עניי עירך קודמים: השגות על בג"ץ קציר- קעדאן [1]

מאת ג'ראלד (גרשון) שטיינברג
פרופ' למדעי המדינה וראש התוכנית לניהול ויישוב סכסוכים ומו"מ, אוניברסיטת בר-אילן

המאמר התפרסם ב**כיוונים חדשים: כתב-עת לציונות וליהדות 4** ,ניסן תשס"א

הקריאות למדינה "נורמלית", ליבראלית ומבוססת על עקרונות של שוויון הפרט התחזקו מאוד בעקבות פסיקות בית המשפט העליון בהנהגת השופט אהרון ברק. כמו רבים מתומכי הגישה הזאת, השופט ברק טוען שניתן ליישם נורמות ליברליות ללא מגבלה, בלי לפגוע באופי הציוני והיהודי של מדינת ישראל. אבל, כמו שנוכיח במאמר זה, בסוגיות מרכזיות הנוגעות לשליטה על קרקעות ובטחון המדינה, עקרון השוויון מתנגש עם זכויות הכלל ועם צרכים הקיומיים. כך היה במשפט "קציר- קעדאן", ובפסק-דינו, בית המשפט העליון העדיף ערכים ליבראלים, על פני הזכויות הקבוצתיות והמיוחדות של העם היהודי בארץ ישראל. במאמר זה, נציג גישה הפוכה, המבוססת על העיקרון של "אפליה מתקנת" לטובת המיעוט היהודי בעולם ובאזור, לפי הכלל "עניי עירך קודמים". ניטען שלצרכים חיוניים, כמו בטחון ושמירת האופי היהודי והציוני של מדינת ישראל, זכויות הכלל גוברות על שוויון הפרט.

הצורך לבחון את הגישות האלה נובע מההשפעה הגוברת של הגישה הפוסט-ציונית ונטיית הוגי דעות ישראליים להתעלם מההישגים העצומים של התנועה הציונית והקמתה של מדינת ישראל. לרבים, הציונות נהייתה מושג שלילי, שולי ונלעג. נדיר שפרטי הצלחותיה נלמדים בבתי הספר. בימינו, חמישים שנה בלבד לאחר מימוש המטרה הבלתי מושגת לכאורה, הפכו קבוצות קטנות של אינטלקטואלים את הנצחון הייחודי על פניו. קבוצות אלה מתבססות על הטענה שהצלחת הרוב היהודי באה על חשבון המיעוט הערבי החלש והפגיע. תוך התרכזות בהאשמות של אפליה מתמשכת, הציבו ה"פוסט ציונים" וה"סוציולוגים ביקורתיים" כמטרה נעלה את שוויון הפרט וזכויותיו, בד בבד עם קריאה למעבר ממדינה יהודית למדינת כל אזרחיה. הרבה מאמצים לעצמם את הטרמינולוגיה המסורבלת של פוסט-מודרניזם ודה-קונסטרוקצ'ניזם (deconstructionism). פוסט ציונים ו"היסטוריונים חדשים" קיצוניים יותר משווים בין הציונות ללאומנות שוביניסטית לא סובלנית, כהד לתפיסה המסורתית הערבית שהמדינה היהודית נולדה בחטא, על חשבון זכויותיהם של הפלשתינים.

המבקרים משיבים בתגובה שהפוסט-ציונים וההסטוריונים החדשים הללו מנוכרים לחברה הישראלית, ומשקפים את העייפות מעשורים רבים של קונפליקטים,וכן סיבות ומאפיינים פסיכולוגיים נוספים, כמו הרצון להתבלט.[2] בדרכים רבות שותפה הפוסט-ציונות למאפיינים האינטלקטואלים ולגלים הפוליטיים של המשיחיות החילונית בזמן המהפכות המודרניות והאמנסיפציה. ממשכמו התמיכה בקומוניזם הרוסי והמזרח אירופאי במאה ה19-

ובתחילת המאה ה20-, שזרעה הרס עצמי, כך גם הפוסט-ציונים של ימינו משקפים רגשי נחיתות לגבי מוצאם היהודי, ורצון עמוק להתבולל.[3]

בעקבות השמדת חלק גדול מיהדות אירופה והתבוללות הקהילות הגדולות הנותרות, מאמצים לנסיגה מהישגיה של הציונות משמעותם התאבדות קולקטיבית. בלי הבסיס הפוליטי שאותו מספקת מדינת ישראל, סיכויהם של היסודות התרבותיים והמוסדיים של העם היהודי לשרוד מעבר לדור-שניים הוא קלוש.

לאור התחזית העגומה, גם מספר ישראלים ליברלים-חילונים, כמו חבר הכנסת (מר"צ) אמנון רובינשטיין, הרחיקו עצמם מן ההרס העצמי של הפוסט-ציונות תוך שימת דגש על חשיבותה של המדינה היהודית. לכן, הוויכוח על הגישה הפוסט-ציונית מתנהל גם בקרב חוגים שמאלנים.

בהקשר לדיון זה, פסקי הדין של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק הם חשובים ביותר. תחת הנשיא אהרון ברק, בית הדין היה מוכן ואף להוט לטול חלק בניסיון לשפוט את היבטיה האידיאולוגים המרכזיים והשנויים ביותר במחלוקת של החברה הישראלית כיום. דעותיו השנויות במחלוקת של השופט ברק בנושאים כגון היחס בין דת ומדינה, שוויון וזכויות הפרט, והאיזון בין עקרונות דמוקרטיים מערביים ליברליים, וערכי המסורת היהודית שינו את המערכת המשפטית. זו האחרונה הפכה להיות בעלת משמעות רבה בפוליטיקה ובחברה הישראלית.[4] במהלך תהליך זה, יישם השופט ברק תקדימים רבים של החוק והמשפט האירופאי והאנגלו- סקסי, תוך פיחות ניכר בערכם של הנורמות והחוקים היהודיים. הדמיון בין הדעות הנשמעות בבית המשפט העליון, ובמסגרת החשיבה הפוסט-ציונית, מהוות גורם מטריד.[5]

