

בג"ץ 2311/11
בג"ץ 2504/11

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

קבוע ליום 4.12.12
בפני הנשיא גרוניס, המשנה לנשיא נאור והשופטים
ארבל, רובינשטיין, גובראן, חיות, מלצר, דנציגר והנדל

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

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165

העותרת 5 גם ע"י ב"כ ארנה לין ושות', משרד עורכות
דין, ארנה לין ו/או אסנת לונגמן ו/או אח'
מרחוב קויפמן 4 בית שרבט, תל אביב 68012
טלפון: 03-5165757 ; פקס: 03-5165999

העותרים בבג"ץ 2504/11:

עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי ואח'
ע"י ב"כ עוה"ד סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין ואח'
מרח' יפו 94, חיפה 31090
טל': 04-9501610 ; פקס: 04-9503140

- נ ג ד -

המשיבים:

1. הכנסת
ע"י היועץ המשפטי של הכנסת
2. שר התעשייה, המסחר והתעסוקה
3. מינהל מקרקעי ישראל
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים
4. מרכז המועצות האזוריות בישראל
5. תנועת מושבי העובדים בישראל
ע"י ב"כ עוה"ד וילצ'יק ואח'
מרח' אבא הילל 14, רמת גן 52506
טל': 03-7519977 ; פקס: 03-7519191

עיקרי טיעון מטעם העותרים בבג"ץ 2311/11

בעתירה זו יתבקש בית המשפט הנכבד לפסוק האם בדיקת התאמת המועמד לקהילה הגרה בישובים שעליהם חל החוק היא רלוונטית להקצאת קרקעות המדינה. החוק הנתקף בעתירה סותר את ההלכות שיצאו עד כה מבית המשפט הנכבד, לפיהן לכל אדם זכות חוקתית לנגישות שווה למקרקעי המדינה. עד כה הכיר בית המשפט רק בזכות של קהילת מיעוט בעלת תרבות ייחודית לסנן את הבאים בשעריה, וזאת במקרים חריגים, ובאופן מידתי ומצומצם. החוק מבקש לראשונה להכיר גם בזכות של קבוצת תושבים הגרה במקום מסוים, שאיננה קבוצת מיעוט בעלת תרבות ייחודית, שאין לה אפיון ייחודי, ובישוב שאינו בעל מאפיינים יוצאי דופן, לסנן את הבאים בשערי הישוב, כדי שיתאימו לקהילה שכבר גרה בו.

העותרים סבורים, כי בדיקת התאמה כזו אינה רלוונטית ואינה יכולה לבסס שוני רלוונטי בין אנשים להקצאת מקרקעי המדינה בכלל, ולא בישובים שעליהם חל החוק בפרט. לכן היא מהווה אפליה פסולה ופוגעת בזכות החוקתית לשוויון. העותרים גם סבורים כי מנגנון הסינון בחוק הוא מנגנון פוגעני ושרירותי, שרק מחזק את הטענה כי לא ניתן לבסס שוני רלוונטי לפי התאמה לקהילה קיימת.

יתר על כן, הקביעה כי התאמה למרקם האוכלוסייה או לאופי הקהילה הגרה במקום היא שיקול רלוונטי להקצאת משאבים ציבוריים היא קביעה מרחיקת לכת ובעלת השלכות רוחב ניכרות. היא עלולה לאפשר היבדלות של קבוצות "חזקות" מבחינה פוליטית, חברתית וכלכלית ויצירת מרחב מקוטב וסגרגטיבי, על כל ההשלכות הנובעות מכך.

העותרים מבקשים, על כן, מבית המשפט לפסול את החוק נשוא העתירה ואת מנגנון הסינון שבו, להגן על זכותם של תושבי המדינה לכבוד, לשוויון, לפרטיות ולקניין, ולהעמיד על מכונה את ההלכה כי לכל תושב זכות שווה לרכוש זכויות בקרקעות המדינה.

עיקרי העובדות

1. החוק נשוא העתירה מעגן לראשונה את מנגנון הסינון, החל על אזרחים המבקשים לממש את זכותם לרכוש קרקע ציבורית למגורים בישובים קהילתיים ובשכונות קהילתיות, שנבנות בסמוך לקיבוצים ולמושבים.

2. הפרקטיקה שבה ועדות קבלה ממיינות מועמדים על בסיס **מבחני התאמה** קיבלה מקום מרכזי לאחר פסק הדין בעניין **קעדאן**, בו אסר בית המשפט הנכבד להחכיר אדמות מדינה למי שמסנן על פי לאום או דת, ובו אסר בית המשפט על הקמת ישובים סגורים ליהודים בלבד, לרבות במסגרת מדיניות מסוג "נפרד אך שווה" (שממילא מעולם לא התקיימה בפועל).

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

3. האפשרות לדחות מועמדים על בסיס "אי התאמה" לקהילה – מונח עמום ורחב – היוותה חלופה לפסיקת בג"ץ בעניין **קעדאן**. היא איפשרה, למשל, לישוב קציר לדחות את בקשת משפחת קעדאן לרכוש מגרש ביישוב בשל "אי התאמה", גם לאחר שנאסר עליה לדחות את המשפחה משום שהיא ערביה. רק בעקבות עתירה נוספת לבג"ץ אולץ הישוב לקבל את המשפחה (בג"ץ 8060/03 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל** (החלטה מיום 26.4.06)).

4. קריטריון ה"התאמה" החליף את האפליה הגלויה שהייתה בעידן שקדם לפסק דין **קעאדן**, אך הוא מסווה ומשיג את אותן המטרות. זהו סוד גלוי. למשל, עו"ד סמדר ויינברג, תושבת ההרחבה של קיבוץ מעגן מיכאל, הצהירה בפני בית משפט זה, כי שנשאלה מדוע עליה לשלם למבדקים יקרים, "חברי ועדת הקבלה הסבירו לי שתהליך המיון הינו במקרים רבים "כיסוי" שמטרתו המרכזית הינה להבטיח מניעת מכירת נכסים בישוב לערבים ולחרדים. מנגנון ועדת הקבלה מופעל כדי "לעקוף את בג"ץ", שאסר בפסק-דין קעאדן ובפסקי-דין אחרים על אפליה במכירת נכסים בישובים כמו שלנו" (ר' נספח ע/5).

5. הפרקטיקה של סינון מועמדים ובדיקת "התאמתם" יועדה למנוע קבלתם של ערבים, והצליחה מעל המשוער – **בגלל הליכי הסינון, ערבים לא פונים כמעט להתקבל לישובים אלו. רובם מוותרים מראש על התענוג המפוקפק של עמידה בפני ועדת קבלה.** הנפגעים הישירים כיום מוועדות הקבלה הם לא רק ערבים אלא יהודים, שמבקשים לגור באחד ממאות הישובים והשכונות הללו. כפי שהעיד בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט העותר 3, שהיה חבר ועדת קבלה הישוב יעד ומכיר מקרוב את הליכי הקבלה לישובי חבל משגב, "עד כה פנו לישובים הקהילתיים במשגב משפחות ערביות בודדות, פחות מחמש. לעומת זאת נדחו אלפי משפחות יהודיות, כאשר הקריטריון היחידי האמיתי לדחייתם הוא האם המשפחה מוצאת חן בעיני שניים או שלושה מחברי ועדות הקבלה או לא" (פרוטוקול ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 10.2.10).

6. ואכן, הליכי הסינון פוגעים לא רק בערבים, אלא בקבוצות שונות באוכלוסייה היהודית, ובמיוחד בקבוצות מיעוט או בקבוצות שנתפסות בצורה סטיגמטית כ"חלשות", לאור היותן שונות ברקע חברתי, העדתי, התרבותי או המעמדי מרוב תושבי הישוב הנוכחיים; אנשים הסובלים ממוגבלות פיזית או נפשית; מי שנתפסים כמבוגרים מדי; משפחות שאינן עונות על ההגדרה המקובלת בו של תא משפחתי הטרנו-נורמטיבי וכיוצ"ב. ניתן לראות את ההשלכות גם מבחינה סטטיסטית-תוצאתית. במחקר של פרופ' עוז אלמוג נמצא, כי האוכלוסייה בישובים הקהילתיים מאוד הומוגנית יחסית לאוכלוסיה הכללית, אשכנזית ברובה (80%), משכילה ועוסקת במקצועות של צווארון לבן (עוז אלמוג, **סביבת המגורים ביישוב הקהילתי (2000)**, המחקר פורסם באתר אנשים ישראל, <http://www.peopleil.org>).

7. לאור האופי הפוגעני של ועדות הקבלה, הונח עניין שוב ושוב לפתחו של בית המשפט הנכבד. הפרקטיקה של סינון מועמדים באמצעות מידת התאמתם לחיים בקהילה עמדה במרכזן של שורה ארוכה של עתירות, בהם ביקשו נפגעי הוועדה ביחד עם ארגוני זכויות אדם לבטל פרקטיקה זו. מעולם לא התקבלה הכרעה משפטית ברורה בסוגיה. בחלק גדול של המקרים, התקפלו הרשויות בלחץ העתירה והורו לקבל את העותרים לישוב ממנו נדחו. במקרים אחרים, הנהלים שונו בלחץ צו על תנאי, שהוציא בית המשפט הנכבד. מינהל מקרקעי ישראל הקשיח את הפיקוח על הוועדות, צמצם את יכולתן של הוועדות לדחות מועמדים והקים ועדת ערר. בכל פעם ששונה הנוהל, העתירות הפכו לבלתי רלוונטיות, הוגשו עתירות חדשות וחוזר חלילה. מכאן, שעד עתה מעולם לא הכריע בית המשפט הנכבד בעתירות, בהן נטען כי מוסד ועדת הקבלה הוא בלתי חוקתי.

על טיבם של הליכי הקבלה וההליכים המשפטיים ראו גם נטע זיו, חן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" **בקהילות מגודרות** (אמנון להבי, עורך, 2010) בעמ' 327 (להלן – **קהילות מגודרות**).

8. ההחלטה האחרונה לפני חקיקת החוק הייתה החלטה 1195 של מועצת מקרקעי ישראל. החלטה זו עמדה במוקדן של שתי עתירות שקדמו לעתירות אלו. כמו בעתירה דנן, גם בעתירות אלו הוציא בית המשפט צווים על תנאי בעניין חוקתיות החלטה 1195, אך בטרם התקבלה פסיקתו, הכנסת עמלה על העברת החוק נשוא עתירה זו.

9. חקיקת החוק נשוא העתירה הייתה ריאקציה להליכים המשפטיים, אשר הביאו לצמצום האוטונומיה של הישובים לסנן את המבקשים לגור בהם, כמו גם להצלחתם של מספר מצומצם של אזרחים ערבים, שעמדו על זכותם להתגורר בישובים. יוזמי החוק ביקשו לעגן את הליך הסינון בחקיקה, מתוך תקווה לחסנו מביקורת שיפוטית, לאחר שהתבסס עד אז רק על החלטות מינהליות, שהתקבלו במועצת מקרקעי ישראל. הם גם ניצלו את ההזדמנות להרחיב בצורה דרמטית את האוטונומיה של הישוב לדחות מועמדים, כפי שיפורט להלן.

האם הסינון מוביל להומוגניות ואפליה תוצאתית?

10. המדינה הכחישה בתצהיר התשובה כי ישנה אפליה תוצאתית. לטענת המדינה בבחינה תוצאתית של הליכי הקבלה התקבלו ליישובים גם משפחות חד הוריות, זוגות מאותו מין, ערבים ומשפחות או יחידים המשתייכים לקבוצות "חשודות". העותרים ביקשו בבקשה לפרטים נוספים לקבל נתונים אודות מספר התושבים בישובים, הנמנים על קבוצות "חשודות". בתשובה הודתה המדינה, כי אין בידה נתונים והיא מתבססת רק על מקרים הידועים לה מהליכי ערר, כלומר – אפילו המדינה מתבססת על ניתוח מקרים, בהם אנשים הנמנים על קבוצות חשודות נדחו על ידי ועדות קבלה וכנסו בסוף ליישוב רק כי הגישו ערר על ההחלטה. **המדינה אינה מסוגלת לסתור הטענה, כי ישנה אפליה תוצאתית ברורה.** לכל היותר יכולה היא לתת דוגמאות ספורות של אנשים הנמנים על קבוצות הסובלות מאפליה שהתקבלו ליישובים, ורק בעקבות הליכי ערר. אולם האפליה התוצאתית היא גלויה וברורה – היישובים הומוגניים למדי. העותרים 1-4 ועשרות האחרים שהם מייצגים, כולם מתגוררים בישובים קהילתיים, בהם מספר הנמנים על קבוצות "חשודות", שסובלות מהדרה, הוא זניח למשקלם באוכלוסייה.

11. כדי להבין כי ועדות הקבלה פועלות לשמירה על הומוגניות תרבותית חברתית, די לקרוא את תגובת המשיבים 4-5. **משיבים 4-5 מודים, כי מטרת הסינון היא שמירה על הומוגניות האוכלוסייה ביישוב.** נציגי המועצות האזוריות יושבים באופן קבוע בוועדות הקבלה, והיו בין יוזמי החוק. הם מקדישים עמודים שלמים בתגובתם כדי להסביר, כי הומוגניות היא הכרחית לשגשוג היישוב, לשמירה על "ההון החברתי" שבו ולהגשמה עצמית של התושבים. המשיבים 4-5 טוענים, כי אם היישובים יהיו הומוגניים מבחינה חברתית, ייווצר פסיפס של יישובים שונים ומרחב הטרונגני. תפישה זו, למותר לציין, המזכירה את התפישה של "נפרד אך שווה", שנפסלה בבג"ץ **קעדאן**, ממילא אינה משקפת את המציאות, ואין הטרונגניות, לא מקומית ולא אזורית בהתיישובות הקהילתית.

הליך הסינון – שרירותי או מקצועי?

12. מנגנון הסינון פוגע בעיקר בקבוצות מיעוט או בקבוצות מוחלשות, אך גם באזרחים שלא בהכרח נמנים על קבוצות "חשודות" הסובלות מהדרה. המועמדים נדרשים לעמוד בפני הליך שרירותי מאוד, הכרוך בחשיפת חייהם האישיים ופרטיהם האינטימיים ביותר מול קבוצת אנשים פרטיים, ולעבור מבדקי אישיות. העותר 3, שישב בוועדות אלו פעמים רבות, ואף שימש כיו"ר, חושף בתצהיר שצורף לעתירה (ע/6) תמונה עגומה מאוד אודות האופן שבו התקבלו החלטות בדבר קבלת מועמדים או דחייתם.

13. לדבריו, פעמים רבות היה עד לדיונים, בהם הוחלט לדחות מועמדים בשל גחמה רגעית של אחד מחברי הוועדה, שלא אהב את המועמדים, או על סמך מיני השערות אודות היחסים בין בני הזוג, ניהושים אודות מידת היושר שלהם, אשר לאחר קבלת המשפחה התגלו כמופרכים, אך איש לא טרח להפיק לקחים. לגבי השימוש במכוני מיון או גרפולוגים מצייין העותר 3, כי שוחח פעמים רבות עם עובדי מכונים אלו והוא התרשם שאין להם מושג מה הקשר בין המבדקים שהם עורכים לבין דרישות הישובים בעניין התאמה חברתית. לדבריו, תפקידן העיקרי של חוות הדעת היה לתת גושפנקא מקצועית להחלטות של חברי הוועדה ותו לא.

14. השרירות הרבה בהליכי הסינון מכניסה למערך השיקולים גם שיקולים זרים, סטיגמות ודעות קדומות, הפוגעות בעיקר במי ששונה מחברי המקום. ד"ר אביעד הכהן התייחס לשרירותיות בהליכי הסינון בישובים הקהילתיים של הציונות הדתית, והאפליה שהיא גורמת. לדבריו "בחלק מהמקרים ועדת הקבלה מסננת את הפונים על פי התרשמות שרירותית וקצרצרה של חברה מ"דתיותם" של הפונים, למרות הקושי הרב בהצבת קריטריונים ברורים, גלויים ושוויוניים למדידה זו". "אין זה סוד", ממשיך ד"ר הכהן וכותב, "שביישובים קהילתיים מסוימים המוגדרים "תורניים", תורניים-פורטה ותורניים-לייט, מתגוררים גם עברייני מין ואנשים שהורשעו בעבירות אלימות במשפחה או הוכרו על ידי בית הדין כסרבני גט. למרות זאת הם מקובלים ורצויים לחברי קהילתם. בה בעת ועדת הקבלה של היישוב מונעת את כניסתם של אנשים נקיי כפיים וברי לבב, שלא הורשעו מעולם, אך חטאם הגדול הוא שילדיהם לא למדו בבתי הספר הפרטיים והאליטיסטיים, אלא במערכות החינוך הרגילות של החינוך הממלכתי-דתי, ואפילו הלכו, רחמנא ליצלן, לסניף מעורב של "בני עקיבא".

ובהמשך כותב ד"ר הכהן, "לא פעם יישובים שמתיימרים להתעטר בכתר ה"ייחודיות" (אקסקלוסיביות) וה"תורניות" נושאים שם ה' לשווא, ומשתמשים בתירוץ ה"דתי" כדי לסנן מועמדים שאינם רצויים בעיניהם מסיבות שונות לחלוטין, כגון רקע חברתי וכלכלי, מוצא עדתי שונה, וכיו"ב. בתואנות שווא, של "מיוחדות קהילתית-תורנית" כביכול, ועדות קבלה יישוביות דוחות מועמדים שלא דבק בהם כל רבב, רק בשל מראם ולבושם השונה, מוצאם החברתי או העדתי. במקרים אלה הדת משמשת מסווה לאפליה פסולה שלעתיים עולה כדי גזענות ממש".

אביעד הכהן "כאן גרים בכיף" (חוץ ממי שלא), אליטיזם, הדרה והכלה בציבור הציוני דתי",

דעות 45, 4 (2010), המאמר באתר <http://toravoda.org.il/node/2189>

15. **המדינה מודה בכתב התשובה, שהליך הסינון הוא בסופו של דבר תלוי קודם כל בהתרשמות הבלתי אמצעית של חברי ועדת הקבלה, וכי אין אפשרות לקבוע מראש אמות מידה אובייקטיביות** (פיסקה 108). כלומר – המשקל המרכזי בהליך הסינון הוא התרשמות קצרה ושטחית של קבוצת אזרחים ללא כל הכשרה או ניסיון באיתור התאמה של אדם לחיים בקהילה מצומצמת. התרשמות שטחית משיחה חורצת גורלות לשבט או לחסד. מרכיב השרירות במקרים אלו הוא משמעותי, ומכאן גם מידת ההתחשבות בשיקולים זרים ומפלים. התרשמות ראשונית של אדם מאדם אחר תמיד מושפעת גם מדעות קדומות ומסטריאוטיפים, ואין אפשרות לנטרל מרכיב זה בשיחה קצרה, כמו זו המתקיימת בראיון הקבלה. מכאן, שמרכיב השרירות בהליך הוא מרכזי והוא מוביל לאפליה קשה, בעיקר של הנמנים על קבוצות, שסובלות ממילא מדעות קדומות שקיימות כלפיהן.

16. לא רק זאת, מדובר לא רק באנשים חסרי הכשרה אלא גם באנשים שאינם אובייקטיביים. הם לא בוחנים בריחוק את מועמדותו של האדם. **שנים או שלושה מחמשת החברים בוועדה הם תושבי הישוב. הם בוחרים שכן, ולכן הטעמים האישיים שלהם משחקים תפקיד מרכזי.**

17. המדינה טוענת, כי הקביעה שעמדת הוועדה תתבסס על חוות דעת מקצועית ממי שהתמחותו באבחון התאמה מצמצמת את מרכיב השרירות ומונעת אפליה, וכי שימוש במכונני מיון מקובל גם בקבלה לעבודה. לא כך הדבר. שליחת המועמד לגוף מקצועי כביכול אינה מורידה את מידת השרירות וכפי שיורחב להלן, גם בה נכללים שיקולי התאמה למרקם החברתי של הישוב ואופי האוכלוסייה הגרה בו.

18. חשוב לציין, כי החוק אינו מחייב לשלוח דווקא למכון מיון פסיכולוגי (בניגוד להחלטה 1195 שקדמה לו), ויש לישב אפשרות לשלוח את המועמד למיון אצל מי שאינו פסיכולוג, כמו גרפולוג ואף לבדיקת פוליגרף, שיש ספקות כבדים בדבר מהימנותם לבדיקת התאמה או תכונות אופי ואמינות.

19. גם האמינות של הליכי המיון במכונני המיון שנויה במחלוקת. **העותרים ביקשו בבקשה לפרטים נוספים לדעת על מה מבוססת מבחינה מקצועית הטענה, כי המיונים על ידי גורם מקצועי יספקו לוועדת הקבלה מידע מהימן ואובייקטיבי אודות התאמתו לישוב. המדינה סירבה לענות והפנתה לתצהיר התשובה, אך בו אין תשובות לשאלה זו, כמו גם לשאלה האם יש הוראות כלשהן המגדירות מתי אדם או גוף ייחשב כמתמחה באבחון התאמה. גם כאן לא ניתנה תשובה על ידי המדינה.**

20. זאת ועוד, בסעיף 148 לכתב התשובה טענה המדינה, כי השימוש במכונני המיון הוא "בכפוף למגבלות בדבר תוקפם ומהימנותם של המבחנים" וכן מגבלות לגבי פרטיות ושוויון. משפט זה נועד להראות יישום של הלכת בית הדין הארצי לעבודה בעניין מבחני התאמה לצורך מיון מועמדים לעבודה. בית הדין הארצי פסק, כי "אם מבחן ההתאמה אינו מדויק, תקף ומהימן הוא עלול להוות גורם מטעה בפני ועדת המכרזים ועלול לפגוע בסופו של דבר הן בעתידו המקצועי של העובד או המועמד לעבודה והן במעסיק. **על מנת שהמעסיק יהיה רשאי לחייב אדם לעמוד בבדיקה כל-שהיא, יש צורך שהבדיקה תוכר כמדויקת במידה סבירה וזאת, בין היתר, כדי להצדיק את הפגיעה בפרטיות האדם, גם אם התקבלה הסכמתו לעמוד במבחנים. גם**

חובת תום הלב מטילה על המעסיק לוודא, כי מבחני ההתאמה, אליהם ישלח מועמד או עובד, הינם בתוקף ומהימנותם סבירה". כמו כן פסק בית הדין כי על המעסיק חובה לקבוע נוהלים לביצוע מבחני ההתאמה (דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת תל-אביב נ' ההסתדרות הכללית החדשה (מיום 17.6.98, ההדגשה הוספה)).

21. העותרים ביקשו בבקשה לפרטים נוספים לדעת האם וכיצד פיקחו ומפקחים המשיבים על זהותם של מכוני המיון, הכשרתם ומידת מקצועיותם, אופי המבחנים המיושמים על ידם, מבחינת תיקוף ומהימנות כלי המדידה שהם עושים בהם שימוש, ההגנה על הפרטיות, השוויון ומניעת ניגוד עניינים. **המדינה הודתה בתשובתה, כי מעולם לא נערך פיקוח כלשהו על עבודת מכוני המיון, על מהימנות המבחנים שלהם או האופן שבו הם מגינים על הזכות לשוויון ולפרטיות.** אין גם כל נוהל המסדיר את עבודת מכוני המיון.

טיבו של הקריטריון "התאמה לחיי חברה בקהילה"

22. הקריטריון של "התאמה לחיי חברה בקהילה" כבר מיושם שנים רבות בהתאם להחלטות מועצת מקרקעי ישראל. ברושם ראשון נדמה, כי מדובר בקריטריון אובייקטיבי, במיוחד שמוסבר שהוא מבוסס על חוות דעת של גוף מקצועי כמו מכון מיון – אך לא כך הדבר. בפועל המבחן האם אדם מתאים לחיי חברה בקהילה אינו מובחן ומופרד מהתאמתו בעיני ועדת הקבלה לשמש כשכן בישוב הספציפי.

23. בפועל, גם הקריטריון של התאמה לחיי חברה בקהילה וגם מכון המיון בוחנים לא את מידת יכולתו של המועמד לגור בישוב קהילתי כלשהו אלא את מידת ההתאמה למאפייני הישוב הספציפי ואופיו, ובמילים אחרות – האם המועמד "מתאים" לישוב מסוים בעיני ועדת הקבלה. גם החוק עצמו קובע כי בחינת הקריטריון תעשה תוך התחשבות ב"אופי האוכלוסייה". מכאן שבחינת ההשתייכות הקבוצתית של המועמד, גילו, מצבו המשפחתי, נטייתו המינית, השקפתו וכיוצ"ב היא חלק בלתי נפרד מהתאמתו לחיים בקהילה.

24. דרישת החוק כי הבחינה של "ההתאמה לחיי חברה בקהילה" של מועמד תתבסס על חוות-דעת מקצועית, גם היא אינה הופכת אותה לאובייקטיבית. **המכונים המתבקשים לבחון "התאמה חברתית" של מועמדים נשכרים על-ידי הישוב וחייבים לו את נאמנותם,** זאת על אף שהמועמדים הם אלו הנושאים בעלויות אותם מבחנים. למועמד אין זכות לבחור את מכון המיון.

