כלפי הקרן

וכלפי העם היהודי. יתרה מזו: היא מתעלמת במפגיע מן העובדה שק"ל אינה חברה ממשלתית, המשרתת את ציבור אזרחי המדינה, אלא גוף פרטי, שהוקם למען העם היהודי ובתמיכתו. תגובת הקרן לעתירות שהוגשו נגדה מחדדת את הנקודה שטושטשה, כמדומה, בידי מבקריה:

קק"ל אינה נאמן של הציבור היושב בישראל. נאמנותה של קק"ל נתונה לעם היהודי – בגולה ובארץ... לא זו בלבד שאין מוטלת על קק"ל חובה לפעול לטובת כל אזרחי המדינה, אלא שמוטלת על קק"ל חובה לפעול לרכישת קרקעות לשימושם של יהודים. מסירת קרקעות לשימושם של כל אזרחי המדינה, סותרת, באופן חזיתי, את מטרותיה של קק"ל ואת תכלית קיומה. לקק"ל אסור לפעול להקצעת קרקעות לתושבי המדינה כולם. אם תידרש קק"ל לפעול, בהקצאת אדמותיה, לטובת אזרחי המדינה כולם – משול הדבר לחיסולה ולהלאמת קניינה.³⁷

כדי לחזק טענות אלו פנו לבג"ץ כמה אישים בולטים, ובהם חתן פרס נובל, פרופ' ישראל אומן, רב-אלוף (במיל') משה יעלון ומזכ"ל התק"ם לשעבר דובי הלמן, וביקשו להצטרף כמשיבים לעתירות הארגונים הערביים. בבקשתם הדגישו שבשעה שפעלו כמתרימים וכתורמים בשירותה של קק"ל סברו כי הכסף שגייסו נועד לגאולת אדמות עבור העם היהודי. כל שימוש בקרקעותיה של הקרן לתכלית אחרת ומנוגדת מערער אפוא את בסיס האמון שעליו היא ניצבת:

לקק"ל התחייבות ברורה ונהירה לפעול על פי מטרותיה ולשמור על הקרקעות שרכשה בבעלות העם היהודי – התחייבות חוזית כלפי המבקשים, כתורמים ומתרימים אחרים, והתחייבות על פי דין כנאמן המחויב לפעול על פי תנאי הנאמנות ומטרותיה... לא ניתן כיום, לאחר חלוף של עשרות שנים, במהלכן תרמו היהודים מנכסיהם לקק"ל במטרה לרכוש קרקעות כקניין העם היהודי, לעשות שימוש בקרקעות למטרה שונה מזו אשר לשמה נתרמו הכספים ולשמה נרכשו הקרקעות באמצעותם. לא ניתן לפגוע בהסתמכותם של רבבות יהודים ולהפנות עורף לתורמים וצוואתם. לא ניתן לפגוע בזכויות היסוד של התורמים ולכפות עליהם ליתן קניינם למטרה בה אינם חפצים.³⁸

החתירה תחת מעמדה של קק"ל הכתה גלים גם ברשות המחוקקת. חברי הכנסת זאב אלקין, משה כחלון ואורי אריאל הניחו על שולחן בית המחוקקים הצעת חוק פרטית,³⁹ בתמיכתם של שרים ופרלמנטרים מימין ומשמאל, המבקשת להעניק משנה תוקף להתחייבות שקיבלה המדינה על עצמה ב-1961 לנהל את קרקעות קק"ל בכפוף לתזכיר הקרן – דהיינו, למען יהודים בלבד. ב-18 ביולי 2007 זכתה הצעת החוק לתמיכה רחבה בקריאה טרומית (64 מצדדים מול 16 מתנגדים) – תופעה חריגה בכנסת בשנים האחרונות – ונכון לרגע כתיבת שורות אלו היא מונחת על שולחן ועדת הכלכלה.⁴⁰ מטבע הדברים, היוזמה נתקלה בהתנגדות עזה של הנהגת המגזר הערבי, שאליה הצטרפו קולות רמים באקדמיה ובחוגי התקשורת.⁴¹ הגדיל לעשות עיתון הארץ, שפרסם מאמר מערכת בנושא ב-20 ביולי 2007, תחת הכותרת "מדינה יהודית וגזענית". "החקיקה הזאת משקפת את התדרדרות המפעל הציוני אל תהומות שלא נחזו במגילת העצמאות", קבע הכותב. "הקרן הקיימת אמנם רכשה קרקעות בעבור העם היהודי בהיותו בגולה, אך מדינת ישראל כבר קמה, ועל האדמות לשרת עכשיו את כל אזרחיה".⁴²