דמיון זה, כמו גם מספר מחלוקות חשובות, נראו במשפט של משפחת קעדאן נגד המושב השיתופי קציר, ובפסק דין שניתן בא' באדר ב' התש"ס (8 מרץ 2000) בתשובה לתביעתה של מר. קעדאן (ראש משפחה ערבית) נגד המוסדות המרכזיים של הציונות (מדינת ישראל, הסוכנות היהודית, קרן קיימת לישראל וכו') בשאלה לגבי חלוקת קרקעות למצפים באזור ואדי ערה. המשפט טומן בחובו מרכיבי מפתח בשסעים החברתיים והתרבותיים, הכוללים את המתח בין זכויות הפרט והקבוצה, הגדרת הזכויות של קבוצות (לאומיות ודתיות), והכמיהה ל"נורמליות". הבעיות מרחיקות מעבר לעיקר המשפט, ולטענות הזהירות והבנויות היטב של הרוב, שנכתבו על ידי נשיא בית המשפט, השופט אהרון ברק.

פוסט ציונים וישראלים הנמצאים בשמאל, הקשת הפוליטית, ברכו בהתלהבות על פסק הדין, שהיה מבחינתם הוכחה לחדירת דעותיהם למוסד שלטוני חשוב. במאמר מערכת של עיתון *'הארץ'* תחת הכותרת : " אפליה פסולה במקרקעין ", העורכים הכריזו כי "החלטת בית המשפט חיזקה את זכות השיוויון של אזרחים בהתמודדותם מול מוסדות המדינה. עיקר

השיוויון הינו מאושר, בלי ויכוח שיפוטי על עניין צביונה היהודי של המדינה".[6] במאמר אחר נכתב: "בית המשפט העליון שחט פרה קדושה כאשר דחה את זכות המדינה לחלק קרקעות מדינה על פי בסיס הפלייתי בין יהודים וערבים -- זכות אשר הינה גזענית במקורה."[7] במאמר שפורסם ב JERUSALEM POST, דוד ניומן כתב שהחלטת בית המשפט הכתה בלב ליבה של היוזמה הציונית, והעלתה את הסתירה העיקרית הטמונה בהגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.[8] (בעזרת קצת דמיון, ניומן השווה בין המצב בנחל-עירון לשכונות בארה"ב ובאנגליה, שבהן יש לבני מיעוטים קושי בקניית בתים, ומתאר את פסק הדין כגינוי ל"אפליה הזועקת" שמשדרת מדיניות השיכון הישראלית.)

תגובות ביקורתיות

מאותן סיבות ציונים מסורתיים ראו החלטה זו כאסון. העובדה שבית המשפט התמקד בזכויות הפרט ובשוויון, גרם לכך שהזכויות היהודיות הקולקטיביות של עם ישראל בארץ ישראל וההשלכות שנובעות מכך על הביטחון לטווח ארוך, אבדו. המבקרים ציינו שבפסק הדין הארוך והמפורט, השופט ברק לא התייחס למאפיינים הגיאוגרפים, הדמוגרפים והפוליטיים של אזור נחל עירון (ואדי ערה). היחס הדמוגרפי בין היהודים לערבים בין עפולה וחדרה, הוא 5000 יהודים ל100,000- ערבים, כאשר הרוב מתגורר בערים כמו אום-אל-פחם וערערה, שבהם אין יהודים. האזור סמוך למחוז ג'נין שתחת שליטה פלשתינאית, שם גרים 200,000 פלשתינאים. אין שוק חופשי במכירות אדמה, ובעלי קרקעות ערבים אינם מעונינים או אינם מוכנים להסתכן במכירת קרקעותיהם ליהודים. עם התעוררות הלאומנות באוכלוסייה הערבית, וההזדהות עם הארגונים הפלשתינאים והאיסלמיים, ראש הסוכנות היהודית, סלי מרידור, הזהיר שהחלטה זו תגדיל את האיום על בטחונה ושלמות הטריטוריה של מדינת ישראל.[9]

מנקודת מבט זו, התוצאה הביאה עמה הוכחות נוספות לסכנה שבאקטיביזם השפוטי של השופט אהרון ברק. ההחלטה חיזקה את התדמית של בית משפט מנוכר, הנגוע בחיידק הפוסט-ציונות. כותבי מאמרי המערכת של עיתון *מעריב* טענו ש"מקום של כבוד שמור בהיסטוריה הציונית לקניית קרקעות מערבים על מנת ליישב אזרחים יהודים. שנים זאת הייתה מהות הציונות. אתמול תקעו את המסמר האחרון בארון הקבורה של המסע הקדוש."[10] בדומה, יאיר שלג הכריז כי "ההחלטה חותרת תחת עיקרון בסיסי של הציונות וזאת קידום נוכחות יהודית על האדמה.(דבר אשר הנו רחוק מהזכות להגן על כל האזרחים במקום מגוריהם.)"[11]

האשמתו של יורם חזוני את הפוסט-ציונות (*מדינת היהודים- המאבק על נשמתה של ישראל*) הושלמה לפני פרסום פסק הדין של בית המשפט, אולם פירסומו של הספר והדיון אחריו הדגישו את מרכזיות תהליך ההיחלשות בדבקות בעקרונות הציונים. במאמר דעה

שפורסם ב*ניו יורק טיימס*, חזוני התיחס לפסק הדין כהוכחה לחוסר יכולתה של מדינת ישראל לשמור על מטרותיה הקיומיות.[12]

למרות זאת, קריאה זהירה של פסק הדין מראה שתגובות של חגיגה וכאב לב ממספר מכובד משני צידי המחלוקת התרבותית, לא לגמרי צודקות. כפי שיודגם, הטענות שהוצגו על ידי המשיבים במשפט (לפי סיכום בפסק הדין), בפרט מדינת ישראל (שיוצגה ע"י משרד השיכון), היו חלשות ביותר, טכניות, ונמנעו מהצגת עיקר הבעיות והעקרונות. במידה שמדובר בניצחון לפוסט ציונות, הוא הושג בגלל חוסר פעולה, יותר מאשר דרך הצגת טענות משכנעות. חוסר היכולת של מדינת ישראל להגן על עקרונותיה ומטרותיה של הציונות המסורתית, צריך ליצור יותר דאגה מאשר החלטת בית המשפט.