25. **המכונים מצהירים בריש גלי, כי מטרתם לאבחן את התאמת המועמד לאמות המידה שקבע היישוב הקהילתי הקונקרטי.** כך, מכוני האבחון נותנים, בדיעבד, גושפנקא מקצועית לקריטריונים שהציבו היישובים מלכתחילה. הם מכוונים ל"מודל" שרואים היישובים לנגד עיניהם ומשווים לו נופך של אבחון מקצועי. בתצהיר שהוגש לבית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 995/12 הוצגו דוגמאות לכך מאתרי אינטרנט גלויים של מכוני המיון. כך, למשל, באתר מכון "כיוונים נוספים" נכתב (<http://www.kivunim-nosafim.co.il>): "אנחנו יודעים לאבחן ולהצביע על האנשים המתאימים היכולים להשתלב בישוב. אנו פועלים על פי מאפייני כל ישוב וישוב ובהתאם להחלטות המינהל". ובמקום אחר: "חשוב לנו לדבר עם כל אחד מהישובים איתם

אנחנו עובדים ואנו מנסים להבין את המאפיינים הייחודיים של הישוב, את הקריטריונים שלהם לקבלה וכו', זאת כדי שנוכל להעריך נכון את סיכויי ההשתלבות של האנשים בישוב".

26. גם עיון באתרי האינטרנט של מכוני איבחון נוספים מוביל לאותה מסקנה בדבר קיומו של קשר רציף ונמשך בין מכוני האבחון לוועדות הקבלה וליישובים השונים ובדבר המחויבות והנאמנות העמוקה של מכוני האבחון לסיפוק דרישות היישוב ובחינת המועמדים על פי "המודל" שהתווה היישוב. כך, לדוגמא, באתר האינטרנט של מכון האיבחון "שקוף" (<http://www.shakuff.co.il>) נכתב במפורש, כי: "מכון "שקוף"... מקפיד על תהליך מסודר של קשר עם היישוב, הכרת מאפייניו ודרישותיו והדרכת וועדת הקליטה בשימוש נכון בדוחות האבחון". באתר נכתב, כי האבחון מיועד לסייע ליישוב ביצירת "אוכלוסייה מועדפת", ו"חיתוכי אוכלוסיה ספציפיים", "קבלת אינפורמציה מקדימה על אלו שיקימו/יצטרפו אל הקהילה"; "הכוון וייעוץ לבניית קהילה בדיוק כפי שחלמתם". המכון מדגיש את המחויבות והקשר המקדים עם היישוב, כדלקמן: "טרום אבחון: הכרות עם הנהלת/ועד מקומי של היישוב: עיקרי הפעילות הטרום אבחונית ביישוב המיועד: * היכרות וביצוע תיאום ציפיות עם דרישות ועדת הקבלה * היכרות סביבת החיים ואופי התושבים המתגוררים ביישוב * גיבוש פרופיל אישיותי נדרש מהמועמד לקליטה ביישוב".

27. באתר האינטרנט של מכון האבחון "אבני" (<http://www.avni.co.il>) 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.

28. הקשר הפסול והמוטה בין מכון האבחון "האובייקטיבי" לכאורה לבין נציגי היישוב ווועדות הקבלה הוא גלוי. אם אלו הדברים הנכתבים "שחור על גבי לבן", ניתן רק לשער מהם חילופי הדברים שנאמרים בחדרי חדרים במסגרת "פגישת תיאום הציפיות ועמדות לגבי המועמדים" בין הישוב לנציגי מכון האבחון.

29. מכאן, שקריטריון ההתאמה לחיי חברה בקהילה, היה ונותר קריטריון, שבוחן את התאמתו של האדם לקהילה הספציפית החיה בישוב על רקע אופייה ואוכלוסייתה.

מנגנון הסינון בחוק ביחס להחלטה 1195 של מועצת מקרקעי ישראל

30. המדינה מציינת בתצהירה, כי החוק משקף את ההסדרים שגובשו בהחלטה 1195 ואף מהווה הסדר מיטיב בהיבטים מסוימים. העותרים סבורים, כי החלטה 1195 הייתה בלתי חוקתית (בית המשפט הנכבד הוציא נגדה צו על תנאי, אך החליט להותיר את ההחלטה העקרונית לעתירה זו, לאחר שהחוק התקבל). עם זאת, מנגנון הסינון בחוק אף פוגעני יותר מהחלטה 1195 בהיבטים רבים:

א. הקשחה של קריטריון התאמה לחיי חברה בקהילה

31. בחוק חלה הרחבה ניכרת של הקריטריון העמום "התאמה לחיי חברה בקהילה". החלטה 1195 קובעת, כי בדיקת ההתאמה לחיי חברה בקהילה תיעשה רק ביישובים שבהם על 120 בני משפחה, כלומר ישובים בשלב ההקמה או ישובים מאוד קטנים. ברגע שהישוב גדל ויש בו מעל 120 משפחות ניתן יהיה לדחות מועמד רק אם חוות הדעת תיקבע שהוא יפגע בחיי הקהילה.

כלומר – בישוב הגדול מ-120 משפחות, מבחן ה"התאמה" הוחלף במבחן "פגיעה", שהוא מחמיר יותר. מבחן ההתאמה הינו עמום ומופשט ביחס למבחן הפגיעה, שדורש רף הוכחה גבוה יותר. לפי מבחן זה, כל אדם יכול להתקבל לישוב ובלבד שלא צפויה ממנו פגיעה בחיי הקהילה. רק כמה חודשים לפני קבלת החוק הצהירה המדינה בפני בית המשפט נכבד זה, כי זה המבחן הדרוש כדי לממש את התכלית של הגנה על קהילה קטנה. הנסיבות לא השתנו מאז. החלטה 1195 לא הועמדה למבחן אל מול המציאות. אי אפשר לומר שהיא נכשלה, כי היא לא נבחנה. למרות זאת, **הכנסת ביטלה את ההבחנה בין "התאמה" ל"פגיעה"**. כעת מותר לדחות אדם על בסיס הנימוק של אי התאמה לחיי חברה בקהילה בכל ישוב בו עד 400 משפחות.

ב. מתן אפשרות לדחות אדם בשל אי התאמה למרקם חברתי תרבותי

32. לצד זה, **בניגוד להחלטה 1195, ניתן יהיה לסנן אדם גם בשל אי התאמה למרקם חברתי תרבותי**, שיש בו לפגוע במרקם הקיים בישוב. זהו קריטריון שכל מהותו הוא בחינת הרקע החברתי תרבותי של המועמד, והשתייכותו הקבוצתית ביחס לרקע החברתי תרבותי וההשתייכות הקבוצתית של תושבי הישוב. קריטריון זה הוא רחב בהרבה ממה שנקבע בהחלטה 1195. בהחלטה זו לא היה קריטריון כזה. נקבע "רק" שוועדת קבלה תביא בגדר שיקוליה את התאמת המועמד לחיים בקהילה גם את האפשרות שתיווצר קהילה נוספת ואת החשש מ"פגיעה של ממש" באופי הקהילה בישוב כתוצאה מיצירת קהילה נוספת.

ג. מתן אוטונומיה לישוב לקבוע קריטריונים נוספים

33. בנוסף, החלטה 1195 איפשרה להתחשב באפיונים מיוחדים של הישוב, ככל שאושרו על ידי רשם האגודות השיתופיות. העותרים לא פוסלים על הסף קיומו של ישוב שיש לו אפיון ייחודי באופן סביר ומידתי. יוזמי החוק הרבו להשתמש בישוב הטבעונים אמירים כדוגמא לצורך בוועדת קבלה להגנה על אורח חיים ייחודי. אלא שמדובר במיעוט זניח בקרב הישובים הקהילתיים ושכונות ההרחבה.

34. ישובים כמו כליל, שחבריו דוגלים באורח חיים אקולוגי ואינם מחוברים לרשת החשמל, מעלה צביה, שחבריו מאמינים בדרך האימן כדרך חיים או אלומה, שחבריו הם חרדים הם מיעוט שולי בקרב הישובים הקהילתיים. רובם המוחלט של הישובים אינו בעל אפיון ייחודי. **בבקשה לפרטים נוספים התבקשה המדינה לפרט באילו ישובים שעליהם חל החוק יש קהילות עם מאפיין ייחודי אותו רוצים לשמר, ומהו אותו מאפיין. בתשובה הודתה המדינה כי אין בידה נתונים.**

35. אלא שבחוק לא הסתפקו באפשרות להגדיר אפיון ייחודי בתקנון, לועדת הקבלה ניתנה האפשרות להשתמש כקריטריון **בכל תנאי קבלה** אחר שייקבע הישוב ויאשר רשם האגודות השיתופיות. שינוי זה אינו מקרי. הוא לווה בצעדים של ישובים לשינוי תקנונים. במנוף אשר בחבל משגב, למשל, התקנון שונה, כך שכל מי שרוצה להתקבל יצטרך להתחייב כי הוא שותף להשקפות היסוד של הישוב, לרבות ערכי התנועה הציונית, מורשת ישראל וישוב ארץ ישראל וציון מועדי וחגי ישראל. באבירים נכתב בתקנון, כי תנאי לחברות באגודה הוא שירות צבאי או לאומי או התנדבות במשך שנתיים לפחות לטובת הקהילה, והצהרה של המועמד כי הוא שותף להשקפת היסוד של הקהילה כקהילה הפועלת ברוח חזון מגילת העצמאות, שומרת על ערכי

התנועה הציונית, ישוב ארץ ישראל ומורשת ישראל. ברור שהדרישה להצהרת נאמנות כזו הינה עוד אמצעי סינון עבור אוכלוסיות, שהשקפתן הפוליטית שונה, במיוחד ערבים, וזאת בלי קשר למידת תרומתם הפוטנציאלית לחיי הקהילה.

36. גם העותר 3, שגר שנים רבות במשגב ומכיר מקרוב את הויכוח הפנימי בישובים, הצהיר, כי השינויים האחרונים שהוכנסו בתקנונים של חלק מהישובים, בעידוד ראש המועצה האזורית משגב, ובהם אמירות כגון "התושבים חוגגים את חגי ישראל", או "בני היישוב משרתים בצה"ל", אינם מצביעים על מאפיינים ייחודיים, ומטרתם הברורה היא מניעת הצטרפותן של משפחות ערביות.

37. במידה רבה, הליך שינוי התקנונים הוא זה שהביא להצטרפות העותרים 1-4 ועשרות התושבים שהם מייצגים מקבוצת "עתיד משגב" למאבק בחוק. הם ראו בכך ניסיון לא דמוקרטי לשנות את אופי הישובים בהם הם גרים, ופגיעה אישית בזכותם לגור בישוב בעל אופי פלורליסטי.

38. מכאן שלמעשה **החוק מרחיב את עילות הסינון לרשימה לא סגורה של עילות, שייקבעו בתקנון הישוב**, ויאפשרו להרחיב את הסינון וליצור תנאים נוספים, שגם הם ידירו אוכלוסיות שאינן רצויות בעיני הישוב, בראש ובראשונה – ערבים וקבוצות מיעוט שונות.

ד. הרחבת הייצוג של תושבי הישוב בוועדת הקבלה

39. בחוק ניתן משקל רב יותר מאשר בהחלטה 1195 לתושבי הישוב בוועדת הקבלה, ולמעשה יחד עם נציג התנועה המיישבת, יש לתושבים רוב ברור של 3 חברים בוועדה. **לכן אף שהוועדה מכונה "ועדה אזורית", היא למעשה ועדה יישובית שמייצגת בעיקר את האינטרס הצר של תושבי הישוב בבחירת שכניהם החדשים.** המדינה טוענת, כי הרכב הוועדה משקף איזון ראוי בין אינטרסים רחבים יותר לאינטרס המקומי של היישוב. אך מעבר לרוב הקיים של תושבי הישוב, מי שאמור לאזן את האינטרס המקומי הוא נציג הסוכנות היהודית ונציג המועצה האזורית.

40. אלא שהסוכנות היהודית הינה גוף, שתפקידו הוא ליישב יהודים בלבד, שמייצג במובהק את אינטרס ההתיישבות הכפרית ולא אינטרס ממלכתי חברתי רחב, וכך גם המועצה האזורית, שיש לה אינטרס ברור במשיכת אוכלוסיה אמידה וחזקה לישובים ואשר תמיכת הארגון היציג שלה, המשיב 4, בשמירה על הומוגניות בישוב מפורטת בתצהיר התשובה שהגיש. האם אלו יאזנו את שיקולי הוועדה? ודאי שלא.

41. ניסיונות לשנות את הרכב הוועדה בהליך החקיקה נדחו, ולא ניתן הסבר מניח את הדעת לגבי מידת התאמתו של נציג הסוכנות היהודית לוועדה, לאור ההצהרות שהחוק אינו מיועד לייחוד הנגב והגליל או להקמת יישובים ליהודים בלבד.

42. המדינה מציינת בכתב התשובה, כי גם אם בהרכב הוועדה נפל פגם חוקתי, הרי שניתן לרפא אותו באמצעות קיומה של ועדת ההשגות, שהיא גוף ממלכתי בעל סמכויות נרחבות. אלא שוועדת ההשגות אינה יכולה לרפא את הכאב ותחושת ההשפלה שנגרמת לאדם שנאמר לו שנמצא בלתי ראוי למגורים בישוב. רבים מה"דחויים" יעדיפו להימנע מהגשת השגה ומאבק בשכניהם הפוטנציאליים, גם אם הם חשים שהפגיעה הייתה שרירותית או מפלה. רק אדם חזק

ונחוש במיוחד ייאבק על הזכות לגור בשכונת לאנשים, שקבעו שהם לא מעוניינים בחברתו. העותר 3 התייחס גם לכך בתצהירו. מניסיון אישי של שנים רבות הוא טוען בתצהיר, כי העובדה שניתן יהיה להגיש ערר לוועדה שאינה כוללת את תושבי הישוב לא תשנה משום ש"רק במקרים נדירים תפנה משפחה כזו למנגנון הערעור", בשל ההשפלה והפגיעה הנגרמת מהדחייה. "משפחה שמקבלת תשובה שלילית נפגעת עד עמקי נשמתה", אומר העותר 3, "ואני יודע מהכרות אישית עם משפחות שנדחו שתחושת העלבון נשארת במשך שנים".

43. המדינה טוענת בכתב התשובה, כי ועדת ההשגות מוכיחה את עצמה. הטענה היא שחלק גדול מן העררים שהוגשו לוועדת ההשגות שהוקמה לפי החלטה 1195 התקבלו. בבקשה לפרטים נוספים התבקשה המדינה לספק נתונים לגבי המספר הכולל של אזרחים, שמועמדותם נדחתה בשנים האחרונות על ידי ועדות הקבלה ונתונים לגבי העררים שהוגשו לוועדת ההשגות. **המדינה הודתה שאין בידה נתונים לגבי מספר האזרחים שנדחו על ידי ועדות קבלה.** היא אפילו לא יכולה לתת הערכה. דבר זה מצביע על היעדר פיקוח וביקורת על עבודת הוועדות. כל שיוודעת המדינה להגיד הוא שהוגשו 218 עררים, לגבי 89 מהם הטיפול לא הושלם (הערר הוסר או שהוועדה שינתה עמדתה או שלא נותר כבר מגרש). 88 עררים התקבלו. 40 נדחו. אחד תלוי ועומד.

44. **הנתונים מצביעים על כך שאכן מעטים פונים לוועדת ההשגות.** היינו יכולים להדגים זאת אם למדינה היו נתונים לגבי מספר האנשים שנדחו על ידי ועדות הקבלה, נתון שהיה ניתן לצפות שיהיה בידה. כמו כן, הנתונים מלמדים על כך שמבין העררים שהגיעו לידי מיצוי, כמעט 70% התקבלו. אף שאין זה מדגם מייצג, הוא מחזק את הטענה כי לוועדות הקבלה יד קלה על ההדק בדחיית מועמדים, שכן כה רבות מהחלטותיהן אינן שורדות את הליכי הערר.

45. בכל מקרה, ראוי לציין כי בניגוד לחשיבות שמייחסת המדינה לוועדת ההשגות, בפועל היא מגלה זלזול בוטה בוועדה זו. החוק עבר לפני קרוב לשנתיים. **עד היום לא הוקמה ועדת ההשגות,** כפי שמודה המדינה בתשובה לבקשה לפרטים נוספים. אין זה מפריע למשיבים לאפשר את קיומם של הליכי הסינון.

ה. ההוראות הכלליות – חידוש?

46. טוענת המדינה, כי לחוק נוספו הוראות כלליות המגבילות את שיקול הדעת של הוועדה. בעיקר מתגאה המדינה בסעיף הקובע כי ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי או הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית או פוליטית. המדינה טענה בכתב התשובה, כי הסעיף הוא בבחינת חידוש חשוב מאין כמוהו לעומת החלטה 1195.

47. העותרים סבורים כי אין פה חידוש. פסיקת בג"ץ בעניין **קעדאן** כבר הבהירה, כי החוק אוסר על אפליה מטעמי לאום, גזע וכיוצא"ב, גם כשהיא נעשית על ידי גורם שלישי. ליתר ביטחון ביקשו העותרים הבהרה מהמדינה על קביעה זו. המדינה סירבה להבהיר את עמדתה וטענה, כי זה לא דרוש להכרעה בעתירה. התחמקות זו מעידה כי גם המדינה מבינה את האבסורד בטיעון שיש פה חידוש ובוודאי לא חידוש חשוב מאין כמוהו. טוב שהוסף סעיף אי האפליה, אך המשמעות

שלו סימבולית והוא בסך הכול משקף את הדין הקיים, הנוגע להקצאת מגרשים בקרקע ציבורית, בין במישרין ובין באמצעות גוף שלישי.

48. ממילא עיקר הטענה נגד החוק הוא שהוא מאפשר לסנן קבוצות "חשודות" אלו באמצעות שימוש במבחנים העמומים של "התאמה" לחיי חברה בקהילה או למרקם חברתי תרבותי, או בתנאי קבלה אחרים. אלו מהווים רישיון להדיר את מי שלא דומה במאפייניו לתושבי המקום. ועדות הקבלה מכירות את החוק. באופן פורמאלי הן כבר לא דוחות אנשים בטענה שהם נכים או ערבים או מבוגרים מדי. הן יודעות שנימוק כזה ייפסל. הן משתמשות בטענה העמומה של אי התאמה, אותו הרבה יותר קשה לתקוף.

49. המדינה גם מציינת, כי בחוק נכתב שוועדת הקבלה תיתן את דעתה לגודל היישוב הקהילתי, לוותקו, לחוסנו ולאופי האוכלוסייה בו. לעמדתה יש בכך לצמצם את הפגיעה. הסעיף אינו שונה ממה שהיה גם בעבר. גם לפני החוק נקבע בהחלטת 1195 שהוועדה תביא בחשבון את גודל הישוב ואופי האוכלוסייה בו.

50. העותרים סבורים שסעיף זה לא רק שאינו מסיר את העמימות, אלא הוא מגביר את הפגיעה, כיוון שהוא מכניס את אופי האוכלוסייה הקיימת כשיקול מרכזי בבחינת התאמתו של מועמד, ובכך מחזק את הטענה כי מה שבאמת בוחנת הוועדה הוא האם המועמד הוא "משלנו".

תחולת החוק

51. אחת השאלות הטעונות בירור היא על כמה ישובים יחול החוק. המדינה טוענת בכתב התשובה, שהתחולה של החוק היא מצומצמת, אך המדינה אינה מפרטת מהי תחולת החוק. חרף ניסיונות חוזרים ונשנים לקבל רשימה מסודרת של הישובים, עד היום לא התפרסמה רשימה כזאת. **המדינה אינה נוקטת במספר הישובים שעליהם חל החוק. היא מסרבת לפרט את רשימת הישובים, שחל עליהם החוק.** במקום לבדוק ולפרסם רשימת ישובים מהימנה, מפנה המדינה למחקר שערך מרכז המחקר והמידע של הכנסת. מחקר זה מצביע על כך שהתחולה היא כלל לא מצומצמת. מדובר לפי המחקר ב-315 ישובים. העותרים סבורים, כי חלק מהנתונים במחקר זה אינם מדויקים, וכי בפועל החוק חל על לפחות 355 ישובים (בהתבסס על המחקר ובקיצוץ טעויות שהתגלו).

52. בכל מקרה התחולה של החוק היא משמעותית. לכל הישובים הללו כוונות התרחבות. הנתונים המדויקים נמצאים בידי המשיבים בלבד, אך גם אם נניח שכל ישוב יתרחב "רק" ב-150 משפחות בשנים הקרובות, הרי שהחוק עתיד להשפיע ישירות על הליכי הקבלה של מעל 50,000 משפחות, שניתן להעריך בסדר גודל של כרבע מיליון איש. נתון זה אינו כולל את כל הישובים החדשים שיוקמו. החוק כמובן גם משליך על זכויותיהם של רבים, שנמנעים מלהעמיד עצמם בהליך המשפיל של הסינון אף שהיו מעוניינים לגור באחד מהישובים הכפריים. אין מדובר בתחולה מצומצמת.

53. אחת הטענות המרכזיות של המדינה היא, כי תחולת החוק מצומצמת ביחס למצב הקודם, וכי הדבר מצביע על מידתיות הפגיעה. הצמצום הוא כפול. ראשית, נטען, כי בניגוד להחלטה 1195, עתה ניתן לערוך הליכי קבלה רק לגבי 400 המשפחות הראשונות, בעוד שבעבר היה מדובר ב-

500 משפחות. העותרים בדקו ומצאו, כי צמצום זה מוציא מתחולת החוק פחות מ-20 ישובים. מכיוון שכאמור אין לעותרים או לאדם מן הישוב אפשרות לדעת בוודאות את מספר הישובים שעליהם חל החוק, במסגרת הבקשה לפרטים נוספים נשאלה המדינה כמה ישובים בנגב ובגליל יצאו מהתחולה של ההסדר החוקי החדש בשל הצמצום של מספר בתי המשפחה מ-500 (לפי החלטה 1195) ל-400 (לפי החוק). המדינה הודתה כי אין לה נתונים.

54. מכאן ששינוי זה לא צמצם כמעט את התחולה. ניתן להניח שהוא נבחר בקפידה, דווקא משום שרוב הישובים עדיין נכנסים בתוך הקטגוריה של עד 400 משפחות. אין זה דמיוני להניח, שבעוד שנים ספורות, כאשר יותר ישובים יגיעו לרף זה וירצו להתרחב, יופעל לחץ לתיקון החוק ולהרחבת תחולתו. זה כבר קרה בעבר. בהחלטה 987 משנת 2003 הגבילה מועצת מקרקעי ישראל את הליכי הסינון ל-300 המשפחות הראשונות בלבד, אך לאחר מכן שינתה המועצה את ההחלטה וקבעה, כי הסינון יחול על 500 המשפחות הראשונות.

55. זאת ועוד, יש לזכור כי אף שהתחולה בהחלטה 1195 הייתה לגבי 500 המשפחות הראשונות ולא 400 המשפחות הראשונות, הרי ששם, כאמור, נקבע מבחן מחמיר יותר החל מהמשפחה ה-120. במקום מבחן "התאמה" עמום נקבע שם, כי רק אם יוכח שהמועמד עלול לפגוע בקהילה הוא לא יתקבל. מכאן שבסך הכול מדובר בהחמרה ולא בהטבה לעומת המצב הקיים.

56. השינוי היותר משמעותי בתחולת החוק, שבו המדינה נתלית כדי להציג את התיקון כאקט מידתי יותר ביחס לקיים, הוא ההגבלה הגיאוגרפית של החוק לנגב ולגליל בלבד. הגבלה זו נולדה מתוך לחץ פוליטי שהוביל יו"ר הכנסת ברגע האחרון לפני אישור החוק במליאה. יו"ר הכנסת נימק את השינוי בכך שהוא בא לשרת "משימות לאומיות". לא קשה להבין למה הכוונה. השילוב של צמצום החוק לנגב ולגליל, חבלי ארץ שבהם מרוכזת מרבית האוכלוסייה הערבית, והאמירות הברורות בעד יהוד אזורים אלו, מחזקים את הטענה כי החוק נועד לאפשר הקמת ישובים ליהודים בלבד, בדין וברישינון, באמצעות מנגנון הסינון עוקף בג"ץ.

57. הטיעון שעלה בדיונים, לפיו הקריטריון הגיאוגרפי נועד להבחין בין ישובים פריפריאליים לבין ישובים חזקים במרכז, אינו משכנע. הישובים הקהילתיים הם ישובים חזקים ומבוססים גם בפריפריה הגיאוגרפית, ובמיוחד בישראל בה המרחקים בין ריכוזי האוכלוסין קצרים.