דברים אלה מסגירים אי-הבנה בנוגע למהותה של קק"ל, כמו גם בורות מפתיעה ביחס להיסטוריה הציונית. אפשר רק לתהות איזו עמדה היה הכותב נוקט כלפי ההצעה להלאים את אדמות הוואקף המוסלמי, או את נכסי הכנסייה בארץ ישראל, אשר לפי החוקים הפנימיים של ניהולם אינם מוכרים או נמכרים למי שאינם נמנים עם מאמיני הדתות האלה. ספק רב אם בית המשפט הישראלי היה מעלה על דעתו לפגוע בהסדרים המאפשרים אפליה כזאת, בשמו של ערך השוויון. עד לא מכבר, יש לציין, ההקבלה בינם ובין פעילותה הלאומית של קק"ל הייתה מקובלת

גם על החוגים הפרוגרסיביים ביותר של השמאל הציוני. לעניין זה יפה הכרזתו של חתן פרס ישראל יעקב חזן, ממתווי דרכה האידיאולוגית של מפ"ם: "אדמות הקרן הקיימת, שנרכשו בכספי העם היהודי, הן קודש להתיישבות היהודית, כמו שהוואקף המוסלמי הוא קודש לסיפוק צרכיה הסוציאליים של העדה המוסלמית".⁴³

מאז היווסדה, רכשה קק"ל יותר משניים וחצי מיליון דונם מאדמות ארץ ישראל למען העם היהודי. היא הכשירה שטח של מיליון דונם לחקלאות, נטעה יותר מ-223 מיליון עצים, טיפחה 400 אלף דונם של חורש טבעי והקימה 160 מאגרי מים וסכרים ברחבי הארץ.⁴⁴ ובכל זאת, ולמרות כל אלה, המערכת המשפטית של מדינת ישראל רוצה להצר את צעדיה של קק"ל- והסיבה לכך אינה שחיתות שפשתה בקרן או הפרתה את החוק, אלא נאמנותה לחזון שבשמו קמה ושלמענו פעלה ללא ליאות במשך יותר ממאה שנים.

ד

מובן שסיפורה של קק"ל הוא רק חלק מן התמונה. הביקורת הציבורית על מדיניותה ה"מפלה" של הקרן וההתקפה המשפטית על הלגיטימציה שלה מכוונות, בסופו של דבר, כנגד הציונות עצמה. חוגים רבי-השפעה בחברה ובממשד, שאימצו שיח זכויות ליברלי קיצוני, אינם מהססים לצאת, בשמו של ערך השוויון – שאותו רוממו מעל כל עיקרון אחר – נגד האינטרסים הביטחוניים של ישראל, נגד השיקולים המוסריים שהובילו לכינונה בבחינת עשיית צדק היסטורי, ואפילו נגד קדושת זכות הקניין (לפחות במקרה של קק"ל, שהיא, כפי שהדגשנו, חברה פרטית).

נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אהרן ברק, קבע פעם ש"זכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי".⁴⁵ אותו ברק הסביר גם ש"מדינה יהודית היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה".⁴⁶ ואולם, בית המשפט העליון בראשותו שלל את הלגיטימיות של ההתיישבות היהודית הקהילתית בפסק דינו בעניין קעדאן, וכיום, תחת נשיאותה של דורית בייניש, הוא עשוי להחליט כי ישראל אינה רשאית לכבד את התחייבויותיה לקק"ל ולהקצות אדמות בהיקף מוגבל – יש לזכור שרק 13 אחוזים מכלל מקרקעי ישראל הן בבעלות קק"ל – לעם היהודי ולצרכיו המיוחדים. היועץ המשפטי לממשלה הרי כבר הכשיר, בשם המדינה, את הפקרת הפרויקט הלאומי הכביר שאותו השיק הרצל ב-1901.