נשיא בית המשפט העליון, פרופ' ברק היה מודע לחלוטין להשלכות פסק הדין, ועניין זה השתקף בשימוש בניסוח זהיר ובגרימת קושי להסקת המסקנות מרחיקות הלכת. למרות שבית המשפט הורה במקרה ייחודי זה, "כי המדינה לא הייתה רשאית על פי דין להקצות מקרקעי המדינה לסוכנות היהודית לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של הפליה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים"[13], הוא גם לא הורה לסוכנות לספק לתובעים בתי מגורים ביישוב. בפסק הדין הארוך והדו משמעי, שנפסק לאחר ארבע שנות הסנות, רובו המכריע של חבר השופטים החליטו ש"על המדינה להחליט במהירות הראויה אם יש בידה לאפשר לעותרים, במסגרת הדין, להקים לעצמם בית בתחום היישוב הקהילתי קציר."[14]

במקביל, הודגשו ערכי השוויון ונורמות אחרות שבדרך כלל הולכות יד ביד עם חברות ליברליות הומוגניות ודמוקרטיות, יותר מהזכויות הקולקטיביות של העם היהודי להגן על המטרה הלאומית החשובה ביותר. החלטת בית המשפט עלולה להפוך לתקדים, ולפי הרוב, "אנו עושים כיום צעד ראשון בדרך קשה ורגישה. מן הראוי לצעוד בדרך זאת עקב בצד אגודל"[15]. בעקבות החלטה זו, תובעים ערביים אחרים ביקשו גם הם מבית המשפט להפוך החלטות שבהם נדחו בקשותיהם לבניית בתים באיזור הנחל-עירון. בתיק קציר/קעדאן, השופט ברק הצביע על כיוון כללי, אך היעד הסופי של המפעל הציוני בנחל-עירון, ועל כן גם גורלה של מדינת ישראל כולה, אינו ברור כלל.

זכויות הפרט ושוויון אישי אל מול זכויות הקבוצה

הבעיה המרכזית במקרה זה היתה המתח בין העקרון של שוויון אישי (זכויות הפרט), ובין הזכויות הקולקטיביות של הקבוצה שבמקרים מסוימים מצדיקים הגבלת או הפרת העקרונות הקודמים. במקרים כאלה, בזמן שהציונות המסורתית, כמו תנועות לאומיות, דתיות או אתניות אחרות, מדגישה את הזכויות הקולקטיביות במצב של סכסוך, האידיאולוגיה הפוסט-ציונית נותנת עדיפות (או אפילו בלעדיות) לשוויון בהתבסס על מרכזיותו של הפרט.

עורכי הדין של משפחת קעדאן, בעתירתם לבית המשפט (כפי שתומצת בפסק הדין של השופט ברק) הדגישו את הנורמות של זכויות הפרט ושוויון אישי, ונמנעו מהתקפה ישירה. הם נזהרו להרחיק עצמם מהטענות הפוסט-ציוניות, כאשר הם "אינם מתעלמים מן

היסוד היהודי בזהותה של מדינת ישראל, כמו גם מן ההיסטוריה ההתיישבותית של ישראל"[16] ובתרומה החשובה שתרמה הסוכנות היהודית במילוי מטרות הציונות.[17] לפי פרקליטי העותרים "היסוד היהודי בזהותה של המדינה הוא בעל משקל מכריע רק בעניינים היורדים לשורש מהותה היהודית של המדינה - דוגמת חוק השבות" ולא תקף להקצאה של קרקעות לבניית התישבויות. לפי טענותיהם, תקופת ההתישבות בציונות הסתיימה, וכאשר הם אינם טוענים להיפוך של נהלים קודמים, הם כן הדגישו כי "עתירה זו צופה בעיקרה פני עתיד" בכינון עקרונות השוויון בקרב החברה הדמוקרטית של ישראל.[18]

מספר רב של משיבים (מנהל מקרקעי ישראל, משרד השיכון, המועצה המקומית טל-עירון, הסוכנות היהודית, קציר- האגודה השיתופית להתיישבות קהילתית בשומרון בע"מ, והתאחדות האיכרים בישראל), הדגיש את הבעיות השונות, ובמקרים רבים טענותיהם- כאשר תוארו בפסק הדין - היו חלשות ונמנעו מהצגה ישירה של העניינים הדמוגרפיים והפוליטיים. עורכי הדין של המדינה ומשרד השיכון הכירו בזכות של משפחות ערביות להתגורר באזור טל-עירון. לעומת זאת, הם גם טענו שבמקרה של קציר, טבעו של הארגון השיתופי וחוקיו, המגביל קבלה לישראלים ששירתו בצבא בלבד, (במילים אחרות, דחיית אזרחים ערבים הפטורים משירות) הם לגיטימיים לחלוטין.

טענותיהם של פרקליטי המדינה הוו מטרה קלה לנשיא בית המשפט אהרון ברק, שציין שמעבר לשירות בצה"ל, החברים באגודה השיתופית קציר לא חלקו מאפיין משותף נוסף, ולפיכך אינם זכאיים לפטור מעקרון השוויון או לאפליה מתקנת (ראה דיון מפורט של נקודה זאת להלן). טענה שניה, המתמקדת בתפקיד של הסוכנות היהודית, "הפועלת כזרוע של העם היהודי בתפוצות", בניהול קרקעות המסופקות על ידי מדינת ישראל, היתה גם היא חלשה ולא משכנעת. כפי שציין השופט ברק, מעבר לעניינים הטכניים המתייחסים להעברת האחריות לסוכנות היהודית, המדינה לא סיפקה סיבות מיוחדות לפטור את המשפט הזה מנורמות השוויון.[19] למרות ציטוט התקנות העוסקות בניהול וחלוקת קרקעות המדינה, פרקליטי המדינה, כפי שהתברר, לא הצליחו לשכנע את השופטים שהמטרות הספציפיות של הציונות הכלולות בתקנות אלה אינן מצדיקות את הפרת עקרון השוויון.

