



בית המשפט העליון

בג"ץ 2311/11, 2504/11 סבח נ' הכנסת
בעניין חוקתיות חוק ועדות הקבלה

תקציר פסק-דין

בפסק דין שניתן היום (17.9.2014) על ידי הרכב מורחב של תשעת שופטי בית המשפט העליון, נדונו שתי עתירות חוקתיות שהופנו נגד ההסדר שקבעה הכנסת בשנת 2011 בתיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות, הידוע גם בכינוי "חוק ועדות הקבלה".

חוק ועדות הקבלה מאפשר לישובים קטנים בנגב או בגליל, הממוקמים על אדמות מדינה, להתנות את צירופם של תושבים חדשים לישוב באישור של ועדת הקבלה. ועדה זו מורכבת, בין היתר, מנציגי אותו ישוב. החוק קובע רשימת עילות בגינן רשאית הוועדה לסרב לקבל מועמד לישוב ובהן, כי המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה או כי ישנו חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של הישוב הקהילתי. עוד קובע החוק, כי אסור לוועדת הקבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית.

בדעת רוב של הנשיא א' גרוניס, המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים א' רובינשטיין, א' חיות ו-ח' מלצר, הוחלט לדחות את העתירות בשל כך שאינן "בשלות" להכרעה. זאת, בניגוד לדעתם החולקת של השופטת (בדימ') ע' ארבל והשופטים ס' ג'ובראן ו-י' דנציגר, אשר סברו כי יש להורות על ביטול סעיפי חוק המאפשרים לוועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב (סעיפים 6(א)(4) ו-6(א)(5) לחוק), וכן בניגוד לעמדתו החולקת של השופט נ' הנדל, אשר סבר כי יש להורות על ביטול ההוראה הקובעת את הרכב ועדת הקבלה.

תמצית חוות דעתו של הנשיא א' גרוניס

הנשיא א' גרוניס, אשר כתב את חוות הדעת המרכזית בהליך, סבר כי יש לדחות את העתירות בשל כך שהן אינן בשלות להכרעה.

בחוות דעתו עמד הנשיא בהרחבה על "דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה". דוקטרינה זו עשויה להצדיק, במקרים מתאימים, דחייה של עתירה שעה שטרם התקבלה החלטה מינהלית מכוח החוק הרלוונטי העומד לביקורת שיפוטית, וכאשר אין בנמצא עותרים קונקרטיים, ולמעשה טרם התברר כיצד החוק ייושם הלכה למעשה. יוער, כי הנשיא הבהיר בחוות דעתו כי עילת הבשלות אינה בבחינת עילה חדשה שנוספה בתקופה האחרונה למשפט הישראלי, וכי אין מדובר ב"טכניקת הימנעות" מדיון בעתירות חוקתיות. חשיבותה של עילה זו טמון בכך שבית המשפט במשאביו המוגבלים לא יעסוק בבירורן של טענות היפותטיות ותיאורטיות.

בחוות דעתו התווה הנשיא אמות מידה להפעלתה של עילת הבשלות בעתירות חוקתיות המוגשות לבית המשפט העליון. לגישת הנשיא, יש מקום להחיל מבחן דו שלבי לצורך הערכת בשלותה של עתירה חוקתיות. בשלב הראשון נדרש בית המשפט לקבוע אם הונחה לפניו התשתית העובדתית הנחוצה לשם הכרעה בשאלות שמעוררת העתירה. כך, ככל שהשאלה הנדונה בעתירה היא משפטית ביסודה, מענה עליה יצריך מערך עובדתי מצומצם, ולהיפך. במילים אחרות, השאלה היא עד כמה נחוץ יישום של החוק לצורך בחינת חוקתיותו. בשלב השני של הבחינה, נדרש בית המשפט להוסיף ולבחון האם יש טעמים המצדיקים את בירור העתירה גם כאשר לא הוצגה תשתית עובדתית מספקת, כלומר גם לפני שהחוק יושם. לגישת הנשיא, במסגרת שלב זה יש לבדוק אם קיים אינטרס ממשי בבירור העתירה במועד שהוגשה. הנשיא עמד על כך שהחריג המרכזי המצדיק בחינת עניין אפילו טרם הבשיל הוא חריג "האפקט המצנן".