השלב הבא ברור לכל מי שעניו בראשו. לאחר שהאפליה-לכאורה בתחום הקרקעות תבוא על תיקונה, יוקרב גם חוק השבות על מזבח השוויון – ובעקבותיו, סממנים נוספים של ה"אתנוקרטיה" היהודית. הכנסת תתנגד בוודאי נמרצות וציבור גדול, הרואה עצמו ציוני בתכלית, ימחה בתוקף, אולם בהיכלי בג"ץ ומערכת המשפט נושבת רוח אחרת. אף שהשופטים היושבים בדין לא יהינו להתייצב בגלוי מול רעיון המדינה היהודית, ספק רב אם יגנו עליו באפקטיביות מפני הדרישה לזנוח אותו לטובת אידיאל המצטייר, למראית עין, כנאור וכדמוקרטי הרבה יותר – זה של "מדינת כל אזרחיה". בתנאים האלה, זכויות האזרח – או לפחות פרשנות מסוימת וצרה מאוד שלהן – עלולות אמנם להפוך "במה לכליון לאומי".

כיצד ניתן לבלום את הסחף? לשם התחלה, מן הראוי להעביר את הדיון בשאלות הרוח הגורל הנוגעות לצביונה היהודי של המדינה מן הזירה המשפטית אל החברה בכללותה. הסמכות להכריע בסוגיות אלו צריכה להיות נתונה בידי העם ונציגיו בבית המחוקקים ובממשלה – ולא בידי אליטה מצומצמת של משפטנים מקצוענים, שמעולם לא נבחרו באופן דמוקרטי. שינויים מרחיקי

לכת באופייה של מדינה, בתשתית הערכית והחוקתית שעליה היא ניצבת, דורשים את תמיכת הרוב המכריע והמוחלט של הציבור, אם לא קונצנזוס מקיר אל קיר; אי-אפשר לחולל באמצעות מתן פסקי דין וחוות דעת מלומדות.⁴⁷ מי שמבקש להגן על הדמוקרטיה אינו יכול לעשות זאת בדרך אנטי דמוקרטית, המתעלמת מרצון הבוחר ומן ההליכים הפוליטיים שבאמצעותם הוא בא לידי ביטוי.

מדינת ישראל אינה יכולה ואינה צריכה להפלות את המיעוטים החיים בתוכה; עליה לדאוג לסיפוק צרכיהם ולכבד את כל זכויותיהם הלגיטימיות. היא תבגוד בערכים שחרתה על דגלה אם תפעל אחרת. אבל ישראל היא בראש ובראשונה מדינה יהודית: זו הייתה משאת הלב של מקימיה וזה היה ונותר הצידוק והטעם העיקרי לקיומה. לאורך השנים, עלה בידיה להגשים בהצלחה את ייעודה, הודות למחויבותה העמוקה לעם היהודי וליעדים המרכזיים של הציונות – עלייה, התיישבות וביטחון. אם תתפתה לוותר על היסודות הללו, כדי לשוות לעצמה חזות אטרקטיבית יותר בעיני מבקריה מפנים ומחוץ, יימצא הבית הלאומי כולו בסכנת קריסה. לעת עתה, הציבור היהודי הרחב בארץ ומחוצה לה מתנגד בתוקף להפקעת המדינה היקרה לו – והאדמות שעליהם נבנתה – מידין; עליו לדרוש ממנהיגי ישראל וממתווי דרכה לגלות נחישות דומה.

יואל גולובנסקי הוא עורך דין ונשיא המכון לאסטרטגיה ציונית ואחד ממייסדיו. אריאל גלבווע הוא עורך דין וחבר צוות החוקה במכון.