לעומת זאת, תגובת הסוכנות היהודית היתה יותר עניינית, בהכרה בעימות הישיר בין זכויות הפרט וזכויות הכלל בנוגע לשאלת חלוקת קרקעות. טענות הסוכנות עוגנו בממדים הסטוריים ולאומיים, והדגישו את החשיבות המתמשכת של התיישבות, בכלל, ובאזורים הפריפריים שבהם הנוכחות היהודית היא דלה, בפרט, למען הגשמת היעדים שהציבה לעצמה התנועה הציונית. פרקליטי הסוכנות טענו שיעדים אלה אינם סותרים את היסודות היהודיים והדמוקרטיים של המדינה.[20] בנוסף, הם הזהירו שקבלת העתירה משמעותה שימת קץ לתוכנית ההתישבות שהתחילה הסוכנות היהודית בתחילת המאה העשרים.[21] המשיבים אף ציינו את ההיבט הבטחוני בשרשרת מצפים יהודיים בנחל-עירון, שמטרתם "לשמור על מרחבי ישראל למען העם היהודי" (כאמור במגילת היסוד של הישוב הקהילתי).

פסק הדין: הליכה על חבל דק

בהחלטתו, התמקד השופט ברק בראש ובראשונה בעקרון השוויון האישי, במסקנתו הזכות לשוויון מלא אינה מוחלטת בכל המקרים, כאשר ישנה התנגשות בין עקרונות, לעקרון זה יש עדיפות. מקרים יוצאי דופן מקובלים רק כאשר יישום עקרון השוויון האישי יכול לפגוע ברווחת הכלל. במשפט הזה, הוא פסק, לא היתה סתירה בין האינטרס של הכלל והרווחה הספציפית של משפחת קעדאן.

הפסיקה לא ענתה לטענות מרובות שהועלו על- ידי המשיבים, והתחמקה משאלות על עקרונות כלליים בנוגע לניהול וחלוקת קרקעות המדינה ובטחון לאומי. בית המשפט היה נחוש בדעתו וטען שהמשיבים לא הציגו טיעונים שיצדיקו הענקת מעמד מיוחד לאגודה השיתופית קציר שתאכוף את העקרון הכללי של שוויון. השופט ברק ציין שה"המשיבים אינם חולקים גם על זכותם של העותרים להתגורר בישוב קציר עצמו, בשכונה שנבנתה על ידי משרד הבינוי והשיכון, יחד עם יתר תושבי השכונה, יהודים וערבים כאחד, תחת חסותה של אותה מועצה מקומית ותוך קיום מסגרות חינוכיות וחברתיות משותפות. לא ניתן להבין - ולא הונחה בפנינו כל תשתית עובדתית - מדוע דווקא מגוריהם של העותרים בישוב הקהילתי, מרחק של כ - 2 ק"מ מן השכונה שנבנתה על ידי משרד הבינוי והשיכון, מצדיקה פגיעה בעקרון השוויון."[22]

לעומת זאת, השופט ברק התרחק ונזהר מהגרסה היותר קיצונית של הפוסט ציונות על ידי חיבור עקרון השוויון האישי בחוקי המדינה למשפט העברי ולמסורת היהודית, כמו גם אופייה הדמוקרטי של המדינה, וציטוט מסמך מגילת העצמאות. סקירת התקדימים כללה דעה שנכתבה על ידי השופט מנחם אלון, (אחד המבקרים החריפים ביותר של השופט ברק) בדחיית הפליה בהחלטה לגבי השתתפותם של נשים במועצות דתיות.[23] בנוסף, ציטט השופט ברק דעה שנכתבה על ידי השופט ברנזון בה ניסח מחדש תפילה עתיקה – "כשגלינו מארצנו ונתרחקנו מעל אדמתנו קרבנות היינו לאומות העולם שבתוכם ישבנו ובכל הדורות טעמנו את הטעם המר של רדיפות, נגישות והפליות רק בגלל היותנו יהודים שדתם שונה מכל עם". ברנזון סיכם שעל בסיס נסיון זה, האומה היהודית, שיוצגה על ידי מדינת ישראל, לא יכולה לסבול אי-שוויון, אלא "עשויות להיות נסיבות ... שבהן טיפול שונה בשל דת או לאום לא יהיה טיפול מפלה".[24]

בדחיית הטענות שערכי הדמוקרטיה והמורשת היהודית לא עולים בקנה אחד, השופט ברק תיאר את מאפייני התרבות היהודית, בעיניו, והתמקד בשוויון האינבידואלי הנכלל *בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו*. "אכן, אינה מקובלת עלינו התפישה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בהם כדי להצדיק - ברמה של תכלית כללית - הפליה על ידי המדינה בין אזרחים של המדינה על בסיס דת או לאום..." יהדותה של מדינת ישראל מתבטאת, לפי גישתו המצומצמת של השופט ברק, בהכרה בשפה העברית כשפתה העיקרית המדינה, לוח

השנה מבוסס על חוויה לאומית יהודית, ומרכזיותה של מורשת ישראל במימדים דתיים ותרבותיים.[25]