במקרה שלפנינו סבר הנשיא, כי לא ניתן להכריע בשאלות החוקתיות שהעלו העותרים בעת הנוכחית ובהליך הנוכחי. לגישת הנשיא, כל עוד לא יושם החוק ובטרם התקבלו החלטות מכוחו, הרי שהפגיעה של החוק בזכויות היסוד (ובכלל זאת, שאלת חוקתיות הפגיעה), הינה בגדר אפשרות בלבד, שאין לדעת בשלב המוקדם בו אנו מצויים אם אומנם תתממש. בהקשר זה ציין הנשיא, כי הטיעון המרכזי בעתירות הוא כי הסעיפים הכלליים בחוק, המאפשרים דחיית מועמד בשל אי התאמה לחיים קהילתיים או למרקם חברתי-תרבותי של הישוב, יהוו כסות להפלייה בפועל. לדעת הנשיא,

קריאה בלבד של לשון החוק אינה תומכת במסקנה זו, שהרי החוק כולל סעיף מפורש האוסר הפלייה. לפיכך, הוכחה של מנגנון מוסווה של הפלייה תהיה אפשרית רק לאחר יישומו של החוק. הנשיא הבהיר, כי לא ניתן לשלול את האפשרות כי תיתכן הפלייה מוסווית בפועל בעתיד. זאת ועוד, לדעת הנשיא לא מתקיים אינטרס ציבורי כלשהו המצדיק את בירור העתירות לפני שהבשילו. עוד ציין הנשיא כי לא ניתן להצביע במקרה הנוכחי על חשש מפני אפקט מצנן. מטעמים אלה סבר הנשיא, כי יש לדחות את העתירות בשל כך שאינן "בשלות" להכרעה בשלב זה של ההתדיינות החוקתית.

הנשיא גרוניס הדגיש בחוות דעתו, כי דחיית העתירות אין משמעה הבעת עמדה לגבי חוקתיותו או אי-חוקתיותו של החוק. משמעותה של ההכרעה הינה כי בעת הנוכחית לא עומדת בפניי בית המשפט תשתית עובדתית מספקת להכרעה בשאלות החוקתיות כבודות המשקל, ויש להמתין ליישומו של החוק בעתיד.

תמצית חוות דעתנו של השופט ס' ג'ובראן

ועדות הקבלה עומדות בפתח היישובים הקהילתיים בנגב ובגליל ומופקדות על פתיחת שעריהם בפני מתיישבים חדשים. בכוחן לקבוע כי אדמותיה של המדינה לא תוקצינה לאלו אשר נמצאו בלתי מתאימים להתגורר ביישובים שבשעריהם הן עומדות. על רקע זה הוגשה העתירה שבנדון, שבמרכזה עמדה טענה בדבר הפלייה בהליכי הקבלה ליישובים אלה.

השופט ס' ג'ובראן הכיר בכך שהליך קבלה ליישוב כשלעצמו אינו בבחינת רע מכל רע, ובכוחו, לעתים לסייע בפיתוחה ובשימורה של התיישבות זו או אחרת, בפרט כאשר מאפייניה הייחודיים ממלאים חלק משמעותי מזהותם של בניה ובנותיה. עם זאת, הבהיר השופט ג'ובראן, כי במציאות הקיימת בישראל, הגדר המשפטית שיוצרות ועדות הקבלה נעוצה בקרקע שהיא מושא למחלוקות מספר באשר לאופייה ההתיישבותי ובאשר ללגיטימיות ההדרה ממנה לשם שימורו של אופי זה.

על רקע זה בא לעולם תיקון 8 לפקודת האגודות השיתופיות, שם בכפה של ועדת הקבלה את המפתח לשער היישוב והסדיר את שיקול הדעת שמוקנה לה. לאחר עיון בתיקון 8 לפקודה מצא השופט ג'ובראן כי שיקול הדעת שניתן לוועדת הקבלה הוא רחב, ופותח פתח להדרה מכניסה ליישובים הקהילתיים משיקולים לא רלבנטיים. על רקע הפסיפס ההתיישבותי הקיים, והניסיון שנצבר ברבות השנים של הפעלת שיקול

הדעת בידי ועדות הקבלה, מצא השופט ג'ובראן כי מדובר במנגנון אשר מעגן ומנציח מציאות מפלה.

השופט ג'ובראן סבר כי בתיקון 8 אין משום בשורה חדשה, ולכן אין מקום להחיל את "דוקטרינת הבשלות" אשר מבקשת למנוע מבית המשפט לדון בדבר חקיקה כאשר השלכותיו ואופן פעולתו חסרים בניסיון מצטבר וברור. השופט ג'ובראן סבר כי תיקון 8 לפקודה דומה בעיקרו להסדרים שקדמו לו, אשר כמותו גם הם עיגנו בשטח פרקטיקה מתמשכת של הדרה משיקולים שחלקם בלתי רלבנטיים, ולכן מפלים.