58. המשנה ליועמ"ש הכנסת, עו"ד סיגל קוגוט, התנגדה לתיקון מסוג זה: "האבחנה השלישית לגבי גליל ונגב, שמכוונת בעיקרה כלפי אוכלוסייה שאחד מסעיפי השוויון האלה נועדו דווקא למנוע את אפלייתה, יכולה להביא את האמירה כאילו החוק נועד דווקא להדיר את האוכלוסייה הזאת במיוחד. זאת אבחנה בעייתית. האבחנה צריכה להיות לפי אפיונו של הישוב. יש כל מיני אפיונים: מספר בתי אב זה אחד מהם. האפיון של האזור הגיאוגרפי הוא הרבה יותר בעייתי בהקשר הזה ולכן גם הסכמנו עם משרד המשפטים בשעתו שיש כאן בעיה שיכולה לעלות כדי בעיה חוקתית, מעבר לדברים אחרים שדיברנו עליהם בעבר" (פרוטוקול ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 2.2.11).

59. הנה כי כן, צמצום החוק לנגב ולגליל בלבד אמנם הגביל את תחולת החוק אך גם מחזק את הטענה החוקתית לאפליה על בסיס לאום. כך או כך, התחולה של החוק היא עדיין משמעותית, והוא יחול על מאות ישובים וישפיע על זכויותיהם של מאות אלפים.

אפיונם וטיבם של הישובים שעליהם חל החוק

60. אחד הנושאים השנויים במחלוקת הוא ההצדקה של החריגה מהכלל של הקצאת קרקעות המדינה במכרז, בהגרלה או בדרך שוויונית אחרת. יש צורך להראות טעם להבחנה בין הישובים שעליהם חל החוק לבין כל ישוב אחר במדינה שבו אין ועדות קבלה.

61. אין מחלוקת עובדתית על כך שאין מדובר כאן בישובים בעלי אפיון אוכלוסייה ייחודי וגם לא אפיון ייחודי אחר, למעט ישובים ספורים, שניתן לראות בהם אורח חיים ייחודי. גם אין מדובר במקרים של קהילת מיעוט, המבקשת להסתגר מהרוב בישוב נפרד מטעמי שמירה על תרבות ייחודית או בדלנית, אלא באוכלוסייה מהציבור היהודי הכללי, ציבור חילוני, דתי לאומי או מסורתי, שאינו זקוק להקצאה מיוחדת כדי להגן על תרבותו או על אפיון ייחודי.

62. גם אין מחלוקת ממשית על כך שלא מדובר כאן על קולקטיבים המשלבים מגורים משותפים ושותפות כלכלית דוגמת הקיבוץ או המושב השיתופי. ישובים אלו הוכרו בעבר בפסיקה כצורת התיישבות מיוחדת, המצדיקה הליך סינון.

63. כשמדברים על קולקטיבים מסוג קיבוץ או מושב שיתופי, לפחות במודל המסורתי שלהם, ישנה הבנה לכך שמדובר במקרה מיוחד ויוצא דופן. החיים בקיבוץ או במושב חייבו ויתור ניכר על חירויות בסיסיות ומחויבות עמוקה של החברים לאידיאולוגיה שבבסיס סוג זה של התיישבות.

64. בתי המשפט הכירו בצורת מגורים זו כמצדיקה מתן אוטונומיה רחבה יחסית לאגודה השיתופית בניהול ענייניה לרבות קבלת וסילוק חברים. זאת, בכפוף לביקורת שיפוטית להבטחת הליך קבלת החלטות הוגן, ומניעת החלטות הלוקות בשיקולים זרים, חוסר תום לב או שרירות. כך, למשל, בעניין **כץ** נקבע, כי קיבוץ צורים הוא צורת התיישבות ייחודית שכן הוא "דורש מן החבר לתרום את מלוא כוח עבודתו ואת כל נכסיו לטובת כלל החברים. תמורת זאת מספק הקיבוץ, בגבולות יכולתו, את כל צורכי החבר. כמו כן מגביל הקיבוץ את חירויות הפרט של החבר ודורש ממנו לנקוט אורח חיים מסוים, ובמקרה של קיבוץ דתי כמו עין צורים, אורח חיים דתי. אלו הם, בקליפת אגוז, עד היום יסודותיו, מטרותיו ואורחות חייו של קיבוץ עין צורים, כעולה מן ההגדרות בתקנות סוגי האגודות ובתקנון הקיבוץ" (ע"א 8398/00 **כץ נ' קיבוץ עין צורים**, פ"ד נו(6) 602, 610 (2002)).

65. הישובים הקהילתיים והשכונות הקהילתיות אינם דומים, אף לא במעט, לקולקטיבים מהסוג של קיבוץ או מושב שיתופי. מדובר בישובים שהשיתוף הכלכלי בהם מתבטא בעיקר בתשלום דמי חבר לאגודה, שמעניקה שירותים לחבריה. המתגוררים בה גרים על פי רוב בבתים פרטיים ומרווחים, הרשומים על שמם במרשמי המקרקעין. הם עוסקים ככלל במקצועות חופשיים ולא בחקלאות. ברוב המקרים העבודה מתבצעת מחוץ לישוב, אליה מגיעים ברכב פרטי, ובסוף יום העבודה חוזרים לישוב. את משכורתם ורכושם שומרים התושבים לעצמם. גם אם קיימת בחלק

מהישובים קהילה מעורבת, ופעילות פנאי מפותחת, היא אינה דורשת מחויבות וערבות הדדית עמוקה, זהות אידיאולוגית או דרישה לויתור משמעותי על חירויות.

66. הדבר נכון גם לגבי שכונות ההרחבה, שנבנות בהמוניהן על קרקעות חקלאיות הסמוכות לקיבוצים ומושבים, שייעודן שונה למגורים. השכונות משוקות כשכונה עצמאית ומנוהלות על ידי אגודה עצמאית להתיישבות קהילתית (המכונה גם "אגודה מוניציפאלית"), ולא על ידי הקיבוץ וזאת במכוון. המתקבלים לאגודה אינם הופכים חברי קיבוץ או חברי מושב. הם אינם נהנים מהזכויות של חבר קיבוץ ואינם חבים בחובות. הקשר לקיבוץ מתבטא בשכונות, ובהסכמים בין הקיבוץ/מושב לאגודה לגבי מתן חלק מהשירותים.

67. מכאן שההבדל בין קיבוצים ומושבים שיתופיים לבין הישובים והשכונות שעליהם חל החוק הוא הבדל ברור. מה שפחות ברור הוא ההבדל בין הישובים והשכונות שהחוק חל עליהן לבין שכונות עירוניות בעלי אופי כפרי פרברי, שקיימות ברבות מהערים ומהמועצות המקומיות, ושבהן אין ועדות קבלה.

68. שאלת קיומה של הבחנה זו העסיקה את בית המשפט הנכבד כבר בעניין **קעדאן**. שם טענה המדינה, כי משפחת קעדאן תוכל לרכוש בית במועצה המקומית טל עירון, אך לא בתחומה של האגודה השיתופית קציר, הסמוכה. בית המשפט ניסה להבין מה ההבדל המהותי בין שכונה לשכונה אך כבר אז נכשלה המדינה לתת הסבר מניח את הדעת:

"אכן, המדינה ציינה בתשובתה, כי, "אין לנו מחלוקת עם העותרים על כך שהזכאות לגור במועצה המקומית טל עירון בהווה ובעתיד תהיה בדומה לכל מועצה מקומית אחרת, תוך מתן הזדמנות לרכישת דירות לציבור הרחב. כל זאת למעט בתחומיה של האגודה השיתופית, שם מותנית הקבלה לאגודה בהליכים הקיימים בכל אגודה שיתופית בהתאם לתקנונה". אך **במה שונה היישוב הקהילתי מהיישוב העירוני? על כך לא באה כל תשובה בתצהיר התשובה של המדינה (המינהל ומשרד הבינוי והשיכון), פרט לציון העובדה שהקרקע הוקצתה לסוכנות הפועלת כזרוע של העם היהודי בתפוצות**" (שם, בפסקה 26).

69. המדינה מתקשה לתת הסברים מניחים את הדעת גם היום. המדינה מתארת תיאור אידילי של ישובים קטנים, מבודדים, הנסמכים על שיתוף פעולה של התושבים ועל התנדבות, הדרושים כדי לקיים פעילויות חברתיות שאינן נתמכות על ידי המדינה וכדי להבטיח אספקת שירותים. אולם אמירות אלו אינן נתמכות בראיות כלשהן. המדינה מזהירה, כי קהילות קטנות הן פגיעות יותר לתופעות שליליות כמו אלימות או פגיעה מינית, וכי קונפליקטים חברתיים עלולים להביא לפירוקה של הקהילה. גם פה לא ניתנו דוגמאות, והחשש הוא ספקולטיבי. הרי ככל שאירעו מקרים כאלו, זה נעשה חרף מנגנון הסינון, שהיה קיים מאז היווסדותם של הישובים.

70. העותרים הציגו עדויות, לפיהן התיאור של הישובים רחוק מלשקף את המציאות. העותר 3 שגר במשגב כבר שנים ממושכות הצהיר, כי הטענה בדבר היותם של הישובים הקהילתיים ישובים בעלי לכידות קהילתית גבוהה, המחייבת הליכי סינון, מנותקת מן המציאות. "אני מתגורר ביישוב שיש בו 150 משפחות. בגלל עברו השיתופי והרכב תושביו הוא יחסית הומוגני ובעל

"לכידות חברתית" גבוהה יחסית ליישובים קהילתיים אחרים באזור", מציין שטרן. "עם זאת אני מעריך שתושב ממוצע ביעד מכיר פחות ממתצית מהתושבים האחרים. יישובים שגודלם עולה על 200 משפחות אינם שונים בהרבה משכונה עירונית בעלת רמת ארגון גבוהה ופעילות קהילתית נרחבת".

71. לדבריו, הטענה כאילו מדובר ביישובים פריפריאליים, בהן רמת ההישענות על הקהילה היא גבוהה לא רק שאינה נכונה אלא "מגוחכת" ו"גובלת בבדיחה חסרת טעם". "טיעון זה מגוחך ומתאים לישראל של 1950 ולא לישראל של 2010", כותב העותר 3 בתצהירו. "תושבי המועצה האזורית משגב משתייכים רובם למעמד הבינוני+, רובם עובדים מחוץ ליישוב (כולל תל-אביב וחיפה) והם בעלי ניידות גבוהה (לרוב המשפחות לפחות 2 מכוניות)".

72. בתצהיר שהוגש במסגרת העתירה בעניין קבלת משפחת קמפלה להרחבה של קיבוץ מעיין ברוך (בג"ץ 3552/08) התגלתה תמונה מדהימה, לפיה ישנו פער עצום בין ההכרזות של המדינה והאגודות השיתופיות בפני בית המשפט בדבר החיים הקהילתיים או הלכידות הקהילתית הקיימת בהרחבה של מעיין ברוך לבין המציאות בשטח. בתשובות לעתירות, שהוגשו לבית המשפט הנכבד, נטען שהריחוק הגיאוגרפי ממרכז הארץ והיות היישוב קהילתי מחייבים מאמץ מיוחד והתארגנות משותפת ליצירת לכידות חברתית, ובכלל זה התנדבות התושבים באופן שוטף. עוד נטען שאופי התהליכים החברתיים שונה לחלוטין מזה הקיים ביישוב עירוני. לפיכך, כך נטען, יש הצדקה לקיום ועדת קבלה שתבחן התאמה חברתית של המועמדים. אלו בדיוק הטענות הנשמעות היום בתמיכה בחוק.

73. אלא שבתצהירם של ארבעת תושבי ההרחבה נטען, כי "אין בעינינו כל דמיון בין מציאות החיים בפועל של תושבי ההרחבה עימם אנו נמנים, ובין האמור בתשובות לעתירות". על פי התצהיר, בהרחבה של הקיבוץ נמכרו 80 מגרשים, אך בפועל רק פחות מארבעים משפחות מתגוררות בשכונת ההרחבה, וכי שאר הבתים משמשים את בעליהם כהשקעה, ומושכרים, או כבית לסוף שבוע. לטענת המצהירים, בקיבוץ ובהרחבה גרים כמאה סטודנטים, הלומדים במכללת תל-חי, וכי רבים מהתושבים חילקו את הבתים שלהם ליחידות דיור קטנות יותר על מנת להעמידן להשכרה חופשית.

74. התושבים העידו על כך, שבניגוד לסיפורים היפים בדבר לכידות קהילתית, הישוב מפולג, ובין תושבי הקיבוץ לתושבי שכונת ההרחבה יש מתחים עמוקים. תושבי הקיבוץ מונעים מתושבי ההרחבה להיכנס למתקני הקיבוץ. לדבריהם, המשיבים בעתירה בעניין משפחת קמפלה "בחרו לצייר מציאות שקרית, והעלו טענות בדבר "לכידות חברתית" ובדבר חיי קהילה שכל כולם מבוססים על התנדבות והתארגנות משותפת, שאין בינן לבין מציאות החיים במעיין ברוך דבר, והכול במטרה למנוע את ביטול מנגנון ועדות הקבלה והפעלת הקריטריון של "התאמה חברתית" במסגרתו".

75. גם חוקרים שחקרו את היישובים הקהילתיים הגיעו למסקנות דומות. כך, פרופ' אמנון להבי קבע כי "הניסיון אכן מלמד כי עצם השימוש במונח "קהילתי" מהווה מנוף שיווקי. אף שהיישוב הקהילתי אינו כולל באופן מובנה רכיבים של שיתוף כלכלי, רשת ביטחון סוציאלית או כל סוג אחר של ערבות הדדית, הוא מבקש, לפחות ברובד ההצהרתי, להציג את עצמו כמי שמתקיים בו

רכיב של "קהילתיות" אותנטית על בסיס מתמשך, כך שלצד התועלת שבקידום מטרות פרטיות באמצעות הארגון המשותף ניכר רצון ליצור, לעיתים יש מאין, מכנה משותף ערכי . . . מאחורי אמת המידה של "הקהילתיות" נראה כי הישוב הקהילתי מתיימר לייצר מדדים של איכות אנושית ולהעניק לתושביו "תעודת ביטוח" בדבר זהותם ההומוגנית של חברי הקהילה בהווה ובעתיד" (אמנון להבי "מבוא: קהילות מגודרות בישראל – בין העיר לכפר" **קהילות מגודרות** (אמנון להבי, עורך), 9, 14 (2010)).

76. בדומה, הגיאוגרפים ד"ר גלעד רוזן ופרופ' ערן רזין עמדו על שינויים חברתיים בדפוסי המגורים של קהילות סגורות בישראל החל משנות ה-90. לדבריהם, "ניתן לראות במתחמי מגורים מגודרים מעין ניסיונות ליצור קהילות אוטופיות – איים מלאכותיים המתפקדים כמרחב סגור ומבודד, לפחות במידה חלקית. דפוס הפיתוח החדש מצביע על מעבר ממתחמים המייצגים אוטופיות קהילתיות-תרבותיות, אידיאולוגיות-שיתופיות או לאומיות-ציוניות למועדוני חברים אקסקלוסיביים, המסמלים חלום אמריקאי מעמדי שאפשר לכוונתו "אוטופיה ניאו-ליבראלית". . . . הקיבוץ המתחדש עשוי להידמות יותר ויותר לישוב קהילתי, המושך אליו בעלי אמצעים המעוניינים בבית בפרוור בסביבה כפרית ירוקה, אף אם יישאר בו גלעין ותיק שגם לאחר שיוך הדירות ישמור על מידה של שיתופיות" (גלעד רוזן, ערן רזין "מתחמי מגורים מגודרים בישראל: אוטופיות קהילתיות או מועדוני חברים אקסקלוסיביים בעידן ניאו-ליבראלי?" **קהילות מגודרות** לעיל, בעמ' 80-78)

ר' גם אורן יפתחאל, "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב"אתנוקרטיה הישראלית": התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים" **עיוני משפט** כא 637,650 (1998).

77. מכאן, שניסיון המשיבים לשוות לישובים אלו תכונות, המזכירות את צורת ההתיישבות המיוחדת של הקיבוץ או המושב השיתופי, אינו תואם את המציאות. מדובר בישובים פרבריים, שאינם שונים באופן מהותי במאפייניהם משכונות פרבריות אחרות.

המחלוקות המשפטיות

טענות הסף

78. המדינה מקדישה משקל רב לטענה שמדובר בעתירה לא בשלה להכרעה, למרות שטענה זו נטענה בהרחבה כבר בדיון הראשון ונדחתה על ידי בית המשפט הנכבד, שהחליט להוציא צו על תנאי ולדון בעתירה בהרכב מורחב. בסופו של דבר מדובר פה בגלגול של פרשות קודמות, המעסיקות את בית המשפט כבר מעל עשור. גם לפני קבלת החוק עמד מנגנון הסינון לביקורת שיפוטית. בית המשפט הוציא צווים על תנאי והחליט לדון בשאלות העקרוניות העולות מהחלטה 1195, אותה החליף החוק נשוא עתירה זו (בג"ץ 3552/08 ובג"ץ 8036/07). כאשר התקבל החוק החליט בית המשפט הנכבד, כי את ההיבטים החוקתיים העקרוניים ילבן במסגרת עתירה זו, ולכן בעתירות הקודמות לא מוצה הדיון העקרוני.

79. גם בשתי עתירות פרטניות שהוגשו לאחרונה, ובהן דרישה לבטל את מנגנון הסינון, הוחלט כי הסוגיות העקרוניות ידונו ויוכרעו במסגרת העתירות דנן.

בג"ץ 995/12 **כלפה נ' הכנסת** (החלטה מיום 3.4.12) ובג"ץ 7465/11 **סורקיס נ' מינהל מקרקעי ישראל** (החלטה מיום 7.11.12).

80. אין זה מצב ראוי בו טענות סף נדונות ונשמעות, בית המשפט מוציא צו על תנאי למרות טענות אלו, והמדינה שבה ומעלה אותן שוב בכתב התשובה.

81. גם לגופו של עניין אין ממש בטענת הסף. העתירה מעוררת שאלות חוקתיות על אופן ההקצאה של משאבים ציבוריים ואיזון בין הגבלות על חירות בחירת המגורים, הזכות לשוויון ופגיעה אינהרנטית בזכויות חוקתיות כמו כבוד, פרטיות וקניין מול אינטרסים שונים. היא נשענת על מסכת עובדתית ברורה ותיק פרטני כזה או אחר לא יוסיף.

82. גם אין ממש בדוגמאות שהובאו בהם בג"ץ סירב לדון בחוקים חדשים שטרם הופעלו. כאן מדובר בעיגון חוקי של מנגנון סינון קיים, אשר מעסיק את בית המשפט תקופה ארוכה, ובפני בית המשפט נפרשה כל התשתית העובדתית הנדרשת. גם אין מדובר בחוק חדש שלא ברור האם יופעל ומתי. המנגנון שבחוק הוא עיגון של הסדר קיים, והוא כבר מופעל.

83. ממילא האופן שבו ייושם החוק לא יעלה ולא יוסיף לשאלות המשפטיות שנדונות בעתירה זו, שכן הטענה המרכזית היא שאין כל עילה להכפיף את שיווק הקרקע להליכי סינון בישובים מהסוג שעליהם חל החוק, במיוחד שהתרחבותם היא על קרקעות המדינה, וכי הקריטריונים לסינון אינם משרתים מטרה ציבורית לגיטימית, אינם מסוגלים להראות שוני רלוונטי והם שרירותיים. מכאן שאין יישום חוקתי אפשרי לחוק.

84. נוסף, כי לעותרים 1-4 ולעשרות התושבים שבקבוצת עתיד משגב יש גם עניין אישי ברור בעתירה. הם רואים עצמם נפגעים ישירים של החוק. לא רק בגלל הגבלות שהוא מטיל עליהם בהשכרת או במכירת ביתם, אלא גם ובעיקר משום שהוא משפיע על אופי הישוב בו הם גרים. תושבים אלו לקחו על עצמם להיאבק על דמותו של הישוב בו הם מתגוררים תוך מחלוקת עם שכניהם, והם מעוניינים בהכרעה וממתנינים לה.

חוקתיות החיוב לעמוד בפני הליך סינון כתנאי לרכישת מגרש ומגורים בישוב

85. ממקרא כתבי התשובה עולה, כי קיימת מחלוקת משפטית האם עצם החיוב לעבור מנגנון סינון כתנאי למגורים בישוב פוגע בזכויות חוקתיות, והאם הפגיעה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה. אף שכבר הוצא בעתירה צו על תנאי, שמשמעו כי העותרים עמדו בנטל הראשוני להראות פגיעה חוקתית, המשיבים מתעקשים וטוענים גם בתצהיר, כי החוק אינו פוגע בזכויות חוקתיות. לטענה זו אין בסיס. החוק פוגע פגיעה קשה בזכות לכבוד (הן במובן הצר והן בזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי), בזכות לשוויון, בזכות לפרטיות ובזכות לקניין – כולן זכויות חוקתיות.

פגיעה בזכות לכבוד

86. החוק פוגע בשני מובנים בגרעין הזכות לכבוד. ראשית, החוק פוגע בכבוד שכן הוא מגביל את חירות בחירת מקום המגורים, שהיא בליבת הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי. שנית, הזכות לכבוד נפגעת בצורה ישירה מחיובו של אדם לעמוד בפני ועדת קבלה שבה אזרחים אחרים שופטים את אופיו ומידת התאמתו לשמש כשכנם.

א. פגיעה בזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי – הזכות לבחור היכן אתגורר

87. בית המשפט הנכבד יוצק לזכות החוקתית לכבוד האדם משמעות בהתאם למודל הביניים. לפי מודל זה שגובש בפסיקה המונח כבוד אינו מתבטא אך בהשפלה וביזוי של האדם אלא מגן גם על זכויות שקיים קשר ענייני הדוק בין מימושן לבין הגנה על כבודו של אדם.

בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת** (מיום 11.5.06) (להלן – **פרשת התנועה לאיכות השלטון**), בפסקה 38.

88. אחת הזכויות שהוכרו כזכות בסיסית, המצויה בגרעין הזכות לכבוד, היא הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי. כפי שהיטיב לתאר הנשיא ברק: "הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. **ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי.** כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, בפסקה 35) (ההדגשות הוספו).

89. השופט לוי הוסיף באותה פרשה, כי "קיימת זיקה ישירה בין עקרון האוטונומיה לבין מושג **הכבוד**. אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלו של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט שעה שבחירותיו משרתות גם את עניינם של אחרים זולתו, והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא שיש טעם ממשי לדבר, הוא, ללא ספק, אדם שכבודו נפגע" (פרשת התנועה **לאיכות השלטון**, בפסקה 5 לפסק דינו. על הדברים חזר הנשיא ברק בפסקה 40 לפסק הדין).

90. המשנה לנשיא חשין היה בעמדת מיעוט אך גם הוא הסכים, כי "על-פי נוסחת כבוד האדם המקובלת גם על חברי גם עלי – כי פגיעה ב"אוטונומיה של הרצון החופשי" תציג עצמה לפנינו במקום שחוק הכנסת – בוודאי כך נורמה הנחותה מחוק הכנסת – פוגעים באוטונומיה של הרצון החופשי. כך, למשל, במקום שחוק פלוני מחייב אדם לעשות מעשה או לחדול מחדל בנסיבות שבהן אין הוא חייב לעשות אותו מעשה או אין הוא חייב לחדול אותו מחדל. כך הוא אף באשר ל"חופש הבחירה", שחוק או נורמה נחותה לו שוללים שלא בהצדק ראוי את חופש הבחירה של היחיד" (שם, בפסקה 37 לפסק דינו).

על הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי כזכות המהווה חלק מליבת הזכות לכבוד והזכות לחירות ר' גם ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006).

91. פסיקתו של בית המשפט כי הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי – חופש הפעולה וחופש הבחירה שלו – הינה בליבת הזכות לכבוד, הביאה את בית המשפט להכרה בכך ש"הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד". זאת, משום ש"אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים

משותפים של מרכיבי התא המשפחתי" ומכיוון ש"מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם" (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006), בפיסקה 32 לפסק דינו של הנשיא ברק. עמדה זו הייתה מקובלת על שמונה מתוך 11 חברי ההרכב המורחב).

92. ההכרה בזכות לאוטונומיה הביאה את בית המשפט לבטל את הסדר הכבילה של עובדים זרים למעסיקיהם. נפסק, כי הסדר הכבילה למעסיק פוגע בזכות האדם לכבוד וזכות האדם לחירות, המעוגנות בחוק-היסוד "מחמת פגיעתו של הסדר הכבילה למעסיק בחופש הפעולה של הפרט, ובאוטונומית רצונו" וזאת לאחר שנמצא שהסדר "פוגע בחופש הפעולה של האדם. הוא מאיין את האוטונומיה של הרצון החופשי. הוא רומס את הזכות היסודית להשתחרר מחוזה-עבודה. הוא שולל כוח-מיקוח כלכלי בסיסי מצד חלש ממילא ליחסי-העבודה" (בג"ץ 4542/02 **קו לעובד נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 346 (2006), בפיסקה 29).

93. בדומה, פסק בית המשפט הנכבד, כי כללים המגבילים את חופש הביטוי הפוליטי בשידורי רדיו וטלוויזיה "פוגעים באותם זכויות וערכים העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש הבחירה ובחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי" (בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715 (2008), בפיסקה 27).