יותר מזה, השופט ברק הכיר בלגיטימציה של מדיניות ניצול- קרקעות המתבססת על טיענים בטחוניים למניעת העברה של קרקעות ל"גורמים בלתי רצויים".[26] כמו כן, הוא הכיר במפורש בהצדקה של הקמת יישובים לקבוצות ייחודיות (דתיים, דרוזים, וכו',) ואפליה בקבלה לישוב, במקרים מיוחדים, אך דרש מן המדינה להצדיק מקרים חריגים כאלה. פסק הדין גם מציין את הנסיבות המיוחדות של משפט זה, ופוטרת את השימוש בפסק דין זה כתקדים ביחס לאוכלוסיות מיוחדות, כגון קיבוצים, או התיישבויות הנוגעות בביטחון המדינה.[27]

מסתבר שזהו רמז עבה שפסק הדין יכול היה להיות שונה אם המשיבים היו מדגישים את ההבטים הבטחוניים ביתר שאת, ואם הם היו מוכיחים שלמצפים יהודיים שנמצאים בתוך אוכלוסייה מעורבת וקהילות ערביות ישנן השלכות בטחוניות והתיישבותיות חשובות ומוצדקות. בדומה, אם חברי קבוצת קציר חלקו יותר מאפיינים דומים, כמו מנהגים דתיים, אידיאולוגיה וכו', לא מן הנמנע היה שבית המשפט ידחה את העתירה. בדעת המיעוט, השופט העליון קדמי הדגיש את הצורך באיזון בין שוויון וערכים אחרים, לרבות "ערך הבטחון הלאומי. ערך זה מדבר בהבטחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; ובנסיבות שבהן יש לכך הצדקה - בהתחשב במיקומו או בתכלית הקמתו של יישוב המוקם על קרקע ממלכתית - בכוחו לכרסם ואף לדחות את ערך השוויון."[28] מאז 1948, השיקולים המבוססים על בטחון עדיין דרושים במקרים מסוימים. באותו הקשר, ובניגוד גמור לשופט ברק, השופט קדמי הדגיש את המיקום הספציפי, ואת החשיבות ליישוב אתר זה על ידי אכלוסיה יהודית. הוא גם ציין שההחלטה שנקבעה לפני 18 שנה להגביל את ההתישבות בקציר ללוחמי צה"ל, היתה מוצדקת באותה עת, ואין בסיס לשינוי בדיעבד. בנוסף, בניגוד לשופט ברק, השופט קדמי טען שקיום התישבויות עירוניות מעורבות באיזור זה, שנוצרו לאחר קציר, לא שללו את ההצדקה של הגבלת ההתישבות במצפה קציר.[29]

קרקעות, סכסוך, והזכות הלאומית לקיום

כפי שהשופט ברק ציין בפסק הדין, המשיבים נמנעו מלעסוק בעניינים העיקריים – המאבק המתמשך על בעלות על הקרקע ועתיד המדינה. שאלות לגבי גבולות, בטחון, מלחמה, והמשך שרידתה וקיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (ציונית) קיבלו התייחסות שטחית.

שתיקת המשיבים בעניינים אלה, והנכונות של השופטים ברוב להמנע מלהתיחס אליהם, היו לכשעצמם, השתקפות ההשפעה החודרת של השקפת העולם הפוסט ציונית. אולי מפני ששנים רבות, זכויות ההתישבות במדינה יהודית (כלומר – ציונית) היו מובנות מאליהן, נציגי המוסדות הציונים כבר לא היו כשירים לעסוק או להגן על עמדה זו.

האדמה היתה ותמשיך להיות מרכיב מרכזי באידיאולוגיה הציונית והסכסוך הערבי-ישראלי. בהקשר זה, בעלות ושליטה על אדמה אינה ואף פעם לא היתה סוגייה שהוגבלה לזכויות קניין ולשאלות על שוויון אינדיבידואלי.

הצלחות התנועה הציונית היו אפשריות עם רכישה ופיתוח של אדמה, בתחילת סוף המאה ה-19. הקרקעות שאיכלסו היהודים ושעליהן שלטו, אם כאנשים פרטיים או בצורה קולקטיבית, קבעו את קצב העליה ועיצבו את גבולות המדינה היהודית.

המלחמה הערבית כנגד הציונות בוטאה באלימות שעוצבה להפחיד ולהשליט טרור בישובים הבודדים והמנותקים, ובמאמצים למנוע בעלות יהודית על הקרקעות. בזמן מלחמת העצמאות, כוחות ישראליים הצליחו להשיג ולשמור על שליטה באזור הנחל-עירון, לרבות ואדי ערה (נחל עירון), ועל-ידי זה הבטיחו רציפות טריטוריאלית. רוב האזרחים הערבים ישראלים מתגוררים באיזור זה, ולמרות מדיניות שהתבססה על פטרנליזם, השפעתם של הלאומיות והתנועות דחויות גברה במקביל להישגים הפוליטיים של הפלשתינאים.[30] תנועות אלה שוב מהוות איום לבטחון ויכולת הקיום של מדינת ישראל, כמו שהתגלה במהומות ראש השנה תשס"א, התקפות על יישובים יהודיים, ירי על נהגים, וחסימת הצירים המרכזיים.

במאמץ למנוע התפתחויות מסוג זה, מדינת ישראל, הסוכנות היהודית, ומוסדות אחרים דרשו להגדיל את מספר ההתישבויות היהודיות באזור רגיש זה. בנוסף להתישבויות עירוניות עיקריות כגון נצרת-עילית וכרמיאל, הוקמו גם כן מצפים על ראשי הגבעות. אלו ההקשרים הלא מוצהרים אך החיוניים של פסק דין קציר.