השופט ג'ובראן הדגיש כי אינו מבקש להעמיד את המחוקק או את יוזמי החוק בחזקה של מי שהתכוונו להפלות מראש, ומסביר כי המציאות המפלה שנוצרה היא תוצאה של הפרקטיקה הקיימת בוועדות הקבלה עצמן. כן הדגיש השופט ג'ובראן כי בתיקון לפקודה אמנם נקבעו מנגנוני ביקורת ופיקוח שמטרתם למנוע הפליה, אך מצא כי במציאות הדברים אין בכוחם לרסן את שיקול הדעת המופרז של ועדות הקבלה.

השופט ג'ובראן ביקש להטעים, כי לא בנקל מצא כי יש לפסול חוק מבית מדרשו של המחוקק. הוא אף הבהיר כי לנוכח אופיו המורכב והסבוך של תחום הקצאת הקרקעות, ולנוכח קיומן של השקפות שונות בדבר הסדרת ההתיישבות – אשר נתונה בראש ובראשונה להכרעותיו של המחוקק – ההכרזה על בטלות הסדר שעוסק בה נעשית קשה עוד יותר. אולם בסופו של דבר בשל המציאות המפלה ורכת הניסיון משערי היישובים הקהילתיים, מצא השופט ג'ובראן כי יש להורות על בטלותם של סעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) לפקודת האגודות השיתופיות אשר מעגנות את שיקול הדעת המופרז של ועדות הקבלה.

תמצית חוות דעתה של המשנה לנשיא מ' נאור

המשנה לנשיא מ' נאור הצטרפה לעמדתו של הנשיא גרוניס כי העתירות אינן בשלות להכרעה. עם זאת, ציינה המשנה לנשיא כי יש לפתח את תורת "העדר הבשלות" נוסח ישראל עקב בצד אגודל.

עוד ציינה המשנה לנשיא כי מקריאת חוות דעתם של השופטים הנדל וג'ובראן – היא נותרה איתנה בדעתה. ביחס לעמדתו של השופט הנדל כי הטענות בדבר סעיף 6ב(1) שעניינו הרכב ועדת הקבלה בשלות להכרעה, ציינה המשנה לנשיא כי לנוכח

קיומו של מנגנון פיקוח ובקרה אובייקטיבי על החלטותיה של ועדת הקבלה, מן הראוי להמתין ולראות אם מנגנון זה יצליח להתמודד עם החששות שהביע השופט הנדל באשר להרכב ועדות הקבלה.

ביחס לעמדתו של השופט ג'ובראן, שהביע את החשש כי העדרם של קריטריונים המתחמים את שיקול-דעתה של ועדת הקבלה יוביל להפליה סמויה, ציינה המשנה לנשיא כי גם טענות אלה טרם הבשילו, בשים לב לחובת ההנמקה המוטלת על הוועדה ולנוכח מנגנוני הביקורת על החלטותיה. כך, גם החשש כי מי שיידחה על-ידי ועדת הקבלה יימנע מפנייה לערכאות לנוכח תחושת הבושה שיחוש איננו מבוסס. קיימות לא מעט עתירות ותביעות המוגשות במקרים של הפליה, לא רק בדיוור אלא גם בנושאים נוספים כגון חינוך והפליה בכניסה למקומות ציבוריים.

המשנה לנשיא ציינה כי יש בכך כדי להקהות את העוקץ מעמדותיהם של השופטים הנדל וג'ובראן ולחזק את חוסר הבשלות של העתירות בשלב זה, בהעדרה של מערכת עובדות קונקרטיות שעל בסיסה ניתן יהיה להכריע בטענות.

תמצית חוות דעתה של השופטת (בדימ') ע' ארבל

השופטת (בדימ') ע' ארבל הצטרפה לפסק דינו של השופט ג'ובראן, וכמוהו סברה כי העתירות בשלות להכרעה, וכי אין מנוס מלהורות על בטלותם של סעיפים 6א(4) ו-6א(5) לפקודת האגודות השיתופיות.