94. **בענייננו פוגע החוק בחירות בחירת מקום המגורים, ובכך הוא פוגע פגיעה ברורה בחופש הפעולה ובחופש הבחירה של אדם, ערכים הנמצאים בליבת זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי.** בחירת מקום המגורים הינה אחת ההחלטות המהותיות והמשמעותיות ביותר בחייו של אדם, היא משקפת את העדפותיו ורצונותיו, ויש בה להשפיע על ההזדמנויות והאפשרויות העומדות בפניו, על נגישותו לשירותי חינוך או בריאות איכותיים. מקום המגורים משפיע באופן ישיר על סיכויי ההצלחה, על איכות החיים, על רמת הבריאות ואף על תוחלת החיים.

95. היטיב לתאר זאת פרופ' ישי בלנק: "החירות לבחור מקום מגורים היא חשובה במיוחד, לפי שלמקום המגורים ישנה השפעה דרמטית על אפשרויות חיים, הזדמנויות כלכליות, רשתות חברתיות ועוד, ועל כן זוהי חירות שיש להגן עליה באופן מיוחד. התערבות המדינה בבחירותיהם החופשיות של אנשים בהקשר זה היא פוגענית במיוחד בערך החירות" (ישי בלנק, "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" **דין ודברים** ה' 1, 41 (2011) (להלן – **איים של פלורליזם**)).

96. על חשיבות בחירת מקום המגורים עמד בית המשפט הנכבד בפרשת **דעקה**: "זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט. ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית... היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל

לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג(4) 526, 570 (1999)).

97. בפרשת **חוף עזה** פסק בית המשפט הנכבד, כי ניתוק אדם מביתו ומסביבת מגוריו היא פגיעה בכבוד האדם ובאישיותו, ואין זו רק פגיעה קניינית, וזאת בשל העובדה שבחירת מקום המגורים מהווה חלק מהזכות לאוטונומיה, וניתוק כפוי פוגע בבחירה זו: "ישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות בו קבורים מתיו. הוא פוגע באישיותו. אכן, ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית "עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו" ... באחת הפרשות עמד השופט מ' חשין על כך כי "המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו" ברוח דומה עמד השופט ת' אור על זכות יסוד של האדם לאוטונומיה, כלומר הזכות "להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה..." (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת**, פ"ד נט(2) 481 (2005), בפיסקה 82 לפסק דינו של הנשיא ברק).

98. גם שופט המיעוט בפרשת **חוף עזה**, השופט לוי, עמד על חשיבות מקום המגורים. לדבריו "בית מגורים הנו קנין מסוג מיוחד. פגיעה בו – בדומה לפגיעה בחירות האישית – יוצרת אף היא "מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות"; ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו, אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי; בית המגורים מרכזי הוא לאישיות הפרט ולהגשמתו העצמית" (שם, בפיסקה 31).

99. הנה כי כן, על פי הפסיקה הזכות לבחור את מקום המגורים הינה זכות ראשונה במעלה לאור החשיבות הייחודית של מקום המגורים לאדם, היות מקום המגורים חלק מאישיותו, ומרכיב חיוני במימוש זכויות נוספות. פינוי כפוי של אדם מביתו בוודאי פוגע בזכות לכבוד, אף כך גם מניעת בחירת מקום המגורים מראש.

ר' בנוסף: רע"א 5817/95 **רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נ(1) 221, 231 (1995) (שם נפסק, כי הזיקה החזקה של אדם לעיר מגוריו מצדיקה מתן עדיפות במכרז, כאשר המטרה היא מניעת דחיקה מהעיר של חסרי דיור תוך פגיעה בזיקתם למקום); רע"א 7112/93 **צודלר נ' יוסף** פ"ד מח(5) 550 (1994) (שם נפסק, כי פרשנות תכליתית של סעיף 60 לחוק המקרקעין הינה שהקמה מחדש של בנין נועדה קודם כל לשמור על זיקתו החזקה של אדם למקום המגורים שבחר, ואין מדובר רק בעניין קנייני גרידא); בג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 352 (2002) (שם נפסק כי תיחום מקום מגוריו של אדם מהגדה המערבית לעזה פוגע פגיעה קשה בכבודו לאור הזיקה החזקה של אדם למקום המגורים שבחר ולקהילתו, וכי צעד כזה יינקט רק בנסיבות של הכרח צבאי).

100. מניעה מאדם לגור במקום מסוים לפי בחירתו לא רק שפוגעת בזכותו של אדם לבחור את דרכו באופן חופשי ולפעול כרצונו, היא גם עשויה לפגוע בזכויות ובאינטרסים אחרים שלו. היא עשויה לנתק אותו מבני משפחה אחרים שגרים במקום בו הוא מנוע מלהתגורר, לצמצם את

אפשרויות חיפוש המגורים, להעמידו במצב נחות שעה שהוא מבקש להחליף דירה, למנוע ממנו הזדמנויות עסקיות או הזדמנות ללימודים וכיוצ"ב.

101. נקודה זו מודגמת היטב בישובים שהחוק חל עליהם, שכן רבים מהם מציעים לאלו המבקשים לגור בהם גם הזדמנויות עסקיות יוצאות דופן. כך למשל – לעיתים המגרש המחולק מאפשר להקים יחידת דיור נוספת לצרכי תיירות או להשכרה.

102. להשלמת התמונה, המשפט הבינלאומי מכיר בזכות לבחור את מקום המגורים. זכות זו מעוגנת בצורה מפורשת בסעיף 12(1) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966, אשר ישראל צד לה:

Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

103. האמנה אינה מחייבת את ישראל כחלק מהמשפט הפנימי שלה, כל עוד הזכות לא אומצה למשפט הישראלי. עם זאת, האמנה תומכת בטענות העותרים, לאור החזקה הפרשנית, שקובעת כי המצב המשפטי בישראל יהיה תואם ככל הניתן להתחייבויות הבינלאומיות של ישראל.

בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 846 (2002)

104. המדינה טוענת בכתב התשובה, כי הזכות לדיור במקום מסוים אינה זכות חוקתית הנכללת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המדינה מתעלמת לחלוטין בתצהיר התשובה מהפסיקה שצוינה בעתירה בנושא. המדינה טוענת, כי בית המשפט הכיר בפגיעה בזכויות חברתיות כמו דיור רק במובן הצר של היעדר מקום מגורים. אך לטעון זה, גם לו היה נכון, אין כל רלוונטיות לטענות העותרים. העותרים טוענים לפגיעה בזכות אזרחית מסוג חירות ואוטונומיה לבחור ולפעול כרצונו ולא לפגיעה בזכות לדיור כזכות חברתית.

105. אכן, השאלה האם מוטלת על המדינה גם חובה פוזיטיבית לאפשר לאנשים לבחור את מקום המגורים, באמצעות, למשל, חיובה לדאוג לנתח הוגן של דיור זול, כחלק מהחובה לכבד את הזכות לבחירת מקום המגורים היא שאלה חוקתית חשובה, אך היא אינה מתעוררת במקרה שלפנינו. בעתירה זו העותרים אינם מלינים על כך שהמדינה אינה מקדמת את זכותם של אנשים לדיור בישובים הקהילתיים, אלא שהיא פוגעת בזכות הבסיסית שיש לאדם לבחור את מקום מגוריו. מה שעל הפרק אינו ההיבט החיובי אלא ההיבט השלילי: "אין פוגעים בכבודו של אדם". העותרים מבקשים להעביר ביקורת על חוק שפוגע פגיעה ישירה וחמורה באוטונומיה של פרטים בחברה.

106. בענייננו החוק מונע מאנשים את הזכות לממש את בחירתם לגור באחד ממאות ישובים בנגב ובגליל ומכפיפה להליך סינון. הגבלה זו הינה הגבלה עמוקה ומשמעותית. אין אנו מדברים על פגיעה בזכות לגור בבית מסוים או ברחוב מסוים אלא בפגיעה בזכות לגור בישוב שלם. הפגיעה משוכפלת במעל 350 ישובים. אלו מהווים את כל אפשרויות המגורים הכפריים בנגב ובגליל, שאינם כרוכים בחברות בקיבוץ או במושב שיתופי. גם אין מדובר בהגבלה קלה, טכנית או

מנהלתית, אלא בהגבלה של ממש, שמוציאה מידי של האדם את חופש הבחירה באופן מוחלט ומעבירה את ההחלטה הגורלית הזאת לידי ועדת הקבלה.

107. המדינה טוענת, כי זכות לבחירת מקום המגורים אינה מוחלטת, ולכך מסכימים העותרים, אך מקומו של האיזון בחלק השני של הבחינה החוקתית.

108. הכנסת טוענת טענות דומות לאלו של המדינה. היא מוסיפה כי לעמדתה עצם הזכות לבחור את מקום המגורים היא זכות לא להיחשף לאפליה, וכך פעל בית המשפט במקרים קודמים שבהם נמנעה מאדם אפשרות לגור במקום מסוים. העותרים ידגישו, כי מדובר בשתי זכויות נפרדות ועצמאיות, גם אם יש מקרים שפוגעים בשתי הזכויות גם יחד. במקרה זה, הטענה היא שעצם הצורך לעבור הליכי סינון פוגע בזכות לבחור את מקום המגורים, גם אם נניח לצורך העניין שהליך הסינון באופן תיאורטי יכול להיחשב שוויוני.

ב. פגיעה בזכות לכבוד במובן הצר

109. הליך הסינון פוגע גם בזכות לכבוד במובנה הצר, שכן יש בו ביזוי והשפלה של אדם המבקש לגור בישוב, בין שההליך מסתיים בקבלה ובמיוחד שהוא מסתיים בהדרה. הפגיעה בכבוד נגרמת כתוצאה מכך שאדם נדרש לעמוד למבחן על אופיו ואישיותו, לחשוף את חייו ואת עברו, להיחקר על יחסיו עם משפחתו ופרטים אינטימיים נוספים, וכל זאת בפני ועדה, שמורכבת מאנשים פרטיים, שאין להם כל הכשרה מקצועית, שיש להם אינטרס אישיים, ואלו דנים אותו לכף חובה או לכף זכות על סמך התרשמות קצרה ובלתי אמצעית ובהליך שרירותי ולא מכבד.

110. החיוב של אדם, המבקש להתמודד על משאב ציבורי, לעבור הליך כה משפיל וחטטני, שמימד השרירות בו הוא כה גבוה ויסודי, פוגע בכבוד במובן הצר. במאמרו הדין במושג כבוד האדם טוען פרופ' דני סטטמן, כי הפרשנות למושג "כבוד", היא יחס לא משפיל. לדידו, המאפיין החשוב ביותר של השפלה הוא התחושה של דחייה והדרה חברתית: "כאשר משפילים אדם, מעבירים לו מסר שהוא אינו שייך, או אינו ראוי להיות שייך, לקבוצה מסוימת שההשתייכות אליה חשובה בהערכה העצמית של הקורבן". לטענתו, מאפיין נוסף של השפלה הוא תחושת חוסר אוניס אשר נגרמת כתוצאה מפגיעה בפרטיות, לאחר שהאדם אינו מצליח לשמור על אינטרס יסודי שלו שתחום מסוים בחייו לא יהיה נגיש לאחר.

דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד 541, 559 (2001).

111. הליך הסינון של ועדות הקבלה מעמיד את האדם המבקש להתקבל לישוב במצב של חוסר אוניס, כשהוא נתון לשרירות רצונם של אחרים. אין כאן פעולה שבה הוא יכול לנקוט כדי להשפיע על גורלו. אין פה אתגר ברור. האדם נשפט על דברים שמעבר לשליטתו. גם תחושה זו, קבע בית המשפט, עולה בגדר פגיעה במרכיביה הגרעיניים של הזכות לכבוד האדם.

בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים** (מיום 25.7.10), בפיסקה 31.

112. הפגיעה בכבוד מועצמת על ידי כך שהוועדה מורכבת מאנשים פרטיים. בעבר הדגיש בית המשפט הנכבד, כי הליך הסינון משמש לגיבוש רשימת מומלצים בלבד, וכי שיקול הדעת הוא של המינהל ושלו בלבד. בין היתר הסביר זאת בית המשפט הנכבד בכך שהותרת הסמכות

הסופית בידי המינהל תאפשר לו לבחון אם "ההמלצה של האגודה השיתופית על מועמד כזה או אחר נגועה בפגמים כמו שרירות, הפליה וחוסר תום-לב" (ע"א 3962/97 בארתיים נ' ארז, פ"ד נב(4) 614, 622 (1998))

113. לעומת זאת, החוק מוציא את הסמכות מהמדינה ומפריט אותה לידי ועדת קבלה, שנשלטת על ידי התושבים, והיא מקבלת את הסמכות המלאה לא רק להמליץ על מועמד (באופן חיובי) אלא לדחות מועמד שלא נראה לה. החלטתה היא סופית אלא אם המועמד עורר עליה. לפיכך ברור שלא ניתן לקבל את טענת המדינה (בסעיף 162 לכתב התשובה) ש"חלוקת הסמכויות שקובע תיקון 8 דומה בעיקרה לחלוקת הסמכויות שנהגה בעבר" ואת ניסיון המדינה להסתמך על פסק הדין בעניין בארתיים במענה לפגם האמור לו טוענים העותרים.

114. זה לא מכבר מתח בית המשפט הנכבד ביקורת חריפה על העברתן של סמכויות פוגעניות מן המדינה לגורם פרטי. הסכנה הגלומה בכך נעוצה בעובדה, כי גוף פרטי אינו כפוף לדינים ולנורמות החלים על גופי המדינה, לאתוס של השירות הציבורי הממלכתי, לכללי ההתנהגות הכתובים והבלתי כתובים ולאינטרס הציבורי הרחב. כל אלו נועדו לשם הפחתת הסכנה, כי הכוח הרב הנתון בידי הגופים ינוצל לרעה וכי הסמכויות הפוגעניות יופעלו באופן שרירותי או לקידומן של מטרות זרות. בשעה שהמדינה בוחרת להתפרק מסמכויות פוגעניות ולהעבירן לגופים פרטיים אשר אינם כפופים למרותה ולפיקוחה, היא חושפת את האדם לשרירותיות, פיחות בערכו ופגיעה בכבודו.

בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (מיום 19.11.09), בפסקה 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, ובפסקאות 5-6 לפסק דינה של השופטת ארבל.

פגיעה בזכות לשוויון

115. הזכות החוקתית לשוויון נפגעת בצורה קשה על ידי החוק, בשלוש רמות. ראשית, החוק מתיר חריגה מהעיקרון של הקצאה בהגרלה או במכרז ומחייב שימוש במנגנון הקצאה שרירותי ולא שוויוני מטבעו – זאת, בלי שהדבר משרת מטרה ציבורית לגיטימית. שנית, החוק מנחה את ועדת הקבלה להתחשב בקריטריונים לא ענייניים ומפלים, שאינם מהווים שוני רלוונטי בין אלו המתקבלים לישוב לבין אלו הנדחים ממנו, ואשר משרתים תכליות פסולות. שלישית, החוק חל רק על ישובים, שאוכלוסייתם הדומיננטית היא יהודית, ולא על אף ישוב של האוכלוסייה הערבית.

116. יש לזכור כי מה שעל הפרק הינו הזכות לנגישות שווה למקרקעי המדינה. גם אם החוק היה מתיר לקהילות פרטיות לערוך ועדות קבלה בשטח פרטי לחלוטין, היה בכך פגם חוקתי מובהק, אך העותרים לא ירחיבו בטיעון זה, שכן אין בו צורך להכרעה בעתירה.

א. החוק סותר את החובה להקצות את קרקעות המדינה בצורה שוויונית, שקופה והוגנת

117. הכללים המשפטיים בעניין חובתה של רשות שלטונית לנהוג בשוויון הם ברורים, ונקבעו הן בחוקי המדינה והן בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. הכלל הבסיסי הוא, כי לכל אדם זכות שווה להתמודד על רכישת זכויות במקרקעין שמציעה המדינה. אסור למדינה להפלות בין אנשים המבקשים להתמודד על המקרקעין. אפליה פסולה תיחשב כאבחנה לא עניינית בין

אנשים בעלי נתונים שווים או שהשוני ביניהם אינו שוני רלוונטי. השוני הרלוונטי נגזר מהתכלית של הקצאת המקרקעין. אפליה כזו היא פגיעה בזכות לכבוד והיא לא חוקתית.

ר' פרשת **קעדאן**; בג"ץ 4124/00 **יקותיאלי נ' השר לענייני דתות** (מיום 14.6.10); בג"ץ 8300/02 **נסר נ' ממשלת ישראל** (מיום 22.5.12); בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (2002); בג"ץ 1113/99 **עדאלה נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 164, 170 (2000); רע"א 5817/95 **רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נ(1) 221, 231 (1995); בג"ץ 5023/91 **פורז נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992).

118. כדי להבטיח את השמירה על הזכות לשוויון נקבע בחוק, כי מקרקעי המדינה יימכרו במכרז פומבי. המכרז נועד להבטיח תחרות הוגנת בתנאים שווים בין כל המעוניינים. כלל זה מעוגן גם בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992. על פי החוק, המדינה לא תתקשר בחוזה לביצוע עסקה במקרקעין אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו (סעיף 2(א) לחוק). המדינה יכולה לקבוע תנאים שונים במכרז ובלבד שאינם מפלים בין המציעים. אסור שהתנאים יפלו בין מציעים מחמת אחת הקטגוריות ה"חשודות", כמו לאום, דת, וכיוצ"ב (סעיף 2(ב)), אך גם קביעת תנאים שלא ממין העניין תיחשב אפליה פסולה (סעיף 2(ג)).

119. החוק מתיר לשר האוצר, באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע סוגי עסקאות בהן ניתן לבצע עסקה במקרקעין ללא מכרז או באמצעות מכרז סגור. אלו החרגי. מטרתה של הכנסת הייתה לאפשר לרשויות גמישות לקדם מטרות ציבוריות חשובות בנסיבות מוצדקות. עם זאת, בתקנות המכרזים נקבע, כי בכל מקרה יש להעדיף מכרז פומבי על פני מכרז סגור או פטור ממכרז (תקנה 1ב לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993). כמו כן, נקבע כי גם כאשר ישנו היתר לפטור את הרשות מעריכת מכרז פומבי, עליה לפעול באופן שקוף ככל הניתן בנסיבות העניין, הוגן ושוויוני, המבטיח את מרב היתרונות לגוף הציבורי (תקנה 1א).

120. בשנת 1995 תוקנו תקנות המכרזים, ונקבע כי התקשרות עם הסוכנות היהודית או ההסתדרות הצינונית לביצוע מטרות ציבוריות לרבות הקמה, ביסוס או הרחבה של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים פטורה ממכרז (תקנה 3(19)).

121. עוד לפני תקנה זו כבר נוצרו הסכמים בין המדינה לבין הסוכנות, לפיהם הסוכנות תקבל קרקע ללא מכרז, ותשווק את המגרשים לציבור. המינהל מצדו לא פיקח על אופן שיווק המגרשים, והסכים להתקשר עם מי שהסוכנות והאגודה השיתופית שהוקמה לנהל את הישוב הפנו אליו. עד פסיקת בית המשפט בעניין **קעדאן** המומלצים היו יהודים בלבד והמינהל טען כי אין לו אחריות כלשהי שכן הסוכנות היא זו שמשווקת את המקרקעין שהוקצו לה. בית המשפט, כידוע, פסק כי המינהל אחראי על שיווק שוויוני של המקרקעין, ואינו יכול להשתחרר מחובתו זו באמצעות העברה לגוף שלישי. כמו כן פסק בית המשפט, כי פסילת מועמד על בסיס לאום היא אסורה.

122. לאחר בג"ץ **קעדאן** החל המינהל לפקח על הליכי הסינון וגיבש רשימת קריטריונים, אך המינהל מעולם לא נסוג מעצם הפרקטיקה. ודוקו – מעצם העובדה שהכנסת התירה למינהל להעביר קרקעות מדינה בפטור ממכרז לסוכנות לצורך הקמת והרחבת ישובים, אין מתחייב קיומו של

מנגנון סינון מהסוג שהתגבש. מנגנון זה היה פרי החלטות מינהליות שהתגבשו במינהל ותו לא. כך, עד לחקיקת החוק.

123. **החוק קובע לראשונה, כי לא רק שהמקרקעין יועברו לישובים ללא מכרז, אלא שרשות מקרקעי ישראל (שבאה בנעליו של המינהל) לא תוכל להתקשר בחוזה לחכירת מגרש בישוב קהילתי או שכונת הרחבה אלא לאחר אישורה של ועדת הקבלה.** כלומר – החוק הפקיע מרשות מקרקעי ישראל את שיקול הדעת באשר לניהול המקרקעין, ככל שזה נוגע להקצאת מקרקעין בישובים שעליהם חל החוק.

124. מכאן שהחוק פוגע בשוויון קודם כל בגלל שהוא מעגן שיטת הקצאה לא שוויונית של מקרקעי ציבור, בניגוד לכלל המחייב את הקצאת המקרקעין בדרך שוויונית כמו מכרז או הגרלה, הפתוחים לכל המעוניין.

125. **הפגיעה בשוויון היא אינהרנטית להליך מיון מהסוג הקבוע בחוק.** אדם המבקש לרכוש מגרש לא יוכל לעשות זאת באמצעות השתתפות בהגרלה או במכרז שמשקף נתונים אובייקטיביים ופשוטים כמו מי הציע את ההצעה הגבוהה ביותר.

126. גם אין מדובר בעמידה בתנאים אובייקטיביים אחרים, שמאפיינים התמודדות על דיור ציבורי או סיוע כספי כמו מבחן הכנסה, אחוזי נכות או גודל המשפחה. תנאים אובייקטיביים אינם דורשים עמידה בפני ועדת קבלה. ניתן להוכיחם באמצעות מסמכים או תצהירים. בחוק יש שלושה תנאים כאלו, שאליהם העותרים לא מתנגדים באופן עקרוני: המועמד בגיר; המועמד בעל יכולת כלכלית להקים בית ביישוב הקהילתי בתוך פרק זמן הקבוע בהסכם הקצאת המקרקעין; למועמד כוונה לקבוע את מרכז חייו ביישוב הקהילתי. אלו לא מעוררים קושי, אך אינם דורשים הליך סינון באמצעות ועדת קבלה. גיל ניתן להוכיח באמצעות תעודת הזהות. יכולת כלכלית ניתן להוכיח באמצעות אישור על קבלת משכנתא, או אישור מהבנק על קיומם של אמצעים. כוונה לקבוע את מרכז החיים ביישוב ניתן להוכיח באמצעות תצהיר ולהבטיח זאת באמצעות קנס.

127. אין זה המצב לגבי התנאים האחרים. במקום עמידה בתנאים מוגדרים, כדי לקבל את המגרש על המעוניין לעבור הליך מיון, שבו ידונו האם הוא "מתאים" או "לא מתאים" על סמך התרשמות בלתי אמצעית של אזרחים מן השורה, שאין להם מומחיות כלשהי בהליכי מיון, בהליך שרמת השרירות בו היא גבוהה מאוד, ועל סמך קריטריונים רחבים ועמומים מאוד.

128. הליך הסינון אינו עולה בקנה אחד עם חובתה של הרשות לפעול באופן שקוף ככל הניתן בנסיבות העניין, ובאופן הוגן ושוויוני. העדויות שהובאו בעתירה מדגימות את השרירות הרבה בהליך. גם המדינה מודה בכתב התשובה, שתהליך הסינון הוא בסופו של דבר תלוי קודם כל בהתרשמות הבלתי אמצעית של חברי ועדת הקבלה, וכי אין אפשרות לקבוע מראש אמות מידה אובייקטיביות.

בית המשפט הנכבד פסק בפרשת נסר, כי חלוקה שרירותית של משאבי ציבור ללא קריטריונים פוגעת בכבוד. בית המשפט אף הדגיש, כי "יש בכך משום זלזול בוטה במעמדו השווה של האדם בעיני הרשויות. "שמירה על כבודו של האדם באשר הוא אדם – כמתחייב מהוראת סעיף 2

לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם חלוקה כה שרירותית של משאבי ציבור" (בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (מיום 22.5.12) בפיסקה 46).

129. הישענות על קריטריונים כה שרירותיים ועמומים, הנתונים לפרשנות, ואשר עמידה או אי עמידה בהם נקבעת בסופו של דבר בהתרשמות קצרה ובלתי אמצעית של קבוצת אנשים פרטיים, חסרי הכשרה לכך, אינה שונה במהות מהיעדר קריטריונים.

130. יתר על כן, עצם השימוש במנגנון ועדות הקבלה לכשעצמו מהווה מסננת פסולה, שכן רבים כלל לא מנסים להתקבל לישוברים אלו בשל קיומה של ועדת קבלה, הפועלת באופן שרירותי, וחששם כי סיכוייהם להתקבל לישוברים נמוכים מלכתחילה. כפי שהעיד העותר 3 מניסיונו האישי, לישוברים משגב, שנמצאים באזור שבו אוכלוסיה ערבית משמעותית, ניסו להתקבל רק ערבים בודדים בשנים האחרונות, ורוב אלו שנדחו היו דווקא יהודים.

131. גם הצורך בחשיפה האישית הגבוהה בפני ועדת הקבלה מהווה לכשעצמו אפקט מצנן ומדיר, שכן רבים יחששו לחשוף את חייהם בפני אנשים זרים. במיוחד נכון הדבר לגבי קבוצות אוכלוסיה, ששומרות בקנאות על פרטיותן רק בשל היעדר סובלנות חברתית לשונה – אנשים שהסתבכו בעבר עם החוק ומנסים להשתלב ולהשתקם, אנשים עם עבר של אשפוז פסיכיאטרי, נשאי HIV, מי ששוחרר משירות צבאי מסיבה כלשהי, הומואים, לסביות, טרנסג'נדרים וכיוצא ב.ב.

132. ספק רב אם ניתן להצדיק חריגה כה קיצונית מדפוס ההקצאה הנדרש – היינו במכרז או בהגרלה, או ללא ממכרז אך על פי קריטריונים שהם ברורים וידועים מראש, ולא כאלו הנתונים להתרשמות סובייקטיבית. בכל מקרה נדרשת הצדקה חזקה במיוחד.

ג. הקריטריונים המנחים לסינון עמומים ומפלים והם רישיון לאפליה

133. לא רק שהליך ההקצאה הוא שרירותי ותלוי בסופו של דבר בהתרשמות בלתי אמצעית של קבוצת אזרחים בלתי מיומנת, במקום הליך הקצאה שוויוני כמו הגרלה או מכרז, הרי שגם אמות המידה שאמורות להנחות את חברי ועדת הקבלה מפלות.

134. הקריטריון של התאמה לחיי חברה בקהילה הוא מפלה, שכן הוא בוחן את מידת התאמתו של אדם לישוברים הספציפי, לאופי האוכלוסייה שגרה בו ושיקול כזה אינו שיקול רלוונטי בישוברים שעליהם חל החוק ולכן הוא פסול מעיקרו.

135. בנוסף, מדובר בקריטריון עמום המאפשר לקבל כל החלטה אודות המועמד ולכן מאפשר להסוות אפליה שיש לחברי הוועדה נגד מועמד בשל השתייכות קבוצתית. גם ההסתייעות בגוף שהתמחותו בחינת התאמה לחיים בקהילה אינה משנה, שכן ממילא מכוני המיון מוזמנים על ידי הישוב, והם ממיינים את המועמד על רקע דרישותיו של הישוב הספציפי, תוך התחשבות באוכלוסיית המקום ואופי הישוב. בנוסף, אין בחוק הוראות לגבי הגופים הממיינים או התמחותם והם יכולים להיות גם גרפולוגים למשל, שמידת אמינותם שנויה במחלוקת. המדינה הודתה בתשובתה לבקשה לפרטים נוספים, כי אינה מסוגלת להראות תמיכה לכך שהמכוונים אכן מסוגלים מבחינה מקצועית לאתר התאמה כזאת. יתר על כן, הרבה פעמים חוות הדעת היא רק גושפנקא להחלטות שמגבשים חברי הוועדה על המועמד מהתרשמותם הקצרה והבלתי אמצעית בראיון הקבלה.

136. הוועדה מוסמכת לדחות מועמד גם על סמך קריטריון ההתאמה למרקם החברתי-תרבותי. סעיף זה אינו מצריך חוות דעת והוא נתון לחלוטין לשיקול הדעת של הוועדה. גם כאן מדובר ברישיון ישיר להפלות אדם רק משום שהוא אינו משתייך למרקם חברתי או תרבותי מסוים, משום שהוא שונה. קריטריון סינון זה אינו יכול להתבסס אלא על פערים חברתיים, מעמדיים ותרבותיים, הנובעים מהשתייכות המועמד לקבוצה חברתית, דתית או תרבותית שונה, לארץ מוצאו, למעמדו המשפחתי או הכלכלי, גילו, נטייתו המינית וכיוצ"ב סממנים המגדירים אותו מייד כ"שונה", כ"אחר", כמי שאינו חלק מהמרקם החברתי-תרבותי של בני המקום. קריטריון סינון זה מכניס את כל עילות האפליה החשודות למערך השיקולים.
137. יתר על כן, מימוש קריטריון סינון זה יכול להיעשות רק בהישען על הנחות חברתיות, סטיגמות וסטריאוטיפים בדבר אפיון ה"אנחנו" לעומת אפיונו של אדם כ"אחר" או כ"שונה" מ"איתנו". כלום יכולה ועדת קבלה כלשהי לקבוע, כי אדם מסוים מתאים ל"מרקם" או לא מתאים על בסיס ראיון התרשמות קצר, כפי שנעשה בהליכי הקבלה?
138. הקריטריון מאפשר גם לסנן אדם שהוא מרקע חברתי-תרבותי שונה אף אם מוכן ומעוניין הוא להשתלב בקהילה ובאורחותיה ולכבד את אורח החיים של שכניו, ולקחת חלק פעיל בחיי הקהילה והחברה בישוב.
139. גם הקריטריון שמאפשר להתחשב במאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי או תנאי קבלה הקבועים בתקנות האגודה, שאושרו על ידי רשם האגודות השיתופיות, מאפשר לוועדה לדון את המועמד על פי תנאי קבלה שטיבם לא מוגדר. אלו עילות סינון נוספות. המדינה טוענת, כי הוראה זו תאפשר לישוב להוסיף בתקנון תנאים הייחודיים לקהילה אלא שרוב רובן של הקהילות אינו מתאפיינים במאפיינים ייחודיים, והחוק מאפשר לא רק להתחשב במאפיינים ייחודיים אלא בכל תנאי קבלה שיצוין בתקנון האגודה.
140. תנאי קבלה עמומים כל כך, שמאפשרים שיקול דעת רחב כל כך, אינם יכולים להיחשב כתנאים עניינים לסינון. הם אינם מבחינים בין אדם לאדם על פי שוני רלוונטי. מידת התרשמותם הבלתי אמצעית של קבוצת אנשים מהתאמתו של אדם לחיים בקהילתם או למרקם החברתי-תרבותי ממילא אינה יכולה לבסס שוני רלוונטי. היא נסמכת כולה על פרמטרים עמומים מדי, שמתבססים על מאפיינים שאסור להתחשב בהם מלכתחילה.
141. המשיבים טוענים מספר טענות. ראשית, שלא ניתן לטעון שהחוק פוגע בשוויון שעה שנקבע בו סעיף, לפיו ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי או הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית או פוליטית. אלא שסעיף זה אינו אלא "עלה תאנה", שכן הוא משקף ממילא את החוק הקיים. הוא אף מצמצם ביחס לדין הקיים, שכן הדין הקיים קובע כי כשמדובר על הקצאת משאבים ציבוריים כמו מקרקעין, אפליה היא גם קביעת תנאים שלא ממין העניין.
142. הסעיף עומד בסתירה מובהקת למבחנים האחרים. בדיקת התאמתו של מועמד לחיי חברה בקהילה אינה מנותקת מאופי הקהילה והאוכלוסייה שגרה בו. בדיקת התאמתו של המועמד למרקם החברתי-תרבותי אינה מנותקת מבחינת המרקם החברתי-תרבותי של הקהילה. לא ניתן

לבחון התאמה אלא בהסתמך על מאפייני זהות של המועמד והשתייכותו הקבוצתית. אסור לשוב לדחות את פלוני רק משום שהוא ערבי או רק משום שהוא דתי, אך זכותו המלאה של הישוב לדחות את פלוני, שהוא ערבי דתי, רק משום שבמקרה רוב חבריו הנוכחיים של הישוב הם יהודים וחילונים, ולדעתם שכן שהוא ערבי דתי יפגע במרקם היהודי-חילוני של הישוב. בפרשנות המקלה ביותר, הקבלה תותנה בכך שאין פגיעה במרקם. כלומר – ייתכן ואם תהיה משפחה מסורתית של יוצאי אתיופיה אחת בישוב שרובו אשכנזי-חילוני, תתקשה הוועדה לבסס פגיעה במרקם החברתי תרבותי, אך כשהמשפחה החמישית של יוצאי אתיופיה מסורתיים תבקש לגור בישוב, זה כבר יתפרש כפגיעה במרקם החברתי תרבותי של הישוב.

143. המדינה והכנסת טוענים עוד, כי הפגיעה בשוויון היא לכל היותר ספקולטיבית ותלויה ביישום. העותרים שבים ומדגישים, כי הפגיעה בשוויון היא אינהרנטית בחוק. אין יישום אפשרי לחוק זה שאינו פוגע בשוויון, וזאת משום שהליך הסינון כולו נגוע בשרירותיות רבה, תנאי הקבלה עמומים ולא ניתן לראות בהם תנאים ענייניים המבססים שוני רלוונטי בין אנשים; והקריטריונים מחייבים מטבעם התחשבות במאפייני זהות והשתייכותו הקבוצתית של המועמד.

144. זאת ועוד, לא רק שהאפליה היא אינהרנטית בחוק, יש לזכור כי החוק לא נחקק בחלל ריק. הוא ממסד פרקטיקה קיימת. פרקטיקה זו, כבר הוכח, מביאה לתוצאה מפלה. התוצאה המפלה ניכרת בסטטיסטיקה, המעידה על הומוגניות עדתית והומוגניות ברמת הכנסה, בעדויות תושבי הישובים עצמם ובמקרים הרבים שבאו בפני בית משפט זה. המדינה מכחישה אפליה תוצאתית אך לא מספקת לכך תימוכין. אין למדינה כל נתון לגבי מספר האנשים שניגשים לוועדות, מספר אלו שנדחים או שמתקבלים והיא אינה מפקחת על פעולות הוועדה. כל שהיא יודעת לציין הוא, כי יש מועמדים מקבוצות חשודות שהתקבלו לישובים בהליכי ערר, לאחר שנדחו בוועדות הקבלה.

145. אפליה קיימת כבר עתה במספר ישובים שבעקבות החוק הוסיפו תנאי קבלה מפלים לתקנונים, הקובעים, למשל, כי הישוב "שם בראש מעייניו את ערכי ההתיישבות, הציונות, מורשת ישראל, ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית ברוח חזון מגילת העצמאות של מדינת ישראל, הסובלנות וכבוד האדם", ותנאי הקבלה שונו כך שכל חבר חדש שיבקש להצטרף לישוב חייב להיות שותף להשקפת היסוד ולמטרות האגודה שהוצגו בסעיף המטרות והסמכויות. ברור כי דרישה זו ל"הצהרת נאמנות" כתנאי קבלה מטרתה למנוע מאזרחים ערבים, או אזרחים אחרים, שאינם שותפים להשקפת העולם הציונית, להתגורר בישוב. זו לא ספקולציה. זה כבר מתרחש. בתגובת המדינה ובתגובת הכנסת לא נטען ששינויי תקנון אלו דינם להיפסל.

146. לעומת המדינה, המשיבות 4-5 מודות בגאון, כי הליך הסינון נועד להבטיח הומוגניות, כלומר – שכל ישוב יוכל לסרב לקבל אנשים שאינם דומים במאפייניהם לתושבי המקום. משיבות אלו מודות למעשה שלא רק שיש אפליה על בסיס רקע חברתי תרבותי, אלא שזו גם כל מטרת הליך הסינון. משיבות אלו עומדות על כך שזו זכותן לשמור על הומוגניות. זו טענה שיש לבחון במסגרת מבחני המידתיות. אך את הפגיעה בשוויון הן אינן מכחישות. הן מודות שאדם לא מתקבל כי הוא מגיע מרקע שונה.

ג. החוק חל רק על ישובים של האוכלוסייה היהודית

147. בנוסף לפגיעה בשוויון שכבר צוינה, החוק פוגע בשוויון כי הוא חל רק על ישובים שהאוכלוסייה שלהם היא יהודית ואף לא על ישוב אחד של האוכלוסייה הערבית. אין כאן טיפול נפרד אך שווה. טיעון זה סותר את הטענה של המשיבים 4-5, לפיה החוק מאפשר לכל ישוב לשמור על אופי האוכלוסייה שלו ועל הומוגניותו, בלי לפגוע בהטרוגניות של המרחב.

148. העובדה שהחוק אינו חל על ישובי האוכלוסייה הערבית אינו מקרי, שכן תנאי התחולה שנבחרו בקפידה אינם מאפיינים את הישובים הכפריים של האוכלוסייה הערבית מבחינת צורת התאגדות וגודל. הרחבות קהילתיות למשל, קיימות רק לצד קיבוצים ומושבים. גם רוב הישובים הוקמו ועודם מוקמים על ידי הסוכנות או ההסתדרות הציונית, ששמו להן כיעד להקים ישובים לאוכלוסייה היהודית. לכל הפחות זו אפליה תוצאתית שגם היא הוכרה כפסולה.

149. המדינה טוענת, כי ניתן להחיל את החוק גם על ישובים של אוכלוסייה ערבית. טענה זו נטענה בתגובות המדינה גם בעבר. כדי שזה יקרה הסוכנות היהודית או ההסתדרות הציונית צריכות לשתף פעולה עם האוכלוסייה הערבית להקמת ישוב, שכן לפי תקנות המכרזים רק אלו הגופים שיכולים לקבל מהמדינה קרקע בפטור ממכרז להקמת ישוב קהילתי. זה לא נראה אפשרי בעת הזאת. מכאן שהחוק מהווה בנוסף, גם מנגנון שמעניק זכות יתר לאוכלוסייה היהודית.

150. המדינה טוענת, כי היא מעניקה העדפה לבני המקום בישובי האוכלוסייה הערבית, אך טענה זו אינה רלוונטית. בישובים של האוכלוסייה הערבית אין כל חוק המונע ממישהו לגור בהם, אין בהם ועדות קבלה. פרט לכך, קיימים מקרים בהם בישובים של האוכלוסייה היהודית יש לעיתים העדפה לבני מקום. עדיפות לבני מקום לא נועדה לשמור על הומוגניות, אלא לאפשר לאנשים לשמור על זיקה לישוב שלהם ולא להידחק משם.

השוו ע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 221 (1995).

151. ההפליה אם כן, מתבטאת גם בהיבט זה, והטיעון של טיפול נפרד אך שווה אינו רלוונטי. כך או כך, **העותרים מבקשים להדגיש כי הם מתנגדים גם באופן עקרוני לתפיסה של נפרד אך שווה במקרקעי המדינה, וכי זו גם הפסיקה שנקבעה בעניין קעדאן.** שם פסק בית המשפט בצורה מפורשת, כי "השילוב בין התוצאה הבלתי שוויונית של המדיניות ובין הטעמים הבלתי שוויוניים שבבסיסה, יוצר "מסה" חזקה של היעדר שוויון, "מסה" שאינה מתבטלת ואף אינה פוחתת נוכח הנכונות העקרונית להקצות מקרקעין להתיישבות קהילתית כפרית נפרדת של ערבים. אנו דוחים אפוא את הטענה כי בנסיבות העניין שלפנינו לא נפגם עקרון השוויון" (שם, בעמ' 280).

152. מכל הסיבות הנ"ל, החוק פוגע בצורה ברורה בזכות החוקתית לשוויון, ובמיוחד כאשר מדברים אנו על הזכות השווה ליהנות ממשאב ציבורי מובהק כמו מקרקעי המדינה.

פגיעה בזכות לפרטיות

153. בתצהיר התשובה המדינה אינה מכחישה את הפגיעה בפרטיות הכרוכה בהליכי הסינון. המדינה טוענת רק, כי הפגיעה היא מידתית בשל מנגנונים בחוק המצמצמים את הפגיעה

בפרטיות, כמו האיסור לחקור את המועמד על נושאים מסוימים, והגבלה על השימוש הנעשה בחומר שנאסף על המועמד רק לצורך בחינת ההתאמה. **בכך חוזרת בה המדינה מעמדה שהציגה בתגובתה המקדמית.** שם טענה המדינה, כי כלל אין פגיעה בזכות לפרטיות לאור העובדה שמתן המידע הוא וולנטארי.

154. עמדה דומה, בעניין הוולונטאריות של מתן המידע, הביעה הכנסת, והיא עומדת עליה. טענה זו אינה משכנעת. העותרים אינם חולקים על העיקרון המשפטי לפיו ויתור מרצון חופשי על פרטיות אינו נחשב כפגיעה בפרטיות, והוא ביטוי לשליטה במידע, כפי שניסח זאת פרופ' מיכאל בירנהק. אלא שבענייננו מרכיב ההסכמה אינו קיים. בירנהק מדגיש בספרו, כי שליטה מחייבת ידיעה, הבנה והסכמה. כלל אחר שנגזר מעקרון ההסכמה הוא שלמושא המידע תהיה אפשרות אמיתית של בחירה. כאשר נותנים לאדם אפשרות בחירה, אולם כזו שאין בה ממש, שליטתו במידע נפגעת.

מיכאל בירנהק, **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה**, 104 (2010); מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9, 43 (2007).

155. המשיבים השוו בין הליכי הקבלה לישובים לבין הליכי מיון לקבלה לעבודה, אך גם בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה בעניין **אוניברסיטת תל-אביב** נקבע, כי כאשר המעסיק מחייב אדם לעבור הליכי מיון החודרים לתחום הפרט אין מדובר בבחירה חופשית, וזאת ללא קשר לכך שבנסיבות העניין פסק בית הדין, כי הפגיעה מידתית ואיפשר למעסיק להיעזר במכון מיון, בכפוף למגבלות שונות של מהימנות, שמירה על השוויון ועל הפרטיות בהליך:

אשר ל"הסכמתו" של העובד לפי סעיף 7(ב) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - אדם יכול להסכים לעמוד במבחני התאמה מרצונו החופשי ולוותר על זכותו לפרטיות. אולם, **משמעסיק מטיל חובה על מועמד לתפקיד לעמוד במבחני התאמה, על מנת להתקבל לעבודה או להתקדם לתפקיד "הסכמתו" של המועמד אינה ניתנת מרצונו החופשי.** אפילו אם ההנהלה אינה מטילה על העובד חובה לעמוד במבחני התאמה על מנת שמועמדותו תובא לפני ועדת המכרזים והדבר נתון לבחירתו, הרי שאם העובד מודע לכך שההנהלה מאמינה בתועלת של מבחני ההתאמה, למעשה מופעל עליו לחץ כן להיבחן. יחסי עובד - מעסיק אינם יחסים שווים כוחות, מצבו של העובד הוא בדרך כלל נחות מזה של המעסיק. לכן, החלטתו של העובד לעמוד במבחני התאמה אינה ניתנת תמיד מ"רצונו החופשי" (דב"ע 4-70/97 **אוניברסיטת תל-אביב נ' ההסתדרות הכללית החדשה** (מיום 17.6.98, ההדגשה הוספה).

156. בענייננו החוק מחייב מועמד לעבור הליכי מיון כדי לגור באחד ממאות הישובים שעליהם חל החוק. אין לו חופש בחירה. מדובר בישובים שמוקמים על מקרקעי המדינה, שהנגישות שלהם צריכה להיות פתוחה עבור כל האזרחים. התניית הגישה למשאב ציבורי בויתור על פרטיות אינה יכולה להיחשב כויתור וולונטארי. דומה הדבר למי שחושף את פרטיו האינטימיים בכתב תביעה – האם בחירתו לממש את זכותו לגשת לערכאות שיפוטיות מבטלת את זכותו לפרטיות? בוודאי שלא. זכותו לפרטיות עומדת לו ותאוזן מול עקרון פומביות הדיון.

ר' למשל ע"א 4963/07 ידיעות אחרונות נ' עו"ד פלוני (מיום 27.2.08).

157. יתר על כן, דווקא ההשוואה להליכי קבלה לעבודה מחלישה את הטענה לפיה החוק אינו פוגע בפרטיות. אדרבא, היא מבליטה את הפגיעה בפרטיות במקרה של ועדות הקבלה. בראיון עבודה מתמודד אדם על התאמתו המקצועית למשרה ספציפית. הוא נדרש לפרט את כישוריו הספציפיים. החוק אוסר על המעסיק, כמו גם על מכון מיון, לחקור את המועמד על נושאים שלא קשורים להתאמתו המקצועית לתפקיד. כך, סעיף 2א לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1998 קובע, כי מעביד לא ידרוש מדורש עבודה או מעובד את הפרופיל הצבאי שלו. בסעיף 9 לחוק נקבע, כי אם הוכח כי מעסיק דרש, במישרין או בעקיפין, מעובד או מדורש עבודה, מידע בנושא שהפליה בשלו אסורה מחמת הטעמים המפורטים בחוק, תהיה חובת ההוכחה עליו, שלא הפר את הוראות החוק. כלומר – די בכך שהמעסיק שואל אדם על גילו, נטייתו המינית, מעמדו המשפחתי, ענייני הורות, לאום, דת, השקפה פוליטית וכיוצא"ב כדי שתקום חזקה שהוא הפר את החוק. אלו מצמצמים מאוד את הפגיעה בפרטיות.

158. לעומת זאת, בהליכי הקבלה לשובים החוק אינו קובע כל איסור לגבי המידע שניתן לדרוש, ויתר על כן, אין לוועדה כל אפשרות להכריע במועמדות אלא באמצעות תהייה על קנקנו של האדם, לאומו, מוצאו, דתו, אופיו, תחביביו, קשריו החברתיים, יחסיו עם בני משפחתו, רקעו החברתי-כלכלי, מצבו הכספי, אירועים שהיו בעברו, מצבו הרפואי, גילו, השקפתו הפוליטית וכיוצא"ב. הרי ללא חקירתו על אלו כיצד יכריעו חברי הוועדה האם מדובר באדם המתאים לחיים בקהילתם, כאשר בחינה זו מתבססת גם על אופי האוכלוסייה במקום והאופי של הישוב, או על התאמתו למרקם החברתי תרבותי של הישוב? ואם הישוב הוסיף בתקנון תנאים נוספים, כפי שמאפשר לו החוק, כמו הצהרה על מחויבות לערכי ההתיישבות והשירות בצה"ל, כיצד תבחן הוועדה האם המועמד מסכים לערכים אלו בלי לפלוש להשקפותיו הפוליטיות ועמדותיו בסוגית אלו?

159. הפגיעה בפרטיות, אם כן, היא אינהרנטית להליכי הסינון הקבועים בחוק, ולא ניתן ליישם את הליך הקבלה בצורה שאינה פוגעת בפרטיות.

160. הפגיעה בפרטיות היא חמורה במיוחד, שכן היא נסבה דווקא על הפרטים האינטימיים והאישיים ביותר של האדם. יתר על כן, אם במקום עבודה נחשף אדם בפני מראיין מקצועי, הרי שבענייננו החשיפה היא בפני ועדה לא מקצועית, שמורכבת בחלקה מאזרחים פרטיים שהם השכנים הפוטנציאליים לעתיד של המועמד. המועמד נאלץ לחשוף את פרטיו האינטימיים ביותר כלפי אלו שיהיו שכניו, באופן שיגרום, גם אם יתקבל לישוב, לפגיעה נמשכת בפרטיותו.

161. הפגיעה בפרטיות טבועה כל כך בהליך הסינון, כך שאף לא ניתן לצמצם אותה בדומה להליכי קבלה לעבודה. לא ניתן לקבוע, כי לחברי הוועדה אסור יהיה לשאול שאלות חשודות, כי אז המצב רק ירע. נניח שבבואם לבחון האם המועמד מתאים לאופי הישוב ולחיי הקהילה שבו או למרקם החברתי תרבותי, ייאסר על חברי הוועדה לשאול את המועמד שאלות הנוגעות לחייו האישיים. מה יעשו במקרה זה החברים? סביר להניח שהם יסיקו את המסקנה מתוך מראהו או צורת דיבורו של המועמד, בגדיו ואי אלו מאפיינים שמיד יאפשרו להשליך עליו מגוון תכונות ומאפיינים סטריאוטיפיים. כלום איך אחרת יקבעו את מידת התאמתו לשמש כשכנם?

162. יש לזכור גם, כי **עצם הליכי הסינון מתמריצים באופן טבעי גם פגיעה בפרטיות המועמד מעבר למידע שהוא מוסר ביוזמתו**. מי בימינו לא מקליד את שמו של אדם זר במנוע חיפוש או ברשת החברתית כדי לעמוד על קנקנו לפני שהוא צריך לקבל החלטה לגביו? גם המראיינים בוועדת הקבלה מחפשים בוודאי מידע רב על המועמד במנועי החיפוש באינטרנט ובמאגרי מידע אחרים, כמו רשתות חברתיות. מידע כזה, שנערס לעיתים במשך שנים, ונצבר באמצעות טכנולוגיות פשוטות וזמינות, חושף בפני המראיינים מידע רב אודות המועמד. המועמד אמיר חורי לדוגמא – האם הוא יהודי או ערבי? בדיקה קצרה במנועי חיפוש בדרי"כ תיתן לנו תשובה. גם אם אסור לוועדה לבקש תעודת יושר מהמועמד, אם מועמד מסוים הסתבך בעבר עם החוק, מנוע החיפוש יכול להסגירו (גם אם היו אלו רק חשדות, המועמד כבר מוכתס). בדיקה יזומה יכולה להעלות על המועמד מידע רב לרבות מצבו הכלכלי, עמדותיו הפוליטיות, בני משפחתו, המעגלים החברתיים שלו. אלו, נכונים או מוטעים, יכולים כבר לתייג אותו בעיני המראיינים ולגבש אצלם דעה קדומה לגביו, עוד לפני שהגיע לראיון הקבלה (ר' בירנהק, **מרחב פרטי**, בעמ' 90).

163. טענה נוספת של הכנסת, הינה שהזכות לפרטיות חלה ביחסים שבין רשויות המדינה לאזרחים ולא ביחסים שבין פרטים בחברה. לטענתה, אם יש פגיעה בפרטיות, הרי שזו איננה פגיעה חוקתית. טענה זו לא נכונה עובדתית ולקויה מבחינה משפטית. ראשית, הוועדה לא מורכבת רק מאנשים פרטיים אלא גם מנציגי המועצה האזורית, שהיא רשות שלטונית לכל דבר. ככל שיוגש ערר על החלטת הוועדה, כל המידע שנאסף על המועמד, תוך פגיעה בפרטיותו, ייחשף בפני ועדת ההשגות, שבה חברים גם נציגי רשויות המדינה.

164. כך או כך, גם מבחינה משפטית הטענה אינה מבוססת. הזכות לפרטיות מחייבת את הכנסת להימנע מחקיקה, המחייבת פגיעה בפרטיותו של אדם, בין שהחוק מחייב מסירת המידע הפרטי לרשות או לגוף פרטי. בנוסף, לעמדת העותרים הזכות לפרטיות חלה גם במישור היחסים בין פרטים או תאגיד ובפרט כאשר הפגיעה קשורה בשימוש במקרקעי הציבור. בדומה לאיסור שחל על אגודה שיתופית להפלות בעת הקצאת מקרקעי ציבור מטעם המדינה, כך אסור לה לפגוע בפרטיות (השוו לעניין **קעדאן**; ע"ע (ארצי) 8/90 **איסקוב נ' מדינת ישראל** (מיום 8.2.11)).

165. בנוסף, הכנסת טועה ומטעה בציטוט שלה ממאמרו של פרופ' בירנהק, לפיו ויתור על הזכות לפרטיות הוא חיוני לכינון קהילה, המאפיינת ישובים קהילתיים קטנים. במאמר, עומד פרופ' בירנהק דווקא על כך ששמירה על הפרטיות היא זו שחיונית לתפקודה התקין של הקהילה, וכי במקרים של קיבוצים למשל, שבהם אנשים ויתרו על פרטיותם כלפי שכניהם, התעוררו עקב כך קשיים ניכרים. הפרטיות, קובע פרופ' בירנהק, היא זו שמאפשרת לנו לא לחוש סלידה כלפי שכנינו לקהילה ומאפשרת לחברי הקהילה לשמור על ה"ביחד" ועל ה"לחוד" בו זמנית (שם, עמ' 66; ר' גם בירנהק, **מרחב פרטי**, בעמ' 123).

166. לבסוף נוסף, כי גם ההפניה של המועמד למכון מיון או למי שמתמחה בבחינת התאמה – יכול שיהיה גרפולוג לצורך העניין – אינה מצמצמת את הפגיעה בפרטיות. אם כבר היא מרחיבה אותה, שכן על המועמד להיחשף בפני גורם נוסף, זולת הוועדה. המדינה טוענת, כי על מי שבוחר את ההתאמה לשמור על הוראות החוק להגנת הפרטיות, אך המדינה מודה בתשובתה לבקשה לפרטים נוספים כי אינה מפקחת על הליך המיון.

167. לסיכום חלק זה, מנגנון הסינון בחוק טומן בחובו פגיעה אינהרנטית וקשה בזכות לפרטיות. הויתור על הפרטיות בקבלה לישובים אלו הוא כפוי ואינו משקף בחירה אלא חוסר ברירה. המדינה נסוגה בתצהיר התשובה מהטענה, כי אין כאן פגיעה חוקתית בזכות לפרטיות. יש להניח כי המדינה הבינה, כי טיעון כזה אינו עולה בקנה אחד עם חובתה לשמור על הפרטיות ועם עמדתם של גופים ממשלתיים אחרים. המדינה טוענת כעת רק כי הפגיעה מידתית. בחינה זו תידון בחלק שעניינו מידתיות הפגיעה, כאשר עמדת העותרים ברורה – הפגיעה אינה מידתית.

פגיעה בזכות הקניין

168. החוק פוגע בזכות הקניין, אשר מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מחד גיסא, הגבלה רחבה של האפשרות של תושבי הישובים להעביר את זכויות הקניין שלהם לאחר פוגעת בצורה ברורה ביכולתם למכור את הדירות ולצאת מן הישוב. פרופ' חנוך דגן מכנה היבט זה כ"זכות היציאה", המהווה חלק מערך החירות של הקניין. מאידך גיסא, החוק פוגע בזכות הקניין של המבקשים להתגורר באחד ממאות הישובים הקהילתיים או שכונות ההרחבה, שכן הם נדרשים לעבור ועדת קבלה כתנאי לרכישת זכויות. פרופ' דגן מכנה זאת "זכות הכניסה". לעמדתו "גם ערך החירות של הקניין – שלכאורה הוא הערך התומך באופן החזק ביותר באדנות בעלים – אינו יכול לבסס זכות הדרה בלתי מסויגת. למעשה, בנסיבות מסוימות גם ערך זה מחייב זכות כניסה חזקה הגוברת על תביעת הבעלים להדיר" (חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59, 67 (2008)).

169. לעמדת המדינה העותרים אינם מתאימים להעלות טענה של פגיעה בקניין, אלא שדווקא העותרים 1-4 הם תושבי הישובים והחוק מטיל הגבלות ממשיות על חופש החוזים שלהם ועל הקניין שלהם, שכן הוא מונע מהם את האפשרות למכור או להשכיר את ביתם לתקופה ממושכת אלא באישור ועדת הקבלה, על בסיס קריטריונים רחבים ועמומים מאלו שהיו שעה שחתמו על חוזה החכירה.

האם הפגיעה הינה בחוק או על פי חוק?

170. אף שהחוק האמור מסמיך את ועדות הקבלה לערוך הליך קבלה לישוב, הקריטריונים שקובע החוק להליכי הסינון הם כה רחבים ועמומים, כמו התאמה לחיי חברה בקהילה או התאמה למרקם חברתי תרבותי, וכה פתוחים – כמו תנאי קבלה נוספים שייקבעו בתקנון – כך שלמעשה מדובר ב"חוק סתום", המעניק לוועדת הקבלה סמכות בלעדית לקבוע את עילות הקבלה. חוק סתום אינו עומד בדרישה שהפגיעה תהיה בחוק.

ר' אהרן ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (1994) בעמ' 490-491 וכן בעמ' 505-507 (לעניין דוקטרינת הבטלות של חוק סתום); בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם, 27.2.06), בפיסקאות 28-33.

האם הפגיעה בזכויות היא לתכלית ראויה?

171. הכנסת טוענת, כי תכליתו של החוק הינה להגן על לכידותן של קהילות קטנות בפריפריה ולאפשר לתושבי הישובים לממש את זכותם לחיי קהילה בישובים אלו. המדינה טוענת, כי החוק נועד לאפשר המשך קיומם של ישובים קהילתיים קטנים בפריפריה. לטענתה, החוק מאפשר קליטת מתיישבים חדשים אשר יתאימו לחיי הקהילה הקיימת ויתרמו לחיי הקהילה במקום בהתחשב בצרכיהם המיוחדים של הישובים. המדינה אף טוענת, כי גם זכותו של אדם לקהילה היא ערך שהחוק בא להגן עליו. המשיבים 4-5 טוענים, כי התכלית היא מתן אפשרות לישוב לשמור על המשך קיום ההון החברתי, שבהיעדרו ייפגע אופי החיים בישובים הקהילתיים הקטנים; לעניין זה מוסבר, כי שמירה על הומוגניות בקרב התושבים מועילה לישוב עצמו ומאפשרת הטרוגניות במרחב, שבו מגוון של ישובים, שכל אחד בפני עצמו הוא הומוגני. כמו כן החוק נועד לטענתם לשמירה על זכות ההתאגדות; ושמירה על הזכות למימוש עצמי ועל הזכות לקהילתיות.

התכלית המוכחשת – שמירה על ישובים ליהודים בלבד, חוק עוקף בג"ץ

172. במשך כל הליך החקיקה, בכנסת ובכלי התקשורת, השמיעו יוזמי החוק דעות ברורות, לפיהן מטרת מנגנון הסינון היא לאפשר התיישבות יהודית בנגב ובגליל. **אחד מיוזמי החוק, ויו"ר הוועדה שדנה בו, ח"כ דוד רותם, כלל לא טרח להסתיר את מטרתו העיקרית – חוק שיאפשר ישובים ליהודים בלבד, בניגוד ברור לפסיקת בג"ץ.** הוא הדגיש בכל הזדמנויות, כי אין להתבייש בכך אלא להיות גאה במטרה זו. ח"כ רותם אמר את הדברים גם בהזדמנויות שונות בכלי התקשורת. למשל, בראיון לערוץ 10 ששודר ביום 11.2.11 אמר כי "חוק ועדות קבלה עורר הרבה התנגדות. אני לא מתבייש בזה. כן. אני רוצה לייחד את הגליל ואת הנגב. אז יבוא ערבי ויגיד "אני רוצה כן לגור". התשובה היא לא".

הכתבה באתר ערוץ 10, <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleId=779878&sid=126> (דקה 06:00).

173. אין מחלוקת אמיתית בכך שתכלית זו היא פסולה, ואינה עולה בקנה אחד עם עקרונות דמוקרטיים בסיסיים. היא נפסלה בצורה מפורשת על ידי בית המשפט הנכבד בפרשת **קעדאן**. הכנסת והמדינה לא היו מגינים על תכלית כזו. לכן היא מוכחשת. המדינה לא מתייחסת לנושא כלל. **ב"כ הכנסת מודה, כי אכן היו בין יוזמי החוק כאלו שניסו לקדם תכלית זו, אך לטענת הכנסת, החוק אינו מגשים תכלית זו לאור הסעיף האוסר על הפליה מחמת לאום.**

174. העותרים סבורים כי התכלית הפסולה הייתה ועודנה התכלית המרכזית של החוק, וכי לא ניתן להתעלם מאמירות מפורשות שנאמרו בנושא בדיוני הוועדה, מעל בימת הכנסת ובכלי התקשורת. זוהי התכלית הסובייקטיבית שאותה ביקשו חברי הכנסת לקדם, ושעמדה בבסיס הצבעתם. בפרשת **המוסד לביטוח לאומי** פסק בית המשפט הנכבד, כי יש לתת משקל רב לכוונה הסובייקטיבית של המחוקק בעת פרשנות החוק. באותו מקרה התחקו השופטים אחר אמירות המחוקקים בהליך חקיקתו של תיקון לחוק החוזים, כדי ללמוד על מטרתו הסובייקטיבית של התיקון. בית המשפט הדגיש כי "את הדברים בעניין התכלית הסובייקטיבית, יודגש, הבאנו

לעיל בהרחבה, שכן לשיטתנו יש לתת משקל רב לכוונה הסובייקטיבית של המחוקק – כוונה עליה יש ללמוד מדבריו שלו, מבלי להמירם בתבונה חיצונית" (רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות (מיום 26.2.12)).

175. בענייננו לווה הליך החקיקה בשפע של התבטאויות מפורשות בדבר תכליתו של החוק לאפשר לישובים למנוע כניסת ערבים לישוב. כך דבריו של יו"ר הוועדה, ח"כ רותם, מיוזמי החוק, לפיהם "החוק הזה בא להבטיח שבגליל ובנגב יוקמו יישובים יהודיים על-ידי אנשים שרוצים לגור בחברה יהודית. הם רוצים את זה ומגיע להם ויש להם את הזכות לכך, כי זו מדינה יהודית". ובהזדמנות אחרת אמר: "אני מדבר על ציונות בלי בושה. רבותי, התנועה הציונית נועדה כדי להקים התיישבות יהודית בארץ ישראל. נקודה. . . כאשר אני רוצה להקים ישוב יהודי, אני לא מתבייש בכך". אלו רק דוגמאות.

176. גם אין לומר כי מבחינה אובייקטיבית החוק אינו תומך במטרה סובייקטיבית זו. החוק חל על מאות יישובים בנגב ובגליל, כולם יישובים של האוכלוסייה היהודית, אף לא אחד של האוכלוסייה הערבית. אלו הוקמו באמצעות הקצאת קרקע בפטור ממכרז לסוכנות היהודית או להסתדרות הציונית. בכל היישובים הללו ניתן יהיה למנוע קבלה ממי שאינו נמנה על המרקם החברתי תרבותי של הישוב או מתאים לאופי הישוב ולאופי האוכלוסייה שבו. מכאן שהחוק מעניק כלים ברורים להדרת ערבים, גם אם אינו כולל אפשרות להדיר אדם מטעמי לאום. בנוסף הוא מאפשר קביעת תנאי קבלה נוספים, שכבר הובילו חלק מהיישובים לשנות תקנונים ולהוסיף כתנאי קבלה נוסף "הצהרת נאמנות" לערכי התנועה הציונית, חגי ישראל וכיוצא ב – תנאים שכל מהותם הוא הדרת ערבים.

177. על בית המשפט הנכבד לתת משקל רב לתכלית הסובייקטיבית שבגינה דבק בחוק זה רב ולראות נכוחה את הדברים כהווייתם. החוק נועד למסד את הכלים שמאפשרים לישובים לעקוף את פסיקת בג"ץ, והדברים נאמרים בצורה מפורשת על ידי יוזמיו. גם אם בית המשפט הנכבד סבור, כי יש תכליות משניות לחוק, אין זה ראוי להתעלם מהגזענות שדבקה בו. על בית המשפט הנכבד לומר באופן חד וברור, כי זו תכלית פסולה וראויה לגינוי.

התכלית של הגנה על לכידות קהילתית בישובים קטנים בפריפריה

178. המשיבים טוענים, שמנגנון הסינון נועד להגן על הלכידות הקהילתית בישובים קטנים ופריפריאליים. המונח "לכידות קהילתית" הוא מונח סתום ועל כן קשה להתייחס לתכלית זו בלי לרדת למשמעות הדברים. למונח זה משמעויות שונות בסוגים שונים של יישובים ועל רקע זה יש לבחון את התכלית.

179. המדינה והכנסת מזכירים, כי בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בצורך לאפשר לישובים חקלאיים קטנים ושיתופיים כמו קיבוץ ומושב שיתופי לבחון את הבאים בשעריהם. הדבר התבסס על קביעתו של בית המשפט, כי מדובר בישובים שהם "צורת התיישבות מיוחדת", הנסמכת על שיתופיות כלכלית וערבות גבוהה בין החברים. בישובים כאלו, כמו הקיבוץ והמושב השיתופי, ההגנה על הלכידות הקהילתית יכולה להיחשב כהכרחית.

180. אולם הישובים שעליהם חל החוק דומים באופיים ובמהותם לישובים עירוניים ולא לישובים חקלאיים שיתופיים, ולפיכך לא ניתן להצדיק את הסינון הפוגעני בתכלית של הגנה על לכידות קהילתית. אין מדובר בישובים חקלאיים בהם שיתופיות כלכלית או צורך בערבות הדדית גבוהה. מדובר בישובים פרבריים של אנשים, המבקשים לגור בישוב שמספק איכות חיים גבוהה ושירותים טובים.

181. רמת הלכידות הקהילתית הדרושה בישובים אלו בעת הזו אינה שונה באופן מהותי מזו שדרושה בשכונה בישוב פרברי אחר. שלא כמו בקיבוץ, בישוב קהילתי התושבים שומרים על רמה גבוהה של אינדיבידואליות והישוב יכול לתפקד ברמה טובה גם בלי ערבות הדדית גבוהה או תלות הדדית. התיאורים האידיליים של הישוב הקהילתי כמעין "אח תאום" של הקיבוץ אינם מבוססים ונסתרו בתצהירים של תושבים. לאור האמור, מנגנון הסינון הפוגעני אינו יכול להיות מוצדק בטענה של שמירה על לכידות קהילתית בישובים שבהם אופי פרברי עירוני.

182. גם אם יש הבדל בין פרבר עירוני לבין ישוב קהילתי, וגם אם בישוב קהילתי יש צורך גדול יותר בשיתוף פעולה מצד התושבים, הבדל זה אינו מצדיק הליך סינון כה פוגעני. הלכידות הקהילתית בישוב קהילתי אינה כזו המחייבת הליך סינון, ולכל היותר ניתן לנקוט באמצעים מידתיים יותר כמו הליכי קליטה נכונים, שיעזרו למתעניינים להכיר את הישוב לפני שהם מחליטים לרכוש בו בית.

183. טוענת המדינה עוד, כי לא רק העובדה שמדובר בישובים קהילתיים היא המצדיקה את הליכי הסינון, אלא גם העובדה שמדובר בישובים קטנים ופריפריאליים. למקרא הטענות ניתן לחשוב שהישובים הקהילתיים נמצאים באזורי ספר נידחים, הרחק מכל ישוב אחר, וכי גרות בהן 30 משפחות התלויות זו בזו.

184. אלא שכמה ישובים כאלו ישנם במדינת ישראל בשנת 2012? לעניין זה גם אם מנגנון סינון יהיה לתכלית ראויה, החוק לוקה בצורה ניכרת במבחן המידתיות, שכן החוק חל על מאות ישובים, שהמרחק בינם לבין התיאור הנ"ל רב מאוד. כפי שתיאר גם העותר 3 שגר ביעד ומכיר מקרוב את ישובי משגב, הטענה כאילו מדובר בישובים פריפריאליים בהן רמת ההישענות על הקהילה היא גבוהה לא רק שאינה נכונה, אלא "מגוחכת" ו"גובלת בבדיחה חסרת טעם". "טיעון זה מגוחך ומתאים לישראל של 1950 ולא לישראל של 2010". העותר 3 גר בישוב בו 150 משפחות והוא מעיד שכלל אינו מכיר חצי מהמשפחות בישוב. ניסיונות של חברי כנסת לצמצם את מנגנון הסינון לישובים של 100 משפחות או סדר גודל דומה נכשלו. הכנסת התעקשה להחיל את מנגנון הסינון גם על ישובים גדולים למדי של עד 400 משפחות.

185. אם מנגנון הסינון היה חל על מספר מצומצם של ישובים מאוד קטנים ומאוד נידחים, ספק אם הייתה מוגשת עתירה זו, אך לא זה המצב.

התכלית של שמירה על הומוגניות האוכלוסייה ו"ההון החברתי" שלה

186. הכנסת והמדינה מנסות להסוות את העובדה, שהליכי הסינון נועדו לשמור על המרקם החברתי ותרבותי, כלומר – הומוגניות, בביטויים יותר קלים לעיכול כמו "לכידות קהילתית". מרכז המועצות האזוריות, שהיה בין מקדמי החוק, ותנועת המושבים, אינם הולכים סחור סחור.

אצלם שמירה על הומוגניות היא ערך ראוי להגנה בפני עצמו. לדבריהם, שמירה על ההומוגניות של הישובים מבטיחה היצע הטרוגני של ישובים במרחב שבו לכל ישוב זכות לקבוע את האופי חברתי שלו ואת הקהילה שמרכיבה אותו. בדרך זו, טוענים המשיבים 4-5, תוכל כל רשות מקומית להבטיח את השירותים הטובים ביותר לתושביה, כל רשות לפי ההעדפה של התושבים שבתרו לגור בה. הליכי הקבלה נועדו, על פי הטענה, להבטיח "קיום ההון החברתי" או "עוגן רעיוני משותף", שמסייעים לישוב לממש בהצלחה את הפוטנציאל הקהילתי. ההומוגניות, על פי התגובה, תועיל לישוב, שכן "שימור הערכים של החברים בישוב" תעניק לו "יתרון חברתי סוציאלי אדיר". פרקטיקת הסינון תבטיח זהות או דמיון בהעדפות של התושבים החדשים, כדי שיהיו זהות לאלו שכבר גרים בישוב, וכך הישוב יוכל להמשיך לשמור על המצב הקיים ללא ערעור. **מכאן מסיקים המשיבים 4-5, שפרקטיקת ועדת הקבלה היא חיונית, שכן היא "יוצרת מנגנון שמאפשר הומוגניות חברתית, על מנת שהקהילה תחיה בהרמוניה, ועם פחות חיכוך בינה לבין יחידים המרכיבים אותה"** (פיסקה 89 לתגובת המשיבים 4-5).

187. המשיבים 4-5 מסתמכים בתשובתם על תיאוריות מתחום השלטון המקומי, לפיהן ראוי לאפשר לכל רשות מקומית לעצב את אופייה ואת ייחודיותה על מנת לאפשר "שוק" של רשויות מקומיות, המאפשרות מגוון וייחוד בתוך מרחב הטרוגני. אחד התיאורטיקנים שדיבר על כך, ושגם עליו מתבססים המשיבים 4-5 הוא צ'ארלס טיבו והמודל הקרוי על שמו – "המודל הטיבויאני". אלא שכפי שמציין פרופ' ישי בלנק במאמרו, "המודל של טיבו מניח שלכל הפרטים (בלי קשר לעומק כיסם) יש חופש מלא לנוע בחופשיות בין רשויות מקומיות, וכך לחשוף את העדפותיהם האמיתיות ולהשפיע על המחיר ועל האיכות של השירותים הנצרכים" (ישי בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" עיוני משפט כח 347, 362 (2005); ההדגשה הוספה).

188. פרופ' בלנק גם מטיל ספק רב ביעילות החברתית של המודל הטיבויאני, ומצביע כי בתחום החינוך, הוא פוגע באוכלוסיות מוחלשות. לדבריו, "לגבי קבוצות חלשות בחברה (בעיקר הערבים ודיירי הדיור הציבורי) לא ברור שאפילו מידת הניידות המזערית בין רשויות מקומיות עניות או חלשות (תת-שוק) מתאפשרת להן. לפיכך, לא ברור לגביהן שנוצרת תחרות מספקת שתחשוף את העדפותיהם, וייתכן שיעילות בשוק החינוך אינה מושגת. כלומר, גם מנקודת-מבט כלכלית טהורה, יש להטיל ספק בכך שדי בניידות מוגבלת לתמרץ את הרשויות המקומיות להתחרות על האוכלוסיות החלשות; קיים חשש שאלה שניידותם מוגבלת ביותר יהוו למעשה קהל שבו בידי הרשויות המקומיות שהם מתגוררים בהן, ועל-כן לגביהם יהיה החינוך עלוב ובלתי-מספק" (שם).

189. בסופו של דבר הטיעון על ההומוגניות הוא טיעון תועלתני, שאופייני לקהילות מגודרות המבקשות לשמור על מעמדן ועוצמתן. ההומוגניות כאן משמעה הבטחת אנשים כמוני, הדומים לי מבחינה תרבותית, עדתית, חברתית, גיל, מצב משפחתי, מעמד כלכלי וכיוצא"ב. הטיעון הזה נשמע היום גם מ"קהילות מגודרות" בעיר, בפרויקטים יוקרתיים, בהם מבקשים לסנן את השכנים כדי להבטיח ש"ההון החברתי" לא ישתנה והפוטנציאל הגלום בכך יקדם את מטרות הדיירים.

190. העותרים לא מתווכחים עם היתרונות החברתיים והכלכליים שיכולים ישובים להפיק מהזכות לבחור את השכנים. רבים היו מפללים לזכות יתר כזו. מי לא מפלל מפעם לפעם לקבל כוח חוקי "להיפטר" משכן? או למנוע כניסה לשכונה של זרים או מיעוטים כאלו ואחרים ש"מורידים את מחירי הדירות" ו"משנים את אופי השכונה"? הליך הסינון אכן יכול לתרום לשמירה על "הון חברתי", כפי שטוענים המשיבים 4-5. ככל שהשכנים הם מ"הסוג הנכון", אמידים, משכילים, מחזיקים בדעות הנכונות, בתרבות הנכונה, בעלי קשרים וכוח השפעה רב יותר, כך תשגשג הקהילה ותמריא, מחירי הדירות ינסקו (שכן הם משקפים גם את איכות השכנים) והשירותים יהיו איכותיים.

191. אלא שהשאלה הנשאלת אינה האם זה טוב לתושבי הישובים אלא האם זוהי תכלית ראויה במדינה דמוקרטית, המצדיקה פגיעה קשה בזכויות האדם. התשובה היא בשום אופן לא. הרצון של קבוצות אוכלוסיה מבוססות וחזקות מבחינה פוליטית ותרבותית להתבדל בישובים סלקטיביים אינה תכלית ראויה לפגיעה קשה בכבוד, בשוויון ובזכויות נוספות, לא בקרקע פרטית ועל אחת כמה וכמה לא בקרקעות המדינה.

192. כדי להצדיק פגיעה בזכויות האדם, על הפגיעה לשרת תכלית ראויה הרגישה לזכויות אדם, ותכלית כזו תיחשב ראויה רק אם היא משרתת עניין ציבורי רב חשיבות, ולא אם היא משרתת את האינטרס הפרטי הצר של פלוני או אלמוני. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת **חטיבת זכויות האדם** (בית הסוהר הפרטי): "כיוון ששלילת הזכות לחירות אישית תהא מוצדקת אך ורק אם תיעשה במטרה לקדם אינטרס ציבורי חיוני או להגן עליו, השאלה האם הגורם השולל את החירות פועל בראש ובראשונה על מנת לקדם את האינטרס הציבורי (יהא אשר יהא), או שמא בראש מעייניו עומד אינטרס פרטי כלשהו היא שאלה קריטית הניצבת בגרעין הקשה של הזכות לחירות אישית. התשובה לשאלה האמורה היא בעלת חשיבות ביחס לעצם הלגיטימיות של שלילת החירות" (שם, בפיסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

193. במקרה דנן לא רק שהפגיעה אינה משרתת עניין ציבורי בעל ערך, אלא שהעניין הציבורי נפגע בצורה קשה. היפרדות מרחבית בין קבוצות שונות בחברה, ובעיקר התבדלות של קבוצות החזקות מבחינה פוליטית, חברתית וכלכלית מפני שאר האוכלוסייה, היא הרסנית לחברה. בית המשפט הנכבד עמד על כך בפרשת **סולודוך**:

"רעתה הגדולה של ההפרדה וההתבדלות במגורים, ויצירת קהילות סגורות המבודדות עצמן בחומות חברתיות, מעודדות הפליה וניכור חברתי. הן עלולות להחליש את המרקם החברתי. הפרדה וניתוק בין קבוצות תרבותיות מעודדים עוינות ויריבות" (בג"ץ 10907/04 **סולודוך נ' עיריית רחובות** (מיום 1.8.10) בפיסקאות 131-133).

194. גם ד"ר גרשון גונטובניק ומלומדים נוספים עמדו על הבעייתיות בהיפרדות המרחבית ובהיבדלות של קבוצות חזקות בחברה בישובים מגודרים והומוגניים. הפרדה כזו, נטען, עלולה להוליך לעיוותים קשים בחלוקה החברתית של המשאבים; שעה שריכוז של קבוצות תרבותיות חזקות מבחינה פוליטית במקום מסוים יכול להוליך להקצאת יתר של משאבים לקבוצות אלה, ריכוז גבוה של בני קבוצות תרבותיות חלשות מבחינה פוליטית עלול להוליך להזנחת

האינטרסים שלהם ולהקצאת חסר של משאבים בעבורם. הפרדה מרחבית מובילה לדחיקה של מיעוטים אל מחוץ למוקדי החלוקה וההשפעה החברתיים; הפרדה תורמת לשימור אי-שוויון בחברה במישורים הכלכלי, החברתי והפוליטי, שכן היא חוסמת את הגישה למימוש זכויות בסיסיות וזכויות חשובות אחרות. ואכן, פרמטרים רבים מצביעים על פערים ניכרים באיכות השירותים החברתיים, ברמת התשתיות ואפילו בתוחלת החיים בין ישובים בהם בעיקר אוכלוסיה מבוססת ו"חזקה" לבין ישובים שבהם מרוכזת בעיקר אוכלוסיה מעוטת אמצעים ו"חלשה, מבחינה פוליטית, אפילו באותו אזור גיאוגרפי.

195. עוד נטען, כי בחברה רב תרבותית בעלת רגישויות, כמו החברה הישראלית, ההפרדה יוצרת מטענים חברתיים ואידאולוגיים. הפרדה, מעצם הגדרתה, מצמצמת את המגע בין הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות את החברה. צמצום זה מפרה את הכר לצמיחתן של השקפות סטריאוטיפיות בין הקבוצות התרבותיות השונות. היא גורמת לקבוצות תרבותיות להאדיר את עצמן ולהתייחס באופן שלילי לקבוצות אחרות. ההפרדה במגורים מעודדת ומזינה ניכור חברתי והפליה ויוצרת עוינות וניכור והתרחקות בין קבוצות. רגשות הניכור ותחושת ההפליה שנוצרות עקב ההפרדה בדיור עלולות להוליך גם למהומות חברתיות ולגילויי אלימות. במקרה קיצוני היא עלולה להוליך להתפוררות חברתית, תחושת אי השתייכות לחברה ופגיעה ביכולתה של החברה לגייס את כל מרכיביה למפעל חברתי משותף.

גרשון גונטובניק, "קבוצות מיעוט המבקשות מן המדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור", בקהילות מגודרות (אמנון להבי, עורך), 425, 435-437 (2010); על הסכנות בהפרדה מרחבית ר' גם ישי בלנק, "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" **דין ודברים** ה' 1, 39 (2011); רות גביזון, אורי שוורץ "הפרדה בדיור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי" **עיוני משפט** כה 73, 80-82 (2001); ישי בלנק, איסי רוזן-צבי "הצעת חוק העיריות, הווה ללא עבר, רפורמה ללא עתיד" **חוקים** א' 49, 93 (2009).

196. התבדלות של תושבים בישובים סלקטיביים היא רעה גם, ואולי אף יותר, באזורי הפריפריה, שכן היא גורמת להפניית משאבי ענק לישובים קטנים, שבמצאות של משאבים מוגבלים אינם מגיעים לערי הפיתוח והערים הותיקות בפריפריה, המשוועות להשקעה ציבורית.

197. כמו כן, הישובים הסלקטיביים מחלישים את הישובים הסמוכים בפריפריה, שכן הם מתחרים עם על אוכלוסיה שחשובה להתפתחותם. הדבר עולה בבירור ממחקר מקיף של מחלקת המחקר של בנק ישראל, שנערך על ידי החוקרים קובי ברוידא וגיא נבון. החוקרים הגיעו למסקנה, כי ישובים קטנים וסלקטיביים בפריפריה אכן תורמים לתופעה של "**גריפת השמנת**" מערים ומערי פיתוח באזור, כלומר – הם מושכים מהן את האוכלוסייה היותר מבוססת, זאת שהמשיבים 4-5 היו בוודאי מכנים אוכלוסיה בעלת "הון חברתי גבוה". לדבר זה השלכות ניכרות על הישובים באזור שמתרוקנים מאוכלוסיה חשובה במיוחד לתפקוד העירוני.

198. כפי שמזהירים החוקרים, "מעברן של משפחות חזקות מישובים עירוניים גדולים ובעלי אוכלוסיה מגוונת לישובים קטנים והומוגניים מאיץ הליכי התבדלות, מגביר את אי השוויון הבין-יישובי, ובפרט עלול לפעול להגדלת הפערים בין הישובים באיכות השירותים הציבוריים. זהו תהליך שמזין את עצמו, שכן ככל שאוכלוסיות חזקות עוזבות את הערים הגדולות (ואת

עייירות הפיתוח) כך בסיס המס שלהן נפגע, יכולתן לספק שירותים בכלל וחינוך איכותי בפרט נחלשת, והדבר מעודד אוכלוסיות חזקות נוספות לעזוב" (קובי ברוידא וגיא נבון "הגירה פנימית והתבדלות" (מחלקת המחקר בנק ישראל), **בקהילות מגודרות לעיל**, בעמ' 251-250).

ר' גם שירי בס ספקטור "השלכות החלטת הממשלה בדבר הקמת חבל התיישבות באזור מבואות ערד" (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2011), באתר הכנסת:

<http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02967.pdf>

199. מכאן שתמיכה ברצון של אוכלוסיות חזקות להתבדל בישובים סלקטיביים באמצעות מנגנון סינון לא רק שלא משרתת מטרה ציבורית ראויה, אלא היא מנוגדת למטרות ציבוריות חשובות.

התכלית של שמירה על הזכות לקהילתיות, הזכות למימוש עצמי

200. המשיבים לא רק טוענים, כי יש לתושבי הישובים אינטרס להתבדל בישוב עם מערכת סינון. הם הופכים את האינטרס הזה לזכות – הזכות לקהילתיות. המדינה טוענת, כי זכותו של אדם לקיומה של קהילה היא ערך שיש להגן עליו. המדינה טוענת, כי זכות זו עשויה לסתור את זכותו של פלוני לממש את זכותו בכל מקום שירצה. גם בתגובת הכנסת נטען, כי יש להכיר בזכותו של אדם להשתייך לקהילה כזכות יסוד. המועצות האזוריות והמושבים מרחיבים גם הם על עקרון הקהילתניות ועל הזכות של אדם למימוש עצמי על ידי בחירת קהילה שמתאימה לו. העותרים מואשמים בעיקר על ידי המשיבים 4-5 בתפיסת עולם ליבראלית המעלה על נס את זכויות הפרט ומתעלמת מהקהילה.

201. העותרים סבורים, כי לכל אדם זכות לבחור את בחירותיו ולפעול כרצונו, לרבות זכות להצטרף לקהילה, לצאת מקהילה, ליצור קהילה, לבחור מקום מגורים שבו חיה קהילה מסוימת שקוסמת לו, אך זכות זו שמורה לכולם במידה שווה.

202. העותרים גם מתנגדים להצגה הפשטנית כאילו זכויות הפרט הן אבן הנגף של הקהילתיות. זכויות הפרט הן הן הבסיס לכינונה של קהילה מתפקדת וסולידאריות חברתית. למעשה השמירה על זכויות הפרט ובמיוחד על זכויות המיעוט היא הבסיס לקיומה של קהילה חברתית, ובלעדיהן הייתה לנו חברת גיונגל שבה כל דאלים גבר. הזכויות מבטיחות את יכולתם של אנשים ליצור קשרים קהילתיים מתוך מקום של שוויון וכבוד הדדי, ומתוך הידברות ובחירה, שכן בוודאי גם המשיבים יסכימו כי זהו תנאי לכינונה של קהילה מתפקדת.

203. מכאן שהמשיבים, בעודם מעלים על נס את הזכות לקהילה, מבקשים למעשה את הזכות להדרה. הם אינם עומדים, כמו העותרים, על זכותו של פלוני לבחור את מקום מגוריו. הם מבקשים לעמוד על זכותו של פלוני למנוע מאלמוני את אותה זכות בדיוק. יש פה דילוג מסוכן מאוד בין הדרישה שלי להגן על חירותי ולבחור את מהלך חיי כרצוני לבין הדרישה שלי לפגוע בזכותו המקבילה של חברי כדי להשיג זאת. החוק הזה לא נועד להבטיח את הקהילתיות אלא את כוח ההדרה.

204. כשערך הקהילה הופך להיות ערך מדר במקום ערך מכיל, אין הוא ערך ראוי להגנה. כאשר ערכי הקהילה אינם מתבטאים בסולידריות של ה"חזקים" כלפי ה"חלשים", והם אך משמשים

בידי ה"חזקים" נימוק "מתורבת" לדחות את ה"חלשים" ולהותירם מאחור – אין זהו ערך שראוי להגנה.

בעניין זה ר':

Jeremy Waldron, Community and Property — For Those Who Have Neither, 10 *Theoretical Inq. L.* 161 (2009)

205. יש לזכור כי קהילות קמות ומתגבשות על בסיס העדפות של פרטים, גם בלי זכות הדרה משפטית, כך שהיעדר זכות משפטית להדרה אינו פוגע באפשרות לשמור על הקהילה, ולכל הפחות, מדובר בפגיעה קלת ערך. זאת, משום שלקהילות דרכים רבות לשמר את עצמן ללא זכות משפטית להדרה. בישובים שעליהם חל החוק זה מובהק. מדובר בישובים בהם הבינוי מצומצם, הפיתוח הוא איטי וצמוד קרקע ולכן התחלופה די נמוכה ממילא. לקהילה שכבר במקום ממילא כלים לעצב את הישוב בצורה הנראית להם ולתת לו אופי מסוים, ואלו משליכים גם על סוג האוכלוסייה שמעוניינת או מסוגלת להתגורר בישוב. לעומת זאת, זכות משפטית להדרה צריכה להישמר רק במקרים, בהם אין הקהילה מסוגלת לשמר את עצמה בכוחות עצמה ויש הצדקה מיוחדת להגן עליה בשל היותה קהילת מיעוט עם תרבות ייחודית.

206. **הכנסת טוענת, כי בית המשפט הנכבד כבר הכיר באפשרות לקבל זכות הדרה, כחלק מזכותו של אדם לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת. אך גם הכנסת מודה, כי הכרה זו ניתנה רק במקרים חריגים של קבוצות מיעוט, המבקשות הגנה מפני הרוב המאיים על תרבותן הייחודית. הכנסת אמנם סבורה כי ניתן להרחיב זאת למקרים נוספים, אך אין זו עמדה שמקובלת בפסיקה.**

207. הפסיקה דוגלת בעמדה א-סימטרית, המכירה רק בזכותו של המיעוט להתבדל מהרוב, ורק במקרים שבהם הבידול המרחבי חיוני לשמירה על תרבות בדלנית (למשל – חרדים או בדווים) וגם זאת באופן מידתי וסביר. אין בפסיקה הכרה בזכותו של הרוב להסתגר בישובים משלו.

ר' בג"ץ 528/88 **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4) 297 (1989); בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד (1) 258 (2000); בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד(2) 503 (2000); בג"ץ 10907/04 **סולודוך נ' עיריית רחובות** (מיום 1.8.10); עע"מ 1789/10 **סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל** (מיום 7.11.2010); עת"מ (י-ס) 1888/09 **אדרי נ' שר הבינוי והשיכון** (מיום 27.12.09); איל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים, **עיוני משפט** כא 769 (1998); בלנק, "איים של פלורליזם" לעיל.

208. מכאן שלא ניתן להיבנות מהכללים הללו בענייננו, שעה שבישובים הללו גרה אוכלוסייה שאינה אוכלוסיית מיעוט בעלת תרבות בדלנית, אלא אוכלוסייה מקרב קבוצות הרוב במדינה, שאין לה ייחוד כלשהו, ואין לה כל צורך במגורים נפרדים לקיום אורחות חייה.

209. אכן, ישנם מלומדים הסבורים כי הכלל הא-סימטרי בעייתי. יש ביניהם הסבורים כי גם לרוב זכות להתבדל כדי לשמור על אורחות חייו, אך מהצד השני, יש מלומדים שסבורים כי יש דווקא לצמצם את הכלל הא-סימטרי ולגבש כללים שמגינים טוב יותר על ערך השוויון ומצמצמים את מגמת ההיפרדות במגורים.

לתמיכה בתפיסה שגם לרוב זכות להתבדל ר' יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האמנם רק זכותו של המיעוט?" **משפט וממשל** ו' 87 (2001);

לתמיכה בתפיסה שיש לצמצם את אפשריות הבידול המרחבי, גם לגבי קבוצות מיעוט ר' גונטובניק, "קבוצות מיעוט המבקשות מן המדינה לסגור את עצמן", לעיל; בלנק, "איים של פלורליזם" לעיל.

התכלית של הגנה על הזכות להתאגדות

210. הטענה כי החוק נועד להגשים את זכות ההתאגדות לא נטענה על ידי הכנסת או המדינה, כך שתכלית זו לא היוותה את התכלית לחקיקה. היא נטענת על ידי המשיבים 4-5 כהצדקה נוספת למנגנון הסינון. אלו גם טוענים, כי החוק פוגע באוטונומיה של האגודות השיתופיות לבחור את חבריהן ביחס למדינות אחרות. יש לדחות טענה זו.

211. העותרים אינם טוענים בעתירה זו נגד ניהול הישוב באמצעות אגודה שיתופית, כך שהעתירה אינה מכוונת נגד זכות ההתאגדות. אכן ניתן לטעון, כי עצם התניית המגורים בישוב בחברות באגודה השיתופית היא לכשעצמה פוגענית, אך זו לא הטענה שנטענה. היה ויבוטלו הליכי הסינון, תוכל המדינה להחליט מהו מנגנון ההקצאה החלופי והאם לחייב את הזוכה במגרש להצטרף לאגודה, אך אין צורך להידרש לכך בשלב זה.

212. נוסף עוד, כי מתגובת המשיבים 4-5 ומהתצהיר המשלים שהגישו עולה לכאורה, כי עצם העובדה שהגוף המנהל את הישוב הוא תאגיד מסוג אגודה שיתופית מקנה לאגודה אוטונומיה מוחלטת לבחור את חבריה כטוב בעיניה ומבלי צורך לנמק. טיעון זה לא מקובל אף על המדינה ואף לא על הכנסת. מידת האוטונומיה של התאגיד אינה נגזרת מסיווגו הטכני אלא מהמהות. יש הבדל בין אגודה שיתופית למטרות פעילות פנאי או חיסכון כלכלי לבין אגודה שעוסקת בניהול מתחמי מגורים; יש הבדל בין אגודה שיתופית כמו קיבוץ, שבה החברים שותפים כלכלית, לבין אגודה שיתופית מוניציפאלית, שבה השיתופיות מתבטאת רק בתשלום דמי חבר בתמורה לשירותים; יש הבדל בין אגודה שיתופית למגורים בשטח פרטי לעומת אגודה שיתופית למגורים הנסמכת על קרקעות הציבור ומשאבי הציבור. לכן הדוגמאות שהובאו, גם אם נקבלן, אינן מלמדות דבר לענייננו.

213. בענייננו מדובר בסינון המבקשים לרכוש קרקע ציבורית בישוב שנבנה בתמיכה מלאה של המדינה, והאגודה השיתופית הינה אורגן שמטרתו לנהל את הישוב וזה צריך להיות תפקידה. האגודה לא צריכה לעסוק כלל בסינון התושבים אלא בארגון למימוש המטרות המשותפות.

214. בסופו של דבר טענת זכות ההתאגדות אינה אלא דרך אחרת להציג את התכליות האחרות – הרצון בהומוגניות ובזכות יתר לסנן את השכנים בישוב. פרופ' איל בנבנישתי ציין בהקשר זה:

"תביעה (להקצאה נפרדת של קרקע, ג' ג') שבסיסה הזכות להתאגדות חלשה יותר מתביעת הקהילה התרבותית הייחודית, שכן דחייתה לא תגרום פגיעה אנושה בזהותם של יחידיה, אלא תגביל במידה מסוימת את חופש הבחירה שלהם. תביעה זו היא גם בעלת פוטנציאל גבוה יותר של מניפולציה: היא אינה נסמכת על סממנים חיצוניים, כגון שפה, תרבות ומנהגים ייחודיים. כאשר היא

נשמעת מפי אנשים שהתקבצו במיוחד לצורך אכלוס מקום זה או אחר, היא עלולה לשמש כסות להפליה פסולה של הזולת" (בנבנישתי, "נפרד אך שווה" לעיל, בעמ' 790).

מנגנון הסינון אינו משרת תכלית ראויה

215. מכל האמור לעיל עולה, כי מנגנון הסינון שבחוק אינו משרת תכלית ראויה.

- א. אם תכליתו למסד מנגנון עוקף בג"ץ לסינון ערבים, לצורך הקמת ישובים ליהודים בלבד, הרי שזו תכלית מפלה ופסולה.
- ב. אם מנגנון הסינון נועד לשמור על לכידות קהילתית בקהילה שיתופית, הרי שזו אינה מטרה ראויה שעה שמדובר בישובים שבהם אין שותפות כלכלית בין התושבים או ערבות הדדית גבוהה; ואשר רמת הלכידות הקהילתית או הערבות ההדדית הנדרשת לתפקוד של הקהילה באותם ישובים, אינן שונות באופן מהותי מזו הנדרשת בישובים פרבריים עירוניים אחרים.
- ג. אם מנגנון הסינון נועד להגן על לכידות קהילתית בישובים פריפריאליים וקטנים, הרי שזו אינה תכלית ראויה שעה שהחוק חל על מאות ישובים, לרבות ישובים של מאות משפחות, במדינה קטנה כמו ישראל שבה מספר מאוד מצומצם של ישובים הם באמת נידחים ומבודדים ומחייבים הישענות בלעדית על הקהילה, גם אם היא לא שיתופית.
- ד. אם מנגנון הסינון נועד לאפשר לתושבי הישוב הומוגניות ושמירה על ההון החברתי, הרי שזו אינה תכלית ראויה שכן היא משרתת רק את האינטרס הפרטני של תושבי הישובים, ואת רצונם להתבדל בישוב מבוסס וסלקטיבי, בניגוד לאינטרס הציבורי של מאבק בהדרה ובהפרדה מרחבית.
- ה. אם מנגנון הסינון נועד לממש את זכות ההדרה של קהילה כלשהי בשם "הזכות לקהילתיות", זו אינה תכלית ראויה. אין מקום במדינה דמוקרטית לאפשר לקהילות זכות יתר חוקית לסנן ולבחור את שכניהם ולקבל הקצאה נפרדת של קרקעות המדינה אלא אם זו קבוצת מיעוט שמבקשת הגנה מפני תרבות הרוב. לקהילות שעליהן חל החוק אין אפיון ייחודי והן אינן קהילות מיעוט בעלות תרבות ייחודית או בדלנית, המחייבת הגנה מפני הרוב.

216. המדינה לא הצליחה לעמוד בנטל ולהראות תכלית ראויה להצדקת מנגנון הסינון הפוגעני בישובים שעליהם חל החוק. די בכך כדי להביא לבטלות החוק.

האם הפגיעה מידתית?

217. גם אם נקבל את התכלית של שמירה על לכידות קהילתית בישובים פריפריאליים קטנים כתכלית ראויה, מנגנון הסינון אינו אמצעי מידתי להשגת תכלית זו.

אין קשר סיבתי בין מנגנון הסינון שבחוק לבין התכלית הרצויה

218. מנגנון הסינון שבחוק אינו אמצעי מתאים לבחינת התאמה של אדם למסגרת של ישוב קהילתי קטן. מבחינת התחולה, הוא לא חל רק בישובים קטנים, אלא גם בישובים גדולים למדי של

מאות משפחות. הוא לא חל רק בישובים בעלי חיי קהילה מוכחים, אלא על מאות ישובים, שבחלק מהם הוכח דווקא שאין חיי קהילה יוצאי דופן, אם בכלל, ומנגנון הסינון בהם מהווה בעיקר דרך להבטיח את זהות השכנים. הוא לא חל רק על ישובים "נידחים" שבהם הישענות גדולה על חיי הקהילה אלא על מאות ישובים במדינת ישראל הקטנה והצפופה, אשר לתושבים בהם נגישות טובה למקומות עבודה, מסחר ופנאי בערי המחוז הסמוכות בזמן נסיעה סביר.

219. מנגנון הסינון שבחוק גם אינו מתאים לבחינת התאמה של מועמד לקהילה. מדובר במנגנון שרירותי מאוד, שבה קבוצה של אנשים פרטיים מוסמכת להכריע באמצעות התרשמות בלתי אמצעית קצרה על מידת התאמתו של אדם. נציגי הוועדה אינם נחזים כלל לאובייקטיבים, יש להם עניין אישי מובהק – הם בוחרים את שכניהם לעתיד. נציג המועצה האזורית אינו מתאים לבחינת התאמה, ויש לו עניין ברור – הבאת אוכלוסייה חזקה ואיכותית, דבר שגורע מיכולתו לבחון בצורה אובייקטיבית את המועמד. גם נציג הסוכנות מייצג שיקול צר ואינטרסנטי ואינו מתאים לבחינת התאמה של מועמד.

220. השימוש במי שהתמחותו באבחון התאמה לחיים בקהילה אינו משנה לעניין זה. חוות הדעת יכול שתינתן גם על ידי גרפולוג (החוק אינו מגביל את השימוש לחוות דעת של פסיכולוג, כפי שנעשה בהחלטה 1195 שקדמה לו). גם ספק אם מכוני המיון שעוסקים בכך יכולים לנפק חוות דעת מקצועית על מידת ההתאמה. המדינה לא עוקבת אחר מקצועיות מכונים אלו, אינה מפקחת על פעילותם, והם מוזמנים על ידי הישוב, ומודרכים על ידו לבדוק פרמטרים שעניינם התאמה לסוג האוכלוסייה ואופי הישוב, ולא התאמה כללית למגורים בישוב קטן.

221. גם הקריטריונים אינם מתאימים לבחינת התאמה של מועמד לחיים בקהילה פריפריאלית קטנה. הקריטריון של התאמה לחיי חברה בקהילה נחזה להיות אובייקטיבי אך במהות הוא בודק התאמה לקהילה ספציפית, לאוכלוסיה ולאופי הקיים בה, ולמעשה אין הבדל גדול בין הקריטריון הזה לבין הקריטריון של התאמה למרקם חברתי תרבותי. זה כמו זה בודקים התאמה חברתית, מעמדית, תרבותית, דתית לאוכלוסיה הגרה בישוב. כלומר – לא די שאדם יתאים באופן אובייקטיבי לגור בישוב פריפריאלי קטן כלשהו, הוא נבחן על התאמתו לגור בישוב ספציפי.

222. הקריטריון של התאמה למרקם חברתי תרבותי בוודאי אינו מתאים לתכלית של שמירה על לכידות קהילתית. מטרתו לאפשר לישוב לדחות גם מועמדים שנמצאו מתאימים לחיים בקהילה, רק משום שהם אינם משתייכים לאותו מרקם חברתי תרבותי, כלומר – כי הם שונים או שייכים לקבוצה חברתית או תרבותית אחרת. ההומוגניות מיועדת להבטיח שכנים איכותיים בעלי העדפות דומות, ובעלי הון חברתי, ויכולה לאפשר לישוב לשגשג ולהצליח בלי צורך לשאת בנטל הדאגה לאוכלוסיה "חלשה" יותר או להתחשב בצרכיה של אוכלוסיה שונה.

223. אך מעבר לזה, אין כל קשר סיבתי מוכח בין שמירה על הומוגניות חברתית-תרבותית לבין לכידות קהילה קטנה. קהילה יכולה להיות הומוגנית ומפורדת או פלורליסטית ומלוכדת. העותרים חברי "עמיד משגב" מעידים, כי קידום החוק דווקא תרם לערעור הלכידות החברתית בישובי משגב שהוקמו כישובים פלורליסטיים. הגזענות המשתקפת מהחוק, והניסיון לכפות הומוגניות חברתית דרך החוק ודרך שינויי התקנון מאיימים לגרום לפילוג ולהתפוררות

הקהילות, ויש בין התושבים גם רבים השוקלים לעזוב את האגודה השיתופית ולהישאר בישוב מבלי להיות חברי אגודה.

224. בעניין קיבוץ הסוללים דחה בית המשפט את חששותיו של ישוב חילוני יהודי בדבר הסכנות לחיי הקהילה שלהם, היה ויתקבלו לישוב ערבים או חרדים, ופסק כי מדובר בחששות ספקולטיביים:

לא מצאתי צורך להידרש לשאלות הנכבדות שמעלים העותרים בעניין זכויותיהם החברתיות-והתרבותיות של יהודים חילוניים, המבקשים לשמור על אופיו של יישובם כיהודי-חילוני, והסכנות הנשקפות, לטענתם, לחיי הקהילה שלהם אם תיפתח הדרך בפני בני הזוג להצטרף ליישוב. העותרים אמנם אינם מסווים את טענתם ומבוקשם, אלא אוחזים את השור בקרניו ומודים בפה מלא כי כוונת תנאי הסף למנוע קבלתם ליישוב של ערבים (וחרדים). ואולם, בנסיבות המקרה ה"סכנות" עליהן מצביעים העותרים הינן תיאורטיות וספקולטיביות. ככאלה, ברי שאינן יכולות לבסס הבחנה בין פרטים המתבססת על לאום (בג"ץ 7574/06 **הסוללים נ' מינהל מקרקעי ישראל** (מיום 22.1.07), בפסקה 7).

225. ממילא הומוגניות אינה יכולה להישמר לאורך זמן, כיוון שאנשים משתנים. יש כאלו שמתגרשים או מתאלמנים, אחרים סובלים מנכות פיזית או נפשית שלא הייתה להם קודם, אנשים ממירים דת, מתחזקים באמונה או בספקנות הדתית, יוצאים מהארון, מוצאים בני זוג מעדה אחרת, לאום אחר או דת אחרת. לא ניתן לשמור על הומוגניות לאורך זמן כך שגם לא יעיל לנקוט במנגנון פוגעני ולרמוס זכויות של אנשים בניסיון עקר להשיגה.

226. הקריטריון שמאפשר לוועדת הקבלה להתחשב גם בתנאי קבלה נוספים שייקבעו בתקנון גם הוא אינו מתאים להשגת התכלית, כי הוא פותח פתח רחב לקביעת תנאים מדירים נוספים, במקום למקד את שיקול הדעת של הוועדה להשגת התכלית. כבר היום משמש הקריטריון בסיס לשינויי תקנונים, הכוללים תנאים שכל מטרתם להדיר את האוכלוסייה הערבית והחרדית.

ישנם אמצעים פחות פוגעניים לשמירה על לכידות קהילתית ביישובים קטנים בפריפריה

227. מנגנון הסינון הינו מנגנון דרקוני ופוגעני במיוחד, וניתן להשיג את התכלית באמצעים פחות פוגעניים. לגבי הצורך של יישובים כאלו לוודא כי מי שבא לגור בהם מסוגל לבנות בית ובכוונתו לגור בו – תנאים שנראים סבירים – הרי שניתן לעשות זאת ללא הליכי סינון אלא באמצעות בדיקה כלכלית אובייקטיבית, כמו אישור משכנתא או קביעת תנאים בחוזה החכירה לגבי החובה להתגורר במקום.

228. לגבי היישובים הספורים מבין מאות היישובים שיש להם איפיון ייחודי אמיתי, די בהגדרה מתאימה של תנאי ההקצאה בדבר האוכלוסייה הרשאית לרכוש קרקע ביישוב. הקצאה כזו תהיה שקופה יותר וברורה יותר, וניתן יהיה לבחון האם היא משרתת צורך חברתי חשוב או מטרה ציבורית מיוחדת. אין צורך לשם כך במנגנון הסינון המבוסס על ועדת קבלה.

229. ניתן לערוך הליכי קבלה שאינם דורשים עמידה מול ועדת קבלה. בהליכי קבלה נכונים, בהם מוסבר למועמד מה מצופה ממנו או אפילו בחיובו בהצהרה כי בכוונתו לכבד את חיי הקהילה,

די היה כדי להגשים את התכלית. יש להניח שממילא רוב המועמדים אינם מבקשים להתגורר דווקא במקום שמקיים אורח חיים שאינם רואים עצמם משתלבים בו.

230. בישובים אלו ניתן גם להעמיד לטובת התושבים עובדים סוציאליים קהילתיים, המתמחים בעבודה עם קהילות קטנות, לליווי התושבים ומתן כלים טובים להתמודד עם מחלוקות ולהגביר את שיתוף הפעולה.

231. למצער, ובלי שישתמע שהעותרים מסכימים לכך, גם אם היינו הולכים לשיטתם של המשיבים, להשגת התכלית ניתן היה להעמיד את הליכי הקבלה רק על מבחן של ודאות קרובה לפגיעה בחיי קהילה קטנה, ולא על מבחני התאמה. הרי רק לפני זמן לא רב הצהירה המדינה בפני בג"ץ, כי החלטה 1195 מספקת את מימוש התכלית של הגנה על חיי הקהילה. בהחלטה זו נקבע, שניתן לבחון התאמתו של מועמד לחיים בקהילה בישובים של עד 120 בתים (בניגוד ל-400 בתים בחוק). על פי ההחלטה, בהקצאת המגרש/בית ה-121 ואילך, ניתן יהיה לדחות מועמד רק אם ישנן ראיות לכך שבכוונתו **לפגוע** בחיי הקהילה במקום – כלומר, מבחן מחמיר יותר, שמחייב לקבל כל אדם, אלא אם מוכח שהוא יפגע בקהילה.

232. צמצום זה עולה בקנה אחד עם עמדתו של פרופ' דגן בעניין מידתיות הפגיעה בקניין. לעמדתו, לקהילה קניינית דוגמת ישוב קהילתי קטן הצדקה למנוע כניסה רק של "מי שעתידיים **לפגוע** בהצלחת השיתוף הקנייני", ובלבד שהחלטה מנומקת, ואינה מבוססת על הגבלות גורפות כמו הגבלות גיל או מעמד משפחתי, על סמך נימוקים כגון "הוא לא נראה משלנו", או על סמך הצבעה על סכנות תיאורטיות וספקולטיביות לחיי הקהילה (דגן, "זכות הכניסה" לעיל, בעמ' 72-73).

הנזק עולה על התועלת

233. גם במבחן המידתיות השלישי כושל החוק. אם יש תועלת כלשהי במנגנון הסינון הרי שהיא בטלה בשישים אל מול הנזק שנגרם ממנו. יוזמי החוק לא הניחו תשתית עובדתית כלשהי, המעידה על סכנה של ממש לישובים אם לא תתקיים בהם ועדת קבלה. יש להניח, כי מי שמבקש לגור בישוב קהילתי עושה זאת משום שהוא מעוניין בסוג זה של איכות חיים, המעניקים אותם ישובים ושכונות הרחבה. החשש מפני פגיעה בלכידות הקהילתית הוא ספקולטיבי ולא מוכח. אדרבא, העותרים 1-4 ועשרות התושבים בישובי משגב רואים את החוק כפגיעה מוחשית בלכידות הקהילתית, שכן הוא יוצר מתיחות בין תושבים הדוגלים בפלורליזם לבין דורשי ההומוגניות.

234. לעומת זאת, הפגיעה שגורם מנגנון זה היא מוכחת וקשה. היא פוגעת בזכויות חוקתיות של אזרחים רבים מספור, ומייצרת הדרה מוחשית ומוכחת של קבוצות אוכלוסיה שונות ממאות ישובים, שמוקמים על קרקעות המדינה, בעיקר ערבים שאפילו לא מנסים להתקבל לישובים אלו, אך גם קבוצות שונות בקרב האוכלוסייה היהודית, שמודרות מישובים אלו.

235. אולם הפגיעה הקשה של החוק אינה רק כלפי אנשים המבקשים לגור בישובים אלו, או שכבר גרים בישובים ורואים עצמם נפגעים מהחוק. הפגיעה הקשה של החוק היא בכך שלראשונה מוסדר באופן חוקי ורשמי מנגנון סינון, שמיועד לקבוצות "חזקות" מקרב הרוב הדומיננטי

במדינה, המבקשות להסתגר, לפקח על הבאים בקהילתם, ולשמור על הומוגניות. לראשונה נקבע, כי מותר להתחשב גם בהתאמה של פלוני לאופי וסוג האוכלוסייה במקום בו הוא מבקש לגור.

236. חוק כזה מעביר מסר שלילי לחברה כולה, לפיו הפרדה במגורים היא לגיטימית, ולפיו הכנסת תומכת בהיבדלות ובמנגנוני הדרה של השונה בכלל ושל ערבים וקבוצות מיעוט אחרות בפרט. יפים לעניין זה דבריו של ד"ר גונטובניק:

"יש להיזהר מכל מהלך יזום אשר מעודד ומקדם הפרדה, במיוחד כאשר הדברים נעשים על ידי המדינה. קידום הפרדה על ידי המדינה משדר מסר רב עוצמה בדבר הלגיטימיות הנורמטיבית שלה – מסר שתוצאותיו עלולות להיות הרסניות אם הוא חורג מן המידה הראויה".

גונטובניק לעיל, בעמ' 467-468. על המסר השלילי שמעבירה רשות מינהלית בהקצאתה משאבים לגופים פרטיים הנוקטים באפליה ראו גם: בג"ץ 1067/08 **נוער כהלכה נ' משרד החינוך** (מיום 6.8.09), בפיסקאות 25 ו-27; דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** כרך ב', 721 (2010).

237. אם לקבוצות חזקות, ללא איפיון ייחודי, המסתגרות בישובי איכות חיים, בעל אופי פרברי, ניתנת זכות יתר לבחור את שכניהם, על בסיס מה נדרוש מתושבי שכונה ברחובות להפסיק פרקטיקה של אי מכירת דירות ליוצאי אתיופיה? גם אלו טוענים שזכותם לשמור על "אופי הקהילה", ועל הלכידות שלה ולהתגונן מפני שינויים בשכונה או ירידה ברמת החיים. כיצד זה נבוא בטענה לקבוצות רכישה בעכו או ביפו המסרבות לאפשר לערבים להתגורר בפרויקט שהן בונות על מקרקעי המדינה? גם הן משתמשות בשיח הקהילתני וטענות שיש להן זכות להתאגד כרצונן. כיצד נבוא בתלונה לרבנים או אנשי ציבור חילונים או דתיים, המוציאים קריאה או פסקי הלכה האוסרים על בעלי דירות להשכיר דירות לסטודנטים ערבים בצפת, לחרדים בקרית גת או לזרים בערד? גם הם מצדדים בזכות לשמור על אופי הקהילה ולהגן עליה מפני אוכלוסיות חלשות או שונות מבחינה תרבותית.

238. יש לזכור, כי הדרה של אוכלוסיות לא רצויות אינה תוצר של מכירת דירות או מגרשים בלבד. פרקטיקות מדירות אחרות קיימות בשפע במרחב המוניציפאלי. הדרה מתבצעת באמצעות חוקי העזר העירוניים, הקצאת מבני חינוך ומוסדות ציבור, הוראות תכנון, רישוי עסקים, תמיכות עירוניות – כל אלו דרכים נפוצות של רשויות מקומיות לפעול לשמירה על הומוגניות חברתית תרבותית. כיצד יוכל המשפט להיאבק בהדרה חברתית שעה שניתנת לגיטימציה כל כך ברורה להומוגניות במאות ישובים פרבריים?

לפרקטיקות להדרה חברתית בשלטון המקומי ר' למשל, בלנק, איים של פלורליזם לעיל, בעמ' 111; איריס פרנקל כהן, רחל אלתרמן "רגולציה של מתחמי דיור – תכנון מרחבי או אמצעי לברירת השכנים" **בקהילות מגודרות** 361 (אמנון להבי עורך, 2010); יששכר (איסי) רוזן-צבי "ממקומיות לאזוריות – לקראת סדר יום חדש למשפט השלטון המקומי" **דין ודברים** ב 159 (2006); ישי בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" **עיוני משפט** כח 347 (2005); ישי בלנק "משפט השלטון המקומי, ביזור ואי שוויון בישראל" **משפטים** לד 197 (2004).

239. החשש מהעמקת הליך ההיבדלות המרחבית של קבוצות חזקות אינו חשש שווא. יותר ויותר קהילות מגודרות בצות בישראל, בפרברים ובלב הערים. אם סינון השכנים הוא לגיטימי בפרברי איכות החיים, יופעל לחץ לשעתקו גם לשכונות פרבריות בשולי הערים ולפרויקטים סלקטיביים בליבן. התהליך הזה כבר מתרחש.

ר' אמנון להבי, מבוא לספר **קהילות מגודרות** לעיל; גלעד רוזן, ערן רזין "מתחמי מגורים מגודרים בישראל: אוטופיות קהילתיות או מועדוני חברים אקסקלוסיביים בעידן ניאו-ליבראלי?" **קהילות מגודרות** לעיל, בעמ' 41.

240. אמנם ניתן לנסות ולפרט הבדלים כאלו או אחרים בין ישובים אלו לאחרים, כפי שעושים המשיבים, אך ההבדלים הם דקים ואינם משכנעים. לכן, הרישיון לסנן יוצר תגובת שרשרת מסוכנת, שיש לעצור אותה בעודה באיבה. המערכת הפוליטית נכשלת בכך לאור קואליציה מוזרה של קבוצות אינטרס חזקות, הפועלות למימוש אינטרס עצמי, המנצלות לובי אנטי ערבי חזק איתו ניתן לשתף פעולה. לכן אין מנוס מהתערבותו של בית המשפט הנכבד, שצריך להגן על האינטרס הציבורי הרחב ועל זכויות האדם.

סיכום

241. חיוב אזרחי ישראל לעבור ועדת קבלה כתנאי למגורים במאות ישובים בנגב ובגליל, שמקבלים קרקעות מדינה השייכות לכלל הציבור, אינו משרת תכלית ראויה במדינה דמוקרטית. מנגנון הסינון מבוסס על מידת התאמתו של אדם לאופי הקהילה ביישוב – קריטריון לא רלוונטי ומפלה בעת הקצאת קרקעות המדינה. הוא אינו מהווה מנגנון שוויוני, הוגן ושקוף להקצאת קרקעות המדינה. הוא חל באופן סלקטיבי רק על ישובים של האוכלוסייה היהודית. החוק יוצר פגיעה מוחשית וקשה בזכות החוקתית לכבוד. הליך הסינון פוגע בזכות לבחירה חופשית של מקום המגורים, שהיא בגרעין של הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי. החובה לעמוד בפני הליך סינון פוגעני ופולשני, שבו רמה גבוהה מאוד של שרירות והוא מנוהל על ידי אנשים פרטיים פוגעת אף היא בכבוד. הליכי הסינון שבחוק פוגעים גם בזכות לפרטיות ובזכות לקניין.

242. פגיעה קשה זו בזכויות חוקתיות אינה משרתת תכלית ראויה. אין מדובר בישובים של קבוצות מיעוט תרבותיות המבקשות להתבדל מפני המיעוט. רוב רובם של ישובים אלו נעדרי כל ייחוד תרבותי ואין בהם אורח חיים ייחודי. האוכלוסייה הנמנית עליהם אינה אוכלוסיית מיעוט בעלת צביון תרבותי ייחודי הזקוקה להגנה מפני תרבות הרוב. גם אין מדובר כאן בצורת התיישבות מיוחדת כמו קיבוץ או מושב שיתופי, שבהם התושבים אינם רק שכנים אלא גם שותפים כלכלית במפעל משותף, המחייב שותפות מלאה לערכי הסוציאליזם וערבות הדדית ברמה גבוהה. גם אם יש בישובים שעליהם חל החוק חיי קהילה מסוימים, הרי שאלו אינם שונים מהותית מכל ישוב פרברי אחר, שבו אוכלוסייה המבקשת לעצמה ישוב איכותי בעל רמת שירותים גבוהה.

243. גם המיקום של הישובים או הגודל של הישובים אינו יכול להצדיק את הליכי הסינון. הניסיון לתאר את הישובים כיישובי ספר קטנים ומבודדים, ואת התושבים כתלויים זה בזה רחוק מן

המציאות. ישראל היא מדינה קטנה ורבים מן הישובים סמוכים לערים ולמרכזי אוכלוסין גדולים יותר בקרבתם, שם התושבים עובדים ומבלים.

244. מול הפגיעה הקשה בזכויות החוקתיות, אין הליכי הסינון בחוק מקדמים מטרה לגיטימית אלא את האינטרס של תושבי הישובים לברור את שכניהם החדשים, לוודא שהם "כמוני" ו"דומים לי" ולדאוג שלא ייכנסו לישוב אוכלוסיות "בלתי רצויות", בין אם זה מטעמים כלכליים, לאומיים או אחרים. בכך שהליכי הסינון נועדו לשמור על הומוגניות בקרב תושבי הישוב מודים במפורש, בהגנותם, המשיבים 4-5, שאינם מנסים לעטוף את רצונם בהומוגניות חברתית תרבותית בביטויים עמומים כמו שמירה על "לכידות חברתית". הרצון של תושבי הישובים בשמירה על הומוגניות אינו אינטרס ראוי הגנה, ויש לדחותו.

245. בנוסף לרצון במערכת סינון לשמירה על הומוגניות חברתית תרבותית, נועד החוק להקנות לישובים אלו, כולם ישובים של האוכלוסייה היהודית, כלי אפקטיבי לסנן את הערבים המבקשים להתגורר בהם. בכך מבקשים יוזמי החוק לעקוף את פסיקת בית המשפט העליון בעניין קעדאן. האפשרות להקים ישובים ליהודים בלבד נאסרה על ידי בית המשפט הנכבד בעניין קעדאן, ולכן ב"כ המשיבים מבקשים להצניע מטרה פסולה זו של החוק, להכחישה, ולעטפה בנימוקים שנתפסים ניטראליים יותר. בית המשפט הנכבד יתבקש לראות דברים נכוחה. העותרים הצביעו על האמירות המפורשות שליוו את כל הליך החקיקה, ובבחינת חוקתיות של חוק לא ניתן להתעלם מהמטרה האמיתית של המחוקק, כאשר זו מטרה לא חוקית.

246. גם הטענה שהחוק מקדם את זכותם של תושבי הישובים לחיי קהילה דינה להידחות. הזכות לקהילתיות אינה מקנה זכות להדיר אחרים, שגם להם זכות שווה לגור בישוב הקהילתי. העותרים מתנגדים לשימוש שנעשה במונח "קהילה", מונח בעל מטען חיובי ויפה, כדי להצדיק הדרה מכוערת של קבוצות אוכלוסייה. חוזקה של קהילה בכך שה"חזקים" בה מושכים אחריהם את ה"חלשים". לערך זה של הקהילתיות יש לתת משקל ותמיכה. לעומת זאת, קהילה שבה ה"חזקים" מבקשים להסתגר מפני ה"חלשים" ולהדירם אינה אלא "קהילה מגודרת", קהילה מדירה, שמזיקה לחברה, ושאינה לחברה צודקת עניין לתגמל ולנרמל.

247. גם אם נצא מנקודת הנחה שההגנה על לכידות קהילתית בישובים שהחוק חל עליהם היא תכלית ראויה, הרי שהחוק יוצר מנגנון סינון דרקוני וקובע קריטריונים פוגעניים לסינון, שאינם ממין העניין ואינם משרתים את התכלית. מטרתם אינה להבטיח את תפקוד הקהילה, אלא, כפי שהודו המשיבים 4-5, להבטיח הומוגניות, לאפשר לתושבים להבטיח כי השכנים יהיו דומים להם ולסנן קבוצות "לא רצויות".

248. די אם נזכיר שחודשים ספורים לפני שהחוק עבר עמדו נציגי המשיבים והגנו בכל כוחם על קריטריון "רדך" בהרבה, לפיו מעל 120 תושבים ניתן יהיה לדחות את המועמד רק אם יש חוות דעת חד משמעית שהוא יפגע בחיי הקהילה. נציגי המשיבים אז טענו כי זהו לשיטתם צעד מידתי ששיג את המטרות. והנה – בלי שחל כל שינוי בנסיבות, הקלו את המבחן בצורה דרמטית, ועתה ניתן יהיה לפסול על כל אי התאמה – מונח עמום ביותר – ולא רק על סכנה לפגיעה בקהילה.

249. כמו כן, החוק הרחיב את האפשרות לסנן גם כל מי שלא מתאים למרקם החברתי-תרבותי, והמשמעות היא שניתן עתה לסנן גם את מי שלא דומה לחברי הקהילה, גם אם אין כל אינדיקציה לכך שיפגע בחיי הקהילה. יש לדחות את הניסיון לצייר הומוגניות תרבותית ומעמדית כמפתח להגנה על הקהילה ובכך להכשיר מנגנון הדרה משפיל, שבו אנשים נדחים בשל השתייכות הקבוצתית או המעמדית. ניסיון זה איננו מוסרי וממילא ההנחה הגלומה בו, כאילו הומוגניות היא חיונית להצלחת הישוב היא ספקולטיבית.
250. יש לפסול גם את פתיחת האפשרות לישובים לקבוע תנאי קבלה נוספים בתקנון, מעבר לתנאים המנויים בחוק. חידוש זה כבר נוצל על ידי חלק מהישובים כדי להכניס תנאים מדירים ולחייב מועמדים להצהיר "הצהרת נאמנות" לערכי הציונות למשל, וזאת במטרה למנוע מערבים או מחברי קבוצות לא ציוניות אחרות להתקבל לישוב, גם אם יש מצד המועמד נכונות מלאה לקחת חלק פעיל בחיי הקהילה במקום.
251. גם אם ניתן להבין את רצונם של תושבי הישובים לשמור על חיי קהילה יציבים, הרי שניתן להשיג זאת גם בלי הליכי הסינון הפוגעניים והמשפילים, וזאת באמצעות הליך קבלה נכון, בו יקבל המועמד פרטים על הישוב ותיערך לו היכרות מוקדמת. רוב האנשים ממילא מחפשים מקום בו יחוו בנוח ויהיה להם קשר טוב עם שאר התושבים. החשש מפגיעה קשה בקהילה, פגיעה שלפי הטענה רק ועדת הקבלה תימנע, הוא חשש שווא, שאין לו בסיס עובדתי.
252. לבסוף, סבורים העותרים, כי גם במבחן המידתיות השלישי, יש לפסול את החוק. העותרים יצביעו על כך שגם אם יש במנגנון זה תועלת כלשהי לתושבי הישובים, המבקשים להבטיח את איכות השכנים, החוק יגרום נזק חמור לאלפים, שזכויותיהם החוקתיות ייפגעו. הנזק של החוק רב על התועלת עשרות מונים.
253. החוק ממעביר מסר חד וברור, שהדרה של השונה ממקום המגורים הינה חוקית ומותרת, בחסות המדינה, ומסר זה לא ייעצר בישובים קהילתיים; אם לתושבי ישובים קהילתיים מותר לסנן, מדוע לנו אסור, ישאלו עצמם תושבים בשכונות הערים? ואכן תופעות של אפליה מכוערת במגורים הפכו נפוצות בישראל ונדמה שהן כבר לא מקור לבושה אלא מקור לגאווה. אישי ציבור, רבנים ומנהיגים מקומיים קוראים בגלוי לא למכור או להשכיר דירות ליוצאי אתיופיה, לחרדים, לערבים, למבקשי מקלט, להומואים, ולכל מי ששונה מהם.
254. בית המשפט הנכבד נדרש כאן, בדומה לפרשת **קעדאן**, לומר את דברו בצורה ברורה – במדינה דמוקרטית אין מקום לסינון ולאפליה במגורים, במישרין או בעקיפין, וחוק שיעגן זאת ייפסל.