כפי שצוין, מדינת ישראל ובית המשפט נמנעו מלטפל ישירות בבעיות מרכזיות אלו במהלך המשפט. אולם, המאבק על הקרקע, והאמצעים הדרושים להתמיד במאבק זה, נשארים מרכזיים, ובלי ספק יועלו ברבות הימים במשפט עתידי.[31]

האשליה של הנורמליזציה

בהדגשת עקרון השוויון האישי, הנשיא ברק ציטט מספר מסמכים בינלאומיים, בכללם הצהרת זכויות האדם האוניברסלית של 1948(Universal Declaration of Human Rights), והאמנה האירופאית לזכויות האדם (European) Convention on Human Rights). הוא ציין שהבטחת שוויון והגנה מפני אפליה המבוססת על גזע, דת ולאומיות מהווה חלק ברוב החוקות המודרניות.[32] לפי דעתו של השופט ברק, מצופה מישראל, כמדינה דמוקרטית, לאסור אפליה ולהבטיח שוויון.

השופט ברק עשה שימוש נרחב בתקדימים זרים ובדעות שהובאו מארה"ב, קנדה ומערב אירופה בתקופת כהונתו כנשיא בית המשפט העליון.[33] במשפט זה, פסק הדין כלל ציטוטים נרחבים מפסק הדין הקלאסי *בראון נגד משרד החינוך* (*Brown vs. Board of Education*) שבו בית המשפט העליון של ארה"ב דחה את טענת "שוווים אבל נפרדים" (separate but equal) על בסיס העובדה שהסדרים מסוג זה הם מטבעם אי-שוויוניים.[34]

לפי יסוד זה, באופן חלקי, דחה השופט ברק את נוסחת "שווים אבל נפרדים" לגבי אוכלוסיות יהודיות וערביות באזור הנחל-עירון.

המאמץ העילאי להעביר את הנורמות וההתנסויות של ארה"ב וחברות דמוקרטיות ליברליות להקשר ישראלי מספק חוליה מקשרת וחשובה בין הפילוסופיה השיפוטית של השופט ברק והאידאולוגיה הפוסט-ציונית. משתי נקודות המבט, ישראל היא, או צריכה לשאוף להיות, מדינה "נורמלית" ליברלית ואוניברסלית הדוגלת בשוויון זכויות.[35] בלקסיקון הפוסט-ציוני, "נורמליזציה" היא מילה נרדפת למצב האידיאלי האמריקאי, שבה עקרון השוויון האישי בפני החוק היא סיבת קיום המדינה (raison detre).

בניגוד לכך, מנקודת מבט ציונית, ישראל נוסדה כמדינה יהודית, ובראש ובראשונה, ובעניינים עקרוניים, כגון שפה, לוח השנה, עליה ושליטה על אדמה, ישנה עדיפות לעם היהודי. ההגדרה העצמית של רוב הישראלים – כמו רבים אחרים במזרח התיכון – היא לפי השתייכות אתנית-לאומית ודתית, יותר מאשר כאינדיבידואליים. במסגרת זו, רוב הישראלים היהודים הם ציונים בעצמם או צאצאים של ציונים הבוחרים למקם את ביתם במדינת ישראל, מסיבות דתיות ולאומיות, בשלושת הדורות האחרונים. כאשר נפתחות אפשרויות אחרות, הבחירה לגור ולגדל ילדים בסביבה לא קלה זו אינה הגיונית כאשר פושטים ממנה את מטרת הציונות.

בהקשר זה, המצב הישראלי הנו יחידי. בהרבה חברות ומדינות דמוקרטיות, בינהן מערב אירופה, יפן, דרום קוריאה וכו' – הזהות הלאומית המהווה גרעין מדינת הלאום נהנית מעדיפות עליונה, בענייני שפה, לוח שנה, מערכת המשפט ומאפיינים תרבותיים אחרים. אפילו באוכלוסיות רב תרבותיות כביכול , כמו קנדה, ארה"ב ואוסטרליה, היסודות התרבותיים מבוססים על נורמות דומיננטיות (לרוב פרוטסטנטים אנגלו-סקסים).

לעומת זאת, מדינת ישראל אינה מדינה מערבית ליברלית ודמוקרטית מין המנין, אלא מדינה יהודית השואפת לשלב בין מסורות יהודיות ודמוקרטיות.[36] בנוסף, התחומים בהם מצבה של מדינת ישראל היא בוודאות א- נורמלית -- העדר גבולות ברורים, והכחשת הלגיטימציה על ידי מדינות שכנות -- כלל לא צוינו בטקסט של השופט ברק.

האשליה הזאת של הנורמליות מבוססת בחלקה על תקוות בלתי מבוססות, בייחוד בחלקם של אינטלקטואלים חילונים המאמינים שיש להם המכנה משותף גדול יותר עם עמיתיהם בחברות ליברליות מאשר עם ישראלים מסורתיים (לא-חילונים). אולם, אם המצב הישראלי היה נורמלי, או בר-השוואה לזה האמריקאי או הבריטי, הקשיים שהועלו במשפט זה, ושמנעו מהשופטים להחליט החלטה חד-משמעית, לא היו קיימים. לא היה מתח בין שוויון האזרחים הערבים המחפשים להצטרף לקהילה מסוימת, ובין האינטרסים הבטחוניים והקיומיים של מדינת ישראל.

המציאות, לעומת זאת, היא שונה לחלוטין. הגידול בלאומיות האתנית ובאידיאולוגיה האסלאמית בקרב האוכלוסייה הערבית ישראלית בא לידי ביטוי באביב תש"ס באלימות

מתוכננת באוניברסיטת חיפה, הפרעות סדר בשפרעם שכללו מתקפה על המנהיגים הדרוזים בקבלת הפנים ביום העצמאות הישראלית, אלימות לציון "יום הנקבה", חרם על דגל-ישראל, הנפת דגל פלשתין והזדהות גלויה עם החיזבאללה. כמובן, עם פרוץ האלימות הפלסטינאית בערב ראש השנה תשס"א, המהומות וההתנקשויות הקשות הבליטו את המציאות.