הטעמים המאפשרים דחיית מועמד למגורים הינם עמומים ומאפשרים יציקת כל תוכן שהוא על ידי ועדות הקבלה. ברמה האינדיבידואלית מעניק מנגנון זה בידי ועדת קבלה, המורכבת בעיקרה מאנשים פרטיים, כוח לקבל כמעט כל החלטה שהיא על בסיס שרירותי. התרשמותם של חברי ועדת הקבלה מהמועמדים הבאים בפניהם הינה סובייקטיבית לחלוטין, עלולה להיות מושפעת מדעות קדומות וסטריאוטיפים, גם כאשר אלו אינם נוגעים להשתייכות קבוצתית, ותלויה במידה רבה בכוחן ולא רק בנבחן. שרירותיות זו מבססת פגיעה קשה בשוויון בין הפרטים בהקצאת קרקעות ציבוריות. אף מבחני התאמה אינם מדד המאיין פגיעה זו, בהעדר הנחיות ברורות למהותם של מבחני התאמה אלו ובהעדר בסיס להנחה כי יש בכוחם לנבא התאמה לחיי קהילה. לכך יש להוסיף את הפגיעה בכבודו ובפרטיותו של מועמד שנאלץ לחשוף פרטים אודות חייו האישיים, ולעמוד מול הצורך להוכיח את התאמת אישיותו

ותכונותיו למגורים במקום. בחירת מקום מגורים היא חלק מהאוטונומיה האישית של הפרט, מזכותו לטוות את סיפור חייו, וחלק מהביטוי העצמי שלו, המוגנים על ידי הזכות לכבוד האדם.

ברמת הפגיעה הקבוצתית בשוויון הצטרפה השופטת (בדימ') אדבל לחששותיו של השופט ג'ורדאן כי המנגנון הקבוע בתיקון לא יאפשר מניעת אפליה על רקע קבוצתי, הן במודע והן שלא במודע. אפליה על בסיס קבוצתי תהיה קשה לאיתור והתמודדות בשל הקלות בהסוואתה תחת שיקולים אחרים לאי התאמתו של המועמד למגורים בקהילה.

המיון המתאפשר במסגרת ועדות הקבלה עלול להיות בעל השלכות שליליות לא רק על הפרט אלא גם על החברה בישראל. יש בכך מסר מפריד ומפורר לחברה בישראל. מסר של התבדלות, הדרת האחר והשונה. הפרדה כזו אינה מאפשרת התניידות בין קבוצות חלשות לחזקות, אינה מאפשרת לקבוצה אחת להכיר את רעותה, ובכך יש בה כדי להחליש אף יותר את הלכידות החברתית בישראל.

לצד הדברים האמורים, כידוע זכויות אינן מוחלטות ויש לאזן מול זכויות או אינטרסים אחרים הרלוונטיים לסוגיה. בענייננו ניצב האינטרס של הפרט לקיים חיי קהילה תקינים ולבחור את צביון המקום בו הוא מעוניין להתגורר. אינטרס זה יכול להשפיע על איכות חייו של אדם והוא כלול במסגרת האוטונומיה האישית שלו, ולפיכך לא ניתן להתעלם ממנו או להפחית מחשיבותו. עם זאת, בדרך כלל יושג אינטרס זה במהלכם הטבעי של הדברים, ומכל מקום עליו להיות מאוזן עם הפגיעה הקשה הנגרמת לפרט. לפיכך, יהיה מוצדק להגן על האינטרס הקהילתי רק במקומות קטנים, בעלי אופי קהילתי דומיננטי וחזק, וכאשר יש חשש מכניסה מאסיבית של אוכלוסייה שעלולה לפגוע או לשנות את האופי הקהילתי של המקום באופן משמעותי. התיקון לפקודה אינו מאזן כראות בין הזכויות והאינטרסים האמורים. עם זאת, אין משמעות הדבר כי לא ניתן למצוא נוסחה אשר תאזן באופן מידתי ותיתן משקל אף לאינטרס הקהילתי.

תמצית חוות דעתו של השופט א' רובינשטיין

השופט א' רובינשטיין הצטרף לעמדת הנשיא א' גרוניס לפיה אין להיעתר לעתירה מטעם חוסר בשלות, וכן להערות המשנה לנשיא מ' נאור. השאלה שהוצבה היתה: אימתי יבחן בית המשפט במשקפים חוקתיות האם פיו ולבו של המחוקק אינם

שונים? האם טכסט שבחוק שעל פניו קשה לזהות בו פגיעה בזכות חוקתית, אך יש בו "מרווח יישום" העלול לפתוח פתחי פגיעה אם לא ייושם בהגינות, אולם ישנם גם ססתומי בקרה המובנים בו לעניין היישום – יש לפסלו חוקתית מראש?

לשיטתו של השופט א' רובינשטיין, רק בכור הניסיון ייבחנו סעיפי החוק הנתקפים, תוך הדלקת נורות מהבהבות לעניין הגינות הליכי הקבלה. אין להידרש לשאלת נחיצות החוק, שכן אין זה מתפקידו של בית המשפט לבחון את תבונת המחוקק, אלא לבחון את חוקתיות החוק, לפי תכנו ותולדותיו, תוך שאין הדלת ננעלת להתפתחויות משפטיות בעקבות היישום. בחוות דעתו, מפנה השופט א' רובינשטיין לדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט בה נדון החוק, מהם עולה כי בעוד שמציעי התיקון ותומכיו נתנו בו טעם של הגנה על קהילתיות, פיתוחה ושימורה, מתנגדיו ראו בו מרשם להדרה של אוכלוסיות מסוימות, ונאחזו בדברים מסוימים שנשמעו בכנסת. מכאן לדעתו, יש לבחון את תיקון החוק בחלוף הזמן, על פי מקרים קונקרטיים, ושאלת השאלות היא האם יופעל ביושר ובהגינות וכתבו יהיה גם רוחו, או שמא יהא מי שיראהו בחינת "הבה נתחכמה"; אולם, לא ניתן לומר מראש כי עסקינן ב"קונספירציה של הדרה", ואילו החששות שהעלו העותרים יהיו נתונים לבדיקה במקרים קונקרטיים.

אשר לטענת אי-השוויון בהקצאת אדמות המדינה סבור השופט א' רובינשטיין, כי אין חולק, בודאי לאחר מתן פסק הדין בבג"צ 6698/95 קנדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל נד(1) 218 (2000), כי חל איסור על המדינה להפלות את תושביה בהקצאת קרקעות; והדבר נובע מהזכות החשובה לשוויון הנגזרת מהזכות לכבוד. בכך אין סתירה להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, והחוק נשוא ענייננו אוסר גם הוא על אפליה מעין זו – סעיף 6ג(ג) לחוק קובע, כי "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטיה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית"; ועל ועדת הקבלה ניתן אף להשיג בפני ועדת ההשגות, ועדה בלתי תלויה; ואף על ועדת הערר ניתן להשיג בפני בית המשפט לעניינים מנהליים. הדברים, אם כן, מדברים בעדם, ועליהם להיבחן במבחן המעשה.

השופט רובינשטיין מציין, כי העותרים, וכן השופטים ס' ג'ובראן וע' ארבל, סבורים מנגד כי קיים פער לכאורה בין לשונו המפורשת של התיקון לבין הכוונות הנסתרות הנטענות העומדות מאחוריו, וכי עמימות החוק וכן ייצוג ייתר של הישוב בוועדת הקבלה, עלולות לאפשר אפליה בפועל. לטעמו של השופט רובינשטיין, אמנם

אין להקל ראש בחששות אלה, אולם בד בבד אין מקום לפסול את דבר החקיקה אפרוירית על סמך חששות אלה, תוך העמדת הכנסת מעיקרא כעוכרת מיעוטים שונים, ומבלי שיהיו לכך "עדויות בשטח". יש להיזהר מהדבקתן מראש של תוויות אי הגינות על ועדת הקבלה וועדות ההשגה, ובמשתמע על המחוקק שמאחוריהן, בלא בחינה בכור המעשה. לא לנו לעת הזאת לשים את העגלה לפני הסוסים, לבנות בניין של הפליה שהיסודות טרם הונחו ובוודאי לא הונחו הכתלים. הזמן ייצור את הבשלות הראויה, וככל שיוברר חלילה כי החששות נתקיימו, לא אלמן ישראל, ובית משפט זה אף הוא לא יצא לגמלאות. על כן, השופט א' רובינשטיין מצטרף כאמור לעמדת הנשיא א' גרוניס לפיה יש לדחות את העתירה מטעמי חוסר בשלות.

השופט רובינשטיין הוסיף, כי השויון למיעוטים הוא אחד הנושאים הציבוריים שיש בהם ליקויים בישראל, אך נעשים לאורך השנים מאמצים לתיקונם, ויש לברך על כך ולהגביר את המאמצים. עסקינן במציאות מורכבת - אך אין להציגה כחד ערכית. גם בנידון דידן היתה עירנות בכנסת למורכבות; סימני השאלה לא נשכחו, אך נקבעו "חגורות ביטחון". ימים יגידו, ואתגר היושר וההגינות מונח לפתח.

תמצית חוות דעתו של השופט י' דנציגר

השופט י' דנציגר הצטרף לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן ולהערוותיה של השופטת (בדימ') ע' ארבל. השופט דנציגר העיר כי לא בנקל הגיע למסקנה זו, שמשמעותה הכרזה על בטלותם של סעיפים 6(א)(4) ו-6(א)(5) לפקודת האגודות השיתופיות שנחקקו לאחר הליכי חקיקה ארוכים בשל היותם בלתי חוקתיים, וביתר שאת כאשר לצידם חוקק סעיף איסור הפליה. השופט דנציגר ציין כי הקושי העיקרי שעולה משני הסעיפים הינו כי הם אינם כוללים קריטריונים ברורים לבחון את מידת התאמתו של המועמד ל"מרקם התרבותי-חברתי" או ל"חיי החברה בקהילה". נקבע כי הלכה למעשה מדובר בהסדר חקיקתי "עמום", אשר פותח פתח רחב להכנסת שיקולים בלתי רלוונטיים ולהפליה בפועל, תוך ריקון מתוכן של הוראת איסור ההפליה הקבועה בסעיף אחר בפקודה. צוין כי בית המשפט יוצא מנקודת הנחה שהתכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק הייתה לאפשר מנגנון סינון ללא הפליה, כלומר שביסוד שני הסעיפים הללו לא עומדת כוונה להפלות, אלא שבסופו של יום נוצר הסדר מפלה ובלתי מידתי.

השופט דנציגר העיר כי אין חולק שבחירתו של כל אדם לחיות בסביבה מסוימת ובקהילה בעלת צביון מסוים הינה בחירה טבעית ולגיטימית שמהווה חלק

מהאוטונומיה האישית של כל אדם. עם זאת, צוין כי השאלה שמתעוררת בעתירות אלה אינה האם יש לכל אדם זכות לבחור לחיות בקהילה בעלת צביון מסוים, אלא מהי ההגנה המשפטית שיש להעניק לחברי אותה קהילה, אם בכלל, מפני אלו שמבקשים להצטרף להתגורר בה ואולי אינם מתאימים לצביונה. במילים אחרות, השאלה הינה האם יש לאפשר לקהילות מסוימות לקבוע מי יבואו בשעריהן ומי יינתרו מחוצה להם ולעגן אפשרות זו (ולהגן עליה) בחוק. השופט דנציגר העיר כי מדובר בשאלה מורכבת במיוחד, כיוון שמעורבת בה סוגיה של הקצאת קרקעות ציבוריות לטובת אותם ישובים קהילתיים. בהקשר זה צוין כי הישובים "אמירים" ו"כליל", שהוזכרו בעתירות כדוגמאות לקהילות ייחודיות שיש לאפשר להן מנגנוני סינון וקבלה, אכן מהווים "נקודת התייחסות", ובהשוואה אליהם מתעורר ספק האם יש לישובים הקהילתיים שעליהם חל התיקון לפקודה מאפיינים ייחודיים המצדיקים מנגנוני סינון כאלו.

לבסוף הסכים השופט דנציגר עם השופט ג'ובראן והשופטת (בדימ') אדבל, כי ישובים בעלי מאפיינים ייחודיים או בעלי אופי קהילתי דומיננטי וחזק יכולים לקבוע תנאים ברורים וגלויים לסינון בתקנון הישוב, בהתאם לסעיף 6(א)(6) לפקודת האגודות השיתופיות, ובכפוף לביקורת שיפוטית של רשם האגודות השיתופיות ושל בית המשפט.

תמצית חוות דעתו של השופט נ' הנדל

עמדת השופט נ' הנדל הינה כי מרבית הסוגיות שמעוררות העתירות – חוקתיותם של סעיפים 6(ג)(4) ו-6(ג)(5) לחוק – אינן בשלות להכרעה בשלב הנוכחי. בכך מצטרף הוא לעמדת הנשיא א' גרוניס, ואולם בסוגיה מסוימת חולק הוא עליה – היא סוגיית הרכב ועדת הקבלה.

לגישת השופט הנדל, ניתן להחיל בנסיבות העניין את דוקטרינת "הבשלות החלקית", שלפיה בנקודת זמן מסוימת, חלקים מהעתירה יהיו בשלים להכרעה בעוד שאחרים יהיו בוסריים מדי. דוקטרינה זו מקובלת במשפט האמריקאי, והיא מקיימת את התכליות שביסוד דוקטרינת הבשלות הכללית – יעילות דיונית, שמירה על אמון הציבור ברשות השופטת וטיוב ההכרעה השיפוטית. השופט הנדל סבור כי בחינה של סוגיית הרכב ועדת הקבלה מעלה כי היא עומדת בתנאים שנקבעו לבשלות חלקית, ונכון לדון בכך בשלב זה.

הרכבה הנוכחי של הוועדה מקנה מעמד של רוב לבני היישוב הקהילתי אליו מבקש המועמד להתקבל. קיומו של רוב בוועדה מטעם היישוב משפיע על תהליכי הבחירה של מועמדים ועלול ליצור הפליה בלתי מודעת. תימוכין לתופעה זו ניתן למצוא במחקרים מתחום הפסיכולוגיה החברתית, שלפיהם קל לנו לפתח תחושות ניכור וסלידה ביחס לשונה מאיתנו. קבוצת אנשים, ככזו, שואפת "לשכפל" את עצמה ולבחור כחבריה את הדומים לה. אין להותיר מצב זה כאשר עסקינן במקרקעין ציבוריים. אמנם, החוק כולל גם מנגנוני ביקורת על החלטת ועדת הקבלה, כגון ועדת ההשגות או עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים על החלטתה של האחרונה. יחד עם זאת, יש חשיבות מיוחדת – גם מנקודת מבט של תיאורית הריאליזם המשפטי – ל"ערכאה הראשונה המבררת", היא ועדת הקבלה. השלב הראשון הוא הקריטי ביותר. ההרכב הנוכחי כרוך באפקט מצנן באופן שאנשים עלולים שלא לפנות אליה כלל, או שלא לערער (או להרהר) אחר החלטותיה – גם אם האפשרות לכך קיימת.

על רקע הבעייתיות המובנית בהרכב ועדת הקבלה הנוכחי, נבחנה בשלב הבא עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה. לעמדת השופט הנדל, הרכב ועדת הקבלה הנוכחי אינו מידתי, באשר הפגיעה בחוקתית הנלווית לו גוברת על התועלת הכרוכה בו וקיימים אמצעים פוגעניים פחות להשגת התכלית החקיקתית. המסקנה הנובעת מדברים אלה היא כי יש לשנות את הרכב ועדת הקבלה באופן שלא יהיה בו רוב לחברי היישוב הקהילתי.

תמצית חוות דעתה של השופטת א' חיות

השופטת א' חיות הצטרפה לתוצאה אליה הגיע הנשיא גרוניס בקובעה כי החוק העומד לביקורת שיפוטית נחזה על פניו להיות חוקתי בהינתן סעיף איסור האפליה המפורש הקבוע בו בסעיף 6ג(ג). על כן בשלב זה ובטרם יושם החוק הלכה למעשה על ידי ועדות הקבלה שאלת חוקתיותו אינה בשלה להכרעה. עם זאת עמדה השופטת חיות על ההבדלים המהותיים הקיימים בין שיטת המשפט הישראלית ובין שיטת המשפט האמריקאית - ממנה שאובה דוקטרינת הבשלות - המשליכים על היקף הביקורת השיפוטית הנוהגת בכל אחת מן השיטות והמחייבים החלה מרוככת של דוקטרינת הבשלות בשיטתנו.

בהתייחסה לחששות אותם הביע השופט ג'ובראן בחוות דעתו בדבר הפליה סמויה שלא ניתן יהיה לזהותה, ציינה השופטת חיות כי הגם שאין לשלול חששות אלה,

נוסחו של החוק שהתקבל בסופו של יום בכנסת ואשר עומד לביקורת שיפוטית, כולל את סעיף איסור האפליה ובכך הוא נבדל מהחלטה 1195 של מועצת מקרקעי ישראל שקדמה לתיקון מספר 8 לפקודת האגודות השיתופיות. השופטת חיות סבורה כי הוראת איסור האפליה משמיעה לוועדות הקבלה ביישובים קהילתיים איסור נוקשה לסרב לקבל מועמד מן הטעמים המנויים בה. עם זאת, דחתה השופטת חיות את האפשרות לפרש את ההוראה האמורה כהוראה המאמצת באופן מלא את גישת "עיוורון הצבעים". לשיטתה, יש לפרש את ההוראה האמורה כהוראה המבקשת לערוך איזון בין עקרון השוויון החוקתי ובין השיקולים הנוגדים המשתקפים בהוראות "המתירות סירוב", המבקשות להגן על חופש ההתאגדות הקהילתי. עוד הדגישה השופטת חיות כי בעריכת האיזון כאמור, יש להוראת איסור האפליה מעמד בכורה נוכח העובדה כי עסקינן בהקצאת קרקעות שבבעלות המדינה, בייחוד מקום שבו המאפיינים הקהילתיים של היישוב אינם מובהקים דיים וכן מקום שבו מספר בתי האב ביישוב הקהילתי גדול יחסית ונעדר אינטימיות קהילתית אמיתית המדמה מסגרת משפחתית. השופטת חיות הוסיפה וקבעה כי ראוי להחיל בהקשר זה מתודות המוכרות בשיח השוויון ובהן "מבחן הדומיננטיות" וכן העברת הנטל אל ועדת הקבלה להוכיח כי הטעם לאי קבלתו של מועמד המשתייך לאיזה מן הקבוצות שאפלייתן נאסרה בסעיף 6ג(ג), הינו טעם לגיטימי שאינו נעוץ בהשתייכותו הקבוצתית.

לבסוף, עמדה השופטת חיות על העיקרון לפיו עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו וקבעה כי על מנת לצמצם את עמימותן של ההוראות שבסעיפים 6ג(א)(4) ו-6ג(א)(5) יש לקרוא אל תוך הוראות אלה על דרך של פרשנות אמות-מידה אובייקטיביות ליישומן. כך, קבעה השופטת חיות כי חוות הדעת המקצועית עליה רשאית ועדת הקבלה להסתמך בהחלטתה לסרב לקבל מועמד משום שאינו מתאים לחיי חברה בקהילה, צריכה להינתן על ידי גורם עצמאי ובלתי תלוי, וכן קבעה כי המרקם החברתי-תרבותי של היישוב, עליו מבססת ועדת הקבלה את הסירוב לקבלת מועמד כבלתי-מתאים לאותו מרקם, חייב לקבל ביטוי מוצהר ומובהק בתקנון האגודה וכן עליו להתבטא בהוויה הקהילתית של היישוב בפועל, שאחרת אין יסוד להניח כי מרקם זה ייפגע עם קבלת המועמד ליישוב.

תמצית חוות דעתנו של השופט ח' מלצר

השופט ח' מלצר הצטרף לתוצאה שאליה הגיע הנשיא, השופט א' גרוניס לפיה במקרה זה יש מקום לדחות את העתירות בשל דוקטרינת "העדר הבשלות", שכן חסרה

היתה בהן תשתית עובדתית קונקרטיה וברורה, החיונית לצורך הכרעה. יחד עם זאת, לגישתו, אין בכך כדי לשלול, במקרים אחרים ראויים פיצול בין נושאים שעולים בעתירה חוקתית ומגלים בשלות לדיון לבין נושאים שהם עדיין בוסר, ככל שניתן להפריד את אלה מאלה, כגישתם של המשנה לנשיא, מ' נאור ושל השופט נ' הנדל.

עוד העיר השופט, כי לגישתו, הקריטריון הגורס שוויון "עיוור צבעים" – איננו יכול לשמש אמת מידה בלעדית לפסילת הפליה נטענת, או לפסילת העדפה מתקנת. לשיטתו – לצידו של ה"שוויון הניטרלי" קיימים אינטרסים נוספים לשם אבחון בין הפליה אסורה לבין אבחנה מותרת, או העדפה מתקנת, כגון: מטרת ההוראה הנבחנת, הצורך לשמור על המרקם החברתי, עידוד הגיוון והמעורבות בחברה ועוד. עם זאת, הסוואה לא תציל הפליה. המהות קובעת ולא הצורה (לכן למשל, ניסיון להיתפס לנימוק דתי כביכול על מנת להצדיק הפליה עדתית – נמצא פסול בעבר, כמו בפסק הדין בענין בית הספר לבנות בעמנואל). יתר על כן אם בהחלטה עתידית יעשה ניסיון של "הסוואה" – הדבר יעיד על כך שהמסווה יודע ומבין שמדובר בהפלייה אסורה, או בלתי ראויה. מאידך גיסא אם טעמי הדחיה, או ההעדפה המתקנת יהיו גלויים וההחלטה תעמוד בחובת ההנמקה – ניתן יהיה לבקר ולבדוק הדברים אם הם מוצדקים, או פסולים. מכאן, כי בעתיד יהיה מקום לבחון כל החלטת סירוב על פי נסיבותיה, מטרותיה ונימוקיה והמרקם החברתי בו מדובר.

את פסק דינו חתם השופט מלצר בהערה שהשמיע בשעתו המשנה לנשיא

השופט מנחם אלון ז"ל, בה נאמר:

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