-
- 1 ערעור בחירות 1/65 יעקב ירדור ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט (3), עמ' 385.
 - 2 תקנות האגודה השיתופית להתיישבות קהילתית קציר, פרק ג, סעיף 6 (ה), שתוקנו ב-8 בפברואר 1982, כפי שהן מצוטטות בבג"ץ 6685/95 עאדל קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1), עמ' 258, פסקה 2. פסק הדין מופיע במלואו בכתובת <http://elyon1.court.gov.il/files/95/980/066/a14/95066980.a14.HTM>.
 - 3 עאדל קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1), עמ' 258.
 - 4 בג"ץ 7452/04 פואד אבו ריא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'; בג"ץ 9010/04 המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'; בג"ץ 9205/04 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'.
 - 5 עתירה לבג"ץ 7452/54 פואד אבו ריא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פסקה 67. לעתירה במלואה ראה www2.tau.ac.il/InternetFiles/Clinican/UserFiles/File/kklatira.doc.
 - 6 תשובת המדינה לבג"ץ 7452/54 פואד אבו ריא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פסקה 6. <http://izs.org.il/userfiles/izs/תגובת20%המדינה20%לעתירות20%נגד20%קקל.pdf>; ראה גם מכתב ששלחה עורכת הדין אסנת מנדל, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, לעורך הדין הישם שבאיטה ב-4 בנובמבר 2004. גם בדיון שנערך בבית המשפט העליון ב-28 בספטמבר 2008 נאמר מפורשות,

-
- הן על ידי שופטי בג"ץ והן על ידי העותרים, שעניינה של משפחת אבו ריא יושב, <http://elyon1.court.gov.il/files/04/520/074/n28/04074520.n28.pdf>.
- 7 תשובת המדינה לבג"ץ 7452/04 פואד אבו ריא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פסקה 6.
- 8 בג"ץ 7452/04 פואד אבו ריא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'. בדיונים שנערכו בבג"ץ ב-24 בספטמבר 2007 וב-28 בספטמבר 2008 הביעו השופטים את דעתם שיש לשווק את קרקעות קק"ל באופן שוויוני.
- 9 גיקי חורי, "אחמד זבידאת לא התקבל ליישוב רקפת כי אין לו תחכום בין אישי ופנה לבג"ץ", הארץ, 14 בפברואר 2007.
- 10 מתוך כתב העתירה לבג"ץ 8036/07 פאתנה אבריק-זבידאת ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'.
- 11 החלטת בג"ץ 8036/07 פאתנה אבריק-זבידאת ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', סעיף 3, מ-31 באוקטובר 2007, <http://elyon1.court.gov.il/files/07/360/080/C04/07080360.c04.pdf>.
- 12 יהושע פרידמן, "דונם פה ודונם שם", לחן : מנשה רבינא.
- 13 החלטת בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, סעיפים 24, 26, מ-11 במאי 2006, <http://elyon1.court.gov.il/files/02/270/064/A22/02064270.a22.pdf>.
- 14 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1), עמ' 693, 698.
- 15 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח (5), עמ' 501.
- 16 בג"ץ 528/88 אליעזר אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג (4), עמ' 298.
- 17 ראה, למשל, נעמה כרמי, חוק השבות : זכויות הגירה וגבולותיהן (תל אביב : אוניברסיטת תל אביב, 2003); עוזי אורנן, "לא יהודית, לא דמוקרטית", הארץ, 16 בפברואר 2001; יואב שטרן, "הצעה ערבית ראשונה לחוקה : חוק השבות יבוטל, והמדינה תוגדר כ'רב תרבותית'", הארץ, 28 בפברואר 2007.
- 18 אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין, ישראל ומשפחת העמים : מדינת לאום יהודית וזכויות האדם (תל אביב : שוקן, 2003), עמ' 225.
- 19 Venice Commission (European Commission for Democracy through Law), *Report on the Preferential Treatment of National Minorities by the Kin-State*, adopted by the Venice Commission at its 48th Plenary Meeting, Venice, October, 19–20, 2001.
- 20 יעקובסון ורובינשטיין, ישראל ומשפחת העמים, עמ' 290.
- 21 ראה בעניין זה Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford: Oxford University, 1989).
- 22 החלטת בג"ץ 6698/95 עאדל קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', 8 במרס 2000, פסקה 30 לפסק דינו של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק. השופט ברק מתייחס שם לטענה כי "ההחלטה על

הקצאת מקרקעין להקמת היישוב הקהילתי קציר ליהודים בלבד אינה פוגעת בשוויון, שכן מינהל מקרקעי ישראל מוכן להקצות מקרקעין גם להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד". לדברי ברק, "טענה זו, בלבושה המשפטי הנה, כי טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול שווה. כידוע, טענה זו הועלתה בשנות החמישים בארצות-הברית לעניין מדיניות החינוך בארצות-הברית שהפרידה בין חינוך לתלמידים לבנים וחינוך לתלמידים אפרו-אמריקנים. בית המשפט העליון החליט (בפרשה של *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)) כי מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הנה מעצם טבעה בלתי שווה ("inherently unequal"). ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית... במשך השנים רבתה הכתיבה בנושא זה, תוך שהודגש, כי לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או, למצער, שההפרדה מוצדקת על אף הפגיעה בשוויון. בעיקר כך, בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע 'התבוללות כפויה'... אכן, מוכן אני להניח – בלי לפסוק בדבר – כי קיימים מצבים בהם טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול חוקי". הביקורת שמותח ברק על המדיניות של "נפרד אבל שווה", בעקבות פסק הדין המפורסם בראון נגד מועצת החינוך, אינה משקפת נאמנה לא את הגישה המקובלת ולא את המציאות הרווחת בדמוקרטיה לאומיות ואינה רלוונטית לישראל כלל. טיפול נפרד בקבוצות בהתאם לדתן, עדותיהן, זהותן האתנית והשקפותיהן הוא פרקטיקה מנהלתית מקובלת בישראל; כך, למשל, בתחום החינוך, שבו שוררת עדיין הפרדה בין הזרם הממלכתי לזרם הממלכתי-דתי ולחינוך הערבי.

23 אליאב שוחטמן, "חוקיותה וחוקיותה של התיישבות יהודית בארץ ישראל", משפט וממשל ו (התשס"א), עמ' 123; ראה גם יפה זילברשץ, "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית: האומנם רק זכותו של המיעוט?", משפט וממשל ו (התשס"א), עמ' 87–107; שמעון שטרית, "סוגיית השוויון והמגורים בנפרד בהתיישבות קהילתית וכפרית: האם הפסיקה בפרשת קעדאן הייתה בלתי נמנעת?", קרקע 56 (אפריל 2003), עמ' 27–65.

24 רות גביון, "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה", תכלת 13 (סתיו התשס"ג/2002), עמ' 76.

25 משנה פאה, א, א.

26 גצל קרסל, מגילת האדמה, ערך נתן אגמון (ביסטריצקי), כרך א: קורות (ירושלים: קרן קיימת לישראל, התשי"א), עמ' כד-כה.

27 ויקרא, כה: כג. להרחבה על עיקרון זה ועל השפעתו על ספר החוקים הישראלי ראה ספרו של יוסי כץ, והארץ לא תימכר לצמיתות: מורשת קרן קיימת לישראל והחלת עקרונותיה בחקיקה בישראל (ירושלים: המכון לחקר תולדות קרן קיימת לישראל והקתדרה לתולדות קרן קיימת לישראל ומפעליה באוניברסיטת בר-אילן, 2002).

28 ראה יעקב מרקוביצקי, רוח העמקים: מפעלות קק"ל כנדבך בבניין הבית הלאומי בארץ ישראל (1920–1936) (תל אביב: משרד הביטחון, 2007).

29 חוק קרן קיימת לישראל התשי"ד-1953, ספר החוקים 138, 3 בדצמבר 1953, עמ' 34. בסעיף 2 נקבע: "שר המשפטים רשאי לאשר תזכיר ההתאגדות ותקנות של חברה מוגבלת בערבות, שיוגשו לו על ידי החברה הקיימת, לשם הקמתו של גוף מואגד בישראל להמשכת פעולות החברה הקיימת שנוסדה והאוגדה בגולה".

- 30 ההדגשה שלנו. ב-9 במאי 1954 אישר שר המשפטים את תזכיר ואת תקנות ההתאגדות של קק"ל (פורסם בילקוט הפרסומים 354, 10 ביוני 1954, עמ' 1197). סעיף 3 (א) לתזכיר ההתאגדות קובע שקרקעות קק"ל נועדו לצורך יישוב יהודים.
- 31 ארנון גולן, "תפיסת קרקע ערבית על ידי יישובים יהודיים במלחמת העצמאות", קתדרה 63 (אפריל 1992), עמ' 150.
- 32 דברי הכנסת, כרך 29 (1960), עמ' 1916, 1926.
- 33 דברי הכנסת, כרך 29 (1960), עמ' 1925.
- 34 כתב האמנה בין ממשלת ישראל לקק"ל, סעיף 4, www.kkl.org.il/kkl/hebrew/nosim_ikaryim/al_kakal/sugiot_mishpatiot/ktav%20amana.x.
- 35 כתב האמנה בין ממשלת ישראל לקק"ל, סעיף 5.
- 36 ראה בעניין זה צור ארליך, "קופה קטנה", מקור ראשון, 28 בנובמבר 2008. אם תגיע קק"ל להסדר עם המדינה, במסגרת עסקה רחבה של חילופי קרקעות שתעביר לידיה אדמות שניתן לשווקן – כי אז אין בכך כל בעיה עקרונית מנקודת מבט מוסרית או ציונית. לעומת זאת, אם תקבל קק"ל קרקעות שאינן ניתנות לשיווק (קרקעית הכינרת למשל), הרי שתהא זו פגיעה אנושה בארגון ובתכלית שלשמה קם.
- 37 בג"ץ 9010/04 המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', תשובת קק"ל, סעיפים 218, 220 תשובת קק"ל מופיעה במלואה בכתובת: www.kkl.org.il/kkl/hebrew/nosim_ikaryim/al_kakal/sugiot_mishpatiot/bagatspdf.pdf
- 38 בג"ץ 9205/04 פואד אבו ריא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', החלטת בג"ץ מ-28 בספטמבר 2008 הדנה בבקשתם של כמה אישים להצטרף כמשיבים. הבקשה עצמה מופיעה ב- <http://izs.org.il/userfiles/izs/%D7%91%D7%A7%D7%A9%D7%AA%20%D7%94%D7%A6%D7%98%D7%A8%D7%A4%D7%95%D7%AA%20%D7%A9%D7%9C%20%D7%A9%D7%99%D7%A9%D7%94%20%D7%AA%D7%95%D7%A8%D7%9E%D7%99%D7%9D.pdf>
- 39 הצעת חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון – ניהול קרקעות קק"ל לטובת העם היהודי), התשס"ז-2007.
- 40 אמנון מרנדה, "אושר בטרומית: אדמות קק"ל – ליהודים בלבד", Ynet, 18 ביולי 2007.
- 41 ראה, למשל, מרדכי קרמניצר ורועי קונפינו, "הערת חקיקה – הצעת החוק בעניין עסקת חילופי הקרקעות בין קרן קיימת לישראל ובין מינהל מקרקעי ישראל", 17 באפריל 2008, באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/Breaking_the_News_23.aspx.
- 42 "מדינה יהודית וגזענית", הארץ, 20 ביולי 2007.
- 43 דברי הכנסת 27 (1959), עמ' 2953.

45 ערעור בחירות 2/84 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחד עשרה, פ"ד ל"ט (2), עמ' 225, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ברק.

46 אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך ג: פרשנות חוקתית (ירושלים: נבו, 1994), עמ' 331–332.

47 למרבה האירוניה, אהרן ברק, שבג"ץ בראשותו אימץ מדיניות של אקטיביזם שיפוטי חסר תקדים, עמד על כך בבירור: "אף שבית המשפט אנוס לעתים לפתור את ההתנגשות בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אינני סבור שבית המשפט הוא המוסד הממלכתי הצריך ליצור בעניינים אלה קונסנזוס במקום שאינו קיים... לא כל בעיה שאפשר לפתור אותה בכלים שיפוטיים ראוי לפתור אותה בכלים שיפוטיים... רבות הסוגיות וסוגייתנו שלנו כלולה בהן, שהפתרון הראוי להן הוא קודם כל חברתי ופוליטי. אכן, ראוי להם לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית שייבחנו על ידי בני החברה הישראלית, בין במסגרות פוליטיות, בין במסגרות חברתיות אקדמיות". רון מרגולין (עורך), מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: רב-שיח ומקורות נלווים (ירושלים: האיגוד העולמי למדעי היהדות בשיתוף עם קרן אבי חי, התשנ"ט), עמ' 15. ראה גם רות גביזון, "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", עיוני משפט, כרך יט, חוברת 3 (יולי 1995), עמ' 631. בג"ץ 4481/91 גבריאל ברגיל, מנכ"ל תנועת שלום עכשיו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (4), עמ' 210.