ההבעה של לאומיות ערבית ומעשי-האיבה, בעיקר באיזורי המשולש ובגליל, הובילה להתבטאויות של דאגה, גם בשמאל הישראלי. חבר הכנסת אמנון רובינשטיין הזהיר מפני מנהיגים ערבים שהטיפו ל"לוויית מקהלה אקדמית אנטי-ציונית... במלים ובמעשים, כי אין ליהודים זכות למדינה משל עצמם". רובינשטיין ציין ש"לאלה מאתנו שפעלו, במעלה ההר, למען מתן יותר זכויות לערביי ישראל, ימים אלה הם ימים של מפח נפש צורב. האירועים באוניברסיטת חיפה וההשתוללות בשפרעם בקבלת הפנים לרגל יום העצמאות מעידים על מהפך משמעותי בהנהגה הפוליטית ...שתכליתו לא יותר זכויות לאזרחי ישראל הערבים, אלא התקוממות נגד עצם קיומה ומהותה של ישראל כמדינת העם היהודי."

רובינשטיין אף גינה את השימוש לרעה בתהליך הדמוקרטי וברגישות לזכויות המיעוט ושוויון אישי, למען חתירה תחת הלגיטימציה של ישראל, היא מעשה בוטה. "אך חופש הביטוי אינו כולל זכות להסתה, לתמיכה ברוצחים או לפגיעה בדגל המדינה". בלשון הפונה לשופט אהרון ברק, רובינשטיין מסכם ש"אי אפשר לצפות להשוואת זכויותיך במדינה שאתה כופר בלגיטימיות של קיומה"..[37] במילים אחרות, כמו שהבין רובינשטיין (אם לא בצורה מפורשת), שהמצב הישראלי הוא רחוק מלהיות "נורמלי", והמאמץ להכיל עליו נורמות וערכים "נורמליים" (ליברליים- דמוקרטיים) היוצאים מההקשר, אינו בר ביצוע.

אפליה מתקנת לטובת הציונות וזכויות העם היהודי

מאז כינונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית המבוססת על נורמות דמוקרטיות, מנהיגיה ואזרחיה נאבקו עם הקושי של פשרה בין שני מאפיינים אלו. אל מול מעשי האיבה שקמו לתחיה, תהליך זה ממשיך להיות מסובך ביותר. לפוסט ציונים, אין כלל בעיה – הם מבקשים בפשטנות למחוק את ההיבט היהודי של המדינה. אך לאחרים – הציונים-- השאלה לגבי הדרך הטובה ביותר להגן על זכויות המיעוט במדינת ישראל (בעיקר האוכלוסיה הערבית) ובד בבד לשמור על המטרות הציוניות, הנה אתגר רציני ביותר. למרות שבמדינות אחרות במזרח התיכון, כגון מצרים, סוריה, ערב הסעודית וכו' היחס למיעוט הוא מחריד, קנה מידה זה אינו רלוונטי למדינת ישראל.

בהקשר זה, העקרון של "עניי עירך קודמים"[38] הינו מרכזי. ישנן מדינות דמוקרטיות רבות שהן כפי הנראה, ומבלי לבדוק את הפרטים בדייקנות, "מדינות כלל אזרחיהן". ישראל אינה כלולה בינהן, ולעומתן יש לה, כמדינה היהודית היחידה, תפקיד חשוב ביותר בשימור ובחיזוק העם היהודי, החברה והתרבות.

מערכת המשפט, ובייחוד בג"ץ, תחת השפעתו של הנשיא אהרון ברק, תמשיך ליטול חלק מרכזי במאבק זה. כפי שהוכח, החלטת בית המשפט במשפט קציר/קעדאן לא נתנה גושפנקה לפוסט ציונות. לעומת זאת, היא כן מייסדת את מה שעלול להיות, בטווח הרחוק, צעד חשוב לכיוון זה. בית המשפט הדגיש את מרכזיות ההגדרה האישית, יותר מאשר ההגדרה הקולקטיבית. ברגע ששלד הניתוח מבוסס על האינדיבידואל (היחיד), ולא על חברות בקבוצה והזדהות אתה, מובן מאליו שכל האזרחים שווים בפני החוק וביחס למדינה.

כמו בארה"ב ובמדינות אחרות שבהן אפליה מקובלת רק במקרים יוצאים מהכלל, השופט ברק הכיר באפשרות כזאת במקרים מסוימים. למשל, לצורך שמירת תרבות ומנהגים, הקמת קהילות נפרדות על אדמת מדינה יכולות להיות מקובלות, אך אלה הם מקרים חריגים, ולפי דעתו, לא ניתנים לשימוש במקרה זה.[39]

לעומת זאת, ישנה אפשרות לנקוט גישה שונה, שבה אפליה מתקנת הופכת להיות כלי חשוב וחיוני. לפי פרספקטיבה ציונית, היהודים, שנשללה מהם הזכות לשבת במולדתם באלפיים השנים האחרונות, ראויים להעדפה מתקנת לגבי ההתיישבות. טענה זאת לא נאמרת על ידי השופט ברק, וכנראה לא נאמרה ישירות על ידי המשיבים, אך לפי מונחי האידיאולוגיה הציונית, היא הגיונית ונכונה.

כאשר הציונות מוכרת כהבעה לגיטימית של הלאומיות היהודית, והאיומים על קיומה ושלמות גבולותיה של ישראל ידועים, המגבלות על השתלטות ערבית באיזורים כמו הנחל-עירון, הגליל והנגב הן מוצדקות ביותר. כמו במקרים אחרים של אפליה מתקנת, שבהן ישנה התרה מפורשת להפרת העקרונות הבסיסיים של זכויות הפרט, ההישגים של היעדים הציוניים דורשים מספר הגבלות על השוויון האישי. למרות האהדה של הפוסט ציונות הקונה לה אחיזה בקרב מספר חילונים אינטלקטואלים, לגבי ההתיישבות, ההגיון של אפליה מתקנת - בחינת "עניי עירך קודמים", מחייבת.

---

[1] תורגם על ידי הדרה רחל שטיינברג

[2] התופעות הללו מודגמות במקרה של תאודור כ"ץ, תלמיד תואר שני באוניברסיטת חיפה, שכתב את עבודת התיזה שלו על "הטבח בטנטורה" במלחמת העצמאות שלא ארע מעולם, ונאלץ להתנצל. אסף ברגרפרוינד, "ההיסטוריון יתנצל: לא היה טבח בטנטורה", *הארץ*, 24.12.00, ע. 1א. ראה גם נסים קלדרון, *פלורליסטים בעל-כורחם: על ריבוי התרבויות של הישראלים*, אוניברסיטת חיפה/זמורה-ביתן, תל-אביב, 2000, ע. 119-124 , 131-134 ; איריס מילנר, "הצוללת הצהובה של הפוסט-ציונות", *הארץ*, 26 מאי 2000.

[3] Meyrav Wurmser, “Can Israel Survive Post-Zionism?”, *Middle East Quarterly*, Vol: 1, March 1999; Isi Leibler, “Is the Dream Ending? Post-Zionism and its Discontents – A Threat to the Jewish Future”, Institute of the World Jewish Congress, Jerusalem, 2000

ראה גם "פוסט-ציונות" ושואה: הפולמוס הציבורי הישראלי בנושא ה"פוסט-ציונות" בשנים 1993-1996 ומקומה של סוגיית השואה בו – מקראה, דן מכמן, עורך, סדרת "תשתית למחקר", מס. 8, אוניברסיטת בר-אילן, הקתדרה לחקר השואה, טבת תשנ"ז – ינואר 1997; גדי טאוב, "פוסט-ציונות כנוסטלגיה", *כיוונים חדשים* 1:1, דצמבר 1999.

[4] רות גביזון מרדכי קרמניצר, יואב דותן, *אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד*, ידיעות אחרונות – ספר חמד, והוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תש"ס

[5] הלל נייער, "תורת המהפכה של אהרון ברק", *תכלת* 3, תשנ"ז/1998

[6] *הארץ*, מאמר מערכת," אפליה פסולה במקרקעין ", 9 מרץ 2000 ב 1.

[7] יוסף אלגזי, "אחרי קציר בא סחנין", *הארץ*, 3 אפריל 2000, ב 1. ברוח דומה, יש גם:

Alexandre Kedar, " 'A First Step in a Difficult and Sensitive Road:' Preliminary Observations on Qaadan v. Katzir", *Israel Studies Bulletin*, Fall 2000 , pp. 3-11

[8] David Newman, "A fairer housing policy", *Jerusalem Post,* 15 March 2000

[9] Dan Izenberg, "Agency: Court ruling threatens Israel's hold on Galilee, Negev", *Jerusalem Post*, 9 March 2000

[10] *מעריב* "קרקע ללא הפליה" (מאמר המערכת), 9 מרץ 2000

[11] יאיר שלג, "מקציר עד: מדינת כל אזרחיה" , *הארץ*, 14 מרץ 2000, ב-1

[12] Yoram Hazony, "Israel's Northern Exposure", *New York Times*, June 13 2000

[13] בג"ץ 6698/95, פ. 40א

[14] בג"ץ 6698/95, פ. 40ב

[15] בג"ץ 6698/95, פ. 37

[16] בג"ץ 6698/95, פ. 7

[17] בג"ץ 6698/95, פ.37. ראו גם נטע זיו ורונן שמיר, "בנה ביבך: פוליטיקה גדולה ופוליטיקה קטנה", *תיאוריה וביקורת*, 16, (2000) עמ' 45-66

[18] בג"ץ 6698/95 פ. 7 ו 37

[19] בג"ץ 6698/95 פ. 26

[20] בג"ץ 6698/95 פ. 10

[21] בג"ץ 6698/95 פ. 27

[22] בג"ץ 6698/95 פ. 28

[23] בג"ץ 6698/95, פ. 21 לפי בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות

[24] בג"ץ 6698/95 פ. 24

[25] בג"ץ 6698/95 פ. 31

Aharon Barak, "The Role of the Supreme Court in a Democracy", *Israel Studies* 3:2, based on a speech delivered at the Netanya College of Law, 21 November 1997

[26] בג"ץ 6698/95 פ. 19

[27] בג"ץ 6698/95 פ. 37

[28] השופט קדמי בג"ץ 6698/95 (דעת המיעוט)

[29] השופט קדמי בג"ץ 6698/95 (דעת המיעוט)

[30] Hillel Frisch, "The Arab Vote: The Radicalization of Politicization?", in *Israel at the Polls: 1996,* edited by Daniel J. Elazar and Shmuel Sandler, (Frank Cass: London, 1998)

[31] בעקבות הפסק הדין בקעדאן נ. קציר, פנתה משפחה ערבית מנצרת לבית המשפט ובקשה להפוך החלטת קיבוץ סוללים לדחות הפניה להשיג קרקע בשכונה נוף אלונים.

[32] בג"ץ 6698/95 פ. 23

[33] See Hillel Neuer, "Aharon Barak's Revolution", *Techelet (Azure)* 3, Winter 1998/5758; and "Israel's Imperial Judiciary," *Commentary*, October 1999

[34] בג"ץ 6698/95 פ. 30י

[35] ראה הביקורת של יחזקאל דרור, "אקדמה למדיניות עם יהודי", *כיוונים חדשים* 1:1, דצמבר 1999.

[36] אליעזר דון-יחיא וברוך זיסר, "דמוקרטיה כנגד לאומית: ישראל כ"מקרה חריג", *תרבות דמוקרטית* , 1: תשנ"ט 1999, ע. 9-22. המחברים מבחינים ביו הלאומיות האתנית במקרה הישראלי, לעומת לאומיות אזרחית.

[37] "הרדיקליזם החדש של חד"ש" אמנון רובינשטיין, *הארץ* 16.5.00, ע"ב 1

[38] תלמוד בבלי, מסכת בבא מציע 71:א

[39] בג"ץ 6698/95 פ. 30, מתבסס על פסק דיננו בפרשת אביטן (בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל)